وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد لمين دباغين

– سطيف 2 –

أطروحة مقدّمة

لِنيْل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية

تخصُّص: قانون عام

بعنوان

حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة: بين الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري

إعداد الطالبة:

غربي نجاح

إشراف الأستاذ الدكتور:

غضبان مبروك

تمت مناقشتها بتاريخ: 2018/02/27 أمام لجنة المناقشة المكوّنة من:

اللّقب والاسم	الرّتبة العلميّة	الجامعة الأصليّة		الصّفة
أ.د. بعلي محمد الصغير	أستاذ التّعليم العالي	جامعة باجي مختار	عنابة	رئيساً
أ.د. غضبان مبروك	أستاذ التّعليم العالي	جامعة الحاج لخضر	باتنة 01	مُشرفاً ومُقرراً
أ.د. لشهب جازية	أستاذ التّعليم العالي	جامعة محمد لمين دباغين	سطيف 2	عُضواً مناقشاً
أ.د. بنيني أحمد	أستاذ التّعليم العالي	جامعة الحاج لخضر	باتنة 01	عُضواً مناقشاً
أ.د. هميسي رضا	أستاذ التّعليم العالي	جامعة قاصدي مرباح	ورقلة	عُضواً مناقشاً
د. بن اعراب محمد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة محمد لمين دباغين	سطيف 2	عُضواً مناقشاً

السنة الجامعية 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾

(الآية 173 من سورة البقرة)

﴿الإهداء﴾

إلى أمي وأبي أطال الله في عمرهما ...

إلى زوجي ... سندي في هذه الدنيا...

إلى كل طالب علم ومعرفة...

إلى كل من ينشد الحرية في زمن العبودية والقهر... الشعب الفلسطيني

إلى كل من ظلمته الأنظمة الجائرة فشردته وأهانت كرامته ... الشعب السوري

إلى كل من يكافح من أجل أن يحافظ على أمن بلده واستقراره ... الشعب الجزائري

أهدي هذا العمل

﴿ نجاح غربي﴾

شكر وتقدير

قال **الله** تعالى: ﴿ فَاذكروني أذكركم واشكروني ولا تكفرون ﴾

الحمد **لله** الذي هدانا ووفقنا لإتمام هذا العمل،

وعملا بقوله تعالى: ﴿ ولا تنسوا الفضل بينكم ﴾

وبقول رسولنا الكريم "**محمد**" صلى الله عليه وسلم: ﴿ من لم يشكر الناس لم يشكر الله ﴾

وعملا منا بواجب الشكر، واعترافا بالجميل... نتقدم بأسمى عبارات الشكر:
للأستاذ الدكتور "**غضبان مبروك**" الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا العمل، وعلى عونه وصبره ورحابة صدره، وعلى كل التوجيهات والنصائح التي قدّمها لنا أثناء إنجاز هذا البحث.

وألف شكر مع خالص التقدير للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، وعلى رأسهم رئيسها الأستاذ الدكتور "**بعلي محمد الصغير**" على تكرّمهم وتشريفهم لنا بالمشاركة في مناقشة موضوع هذه الرّسالة، وعلى دعمهم لموضوع البحث بجملة من النّصائح والتّوجِهات.

كما لا ننسى التوجه بالشكر الجزيل لعميدة كلية الحقوق والعلوم السياسية الدكتورة "**لشهب صاش جازية**"، ونائبها الدكتور "**بن اعراب محمد**"، ولكل أساتذة وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد لمين دباغين – سطيف 2 – وتحديدا رئيس الجامعة البروفيسور:
"**قشي الخير**" على كل ما قدمه لنا كطلبة وكأساتذة.
فله منا جزيل الشكر والامتنان

كما نتقدم بالشكر والتقدير لكل من ساعدني على إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد،
وأقول لهم جميعا:

﴿جزاكم الله عنّا كلّ خير﴾

المختصرات (Les abréviations)

1- باللغة العربية

* ج.ر.ج.ج.د.ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
* د.س.ن: دون سنة نشر.
* د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
* ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.
* ط: الطبعة.
* ق.أ: قانون أساسي.
* ع: العدد.
* م.د.ج: المجلس الدستوري الجزائري.
* م: المادة.

2- باللغة الفرنسية

* A.J.D.A. : **A**ctualité **J**uridique de **D**roit **A**dministratif.
* C.E.F : **C**onseil D'**E**tat **F**rançais
* Ed. : **E**dition.
* E.D.C.E : **E**tudes et **D**ocuments du **C**onseil d'**E**tat.
* G.A.J.A. : Les **G**rands **A**rrêts de la **J**urisprudence **A**dministrative.
* L.G.D.J. : **L**librairie **G**énérale de **D**roit et de **J**urisprudence.
* O.P.U. : **O**ffice des **P**ublications **U**niversitaires.
* P.U.F. : **P**resses **U**niversitaires de **F**rance.
* R.A.J.A. : **R**ecueil des **A**rrêts de la Jurisprudence Administrative.
* R.A.S.J.E.P. : **R**evue **A**lgérienne des **S**ciences **J**uridiques, **E**conomiques et **P**olitiques.
* R.D.P. : **R**evue de **D**roit **P**ublic.
* R.D.F. : **R**evue du **D**roit **F**ondamentaux
* Rec : **R**ecueil.
* N°: **N**uméro
* S. : **S**irey
* J.O.R.F : **J**ournal **O**fficiel De La **R**épublique **F**rançaise
* OP.CIT : **O**uvrage **P**récité
* O.P.U : **O**ffice des **P**ublications **U**niversitaire
* P.U.F : **P**resses **U**niversitaires De **F**rance
* R.A.S.J.E.P. : **R**evue **A**lgérienne des **S**ciences **J**uridiques, **E**conomiques et **P**olitiques.
* R.A : **R**evue **A**dministrative
* R.D.P : **R**evue de **D**roit **P**ublic.
* T. : **T**ome.
* U. : **U**niversité

مقــدمـــــــة

يعد الدستور، من الناحية النظرية، أفضل وسيلة لحماية حقوق وحريات الأفراد من أي تجاوز أو اعتداء يصدر من السلطات العامة، بسبب ما تحتويه قواعده من مبادئ، تهدف بالدرجة الأولى إلى إيجاد نوع من التوازن بين مقتضيات السلطة العامة ومقتضيات الحرية، فالدستور هو الذي يضبط الإطار العام لنظام الحكم في الدولة، ويحدد اختصاصات سلطات الدولة المختلفة، لكي تقوم كل منها باختصاصها دون أن تتعدى على اختصاصات السلطة الأخرى، كما أنه يُجبر تلك السلطات بالخضوع لمبدأ سيادة القانون في كل ما تقوم به، ويُجبرها أيضا على أن تسعى لحماية حقوق وحريات الأفراد، مهما كانت الظروف.

لكن بالرغم من أن هذه المبادئ التي ساقها الدستور- المتمثلة أساسا في مبدأ سمو الدستور ومبدأ المشروعية ومبدأ الفصل بين السلطات- تشكل ضمانات قانونية هامة لحماية الحقوق والحريات من تعسف السلطة العامة وطغيانها، إلا أنها تبقى ضمانات غير كافية لوصف دولة ما بأنها دولة ديمقراطية تضمن الحرية أكثر من غيرها. خاصة وأن الدولة يمكنها الخروج عن تطبيق تلك المبادئ، تحت تأثير الضرورة والخطر الذي قد تتعرض إليه؛ حيث تسمح حالة الضرورة «L'état de nécessité» للسلطة التنفيذية، في سبيل مواجهة ذلك الخطر، بممارسة سلطات استثنائية تخرج بها عن قواعد المشروعية، وتتدخل بها في اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية، كما يمكنها أيضا أن تلجأ إلى تعطيل أحكام الدستور، إما كليا أو جزئيا.

ونظرا لما تحدثه حالة الضرورة من آثار خطيرة على الدولة ومؤسساتها، وكذا على أفرادها، فقد أُعتبرت هذه الحالة -في الوقت الحاضر- موضوعا هاما، بل أصبحت جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني لأي دولة، باعتبارها الأساس الوحيد في تبرير شرعية التدابير الاستثنائية التي تتخذها السلطة العامة، وبقدرها يتم تحديد هذه السلطات الاستثنائية ونطاقها.

لذلك فقد برز اهتمام كبير لدى رجال الفقه الدستوري والإداري بدراسة حالة الضرورة من كل جوانبها النظرية والتطبيقية، وامتد هذا الاهتمام أيضا إلى القضاء الإداري، الذي اعترف بوجود حالة الضرورة وأسماها "نظرية الظروف الاستثنائية"، واضعا للإدارة ضوابطا وقيودا عند ممارستها لاختصاصاتها الاستثنائية في تلك الظروف، وهذا حتى لا تتحول تلك الاختصاصات الاستثنائية إلى سلطات استبدادية، تعتدي بها على حقوق وحريات الأفراد التي يحميها الدستور، لأن هذه الاختصاصات ما هي إلا

رخصا استثنائية، لا يجب أن تستمر إلا لمواجهة الظروف التي أدت إليها وبقدرها، خدمة للمصلحة العليا للدولة (الضرورة تقدر بقدرها).

أما على الصعيد الدولي فقد تم الاعتراف بنظرية الظروف الاستثنائية، وتمّ صياغة نصوص في الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الانسان، تُمنح فيها للدولة المنضمة إليها سلطات استثنائية واسعة لمواجهة الأزمات والطوارئ وتلافي آثارها، مع فرض رقابة على كيفية تطبيقها لهذه السلطات.

غير أنه لتفادي أن تتحول هذه الحالة إلى عذر يُسهل تبريره للتحكم والاستبداد، والتجاوز على الدستور والقانون، وانتهاك حقوق وحريات الأفراد تحت ستار الضرورة والاستعجال، فقد قامت الدول المعاصرة بضبط أحكامها، بموجب نصوص دستورية أو تشريعية، تنظم وتبين للسلطة التنفيذية، الممثلة في رئيس الجمهورية، كيفية اللجوء إلى تطبيق حالة الضرورة، وتحدد له الوسائل الكفيلة لمواجهتها متى توافرت شروطها ومبرراتها، قصد حماية مؤسسات الدولة وكيانها، ونظامها العام من خطر الظروف الاستثنائية الواقعية التي تواجهها. وهو فعلا ما قام به كل من الدستور الفرنسي لسنة 1958 بموجب المادة 16 منه، والدستور المصري لسنة 1971 بموجب المادة 74 منه، وكذلك الدستور الجزائري الذي حدد في المواد من 105 إلى 110 من دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016[1]، صور حالة الضرورة، والآثار المترتبة عن تطبيق كل حالة.

لكن إذا كانت الدساتير المعاصرة قد وضعت إطارا قانونيا منظما لحالة الضرورة، وتبنت قضايا الحريات والحقوق، بأن حرصت على إفراد أبواب كاملة لما تؤمن به من حريات تحت عناوين مختلفة، إلا أن هذه النصوص الدستورية تبقى مجرد ضمانات قانونية نسبية، لا تكفي وحدها لضمان تمتع الأفراد بتلك الحقوق والحريات.

لذلك كان لابد من أن توفر الدساتير لهذه الضمانات، ضمانات أخرى تكفل ممارستها الفعلية، يكون هدفها إخراج النصوص الدستورية من طبيعتها النظرية إلى واقعها الملموس، عن طريق مراقبة مدى خضوع السلطات الحاكمة في الدولة للحدود التي رسمها لها الدستور والقانون في حالة الضرورة؛ لأن الأمر يتطلب عدم ترك أعمال وتصرفات تلك السلطات، من غير خضوع للرقابة حول مدى مشروعيتها الاستثنائية، ومن غير جزاءات تفرض على مخالفة قواعدها، انطلاقا من فكرة التناسب بين الإجراء المتخذ وجسامة الظرف. لهذا الغرض لجأت دساتير غالبية الأنظمة السياسية المعاصرة، إلى توفير أنماط مختلفة من الرقابة على السلطات الاستثنائية الواسعة والخطيرة للسلطة التنفيذية، سواء مورست هذه الرقابة على

[1]- القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج.د.ش.، العدد 14، المؤرخة في: 07 مارس 2016.

مجرد اللجوء إلى هذه القوانين الاستثنائية، أو أثناء مباشرة السلطة التنفيذية للسلطات الاستثنائية استنادا إليها، أو مجرد تقييم هذه السلطات بعد اتخاذها، إما بإضفاء الشرعية عليها أو عدم إضفائها، ومن أبرزها الرقابة البرلمانية أو السياسية، الرقابة الدستورية، والرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية. حيث اعتبر الفقه أن النص على تقرير الرقابة بأنواعها، هو شرط جوهري لقيام النظام الديمقراطي في الدولة، لأنها تعطي الحق لمن مست حقوقه أو حريته للدفاع عنها ضد تعسف السلطة العامة وطغيانها.

لكن على الرغم من كل تلك الضمانات الدستورية والقانونية، مازالت الحقوق والحريات الفردية والجماعية للفرد تتعرض للتقييد والكبت من قبل السلطة العامة، وخاصة في أوقات الأزمات والطوارئ، التي تكثر فيها الإجراءات الماسة بالحرية بحجة حماية الأمن والاستقرار، كإجراء الاعتقال، وإجراءات حظر التجمع والتنقل والسفر وغيرها.

وإزاء هذا الوضع باتت الحاجة إلى إعمال حماية فعالة لحقوق وحريات الأفراد في حالات الضرورة، مطلبا ملحا وبالغ الأهمية في الوقت الراهن، لاسيما في الدول التي تعرف أجهزتها الرقابية المتمثلة أساسا في مجلس الدولة والمجلس الدستوري، ضعفا وتقصيرا في القيام بواجبها في حماية الحقوق والحريات.

- **إطار الدراسة**

انصبت دراستنا لهذا الموضوع أساسا على تحليل وضعية حقوق وحريات الأفراد في زمن الأزمات، وتأثير التدابير الاستثنائية التي تتخذها السلطة التنفيذية في سبيل حماية المصالح العليا للدولة، على هذه الحقوق والحريات وعلى المبادئ الدستورية الضامنة لها، مستشهدين في ذلك بالتدابير والإجراءات التي قامت بها السلطة التنفيذية في الجزائر، في شكل لوائح عاصرت قيام حالتي الحصار والطوارئ، ومبرزين دور الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات إبان تطبيق حالة الضرورة.

كما انصبت الدراسة أيضا على تحديد الإطار العام الذي يضبط حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري، والذي يتعين على كل من القاضي الإداري والدستوري الالتزام به عند ممارستهما للرقابة على التدابير الاستثنائية المتخذة من طرف السلطة في حالة الضرورة.

- **أهمية الموضوع**

يعد موضوع حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة، من المواضيع الهامة في الوقت الحاضر، نظرا لما يشهده العالم من أزمات سياسية واختلال أمني، انعكس سلبا على واقع الحريات، خاصة بعد ظهور الإرهاب وانتشاره في عدد من الدول، والذي أصبح يشكل خطرا على أمنها واستقرارها.

لهذا فإن مسألة تمتع أي دولة باستقرار وأمن دائم، هي مسألة نسبية؛ لأن مرورها بظروف واقعية غير عادية، سواء كانت بفعل الإنسان كالحروب، الإرهاب، التمرد المسلح، والانقلاب، أو بفعل الطبيعة كالفيضانات، والبراكين، والزلازل. هو أمر متوقع، يمكن أن يقع لها بصفة مفاجئة في أي وقت، فتؤدي تلك الظروف إلى احداث اضطراب في أمنها واستقرار مؤسساتها، أو تؤثر على سلامة أفرادها، مما يضع الدولة في تلك الظروف أمام مشكلة التوفيق بين واجبها في حماية مؤسساتها وضمان استقرارها، وبين واجبها في حماية الحقوق والحريات.

غير أنه في جميع الحالات ترجح الدولة أولوية الحفاظ على حقها في الأمن وصيانة الذات، على حساب حمايتها للحقوق والحريات؛ أي أنها تكون مجبرة على التضحية بالمصلحة الأقل لحماية المصلحة الأهم، وهذا تطبيقا لقاعدة "سلامة الدولة فوق القانون"، وهي تضطر –في سبيل ذلك– إلى وضع نصوص استثنائية لمواجهة الخطر المهدد لمصالحها الحيوية، بسبب عدم قدرة النصوص القانونية المعدة للأحوال العادية مجابهته والتصدي له. لذلك كان لابد أن يتوسع مبدأ المشروعية ليشمل هذا الجانب الاستثنائي، وبالشكل الذي يُمكّن الإدارة من التصرف بقدر من الحرية، ومنحها بعض السلطات الخاصة والاستثنائية لمجابهة تلك الظروف.

ولكن أمام هذا التعارض الفعلي بين تمتع المواطنين بحرياتهم، وبين مشروعية قيام السلطة بدورها في توفير الأمن والاستقرار، كان لابد من وجود تلازم منطقي بين الحقوق والحريات، وضمانات حمايتها في مواجهة السلطة.

ولما كانت الرقابة السياسية لبعض برلمانات اليوم تعوزها الفعالية والجدية في متابعة نشاط السلطة العامة، خاصة في الظروف الاستثنائية، وهو ما ينطبق على الجزائر، فإنه يتعين على الأجهزة الرقابية الأخرى المقررة في الدستور، لاسيما المجلس الدستوري ومجلس الدولة بوصفهما قاضيا الحريات، أن يلعبا دورهما الحقيقي في حماية الحقوق والحريات في جميع الظروف، وبالأخص في فترة الأزمات، الذي أثبت الواقع أنه في خضم الأحداث وتداعياتها، كثيرا ما تتزايد احتمالات التعسف، فتهدر بذلك الضمانات وتنتهك

الحقوق والحريات الأساسية للإنسان. وهو الأمر الذي يتنافى مع مبدأ المشروعية، والممارسة الحرة والفعلية للحقوق والحريات المقررة دستوريا.

ومن هنا تبرز أهمية وخطورة موضوع هذه الأطروحة، الذي قد يعتبره البعض موضوعا كلاسيكيا، إلا أننا نراه موضوعا متجددا بل هو موضوع العصر، محاولين تناول عناصره بطرح جديد يوازن بين دور الرقابة الدستورية ورقابة المشروعية فيما يتعلق بحمايتهما للحقوق والحريات في حالة الضرورة، وبشكل علمي ومنهجي، يلم بجميع الجوانب التشريعية، القضائية والفقهية، وبدراسة تحليلية وقانونية بعيدة نوعا ما عن الطرح والتحليل السياسي.

- **أهداف البحث**

– إن واقع حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة، بواسطة الأجهزة الرقابية في الدولة، لا يمكن التعرف عليه إلا من خلال الممارسة، لهذا فقد كان هدفنا من هذا البحث، هو معرفة ما إذا كان كل من المجلس الدستوري والقاضي الإداري، يمارسان بالفعل دورهما في حماية الحقوق والحريات في زمن الأزمات، خاصة وأنهما الجهازان المكلفان بمهمة الرقابة على الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية.

– إذا كانت النصوص الدستورية والمبادئ الضامنة لهذه الحقوق والحريات، المتمثلة أساسا في مبدأ سمو الدستور، مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ المشروعية، لم تسلم من تأثير الأزمات عليها، فقد كان هدفنا من هذا البحث هو إبراز هذا التأثير ودرجته، مع التركيز على المبادئ الواردة في الدستور الجزائري، وبيان مدى التزام السلطة التنفيذية في الجزائرية بأحكام حالة الضرورة إبان العمل بنظام حالتي الحصار والطوارئ.

– إن الدساتير حينما تنظم حالة الضرورة وتبين كيفية تطبيقها، باعتبارها من الأمور الحساسة والمهمة، فإنه يبقى عليها، حتى يكتمل دورها وفاعليتها في تحقيق الأهداف المرجوة منها، أن تكون مطبقة ومحترمة بصورة كاملة ومستمرة من قبل الكافة حكاما ومحكومين، غير أن واقع هذه الحقوق والحريات يبدو غير متوافق مع النصوص النظرية في الغالبية الساحقة من الأنظمة السياسية المعاصرة، وبالأخص في الجزائر. لهذا فإن البحث يرمي إلى محاولة الوقوف على علة التعارض بين النصوص المقررة للحقوق والحريات والممارسة العملية لها، لاسيما في الظروف الاستثنائية، وهذا بغية الوصول إلى أفضل السبل لحماية حقوق وحريات الأفراد من تجاوزات السلطة التنفيذية، وفي توفير أكبر قدر من الشرعية في ظل الظروف الاستثنائية.

– كما يهدف هذا البحث إلى محاولة إيجاد حل لخلق توازن بين متطلبات السلطة ومتطلبات الحرية؛ ذلك أن تغليب السلطة على الحرية يؤدي إلى الاستبداد والظلم وانتهاك حقوق وحريات الإنسان، كما أن تغليب الحرية على السلطة يؤدي إلى انتشار الفوضى واختلال النظام والاستقرار، في كل الميادين والأصعدة، وهو ما لا ينسجم مع منطق المجتمع المنظم بالدولة.

- **أسباب اختيار البحث**

(أ)– الأسباب الشخصية

بدأت فكرة هذا البحث، بعد معالجتنا لموضوع مذكرة الماجستير الموسومة بـــ: "إجراءات تحريك الرقابة على دستورية القوانين بين الجزائر ومصر"، فقد أردنا مواصلة البحث في الاطار نفسه، ولكن من زاوية أخرى وهي دراسة دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة، وموازنة ذلك بدور القاضي الاداري الذي ينظر إليه بأنه حامي الحريات.

لكن إذا كان موضوع حماية الحقوق والحريات –بشكل عام– يعد من المواضيع الكلاسيكية التي حظيت بالدراسة والاهتمام لدى رجال القانون، سواء على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي، إلا أن مسألة ربط هذه الحماية بأوقات الأزمات، وبيان الوسائل الكفيلة بحماية الحقوق والحريات، لم بحظ بذات الاهتمام والدراسة.

لهذا فإن انعدام الدراسات المتخصصة التي تزاوج بين الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات في حالة الضرورة، هي من بين أهم الأسباب التي دفعتنا إلى دراسة هذا الموضوع، كما أن الظروف الاستثنائية التي عرفتها الجزائر، والتي بسببها اضطرت إلى تطبيق نظام حالتي الحصار والطوارئ، وما عرفته حقوق وحريات الأفراد من تقييد واستمرار تطبيق حالة الطوارئ حتى بعد استعادة الجزائر لاستقرارها، هي احدى الأسباب التي حفزتنا على الخوض في هذا الموضوع المتشعب.

(ب)– الأسباب الموضوعية

يعد موضوع هذا البحث من المواضيع الحديثة والمتطورة، لاسيما في الوقت الحالي، الذي أصبح فيه شيوع تقييد الحرية بقدر أو بآخر، تحت دعوى حماية أمن ونظام الجماعة، ظاهرة مميزة لهذا العصر، التي لم يقتصر نطاقها على الأنظمة العربية فحسب، بل اتسع النطاق ليشمل سائر الأنظمة، بما في ذلك معاقل الديمقراطيات الغربية.

إذ بالرغم ما حققته البشرية من تقدم علمي هائل في كل الميادين، وبروز المنظمات التي تدعو إلى حماية حقوق الإنسان وحرياته، إلا أن واقع الحريات في عالم اليوم هو في تدهور مستمر، وأن قيود الحريات آخذة في التزايد؛ لأن السلطة التنفيذية اتخذت من واجبها في حماية أمن الدولة من خطر الإرهاب والتطرف، ذريعة لممارسة السلطات الاستثنائية والإبقاء عليها لفترة أطول، رغم انقضاء الظرف الاستثنائي، وعودة الأمن والاستقرار للدولة، وهذا بالفعل ما حدث في الجزائر.

وبما أن تعرض الدول للظروف الاستثنائية التي تهدد سلامة شعبها، بات أمرا متوقعا، في ظل الأحداث الحالية التي تعرفها المنطقة العربية على الخصوص، فإن حاجة أفرادها للحماية في ظل تلك الظروف، التي تشكل مسرحا لانتهاكات السلطة لحقوقهم وحرياتهم، أصبح مطلبا ملحا وأساسيا.

لذا فإن موضوع هذا البحث يثير مشكلات قانونية وعملية على جانب كبير من الأهمية، لعل أعقدها مشكلة التوازن بين كفالة الحقوق والحريات، باعتبارها هدف الأنظمة الديمقراطية المعاصرة، وبين ضرورة تدخل السلطة العامة لحماية أمن الجماعة ونظامها العام.

- **الدراسات السابقة**

على الرغم من أهمية الموضوع، إلا أنه يفتقر للدراسات المتخصصة، فقد وجدنا أن معظم الدراسات التي تناولها الفقه العربي والغربي، انصبت في مجملها على الضمانات المقررة دوليا وداخليا للحقوق والحريات.

كما اقتصر البعض في دراستهم لحالة الضرورة على جانبها النظري فقط؛ فمنهم من عالجها من منظور الشريعة الاسلامية، ومنهم من عالجها من منظور الفكر القانوني، أو بإجراء مقارنة بينهما.

لكن تبقى الدراسات المعالجة لضمانات حماية الحقوق والحريات، ضئيلة إن لم نقل منعدمة، لاسيما إذا تعلق الأمر بحمايتها من طرف القاضي الإداري والدستوري، التي تمثل رقابتهما أهم الضمانات الداخلية لحماية الحقوق والحريات.

وليس انتقاصا من هذه الجهود أن نقر بأن هذه الدراسات النظرية، وكذا الدراسات الدستورية المختلفة التي تناولت الجانب المتعلق بسلطات رئيس الجمهورية في حالة الضرورة، قد غطت هذا البحث في أحدى جوانبه المتعلقة أساسا بالقواعد العامة التي تحكم حالة الضرورة في القانون الإداري والدستوري، وعلاقة حالة الضرورة بمختلف النظريات الفقهية المشابهة.

- **صعوبات البحث**

إن من بين أهم الصعوبات التي واجهتنا، عند إعدادنا لهذا البحث، هو قلة المراجع المتخصصة في الموضوع، وخاصة الدراسات التي تتحدث عن وضعية الحقوق والحريات في زمن الظروف الاستثنائية التي عايشتها الجزائر، ومدى حمايتها من طرف المجلس الدستوري والقضاء الإداري.

وعليه، فإنه أمام صعوبة إيجاد المادة العلمية المتخصصة للموضوع، لأن أغلب المراجع التي اعتمدنا عليها في هذا البحث، هي مراجع عامة، وأمام استحالة الحصول على قرارات القضاء الإداري الجزائري، بسبب تخليه أو تقصيره في ابراز موقفه من حالة الضرورة وتطبيقاتها، فقد كان من الضروري، لتغطية هذه الدراسة وإثرائها، الاستعانة بما جاءت به الدراسات الفقهية الإدارية والدستورية في كل من فرنسا ومصر، وذلك من خلال الاستشهاد باجتهاداتهم وأحكامهم القضائية ذات الصلة بهذا الموضوع، نظرا لتقارب وتشابه كلا النظامين، بالنظام القضائي الجزائري.

- **اشكالية البحث**

يرمي هذا البحث إلى الإجابة عن الإشكالية المحورية التالية: كيف ساهمت أحكام حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري –من الناحية النظرية– في وضع ضوابط للسلطة توازن بها بين التدبير الاستثنائي وحماية الحقوق والحريات، وإلى أي مدى ساهمت كل من الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حماية حقوق وحريات الأفراد من تجاوزات السلطة إبان العمل بنظام حالة الضرورة؟.

وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية جملة من التساؤلات الفرعية، أهمها ما يلي:

– ما هو مفهوم حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري، وما هي طبيعة العلاقة التي تربطها بغيرها من النظريات المعروفة في الفقه والقضاء الإداري؟.

– إلى أي مدى تؤثر حالة الضرورة على الحقوق والحريات، وعلى المبادئ الدستورية التي تضمن للأفراد ممارسة حقوقهم وحرياتهم؟. وهل لها انعكاسات على مشروعية القرار الإداري؟.

– ما هي حدود مساس الإدارة بحقوق وحريات الأفراد في ظل حالة الضرورة؟، وكيف كان موقف القضاء الإداري من تجاوزها لحدود المشروعية الاستثنائية؟.

– ما هي أهم الحقوق والحريات التي لجأت السلطة التنفيذية في الجزائر إلى تقييدها في حالتي الحصار والطوارئ؟، وهل التزمت النصوص المنظمة لهاتين الحالتين بالضوابط الدستورية والدولية المبررة للجوء إلى إعلانهما؟.

– هل لعب المجلس الدستوري والقضاء الإداري في الجزائر، دورهما في فرض الرقابة على ما اتخذته السلطة التنفيذية من تدابير استثنائية قيدت بها الحقوق والحريات المصانة دستوريا؟. وما هي المبررات التي جعلت الدستور الجزائري يمنح سلطة تقدير حالة الضرورة لرئيس الجمهورية؟.

– إذا كانت الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تعمل على تفادي الأضرار التي تلحق الصالح العام، فهل يمكن للقضاء أن يحملها المسؤولية، ويلزمها بتعويض الأفراد عن الأضرار التي سببتها قراراتها الاستثنائية؟، وعلى أي أساس تقوم هذه المسؤولية؟.

- **منهج البحث**

تعد هذه الدراسة من قبيل الدراسات التحليلية، التي تعتمد بالأساس على **المنهج التحليلي**، حيث يظهر استخدامنا له تقريبا في كل جوانب الموضوع، فقد اعتمدنا عليه عند تحليلنا للنصوص الدستورية والقانونية المنظمة لحالة الضرورة، لاسيما النصوص المنظمة لحالتي الطوارئ والحصار في الجزائر التي قمنا بتحليلها ومناقشتها، لمعرفة كيف قيدت الأفراد في ممارسة حقوقهم وحرياتهم.

وبما أن تحريرنا لهذه الأطروحة قد تزامن مع تعديل دستور 1996 بموجب القانون رقم 01/16، فقد قمنا أيضا بتحليل ومناقشة المواد الدستورية المرتبطة بالموضوع، من أجل تقييمها وبيان الأحكام الجديدة التي أتت بها.

كما قمنا بمناقشة وتحليل مختلف الآراء والنظريات الفقهية التي عالجت أحكام حالة الضرورة.

ونظرا لأن للموضوع جانبه التطبيقي، فقد قمنا باستقراء وتحليل الأحكام والاجتهادات القضائية التي أصدرها القضاء الإداري في فرنسا ومصر والجزائر، وهذا من خلال الوقوف على الوقائع والأسس التي استندت إليها تلك الأحكام في تقرير مدى مشروعية ما تقوم به الإدارة في الظروف العصيبة، ومدى مسؤوليتها عن ما تحدثه من أضرار للأفراد أثناء ممارستها للسلطات الاستثنائية، ولمعرفة مدى فعالية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة قمنا بتحليل اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي، وتحليل أسباب ضعف رقابة المجلس الدستوري الجزائري.

وقد ساعدنا هذا المنهج في الإجابة على كثير من الإشكاليات الفرعية المتعلقة بالموضوع، والوصول إلى نتائج تخدم الاشكالية المحورية للبحث.

ونظرا لأهمية الموضوع وتشعبه، فقد كان من الصعب الالتزام في دراسته على المنهج التحليلي فقط، لذا فإن ضرورة البحث اقتضت منا أن نستعين **بالمنهج المقارن**، لاسيما عند إجراء المقارنة بين مواقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر فيما يتعلق بالرقابة الدستورية والقضائية على الإجراءات الاستثنائية، وعند مقارنة نظرية الضرورة بغيرها من النظريات، وكذلك عند إجراء المقارنة بين الصور المختلفة لحالة الضرورة في الدستور الجزائري، وعند المقارنة بين المسؤولية على أساس المخاطر والمسؤولية على أساس الخطأ.

وبما أن الدستور الجزائري يحاول مسايرة ما جاء به الدستور الفرنسي، فقد مارسنا المقارنة بين النظامين من حيث النصوص القانونية المعالجة لحالة الضرورة، لاسيما النصوص المتعلقة بسلطات رئيس الجمهورية في تلك الظروف. كما كان تطبيقنا للمقارنة عند تطرقنا لمواقف الفقه الفرنسي، وما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، الذي كان له الفضل في بلورة نظرية الظروف الاستثنائية، مع مقارنة ذلك بما اعتمده الفقه والقضاء الإداري المصري، الذي عرفت اجتهاداته مساهمة كبيرة في هذا المجال، على خلاف ما عرفه القضاء الإداري الجزائري. فالمقارنة لم تكن هدفا في هذا البحث، وإنما كانت وسيلة للإجابة على بعض الإشكاليات الفرعية.

كما استعنا أيضا **بالمنهج التاريخي**، وذلك عند تطرقنا للجوانب التاريخية المتعلقة ببعض عناصر البحث، لاسيما المرحلة التاريخية التي أعلنت فيها الجزائر تطبيق حالتي الحصار والطوارئ.

- **خطة البحث**

إن المشكلات المطروحة في هذا البحث، قد فرضت علينا تغطية جانبه النظري المتعلق بأحكام حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري، والتي تشكل في مجملها ضوابطا تقيد السلطة التنفيذية في اتخاذ السلطات الاستثنائية اللازمة لاحتواء الظرف الاستثنائي، كما تمثل هذه الأحكام أيضا ضوابطا بالنسبة للقاضي الإداري والدستوري تحكم سلطتهم عند بسط رقابتهما على تلك التدابير، لهذا جاء عنوان **الباب الأول: الأحكام العامة لحالة الضرورة الضابطة لسلطات الدولة الاستثنائية في إطار القانون الدستوري والإداري** والذي قسمناه إلى فصلين؛ تطرقنا في **الفصل الأول** منه إلى: **مفهوم حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري وتمييزها عن غيرها من المصطلحات والنظريات الفقهية المشابهة**، أما

الفصل الثاني فعالجنا فيه: **صور الضرورة في الدستور الجزائري وآثرها على الحقوق والحريات**، وقسمنا كل فصل إلى ثلاثة مباحث.

أما الجانب العملي للدراسة فقد غطاه الباب الثاني من الأطروحة، حيث تعرضنا فيه لأثر حالة الضرورة على أهم المبادئ القانونية الضامنة للحقوق والحريات، ومدى سلطة القاضي الإداري والدستوري في حمايتها وفي إقرار مسؤولية الدولة عن أعمالها الماسة بالحقوق والحريات في حالة الضرورة، لذلك عنونا **الباب الثاني: أثر حالة الضرورة على أهم المبادئ الدستورية الضامنة للحقوق والحريات ومدى مساهمة الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حمايتها**، والذي قسمناه إلى فصلين؛ تناولنا في **الفصل الأول: أثر حالة الضرورة على أهم المبادئ الدستورية الضامنة للحقوق والحريات**. وعالجنا في **الفصل الثاني: مدى مساهمة الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة**، مقسمين كل فصل إلى ثلاثة مباحث.

وتمّ البحث بخاتمة تضمّنت جملةً من النتائج المتوصّل إليها، ومدعومة بمجموعة من الاقتراحات.

الباب الأول

الأحكام العامة لحالة الضرورة الضابطة لسلطات الدولة الاستثنائية في إطار القانون الدستوري والإداري

تعد حالة الضرورة من النظريات المهمة في الفقه القانوني، فهي نظرية شاملة تكاد تغطي كافة فروع القانون، إذ أننا نصادفها في فقه القانون الجنائي[1] وفي فقه القانون الدولي العام[2]، كما نصادفها في فقه القانون الخاص، كالقانون المدني[3].

وانطلاقا من هذه الأهمية التي حظيت بها حالة الضرورة في مختلف فروع القانون، برزت محاولات الفقه الدستوري والإداري الجادة لتحديد أحكامها من خلال بيان مفهومها، مميزاتها، أركانها، والشروط العامة لقيامها، وهذا حتى تكون هذه الأحكام هي الضابطة لممارسة الدولة لسلطاتها الاستثنائية المقيدة للحقوق والحريات عند قيام حالة الضرورة من جهة، وتكون أيضا الضابطة لممارسة الرقابة الدستورية والقضائية على تلك السلطات الاستثنائية. وهو ما جعل معظم الدساتير تحدد صورا لحالة الضرورة وتبرز الشروط الموضوعية والشكلية عند اللجوء إلى إعلانها، كما فعل الدستور الجزائري.

وأمام وصف الفقه الإداري لحالة الضرورة بأنها نظرية قانونية وقضائية لها خصوصياتها وشروطها، فقد اتجهت محاولاته نحو إبراز التشابه والتداخل الحاصل بين حالة الضرورة وباقي النظريات الفقهية المعروفة في فقه القضاء، كنظرية الظروف الاستثنائية ونظرية القوة القاهرة وحالة الاستعجال، وتحديد طبيعة علاقتها بنظرية السلطة التقديرية ونظرية أعمال السيادة وبنظريتي الاعتداء المادي والاستيلاء.

لذلك فتوضيحا لما سبق، قسمنا هذا الباب إلى فصلين، نتطرق في:

الفصل الأول لمفهوم حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري وتمييزها عن مختلف المصكلحات والنظريات الفقهية المشابهة. وفي **الفصل الثاني** نتطرق لصور الضرورة في الدستور الجزائري وأثرها على الحقوق والحريات.

---

[1]- تعد نظرية الضرورة من النظريات الموغلة في القدم، بحيث أرجع بعض الفقهاء نشأة هذه النظرية إلى القانون الجنائي، باعتبار أن قواعده اسبق القواعد القانونية وجودا، ولأنها تمس حياة الأفراد؛ أي أنها قديمة قدم الجاني نفسه، وقد أرجع الأستاذ (Phillipe-jean) HESSE قدم حالة الضرورة إلى أكثر من 3000 سنة مضت، أنظر:

(Phillipe-jean) HESSE, *"un droit fondamental vieux de 3000 ans : l'état de la nécessité –jolons pour une histoire de la nation -"*, **R. D. F.**, n°2, janvier- décembre 2002, pp.125-149, at: p.125.

[2]- إن مفهوم الضرورة في إطار القانون الدولي يشمل: الضرورة العسكرية أو البحرية أو الجوية، ويشمل أيضا الضرورة في أعالي البحار أو لدى العلاقات السلمية للدول أو التدخل في أحوال الضرورة.

[3]- يسمي القانون المدني نظرية الضرورة بتسمية **"نظرية الظروف الطارئة"** « La théorie de l'imprévision »، والتي تستند في حقيقتها على نظرية الضرورة المعروفة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، والتي يمكن تعريفها بأنها: "تلك الظروف التي تطرأ بعد إبرام العقد إبراما صحيحا، وتجعل تنفيذ العقد شاقا على أحد المتعاقدين من دون الآخر، فلابد من التدخل في مثل هذه الظروف حتى لا يلحق الضرر بأحد الطرفين من دون الآخر، وتوزيع الضرر على الطرفين حتى لا يتحمل أحد المتعاقدين وحده كل الأضرار". أنظر: إبراهيم أحمد عبده سعد الصمدي، **حالة الضرورة ومشروعية الواقع الاستثنائي**، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عدن، الجمهورية اليمنية، د.س، ص.66.

الفصل الأول

مفهوم حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري وتمييزها عن مختلف المصطلحات والنظريات الفقهية المشابهة

احتلت حالة الضرورة الصدارة في دراسات فقهاء القانون الدستوري والإداري، الذين اتفقوا على أن حالة الضرورة –وإن اختلفت في صورها أو مظاهر خطورتها– تعتبر بالدرجة الأولى ظروفا واقعية أو مادية، وبأن لها جوانبها القانونية الدقيقة التي تغلب عليها، وتجعل منها في النهاية فكرة قانونية هامة لها اشكاليتها وتأثيراتها العميقة، سواء على مؤسسات الدولة أو على أفرادها. لذلك فقد فرضت حالة الضرورة نفسها على أي نظام قانوني يهدف إلى تأمين الحقوق والحريات الإنسانية وحمايتها.

كما حظيت حالة الضرورة باهتمام كبير لدى القضاء الإداري، الذي طبقها وأسس بعض أحكامه عليها، معتبرا أن خروج السلطة العامة عن قواعد المشروعية في فترة الأزمات، قصد حماية أمنها ومؤسساتها، هو أمر تفرضه حالة الضرورة.

ولتوضيح مفهوم حالة الضرورة في إطار القانونين الدستوري والإداري وما يميزها عن غيرها من النظريات الفقهية، قسمنا موضوع هذا الفصل إلى مبحثين: نتطرق في **المبحث الأول** لمفهوم حالة الضرورة في إطار القانونين الدستوري والإداري، ونعالج في **المبحث الثاني** تمييز حالة الضرورة عن غيرها من المصطلحات والنظريات الفقهية المشابهة.

المبحث الأول

مفهوم حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري

بالرغم من الاهتمام الكبير الذي أولاه الفقهاء في القرن العشرين بفكرة الضرورة، إلا أن الخلاف الفقهي بينهم احتدم ليس فقط حول مفهوم الضرورة وإنما حول التسمية، فتارة يطلق عليها حق الضرورة، وتارة أخرى يطلق عليها حالة الضرورة، بينما يشير جانب ثالث إلى مسمى نظرية الضرورة[1].

وحتى على مستوى النصوص الدولية المعالجة لفكرة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، فقد وجد فيها أيضا اختلاف في الصياغة وفي استخدام المصطلحات، حيث استعملت تلك النصوص أكثر من مصطلح عند تحديدها للمقصود بهذه الظروف[2].

لذا سنخصص هذا المبحث لبيان تعريف حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري في **المطلب الأول**، أما **المطلب الثاني** فنوضح فيه خصائص وأركان حالة الضرورة في القانون الدستوري والإداري، ونخصص المطلب الثالث لبيان لشروط العامة لقيام حالة الضرورة في القانون الإداري والدستوري.

المطلب الأول

تعريف حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري

إذا كان فقهاء القانون الدستوري والقانون الإداري، يعترفون بالوجود الواقعي والقانوني لنظرية الضرورة، ويتفقون على أهميتها وتأثيرها على استقرار الدولة وأمنها، إلا أنهم اختلفوا حول إعطاء مدلول دقيق وواضح لها، لاسيما أمام اهمال كل من المشرع العادي والمؤسس الدستوري في وضع تعريف محدد لها، مكتفين فقط بالإقرار والاعتراف بوجودها كوضع واقعي يؤدي إلى زعزعة نظام الدولة **(الفرع الأول)**، تاركين مهمة تعريفها للفقه **(الفرع الثاني)** وللقضاء **(الفرع الثالث)**، مما جاءت آراؤهم مختلفة في بيان مدلول محدد لحالة الضرورة.

---

[1]- فمثلا «Barthelemy» و «Deug» يتحدثان فقط عن "حالة الضرورة"، أما «Duguit» فهو يتحدث عن "لوائح الضرورة". بينما «R. Hoerni» فهو يتحدث عن "حالة الضرورة" وعن "حق الضرورة"، في حين تحدث «George Lamarque» عن "نظرية الضرورة".

[2]- استعملت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية مصطلح الظروف الاستثنائية في المادة 1/04 وهو: "...أوقات الطوارئ العامة التي تهدد حياة الأمة بالخطر..."، وتكلمت المادة 1/15 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، "...حالة الحرب، أو الخطر العام الذي يهدد حياة الأمة..". أما المادة 1/27 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان "...زمن الحرب أو حالة الخطر العام، أو أي ظروف أخرى تشكل تهديدا لأمن واستقلال الدولة...".

الفرع الأول

تبني الدستور والتشريع تنظيم حالة الضرورة

إن الاضطرابات الخطيرة التي سادت الدول الديمقراطية الحديثة، وأدت نسبيا وبشكل دائم إلى تغيير المسار الوضعي لمؤسساتها الدستورية، هي التي جعلتها تتبنى فكرة الضرورة، والاهتمام بها من خلال إدراجها في نظامها القانوني، مبينة طرق وأساليب مواجهتها، إما بصفة مسبقة على قيام تلك الظروف، بقصد وضع خطة محكمة لدرئها، وإما بموجب نصوص قانونية لاحقة تعاصر حدوثها، بهدف وضع حد لها بصفة مباشرة، أو من أجل وضع حدود لنطاق المشروعية الاستثنائية، التي يتعين على الإدارة مراعاتها خلال تلك الظروف.

فشكلت بذلك حالة الضرورة أو نظرية الضرورة (الظروف الاستثنائية) في الوقت الحالي جزءً لا يتجزأ من الأنظمة القانونية، إذ يصعب على أي نظام ديمقراطي أن يواجه أعباء ومشاكل السلطة دون الاستعانة بهذه النظرية، باعتبارها آلية قانونية استثنائية تبيح للسلطة التنفيذية التصدي لما يطرأ على الساحة من حوادث وظروف غير عادية، تعجز الوسائل التقليدية عن مواجهتها[1]، بحيث تخول للسلطة التنفيذية حق التوسع في سلطاتها، بهدف حماية الدولة ومؤسساتها الدستورية.

ومن جهته يحرص المشرع على أن يحدد شروط استخدام الإدارة للسلطات الجديدة التي تتضمنها الحلول التشريعية للظروف الاستثنائية، فيفرض بعض القيود في هذا الشأن التي تلتزم الحكومة بمراعاتها.

غير أن الحلول التشريعية ليست واحدة متماثلة في جميع الدول، إذ أن كل دولة تتخير الحلول التي ترى أنها أكثر ملاءمة لمواجهة هذه الظروف[2].

وانطلاقا من هذه القيمة العملية لتلك النظرية، لم يكن مستغربا أن تقرّها معظم الأنظمة الدستورية المعاصرة، ومن بينها فرنسا[3]، التي يشهد تاريخها الدستوري بوجود محاولات سابقة لتنظيم حالة الضرورة، من أبرزها المادة 92 من دستور السنة الثامنة الصادر في 13 ديسمبر 1799[4]، والمادة 14 من دستور سنة 1814.

---

[1]- محمد أحمد عبد النعيم، **شرط الضرورة أمام القضاء الإداري**، (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص ص. 12-13.

[2]- أحمد مدحت علي، **نظرية الظروف الاستثنائية**، (سيادة القانون، حالة الضرورة، القوانين الاستثنائية)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص. 34.

[3]- إيهاب طارق عبد العظيم، **علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية**، (دراسة تحليلية مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري)، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، 2005، ص. 46.

[4]- جاء في نص المادة 92 على أنه في حالة الثورة المسلحة أو الاضطرابات التي تهدد أمن الدولة فإنه يمكن بقانون أن يوقف سريان الدستور في الأماكن والمدن التى يحددها هذا القانون. ويمكن أن يعلن هذا الوقف بواسطة الحكومة إذا كانت الهيئة التشريعية فى إجازة بشرط أن تدعى الهيئة للاجتماع في أقرب وقت ممكن وأن ترد هذه الدعوى في القرار نفسه الذي أوقفت فيه سريان الدستور لعرض الأمر عليه.

وقد طبقت فرنسا نظم مجابهة الظروف الاستثنائية استنادا إلى ما حوته دساتيرها المتعاقبة من إقرارها لتلك النظم، بداية من قانون الأحكام العرفية الصادر في 09 أوت 1849، الذي يرخص باعلان الأحكام العرفية في حالة قيام حالة خطر عاجل نشأ عن حرب خارجية أو ثورة مسلحة، وينص هذا القانون على سلطات استثنائية تمارسها الحكومة في ظل الأحكام العرفية المعلنة، كما طبقت فرنسا نظم مجابهة الظروف الاستثنائية أيضا غداة الحرب العالمية الثانية فيما بين عامي (1939-1945) وكذا قانون 11 جويلية 1938 لإعداد الأمة في حالة الحرب. وفضلا عن هذا التشريع، فقد أصدر المشرع الفرنسي في 3 أفريل 1955 قانون حالة الطوارئ، الذي يخول الحكومة سلطة اعلان هذه الحالة متى وجد خطر عاجل نتج عن تعرض النظام العام لاعتداء جسيم، أو في حالة حدوث وقائع لها بحكم خطورتها طابع الكوارث العامة.

غير أن دستور الجمهورية الخامسة الصادر في 4 أكتوبر 1958 يعد بلا شك البداية الفعلية والجادة المنظمة لحالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، وذلك من خلال نص المادة 16 منه[1]، التي خولت رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ كافة الإجراءات الاستثنائية التي يرى أنها كفيلة بإعادة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية[2]، وسنتعرض لمنطوق هذه المادة وأبعادها بشيء من التفصيل لاحقا من خلال هذه الدراسة.

أما النظام الدستوري الجزائري فقد شهد، من خلال دساتيره المتعاقبة بدءًا من دستور 1963 إلى غاية الدستور الحالي 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، نصوصا دستورية توضح الحالات التي تضطر فيها السلطة التنفيذية إلى الإعلان عن حالة الضرورة، وقد تنوعت النصوص بحسب درجة خطورة الظرف الاستثنائي، حيث تمثلت هذه الحالات في: حالة الطوارئ والحصار التي تكلمت عنهما المادتين 105 و 106 من التعديل الدستوري 01/16، الحالة الاستثنائية التي نصت عليها المادة 107 من التعديل الدستوري 01/16، وأخطرها حالة الحرب التي تناولتها المواد: 109، 110، و111 من التعديل الدستوري 01/16، حيث بيّنت كل تلك النصوص الدستورية أحكام كل حالة وشروطها، كما سنوضحه لاحقا من خلال هذه الدراسة.

غير أن ما يلاحظ من خلال قراءتنا لهذه النصوص، أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يستعمل مصطلح الظروف الاستثنائية، وإنما استعمل مصطلح "الضرورة"، ففي سياق حديثه عن حالتي الحصار والطوارئ، في المادة 105 من الدستور، استعمل عبارة "إذا دعت الضرورة الملحة". وهو أيضا المصطلح الذي اعتمده الدستور الفرنسي.

لكن على الرغم من أن المادة 92 من دستور 1996 أو المادة 106 من التعديل الدستوري 01/16، أشارت إلى أن حالتي الحصار والطوارئ يتم تنظيمهما بموجب قوانين عضوية، إلا أن التطبيق الفعلي لهذا

---

[1]- محمد أحمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص. 13.

[2]- أما المادة 38 من دستور 1958 فإنها ترخص للحكومة في أن تلجأ إلى البرلمان، تطلب منه تفويضها في اصدار أوامر في موضوعات يختص بها المشرع أصلا، وذلك بقصد القضاء على ما قد يواجهها من أزمات.

النص لم يتم يجسيده واقعيا لحد الآن، وهو ما جعلنا نلجأ إلى المراسيم الرئاسية والتنفيذية المنظمة للحالتين لأجل دراستها وتحليلها، كما سنوضحه لاحقا عند تطرقنا لصور حالة الضرورة في الدستور الجزائري.

الفرع الثاني

التعريف القضائي لحالة الضرورة

إذا كانت التشريعات الدستورية لمختلف الدول لم تهتم بإعطاء تعريف واضح ودقيق لحالة الضرورة[1]، نظرا لاختلاف شروطها ومبرراتها من دستور إلى آخر، ومن تشريع إلى آخر. فقد كان للقضاء الإداري الفرنسي دوره البارز في بلورة هذه الحالة والإفصاح عن مضمونها وأبعادها، من خلال تسميتها بنظرية الظروف الاستثنائية، والذي يفتخر مجلس الدولة الفرنسي بأنه هو من خلقها وأصلها[2]، لكنه لم يتمكن من وضع تعريف محدد للنظرية ولا معيار عام لها، والسبب في ذلك –كما أشار إليه مفوض الحكومة «Letourneur» في تقريره حول قضية «Laugier»– يتمثل في أن الظروف الاستثنائية هي فكرة غير واضحة، لا يمكن تعريفها، وهي تختلف باختلاف الحالات [3].

ويذكر الفقيه «Waline» أن تعبير الظروف الاستثنائية استعمله مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة في أول فبراير 1901[4].

واستنادا لما قرره القضاء الإداري الفرنسي من أحكام، تصبح نظرية الظروف الاستثنائية بالنسبة للقانون الإداري نظرية قضائية، وجدت لأجل سد العجز في القوانين، فقد أضفى القضاء الإداري على القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدرها الإدارة في الظروف غير العادية صفة المشروعية، إذا ثبتت أنها ضرورية لحماية النظام العام، أو تأمين سير المرافق العامة، وهكذا تتحلل الإدارة مؤقتا من قيود المشروعية العادية، وتتمتع باختصاص واسع لم يرد به نص تشريعي[5]، ولكن بشرط أن تكون تلك الأعمال

---

[1]- وهذا خلافا لمفهوم الضرورة في الشريعة الإسلامية التي عرفت بتعريفات عديدة، حيث هناك من عرفها على أنها الحالة الاضطرارية لتناول الممنوع شرعا. وعرفها السيوطي بقوله: "بلوغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك". وقد عرفت في المذهب الحنفي بأنها: "خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل"، أما في المذهب المالكي فعرفت بأنها: "الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا". أما الحنابلة فعرفوها بقولهم: "خوف الإنسان التلف إن لم يأكل المحرم غير السم".
فالضرورة أن يتعرض الإنسان لظروف تصيره إلى حد لا يعلم أو يظن أو يخاف أنه إن لم يتناول المحرم غير السم هلك أو قارب الهلاك، بمعنى أن يهلك جميعه أو يهلك بعضه أو قارب الهلاك أي منهما. أنظر: محمد بن حسين الجيزاني، **حقيقة الضرورة الشرعية**، موقع الفقه الإسلامي للنشر والتوزيع، المدينة المنورة، د.س.ن، ص.05.

[2]- استعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة الظروف الاستثنائية مميزا بين الظروف الاستثنائية التي تنشأ بسبب الحرب والتي أطلق عليها تسمية "نظرية سلطات الحرب"، وبين غيرها من الظروف الأخرى، والتي أطلق عليها عبارة الظروف الاستثنائية.

[3]- جاء في هذا التقرير:
«Circonstance exceptionnelles : Idée imprécise, qui ne saurait être définie, et varie avec chaque espèce».
أنظر: C.E, 16 avril 1948, Laugier, S., 1948, III, p.37.

[4]- يقول الفقيه «WALINE»:
«C'est même à ce propos que l'expression (Circonstances Exceptionnelles) a été employée pour la première fois par le conseil d'Etat le 1er février 1901».
نقلا عن: نجاة تميمي، **حالة الظروف الاستثنائية و تطبيقاتها في الدستور الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص. 8.

[5]- سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، (دراسة مقارنة)، ط 4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص ص.118-122.

والتصرفات التي تصدرها السلطة الإدارية، بالقدر الذي تحتاجه لمواجهة تلك الظروف الفجائية أو الحالات الشاذة، وأن تخضع لرقابة القضاء الإداري[1].

كما تصدى أيضا القضاء الإداري المصري من خلال أحكامه لتعريف حالة الضرورة، فعرفتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في إحدى أحكامها بقولها: (للحكومة في حالة الضرورة اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالفت بذلك القانون بمدلوله اللفظي مادامت تبغي الصالح العام، والقيود التي تخضع لها هذه السلطة هي قيام حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وأن يكون تصرف الحكومة لازما بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الحالة، وأن يكون رائد الحكومة ابتغاء المصلحة العامة وخضوع هذه التصرفات لرقابة القضاء...)[2].

أما القضاء الإداري الجزائري فإنه لم يعرف النظرية، بل أشار إليها فقط، وهو ما يستشف من القضية التي فصلت فيها الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (سابقا) بتاريخ 1967/01/20 بين الصندوق المركزي لإعادة تأمين التعاضديات الفلاحية (C.C.R.M.A) ووزارة الفلاحة والإصلاح الزراعي[3]، إذ أكد القاضي في هذا القرار بأن الظروف الاستثنائية من ذات مصدر قضائي، واعتبر أن هذه النظرية لم يكن لها مجال للتطبيق سوى بالنسبة للقرارات الصادرة خلال الحرب العالمية الأولى[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الفضل في تحديد مفهوم حالة الضرورة في إطار القضاء الدولي، يرجع إلى اللجنة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، عند تعرضهما لمشكلات تطبيق الدول الأطراف للمادة

---

[1]- نورمان فالح الظفيري، **الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة في النظم المعاصرة مع دراسة خاصة عن الكويت**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص.97، أنظر أيضا: إبراهيم درويش، " نظرية الظروف الاستثنائية"، **مجلة إدارة قضايا الحكومة**، السنة 10، العدد 4، أكتوبر وديسمبر 1966، ص.138.

[2]- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشرة سنوات 1955-1965.

[3]- تتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ 1963/10/16 قام وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي بإصدار قرار يقضي بحل مجلس إدارة الصندوق المركزي لإعادة تامين التعاضدية الفلاحية، ووضع الصندوق تحت تصرف الدولة. ولتبرير هذا القرار استند الوزير على المادة 09 من مرسوم 1963/05/9 التي تنص على أن الدولة الجزائرية بإمكانها أن تضع تحت حمايتها الأموال العقارية والمحال التجارية... التي تشكل طريقة تسييرها أو استغلالها مساسا، أو من شانها المساس بالنظام العام والأمن الاجتماعي. على أن هذا الإجراء لا يتخذه إلا الوالي وذلك بعد القيام بتحقيق. كما استند القرار على مرسوم 1963/10/01 الذي اعتبر أموالا للدولة المستثمرات الفلاحية المملوكة للأشخاص الطبيعية أو المعنوية ذات الجنسية الأجنبية، وهذه يجب أن تؤمم. وكذا على مرسوم 1938/06/14 الذي أعيد تطبيقه في الجزائر بعد استقلالها، وذلك بمقتضى قانون 1962/12/31 وجعل هذا المرسوم تعاضديات التامين وإعادة التامين تحت سلطة وزير العدل.

وبالإضافة إلى ذلك، اعتبر الوزير أن القرار الذي اتخذه يعد من أعمال السيادة لأنه اتخذ في الظروف الاستثنائية.

وبعد أن قام الصندوق المركزي بالطعن في هذا القرار بدعوى الإلغاء أمام المجلس الأعلى، قام هذا الأخير بإلغاء قرار الوزير. أنظر:

C.S, 20 Janvier 1967, C.C.R.M.A., c/ Ministre de l'agriculture et de la réforme agraire, **R.A.J.A.**, BOUCHAHDA (H.), (R.) KHELLOUFI, O.P.U., 1985, pp.18 et s.

[4]- جاء في حيثيات هذا القرار:

« Attendu que la théorie… des circonstances exceptionnelles (est une) création empirique de la jurisprudence.

Attendu que la théorie de circonstances exceptionnelles n'a eu pour champ d'application que les décisions administratives prises notamment en temps de guerre, sans que les prescriptions de loi eussent été respectées, la situation du moment empêchant de le faire.

Attendu que cette constatation ne les soustrait d'ailleurs point au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, qu'elle permet seulement de couvrir les nullités que l'on viendrait a tirer de l'inobservation des règles prescrites pour leur validité dans les conditions normales… ».

15 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[1]، وذلك من خلال القضايا التي تطرقت إليهم، ومنها قضية "لوليس" (Lawless) ضد ايرلندا، والتي افتتحت إجراءاتها بشكوى فردية[2]، حددت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، من خلال القرار الذي صدر في هذه القضية سنة 1960، والذي أيدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في سنة 1961، المقصود من الظروف الاستثنائية على أنها: "أزمة أو موقف استثنائي خطير، يؤثر على مجموع شعب الدولة، ويشكل تهديدا لحياة المجتمع فيها". واعتبرت أن الوسيلة الأفضل لتقييم ضرورة التدابير الاستثنائية، تتجلى في معيار ثلاثي الأبعاد هو:

(أ)- كون التدابير المتخذة من طبيعتها المساهمة في حل مشكلة خاصة تعتبر جزءًا مهما من الحالة الاستثنائية التي تمر بها البلاد.

(ب)- وأن يكون حل هذه المشكلة لا يتحقق بالتدابير العادية التي تتفق مع القواعد الدولية التي لا تجوز مخالفتها.

(ج)- أن يكون من المتعذر حل هذه المشكلة بتدابير استثنائية أخرى لها نتائج أقل تأثير على حقوق الإنسان[3].

غير أن التعريف تبلور فيما بعد، عند تعرض اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان لقضية الطعون الإسكندنافية ضد اليونان، حيث عرّفت اللجنة الظروف الاستثنائية بأنها: "أزمة أو موقف استثنائي خطير حال أو وشيك الوقوع، يؤثر على مجموع شعب الدولة، ومن شأنه أن يشكل تهديدا للمجتمع لها"[4].

---

[1]- تم التوقيع على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في روما سنة 1950، حيث تنص المادة 15 منها، والتي تقابلها المادة 4 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة 27 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، على أنه: "في وقت الحرب أو الطوارئ العامة الأخرى التي تهدد حياة الأمة، يجوز لأي طرف سام متعاقد أن يتخذ تدابير تخالف التزاماته الموضحة بالاتفاقية في أضيق حدود تحتمها مقتضيات الحال، وبشرط ألا تتعارض هذه التدابير مع التزاماته الأخرى في إطار القانون الدولي...".
"... على كل طرف سام متعاقد يستخدم حق المخالفة سالف الذكر أن يُخطر السكرتير العام لمجلس أوروبا بمعلومات كاملة عن التدابير التي اتخذها والأسباب التي دعت إليها.
كما يُخطر السكرتير العام لمجلس أوروبا أيضا عند وقف هذه التدابير واستئناف التنفيذ الكامل لأحكام المعاهدة".

[2]- هي القضية التي أقامها لوليس ضد الحكومة الايرلندية ادعى فيها الشاكي أنه تم القبض عليه واعتقاله وحرمانه من حقوقه التي كفلتها له الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي منها الحق في الحرية والأمان الشخصيين والحق في محاكمة عادلة، بيد أن الدولة بررت ما اتخذته من إجراءات على أساس وجود حالة الطوارئ وكذلك دفعت بأن المتهم كان متورطا في أنشطة الجيش الجمهوري الايرلندي الهدامة، وبالتالي لا يجوز له التمسك بالحقوق التي تضمنتها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان استنادا إلى المادة 17 من الاتفاقية الذكورة التي تهدف إلى منع الجماعات الشمولية من استغلال الحقوق والحريات التي نكفلها الاتفاقية لتحقيق أهدافها الهدامة. أنظر: عبد الرحيم محمد الكاشف، **الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.190.
ومن القضايا الأخرى التي عرضت على اللجنة الدولية المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تم فيها تحديد المقصود بالظرف الاستثنائية قضية إيرلندا ضد المملكة المتحدة (1978/1976)، وقضية قبرص عام 1956، ولمعرفة المزيد عن هذه القضية. أنظر: سعيد فهيم خليل، **الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية**، (دراسة على ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان)، الشركة المصرية للنشر والإعلام، إيباك، القاهرة، 1998، ص.52 وما بعدها؛ أنظر أيضا: محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، **ضمانات الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري الداخلي**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص .41.

[3]- وتطبيقا لهذه المبادئ، قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشرعية القرارات الإدارية باعتقال المشتبه في اشتراكهم في أعمال إرهابية. أنظر: أحمد فتحي سرور، **الحماية الدستورية للحقوق والحريات**، ط 1، دار الشروق، بيروت، 1999، ص. 786.

[4]- لقد ارتأت اللجنة أن الظروف الاستثنائية بالمعنى المقصود في نص المادة 1/15 من الاتفاقية يجب أن تتوفر على العناصر الآتية:
1- وجود أزمة أو موقف استثنائي خطير، حال أو وشيك الوقوع.
2- أن تؤثر على مجموع شعب الدولة،
3- أن تهدد استمرار الحياة العادية وإيقاعها المنتظم داخل المجتمع، الذي تتكون منه الدولة،
4- ألا يكفي في مواجهتها تطبيق الإجراءات أو القيود العادية، للمحافظة على السلامة العامة أو الصحة العامة أو النظام العام. أنظر: سعيد فهيم خليل، المرجع نفسه، ص ص. 51-54 .

الفرع الثالث

التعريف الفقهي لحالة الضرورة

حظيت حالة الضرورة من الناحية الفقهية، باهتمام كبير لدى رجال فقه القانون العام، حيث جاءت محاولات فقهية عديدة لوضع تعريف اصطلاحي لحالة الضرورة، أو كما اصطلح على تسميتها في القضاء والفقه الإداري بنظرية الظروف الاستثنائية، إلا أن الأمر لم يكن سهلا، حيث أن كثرة الأفكار وتدفقها حول فكرة الضرورة أدت إلى تنوع كبير في المفاهيم، أفقد مفهوم حالة الضرورة جزءا من معناه، بسبب تطبيقه على حالات عديدة. وقد عبر العميد "فيدل" «Vedel» والأستاذ "دلفولف" «Delvolve» عن ذلك بقولهما: "إنه من الصعب إعطاء تعريف جامع لهذه النظرية، لأنها تتعلق في أكثر من الأحيان بظرف أو مسألة خاصة".

وعليه سنحاول أن نميز في هذه الجزئية بين محاولات الفقه الإداري لتحديد معنى حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، وبين ما تطرق إليه الفقه الدستوري، مع الاشارة أيضا لموقف القضاء والفقه الدولي من هذه الحالة، على النحو التالي:

أولا: تعريف الفقه الإداري لحالة الضرورة (الظروف الاستثنائية)

بالرغم من المحاولات الفقهية العديدة لتعريف حالة الضرورة، من أجل وضع حدود للآثار السلبية التي تنعكس على الحقوق والحريات العامة للأفراد، إلا أنها عجزت عن وضع تعريف دقيق لها.

وقد فسّر البعض عدم وضع تعريف دقيق لهذه الظروف، إلى أن فكرة الظروف الاستثنائية فكرة واسعة ومرنة قابلة للتغيير بحسب طبيعة الظرف، وبأن هذا الإخفاق في التعريف، يهدف لعدم وصف الإدارة بالتعسف وانتهاكها لحقوق وحريات الأفراد، إذا ما تجاوزت حدود ذلك التعريف.

كما اعتبروا أن عدم تعريفها من قبل القاضي الإداري هو لمحاولة جعله المحدد الوحيد للظرف الاستثنائي، حسب سلطته التقديرية، فلو قام بوضع تعريف دقيق لها لتقيد به، مما سيؤثر ذلك على قضائه في المستقبل، ويؤدي ذلك إلى إعاقة تطوره، خاصة وأن الظروف الاستثنائية هي فكرة واسعة ومرنة[1] ومتغيرة، فالواقعة لا تعد ظرفا استثنائيا إلا في ضوء ما يحيط بها من ظروف زمنية ومكانية. فما يمكن اعتباره ظرفا استثنائيا في أحوال معينة قد لا يكون كذلك في أحوال أخرى[2]، فالمسألة هنا هي مسألة وقائع.

ومن بين المحاولات التي جاء بها الفقه الإداري لأجل صياغة تعريف لهذه النظرية، نذكر منها ما يلي:

---

[1]- حمزة نقاش، **الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2010، ص.8.

[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص.87.

– تعريف الفقيه «Vedel»، والذي عرفها على أنها: "وضعية غير عادية وخطيرة، تحتم ضرورة التدخل السريع لأجل الحفاظ على المصلحة العامة لعجز القواعد العادية عن معالجتها".

– أما الأستاذ «De Laubadère» فقد اعتبر النظرية بناء قانونيا وضعه مجلس الدولة، ويقصد بها اعتبار بعض الأعمال الإدارية غير المشروعة في الظروف العادية، مشروعة في بعض الظروف التي تشكل خطرا على الدولة.

وبالتالي أطلق على هذه الأعمال بأنها ذات مشروعية استثنائية تتسع من خلالها سلطات الإدارة[1].

– في حين اعتبر الأستاذين «Waline» و «River» أن الظروف الاستثنائية هي عبارة عن حالات مادية ذات أثر مزدوج، فهي تؤدي من جهة إلى توقيف سلطة القواعد العادية تجاه الإدارة، كما أنها تؤدي من جهة أخرى إلى تطبيق شرعية خاصة يحدد القاضي متطلباتها على تلك الأعمال[2].

وهناك من الفقه العربي من عرف حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية بأنها: "تلك الأزمات أو الحالات التي قد تلم بالدولة وبأمنها، مما قد يستدعي الخروج على قواعد المشروعية المقررة للظروف العادية"[3].

أو أنها تعني بشكل عام، مجموعة من الحالات الواقعية التي تؤدي إلى تعطيل سلطات القواعد القانونية العادية في مواجهة الإدارة، وتحريك قواعد المشروعية الخاصة (الاستثنائية) لتطبيقها على أعمال الإدارة ونشاطها في هذه الحالات التي يترك أمر تحديدها للقضاء[4].

أو أن الظروف الاستثنائية هي عبارة عن وضعية غير عادية تضطر فيها الإدارة إلى الخروج عن قواعد المشروعية العادية، حماية للمصلحة العامة من الخطر الذي سيصيبها، ذلك أن التزام احترام القواعد العادية في تلك الظروف يؤدي إلى تعريض المصلحة العامة للخطر.

كما عرفت أيضا بأنها: "نظرية قضائية تستطيع السلطة الإدارية بموجبها أن تنجز أعمالا وتصرفات غير قانونية لا تستطيع القيام بها في الظروف العادية، وإنما يجب على هذه السلطة أن تحرص على عدم الاستعانة بالوسائل غير القانونية إلا في أضيق الحدود وإلا اعتبرت أعمالا غير مشروعة"[5].

---

[1]- أنظر:
(André) DE LAUBADERE, ***Traité élémentaire de droit administratif***, 7eme éd., L.G.D.J., Paris, 1976, p.76.

[2]- أنظر: (Jean) RIVERO, (Marcel) WALINE, ***Droit administratif***, 14ème éd., Dalloz, Paris, 1999, p.75.

[3]- أنور عارف سمار، **القرارات الإدارية المنعدمة في القضاء الإداري الأردني**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1993، ص.104. أنظر أيضا: يحي الجمل، **القانون الدستوري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص. 68.

[4]- على خطار شطناوي، **القضاء الإداري الأردني**، (قضاء الإلغاء)، الكتاب الأول، ط 1، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، 1995، ص.14.

[5]- نورمان فالح الظفيري، المرجع السابق، ص .371.

ثانيا: تعريف الفقه الدستوري والدولي لحالة الضرورة

(1)- تعريف الفقه الدستوري لحالة الضرورة: تميز تعريف حالة الضرورة في إطار الفقه الدستوري تعريفات متعددة، حيث عُرّفت بأنها: "الحالة التي تعلن بصفة مؤقتة، استنادا إلى خطر داهم يحدق بالوطن، فتخلع صفة المشروعية على أعمال السلطة التنفيذية التي تمليها الظروف الاستثنائية، ولو انتفت عنها هذه الصفة في الظروف العادية. مع وجوب ألا تتجاوز هذه الأعمال القدر الذي تستلزمه الظروف المذكورة، وأن تلتزم السلطة التنفيذية بعدم مخالفة أحكام القوانين الاستثنائية الصادرة لمواجهة الظرف الطارئ"[1].

كما تعرّف أيضا بأنها: "نظام قانوني يتقرر بمقتضى قوانين دستورية لحماية المصالح الوطنية، ولا يلجأ إليه إلا بصفة استثنائية ومؤقتة لمواجهة الظروف الطارئة"[2]. أو بأنها: "تلك الظروف الشاذة التي تهدد السلامة العامة والأمن العام والنظام في البلاد، وتعرض كيان الأمة للزوال"[3]. أو أنها: "حالة ناجمة عن خطر داهم يهدد البلاد، يؤدي إلى تعطيل كافة مؤسسات الدولة، سواء كان الخطر قادم من الخارج، أو نتيجة اضطرابات داخلية، أو عصيان مسلح، أو أزمة تحل بالبلاد، أو ثورة داخلية، أو كارثة طبيعية[4]، فيسمح خلالها للسلطة التنفيذية اتخاذ إجراءات استثنائية لا تدخل ضمن اختصاصاتها العادية، وهذا لضمان بقاء واستمرارية الدولة، ومؤسساتها، واستتباب الوضع، وحفظ النظام العام والحريات العامة في إطار شرعي، طبقا لما يقتضيه الدستور".

ويرى الدكتور "يحي الجمل" أن حالة الضرورة في نطاق القانون الدستوري، توجد كلما وجدت الدولة في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطارا معينة، سواء كان مصدرها داخليا أو خارجيا، إلا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية، التي لا يمكن تجاوزها في الأوضاع العادية. كما يعتبر أن القانون الدستوري يستأثر بفكرة حالة الضرورة دون نظرية الظروف الاستثنائية، التي أرجعها إلى إطار القانون الإداري[5].

وعليه، فإن حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية تتمثل في حادث أو حوادث تقع في الدولة أو تكون على وشك الوقوع، ويتعذر معه مواجهة هذا الحادث أو الحوادث بالقواعد القانونية العادية التي يعمل بها لمواجهة الظروف والحوادث العادية[6].

---

[1]- بكر قباني، **دراسة في القانون الدستوري**، دار النهضة العربية، القاهرة، د،س.ن، ص.78.
[2]- حقي إسماعيل بربوتي، **الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1981، ص.25.
[3]- محمد حسن دخيل، **الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية**، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.46.
[4]- بكر قباني، **القانون الإداري**، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص.05.
[5]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة**، (دراسة مقارنة)، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 16.
[6]- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.323.

(2)- تعريف الفقه الدولي لحالة الضرورة: أما في إطار فقه القانون الدولي[1]، فقد عرّف بعض فقهائه حالة الضرورة بأنها: "الحالة التي تكون فيها الدولة مهددة بخطر جسيم حال أو على وشك الوقوع، يعرض بقاءها للخطر[2]، دون أن يكون للدولة دخل في نشوء ذلك الخطر، ولا يمكن دفعه إلا بإهدار مصالح أجنبية محمية بمقتضى القانون الدولي"[3].

وعرفها الفقيه "أنزيلوتي" «Anzilotti» بأنها: "الوضعية التي تكون فيها الدولة مدفوعة من طرف خطر كبير يحرمها من حرية الاختيار، فتقوم بعمل ضار لدولة أخرى حتى تنجو من هذا الخطر، أو بمعنى آخر أنها الحالة التي يستحيل فيها التصرف بوسيلة أخرى غير مخالفة للقانون"[4].

لكن الأستاذ "دي فيسشير" «De Visscher» وجه نقدا مفاده، أن هذا التعريف يعتبر تعريفا للقوة القاهرة وليس تعريفا لحالة الضرورة[5].

وبالتالي، خلص الفقه الدولي إلى أن المقصود بالضرورة أو الظروف الاستثنائية، هي: "تلك الحالات أو الأزمات الخطيرة التي تهدد الدولة في بقائها ككيان قانوني مستقل، أو تهدد أحد مقوماتها الأساسية، كسلامة أو وحدة أراضيها أو أفراد شعبها أو سلطاتها العامة، ويدخل في ذلك أيضا الظروف التي تهدد أو تزعزع السلام الاجتماعي، أو النظام العام داخل الدولة على نحو يعرض أمنها للخطر، سواء أكان هذا الخطر حالا أم وشيك الحدوث".

نستنتج من خلال التعريفات السابقة، أن هناك اختلاف وتباين فقهي في ضبط تعريف دقيق لحالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، ويرجع ذلك إلى كونها -كما سبقت الإشارة إليه- فكرة مرنة ومتغيرة تختلف من حالة إلى أخرى، حسب مكان وزمان وقوعها.

غير أنه بالرغم من تفاوت الفقه في الإحاطة بماهية حالة الضرورة، إلا أن الفقه الإداري والدستوري متفقين على أنها: (حالة أو نظام استثنائي لا يطبق إلا في أوقات الأزمات، وأن صلاحيات الإدارة في ظلة تتسع وتخرج عن قواعد المشروعية العادية لتحكمها مشروعية استثنائية، كما أن نظام حالة الضرورة هو

---

[1]- حاول الفقه التقليدي في القانون الدولي تحديد مفهوم الضرورة وربطها بالمخاطر، التي تعني وجود أحوال غير متوقعة تخول معها تصرفات غير قانونية، ومن بين من حاول وضع مفهوم للضرورة في القانون الدولي أو ما يعرف بالضرورة الحربية، كل من "جروسيوس" والفقيه "بافندوف" و"قاتيل" الذي قال عنها بأنها: "حق يطلق على بعض التصرفات غير المشروعة التي تسوقها الدولة إذا اضطرت إلى ذلك وفاء لالتزاماتها".
«Le droit que la nécessite seule donne à certains actes d'ailleurs illicites, lorsque sans ces actes, il est impossible de satisfaire à une obligation indispensable».

[2]- بن عامر تونسي، **أساس مسؤولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، د.س، ص ص. 467-468.

[3]- محمد محي الدين عوض، "دراسات في القانون الدولي الجنائي"، **مجلة القانون والاقتصاد**، العدد 2، سنة 1965، ص. 673.

[4]- جاء التعريف على النحو التالي:
"Un Etat, contraint par la nécessite a se protéger contre un péril grave et imminent, qu'il n'a pas provoqué volontairement et qu'il ne peut pas éviter autrement, accomplit un acte contraire au droit d'un autre Etat". Cf .Sorensen, "Principes de droit international public", **R.C.A.D.I.**, III, vol. 101, 1960. p.219.

[5]- بن عامر تونسي، المرجع نفسه، ص 468. نقلا عن:
(Ch.) DE VISSCHER, ***théorie et réalité en droit international public***, Paris, 1955, p.335.

نظام قانوني، لأن صلاحيات الإدارة في ظلها تكون خاضعة لرقابة القضاء، الذي عليه أن يراقب مدى توفر الظروف الاستثنائية التي تبرر تلك التصرفات، وعليه فهو نظام غير مطلق بل هو نظام تحكمه حدود وضوابط).

ويبقى اصطلاح حالة الضرورة، حسب الدكتور "مصطفى أحمد فؤاد"، أحسن من اصطلاح نظرية الضرورة، لأن مصطلح نظرية ضيق المعنى، لكونه يتناول نموذجا معينا من الضرورة، أما حالة الضرورة فهو الاصطلاح الأكثر استخداما في العديد من فروع القانون، أي أن الحالة أعم من النظرية، التي يمكن أن تشمل جميع النظريات التي تتصدى لمعالجة الضرورة[1].

المطلب الثاني

خصائص وأركان حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري

باستعراضنا للتعريفات المختلفة لحالة الضرورة في القانون الدستوري والإداري، من الناحية الفقهية والقضائية، توصلنا إلى أنها حالة خاصة، تتميز بخصائص وتقوم على أركان أساسية تميزها عن حالة الضرورة المعروفة في باقي فروع القانون.

لذلك سنحاول من خلال **الفرع الأول** معالجة جملة الخصائص والمميزات التي تنفرد بها حالة الضرورة في كل من القانون الدستوري والقانون الإداري، ونعالج في **الفرع الثاني** الأركان الأساسية التي تقوم عليها حالة الضرورة في القانون الدستوري والإداري، وما إذا كانت تتشابه مع أركان حالة الضرورة في القانون الجنائي والقانون الدولي.

الفرع الأول

الخصائص المميزة لنظام حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري

تتميز الأنظمة الاستثنائية المتخذة في حالة الضرورة، بأن لها طبيعة وخصائص تميزها عن غيرها من الحالات الأخرى التي يعرفها الفقه والقضاء الإداري والدستوري، كحالة الاستعجال وحالة القوة القاهرة. وتتمثل هذه الخصائص الأساسية المميزة لنظام حالة الضرورة في القانون الدستوري والإداري في أنها: **(أولا)** نظام استثنائي، **(ثانيا)** التشريع المسبق لأنظمة حالة الضرورة، وبأنها **(ثالثا)** نظام جوازي بالإضافة إلى خاصية الذاتية أو الاستقلال القاعدي للإجراءات الصادرة في حالة الضرورة **(رابعا)**.

[1]- مصطفى أحمد فؤاد، **فكرة الضرورة في القانون الدولي العام**، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن، ص. 22.

أولا: الطبيعة الاستثنائية والمؤقتة لنظام حالة الضرورة ودور القاضي الإداري في استظهارها

تفترض فكرة الضرورة توافر ظروف لا تحدث غالبا في مجريات الحياة اليومية، لذلك لا بد من أن تكون الإجراءات المتخذة للتصدي لتلك الظروف الاستثنائية ذات طبيعة استثنائية ومؤقت.

فما المقصود بخاصية الاستثنائية والتأقيت التي تمتاز بهما حالة الضرورة؟، وكيف يقوم القاضي الإداري باستظهار خاصية الاستثنائية ؟.

(1)- معنى الطابع الاستثنائي والمؤقت لنظام حالة الضرورة: لا تستمد حالة الضرورة خاصية الاستثنائية من الخطر أو الظرف الواقعي الذي يهدد الدولة ومؤسساتها فقط، بل أن هذه الخاصية يتميز بها أيضا الإجراء المتخذ، بحيث تتسم إجراءات الضرورة بالطابع الاستثنائي، ذلك أن النظام القانوني الاستثنائي الذي تثيره الضرورة يخلق هذه الإجراءات لمواجهة الأحوال الاستثنائية[1].

ويرجع اتصاف الإجراءات بالطابع الاستثنائي إلى أنها تمثل خروجا عن القواعد القانونية العامة السائدة في الظروف العادية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد أن خاصية الاستثنائية لحالة الضرورة ترتبط بالطبيعة المؤقتة للإجراءات الاستثنائية المتخذة من طرف السلطة التنفيذية، بحيث يجب أن يتم إعلانها لفترة محددة، ولا تجاوز الفترة الزمنية التي استدعت إعلانها.

لذلك فإن مبدأ التأقيت يعد قيدا على الدول، ويتعين الالتزام به عند اتخاذ قرار إعلان أحدى حالات الضرورة[2]. ولا يقتصر مبدأ التأقيت على قرار الإعلان بل يمتد ليشمل قرار العمل بأحكامه، حتى لا تتحول حالة الاستثناء إلى قاعدة.

وبالتالي، فإن الطبيعة الاستثنائية لفكرة الضرورة تقتضي بوقف العمل بالقوانين الاستثنائية بزوال الظروف التي استوجبتها، فلا يجوز استمرار سريان النظام الاستثنائي بعد انتهاء الأسباب والمبررات الداعية لإعلانه. وبزوال الظروف الاستثنائية، تعودة المؤسسات الدستورية إلى مباشرة مهامها كالمعتاد، كما كانت في الظروف العادية[3].

وعليه، فإنه ينبغي على الجهاز التنفيذي للدولة أن تُوَجهَ الإجراءات الاستثنائية إلى ضمان عودة السلطات العامة الدستورية، وإلى ممارسة مهامها في أقل مدة ممكنة، فإذا ما تحققت عودة الحياة الدستورية الطبيعية فإن استمرار ممارسة سلطات الأزمة يفقد غايته، ومن ثمّ يعد استخدام هذه السلطات -بعد ذلك- أمرا غير مشروع، وهو ما أكدت عليه المادة 16 من الدستور الفرنسي.

---

[1]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية**، المرجع السابق، ص.28.

[2]- لقد اقترحت اللجنة الدولية لخبراء القانون الدولي ضرورة أن يتضمن دستور كل دولة النص على أن قرار إعلان حالة الطوارئ، يصبح تلقائيا غير نافذ، بعد انقضاء مدة زمنية محددة ينص عليها فيه، وقد رأت اللجنة أن أقصى مدة للطوارئ يجب ألا تزيد عن ستة (06) أشهر ما لم يطلب تجديدها لمدة زمنية أخرى. كما انتهى الرأي في مجمع القانون الدولي المنعقد في باريس 1984 على تأكيد مبدأ التأقيت في حالتي الإعلان والمد.

[3]- سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص. 183.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه ينبغي على الإدارة أن تطبق القانون الاستثنائي بالقدر اللازم لمواجهة الظروف التي أوجدته، دون المبالغة أو التعسف، بشكل يمكن معه بتجاوز الإجراءات الضبطية الاستثنائية هدفها المنشود[1].

وعليه، فإنه يتعين على سلطات الدولة، بمجرد انتهاء الظرف الاستثنائي، العودة فورا إلى تطبيق القوانين العادية، ورفع كل القيود والإجراءات الاستثنائية المفروضة على حقوق الأفراد وحرياتهم، بناء على قرار إعلان إحدى حالات الضرورة.

غير أن ما يلاحظ على الدول التي تلجأ إلى تطبيق حالات الظروف الاستثنائية على ترابها، تتعسف سلطاتها التنفيذية في ممارستها لهذا الحق، فقد طبقت القوانين والتشريعات الاستثنائية فترة طويلة من الزمن رغم زوال الأسباب الداعية إليها.

(2)- دور القاضي الإداري في استظهار خاصية الاستثنائية: تبرز خاصية الاستثنائية في تطبيق الأحكام الاستثنائية، والامتناع عن تطبيق النظام القانوني العادي، فوجودها شرط لتطبيق النظام القانوني الاستثنائي، ولعل هذا ما دعا البعض إلى القول بأن عمل الضرورة هو عمل شرطي « Acte conditionnelle »[2]، إذ من العسير وضع معيار فاصل لتحديد ماهية الظرف الاستثنائي، لذلك فإن للقاضي الإداري دور كبير في تحديد المصلحة المحمية قانونا، وله سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال.

ولأجل استظهار خاصية الاستثنائية، يقوم القاضي الإداري بالمراحل التالية:

1- يقوم بتحديد المصلحة التي تبرز تطبيق القواعد الاستثنائية.

2- يقوم بالإجابة على هذا التساؤل: هل تعتبر القواعد العادية غير ملائمة لظروف الواقع المطروح؟.

3- تحديد الوضع الاستثنائي الذي يخالف الوضع العادي وتطبيقه باعتباره لازما حتما لملاءمة ظروف الواقع وطبيعته ومداه، أي تقريره بأن الظرف هو استثنائي.

وبالتالي، فإن مرور القاضي بتلك المراحل الثلاث يعود، حسب الفقيه "نيزار" «Nizard»، إلى أساس وظيفي، فمن وظيفته استخلاص الظروف الاستثنائية فيما يعرض عليه من وقائع، مما يعني أن القاضي له دور منشئ وخلاق في إظهار نظرية الضرورة (الظروف الاستثنائية) والاعتراف بوجودها[3].

---

[1]- مالك هاني عبد الرحمن خريسات، **سلطات الضبط في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة في التشريع الأردني**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006، ص. 214.

[2]- يقول JOUANDET:

« Le pouvoir de crise institutionnel relève de la catégorie des actes conditions, c'est-à-dire de ces situations juridiques dont la mise en vigueur requiert l'intervention d'une décision spéciale ». JOUANDET, ***les régimes des crises***, thèse, Paris, 1969, p.191.

[3]- أنظر:

(Lucien) NIZARD, ***La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité***, thèse de doctorat, droit, L.G.D.J., Paris, édition 1962, pp.127-129.

وعليه، فقد أكد القضاء الإداري في مصر الخاصية الاستثنائية لنظام حالة الضرورة، بقوله: "إن نظام الطوارئ أو نظام الأحكام العرفية ليس نظاما طبيعيا، وإنما هو نظام استثنائي يجد مبرره فيما يعترض حياة الدول من ظروف وأحداث".

وهو أيضا ما أكدته محكمة العدل العليا الأردنية، التي جاء في إحدى أحكامها: "بأن قانون الدفاع هو قانون استثنائي يقتضي تطبيقه بحذر على أضيق نطاق على الوقائع، التي يشك في أنها تعرض أمن الدولة أو السلامة العامة للخطر".

ثانيا: خاصية التشريع المسبق لنظام حالة الضرورة

إن الحلول التشريعية لحالة الضرورة ليست واحدة ومتماثلة في جميع الدول، إذ أن كل دولة تتخذ الحلول التي تراها ملائمة لمواجهة هذه الظروف، ويمكن أن نميز في هذا الشأن بين اتجاهين أو أسلوبين:

– الأول هو الاتجاه الأنجلوسكسوني الذي لا ينظم سلفا حالة الطوارئ بقانون، ولكنه يجيز كلما دعت الضرورة للسلطة التنفيذية في أن تلجأ إلى البرلمان لتستصدر منه قانون لتلك الظروف، ويتكفل هذا القانون بأن يحدد حالة الضرورة وحالات الطوارئ التي يسري عليها مفعولها، كما يبين حدود اختصاصات السلطة التنفيذية بمناسبتها[1].

غير أن هذا الأسلوب يعاب عليه أنه يقف حجر عثرة في طريق السلطة التنفيذية، ويجعلها عاجزة عن مواجهة الظروف الاستثنائية، التي غالبا ما تحدث بطريقة مفاجئة لا تحتمل التأخير أو الانتظار لحين الالتجاء إلى البرلمان ومناقشتها، وإصدار قانون لمواجهتها.

– أما الثاني فهو أسلوب التنظيم المسبق لحالة الضرورة، حيث جرى العمل على أنه عندما يتوقع المشرع ظرفا استثنائيا معينا أو جملة ظروف استثنائية، فإنه يبادر إلى وضع التنظيمات الملائمة لمواجهتها والتي تعد بمثابة حلول تشريعية لها[2].

ومما لا شك فيه أن هذا الأسلوب يقطع الطريق أمام السلطة التنفيذية إذا ما أرادت التذرع بظروف غير جدية لفرض أحكام الطوارئ، لأن البرلمان هو الذي يملك الحق في إصدار التشريع الخاص بذلك، إذا ما رأى أن هناك ظروفا استثنائية جدية تتطلب هذا الاصدار[3].

وعليه، فإن دسترة حالة الضرورة ضمن نصوص تحدد فيها مقدما أحكام اللجوء إلى تطبيق حالاتها وصلاحيات السلطة التنفيذية في مواد دستورية، أصبح من الأمور القارة والمعتادة في أي دستور لأية دولة، وهذا لأسباب وأهداف يمكن حصرها في الآتي:

---

[1]- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون**، ط 3، دار النهضة العربية القاهرة، 1976، ص. 240.

[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص. 29.

[3]- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، **نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية**، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 219؛ بسيوني عبد الغني عبد الله، **النظم السياسية**، (أسس التنظيم السياسي)، دار الجامعية، بيروت، 1985، ص. 26.

– أن التشريعات الاستثنائية تعد مصدر التنظيم والاستقرار للفترات التي تتميز بالفوضى والغموض[1]، فهي تطمح إلى حماية النظام شرط المحافظة على الحريات العامة والحقوق المصانة دستوريا.

وبالتالي، فإن هدف وجود القوانين الاستثنائية هو لأجل تسوية الصعوبة والخطر الذي يتهدد الدولة ومؤسساتها، وإن أدى الأمر إلى منح السلطة التنفيذية سلطات واختصاصات تخالف ما جاء به الدستور أو المساس بالمبادئ والضمانات التي قررها الدستور لحماية حقوق وحريات الأفراد، فتتدخل القوانين الاستثنائية لكي تملي بشكل خاص على المشرع أو على الإدارة الإجراء، الذي ينبغي عليه إتباعه. كما تعطي وتبين للسلطة التنفيذية المجال المخصص لممارستها لتلك السلطات الاستثنائية.

– أن هدف التنصيص على حالات الضرورة ضمن مواد الدستور (دسترتها) والقوانين الاستثنائية الملحقة به، أو تلك التي تسن وتعدل خلال قيام حالات الظروف الاستثنائية، هو لبيان نوع الحقوق والحريات التي يمكن تقييدها بمناسبة تلك الظروف، بمعنى أن هذا الإطار القانوني الاستثنائي سوف يساهم في الإبقاء على سلطة القاضي في بسط رقابته على الأعمال والسلطات التي قامت بها السلطة التنفيذية، بناء على هذه القوانين؛ بمعنى أنها تعطي مجال الرقابة للقاضي حول مدى تعسف السلطة التنفيذية في تقييد الحقوق والحريات، بمقارنة ذلك مع الضمانات التي حددها الدستور لها، فتصبح تلك النصوص مرجعية القاضي الإداري في الرقابة على مشروعية تطبيقها. كما تصبح أيضا هذه النصوص المرجع الذي يعود إليه القاضي الدستوري عند بسط رقابته حول مدى دستورية إجراءات الإعلان عن حالة الضرورة، وكذا رقابته حول مدى تناسب الإجراء المتخذ مع الواقع والظرف الاستثنائي.

وعليه، نخلص من خلال هذه الأهداف أن التشريعات الاستثنائية لا تتجه فقط للمواطنين، وإنما هي توجه أيضا للحد من صلاحيات السلطات القائمة، فتكون بذلك تلك الصلاحيات أو السلطات محصورة داخل إطار قانوني يساهم نوعا ما في حل الأزمة، دون الإثقال بدرجة كبيرة على الحريات والحقوق الأساسية، التي يكون تقييدها مناسبا مع التعديات على النظام العام.

ثالثا: خاصية النظام الجوازي لإجراءات حالة الضرورة

يتميز نظام حالة الضرورة بأنه ذو طبيعة جوازية، إذ يعد اللجوء إلى إجراءات حالة الضرورة أمرا جوازيا للسلطة التنفيذية (على سبيل الاحتياط)، فلها أن تأخذ به متى توفرت أسباب ومبررات لإعلانها، كما يمكنها طرح تلك الإجراءات جانبا، حتى وإن توفرت الشروط والأسباب، وذلك متى رأت بأن القوانين العادية كافية لدرء الأخطار التي تهدد الدولة؛ بمعنى أنه لا يتم اللجوء إلى هذا النظام الاستثنائي بصورة تلقائية متى

[1]- أنظر: (Geneviève) CAMUS, *Op.Cit.*, p.204.

توفرت أسباب إعلانه، بل إن الأمر جوازي للسلطة التنفيذية ورخصة لها، فلها أن تأخذ به أو لا تأخذ به، حسب تقديراتها للأوضاع والأحداث[1].

وهذا ما يمكن استخلاصه من نصوص الدستور والصيغة التي جاءت بها المواد المتعلقة بحالة الضرورة والظروف الاستثنائية، والتي تمنح للسلطة التنفيذية صلاحيات واسعة لتقدير مدى ملاءمة اللجوء إلى تطبيق القوانين الاستثنائية، وفقا للظروف والمعطيات القائمة، وتملك إذا ما قررت اللجوء إلى تطبيقها صلاحية اتخاذ إجراءات وتدابير استثنائية واسعة.

رابعا: خاصية الذاتية والاستقلال القاعدي لحالة الضرورة

تتميز الإجراءات الصادرة في حالة الضرورة بذاتية خاصة تميزها عن قواعد المشروعية العادية، وكيان متفرد يفرقها عن الأحكام العامة السائدة في ظل النظام القانوني العادي. ويرجع تمتع إجراءات الضرورة بخصوصية التميز عن الأحكام السائدة في الظروف العادية إلى عدم كمال القواعد المعدة لحكم الظروف العادية وعدم كفايتها لحكم الظروف الاستثنائية، مما يستوجب إنشاء أحكام جديدة تختلف تماما عن القواعد العادية، يكون لها من الذاتية ما يفرقها عن القواعد العادية، وذلك لحكم ظروف شديدة الجسامة والاختلاف عن الظروف العادية[2].

لذا فإنه يترتب على وجود هذه الخاصية النتائج التالية:

– تعتبر حالة الضرورة سببا لإضفاء قوة القانون على القرار الإداري، وعليه يجوز للقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية –والتي تمثل قرارات وأعمال إدارية– أن تخالف أحكام القوانين العادية وتعدلها أو تلغيها، إذا اقتضى الأمر ذلك، وهو ما لا يجوز في الأحوال العادية.

– يجوز في حالة اتخاذ تدابير تقيّد بعض الحقوق والحريات العامة، التي أحال الدستور بشأن تنظيمها للقانون، بموجب قرارات لها قوة القانون.

– يجوز للسلطة القائمة على حالة الضرورة إصدار قرارات في المجال المخصص للتشريع، وهو أمر غير جائز في الظروف العادية، احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات، لذلك فإن هذه الأحكام لا تقرر إلا في الظروف الاستثنائية.

---

[1]- أحمد إبراهيم الكفاوين، **صلاحيات الضبط الإداري في حالة الطوارئ في التشريع الأردني**، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول 1990، ص. 36.

[2]- وجدي غريال ثابت، **سلطات رئيس الجمهورية طبقا للمادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص ص. 29-30.

وعليه، فإننا نخلص من خلال ما سبق، أن نظام حالة الضرورة يمتاز بكونه نظام استثنائي لا يجوز اللجوء إليه كلما خطر ببال السلطة التنفيذية، بل لابد من توافر مجموعة من الشروط والقيود التي نص عليها المشرع واستوجبها القضاء، حتى يمكن العمل بالنصوص والتدابير الاستثنائية.

ونظرا لأن فكرة الضرورة تتميز بخاصية التشريع المسبق لها، فقد قيد المشرع السلطة التنفيذية بتحديد حالات إعلانها على سبيل الحصر، كما ألزمها –باعتبارها ذات طبيعة مؤقتة– بأن تبين في قرار إعلان حالة من حالات الضرورة نوع الحالة التي أعلنت بسببها، وتحديد المنطقة التي تشملها الحالة وتاريخ بدء سريانها ونهايتها، وهذا التقييد مرجعه القاعدة الدولية، حيث إشترطت المادة 04 من الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنيوة والسياسية على الدول الموقعة عليها، الإلتزام بهذه الشروط عند الاعلان عن حالة الضرورة في بلدانها.

الفرع الثاني

الأركان الأساسية لقيام حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري

استخلص الفقه، من خلال تعريف حالة الضرورة وخصائصها في القانون الدستوري والإداري، بأن حالة الضرورة تقوم على عنصرين أو ركنين أساسيين هما: الركن الموضوعي **(أولا)** والركن الشخصي **(ثانيا)**، بحيث لا تقوم حالة الضرورة إلا بتوفرهما.

ويعد هذان الركنان ميزة حالة الضرورة في مختلف فروع القانون، كالقانون الجنائي[1] والقانون الدولي.

لكن ما هي خصوصيتهما في القانون الدستوري والقانون الإداري مقارنة بغيرهم من فروع القانون؟.

أولا: الركن الموضوعي لقيام حالة الضرورة

يتمثل الركن الموضوعي لقيام حالة الضرورة –بصفة عامة– في وجود فعل أو مجموعة أفعال تشكل خطرا يهدد مصلحة معتبرة قانونا، بحيث لا يكون لإرادة صاحب المصلحة المهددة دخل في وقوع هذا الفعل أو تلك الأفعال[2].

[1]- تقوم نظرية الضرورة في القانون الجنائي، باعتبارها مانعا من موانع المسؤولية، على ركنين أو عنصرين، أحدهما موضوعي، يتمثل في قيام ظرف يهدد المصالح المحمية أو الخطر الذي يتهدد الإنسان. وثانيهما شخصي، يتمثل في رد الفعل تجاه الخطر لحماية المصلحة المهددة ودرء الضرر عنها أو ما يسمى بالعمل الضروري.

[2]- ولتوضيح أكثر حول مفهوم الخطر الجسيم كشرط لقيام حالة الضرورة في القانون الدستوري والإداري، أنظر شروط قيام حالة الضرورة التي سيأتي تفصيلها لاحقا.

أما الركن الموضوعي لحالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والقانون الإداري، فإنه يتمثل في الفعل أو الواقعة التي تهدد وجود الدولة بخطر جسيم وحال، يبرر اللجوء إلى السلطات الاستثنائية.

وقد يكون هذا الخطر الجسيم[1] الذي يهدد المصلحة المحمية، موجه ضد الدولة نفسها، وذلك إذا ما انطوى على مساس بسلامتها واستقلالها، وقد يكون موجها ضد شعب الدولة أو إحدى مؤسساتها الدستورية أو ضد اقتصادها الوطني.

ويمتاز هذا الخطر بأن له طابع استثنائي، يختلف عن الأخطار الأخرى التي يمكن مواجهتها بوسائل الضبط الإداري العادي، ووسائل المشروعية العادية بوجه عام[2].

ويمكن أن يتخذ الخطر الجسيم المهدد لمصلحة جوهرية، حالة من حالات التهديد التالية:

1- الحالة المتعلقة بالكوارث الطبيعية، كالبراكين والهزات الأرضية والفيضانات والأوبئة الخطيرة، وجميع ما يتعلق بالكوارث الطبيعية ذات الأضرار الجسيمة. وهذه الحالة لم تعرف اهتماما لا من قبل الفقه ولا حتى النصوص الدستورية، فلا يثار أي شك حول تطبيق إجراءات الضرورة بخصوص تلك الحالة الاستثنائية الطبيعية، بخلاف الأنواع الأخرى لأعمال الضرورة، والتي يمكن أن تكون محل شك في تطبيق الإجراءات الاستثنائية بصددها كحالة الأزمة السياسية مثلا.

2- إحدى الحالات الشاذة التي تخص أزمة من أزمات النظام الداخلي، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع:

أ- أعمال العنف التي تهدد النظام السياسي ووحدة الدولة، وتجاوز الوسائل العادية التي ينص عليها من أجل سيادة الدولة، فالهياج الشعبي ومحاولة قلب نظام الحكم، والعصيان المسلح، أمثلة معبرة عن هذا النوع من الحالات الشاذة.

ب- ويتعلق الشكل الثاني من حالات الأزمات الداخلية بأزمة مؤسسات الدولة وسلطاتها العامة على نحو يشلها ويعوق أداء الدور الدستوري لها؛ بمعنى إذا كان الخطر الذي يهدد المؤسسات العامة للدولة وسلطاتها يؤدي إلى تعطيل أو شلل في سير الأجهزة الدستورية بطريقة تهدد وجود الدولة ذاتها.

ج- ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية الأزمات الاقتصادية والمالية، التي اعتبرت حالة جديدة من حالات الضرورة التي أدت إلى اتخاذ الإجراءات الاستثنائية في سبيل مواجهتها من قبل الدولة، ومن أمثلة الأزمات الاقتصادية: الاضطراب في الاقتصاد الوطني للدولة أو الميزانية...التي يمكن أن تؤدي هذه الأزمات إلى وجود أزمة سياسية، لكن لا يمكن جعلها قاعدة عامة، فالأزمة السياسية بالضرورة هي انعكاس لوجود أزمة اقتصادية داخل الدولة[3].

---

[1]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 12 وما بعدها.
[2]- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص. 26.
[3]- هشام عبد المنعم عكاشة، **مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص ص. 20-21.

3- الحالة التي تتعلق بالمساس بأمن الدولة واستقلالها من جهة الخارج، كالحرب والمساس بالسيادة عن طريق العدوان على الإقليم أو بأي طريق آخر يمس استقلال وسيادة الدولة.

ويعد هذا النوع من حالات التهديد أكثر الحالات خطورة ومبررا في الالتجاء إلى السلطات الاستثنائية، لذلك تعمد الدول إلى وضع نظام قانوني خاص بحالة الحرب ينظم جميع مجالات الحياة في الدولة خلال تلك الفترة.

ومن جهته، سعى الفقه الدولي إلى محاولة تحديد المقصود بفكرة الظروف الاستثنائية، عن طريق تحديد وحصر الحالات التي تندرج في إطارها، فذهب رأي من الفقه إلى أن المقصود من الظروف الاستثنائية هو:

(أ) - الأزمات السياسية الخطيرة، سواء اتخذت شكل الحرب أم نزاع مسلح (دولي أو غير دولي) أو حالة عدم استقرار داخلي.

(ب)- الكوارث الطبيعية كالزلازل أو البراكين، الفيضانات... الخ.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن الظروف الاستثنائية أو حالة الطوارئ يمكن أن تتخذ في الواقع الدولي المعاصر ثلاثة مظاهر:

- حالة الحرب الفعلية، أو الاستعداد لمواجهة حدوثها المتوقع.
- حالة وجود الإرهاب أو التخريب الداخلي، أو الخشية من حدوثه.
- حالة الأزمات الاقتصادية الحادة، أو حالات الخشية من حدوث انهيار اقتصادي في الدولة[1].

ثانيا: الركن الشخصي لقيام حالة الضرورة

يتمثل الركن الشخصي لقيام حالة الضرورة في رد الفعل الذي تقوم به الإدارة إزاء حالة الخطر الجسيم، فوضعها يكون كحالة صاحب الحق، الذي يجد نفسه في وضع يتعين معه أن يخرق القانون لكي يحمي ذلك الحق، فهو يقوم بعملية موازنة بين الأمرين في رد فعله لكي يحدد أي الأمرين أولى بالرعاية: مصلحته المهددة بالخطر أو النص القانوني المهدد بالمخالفة[2]؛ ويتمثل هذا الحق المراد حمايته في حماية

---

[1]- استثنت المادة 33 من مشروع لجنة القانون الدولي، ثلاث حالات من الضرورة، لا يمكن للدولة أن تحتج بحالة الضرورة إذا توافرت وهي:

(أ)- لا يمكن التذرع بحالة الضرورة كمبرر لعدم الامتثال لإحدى القواعد الآمرة وهي قواعد لا يجوز للدولة مخالفتها تحت أي سبب من الأسباب.

(ب)- لا يجوز للدولة أن تحتج بحالة الضرورة لانتهاكها التزاما دوليا إذا كان هذا الالتزام منصوص عليه في معاهدة استبعدت صراحة أو ضمنا الالتجاء إلى حالة الضرورة، ويكون هذا عادة في المعاهدات المتعلقة برسم الحدود.

(ج)- إذا كانت الدولة المحتجة بحالة الضرورة هي التي تسببت فيها، ولهذا فإنه يشترط أن لا تكون للدولة يد في حدوث الخطر الذي تريد تجنبه وإلا لا عذر لمن تسبب بنفسه في إحداث هذا الخطر.

[2]- يحي الجمل، المرجع السابق، ص. 13.

للنظام العام وسير المرافق العامة[1]، ويتمثل سلوك السلطة القائمة على حالة الضرورة لمواجهة الظروف الشاذة أو الأزمات في اتخاذ قرار إداري فردي أو لائحي.

وإذا كان من حق السلطة التنفيذية تحديد الوسيلة التي تواجه بها الخطر الجسيم الذي أدى إلى قيام الضرورة، فليس معنى ذلك أنها ستكون بعيدة عن الرقابة على سلوكها الذي اتخذته في حالة الضرورة، بل لابد أن يكون هناك نوع من الرقابة على إجراءاتها المتخذة، وقد تكون تلك الرقابة مباشرة من قبل البرلمان، إذا كان ذلك ممكنا[2]، بالإضافة إلى وجود الرقابة القضائية والتي تظل ممكنة دائما، حتى تمنع أي تعسف من السلطة عند استعمال سلطاتها المخولة لها في حالات الضرورة، فتبقى الرقابة القضائية بمثابة الحصن الواقي لضمان عدم تعسف الإدارة في مثل تلك الظروف[3].

نستنتج من خلال ما سبق، أن أركان حالة الضرورة في القانونين الدستوري والإداري لا تختلف كثيرا عن أركان حالة الضرورة في باقي فروع القانون الأخرى، فهي تقريبا تتشابه من حيث المضمون، إلا أنها مع ذلك تبقى لها بعض الخصوصية، بسبب تعلق حالة الضرورة في القانون الدستوري والإداري بشخص معنوي هو الدولة وأجهزتها الإدارية.

المطلب الثالث

الشروط العامة لقيام حالة الضرورة في إطار القانون الإداري والدستوري

تتمثل الشروط التي استقر عليها الفقه الدستوري والقضاء الإداري في فرنسا ومصر، وأكد عليها أيضا القانون الدولي، في: شرط وجود خطر جسيم وحال ضد الدولة، يهدد المصلحة العامة، شرط استحالة دفع الخطر بالطرق القانونية العادية، وشرط أن يكون الهدف من تطبيق أعمال الضرورة حماية المصلحة العامة. وهناك من أضاف إلى هذه الشروط شرطا رابعا، وهو: شرط أن يكون هناك تناسب بين الخطر والوسيلة المستخدمة[4]. ونحن من جانبنا نضيف شرطا خامسا وهو: وجوب انهاء تطبيق نظرية الضرورة بمجرد انتهاء أو زوال الظروف الاستثنائية.

---

[1]- عاشور سليمان شوايل، **مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط في القانون الليبي والمقارن جنائيا وإداريا**، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002/2001، ص. 370.

[2]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص. 23.

[3]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 21.

[4]- نشير إلى أن القانون الجنائي اشترط لعدم العقاب على الجريمة في حالة الضرورة، توفر الشروط التالية:

1- أن يجد الشخص نفسه أمام خطر حال أو على وشك الوقوع يهدده في شخصه أو في ماله أو يهدد شخصا غيره، وأن يكون الخطر موجودا بحيث لو لم يلجأ المضطر إلى ما فعله لأدى ذلك إلى هلاك نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله، ويشترط في الخطر أن يكون في مواجهة من يعترض له، ويستوي في الخطر أن يكون مهددا للشخص في نفسه أو في ماله، أما إذا كان الأمر يتعلق بالغير فلا يؤخذ إلا بالخطر الذي يهدده في شخصه.

2- أن يكون الخطر محدقا: ويقصد بالخطر المحدق هو الخطر الحال، الذي يكون واقعا لا محالة فيه إن لم يسارع الفاعل إلى تجنبه دون إبطاء، أما الخطر غير الحال فهو الذي يكون إما قد تحقق وانتهى أو أن الاعتداء سيقع في المستقبل، فهنا يكون من الممكن اتخاذ اللازم لتوقيه بوسائل أخرى دون اللجوء إلى ارتكاب الجريمة، فحالة الضرورة تقوم على دفع الخطر، وزوال الخطر يزيل الضرورة.

ونشير إلى أن تسميتنا لتلك الشروط بأنها شروطا عامة، كونها تخص كل من القانون الدستوري والقانون الإداري على حد سواء، والتي تجد أساسها في الفقه الفرنسي الذي ذهب إلى تقييد النظرية بضوابط وشروط محددة[1]، استقر عليها الفقه وتبناها القضاء الإداري.

وبالمقابل توجد شروط خاصة لكل صورة من صور حالة الضرورة التي نص عليها الدستور، وهو ما سنتطرق إليها لاحقا.

الفرع الأول

شرط الخطر وشرط التناسب

يعد شرط الخطر السبب المبرر للقرار الإداري الذي تتخذه الإدارة لبسط سلطاتها الواسعة، ولتقييد حريات الأفراد، فإذا غاب هذا الشرط عدت أعمال الإدارة باطلة لعدم صحة خطورة الحالة التي أسست عليها أعمالها الاستثنائية، أي لبطلان السبب الذي استندت عليه الإدارة في تبرير أعمالها[2].

فما هي إذن أهم الشروط التي تطلبها الفقه والقضاء في الخطر المعلن لقيام حالة الضرورة، والمبرر للجوء إلى تطبيق القوانين الاستثنائية؟. وكيف تكون الوسيلة المستخدمة من قبل الإدارة متناسبة مع هذا الخطر؟.

للإجابة عن هذه الأسئلة، نتناول **(أولا)** شرط الخطر المبرر للجوء الإدارة إلى تطبيق حالة الضرورة، ونتطرق **(ثانيا)** لشرط التناسب بين الخطر والوسيلة المستخدمة.

3- أن لا تكون لإرادة المتهم دخل في نشوء الخطر الحال الذي دفعه إلى ارتكاب جريمة الضرورة، ذلك أن الاضطرار يفترض المفاجأة التي لا تتحقق إلا إذا توفر أمرين: عدم العلم المسبق بالخطر وعدم اتجاه الإرادة إليه. وهذه المفاجأة هي التي تؤثر في حرية الاختيار، لأنها تؤثر في الاختيار فلا تترك للمضطر فسحة من الوقت يتدبر فيها أمره في سبيل الخلاص من الخطر الحال ويتولد عنها الاضطرار الذي يدفع إلى ارتكاب جريمة الضرورة. لأن معرفته بالخطر تبعد عنصر المفاجأة التي تجعل المضطر يقوم بفعله بغير تدبر وترو، فإذا كان الشخص هو المتسبب في الخطر قصدا فإنه يكون متوقعا للخطر، مما يفترض عليه إعداد العدة لتجنبه على نحو لا يمس الغير في أنفسهم أو في أموالهم.

4- أن يكون العمل المنجز في مواجهة الخطر الحال ضروريا للحفاظ على سلامة الشخص أو المال، بحيث لا تكون هناك وسيلة أخرى للحفاظ على الشخص أو المال إلا بارتكاب الجريمة، وعليه فلا نكون أمام حالة الضرورة إلا إذا كانت جريمة الضرورة هي الوسيلة الوحيدة للوقاية من الخطر الجسيم.

5- وجوب أن يتناسب الفعل المرتكب مع جسامة الخطر، وأن يكون فعل المضطر هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر لأن الضرورة تقدر بقدرها. أنظر في تفصيل هذه الشروط في القانون الجنائي: أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي العام**، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003؛ محمود محمد عبد العزيز الزيني، **الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (تطبيقاتها، حكمها، آثارها)**، (دراسة مقارنة)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1991؛ إسحاق إبراهيم منصور، **الأصول العامة في قانون العقوبات**، الجنائي العام، د.م.ج، الجزائر، 1979.

[1]- يعد الفقيه الفرنسي "ليون ديجي" « L. Duguit» من بين الفقهاء الفرنسيين الذين اهتموا بتحديد وضبط معايير تجيز بموجبها للإدارة اللجوء إلى الشرعية الاستثنائية، وقد حصرها في الآتي:

1- أن يكون هناك خطر جسيم محدق بالدولة كحالة الحرب أو العصيان المسلح.

2- أن تكون هناك استحالة مادية في انعقاد البرلمان أو أنه من غير الممكن أن ينعقد.

3- أن تكون التشريعات الصادرة متلائمة مع حالة الضرورة، وأن تعرض على البرلمان حالما تكون الفرصة سانحة لذلك.

أنظر: محمود برهان العطور، "حالة الضرورة في الفقه الدستوري"، **مجلة نقابة المحامين**، العدد الأول، السنة الخمسون، كانون الأول 2002، ص.29.

[2]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص. 12.

أولا: شرط الخطر المعلن لقيام حالة الضرورة

يجمع الفقه والقضاء على أن السلطة التنفيذية للدولة لا يمكنها اللجوء على إعلان حالة الضرورة إلا إذا كان هناك خطر، مهما كان مصدر هذا الخطر؛ سواء أكان مصدره أحداث واضطرابات داخلية أم مصدره خارجي، كالحرب أو العدوان، غير أن هذا الخطر لا يعتد بوجوده إلا إذا توفرت فيه الشروط التالية:

(1)- شرط جسامة الخطر: من المسلم به أن وضع تعريف للجسامة أو تحديد معيار ضابط لها أمر صعب، لكن مع ذلك حاول البعض إعطاء وصف للخطر الجسيم الذي يهدد المصلحة العامة، وذلك كل بحسب وجهة نظرهم لدرجة الخطورة.

- حيث يرى الدكتور "يحي الجمل" أن الخطر يكون جسيما إذا كان يخرج عن إطار المخاطر العادية المتوقعة في حياة الدول الخارجية والداخلية، أي أن الخطر غير مألوف من حيث النوع وكبير من حيث المدى[1]. وقد اعتمد الدكتور "سامي جمال الدين" الموقف نفسه من أن جسامة الخطر يجب على الأقل أن يخرج عن إطار المخاطر المتوقعة أو المعتادة في حياة الدولة، فلا بد أن يكون الخطر غير مألوف[2].

- أما الدكتور "ابراهيم عبد العزيز شيحا" فإنه يرى أن الخطر يكون جسيما إذا كان يهدد مصالح غاية في الأهمية فلابد أن يكون جسيما. أو بعبارة أخرى هو الخطر الذي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعة بالوسائل القانونية العادية، وعدا ذلك لا نكون أمام خطر جسيم[3]. وهو الموقف نفسه الذي أخذ به الدكتور "هشام عبد المنعم عكاشة" الذي يعتبر الخطر جسيما عندما تقوم استحالة تجعل من اتخاذ إجراءات الضرورة الوسيلة الوحيدة الممكنة لدفع هذا الخطر الذي يهدد المصلحة العامة.

انطلاقا من المواقف والآراء السابقة حول مسألة جسامة الخطر، يمكننا القول أن الخطر لا يخضع في تقدير جسامته لأي معيار عام محدد، وإنما هو يتبع ضابطا متغيرا حسب ظروف كل حالة من الحالات التي تطرأ على الحياة العادية للدولة، فالعبرة في تقدير الجسامة تتعلق بالموضوع المهدد من جهة، الذي قد يكون جهازا أو مؤسسة أو حقا دستوريا، ومدى حجم الخطر ودرجته من جهة أخرى، فعندما يصل الخطر إلى حد انقطاع السلطات العامة عن سيرها المنتظم نكون دون شك أمام خطر جسيم.

---

[1]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري ...**، المرجع السابق، ص. 128

[2]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية**، المرجع السابق، ص. 130.

[3]- إبراهيم عبد العزيز شيحا، **النظام الدستوري المصري**، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن، ص. 334. أنظر أيضا: هاني علي إبراهيم الطهراوي، **نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، 1992، ص ص.167-168.

ويأخذ مفهوم انقطاع السلطات العامة عن سيرها المنتظم تفسيرين: تفسير ضيق يسلتزم حصول توقف مادي أو وجود استحالة مادية لوظائف السلطات الدستورية العامة، كأن يكون البرلمان غير قادر على الاجتماع أو كأن تكون الحكومة قد تشتت، هذا الرأي هو للفقيه (فيديل) وكذلك الفقيه الفرنسي (جورج بوردو). أما التفسير الواسع والذي قال به أغلب الفقه، فلا يشترط أنصاره وجود توقف مادي أو عجز السلطات العامة عن أدائها لوظائفها، ويكفي بمجرد وجود إعاقة للسير العادي لوظائف السلطات العامة ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه (جان لامارك)[1].

وبالتالي، فإنه لا يوصف الخطر بالجسامة إلا إذا وصل إلى درجة من الأهمية، كأن يؤدي إلى تهديد المصالح الحيوية للبلاد، أو أن يتخذ شكل تهديد الوحدة الوطنية للبلاد أو تهديد سلامة واستقلال أرض الوطن وإحداث الاضطرابات الداخلية[2]، مما قد يؤدي ذلك الخطر إلى إحداث خلل كبير في سير السلطات العامة وزعزعة الأمن والنظام العام داخل الدولة، فيجعل السلطة التنفيذية مضطرة للتصدي له باتخاذ الاجراءات الاستثنائية، نظرا لعدم امكانية مواجهته بالوسائل والتشريعات القانونية المعدة لحكم الظروف والأحوال العادية.

وبالرجوع إلى المادة 33 من مشروع لجنة القانون الدولي، نجد أنها حددت جسامة الخطورة بمدى المساس بالمصلحة الأساسية للدولة، والتي تنفي عدم مشروعية العمل، إذا كان هذا العمل هو الوسيلة الوحيدة لصيانة مصلحة أساسية للدولة، وإذا كان لم يؤثر تأثيرا ضارا على مصلحة أساسية لدولة أخرى.

بالاضافة إلى أن درجة الخطر الذي يصيب الدولة يختلف تبعا لسبب الظرف الاستثنائي الذي حدث ومدى خطورته، كما أنه لا يشترط في أي ظرف من الظروف الاستثنائية، أن يكون قد عم جميع أنحاء الدولة بل يكفي أن يصيب جزءا منها، بحيث يترتب عليه خطرا من شأنه تهديد الحياة في الدولة ونظامها العام، وبالتالي لا تستطيع هذه الأخيرة مجابهته بواسطة قواعد المشروعية العادية[3].

(2)- **شرط الخطر الحال:** يقصد بالخطر الحال، الخطر الواقع فعلا أو الخطر الوشيك الوقوع على نحو مؤكد، دون أن يكون قد انتهى بعد[4].

وبالتالي، يخرج من وصف الخطر الحال الخطر المحتمل أو المستقبل لأنه لا تتوفر فيه حالة الضرورة التي ترخص للإدارة أن تخالف القوانين العادية، كما يخرج من هذا الوصف الخطر الذي يكون قد وقع

---

[1]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، **تعطيل الدستور**، (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص ص. 108.
[2]- حسن ضياءالخلجاني، **نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور**، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2006، ص. 40.
[3]- إبراهيم درويش، المرجع السابق، ص ص. 104– 105.
[4]- هاني علي إبراهيم الطهراوي، المرجع السابق، ص 167-168. أنظر أيضا: فاروق أحمد خماس، **الرقابة على أعمال الإدارة**، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1988، ص. 46.

وانتهى، لأنه في هذه الحالة يكون مجرد واقع يرتب آثارا. وكذلك الحال بالنسبة للخطر الموهوم الذي ينشأ في ذهن السلطة التنفيذية أو تصورها أو خيالها ولم يتحقق بعد. كما لا يكون الخطر حالا إذا كان بالإمكان التنبؤ به قبل وقوعه بفترة طويلة بحيث يجري الاستعداد لمواجهته[1]، فكل هذه الحالات لا تصلح لتطبيق نظرية الضرورة.

وعليه، فإنه لا يمكن للإدارة تبرير إجرائها الاستثنائي، والسماح لها بمخالفة القواعد القانونية، إلا إذا وجدت الظروف استثنائية حقيقية من شأنها التأثير بشكل خطير على المصلحة العامة، سواء كانت تلك الأحداث الخطيرة متوقعة أو غير متوقعة، وسواء تعلقت مسألة التوقع بالمشرع أو بالإدارة. فبالنسبة للمشرع قد تكون الأحداث الخطيرة متوقعة، ومع ذلك فإن معالجتها بالقواعد العادية التي وضعها قد تكون غير كافية، مما يبرر تطبيق القواعد الاستثنائية. والشيء نفسه بالنسبة للإدارة، فقد تكون الأحداث الخطيرة متوقعة من طرفها ولكن مواجهة تلك الظروف بالقواعد العادية يكون متعذرا أو مستحيلا، الشيء الذي يسمح بتطبيق نظرية الضرورة، كما في الإضراب، فهو من الأحداث المتوقعة ولكن إذا كان من آثاره إلحاق أضرار جسيمة بالنظام العام أو سير المرافق العامة، فإنه يسمح بتطبيق النظرية[2].

وقد اشترطت أيضا المادة 33 من مشروع لجنة القانون الدولي أن يكون الخطر الجسيم حالا، معتبرة أن الخطر المستقبل أو الخطر الذي حصل في الماضي وانتهى لا يمكن الاستناد إليه في حالة الضرورة، كما اشترطت أن يكون الالتجاء إلى العدوان من قبل الدولة المتمسكة بحالة الضرورة هو الوسيلة الوحيدة لتلافي الخطر الحال بها[3].

(3)- شرط الخطر المهدد للدولة: يرى جانب من الفقه أنه لابد أن تكون الظروف غير المألوفة مؤكدة الحدوث، تحمل معها تهديدا بخطر وشيك الوقوع على نحو مؤكد، موجه لزعزعة كيان الدولة وتعريض الأمن والنظام العام للاضطراب، غير أنه من الأفضل تحديد التهديد بالخطر، بوصفه تهديدا بخطر جسيم وحال، بغض النظر عن مصدره، الذي قد يكون مصدره طبيعيا كالكوارث الطبيعية، أو اقتصاديا كالإضرابات الخطيرة للعمال، أو كان مصدره أجنبيا كالحروب...[4].

كما أشار هذا الفقه إلى أن نطاق التهديد بالخطر الجسيم والحال، قد يكون تهديدا بمصلحة عامة، وذلك متى كان الخطر عاما يشمل جميع أنحاء البلاد كالحرب والأزمات العامة أو الأزمات الاقتصادية أو الكوارث الطبيعية. وقد يكون الخطر محليا متى كان مقتصرا على إقليم من الأقاليم أو مدينة من المدن، كالاضطرابات

---

[1]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري ...**، المرجع السابق، ص. 129.
[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص ص. 195- 197. أنظر أيضا: حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 13.
[3]- إبراهيم درويش، المرجع السابق، ص ص. 104– 105.
[4]- محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، 2002، ص ص. 23- 24. أنظر أيضا: سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 23.

التي تحدث في مدينة دون أن تمتد إلى سائر المدن، ففي هذه الحالة يجب أن يقتصر تطبيق النظرية على هذا الاقليم أو المدينة فقط. لكن أحيانا قد تشمل الأحداث الخطيرة كل الدولة، ولكنها مع ذلك لا تتطلب اتخاذ تدابير استثنائية إلا في منطقة معينة من مناطق الدولة[1]. فإذا تجاوزت الإدارة إجراءاتها الاستثنائية ذلك الحيز المكاني، حكم القاضي الإداري بإلغائها لعدم مشروعيتها.

أما الفقه الدولي فقد أعاب على الاتفاقية الدولية والأوروبية في تحديد مفهوم الضرورة أو الظروف الاستثنائية أنها ربطتها بفكرة الخطر الذي يهدد حياة الأمة، مما يفسح المجال للدول الأطراف للتوسع في التفسير أو تعدد التفسيرات، ذلك أن فكرة الخطر الذي يهدد أمن الدولة واستقلالها تعد أكثر دلالة وتحديدا من فكرة الخطر الذي يهدد حياة الأمة، ثم إن فكرة الخطر تعتبر فكرة فضفاضة وغير كافية لتحديد المعنى الدقيق لحالة الضرورة، مما يفسح المجال أمام الدول الأطراف للتوسع في الالتجاء إلى التحلل من التزاماتها الناشئة عن الاتفاقيات.

لذلك فقد تفسر فكرة الخطر من الناحية السياسية على أنها: "تلك الظروف التي تهدد نظام الحكم أو استقراره في بلد ما"، ولكن هذا التفسير قد يؤخذ كذريعة من جانب بعض الحكومات غير الديمقراطية لتعطيل حقوق وحريات الإنسان، لذلك فمن المستحسن قصر مفهوم الظروف الاستثنائية في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان على الظروف أو الأزمات التي تهدد الديمقراطية أو نظم الحكم الدستورية أو حقوق الإنسان في بلد ما.

كما قد تفسر فكرة الخطر الذي يهدد حياة الأمة على أنها: "تلك الظروف التي تهدد فيها الأرواح أو الممتلكات في بلد ما بالخطر الشديد، كأحداث العنف والفوضى والشغب، أو أعمال الإرهاب أو التخريب الداخلي". غير أن هذا المفهوم يجب أن يؤخذ بكثير من الحذر، لأن هذه الظروف قد تكون مفتعلة من جانب بعض الحكومات بقصد إيجاد المبرر الواقعي للانقضاض على الديمقراطية وانتهاك حقوق الإنسان. بالإضافة إلى أن فكرة الخطر الذي يهدد حياة الأمة قد تحمل على الأزمات الاقتصادية الشديدة، مما يشكل التفسير الواسع لهذا المفهوم من ادعاء حكومات دول العالم الثالث بأنها في حالة طوارئ شبه دائمة بسبب التخلف الاقتصادي والاجتماعي التي تعاني منه، وهو ما يبرر حرمان الإنسان فيها من التمتع بحقوقه وحرياته المدنية والسياسية بدعوى وجود تلك الظروف[2].

[1]- ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، **مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في مصر**، (دراسة مقارنة بالقانون الدستوري الفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 121. أنظر أيضا: أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص. 194.
[2]- سعيد فهيم خليل، المرجع السابق، ص. 54 55.

ثانيا: شرط التناسب بين الخطر والوسيلة المستخدمة

بما أن فعل الضرورة هو تدبير استثنائي، فإنه يتعين أن يكون الفعل متناسبا مع درء الخطر المحيق، وهو ما أطلق عليه الفقه بشرط التناسب، الذي يعد من أهم الشروط التي أجمع عليها الفقهاء لتطبيق نظرية الضرورة، لكونه يحد من سلطات الضرورة ويحد من تزايدها[1].

ويقصد بهذا الشرط أن يكون هناك ارتباط وتناسب بين حالة الضرورة والإجراءات المتخذة لمواجهتها، بحيث يجب أن تقف الاجراءات الاستثنائية المتخذة عند حد المحافظة على الهدف وهو سلامة الدولة، وهذا طبقا لقاعدة "الضرورة تقدر بقدرها"، بمعنى قيام حدود التناسب بين حجم الأزمة من ناحية والإجراءات المتخذة من ناحية أخرى[2]. فلا يحق للإدارة المبالغة في فعل الضرورة، بل عليها أن تراعي الملاءمة في مدى التصرف ما بين الخطر المتوقع وبين الإجراء الذي أتخذ لمواجهته، فلا تضحي بمصلحة خاصة في سبيل مصلحة عامة إلا بمقدار ما تقتضيه الضرورة، لذلك يجب عليها أن تختار من الوسائل الأقل ضررا بالأفراد[3]، وأن يكون توسعها في تصرفاتها في حدود الوسيلة المناسبة لمواجهة هذه الظروف الطارئة[4]، وبالقدر الذي تتطلبه الضرورة.

ونشير إلى أن المادة 33 من مشروع لجنة القانون الدولي نصت على أنه؛ يجب أن تكون الأفعال المتخذة من أجل صيانة النفس متلازمة لما هو ضروري لهذه الصيانة، ذلك أن التدابير المتخذة من قبل الدولة لحماية سيادتها واستقلالها السياسي الذي يهددها، معترف بها من قبل الدول الأخرى بصورة استثنائية خارج نطاق القانون العادي، ومسموح بها فقط بسبب الباعث السامي لصيانة النفس، وهذه التدابير يجب أن تقتصر على أضيق حدود وبشكل يتناسب مع ضرورات المصلحة لهذه الصيانة[5].

الفرع الثاني
شرطا تعذر دفع الخطر بالطرق القانونية العادية والتقيد بالطابع المؤقت لحالة الضرورة

إن شرط وجود تهديد بخطر جسيم حال موجه ضد الدولة يعرض أمنها ونظامها العام للخطر، غير كاف، ما لم تكن الآليات التقليدية لدى سلطات الدولة عاجزة عن مواجهة واحتواء هذا الخطر الجسيم **(أولا)**.

---

[1]- حسن ضياء خلجاني، المرجع السابق، ص. 41.
[2]- وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص. 23.
[3]- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص. 260.
[4]- مثال ذلك: الشخص الذي يستطيع رد الخطر الحال لإنقاذ نفسه بتضحية تعادل ما حاول إنقاذه أو تقل عنه، فهو تناسب مقبول، أما إذا كان يزيد عليه فيعتبر في هذه الحالة أنه قد تجاوز التناسب المطلوب.
[5]- إبراهيم درويش، المرجع السابق، ص ص. 104– 105.

وبما أن نظام حالة الضرورة هو نظام مؤقت مربط بالظرف الاستثنائي الذي تعرفه الدولة، فإنه يتعين انهاء العمل بالسلطات الاستثنائية، والعودة إلى تطبيق قواعد المشروعية العادية بمجرد زوال ذلك الظرف الطارئ **(ثانيا)**.

أولا: شرط تعذر دفع الخطر بالطرق القانونية العادية

يقصد بهذا الشرط عجز الآليات التقليدية لدى الدولة عن مواجهة واحتواء هذا الخطر الجسيم، الأمر الذي يحتم اللجوء إلى وسائل أخرى غير نمطية، حتى ولو كانت غير قانونية من أجل انجاح هذه المواجهة لذلك الخطر الذي يهدد مؤسسات الدولة وكيانها[1]؛ بمعنى أنه يجب أن تكون الإدارة أو السلطة مضطرة لمخالفة القانون العادي، لأنه لو طبقت القواعد العادية لأدى ذلك إلى الاخلال بالنظام العام وسير المرافق العامة. فالدولة عندما تجد نفسها في وضع يتعين عليها فيه أن تخرج عن أحكام القانون من أجل أن تحمي النظام العام للدولة، يجوز لها أن تتخطاه وتخرج عن أحكامه إذا كان ذلك ضروريا لسلامتها ولوقاية الأمن والنظام العام بها؛ مما يعني أن خطورة تلك الظروف هي التي جعلت احترام القواعد المطبقة في الظروف العادية أمرا مستحيلا.

ولقد اختلف الفقه حول مصطلح الاستحالة، فمنهم من يرى أن تكون هناك استحالة في مواجهة تلك الحالات بالطرق العادية، وعن طريق المؤسسات الدستورية المختصة، فإذا وجدت لدى الدولة وسيلة قانونية أو دستورية أخرى، تستطيع أن تواجه بها وتتغلب على المخاطر التي تهدد كيان الدولة، فإنه لابد من الرجوع إلى هذه الوسيلة، أما إذا كانت هذه الوسائل عاجزة عن التغلب على هذه الأخطار[2]، أو أنه لا توجد هناك نصوص قانونية قادرة على مواجهة هذا الظرف، ففي هذه الحالة يجب اللجوء إلى نظام قانوني استثنائي لتفادي هذا الظرف، على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء الإداري.

بينما ذهب اتجاه آخر من الفقه –وهو الاتجاه المرجح– إلى الاكتفاء بتعذر إتباع الإدارة لقواعد المشروعية العادية دون أن يشترط استحالتها، تأسيسا على أن مجلس الدولة لم يشترط درجة الاستحالة في إعمال نظرية الضرورة، بل قرر بأنه يكفي أن يكون هناك تعذر أو صعوبة في تطبيق قواعد المشروعية العادية دون اشتراط أن تصل هذه الصعوبة إلى مرتبة الاستحالة المطلقة[3]، فالصعوبة الشديدة تكفي وحدها لوجود حالة الضرورة، لأنها تؤدي إلى انعكاسات سيئة على سير المرافق العامة.

---

[1]- محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 24.
[2]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية**، المرجع السابق، ص. 131.
[3]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص ص. 14- 15.

وتأسيسا على ما تقدم، فإننا نساند هذا الرأي الأخير، لأن التصدي للخطر هو أمر يحتاج إلى سرعة في التدخل من جانب الإدارة، وبالتالي فإنه إذا أتبعت القواعد العادية، التي تمتاز ببطء إجراءاتها واستغراقها لوقت طويل، كصدور تشريع من اختصاص البرلمان دون سواه، وهو ما من شأنه أن يؤخر العمل الضروري وتعريض المصلحة العامة للخطر، فيصبح تصدي الإدارة له غير فعال، الأمر الذي يجعل العمل بنظرية الظروف الاستثنائية له مبرره وهو لتعذر الإدارة على اتباع القواعد التي وضعت للظروف العادية. ومن هنا نقول بأنه لا يشترط أن يصل الأمر إلى حد استحالة تطبيق القوانين التي وضعت للظروف العادية، بل يكفي أن يكون من المتعذر أو من الصعب تطبيق هذه القوانين[1].

وعليه، فمن المنطقي أن تلجأ الدولة إلى مواجهة هذه الظروف بالإجراءات الاستثنائية، لأنه إذا لم يتم مواجهتها بهذه الإجراءات فإنه يخشى على مستوى الأفراد الهلاك والتلف على النفس والمال، وكذا على مستوى السلطات العامة يخشى إحداث ضرر جسيم يؤثر في المصالح الأساسية للدولة. فهذه الحالات غير المألوفة تجعل الإدارة غير قادرة على مجابهتها بالقواعد العادية فتنطبق عليها نظرية الضرورة.

ثانيا: شرط التقيد بالطابع المؤقت لحالة الضرورة

نظرا لكون الخطر ذو طبيعة مؤقت وغير مستمرة، فإنه لا بد من انهاء العمل بنظرية الضرورة والعودة إلى تطبيق قواعد المشروعية العادية بعد زوال الظرف الطارئ الذي دعى إلى تطبيق النظرية، لأن ممارسة الإدارة لصلاحياتها الاستثنائية بالخروج عن قواعد المشروعية العادية محصور في فترة حدوث الظرف الاستثنائي فحسب[2]، فإذا استمرت في تطبيق التدابير الاستثنائية، فإنها سوف تسأل عن أعمالها الصادرة بعد انتهاء الظروف الاستثنائية لعدم مشروعيتها، لأنه من المفروض وجود ارتباط بين أعمال الضرورة والهدف منها، بحيث ينبغي على هذه الأعمال أن لا تستهدف سوى المحافظة على سلامة الدولة بمواجهة الظروف الاستثنائية التي تهددها وإعادة الأوضاع إلى طبيعتها العادية في أقل وقت ممكن.

لكن على الرغم من وجود هذا الشرط إلا أنه يصعب وضع معيار قاطع أو أسلوب يلزم السلطة المختصة بإنهاء هذا التطبيق[3]، إذ في الكثير من الأحيان تحدد الدول في تشريعاتها الاستثنائية زمن بداية تطبيق الحالات الاستثنائية إلا أنها تتعمد أن لا تبين وقت انهاء العمل بها، فتستمر في تطبيقها حتى بعد زوال الظرف الطارئ وعودة الأوضاع إلى حالتها العادية، مما يؤثر ذلك حريات الأفراد وحقوقهم التي تبقى مقيدة دون مبرر قانوني.

---

[1]- حمزة نقاش ، المرجع السابق، ص. 10.

[2]- أظين خالد عبد الرحمن، **ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ**، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص. 50، نقلا عن: علي خطار شطناوي، **موسوعة القضاء الإداري**، الجزء الأول، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص. 99.

[3]- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 24، ص. 132.

الفرع الثالث

شرط ارتباط أعمال الضرورة بحماية المصلحة العامة

يشترط الفقه والقضاء أن يكون الهدف من تطبيق أعمال الضرورة هو لحماية المصلحة العامة، معتبرين أن هذا الشرط من أهم شروط تطبيق نظرية الضرورة، لكونه يمثل المعيار المميز في تحديد السلطات الاستثنائية لحالات الضرورة والحد من تجاوزها، فإذا كان على سلطة الضرورة أن تتخذ كافة الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك الغرض، فإنه يجب عليها ألا تتخذ سوى هذه الإجراءات[1]. ذلك أن الضرورة تستهدف غاية محددة هي مواجهة الخطر ومقاومة الأزمات الشاذة، واستهداف الإجراءات المتخذة تلك الغاية يضفي عليها طابع التدابير العلاجية، ومن ثمّ فإنه لا يجوز لسلطة الإدارة أن تتخذ إجراءات لا ترتبط بصلة موضوعية بالظروف الشاذة والأزمات وتدعي أنها تؤدي إلى علاجها[2].

وعليه، فإنه حتى يسمح للإدارة بالخروج عن مبدأ المشروعية، فإنه يشترط، بالإضافة إلى الشرطين السابقين، أن يكون رائد الإدارة في تدخلها هو لتحقيق المصلحة العامة وحدها، فهذا الهدف يمثل المبرر أو المصلحة الجدية والمحققة التي تدفع الإدارة للتدخل ومواجهة هذا الأمر الخطير، حتى لا يشوب تصرفها عيب إساءة استعمال السلطة، إن هي حادت عنه لهدف آخر غير أهداف المصلحة العامة.

وحول المقصود بالمصلحة العامة المبررة للإجراءات الاستثنائية التي قامت بها الإدارة، اشترط بعض الفقه أن تكون "المصلحة العامة معتبرة"، مبينين على سبيل المثال بعض الصور لها، من ذلك: الدفاع الوطني، حماية الأشخاص والأموال، تمويل الشعب، الحفاظ على النظام ضد بعض الأعمال التي تتم في الشوارع، استمرارية العمل الحكومي، السير المستمر والمنتظم للمرافق العامة الأساسية[3].

كما أشار مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه إلى صور أخرى من المصالح بقوله: (مصلحة مهمة مهددة بشكل خطير un intérêt considérable gravement menacé)، أو(مصلحة عامة كبيرة un grand intérêt public)، وتم الحديث عن (الدفاع الشرعي للدولة la légitime défense de l'Etat). أو(مصلحة الدفاع الوطني intérêt de la défense nationale) أو (النظام العام l'ordre public) أو(السير المنتظم للمرافق العامة fonctionnement continu des services publics) أو (مصلحة عمل سريع وفعال intérêt d'une action rapide et efficace).

بناء على ما تقدم، نستنتج أن التباين والاختلاف بين الفقه والقضاء حول فكرة المصلحة العامة المعتبرة، يدل على هشاشة أو مطاطية الفكرة، كما أن محاولتهم في وضع سلم للمصالح للتمييز بين المصالح

---

[1]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص. 16-17.

[2]- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص. 23.

[3]- نقاش حمزة، المرجع السابق، ص 12، نقلا عن: رأفت فودة، **مصادر المشروعة الإدارية ومنحنياتها**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص. 155 وما بعدها.

(Picard) ETIENNE, « *Les restrictions exceptionnelles aux libertés publiques* », **C. F.,** n°996, Mai-Juin 2000, p.52.

الهامة والمصالح الأهم، والمصالح قليلة الأهمية، محاولة فاشلة لأنه من الصعب إن لم يكن من المستحيل في مجال القانون إيجاد قاعدة لا تكون لها علاقة مع النظام العام واستمرارية خدمات المرافق العامة[1]. فالمصلحة العامة هي الشرط الجوهري في كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة، سواء أكانت في ظروف عادية أم استثنائية، وبناء على ذلك، فإن أي عمل تتخذه الإدارة يجب أن يقصد به تحقيق مصلحة عامة، وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق أغراض شخصية[2].

ولذلك فإن الصور التي قدمها الفقه وأشار إليها مجلس الدولة الفرنسي، يمكن اعتبارها مصطلحات مرادفة لمصطلح واحد وهو المصلحة العامة، كما يمكن اعتبارهم أيضا من الأهداف السامية للمصلحة العامة. فالهدف المتبع من طرف الإدارة العامة لا يخرج عن إطار حماية النظام العام وتأمين السير المعتاد للمرافق العامة، اللذان يكونان معا عنصري المصلحة العامة، سواء أكان ذلك في ظل الظروف العادية أو في ظل الظروف الاستثنائية، فواجب الإدارة هو دفع هذه الظروف ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة.

وعليه، فإنه من خلال ما تقدم، توصلنا إلى أنه لا يمكن لأي نظام قانوني استثنائي أن يطبق على وضعية معينة، إلا إذا اجتمعت كل تلك الشروط معا، لأنها تمثل الجانب الواقعي لحالة الضرورة، كما أن هذه الشروط تمثل القاسم المشترك بين التطبيقات المختلفة لنظرية الضرورة في مختلف فروع القانون لاسيما القانون الجنائي، نظرا للتشابه الموجود بينهما في الأركان والشروط.

غير أن فرض هذه الشروط، لتطبيق حالة الضرورة، لها أهمية ومبررات عملية منطقية، تتمثل أهمها في:

1- إن اتفاق معظم الدساتير المنظمة لنظرية الضرورة على تقييدها بشروط معينة، هو حتى تضفي الشرعية الدستورية على التدابير الاستثنائية المتخذة من طرف السلطة التنفيذية، وحتى لا تكون وسيلة بيد هذه الأخيرة لتحقيق المصالح الشخصية، إذ لا يمكن للسلطة التنفيذية اللجوء إلى تطبيق القوانين الاستثنائية، إلا في حالة وجود أسبابا ومبررات وشروط نص عليها المشرع، واستوجبها القضاء.

وهو ما يعني أن حالة الضرورة ليست مجالا مطلقا للسلطة التنفيذية في التصرف وفق تقديراتها ورؤيتها للأوضاع، بل أصبحت واقعا تحكمه ضوابط تشريعية تتصرف الإدارة في إطار هذه الضوابط والشروط ووفق التقديرات المقبولة. فمتى تحققت تلك الشروط قامت حالة الضرورة، وأصبح للإدارة الحق في إصدار الإجراءات الاستثنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية الواقعية التي تتعرض لها الدولة.

وعليه، فإن هذه الشروط لازمة للإدارة حتى تضفي على سلطاتها الاستثنائية نوعا من المشروعية.

---

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 13، نقلا عن:
(André) MATHIOT, ***La théorie des circonstances exceptionnelles***, Mestre, Sirey, Paris, 1956, p. 415.

[2]- أمير حسن جاسم، "نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة"، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية**، المجلد 14، العدد 8، أيول 2007، ص.237. على الموقع:
http://www.startimes.com/?t=22257821 11:43 - 2010/03/04

2- إن وجود هذه الشروط ضروري، نظرا لما يرتبه تطبيق القوانين الاستثنائية من آثار غاية في الخطورة، وما تنطوي عليه هذه القوانين من مساس صارخ وواضح بالحقوق والحريات العامة للأفراد، لذلك تعد هذه الشروط -كما أشرنا سابقا- بمثابة مرجعية قانونية للقاضي الإداري أو الدستوري عند بسط رقابته على مدى مشروعية ودستورية تلك السلطات الاستثنائية، لأنها توضح للأجهزة المكلفة بالرقابة على هذه السلطات العناصر الهامة والضرورية التي تكفل لتلك الرقابة فعاليتها.

3- كما أن تحديد هذه الشروط يعد وسيلة هامة لتمييز هذه النظرية عن غيرها من النظريات الأخرى التي تحكم عمل الإدارة، كنظرية أعمال السيادة ونظرية السلطة التقديرية للإدارة[1].

المبحث الثاني

تمييز حالة الضرورة عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها

نظرا لاختلاط الأمر عند البعض بين حالة الضرورة والظروف الاستثنائية واعتبارهما مصطلحين مترادفين لمفهوم واحد، وبروز لدى البعض الآخر مشكلة التشابه الحاصل بين مصطلح حالة الضرورة ومصطلح حالة الاستعجال وحالة القوة القاهرة، فقد كان حري بنا أن نرفع اللبس الحاصل وتوضيح الفرق بين هذه المصطلحات لإبراز السبب الذي جعلنا نختار مصطلح حالة الضرورة بدلا عن غيره من المصطلحات الأخرى.

لذا فقد خصصنا هذا المبحث لمعرفة العلاقة التي تربط حالة الضرورة بنظرية الظروف الاستثنائية وبحالة الاستعجال والقوة القاهرة، وبيان أوجه الشبه والاختلاف فيما بينهم، حيث سنتناول في **المطلب الأول** مدى تطابق مصطلح الظروف الاستثنائية مع مصطلح حالة الضرورة، وستتطرق في **المطلب الثاني** للفرق بين مفهوم حالة الضرورة ومفهوم حالة الاستعجال، أما **المطلب الثالث** فنبين فيه ما يميز مصطلح حالة الضرورة عن مصطلح حالة القوة القاهرة.

المطلب الأول

مدى تطابق مصطلح الظروف الاستثنائية

مع مصطلح حالة الضرورة

قد يبدو للبعض أن نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية هما وجهان لعملة واحدة، لأنهما يواجهان ظروفا غير عادية، غير أن الفقه أجمع على أن كل نظرية، هي نظرية مستقلة عن الأخرى، فهما

[1]- أمير حسن جاسم، المرجع السابق، ص ص.237-238.

يتختلفان، سواء من حيث النشأة أو من حيث التسمية والمفهوم الاصطلاحي، أو من حيث الشروط. لكن مع ذلك لا يمكن انكار أن هناك ارتباط وتداخل فيما بينهما.

وعليه فما هي وجهة نظر الفقه حول تلك الاختلافات، وإلى أي مدى تتداخل وتتطابق تلك النظريتين، وما نوع الصلة التي تربطهما ببعض؟. وهو ما سنتعرف عليه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أوجه الاختلاف بين نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية

انطلاقا من فكرة أن الضرورة نظرية مستقلة عن نظرية الظروف الاستثنائية، فقد حاول فقه القانون العام بيان أوجه الاختلاف الحاصل بينهما، انطلاقا من أصل نشأتهما **(أولا)**، ومن حيث التسمية والمفهوم الاصطلاحي **(ثانيا)**، أو من حيث مدة وشروط قيام كلا النظريتين **(ثالثا)**.

أولا: الاختلاف في أصل نشأة كلا النظريتين

يرجع غالبية الفقه[1] أصل وجود نظرية الضرورة في القانون العام إلى مجلس الدولة الفرنسي، معتبرين أن تأريخ نشأتها هي الحرب العالمية الأولى، ثم طبقت بعد ذلك في الحرب العالمية الثانية، تحت تسمية "نظرية سلطات الحرب"[2]. غير أن هناك آراء أخرى تشير إلى أن النظرية معروفة قبل الحرب العالمية الأولى أي منذ منتصف القرن التاسع عشر، فقد تبناها المشرع الفرنسي واعتمدها في بعض التشريعات، كما أن مجلس الدولة الفرنسي –حسب الأستاذ « Waline »– استعملها لأول مرة في أول فبراير 1901. ويتمثل سبب الأخذ بهذه النظرية هو لشد أزر الإدارة وتقويتها في ظروف الحرب، حينما يظهر عجز النصوص النافذة آنذاك عن تمكين الادارة الفرنسية من مواجهة متطلبات الحرب القائمة، لذلك اطلق عليها اسم "نظرية سلطات الحرب"[3].

---

[1]- لبيان مواقف هؤلاء الفقهاء (العرب) من أصل النظرية، ارجع إلى مؤلفاتهم الآتية: عبد الإله الخاني، **نظام الطوارئ والأحكام العرفية**، مطبعة خالد الطرابيشي، القاهرة، 1974، ص.78؛ يحي الجمل، المرجع السابق، ص 72؛ سليمان محمد الطماوي، **مبادئ القانون الإداري**، ط 8، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص.873؛ محمود محمد حافظ، **القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن**، مطبعة جامعة القاهرة، 1993، ص. 44؛ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص.26؛ وآخرون.

[2]- أما في القانون الدولي العام فقد ظهر اختلاف فقهي حول تأصيل نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية، حيث أكد بعضهم أن بداية ظهورها كان في نطاق القانون الدولي ثم انتقلت منه إلى نطاق القانون الخاص، واتجه فريق منهم إلى عكس ذلك، بينما ذهب فريق ثالث إلى أن هذه القاعدة نشأت في أول الأمر في مجال القانون الروماني، في حين أكد آخرون أن أصل هذه القاعدة هو القانون الكنسي. بيد أن اتجاه آخر ذهب إلى جعل الفضل في إثارة فكرة الضرورة للقادة العسكريين عندما طالبوا بإعفائهم من المسؤولية عن تصرفاتهم أثناء العمليات الحربية استنادا إلى الضرورة، غير أن التطور الدولي وما تبعه من اتفاقيات ودراسات ومؤتمرات تستهدف شجب الالتجاء إلى القوة، تمخضت عنها نظرة جديدة ومغايرة لفكرة الضرورة. أنظر: محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص.20 وما بعدها. وهو ما اعتمده الدكتور سامي جمال الدين، أنظر مؤلفه: **لوائح الضرورة وضمانات الرقابة القضائية**، المرجع السابق، ص. 13.

[3]- عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص.97، أنظر أيضا: محسن خليل، **القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968، ص. 115.

لكن هناك عدد قليل من الفقه[1] من انتقد كون الفضل في نشأة النظرية يعود إلى مجلس الدولة الفرنسي، معتبرين أن الشريعة الاسلامية هي من قررت هذه النظرية منذ ثلاثة عشرة قرن قبل أن تظهر على ألسنة فقهاء القانون الوضعي، الذين، بالرغم من ذلك، يبررون وجودها من القاعدتين المشهورتين في الفقه الإسلامي وهما: "الضرورات تبيح المحظورات" و"الضرورة تقدر بقدرها"، واللتين أصبحتا من القواعد الأصولية المقررة في جميع الشرائع الدينية والوضعية على السواء، لذلك يمكن أن ننعت نظرية الضرورة بالشمولية باعتبارها الأساس القانوني للعديد من نظريات القانون ومنها نظرية الظروف الاستثنائية.

غير أنه على الرغم من صحة هذا الرأي، والذي نسانده، بحكم كمال الشريعة الإسلامية التي عالجت كل أمور الحياة ولم تترك أي مجال دون بيان أحكامه، إلا أنه انتقد على أساس أن الذين نسبوا نشأة النظرية إلى الشريعة الإسلامية قد وقعوا في خلط بين الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة عندما اعتبروها شيئا واحدا[2]، في حين أنهما مستقلتين.

ثانيا: الاختلاف من حيث التسمية والمفهوم اللغوي والاصطلاحي

مثلما وجد اختلاف فقهي في نشأة النظريتين، وجد أيضا اختلاف فقهي في التسمية، فقد أطلق عليها البعض "نظرية الضرورة" أو "حالة الضرورة" كالفقه المصري والفرنسي، وأطلق عليها البعض الآخر "نظرية الظروف الاستثنائية"، معتبرين أن نظرية الضرورة[3] اصطلاحا مرادفا لنظرية الظروف الاستثنائية أو أنهما تصبان في معنى واحد، لذلك أطلق عليها البعض مسمى واحد[4]، حيث يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن نظرية الضرورة هي نفسها نظرية الظروف الاستثنائية، بسبب أن شروطهما وغايتهما واحدة وليس بينهما اختلاف، ولذلك يعتمد هذا الفقه نفس التسمية، حيث يطلقون عليها "نظرية الضرورة أو نظرية

---

[1]- من بينهم: عبد الله مرسي، **سيادة القانون بين الشريعة الاسلامية والشرائع الوضعية**، المكتب المصري الحديث، القاهرة، 1971، ص 223؛ إبراهيم درويش، المرجع السابق، ص. 140.

[2]- ابراهيم درويش، المرجع السابق، ص. 65، أنظر أيضا: سعدون عنتر الجنابي، **أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي**، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، 1981، ص. 54.

[3]- يأتي معنى الضرورة عند علماء اللغة في باب الضرر أي ضد النفع والضرورة أي ذو حاجة، وقد اضطر إلى الشيء أي لجأ إليه، فالضرورة في اللغة تدل على المبالغة في تحقق ضرر ما يقتضي حال معه التصرف على نحو غير عادي، وقيل أن الضرورة اسم لمصدر الاضطرار فنقول اضطر فلان إلى كذا، فالضرورة تفيد الحاجة الملحة وما اضطر إليه الإنسان بحيث لا يوجد لديه مجال للاختيار بين الفعل والترك نظرا لاضطرار ما. وعلى ذلك تتحقق الضرورة بأن يصبح الشخص في حالة تهدده بحدوث ضرر يشكل خطرا محدق، بحيث يضطر الشخص لاتخاذ فعل ما اتقاء لذلك الخطر. وجاء في لسان العرب والمنجد في اللغة معنى كلمة الضرورة بأنها اسم مصدر للاضطرار وهي الحاجة أو الاحتياج الشديد والإلجاء بالقوة والقهر "أيا كان المصدر الذي تولدت عنه، سواء كان قوة طبيعية أم بشرية"، لذلك فإن الضرورة تقوم بصرف النظر عن المصدر الذي نشأت عنه، لأن الاضطرار إلى الشيء هو الالتجاء إليه، وهذا الإلجاء عام ويشمل ما إذا كان الملجئ إنسانا أو غيره. ومنه "الضرورات تبيح المحظورات"، أي أن حاجة المرء إلى أمر من الأمور تدفعه إلى أن يفعل ما هو ممنوع عليه، والضروري ما تدعو الحاجة إليه دعا قويا، ما أكره عليه الإنسان، ما سلب فيه الاختيار للفعل. والضرورة جمعها ضرورات والتي تفيد المبالغة في الضرر. أنظر في هذا المعنى: **لسان العرب** لإبن منظور جمال الدين الأنصاري، المجلد الثاني، دار احياء التراث، بيروت،1988، ص 535، **المنجد في اللغة**، توزيع المكتبة الشرقية، لبنان، 1969، مادة الضرر، ص. 447.

أما معنى الضرورة في فقه الشريعة الإسلامية فهي تفيد النقصان وسوء الحال والشدة في الدين وغيره من المقاصد الأساسية الخمس التي تحرص عليها الشريعة لحمايتها، والمتمثلة في الدين، النفس، العقل، العرض، والمال. لقوله تعالى في سورة المائدة الآية 173: **(فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم)**. قوله صلى الله عليه وسلم: **(رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وما اضطروا إليه).** أنظر: يوسف محمد قاسم، **نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والوضعي**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 76. أنظر أيضا: وهبة الزحيلي، **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، ط 4، دار الفكر، دمشق، 1997. وأيضا: محمود محمد عبد العزيز الزيني، **الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (تطبيقاتها، حكمها وآثارها)**، (دراسة مقارنة)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1991.

[4]- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص. 43.

الظروف الاستثنائية"، وهناك من أطلق على نظرية الظروف الاستثنائية تسمية "نظرية سلطات فترة الأزمة"[1]، وأسماها قسم من الكتّاب "نظرية سلطات الحرب"[2] وخصها أحدهم بتسمية "نظرية الظروف الاستثنائية أو الصالح العام"، معتبرا أن أساس هذه النظرية المصالح المرسلة والتي هي إحدى مصادر الفقه الإسلامي[3]. كما اعتبر الدكتور "سليمان محمد الطماوي" أن نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية تسميتين لمسمى واحد.

أما البعض الآخر فقد إلتزم بتسمية واحدة لهذه النظرية[4]، وبأنه من غير المعقول اعتبار كل واحدة منهما هي نظرية خاصة، بل أن الأمر يتعلق بنظرية واحدة لا أكثر من نظرية، هي نظرية الضرورة، وهذه النظرية من الأنسب أن يطلق عليها حالة الضرورة[5]. لهذا يرى الدكتور "عبود سراج" بأن الفقهاء الذين تناولوا نظرية الظروف الاستثنائية بالدراسة انتهوا إلى أن هذه النظرية هي عبارة عن نظرية الضرورة، وإن ألبسها مجلس الدولة الفرنسي ثوبا جديدا، وهو نظرية سلطات الحرب أو الظروف الاستثنائية[6].

في حين ينتقد البعض الآخر من الفقه هذا الخلط بين النظريتين، ويرون ضرورة التفرقة بينهما لاستقلال الضرورة عن الظروف الاستثنائية، لأن نظرية الضرورة ليست اصطلاحا مرادفا لنظرية الظروف الاستثنائية[7]، ولا يمكن اعتبار نظرية الظروف استثنائية تساوي نظرية الضرورة، ذلك أن هذه الأخيرة أعم من النظرية الأولى، بدليل أن مجلس الدولة عندما ابتكر نظرية الظروف الاستثنائية لم يشر إطلاقا لنظرية الضرورة، بالرغم من أنها كانت معروفة لديه من قبل، فما كانت حاجته لتسمية جديدة ووضع ضوابط لها، التي هي في الأساس تختلف عن الضوابط المطبقة في نظرية الضرورة[8].

ومن الفقهاء الذين أيّدوا هذا الرأي نذكر الدكتور "مصطفى أبو زيد فهمي" الذي يرفض وحدة التسمية، ويميّز بين تسمية سلطات الحرب وتسمية الظروف الاستثنائية، ويرى أن سلطات الحرب تقتصر على توسيع سلطات البوليس في حين أن نظرية الظروف الاستثنائية تشمل كل موضوعات القانون الإداري[9]، أي أن هذا الرأي يعتبر نظرية الظروف الاستثنائية أكثر اتساعا وشمولا من نظرية الضرورة[10]. أما الدكتور "محسن خليل" فإنه بالرغم من أنه يرفض هو الآخر وحدة التسمية بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة إلا أنه يعتبر أن نطاق نظرية الظروف الاستثنائية أوسع بكثير من نطاق البوليس الإداري، وأن

---

[1]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 72.
[2]- سليمان محمد الطماوي، **مبادئ القانون الإداري**، المرجع السابق، ص. 797.
[3]- فؤاد العطار، **القضاء الإداري**، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962-1963، ص. 82.
[4]- ومن بينهم الفقيه "اندري دي لوبدير" "André DE LAUBADERE" أنظر: (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p.216-224.
[5]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 142.
[6]- عبود السراج، "أثر قوانين ونظم الطوارئ على حقوق الانسان"، **مجلة المحامي الليبية**، يناير – يوليو سنة 1990، العددان (29،30) السنة الثامنة، ص. 58 وما بعدها.
[7]- محمد شريف اسماعيل، **سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1979، ص. 476.
[8]- عاشور سليمان شوايل، المرجع السابق، ص. 370.
[9]- حيث يقول الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: "إن البعض أطلقوا على هذه النظرية اسم سلطات الحرب وجعلوا اتساع سلطات الإدارة قاصرا على نطاق البوليس الإداري". أنظر: مصطفى أبو زيد فهمي، **القضاء الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص. 123.
[10]- مصطفى أبو زيد فهمي، **القضاء الاداري ومجلس الدولة**، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص. 209 وما بعدها.

هذه النظرية ترتبط بفكرة أعم من فكرة الضرورة والبوليس الإداري[1]، مما يجعل مكانها العادي ميدان المشروعية دون غيره.

وعليه، فإن الرأي السائد فقها وقضاء يجمع على أن كلاً من النظريتين مختلفتين سواء من ناحية المفهوم اللغوي؛ فالضرورة لغة تعني الحاجة، بينما تعني الظروف الاستثنائية لغة الحالات الشاذة غير المألوفة. أو من ناحية المفهوم الاصطلاحي؛ لأن المقصود بالظروف الاستثنائية اصطلاحا توسيع الاختصاصات العادية للإدارة بالقدر الضروري لإتاحة متابعة الخدمات العامة عند وجود حالة استثنائية. في حين يقصد بحالة الضرورة اصطلاحا؛ الحالة التي تقع فيها السلطات الإدارية وتجعلها مضطرة للمحافظة على سلامة الدولة إلى إتيان تصرفات مخالفة للقواعد القانونية العادية نظرا للظروف التي ألجأتها إليها[2]؛ بمعنى أن حالة الضرورة تتوافر متى تعرض التنظيم القانوني في لحظة ما لمخاطر استثنائية ناجمة عن ظروف غير عادية (قوة قاهرة، ظرف استثنائي، استعجال) و لم ترد في تصور المشرع ولم يكفل لها وسائل كافية لمجابهتها.

ثالثا: الاختلاف من حيث مدة وشروط قيام كلا النظريتين

أما من حيث مدة تطبيق النظرتين، فإنه من المعلوم أن حالة الضرورة تقوم في حالة وجود خطر جسيم ومفاجيء، فهي إذن حالة طارئة أو مستعجلة تقتضي تدخل الهيئات الإدارية على وجه السرعة لمواجهتها والتغلب عليها، فهي تفترض أن يكون هذا الخطر مؤقتا وليس مستمرا، فالضرورة كما عرفها الفقه والقضاء حالة مؤقتة وليست مستمرة، أما الظروف الاستثنائية فهي تستمر عادة وقتا أطول، فالضرورة قد تبدأ بحالة طارئة، ولكنها قد تستمر بعد ذلك فترة طويلة من الزمن، كما في حالة الحرب الخارجية التي تتعرض لها الدولة فتتحول هذه الحالة إلى ظروف استثنائية[3].

أما بالنسبة لشروط نظرية الضرورة المعروفة في مختلف فروع القانون، فتتمثل في شرطين، هما: الشرط الموضوعي والذي يقصد به وجود فعل أو مجموعة أفعال تشكل خطرا يهدد مصلحة جوهرية ومعتبرة قانونا، وبحيث لا يكون لإرادة صاحب المصلحة المهددة دخل في وقوع هذا الفعل أو تلك الأفعال. ويتمثل الشرط الشخصي في ردة الفعل من صاحب الحق الذي يحيق به الخطر ويتهدده لمواجهة ذلك الفعل، والذي يتجسد هنا في صورة الدولة التي تجد نفسها في وضع يتعين معه أن تخرق القانون لكي تحمي حقها

---

[1]- حيث يقول الدكتور "محسن خليل": "ربط البعض نظرية الظروف الاستثنائية بفكرة الضرورة بحيث يقتصر نطاق هذه النظرية على نطاق البوليس الإداري، إلا أن نطاق هذه النظرية هو في حقيقة الأمر أوسع من هذا بكثير، إذ ترتبط الظروف الاستثنائية بفكرة أعم من فكرة الضرورة والبوليس الإداري". أنظر: محسن خليل، **القضاء الإداري اللبناني**، المرجع السابق، ص ص. 71-72.

[2]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص ص. 142-143.

[3]- عبد الفتاح ساير داير، **نظرية أعمال السيادة في القانون الفرنسي والمصري**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1955، ص. 94.

في حماية النظام العام وسير المرافق العامة، وهو ما يعني بأن الضرورة ترتبط دائما بالمحافظة على النظام العام، والذي يعتبر – كما أوضحنا – شرطا لازما لها.

بينما تتمثل شروط وضوابط اللجوء إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، حسب القضاء الإداري – والتي سبق التطرق إليها بالتفصيل – في وجود خطر جسيم يهدد النظام العام وسير المرافق العامة، أين يتطلب تدخل الإدارة، وتعذر دفع هذا الخطر بالطرق العادية، وأن يكون هدف الإدارة تحقيق الصالح العام، أي أن نظرية الظروف الاستثنائية أضافت شرطا جديدا يدفع بالإدارة إلى الخروج عن الحدود التشريعية، يتمثل في ضمان سير المرافق العامة، والمحافظة على النظام العام، باعتبار أن ذلك يدخل ضمن واجبات السلطة الإدارية في المحافظة على النظام وسير المرافق العامة بانتظام[1].

كما يجب على الإدارة ألا تتوسع في تصرفاتها، فلا تضحي بمصلحة خاصة إلا بمقدار ما تقتضيه الضرورة، لذلك فإنه يجب على الإدارة أن تختار من الوسائل ما هو أقل ضررا بالأفراد.

بناءً على ما تقدم، يمكننا القول بأن نظرية الظروف الاستثنائية –حسب الرأي السائد فقها وقضاء– نظرية مستقلة عن نظرية الضرورة، نظرا لاختلاف كل منهما عن الأخرى سواء من حيث التسمية أو المفهوم الاصطلاحي، أو من حيث شروطها ونطاقها الزمني، لكن الأهم من كل ذلك هو عدم إفلات التدابير المتخذة حيال هذه الظروف من رقابة القضاء ضمانا لحقوق وحريات الأفراد، غير أن هذا الاختلاف لا يمنع من وجود تداخل وترابط بين النظريتين.

الفرع الثاني

أوجه التداخل والترابط بين الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة

برّر فقه القانون العام –لاسيما الفقه الفرنسي– مسألة التداخل والترابط بين الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة، بكون هذه الأخير تمثل الأساس المبرر لنظرية الظروف الاستثنائية وللإجراءات الاستثنائية المتخذة من جانب الإدارة **(أولا)**، وبكون نظرية الظروف الاستثنائية تمثل تطبيقا خاصا لنظرية حالة الضرورة أو أنها صورة من صورها **(ثانيا)**. فمدى مدى صحة هذا القول؟.

[1]- قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنه: "تختلف الأمور في الظروف الاستثنائية عنه في الظروف العادية، حيث تتمتع سلطات البوليس الإداري بسلطات واسعة، تضاف إلى سلطاتها العادية، فكل إجراء تتخذه الجهات الإدارية في مثل هذه الظروف والحروب أو الأزمات أو الأوقات العصيبة، ومن شأنه تأمين سير المرافق العامة أو حماية النظام العام، ولو كان هذا الإجراء باطلا لتجاوز الاختصاص أو مخالفة القوانين، فإنه يعتبر سليما مادام هو ضروري لهذا التأمين أو تلك الحماية، وليس ذلك تطبيقا لحالة الضرورة وإنما تأسيسا على واجبات السلطة الإدارية، فإذا تبين للجهة الإدارية أن المشروعية تحول دونها وبين اتخاذ قرار أداء واجباتها الملقاة على عاتقها، وبناء على ذلك فإن القبض على المدعي في الظروف التي تم فيها توطئة لاستصدار أمر من الحاكم العسكري باعتقاله كان ما يبرره". المحكمة الإدارية العليا، جلسة 13 أبريل 1957، قضية رقم 1517، **مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا**، السنة الثانية، ص. 886.

أولا: مدى اعتبار حالة الضرورة أساس لنظرية الظروف الاستثنائية

ذكرنا فيما سبق أن مواقف الفقه تباينت واختلفت حول التسمية، ومرد ذلك إلى الاختلاف في الأساس، إذ لم يتفق لا الفقه ولا القضاء على أساس للنظرية، فمنهم من يرجع الأساس إلى فكرة سير المرافق العامة، لكن هذه الفكرة انتقدت لأن الإدارة ملزمة بضمان سير المرافق العامة في كل الظروف العادية والاستثنائية، كما تواترت الآراء لتنصب على فكرة الضرورة وفكرة الواجبات العامة للسلطة الإدارية كأساس للنظرية[1]. وهناك من أرجع الأساس إلى فكرة الاستعجال، غير أن هذا الرأي انتقد بسبب أن حالة الاستعجال –كما سنوضحه لاحقا– ما هي إلا صفة من صفات عمل الإدارة في الظروف الاستثنائية.

لهذا فإن كثير من الكتاب والفقهاء في مجال القانون الإداري، يعتبرون أن الضرورة هي أهم أساس لنظرية الظروف الاستثنائية، بل أن بعضهم –كما رأينا– لم يفرق بين الضرورة والظروف الاستثنائية، وأغلب الآراء تلتقي في ضرورة الابقاء على الدولة، لأنها الأداة التي تعمل على بقاء القانون.

ففي حالة الضرورة تضطر الإدارة إلى ايقاف بعض القوانين والامتناع عن تنفيذها، ويسمح لها استثناء بممارسة بعض السلطات واتخاذ بعض الاجراءات التي يتطلبها الظرف الاستثنائي، حتى ولو كانت مخالفة للقوانين، مادامت مضطرة إلى ذلك من أجل الابقاء على الدولة.

وهو ما استقر عليه أيضا الفقه الدستوري، الذي اعتبر نظرية الضرورة هي الأساس القانوني الذي تستند عليه الإجراءات والتدابير التي يتخذها رئيس الدولة، عند لجوئه لسلطات الأزمات الخاصة ،بموجب النصوص الدستورية وتطبيقها. فقد ذهب الفقيه "هوريو" «Hauriou» من خلال تعليقه على بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي، والتي أيدت تصرفات الإدارة خلال الظروف الاستثنائية، في قضية «Dames Dol et Laurent» وكذا في قضية «Delmotte et Sen martin» إلى القول بأن نظرية الظروف الاستثنائية تقوم على أساس فكرة الضرورة[2].

ومن الفقهاء العرب الذين أسّسوا نظرية الظروف الاستثنائية على نظرية الضرورة، نذكر: الدكتور "إبراهيم درويش" الذي يرى بأن أساس نظرية الظروف الاستثنائية هو فكرة الضرورة وحدها، أما الأسس الأخرى التي قيلت في هذا الصدد فهي محل نظر، فضلا عما تتضمنه من خطورة على الحقوق والحريات العامة، ففكرة الضرورة هي خير أساس لجميع صور النظرية بصرف النظر عن اختلافها أو تنوعها[3].

---

[1]- حيث يقول الدكتور "سليمان محمد الطماوي": "قد يبدو لأول وهلة أن نظرية الظروف الاستثنائية إن هي تطبيق عادي لفكرة الضرورة، ولكن الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي لا يرجع نظرية الظروف الاستثنائية إلى هذا الأساس، وإنما إلى أساس آخر أيسر في شروطه ومداه من الأساس السابق، وهو واجبات السلطة الإدارية، ...". أنظر: سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص ص. 114- 115.

[2]- محمد شريف اسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص 275-276، نقلا عن: **مجلة سيري**، لسنة 1915، القسم الثالث، ص. 9، **مجلة سيري** لسنة 1919، القسم الثالث، ص. 33.

[3]- إبراهيم درويش، المرجع السابق، ص. 142.

وقد ساند هذا الموقف كل من "الدكتور محمد كامل ليلة"[1] والدكتور "طعيمة الجرف" الذي يرى بأن مجلس الدولة الفرنسي لم ينجح في محاولته اخفاء السند الحقيقي لأعمال الإدارة الذي هو حق الضرورة[2].

أما الدكتور "يحي الجمل"، باعتباره واحد من أبرز فقهاء القانون الدستوري، فقد اعتمد مصطلح حالة الضرورة بدلا من نظرية الضرورة، وأعطى تعريفا لها بالقول: "حالة الضرورة توجد كلما واجهت الدولة أخطارا معينة مهما كان مصدرها داخليا أو خارجيا"، "وإذا كانت المناداة بنظرية الضرورة تستهدف جمع مزيد من السلطة، في تلك الظروف الاستثنائية، في يد السلطة التنفيذية لمواجهة تلك الظروف"[3].

كما اعتبر الدكتور "أحمد فتحي سرور" الضرورة الأساس الوحيد في تبرير التدابير الاستثنائية، التي تتخذها السلطة العامة وبقدرها يتم تحديد هذه السلطات الاستثنائية ونطاقها، فهي تمثل المعيار الوحيد للشرعية الدستورية في الظروف غير العادية أو الظروف الاستثنائية، وهي أيضا المعيار لإقامة التوازن بين المصلحة العامة من جهة، وحقوق وحريات الأفراد من جهة أخرى[4].

بينما يرى الدكتور "عبد الفتاح ساير داير" بأن نظرية الضرورة هي الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية، سواء بالمحافظة على النظام العام أو لضمان سير المرافق العامة بانتظام، مع اختلاف مظهرها في كل حالة، واختلاف الوسيلة التي تعالج بها كل حالة، فبالنسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وسيلتها توسيع سلطات الضبط، وبالنسبة للمرافق العامة وسيلتها تعطيل بعض النصوص التي تؤدي إلى عرقلة سيرها[5]، وإن كانت الأخطار التي تهدد المصلحة العامة في تلك الظروف تجعل السلطات تنحاز لحماية المصلحة العامة على حساب حماية الحقوق والحريات، وهذا خلافا لما تكون عليه في الظروف العادية.

غير أن البعض لم يفصح صراحة عن رأيهم في أساس نظرية الظروف الاستثنائية، ومن بينهم الدكتور "عبد الله مرسي"، الذي تبنى فكرة الضرورة كأساس للنظرية، منكرا اسنادها أصلها إلى القضاء الفرنسي، ومعتبرا أن أصلها يعود للشريعة الإسلامية، مستشهدا بقوله تعالى: " **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** "[6].

---

[1]- أنظر: محمد كامل ليلة، **القانون الإداري**، ط 1، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 328. أما الدكتور "محمود محمد حافظ" فقد تحدث عن الظروف الاستثنائية والضرورة على أنها ذات معنى واحد، ثم أوضح أساس النظرية بقوله أن هناك مبدأ أساسيا أعلى من كل المبادئ القانونية يبيح للإدارة في الظروف الاستثنائية، وتحت ضغط الضرورة مخالفة قواعد القانون وتعطيلها من أجل الحفاظ على الدولة. محمود محمد حافظ، **القضاء الإداري**، (دراسة مقارنة)، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص ص. 184-185.

[2]- طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص. 96.

[3]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 21.

[4]- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 787 وما بعدها.

[5]- عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص. 132.

[6]- سورة البقرة، الآية: 173.

ثانيا: مدى اعتبار نظرية الظروف الاستثنائية تطبيق أو صورة خاصة لحالة الضرورة

بالرغم من الاجماع الفقهي حول مسألة استقلال نظرية الضرورة عن نظرية الظروف الاستثنائية، إلا أن هناك جانب فقهي يؤكد وجود تداخل وترابط بين النظريتين، ليس فقط من كون حالة الضرورة هي الأساس القانوني للظروف الاستثنائية -كما برره غالبية الفقه- وإنما بسبب أن نظرية الظروف الاستثنائية حالة خاصة أو تطبيقا خاصا لنظرية الضرورة، متى كان الظرف الاستثنائي حادثا، وليست تطبيقا عاديا لها[1].

ومن بين الذين أشاروا إلى ذلك نذكر الدكتور "محمود شريف اسماعيل" الذي يعتبر أن الظروف الاستثنائية ما هي إلا تطبيقا خاصا للضرورة، وذلك بسبب أن الأولى (نظرية الضرورة) أعم من الثانية (نظرية الظروف الاستثنائية)، وأن هذه الأخيرة أخص من الأولى، وأن الأولى سابقة على الثانية في الوجود، وينتهي هذا الرأي إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تعتبر تطبيقا عاديا لنظرية الضرورة، ولكنها حالة أو تطبيق خاص لنظرية الضرورة.

ولذلك يشترط لتطبيق النظام القانوني لنظرية الضرورة توافر حالة واقعية، تتمثل غالبا في أحد الظروف الاستثنائية، التي تتنوع كثيرا مثل حالة الحرب وحالة الاستعجال وحالة الطوارئ، بحيث تؤدي نظرية الظروف الاستثنائية إلى توسيع سلطات الإدارة بصفة عامة، بينما تقتصر حالة الضرورة على توسيع سلطات الضبط الاداري للإدارة فقط[2].

وكذلك الحال بالنسبة للدكتور "ممدوح عبد الحميد"، الذي يعتبر أن نظرية الظروف الاستثنائية ليست تطبيقا عاديا لنظرية الضرورة، لأنها تختلف عن التطبيقات الأخرى، كحالة الاستعجال وحالة القوة القاهرة، وإن كانت قد ترتبط الظروف الاستثنائية بحالة الاستعجال، فيما يتعلق بتوسيع سلطات الضبط الاداري، للمحافظة على النظام العام، كما أنها قد ترتبط في أحوال أخرى بحالة القوة القاهرة، وعلى ذلك تعتبر حالة الاستعجال حالة خاصة للظروف الاستثنائية، كما أنها حالة خاصة للضرورة[3]، أو أنها تمثل صورة خاصة من نظرية الضرورة، تختلف عن الصور المتعارف عليها للضرورة، وليست تطبيقا عاديا لهذه الأخيرة.

أما الدكتور "سليمان محمد الطماوي" فإنه يرى بأن: "نظرية الظروف الاستثنائية ليست إلا تطبيقا عاديا لحالة الضرورة، فهي تقوم على أساس واجبات السلطة الإدارية في المحافظة على النظام العام وسير المرافق

---

[1]- محمد شريف اسماعيل، المرجع السابق، ص. 475، ص. 486 وما بعدها.

[2]- المرجع نفسه، ص. 489.

[3]- ممدوح عبد الحميد، **سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية**، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، 1992، ص. 49 وما بعدها.

العامة"[1]، إذ ليس الغرض من تطبيق أحكامها هو حماية النظام العام فقط، بل يشمل أيضا ضمان سير المرافق العامة باطراد.

إن الآراء الفقهية السابقة، كشفت لنا بأن هناك اختلاف بين الفقه الدستوري والفقه والقضاء الإداري حول هذين النظريتين، حيث تبنى الفقه والقانون الدستوري نظرية أو حالة الضرورة، مبّينا أحكامها وضوابطها ومختلف تطبيقاتها، بينما تبنى الفقه والقضاء الإداري نظرية الظروف الاستثنائية، لكونها من خلق مجلس الدولة الفرنسي.

وبالتالي نخلص، انطلاقا من هذه الدراسة، بأنه مهما قيل باختلاف النظريتين حول المدلول الاصطلاحي لهما، وأنهما مستقلتين، فإننا نميل –مع ذلك– إلى ترجيح إستعمال مصطلح حالة الضرورة على مصطلح الظروف الاستثنائية، لأن هذه الأخيرة هي تطبيق لها، ولأن ذكر حالة الضرورة شامل لكل تطبيقاتها بما فيها الظروف الاستثنائية.

لكن يجوز استعمال المصطلحين على سبيل التخيير لا على سبيل الترادف، نظرا للتقارب الكبير الحاصل بين المصطلحين، أما استعمال المصطلحين معا فإننا ننتقده، لكون حالة الضرورة الأساس القانوني والواقعي لنظرية الظروف الاستثنائية، ولأن اصطلاح حالة الضرورة هو الاصطلاح الأكثر استخداما في العديد من فروع القانون، بالاضافة إلى أن المرجعية الأساسية لهذه الحالة هي الشريعة الاسلامية التي تطرقت إلى أحكامها قبل القوانين الوضعية، وهو ما تؤكده بعض الآيات في القرآن الكريم التي تكلمت عن الضرورة والاضطرار[2]، ولم يرد فيها ذكر للظروف الاستثنائية، التي أبتدعها القانون الوضعي.

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص. 120.

[2]- الأكيد أن الشريعة الإسلامية قد وضعت بجلاء كامل ووضوح تام، الأساس العام الذي تقوم عليه أحكام حالة الضرورة من غير جدل أو خلاف بين فقهائها، وذلك يرجع إلى كون نظرية الضرورة تعد من القواعد العامة التي تستند إلى أصول كلية مأخوذة من القرآن الكريم والسنة النبوية، وليست من المسائل الفرعية، وكذلك لكون النص الوارد في هذا الشأن، لم يدع مجالا للخلاف بين فقهائها، الذين اتفقوا جميعا على كون الفكرة الأساسية أو العلة الحقيقية وراء الإعفاء من حالة الضرورة، هي أن نفس الإنسان ليست ملكه على وجه الحقيقة، وإنما هي بمثابة الوديعة عنده، لأنها ملك خالقها، لذا يحرم عليه إتلافها، ما دام قد رخص الله له ببعض الرخص، إذا ما واجهتها ظروف معينة.

ومن هذا المنطلق فقد صيغت قواعد كثيرة مستخلصة من القران والسنة، وأقوال الصحابة والتابعين، من أجل المحافظة على النفس وصيانتها، ومن هذه القواعد ما يلي:

أولا: قاعدة دفع الضرر ورفع المشقة: وتندرج تحت **قاعدة دفع الضرر** القواعد التالية:

1- قاعدة الضرر يزال: وهي من أهم القواعد وأجلها شأنا في الفقه الإسلامي، وأصلها هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: **"لا ضرر ولا ضرار"**. والضرر هو إلحاق مفسدة بالغير، والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر أي الرد على الضرر. إن الضرر والضرار محرم بنص القرآن الكريم، كقوله تعالى في الآية 231 من سورة البقرة: **"ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"**، وقوله أيضا في الآية 233 من سورة البقرة: **"لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده"**. ويتفرع عن هذه القاعدة:

2- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات: ومعنى الضرورة هي الحاجة الشديدة، أما المحظور فهو الحرام المنهي عليه، وبالتالي فمعنى القاعدة هو أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة، لذلك فقد أبيح للمضطر في حال الضرورة، أن ينال من المحرم بقدر ما يدفع عنه هذه الضرورة، وهذه القاعدة مأخوذة من قوله تعالى: " **فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم**". الآية 03 سورة المائدة، وقوله أيضا: **" فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم**". الآية 173 سورة البقرة، وقوله تعالى: **"وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"**. الآية 119 من سورة الأنعام. وعليه يتفق الفقهاء على أن المضطر مأذون له شرعا، الأخذ بما هو محظور نظرا لحالة الضرورة.

3- قاعدة الضرورة تقدر بقدرها: وهي مستفادة من قوله تعالى: **"فمن اضطر غير باغ ولا عاد"**، فالباغي آكل الميتة فوق الحاجة، والعادي آكلها مع وجود غيرها، فمعنى الآية هو أن يأتي الفعل المحرم بقدر ما يدفع عنه الضرورة دون الزيادة، فلا يتجاوز حد الضرورة إلى حد الاختيار. والجدير بالملاحظة أن هذه القاعدة مرتبطة بالقاعدة الأم **"الضرر يزال"**، ولها ارتباط وثيق مع قاعدة **"الضرورات تبيح المحظورات"**، فمضمونها هو أن الضرورات لا تبيح المحظورات مطلقا، بل تقدر بقدرها وما زاد على حد الضرورة فباق على الحظر، لأن الزيادة تخرج من كونها ضرورة إلى كونها تجاوز وعدوان.

أما **قواعد رفع المشقة** فتتمثل في الاتي:

وعليه، نخلص إلى القول بأن الظروف الاستثنائية، التي تمثل تلك الفترات الحرجة التي تمر بها البلاد، مثل الحروب الأهلية أو الدولية، أو الفياضانات أو الزلازل وغيرها من الكوارث الطبيعية، أو انتشار مرض أو وباء يهدد الصحة العامة للمواطنين[1]، ما هي في الواقع إلا تطبيقا عاديا، أو صورة خاصة لنظرية الضرورة، هذه الأخيرة التي تمثل الأساس المبرر لاستعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية الواسعة، قصد مواجهة الأزمة وحماية مؤسسات الدولة ومواطنيها؛ فلولا – إذن– الضرورة أو الاضطرار لما برزت نظرية الظروف الاستثنائية، ولما لجأت السلطة التنفيذية إلى الخروج عن أحكام المشروعية العادية، والدخول في تطبيق أحكام وإجراءات المشروعية الاستثنائية.

1- قاعدة المشقة تجلب التيسير: ومعنى القاعدة هو أن الأحكام التي ينشأ عنها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، تخففها الشريعة بما يقع تحت قدرته دون عسر أو إحراج، ودليل هذه القاعدة من القرآن الكريم قوله تعالى: **"يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"، "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها"**، سورة البقرة، الآية 185، وقوله: **"يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا"**، سورة النساء الآية 28. وقوله تعالى: **"وما جعل عليكم في الدين من حرج"**. سورة الحج الآية 78. والأدلة كثير في مجال السنة النبوية كقوله صلى الله عليه وسلم **:"إن الدين عند الله الحنيفية السمحة"** وسمي بذلك لما فيه من التسهيل والتيسير، وقوله :"**إن الدين يسر، ولن يشاد أحد الدين إلا غلبه**"، وقوله: **"يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا"**، وكذلك قوله:"**عليكم بما تطيقون**"، "**عليكم برخص الله التي رخص لكم**". ومشروعية الرخص في الإسلام ثابتة: كرخص الفطر والصلاة... فالرخصة في اللغة هي التيسير والتسهيل، وعرفها علماء أصول الفقه بأنها ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة، هذا والعذر نوعان عام وخاص، فالعذر العام هو الذي يتعرض له الشخص غالبا في بعض الأحوال كفقد الماء للمسافر فيسقط قضاء الصلاة، وقد يكون نادرا وهو إما أن يدوم كالحدث الدائم والاستحاضة ونحوه ويسقط القضاء أيضا، أما العذر الخاص فهو ما يطرأ للإنسان أحيان كالانشغال بأمر ما عن أداء الصلاة فهذا يوجب القضاء. والضرورة تعد القسم الأهم من أقسام الرخصة، فللرخصة معنى عام يصدق على حالات الضرورة وغيرها من الأعذار الأخرى. وقد قسمت الرخصة كما يلي: - **تخفيف إسقاط**: إسقاط العبادات عند وجود أعذارها (إما لنقص: رفع التكليف عن الصغير والمجنون، رفع الجماعة والجمعة والجهاد عند المرأة، وإما لمرض أو سفر: الإفطار في رمضان، ترك الجمعة والجماعة للرجال...).- **تخفيف تنقيص**: (إما لسفر: تقصير الصلاة الرباعية وجمعها، أو لمرض: إباحة الصلاة من قعود...).- **تخفيف إبدال**: (لمرض: إبدال الوضوء والغسل بالتيمم...وغيرها). وتندرج تحت **قاعدة المشقة تجلب التيسير** القواعد التالية: - **قاعدة الأمر إذا ضاق اتسع**: وهي قاعدة مأثورة عن الإمام الشافعي رحمه الله، ويقول الإمام عز الدين بن عبد السلام: "هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت، إلى جانبها قاعدة – إذا اتسع الأمر ضاق- ومعناهما : إذا ظهرت مشقة في أمر، فيرخص فيه، فإذا زالت المشقة، عاد الأمر إلى ما كان عليه". وأدلة هذه القاعدة من القرآن قوله تعالى: **"وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا..."**؛ أي تقصير الصلاة في حالة الخوف (الأمر إذا ضاق اتسع)، ولكن تعود كما كانت في حالة الاطمئنان وزوال الخوف (الأمر إذا اتسع ضاق)، وقوله تعالى: **"وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"**. الآية 280 سورة البقرة. أما أدلتها من السنة المطهرة: فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن ادخار لحوم الأضاحي فوق الثلث لما ضاق الأمر للحاجة فقال: **"ادخروا الثلث وتصدقوا بما يقي"**، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة، رجع الأمر إلى أصله فأباح لهم الادخار والانتفاع بقوله: **"إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث لكي تسعكم، فقد جاء الله بالسعة، فكلوا وادخروا واتجروا"**.

2- قاعدة ما جاز لعذر بطل بزواله: وهي مكملة لما قبلها، فالقاعدة السابقة يعمل بها في حال قيام الضرورة، وهذه القاعدة تبين ما يجب فعله بعد زوال هذه الحالة. ومعنى هذه القاعدة هو: ما جاز فعله بسبب عذر من الأعذار، فإنه تزول مشروعيته بزوال ذلك العذر، لإمكان العمل بالأصل، فمثلا يحق للمستأجر فسخ الإيجار إذا حصل عيب حادث في العين المؤجرة، لكن إذا أزال المؤجر قبل الفسخ هذا العيب، فلا مجال لفسخ الإيجار. لكننا نرى أن قاعدة "ما جاز لعذر بطل بزواله" تنصب في نفس معنى القاعدة الفرعية السابقة "إذا اتسع الأمر ضاق" لكن بتسمية فقهية أخرى.

ثانيا: قواعد اختيار أهون الشرين: وتتمثل هذه القواعد فيما يلي:

1- قاعدة ارتكاب أخف الضررين لدفع أعظمهما: لهذه القاعدة عدة تسميات أخرى منها: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما"، "الضرر الأشد لا يزال بالضرر الأخف"، "يختار أهون الشرين أو أخف الضررين"، ومعنى ذلك أنه إذا كنا أمام ضررين، أحدهما أشد من الآخر، فإنه يجوز إزالته بضرر أخف منه ولا يجوز أن يزال بضرر مثله أو أشد منه. وهذه القاعدة منبثقة من القاعدة الشرعية الفقهية الشهيرة **"درء المفاسد أولى من جلب المصالح"**؛ ومعنى هذه القاعدة أنه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة، ذلك أن عناية الشارع بالمنهيات أشد من عنايته بالمأمورات لقوله صلى الله عليه وسلم: **"إذا نهيتكم عن شيء اجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"**.

2- قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام: جاءت الشريعة الإسلامية لتحفظ للناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم، فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن، ولما كان الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه، يدفع إذا الضرر العام به، ولهذه الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال، حد الزنا صيانة للأعراض، حد الشرب صيانة للعقول، حد القصاص حماية للأنفس، ومن هذا القبيل: قتل الساحر المضر لأنه يفتن بالناس، والكافر المضل لأنه يدعوهم إلى الكفر يهدم دينهم، وكذلك إذا كانت الأبنية آيلة للسقوط والانهدام يجبر صاحبها على هدمها خوفا من وقوعها على المارة كذلك جواز منع الطبيب "الجاهل" من مزاولة مهنته، وإن كان ذلك يشكل ضررا خاصا به إلا أنه دفع لضرر عام هو إهلاك الكثير من الناس بجهله. فهذه القاعدة إذا تجري على كل مسألة تتراوح بين ضررين خاص وعام" دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص". إن هذه القواعد المستمدة من الكتاب والسنة تبرز كلها أن تكاليف الإسلام جاءت في حدود الاستطاعة وحسب المقدرة البشرية، وهي أسس تمتاز بالمرونة والحكمة مما يجعلها صالحة لكل زمان ومكان.

حول كل ما قيل سابقا أنظر: محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 38، ص 89، ص 54-55؛ حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص. 86، ص. 135؛ عبد العزيز محمد عزام، **المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية**، دار البيان، القاهرة، 2001، ص 99، 159؛ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تاريخه- نظرياته العامة- مصادره**، دار الثقافة، عمان، د.س.ن، ص. 139، ص. 159، ص. 194؛ يوسف محمد قاسم، **نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والوضعي**، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 76. أنظر أيضا: وهبة الزحيلي، **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، المرجع السابق، وغيرها.

[1]- عبد الغني عبد الله بسيوني، **القضاء الإداري (مبدأ المشروعية)**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص. 46. أنظر أيضا: سمير عبد القادر، **السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1982، ص. 135.

المطلب الثاني

تمييز حالة الاستعجال عن حالة الضرورة

حاول جانب من الفقه –لاسيما الإداري– التمييز بين حالة الضرورة وحالة الاستعجال وذلك لأجل تحديد العلاقة التي تربطهما ببعض، وما إذا كانت حالة الاستعجال تمثل تطبيق أو صورة خاصة لها، فتباينت بذلك مواقفهم وآراؤهم واختلفت، حيث ذهب فريق منهم إلى اعتبار الضرورة تشمل حالتي الاستعجال والقوة القاهرة، كما تشمل أيضا الظروف الاستثنائية[1]، باعتبارهما تطبيقات لحالة الضرورة. بينما ذهب فريق آخر إلى اعتبار الضرورة وحالة الاستعجال هما صورة واحدة، بخلاف القوة القاهرة التي تختلف عن حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية.

لهذا سنحاول من خلال هذا المطلب بيان هذه المواقف الفقهية المتعلقة، بـــ: علاقة حالة الضرورة بحالة الاستعجال.

الفرع الأول

اختلاف حالة الاستعجال عن حالة الضرورة

إذا كان الفقيه "موريس هوريو" «M. Hauriou» ربط حالة الاستعجال بنظرية الضرورة وأطلق عليها اسم "الظروف والاستعجال"، واعتبرهما صورة واحدة، فإن جانب من الفقه ساند فكرته وقرر بأن الاستعجال يرتبط بحالة الضرورة، كما ترتبط الظروف الاستثنائية بحالة الضرورة، لكن مع ذلك يبقى كل من الاستعجال والضرورة فكرتان متميزتان. ومن بين الفقهاء الذين حاولوا ابراز التفرقة بين الحالتين:

أولا: موقف الفقيه "Odent"

ميز هذا الفقيه "Odent" بين حالتي الضرورة وحالة القوة القاهرة من حيث:

(1)– <u>اختلاف الأفعال المكونة لهما:</u> أن حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية حالاتها قليلة ومحدودة، فهي لا توجد إلا في حالة الحرب والفيضان الطبيعي والثورة فقط، أي حيث يكون الوضع خطيرا ويمس بكيان الدولة، وعليه فبمفهوم المخالفة أن حالة الضرورة لا تقوم عندما يكون الوضع عاديا وغير استثنائي، أما حالة الاستعجال فإنها تشمل حالات كثيرة ومختلفة.

(2)– <u>شروطهما:</u> تختلف شروط حالة الضرورة عن شروط حالة الاستعجال، حيث أن حالة الضرورة تتطلب وجود وضع استثنائي يختلف عن حالة الاستعجال، كما أن في حالة الاستعجال لا تعفى الإدارة إلا من

[1]- نورمان فالح الظفيري، المرجع السابق، ص ص. 377-379.

تعديل الاختصاص الداخلي لها، وهذا بخلاف الظروف الاستثنائية التي تعطي الحق للإدارة في تجاوز سلطاتها المحددة لها قانونا.

– **النقد:** انتقد الفقه ما ذهب إليه «Odent»، خاصة عندما قام بوضع قائمة محددة لحالات الظروف الاستثنائية، بحيث حصرها في حالة الحرب وحصول فيضان طبيعي أو الثورات التي قد تمر بها الدولة، في حين أنه لا يمكن حصر الظروف الاستثنائية أو وضع معيار محدد لحالاتها الظروف الاستثنائية كونها فكرة مرنة ومتغيرة، فهي تشبه فكرة أعمال السيادة التي يصعب وضع قائمة لما يعتبر من أعمال السيادة. فالإدارة هي التي يقع عليها عبء بيان وإظهار وجود ظروف تبرر الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها وإلا اعتبر تصرفها غير مشروع، ولابد من اقتناع القاضي الإداري بوجود هذه الظروف حتى لا تعتبر هذه الإجراءات الاستثنائية غير مشروعة.

– كما أن الأستاذ « Odent » في تحليله لنظرية الاستعجال، يعتبر تحليلا غير عملي لأنه اعتبر حالة الاستعجال لا تعفي الإدارة من تعديل الاختصاصات الداخلية. ومع ذلك نجد القضاء الإداري قد أكد حق الإدارة في التنفيذ القسري في حالة الاستعجال باعتبارها صورة من صور الضرورة.

ثانيا: رأي الفقيه "Gabold"

يرى الفقيه "Gabold" أن حالة الاستعجال أضيق من نظرية الضرورة، فهي لا تعدو أن تكون حالة خاصة من حالات الضرورة، وذهب إلى القول أنه قد توجد حالة استعجال دون ضرورة، وذلك لأن الضرورة تفترض دائما وجود أزمة عامة، وبالنسبة للظروف الاستثنائية فهي تتطلب دائما استمرار فترة معينة، فهو قد فرق بين حالة الاستعجال وبين الظروف الاستثنائية بوجود حالات استعجال لا تتضمن وجود أزمة عامة.

– **النقد:** الواقع أن تحليل « Gabold » للعلاقة كانت سليمة في بدايتها، لكونه حاول التمييز بين حالة الاستعجال وبين الظروف الاستثنائية، غير أنه وصل إلى نتيجة شاذة وهي وجود حالات استعجال دون ضرورة، وذلك يخالف الواقع والحقيقة، لأنه إذا لم تكن هناك ضرورة للتصرف على وجه الاستعجال، فلا محل إذن للتصرف على وجه السرعة في الأفعال المتضمنة لحالة الاستعجال[1].

[1]- محمد شريف اسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 305.

ثالثا: رأي الفقيه "Waline"

يرى الفقيه "Waline" أن الظروف الاستثنائية تكون موجودة عندما يكون احترام القانون من الناحية المادية مستحيلا، أما حالة الاستعجال فهي فيما عدا ذلك[1].

النقد: أُنتقد هذا الرأي على أنه رأي غير صحيح وغير حقيقي، ذلك أن احترام القانون دائما مفروض وباق من الناحية المادية، فالإدارة ملزمة دائما بتطبيق القانون.

أما بالنسبة للحالات التي يعترف فيها القاضي بوجود ظروف استثنائية دفعت الإدارة إلى الخروج عن الحدود التشريعية، فذلك لا يعني أنها ملزمة بهذا التصرف الأخير، فالإدرة مخيرة في الظروف الاستثنائية بين تطبيق القواعد القانونية العادية أو القواعد الاستثنائية، فإذا تبيّن لها أن القواعد العادية غير ملائمة للوضع الاستثنائي اتخذت الاجراءات الملائمة لهذا الوضع. كما اعتبر رأي "Waline" غير مفيد لأنه يؤدي إلى الخلط بين نظرية الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة[2].

الفرع الثاني

الاستعجال صورة خاصة لحالة الضرورة

يرى الأستاذ « **Lucien Nizard** » بأن فكرة الاستعجال تتميز عن حالة الضرورة أو كما اسماها بالظروف الاستثنائية، فالاستعجال – حسب رأيه – ليس إلا صورة خاصة لنظرية الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة. ويتساءل « Lucien Nizard » بالقول: هل يمكن أن تستقل فكرة الظروف الاستثنائية عن حالة الاستعجال أو بعبارة أخرى، هل يمكن التمييز بين التصرف السريع الذي تتضمنه حالة الاستعجال وبين الظروف الاستثنائية التي تتميز بالاستثناء من القواعد العامة؟.

ويجيب « Lucien Nizard » بأنه ينبغي بقبول ذلك أمام عدم اعتبار الظروف الاستثنائية ذات صفة عاجلة، وهذا غير مقبول ولن يؤيده أحد، أولا يعتبر وضع الاستعجال ذا صفة استثنائية وإنما له صفة مستقلة، وهذا القول أيضا لا يؤخذ على إطلاقه لأنه توجد حالات استعجال تؤدي إلى الإخلال بالقواعد القانونية، وذلك في الأحوال غير العادية، أما في الأحوال العادية فالاستعجال صفة لصيقة بالفعل، وهو أنه يجب أن يتم على وجه السرعة في الحدود القانونية[3].

---

[1]- أنظر: (Marcel) WALINE, *« note sur l'arrêt du conseil d'état »*, 7 janvier 1955, **R.D.P.**, 1955, p.709.

[2]- محمد شريف اسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 305.

[3]- أنظر: (Lucien) NIZARD, *Op.Cit.*, pp.80-105.

ويذهب « Lucien Nizard » إلى أن حالة الاستعجال تتشابه مع نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية في خاصيتين هما:

1- أن كلا منهم تتصل بالأهداف النهائية التي تبتغيها الإدارة: ومقتضى ذلك أن كلا من فكرة الاستعجال أو فكرة الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة عبارة عن صفة أو خاصية لمجموعة من الأهداف أو الغايات التي ترمي إليها الإدارة في النهاية.

ففكرة الاستعجال عند « Lucien Nizard » تعني من الأمور التي لا تحتمل أي تأخير، فهي أسلوب للفعل لا يقبل حدوثه إلا بصورة سريعة، وهذه الخاصية لا تجعل هذه الفكرة رهن الظروف التي تفترض وجود أو عدم وجود استعجال. إذ أن هذه الخاصية ضرورية للتصرف على وجه السرعة، فالاستعجال يتضمن بعض خصائص الضرورة، وهي ضرورة التصرف على وجه السرعة، وهذا يعني أيضا أن الاستعجال وحده لا يكفي لتبرير عدم المشروعية.

والوضع نفسه بالنسبة لنظرية الظروف الاستثنائية، فلا بد أن يقترن الاستعجال بالحالة الاستثنائية لتبرير تصرفات الإدارة غير المشروعية خلال تلك الظروف، ونتيجة لذلك فإن الاستعجال كفكرة تعتبر أضيق من حالة الضرورة وأضيق من الظروف الاستثنائية، فهو لا يتضمن إلا حالة واحدة لكل منها ولا تستوعب ما عداها.

2- أن كلا منهم فكرة غير محددة: فالأصل أن تصرفات الإدارة التي تتسم بالسرعة يجب أن تكون في حدود القانون، فالتشريع هو الذي يحدد التصرفات التي يجب أن تتم على وجه السرعة، ولكن إذا تعمقنا في دراسة القانون الذي يبيح التصرف على وجه السرعة نجده يقرر ضرورة التصرف بسرعة لحماية النظام العام، الذي مجاله واسع وفكرته مرنة ومتسعة ولا يمكن تقديرها مسبقا، بل أن فكرة النظام العام نفسها تسمح بالتغاضي عن القانون لحمايته النظام العام بنفسه، وينبني على ذلك أن فكرة الاستعجال تعتبر غير محدودة مثل حالة الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية[1].

ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي تطابق وظيفة الاستعجال مع وظيفة الظروف الاستثنائية، كما يلي:

أ- الاستعجال ينتج آثار تتطابق مع الآثار التي تترتب على الظروف الاستثنائية، فالآثار التي تترتب على هذه النظرية الثانية هي السماح للإدارة باستخدام كل الوسائل غير المشروعة.

ب- حالة الاستعجال غير متوقعة، وكذلك الحال بالنسبة للظروف الاستثنائية وحالة الضرورة غير متوقعة، فالمساس بالنظام العام يقتضي التصرف على وجه السرعة، وأوجه الاخلال بالنظام العام لا يمكن

[1]- محمد شريف اسماعيل عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص. 308-311.

معرفتها مسبقا، والأمر نفسه يقال بالنسبة للظروف الاستثنائية وحالة الضرورة، فلا يمكن تحديد حالاتها مسبقا.

ج- الاستعجال هو عبارة عن ضرورة التصرف بسرعة، وعلى ذلك فلا بد أن تكون الوسيلة السريعة كافية لمواجهة الوضع الخطير، وهو الوضع نفسه بالنسبة للظروف الاستثنائية وحالة الضرورة، ذلك أن الاستعجال صفة تلازم الحالات الواقعية[1].

وانتهى الفقيه « Lucien Nizard » إلى القول بأن الاستعجال حالة خاصة للضرورة، وحالة خاصة للظروف الاستثنائية، إلا أنه لم يبيّن أن هناك علاقة بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة، بل تناول هذه العلاقة عند دراسته لعلاقة نظرية الظروف الاستثنائية بحالة القوة القاهرة، وقد انتهى إلى اعتبار كل من الاستعجال والظروف الاستثنائية وحالة القوة القاهرة تنتمي جميعا إلى نظرية الضرورة.

المطلب الثالث

الفرق بين حالة الضرورة وحالة القوة القاهرة

يعرّف الفقيه « Lucien Nizard » القوة القاهرة «Force Majeure» بأنها: "سبب خارجي غير متوقع ولا يمكن التغلب عليه، والذي يترتب عليه عدم احترام موضوع الالتزام لإصلاح ما ينتج عن القوة القاهرة من آثار". ويرى بأن الخطأ الذي وقع فيه الكتاب أنهم اعتبروا القوة القاهرة سببا خارجيا يمنع تنفيذ التزام الإدارة أو التعويض عن أخطائها، دون أن يشيروا إلى أن الغرض من ذلك هو إعادة الوضع إلى الحالة التي كان عليها. واشترط للاعتراف بوجود القوة القاهرة أن يترتب عليها خسارة جسيمة يتسنى الاعفاء من الالتزام، ولذلك يجب على القضاء الإداري أن يتبع الشروط نفسها التي يتطلبها القضاء العادي، والتشدد في تطبيق هذه الشروط كالقضاء العادي[2].

أما القوة القاهرة في فقه القانون الدولي فقد عرّفت بأنها: "ظهور عوامل مفاجئة قهرية، تجعل إحدى الدول الأطراف في معاهدة دولية معينة، في مركز يستحيل فيه عليها استحالة مادية تنفيذ ما التزمت بتنفيذه في المعاهد"[3].

لكن يمكننا أن نتساءل: هل أن الضرورة متأتية من ظروف استثنائية أم من قوة قاهرة أم من استعجال؟.

---

[1]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 143.

[2]- أنظر: (Lucien) NIZARD, *Op.Cit.*, pp.94-105.

[3]- تعد القوة القاهرة في إطار القانون الدولي سببا من أسباب وقف الالتزام الدولي، وليست سببا لانقضائه، فإذا ما زالت القوة القاهرة أو ملابساتها عاد الالتزام الدولي إلى وضعه الأول، ويجب على الدولة تنفيذه، كما يجب ليحدث الدفع بالقوة القاهرة آثاره، أن تكون الاستحالة المادية لتنفيذ الالتزام الدولي محققة، ولا يكفي أن يكون التنفيذ ضارا. أنظر: سعيد فهيم خليل، المرجع السابق، ص ص. 42-43.

الفرع الأول

أوجه الاتفاق بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الاستثنائية

إذا نظرنا إلى القوة القاهرة نجدها من أقرب النظم القانونية إلى نظرية الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة، حتى يبدو أن هناك صعوبة في التمييز بين النظريتين[1]، ومرد ذلك إلى نقاط الاتفاق بين النظريتين، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- أن النظريتين تربطهما وحدة المنشأ والأصل، فالحادث الذي يتسبب في خلق الظروف الاستثنائية قد يكون هو نفسه الذي يتسبب في خلق القوة القاهرة، ومن ذلك مثلا حالة قيام الحرب أو حدوث زلزال أو انفجار بركان...إلخ.
- أن كلا منهما يتحقق بطريق المفاجأة، وبالتالي عدم امكانية إعداد العدة لشيء غير متوقع عقلا.
- أن الآثار المترتبة عنهما تكاد تتطابق في بعض مجالات التطبيق.
- أن شروط تطبيق كل من النظريتين تكاد أن تتماثل في كلا النظريتين في أنهما حادثين لا يمكن توقعهما أو مقاومتهما أو تحمل النتائج المترتبة عليهما.

وإجمالا يمكن القول، بأنه لا يوجد فارق من حيث طبيعة الظرف الطارئ والقوة القاهرة.

الفرع الثاني

أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الاستثنائية

أما نقاط الاختلاف بين القوة القاهرة والظروف الاستثنائية فهي عديدة[2]، ولا يمكن أن تقع تحت أي حصر، لكن المهم فيها هو أن مدة القوة القاهرة تتحدد بالاستحالة المطلقة، أما الظرف الاستثنائي فالاستحالة نسبية، إضافة إلى اختلاف مجالات التطبيق والاثبات وشرط العمومية[3].

وحول هذه المسألة، يطرح الفقيه «Lucien Nizard» سؤال وهو: هل يمكن التمييز بين فكرتي الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة؟. ويجيب عنه بأنه يمكن اعتبار ظروفا معينة تشكل حالة القوة القاهرة، وظروفا أخرى تمثل حالة الظروف الاستثنائية، كما يمكن أن نعتبر أن نظرية القوة القاهرة هي فكرة أكثر تحديدا من الظروف الاستثنائية، لأنها تتطلب استحالة لا يمكن التغلب عليها، بشرط عدم توقعها، وبشرط أنها

---

[1]- وهو ما وقع فيه الفقيه "أنزيلوتي" «Anzilotti» الذي عرف حالة الضرورة بأنها: "الوضعية التي تكون فيها الدولة مدفوعة من طرف خطر كبير يحرمها من حرية الاختيار، فتقوم بعمل ضار لدولة أخرى حتى تنجو من هذا الخطر، أو بمعنى آخر أنها الحالة التي يستحيل فيها التصرف بوسيلة أخرى غير مخالفة للقانون". وقد وجه الأستاذ "دي فيسشير" «De Visscher» نقدا له، مفاده بأن هذا التعريف يعتبر تعريفا للقوة القاهرة وليس تعريفا لحالة الضرورة. أنظر: بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص. 468. نقلا عن:
(Ch.) DE VISSCHER, ***théorie et réalité en droit international public***, Paris, 1955, p.335.

[2]- سعيد فهيم خليل، المرجع السابق، ص ص.42-43.

[3]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 144.

ظروف خارجية، فالقاضي يتشدد في توفر شروط حالة القوة القاهرة، ولكنه يخفف من هذه الشروط في حالة الظروف الاستثنائية.

وينتهي الفقيه «Lucien Nizard» إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية مختلفة عن حالة القوة القاهرة، في أن الأولى لا يتطلب فيها شروطا قاسية كالتي تتطلب في الثانية، لكنه قد تقترن الظروف الاستثنائية بالقوة القاهرة في بعض الأحيان، ولذلك فإن القوة القاهرة تعتبر بمثابة تطبيق محدود وصورة خاصة لنظرية الظروف الاستثنائية، ويشير « Lucien Nizard » أيضا إلى أنه بغض النظر عن الاختلاف بين مدلول هذه المترادفات الثلاثة وهي: حالة الاستعجال، وحالة القوة القاهرة، ونظرية الظروف الاستثنائية، فإنها تنتمي جميعا إلى نظرية الضرورة.

أما في مجال العلاقات الدولية فإن حالة الضرورة تختلف عن القوة القاهرة في النواحي الثلاثة التالية:

(1)- من حيث الباعث: فهي في حالة الضرورة أولوية مصالح الدولة على مصالح غيرها، وفي القوة القاهرة حماية الوجود.

(2)- من حيث التطبيق: فهو في حالة الضرورة إجراء مادي يخضع للتقدير الشخصي للدولة، وفي القوة القاهرة إجراء قانوني يخضع للتقدير الموضوعي لجهة قضائية.

(3)- من حيث النتائج: فهي في حالة الضرورة قد تمثل خطرا على وجود الدولة التي وجه إليها الإجراء المادي (كغزو ألمانيا لبلجيكا سنة 1914 تحت شعار حالة الضرورة)، أما في حالة القوة القاهرة لا تمثل خطرا لا يرجى إصلاحه بالنسبة للدولة المدعية.

كما تختلف القوة القاهرة عن الحق في الدفاع الشرعي، فالدفع بموجب هذا الأخير يقضي بأن الدولة يحق لها أن تتحلل مؤقتا من تنفيذ تعهداتها الدولية، إن كان هذا التنفيذ متعارضا مع حقها في الدفاع الشرعي عن حياتها، وكثيرا ما تلجأ إليه الدول في الحروب لوقف تنفيذ التزاماتها الدولية، التي يتعارض تنفيذها مع المصالح الحربية للدولة. إذا كانت الدولة أمام قوة قاهرة فإنه لا يترك لها المجال للاختيار بين الوسائل اللازمة لهذه الظروف، أما إذا كانت الدولة أمام حالة الدفاع الشرعي أو حالة الضرورة، فإنها تتدبر بعناية أفضل الوسائل لمواجهة متطلبات استعادة النظام العام والموازنة بين الحقوق الفردية وجسامة التهديد.

لذلك فقد عرفت أحكام القانون الدولي العرفي بعض التطبيقات لفكرة الضرورة، من خلال الدفوع التي تلجأ إليها الدول للتحلل مؤقتا من تنفيذ التزاماتها الناشئة عن المعاهدات الدولية، كالدفوع التي تستند إلى وجود القوة القاهرة، أو حالة الدفاع الشرعي، أو حالة الضرورة لاسيما إبان الحرب.

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق، أن نظرية الظروف الاستثنائية هي حالة من حالات الضرورة، وأن حالة الاستعجال هي إحدى حالات الضرورة، كما أنها صورة خاصة للظروف الاستثنائية، وكذلك الحال بالنسبة للقوة القاهرة التي تعتبر حالة خاصة للظروف الاستثنائية، وصورة من صور الضرورة[1].

المبحث الثالث

علاقة حالة الضرورة بمختلف النظريات الفقهية المشابهة

إن الآثار التي ترتبها نظرية الضرورة قد تلتقي مع تلك الآثار التي ترتبها بعض النظريات المشابهة لها، لاسيما نظرية السلطة التقديرية للإدارة، ونظرية أعمال السيادة، وأيضا نظرية الاعتداء المادي ونظرية الاستيلاء، بحيث تتداخل نظرية الضرورة مع كل تلك النظريات، الأمر الذي يتطلب تحديد طبيعة العلاقة التي تربطها بهم، وبيان فيما إذا كانت حالة الضرورة هي تطبيق لنظريات أخرى تستند إليها، أم أن لها كيان قانوني مستقل بذاته.

لهذا لابد من عقد مقارنة بين نظرية الضرورة والنظريات المشابهة لها، لبيان أوجه الشبه والاختلاف فيما بينهم، وبيان العلاقة التي تربطها بهم، وكيف أنها تمكّن الإدارة سلطات واسعة لا تتمتع بها في الأحوال العادية، مع توضيح موقف القضاء منها؟.

وهو ما سنعالجه من خلال المطالب الثلاثة التالية: حيث نخصص **المطلب الأول** لبيان علاقة حالة الضرورة بنظرية السلطة التقديرية للإدارة، ونتعرض في **المطلب الثاني** لعلاقة حالة الضرورة بنظرية أعمال السيادة، أما **المطلب الثالث** فنعالج فيه علاقة حالة الضرورة بكل من نظرية الاعتداء المادي، ونظرية الاستيلاء.

المطلب الأول

علاقة نظرية السلطة التقديرية للإدارة بحالة الضرورة

قد يبدو من الوهلة الأولى أن نظرية السلطة التقديرية للإدارة تعني تحرر الإدارة من حرفية النص القانوني، وتمتعها بحرية التصرف، وهو ما يشكل خطرا على الحريات، الأمر الذي جعل الفقه والقضاء يتدخل لتحديد حدود الاختصاص التقديري للإدارة، حتى لا تكون استثناءً على مبدأ المشروعية، من خلال تقرير الرقابة القضائية على الملاءمة[2].

---

[1]- محمد شريف اسماعيل عبد الحميد، المرجع السابق، ص ص. 313-316.

[2]- سامي جمال الدين، **قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص.18.

ولمعرفة ما إذا كانت الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية إزاء تصرف معين، فإنه يجب الرجوع إلى النظام القانوني الخاص بهذا التصرف، فإن كان قد تخلى عن تنظيم جانب أو أكثر من جوانبه كنا بصدد سلطة مقيدة للإدارة.

وعليه، فما هو مفهوم السلطة التقديرية للإدارة **(الفرع الأول)**، وفيما تتمثل أوجه التداخل والإختلاف بين نظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الاستثنائية **(الفرع الثاني)**؟.

الفرع الأول

مفهوم السلطة التقديرية للإدارة

عندما تمارس الإدارة نشاطها فهي عادة تسلك الطريق الذي رسمه لها المشرع لمباشرة هذا العمل، وذلك سواء تعلق هذا النشاط بسير المرافق العامة أو بالمحافظة على النظام العام، وهو ما يسمى بالسلطة المقيدة للإدارة، إلا أنه يجب ملاحظة أن المشرع حينما يمنح للإدارة السلطة بممارسة نشاط معين فهو يترك لها قدرا من حرية التقدير وفقا للظروف، بحيث تستطيع أن تتدخل أو أن تمتنع عن التدخل، مع تقدير كيفية هذا التدخل بما يتناسب مع كل حالة على حدا، سواء بالنسبة لاتخاذ الإجراء أو بالنسبة لزمن اتخاذه، بحيث تملك الإدارة تقدير ملاءمة التصرف واختيار الوقت المناسب.

وقد أثبتت التجارب العملية أن هذا الطريق لازم لحسن سير الإدارة لكي تقوم بعملها على الوجه الأكمل[1]. لذلك يلجأ المشرع إلى وضع قواعد قانونية تتصف بالمرونة، تاركا للإدارة تقدير ملاءمة التصرف، شريطة أن تتوخى في كل عمل تأتيه الصالح العام، وأن لا تنحرف عن هذه الغاية مطلقا، وإلا كان عملها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة[2].

أولا: تعريف السلطة التقديرية

اهتم الفقه الإداري بالسلطة التقديرية« Le pouvoir discrétionnaire » للإدارة وأعطى لها عدة تعريفات، والتي من بينها: تعريف العميد بونار « Bonnard »: "تكون سلطة الإدارة تقديرية عندما يترك لها القانون –الذي يمنحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد– الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، ووقت هذا التدخل وكيفية فحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تنحصر إذن في حرية التقدير التي يتركها

[1]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية**، المرجع السابق، ص. 322.
[2]- سعيد عبد المنعم الحكيم، **الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة**، ط 2، دار الفتح، بيروت، 1977، ص. 14.

القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه[1]. ويضيف بأن السلطة التقديرية من حيث التعريف مطلقة بلا قيد، ولكن نطاق تطبيقها يمكن أن يكون أقل أو أكثر اتساعا[2].

وعرّفها الفقيه "أندريه دي لوبادير" « André de Laubadere» بقوله: "توجد سلطة أو صلاحية تقديرية، عندما تكون السلطة الإدارية حرة في اتخاذ أكثر من قرار، ولها الاختيار من بين هذه القرارات، وبمعنى آخر، عندما لا يكون تصرفها محددا سلفا في القانون". ويرى في المقابل أن هناك سلطة مقيدة، عندما تواجه الإدارة حالات تكون فيها ملزمة باتخاذ قرار بصورة أو بأخرى، ولا تملك إطلاقا الاختيار بين عدة قرارات، وأن تصرفها تحدد سلفا بواسطة القاعدة القانونية[3].

بينما يرى الفقيه "هوريو" « Hauriou » بأنه لا توجد قرارات تقديرية، بل توجد بعض السلطات التقديرية للإدارة، والتي توجد أكثر أو أقل في جميع القرارات، وأن السلطة التقديرية هي بصورة أساسية "سلطة تقدير ملاءمة الإجراءات الإدارية"[4].

غير أن التعريف الذي نرجحه، هو التعريف الذي جاء به الدكتور "سليمان محمد الطماوي"، حيث عرف السلطة التقديرية بأنها: "تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها، ووسيلة التدخل وتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث ولتقدير أصلح الوسائل للمواجهة". فجوهر السلطة التقديرية عند بعض الفقهاء، ينحصر في حق الإدارة في الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة[5]. إذ لا يمكن اعتبار السلطة التقديرية تقترب من السلطة التعسفية، وإنما هي سلطة قانونية لا تخول للإدارة سوى الاختيار بين قرارين أو مسلكين أو أكثر باعتباره الأكثر

---

[1]- وهو ما يراه الفقيه « Vedel » بأن: الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما تترك لها القوانين والأنظمة حرية التصرف بصورة أو بأخرى، وعلى العكس، هناك سلطة مقيدة عندما تكون الإدارة ملزمة، حسب القوانين والأنظمة دون أن تملك حرية.
أنظر: (Georges) VEDEL, ***Droit Administratif***, 5e édition, P.U.F., Paris, 1973, p.43.
أما الفقيه « F. Binoit » فعرفها بقوله: "نكون أمام سلطة تقديرية إذا كانت الجهة الإدارية صاحبة الاختصاص حرة في تقدير مدى ممارستها، إذا توافرت الشروط التي تبرر ذلك قانونا، وبذا تتمثل السلطة التقديرية في مكنة قانونية تخول صاحب الاختصاص حرية تقدير ممارسة اختصاصه، إذا توافرت الشروط القانونية لذلك. أنظر: مصلح الصرايرة، "مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص ص. 166-167.
وفي الواقع فإن القرارات الصادرة عن التقدير المحض والكامل للإدارة قليلة، إذ لابد من توفر حد أدنى من الشروط أو من القواعد التي يتعين احترامها، فالسلطة المختصة هي وحدها التي في إمكانها اتخاذ القرار العائد إليها، مع احترام قواعد شكلية وإجرائية سنها المشرع. أنظر: فريدة أبركان، المرجع السابق، ص 39. أنظر أيضا: شلالي رضا، "رقابة القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات العامة"، **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، العدد 1، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي زيان عاشور، الجلفة، جوان 2008، ص. 121.

[2]- أنظر: (Roger) BONNARD, ***Précis de droit public***, 5e éd, édition Sirey, Paris, 1939, p. 45.

[3]- أنظر: (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p.75.

[4]- أنظر: (Maurice) HAURIOU, ***Précis de droit administratif***, 4e éd, Paris, 1938, p. 102.
وهو ما جاء في تعريف الفقيه "روني شابي" « René Chapus » بأن: السلطة التقديرية للإدارة ليست إلا سلطة الاختيار بين قرارين أو تصرفين على الأقل تتفق مع المشروعية، فالإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية لا تستطيع عمل إلا ما يسمح لها به القانون. أنظر:
(René) CHAPUS, ***Droit Administratif Générale***, tome 1, 8eme éd, Montchrestien, 1995, p.167.
أما الفقيه « J. Michaud » فيرى بأنها: "حرية التصرف التي تتمتع بها الإدارة العامة، دون أن تحدد لها القاعدة القانونية المسلك الواجب إتباعه مسبقا". ويرى غالبية الفقه في فرنسا ومن بينهم، "دي لوبادير"، "شابي"، "بونار"، "ريفيرو"، و"موريس هوريو"- أن السلطة التقديرية للإدارة ليست سوى حرية تقدير ملاءمة القرار الإداري في عناصره غير المقيدة قانونيا، فقد ركزوا على اصطلاح الملاءمة في تعريف السلطة التقديرية بدلا عن اصطلاحات أخرى مثل حرية الاختيار، أو حرية التقدير، ولعل سبب استبعاد بعض الفقه لهذا الاصطلاح، يعود إلى التخوف من قاعدة أن القاضي الإداري هو قاضي المشروعية وليس الملاءمة، وهو تخوف لا مصاغ له، إذ ليس معنى أن للإدارة سلطة تقديرية أن تفلت من رقابة القضاء. أنظر: شيخي نبيه، **السلطة التقديرية بين الفقه الإسلامي والقانون الإداري الجزائري**، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2005، ص. 5 وما بعدها. سامي جمال الدين، **قضاء الملاءمة و...**، المرجع السابق، ص. 21.

[5]- سليمان محمد الطماوي، **نظرية التعسف في استعمال السلطة**، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص. 48.

ملاءمة. ويجب أن يكون القرار الذي تختاره الإدارة، في كل الأحوال متفقا مع المشروعية دون تناقض أو تعارض[1]. ومن أمثلة السلطة التقديرية للإدارة، الترقية والاختيار، وتوقيع الجزاءات التأديبية على الموظفين، وإنشاء الوظائف العامة [2].

غير أنه إذا حدد المشرع شروط ممارسة الاختصاص، وأجبر الإدارة على العمل بهذه الشروط في حال توافرها، فإن سلطة الإدارة تكون مقيدة، لأن المشرع لم يترك لها أي اختيار أو تقدير بالنسبة لاتخاذ الإجراء أو عدم اتخاذه، وفي هذه الحالة يحدد المشرع –بطريق آمر وعلى سبيل الإلزام– الهدف الذي يجب أن تسعى الإدارة إلى تحقيقه من خلال نشاطها، والأساليب التي تتبعها للوصول إلى هذا الهدف، وهكذا يصبح عمل الإدارة مقصورا على تطبيق القانون[3]. ولا يجوز لها أن تمتنع أو تعمل على خلاف ما بينه القانون، وإلا عد تصرفها باطلا لمخالفته للقانون. ومن أمثلة ذلك منح الترخيص لممارسة نشاط معين، إذا حدد المشرع الشروط الواجب توافرها، وألزم الإدارة بمنح هذا الترخيص حال تحقق هذه الشروط[4].

وعليه، فإن السلطة المقيدة أو المحددة للإدارة يتجسد فيها أكبر ضمان لحرية الأفراد، وحمايتهم من تعسف الإدارة وعنتها مما يمكن حدوثه عند ممارسة السلطة التقديرية[5]، إذ يكفي أن يثبت الفرد الشروط المادية التي يتطلبها القانون، حتى يتحتم على الإدارة أن تستجيب لطلباته، وتخضع لما يريد.

ومن الأمثلة البارزة للسلطة التقديرية للإدارة التي تمس الحقوق والحريات الأساسية للأفراد حالات الاضطرابات التي تهدد النظام العام والأخطاء التأديبية، كطلب الإذن بعقد اجتماع عام أو القيام بمظاهرات، ففي هذه الحالات تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة، وهذا لكونها أقدر من غيرها على تقديرها تقديرا سليما، باعتباره يقوم على وقائع مادية ثابتة، فمثلا بالنسبة للاضطرابات وطلب الإذن بعقد اجتماع عام أو القيام بمظاهرات، فما لا شك فيه أن الإدارة تكون في وضع يسمح لها بتقدير مدى لها من الحرية في التصرف لمواجهتها، فقد ترى ضرورة التدخل وقد ترى العكس، من ذلك أن هذه الاضطرابات من الأمور العارضة التي ستنتهي تلقائيا دون تدخل[6].

لكن على الرغم من مزايا السلطة المقيدة للإدارة، إلا أن ما يعيبها هو كونها تباعد بين القانون المنظم لهذه السلطة، وبين حقائق الحياة المتغيرة والمتنوعة، لذلك يجمع الفقه على أن السلطة التقديرية للإدارة لا غنى عنها[7]. إذ لا يمكن أن تكون سلطات الإدارة تقديرية كلها، ولا مقيدة كلها، لأن الإسراف في هذا التقييد

---

[1]- سامي جمال الدين، **قضاء الملاءمة و...**، المرجع السابق، ص.23.
[2]- ثروت عبد الهادي خالد الجوهري،المرجع السابق، ص ص. 144-146.
[3]- محسن خليل، **القضاء الإداري اللبناني**، (دراسة مقارنة)، بيروت، 1982، ص. 136، أنظر أيضا: سليمان الطماوي، "السلطة التقديرية والسلطة المقيدة"، **مجلة الحقوق**، العدد الثالث، الجزء الثلاثون، 1951، ص ص.97-137.
[4]- محمود محمد حافظ، **القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن**، مطبعة جامعة القاهرة، 1993، ص. 48.
[5]- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 322.
[6]- رضا شلالي، المرجع السابق، ص. 121.
[7]- سامي جمال الدين، **قضاء الملاءمة و...**، المرجع نفسه، ص.26.

يترتب عليه شل حركة ونشاط الإدارة وإعدام روح الابتكار، مما يعني أن السلطة التقديرية[1] لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المقيدة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم[2].

ثانيا: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة

أرجع الفقه مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة إلى الإعتبارات التالية:

(1)- الاعتبارات العملية بسبب قصور التشريع: حيث أنه مهما أوتي المشرع من الحكمة وبعد النظر، إلا أنه لا يستطيع التنبؤ بكل ما سيستجد من وقائع وحوادث عند تطبيق القانون، ومن هنا كان لابد من أن يكون للإدارة سلطة تقديرية، تضيق أو تتسع حسب الأحوال، تستطيع أن تواجه بها المستجدات، لتكون تصرفاتها تتلاءم مع الظروف المحيطة.

(2)- الاعتبارات الفنية ومقتضيات النشاط الإداري: يجب لتحقيق المصلحة العامة، أن لا تعامل الإدارة على أنها مجرد أداة صماء، راكدة وجامدة غير قادرة على التجديد والابتكار، والتكيّف مع الظروف والملابسات، فهي تحتاج إلى قدر من الحرية والاختيار، لممارسة اختصاصاتها التي حددها لها القانون، وذلك بالقدر الكافي لمواجهة التحولات الكبرى التي يشهدها عالم الإدارة العامة اليوم، حتى تكون على الدوام متوافقة مع الظروف المتغيرة والمتجددة، ضمانا لحسن سير العمل الإداري، الذي ينعكس بالإيجاب على حقوق الأفراد وحرياتهم، والخدمات الضرورية لهم. ومن هنا تبدو السلطة التقديرية كضرورة اجتماعية لا غنى عنها، وكوسيلة مثلى لتحقيق المصلحة العامة، بل ولضمان المشروعية في المجتمع[3].

(3)- الاعتبارات القانونية وضمانات الرقابة القضائية: يضع القانون للمخاطبين به، بما فيهم الإدارة، الإطار العام الذي يجب أن يكون عليه عملهم، وفي داخل هذا الإطار يكون للأفراد عادة حرية الاختيار، فهم غير مطالبين إلا بالالتزام بهذا الإطار وعدم الخروج عن حدوده، والإدارة كهيئة من الهيئات المخاطبة بالقانون، لا تلتزم بأكثر من غيرها، فداخل إطار وحدود القانون يكون لها حرية الاختيار[4]، دون أن يكون في ذلك أي خطر على حقوق وحريات الأفراد، مادام الأمر المستقر عليه أن السلطة التقديرية تخضع مثل

---

[1]- إن السلطة التقديرية ظاهرة تلازم النشاط الإداري، لذلك ظهرت عدة أفكار ونظريات تفسر أسباب وجود السلطة التقديرية وتبين الأساس القانوني للاعتراف بها للإدارة من أهمها: فكرة التدرج القواعد القانونية بزعامة الفقيه كلسن، ونظرية الحقوق الشخصية، ونظرية فكرة المشرع وفكرة المرفق العام. أنظر: عصام البرزنجي، **السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية**، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة القاهرة، 1970، ص ص. 184-186؛ سامي جمال الدين، **قضاء الملاءمة و...**، المرجع السابق، ص ص.34-36.
ولعل الأساس المقبول للاعتراف بسلطة الإدارة التقديرية هو أن المشرع أدرك أن تقييده للسلطة لن يكون مجديا ونافعا، ولذلك ترك المجال للإدارة في حرية التصرف والتقدير لما لها من خبرات خاصة في وسط الظروف المتغيرة والمتبدلة، وهو الرأي الذي قال به الدكتور "عصام البرزنجي" بعد نقده للنظريات السابقة، فقد أرجع الأساس القانوني للاعتراف بسلطة التقدير للإدارة إلى تخلف القواعد القانونية وعجزها عن ملائمة المتغيرات. أنظر: عليان بوزيان، **دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق**، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص ص.328-332.

[2]- سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص. 23.

[3]- سامي جمال الدين، **قضاء الملاءمة و...**، المرجع السابق، ص. 27.

[4]- محمد الشافعي أبوراس ، **القضاء الإداري**، مكتبة الزقازيق، القاهرة، 1996، ص. 56.

سائر الهيئات للرقابة على مشروعية قراراتها، ولا تتحقق هذه المشروعية إلا بالتأكد من أنها قد استهدفت المصلحة العامة، وهو الدور الذي يتولاه القاضي الإداري من خلال رقابة المشروعية[1].

الفرع الثاني

الفرق بين حالة الضرورة ونظرية السلطة التقديرية

قد تتشابه السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة مع حالة الضرورة أو نظرية الظروف الاستثنائية في بعض النواحي، فيما يتعلق بقرار إداري صادر من السلطة الإدارية، فكل منهما يوسع من سلطات الإدارة، حيث تملك قدرا كبيرا من الحرية في ممارسة اختصاصاتها بموجب هاتين النظريتين، كما أنهما يخضعان في النهاية لرقابة القضاء الإداري إلغاء وتعويضا.

غير أن هناك فروقا جوهرية بين كلا النظريتين، نجملها فيما يلي:

1- إذا كانت الإدارة تتمتع بقدر من حرية التصرف في مجال السلطة التقديرية، فإنها تملك سلطة تقديرية واسعة جدا فيما تمارسه من أعمال وتجريه من تصرفات في حالة الظروف الاستثنائية.

2- تخضع أعمال الإدارة في كلتا الحالتين للرقابة القضائية (إلغاء وتعويضا)، فبينما تخضع تصرفاتها في مجال السلطة التقديرية لقواعد المشروعية العادية، بحيث لا تستطيع الإدارة من خلالها الخروج عن الحدود التشريعية العادية، فإنها في حالة الظروف الاستثنائية تستطيع أن تتخطى هذه الحدود، لأن أعمالها في ظل تلك الظروف تخضع لقواعد المشروعية الاستثنائية التي تقررها النصوص الدستورية والقانونية[2].

ونشير في هذا الصدد إلى أن القاضي في السابق كان يقف عند حدود مراقبة مشروعية القرارات الصادرة عن الإدارة، لينتقل بعدها إلى ملاءمة ومناسبة الإجراءات الصادرة عن الإدارة، للظروف التي تعمل فيها، خصوصا عندما يتعلق الأمر بمجال حماية الحقوق الأساسية كحرية الاجتماع أو حرية التجارة...الخ[3]؛ بمعنى أن القاضي الإداري امتنع لمدة طويلة عن مراقبة تقدير الإدارة للوقائع، على أساس أنه لم يكن قاضي ملاءمة « Juge d'opportunité ».

وقد ظهر منذ حوالي ثلاثين سنة نوع من الرقابة في الاجتهاد القضائي الفرنسي مع قرار "Lagrange" ثم قرار "Gomel"، وأصبح القاضي يخضع الإدارة لحد أدنى من الرقابة ينصب على تقدير الوقائع من طرف

---

[1]- سامي جمال الدين، **قضاء الملاءمة و...**، المرجع نفسه، ص. 29.

[2]- حامد التهامي، **نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية (في الدولتين الحديثة والإسلامية)**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985، ص ص. 258-309.

[3]- عبد الغني عبد الله بسيوني، **القضاء الإداري**، المرجع السابق، ص. 12.

الإدارة؛ أي أنها رقابة على الغلط الواضح في التقدير، والمعروفة كذلك بالرقابة الضيقة[1]، إذ أن الإدارة تكون ملزمة بانتهاج طريق السلوك المعقول، فإذا تجاوزت الإدارة حدود المعقول في إصدار قراراتها أو ارتكبت غلطا واضحا يتجاوز حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملاءمة، فإن القاضي الإداري يقوم برقابة مخففة على التكييف القانوني، ويتعرض سلوك الإدارة غير المشروع للإلغاء، لذا تعد هذه الرقابة بمثابة صمام أمان، وبمثابة خطاب لأي تعسف للإدارة في استعمال صلاحيتها التقديرية للمساس أو انتهاك الحقوق والحريات الأساسية للمواطن[2].

3- السلطة التقديرية تتعلق بسلطة الإدارة في الظروف العادية، كما تتعلق ببعض عناصر القرار الإداري، أما نظرية الظروف الاستثنائية فتتعلق بسلطة الإدارة في الظروف العصيبة التي تمر بها الدولة، والتي تتمتع بمقتضاها الإدارة بسلطات واسعة.

4- تتطلب نظرية الظروف الاستثنائية توفر شروط معينة، وهي وجود ظروف عصيبة تعجز القوانين العادية عن مواجهتها، وهذه الشروط غير متطلبة بالنسبة للسلطة التقديرية.

5- وبالنسبة لدعوى المسؤولية، فإنها تستند إلى الخطأ العادي في مجال السلطة التقديرية، بينما تتطلب وجود خطأ جسيم في حالة الظروف الاستثنائية[3].

المطلب الثاني

علاقة حالة الضرورة بنظرية أعمال السيادة

يرجع تاريخ ظهور نظرية أعمال السيادة إلى النصف الأول من القرن التاسع عشر، وهي فكرة من صنع مجلس الدولة الفرنسي، رغم أن المشرع الفرنسي لم يتحدث صراحة عن أعمال السيادة، فعرفت هذه النظرية ردة فعل مضادة من قبل الفقهاء للحد منها قدر الإمكان لأنهم يرونها ثغرة في بناء المشروعية[4].

---

[1]- فريدة أبركان، "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة"، ترجمة: عبد العزيز أمقران، **مجلة مجلس الدولة**، العدد 01، الجزائر، 2002، ص. 39.

[2]- رضا شلالي، المرجع السابق، ص. 121.

[3]- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص 323. أنظر أيضا: ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، المرجع السابق، ص ص.147-148.

[4]- منذ نشأة أعمال السيادة، والفقه يحمّل عليها حملة شديدة، ويعتبرها بحق ثغرة في بناء المشروعية، ووصمة في جبين القانون العام، وبقية من بقايا عهود الدولة غير القانونية، لذلك فقد ظهرت محاولات فقهية للقضاء على هذه النظرية، محاولين إعادة دولة المشروعية شموليتها في إخضاع أعمال السلطات العامة إلى حظيرة القانون، لأن كل مخالفة للقانون هو مساس بحق أو حرية. فتميزت مختلفت الآراء الفقهية بشأن الاعتراف بنظرية أعمال السيادة بين: اتجاه مؤيد ومقر بوجودها سواء من الناحية التشريعية أو القضائية، وبين اتجاه يذهب إلى حد إنكار وجودها كلية من بينهم الفقيهين: « Chapus » و« Odent » . للتعرف أكثر على مواقف هؤلاء الفقهاء المؤيدة والمنكرة، ارجع للمراجع التالية: السيد خليل هيكل، وهيب عياد سلامة، ثروت عبد العال أحمد، **القضاء الإداري**، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، القاهرة، 2001، ص ص. 94-97؛ ثروت عبد الهادي الجوهري، المرجع السابق، ص.139، ص.186؛ محمود عاطف البنا، **القضاء الإداري**، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1979، ص. 138؛ عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ص 440- 445؛ مراد بدران، **الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية**، رسالة دكتوراه، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 172؛ سليمان محمد الطماوي، **القضاء الإداري**، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص.366؛ محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ص.56- 61؛ مسعود شيهوب، "الحماية القضائية للحقوق والحريات في الظرف الاستثنائية"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، الجزء 36، العدد الأول، جامعة الجزائر، 1998، ص ص. 33-34.

غير أن تطبيقات هذه النظرية، مازالت موجودة في القضاء الإداري الفرنسي، حيث يستعمل القضاء اصطلاح أعمال الحكومة للدلالة عليها، كما تشير إليها محكمة التنازع في أحكامها[1].

فما الذي جعل القضاء الإداري يبرر الأخذ بهذه النظرية، وما موقفه منها **(الفرع الأول)**؟ وما هي المعايير التي استند إليها **(الفرع الثاني)**، وكيف ميَزها الفقه عن نظرية الضرورة **(الفرع الثالث)**؟.

الفرع الأول

المبررات الفقهية لتطبيق نظرية أعمال السيادة

على الرغم من أن طائفة أعمال السيادة تتمتع بطبيعة إدارية، إلا أنها مستثناة من كل دعوى ورقابة قضائية عليها[2]، فهي قرارات غير قابلة لأن تكون محلا لدعوى الإلغاء أو التعويض أو فحص للمشروعية، مهما كانت درجة عدم مشروعيتها أو الآثار الضارة التي تترتب عليها، وبغض النظر عن الظروف التي صدرت فيها هذه الأعمال، سواء صدرت في ظل الظروف العادية أم في الظروف الاستثنائية[3]. بمعنى أن هذه الأعمال تتمتع بحصانة مطلقة ضد كافة الطعون القضائية، سواء تلك التي يختص بها القضاء العادي أو القضاء الإداري على حد سواء[4]، نظرا لاتصالها بمصالح الدولة العليا[5].

وقد ساق الفقهاء مبررات وأسس عديدة لقيام النظرية، تبرر للإدارة خروجها الواضح والصريح على مبدأ المشروعية، وتمتع أعمال السيادة بحصانة واقية ضد كل أصناف الرقابة القضائية، من هذه المبررات نذكر:

(1)- المبررات أو الاعتبارات التاريخية: إن ميلاد نظرية أعمال السيادة كان نتيجة لظروف تاريخية مر بها القضاء الإداري الفرنسي، لاسيما مجلس الدولة الذي أحيطت اختصاصاته بالكثير من القيود ومنها جعل قضاؤه محجوزا ومتوقفا على مصادقة الحكومة. الأمر الذي ترتب عليه اعتناقه لتلك النظرية حتى لا يصطدم بالسلطة التنفيذية، فضلا عن حق الملك في التصدي لكافة القضايا التي يراها مرتبطة بالصالح العام

---

[1]- لكن مع نهاية القرن الماضي، أخذ القضاء الفرنسي يتحاشى استعمال تعبير أعمال السيادة في أحكامه، أنظر في ذلك: محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص ص. 125-126؛ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 370؛ عبد الفتاح حسن، **قضاء الإلغاء**، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1983، ص.56.

[2]- ناصر لباد، **القانون الإداري**، الجزء الثاني، ط 1، مطبعة لباد، الجزائر، 2004، ص 352، نقلا عن:
(A.) MAHIOU et (J.L). AUTIN , ***L'impact de la révolution agraire sur les institutions administratives en Algérie***, étude de droit public Algérien, O.P.U., Alger, 1984, p.183, renvoi n°79.

[3]- سعيد عبد المنعم الحكيم، المرجع السابق، ص.51.

[4]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص.124، نقلا عن: أحمد عبد الوهاب السيد، **الحماية الدستورية لحق الإنسان في قضاء طبيعي**، ص.301. أنظر أيضا: حقي إسماعيل البربوتي، **الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1981، ص.319، محسن العبود، **مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان**، (دراسة تحليلية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.16.

[5]- عليان بوزيان، المرجع السابق، ص.422.

لينظرها مجلس الوزراء، لذلك تعد هذه النظرية من آثار القيود التي كانت تكبل سلطة مجلس الدولة الفرنسي[1].

(2)- المبررات أو الاعتبارات السياسية: إلتمس البعض سند النظرية في الصيغة السياسية لأعمال السيادة، وبالتالي إحجام القضاء عن التدخل في الخصومات ذات الطابع السياسي.

(3)- المبررات أو الاعتبارات القانونية: يرى فريق آخر من الشراح أن حصانة أعمال السيادة ترتكز على مبررات قانونية من قبيلها أن أعمال السيادة أعمال مختلطة لا يصدر من السلطة التنفيذية وحدها، وإنما تشترك فيها سلطات أخرى مثل السلطة التشريعية، وبالتالي فإن القضاء لا سلطان له إلا في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية وحدها.

(4)- المبررات أو الاعتبارات العملية: نظرا للانتقادات التي وجهت إلى الاعتبارات السالفة الذكر، فإن الرأي الراجح فقها يرى بأن حصانة أعمال السيادة ترتكز على مبررات عملية، ومؤداها أن هذه النظرية تنبع من فقه عملي خارج إطار المفاهيم القانونية، فهي تستجيب لفكرة صحيحة مبناها الضرورات السياسية والعملية التي يستلزمها الدفاع الشرعي عن الدولة وسلامة الشعب، فالحرص على الصالح العام وسلامة الدولة، يقتضي ألا تجبر السلطة التنفيذية على إفشاء أسبابها، وليس في مقدور القضاء أن يخضع كل الأعمال لسيادة القانون، حيث تغلب عليها اعتبارات الملاءمة السياسية[2].

الفرع الثاني

معيار تحديد أعمال السيادة عن غيرها وموقف القضاء الإداري الجزائري منها

اختلف الفقه في تحديد معيار لتمييز أعمال السيادة عن غيرها من الأعمال الأخرى للسلطة التنفيذية، فتعددت المعايير وتنوعت، بسبب أن أعمال السيادة لا يجمعها معيار واحد، وإنما يحددها القضاء، ويجمعها الفقه في قائمة. وإذا كان الفقه الفرنسي قد بدأ بمعيار الباعث السياسي، إلا أنه استقر في النهاية على التعداد على سبيل الحصر في ضوء أحكام القضاء، واعتبره أفضل معيار لأعمال السيادة **(أولا)**، غير أن القضاء الجزائري كان له موقف آخر **(ثانيا)**.

---

[1]- بدأت فكرة أعمال السيادة في الظهور لأول مرة في ظل ملكية يوليو، من طرف مجلس الدولة الفرنسي الذي كان ينظر إليه بعين الريبة عند عودة الملكية إلى فرنسا باعتباره من تراث نابليون، وقد كان قراره الصادر في أول مايو سنة 1882 في قضية « Laffitte » أول حكم طبق هذه الفكرة التي استقرت وتعددت تطبيقاتها في ظل الإمبراطورية الثانية بسبب الظروف التي أحاطت بمجلس الدولة الفرنسي، وما طرأ على مركزه القانوني من تطور استوجب من المجلس أن يلتزم سياسة قضائية تتلاءم مع تلك الظروف. وفي ظل الجمهورية الثالثة وابتداء من سنة 1872 استقرت الأوضاع القانونية ومبدأ مشروعية أعمال الإدارة الذي رسخت دعائمه في فقه القانون العام مما حدا بالمشرع إلى التدخل تشريعيا ليسجل كل ما أحرزه المجلس من تطور مانحا إياه سلطة القضاء النهائي.

[2]- السيد خليل هيكل، وهيب عياد سلامة، ثروت عبد العال أحمد، **القضاء الإداري**، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، القاهرة، 2001، ص ص. 94-97.

أولا: معيار تحديد أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة التنفيذية

حاول فقهاء القانون الإداري إيجاد معيار محدد، لتمييز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة التنفيذية، فجاؤوا بعدة معايير، نأتي على ذكرها فيما يلي، مع محاول ترجيح أحدهم لاعتماده كمعيار مناسب للتمييز:

(1)- معيار الباعث السياسي[1]: يعتبر من أعمال السيادة -وفقا لهذا المعيار- متى كان الباعث على القيام به سياسيا، وذلك بقطع النظر عن طبيعته الذاتية[2]. وعليه، فإنه يمكن لقرار معين أن يكون من أعمال السيادة في حالة ما، ولا يكون كذلك في حالة أخرى، لاختلاف الباعث في الحالتين.

وحسب هذا المعيار فإن الأعمال السياسية لا تخضع بطبيعتها لرقابة القضاء، وإنما تخضع لرقابة البرلمان والرأي العام، أما اذا لم يكن الباعث من العمل ذو مقصد سياسي، فإنه يعتبر من الأعمال الإدارية العادية، التي تخضع لرقابة القضاء.

لكن مهما تكن المبررات التي دفعت الى تبني نظرية الباعث السياسي، فإن المعيار لا يصح الاعتماد عليه، كونه لا يركز على طبيعة العمل ذاته، بقدر ما يركز على الغرض والباعث الذي تستهدفه الحكومة من ورائه، ولهذا عده الفقه معيارا خطيرا على دولة المشروعية، لأنه يجعل مسألة الفصل في أعمال السيادة رهنا برغبة الحكومة، إذ تستطيع السلطة التنفيذية الافلات من الرقابة القضائية بمجرد الادعاء أن الباعث على العمل هو باعث سياسي[3].

(2)- معيار طبيعة العمل (المعيار الموضوعي أو معيار العمل الحكومي): يستند هذا المعيار إلى فحص طبيعة العمل أو موضوعه الصادر من السلطة التنفيذية، بصرف النظر عن الباعث على العمل. حيث يفرق الفقه بين نوعين من الوظائف التي تقوم بها السلطة التنفيذية، النوع الأول (الوظيفة الحكومية)، أما النوع الثاني فهو (الوظيفة الإدارية)، فيعد عملا حكوميا الأعمال التي تتخذها السلطة التنفيذية أداءً لوظيفتها الحكومية، التي يقصد بها تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام دستورها، وسير هيئاتها العامة، والإشراف على علاقتها مع الدول الاجنبية وعلى أمنها الداخلي. فلا تخضع هذه الأعمال

---

[1]- يعتبر معيار الباعث السياسي من أقدم المعايير التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي، حيث يرجع تاريخه الى الوضع السياسي الذي كان يشغله مجلس الدولة أثناء مرحلة القضاء المحجوز، حيث لم تكن له القدرة على مجابهة سلطة إدارية في غاية القوة، فكان مضطرا إلى أن يساير الحكومة في اتجاهاتها العليا، وذلك لأن المجلس كان ما يزال محكوما. أعتبر هذا المعيار أن بعض الأعمال الإدارية لها في نظر الحكومة أهمية خاصة، وأن من المصلحة ألا تعرض على القضاء، بما يستلزمه من علنية وتحقيقات، وأن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقضي مصلحة الدولة العليا، ألا يعرض على الجمهور. أنظر: عاشور سليمان شوايل، المرجع السابق، ص.5.

[2]- عرّف الفقيه « Dufour » أعمال السيادة وفق معيار الباعث السياسي: (يضفى عمل السيادة على كل عمل يصدر من السلطة التنفيذية، ويكون الغرض منه حماية الجماعة في ذاتها أو مجسدة في الحكومة ضد أعدائها في الداخل والخارج، سواء كانوا ظاهرين أو مختفين في الحاضر أو المستقبل). أنظر: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.25.

[3]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص.130.

للرقابة القضائية، باعتبارها من أعمال السيادة. بمعنى كل ما يدخل في وظيفة الحكم يعتبر من أعمال السيادة[1].

ويعتبر عملا إداريا كل ما تصدره من أعمال وهي تباشر وظيفتها الإدارية، حيث يرى "لافرييير" أن وظيفة الإدارة تنحصر في التطبيق اليومي للقوانين، والإشراف على علاقات الافراد بالإدارة المركزية أو المحلية، وعلاقات الهيئات الادارية بعضها بالبعض الآخر. حيث تخضع الأعمال الصادرة –بناءً على الوظيفة الإدارية– لرقابة القضاء.

أما الفقيه "هوريو" فيرى أن مهمة الحكومة تنحصر في وضع الحلول للأمور الاستثنائية والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية، أما الوظيفة الإدارية فتتركز في تسيير المصالح الجارية للجمهور، ولقد اتفق معه حول هذا الرأي عدة فقهاء أمثال: (ديكور، وتيسيه، ورولان)[2].

لكن يؤخذ على هذا المعيار عدم الوضوح الكافي في تحديد الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية، لأن في الأخير لا يزال العمل الحكومي يتحد مع العمل الاداري في المصدر، وهو الأساس المعتمد عليه في القضاء الإداري لتحديد الأعمال القابلة للطعن بالإلغاء.

ومن ثمّ فقد هاجم غالبية الفقه الحديث هذا المعيار كونه لا يقدم الدليل الحاسم في التمييز بين أعمال الادارة فجميعها تباشرها هيئة تنفيذية[3]؛ بمعنى أن نفس الأجهزة تمارس الوظيفتين معا دون التقيد بإجراءات وأشكال معينة يفرغ فيها هذا العمل أو ذاك، مما يسمح للسلطة التنفيذية الادعاء في أي وقت أن تصرفها كان حكوميا ولم يكن إداريا، وفي هذا ما يعرض حريات الأفراد وحقوقهم للخطر[4].

(3)– معيار الأعمال المختلطة: يذهب هذا الرأي إلى القول بأن العمل الصادر عن السلطة التنفيذية في علاقاتها مع غيرها من السلطات الداخلية والأجنبية، يخرج بذاته عن رقابة القضاء، ومثال ذلك ما تتخذه الهيئة التنفيذية من أعمال بمناسبة علاقتها مع البرلمان، كالدعوة إلى إجراء الانتخابات، ودعوة المجلس للانعقاد، وتأجيل البرلمان، وحله، وطلب إجراء مداولة ثانية للقانون، وبعض حالات إخطار المجلس الدستوري، ومثله كذلك ما تتخذه الحكومات من تصرفات بمناسبة علاقاتها مع السلطات الأجنبية، كالاعتراف الدولي، وتبادل السفراء والقناصل، وعقد المعاهدات، وإعلان الحرب، وعقد الصلح أو الهدنة[5].

لكن يعاب على هذا المعيار قصوره عن تقديم معيار مقبول لتحديد أعمال السيادة، ذلك لأن العمل مهما يكن مركبا أو مختلطا، فإنه لا يزال من حيث المصدر تصرفا صادرا عن الهيئة التنفيذية ذاتها، وقد يكون

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص.125 وما بعدها.
[2]- عاشور سليمان شوايل، المرجع السابق، ص. 51.
[3]- محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص. 58.
[4]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 130.
[5]- طعيمة الجرف، **رقابة القضاء لأعمال الإدارة**، المرجع السابق، ص ص.341- 342.

ضارا بالحقوق والحريات وناقضا من نواقض دولة المشروعية، وبالتالي كان لابد من إزالة المانع من خضوعه للرقابة القضائية ومساءلتها وحدها، باعتبارها مصدر العمل وفاعله الوحيد[1].

ولقد انتهى الأمر بالشرّاح إلى عرض حصري لقائمة هذه الأعمال من واقع كمعيار لتحديد أعمال السيادة.

(4)- معيار تحديد القضاء لقائمة أعمال السيادة على سبيل الحصر: إزاء العيوب التي شابت معيار الباعث السياسي والمعيار الموضوعي، وفشل المحاولات الفقهية لإيجاد معيار دقيق لتحديد أعمال السيادة، وتمييزها عن الأعمال الإدارية العادية، اضطر أصحاب فكرة التفرقة بين الوظيفة الحكومية للإدارة والوظيفية الادارية، إلى الاستناد الى قائمة أحكام القضاء[2]. بتعداد أعمال السيادة، التي قررها القضاء الإداري تعدادا حصريا، دراستهم الاستقرائية لأحكام القضاء، حيث ترك له مطلق الحرية لإعطاء العمل صفة عمل السيادة، فهو المختص لوحده في تقرير ما إذا كان العمل الإداري المطعون فيه من أعمال السيادة، فيقضي بعدم قبول النظر فيه، أو أن يقرر اعتباره عملا ماديا فيستمر في نظره، وفقا لاعتبارات خاصة تبرر ذلك. ليقوم بعدها، الفقه بجمعها في قائمة، بعد استعراض الأحكام القضائية، وهو ما يسمى بمعيار التعداد القضائي أو القائمة القضائية لأعمال السيادة.

وقد أيد الكثير من الفقهاء هذا الرأي، باعتباره أفضل الطرق في تحديد أعمال السيادة من الناحية العملية، إذ أنه معيار واضح لا يشوبه غموض، كالذي عرفناه في معيار العمل الحكومي والعمل المختلط.

وعليه يمكن، بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري الفرنسي، حصر هذه الأعمال، التي تخرج عن نطاق رقابة القضاء في:

- أعمال السلطة التنفيذية التي تتخذها في علاقتها مع البرلمان، وأعمال السلطة التنفيذية في مجال علاقتها بالسلطات الأجنبية كإبرام المعاهدات.

- الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ومثالها قرار رئيس الدولة بدعوة البرلمان للانعقاد أو بفض دورة الانعقاد، وكذلك اقتراح القوانين وطرح مسالة معينة على الاستفتاء الشعبي.

- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية، ومثالها قرارات إعلان الحرب وإبرام الصلح، والأعمال التي يقوم بها ممثلو الدولة والدبلوماسيين في الخارج، فالمنازعات المتعلقة بها تخرج عن نطاق مجلس الدولة باعتباره قضاء محليا.

- بعض المسائل المتعلقة بالسيادة الداخلية، ومن أمثلتها ما قضت به المحكمة العليا بإلغاء التعامل بالورقة النقدية من فئة 500 دينار سنة 1984[3].

---

[1]- محمد الشافعي أبوراس، **القضاء الإداري**، مكتبة النصر، الزقازيق، القاهرة، د.س.ن، ص. 95.
[2]- عبد الفتاح سايير داير، المرجع السابق، ص. 303.
[3]- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر في: 1984/01/07، قضية (ي ج ب) ضد وزير المالية، **المجلة القضائية**، ع 4، 1989، ص. 211.

– أما فيما يتعلق ببعض الأعمال الحربية وإجراءات الأمن الداخلي المتعلقة بسلامة الدولة العليا، كقرار إعلان حالة الطوارئ، فقد اختلف القضاء حول طبيعتها ومدى خضوعها لرقابة القضاء[1]، وهو ما سنعالجه لاحقا.

إذن نستنتج من خلال هذا الحصر للأعمال، أن مجلس الدولة الفرنسي يتجه نحو تضييق أعمال السيادة، مما يجعل النظرية تتقهقر الى قائمة محددة ما فتئت تتقلص تدريجيا، إذ حذف منها قرار طرد الأجانب، مرسوم العفو الخاص، وتدابير الشرطة إزاء الأجانب[2].

وعليه يصبح التعريف الفصل لأعمال السيادة أن يرجع تعدادها إلى القضاء، وما يقرره بصددها، لذلك فقد انتهى الأمر بالعميد "هوريو" إلى القول بأن: "العمل الحكومي هو كل عمل يقرر له القضاء الإداري وعلى رأسه محكمة التنازع هذه الصفة"، فالقول الفصل في أعمال السيادة يكون بالرجوع إلى ما يقرره القضاء في هذا الشأن، وعلى هذا يمكن ترجيح تعريف الدكتور "سليمان محمد الطماوي" لأعمال السيادة، بأنها: "كل عمل يصدر من السلطة التنفيذية، وتحيط به اعتبارات خاصة كسلامة الدولة في الخارج أو الداخل، ويخرج عن رقابة المحاكم متى قرر له القضاء هذه الصفة"[3].

*** مدى سلطة القاضي الإداري في تكييف أعمال السيادة**

إذا كان من المسلم به، أن أمر تحديد ما يعتبر من أعمال السيادة أم لا، متروك للقضاء، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: هل أن سلطة القاضي في تكييف أعمال السيادة مطلقة أم مقيدة؟.

لقد ثار خلاف فقهي حول هذه المسألة، بين إتجاه يعتبر أن القاضي له اختصاص مطلق في هذا التكييف، وبين إتجاه آخر ينكر على القاضي هذا الحق، ويرى أنه لابد من قاعدة تحدد اختصاصه في هذا الصدد، فضلا عن احتمال تأثر القاضي بموقف الحكومة، مما يضعف أثر هذه الوسيلة[4].

ويعد هذا الاتجاه الأخير هو الأولى بالإتباع، باعتبار أن المرجع في تكييف العمل أنه من أعمال السيادة أم لا هو من اختصاص قاضي الموضوع، لذلك يجب أن لا يترك الاختصاص دون ضابط أو قاعدة، فإذا كان الأصل أن اختصاص القاضي محدد بالقانون، فإنه من باب أولى بالنسبة لأعمال السيادة، التي فيها مجال واسع للتقدير، أن تضبط بقواعد.

كما قد يثور تساؤل آخر مفاده: هل يستطيع القاضي أن يكيّف عملا ما بأنه من أعمال السيادة، لو كان يخالف صراحة الدستور أو القانون؟.

للإجابة عن هذا السؤال برز اتجاهين:

---

[1]- عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص. 64، أنظر أيضا: محسن العبودي، المرجع السابق، ص. 20.
[2]- عليان أبوزيان، المرجع السابق، ص ص. 436-437.
[3]- سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص. 127.
[4]- عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص. 58.

الاتجاه الأول: يرى أن كل عمل من أعمال الإدارة أعتبر بأنه من أعمال السيادة، فهو يخالف القانون، بل والدستور نفسه، فضلا عن مساسه بحقوق الأفراد[1].

الاتجاه الثاني: يرى أن عمل السيادة لا يمكن أن يخالف القانون والدستور، وإلا أعتبر من أعمال الغصب[2]. في حين يبرر البعض الآخر أن الأعمال الدبلوماسية والأعمال المتصلة بها، هي التي تظهر فيها فكرة أعمال السيادة، أما الأعمال الداخلية بكافة أنواعها فلا تعتبر قط من أعمال السيادة، فهي تخضع للرقابة القضائية، بصفة عامة ودون استثناء، وفي هذه الحالة لا يتصور أن تكون مخالفة للقانون، وإلا خضعت لرقابة القضاء. إنما تثور المسألة في شأن الأعمال الدبلوماسية والتي لا يحكمها عادة القانون الداخلي، ومع ذلك فإذا كان القانون الداخلي قد نص على شروط خاصة تتعلق بأعمال السيادة، فلا شك أن القضاء يراقبها، لأن كل ما نظمه القانون سلفا، لا يعتبر من أعمال السيادة[3].

نستنتج من خلال ما سبق، أنه مهما تعددت المعايير والمبررات للاعتراف بنظرية أعمال السيادة، إلا أنها تبقى فكرة مرنة وفضفاضة، القصد منها تحصين بعض الأعمال والقرارات والإجراءات الإدارية وخروجها عن رقابة القضاء، نظرا لباعثها السياسي أو لارتباطها بالمصلحة العليا للدولة، فلا تخضع لمبدأ المشروعية. لذلك تعد نظرية أعمال السيادة بحق وصمة في جبين القانون العام، وثغرة خطيرة في البناء القانوني[4]. كونها تمثل خروجا صريحا على مبدأ المشروعية وتجاهلا تاما لأحكامه، وبالتالي تشكل اعتداء خطير على حقوق وحريات الأفراد، إذ من خلال هذه الأعمال تستطيع الإدارة أن تتخذ بعض الأعمال التي تخرج عن نطاق الشرعية، ولا يستطيع الأفراد أن يواجهوا بها تلك الوسيلة الخطيرة مادام أن القضاء يكون غير مختص بنظر مثل تلك الأعمال[5].

ثانيا: موقف القضاء الإداري الجزائري من نظرية أعمال السيادة

طبق القضاء الاداري الجزائري، إسوة بنظيره الفرنسي والمصري[6]، نظرية أعمال السيادة، واستند إليها في بعض أحكامه، ليبعد بعض القرارات التي تدخل ضمن طائفة أعمال السيادة، من نطاق الرقابة

---

[1]- محسن العبودي، المرجع السابق، ص. 18، نقلا عن: وحيد رأفت، **رقابة القضاء الإداري لأعمال الدولة (رقابة التضمين)**، طبعة 1942، ص.175 وما بعدها.

[2]- محسن العبودي، المرجع نفسه، ص.18، نقلا عن: حافظ هريدي، **أعمال السيادة**، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1952، ص. 116 وما بعدها.

[3]- عبد الفتاح ساير داير، المرجع نفسه، ص. 59.

[4]- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص. 54.

[5]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.16.

[6]- عرفت نظرية أعمال السيادة في مصر نشأة تشريعية، حيث ورد النص عليها صراحة في قانون السلطة القضائية، وكذلك في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة. إذ نصت المادة 11 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 على أنه: "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، وهو ما أكدته أيضا المادة 17 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 حيث نصت بأنه: "ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة".

القضائية عليها [1]. فقد أشار صراحة في عدة قرارات قضائية بأن نظرية أعمال السيادة هي نظرية قضائية محضة[2]، ومن بينها قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية (الديوان المركزي لإعادة التأمين للتعاضديات الفلاحية ضد وزارة الفلاحة والإصلاح الزراعي) الصادر في 20 جانفي 1967[3].

كما صرح القضاء الإداري الجزائري بأن معيار الباعث السياسي هو المعيار الذي يحدد أعمال السيادة من بين الأعمال الإدارية، ولعل أشهر قضية قضى فيها بذلك قضية (ي.ب) ضد وزير المالية الذي فصل فيها سنة 1984، حيث اعتبر أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج من التداول، وكذا القرار الوزاري المحدد لقواعد الترخيص والتبديل، يعدان قرارين سياسيين يكتسبان طابع أعمال السيادة، مما يستحيل أن يختص بنظرهما القضاء، فالقضاء لا يستطيع أن يراقب مدى شرعيتهما ولا رقابة مدة تطبيقهما[4]. كما اعتبر أيضا أن الأعمال التي تقوم بها الحكومة في علاقتها مع البرلمان وفي علاقتها مع الخارج، وهي من قبيل أعمال السيادة، وهو الموقف نفسه الذي تبناه القضاء الإداري الفرنسي.

لكن اعتماد القاضي الإداري الجزائري على معيار الباعث السياسي في تحديد أعمال السيادة، يجعل مهمته تكمن في أنه يخرج من تلك الأعمال الإدارية ما يعد من قبيل أعمال السيادة، وإن كان غالبا ما يكون القاضي مواليا لسياسة الدولة العامة، بحكم الاختصاصات الاستشارية المعهودة لمجلس الدولة سواء في فرنسا أو في الجزائر. بالإضافة إلى أن مرونة معيار الباعث السياسي، وعدم دقته، يسمح بتوسيع نطاق أعمال السيادة إلى حد بعيد، بل قد يُمكّن السلطة التنفيذية من التملص من الرقابة القضائية بأيسر السبل، وذلك بمجرد الادعاء بأن الباعث على عملها سياسيا[5]. ذلك أن الإدارة لا تلجأ إلى الدفع بأن عملا ما من أعمال السيادة،

---

[1]- إذا كان المشرع الجزائري قد أخضع كل أعمال الإدارة للرقابة القضائية دون استثناء، بما فيها أعمال السيادة، وهو ما يفهم من نص الفقرة الأولى من المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ج. ر. ج. ج.د.ش، العدد 37 المعدل والمتمم بالقانون عضوي رقم 11/13، بقولها: "يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في الطعون بالإلغاء ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية". إلا أن المشرع الجزائري اعترف ضمنا بنظرية أعمال السيادة، نظرا لتعلقها بالإعتبارات السياسية للدولة، كخيار التأميم في ظل قانون الثورة الزراعية، حيث نص الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية الذي على أنه: "لا تصبح قرارات التأميم والمنح نهائية، إلا بعد المصادقة عليها بموجب مرسوم غير قابل للطعن...". أنظر: الجريدة الرسمية رقم 97، ص.1642. كما ورد هذا الاعتراف أيضا في الأمر رقم 258/64 المؤرخ في 1964/08/27 المتضمن انشاء لجنة لمصادرة الأملاك التابعة للأشخاص، الجريدة الرسمية باللغة الفرنسية رقم 71، ص.958، التي كانت مواقفها معادية للنظام الاشتراكي من خلال المواد 1، 2، و14 منه، حيث تنص المادة 14 منه بأن: "الاجراءات والقرارات أو الأعمال الإدارية الانفرادية، التي اتخذت بموجب أحكام هذا الأمر، ولاسيما قرارات المصادرة غير قابلة للطعن".

[2]- أول قضية أثيرت فيها فكرة أعمال السيادة بعد الاصلاح القضائي لسنة 1965، هي القضية التي جرت وقائعها في 16 ديسمبر 1965 بين والي الجزائر والشركة الجزائرية للطبع والنشر، حيث أثار الوالي فكرة أعمال السيادة لتبرير قراره المتخذ ضد الشركة الجزائرية للطبع والنشر.

[3]- جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي:

« Attendu que si le décret du 9 Mai 1963 fait exception à la compétence de la chambre administrative pour avoir été pris dans le cadre d'une option politique et fondamentale, il est comme tel un acte de gouvernement ».

« Que la première (la théorie des actes de gouvernement) à été élaboré a propos des actes de gouvernement dans ses rapports avec le parlement et dans ses relations avec l'extérieur ».

« Attendu que la théorie des actes de gouvernement et celle des circonstances exceptionnelles sont des créations empiriques de la jurisprudence ».

أنظر: (H.) BOUCHAHDA et (R.) KHALLOUFI, *Op.Cit.*, p.18.

[4]- أنظر: قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا (المجلس الأعلى)، القرار رقم 36473، المؤرخ في 07 يناير 1984، **المجلة القضائية**، العدد 4، لسنة 1989، ص. 211.

[5]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 19.

إلا إذا كان مخالفا للقانون بهدف تحصينه، والإبقاء عليه نافذا في حق الأفراد، وساريا في مواجهتهم بالرغم من عدم مشروعيته، وهو ما يجعل القاضي الإداري – حامي الحقوق والحريات العامة– لا يمتع بأيه استقلالية، لخضوعه لأهواء السلطة التنفيذية التي تتغير تبعا لاختلاف الظروف والعهود السياسية. لهذا لابد من أن يتدخل المشرع بتحديد قائمة لهذه الأعمال تكون مرجعا للقاضي، يكيّف به العمل الإداري إن كان يدخل في دائرة أعمال السيادة أم لا؟.

الفرع الثالث

الفرق بين حالة الضرورة و نظرية أعمال السيادة

إن مبدأ المشروعية الذي يحكم تصرفات الإدارة في الظروف العادية، ليس مبدأ مطلقا في تطبيقه وإنما يرد عليه استثناءً هاما وخطيرا يتمثل، من جهة، في أعمال السيادة، ومن جهة ثانية، في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، لذلك تمتاز نظرية أعمال السيادة بتشابهها بنظرية الضرورة في بعض الأوجه **(أولا)**، كما تمتاز أيضا بوجود فروق كبيرة وجوهرية بينهما **(ثانيا)**.

أولا: أوجه الشبه بين نظرية أعمال السيادة وحالة الضرورة

تلتقي نظرية أعمال السيادة مع نظرية الضرورة أو نظرية الظروف الاستثنائية كما اسماها القضاء الإداري الفرنسي، في النقاط التالية:

أ– أن كلاهما تنطوي على مجموعة من الإجراءات والتدابير، التي تصدرها السلطة التنفيذية، بهدف حماية المصلحة العامة. إلا أن الأعمال الاستثنائية هي أعمال إدارية بطبيعتها، بخلاف أعمال السيادة، فهي في الغالب ذات طابع سياسي.

ب– أن كلاهما نظرية قضائية قام مجلس الدولة الفرنسي بصياغتها ضمن قيود وضوابط محددة.

ج– يترتب على كل منهما توسيع لسلطات الإدارة.

د–أجمع الفقه والقضاء على اعتبار كل من نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية قيودا ترد على مبدأ المشروعية.

ولقد دعا هذا التشابه الحاصل بين النظريتين بالبعض إلى الخلط بينهما أحيانا، على الرغم من وجود العديد من الفروق ونقاط الاختلاف بينهما.

حيث ذهب بعض الفقه في مصر إلى القول بأن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الاجراءات البوليسية الصادرة، بناءً على قيام الظروف الاستثنائية، من أعمال السيادة. كما حاول بعض الفقه في مصر تبرير نظرية أعمال السيادة بالحرص على توفير الشجاعة والإقدام لدى الحكام، لاتخاذ ما تستلزمه سلامة الدولة من

إجراءات، دون خشية الوقوع تحت طائلة الرقابة القضائية والتعرض للمسؤولية، فشبح المسؤولية من شأنه أن يعقد الحكام من الحركة، ويدفعهم إلى الاحجام عن التصرف، حينما تتطلب الظروف ذلك، علما بأن نظرية الظروف الاستثنائية أو الضرورة، تهدف أيضا إلى منح الحكام السلطات اللازمة لتامين سلامة الدولة.

في حين ذهبت بعض أحكام المحاكم المصرية، وبالأخص القضاء العادي، إلى أن الظروف الاستثنائية ترفع العمل الإداري إلى مرتبة أعمال السيادة، مؤيدة في ذلك رأي الدفاع عن الحكومة، مع أنه كان يجب أن تحكمها نظرية الضرورة[1].

وعليه، فإنه لاستبعاد الخلط بين أعمال السيادة وتدابير الظروف الاستثنائية، استقرت الأحكام لدى القضاء والفقه، على أنه لا يعتبر من أعمال السيادة إلا الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة، بما لها من سلطة عليا للمحافظة على الدولة وكيانها في الداخل والخارج، كالأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية الديبلوماسية، والتي تعتبر المجال الخصب الذي لم ينازع فيه أحد وجود نظرية أعمال السيادة، وكذا الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية[2].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية أعمال السيادة وحالة الضرورة

بالرغم من وجود شبه بين أعمال السيادة والأعمال الاستثنائية أو الضرورة، لكونهما صادرتين من هيئة واحدة هي السلطة التنفيذية، إلا أن غالبية الفقه ترى أن هناك فروقا كبيرة وجوهرية بينهما، يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

(1)- من حيث مدى خضوعها للرقابة القضائية: تعتبر نظرية أعمال السيادة قيدا كليا على حق لجوء الأفراد إلى القضاء، فهي تصادر هذا الحق تماما وتعدمه، لأنها تضع هذه الأعمال خارج إطار الشرعية والرقابة القضائية، إذ تتمتع بحصانة قضائية عامة تشمل كافة جهات القضاء العادي والإداري، وتخرج عن اختصاص القضاء كلية[3]، حيث يقتصر دور القاضي على بحث صحة دفاع الحكومة، من حيث اعتبار الإجراء مما يدخل في طائفة أعمال السيادة، أم أنه ليس كذلك[4]، لأن تحديد القاضي لطبيعة العمل يعد شرطا من شروط قبول الدعوى في مجال الدعاوى الإدارية، فإذا اعتبر أن العمل المطعون فيه ينتمي لفئة أعمال السيادة، فإنه يقضي بعدم الاختصاص.

أما أعمال الإدارة الصادرة بناء على نظرية الظروف الاستثنائية فإن الأمر مختلف، فهي ليس لها حصانة قانونية تعفيها من الخضوع للرقابة القضائية، بل يظل حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء باق

---

[1]- ثروت عبد الهادي الجوهري، المرجع السابق، ص. 140.
[2]- عليان بوزيان، المرجع السابق، ص. 442.
[3]- محمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 134.
[4]- سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص. 173.

ومستمر في ظل قيام الظروف الاستثنائية، وإن كان القضاء يرفض الدعاوى المقامة على الإدارة بمناسبة إجراءاتها الاستثنائية المتخذة في ظل هذه الظروف، (كما فعل مجلس الدولة الفرنسي في العديد من المناسبات)، والذي يعد هذا من حيث النتيجة قيدا جزئيا على حق الأفراد في التقاضي[1].

(2)- من حيث مدى مخالفتها لمبدأ المشروعية: تتشابه كلا النظريتين في كونهما تمثلان قيدا على مبدأ المشروعية، وتحديدا لنطاق سريانه، إلا أن هناك تفاوتا بينهما في درجة خطورة هذا القيد، فبالنسبة لنظرية الظروف الاستثنائية فهي أخف وطأة على هذا المبدأ، فهي لا تعتبر خروجا على مبدأ المشروعية أو مبدأ الشرعية الدستورية التي ترتكز على كل من الديمقراطية وسيادة القانون واحترام الحقوق والحريات، فالضمانات التي توفرها الشرعية الدستورية في الظروف العادية لا تطبق بذاتها في الظروف الاستثنائية، بل تتسع الشرعية الدستورية في الحالة الأخيرة إلى القدر المطلوب لمواجهة الظرف الاستثنائي؛ بمعنى أن حالة الضرورة أو نظرية الظروف الاستثنائية لا تؤدي إلى إهدار مبدأ المشروعية إلا من الناحية الشكلية[2]، فهي امتدادا للمبدأ وتوسيع لنطاقه لتشمل صورا أخرى غير موجودة، وهو ما يعبر عنه بالشرعية الاستثنائية.

وهذا على خلاف نظرية أعمال السيادة التي تعتبر استثناء حقيقيا على مبدأ الشرعية وخروجا عليه، فهي تخالفه شكلا وموضوعا، بسبب أن الإدارة لا تخضع في مباشرتها لأعمال السيادة لأية رقابة، وهو ما جعلها بحق وصمة في جبين الشرعية.

ونشير إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية عبارة عن مخالفة القوانين العادية، بسبب الظروف العصيبة، فهي بذلك دفع في مواجهة القانون. بينما نظرية أعمال السيادة، فهي دفع في مواجهة القاضي، بسلب بعض اختصاصاته[3].

(3)- من حيث النطاق الزمني: تتمتع الظروف الاستثنائية بطابع التأقيت فهي ترتبط بفترة زمنية محددة، تنتهي بانتهاء أسبابها. لذلك فإن الاجراءات التي تتخذها الإدارة في الظروف الاستثنائية يجب أن تكون خلال هذه الظروف وليس بعدها؛ بمعنى أن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية متوقف ومرهون باستمرار الحالة غير العادية التي تهدد سلامة وأمن الدولة، والتي تدفع الإدارة إلى مواجهتها مكرهة تحت إلحاح الضرورة.

في حين أن نظرية أعمال السيادة لا ترتبط بفترة زمنية معينة، إذ تستطيع الإدارة أن تمارسها في أي وقت، دون أن يتوقف إعمالها على ظرف معين، وهو ما يعني أن أعمال السيادة أعمال دائمة ومستمرة، وغير محدودة من حيث الزمن، فتطبيقها من طرف الحكومة جائز في أي وقت [4].

1- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص.143.
2- محمد شريف اسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص ص. 319-320. أنظر أيضا: ثروت عبد الهادي الجوهري، المرجع السابق، ص. 142.
3- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المرجع نفسه، ص. 320. أنظر أيضا: محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع نفسه، ص.143.
4- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 162. أنظر أيضا: عليان بوزيان، المرجع السابق، ص. 441.

(4)- من حيث دوافع اللجوء إليها: إن تقرير نظرية الظروف الاستثنائية يرجع إلى أسباب عملية، يمكن التأكد من وجودها أو عدم وجودها، والتي تتمثل في استحالة أو تعذر مواجهة الأزمة بإتباع القواعد القانونية العادية. أما نظرية أعمال السيادة فإنها ترجع في الغالب إلى أسباب سياسية، مادامت أن الأعمال التي تدخل في طائفة أعمال السيادة يغلب عليها الطابع السياسي. ومن هنا فإن نطاق هذه النظرية يختلف من مجتمع لآخر، وذلك وفقا لعلاقات القوى التي تسود في المجتمع، وموقف القضاء من الصراع بين السلطة والحرية[1].

(5)- من حيث الضمانات: إن الضمانات التي يتمتع بها الأفراد خلال الظروف الاستثنائية، أقوى من الضمانات التي يتمتع بها الأفراد في حالة أعمال السيادة؛ فضمانات الأفراد في الظروف الاستثنائية متعددة أهمها رقابة القضاء، الذي يضمن للأفراد حق الطعن في الأعمال الصادرة خلالها، ويحدد ما إذا كان تجاوز السلطة الإدارية لاختصاصاتها في تلك الظروف له ما يبرره أو لا[2]، وذلك حتى يتسنى للأفراد المطالبة بالتعويض عما نالهم من أضرار في تلك الظروف؛ حيث يكون التعويض عنها على أساس تحمل التبعة أو فكرة المخاطر (حسبما أخذ به القضاء في فرنسا)، أو على أساس الخطأ (حسب القضاء المصري)[3].

أما بالنسبة لأعمال السيادة فإن الأمر مختلف، حيث لا توجد ضمانات للأفراد، سوى أن القاضي هو الذي يكيف عمل الإدارة، الذي ادعت بأنه من أعمال السيادة[4]، فإن اعتبرها تدخل ضمن طائفة أعمال السيادة، قضى بعدم اختصاصه، دون أن ينظر في الموضوع[5]. فأعمال السيادة من الأعمال التي لا تسأل عنها الدولة أصلا، فهي تتمتع بحصانة مطلقة من الرقابة القضائية، فلا يجوز رفع دعوى بطلب إلغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عنها أيا كان الاساس الذي تبنى عليه المسؤولية، وإن كانت هناك بعض النظم تعوض عنها فقط[6]. حيث اتجه مجلس الدولة الفرنسي، ابتداءً من سنة 1966، نحو تقرير المسؤولية عن أعمال السيادة، وقد كان ذلك في حكمه الصادر في 30 مارس 1966 في قضية « Cie Générale Radio-électronique »[7]، حيث قرر مسؤولية الدولة على المعاهدات، قياسا على مسؤولية الدولة على القوانين.

---

[1]- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص. 54.

[2]- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون**، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص. 352.

[3]- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص.320 وما بعدها.

[4]- عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص. 136.

[5]- ثروت عبد الهادي الجوهري، المرجع السابق، ص.144. أنظر أيضا: طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية وضوابط ...**، المرجع نفسه، ص. 352.

[6]- إن القاعدة التي كانت مستقرة في قضاء مجلس الدولة حتى سنة 1966 هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة، بالإضافة إلى عدم اختصاص قاضي دعوى الإلغاء بإلغاء تلك القرارات، وهذا ما أعلنه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية « Laurent ». اذ رفض تقرير مسؤولية الدولة عن ضرر ناتج عن إحدى المعاهدات الدولية. أنظر: حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 20، نقلا عن:

C.E, 26 Avril 1963, Laurent, Rec, C.E, p.247, **R.D.P.**, 1963, p. 759, note WALINE.

وعلى الرغم من هذا الاتجاه لمجلس الدولة الفرنسي، إلا أن بعض الفقهاء الفرنسيين ذهبوا إلى القول بأن مجلس الدولة قد أقر بحقه في تعويض الاضرار الناتجة عن أعمال السيادة، واستندوا على ذلك بعدة قضايا أبرزها قضية « Couitéas » التي فصل فيها سنة 1923.

والحقيقة أن هذه القضية وغيرها لا علاقة لها بأعمال السيادة، بل هي تتعلق بنظرية الظروف الاستثنائية. ومع ذلك تجدر الاشارة إلى أنه كان مجلس الدولة الفرنسي في تلك المرحلة قد اتجه الى عدم تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة إلا أنه قرر التعويض عن الأعمال المنفصلة عن أعمال السيادة.

[7]- أنظر:

كما وضع ضوابط لإمكانية مساءلة الدولة عن الأضرار التي تصيب المواطنين من اتفاق دولي، وتتمثل هذه الضوابط في عدم قيام المسؤولية على أساس الخطأ بل على أساس مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة، ويجب ألا تتضمن المعاهدة أو الاجراء الدولي أو التشريع الداخلي الذي يقرها ما يفيد صراحة أو ضمنا استبعاد مسؤولية الدولة، وأخيرا يجب أن يكون الضرر خاصا وجسيما[1]. كما سيأتي توضيحه لاحقا.

ونشير إلى أنه على الرغم من خطورة أعمال السيادة على حريات الأفراد وحقوقهم، بسبب أنها تسلبهم أهم ضمانة وهي الحماية القضائية، إلا أنه توجد ضمانات أخرى للأفراد قد تخفف من آثارها، وتتمثل أهم هذه الضمانات في وسائل ثلاثة هي:

1- أن القضاء هو الذي يحدد ما يعتبر وما لا يعتبر من الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة.

2- حق الأفراد في التقدم بالتظلمات الرئاسية والولائية للجهات الإدارية ضد هذه الأعمال.

3- الصحافة، وعن طريقها يتقدم الأفراد إلى الرأي العام[2].

وإن كانت كل تلك الوسائل ليست فعالة، ولا تغني عن الرقابة القضائية، لكونها غير متاحة للأفراد مقارنة بضمانة اللجوء إلى القضاء.

وهو ما دفع جانب من الفقه إلى القول بضرورة انكار أعمال السيادة من الأساس، لأنه لا يجوز تحصين العمل الإداري من رقابة القضاء، إذ ينبغي على السلطة القضائية أن تلتزم في عملها بسيادة القانون، فلا تعطل حكم القوانين لأي سبب كان، مادام أنه يمكن للإدارة أن تحتكم إلى نظريتي الضرورة والسلطة التقديرية لتحقيق الحماية الكافية لأعمالها، وتمكينها من أداء واجبها ووظائفها على أكمل وجه، دون التضحية بالحقوق العامة والحريات والصالح العام[3]. لكن مع ذلك تبقى النظرية مطبقة.

نستنتج من خلال الفروقات السابقة أن نظرية أعمال السيادة تعد بحق ثغرة خطيرة وخروجا صريحا على مبدأ المشروعية، رغم محاولات الفقه والقضاء الجادة في تضييقها والحد من نطاق تطبيقها للتخفيف من حدة نتائجها، لذلك فإن هناك من اقترح أن الحل الأصوب في معالجتها هو العمل على أن يتضمن التشريع نصا يقضي بإخضاعها لرقابة القضاء، إما كليا أو جزئيا، وكذا تحديد الأعمال في قائمة، على أن تقتصر الحصانة على الالغاء دون قضاء التعويض، كما يجب أن لا تترك هذه الأعمال من غير رقابة، فإن تمتعت بالحصانة ضد القضاء، فلا مانع من إخضاعها للرقابة السياسية أو الدستورية[4].

C.E, 30 Mars 1966, Cie Générale Radio-électronique, (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit*., pp.727-728 ; (Jean) RIVERO, ***Droit administratif***, 16eme éd. Dalloz, Paris, 1996, pp.305-306.

[1]- رمزي طه الشاعر، **قضاء التعويض**، (مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية)، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1985، ص. 224.

[2]- محسن العبودي، المرجع السابق، ص.17.

[3]- سامي جمال الدين، **القضاء الإداري والرقابة القضائية على أعمال الإدارة**، (مبدأ المشروعية- تنظيم القضاء الإداري)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ص ص. 289-291.

[4]- عليان أبوزيان، المرجع السابق، ص. 442.

ونشير في الأخير إلى أن الراجح فقها في الشريعة الإسلامية، أنه لا يعترف بوجود نظرية أعمال السيادة، على عكس نظرية الضرورة التي لها صدى في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث

علاقة نظرية الاعتداء المادي ونظرية الاستيلاء بحالة الضرورة

تعد نظرية الاعتداء المادي ونظرية الاستيلاء من أهم نظريات القانون الإداري التي لها علاقة بنظرية الظروف الاستثنائية، فهي تتشابه فيما بينها من حيث خروجهم عن قواعد المشروعية، وإن كان لكل نظرية موضوعها ودرجة جسامة إخلالها بهذا المبدأ. ضف إلى ذلك تأثيرها ومساسها بحريات الأفراد وممتلكاتهم، بسبب أن الإدارة عندما تكون أمام موقف يكون فيه النظام العام وأمن الدولة معرض للخطر، تكون مضطرة –في الكثير من الأحيان– للقيام بأعمال وتصرفات تمس بحريات الأفراد وبممتلكاتهم. كما تتشابه أيضا هذه النظريات في أن القانون والقضاء الفرنسي هو من قام بتأصيلها، فبين أحكامها وكيفية تطبيقها.

لكن كيف يمكننا ربط علاقة نظرية الظروف الاستثنائية أو (حالة الضرورة) بكل من نظرية الاعتداء المادي ونظرية الاستيلاء؟ وكيف أثرت فيهما؟.

لذا فقد أردنا من خلال هذا المطلب، الذي قسمناه إلى فرعين، توضيح هذه المسألة، حيث نتطرق في **الفرع الأول** لنظرية الاعتداء المادي وعلاقتها بحالة الضرورة، ونتطرق في **الفرع الثاني** لنظرية الاستيلاء وعلاقتها بحالة الضرورة.

الفرع الأول

علاقة نظرية الاعتداء المادي بحالة الضرورة

لقد وجد كل من الفقه والقضاء الإداريين صعوبة في تحديد مفهوم موحد للاعتداء المادي[1]، كما لم يكن أيضا من السهل على الفقه الإداري بيان المعيار القانوني الذي يميز العمل الإداري الذي يحتفظ بطبيعته، والعمل الإداري الذي يبلغ حد الاعتداء المادي **(أولا)**. فنتج عن هذا الوضع صعوبة القضاء في اسناد الإختصاص القضائي لنظر منازعات الاعتداء المادي **(ثانيا)**. غير أن الفقه اتفق على أن هناك ارتباط بين حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية ونظرية الإعتداء المادي **(ثالثا)**.

[1]- رشيد خلوفي، **قانون المنازعات الإدارية**، (شروط قبول الدعوى الإدارية)، ط 2، د.م.ج، الجزائر، 2006، ص. 284.

أولا: تعريف الفقه لنظرية الاعتداء المادي وموقفه من تحديد معياره

تعتبر نظرية الاعتداء المادي « La Théorie de la voie de fait » من النظريات القديمة التي يرجع في أصلها إلى الشريعة اللاتينية، فقد كانت تمثل تعبيرا عن أنواع من القوة والعنف، لأنها تتضمن أسلوب الالتجاء إلى الطريق غير المشروع الذي يمس حقا من الحقوق الجوهرية، دون أن يستلزم لوقوعه إتباع طريق العنف أو الإكراه.

لذلك علينا في البداية التطرق لتعريف الفقه للاعتداء المادي **(1)**، لاستنباط العناصر المكونة له **(2)**. ثم نتعرف بعدها عن مواقف الفقه من مسألة تحديد معيار الاعتداء المادي **(3)**.

(1)- تعريف الاعتداء المادي: يقصد بالاعتداء المادي أن تصدر عن الإدارة تصرفات لا تستند إلى نص في القوانين واللوائح السارية من ناحية، وتتضمن اعتداءً جسيما على حق الملكية أو إحدى الحريات العامة من ناحية أخرى. وحسب الفقيه « De Laubader »: "تكون أمام حالة الإعتداء المادي عندما ترتكب الإدارة، أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي، مخالفة جسيمة تمس بحق المللكية أو حرية عمومية"[1].

أما الأستاذ «Vedel» فيرى أن: "الاعتداء المادي يتحقق عندما تقوم الإدارة بعمل لا يرتبط جليا بتطبيق نص تشريعي أو نص تنظيمي، ومن شأنه أن يمس بحق من الحقوق الأساسية للأفراد"[2].

وعليه، فإن التعريفات السابقة متفقة على أن التعدي هو تصرف مادي يصدر عن الإدارة، مشوب بلا مشروعية صارخة، ويشكل مساسا بالملكية الخاصة أو بحقوق أساسية للأفراد[3].

(2)- عناصر الاعتداء المادي: يظهر من خلال التعريفات الفقهية السابقة، أن العناصر التي يتكون منها الاعتداء المادي، تتمثل فيما يلي:

(أ)- أنه عمل مادي تنفيذي: إذا ارتكبت الإدارة عملا ماديا تنفيذيا، سواء تعلق التنفيذ بقرار إداري أو لم يتعلق، فإن هذا العمل يفقد صفته الإدارية، ويصبح عملا ماديا يخرج عن اختصاص القضاء الإداري. مثل قيام الجهة الإدارية بالقبض على الأشخاص دون وجه حق، أو مصادرة أموال المواطنين بغير حكم، أو تنفيذ غرامة بغير الطريق القانوني[4]. وقد ذهبت محكمة التنازع الفرنسية إلى اعتبار أن أي تهديد معين بالتنفيذ لعملية غير مشروعة، هو بمثابة اعتداء مادي[5].

1- حيث يقول الفقيه « André De laubader »:
« Il y a voie de fait lorsque dans l'accomplissement d'une activité d'exécution, l'administration commet une irrégularité grossier portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique ».
(André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p.442.

2- أنظر:
(George) VEDEL, ***Droit Administratif***, P.U.F, Paris, 1980, p.152.

3- مسعود شيهوب، **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، الجزء الأول، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1998، ص. 133.

4- لكن يجب عدم الخلط بين التنفيذ المادي الخارج عن القانون، وبين التنفيذ الجبري أو المباشر الذي تتمتع به الإدارة في بعض الحالات المنصوص عليها قانونا، كامتياز مقرر لها قانونا.

5- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 285.

(ب)- أن يشتمل التنفيذ على عيب جسيم: فإذا وصف تنفيذ العمل الصادر عن الإدارة بأنه معيب بعيب جسيم، وظاهر فيه عدم المشروعية، فإن هذا العمل يفقد صفته الإدارية ويتحول إلى عمل مادي، يختص بنظر النزاع الناشئ عنه القضاء العادي. ولا تتجسد اللامشروعية الصارخة للتصرف القانوني إلا إذا أتبع بتنفيذ مادي، كما أن وجود تهديد محدد بالتنفيذ يؤدي إلى نظرية التعدي، حتى ولو لم ينفذ هذا التهديد، ومن بين أيضا الحالات التي تتجسد فيها اللامشروعية في التصرف المادي المتخذ لتنفيذ التصرف القانوني، قيام الإدارة بالعمل المادي دون اتخاذ التصرف القانوني المسبق اللازم لهذا العمل المادي، أو قيامها بعمل مادي غير مطابق مع التصرف القانوني نفسه، أو قيامها بالتنفيذ الجبري في الحالات التي يمنع القانون فيها اللجوء إليه.

كما يمكن أن يكون العمل المادي للإدارة غير مشروع ليس فقط بالمقارنة مع التصرف القانوني، وإنما أيضا بالمقارنة مع القانون بالمعنى الواسع، فمخالفة التصرف المادي للقانون يشكل تعديا، وهذه الحالة هي الأصل في وجود التعدي[1]. ويأخذ هذا النوع من أنواع الاعتداء المادي إحدى صورتين:

- **الاعتداء المادي لانعدام القانون « La voie de fait par manque de droit »**: تتجسد هذه الحالة في تنفيذ أو تهديد بالتنفيذ لمشروع قرار إداري مشوب بمخالفة جسيمة؛ بمعنى أن هذه الصورة تتعلق بكون العيب يصيب القرار ذاته، ويأتي التنفيذ مستندا إلى هذا القرار المعيب، لذلك أطلق عليه "هوريو" الاعتداء المادي لانعدام الأساس القانوني. ومثال ذلك أن تشرع الإدارة في تنفيذ قرار لم يصدر، أو أن تنفذ قرارا كان قد صدر بشأنه حكم قضائي بإلغائه، فيصبح التنفيذ المادي غير مستند إلى أساس قانوني.

وتتميز هذه الحالة بندرتها في القضاء الإداري، وتعود قلة هذه الحالة إلى تحديد درجة المخالفة التي تطرح على القاضي الإداري، بحيث تصعب عليه التفرقة بين المخالفة البسيطة والمخالفة الجسيمة بصفة عامة، مما يدفعه الاعتماد على تجاوز السلطة بدل الاعتماد على الاعتداء المادي، لإلغاء القرار محل الدعوى الإدارية[2].

- **الاعتداء المادي لانعدام الإجراء « La voie de fait par manque de procédure »**: على عكس الصورة السابقة، تعد هذه الصورة أكثر حالات الاعتداء المادي، لأن العيب يصيب إجراءات التنفيذ في ذاتها، أي أن القرار يكون سليما بينما إجراءات تنفيذه تكون غير قانونية. وهذه الحالة تظهر خاصة عندما تقوم الإدارة بتنفيذ عمل إداري خارج حالات التنفيذ الجبري[3] المسموح بها والمنصوص عليها قانونا، أو أن تهمل الإدارة الإجراءات الجوهرية التي نص عليها القانون صراحة، بحيث يترتب على عدم اتخاذها أن

---

[1]- مسعود شيهوب، **المبادئ العامة ...**، المرجع السابق، ص.134.
[2]- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص ص. 286-287.
[3]- يسمح للإدارة القيام بالتنفيذ الجبري في حالة عدم استجابة المواطن للقرار الإداري، غير أن هذا التنفيذ الجبري لا يتم في الحدود التالية: عندما ينص عليه القانون، عندما لا ينص القانون على العقوبة التي تسلط على المعني بالقرار الذي يرفض تنفيذه، في حالة الاستعجال، الظروف الاستثنائية في الضرورة المطلقة

يصبح العمل عملا ماديا مجردا من الصفة الإدارية، وتجعله يدخل في اختصاص القضاء العادي[1]. ومثال ذلك، كما جاء في اجتهاد محكمة التنازع الفرنسية، أن تقوم الإدارة بالتهديم المباشر لعمارة، أو حتى أن تهدد بالتهديم دون قرار أو دون مبرر لقرار ولعملية التهديم.

(ج)- أن يقع الاعتداء على الملكية الخاصة أو الحريات العامة: يشترط لوجود اعتداء مادي أن يقع على الملكية الخاصة للأفراد سواء أكان عقارا أو منقولا، فإذا وقع الاعتداء على عقار اختلطت نظرية الاعتداء المادي بنظرية الغصب، وجرى حكم الاعتداء المادي على أعمال الغصب في هذه الحالة. فنطاق تطبيق نظرية الاعتداء المادي أوسع من نظرية أعمال الغصب، حيث لا يقتصر تطبيق الاعتداء المادي على الاستيلاء على العقارات، كما هو الحال في أعمال الغصب[2]، بل يشمل أيضا الاستيلاء غير المشروع على المنقولات، كما يمتد نطاق تطبيق الاعتداء المادي ليشمل المساس بالحريات العامة دون سند قانوني، مثل مصادرة جريدة دون وجه حق، أو الاعتداء على حرية المراسلات البريدية، أو هدم سور حديقة خاصة دون وجه حق[3].

وعليه، فإنه إذا توفرت العناصر الثلاثة السابقة في العمل الصادر عن الجهة الإدارية، انقطعت صلته بالطبيعة الإدارية، وانعقد الاختصاص بنظر النزاع الناشئ عنه للقضاء العادي.

(3)- موقف الفقه الإداري من تحديد معيار الاعتداء المادي: لم يكن يسيرا على الفقه تحديد المعيار القانوني الذي يفصل العمل الإداري، الذي يحتفظ بطبيعته، والعمل الإداري الذي يبلغ حد الاعتداء المادي، لذلك انقسمت مواقف الفقه إلى فريقين:

(أ)- فريق يؤيد هذه النظرية، ويرى أنها من النظريات الأساسية في القانون الإداري، وتتحقق بها نتائج مهمة، خصوصا من حيث الاختصاص. لذلك فقد لقيت نظرية تجريد القرار الإداري من طبيعته تأييد جمهور الشرّاح لها، الذي انعقد الإجماع فيما بينهم على أن الاعتداء المادي عمل تخرج به الإدارة خروجا تاما عن وظيفتها، فتفقد بذلك الامتياز المقرر لها من إنشاء قضاء إداري مستقل، ويغدو هذا التصرف من اختصاصات المحاكم القضائية.

- لكن الخلاف الذي قام بين الشرّاح كان حول الأساس القانوني لهذا التجريد، حيث رجح "لافرييير"[4] و"دوجي"[1] و"هوريو" معيار الانعدام، وإن كان "دوجي" لا يعطي الإدارة الاختصاصات التي نص عليها

---

[1]- شريف يوسف خاطر، **دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية**، (دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 2/521 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص ص.165-167.

[2]- الغصب هو كل قرارات وضع اليد واخذ الحيازة التي تقوم بها الإدارة، ويكون موضوعها الملكية العقارية الخاصة، مثلا احتلال ملكية خاصة، حسب محكمة التنازع الفرنسية فإن الغصب يتحقق عندما تجرد الإدارة شخصا من ملكيته العقارية دون سند قانوني مقبول. ولتطبيق نظرية الغصب لابد من توفر ثلاثة شروط هي: تجريد الفرد من ملكيته الخاصة، وأن تكون هذه الملكية من الأملاك العقارية وليس المنقولة، وأخيرا أن تكون العملية قد تمت بطريقة غير قانونية. أنظر: مسعود شيهوب، **المبادئ العامة ...**، المرجع السابق، ص.131.

[3]- مصطفى كيرة، **نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1963، ص ص.139-147.

[4]- يرجع الفضل للفقيه "لافرييير" في بيان معالم هذه النظرية، والذي حدد نظريته بحالة اغتصاب السلطة الإدارية لأمر يقع في اختصاص السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، كمعيار لنظرية الاعتداء المادي، فقد أوضح "لافرييير" في تقريره المقدم بتاريخ 1887/05/05، وذلك عندما طرح النزاع على محكمة التنازع الفرنسية في قضية (Laumonier –Carriod)، ((أن الخطأ الفاحش والاغتصاب الواضح، والاعتداء

القانون صراحة، بينما ذهب "هوريو" « Hauriou » إلى الاعتراف بحق الإدارة في توسعة اختصاصاتها عن طريق تنظيم لائحي[2]، مميزا بين نوعين من أعمال الاعتداء المادي؛ فمن ناحية يرى أنه يوجد اعتداء مادي (بالتهور) عندما تباشر الإدارة تنفيذ القرار بالقوة، حتى القرار الصحيح، وتشوب أعمال التنفيذ مخالفة جسيمة للقانون، ويتضمن مساسا بحق الملكية أو اعتداء على حرية أساسية، ومن ناحية ثانية، يوجد اعتداء مادي (لانعدام الأساس القانوني) عندما تشرع الإدارة في تنفيذ قرار لم يصدر، أو أن تنفذ قرارا كان قد صدر حكم قضائي بإلغائه، فيصبح التنفيذ المادي غير مستند إلى أساس قانوني. وينتهي « Hauriou » إلى أن الاعتداء المادي ينتج، إما من القرار نفسه أو من تنفيذه غير القانوني[3].

– أما العميد "بونار" فإنه حدد جسامة عدم المشروعية، الذي يجرد القرار الإداري عن طريق حصر حالاته، كأن تكون وسيلة التنفيذ جريمة جنائية، أو أن تكون وسيلة التنفيذ مشروعة في ذاتها، ولكنه أسيء استعمالها، كهدم عقار تنفيذا لقرار صادر بذلك دون أن يكون العقار آيلا للسقوط. وقد تكون وسيلة التنفيذ مشروعة ولكنها تتم بتجاهل للإجراءات وإغفالها، أو أن تكون وسيلة التنفيذ مشروعة، ولكنها مقيدة بشرط الحصول على إذن من القضاء.

غير أن الفقيه "بونار" استثنى من ذلك التنفيذ المباشر، إذا توافرت حالة الضرورة أو استحالة التنفيذ بمعرفة السلطة القضائية.

– بينما جنح "فالين" إلى النظر إلى نتائج عدم المشروعية، التي تثيرها نظرية الاعتداء المادي، وجعل الوظيفة التي تقوم بها مرجعا لحل مشاكلها. مستخلصا رأيه في تحديد الاعتداء المادي، من حكم محكمة التنازع في قضية مصادرة جريدة « Action Française »، حيث استلزم شروطا ثلاثة يتحقق بها الإعتداء وهي: أن يكون إجراء غير مشروع، وأن يصيب الملكية أو الحرية العامة وأن يكون مشوبا بقدر معين من الجسامة. وبالتالي فان "فالين" اتبع الطريقة نفسها التي ذهب إليها "بونار" من حصر حالات الاعتداء المادي.

– ولقد اعتبر الفقيه "ديجرانج" الاعتداء المادي عملا ماديا يتضمن خروجا عن اختصاصات الإدارة التي حددها القانون ويصيب الملكية أو الحرية الشخصية. وبهذا اتفق "ديجرانج" مع غيره من الفقهاء على أن

دون حق على الحقوق الفردية يجرد القرار من كل صفة إدارية، ويهبط به إلى درجة الاعتداء المادي)). تتلخص وقائع هذه القضية في أن الحكومة الفرنسية رغبت عام 1872 باحتكار صناعة أعواد الثقاب، وكان هذا يستلزم منها أن تقوم بنزع ملكية المصانع المتعلقة بذلك مقابل تعويض المالكين لها. وقد رأى وزير المالية أن ذلك يهبط مالية الدولة ولهذا أوعز إلى المحافظين بإغلاق بعض المصانع بحجة أنها تدار دون ترخيص، مستهدفة الإدارة من وراء ذلك حرمان المالك من التعويض المقرر له في مثل هذه الحالات. ولقد طعن (لومونييه) « Laumonier »- باعتباره واحد من الذين مستهم هذه التدابير- في القرار الصادر عن المحافظ بإغلاق مصنعه مستندا في ذلك أن الإدارة استخدمت سلطاتها الضبطية من اجل تحقيق مصلحة مالية. ولقد وصف "لافريير" عمل الإدارة بأنه اعتداء لا يغتفر على حقوق الأفراد يرفع عن التصرف كل صفة إدارية ولا يستحق أن يوصف إلا بأنه عدوان مادي.

[1]- يشاطره الفقيه "دوجي" « Duguit » الفقيه "لافريير" في فكرة اغتصاب السلطة، ويرى بأن القانون الإداري استثناء من الحياة الخاصة، وأن هناك حقوقا جوهرية للفرد لا يجوز المساس بها، وكل عمل تأتيه الإدارة يتضمن إهدارا لهذه الحقوق، يكون اغتصابا للسلطة.

[2]- وقد اتفق "هوريو" مع "دوجي" في نظرته للقانون الإداري، وأنه استثناء من الحياة الخاصة والقانون الخاص، وذهب في تحديد اختصاصات الإدارة، إلى أنها تملك فضلا عن الحقوق التي منحها لها القانون سلطة لائحية، فالإدارة تعرف مجموع الحقوق واللوائح الخاصة بها. وأن الإدارة لكي تمارس هذه الحقوق فإنها ملزمة بإتباع إجراءات معينة، فإذا مارست سلطتها، ولو كانت قانونية، خارج كل هذه الإجراءات، واتبعت إجراءات غير منصوص عنها، فكأنها تصرفت بغير سلطة.

[3]- حمدي على عمر، **سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.176، نقلا عن:
(M.) HAURIOU, « *note sous T.C.Z décembre 1902* », société immobilière de saint-Just, leb, p.713.

الاعتداء المادي يمثل خروجا عن مبدأ المشروعية، مرجعا تجريد القرار الإداري من طبيعته إلى فكرة الاختصاص المقيد، التي تقوم على أساس أن المشرع يلزم الإدارة مسبقا –إذا توفرت شروط معينة من حيث الواقع أو القانون– بالتصرف على نحو معين، فهي ليست حرة إذ لا يجوز لها أن تمتنع عن العمل أو أن تعمل على خلاف ما بينه القانون من أوضاع معينة[1].

وقد ارجع "ديجرانج" حالات الاعتداء المادي بمخالفة قواعد الاختصاص المقيد إلى قسمين:

- إذا كان الموظف الذي قام بالعمل ليس مختصا أصلا.
- إذا كان العمل محظورا على الإدارة لأنها خالفت الشروط القانونية أو الموضوعية لاختصاصها ويشمل ذلك:

1– التنفيذ لقرار إداري معدوم.

2– عمل مادي لا يستند إلى عمل قانوني.

3– إتباع وسائل ممنوعة يحظرها القانون.

4– تحقيق قصد مغاير للمصلحة العامة، مما يشكل ذلك خروجا عن قواعد الاختصاص الممنوح للإدارة.

(ب)– أما الفريق الآخر من الفقهاء –وهم قلة– فإنهم ينتقدون هذه النظرية، ويرون بأنها نظرية عقيمة وغامضة، لأنها تخل بقواعد الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الإدارية، وأن الحلول التي وصلت إليها يمكن تبريرها بغيرها من نظريات القانون الإداري، ففي نظرية الغصب والخطأ الشخصي ما يغني عنها. ومن بين من تبنى هذا الرأي، "كوزينيه"، "لاروك"، "ديبيرو"، و"فوتير".

ولقد اشتد نقد بعض هؤلاء الخصوم، فأنكروا النظرية من أساسها، وطالبوا باستبعادها من محيط القانون الإداري. ومن بينهم "رو"، و"دويز"[2].

لكن كيف تعامل القضاء مع أعمال الاعتداء المادي، التي ترتكبها الإدارة أثناء ممارستها لسلطاتها في الإشراف أو إدارة مرافقها، وترتب اعتداء على أموال الأفراد أو حرياتهم، ولمن اسند اختصاص النظر في منازعتها، خاصة إذا وقع الاعتداء المادي من جهة الإدارة في الظروف الاستثنائية؟.

[1]- للوقوف على مواقف هؤلاء الفقهاء في تبريرهم لنظرية الاعتداء المادي والانتقادات الموجهة لمواقفهم، أنظر رسالة الدكتور: مصطفى كيرة، المرجع السابق، ص ص. 34-53.

[2]- للتعرف أكثر عن مواقف هؤلاء الفقهاء المنكرين لنظرية الاعتداء المادي، راجع رسالة الدكتور مصطفى كيرة، المرجع نفسه، ص ص.54 - 65.

ثانيا: موقف القضاء الإداري من علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بنظرية الاعتداء المادي

سنحاول –من خلال ما سيأتي– بيان مواقف كل من القضاء الإداري الفرنسي **(1)** والمصري **(2)**، من نظرية الاعتداء المادي، وعلاقتها بالظروف الاستثنائية[1]، ثم نعرج بعدها لبيان موقف القضاء الإداري الجزائري منها **(3)**.

(1)– موقف القضاء الإداري الفرنسي: تبنى القضاء الفرنسي فكرة الاعتداء المادي في أواخر القرن التاسع عشر، فصاغ منها نظرية أساسية من نظريات القانون العام[2].

وطبقا للقواعد المنظمة لاختصاص القضاء العادي والإداري، في الفترة السابقة على صدور التقنين الإداري المستعجل في فرنسا، فإن القضاء المدني يختص لوحده بنظر أعمال الاعتداء المادي، وبالفصل في دعاوى التعويض التي ترفع بشأنها.

وهو ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1935/04/08 في قضية جريدة « Action Française »[3]؛ حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ باريس أصدر في: 1934/02/07 أمرا بمصادرة أعداد الجريدة « Action Française » سواء في مدينة باريس أو ضواحيها. فرفعت الدار التي تصدر هذه الجريدة دعوى أمام القضاء المدني تطلب تعويضا عن الأضرار التي أصابتها بسبب هذا الإجراء. وأحيلت الدعوى إلى محكمة التنازع لتحدد القضاء المختص بنظرها فقررت أنه إذا كان القانون الصادر في 29 يوليو 1881 يخول المحافظ سلطة اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقاية النظام العام، إلا أن هذا الاختصاص لا يتضمن سلطة مصادرة الصحف بطريقة عامة في باريس وضواحيها، إلا إذا ثبت أن هذه المصادرة كان لا غنى عنها لوقاية النظام العام، وهو ما لم يثبت بشأن الدعوى المطروحة. وانتهت محكمة التنازع إلى اعتبار إجراء المصادرة الذي اتخذه محافظ باريس من أعمال الاعتداء المادي التي يختص بنظرها القضاء المدني.

وقد اعتبرت المحكمة في بداية الأمر أن فكرة الاعتداء المادي من اختصاص القضاء المدني، وتواترت الأحكام القضائية على هذا الأساس، لكن مجلس الدولة الفرنسي كان له موقف مخالف، فهو يميل في كل مرة إلى اعتبار الأعمال التي تقوم بها الإدارة على أساس نظرية الاعتداء المادي، بأنها أعمال تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري.

---

[1]- نحن نفضل اصطلاح "حالة الضرورة" على مصطلح "الظروف الاستثنائية" للأسباب التي سبق ذكرها، ولكن نظرا لاعتماد الفقه والقضاء الإداري لمصطلح نظرية الظروف الاستثنائية في كتاباتهم، فإنني احتراما للأمانة العلمية التزمت بذكر نظرية الظروف الاستثنائية، حسبما جاء في مراجع القانون الإداري بدلا من حالة الضرورة.

[2]- لتفصيل أكثر حول هذه النظرية وتطورها التاريخي في فرنسا، ارجع إلى رسالة الدكتور: مصطفى كيرة، المرجع نفسه، ص ص.9- 21.

[3]- أنظر:

(M). LONG, (P). WEIL, et autres, ***Les grands arrêts de la jurisprudence administrative***, 15e éd, Dalloz, Paris, 2005, pp .301-307.

ومن هذه الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي معلنا فيها اختصاصه النظر في دعوى الاعتداء المادي، حكمه الصادر بتاريخ 1947/11/07 في قضية السيدين «Alexis» et «Wolff» [1]، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدين « Alexis et Wolff » كانا على التوالي الرئيس والمدير العام لشركة « Dacks et entreprise de Marseille » وكانا قد حصلا على عدة أوسمة ونياشين نظرا لأنشطتهم الهامة وإخلاصهم في العمل من أجل المصلحة العامة. ووظيفتهم كانت معلومة ولم يثير حولهما شك، لكن في الخامس من أكتوبر سنة 1944 أصدر حاكم الإقليم قرارا بالاستيلاء على شركتهم ومصادرتها ووقفهم عن مباشرة وظائفهم وحرمانهم من المرتبات الخاصة بهم. وفي تاريخ 25 نوفمبر 1944 صدر أمر شفوي من اللجنة المركزية للأمن التي شكلت في مرسيليا عقب تحريرها من الاحتلال الألماني، حيث قام رجال اللجنة بالبحث عن الأشخاص الذين تعاونوا مع الأعداء إبان الاحتلال، فتم القبض على السيدين « Alexis » et « Wolff » وتم اعتقالهما بناء على أمر شفوي من موظفين ليست لهم صفة قانونية في إجرائه، ومن دون أن يصدر إذن قضائي أو إداري بإجراء هذا الاعتقال. ونفذ قرار الاعتقال ولقيا « Alexis et Wolff » في المعتقل ألوانا مختلفة من التعذيب والإيذاء، فضلا عن تجميد رصيدهما بالبنوك، وقد قررت اللجنة في 7 مارس 1945 الإفراج عنهم لعدم ثبوت شبهات حولهم، فأقاما دعوى أمام مجلس الدولة، واختصما الموظفين اللذين قاموا باعتقالهما، وطالبا الحكم عليهم وعلى الدولة بالتعويضات. وقد عرض مفوض الحكومة السيد « Celler » في مذكرته بيانا بالأخطاء الجسيمة المرتكبة في حق السيدين « Alexis et Wolff » وطالب بقيام مسؤولية الدولة والحكم عليها بتعويض مالي لهما نتيجة الأخطاء الجسيمة المرتكبة ضدهما.

حيث شكل الاعتقال الذي قام به الموظفين غير المختصين اعتداءً ماديا على الحرية الشخصية، وعلى هذا الأساس برر المجلس اختصاصه وولايته النظر في هذه القضية، وإلزام الإدارة بتعويض المدعيين عما أصابهما من أضرار جراء هذا الاعتقال، بأن تصرف الموظفين كان خطأ مصلحيا، يدخل في اختصاص مجلس الدولة للحكم به، وبأن عدم المشروعية في الظروف العادية، تختلف عنها في الظروف الاستثنائية حيث تخرج فيها الإدارة عن حدودها، وهو ما يبرر التخفيف من جسامة عدم المشروعية الذي وقعت فيه[2].

وعلى ضوء هذا الحكم غيرت محكمة التنازع الفرنسية موقفها السابق، حيث ربطت تطبيق قاعدة أعمال الاعتداء المادي بحسب الظروف، وبالتالي يتغير الاختصاص القضائي على هذا الأساس، وهو ما قضت به المحكمة في قضية « Dame De La Murette » بتاريخ 1952/03/27، التي تتلخص وقائعها في أن السلطات الإدارية في إحدى المحافظات ألقت القبض على السيدة « De La Murette» وقامت باعتقالها دون إذن قضائي، أو إداري في سبتمبر 1944، ولم تحقق معها، واستمر هذا الاعتقال حتى شهر فيفري 1945

[1]- أنظر: C.E, le 7 Novembre 1947, « ALEXIS et WOLFF », Note ESMEIN, Sery, 1948, p.472.

[2]- مصطفى كيرة، المرجع السابق، ص ص. 288-289.

وقد تعرضت المدعية خلال فترة اعتقالها لمعاملة قاسية وإيذاء شديد، لذلك قامت برفع دعواها أمام القضاء العادي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقتها من جراء هذا الاعتقال التعسفي، وقد حكم القضاء العادي بعدم الاختصاص معتبرا أن الدعوى وجهت ضد الدولة، فتوجهت المدعية بدعواها أمام مجلس الدولة، إلا أن السلطة التي قامت بالقبض على المدعية رفعت الأمر الى محكمة التنازع لكي تقرر ما هي الجهة المختصة. وقد قضت محكمة التنازع في هذه القضية بأنه إذا كان الاعتداء على الحرية الفردية يعد بلا جدل من أعمال التعدي، فإنه لا يمكن القول بأن أمر اعتقال السيدة "De La Murette " يعد من قبيل أعمال التعدي، لأن صدور هذا الإجراء تم خلال الحرب، وعليه فإن الاختصاص بنظر هذه الدعوى عود للقضاء الإداري. وقد بررت محكمة التنازع حكمها في هذه القضية بأنه إذا كان الاعتداء على الحرية الفردية يعد بلا جدال من أعمال الاعتداء المادي، التي يختص بنظرها وبالفصل في دعاوى التعويض عنها القضاء المدني، إلا أن مجال إعمال هذه القاعدة لا يكون إلا حين تسود الظروف العادية. أما حين تطرأ ظروف استثنائية، فإنها تحول دون اعتبار الاعتداء على الحرية الفردية من أعمال الاعتداء المادي.

كما قررت محكمة التنازع في حكمها الصادر بتاريخ 1945/05/19 في قضية « Société Office Publicitaire de France » ، أن تمزيق الملصقات المعادية لإعادة تسليح ألمانيا، بناء على أمر من محافظ البوليس، لا يعد من أعمال الاعتداء المادي، تأسيسا على أن التهديد الذي تعرض له النظام العام بسبب هذه الملصقات والظروف الزمنية والمكانية التي وضعت فيها، قد بلغ قدرا من الخطورة يبرر صدور الأمر بسرعة تمزيقها[1].

نستنتج من خلال ما سبق، أن وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي حول علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بالاعتداء المادي، تتلخص في أن الظروف الاستثنائية لا تبرر تصرف الإدارة الذي يبلغ حد الاعتداء المادي، وإنما تنتقص من درجة جسامة عدم المشروعية التي تشوبه، فيصبح هذا التصرف مشوبا بعدم المشروعية البسيط، الذي يختص به مجلس الدولة؛ بمعنى أن القضاء الإداري اعتبر الاعتداءات المادية التي تقع في الظروف الاستثنائية تقلل من جسامة عدم مشروعيتها، لتظل تصرفات إدارية مشوبة بعدم المشروعية البسيطة، يختص بنظرها القاضي الإداري دون القاضي المدني[2]. وهو خروج عن القواعد العامة التي تجعل الاختصاص للمحاكم القضائية.

كما ينعقد لمجلس الدولة اختصاص نظر دعاوى التعويض الناشئة عن الاعتداء المادي في الظروف الاستثنائية، اذ تبقى مسؤولية الدولة قائمة عن الأخطاء الجسيمة التي تقع من الموظفين، وتلحق ضررا بالإفراد[3].

---

[1]- أنظر: (M.) LONG, (P.) WEIL, et autres, *Op.Cit.*, p 370.

[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص.220.

[3]- مصطفى كيرة، المرجع السابق، ص. 307 وما بعدها.

(2)- موقف القضاء الإداري المصري: من بين أحكام مجلس الدولة المصري، التي سلم فيها بأن التصرفات التي تعد من أعمال الاعتداء المادي في الظروف العادية لا تعد كذلك في الظروف الاستثنائية، بل تعتبر تصرفات إدارية يختص بنظرها القضاء الإداري، حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1957/04/13 في القضية رقم 1517 لسنة 2 القضائية. وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه على اثر قيام نفر من جماعة الإخوان المسلمين المنحلة باغتيال رئيس الحكومة في أواخر سنة 1948، أصدرت (حكمدارية بوليس القاهرة) في 1949/02/17 أمرا بالقبض على بعض أعضاء هذه الجماعة، من بينهم سكرتير جمعية الإخوان المسلمين بالمعادي، الذي نسب إليه أنه يباشر نشاطا خطيرا على الأمن العام، وقد ظل مقبوضا عليه حتى 1949/02/21، حيث أصدر الحاكم العسكري أمرا باعتقاله.

وغني عن القول أن هذا الإجراء الذي يتضمن اعتداءً جسيما على الحرية الفردية، ولا سند له من القانون، يعد من أعمال الاعتداء المادي. غير أن المحكمة الإدارية العليا رأت الاحتفاظ له بطبيعته كتصرف إداري، وأبقت على اختصاص القضاء الإداري بنظر دعوى التعويض عنه، بسبب الظروف الاستثنائية التي تطلبته[1]. فعند نظرها الطعن في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1956/03/25 والقاضي بإلزام جهة الإدارة بتعويض المذكور عن الأضرار الذي لحقته بسبب القبض عليه دون سند من القانون، قررت المحكمة الإدارية العليا: ((أن القبض على السيد/..... كان تدبيرا من التدابير التي اتخذتها الإدارة لاعتبارات تتعلق بالأمن العام بناء على حالة واقعية كانت قائمة، هي السبب الذي دعا الإدارة إلى اتخاذ هذه التدابير، فأفصحت عن إرادتها بالقبض على المذكور، وهذا التصرف له كل مقومات القرار الإداري كتصرف إرادي متجه إلى إحداث اثر قانوني، هو القبض على الأشخاص بغاية من المصلحة العامة هي وقاية الأمن والنظام، لسبب هو الحالة الواقعية التي كانت قائمة عندئذ، وبهذه المثابة يختص القضاء الإداري بطلب التعويض عنه...)).

فاعتبرت بذلك نظرية الظروف الاستثنائية قيدا على اختصاص المحاكم القضائية العادية، بنظر الاعتداء المادي في ظل تلك الظروف، بحيث اسند الاختصاص لمجلس الدولة بنظر دعاوى التعويض الناشئة عن الاعتداء المادي في الظروف الاستثنائية، بسبب أن عدم المشروعية في الظروف العادية يختلف عنه في الظروف الاستثنائية، التي تخرج فيها الإدارة عن حدودها، وهو ما يبرر التخفيف من جسامة عدم المشروعية الذي وقعت فيه. لذلك اشترط بعض الفقهاء لتحقيق نظرية الاعتداء المادي شرطا سلبيا يتمثل في غياب أو عدم قيام حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، وهو شرط يتعلق بصحة فعل الاعتداء المادي[2].

---

[1]- أنظر: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية، ص. 886.
[2]- برهان خليل زريق، **نظرية فعل الغصب والاعتداء المادي في القانون الإداري**، ط 1، المكتبة القانونية، دمشق، 2004، ص.121.

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق، أنه إذا كانت نظرية الاعتداء المادي تحيا في الظروف العادية جنبا إلى جنب حياتها في الظروف الاستثنائية أو (حالة الضرورة)، فإنه من الخطأ أن نعتبرها متفرعة على نظرية الظروف الاستثنائية، كما أن قيامها على أسس موضوعية يحول دون دراستها في إطار فكرة الخطأ الشخصي للموظف[1].

لكن يبقى العمل الذي ترتكبه الإدارة ويكون فيه تعدي على الحريات الأساسية من اختصاص القضاء الإداري، سواء ارتكب في ظروف عادية أو استثنائية، وهو ما يفهم من الفقرة الثانية من المادة 521 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي[2]، التي منحت القاضي الإداري المستعجل سلطة التدخل لإصدار أوامر في مواجهة الإدارة في حالة اعتدائها على الحريات الأساسية أثناء ممارستها لسلطاتها، كما فرضت أيضا على الشخص المتضرر من الاعتداء للجوء إلى هذا القضاء، وحتى تقبل دعواه، أن تتوفر في الاعتداء شروط محددة وأن يتبع الإجراءات المنصوص عليها في القانون[3].

لذلك فقد جاءت صيغة هذه المادة شاملة لجميع صور الاعتداء الواقع على الحريات الأساسية، سواء تمثل ذلك في صورة قرار إداري أو عمل مادي، فإنه يدخل في اختصاص القاضي الإداري المستعجل طالما كان الاعتداء واقعا على الحريات الأساسية[4].

كما تتعلق هذه المادة بأمرين، أولهما: مرصود لحماية المتقاضين من الاعتداءات على الحرية الأساسية من الإدارة في أثناء ممارسة وظائفها. وثانيهما: مرصود لنفس الغرض عندما يكون الاعتداء نتيجة لقرار غير قابل بوضوح لأن يكون مرتبطا بالسلطة الإدارية[5].

---

[1]- رمزي الشاعر، **تدرج البطلان في القرارات الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص. 250.

[2]- تنص المادة 2/521 من القانون الصادر في 2000/06/30 المتضمن التقنين الإداري الفرنسي القاضي الإداري المستعجل على:

« Saisi d'une demande en sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d un service public aurait porté, dans l exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ».

[3]- تتمثل شروط قبول طلب إصدار أوامر لجهة الإدارة في حالة الاعتداء المادي على الحريات في:

1- شرط الاستعجال.

2- وقوع اعتداء على الحريات الأساسية من جانب احد أشخاص القانون العام أثناء ممارسة سلطاته.

3- أن يقع اعتداء جسيم وظاهر فيه عدم المشروعية على الحريات الأساسية.

أما الإجراءات فهي تتميز بالبساطة والسرعة فهي تتمثل في تقديم الطلب للقاضي المستعجل المختص ويجب أن يكون مسببا ومعفى من إضافة طابع دمغة ومعفى من أن يوكل صاحبه محاميا، كما يعفى من شرط التظلم الإداري المسبق الإجباري. وبالنسبة لممثل الشخص المعنوي فإنه -طبقا للمادة 2/521 من تقنين القضاء الإداري- معفى من تقديم الإذن أو التصريح بالإنابة مسبق، ونظرا لان الطلب المقدم لقاضي الأمور الإدارية المستعجلة يتعلق بعمل مادي صادر عن الجهة الإدارية وليس بقرار إداري فإنه طبقا للمادة 2/521 من التقنين نفسه فإن طلب توجيه أمر لجهة الإدارة لا يتقيد بمواعيد الطعن القضائية، حيث يمكن لمن وقع عليه اعتداء جسيم وظاهر فيه عدم المشروعية من الإدارة على الحريات الأساسية أن يتقدم بطلب لقاضي الأمور الإدارية المستعجلة دون التقيد بمواعيد الطعن العامة وهي شهران أو مواعيد الطعن الخاصة وهي شهر من تاريخ العلم بالقرار بوسائل العلم المقررة قانونا (النشر، الإعلان، والعلم اليقيني).

ونظرا لان طلب الاستعجال يتعلق بالقضاء المستعجل ويصدر فيه حكم مؤقت بطبيعته، وأن ظروف هذا الطلب تقتضي سرعة الحكم فيه لتجنب الأضرار التي يتعذر تداركها فيما لو قضى بإلغاء القرار المطعون فيه بعد ذلك. فقد نص المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1/521من تقنين القضاء الإداري على إعفاء الطلبات المستعجلة من نظام تحضير الدعوى من جانب هيئة مفوضي الدولة (Le commissaire du Gouvernement). أنظر في تفاصيل تلك الشروط والإجراءات: شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 45-208.

(Olivier) Gohin, ***Contentieux administratif***, 3e éd., Litec, éditions du Juris-Classeur, Paris, 2002, pp.311-316.

[4]- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 175.

[5]- حمدي على عمر، المرجع السابق، ص. 178.

(3)- موقف المشرع والقضاء الإداري الجزائري من فكرة الاعتداء المادي: عرف النظام القضائي في الجزائر بعد الاستقلال سنة 1962 استمرار العمل بالقانون الفرنسي، وذلك بموجب القانون المؤرخ في 1962/12/31 الذي مدد العمل بالقانون الفرنسي، لهذا كان اختصاص النظر في منازعات الاعتداء المادي والاستيلاء في بادئ الأمر من اختصاص القضاء العادي المتمثل في المحاكم العادية. غير أنه بصدور قانون الإجراءات سنة 1966 وتبني المشرع الجزائري للمعيار العضوي كمعيار أساسي لتحديد النزاع الإداري والجهة القضائية المختصة للنظر فيه من خلال المادة 07 منه، فقد أصبحت منازعات الاعتداء المادي من اختصاص القضاء الإداري.

وانطلاقا من المعيار العضوي لتحديد طبيعة المنازعة الإدارية، قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أن قضايا الاعتداء المادي يتم الفصل فيها أمام القضاء الإداري، وهو ما قضت به الغرفة الإدارية في قضية السيدة "أوصديق" بتاريخ 1966/02/18، وكذا قضية "بن خوشة" بتاريخ 1966/03/25، التي بينت فيها موقفها من نظرية الاعتداء المادي، حيث اعتبرت أن الإدارة تكون أمام وضعية اعتداء مادي، عندما تنفذ الإدارة قرارا إداريا مشروعا بصفة غير مشروعة يمس بالملكية العقارية، فترتكب اعتداءً مادياً.

كما كررت الغرفة الإدارية موقفها في قضية « Le Nouveau né» بتاريخ 1970/12/10، معتبرة أن الاعتداء المادي هو التصرف الإداري الذي ليس له علاقة مع السلطة التي تمليها الإدارة.

وقضت أيضا هذه الغرفة الإدارية في قضية "الحاج بن علي" ضد والي ولاية الجزائر بتاريخ 1971/07/09 ما يلي: "حيث أن الوقائع التي ذهبت ضحيتها العارضة تشكل اعتداءً مادياً، أي عملية مادية مشوبة بمخالفة جسيمة، وتمس بحق أساسي للفرد". وفي قضية "رئيس بلدية (ب.أ) ضد (د.ب) و(ع.ع)، عرّفت الغرفة الإدارية التعدي بأنه: "يمكن التمسك بالتعدي عندما تقوم الإدارة بتنفيذ عمل بالقوة غير مرتبطة بتنفيذ نص تشريعي أو تنظيمي من شأنه أن يمس بحرية أساسية أو بحق الملكية"[1]. واستقرت أحكام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا على هذا التعريف في قضايا أخرى[2].

مما يظهر من خلال القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية أنها حاولت اعطاء تعريف للاعتداء من خلال الوقوف على عناصره، إذ يفترض في الاعتداء المادي وجود عملية إدارية مادية مشوبة بمخالفة جسيمة للقانون بمعنى أن يكون التصرف الإداري غير مرتبط بتطبيق نص تشريعي أو تنظيمي أو عمل غير مرتبط بسلطة تملكها الإدارة[3].

---

[1]- الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قضية رقم 42050 بتاريخ 1985/11/23، **المجلة القضائية**، الصادرة عن المحكمة العليا، ع 2، 1989، ص. 204.

[2]- مثال ذلك القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في القضية رقم 105528 بتاريخ 1993/04/25، (قرار غير منشور).

[3]- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 286.

أما العنصر الضروري الثاني للاعتداء المادي فهو المساس بحق الملكية[1] أو حرية من الحريات الفردية[2] المنصوص عليها في الدستور، أو التي يكشفها القاضي الإداري في المبادئ العامة للقانون. كما أوضحت الغرفة الإدارية في القضية رقم 343 بتاريخ 1996/05/05 وكذا القضية رقم 357 بتاريخ 1996/05/05 على امكانية أن تتوسع سلطات القاضي الإداري في حالتي الاعتداء المادي والاستيلاء غير المشروع، بأن يحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية، أو أن يوجه لها أوامره.

غير أن تطبيق ما جاء في هذين القرارين يصطدم بانعدام الإطار القانوني الذي يسمح فيه للقاضي إلزام الإدارة بتنفيذ كل قراراتها وتوجيه أوامر لها[3].

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 09/08 أصبح موقف المشرع الجزائري من فكرة الاعتداء المادي أكثر وضوحا، حيث خصص المادة 920 للحديث عن الاعتداء المادي والجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعاته، حيث جاء فيها: "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه[4]، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات.

يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في اجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب". وبالتالي نجد من خلال هذه المادة مسايرة المشرع الجزائري النهج الذي سار عليه تقنين القضاء الإداري الفرنسي، بمنح اختصاص النظر في منازعات الاعتداء المادي للقاضي الاستعجالي.

---

[1]- يبدو أن للحرية الفردية مفهومان؛ المفهوم الأول: ينحصر في التعريف الضيق الذي يقتصر على اعتبارها متعلقة فقط بحرية التنقل: "الحرية الفردية هي الحالة التي يكون من خلالها الفرد غير موقوف أو محتجز ويتمتع بحرية التنقل"، هذا التعريف اعتمده أيضا « Jean Rivero » عندما رأى أن الحرية الفردية تتجسد في اليقين الذي يعيشه الفرد بأنه لن يكون عرضة من قبل السلطة لأية تدابير تعسفية تسلبه حريته المادية مثل التوقيف والاحتجاز". بالمقابل يتجلى المفهوم الثاني بالتعريف الواسع لهذه الحرية، وذلك بسبب ارتباطه بفكرة الأمان (Sûreté) على حد تعبير « Jean Rivero»، هذا الترابط يعطي للحرية الفردية مجالا واسعا لكي تشكل نقطة الارتكاز لكل الحريات التي من المفترض أن يتمتع بها الإنسان.
هذا التقسيم الثنائي لمفهوم الحرية الفردية اعتمده أيضا العلامة Luchaire (François) الذي لاحظ بأن القاضي الدستوري الفرنسي قد اعتمد التعريف الواسع لهذه الحرية، بحيث جعلها تشمل حق الفرد بأن يعتمد الوسيلة التي يراها ملائمة له في الحياة". ومن ضمن هذا التصور نلاحظ أن العلامة Luchaire (François) رأى أن الحرية الفردية تشمل قسمين أساسيين هما: حرية التنقل أولا وحرية الحياة الخاصة ثانيا.
وهذا ما أيده « Dominique Rousseau » بقوله "الحرية الفردية ليست مفهوما كلاسيكيا يقتصر فقط على الحيلولة دون توقيف الانسان أو احتجازه بأساليب لا يجيزها القانون، بل أيضا تشمل حرية التنقل وما يتفرع عنها".
أنظر: (Claude-Albert) COLLIARD, ***Libertés publiques***, 5eme éd, Dalloz, Paris, 1982, p.218.
أنظر أيضا:
(Jean) RIVERO, ***Les libertés publiques*, (Les droit de l'homme),** Tom I, 7eme éd, P.U.F., Paris, 1995, p.28.
(Dominique) ROUSSEAU, ***Droit du contentieux constitutionnel***, 4eme éd., Montchrestien, Paris, 1995, p.332.

[2]- يقصد بحق الملكية كل ما يتعلق بالملكية العقارية والملكية المنقولة.

[3]- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص. 295.

[4]- نصت المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 على أنه: (عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار. عندما يقضى بوقف التنفيذ، يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال).

غير أنه يفهم من نص المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المشرع الجزائري لم يميز بين طبيعة الظروف التي ارتكب فيها الاعتداء، فيما إذا كان الاعتداء على الحريات الأساسية قد حدث في ظروف عادية أم في ظروف استثنائية.

ونشير في الأخير أنه كان من المفروض سواء على المشرع الجزائري أو الفرنسي، أن يميزا بين مجالات التدخل الخاصة بكل جهة قضائية:

فبالنسبة للمنازعات الخاصة بالاعتداءات غير المشروعة على الحريات الأساسية، المرتكبة خارج أية سلطة قانونية للإدارة، فهذه المنازعات تدخل في اختصاص جهة القضاء العادي.

أما بالنسبة للمنازعات الخاصة بأي اعتداء آخر غير مشروع، فهذه المنازعات تدخل في اختصاص جهة القضاء الإداري. فعندئذ لا اغتصاب ولا انفراد من جانب جهة قضائية، ولكن تكامل فعال بين جهتي القضاء لحماية الحريات الأساسية[1]، مادام هدف كلا الجهتين هو حماية حريات الأفراد المنتهكة من قبل الإدارة سواء حدث ذلك في ظروف عادية أو استثنائية.

الفرع الثاني

علاقة نظرية الاستيلاء بحالة الضرورة

يعد الاستيلاء العسكري « La réquisition militaire » الذي ظهر في فرنسا بموجب قانون 03 جويلية 1877، أقدم صورة للاستيلاء، حيث سمح للجيش بالاستيلاء، في فترة الحرب، على أموال الغير. ثم تطور مفهوم الاستيلاء نحو نظام الاستيلاء المدني « La réquisition civile »، وذلك بموجب قانون 11 جويلية 1938 المتمم بالأمر رقم 63/59 المؤرخ في 6 جانفي 1959[2]، حيث جعل هذا القانون موضوع الاستيلاء المدني عاما، يشمل العقارات على السواء، ويأخذ شكل قرار إداري.

أما القانون المدني الجزائري فقد حدد في المادة 677 وما يليها، وقانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الشروط والإجراءات التي تسمح للإدارة بنزع الملكية من أصحابها، وكل تصرف إداري يرمي لحجز أو مصادرة ملكية عقارية، تقوم به الإدارة خارج هذا الإطار، يعد استيلاء غير شرعي للملكية، لكن هل يأخذ الاستيلاء الذي يتم في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية نفس هذا الوصف؟.

---

[1]- حمدي على عمر، المرجع السابق، ص.178.

[2]- مسعود شيهوب، **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص. 136، نقلا عن:
(Georges) PHILIPPE, ***Droit public***, 7eme éd, Sirey, Paris, 1989, p.431.

للإجابة عن هذا السؤال نتطرق **(أولا)** لمفهوم نظرية الاستيلاء «La Théorie de l'emprise»، و**(ثانيا)** للجهة المختصة بالفصل في منازعات الاستيلاء، و**(ثالثا)** نتطرق لموقف الفقه والقضاء من علاقة حالة الضرورة بنظرية الاستيلاء.

أولا: مفهوم نظرية الاستيلاء

يُعرّف الاستيلاء بأنه إجراء جبري، يسمح للإدارة بالحصول على الأموال المنقولة، وكذلك التمتع بالأموال العقارية. أو يقصد بالاستيلاء الحجز والمصادرة « La main mise » لملكية خاصة[1].

ويتشابه الاعتداء مع الاستيلاء غير الشرعي في أنه عند حدوثهما يرتبان بعض النتائج على مدى تطبيق بعض شروط قبول الدعوى، حيث يصبح شرط التظلم الإداري المسبق غير ضروري لرفع الدعوى الإدارية، كما ترتب نتائج على السلطات التي يصبح يتمتع بها القاضي الإداري، إذ يستطيع أن يحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية، وأن يوجه لها أوامره. كما ترتب أيضا نتائج على قواعد الاختصاص القضائي المتعلق بهما[2].

لكن ما هي موضوعات أو أنواع الاستيلاء، وكيف تتم إجراءات الاستيلاء على العقار، وما هي مميزاتها، وفيما تتمثل شروط نظرية الاستيلاء، مقارنة بتلك التي أقرتها نظرية الاعتداء المادي؟.

(1)- موضوعات الاستيلاء: نصت الفقرة الثانية من المادة 679 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء، باستثناء المحلات المخصصة فعلا للسكن، حيث لا يجوز بأي حال من الأحوال الاستيلاء عليها"[3].

يمكن، انطلاقا من هذه الفقرة، حصر الاستيلاء بالنظر إلى موضوعه، في ثلاثة أنواع هي:

(أ)- تسخير الأشخاص والخدمات الشخصية « La réquisition de personnes et de service personnels »: يمكن أن يكون التسخير جماعيا أو فرديا، ويمكن أن يكون التسخير الموجه للأشخاص أو للمؤسسات مجرد تسخير للخدمات، ويتمثل تسخير الخدمات هذا في إلزام الشخص أو المؤسسة بتنفيذ الخدمات المطلوبة بوسائلها الخاصة مع احتفاظها بالنشاط المهني[4].

---

[1]- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص.289.

[2]- المرجع نفسه، ص ص. 293- 294.

[3]- أنظر المادة 679 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 78 المؤرخة في: 1975/09/30، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يوليو 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 44 المؤرخة في: 2005/06/26.

[4]- مسعود شيهوب، **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص.137، نقلا عن:
(A.) DE LAUBADERE, (J.C.) VENEZA, et (Yves.) GANDMET, ***Traité de droit administratif***, T. 2, 9ème éd, L.G.D.J., Paris, 1992, p.380.

(ب)- تسخير المؤسسات « La réquisition d'entreprises »: والذي يشمل الوسائل المادية للمشروع وعماله ومحلاته، ولكونه نوع من الاستيلاء المؤقت فهو يتعلق بالاستيلاء فقط.

(ج)- الاستيلاء على الأموال « La réquisition de biens » : الأصل أن الاستيلاء ينصب على العقارات، وهذا ما يميزه على نظرية الاعتداء المادي، لكن مع ذلك يمكن أن ينصب على المنقولات، إما بهدف تملكها أو بهدف استعمالها فقط.

(2)- الاستيلاء على العقارات: إذا كان إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، يعد الإجراء المعتاد للحصول على العقارات اللازمة، لحاجة الإدارة لتحقيق منفعة عامة على سبيل الدوام، كإقامة مدرسة أو طريق وغيره[1]، فإن الاستيلاء المؤقت على العقارات، يعد أهم موضوع من موضوعات الاستيلاء، فهو يمثل وسيلة استثنائية، تهدف الإدارة من خلاله للحصول على العقارات اللازمة، لمدة زمنية مؤقتة، تحقيقا لغاية معينة، مع بقاء ملكيته لصاحبه[2].

(أ)- هدف الإدارة من الاستيلاء على العقار: قد تكون حاجة الإدارة من استيلائها على العقار لأجل تخزين بعض المواد أو الآلات، حيث يستخدم العقار المستولى عليه خدمة لمشروع له منفعة عامة، وفي حالة حدوث حالة طارئة أو عاجلة كحصول غرق أو سقوط قنطرة أو قطع جسر أو تفشي وباء، مما يلزم معه الاستيلاء على العقارات اللازمة لمواجهة هذه الحالة الطارئة، كأن توضع بها أماكن الحجر الصحي لعلاج الوباء أو المواد اللازمة لإعادة بناء القنطرة أو ترميم الجسر، وكل هذه منافع عامة وقتية ومستعجلة في الوقت نفسه. تجيز للإدارة الاستيلاء على هذه العقارات لاستعمالها لهذا الغرض.

كما قد يكون الاستيلاء في حالة الضرورة أو الاستعجال، بهدف حماية أمن الدولة وسلامتها إذا كانت الدولة تمر بأزمات أمنية تمس بكيانها واستقلالها، ومن ثمّ فإنه يجوز الاستيلاء المؤقت على العقارات اللازمة

---

[1]- لقد جاء إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 ليضع حق الملكية في موقعين متناقضين تماما، إذ نص في مادته 8 على أن حق الملكية هو من الحقوق الطبيعية للإنسان، ولكن على الرغم من قدسية الملكية، فقد سمح في مادته 17 بصورة ضمنية المساس بها عندما تقضي الضرورة لتحقيق المصلحة العامة.

وعليه فإنه على الرغم من أن الملكية ذات قيمة دستورية، لأنها يعتبر من الحقوق التي حماها الدستور، إلا أن هذه الحماية لا تحول دون المساس بها، فقد أصبح حرمان الإنسان من حق الملكية لصالح المنفعة العامة من المسلمات في القانون المقارن، وهو ما يجعلها حقا من الدرجة الثانية. ومن هنا كان لابد على القاضي الدستوري أن يبقى ساهرا على تأمين تحقيق الشروط التي من الممكن أن يسمح من خلالها بمس هذا الحق. وقد اختصر المجلس الدستوري الفرنسي من خلال قراريه رقم 132/82 المؤرخ في 1982/1/5، والقرار رقم 134/82 المؤرخ في 1982/1/16، والقرار رقم 256/89 المؤرخ في 1989/7/25، هذه الشروط بثلاثة: أن وضع اليد على الملكية الخاصة يجب أن تفرضه المنفعة العامة بالدرجة الأولى، ثم أن يكون التعويض عادلا، وأن يكون سابقا لقرار وضع اليد وتحويل الملكية. إن مثل هذه الشروط، وإن كانت لا تعطي صاحب الملكية حقه بالكامل، إلا أنها تستطيع على الأقل أن تشكل مانعا أساسيا في وجه وضع اليد الكيفي على الملكية الخاصة من قبل السلطة.

أنظر:

(Dominique) ROUSSEAU, ***Droit du contentieux constitutionnel***, 4eme éd., Montchrestien, Paris, 1995, pp.342-343.

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الأولى من المادة 677 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لايجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون.

غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

[2]- نصت المادة 861 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على كيفية الاستيلاء الواقع على الحيازة وليس على الملكية، بقولها: "في حالة وجود حيازة من طرف المستفيد من الاستيلاء، يكون هذا الاستيلاء مسبوقا بجرد. وبنفس الطريقة، يترتب عن استعادة الحيازة من طرف المستفيد، إعداد جرد".

لإجراء تدريب الجيش أو تخزين الأسلحة، أو إقامة مخيمات أو إقامة جسور... إلخ. وهو ما تعتمده الدولة عند إعلانها للتعبئة العامة، تمهيدا لإعلان الحرب.

(ب)- مميزات إجراءات الاستيلاء على العقار: بما أن الاستيلاء[1] على العقار يقصد به قيام الإدارة بوضع يدها على عقار مملوك لأحد الأفراد بصورة مؤقتة أو نهائية، سواء أكان الوضع مشروعا أم غير مشروع[2]. فإن إجراءات الاستيلاء على العقار، تتميز بما يلي:

- **الطبيعة الاستثنائية:** يعد إجراء الاستيلاء وسيلة استثنائية لا يجوز اللجوء إليها، ولو كانت لتحقيق منفعة عامة، إلا إذا استنفذت الإدارة جميع الوسائل المتاحة، بحيث تكون أمام حالة ضرورة ملجئة، كحصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء أو لمواجهة الكوارث الطبيعية، والتي تفرض إجراءات عاجلة لدرء الخطر المحقق أو لمنع تفاقم الآثار[3].

- **الطبيعة المؤقتة:** يجب أن يكون الاستيلاء لمدة مؤقتة، مرتبط بقيام حالة الضرورة أو بانتهاء الغرض منه، أو بمرور المدة التي حددها المشرع[4]، مع بقاء ملكية العقار لمالكها طيلة مدة الاستيلاء، لتعود إليه الحيازة بمجرد انتهاء المدة المحددة أو حين تستغني عنه أو بانتهاء حالة الضرورة وعودة الأمن والاستقرار للدولة.

أما إذا دعت الضرورة إلى مد مدة الاستيلاء المؤقت إلى مدة أطول، فعلى الإدارة أن تلجأ إلى الإجراء العادي، وهو نزع الملكية للمنفعة العامة مع تعويض صاحب العقار، وإلا أعادت العقار إلى مالكه في حالة تعذر الاتفاق معه. مع وجوب إخضاع إجراء الاستيلاء، ومدى توفر الحالة الاستثنائية التي تبرر اللجوء إلى هذا الإجراء، لرقابة القضاء الإداري[5].

أما الفقه الإداري فقد حاول التفرقة بين الاستيلاء المؤقت، الذي ينتهي بانتهاء مدة محددة ويتعلق بالاستيلاء فقط، وبين استيلاء الإدارة على العقارات تمهيدا لنزع ملكيتها من أجل المنفعة العمومية، بسبب الحاجة الملحة للعقارات التي لا تسمح بانتظار إتمام إجراءات نزع الملكية، مقابل تعويض مالك العقار.

- **طبيعة التنفيذ الجبري لقرار الاستيلاء:** يمكن للإدارة بما لها من امتيازات اللجوء إلى تنفيذ قرار الاستيلاء بالقوة، وذلك في حالة امتناع من وجه إليه قرار الاستيلاء عن تنفيذه اختياريا، أي أنها تلجأ إلى

---

[1]- يرى الدكتور "ناصر لباد" أن التسمية الأدق لمصطلح "الاستيلاء" هو "التسخيرة"، أنظر الهامش (1) من مؤلفه، **الوجيز في القانون الإداري**، ط 2، مطبعة لباد، الجزائر، 2007، ص. 266.

[2]- برهان خليل زريق، المرجع السابق، ص. 118.

[3]- أحمد الموافي، **المشروعية الاستثنائية**، دار الكتب، مصر، 2004، ص ص.91-92.

[4]- لقد وضع المشرع المصري، في المادة 15 من القانون رقم 10 لسنة 1990، حدا أقصى للاستيلاء بحيث لا يجب أن يزيد عن مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي. وللإدارة حق تجديد المدة التي تقررها في حدود مدة الثلاث سنوات هذه. ولا تستطيع الإدارة أن تتجاوز هذه المدة إلا بالاتفاق الودي مع صاحب الشأن، وإلا فإنها تلزم باتخاذ إجراءات نزع الملكية.

[5]- لقد ذكرت المادة 15 -المذكورة أعلاه- بعض حالات الاستيلاء المؤقت -على سبيل المثال- تاركة للقاضي الإداري سلطته التقديرية في تحديد ما يعتبر حالات طارئة تبرر اللجوء إلى الاستيلاء المؤقت من عدمه.
وعليه، فمن بين بعض الحالات التي لم يعتبرها القضاء المصري حالات طارئة تبرر اللجوء إلى الاستيلاء المؤقت نذكر: توسعة مهبط لطائرات الرش، إقامة مكتب للتوثيق النموذجي، إقامة محطة تنقية لمعالجة مخلفات المجاري لمشروعات الصرف الصحي، التوسع في مستشفى لإقامة عيادة حوادث. فكل قضايا هذه الحالات صدرت بأحكام عن محكمة القضاء الإداري ما بين شهر نوفمبر وديسمبر من سنة 1987.

التنفيذ الجبري، وهذا تحت طائلة العقوبات المدنية والإدارية، وهو ما نصت عليه المادة 681 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "ينفذ الاستيلاء مباشرة أو من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي.

يمكن في الحالات التي تقتضي ذلك، تنفيذه بالقوة بطريقة إدارية دون الإخلال بالعقوبات المدنية والجزائية التي أقرها التشريع المعمول به".

(3)- شروط تطبيق نظرية الاستيلاء مقارنة بنظرية الاعتداء المادي: تتمثل شروط تطبيق نظرية الاستيلاء -حسب الفقه والقضاء الإداري- في الآتي:

1- يشترط أن يكون الاعتداء واقعا على ملكية عقار[1]، أي على حق الملكية، وبالتالي فإذا وقع على حق الارتفاق مثلا فلا تتحقق هذه النظرية.

لذلك تعد حالة الاستيلاء قائمة، حتى وإن كان حصة الحجز تمس جزء من الملكية أو كان مؤقتا.

2- يجب أن يبلغ الاعتداء على ملكية العقار درجة الاستيلاء عليه، بنزع حيازته كاملا من المالك، أما إذا كان الاعتداء يقتصر على إيقاع الضرر أو بعض المضايقات بالعقار فلا يعد استيلاء[2].

3- قد يكون الاستيلاء مؤقتا أو دائما، مشروعا أو غير مشروع، ومن أهم تطبيقاتها نزع الملكية غير المباشر «expropriation indirect»، وهو عبارة عن استيلاء الإدارة -أثناء قيامها بنشاط إداري معين- على عقار مملوك لأحد الأفراد يكون إشغاله ضروريا للمرفق العام.

ولقد تناولت المادتان 679 و 680 من القانون المدني الجزائري، الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها لإجراء الاستيلاء في الأحوال العادية، حيث اشترطت أن يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتفاق رضائي، وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون، كما اشترطت أن يتم الاستيلاء كتابيا سواء كان بصفة فردية أو جماعية، وأن يوقّع على أمر الاستيلاء إما الوالي أو كل سلطة مؤهلة قانونا، وأن يوضح فيه ما إذا كان الاستيلاء بقصد الحصول على الأموال أو الخدمات، مع بيان طبيعة و/أو مدة الخدمة، وعند الاقتضاء مبلغ وطرق دفع التعويض و/أو الأجر.

وبمقارنة نظرية الاعتداء المادي بنظرية الاستيلاء يتضح أن شروط النظرية الأولى أضيق نطاقا من النظرية الثانية، فهي لا تتحقق إلا في حال عدم المشروعية الجسيم والظاهر، خلافا للنظرية الثانية -كما ذكرنا- فهي تتحقق سواء أكان الاستيلاء مشروعا أم غير مشروع.

---

[1]- نشير إلى أنه لتطبيق نظرية الغصب أن يكون موضوع التجريد ملكية عقارية أو حق عيني عقاري، وبالتالي فإن المساس بالأموال المنقولة لا يشكل غصبا. فإذا كان التجريد متعلقا بأموال منقولة يكون الاختصاص القضائي منعقدا للقضاء الإداري، وفي الحالة التي يكون فيها قرار التجريد متعلقا بأموال عقارية ومنقولة في آن واحد، فإن الاختصاص يعود للقضاء الإداري والعادي معا، حيث يفصل كل منهما في الجزء الخاص به (الإداري فيما يتعلق بالمنقولات والعادي فيما يتعلق بالعقارات). وعندما يتضمن التجريد جانبا غالبا (عقاريا أو منقولا) فإن الجهة المختصة هي التي يتبعها هذت الجانب الغالب. أنظر: مسعود شيهوب، **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص. 132.

[2]- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص.229.

هذا فيما يتعلق بدرجة عدم المشروعية، أما ما تعلق بنطاق التطبيق، فإن نظرية الاعتداء المادي أوسع نطاقا، إذ أنها تشمل الاعتداء على الملكية بنوعيها العقارية والمنقولة، بالإضافة إلى الاعتداء على الحريات العامة، في حين أن نظرية الاستيلاء قاصرة على الاعتداء على الملكية العقارية دون سواها.

وإذا ما تحققت شروط الاستيلاء انعقد الاختصاص للمحاكم الإدارية، ولكن صلاحية هذه المحاكم أضيق نطاقا من صلاحيتها في حالة الاعتداء المادي، إذ تقتصر هذه الصلاحية على تقدير التعويض عن الضرر الذي يلحق بمالك العقار من جراء الاستيلاء عليه[1].

وما تجب الإشارة إليه هو أنه يشترط في الاستيلاء الواقع في حالة الضرورة أن تتوفر حالة الاستعجال، وهو الشرط الذي تشترك فيه مع نظرية الاعتداء المادي، كما بيناه سابقا.

ونشير إلى أنه يمكن للمفهومين القانونيين للنظريتين أن يتطابقا، وذلك في حالة ما إذا أصبح عيب الاستيلاء على العقار جسيما، ففي هذه الحالة يرقى الاستيلاء إلى درجة الاعتداء المادي. أما محكمة التنازع الفرنسية فقد اعتبرت أن الاعتداء على الملكية إذا بلغ مرحلة الاعتداء المادي احتفظ القرار الإداري بطبيعته والعيب الذي يشوبه من العيوب البسيطة التي يختص بها القضاء الإداري[2].

لكن ماهي الجهة المختصة بالفصل في منازعات الاستيلاء وكيف يتم تقدير التعويض؟.

ثانيا: الاختصاص القضائي في منازعات الاستيلاء

في فرنسا يتوزع الاختصاص القضائي، فيما يتعلق بمنازعات الاستيلاء، سواء منازعات التعويض **(1)** أو منازعات المشروعية **(2)**، بين القضاء العادي والقضاء الإداري، على النحو التالي:

(1)- منازعات التعويض على الاستيلاء: إن القاضي المختص مبدئيا بمنازعات التعويض هو القاضي الإداري، غير أن القاضي العادي كثيرا ما يصبح مختصا بنظر النزاع، سواء في حالة الاستيلاء المشروع، حيث ينص القانون صراحة على هذا الاختصاص (قانون 11 جويلية 1938 وأمر 7 جانفي 1959)، أو في حالة الاستيلاء غير القانوني، حيث تطبق نظرية التعدي أو نظرية الغصب، عندما ينصب هذا الاستيلاء غير القانوني أو غير المشروع على العقار[3].

إن هذا الاستيلاء الواقع على العقار يجب أن يكون بناء على تعويض مناسب، يتم تقديره إما من طرف الإدارة أو من طرف القضاء في حالة وجود منازعة بخصوصه.

(أ)- تقدير التعويض على الاستيلاء من طرف الإدارة: إن عملية الاستيلاء على العقارات التي تقوم بها الإدارة تتم بإجراءات محددة، حيث أنه -بعد إتمام الاستيلاء- تقوم المصلحة المختصة خلال مدة معينة

---

[1]- برهان خليل زريق، المرجع السابق، ص.119.

[2]- أنظر: (Jean) RIVERO, *Op.Cit*, p.162.

[3]- مسعود شيهوب، **المبادئ العامة...**، المرجع السابق، ص.138.

من تاريخ الاستيلاء بتقدير قيمة التعويض المستحق، مقابل حرمان أصحاب الشأن من حقهم في الانتفاع بالعقار. لذلك فقد بينت المادة 681 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري، كيفية تحديد التعويض، والذي يحدد كأصل عام باتفاق وتراضي بين الإدارة وأصحاب الشأن، ولهؤلاء حق المعارضة في تقدير الإدارة للتعويض، فإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض، وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي، بشرط أن تحديد مبلغ التعويض يجب ألا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة، حسب المادة 677/ الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

كما أن صفة التأقيت في الاستيلاء تلزم الإدارة بأن تعيد العقار إلى صاحبه في نهاية المدة بحالته وقت الاستيلاء، مع تعويض كل تلف أو نقص في قيمة العقار.

أما إذا أصبح العقار غير صالح للاستعمال الذي كان مخصصا له من قبل، وجب على الإدارة اتخاذ إجراءات نزع الملكية، وعندئذ تقدر قيمة العقار حسب أوصافه وحالته التي كان عليها وقت الاستيلاء. ولكن طبقا للأسعار السارية وقت نزع الملكية[1].

(ب)- تقدير التعويض على الاستيلاء من طرف القاضي: أشار المشرع الجزائري أنه في حالة عدم الاتفاق الرضائي على التعويض بين الإدارة وأصحاب الشأن، فإن مبلغ التعويض يحدد عن طريق القضاء، الذي عليه أن يراعي ظروف وغرض الاستيلاء، دون أن يتضرر المستفيد[2]. ويكون الفصل في المعارضات خاضعا للإجراءات المقررة للفصل في المعارضات المماثلة في شأن نزع الملكية للمنفعة العامة.

ويميز القاضي الإداري في تقديره للتعويض بين الاستيلاء المشروع والاستيلاء غير المشروع؛ فإذا كان الاستيلاء مشروعا أي مستندا إلى عمل إداري موافق ومطابق للقانون، فإن تقدير التعويض يكون على أساس القواعد القانونية التي تنظم الاستيلاء، ويكون عادة حسب قيمة العقار الذي تم الاستيلاء عليه. أما إذا كان الاستيلاء غير مشروع، فإن القاضي (العادي) يقدر التعويض، وفقا لمجموع الأضرار التي سببها الاستيلاء[3]. وقد أشارت إلى ذلك المادة 681 مكرر من القانون المدني الجزائري بقولها: "يعد تعسفيا كل استيلاء تم خارج نطاق الحالات والشروط المحددة قانونا وأحكام المادة 679 وما يليها أعلاه، ويمكن أن يترتب عليه، زيادة على العقوبات الأخرى المنصوص عليها في التشريع المعمول به، دفع تعويض يصدر

---

[1]- طعيمة الجرف، **القانون الإداري**، (دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970، ص ص. 478-479.

[2]- كما أجازت المادة 681 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري منح التعويض في حالة تسبب المستفيد من الاستيلاء في نقص القيمة، كما أجازت المادة 681 مكرر 2 منه، منح التعويض في حالة تسبب المستفيد من الاستيلاء في نقص القيمة.

[3]- نشير أنه وفقا لنظرية الغصب يكون من حق القاضي العادي الحكم بإصلاح الضرر، ويستوي في ذلك أن يكون الغصب بناء على نص أو في غيابه، ففي الحالتين يستحق المالك التعويض، ففي حالة وجود نص وحصول الغصب خلافا لمقتضيات هذا النص فإن المالك يستحق التعويض، وفي حالة عدم وجود نص يسمح بالغصب، فإن قرار الغصب يعتبر بداهة غير مشروع وعدم المشروعية يستوجب بداهة التعويض.
وعليه فإن صلاحيات القاضي العادي في مجال الغصب محدودة بتقدير التعويض المستحق دون أية صلاحيات أخرى. فليس له حق توجيه أوامر للإدارة مثلا بالخروج من العقار أو بإلغاء قرار الغصب. أنظر: مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ص.131- 133.

عن طريق القضاء. يتعلق هذا التعويض بإصلاح الضرر المتسبب، ومكافأة العمل والرأسمال، وكذا بتعويض كل نقص في الربح".

(2)- منازعات مشروعية الاستيلاء: إن قرار الاستيلاء هو قرار إداري، ومن ثمّ فإن الرقابة عليه تكون من اختصاص القضاء الإداري من خلال دعوى الإلغاء. غير أن قرار الاستيلاء قد يكون مشوبا بلا مشروعية صارخة فيتحول إلى تعدي، كما بينا سابقا.

وبالتالي فإن سلطة القاضي في حالة الاستيلاء ترد عليها بعض القيود، فهو في حال الاستيلاء غير المشروع لا يختص بفحص الشرعية، بل عليه أن يوقف الفصل في النزاع، ويحيل مسالة الشرعية إلى القاضي الإداري. كما لا يملك القاضي في حال الاستيلاء إلا الحكم بالتعويض، دون إلغاء قرار الاستيلاء غير المشروع أو توجيه أوامر إلى الإدارة[1]، مثلما هو الأمر في حالة الاعتداء المادي، على نحو ما بيناه سابقا.

ثالثا: مدى ارتباط نظرية الاستيلاء بنظرية حالة الضرورة

خلافا للأحوال العادية، فإنه إذا حصل الاستيلاء بطريقة غير مشروعة في الظروف الاستثنائية، فإن حالة الضرورة ترفع عنه صفتة اللاشرعية، فيصبح الإجراء صحيحا دون أن يوصف بأنه اعتداء مادي.

لذلك فقد أجاز القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر للإدارة أن تستولي على العقارات والمنقولات، بالمخالفة لأحكام التشريعات السارية، وذلك إذا رأت أن المحافظة على الأمن والنظام في الظروف الاستثنائية تتطلب اتخاذ هذا الإجراء، وهو ما سنحاول التطرق إلى تلك الإجتهادات فيما يلي، مع بيان موقف القضاء الإداري الجزائري من هذه النظرية.

(1)- موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من تطبيق نظرية الاستيلاء في حالة الضرورة: إذا كان القانون الفرنسي الصادر في 11 يوليو 1938 المتعلق بتنظيم الأمة وقت الحرب، اشترط عدم الاستيلاء على العقارات والمنقولات إلا بعد محاولة الاتفاق وديا أولا مع ملاكها، فإن مجلس الدولة الفرنسي يجيز للإدارة أن تهدر هذا الحكم في الظروف الاستثنائية، وتجري الاستيلاء دون أن تسبقه محاولة الاتفاق مع مالك العقار أو المنقول المستولى عليه.

ومن بين أحكام المجلس في هذا الصدد، حكمه الصادر بتاريخ 30 مايو 1945 في قضية « Société des Aciéries de Miche ville »، حيث قرر انه إذا كان القانون الصادر بتاريخ 11 يوليو 1938 بتنظيم الأمة وقت الحرب، يشترط على الإدارة أن تحاول الاتفاق وديا أولا مع ملاك العقارات والمنقولات قبل

[1]- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص ص. 229- 230.

الاستيلاء عليها، فإن مجال إعمال هذا الشرط هو حيث لا يتعذر تنفيذه، أما في الظروف الاستثنائية التي تجعل من المتعذر إتباع هذا الشرط، فإن الإدارة تعفى من التقيد به.

كما قرر مجلس الدولة في الحكم الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1947 في قضية « Epoux Bégaud »، أنه إذا كانت الإدارة تستطيع أن تتخذ في الظروف الاستثنائية تدابير تتجاوز نطاق اختصاصاتها العادية، لتواجه بصفة عاجلة ضرورات اللحظة، فإن المصاعب التي واجهتها في مدينة « Mencière » لتكفل المأوى للمنكوبين واللاجئين بسبب الحرب، لا تكفي لتبرير ما أجرته من استيلاء بالمخالفة لما يشترطه القانون الصادر في 11 يوليو 1938 من محاولة الاتفاق وديا قبل إجراء الاستيلاء. ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي أيضا في هذا المجال، حكمه الصادر بتاريخ 24 مايو 1968 في قضية «Mencière». حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن محافظ مقاطعة « Lamarne » أصدر بتاريخ 30 يناير 1945 قرارا بالاستيلاء على عيادة السيد « Mencière » الموجودة بمدينة « Reims »، وذلك اعتبارا من أول سبتمبر 1944. فطعن السيد المذكور في قرار الاستيلاء بالإلغاء أمام مجلس الدولة، استنادا إلى أنه قرار غير مشروع بحكم مخالفته لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، إذ أنه قد رتب أثرا قانونيا سابقا على تاريخ صدوره، وهو الاستيلاء الذي كان قد تم فعلا في 1944/09/01. وكان مصير هذا الطعن الرفض تأسيسا على انه قد ثبت أن الظروف الاستثنائية الزمانية والمكانية التي كانت موجودة في 1944/09/01 بمدينة « Reims » تطلبت الاستيلاء على عيادة السيد « Mencière » لاتخاذها مركزا لإيواء المعتقلين والمشتبه فيهم بعد أن دمر سجن المدينة أثناء الغارات الجوية، فإن القرار الذي أصدره المحافظ بالاستيلاء على هذه العيادة يكون مشروعا، رغم أنه قد رتب أثرا قانونيا سابقا على تاريخ صدوره[1].

وحول علاقة الاستيلاء غير المشروع الذي يتم في الظروف الاستثنائية بفكرة الاعتداء المادي، أكدت أحكام محكمة التنازع الفرنسية، بأن هذا الاستيلاء لا يعد اعتداء ماديا، وهو ما يمكن استخلاصه من خلال ما قضت به في قضية «Consorts Sellier» بأن الاستيلاء غير المشروع على مساكن لإيواء جرحى الحرب فيها، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سند قانوني، لا يعد اعتداء ماديا بل غصبا، لأن حالة الاستعجال التي نشأت عن إصابة هؤلاء الجرحى تخفف من اعتداء الإدارة.

كما أقرت بأنه إذا تجاوزت الإدارة قرارا بالاستيلاء على قطعة أرض معينة لإقامة أكواخ يأوي إليها المصابون في الحرب، فوضعت يدها على أرض أخرى، فإن حالة الاستعجال التي تقترن بهذا التصرف تجعله غصبا بسيطا وليس اعتداء ماديا. وأن الاستيلاء على عقار لظروف استثنائية دون إتباع الإجراءات الخاصة بذلك لا يكون اعتداء ماديا.

[1]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص ص.186-187.

ومن ذلك أيضا ما قضت به من أن وضع يد الإدارة على مسكن إخلاء الجيش الألماني، لجعله مسكنا لجرحى الحرب، دون صدور قرار الاستيلاء ولكن بنية استصداره تحقيقا لحالة الاستعجال التي تواجهها الإدارة، لا يكون اعتداء ماديا[1].

(2)- موقف القضاء الإداري المصري من نظرية الاستيلاء في حالة الضرورة: سار القضاء الإداري المصري على المنهج نفسه الذي سار عليه القضاء الإداري الفرنسي، إذ جاءت أحكام قضائه متوافقة مع ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي. ففي حكمها الصادر بتاريخ 13 مايو 1961، قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية مشروعية ما أجراه الحاكم العسكري من استيلاء على حصة أحد الملاك في نبع مياه بمنطقة الجبهة السورية، وتوزيعها على الفلاحين، لإخماد الفتنة التي كادت أن تندلع بسبب الخلافات على ري المزروعات، وذلك رغم أن قانون الأحكام العرفية لا يخوله هذه السلطة.

فقد قضت بأن: "ومن حيث أن الثابت من الأوراق أن هناك خلافا على الانتفاع بمياه العيون نشب في قرية "خسفين" التي تقع على الحدود في مواجهة العدو...". "ورأي قائد المنطقة، بصفته المسؤول عن الأمن، أن يضع حدا لهذه الخلافات، لا يمس حقوق أي من الطرفين، ويؤدي إلى إخماد الفتنة إلى أن تفصل الجهات المختصة فيها، فأصدر قرارا بوضع حل مؤقت بتوزيع الانتفاع بالمياه ليس فيه أي مساس بالحقوق الموضوعية لأي من الطرفين ولم يستأثر بوضع هذا الحل. فإن القرار المطعون فيه تكون قد أملته الضرورة، ولا ينال منه عدم استناده إلى نص صريح في قانون الأحكام العرفية، إذ لم يعد على حق موضوعي لأي طرف من أطراف النزاع، ذلك أنه من المسلم به فقها أن للسلطة الإدارية المشرفة على الأمن، أن تتخذ دائما في حالات الضرورة المشابهة للحالة المتقدمة، تدابير مؤكدة لصيانة الأمن والنظام العام، حتى ولو كان في اتخاذها مساس بحقوق الأفراد الخاصة أو حرياتهم، وحتى ولو لم تكن الأحكام العرفية معلنة.

وعلى ذلك فإن الحاكم العسكري في خصوصية هذه الدعوى إذ اتخذ التدبير المؤقت المطعون فيه، باعتباره من التدابير الضرورية لصيانة الأمن العام، يكون قد قدر الضرورة بقدرها، وتصرف في حدود سلطته التقديرية تصرفا مشروعا، سيما وأنه لم يجاوز في ذلك الحدود الضرورية اللازمة لصون الأمن واستقراره في المنطقة...". [2].

(3)- موقف القضاء الإداري الجزائري من نظرية الاستيلاء في حالة الضرورة: بالرغم من معايشة الجزائر للظروف الاستثنائية وتطبيقها لبعض صور الضرورة، إلا أن القاضي الإداري الجزائري لم يبرز موقفه من مسألة علاقة نظرية الاستيلاء لحالة الضرورة.

---

[1]- مصطفى كيرة، المرجع السابق، ص ص.290-291.
[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص ص. 187-188. (القضية رقم 67 لسنة 2 القضائية).

أما موقفه بشأن الاستيلاء غير الشرعي للملكية، فقد اعتبر البعض أن القاضي الإداري لا يعمل بهذه الحالة، بدليل ندرة القرارات القضائية الإدارية في هذا الموضوع، وعدم نشرها، بسبب التداخل بين الاستيلاء غير الشرعي للملكية العقارية وعيب مخالفة القانون.

لكن الأستاذ "شريف بن ناجي" بيّن ملاحظاته حول قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1993/11/07 بين فريق منعة ضد والي ولاية البليدة، وأشار إلى أن "نظرية الاستيلاء مازالت حية في القضاء الإداري الجزائري"[1]، وقد قدم السيد مقراني في بحثه، بعض القرارات التي تؤكد ملاحظات الأستاذ "بن ناجي"، وهي قرارات أصدرتها الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في سنة 1996، كالقرار رقم 13 المؤرخ في 1996/02/04، والقرار رقم 357 المؤرخ في 1996/05/26.

وبالتالي فإن العمل بنظرية الاستيلاء غير الشرعي للملكية من طرف القاضي الإداري الجزائري هو شيء إيجابي، لأن هذا التصرف الإداري غير المشروع الذي يمس حق مكرس دستوريا، لم يجد له حلا مناسبا في دعوى تجاوز السلطة، وهي دعوى لا تسمح للقاضي الإداري استعمال سلطات ملائمة، كما في حالتي الاستيلاء غير الشرعي للملكية والاعتداء المادي[2].

نخلص من خلال ماسبق، أن علاقة حالة الضرورة بالحالات والنظريات الفقهية المشابهة لها، هي علاقة تأثير وتأثر، فالظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، وكذا حالة الاستعجال والقوة القاهرة ما هي في الواقع إلا تطبيقا عاديا أو صورة خاصة لنظرية الضرورة، التي تمثل الأساس المبرر لاستعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية الواسعة، وتمتعها بالسلطة تقديرية الواسعة في اختيار الوسيلة والطريقة لمواجهتها، لكونها الأقدر من غيرها على تقديرها تقديرا سليما، حسب خطورة الوضع. ولو أدى ذلك إلى المساس بحقوق وحريات الأفراد. كما أن تصرف الإدارة الذي يبلغ حد الاعتداء المادي يعتبر مشوبا بعدم المشروعية البسيط لو تم اتخاذه ظل الظروف الاستثنائية، لأن هذه الأخيرة تنقص من درجة جسامة عدم المشروعية. وبالمقابل تجد نظرية الاستيلاء مجالها الخصب في ظل هذه الظروف، حيث أجاز القضاء الإداري للإدارة بأن تستولي على العقارات والمنقولات، بالمخالفة لأحكام التشريعات السارية، وذلك إذا رأت أن المحافظة على الأمن والنظام في الظروف الاستثنائية تتطلب اتخاذ هذا الإجراء، لاسيما في حالة التعبئة العامة.

---

[1]- حيث جاء في تعليق الأستاذ "بن ناجي شريف" حسبما أشار إليه الدكتور "رشيد خلوفي" في مرجعه، ما يلي:
«Extrait du commentaire effectué par le professeur Bennadji Chérif sur l'arrêt rendu par la chambre administrative de la cour suprême de 07/11/1993 :
Le second mais non le moindre intérêt de cet arrêt tient au fait à notre connaissance, c'est l'une des très espèce qui fait usage de la notion d'emprise administrative. Avant de pouvoir accéder à cette décision l'on pouvait penser raisonnablement que la notion avait disparu de la jurisprudence algérienne et que la théorie y'afférente était eb quelque sorte tombée en désuétude, c'est que l'expérience de la théorie de la voie de fait mainte fois usitée par le juge administratif algérien, l'arrêt vient donc démentir les hypothèses et rappeler que la théorie de l'emprise est bien vivante ».

[2]- رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 291، نقلا عن: مقراني سمير، **قضاء الغرفة الإدارية للمحكمة العليا لسنة 1996**، جامعة الجزائر، 1995.

أما نظرية أعمال السيادة، فبالرغم من أنها تشكل استثناء حقيقيا على مبدأ المشروعية مثلها مثل حالة الضرورة، إلا أنها عرفت انتقادا لاذعا من قبل فقهاء القانون الإداري، الذين اعتبروها، ثغرة خطيرة في البناء القانوني للدولة، وهذا على عكس نظرية الضرورة الذين اعترفوا بها وبينوا أحكامها ومبرراتها، لأن خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في تلك الحالة هو خروج اضطراري تحكمه الظروف الاستثنائية وحالة الخطر الذي يهدد الدولة، وهذا خلافا لخروجها عنه في الأحوال العادية.

الفصل الثاني

حالة الضرورة وأثرها على الحقوق والحريات

في الدستور الجزائري

بما أن حالة الضرورة تؤثر –كما أسلفنا– بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في جميع القواعد والأسس التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية، وتهدد استقرارها وأمن مواطنيها، فقد تبنى الدستور الجزائري، كغيره من الدساتير المعاصرة، نظام حالة الضرورة أو نظرية الظروف الاستثنائية وأورد لها صورا متعددة ومختلفة، حيث نص في مختلف دساتيره المتعاقبة –وبصفة مسبقة– على نصوص تنظم سبل مواجهة مختلف صور حالة الضرورة المهددة للدولة ومواطنيها ومؤسساتها، مانحا للسلطة التنفيذية صلاحية اتخاذ ما تراه مناسبا لدرء الخطر الذي قد يكون سببه أو مصدره داخلي، أي نابع من داخل الدولة ذاتها كحدوث ثورة أو انقلاب....إلخ، وإما أن يكون مصدره دولي كحدوث حرب أو انتشار وباء...إلخ[1].

لذلك فقد خصصنا **المبحث الأول** من هذا الفصل للتعرض لمختلف صور الضرورة التي أوردها الدستور الجزائري، ونبين في **المبحث الثاني** الشروط الموضوعية والشكلية لإعلان كل صورة، ثم نتعرض **المبحث الثالث** لأثر تلك الحالات على حقوق وحريات الأفراد.

المبحث الأول

[1]- إذا تصفحنا الدستور المصري لسنة 1971 نجده قد نص على الظروف الاستثنائية وبيّنها في ثلاث حالات، والتي من بينها حالة الطوارئ، حيث جاء في نص المادة 148 من الدستور ما يلي: «يُعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشرة يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا كان مجلس الشعب منحلا يُعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة ولا يجوز مدّها إلاّ بموافقة مجلس الشعب».

صور حالة الضرورة في الدستور الجزائري

حاول المؤسس الدستوري الجزائري إبراز الصور المختلفة التي تتخذها حالة الضرورة، معتبرا أن كل صورة تختلف عن الصورة الأخرى، حسب جسامة الخطر والآثار التي ترتبها على مؤسسات الدولة وأفرادها. لذا فقد خصص لكل حالة شروطا وإجراءات لإعلانها.

وعليه، تتمثل صور الضرورة التي أورد الدستور الجزائري أحكامها في الحالات التالية: حالة الطوارئ وحالة الحصار **(المطلب الأول)**، الحالة الاستثنائية **(المطلب الثاني)**، وحالة الحرب **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول

حالة الطوارئ وحالة الحصار

شكلت المادة 86 من دستور 1989، والتي أصبحت بعد التعديل الدستوري لسنة 1996 تحمل الرقم 91، وتحمل رقم 105 حسب التعديل الدستوري 2016[1]، الأساس الدستوري المنظم لحالتي الطوارئ والحصار في الجزائر، حيث نصت المادة 86 من دستور 1989 على أنه: "يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني"[2].

أما المادة 91 فقد نصت على أن: "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو حالة الحصار لمدة معينة، بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني

ورئيس مجلس الأمة ورئيس الحكومة[3]، ورئيس المجلس الدّستوري، ويتخذ كل التّدابير اللاّزمة لاستتباب الوضع.

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلاّ بعد موافقة البرلمان، المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا".

---

[1]- جاءت المادة 105 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، بذات الصيغة التي تضمنتها المادة 91، ما عدا أنها جعلت استشارة رئيس مجلس الأمة سابقة على استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني.

[2]- بينما صنف دستور 1976 الحالات الاستثنائية إلى ثلاث حالات هي: حالتي الطوارئ والحصار (المادة 119)، الحالة الاستثنائية (المادة 120)، وحالة الحرب (المادة 122)، وتعتبر هذه الحالات هي نفسها التي وردت في دستور 1989، حيث نصت المادة 119 من دستور 1976 على أنه: "في حالة الضرورة الملحة، يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة حالة الطوارئ أو الحصار ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع".

[3]- نصت المادة 13 من تعديل الدستور الصادر بالقانون رقم: 08/19 المؤرّخ في: 15 نوفمبر 2008، بأنه: (تستبدل وظيفة "رئيس الحكومة" بوظيفة "الوزير الأوّل" في ا لمواد: 83 و 84 و 86 و 91 و 116 و118 و 119 و 120 و 125 و129 و 137 و 158 من الدستور).

غير أن ما يلاحظ – من خلال قراءتنا لهذه المواد – أن المؤسس الدستوري لم يعط مفهوما واضحا لحالتي الطوارئ والحصار، واكتفى بذكرهما في مادة واحدة دون أن يميز بينهما، كما أخضعهما لإجراءات وشروط موحدة.

وعليه، فما هو إذن مفهوم ومبررات اللجوء إلى تطبيقهما، وفيما تتمثل مميزاتهما وما هي أوجه الإختلاف الحاصلة بينهما، وكيف كان تأثيرها على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم؟.

إن إجابتنا على هذه الأسئلة سوف تتضمنها الفروع الثلاثة التالية: نتطرق في **الفرع الأول** لمفهوم حالة الطوارئ وحالة الحصار، ونبين في **الفرع الثاني** أهم الفروق الحاصلة بين الحالتين.

الفرع الأول

مفهوم حالتي الحصار والطوارئ

يتعين علينا، قبل التطرق إلى تعريف حالتي الطوارئ والحصار وبيان خصائصهما، معرفة الأسباب والدوافع التي أجبرت بعض الدول، وبالأخص السلطة التنفيذية في الجزائر، على اللجوء إلى الإعلان عن هاتين الحالتين وتطبيقهما من الناحية الفعلية.

أولا: أسباب إعلان حالتي الحصار والطوارئ

تعد حالة الطوارئ «L'état d'urgence» وحالة الحصار «L'état de siège»، من أبرز الحالات التطبيقية للظروف الاستثنائية، حيث أعلنت عنهما –تقريبا– معظم الدول ذات النظام السياسي القائم على مبدأ الديمقراطية، فكان سبب إعلان حالة الطوارئ في تلك الدول لا يتعلق فقط بقيام حالة حرب أو ثورة مسلحة، وإنما يتعلق بالخطر الداهم الناتج عن المساس الخطير بالنظام العام، أو عن أحداث تشكل بطبيعتها وبخطورتها نكبة عامة على كل أو جزء من التراب الوطني[1].

وهو ما حدث في فرنسا حيث جاء إعلانها لحالة الطوارئ كنتيجة لعدم قدرة السلطات الفرنسية التصدي للأحداث التي ترتبت على الثورة الجزائرية، والتي تولد عنها من أزمات لفرنسا، دفع بها الوضع إلى توسيع سلطات الشرطة في مجال الأمن، ومن ثمّ تقييد الحريات العامة أثناء وقوع مساس خطير بالنظام العام[2]، فكانت تلك الأزمات وقع على المشرع الفرنسي الذي قام بإصدار قانون حالة الحصار، ثم أتبعه بقانون

[1]- مسعود شيهوب، "الحماية القضائية للحريات..."، المرجع السابق، ص. 28. أنظر أيضا: ناصر لباد، **القانون الإداري**، الرجع السابق، ص. 50.
[2]- سعيد بوالشعير، **النظام السياسي الجزائري**، المرجع السابق، ص. 267.

حالة الطوارئ، وذلك بموجب الأمر الصادر في: 1955/04/03[1] المعدل بالأمر الصادر في: 1955/08/07 و1960/01/15[2].

أما مبررات الإعلان عن حالة الطوارئ وحالة الحصار في الجزائر، فهي ترجع بالأساس إلى مبررات أمنية، فقد تميزت الحقب التاريخية المختلفة التي مرت بها الجزائر بعد الاستقلال ببروز أزمات سياسية حادة هددت استقرار مؤسساتها، وكادت أن تؤدي إلى انهيار الدولة والمساس بحقوق وحريات مواطنيها، الأمر الذي جعلها تضطر إلى تطبيق صورتين من أهم صور حالة الضرورة، اللتين جاء النص عليهما في الدستور، وهما: حالة الحصار وحالة الطوارئ، وذلك من أجل احتواء تلك الاضطرابات الداخلية التي عرفتها في الفترة السابقة على صدور دستور 28 نوفمبر 1996.

بالنسبة لحالة الحصار فقد تم الإعلان عنها، من الناحية الواقعية، لأول مرة في 6 أكتوبر 1988، بسبب أحداث أكتوبر1988، وما نتج عنها من احتجاجات شعبية اندلعت بتاريخ 5 أكتوبر 1988 أدت إلى المساس بالنظام العام، فهذه الأحداث هي التي مهدت لتغيير طبيعة النظام السياسي الجزئري وانتقاله من نظام الحزب الواحد إلى نظام التعددية الحزبية وتمخض عنه دستور 23 فبراير 1989. أما التطبيق الثاني لها فكان في 4 جوان1991[3]، عقب أحداث جوان 1991 والخاصة بالاحتجاج السياسي الذي نظمه حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ، على تعديل قانون تقسيم الدوائر الانتخابية. وقد تطور إلى مواجهة مما نتج عنه سقوط الحكومة وإعلان حالة الحصار، والتي أعقبتها تطبيق تدابير حالة الطوارئ دامت لسنوات. حيث تم الإعلان عن حالة الطوارئ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 09 فبراير 1992[4]، وذلك بعد تصاعد أعمال العنف عقب رفع حالة الحصار، وبعد حل المجلس الشعبي الوطني وشغور منصب رئيس الجمهورية آنذاك.

ثانيا: تعريف حالتي الطوارئ والحصار

بالرغم من أن المؤسس الدستوري الجزائري قد نظم حالتي الحصار والطوارئ في دساتيره المتعاقبة، وكذا في المراسيم التنظيمية لهما، إلا أنه لم يعط تعريفا محددا لهاتين الحالتين، تاركا عبء المهمة على عاتق الفقه، الذي حاول تعريفهما وبيان خصائصهما.

---

[1]- أنظر:
Loi n° 55- 385 du 4 Avril 1955, *Instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie*, J.O.R.F., 7 Avril 1955, p. 3479.

[2]- نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه: "تعلن حالة الطوارئ في كل الأراضي الفرنسية أو في جزء منها أو في أقاليم ما وراء البحار، متى وجد خطر عاجل نتج عن تعرض النظام العام لاعتداءات جسيمة، أو متى وجدت وقائع لها بحكم طبيعتها وخطورتها صفة الكوارث العامة". أنظر:
(Dominique) BREILLAT, ***Libertés publiques et droits de la personne humaine***, éd. Gualiano, 2003, p.146.
(Heymann-Doat) ARLETTE et (Calves) GWENAELE**, *Libertés publiques et droits de l'homme***, L.G.D.J., 2006, pp. 86-87.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المؤرخ في 4 يونيو 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 29. أنظر الملحق رقم (1).

[4]- المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 09 فبراير 1992، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 10، المؤرخة في: 09 فبراير 1992. أنظر الملحق رقم (2).

(1)- تعريف حالة الطوارئ: يقصد بحالة الطوارئ في معناها اللغوي، كل أمر طارئ لا يحتمل التأخير، والذي يتطلب ضرورة مواجهته بفعل سريع وعاجل[1].

أما في مدلولها الاصطلاحي، فإن معظم فقهاء القانون العام لم يتفقوا على ضبط مفهوم موحد لحالة الطوارئ، فتعددت بذلك التعاريف والمفاهيم، ومن بين من حاول تعريفها سواء في الفقه الدستوري الغربي أو العربي، نذكر:

تعريف الأستاذ «Roland Drago»، بقوله: «حالة الطوارئ هي نظام استثنائي تُمنح فيه السلطات المدنية امتيازات أو "سلطات" استثنائية لا يسمح القانون العام بتقليصها في ظل الأحوال العادية، كالسماح لها بتقليص ممارسة الحريات العامة».

أما الأستاذ «Paul Coutant» فقد عرّفها بأنها: «حالة شغب مدنية على غرار حالة الانتفاضة أو فوضى عامة»[2].

وعرّفها الأستاذ «André De Laubadere» بأنها: «نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الوطني»[3].

كما عرّفها «Barthemely» بأنها: «إجراء استثنائي يهدف إلى حماية كامل البلاد، أو بعضها، بمقتضى نظام بوليسي خاص، ضد احتمال هجوم مسلّح»[4].

وإلى جانب ذلك يعرّفها بعض الفقه الدستوري العربي بأنها: «نظام قانوني يتقرر بمقتضى قوانين دستورية عاجلة، لحماية المصالح الوطنية، ولا يُلجأ إليه إلاّ بصفة استثنائية مؤقتة، لمواجهة الظروف الطارئة التي تقصر عنها الأداة الحكومية الشرعية، وينتهي بانتهاء مصوغاته».

أما البعض الآخر فيعرّفها بأنها: «تدبير قانوني مخصص لحماية كل أو بعض أجزاء البلاد، ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلّح»[5]، أو أنها: «أزمة أو موقف استثنائي خطير وشيك الوقوع، يؤثر على مجموع شعب الدولة ومن شأنه أن يشكل تهديدا لحياة المجتمع فيها». أو هي: "حالة استثنائية يتم إعلانها بسبب وجود خطر يهدد أمن الوطن وسلامته واستقراره، تهدف هذه الحالة إلى استتباب الوضع داخل البلاد والمحافظة على الأمن والنظام العام، ويكون ذلك بتقييد الحريات العامة للأفراد وبسط امتيازات السلطة

---

[1]- أنظر: (Olivier) FUCHS, « *La procédure législative d'urgence* », **R.D.P.**, N° 3, L.G.D.J., 2009, p.762.

[2]- شماخي عبد الفتاح، **آثار حالة الطوارئ**، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر، 1996، ص ص. 6-9.

[3]- أنظر: (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p. 130.

[4]- جاء في الموسوعة العلمية "Encarta" لعام 2005، بشأن حالة الطوارئ أنها:
«Régime spécial de restriction des libertés crée par la loi» ou «Régime provisoire qui accroît les pouvoirs de police des autorités civiles en cas d'atteinte grave à l'ordre public ou de catastrophe naturelle».

[5]- محمود عاطف البنا، "حالة الطوارئ وانعكاساتها على حقوق الانسان في البلاد العربية"، **مجلة الحق**، السنة العشرون، العدد الثاني والثالث، 1989، ص .84.

التنفيذية"[1]. وذهب الأستاذ "مصطفى زيد أبو فهمي" إلى القول بأن حالة الطوارئ هي: «نظام قانوني أُعدّ لمواجهة الظروف الاستثنائية، ويقوم مقام قوانين السلطة الكاملة»[2].

بينما يتوسع البعض الآخر من الفقه في تعريفها فيقول: «حالة الطوارئ نظام استثنائي، مبرر بفكرة الخطر المحدق بالكيان الوطني، يسوغ اتخاذ تدابير قانونية مخصصة لحماية البلاد، كلا أو جزءا منها، ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلّح داخلي أو خارجي، هذا النظام يمكن التوصل إلى إقامته، بنقل صلاحيات السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية»[3]. أو أن حالة الطوارئ "تشكل ظرفا استثنائيا يسمح، بنظر القانون، للسلطة التنفيذية في بلد ما، بالتحرر من التزامات حقوقية معينة مع ضمان النواة الصلبة للحقوق الأساسية للإنسان غير القابلة للمساس"[4].

نخلص من خلال التعريفات السابقة أنها تنصب كلها في مفهوم واحد وهو أن: "حالة الطوارئ نظام استثنائي محدد في الزمان والمكان، لمواجهة ظروف طارئة وغير عادية تهدد البلاد أو جزءاً منها، وذلك بتدابير مستعجلة وطرق غير عادية، قد تقيد ممارسة الأفراد لحرياتهم تحت شروط محددة ولحين زوال التهديد".

كما نخلص أيضا أن حالة الطوارئ لا تقوم إلا إذا توفرت شروطا محددة، تتمثل في: أن يكون الخطر أو التهديد جسيما، وأن يؤثر في الأمة بأسرها (في مصيرها، وحدة شعبها وأراضيها، وأداء مؤسسات الدولة لوظائفها)، وأن يكون إعلان حالة الطوارئ إجراءً مؤقتا لا يمكن أن يستمر لمدة تتجاوز مدة الطوارئ ذاتها.

(2)- تعريف حالة الحصار: يعد نظام حالة الحصار «L'état de siège»، أو كما يسميه الفقه المصري "قانون الأحكام العرفية"، النظام الأقدم مقارنة بنظام حالة الطوارئ، فقد عرفته فرنسا ونظمته لأول مرة بموجب قانون 9 أوت 1849، وذلك لمواجهة الظروف التي قد تتعرض لها فرنسا في المستقبل، وقد أدخل على هذا القانون التعديلات بموجب قانون 3 أبريل 1878 وبقانون 27 أبريل 1916، وبموجب المادة 36 من دستور 1958، حيث أقر المشرع بأن حالة الحصار لا تعلن إلا في حالة وجود خطر داهم ناتج عن حرب أجنبية أو ثورة مسلحة.

---

[1]- عمر فاروق فحل، "أثر قوانين الطوارئ على حرية التعبير وحقوق الأفراد والجماعات في الوطن العربي"، **مجلة حقوق الإنسان**، دراسات تطبيقية عن العالم العربي، المجلد الثالث، دون سنة، ص.373.

[2]- أورد هذا التعريف زكرياء محمد عبد الحفيظ محفوظ، **حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة**، ط 1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1966، ص.10. أنظر أيضا: مصطفى كامل منيب، **قوانين الطوارئ والأوامر العسكرية**، دار الفكر العربي، مصر، 1973، ص.3.

[3]- هيثم المناع، "حالة الطوارئ وأثرها على حقوق الإنسان"، على موقع الانترنت: www.cadh.org

[4]- هيثم المناع، "تأثير الحالة الاستثنائية واستخداماتها منذ 11 سبتمبر (النموذج سورية)"، على موقع الانترنت: http://www.haythammanna.net/lectures/masr.htm.

وبالرجوع إلى الدساتير الجزائرية المتعاقبة، فإننا لا نجد أي مفهوم لحالة الحصار، حيث اكتفت في مجملها ببيان شروط وإجراءات إعلانها، مما أدى ذلك إلى تعدد محاولات الفقه في إعطاء تعريف لهذه الحالة، إما بالرجوع إلى النص القانوني في حد ذاته، أو إلى الممارسة الفعلية لها، حيث عرفها الدكتور "فوزي أوصديق"، انطلاقا من أحكام المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار في الجزائر، بأنها: "الحالة التي تسمح لرئيس الجمهورية بأن يتخذ الإجراءات (القانونية والتنظيمية) بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة واستعادة النظام والسير العادي للمرافق العمومية"[1].

أما الفقه المقارن في مصر، فقد عرفها بأنها: "إجراء من إجراءات الأمن العام تعطل بمقتضاه القوانين ويحل محلها النظام العسكري"[2]، أو بأنها: "الوضع الذي يوجد فيه مكان حرب بين دولتين، فتحتل دولة من قبل دولة أخرى. وحينها تتركز السلطة بيد قائد الجيش المحتل، وتلك هي الأحكام العرفية العسكرية، بينما تعلن الأحكام العرفية السياسية، بمعرفة السلطة التنفيذية، سواء بمناسبة قيام حرب بين دولة وأخرى، أو في حالة قيام ثورة مسلحة داخل الدولة، وتنتقل بذلك السلطات من الهيئات المدنية، إلى الهيئات العسكرية، غيرأنها في الحالة الثانية، تلتزم حدود الدستور وفق الظروف القائمة"[3]. كما تُعرف أيضا بأنها: "نظام استثنائي للضبط، تبرره فكرة الخطر القومي"[4].

ولعل التعريف الأنسب لحالة الحصار هو التعريف التالي: "هي سلطة استثنائية تتمتع بها حكومة بلد ما، وهي تتمثل في الإعلان عن حالة خطر وشيك على الأمن الداخلي والخارجي لهذا البلد، ومن آثاره أنه ينقل إلى الأقاليم التي أعلن فيها سلطات المحافظة على النظام البوليسي من السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية، إذ يسمح لهذه الأخيرة بالحد من حريات المواطنين[5].

ثالثا: خصائص وضوابط فرض حالة الطوارئ وحالة الحصار

لقد توصل الفقه، من خلال التعريفات السابقة لحالتي الحصار والطوارئ، إلى استخلاص خاصـــيتين تمتاز بهما الحالتين **(1)**، وبوجود ضوابط محددة لفرض تطبيقهما **(2)**:

(1)- خصائص نظامي حالة الطوارئ وحالة الحصار: تتمثل خصائص هذين النظامين في:

[1]- فوزي أوصديق، **النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي**، د.م.ج، الجزائر، د.س.ن، ص. 76. أنظر أيضا: نصر الدين بن طيفور، **نظرية الظروف الاستثنائية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2004، ص ص. 86-87.

[2]- عبد العليم عبد الحميد مشرف، **دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.283 .

[3]- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، **سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979 ، ص ص. 213.-212.

[4]- طعمية الجرف، **مبدأ المشروعية ...**، المرجع السابق، ص.17.

[5]- ابتسام القرام، **المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري باللغتين العربية والفرنسية**، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998، ص.123.

– أنهما نظامين قانونيين يخضعان لمبدأ سيادة القانون، حيث تتقرر كلا الحالتين وتمارس وفقا لضوابط نصّت عليها القوانين الدستورية أو التشريعية[1]، فقد أبرز الدستور الجزائري وكذا النصوص التنظيمية لحالة الطوارئ وحالة الحصار، شروط وإجراءات إعلانهما وتطبيقهما في البلاد.

– أن حالة الطوارئ وحالة الحصار هما نظامان يُفرضان استثناءً، ولا يُعمل بهما عادة إلاّ بصفة مؤقتة (رد قانوني مؤقت)، وهذه الميزة تمتاز بها عموما كل صور حالة الضرورة، فكلها تفتقد لصفة الدوام لكونها محتملة الوقوع ومؤقتة البقاء، تهدد النظام العام في الدولة.

(2)– ضوابط فرض حالتي الطوارئ والحصار: تتمثل هذه الضوابط في:

– أن فرض نظام حالة الطوارئ ونظام حالة الحصار تستدعيه مواجهة ظروف طارئة واقعية وغير عادية. حيث تمتاز هذه الظروف باتحادها في النتيجة والأثر، وهو احداث خطر على حياة الدولة ووجودها واستقلالها واستقرارها، وإن اختلفت درجة الخطر الذي يصيب الدولة، تبعا لسبب الظرف الاستثنائي الذي حدث ومدى خطورته[2].

– لا يتم إعلان وفرض حالة الطوارئ ونظام حالة الحصار، مادامت هناك طريقة أخرى لمواجهة هذه الظروف؛ بمعنى أن نظام حالة الطوارئ ونظام حالة الحصار لا يعلن عنهما إلا إذا عجزت القواعد العادية عن مواجهة تلك الظروف العصيبة.

– أن يكون اللجوء إلى نظام حالة الطوارئ ونظام حالة الحصار بمقتضى قوانين مؤقتة تصدر من الجهة المختصة، وألاّ تخرج هذه القوانين عن أحكام الدستور، مهما بلغت شدة الظروف الطارئة.

– أن يكون الغرض من فرض حالة الطوارئ ونظام حالة الحصار هو حماية المصالح الوطنية، ودعم السلطة التنفيذية في مواجهة الخطر العاجل الناشئ عن ثورة أو حرب أو كوارث عامة أو وباء، وذلك بمنحها سلطات واختصاصات وتدابير استثنائية، تسمح من خلالها التدخل في نطاق السلطتين التشريعية والقضائية، والتي تجير بها على الحقوق والحريات العامة[3].

– أن تنتهي حالة الطوارئ وحالة الحصار بقوة القانون، بمجرد زوال الحاجة إليهما، وبانتهاء الغرض منهما، وذلك باعتبارهما نظامين استثنائيين مؤقتين.

---

[1]- محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص. 35.

[2]- زكرياء محمد عبد الحفيظ محفوظ، المرجع السابق، ص.13.

[3]- أنظر : (Caston) JAZE, « *L'exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs* », **R.D.P.**, 1917, p.146 et s.

الفرع الثاني

الفرق بين حالة الطوارئ وحالة الحصار

اعتبرت المادة 91 من دستور 1996، والتي تقابلها 105 من التعديل الدستوري لسنة 2016، حالة الطوارئ وحالة الحصار من حالات الضرورة الملحة، غير أن هذه المادة لم تميّز بين الحالتين إلا من حيث الترتيب، مستعملة في ذلك عبارة التخيير لرئيس الجمهورية، بين الإعلان عن حالة الطوارئ أو حالة الحصار، تاركة له سلطة تقديرية في التكيّف، بحسب الأوضاع التي توجد فيها البلاد. كما أخضعت هذه المادة الدستور الحالتين لإجراءات موحدة، سواء من حيث كيفية الإعلان عنهما أو مسألة تمديد العمل بهما، والذي لا يمكن أن يتم إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا، بالإضافة إلى أن المادة 92 أو المادة 106 من الدستور الحالي أشارت إلى أن تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار يكون بموجب قانون عضوي.

كما يتبين من نص المادة 91 أن هناك شبه كبير بين الحالتين، خاصة فيما يتعلق بتوسع السلطات المكلفة باستتباب الأمن، وما ترتبه من آثار على تقييد الحريات العامة، وهو ما أبرزته أيضا مختلف التعريفات السابقة للحالتين. فهناك من يقارن حالة الطوارئ بحالة الحصار ويعتبرهما: "نظام استثنائي، يمكن تطبيقه على كل أو جزء من الإقليم المهدد أو الذي يوجد في أزمة، ومن آثاره أنه يمنح سلطات معتبرة لرجال البوليس المشكلين للسلطة المدنية، إذ تتمتع هذه الأخيرة في مجال تقييد الحريات العامة بسلطات أوسع من تلك التي تتمتع بها السلطات العسكرية في حالة الحصار"[1].

لكن على الرغم من هذا التشابه الكبير الحاصل بين الحالتين والتسليم بأثرهما السلبي على الحريات العامة، إلا أنه من الناحية التطبيقية كثيرا ما تتميز وتختلف حالة الطوارئ عن حالة الحصار من ناحيتين، هما:

أولا: الاختلاف من حيث المبررات والأسباب

إن سبب إعلان حالة الطوارئ، حسبما أكده المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتضمن تقرير حالة الطوارئ[2]، لا يتعلق بحالة الحرب الأجنبية أو الثورة المسلحة، وإنما يتعلق بـــ:

(أ)– المساس الخطير والمستمر للنظام العام المسجل عبر العديد من نقاط التراب الوطني. أو

(ب)– التهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات والمساس الخطير والمتكرر بأمن المواطنين والسلم المدني.

---

[1]- أنظر : (Jean) RIVERO, ***Les libertés publiques***, *Op.Cit.*, pp. 259- 260.

[2]- ج.ر.ج.د.ش. العدد 10، المؤرخة في 09 فبراير 1992.

وهو ما أكده أيضا قانون الطوارئ الفرنسي، الذي حدد أسباب إعلان حالة الطوارئ وحصرها في حالتين، هي:

- في حالة الخطر الداهم الناتج عن المساس الخطير بالنظام العام.
- أو في حالة الأحداث التي تشكل بطبيعتها وخطورتها طابع الكارثة العامة (نكبة عامة)[1].

بينما يرجع غالبية الفقه ارتباط أسباب حالة الحصار – عادة – بالأعمال التخريبية، أو المسلحة وأعمال العنف، كحالة العصيان والتمرد، أو حالة الحرب[2].

ثانيا: الاختلاف من حيث الجهة المكلفة بإعادة استتباب الأمن

ينتج عن إعلان حالة الحصار اسناد مسؤولية حفظ النظام العام إلى السلطات العسكرية بدلا من السلطات المدنية، وهو ما يستشف من أحكام نظام حالة الحصار المقرر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المؤرخ في: 04 يونيو 1991[3]، حيث يمنح للسلطات العسكرية كل الصلاحيات الأمنية المخولة لها لمواجهة الأخطار الناجمة عن حرب دولية أو أهلية أو انقلاب عسكري[4]، وهذا بهدف حماية الأفراد والمؤسسات سواء منها العامة أو الخاصة. مما يعني إذن أن حالة الحصار تُمَكّن الجهاز التنفيذي للدولة من مواجهة الظروف الاستثنائية الأكثر شدة والتي لا تستطيع فيها السلطات المدنية مباشرة مهامها.

كما ينتج أيضا عن حالة الحصار اسناد محاكمات المساس بالأمن العام إلى القضاء العسكري بدلا من القضاء الجزائي العادي، لكن بشرط توفر قيدين هما:

1- أن تكون الجرائم ماسة بأمن الدولة.

2- إحالة هذه القضايا على المحاكم العسكرية، حسب المادة 11 من المرسوم الرئاسي 196/91.

هذا بخلاف حالة الطوارئ التي لا يترتب عن إعلانها انتقال صلاحيات استتباب الأمن من السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية، بل تبقى السلطات المدنية هي صاحبة الاختصاص في مجال استتباب الأمن والمحافظة على النظام العام، مع توسيع صلاحيتها في هذا المجال[5].

المطلب الثاني

---

[1]- مسعود شيهوب، "الحماية القضائية للحريات..."، المرجع السابق، ص.28. أنظر أيضا: مراد بدران، **الرقابة القضائية...**، المرجع السابق، ص.113؛ عبد العليم عبد الحميد مشرف، المرجع السابق، ص. 283 وما يليها.

[2]- سعيد بوالشعير، **النظام السياسي الجزائري**،المرجع السابق، ص ص. 268-269.

[3]- المادة 1،2 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المؤرخ في 4 يونيو 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار.

[4]- عبد المنعم محفوظ، **علاقة الفرد بالسلطة...**، المرجع السابق، ص. 1228 وما يليها.

[5]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 78، نقلا عن:

(Brahim) BRAHIMI, ***Le droit à l'information à l'épreuve du parti unique et de l'état d'urgence***, imprimerie Eurl ITGS, Kouba, Alger, 2002, pp 184 et s.

الحـــالـــة الاستثنـــائيـــة

تعد الحالة الاستثنائية ثاني صورة من صور حالة الضرورة التي جاء النص على أحكامها في الدساتير الجزائرية المتعاقبة[1]، دستور 1976، دستور 1989، والتعديل الدستوري لسنة 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16، حيث بيّنت هذه الدساتير الإجراءات والدوافع الواقعية للجوء إلى إعلانها. غير أنها لم تعرف هذه الحالة، تاركة المهمة للفقه الدستوري **(الفرع الأول)**.

لكن إذا كان المؤسس الدستوري قد أفرد الحالة الاستثنائية بنص دستوري مستقل، خلافا لحالتي الطوارئ والحصار الذي ذكرهما في كادة واحدة، فإن ذلك دليل على هناك اختلاف بين هاتين الحالتين والحالة الاستثنائية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف الحالة الاستثنائية

إكتفى دستور 1976 بذكر الحالة الاستثنائية في المادة 120 دون بيان تعريفها، حيث نصت بأنه: "إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها، أو على استقلالها، أو سلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية.

يتخذ مثل هذا الإجراء أثناء اجتماع الهيئات العليا للحزب والحكومة. تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الخاصة التي تتطلبها المحافظة على استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية.

يجتمع المجلس الشعبي الوطني، وجوبا، باستدعاء من رئيسه.

تنتهي الحالة الاستثنائية حسب نفس الأشكال، وبناء على نفس الإجراءات المذكورة أعلاه التي أدت إلى تقريرها".

وكذلك الحال بالنسبة لدستور 1989 الذي نص على الحالة الاستثنائية في المادة 87 منه بقولها: "يقرر رئيس الجمهورية، الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء.

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

[1]- نصت المادة 53 من دستور 1963 على أنه: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني وجوبا".

يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا. تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها".

أما التعديل الدستوري لسنة 1996 فقد نص على هذه الحالة في المادة 93 منه، مبقيا على الصياغة ذاتها التي جاءت بها المادة 87، ماعدا إضافته لإجراء استشارة رئيس مجلس الأمة[1]. كما أبقى التعديل الدستوري لسنة 2016، على الصياغة نفسها للمادة 93 من الدستور المعدل، في المادة 107 منه، باستثناء أنه جعل استشارة رئيس مجلس الأمة سابقة على استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، وحصر الاستشارة في رئيس المجلس الدستوري، عوضا من استشارة كل أعضاء المجلس الدستوري [2].

وبالعودة إلى الدستور الفرنسي نجده قد تناول الحالة الاستثنائية في المادة 16 منه، بقولها: "إذا أصبحت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية، مهددة بخطر جسيم وحال ترتب عنه عرقلة السير المنتظم للسلطات الدستورية العامة، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف، بعد استشارة كل من رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ والمجلس الدستوري.

ويجب أن يكون الغرض من الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية أن يؤمن للسلطات الدستورية، في أقل مدة ممكنة، الوسائل الفعالة لانجاز مهام وظائفها، على أن يؤخذ رأي المجلس الدستوري حيال هذه الإجراءات. وفي هذه الظروف يجتمع البرلمان بقوة القانون، ولا يجوز لرئيس الجمهورية أن يحل الجمعية الوطنية خلال ممارسته لهذه السلطات الاستثنائية"[3]، وهو ما يعني أن المادة 16 من الدستور الفرنسي هي المرجع التاريخي للمادة 93، التي تقابلها المادة 107 من التعديل الدستوري 2016.

---

[1]- تنص المادة 93 على أنه: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.
تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية.
ويجتمع البرلمان وجوبا.
تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها".

[2]- أنظر المادة 107 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

[3]- تنص المادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 على ما يلي:
"Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux son menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publique constitutionnels et interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officiel du premier Ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel. Il en informe la Nation par un message. Ces mesures doivent être inspirées par la volante d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais les moyen d'accomplir leur mission. Le conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels".

غير أن الملاحظ على المادة 107 أنها لم تدرج فكرة الخطر المهدد لتنفيذ التعهدات الدولية[1]، كما فعل الدستور الفرنسي في المادة 16 منه[2].

وعليه، فإنه انطلاقا مما سبق، يمكن تعريف الحالة الاستثنائية بأنها: "نظام دستوري استثنائي، قائم على فكرة الخطر الوشيك المهدد لكيان الدولة وسلامة ترابها، بحيث يخول للسلطة المختصة (رئيس الجمهورية)، اتخاذ كل التدابير الاستثنائية المنصوص عليها في القانون، (بما فيها قوانين الحصار والطوارئ إن وجدت)، بهدف حماية أراضي الدولة وبحارها وأجوائها كلا أو جزءً منها، ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلح داخلي أو خارجي، مع إمكانية نقل صلاحيات السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية".

وفي هذه الحالة تبرز السلطة العسكرية، التي تتكفل باتخاذ زمام المهمة في حماية أراضي الدولة وبحارها وأجوائها كلا أو جزءا، ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلح داخلي أو خارجي، فتكون هي المسؤولة عن حفظ السلم والأمن في الدولة بدلا من السلطة المدنية.

الفرع الثاني

الفرق بين الحالة الاستثنائية وحالتي الحصار والطوارئ

إذا كانت الحالة الاستثنائية تتشابه مع حالتي الحصار والطوارئ، من حيث أن تقرير كل تلك الحالات ترجع لسلطة رئيس الجمهورية، فهو الذي يختص بالإعلان عنهم، حسب سلطته التقديرية، وبناء على شروط شكلية وموضوعية محددة، إلا أنها تختلف عنهما من خلال الأوجه التالية:

أولا: من حيث الأسباب الداعية لفرض الحالة الاستثنائية

تستدعي الحالة الاستثنائية ظروفا استثنائية أخطر من تلك التي تستدعيها ظروف فرض حالتي الحصار والطوارئ، ونظرا لأن الحالة الاستثنائية هي حالة خطيرة وغير عادية، تختلف عن حالتي الطوارئ والحصار، فقد اعتمد كل من المؤسس الدستوري الجزائري والفرنسي في الإعلان عنها على معيار الخطر الوشيك المحتمل الوقوع، سواء أكان هذا الخطر داخليا أو خارجيا، وذلك خلافا لمعيار الضرورة الملحة الذي اعتمده الدستور الجزائري عند تقرير حالتي الطوارئ أو الحصار، إذ توجد صعوبة في تحديد ما يعتبر

[1]- نصت المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: "في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلق قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين، أو الأصل الاجتماعي. ولا يجيز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6،7،8 (ف1،2) والمواد 16،15،11 و18".

[2]- كرس التطور الدستوري القاعدة التقليدية التي ظهرت في بادئ الأمر كفكرة في أواخر القرن التاسع عشر، ثم اعتمدت كمبدأ دستوري في ألمانيا وإيطاليا، ثم الدستور الفرنسي بدلالة المادة 16 منه. أنظر: عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص.345.

ضرورة ملحة تستدعي فرض حالة الطوارئ أو الحصار، والتي تبدو أوسع، مقارنة بأسباب إعلان الحالة الاستثنائية.

ثانيا: من حيث الإجراءات الشكلية لإقرار الحالة الاستثنائية

لا تختلف إجراءات إعلان حالتي الحصار والطوارئ كثيرا عن إجراءات إعلان الحالة الاستثنائية، إلا من حيث مدة العمل بالحالة الاستثنائية التي لم يشر الدستور الجزائري إليها ولا إلى كيفية تمديدها، كما فعل في حالتي الحصار والطوارئ، ولعل سبب ذلك يرجع إلى خطورة الحالة، حيث تحدد المدة بحسب طبيعة التهديد. وهو ما سوضحه أكثر من خلال شروط الحالة الاستثنائية.

كما تختلف الحالة الاستثناية عن حالتي الحصار والطوارئ من حيث الآثار المترتبة عنها، وهو ما سنوضحه لاحقا:

المطلب الثالث

حـــالة الحـــرب

نظمت الجزائر منذ أول دستور لها حالة الحرب، بموجب نص المادة 44 من دستور 1963 بقولها: "يعلن رئيس الجمهورية الحرب ويبرم السلم بموافقة المجلس الشعبي الوطني". وما يلاحظ على هذه المادة أنها اكتفت فقط ببيان الجهة المختصة بإعلان حالة الحرب دون بيان لشروطها وآثارها.

وعلى النقيض من ذلك بّينت الدساتير اللاحقة على دستور 1963 الشروط والإجراءات والآثار المترتبة على حالة الحرب، حيث جاء في المادة 122 من دستور 1976 على أنه: "في حالة وقوع عدوان فعلي أو وشيك الحصول، حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد استشارة هيئة الحزب القيادية واجتماع الحكومة والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن. يجتمع المجلس الشعبي الوطني بحكم القانون. يوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك".

أما دستور 1989 فقد نظم هذه الحالة في المواد: 89، 90، 91 منه حيث جاء في المادة 89 ما يلي: "إذا وقع عدوان فعلي على البلاد، أو يوشك أن يقع، حسبما نصت عليها الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن. يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا.

ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك".

والصياغة نفسها تضمنتها المادة 95 من دستور 1996، ما عدا إضافتها لإجراء وجوب استشارة رئيس مجلس الأمة[1]. وبموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 أصبحت هذه المادة تحمل رقم 109[2].

ونظرا لأن حالة الحرب تمثل أهم وأخطر صورة من صور حالة الضرورة، فإنه يتعين علينا التطرق لتعريفها في **الفرع الأول**، ثم نحدد طبيعة علاقتها بحالة التعبئة العامة في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول

تعريف حالة الحرب

تعد حالة الحرب الصورة الأخطر من بين صور الضرورة، السابق التحدث عنها، والأكثرها تأثيرا على حريات الأفراد، فهي تؤدي إلى توسيع سلطات الإدارة بشكل كبير على حساب باقي السلطات الأخرى.

وبالرغم من تضمين الدساتير الجزائرية لهذه الحالة، إلا أن المؤسس الدستوري لم يتطرق إلى تعريفها، بل اكتفى فقط ببيان إجراءات إعلانها أو إنهائها، وكذا بيان سلطات رئيس الجمهورية في تلك الحالة والآثار المترتبة عنها.

ومن بين تعريفات حالة الحرب، تعريف الفقيه "روسو"، بقوله: هي "قتال مسلّح بين الدول بهدف تغلب وجهة نظر سياسية، وفقا لقواعد منظمة لحالة الحرب"[3].

وعليه فإن الحرب –حسب هذا التعريف– تنشأ بين دول ذات سيادة، وهو ما يميزها عن الاضطرابات الداخلية وعن الحرب الأهلية أو الحملات المسلحة ضد الثوار أ والقراصنة أو الإرهاب، لأنها قتال بين دولة وتنظيمات حكومية أو غير حكومية.

وقد ميّز فقه القانون الدولي بين نوعين من الحرب، حرب مشروعة وهي الحرب الدفاعية[4] التي تدافع بها الدولة عن نفسها ضد عدوان أجنبي فعلي على البلاد أو على وشك الوقوع، مستندة في ذلك على حق الدولة الطبيعي في الدفاع عن النفس وفقا لقواعد القانون الدولي[5]، وهو أيضا ما أكدته نص المادة 95 من الدستور. وهناك حرب غير مشروعة لا تستند إلى أي حق، وهي الحرب الهجومية التي نقصد بها الاعتداء على أراضي دولة أجنبية واحتلالها دون وجه حق.

---

[1]- نصت المادة 95 على أنه: "إذا وقع عدوان فعلي على البلاد، أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء، و الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، ويجتمع البرلمان وجوبا. ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك".

[2]- أنظر المادة 109 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

[3]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 202، نقلا عن: شارل روسو، **القانون الدولي العام**، بيروت، 1982، ص.335 .

[4]- نصت المادة 25 من التعديل الدستوري لسنة 1996على: "إن الطاقة الدفاعية للأمة ودعمها وتطويرها تنتظم حول الجيش الوطني الشعبي، وتتمثل مهمته الدائمة في المحافظة على الاستقلال الوطني والدفاع عن السيادة الوطنية، كما يضطلع بالدفاع عن وحدة البلاد وسلامتها الترابية وحماية مجالها البري والجوي ومختلف مناطق أماكنها البحرية".

[5]- نصت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ الأمن والسلم الدولي".

وبالتالي فإن سلطة رئيس الجمهورية عند تعرض البلاد للعدوان مقتصرة فقط على إعلان الحرب الدفاعية، دون اللجوء إلى إعلان الحرب الهجومية، لذلك فقد حرم ميثاق الأمم المتحدة على الدول استعمال القوة أو التهديد باستعمالها ضد دول ذات سيادة وأعضاء في الأمم المتحدة، لما في ذلك من خطورة على الشعوب، ولكنه بالمقابل شرع الميثاق للدول حق إعلان الحرب لصد عدوان خارجي عليها[1].

الفرع الثاني

ارتباط حالة التعبئة العامة بحالة الحرب

أشار الدستور الجزائري إلى أن هناك حالة استثنائية تسبق حالة الحرب، وهي حالة التعبئة العامة، التي تصنف كصورة من صور حالة الضرورة، حيث جاء النص عليها في المادة 94 من دستور 1996 المعدل والمتمم (المادة 108 من التعديل الدستوري 2016)، من دون تحديد لمفهومها، ولا ذكر لأسباب إعلانها بقولها: "يقرّر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة"[2].

وقد يقصد بالتعبئة العامة –حسب الدكتور "يسري العصار"– جعل المرافق العامة والخاصة والمجهود الحربي من أفراد وعتاد وأموال تحت طلب الحكومة، وبالتالي تأميم ومصادرة العديد من المنقولات والعقارات تحت شعار المشاركة في المجهود الحربي[3].

لذلك فإن نظرية الاستيلاء المعروفة في فقه القانون الإداري – والتي سبق التعرف عليها– هي التي تنطبق في حالة التعبئة العامة.

أما عن علاقة هذه الحالة بحالة الحرب، فإنه يفهم من خلال نص المادة 94 المذكورة أعلاه، أو المادة 108 من التعديل الدستوري، بأن المؤسس الدستوري الجزائري، قد اعتبر حالة التعبئة العامة بمثابة إجراء أولي يسبق الإعلان عن حالة الحرب، وذلك بهدف تهيئة الدولة للدخول في الحرب، أو بأنها إجراء عملي تمهيدي يهدف إلى مواجهة الحرب أو الكوارث الطبيعية الناتجة عنها، حيث يسخر للإدارة سلطات واسعة في سبيل ذلك، كأن تقوم بالاستيلاء على عقارات الأفراد قصد استعمالها في تدريب الجيش أو تخزين الأسلحة والمعدات.

---

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.203. أنظر أيضا: عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص ص.37- 371.

[2]- أما دستور 1989 فإنه لم يتكلم عن هذه الإجراءات، مكتفيا فقط بتحديد الجهة التي تقرر هذه الحالة، حيث نصت المادة 88 بأن:" التعبئة العامة يقررها رئيس الجمهورية"، وكذلك الحال بالنسبة لدستور 1976 الذي نص في المادة 121 بأن : "يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة".

[3]- يسري العصار، "نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات الحياة النيابية (دراسة مقارنة)"، **مجلة المحامي**، السنة العشرون، 1996، ص.18.

كما تعد حالة التعبئة العامة، حسب الدستور الجزائري، حالة تتوسط كل من الحالة الاستثنائية وحالة الحرب، بدليل أنه نص عليها بعد النص على الحالة الاستثنائية، وقبل الحديث عن حالة الحرب[1]، بحيث يكون للسلطة التنفيذية في هذه الحالة صلاحيات واسعة في الخروج عن مبدأ المشروعية، وتقييد حريات الأفراد بصورة أشد من حالتي الطوارئ والحصار.

أما عن سبب إعلان هذه الحالة، فإنه يرجع إلى الخطر المحدق بالدولة ومؤسساتها، إذ لا يمكن لرئيس الجمهورية إعلان التعبئة العامة إلا لمواجهة خطر شديد حالي أو متوقع على الدولة خارجي أو داخلي، ومن أمثلته احتلال جزء من أراضي الدولة من قبل دولة أخرى أو نشوب حرب أو ظهور بوادر لها، أو وجود توتر دولي يؤثر على الوضع في الدولة ووجود تمرد أو عصيان داخلي.

كما يمكن لرئيس الجمهورية أن يعلن عن التعبئة الجزئية لمواجهة خطر حالي أو متوقع على الدولة خارجي أو داخلي أقل شدة من ذلك المشار إليه بشأن التعبئة العامة، ومن أمثلته العدوان على أحد المرافق أو الأملاك العامة في المناطق الحدودية للدولة، وتعرض المنشآت النفطية أو أحد الموارد الطبيعية أو الصناعية للخطر وإلحاق ضرر عمدي أو جسيم بالبيئة من قبل دولة أو جهة معادية وحدوث كوارث طبيعية[2].

ونشير إلى أن الجزائر قد سبق لها وأن أعلنت عن هذه الحالة لأول مرة بموجب الأمر رقم 124/67 المؤرخ في 8 يوليو 1967، الذي احتوى على سبعة (7) مواد، نصت المادة الأولى منه على أن يشرع في تعبئة جميع المواطنين، وقد أُلحق بهذا الأمر، المرسوم رقم 125/67 المؤرخ في 8 يوليو 1967، المتضمن تطبيق الأمر رقم 124/67 المتضمن الإعلان عن التعبئة العامة، وهو مرسوم صدر عن وزارة الدفاع الوطني، تضمن أيضا سبعة (7) مواد[3].

المبحث الثاني

شروط إعلان حالات الضرورة في الدستور الجزائري

أخضع الدستور الجزائري صور حالات الضرورة، السابق ذكرها، لشروط شكلية وأخرى موضوعية، يتعين على السلطات المختصة في الدولة التقيد بها ومراعاتها عند الإعلان عن إحدى تلك الحالات، وذلك حتى تكون تصرفاتها وما تتخذه من إجراءات وتدابير مشروعة ومتوافقة مع جاء به الدستور.

---

[1]- أحمد سحنين، **الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005/2004، ص.104.

2- هل هذه بوادر للحرب؟؟؟ بعد قرار التعبئة العامة في الإمارات، مقال منشور على موقع الانترانت:
http://4flying.com/showthread.php?t=36750

[3]- أنظر الملحق رقم (13).

لكن هذه الشروط لا تقتصر على القانون الدستوري فحسب، بل تمتد أيضا إلى مجال القانون الدولي، حيث فرضت اتفاقيات حقوق الانسان على الدول الأطراف أن تلتزم بشروط شروط شكلية وأخرى موضوعية، لاستخدامها لرخصة التحلل أو عدم التقيد بالتزاماتها الدولية إبان الظروف الاستثنائية.

وعليه فسنتطرق في المطلب الأول للشروط الموضوعية والإجرائية لإعلان حالتي الطوارئ والحصار، وفي المطلب الثاني للشروط الموضوعية والإجرائية لإعلان الحالة الاستثنائية، ونتطرق في المطلب الثالث للشروط الموضوعية والإجرائية لإعلان حالة الحرب، وفق ما تناولته نصوص الدستور. مع الإشارة في الأخير للشروط الشكلية والموضوعية لاستخدام الدول لرخصة التحلل أو عدم التقيد بالتزاماتها الدولية إبان الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول

الشروط الموضوعية والإجرائية لإعلان حالتي الطوارئ والحصار

تكلمت نص المادة 91 من دستور 1996، والتي تقابلها نص المادة 105 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، عن الشروط الموضوعية **(الفرع الأول)** والشروط الإجرائية أو الشكلية **(الفرع الثاني)**، لإعلان حالتي الطوارئ والحصار، بقولها: "يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، و استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة (الوزير الأول)[1]، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا"[2].

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لإعلان حالتي الطوارئ والحصار

قيد المؤسس الدستوري بموجب المادة 91 من الدستور، السلطة الممنوحة لرئيس الجمهورية في تقرير حالتي الطوارئ والحصار بشرطين موضوعيين هما: شرط الضرورة الملحة **(أولا)**، وشرط مدة تطبيق حالة الحصار أو حالة الطوارئ **(ثانيا)**.

---

[1]- حسب التعديل الدستوري رقم 08/19 المؤرّخ في: 15 نوفمبر 2008.

[2]- وحسب التعديل الدستوري لسنة 2016، والذي حاز على موافقة الأغلبية المطلقة لغرفتي البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا، عند عرض مشروع التعديل للتصويت عليه بتاريخ 08 فبراير 2016، فقد جاءت المادة 105 منه بالصياغة ذاتها الواردة في دستور 1996، باستثناء أنها اسبقت استشارة رئيس مجلس الأمة عن استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني.

أولا: شرط الضرورة الملحة لتقرير حالة الطوارئ أو حالة الحصار

إن الضابط الوحيد الذي يستند إليه رئيس الجمهورية لاتخاذ التدابير الملائمة لاستعادة النظام العام والسير العادي للمرافق العمومية، وكذا استقرار مؤسسات الدولة هو حالة الضرورة الملحة[1]، بمعنى أن الإعلان عن إحدى هاتين الحالتين (الطوارئ أو الحصار) مرتبط بوجود حالة الضرورة الملحة، وذلك متى عجزت قواعد القانون العادية السارية المفعول عن مواجهة الظروف الصعبة التي حلت بالبلاد.

وقد اعتبر البعض أن مصطلح "حالة الضرورة الملحةّ مصطلحا فضفاضا ويصعب تحديد المقصود به تحديدا دقيقا، نظرا لأن هذه المسألة هي مسألة تقديرية يغلب عليها الطابع الشخصي أو الذاتي ويصعب التحكم فيها بصفة موضوعية، ذلك أن المؤسس الدستوري لم يوضح الوقائع التي يمكن أن تؤدي إلى هذه الضرورة الملحة كأن تكون مثلا : عصيان، تمرد، أعمال مسلحة، أو ظواهر طبيعية كالزلازل والفيضانات... إلى غير ذلك. وعليه يمكن استخدام هذه الضرورة الملحة لتحقيق أغراض أخرى غير تلك المعلنة في المادة91 والمتعلقة بتحقيق استتباب الوضع، بحيث يمكن لرئيس الجمهورية أن يلجأ لاستخدام صلاحياته الاستثنائية في مثل هذه الأوضاع والمخولة له دستوريا، ويقرر إحدى الحالتين ويتخذ جميع التدابير اللازمة دون وجود دواعي وأسباب حقيقية تبرر تقريرهما، وبالتالي الانقلاب على القواعد والمبادئ الأساسية للدستور[2].

لكن على الرغم من غموض مصطلح الضرورة الملحة وعدم دقته، إلا أنه يبقى مع ذلك الشرط الموضوعي الأساسي الذي يقيد رئيس الجمهورية عند اللجوء إلى تقرير حالة الطوارئ أو حالة الحصار، كما تبقى له السلطة التقديرية الواسعة في تحديد مبرر اللجوء إلى إعلان إحدى الحالتين، إذ يتعين عليه قبل أن يعلن إحداهما، أن يحدد طبيعة الحالة ما إذا كانت حالة طوارئ أو حالة حصار، وذلك حسب خطورة الوضع، وهو ما يفهم من نص المادة 91 أو المادة 105 من التعديل الدستوري. غير أنه ما يلاحظ من خلال هذه المادة، أنها لم تمنح مهمة إقرار وجود حالة الضرورة من عدمه للمشرع، كما فعل المؤسس الدستوري الفرنسي الذي ترك مسألة تحديد مبررات أو أسباب إعلان حالة الحصار، لاختصاص المشرع، حسب المادة 36 من دستور 1958. وإنما ترك إقرارها لرئيس الجمهورية، الذي لا أن يتخذها من تلقاء نفسه، بل عليه أن

---

[1]- جاء في ديباجة التعديل الدستوري فقرة جديدة تكلمت فيها عن مرحلة العشرية السوداء التي عاشتها الجزائر أين عرفت فيها الإعلان عن حالتي الحصار والطوارئ، كما تكلمت هذه الفقرة على تنفيذ الدولة لسياسة السلم والمصالحة والنتائج الإيجابية التي أحدثها، بقولها: "غير أن الشعب الجزائري واجه مأساة وطنية حقيقية عرّضت بقاء الوطن للخطر .وبفضل إيمانه وتمسكه الثابت بوحدته، قرّر بكل سيادة تنفيذ سياسة السلم والمصالحة الوطنية التي أعطت ثمارها وهو مصمم على الحفاظ عليها". والفقرة الجديدة الأخرى فنصت: "إن الشعب يعتزم على جعل الجزائر في منأى عن الفتنة والعنف وعن كل تطرف، من خلال ترسيخ قيمه الروحية والحضارية التي تدعو إلى الحوار والمصالحة والأخوة، في ظل احترام الدستور وقوانين الجمهورية".

[2]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.118. نقلا عن:

(S.) GHAOUTI, et (B.) Etien, *« La légalité d'exception dans la constitution algérienne du 22 Novembre 1976 »*, **R.A.S.J.E.P**, N°4, 1978, p.705.

يتخذها بعد استشارة هيئات دستورية محددة على سبيل الحصر في النص الدستوري (المادة 91 أو المادة 105 من التعديل الدستوري).

ثانيا: شرط مدة تطبيق حالة الحصار أو حالة الطوارئ

سبق وأن أشرنا أن حالة الضرورة تمتاز بميزتي الاستثنائية والتأقيت، إذ يتعين على السلطات القائمة على هذه الحالة تحديد مدة سريانها وزمن انتهائها، وهذا حتى لا تبقى ممارسة الأفراد لحرياتهم مقيدة لمدة زمنية طويلة، غير أن الملاحظ من نص المادة 91 من الدستور أو المادة 105 من التعديل الدستوري، أنها لم تضبط هذه المدة بالأيام أو بالأشهر، كما فعل المؤسس الدستوري الفرنسي الذي قرر، من خلال نص المادة 36من دستور 1958، بأن تطبيق نظام حالة الحصار يجب ألا تزيد عن 12 بقوله [1]، وإنما أشارت فقط إلى وجوب أن يقرر رئيس الجمهورية إحدى الحالتين لمدة معينة، وأن يحددها بصفة واضحة[2]، وأنه لا يجوز له تمديد مدة العمل بإحدى الحالتين إلا بعد موافقة البرلمان بغرفتيه المجتمعتين معا[3]. وكأن المؤسس الدستوري أراد من هذا الإجراء معرفة موقف البرلمان من التمديد وما إذا كانت هناك دواعي ومبررات لذلك، مما يجعل هذا الاجراء بمثابة رقابة برلمانية على مسألة التمديد، فإذا لم يحظ طلب تمديد الحالة على موافقة البرلمان، فإنه لا يجوز لرئيس الجمهورية مخالفة موقف السلطة التشريعية، لأن رأيها في هنا رأيا إلزاميا وليس رأيا استشاريا، لذا يتعين عليه الأخذ به.

لكن في الواقع قد لا نجد معارضة من أعضاء البرلمان على مسألة تمديد العمل بحالة الحصار أو الطوارئ، وهذا بسبب أن غالبية الأعضاء هم من الحزب المنتمي إليه رئيس الجمهورية.

ونشير إلى أن مدة العمل بإحدى هاتين الحالتين –لاسيما حالة الحصار – يجب أن يكون –كأصل عام– لمدة قصيرة، لأن تطبيقها مرتبط بوضع استثنائي مؤقت تعيشه البلاد، كما أن طول المدة يترتب عليه تعسف السلطة التنفيذية في انتهاك حقوق وحريات الأفراد. لذلك كان من الأفضل أن تحدد هذه المدة بنص دستوري سواء بالنسبة لحالة الحصار أو لحالة الطوارئ، حتى يكون قيدا على السلطة التنفيذية يمنعها من التعسف في استخدام السلطة، ولكي يحمي الحقوق والحريات العامة بطريقة مباشرة. لهذا فقد حددت المادة الأولى من

---

[1]- جاء في نص المادة 36 من دستور 1958، بأنه:
"L'état de siège et décrété en conseil des ministres. Sa prorogation au delà de douze jours ne peut être autorisée que par le parlement".

[2]- خلافا للمادة 119 من دستور 1976 التي لم تلزم رئيس الجمهورية تحديد مدة حالة الطوارئ أو حالة الحصار، مما يعني أنها منحته صلاحية تقرير إحدى الحالتين لمدة غير محدودة.

[3]- حسب القانون العضوي رقم 02/99 المتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 15 المؤرخة في 1999/03/09، المعدل والمتمم بالقانون العضوي الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 2000، فإن رئيس مجلس الأمة هو من يترأس البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا، ولقد نصت المادة 98 من القانون العضوي رقم 02/99 على أنه: "يجتمع البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا بناء على استدعاء رئيس الجمهورية، في الحالات المنصوص عليها في المواد 91 الفقرة 2 و93 و95 و130 الفقرة 2 و176 من الدستور، وباستدعاء من رئيس الدولة بالنيابة أو رئيس الدولة في الحالة المنصوص عليها في المادة 90 الفقرة 4.
يجتمع البرلمان وجوبا باستدعاء من رئيس مجلس الأمة في الحالات المنصوص عليها في المادة 88 الفقرات 2، 3 و 5 من الدستور، كما يمكن أن يجتمع البرلمان باستدعاء من رئيس مجلس الأمة في الحالة المنصوص عليها في المادة 177 من الدستور".

المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، مدة تطبيق حالة الحصار بأربعة (4) أشهر عبر كامل التراب الوطني ويمكن رفعها في أي لحظة، شرط استتباب الوضع.

أما مدة حالة الطوارئ فقد قررت بإثني عشرة (12) شهرا على امتداد كامل التراب الوطني، حسب المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 44/92 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، وهي مدة طويلة مقارنة بمدة العمل بحالة الحصار، التي هي أربعة أشهر[1]. لكن تمديد حالة الطوارئ لمدة غير محدود بموجب المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 6 جانفي 1993[2]، وبقاؤها سارية المفعول إلى غاية فبراير 2011[3]، جعل حريات الأفراد مهددة بالتقييد والانتهاك طيلة تلك المدة.

غير أن ما يعاب على المادة 91 أنها لم تتطرق إلى إجراءات رفع حالة الحصار أو حالة الطوارئ، لذلك فقد تم رفع حالة الحصار من غير اتباع ذات الإجراءات في الاعلان عنها، مقتصرا رئيس الجمهورية عند رفعها، باستشارة المجلس الأعلى للأمن دون استشارة باقي الشخصيات، في حين كان يتعين عليه أن يتبع الإجراءات نفسها التي اتبعها عند تقريره لهذه الحالة، خاصة وأنه قد تم رفعها قبل حلول أجل نهايتها[4].

وهذا خلافا لطريقة انهاء حالة الطوارئ، حيث عمل رئيس الجمهورية بقاعدة توازي الأشكال، متبعا في ذلك الإجراءات ذاتها التي أوجبت إعلانها، فقد تم رفعها بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن وبعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والوزير الأول ورئيس المجلس الدستوري، وبعد الاستماع إلى مجلس الوزراء[5].

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لإعلان حالتي الطوارئ والحصار

ألزمت المادة 91 من دستور 1996، أو المادة 105، شروطا إجرائية يتعين على رئيس الجمهورية الالتزام بها عند اللجوء إلى إعلان حالتي الطوارئ والحصار، فبالإضافة إلى أنه المسؤول الأول في ممارسة

---

[1]- مبروك غضبان، نجاح غربي: "قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر"، **مجلة المفكر**، العدد العاشر، دار الهدى، بسكرة، الجزائر، 2014، ص 28.

[2]- أنظر المرسوم التشريعي رقم93/ 02 المؤرخ في 6 جانفي 1993 المتضمن تمديد مدة حالة الطوارئ، ج.ر.ج.د.ش.، العدد8 ، الصادرة بتاريخ 7 جانفي 1993. أنظر الملحق رقم (3).

[3]- ولأجل الدعوة لرفع حالة الطوارئ، فقد ظهرت محاولات من جانب بعض الشخصيات الفاعلة في السلطة الجزائرية والرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الانسان، التي شكلت لجنة متابعة وبعض أحزاب المعارضة، ولاسيما جبهة القوى الاشتراكية وحركة مجتمع السلم التي تقدمت للجنة الدفاع لدى المجلس الشعبي الوطني بمشروع يتضمن رفع حالة الطوارئ. غير أن رئيس الجمهورية السيد "عبد العزيز بوتفليقة" فضل الإبقاء على الوضع كما هو واستمرار تطبيق حالة الطوارئ قصد مكافحة الارهاب. غير أنه وبعد الثورات الشعبية العربية التي حدثت في كل من تونس، مصر، ليبيا وسوريا، بدأت بعض التنظيمات والأحزاب السياسية تدعو الشعب إلى القيام باحتجاجات شعبية في بعض المناطق من الوطن للمطالبة بتحسين الأوضاع المعيشية، فاضطرت الحكومة الجزائرية على إثر ذلك إلى الإعلان عن رفع حالة الطوارئ. بموجب الأمر رقم 01/11 المؤرخ في 23 فبراير 2011، المتضمن رفع حالة الطوارئ، ج.ر.ج.د.ش. العدد 12، الصادرة بتاريخ 23 فبراير 2011، ص. 4.

[4]- أنظر المرسوم الرئاسي رقم:91/ 336المؤرخ في 22 سبتمبر1991، المتضمن رفع حالة الحصار ابتداء من 29 سبتمبر 1991، ج.ر.ج.د.ش.، العدد44 ، الصادرة في 25 سبتمبر 1991. أنظر الملحق رقم (4).

[5]- تم بموجب المادة الأولى من الأمر رقم 01/11 المؤرخ في 23 فبراير 2011، المتضمن رفع حالة الطوارئ، إلغاء المرسوم التشريعي رقم 102/93 المؤرخ في 6 فبراير 1993 المتضمن تمديد مدة حالة الطوارئ المعلنة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92/44 المؤرخ في 9 فبراير 1992.

هذه الصلاحية **(أولا)**، إلا أنه قيّد بإجراءين شكليين هما: ضرورة اجتماع المجلس الأعلى للأمن **(ثانيا)**، وجوب استشارة بعض الشخصيات الدستورية **(ثالثا)**.

أولا: تولي رئيس الجمهورية إقرار حالة الحصار أو حالة الطوارئ

يعتبر رئيس الجمهورية حسب المادة 91 أو المادة 105 من الدستور الحالي[1]، الجهة الدستورية الوحيدة المكلفة بصفة حصرية، تقرير –وليس تنظيم– حالة الحصار أو حالة الطوارئ[2]، فهو الذي عليه أن يكيّف الوضع أو الحالة التي تعيش فيها البلاد، وما إذا كانت هناك حالة ضرورة ملحة أم لا، تكون سببا لإعلان إحدى هاتين الحالتين (الحصار أو الطوارئ).

لذلك فإنه يتعين على رئيس الجمهورية قبل أن يقرر إحدى الحالتين أن يعالج ويشخص الوضع بطريقة جيدة، بناء على القواعد الدستورية العادية والمتبعة في إطار السير العادي لأجهزة الدولة ومؤسساتها، لضمان حماية حقوق وحريات الأفراد، فإذا ثبت له يقينا عدم استطاعته التحكم في الأوضاع المتردية والمزرية[3]، التي قد تمس بمؤسساتها والمصالح الأساسية للأمة وثوابتها ومقوماتها الشخصية، ومواجهتها وفق قواعد القانون العادية، فحينئذ فقط يستطيع أن يقرر إحدى الحالتين، باعتباره المخول دستوريا بذلك.

ويرجع مبرر منح المؤسس الدستوري هذه السلطة بصفة حصرية لرئيس الجمهورية وليس للبرلمان، هو بغرض تحقيق السرعة في اتخاذ القرار، دون انتظار اجتماع هذا الأخير للبت في مدى خطورة الوضع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مكانة رئيس الجمهورية داخل النظام السياسي الجزائري جعلته المسؤول الأول على حماية الدستور والكفيل بحماية حقوق وحريات الأفراد، وهو ما جعل الدستور يمنحه سلطات استثنائية واسعة بغية استتباب الوضع والمحافظة على النظام والأمن العموميين، وإعادة الاستقرار والسلم في البلاد، وهو ما أكدته المادة 91 أو المادة 105 من الدستور بقولها: "... ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع". وعليه يكون من حق رئيس الجمهورية ممارسة صلاحيات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، التي من المفترض أن تكون محددة سلفا بموجب قانون عضوي، يكون مرجعية الرئيس للاتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، في حدود ما تسمح به النصوص التشريعية.

---

[1]- كما منحت أيضا كل من المادة 119 من دستور 1976 والمادة 86 من دستور 1989 هذه الصلاحية لرئيس الجمهورية.

[2]- نشير إلى أنه بالرجوع إلى ما جاء به النص الدستوري في المادة 86 من دستور 1989، أو 91 من دستور 1996، وبين ما جاءت به المراسيم المعلنة لحالتي الحصار والطوارئ، نجد أن هناك مشكلة في ضبط المصطلحات، حيث أشار النص الدستوري إلى مصطلح يقرر « décrété » رئيس الجمهورية حالة الطوارئ أو حالة الحصار ويتخذ التدابير اللازمة « Prend toutes les mesures nécessaires » . بينما استعمل المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 مصطلح "تقرير" « Instauration » حالة الحصار. أما المرسوم الرئاسي رقم: 44/92، فقد استعمل مصطلح "إعلان" حالة الطوارئ « proclamation ». مما يعني أن مصطلح « instauration » أوسع من مصطلح « proclamation » فهو يشمل، بالإضافة إلى التقرير، وضع نظام الحالة المعنية. أما المصطلح الثاني فيعني أن الحالة المعنية تكون منظمة مسبقا. أنظر: حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.211.

[3]- سعيد بوالشعير، **النظام السياسي الجزائري**، المرجع السابق، ص.270 .

غير أنه بالرغم من القيمة الدستورية التي يتمتع به رئيس الجمهورية في تلك الظروف، إلا أنه لا يمكنه أن يتخذ قرار الاعلان عن حالة الطوارئ أو حالة الحصار بصفة انفرادية، دون اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة شخصيات دستورية أخرى؛ وهم: رؤساء غرفتي البرلمان، الوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري.

ثانيا: ضرورة اجتماع المجلس الأعلى للأمن

يعتبر المجلس الأعلى للأمن واحدا من المؤسسات الدستورية الاستشارية التي عددها الدستور[1]، حيث نصت المادة 173 من دستور 1996 المعدل والمتمم والتي تقابلها المادة 197 قانون التعديل الدستوري 01/16، بأنه: "يؤسس مجلس أعلى للأمن يرأسه رئيس الجمهورية مهمته تقديم الآراء إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني. يحدد رئيس الجمهورية كيفية تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله".

ووفقا لنص المادة 91 أو المادة 105 من الدستور، فإن اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة أعضائه، يعد من الشروط الشكلية الجوهرية التي ألزمتها المادة، لممارسة رئيس الجمهورية حقه في اللجوء إلى إقرار إحدى الحالتين، حالة الحصار أو حالة الطوارئ.

والهدف من ذلك هو من أجل أن يقدم المجلس آرائه لرئيس الجمهورية فيما يتعلق بالخطر الذي يهدد أمن الدولة وسلامتها، وأن يبيّن أهم الاجراءات والاقتراحات الواجب اتباعها للمحافظة على الأمن العمومي، وهذا ما أوضحه المرسوم الرئاسي رقم 196/89 المؤرخ في 24 أكتوبر 1989 المتضمن تنظيم المجلس الأعلى للأمن، حيث أكدت المادة 04 منه بأن مجال تدخل هذا المجلس يكون في حدود "تقديم الآراء لرئيس الجمهورية في كل مسألة تتعلق بالأمن وتشمل ميادين النشاط الوطني أو الدولي، ولا سيما ما تعلق بـــ: تحديد الأهداف في مجال أمن الدولة، تقرير الوسائل والشروط العامة لاستخدامها، وتدابير التنسيق العام في اختيار الموارد والوسائل في هذا الميدان".

لكن على الرغم من ملاءمة الآراء التي يستمع إليها من المجلس، باعتبارها تصدر من مختصين ورجال سياسيين ذووا نفوذ ومركز كل في مجال اختصاصه[2]، كرئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ووزراء الخارجية والداخلية والعدل والاقتصاد، ورئيس أركان الجيش الوطني الشعبي، إلا أن رأيهم يبقى مجرد رأي استشاري غير ملزم لرئيس الجمهورية، فله الأخذ به أو استبعاده، حسب سلطته التقديرية، ولا يرتب على مخالفته لرأيهم أي نتائج ضد القرار المتخذ من قبله. وبالتالي يبقى لرئيس الجمهورية حرية

[1]- ومن بين المؤسسات الاستشارية الأخرى التي تكلم عنها الفصل الأول من دستور 1996 هو المجلس الاسلامي الأعلى، أما التعديل الدستوري لسنة 2016 فقد استحدث المجالس الاستشارية التالية: المجلس الوطني لحقوق الانسان، المجلس الأعلى للشباب، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، المجلس الوطني للبحث العلمي والتكنولوجيا.

[2]- أحمد سحنين، المرجع السابق، ص.36.

تكييف الأوضاع، واختيار الوسيلة المناسبة لمواجهتها، ومع ذلك فهو ملزم بمراعاة الإجراء الشكلي، المتمثل في اجتماع هذا الجهاز وتقديم آرائه في قضايا الأمن والدفاع[1].

ثالثا: استشارة بعض الشخصيات الدستورية

يلتزم رئيس الجمهورية، قبل لجوئه إلى الإعلان عن حالة الحصار أو حالة الطوارئ، استشارة الهيئات التالية: رئيس مجلس الأمة **(1)**، رئيس المجلس الشعبي الوطني **(2)**، الوزير الأول **(3)**، والمجلس الدستوري **(4)**. ويعتبر أخذ رأي هذه الجهات واستشارتهم إجراءً وجوبيا يترتب على الإخلال به بطلان باقي الإجراءات الأخرى التي سيقوم بها رئيس الجمهورية.

(1)- استشارة رئيس مجلس الأمة: جعل قانون التعديل الدستوري 01/16 إجراء استشارة رئيس مجلس الأمة سابقة على استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني فيما يتعلق بتطبيق حالة الحصار أو حالة الطوارئ، وهذا نظرا للمكانة التي يحتلها رئيس مجلس الأمة في النظام السياسي الجزائري[2]، فهو الشخصية الأولى في مجلس الأمة والشخصية الثانية في الدولة بعد رئيس الجمهورية، ويتجلى ذلك من خلال توليه لرئاسة الدولة بالنيابة، إذا استحال على رئيس الجمهورية أن يمارس مهامه بسبب مرض خطير ومزمن، أو بسبب استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته حسب المادة 88 أو المادة 102 من التعديل الدستوري 2016، فيتولى مهمة رئاسة الدولة بالنيابة لمدة خمسة وأربعين 45 يوما، يتمتع خلالها بكل الصلاحيات المعهودة لرئيس الجمهورية، باستثناء تلك الواردة في نص المادة 90 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 104 من التعديل الدستوري 2016، وإذا استمر المانع بعد انقضاء هذه المدة يعلن الشغور بالاستقالة وجوبا[3]، ولا يعلن عن الشغور بالاستقالة وجوبا إلا بعد اجتماع المجلس الدستوري وجوبا، وإثبات حالة الشغور وتبليغ شهادة التصريح بالشغور إلى البرلمان الذي يجتمع وجوبا. فيتولى رئيس مجلس الأمة مهام رئيس الدولة لمدة أقصاها تسعون 90 يوما، حسب التعديل الدستوري لسنة 2016، عوض الستون 60 يوما الواردة في المادة 88 من الدستور 1996 المعدل والمتمم، لتنظم خلال هذه المدة انتخابات رئاسية يمنع من الترشح لها رئيس الدولة المعين بهذه الطريقة[4]، ويضطلع رئيس الدولة في هذه الحالة بممارسة ذات الاختصاصات التي يمارسها رئيس الجمهورية في الظروف العادية، إلا ما استثنته المادة 90 من دستور 1996.

---

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.120، أنظر أيضا: سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص.271.

[2]- يتمتع رئيس مجلس الأمة بمركز ممتاز على مستوى المجلس، وهذا راجع إلى كيفية انتخابه والصلاحيات التي يضطلع بها، حسب المادة 6 و 8 من القانون العضوي رقم 02/99 المتضمن النظام الداخلي لمجلس الأمة المعدل والمتمم بتاريخ 28 نوفمبر 2000، كما مكنه هذا القانون من رئاسة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا، في حالات محددة على سبيل الحصر، لاسيما في حالة استحالة ممارسة رئيس الجمهورية لمهامه بسبب مرض خطير ومزمن، حسب المادة 2/88 من الدستور، أو عند استمرار المانع لرئيس الجمهورية بعد انقضاء 45 يوما م 3/88 من الدستور فيرأس البرلمان بغرفتيه المجتمعتين معا، من أجل التصريح بثبوت المانع أو من أجل التصريح بالشغور بالاستقالة. وكذلك بعد اثبات الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية من طرف المجلس الدستوري بسبب الاستقالة أو الوفاة، المادة 5/88 من الدستور.

[3]- أنظر: المواد من 88 إلى المادة 90 من الدستور والتي تقابلها المواد: 102 إلى 104 من التعديل الدستوري 01/16.

[4]- وطبقا للمادة 12 من القانون العضوي رقم 02/90 يتولى نيابة رئاسة مجلس الأمة نائب الرئيس الأكبر سنا.

ومن بين الصلاحيات التي يمنع على رئيس مجلس الأمة المعين رئيسا للدولة القيام بها، حسب الدستور: تعيين الوزير الأول وأعضائه، إقالة الحكومة القائمة، حتى يشرع رئيس الجمهورية الجديد في ممارسة مهامه[1]. بالإضافة إلى أنه يحظر عليه اصدار العفو وتخفيض العقوبات أو استبدالها، أو اللجوء إلى الاستفتاء، واللجوء إلى التشريع بأوامر، ولا يجوز له أيضا تقرير حل المجلس الشعبي الوطني أو تعديل الدستور. زيادة على ذلك فإنه يمنع عليه أن يقرر حالة الطوارئ أو حالة الحصار أو الحالة الاستثنائية أو التعبئة العامة أو الحرب، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا، وبعد استشارة المجلس الدستوري والمجلس الأعلى للأمن، حسب الفقرة الثالثة من المادة 104 من التعديل الدستوري 2016.

وعليه، فإن رئيس مجلس الأمة المعين رئيسا للدولة بالنيابة أو رئيسا للدولة، لا يتمتع بالسلطات نفسها المخولة دستوريا لرئيس الجمهورية في الظروف غير العادية، التي تصل ذروتها في حالة الحرب، نتيجة وقف العمل بالدستور وجمع السلطات بيده[2].

لكن مع ذلك يبقى رئيس مجلس الأمة يشكل جهازا استشاريا أساسيا لرئيس الجمهورية في الظروف غير العادية، حيث ألزمه الدستور بأن يستشير رئيس مجلس الأمة عند لجوئه لتقرير إحدى صور حالات الضرورة (حالة الطوارئ أو حالة الحصار أو الحالة الاستثنائية أو التعبئة العامة أو الحرب)، دون أن يلزمه بوجوب الأخذ برأيه.

(2)- استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني: يعد المجلس الشعبي الوطني، مقارنة بمجلس الأمة[3]، الممثل الأول للشعب والهيئة المكلفة بحماية حقوق وحريات الأفراد[4]، فبالإضافة إلى توليه سلطة التشريع وإعداد القوانين، فهو يلعب أيضا دورا مهما في مراقبة قرارات وأعمال السلطة التنفيذية، خاصة تلك التي قد تمس بحقوق وحريات الأفراد[5]، كما يعتبر رئيسه عضوا من أعضاء المجلس الأعلى للأمن.

لذلك فإنه بالنظر إلى هذه المكانة التي تحتلها الغرفة الأولى للبرلمان، فقد ألزمت المادة 105 من التعديل الدستوري 2016 رئيس الجمهورية باستشارة رئيس هذه الهيئة، لأجل إبداء رأيه في تقدير مدى خطورة الأوضاع التي تعيشها مؤسسات الدولة، وتقدير خطورة الإجراء الذي سيتخذه رئيس الجمهورية بتقريره

---

[1]- حسب الفقرة الأولى من المادة 90 من الدستور المعدل والمتمم والتي تقابلها المادة 104 من التعديل الدستوري التي تنص بأنه: "لا يمكن أن تقال الحكومة القائمة ابان حصول المانع لرئيس أو وفاته أو استقالته حتى يشرع رئيس الجمهورية الجديد في ممارسته مهامه. كما ألزمت الفقرة الثانية من المادة 104 الوزير الأول بأن يستقيل وجوبا إذا ترشح لرئاسة الجمهورية، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 104 من الدستور: "يستقيل الوزير الأول إذا ترشح لرئاسة الجمهورية، ويمارس وظيفة الوزير الأول حينئذ أحد أعضاء الحكومة الذي يعينه رئيس الدولة".

[2]- عقيلة خرباشي، **مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري**، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، 2010/2009، ص ص.136- 139.

[3]- يعتبر مجلس الأمة هيئة جديدة تم استحداثها بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996 كغرفة ثانية للبرلمان، حيث استطاع هذا التعديل أن ينقل النظام الدستوري الجزائري من الأحادية البرلمانية إلى الثنائية البرلمانية، حيث أدخل هذا التعديل الدستوري النظام السياسي الجزائري في فكرة الازدواجية بالنسبة للسلطات الثلاث، ازدواجية القضاء (القضاء العادي والقضاء الإداري)، ازدواجية السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة) وازدواجية السلطة التشريعية (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة).

[4]- اشترطت المادة من 87 دستور 23 فبراير 1989 إضافة إلى استشارة باقي الشخصيات، استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني باعتباره الرئيس الوحيد للبرلمان، حيث لم تكن الغرفة الثانية (مجلس الأمة) موجودة.

[5]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.200، أنظر أيضا: سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص.271.

لحالة الطوارئ أو الحصار، وما يترتب عليه من آثار خطيرة على حقوق الأفراد وحرياتهم، غير أن رأيه يبقى أيضا رأيا استشاريا لا يلزم رئيس الجمهورية بالعمل به.

(3)- استشارة الوزير الأول: استبدل المؤسس الدستوري الجزائري، اسوة بالمؤسس الدستوري الفرنسي، مصطلح رئيس الحكومة بمصطلح الوزير الأول بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008[1]، الذي يمثل، بجانب رئيس الجمهورية والوزراء، السلطة التنفيذية، حيث كلّفه الدستور بالمهام التنفيذية إضافة إلى المهام التنظيمية[2]، إذ تنص المادة 85 من الدستور 1996، والتي تقابلها المادة 99 من التعديل الدستوري لسنة 2016، على أنه: "يمارس الوزير الأول، زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية:

1- يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة مع احترام الأحكام الدستورية،

2- يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات،

3- يرأس اجتماعات الحكومة،

4- يوقع المراسيم التنفيذية،

5- يعين في وظائف الدولة بعد موافقة رئيس الجمهورية، ودون المساس بأحكام المادتين 77 و 78 السابقتي الذكر،

6- يسهر على حسن سير الإدارة العمومية".

زيادة على ذلك فقد أعطاه الدستور حق المبادرة بالقوانين حسب الفقرة الأولى من المادة 119 من دستور 1996 المعدل والمتمم، والتي تقابلها المادة 136 من التعديل الدستوري 2016 [3]، وهو أيضا المكلف

---

[1]- القانون رقم: 19/08 المؤرخ في: 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 63 المؤرخة في: 16 نوفمبر 2008.

[2]- تنص المادة 125 من الدستور بأنه: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.
يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول". أنظر أيضا المواد: 79، 80، 81، 83، 84 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

[3]- تنص الفقرة الأولى من المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016: "لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين". حيث سمح هذا التعديل لعشرين (20) عضوا من أعضاء مجلس الأمة اقتراح القوانين في المسائل المنصوص عليها في المادة 137، علما أن هذه الأخيرة هي مادة مستحدثة في الدستور والتي تنص: "تودع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم والتقسيم الإقليمي مكتب مجلس الأمة.
وباستثناء الحالات المبينة في الفقرة أعلاه، تودع كل مشاريع القوانين الأخرى بمكتب المجلس الشعبي الوطني".
أما المادة 138 فقد نصت: "مع مراعاة الحالة المذكورة في أحكام الفقرة الأولى من المادة137 أعلاه، يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه.
تنصب مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني على النص الذي يعرضه عليه الوزير الأول أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137.
تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى.
وتناقش كل غرفة النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه.
وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية.
وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء في كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف.
وتنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما.
تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة.
وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا.
وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو، إذاتعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه.
ويُسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقا للفقرة السابقة.

بتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية على أرض الواقع، حيث قد يكلفه رئيس الجمهورية بتمثيله في الزيارات التفقدية لبعض الولايات، أو ينوبه في استقبال بعض الشخصيات الدولية[1]، وهذا دون المساس بالصلاحيات التي ينفرد بها رئيس الجمهورية، والمذكورة على سبيل الحصر في المادتين 77 و 78 من الدستور 1996، والتي تقابلهما المادتين 91 و92 من التعديل الدستوري 2016[2]، وتلك التي خولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، كما يكلف أيضا الوزير الأول بتنفيذ الإجراءات الاستثنائية في أوقات الأزمات، إضافة إلى ذلك فإن الوزير الأول يعد واحدا من أعضاء المجلس الأعلى للأمن.

وعليه، فإنه بالنظر إلى هذه المكانة التي يحظى بها الوزير الأول داخل الجهاز التنفيذي، فقد اعتبرته المادة 105 من التعديل الدستوري، ثالث شخصية سياسية يلجأ إليها رئيس الجمهورية لاستشارته، بخصوص تقريره لحالة الطوارئ أو حالة الحصار، وهذا بسبب قربه من واقع المجتمع وإطلاعه على مختلف الحالات الواقعية، التي يعيشها المجتمع بمختلف شرائحه وتطوراتها، وأيضا بسبب إلمامه بكل الأوضاع والإحصائيات المتعلقة بمختلف المجالات، السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية أو الثقافية، لذلك يتعين على رئيس الجمهورية استشارته دون أن يكون ملزما بالأخذ برأيه.

يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون يوما (75) من تاريخ إيداعه، طبقا للفقرات السابقة.
وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر.
تحدد الاجراءات الأخرى بموجب القانون العضوي المذكور في المادة 132 من الدستور.

[1]- كما هو الوضع عليه حاليا في الجزائر، حيث أصبح الوزير الأول الحالي "عبد المالك سلال" -وبتكليف من رئيس الجمهورية "عبد العزيز بوتفليقة"- ممثلا له في مختلف المحافل الوطنية والدولية، وذلك بسبب مرض هذا الأخير، وهو ما أزعج أحزاب المعارضة التي طالبت بتطبيق نص المادة 88 من دستور 1996 المعدل والمتمم، والتي تقابلها المادة 102 من التعديل الدستوري 2016.

[2]- نصت المادة 91 من التعديل الدستوري: "يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية:
1- هو القائد الأعلى للقوات المسلحة للجمهورية،
2- يتولى مسؤولية الدفاع الوطني،
3- يقرر السياسة الخارجية للأمة ويوجهها،
4- يرأس مجلس الوزراء،
5- يعين الوزير الأول بعد استشارة الأغلبية البرلمانية، وينهي مهامه،
6- يوقع المراسيم الرئاسية،
7- له حق إصدار العفو وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها،
8- يمكنه أن يستشير الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الاستفتاء،
9- يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها،
10- يسلم أوسمة الدولة ونياشينها وشهاداتها التشريفية".
أما المادة 92 فنصت: "يعين رئيس الجمهورية في الوظائف والمهام الآتية:
1- الوظائف والمهام المنصوص عليها في الدستور،
2- الوظائف المدنية والعسكرية في الدولة،
3- التعيينات التي تتم في مجلس الوزراء،
4- الرئيس الأول للمحكمة العليا،
5- رئيس مجلس الدولة،
6- الأمين العام للحكومة،
7- محافظ بنك الجزائر،
8- القضاة،
9- مسؤولو أجهزة الأمن،
10- الولاة .
ويعين رئيس الجمهورية سفراء الجمهورية والمبعوثين فوق العادة إلى الخارج، وينهي مهامهم، ويتسلم أوراق اعتماد الممثلين الدبلوماسيين الأجانب وأوراق إنهاء مهامهم.
وزيادة على الوظائف المنصوص عليها في الفقرتين 4 و5 أعلاه، يحدد قانون عضوي الوظائف القضائية الأخرى التي يعيّن فيها رئيس الجمهورية".
ونصت الفقرة الأولى من المادة 93 بأن: "يعين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة بعد استشارة الوزير الأول".

(4)- استشارة رئيس المجلس الدستوري: لا يتوقف دور المجلس الدستوري في الجزائر عند حد الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات والتنظيمات، والرقابة على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية وإعلان نتائج هذه العمليات، وكذا الفصل في مدى دستورية مشروع تعديل الدستور، بل له أيضا دور في اثبات حالة الشغور النهائي لرئيس الجمهورية بسبب الوفاة أو الاستقالة، وكذا حصول المانع لرئيس مجلس الأمة، حيث يجتمع المجلس الدستوري وجوبا ليثبت بالإجماع وبصفة نهائية هذا الشغور.

وقد منحت المادة 102 من التعديل الدستوري 2016، مهمة تولي رئاسة الدولة بصفة مؤقتة لرئيس المجلس الدستوري لمدة أقصاها تسعون (90) يوما، وهذا في حالة اقتران استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشغور رئاسة مجلس الأمة، لأي سبب كان[1]، خلال هذه المدة تنظم انتخابات رئاسية، ولا يَحِقّ لرئيس المجلس الدستوري أن يترشح لرئاسة الجمهوري، أو أن يمارس بعض الصلاحيات الموكلة عادة للرئيس المنتخب، وهي الصلاحيات التي حصرتها نص المادة 104 من التعديل الدستوري السابق ذكرها.

وبالتالي فإنه بالنظر لهذا المركز المهم الذي يتمتع به رئيس المجلس الدستوري داخل النظام الدستوري الجزائري، فقد منحه الدستور أيضا دور المستشار في الظروف الاستثنائية، إذ قد يحتاج رئيس الجمهورية لرأيه كدعم معنوي لشرعية اللجوء إلى إعلان حالة الطوارئ أو حالة الحصار، لاسيما إذا أصبحت قواعد القانون العادي عاجزة عن التصدي لخطورة الأوضاع الأمنية التي تعرفها البلاد لها، الأمر الذي يتطلب مواجهاتها بتدابير استثنائية غير مألوفة.

غير أنه إذا كانت استشارة رئيس المجلس الدستوري تمثل قيدا شكليا ألزمه الدستور، فإن مضمون هذه الاستشارة ليس له أي قيمة أو قوة إلزامية لدى رئيس الجمهورية.

وما يمكن ملاحظته، كنتيجة لما سبق، أنه باستثناء المجلس الأعلى للأمن الذي يستشار بكامل أعضائه، فإن استشارة كل من البرلمان بغرفتيه والمجلس الدستوري هي مقتصرة فقط على رؤساء تلك الهيئات دون الأعضاء، ولعل تفسير ذلك مرجعه إلى طبيعة وواقع الوضع المتأزم الذي تعيشه البلاد، والذي لا يحتمل التأخير وطول الإجراءات.

ومن جهة أخرى يعاب على إجراء الاستشارة أن هناك لبس وغموض حول التقنية المتبعة في الاستشارة، إذ أن المؤسس الدستوري لم يبيّن لنا طريقة الاستشارة، ما إذا كانت تتم مع هذه الشخصيات جميعا في جلسة واحدة، أم تكون بعقد رئيس الجمهورية لاجتماع مع كل شخصية على حدا، أم أنه يكتفي بمعرفة موقفهم بموجب خطاب مكتوب؟.

---

[1]- هذا في الحالات العادية، أما في حالة الحرب فإن الفقرة الأخيرة من المادة 110 من التعديل الدستوري 2016 عالجت مسألة الشغور الرئاسي بالطريقة نفسها بقولها: "في حالة اقتران شغور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة، يتولى رئيس المجلس الدستوري وظائف رئيس الدولة حسب الشروط المبينة سابقا".

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية والإجرائية لإعلان الحالة الاستثنائية

تعد الحالة الاستثنائية، مقارنة بحالتي الحصار والطوارئ، من بين الصور الخطيرة لحالة الضرورة، لذا فقد ألزم الدستور رئيس الجمهورية اتباع شروط موضوعية **(الفرع الأول)** وأخرى إجرائية أو شكلية لإعلانها **(الفرع الثاني)**، والتي قد تتشابه بعضها مع الاجراءات والضوابط، التي عرفناها في الحالتين السابقتين، وقد تختلفان في بعض الجوانب الأخرى، وهو ما سنتعرف عليه في الآتي.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لإعلان الحالة الاستثنائية

اشترطت نص الفقرة الأولى من المادة 93 من دستور 1996، والتي تقابلها المادة 107 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، بأنه لتقرير هذه الحالة يجب أن يكون هناك خطر داهم على وشك الوقوع، وأن يهدد هذا الخطر مؤسسات الدولة أو استقلالها أو سلامة ترابها، لكن القارئ لهذه المادة –لاسيما الفقرة الأولى[1] منها– يلاحظ بأن فيها غموض حول الشروط الموضوعية لتقرير الحالة الاستثنائية، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولا: شرط وجود تهديد خطير على وشك الوقوع

من البديهي أن اللجوء إلى تطبيق حالة الضرورة يفترض وجود خطر جسيم يهدد مصالح الدولة ومؤسساتها، لذلك اعتبرت المادة 107 من التعديل الدستوري أن الخطر شرطا جوهريا يجب توافره لتقرير الحالة الاستثنائية، غير أنه يعاب على هذه المادة أنها لم توضح لنا درجة هذا الخطر– كما فعل نظيره – الدستور الفرنسي– الذي اشترط أن يكون الخطر جسيما وحالا، وهذا بصريح نص المادة 16 منه– وهو ما جعل البعض يرى بأن ظاهر هذه المادة أنها اشترطت توفر شرط الخطر مهما كان وصفه أو درجة جسامته لأجل تقرير الحالة الاستثنائية[2].

ويستوي في ذلك أن يكون مصدر هذا الخطر الوشيك داخلي أو خارجي[3].

---

[1]- نصت الفقرة الأولى من المادة 93 من دستور 1996، أو المادة 107 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، بأنه: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها".

[2]- ينصرف المعنى القانوني للخطر إلى كل حالة واقعية تنذر بضرر يصيب مصلحة حيوية فيتهددها بالانتقاص أو الزوال. أنظر: وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص 101 .

[3]- من أمثلة الأخطار الداخلية التي قد تصيب الدولة: الفتن الكبرى والعصيان المسلح والتمرد المدني والعسكري، أو الإضراب الذي قد يشمل جميع مرافق الدولة، أو محاولات التخريب وتعطيل مؤسسات الدولة عن السير الحسن والمنتظم .أما الأخطار الخارجية فقد تتمثل في حالة التهديد بالحرب أو التآمر على الدولة أو محاولة حصارها...

لكن بما أن هذه الحالة تمثل إحدى صور حالة الضرورة، فإنه –وفقا للقواعد العامة لنظرية الضرورة– يجب أن يكون الخطر جسيما يتجاوز في شدته الحدود العادية، بحيث لا يمكن مواجهته أو دفعه دون اللجوء إلى الإجراءات الاستثنائية[1].

كما أشار البعض أيضا إلى أن هناك غموض ولبس حول مضمون عبارة تهديد خطير وشيك الوقوع «Une menace grave et immédiate»، لكن بقراءتنا لنص المادة 107 من التعديل الدستوري يتضح لنا بأن المقصود منه هو الخطر الحال الداهم الذي يؤدي إلى إحداث شلل في النشاط العادي للمؤسسات الدستورية أو إلى احتمال أن يعرقل المؤسسات الدستورية عن أداء مهامها؛ بمعنى امكانية حدوث ارتباك للهيئات السياسية عن القيام بأعمالها بانتظام واطراد، أو هو الخطر الذي يهدد استقلال البلاد ووحدتها الوطنية وسلامة ترابها، لذا فإنه يفترض على الهيئة التنفيذية تقدير تواجد الخطر ودرجة تهديده.

ثانيا: شرط أن يهدد هذا الخطر المؤسسات الدستورية أو استقلال البلاد أو سلامة ترابها

يفهم من هذا الشرط، بأنه لإمكان تقرير الحالة الاستثنائية يجب أن ينصب الخطر على هذه المجالات الواردة على سبيل الحصر، أي أن يمس الخطر إحدى المؤسسات المنصوص عليها دستوريا دون أن يتعداها إلى غيرها من المؤسسات، وهذا انطلاقا من التفسير الضيق لعبارة "المؤسسات الدستورية" الواردة بنص المادة 107 من التعديل الدستوري.

وعلى رئيس الجمهورية تقدير مدى تهديد الخطر لهذه المسائل التي حددها الدستور صراحة.

كما حدد الدستور الفرنسي هو الآخر من خلال المادة 16 منه المجالات التي يتهددها الخطر، بقولها: "إذا أصبحت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية، مهددة بخطر جسيم وحال ترتب عنه عرقلة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية،...".

ويرى البعض بأن عبارة "السلطات العامة الدستورية" «Les pouvoirs publics constitutionnels» الواردة في هذه المادة يكتنفها الغموض، فهل نقصد بها البرلمان أم الحكومة أم المجلس الدستوري...؟. كما تبدو عبارة "تعطيل السير العادي للمؤسسات" ذات مدلول واسع يمكن التعبير عنها بأنه كلما وجدت صعوبة في السير العادي للمؤسسات الدستورية المتمثلة في رئيس الجمهورية والوزراء والبرلمان والسلطات القضائية، كما أن عبارة "مؤسسات الجمهورية" (les institutions de la Républiques) لها أيضا مفهوما واسعا، إذ كلما كان الخطر مهددا لأي مؤسسة من مؤسسات الجمهورية الفرنسية، كمؤسسة

[1]- عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص.457 .

الأمن، أو مؤسسة الدفاع وغيرها، كان ذلك مبررا لرئيس الجمهورية في اللجوء إلى إعمال نص المادة 16 من الدستور، بسبب أنه ليس في وسعه أن يمارس سلطاته بصورة عادية[1].

وبالتالي نخلص من خلال ما سبق، أن كل من المؤسسين الدستوريين الجزائري والفرنسي اعتبرا أن مسألة استقلال الأمة، أو سلامة ترابها، من المسائل التي تسمح باللجوء إلى تقرير الحالة الاستثنائية، إذا ما تعرضت للخطر. غير أن المؤسس الدستوري الفرنسي أضاف حالة أخرى غير موجودة في الدستور الجزائري، وهي حالة الخطر الذي يمس تنفيذ الدولة لتعهداتها الدولية.

والجدير بالذكر أن المادة 16 من الدستور الفرنسي، قد حددت بدقة طبيعة الخطر باشتراطها أن يكون الخطر جسيما وحالا، يترتب عنه إعاقة السير العادي والمنتظم للسلطات الدستورية العامة عن القيام بمهامها، في حين نجد أن المادة 107 من التعديل الدستوري اكتفت بعبارة غير دقيقة وهي "يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية"، مما يفهم منها أن العبرة هو بوجود الخطر بغض النظر عن آثاره، سواء ترتب عنه تعطيل السير العادي للمؤسسات الدستورية أم لا.

وتأييدا منا لموقف المؤسس الدستوري الفرنسي، فإن الخطر إذا لم يؤد إلى تعطيل السير المنتظم لمؤسسات الدولة، فلا داعي للجوء إلى تطبيق الحالة الاستثنائية، طالما أن القواعد العادية قادرة على مواجهة ذلك الخطر.

وعليه، فلا يقصد بالتعطيل في هذه الحالة، توقف السلطات الدستورية وعجزها عن أداء وظائفها بصفة كلية، كعدم تمكن البرلمان من الانعقاد، أو تشتت أعضاء السلطة التنفيذية، كما ذهب إليه بعض الفقهاء الفرنسيين[2]، وإنما أن يترتب على هذا التعطيل مجرد تعثر أو صعوبة السلطات الدستورية العامة عن سيرها، دون أن يكون قد أصابها العجز الكلي أو الشلل[3].

ومما يؤكد هذا التفسير، أن كل من المادة 16 من الدستور الفرنسي والمادة 107 من التعديل الدستوري، اشترطتا انعقاد البرلمان بقوة القانون عند تقرير الحالة الاستثنائية، وبالتالي لا يقصد بالتعطيل عجز البرلمان من أداء وظائفه أو توقفه المادي[4]، فيشترط إذن لتقرير الحالة الاستثنائية أن تتحقق استحالة مادية، وعجز كلي عن قيام إحدى أو كل السلطات الدستورية العامة عن مباشرة وظائفها الدستورية.

---

[1]- حسب مفهوم المادة 16 من الدستور الفرنسي، فإنه لا يمكن اعتبار الخطر المهدد لبعض الشخصيات السياسية العامة يدخل ضمن مصطلح "مؤسسات الجمهورية".

[2]- أنظر: (Michèle) VOISSET, *Op.Cit*, p.29.

[3]- أنظر: (Georges) MORANGE, ***Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16***, Dalloz, 1962, p.109; (Georges) BURDEAU, ***Droit constitutionnel et institutions politiques***, L.G.D.J, Paris, 1976, p.634.

[4]- أنظر: (Michèle) VOISSET, *Ibid.*, p.32 ; (Jean) LAMARQUE, « *La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958* », **R.D.P**, Paris, 1961, p.610.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لإعلان الحالة الاستثنائية

يستخلص من الفقرة الثانية من المادة 107 من التعديل الدستوري لسنة 2016، أن اللجوء إلى تقرير الحالة الاستثنائية، يتطلب توافر شروط إجرائية، حيث بينت الجهة التي تتولي تقرير الحالة الاستثنائية واتخاذ الاجراءات الاستثنائية الملائمة والمتمثلة في رئيس الجمهورية **(أولا)**، الذي يتعين عليه إجراء الاستشارة دون أن يلتزم بالتقيّد بالرأي **(ثانيا)**، كما اشترطت عليه جوب الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ولمجلس الوزراء**(ثالثا)**. أما بالنسبة للبرلمان فقد ألزمت المادة وجوب اجتماعه في الحالة الاستثنائية **(رابعا)**، غير أن ما يعيب هذه المادة أنها لم تحدد مدة تطبيق الحالة الاستثنائية **(خامسا)**.

أولا: تولي رئيس الجمهورية تقرير الحالة الاستثنائية واتخاذ الاجراءات الاستثنائية الملائمة

أعطت المادة 107 من التعديل الدستوري مهمة تولي الإعلان عن الحالة الاستثنائية، أو الاعلان عن فض العمل بها، لرئيس الجمهورية تاركة له سلطة تقديرية واسعة في ذلك، بمعنى أن هذه المادة خولت له صلاحية الانفراد بالإعلان عن الحالة الاستثنائية دون أن تشاركه في ذلك أيه جهة سياسية أخرى، وهو ما يفسر تسلط أو تجبر السلطة الرئاسية، حيث يصبح رئيس الدولة ديكتاتورا بموجب الدستور.

كما بات رئيس الجمهورية –حسب المادة 107 من التعديل الدستوري – يمارس دور "العرّاف" من حيث أنه يتوجب عليه أن يدرك متى يلجأ إلى تفعيل الحالة الاستثنائية، والتكهن بمدى جسامة الخطر الوشيك الوقوع والضرر الذي يمكن أن يلحقه بمجرد حدوثه، وكيفية مواجهته حسب المفهوم المادي للخطر، والذي قد تتطلب مواجهته تعليق العمل ببعض أحكام الدستور[1].

كما منحت أيضا هذه المادة لرئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ الإجراءات الاستثنائية اللازمة لصد ذلك الخطر.

أما المادة 16 من الدستور الفرنسي فقد أشارت هي الأخرى إلى منح رئيس الجمهورية سلطات لاتخاذ الإجراءات والتدابير المناسبة، التي تتكيف مع تلك الظروف المبررة للحالة الاستثنائية، بقولها: "... لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف... ويجب أن يكون الغرض من الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية أن يؤمن للسلطات الدستورية، في أقل مدة ممكنة، الوسائل الفعالة لانجاز مهام وظائفها".

[1]- عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص ص. 346- 350.

ثانيا: إلزامية الاستشارة دون التقيّد بالرأي

إن صلاحية إقرار وإعلان الحالة الاستثنائية الممنوحة لرئيس الجمهورية، حسب سلطتة التقديرية، مقيدة بإجراء الاستشارة، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 107 من التعديل الدستوري بأنه: "ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء".

لكن ما هي القيمة القانونية لهذه الاستشارة، وما الهدف منها؟

(1)- القيمة القانونية لإجراء الاستشارة: تعتبر استشارة الهيئات الواردة في الفقرة الثانية من المادة 107 من التعديل الدستوري، استشارة إلزامية من حيث الضرورة الإجرائية، غير أنها غير ملزمة لرئيس الجمهورية من حيث الأخذ بها أو استبعادها، أي أن الاستشارة في هذه الحالة إلزامية من حيث مبدأ طلبها، ولكنها اختيارية من حيث الأخذ بنتيجتها[1]، وكأن هدف المؤسس الدستوري من هذا الإجراء أو القيد الشكلي هو مجرد إعلام تلك الهيئات قصد ممارسة سلطة الرقابة، من دون أن تؤثر في قرار رئيس الجمهورية. وإن كان البعض يعتبرها ضمانة وتدعيما لموقف رئيس الجمهورية من الناحية الدستورية، أمام المؤسسات الأخرى والأفراد[2].

والأمر ذاته نجده في المادة 16 من الدستور الفرنسي، التي ألزمت هي الأخرى رئيس الجمهورية بإجراء الاستشارة بقولها: "... أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف، بعد استشارة كل من رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ والمجلس الدستوري...".

والجدير بالذكر أن الاستشارة التي تطلبها الدستور من بعض الشخصيات والهيئات يكتنفها بعض الغموض، ذلك أن المؤسس الدستوري الجزائري، وكذا الفرنسي، لم يحددا طريقة أو شكلية معينة للاستشارة، ما إذا كانت تتخذ شكلا كتابيا يخضع للنشر أم أن الاستشارة لاستطلاع رأيهم تتم مشافهة؟.

يمكن القول في هذا المقام بأن الاستشارة تتم مشافهة مع تلك الهيئات دون الحاجة إلى الكتابة ولا إلى النشر، طالما أنها تتخذ بشكل سري.

ومن جهة أخرى نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري أورد أسلوب الترتيب في أخذ الرأي، إذ على رئيس الجمهورية أن يبدأ بأخذ رأي رئيس مجلس الأمة، ثم رئيس المجلس الشعبي الوطني، ثم رأي رئيس المجلس الدستوري، ثم يستمع بعدها -في شكل اجتماع- لأعضاء المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

ومن اللافت للانتباه أن التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 قد عدّل في هذا الترتيب، فبعد أن كانت استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني سابقة على استشارة رئيس مجلس الأمة، حسب الفقرة الثانية من

[1]- مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.33.
[2]- سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص.275 .

المادة 93 من دستور 1996 المعدل والمتمم، فإنه بموجب هذا التعديل أصبحت استشارة رئيس مجلس الأمة تسبق استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ولعل تفسير ذلك –كما سبق التطرق إليه– يرجع إلى المكانة الهامة التي يحتلها رئيس مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري، كما أصبحت الاستشارة –وفق هذا التعديل– مقتصرة على رئيس المجلس الدستوري دون بقية أعضاء المجلس[1]، كما هو مطبق في حالتي الحصار والطوارئ. وإن كانت المادة 16 من الدستور الفرنسي نصت على استشارة المجلس الدستوري كهيئة مجتمعة، دون أن تحصر الاستشارة بأخذ رأي رئيسه فقط[2].

غير أنه إذا كانت المادة 105 من التعديل الدستوري، ألزمت رئيس الجمهورية استشارة الوزير الأول قبل تقريره لحالة الطوارئ أو الحصار، فإن المادة 107 من التعديل الدستوري لم تشترط ذلك، وهذا خلافا لنص المادة 16 من الدستور الفرنسي التي جعلت رئيس الوزراء من بين أولى الشخصيات التي يستشيرها رئيس الجمهورية.

إن الاشكال الذي يمكن طرحه في هذا الخصوص هو: هل أن استشارة رؤساء تلك الهيئات تتم في جلسة واحدة أم أن رئيس الجمهورية يجتمع برئيس كل هيئة على انفراد؟.

إن القارئ لنص الفقرة الثانية من المادة 107 يرى بأن المؤسس الدستوري استعمل "واو العطف"؛ بمعنى أن رئيس الجمهورية يجتمع بهم في جلسات متفرقة، والتي من المفروض أن تتم في اليوم نفسه، دون أن يترك زمن طويل بين اجتماع وآخر. لكن لا يمنع هذا من أن يجتمع برؤساء تلك الهيئات جميعا في جلسة واحدة، ويأخذ رأيهم وفق الترتيب الذي أوردته المادة 107 من التعديل الدستوري، وهذا بحسب طبيعة الوضع وحالة الاستعجال التي يفرضها الخطر الوشيك.

(2)– **الهدف من إجراء الاستشارة:** بالرغم من أن الآراء الصادرة عن هذه الشخصيات هي آراء استشارية، لا ترتب أي جزاء إذا ما خالفها رئيس الجمهورية[3]، إلا أنها تتمتع بقيمة معنوية، حيث رتّب الدستور عدم لجوء رئيس الجمهورية لطلب الاستشارة من تلك الهيئات –التي لها مكانة هامة في النظام الدستوري الجزائري– بطلان الإعلان عن الحالة الاستثنائية، وبالتالي عدم دستورية الإجراءات الاستثنائية المترتبة عليها، وعليه فلولا هذه القيمة التي أضفاها المؤسس الدستوري لإجراء الاستشارة لما أعاد التأكيد عليها في التعديل الحالي للدستور.

---

[1]- من المؤكد أن المادة 52 من التنظيم المحدد لإجراءات عمل المجلس الدستوري، ستعرف تعديلا يتوافق مع ما جاء به التعديل الدستوري الحالي، والتي تنص على أنه: "عندما يستشار المجلس الدستوري في إطار أحكام المادتين 93 و 97 من الدستور، يجتمع ويبدي رأيه فورا".

[2]- لم يكن هذا الشرط موجودا عند صياغة نص المادة 16، ليدرج بعدها في المادة من دون أن يجعل الاستشارة وجوبية، غير أنه بالرغم من مناداة البعض بجعل رأي المجلس الدستوري ملزما لرئيس الجمهورية، إلا أن محولاتهم فشلت، واستقرت صياغة المادة 16 على جعل رأي المجلس ذو طبيعة استشارية. أنظر: (Michèle) VOISSET, *Op.Cit.*, pp.43 et s.

[3]- أنظر: (Maurice) DUVERGER, *Op.Cit.*, pp.56-57.

كما قد يمثل الإجراء الاستشاري نوعا من الضمانة لتخفيف الوضعية التي يظهر بها رئيس الجمهورية عند قيامه بتلك السلطات الاستثنائية، ولكن بالرغم من ذلك يبقى رئيس الجمهورية ملزما بطلب الرأي من دون أن يكون ملزما بالتقيد بمضمونه، ولهذا قال البعض أن هذه الاستشارة هي مجرد استشارة لإعلام هذه الهيئات لا أكثر ولا أقل[1]. وإن كان البعض يرى أن هذه الاستشارة تعد ضمانة خادعة، ذلك أن السرية التي تتم فيها الاستشارة قد يظهر منها للرأي العام أن تلك الشخصيات قد وافقت على تقرير الحالة الاستثنائية، في حين أن الواقع قد يثبت العكس[2]. أما الهدف من استشارة المجلس الدستوري، فهو لإطلاعه بشأن التدابير التي ينوي اتخاذها لمواجهة الظروف الاستثنائية.

لكن إذا كان إجراء الاستشارة ضروري وملزم فإن النتيجة غير ملزمة، لكونها تمثل إجراءً أوليا يتعين على رئيس الجمهورية القيام به قبل مباشرته لأي تدبير يتصدى به لتلك الظروف الاستثنائية، ويرى البعض أن هذا القيد يشكل رقابة صورية على سلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية[3].

ونشير في هذا الصدد إلى أن المادة 16 من الدستور الفرنسي ألزمت رئيس الجمهورية بوجوب أخذ رأي المجلس الدستوري عند تطبيق هذه المادة ، وقد اشترطت المادة 53 من القانون العضوي المنظم للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 7 نوفمبر 1958، أن يكون رأي المجلس مكتوبا ومسببا مع وجوب نشره للعامة. مما يعني أن هذا الشرط سوف يجعل الرأي الاستشاري للمجلس الدستوري الفرنسي ذا مكانة لدى رئيس الجمهورية لا يمكنه تجاهله، نظرا لعلم المواطنين والرأي العام بمحتواه[4]، كما يعد نشر رأي المجلس الدستوري بمثابة رقابة فعلية على قرار رئيس الجمهورية المتضمن إعلان الحالة الاستثنائية، وهو ما لم يشترطه المؤسس الدستوري الجزائري.

وعليه، نخلص من خلال ما سبق، أن الإجراء الاستشاري هو إجراء جوهري ملزم لرئيس الجمهورية، يترتب على الإخلال به بطلان باقي الإجراءات التي سيتخذها رئيس الجمهورية، غير أنه لا يمثل هذا الإجراء أي قيد على الإجراءات الاستثنائية المتخذة من طرفه، إذ تظل لديه حرية التقدير في مواجهة الظرف بمفرده.

ثالثا: وجوب الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ولمجلس الوزراء

بالإضافة إلى استشارة رؤساء تلك الهيئات، قيدت المادة 107 من التعديل الدستوري رئيس الجمهورية بإجراء شكلي آخر، وهو وجوب الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ولمجلس الوزراء لأجل تقرير الحالة

---

[1]- الأمين شريط، **خصائص التطور الدستوري في الجزائر**، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة،1991، ص.559.

[2]- أنظر: (Geneviève) CAMUS, *Op.Cit.*, pp.267-268.

[3]- السيد خليل هيكل، "ظاهرة تقوية مركز رئيس الجمهورية في كل من الدستورين المصري والفرنسي"، **مجلة الدراسات القانونية**، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، العدد السابع، جوان 1985، ص. 45.

[4]- محمد أنس أرناؤوط، **تطبيقات الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الجمهورية العربية السورية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، 2008، ص.465.

الاستثنائية، لكن لماذا استعمل المؤسس الدستوري مصطلح الاستماع بدلا من مصطلح الاستشارة؟ وما الفرق بين المصطلحين؟.

هناك من يرى بأن الفرق بينهما يكمن في النتيجة النهائية لكلهيما، فالرأي يجب أن يترتب عليه الوصول إلى نتيجة، وبالتالي الوصول إلى الاتفاق على حد معين، بقبول الحالة الاستثنائية أو رفضها. أما الاستماع، فليس بالضرورة أن يترتب عليه الوصول إلى نتيجة، وبالتالي لا يشترط الاتفاق حول موضوع تقرير الحالة الاستثنائية أو رفض تقريرها.

ومن وجهة نظرنا يمكن ارجاع الفرق بينهما في أن مصطلح الاستشارة يقتصر على شخص، وأن الاستماع يتعلق بمجموعة؛ أي في إطار مجلس يضم مجموعة من الأعضاء، لذلك نصت المادة على أن رئيس الجمهورية يستمع للمجلسين على التوالي، فيبدأ أولا بالاستماع لآراء أعضاء المجلس الأعلى للأمن، الذي يترأسه هو، ثم يستمع بعدها لآراء الوزراء، بما فيهم الوزير الأول، بوصفهم أعضاء مكونين لمجلس الوزراء، والذي يترأسه أيضا رئيس الجمهورية.

لكن تبقى آراء أعضاء هذين المجلسين –كغيرهم– مجرد آراء استشارية لا تلزم رئيس الجمهورية؛ بمعنى أن دور هؤلاء الشخصيات والهيئات التي يطلب رأيها ضعيفا، بحيث لا تعتبر شريكا حقيقيا لرئيس الجمهورية في تقريره لهذه الحالة، فهي تكرس فقط ما يقوم به هذا الأخير وما يتخذه من قرارات؛ أي أن رئيس الجمهورية ينفرد بمواجهة الوضع لوحده، وأن تدخل هذه الشخصيات والهيئات غير وارد من قبيل الحاجة الماسة والضرورية إليها، بقدر ما هو ناتج عن محاولة أو رغبة سياسية في إعطاء طابع ديمقراطي للتصرف الرئاسي[1].

رابعا: وجوب اجتماع البرلمان في الحالة الاستثنائية

أشارت المادة 107 من التعديل الدستوري 2016، إلى وجوب اجتماع البرلمان في الحالة الاستثنائية حتى ولو كان في حالة عطلة، لكنها لم توضح السبب والغاية من ذلك. ولعل سبب ذلك قد يكون لأجل الموافقة على الإجراءات الاستثنائية المناسب اتخاذها، أو من أجل دراسة الحالة وإيجاد حلول لها، أو لأجل مناقشة البرلمان لما اتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات مختلفة اقتضتها الظروف غير العادية [2]، وكذا لتدعيم شرعية قرارات رئيس الجمهورية في هذه الحالة[3].

---

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.219.

[2]- مراد بدران، **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة...**، المرجع السابق، ص.148.

[3]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.219. نقلا عن:

(Abdelaziz) BENARAFA, ***Les circonstances exceptionnelles dans la constitution du 22/11/1976***, mémoire de magistère, Université d'Alger, 1979, p.96.

لذا يفهم من إجراء الاجتماع الوجوبي للبرلمان، أن الحالة الاستثنائية كظرف استثنائي تحدث عندما تكون مؤسسات الدولة موجودة وتعمل في سلام وأمان.

نشير في الأخير إلى الإجراء الآخر الذي أضافته المادة 16 من الدستور الفرنسي، لم تذكره المادة 107، والمتمثل في وجوب توجيه رئيس الجمهورية لخطاب للأمة، الذي يعد من جهة وسيلة تبرير لتفعيل الرئيس هذه السلطة المعتبرة والخطيرة (الحالة الاستثنائية)، من أجل إحاطة الأفراد بما اتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات، ومن جهة أخرى يسعى رئيس الجمهورية، من خلال الخطاب، إلى تعزيز الصلة مع الأمة، وتجسيد المشاركة والتلاحم بين رئيس الدولة والأمة في وقت تتعرض فيه الدولة لأزمة خطيرة، لكي يلتف حوله الشعب. لهذا فإنه يتوجب على رئيس الجمهورية من الناحية السياسية أن يخاطب الأمة مباشرة على إثر اللجوء إلى تفعيل الحالة الاستثنائية، حتى يضع الشعب في الصورة، سواء بخصوص الظرف الطارئ، أو ما يمكن أن يترتب عنه من مخاطر، وما سيتخذه من إجراءات لمواجهة الوضع إلى أن يستتب الأمن والسكينة.

وللإشارة فإن الخطاب الذي يوجهه رئيس الجمهورية للأمة يعتبر بالأساس إجراءً شكليا، فهو ليس بالشرط السابق لاتخاذ قرار اللجوء إلى تفعيل المادة الدستورية المتعلقة بالحالة الاستثنائية، لأن معناه في واقع الحال يتلخص بالضرورة في تبيان الأسباب والدوافع التي أدت إلى إعلان الحالة الاستثنائية إلى الشعب، الذي فوضه لتولي السلطة إلى أجل مسمى.

وبرجوعنا إلى مسألة الخطاب الرئاسي، التي لم تأخذ بها المادة 93 أو المادة 107 من التعديل الدستوري، فإنه –حسب رأي الدكتور عبد الله بوقفة– يمكن إرجاع تجاهل المؤسس الدستوري لمؤدى الخطاب ومداه في مثل هذه الأحوال العصيبة، إلى أنه رأى في الخطاب الرئاسي مسألة بديهية لا تستحق إدراجها ضمن المادة 93 من الدستور (المادة 107 من التعديل الدستوري)، لأنه في النهاية سيخاطب رئيس الجمهورية الأمة[1]. لكن مع ذلك فقد أورد المؤسس الدستوري هذا الشرط عند الاعلان عن حالة الحرب.

خامسا: عدم تحديد مدة تطبيق الحالة الاستثنائية

خلافا لحالتي الطوارئ والحصار، فإن نص المادة 107 من التعديل الدستوري أغفلت ذكر مدة تطبيق الحالة الاستثنائية، جاعلة تقدير بقاء أو زوال الحالة الاستثنائية متروك للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، فهو الجهة الوحيدة التي تملك سلطة تقدير إبقاء أو إنهاء العمل بنظام الحالة الاستثنائية، وهو ما أكدته نص الفقرة الأخيرة من المادة 107 من التعديل الدستوري، من أن إجراءات إنهاء الحالة الاستثنائية تتم بذات الإجراءات المتخذة في إعلانها، والمتمثلة في:

[1]- عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص.352.

– أن يتم الانهاء بموجب قرار من رئيس الجمهورية، وذلك متى استرجعت البلاد أمنها وسلامة مؤسساتها واستقلالها،

– أن لا يتخذ إجراء الإنهاء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، وبعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، من دون أن يؤثر رأيهم على قرار رئيس الجمهورية فهو غير ملزم بالنسبة إليه،

– إلزامية الاجتماع الوجوبي للبرلمان لإنهاء الحالة.

وبهذه الإجراءات تنتهي بذلك كل التدابير والإجراءات الاستثنائية الأخرى التي صاحبت الإعلان عن الحالة الاستثنائية، فتعود السلطات المدنية لممارسة صلاحياتها التي كانت قد انتزعت منها بموجب الدستور والقوانين الاستثنائية لصالح السلطة العسكرية.

أما المادة 16 من الدستور الفرنسي، قبل التعديل الدستوري لسنة 2008، فقد أغفلت هي الأخرى تحديد مدة تطبيق الحالة، مشيرة فقط إلى وجوب أن يمارس رئيس الجمهورية تلك الاختصاصات الاستثنائية في أقل مدة ممكنة، وهو ما جعل جانب من الفقه الفرنسي يرى في تفسيره لهذه المادة، أن العمل بها يتعين أن ينتهي بمجرد زوال الظروف الاستثنائية التي أدت إلى تقرير الحالة الاستثنائية، وعودة السلطات العامة إلى ممارسة اختصاصاتها بصورة منتظمة، فبمجرد تحقق هذا الغرض، توجب على رئيس الجمهورية التوقف عن ممارسة اختصاصاته الاستثنائية التي منحت له بموجب الدستور، لوقت وجيز حسب الظرف، وإلا اعتبرت تصرفاته باطلة[1].

بينما ميّز جانب آخر من الفقه بين صنفين من الإجراءات أو التدابير المتخذة إبان العمل بالحالة الاستثنائية، وهما:

– الإجراءات ذات الطابع التشريعي أو التنظيمي، فإنه يتعين زوالها بمجرد زوال الظروف الاستثنائية التي أدت إلى تقرير الحالة الاستثنائية.

– أما الإجراءات التي تستهدف ضمان السير الحسن للإدارة، فإنه يجوز أن تبقى حتى بعد زوال تلك الظروف، وذلك لأن تلك الإجراءات ليس لها ارتباط مباشر بالحالة الاستثنائية، فهي وجدت بهدف الحفاظ على السير الحسن للمرافق العامة، كما أنها تظل صحيحة، حتى ولو صدرت في الحالة الاستثنائية من سلطة غير مختصة[2].

---

[1]- أنظر: يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 86 ؛ إسماعيل محمود شريف عبد المجيد، المرجع السابق، ص.176 . أنظر أيضا:
(Maurice) DUVERGER, *Op.Cit.*, p.233. (Georges) Moranger, *Op.Cit.*, p.114. (Jean) LAMARQUE, *Op.Cit.*, p.617.

[2]- اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن القرار الذي أصدره رئيس الجمهورية «De Gaulle» في 29 سبتمبر 1961 والقاضي بمد العمل ببعض الإجراءات والقرارات الاستثنائية التي كان قد اتخذها تطبيقا للمادة 16، بأنه قرار مجرد من أي أساس قانوني، ذلك أن استمرار الرئيس "ديغول" «De Gaulle» في تطبيق المادة 16 في الفترة من 23 أفريل إلى 30 سبتمبر 1961 أصبح لا طائل منه طالما أن أحداث الجزائر كانت قد انتهت بالفعل في 25 أفريل 1961، وعاد السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية. أنظر:

غير أن الفقرة الجديدة التي استحدثها التعديل الدستوري لسنة 2008 على المادة 16 من الدستور الفرنسي، والتي نصت على أنه: "بعد مرور ثلاثين (30) يومًا من العمل بالسلطات الاستثنائية، يجوز لرئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين (60) نائبًا أو ستين (60) عضوًا في مجلس الشيوخ إخطار المجلس الدستوري بغرض النظر فيما إذا كانت الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى مازالت قائمة.

ويفصل المجلس الدستوري في ذلك علنا وبسرعة.

ويجب أن يقوم بالنظر والفصل بذات الشروط في ختام مدة ستين (60) يومًا من العمل بالسلطات الاستثنائية وفي كل فترة بعد انقضاء هذه المدة"[1].

فقد أشارت هذه الفقرة إلى أن مسألة العمل بالسلطات الاستثنائية مقيدة بمدة زمنية وهي ثلاثين (30) يومًا، وهذا حتى لا يتعسف رئيس الجمهورية بإعمال سلطاته الاستثنائية. كما أجازت هذه الفقرة لكل من رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين (60) نائبًا أو ستين (60) عضوًا في مجلس الشيوخ أن يخطروا المجلس الدستوري، بغرض النظر فيما إذا كانت ظروف الحالة الاستثنائية وشروطها المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 16 مازالت قائمة، ومازالت تهدد مؤسسات الدولة، ويكون ذلك بمجرد انتهاء هذه مدة الثلاثين (30) يومًا من العمل بالسلطات الاستثنائية، حيث يمارس المجلس الدستوري في هذه الحالة دورا رقابيا لا دورا استشاريا، إذ يتعين عليه بأن يفصل على وجه السرعة في موضوع الإخطار وأن يعلن رأيه للعامة. كما يفهم من هذه الفقرة أنها منحت للمجلس الدستوري أن يمدد العمل بالسلطات الاستثنائية لمدة ستين (60) يومًا إذا رأى ضرورة لذلك، لكنه يبقى ملزما بعد انقضاء هذه المدة بممارسة دوره الرقابي متى أخطر بذلك، وفق ذات الشروط التي ذكرتها المادة.

وبالتالي فإن هذا التعديل للمادة 16 من الدستور الفرنسي لم تجعل مسألة إنهاء الحالة الاستثنائية أو تمديدها بيد رئيس الجمهورية، كما فعل المؤسس الدستوري الجزائري، الذي جعل رئيس الجمهورية الجهة الوحيدة التي تملك سلطة تقدير إبقاء أو إنهاء العمل بنظام الحالة الاستثنائية، وإنما مكّنت المجلس الدستوري تقرير ذلك بناء على إخطار، والذي حصرته في رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين (60) نائبًا أو ستين (60) عضوًا في مجلس الشيوخ، دون أن تمنح رئيس الجمهورية صلاحية الإخطار.

(André) HAURIOU, ***Droit constitutionnel et institutions politiques***, 4ème édition, édition Montchrestien, Paris, 1970, p. 821. (Michèle) VOISSET, *Op.Cit.*, p.197. (Geneviève) CAMUS, *Op.Cit.*, pp.229 et s.

[1]- نصت الفقرة الأخيرة من المادة 16 من دستور 1958 والمعدل بالقانون الدستوري رقم 724/2008 المؤرخ في 23 جويلية 2008، بأنه:

« Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le conseil constitutionnel peut être saisi par le président de l'assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée ».

لذلك كان من المفروض أن يتنبه التعديل الأخير للدستور لهذه المسالة، ويشرك هيئات دستورية أخرى في هذه المسألة وأن لا يبقيها حكرا لرئيس الجمهورية.

المطلب الثالث

الشروط الموضوعية والشكلية لإعلان حالة الحرب

نظرا لخصوصية وخطورة حالة الحرب على سلامة الدولة، وتأثيرها الكبير على حريات الأفراد، فإنه يتعين علينا، قبل التطرق إلى الضوابط الإجرائية الملزم اتباعها لتطبيقها، معرفة الشروط الموضوعية الخاصة بهذه الحالة، والتي تناولتها المادة 95 من الدستور 1996 المعدل والمتمم، والتي تقابلها المادة 109 من التعديل الدستوري 01/16.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لإعلان حالة الحرب

قيدت المادة 109 من التعديل الدستوري 01/16، رئيس الجمهورية ببعض الشروط أو القيود الموضوعية، قبل لجوئه إلى إعلان حالة الحرب وهي:

أولا: ضرورة وقوع عدوان فعلي على البلاد أو على وشك أن يقع

يعد هذا الشرط من أهم القيود الموضوعية التي يجب على رئيس الجمهورية احترامها عند إعلان حالة الحرب، واستخدام السلطات الاستثنائية المخولة له بموجب هذه الحالة لإرجاع الاستقرار في البلاد، ويقصد بالعدوان استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد السيادة أو السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو بأي شكل يتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة[1].

وقد ميّزت المادة 109 من التعديل الدستوري 01/16 بين نوعين من العدوان، الذي يتعين على رئيس الجمهورية التأكد من تحقق أحدهما قبل إعلان حالة الحرب، وهما العدوان الفعلي، والعدوان على وشك الوقوع، حيث يأخذ العدوان الفعلي طابعا ماديا يتمثل في الهجوم المادي، من طرف دولة أو مجموعة من الدول في شؤون البلاد الداخلية أو الخارجية باستخدام القوة العسكرية مباشرة[2]، أما العدوان الذي يوشك أن يقع فيأخذ طابعا معنويا، ويسبق الهجوم المسلح، ويتمثل في التحضير العسكري وحشد الجيوش والقيام بأعمال تخريبية أو محاولة ذلك[3].

---

[1]- سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص.276 .
[2]- الأمين شريط، المرجع السابق، ص ص. 558-589.
[3]- سعيد بو الشعير، المرجع نفسه، ص.277 .

ثانيا: عجز الطرق السلمية عن صد العدوان

لا يجوز لرئيس الجمهورية إعلان حالة الحرب لإيقاف العدوان الخارجي الفعلي، أو الذي يوشك أن يقع، والذي يمس بسيادة البلاد واستقلالها ووحدة ترابها، إلا إذا عجزت الوسائل السلمية المعروفة في القانون الدولي العام، كالمفاوضات الدبلوماسية والوساطة والتحكيم وغيرها، عن تسوية الخلافات الدولية وصد العدوان[1].

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لإعلان حالة الحرب

أوردت نص المادة 95 من دستور 1996 أو المادة 109 من التعديل الدستوري 2016، الشروط والضوابط الإجرائية التي ألزم الدستور القيام بها عند لجوء رئيس الجمهورية إلى إعلان حالة الحرب، بعد تحقق شروطها الموضوعية، بقولها: "... يُعلِن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري. ويجتمع البرلمان وجوبا. ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يُعلِمُها بذلك".

والملاحظ أن الإجراءات الشكلية لإعلان حالة الحرب، تتشابه في كثير منها مع الإجراءات التي عرفناها في الحالة الاستثنائية، من حيث إعطاء صلاحية الإعلان عنهما لرئيس الجمهورية، غير أن هذه الصلاحية مقيدة بإجراءات تتمثل في الآتي:

أولا: اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن

خلافا للحالة الاستثنائية التي أوجبت استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، كإجراءات أوليه قبل الإعلان عن الحالة الاستثنائية، فقد اشترطت المادة 109 من التعديل الدستوري 01/16 بوجوب اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن قبل الإعلان عن حالة الحرب.

إن الغرض من اجتماع مجلس الوزراء، الذي يترأسه رئيس الجمهورية، هو لأجل مناقشة موضوع الاعلان عن الحالة، دون أن تكون آراء أعضائه ملزمة لرئيس الجمهورية، بدليل أن المادة 109 اكتفت بعبارة اجتماع المجلس، إذ ينفرد رئيس الجمهورية باتخاذ القرار المناسب، لكن مع ذلك يبقى إجراء الاجتماع إجراءً جوهريا، تحت طائلة بطلان باقي الإجراءات التي تتم دون احترام هذا الإجراء.

[1]- نصت المادة 26 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 29 من التعديل الدستوري 2016 على: "تمتنع الجزائر عن اللجوء إلى الحرب من أجل المساس بالسيادة المشروعة للشعوب الأخرى وحريتها. وتبذل جهدها لتسوية الخلافات الدولية بالوسائل السلمية".

كما ألزمت أيضا المادة 109 أن تكون هيئة المجلس الأعلى للأمن بجانب رئيس الجمهورية، لاسيما في تلك الأزمات التي تهدد بأمن البلاد والعباد، لأجل سماع رئيس الجمهورية لآراء أعضائها قبل إعلانه لحالة الحرب، والإطلاع على وجهات نظرهم فيما يتعلق بالإستراتيجية العسكرية والفنية لصد العدوان. هو غير أنه بالرغم من إلزامية الاستماع لآراء أعضاء المجلس الأعلى للأمن، إلا أن رئيس الجمهورية يتمتع بمطلق الحرية في اعتماد آرائهم أو استبعادها، طالما أن القرار النهائي في إعلان حالة الحرب أو تأجيلها، هو بيد رئيس الجمهورية، بوصفه القائد الأعلى للقوات المسلحة.

ثانيا: إلزامية استشارة شخصيات دستورية محددة

لا تختلف استشارة كل من رئيس مجلس الأمة، رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري عن الاستشارة التي عرفناها في حالات الضرورة السابقة، خاصة بعد أن أضاف التعديل الدستوري لسنة 2016 للمادة 95 من دستور 1996، شرط ضرورة استشارة رئيس المجلس الدستوري، إلا أن الاختلاف يكمن فقط من حيث أن الاستشارة في هذه الحالة متعلقة بحالة هي من أخطر حالات الضرورة على الإطلاق، كما أن الدستور جعل هذه الاستشارة تالية على استشارة مجلس الوزراء والمجلس الأعلى للأمن.

ذلك أن سبب استشارة رئيس الجمهورية لرئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني يرجع إلى كونهما يمثلان الشعب أمام البرلمان، كما قد تشكل الاستشارة كأسلوب لمراقبة السلطة التنفيذية في اتخاذ القرارات والإجراءات المتعلقة خصوصا بحقوق وحريات الأفراد، ذلك أن حالة الحرب ترتب آثار بالغة، ليس فقط على حقوق وحريات الأفراد، بل أنها تؤثر على سلطات الدولة من خلال تولي رئيس الجمهورية طيلة مدة الحرب جميع الصلاحيات بما فيها صلاحية التشريع. كما سيأتي بيانه لاحقا.

أما بالنسبة لاستشارة رئيس المجلس الدستوري، فإن الغرض من توسيع دائرة الاستشارة لتضم هذا الأخير، فيمكن إرجاعه إلى المركز الذي أصبح يحتله رئيس المجلس الدستوري، لاسيما بعد التعديل الأخير للدستور، كما سبق وأن أشرنا إليه، كما قد تعد هذه الاستشارة بمثابة رقابة وضمانة لرئيس الجمهورية لتعزيز موقفه من إعلان حالة الحرب.

غير أن ما يلاحظ على نص المادة 109 من التعديل الدستوري 01/16، مقارنة بحالتي الحصار والطوارئ، أنها لم تدخل الوزير الأول ضمن الشخصيات السياسية التي يتعين على رئيس الجمهورية أخذ رأيها قبل إعلان حالة الحرب، وإن كان الوزير الأول يكون من ضمن أعضاء مجلس الوزراء والمجلس الأعلى للأمن.

لكن مع ذلك تبقى استشارة هؤلاء الشخصيات لا تشكل بالنسبة لرئيس الجمهورية إلا قيدا شكليا لإعلان حالة الحرب، دون الالتزام بالأخذ برأيهم. فرئيس الجمهورية يواجه العدوان الفعلي أو الذي يوشك أن يقع بصفة انفرادية، قصد بسط نفوذه وسيطرته على جميع الأوضاع التي قد تثار لاسيما الداخلية منها مع المحافظة على وحدة الأمة[1].

ثالثا: الاجتماع الوجوبي للبرلمان طيلة مدة الحرب

إذا كانت المادة 35 من دستور الفرنسي لسنة 1958 تجعل إعلان الحرب من قبل رئيس الجمهورية متوقفة على ترخيص من البرلمان، وهو الإجراء ذاته الذي ذكرته أيضا نص المادة 44 من دستور 1963 حيث اشترطت على رئيس الجمهورية لإعلانه حالة الحرب موافقة المجلس الشعبي الوطني، فإن المؤسس الدستوري الجزائري في الدساتير الموالية على دستور 1963 إلى غاية الدستور الحالي، والتعديل الذي عرفه الدستور مؤخرا، ترك رئيس الجمهورية بنفرد بقرار إعلان حالة الحرب دون مشاركة فعلية من البرلمان، بحيث لم تشترط المادة 109 من التعديل الدستوري 2016 ضرورة موافقة البرلمان على إعلان الحرب، بل نصت فقط على أن يجتمع البرلمان وجوبا طيلة مدة قيام حالة الحرب، وأن يكون الإجتماع بقوة القانون؛ بمعنى أن يكون الاجتماع تلقائيا دون دعوة من رئيس الجمهورية. وذلك بهدف أن يمارس صلاحيته التي تتناسب وظروف الحرب.

وعليه، فإن المؤسس الدستوري الجزائري لم يخول للبرلمان حق المصادقة على نص تشريعي أو ممارسة اختصاص رقابي، إذ أن البرلمان لا يستطيع مباشرة سلطاته التي أسندها له الدستور إلى حين انتهاء حالة الحرب والعودة إلى العمل بالدستور[2].

غير أن المؤسس الدستوري قيّد رئيس الجمهورية بأخذ رأي المجلس الدستوري، فيما يخص الاتفاقيات المتعلقة بالهدنة ومعاهدات السلم، قبل عرضها الفوري على البرلمان المجتمع وجوبا، لأجل الموافقة عليها صراحة، وهو ما نصت عليه المادة 97 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 111 من التعديل الدستوري 01/16: "يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم.

ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الإتفاقيات المتعلقة بهما.

ويعرضهما فورا على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة".

---

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 213.

[2]- عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص ص.491- 492 .

رابعا: وجوب توجيه خطاب للأمة

ألزمت المادة 109 من التعديل الدستوري 01/16 رئيس الجمهورية، بعد استكمال قيامه بالإجراءات السابقة، أن يوجه خطابا للأمة يعلمها بدوافع الإعلان عن حالة الحرب، وبالتدابير والإجراءات الاستثنائية التي ينوي اتخاذها طيلة تلك الفترة، قصد مواجهة العدوان الفعلي أو الذي يوشك أن يقع، إلى أن يستتب الأمن والسكينة، وما قد يترتب على تلك الإجراءات من تقييد لحقوق وحريات الأفراد. فيحدد رئيس الجمهورية من خلال هذا الخطاب الأسس العامة التي سوف يسير عليها في فترة الحرب لمواجهة الوضع، بحيث تتولى السلطة العسكرية ممارسة جميع السلطات.

وعليه، فإن هذا الخطاب يعد من الناحية السياسية بمثابة التبرير السياسي القوي للإجراءات والتدابير الاستثنائية التي ينوي رئيس الجمهورية اتخذها، بهدف الحفاظ على أمن وسلامة البلاد ووحدة الأمة، إذ بهذا الخطاب سوف يضع رئيس الجمهورية الشعب في الصورة حول الحالة التي تعرفها البلاد وما ينجر عنها من مخاطر، وما سيتخذه من إجراءات لرد العدوان والدفاع على سلامة التراب الوطني وعودة البلاد بجميع مؤسساته إلى وضعها الطبيعي[1].

لكن ونظرا لارتباط حالة الحرب بحالة التعبئة العامة، كما سبق القول، فإننا نشير إلى أن المادة 108 من التعديل الدستوري، نصت على أن الإعلان عن التعبئة العامة لا يتم إلا باتخاذ إجراءات شكلية، بقولها: "يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني". حيث يفهم من هذه المادة أن إعلان رئيس الجمهورية لقرار التعبئة العامة يجب أن يتم في مجلس الوزراء، بعد أن يكون رئيس الجمهورية قد استمع إلى أعضاء المجلس الأعلى للأمن واستشارة كل من رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني [2]، دون أن يكون رأيهم ملزما له، أي أن الإجراء الاستشاري لإعلان حالة التعبئة العامة أو حالة الحرب، لا يمثل أي قيد على الإجراءات الاستثنائية التي يقوم بها رئيس الجمهورية، الذي تظل لديه حرية التقدير، إذ لا يوجد ما يلزم رئيس الجمهورية بالأخذ بمضمون آراء الشخصيات والهيئات السابق ذكرها.

أما عن كيفية انهاء العمل بحالة التعبئة العامة، فقد أغفلت المادة 108 من الدستور عن بيان هذا الأمر، ولعل تفسير هذا الإغفال المتعمد، يمكن إرجاعه إلى ارتباط هذه الحالة بحالة الحرب، مما يعني أن إجراءات إنهاء حالة التعبئة العامة، سوف يتم بالإجراءات ذاتها التي يتم بها إنهاء حالة الحرب.

---

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 213، أنظر أيضا: عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص.352.

[2]- يلاحظ أن المادة 108 من التعديل الدستوري 2016، قد قدّمت استشارة رئيس مجلس الأمة عن استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، وهذا خلافا لما تضمنته المادة 94 من دستور 1996.

ولا يفوتنا في هذا المقام أن ننوه بأن التنظيم الدولي لحالة الضرورة قد فرض على الدول المنضمّة للإتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، والجزائر واحدة منها، شروطا موضوعية وأخرى شكلية، وذلك بموجب المادة 04 منها[1]:

1- الشروط الموضوعية: تتمثل هذه الشروط في:

أ- شرط وجود حالة طوارئ استثنائية أو حرب أو خطر عام يهدد حياة الأمة: يجب حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 04 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، أن يكون تأثير وجود حالة الطوارئ الاستثنائية شاملا الأمة وليس حالة طوارئ محلية، كما يجب أن يهدد الخطر الناجم عن الحالة الاستثنائية الحياة العادية للدولة.

ب- شرط التناسب (تناسب التدابير مع جسامة التهديد ومقتضيات المصلحة العليا للجماعة): ذلك أن القصد من تطبيق الإجراءات الاستثنائية هو مواجهة خطر حقيقي قائم أو على وشك الحدوث، وليس مجرد خطر احتمالي متوقع الحدوث، ولابد من توافر رابطة منطقية أو صلة واقعية بين كل إجراء استثنائي يجرى تطبيقه، وبين طبيعة الخطر الذي يراد التصدي له باللجوء إلى هذا الإجراء[2]؛ بمعنى وجوب أن تكون التدابير التي تتخذها الحكومة بالقدر الضروري وإلى المدى الذي تقتضيه بدقة متطلبات الموقف وفي أضيق الحدود[3].

ولا شك أن تحقيق هذا التوازن صعب ومعقد ويبدو أنه يرتبط بطبيعة العلاقة بين الدولة والفرد، التي تختلف باختلاف طبيعة النظام السياسي للدولة. مع اشتراط أن تكون الإجراءات والتدابير المتخذة من قبل الدولة عند إعلان حالة الطوارئ، غير مخالفة للالتزامات الدولية الأخرى المفروضة بمقتضى القانون الدولي.

ج- شرط عدم التمييز: يجب، حسب الفقرة الأولى من المادة 2 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، ألا تنطوي التدابير التي تتخذها الدولة على أي تمييز في اللون، الجنس، اللغة، الدين، والأصل الاجتماعي، وهو ما يطلق عليه بمبدأ عدم التمييز الذي يجد سنده في مبدأ وجوب المساواة بين الأفراد أمام القانون، من حيث التمتع بالحقوق والحريات، أو التمتع بالحماية القانونية المقررة لها دون تمييز. وإذا خالفت الدولة هذا المبدأ تعرضت للمساءلة الدولية، لخرقها لقواعد القانون الدولي الواجبة الاحترام.

---

[1]- تناولت المادة 15 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والمادة 27 من الاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان شروطا لاستخدام الدولة لرخصة التحلل أو عدم التقيد بالتزاماتها الدولية إبان الظروف الاستثنائية، ولكن هذه الشروط وإن تطابقت مع الشروط الواردة بالمادة 04 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية في بعض الأحكام إلا أن هناك اختلاف بينهما في بعض الشروط.
ولمعرفة ذلك الاختلاف ارجع للمؤلفات التالية: محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص 68-69، أظين خالد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص108-109. سعيد فهيم خليل، المرجع السابق، ص ص.119-124، وغيرها.

[2]- أظين خالد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص. 119-120.

[3]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 119.

د- شرط عدم المساس بالحقوق الأساسية: تحظر الاتفاقية المساس بعدد من حقوق الإنسان الأساسية، والتي يتعين مراعاتها في وقت السلم وفي وقت الحرب على حد السواء[1]، لأنها حقوق بطبيعتها لا تقبل التقيد أو المساس بها تحت أي ظرف[2]، كما لا يحق أيضا لأي دولة طرف في الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية أن تتحفظ على هذا المبدأ الوارد في المادة 4/ فقرة 2، إذا كان الهدف من هذا التحفظ هو تمكين الدولة من تعطيل الحقوق الأساسية أو تقييدها، لأن هذا التحفظ يكون مخالفا لروح الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية وغرضها وهدفها. ومن ثمّ يكون باطلا طبقا لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 المادة 19 (ج) منها[3].

وحسب الفقرة الثانية من المادة الرابعة فإن هذه الحقوق تتمثل في: الحق في الحياة (المادة 06)، تحريم التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو غير الإنسانية أو المهنية (المادة 07)، التحرر من العبودية (المادة 08)، حظر سجن إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي (المادة 11)، حظر تطبيق القانون الجنائي بأثر رجعي (المادة 15)، الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية (المادة 16)، حرية الفكر والضمير والدين (المادة 18)[4].

2- الشروط الشكلية: تتمثل الشروط الشكلية التي يتعين على الدول التقيّد بها عند استخدامها لرخصة التحلل من التزاماتها الدولية في حالة الضرورة، حسب المادة 04 من الاتفاقية[5]، في شرطين هما:

أ- شرط الإعلان: يجب على الدولة الإعلان رسميا عن وجود حالة الطوارئ على المستوى الداخلي كضمانة مهمة للأفراد، وذلك وفقا للأحكام التي تنظم إجراءات إعلانها وسريانها وإنهائها وتحديد السلطات الاستثنائية إبان هذه الظروف، وذلك وفقا لنصوص الدستور والتشريعات الداخلية المنظمة لهذه الحالة في كل

---

[1]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص ص.63-64.

[2]- إذا كان الميثاق العربي لحقوق الإنسان قد منع بعض الحقوق من أن تمس في حالة الطوارئ وهي: حظر التعذيب والإهانة والعودة إلى الوطن واللجوء السياسي والمحاكمة وعدم جواز تكرار المحاكمة عن ذات الفعل وشرعية الجرائم والعقوبات إلا أن الميثاق لم يبين بدقة الشروط الواجب على الدول إتباعها في حالة الطوارئ، ومنها شرط الإعلان سواء للأفراد أو الدول الأطراف الأخرى، كما أغفل الميثاق بعض الحقوق الأساسية التي لا يجوز انتهاكها في حالة الطوارئ، نظرا لأهميتها وقدسيتها ومنها: الحق في الحياة، حرية العقيدة والدين، تحريم الرق والعبودية، حرية الرأي والتعبير، كما لم يحتو الميثاق على أية آلية جادة يلتجئ إليها الفرد في العالم العربي تكفل له الحماية من تدخل الحكومات، وتكون لها دور في حماية حقوق الإنسان من الانتهاكات. أنظر: أظين خالد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 112.

[3]- عبد الرحمن لحرش، "حالة الطوارئ في الجزائر: هل زالت مبررات استمرارها؟"، **مجلة الحقوق**، العدد الأول، الكويت، مارس 2008، ص.356.

[4]- وهي الحقوق ذاتها التي حددتها الفقرة 02 من المادة 15 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، أما الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان فقد أضافت لهذه الحقوق حقوقا أخرى، عدا ضمانة عدم جواز سجن المدين، وهذه الحقوق التي لا يجوز المساس بها إبان حالة الطوارئ تتمل في: حق الأشخاص مقيدي الحرية في المعاملة الإنسانية التي تتفق وكرامة الإنسان (م1/05)، الحق في الاسم (م17)، حقوق الأسرة (م18)، حقوق الطفل (م19)، الحق في الجنسية (م20)، الحقوق السياسية (م33)، إضافة إلى الضمانات القضائية الأساسية اللازمة لحمايتها أثناء وجود الظروف الاستثنائية.

[5]- انتقد الفقه الدولي المادة 04 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، واعتبر بأن إدراج الجماعة الدولية لنص يجيز للدولة في حالات الطوارئ الاستثنائية، عدم التقيّد ببعض أحكامها أو بالتحلل منها، هي "مثارا" لكثير من التساؤلات والجدل، فقد عبّر البعض من الفقه عن تخوّفه منها وتشككه في الغرض الحقيقي المستهدف من ورائها، لدرجة أنّ هناك من ذهب إلى القول بأنّ هذه النصوص التي تجيز التحلل قد زجت بها الدول في هذه الاتفاقية لمجرد إيجاد ثغرة أو مبرر للهروب من التزاماتها، وهو الأمر الذي سيترتب عليه حتما فتح الباب أمام الدول على مصراعيه للتمسك بفقه الضرورة، لانتهاك حقوق الإنسان وحرياته، التي لم تأت هذه الاتفاقية إلاّ لحمايتها. أنظر في تفصيل ذلك: محمد يوسف علوان، "بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان"، القسم الثاني، **مجلة الحقوق**، السنة التاسعة، العدد02، 1985. ص. 141؛ ضاوية دنداني، **ضرورة تدعيم الحماية الدولية لحقوق الإنسان**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 1996، ص.115.

دولة[1]. ولا يمكن إعلان حالة الطوارئ الاستثنائية في معظم البلاد إلا وفق شروط يحددها قانون الدولة المعنية.

ولقد استقر الرأي في الفقه الدولي على أن السلطات السياسية (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية) في كل دولة تعد – دون غيرها– صاحبة الاختصاص في اتخاذ قرار إعلان حالة الطوارئ، طبقا للإجراءات الدستورية والقانونية الداخلية[2].

ب– شرط الإخطار: نظرا لأن حماية حقوق الإنسان تصبح أكثر أهمية في أوقات الطوارئ، خصوصا تلك الحقوق التي لا يمكن التحلل من الالتزام باحترامها، فقد اشترطت المادة 04 على الدول الأطراف، في تلك الأوقات، أن تبلغ بشكل رسمي وفورا باقي الأطراف بموجب إخطار دولي[3]، تبيّن فيه طبيعة وحدود الأحكام والنصوص التي ترغب الدولة عدم التقيد بها، والأسباب التي دعتها إلى ذلك، مع وجوب إبلاغها بتاريخ إنهائها عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة[4].

والهدف من هذا الشرط هو إلزام الدول الأطراف بالتصرف في علانية وتمكين الدول الأطراف من الإحاطة على ما أقدمت عليه الدولة من إجراءات وتدابير استثنائية مخالفة لنصوص الاتفاقية، ومن الوقوف على الأسباب التي دفعتها إلى ذلك.

وقد اعتبر الفقه الدولي أن إغفال إجراء الإخطار[5] يترتب عليه حرمان الدولة الطرف في التمسك برخصة التحلل، واعتبار الإجراءات الاستثنائية التي تقدم على تطبيقها، إجراءات تفتقر إلى المشروعية الدولية، وانتهاكا مباشرا لأحكام هذه الاتفاقية[6] ومخالفة دستورية في النطاق الداخلي.

وعليه، ففي حالتي الإعلان الموجه للشعب والإعلام الموجه للدول الأطراف يجب أن يتضمن هذا الإعلان أو الإعلام كافة البيانات اللازمة[7]، من الأسباب التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ والمنطقة التي سيطبق عليها والفترة التي ستطبق والإجراءات المتخذة وفق أحكام قانون الدولة.

---

[1]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 68.

[2] - سعيد خليل فهيم، المرجع السابق، ص.103.

[3] - جاء النص على الإخطار الدولي في المادة 04/فقرة 02 من من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية على النحو التالي: "على كل دولة طرف في هذه الاتفاقية، تستعمل حقها في التحلل من التزاماتها، أن تبلغ فورا الدول الأخرى الأطراف، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة بالنصوص التي تحللت منها، وبالأسباب التي دفعتها إلى ذلك، كما تلتزم هذه الدول وبالطريقة ذاتها بإبلاغ ذات الدول بتاريخ إنهائها لذلك التحلل...".

[4]- محمد حسن دخيل، المرجع السابق، ص.58.

[5]- لقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة إجراء الإخطار الدولي، بين من اعتبره إجراء تنظيمي كالفقيه "Rosalyn Higgins" والفقيه"Christoph Schreuer"، وبالتالي لا يترتب عليه بطلان إجراءات اللجوء إلى رخصة التحلل منى كانت باقي الشروط متوفرة، وإن كانت هذه المخالفة تشكل قرينة على سوء نية الدولة الممتنعة عن الإخطار، على أن يترك تقدير هذا الأمر لأجهزة الرقابة الدولية المعنية حسب ظروف كل حالة. وهناك من اعتبر الإخطار الدولي أجراء قانوني جوهري ومن بينهم "Joan Hartman"، ويترتب على مخالفته انتهاك حكم من أحكام الاتفاقية، ويجب أن يثير مسؤولية الدولة أمام أجهزة الرقابة الدولية. هذا الرأي هو الصائب باعتبار أن الإخطار عمل قانوني دولي يصدر من جانب واحد وهو إجراء إلزامي منى تم التنصيص عليه في الاتفاقية على وجوبه، ويترتب على مخالفة هذا الإجراء عدم الاعتداد دوليا بتمسك الدولة برخصة التحلل المنصوص عليها في المادة 01/04 من الاتفاقية.

[6]- أظين خالد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.119، نقلا عن: عبد الحميد الشواربي، شريف جاد الله، **شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص.296.

[7]- حول إجراءات الإخطار الدولي، بياناته وآثار عدم الإخطار، أنظر: سعيد فهيم خليل، المرجع السابق، ص ص. 116-127.

المبحث الثالث

أثر حالات الضرورة على حقوق وحريات الأفراد

لا جدال في أن الأزمات أو الظروف الاستثنائية التي تطرأ على حياة أي دولة، تفرض عليها الالتجاء إلى الإعلان عن تطبيق الإجراءات والتدابير الاستثنائية غير العادية، وذلك بغية التصدي لهذه المخاطر بما يناسبها ويعتبر لازما لمواجهة تبعاتها، وقد يؤدي بها الوضع إلى فرض قيود على ممارسة الأفراد لجانب من الحقوق والحريات[1]. كما قد يؤدي الوضع إلى المساس بالدستور وبطبيعة العلاقة بين سلطات الدولة.

لذلك سنخصص هذا المبحث لبيان في **المطلب الأول** الآثار التي ترتبها كل من حالتي الحصار والطوارئ على الحقوق والحريات، لاسيما وأن الجزائر طبقت هاتين الحالتين واقعيا، محاولين تحليل النصوص الدستورية والتنظيمية المتعلقة بهما، وسنحاول في **المطلب الثاني** انطلاقا من تحليل نصوص الدستور الجزائري ومقارنة ذلك بما تضمنه الدستور الفرنسي، التطرق للآثار التي ترتبها الحالة الاستثنائية على حقوق وحريات الأفراد، ثم نقف بعدها في **المطلب الثالث** عند الآثار التي ترتبها أشد وأخطر صورة من صور الضرورة وهي حالة الحرب على الحقوق والحريات.

المطلب الأول

أثر حالتي الحصار والطوارئ على حقوق وحريات الأفراد

ترتب على الأزمة التي شهدتها الجزائر في تسعينيات القرن الماضي العمل بنظام حالتي الحصار والطوارئ لمواجهة الأزمة، حيث نتج عن تطبيق السلطة التنفيذية للتدابير الاستثنائية، مساس خطير بحقوق وحريات الأفراد العامة والفردية، وهو ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين: حيث نبين في **الفرع الأول:** أثر حالة الحصار على الحقوق والحريات، ثم نتناول في **الفرع الثاني** الآثار التي رتبتها حالة الطوارئ على الحقوق والحريات.

الفرع الأول

أثر حالة الحصار على الحقوق والحريات

إن ضرورة حفظ النظام العام وحماية المؤسسات الدستورية في الدولة تفرض على السلطات العسكرية، عند ممارسة السلطة الأمنية، تغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة المحمية دستوريا،

[1]- إيهاب طارق عبد العظيم، **علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية**، (دراسة تحليلية مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري)، مؤسسة الطوبخي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، 2005، ص 42.

لذلك تخول حالة الحصار الإدارة العسكرية في سبيل تلك الغاية سلطات واسعة ولو على حساب الحريات الفردية، التي تُخضعها السلطة العسكرية لأوامرها الصارمة، المقيدة للحريات والتي يتعين على الأفراد الالتزام بتطبيقها **(أولا)**، دون أن ننسى أن السلطة المدنية الأصلية (الحكومة) تبقى محتفظة ببعض الصلاحيات، التي تتميز أيضا بأنها تقيد الحقوق والحريات العامة **(ثانيا)**.

بالإضافة إلى وجود اختصاصات مشتركة بينهما، تتمثل في السماح للسلطة العسكرية بمحاكمة الأشخاص، الذين ارتكبوا خلال حالة الحصار جنايات أو جرائم، عرضت النظام العام أو السير المنتظم للمرافق العامة للخطر.

أولا: تقييد السلطة العسكرية لحريات الأفراد في حالة الحصار

إن ما يميز نظام حالة الحصار على نظام حالة الطوارئ – كما سبقت الاشارة إليه– هو منح مهمة مواجهة الخطر لاستتباب الوضع، واستعادة النظام العام والسير العادي للمرافق العمومية، للسلطة العسكرية بدلا من السلطة المدنية (الشرطة)، هذه الأخير التي تتنازل عن بعض صلاحيات الضبط الإداري لصالح الأولى، بموجب قرار التفويض، الذي تحدد الحكومة من خلاله المسائل والاختصاصات الاستثنائية التي يمكن للسلطة العسكرية القيام بها، والتي قد تؤثر في مجملها في حريات الأفراد. مقابل بقاء بعض الصلاحيات الأخرى، التي لم تنتزع منها تمارسها السلطة المدنية، وهو ما أكدته المادة 03 من المرسوم الرئاسي 196/91 [(1)]. حيث أشارت هذه الأخيرة إلى فكرة "التفويض"، وكذلك الحال بالنسبة المادتين 04 و07 من المرسوم الرئاسي 196/91، بقولهما:" يمكن للسلطة العسكرية المخولة (لها) صلاحيات الشرطة ضمن الحدود والشروط التي تحددها الحكومة...".

أما نظام حالة الحصار في فرنسا فإنه يختلف عن ما قررته المادة 03 من المرسوم الرئاسي 196/91، من حيث أن السلطة العسكرية في فرنسا تحل محل السلطة المدنية في مباشرة الاختصاصات المتعلقة بالضبط الإداري بقوة القانون بمجرد تقرير حالة الحصار، دون حاجة لقرار بالتفويض من أجل ممارسة تلك الاختصاصات[(2)].

وبالنسبة للإجراءات الاستثنائية التي يجوز للسلطة العسكرية القيام بها حسب المواد: 04، 07، 08 من المرسوم الرئاسي 196/91، والتي تمس بالحريات في الآتي:

---

[1]- نصت المادة 3 من المرسوم رقم: 196/91 على أنه: "تفوض إلى السلطة العسكرية، الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام".

[2]- أنظر :

(Jean Marie) AUBYet (Roland) DRAGO, ***Traité élémentaire de droit administratif***, 2ème ed., L.G.D.J, Paris, 1975, p.136.

أنظر أيضا، مراد بدران، "المسؤولية على إجراء الاعتقال الإداري"، المرجع السابق، ص.25.

(1)- إجراء الاعتقال الإداري: يُعرّف إجراء الاعتقال بأنه: "حبس الشخص الذي تتوافر فيه شروط معينة نص عليها القانون بمقتضى قرار من السلطة الإدارية المختصة، وذلك لمدة غير محددة بغرض وقاية الأمن والنظام العام من الخطورة النابعة من شخص المعتقل"[1].

وحسب المرسوم التنفيذي رقم 201/91، المؤرخ في 25 جوان 1991، الذي يضبط حدود شروط الوضع في مراكز الأمن[2]، فإن إجراء الاعتقال الإداري هو ذلك الإجراء الذي يترتب عليه حرمان الشخص الراشد من حرية الذهاب والإياب، حيث تتولى –في حالة الحصار– السلطة العسكرية ممثلة في القيادة العليا بوضعه بأحد المراكز التي تحدد بمقرر من القيادة العليا للسلطة العسكرية لمدة 45 يوما قابلة للتجديد مرة واحدة.

وذكرت المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 بأنه يجوز للسلطة العسكرية أن تتخذ إجراء الاعتقال الإداري، ضد أي شخص راشد يتبين أن نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العمومي أو السير الحسن للمرافق العمومية.

وبالتالي يفهم من ذلك أن هذا الإجراء لا يؤدي إلى حرمان الشخص الراشد من حرية الذهاب والإياب فقط، بل يترتب عليه أيضا حرمانه من ممارسة باقي الحريات الأخرى[3].

وبما أن الاعتقال الإداري يمتاز بأنه إجراء إداري وقائي؛ أي أنه ليس إجراء قضائي ردعي[4]، فإنه يفرض على الإدارة، كغيرها من الإجراءات الماسة بالحرية، عدم اللجوء إليه إلا إذا كان لازما باعتباره الوسيلة الوحيدة لدرء ما يهدد النظام العام من أخطار. لذلك فقد ألزمت المادة 04 من المرسوم التنفيذي 201/91، بأن لا يتم اعتقال الأشخاص إلا إذا ارتكبوا إحدى الأعمال التالية:

1- التحريض على الفوضى وعلى ارتكاب الجنايات أو الجنح ضد الأشخاص أو الأملاك.

2- التحريض على التجمعات لغرض واضح يثير الاضطراب في النظام العام وفي طمأنينة المواطنين.

3- النداء بأي وسيلة للعصيان المدني وإلى الإضراب.

4- رفض الامتثال للتسخير الكتابي الذي تصدره السلطة المخولة صلاحيات الشرطة وحفظ النظام العام، ذلك الرفض الذي يعرقل سير الاقتصاد الوطني عرقلة خطيرة.

5 - معارضة تنفيذ التسخير الذي أعد بسبب الاستعجال والضرورة بغية الحصول على خدمات يؤديها مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو خاصة.

---

[1]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص.551.

[2]- جاء هذا المرسوم تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم196/91 المؤرخ في 4 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 201/91، المؤرخ في 25 جوان 1991 المتضمن حدود وشروط الوضع في مركز للأمن، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة في 26 جوان 1991. أنظر: الملحق رقم (5).

[3]- مراد بدران، "المسؤولية على إجراء الاعتقال الإداري"، المرجع السابق، ص.10.

[4]- وهو ما يتضح لنا من قراءتنا للمرسوم التنفيذي رقم 201/91 الذي لم يعتبر الإعتقال الإداري إجراء وقائي، كما اتفق عليه الفقه، بل اعتبره إجراء ردعي.

6- كما يمكن أن يكون موضوع تدبير الوضع في مركز الأمن، الأشخاص الذين يخالفون التنظيم الإداري المتعلق بالمرور، وبتوزيع المواد الغذائية، وذلك بقصد إثارة اضطرابات في النظام العام.

(2)- إجراء الوضع تحت الإقامة الجبرية: يتبع إجراء الاعتقال إجراء آخر ماس هو الآخر بالحرية الشخصية وهو إجراء الوضع تحت الإقامة الجبرية، حيث أجازت المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91، للسلطة العسكرية أن تتخذ هذا الإجراء[1] ضد أي شخص راشد يتبين أن نشاطه يشكل خطورة على النظام العام والأمن العمومي أو السير الحسن للمرافق العمومية، أو متى كان إبعاده وإجباره على الإقامة من شأنه استعادة النظام العام والأمن العمومي والمحافظة عليهما[2].

وتتمثل الأعمال التي سمح المرسوم بوضع مرتكبيها تحت الإقامة الجبرية، في:

- النشاطات التي من شأنها تعريض النظام العام والأمن العمومي للخطر.
- مخالفة الترتيبات والتدابير التي تتخذها السلطة العسكرية المخولة صلاحيات الشرطة، والمنصوص عليها في المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار.

ونشير إلى أن هناك مسألتين يشترك فيها كل من إجراء الاعتقال وإجراء الوضع تحت الإقامة الجبرية يتمثلان في:

- أن السلطة العسكرية لا يمكنها اللجوء إلى هذين الإجراءين إلا بناء على اقتراحات قانونية صادرة من مصالح الشرطة، وذلك بعد استشارة لجنة رعاية النظام العام[3]. هذه الأخيرة التي عليها أن تدرس وتنصح بتطبيق التدابير الإستثنائية المنصوص عليها في مرسوم تقرير حالة الحصار والتي من شأنها استعادة النظام العام والسير الحسن للمرافق العمومية، وأمن الأملاك والأشخاص، كما تسهر على حسن تطبيق هذه التدابير.
- أنه يسمح، حسب المادة 05 من المرسوم المتضمن إعلان حالة الحصار، لكل شخص يتعرض لإحدى هذين الإجراءين بالطعن أمام السلطة الإدارية المختصة وهو المجلس الجهوي لحفظ النظام[4]، وذلك خلال العشرة (10) أيام يبدأ حسابها من تاريخ تقرير ذلك الإجراء وليس من تاريخ تبليغه، وهو ما يمكن أن يترتب عليه في الواقع العملي، من التعسف في استعمال هذا الإجراء، خاصة بالنسبة للأشخاص الذين اتخذ ضدهم هذا الإجراء ولم يبلغوا به أو لم يتخذ ضدهم إلا بعد أن انتهت مدة الطعن[5].

---

[1]- ضبط المرسوم التنفيذي رقم: 202/91 المؤرخ في 25 جوان 1991، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991، حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، أنظر الملحق رقم (6).

[2]- أنظر المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 202/91.

[3]- تنشأ لجنة رعاية النظام العام عبر كل ولاية، وتترأسها السلطة العسكرية المعينة قانونا، وتتكون هذه اللجنة من: الوالي، محافظ الشرطة الولائية، قائد مجموعة الدرك الوطني، رئيس القطاع العسكري، إن اقتضى الأمر، وشخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة العامة.

[4]- طبقا للمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم201/91 فقد أنشئت ثلاثة مجالس جهوية لحفظ النظام العام في كل من: الجزائر، وهران وقسنطينة، حيث يمتد اختصاص كل مجلس إلى مجموعة من الولايات. يتشكل هذا المجلس من الوالي رئيسا، ورئيس القطاع العسكري، أو قائد مجموعة الدرك الوطني، محافظ الشرطة الولائية، وثلاث شخصيات يتم اختيارها بالنظر إلى تمسكها بالمصلحة الوطنية. أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 201/91.

[5]- مسعود شيهوب، "الحماية القضائية..."، المرجع السابق، ص.42.

وقد أشارت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 201/91، وكذا المادة 09 منه على أنه يتعين على المجلس الجهوي لحفظ النظام أن يبت في الطعن الإداري خلال العشرة (10) أيام من تاريخ رفع الأمر إليه، ويكون ذلك بأغلبية الأصوات، وفي حالة تساوي الأصوات فإنه يرجح صوت الرئيس.

غير أنه إذا كان المرسوم تكلم على امكانية الطعن الإداري، فإنه لم يشر إلى إمكانية الطعن القضائي في القرارات الصادرة عن المجالس الجهوية لحفظ النظام، لذلك فقد اختلف الفقه حول هذه المسألة، بين من ذهب إلى القول بأن هذا القرار يعد من أعمال الحكومة المحصنة.

في حين ذهب الرأي الراجح في الجزائر إلى القول بأن قرار الاعتقال الإداري هو من القرارات الإدارية التي يجوز الطعن فيها قضائيا.

أما عن موقف القضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة، فهو موقف مجهول وذلك بسبب عدم وجود طعون مرفوعة أمامه، وقد أرجع الدكتور "مسعود شيهوب" سبب عدم امكانية الحصول على أحكام قضائية تتعلق بالطعن في قرارات الاعتقال الإداري، إلى أن الأشخاص الذين تعرضوا له لم يبلغوا بقرارات اعتقالهم[1].

لكن مع ذلك فإن عدم تبليغ الشخص بقرار الاعتقال الإداري، لا يحول دون إمكانية الطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة ما دام أن قرار الاعتقال هو من القرارات المستمرة، التي تحدث آثارها بصفة متجددة ودائمة، ولا تنتهي بمجرد صدور القرار.

وبالتالي فإنه يجوز الطعن في قرار الاعتقال بدعوى تجاوز السلطة، ما دام باقيا ولم يتم إلغاءه إداريا، ودون التقيد بمواعيد الطعن المقررة لدعوى تجاوز السلطة، وهذا على خلاف القرارات الوقتية التي تبدأ آثارها بمجرد تبليغها، بحيث يتحدد ميعاد الطعن فيها من هذا التاريخ[2].

كما أنه إذا كان المرسوم التنفيذي 201/91 لم يتكلم عن مسألة الطعن في قرار المجلس الجهوي بدعوى تجاوز السلطة، فإن هذه الدعوى لا تحتاج في الحقيقة إلى نص خاص لتقريرها، وذلك لاتصالها بالشريعة العامة.

أما الجهة القضائية المختصة بنظر الطعن ضد قرارات المجالس الجهوية، التي يرأسها الوالي، فهي الغرفة الإدارية الجهوية[3] التي توجد –حسب قانون الإجراءات المدنية المطبق آنذاك[4]– على مستوى كل من

---

[1]- مسعود شيهوب، "الحماية القضائية..."، المرجع السابق، ص. 42.
[2]- مراد بدران، " المسؤولية على إجراء الاعتقال الإداري"، المرجع السابق، ص. 23.
[3]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.200.
[4]- لأن هذا القانون تم إلغؤه بموجب الأمر رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي ألغى معه نظام العمل بالغرف الإدارية الجهوية، وعُوضت الغرف الإدارية بالمحاكم الإدارية التي نص على إنشائها بموجب القانون رقم: 02/98 المؤرخ في 30 ماي 1998.

الولايات التالية: الجزائر، وهران، قسنطينة، ورقلة، بشار، يمتد الإختصاص الإقليمي والنوعي للمنازعات الإدارية للولايات المجاورة لها[1].

(3)- إجراء التفتيش: تطرقت المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91، والمرسوم التنفيذي رقم 204/91 المؤرخ في 25 جوان 1991 المحدد لشروط تطبيق هذه المادة[2]، إلى هذا الإجراء مانحة للسلطة العسكرية، في الحالات الإستعجالية، صلاحيات القيام بإجراء التفتيش، سواء بالليل أو بالنهار، كما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، داخل المحال الخاصة أو العمومية أو داخل المساكن. متى تعلق الأمر بحالات المس بأمن الدولة أو بسبب الجنايات والجنح التي ترتكب ضد الأشخاص والأملاك، أو في بعض الحالات الأخرى كمخابئ الأسلحة والذخائر أو المتفجرات، أو ملاجئ الأشرار المسلحين الذين شاركوا في تجمهر تمردي، أو البحث عن أفراد حرضوا على التمرد، أو قاموا بأفعال تمردية ضد السلطة، أو أفعال مناهضة وجوسسة، أو أفعال التخريب أو في حالة حجز المنشورات المناهضة التي تدعوا إلى الفوضى أو تحرض عليها[3].

ولا تتم هذه التفتيشات التي تجرى في الحالات الاستعجالية إلا بمبادرة من: ضباط الشرطة القضائية في الدرك الوطني، أو ضباط الشرطة القضائية الذين ينتمون إلى القسم المعني في وزارة الدفاع الوطني، أو ضباط الشرطة القضائية في الأمن الوطني، أو المستخدمين الذين تؤهلهم قانونا السلطة العسكرية لذلك[4].

في حين تجرى التفتيشات التي تتم خارج ظروف الاستعجال، بناء على تعليمات كتابية صادرة من السلطة العسكرية التي تترأس لجنة رعاية النظام العام وتتم التفتيشات بحضور مالك المحل أو الدار، وفي حالة غيابهم تتم بحضور شاهدين مطلوبين لهذا الغرض ويجب أن يحرر محضر عن العمليات التي تتم في كل تفتيش، كما يتم جرد عمليات الحجز وتختم بحضور مالك المحل أو رب الدار، أو الشاهدين، ويترتب على ذلك إعداد محضر[5].

أما الأشخاص الموقوفين في الحالات المذكورة في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم204/91 نتيجة المساس بأمن الدولة، وبسبب الجنايات والجنح الخطيرة المرتكبة ضد الأشخاص والأملاك، فيقدمون إلى وكيل الجمهورية العسكري المختص، إلا إذا قررت هذه السلطة غير ذلك، وفي هذه الحالة يقاد الأشخاص الموقوفين أمام السلطة القضائية المختصة إقليميا[6].

---

[1]- انظر: المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المعدل والمتمم. وكذا المرسوم رقم: 384/84 المؤرخ في: 1984/12/22، المتضمن تطبيق القانون 13/84 المتعلق بالتقسيم القضائي وتحديد العدد والمقر ودوائر الاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية والمحاكم.

[2]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991. أنظر الملحق رقم (7).

[3]- أنظر: المادة 2 والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 204/91.

[4]- أنظر: المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم: 204/91

[5]- أنظر: المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 91/ 204.

[6]- أنظر: المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم: 204/91.

(4)- إجراء منع المنشورات والإجتماعات والنداءات التي تثير الفوضى وإجراء تسليم الأسلحة والذخائر: سمحت كذلك المادة 07 من المرسوم الرئاسي196/91 السلطة العسكرية بأن تقوم بمنع إصدار المنشورات، أو الإجتماعات، والنداءات العمومية التي من شأنها إثارة الفوضى وانعدام الأمن واستقرارهما. حيث لا يجوز للسلطة العسكرية أن تقوم بهذه الإجراءات إلا بناءً على اقتراح من لجنة رعاية النظام العام.

ويترتب على منع المنشورات حجز الوثائق التي يسلط عليها هذا الحجز في أي مكان، وفي أية ساعة من النهار أو الليل، كما تصادر وتوضع تحت يد العدالة وسائل الطباعة والاستنساخ و أية وسيلة أخرى تستعمل للتحريض على الفوضى[1].

وحسب المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم204/91، فإنه يتعين على الولاة تقديم المساعدة المادية لنشاطات لجنة رعاية النظام العام، خاصة فيما يتعلق بمسك الكتابات، وتدوين التوصيات، ومعالجة البريد.

كما خولت أيضا المادة 07 من المرسوم الرئاسي 196/91 للسلطة العسكرية بأن تأمر بتسليم الأسلحة والذخائر قصد إيداعها.

غير أنه إذا كان المرسوم المقرر لحالة الحصار قد أجاز، فيما يتعلق بإجراءات الاعتقال الإداري والإقامة الجبرية، مسألة الطعن الإداري أمام المجلس الجهوي لحفظ النظام، فإنه بالنسبة لإجراءات التفتيش، ومنع المنشورات والاجتماعات والنداءات العمومية التي تثير الفوضى، وكذا إجراء تسليم الأسلحة والذخائر، لم يتكلم المرسوم عن الطعن الإداري في تلك الإجراءات، مما يعني أنه غير جائز قانونا.

لكن تطبيقا للقواعد العامة في الطعن ضد القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة المركزية، فإن هذا الطعن يبقى ممكنا أمام السلطة السلمية، طالما أن السلطة التي باشرت الاختصاص هي سلطة مركزية لا يمكن الطعن في أعمالها قضائيا إلا بعد استعمال الطعن الإداري، حيث نصت المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر رقم 154/66: "لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة الإدارية التي تعلو الجهة التي أصدرت القرار، فإن لم توجد فأمام من أصدر القرار نفسه".

أما إذا كانت ممارسة السلطة العسكرية لتلك الاختصاصات بناءً على تفويض، فإن القرارات الصادرة إعمالا لقواعد هذا الأخير، تعتبر بمثابة قرارات صادرة من المفوض إليه في السلم الإداري، كما أن المسؤولية عن الأعمال الصادرة بمقتضى التفويض يتحملها الأصيل وليس المفوض.

ومن الإجراءات الأخرى التي خولتها المواد: 04، 07 و 08 من المرسوم الرئاسي196/91 للسلطة العسكرية القيام بها، والتي تمس كذلك بحريات الأفراد:

- منع مرور أشخاص أو تجمعهم في الطرق والأماكن العمومية،

[1]- أنظر: المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم: 204/91.

- انشاء مناطق ذات إقامة مقننة لغير المقيمين،
- منع إقامة أي شخص راشد يتبين أن نشاطاته مضرة بالنظام العام وبالسير العادي للمرافق العمومية[1]،
- منع الإضرابات التي يمكن أن تعرقل استعادة النظام العام العادي للمرافق العمومية،
- كما لها أن تأمر بتسخير المستخدمين للقيام بنشاطاتهم المهنية المعتادة في منصب عملهم، ولها أن تأمر عن طريق التسخير، في حالة الإستعجال والضرورة، كل مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو خاصة بأداء خدمت،
- وكذا أن تنظم بالطرق الإدارية مرور المواد الغذائية أو بعض المعدات المعينة وتوزيعها.

ثانيا: الاختصاصات الاستثنائية للسلطة المدنية الماسة بالحريات

إن تقرير حالة الحصار، لا يعني تنازل السلطة المدنية عن جميع صلاحياتها للسلطة العسكرية، بل تبقى تتمتع ببعض إجراءات الضبط الإداري الاستثنائية، ومنها:

(1)- توقيف أو حل المجالس الشعبية المحلية، والمجالس التنفيذية البلدية، وتعيين مندوبيات بدلا عنها: تطبيقا لنص المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91، تقوم السلطة المدنية أو الحكومة بموجب مرسوم تنفيذي، بحل المجالس الشعبية المحلية، والمجالس التنفيذية البلدية، وتعويضها بمندوبيات تنفيذية، وهذا الإجراء مخالف لنص المادة 35 من القانون رقم 08/90، المؤرخ في 07 أفريل 1990، المتعلق بالبلدية، التي تعهد اختصاص حل المجالس الشعبية البلدية لرئيس الجمهورية الذي يتخذه، في مجلس الوزراء، وليس في مجلس الحكومة، وذلك بناء على اقتراح من وزير الداخلية. وهو ما يفسر عدم مشروعية المادة 10 من المرسوم الرئاسي 196/91، لأن القانون لا يعدل إلا بقانون يوازيه أو أعلى منه درجة، وليس بمرسوم.

غير أن هذا الحل -الذي تكلمت عنه المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91- لا يتم إلا إذا قامت هذه المجالس بأعمال ساهمت في إفشال عمل السلطات العمومية القانوني، أو عرقلته بمواقف تجميدية مبنية، أو قامت بمعارضة صريحة، وكان من شأن ذلك تعريض النظام العام والسير الحسن للمرافق العامة للخطر.

وفي حالة اتخاذ هذا الإجراء، فإن السلطة الوصية- الممثلة في وزير الداخلية- تقوم بتعيين مندوبيات تنفيذية من بين الموظفين على مستوى الجماعات الإقليمية المعنية بذلك الإجراء، وذلك إلى غاية إلغاء التوقيف، أو شغل مناصبها عن طريق الانتخاب في الوقت المناسب.

(2)- رفع الدعاوى القضائية لأجل توقيف أو حل الجمعيات: لقد أعطت المادة 9 من المرسوم الرئاسي 196/91، صلاحية توقيف الجمعيات مهما كان قانونها الأساسي، للسلطة المدنية، وذلك بموجب مرسوم تنفيذي موقع من رئيس الحكومة، ويكون الإيقاف عندما يقوم قادة هذه الجمعيات أو أعضائها بأعمال

[1]- أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 203/91 المؤرخ في: 25 جوان 1991، الذي يضبط كيفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة المتخذة طبقا للمادة 08 من المرسوم الرئاسي 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار. ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991، أنظر الملحق رقم (8).

مخالفة للقوانين، لاسيما أحكام القانون رقم11/89 المؤرخ في 5 جوان 1989، والمتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي[1].

وطبقا لما جاء في المادتين 34 و 35 من القانون رقم11/89[2]، فإنه يجب أن يقترن إجراء توقيف نشاطات الجمعيات ذات الطابع السياسي أو حلها، بدعوى قضائية يرفعها الوزير المكلف بالداخلية (صاحب الصفة) ضد تلك الجمعية أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء الجزائر قصد توقيف جميع نشاطاتها قضائيا، وغلق مؤقت لجميع محلاتها. ويجب أن يكون قرار التوقيف معللا، وأن يبلغ إلى الممثل القانوني للجمعية. كما يتعين على الجهة القضائية أن تفصل في النزاع خلال الشهر الموالي لرفع القضية إليها بقرار قابل للطعن فيه بالاستئناف، أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (آنذاك)، والتي يتوجب على هذه الأخيرة أن تفصل فيه خلال الشهر الموالي لرفع القضية إليها.

الفرع الثاني

أثر حالة الطوارئ على الحقوق والحريات

لم يعط المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المنظم لحالة الطوارئ، للسلطة المدنية أو الحكومة الممثلة، حسب نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 92/44 المتضمن تقرير حالة الطوارئ، في: وزير الداخلية والجماعات المحلية على المستوى الوطني، والوالي على المستوى المحلي، الحق في أن تتنازل عن صلاحياتها، الهادفة إلى استتباب الأمن والنظام العام، وحماية الأشخاص وممتلكاتهم، وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية، للسلطة العسكرية، كما فعل المرسوم الرئاسي 196/91 المنظم لحالة الحصار.

غير أن المادة 09 من المرسوم رقم 44/92 أجازت لوزير الداخلية والجماعات المحلية تفويض السلطة العسكرية للقيام بقيادة العمليات التي من شأنها استتباب الأمن على المستوى المحلي أو على مستوى دوائر إقليمية محددة، دون أن يتجاوز التفويض تمكين السلطة العسكرية للقيام بتلك الأعمال على المستوى الوطني، كما يجب أن يقتصر التفويض على قادة النواحي العسكرية، وقائد القوات البرية بالنسبة لولاية الجزائر، للقيام بعملية استتباب النظام العام على مستوى إقليم اختصاصهم، وتحت مسؤولية وزير الداخلية والجماعات المحلية.

وحول الإجراءات الاستثنائية التي تدخل في اختصاص السلطة المدنية في حالة الطوارئ والتي قد تمس بحريات الأفراد، نميّز بين: تلك الإجراءات التي يجوز لوزير الداخلية والجماعات المحلية القيام بها **(أولا)**،

---

[1]- ألغى المشرع الجزائري القانون رقم: 11/89 المؤرخ في 05 جوان 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، ، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 27، الصادرة في: 05 جوان 1989، وذلك بموجب الأمر رقم: 09/97، المؤرخ في 6 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسيي، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 12، الصادرة في 6 مارس 1997.

[2]- أجازت المادة 34 من القانون رقم: 11/89 المؤرخ في 5 جوان 1989، المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، للوزير المكلف بالداخلية أن يرفع دعوى قضائية ضد الجمعيات ذات الطابع السياسي التي قام قادتها أو أعضاؤها بأعمال مخالفة للقوانين، خاصة أحكام القانون رقم11/89، وذلك قصد طلب حلها قضائيا.

والتي قد تمتد إلى كامل التراب الوطني أو تقتصر على جزء منه فقط، وتلك الإجراءات التي يشترك معها الوالي في القيام بها **(ثانيا)**، على النحو الآتي:

أولا: الإجراءات الاستثنائية لوزير الداخلية والجماعات المحلية في حالة الطوارئ

تتمثل الإجراءات الاستثنائية التي يجوز لوزير الداخلية والجماعات المحلية القيام بها في حالة الطوارئ، طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 44/92، في:

(1)- إجراء الاعتقال الإداري أو الوضع في مركز أمن في مكان محدد: حيث أشارت إلى هذا الإجراء المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم: 44/92، وهو إجراء لا يختلف كثيرا عن الاعتقال الاداري الذي تضمنه المرسوم الرئاسي 196/91 المقرر لحالة الحصار، إلا من حيث الجهة المخول إليها القيام به، حيث أن وزير الداخلية والجماعات المحلية في حالة الطوارئ هو الذي له الحق في أن يأمر، بناء على اقتراح من مصالح الأمن، بوضع أي شخص راشد يكون نشاطه خطيرا على النظام العام أو على السير الحسن للمرافق العامة، في مركز أمن أو في مكان محدد[1].

كما يجوز لوزير الداخلية والجماعات المحلية أن يمنح تفويض بالإمضاء إلى الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن[2]. ولا يمكن للحكومة ممثلة في وزير الداخلية والجماعات المحلية أو الوالي المفوض اتخاذ إجراء الاعتقال الإداري، إلا بعد استشارة الأركان المختلطة[3] التي تساعد وزير الداخلية والجماعات المحلية[4] أو تساعد الوالي في القيام بمهامه في إطار حالة الطوارئ[5].

لكن إذا كان المرسوم التنفيذي رقم201/91 قد حدد مدة الاعتقال الإداري المتخذ في حالة الحصار بـــ (45) يوما قابلة للتجديد مرة واحدة، فإن المرسوم التنفيذي رقم 75/92 لم يحدد مدة الاعتقال الإداري، وهو ما ترتب عليه من الناحية العملية الإبقاء على الأشخاص معتقلين لسنوات عديدة[6].

إلا أنه من ناحية أخرى سمحت المادة 04 من ذات المرسوم، للشخص الذي كان محلا للاعتقال الإداري أن يطعن في ذلك الإجراء أمام والي ولاية محل إقامته، وعلى هذا لأخير أن يقوم بإحالة هذا الطعن، مع إرفاقه

---

[1]- أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 75/92 المؤرخ في 20 فيفري 1992 يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المتضمن حالة الطوارئ، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 14 الصادرة في 23 فيفري 1992. أنظر الملحق رقم (9).

[2]- قرار وزير الداخلية والجماعات المحلية المؤرخ في 10 فيفري 1992، المتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، أنظر: القرار الوزاري المشترك بين وزير الدفاع الوطني ووزير الداخلية والجماعات المحلية، المؤرخ في 10 فيفري 1992، الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في حالة الطوارئ. ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11 الصادرة بتاريخ: 11 فيفري 1992 . أنظر الملحق رقم (10).

[3]- تنص المادة 07 من القرار الوزاري المشترك بين وزير الدفاع الوطني ووزير الداخلية والجماعات المحلية، المتعلق بالتنظيم العام لتدابر الحفاظ على النظام العام في حالة الطوارئ، المؤرخ في 10 فيفري 1992، على إنشاء هيئة تسمى "الأركان المختلطة".

[4]- تتكون الأركان المختلطة التي تساعد وزير الداخلية والجماعات المحلية، من ممثلي القوات المشاركة في الحفاظ على النظام العام. أنظر: المادة 02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فيفري 1992.

[5]- تتكون الأركان المختلطة التي تساعد الوالي من: قائد القطاع العسكري، قائد مجموعة الدرك الوطني أو ممثله، ورئيس الأمن الولائي أو ممثله. أنظر المادة 02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فيفري 1992.

[6]- مراد بدران، "القيود الواردة على حقوق الشخصية في ظل الظروف الاستثنائية"، **مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية**، ع5، جامعة بي بكر بلقاسم، تلمسان، 2008، ص. 236.

بكل الملاحظات الضرورية، إلى المجلس الجهوي للطعن[1]، الذي عليه أن يفصل في الطعن الذي يرفع إليه خلال 15 يوما الموالية لإخطاره[2].

غير أن الملاحظ –من خلال قراءتنا للمرسوم التنفيذي رقم 75/92– هو سكوته عن بيان المدة التي يتعين على الشخص تقديم الطعن فيها، وسكوته أيضا عن مسألة مدى امكانية الطعن بالإلغاء في قرار المجلس الجهوي للطعن[3].

مما يجعلنا نستنتج أن مسألة الطعن في قراراتها هو تحصيل حاصل لا يحتاج لنص لتقريره، فبما أن المجلس الجهوي يعد هيئة إدارية، فهو بالضرورة يخضع لأحكام القانون الإداري. وبالتالي فإن امكانية الطعن في قراراته، سواء بالإلغاء أو بدعاوى القضاء الكامل، طبقا للقواعد العامة، جائز أمام القضاء الإداري، متى توفرت شروط رفعها.

ونشير في هذا الصدد إلى أنه إذا كانت النصوص المتعلقة بإجراء الاعتقال الإداري قد أشارت إلى امكانية الطعن الإداري فيها، إلا أنها سكتت عن هذه المسألة بالنسبة لإجراء الإقامة الجبرية وإجراء المنع من الإقامة، وكذلك الأمر بالنسبة لمسألة الطعن القضائي.

أما عن طبيعة إجراء الاعتقال، فإن الواضح من المرسوم التنفيذي رقم 75/92 أنه جعل من إجراء الاعتقال الإداري إجراء ردعي وليس وقائي، كما وصفه وعرّفه الفقه، بدليل أنه ألزم الهيئة المستخدمة تعليق دفع مرتبات الأشخاص المعتقلين إداريا، متى كانوا مرتبطين بعلاقة عمل مع إدارات أو مؤسسات أو مرافق عامة.

(2)– صلاحية إنشاء مراكز للأمن: خول المرسوم الرئاسي رقم 44/92، بموجب المادة 05 منه، وزير الداخلية والجماعات المحلية صلاحية إنشاء مراكز للأمن، وتطبيقا لذلك صدرت عدة قرارات بتاريخ 10 فيفري و15 فيفري 1992، تضمنت إنشاء مراكز أمن في ولايات محددة من الجنوب الجزائري، وهي الولايات التالية: أدرار، تمنراست، ورقلة، وولاية إيليزي[4].

(3)– صلاحية تعيين المندوبيات التنفيذية على مستوى الجماعات الإقليمية التي عطلت أو تم حلها:

تحدثت عن هذا الإجراء المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92، مشيرة إلى أنه لا يمكن لوزير الداخلية

---

[1]- حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم: 75/92، فقد أنشئت ستة مجالس جهوية للطعن وذلك في كل من: الجزائر العاصمة، البليدة، وهران، بشار، ورقلة وقسنطينة، حيث يمتد اختصاص كل مجلس إلى عدد من الولايات.

[2]- أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم: 75/92.

[3]- يتكون المجلس الجهوي للطعن، حسب المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 75/92، من الأعضاء التالية: رئيس يعينه وزير الداخلية والجماعات المحلية، وممثل لوزير الداخلية والجماعات المحلية، وممثل لوزير الدفاع الوطني، وثلاثة شخصيات مستقلة، يعينها وزير حقوق الإنسان بسبب تعلقها بالمصلحة العامة.

[4]- قرارات وزارية مؤرخة في 10 فيفري 1992 تتضمن إنشاء مراكز أمن في كل من رقان (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، و عين صالح (ولاية تمنراست) بالناحية العسكرية السادسة، وورقلة (ولاية ورقلة) بالناحية العسكرية الرابعة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11 الصادرة بتاريخ: 11 فيفري 1992 . قرارات وزارية مؤرخة في 15 فيفري 1992 تتضمن إنشاء مراكز أمن في كل من الحمر (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، و برج عمر إدريس (ولاية إيليزي) بالناحية العسكرية الرابعة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 14 الصادر بتاريخ: 23 فيفري 1992 . أنظر الملحق رقم (11) والملحق رقم (12).

والجماعات المحلية القيام به إلا بعد أن تتخذ الحكومة تدابير تعليق نشاطات المجالس الشعبية المحلية (البلدية أو الولائية) أو الهيئات التنفيذية البلدية، أو حلها، وذلك إذا قامت هذه الأخيرة بأعمال من شأنها تعطيل أو عرقلة العمل الشرعي للسلطات العمومية، أو يعرقل بسبب تصرفات عائقة مثبتة أو معارضة معلنة من طرف هذه الهيئات والمجالس.

وتجسيدا لمحتوى نص المادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92 قامت الحكومة، بمقتضى مراسيم تنفيذية بحل العديد من المجالس الشعبية البلدية والولائية، ومن هذه المراسيم: المرسوم التنفيذي رقم 141/92 المؤرخ في 11 أفريل 1992 والمتضمن حل مجالس شعبية ولائية، والمرسوم التنفيذي رقم 142/92 المؤرخ في 11 أفريل 1992 والمتضمن حل مجالس شعبية بلدية[1]، ثم حلت بعدها العديد من المجالس الشعبية البلدية والولائية في سنوات 1993،1995، 1994.

ثانيا: الصلاحيات الاستثنائية المشتركة بين وزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي في حالة الطوارئ

مكّنت المادتين: 06 و07 من المرسوم الرئاسي رقم: 44/92، في إطار التوجيهات الحكومية، سلطة ممارسة إجراءات أو اختصاصات مشتركة بين كل من وزير الداخلية والجماعات المحلية (على المستوى الوطني)[2]، والوالي (على المستوى الولائي)[3]، تتمثل هذه الاختصاصات المشتركة في:

1- تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة.

2- المنع من الإقامة أوالوضع تحت الإقامة الجبرية بالنسبة لكل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو بسير المرافق العامة[4].

3 - الأمر بالغلق المؤقت لقاعات العروض الترفيهية، وأماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها، ومنع كل مظاهرة يحتمل فيها الإخلال بالنظام والطمأنينة العمومية.

4- تنظيم نقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى، وتوزيعها.

5- إنشاء مناطق للإقامة المنظمة لغير المقيمين.

6- تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة إضراب غير مرخص به، أو غير شرعي.

ويشمل هذا التسخير المؤسسات العمومية أو الخاصة للحصول على تقديم الخدمات ذات المنفعة العامة.

---

[1]- أنظر: ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 27 الصادرة في: 12 أفريل 1992.

[2]- حسب المادة 02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فيفري 1992، سابق الإشارة إليه، فإن وزير الداخلية والجماعات المحلية يساعده في القيام بمهامه هيئة تسمى"الأركان المختلطة" تتكون من ممثلي القوات المشاركة في الحفاظ على النظام العام.

[3]- طبقا لنص المادة 07 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فيفري 1992، فإن الوالي تساعده هو الآخر هيئة "الأركان المختلطة" التي تتكون من قائد القطاع العسكري، وقائد مجموعة الدرك الوطني أو ممثله، ورئيس الأمن الولائي أو ممثله.

[4]- نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 75/92على السماح لوزير الداخلية والجماعات المحلية باتخاذ تعليمات يبّين من خلالها كيفيات تطبيق مختلف تدابير حالة الطوارئ، لاسيما المتعلقة بالوضع تحت الإقامة الجبرية، والمنع من الإقامة والتفتيش.

غير أن ما يلاحظ على المرسوم الرئاسي رقم 44/92 هو سكوته عن بيان مسألة حل الجمعيات، وهذا عكس ما تضمنه المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن حالة الحصار. ولكن على الرغم من ذلك فقد تمت إجراءات حل حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ –بسبب أعمال قام بها أعضاء هذا الحزب في السابق– في اليوم نفسه الذي اتخذ فيه المرسوم المتعلق بحالة الطوارئ أي بتاريخ 09 فيفري 1992، وقبل دخوله حيز النفاذ، الذي من المفروض أن يكون بعد 24 من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أي 10 فيفري 1992.

ومن جهة أخرى أجازت المادة 06 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فيفري 1992 للوالي، إذا ما اعترضته مشاكل متعلقة بوقاية النظام العام وحفظه تتطلب استخدام قوات تدخل خارجية عن ولايته، أن يرجع لقائد الناحية العسكرية، وأن يحرك مصالح الشرطة والدرك الوطني المتحركة على إقليم الولاية التابعة لسلطته.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على إعلان الحالة الاستثنائية

خلافا لحالتي الحصار والطوارئ، فإنه يترتب على تطبيق الحالة الاستثنائية آثارا خطيرة تمس السير العادي للمؤسسات من جهة، فتؤدي هذه الحالة إلى منح رئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر **(الفرع الأول)**.

كما قد تؤثر، من جهة أخرى، تلك التدابير الاستثنائية المتخذة في الحالة الاستثنائية على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم العامة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

أثر الحالة الاستثنائية على سلطة التشريع

أشارت الفقرة الخامسة من المادة 142 من التعديل الدستوري 2016[1] إلى امكانية التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية التي قد تعرفها البلاد، بقولها: "يمكن رئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدّستور". حيث يكون رئيس الجمهورية في هذه الحالة المشرع الوحيد في الحالة الاستثنائية، إذ بالرغم من وجود السلطة التشريعية، إلا أن الاختصاص التشريعي يخرج من يدها، ليؤول إلى رئيس الجمهورية.

[1]- نصت الفقرتين الأولى والثانية من المادة 142 من التعديل الدستوري 2015 بأنه: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة". حيث أضاف التعديل عبارة "في مسائل عاجلة" التي تتطلب السرعة في اصدار تشريع بخصوصها نظرا لشغور المجلس بسبب الحل أو كونه في عطلة برلمانية، على أن مسألة معيار الاستعجال تبقى متروك للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، كما أضافت المادة ضرورة "الأخذ برأي مجلس الدولة" باعتباره هيئة استشارية، تستشار في مشاريع القوانين وفي مسائل أخرى حددها الدستور على سبيل الحصر، غير رأيه غيرملزم لرئيس الجمهورية الأخذ به.

ومن اللافت للانتباه، من خلال الدساتير السابقة، أن المؤسس الدستوري الجزائري قد أخذ بالنظرية التقليدية القائلة بأنه في حالة قيام ظرف خطير، فإن وجود سلطة سياسية موحدة يفضي ذلك إلى التحكم في زمام الأمور، وإمكانية المسك بمجمل السلطات، على الوجه المبين في أحكام الدستور، لاسيما –كما أشرنا– سلطة التشريع.

وفي هذا الخصوص يقول الدكتور "عبد الله بوقفة": (... ونحن حين نفكر في معنى الحالة الاستثنائية التي تنقل سلطة البرلمان بمقتضاها إلى الهيئة التنفيذية، فإننا نجد أنفسنا في نظام سياسي تحل فيه السيطرة إلى درجة يصبح فيها من المستحيل التغاضي عن الاشارة إلى أن رئيس الجمهورية يغدو ديكتاتورا بحكم الدستور... إن اعتماد فكرة سلطة الحالة الاستثنائية كمبدأ في الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة، الذي كان للجنرال ديغول «De Gaulle» باعا في إعداده، منح للهيئة التنفيذية، وبالتحديد رئيس الجمهورية، سلطة سياسية عليا وخطيرة، والذي نلمس مؤداه في أن ظاهرة عدم توزيع السلطة في ظل أحكام الحالة الاستثنائية تفصح على الهيمنة الرئاسية على مجمل السلطات دون منازع...). (فالملاحظ أن الرئيس الفرنسي ارتكز على معضلة الظرف الخطير لكي يواجه الخطر الداهم عن طريق الانفراد بالسلطة، ويبدو أن سلطة الحالة الاستثنائية تعد مجرد خديعة أو بالأحرى حيلة سياسية سعى من ورائها الجنرال ديغول «De Gaulle» إلى الانفراد بالسلطة في ظل تبدي بعض الأحوال أثناء حكمه...) [1].

ولو أعطينا للمادة الدستورية مفهوما واسعا، فسنجد أنها تخول لرئيس الجمهورية سلطة مطلقة من حيث التشريع بأوامر رئاسية في جميع المجالات، لمواجهة الأوضاع المترتبة على الظرف الخطير، دون أن يتقيد بأي حد أو ضابط يذكر بهذا الخصوص في الدستور[2].

غير أنه هناك من يرى بأنه يمكن للبرلمان أن يشرع في الحالة الإستثنائية إلى جانب رئيس الجمهورية، طالما أن ذلك لا يتعارض مع التشريع الذي أصدره رئيس الجمهورية، حتى ولو كانت تلك المجالات التي يشرع فيها البرلمان قد عالجها رئيس الجمهورية.

ومن جهة أخرى يمكن أن نفهم من عبارة "... ويتخذ كل التدابير اللازمة لإستتباب الوضع" الواردة في الفقرة الأولى من المادة 91 من الدستور أو المادة 107 من التعديل الدّستوري، أن هذه التدابير قد تشمل من ضمنها إصدار تشريعات أو مراسيم ذات طابع تشريعي.

ومما يؤكد أن المشرع لا دخل له في تنظيم الحالة الاستثنائية، وبأنها تعد من الصلاحيات التي ينفرد بها رئيس الجمهورية، هو أن المؤسس الدستوري لم يشر إلى وجوب أن تنظم الحالة الاستثنائية بموجب

---

[1]- عبد الله بوقفة، المرجع السابق ، ص ص. 346-347، نقلا عن: (Jean) LAMARQUE, *Op.Cit.*, p. 558 .

[2]- عبد الله بوقفة، المرجع نفسه، ص.358.

قوانين عضوية، كما فعل بالنسبة لتنظيم حالة الحصار والطوارئ، بمقتضى المادة 106 من التعديل الدستوري 2016.

بيد أن صلاحية رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية مقتصرة فقط على التشريع دون أن يكون بوسعه تعديل الدستور، أو المساس بنصوصه المتضمنة لبعض المبادئ العامة للمجتمع، والتي من بينها الحريات العامة، لأن ذلك سيتعارض مع دوره كحارس للنص الدستوري، ومع الضرورة التي تفرض عليه استرجاع السير العادي للسلطات الدستورية[1]، وهذا خلافا لحالة الحرب التي تعطي لرئيس الجمهورية سلطة تعطيل العمل بالدستور طيلة مدة الحرب، كما سيأتي بيانه لاحقا.

أما الفقرة الأخيرة من المادة 142 من الدستور فقد قيدت رئيس الجمهورية بوجوب اتخاذ هذه الأوامر التي شرعت إبان الحالة الاستثنائية في مجلس الوزراء، بقولها: "تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء". ويعد الموافقة على تلك الأوامر في مجلس الوزراء مجرد إجراء شكلي، القصد من ورائه إطلاع الحكومة والتنسيق معها في هذا المجال. لكن وبما أن رئيس الجمهورية هو الذي يترأس هذا المجلس فإنه لا يجد صعوبة في احترام هذا الشرط.

كما يمكن للحكومة، في حالة التوافق مع رئيس الجمهورية، أن تكون هي وراء إتخاذ هذه الأوامر، لا سيما إذا لاقت صعوبات في تمرير مشاريعها القانونية أمام البرلمان، لذلك قد تعمد على سحب المشاريع القانونية التي أودعتها، ثم تعرضها على رئيس الجمهورية لكي يتخذها في شكل أوامر خلال الإطار الزمني المحدد[2].

ونشير إلى أن هذا الشرط أو القيد لم يذكر في دستور 1976، إذ أنه لم يشرك رئيس الجمهورية الحكومة في الإطلاع على تلك الأوامر.

الفرع الثاني

أثر التدابير الاستثنائية المتخذة في الحالة الاستثنائية على الحقوق والحريات

يترتب على قيام الحالة الاستثنائية في توسيع نطاق صلاحيات رئيس الجمهورية، بهدف احتواء الوضع وحماية أراضي الدولة، وهو ما قد تؤدي تلك الصلاحيات –في كثير من الأحيان– إلى خرق ضمانات الحريات العامة، وذلك بفرض واجبات قانونية معتبرة متبوعة بعقوبات قاسية على المواطن، دون أن يكون

[1]- نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص.95، أنظر أيضا: محمد شريف إسماعيل، المرجع السابق، ص ص. 191- 192.
[2]- سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص.324.

المنفذ (إن تعسف) محل متابعة قضائية؛ أي أن توسعة سلطات الشرطة في مجال الأمن[1]، يمكن أن ينتج عن ممارستها التعسف في استعمال السلطة في مواجهة المواطنين تحت ستار المس بالنظام العام[2].

لكن يتضح لنا من خلال قراءتنا لنص المادة 107 من الدستور، أنها أعطت لرئيس الجمهورية سلطات أوسع من تلك التي منحت له في حالتي الحصار والطوارئ، حيث يجوز له أن يتخذ الإجراءات والتدابير الاستثنائية المناسبة والمنصوص عليها في القانون[3]، للتصدي للخطر الوشيك المهدد لكيان الدولة وسلامة ترابها، كأن يلجأ إلى الإعلان عن حالتي الحصار والطوارئ. بما في ذلك جواز أن تكون تلك التدابير أكثر تقييدا لحريات الأفراد العامة الفردية والجماعية، خلافا لتلك التدابير التي طبقت في حالتي الحصار والطوارئ، وذلك نظرا لخطورة الحالة الاستثنائية.

لذلك فقد أشار الدكتور "أحمد محيو" – عند حديثه عن تلك الحالات التي نص عليها دستور 1976– إلى أنه: (في ظل غياب نص تطبيقي يحدد بالضبط هذه الإجراءات الاستثنائية، فلا يوجد إذن أي فرق بين الحالة الاستثنائية وحالة الحصار وحالة الطوارئ، طالما أن هاتين الحالتين الأخيرتين تؤدي إلى هدف واحد، وهو تقييد الحريات العمومية والحقوق الأساسية، وبالتالي فإنه ليس من الضروري إدخال حالة ثالثة أخطر من سابقاتها، أما حالة الحرب فهي تشكل ظرفا خاصا يجب على الدستور أخذه بعين الاعتبار)[4].

لكن إذا كانت مسألة احترام الحريات العامة، باعتبارها قيم دستورية، تقتضي أساسا القيام على توفر شروط الحالة الاستثنائية من جهة، وعدم التوسع فيما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات استثنائية في هذا الخصوص. فإن اختصاصات رئيس الجمهورية في تلك الحالة هي اختصاصات مقيدة، إذ يجب أن تشمل فقط الإجراءات المحددة حصرا، والمتعلقة بالمحافظة على استقلال الأمة، أو المحافظة على المؤسسات الدستورية، وهو ما بيّنته الفقرة الثانية من المادة 107 بقولها: "تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية".

غير أن ما يعيب هذه المادة أنها لم تحدد طبيعة هذه الإجراءات، بل أكدت فقط بأن تكون موجبة للمحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية، من دون أن تشير إلى أن تكون هذه الإجراءات مناسبة لحماية تراب الدولة.

---

[1]- يبرز في الحالة الاستثنائية دور السلطة العسكرية، التي تتكفل باتخاذ زمام المهمة في حماية أراضي الدولة وبحارها وأجوائها كلا أو جزءا، ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلح داخلي أو خارجي، فتكون هي المسؤولة عن حفظ السلم والأمن في الدولة بدلا من السلطة المدنية.

[2]- عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص. 346.

[3]- نشير إلى أن هذه التدابير والإجراءات الاستثنائية قد تصدر أغلبها في شكل مراسيم رئاسية أو مراسيم تنفيذية، لأن الدستور منح الاختصاص لرئيس الجمهورية في اتخاذها، وعليه فإن القوانين المنظمة لتلك الحالة تكون قليلة مقارنة بالمراسيم.

[4]- أحمد محيو، ترجمة محمود عراب صاصيلا، **محاضرات في المؤسسات الإدارية**، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 2006، ص. 535 .

المطلب الثالث

الآثار المترتبة عن إعلان حالة الحرب

بيّنت المادة 110 من التعديل الدستوري 01/16، أو المادة 96 من دستور 1996، الآثار التي تترتب عن حالة الحرب، بقولها: "يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات.
وإذا انتهت المدة الرئاسية لرئيس الجمهورية تمدد وجوبا إلى غاية انتهاء الحرب.
وفي حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته أو حدوث أي مانع آخر له، يخول رئيس مجلس الأمة باعتباره رئيسا للدولة، كل الصلاحيات التي تستوجبها حالة الحرب، حسب الشروط نفسها التي تسري على رئيس الجمهورية.
في حالة اقتران شغور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة، يتولى رئيس المجلس الدستوري وظائف رئيس الدولة حسب الشروط المبينة سابقا".

وعليه، يمكننا من خلال هذه المادة، استخلاص الآثار التي ترتبها حالة الحرب على النحو الآتي بيانه في الفروع التالية:

الفرع الأول

إيقاف العمل بالدستور مدة قيام حالة الحرب

لقد جاءت المادة 96 أو المادة 110 من التعديل الدستوري 01/16، بصيغة الإلزام لا بصيغة الجواز، فيما يتعلق بمسألة إيقاف العمل بالدستور مدة الحرب، وهو ما يترتب على تطبيقها إهدار لمبدأ سمو الدستور، وكما سبق التطرق إليه، فقد أثار هذا الأثر جدل فقهي حول ما إذا كان توقيف العمل بالدستور طيلة قيام حالة الحرب يؤدي إلى تجميد الدستور كليا أو في بعض أحكامه أو مواده، أو أنه يؤدي إلى إلغاء الدستور؟.

لكن يتبين من قراءتنا للفقرة الأولى من المادة 96 من دستور 1996، التي تقابلها المادة 110 من التعديل لدستوري 2016، أنه يتعين أن لا يمس التعطيل إلا بعض أحكام الدستور بصفة مؤقتة، لاسيما منها المتعلقة بالحقوق والحريات، فالواقع أثبت أن النصوص الدستورية الأكثر تعرضا للتعطيل هي تلك المواد المتعلقة بحقوق وحريات الأفراد، والتي تضطر السلطات الإدارية لتقييدها في تلك الظروف الخطيرة. مما يعني أن مسألة تعطيل الدستور أو وقف العمل به طيلة قيام الظرف الاستثنائي، هو تعطيل لكافة الضمانات المقررة لحماية الحقوق والحريات.

ونشير إلى أن حالة الحرب تؤثر أيضا على المعاهدات فتؤدي إلى وقف العمل بها، لذلك فقد قامت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات بتقنين وتنظيم بعض الأحكام العامة المتعلقة بأثر الظروف الاستثنائية، لاسيما حالة الحرب على وقف المعاهدات الدولية. كما سمح صائغو الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان[1] –كما سبق وأن أشرنا إليه– للدول الأطراف فيها في زمن الحرب أو حالات الطوارئ أو الخطر العام الذي يهدد الدولة أو استقلالها، بعدم التقيد ببعض أحكامها أو التحلل منها[2].

الفرع الثاني

تجميع السلطات في يد رئيس الجمهورية

يترتب على إعلان حالة الحرب، حسب المادة 110 من التعديل الدستوري 01/16، تمركز كل سلطات الدولة بيد رئيس الجمهورية، بما في ذلك سلطة التشريع، فيصبح رئيس الجمهورية في فترة الحرب رئيسا ديكتاتورا بموجب الدستور، حيث يحل النظام الديكتاتوري مكان النظام الديمقراطي السائد قبل إعلان حالة الحرب، لذلك أطلق البعض على هذه الفترات، التي ترتكز فيها جميع السلطات في أيدي رئيس الجمهورية، تعبير (ديكتاتورية الأزمة، أو الديكتاتورية الدستورية، أو الديكتاتور القانوني أو الديكتاتور المؤقت...)[3].

مما يترتب على ذلك تعطيل شبه تام وبصفة مؤقتة لكل المبادئ الدستورية التي ترمز للنظام الديمقراطي، لاسيما نظام الفصل بين السلطات، الذي ينهار بسبب تجميع سلطات الدولة بحوزة رئيس الجمهورية، على أساس أن حماية الدولة فوق كل تلك المبادئ والضمانات القانونية المقررة في الدستور.

ولعل هدف المؤسس الدستوري من تجميع سلطات الدولة بيد رئيس الجمهورية، هو بقصد تسهيل مهمته في صد العدوان الخارجي المحدق بالدولة ومؤسساتها، والتعجيل بإعادة الأوضاع إلى سابق عهدها في أسرع وقت ممكن. بحيث يترك له مطلق السلطة في تقدير ما يراه مناسبا من إجراءات وتدابير لاستعادة الأمن والاستقرار وإعادة السير المنتظم للمؤسسات الدستورية العامة في الدولة، دون أن يكون مقيدا باتباع أسلوب معين لاتخاذ إجراء ما، ودون أن يكون مجبرا على انتظار القوانين التي تسنها السلطة التشريعية.

---

[1]- الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية (المادة 04)، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية (المادة 15)، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان (المادة 27).

[2]- سمح المشرع الدولي للدول بعدم الالتزام بالقواعد الدولية الضامنة للحقوق والحريات العامة في حالة الطوارئ، ولكن وفقا لشروط وضوابط معينة لإعلانها، مع ضرورة توفير الضمانات اللازمة للحريات العامة في ظلها. أنظر: فارس حامد عبد الكريم، "أسباب الطعن بعدم الدستورية"، الجزء الثالث، ص 3، على الموقع الالكتروني:

http://farisalajrish.maktoobbloog.com/291036/

[3]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص.150.

الفرع الثالث

التمديد الوجوبي للفترة الرئاسية إلى غاية انتهاء حالة الحرب

نظرا لما ترتبه حالة الحرب من إيقاف العمل بالدستور، وكذا القوانين العادية بما فيها قانون الانتخابات، فقد عالجت الفقرة الثانية من المادة 96 من دستور 1996، والتي تقابلها المادة 110 من التعديل الدستوري 01/16، مسألة العهدة الرئاسية لرئيس الجمهورية إبان قيام حالة الحرب، بأن جعلتها تمتد وجوبا وبقوة القانون إلى غاية انتهاء الحرب وعودة الأوضاع إلى طبيعتها، ذلك أن امتداد ولاية رئيس الجمهورية، في تلك الحالة، تصبح حتمية واقعية فرضتها الأزمة التي تعيشها البلاد.

وبالتالي، فإنه يطبق على رئيس الجمهورية أحكام نظرية الموظف الفعلي، التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لمثل تلك الظروف الاستثنائية، بحيث يتمتع طيلة فترة الحرب بالشرعية الدستورية، وتعد تصرفاته في هذه الحالة مشروعة لا تخضع لرقابة القضاء الإداري.

غير أنه في حالة حدوث وفاة أو استقالة رئيس الجمهورية أو حدوث أي مانع آخر له، كتعرضه لمرض خطير أو مرض مزمن، فإن الفقرتين الأخيرتين من المادة 110 من التعديل الدستوري لسنة 2016 نصت على أن يتولى رئيس مجلس الأمة رئاسة الدولة، ويتمتع خلال تلك الفترة بجميع الصلاحيات التي تستوجبها حالة الحرب. أما إذا كنا أمام حالة شغور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة معا، فإن رئيس المجلس الدستوري هو الذي يتولى وظائف رئيس الدولة، مع وجوب مراعاة الشروط نفسها التي تسري على رئيس الجمهورية أثناء هذه الحالة.

نستنتج من خلال ما سبق، أن رئيس الجمهورية له مكانة هامة في النظام الدستوري الجزائري، لاسيما في حالة الحرب، حيث تجتمع بيده كل السلطات بما في ذلك السلطة التشريعية، لذلك فإنه –من وجهة نظرنا– يتعين على رئيس الجمهورية في تلك الحالة، أن يضع نصوصا قانونية تكون بمثابة (دستور حرب) تحكم بصفة مؤقتة الوضع الذي تعيشه البلاد إلى أن تستعيد أمنها واستقرارها، بحيث تكون هذه النصوص قادرة على التَكَيُّف مع هذا العدوان وصده، ولو كانت أكثر تقييدا لحقوق وحريات الأفراد، كما يتعين عليه أن يخصص لهذا الوضع (ميزانية حرب).

وعليه، فإن وضعية الحرب تجعل كل مؤسسات الدولة والسلطة التنفيذية الحاكمة في تلك الظروف توصف مؤقتا، بأنها (حكومة حرب) أو (مؤسسات حرب)، وهو الوصف الذي نحبذه ونفضله من وصفها بـــ(ديكتاتورية الأزمة).

الباب الثاني

أثر حالة الضرورة على أهم المبادئ الدستورية الضامنة للحقوق والحريات ومدى مساهمة الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حمايتها

تتأثر الحقوق والحريات – كما سبق التطرق إليه– بحالات الضرورة، كحالة الطوارئ، حالة الحصار، الحالة الاستثنائية وحالة الحرب، كما تؤثر تلك الحالات –بطريقة مباشرة أو غير مباشرة– في جميع القواعد والأسس التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية، كمبدأ سمو الدستور وعلوه على سائر القواعد القانونية الأخرى، ومبدأ الفصل بين السلطات، الذي يتعلق بتنظيم السلطة وتوزيع الاختصاصات بين القانون والتنظيم وإيجاد نوع من الفصل والتوازن بين هيئات الدولة المختلفة، وأيضا مبدأ المشروعية الذي يخضع الحكام والمحكومين للقانون.

غير أنه إذا كانت هذه المبادئ التي أوجدتها القواعد الدستورية شرعت للظروف العادية، فإن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل تبقى الدولة ومؤسساتها ملتزمة باحترام تطبيق تلك المبادئ، إذا ما استجدت ظروف استثنائية قاهرة من شأنها المساس بكيان الدولة أو بالسلامة العامة للمجتمع، أم أنها ستكون مضطرة للإخلال بها، حتى تكون قادرة على مواجهة تلك الظروف العصيبة؟. وإذا كان لزاما على القاضي الدستوري والقاضي الإداري من إعمال سلطتهما في الرقابة على القوانين واللوائح في الظروف العادية، فهل يملكون ممارسة تلك السلطة في ظل الظروف الاستثنائية، قصد ضبط حدود تصرفات الإدارة في تلك الظروف؛ بمعنى إلى أي مدى ساهت الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة؟ وهل يمكن مساءلة الإدارة أو الدولة ومؤسساتها عن انتهاكاتها لتلك الحقوق والحريات في تلك الحالة، عن طريق قضاء التعويض؟.

للإجابة عن التساؤلات السابقة، خصصنا **الفصل الأول** من هذا الباب لبيان أثر حالة الضرورة على أهم المبادئ القانونية الضامنة للحقوق والحريات؛ أي دراسة واقع هذه المبادئ في حالة الضرورة واستعراض الأسباب التي تجعل الإدارة تحيد عنها. ولأجل تقييم مدى فعالية كلا الرقابتين الدستورية والقضائية في حماية الحقوق والحريات، ومعرفة مدى مسؤولية الدولة عن أعمالها في حالة الضرورة، خصصنا **الفصل الثاني** لبيان مدى مساهمة الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة.

الفصل الأول

أثر حالة الضرورة على أهم المبادئ الدستورية الضامنة للحقوق والحريات

تحظى الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الأفراد باهتمام كبير في دساتير الدول[1]، التي خصصت لها فصلا كاملا. وهو ما احتوته دساتير الجزائر المتعاقبة، التي أكدت جميعها على مكانة الحقوق الأساسية، مانحة لها الأولوية، حيث نصت ديباجة دستورها الحالي على: "... إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية"، ومؤكدا على مبدأ سمو الدستور. كما منح الدستور الشكلية لهذه الحقوق والحريات، مخصصا الفصل الرابع من الباب الأول منه المعنون بـ "المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري"، بتقرير ضمان تلك الحقوق والحريات، وهي تتمثل في المواد: من 32 إلى 73 من الدستور[2]، أما الباب الثاني فقد خصصه لتنظيم السلطات، الذي اعتبر وجود هذه السلطات هو ضمان لحماية تلك الحريات[3]، مؤكدا على مبدأ الفصل بين السلطات، وعلى وجوب أن تتقيد تلك السلطات بمبدأ المشروعية أي أن تتقيد بواجب الالتزام بنصوص الدستور وأحكامه فيما يصدر عنها من أعمال، وإلا عدت أعمالها غير مشروعة.

وبما أن هذه المبادئ الواردة في الدستور تشكل ضمانات دستورية، تحمي الحقوق والحريات من أي تعسف تحدثه السلطات العامة أثناء ممارستها للصلاحيات المنوطة بها. فإنه مما لا شك فيه أن قيام الظروف الاستثنائية سوف تؤثر تأثيرا كبيرا على تلك المبادئ أو الضمانات، ولبيان ذلك نتطرق في **المبحث الأول** لأثر حالة الضرورة على مبدأ سمو الدستور، وفي **المبحث الثاني** لأثرها على مبدأ الفصل بين السلطات. أما **المبحث الثالث** فنتكلم فيه عن أثرها على مبدأ المشروعية. وهذا على ضوء ما عرفته الأنظمة السياسية المعاصرة، لاسيما النظام الفرنسي والمصري، ومقارنة ذلك مع واقع النظام الدستوري والإداري الجزائري.

---

[1]- لم تعد الحرية مجرد فكرة خيالية تستند إلى التفكير المثالي، وإنما انتقلت إلى مجال الحماية القانونية، فأصبحت ذات قيمة محددة يتمتع بها الأفراد في مواجهة السلطة، وذلك عن طريق تقييد نشاطها وتحديد نطاقها من خلال القانون. غير أن مفهوم الحق والحرية أصبحا تعبيرين متلازمين في الوقت الراهن، بغض النظر عما إذا كانت الدولة تعترف بجميع الحقوق والحريات. إذ يترتب على إضفاء الحماية القانونية على الحرية اختلاط معناها بالحق، فقد تعددت الآراء والمذاهب الفقهية في مجال تحديد العلاقة بين الحق والحرية: ففي حين يرى جانب من الفقه بأن الحق والحرية يرتدان إلى طبيعة واحدة، وأن التفرقة بينهما هي تفرقة شكلية، يذهب اتجاه مغاير إلى أن الحرية هي أصل جميع الحقوق وأنها السبب في نشأتها، ذلك أن الحرية أسبق من الحقوق من حيث النشأة، فالحق يفترض وجود رابطة قانونية ووجود استئثار أو إنفراد في التمتع به، وهذا يعني أن مراكز الأفراد بالنسبة للحق ليست واحدة. أما الحرية فهي مباحة للجميع بلا استئثار ولا انفراد، وهي تعني قدرة الإنسان على إتيان كل عمل لا يضر بالآخرين. غير أنه هناك صعوبة في الفصل بين الحقوق والحريات نتيجة ارتباطهما الوثيق، ونظرا للتكامل والتناسق فيما بينهما، فالحق مظهر من مظاهر الحرية، وأحيانا قد ينتج عن ممارسة الحرية نشوء حق عند الاعتداء عليها.

وللمزيد من التوضيح حول تمييز الحق عن الحرية، ارجع إلى المؤلفات التالية: عصمت عدلي وطارق إبراهيم الدسوقي، **حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.32، ص.33؛ سعيد السيد علي، **المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصرة**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2007، ص 428 و429؛ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ص. 51-53.

[2]- نصت المادة 38 من الدستور على أن: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة. وتكون تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبُهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل كي يحافظوا على سلامته، وعدم انتهاك حُرمته".

[3]- نصت المادة 34 من الدستور على أن: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية".

المبحث الأول

أثر حالة الضرورة على مبدأ سمو الدستور

تقرّ الدساتير في العالم أن الدستور[1] يعلو ويسمو على جميع القوانين، "الدستور فوق الجميع"، باعتباره تجسيدا لإرادة المجتمع في كيفية تنظيمه وتسيير مؤسساته من جهة، وبصفته القانون الأسمى في الدولة من جهة ثانية. لذلك يجب على جميع السلطات في الدولة أن تتقيد بأحكامه، وأن تكون القوانين الصادرة منسجمة مع أحكامه، وألا تتعارض مع روحه. وهو ما يطلق عليه الفقه الدستوري "بمبدأ سمو الدستور"، والذي يعد أبرز مظاهر مبدأ المشروعية.

غير أن احتمال عدم التقيد بهذا المبدأ والمساس بقدسيته أمر وارد في حالة الضرورة، لحساب حماية الدولة ومؤسساتها. وهو ما سنحاول معالجته من خلال هذا المبحث، الذي قسمناه إلى ثلاثة مطالب: نتكلم في **مطلب أول** عن مفهوم مبدأ سمو الدستور، ونخصص **المطلب الثاني** لبيان مدى اعتبار حالة الضرورة استثناءً يرد على مبدأ سمو الدستور.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ سمو الدستور

يحتل الدستور قمة القواعد القانونية في الدولة، فهو التشريع الأعلى الذي لا يعلوه أي قانون آخر، وهو القانون الذي يساعد في ترسيخ معنى مبدأ الشرعية وإخضاع الحكام والمحكومين للقانون.

لذا فإن مبدأ سمو الدستور يعد من خصائص الدولة القانونية، لأنه لا سبيل إلى تحقيق خضوع الدولة للقانون والتزام الحكام بقواعد عليا تحدد اختصاصاتهم وتحد من سلطاتهم، ما لم تهيأ للنصوص الدستورية مكانة عليا تسمو على هؤلاء الحكام وتخضعهم لأحكامها.

وإذا كانت فكرة "سمو الدستور" تجد أساسها في كتابات مفكري نظرية العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، إلا إنها لم تتبلور كمبدأ قانوني إلا بعد انتصار الثورتين الأمريكية والفرنسية[2]، فبعد الثورة الفرنسية ساد مبدأ سمو الدستور دساتير الديمقراطيات الغربية[3]، ثم أمتد ليشمل أيضاً دساتير الدول

---

[1]- يمكن تعريف الدستور بأنه: "مجموعة القواعد المتعلقة بتنظيم ممارسة السلطة وانتقالها في الدولة، وهذه القواعد يمكن أن توجد بأحد طريقتين، فهي إما تصدر من المشرع الدستوري وتكون مدونة في وثيقة رسمية، وهذا ما يسمى بالدستور المدون أو تكون وليدة العرف والسوابق القضائية والتاريخية، دون أن تدون في وثيقة رسمية، وهذا ما يطلق عليه الدستور غير المدون". وتعتبر دساتير الغالبية العظمى من دول العالم دساتير مدونة.

[2]- أعلن عن هذا المبدأ لأول مرة في الدستور الأمريكي لعام 1787، حيث نصت المادة 06 منه على أن: "يكون هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر بموجبه، وجميع المعاهدات المبرمة أو التي ستبرم بموجب سلطة الولايات المتحدة، القانون الأعلى للبلاد، ويلزم بذلك القضاة في كل ولاية بغض النظر عما يناقض هذا في دستور أو قوانين أية ولاية".

[3]- من الدساتير الأوربية التي نصت علي مبدأ سمو الدستور صراحة، الدستور التشيكوسلوفاكي لعام 1920، وكذلك الدستور الإيطالي عام 1947، إذ نصت هذه الدساتير على أنها تتمتع بقوة تكون ملزمة لجميع السلطات العامة في الدولة. وقد نصت الفقرة 3 من المادة 88 من دستور ألمانيا الديمقراطي الصادر في نيسان عام 1968، على أنه "لا يجوز للتعاليم القانونية أن تتعارض مع الدستور. ويقرر مجلس الشعب صحة دستورية التعاليم القانونية في حالة الشك فيها".

الاشتراكية[1] ودول العالم الثالث[2]، حتى غدا سمو الدستور أساسا ومبدأ رئيسيا من مبادئ الدولة القانونية، وأصبح من المبادئ المسلم بها في فقه القانون الدستوري، حتى ولو لم يتم النص عليه في صلب الوثيقة الدستورية. فما هو التعريف الفقهي لهذا المبدأ **(الفرع الأول)**، وما الذي يميّز القواعد الدستورية عن غيرها من القواعد القانونية **(الفرع الثاني)**؟.

الفرع الأول

التعريف بمبدأ سمو الدستور

يقصد بمبدأ سمو الدستور علو القواعد الدستورية وسيادتها على سائر القواعد القانونية المطبقة في الدولة؛ مما يعني أن أي قانون تصدره الدولة يجب ألا يكون مخالفا للدستور، سواء أكان مكتوباً أو عرفياً، وهذا حتى يكون النظام القانوني للدولة بأكمله محكوماً بالقواعد الدستورية، وتكون الدولة في جميع مظاهر أنشطتها خاضعة لسلطان الدستور، فالقواعد الدستورية هي التي تبين وتنظم طريقة ممارسة السلطة في الدولة، وهي التي تبين وتحدد أيضا الفلسفة والأساس الأيديولوجي الذي يقوم عليه النظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، وعليه فإن أية سلطة من سلطاتها لا تمارس إلا الصلاحيات التي خولها إياها الدستور وبالحدود التي رسمها، سواء تعلق الأمر بنشاطها التشريعي، القضائي أو الإداري.

لذلك فإن الفقه عندما يتحدث عن سمو الدستور، فهو يتضمن جانبين معا السمو الموضوعي **(أولا)** والسمو الشكلي **(ثانيا)**.

أولا: السمو الموضوعي أو المادي للدستور

الفرع الثاني

تمييز القواعد الدستورية عن القوانين العضوية والقوانين العادية

ونتائج التمييز بينهما والملاحظ أن السمو الموضوعي للدستور لا ينحصر في دساتير معينة، بل هو عام في جميع الدساتير، مكتوبة كانت أو عرفية، جامدة أم مرنة، ذلك أن المشرع العادي، وإن كان يملك حق تعديل نصوص الدستور المرن بالإجراءات نفسها المقررة في تعديل القانون العادي، إلا أنه ملزم دائماً باحترام الأساس النظري الذي يقوم عليه الدستور. وعليه، فإن خروج الحكام وهيئات الدولة عن الأساس النظري

---

[1]- منها دستور الاتحاد السوفيتي لعام 1977، إذ نصت المادة 173 منه على أن: "الدستور الإتحاد السوفيتي قوة القانون الأعلى، وجميع القوانين وسائر مقررات هيئات الدولة تصدر على أساس دستور الاتحاد السوفيتي ووفقاً له".

[2]- تبنّت دساتير دول العالم الثالث مبدأ سمو الدستور ونصت عليه بعض دساتيرها، ومن ذلك دستور جمهورية الصومال الصادر في عام 1960، حيث أوجبت المادة 98 منه ضرورة مطابقة القوانين لأحكام الدستور وألزمت جميع الهيئات الحاكمة وجميع الأشخاص التابعين للدولة بالحفاظ على الدستور. وكذلك نصت المادة 03 من دستور السودان الانتقالي لعام 1985 على أن: "تسود أحكام هذا الدستور على جميع قوانينه ويلغى من أحكام هذه القوانين ما يتعارض مع أحكام هذا الدستور بالقدر الذي يزيل ذلك التعارض". أما الدستور الجزائري فقد نص على هذا المبدأ في ديباجته: "...الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية".

للقواعد الدستورية، يعتبر مساساً بجوهر الدستور وانتهاكا لسموه الموضوعي أو المادي، وهو ما ينتج عن ذلك نتيجتين مهمتين، هما:

– أن القواعد الدستورية ملزمة لجميع هيئات الدولة، وأن أي نشاط يكون مخالفاً لهذه القواعد لا يتمتع بأي أثر قانوني لأنه يمس بمبدأ المشروعية، الذي يعني وجوب احترام القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية والالتزام بها وضرورة مطابقتها للنصوص الدستورية.

– وبما أن الدستور هو مصدر جميع السلطات العامة في الدولة، فهذا يعني أن هذه السلطات (رئيس دولة، مجالس تشريعية إلخ...) لا تمارس حقاً شخصياً تتصرف به كيفما تشاء، وإنما تمارس وظيفة حددتها النصوص الدستورية وبينت شروطها ومداها، وبالتالي فإن هذه السلطات لا تستطيع تفويض غيرها في ممارسة اختصاصها إلا في حالة إباحة الدستور للتفويض بنص خاص، وذلك عملاً بالمبدأ الذي يقول: (الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض). لذلك فإن أول ما يتطلبه سمو الدستور هو تقرير الوسيلة الفاعلة لضمان هذا السمو، وعدم اعتداء أي سلطة عليه وبشكل خاص السلطة التشريعية، وإلا غدا هذا المبدأ أمرا نظريا بحتا، أو على حد تعبير الفقيه الفرنسي "بيردو" «Burdeau» "لفظا فارغا غير ذي مضمون"[1].

ثانيا: السمو الشكلي للدستور

يرتبط السمو الشكلي للدستور بالشكل والإجراءات التي توضع بها القواعد الدستورية، فالسمو الشكلي يشمل جميع القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية، سواء كانت قواعد دستورية موضوعية أو قواعد شكلية، ولا يمتد هذا السمو إلى القواعد القانونية العادية، وإن كانت هذه القواعد ذات طبيعة دستورية، فالعبرة إذن في السمو بشكل القاعدة لا بمضمونها. وبالتالي فإن هذا السمو لا يتحقق إلا إذا كان الدستور مكتوبا وجامدا، فصفة الجمود هي التي تسبغ على الدستور سموا شكلياً على القوانين العادية، إضافة إلى السمو الموضوعي.

أما الدساتير المرنة فعلى الرغم من تمتعها بالسمو الموضوعي، إلا أن السمو الشكلي لا يتحقق، نظرا لعدم وجود فرق بين القواعد الدستورية المرنة والقانون العادي من الناحية الشكلية، بسبب أن إجراءات تعديل الدستور المرن والقانون العادي هي واحدة، في حين تتميز إجراءات تعديل الدستور الجامد بأنها أشد صعوبة وأكثر تعقيداً من تلك المتبعة في تعديل القانون العادي.

[1]- نعمان أحمد الخطيب، **مبادئ القانون الدستوري**، ط 1، منشورات جامعة مؤتة، المطبعة الوطنية، الأردن، 1993، ص 91.

الفرع الثاني
تمييز القواعد الدستورية عن القوانين العضوية والقوانين العادية ونتائج التمييز بينهما

ينتج عن السمو الشكلي والموضوعي الذي تتمتع به الوثيقة الدستورية في دول الدساتير الجامدة، أن تصبح الوثيقة الدستورية بما تحويه من نصوص، القاعدة الأساسية العليا في الدولة القانونية، والمصدر النهائي لمبدأ المشروعية، وهو ما يسمح بضمان احترام الدستور وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين[1].

لذلك فإن القوانين العضوية والقوانين العادية تبقى خاضعة للدستور، نظرا لما تتميز به قواعده من سمو وقدسية. وعليه، يمكننا **(أولا)** عقد مقارنة بين هذه القوانين، و**(ثانيا)** إبراز ما يترتب على هذه المقارنة من نتائج.

أولا: تمييز القواعد الدستورية عن القوانين العضوية والقوانين العادية

تمتاز القواعد الدستورية عن أحكام القوانين العادية والعضوية، من زاويتين:

(1)- من حيث الموضوع: يوصف القانون الدستوري بأنه قانون الدولة نظرا لأهمية موضوعاته، فهو الذي يحدد شكل الدولة ويرسم قواعد ممارسة المجتمع، كما يتولى وضع الضمانات الضرورية لحقوق الأفراد، فضلا عن كيفيات تحديد وتنظيم سلطات الدولة، مع ضبط اختصاصات السلطات العمومية، وتحديد علاقة هذه الأخيرة بالمحكومين، الأمر الذي يجعل من موضوعاته ميدانا حساسا للغاية، على خلاف قواعد القانون المدني أو التجاري أو غيرها من القواعد التي تنظم علاقات الأفراد، منظورا إليهم على أساس المساواة والتوازن في علاقاتهم المتبادلة.

وإذا كانت الوثيقة الدستورية تتضمن كافة القواعد المتعلقة بممارسة السلطة وانتقالها، فغالبا ما نجد إلى جانب الوثيقة الدستورية قوانين ووثائق ذات طابع دستوري وسياسي تعتبر متممة للوثيقة الدستورية في الموضوع الذي تعالجه، ومثال ذلك قوانين المجالس التشريعية وأنظمتها الداخلية، أو كما يسميها الدستور الجزائري بالقوانين العضوية، والتي تلعب دورا مهما في تفصيل وتفسير كيفية تطبيق بعض المبادئ والحقوق الدستورية. فهي قواعد تنظيمية أو إجرائية تهدف إلى تكملة وتفصيل أحكام الدستور، وتخضع لأصول خاصة في إقرارها[2]، أو كما يصفها البعض بأنها قانون ذو طبيعة دستورية وظيفية سامية[3]. لهذا فإن سمو قواعد القانون الدستوري على القوانين الصادرة من البرلمان لا تقتصر فقط على القوانين العادية، وإنما أيضا على

---

[1]- نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص. 92-93.

[2]- نصت الفقرة الثانية من المادة 141 من التعديل الدستوري لسنة 2016، فيما يتعلق بموضوع التصويت على القانون العضوي بأنه: "تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة". كما نصت الفقرة الخامسة من المادة 138 بأنه: " وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية".

[3]- عمار عوابدي، "فكرة القانون العضوي وتطبيقاتها في القانون الناظم للبرلمان والعلاقة الوظيفية بينه وبين الحكومة"، **مجلة الفكر البرلماني**، يصدرها مجلس الأمة، العدد الثاني، مارس 2003، ص.54.

القوانين العضوية[1]، إذ يجب أن تكون هي الأخرى مطابقة للدستور نصا وروحا، وأن لا تخالف الأحكام والمبادئ العامة التي تقررها نصوص الدستور، سواء من حيث الاجراءات المرسومة لإصدارها[2] أو الجهة المختصة بإصدارها، أو من حيث موضوعها.

ونشير إلى أنه على الرغم من أن القوانين العضوية تتشابه مع القوانين العادية، من حيث الجهة المكلفة بسنها، إلا أنها تختلف عن القوانين العادية من الجوانب التالية:

أ- أن أهمية الموضوعات التي تعالجها القوانين العضوية مقارنة بموضوعات القوانين العادية، جعلها تحتل مرتبة تلي الدستور مباشرة، لذلك يتعين على السلطة التشريعية أن تراعي عند وضعها للقوانين العادية ألا تتعارض هذه الأخيرة، مع أحكام القوانين الأساسية أوالعضوية، والتي يستلزم أن تكون هذه الأخيرة أيضا مطابقة للدستور[3].

ب- اشتراط الدستور الجزائري إخضاع القوانين العضوية لرقابة مطابقتها للدستور من طرف المجلس الدستوري، بصفة إلزامية قبل دخولها حيز التنفيذ، حيث يتولى –بصفة حصرية رئيس الجمهورية مهمة إخطار المجلس[4]، وهذا بخلاف القوانين العادية التي يمكن اخضاعها للرقابة، إما لرقابة سابقة قبل دخولها حيز النفاذ أو لرقابة لاحقة بعد تنفيذها، وذلك حسب السلطة التقديرية للجهات المحركة للرقابة وهم: إما رئيس الجمهورية أو أحد رؤساء غرفتي البرلمان.

ج- إنه بالرغم من الأهمية التي تكتسيها القوانين العضوية مقارنة بالقوانين العادية إلا أن مجالاتها محصورة وضيقة[5]، إذ لا تسن إلا إذا أحال الدستور على سن موضوع ما بموجب قانون عضوي؛ أي أن يكون الدستور ابتداء قد نص صراحة في مسألة بعينها أن يكون تنظيمها بقانون عضوي فإن هو فعل، دلّ ذلك على أن التنظيم بلغ في تقديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى. وعادة ما يكون هذا التنظيم متصلا بقاعدة كلية مما جرت الوثائق الدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها[6].

---

[1]- يسمي الدستور المصري القوانين العضوية بتسمية "القوانين المكملة للدستور" ويسميها المؤسس الدستوري الفرنسي "القوانين الأساسية" « Les lois organiques » ولم يهتم المؤسس الدستوري الجزائري بإعطاء تعريف لها، مكتفيا فقط ببيان موضوعاتها وإجراءات سنها وكيفية اخضاعها للرقابة الدستورية.

[2]- تنص المادة 138 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016 على أنه: "مع مرعاة الحالة المذكورة في أحكام الفقرة الأولى من المادة 137 أعلاه، يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه. تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى. وتناقش كل غرفة النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه".

[1]- علي السيد الباز، **الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة)**، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص.282.

[4]- أنظر:

(Bachir) YELLES CHAOUCHE, ***Le Conseil Constitutionnel en Algérie,*** *(du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative)*, O.P.U., Alger, 1999, pp.5–7.

[5]- تنحصر مجالات القانون العضوي في مجالات حددهم الدستور في 22 مادة هي: 04، 35، 52، 54، 85، 87، 92، 103، 106، 125، 129، 132، 133، 138، 166، 172، 176، 177، 188، 193، 194 من التعديل الدستوري 2016. بالإضافة إلى مجالات أخرى وردت على سبيل الحصر في المادة 141 من الدستور، والمتمثلة في: تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الإنتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام، القانون الأساسي للقضاء والتنظيم القضائي، القانون المتعلق بقوانين المالية. وتتسم هذه المواضيع التي تعالجها القوانين العضوية، بأنها مواضيع هامة تفوق أهمية مواضيع القوانين العادية، التي تتسع مجالاتها لتصل إلى حوالي (29) مجالا حسب المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016، بالاضافة إلى مواضيع أخرى خصصها الدستور للقوانين العادية.

[6]- أنظر: المحكمة الدستورية العليا المصرية، حكم في القضية الدستورية رقم 7 لسنة 8 " قضائية- دستورية " صادر بجلسة 15 مايو 1993.

(2)- من حيث الشكل: يبدو تفوق القواعد الدستورية على أحكام القانون العادي واضحا، عندما يكون الدستور جامدا، فهو يخضع لإجراءات معقدة لتعديله، خلافا للدستور المرن الذي يخضع في تعديله للإجراءات نفسها التي تعدل بها نصوص القانون العادي، مما يجعل هذا التعديل من اختصاص السلطة التشريعية[1]، كما هو الشأن في بريطانيا التي تشكل نموذجا للدستور المرن في الدولة الحديثة[2].

وبناء على ما سبق، يمكن القول أن أهم فرق بين القواعد الدستورية والقوانين العادية من حيث الشكل، يتمثل في الجهة المصدرة للقاعدة وإجراءات إعدادها وتعديلها.

ثانيا: نتائج التمييز بين القواعد الدستورية والقوانين العادية والقوانين العضوية

يترتب عن التمييز بين القواعد الدستورية والقوانين العادية، وكذا القوانين العضوية النتائج التالية:

(1)- أن القواعد الدستورية لا تلغى ولا تعدل إلا بقواعد دستورية أخرى: يترتب على مبدأ سمو الدستور اعتبار القواعد الدستورية أعلى مرتبة، وتطبيقا لذلك فإن القواعد الدستورية لا يمكن إلغاؤها أو تعديلها إلا بقواعد دستورية أخرى، لأنها هي فقط التي تحتل نفس المكانة والدرجة. أما القواعد العادية فلا تستطيع تعديل أي قاعدة دستورية لأنها أقل مرتبة ودرجة منها، وكذلك الحال بالنسبة للقوانين العضوية إذ بالرغم من أهميتها واتصالها الشديد باللدستور، باعتبارها الجانب التطبيقي لقواعده، إلا أنه لا يمكن لها أن تعدل الدستور أو تلغي بعض نصوصه، وإن كان هناك من الفقهاء الفرنسيين من أجاز للقانون العضوي أن يعدل القانون العادي أو يلغيه، باعتباره أسمى منه. إن هذه النتيجة تتم قي الأحوال العادية، أما في الأوضاع غير العادية فإن الدستور القائم قد تؤثر فيه تلك الأوضاع، فيوقف العمل به أو تعطل بعض أحكامه، كما سنبينه لاحقا.

(2)- لا يجوز للقواعد العادية والقوانين العضوية أن تتعارض مع القواعد الدستورية: إن عدم جواز تعارض القواعد العادية والعضوية مع القواعد الدستورية نتيجة قانونية ومنطقية لمبدأ سمو الدستور واحتلال قواعده المكانة العليا في السلم الهرمي لتدرج القواعد القانونية، وإلا لفقد هذا المبدأ أهميته وانهار.

وبناء عليه، لا يجوز للسلطة التشريعية أن تضع من القوانين ما يخالف الأحكام الدستورية، وإن فعلت ذلك صراحة أو ضمنا تحت ستار التنظيم، فإن عملها يعد خروجا عن مبدأ المشروعية وتحديا للقواعد الدستورية، الأمر الذي يعرضه للبطلان.

---

[1]- تجدر الاشارة إلى أن معظم دساتير الدول الحالية جامدة، الأمر الذي استوجب وجود سلطتين: سلطة مؤسَّسة وسلطة مؤسِّسة، تنحصر مهمة الأولى في إعداد الدستور وتعديله، وتختص الثانية بسن التشريع، كاختصاص تستمده من السلطة المؤسَّسة.

[2]- محمد أرزقي نسيب، **أصول القانون الدستوري والنظم السياسية**، (مفهوم القانون الدستوري، ظاهرة الدولة والدستور)، الجزء الأول، ط 1، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص. 217، أنظر أيضا: نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص ص. 96-97.

(3)- ثبات القواعد الدستورية: يعد ثبات القواعد الدستورية وعدم تعديلها باستمرار من أهم أهداف جمود الدستور على الصعيد التطبيقي، نظرا لما يحققه من استقرار للنظام الدستوري وتحديدا لدور السلطات في الدولة وتأكيدا لحقوق الأفراد وحرياتهم وتوضيحا لمراكزهم القانونية.

غير أن ثبات القواعد الدستورية المترتب على سمو الدستور لا يعني الثبات المطلق الذي لا يقبل التعديل النهائي، وإنما البطء المتمشي مع طبيعة القاعدة الدستورية وما تتطلبه من إجراءات خاصة لتعديلها تفوق في شدتها للإجراءات المطلوبة لتعديل القواعد العادية، هي التي تكفل لها الثبات والاستقرار والحماية من نزوات بعض الحكام[1].

(4)- سمو القواعد الدستورية ضمانة حقيقية لحماية حقوق وحريات الأفراد: إن وجود الدستور والاعتراف له بالسيادة والسمو على جميع مؤسسات الدولة من الناحيتين الشكلية والموضوعية، هدف يرمي إلى حماية وضمان حقوق وحريات الأفراد ضد احتمال اعتداء وتحكم سلطات الدولة عليها[2]، حيث تحرص الوثائق الدستورية المختلفة على أن تتضمن في جانب منها الحريات الأساسية للمواطن، وأن يتم إدراج المبادئ الرئيسية التي تنظم الحريات العامة في صلبها، ذلك أن ترك هذه المهمة للسلطة التنفيذية لتنظيمها عن طريق المراسيم، قد تتعسف في تلك الحريات وتجعل ممارستها استثناءً من المنع.

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري نجد أن حماية الحقوق والحريات تعتبر من أهم أولوياته، بدليل أنه نص في ديباجة[3] التعديل الدستوري لسنة 2016[4] على أن: "... الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية". وهو ما يفهم بأن المؤسس الدستوري الجزائري ربط مبدأ سمو الدستور بمبدأ ضمان حماية الحقوق والحريات، وبأن احترم الدستور ضمانة لحماية الحقوق والحريات[5].

---

[1]- محمود حافظ، **الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري**، المرجع السابق، ص.29. أنظر أيضا: نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص.98، أنظر أيضا: (George) BURDEAU, ***Droit constitutionnel et institutions politiques***, 3e éd., L.G.D.J., Paris, 1980, p.77.

[2]- محمد أرزقي نسيب، المرجع السابق، ص ص. 212-213.

[3]- تحتوي مقدمة أو ديباجة الدستور على المبادئ الأساسية التي تحكم الدولة من النواحي السياسية والقانونية والاجتماعية، فهي التي تشير إلى فلسفة النظام السياسي وشكل وأسلوب نظام الحكم، وأهداف النظام السياسي الحالية والمستقبلية ومباديء المجتمع الأساسية والتأكيد على وحدة الدولة شعباً وإقليماً وغيرها اضافة إلى بيان الاهتمام بحقوق الإنسان وحرياته. لذلك فقد اختلف الفقه الدستوري بصدد القيمة القانونية لمقدمة الدستور، اذا اتجه بعض الفقه إلى اعتبار مقدمة الدستور جزء منه ولها ذات القيمة لنصوصه، بينما اتجه البعض الاخر إلى اعطاء قيمة قانونية لمقدمة الدستور تعلو على القيمة القانونية للنصوص الدستورية، في الوقت الذي ميز فريق ثالث بين الأحكام الوضعية والقواعد المنهجية الواردة في مقدمة الدستور. أنظر: د. طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة العامة للقانون**، المرجع السابق، ص. 78.

أما القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، فقد اعتبر ديباجة الدستور بأنها: "تشكل جزءا لا يتجزء من هذا الدستور". كما أدخل هذا القانون تعديلا في محتوى ديباجة دستور 1996 بإضافة عبارات وفقرات جديدة.

[4]- إذا كان قد وقع خلاف فقهي بين شرّاح القانون الدستوري حول من يرى بأن دستور 1996 ما هو في الحقيقة إلا تعديل دستوري لدستور 1989 وليس دستورا قائما بذاته، بينما يرى قسم آخر من الفقهاء أن هذا دستور هو دستور قائم بذاته، وذلك نظرا لما أضافه من تغييرات تبدو جذرية على الدستور السابق، مثل إضافة غرفة ثانية إلى جانب الغرفة الأولى في السلطة التشريعية وهو مجلس الأمة. فإن التعديل الدستوري الحالي الصادر بموجب القانون رقم 01/16 الصادر بتاريخ 2016/03/06، وإن كان قد أضاف مواد وعدل في الأخرى إلا أنه يعتبر تعديلا لدستور 1996، لأنه حافظ على الفلسفة نفسها التي جاء بها هذا الأخير وحافظ على النهج نفسه، ولم ينتقل من النهج الليبرالي إلى نهج آخر كما حدث مع دستور 1989، عندما انتقل من النهج الاشتراكي الذي كان موجودا في دستور 1976 إلى النهج الليبرالي، بل أن دستور 1996 حافظ على روح ومقومات دستور 1989، كما حافظ عليها التعديل الدستوري 2016.

[5]- أورد التعديل الدستوري 01/16 قائمة تتضمن كل الحقوق السياسية، الاجتماعية، الثقافية والاقتصادية، وكذا الحقوق الفردية والجماعية، مؤكدا على مبادئ جديدة يعزز بها طائفة الحقوق الأساسية، حيث أضاف لها مبادئ المشاركة السياسية والعدالة الاجتماعية والحرية. أما التعديل الدستوري 07 نوفمبر 2008 فقد أدرج مادة جديدة هي المادة 31 مكرر والتي تقابلها المادة 36 من التعديل الدستوري 2016 حيث تنص: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة، يحدد قانون عضوي كيفيات تطبيق هذه المادة". فبموجب هذا التعديل أصبح حق المشاركة في تسيير الشؤون العمومية من الحقوق السياسية وبالقوة نفسها تبوأت العدالة الاجتماعية مكانة قانونية بأن اصبحت حقا يجب تحقيقه من طرف الدولة بجميع مؤسساتها.

والجدير بالذكر، أن ننوه إلى الحماية المتعلقة بالحريات الأساسية في الدستور الجزائري، التي اكتست خصوصية عدم المراجعة لمضامينها إما جزئيا أو كليا، وهو ما يفهم من نص المادة 212 من التعديل الدستوري 2016[1]؛ حيث اعتبرت هذه الأخيرة الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن، مثلها مثل النظام الجمهوري والدين الإسلامي الذي يحكم قوانين الدولة، غير قابلة للتعديل.

المطلب الثاني

موقف الفقه الدستوري من مسألة حدود تأثير حالة الضرورة على الدستور

إن قاعدة خضوع كل مَنْ في الدولة من حكام ومحكومين لكافة أنواع القواعد القانونية في النظام القانوني في الدولة، ليست قاعدة مطلقة بل أن هناك حالة تشكل استثناءً أو قيدا يرد على مبدأ سمو الدستور ويتم فيها الخروج على هذا النظام القانوني وهي حالة الضرورة، التي تجعل الأحكام الدستورية والتشريعية العادية تقبع أمام الضرورة العليا لسلامة الدولة، فهذه الحالة تجيز للدولة أو لإحدى الهيئات الحاكمة، وهي غالبا السلطة التنفيذية من الخروج على القواعد الدستورية إذا اقتضت تلك الضرورة العليا لسلامة الدولة ذلك[2]، وقد قيل "قديما سلامة الدولة فوق القانون" ويقصد بالقانون القانون بمفهومه العام، بما في ذلك القانون الدستوري). لذلك فقد اعتبر البعض أن هذا الحق الممنوح للدولة يمثل حقا قديما يلازم في قدمه النظام الدستوري ذاته، باعتباره استثناءً من القاعدة[3].

وعليه، فإنه إذا كانت القاعدة في الأحوال العادية تحظر على السلطة التنفيذية توقيف القانون أو تعطيل العمل بالدستور أو مخالفة بعض نصوصه، فإنه استثناءً من ذلك، وتطبيقا لقاعدة "أن الضرورات تبيح المحضورات"، لذلك فإن البعض من الدساتير تعطي للسلطة التنفيذية الحق في تعطيل الدستور وفي إيقاف الضمانات الدستورية وإقامة حكم استثنائي في بعض الظروف الاستثنائية.

أما الفقه الدستوري فقد أجمع هو الآخر على أن نظرية الضرورة تعد بحق استثناءً أو قيداً يرد على مبدأ سمو الدستور والنتائج التي تترتب عليه، إذ تجيز حالة الضرورة للدولة أو لإحدى هيئاتها، وغالباً ما تكون

---

[1]- نصت المادة 212 على أنه: " لا يمكن أيّ تعديل دستوري أن يمس:
1 - الطّابع الجمهوريّ للدّولة.
2 - النّظام الديمقراطي القائم على التّعدّديّة الحزبيّة.
3 - الإسلام باعتباره دين الدّولة.
4 - العربيّة باعتبارها اللّغة الوطنيّة والرّسميّة.
5 - الحرّيّات الأساسيّة وحقوق الإنسان والمواطن.
6 - سلامة التّراب الوطنيّ ووحدته.
7- العلم الوطني والنشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة والجمهورية.
8 - إعادة انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة فقط ".

[2]- حسن ضياء الخلجاني، المرجع السابق، ص.67.

[3]- أنظر: (Charles) ESMEIN, ***Droit Constitutionnel***, T. 2, 8e éd., Paris, 1928, p.184.

الهيئة التنفيذية (رئيس الدولة أو الحكومة)، أن تمس بقدسية الدستورعلى اعتبار أن قواعده اصبحت لا تخدم الوضع الاستثنائي الذي تعيشه الدولة، غير أن آراء الفقه تباينت فيما بينها حول حدود مساس السلطة التنفيذية الممثلة في رئيس الجمهورية بالدستور إبان قيام حالة الضرورة، فمن الفقهاء الفرنسيين من يرى بأن حالة الضرورة تؤدي إلى تعديل الدستور **(الفرع الأول)**، ومنهم من يرى بأنها تؤدي إلى إلغائه **(الفرع الثاني)**. أما الغالبية فهي ترجح أن حالة الضرورة تؤدي إلى تعطيل الدستور **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

مدى جواز تعديل الدستور في حالة الضرورة

حاول بعض الفقهاء والباحثين الدستوريين في فرنسا عند تحليلهم لنص المادة 16 من الدستور الفرنسي أن يبرزوا رأيهم بشأن تأثير حالة الضرورة على الدستور معتبرين أن هذه الحالة الضرورة لا تمس الدستور في حد ذاته، وإنما تنتهك جموده المفرط عن طريق تعديله، لكي يتكيف ويتأقلم مع الحالة، ويعتبرون أنه من الضروري إعادة إدراج التشريعات الاستثنائية ضمن التصور الذي يسير عليه جمود الدستور، لأن الجمود المفرط أو غير المكيّف قابل في لحظة الخطر لأن يَجُرَّ إلى سقوط النظام، مهما كان احترام الشكليات التي يفرضها الجمود عند أي تعديل للنص الدستوري والمنظمة خصيصا لهذه الغاية، فإذا ما تم تجاهل الشكليات والأصول الإجرائية وعلق العمل بالدستور بناء على مبادرة الأجهزة القائمة، فإن مبدأ الجمود هو الذي يكون قد أحتُقِرَ، لذلك فإن التنظيم الدستوري الاستثنائي في الأوقات العصيبة يتحول ليكون وسيلة لتسوية الصعوبة، الأمر الذي يجعل حالة الضرورة تنتصر على قانون الاستثناء، لأن الأمر لا يتعلق حينئذ فقط بمنح سلطات واختصاصات تخالف القانون العام، وإنما يتعلق الأمر أيضا بوضع حدود لا يمكن اختزالها لعمل السلطات العامة[1].

غير أن هذا الطرح رفضه بعض الفقهاء، ومنهم الفقيه الفرنسي "لامارك" «Lamarque» الذي ذهب إلى القول بأن الغرض الرئيسي من منح رئيس الجمهورية سلطات استثنائية في ظل المادة 16 هو تمكين السلطات الدستورية العامة من أداء وظائفها المنصوص عليها في الدستور، وعلى أساس ذلك لا يمكن القول بإمكانية تعديل الدستور في ظل هذا النص. ولقد أيدت هذا الاتجاه أيضا الدكتورة « Michèle Voisset» في رسالتها عن المادة 16، حيث قالت بأنه لا يجوز تعديل الدستور في ظل المادة 16، ويقول "ديفرجي" «Duverger» أن رئيس الجمهورية في ظل تلك المادة يستطيع أن يفعل كل شيء إلا أن يعدل الدستور.

---

[1]- أنظر :
(Pascal) CAILLE, « *L'état d'urgence, La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation* », **R.D.P.**, n° 2, 2007, p.348.

كما ذهب العميد "فيدل" «Vedel» المذهب نفسه، حيث يرى أن رئيس الجمهورية لا يملك، بمقتضى المادة 16، تعديل الدستور. ويعلل ذلك بأن المادة المذكورة تستهدف إعادة الأوضاع الدستورية الطبيعية للمؤسسات العامة، فكيف يمكن أن يقال أن تلك المادة تبيح تعديلا دائما في أوضاع المؤسسات.

وأخيرا، يرى الدكتور "يحي الجمل" أن تعديل الدستور يقتضي وجود سلطة مؤسسة لذلك، في حين أن رئيس الجمهورية في الأوقات العادية أو في أوقات الأزمات على حد سواء يظل سلطة مؤسسة أو منشأة، ولا تستطيع المادة 16 أن تغير من هذه الحقيقة شيئا[1].

وعليه، فإن الفقه في جملته لا يرى إمكانية لرئيس الجمهورية في تعديل الدستور في ظل المادة 16 من الدستور الفرنسي حتى ولو كان ذلك التعديل جزئيا.

الفرع الثاني

مدى جواز إلغاء الدستور في حالة الضرورة

أما بالنسبة لمسألة امكانية إلغاء الدستور في حالة الضرورة، فإنه إذا كان الفقه الفرنسي في غالبيته –كما رأينا– لا يرى امكانية تعديل الدستور استنادا للمادة 16 ولو بشكل جزئي، فإنه ومن باب أولى لا يمكنه إلغاء الدستور استنادا للنص ذاته، وهذا خلافا لذلك الرأي القائل بأن حالة الضرورة تمس الدستور في حد ذاته، فهي تؤدي إلى إلغاء.

لهذا يتفق الفقه الفرنسي على أنه لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يقوم بإلغاء الدستور، باعتبار أن مسألة إلغاء أو تعديل الدستور هي من المسائل التي تعود للسلطة التأسيسية الأصلية أو المنشئة، فإذا كان من حق رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية أن يحل محل السلطات الدستورية من أجل القيام ببعض اختصاصاتها، فإنه لا يجوز الاعتداء على اختصاصات السلطة الأصلية التي هي الأمة[2]، وهنا يرى الدكتور "يحي الجمل": (أن إلغاء الدستور تأسيسا على نص المادة 16 أمرا غير وارد ولا هو بمستحق للدراسة والبحث، وهو إن حدث يجعلنا في مواجهة نوع من الانقلاب الذي يخرج عن إطار الدراسة الدستورية والذي لا يجد له سندا في غير القوة التي يعتمد عليها من ناحية وإمكانية استمراره من ناحية أخرى)[3].

وهو الرأي الذي يصلح للتطبيق في الجزائر، ذلك أن المادة 93 من الدستور الجزائري أو المادة 107 من التعديل الدستوري 2016 – شأنها شأن المادة 16 من الدستور الفرنسي – اشترطت أن يكون الغرض من

---

[1]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص ص. 154-155.

[2]- نقاش حمزة، المرجع السابق، ص. 80، نقلا عن: (Maurice) DUVERGER, ***La Vème République***, L.G.D.J., Paris, 1968, p.23. (Jean) LAMARQUE, *« La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 »*, **R.D.P.**, Paris, 1961, p.617. (Georges) BURDEAU, ***Traité de science Politique***, éd., 1959. pp.685 et s.

[3]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري ...**، المرجع نفسه، ص. 156.

الإجراءات الاستثنائية هو المحافظة على المؤسسات الدستورية في الجمهورية، وبالتالي إعادة السير المنتظم لها. وعليه لا يجوز اعتبار تلك المادة سندا من أجل القيام بتعديل شامل في أوضاع تكوين تلك المؤسسات.

الفرع الثالث

مدى جواز تعطيل أو وقف العمل بالدستور

في حالة الضرورة

انقسم الفقه الدستوري، حول مدى إمكانية تعطيل أو تعليق العمل بالدستور إبان قيام حالة الضرورة، إلى قسمين:

(1)- فقه قديم: يعطي للإدارة الحق في إيقاف العمل بالدستور، إذ يجيز الأستاذ "اسمان"«Esmein» للدولة باسم الضرورة وفي أحوال الاضطرابات الداهمة الخروج على القوانين، على أساس أن أمن الدولة وسلامتها يجب أن يكون له الأولوية على حقوق وحرياتهم العامة؛ لأنه مهما قيل بوجوب احترام النظام الدستوري فإن حق الدولة في تعطيل الدستور وفي ايقاف الضمانات الدستورية وإقامة حكم استثنائي، يمثل هو الآخر حقا قديما يلازم القاعدة دائما[1].

(2)- فقه حديث: يرى هذا الأخير أن المجال الدستوري والقواعد الدستورية تظل دائما بمنأى عن أي تغيير أو مساس، إذ أن الأحكام الدستورية تشكل الحد الأدنى من القواعد التي يتعين على السلطات في جميع الظروف احترامها، باعتبار أن الدستور هو دستور المشروعية العادية والاستثنائية وهو القاعدة التي يرتكز عليها النظام القانوني العادي والاستثنائي.

في حين يذهب غالبية الفقهاء الفرنسيين إلى أن رئيس الجمهورية يملك حق وقف العمل ببعض مواد الدستور، ويؤسسون رأيهم على أن المادة 16 من الدستور الفرنسي ما هي إلا تنظيم دستوري لحالة الضرورة التي تتيح لرئيس الجمهورية أن يتخذ كل إجراء يرى أن الظروف الاستثنائية تتطلبه، وتسمح له بأن يخرج على أحكام النظام القانوني القائم، فيكون له أن يوقف العمل بمواد الدستور التي يرى استمرار العمل بها مع وجود حالة الضرورة يؤدي إلى تعرض الدولة إلى مخاطر جسيمة[2].

وبالتالي فإن المادة 16، عند جانب كبير من الفقه الفرنسي، هي المادة التي تخول لرئيس الجمهورية سلطة وقف العمل بمواد الدستور، متى رأى ضرورة لذلك حسب سلطته التقديرية. كما يمكنه أن يستند إلى السلطة التي تقررها له المادة 16 ليعدل الدستور، ذلك أن الغرض من الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية استنادا إليها، هو لأجل إعادة السير المنتظم لهذه السلطات على النحو الذي يقرره وينظمه

---

[1]- أنظر: (Charles) ESMEIN, ***Eléments de droit constitutionnel française***, Paris, 1921, p. 104 .

[2]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص ص.155. أنظر: أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص.55 وما بعدها.

الدستور[1]. وحول هذه المادة يقول الدكتور "يحي الجمل": "نحن نرى أنه من المنطقي في ظل هذه المادة جواز إيقاف العمل ببعض نصوص الدستور، بل أن هذا الإيقاف يبدو وكأنه لا مناص منه في ظل الضرورة، فهو قيد أساسي مستفاد من قاعدة أن الضرورة تقدر بقدرها"[2].

وهناك رأيا آخر يخالف هذه الغالبية التي أجازت وقف الدستور دون تعديله ولو كان التعديل جزئيا[3]، وهو الرأي الذي يمثله الفقيه الفرنسي "كاريه دي مالبرج" «Carré De Malberg» الذي يرى بأن وقف الدستور هو نوع من تعديله، ذلك أن تعديل الدستور إذا ما تم خلال ظروف استثنائية مع فرض جواز ذلك، فالقاعدة هي أن إجراءات الضرورة تسقط بزوالها، ومن ثمّ فإن تعديل الدستور خلال الأزمة لا يمكن إلا أن يزول (عكس ما إذا تم التعديل بالطريق الطبيعي وهو ما نصت عليه المادة 19 من الدستور الفرنسي). ثم يتساءل إذا وافقنا على امكانية وقف بعض أحكام الدستور، فهل يمكن للرئيس أن يوقف العمل بالمادة 16 ذاتها، وبالتالي يمكنه حل الجمعية الوطنية مثلا على أساس أن الظروف تقتضي ذلك؟.

بينما ذهب رأيا آخر في الفقه العربي، والذي يمثله الدكتور "سامي جمال الدين" إلى القول بأن كلا من الإجراءين، الوقف أو التعديل، يعتبران انتهاكا للدستور لا ضرورة له، ذلك أن الدستور ينظم نفسه بنفسه في حالة الضرورة، محددا كيفية ومدى الخروج عليه وقت الأزمات. ثم ينتهي إلى القول بأن السماح بمثل هذه السلطة يعد مخالفة للمبادئ الدستورية والديمقراطية والمشروعية. لذلك يجب التمسك بقاعدة عدم جواز المساس بقواعد الدستور على الاطلاق سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية، ما لم يكن هناك نص صريح في الدستور يقضي بذلك.

ولعل هذا الرأي الأخير هو الأقرب للصواب للأسباب التي أشار إليها، ولهذا نجد أن غالبية الدساتير[4] اتجهت نحو منح تلك السلطات لرئيس الجمهورية عند قيام الظروف الاستثنائية، كما هو الحال بالنسبة للدستور الجزائري الذي تنبه إلى هذه الحقيقة فضمن نصا يجيز التعطيل في ظل الظروف الاستثنائية الطارئة، وهي نص الفقرة الأولى من المادة 110 من دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 التي تنص: "يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات". غير أن هذا الايقاف لا يقصد منه

---

[1]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص ص.55-56.
[2]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 153.
[3]- محمد شريف اسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص. 192.
[4]- ومن هذه الدساتير التي نصت على التعطيل نذكر: المادة 99 فقرة 2 من مشروع دستور جمهورية العراق لعام 1990، ونص المادة 155 من الدستور المصري لعام 1923 والذي انتقل النص نفسه للمادة 144 من دستور 1930، وكذلك المادة 195 من الدستور الاتحادي الليبي لعام 1951، والمادة 108 من دستور البحرين لعام 1973.
ومن الدساتير الأجنبية التي نحت هذا المنحى نذكر: المادة 217 من دستور جمهورية يوغسلافيا الاشتراكية الفيدرالية لعام 1963، والمادة 32 من الدستور الهندي لعام 1949، وكذا المادة 115 من الدستور الأفغاني، أما نص المادة 130 من الدستور البلجيكي الصادر سنة 1831 فإنها ترفض تعطيل الدستور لأي سبب كان حتى ولو وجدت ضرورة حيث نصت: "لا يمكن تعطيل الدستور كلا أو جزءًا".

–كما سبق ذكره– أحقية رئيس الجمهورية في أن يعدل أو يلغي بعض أحكامه، لأن التعديل لا يتم إلا وفقا لشروط وإجراءات نصت عليهم المادة 208 من الدستور[1].

أما بالنسبة للدستور المصري لسنة 1971 وحسب نص المادة 74 منه[2]، التي تقابلها المادة 16 من القانون الفرنسي، فإنه بالرغم من أنها تعد أيضا تطبيقا لنظرية الضرورة، إلا أنه مع ذلك لا يجوز (حسب الفقه الراجح) لرئيس الجمهورية أن يباشر إجراءات من شأنها إلغاء أو تعديل الدستور أو بعض أحكامه، وإنما يجوز له سوى إيقاف العمل ببعض أحكام الدستور.

المطلب الثالث

حالة الضرورة تعطل أحكام الدستور

في سبيل تمكينها من تحقيق هدفها النهائي، الذي هو تخطي عقبة الظروف الصعبة والوصول بالبلاد إلى كامل قواعد الشرعية العادية، سمحت بعض النظم الدستورية المقارنة للإدارة بممارسة سلطتها في وقف العمل بالدستور أو تعطيل العمل ببعض جوانب الشرعية أثناء قيام حالة الضرورة أوالظروف الاستثنائية عن طريق الإجراءات الاستثنائية المتخذة.

وعليه، فبما أن الفقه الدستوري يجمع على أن حالة الضرورة تؤثر على الدستور وتجعله في حالة تعطيل مؤقت، فإننا سنحاول أن نبين من خلال الآتي: المقصود من فكرة تعطيل الدستور وبيان أنواعه **(الفرع الأول)**، وتمييز تعليق العمل بالدستور أو تعطيله عن مصطلحي التعديل والإلغاء**(الفرع الثاني)** ، أما **(الفرع الثالث)** فنبين فيه نطاق تعطيل الدستور الموضوعي والزمني.

---

[1]- تنص المادة 208 من الدستور: "لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري، وبعد أن يصوت عليه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بنفس الصيغة وحسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي، يعرض التعديل على استفتاء الشعب خلال الخمسين (50) يوما الموالية لإقراره.
يصدر رئيس الجمهورية التعديل الذي صادق عليه". وعليه فإن تعديل الدستور في الجزائر يتم عبر المراحل التالية: (أ)– **مرحلة الاقتراح**: والتي تعود المبادرة بالتعديل الدستوري إلى كل من رئيس الجمهورية وكذلك إلى ¾ أعضاء غرفتي البرلمان مجتمعتين معا، حسب المادة 208 والمادة 211 من التعديل الدستوري 2016، (ب)– **مرحلة التصويت:** تتم بعرض التعديل على كل من المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، اللذان يصوتان عليه حسب الشروط نفسها التي تطبق على النص التشريعي حسب المادة: 208، (ج)– **مرحلة الإقرار النهائي:** ويتم هذا عن طريق عرض التعديل على الاستفتاء الشعبي خلال الخمسين سنة (50) يوما الموالية لإقراره، ولكن إذا رفضه الشعب فيصبح مشروع القانون الذي يتضمن مشروع التعديل الدستوري لاغيا، ولا يمكن عرضه من جديد على الشعب خلال الفترة التشريعية، لكن يمكن الاستغناء عن الاستفتاء الشعبي إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة بالمبادئ المنصوص عليها في المادة 220 من الدستور، وفي هذه الحالة يمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون المتضمن للتعديل الدستوري دون عرضه على الشعب متى أحرز على ثلاثة أرباع (3/4) أصوات غرفتي البرلمان، (د)– **مرحلة الإصدار**: وهي آخر مرحلة بحيث يقوم بها رئيس الجمهورية سواء في حالة التعديل الذي صادق عليه الشعب، أو في حالة الموافقة على التعديل المقترح من قبل البرلمان. والإصدار بشكل عام لا يعد مرحلة تشريعية، لأن الإصدار هو إجراء يقرر بموجبه رئيس السلطة التنفيذية و جود قانون تمت الموافقة عليه من قبل الشعب بنقله إلى المرحلة التنفيذية.

[2]- تنص المادة 74 من الدستور المصري على أنه :"لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة في آداء دورها الدستوري، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بيانا إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها".

الفرع الأول

تعريف تعطيل الدستور وأنواعه

حاول بعض الفقه إعطاء تعريف لتعطيل الدستور **(أولا)**، مبينين أشكاله أو أنواعه المختلفة **(ثانيا)**.

أولا: تعريف تعطيل الدستور

لقد جاءت عدة مبادرات فقهية لتعريف مصطلح تعطيل الدستور نذكر منها[1]:

– تعريف الدكتور "جعفر عبد السادة بهير الدراجي"، تعطيل الدستور هو "ترك النصوص الدستورية ووقفها والعمل على غير مقتضاها، كلا أو جزءاً، لفترة قد تطول أو تقصر، وهي مازالت قائمة لم تعدل ولم تبلغ فيكون استثناء يرد على مبدأ سمو الدستور، وعلويته وعلى مبدأ المشروعية، بالنتيجة في حالة معينة، وخرقا وانتهاكا لهما في حالة أخرى"[2]. أو "يكون هناك تعطيل لنصوص الدستور، كلا أو جزءا، وذلك عندما يلجأ القابضون على السلطة إلى مثل هذا الإجراء لمعالجة أزمة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، أو في حالة الحرب أو عصيان مسلح، أو وجود خطر يهدد استقلال الدولة وسلامة أراضيها ومؤسساتها الدستورية... وهذا ما يطلق عليه اصطلاح التعطيل الرسمي للدستور، وتعطيل الدستور قد يكون فعليا أو غير رسمي، وذلك عندما لا يعلن عنه بشكل رسمي، ولكن في الامكان ملاحظة ذلك من خلال دراسة الواقع السياسي لذلك البلد ومقارنته بالواقع الدستوري"[3].

– أما الدكتور "صالح جواد الكاظم" فقد قال: "أن الدستور يعطل في جميع الحالات التي يكون فيها هو نفسه عقبة قانونية سياسية، أمام تحقق الأغراض التي يقصد إليها الحكام... وإذا كان هذا التعطيل رسميا (دستوريا) فثمة تعطيل (واقعي) أي تعطيل لا يستند إلى الدستور نفسه، وإنما إلى إرادة المسؤولين عن تطبيقه، ولكنه في كل الأحوال هو خرق لفكرة الدستورية أصلا والدستور نفسه، والمهم أن تعطيل الدستور هو تعطيل للحياة السياسية"[4].

ثانيا: أنواع تعطيل الدستور

نستنتج من خلال آخر تعريف لتعطيل الدستور، بأن التعطيل يكون على نوعين:

---

[1]- قال عن التعطيل الدكتور "حميد الساعدي" بأن: "التعطيل إما أن يكون كليا أو جزئيا، وقد يكون رسميا، إذا صدر قرار من الحكام بذلك، وقد يكون فعليا إذا أهمل الحكام تطبيق قواعد الدستور جزئي أو كلي". أنظر: حميد الساعدي، **مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق**، مطابع دار الحكمة، الموصل، 1990، ص. 298.

[2]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص. 23.

[3]- احسان المفرجي (وآخرون)، المرجع السابق، ص. 262.

[4]- صالح جواد الكاظم، علي غالب العاني، **الأنظمة السياسية**، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1991، ص. 192.

(1)- التعطيل المشروع: يوصف تعطيل الدستور بأنه مشروعا عندما يكون التعطيل أمرا لازما ولابد منه، نظرا للظروف الخطيرة التي تمر بها الدولة، والتي يتولد خلالها نظام قانوني استثنائي تحت إلحاح الضرورة والطوارئ ويستمد طبيعته من تلك الظروف الاستثنائية الملحة. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عام 1832 بقولها:" إن إعلان الأحكام العرفية وإن كان من شأنه توسيع سلطات الحكومة وإحلال الهيئات العسكرية محل السلطات المدنية، فإنه لا يعني تعطيل الدستور أو وقف العمل بالقانون"، فهذا الحكم لا يدل على رفض المحكمة للتعطيل وإنما يستفاد منه إقرار التعطيل الجزئي، ورفضها للتعطيل الكلي ونشوء نظام ديكتاتوري في ظل الأحكام العرفية[1].

(2)- التعطيل غير المشروع: يكون هذا الأخير على شكلين، فهو إما:

أ- **تعطيل سياسي:** وهو الذي يتم بموجب قرار أو بيان يصدر من القائمين على السلطة بدافع أو باعث سياسي، يضطرون تحت وطأته إلى اللجوء إلى تعطيل الدستور كلا أو جزءا، وهذا ما يجعل تسميته بالتعطيل السياسي، وهو أكثر ما يكون عند حصول انقلاب عسكري أو سياسي، حيث أن القائمين على السلطة غالبا ما يلجأون إلى هذا الإجراء لتأمين استقرارهم واستحواذهم على السلطة، لخشيتهم من قيام ثورة أو حركة انقلابية مضادة من جانب معارضيهم أو خصومهم السياسيين[2]. ولا يجد هذا النوع من التعطيل سندا له في الدراسات الدستورية يبرر مشروعيته، وإنما يجد سنده وأساسه في القوة التي يعتمد عليها من جهة، وإمكانية استمرار القابضين على السلطة الذين اتخذوه، من جهة أخرى. لذا كان الأساس الذي يستند عليه هذا التعطيل سياسيا بحتا، فليس هناك نص دستوري يجيزه وينظمه ويجد مشروعيته فيه، وهو بهذه المثابة يخرج عن نطاق المشروعية، حيث يكون في حقيقته حالة واقعية[3].

ب- التعطيل الفعلي: يعد هذا الشكل من التعطيل هو الآخر خرقا وانتهاك لمبدأ المشروعية وتجاوزا لمبدأ سمو الدستور، فهو تعطيل لا يصدر بقرار ولكن ينتج من مقارنة دقيقة بين الواقع السياسي والواقع الدستوري، مفارقة صارخة بينهما وتكون النصوص الدستورية مجرد تطلعات أو برامج لم تنجز، أي مجرد نصوص دستورية تكرس نظما ديمقراطيا متكاملا مسطرا في وثيقة مهملة، وهذا ما درج على تسميته بالتعطيل الفعلي[4].

وعليه فإن هذين النوعين من التعطيل غير المشروع، وإن كانا يشتركان في عدم مشروعيتهما، لعدم وجود نص دستوري يجيزهما أو ينظمهما بل على العكس من ذلك، فهما يعدان من وجهة النظر القانونية أمران يأتيان على خلاف الدستور، إلا أنهما يفترقان من حيث الشكل الذي يظهران به، فالتعطيل السياسي يكون بقرار صريح يقضي بتعطيل الدستور، يصدر عن السلطة، بينما لا يصدر مثل هذا القرار في التعطيل الفعلي. لذا فإنه

---

[1]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص. 23.
[2]- عبد الغني بسيوني، **مبادئ القانون الدستوري**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص. 106.
[3]- طعيمة الجرف، **نظرية الدولة والأسس العامة في التنظيم السياسي**، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1966، ص. 378.
[4]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص. 43-44.

انطلاقا مما سبق يتبين لنا أن مصطلح التعطيل أو تعليق العمل بالدستور يختلف عن مصطلحي التعديل والإلغاء.

الفرع الثاني

تمييز تعطيل الدستور عن مصطلحي التعديل والإلغاء

قد يتداخل ويتشابه مصطلح التعطيل أو ايقاف العمل بالدستور مع مصطلحي تعديل وإلغاء الدستور في بعض الجوانب، غير أن الاختلاف الحاصل بين هذه المصطلحات يكون في جوانب عدة، سنحاول التحدث عنهم تباعا على النحو التالي:

أولا: الفرق بين تعديل الدستور وتعليق العمل به أو تعطيله

إذا كان تعديل الدستور وتعطيله يلتقيان في أن كلاهما يحدثان في ظل تنظيم دستوري يحدد كل ما يتعلق بهما من مسائل، ويتفقان في أن المؤسس الدستوري قد يخرج بعض النصوص الدستورية من نطاق كل منهما. كما أن التعديل الرسمي يلتقي مع التعطيل السياسي في أن كلاهما تفرضه التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وأنهما يتشابهان في أن التعديل لا يمكن تصوره إلا جزئيا، ذلك أن التعديل الكلي يعد إلغاءً للدستور، وكذلك الحال في أغلب أنواع التعطيل التي تكون دائما جزئية، باستثناء التعطيل السياسي الذي يكون في معظم الأحيان كليا. إلا أن هناك أوجه اختلاف بين التعديل والتعطيل تتمثل في:

1- أن تعطيل النص الدستوري لا يعني إنهاؤه وإعدامه من الناحية القانونية، وإنما يكون الواقع هو الذي أدى إلى إهماله وتخطيه، سواء أكان هذا الواقع مبررا أم غير مبرر، أي أن التعطيل أمر مؤقت بطبيعته مرتبط بالظرف أو الحالة الاستثنائية. بينما يعني تعديل الدستور تغيير بعض نصوصه (بالحذف أو الإضافة) أو إبدالها بنصوص أخرى أو إضافة أحكام جديدة إليه، أو رفع أحكام قديمة منه، مما يعني أن التعديل يتصف بصفة الدوام.

2- تعطيل الدستور قد يكون مشروعا، وقد يكون غير ذلك، بينما يكون التعديل بنوعيه (الرسمي والعرفي) إجراءً مشروعا، وذلك بالنص عليه في صلب الدستور إذا كان التعديل رسميا، أو يستمد هذه المشروعية من مشروعية العرف المعدل بالنسبة للتعديل العرفي.

3- الجهة التي تقرر تعطيل الدستور في التعطيل المشروع، هي رئيس الدولة أو من قبل القائم على الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ، بينما تكون الجهة التي تجري التعديل محددة بالدساتير عادة، وتختلف من نظام دستوري إلى آخر (التعديل الرسمي)، أو نتيجة لاستقرار عرف دستوري معدل (التعديل العرفي).

4- الأساس الذي يستند عليه التعطيل المشروع للدستور، هو الضرورة والاستعجال وضرورة المحافظة على الدولة وأمنها وسلامتها وشعبها وإقليمها، بينما يكون أساس التعديل هو ملاحقة سنة التطور واستيعاب التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

5- يكاد الفقه الدستوري يجمع على التسليم بإمكانية تعطيل الدستور، في نصوص الأزمات الخاصة وسلطاتها الواسعة، بينما أنكر هذا الفقه اللجوء إلى تعديل الدستور في ظل هذه السلطات الخاصة والنصوص التي تنظمها[1].

ثانيا: تمييز إلغاء الدستور عن تعطيله

للوصول إلى التمييز بين إلغاء الدستور وتعطيله، علينا أن نشير إلى أن هناك أوجه للتشابه والالتقاء بينهما، حيث يتشابه الالغاء العادي للدستور[2]، بالتعطيل المشروع في وجود جهة يحددها الدستور، ويرخص لها القيام بإلغائه (والمثال الوحيد هو دستور 1875 الفرنسي)، أو سلطة معينة يكون لها صلاحية تعطيل الدستور، وفي حدود وقيود النص الدستوري الذي ينظمها. كما يلتقي الالغاء الثوري والتعطيل غير المشروع في عدم مشروعيتهما، لأنهما يحدثان خارج نطاق الشرعية الدستورية القائمة، حيث يحاول الحكام تقويض هذه الشرعية والانحراف بها (التعطيل غير المشروع) أو اسقاطها وإبدالها بشرعية جديدة يتبناها القائمون على الحركة الثورية (الالغاء الثوري)[3]. أما أوجه الاختلاف بين الإلغاء وتعطيل الدستور فتتمثل في:

1- من حيث جوهر كل منهما، فإن إلغاء الدستور يعني اسقاط الدستور وإنهاؤه وزواله بصورة نهائية، بينما لا يعني تعطيل الدستور إلا إرجاء العمل به، وليس زواله وانتهائه.

2- لا يمكن تصور الإلغاء إلا كليا، ذلك أنه ليس هناك إلغاء جزئي وهو على فرض حصوله يعد تعديلا للدستور وليس إلغاءً له، بينما أكثر ما يكون التعطيل جزئيا وليس كليا، باستثناء التعطيل السياسي الذي يكثر فيه التعطيل الكلي.

3- الدافع إلى إلغاء الدستور هو عدم تلاؤمه مع الأوضاع السياسية والاقتصادية، أو مع الشرعية الجديدة التي يحملها القائمين على الحركات الثورية، بينما الدافع إلى تعطيل الدستور هو الضرورة والاستعجال وحتمية استمرار الدولة وسلامة إقليمها وشعبها، حيث يتم ايقاف العمل به لمدة تحددها الضرورة ذاتها، أما الدافع من وراء التعطيل غير المشروع فهو الأوضاع الخاصة بالقابضين على السلطة، ورغبتهم في تركيز

---

[1]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص ص. 63-65.

[2]- يتم الالغاء بأسلوبين: الأسلوب العادي والذي يقصد به إلغاءه بطريق رسمي وإحلال دستور جديد محله ينسجم مع التطورات المختلفة في المجتمع، بحيث يلغى الدستور وينتهي العمل به بهدوء من دون عنف أو قوة ويستبدل بدستور جديد.أما الأسلوب الثوري لإلغاء الدستور فيقصد به إنهاء الدستور وإسقاطه والقضاء عليه عقب اندلاع ثورة أو وقوع انقلاب. ولا تنص الدساتير على هذا الأسلوب كوسيلة مشروعة لإلغاء الدستور، وإنما يتم ذلك خارج نطاق الشرعية الدستورية. أنظر: إبراهيم عبد العزيز شيحا، **المبادئ الدستورية العامة**، الدار الجامعية، بيروت، 1982، ص. 283.

[3]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع نفسه، ص ص. 74-75.

السلطة بأيديهم، والمحافظة عليها وسد الطريق أمام الشعوب لتحقيق رغبتها وأمانيها، من خلال الدستور والوسائل الديمقراطية التي يتضمنها[1].

4- يكون الإلغاء الثوري نتيجة للحركات الثورية المتمثلة في الثورة والانقلاب، ولا يحدث التعطيل السياسي إلا بعد وقوع انقلاب، إذ لا يستقيم التعطيل السياسي مع الثورة وضرورة إحداث التغيرات الجذرية الشاملة في البنى السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولا ينسجم بالإبقاء على الدستور والاكتفاء بمجرد تعطيله والشرعية الجديدة التي ينادي بها القائمون على الثورة ويبررون حركتهم الثورية بالاستناد إليها[2].

نخلص من خلال ما سبق أن المفهوم العام لتعطيل الدستور بأنواعه وحالاته المختلفة، لا نعني به انهاء أو إعدام القاعدة الدستورية من الناحية القانونية، بل هذه القاعدة المعطلة موجودة وقابلة للنفاذ، ولكن الواقع أفرز عن اهمالها وتخطيها وتجاوزها، سواء أكان هذا الواقع مبررا أم غير مبرر.

الفرع الثالث

نطاق تعطيل الدستور في حالة الضرورة

يعتبر تعطيل الدستور أثر من آثار اللجوء إلى تطبيق حالة الضرورة متى توفرت شروطها، التي سبق ذكرها، والضوابط القانونية المقررة لتطبيقها، كما سنأتي للكلام عنها لاحقا، غير أن التعطيل قد يمس الدستور بكامله أو قد يمس بعض نصوصه **(أولا)**، وقد يكون له نطاق زمني يتم فيه التعطيل أي الوقت الذي يبقى فيه هذا التعطيل نافذا وساريا **(ثانيا)**، لذا سنعالج هذين النطاقين على النحو التالي:

أولا: النطاق الموضوعي للتعطيل الدستوري المقترحة من الدستور ومن الفقه الدستوري

إن تحديد النطاق الموضوعي لتعطيل الدستور في ظل الأزمات الخاصة يتضح من خلال الإجابة على التساؤل التالي، هل يستطيع رئيس الجمهورية في هذه الفترات تعطيل كل النصوص الدستورية دون استثناء، أم أن هناك نصوصا دستورية لا يستطيع تعطيلها؟.

لا شك أن الإجابة على هذا التساؤل بشكل محدد وقاطع أمر صعب، لذلك سنشير إلى بعض المحاولات الفقهية، وبعض الدساتير التي حاولت تحديد النطاق الموضوعي لسلطة التعطيل لرئيس الدولة، والتي أجرت ذلك عن طريق نظام الترخيص بدلا من نظام المنع أو التحريم.

---

[1]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص. 76.
[2]- ابراهيم شيحا، المرجع السابق، ص. 290

(1)- القيود الموضوعية المقترحة من الدستور: إن وضع قيود موضوعية على سلطة الرئيس بتعطيل الدستور، بموجب الدستور ذاته، يترتب عليها نتيجة مهمة، هي أن تعداد النصوص الدستورية التي يمكن تعطيلها يكون من أثره منع أو حظر تعطيل النصوص الأخرى.

لذلك فإنه إذا كان من الجائز أن ينص الدستور على الأحكام التي يجوز تعطيلها في الظروف الاستثنائية، فإن هذه الأحكام يجب أن تحدد بنص في الدستور، كما يجب أن ينص الدستور على الأحكام التي لا يجوز تعطيلها بأي حال من الأحوال[1]. لهذا نجد أكثر من محاولة لتحديد النطاق الموضوعي لسلطة التعطيل، كما هو الحال بالنسبة للدساتير الاسبانية[2] والدستور الألماني[3].

لكن هذا الحصر للمواد التي يجوز تعطيلها منتقد نظرا للترابط الوثيق بين مختلف النصوص الدستورية، إذ أن تعطيل نص دستوري معين مسموح بتعطيله، ينعكس بالنتيجة أثره على نصوص أخرى غير مسموح بتعطيلها، كما أن هذا الحصر يصطدم بانتقاد آخر ذي طابع عملي، وهو أن هذا التعداد الحصري ينطوي على مخاطرة في أنه قد يكون تقييدا جدا في بعض الحالات، وأن رئيس الدولة قد يحتاج إلى أبعد من ذلك الحصر[4]. لذلك نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يحصر المواد التي يجوز لرئيس الجمهورية تعطيلها في حالة الحرب، بل جاء الحكم عاما ومطلقا فيما يتعلق بمسألة وقف العمل بالدستور، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 110 من الدستور: "يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات".

(2)- القيود الموضوعية المقترحة من قبل الفقه الدستوري: وحول القيود الموضوعية المقترحة من قبل الفقه الدستوري، فإننا نشير أولا إلى موقف الفقه الدستوري لاسيما كل من الفقه السويسري، والفقه الفرنسي والمصري، ثم نتطرق بعدها لموقف الفقه الجزائري.

أ- **موقف الفقه السويسري:** أجرى الفقه الدستوري السويسري -الذي اتبع منهج التعميم والتجريد- محاولة لتحديد النطاق الموضوعي لسلطة التعطيل من خلال التمييز بين النصوص الدستورية من حيث قيمتها الموضوعية (أي مضمونها ومحتواها) إلى نصوص جوهرية وأخرى ثانوية، فسمح بتعطيل النصوص الدستورية الثانوية دون النصوص الدستورية الجوهرية. ويقصد بالنصوص الجوهرية تلك النصوص التي توضح المبادئ الأساسية في إقامة النظام السياسي، فهي لذلك ذات معنى سياسي فلسفي، يستلزم المساس بها تغير كامل وشامل (أي ثورة حقيقية)، أما النصوص الدستورية الثانوية فهي التي تضع النصوص الجوهرية

---

[1]- حسين جميل، **حقوق الانسان والقانون الجنائي**، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، د.س.ن، ص.22.

[2]- بدءاً من الدستور الاسباني الملكي لعام 1876، والدستور الاسباني الجمهوري لسنة 1931 في مادته 42 والمادة 35 من القانون الأساسي للبرلمان (لكورتس)، والتي كانت تنص على أن تطبيق الأحكام الواردة في المواد 12-13-14-15-16 و18 ممكن أن يتم تعطيله مؤقتا، كليا أو جزئيا، بقرار من الحكومة يحدد على نحو محدد مدى ومدة هذا الإجراء.

[3]- بالنسبة للدستور الألماني لعام 1919 فإن المادة 48 فقرة 2 تعطي للرئيس الحق في تركيز كل السلطات في حالة التهديد ضد الأمن أو النظام العام، وتقول بأنه: "في هذه الحالة للرئيس، وبصفة مؤقتة، أن يعطل الحقوق الأساسية المحددة بالمواد 114-115-118-123 والمادة 153، كليا أو جزئيا"جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص ص. 116-117.

[4]- أنظر: (Geneviève) CAMUS, *Op.Cit*, p.296.

موضع التنفيذ، وذلك بإنشائها للهيئات وبنصها على قواعد عملها، وأن مسألة تغييرها والمساس بها تشكل إصلاح بسيط، إذا ما كشفت الظروف عن أفضلية ذلك الاصلاح لغرض تنفيذ المبادئ الأساسية[1].

ولقد انتقدت «Geneviève Camus» هذا التقسيم، من حيث أن الفقه السويسري لم يبين المقصود بكل من النصوص الدستورية الجوهرية والنصوص الدستورية الثانوية ولم يضع معيارا منضبطا للتمييز بينهما. ومن حيث أن إقامة التدرج بين النصوص الدستورية في الدستور ذاته يفسح المجال للخلاف، والذي قد يؤدي إما إلى تجاوز السلطة أو عدم الفاعلية، وكذلك فإنه من غير المنطقي أن نفرق بين النصوص الدستورية من حيث قيمتها وقدسيتها، باعتبار أن لها الأصل نفسه والجانب الشكلي (الرسمي) نفسه[2].

ب- موقف الفقه الدستوري الفرنسي: حاول الفقه الفرنسي أن يجد النطاق الموضوعي لتعطيل الدستور في ظل نصوصه والفلسفة التي تقوم عليها والغاية التي تسعى إليها، وكذلك بالرجوع إلى المبادئ العامة في نظرية الضرورة، حيث قرر غالبية الفقه الفرنسي بأن مجرد اللجوء إلى تطبيق المادة 16 من الدستور، يعد بمثابة تعطيل مؤقت للنصوص الدستورية الأخرى؛ أي أن المادة 16 هي دستور بديل وقت الأزمة، وهذا هو التفسير الواسع لسلطات المادة 16.

-حيث قرر «Paul Leroy» بأن: (لاشيء غير دستوري بالنسبة لكل ما هو ضروري لرئيس الجمهورية في سبيل مواجهة الأزمة حتى التجاوز على الدستور نفسه)، وأن الأزمة قد تؤدي إلى خطر كبير يتمثل في كارثة وطنية فإنه يبرر تعطيل كامل للتنظيم الدستوري، لكنه في النهاية يفضل الكلام عن تعطيل بعض النصوص الدستورية بدلا من تعطيل الدستور كله[3].

- أما « Michèle Voisset » فقد انتقدت الاتجاه الفقهي الذي يعتبر أن اللجوء إلى المادة 16 وتطبيقها هو بمثابة تعطيل للنصوص الدستورية الأخرى، وتشير إلى إخراج بعض النصوص الدستورية من نطاق التعطيل، مبررة ذلك لضمان عدم توقف ضمانات تطبيق المادة 16 من الدستور، كاجتماع البرلمان بقوة القانون أو امكانية اتهام الرئيس بالخيانة العظمى بموجب المادة 68 من الدستور الفرنسي، وموقفها من هذا متأتي من أخذها بالتفسير الضيق، والذي تنتهي استنادا إليه إلى اشتراط صدور قرار من رئيس الجمهورية يتضمن تحديدا للمواد الدستورية التي يريد تعطيلها، رغم أنها تعترف بصعوبة هذا التحديد على اعتبار أن هذه الأزمات والمخاطر هي أمور مجهولة سلفا[4].

وهو أيضا ما أوضحته الكاتبة «Geneviève Camus» التي تفضل الكلام عن تعطيل بعض النصوص الدستورية بدلا من تعطيل الدستور بمجمله، وتقرر أن تحديد النصوص الدستورية التي يطالها التعطيل أمر

1- أنظر: (Geneviève) CAMUS, *Op.Cit.*, p.297.

2- أنظر: *Ibid.*, pp.297-298.

3- أنظر: (Paul) LEROY, ***L'organisation constitutionnelle et les crises***, thèse, droit, L.G.D.J., Paris, 1966, p.217-219.

4- أنظر: (Michèle) VOISSET, ***l'article 16 de la constitution du 4 Octobre 1958***, thèse, droit, L.G.D.J., Paris, 1969, pp.79 et s.

غير ممكن وأن النظام الدستوري لا يمكن تعطيله في كليته، وأن التقييد الوحيد لسلطة التعطيل الدستوري هو ليس تقييدا موضوعيا (أي في الموضوع)، وإنما هو تقييد في الهدف؛ لأن سلطات الضرورة، وإن كانت تفلت من كل صلة بصدد موضوع تدابير الضرورة، فإنها بالمقابل مرتبطة إلى حد ما بالهدف الذي يسعى إليه صاحبها[1].

وعليه، نخلص من آراء ومواقف هؤلاء الكتاب، الذين كانت لهم دراسات معمقة للمادة 16، أنهم لا يحبذون جعل النطاق الموضوعي لتعطيل الدستور، في ظل سلطات الأزمات الخاصة، مطلقا دون ضابط، لذا فهم ينادون بضرورة أن يحدد الدستور النصوص الدستورية التي يطالها التعطيل.

ج- موقف الفقه الدستوري المصري: كانت مواقف الفقه المصري قريبة من مواقف الفقه الفرنسي السابقة[2]، فقد أيد الدكتور "يحي الجمل" التفسير الواسع لسلطات الأزمات الخاصة، معتبرا أن النظام القانوني الاستثنائي الذي تقيمه هذه النصوص يعني ضمنا بأنه تعطيل للنصوص الدستورية الأخرى، ولكنه يستدرك ذلك الإطلاق بقيد يستقيه من الفقه الإسلامي، وهو القيد المستفاد من قاعدة "الضرورة تقدر بقدرها"، وكذلك من قاعد "التناسب بين ما تقتضيه الضرورة من خروج على أحكام الدستور، والمدى الذي يكفي في هذا الصدد لمواجهة الأزمة"[3]. بينما يقرر الدكتور "طعيمة الجرف" بأن الرئيس يملك سلطة تقديرية مطلقة في تحديد الخطر ونوع الإجراءات التي يتخذها، والتي قد تصل إلى حد الترخيص له، ليس بتعطيل الحياة النيابية فقط، بل والترخيص له بتعطيل العمل ببعض أو بكل أحكام الدستور[4].

أما الدكتور "وجدي غبريال ثابت" فينتهي، بصدد تحديد النطاق الموضوعي لتعطيل الدستور في ظل الأزمات الخاصة، إلى القول بأن نطاق سلطات رئيس الجمهورية في ظل سلطات الأزمات الخاصة يظل محكوما بنطاق الضرورة ذاتها، لذلك يجب العودة إلى أساس هذه النصوص وهذه السلطات المقررة في الدستور، والتي من بينها سلطة تعطيل النصوص الدستورية[5].

د- موقف الفقه الدستوري الجزائري: حاول الفقه الجزائري تحديد موقفه من تعطيل الدستور من خلال تحليله للفقرة الأولى من المادة 96 من دستور 1996، والتي تقابلها المادة 110 من التعديل لدستوري 2016، والتي تنص: "يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات". فمنهم من يرى أن إعلان حالة الحرب قد تؤدي برئيس الجمهورية إلى تعطيل بعض أحكام ومواد الدستور، دون أن يكون

1- أنظر: (Geneviève) CAMUS, *Op.Cit.*, p.302.

2- يشير الدكتور "سامي جمال الدين" الذي إلى أن المادة 16 من الدستور الفرنسي، إذا ما طبقت فإن ذلك يعني تعطيلا لبعض نصوص الدستور، فبالإضافة إلى النصوص التي تقرر الفصل بين السلطات، ويشترط لذلك أن تكون هذه السلطة التي حل محلها الرئيس متوقفة على أداء دورها الدستوري، وأن تقرير المادة 16 لاجتماع البرلمان بقوة القانون تعطل المادة 12 التي تنظم حل الجمعية الوطنية، وينكر الدكتور "سامي جمال الدين" تعطيل أي نص من نصوص الدستور في غير هذه الحالات، معتبرا ذلك – إذا ما حصل- أنه يتعارض مع قَسَم رئيس الجهورية بالحفاظ على الدستور وموقعه في النظام الدستوري ويشير إلى المادة 5 من الدستور الفرنسي والمادة 73 من الدستور المصري. وقياسا على هذا المنطق يطرح التساؤل التالي هل يستطيع رئيس الدولة أن يعطل نص المادة 16 بحجة أن الظروف تقتضي ذلك ويقدم مثلا على حل الجمعية الوطنية، فيجيب على هذا التساؤل بالقول: "إن السماح بمثل هذه السلطة يعد مخالفة للمبادئ الدستورية والديمقراطية والمشروعية"، أنظر: سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة ...**، المرجع السابق، ص.175.

3- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص.153، ص.205.

4- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية ...**، المرجع السابق، ص.173.

5- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص ص. 224-225.

له الحق في تعديله، ما لم تتحقق الشروط الواجب مراعاتها لتعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، طبقا للمادة 208 من التعديل الدستوري 2016[1]. ويرون بأن صلاحية رئيس الجمهورية باعلان حالة الحرب بموجب المادة 95من الدستور أو المادة 109 حسب التعديل الدستوري، لاتخوله سلطة تجميد أو إلغاء الدستور، ذلك أن أساس السلطات الاستثنائية المخولة له أثناء هذه الحالة، تقتصر فقط على عودة الحياة الطبيعية لمؤسسات الدولة، بصد العدوان الأجنبي الواقع أو الذي يوشك أن يقع على البلاد.

واستند البعض في تفسير أن هذا الايقاف ليس ايقافا بمفهومه الشامل، على المادة 95 أو المادة 109 من التعديل الدستوري، التي نصت على وجوب اجتماع البرلمان بعد إعلان حالة الحرب، وممارسة صلاحياته بما يتماشى وظروف الحالة[2].أما البعض الآخر من الفقه فإنه يرى أن الهدف من الايقاف هو ايقاف شامل لجميع مواد الدستور وليس البعض منها.

لكن –ومن وجهة نظرنا – نرى بأن غرض المادة من توقيف العمل بالدستور هو –تقريبا– تجميد كلي لجميع مواده، نظرا لعجزه وعدم قدرته على التكيّف مع ظروف الحرب، لأن الدستور وضع –في الأصل– ليحكم الظروف العادية، غير أنه في حالة تعرض البلاد لحالة عدوان أو حرب فإنه يصبح عاجزا عن مواجهة هذا الوضع، بل قد يشكل الدستور في حد ذاته عقبة قانونية وسياسية أمام تحقق الأغراض التي تهدف إليها التدابير الاستثنائية. والدليل على ذلك دستور 1963 الذي تم تعليق أو توقيف العمل به بصفة كلية على إثر إنقلاب 19 جوان 1965.

أما بالنسبة للمواد الدستورية المبينة لأحكام الإعلان عن حالة الحرب وكيفية انهائها؛ أي المواد من 109 إلى غاية المادة 111 من الدستور، وكذلك المواد المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ، والحالة الاستثنائية، وحالة التعبئة العامة (المواد 105– 108)، فإننا نرى بأنها تستثنى من مسألة الوقف وتبقى سارية المفعول طيلة مدة الحرب، لأنها مواد مناسبة للوضع وتخدمه.

ثانيا: النطاق الزمني لتعطيل الدستور وموقف الفقه الدستوري منه

(1)– المقصود بالنطاق الزمني لتعطيل الدستور: إن تحديد النطاق الزمني لتعطيل الدستور مرتبط بتحديد المدة الزمنية التي ينتهي فيها تطبيق تلك النصوص، والمدة الزمنية التي ينتهي خلالها سريان الإجراءات الاستثنائية. بيد أن هذه النصوص لم تشر إلى هذه الفترات، وهذا أمر ليس بالمستغرب ذلك أن زوال الأزمة

[1]- تنص المادة 208 من التعديل الدستوري 2016 على ما يلي" :لرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري، وبعد أن يصوت عليه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة بنفس الصيغة حسب الشروط نفسها التي تطبق على نص تشريعي، يعرض التعديل على استفتاء الشعب خلال الخمسين (50) يوما الموالية لإقراره.يصدر رئيس الجمهورية التعديل الدستوري الذي صادق عليه الشعب".

[2]- سعيد بوالشعير، **النظام السياسي الجزائري**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1990، ص. 280.

غير مرتبط بمدة معينة، فقد تكون هذه المدة ساعات قليلة أو قد تستمر أياما أو أسابيع أو قد تطول إلى عدة أشهر[1]، لذلك كان الفقه الدستوري ملزما بتحديد موقفه من هذه المدد.

(2)- موقف الفقه الدستوري من النطاق الزمني لتعطيل الدستور

أ- موقف الفقه الدستوري الفرنسي: انقسم الفقه الفرنسي حول تحديد مدة سريان الإجراءات الاستثنائية إلى ثلاث اتجاهات وهي:

- **الاتجاه الأول** وهو الاتجاه الراجح، والذي يذهب إلى أن الاجراءات الاستثنائية تتوقف آثارها عن الاستمرار بمجرد انتهاء العمل بالمادة 16، مبررين ذلك بأن الحال يحقق احترام الرابطة بين الظروف الاستثنائية من جهة والإجراءات التي تتخذ لمواجهتها من جهة أخرى. لذلك قرر البعض أن جوهر فكرة الضرورة يكمن في تركيز السلطة، وأن هذا التركيز يجب أن يتوقف منذ اللحظة التي يتحقق فيها هدفها، مما يعني أن سلطات الأزمات الخاصة لا تستمر إلا بوجود الظروف الاستثنائية المحددة فيها[2].

- أما **الاتجاه الثاني** فيذهب أنصاره إلى التفرقة بين الإجراءات الاستثنائية من حيث الابقاء على بعضها بعد انتهاء العمل بالمادة 16، وهي تلك الإجراءات التي تفقد كل معنى لها إذا سلمنا بتوقفها عن السريان مع وقف العمل بالمادة 16، ومثالها قرارات التطهير والإجراءات التي يتخذها الرئيس في حالة الشلل الكامل لإحدى السلطات العامة نيابة عنها.

كما انقسم الفقه الدستوري بصدد قرار انهاء العمل بالمادة 16 إلى اتجاهين: **أولهما** يشير إلى قيام التزام على الرئيس بأن يصدر قرار إنهاء العمل بالمادة 16 فور زوال الظروف الاستثنائية وعودة السلطات العامة الدستورية لممارسة مهامها بشكل طبيعي[3]، ويتمتع رئيس الجمهورية -بحسب رأيهم- بسلطة تقديرية فيما إذا كان الخطر قد انتهى أم لم ينته تماما، و**ثانيهما** يرى بأن عودة الحياة الدستورية العادية، وعودة السلطات العامة الدستورية إلى سيرها المنتظم في مباشرة مهامها، يؤدي تلقائيا وبحكم الواقع إلى توقف تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي[4].

بينما يقرر **الاتجاه الثالث** استمرار الإجراءات الاستثنائية بعد انتهاء العمل بالمادة 16، مع تغير قوتها القانونية، بحسب أسس وقواعد المشروعية، فيكون لها قيمة اللوائح العادية، وبالتالي فإنه يجب أن تكون متوافقة مع الدستور والقانون[5]. ومن بين أنصار هذا الاتجاه الفقيه "موريس ديفرجي" «Maurice Duverger»

---

[1]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة وضمانة ...**، المرجع السابق، ص. 183.

[2]- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص ص. 116-117.

[3]- الجدير بالذكر أن تطبيق المادة 16 في عام 1961 قد استمر لمدة خمسة أشهر أي من 23 أبريل إلى 29 سبتمبر، رغم أن الفقه الفرنسي يكاد يجمع على زوال الظروف الاستثنائية بعدما لا يزيد عن خمسة أيام من بداية تطبيق المادة 16، ذلك أن التمرد الذي حصل في الجزائر قد انتهى وعادت الأوضاع إلى طبيعتها المعتادة حتى وإن كان الخطر جسيم لكنه لم يكن حالا على أية حال. أنظر: وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص 276-277، سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة وضمانة ...**، المرجع نفسه، ص. 186.

[4]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة وضمانة ...**، المرجع نفسه، ص.185.

[5]- عند تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي في عام 1961 انقسمت مدة تطبيق الاجراءات الاستثنائية إلى ثلاثة أشكال: **أولها** تتعلق ببعض القرارات التي تحدد لها مدة معينة عند صدورها دون أن ترتبط بمدة تطبيق المادة 16، و**ثانيها** تتعلق بقررات تقرر استمرارها حتى يوم 15 يوليو 1962 أو للوقت الذي يحدده القانون، وقد ورد هذا التحديد في آخر قرارات الرئيس قبل انتهاء العمل بالمادة 16 في 29 سبتمبر 1961، و**ثالثها** سكت الرئيس عن تحديد

الذي، وإن كان قرر بأن المادة 16 من الدستور الفرنسي لا يجوز تطبيقها ولو ليوم واحد أكثر مما تحتاجه الضرورة، فإنه يعود ليقول بأن الابقاء على تطبيق المادة 16 لبعض الوقت بعد زوال الخطر الجسيم، هو بهدف التأكد من عدم نشوب الخطر الجسيم مرة أخرى، مشبهاً هذا الحال بموقف رجال الأطفال الذين يتربصون بعد انتهاء الحريق للتأكد من عدم اندلاعه من جديد[1].

ب- موقف الفقه الدستوري المصري: يرى هذا الأخير أن مدة تطبيق المادة 74 من الدستور المصري يحددها ضابطين:

أولهما أن عبارة (الإجراءات السريعة) التي تقضي المادة اتخاذها من قبل الرئيس، والتي تفيد أن هذا الأخير يتخذ القرارات العاجلة التي تمليها الأزمة دون أن يحاول بحث أسباب الأزمة، وعلى هذا الأساس فإنه بمجرد اختفاء مظاهر الاضطراب وعودة النظام العام إلى حالته المعتادة لا يكون هناك مسوغ قانوني لاستمرار سلطات الرئيس الاستثنائية بمقتضى هذه المادة.

و**ثانيهما** يتعلق باشتراط هذه المادة إجراء الاستفتاء الشعبي على الاجراءات المتخذة خلال ستين يوما من اتخاذها، وتحسب هذه المدة من تاريخ آخر إجراء اتخذ تطبيقا لها – والذي يعني إجراءه عودة الأمور إلى حالتها الطبيعية- وهي نتيجة منطقية تترتب على هذا الحال، وهي أن العمل بالمادة 74 ينتهي بأحد الأمور التالية: فإما أن يصدر رئيس الجمهورية قرارا صريحا بإنهاء العمل بالمادة، أو بعد مرور ستين يوما من اتخاذ آخر إجراء تطبيقا للمادة، أو بإجراء الاستفتاء على هذه الإجراءات[2].

ج- أما **موقف الفقه الدستوري الجزائري:** فإنه يسير على خطى الفقه الفرنسي الراجح، حيث اعتبر البعض، من خلال تفسيرهم للفقرة الأولى من المادة 96 أو المادة 110 من دستور 1996 المعدل والمتمم أن إيقاف العمل بالدستور مدة الحرب يكون بصفة مؤقتة ينتهي بمجرد انتهاء الحرب وعودة الاستقرار للدولة، مما يعني أن الوقف يتم تلقائيا وبقوة القانون بمجرد إعلان حالة الحرب في البلاد وينتهي بانتهاء حالة الحرب.

غير أن مسألة تحديد النطاق الزمني لتعطيل الدستور تتحدد بصورة أوضح من خلال الرجوع إلى المبادئ أو الأحكام العامة لحالة الضرورة، والتي سبق التطرق إليها، أين يتضح لنا أن سلطات الضرورة هي سلطات مؤقتة بطبيعتها، يتخذ في ظلها مجموعة من التدابير الاستثنائية، يترتب عليها بمجرد زوال الأزمة، انقضاء أثار تلك التدابير المتخذة وانقضاء فترة تطبيق النظام القانوني الاستثنائي، لذلك فإنه من الصعوبة بمكان تحديد فترة زمنية على نحو تحكمي ينقضي بانتهائها جبرا النظام القانوني الاستثنائي، فقد تستمر الأزمة أكثر من تلك المدة المحددة، على فرض تحديدها، أو قد تكون الأزمة قد انتهت قبل نهاية المدة المحددة، فلا موجب

تاريخها، مما أدى إلى إلغائها ضمنا على أساس أن قرار 29 ديسمبر بمد سريان بعض القرارات لمدد لاحقة يفيد ضمنا إلغاء القرارات التي لم يذكر فيه ولم تحدد مدتها منذ صدورها.

[1]- أنظر: (Mourice) DUVERGER, ***La Vème République***, L.G.D.J., Paris, 1968, pp.56-57.

[2]- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ص.186-187.

حينذاك لاستمرار النظام القانوني الاستثنائي، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأنه من الأفضل والأنجع ترك تقدير هذه المدة لرئيس الجمهورية.

ونشير أخيرا إلى أن المعيار المستقر لدى الفقه، والذي يبدو أكثر منطقية، هو المعيار الذي يربط بين الغاية من النظام القانوني الاستثنائي ومدة تطبيقه، فمتى تحققت هذه الغاية أو الغايات فإن ذلك يعد إيذانا بنهاية مدة النظام القانوني الاستثنائي، ونهاية مدة سريان الإجراءات الاستثنائية الصادرة استنادا إليه[1]. وبالتالي فإن القول بتعطيل العمل بالدستور موكول لمحض رغبة رئيس الدولة، أمر مرفوض في ظل فكرة الدولة القانونية، حيث لا تعني حالة الضرورة ولا نصوص الأزمات الخاصة أن لرئيس الدولة مطلق اليد في أن يفعل ما يشاء وبالطريقة التي يشاء، ولكنهما يقفان عند حدود معينة لا يتجاوزانها، وإلا انتهك الرئيس مبدأ المشروعية ومعايير ضوابط الضرورة، وتحولت الدولة القانونية إلى دولة استبدادية أو دولة بوليسية باسم الضرورة وتحت ستار المشروعية الاستثنائية[2].

المبحث الثاني

أثر حالة الضرورة على مبدأ الفصل بين السلطات

إنه مع تطور الحياة السياسية واتساع رقعة الدور الذي تقوم به الدولة وتشعب وظائفها، أصبح من المتعذر على الدولة، أن تجمع بين تلك الوظائف في يد واحدة، لاسيما وأن التجارب كشفت أن من بيده سلطة مطلقة يتجه دائما إلى إساءة استعمالها، "فالسلطة مفسدة، والسلطة المطلقة مفسدة مطلقة"، على حد تعبير أحد كبار المفكرين البريطانيين "Lord Acton". لذلك برز "مبدأ الفصل بين السلطات" الذي يستمد مضمونه من الفلسفة السياسية التي ظهرت في أوروبا على إثر الثورة البرجوازية في انجلترا في القرن السابع عشر، ثم تطورت إثر الثورة الفرنسية في القرن الثامن عشر واتسع انتشارها لتحتل مكان الصدارة بين نظريات ومبادئ القانون الدستوري. الذي يعود الفضل في بروزه إلى الفقيه والفيلسوف الفرنسي الشهير "مونتسكيو" في كتابه "روح القوانين" عام 1748[3].

---

[1]- أنظر: وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص ص. 272-273. أنظر أيضا: (Geneviève) CAMUS, *Op.Cit.*, p.302.

[2]- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص.197.

[3]- ارتبط وجود هذا المبدأ بالفقيه "مونتسكيو" بالرغم من أنه لم يكن أول القائلين به، إذ يعتبر الفقيه "جون لوك" هو أول الفلاسفة الذين نادوا بمبدأ فصل السلطات، فقد ذهب إلى وجوب عدم تركيز السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد واحدة، وإنما يجب أن تتولاها أيدي مختلفة. أما السلطة القضائية فإن "لوك" لم يذكرها باعتبارها مستقلة عن السلطة التشريعية. لكن مع ذلك يبقى للفقيه "مونتسكيو" الفضل في إبراز المبدأ بالصورة التي هو عليها الآن. وتدور أفكار "مونتسكيو" في كتابه "روح القوانين" « L'esprit des lois » حول محاور ثلاثة:
(1)- كيف نحمي الحرية؟. (2)- كيف نمنع إساءة استعمال السلطة؟. (3)- الاعتدال والاتزان.
وقد برر "مونتسكيو" هذا المبدأ من "مبدأ حماية الحرية"، مؤكدا أن جمع كل السلطات في يد فرد أو هيئة واحدة مهما كانت حكمتها، يؤدي حتما إلى إساءة استعمالها، كما يؤدي إلى الطغيان والاستبداد، وفي ذلك قضاء على الحرية، ولذلك كان مبدأ الفصل بين السلطات هو الأساس لتحقيق الحكومة المعتدلة، فكل شخص يحوز قدرا من السلطة يميل إلى الشطط في استعمالها إلى أن تقوم في مواجهتها سلطة أخرى موازية تحد من شططه وتحول بينه وبين التعسف. لذلك قسم "مونتسكيو" وظائف الدولة إلى ثلاثة وظائف رئيسية: وظيفة التشريع، وظيفة التنفيذ ووظيفة القضاء.

فكيف نظر الفقه لأهمية مبدأ الفصل بين السلطات، وهل يقصد به الفصل المطلق أم الفصل المرن، وما علاقته بالحقوق والحريات، وكيف تؤثر حالة الضرورة على أحكام هذا المبدأ وفي العلاقة بين السلطات؟. كل تلك الأسئلة سنحاول الإجابة عنها من خلال المطالب الثلاث التالية:

المطلب الأول

مفهوم وأهمية مبدأ الفصل بين السلطات

يعد مبدأ الفصل بين السلطات منذ ظهوره، من أهم المبادئ التي تميز الدولة الديمقراطية عن غيرها، حتى غدا هذا المبدأ عند الدستوريين الأساس في تصنيف الأنظمة السياسية المختلفة. وتمت صياغة مفهومه على ضوء ما اعتمده الفقيه "مونتسكيو" **(الفرع الأول)**.

غير أنه بالرغم من أهمية هذا المبدأ –حسب غالبية الفقه الدستوري– لأنه يهدف إلى نبذ الاستبداد والاستئثار بالسلطة من خلال توزيعها إلى تقسيم وتوزيع الهيئات وتنظيم العلاقة بين السلطات، حتى تتمكن كل سلطة من الحد من استبداد الأخرى، إلا أن هناك جانب من الفقه من عارض هذا المبدأ وشكك في أهميته **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات

إن جوهر مبدأ الفصل بين السلطات –على نحو ما استنبطه مونتسكيو– ذو معنيين أو مضمونين: **الأول** ذو مضمون سياسي، و**الثاني** ذو مضمون قانوني[1].

أولا: المعنى السياسي لمبدأ الفصل بين السلطات

يقصد بمبدأ الفصل بين السلطات في المعنى السياسي عدم جمع السلطات وعدم تركيزها في قبضة شخص أو هيئة واحدة، حتى ولوكانت هذه الهيئة هي الشعب أو كانت الهيئة النيابية، وبهذا المعنى يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات قاعدة من قواعد فن السياسة[2]، ومبدأ تمليه الحكمة العسكرية، وذلك لضمان الحريات الفردية، ولكي تسير مصالح الدولة سيرا حسنا، فجوهر فصل السلطات يتلخص في دعامتين:

(أ)– تقسيم وظائف الدولة إلى ثلاثة وظائف، تتمثل في الوظيفة التشريعية، التنفيذية والقضائية.

(ب)– عدم تجميع هذه الوظائف الثلاث في يد هيئة واحدة، أي ضرورة تعدد الهيئات الحاكمة حتى يتم توزيع العمل الحكومي عليها، فيكون لكل هيئة من هذه الهيئات تخصص بوظيفة معينة من وظائف الدولة

[1]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص ص. 508-511.
[2]- سعاد الشرقاوي، **النظم السياسية في العالم المعاصر**، الجزء الأول، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص ص.337-338.

القانونية، وهو ما يطلق عليه بالتخصيص الوظيفي[1]. غير أن مبدأ الفصل بين السلطات –حسب هذا المعنى– لا يقصد به أن سلطة الدولة قابلة للتجزئة، بل هي واحدة لا تقبل التجزئة لأن هذه الوظائف أو السلطات هي أداءً وظيفيا يتولاها أعضاء مختلفون[2].

إذن نستنتج من خلال هذا المفهوم أن نظام الفصل بين السلطات – في الحالات العادية– يقوم من الناحية النظرية على ثلاثة أركان هي:

1– عدم تغليب سلطة على سلطة أخرى؛ أي لا تكون السلطة التنفيذية أقوى من السلطة التشريعية، والعكس صحيح، وهذا الأمر يؤدي إلى أن تكون هناك مساواة تامة بين السلطتين، مع التسليم بحق السلطة القضائية في الاستقلال بالوظيفة القضائية.

2– التخصص الوظيفي، فيجب أن تتخصص كل سلطة في إدارة وظيفة معينة، فالبرلمان يتخصص بالتشريع والحكومة تتخصص بالتنفيذ، والسلطة القضائية تتخصص بالقضاء.

3– الاستقلال العضوي، الذي يقصد به أن تكون كل هيئة مستقلة عن الهيئة الأخرى في أداء وظيفتها التي خاصها بها الدستور، استقلالا تاما من دون أي تأثير من سلطة أخرى، فليس لأي سلطة من تلك السلطات الثلاث أن تجمع في يدها وظيفتين كالتشريع والتنفيذ أو القضاء والتشريع أو التنفيذ والقضاء، كما لا يحق لسلطة من هذه السلطات مشاركة سلطة أخرى في أداء واجباتها لأي سبب كان، فالحكومة مثلا لا يحق لها حل البرلمان أو تأجيل اجتماعاته أو الدخول فيه للاشتراك في المناقشات، وفي المقابل لا يحق للبرلمان استجواب الوزراء أو سؤالهم أو مساءلتهم سياسيا، فكل سلطة تحد السلطة الأخرى[3].

ثانيا: المعنى القانوني لمبدأ الفصل بين السلطات

يتعلق المعنى القانوني لمبدأ الفصل بين السلطات بطبيعة العلاقة التي تربطها بمختلف السلطات، والتي تكون علاقة تعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، مع ضرورة استقلال كل سلطة بالاختصاصات الموكلة إليها، والإشراف على عمل معين تختص به؛ بمعنى أنه إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات كما عرفه البعض بأنه:" آلية توزيع وظائف الدولة المتعددة على أكثر من هيئة"، فإن هذا التوزيع لا يعني الفصل التام بين السلطات بل أنه يتعين إيجاد توازن وتعاون بين الهيئات السياسية على تحقيق المصلحة العامة وهو ما يطلق عليه بالفصل المرن للسلطات.

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، **السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامي**، (دراسة مقارنة)، ط4، دار الفكر العربي، مصر، ص 468، أنظر أيضا: محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص ص. 508-511.

[2]- أظين خالد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص ص.171-172. أنظر أيضا: عبد المنعم محفوظ، **علاقة الفرد بالسلطة (الحريات العامة وضمانات ممارستها)**، (دراسة مقارنة)، المجلد الأول والثاني، ط 1، عالم الكتب، القاهرة، 1984، ص ص. 306-308.

[3]- إن إشكالية ممارسة السلطة قد شغلت فكرة فقهاء السياسة والقانون بالرغم من تعدد حلول هذه الإشكالية، فإنه يمكننا تحديد معيارين أساسيين هما: **أولا**: **المعيار الكمي**: الذي يرى أصحابه أنه يكفي أن يتعدد القائمون على السلطة لكي لا يطغى الاستبداد. أما المعيار الثاني فهو **المعيار الكيفي**: وأصحاب هذا التصور لا يعنيهم عدد القائمين على السلطة بقدر ما يهمهم كيفية ممارسة السلطة، وقد جاء هذا المعيار على أنقاض المعيار العددي الذي عمر طويلا إلى أن جاء الإسلام بمعياره الكيفي وأساسه تقييد القائمين على السلطة في ممارسة مظاهرها بأحكام القران والسنة.

لذلك يعتبر الدستور الضمان القانوني لإقامة النظام السياسي والقانوني في النظم الديمقراطية للدول التي تخضع لمبدأ سلطان القانون، فالدستور هو الذي يبيّن السلطات المختلفة ويحدد اختصاصاتها وطبيعة العلاقة فيما بينها، كما ينظم مهامها ويقرر الحقوق والحريات العامة، ومن ثمّ كان الفصل بين السلطات عاملا محفزا لخضوع الدولة للقانون. وهو ما أكدته ديباجة الدستور الجزائري بقولها: "يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده"[1].

الفرع الثاني

أهمية الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات

تبنى غالبية المفكرين والفقهاء مبدأ الفصل بين السلطات بأساليب مختلفة، معتبرينه الأساس الذي يؤدي إلى تفادي الاستبداد والتعسف الناجم عن تجميع السلطات في يد واحدة، لكنهم انقسموا إلى فريقين: فريق يؤكد أهمية المبدأ القائم على فكرة الفصل المطلق بين السلطات **(أولا)**، وفريق آخر يؤكد على أهمية المبدأ القائم على فكرة الفصل المرن بين السلطات، مستندين في مواقفهم تلك على حجج ومبررات **(ثانيا)**.

أولا: مبررات الفقه المؤيد لأهمية مبدأ الفصل المطلق بين السلطات

دافع أنصار مبدأ الفصل المطلق بين السلطات استنادا إلى العديد من المبررات، تتمثل أهمها فيما يلي:

(1)- صيانة الحقوق والحريات: يعد مبدأ الفصل بين السلطات خير ضمان لحماية حقوق وحريات الأفراد، ومنع الحكام من الاستبداد وإساءة استعمال السلطة، لأن جمع السلطات في يد شخص واحد أو هيئة واحدة يتيح الفرصة لإساءة استعمال السلطة وانتهاك حقوق وحريات الأفراد، دون وجود رقيب، ودون إعطاء فرصة للأفراد للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم أمام جهة أخرى. لذلك يرى أنصار مبدأ الفصل بين السلطات أن الهدف المبتغى منه، سواء في الظروف العادية أو في الظروف غير العادية، هو بالدرجة الأولى إضفاء الحماية على الحقوق والحريات العامة من تعسف واستبداد السلطة المطلقة. كما أن هذا المبدأ يمثل المقياس لمدى ديمقراطية النظام، واحترامه لمبادئ العدالة والمساواة في المجتمع[2].

ولعل حاجة الأفراد لإعمال مبدأ الفصل القائم على التعاون بين السلطات، قد تكون في ظل الظروف الاستثنائية، أكثر من أي وقت آخر، لما يشكله المبدأ من ضمانة هامة لحماية حقوقهم وحرياتهم من تعسف السلطة، التي تستولي -بحجة تلك الظروف الطارئة- على كل السلطات لترتكز في قبضة شخص أو هيئة

[1]- أنظر القانون رقم: 01/16 الصادر في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 14 الصادرة بتاريخ: 07 مارس 2016، ص. 5، كما أشار المؤسس الدستوري بأن "تشكل هذه الديباجة جزءا لا يتجزأ من هذا الدستور".

[2]- خضر خضر، **مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان**، ط 1، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2008، ص. 251.

واحدة، مما يؤدي ذلك إلى الطغيان والاستبداد، وبالتالي إلى إهدار كافة الضمانات المقررة لحماية الحقوق والحريات وانتهاكها.

(2)- القضاء على الاستبداد بمنع تركيز السلطة: للقضاء على ظاهرة الاستبداد يجب الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يوفر أرضية شرعية لممارسة السلطة من قبل أطراف متعددة تتساوى في الحقوق وتتوازن في الصلاحيات، لهذا يرى الفقيه "مونتسكيو" أن الفصل بين السلطات هو شرط لوجود الحرية... ولا تكون الحرية مطلقا إذا ما أصبحت السلطة الاشتراعية (التشريعية) والسلطة التنفيذية في يد شخص واحد أو في يد هيئة حاكمة واحدة، وذلك لأنه يخشى أن يضع الملك نفسه قوانين جائرة لينفذها تنفيذا جائرا. و كذلك لا تكون الحرية إذا لم تفصل سلطة القضاء عن السلطة الاشتراعية (التشريعية) والسلطة التنفيذية، فالسلطة لا توقفها إلا سلطة على حد قول "مونتسكيو"[1].

(3)- يُمكّن كل سلطة بمراقبة السلطة الأخرى: إن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات يساعد على منح كل سلطة مجال اختصاصها، ويمكّنها من مراقبة أعمال باقي السلطات وتوقيفها عند حدودها، الأمر الذي تتحقق معه صيانة حقوق الأفراد وحرياتهم[2]؛ بمعنى أن توزيع السلطات بين عدة هيئات مع الفصل بينهما، يجعل منها رقيبا على الآخر، وهو ما يؤدي إلى منعها من انتهاك حقوق وحريات الأفراد. وقد عبر عن هذه الميزة الفقيه "مونتسكيو" بقوله:" إن مبدأ الفصل بين السلطات قد وجد لكي توقف كل سلطة السلطات الأخرى عند حدها، وأنه إذا اجتمعت سلطتان أو أكثر في يد واحدة انعدمت الحرية ولو كانت بيد الشعب ذاته"[3].

(4)- تحقيق الشرعية وسيادة القانون: يؤدي مبدأ الفصل بين السلطات إلى ضمان تحقيق مبدأ المشروعية وسيادة القانون، فلكي تحترم سلطات الدولة حدودها واختصاصات كل منها يجب الفصل بينهما عضويا وموضوعيا، ويتم ذلك بتخصيص عضوا أو هيئة لكل وظيفة من وظائف الدولة، وتمارس وظيفتها طبقا للاختصاص المحدد لها بالدستور، بغير اعتداء منها على اختصاص غيرها من الهيئات، وهذا لا يتحقق إلا بتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، إذ أن كل منها ستصد اعتداء الهيئة الأخرى في حالة وقوعه[4]. وفي حالة عدم حدوث الفصل بين المشرع والمنفذ فإن هذا الأخير سوف يصدر تشريعات على ضوء ما لديه من اعتبارات عملية[5]، الأمر الذي يفقد التشريع حياده ويصبح مجرد أداة في يد السلطة التنفيذية، ويصدق على ذلك حالة الجمع بين سلطتي التشريع والقضاء[6]. مثلما هو الوضع عليه في حالة الضرورة، كما سيأتي بيانه.

1- حسن صعب، **علم السياسة**، منشورات دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1966، ص. 326.

2- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص ص. 514-515.

3- كما يقول أيضا: "إن الحرية السياسية لا يمكن ضمانها إلا في الحكومات المعتدلة"، فقد أثبتت التجارب أن كل إنسان يتمتع بالسلطة فإنه يسيئ استعمالها، إذ يتمادى في استخدامها حتى يجد حدود توقفه، كما أن الفضيلة نفسها في حاجة إلى حدود. وللوصول إلى عدم إساءة استخدام السلطة يجب أن يقوم النظام على أساس أن السلطة تحد السلطة «la pouvoir arrête la pouvoir» .

4- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.449.

5- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية ...**، المرجع السابق، ص ص. 42-43.

6- أحمد عبد الوهاب السيد، المرجع السابق، ص ص.42-43.

(5)- تقسيم العمل وضبطه بعد ازدياد وظائف الدولة: بعد أن ازدادت المهام التي تقوم بها الدولة، وزاد تدخلها في مختلف شؤون الحياة، فبدلا من أن تقوم بهذه الوظائف جهة واحدة، فتكون عاجزة عن القيام بمسؤوليتها بالقدر اللازم من الكفاءة والقدرة[1]، جاء مبدأ الفصل بين السلطات ليقوم بتوزيع عبء الوظائف الرئيسية للدولة التشريعية، التنفيذية والقضائية على هيئات ثلاث، تخصص كل هيئة منها بعمل معين تتوخى فيه الدقة والضبط، وفقا لمبدأ تقسيم العمل وتحديد الاختصاصات.

ثانيا: مبررات الفقه المؤيد للفصل المرن بين السلطات
(التعاون المتبادل بين السلطات)

توصل رجال الفقه الدستوري وكذا رجال السياسة إلى نتيجة منطقية، هي عدم إمكانية تطبيق نظام الفصل المطلق أو التام بين السلطات من الناحية العملية، وذلك لأسباب كثيرة أهمها:

1- تعقد الحياة وازدياد المهام الملقاة على عاتق الدولة[2]، لهذا فقد واجهت النظم التي حاولت أن تطبق نظام الفصل التام بين السلطات صعوبات عملية كثيرة أدت إلى انهيار النظام، وخير مثال على ذلك دستور فرنسا عام 1791، الذي تم إلغاؤه في 1792/08/10، وفي أحيان أخرى يحدث نوع من التعاون بين السلطات للتغلب على مشاكل الفصل التام ولمواجهة متطلبات الحياة المعقدة، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية[3].

2- كما أنه يتعذر الفصل المطلق بين الهيئات التي تباشر وظائف الدولة الثلاثة (التشريعية، التنفيذية والقضائية)، ذلك أن هذه الوظائف متصلة اتصالا وثيقا ببعضها البعض، كما أن تعدد السلطات وتوزيع المسؤولية تبعا لذلك، يؤدي إلى تعطيل أعمال الحكومة تعطيلا خطيرا، وخصوصا وقت الأزمات، إذ تحتاج الدولة عند تعرضها للأزمات إلى سرعة اتخاذ القرارات، وهذا لا يتم إلا إذا كانت السلطة التنفيذية تستطيع إصدار قرارات لها قوة القانون، إما استنادا لتفويض من البرلمان أو استنادا إلى نصوص الدستور مباشرة.

3- يترتب على الفصل المطلق بين السلطات[4] توقف عمل الأجهزة الحكومية في حالة حدوث خلاف بين هذه الأجهزة، مما يؤدي إلى الفوضى وتعطيل مصالح الدولة أو تحكم أحد الأجهزة في باقي أجهزة الدولة[1].

---

[1]- أحمد حافظ عطية نجم، "الفصل بين السلطات وتطور العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدساتير المصرية"، **مجلة العلوم الإدارية**، العدد 01، ص.89.

[2]- عبد الحميد متولي، **القانون الدستوري والأنظمة السياسية ...**، المرجع السابق، ص.264. أنظر أيضا: حسين عثمان محمد عثمان، **القانون الدستوري والنظم السياسية**، الدار الجامعية، القاهرة، 1989، ص.234.

[3]- يتدخل الرئيس الأمريكي بالعمل التشريعي من خلال اقتراح القوانين بصورة غير مباشرة عبر رسالة الإتحاد، وله الحق في الاعتراض على القوانين، وهو الذي يصادق على القوانين، أما الكونغرس فيشترك مع الرئيس في ممارسة بعض المهام التنفيذية كتعيين بعض كبار الموظفين ورسم السياسة الخارجية، كما أن اللجان البرلمانية لها حق استدعاء الوزراء والاستفادة من خبراتهم في دراسة مشروعات القوانين المعروضة عليهم. أنظر: مروان محمد محروس المدرس، **مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقه الإسلامي**، (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة بابل، 1995، ص.11.

[4]- للإشارة فإن هناك فرق بين الفصل بين السلطات ومبدأ تدرج السلطة، حيث يكمن فيصل التمييز بينهما في أن الأولى تعني توزيع الاختصاصات على أكثر من هيئة واحدة، بحيث يكون لكل منها اختصاص تقوم به دون غيرها، أما تدرج السلطة فهو يعني خضوع السلطة للسلطة التي تعلوها، وهكذا...، إلى

وعليه، فإن رفض الواقع العملي لمبدأ الفصل المطلق بين السلطات، جعل من اللازم إضفاء نوع من المرونة في فهم هذا المبدأ وتطويره نحو الفصل المشبع بروح التعاون بين السلطات، وقد ذهب بعض الكتاب إلى القول بأن قصد "مونتسكيو" من الفصل بين السلطات، الفصل المرن مع التعاون والتوازن بين السلطات[2].

فبالرغم من الانتقادات[3] التي وجهت لهذا المبدأ، إلا أنه لم يلغ ولم يستبعد من أي نظام دستوري، بل أصبح مبدأ مقررا في العديد من الدساتير الديمقراطية، ومسلما به فقها وقضاءً[4]، والدليل على ذلك أن أنظمة الحكم المعاصرة[5] أخذت بهذا المبدأ القائم على التعاون بين السلطتين وإن كان بصفة متفاوتة؛ حيث أنه

أن ننتهي إلى خضوع الجميع صعودا حتى تتركز السلطة في هيئة واحدة (عليا) أو في يد شخص واحد، وبالتالي تنتفي في ظل مبدأ تدرج السلطة، ضمانة "الفصل بين السلطات" كضمانة تحمي الحريات العامة، وكسياج ضد تعسف السلطة أو طغيانها. أنظر: إيهاب طارق عبد العظيم، المرجع السابق، ص ص.194-195.

[1]- محمد طه بدوي، محمد طلعت الغنيمي، **النظم السياسية والإدارية**، ط 1، دار الحضارة، مصر، 1956، ص. 323.

[2]- عبد الحميد متولي، **القانون الدستوري والأنظمة السياسية ...**، المرجع السابق، ص. 168.

[3]- إذا كان معظم فقهاء القانون الدستوري يؤيدون مبدأ الفصل بين السلطات، ويعتبرونه مبدأً مهما في حياة الدول الديمقراطية، وضمانة هامة لحماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف واستبداد السلطة المطلقة، إلا أن هناك جانب من الفقه من هاجم هذا المبدأ وشكك في أهميته، كما هاجموا حتى مؤسسه الفقيه "مونتسكيو" متهمينه بأنه "مؤرخ الإقطاعية". أنظر: أحمد عبد الوهاب السيد، المرجع السابق، ص. 182.

ومن بين الانتقادات الفقهية التي وجهت إلى هذا المبدأ نذكر:

1- وجه البعض من رجال السياسة الفرنسيين النقد للمبدأ، أثناء مناقشتهم لمشروع دستور الجمهورية الرابعة 1946، وكانت حجتهم أن مبررات المبدأ ترجع إلى اعتبارات تاريخية فقط، حيث كان المقصود هو انتزاع السلطة التشريعية من يد الملوك للحد من سلطانهم المطلق، وقد تحقق المقصود من المبدأ ثم انتهى بعد أن حقق مهمته، وبذلك يكون المبدأ عديم الفائدة، وقد ذهبوا إلى أنه لا مانع من خضوع السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية، باعتبار أن الأخيرة ممثلة في الأمة، ولضمان عدم استبداد السلطة التشريعية، يكفي أن يقرر الدستور بعض الضمانات التي تمنع الاستبداد دونما حاجة إلى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات.

2- ذهب البعض من الفقهاء الألمان، وعلى رأسهم "لاباند" «Laband»، إلى القول بأن الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات يؤدي إلى هدم وحدة الدولة؛ بمعنى أن وحدة كيان الدولة يتعارض مع الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وهو الموقف ذاته الذي اعتمده الفقيه الفرنسي «Leon Duguit».

3- هناك من يرى أنه يتعذر فصل الهيئات التي تؤدي وظائف الدولة (التشريع، التنفيذ والقضاء) عن بعضها البعض، لأن هذه الهيئات مرتبطة كأعضاء الجسد البشري أو أجزاء الآلة الواحدة، فإن اختلفت وظائف أيا منهم فيجب على الدوام أن يكون المحرك واحدا، ويرجع ذلك إلى أن التوحيد يؤدي إلى الإبقاء على الانسجام في الأعمال ومنع التعارض، أما الفصل فإنه يؤدي إلى تعطيل أعمال الدولة وإعاقتها وتعريضها للخطر، لاسيما في أوقات الأزمات التي نحتاج إلى تجميع كل القوى وتركيز السلطات لأجل التغلب عليها.

4- انتقد "روسو" مبدأ الفصل بين السلطات تأسيسا على رأيه في السيادة بأنها غير قابلة للتجزئة، وبالتالي فلا يتصور توزيعها على هيئات مختلفة، ويرى أن مظهر السيادة الوحيد يتركز في السلطة التشريعية، وهذه السلطة يتعين أن يباشرها الشعب وحده.

5- كما قيل بأن توزيع السلطات يقضي على فكرة المسؤولية ويشجع كل هيئة على التهرب منها، وإلقائها على الهيئات الأخرى، الأمر الذي يترتب عليه صعوبة تحميل المسؤولية، أما تركيز السلطات فيؤدي إلى حصر المسؤولية وغل يدها

6- بينما ذهب البعض إلى القول بأن مبدأ الفصل أمر وهمي، فإذا كانت الوظائف القانونية من حيث التعريف مسلسلة، فإن تسلسل الوظائف سيجر إلى تسلسل الأجهزة، لذلك فإنه من العبث الإدعاء بأنه من الممكن بهذا التصور تحقيق توازن ما، فالملاحظ عملا في جميع الأنظمة، حتمية طغيان إحدى السلطات على بقيتها، فالميزان إما أن يميل إلى جانب السلطة التنفيذية (حكومة الوزارة) كما هو الشأن في انجلترا، وإما أن يميل إلى جانب البرلمان كما هو الشأن في عهد الجمهوريتين الثالثة والرابعة في فرنسا. حول هذه الآراء أنظر: عبد الوهاب السيد، المرجع السابق، ص. 182. محمد أحمد ابراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ، سليمان محمد الطماوي، **السلطات الثلاث...**، المرجع السابق، ص ص. 519-520، محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص. 565. أمين عاطف صليبا، **دور القضاء في إرساء دولة القانون**، (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002، ص.101. محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص ص. 516-517، نقلا عن: السيد صبري، **حكومة الوزارة**، القاهرة، 1951، ص. 12 وما بعدها. ونقلا عن: (J.) LAFERRIERE, ***Manuel de droit constitutionnel***, Paris, 1947, p.755.

[4]- "حيث جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصري في جلسة 1954/12/20: "إن قاعدة الفصل بين السلطات وفقا لما أجمع عليه فقهاء القانون العام في العصر الحديث، وطبقا لأسس النظام الديمقراطي والمبادئ الدستورية، تقوم على عدم فصل السلطات فصلا تاما، وإنما هي تتمثل في فصل السلطات فصلا محدودا بتعاونها وتساندها، بحيث تتداخل الاختصاصات بينها أحيانا بما يحقق الصالح العام، وعلى ذلك تقوم السلطة التشريعية بأعمال هي من اختصاص السلطة التنفيذية، كما تقوم السلطة التنفيذية بأعمال هي أصلا من اختصاص السلطة التشريعية"، أنظر: حمدي ياسين عكاشة، **القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص. 15.

[5]- تنقسم أنظمة الحكم المعاصرة إلى الأنظمة التالية:

(أ)- النظام البرلماني: الذي تتكون السلطة التنفيذية فيه من رئيس الدولة الذي يسود ولا يحكم، ورئيس الوزراء صاحب السلطة التنفيذية الحقيقية لكن هناك تعاون متبادل بين السلطات وخاصة السلطة التنفيذية، فمن حق الحكومة حل البرلمان، وفي المقابل يملك البرلمان مساءلة الحكومة عن طريق السؤال والاستجواب وسحب الثقة منها.

(ب)- النظام الرئاسي: الذي يقوم على أساس مبدأ الفصل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية مع ترجيح كفة السلطة التنفيذية، نظرا إلى الاختصاصات الكبيرة المخولة لرئيس الدولة المنتخب من طرف الشعب، وينفرد رئيس الدولة في هذا النظام بالسلطة التنفيذية، حيث يجمع بين رئاسة الدولة ورئاسة الحكومة، ويعتبر الوزراء مجرد مساعدين له.

بالرجوع إلى النظام البرلماني نجده يتخذ آليات للتعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، وذلك في ظل استقلال كل سلطة بالاختصاصات الموكلة إليها[1]. وبهدف تعميق المفاهيم الديمقراطية وتحقيق مشاركة فعلية من كافة مؤسسات الدولة في صنع القرار، تستخدم الدول التي تتبنى النظام البرلماني أسلوب الرقابة المتابدلة المتخذة من قبل كل سلطة تجاه الأخرى.

أما عن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الرئاسي فإنه يطبق تطبيقا شبه مطلق، حيث لا مكان للفصل التام بين سلطات الدولة، وإنما تستقل كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية عن الأخرى في مباشرة الاختصاصات الموكلة لكل منها استقلالا نسبيا، بحيث توجد استثناءات على ذلك النوع من الفصل شبه المطلق بين السلطتين، من خلال اعتماد الدول على آلية الرقابة المتبادلة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، كما هو الوضع في الدستور الجزائري[2]، فهذه الآلية تؤدي إلى تكامل السلطتين في أداء وظائفها، دون أن يترتب

(ج)- أما على مستوى نظام الجمعية النيابية (نظام الجمعية)، فهو يقوم على أساس الجمع بين وظيفتين التشريع والتنفيذ في يد جمعية نيابية منتخبة، وتقوم هذه الجمعية (البرلمان) بتشكيل لجنة خاصة منها القيام بالوظيفة التنفيذية، وهي تعمل باسمها وتحت رقابتها وإشرافها وتوجيهها (ولو نظريا) ولا يتمتع أعضاء تلك اللجنة بأي استقلال عن الجمعية النيابية فتكون بذلك السلطة التنفيذية تابعة ومنبثقة عن السلطة التشريعية في ظل هذا النظام.

(د)- بينما النظام شبه الرئاسي فهو النظام الذي تشارك فيه الحكومة، وعلى رأسها الوزير الأول ورئيس الدولة، ويعتبر هذا النظام الأقرب إلى النظام الرئاسي، ولكنه في الوقت نفسه يقوم فيه الوزير الأول بدور مهم، وتتشكل السلطة التنفيذية في هذا النموذج من رئيس الدولة المنتخب مباشرة من طرف الشعب، والحكومة المعينة من طرف رئيس الدولة. أنظر في هذا الموضوع:

(Jacques) BOURDOU, (Jean-Marie) Poutier et (Jean-Claude) Ricci, ***Droit constitutionnel et institution politiques***, théorie générale sur le droit constitutionnel, édition scientifiques et juridiques, paris, 1980, p. 250 et s.

(Pierre) PACTET, ***Institutions politiques et droit constitutionnel***, collection U.droit, 20ème éd., Armand Colin, 2001, p. 324 et s.

(Pierre-Henri) CHALVISAN, ***Droit constitutionnel, Institution et régimes politiques***, Nathan supérieur, éd. Nathan, Paris, 1986, p. 57.

(Maurice) DUVERGER, ***Droit constitutionnel et systèmes politiques***, Thémis, science politique, 18ème éd., entièrement refondue, P.U. F, Paris, 1976, p. 123.

[1]- تنسحب آثار الفصل المرن لتشمل كذلك تقسيم كل سلطة من السلطات الثلاث تقسيما ذاتيا، بحيث لا تستأثر إحداها بالقرار في ظل تلك السلطة، فعلى سبيل المثال في فرنسا تم تقسيم السلطة التشريعية إلى مجلسين برلمانيين (المجلس الأعلى) وهو مجلس الشيوخ الفرنسي الذي يحد من سلطة (المجلس الأعلى) وهو مجلس النواب، وتحث التفرقة بين المجلسين من خلال التمييز بينهما في طريقة الانتخاب ومدة التفويض وما إلى ذلك من مهام أخرى. أنظر: إيهاب طارق عبد العظيم، المرجع السابق، ص ص. 194-195.

[2]- نصت المادة 113 من الدستور الجزائري: "يراقب البرلمان عمل الحكومة وفقا للشروط المحددة في المواد 94 و 98 و 151 و 152 من الدستور. يمارس المجلس الشعبي الوطني الرقابة المنصوص عليها في المواد من 153 إلى 155 من الدستور".

أما المادة 94 فنصت على أنه: "يقدم الوزير الأول مخطط عمل الحكومة إلى المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليه .ويُجري المجلس الشعبي الوطني لهذا الغرض مناقشة عامة. ويمكن الوزير الأول أن يكيف مخطط العمل هذا، على ضوء هذه المناقشة، بالتشاور مع رئيس الجمهورية.

يقدم الوزير الأول عرضا حول مخطط عمل الحكومة لمجلس الأمة مثلما وافق عليه المجلس الشعبي الوطني. يمكن مجلس الأمة أن يصدر لائحة".

ونصت المادة 98: "يجب على الحكومة أن تقدم سنويا إلى المجلس الشعبي الوطني بيانا عن السياسة العامة. تعقُب بيان السياسة العامة مناقشة عمل الحكومة. يمكن أن تختتم هذه المناقشة بلائحة. كما يمكن أن يترتب على هذه المناقشة إيداع مُلتمَس رقابة يقوم به المجلس الشعبي الوطني طبقا لأحكام المواد 153 و 154 و 155 أدناه. للوزير الأول أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني تصويتا بالثقة .وفي حالة عدم الموافقة على لائحة الثقة يقدم الوزير الأول استقالة الحكومة.في هذه الحالة، يمكن رئيس الجمهورية أن يلجأ، قبل قبول الاستقالة، إلى أحكام المادة 147 أدناه. يمكن الحكومة أن تقدم إلى مجلس الأمة بيانا عن السياسة العامة. أما المادة 147 من الدستور فنصت على أنه: "يمكن رئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الدستوري، والوزير الأول. وتجري هذه الانتخابات في كلتا الحالتين في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر". ونصت المواد من 151 إلى 155 من الدستور على هذه الآلية، حيث جاء في المادة 151 منه: "يمكن أعضاء البرلمان استجواب الحكومة في إحدى قضايا الساعة .ويكون الجواب خلال أجل أقصاه ثلاثون (30) يوما. يمكن لجان البرلمان أن تستمع إلى أعضاء الحكومة".كما نصت المادة 152 بأنه : "يمكن أعضاء البرلمان أن يوجهوا أي سؤال شفوي أو كتابي إلى أي عضو في الحكومة. ويكون الجواب عن السؤال الكتابي كتابيا خلال أجل أقصاه ثلاثون 30) يوما. بالنسبة للأسئلة الشفوية، يجب ألاّ يتعدى أجل الجواب ثلاثين (30) يوما. يعقد كل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، بالتداول، جلسة أسبوعية تخصص لأجوبة الحكومة على الأسئلة الشفوية للنواب وأعضاء مجلس الأمة. إذا رأت أي من الغرفتين أن جواب عضو الحكومة، شفويا كان أو كتابيا، يبرر إجراء مناقشة، تجري المناقشة حسب الشروط التي ينص عليها النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. تنشر الأسئلة والأجوبة طبقا للشروط التي يخضع لها نشر محاضر مناقشات البرلمان".

أما المادة 153 فنصت على أنه: "يمكن المجلس الشعبي الوطني لدى مناقشته بيان السياسة العامة، أن يصوت على ملتمس رقابة ينصب على مسؤولية الحكومة. ولا يقبل هذا الملتمس إلا إذا وقعه سُبُع (1/7) عدد النواب على الأقل". ونصت المادة 154 بأن: "تتم الموافقة على ملتمس الرقابة بتصويت أغلبية ثلثي (2/3) النواب. ولا يتم التصويت إلا بعد ثلاثة (3) أيام من تاريخ إيداع ملتمس الرقابة".وأخيرا نصت المادة 155 من الدستور بأنه: "إذا صادق المجلس الشعبي الوطني على ملتمس الرقابة، يقدم الوزير الأول استقالة الحكومة إلى رئيس الجمهورية".

على ذلك أن تتنازل أي من السلطتين عن مباشرة اختصاصاتها للسلطة الأخرى بصفة أصلية إلا بمقتضى قانون يقرر ذلك[1].

وعليه، نخلص إلى أن المدلول الحقيقي لمبدأ الفصل بين السلطات هو توزيع السلطات وتقسيمها بين هيئات مستقلة ومختلفة عن بعضها، مع قيام نوع من الرقابة والتعاون فيما بينها بالقدر اللازم، لكي توقف كل منهما الأخرى عند حدها، بقصد كفالة الحقوق والحريات العامة والمحافظة عليها، الأمر الذي يجعل من مبدأ الفصل بين السلطات خير ضمانة لحقوق الأفراد وحرياتهم[2].

غير أنه إذا سلمنا نظريا بوجود تعاون بين السلطات في الدول الديمقراطية المعاصرة في الظروف العادية، فهل يبقى هذا التعاون أو الفصل المرن بين السلطات محترما وقائما في ظل حالة الضرورة؟.

المطلب الثاني

طبيعة العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في الظروف العادية وفي حالة الضرورة

يعد تكريس مبدأ الفصل بين السلطات في صلب الدستور، عاملا أساسيا لتجنب تداخل السلطات والصلاحيات، وسيطرة سلطة معينة على سلطة أخرى أو تعسف سلطة على صلاحيات سلطات أخرى، فلكل سلطة –كما أشرنا– اختصاص أصيل تقوم به، فالسلطة التشريعية اختصاصها سن القوانين، واختصاص السلطة التنفيذية تنفيذ القوانين، أما السلطة القضائية فاختصاصها إصدار الأحكام القضائية في المنازعات التي تطرح عليها.

لكن إذا كانت حالة الضرورة تؤثر على مبدأ سمو الدستور، كما سبق التطرق إليه، فهي بالنتيجة تؤثر أيضا على مبدأ الفصل بين السلطات إلى الحد الذي تجعل من هذا المبدأ غير ذي وجود.

ولأجل معرفة الأثر الذي ترتبه حالة الضرورة على مبدأ الفصل بين السلطات القائم على التعاون المتبادل بين السلطات الثلاث، كان لابد علينا من معرفة طبيعة العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في الظروف العادية **(الفرع الأول)**، لنحدد بعدها كيف تؤثر حالة الضرورة على طبيعة هذه العلاقة فيما بينهما **(الفرع الثاني)**، وذلك على ضوء أحكام الدستور الجزائري والأنظمة الدستورية المقارنة، لاسيما الفرنسي والمصري.

[1]- إيهاب طارق عبد العظيم، المرجع السابق، ص. 196.
[2]- عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص. 177.

الفرع الأول

علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية في الظروف العادية

مرّت فكرة السيادة على العملية التشريعية بمرحلتين: مرحلة قبل تبني مبدأ الفصل بين السلطات، حيث ارتبطت العملية التشريعية بالملك الذي كانت بيده سلطة التشريع، لكن بتبني الدول لمبدأ الفصل بين السلطات انتزع البرلمان هذه السلطة من الملك وأصبح هو السيد على عملية التشريع، بوصفه المفوض من قبل الشعب ليمارس السلطة التشريعية. بينما ارتكزت مهمة السلطة التنفيذية الأساسية في تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، مما يجعلها نظريا في موضع تبعية وخضوع إزاء السلطة التشريعية.

غير أن هذه الصورة النظرية لا تتفق مع واقع أنظمة الحكم المعاصرة التي أضحت فيها السلطة التنفيذية المحور الأساسي المحرك للحياة السياسية والتشريعية للدولة، وأصبحت تنازع السلطة التشريعية على العملية التشريعية سواء في الأوضاع العادية أو في الظروف غير العادية.

أولا: السلطة التنفيذية تنازع السلطة التشريعية على عملية التشريع (في الظروف العادية)

إن وجود برلمان أو سلطة تشريعية في دولة لها نظام سياسي متطور مخول دستوريا لإعداد القوانين والتصويت عليها[1]، يتطلب أن تكون له سيادة وسلطة حرة وغير مقيدة في العملية التشريعية، إلا أن سيادة البرلمان على التشريع –في الوقت الحالي– أصبحت غير مطلقة، حيث تقلصت سلطته في التشريع سواء من ناحية الكم الهائل في مشروعات القوانين التي تقدمها الحكومة للبرلمان ثم تأخذ طريقها إلى أن تصبح قوانين بعد أن يضفي عليها البرلمان الشرعية، أو سواء من ناحية النص الدستوري نفسه الذي قلص سلطات البرلمان في العملية التشريعية بنقلها إلى السلطة التنفيذية التي تحوز المجال الأكبر في التشريع بنص الدستور[2]، من خلال منحها السلطة التنظيمية، ليتمّ بذلك تجزئة مجال القانون بين المشرع والمنفذ في ظل حدود يفرضها الدستور، وهو ما عرفه الدستور الفرنسي والدستور الجزائري، فأصبحت بذلك السلطة التنفيذية هيئة مشرعة بمعنى العبارة، وذلك من خلال حوزتها على تنظيم جملة من المواضيع التي كانت تدخل في مجال القانون، عن طريق المراسيم أو التنظيمات المستقلة والمراسيم التنفيذية.

---

[1]- حاولت الأنظمة الديمقراطية الحديثة إيجاد طريقة لتجسيد فكرة الفصل المرن بين السلطات، وذلك عن طريق تقسيم تلك السلطات تقسيما ذاتيا حتى لا تستأثر إحداها بالقرار في تلك السلطة، فعلى سبيل المثال تم تقسيم السلطة التشريعية في فرنسا إلى مجلسين برلمانيين (المجلس الأعلى) وهو مجلس الشيوخ الفرنسي الذي يحد من السلطة الأدنى وهو (مجلس النواب)، وتمّت التفرقة بينهما في طريقة الانتخاب ومدة التفويض وما إلى ذلك من مهام أخرى، وكذلك الحال بالنسبة للسلطة التشريعية في الجزائر حيث بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996 تم إحداث غرفة ثانية للبرلمان وهي (مجلس الأمة) إلى جانب الغرفة الأولى (المجلس الشعبي الوطني) وذلك من خلال المادة 98 من الدستور: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه"، كما ميز الدستور بين الغرفتين من حيث طريقة الانتخاب ومدة مهمة كل غرفة، وهو ما نصت عليه المادتين 101 و102 منه.

وما يلاحظ على التعديلات التي أحدثها القانون رقم 01/16 المتضمن تعديل دستور 1996، على المؤسسة التشريعية هو أنها تهدف إلى إضفاء المزيد من الانسجام والوضوح على النظام السياسي في البلاد ضمن احترام مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك من خلال إعادة ترتيب العلاقات بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وبين مكوناتهما، ودعم صلاحياتهما بهدف تحقيق توازن أفضل بينهما، وفعالية أكبر في أعمال كل واحدة منهما.

[2]- عمر فرحاتي، "دور السلطة التشريعية في البناء الديمقراطي"، **مجلة المفكر**، ع 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، أفريل 2009، ص. 14.

ويأخذ مفهوم السيادة على التشريع –وفق تطوره الحديث– مظهرين متمايزين:

(1) مجال القانون: الذي يكون البرلمان السيد على التشريع في المسائل التي نص عليها الدستور[1].

(2)– مجال التنظيم: الذي يعتبر رئيس الجمهورية السيد على التشريع في كل المواضيع التي تخرج عن الميادين التي أوردها الدستور لمجال القانون على سبيل الحصر، وهو ما أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري من خلال الفقرة الأولى من المادة 143 من التعديل الدستوري 2016 التي تنص: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون".

وعليه، فإن فكرة سيادة البرلمان على مجال التشريع[2] قد تحولت إلى السلطة التنفيذية التي أصبحت تتمتع بمجالين؛ مجال التنفيذ وهو المجال الأصيل بالنسبة لها، ومجال القانون الذي باتت تنازع البرلمان فيه. وبناء على ذلك اتسع نطاق التشريع الرئاسي، بمعنى أن المؤسس الدستوري الجزائري أقر وصفا قانونيا مفاده توسيع دائرة التشريع الرئاسي إلى مجال القانون عن طريق السلطة التنظيمية المستقلة، بالإضافة إلى أن الهيئة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية، الذي يشرع عن طريق الأوامر الرئاسية[3]، ضف إلى ذلك الاختصاص التنفيذي للوزير الأول، فأصبحت بذلك السلطة التنفيذية هيئة مشرعة بمعنى العبارة[4]، في حين يمارس البرلمان سلطة التشريع في مجال القانون الذي بات محدودا.

وإذا اعتبرنا أن منح المؤسس الدستوري السلطة التنظيمية للهيئة التنفيذية، هو خرق لمبدأ الفصل بين السلطات؛ لأنه يؤدى إلى تجزئة مجال القانون بين المشرع والمنفذ في ظل حدود يفرضها الدستور، كما يؤدي ذلك إلى تقزيم وتقليص دائرة سلطة البرلمان على العملية التشريعية، بحصرها في مجالات محددة دستوريا، تاركا المجال التنظيمي للسلطة التنفيذية، فإن ذلك أكيد يرجع إلى أسباب ومبررات واقعية فرضت هذا الوضع. فما هي المبررات التي تذرع بها الفقه في سبيل ذلك؟.

ثانيا: مبررات الاعتراف الدستوري للاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في الظروف العادية

حاول جانب من الفقه ارجاع سبب هذا الاعتراف الدستوري للسلطة التنفيذية بقدر من الاختصاص في مجال التشريع إلى عوامل واعتبارات عدة، تتمثل أهمها في:

---

[1]- حددت المادتين 140 و141 من التعديل الدستوري 2016 مجالات تشريع البرلمان، إما بموجب قوانين عادية أو عضوية.

[2]- نصت المادة 112 من التعديل الدستوري 2016 بأنه: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

[3]- تنص المادة المادة 142 من التعديل الدستوري 2016 على أنه: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها.تُعَدّ لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكو رة في المادة 107 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".

[4]- عبد الله بوقفة، **أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري**، (دراسة مقارنة)، العلاقة الوظيفية بين البرلمان والهيئة التنفيذية، طبعة مزيدة ومنقحة، دار هومه، الجزائر، 2009، ص ص. 256-263.

1- أن السلطة التنفيذية تعد السلطة الأقدم والأكثر فاعلية على المستوى السياسي والإداري في الدولة[1]، لذلك فهي السلطة الأقدر على التعامل اليومي مع الجمهور في كافة الميادين والمجالات، نظرا لاتصالها واحتكاكها الدائم به، وبالتالي فإنها أقدر الهيئات على معرفة ما ينبغي وضعه من القواعد التفصيلية التي ليس بوسع السلطة التشريعية أن تحصيها.

2- تحقيق الثبات والاستقرار للقواعد القانونية وهو من متطلبات سلامة التنظيم القانوني للدولة، الذي يتطلب أن يعطي للسلطة التنفيذية مهمة مواجهة الأمور المتغيرة في المجتمع، من خلال القواعد التي تصدرها، والتي تتسم بالسرعة والسهولة في الإجراءات من دون حاجة إلى تغيير القوانين ذاتها أو تعديلها[2].

3- ازدياد تدخل الدولة في الكثير من المجالات التي تتطلب تخصصا فنيا معقدا، خاصة بعد التقدم العملي الهائل، حيث تبرز قدرة السلطة التنفيذية على تنظيم هذه الجوانب التي تتطلب خبرة ودراية وتخصصا فنيا، قد لا يتوافر في أعضاء البرلمان[3]، لهذا فإن التقسيم التقليدي لوظائف الدولة الذي ينصب على اعطاء مهمة وضع القواعد القانونية العامة للسلطة التشريعية، لا يتماشى مع التقدم الحاصل، لأن هذه السلطة لا تستطيع وحدها وضع القواعد القانونية للمسائل التفصيلية اللازمة لتنفيذ القواعد العامة، فوضع القواعد التفصيلية يتطلب اختصاصا فنيا لا يتحقق إلا للسلطة التنفيذية باعتبارها المسؤولة عن تنفيذ القوانين، وهو ما يعني إعطائها قدرا من الاختصاص التشريعي، مما يؤدي هذا إلى تحطيم الفواصل الجامدة بين وظيفتي التشريع والتنفيذ[4].

4- أن التطور والاتساع الهائل في نشاط الدولة أدى إلى تعاظم مهام الإدارة لكونها المسؤولة عن تحقيق الصالح العام، وضمان حسن سير المرافق العامة ودوامها، ومن فقد كان لابد من إعطاء السلطة التنفيذية القدرة على التشريع بالقدر الذي يمكنها من القيام بواجباتها.

وبناء عليه، فإن هذه الاعتبارات هي التي جعلت غالبية الدساتير تعترف بقدر معين من الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في مجالات معينة، ووفق شروط معينة، فأصبحت السلطة التنفيذية تصدر أنواعا متعددة من اللوائح والقرارات التنفيذية لتيسير تنفيذ القوانين، والقرارات واللوائح المتعلقة بموضوع الضبط

---

[1]- تلعب السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي المؤسسة المحورية التي تدور حولها الحياة السياسية والدستورية، حيث تتكون هذه السلطة من رئيس الدولة التي اسندت إليه دساتير هذه الدول العديد من الصلاحيات، وحكومة يرأسها الوزير الأول وتوجد في وضعية تبعية. ولقد تأثرت دساتير بلدان المغرب العربي بالدستور الفرنسي في هذه المسألة من الناحية النظرية، أضف إلى ذلك أن الواقع السياسي والظروف التاريخية التي عاشتها هذه البلدان هي التي رسخت الدور المحوري للسلطة التنفيذية في شخص رئيس الدولة رغم أن هناك اختلاف فيما يتعلق بدسترة هذه الأنظمة بين أنظمة عرفت تعدد تجاربها الدستورية مثل المغرب، الجزائر ودول عرفت منحى آخر وظروف أخرى. أنظر: فدوى مرابط، **السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي**، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2004-2005، ص ص. 8-9.

[2]- وسام صبار عبد الرحمان، **الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994، ص. 9.

[3]- منذر الشاوي، **القانون الدستوري**، (نظرية الدولة)، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص ص. 190-191.

[4]- وسام صبار عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص ص. 6-9.

الإداري، ولوائح وقرارات الأزمات، كما تصدر اللوائح والقرارات التفويضية بناء على تفويض من قبل البرلمان، ولوائح إنشاء وتنظيم المرافق العامة[1].

لكن إذا استنتجنا بأن طبيعة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الظروف العادية هي علاقة تقوم على نفوذ وسيطرة السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية، فتسلب منها مهمة التشريع، منتهكة بذلك مبدأ الفصل بين السلطات، فكيف يكون عليه الوضع في الظروف والحالات الاستثنائية؟ أو كيف تؤثر حالة الضرورة على علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية لاسيما في مجال التشريع؟.

الفرع الثاني

طبيعة العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية

في حالة الضرورة

تؤثر حالة الضرورة وحالات الطوارئ تأثيرا بالغا على مبدأ الفصل بين السلطات[2]، فهي لا تكتفي فقط بتركيز السلطة بيد السلطة التنفيذية وهيمنتها على العملية التشريعية، الواقع الذي يفرض نفسه في تلك الظروف، بل تتعدى ذلك إلى اعتدائها على ضمانة أكيدة للحريات العامة وهي نظام الفصل القائم على التعاون والتوازن بين السلطات.

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري نجده قد أشار إلى اضطرار السلطة التنفيذية للإعتداء على سلطة البرلمان في التشريع متى توفرت ضرورة لذلك. وعليه سنحاول من خلال ما يلي التطرق: **(أولا)** لمظاهر تأثير حالة الضرورة على علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية ، ثم نتكلم عن مبررات هيمنة السلطة التنفيذية المطلقة على العملية التشريعية في حالة الضرورة **(ثانيا)**، وأخيرا نوضح وسائل ممارسة السلطة التنفيذية للوظيفة التشريعية في حالة الضرورة **(ثالثا)**.

أولا: مظاهر تأثير حالة الضرورة على علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية

من بين الآثار التي ترتبها حالة الضرورة على مبدأ الفصل بين السلطات، في مجال علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، خرق قواعد الاختصاص المنصوص عليها في الدستور بين السلطات **(1)**، وبالتالي زيادة اختصاصات السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية **(2)**. وهو ما ينتج عنه أيضا اغتصاب السلطة التنفيذية لسلطة التشريع **(3)**.

---

[1]- محمود برهان العطور، "حالة الضرورة في الفقه الدستوري"، **مجلة نقابة المحامين**، ع 1، السنة الخمسون، كانون الأول 2002، ص ص. 28-29.

[2]- تعد المادة 16 من الدستور الفرنسي بمثابة الدليل العملي على مخالفة مضمون مبدأ الفصل بين السلطات في ظل الظروف والأحوال الاستثنائية التي عرفتها فرنسا إبان الحقبة الاستعمارية (أزمة الجزائر 1961). أنظر: محمد أحمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص. 36.

(1)- حالة الضرورة تمس بقواعد الاختصاص: يرى جانب من الفقه أن النظم التشريعية الاستثنائية الصادرة في حالة الضرورة تؤثر بشكل كبير على قواعد الاختصاص، بحيث تؤدي في الغالب إلى إعادة توزيع الصلاحيات التي تكفل بها الدستور فيما بين السلطات العامة لصالح السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، وذلك عن طريق تركيز السلطة في يد الهيئة التنفيذية.

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد على أساس أن المؤسس الدستوري وزع هذه الاختصاصات منذ صياغته للدستور بين السلطة التشريعية والتنفيذية، مع الحرص على عدم تنازل أي سلطة على اختصاصاتها للسلطة الأخرى تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات[1]. وعليه فإنه إذا كانت حالة الضرورة تستدعي إجراءات سريعة وعاجلة لمعالجتها، إلا أن التشريعات الاستثنائية لا يجب في أي حال من الأحوال أن تؤدي إلى تعديل قواعد الاختصاص التي تكفل بها الدستور.

(2)- حالة الضرورة تزيد في اختصاصات السلطة التنفيذية: يرى البعض أن نظرية الضرورة لها وجه دستوري يتصل ببحث علاقة السلطة التنفيذية بغيرها من السلطات، باعتبار أن قيام حالة الضرورة يؤدي في بعض الأحيان إلى تعطيل أحكام الدستور وزيادة اختصاصات السلطة التنفيذية، كما يؤدي إلى وضع قيود على الحريات العامة المقررة دستوريا[2]. وتتمثل هذه الزيادة في الاختصاص في تجميع كل السلطات بيد السلطة التنفيذية، لذلك فقد عرف بعض الفقه الدستوري حالة الضرورة بأنها: "الظروف الطارئة وغير المتوقعة التي يكون معها من الأفضل للدولة، وللحفاظ على كيانها أن تجتمع السلطات وتتركز في جهة واحدة باعتباره الخيار الوحيد المفيد"[3].

(3)- حالة الضرورة تؤدي إلى اغتصاب السلطة التنفيذية لسلطة التشريع: طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات، فإن عملية وضع وسن التشريع تعد الوظيفة الرئيسية للبرلمان، غير أنه في حالة الضرورة تخرج السلطة التنفيذية خروجا صارما عن هذا المبدأ، فتغتصب سلطة البرلمان في سن القوانين، وذلك عن طريق إصدارها لمراسيم لها قوة القانون[4].

وبالتالي، فإن مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات في ظل الأزمات، يترتب عليه اتساع سلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية، حيث أنه يملك التدخل بإجراءاته في مجال القانون دون أن يقيده شئ سوى أن تكون هذه الإجراءات مما تقتضيه الظروف وبقدرها، على اعتبار أن قواعد الفصل بين السلطات تنتقص في الظروف الاستثنائية لصالح القائم على سلطة الضرورة. وخير مثال على ذلك -كما سيأتي بيانه لاحقا- الأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية، وتجميع السلطات بيده إبان الإعلان عن حالة الحرب، كما أضحنا سابقا.

---

[1]- نورمان فالح الظفيري، المرجع السابق، ص. 374.
[2]- أنظر: (Paul) LEROY, *Op.Cit.*, pp.25-33.
[3]- محمود برهان العطور، المرجع السابق، ص ص. 28-29.
[4]- هشام عكاشة عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 7.

ثانيا: مبررات هيمنة السلطة التنفيذية المطلقة على العملية التشريعية في حالة الضرورة

يجمع الفقه الدستوري على أن حالة الضرورة تؤثر وتعتدي على أهم ضمانة أكيدة لحماية الحريات العامة، وهي نظام الفصل القائم على التعاون والتوازن بين السلطات، إذ أن حالة الضرورة تعيد الدولة إلى سابق عهدها قبل تبني فكرة الفصل بين السلطات، فترتكز جميع السلطات بيد السلطة التنفيذية، ومن بين الأسباب والمبررات التي تجعل السلطة التنفيذية تهيمن بصفة مطلقة على العملية التشريعية في حالة الضرورة، حسب الفقه، نذكر:

1- أنه في فترات الأزمة تثور عدة مشاكل تقتضي حلولا سريعة وعاجلة لا تساعد عليها الإجراءات البرلمانية لطولها وتعقيدها[1]. لذلك تفرض طبيعة الظروف الاستثنائية على الإدارة أن تتصرف لمواجهتها باتخاذ إجراءات سريعة تمتد إلى المجالين التشريعي والقضائي، الأمر الذي يجعل نوعا من التركيز النسبي للسلطات قائما في يد السلطة التنفيذية من خلال اصدارها للوائح في مسائل محجوزة أصلا للسلطة التشريعية، أو من خلال اصدارها لأحكام تدخل في اختصاص القضاء أو أن توقف بعض أحكام القضاء.

2- ذهب الفقهاء الفرنسيون، وفقا لمفهوم حالة الضرورة في القانون الدستوري، إلى القول بأنه عند وجود أمر جلل يهدد الدولة واستقرارها، فإن لها أن تتخلى عن التزامات تقسيم السلطة في سبيل الحفاظ على كيان الدولة وبقائها، مع ضمان استمرار تقديم الخدمات العامة، أو كما عبر البعض على أن قيام الخطر الجسيم والحال الذي يتهدد حقا دستوريا، متعلق باستمرار المؤسسات الدستورية، يماثل في نظرهم الحق في الحياة؛ بمعني أن أي تهديد لاستمرار سير تلك المؤسسات أو عرقلة لسلطاتها أو محاولة لنسف وجودها يترتب عليه أن تكون الدولة مضطرة إلى الخيار بين أمرين إما التضحية بالقانون أو التضحية بالشعب، وبالتالي فعلى أساس مقولة "سلامة الشعب والدولة فوق القانون" فإنه يكون من حق الدولة أن تدافع عن كيانها ووجودها، لكن دون أن تستعمل هذه الظروف للضغط على حريات الأفراد ومصادرة حقوقهم[2]. وهو ما أشار إليه الفقيه "هوريو" حيث ذكر: "أنه من الأفضل للدولة أن تعيش في المقام الأول، ومن ثم نعيش في إطار القواعد الدستورية المنتظمة في المقام الثاني". وعلى أساس هذا القول نجد من عرف حالة الضرورة في القانون الدستوري بأنها: "الظروف الطارئة وغير المتوقعة التي يكون معها من الأفضل للدولة وللحفاظ على كيانها أن تجتمع السلطات وتتركز في جهة واحدة باعتباره الخيار الوحيد والمفيد"[3].

3- أن حالة الضرورة تستدعي استنفار الجهاز التنفيذي في الدولة وشل حركة بعض الأجهزة لصالح السلطة التنفيذية، وحتى لا تستمر هذه التدابير لفترة لا يعرف مداها يفترض النص في الدستور على مواجهة

---

[1]- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية ...**، المرجع السابق، ص ص. 144-145.
[2]- نورمان فالح الظفيري، المرجع السابق، ص ص. 375 .
[3]- محمود برهان العطور، المرجع السابق، ص ص. 28-29.

تلك الظروف من خلال الضوابط التي يضعها المشرع ويتضمنها الدستور، بحيث تنحصر الإجراءات المتخذة لمواجهة الظروف الطارئة باتجاه الواقع الذي استدعى هذا الإعلان[1].

وعليه، نستنتج من خلال هذه الاعتبارات أو المبررات، أنها تصب كلها في فكرة واحدة، وهي أنه لا يمكن للسلطة التنفيذية أن تضحي بالقانون وبمبدأ الفصل بين السلطات، إلا إذا توافر حدث أو مجموعة أحداث غير عادية تنذر بتهديد جاد ومؤثر على سير المؤسسات الدستورية، وتمس بشكل قاطع استقرار مصالح المواطنين، وهو ما يدفعها إلى اتخاذ اجراءات عاجلة غير تقليدية (أو غير شرعية) إذا تطلب الأمر، للمحافظة على كيان الدولة والمواطنين ومصالح الأمة. وهو ما يفسر إذن امكانية ممارسة السلطة التنفيذية لتدابير أو سلطات لا تندرج ضمن اختصاصاتها الأصلية الواردة في صلب الدستور، وكل ذلك دون معزل تام من تحقيق رقابة دستورية من جانب البرلمان والقضاء[2].

ثالثا: وسائل ممارسة السلطة التنفيذية للوظيفة التشريعية في حالة الضرورة

إذا كانت الظروف الاستثنائية هي التي تجعل السلطة التنفيذية مضطرة لأن تدخل في المجال المحجوز للمشرع، لتتخذ إجراءات ذات طبيعة تشريعية بهدف مواجهة تلك الظروف والأزمات، فإن وسائل ممارسة تلك الوظيفة، حسب ما استقرت عليه النظم القانونية المختلفة في كل من فرنسا **(1)** ومصر **(2)** وكذا تلك التي تسير على نهجهما، تختلف عن تلك المطبقة في النظام الجزائري **(3)**.

(1)- وسائل ممارسة السلطة التنفيذية للوظيفة التشريعية في حالة الضرورة وفق الدستور الفرنسي:

تضمن دستور الجمهورية الخامسة الصادر في 04 أكتوبر 1958 عدة نصوص لمواجهة الأزمات[3]، حيث خولت المادة 16 منه رئيس الجمهورية اتخاذ كافة الإجراءات الاستثنائية التي يرى أنها كفيلة بإعادة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية بسبب قيام ظروف استثنائية، فأعطت هذه المادة لرئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح الضرورة لتوقف بمقتضاها القانون العادي، كما رخصت المادة 38 من الدستور الفرنسي[4]

---

[1]- محمد محسن دخيل، المرجع السابق، ص.55. نقلا عن: يوسف العيسى، **أهم المبادئ الدستورية الضامنة لحسن سير عمل السلطات والحريات العامة**، رسالة ماجستير، معهد الحكمة العالي، بيروت، ص.35.

[2]- محمد أحمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص ص. 15-16.

[3]- تضمن دستور 1958 ثلاثة أصناف للأوامر أو للمراسيم بقوانين، وصنف رابع أضافه واقع الجمهورية الخامسة، وتتمثل هذه الأصناف، حسب المادة 92 من الدستور، في الأوامر التي تسنها الحكومة خلال الأربعة الأشهر التي تلي الإستفاء على الدستور الجديد وهذا بمقتضى تأهيل عاجل منحه الدستور من خلال المادة 92، والأوامر المتعلقة بالمالية حسب المادة 47 من الدستور والتي تعطي الحق لرئيس الجمهورية بإصدارها بموجب أوامر إذا لم يصادق عليها البرلمان في خلال 70 يوما الممنوح لها. وكذلك الحال بالنسبة لقوانين المالية للأمن العام، التي يجب أن يصوت عليها البرلمان خلال أجل 50 يوما بعد عرض المشروع عليه. أما الصنف الثالث فيتمثل في الأوامر التي نصت عليه المادة 38 من الدستور وهو ما يسمى بتشريع التفويض، بالإضافة إلى صنف رابع يسمى بأوامر التفويض الاستفتائي.

[4]- نصت المادة 38 من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أنه:

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme demandé au parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du demaine de la loi…».

للحكومة في أن تلجأ إلى البرلمان تطلب منه تفويضها في إصدار أوامر في موضوعات يختص بها المشرع أصلا، وذلك بقصد القضاء على ما قد يواجهها من أزمات قائمة[1].

(أ)- تشريع الضرورة (لوائح الضرورة): هي تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية استنادا إلى النصوص الدستورية المباشرة[2]. وقد أطلق الفقه عليها تسمية "لوائح الأزمات الخاصة"؛ لأنها تعالج على سبيل الحصر حالات الخطر الداهم التي تمثل الظروف الاستثنائية. فهذه اللوائح تمثل أكبر مظهر من مظاهر اتساع سلطات الإدارة أو السلطة التنفيذية، نتيجة تلك الظروف الاستثنائية، حيث ترتكز كل السلطات ما بين يدي رئيس الجمهورية إلى أن تنتهي الأزمة التي تتعرض لها الدولة، وهو ما أكدت عليه المادة 16 من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية 1958[3]، التي وصفها الفقه بأنها تعد ثغرة عميقة في الشرعية، لأنها لم تكتف بإعطاء السلطة التنفيذية سلطة إصدار لوائح الضرورة لتوقف بمقتضاها القانون العادي فقط، وإنما لها -كما أشرنا إليه سابقا- أن توقف الدستور في حد ذاته، لاسيما وأن المؤسس الدستوري الفرنسي تغاضى عن وضع شروط محددة وواضحة لإعمال تلك السلطات الاستثنائية، وإنما اكتفى بشرطين متعاصرين زمنيا هما: وجود كوارث أو اضطرابات تهدد الدولة، وأن يكون البرلمان وقتها في عطلة[4]، وهما شرطان من الغموض وعدم التحديد ما يهدر كل ضمانة تحول دون إساءة إستعمال تلك المادة[5].

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد استقر على إقرار مشروعية لوائح الضرورة، حتى قبل تنظيمها دستوريا بالمادة 16 من دستور 1958. كما قرر المجلس بوضوح في حكمه الصادر في قضية «Laugier»[6]، مشروعية الإجراءات الصادرة عن الإدارة في المجال المحجوز للمشرع، معتبرا أن طبيعة الظروف الاستثنائية

---

[1]- لكن على الرغم من أن دستور الجمهورية الرابعة الصادر سنة 1946 لم ينص على تفويض البرلمان لاختصاصاته، إلا أن الحكومات المتعاقبة في فرنسا درجت على مطالبة البرلمان بتفويضها بالتشريع في بعض المسائل وفي ظروف معينة وغالبا ما كان البرلمان يستجيب لهذا الطلب.
ونشير إلى أن الحكومة الفرنسية كانت قد لجأت في سنة 1953 إلى مجلس الدولة تطلب منه إبداء رأيه بشأن المراسيم بقوانين، بناء على تفويض البرلمان في ظل المادة 13 من دستور 23 أكتوبر 1946 التي تحظر مثل هذا التفويض. وبتاريخ 6 فبراير 1953 أفتى المجلس بعدم جواز إصدار مراسيم تتعلق بالمواضيع المخصصة للمشرع بموجب الدستور، أما فيما عدا ذلك من الموضوعات فإنه يجوز للمجلس أن يفوض الحكومة بتنظيمها، شريطة أن يكون التنظيم من الدقة والتحديد، بحيث لا يترتب عليه نقل الوظيفة التشريعية للحكومة. أنظر: ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، المرجع السابق، ص. 176.

[2]- ممدوح عبد الحميد، **سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية**، (سلطات البوليس في قوانين الطوارئ)، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص. 201.

[3]- يعتبر دستور 1958 هو ثاني دستور تناول فكرة لوائح الضرورة، أما الأولى فكانت في ظل دستور السنة الثامنة للدولة الفرنسية الصادر في عام 1899 حيث نصت المادة 92 على أنه:"في حالة الثورة المسلحة أو الاضطرابات التي تهدد سلامة الدولة، وكان البرلمان في عطلة، يجوز للحكومة أن توقف سريان الدستور والقانون في الأماكن وخلال المدة التي تتطلب فيها الظروف ذلك على أن يتضمن قرار وقف العمل بالدستور والقانون دعوة البرلمان للانعقاد في أقرب وقت ممكن". لذلك تجنب الدستور اللاحق لدستور السنة الثامنة، وهو دستور 1814 وما تلاه من دساتير، تضمين نصوصه نصا مشابها لنص المادة 92.

[4]- يعلق الفقيه "دوجي" «Duguit» على موقف الحكومة في اصدار تشريعات لمواجهة الظروف الاستثنائية في حالة غياب البرلمان، بقوله: "منذ 1914 لم يعترف أي دستور من دساتيرنا صراحة، ولا في أي قانون من قوانيننا، مهما كانت الظروف للحكومة، بسلطة سن لوائح تشريعية، ومع ذلك يجوز للحكومة ممارسة هذه السلطة في بعض الظروف الاستثنائية تحت ضغط هذه الظروف بشروط معينة.
ويخلص الفقيه إلى أن التزام الحكومة بهذه الشروط يعني أنها لم تقصد ولم ترغب في التعدي على اختصاصات البرلمان، ولكنها اضطرت لإصدار هذه اللوائح بسبب الوضع الاستثنائي، فالضرورة هي التي أجبرتها على ذلك، وعليه فإذا انصب الطعن أمام القضاء على أن هذه اللوائح لا سند لها في القانون، لتدخلها في المجال التشريعي، كان للقضاء أن لا يعتد بهذا الطعن استنادا إلى أن الضرورة التي أملتها ظروف خطيرة، واستحالة انعقاد البرلمان، هي التي استوجبت إصدار مثل هذه اللوائح".
(Léon) DUGUIT, ***Traité de droit constitutionnel***, 2e éd, tome III, édition de doccerd, Paris, 1923, pp.696-700.

[5]- مجدي المتولي السيد، **أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1990 ص.199.

[6]- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 26-04-1984 مجموعة "سيري" القسم الثالث، ص.36 وما بعدها، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم مشروعية الإجراء الذي اتخذه وزير الدفاع.

هي التي تفرض على الإدارة اتخاذ اجراءات تتميز بالسرعة والحسم، وهذا ما لا يتوفر عليه المشرع الذي يتسم عمله بالبطء النسبي.

(ب)- تشريع التفويض: ويطلق عليه أيضا "بأسلوب التفويض التشريعي"، ذلك أن الدول التي تطبقه تلجأ إلى البرلمان عند قيام الأزمات بطلب تفويضها في اتخاذ الإجراءات التي تـرى لزومهـا لمواجهـة الأزمـة القائمة[1].

ويعتبر تفويض سلطة التشريع للسلطة التنفيذية أول المظاهر الرامية إلى تقوية السلطة التنفيذية، وخاصة ابتداء من سنة 1930 في كل من فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، ويمثل التفويض خرقا صـارخا لمبدأ الفصل بين السلطات، ويمكن تفسير هذا التفويض بعجز السلطة التشريعية عن اتخاذ الاجراءات التقنيـة اللازمة التي تفرضها الأوضاع الاقتصادية.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الحياة الدستورية في فرنسا شهدت تطبيقا عمليا للوائح التفويض، حتى في حالة عدم وجود نص دستوري مانح للتفويض التشريعي[2].

أما عن موقف القضاء الإداري من التفويض التشريعي، فقد كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي[3] واضحة في دلالتها على أن الظروف الاستثنائية هي التي تبرر ذلك، رغم عدم وجود نص دستوري يجيز مثل هذا التفويض، لذلك فقد أسس المجلس حكمه على أن حالة الضرورة تخول تفويض الحكومة ومنحها سلطة وضع التنظيمات اللازمة، ولو كانت مخالفة للقوانين النافذة.

(2)- وسائل ممارسة السلطة التنفيذية للوظيفة التشريعية في حالة الضرورة وفق الدستور المصري:

حرص واضعو الدساتير المصرية المتعاقبة، بدءاً من دستور 1923 إلى غاية دستور 1971، على أن يضمنوها نصوصا تخول الحكومة سلطات واختصاصات ما تمكنها دائما من مواجهة الظروف الاستثنائية.

(أ)- تشريع الضرورة: منذ وضع دستور 1923، ومصر تعرف التنظيم الدستوري للوائح الضـرورة، تمثل ذلك في المادة 41 من دستور 1923، وظل النص على لوائح الضرورة قائما في جميع دساتيرها اللاحقة على دستور 1923[4]، حيث أجازت نص المادة 147 من دستور 11 سبتمبر 1971 لـرئيس الجمهوريـة أن يصدر في غيبة مجلس الشعب قرارات لها قوة القانون، متى طرأ ظرف استثنائي يتطلب اتخاذ تدابير سريعة لا

---

[1]- ومن أمثلة هذا الأسلوب ما حدث في انجلترا عندما أصدر البرلمان سنة 1914 إبان الحرب العالمية الأولى وبناء على طلب الحكومة قانونا فوضها في أن تصدر خلال فترة الحرب اللوائح اللازمة لوقاية الأمن العام والدفاع عن المملكة. وفي الولايات المتحدة الأمريكية أبدى رؤساء الجمهورية ارتياحهم لاستخدام أسلوب التفويض التشريعي لمواجهة الأزمات، ولذلك فقد أصدر الكونجرس الأمريكي في أغسطس 1917 قانونا فوض رئيس الجمهورية في أن يتخذ –متى ارتأى ضرورة ذلك- الاجراءات اللازمة للدفاع القومي، كما خوله سلطة الاستيلاء على المؤسسات الانتاجية، وتوزيع المواد الغذائية وفرض رقابة على أسعارها، وحدث نفس الشئ في ديسمبر 1941 بعد مهاجمة اليابان لميناء "بيرل هاربر" خلال الحرب العالمية الثانية.أنظر: أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص.33، نقلا عن:

(C.) YARDELY, ***Introduction to british constitutional law***, second édition, 1964, p. 104.

[2]- نذكر على سبيل المثال: القانون الصادر بتاريخ 1902/02/15 والذي فوض رئيس الجمهورية الفرنسية باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع انتشار الأوبئة، وكذلك القانون الصادر بتاريخ 1914/04/05، والذي فوض الحكومة بأن تتخذ الإجراءات الضرورية للاستيلاء على العقارات والمنقولات اللازمة للأغراض العسكرية وإبعاد الأجانب.

[3]- مثال ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 7 مايو 1920 حيث رفض المجلس أن يحكم بإلغاء المرسوم بقانون الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 1914.

[4]- نص دستور 1930 في مادته 41 على هذه اللوائح، وكذلك المادة 135 من دستور 1956.

تحتمل التأخير[1]، بقولها:" إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على أثرها بوجه آخر".

وما يلاحظ على هذه المادة أنها اعتبرت استخدام رئيس الجمهورية سلطته في إصدار هذه اللوائح، حقا ينفرد به لوحده دون غيره من أعضاء السلطة التنفيذية، فهو وحده المختص بالسلطة اللائحية الاستثنائية المتمثلة في كافة لوائح الضرورة سواء في المادة 74 أو 108 أو 147 أو 148 من الدستور، وذلك دون أن يقرر له الحق في تفويض هذه السلطة؛ مما يعني أن استخدام المادة 147 يعد إحدى مظاهر اتساع سلطات الهيئة التنفيذية في حالة الضرورة (الظروف الاستثنائية). لذلك لابد أن يتسم استخدامها بالطابع الاستثنائي المؤقت، لأنه يشكل ممارسة للوظيفة التشريعية من سلطة غير مختصة بها دستوريا، بسبب تلك الظروف الاستثنائية.

كما يفهم من المادة 147 أعلاه أن الطبيعة القانونية لتلك اللوائح هي قرارات لها قوة القانون، لكن لا يكون لها قوة القانون بوجه نهائي إلا بعد عرضها على البرلمان. ويفهم منها أيضا أن السلطة التنفيذية تستطيع أن تنظم بواسطة هذه اللوائح كل ما يمكن أن ينظمه القانون، وبالتالي تستطيع إلغاء أو تعديل أي قانون من القوانين العادية، وهذا هو جانبها الإيجابي، ولكنها من ناحية أخرى لا تملك ما لا تملكه القوانين فهي لا تستطيع مخالفة الدستور، كما لا تستطيع أن تتناول ما لا يمكن أن يتناوله القانون ذاته كتقرير رجعية جريمة من الجرائم أو وضع عقوبة المصادرة العامة للأموال. والسبب في ذلك يرجع إلى أن الدستور يجعل لوائح الضرورة في قوة القانون لا أقوى منه، وعلى ذلك لا يكون في وسعها عدم التقيد بما أورده الدستور من بنود على القانون ذاته[2].

(ب)- تشريع التفويض: رخصت المادة 74 من دستور 1971 لرئيس الجمهورية في أن يتخذ الإجراءات السريعة اللازمة لمواجهة أي خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن، أو يعوق مؤسسات الدولة عن آداء دورها الدستوري، كما رخصت أيضا المادة 108[3] منه لرئيس الجمهورية في أن يلجأ عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية إلى مجلس الشعب يطلب منه تفويضه في إصدار قرارات لها قوة القانون،

---

[1]-أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص ص. 34-36.

[2]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة...**، المرجع السابق، ص. 100 وبعدها.

[3]- نصت المادة 108 من دستور 1971 صراحة على حق السلطة التشريعية في تفويض السلطة التنفيذية في سن التشريع بقولها:"الرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليه، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون".

لمواجهة متطلبات هذه الأحوال. وقد اشترطت هذه المادة على وجوب توفر الشروط –الآتي ذكرها– مجمعة لمنح هذه الرخصة لرئيس الجمهورية والمتمثلة في:

– **وجود ضرورة ملحة:** يجب أن يكون التفويض عند الضرورة، فلا يجوز التفويض إلا في حالات استثنائية تظهر فيها بوضوح الحاجة إليه.

– **منح التفويض بأغلبية خاصة:** على عكس التصويت على التشريع العادي الذي تسنه السلطة الأصلية الذي يتطلب الأغلبية المطلقة لأعضاء هذه السلطة الحاضرين، فإن منح التفويض يكون بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس النيابي لا بأغلبية ثلثي الحاضرين.

– **عرض تشريع التفويض على المجلس النيابي لإقراره:** زيادة في الاحتياط يجب أن يعرض تشريع التفويض على المجلس النيابي لإقراره في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، تأكيدا لما ينبغي من إبقاء الزمام النهائي للتشريع بيد السلطة الأصلية، وهي السلطة التشريعية، تراقب السلطة التنفيذية فيما وكلتها وفوضتها من شؤونه، فإذا لم يعرض تشريع التفويض على المجلس النيابي أو عرض ولم يوافق المجلس عليه زال ما كان له من قوة القانون بالنسبة إلى المستقبل فقط، أما ما ترتب من آثار في الماضي فلا يعاد النظر فيها؛ لأنها ترتبت بناء على تفويض صحيح صادر من السلطة التشريعية.

– **تقيد تشريع التفويض بمدة محددة وبموضوعات معينة:** يجب أن يكون تشريع التفويض صادرا لمدة محددة، كشهر أو نصف سنة أو نحو ذلك، ولموضوعات محددة، كالتعليم العالي وغيره، وإلا كان باطلا وأمكن إلغاؤه لعيب تجاوز السلطة المتمثل في مجاوزة التشريع حدود التفويض الذي صدر على أساسه[1].

– **عدم مخالفة تشريع التفويض للدستور:** فضلا عما تقدم من شروط، يجب أن لا يصدر تشريع التفويض مخالفا للدستور، ذلك أنه على غرار التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية، يخضع في صحته لمبدأ سمو الدستور على التشريع العادي.

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق، أن السلطة التنفيذية –في كل من فرنسا ومصر وكل من يسير على نهجهما– قد تلجأ إلى ممارسة الوظيفة التشريعية لمواجهة الأزمة على الرغم من وجود البرلمان وانعقاده، بناء على تفويض من هذا الأخير، متى أباح الدستور ذلك، بشرط أن تقدم الحكومة طلب إلى البرلمان لتفويضها بذلك. وهو ما يطلق عليه "تشريع التفويض" أو كما اصطلح الفقهاء على تسميته بـــ"اللوائح التفويضية"[2]، وإما أن يجيز الدستور للحكومة أن تصدر "لوائح الضرورة". لكن لا يتم ذلك إلا وفق شروط حددها الدستور.

وما يمكن قوله في الأخير أنه بالرغم من أن تشريع التفويض أمر مستساغ، تقتضيه مصلحة الوطن، إلا أنه لم يرد نص في الدستور الجزائري الحالي ولا في الدستورين السابقين (دستور 1976 ودستور 1989) يجيز هذا

---

[1]- محمد سعيد جعفور، **مدخل إلى العلوم القانونية**، (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص ص. 148-150.

[2]- يسميها الدستور المغربي بقانون الإذن حيث ينص الفصل 45 من الدستور المغربي لسنة 1996: "...للقانون أن يأذن إلى الحكومة أن تتخذفي ظرف من الزمن محدود ولغاية معينة بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها، غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة عند الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها...".

التفويض، ولعل ذلك راجع إلى تأثير واضعيه بالرأي الفقهي القائل بعدم قبول التفويض من الناحية النظرية، إذ لا يجوز للسلطة التشريعية النزول عن اختصاصاتها المبينة في الدستور. وهذا خلافا لدستور 1963 الذي نص -على غرار الدستور الفرنسي- على إمكانية التشريع بأوامر بآلية التفويض وهو ما تضمنته المادة 58 من الدستور 1963 بقولها: "يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إلى المجلس الوطني أن يفوض له لفترة زمنية محددة حق اتخاذ إجراءات ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر"[1].

(3)- وسائل ممارسة السلطة التنفيذية للوظيفة التشريعية في حالة الضرورة وفق الدستور الجزائري:

أسند الدستور الجزائري هو الآخر سلطات وصلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية في حالة الضرورة، تمكنه من التصدي إلى هذه الظروف بما يراه مناسبا، لدرجة أنه بإمكانه إيقاف العمل بالدستور وتولي جميع الصلاحيات إذا كان أمام حالة حرب أو عدوان على الدولة، وفق شروط وإجراءات حددها الدستور كما سبق وأن فصلناها.

ويتخذ تشريع رئيس الجمهورية في الدستور الجزائري صورتين: صورة اللوائح أو التنظيمات المستقلة **(1)**، وصورة الأوامر التشريعية **(2)**[2].

(أ)- التشريع باللوائح أو التنظيمات المستقلة: هي لوائح[3] قائمة بذاتها "Règlements autonomes"، تستقل السلطة التنفيذية بإصدارها دون استنادها إلى قانون سابق تأتي لتنفيذه[4]، بل تخضع مباشرة للدستور، وهو ما يفهم من نص الفقرة الأولى من المادة 143 من التعديل الدستوري 01/16: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون". فمهمة وضع هذه التنظيمات ينفرد بها

---

[1]- بوكرا إدريس، **تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الإستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية**، القسم الأول، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص.54. أنظر أيضا: عبد الناصر علي عثمان، **ولاية القضاء الإداري في ضوء المبادئ الدستورية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص.62 وما بعدها.

[2]- شهدت الفترة التي تسبق التعديل الدستوري لسنة 1996، صدور عدة أوامر في ظل انعدام السلطة التشريعية المنتخبة أو انعدام مبدأ الفصل بين السلطات، مما يستحيل معه أن نطلق عليها تسمية تشريعات أو قوانين نظرا لقيام سلطة أخرى غير منتخبة بإصدارها، لذا فقد أطلق عليها تسمية الأوامر أو المراسيم التشريعية ومن أمثلة ذلك:

- الأوامر التي صدرت عن مجلس الثورة المنبثق عن أمر 10 جويلية والذي حل محل المجلس الوطني المنبثق عن دستور 1963.
- الأوامر التي اختص بها المجلس الوطني الانتقالي المنبثق عن تنظيم هيئات المرحلة الانتقالية بناء على أرضية الوفاق الوطني.

حيث أعلنت الجزائر عقب استقالة الرئيس "الشاذلي بن جديد" عام 1991 وإلى غاية صدور دستور 1996 عن قيام حالة الطوارئ والحصار في البلاد. لذلك فإنه خلال تلك المرحلة تم إصدار 38 مرسوماً تشريعياً، تطبيقياً لمداولة المجلس الأعلى للدولة رقم 02/92/ م أ د بتاريخ 12 شوال 1412 الموافق لـ 14 أفريل 1992 تتعلق بالمراسيم ذات الطابع التشريعي، في موادها الثلاثة الأولى. حيث نصت المادة الأولى على أن: "يتخذ المجلس الأعلى للدولة التدابير التشريعية اللازمة لضمان استمرارية الدولة وتنفيذ برنامج الحكومة، حتى يعود السير العادي للمؤسسات والنظام الدستوري بموجب مراسيم ذات طابع تشريعي". وتنص المادة 2 على أن: "يعطي المجلس الاستشاري الوطني، الذي يرجع إليه المجلس الأعلى للدولة، رأيه في مشاريع المراسيم ذات الطابع التشريعي التي تعرض عليه". أما المادة 3 فتنص على أن: "يصدر المراسيم ذات الطابع التشريعي رئيس المجلس الأعلى للدولة وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية". أنظر: الجريدة الرسمية عدد 38، مؤرخة في 15 أفريل 1992، ص.16.

[3]- تعتبر هذه اللوائح من مستلزمات الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية، فهي بحكم وظيفتها هذه تستطيع أن تختار التنظيم الملائم لسير العمل فيها، وهي أيضا الأقدر على إدراك متطلبات هذه المرافق والمصالح، لهذا تأخذ اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية في الجزائر (رئيس الجمهورية، الوزير الأول، الوزراء، والسلطات الإدارية المحلية) ثلاثة أشكال أو أنواع، وهي: التنظيمات المستقلة، اللوائح التنفيذية ولوائح الضبط والبوليس التي تصدرها السلطة التنفيذية للمحافظة على النظام العام والحفاظ على الأمن وتوفير السكينة وصيانة المصالح العامة؛ ومن أمثلتها لوائح المرور، لوائح الوقاية من الأوبئة والأمراض المعدية...الخ.

[4]- وهذا خلافا للوائح التنفيذية التي تهدف السلطة التنفيذية من سنها تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وذلك متى تم إحالة قانون ما على التنظيم لبيان طريقة تطبيقه. لهذا يجب أن تتقيد اللوائح التنفيذية بالغرض المقصود منها، وهو تنفيذ القوانين فلا يجوز أن تتضمن تعديلا أو إلغاء لقاعدة من القواعد الواردة في القانون، ويقوم بهذه الوظيفة في النظام الجزائري، الوزير الأول حسب الفقرة الثانية من المادة 143 من التعديل الدستوري 2016 التي تنص: "يندرج تطبيق القانون في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول". أما في النظام المصري فقد منح هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية، وذلك بمقتضى المادة 144 من الدستور بقولها: "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها وله أن يفوض غيره في إصدارها، ويجوز أن يعيّن القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه".

رئيس الجمهورية[1] من غير مشاركة السلطة التشريعية فيه، لذلك تسمى بالمراسيم الرئاسية، وتهدف هذه اللوائح إلى تنظيم المصالح والمرافق العامة وإدارتها[2].

لكن عند قراءتنا للمادتين 140 و 143 فقرة 02 من الدستور، وبمقارنة مجال كل من السلطتين التشريعية والتنظيمية، نلاحظ وجود رغبة واضحة لدى المؤسس الدستوري في تقليص مجال النصوص ذات القيمة التشريعية وتوسيع مجال النصوص ذات القيمة التنظيمية التي يمارسها رئيس الجمهورية. غير أنه مع ذلك، تبقى النصوص ذات القيمة التشريعية المحددة على سبيل الحصر -كما أشرنا- تحتل مجالا مرموقا مقارنة بمجال التنظيمات؛ إذ أن منح اللائحة الاستقلالية في مواجهة القانون لا يجعلها تتحرر من علاقة الخضوع له، بل تظل في درجة أقل من القانون؛ بمعنى أن عدم خضوع اللائحة للقانون، لا يغير من مركزها فتظل تحتل مرتبة أدنى من القانون، وتظل مجرد عمل إداري خاضع للرقابة القضائية؛ لأن استقلالها عن القانون لا يجعلها تأخذ نفس منزلة القانون في تدرج القواعد، ولا تتساوى معه وإن استقلت عنه[3].

ونشير إلى أن المؤسس الدستوري الجزائري، وحرصا منه على إحترام الدستور ومنع أي إعتداء على المجال المخصص للسلطة التشريعية من احتمال إعتداء السلطة التنظيمية المستقلة عليه، أخضع التنظيمات[4] لرقابة شرعيتها الدستورية، طبقا للمادة 186 من التعديل الدستوري 2016، حيث يلعب المجلس الدستوري في هذه الحالة دور الحارس على حماية الاختصاص بين البرلمان والحكومة[5].

غير أنه أمام المفهوم الواسع لمصطلح التنظيمات الوارد في نص المادة 186، يمكننا أن نستخلص بأنه يجوز إخضاع كل التنظيمات سواء المستقلة أو تلك التي يصدرها الوزير الأول، لرقابة مزدوجة إما لرقابة دستورية أو لرقابة المشروعية من طرف القضاء الإداري، بموجب دعوى إدارية يرفعها صاحب المصلحة والمتضرر من تطبيق اللائحة عليه أمام مجلس الدولة، على إعتبار أنه لا يوجد نص يمنع إخضاع تلك التنظيمات لرقابة دستورية ولرقابة قضائية معا. غير أنه من الناحية الواقعية لم يحصل منذ تنصيب المجلس الدستوري وحتى الوقت الراهن أن أخطر للقيام برقابة لائحة أو تنظيم.

(ب)- **التشريع بأوامر:** مكّن دستور 1996 رئيس الجمهورية صلاحية التشريع بأوامر من خلال المادتين 138 و 142، محددا حالاتها على سبيل الحصر، فقد أشارت الفقرتين ما قبل الأخيرة من المادة 138

---

[1]- وقد خول أيضا الدستور المصري هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية، وهذا من خلال ما صرحت به المادة 146 منه: "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة". مما يعني أن إصدار اللوائح التنظيمية أمر قاصر على رئيس الجمهورية وحده، وليس له حق تفويض غيره في ذلك. على خلاف الأمر بالنسبة للوائح التنفيذية؛ حيث يجوز فيها التفويض.

[2]- طعيمة الجرف، **القانون الإداري**، (دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970، ص.400.

[3]- أبدى مجلس الدولة الفرنسي رأيه لأول مرة في حكم "Syndicat général des ingénieurs conseils"، حول مسألة تحديد طبيعة اللائحة المستقلة؛ إذ أنكر عليها الصفة التشريعية واعتبارها مجرد قرار إداري خاضع لرقابة الإلغاء بتجاوز السلطة، كغيرها من اللوائح التنفيذية الملزمة باحترام قواعد الشرعية، وخاصة المبادئ القانونية العامة. أنظر: بدرية جاسر الصالح، **مجال اللائحة في فرنسا**، (دراسة مقارنة)، مطبوعات جامعة الكويت، 1990، ص ص. 130-131.

[4]- وجد الفقه الدستوري الجزائري نفسه أمام اشكال يتعلق بغموض المادة 165 من دستور 1996 المعدل والمتمم، لا سيما المتعلق بنوعية التنظيمات التي تخضع للرقابة الدستورية، فانقسم تفسيرهم لها إلى اتجاهين: اتجاه يخضع جميع التنظيمات للرقابة، بما فيها الصادرة عن الوزير الأول، واتجاه ثاني يستثني اللوائح المستقلة فقط بممارسة الرقابة الدستورية عليها. لمعرفة تبريرات كل اتجاه ارجع إلى رسالتنا السابقة.

[5]- أنظر: (Philippe) ARDANT, ***Institutions politiques et droit constitutionnel***, 12ème éd., L.G.D.G, Paris, 2000, p.123.
أنظر أيضا: سعد عصفور، **النظام الدستوري المصري ودستور سنة 1971**، ، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1980، ص.314.

إلى حالة التشريع بأمر يتضمن قانون المالية، رغم انعقاد البرلمان، أما المادة 142 فقد أشارت إلى نوعين من الأوامر؛ تعلقت الفقرة الأولى بالأوامر في المسائل الاستعجالية والتي تتخذ بصفة استثنائية بمناسبة العطل البرلمانية أو في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أما الفقرة الرابعة منها فإنها تتعلق بالأوامر التي تتخذ في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور، والتي تدخل ضمن السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية في أوقات الأزمات التي تعرفها البلاد بصفة استثنائية ومؤقتة.

– **حالات التشريع بأوامر:** يختلف سنّ هذه الأخيرة –وفق الدستور الجزائري– بحسب وجود أو غياب السلطة التشريعية، وبحسب الوضع الذي تعيشه الدولة. لذلك تتمثل حالات الشريع بأوامر في:

1– التشريع بأوامر في حالة انعقاد البرلمان: قد يشارك رئيس الجمهورية البرلمان في عملية التشريع بواسطة الأوامر التشريعية في الحالة الاستعجالية التي تقتضي تدخله لإصدار قانون المالية، وذلك عندما تتقاعس السلطة التشريعية عن إصداره في المدة المحدده بمقتضى الدستور، حيث تقضي المادة 138 من الدستور الجزائري[1] على أنه: "يصادق البرلمان على قانون المالية في مدّة أقصاها خمسة وسبعون (75) يوما من تاريخ إيداعه، طبقا للفقرات السابقة.

وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدّد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر".

يفهم من هاتين الفقرتين أنه يحق لرئيس الجمهورية، بوصفه رئيس السلطة التنفيذية، أن يصدر المشروع الذي تقدمت به الحكومة بأمر يقضي بتنفيذه باعتباره تشريعا، دون انتظار المصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية، متى تحققت شرطيه وهما؛ طرح مشروع التشريع على السلطة التشريعية للمصادقة عليه، وعدم بت هذه الأخيرة في هذا المشروع في المدة المحددة لذلك. بالاضافة إلى ثبوت الصفة الإستعجالية للمشروع في نظر السلطة التنفيذية، وإن كانت الفقرتان الأخيرتين من المادة 138 من الدستور الجزائري لم تنص صراحة على صفة الاستعجال، كما فعل المؤسس الدستوري اللبناني في المادة 58 منه [2]. بل اكتفت المادة بتحديد الحد الأقصى للمدة وهي (75 يوما). ومرور هذه المدة يستفاد منها ضمنيا ما يشير إلى الصفة الإستعجالية لمشروع

---

[1]- جاء في نص المادة 138 من التعديل الدستوري 2016 ما يلي: "مع مراعاة الحالة المذكورة في أحكام الفقرة الأولى من المادة 137 أعلاه، يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على التوالي، حتى تتم المصادقة عليه.
تنصب مناقشة مشاريع القوانين من طرف المجلس الشعبي الوطني على النص الذي يعرضه عليه الوزير الأول أو على النص الذي صادق عليه مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة 137.
تعرض الحكومة على إحدى الغرفتين النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى. وتناقش كل غرفة النص الذي صوّتت عليه الغرفة الأخرى وتصادق عليه.وفي كل الحالات، يصادق مجلس الأمة على النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني بأغلبية أعضائه الحاضرين بالنسبة لمشاريع القوانين العادية أو بالأغلبية المطلقة بالنسبة لمشاريع القوانين العضوية. وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول اجتماع لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء في كلتا الغرفتين، في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما، لاقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف.وتنهي اللجنة نقاشاتها في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما. تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة. وفي حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، يمكن الحكومة أن تطلب من المجلس الشعبي الوطني الفصل نهائيا . وفي هذه الحالة يأخذ المجلس الشعبي الوطني بالنص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، أو، إذا تعذر ذلك، بالنص الأخير الذي صوت عليه. ويُسحب النص إذا لم تخطر الحكومة المجلس الشعبي الوطني طبقا للفقرة السابقة.
يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون يوما (75) من تاريخ إيداعه، طبقا للفقرات السابقة. وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر. تحدد الإجراءات الأخرى بموجب القانون العضوي المذكور في المادة 132 من الدستور".

[2]- تنص المادة 58 من الدستور اللبناني:"كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلا بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة، يمكن لرئيس الجمهورية، بعد مضي أربعين يوما من طرحه على المجلس دون أن يبت فيه، أن يصدر مرسوما قاضيا بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء".

تشريع الميزانية، وعليه فإن هذا النص يعطي للسلطة التنفيذية سلطة انتزاع حق التشريع من السلطة التشريعية وهي السلطة الأصلية[1]، كما يعتبر الأمر الذي يصدره رئيس الجمهورية في هذه الحالة متمتعا بقوة القانون، لأن المادة لم تشترط وجوب إعادة طرحه للتصويت عليه مرة أخرى. ويعتبر قانون المالية هو القانون الوحيد الذي اشترط فيه المؤسس الدستوري بوجوب أن تتم المصادقة عليه في أجل أقصاه 75 يوما، نظرا لأهميته، كما أنه يعد القانون الوحيد الذي يمكن فيه لرئيس الجمهورية أن يتدخل بإصداره بموجب أمر له قوة القانون رغم انعقاد السلطة التشريعية، فطبيعة هذا الأمر هو تشريع يتمتع بقوته القانونية ولا يمكن وصفه بأنه قرار إداري بسبب عدم عرضه على البرلمان للموافقة عليها، كما هو الشأن بالنسبة للأوامر الصادرة تطبيقا للمادة 142 من دستور 1996 المعدل والمتمم، وهذا ما يفهم أيضا من نص الفقرة الأخيرة من المادة 44 من القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1419 الموافق 08 مارس 1999، المتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، بقولها: "في حالة عدم المصادقة لأي سبب كان خلال الأجل المحدد، يصدر رئيس الجمهورية مشروع قانون المالية الذي قدمته الحكومة بأمر له قوة قانون المالية".

2- **التشريع بأوامر في حالة غياب البرلمان:** يتمتع رئيس الجمهورية باختصاص تشريعي مطلق أثناء المدة المحددة لغياب السلطة التشريعية، لاسيما الغرفة الأولى (المجلس الشعبي الوطني)، بحيث يخول له الدستور أن يشرع في مختلف المواضيع التي خص بها المجلس أثناء انعقاده، والتي تدخل في مجال التشريع، مما يجعل منه صاحب اختصاص أصيل غير مفوض فيه، يستمده من الدستور مباشرة[2]. لكن لا يتم ذلك إلا إذا توفرت شروط حددتهم الفقرتين الأولى والثانية من المادة 142 من التعديل الدستوري 2016 التي جاء فيهما بأنه: "لرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة.

ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها".

- **شروط التشريع بأوامر في حالة غياب البرلمان:** ما يلاحظ من خلال الفقرتين السابقتين أن حق رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في هذه الحالة مقيد بشرطين موضوعيين وشرطين شكليين:

(أ)- **الشروط الموضوعية للتشريع بأوامر في حالة غياب البرلمان:** قيدت المادة 142 من الدستور حق رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في هذه الحالة بشرطين موضوعيين هما:

---

[1]- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص. 152.

[2]- سعيد بوالشعير، "التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية**، عدد 2، جوان 1988، ص. 344.

– أن تكون هناك مسائل مستعجلة، لا تحتمل انتظار انعقاد البرلمان لسنها، لذلك تقتضي هذه المسائل السرعة في وضع قوانين متعلقة بها بموجب أوامر رئاسية. ومعيار الإستعجال في هذه الحالة يدخل ضمن السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية.

– أن حق رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر مقيد من حيث الزمان، إذ لا يمكنه ممارسته إلا في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، وقد كانت المادة 124 من دستور 1996 قبل تعديلها بالمادة 142 من التعديل الدستوري 2016 تنص على أن يتم التشريع بموجب أوامر رئاسية ما بين دورتي البرلمان[1]، حيث كان هذا الأخير يجتمع في دورتين عاديتين كل سنة، لا تقل الواحدة منها عن أربعة أشهر، فضلا عن الدورات غير العادية إن وجدت، حسب المادة 118 من دستور 1996 المعدل والمتمم. غير أن التعديل الدستوري لسنة 2016 قلص، بموجب المادة 135 منه[2]، عدد دورات البرلمان إلى دورة عادية واحدة، لكنه في المقابل زاد في مدتها لتصبح عشرة (10) أشهر على الأقل، مع امكانية تمديدها لأيام معدودة بطلب من الوزير الأول، إذا كان ذلك التمديد بغرض الانتهاء من دراسة نقطة في جدول أعمال الحكومة، كما يمكن أن يجتمع البرلمان في دورة غير عادية بمبادرة من رئيس الجمهورية. ويمكن كذلك أن يجتمع في دورة غير عادية باستدعاء من رئيس الجمهورية إذا طلب الوزير الأول، أو ثلثي (2/3) أعضاء المجلس الشعبي الوطني ذلك، على أن تُختَتَم الدورة غير العادية بمجرد ما يستنفد البرلمان جدول الأعمال الذي استدعي من أجله.

وبالتالي، يفهم من هذه المادة أن البرلمان يكون في حالة انعقاد تقريبا طوال السنة، أي أن عطلة البرلمان قد لا تتجاوز الشهرين، يمكن خلالهما لرئيس الجمهورية أن يلجأ إلى التشريع بأوامر، متى استدعت مسائل مستعجلة سرعة وضع تشريع بخصوصها. غير أن العطلة جاءت بصيغة الجمع في المادة 142 بقولها: "...أو خلال العطل البرلمانية"، مما يعني أن البرلمان لديه أكثر من عطلة، والأكيد أن القوانين العضوية المنظمة لكيفية عمل غرفتي البرلمان سوف تبين لنا مستقبلا هذه النقطة.

كما أشارت أيضا المادة 142 إلى فكرة شغور المجلس الشعبي الوطني[3]، الذي قد يكون سبب هذا الشغور راجعاً؛ إما إلى إنحلال المجلس الشعبي الوطني وجوباً وبقوة القانون، لعدم موافقته على برنامج

---

[1]- نصت المادة 124 من دستور 1996 المعدل والمتمم على ما يلي: "الرئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتّخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعدّ لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن رئيس الجمهورية أن يشرّع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدّستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".

[2]- نصت المادة 135 على أنه: "يجتمع البرلمان في دورة عادية واحدة كل سنة، مدتها عشرة (10) أشهر على الأقل، وتبتدئ في اليوم الثاني من أيام العمل في شهر سبتمبر. يمكن الوزير الأول طلب تمديد الدورة العادية لأيام معدودة لغرض الانتهاء من دراسة نقطة في جدول الأعمال.
يمكن أن يجتمع البرلمان في دورة غير عادية بمبادرة من رئيس الجمهورية. ويمكن كذلك أن يجتمع باستدعاء من رئيس الجمهورية بطلب من الوزير الأول، أو بطلب من ثلثي (2/3) أعضاء المجلس الشعبي الوطني".

[3]- استعمل الدستور المصري مصطلح «غيبة البرلمان» في المادة 174 من دستور 1971، وقد أُعتبر مصطحاً أدق من عبارة شغور المجلس الشعبي الوطني، لأن ذلك يثير إشكالية مدى إعتبار تأجيل إنعقاد البرلمان حالة من حالات بين دورات البرلمان؟ كما فعل المجلس الشعبي الوطني عندما قرر تجميد جلساته في شهر ديسمبر 1998 عندها إعترض مجلس الأمة على نظر القانون الأساسي للنائب، والتي سبق للمجلس الشعبي الوطني أن وافق عليه.
وقد اعتبر الفقه المصري أن فترة تأجيل إنعقاد البرلمان لا تعد واقعة بين أدوار الانعقاد، ومن ثمّ لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يتدخل في المجال المخصص للسلطة التشريعية، وتفسير ذلك أن هذه الفترة تقطع دورة انعقاد البرلمان، وحينما يعود البرلمان إلى الانعقاد من جديد فإنه يستكمل الدورة نفسها التي قطعت ولا يعتبر في حالة إنعقاد جديد، بل يطيل دورته مدة مساوية لمدة التأجيل. أنظر: سيد صبري، **اللوائح التشريعية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص ص.37-38.

الحكومة الثانية التي إستخلفت الحكومة الأولى المستقيلة عند رفضه مجددا لبرنامجها، حسب المادة 96 من التعديل الدستوري 2016[1]، أو قد يكون سبب الشغور راجعا إلى حل المجلس الشعبي الوطني من طرف رئيس الجمهورية أو إلى إجراء إنتخابات تشريعية مسبقة، حسب المادة 147 من الدستور[2].

وبالتالي فإن المجال الزماني الذي يشرّع خلاله رئيس الجمهورية بأوامر يبتدئ منذ الإعلان عن حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، ويبقى مفتوحا طالما بقيت هذه الحالة قائمة. ومن الواضح أن في مثل هذا الوضع الاستثنائي، يصبح الأمر الرئاسي الوسيلة الوحيدة للتشريع في كل الميادين التي تعود –طبقا للدستور– للسلطة التشريعية.

ب– الشروط الشكلية للتشريع بأوامر في حالة غياب البرلمان: لقد قيدت أيضا المادة 142 من الدستور حق رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في حالة غياب البرلمان بشرطين شكليين هما:

– وجوب الأخذ برأي مجلس الدولة بصفته هيئة استشارية حول هذه الأوامر، لكن دون أن يكون رأيه ملزما لرئيس الجمهورية. ويعد هذا الشرط شرطا جديدا استحدثه التعديل الدستوري 2016، ولعل الغاية منه هو لأجل تقييد رئيس الجمهورية حتى لا يتعسف في استعمال هذا الحق، وأيضا قد يكون الهدف من ذلك هو لوقوف مجلس الدولة عند سبب التشريع بأوامر، وما إذا كانت هناك فعلا مسائل مستعجلة تتطلب سرعة سنها بأوامر (رقابة ملاءمة).

– وبما أن اختصاص رئيس الجمهورية بالتشريع هو اختصاص استثنائي، الغرض منه مواجهة أوضاع طارئة وغير موقعة في فترة العطل البرلمانية أو في فترة شغور المجلس الشعبي الوطني، فقد اشترطت المادة 142 من الدستور وجوب عرض رئيس الجمهورية النصوص، التي اتخذها بموجب أوامر رئاسية على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. والمقصود بالدورة هنا هي الدورة التي تأتي مباشرة بعد شغور المجلس الشعبي الوطني[3] للأسباب التي ذكرناها سابقا.

ويعتبر عرض تلك الأوامر على البرلمـــان –صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع– ليبدي موقفه حولها، أمرا منطقيا، فيكون من حقه إما أن يوافق عليها كليا أو جزئيا، أو يرفضها كليا إذا لم تحصل تلك الأوامر على الأغلبية المطلوبة، سواء أمام الغرفة الأولى أو أمام الغرفة الثانية. كما يعد عرض رئيس الجمهورية هذه الأوامر التشريعية على كل غرفة من البرلمان في أول دورة هو لتمكينها من فرض رقابتها على التشريعات التي اتخذت في غيبته. فإذا وافق البرلمان على هذه الأوامر أضفى عليها الصبغة القانونية، فتصبح

---

[1]- نصت المادة 96 من التعديل الدستوري 2016 على أنه: "إذا لم تحصُل من جديد موافقة المجلس الشعبي الوطني ينحل وجوبا.
تستمر الحكومة القائمة في تسيير الشؤون العادية إلى غاية انتخاب المجلس الشعبي الوطني وذلك في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر".

[2]- نصت المادة 147 من التعديل الدستوري 2016: "يمكن رئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الدستوري، والوزير الأول.
وتجري هذه الانتخابات في كلتا الحالتين في أجل أقصاه ثلاثة (3) أشهر".

[3]- تنص المادة 130 من التعديل الدستوري 2016: "تبتدئ الفترة التشريعية، وجوبا، في اليوم الخامس عشر (15) الذي يلي تاريخ إعلان المجلس الدستوري النتائج، تحت رئاسة أكبر النواب سنا وبمساعدة أصغر نائبين منهم. ينتخب المجلس الشعبي الوطني مكتبه ويشكل لجانه.تطبق الأحكام السابقة الذكر على مجلس الأمة".

قوانين قائمة بذاتها، أما إذا لم تحظ بموافقة البرلمان، فإنه في هذه الحالة يزول ما للأمر من قوة القانون ويتوقف عن انتاج آثاره، حيث رتبت الفقرة الثالثة من المادة 142 على تلك الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان، جزاء وهو الإلغاء بقولها: «تعدّ لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان».

ونشير إلى أنه بالرغم من تبني الدستور الجزائري نظام التعددية الحزبية، إلا أنه لم يحدث في الممارسة، أن رفض البرلمان الموافقة على الأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية، نظرا لاستحواذ هذا الأخير على الوسائل الدستورية التي تجعل البرلمان في قبضة يده، كحقه في اصدار القوانين، والعودة إلى الشعب مباشرة ...وأخطرها حق حل البرلمان، ومن ثم فإنه ينطبق على البرلمان الجزائري ما قاله الحقوقي السوري الدكتور "كمال الغالي": «أنه من غير المتصور ان يلغى المجلس تشريعا أصدره الرئيس»[1].

لكن، ما هو تاريخ بداية سريان إلغاء الأوامر التشريعية التي لم يوافق عليها البرلمان؟.

بما أن المؤسس الدستوري لم يوضح لنا بداية سريان إلغاء الأوامر التي لم يوافق عليها البرلمان، فإن إجابتنا عن هذه الاشكالية، ستكون وفق الفرضيات التالية:

– إذا كان الإلغاء يسري من تاريخ عدم الموافقة، فإن هذه الأوامر تتوقف عن انتاج آثارها بالنسبة للمستقبل فقط، لهذا يقول الدكتور "عبد العزيز شيحا": «أن زوال القوة القانونية لهذه الأوامر لا يكون بأثر رجعي، لأن هذه الأوامر كانت تستمد قوتها وقت وضعها من الدستور ذاته، ويكون الزوال من تاريخ أول اجتماع للبرلمان في حالة عدم العرض أو من تاريخ الرفض في حالة العرض، ومن حينئذ ينتهي الحق التشريعي الاستثنائي الذي يخوله الدستور للسلطة التنفيذية ويعود للبرلمان اختصاصه الطبيعي والأصيل في أمور التشريع» [2].

– أو أن يسري الالغاء بأثر رجعي بمعنى أنه يزول ما كان بأثر رجعي، إلا أن هذا الحكم له بعض السلبيات والمتمثلة، في أن بعض الأوامر التي رتبت بعض الآثار يكون من الصعب إزالتها في بعض الحالات. لذلك يرى الدكتور "مراد بدران" بأنه: «كان من الأجدر على المشرع الدستوري أن يترك سلطة تقديرية للبرلمان، يبحث فيها كل أمر على حدى، ليبقي على الآثار التي ترتبت على تطبيق بعض الأوامر من يوم صدورها إلى غاية إلغائها، نظرا لصعوبة إزالة ما يترتب على تطبيقها من آثار، ويلغي بأثر رجعي الأوامر التي يترتب على إزالة آثارها صعوبة كبيرة»[3].

ولعل الفرضية الأولى هي التي قصدتها المادة 142 من الدستور، بمعنى أن إلغاء الأمر يسري من تاريخ عدم موافقة البرلمان عليه.

---

[1]- زينب عبد اللاوي، **آلية توزيع السلطة بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة في ظل دستور 96**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2004، ص. 88.

[2]- ابراهيم عبد العزيز شيحا، **تحليل النظام الدستوري لجمهورية مصر العربية**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1978، ص.161.

[3]- مراد بدران، "الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور (النظام القانوني للأوامر)"، **إدارة مجلة المدرسة الوطنية للإدارة**، العدد 2، المجلد 10، 2000، ص. 18.

غير أنه إذا كان الدستور الجزائري لم يوضح لنا مصير المراكز القانونية للأشخاص التي تترتب من جراء تطبيق هذه الأوامر، فإن الدستور المصري لسنة 1971 أوضح هذه النقطة في المادة 147 منه، حيث يرى أنه في حالة عدم اقرارها قد يرى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة وتسوية ما يترتب عليها بطريقة أخرى.

لكن، هل يمكن إخضاع الأوامر التشريعية للرقابة الدستورية؟.

إن الإجابة عن هذه الاشكالية تجرنا إلى طرح احتمالين:

– الاحتمال الأول؛ أن الأوامر الرئاسية التي يتخذها رئيس الجمهورية، تطبيقا للمادة 142 من الدستور، لا تتمتع بأي قوة قانونية، فهي بمثابة قرارات إدارية، يجوز الطعن فيها بعدم المشروعية أمام القضاء الإداري، ولعل هذا هو السبب الذي جعل المؤسس الدستوري يلزم رئيس الجمهورية بأن يأخذ برأي مجلس الدولة، وهذا خلافا للأمر المتضمن قانون المالية، الذي يتمتع بقوة القانون، لأن المادة 138 من الدستور لم تشترط وجوب إعادة طرحه للتصويت عليه مرة أخرى، كما فعل في الأوامر التي تتخذ تطبيقا للمادة 142.

– الاحتمال الثاني؛ هو خضوع الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقا للمادة 142، لرقابة المجلس الدستوري حول مدى دستوريتها، بعد موافقة البرلمان عليها بغرفتيه، لأنها تصبح متمتعة بقوة القانون، وخضوعها للرقابة قد تكون وجوبية، إذا كان الأمر يتضمن تشريعا عضويا، أو لرقابة دستورية غير إجبارية إذا تعلق الأمر بتشريع عادي.

– **التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية:** إن سلطة التشريع بالأوامر بمقتضى الحالة الاستثنائية، سوف تسمح بلا شك لرئيس الجمهورية بالتدخل في المجال المخصص للبرلمان[1]، مع وجود قدر أكبر من الحرية في ذلك، نظرا لأن المؤسس الدستوري لم يشر، من خلال المادة 142، إلى ضرورة عرض تلك الأوامر على البرلمان ليمارس رقابته عليها، كما فعل بالنسبة للأوامر المتخذة في غيبة البرلمان، وإنما تكلم عن التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية الواردة في المادة 107 من الدستور، بعدما تطرق إلى شروط التشريع بأوامر في حالة غيبة البرلمان بسبب العطل البرلمانية أو بسبب شغور المجلس الشعبي الوطني.

المطلب الثالث

أثر حالة الضرورة على العلاقة الوظيفية بين السلطتين التنفيذية والقضائية

إذا كانت التدابير الاستثنائية الواردة في القانون المنظم لحالة الضرورة تهدف إلى دعم السلطة التنفيذية في مواجهة الخطر العاجل الناشئ عن ثورة أو حرب أو كوارث عامة أو وباء، عن طريق منحها سلطات واختصاصات استثنائية، تستحوذ من خلالها على بعض الاختصاصات التي تدخل –كما رأينا– في نطاق المجال

[1]- مراد بدران،"الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية..."، المرجع السابق، ص.36 وما بعدها.

المخصص للسلطة التشريعية، فتجير بها على الحقوق والحريات العامة. فهل تسمح أيضا تلك التدابير للسلطة التنفيذية بأن تقوم بالوظيفة القضائية في أوقات الأزمات[1]، وبأن يكون لها الحق في إصدار الأحكام القضائية أو وقف تنفيذها، أو فرض عقوبات على بعض الأفراد دون محاكمتهم أمام الجهات القضائية؟.

وبما أن الفقه والقضاء الإداري الجزائري لم يبينا موقفهما من هذه المسألة، فإن إجابتنا عن هذا الاستفسار ستكون من خلال معرفة نظرة الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري **من** تأثير حالة الضرورة على العلاقة الوظيفية بين السلطتين التنفيذية والقضائية **(الفرع الأول)**، ومحاولة تحديد الجهة التي يعهد إليها مهمة القضاء في حالة الضرورة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

نظرة الفقه والقضاء من تأثير حالة الضرورة على العلاقة الوظيفية بين السلطتين التنفيذية والقضائية

أكد كل من الفقه والقضاء الإداريين على أنه متى أعلنت حالة الضرورة يصبح للسلطة التنفيذية سلطات استثنائية واسعة، قد تمتد إلى تدخلها في صلاحيات السلطات الأخرى، غير أن تدخلها في الاختصاصات المخولة للسلطة القضائية، مثل تدخلها في مجال سلطة القبض، الاعتقال، مراقبة الرسائل، الأمر بالإفراج المؤقت ووقف تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها، بشرط أن يكون القرار مسببا، كانت محل خلاف فقهي بين مؤيد ومعارض **(أولا)**، وهذا خلافا لموقف القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر الذي أجاز هذا التدخل واعتبره مشروعا لأنه يهدف إلى حماية المصلحة العامة **(ثانيا)**.

أولا: موقف الفقه من تدخل السلطة التنفيذية في صلاحيات السلطة القضائية في حالة الضرورة

تباينت مواقف الفقه من تدخل السلطة التنفيذية في صلاحيات السلطة القضائية في حالة الضرورة، بين رأيين:

أ- رأي مؤيد يذهب إلى أنه لا يوجد من الناحية النظرية ما يمنع السلطة التنفيذية، الممثلة في رئيس الجمهورية، من ممارسة هذا الحق، ولكن المشكلة في مدى تقبل الرأي العام لذلك[2]؟.

ب- ورأي يرفض رفضا تاما تدخل السلطة التنفيذية في صلاحيات السلطة القضائية في حالة الضرورة، مبررا موقفه بأنه لا يجب الاعتراف بهذا الحق لرئيس الجمهورية تحت أي تبرير بما في ذلك الظروف الاستثنائية. وقد تساءل أصحاب هذا الرأي حول ما هو التبرير في حالة صدور حكم الاعدام على شخص من

---

[1]- نشير في هذا الصدد إلى أنه في الأحوال العادية منح الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية -كغيره من الدساتير- سلطة اصدار العفو عن العقوبة أو ما يطلق عليه بالعفو الرئاسي، وذلك بالنسبة لنوع معين من الجرائم، حيث نصت المادة 77 من الدستور "له حق إصدار العفو وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها"، وقد جرى العرف على أن يرتبط العفو بالمناسبات السعيدة التي تمر بها الدولة كالأعياد الوطنية أو الدينية. وقد يكون سبب اللجوء إلى العفو لتجنب الاكتظاظ الحاصل في السجون.

[2]- حسن ضياء الخلجاني، المرجع السابق، ص.86.

قبل رئيس الجمهورية دون محاكمته أو دون ضمان كفالة حقوق الدفاع له؟. إذ لا يمكن تبرير ذلك مهما كان الظرف استثنائيا، وكذلك الحق في بقية العقوبات الجنائية.

إلا أنه في غير المجال الجنائي يستطيع رئيس الجمهورية فرض العقوبات الإدارية والسياسية كفصل الموظفين بغير الطريق التأديبي، أو اعتقال بعض الأفراد في فترة الأزمات، أو المنع من السفر، أو فرض الحراسة على البعض، أو إغلاق بعض المحلات والأمكنة، أو الاستيلاء على بعض المنقولات، وغير ذلك من العقوبات التي ليس لها طابع جنائي[1].

ثانيا: موقف القضاء الإداري من استحواذ السلطة التنفيذية على مهام السلطة القضائية في حالة الضرورة

إن من الآثار التي يرتبها إعلان حالة الضرورة، والتي تندرج ضمن نطاق اختصاص السلطة القضائية – كما سبق وأن أوضحناه– استحواذ السلطة التنفيذية على بعض اختصاصات السلطة القضائية، كحقها في اعتقال الأفراد الذين تراهم خطرين على الأمن أو التي تشتبه فيهم من دون محاكمتهم، وإيداع المتهم المشتبه فيه السجن لعدة أشهر إلى أن يتم الانتهاء من التحقيق وإحالته إلى المحكمة، هذا ما لم يقدم المتهم تظلم من الحبس وأمرت المحكمة بالإفراج عنه، وهناك قيود أخرى تمارسها الإدارة على حق الاجتماع، وحق الانتقال، وحق الاقامة، ولها سلطة الاستيلاء على أموال الأفراد بمقتضى قانون التعبئة العامة...الخ. فكل هذه الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها الإدارة، في شأن أحد الموضوعات المحجوزة للسلطة القضائية، تمثل اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات، والتي يعتبرها القضاء في الأوقات العادية بمثابة تصرف معدوم، أو عمل مادي، لكونها تعد نوعا من اغتصاب السلطة، غير أن القضاء اعتبر تلك الإجراءات مشروعة أو على الأقل تصرفات مشوبة بالبطلان، مما يندرج في ولاية القضاء الإداري لو قامت بها الإدارة في الظروف الاستثنائية[2].

وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في عدد من الأحكام، ومنها: حكمه بمشروعية قرار محافظة مقاطعة «L'Eure» الصادر في 1944/08/23، والخاص باعتقال السيد «Bosquain»، حيث رفض المجلس طعن هذا الأخير في قرار اعتقاله، على أساس أن الظروف القائمة وقت صدور ذلك القرار، والناجمة عن العمليات الحربية الدائرة بالقرب من مدينة «Evreux» استدعت قيام الإدارة باعتقال السيد «Bosquain»، لأن وجوده طليقا كان يمثل خطورة على الأمن العام[3]. وقد كان قضاء مجلس الدولة في قضية «Bosquain» تأكيدا لموقفه الذي سبق وأعلنه في حكمه الصادر في 1943/10/31، حيث ذهب إلى إقرار شرعية قيام الإدارة

---

[1]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة...**، المرجع السابق، ص. 181. أنظر أيضا: ممدوح عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 209.

[2]- في هذا الصدد يقول "سليمان محمد الطماوي": "يصبح عيب الاختصاص من قبيل اغتصاب السلطة، إذا كان القرار الإداري صادرا منفردا ليست له أية صفة عامة أو سلطة إدارية، في موضوع من اختصاص السلطتين التشريعية أو القضائية...". سليمان محمد الطماوي، **القرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص.303. أما الدكتورة "سعاد الشرقاوي" فترى بأن نظرية الظروف الاستثنائية ترفع صفة الغصب على العمل الذي يعد كذلك في الظروف العادية.

[3]- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1947/02/19، (مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي).

بتمزيق الاعلانات التي اشتبهت في معناها للخشية من الدعايات المغرضة، ولتفادي أخطار التجسس وحماية الأمن القومي رغم أن هذا الأمر تم دون استصدار حكم قضائي.

فضلا عما تقدم، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر بمشروعية القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، إذا ما ترتب على تنفيذها إخلالا خطيرا بالنظام والأمن العام، وذلك على خلاف القاعدة التي لا تجيز إيقاف أو منع تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، متى كان من شأن تنفيذها الاخلال بالأمن والنظام العام.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه في أحكامه التالية، ومن ذلك أحكامه الصادرة بمناسبة الأزمة الاجتماعية الناجمة عن الأزمة الاقتصادية العالمية في أواخر العشرينات، وعلى سبيل المثال حكمه الصادر في 1938/06/03 وحكمه الصادر في 1939/07/11 وحكمه الصادر في 1942/02/02 والخاص بموقف الإدارة من الأحكام الصادرة بطرد المستأجرين أثناء الحرب العالمية الثانية وعقب انتهائها[1].

أما القضاء الإداري المصري فقد أخذ بما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي من إقراره بمشروعية قرارات الإدارة بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، متى كان تنفيذها يؤدي إلى الاخلال بالأمن والنظام العام[2].

الفرع الثاني

تولي المحاكم العسكرية مهمة القضاء في حالة الضرورة

يترتب على إعلان حالة الضرورة فرض نظام استثنائي تحكمه التدابير الاستثنائية التي تصدرها السلطة التنفيذية القائمة على الحالة، وتعرف هذه التدابير أو الإجراءات الاستثنائية المتخذة في ظل ظروف الأزمة أشكالا عديدة، كتفتيش المساكن سواء بالليل أو بالنهار، الاطلاع على المراسلات والتصنت على المكالمات الهاتفية، ولعل أخطر تلك الاجراءات هو إجراء الاعتقال الإداري لكونه يقيد الحرية الشخصية ويؤثر على ممارسة الفرد لحقوقه الشخصية، وهو إجراء يدخل في إطار صلاحيات الضبط أو البوليس الإداري المتعلقة بالمحافظة على النظام العام.

ويترتب على مخالفة هذه الأوامر والتدابير توقيع الجزاءات والعقوبات التي تضعها السلطة التنفيذية، ويختص بتوقيع هذه الجزاءات والعقوبات محاكم استثنائية خاصة قد تُنشأ في حالة الضرورة خصيصا لهذا

---

[1]- مجدي المتولي السيد يوسف، المرجع السابق، ص. 212.

[2]- ومن بين ذلك: حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم 72 لسنة 3 قضائية، حيث تقول "ولأن كان لا يجوز للقرار الإداري في الأصل أن يعطل حكم قضائي وإلا كان مخالفا للقانون، إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه فورا إخلالا خطيرا بالصالح العام على الصالح الفردي الخاص ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها...". وبمثل هذا قضت المحكمة نفسها في 1985/11/"2 حيث أقرت بمشروعية قرار رئيس الجمهورية الصادر بالاستيلاء على أحد العقارات لصالح مرفق التعليم رغم صدور حكم قضائي نهائي بإخلاء ذلك العقار، وفي حكم آخر لذات المحكمة عادت فأكدت المبادئ المتقدمة وذلك فيحكمها الصادر في 1986/01/25 في الطعن رقم 501 لسنة 1931 حيث قالت: "لا يجوز للقرار الإداري أن يعطل حكم قضائي نهائي إلا إذا كان يترتب على تنفيذ الحكم فورا اخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنة أو تعطيل سير مرفق عام ، وفي الحالة الأخيرة يرجح الصالح العام على الصالح الفردي بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها...".

الغرض تسمى بمحاكم أمن الدولة، أو يعهد مهمة ذلك للمحاكم العسكرية، إذ تتولى هذه الأخيرة اختصاص النظر في القضايا المتعلقة بالأمن في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، ويتم تشكيل هذه المحاكم من عسكريين، كما قد تتشكل من قضاة المحاكم العادية بالاشتراك مع قضاة من العسكريين، حيث يعهد لها نظام حالة الضرورة، اختصاص الفصل فيما يقع من مخالفات لأوامره هذا النظام وتدابيره الاستثنائية.

وعن طبيعة الإجراءات المتبعة أمام هذه المحاكم الاستثنائية، فهي ذات طبيعة خاصة، إذ قد تقتصر على الإجراءات الخاصة بالمحاكم والمجالس العسكرية، أو أن تجمع هذه المحاكم بين إجراءات القانون العسكري والقانون العام، كما لا يوجد ما يمنعها من أن تتبع إجراءات القانون العام وحدها.

وتتميز إجراءات القضاء الاستثنائي عادة بالسرعة، كما تتميز أحكامه بالشدة، لأن القصد منها الردع وبث الخوف والرهبة في النفوس حتى تلزم الكافة على الخضوع للأوامر والتدابير الاستثنائية والامتثال لها.

وبما أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الاستثنائية غير قابلة للطعن فيها، فإنها لا تصبح نهائية إلا بعد التصديق عليها من قبل السلطة القائمة على نظام الطوارئ، التي تمتلك وحدها حق تعديل أحكام المحاكم الاستثنائية أو تخفيضها أو إلغائها.

أما اختصاص المحاكم الاستثنائية فإنه لا يشمل إلا بعض الجرائم المحددة على سبيل الحصر، وخاصة الجرائم التي ترتكب مخالفة لأوامر سلطة الطوارئ وتدابيرها[1].

وفي الجزائر، سمحت المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن إعلان حالة الحصار[2]، بانعقاد الإختصاص للمحاكم العسكرية عوضا عن المحاكم العادية لمحاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا خلال حالة الحصار جنايات أو جرائم عرضت النظام العام أو سير المرافق العامة المنظم للخطر، طوال قيام حالة الحصار، مهما كانت صفة مرتكبيها أو المتواطئين فيها، وذلك بشرط أن تكون تلك الجرائم ماسة بأمن الدولة و أن يتم إخطارها بذلك.

وقد نصت المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم196/91، على إنهاء جميع التدابير والتضييقات التي حددها هذا المرسوم بمجرد انتهاء حالة الحصار، باستثناء تلك المتابعات التي يكون قد شُرع فيها أمام الجهات القضائية، سواء العادية أو العسكرية.

أما المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتضمن تقرير حالة الطوارئ فقد منح هو الآخر، بموجب المادة 10 منه، اختصاص النظر في الجرائم المرتكبة خلال قيامها للمحاكم العسكرية، حيث يتعين إخطار هذه الأخيرة بكل الجرائم والجنح الجسيمة المرتكبة ضد أمن الدولة مهما كانت صفة مرتكبيها، أو المحرضين على ارتكابها، أو الشركاء فيها.

---

[1]- زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، المرجع السابق، ص ص. 212-213.
[2]- أنظر: المرسوم الرئاسي 196/91 المؤرخ في: 1991/06/04 المتضمن إعلان حالة الحصار. (الملحق رقم:01).

ختاما لكل ما سبق، نخلص إلى أن الهدف المبتغى من مبدأ الفصل بين السلطات إنما قصد منه اضفاء الحماية على الحقوق والحريات، ولما كان ثبات المبادئ القانونية واستقرارها يدعم الثقة في مضمونها، ويكسب المبدأ حجية أمام الأفراد، فإن ما تحدثه الظروف الاستثنائية على مثل تلك المبادئ، وخاصة مبدأ الفصل بين السلطات، إنما يعد أثرا سلبيا بالغ الأهمية، وينبغي التمسك بمضمون المبدأ حتى وإن كان بالقدر الأدنى في ظل تلك الظروف، بدلا من اهداره بصورة كلية.

وقد جاءت –كما بينا– جميع القوانين الاستثنائية المعلنة لقيام حالة الضرورة في كل من مصر وفرنسا والجزائر، تؤكد على اهدار مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك في ظل الظروف الاستثنائية، حيث تداخلت الاختصاصات واختلطت السلطات في مباشرة اختصاصاتها، ولم تعد في ظل تلك الظروف تتضح الحدود الفاصلة لهذه السلطات عن بعضها البعض، مما يعني أن هذه التدابير والنظم المجابهة لتلك الظروف تمثل استثناء يرد على المبدأ وخروجا عن اساسياته وركائزه[1].

المبحث الثالث

أثر حالة الضرورة على مبدأ المشروعية

تتميز الدولة القانونية[2] بخضوعها لمبدأ المشروعية[3] عند مباشرتها لأعمالها، إذ لابد أن تخضع جميع تصرفاتها لأحكام القانون[4]، وأن لا تخرج عن حدوده، ولا عن مقتضياته وإلا عدت أعمالها غير مشروعة

---

[1]- ايهاب طارق عبد العظيم، المرجع السابق، ص. 196.

[2]- هناك فرق بين دولة القانون ودولة المشروعية: فدولة القانون: هي الدولة التي تخضع لنظام قانوني في علاقتها مع الأفراد، حيث أن تصرفاتها سواء تلك المرتبطة بعلاقتها بالمواطنين أو التصرفات الخاصة المتعلقة بتحقيق أهدافها، محكومة بقواعد معينة فالسمة المميزة لدولة القانون تتخلص في أن السلطة الإدارية مقيدة في ممارسة اختصاصاتها بحدود القانون. كما أن السلطة الإدارية لا يمكن وأن تفرض على الأفراد سوى التدابير المنصوص عليها صراحة أو ضمنا في هذه القواعد القانونية المعمول بها. ويشترط الفقه حتى تتصف الدولة بأنها دولة قانونية، مقومات أو عناصر جوهرية، والتي من بينها: - وجود دستور يحدد النظام ويضع القواعد الأساسية لممارسة السلطة في الدولة ويبيّن العلاقة بين سلطاتها الثلاث التشريعية، التنفيذية والقضائية.
- خضوع الإدارة للقانون: ويقتضي ذلك عدم جواز إصدار الإدارة أي عمل أو قرار أو أمر من دون الرجوع لقانون وتنفيذاً لأحكامه.
- التقيد بمبدأ تدرج القواعد القانونية : ويستند ذلك إلى أن القواعد القانونية تتدرج بمراتب متباينة بحيث يسمو بعضها على البعض الآخر.
- تنظيم رقابة قضائية: لكي تكتمل عناصر الدولة القانونية لابد من وجود تنظيم للرقابة القضائية على أعمال مختلف السلطات فيها، وتقوم بهذه المهمة المحاكم على اختلاف أنواعها سواء أكانت عادية أم إدارية، تبعاً لطبيعة النظام القضائي المعمول به في الدولة كأن يكون نظام قضاء موحد أم نظام القضاء المزدوج.
ولقد أبرز الفقيه « Carre de Malberg » اختلاف نظام دولة القانون على نظام دولة المشروعية في أن: نظام دولة القانون أكثر مدى اتساعا من نظام دولة المشروعية ذلك أن الأفراد لا يمكن أن تفرض عليهم تدابير إدارية غير تلك التي تسمح بها النظام القانوني المعمول به. كما أن المشرع ذاته لا يستطيع عن طريق قوانين خاصة أن يخالف القواعد الموجودة.
ونظام دولة المشروعية يرتبط بفكرة أن السيادة التشريعية باعتبارها سلطة منتخبة تملك بمفردها سلطة منتخبة تملك بمفردها سلطة إرادة القرار، وبالتالي فإن النشاط الإداري حتى أعلى سلم هرمي يخضع لإرادة المشرع. أنظر: فوزي أحمد شادي، **تطور أساس مسؤولية الدولة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2009، ص. 440.

[3]- يأخذ مفهوم مبدأ المشروعية معنيين: معنى واسع والذي يقصد به خضوع الحكام والمحكومين للقانون، أو هو بمعنى آخر سيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية. ويعتبر مبدأ المشروعية بمعناه العام من المبادئ القانونية العامة الواجبة التطبيق في الدولة الحديثة، ذلك ان اعلاء حكم القانون–كمعنى للمشروعية– بات عنصرًا اساسيًا من عناصر الدولة القانونية الحديثة بغض النظر عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها الدولة.وخضوع المحكومين لحكم القانون وتوافق تصرفاتهم، قانونية كانت أم مادية مع مقتضيات الشرعية القانونية اصبح سمة جوهرية وأكيدة للدولة المعاصرة . أما مبدأ المشروعية بمعناه الضيق فيعني -في مجال القانون الإداري- أن تكون تصرفات الادارة في حدود القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد العامة الملزمة اياً كان شكلها) مكتوبة أو غير مكتوبة، وأيا كان مصدرها في حدود تدرجها قانون دستوري، قانون عادي، أو أنظمة، وأيا كان تصرف الادارة وعملها، قانونيا أم ماديا.

[4]- أنظر: (Jean) Rivero,*Op.Cit.*, p. 86.

وتعرضت للبطلان. وغالباً ما تتفق الدول على أن هذا الخضوع هو الذي يمنح تصرفاتها طابع الشرعية ويضعها في مصاف الدول القانونية، وبخروجها عنه تصبح دولة بوليسية "Etat de Police"[1].

غير أنه إذا كان خضوع الدولة لمبدأ المشروعية هي القاعدة الواجب احترامها في ظل الظروف العادية، فإن الأمر مختلف عندما تمر الدولة بظروف تشكل خطرا على النظام العام واستمرارية خدمات المرافق العامة، إذ يترتب على ذلك خروج الإدارة عن نطاق مبدأ المشروعية العادية إلى ما يسمى بالمشروعية الاستثنائية التي تفرضها تلك الظروف الاستثنائية، حيث تسمح هذه الأخيرة بأن تتصرف الإدارة بقدر من الحرية بهدف مجابهة الأزمة، والمحافظة على كيان الدولة ومؤسساتها من الخطر الداخلي أو الخارجي، وضمان استمرار خدمات المرفق العام في الدولة.

وانطلاقا من هذا، فإنه إذا كان الفقه قد اختلف في بيان أساس نظرية الضرورة، وفي تبرير أسباب تجاوز أو خروج الإدارة عن حدود مبدأ المشروعية في حالة الضرورة **(المطلب الأول)**، إلا أن هناك إجماع فقهي على أن حالة الضرورة تشكل بحق استثناء يرد على مبدأ المشروعية **(المطلب الثاني)**، وأن الإدارة في حالة الضرورة تكون مجبرة على عدم الخضوع لمبدأ المشروعية، فتتوسع سلطاتها وتزداد اختصاصاتها، ويحق لها أن تضيق على الأفراد في ممارسة حرياتهم، وذلك قصد حماية النظام العام في الدولة **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول

المبررات الفقهية لخروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في حالة الضرورة

لأجل إيجاد تبرير نظري مقنع حول أسباب خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية وممارستها للأعمال الاستثنائية، عالج الفقه مسألة مدى اعتبار حالة الضرورة نظرية سياسية واقعية تخرج عن إطار المشروعية، أم أنها نظرية قانونية يمكن أن تكون جزءا من المشروعية داخل النظام القانوني للدولة. فأخذ مفهوم حالة الضرورة حسب نظرة الفقه لأساسها بعدين أساسيين، البعد الأول يطلق عليه المبرر القانوني لحالة الضرورة أو نظرية الضرورة الألمانية، التي تعتبر حالة الضرورة نظرية قانونية داخل مبدأ المشروعية وتشكل الأساس القانوني للسلطات الاستثنائية للإدارة في أحوال الضرورة **(الفرع الأول)**. والبعد الثاني يطلق عليه المبرر السياسي لحالة الضرورة أو نظرية الضرورة الفرنسية، التي تنكر على حالة الضرورة كل قيمة قانونية، وتعتبر خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية لا يمكن تبريره بالاستناد إلى أي أساس قانوني **(الفرع الثاني)**.

[1] - حول مبدأ المشروعية ومفهومه أنظر: سليمان محمد الطماوي، **القضاء الإداري**، (قضاء الإلغاء)، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص.35 وما بعدها؛ رأفت فودة، **مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.9 وما بعدها؛ عبد الغني بسيوني عبد الله، **القضاء الإداري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص.11؛ ماجد راغب الحلو، **القضاء الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1995، ص.10 وما بعدها.

لكن كيف كان موقف الفقه الحديث من هذين البعدين، وما هي النظرية التي اعتمدها **(الفرع الثالث)**؟.

الفرع الأول

المبرر القانوني لخروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في حالة الضرورة

(نظرية الضرورة الألمانية)

ينسب للفقه الألماني الفضل في محاولة إضفاء الطابع القانوني على نظرية الضرورة، بحيث جعل للضرورة مفهوماً يوسع من سلطات الدولة إلى مدى بعيد، إذ يستند الفقه الألماني في تأسيسه لهذه النظرية، على أنه يوجد إلى جوار القانون المكتوب قانون آخر غير مكتوب يعطي للدولة الحق في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على سلامتها، ولو أدى ذلك إلى مخالفة القوانين القائمة[1]، وتعد الإجراءات التي تتخذها الدولة في هذا الشأن مشروعة بذاتها دون حاجة إلى إقرار من أي سلطة كانت. كما يعتبر الفقه الألماني بأن هذه النظرية حقاً للدولة تجعل الأعمال والإجراءات، المتخذة في أحوال الضرورة، إجراءات مشروعة لا ترتب أي مسؤولية على الإدارة، ولا يجوز للغير مطالبة الإدارة بالتعويض عما يلحقهم من ضرر جراء ذلك.

ومن بين رجال الفقه الألماني الذين اعتبروا نظرية الضرورة نظرية قانونية ترتب حقا للدولة في التصرف لمجابهة الظروف الاستثنائية، نذكر: "جلينيك" و"اهرنج" والفيلسوف "هيكل" و"كوهلر"، فهم يعترفون بهذا الحق رغم سكوت الدستور[2] **(أولا)**، ويشاركهم في هذا الاتجاه جانب من الفقه الفرنسي يمثله الفقيهان "دوجي" و"هوريو"، مع اختلاف النتائج التي ينتهي إليها كل فريق، إذ أن الفقه الفرنسي لم يندفع ليصل إلى النتائج التي وصل إليها الفقه الألماني، بل جاوز فيها حدود المألوف[3] **(ثانيا)**.

أولا: تصوّر الفقه الألماني لنظرية الضرورة القانونية

تجد هذه النظرية أساسها في كتابات بعض الفقهاء الألمان، منهم "هيكل" و"اهرنج" و"جلينك"، حيث تعود بداية التصور القانوني لنظرية الضرورة في الفقه الألماني إلى فلسفة "هيكل" وفكرته عن سيادة الدولة، مبررا خروج الدولة على القانون في هذه الحالة، "بأن الدولة هي التي أوجدت القانون، وهي تخضع له لتحقيق مصالحها، وأن القانون وسيلة لغاية هي حماية الجماعة، فإذا لم تؤد القواعد القانونية إلى هذه الغالية، فلا يجب الخضوع للقانون، وعلى الدولة أن تضحي به في سبيل الجماعة"[4]، فكانت فلسفة "هيكل" بحق تطبيقا للمقولة القديمة لـــ « Cicéron »: "سلامة الشعب فوق القانون"، «Le salut du peuple est la loi suprême »[5]،

---

[1]- حافظ محمد محمود، **التفويض التشريعي في فرنسا ومصر**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956، ص. 164.
[2]- عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص. 328.
[3]- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 22.
[4]- السيد صبري، المرجع السابق، ص. 5.
[5]- جاءت هذه العبارة باللغة اللاتينية على النحو التالي: *(salus populi suprema lex esto)*

فالدولة إذا ما تعرضت مصالحها الحيوية إلى الخطر فإنها تتحلل من الالتزام بأي قاعدة أو قيد، ويبدو من حقها بل من واجبها اتخاذ كل ما هو ضروري ولازم من إجراءات للحفاظ على بقائها واستمرارها[1]؛ إذ لا يمكن التحدث عن مبدأ المشروعية واحترام القانون والالتزام بأحكامه، إلا في ظل وجود الدولة واستمرارها، أما إذا حدث ما يهدد وجود الدولة ذاتها، فيكون الهدف الذي ينبغي تحقيقه هو الحفاظ على بقاء الدولة واستمرارها، ومن ثمّ يغدو ضروريا التخفيف من قيود المشروعية العادية التي وضعت لضمان بقاء الدولة من ناحية، وكفالة الحقوق والحريات من ناحية أخرى، لمواجهة الظروف غير العادية التي تهدد بقاء الدولة ذاتها، لأن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على أي قانون[2].

ومن بين أيضا الفقهاء الألمان[3]، الذين أتبعوا مسلك "هيكل" في تبرير شرعية خروج الدولة عن القانون في أحوال الضرورة، الفقيهان "جلينك"[4] و"أهرنج"، حيث صاغوا أفكار "هيكل" الفلسفية صياغة قانونية، وشيدوا على أساسها نظرية التحديد الذاتي للإدارة، لتفسير خضوع الدولة للقانون.

وتتلخص نتائج النظرية الألمانية المبررة لخروج عن مبدأ المشروعية في حالة الضرورة، في:

– إذا كان الأصل أن القوانين وضعت للأحوال المتوقعة، سواء كانت أحوال عادية أو استثنائية، وأن على الإدارة الالتزام بتطبيق القواعد القانونية التي يضعها المشرع لمواجهة الظروف الاستثنائية، واتخاذ الاجراءات اللازمة لذلك إن وجدت، فإنه إذا قصرت تلك القوانين عن تحقيق الغاية الأساسية، أو لم تتسع لها قواعد القانون العادي، فإن الإدارة تستطيع تخطيها والعمل خارج نطاقها[5].

– أن الدولة تخضع للقانون بمحض إرادتها، فإذا ما اضطرت تحت ضغط الأحداث، إلى مخالفة القواعد القانونية القائمة، تكون إرادتها قد اتجهت إلى إحلال قواعد أخرى تلائم ظروف الضرورة محل القواعد السابقة[6]. ومن هنا فإن القواعد التي تنظم ممارسة السلطة لا يمكن أن تكون إلا من عمل الدولة نفسها، لهذا لا لا يمكن أن يتعارض القانون مع الدولة التي خلقته أو وجدته وارتضت مختارة التقيد به، فإذا ما تهددها خطر فلها أن تدفع هذا الخطر بأي وسيلة ولو كانت هذه الوسيلة هي تعطيل القانون أو مخالفته[7].

---

[1]- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص. 65.

[2]- محمد مرسي محمد الفقي، **حدود مبدأ المشروعية في قانون الطوارئ**، (دراسة تطبيقية على جهاز الشرطة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة عين شمس القاهرة، 2003، ص. 352.

[3]- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية...**، المرجع السابق، ص. 139.

[4]- برر الفقيه "جلينك" هذه النظرية التي تحل بها الحكومة محل السلطة التشريعية تحت ضغط الحوادث لمواجهة الضرورة وبكل الوسائل المتاحة. بالقول بأنه:" من الأمور الطبيعية والمتوقعة أن تواجه الدولة حالات استثنائية تقتضي اتخاذ إجراءات سريعة لمواجهتها، ويجب في الأحوال العادية أن تصدر من السلطة التشريعية، فإذا لم يصرح الدستور بذلك فيكون قد أوجد حالة من الحالات التي يجب القضاء عليها وتجنبها والتي تعمل فيها سلطة الدولة الطبيعية على ملء هذا المجال الذي لم تعالجه القوانين، والحكومة هنا تكون مضطرة تحت ضغط الظروف والحوادث إلى العمل على مسؤوليتها بكل ما تملكه من وسائل، وعلى البرلمان بعد ذلك أن يصحح الأمور ويسبغ الشرعية على ما صدر من التدابير خلافا للقانون". أنظر: السيد صبري، المرجع السابق، ص 7؛ طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية...**، المرجع نفسه، ص. 139.

[5]- سعدون عنتر الجنابي، المرجع السابق، ص. 79.

[6]- لقد استندت الحكومة الألمانية لنظرية الضرورة بهذا المفهوم الواسع في علاقاتها الدولية، وذلك حينما اخترقت حياد بلجيكا 1914، وحينها قامت بحملتها العسكرية بغزو النرويج والدنمارك وهولندا وبلجيكا في الحرب العالمية الثانية، وأيضا حينما خرقت معاهدة التحالف التي كانت تربط بينها وبين روسيا وقامت بغزوها للأراضي الروسية دون سابق إنذار في الحرب العالمية الثانية. أنظر: فيصل شطناوي، "الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن"، **المنارة**، المجلد 13، العدد 8، 2007. على الموقع: http://www.kna.kw/clt/run.asp?id=764 تاريخ قبوله للنشر: 2007/2/28.

[7]- يحي الجمل، المرجع السابق، ص. 33.

– إذا كان القانون هو وسيلة لتنظيم حياة الشعوب، في ظل دولة قامت بوضعه وتخضع له، وتلزم جميع سلطاتها وهيئاتها باحترامه والعمل طبقا لأحكامه، فإنه إذا أصبح وجود الدولة ذاته مهددا، فمن الضروري الحفاظ على بقاء الدولة وضمان استمرارها ولو على حساب القانون ذاته. لذلك فإن اضطرار الدولة لمخالفة الأنظمة القانونية القائمة، ينشئ نظاماً قانونياً جديداً، يختلف عن النظام القانوني السابق الذي ينطبق في ظل الظروف العادية.

– ينتهي الفقه الألماني إلى أن نظرية الضرورة تعد مصدرا غير مشروط للقواعد القانونية، ما دامت الظروف التي أدت إلى قيامها ما تزال موجودة، فالضرورة تبيح الخروج على القانون العادي وعلى الدستور معا، وتبيح تعليق النصوص الدستورية كما تبيح الخروج عليها وتعديلها[1].

– كما ينتهي الفقه الألماني في تصويره لنظرية الضرورة القانونية إلى حد القول أن حق الضرورة المعترف به للسلطة التنفيذية، يجعل الإجراءات والتدابير المتخذة في ظل الضرورة إجراءات صحيحة ومشروعة لا مسؤولية لموظفي الدولة في اتخاذها، ولا يستطيع الأفراد المطالبة بالتعويض عما يلحقهم من الضرر جراءها، وذلك تأسيسا على أنه لا محل للقول بقيام الخطأ في جانب الدولة لاتخاذها لإجراءات الضرورة مادامت تمارس حقها استنادا إلى نظرية الضرورة[2].

ثانيا: موقف الفقه الفرنسي المؤيد لنظرية الضرورة القانونية

على الرغم من تأييد البعض من رجال الفقه الفرنسي ما ذهب إليه الفقه الألمانية في اعتبار نظرية الضرورة نظرية قانونية، إلا أنهم لم يقبلوها على حالتها، وإنما أخذوا بها بشكل مختلف عن ما أخذ به الفقه الألماني، سواء من حيث المدى أو من حيث الآثار التي تصل إليها. ويمثل هذا الاتجاه في فرنسا الفقيهان "ليون دوجي" و"موريس هوريو".

(1)– الفقيه "دوجي" "Duguit": انتقد اهذا الأخير ما توصل إليه الفقه الألماني من نتائج في تصوره لنظرية الضرورة القانونية، واصفا ذلك بأنه منحدر سريع وخطير، وأن الأبواب يجب أن لا تفتح على مصرعيها أمام الحاكمين، مهما كانت صفاتهم الشخصية، حتى في الظروف الاستثنائية، إذ يرى أنها نظرية قانونية محكومة بشروط معينة وتحت ظروف معينة وفي أضيق الحدود، أي أن الضرورة هي عبارة عن مصدر مشروط مؤقت في الوقت ذاته. وفي هذا الصدد فإن "دوجي" يقبل أن تصدر الحكومة تحت إلحاح الضرورة، لوائح لها قوة القانون لمجابهة الضرورة، من شأنها أن توقف أو تعدل أو تلغي القوانين القائمة. ولكن لابد من توفر شروط لصحة هذا الإجراء، وهي: أن تكون الدولة في حالة حرب أو عصيان مسلح أو

[1]- يحي الجمل، المرجع السابق، ص. 35.
[2]- عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص. 328؛ وجدي عبريال ثابت، المرجع السابق، ص. 66؛ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 20.

إضراب عام للموظفين، وأن يكون من الضروري اتخاذ إجراءات سريعة لمواجهة هذه الظروف دون انتظار دعوة البرلمان للانعقاد، أو أن تكون هناك استحالة لجمع البرلمان، أما الشرط الأخير والجوهري فهو أن تقوم الحكومة بعرض اللوائح التي تصدرها على البرلمان لمجرد أن يكون ذلك ممكنا، بمعنى أن تكون لوائح الضرورة هذه خاضعة لتصديق البرلمان في أقرب اجتماع له من أجل الحصول على موافقته، وأن يكون العرض للتصديق ماثلا في نية الحكومة، سواء كانت هذه النية معلنة أو مفترضة[1]. ذلك أن إقرار موافقة البرلمان على هذه اللوائح لا ينقلها من الأعمال غير المشروعة إلى الأعمال المشروعة، لأن هذه اللوائح تعد مشروعة منذ صدورها استناداً إلى الظروف غير العادية التي ألزمت إصدارها، وإنما ينقلها من مجرد لوائح الى قوانين[2].

وعلى ضوء ذلك، فإن رأي العميد "دوجي" وتصوره لنظرية الضرورة، يقوم على اعتبارها نظرية قانونية تخضع لحكم الضرورات العملية، فترد استثناء على الجانب الشكلي لمبدأ المشروعية نزولا على مقتضى بعض الضرورات، ولكن هذا النزول يظل دائما محاطاً بالشروط والضوابط المحددة، وليس طليقا من كل قيد كما يرى الفقه الألماني[3].

(2)- الفقيه "موريس هوريو": أما الفقيه "هوريو" كانت نقطة البداية لديه في بحثه لنظرية الضرورة هي الحرب العالمية الأولى والآثار التي ترتبت عليها، وخاصة الآثار الاقتصادية والحلول التشريعية التي اتخذتها كافة الدول المتحاربة وغير المتحاربة، إذ أنه يرى بأن الحرب لها انعكاساتها الخاصة على النظام القانوني، مما يستلزم قيام نظام قانوني خاص واستثنائي تستند إليه الإجراءات الضرورية والعاجلة، التي تتخذ لمواجهة الظروف الاستثنائية، والتي تنطوي على مخالفة لمبادئ المشروعية التي تسود في الظروف العادية، فهو يرى أن الحكومة ليس لها فقط الحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية كالحرب، وإنما عليها واجب اتخاذ هذه الإجراءات لحماية الدولة استناداً إلى حق الدفاع الشرعي، فإذا كانت الدولة في مواجهتها لهذه المخاطر تخرج عن إطار المشروعية، فإنها لا تخرج عن إطار القانون، طالما كانت هي في حالة دفاع شرعي، لذلك يقرر "هوريو" بأن قبوله لحق الدفاع الشرعي، ليس سوى قبول بأقل الضررين وأهون الشرين بين المصالح المهددة وانتهاك القوانين النافذة أو وقفها أو تعديلها[4]. وينتهي "هوريو" إلى القول بأن الضرورة تخلق نوعا خاصا من المشروعية يطلق عليها مشروعية الأزمات والتي تخلق بدورها نوعا من

---

[1]- محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 20. أنظر أيضا: يحي الجمل، المرجع السابق، ص ص. 35-39، وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص ص.69-72، طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية...**، المرجع السابق، ص ص. 143-144.

[2]- يعتبر العلامة "دوجي" من الفقهاء الفرنسيين الأوائل الذين تعرضوا لصياغة نظرية الضرورة، حيث تطلب عدة ضوابط وشروط لكي تكون اللوائح التي تصدرها الحكومة في الظروف الاستثنائية مشروعة، وهي: أن يكون هناك ظرف استثنائي كالحرب أو العصيان المسلح أو الإضراب العام. ألا يكون البرلمان مجتمعا، أن تكون الحكومة معتزمة على عرض الأمر على البرلمان في أو اجتماع له للموافقة على تصرفاتها.

[3]- حسب الفقيه "دوجي" فإن اللجوء إلى القوانين المؤقتة والعمل بها يستدعي توافر كافة الدواعي وهي: أن تكون هناك ضرورة قصوى تستدعي إصدار هذه القوانين المؤقتة، وأن عدم إصدارها يهدد الأمن الوطني، مع ضرورة أن تكون تلك القوانين المؤقتة متناسبة مع الظروف الطارئة التي تواجه الوطن.

[4]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص ص.35-42، وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص ص.69-74، طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية...**، المرجع نفسه، ص. 144.

الديكتاتورية الواقعية للسلطة التنفيذية. أما أعمال الإدارة المتخذة وفقا لنظرية الظروف الاستثنائية، ولكونها دائرة في فلك الشرعية الاستثنائية، فإنها تعد مشروعة.

لذلك فإن أهم نتيجة توصل إليها الفقه المؤيد لنظرية الضرورة الألمانية، تتمثل في أنه يوجد نوعين من المشروعية تطبقها الدولة: مشروعية عادية تطبق في الظروف العادية، ومشروعية الأزمات تطبقها الدولة في الظروف الاستثنائية.

وعليه، نخلص من خلال ما سبق، أن الأساس أو المبرر القانوني لسلطات الظروف الاستثنائية يتجاذبه اعتباران أساسيان:- الأول قانوني يتمثل في ضرورة الحفاظ على حد أدنى من قواعد المشروعية، والذي يجب التمسك به في جميع الأوقات والظروف، احتراما لمبدأ سيادة أحكام القانون وصيانة لحقوق الأفراد وحرياتهم.

- أما الاعتبار الثاني فهو اعتبار واقعي أو عملي، يتمثل في ضرورة مواجهة الأخطار التي تهدد المصالح الحيوية للدولة، وحقها في الأمن وصيانة الذات، ومقتضى مواجهة هذه الأخطار، اتخاذ المحظور تلافيا لضرر داهم، أو التضحية بالمصلحة الأقل لحماية المصلحة الأهم.

وهو ما يعني أن الهدف من وجود نظرية الضرورة –حسب الفقه الألماني- هو من أجل التوفيق بين هذين الاعتبارين، ومحاولة إضفاء المشروعية على الإجراءات المخالفة للقانون، حتى تتمكن الدولة من مواجهة الظروف الاستثنائية في هذه الظروف[1].

الفرع الثاني

المبرر السياسي لخروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في حالة الضرورة

(نظرية الضرورة الفرنسية)

ينكر الاتجاه المقابل للاتجاه القانوني في الفقه الفرنسي، كل قيمة قانونية لحالة الضرورة دون أن ينكر قيمتها الواقعية، فهو يرى بأن الضرورة لا تخلق قواعد قانونية، ولا تحل محل القوانين القائمة، وأن الحكومة إذا اتخذت، تحت ضغط الضرورة، إجراءات تخالف الأنظمة القانونية القائمة فإن هذه الإجراءات تعد غير مشروعة، ولا تصبح مشروعة أبدا، لأنها تكون باطلة بطلانا مطلقا لا تقبل الإجازة من أية سلطة كانت، فالدولة ينبغي أن تلتزم بمبدأ المشروعة ليس فقط في الظروف العادية، وإنما أيضا في الأزمات والظروف الاستثنائية. وتأسيسا على ذلك ينتهي هذا الفقه إلى أن نظرية الضرورة هي نظرية سياسية وليست قانونية، ويمثل هذا الاتجاه الفقه الأنكلوسكسوني **(أولا)** وجانب من الفقه الفرنسي **(ثانيا)**.

[1]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة...**، المرجع السابق، ص. 20.

أولا: موقف الفقه الانكلوسكسوني من نظرية الضرورة

يكاد يجمع الفقه الانكلوسكسوني على اعتبار الضرورة مجرد نظرية سياسية أو واقعية، لا تشكل بذاتها مصدرا للسلطات الاستثنائية التي تباشرها الحكومة من تلقاء نفسها دون تخويل من البرلمان، أو أساسا يبرر اتخاذ السلطة التنفيذية لإجراءات وتدابير استثنائية[1].

ويستندون في هذا الموقف على حقيقة أن مبدأ سمو الدستور وسيادة أحكام القانون لا يجوز الخروج على مقتضاهما في أي ظرف وتحت أي تبرير[2]، ويسري هذا الحكم في أوقات الأزمات أيضا، وإذا كان للضرورة من تأثير وسلطان، إنما يكون ذلك بحكم الواقع فحسب، دون أن يكون له أساس قانوني محدد[3].

لذا فقد استقر العرف في انكلترا في هذه الظروف، أن تلجأ الحكومة إلى البرلمان ليخولها بقانون سلطات مطلقة، ولاتخاذ ما تراه مناسبا من الاجراءات والأوامر عن طريق المراسيم[4].

وهذا ما يبرر عدم العثور على أحكام من القضاء الانكليزي تتبنى صراحة نظرية الضرورة إذ أن المشرع الانكليزي أغنى السلطة التنفيذية عن الاستناد إلى نظرية الضرورة بما أعطاها من سلطات لتواجه بها الأزمات وتحافظ بها على سلامة الدولة وأمنها واستقرارها في ظل رقابة البرلمان السياسية، بطبيعة الحال، يغنيها دائما في الأزمات والطوارئ[5].

ثانيا: موقف الفقه الفرنسي المؤيد لنظرية الضرورة السياسية

اعتبر الفقه الفرنسي القديم نظرية الضرورة مجرد نظرية سياسية لا مبرر لها من الناحية القانونية، ومن أبرز الفقهاء الفرنسيين الذين تبنوا هذا الموقف "ايسمان" "Esmein"، "بارتلمي" "Barthelemy"، "دويز" "Duez"، و"كاريه دي مالبيرك" "Carre de malberg ".

(1)- الفقيه "ايسمان" "Esmein": لا يقبل هذا الفقيه أن تكون نظرية الضرورة أساس لحق الإدارة في اتخاذ الإجراءات الاستثنائية أو أن تكون مصدرا للقواعد القانونية التي تطبق في تلك الظروف، وقد أوجز موقفه بالقول: "أن نظام المشروعية عندنا لا يعلق ولا يوقف"، فهو لا يرى في الضرورة نظرية قانونية يمكن الاستناد إليها لتبرير الخروج على أحكام الدستور، عندما يتهدد الدولة خطر داهم لا يكون له دفع بغير هذا

---

[1]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 20.

[2]- إن اتجاه التطور الدستوري الانكليزي نحو تأكيد سيادة البرلمان على حساب السلطة التنفيذية، لا يتماشى مع فكرة تركيز السلطات بيد السلطة التنفيذية في أحوال الضرورة والاستعجال، ولما كانت نظرية الضرورة في جوهرها تركيزا للسلطات بيد السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، فقد باتت كل محاولة لإنقاص سلطة البرلمان لتقوية السلطة التنفيذية تكون عكس اتجاه التطور الدستوري الانكليزي وفقا لمبادئ الديمقراطية، فالتقليد الانكليزي يرفض أن يخول السلطة التنفيذية سلطات استثنائية لمواجهة الأزمات والظروف الاستثنائية ولكن لا يتردد في منحها للبرلمان. أنظر: يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص ص. 21-22.

[3]- عبد الحميد متولي، **الوجيز في النظريات والنظم السياسية**، ط 1، دار المعارف، القاهرة، 1995، ص. 329.

[4]- السيد صبري، المرجع السابق، ص. 11.

[5]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع نفسه، ص. 68.

الخروج، إلا أنه مع ذلك لا يذهب إلى حد القول بالتضحية بسلامة الدولة من أجل المحافظة على بعض النصوص، بل يدعو إلى المحافظة على سلامة الدولة ويراها واجبا قوميا يلتزم به الجميع ولا يستلزم التضحية بالشرعية القانونية، فالواقع هو الذي يبرر ويفرض ذلك وليس القانون المستمد من نظرية الضرورة. وينتهي إلى أن أنه يمكن للحكومة أن تتجنب المسؤولية الجنائية الناشئة عن مخالفتها للقانون بأن تعرض على البرلمان الإجراءات التي اتخذتها، وتطلب منه أن يعفيها من المسؤولية بواسطة قانون التضمينات؛ بمعنى أن مسؤولية الإدارة تبقى قائمة عند اتخاذها لهذه القرارات الواجبة وغير المشروعة، ولا يعفيها من المسؤولية إلا باصدار قانون التضمينات[1].

(2)- **الفقيهان "بارتلمي" "Barthelemy" و"دويز" "Deuz"**: فهما يرفضان أيضا الاعتراف بنظرية الضرورة كنظرية قانونية، ويذهبان إلى القول بأن مبدأ المشروعية يجب أن يسود في الأوقات العادية، وحتى في ظل الظروف الشاذة أوالاستثنائية، وبأنه لا وجود لما يسمى "حق الضرورة". غير أنهما يعترفان بأن حكم الواقع يطغى بصورة مؤقتة على حكم القانون في أحوال الاستعجال والضرورة، التي تبقى استنادا على ذلك، حالة من حالات الواقع، ولا يمكن أن تكون نظرية الضرورة من نظريات القانون، وعلى هذا الأساس فإن كل تصرف يتخذ في حالة الضرورة أو في فترة الأزمة على خلاف الدستور والقانون، يبقى تصرفا غير مشروع، ولا يمكن أن يتصف بأنه مشروعا إلا إذا تقدمت الحكومة إلى البرلمان –باعتباره صاحب السلطة الدستورية العليا– ليعفيها من المسؤولية عن هذا التصرف بقانون التضمينات[2].

(3)- **أما الفقيه "كاريه دي مالبيرك" "Carre de malberg"**: فقد ساير الموقف نفسه لهذا الاتجاه، حيث قرر أن قيام ظروف تؤدي إلى اتخاذ إجراءات استثنائية لا يعني المساس بمبدأ سمو الدستور، كما لا يعطي للسلطة التنفيذية الحق في تعديل أو وقف الدستور، فهو لا يرى في الضرورة نظرية قانونية يمكن الاستناد إليها في تبرير الخروج على النظام القائم، إلا أنه يعترف، وعلى أساس من الحقائق الواقعية، بأن بعض الظروف تشكل بالفعل خطورة على المصالح القومية على نحو لا يسمح باحترام المبادئ القانونية العامة، فهو لا يغفل نهائيا الضرورة والأزمات التي لا تنفك من التعرض لحياة الدول وتدفعها للجوء إلى الإجراءات الاستثنائية للمحافظة على سلامتها وكيانها، ذلك أن الدولة عندما تلجأ إليها فإن الواقع هو الذي يدفعها إلى ذلك التصرف الواقعي دفعا، باعتبارها تتصرف تصرفا قانونيا، لذلك فهو يعتبر القرارات والتصرفات التي تأتيها السلطة التنفيذية تحت ضغط الظروف الاستثنائية، وتأتي على خلاف الدستور والقانون، تبقى من الناحية القانونية تصرفات وقرارات معيبة ومعدومة القيمة من الناحية القانونية لا تلحقها الإجازة ولا يتم تصحيحها إلا

---

[1]- أنظر: (Charles) ESMEIN, ***Elements de droit constitutionnel française***, Tome II, 1921, pp.32et s.
أنظرأيضا: وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص ص.58-60. يقصد بقانون التضمينات، قانون الطوارئ.

[2]- يحي الجمل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص ص. 24-26، 29. نقلا عن:
(Joseph) BARTHELEMY et (Paul) DEUZ, ***Traité de droit constitutionnel***, économica, Paris, 1985, p. 224 et s .

عن طريق الاجازة اللاحقة من قبل البرلمان، لذا فإن « Carre de malberg » يقبل الضرورة باعتبارها واقعا لابد من مواجهته، ولكنه يرفضها كنظرية قانونية[1].

نخلص من خلال ما سبق، أن رفض الفقه الفرنسي للمفهوم الذي تبناه الفقه الألماني حول نظرية الضرورة، جعله ينقسم إلى اتجاهين: أحدهما يسبغ عليها مفهوماً قانونياً، والآخر يسبغ عليها مفهوماً واقعياً، لكن ما هو موقف الفقه الحديث من هذين النظريتين، وأي نظرية تبناها واعتبرها أساسا لحالة الضرورة؟.

استقر الفقه الحديث على الاعتراف بنظرية الضرورة باعتبارها نظرية قانونية، وليست نظرية واقعية أو سياسية، وباعتبارها جزءا من مبدأ المشروعية الذي يتسع نطاقه في ظل الظروف الاستثنائية، ليشمل الإجراءات التي تتخذها الحكومة للمحافظة على سلامة الدولة[2]، حيث يقول الدكتور "محمود حافظ": "إن نظرية الضرورة ليست نظرية سياسية وإنما هي نظرية قانونية، وبعبارة أخرى لا تُخرج الضرورة الإدارة من نطاق تطبيق مبدأ الشرعية، الذي يجب أن يطبق بصفة دائمة، سواء في الظروف العادية أو في الظروف الإستثنائية"[3]. لذلك نجد أن الفقه المصري اعتنق نظرية الضرورة، باعتبارها نظرية قانونية، متفقاً في هذا مع الفقه الفرنسي الحديث[4]، حيث حرص كلاهما على إخضاع نظرية الضرورة لعدد من الضوابط والشروط التي يجب على الحكومة أن تراعيها، حتى تكون الأعمال التي تقوم بها صحيحة[5].

لكن على الرغم من تبني الفقه الحديث لهذه النظرية في تبرير خروج الإدارة عن نطاق المشروعية، إلا أنها عرفت انتقادات فقهية لاذعة من قبل البعض، كونها تؤدي إلى نتيجة خطيرة تتمثل في إطلاق سلطة الدولة وإخضاع القانون لإرادتها، فتصبح الدولة لا تخضع للقانون إلا حينما تريد، وفي الحدود التي تريدها، وخلال الفترة الزمنية التي تريدها، كما وصف البعض النظرية الألمانية التي تؤخذ من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية بأنها لم تكن في حقيقتها نظرية قانونية بقدر ما كانت نظرية ديكتاتورية.

---

[1]- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ص. 17-18؛ يحيي الجميل، **نظرية الضرورة في القانون الدستوري...**، المرجع السابق، ص. 24. نقلا عن:
(Carre) De Malberg, ***Contribution a théorie générale de I' Etat***, T. I, Paris, 1920, p .610 et s.

[2]- عمر حلمي، **الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص. 276، ص.291.

[3]- محمود محمد حافظ، **القضاء الإداري في الأردن**، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص.134.

[4]- أحمد علي مدحت، المرجع السابق، ص. 332.

[5]- ونحن من جانبنا نؤيد هذا الموقف، لكن مع وجوب إخضاع تطبيق نظرية الضرورة لعدد من الضوابط والشروط والتي تتمثل -كما سبق لنا توضيحها- في: قيام خطر جسيم وحال، إستحالة مواجهة هذا الخطر بالطرق العادية وعن طريق المؤسسات الدستورية المختصة، أن يكون الإجراء غير القانوني المتخذ لمواجهة هذا الخطر على قدر لا يتجاوزه لإن الضرورة تقدر بقدرها.

المطلب الثاني

حالة الضرورة استثناء يرد على مبدأ المشروعية

(المبدأ بين الزوال والتوسع)

يجمع كل من الفقه والقضاء الإداري على أن حالة الضرورة تشكل بحق استثناء يرد على مبدأ المشروعية[1]، لأنها تسمح بالحكم بشرعية إجراءات مخالفة للمبدأ، بهدف حماية النظام العام داخل الدولة. غير أن هناك تضارب فقهي حول الآثار التي تحدثها حالة الضرورة على مبدأ المشروعية، ومدى شرعية مساس الإدارة بمبدأ المشروعية في حالة الضرورة. فهناك جانب فقهي يعتبر أن الضرورة تؤدي إلى زوال مبدأ المشروعية **(الفرع الأول)**، بينما اعتبر الفقه الراجح أن الضرورة هي امتداد لمبدأ المشروعية وليست خروجا عليه، إذ يترتب عليها توسيع نطاق الشرعية واستبدالها بمشروعية استثنائية تتلاءم مع الوضع **(الفرع الثاني)**، لذلك فقد جاؤوا بجملة من الأسس والأسانيد تبرر بها أسباب توسعة نطاق مبدأ المشروعية في حالة الضرورة.

الفرع الأول

زوال مبدأ المشروعية في حالة الضرورة

يتزعم هذا الرأي الفقيه «Nizard Lucien»، الذي خرج من خلال أحكام القضاء الإداري لنتيجة مفادها أن حالة الضرورة تؤدي إلى زوال المبدأ، ويرى أن مسألة البحث والفصل في مدى ملاءمة مخالفة القاعدة القانونية، وما إذا كان ما قامت به الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية يعد شرعيا أم لا، هي من اختصاص القاضي، الذي يقوم لوحده بالتكييف البعدي للعمل الذي اعتبرته الإدارة ضروريا لمخالفة القانون، فإذا كان الإجراء ملائما ينفي القاضي عنه المخالفة، أي أن "المخالفة لا تبقى مخالفة". ولتحقيق ذلك يحاول مجلس الدولة الفرنسي معرفة؛ هل أن العمل المخالف للقانون يعد متطابقا مع الغاية منه؟، وبالتالي معرفة هل أنه لم توجد وسائل أخرى مشروعة بيد الإدارة للوصول إلى النتيجة نفسها، ومن هنا تتحول الملاءمة إلى ضرورة؟ بمعنى أنه يتعين على القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار الغاية التي تهدف إليها الإدارة، والوسائل التي كانت تتمتع بها الإدارة من أجل تحقيق ذلك الهدف.

وعليه فإن القاضي لا يهتم بمضمون الظروف الإستثنائية بقدر ما يهتم بطابعها غير العادي، دون أن يؤسس حكمه على طبيعة الظرف في حد ذاته أو الظرف الذي أثارته الإدارة، والذي على أساسه اعتبرت المخالفة كضرورة ذات مضمون غير محدد[2].

---

[1]- ومن المجالات التالية الأخرى التي لا تزال خارج سلطان هذا المبدأ، وتشكل استثناءً عليه وعلى خضوع أعمال الإدارة للرقابة، والتي سبق التطرق إليهما سابقا هما: السلطة التقديرية « Le pouvoir discrétionnaire» وأعمال السيادة « Les actes de souveraineté».

[2]- أنظر: (Lucien) NIZARD, *Op.Cit*, pp.125-226.

ويؤكد الفقيه بأنه يجب الاعتراف بصعوبة تقدير ملاءمة إجراء معين، باعتبارها مسألة اصطناعية، ذلك أن عمل القاضي لا يقتصر فقط على التحقق من شرعية الإجراء، بل يصبح هو الذي يقوم بانشاء الشرعية، وهذا العمل الذي يقوم به القاضي –حسب "Nizard"– يعد بمثابة مساس بمبدأ الشرعية، لأن القاضي إذا لم يقم بترتيب جزاء عن مخالفة القانون، فإن مبدأ الشرعية في حد ذاته يكون قد تعرض إلى مساس أو خرق، فقبول القاضي لفكرة الضرورة يعد هادما للنظام القانوني القائم، إذ على الرغم من وجود بعض المعايير التي تمكننا من تأطير شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية وآثارها، إلا أن المخالفة تبقى دائما مخالفة، وأن مخالفة القاعدة القانونية لا يعني زوالها، بل يعني أن فاعليتها تتأثر بفعل الظروف الاستثنائية التي لا يمكن حصرها وتجميعها في قائمة. ويكفي لكي تتمكن الضرورة من القيام بوظيفة ثورية تجاه النظام القائم، أن تقوم في مجال تعديل النظام القانوني القائم، بإحلال نظام محل النظام القائم، لم ينص عليه هذا الأخير.

ويخرج الفقيه بنتيجة مفادها أنه مادام النظام العام لم يتعرض لحالة خطر، فإن على الإدارة أن تلتزم بمبدأ الشرعية، إذ لا يمكن لمبدأ الشرعية أن يقف كحاجز ضد فكرة النظام العام. وبالتالي فهو يرى بأن مبدأ الشرعية يظهر لنا بأنه لا يستحق أن يكيّف على أنه مبدأ بالمعنى الصحيح، لأنه يعتبر في الحقيقة كقاعدة قانونية تسمح بمنافسته قواعد قانونية أخرى[1].

ويساند رأي الفقيه "Nizard" الدكتور "وحيد رأفت"، الذي يرى بأن حالة الضرورة هي التي تعطي للإدارة المسوغ الذي يسمح لها باتخاذ الإجراءات المنافية لقواعد الشرعية العادية، ويبرهن على ذلك بأن مراسيم إيقاف وتعديل القوانين الصادرة في سنة 1913، استنادا إلى فكرة الضرورة وسلامة الدولة، المستمدة من الأخطار الناجمة عن حالة الحرب القائمة آنذاك، خاصة وأن مجلس الدولة اعتبر تلك الأعمال مشروعة رغم مخالفتها للقانون[2].

– **النقد الموجه لموقف الفقيه «Nizard»** : بالرغم من أن الفقيه «Nizard» قد وُفّق في إبراز النقاط التي اختلف فيها الفقه، حول تفسيرهم لأحكام القضاء الإداري الصادرة في حالة الضرورة وأثرها على مبدأ المشروعية، إلا أنه واجه جملة من الانتقادات انطلاقا من أفكاره التي حاول اقتراحها، لاسيما فكرته القائلة بأن مبدأ الشرعية لا يستحق أن يصنف كمبدأ؛ فقد انتقدها الفقه الذي اعتبر أن الفقيه «Nizard» لم يوفق فيما ذهب إليه من أن عدم الاحترام الصارم للشرعية بسبب الظروف الاستثنائية، بإمكانه أن يسمح بنشأة قاعدة قانونية منافسة للقواعد القانونية الأخرى، أسماها بمبدأ عام لنسبية السلطات الإدارية، من دون أن يعطي أية إجابة صريحة وكافية حول قانونية هذا المبدأ العام للنسبية، فبالنسبة له فإن هذا المبدأ له قيمة مساوية لقيمة مبدأ الشرعية، غير أنه عند البحث في النصوص الدستورية أو القانونية، فإننا لن نجد أي نص صريح يعترف بمبدأ عام للاستثناء الوارد على مبدأ الشرعية.

---

[1]- أنظر: (Lucien) NIZARD, *Op.Cit*, pp.125-226 et p. 258-262.

[2]- محمد مرسي محمد الفقي، المرجع السابق، ص. 191.

ومن هنا نقول بأنه إذا كانت القاعدة القانونية لا تنشأ إلا بواسطة القانون القائم، فإن ما هو غير شرعي يجب النظر إليه بأنه غير قانوني بالمنطق نفسه الذي استعمله لبلورة نظريته، حتى ولو كان السماح بتجاوز الحدود التي وضعتها النصوص يرجع هدفه إلى فكرة النظام العام.

الفرع الثاني

استبدال المشروعية العادية بالمشروعية الاستثنائية في حالة الضرورة

(توسعة نطاق المبدأ)

خلافا لما قرره البعض من أن الضرورة تؤدي إلى انتهاك مبدأ المشروعية وإزالته، فإن الفقه الراجح يرى عكس ذلك، فالضرورة لا تعد مساسا بمبدأ المشروعية، ولا تؤدي إلى انهياره[1]، كما أنها لا تمثل خروجا على مبدأ الشرعية بل هي امتداد لهذا المبدأ، ذلك أن قيام الظرف الاستثنائي لا يعني فتح ثغرة في بناء الشرعية، وإنما كل ما يعنيه توسيع نطاق الشرعية، أي خلق شرعية استثنائية، أو كما يسميها البعض بـــ"شرعية الأزمات"، أو كما يصفها العميد "هوريو" بـــ"مشروعية الظروف"[2].

لذلك فإنه من غير المنطقي تبرير الخروج على الشرعية إلا من أجل شرعية أخرى جديدة تقتضيها الظروف الاستثنائية، يسوغ للسلطة العامة اتخاذ إجراءات غير عادية لازمة لدرء الخطر الذي يواجه الدولة، والتي لا يجدي فيها التمسك بالنصوص التي وضعت لمواجهة الظروف العادية. لذا كانت حالة الضرورة هي المصدر الرئيسي للمشروعية الاستثنائية، ولاتساع سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية[3]. وهو ما أكده الدكتور "فتحي سرور" الذي يقول: "تتطلب الظروف الاستثنائية شرعية تتلاءم مع الظروف، تجيز التصرف بطريقة تختلف عن تلك الواجب اتباعها في الظروف العادية، ويكون محور ارتكاز القواعد المتبعة خلال الظروف الاستثنائية، هو نظرية الضرورة بوصفها نظرية عامة في القانون"[4]. وفي هذا الاطار يقول الفقيه "برنار" «Bernard»: "المهم أن نرسي هذه المخالفات للقانون على أرض الشرعية، وعلى أن تكون شرعية موسعة، وهكذا تتغير معالم الحدود، ولكن تظل الحدود قائمة كحواجز وقيود على التحكم"[5]. فقد تتسع المشروعية العادية لتضم الإجراءات الاستثنائية، وقد تتحول بفعل هذه الظروف إلى مجموعة قواعد قضائية

---

[1]- يحي الجمل، المرجع السابق، ص. 15.

[2]- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص. 13. أنظر أيضا: (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p.277.
(A.) BOSC, *«Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre»*, **R.D.P.**, Paris, 1926, p.186.
(Jaques) MOREAU, ***La police administrative, théorie générale***, J.C.P., 2002, Paris, 1993, p.22.
(Jean François) LACHAUME, ***La hiérarchie des actes administratifs***, thèse, droit, Paris, 1996, p.117.

[3]- أحمد الموافي، المرجع السابق، ص ص. 4-5، ص. 43.

[4]- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 785.

[5]- برهان خليل رزيق، المرجع السابق، ص ص. 144-145.

وتشريعية ذات طبيعة استثنائية، لكنها تظل باستمرار تحت مظلة الدستور الذي تهيمن أحكامه على جميع القواعد القانونية سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية[1].

غير أنه إذا كان الفقه الراجح، يتفق بأن الضرورة لا تعد انتهاكا لمبدأ المشروعية وإنما هي تقنية للتخفيف من المشروعية[2]، أو أنها تؤدي إلى تطبيق مشروعية استثنائية، إلا أنه لم يتفق على الأساس أو السند المبرر لتوسع سلطات الإدارة في حالة الضرورة، وذهبوا في ذلك إلى مذاهب شتى، فمنهم من أرجعه إلى فكرة الفراغ القانوني أو قصور القوانين العادية عن التصدي لحالة الضرورة **(أولا)**، ومنهم من أرجعه إلى فكرة المشروعية[3] وتفسير إرادة المشرع أو المؤسس الدستوري، ومنهم إلى فكرة دستورية الاجراءات الاستثنائية **(ثانيا)**، في حين ارجاعه رأي آخر إلى فكرة الاستعجال، ومنهم إلى فكرة حاجة الدولة للدفاع عن نفسها **(ثالثا)**، ومن الفقه من أرجعه أيضا إلى فكرة النظام العام، وإلى فكرة دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد **(رابعا)**.

لذلك سنتعرض في الآتي لكل تلك الأسانيد أو الأسس الفقهية المبررة لتوسعة نطاق مبدأ المشروعية في حالة الضرورة، قصد معرفة ما مدى صحة هذه الآراء؟، ومن ثمّ تحديد الرأي الراجح بينهم؟.

أولا: فكرة الفراغ القانوني وقصور القوانين العادية عن التصدي لحالة الضرورة

يبرر هذا الجانب الفقهي الذي يتزعمه الفقيه «André Mathiot» موقفه من عجز النصوص القانونية العادية عن التصدي للظروف الاستثنائية، بأن المشرع لا يستطيع بأي حال من الأحوال أن يدرك حين يضع التشريع كل الأزمات التي يمكن أن تمر بها الدولة فيضع لها القوانين اللازمة لمواجهتها، وخاصة تلك التي تحتاج إلى السرعة للتغلب عليها، كما أن القوانين المعدة سلفا لمواجهة الظروف الاستثنائية لا تشمل كافة الظروف الاستثنائية.

ويرفض «Mathiot» بأن يكون حل مشكلة الصراع الموجود بين القانون العادي وبين المصلحة العليا للدولة هي "حالة الضرورة"، هذه الأخيرة التي تجعل هدف القانون أسمى من النصوص الشكلية، كما أنه يرفض حل هذا الصراع من خلال قواعد الشرعية العادية، لأن تلك القواعد حسب رأيه، هي عبارة عن تصور منفصل كلية عن الواقع، وبالتالي فإن الحل الأنسب بالنسبة إليه، هو الحل الوسط الذي أخذ به القضاء.

---

[1]- رأفت فودة، **الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 324.

[2]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 36، أنظر أيضا: (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p.277.

[3]- أرجع الدكتور "محسن خليل" الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الاستثنائية إلى فكرة المشروعية في حد ذاتها، حيث يرى أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تقوم على أساس فكرة الضرورة والتي يقتصر تطبيق هذه النظرية على نطاق البوليس الإداري فحسب، لأن نطاق نظرية الظروف الاستثنائية أوسع من نطاق تطبيق نظرية الضرورة، فقواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يمكن الإدارة من مواجهة تلك الظروف وذلك كله تحت رقابة القضاء الإداري وإشرافه. أنظر: محسن خليل، **القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة**، المرجع السابق، ص ص. 111.

لهذا يرى «Mathiot» بأن دور القاضي في ظل ظروف الأزمات لا يختلف عن دوره في ظل الظروف العادية؛ فكما يجوز له أن يقوم بملء الفراغ القانوني في الظروف العادية، من خلال البحث عن القاعدة القانونية، فإنه يجوز له كذلك في حالة الفراغ القانوني وغياب النصوص القانونية التي تعالج الظروف الاستثنائية، أن يقوم بالدور ذاته الذي يقوم به المشرع، وذلك من خلال استلهامه للحل من العناصر نفسها التي توجه من المفروض المشرع، ومن هنا فإن الفقيه «Mathiot» ينادي بوجوب الإعتراف بأحكام القضاء التي تجيز للسلطة التنفيذية في ظل الظروف الاستثنائية مخالفة بعض القواعد القانونية، أو مخالفة بعض المبادئ القانونية، والقول بأن تلك الأحكام لا تعد مخالفة للقانون[1].

وتأكيدا لما قاله «Mathiot» يرى الفقه المؤيد له أنه على الرغم من أن المشرع قد خول الإدارة سلطات واسعة في ظل الظروف الاستثنائية، تفوق بكثير السلطاتها المقررة لها في الظروف العادية، كالتشريعات الخاصة بالتعبئة العامة لمواجهة أخطار الحرب، والتشريعات الخاصة بتنظيم الدفاع المدني والقوانين الخاصة بنظام الأحكام العرفية، إلا أن السلطات الاستثنائية التي جرى القضاء على تقريرها تفوق في حقيقة الأمر مما يعمل على تقريره المشرع في النصوص القانونية الاستثنائية، ذلك أن هذه التشريعات قد لا تعمل على مواجهة جميع الحالات الاستثنائية التي تظهر في حيز الوجود، وحتى هذا الفرض فإن التطبيق العملي لهذه النصوص قد يكشف عن بعض القصور والنقص، وعدم كفايتها لمواجهة هذه الأخطار ودفعها، وهنا يتدخل القضاء لتلافي أمر هذا النقص وتكملة ما قد يظهر من قصور في النصوص التشريعية، بتخويل الإدارة سلطات واسعة تمكنها من مواجهة تلك الظروف الاستثنائية، حتى ولو لم يعمل المشرع على تقرير ذلك بنصوص من عنده[2].

وعلى ذلك يتضح –حسب رأي هذا الفقه– مدى أهمية النظرية القضائية لحالة الضرورة، إذ أنها تعمل على تكملة ما قد يعتري النصوص التشريعية من قصور، وعلى تطوير مفهوم هذه النصوص وإنشاء مبادئ قضائية يقررها القضاء من عنده إذا سكت المشرع كلية عن معالجته لأمر هذه الظروف، وذلك كله بغية تخويل الإدارة قدرا كافيا من السلطة يتناسب وما تفرضه الظروف الاستثنائية من أخطار يتعين مواجهتها والتغلب عليها. ذلك أن مرونة نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية جعل من العسير على المشرع أن يضع قواعد محددة في هذا الصدد، الأمر الذي جعل مجلس الدولة الفرنسي يكيّف كل حالة وفقا لظروفها الواقعية.

–**النقد الموجه لفكرة الفراغ القانوني أو قصور القوانين العادية:** بالرغم من أن الفقيه «Mathiot» قد أشاد بالدور الذي يجب أن يلعبه القاضي في مجال الظروف الاستثنائية، إلا أنه وجه له الاستاذ «Nizard» انتقادا، يتمثل في أنه لم يبين الأساس القانوني للإجراء الذي قامت به الإدارة وخالفت من خلاله القانون، ومن جهة أخرى فإن هذه المخالفة قد تكون في بعض الحالات واضحة باعتراف من القانون الذي يمنحها تلك

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 37، نقلا عن: (André) MATHIOT, *Op.Cit.*, p.415.
[2]- محمد مرسي محمد الفقي، المرجع السابق، ص. 362.

السلطات الاستثنائية من أجل مواجهة الأزمة[1]. كما يضع المشرع نصوصا قانونية بغرض تنظيم السلطات العامة إبان الأزمة، وقد تأخذ هذه النصوص صفة الدوام، يحدد فيها المشرع شروط اتساع سلطات الإدارة ويبين حدود هذا الاتساع، فإذا خرجت الإدارة عن هذا الإطار فإنها تكون قد خالفت القانون نصا وروحا، وعلى القاضي أن يحكم بعدم شرعية عمل الإدارة لأن تصرفها صادر ضد رغبة المشرع، ومع ذلك يمكن للقضاء أن يجيز للإدارة بأن تمارس سلطات أكثر اتساعا من تلك التي منحها لها الدستور أو النصوص القانونية الاستثنائية لعدم قدرتها على مواجهة الأزمة أو توقع ما تتطلبه الظروف الاستثنائية. فالنصوص المتعلقة بحالة الحصار وحالة الطوارئ تعد كأسلحة أعطاها المشرع للإدارة لمواجهة الأزمة، فإذا كانت هذه الاسلحة غير كافية، فإنه لا يمكن للقاضي أن يسمح للإدارة أن تتخذ أسلحة أخرى غير تلك التي أوردها المشرع بحجة أن الظروف تتطلب ذلك.

ثانيا: فكرة تفسير إرادة المشرع وفكرة دستورية الاجراءات الاستثنائية

أرجع البعض الأساس الذي تستند إليه نظرية الظروف الاستثنائية إلى تفسير إرادة المشرع **(1)** بينما أرجع البعض الآخر الأساس لفكرة دستورية الاجراءات الاستثنائية **(2)**:

(1)- فكرة تفسير إرادة المشرع: يرى أنصار هذه الفكرة أن المشرع يسن القوانين لتحكم نشاط الإدارة في الظروف الطبيعية، فإذا ما طرأت ظروف استثنائية لم يتوقع المشرع كيفية معالجتها ليضع لها الحلول مسبقا، فهنا يكون في قدرة الإدارة شرعا اتخاذ ما تراه من تدابير عاجلة لمواجهة تلك الظروف. فعلى سبيل المثال أعطت نص المادة 03 من المرسوم المعلن لحالة الطوارئ في الجزائر، للحكومة الحق في أن تتخذ كل الإجراءات التنظيمية قصد استتباب الوضع وتحقيق الهدف الذي من ورائه أعلنت حالة الطوارئ، وأن كانت هذه المادة جاءت بصيغة العموم؛ لأنها لم تحدد طبيعة هذه الإجراءات المطبقة. وعليه فإن خضوع الإدارة الدائم والمستمر لمبدأ المشروعية، قد يؤدي إلى العجز عن تحقيق أهدافها ومسؤولياتها، إذ على الرغم من أنها مجبرة على الخضوع للقانون، فإنها بحاجة أيضا إلى بعض الحرية في التعامل، لهذا يجب تجنب الحرية المطلقة وتجنب تحويل الإدارة إلى مجرد آلة تطبق القانون.

ويلاحظ على هذا الرأي أنه أبرز حقيقة واقعية هي أن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تتوقع كافة صور الظروف الاستثنائية، وأن السلطة التنفيذية، نظرا لاحتكاكها اليومي بالمجتمع، هي الأقدر من الناحية العملية على معرفة ما يقتضيه الصالح العام في الظروف الاستثنائية[2].

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذه الفكرة بقولها: "إن النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذا طرأت ظروف استثنائية، ثم أجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية، فإن

---

[1]- أنظر: (Lucien) NIZARD, *Op.Cit.*, pp.138 et s.

[2]- محمد شريف اسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص ص. 278-279.

ذلك يؤدي إلى نتائج غير مستساغة تتعارض حتى ونية واضعي تلك النصوص العادية، فالقوانين تنص على الإجراءات التي تتخذ في الأحوال العادية، ومادام أنه لا يوجد فيها نص على ما يجب إجراؤه في حالة الخطر العاجل تعين عندئذ تمكين السلطة الإدارية من اتخاذ الإجراءات العاجلة التي لم تعمل لغاية سوى المصلحة العامة دون غيرها"[1].

وقد استخلص الدكتور "محمد كامل ليلة" من خلال هذا الحكم، أن نظرية الظروف الاستثنائية تقوم على أساسين:

الأول: أن القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ المشروعية المفروض على الإدارة باحترامه واتباعه في تصرفاتها، قد وضعت للظروف العادية ولمواجهة الأوضاع العادية المحددة والمقدرة سلفا، ولكن في فترة الحرب والأزمات والكوارث الطارئة يتغير الوضع، بحيث يصبح مبدأ الشرعية السائد غير صالح لمسايرة الحالة الجديدة الطارئة.

والثاني: أنه لكي يوجد مبدأ الشرعية يجب أن توجد دولة، ويترتب على ذلك أن أول أساس للشرعية، هو بقاء الدولة واستمرارها[2].

وبناء عليه، فإنه من الضروري إطلاق سلطة الإدارة لكي تستطيع مجابهة الظروف الطارئة بإعطائها السلطات اللازمة لمواجهتها، حتى لو أدى ذلك إلى عدم تقييدها بالقوانين السارية وخروجها على النص التشريعي، نظرا لعدم اتساع قواعده لمواجهة الأزمة.

(2)- فكرة دستورية الاجراءات الاستثنائية: اعتبر البعض أن المبرر الذي يستند إليه القاضي للحكم بشرعية الإجراءات الاستثنائية التي استعملتها الإدارة في حالة الضرورة، يرجع إلى النص الدستوري في حد ذاته؛ حيث اعتبر الفقيه "Georges Vedel" بأن النصوص الدستورية في حد ذاتها هي أساس تلك السلطات الاستثنائية الممنوحة لرئيس الجمهورية، "ذلك أن الدستور قد أعطى وصفا عاما للاختصاص في كل ما هو ضروري لأجل استمرارية الحياة الوطنية، خاصة المادة 3 من دستور 1875 والمادة 47 من دستور 1946"[3].

لقد وجه الأستاذ «Nizard» انتقادا لأنصار فكرة دستورية الاجراءات الاستثنائية، معللا ذلك أن الاعتماد على هذه الفكرة تجعل القاضي ملزما بألا يطبق نصا تشريعيا معينا ويستبعد صراحة أحكام نظرية الظروف

---

[1]- حكم الحكمة الإدارية العليا في مصر في القضيتين: 956، 958، بتاريخ 1963/04/14، السنة الخامسة قضائية، مجموعة أبو شادي، ص ص. 1335-1336. أشار إليه: محمد مرسي محمد الفقي، المرجع السابق، ص.358.

[2]- كما يرى الدكتور "محمد كامل ليلة" بأنه إذا كان في مراعاة مبدأ الشرعية يشكل خطرا على الدولة وتهديدا لكيانها وسلامتها، وفيه بطريق غير مباشر قضاء على مبدأ الشرعية نفسه، فإنه في هذه الحالة يكون بقاء الدولة وسلامتها في المحل الأول، ويجب أن يفسر مبدأ الشرعية على هذا الأساس. أنظر: محمد كامل ليلة، **الرقابة على أعمال الإدارة**، المرجع السابق، ص ص. 79-81.

أما الدكتور "فؤاد العطار" فإنه يرى انطلاقا من هذا الحكم أن نظرية الظروف الاستثنائية تستند إلى أساسين **أولا**: أن النصوص التشريعية وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذا طرأت ظروف استثنائية وأجبرت على تطبيق النصوص ذاتها لأدى ذلك إلى نتائج غير مستساغة تتعارض ونية واضعي هذه النصوص، وعلى ذلك يجب أن تمكن السلطة التنفيذية من اتخاذ الاجراءات اللازمة للظروف الاستثنائية تحقيقا للصالح العام، **وثانيا**: وجوب بقاء الدولة. أنظر: فؤاد العطار، **رقابة القضاء لأعمال الإدارة**، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص. 69.

[3]- أنظر: (Georges) VEDEL, « *Bases constitutionnelles du droit administratif* », **E.D.C.E**, Paris, 1954, p.41.

الاستثنائية في موضوع معين، طالما أن السلطات الاستثنائية للإدارة تعد سلطات مستنبطة من الدستور مباشرة، وليس من التشريع، لهذا فإن هذه الفكرة تجعل السلطة التنفيذية تتحول إلى سلطة أسمى من التشريع تمنح لها كل السلطات كالتي عرفتها الملكية المطلقة.

وعليه، فإن الخطأ الذي وقع فيه هؤلاء الفقهاء هو عندما أسسوا نظريتهم على النصوص الدستورية، فهذه الأخيرة التي لا يمكنها أن تحيط بكل الآثار التي ترتبها الظروف الاستثنائية، ذلك أن الأمر لا يتعلق فقط باستمرارية المرافق العامة، وإنما يتعلق أيضا بالنظام العام. كما أن إعطاء رئيس السلطة التنفيذية اختصاصات جديدة خاصة به، هي مسألة لم تتكلم عنها تلك النصوص، ولا يمكننا تفسيرها على ذات النحو، طالما أن المادة16 من الدستور الفرنسي قد أعطت السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية لوحده خلال حدوث الأزمة، وفصلت سلطات الأزمة عن السلطات التنظيمية التي عهدتها للوزير الأول[1].

لذلك فإنه في حالة الأزمة يتعين على القاضي أن يوافق فقط على تدخلات رئيس الدولة التي مارسها وفق الشروط التي حددتها نص المادة 16 من الدستور، أما إذا مارسها الوزير الأول أو إحدى السلطات الأخرى فإنه لا يجب على القاضي تقبلها، إذ يجب ألا تسمح لرئيس الحكومة، أو لأي سلطة إدارية أخرى باتخاذ إجراءات للمساهمة في حل الأزمة. وبالتالي فإن نظرية الظروف الاستثنائية لا توجد فقط في مجال السلطات الدستورية، كما زعم أصحاب النظرية، بل توجد في كل مجالات الاختصاص الإداري[2].

ثالثا: فكرة الاستعجال وحاجة الدولة للدفاع عن نفسها في حالة الضرورة

أرجع الفقيه "موريس هوريو" «Maurice Hauriou» الأساس الذي تستند إليه سلطات الإدارة في حالة الضرورة إلى فكرتين هما: الاستعجال، وحاجة الدولة للدفاع عن نفسها في حالة الضرورة؛ حيث يرى "موريس هوريو" أن الأساس الذي تستند إليه سلطات الحرب والظروف الاستثنائية، واتساع سلطات البوليس في زمن الحرب يعود إلى فكرة الاستعجال، بسبب أن الإجراءات المنصوص عليها في القانون غير كافية لمواجهة حالة الاستعجال، التي تستوجب اتخاذ إجراءات على وجه السرعة. لذلك فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي للحكم بشرعية الإجراءات المخالفة للقانون وجود حالة الاستعجال.

وحسب الفقيه "هوريو" فإن من أهم تطبيقات فكرة الضرورة، هو حق الدفاع الشرعي المقرر في القانون الجنائي؛ بمعنى أن أساس التوسع في سلطات الإدارة في ظل قيام الظروف الاستثنائية هو حقها في الدفاع الشرعي، مشبها دفاع الدولة عن نفسها كدفاع الإنسان عن نفسه ضد ما يتهدده من أخطار، باعتباره أمر طبيعي

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 40.

[2]- أنظر: (Lucien) NIZARD, *Op.Cit.*, pp.251 et s.

توحي به غريزة حب البقاء، لذلك فليس من الغريب أن تقوم نظرية الضرورة في القانون العام على الأسس نفسها التي بني عليها حق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي[1].

رابعا: فكرة المحافظة على النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد

رجح غالبية الفقه الذين تبنوا أفكار النظرية الألمانية، التي تقول "أن القانون وسيلة لا غاية"، بأن الأساس الذي ترجع إليه نظرية الظروف الاستثنائية هو فكرة النظام العام وواجبات السلطات الإدارية في حفظه وضمان سير المرافق العامة، ذلك أن الإدارة ملزمة دائما بأن تعمل على حفظ الأمن والنظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وذلك في الظروف العادية، فإذا ما تبين لها أن هناك ما يخل بالأمن والنظام العام، وكذلك عدم قدرة المرافق العامة للدولة على القيام بأدء واجباتها في ظل تطبيق القوانين العادية، فإن لها أن تتحرر مؤقتا من تلك القواعد بالقدر اللازم الذي يمكنها من أداء واجباتها، إذا ما حدثت ظروف أخرى استثنائية غير عادية لمواجهتها ولتمكين أجهزة الدولة من أداء دورها الطبيعي، وهي في ذلك تخضع لرقابة مجلس الدولة لتقرير ما يكون منها مشروعا وما يكون غير مشروع[2].

وبالتالي فإن احترام الشرعية في الظروف غير العادية أو غير الطبيعية يؤدي إلى شلل الوظيفة الإدارية، وتعطيل سير المرافق العامة وإشاعة الاضطراب والإخلال بالأمن، وذلك سواء بجعل تدخلات الإدارة لمواجهة تلك الأخطار أمرا مستحيلا أو محاطا بكثير من القيود التي تؤدي إلى تراخيها وجعلها عديمة الجدوى، وهنا يتعين الاختيار بين أمرين: إما احترام حرفية النصوص والالتزام الجامد بالشرعية مهدرين فاعلية الإدارة في مواجهة هذه الطوارئ الاستثنائية، وإما التضحية بالشرعية لصالح الفاعلية[3].

وقد خلص كل من الدكتور "سليمان محمد الطماوي" والدكتور "زكي محمد النجار" إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية ليست مقصورة فحسب على استعمال سلطات البوليس، ولكن مداها أعم وأشمل من ذلك، إذ تشمل ضمان سير المرافق العامة، وبهذا المعنى يمكن اعتبارها من النتائج المترتبة على دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، والذي يدخل ضمن واجبات السلطة الإدارية[4]. وكذلك الدكتور "محسن خليل" الذي يرى بأن نطاق نظرية الظروف الاستثنائية أوسع من فكرة الضرورة، فهي ترتبط بفكرة أعم وهي فكرة المشروعية في ذاتها، فقواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يمكّن الإدارة من مواجهة تلك الظروف، وذلك كله تحت رقابة القضاء الإداري وإشرافه[5].

---

[1]- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية ...**، المرجع السابق، ص ص. 136-137.
[2]- سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص ص. 114-115.
[3]- محمد مرسي محمد الفقي، المرجع السابق، ص. 359. نقلا عن محاضرات ألقاها "جون ريفيرو" على طلبة الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة:
(Jean) RIVERO, ***Le contrôle juridictionnel, actes de l'administration***, 1964-1965, p.95.
[4]- سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص.115؛ زكي محمد النجار، **القضاء الإداري**، (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية)، ط 2، منشورات الأزهرية للطباعة، القاهرة، 1996، ص. 56.
[5]- محسن خليل، المرجع السابق، ص. 111.

أما الدكتور "عبد الفتاح ساير داير" فقد أخذ بمعيار مزدوج هو واجبات السلطة الإدارية في مجال المرافق العامة، ونظرية الضرورة في مجال عمل البوليس، حيث يرى أن وسيلة الإدارة للمحافظة على النظام العام هو توسيع سلطات الضبط الإداري، أما بالنسبة لضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد فوسيلتها تعطيل بعض النصوص التي تؤدي إلى عرقلة سيرها[1].

وعليه، فإن الأساس الذي تستند إليه القرارات الإدارية في وقف القوانين وتعديلها هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، والتي تنظمها القوانين، لأن ظروف الحرب قد تمنع تنفيذ بعض هذه القوانين وتعيق سير بعض المرافق، والتي ينبغي سيرها بانتظام واطراد، حتى ولو نتج عن ذلك وقف تنفيذ بعض القوانين، كما أن المصلحة العامة تستدعي دوام سير وانتظام كل المرافق العامة.

عرضنا للأسباب المبررة لخروج الإدارة عن نطاق مبدأ المشروعية في حالة الضرورة، أن عدم قدرة النصوص القانونية المعدة مسبقا لمواجهة الأزمة، والابقاء على سلامة الدولة وأمنها بإعطاء الإدارة سلطة التوسع في صلاحياتها بما يخدم هذه الغاية، هما من وجهة نظرنا، أهم سببين يدفعان بالإدارة إلى اتخاذ إجراءات وتدابير استعجاليه لاحتواء الظرف الطارئ، متعدية بذلك على الصلاحيات التشريعية المخولة للمشرع، فترتب تلك الإجراءات آثارا هامة على مبدأ المشروعية تجعله ضيقا، وقابلا للخروج عن مقتضياته، وهذا بغية درء ذلك الخطر الذي يتهدد أمن وسلامة الدولة، فيسمح لها في سبيل مواجهة الظرف الطارئ اتخاذ كل السبل المتاحة، حتى ولو كان ذلك على حساب المشروعية وحقوق وحريات الأفراد.

وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا، مصر والجزائر الذي أخذ بنظرية الضرورة لمواجهة الظروف الطارئة، فتتسع بمقتضاها دائرة مبدأ المشروعية، وتتسع بالنتيجة سلطات الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية، لكن بشروط، وهي أن تلتزم بتحقيق المصلحة العامة، وأن تتخذ الاجراءات اللازمة فقط لمواجهة هذه الظروف، وأن تقدر الضرورة بقدرها، على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء[2]. ففي غياب هذه الرقابة يصبح لجوء السلطة التنفيذية إلى هذه النظرية سلاحا خطيرا، قد يؤدي إلى الشطط والاستبداد بحقوق المواطنين وحرياتهم[3].

المطلب الثالث

مظاهر اتساع سلطات الادارة في حالة الضرورة

خلصنا من خلال ما سبق أن حالة الضرورة تقود إلى وجود نظام استثنائي يؤدي إلى تقوية السلطة على حساب الحرية، ويبيح ما لا يباح في الأوقات العادية، ويقيم نوع من المشروعية الاستثنائية إطارها أوسع بكثير من

[1]- عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص. 132.
[2]- محمد مرسي محمد الفقي، المرجع السابق، ص. 353.
[3]- مصطفى فهمي أبو زيد، **القضاء الإداري ومجلس الدولة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص. 209.

إطار المشروعية في الظروف العادية. كما تضفي حالة الضرورة صفة المشروعية على تلك الإجراءات أو التدابير الاستثنائية الواسعة التي تمارسها الإدارة.

غير أنه إذا كان خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية يعد، كما بررنا ذلك سابقا، أهم مظهر من مظاهر اتساع السلطات الاستثنائية للإدارة في حالة الضرورة، فإن هذه الأخيرة تؤثر كذلك على اختصاصات الإدارة، فتزودها باختصاصات جديدة **(الفرع الأول)**، كما تعطيها الحق في تقييد حقوق وحريات الأفراد، قصد حماية النظام العام في الدولة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تزويد الإدارة باختصاصات جديدة

خرج الفقيه «Nizard Lucien»، من خلال أحكام القضاء الإداري، لنتيجة مفادها أن حالة الضرورة تؤدي إلى بروز صلاحيات جديدة للإدارة بمعرفة القضاء، الذي عليه للاعتراف بهذه الاختصاصات، أن تتوفر ظروف استثنائية حقيقية لا خيالية أو صورية، تكون مبررا لها. وأرجع ذلك إلى سببين هما: إما بسبب استحالة قيام السلطة المختصة بممارسة اختصاصاتها المعتادة، مما يتعين ضرورة قيام سلطة أخرى بممارسة هذا الاختصاص[1]، كما هو الحال بالنسبة لتولي رئيس الجمهورية صلاحية التشريع في مكان السلطة التشريعية. وإما بسبب أن الإجراءات المنصوص عليها في القانون غير كافية لمواجهة حالة الاستعجال، التي تستوجب اتخاذ إجراءات على وجه السرعة[2].

وعليه فإنه متى حكم القاضي بشرعية الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها الإدارة، ترتب على ذلك بروز أو خلق صلاحيات جديدة لم تكن موجودة من قبل، ولا يَقصد «Nizard» بعملية خلق الاختصاص تحديد الشخص المناسب الذي يتدخل لاتخاذ الإجراءات الاستثنائية، طالما أن المشرع هو الذي يحدد من يمكنه اتخاذ الإجراءات الاستثنائية خلال الظروف العصيبة، وهو ما يساعد كثيرا القضاء على تحديد نطاق هذا الاختصاص، بدليل أن القضاء الإداري الفرنسي استند إبان الحرب العالمية الثانية بالمادة 3 من دستور 1875، التي بينت اختصاص رئيس الدولة، وألزمته بتنفيذ القوانين، وعدم السماح له بالخروج عنها إلا في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية[3].

---

[1]- اعطى الفقيه «Nizard» مثال على ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Verrier" الذي اعتبر أن المرسوم الصادر من رئيس الجمهورية بتخويل القائد العام للمجلس بإحالة الضباط على التقاعد دون أخذ رأي المجلس مشروعا، وذلك بالرغم من أن القانون قد أوجب إشراك هذا المجلس وأخذ رأيه في هذا الصدد، ويرجع مجلس الدولة تبرير حكمه بشرعية هذا الإجراء هو لاستحالة انعقاد المجلس الأعلى للحرب بسبب الظروف الاستثنائية التي خلفتها الحرب.

[2]- أنظر: (Lucien)) NIZARD, *Op.Cit*, pp. 226-228.

[3]- أنظر: *Ibid*, pp. 226-228.

وقد ساند هذا الرأي الدكتور "إسماعيل محمد شريف" الذي اعتبر أن صلاحية الإدارة في الخروج عن مبدأ المشروعية في تلك الظروف، تدفع القاضي إلى خلق سلطة جديدة، هدفها هو تحقيق المصلحة العامة، المتمثلة في المحافظة على النظام العام وسير المرافق العامة باضطراد[1].

لذلك اعتبر القضاء الإداري أن الظروف الاستثنائية تحدث اتساعا في اختصاصات السلطة البوليسية في ميدان الضبط الإداري، حيث تتضخم في ظلها سلطات البوليس الإداري وتزداد اتساعا. ويعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1919/02/28 في القضية المعروفة «Dol et Laurent»، دليل على هذا التضخم[2]، حيث قرر المجلس رفض دعوى السيدتين، مؤسسا حكمه على: "إن حدود سلطات البوليس الإداري في الظروف العادية ليست هي ذاتها في ظروف الحرب...".

كما تمخضت عن مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأحكام القضائية، التي يرخص فيها للإدارة باسم الضرورة مخالفة القوانين وتقرير اختصاصات جديدة لها لم تكن مقررة لها، وذلك حتى تتمكن من مجابهة تلك الظروف الاستثنائية، ومن ذلك الحكم الصادر في 19 فبراير 1919، والذي جاء في منطوقه: (إن سلطات البوليس التي تهدف إلى صيانة الأمن والنظام وليست في زمن الحرب كما هي في زمن السلم، وأن مطالب الدفاع القومي تعطي لفكرة النظام العام امتدادا واتساعا، كما تبرر اتخاذ إجراءات اشد حماية، مما يسمح للإدارة بسبب ظروف الحرب أن تحجر على الحريات العامة بقدر أكبر مما يكون لها في ظل الظروف العادية). وقد رأى جانب من الفقه الفرنسي أن مجلس الدولة في ذلك الصدد كان دائم الحرص على الموازنة بين حقوق وحريات الأفراد من ناحية وبين مصلحة المجتمع من ناحية أخرى، فكان لا ينكر قيمة قواعد المشروعية العادية.

وبناء عليه، نخلص إلى أن الظروف الاستثنائية تسمح للإدارة بأن تمارس بكل حرية صلاحيات أخرى تختلف عن تلك الممنوحة لها في الظروف العادية، ذلك أن الظروف الاستثنائية قد تكون سببا مبررا لاعطاء السلطة الإدارية اختصاصات جديدة دون أي نصوص قانونية مشروعة، فمثلا تسمح القوانين الاستثنائية لوزير الداخلية المنوط له حفظ النظام العام حق انشاء مركز إداري جديد لأعوان الأمن العمومي، كما هو الحال بالنسبة للجزائر، حيث تم تأسيس فرق الحرس البلدي، ومجموعة الدفاع الذاتي، أو تخصيص فرق مدربة للتدخل السريع، رغم عدم وجود سند قانوني[3].

---

[1]- إسماعيل محمود شريف، المرجع السابق ، ص.487.

[2]- تتلخص وقائع هذه القضية في ان الحاكم البحري لمدينة "تولون" كان قد أصدر أمرا منع بمقتضاه إمرأة من إدارة محلات بيع الخمور والعمل في مثل هذه المحلات أو حتى التردد عليها، وعلى إثر ذلك قامت السيدتان «Dol et Laurent » برفع دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي احتجاجا على هذا الأمر باعتبارهما من فتيات الـ "galantes" ويشملهم المنع. أنظر: (Michel) LONG, (Prosper) WEIL, et autres, *Op.Cit.*, p.151.

[3]- مراد بدران، **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية**، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.245.

ونشير إلى أنه في ظل قيام حالة الضرورة يجوز للإدارة أن لا تلتزم بقواعد الشكل التي ينبغي مراعاتها في الأعمال الإدارية القانونية أو المادية كضرورة استشارة بعض المؤسسات قبل اعلان حالة الطوارئ، وذلك بغية إلزام سلطة الضبط بالتدخل السريع لحماية النظام العام، حتى ولو كانت هذه القواعد الشكلية تمثل ضمانة اساسية للموظفين العموميين أو الأفراد، فتتحرر الإدارة من اتباع الشكليات التي حددها القانون، ويعتبر هذا أيضا مظهرا من مظاهر اتساع سلطات الادارة، وهو ما سيأتي بيانه لاحقا.

الفرع الثاني

التضييق على الأفراد في ممارسة حقوقهم وحرياتهم

بغية ضمان حماية النظام العام واعادة الاستقرار في الدولة، يمنح القانون الاستثنائي للسلطة القائمة على تطبيقه، سلطات واسعة قد تصل إلى حد مصادرة الحقوق والحريات التي كرّسها الدستور[1]، والتي كانت مصانة في ظل الظروف العادية، دون التقيد بقانون الإجراءات الجنائية، كما قد تُقْدم على القيام بأعمال لا نجد لها سند في القوانين واللوائح؛ مما يعني أن مسألة التضييق على الأفراد في ممارسة حقوقهم وحرياتهم، تعد من أخطر مظاهر توسع سلطات الإدارة في حالة الضرورة، وأشدها على الإطلاق.

ومن بين هذه الحقوق والحريات التي يقع تقييدها، أو بالأحرى إضعافها أو إهدارها في تلك الظروف:

1- على صعيد **الحريات الفكرية والأدبية والصحفية**؛ نجد أن السلطة تبدأ بفرض مراقبة شديدة على أي وسيلة يمكنها أن تشكل تهديدا بالأمن، كمراقبة الصحف ومراقبة النشرات والمطبوعات والمجلات ودور النشر والصحافة وكذا المحررات والرسوم، وكافة وسائل التعبير والدعاية والإعلان قبل نشرها، بما فيها الانترنيت، والقيام بضبط الصحف ومصادرة المطبوع منها، ومنع بعضها من الصدور ومصادرتها، وإغلاق أماكن طبعها، وذلك بحجج أنها تثير الإشاعات والتحريض على أعمال العنف وتحرض ضد السلطة، مما تشكل تلك الإجراءات خرقا خطيرا لحرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة والنشر، وخرقا أيضا لحرية البحث العلمي والفني والثقافي، كما قد يصل الأمر بالسلطة في بعض الأحيان إلى حد ممارسة رقابة على مراسلات المواطنين الخاصة وبرقياتهم ومحادثاتهم التليفونية أيا كان نوعها، منتهكة بذلك حرمة الحرية الشخصية، ومثال ذلك ما فعلته تركيا في شهر مارس 2014، على إثر الاضطرابات الأمنية والاحتجاجات التي شهدتها للإطاحة بحكومة "رجب طيب أردوغان"، بإيقاف شبكات التواصل الاجتماعي على الانترنت وهما: "تويتر" و"اليوتوب" على كل مستعمليها بغية تجنب استغلالها في الفتنة والمساس بأمن تركيا [2].

---

[1]- أنظر: (Dominique) TURPIN, ***Droit constitutionnel***, 4éme ed., P.U.F., France, Mars 1999, p.380.

[2]- يرجع سبب أحداث تركيا إلى أن الحكومة التركية حاولت إزالة حديقة ينتفع منها الكثيرين لبناء مول تجاري، فحاولت الشرطة قمع المتظاهرين، مما أدى إلى نزول الأتراك إلى الشوارع والميادين احتجاجا على ما قررته الحكومة في 01 جوان 2013. فمنع أردوغان خدمة "التويتر" على 10 ملايين تركي قبل الانتخابات البلدية بأسبوع، لحجب فضائح حزبه ولأجل كسب الانتخابات البلدية. وكانت هيئة الاتصالات التركية قد حجبت بتاريخ 20 مارس 2014 موقع التواصل الاجتماعي "تويتر" بناء على قرار من رئيس الحكومة "رجب طيب أردوغان" الذي سجل الموقع تسجيلات توحي بأنه متورط في

وقد أكدت كذلك محكمة التنازع الفرنسية أنه في حالة وجود ظروف استثنائية أو ضرورة ملحة تبرر ذلك، يجوز لجهات الإدارة أن تقيد أو تعطل مؤقتا حرية من الحريات العامة كحرية الصحافة أو حرية الرأي، لأنه لا يجوز للقضاء أن يعطل سلطة البوليس أو يشل حركته في هذه الظروف. وهو ما قضت به المحكمة من خلال القضية الشهيرة: قضية مصادرة «Action Français» بتاريخ 1935/04/08، حيث أنه يجوز في الأحوال الاستثنائية –رغم حرية الصحافة– مصادرة الجرائد إداريا إذا كان ذلك لازما حتما للمحافظة على الأمن أو لإعادة نصابه[1].

2– أما فيما يخص **حرية انتقال الأفراد**؛ فإن السلطة تقوم بغلق بعض المناطق من البلاد ومحاصرتها وعزلها عن غيرها، كما تقوم بوضع قيود صارمة على حرية تنقل الأفراد وتحديد أوقات معينة للانتقال، وإغلاق المحال العامة وتحديد أوقات لحظر التجوال في الأماكن العامة وفي الشوارع والمدن[2].

3– وفيما يخص **حرية الاجتماع**؛ فبالرغم من أن القانون الفرنسي[3] قد كفلها تماما، فهو لا يشترط الحصول على إذن من جهة الإدارة ولا حتى إخطارها، إلا أنه يجوز للإدارة منع الاجتماع، إذا كان المنع هو الطريق الوحيد لتدارك ما قد يترتب على هذا الاجتماع من الخطر على الأمن العام، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية «René Benjamin»[4]، وهو ما قضى به أيضا في قضية «Bujadoux» الصادر في1937/02/05 وكذا حكمه في قضية «Bucard» بتاريخ 1936/12/23[5].

4– كما يجوز أيضا للسلطة القائمة على حالة الضرورة أن تقوم بالقبض على المشتبه فيهم أو على الخطرين على الأمن والنظام العام، واعتقالهم دون التقيد بقانون الإجراءات الجنائية. ومثال ذلك: هدر قاعدة توجيه التهمة للمتهم مباشرة عند اعتقاله، حيث ثبت من الناحية الواقعية أن الكثير من الأفراد يتم إيقافهم والقبض عليهم لمدة طويلة دون أن توجه لهم أي تهمة، كما قد تقوم سلطات الضبط مثلا باتخاذ بعض الإجراءات المقيدة للحرية في غير الأحوال المسموح بها في الظروف العادية، ولها أيضا الترخيص بتفتيش

قضايا فساد قبل الانتخابات البلدية التي ستجرى في 30 مارس 2014. وقد قام العديد من مستخدمي الانترنيت بتركيا بالالتفاف حول قرار حجب "تويتر" الذي أثار موجة من الاستنكارات نددت "بالرقابة" وباستغلال السلطة من قبل الحكومة الاسلامية المحافظة التي تتولى الحكم منذ 2002. غير أن السؤال الذي يطرح هنا هو: لماذا أمر رئيس الحكومة التركية بإغلاق "تويتر" دون باقي وسائل الإعلام الأخرى؟، يرى البعض أن خدمة "تويتر" تتحكم حاليا في نصف وسائل الإعلام الحكومية والخاصة كالتلفزيون والصحف، (التعتيم الاعلامي). من مقال: معركة أردوغان مع تويتر، عبد الرحمان الراشد، جريدة الشرق الأوسط، 2014/03/25.

وعلى خلفية تلك الأحداث في تركيا أمرت محكمة إدارية في انقرا يوم الأربعاء 26 مارس 2014 بوقف قرار الحكومة التركية المثير للجدل، والمتعلق بحظر موقع "تويتر"، بحسب ما نقلت وسائل إعلام تركية. وقد اعتبرت المحكمة في حكمها مخالف لمبادئ دولة القانون حسب ما نقلته شبكة "سي أن أن تورك"، **تركيا اليوم**، على الموقع: turkeytoday.net /note/11506

ويرى المحللون أن إغلاق رئيس الحكومة التركية "رجب طيب أردوغان" خدمة "التويتر" و"اليوتوب"، لم يسبقه أحد سوى الرئيس المصري السابق "حسني مبارك" الذي أغلقها على المصريين، على إثر احتجاجات المتظاهرين الذين ملؤوا ميدان التحرير بالقاهرة مطالبين برحيله، كما لجأ أيضا الرئيس التونسي السابق "زين العابدين بن علي" إلى إغلاق "تويتر" و"الفيسبوك "عام 2009 غير أنه تراجع عن ذلك، ليسقط نظامه بعدها بعامين نتيجة انتشار رسائل المعارضة على وسائل التواصل التي أصبحت خارج سيطرته، وكذلك الحال بالنسبة لرئيس ليبيا السابق العقيد "معمر القذافي" عام 2011 عندما ثار الليبيون ضده، في حين لم يلجأ الرئيس السوري "بشار الأسد" لغلق الانترنيت على مواطنيه رغم الأحداث التي تعرفها بلاده احتجاجا على حكمه.

[1]- مجلة القانون العام 1935.

[2]- جبار جمعة اللامي، "إلغاء قوانين الطوارئ في الدول العربية ركيزة أساسية للإصلاح ونشر الديمقراطية"، **الحوار المتمدن**، العدد 1348، تاريخ نشرها 2005/10/15، على الموقع: www.rezar.com/debat/show.art.asp?aid=47955

[3]- بموجب القانون الصادر في 1881/06/30 والمعدل في: 1907/03/28.

[4]- أصدر المجلس حكمه فيها بتاريخ 1933/05/19.

[5]- أنظر مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجزائية التي تتطلب صدور إذن قضائي سابق ومسبب، مما يمثل ذلك تهديدا خطيرا لحرية الاجتماع وحرية الانتقال وحق الأمن وحرمة المسكن.

5- ويسمح أيضا للسلطة القائمة على حالة الضرورة بتكليف أي شخص بتأدية أي عمل من الأعمال، والاستيلاء على أي منقول أو عقار خاص لاستعماله في تخزين الذخائر والأسلحة إبان الحرب وفي حالة التعبئة العامة، رغم أن فعل الاستيلاء – كما ذكرنا سابقا- يعد تهديدا لحرمة الملكية الخاصة.

ويجوز أيضا للإدارة القيام بسحب التراخيص بالأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار أو المفرقعات على اختلاف أنواعها، والأمر بتسليمها وضبطها وإغلاق المخازن والأسلحة.

لكن نخلص إلى القول، بأنه إذا كان توسيع سلطات الادارة أمر لابد منه للحفاظ على النظام العام في ظروف معينه، إلا أن هذا التوسيع يجب أن ينظم بشكل دقيق، لا يترك مجالا للإدارة للمساس بحقوق وحريات الافراد، عندما لا تكون هناك حاجه لذلك.

لكن مهما بلغت القوانين المنظمة لحالة الطوارئ من دقه في التنظيم، فإن ذلك لا يعدو أن يكون إلا حبراً على ورق، ما لم تكن هناك رقابه قضائية فعاله على عمل الإدارة في تلك الظروف الاستثنائية.

الفصل الثاني

مدى مساهمة الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة

يجمع الفقه على أن الرقابة بنوعيها القضائية والدستورية، تعد من أهم الضمانات التي يتعين عليها أن تساهم في حماية الحقوق والحريات في كل الأوضاع التي تكون عليها الدولة، وبالأخص في حالة الضرورة أين تكون حقوق وحريات الأفراد مهددة بالانتهاك والتقييد، فالقاضي الإداري والدستوري يبسط رقابتهما على الكيفية التي تمَ بها تقيدها والغرض من ذلك، فإذا كان بغرض حماية الدولة ومؤسساتها فإن هذه الحماية تكون أساس في حماية الحقوق والحريات التي تمّ تقييدها لهذا الغرض. أما إذا قيّدتها دون سبب أو استمر تقييدها بعد زوال الظروف الاستثنائية، فإن هذا يعدُ اعتداء على الحقوق والحريات المصانة دستوريا، مما يتعين على القاضي (سواء إداري أو دستوري) التصدي لقرارات ولوائح الضرورة بإلغائها أو إلزام السلطة التنفيذية بتعويض كل من تضرر منها.

وإذا سلمنا فعلا بأن القضاء بصفة عامة والقضاء الإداري بصفة خاصة وكذا المجلس الدستوري، يتمتعان بالاستقلالية في القيام بمهامهم في الظروف العادية، فإن الاشكال الذي يطرح في هنا هو: ما مدى تمتع المجلس الدستوري والقاضي الإداري بسلطة فرض رقابتهما على الاجراءات والتدابير الاستثنائية التي تقوم بها السلطة التنفيذية أثناء حالة الضرورة، والتي قد تنتهك فيها قواعد المشروعية الاستثنائية وحقوق وحريات الأفراد المحمية دستوريا، وهل يستطيع القاضي الإداري أن يقرّ بمسؤولية الدولة عن انتهاكها لتلك الحقوق والحريات إبان العمل بالسلطات الاستثنائية، وبالتالي امكانية فرض التعويض للمتضررين منها؟.

للإجابة عن هذا الاشكال قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

نخصص **المبحث الأول** لمدى مساهمة الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة، ونتناول في **المبحث الثاني** لتقدير مدى مساهمة القاضي الإداري في رقابة مدى مشروعية الإجراءات الاستثنائية، أما **المبحث الثالث** فخصصناه لسلطة القاضي الإداري في تقرير مسؤولية الدولة أعمالها في حالة الضرورة.

المبحث الأول

مدى مساهمة الرقابة الدستورية

في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة

لا يمكننا التقليل من أهمية النص على الحقوق والحريات في صلب الدستور، لأن ذلك يشكل بحد ذاته ضمانة فعلية لحمايتها، لاسيما في أوقات الأزمات، غير أن النص الصريح على الحقوق والحريات في الدستور ليس كافيا، ما لم يقترن بضمانة أخرى تعزز هذه الحماية، والمتمثلة في الرقابة على دستورية القوانين، لاسيما وأن الظروف الاستثنائية التي تواجهها سلطات الدولة قد تضطرها إلى التحلل من ضوابط الشرعية الدستورية والخروج عن القواعد المقررة في القوانين خاصة تلك المنظمة للحرية، سواء منها الداخلية أو التي نظمتها الاتفاقيات الدولية، فتحاول أن تتخذ التدابير والإجراءات الاستثنائية العاجلة لأجل حماية أمنها وسلامة مؤسساتها، ولو كان ذلك على حساب قواعد المشروعية وحريات الأفراد، ولو دفعها ذلك إلى خرق تعهداتها الدولية.

ولأجل إبراز مدى مساهمة الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في تلك الظروف الاستثنائية، كان علينا بداية تخصيص **المطلب الأول** من هذا المبحث لبيان مدى مساهمة الرقابة الدستورية والمراحل التاريخية التي مرت بها الرقابة الدستورية في الجزائر من دستور 1963 إلى غاية التعديل الدستوري 01/16، ثم نعالج في **المطلب الثاني** مدى دستورية النصوص المنظمة لحالة الحصار والطوارئ في الجزائر ومدى تطابقها مع ما تطلبته الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحقوق والحريات، لنصل في الأخير من خلال **المطلب الثالث** ببيان الأسباب التي جعلت المجلس الدستوري الجزائري عاجزا عن ممارسة الرقابة الدستورية على تلك النصوص التي نظمت حالتي الحصار والطوارئ.

المطلب الأول

الرقابة على دستورية القوانين في النظام الدستوري الجزائري

إن القواعد الدستورية التي يتألف منها النظام القانوني للدولة، هي من صنع الدولة ذاتها، الأمر الذي يجعل إمكانية الخروج عن تلك القواعد من قبل صانعها أمرا محتملا. لهذا السبب تعتبر الغاية الحقيقية من تقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين هو لتأكيد مبدأ سمو الدستور، إذ لا يمكن تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقق للدستور –كما أسلفنا– السمو الشكلي بجانب السمو الموضوعي.

و للقيام بمهمة الرقابة لابد من وجود جهاز أو هيئة تتولى فحص القوانين للتأكد من مطابقتها للمبادئ والقواعد الدستورية، غير أن دساتير معظم الدول اختلفت فيما بينها حول الطريقة والجهة التي تتولى مهمة الرقابة، والصلاحيات التي يمنحها القانون من في هذا الشأن، فتعددت بذلك أشكال هذه الرقابة واختلفت من نظام إلى آخر، تبعا لاختلاف التنظيم الدستوري لشكل هذه الرقابة، والآليات التي تتم بها عملية الرقابة، والجهة التي يعهد لها بممارسة هذه الوظيفة[1].

وتعد الرقابة القضائية[2] والرقابة السياسية[3] على دستورية القوانين، بين أكثر أساليب الرقابة شيوعا وتطبيقا من قبل الأنظمة الدستورية المعاصرة، كما يمكن أن تمارس الرقابة على دستورية القوانين بأسلوب الرقابة الشعبية ورقابة منظمات المجتمع المدني [4]. حيث تعتبر هذه الأخيرة وخاصة المنظمات غير الحكومية، العين الساهرة على المجتمع وعلى احترام الدستور، فمن خلال هذه المنظمات المستقلة عن سيطرة ونفوذ السلطة، يقوم أفراد المجتمع بممارسة دورهم وحقهم في اختيار ومراقبة السلطات العامة في الدولة وما تصدره من قوانين ولوائح وتشريعات ومدى مطابقة هذه القوانين مع مبادئ الدستور، وتقوم منظمات حقوق الانسان ومنظمات المجتمع المدني المختلفة بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، كما لها دور في تحقيق التنمية الديمقراطية والدفاع عن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

غير أنه هناك بعض الدول من تمنع بشكل صريح الرقابة على دستورية القوانين[5].

---

[1]- هناك من الأنظمة من كانت تجعل الرقابة على دستورية القوانين اختصاصا خالصا لهيئة نيابية، كما كان عليه الحال في بعض الدول الاشتراكية.

[2]- ينطلق مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، بالنسبة للدول التي تكلف سلطة قضائية اختصاص الفصل في مدى دستورية قانون ما تصدره السلطة التشريعية، من فكرة حق الأفراد في حماية حقوقهم وحرياتهم المقررة بموجب الدستور، إذ غالبا ما يحدد الدستور محكمة معينة تختص بذلك، ويخول لها الحكم بإلغاء القوانين المخالفة للدستور، كما هو الحال في الدستور المصري لسنة 1971 الذي أسند هذه المهمة إلى المحكمة الدستورية العليا، أين يتم تحريك الدعوى الدستورية أمامها، إما عن طريق دعوى أصلية أو عن طريق الدفع الذي يتقدم به أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام جهة قضائية، بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، وهنا توقف المحكمة الفصل في النزاع وتحيل موضوع الدستورية إلى المحكمة المختصة. لمزيد من التفاصيل حول الموضوع أنظر رسالتنا: نجاح غربي، **إجراءات تحريك الرقابة على دستورية القوانين**، (دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر)، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2014.

[3]- تمتاز طريقة الرقابة السياسية على دستورية القوانين، الممنوحة لهيئة سياسية هي المجلس الدستوري، بأنها رقابة وقائية تسبق صدور القانون، حيث يتولى المجلس فحص دستورية القوانين التي تحال إليه من الجهات الرسمية قبل إصدارها، فإذا قرر عدم دستوريتها ترتب على ذلك عدم إصدارها، وله أن يمارس هذه الرقابة بعد صدور وتطبيق النص القانوني، متى حركت الرقابة بشأنه من قبل الجهة المعهود لها مهمة إخطار المجلس، لذلك تسمى الرقابة قبل اصدار النص القانوني بالرقابة الدستورية السابقة أو القبلية، أما الرقابة التي تمارس بعد صدور النص فتسمى الرقابة الدستورية اللاحقة أو البعدية. من بين دساتير الدول العربية التي تبنت الرقابة الدستورية بواسطة المجلس الدستوري نذكر: تونس بموجب دستور1995، المغرب بموجب دستور 1996، موريطانيا في دستورها لسنة 1991، لبنان بموجب دستور 1990، و الجزائر بموجب دستور 1963، وبعده دستور 1989، بالاضافة لعدد من دول أوربا الشرقية، أما فرنسا فإنها تعد البلد الأم لهذا النوع من الرقابة، حيث ظهرت أولى المحاولات لتقرير الرقابة السياسية من الناحية التاريخية في فرنسا سنة 1795، حيث اقترح الفقيه "سييز" انشاء هيئة سياسية تكون مهمتها إلغاء القوانين المخالفة للدستور، غير أن الجمعية التأسيسية آنذاك لم توافق على هذا الإقتراح، وعند إعداد دستور السنة الثامن في عهد نابليون عاد"سييز" وطرح اقتراحه مرة أخرى واستطاع إقناع واضعي الدستور بسلامة مقترحه، وبذلك أنشأ مجلس يطلق عليه "المجلس المحافظ" وفقا لدستور السنة الثامنة، تكون مهمته فحص مشروعات القوانين للتحقق من عدم مخالفتها للدستور، كما أخذت فرنسا بهذه الرقابة في دستور سنة 1852 وعهد بمهمة الرقابة إلى مجلس الشيوخ، بيد أن كلا المجلسين (المجلس المحافظ ومجلس الشيوخ) لم يوفقا في هذه المهمة بسبب سيطرة الامبراطور عليها، حيث كان المجلسين بيد الامبراطو. أما دستور 1946 فقد أنشأ اللجنة الدستورية التي تقوم بمهمة الرقابة الدستورية، أما دستور سنة 1958 فقد نص على تشكيل "المجلس الدستوري" للقيام بهذه المهمة.

[4]- يمكن أن تمارس الرقابة على دستورية القوانين بأسلوب الرقابة الشعبية، والتي تتمثل في رقابة الرأي العام والصحافة ووسائل الاعلام الأخرى، إذ قد تمنح بعض الدول لهذه الجهات، أو ما يطلق عليها بالسلطة الرابعة، الحق في الاحتجاج على خرق قانون ما لقواعد الدستور، والطلب إلى الأجهزة المختصة (المحاكم أو المجالس الدستورية) لمعالجة هذا الخرق، ويتم ذلك وفق آليات ينظمها القانون، ومن بين الدول التي تبنت هذا الأسلوب ألمانيا، غانا، وسلوفاكيا.

[5]- ومثال على ذلك الدستور البلجيكي لسنة 1831 والدستور البولوني لسنة 1921، إضافة إلى بريطانيا حيث أن نظامها يقوم على مبدأ سيادة البرلمان ومن ومن ثم يتعذر تقييد سلطته أو إقرار أية رقابة على ما يصدره من تشريعات. أنظر: ديندار شيخاني، "الرقابة على دستورية القوانين"، على الموقع الالكتروني: esvni@yahoo.com

وعليه، فبما أن الرقابة الدستورية تشكل ضمان قانوني يكفل احترام الدستور في المجتمع من طرف سلطات الدولة، بل أن حماية الدستور من خلال الرقابة على دستورية القوانين تعد أهم من إعداد الدستور وإقراره. فإننا سنحاول في هذا المطلب أن نبين أهداف الرقابة على دستورية القوانين في **الفرع الأول**، ونتطرق في **الفرع الثاني** للمراحل التاريخية التي مرت بها الرقابة الدستورية في الجزائر.

الفرع الأول

أهداف الرقابة على دستورية القوانين

يؤكد معظم فقهاء القانون الدستوري على أهمية مبدأ الرقابة على دستورية القوانين في الدول الديمقراطية المعاصرة، كونها تهدف إلى تحقيق بعضا من الأهداف، سواء بالنسبة للدستور في حد ذاته أو بالنسبة للحقوق والحريات، تتمثل هذه الأهداف خصوصا في:

1- أن عملية الرقابة على دستورية القوانين التي تقوم بها الهيئة المكلفة بالرقابة، تهدف إلى التأكد من احترام القوانين لأحكام الدستور، والتعرف عما إذا كانت السلطة التشريعية على الخصوص قد التزمت حدود اختصاصاتها المحددة دستوريا. فإذا أصدرت السلطة التشريعية قانونا يخالف مبدأ أو نصا دستوريا أو قانونا يعيق أو يوقف ممارسة الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، فإن السلطة التشريعية تكون بذلك قد تجاوزت اختصاصاتها، ويصبح ما أقدمت عليه باطلا لمخالفته للدستور، دون الحاجة إلى النص على ذلك البطلان في صلب الوثيقة الدستورية، وهذا البطلان يعتبر نتيجة حتمية لفكرة الدستور الجامد الذي لا يمكن للقوانين العادية أن تعدله.

وعليه فإن الرقابة الدستورية تهدف إلى ضمان أن تكون كافة القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والأوامر واللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية غير مخالفة للدستور، مما يعني أن الرقابة على الدستورية هي الحارس على الشرعية القانونية وهي التي تحافظ على الحدود الدستورية للسلطات.

2- تهدف الرقابة على دستورية القوانين أيضا إلى ضمان حقوق الانسان وحرياته الأساسية، وضمان سيادة القانون وكفالة العدالة والمساواة في المجتمع الديمقراطي، والتي هي من الضمانات الهامة للحرية والديمقراطية.

الفرع الثاني

المراحل التاريخية للرقابة الدستورية في الجزائر

(من دستور 1963 إلى غاية التعديل الدستوري 01/16)

عرفت الجزائر في تطبيقها لنظام الرقابة الدستورية بواسطة المجلس الدستوري، المقتبس عن النظام الفرنسي، مرحلتين تاريخيتين هما: مرحلة ما بعد الاستقلال، وهي المرحلة الممتدة من دستور 1963 إلى غاية دستور 1989 **(أولا)**، والمرحلة الممتدة من دستور 1989 إلى غاية دستور 1996 **(ثانيا)**، أما التعديل الدستوري 01/16، فقد أدخل تعديلات جذرية في هيئة المجلس الدستوري، سواء من حيث التشكيلة أو من حيث طريقة العمل **(ثالثا)**.

أولا: مرحلة ما بعد الاستقلال (الممتدة من دستور 1963 إلى غاية دستور 1989)

تبنت الجزائر مباشرة بعد الإستقلال، بموجب دستور 1963، نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين. لكن ما ميّز هذه المرحلة هو غياب تام ومطلق لتطبيق هذه الرقابة؛ إذ على الرغم من أن دستور 1963 قد تضمن النص على المجلس الدستوري ليقوم بوظيفة الرقابة على دستورية القوانين، بموجب المادتين 63 و64 منه، إلا أن هذه المؤسسة لم يكتب لها أن قامت بهذه الوظيفة بسبب تعليق العمل بالدستور على إثر إنقلاب 19 جوان 1965، فكان هذا التعليق هو العامل الذي تسبب في عدم تطبيق الرقابة على دستورية القوانين في تلك الفترة وفي المرحلة اللاحقة، وهي المرحلة الانتقالية الممتدة من: 1965/06/19 إلى غاية 1976/11/22. كما لم يتضمن دستور 1976 أية إشارة للرقابة على دستورية القوانين، مكتفيا بالنص على أن الحقوق والحريات مصانة من قبل القضاء، وهذا ما تقضي به المادة 164 من الدستور.

وبناء عليه، فقد اتصفت الرقابة التي مورست في تلك الحقبة بواسطة أجهزة دائمة للدولة، بأنها رقابة شعبية تقوم بها المؤسسات المنتخبة على جميع المستويات وهي؛ المجالس الشعبية للولايات والمجالس الشعبية للبلديات ومجالس العمال[1].

ثانيا: المرحلة الممتدة من دستور 1989 إلى غاية دستور 1996

تميزت المرحلة الثانية من تاريخ الرقابة الدستورية في الجزائر، وهي الفترة الممتدة من صدور دستور 1989 إلى دستور 1996 المعدل والمتمم، بأخذها بنظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين، حيث

[1]- أنظر فيما يتعلق بأشكال الرقابة المعتمدة في دستور1976: عبد الرحمن تقيدة، **نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري**، رسالة ماجستير في القانون، جامعة عنابة، 1990، ص.120 وما بعدها.

كان التجسيد الفعلي لهذه الرقابة بعد صدور دستور 23 فبراير1989، فقد نص على إنشاء هيئة المجلس الدستوري كجهاز رقابي سياسي، يكلف ببحث مدى دستورية القوانين، ويسهر على إحترام الدستور.

ويرجع السبب في إضفاء الطبيعة السياسية للمجلس الدستوري، وإعتباره هيئة سياسية غير قضائية إلى الطابع التشكيلي له، حيث يتم تعيين غالبية أعضائه من السلطتين التنفيذية والتشريعية، بينما لا تعين السلطة القضائية سوى عضوين من بين أعضائها. وما يضفي عليه الطابع السياسي أيضا، هو إفتقاده للعنصر المتخصص لأن أعضاءه ليسوا قضاة، مما يعني احتمال أن تتأثر آراءهم وقرارتهم بأفكار وإتجاهات الجهات السياسية المعينة لهم. بالإضافة إلى أن مدة العضوية في المجلس والمحددة بـ 6 سنوات غير قابلة للتجديد تؤكد هي الأخرى هذه الطبيعة، وهذا خلافا للقاضي الذي يمارس وظيفته بإستمرار دون إنقطاع[1].

وما يلاحظ على دستور 1989 أنه لم يحصر دور المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات الدولية والتنظيمات فقط، كما ذهب إليه دستور 1963، بل وسع من صلاحياته بإضافة صلاحيات أخرى، تتمثل حسب المادتين 153 و154 من الدستور، في تكليفه بمهمة الرقابة على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية وإعلان نتائج هذه العمليات. لذلك فقد كان القرار المتعلق بقانون الإنتخابات في: 1989/08/20، هو أول قرار أصدره المجلس الدستوري مباشرة بعد تنصيبيه من طرف رئيس الجمهورية بتاريخ 1989/05/08.

غير أن المجلس الدستوري توقف عن العمل خلال المرحلة الانتقالية حول أرضية الوفاق الوطني، حيث وأمام هذا الوضع، الذي اختفت فيه المؤسسات الدستورية المنتخبة (رئيس الجمهورية والبرلمان)، طرحت إشكالية مدى إمكانية الإبقاء على المجلس الدستوري وصلاحياته فيما يخص الرقابة على دستورية القوانين؟. فجاءت المادة 41 من المرسوم الرئاسي 40/95 الصادر بتاريخ 1994/01/29 المتعلق بنشر أرضية الوفاق الوطني لتجيب على ذلك بقولها: "يمارس المجلس الوطني الانتقالي الصلاحية المنصوص عليها في المادة 154 من الدستور لصالح رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني على التوالي"[2].

وعلى غرار الدستور السابق، خصص دستور 1996 المواد من 163 إلى 169 لموضوع الرقابة الدستورية، مانحا هذا الإختصاص إلى هيئة المجلس الدستوري الذي يتشكل من تسعة (9) أعضاء، يقومون بمهامهم مرة واحدة مدتها (6) سنوات. ولا يمكنه أن يمارس اختصاصه إلا بناء على إحالة ممن لهم الحق في إثارة الطعن بعدم الدستورية وهما رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، وفي هذا الصدد ألزمت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 165 إحالة بعض النصوص على المجلس الدستوري ليمارس عليها الرقابة الدستورية

[1]- غير أن الدكتور سعيد بوالشعير يعتبر المجلس الدستوري هيئة قضائية بالنظر إلى كيفية ممارسته للرقابة الدستورية، وأيضا للطبيعة الإلزامية لقرارته غير القابلة للطعن. أنظر: سعيد بوالشعير، **النظام السياسي الجزائري**، دار الهدى للطباعة، عن مليلة، الجزائر، 1990، ص ص.123-124.

[2]- بن سهلة ثاني بن علي، "المجلس الدستوري بين الرقابتين السياسية والقضائية: ودراسة مقارنة على ضوء التطور الدستوري في الجزائر"، **إدارة مجلة المدرسة الوطنية للإدارة**، العدد 22، المجلد11، 2001، ص.70.

الإلزامية قبل إصدارها ونشرها، ويتعلق الأمر هنا بالقوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان. كما نص الدستور على وجوب عرض إتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم على المجلس الدستوري ليصدر بشأنها رأيا وجوبيا قبل عرضها على البرلمان للمصادقة عليها حسب المادة 97 من الدستور.

ثالثا: الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري رقم 01/16

أعاد التعديل الدستوري (القانون رقم 01/16) النظر في تنظيم المجلس الدستوري[1]، سواء من حيث التشكيلة وشروط العضوية **(1)**، أو من حيث طريقة عمله **(2)**، أو من حيث آثار الرقابة الدستورية **(3)**.

(1)- التعديل في تشكيلة وشروط عضوية المجلس الدستوري: قصد ضمان تمثيل متوازن للسلطات الثلاث بداخل المجلس الدستوري، أحدث التعديل الدستوري تغييرا في تشكيلته، وذلك بزيادة عدد أعضائه، ليصبح عددهم اثنى عشرة (12) عضوا[2]. كما دعـــم التعديل الدستوري المركز القانوني لأعضائه، من خلال تمديد مدة العهدة إلى ثماني (8) سنوات[3]، يتمتعون خلالها بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية[4]، بالإضافة إلى أنه أخضع أعضاء المجلس الدستوري لإلزامية أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية[5].

ولضمان استقرار وديمـــومة المؤسّسة، استحداث التعديل منصبا جديدا لم يكن موجودا في السابق، وهو منصب نائب رئيس المجلس الدستوري الذي يعينه رئيس الجمهورية[6].

ولزيادة فعالية هذه الهيئة ومن قوة وصرامة ما تتخذه من آراء وقرارات، قيّد التعديل شروط العضوية في المجلس الدستوري، بشرطين هما:

- بلوغ الأعضاء سن الأربعين (40) سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم،
- وأن يتمتع العضو بخبرة مهنية مدتها خمس عشرة (15) سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية، في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة[1].

---

[1]- نصت الفقرات الأولى من المادة 182 من التعديل الدستوري 2016: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلّف بالسهر على احترام الدستور.
كما يسهر المجلس الدستوري على صحة عمليات الاستفتاء، وانتخاب رئيس الجمهورية، والانتخابات التشريعية.
وينظر في جوهر الطعون التي يتلقاها حول النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية ويعلن النتائج النهائية لكل العمليات المنصوص عليها في الفقرة السابقة". ونصت الفقرة الأخيرة من المادة 182: "يتمتع المجلس الدستوري بالاستقلالية الإدارية والمالية".

[2]- حسب المادة 183 من التعديل الدستوري 2016، أصبح عدد أعضاء المجلس الدستوري اثنى عشرة (12) عضوا: "أربعة (4) أعضاء من بينهم رئيس المجلس، ونائب رئيس المجلس، يعينهم رئيس الجمهورية، واثنان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الأمة، واثنان (2) تنتخبهما المحكمة العليا، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الدولة.
وفي حالة تعادل الأصوات بين أعضاء المجلس الدستوري، يكون صوت رئيسه مرجحا. وبمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم، يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى، وأي نشاط آخر أو مهنة حرة.
ولا يمكن أن يكونوا محل متابعات أو توقيف بسبب ارتكاب جريمة أو جنحة إلا بتنازل صريح من المعني بالأمر أو بترخيص من المجلس الدستوري".

[3]- نصت الفقرة الخامسة من المادة 182 على أنه: "يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة مدتها ثماني (8) سنوات، ويجدد نصف عدد أعضاء المجلس الدستوري كل أربع (4) سنوات".

[4]- تنص المادة 185 من التعديل: "يتمتع رئيس المجلس الدستوري ونائب الرئيس، وأعضاؤه، خلال عهدتهم، بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية.
ولا يمكن أن يكونوا محل متابعات أو توقيف بسبب ارتكاب جريمة أو جنحة، إلا بتنازل صريح من المعني بالأمر أو بترخيص من المجلس الدستوري".

[5]- أشارت الفقرة الأخيرة من المادة 182 إلى صيغة اليمين التي يؤديها أعضاء المجلس الدستوري عند تقلدهم لمهامهم، بقولها: "يؤدي أعضاء المجلس الدستوري اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم، حسب النص الآتي: أقسم بالله العلي العظيم أن أمارس وظائفي بنزاهة وحياد، وأحفظ سرية المداولات وأمتنع عن اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس الدستوري»".

[6]- نصت الفقرة الرابعة من المادة 182 من التعديل الدستوري لسنة 2016: "يعين رئيس الجمهورية رئيس ونائب رئيس المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ثماني (8) سنوات".

(2)- التعديل في طريقة العمل: عرفت طريقة عمل المجلس الدستوري تعديلات هامة مست بالخصوص آلية الإخطار التي توسعت لتضم جهات أخرى **(أ)**، كما سمح التعديل الدستوري بخلق تقنية جديدة لتحريك الرقابة الدستورية تتمثل في تقنية الإخطار عن طرق الدفع **(ب)**، بالاضافة إلى تعديل ميعاد الفصل في دستورية القوانين **(ج)**.

(أ)- توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري: إن أهم تعديل مسّ المجلس الدستوري هو توسيعه لدائرة الإخطار، فالمجلس الدستوري لا يمارس مهمة الرقابة بصفة تلقائية، إلا إذا وجه له إخطار من قبل الشخصيات والهيئات التي حددتهم المادتين 187 و 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016، فبالإضافة إلى امكانية أن يكون الإخطار من رئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، أجاز التعديل لكل من الوزير الأول، والأقلية البرلمانية[2]، بنسبة خمسين (50) نائبا من الغرفة الأولى للبرلمان أو ثلاثين (30)عضوا في مجلس الأمة، إخطار المجلس الدستوري، وهو ما نصت عليه المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016: "يُخطِر المجلسَ الدستوري رئيسُ الجمهورية أو رئيسُ مجلس الأمة أو رئيسُ المجلس الشعبي الوطني أو الوزيرُ الأول.

كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة.

لا تمتد ممارسة الإخطار المبيّن في الفقرتين السابقتين إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188 أدناه".

إن توسيع دائرة الإخطار، لتضم الوزير الأول وعدد معين من النواب وأعضاء مجلس الأمة، ويعد تقليد لما فعله المؤسس الدستوري الفرنسي 1958، في المادة 61 منه، حيث جاء فيها بأن: "القوانين العضوية (الأساسية) قبل إصدارها، واقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة (11)، قبل عرضها على الاستفتاء، والنظام الأساسي لمجلسي البرلمان، قبل تطبيقهما، يجب عرضها على المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور.

---

[1]- أنظر: المادة 184 من التعديل الدستوري 01/16.

[2]- وهو أيضا ما أشارت إليه المادة 114 المستحدثة في الدستور بقولها: "تتمتع المعارضة البرلمانية بحقوق تمكنها من المشاركة الفعلية في الأشغال البرلمانية وفي الحياة السياسية، لاسيما منها:

1-حرية الرأي والتعبير والاجتماع،
2-الاستفادة من الإعانات المالية الممنوحة للمنتخبين في البرلمان،
3-المشاركة الفعلية في الأشغال التشريعية،
4-المشاركة الفعلية في م ا رقبة عمل الحكومة،
5-تمثيل مناسب في أجهزة غرفتي البرلمان،
6-إخطار المجلس الدستوري، طبقا لأحكام المادة 187 (الفقرتان 2 و3) من الدستور، بخصوص القوانين التي صوت عليها البرلمان،
7-المشاركة في الدبلوماسية البرلمانية".

كما يجوز إحالة القوانين قبل إصدارها على المجلس الدستوري، من طرف رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ، أو ستين (60) نائبا أو ستين (60) عضوا في مجلس الشيوخ"[1].

ومن اللافت للانتباه أن توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري جاءت نتيجة لمناداة البعض من رجال السياسة بضرورة اشراك الأقلية البرلمانية والمواطنين، إلى جانب رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، في عملية إخطار المجلس الدستوري، نظرا لما لاحظوه من ركود في نشاطه. ومن بين هؤلاء، الرئيس الأسبق للمجلس الدستوري الدكتور "محمد بجاوي"، حيث قال، عندما كان مترئسا للمجلس الدستوري، في سنة 2004: "...أعتقد أنه حان الأوان لأن نرفع هذا التحدي، وبالتالي أصبحت المراجعة الدستورية لكيفيات تدخل المجلس الدستوري إلزامية أكثر من أي وقت مضى، حيث ينبغي أن تهدف هذه المراجعة الدستورية إلى إحداث بالنسبة للأقلية البرلمانية والمواطن، آليات قانونية تسمح لهم بالتعبير والطعن في النصوص القانونية التي تبدو لهم غير دستورية. لذلك ينبغي أن تتوسع صفة الإخطار أمام المجلس الدستوري، كما ذكرت وطالبت بذلك مرارا، إلى فعاليات سياسية جديدة من خلال ممارسة حق الدفع أمام السلطات القضائية المختصة... فأنا مقتنع تماما أن تجسيدها سيحرر ديناميكة سياسية جديدة تحقق التقدم التدريجي للمجلس الدستوري، وتعطي المعنى الكامل للديمقراطية التعددية في الجزائر، وسيكون هذا الأمر مفيدا جدا بالنسبة لمصداقية المؤسسة، بل وكذلك بالنسبة للمعارضة السياسية التي ستستفيد من قانون أساسي دستوري، ودور أكثر فعالية في العملية التشريعية..." [2].

(ب)- تحريك الرقابة الدستورية بواسطة الدفع: لم يكتف التعديل الدستوري بتمكين الجهات السياسية مهمة إخطار المجلس الدستوري، بل خول بموجب المادة 188 منه لجهتين قضائيتين مهمة إخطار المجلس بواسطة إجراء الدفع بعدم الدستورية[3]، وهي التقنية المتبعة في الدول التي تأخذ بأسلوب الرقابة بواسطة هيئة قضائية، كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا بمصر.

غير أن الدفع بعدم دستورية النص القانوني لا يتم رفعه من قبل صاحب المصلحة مباشرة أمام المجلس الدستوري عن طريق الدعوى، وإنما يتم بواسطة دفع فرعي، وذلك بمناسبة دعوى قضائية قائمة أمام إحدى

---

[1]- جاء نص 61 من الدستور الفرنسي على النحو التالي:

« Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaire, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai et ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation ».

[2]- محمد بجاوي، "المجلس الدستوري صلاحيات... إنجازات...وآفاق"، **مجلة الفكر البرلماني**، العدد الخامس، الصادرة عن مجلس الأمة، أفريل 2004، ص ص.42-43.

[3]- حول مميزات نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين المعروفة في مصر، مقارنة بالرقابة السياسية المتبعة في الجزائر، من حيث إجراءات تحريكها. أنظر: نجاح غربي، المرجع السابق، ص 121- 126.

الجهات القضائية، إذا ادعى أحد أطراف النزاع أثناء المحاكمة، أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فيتم إحالة ذلك الدفع على المجلس الدستوري من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة[1]، اللذين لهما الحق في رفض الإحالة حسب سلطتهما التقديرية. وفي هذه الحالة يصدر المجلس الدستوري قرارا وليس رأيا، حسب الفقرة الثانية من المادة 189 من التعديل الدستوري لسنة 2016[2].

ونشير في هذا الصدد إلى أن تقنية الدفع بعدم دستورية النص القانوني المستحدثة في دستور 1996، هو تقليد لما قام به المؤسس الدستوري الفرنسي، من خلال المادة 61-1 من تعديل الدستور الفرنسي الصادر في 23 جويلية 2008، حيث خول بموجبها، لكل من مجلس الدولة، ومحكمة النقض حق إخطار المجلس الدستوري متى كان هناك اعتداء على أحد الحقوق، أو إحدى الحريات الأساسية، حيث نصت هذه المادة بأنه: "إذا ثبت أثناء النظر في الدعوى أمام جهة قضائية أن نصا تشريعيا يمثل اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز اشعار المجلس الدستوري –بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محكمة النقض– بهذه المسألة التي يفصل فيها في أجل محدد. يحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة"[3].

إن اعتماد الدستور لتقنية الإخطار بواسطة الدفع سوف تساهم –من وجهة نظرنا– في زيادة نشاط المجلس الدستوري، وسوف تعزز أيضا في دوره باعتباره حامي الحقوق والحريات، وفي هذا الصدد يقول الدكتور "محمد بجاوي"، الذي سبق له وأن نادى بضرورة منح الأفراد حق الطعن في دستورية قانون يمس بحقوقهم وحرياتهم الأساسية: "...إن فتح المجال للمواطن من خلال ممارسة حق الدفع بعدم دستورية الأعمال والتصرفات القانونية المتصلة بموضوع الدعوى القضائية الأصلية، سيشكل تقدما أكيدا لحقوق الإنسان والديمقراطية في الجزائر. من البديهي أن هذا الميكانيزم لن يكون فعالا إلا إذا كان مصحوبا بتنظيم ملائم... بل بالتفكير في تنظيم خاص للإخطار، بحيث لا يمكن أن يكون هذا الإخطار غير مباشر بما أنه سيمارس من خلال الجهات القضائية العليا، ويجب أن يأخذ في الحسبان مبادئ وأحكام التنظيم الدستوري الحالي للسلطات والعلاقات الوظيفية فيما بينها وتمثيلها المتوازن في المجلس الدستوري ومقتضيات حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية في ظل دولة القانون..." [4].

---

[1]- تنص المادة 188 من التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون رقم 01/16: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

[2]- تنص الفقرة الثانية من المادة 189 من التعديل الدستوري على أنه: "عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره .
ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبّب من المجلس ويبلّغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار".

[3]- جاء النص الفرنسي لهذه المادة على النحو التالي:

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative port attente aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.
Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

[4]- محمد بجاوي، "المجلس الدستوري صلاحيات... إنجازات...وآفاق"، المرجع السابق، ص ص. 42-43.

(ج)- ميعاد الفصل في دستورية القوانين: فرّقت المادة 189 من التعديل الدستوري بين نوعين من المواعيد للفصل في الدستورية، وذلك بحسب الجهة التي وجهت له الإخطار، بقولها: "يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة، ويعطي رأيه في ظرف ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإخطار.

وفي حال وجود طارئ، وبطلب من رئيس الجمهورية، يخفض هذا الأجل إلى عشرة (10) أيام.

عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188، فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره.

ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبّب من المجلس ويبلّغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار".

- **الفصل في مدة ثلاثين (30) يوما:** يفهم من الفقرة الأولى من المادة 189، أنها اشترطت على المجلس الدستوري أن يعطي رأيه -بعد أن يتداول فيه في جلسة مغلقة- في ظرف ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإخطار الصادر عن الشخصيات المذكورة في 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016، فإذا كان موضوع الرقابة نصا تشريعيا أو تنظيميا، فإنهما يفقدان أثرهما ابتداء من يوم قرار المجلس القاضي بعدم دستوريتهما[1]. أما إذا كان موضوع الرقابة معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية، فإنه يترتب على رأي المجلس الدستوري القاضي بعدم دستوريتها، هو عدم التصديق عليها، حسب المادة 190 من الدستور[2].

واستثناءً من ذلك يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب تقليص مدة الفصل في الدستورية من ثلاثين (30) يوما إلى عشرة (10) أيام، وذلك في حال وجود طارئ، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 189 من الدستور.

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 61 من الدستور الفرنسي في فقرتها ما قبل الأخيرة، التي نصت بأنه: "على المجلس الدستوري الفرنسي أن يبت، في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين للمادة 61، خلال شهر. وفي حالة الاستعجال يتم تقصير هذه المدة إلى ثمانية (8) أيام، بناء على طلب الحكومة، ويترتب على إخطار المجلس، في هذه الحالات نفسها، وقف موعد الإصدار". نلاحظ بأنه على الرغم من اقتباس الفقرة الثانية من المادة 189 من المادة 61 من الدستور الفرنسي، إلا أنها خالفت بعض أحكامها؛ كمنح حق طلب تقصير مدة البت لرئيس الجمهورية بدلا من الحكومة، وجعلت التقليص يكون لعشرة (10) أيام بدلا من ثمانية (8) أيام.

لكن ما يعاب على الفقرة الثانية من المادة 189 من الدستور، أنها لم توضح لنا طبيعة النص القانوني الذي يوصف بالطارئ، والذي يستدعي البت في دستوريته في مدة عشرة (10) أيام؟.

---

[1]- نصت الفقرة الأولى من المادة 191 من التعديل الدستور 2016 بأنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصًا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس".

[2]- جاء في نص المادة 190: " إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها".

مما يعني أن معيار وصف القانون بالطارئ في هذه الحالة يخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية. لكن يمكننا أن نعتبر كل من قانون المالية التكميلي والقوانين التي تهدف إلى حماية أمن الدولة وحريات أفرادها، تدخل ضمن وصف القانون الطارئ.

– **الفصل في مدة أربعة (4) أشهر:** أشارت الفقرة الثالثة من المادة 189 إلى أنه إذا كان إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإن أجل الفصل في الدستورية، يجب أن يتم خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره، كما يمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبّب من المجلس، ويبلّغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار. فإذا تبين للمجلس الدستوري أن النص التشريعي الذي تم إخطاره به، بناء على إحالة من الحكمة العليا أو من مجلس الدولة، غير دستوري، فإن هذا النص لا يفقد أثره من تاريخ قرار المجلس، وإنما يفقد أثره من التاريخ الذي يحدّده المجلس الدستوري في قراره، حسب المادة 191/ ف 2 من الدستور[1].

(3)– آثار الرقابة على دستورية القوانين: يترتب على بت المجلس الدستوري في دستورية ما عرض عليه صدور رأي أو قرار، حسب طبيعة النص الذي عرض عليه، فإذا تعلق الأمر بالرقابة القبلية أو السابقة على صدور النص، كما هو الحال بالنسبة لرقابة المعاهدات والاتفاقيات والقوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، فإن المجلس الدستوري يصدر رأيا. أما إذا فصل في النصوص القانونية والتنظيمات بعد تنفيذها، أي الرقابة اللاحقة أو البعدية، فإن المجلس يصدر قرارا. عند كما يصدر قرارا وليس رأيا إذا كان الإخطار بالدفع بعدم الدستورية بناءً على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهو ما يفهم من الفقرة الثانية للمادة 189 من التعديل الدستوري.

لكن بالرغم من تفرقة المؤسس الدستوري بين الرأي والقرار، إلا أن الفقرة الأخيرة من المادة 191 من التعديل الدستوري 2016، جعلتهما يتمتعان بالقوة الإلزامية نفسها، بقولها: "تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية". وهو أيضا ما قررته الفقرة الأخيرة من المادة 62 من الدستورالفرنسي التي أشارت إلى أن قرارات المجلس غير قابلة لأي طعن، وبأنها ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الإدارية والقضائية[2]. واعتبرت المادة 62 من الدستور الفرنسي أن

---

[1]- نصت الفقرة الثانية من المادة 191 من التعديل الدستور 2016 بأنه: "إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدّده قرار المجلس الدستوري".

[2]- جاء نص المادة 62 من الدستور الفرنسي 1958، المعدل بموجب القانون رقم 724/2008 المتضمن تطوير مؤسسات الجمهورية الخامسة، على النحو التالي:

« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée a compter de publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision du Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

النص الذي يصرح المجلس الدستوري بعدم دستوريته، على أساس المادة 61، لا يجوز تطبيقه. كما اعتبرت أن النص الذي يصرح المجلس بعدم دستوريته، طبقا للمادة 61-1، لاغيا اعتبارا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري، أو من تاريخ لاحق يحدده هذا القرار.

وعليه فإن الأمر الذي نلحظه على المادة 62 من الدستور الفرنسي، هو أنها أعطت للمجلس الدستوري صلاحية تحديد الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها النص الدستوري المصرح بعدم دستوريته. في حين أننا لا نجد أي نص يمنح للمجلس الدستوري الجزائري هذه السلطة، مما قد يسبب هذا الفراغ صعوبة في تحديد مصير المراكز القانونية التي رتبها القانون المعتبر غير دستوري وآثاره.

المطلب الثاني

مدى دستورية نصوص وإجراءات حالتي الحصار والطوارئ المعلنة في الجزائر ومدى مشروعيتها الدولية

تعد الفترات العصيبة التي تمر بها الدولة أكثر الأوقات انتهاكا للدستور ومبدأ سموه، وخرقا لكل الضمانات المقررة فيه لمصلحة حقوق وحريات الأفراد؛ ذلك أنه في سبيل استعادة الاستقرار في الدولة قد تضطر السلطة التنفيذية – بالنظر للسرعة المطلوبة في اتخاذ اللوائح أو المراسيم لمواجهة الأزمة– إلى الخروج عن تطبيق القواعد الدستورية، مما يتطلب الأمر إخضاع تلك النصوص والإجراءات الاستثنائية للرقابة الدستورية، متى أتيح لها فرصة ذلك.

وبما أن الجزائر تعد نموذجا للدول التي شهدت أزمة أمنية دفعتها للإعلان عن حالتي الحصار والطوارئ في البلاد، والتي كان لها –كما أسلفنا– بالغ الأثر على حقوق وحريات الأفراد، فإن الإشكال المطروح هو: ما مدى دستورية النصوص والإجراءات الاستثنائية المصاحبة لإعلان حالتي الطوارئ والحصار، وما مدى تطابقها مع اللالتزامات الدولية التي فرضتها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية؟.

ولمعرفة الإجابة عن ذلك، نتكلم في الفرع الأول عن مدى دستورية النصوص و**الإجراءات الاستثنائية** المقررة في حالتي الحصار والطوارئ، ثم نتناول في الفرع الثاني مدى إلتزام تلك النصوص بالشروط والمبادئ التي قررتها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

Les décisions du Conseil constitutionnel susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

الفرع الأول

مدى دستورية النصوص المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ والإجراءات الاستثنائية المقيدة للحقوق والحريات

لقد قامت السلطة التنفيذية في الجزائر بسن مراسيم عاصرت قيام الظروف الاستثنائية، والمتمثلة في: المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، والذي أتبعه القانون رقم 19/91 المؤرخ في: 1991/12/02، الذي يعدل ويتمم القانون رقم 28/89 المؤرخ في: 1989/12/31، المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية[1]. ثم القانون رقم: 23/91 المؤرخ في: 1991/12/6 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية[2]، والذي اتبعه المرسوم الرئاسي رقم: 488/91، المؤرخ في: 1991/12/21، الذي يحدد كيفيات مساهمة وحدات الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، وشروط ذلك[3].

أما حالة الطوارئ فقد تم الإعلان عنها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 1992/02/09، المتضمن تقرير حالة الطوارئ، وقد أتبعه المرسوم التنفيذي رقم: 75/92 المؤرخ في: 20 فبراير 1992، الذي يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 1992/02/09 المتضمن تقرير حالة الطوارئ[4]. وكذا المرسوم الرئاسي رقم: 320/92 المؤرخ في: 1992/8/11، المتمم للمرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 1992/02/09 المتضمن إعلان حالة الطوارئ[5].

وفيما يتعلق بالقرارات الذي صدرت في هذا الظرف فتتمثل في: القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 10 فبراير 1992، الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ[6].

لذلك سنحاول من خلال الآتي، بيان مدى دستورية المراسيم الرئاسية المعلنة لحالتي الحصار والطوارئ (أولا)، ثم نبين مدى دستورية التدابير الاستثنائية الأخرى التي اتخذتها الجزائر في زمن الإعلان عنهما، والتي خلفت آثار بالغة على ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم (ثانيا).

أولا: مدى دستورية النصوص المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ

بالرجوع إلى وقائع وظروف إعلان حالة الحصار وحالة الطوارئ وتمديدها، وإلى ما احتواه الدستور من أحكام متعلقة بهاتين الحالتين، تبين لنا بأن المراسيم التي سنتها السلطة التنفيذية آنذاك لتنظيمهما، كانت في

---

[1]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 63، الصادرة بتاريخ: 7 ديسمبر 1991. أنظر الملحق رقم (14).
[2]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 63، الصادرة بتاريخ: 7 ديسمبر 1991.أنظر الملحق رقم (14).
[3]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 66، الصادرة بتاريخ: 22 ديسمبر 1991. أنظر الملحق رقم (15).
[4]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 14، الصادرة بتاريخ: 23 فبراير 1992.أنظر الملحق رقم (6).
[5]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 61، الصادرة بتاريخ: 12 أوت 1992 .أنظر الملحق رقم (16).
[6]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 11، الصادرة بتاريخ: 11 فيفري 1992 . أنظر الملحق رقم (7).

معظمها غير دستورية، بسبب عدم مراعاتها للشروط الموضوعية والشكلية التي فرضتها المادة 86 من دستور 1989 والتي تقابلها المادة 91 من دستور 1996، فضلا عن المادة 92 من دستور 1996 التي اشترطت أن يتم تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي[1].

لذلك سنحاول من خلال ما يلي إعطاء أمثلة عن المراسيم التي جاءت مخالفة لهذه النصوص الدستورية:

(1)- عدم دستورية تنظيم حالتي الحصار والطوارئ بموجب مرسوم رئاسي: إذا كان من المسلم به، أن حالة الحصار وحالة الطوارئ يترتب عليهما -في غالب الأحيان- مساس واعتداء على حريات وحقوق الأفراد المحمية دستوريا، فإنه كان من المفروض أن يتم تنظيم ذلك المساس في إطار ما تسمح به النصوص التشريعية. إذ بالرغم من أن المؤسس الدستوري نص صراحة في المادة 92 من دستور 1996 على أن تنظيم حالتي الحصار والطوارئ هي من اختصاص السلطة التشريعية، وهي المكلفة بتبيين المجالات التي يمكن أن تشملها التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية لاستتباب الوضع، فإن تنظيم الحالتين بموجب مرسوم رئاسي يعد إجراء غير دستوري، لأنه كان من المفروض أن تقتصر صلاحيات رئيس الجمهورية في تلك الحالات، على اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع وفي حدود ما تسمح به النصوص التشريعية، من دون أن يتجاوز بذلك صلاحيات السلطة التشريعية.

لذلك يمكن اعتبار أن مضمون المادة 91 من الدستور، كان لها انعكاس سلبي على سلطة المشرع، الذي قد لن يجد الشيء الكثير لينظمه بمقتضى القانون العضوي الذي أشارت إليه المادة 92 من دستور 1996، لأن المؤسس الدستوري الجزائري قام بموجب المادة 91 بأكثر مما يجب أن يقوم به، من خلال تحديده للجهة المختصة بتقرير الحالتين، وكيفية تمديد العمل بهما، والإجراءات الاستثنائية التي يمكن للجهة المقررة لإحدى الحالتين القيام بها. بالاضافة إلى صعوبة في التمييز بين حالة الطوارئ وحالة الحصار بسبب تنظيمهما بمادة واحدة. كما أن عبارة "اتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع"، وإن كان المؤسس الدستوري لم يقصد منح كل الصلاحيات لرئيس الجمهورية بما فيها تنظيم حالة الطوارئ أو الحصار بموجب مراسيم رئاسية، إلا أن الواقع أثبت بأنها فسرت على هذا الأساس.

لكن لو قارنا هذا الوضع مع ما جاء في الدستور الفرنسي، نجد أن هذا الأخير اكتفى بالإشارة إلى الجهة المختصة بتقرير حالة الحصار، وتحديد المدة، وكيفية تمديدها. وترك مسألة تنظيمها للمشرع، الذي يحدد الإجراءات الاستثنائية التي يجوز للسلطة التنفيذية القيام بها من أجل استتباب الوضع.

[1]- تعد المادة 92 مادة جديدة أضافها التعديل الدستوري لسنة 1996، جاء فيها: "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري، و يتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع".

لذلك يمكننا اعتبار أن الأسباب السابقة هي التي أدت إلى عدم صدور قانون عضوي ينظم حالتي الطوارئ والحصار حتى يومنا هذا. غير أننا كنا نتوقع من التعديل الدستوري الأخير لدستور 1996، بالقانون01/16، أنه سوف يتدارك هذا النقص ويعيد النظر في صياغة المادة 91، بأن يخصص لكل حالة مادة دستورية خاصة بها وبأحكامها، وأن تضبط صلاحية رئيس الجمهورية، حتى لا يتعسف ويتعدى على صلاحيات السلطة التشريعية، غير أن التعديل أبقى على نص المادة 91 بالصياغة ذاتها دون تغيير.

(2)- عدم دستورية تمديد حالة الطوارئ: تتجلى أهمية موافقة البرلمان على قرار مد حالة الطوارئ إلى التأكيد من مدى ملاءمة التشريع الخاص بإعلان حالة اطوارئ من حيث موضوعه أهو صالح فيستمر نفاذه أم غير صالح فيسقط من التاريخ الذي لا يوافق عليه البرلمان[1]. لكن بالرغم من هذه الأهمية إلا أن السلطات الجزائرية قامت بتمديد حالة الطوارئ دون موافقة المجلس الشعبي الوطني أو البرلمان بغرفتيه، مما يتعارض ذلك مع نص المادة 86 من دستور 1989 والمادة 91 من دستور 1996 اللتان أكدتا على وجوب موافقة المجلس الشعبي الوطني أو البرلمان بغرفتيه على تمديد حالة الحصار أو الطوارئ، كما أن تمديد حالة الطوارئ لمدة غير محدودة بموجب المرسوم 2/93 يتعارض أيضا مع الدستور.

(3)- عدم دستورية التفويض في تنظيم حالتي الحصار والطوارئ: يعهد في الظروف العادية للسلطة المدنية ممارسة الاختصاصات المتعلقة بالنظام العام -حسب قانون البلدية 08/90 وقانون الولاية 09/90[2]، حيث يمثل كل من الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي هيئات الضبط الإداري على المستوى المحلي. بينما يمثلها على المستوى الوطني رئيس الجمهورية وحده، وبالتالي لا يمكن اعتبار رئيس الحكومة و الوزراء هيئات ضبط إداري، إلا إذا تلقوا تفويضا بذلك من طرف رئيس الجمهورية صاحب الاختصاص الأصيل في هذا المجال. وكذلك الحال بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي على الرغم من أنه هيئة ضبط إداري على المستوى المحلي، إلا أنه لا يستطيع أن يفوض الاختصاصات المتعلقة بالنظام العام، لأنه يمارسها تحت سلطة الوالي، وليس له سلطة أصلية.

وعليه فإنه إذا كان تفويض السلطة المدنية لاختصاصاتها المتعلقة بالضبط الإداري والنظام العام جائزا ومسموح به في الظروف العادية، فإنه يتضح لنا، قياسا على المادة 83 من دستور1989، والتي تقابلها المادة 87 من دستور 1996، أن الاختصاصات التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في حالتي الطوارئ والحصار لا يمكنه تفويضها إلى هيئات أو سلطات أخرى، سواء المتعلقة باختصاص تقرير الحالة، أو باتخاذ التدابير اللازمة لاستتاب الوضع، إذ يجب عليه أن يقوم بها بنفسه، لأنه هو المكلف دون سواه باتخاذها.

---

[1]- عبد الحميد الشواربي وشريف جاد الله، **شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص. 153.

[2]- أنظر المادة 96 من القانون رقم: 90 /09 المؤرخ في 7 أفريل 1990 ، المتضمن قانون الولاية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 15، والتي تقابلها المادة 114 من القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012، المتضمن قانون الولاية المعدل ج.ر.ج.ج العدد 12 المؤرخة في 29 فبراير 2012، ص. 5.
وأنظر المواد 69 و 81 إلى 83 من القانون رقم 08/90 المؤرخ في 07 أفريل 1990، المتضمن قانون البلدية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 15، والتي تقابلها المواد 85، 89 و94 من القانون رقم 10/11 الصادر بتاريخ 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 37.

وبالرجوع إلى المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91[1]، المتضمن تقرير حالة الحصار، التي أجازت للسلطة المدنية أن تقوم بتفويض الاختصاصات المتعلقة بالنظام العام للسلطة العسكرية، ضمن الحدود التي ترسمها الحكومة، وما أشارت إليه المواد 4، 7 و 8 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91، نخلص بأنها مواد غير دستورية، لأنها رخصت لرئيس الجمهورية لأن يتنازل عن اتخاذ التدابير اللازمة لاستتاب الوضع لفائدة السلطة العسكرية، وفي ذلك مخالفة صريحة لنص المادة 83 من دستور 1989.

كما يسري هذا الحكم أيضا على المواد من 3 إلى 7 من المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ التي سمحت للحكومة أو لوزير الداخلية والجماعات المحلية أو للوالي، باتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع. والحكم نفسه ينطبق على نص المادة 9 من المرسوم رقم: 44/92، التي سمحت لوزير الداخلية والجماعات المحلية بتفويض السلطة العسكرية لقيادة عمليات استتباب الأمن، و هو ما يعد من صميم التدابير التي تتخذ لاستتباب الوضع في حالة الطوارئ، والتي يعهد بها بصفة أصيلة لرئيس الجمهورية، وفي هذا أيضا مخالفة صريحة للماد تين 8 و86 من دستور 1989.

ثانيا: مدى دستورية الإجراءات الاستثنائية المقيدة للحقوق والحريات في حالتي الحصار والطوارئ

خلصنا من خلال ما سبق إلى أن السماح لهيئات أخرى عدا رئيس الجمهورية، في القيام بالإجراءات الضرورية لاستتباب الوضع، يمثل اعتداء على ما قرره المؤسس الدستوري[2]، الذي منع التفويض في هذا المجال. وهو ما يفهم من نص المادة 91 التي أعطت كل الصلاحيات لرئيس الجمهورية، من خلال عبارة "يتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع". مما يعني أن تفويض السلطة العسكرية، لقيادة عمليات استتباب الأمن، يخالف ما قرره الدستور.

وعليه، فإن أي إجراء اتخذته السلطة العسكرية تقيد به الحقوق والحريات استنادا إلى التفويض المقرر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المتضمن إعلان حالة الحصار، والمرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، والنصوص التنفيذية لتلك المواد الواردة في المراسم التنفيذية التالية: المرسوم التنفيذي رقم: 201/91، المرسوم التنفيذي رقم: 91/ 202 والمرسوم التنفيذي رقم91 /203، والمرسوم التنفيذي رقم: 204/91 المؤرخة كلها في 25 جوان 1991 والمتعلقة على التوالي بـــ: ضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطها، ضبط الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، ضبط كيفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة وتحديد شروط تطبيق المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91، هي إجراءات غير دستورية، لأنه كما يقال: "ما بني على باطل فهو باطل".

[1]- نصت المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، على أن: "تفوض إلى السلطة العسكرية الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة".

[2]- مراد بدران، **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة...**، المرجع السابق، ص. 165.

ومن بين هذه الإجراءات أو التدابير الماسة بالحقوق والحريات، والتي ينصرف إليها الحكم بعدم دستوريتها، وبأنها تشكل أيضا تجاوزا لصلاحيات السلطة التشريعية في تنظيم الحقوق والحريات، نذكر:

(1)- عدم دستورية إجراء حل المجالس الشعبية البلدية: إن قيام الحكومة بإجراء حل عدد من المجالس الشعبية البلدية أو تعليق نشاطها، تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 142/92 الذي جاء تنفيذا للمادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92، يعد إجراء غير دستوري، لأن هذا الإجراء هو من الاختصاصات التي ينفرد بها رئيس الجمهورية، والتي لا يجوز –كما أسلفنا– التفويض فيها، حسبما جاءت به المادتين 83 و86 من دستور 1989. وأكدت عليه المادة 35 من قانون البلدية 08/90، التي أرجعت مسألة حل المجالس الشعبية البلدية لاختصاص رئيس الجمهورية، الذي يتعين عليه أن يتخذه في مجلس الوزراء. مما يعني ذلك أن المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 والمرسوم التنفيذي رقم: 142/92 والمراسيم التنفيذية الأخرى، هي مراسيم غير دستورية لمخالفتها الصريحة لأحكام المادتين 83 و86 من دستور 1989.

(2)- عدم دستورية إجراء توقيف وحجز الأشخاص: تعد مسألة توقيف وحجز الأشخاص من المسائل التي تعود دستوريا لاختصاص المشرع، حيث نصت المادة 44 من دستور 1989 التي تقابلها المادة 47 من دستور1996، على أنه: "لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون وطبقا للأشكال التي نص عليها". كما جعلت المادة 1/115 من دستور 1989– والتي تقابلها المادة 1/122 من دستور 1996– مسألة حقوق الأشخاص وواجباتهم، خاصة نظام الحريات العامة وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين، من المجالات المحجوزة للمشرع، والتي لا أن تدخل في المجال التنظيمي.

لكن ما وقع خلال تطبيق نظام حالة الحصار أو الطوارئ يخالف أحكام هذه المواد، حيث تم تنظيم مسألة المتابعة أو الوقف وخاصة الحجز بموجب المرسومين الرئاسيين: 196/91 و 44/92، وفي ذلك اعتداء على المجال المخصص للتشريع. وبالتالي تعد نصوص هذين المرسومين، والنصوص التنفيذية لهما، نصوصا غير دستورية، لتعارضها مع أحكام الدستور[1].

كما يفهم من خلال قراءتنا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 201/91 أنه لم يعتبر الإعتقال الإداري إجراء وقائي، كما اتفق عليه الفقه، بل اعتبره إجراء ردعي، لهذا فإن قيام رئيس الحكومة بتجريم الأفعال، بمقتضى هذا المرسوم، يكون قد خالف نص المادة 43 من دستور1989، والتي تقابلها المادة 46 من التعديل الدستوري لسنة 1996، التي تنص: "لا إدانة إلا بمتقضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم". وبالتالي فإن هذه المادة تحدثت على قانون يصدر قبل ارتكاب الفعل وليس عن مرسوم تنفيذي.

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 198. أنظر المواد: 5، 6 و7 من المرسوم الرئاسي رقم: 91/196 المتضمن تقرير حالة الحصار والمادتين 4 و6 من المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المتضمن إعلان حالة الطوارئ.

(3)- عدم دستورية إجراء حجز المطبوعات ووسائل الاعلام: نصت المادة 36 من دستور 1989 والتي تقابلها المادة 38 من دستور 1996، على أنه: "لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي".

حيث يفهم من نص هذه المادة أن إجراء الحجز على أي وسيلة من الوسائل المذكورة أعلاه، لا يجوز للجهة الإدارية المكلفة بذلك القيام به إلا بعد حصولها على أمر صادر من جهة قضائية، وبالتالي فإن إجراءات الحجز التي قامت بها الإدارة خلال تطبيق نظام حالة الحصار أو حالة الطوارئ تعد إجراءات مخالفة لما جاء به الدستور.

(4)- عدم دستورية إجراء التفتيش: نصت المادة 38 من دستور 1989، التي تقابلها المادة 40 من دستور 1996، على أن: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن.

فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه.

ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية".

حيث يفهم من محتوى هذه المادة أن مسألة التفتيش هي من المسائل التي يعود تنظيمها للمجال التشريعي، وأنه يشترط للقيام بالتفتيش الحصول على أمر قضائي مكتوب مؤشر عليه من السلطة القضائية المختصة.

غير أن السماح بتنظيم مسألة التفتيش بموجب مرسوم رئاسي يخالف مقتضى الدستور، مما يترتب على ذلك اعتبار إجراءات التفتيش، التي تمت خلال تطبيق نظام حالة الحصار وحالة الطوارئ، هي إجراءات غير دستورية لاستنادها على مراسيم مخالفة للدستور[1].

وبالتالي نخلص من خلال ما سبق، بأن تنظيم الحقوق والحريات بموجب مراسيم رئاسية، هو اعتداء على ما قرره المؤسس الدستوري، الذي جعل مسألة حقوق الأشخاص وواجباتهم، وكذا نظام الحريات العامة وحماية الحريات الفردية، من المسائل المحجوزة للمشرع[2]، طبقا للمادة 1/122 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 1/140 من التعديل الدستوري 2016.

وبالتالي يسري هذا الحكم أيضا على النصوص التنفيذية للمرسوم الرئاسي 44/92، لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 75/92 الذي يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم المتعلق بحالة الطوارئ، فهي أيضا تعد نصوصا غير دستورية؛ لأنها تدخلت في مسألة تنظيم حالة الأشخاص، التي هي من المسائل التي تعود لمجال التشريع دستوريا[3].

---

[1]- أنظر المادة 7 من المرسوم الرئاسي 196/91، سالف الذكر. والمادة 6 من المرسوم 44/92 سالف الذكر.

[2]- عليان بوزيان، المرجع السابق، ص. 386.

[3]- كما يعتبر أيضا الدستور الفرنسي 1958 أن مسألة تنظيم الحقوق والحريات العامة هي من المسائل التي تختص بها السلطة التشريعية. لذلك يرى البعض أن السلطة التنفيذية في فرنسا عند تطبيقها لنظام حالة الطوارئ أو الحصار، لم تخالف النصوص الدستورية بالشكل الذي حدث في الجزائر. أنظر: حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 198.

وخلاصة القول أن المرسومين الرئاسيين المتعلقين بحالتي الطوارئ والحصار، هما مرسومين غير دستوريين، سواء ما تعلق منها بمسألة التفويض لتنظيم وتسيير حالة الحصار وحالة الطوارئ، أو ما تعلق منها بمسألة التعدي على صلاحيات السلطة التشريعية المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات[1].

الفرع الثاني

مدى التزام النصوص المنظمة لحالة الحصار والطوارئ بالشرعية الدولية

إن السلطة التقديرية للدولة في إعلان حالة الطوارئ أو حالة الحصار ليست مطلقة، بل هي مقيدة بالتزام احترام بعض الحقوق الأساسية التي تؤكد صراحة على عدم جواز انتهاكها أو تقييدها حتى في حالة الضرورة الدساتير والمواثيق الدولية[2]. حيث بالرجوع إلى الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية[3] نجدها قيّدت الدول المُنضمّة لها بأن تلتزم بكل دقة بالضوابط التي وردت بالنصوص الدولية المعالجة للظروف الاستثنائية[4].

وبما أن الجزائر قد انضمت إلى هذه الاتفاقية، وغيرها من المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في سنة 1989[5]، وأدرجتها في نظامها الداخلي، فإن السؤال الذي يثار في هذا الصدد هو: إلى أي مدى تقيدت السلطات الجزائرية بالالتزامات المترتبة على هذه الاتفاقيات الدولية، عند إعلانها حالة الطوارئ في البلاد؟ **(أولا)**. وهل طبقت المبادئ الدولية التي تحكم حقوق الانسان الأساسية في حالات الطوارئ الواردة في المواثيق الدولية؟ **(ثانيا)**.

---

[1]- عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ص.388-389.

[2]- ما يلاحظ من خلال الاتفاقيات الدولية والاقليمية الخاصة بحقوق الانسان وجود اختلاف في تحديد الحقوق الأساسية التي لا يجوز الاستثناء فيها في حالة الطوارئ، فمثلا تضمنت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية سبعة (7) حقوق، وتضمنت الإتفاقية الأوروبية أربعة (4) حقوق، أما الاتفاقية الأمريكية فتضمنت احدى عشرة (11) حقا أساسيا، ومع ذلك يمكن القول أن هناك أربعة حقوق مشتركة بين الاتفاقيات الثلاث تمثل الحد الأدنى الذي لا يجوز تحت أي ظرف من ظروف الاستثناء منها حتى في حالة الطوارئ، وهي: الحق في الحياة، الحق في التحرر من التعذيب، الحق في التحرر من الرق العبودية، الحق في التحرر من مخاطر تطبيق قوانين العقوبات بأثر رجعي. أنظر: محمود مصطفى يونس، المرجع السابق، ص.631.

[3]- وتسمى هذه الاتفاقية أيضا بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، وهي معاهدة متعددة الأطراف اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ودخلت حيز النفاذ في 23 مارس 1973، تلتزم أطرافها على احترام الحقوق المدنية والسياسية للأفراد بما في ذلك الحق في الحياة وحرية الدين وحرية التعبير وحرية التجمع والحقوق الانتخابية وحقوق إجراءات التقاضي السليمة والمحاكمة العادلة، اعتبارا من أبريل 2014 صدقت 168 دولة على المعاهدة ووقعت عليها من غير تصديق 74 دولة.

[4]- كما تضمنت هذه الاتفاقية نصوصا متعلقة بآليات الرقابة الدولية، فطبقا للمادة 40 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، فإنه يتعين على الدول الأطراف أن تلتزم بعد عام من الإنضمام إليها بتقديم تقارير عن الإجراءات التي تكون قد اتخذتها لتجسيد الحقوق المضمونة في الاتفاقية، وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق. يتم رصد الاتفاقية من قبل لجنة الأمم المتحدة لحقوق الانسان، وهي هيئة مستقلة لمجلس حقوق الانسان التابع للأمم المتحدة، الذي يستعرض تقارير منتظمة من الدول الأطراف بشأن تطبيق الحقوق. تجتمع اللجنة عادة في جنيف وتعقد عادة ثلاث دورات في السنة.

[5]- انضمت الجزائر إلى الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري الأول الملحق بها، وكذلك للاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989، والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1989/12/12، أنظر الجريد الرسمية رقم 20، ص.437. حول انضمام الجزائر إلى إفاقتي حقوق الإنسان. أنظر مقالة الدكتور عمار رزيق، "انضمام الجزائر إلى اتفاقيتي حقوق الإنسان لسنة 1966"، **مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية**، ع 5، منشورات جامعة باتنة، جوان 1996، ص ص. 35-50.

أولا: مدى احترام نصوص حالتي الحصار والطوارئ للشروط الدولية لإعلانها

اشترطت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية للجوء الدولة إلى إعلان حالة الطوارئ بعض الشروط، التي يجب على الدولة التي تريد إعلان حالة الطوارئ في بلادها التقيد بها. فإلى أي مدى تقيّدت الجزائر بهذه الشروط الدولية عند إعلانها لحالتي الحصار والطوارئ؟.

(1)- مدى التقيد بشرط وجود خطر يهدد الأمة: على الرغم من السلطة التقديرية التي تتمتع بها الدولة في تبرير الظروف التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ، إلا أن المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، اشترطت على الدول المنضمة لإعلان حالة الطوارئ أن تكون حياة الأمة مهددة بالفعل؛ بمعنى أن تقوم ظروفا جدية وغير عادية في شدتها وخطورتها تؤثر في الأمة بأسرها، ولا تكون حالة الطوارئ شرعية إلا إذا بلغ تهديد حياة الأمة درجة من الخطورة، بحيث لا يمكن للدولة أن تواجهها بالوسائل القانونية[1]. بالإضافة إلى وجوب أن يكون تقدير وجود الخطر الذي يهدد الأمة، وقت إعلان حالة الطوارئ.

لكن هل كان وضع الجزائر عام 1991 مهددا فعلا بوجود ظروف جدية وغير عادية، وهل بقي هذا التهديد مستمرا إلى غاية تاريخ رفع حالة الطوارئ في فبراير 2011؟.

لم تكن الظروف التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ في الجزائر في فبراير 1992 تشكل تهديدا فعليا لحياة الأمة، ذلك أن الاعلان عن حالة الحصار في جوان 1991 جاء على إثر الإضراب الذي دعت إليه الجبهة الاسلامية للإنقاذ في جوان 1991 احتجاجا على قانون الانتخابات، الذي لم يكن عادلا وموضوعيا في نظر أغلب أحزاب المعارضة، وقد وصفت السلطة هذا الإضراب السلمي بأنه يمس بالنظام العام والأمن، ويمثل محاولة لقلب نظام الحكم[2]، بالرغم من أن الدستور الجزائري يكرس حق الإضراب[3]؛ وهو ما يعني أن التهديد جاء في الواقع من قبل السلطة التي قامت بوقف المسار الانتخابي.

ومن بين الأسباب التي ذكرها مرسوم 44/92 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، المساس الخطير والمستمر للنظام وأمن المواطنين والسلم المدني، والتهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات، غير أن هذه الأسباب ليست هي الأسباب الجدية والحقيقية التي أدت إلى إعلان حالة الطوارئ، بل إن السبب الحقيقي والجدي هو وقف المسار الانتخابي الذي قررته السلطة[4]، بدليل أن هذا المرسوم صدر بعد شهر فقط من وقف المسار الانتخابي واستقالة رئيس الجمهورية (الشاذلي بن جديد).

1- ففي قضية (Lawless) ذهب رئيس اللجنة الأوروبية (Humphrey (Waldock إلى أن الدولة تملك وسائل قانونية لإحلال الأمن العام، دون إعلان حالة الطوارئ، عندما لا تشكل الأوضاع التي لا تمس بالأمن العام تهديدا حقيقيا بحياة الأمة.

2- أكدت اللجنة الأوروبية في قرارها حول إعلان حالة الطوارئ في اليونان، على إثر انقلاب عسكري بتاريخ 1967/04/21، أنها لم تقتنع بوجود حالة طوارئ تهدد حياة الأمة في اليونان كما تدعي الحكومة اليونانية، كما لم تقتنع اللجنة أيضا بتصريح الحكومة اليونانية التي اعتبرت أن المظاهرات في الشوارع والاحتجاجات في بداية 1967 أصبحت تهدد الحياة المنظمة للأمة، ومن ثم قررت اللجنة بالأغلبية عدم وجود حالة طوارئ تهدد حياة الأمة في اليونان. أنظر: (Ralph) BEDDARD, *Human Rights and Europ*, Sweet & Mexwell, scond ed, London, 1980, p.124.

3- أنظر المادة 54 من دستور 1989 والمادة 57 من دستور 1996.

4- عبد الرحمن لحرش، المرجع السابق، ص. 351.

ونشير إلى أن السلطات الجزائرية كان بوسعها تفادي وقف المسار الانتخابي، والإعلان عن حالة الطوارئ، لو مارس رئيس الجمهورية صلاحياته الدستورية، المتمثلة في حل المجلس الشعبي الوطني المنتخب الذي كانت ستمثله آنذاك الجبهة الاسلامية للإنقاذ بالأغلبية، لو تم إجراء الانتخابات التشريعية في دورها الثاني، وإجراء انتخابات تشريعية أخرى.

وعليه نخلص من خلال ما تقدم، أن المبررات التي تم الاستناد إليها لإعلان حالة الطوارئ لم تكن جدية وكافية، وحتى ولو فرضنا جديتها وشرعيتها، فهي لا تبرر بقاء العمل بحالة الطوارئ لمدة 18 سنة كاملة، دون أن يكون هناك تهديد بحياة الأمة، كما اشترطته الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

(2)- مدى الالتزام بشرط إعلام الدول الأطراف: اشترطت المادة 4 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية على الدول الأطراف في أوقات الطوارئ، أن تبلغ فورا وبشكل رسمي باقي الأطراف بموجب إخطار دولي تبيّن فيه طبيعة وحدود الأحكام والنصوص التي ترغب الدولة عدم التقيد بها، والأسباب التي دعتها إلى ذلك[1]، مع وجوب إبلاغها بتاريخ إنهائها وذلك عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، وإلا اعتبرت الإجراءات الاستثنائية التي سوف تقدم على تطبيقها، غير مشروعة دوليا ودستوريا، وانتهاكا مباشرا لأحكام هذه الاتفاقية.

وبالرجوع إلى الوضع في الجزائر، فإنه على الرغم من أن الحكومة الجزائرية قد قامت بإعلام الأمين العام للأمم المتحدة بواسطة بعثتها الدائمة لدى الأمم المتحدة والمجموعة الدولية بتاريخ 13 فبراير 1992، وذكرت الأسباب التي دفعتها إلى إعلان حالة الطوارئ، إلا أن هذه الأسباب وردت بشكل عام ودون تفصيل، وهو ما جاء في مرسوم 44/92 المتضمن إعلان حالة الطوارئ: "واعتبارا للمساس الخطير والمستمر للنظام العام المسجل في العديد من نقاط التراب الوطني، واعتبارا للتهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات وللمساس الخطير والمتكرر بأمن المواطنين والسلم المدني". وعليه نستنتج أن السلطات الجزائرية لم تطبق الشرط بطريقة سليمة حسبما نصت عليه الاتفاقية.

(3)- مدى احترام شرط التأقيت (المدة): إذا كان إعلان حالة الطوارئ تبرره ضرورة ملحة، فإن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، ويجب أن تكون مؤقتة، وهو ما أكدته لجنة الأمم المتحدة لحقوق الانسان من أن يكون إعلان حالة الطوارئ لفترة محدودة بالظروف التي تهدد حياة الأمة، وأن تنتهي بانتهاء تلك الظروف. كما أكدت التقارير الدولية أنه: "يجب ألا تتعدى صلاحية حالة الطوارئ الفترة التي تكون ضرورية قطعا، ... وأن تنتهي حالة الطوارئ فور زوال الظروف التي بررت إعلان هذه الحالة، وإذا كان التهديد الناجم قد خف إلى درجة تكفي فيها السيطرة عليه، باتخاذ التدابير التي تطابق عادة ما ورد في القانون والدستور".

وعليه فإن حالة الطوارئ هي حالة استثنائية لا يجوز أن تستمر لفترة أطول مما تتطلبه الظروف الاستثنائية، فتتخذها الدول ذريعة لتقييد ممارسة حقوق الإنسان وحرياته التي وردت في الدساتير والمواثيق الدولية، فيجب عدم التوسع في الاستثناء إلى درجة يصبح هو القاعدة العامة، فيحول هذه الحالة من حالة استثنائية إلى حالة عادية.

[1]- محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 68.

وإذا كان مرسوم 44/92 حدد حالة الطوارئ بسنة واحدة، فإن الحكومة الجزائرية قامت بتمديدها لمدة غير محدودة وصلت إلى 19 سنة، مرجعة سبب هذا الاستمرار في العمل بحالة الطوارئ، بعد زوال الأسباب الأولى لإعلانها، إلى التبرير الأمني المتمثل في مكافحة الإرهاب[1].

ثانيا: تقدير مدى احترام نصوص حالتي الحصار والطوارئ للمبادئ الدولية في إعلانها

إن من بين أهم المبادئ التي اشترطتها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، للجوء الدولة إلى إعلان حالة الطوارئ؛ مبدأ التناسب بين التهديد والتدابير الاستثنائية المتخذة، ومبدأ عدم التمييز بين المواطنين في تطبيق التدابير الاستثنائية، ومبدأ عدم جواز الاستثناء من الحقوق الأساسية في حالة الطوارئ.

فما مدى احترام السلطات الجزائرية لهذه المبادئ عند إعلانها لحالتي الطوارئ والحصار؟.

(1)- مدى الالتزام بمبدأ التناسب بين التهديد والإجراءات الاستثنائية المتخذة: حسب هذا المبدأ فإنه يجب على الدولة أن توازن بين التدابير التي تتخذها لمواجهة الأخطار الناجمة عن حالة الطوارئ، وبالقدر الضروري الذي تقتضيه بدقة متطلبات الموقف، والمصلحة العليا للجماعة وفي أضيق الحدود، وإحداث أقل تأثير أو أقل انتهاك ممكن للحقوق الأساسية[2].

غير أنه بالرجوع إلى الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها السلطات الجزائرية في حالة الطوارئ، يتبين لنا بأنها لم تكن متناسبة مع الخطر الذي كان يهدد البلاد، فهي لم تراع التوازن بين ضرورة احترام بعض حقوق الإنسان الأساسية، والوسائل الاستثنائية التي تتخذها لمواجهة الأوضاع التي قد تهدد الأمة[3].

(2)- مدى الالتزام بمبدأ عدم التمييز بين المواطنين في تطبيق التدابير الاستثنائية: على الرغم من أن هذا المبدأ يقتصر على خمسة عناصر فقط هي: اللون، الجنس، اللغة، الدين، والأصل الاجتماعي (حسب المادة 1/2 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966) [4]، إلا أنه يمكن أن يشمل أيضا عنصر الآراء السياسية، ومثال ذلك التدابير الاستثنائية التي اتخذتها السلطة الجزائرية عند إعلانها لحالتي الحصار والطوارئ سنة 1991 و 1992 كانت تهدف إلى إقصاء واستئصال حزب معارض شرعي، على أساس أنه سوف لن يحترم الديمقراطية، إن هو وصل إلى السلطة[5].

وبالتالي فإن قيام سلطات الدولة بتصفية المعارضة السياسية وإطلاق النار على من كانوا في المظاهرات والتجمعات والمسيرات يتعارض مع نص المادة 6 (1) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

(3)- مدى الالتزام بمبدأ عدم جواز الاستثناء من الحقوق الأساسية في حالة الطوارئ: إذا اعتبرنا أن مبدأ عدم جواز الاستثناء من الحقوق الأساسية في حالة الطوارئ، هو قاعدة من قواعد العرف الدولي، فإنه

---

[1]- انتقد السيد "مصطفى بوشاشي" رئيس الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان في محاضرة ألقاها بقاعة المسرح الصغير لدار الثقافة مولود معمري بتزي وزو، تصريحات وزير الخارجية مراد مدلسي أمام مجلس حقوق الإنسان للأمم المتحدة بجنيف، والتي ذكر فيها أن حقوق الإنسان بالجزائر جيدة وأنه لا يمكن رفع حالة الطوارئ إلا إذا قضي على الإرهاب ببلادنا". وحسب رئيس الرابطة فإن الجزائر سجلت تراجعا في مجال حقوق الإنسان على مستوى القانون وممارسته في الواقع. وأشار إلى قانون 20 ديسمبر 2006 الذي يمنح صلاحية للشرطة العسكرية بحجة مكافحة الفساد لدخول وتفتيش بيوت ومكاتب الأشخاص لوضع أجهزة التنصت والجوسسة. كما أوضح أن التعذيب لا يزال يمارس ببلادنا مستدلا بواقعة جرت بإحدى محافظات الشرطة، حيث تعرض طالب جامعي للتعذيب والاغتصاب".

[2]- أظين خالد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص. 119-120؛ محمد أحمد إبراهيم عبد الرسول، المرجع السابق، ص. 119.

[3]- أنظر: (Brahim) TOUATI, *« L'Algérie sous l'état d'urgence, Octobre 1999 »*, www.agéria-watch.de.

[4]- جاء النص على هذا المبدأ في المادة 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.

[5]- عبد الرحمن لحرش، المرجع السابق، ص. 356.

يعتبر أيضا قاعدة دولية آمرة، إذ أن هناك حقوقا لا يجوز للدولة انتهاكها أو تعطيلها حتى في حالة الطوارئ التي تهدد حياة الأمة، حيث تنص المادة 2/5 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 على ما يلي: "لا يجوز تقييد أي من حقوق الإنسان المقررة أو القائمة في أي دولة طرف في الشرعة الحالية استنادا إلى القانون أو الاتفاقات أو اللوائح أو العرف، أو التحلل منها بحجة عدم إقرار الشرعة الحالية بهذه الحقوق أو إقرارها بها بدرجة أقل".

وتتمثل الحقوق التي اتفقت الاتفاقيات الثلاث المتعلقة بحقوق الإنسان (الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان) على عدم جواز المساس بها تحت أي ظرف من ظروف الاستثناء، في: الحق في الحياة، الحق في التحرر من التعذيب، الحق في التحرر من الرق العبودية، الحق في التحرر من مخاطر تطبيق قوانين العقوبات بأثر رجعي[1].

ويلاحظ أن هذه الحقوق لم تحترم إبان قيام حالة الطوارئ في الجزائر، حيث ألغت السلطة جميع ضماناتها وسمحت بممارسة الاعتقالات غير القانونية، والاختطاف، وممارسة التعذيب[2]، والإعدام وسياسة التمييز[3]. وهو ما يؤكد فكرة أن لجوء بعض الدول إلى استخدام قانون الطوارئ أو الحصار، هو في غالب الأحوال، يشكل ذريعة لانتهاك الحقوق الأساسية ضد مواطنيها، لاسيما الحق في الحياة والتحرر من التعذيب، مستندة في ذلك إلى اعتبارات المصلحة العامة وحفظ الأمن والنظام العام والاستقرار والوحدة الوطنية، ومن ثمّ مخالفة المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الانسان، وهو ما يثبته واقع بعض الدول في الوقت الحالي.

المطلب الثالث

أسباب عدم خضوع النصوص المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ المعلنة في الجزائر للرقابة الدستورية

بالرغم من اتفاق جل المحللين، بأن الاجراءات التي قامت بها السلطات الجزائرية عند لجوئها لإعلان حالتي الحصار والطوارئ، تشكل انتهاكات صارخة لنصوص الدستور ولنصوص الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، والتي أصبحت مدرجة في قانونها الداخلي وتسمو عليه، إلا أن المجلس الدستوري لم يحرك ساكنا، ولم يبين موقفه من مدى شرعية ودستورية الإجراءات واللوائح الاستثنائية التي طبقت في تلك الحقبة التاريخية الممتدة من دستور 1989 وإلى غاية رفع حالة الطوارئ سنة 2011[4]، وما رتبته من آثار على حقوق الأفراد وحرياتهم، نظرا لوجود أسباب عملية جعلته عاجزا عن ممارسة الرقابة الدستورية.

---

[1]- محمود مصطفى يونس، المرجع السابق ، ص ص. 631- 655.

[2]- نصت المادة 7 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية على أنه: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب، ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة...". كما أكدت المادة 34 من دستور 1996 على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الانسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

[3]- راجع تقرير منظمة العفو الدولية عن الجزائر لعام 2003، على موقع الانترنت: www.amnesty-arabic.org

[4]- علما أن المجلس الدستوري توقف عن العمل خلال المرحلة الانتقالية حول أرضية الوفاق الوطني، ليمارس صلاحياته المجلس الوطني الانتقالي لصالح رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني على التوالي.

لذلك سنحاول فيما يلي الاجتهاد في توضيح هذه الأسباب، والتي يمكن إرجاعها إما إلى: اعتبار استشارة المجلس الدستوري تعد بمثابة رقابة سابقة **(الفرع الأول)** أو إلى اعتبار التنظيمات والتدابير الاستثنائية هي من قبيل أعمال السيادة **(الفرع الثاني)**، كما يمكن إرجاع السر وراء عدم فعالية الرقابة الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري الجزائري إلى التقنية التي تحرك بها الرقابة، والمتمثلة في إجراء الإخطار (الفرع الثالث).

الفرع الأول

اعتبار استشارة المجلس الدستوري بمثابة رقابة سابقة

إن رئيس الجمهورية بالرغم من السلطة التقديرية التي يتمتع بها في إعلان حالة الحصار أو الطوارئ، إلا أنه لا يمكنه، حسب المادة 91 من دستور 1996، أن يتخذ قرار الاعلان بصفة انفرادية، دون اجتماع للمجلس الأعلى للأمن واستشارة شخصيات دستورية أخرى والمتمثلة في: رؤساء غرفتي البرلمان، الوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، كما سبق بيانه.

لذلك فإن إجراء الاستشارة، دفع بالبعض إلى اعتبار ما يبديه رئيس المجلس الدستوري من رأي هو من الناحية القانونية، يعد بمثابة رقابة دستورية سابقة، وبالتالي لا يمكن بعد ذلك تصور خضوع المراسيم أو التنظيمات الاستثنائية للرقابة حتى ولو كانت غير دستورية. كما أن المؤسس الدستوري لم يمنح بصريح النص للمجلس الدستوري سلطة الرقابة على دستورية الإجراءات الاستثنائية، مما يعني أن هذه السلطة المعتبرة والخطيرة لم تناط بما يتطلب من رقابة بنص دستوري[1].

إن هذا الموقف الذي يعتبر الاستشارة كالرقابة الدستورية، لا يمكننا تقبله بسبب أن طلب رأي رئيس المجلس الدستوري أو أي هيئة أخرى حول حالة الطوارئ أو حالة الحصار هي عبارة عن استشارة « la consultation »، وهي كما –وضحناه سابقا– ذات طابع صوري ومجازي، ليس لها في واقع الحال تأثيرا يذكر على الإرادة الرئاسية، من حيث تفعيل السلطة الاستثنائية، طالما أن اختصاص تقرير حالة الطوارئ أو حالة الحصار يرجع بمقتضى الدستور إلى رئيس الجمهورية دون منازع.

كما أن الرأي الذي يصدره المجلس الدستوري في إطار الرقابة الدستورية يختلف عن الرأي الذي يصدره بصفته مستشار، حيث ألزم الدستور ضرورة نشر الرأي الفاصل في الدستورية، حتى تتمكن جميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية الإطلاع عليه وتطبيقه. أما الرأي الاستشاري للمجلس فإنه لا يخضع للنشر ولا يمكن للجمهور الاطلاع عليه، كما أنه لا يتمتع بأية قوة إلزامية، كما سبق وأن أشرنا.

لكن بالمقابل يمكننا ارجاع السبب وراء صعوبة تقدير مدى دستورية أو مدى مشروعية أسباب إعلان إحدى الحالتين (الحصار أو الطوارئ)، إلى غياب نص دستوري أو تشريعي يضبط بصفة دقيقة الرقابة

[1]- عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص ص. 360- 361.

الدستورية في تلك الحالتين، إذ بالرغم من أن المادة 92 من الدستور أشارت إلى أن تنظيمهما يتم بموجب قانون عضوي إلا أن التطبيق الفعلي لهذا النص لم يجسد، وعليه فإن هذا الفراغ التشريعي سمح وسيسمح لرئيس الجمهورية بأن يتعسف في استخدام صلاحياته، كأن يسيء تقدير الوضع أو أن يسندها إلى أسباب وهمية تكون مبررا له لتقييد حريات الأفراد.

الفرع الثاني

اعتبار التنظيمات والتدابير الاستثنائية من أعمال السيادة

إذا كانت المادة 165 من دستور 1996، والتي تقابلها المادة 186 من التعديل الدستوري 01/16، نصت على جواز تحريك الرقابة الدستورية اللاحقة على التنظيمات المستقلة الصادرة عن رئيس الجمهورية، إلا أنه لم يشهد للمجلس الدستوري، منذ تنصيبه إلى الآن، أن أخطر لأجل رقابة هذه التنظيمات سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية. وقد أرجع البعض سبب عدم تحريك الرقابة على دستورية التنظيمات والمراسيم الصادرة في حالتي الطوارئ والحصار إلى طبيعتها، كونها تدخل ضمن طائفة أعمال السيادة[1]، التي تبرز وتتجلى بوضوح في الحالات الاستثنائية، أين تحل السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية محل السلطة التشريعية في عملية التشريع عن طريق بأوامر، إضافة إلى ما يحوزه الرئيس من سلطات استثنائية لحفظ النظام العام داخل الدولة.

لكن وبالرغم من أن الفقهاء اختلفوا في الوجود القانوني لطائفة أعمال السيادة، وخاصة بالنسبة للأنظمة التي لا تعترف بها صراحة، كالجزائر مثلا، بسبب أن المشرع الجزائري لم ينص مطلقا على وجود هذه الطائفة في نظامه القانوني[2]، إلا أن المادة 72 من دستور 1996، والتي تقابلها المادة 86 من التعديل الدستوري 01/16، أشارت إلى أن رئيس الجمهورية يمارس السلطة السامية في الحدود المثبتة دستوريا، مما يعني أن هذه الأعمال لا تخضع إلا للدستور، وهي تعلو عن بقية الأعمال، تشريعية كانت أو إدارية.

لكن إذا كان من الصعب تحديد مجال الأعمال المتعلقة بالمادة 72 من دستور 1996، أو المادة 86 من التعديل الدستوري 01/16، إلا أنه يمكن أن يستشف من نية المؤسس الدستوري، عندما لا يخضع بعض أعمال رئيس الجمهورية للرقابة القضائية، لكونها متصلة بسيادة الدولة الداخلية والخارجية، لاسيما تلك الأعمال التي يسمح له بممارستها وفقا لسلطته التقديرية، دون الاشتراك مع أية جهة أخرى، كالأعمال المتعلقة بالحالات غير

---

[1]- تجد نظرية أعمال السيادة -كما سبق التطرق إليها- مجالها الخصب، حسب الاجتهاد القضائي، في مجموعة من الأعمال، كالأعمال الدبلوماسية والأعمال المتصلة بها، وفي تصديق رئيس الجمهورية على المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وكذا في الأعمال الخاصة بعلاقة الحكومة بالبرلمان، وحل المجلس الشعبي الوطني بمرسوم، كما تتصل أحيانا بإجراءات الأمن، من خلال الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية والتنظيمات التي تصدر عنها. أنظر: محسن العبودي، المرجع السابق، ص 18-19. أنظر أيضا: حسين مصطفى حسين، **القضاء الإداري**، طبعة 1993، د.م.ج، الجزائر، 1993، ص. 14؛ مسعود شهوب، "الحماية القضائية للحريات ..."، مرجع سابق، ص ص. 23-45.

[2]- وبالنسبة للنظام القانوني المصري، فإن هناك قوانين تمنع صراحة القضاء من نظر أعمال السيادة، لكن بالرغم من أن كثير من الفقهاء يرون أن هذا الحكم غير دستوري، لأن الدستور لم يشر إلى وجودها، إلا أن القضاء الإداري اعترف بها. أنظر: سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة ...**، المرجع السابق، ص. 57. أنظر أيضا: عبد العزيز عبد المنعم، **دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة**، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008، ص. 58.

العادية: مثل قرارات الإعلان عن حالة الطوارئ أو حالة الحصار أو الحالة الاستثنائية، التعبئة العامة، أو قرار الإعلان عن الحرب، فطبيعة هذه القرارات السياسية هي التي تجعلها حائلا لأن تكون محلا لأي طعن، حيث يكون مجلس الدولة والمجلس الدستوري، بصددها غير مختصين نوعيا بنظرها، لتعلقها بأعمال السيادة.

لكن أمام غياب لموقف المجلس الدستوري حول طبيعة هذه الأعمال ومدى خضوعها لرقابته، فإننا نرى أن المجلس سوف يعتمد الموقف نفسه الذي تبناه القضاء الإداري، وذلك باستبعاده للتنظيمات الصادرة في الظروف الاستثنائية من نطاق الرقابة الدستورية، حتى ولو تضمنت تقييدا لحريات المواطنين أو مست بحقوقهم، بسبب أنها قرارات إدارية ذات طبيعة خاصة، تدخل في طائفة أعمال السيادة، لصدورها عن السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم. مما سيحول دون شك من إخضاعها للرقابة الدستورية، وتكون بذلك مانعا على تدخل المجلس الدستوري، إضافة إلى القاضي الإداري.

غير أننا نميل إلى تأييد ما ذهب إليه البعض من الفقه المصري الذي لا يقبل استبعاد هذه الأعمال من الرقابة الدستورية[1]، إعلاءً للشرعية الدستورية ومبدأ سمو الدستور. فهو يرى بإمكانية خضوع أعمال السيادة للرقابة الدستورية، كون هذه الأخيرة تقوم بالأساس على فرض احترام الدستور شكلا ومضمونا من طرف كل القواعد القانونية التي تقع في مرتبة أدنى منه، بما في ذلك التنظيمات، على اعتبارها قانونا طبقا للمعيار المادي[2]. وطبقا أيضا للمادة 162 من الدستور 1996 أو المادة 181 من التعديل الدستوري 01/16، التي تقضي بأن: "المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور"، فإن أعمال رئيس الجمهورية التشريعية المتعلقة بالحقوق يمكن إخضاعها للرقابة الدستورية.

كما أن الطابع السياسي للمجلس الدستوري، تجعل رقابته على دستورية التنظيمات (بما فيها التنظيمات الاستثنائية) تبدو في هذا المجال – لو طبقت– أكثر تأسيسا وفعالية من الرقابة القضائية على دستورية القوانين[3]؛ فعندما يتدخل المجلس الدستوري للتأكد من مدى دستورية أعمال رئيس الجمهورية، فيقوم بإلغاء القرارات غير الدستورية، تكون رقابته في هذه الحالة قد حققت السرعة والفعالية المطلوبتان، لاسيما في ظل غياب رقابة فعالة للبرلمان، الذي يبقى عاجزا عن مواجهة مؤسسة رئيس الجمهورية؛ بمعنى أن أعمال السيادة التي يطغى عليها الجانب السياسي، لا يمكن أن تفلت بشكل أو بآخر من الرقابة السياسية على دستورية القوانين والتنظيمات، ما لم تكن أمام المجلس الدستوري عراقيل أخرى تمنعه من أداء هذا الدور.

وعليه، فبما أن المراسيم المنظمة لحالة الحصار وحالة الطوارئ، تعتبر قرارات إدارية، فإن القابة المناسبة لها هي الرقابة القضائية أمام القاضي الإداري. لكن لو كان تنظيم حالة الحصار أو حالة الطوارئ بمقتضى تشريع برلماني، فإن الرقابة المناسبة في هذه الحالة هي فقط الرقابة على دستورية القوانين. غير أنه

---

[1]- سامي جمال الدين، **لوائح الضرورة ...**، المرجع السابق، ص .196.

[2]- محمود عاطف البنا، **الرقابة على دستورية اللوائح**، مكتبة النصر، القاهرة، 1992 ، ص. 243 .

[3]- حول الرقابة على دستورية التنظيمات أنظر: لزرق حبشي، **أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقاسم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013/2012، ص.265.

على الرغم من عدم دستورية هذه المراسيم بسبب اغتصاب الحكومة لصلاحيات دستورية غير مقررة لها في الدستور، إلا أن هذه المراسيم لم تخضع للرقابة الدستورية.

الفرع الثالث

تقييد نشاط المجلس الدستوري بإجراء الإخطار

أثارت تقنية الإخطار، كوسيلة لتحريك الرقابة الدستورية في الجزائر، انتقادات من قبل بعض رجال الفقه القانوني، والسياسيين، وكذلك الصحافة، معتبرينها المشكلة الأساسية في ركود نشاط المجلس وعدم فعاليته طيلة مدة تنصيبه، فالتنظيم الضيق للإخطار المحصور، حسب نص المادة 166 من دستور 1996[1]، في رئيس الجمهورية أو في أحد رؤساء غرفتي البرلمان، وعدم اجباريته واقصاء الأقلية البرلمانية من الاتصال بالمجلس الدستوري للتعبير والاحتجاج على النصوص القانونية المصوت عليها، كلها عوامل ساهمت وبقوة في إعاقة نشاط وتقدم هذه الهيئة الدستورية ذات الطابع السياسي، المعين أعضاؤها من قبل سلطات دستورية، حسب المادة 164 من الدستور[2].

ولعل الطبيعة السياسية للمجلس شكلت هي بدورها السبب في ركود نشاط المجلس الدستوري، إذ من غير المتصور أن تقوم هذه الهيئة بمراقبة من عيّنها أو من انتخبها من دون أن يأتيها أمرا صادرا منهم في شكل إخطار، يمنحها فرصة إصدار رأيها أو قرارها بشأن مدى دستورية قانون أو لائحة أو معاهدة دولية.

وما يؤكد أيضا عجز المجلس الدستوري هو عدم قدرته في التصدي لرقابة النص القانوني من تلقاء نفسه، بسبب السلطة التقديرية الممنوحة للشخصيات الدستورية الثلاث المكلفة بالإخطار، لاسيما فيما يتعلق بزمن تحريك الرقابة الدستورية على القوانين العادية، التنظيمات والمعاهدات الدولية، حيث ترك الدستور لتلك الشخصيات الحرية في تحريك الرقابة إما سابقة أو لاحقة على نفاذ النص القانوني، وذلك متى لاحت لديهم شكوك بعدم دستورية بعض مواده، فيمارس المجلس الدستوري رقابته حول مدى دستوريتها، ويصدر بشأنها إما رأيا أو قرارا، وهو ما نصت عليه المادة 165 من الدستور. وهذا خلافا لميعاد رقابة دستورية القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، حيث ينحصر إجراء الإخطار في شخصية رئيس الجمهورية،

---

[1]- نصت المادة 166 من دستور 1996 على أنه: "يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري".

[2]- نصت المادة 164 من دستور 1996 على أنه: "يتكون المجلس الدستوري من تسعة (9) أعضاء: ثلاثة (3) أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، وإثنان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، واثنان (2) ينتخبهما مجلس الأمة، وعضو واحد (1) تنتخبه المحكمة العليا، وعضو واحد (1) ينتخبه مجلس الأمة.
بمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم، يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى.
يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ست (6) سنوات".

الذي أوجبه الدستور أن يوجهه للمجلس الدستوري في الفترة المحصورة ما بين التصويت عليها وإصدارها، ليمارس بشأنها رقابة المطابقة للدستور[1].

وبناء عليه، فإن السلطة التقديرية الممنوحة للشخصيات الدستورية الثلاث في تحريك الرقابة الدستورية، جعلت –برأينا– الدستور عرضة للانتهاك، وأوضح مثال على ذلك، ما حدث للأمر رقم: 15/97 المحدد للنظام الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى[2]، فعلى الرغم من عدم دستورية هذا النص، إلا أنه لم يتم إحالته على المجلس الدستوري، إلاّ بعد مرور ثلاث (03) سنوات تقريبا من دخوله حيز التنفيذ، أين اعتبره مخالفا للدستور بموجب القرار المؤرخ في: 2000/02/27[3].

وما يؤكد أيضا ارتباط الرقابة الدستورية اللاحقة على صدور النص القانوني بما تراه جهة الإخطار وتبتغيه، هو ما حدث إثر قرار المجلس الدستوري بعدم دستورية الأمر السابق، المتعلق بمحافظة الجزائر الكبرى، حيث أنه في الفاتح من مارس 2000، صدر الأمر المتعلق بإدارة ولاية الجزائر، والبلديات التابعة لها[4]، وبالنظر لقصر تلك المدة بين صدور قرار المجلس الدستوري، وبين صدور الأمر التشريعي السابق، فإن ذلك يدل بطريق أو بآخر على تحرك الرقابة الدستورية وفق مبتغيات جهة الإخطار[5].

ومن الأمثلة أيضا المتعلقة بالخرق الصريح للدستور، ما نصت عليه المادة 174 من قانون الانتخابات على منع استعمال اللغات الأجنبية في الحملة الانتخابية، إلا أن معظم الأحزاب قد استعملت اللغة الفرنسية في حملاتها وهو ما يعد مخالفة لقانون عضوي[6]. وكذلك الحال بالنسبة للأقطاب المتخصصة التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 32 منه[7]، والتي لم يرد ذكرها في القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي[8].

وبالتالي فإن هذا الخرق المتكرر لأحكام الدستور من شأنه التقليل من احترام الشعب له، فتضيع الثقة بين المواطنين وممثليهم، كما أن عدم تحريك الرقابة الدستورية على قانون أو لائحة لا يعني ذلك بأنه مطابق

---

[1]- نصت المادة 165 من دستور 1996 على أنه: "يَفصِل المجلس الدستوري، بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين، والتنظيمات، إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ، أو بقرار في الحالة العكسية.
يبدي المجلس الدستوري، بعد أن يُخطِره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان. كما يَفصِل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة".

[2]- الأمر رقم: 97 /15 المؤرخ في: 1997/05/31المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 38، ص. 07.

[3]- قرار المجلس الدستوري رقم: 02/2000 /ق.أ/م.د المؤرخ في: 27 فبراير 2000 ، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم: 15/97المؤرخ في 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى .ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 07 الصادرة بتاريخ: 2000/02/28.

[4]- الأمر رقم: 01/2000 المؤرخ في: 01 مارس 2000 يتعلق بإدارة ولاية الجزائر والبلديات التابعة لها، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 9 الصادرة في: 2000/3/02.

[5]- لزرق حبشي، المرجع السابق، ص. 260.

[6]- عليان بوزيان، المرجع السابق، ص. 643.

[7]- نصت الفقرة الخامسة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/23، ج.ر.ج.ج، العدد 21 ، الصادرة في: 2008/02/25، على أنه: "تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، الإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التأمينات".

[8]- أنظر المادة 13 من القانون العضوي رقم: 11/05 المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 51، ص. 6.

لأحكام الدستور. لذلك فإنه أمام ضعف مردود المجلس الدستوري وقلة نشاطه، بسبب طريقة تحريك الرقابة الدستورية أمامه، فقد وصفه البعض بأنه مجرد "واجهة لحماية الدستور".

لكن إلى أي مدى يصدق هذا النعت، بعد التعديل الدستوري الأخير الذي شهدته الجزائر، بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، والذي مسّ بالخصوص هيئة المجلس الدستوري؟. وهل سوف يساهم هذا التعديل في تعزيز الرقابة الدستورية وجعلها فعالة، خلافا لما كانت عليه في ظل دستوري 1989 و1996؟. لاسيما بعد استحداثه لآلية الرقابة الدستورية عن طريق الدفع، وتوسيعه لدائرة الإخطار بإضافة الوزير الأول و عدد من النواب؟. لذلك فإننا نأمل أن التطبيق الفعلي لما جاء به التعديل الدستوري سوف يجيبنا مستقبلا عن هذه التساؤلات، وسيستعيد المجلس الدستوري مكانته التي افتقدها في ظل الدستور السابق، وتتحقق بالفعل مقولة أن "المجلس الدستوري حامي الدستور وقاضي الحريات".

ولا يفوتنا في هذا المقام أن ننوه بالدور المهم الذي لعبه المجلس الدستوري الفرنسي في حماية الحقوق والحريات، الذي نعتبره بحق هو حامي الدستور وقاضي الحريات، لأن فضل اجتهاداته ومواقفه ساهمت بالفعل في حماية الحقوق والحريات، هذه الأخيرة الذي اعتبرها بمثابة قيم دستورية لا يجوز انتهاكها؛ فبالنسبة لحرية التنقل اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي، بموجب القرار رقم 107/79 المؤرخ في 1979/7/12، أن هذه الحرية هي مبدأ له قيمة دستورية، نظرا لتعدد القوانين التي تضع ضوابط على ممارسة هذه الحرية بما يتوافق مع تطور المجتمع. لذلك فقد أبطل قانونا لعدم دستوريته؛ كونه فرض الإذن المسبق لتنقل المواطن على الأراضي الفرنسية". وذهب أبعد من ذلك في اجتهاده عندما قرر "أن حرية التنقل لا تقتصر فقط على التمتع بهذه الحرية ضمن الأراضي الفرنسية بل تتضمن أيضا الحق بالمغادرة والعودة إلى هذه الأراضي[1].

وبالرغم من جدية القاضي الدستوري الفرنسي في سعيه المتواصل لحماية هذه الحرية، مثل إبطاله قانونا يسمح بسحب جواز سفر المواطن الفرنسي بصورة تعسفية أو لأسباب ضرائبية بحتة"، إلا أنه يبقى يقظا حيال متطلبات النظام العام والأمن الاجتماعي، وضرورة إيجاد نوع من التوفيق بينهما وبين المستلزمات الأساسية للتمتع بحرية التنقل. كما أن القاضي الدستوري الفرنسي لم يحصر اجتهاده حول تأمين المزيد من الضمانات لحرية التنقل بالمواطن الفرنسي فقط، بل تعداه لإيجاد ضمانات تتعلق بالأجانب المقيمين على الأراضي الفرنسية إما بصورة شرعية أو غير شرعية؛ لأن الأجنبي لا يخرج عن كونه إنسانا يحب أن تحميه القوانين الوضعية أسوة بأخيه المواطن.

وفيما يتعلق بحق الفرد باحترام حياته الخاصة، فقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي، بموجب القرار رقم 325/95 المؤرخ في: 1995/01/18 أن التعرض لحق الإنسان باحترام حياته الخاصة يعد من قبيل انتهاك

---

[1]- أنظر:
(Dominique) ROUSSEAU, ***Les libertés individuelles et dignité de la personne humaine***, Montchrestien, Paris, 1998, p.56.

الحرية الفردية. ففي معرض تفحصه لقانون **تفتيش** السيارات (Fouille des véhicules) يرى المجلس الدستوري الفرنسي "أن مثل هذا التفتيش يعد من الوجهة القانونية انتهاكا للحرية الفردية وخصوصياتها، وبالتالي فهو غير دستوري".

وحول الخصوصية المنبثقة عن حرمة المنزل، رفض المجلس الدستوري الفرنسي من خلال قراره رقم 164/83 المؤرخ في 1983/12/29، جميع مواد القانون الهادفة إلى الحد من التهرب الضريبي، والتي تسمح للسلطة الإدارية بتفتيش منازل المكلفين.

كما أنه لم يتردد في بسط هذه الحماية على امتداد كل ما يعتبر أو ما يشكل مكانا لخصوصية الإنسان منزلا كان أم مكتبا، بحيث فرض من أجل حماية هذه الخصوصية أن يكون لدى المفتش تكليف من القضاء المختص بعد أن يكون هذا الأخير قد دقق في موضوعية طلب التفتيش. (قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 184/84 المؤرخ في 1984/12/29)[1].

أما بالنسبة للخصوصيات التي تفرض الحق بالسرية والحق بحماية المراسلات والحق بالحفاظ على سرية الهوية وغيرها من الحقوق، فقد منع القاضي الدستوري الفرنسي أي انتهاك لها من قبل المشرع، حيث رفض بموجب قراره الصادر بتاريخ 1984/12/2 اعتبار المعلومات المفروض تقديمها من صاحب العلاقة لملء استمارات تتعلق بلوائح الانتخابات في المجال الاجتماعي بأنها غير دستورية، لأن السرية تبقى محفوظة في كل ما يتعلق بهذه المعلومات، لكونها لن تندرج في اللائحة الانتخابية"[2].

ولما كانت **حرية الرأي** والتعبير تتفرع عنها عدة حريات كحرية المعتقد، حرية الانتخاب، حرية التجمع، حرية انشاء الجمعيات، حرية الصحافة والاتصال، وحق الإضراب. فقد وضع القاضي الدستوري الفرنسي جميع هذه الحريات ومتطلباتها، نصب عينيه، وسعى جاهدا لكي يوفر في القوانين التي ترعاها شرطا التوازن والتناسب بين هذه الحقوق والحريات من جهة، والموجبات المفروضة من جهة أخرى لاسيما التعددية والنظام العام[3].

ومن هذه الحريات نذكر أن: القاضي الدستوري الفرنسي جعل، في قراره الشهير[4] المتعلق بحرية الاجتماع (القرار رقم 71/44 المؤرخ في 1971/7/16) هذه الحرية ذات قيمة دستورية، وبأنها مبدأ يجب أن يصنف في عداد المبادئ الأساسية المعترف بها في نصوص قوانين الجمهورية. حيث جاء في إحدى حيثيات هذا القرار: "أن حرية الاجتماع هي أساسية، ومن دونها لا نعتقد بوجود أجواء جيدة لباقي الحريات... وبالتالي

1- أنظر: (Dominique) ROUSSEAU, ***Droit du contentieux constitutionnel***, *Op.Cit*, p.333.

2- أنظر : (François) LUCHAIRE, ***La protection constitutionnelle des droits et des libertés***, Tome II, Economica, Paris, 1998, p.93..

3- أنظر: (Jacques) ROBERT, ***Le juge constitutionnel juge des libertés***, Montchrestien, Paris, 1999, p.96.

4- اعتبر الفقه الدستوري هذا القرار قرارا تاريخيا؛ لأنه بسببه تم الاعتراف بمقدمة الدستور الفرنسي بأنها جزء لا يتجزأ من الدستور، وعليه فقد وضع هذا القرار حدا فاصلا للجدل الفقهي الكبير الذي استمر عدة عقود من الزمن في فرنسا

كيف ستكون من دونها صحة وحقيقة الديمقراطية السياسية". كما جاء في إحدى حيثيات قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 229/91 المؤرخ في 1991/8/2: "أن التدابير الهادفة إلى حماية النظام العام يجب ألا تمس حرية الاجتماع، وأن تقديم العلم المسبق إلى المحافظ (Préfet) لا يعد إلا من قبيل أخذ العلم، وليس على أنه حق للسلطة الإدارية، لأن الإذن المسبق يخالف حرية الاجتماع ذات القيمة الدستورية"[1].

وفيما يتعلق بحرية الصحافة، فقد منح القاضي الدستوري للصحافة أوفر الضمانات، لأجل جعلها مستقلة بحد ذاتها اتجاه أية ضغوطات من قبل السلطة، ولكي لا تستغلها هذه الأخيرة أو تتوافق وإياها على طمس الحقائق والتعتيم على عورات النظام، لأن الصحافة على حد تعبير « Voltaire » تحي الرأي العام، وتجعل منه قوة قادرة على إجبار السلطة عن قراراتها التعسفية. لذا يسهر القاضي الدستوري على أن يأتي القانون متوازنا بحيث يؤمن حرية الصحافة، وأن تكون متوافقة مع الأهداف ذات القيمة الدستورية مثل حماية الآخرين وتأمين الأمن العام[2].

أما حق الإضراب فقد أدرجه القاضي الدستوري ضمن إطار حريات التعبير نظرا لأهميته، غير أنه يختلف عن باقي حريات الرأي والتعبير في أنه لا يمكن تحقيقه إلا من خلال التعبير الجماعي، أي أن الفرد بحد ذاته لا يمكنه أن يتولى ذلك بمفرده، على حد تعبير الأستاذ Luchaire (François) لأنه ناتج عن التضامن، وهذا يعني أنه عمل جماعي وليس فردي[3].

وقد جعل المجلس الدستوري الفرنسي من خلال أول اجتهاد له وهو القرار رقم 105/79 المؤرخ في 1979/7/27، حق الإضراب مبدأ ذا قيمة دستورية، حيث جاء في الحيثية الأولى من هذا القرار؛ "أن الغاية التي توختها السلطة المؤسسة عام 1946 هي جعل حق الإضراب في مصاف المبادئ ذات القيمة الدستورية، مع خضوعه لضوابط يمكن للمشرع أن يرسمها، بهدف تحقيق التوافق الضروري ما بين حق الدفاع عن المصالح المهنية، التي يعد حق الإضراب إحدى وسائلها، والحفاظ على المصلحة العامة، التي من الممكن أن تنتهك من خلال الإضراب". كما اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 127/80 المؤرخ في

---

[1]- لكن ما يلاحظ أن القاضي الدستوري الفرنسي لم يتعرض خلال مسيرته الحمائية للتطرق إلى مدى دستورية أي قانون يقنن حرية التجمع بصيغة جديدة، إذ يبدو -على حد تعبير العلامة Luchaire (François)- "أن القاضي الدستوري الفرنسي بقي أمينا على تجسيد اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الشهير المعروف باسم (L'arrêt de Benjamin 19/5/1933) التي خرج بها القاضي الإداري الفرنسي لإبطال قرارين صادرين عن (maire et Nevers) لكون هذين القرارين لم تكن تفرضهما مستلزمات النظام العام)، وذلك لجهة السهر على التحقق من أن متطلبات النظام العام تستلزم أحيانا اعتماد أي تشريع يحد من حرية الاجتماع". أنظر: (François) LUCHAIRE, *Op.Cit.*, p.115.

وكذلك الحال بالنسبة لحق التظاهر، الذي لم يتطرق إليه القاضي الدستوري في غالبية اجتهاداته، نظرا لأن منع المواطن من استعمال حقه في التظاهر يعود أمر البت فيه إلى القضاء الإداري، هذا الأخير الذي أُثبت جدارته بحماية هذا الحق منذ بداية القرن المنصرميعتبر القاضي الاسباني، القاضي الدستوري الوحيد الذي تطرق إلى حماية حق التظاهر، حيث أكد من خلال قراره رقم 59/90 المؤرخ في 1990/3/29 أن الأحكام الجزائية التي أنزلت بحق المتظاهرين تعتبر تعسفية، ولو كانت هادفة لحماية حق دستوري آخر منصوص عليه في المادة 19 من الدستور ألا وهو حرية التنقل، طالما أن المتظاهرين لم يشكلوا خطرا على الأشخاص والممتلكات". وبالتالي فقد عمل القاضي الدستوري الاسباني على حماية حق التظاهر وجعله من بين الحقوق التي تنعم بالحماية طالما لم تنتهك حقوقا دستورية أخرى. أنظر:

(Jacques) ROBERT et (Jean) DUFFAR, ***Droit et libertés fondamentales***, 5eme éd., Montchrestien, Paris, 1994, p.709.

[2]- أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص.365 وما بعدها.

[3]- أنظر: (François) LUCHAIRE, *Ibid.*, p.333.

1981/1/20، أن الوسيلة التي اعتمدها المشرع، والتي يسمح بموجبها لرب العمل بالحسم الأوتوماتيكي لأجور المضربين، يعد انتهاكا صارخا لحق الإضراب".

ويرى المجلس الدستوري الفرنسي أيضا "أنه إذا كان بمقدور المشرع أن يمنع المضربين من وضع أية عراقيل مادية على خطوط السكة الحديدية، إلا أنه لا يستطيع أن يمنع أي عامل من حقه في التوقف الطبيعي عن العمل تنفيذا للإضراب، ولو نتج عن ذلك خلل في حركة سير القطارات".

لكن بالرغم من أن القاضي الدستوري الفرنسي اعتمد قاعدة ضرورة تقيد المشرع بإيجاد التوازن بين حق الإضراب ووجوب استمرار عمل المرفق العام وحماية المصلحة العامة[1]. إلا أنه كان متشددا حيال تطبيق حق الإضراب عندما يتعلق الإضراب بموظفي القطاع العام وعماله، إذ قيل بمنع هذا الحق عن الموظفين في القطاع العام المكلفين بإدارة مرفق أساسي يتعلق بالأمن[2].

كانت إذن هذه أبرز الحريات والحقوق التي تعرض لها المجلس الدستوري الفرنسي باجهاداته، مبرزا موقفا اتجاها بأنها بمثابة مبادئ وقيم دستورية تستحق الحماية.

غير أنه إذا كنا قد خلصنا، من خلال ما سبق، أن رقابة المجلس الدستوري الجزائري كانت عاجزة عن حماية الشرعية الدستورية، وعن وضع حد لانحراف السلطة التنفيذية عن هدفها في حماية الحريات، لاسيما في حالة الضرورة، فهل فُسح المجال للقاضي الإداري الجزائري لإبداء موقفه حول مدى مشروعية المراسيم المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ، أم أن مصيره كان كمصير المجلس الدستوري الجزائري (عاجزا)؟.

المبحث الثاني

تقدير سلطة القاضي الإداري في بسط رقابته على الإجراءات الاستثنائية

يرى القضاء الإداري أن القانون ما هو إلا وسيلة فنية تقوم بتنظيم سلطات الدولة لتحقق الهدف الأسمى، المتمثل في المحافظة على بقاء الدولة وتوفير النظام الاجتماعي والأمن والمحافظة على النظام العام. ولا شك

1- أنظر: (Jacques) ROBERT, ***Le juge constitutionnel juge des libertés***, *Op.Cit*, p.106.

2- إن هذا الموقف الذي اعتمده المجلس الدستوري لم يخالفه الفقه الفرنسي، إذ يرى البعض من الفقهاء "أنه من واجبات السلطة المسؤولة عن استمرارية أعمال المرافق العامة أن تحدد بنفسها الشروط الواجب توفرها، والتي تتيح للعمال تنفيذ الإضراب بطريقة لا تترتب عنها أضرار أو تعارض مع النظام العام".وهذا ما أيده البعض الآخر بقوله بأحقية السلطة بوضع شروط تنفيذ حق الإضراب وطبيعتها، وأبعادها، لكن كل ذلك يجب أن يتم تحت رقابة القاضي الدستوري" وفي هذا الصدد يقول الأستاذين « Louis Favreu » و« Loïc Philip » "أن حق الإضراب ليس مطلقا بل يخضع لضوابط يعود للمشرع أن يرسمها في سبيل الحفاظ على المصلحة العامة " وهذا أيضا ما أوضحه بعض الفقه بقوله: "إن حق الإضراب من الممكن منعه عن عمال وموظفين يعتبر وجودهم ضروريا لتأمين عمل بعض المرافق العامة التي من الممكن في حال توقفها أن تنعكس سلبا على الحاجيات الأساسية للمواطن". أما الأستاذ « Dominique Rousseau » فبالرغم من تأييده هذا التصور، إلا أنه يرى ضرورة سهر القاضي الدستوري على تحقيق مبدأ التناسب بحيث يفرض على المشرع من خلاله عدم الوصول بضوابطه على هذه الحرية إلى الحد الذي يفرغ حق الإضراب من مضمونه. أنظر:
(Louis) FAVREU et (Loïc) PHILIP, ***Les grandes décisions de conseil constitutionnel***, 8eme éd, Dalloz, 1995, p.465, p. 269.
(François) LUCHAIRE, *Op.Cit.*, p. 335.
(Olivier) DUHAMEL et (Yves) MENY, ***Dictionnaire constitutionnel***, 1ere éd., P.U.F., Paris,1998 , p.324.
(Dominique) ROUSSEAU, *Op.Cit.*, p.346.

أنه مما يتماشى مع النظم الدستورية ويتفق وروح القوانين، أن يسمح للإدارة بأن تتجاوز مؤقتا، ولظروف استثنائية، القوالب القانونية الجامدة حتى لا تتعرض سمة النظام العام للخطر، أي أننا نضحي بالوسيلة (القانون) في سبيل الغاية (بقاء الدولة)، فمعيار المشروعية الاستثنائية إذن هو النظام العام، فكلما كان الهدف من إصدار القرارات هو استتباب واسترجاع النظام العام، كلما كانت تلك القرارات مشروعة.

وفي سبيل ذلك نجد أن القضاء الإداري يحاول أن يوازن بين أمرين متناقضين، فهو من جهة يمنح للإدارة سلطة التحرر من عناصر القرار الإداري في ظل تطبيقها لنظرية الضرورة، وهو ما يعني تأثير هذه الأخيرة على سلطة القاضي الإداري في رقابة عناصر القرار الإداري **(المطلب الأول)**، وهو من جهة أخرى يفرض على الإدارة قيودا عند تطبيق حالة الضرورة **(المطلب الثاني)**، والتي تعد الرقابة القضائية أهم قيد عليها، حيث تكون القرارات الإدارية الصادرة في تلك الحالة قابلة للإلغاء والتعويض، لاسيما إذا حادت الإدارة عن فكرة النظام العام، ولجأت إلى تقييد بعض الحريات، متجاوزة بذلك القدر المطلوب[1]. غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو؛ ما مدى خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابة القضاء **(المطلب الثالث)**؟.

المطلب الأول

تحرر الإدارة من عناصر القرار الإداري في حالة الضرورة

القاعدة العامة، أن القرار الصادر عن الإدارة لا يكون مشروعا، إلا إذا توافرت بشأنه العناصر الخمسة التالية:

1- أن يصدر من السلطة المختصة قانونا بإصداره.

2- أن يصدر طبقا للإجراءات التي حددها القانون، وفي الشكل المقرر له.

3- أن يقصد به تحقيق الغرض الذي ينص عليه القانون، وهو الصالح العام.

4- أن يكون محله جائزا قانونا.

5- أن تكون أسباب اصداره صحيحة تتفق مع القانون[2].

إلا أنه في ظل قيام حالة الضرورة يرخص القضاء الإداري للإدارة أن تتحرر من الالتزام ببعض عناصر القرار الإداري، وهو ما يعني أن سلطة القاضي الإداري في رقابة عناصر القرار الإداري في الأحوال العادية، تختلف عن سلطته في رقابة مشروعية القرار الإداري في ظل قيام الظروف الاستثنائية، تكون سلطته مقيدة، أمام تحرر سلطة الإدارة. حيث يعد هذا التحرر وحدا من أهم مظاهر توسع سلطات الإدارة والخروج عن مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية.

---

[1]- فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص. 86.

[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص. 207-208.

وعليه فإن حالة الضرورة لها انعكاسات سواء على المشروعية الخارجية للقرار الإداري، المتمثلة في عنصر الاختصاص وعنصر الشكل والإجراءات **(الفرع الأول)**، أو على المشروعية الداخلية للقرار الإداري، والمتمثلة في: المحل، السبب، والغاية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

انعكاسات حالة الضرورة على المشروعية الخارجية للقرار الإداري

لكي يكون عمل الإدارة مشروعا، لابد أن يستجيب للقواعد أو الشروط الشكلية التي تحيط به، والتي تتمثل في قاعدة الاختصاص، وهي المتعلقة بصاحب التصرف أو العمل الإداري؛ أي مُصدر القرار الإداري، وقاعدة الشكل والإجراءات، وهي المتعلقة بالتصرف في حد ذاته، من حيث مظهره الخارجي وكيفية صدوره.

غير أن قيام حالة الضرورة تفرض على الإدارة التحرر من قواعد الاختصاص، بما يخدم الظروف الاستثنائية التي تعرفها البلاد **(أولا)**، كما تؤدي هذه الأخيرة أيضا إلى التحرر من الشكليات والإجراءات الجوهرية، التي يترتب عن مخالفتها في الظروف العادية بطلان أعمال الإدارة **(ثانيا)**.

أولا: تحرر الإدارة من قواعد الاختصاص إبان قيام حالة الضرورة

تعتبر قاعدة الاختصاص من أهم القواعد المتعلقة بالنظام العام، والتي تفيد بأن الأعمال القانونية للإدارة لا يمكن أن تصدر إلا عن السلطة المؤهلة قانونا للتصرف في المجال المحدد لها بمقتضى النصوص القانونية والقرارات التنظيمية، حيث تتولى هذه الأخيرة تقسيم العمل بين الهيئات العامة للدولة وفقا لمتطلبات المصلحة العامة. فإذا مارس رجل الإدارة أياً من اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية، ترتب على هذا العمل انعدام القرار الإداري لكونه أمام حالة اغتصاب السلطة، وهو ما يسمى بعيب عدم الاختصاص الجسيم الذي يبرز كثيرا في الظروف الاستثنائية، أما عيب عدم الاختصاص البسيط فيتعلق بمخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية، وهو عيب كثير الحدوث في الأحوال العادية[1].

وعليه، فإن صدور القرار الإداري من السلطة المختصة قانونا بإصداره، ومحترما قواعد الاختصاص[2]، هو من المسائل الواجب التقيد بها لصحة القرار الإداري.

---

[1]- يعرف الاختصاص بأنه: القدرة أو المكنة القانونية التي تخول لجهة الإدارة اتخاذ قرار معين على النحو الموزع للاختصاصات. كما يقصد به الصلاحية القانونية التي تمنح لموظف أو هيئة عامة لمباشرة عمل من الأعمال.

[2]- تتنوع قواعد الاختصاص إلى أربعة أنواع هي: الاختصاص الشخصي، الاختصاص الموضوعي، الاختصاص الزماني، والاختصاص المكاني.

- **الاختصاص الشخصي:** المبدأ هو أن يمارس العون المختص اختصاصاته بصفة شخصية، دون إمكانية الامتناع عن ذلك أو التنازل لفائدة غيره للقيام بذلك، وإلا عد ذلك وجها من أوجه عيوب الاختصاص، لكن ونظرا لعدم تلاؤم هذا المبدأ مع واقع العمل الإداري، سعت القوانين إلى إقرار بعض الآليات للتخفيف من شدة هذه القاعدة، وتتمثل في الطرق الثلاثة التالية: التفويض، الحلول، والإنابة.

التفويض (La délégation): يشترط لصحة التفويض وجود ترخيص في إسناده، يتم بمقتضى نص صريح يخول نقل الاختصاص من السلطة المفوضة إلى السلطة المفوض لها، وأن يعبر صاحب الاختصاص عن إرادته الصريحة في تفويض ماله من اختصاص إلى السلطة المفوض لها. بمعنى أن يكون

ويعد التخفيف من قواعد الاختصاص أو تجاوز القواعد الموزعة للاختصاصات، وتوسيع الاختصاص داخل الإدارة، من بين أهم الآثار التي ترتبها حالة الضرورة؛ حيث أن توافر الظرف الاستثنائي يبيح للإدارة ممارسة اختصاصات سلطة إدارية أخرى، أو التعدي على اختصاصاتها، أو أن تعهد ببعض وظائفها إلى هيئة إدارية أخرى، رغم عدم وجود نص قانوني يسمح لها بذلك.

ولما كانت حالة الضرورة تقوم على أساس إحداث تغيير في التوازن الدستوري بين الهيئات، لصالح السلطة التنفيذية القائمة عليها، فقد سمح لها المشرع بممارسة اختصاصات تدخل بحسب الأصل في ولاية التشريع؛ أي أن تقوم بعمل المشرع العادي، فتصدر قرارات لها قوة القانون تجعلها قادرة على أن تلغي أو تعدل قوانين قائمة أو أن تشرع في مجال كان محجوزا للمشرع في الظروف العادية. والأخطر من ذلك أنه أجاز للإدارة –كما سبق التطرق إليه– أن تعطل نصا دستوريا لمواجهة الظرف الاستثنائي، وهذه السلطة هي سلطة واسعة لا يملكها البرلمان نفسه، الأمر الذي يؤثر بلا خلاف على حقوق وحريات الأفراد[1].

كما سمح المشرع أيضا للإدارة بالاعتداء على الاختصاص الطبيعي المقرر للهيئة القضائية، كجواز إصدار قرارات مقيدة للحرية الشخصية (مثل قرار الاعتقال). بالإضافة إلى ذلك تبيح الظروف الاستثنائية لهيئات فعلية

التفويض صريحا لا ضمنيا، جزئيا لا مطلقا، كما يجب أن ينشر حتى يجوز الاحتجاج به. كما أن للتفويض وجهان: تفويض الإمضاء أو التوقيع، تفويض السلطة أو تفويض الاختصاص. تفويض الإمضاء أو التوقيع؛ هو تفويض ينعقد بصفة شخصية من شخص إلى آخر، دون أن يفقد صاحب الاختصاص الأصلي الاختصاص الذي سبق له أن فوض فيه بصدور قرار التفويض.

أما تفويض السلطة أو تفويض الاختصاص فهو نقل جزء أو بعض من اختصاصات شخص أو سلطة إلى سلطة أخرى. ويمتاز هذا التفويض بأن له صبغة مجردة تؤدي إلى تغيير جوهري في التوزيع العادي للاختصاص، إذ بمجرد قرار التفويض تفقد السلطة المفوضة الاختصاص المفوض فيه، ولا يمكن أن تمارس اختصاصها مجددا إلا بعد انتهاء التفويض واسترجاع ما كانت قد فوضت فيه من اختصاص؛ بمعنى أن المفوض يحرم من ممارسة الاختصاصات التي يفوضها طيلة مدة التفويض، كما يختلف عن تفويض التوقيع، لأنه لا يقوم على الاعتبار الشخصي.

الحلول (La suppléance): هي الطريقة التي تخول تعويض سلطة بأخرى في حالات محددة، ويتم ذلك عادة في صورة غياب السلطة المختصة، أو حصول مانع يحول دون ممارستها لوظائفها. والأسباب التي تؤدي إلى الحلول متنوعة نذكر من بينها المرض، أو العطل، أو السفر.

ولا يتم الحلول إلا بتوفر شرطين: وجود نص صريح يجيزه ويعين السلطة المدعوة للحلول من جهة، وتحديد الظرف الذي يتم فيه اللجوء إلى هذه الوسيلة من جهة أخرى، مثال ذلك حلول رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الدستوري محل رئيس الجمهورية إذا تعذر على هذا الأخير القيام بمهامه بصفة وقتية، أو تولي رئيس الجمهورية التشريع محل السلطة التشريعية بصفة مؤقتة أثناء قيام الحالة الاستثنائية (أنظر المادة 110 من التعديل الدستوري 01/16)، أو حلول الوالي محل المجلس الشعبي البلدي (أنظر المادة 203 من قانون البلدية 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011).

الإنابة أو التعويض المؤقت (L'intérim): لا تكون الإنابة إلا في حالة شغور في وظيفة إدارية نتيجة غياب أو امتناع سلطة ما، مما يؤدي ذلك إلى تدخل إما السلطة ذاتها أو سلطة أعلى منها بتعيين نائب يعوض ممارسة اختصاص السلطة المختصة الشاغرة بصفة مؤقتة، ضمن ما يجيزه القانون، في انتظار زوال أسباب الشغور، مثال ذلك إذا غاب رئيس المجلس البلدي يستخلفه مندوب يعينه بنفسه لممارسة مهامه. ولا يشترط في الإنابة أن تكون مقررة بنص فهي تقوم بصفة عفوية كلما دعت الحاجة إليها.

- **الاختصاص الموضوعي:** لكل سلطة مجال مخصص لها، لا يمكن لها أن تحيد عنه، وأن تتعدى على اختصاص يعود إلى سلطة أخرى، فهو اختصاص يخضع إلى تنظيم تحدده للنصوص القانونية، بحيث تكون القرارات المخالفة لهذا التنظيم متسما بلا مشروعية.

- **الاختصاص المكاني:** يقصد به أن الاختصاصات بين السلطات الادارية توزع على أساس أن لكل سلطة حدود اقليمية معينة يجب أن تتقيد بها، فإذا تجاوزت السلطة الإدارية النطاق المكاني المحدد لها تكون قراراته مشوبة بعيب عدم الاختصاص المكاني. هذا التجاوز من الناحية العملية قليل الحدوث، لأن كل سلطة تكون حريصة على القيام بمهامها في الحيز الجغرافي المحدد لها بمقتضى النصوص.

الاختصاص الزمني: يقصد بعدم الاختصاص الزمني، بأنها الحالة التي يصدر فيها العمل القانوني للإدارة في وقت يكون مُصدره غير مؤهلا لإصداره. ويحدث ذلك في حالتين: حالة صدور العمل القانوني قبل أن يتقلد الموظف مهام منصبه، كأن يصدر قرار عن رئيس جامعة في وقت لم يتم فيه بعد تقلده لوظيفته بصفة رسمية، وحالة صدور هذا العمل عن موظف بعد تخليه لمنصبه أي بعد انتهاء الرابطة الوظيفية، سواء بالإحالة على المعاش، الفصل عن العمل أو الاستقالة وغيرها. أنظر: محمد رضا جنيح، **القانون الإداري**، طبعة ثانية محينة ومزيدة، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص ص. 387-388.

[1]- أحمد الموافي، المرجع السابق، ص ص. 4-5.

أن تقوم بإجراء تصرف هو من اختصاص السلطات العامة، وهذا هو أساس نظرية الموظف الفعلي[1]، ولكن بشرط وجود ظرف استثنائي.

ولا شك أن كل تلك التصرفات تعتبر غير مشروع إذا صدرت في ظروف عادية[2]، في الوقت الذي تعد مشروعة بل وواجبة في ظل الظروف الاستثنائية، متى كان ذلك لازما لحماية البلاد من خطر داهم[3].

أما القضاء الإداري فقد رخص هو الآخر للسلطة الإدارية، في ظل قيام حالة الضرورة، بأن تتجاوز حدود اختصاصاتها، مبررا ذلك في أن حالة الضرورة تقتضي من الإدارة التدخل السريع، باتخاذ كافة القرارات والتدابير اللازمة لحماية المصلحة العامة للبلاد، فتكون هذه التدابير مشروعة، حتى وإن صدرت عن سلطة غير مختصة[4]. لذلك فقد أصبح القاضي الإداري في تلك الظروف لا يبسط راقبته على عيب عدم الاختصاص، متى اقترن صدور القرار المعيب بوجود ظروف استثنائية[5]، فمثلا في مجال الأحكام القضائية الصادرة في الظروف الاستثنائية، رخص القضاء للإدارة بجواز تعطيلها، متى كان تنفيذها يؤدي إلى الاضرار بالمصلحة العامة، وفي مجال تفويض الاختصاص، اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنه في وقت الحرب، بإمكان السلطة الإدارية أن تفوض اختصاصها، ولو في غياب أي نص تشريعي أو تنظيمي يسمح لها بذلك التفويض[6].

أما القضاء الإداري الجزائري، فقد اعتبر أن قواعد الاختصاص يجب أن تحترم وإلا حكم القاضي بإلغاء قرار الإدارة المخالف لتلك القواعد، غير أنه إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر عدم إمكانية احترام قواعد الاختصاص، فإن القاضي الإداري سيحكم بمشروعية القرار الإداري، ذلك أن ركن الاختصاص في حالة الضرورة يغدو لا أثر له. مثال ذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية بتاريخ 1969/7/2،

---

[1]- نظرية الموظف الفعلي هي نظرية من ابتكار القضاء، وتتمثل في أنه عند تواجد ظروف استثنائية، باستطاعة أشخاص أو هيئات غير مختصة إداريا، أن تمارس سلطات الإدارة تحقيقا للمصلحة العامة. أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، **دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية**، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 94.

[2]- نورمان فالح الظفيري، المرجع السابق، ص ص. 388-389. أنظر أيضا: محمد رضا جنيح، المرجع السابق، ص . 412.

[3]- أمير حسن جاسم، المرجع السابق، ص ص.238-239.

[4]- من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة في هذا الصدد، قضية "لوجيي"، حيث اعتبر أن العمل الذي قامت به الإدارة مشروعا، على الرغم من أنه يدخل من المفروض في اختصاص المشرع، إذ رأى بأنه بتاريخ صدور ذلك المنشور كانت هناك ظروف استثنائية تسمح للوزير من أن يتخذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الموقف بصفة مؤقتة، مادام أنه تعذر بسبب تلك الظروف الاجتماع لإصدار تشريع بشأن الضباط غير التابعين لجيش الحكومة المؤقتة للجمهورية الفرنسية.

[5]- هذا الحل هو الذي طبقه مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Heyriès) عندما سمح لرئيس الجمهورية بإصدار مرسوم مخالف للقانون، مؤسسا موقفه على أن المادة 3 من الدستور الصادر في 1875/02/25 التي تعطي لرئيس الدولة سلطة إصدار القوانين وتأمين تنفيذها، تعتبر أساسا دستوريا لمبدأ دستورية المرافق العامة خاصة في أوقات الحرب، لذلك فإن أيه صعوبة ناشئة عن ذلك، يجب أن لا تعرقل أو تشل نشاط المرفق، وعلى رئيس الجمهورية خلال هذه الفترة تقرير ذلك.

C.E, 28 juin 1918, Heyriès, **G.A.J.A.,** *Op.Cit.*, p.207.

[6]- ومن بين أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، حكمه بتاريخ 1919/08/1 في قضية « Société des Etablissement Saupiquet »، حيث تتلخص وقائعها في أنه بعد نشوب الحرب العالمية الأولى، وضع مرفق السكك الحديدية تحت اشراف وزارة الحربية طبقا للقانون الصادر في 1888/12/28، ولقد أصدر مندو وزارة الحربية لدى لجنة إدارة شبكة خطوط سكك حديد "أورليان" قرارا يقضي بأن نقل البضائع على هذه الخطوط يتم دون أية مسؤولية أو ضمان من جانب الناقل، وذلك اعتبارا من من 24 أوت 1914. غير أن مؤسسة Saupiquet طعنت في هذا القرار بالالغاء أمام مجلس الدولة، تأسيسا على أنه صدر من موظف لا يختص بإصداره، إذ أنه طبقا للقانون الصادر في 1888/12/28، هو من اختصاص وزير الحربية. وكان مصير هذا الطعن الرفض، استنادا إلى أنه في تاريخ صدور القرار المطعون فيهن كان من المتعذر مع وجود حالة الحرب بمشاكلها العديدة المعقدة وضرورة التصرف بسرعة، أن تباشر دائما السلطات المختلفة –خاصة السلطة العسكرية- اختصاصاتها التي يخولها لها القانون، ولذلك اضطرت السلطة العسكرية إلى أن تفوض بعض رجالها في التصرف بدلا منها وتحت مراقبتها رغم عدم وجود نص يرخص بهذا التفويض، حتى لا تضار مصالح الدفاع القومي. أنظر: أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص. 210، نقلا عن مجموعة أحكام مجلس الدولة، ص. 713.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن جيش التحرير الوطني قام في جويلية 1962 بالاستيلاء على قطعة أرض لأحد الخواص، مخالفا بذلك قواعد الاختصاص التي تعد من الاختصاص المطلق للوالي، ولما طعن المعني بالأمر بدعوى تجاوز السلطة ضد القرار الصادر ضده على أساس مخالفة قواعد الاختصاص، اعتبر القاضي أن القرار يعد مشروعا، وذلك لأن جيش التحرير الوطني كان آنذاك هو السلطة الوحيدة الموجودة لاتخاذ القرار. لكن مع ذلك نشير إلى أن القاضي الإداري الجزائري لا يحكم دائما بعدم مشروعية القرار على الرغم من مخالفته لقواعد الاختصاص، بل يشترط الدليل على صحة ما يدعيه. "غير أن السلطات لم تقدم دليل إدعاءاتها على مادية الوقائع، وبالتالي فإن قاضي الدرجة الأولى طبق القانون التطبيق السليم، لما لم يعتمد على مجرد إدعاءات السلطة الإدارية"[1].

ثانيا: تحرر الإدارة من عنصر الشكل والإجراءات في حالة الضرورة

يشترط في القرار الإداري أن يصدر طبقا للإجراءات التي حددها القانون **(1)** وفي الشكل المقرر له **(2)**، ويكمن الهدف من وراء هذا الشرط، هو لتجنيب الإدارة اتخاذ القرارات المتسرعة.

لكن إذا كان الأصل أنه يتعين على جهة الإدارة مراعاة الإجراءات والأشكال في الأعمال الإدارية القانونية أو المادية التي تتطلبها القوانين، فإذا خالفت الإدارة ذلك، كان قرارها معيبا وحقيقا بالإلغاء، فهل تبقى الإدارة مقيدة بهذه القاعدة في ظل الظروف الاستثنائية، أم انها تتحرر من اتباعها **(3)**؟.

(1)- المقصود بالإجراءات: يقصد بالإجراءات، الأعمال السابقة لإصدار القرار، وهي عديدة ومتنوعة، نذكر من بينها اشتراط أخذ رأي جهة معينة، أو اشتراط استدعاء الموظف للمثول أمام المجلس التأديبي. والأصل أن الأعمال القانونية للإدارة لا يشترط فيها اتباع إجراءات معين، ما لم تقرر النصوص القانونية عكس ذلك[2].

(2)- المقصود بالشكل: أما الشكل فيقصد به المظهر الخارجي الذي يتخذه القرار الإداري. والقضاء الإداري في رقابته على الشكل، يفرق بين الشكل الجوهري في القرار والشكل غير الجوهري، فيعتبر الشكل الجوهري من شروط انعقاد القرار، بحيث إذا تخلف ولد القرار باطلا، ومن بين الشكليات الأساسية التي يترتب

---

[1]- باية سكاكني، "إشكالية الموازنة بين السلطة والحرية في ظل الظروف الاستثنائية"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص ص. 48- 49.

[2]- لهذا يقع التمييز في مجال الصيغ الشكلية بوجه عام بين الاجراءات الجوهرية والإجراءات غير الجوهرية، فتعتبر إجراءات جوهرية الإجراءات التي تمثل ضمانة أساسية أو التي قد تؤثر في مضمون القرار، فمثلا عدم استدعاء الموظف للمثول أمام المجلس التأديبي يضفي عدم مشروعية الإجراءات التأديبية. أما الإجراءات التي لم توجب النصوص مراعاتها، فلا يترتب البطلان على مخالفتها من جانب الإدارة، ولا تؤثر في مشروعية العمل الإداري، فهي من قبيل الإجراءات غير الجوهرية، ومثال ذلك الإجراءات المقررة لمصلحة الإدارة. لكن توجد وسيلة أساسية يمكن للإدارة عن طريقها تغطية إغفال الإجراءات الجوهرية من جانب الإدارة في بعض الحالات الاستثنائية، بحيث تتحول الأعمال القانونية للإدارة من مجال عدم الشرعية إلى مجال الشرعية، فتنجو بالتبعية من الإبطال، تتمثل هذه الوسيلة في الاستحالة المادية التي تحول دون احترام الإجراءات. والمقصود بالاستحالة المادية، تلك الاستحالة الحقيقة التي يستطيل أمدها لدرجة يتعذر معها إتمام الإجراء المفروض على السلطة الإدارية المختصة، ومثال ذلك: عدم سماع دفاع الموظف المدان بسبب الاستحالة المادية لدعوته للمثول أمام مجلس التأديب، نظرا لعدم تركه لعنوانه، واستحالة الاستدلال على هذا العنوان، أو استحالة جمع أعضاء اللجنة الاستشارية الواجب أخذ رأيها قبل اتخاذ القرار. أيضا: محمد رضا جنيح، المرجع السابق، ص. 413.

عن مخالفتها بطلان عمل الإدارة، شكلية إمضاء السلطة المتخصصة الذي يخول مراقبة سلامة قواعد الاختصاص، شكلية التأشيرات التي تفرضها القواعد الدستورية أو القانونية، وشكلية التسبيب إذا كانت الإدارة ملزمة بالتسبيب، فعلى مصدر القرار أن يذكر في مطلعه كافة الأسانيد الواقعي والقانونية التي تأسس عليها القرار الإداري، لأن الأسانيد من شأنها أن تمكن من تقدير مدى مشروعيته.

أما الشكل غير الجوهري، فلا يعتبره القضاء مؤثرا في شروط انعقاد القرار، فإذا لم يتوافر لا تزول عن القرار صفته القانونية[1].

وعليه فإنه لا يتقرر الحكم بوجود عيب الشكل، إلا إذا أغفلت أو خالفت الإدارة القواعد الإجرائية والشكلية المحددة لاكتمال العمل الإداري، أو عدم احترامها للقواعد المحددة لإصدار القرار الإداري في القوانين واللوائح[2].

(3)- الترخيص بمخالفة قواعد الشكل والإجراءات في حالة الضرورة: إن قاعدة وجوب مراعاة الإجراءات والأشكال في الأعمال الإدارية القانونية أو المادية التي تتطلبها القوانين لا تسري على إطلاقها، في الظروف الاستثنائية، بل تتحرر الإدارة من اتباع الشكليات التي حددها القانون، حتى ولو كانت هذه الأخيرة تمثل ضمانة أساسية للموظفين العموميين أو للأفراد، كضرورة استشارة بعض المؤسسات قبل اعلان حالة الطوارئ. لذلك نجد أن المشرع يرخص للسلطة التنفيذية في حالة الضرورة الحجر على الحريات دون التقيد بقانون الإجراءات الجزائية.

كما استقرت أحكام القضاء الإداري على عدم التشدد في رقابة ركن الشكل والإجراءات في القرارات الاستثنائية، تقديرا من القضاء لأهمية الظروف التي تعلن فيها حالة الضرورة، وما تستدعيه من الترخيص للسلطة التنفيذية باتخاذ تدابير سريعة وحاسمة، لا تتبع فيها الإجراءات والأشكال التي يجب اتباعها في الظروف العادية، فالقضاء يعامل هذه القرارات معاملة القرارات السليمة، تأسيسا على أن الظروف الاستثنائية التي صاحبت صدورها تحجب أوجه عدم المشروعية التي شابتها في ركن الإجراءات والأشكال[3]، لأنه يتعذر على الإدارة في هذه الفترة اتباع قواعدها.

---

[1]- وضع مجلس الدولة الفرنسي فروق بين عيب الشكل الذي وضع لصالح الإدارة والذي وضع لصالح الأفراد، وكذا الفرق بين الأشكال الثانوية والأشكال الجوهرية، فيعد القرار معيبا إذا اغفلت الإدارة أو خالفت الشكل الجوهري أو الذي وضع لصالح الفرد.

[2]- قليلة هي القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الإداري الجزائري، والتي تعرضت فيها إلى عيب الشكل، إذ نادرا ما تشير إلى ذكر "عيب مخالفة القانون"، مع العلم أن هذه العبارة واسعة وتشمل جميع عيوب القرار الإداري. ولذلك تتعلق أغلب الحالات التطبيقية لعيب الشكل التي عرضت على القضاء الإداري رغم قلتها في: عدم قانونية تشكيلة لجنة إدارية، عدم التسبيب لقرار أو عقد إداري، وعدم احترام الشكليات المتعلقة بالتبليغ والإشهار.
أما بخصوص عيب الإجراءات، فإن القرارات القضائية المتعرضة لها كثيرة، ويفسر ذلك إلى أن الإدارة الجزائرية لا تزال تتجاهل لأدنى إجراءات القرار الإداري، وهذا يرجع أساسا إلى النقص في تكوين القائمين على الإدارة مع انعدام الكفاءات، ويتضح خاصة في عدم احترامها لحقوق الدفاع في إطار الإجراءات التأديبية للموظفين وعدم استشارة الهيئات الجماعية. أنظر في تفاصيل ذلك: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص ص. 166-207.

[3]- حقي اسماعيل بربوتي، المرجع السابق، ص ص.616-617.

ومن أمثلة الأحكام القضائية التي قررت بأن الإدارة ليست ملزمة بإتباع شكل معين وهي بصدد إفصاحها عن إرادتها الملزمة، نذكر: قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Heyriès)[1]، حيث أجاز للإدارة إغفال إجراءات تأديب الموظف، المتعين عليها اتباعها، وأن تتجاهل الضمانات المنصوص عليها قانونا، وذلك إذا رأت أن إعمال هذه الضمانات في الظروف الاستثنائية يعرقل سير المرافق العامة. كما رخص مجلس الدولة الفرنسي للإدارة –من خلال قضية الجنرال « Verrier» – بأن تغفل إجراءات إحالة ضباط الجيش إلى المعاش، وذلك إذا تعذرت عليها في الظروف الاستثنائية أن تعمل هذه الإجراءات[2].

وعليه، نخلص إلى أن قيام حالة الضرورة تسمح للإدارة بمخالفة الشكليات المقررة في القانون، بسبب أن دواعي صيانة النظام العام تحتم على سلطة الضبط بالتدخل السريع، وهي في الوقت نفسه تمنع القاضي الإداري من أن يراقب عيب الشكل أو الإجراءات، فتعتبر قرارات وتصرفات الإدارة في حالة الضرورة مشروعة، حتى ولو لم تتم وفق الإجراءات القانونية.

الفرع الثاني

انعكاسات حالة الضرورة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري

لا تقتصر مشروعية القرار الإداري من الناحية الخارجية فقط، بل لابد من أن تمتد أيضا إلى المشروعية الداخلية أي مضمون القرار، والتي تقوم على ثلاثة شروط، مشروعية المحل (من حيث المحتوى)، مشروعية السبب (من حيث الأسباب)، ومشروعية الغاية (من حيث الهدف).

وبالتالي فإن التصرف الإداري قد يكون مشوبا بعدم المشروعية الداخلية، متى كان محتواه غير مشروع، وهو ما يعرف بعيب مخالفة القانون أو خرق القانون، أو كانت أسبابه غير مشروعة أو ما يعرف بعيب السبب، أو نكون أمام عيب الانحراف بسبب عدم مشروعية هدفه.

لكن هل يجوز للإدارة التحرر من قواعد المشروعية الداخلية في الظروف الاستثنائية؟.

أولا: تحرر الإدارة من قيد مشروعية المحل في حالة الضرورة

من المعروف أن محل القرار هو الأثر القانوني المباشر الذي يحدثه القرار الإداري، سواء بإنشاء أو تعديل أو إنهاء المركز القانوني القائم. ويشترط في المحل أن يكون ممكنا وجائزا ومشروعا؛ أي صادرا في

---

[1]- اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار (Heyriès) أن العقوبة التأديبية التي اتخذتها الإدارة في ظروف الحرب دون تمكين العون المدان من الاطلاع على ملفه مطابق للمشروعية. كما أقر مجلس الدولة الفرنسي أيضا بمشروعية قرار صادر من المحافظ بوقف عمدة تجاهل الشروط الشكلية نظرا لما أحاط بقرار الوقف من ظروف استثنائية، معتبرا أن ما تقوم به الإدارة من خرق لقواعد الشكل مشروعا في تلك الظروف.

[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص ص. 211-212. أنظر: ايهاب طرق عبد العظيم، المرجع السابق، ص ص. 191-206. أنظر أيضا: وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص. 588.

حدود القانون. لذلك فإنه إذا تجاهلت الإدارة القاعدة القانونية تجاهلا كليا أو جزئيا، فتكون قد وقعت في عيب المحل أو المخالفة المباشرة للقانون[1]، فيصبح هذا القرار غير مشروع وجديرا بالإلغاء(1).

غير أنه إذا كانت القاعدة هي أنه لا يجوز للقرار الإداري في الظروف العادية أن يخالف أو يعدل أو يلغي أو يوقف أي قانون جاري العمل به، بسبب سمو القانون على القرار الإداري، وإلا ترتب على مخالفة الإدارة لهذه القاعدة اعتبار قرارها غير مشروع، لأن محله غير جائز قانونا. غير أنه في الظروف الاستثنائية يكون الأمر مختلفا، حيث يجوز للإدارة أن تخالف القوانين متى رأت أن ذلك ضروريا لحماية الدولة وأمن مؤسساتها وأفرادها (2).

(1)- المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية: تعتبر المخالفة المباشرة للقانون، الحالة الأكثر وضوحا لعيب مخالفة القانون، فالقاضي لا يكتفي بفحص الشكل الخارجي للتصرف الإداري، بل يقوم بفحص محتوى هذا التصرف.

ويفرق الفقه بين نوعين من المخالفة: مخالفة مباشرة وإيجابية، تحدث إذا قامت الإدارة بأعمال تتنافى مع القاعدة القانونية. ومخالفة مباشرة وسلبية، تحدث إذا امتنعت الإدارة عن القيام بعمل تسلزمه القاعدة القانونية. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ "أحمد محيو": "عند قيامها بتصرف ما، يجب أن تخضع الإدارة إلى التزام مزدوج التزاما إيجابيا، يفرض عليها تطبيق القاعدة القانونية مع كل النتائج المترتبة عن ذلك. وإلتزاما سلبيا، يفرض عليها أن تمتنع عن فعل كل ما يمنعه القانون، وإلا لكانت مرتكبة لخرق للقانون، والذي يفتح طريق دعوى تجاوز السلطة"[2].

(أ)- المخالفة الإيجابية للقاعدة القانونية: تحدث هذه المخالفة في حالة خروج الإدارة على حكم القاعدة القانونية العليا. وهذا النوع من المخالفات يكون واضحا في الواقع العملي، ومثال ذلك حالة إصدار قرار يتضمن أثرا رجعيا، يخالف بذلك مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أو حالة خرق مبدأ حجية الشيء المفضي به، أو حالة نطق الإدارة بعقوبة ضد أحد موظفيها غير مذكورة في القانون الذي يحدد تلك العقوبات بصفة واضحة، أو حالة إصدار منشور ينقض مقتضيات النص الأعلى الذي صدر لتفسيره[3]. ويستوي أن تقع هذه المخالفة المباشرة لقاعدة قانونية مكتوبة، كمخالفة مبدأ أو نص دستوري، أو قانوني، أو تنظيمي، أو قاعدة دولية، أو أن تطال المخالفة قاعدة قانونية غير مكتوبة، كمخالفة المبادئ العامة للقانون أو مخالفة قاعدة فقهية قضائية.

لكن بالإطلاع على القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الإداري الجزائري، نجد أن الإدارة الجزائرية كثيرا ما تخالف القانون مخالفة مباشرة، وهذا باتخاذها لقرارات معاكسة لما هو منصوص عليه في التشريع أو في المراسيم والقرارات ذات الطابع التنظيمي، لذا فإن أغلب المخالفات التي وقف عليها القضاء تمثلت في مخالفة الإدارة للحق المكتسب أو لحجية الشيء المقضي فيه أو لمبدأ الرجعية للقرارات الإدارية[4].

---

[1]- أوجد القضاء عيب مخالفة القانون في قضية "بيزي" « Bizet » أين عبر مجلس الدولة عن هذا العيب بتاريخ 13 مارس 1867 بعبارة "المخالفة المباشرة للقانون"، ويسمي البعض هذا العيب بعيب المحل، والذي يقصد به أن يكون محتوى أو محل القرار غير متطابق مع مبدأ المشروعية، أو غير متطابق مع القواعد القانونية التي تعلو القرار. أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 212.

[2]- أنظر: (Ahmed) Mahiou, ***Cours contentieux administratif***, 2eme éd, O.P.U., Alger, 1981, p. 212.

[3]- محمد رضا جنيح، المرجع السابق، ص 392.

[4]- للإطلاع على هذه القرارات، ارجع إلى لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص ص. 256-295.

(ب)- المخالفة السلبية للقاعدة القانونية: تتمثل هذه المخالفة في حالة امتناع الإدارة عن تطبيق القاعدة القانونية أو رفضها تنفيذ ما تفرضه عليها من التزامات، ويحدث ذلك عادة عندما يلزم القانون الإدارة بالقيام بعمل معين، أو إجراء تصرف محدد، فإذا اتخذت الإدارة موقفا سلبيا في مواجهة هذا الالتزام، فإنها تكون قد ارتكبت بذلك مخالفة للقانون يجعل قرارها الصادر في هذا الشأن معيبا وقابلا للإبطال. ومن أمثلة المخالفة السلبية، حالة رفض الإدارة منح ترخيص لأحد الأفراد رغم استيفاء جميع الشروط القانونية لذلك، إذا كان القانون يلزمها بمنح الترخيص في هذه الحالة[1]، أو امتناعها عن اتخاذ قرار إحالة الموظف على التقاعد عند بلوغه السن القانونية للتقاعد، أو رفضها سحب قرار غير شرعي لم يتحصن بانقضاء آجال الطعن، وأيضا امتناع الإدارة عن التعيين في الوظائف الشاغرة حسب ترتيب نجاح المترشحين في المسابقة.

(2)- الترخيص بمخالفة ركن المحل في حالة الضرورة: رخص القضاء الإداري لسلطة الطوارئ اتخاذ التدابير الضرورية واللازمة، ولو كانت مخالفة للقوانين العادية السارية، متى كان ذلك ضروريا للمحافظة على الأمن والنظام العام وضمان سير المرافق العامة، إذ يمكن للإدارة التوسع في حدود المشروعية إلى تصرفات غير جائزة قانونا، كانتهاك الحقوق الأساسية للمواطن[2].

وفي هذا الصدد أجاز مجلس الدولة الفرنسي للإدارة أن تصدر في الظروف الاستثنائية قرارات تعدل أو توقف بها القوانين السارية أو تخالف القانون، متى وجدت الإدارة نفسها مجبرة على التدخل السريع والعاجل لصد الخطر الناتج عن هذه الظروف، حيث قرر المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 30 يوليو 1915 في قضية الجنرال "فيريي" « verrier »[3] بمشروعية المرسوم الذي أصدره رئيس الجمهورية، والذي عدل به المادة الأولى من قانون 16 فبراير 1912 المتعلق بإجراءات إحالة ضباط القوات العسكرية على الاستيداع، وأسس المجلس حكمه على أن ظروف الحرب هي التي أدت إلى تعذر اتباع إجراءات إحالة ضباط الجيش على الاستيداع، وأن رئيس الجمهورية يملك أن يتخذ كافة التدابير التي تتطلبها الظروف لحماية مصالح الدفاع القومي بما فيها تعديل القوانين القائمة، مما يجعل المرسوم المطعون فيه صحيحا.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي أيضا في حكمه الصادر بتاريخ 28 يونيو في قضية "هيرياس" (Heyriès)[4] بمشروعية المرسوم الذي أصدره رئيس الجمهورية في 10 سبتمبر 1914، بوقف العمل بأحكام المادة 65 من القانون الصادر في 22 أبريل 1905 طوال فترة الحرب. وكانت حجة مجلس الدولة في ذلك أن الدستور يلزم رئيس الجمهورية بأن يؤمن تنفيذ القوانين، وبالتالي فإنه يلتزم بأن يكفل السير المنتظم للمرافق العامة التي انشئت بموجب القوانين، وبأن يحول دون أن تعوق المصاعب الناتجة عن الحرب هذا السير، فإذا

---

[1]- عبد الغني بسيوني، **القضاء الإداري**، الدار الجامعية، القاهرة، طبعة 1993، ص ص. 328- 329.

[2]- إيهاب طارق عبد العظيم، المرجع السابق، ص. 206.

[3]- تقدم الجنرال "فيريي" « verrier » بدعوى أمام مجلس الدولة، طالبا فيها إبطال القرار الإداري الصادر بإحالته على الاستيداع، طبقا للمرسوم الصادر في 15 أوت 1914 والذي عدلت به الحكومة المادة الأولى من قانون 16 فبراير 1912 في شأن إجراءات إحالة ضباط القوات العسكرية على الاستيداع، حيث قضى مجلس الدولة برفض طلب إلغاء القرار الصادر بإحالته إلى الاستيداع طبقا للمرسوم، وأسس المجلس حكمه على أن ظروف الحرب قد جعلت من المستحيل استيفاء جميع الإجراءات القانونية للإحالة على الاستيداع، مع ما توجبه هذه الظروف من ضرورة التخلص من الضباط الذين تقرر الحكومة عدم صلاحيتهم لمقتضيات الدفاع القومي، فإنه يكون مشروعا للحكومة أن تعدل بالمرسوم أحكام القانون.

C.E, 30 juillet 1915, général Verrier, (Michel) LONG et autres, **G.A.J.A.,** *Op.Cit.*, p.106.

[4]- طلب "هيرياس" (Heyriès) إبطال قرار فصله الصادر طبقا لمرسوم 19 سبتمبر 1914، والذي عطلت بموجبه الحكومة الاطلاع على ملف الخدمة، خلافا لما قررته المادة 65 من القانون الصادر في 22 أفريل 1905 في شأن تأديب الموظفين.

تبين له أن استمرار العمل أثناء الحرب ببعض نصوص القوانين يؤدي إلى عرقلة السير المنتظم للمرافق العامة، كان له أن يوقف العمل بهذه النصوص[1].

ثانيا: مدى تحرر الإدارة من قيد مشروعية السبب في حالة الضرورة

للإجابة عن إشكالية مدى تحرر الإدارة من قيد مشروعية السبب في ظل حالة االضرورة، علينا أولا بيان معنى ركن السبب في القرار الإداري **(1)**، ثم معرفة سلطة الإدارة اتجاه ركن السبب في القرار الإداري**(2)**، وأخيرا توضيح كيفية رقابة القاضي الإداري لركن السبب في القرار الاستثنائي **(3)**.

(1)- تعريف ركن السبب في القرار الإداري: يمكن تعريف سبب القرار الإداري بأنه الحالة القانونية أو الواقعية السابقة للقرار والدافعة لإصداره، أي الحالة التي تبرر اتخاذه، كما يعرف أيضا على أنه الواقعة المادية والقانونية[2] التي تحدث بعيدا عن ذهنية وإرادة السلطة الإدارية المختصة، فتحركها وتدفعها إلى اتخاذ قرار إداري معين في مواجهة هذه الواقعة المادية أو القانونية[3].

فسبب القرار الإداري -بهذا المعنى- ليس عنصراً شخصياً أو نفسياً لدى متخذ القرار، وإنما هو عنصر موضوعي خارجي عنه من شأنه أن يبرر صدور هذا القرار، إذ لا يمكن تصور صدور عمل قانوني إداري دون أن يسبقه سبب يكون دافعاً إلى وجوده، لذلك يشترط لصحة السبب أن يكون مشروعا؛ أي مطابقا للقانون[4]، وأن يكون السبب قائما وحالا وقت صدور القرار الإداري؛ أي أن يكون حقيقيا لا وهميا ولا صوريا. وعليه فإنه إذا زال الوضع الواقعي أو القانوني الذي أصدرت الإدارة قرارها لأجل مواجهته، أو أصبح غير موجود، فإنه لا يحق للإدارة إصدار القرار والاستمرار فيه؛ فمثلا لو بادرت الإدارة إلى تقييد الحريات وكان الوضع عاديا ومستقرا لا وجود للإخلال بالنظام العام، فإن هذا القرار انعدم فيه السبب، وحكم القضاء بعدم مشروعيته.

لذلك يرى البعض بأن عدم مشروعية أسباب القرار الإداري، تنحصر في حالتين: الأولى حين يحدد القانون سببا معينا يجب أن يتحقق حتى تستطيع الإدارة أن تصدر قرارا معينا، ومع ذلك تصدره استنادا إلى سبب آخر، وفي هذه الحالة يكون مرجع عدم مشروعية القرار هو تخلف السبب الذي يتطلبه القانون لإصداره، أما الحالة الثانية لعدم مشروعية السبب فتكون حين يتضح عدم وجود السبب الذي تذرعت به الإدارة لتصدر قرارها[5]، وفي هذه الحالة يكون مرجع عدم مشروعية القرار هو انعدام السبب.

---

[1]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص ص. 215-216.

[2]- يعتبر مثلا وقوع أحداث واضطرابات في مختلف البلاد وقائع مادية تدفع الإدارة إلى التدخل للمحافظة على الأرواح والممتلكات والتحكم في الوضع الأمني، فيصدر رئيس الجمهورية مرسوما يعلن فيه حالة الطوارئ أو الحصار لمواجهة هذه الحالة الواقعية « La situation de fait ». كما قد يكون السبب في قرار منع الأفراد من الانتقال من منطقة معينة أو إليها هو انتشار وباء في هذه المنطقة الذي يمثل واقعة مادية دفعت الإدارة إلى إصدار قرار المنع. أما إذا ارتكب الموظف خطأ تأديبيا مخالفا بذلك القانون الوظيفي أو النظام الداخلي، فيكون مبرر الإدارة في إصدار القرار المتضمن العقوبة التأديبية هي الحالة أو القاعدة القانونية « La règle de droit» ، التي تتمثل في ارتكاب الموظف لخطأ تأديبي، وكذلك الحال بالنسبة لتقديم الموظف لاستقالته وإصدار الإدارة لقرار إداري بقبولها، فإن تصرف الإدارة كان بناء على إرادة صاحب الشأن.

[3]- عمار عوابدي، **القانون الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص.483. أنظر أيضا: سليمان محمد الطماوي، **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، المرجع السابق، ص. 194.

[4]- يجب على الإدارة مثلا، إذا أصدرت قرارا بفصل الموظف، ذكر الخطأ التأديبي المرتكب من جانبه وتصنيفه ضمن الأخطاء الجسيمة.

[5]- أحمد مدحت علي، المرجع نفسه، ص. 216.

(2)- سلطة الإدارة اتجاه ركن السبب في القرار الإداري: يجمع الفقه والقضاء الإداري على أن عنصر السبب يظل متأثرا بسلطة الإدارة وإرادتها، عما إذا كانت مقيدة أو تتمتع بسلطة تقديرية، فإذا حدد القانون مجموعة أسباب لإصدار قرار معين، تكون الإدارة مقيدة بإصدار القرار إذا توفرت هذه الأسباب، مثال: إلزام القانون الإدارة بمنح ترخيص في حالات محددة وضمن شروط وإجراءات مقننة او بترقية موظف الأكثر أقدمية. أما إذا ترك لها القانون قدرا من الحرية في ممارسة أعمالها وإصدار قراراتها، وهو الأصل، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية، فتقدر حسب ملابسات وظروف لازمت إصدار القرار، عما إذا كان سيصدر بمضمون أو بآخر[1]، دون أن يخضع القرار المتخذ في حالة السلطة التقديرية للرقابة القضائية، وهو ما يؤدي إلى صعوبة إثبات تعسف الإدارة من طرف رافع الدعوى.

وعليه، فإنه لأجل أن يكون القرار الإداري صحيحا ومناسبا، يتعين على السلطة الإدارية المختصة أو رجل السلطة الإدارية المختص، القيام بمهمة تقدير مدى خطورة الوقائع القائمة والثابتة، ومدى ملاءمتها لاتخاذ قرار إداري معين بذاته وملائم في مواجهة هذه الوقائع؛ فإذا لم يقم بتقييمها وتقديرها تقييما وتقديرا سليما وصحيحا، فإنه سوف يتخذ قرارا إداريا غير مناسب وغير ملائم لهذه الواقعة. كما يتعين أيضا على رجل الإدارة المختص القيام بعملية اسناد الواقعة المادية أو القانونية الموجودة والثابتة فعلا وإلحاقها بالقواعد القانونية أو التنظيمية التي تنطبق عليها وتحكمها. وتسمى هذه العملية، بعملية التكييف القانوني للوقائع المادية أو القانونية، حيث يكون رجل السلطة الإدارية المختص ملزما بالقيام بها قبل اتخاذ القرار الإداري، وإلا عدّ قراره معيبا بانعدام السبب من هذه الزاوية[2].

ولعل مهمة رجل الإدارة أو السلطة الإدارية المختصة في القيام بتلك العمليتين السابقتين قبل اصدارها للقرار الإداري، تكون أكثر أهمية في ظل الظروف الاستثنائية، إذ يتعين عليها أن تستند إلى أسباب صحيحة تتفق مع القانون، سواء من حيث وجودها أو تكييفها القانوني، قبل إصدارها للقرار الإداري الاستثنائي، كاستنادها على وجود خطر يهدد استقرار مؤسسات الدولة لتسبيب قرار إعلان حالة الطوارئ[3]. كما يتعين أن تكون الوسيلة المستعملة لدرء ذلك الخطر متناسبة مع درجة الاخلال بالنظام العام، فلا يجوز للسلطة الإدارية أن تلجأ إلى استخدام وسائل صارمة وقاسية على الحريات العامة لمواجهة إخلال بسيط بالنظام العام، نتج عن ظروف غير خطيرة.

(3)- رقابة القاضي الإداري لركن السبب في القرار الاستثنائي: انطلاقا من القرينة القانونية التي تقول بأن لكل قرار إداري سبباً مشروعاً، وعلى من يدعي العكس إثبات ما يدّعيه، فإن الإدارة ليست ملزمة بذكر

---

[1]- رضا جنيح، المرجع السابق، ص ص.395- 396.

[2]- عمار عوابدي، **القانون الإداري**، المرجع السابق، ص. 484.

[3]- هناك فرق بين السبب والتسبيب؛ فالسبب هو ركن أو عنصر من عناصر القرار الإداري، وهو وجوبي لإصدار القرار وإلا عد باطلا. ويجب أن يكون السبب سابقا على إصدار القرار، أما التسبيب فهو يدخل ضمن الإجراءات، فذكر السبب في صلب القرار الإداري هو إجراء لا يكون وجوبيا إلا إذا فرضه القانون، كما أن التسبيب يذكر في القرار بعد اتخاذه وهو يستند بالأساس لركن السبب.

سبب القرار الإداري ولا يخضع في ذلك لرقابة القضاء، إلا إذا وجد نص تشريعي أو تنظيمي يوجب ببيان هذا السبب، أو إذا بيّنت الإدارة من تلقاء نفسها سبب القرار ولو دون إلزام من القانون، فإن السبب المذكور في هذه الحالة يخضع أيضا لرقابة القضاء. غير أنه في الظروف الاستثنائية تكون الإدارة ملزمة بذكر الأسباب التي ينص عليها القانون عند إصدارها للقرار الإداري، وهذا راجع إلى ما ترتبه تلك الظروف من آثار على حريات الأفراد، وما تفرضه عليها من قيود خطيرة. لذلك فقد استقر موقف القضاء من أثر الظروف الاستثنائية على ركن السبب، على أن قيام الظروف الاستثنائية لا تمحو بأي حال من الأحوال عدم المشروعية أو العيب الذي قد يكون عالقا بسبب القرار الاستثنائي، مما يعني بأنه لا يجوز للإدارة أن تتحرر منه بحجة وجود الظرف الاستثنائي.

لكن إذا كان الأصل العام في رقابة القضاء الإداري على القرارات الإدارية عامة، أنها تقتصر فقط على التأكد من صحة الوجود المادي للوقائع، وصحة تكييفها القانوني، أي أنها رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة، إلا أن القضاء الإداري قد خرج عن هذا الأصل العام بخصوص قرارات الضبط الإداري، واعترف لنفسه صراحة بالحق في بحث مدى ملاءمة هذه القرارات للظروف الواقعية التي اتخذت في ظلها ونتج عنها تعرض النظام للخطر[1]، وهو ما استقرت عليه أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي (أ)، والقضاء الإداري المصري (ب). أما القضاء الإداري الجزائري فموقفه يكتنفه الغموض لعدم وجود سوابق قضائية في هذا الخصوص (ج).

(أ)– موقف مجلس الدولة الفرنسي: إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد درج على الامتناع عن مراقبة ملاءمة قرارات الإدارة، حيث كان يرفض عادة فحص ملاءمة القرار[2]، إلا أنه أورد على ذلك استثناء وحيد في مجال قرارات الضبط الصادرة من السلطات المحلية، حيث أخضع القرارات التي تتناول بالتنظيم والتقييد حريات المواطنين، لرقابة واسعة حماية لهذه الحريات، إذ يتصدى القاضي لفحص ملاءمة القرار ومدى التناسب بين محل القرار والأسباب التي استند إليها؛ أي الظروف الواقعية التي تهدد النظام العام[3].

ومن بين أشهر الأحكام التي قرر فيها مجلس الدولة الفرنسي مبدأ رقابة الملاءمة على قرارات الضبط الإداري، حكمه الصادر في قضية «René Benjamin»، بتاريخ 1933/05/19[4]، حيث أرسى مجلس الدولة

---

[1]- محمد حسنين عبد العال، **فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971 ، ص ص. 165 وما بعدها.

[2]- يقرر المجلس الدولة الفرنسي عادة في أحكامه: "أن أوجه الطعن الأخرى المتعلقة بملاءمة القرار لا يمكن لمجلس الدولة مناقشتها في الطعن بمجاوزة السلطة".

[3]- محمد حسنين عبد العال، **الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري**، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص ص. 70- 71.

[4]- حيث تتلخص وقائعها في أن عمدة "نيفر" « Nevers » أصدر قرارا يمنع السيد «René Benjamin» من إلقاء محاضرة في اجتماع عام خوفا من اضطرابات محتملة، ثم حاول هذا الأخير إحلال محاضرة خاصة محل المحاضرة العامة، فمنعه العمدة كذلك، فطعن السيد «René Benjamin» أمام مجلس الدولة في قرار العمدة بالحظر استنادا إلى مخالفتها للأحكام الخاصة بحرية الاجتماع والانحراف بالسلطة.

وقد ذكر مفوض الحكومة في تقريره بأن محاضرة السيد «René Benjamin» تعتبر قانونا اجتماعا عاما سواء كانت محاضرة عامة أو خاصة، ولما كانت حرية الاجتماع من الحريات التي ضمنها القانون ضمانا قويا، فقد اقتصر قانون 30 يونيو 1881 على مجرد إخطار من المنظمين ثم ألغى قانون 28 مارس 1907 حتى هذا الشرط، وبذلك استبعد المشرع صراحة أي إجراء ضبطي وقائي قد يكون من شأنه عرقلة حرية الإجتماع، ومع ذلك كان من الواجب التوفيق بين احترام النصوص التي تضمن حرية الاجتماع من ناحية، والنصوص التي تلقي على عاتق السلطة البلدية تبعة المحافظة على النظام العام من ناحية أخرى، ويترتب على ذلك أنه إذا لم يكن لدى السلطة البلدية في الحقيقة أية وسيلة فعالة أخرى لكفالة النظام إلا المنع الوقائي، كان ذلك مشروعا، ولكن يجب أن يكون تهديد النظام العام خطيرا بصفة استثنائية، وألا تكون لدى العمدة قوات الشرطة اللازمة للسماح بعقد الاجتماع مع كفالة حفظ النظام العام، وبما أن العمدة كان يستطيع في واقعة الطعن تفادي أي اضطراب باستدعاء الحرس المتحرك مع السماح للسيد «René Benjamin» بإلقاء محاضرته فقد قضى مجلس الدولة بإلغاء القرارين المطعون فيهما لتجاوزهما السلطة، ولعدم تناسبه مع ضرورات حفظ النظام العام. أنظر:

الفرنسي، من خلال هذا الحكم، سلطة القاضي في الرقابة الموسعة على قرارات الضبط الإداري، باذلا جهده للتوفيق بين متطلبات المحافظة على النظام العام وحماية الحرية التي غالبا ما تكون متعارضة. كما نبه الإدارة من خلاله لضرورة احترام الحريات العامة وعدم المساس بها إلا عند قيام مبررات قوية تتعلق بحفظ النظام العام[1].

ومن الأحكام الصادرة أيضا في هذا الصدد، حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 23 يناير سنة 1953، في قضية شبيهة من حيث الوقائع للقضية السابقة، هي قضية « Naud »، حيث تتلخص وقائعها في أن محافظ مدينة باريس أصدر قرارا بمنع السيد « Naud » من إلقاء محاضرة كان يزمع إلقاءها يوم 25 فبراير 1939 في مسرح « Marigny » استنادا إلى أن إلقاء هذه المحاضرة كان سيثير اضطرابات تخل بالأمن والنظام. فطعن السيد « Naud » في قرار المحافظ أمام مجلس الدولة الذي قضى بإلغائه، وأسس المجلس حكمه على أنه إذا كان المحافظ يختص بأن يتخذ الإجراءات اللازمة لوقاية النظام، فإنه لا يملك أن يتخذ الإجراء المطعون فيه والذي يتضمن اعتداء على حرية الاجتماع، إلا إذا ثبت الخطر الذي سينتج عن إلقاء السيد « Naud » لمحاضرته على قدر كبير من الجسامة، بحيث تعجز تدابير الضبط الإداري التي يملك المحافظ أن يتخذها عن مواجهته، وهو ما لم يتحقق في الحالة المطروحة.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية «Chambre Syndicale du Commerce d'Importation en Indochine» بإلغاء قرار الحاكم العام للهند الصينية بإنشاء نظام المساعدات العائلية ولصالح العاملين بالمشروعات الخاصة، بعد أن ثبت له عدم وجود الظروف الاستثنائية التي تذرع بها الحاكم لإصدار هذا القرار المخالف لأحكام القانون الصادر في 3 مايو 1854[2].

(ب)- موقف القضاء الإداري المصري: يفرض القضاء الإداري في مصر رقابة صارمة على ركن السبب في القرار الإداري الاستثنائي، فهو لا يعتبر الظروف الاستثنائية تشكل سببا يمحو عدم المشروعية التي تلحق بالقرار المعيب في سببه، ذلك أن تخلف السبب لا يعني تخلف الأساس القانوني للقرار فقط، وإنما يعني أيضا تعرض الحريات والحقوق للأخطار، لأن القرار سوف يصدر في هذه الحالة معبرا عن أهواء السلطة التنفيذية القائمة على حالة الطوارئ[3].

وهو ما يلاحظ من خلال أحكام محكمة القضاء الإداري، التي قضت في أكثر من مناسبة بإلغاء أو وقف تنفيذ قرارات سلطة الطوارئ الخاصة بتحديد إقامة الأفراد[4]، وكذا قرارات إبعاد المواطنين من محل إقامتهم إلى أماكن أخرى داخل مصر، وذلك حينما وجدت أن هذه القرارات غير قائمة على سبب صحيح يبررها[5]، كما استقرت أحكامها أيضا بوجوب أن تقوم قرارات الاعتقال على سبب يبررها[1].

C.E., 19 Mai 1933, René Benjamin, Rec., p.541, **G.A.J.A.,** éd 1993, p. 277 et s.

[1]- دايم بلقاسم، "الرقابة القضائية على الملاءمة وأثرها على الحقوق والحريات"، **مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية**، ع 6، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص ص. 284-285.

[2]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص، 217، نقلا عن: مجموعة أحكام مجلس الدولة، ص. 32، ص. 63.

[3]- حقي اسماعيل بربوتي، المرجع السابق، ص ص. 592-594.

[4]- مثال ذلك: حكم محكمة القضاء الإداري، في قضية رقم 1688 لسنة 32 قضائية، بتاريخ 27 مايو 1980.

[5]- قضت محكمة القضاء الإداري، في حكمها الصادر بتاريخ: 1978/06/27 في القضية رقم 833 لسنة 32 قضائية، بأن: "خطورة الشخص يجب أن تستمد من وقائع حقيقية منتجة في الدلالة على هذا المعنى، وأن تكون هذه الوقائع أفعالا يثبت ارتكاب الشخص لها، وترتبط ارتباطا مباشرا بما يراد

أما عن موقفه من الرقابة على ملاءمة قرارات الضبط الإداري، فقد استقر القضاء الإداري المصري على فرض رقابته على ملاءمة هذه القرارات لتعلقها بالحريات العامة، سواء صدرت تلك القرارات في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية. فقد قررت محكمة القضاء الإداري في إحدى أحكامها، بأن الحاكم العسكري ينبغي ألا يلجأ إلى إجراءات الاعتقال وتحديد الإقامة إلا عند الضرورة القصوى التي يستعصى فيها اللجوء إلى الإجراءات العادية، لما في ذلك من مساس بالحرية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري واللازم للمحافظة على الأمن[2].

نخلص من خلال ما سبق، بأن أحكام القضاء الإداري سواء الفرنسي أو المصري، قد أبرزت لنا أهمية ركن السبب في القرار الاستثنائي، الذي أخضعته للرقابة القضائية، ليس فقط من حيث وجوده الحقيقي وتكييفه القانوني أو مشروعيته، وإنما كذلك من حيث التناسب أو الملاءمة بين السبب والأثر الذي رتبه القرار، مما يتعين على السلطة التنفيذية أن ترتكز لتبرير تصرفاتها على الظرف الاستثنائي، متى كان له وجود حقيقي. ذلك أن الظروف الاستثنائية تعتبر، شرطا موضوعيا وعنصرا من عناصر الشرعية الاستثنائية، فهي مصدر اتساع سلطات الإدارة للوفاء بواجباتها الوظيفية في الحفاظ على النظام العام وتأمين سير المرافق العامة، وبالتالي فإن رقابة القضاء على أعمال الإدارة في تلك الظروف هي رقابة استثنائية تشمل عنصري الملاءمة والمشروعية معا[3].

(ج)- موقف القضاء الإداري الجزائري: لم يُعرف للقضاء الإداري الجزائري، له موقف حول رقابة ركن السبب في القرار الإداري الاستثنائي، بسبب عدم وجود أحكام قضائية صدرت في تلك الحقبة التي عرفت فيها الجزائر تطبيقا لحالتي الحصار والطوارئ، غير أنه في الحالات العادية أصدر القضاء الإداري الجزائري عدة قرارات قضائية قضى فيها بإبطال القرار الإداري بسبب انعدام السبب أو الأساس القانوني (الغلط في الوقائع)، أو بسبب الغلط في القانون[4].

ثالثا: مدى تحرر الإدارة من قيد مشروعية الغاية في حالة الضرورة

يعرّف ركن الغاية أو الهدف في القرارات الإدارية؛ بأنه الأثر البعيد والنتيجة النهائية وغير المباشرة التي يستهدفها متخذ القرار الإداري في قراره، ويسعى إلى تحقيقها. والأصل أن أهداف القرارات الإدارية

الاستدلال عليه بها... ومن ثمّ يكون البادي حسب الظاهر أن القرار المطعون فيه إنما صدرتحايلا للوصول إلى إبعاد المدعي عن موطنه دون سبب قانوني أو واقعي يؤيد هذا القرار.. وبذلك يتوافر ركن الجدية لطلب وقف تنفيذ القرار".

[1]- جاء في إحدى حيثيات حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ: 25 مارس 1956، في القضية رقم 3127 لسنة 7 قضائية، ما يلي: "إن قرار الاعتقال الصادر عن الحاكم العسكري كأي قرار إداري آخر، ينبغي أن يكون له سبب، وهذا السبب هو أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو الإدارة إلى التدخل، وإلا فقد القرار علة وجوده ومبرر إصداره، وفقد أساسه القانوني الذي يجب أن يقوم عليه، كما يجب أن يكون هذا السبب حقيقيا لا وهميا، تتحقق فيه الشرائط والصفات الواجب توافرها فيه قانونا، والقرار فيما تقدم جميعه يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري". حقي اسماعيل بربوتي، المرجع نفسه، ص .593، نقلا عن: مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري، المجموعة العاشرة، ص. 258.

[2]- حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1956/01/13، مجموعة أحكام القضاء الإداري، السنة العاشرة، ص. 128.

[3]- مجدي متولي السيد، المرجع السابق، ص ص. 179-180.

[4]- أنظر لأمثلة القرارات القضائية التي ذكرها الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص ص. 397-425.

جميعا تدور وتتمحور حول تحقيق المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرافق والمنظمات الإدارية بانتظام واطراد والمحافظة على النظام العام[1]، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك.

لذلك فإن السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، لم تسند لها إلا باعتبارها وسائل من شأنها أن تساعد على تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى إليها، ألا وهي المصلحة العامة[2].

(1)- أثر مخالفة الإدارة لركن الغاية: يكون قرار الإدارة في الظروف العادية مشوبا بعيب الانحراف أو الاساءة، إذا انحرفت عن هدف تحقيق المصلحة العامة، والذي يعد ذلك سببا لرفع دعوى الإلغاء.

وتتخذ حالة الانحراف بالسلطة صورا شتى، كاستهداف مصلحة شخصية أو سياسية، كسعي مصدر القرار إلى تحقيق نفع شخصي أو غرض سياسي أو ديني أو انتقامي، وقد يكون الباعث هو الحقد أو الكره أو العداوة، فيكون هذا القرار، الذي لا يمت إلى المصلحة العامة بصلة، باطلا ومشوبا بعيب انحراف السلطة أو إساءة استعمال السلطة لأغراض شخصية، أو كما عبر عنه مجلس الدولة الجزائري بعبارة "تحويل السلطة لأغراض شخصية" في قراراه الصادر بتاريخ 1999/5/3، قضية (رئيس بلدية بريكة) ضد (مكي مبروك)[3].

كما قد تتخذ حالة الانحراف بالسلطة صورة مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، والتي يقصد بها عدم تقيد الإدارة بالغاية التي رسمها المشرع، فتتجاوزها إلى غاية أخرى، أي أنها تكون قد تعمدت قصدا الانحراف بالسلطة لغاية تحقيق أغراض غير التي قصدها المشرع، حتى ولو كانت تستهدف به تحقيق الصالح العام في ذاته، حيث يعتبر قرارها في هذا الخصوص مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وجديراً بالإلغاء.

غير أنه إذا كانت الإدارة تتمتع بحرية اختيار الوسيلة التي ترى بأنها تحقق الصالح العام أو الهدف الخاص الذي توخاه المشرع في ممارسة نشاطٍ معيّن، فإنه يمكن للقانون أن يفرض عليها أن تلتزم بوسيلة معينة لتحقيق هذا الهدف، تحت طائلة إلغاء قرارها من قبل القضاء الإداري.

لكن لا يعني غياب تحديد الهدف في النص التشريعي، بأن الإدارة طليقة من كل قيد، بل عليها دائماً أن تهدف إلى تحقيق الصالح العام أو النظام العام في نطاقه ومفهومه الواسع.

(2)- الظرف الاستثنائي يبرر هدف وغاية القرار الإداري الاستثنائي: إذا رجعنا إلى ركن الغاية في القرار الإداري الصادر في الظروف الاستثنائية، نجد أن السلطة الإدارية أو سلطة الطوارئ تخضع في ممارستها لاختصاصاتها الاستثنائية لقاعدة رئيسية، مؤداها أن كل قرار تصدره يجب أن يستهدف تحقيق

---

[1]- عمار عوابدي، المرجع السابق، ص. 494.

[2]- رضا جنيح، المرجع السابق، ص. 397.

[3]- حيث تتلخص وقائع هذه القضية في قيام رئيس بلدية بريكة بمنح قطعة أرضية، بموجب مداولة مؤرخة في 1984/11/4 لصالح أحد أبنائه، مرتكبا بذلك انحرافا بالسلطة، تجسدت في أنه استعمل سلطته ليس لتحقيق الصالح العام، بل لفائدته الشخصية المجسدة في أحد أبنائه. (قرار غير منشور) أشار إليه: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 345.

ومن بين أمثلة القرارات الإدارية التي تصرفت فيهم الإدارة تحقيقا لهدف أجنبي عن المصلحة العامة، والتي قبلت فيها الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا (سابقا) الطعن على هذا الأساس، قضية (ب.ع) ضد (وزير التعليم العالي والبحث العلمي)، بتاريخ 1991/12/15، حيث قضت الغرفة الإدارية بابطال قرار رفض إعادة إدماج المدعي في منصب عمله، على أساس وجود انحراف بالسلطة. أنظر: **المجلة القضائية**، ع 2، لسنة 1993، ص.138وما بعدها. كما قضت كذلك بتاريخ 1998/4/13 في قضية (فريق ق) ضد (والي ولاية المسيلة)، بابطال المقررات الثلاث الصادرة عن هذا الأخير لعيب الانحراف بالسلطة. أنظر: **المجلة القضائية**، ع 1، لسنة 1999، ص. 188 وما بعدها.

الأغراض والغايات التي من أجلها منحت الاختصاصات الاستثنائية؛ بمعنى أنه إذا حدد القانون غرضا معينا، فإنه يجب على الإدارة أن تلتزم به عند اصدارها لقرار معين، أما إذا أصدرت قرارا تستهدف به تحقيق غرض آخر في حدود الصالح العام، فلا يعد مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة، لأن الظروف الاستثنائية هي التي تبرر ذلك القرار[1].

لذلك فإن الإدارة قد تضطر تحت ضغط هذه الظروف الاستثنائية إلى التوسع في عمليات القبض والاعتقال والتفتيش والمداهمة، بهدف الصالح العام والمحافظة على النظام العام. لكن على الرغم من عدم قانونية تلك التصرفات، إلا أن الظروف الاستثنائية تسبغ عليها المشروعية، فتجعلها مشروعة بالتبعية، بحيث لا ينظر إلى الوسيلة وإنما إلى الغاية من التصرف، فترتكز الإدارة في ركن السبب على الظرف الاستثنائي لتبرير تصرفاتها.

(3)- رقابة القضاء الإداري على ركن الغاية في القرار الإداري الاستثنائي: يواجه القضاء الإداري في رقابته على ركن الغاية في القرار الإداري صعوبة، سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية؛ إذ يصعب على القاضي في الظروف العادية البحث عن النوايا التي حملت السلطة الإدارية لإصدار القرار، فيحاول البحث عن عيب آخر في القرار حتى يكون سببا لإلغائه، كعيب الاختصاص، الشكل أو مخالفة القانون. وذلك بسبب أن عيب الغاية يمتاز بأنه عيب عمدي يتعلق بنية مصدر القرار، الذي يكون سيئ النية يعلم بأنه لا يهدف المصلحة العامة، وهو ما يؤدي إلى صعوبة إثباته، لاتصاله بالبواعث النفسية الخفية لجهة الإدارة. لذلك فقد وصف الفقيه "هوريو" « Hauriou » رقابة القاضي الإداري لركن الغاية أو عيب الانحراف، بأنها رقابة على الأخلاق الإدارية « Contrôle de la moralité administrative »[2]. وهو ما يعني أن هذه الرقابة، التي تمتد إلى رقابة البواعث الخفية، والدوافع المستورة التي حملت رجل الإدارة على التصرف، تمثل عملا دقيقا وصعبا على القاضي، لأنها تستند إلى تقديرات شخصية ومهنية، أحيانا ضد الإدارة وممثليها، نظرا للشك في موضوع الأخلاق والأمانة.

أما بالنسبة لرقابة القضاء الإداري على ركن الغاية في القرار الإداري الاستثنائي، فإنه يواجه أيضا صعوبة، بسبب الاختصاصات الاستثنائية الواسعة التي منحها القانون لسلطة الطوارئ، والتي تمارسها بسلطتها التقديرية، تحقيقا للصالح العام، فهي بموجب ذلك تستطيع أن تحتج أمام القضاء بأن ما اتخذته استهدفت به تحقيق الصالح العام. حيث تضفي الظروف الاستثنائية شرعية على تصرفات الإدارة، وهو ما أكده حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Syndicat National des Chemins de Fer de France et des

[1]- أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص. 213.
[2]- رضا جنيح، المرجع السابق، ص. 398.

« Colonies، الصادر بتاريخ 18 يوليو 1913[1]. حيث رفض مجلس الدولة طعن نقابة العاملين بالسكك الحديدية ضد قرار وزير الحربية باستدعاء المضربين للخدمة العسكرية، استنادا إلى أن وزير الحربية قد قصد بهذا القرار أن يكفل استمرار سير مرفق السكك الحديدية، وهذا المرفق الجوهري الذي يعد استمرار سيره في كل وقت دون توقف أمرا ضروريا لحماية أمن الدولة ومصالح الدفاع القومي، وبالتالي لا يكون الوزير قد تجاوز سلطاته حين أصدر هذا القرار. كما قضى مجلس الدولة في حكم « Dames Dol et Laurent» – السابق الإشارة إليه– بأن الحفاظ على الأمن والنظام العام وصالح الدفاع الوطني يؤكد شرعية ما قامت به سلطة الطوارئ[2]. وقد أيّد بعض الفقه ما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي، أمثال الفقيه (Jean Rivero) الذي أشار إلى أن الدفاع الوطني يؤدي إلى اتساع النظام العام، للحفاظ على الأمن العام، وأن ضرورات الدفاع الوطني تستدعي هذه السلطات الشديدة ضد الحريات العامة[3].

أما القضاء الإداري المصري، فإنه حتى لا تتعسف الإدارة في سلطاتها الاستثنائية، وضع ضوابط عامة في أحكامه، يراقب بموجبها ركن الغرض في القرار، فاشترط على سلطة الطوارئ أن تلتزم حدود اختصاصاتها الدستورية والقانونية، وألا تخرج عنها في شيء، فتتخذ تدابير لا تستهدف تحقيق الأغراض التي من أجلها منحت مثل هذه الاختصاصات[4]، ففي أكثر من حكم يقرر القضاء الإداري المصري أن "نظام الأحكام العرفية وإن كان نظاما استثنائيا، إلا أنه ليس بالنظام المطلق، بل هو نظام خاضع للقانون، وضع الدستور أساسه، وبين القانون أصوله وأحكامه، ورسم حدوده وضوابطه، فوجب أن يكون إجراؤه على مقتضى من الأصول والأحكام، وفي نطاق هذه الحدود والضوابط، وإلا كان ما يتخذه من التدابير والإجراءات –مجاوزا لهذه الحدود ومنحرفا عنها– عملا مخالفا للقانون تنبسط عليه رقابة القضاء"[5].

وبما أن القرار الإداري في مجال نظام حالة الضرورة يستهدف غاية خاصة وهي حفظ الأمن والنظام العام، على النحو الوارد بالنصوص القانونية المقررة لحالات الضرورة، فإن مهمة القاضي لا تقتصر على رقابة المشروعية الخارجية والداخلية للقرار الاستثنائي، بل تمتد إلى القيام بعملية تفسير دقيق للنصوص التي تحكم سلطات الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، حيث يتوصل القضاء من خلال رقابته على القرار

---

[1]- تتلخص وقائع هذه القضية، في أنه في بداية شهر أكتوبر 1910 أعلن العاملون بالسكك الحديدية الإضراب، فتوقف العمل بهذا المرفق الحيوي، مما دفع الحكومة إلى أن تطلب من وزير الحربية أن يصدر قرارا باستدعاء المضربين للخدمة العسكرية وبالفعل أصدر الوزير بتاريخ 11 أكتوبر 1910 قرارا بتجنيد العمال المضربين لمدة ثلاثة أسابيع، فأصبحوا يعملون بمرفق السكك الحديدية بصفتهم عسكريين خاضعين للأنظمة والقوانين العسكرية، فطعنت نقابة العاملين بهذا المرفق في هذا القرار بالإلغاء أمام مجلس الدولة، استنادا إلى أن وزير الحربية قد تجاوز سلطته حين أصدره، إذ أنه لم يقصد به تحقيق الغرض الذي ينص عليه قانون التجنيد، وهو أداء ضريبة الدم.

[2]- حسين حامد محمود، **الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل الطوارئ**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، د.س، ص ص. 579- 560.

[3]- أنظر: (Jean) RIVERO, *Op.Cit.*, p.87.

[4]- حقي اسماعيل بربوتي، المرجع السابق، ص ص.605-606.

[5]- حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعنين رقمي 830 و871، للسنة 20 قضائية، بتاريخ 29 ديسمبر 1979.

الاستثنائي إلى تقييد سلطة الضبط الإداري وآلياته المختلفة، من تحريات وتفتيش وغيرها، بالحدود المرسومة قانونا[1].

نخلص من خلال ما سبق، أن القاضي الإداري في حالة الضرورة لا يمكنه مراقبة القرار الإداري في جميع أركانه، مما يشكل ذلك مانعا للتقاضي في أركان وجزئيات القرار وحرمان المواطن من أن يبحث أركان القرار الإداري، كما يؤثر ذلك في قيام القضاء بدوره في حماية الحقوق والحريات العامة أو على الأقل رقابة السلطة التقديرية للإدارة، بحيث يمكنه الحد من موانع الشرعية في ظل الضرورة وأن يسمح للقضاء بفحص انحراف الإدارة.

المطلب الثاني

القيود المفروضة على سلطات الإدارة في حالة الضرورة

تفاديا لتعسف الإدارة في اتخاذها للتدابير الاستثنائية، فقد ألزمها الفقه والقضاء بالتقيد بجملة من القيود تحدد بها نطاق العمل بنظرية الظروف الاستثنائية؛ فإن هي لم تلتزم بها تعرضت أعمالها لرقابة القضاء الإداري، هذه الأخيرة التي تشكل أهم قيد يفرض على سلطات الإدارة في تلك الظروف (الفرع الأول)، بالإضافة إلى القيد الزمني الذي يلزم الإدارة بأن تمارس سلطات الاستثنائية بصفة مؤقتة الظرف الاستثنائي، والقيد الوظيفي المستمد من وظيفة وواجبات الإدارة في المحافظة على النظام العام وتأمين سير المرافق العامة(**الفرع الثاني**). أما القيد الموضوعي فهو الذي يحدد للإدارة المجالات والموضوعات المحظور عليها المساس بها حتى في ظل الظروف الاستثنائية (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

قيد اخضاع سلطات الإدارة في حالة الضرورة للرقابة القضائية

إن وجود الظروف الاستثنائية لا يعني أنها تمحو كافة العيوب التي قد تصيب تصرفات الإدارة في تلك الظروف، أو أن السلطة التنفيذية لها مطلق الحرية في اتخاذ ما تشاء من الإجراءات والتدابير الفردية دون رقيب أو حسيب، بل على العكس من ذلك، تبقى كل ما تأتيه الإدارة من تصرفات باعتبارها قرارات إدارية، تخضع لرقابة القضاء، إلغاء وتعويضا.

وإن كانت هذه الرقابة تختلف عن الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري في ظل الظروف العادية، ويكمن هذا الاختلاف بينهما، في أن القاضي الإداري قيّد السلطة الإدارية في حالة الضرورة بضوابط وشروط،

[1]- أشرف إبراهيم مصطفى سليمان، **التحريات كأساس لإصدار قرارات الضبط الإداري**، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص .241.

وذلك حتى يجنبها من أن تتوسع في تحديد مفهوم الظروف الاستثنائية من جهة، ويمنعها، من جهة أخرى، من أن تتعسف وتجور على حقوق وحريات الأفراد، وتتمثل هذه الشروط –كما أشرنا إليها سابقا– في:

1– قيام حالة شاذة أو ظرف قهري طارئ وخطير، يحدث اضطرابا كبيرا في سير المرافق العامة ويهدد بعرقلة العمل الإداري.

2– أن تحول الأحداث الخطيرة والمفاجئة دون اتباع الإجراءات العادية في اتخاذ التدابير اللازمة التي يقتضيها الوضع أو تعطل اتخاذها.

3– أن يكون هدف اتخاذ الإجراء الاستثنائي هو لأجل الحفاظ على المصلحة العامة المهددة بالخطر، وهو ما يستوجب من الإدارة سرعة التدخل لمجابهة الظروف الاستثنائية.

وعليه فإنه أخذا بهذه الاعتبارات، وما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن العشرين، من أن نظرية أعمال الضرورة لا تنتهي إلى زوال وهدم مبدأ المشروعية نهائيا، بل يجب على قواعد المشروعية العادية أن تتطور لتلاحق تطور الظروف، فيحل محلها مشروعية استثنائية من نفس النوع والطبيعة[1]. وأمام أيضا اعتراف القضاء من أن السلطات الاستثنائية الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في تلك الظروف هي أمر طبيعي لمواجهة الأزمة، فإنه يتعين على القاضي الإداري، حتى يضفي عليها صفة المشروعية، وحتى يتمكن من مراقبة مدى احترام الإدارة للشروط والقيود المذكورة أعلاه، أن يقوم بما يلي:

(1)– تفسير قواعد المشروعية تفسيرا واسعا حسب الظروف: لا يكتفي القاضي الإداري بالظروف الاستثنائية لإضفاء المشروعية على الأعمال الإدارية، بل عليه الخوض في الظروف والملابسات الخاصة بكل قرار على حدى، للتأكد من مدى استحالة مراعاة المشروعية العادية عند اتخاذ الإدارة لتلك السلطات الاستثنائية. إذ لا يتصور أن يكون القانون قد قصد خضوع الإدارة إلى حكمه دائما، مهما تكن الظروف التي تحيط به، وإلا لكان ذلك تعسفا في تفسير إرادة المشرع واستظهار نيته[2].

وحتى يسمح للإدارة التمتع بسلطات العمل السريع والحاسم الذي تقتضيه مهمتها في صيانة أمن الدولة وحسن سير مرافقها العامة، بأكثر مما يوافيها بها القانون في الظروف العادية[3]، فإنه يجب أن تخضع هذه القوانين المنظمة لسير العمل، في تفسيرها للظروف المحيطة بهذا العمل؛ بمعنى أنه إذا كان القاضي في الظروف العادية يقوم بتفسير القاعدة القانونية ويكيّفها حسب الوقائع والملابسات، فإنه من باب أولى يقوم بذلك في الظروف الاستثنائية.

---

[1]- لم ينكر مجلس الدولة الفرنسي في الظروف الاستثنائية قواعد المشروعية المقررة لحكم أعمال الإدارة في الظروف العادية، ولكنه لم يغفل كذلك ما توجبه الظروف الطارئة من سلطات أكثر اتساعا، ومن قدرة على التصرف أكثر شمولا وحرية، فوازن بين أمرين، مقدرا من جهة واجبات الإدارة في تطبيق القانون ومن جهة أخرى صيانة الأمن والنظام العام والإشراف على حسن سير المرافق العامة. أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 252.

[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 252.

[3]- طعيمة الجرف، **مبدأ المشروعية ...**، المرجع السابق، ص ص. 172-173.

إن القاضي الإداري حين يجيز هذا التوسع في نطاق المشروعية في الظروف الاستثنائية، إنما يستعمل اختصاصاته القانونية باعتباره مصدرا تفسيريا للقانون؛ بمعنى أنه إذا انعدم التشريع الاستثنائي الخاص بهذه الظروف، أو كشف القاضي بأن هذا التشريع الاستثنائي فيه قصور، فإنه ليس من الملائم، بحكم هذه الظروف، إنزال حكم القانون العادي عليها، لأنه غير المعد بطبيعته لمواجهتها. لهذا يجد القاضي نفسه ملزما بالبحث عن قاعدة القانون التي تكفل التوافق بين ضرورات النظام العام والمرافق الجوهرية، وبين مستلزمات المشروعية ومبدأ سيادة القانون[1].

وخلافا لذلك يرى الفقيه « Drago » بأن القاضي الإداري لا يمكنه أن يلجأ إلى التفسير الموسع للقانون الاستثنائي، وهذا بسبب التعديات التي تفرضها هذه القوانين على الحقوق والحريات، ومن ثمّ فلن يكون من الممكن بالفعل تطبيق معاملة مختلفة عن تلك المعترف بها لتفسير القانون الجنائي، لأن هذين النموذجين من القوانين يستحقان أن يكون لهما دوما تفسيرا ضيقا[2]؛ بمعنى أن تفسير التشريع الاستثنائي من قبل القاضي الإداري –حسب رأيه– يكون تفسيرا ضيقا في حدود النص، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الجنائي، الذي لا يمكن التوسع في تفسيره.

(2)– تناسب الإجراء الاستثنائي مع الهدف: إذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية تسمح للإدارة بالخروج، تحت ضغط الحاجة والضرورة، عن قواعد المشروعية العادية، فإن هذه الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، كما تقول القاعدة الأصولية؛ أي أن تتوفر لدى السلطات العامة مصلحة جدية ومحققة في أن تتصرف وتمارس أعمالها، أثناء قيام هذا الظرف القهري المفاجئ، بما يتناسب الخطر وفي حدوده.

ويتوجب على القاضي أن يراقب بدقة الإجراء المتخذ، وتناسب هذا الإجراء مع الهدف المبتغى، بحيث لا يبرر للإدارة أن تتخذ من الإجراءات ما يزيد على حاجتها في إنجاز مهمتها. لهذا فإن الإدارة ليست حرة في هذا المقام، فهي لا تملك السلطة التقديرية –ملاءمة التصرف– في مواجهة الظروف الاستثنائية، بل سلطتها دائما مقيدة وتخضع في ذلك إلى مبدأ التفسير الضيق والمحدد، وإن مجلس الدولة يراقب دائما تطابق الإجراء الاستثنائي مع جسامة السبب المثار[3].

(3)– إثبات معاصرة الظرف الاستثنائي مع الإجراء الإداري المتخذ: لا تكفي الظروف الاستثنائية – باعتبارها حالة عارضة وطارئة– أن تكون لوحدها مبررا لتحرير الإدارة من مقتضيات المشروعية العادية، بل لابد على الإدارة أن تثبت استحالة مراعاتها والتصرف بصورة عادية في تلك الظروف، وأن تثبت تواصل آثارها إلى وقت صدور القرار المطعون فيه أمام القاضي، وعلى هذا الأخير، لتقدير شرعية الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها الإدارة، التأكد من أنه لم توجد لدى الإدارة طريقة أخرى للتصرف غير مخالفة قواعد

---

[1]- باية سكاكني، المرجع السابق، ص ص.52-53.

[2]- أنظر: (Roland) DRAGO, *« L'état d'urgence et les libertés publiques »*, **R.D.P.**, 1955, p.672.

[3]- برهان خليل رزيق، المرجع السابق، ص.132.

المشروعية، وأن يبحث عن ما إذا كان التصرف يدخل ضمن النطاق الزمني لهذه الظروف الاستثنائية ذات الوصف القانوني المؤقت، ذلك أن نشاط الإدارة الذي من الممكن تبريره مقيد تقييدا دقيقا وضيقا بالفترة الاستثنائية[1]. ويترتب على ذلك أن القاضي لا يحكم هنا استنادا إلى فكرة المشروعية فقط، بل يحكم اعتمادا على فكرة الشرعية التي تبررها الضرورة، والتي هي في الأساس مسألة واقعية[2].

(4)- الزام الإدارة بالتعويض: عندما يحكم القاضي الإداري بإبعاد المشروعية العادية، فإنه يقدر مشروعية التصرف ومدى ما يرتبه من مسؤولية على عاتق الإدارة طبقا للظروف الاستثنائية نفسها. إذ بالرغم من أن المشرع والقضاء سمح للإدارة استخدام السلطات الاستثنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية، إلا أنه قد يترتب على ذلك التزامها بالتعويض، وإن كان هذا التعويض لا يخضع للمبادئ العامة للمسؤولية، وهو ما سنحاول التكلم عنه لاحقا.

ونشير في الأخير أنه يتعين على القاضي الإداري حتى يمارس كل تلك السلطات، أن تكون له الجرأة في مواجهة السلطات الإدارية، والتي لا يكتسبها إلا إذا كان متمتعا بالخبرة والدراية القانونية، والاستقلالية، والحياد بحيث لا تتأثر أحكامه بالأهواء السياسية.

الفرع الثاني

القيد الزمني والقيد الوظيفي

تتميز السلطات الممنوحة للإدارة في حالة الضرورة بأنها سلطات استثنائية مؤقتة مرتبطة بزمن قيام الظرف الاستثنائي (القيد الزمني) **(أولا)**، كما يتعين على هذه السلطات أن تتقيد بواجب حماية النظام العام وتأمين سير المرافق العامة (القيد الوظيفي) **(ثانيا)**.

أولا: القيد الزمني

يقصد بالقيد الزمني، بقاء السلطات الاستثنائية التي تتاح للإدارة، واستمرار العمل بها مرتبطة زمنيا بقيام الظروف الاستثنائية، فإن زالت أو انتهت هذه الأخيرة، زالت تبعا لها السلطات الاستثنائية؛ بمعنى أن قيام الظروف الاستثنائية هي السبب في وجود تلك السلطات.

لذلك اشترط القضاء أن تكون الإجراءات الاستثنائية المتخذة من طرف الإدارة مؤقتة ومرتبطة بوجود الظرف الاستثنائي، كما استقر رأي غالبية الفقه على ضرورة خضوع المعيار الذي تعتمده الإدارة في تقدير

---

[1]- أنظر: (Jean) RIVERO, *Op.Cit.*, p.84.

[2]- أنظر: (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p.276.

قيام الظروف الاستثنائية[1] للرقابة القضائية، حيث يبحث القضاء مدى توفر الظروف الاستثنائية ومدى استيفائها لشروطها؛ مما يعني اقتصار السلطة التنفيذية في استخدامها للسلطات الإضافية المقررة لها في الظروف الاستثنائية على الفترة التي يرى القضاء أن هذه الظروف تظل قائمة خلالها[2]. وهو ما قضى به القضاء الفرنسي من خلال حكمه الصادر بتاريخ 1950/02/8 حيث قام بإلغاء القرار الصادر عن الحاكم العام للهند الصينية، مؤسسا حكمه على أن الظروف الناجمة عن الحرب، والتي ارتكز عليه المجلس في إصداره للقرار المطعون فيه، والخاص بإلغاء القانون الصادر في 1943/02/08، لا تمثل حالة ضرورة تبرر اتخاذ هذه الإجراءات المخالفة للقانون[3].

ويتعين على الإدارة، حتى يكون الإجراء الاستثنائي المتخذ لمواجهة هذه الظروف مشروعا أو إضفاء صفة المشروعية عليه، أن توقف العمل بالسلطات الاستثنائية بمجرد اختفاء وزوال الظروف الاستثنائية، وعلى الإدارة أن تعود إلى نطاق مبدأ المشروعية العادية بمجرد زوال الأسباب التي دعت إلى الخروج عليها، وهذا ما أكده قضاء مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري، في عدد من الأحكام، فقد راقبا تواجد الظروف الاستثنائية، باعتبارها تمثل عنصرا من عناصر الشرعية الاستثنائية، وذلك لكي يتسنى لهما الحكم على مدى شرعية العمل الصادر عن الحكومة في الظروف الاستثنائية[4]. ومن بين تلك الأحكام، إلغاء مجلس الدولة الفرنسي لقرار صادر عن "محافظ السين" بفرض قيود على تداول المواد الغذائية لمدة محددة[5]، كما قضى في حكمه الصادر بتاريخ 1950/02/10 بإلغاء قرار الإدارة الخاص برفض تنفيذ حكم قضائي خلال مدة حددتها سلفا[6].

أما القضاء الإداري المصري فقد راقب في عدة أحكام له مدى توافر الظروف الاستثنائية، ولعل أهمها تلك الأحكام التي صدرت عن محكمة القضاء الإداري حيث قضت، بمناسبة الطعون المرفوعة إليه في قرارات سبتمبر الشهيرة 1981، بوقف تنفيذ معظم تلك القرارات، وقد جاء في حيثيات أحد أحكامها بأنه: "استقر مجلس الدولة على أن أعمال الضرورة تخضع في جميع الأحوال لرقابة القضاء لتقرير مدى قيام الضرورة بأركانها، حتى يتسنى الحكم على مدى شرعية العمل الصادر بشأنها، فإذا ما تبين عدم توافر هذه الأركان فإن العمل الصادر من الإدارة في هذه الحالة يكون موجبا للمسؤولية إن كان عملا ماديا، وباطلا إن كان قرارا إداريا"[7].

---

[1]- يرى الدكتور "السيد صبري" أن تقدير قيام الظرف الاستثنائي يعد من صلاحيات السلطة التنفيذية، باعتبارها الأقرب إلى الواقع كونها دائمة الاحتكاك بمجريات الأمور، فضلا عن واجبها الوظيفي في الحفاظ على النظام العام، حيث يقول: "أن أحوال الضرورة متروك تقديره للسلطة التنفيذية، وذلك لأنها القائمة في هذه الأحوال والمشرفة على الموقف، كما أن الثقة في شخص رئيس الدولة ووجوب تلافي ما قد يطرأ على البلاد في بعض الظروف، يخففان من إساءة استعمال هذا الحق...". أنظر: السيد صبري، المرجع السابق، ص ص.63-66.

[2]- محمد شريف إسماعيل، المرجع السابق، ص.505، أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص.229.

[3]- مجموعة أحكام مجلس الدولة، ص.85.

[4]- محمد مرسي الفقي، المرجع السابق، ص.367.

[5]- حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1944/05/19.

[6]- أنظر: ***Recueil du Conseil d'état***, année 1950, pp.90 et s.

[7]- حكم محكمة القضاء الإداري، في الدعوى رقم 2504 لسنة 36 قضائية، جلسة 1982/2/11، (غير منشور)، أشار إليه: مجدي المتولي السيد، المرجع السابق، ص.161.

ثانيا: القيد الوظيفي

إذا كان نطاق النظام العام في ظل الظروف العادية يتحدد في أهداف المحافظة على الأمن العام، السكينة العامة والصحة العامة، فإن هذا النطاق يتسع ويتزايد في ظل الظروف الاستثنائية، بالقدر الذي يسمح بصيانة النظام العام في هذه الظروف الصعبة[1]. وفي سبيل ذلك، تلجأ الإدارة إلى اتخاذ جملة من الإجراءات العاجلة والهادفة إلى تأمين النظام العام في الظروف الاستثنائية، قد تؤدي تلك الإجراءات –كما سبق القول– إلى الاعتداء على الحقوق والحريات الفردية، كالمنع من مرور الأشخاص، أو منع كل شخص تصدر منه تصرفات تعوق أعمال السلطة العامة، وتحديد الإقامة بالنسبة للمناطق المعلن فيها حالة الطوارئ، والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام، واعتقالهم، والترخيص بتفتيش الأشخاص والأماكن وغيرها من التدابير[2]. كما يمكن أن تؤدي هذه الإجراءات أيضا إلى التدخل في مجال الملكية الخاصة، كالاستيلاء على العقارات والمنقولات الموجودة في الجهات التي أعلنت فيها حالة الطوارئ[3].

غير أنه يشترط في هذا التدخل أو الاعتداء أن يكون بالقدر الضروري، وبهدف حماية النظام العام، وهو ما أكده الفقيه « De Laubadère » الذي يرى بأن الإجراءات الاستثنائية التي تتخذها الإدارة في الأوقات الاستثنائية، تستهدف بالدرجة الأولى التغلب على تلك الظروف التي تمر بها الدولة، وذلك بهدف حماية النظام العام وضمان استمرارية خدمات المرفق العام خلال تلك الظروف[4].

الفرع الثاني

القيد الموضوعي

إن المساحة التي يسمح للإدارة التحرك فيها، عند قيام حالات الظروف الاستثنائية، مرتبطة بهدف تأمين النظام العام والحفاظ عليه، لذلك فإن إجراءات الإدارة وحركتها الاستثنائية تدور في فلك الشرعية، لتصل في النهاية إلى محاولة العودة إلى الشرعية العادية، بعدما أتيح لها اتخاذ إجراءات قد تكون منافية لقواعد الشرعية العادية، لتصبح ملزمة بالحدود الموضوعية لسلطاتها، والتي تتمثل أساسا في احترام المبادئ الدستورية **(أولا)** وضمان استقلال القضاء **(ثانيا)**.

---

[1]- قررت المحكمة العليا الدستورية المصرية بجلستها بتاريخ 1976/5/15، عند تفسيرها للمادة 3 من قانون الطوارئ الصادر بالقانون رقم 1908/162 والمعدل بالقانون رقم 37 لسنة 1972، "بأن مدلول النظام العام في الظروف الاستثنائية ينصرف إلى تحقيق أهداف المحافظة على أمن الدولة وصيانة مصالحها الحيوية ودعم كيانها الاقتصادي والاجتماعي"، أشار إلى هذا القرار: مجدي المتولي السيد، المرجع نفسه، ص.145.

[2]- قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Benjamin »: "أنه في حالة وجود ظروف استثنائية أو ضرورة ملحة تبرر ذلك يجوز لجهات الإدارة أن تقيد أو تعطل مؤقتا حرية من الحريات العامة كحرية الصحافة أو حرية الإجتماع، لأنه لا يجوز للقضاء أن يعطل سلطة الضبط أو يشل حركته في هذه الظروف".

[3]- أقر مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Société La Central Electrique » بحق الحكومة عند قيام الظروف الاستثنائية في الاستيلاء على المشروعات الصناعية والمرافق العامة، وقرر بأن مراسيم رئيس الجمهورية في هذا الشأن تعد مشروعة، حيث أنه يكون قد استخدم سلطاته المقررة دستوريا، والخاصة بتأمين سير المرافق العامة في زمن الحرب.

[4]- أنظر: (André) DE LAUBADERE, *Op.Cit.*, p.277.

أولا: احترام المبادئ الدستورية

إن السلطة التنفيذية، وهي تتحرك في دائرة الشرعية الاستثنائية، بهدف تأمين النظام العام، تكون مضطرة –كما أسلفنا القول– لأن تمارس الوظيفة التشريعية، فيجوز لها مخالفة القانون الذي يتضمن موضوعات تدخل في وظيفة المشرع. كما تملك مخالفة القواعد الدستورية التي تحيل إلى القانون، لأنها بذلك لا تخالف الدستور وإنما تخالف القانون الذي أحال إليه الدستور.

أما القواعد والمبادئ الدستورية الأخرى التي لا تحيل تنظيم الموضوعات التي تتضمنها إلى المشرع، فإنه يتعين على جهة الإدارة الالتزام دائما بها، فهي لا تملك الاقتراب منها بالمخالفة أو الإيقاف، لأن تلك القواعد تضمنت تقرير مراكز قانونية تكونت بمقتضى تلك القواعد، الأمر الذي يمكّن الأفراد من الاحتجاج بها في مواجهة السلطة التشريعية والتنفيذية معا، لأن تلك القواعد عبارة عن خطاب موجه إليهما بحيث يجب الالتزام بحرفية تلك القواعد وعدم الالتفاف حولها، كما أن الحقوق والحريات التي وردت مطلقة في النصوص الدستورية مثل الحق في المساواة وحظر المصادرة العامة وغيرها تمثل قيدا على السلطات الاستثنائية للإدارة، فتخرج عن دائرة اختصاصها المسموح به في جميع الظروف العادية والاستثنائية[1].

ثانيا: استقلال القضاء

يعد مبدأ استقلال القضاء[2] دعامة أساسية من دعامات الدولة القانونية التي تتقيد فيها السلطة بمبدأ المشروعية[3]. فقد أكدت عليه غالبية الدساتير الحديثة، كما نصت عليه المواثيق الدولية لحقوق الانسان، كالإعلان العالمي لحقوق الانسان 1948 في مادته العاشرة[4]، وكذا الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 في مادتها الرابعة عشر[5]. أما الدستور الجزائري فقد نص على مبدأ استقلال السلطة القضائية في الفقرة الأولى من المادة 156 منه بقولها: "السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون"، أما الفقرة الثانية منها فقد نصت على أن: "رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية".

ونظرا لمكانة السلطة القضائية داخل الدولة، كونها تعد –حسب المادة 157 من الدستور– مسؤولة على حماية المجتمع والحريات، وتضمن لهم حقوقهم الأساسية، القائمة على أساس مبادئ الشرعية والمساواة

---

[1]- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص ص. 104- 105.

[2]- يقصد بمبدأ استقلال القضاء: "أن تتحرر سلطة القضاء من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية في الدولة وعدم خضوع القاضي في ممارسته إلا للقانون". أنظر: أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 270.

[3]- ثروت بدوي، **النظم السياسية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 180.

[4]- نصت المادة 10 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948: "لكل انسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه".

[5]- جاء في المادة 14 من الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 بأن: "جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء، ولكل فرد الحق عند النظر في أية تهمة جنائية ضده أو في حقوقه والتزاماه في إحدى القضايا القانونية، في محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استنادا إلى القانون...".

واحترام القانون[1]، فإنه يتعين على الإدارة أن تلتزم –في الأحوال العادية– بضمان وتأكيد استقلال السلطة القضائية في القيام بدورها في حماية الحقوق والحريات، وتأمين حماية القاضي نفسه من كل الضغوطات، والتجاوزات، والتدخلات التي من شأنها أن تضر بأداء مهمته، أو تمس بنزاهة حكمه[2]، فلا يكون خضوعه إلا للقانون وحده[3]. وحتى يتأكد استقلال القاضي، فإنه لا يجوز للإدارة أن تؤثر على مهمة القاضي، أو أن تمنعه من أداء دوره مهما كانت الظروف، فإذا فقد القضاء استقلاليته، بأن كان رجاله تابعين للسلطة التنفيذية، فإن الرقابة القضائية تفقد معناها، ويصبح مبدأ المشروعية مبدأً وهميا لا قيمة له. كما هو الوضع بالنسبة للسلطة القضائية في الجزائر التي لا تتمتع باستقلالية تامة، بسبب تدخل السلطة التنفيذية في تعيين القضاة وترقيتهم، فهم يعينون بموجب مرسوم رئاسي من قبل رئيس الجمهورية، وأن هذا الأخير باعتباره القاضي الأول في البلاد، هو الذي يرأس المجلس الأعلى للقضاء[4].

أما في الظروف الاستثنائية أو حالة الضرورة، التي تتميز –كما سيأتي بيانه لاحقا– بخضوع الإجراءات المتخذة استنادا إليها للرقابة القضائية، فإنه يصير من المحتم على السلطة التنفيذية أن تحافظ وبشدة على استقلال القضاء وعلى عدم ممارسة الأعمال القضائية. ذلك أن الضرورات العملية تدعو إلى احترام استقلال القضاء إذ يجب تجنب كافة أشكال التعارض أثناء فترة الأزمة بين سلطات الظروف الاستثنائية والسلطة القضائية، حيث أن أي نزاع بينهما سوف يؤدي إلى ضعف الإدارة وتحجيم حركتها ونشاطها إلى جانب أن الإجراءات الاستثنائية تمثل العلاج المؤقت، ومن ثم يجب أن يخرج من نطاقها الإجراءات الخاصة بالتنظيم القضائي والتعديل الدستوري[5]، لكن حتى ولو منح لرئيس الدولة سلطة التدخل في المجال القضائي بإجراءات من طبيعة تشريعية، عن طريق إنشاء الجرائم والعقوبات، فإن هذه السلطة مقيدة بالضوابط الدستورية التي لا يجب أن تصطدم بالمبادئ الدستورية النافذة[6].

المطلب الثالث

نطاق خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابة القضاء الإداري

توصلنا من خلال ما سبق، أنه أيا كانت امكانات وقدرات السلطة الإدارية في الظروف الاستثنائية، إلا أنه لا يمكن إعفاء ما تتخذه من إجراءات وقرارات تواجه بها تلك الظروف من الخضوع، حسب المعيار

---

[1]- جاء في المادة 158 من التعديل الدستوري 2016 على أن: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة. الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون".

[2]- أوردت المادة 166 من التعديل الدستوري 2016 بعض الضمانات التي تحمي القاضي أثناء أداء مهمته، بقولها: "القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته، أو تمس نزاهة حكمه. يُحظر أيّ تدخل في سير العدالة.
يجب على القاضي أن يتفادى أيّ موقف من شأنه المساس بنزاهته. يحدد القانون العضوي كيفيات تطبيق هذه المادة".

[3]- نصت المادة 165 من التعديل الدستوري 2016 على أنه: "لا يخضع القاضي إلا للقانون".

[4]- للتوسع أكثر في هذا الموضوع أنظر: مداخلات الندوة الثانية حول "استقلالية القضاء"، التي نظمها مجلس الدولة، جوان 1999، **نشريات مجلس الأمة**، ص ص. 19- 60.

[5]- مجدي المتولي السيد، المرجع السابق، ص ص.156-157.

[6]- وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص.197.

العضوي الراجح، فقها و قضاء، سواء في فرنسا أو في الجزائر[1]، للرقابة القضائية، نظرا لأنها تمثل السبيل الوحيد المكفول للمتقاضين لإلزام الإدارة حدود مشروعية ما قامت به، لاسيما بعد فشل الرقابة الإدارية والسياسية، كما تمثل الرقابة القضائية الضمانة الأساسية التي تكفل حماية حقوق وحريات الأفراد من تعسف الإدارة واستبدادها.

لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب التعرف على الإجراءات الاستثنائية التي يجوز اخضاعها لرقابة القاضي الإداري؛ أي معرفة حدود رقابة القاضي الإداري على الاجراءات الاستثنائية، حسب مبررات الفقه والقضاء الإداري في فرنسا، اللذان تباينت مواقفهما حول طبيعة القرارات الاستثنائية التي تدخل في نطاق الرقابة القضائية، لاسيما قرار اللجوء لإعلان الحالة الاستثنائية والقرارات التي تصدرها السلطات الإدارية إبان العمل بالحالة الاستثنائية، مع التطرق إلى موقف الفقه والقضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة.

الفرع الأول

موقف الفقه الفرنسي من خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابة القضاء

ميّز الفقه الفرنسي، حول مدى جواز خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابة القضاء– من خلال المادة 16 من الدستور– بين نوعين من القرارات يصدرها رئيس الجمهورية، تطبيقا لتلك المادة تتمثل في: قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية وقرار إنهاء العمل بها **(أولا)**، وتلك القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية خلال الحالة الاستثنائية **(ثانيا)**.

أولا: مدى خضوع قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية وقرار انهاء العمل بها لرقابة القضاء

يجمع الفقهاء الفرنسيون، ومن بينهم الفقيه "جورج فيدال" (Georges Vedel)، على أن قرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة 16، وقراره بإنهاء العمل بها، هي قرارات تخل ضمن طائفة أعمال السيادة، لأنهما يتعلقان بالعلاقات بين الحكومة والبرلمان، فضلا عن أن الاعتبارات السياسية هي التي تدفع رئيس الجمهورية إلى اتخاذهما، ولذلك فهما لا يخضعان لأي رقابة قضائية كانت أم سياسية[2].

غير أن رجال الفقه اختلفوا عند بحثهم حول مدى خضوع القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية استنادا إلى السلطة التي تخولها له المادة 16 لرقابة القضاء.

---

[1]- أنظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]-أنظر:

(Jacques) PUISOY, « *Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement* », **A.J.D.A.**, 1965, pp.211 et s ;(Georges) VEDEL, ***Introduction aux études politiques,*** *les cours de droit*, 1965-1966, p.183.

ثانيا: مدى خضوع القرارات الصادرة خلال الحالة الاستثنائية لرقابة القضاء

تباينت مواقف الفقهاء فيما يتعلق بمدى خضوع قرارات رئيس الجمهورية الصادرة خلال تطبيق الحالة الاستثنائية لرقابة القضاء، إلى اتجاهين، كل حسب نظرته للطبيعة القانونية لتلك القرارات، فذهب فريق من الشرّاح إلى أن هذه القرارات لا تخضع لأية رقابة قضائية، ورأى فريق آخر أنه يجب التمييز بين نوعين من هذه القرارات، النوع الأول لا يخضع للرقابة القضائية، في حين يخضع النوع الثاني لهذه الرقابة.

(1)- عدم خضوع القرارات الصادرة خلال الحالة الاستثنائية لرقابة القضاء: اختلف هذا الاتجاه في تبرير عدم خضوع القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة 16 لرقابة القضاء، بين جانبين:

(أ)- منهم من اعتبرها قرارات من نوع خاص، تؤدي إلى إنشاء فئة قانونية من الأعمال أعلى من القانون نفسه.

غير أن هذا الرأي انتقد، كونه يتناقض تماما مع المبادئ العامة الدستورية والشرعية، لأنه اعترف بوجود سلطة عليا لم ينشئها الدستور، تسمو على باقي سلطات الدولة التي أنشأها الدستور[1].

(ب)- ومنهم من يعتبر أن القرارات الصادرة خلال الحالة الاستثنائية، تندرج تحت طائفة أعمال السيادة، شأنها في ذلك شأن قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى هذه الحالة وكذا قرار إنهاء العمل بها، لأنها قرارات تتصل بالعلاقات بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، فهي تتعلق بممارسة سلطة سيادية[2]؛ أي أن سلطة رئيس الجمهورية في تلك الظروف هي سلطة حكومية هدفها إعادة الاستقرار والسير المنتظم لسلطات الدولة. ويستدلون أنصار هذا الرأي بالصفة الانفرادية التي منحها الدستور لرئيس الجمهورية في إصدار تلك القرارات، فهو يصدرها بصفة منفردة من دون أي مشاركة لأية شخصية سياسية أخرى، كالوزير الأول مثلا، أي أن سلطة رئيس الجمهورية في هذه الحالة ليست سلطة إدارية بل هي سلطة سياسية مستقلة تماما عن تأثير أي سلطة سياسية أخرى، لذلك توصف هذه القرارات بأنها ذات طابع سياسي.

كما يبرر هذا الرأي موقفه هذا، من خلال تفسيره للمادة 16، التي تبين بأن المؤسس الدستوري لم يفصل بين قرار تطبيق هذه المادة والقرارات التي تصدر استنادا إليها، بل نظر إليها جميعا باعتبارها ذات طبيعة واحدة ومتماثلة. وفي هذا الصدد يقول الفقيه "جورج فيدال" (Georges Vedel): "طبقا لروح الدستور، يتعين عند تطبيق المادة 16 أن يفتح قوس في النظام القانوني الطبيعي، وألا يغلق إلا بعد أن تستعيد السلطات العامة الدستورية سيرها المنتظم. ومن الطبيعي أن يوجد بين القوسين نظام قانوني استثنائي، تخرج بمقتضاه قرارات رئيس الجمهورية، الصادرة استنادا إلى هذه المادة، من نطاق الرقابة القضائية التي لا تسود إلا في ظل النظام القانوني العادي"[3].

---

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.207.

[2]- أنظر: (Léon) HAMON, *« A propos de l'article 16 : Quelques questions juridiques »*, **A.J.D.A**, Paris, 1961, p.663.

[3]- أنظر: (Georges) VEDEL, **Droit administratif**, *Op.Cit.*, p.26.

وبالتالي يخلص هذا الرأي إلى القول بأن الدور الذي يقوم به رئيس الجمهورية عند لجوئه إلى المادة 16 هو دور ساسي، وأن قرار اللجوء إلى إعلان تلك المادة هو ذو طابع سياسي يحتاج لخضوعه لرقابة البرلمان، وليس لرقابة القضاء[1].

انتقد البعض ما ذهب إليه هذا الاتجاه لتعارضه مع ما جاء به دستور 4 أكتوبر 1958 الذي قد أخذ بالنظام البرلماني، القائم على مراقبة كل سلطة من السلطات العامة في الدولة للسلطات الأخرى، ويرسم لكل سلطة حدودها التي يجب عليها ألا تتخطاها. كما أن عدم خضوع رئيس الجمهورية للرقابة القضائية خلال استخدامه للسلطة التي تخولها له المادة 16، يعني أنه بإرادته وحده استأثر بممارسة السيادة الوطنية، وهو أمر يصطدم صراحة مع ما جاءت به الفقرتين الأولى والثانية من المادة 3 من الدستور التي تنص بأن: "السيادة الوطنية ملك للشعب، يمارسها عن طريق ممثليه أو بواسطة الاستفتاء، ولا يجوز لأي فئة من الشعب أو لأي فرد أن يستأثر بحق ممارسة السيادة الوطنية"[2].

(2)- خضوع القرارات الصادرة خلال الحالة الاستثنائية لرقابة القضاء: يفرق أصحاب هذا الرأي بين القرارات التي تتعلق بالمواد التشريعية والقرارات المتعلقة بالمواد اللائحية، مستندين في ذلك على الحل الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي، الذي ميّز فيه بين هذين النوعين من القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية، فهم يرون بأن القرارات الأولى لا تخضع للرقابة القضائية، في حين تخضع لها القرارات الثانية، وذلك استنادا إلى أن رئيس الجمهورية عندما يستخدم السلطة المخولة له بموجب المادة 16 ليصدر قرارات تتعلق بالمواد التشريعية، فإنه يصدرها باعتباره عضوا تشريعيا، له أن يحل بصفة مؤقتة محل البرلمان في أداء وظيفته، على أن تزول عنه هذه الصفة بانتهاء تطبيق هذه المادة، ولذلك تعد هذه القرارات بمثابة تشريع كأي قانون تصدره السلطة التشريعية؛ حيث تكتسب هذه القرارات قوة القانون منذ صدورها، دون حاجة إلى تصديق البرلمان عليها. وبالتالي فهي لا تخضع للرقابة القضائية، وإنما تخضع لرقابة البرلمان، وذلك احتراما للمبدأ الذي يسود القانون الفرنسي، وهو عدم جواز مراقبة القاضي للمشرع.

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقرارات التي تصدر في المجال اللائحي، إذ أن رئيس الجمهورية حين يصدر قرارات استنادا يستند إلى ما تقرره له المادة 16، فهو يصدرها باعتباره سلطة تنفيذية وليس باعتباره سلطة تشريعية، وبالتالي فهي تعد قرارات إدارية، تخضع لرقابة القضاء[3]، لأنها تدخل في المجال التنظيمي لرئيس الجمهورية.

---

[1]- للوقوف أكثر على هذه الأسانيد، ارجع إلى المؤلفات التالية:
GALABERT et GENTOT, *« le contrôle juridictionnel des décisions prises par le Président de la République en vertu de l'article 16 de la constitution française »*, **A.J.D.A**, 1962, p.215 ; (M.) PRELOT, ***Institution politiques et droit constitutionnel***, 2ème éd, L.G.D.J, Paris, 1961, p.650 ; (J.) DUPORT, ***Le rôle administratif du Président de la République en France depuis 1875***, T.1, L.G.D.J, Paris, 1976, pp.123-192 ; (Georges) VEDEL et (Pierre) DELVOLVE, ***Droit administratif***, P.U.F, 1982, p.74.

[2]- أنظر: (Georges) MORANGE, *Op.Cit.*, p.110.

[3]- أنظر:

ولقد انتقد هذا الاتجاه من قبل البعض الذين يرون بأن رئيس الجمهورية هو هيئة إدارية وليس هيئة تشريعة، وأن القرارات التي يتخذها في ظل الحالة الاستثنائية تبقى محتفظة بطابعها الإداري مهما كان المجال الذي تدخل فيه، تشريعي أو لائحي، ذلك أن تمتع الأعمال التشريعية التي يقوم بها رئيس الجمهورية بقوة القانون، لا تحول بينها وبين قيام القاضي الإداري برقابتها[1]. وهو ما يعني أن القرارات التي اتخذها رئيس الجمهورية والتي تدخل فيها في مجال التشريع، تخضع لرقابة القاضي الإداري، باعتبارها أعمالا إدارية صادرة عن هيئة إدارية[2].

الفرع الثاني

موقف القضاء الإداري الفرنسي من خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابته

أبرز مجلس الدولة الفرنسي موقفه من مسألة الطعن في قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية، من خلال حكمه الشهير الصادر في 2 مارس 1962 في قضية « Rubin de Serverns et autres »، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن رئيس الجمهورية الجنرال "ديغول" بعد إعلانه اللجوء إلى تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي، في 23 أبريل 1961، أصدر بتاريخ 3 مايو 1961 قرارا بإنشاء محكمة عسكرية، تختص بمحاكمة الضباط الذين يرتكبون أو يشتركون في ارتكاب جرائم ضد أمن الدولة أو نظام الجيش، وتكون لهم صلة في عملية التمرد التي حدثت في الجزائر وأدت إلى تطبيق هذه المادة. وقد كان من بين هؤلاء الضباط الذين قدموا للمحكمة، الضابط "Rubin de Servens" ومعه تسعة ضباط آخرين، حيث صدرت ضدهم عدة أحكام بالإدانة، فلجأ هؤلاء الضباط إلى مجلس الدولة الفرنسي، وطعنوا في مشروعية قرار انشاء هذه المحكمة[3].

وقد حاول مفوض الحكومة (J.F.Henry) الدفاع عن موقف الحكومة من خلال اقتراحه، في التقرير الذي أعده وقدمه لمجلس الدولة، رفض الطعن المقدم، وذلك على أساس التفرقة التي أجراها بين قرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة 16، والقرار الذي يصدره استنادا إلى السلطة المخولة له بموجب هذه المادة؛ حيث اعتبر أن القرار الأول له طابع أعمال السيادة لأنه يتصل بالعلاقة بين الحكومة والبرلمان، ولهذا فهو يخرج من

(Jean) LAMARQUE, *« L'égalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16 »*, **R.D.P**, n° 31-32, Août 1961, p.623.

أنظر أيضا: (M.) PRELOT, ***Institutions politiques et droit constitutionnel***, 2ème éd, L.G.D.J., Paris, 1961, p.650.

[1]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 208، أنظر أيضا:
(Georges) BURDEAU, *Op.Cit.*, p.634 ; (Claude-Albert) COLLIARD, *Op.Cit.*, p.129.

[2]- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص.53.

[3]- من بين المبررات التي استندوا إليها في الطعن، نذكر:

(1)- عدم توافر شروط تطبيق المادة 16 من الدستور، فقرار إنشاء المحكمة العسكرية كان في 3 مايو 1961، ومؤسسات الدولة في ذلك التاريخ لم تكن محل تهديد جسيم و حال، كما أنه لم يكن هناك ما يمنع تلك السلطات من القيام بوظائفها بطريقة عادية ومنتظمة.

(2)- أن انشاء هذه المحكمة جاء مخالفا للمبادئ العامة للقانون العام الفرنسي، حيث يوجب هذا القانون عرض الأمر على المحاكم الجزائية الفرنسية، وذلك لتمتع تلك المحاكم بالاستقلالية تجاه السلطة التنفيذية، وهذا لم يتحقق بالنسبة للمحاكم العسكرية.

(3)- أن قرار رئيس الجمهورية بإنشاء المحاكم العسكرية في 3 مايو 1961 من المفروض أن يطبق على الجرائم التي ارتكبت من تاريخ العمل بنص المادة 16 وليس قبلها، في حين أن جرائمهم ارتكبت قبل العمل بذلك النص، لذلك فإن محاكمة هؤلاء الضباط تعتبر مخالفة لقاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية.

نطاق الرقابة القضائية، إذ لا يملك مجلس الدولة فحص مدى شرعيته أو مراقبة مدة تطبيقه. أما القرار الثاني، فقد فرق المفوض (J.F.Henry) بين ما إذا كان هذا القرار يتعلق بالمواضيع اللائحية التي نصت عليها المادة 37 من الدستور، فإذا كان القرار متعلقا بالمجال التشريعي، فإنه يكتسب طابعا تشريعيا يجعله بمنأى عن الخضوع للرقابة القضائية. أما إذا كان متعلقا بالمجال اللائحي، فإنه يعتبر قرارا إداريا يخضع لرقابة قاضي المشروعية.

وبالتالي فقد تبنى مجلس الدولة وجهة نظر مفوضه، وانتهى إلى رفض الطعن الذي أقامه الضابط "Rubin de Servens" مستندا إلى أن قرار رئيس الجمهورية بإنشاء المحكمة العسكرية الخاصة يقع في نطاق الأعمال التشريعية التي عددتها المادة 34 من لدستور، وبالتالي فإنه لا يخضع لرقابته[1]، وهذا على عكس الأعمال التي تدخل في المجال التنظيمي أو التنفيذي، والتي تندرج في نطاق المادة 37 من الدستور، فإنها تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية، مما يجعلها تخضع لرقابته طبقا للقواعد العامة.

ولقد تعرض هذا الحكم لعدة انتقادات من جانب بعض الشرّاح، تمثلت في:

1- أن حرص مجلس الدولة على استخدام مصطلح" أعمال السيادة"، يخالف السياسة القضائية التي كان يتبعها في تلك الفترة [2]، كما يتنافى موقفه من قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية مع ما عرف عليه من حرصه على حماية الحقوق والحريات العامة، باعتبار أن ما قضى به في قضية «Rubin de Servens» طغى عليه الطابع السياسي[3]، مما أفقد المجلس استقلاليته تجاه رئيس الجمهورية[4].

2- كما أخذ على هذا الحكم تعارضه مع أحكام سابقة لمجلس الدولة رفض فيها أن يأخذ بالمعيار المادي، حين تصدى لتحديد طبيعة الأوامر التي تصدرها الحكومة طبقا للمادة 38 من الدستور بناء على تفويض من البرلمان. ذلك أن الأخذ بالمعيار المادي سيترتب عليه إفلات التدابير الاستثنائية من الرقابة القضائية، وهي التدابير التي تتضمن تقييدا لحقوق الأفراد وحرياتهم التي تنظم القوانين كيفية ممارستها.

---

[1]- لقد كان جواب مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بقرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية على الشكل التالي: "حيث أن قرار اللجوء إلى المادة 16 قد صدر في 23 أفريل 1961، وذلك بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيسي غرفتي البرلمان، وبعد أخذ رأي المجلس الدستوري، وحيث أن هذا القرار له طبيعة عمل السيادة الذي لا يحق لمجلس الدولة تقدير شرعيته أو مراقبة مدة تطبيقه، لذلك قرر المجلس رفض الطعن".

[2]- أرجع البعض السبب الذي جعل مجلس الدولة الفرنسي يستخدم مصطلح" أعمال السيادة"، هو لمحاولة وضع حد للنقاش الفقهي الذي دار حول بقاء أو زوال أعمال السيادة ذاتها، كنظرية عامة في النظام القانوني الفرنسي. أنظر: محمد حسنين عبد العال، **رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإداري الصادرة بالتطبيق للمادة 16 من الدستور الفرنسي والمادة 74 من الدستور المصري**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983 ، ص.48 .

[3]- وجدي غريبال ثابت، المرجع السابق، ص.547 .

[4]- وقد أكد على ذلك بطريقة ضمنية كل الفقهاء الذين قالوا بأن إبقاء العمل بالمادة 16 من طرف ديغول إلى ما بعد ماي 1961، يعد بمثابة عمل تعسفي بل هو عمل غير دستوري، وذلك نظرا لأن هذه القضية قد تمت في عهد الرئيس ديغول، فهذا الأخير لعب دورا معتبرا في وضع دستور 1958، والذي ترتب عليه توسيع مجالات السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، بالإضافة إلى الدور الذي لعبه في تضمين المادة 16، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فهذه القضية لها علاقة كبيرة بإحدى أهم مستعمرات فرنسا آنذاك - و هي الجزائر -ففرنسا لم تكن تفكر أصلا في مغادرة الجزائر، و بالتالي فإن كل الوسائل التي تضمن إبقاء السيطرة على الجزائر تعد مباحة، حتى ولو ترتب على ذلك خرقا للحقوق والحريات العامة، و النيل من استقلالية القضاء. أنظر مواقف هؤلاء الفقهاء:

(Benard) CHANTEBOUT, ***Droit constitutionnel et science politique***, 16ème éd., A. Colin, Paris, 1999, p.398 ; (Philippe) ARDANT, ***Institutions politiques et droit constitutionnel***, 12ème éd., L.G.D.G., Paris, 2000, p.422 ; (Dimitri-Georges) LAVROFF, ***Le droit constitutionnel de la Vème République***, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1999, p.877 ; (Jean) LAMARQUE, *Op.Cit*, p.1711 ; (Pierre) Pactet, ***Institutions politiques, droit constitutionnel***, collection U.droit, 20ème éd., Armand Colin, 2001, p.429.

وتأسيسا على ذلك كان على مجلس الدولة الفرنسي أن يبسط رقابته على القرارات التي اتخذها رئيس الجمهورية، وتدخل فيها في مجال التشريع، والإبقاء على الطبيعة الإدارية لتلك القرارات، وإن كانت تتمتع بقوة التشريع. ذلك أنه إذا كان من حق المؤسس الدستوري أن يغير في القوة القانونية للعمل، فيعطيه مثلا قوة القانون، فإنه بالمقابل لا يملك القاضي الإداري تغيير الطبيعة القانونية للعمل مهما كانت الظروف[1].

3- يفهم من خلال موقف مجلس الدولة أنه أراد أن ينفي على المادة 16 من الدستور اعتبارها تطبيقا لنظرية الظروف الاستثنائية[2]، والدليل على ذلك:

- أنه لم يقم بالتحقق من توفر الظروف التي تبرر اللجوء إلى هذه المادة، واستمرار تلك الظروف لغاية صدور القرار المطعون فيه.
- قرر عدم اختصاصه لفحص شرعية قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية.
- رفض مناقشة أوجه الطعن المتعلقة بالمدة التي تقرر فيها إعمال تلك المادة.
- ترك لرئيس الجمهورية سلطة تقديرية مطلقة، فيما يخص استمرار أو بقاء الظروف والأسباب التي تبرر اللجوء إلى الحالة الاستثنائية[3].

لكن إذا كنا نتفق مع الفقه والقضاء الفرنسيين على أن كلا من قرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة 16 وقراره بإنهاء العمل بها، له طابع أعمال السيادة، بحكم أن الاعتبارات السياسية هي التي تفرض اتخاذه في أغلب الأحوال. إلا أننا لا نؤيد التفرقة التي نادى بها بعض الفقهاء وتبناها مجلس الدولة، بين نوعي القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية بموجب السلطة التنفيذية، فهي تعد كلها قرارات إدارية، سواء تعلقت بمواد تشريعية أو بمواد لائحية أو تنظيمية، مما يتعين بالتالي خضوعها لرقابة المشروعية.

الفرع الثالث

موقف الفقه والقضاء الإداري الجزائري من خضوع الإجراءات الاستثنائية للرقابة القضائية

يفهم من نص المادة 124 من الدستور الجزائري 1996، أو المادة 142 من التعديل الدستوري 01/16، أن الأوامر التي يشرّعها رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية تكتسب منذ البداية الطبيعة التشريعية، بدليل أن المؤسس الدستوري لم يشترط ضرورة عرضها على البرلمان للموافقة عليها، كما فعل بالنسبة للأوامر التي يتخذها في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو فيما بين دورتي البرلمان، فالغاية التي أرادها المؤسس

---

[1]- أنظر: (Raymond) CARRE DE MALBERG, ***Contribution à la théorie générale de l'Etat***, éd., 1920, p.596.

[2]- هذا الموقف أخذه المجلس من وجهة نظر مفوض الحكومة "Henry" في تقريره، الذي اعتبر أن المادة 16 لا تعد تطبيقا لنظرية الظروف الاستثنائية، بل هي مادة فريدة تخول رئيس الجمهورية مباشرة سلطات الدولة كلها، وذلك خلافا لما هو معمول به في النظام البرلماني، ما دام أن المادة 5 من الدستور تعتبر أن رئيس الجمهورية هو المعبر عن سيادة الدولة، والساهر على احترام الدستور، والضامن لاستقلال الوطن والسير المنتظم للسلطات العامة.

[3]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 209.

الدستوري من هذا العرض على البرلمان، هو لأجل إضفاء قوة القانون على تلك الأوامر، التي هي في الأساس قرارات ذات طبيعة إدارية، فتتحول بمجرد موافقة البرلمان عليها، من قرارات إدارية إلى قوانين.

وعليه فإنه قياسا على ذلك، تعتبر الأوامر المتخذة في ظل الحالة الاستثنائية قرارات إدارية تخضع للرقابة القضائية.

غير أنه وأمام غموض موقف المشرع الجزائري، الذي لم يكن له أي اتجاه واضح بخصوص إمكانية تسليط الرقابة القضائية على المراسيم، سواء كانت رئاسية أو تنفيذية، لاسيما تلك التي تصدرها السلطة التنفيذية في ظل الظروف الاستثنائي، والتي يكون لها تأثير مباشرة على حقوق وحريات الأفراد. فقد كان لبعض البرلمانيين دورا في إبراز هذه الاشكالية، وطالبوا بضرورة تعديل المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بما يسمح لمجلس الدولة بمراقبة مشروعية المراسيم الرئاسية والتنفيذية استنادا إلى الصياغة الأولى للمادة وقت إعداد المشروع، حيث كانت تتضمن عبارة "...وتقدير مشروعية المراسيم".

إلا أن هذا الاقتراح –الذي تقدمت به النائبة بالبرلمان السيدة "زرفة بن يخلف"– لم يحظ بالتأييد، وتم الاستغناء عنه في الصياغة النهائية للمادة[1]، وهو ما ضيق من صلاحيات مجلس الدولة في مراقبة أعمال الإدارة، وبالنتيجة جعل فرض احترام القاعدة الدستورية يتم في إطار ضيق بعيدا عن المراسيم الرئاسية والتنفيذية، خاصة وأن المراسيم قد تتضمن قيودا عديدة على حقوق وحريات الأفراد المقررة دستوريا أثناء ممارستهم لنشاطهم الفردي دون توافر رقابة قضائية عليها[2]. وربما يمكن تفسير ذلك إلى أن المشرع أراد تفادى تداخل الاختصاصات بين مجلس الدولة والمجلس الدستوري، هذا الأخير الذي كلفه الدستور برقابة دستورية التنظيمات.

وعليه، فإن هذا الغموض في موقف المشرع، دفع ببعض من أعمدة الفقه الإداري في الجزائر إلى أن يسايروا الاتجاه الفقهي السائد في فرنسا، الذي يميل إلى اعتبار قرار اللجوء إلى إعلان الحالة الاستثنائية، تطبيقا للمادة 93 من الدستور، تدخل في فئة أعمال السيادة التي تستبعد عن رقابة القضاء.

وهو ما يتضح من مواقف كل من الدكتور "أحمد محيو" والدكتور "مسعود شيهوب"، حيث أكدوا أن القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية استنادا إلى قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية، تعد من قبيل أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء، لأن رئيس الجمهورية يمارسها باعتباره صاحب السيادة[3].

وانطلاقا من هذه المواقف الفقهية، يمكننا اعتبار أن هذا الحكم ينطبق أيضا على باقي صور حالة الضرورة المنصوص عليها في الدستور، كحالتي الطوارئ والحصار، وحالة الحرب. لكن تبقى القرارات

---

[1]- تنص المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.
كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة"

[2]- سمير بن أحمد، **آليات احترام القواعد الدستورية في الجزائر**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2013/2014، ص.208.

[3]- مسعود شيهوب، "الحماية للقضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية"، المرجع السابق، ص.38 .

الأخرى المتخذة أثناء العمل بهذه الحالات، محتفظة بطابعها الإداري، وهو ما يجعلها تكون محلا لرقابة القضاء الإداري حول مشروعيتها.

وبالرجوع إلى موقف القضاء الإداري في الجزائر، فإنه بالرغم من وجود سابقة إعلان الحالة الاستثنائية لأول مرة في ظل دستور 1963[1]، إلا أن القاضي الإداري الجزائري لم يسبق وأن أتيحت له الفرصة للتعبير عن موقفه حول الطبيعة القانونية لقرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية أو إلى حالتي الحصار والطوارئ، اللتين أعلن عنهما في سنوات 1991 و 1992، وعن مدى امكانية اخضاعهم لرقابة القضاء. وحتى بعد صدور دستور 1996 التي تميز بالتعديلات الجذرية التي مست الجهاز القضائي، بتبنيه نظام القضاء الإداري المستقل وما أتبع ذلك من نصوص تنظيمية تؤكد هذا النظام، كالقانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة والقانون العضوي المنظم لمحكمة التنازع، والقوانين المنظمة للمحاكم الإدارية، إلا أن الفرصة لم تتح للقاضي الإداري الجزائري لأجل إبداء موقفه من هذه المسألة، ويمكن إرجاع السبب إلى أن القاضي الجزائري ما زالت تنقصه الجرأة لمواجهة السلطة التنفيذية.

لكن وأمام تبنيه لنظرية أعمال السيادة عندما اعتبر، في إحدى قرارات الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا[2]، أن بعض المراسيم الرئاسية هي من قبيل أعمال السيادة التي تخرج عن رقابته[3]، فإننا نتصور أن موقفه سوف يكون كموقف مجلس الدولة الفرنسي، الذي اعتبر قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية من أعمال السيادة، وقد يستند في تبرير حكمه هذا إلى اعتبار أن تلك الأعمال تخص علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، وأن الهدف من قرار الحالة الاستثنائية هو إعادة السير العادي للمؤسسات الدستورية.

كما قد تكون المادة 70 من الدستور، التي اعتبرت رئيس الجمهورية هو المجسد لوحدة الأمة والحامي للدستور، والمجسد للدولة داخل البلاد وخارجها، وكذلك المادة 72 من الدستور التي اعتبرته هو الممارس للسلطة السامية في الحدود المثبتة في الدستور، الأساسين القانونيين اللّذين سيستند إليهما القاضي الإداري الجزائري، لتبرير حكمه بأنها مراسيم أو قرارات تدخل ضمن أعمال السيادة[4]، التي تنأى بطبيعتها عن الخضوع لأي رقابة قضائية كانت أم سياسية، ويسري هذا الحكم أيضا بالنسبة لقرار الإعلان عن حالتي الطوارئ والحصار وحالة الحرب والتعبئة العامة.

---

[1]- يرجع السبب وراء لجوء رئيس الجمهورية "أحمد بن بلة" بتاريخ 3 أكتوبر 1963، إلى تطبيق المادة 59 من دستور 1963 المتعلقة بالحالة الاستثنائية، وممارسة كامل سلطاته طبقا لها وتجميد نشاطات المجلس الوطني، إلى اندلاع صراع مسلح وحرب بين المغرب والجزائر في أكتوبر من عام 1963 في ضواحي منطقة تندوف وحاسي بيضة ثم انتشرت إلى فكيك المغربية بسبب مشاكل حدودية، سميت بحرب الرمال استمرت لأيام معدودة. لتتوقف المعارك في 5 نوفمبر بوساطة الجامعة العربية ومنظمة الوحدة الأفريقية، وذلك بإرساء اتفاقية لوقف نهائي لإطلاق النار في 20 فبراير 1964 في مدينة باماكو عاصمة مالي.
أنظر: https://ar.wikipedia.org/wiki/

[2]- أنظر قرار المحكمة العليا رقم: 36473 المؤرخ في 7 جانفي 1984، المشار إليه سابقا.

[3]- محمد الصغير بعلي، **القانون الإداري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004 ، ص. 136.

[4]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.210.

أما القرارات الصادرة إبان تطبيق احدى تلك الحالات فهي قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية بصفتها جهاز إداري، تخضع لرقابة قضائية حول مدى تطابقها مع شروط وقواعد المشروعية الاستثنائية التي تفرضها تلك الظروف.

المبحث الثالث

سلطة القاضي الإداري في إقرار مسؤولية الإدارة عن أعمالها الاستثنائية

عرفنا من خلال ما سبق أن لجوء الإدارة إلى استخدام السلطات الاستثنائية « Pouvoirs Exceptionnelles » في حالة الضرورة، وتمتعها بالسلطة التقديرية في اتخاذها، أمرا ضروريا لمواجهة الأزمة، لكن قد يترتب على ممارسة الإدارة لتلك التدابير والأعمال الاستثنائية إلحاق أضرار كبيرة بحقوق الأفراد ومصالحهم التي كفلها القانون.

غير أنه إذا كان القضاء الإداري يعامل تصرفات الإدارة بسبب تلك الظروف الطارئة وفقا لمعايير استثنائية، فيضفي عليها رداء المشروعية الاستثنائية إذا ما تجردت عن المشروعية العادية، فإن التساؤل الذي يثار في هذه الحالة هو: هل يمكن للفرد المتضرر بصورة مباشرة من تلك الإجراءات الاستثنائية أن يسعى إلى القضاء الإداري –باعتباره الملاذ الأخير لحمايته من تعسف السلطة– طالبا منه الحكم له بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسببها، والتي أدت إلى الانتقاص من حقوقه والنيل من حرياته؟.

وعليه فإنه نظرا للأهمية الكبيرة لموضوع التعويض عن أعمال الضرورة، لتعلقه بمصالح الأفراد، سنحاول من خلال هذا المبحث دراسته من زاوية تقدير سلطة القاضي الإداري في إقرار مسؤولية الإدارة عن الإجراءات والتدابير الاستثنائية والوقوف على أساسها القانوني، وذلك حسب الاجتهادات القضائية لكل من القضاء الفرنسي والمصري وكذا الجزائري، حيث نتطرق في **المطلب الأول** لمسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية في حالة الضرورة، ونعالج في **المطلب الثاني** مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، ونتطرق في **المطلب الثالث** إلى مسؤولية الإدارة دون خطأ.

المطلب الأول

مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية في حالة الضرورة

تعتبر المسؤولية في نطاق القانون الاداري حديثة النشأة، حيث لم تدخل حيز التطبيق إلا في أواخر القرن التاسع عشر، فقد كانت القاعدة السائدة في القرون الماضية هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها؛ لأن إقرار مسؤولية الدولة يتنافى مع وصفها سلطة تتمتع بالسيادة وبأن إرادتها تسمو عن إرادة الأفراد، وبالتالي لا يمكن

مساءلتها. ومن ثم فإنه لا يكون أمام المضرور إلا مساءلة الموظف العام الذي ارتكب الخطأ ليرفع عليه الدعوى بصفته الشخصية وفي ماله الخاص.

غير أنه وبتغير وظيفة الدولة، من دولة حارسة إلى دولة متدخلة، بدأ التشكيك في مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، وبدأت فكرة المسؤولية الادارية تجد انصارا لها، خاصة وأن المشرع كان يتجه إلى الاعتراف بمنح التعويضات دون الاعتراف بمسؤولية الادارة.

أما القضاء الفرنسي وبعد احترامه لمدة طويلة بمبدأ عدم مسؤولية الادارة، فقد حاول من خلال لجوئه الى عدة نظريات ايجاد الأساس القانوني لهذه المسؤولية، ولعل أهمها "نظرية الدولة مدينة"، و"نظرية المرفق العام" التي تعتبر الاساس القانوني لمسؤولية السلطة العامة، وهي النظرية التي أثارتها – قضية بلانكو–الشهيرة بتاريخ 1873/12/28، من هنا أصبح هناك قبول ضمني لمسؤولية الادارة[1]، التي اعتبرت فيما بعد تشكل مظهرا من مظاهر وجود فكرة الدولة القانونية وتجسيدا لمبدأ المشروعية.

وعليه تُعرف المسؤولية الإدارية بأنها: "مسؤولية قانونية تتعلق بمسؤولية الدولة والإدارة العامة عن أعمالها المادية أو القانونية المختلفة والتي تسبب ضررا للغير، سواء كانت هذه الأعمال الضارة مشروعة أو غير مشروعة، مما يترتب عنها إلزام الدولة أو مرافقها أو هيئاتها تعويض المتضرر منها".

وكما هو معلوم أن أعمال الإدارة، سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، تنقسم إلى أعمال قانونية وأخرى مادية، فإننا سنحاول في هذا الصدد التمييز بين مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في حالة الضرورة **(الفرع الأول)**، ومسؤوليتها على أعمالها القانونية "القرارات" في حالة الضرورة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في حالة الضرورة

يمتاز العمل الإداري عن القرار الإداري بأن الإدارة لا تتجه نيتها فيه إلى إحداث أثر قانوني كما هو الحال بالنسبة للقرار الإداري، لكن لو رتب عليه القانون آثارا معينة فإن هذه الآثار يكون مصدرها إرادة المشرع لا إرادة الإدارة. غير أنه يمكن للأعمال الإدارية أن تكون إرادية مثل إخلاء منطقة من سكانها، اعتقال شخص دون قرار، أو استيلاء على عقار دون اتباع الإجراءات القانونية، وقد تكون لا إرادية، مثل انفجار بئر نفطي سقوط جسر، انهيار منجم،... وغيرها مما يدخل في هذا النطاق[1].

ولا يشترط في الأعمال المادية أن تكون ايجابية فقط بل قد تكون سلبية، أي أنها تنشأ عن إهمال أو ترك، كإهمال الإدارة لبناء آيل للسقوط وعدم هدمه أو صيانته[2].

---

[1]- ثروت بدوي، **تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص.8.

[2]- تعد أعمال الاعتداء المادي (نظرية التعدي)، وأعمال الاستيلاء (نظرية الاستيلاء) بأنواعه من الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة، لتفاصل ذلك نحيل القارئ لما قلناه سابقا حول علاقة حالة الضرورة بنظريتي الاعتداء المادي والاستيلاء.

بيد أنه إذا ما ترتب على هذه الأعمال ضررا للغير، فإنه من الطبيعي أن يسعى المضرور إلى مقاضاة الإدارة ومطالبتها بالتعويض عما لحقه من ضرر، وذلك متى تحققت مسؤوليتها وأثبت وجود الضرر المدعى به، فيقرر القضاء التعويض المناسب.

ويتمتع القاضي في هذه الحالة بالسلطة التقديرية في اختيار نوع المسؤولية المطبقة على الإدارة والأشخاص الإدارية الأخرى عن أعمالها المادية؛ فله أن يقيم المسؤولية على أساس الخطأ، مطبقا في هذه الحالة قواعد المسؤولية التقصيرية المعروفة في التقنين المدني، الذي يشترط لقيامها توفر شروط ثلاثة هي الخطأ والضرر والعلاقة المبنية بينهما[1]، كما يمكنه الخروج عن أحكامها بأن يقيم مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية على أساس تحمل التبعة (المخاطر)، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية الدكتور "جيري" الشهيرة، فقد أقامت المحكمة مسؤولية الدولة على أساس المخاطر وليس الخطأ، حيث لم يستطيع الدكتور "جيري" اثبات خطأ الدولة، وكان المفروض أن ترد دعواه ولكن المحكمة تخلت عن نصوص القانون المدني وطبقت القواعد الإدارية في المسؤولية، فأقامت مسؤولية وزارة العدل على أساس تحمل التبعة وقضت له بالتعويض[2].

لكن إذا كانت هذه هي قواعد المسؤولية في الأحوال العادية، فما هي القواعد التي تحكم مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في ظل الظروف الاستثنائية؟.

قد لا يمكننا الإجابة عن هذا التساؤل بسبب انعدام القرارات القضائية حول هذا الموضوع، لذلك سنتطرق إلى رأي –أراه من وجهة نظري صائبا– وهو رأي الدكتور "سعدون الجنابي" الذي حاول الإشارة إلى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية، معتمدا في ذلك على المبادئ العامة والتطبيقات العملية لنظرية الظروف الاستثنائية، حيث اعتبر أن مسؤولية الإدارة عن أعمالها أمر يقرره القضاء، كما وأن رقابة القضاء تختلف وفقا للظروف التي حملت الإدارة على التصرف المطعون فيه، فكلما كانت الإدارة في حرج شديد فإن القضاء يوسع عليها الأمر، والعكس صحيح، إذ يتشدد القضاء في رقابته لأعمالها متى كانت خفيفة الوطأة، وتتدرج مسؤولية الإدارة أيضا تبعا لشدة الظرف الذي جرى في ظله التصرف المطعون فيه، فحينما يكون الظرف عاديا أو قريبا من الأحوال العادية، فإن مسؤولية الإدارة تتحقق عن أي عمل ينطوي على خطأ وينجم عنه ضرر للغير، وحينما يكون الظرف استثنائيا شديد الوطأة على الإدارة، فإن مسؤوليتها تكون أخف، وتتدرج هذه المسؤولية نحو الإباحة، كلما ثقلت وطأة الظرف واشتدت، وحتى خطأ الإدارة في هذه الظروف، ما لم يكن خطأ فادح[3].

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري وجلس الدولة، المرجع السابق، ص.1014. أنظر أيضا: فؤاد العطار، **القضاء الإداري**، المرجع السابق، ص.695.

[2]- خليل محسن، **القضاء الإداري اللبناني**، المرجع السابق، ص33

[3]- سعدون الجنابي، المرجع السابق، ص ص.113-114

وقد استشهد الدكتور "سعدون الجنابي" في رأيه هذا على قرار المحكمة العليا بمصر (رقم 1517 للسنة الثانية)، حيث جاء فيه: "...فيما يعد خطأ في الأوقات العادية قد يكون إجراء مباحا في أحوال الضرورة الاستثنائية، وتتدرج المسؤولية على هذا الأساس فلا تقوم كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائيا جسيما...".

الفرع الثاني

مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية "القرارات" في حالة الضرورة

تقوم الإدارة بنوعين من الأعمال القانونية: أعمال قانونية بإرادة منفردة وهي القرارات الإدارية، وأعمال قانونية اتفاقية، وهي العقود الإدارية، غير أن مجال دراستنا ستقتصر على مسؤولية الإدارة عن قراراتها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية.

إن القرار الإداري لا يكون –كقاعدة عامة– محلا للرقابة وتقرير مسؤولية الإدارة عنه، إلا إذا كان غير مشروع وترتب عنه ضررا للغير، أما إذا كان القرار خاليا من العيوب ومشروعا فلا تسأل الإدارة عما يرتبه من أضرار للغير مهما بلغت جسامتها.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي لم يعمل بهذا المبدأ على إطلاقه، بل ميز بين العيوب من حيث ترتيب المسؤولية، فاعتبر المسؤولية قائمة بمجرد قيام عدم مشروعية الغاية أو المحل، بينما اشترط لقيام المسؤولية بالنسبة لعيوب الاختصاص أو الشكل أو السبب أن يتصف ذلك بالجسامة[1].

لكن إذا كان عدم مشروعية القرار شرط ضروري لقيام مسؤولية الإدارة عن قراراتها في الظروف العادية، فهل يعد أيضا شرطا ضروريا لقيام مسؤولية الإدارة عن قراراتها في ظل الظروف الاستثنائية؟.

لا ريب في أن هناك اختلاف بين الظروف الاستثنائية والظروف العادية، لأن الإدارة يتعذر عليها في الظروف الاستثنائية مراعاة القواعد التي تراعى في الأوقات العادية؛ ذلك أن الظروف الاستثنائية، كما أوضحناه سابقا، تعمل على تغطية بعض العيوب من القرار الإداري فتجعله كأنه سليما ومشروعا وقد لا تغطي البعض الآخر؛ فمن العيوب التي تغطيها الظروف الاستثنائية عيب عدم الاختصاص، حيث قرر مثلا القضاء صحة تصرفات الموظفين الفعليين في تلك الظروف، وكذلك صحة التفويض غير المسند إلى نص قانوني.

كما تغطي الظروف الاستثنائية عيب الشكل؛ فكثيرا من الأشكال الجوهرية تضطر الإدارة إلى إغفالها تحت ضغط هذه الظروف، ونتيجة للاستحالة المادية التي توجد فيها الإدارة، مع جواز تغطية هذا العيب بعد صدور القرار بالتصحيح اللاحق له من قبل الإدارة. وكذلك الشأن بالنسبة لعيب مخالفة المحل، فإنه يزول في ظل الظروف الاستثنائية إذا كانت هذه الظروف سببا، ومتطلبات التصدي لها هي الموجبة لهذه المخالفة[2].

---

[1]- سعدون الجنابي، المرجع السابق، ص. 104

[2]- محمد كامل ليله، **الرقابة على أعمال الإدارة**، الكتاب الثاني، مطابع منيمنة الحديثة، بيروت، 1962- 1963، ص.1170

غير أنه بالنسبة لعيبي الغاية والسبب فإن نظرية الظروف الاستثنائية تعجز عن تغطيتهما، والسبب في ذلك –كما يقول الدكتور "مصطفى فهمي"– "أن حكمة اتساع المشروعية لا تتوفر في أي منهما، فالإدارة في حاجة إلى سلطات واسعة، إلا أن أسباب قراراتها يجب أن تكون دائما صحيحة"[1].

وللإشارة فإنه يشترط لتغطية الظروف الاستثنائية لبعض العيوب في القرار الإداري، أن تكون الظروف ذات خطورة وجسامة، كاستحالة قيام الإدارة بتصرف آخر، وأن يكون تصرفها في ظل الظروف الاستثنائية وليس بعدها، مع وجوب توافر شروط العمل بنظرية الظروف الاستثنائية.

ويشترط أيضا حتى يكون العيب أساسا للمسؤولية أن يكون على درجة من الجسامة، أما إذا كان العيب الذي شاب القرار على درجة من البساطة فإنه لا يكون أساسا للمسؤولية[2].

ذلك أن مسؤولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تتدرج تبعا لخطورة الظرف وجسامة الضرر، إلا أنها لا تنتفي بصورة مطلقة، لأنها أعمالا إدارية مهما سمت مرتبتها وعظم شأنها، وبالتالي تظل خاضعة لرقابة القضاء، الذي له القول الفصل في ذلك[3]. فإذا نجم عنها أضرار بمصالح الأفراد، فإن القضاء يستطيع أن يعتبرها أعمالا مشروعة، ولكنه مع ذلك لا يعفيها من لزوم التعويض عن الضرر الذي ألحقته بالمتضرر إذا كان هذا الضرر خارجا عن حدود المألوف[4].

لكن ليس كل ضرر يتعين التعويض عنه، بل ينبغي أن يكون هذا الضرر مؤكدا إما حالا أو محتمل حصوله، ويجب أن يكون الضرر خاصا بفرد معين أو بمجموعة أفراد معلومين بذواتهم، كما يجب أن يمس الضرر مركزا قانونيا مشروعا يجد له حماية في القانون.

وعليه، نخلص من خلال ما سبق، إلى أنه إذا كانت الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تعمل على تفادي الأضرار التي تلحق الصالح العام، إلا أن ذلك لا يمنع من قيام مسؤوليتها وإلزامها بتعويض الأفراد عن الأضرار التي سببتها قراراتها الاستثنائية، وتقدير التعويض يبقى متروكا للقاضي، الذي يحكم فيه بما يراه مناسبا للظروف دون تقيده بالقواعد العامة المقررة في تقدير التعويض.

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري وجلس الدولة، المرجع السابق، ص.577

[2]- محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص.1179

[3]- زكرياء عبد الحميد محفوظ، المرجع السابق، ص.509

[4]- سعدون عنتر الجنابي، المرجع السابق، ص. 107

المطلب الثاني

أساس قيام مسؤولية الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة

إذا كانت المسؤولية في مجال القانون الخاص، تعتبر الخطأ هو القاعدة في تحديد أساس مسؤولية صاحبه، واستثناء يمكن إقامة المسؤولية على أساس المخاطر[1]. إلا أنه في مجال القانون الإداري، لم يستقر الفقه والقضاء على أسس ثابتة لقيام مسؤولية الإدارة سواء في الظروف العادية أو في الظروف الاستثنائية، فهناك بعض المحاكم تقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ **(الفرع الأول)** باعتباره الأصل، ولكنها اختلفت حول طبيعة الخطأ، فمنهم من اشترط أن يكون هذا الخطأ جسيما وفادحا، وومنهم من اكتفي بمجرد الخطأ البسيط. إضافة إلى ذلك هناك بعض المحاكم من أخذ إلى جانب الخطأ، بفكرة المسؤولية دون خطأ، ولكن على سبيل الاستثناء[2]؛ وهي مسؤولية لا تقوم على أساس ارتكاب الإدارة خطأ من جانبها، وإنما لحدوث ضرر من نشاط يتجاوز خطورته وخصوصيته الأضرار الطبيعية للحياة في المجتمع، وتقوم المسؤولية دون خطأ على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة **(الفرع الثاني)**، كما ترتكز المسؤولية دون خطأ على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

المسؤولية على أساس الخطأ

القاعدة العامة في الظروف العادية أن قيام مسؤولية الإدارة مرهون بوجود خطأ مرتكب من جانبها ينجم عنه ضررا للغير، فحيث لا خطأ لا مسؤولية، وقد يكون الخطأ واجب الاثبات، كما قد يكون مفترضا. والضرر قد يكون ماديا أو معنويا؛ فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مالية، أما الضرر المعنوي فهو الذي يقع على مصلحة غير مالية، مع وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

وتمثل المسؤولية على أساس الخطأ الأصل العام للمسؤولية في فرنسا، فقد كان للقضاء الفرنسي دورا أساسيا في تطوير فكرة الخطأ وتوسيع نطاقها، من خلال إثارته لفكرة التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، بحيث يصبح الموظف في الأول مسؤول مسؤولية شخصية عن الأخطاء التي اقترفها، وفي الثاني يصبح المرفق هو المسؤول عن كل ما يتم اقترافه من أخطاء من قبل الإدارة أو أحد موظفيها.

وعليه فإنه لكي تقع المسؤولية لابد أن يكون الخطأ مرفقيا حتى وإن تم اقترافه من قبل أحد الموظفين، فتظهر مسؤولية هذا الاخير كأنها مسؤولية عن فعل الغير تشبه مسؤولية المتبوعين عن أفعال تابعيهم المعرفة

---

[1]- أنس جعفر قاسم، **التعويض في المسؤولية الإدارية**، دار النهضة العربية، مصر، 1987 ، ص.11 .

[2]- فؤاد العطار، **القضاء الإداري**، المرجع السابق، ص.696.

في القانون المدني (المادة 136 من القانون المدني)[1]، أو أن الضرر الذي تم احداثه سببه المرفق العام؛ أي الخطأ المرفقي الذي ينسب دائما إلى الدولة.

ومن ثمّ فإن الخطأ في المسؤولية الإدارية هو العنصر الأساسي والمبدأ العام لانعقادها، فلا تقوم مسؤولية الإدارة عن أفعالها الضارة إلا على أساس الخطأ، سواء ارتكبه أحد موظفيها أو أحد التابعين لها.

وترمي هذه المسؤولية القائمة على الخطأ إلى حماية الأفراد من الأضرار، التي تحدثها تصرفات الإدارة وموظفيها وتأمين التعويض لهم على إثر ذلك الضرر[2].

لكن إذا كان القضاء قد أقر- كما رأينا- بشرعية الكثير من الأعمال الإدارية الخاطئة في مجال دعوى الإلغاء، على أساس أن ما تتخذه الإدارة من إجراءات في ظل الظروف الاستثنائية يعد مشروعا، فإن ذلك سوف يؤثر على دعوى المسؤولية، وإمكانية إثارتها على أساس الخطأ.

لهذا فإنه يتعين علينا **(أولا)** معرفة موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري من قيام المسؤولية على أساس الخطأ في الظروف الاستثنائية، و**(ثانيا)** بيان طبيعة وحالات الخطأ الذي على أساسه تثار مسؤولية الإدارة في ظل حالة الضرورة.

أولا: موقف القضاء الفرنسي والمصري من قيام المسؤولية على أساس الخطأ في الظروف الاستثنائية

استقر في القانون الإداري في فرنسا على قاعدة "أنه إزاء التهديدات الجسيمة المخلة بالنظام العام، والمثيرة للقلاقل والاضطرابات، تستطيع الإدارة أن تتخذ من الأعمال والإجراءات اللازمة لمواجهة تلك التهديدات الجسيمة المخلة بالنظام العام، من دون أن تثار مسؤوليتها على أساس الخطأ في مثل تلك الظروف، على الرغم من أنه لو اتخذت تلك الإجراءات والأعمال في حالة الظروف العادية، لترتب عنها قيام مسؤوليتها"[3].

أما القاضي الإداري الفرنسي فقد اختلفت تختلف نظرته لمسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف العادية، عن نظرته لمسؤوليتها عن الأعمال الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية؛ ويرجع السبب في ذلك إلى أن الإدارة في ظل الظروف العادية يتاح لها الوقت الكافي لوزن ملابسات الأعمال التي تقوم بها، وما

---

[1]- تنص المادة 36 من التقنين المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، على أنه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع". أنظر: ج.ر.ج.ج، عدد 44، المؤرخة في: 2005/06/26.

[2]- لمزيد من التفاصيل أنظر: لحسين بن شيخ اث ملويا، **دروس في المسؤولية الإدارية**، (المسؤولية على أساس الخطأ)، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ص.23.

[3]- أنظر:

(Jacques) ROBERT, ***Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration « le problème des responsabilités »***, L.G.D.J., Paris, 1956, p.233

أنظر أيضا: هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص. 255.

يمكن أن يترتب على ذلك من آثار، على عكس الوضع في الظروف الاستثنائية إذ قد لا تتوفر الإدارة على الوقت الكافي لمواجهة الأزمة المترتبة، وهو ما يفسر الإجراءات السريعة التي تتخذها الإدارة لأجل ذلك.

وسلك القضاء الإداري المصري، المنهج نفسه الذي اعتمد القضاء الفرنسي، حيث جاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا المصرية في تمييزها بين شروط مسؤولية الإدارة عن قراراتها في الظروف الاستثنائية وفي الظروف العادية، بقولها: "إن منطق الحكمة يقتضي التفرقة في مسؤولية الدولة بين ما يصدر عن السلطة العامة من أوامر وتصرفات، وهي تعمل في ظروف عادية تتاح لها فيها الفرصة الكافية للفحص والتبصر والروية، وبين ما قد تضطر إلى اتخاذه من قرارات وإجراءات عاجلة تمليها عليها ظروف طارئة ملحة غير عادية لا تمهل للتدبير ولا تحتمل التردد، كالحرب والفتنة والوباء والكوارث، ففي الحالة الأولى تقوم مسؤولية الحكومة متى وقع ثمة خطأ من جانبها ترتب عليه إحداث ضرر للغير وقامت بين الخطأ والضرر رابطة السببية، وتتراوح هذه المسؤولية تبعا لجسامة الخطأ والضرر.

أما في الحالة الثانية فالأمر جد مختلف، إذ يوزن الخطأ بميزان مغاير وتقدر المسؤولية على هذا الأساس، فما يعد خطأ في الأوقات العادية قد يكون إجراء مباح في أحوال الضرورة الاستثنائية، وتتدرج المسؤولية تباعا على هذا الأساس فلا تقوم كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائي جسيم يرقى إلى مرتبة التعسف المتعمد المصطحب بسوء القصد، وتتخفف هذه المسؤولية في حالة الخطأ الظاهر غير المألوف الذي يجاوز الخطأ العادي ولا يرتكن إلى مبرر يسوغه، وتنعدم كلية في حالة الخطأ العادي المتجرد عن التعسف في استعمال السلطة الذي يحمل الإدارة على الوقوع في ظروف غير عادية تقضي به مصلحة عامة تعلو على المصالح الفردية، ذلك أن المصالح الفردية لا تتوازى مع المصلحة العامة–توازي مصلحة الفرد مع الفرد– وليس يسوغ أن تقوم الخشية من المسؤولية عائقا للسلطة العامة على القيام بواجبها الأسمى في إقرار الأمن والمحافظة على كيان المجتمع وسلامة البلاد"[1].

ثانيا: طبيعة وحالات الخطأ الموجب للمسؤولية الإدارية في حالة الضرورة

سنحاول من خلال الآتي توضيح طبيعة الخطأ الذي على أساسه تثار مسؤولية الإدارة في ظل حالة الضرورة **(1)**، وتحديد الحالات التي اعتبر فيها القضاء الفرنسي أن الإدارة مرتكبة لخطأ يوجب مسؤوليها الإدارية **(2)**:

(1)– طبيعة الخطأ الموجب للمسؤولية الإدارية في حالة الضرورة: انطوت أحكام مجلس الدولة الفرنسي، على التشدد في قبول فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في حالة الضرورة، حيث اشترطت ضرورة

[1]- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1957/4/13، قضية رقم 1517، السنة الثانية قضائية، ص ص. 1338-1339. أشار إليه: محمد مرسي محمد الفقي، المرجع السابق، ص.370.

توفر الخطأ الجسيم لإقرار مسؤولية الإدارة، وليس الخطأ العادي والبسيط الذي يصلح كأساسا لإقرار مسؤوليتها عن أعمالها الصادرة في الظروف العادية وليست الصادرة في الظروف الاستثنائية؛ لأن الخطأ الجسيم يمتاز بأنه أكثر خطورة من الخطأ البسيط[1]؛ فمثلا لو أدت إحدى الإجراءات التي اتخذتها الإدارة قصد مواجهة تلك الظروف إلى إحداث أضرار ببعض الأفراد، بسبب خطأ بسيط في إقرارها أو في تنفيذها، فإن هذا الخطأ يعد مشروعا، بسبب أن حالة الضرورة تضفي عليها هذه الصفة، بالإضافة إلى ما يصاحب هذه الحالة من استعجال تستلزم اتخاذ إجراءات سريعة لمواجهة تلك الظروف العصيبة.

لذلك فإنه يُلزم على القاضي بأن يأخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي اعترضت الإدارة، عند اتخاذها لتلك الإجراءات، قبل تقريره لهذه المسؤولية، وبأن يترك للإدارة مجالا واسعا لإعمال سلطتها التقديرية من أجل مواجهة الأزمة.

ومن ثمّ فإن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الإدارة في تلك الظروف –حسب القضاء الفرنسي– هو الخطأ الجسيم وليس الخطأ البسيط؛ لأنه من غير الممكن تشبيه مسؤولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية بمسؤوليتها في ظل الظروف العادية؛ ذلك أن المعول عليه في الظروف الاستثنائية ليس هو الخطأ البسيط، بالمفهوم الشائع في القانون العام، بل هو الخطأ الجسيم، الذي يجب أن يبلغ درجة من الجسامة، تجعل الصلة بينه وبين الداعي إليه غير موجود[2]. فمثلا في قضية « Bernard » بتاريخ 30 يناير 1948، قرر مجلس الدولة أنه نظرا لاختلاف الأوضاع في حالة الضرورة عنها في الأحوال العادية، فإن المجلس لا يسلم بمسؤولية الإدارة عن مجرد الخطأ البسيط في ظل الظروف الشاذة، بل يشترط في هذا الخطأ أن يكون خطأ استثنائيا جسيما حتى تقوم مسؤولية الإدارة[3].

وعليه، نخلص مما سبق إلى أنه على الرغم من أن الظروف الشاذة تضفي على أعمال الإدارة في حالة الضرورة صفة المشروعية، وتعد قرينة على عدم مسؤوليتها، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم ينف مطلقا قيام مسؤولية الإدارة عن الإجراءات الاستثنائية المتخذة في تلك الحالة ة، بل أقرّ ذلك، واشترط حتى يمكن الحكم عليها بالتعويض، أن تقوم مسؤوليتها على أساس الخطأ الجسيم، وليس على أساس الخطأ البسيط المطبق في الأحوال العادية. لكن متى تكون الإدارة مرتكبة لخطأ جسيم؟.

---

[1]- يميز القضاء حسب درجة الجسامة لوضع نوع من التدرج بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم، وهذا التمييز يرتبط بطبيعة الأنشطة× فتلك التي تقوم في عادي، سهل الأداء ترتب المسؤولية الإدارية على أساس خطأ بسيطن بينما تلك المعقدة والصعبة أو ذات الخطورة، لا ترتب المسؤولية إلا على أساس الخطأ الجسيم. أنظر: أحمد محيو، **المنازعات الإدارية**، ترجمة: فايز أنجق، بيود أحمد، د.م.ج، الجزائر، 1983، ص.216.
ويرى الدكتور "رشيد خلوفي" بأن القضاء الإداري يعتبر أن الخطأ الجسيم هو الخطأ المرتكب من طرف شخص يكون تصرفه ذميم وجدير بالعقاب بوجه خاص. وعليه فإن القضاء الاداري يركز على عنصر ذاتي وعنصر موضوعي، يظهر العنصر الذاتي عندما يأخذ القاضي الإداري بعين الاعتبار المعطيات الخاصة بالشخص المذنب، فيقرر القاضي الاداري ان شخص ارتكب خطأ جسما عندما يتبين ان له ظروف ا تسمح لمرتكب الخطأ بترقب حدوث العمل المضر. ويتمثل العنصر الموضوعي في تقدير تصرف مرتكب الخطأ، فمثلا قد يرتكب الخطأ الجسيم من الموظف الذي كان ملزما بأخذ تدابير ضرورية لتفادي انهيار جدار ما، لكنه لم يفعل ذلك. إذن ببساطة نلاحظ أن القضاء الإداري لم يوضح بدقة المعلومات المتعلقة بالخطأ الجسيم والتي يستعين بها القاضي الإداري في حكمه. أنظر: رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص.25- 26.

[2]- أنظر: (Brécham) MOULENS, ***Les régimes législatifs de responsabilité publique,*** L.G.D.J., Paris, 1974, p.119.

[3]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص.260. نقلا عن: مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي، ص.47.

(2)- حالات الخطأ الجسيم الموجب للمسؤولية الإدارية في حالة الضرورة: أشار القضاء الفرنسي إلى أن هناك حالات، يمكن فيهما اعتبار الإدارة مرتكبة لخطأ الجسيم، وهي:

(أ)- عدم احترام الإدارة حدود المشروعية الاستثنائية: اعتبر القضاء أن تجاوز الإدارة حدود المشروعية الاستثنائية يمثل خطأ جسيما يثير مسؤوليتها في حالة الضرورة؛ لذلك فإن أي إجراء تقوم به الإدارة يتجاوز الضوابط والشروط اللازمة لحالة الضرورة، ويخرج عنها خروجا صارخا، فهو إجراء غير مشروع يثير مسؤوليتها على أساس الخطأ الجسيم، ويحق لكل صاحب مصلحة أن يطلب التعويض عن الضرر الجسيم الذي وقع عليه من جراء ذلك الإجراء[1]. فمثلا يكون قرار الاعتقال الإداري غير مشروع إذا لم تحترم الإدارة عناصر المشروعية الاستثنائية حين إصدارها له، فيجوز للمتضرر منه أن يطالب بإلغائه، كما يجوز له المطالبة بالتعويض إذا رتب هذا القرار ضررا جسيما، وهذا على أساس ارتكاب الإدارة لخطأ جسيم وخروجها عن الحدود التي وضعها القضاء لنظرية الظروف الاستثنائية؛ بمعنى أنه يشترط لكي يتمكن الشخص المعتقل من الحصول على التعويض، أن يكون قد مسه ضرر جسيم من جراء ذلك الخطأ الجسيم الذي ارتكبته الإدارة، وهذا ما يعبر عنه بعلاقة السببية بينهما[2].

فمثلا في قضية « Alexis et Wolff » بتاريخ 25 نوفمبر 1947، قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه بنظر الدعوى التي أقامها « Alexis et Wolff » وتعويضهما عن الأضرار، استنادا إلى الأخطاء الجسيمة التي ارتكبتها الإدارة في حقهم أثناء فترة اعتقالهما، وملغيا بالمقابل قرارات وزير الداخلية التي ترفض منحهم التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم[3].

(ب)- عدم احترام الإدارة للضمانات القانونية: يشكل عدم احترام الإدارة للضمانات التي نصت عليها القوانين المنظمة للظروف الاستثنائية، أخطاء جسيمة يمكن على أساسها إثارة مسؤولية الإدارة، ومنها: تلك الضمانات التي يمنحها القانون للأشخاص المعتقلين، كعدم اتخاذ الإدارة لقرار الاعتقال بهدف المصلحة العامة والحفاظ على النظام العام، أو عدم تقدير الإدارة لسلامة الوقائع من الناحية المادية، أو قيامها بأعمال العنف والتعذيب وتجاه المعتقل. وهو ما قررته الأحكام العديدة للقضاء الإداري الفرنسي، حيث اعتبر مجلس الدولة أن غياب الأساس القانوني لقرار الاعتقال، وعدم اتخاذه من أجل الحفاظ على النظام العام، يؤدي إلى توفر الخطأ الجسيم [4].

---

[1]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجعالسابق، ص.254.

[2] - مراد بدران، "القيود الواردة على حقوق الشخصية في ظل الظروف الاستثنائية"، المرجع السابق، ص.236- 237.

[3]- لقد سبق لنا التطرق إلى وقائع هذه القضية عند حديثنا عن نظرية الاعتداء المادي وعلاقتها بنظرية الضرورة.

[4] - أنظر: C.E, 2 Novembre 1949, Andréani, Rec, C.E, p.453.

كما اعتبر المجلس أيضا أن التعذيب يؤدي دائما إلى توافر الخطأ الجسيم في جانب الإدارة، بغض النظر عن مكان التعذيب أو مرتكبيه، أو جسامته أو تكييفه القانوني، إذ في كل الحالات تقوم مسؤولية الادارة[1]، ولا يمكنها التحجج بقيام الظروف الاستثنائية لتبرير تصرفاتها تلك.

(ج)- اهمال الإدارة اتخاذ التدابير الأمنية اللازمة: تكون الإدارة أمام حالة خطأ الاهمال عندما تخل بواجب قانوني سابق، مقترن بإدراك المخل بهذا الاخلال، دونما قصد الاضرار بالغير[2]، وقد اعتبر مجلس الدولة أن الإهمال في حالة الظروف الاستثنائية يشكل خطأ جسيما يثير مسؤولية الإدارة، وهو ما قرره في قضية « Bernard » المشار إليها سابقا، بقوله بأنه: "طالما لم تتخذ مصلحة السجون الإجراءات الضرورية لحماية أمن المعتقل داخل السجن، وغياب الاشراف الفعلي لرجال البوليس في الرقابة على المعتقلين، الأمر الذي أدى إلى تعرض السيد Bernard لاعتداء وحشي وقع عليه، فإن هذا يعد إهمال وتراخي من مرفق البوليس في عدم اتخاذ الإجراءات الأمنية لحماية الشخص المعتقل خلال فترة اعتقاله من شأنه أن يؤدي إلى قيام الخطأ الجسيم الذي يبرر قيام مسؤوليتها في ظل الظروف العصيبة".

أما القضاء الإداري المصري فقد اعتنق نظرية الخطأ الجسيم، وعالج كافة الجوانب المتعلقة بها، ومن ذلك إلزام الإدارة بعدم تطبيق القواعد العامة للمسؤولية، والتركيز على القيود المفروضة على الإدارة في مواجهة هذه الظروف، ثم توضيح العلاقة الدقيقة بين الإجراء المتخذ والغاية المبتغاة، وغير ذلك[3]. وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري: "إن الإدارة بصفتها المسؤولة عن حفظ الأمن وسلامة البلاد وصيانة الأرواح والأموال وحماية النظام في المجتمع، وهذا حق لهم بحكم وظيفتها بحسبانها صاحبة السلطة العامة في تقرير دواعي استعماله، وأوسع ما يكون هذا الحق عندما تواجه ظروفا استثنائية خطيرة تعمل بها على دفع الخطر بقدر ما يتسع إطلاق حريتها في تقدير ما يجب اتخاذه من الإجراءات والتدابير وتتضاءل بالتالي مسؤوليتها إذا ما أخطأها التوفيق حتى لا تنعدم هذه المسؤولية إذا كان خطؤها غير جسيم"[4].

---

[1] - حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 223.

[2]- يختلف خطأ الاهمال عن الخطأ العمدي في عنصر القصد، فالخطأ العمدي يقصد به اخلال الإدارة بواجب أو التزام قانوني مقترن بقصد الاضرار بالغير، وبالتالي فهو يحتوي على عنصرين: عنصر الفعل أو الامتناع عن فعل، الذي يؤدي إلى الاخلال بالتزام أو واجب قانوني سابق، وعنصر القصد وهو اتجاه نية الإدارة إلى الاضرار بالغير. كما يعتبر الخطأ عمديا بمجرد اتجاه الارادة الى احداث الضرر حتى ولو لم يكن هو الهدف الرئيسي.

[3]- برهان خليل رزيق، المرجع السابق، ص ص.133-134.

[4]- القضية رقم: 7 لسنة 7 قضائية، جلسة: 1954/12/1، مجموعة السنة التاسعة، ص.134.

الفرع الثاني

المسؤولية الإدارية دون خطأ

(نظرية المخاطر أو تحمل التبعة)

إذا كانت القاعدة الجنائية تقرر بأن حالة الضرورة تعفي المسؤولية، فإن الإدارة –كالأصل عام– غير مسؤولة عن أعمالها التي تمت في حالة الضرورة، ورتبت أضرارا على حساب المال الخاص، لأن ما اتخذته الإدارة خلال الفترة الاستثنائية تعد من الناحية القانونية أعمالا وقرارات مشروعة لا يجوز الطعن فيها، كما أن الدولة غير ملزمة قانونا بالتعويض.

غير أنه استثناءً من ذلك يمكن تحميلها المسؤولية، إذا ما ترتب على استخدام الإدارة لسلطاتها الاستثنائية الواسعة والخارقة، أضرارا لبعض الأشخاص، الأمر الذي يؤدي إلى إلزامها بالتعويض، وإن كان هذا التعويض –كما أسلفنا– لا يخضع للمبادئ العامة للمسؤولية، لأننا هنا أمام خطر استثنائي «Risque Exceptionnelle» وهو ما يستتبع تطبيق قواعد المسؤولية دون خطأ أو المسؤولية على أساس المخاطر « Responsabilité sans faute ou sur la base de risque »[1]، التي تعد نظاما استثنائيا عن المسؤولية الإدارية القائمة على الخطأ، فقد كان اثبات الخطأ المصلحي وحده هو الذي يسمح للمتضرر من الحصول على التعويض عن الأضرار التي سببتها الإدارة، وقد تطورت الوضعية بعد الحرب العالمية الأولى، فأصبح القاضي يقبل المسؤولية على أساس الخطر الناشئ عن نشاط الإدارة، حتى ولو تعذر نسبة أي خطأ إليها.

ولمعرفة أحكام المسؤولية الإدارية القائمة على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة علينا **(أولا)** إبراز خصائصها وشروطها والأسس القانونية التي تقوم عليها، و**(ثانيا)** نوضح أوجه الاختلاف بينها وبين المسؤولية على أساس الخطأ، ثم **(ثالثا)** نبين موقف القضاء الفرنسي من نظرية المخاطر، كأساس لمسؤولية الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة، وفي الأخير نستعرض أهم القضايا التي فصل فيها القضاء الإداري الفرنسي في المسؤولية، استنادا إلى فكرة المخاطر والاخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة **(رابعا)**.

أولا: خصائص، شروط، وأسس المسؤولية الإدارية على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة

تتميز نظرية المخاطر في إطار القانون الإداري بجملة من الخصائص تحدد ماهيتها ومكانتها بين أسس المسؤولية الإدارية، وتبين مداها ونطاقها **(1)**، كما تتميز بشروط خاصة بها **(2)**، وأسس قانونية تبرر سبب اللجوء إلى تطبيقها **(3)**.

[1]- برهان خليل رزيق، المرجع السابق، ص ص.133-134.

(1)- خصائص المسؤولية الإدارية على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة: تتمثل أهم الخصائص التي تتصف بها نظرية المخاطر أو تحمل التبعة في:

(أ)- أنها نظرية قضائية: تعتبر نظرية المخاطر أو تحمل التبعة الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ، فهي في الأساس ذات ولادة مدنية، إلا أن تطبيقها الفعلي تم في القضاء الإداري، الذي توسع فيها كثيرا وحدد أسسها وتطبيقها وبين شروطها ومجالات تطبيقها، حيث تعود بدايات تطبيق هذه النظرية إلى حكم لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1895 في قضية "كام"، كما أن المشرع الفرنسي تدخل بنصوص تشريعية صريحة لإعمال هذه النظرية، في نطاق محدود جدا من المجالات، خاصة في مجال الأخطار المهنية والمخاطر الحربية ومخاطر الشغب[1]، لكن دون أن يحدد المشرع جوانب وطبيعة هذه المسؤولية.

(ب)- أنها نظرية استثنائية تكميلية: الأصل أن الإدارة لا تعوض إلا عن النتائج الضارة المترتبة عن أخطائها الواقعة إما من جانبها (الخطأ الوظيفي أو المرفقي) أو من جانب الأفراد، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أحدث نظرية المخاطر، التي ليس لها علاقة مطلقا بفكرة الخطأ، لتعد بالنسبة للمسؤولية على أساس الخطأ أساسا قانونيا استثنائيا ونظرية مكملة لها[2]، وذلك بغية إقامة نوع من التوازن بين ما تتمتع به الإدارة العامة من امتيازات القانون العام، وبين المحافظة على حقوق وحرياتهم من تلك الأضرار التي تلحق بهم من نشاط الإدارة العامة، لاسيما بعد تنوع وتعدد وسائل تدخلها[3].

(ج)- أنها لا تتطلب لتطبيقها صدور قرار إداري: تثار مسؤولية الإدارة على أساس نظرية المخاطر، نتيجة الضرر الناشئ عن القرارات السليمة من العيوب أو نتيجة الضرر الناجم عن الأعمال والأفعال الإدارية المادية التي ينعدم فيها الخطأ المرفقي، والذي يصعب على المضرور إثباته للحكم بالتعويض. لذلك فإن هذه النظرية تتميز بأنه لا يشترط للحكم بمسؤولية الإدارة على أساسها أن يصدر قرار من السلطة الإدارية. وبالتالي فإن الجزاء المترتب على هذه النظرية هو دائما الحكم بالتعويض وليس الإلغاء، نظرا لأن تصرف الإدارة في هذه الحالة هو تصرف مشروع.

(د)- أنها نظرية مقيدة بظروف الدولة الاقتصادية: يجب على القضاء الإداري أن لا يثقل كاهل الإدارة بالإسراف في حكمه بمسؤوليتها على أساس المخاطر أو تحمل التبعة، بل يتعين عليه أن يراعي مقدرة الدولة

---

[1]- من بين التشريعات الفرنسية التي تنص على قيام المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر: التشريع الفرنسي الصادر سنة 1898 الذي يقيم المسؤولية على أساس المخاطر أو تبعات الحرفة، قانون 1919 وتشريع 1921 اللذان يقضيان ويوجبان مسؤولية الدولة إزاء الحرب والمصانع الحربية (مصانع الذخيرة الحربية) مخاطر الدفاع الوطني، قانون عام 1924 الذي يقيم المسؤولية على أساس مخاطر الطيران، وقانون 1945 الذي ينص على المسؤولية الإدارية على أساس مخاطر النشاطات الصناعية التجارية والزراعية، وقانون 1946/10/30 الذي يعقد ويرتب مسؤولية الإدارة على أساس مخاطر العمل. بالاضافة إلى مجموعة التشريعات اللاحقة التي أصدرها المشرع الفرنسي والتي تقرر وتقيم مسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة عن الكوارث الوطنية المختلفة على أساس المخاطر تطبيقا للمبدأ الدستوري الذي جاء في ديباجة دستور عام 1946. أنظر: عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)،الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.190.

[2]- عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص. 202- 203.

[3]- علي خطار شطناوي، **مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة**، ط 1، دار وائل للنشر، الأردن، 2008، ص.245.

المالية. لذلك فقد حاول المشرع في كثير من الدول أن يجعل من هذه النظرية عملية تشريعية بحتة، لا يجب الحكم بالمسؤولية على أساسها إلا إذا نص القانون على ذلك[1].

(2)- شروط المسؤولية الإدارية على أساس نظرية المخاطر: إن تطبيق القضاء لهذه النظرية، باعتبارها نظام استثنائي لا يطبق إلا في حالات خاصة، مرهون بشروط عامة وهي المطلوب توفرها بصفة عامة في أي مسؤولية، باستثناء أن ركن الخطأ في هذا النوع من المسؤولية يغيب عنها، لهذا سميت بالمسؤولية دون خطأ، وبالتالي فهي تقوم على ركنين فقط هما: ضرورة وجود الضرر، ووجوب توفر علاقة السببية بين أعمال الإدارة والضرر المترتب عنها[2].

أما الشروط الخاصة لهذه المسؤولية، فهي تتعلق بركن الضرر الذي يجب أن تلحق به صفتين أساسيتين هما:

- **صفة الخصوصية**؛ والتي يقصد بها أن تكون الأضرار قد أصابت فردا معينا أو أفرادا معينين بذواتهم، بحيث يكون لهم مركزا خاصا وذاتيا قبَل الضرر الذي سببته أعمال الإدارة العامة، لا يشاركهم في هذا المركز سائر المواطنين.

- **صفة الجسامة غير العادية**؛ وهي أن تكون هذه الأضرار على درجة كبيرة من الجسامة، تتجاوز المخاطر العادية التي يتعرض لها الأفراد في المجتمع.

وجسامة الضرر تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يتعين عليه أن يأخذ في الاعتبار ظروف المضرور، مركزه الاجتماعي، ومدى تأثر حياته وسبل عيشه بالضرر، والمدة الزمنية التي استغرقها الضرر، فالقاضي في هذه الحالة يعمل بقناعته الوجدانية الشخصية في استخلاص جسامة الضرر الواقع على المضرور، بما ينعكس أيضا على مقدار التعويض المستحق في مثل هذه الأحوال[3]، حيث يستطيع القاضي اصلاح الأضرار دون اللجوء إلى تقدير المتضرر فيما إذا كان خاطئا أم لا، وهو تقدير ذاتي[4].

(3)- الأسس القانونية التي تقوم عليها نظرية المخاطر أو تحمل التبعة: دأب فقه القانون العام من جانبه على توفير الغطاء الفكري والفلسفي والقانوني كمبرر يدعم اللجوء إلى تطبيق نظرية المخاطر، ويلزمها بالتعويض عن أعمالها المشروعة إذا نجمت عنها أضرارا خاصة لبعض الأفراد. وتتمثل هذه الأسس في:

---

[1]- كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي خصص المسؤولية على أساس تبعة المخاطر بتشريعات تناولت تنظم مسائل خاصة، أما المشرع الفرنسي فقد اكتفى بتتبع خطوات مجلس الدولة في هذا الصدد بإصدار تشريعات لاحقة غالبا ما تأتي جزئية ومتأخرة بالنسبة لما كان يقضي به مجلس الدولة على أساس هذه النظرية من مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها.

[2]- لتفاصيل أكثر حول هذه الشروط العامة لانعقاد المسؤولية الإدارية، أنظر:عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية...** ، المرجع السابق، ص.206- 220.

[3]- صفاء محمود رستم السويلميين، **دور مسؤولية الإدارة في تعزيز احترام حقوق الإنسان**، (دراسة مقارنة)، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2013، ص.189.

[4]- أحمد محيو، **المنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص.220. أنظر أيضا: محفوظ لعشب، **المسؤولية الإدارية في القانون الإداري**، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص.56.

(أ)- مبدأ الغرم بالغنم: فحوى هذا المبدأ أن الجماعة التي تجني الفوائد والمنافع من أعمال ونشاط الإدارة العامة تحقيقا للصالح العام، عليها أن تتحمل تعويض الأضرار التي تصيب الغير من جراء هذه الأعمال الإدارية الضارة. فالمغانم المجنية يجب أن يقابلها غرم أو تعويض يتعين على الدولة دفعه باسم الجماعة المستفيدة ككل ومن الخزينة العامة التي هي ذمة الجماعة المالية؛ لأنها تتكون أساسا من حصيلة الضرائب والرسوم التي يدفعها أفراد المجتمع، فهم الذين يتحملون في نهاية المطاف عبء التعويض استنادا للقاعدة الفقهية القائلة: "من خلّف تبعات يستفيد من مغانمها وجب عليه أن يتحمل مغارمها".

(ب)- مبدأ التضامن الاجتماعي: إذا كان مبدأ التضامن الاجتماعي[1] يجد مبرر تطبيقه في حالة الكوارث الوطنية، فإن الفقه الإداري قد طالب بمد نطاق هذا التطبيق إلى الأضرار الاستثنائية التي تصيب الأفراد والناجمة عن نشاط الإدارة العامة، خصوصا بعد أن تدخلت الدولة الحديثة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، فكان لزاما أن يتضامن جميع الأفراد في المجتمع من أجل رفع الأضرار التي تصيب البعض منهم. ويأتي هنا التضامن بين أبناء المجتمع لتحقيق الصالح العام ويسود الاطمئنان والثقة بينهم، الأمر الذي يحقق في نهاية المطاف السلام الاجتماعي في الدولة ويضمن استمراره وديمومته[2].

(ج)- مبادئ العدالة والإنصاف: تقتضي مبادئ العدالة والإنصاف أن يتم تعويض كل فرد لحقه ضرر نتيجة نشاط أو سلوك ضار، باعتبار أن الأخلاق ترفض أن يلحق بالغير أضرارا دون تعويض، لاسيما إذا كانت هذه الأضرار صادرة من أعمال ونشاطات المسؤول الأول على تحقيق العدالة والرفاهية العامة بين أبناء المجتمع وهي الدولة. وعليه فإنه ينبغي من باب أولى تطبيق مبادئ العدالة والإنصاف على نشاط الإدارة العامة الضار الذي يستفيد منه عموم الأفراد، فيجب عليها أن تتحمل المسؤولية على أساس نظرية المخاطر عن نتائج أعمالها الضارة والتي سببتها لبعض الأفراد بتعويضهم ورفع الظلم عنهم[3].

لذلك فإنه يتعين إقامة توازن معقول ومنطقي بين اعتبارات العدالة، المتمثلة في رفع الأضرار عن الأفراد وحماية حقوقهم وأرواحهم من جهة، واعتبارات المصلحة العامة للجماعة، المتمثلة في ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد من جهة ثانية[4].

(د)- مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة والتكاليف العامة: هو مبدأ دستوري تنص عليه صراحة المواثيق الدولية والدساتير الداخلية، باعتباره ضمانة أساسية من ضمانات حقوق الأفراد وحرياتهم، والذي يقصد به

---

[1]- نص على هذا المبدأ لأول مرة في الدستور الفرنسي لعام 1946 وتحديدا في مقدمته التي جاء فيها: "تعلق الأمة تضامن ومساواة جميع الفرنسيين أمام التكاليف الناجمة عن الكوارث الوطنية" ونقل هذا المبدأ إلى العديد من الدساتير الوطنية الحديثة التي تبنته صراحة.

[2]- علي خطار شطناوي ، **مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة**، المرجع السابق، ص. 247.

[3]- حاول مفوض مجلس الدولة الفرنسي "روسو" التأكيد على مبادئ العدل والانصاف في تقريره المقدم في قضية "كام" عام 1895 والمتعلقة بالأضرار التي لحقت بالسيد "كام" أثناء تأدية مهمات عمله في أحد المناجم، فقد جاء في هذا التقرير "...يتوجب على القضاء الإداري أن يتصدى مباشرة واستنادا إلى وعيه ومبادئه الذاتية الخاصة، وتطبيقا لمبادئ العدالة، وللحقوق والالتزامات المتبادلة بين الدولة وموظفيها أثناء تنفيذ نشاط المرافق العامة...". أنظر:
C.E ,21/6/1895, ***Les grands arrêts de la jurisprudence administrative***, *Op.Cit.*, p.29.

[4]- عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، المرجع السابق، ص.201؛ أنظر أيضا: علي خطار شطناوي ، **مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة**، المرجع السابق، ص. 248.

مساواة جميع أفراد المجتمع في التمتع بالحقوق والحريات العامة، وفي تحمل التكاليف والأعباء العامة التي تفرضها الحياة في المجتمع، فلا يجوز للسلطات العامة في الدولة خرق هذا المبدأ[1]، وتخل بالتوازن بين الأفراد، بأن تحمل فئة منهم أعباء الدولة دون باقي أفراد المجتمع؛ بمعنى أن مسؤولية الإدارة على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة « la rupture d'égalité de tous devant les charges publiques » لا تثار إلا إذا ما اختل ذلك التوازن في تحمل الأعباء العامة المترتبة على نشاط الدولة بين الأفراد[2]. ويتجسد هذا الاخلال بالمبدأ عندما يلحق بالشخص أو بعض الأشخاص أضرارا من جراء التدابير والأنشطة التي تتخذها الإدارة بهدف تحقيق الصالح العام، فيتحملوا بذلك أعباءً وتضحيات تزيد وتفوق الأعباء والتضحيات التي يتحملها باقي الأفراد، والتي من أمثلتها الأضرار الدائمة أو العرضية الناجمة عن الأشغال والمنشآت العامة واستعمال الإدارة للأشياء الخطرة[3].

وبناء عليه فإنه لا يكون أمام الإدارة من سبيل لإعادة التوازن العادل بين الضرر الذي اختص به أحد الأفراد لوحده، وبين النفع الذي تحقق بالنسبة إلى الجماعة، إلا بتوزيع عبء تعويض الضرر المستحق للمضرور أو المتضررين على كل أفراد المجتمع، وهو فعلا ما تقوم به الدولة حينما تدفع التعويض من الخزينة العامة، وبالتالي يترتب على هذا التعويض إعادة إصلاح الخلل الذي مس مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة من جديد[4].

لذلك يعد هذا المبدأ أحد أهم الأسس القانونية لنظرية المخاطر وتحمل التبعة، بل هناك من اعتبره الأساس القانوني الوحيد للتعويض والمبرر الحتمي لقيام نظرية المخاطر أو تحمل التبعة، أما الدكتورة "سعاد الشرقاوي" فقد اعتبرته أساس عام لا يقف عند المسؤولية دون خطأ بل خلف كل أنواع المسؤولية الإدارية[5].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين المسؤولية على أساس المخاطر والمسؤولية على أساس الخطأ

تختلف المسؤولية على أساس المخاطر عن المسؤولية على أساس الخطأ من خلال الأوجه التالية:

(1)- إن المسؤولية على أساس المخاطر تتحقق بمجرد حصول الضرر، الذي يعد شرطا أساسيا لقيام هذه المسؤولية، لذلك فإنه من المستبعد التوسع في فكرة المخاطر لتصبح أساسا عاما للمسؤولية في جميع الحالات، وذلك بسبب خصوصيتها، فهي لا تتطلب لقيامها وجود الخطأ، وإنما يكتفي وجود الضرر لأن تقوم علاقة سببية بينه وبين تصرف الإدارة، ومن ثمّ فإن الضرر الذي يتم الحكم بالتعويض عليه لا يصلح إلا في حالات خاصة فقط، وذلك عندما تُعرّض الإدارة -أثناء قيامها بوظائفها- بعض الأشخاص المعينين بأنفسهم

---

[1]- علي خطار شطناوي ، **مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة**، المرجع السابق 2008، ص.246-247.
[2]- حمزة نقاش، المرجع السابق، ص.226.
[3]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص.486 وما بعدها.
[4]- عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، المرجع السابق، ص.198 وما بعدها، أنظر: هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع نفسه، ص.487 وما بعدها.
[5]- سعاد الشرقاوي، **المسؤولية الإدارية**، ط 1، دار المعارف، القاهرة، 1970، ص.151.

للضرر الذي يتحقق دون إمكانية القول بأن الإدارة قد ارتكبت خطأ. وهذا ما يجعل المسؤولية على أساس المخاطر تمثل استثناءً من الأصل الذي هو المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ[1].

(2)- إن ما يميز المسؤولية على أساس المخاطر، هو تجنب المدعي تقديم اثبات الخطأ، فالمضرور له الحق في التعويض وهذا بإقامته للعلاقة السببية بين نشاط المرفق العام المتهم، والضرر الذي لحقه[2]؛ أي أنه يلتزم فقط باثبات العلاقة السببية بين عمل الإدارة والضرر الذي أصابه. ولا تستطيع الإدارة دفع مسؤوليتها أو الافلات من الالتزام بالتعويض إذا احتجت أنها لم ترتكب أي خطأ أو أن الضرر كان مرجعه الحادث المفاجئ. أما إذا أثبتت أن الضرر كان مرجعه القوة القاهرة أو خطأ المضرور، فإنها تعفى من الالتزام بالتعويض[3]، وهذا بسبب انهيار أحد عنصري المسؤولية وهو الخاص بعلاقة السببية بين الضرر وفعل الإدارة.

لذلك تبدو المسؤولية دون خطأ جد مناسبة للضحايا الذين ليس بإمكانهم إقامة الدليل على خطأ الإدارة، مع توفر ضرر غير عادي وذو طابع خاص[4]، وعلى هذا الأساس فإن تعويض الضحايا في كل الظروف وحتى في غياب الخطأ هو بالتأكيد أمر في غاية الأهمية؛ لأنه يحقق ضمانات إضافية لمصلحة الأفراد المتضررين من الأعمال الإدارية، حتى ولو كانت لا تتضمن أي خطأ صادر عنها.

أما في إطار المسؤولية على أساس الخطأ، فإن الإدارة تستطيع أن تفلت من المساءلة والحكم عليها بالتعويض، إذا أثبتت أن الضرر كان مرجعه المضرور أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة[5].

(3)- أن المضرور في إطار المسؤولية على أساس المخاطر، يعوض ولو كانت الأعمال والتصرفات الضرورية التي اتخذتها الإدارة مشروعة، فمثلا إذا قامت الإدارة بإحراق مكان توجد فيه أوبئة وتخشى من انتشاره، فتطايرت شرار اللهب إلى المنازل المجاورة لها فأحدثت أضرارا جسيمة، ففي هذه الحالة يعد النشاط الذي قامت به الإدارة من الناحية القانونية سليما ومشروعا، لأنه لا يوجد خطأ من جانبها، لكن من الناحية

---

[1]- حدد فقه القانون الإداري، من خلال الاجتهادات القضائية، الحالات الاستثنائية التي تثار فيها نظرية المخاطر، وقد قام بتصنيفها على النحو التالي:

(أ)- **حالات تطبيق نظرية المخاطر في نطاق علاقة السلطة الإدارية بموظفيها:** وتتجسد في صورتين:

- **الصورة الأولى:** تنحصر في منح العامل والموظف لدى السلطة الإدارية تعويضا عن الأضرار والإصابات التي تلحقه أثناء تأديته لعمله أو وظيفته الإدارية، في حالة عدم اثبات وجود خطأ مصلحي من جانب الإدارة.

- **الصورة الثانية:** تنحصر في تعويض الموظفين الذين يفصلون فجأة نتيجة لإلغاء الوظيفة إلغاء قانونيا.

(ب)- **حالات تطبيق نظرية المخاطر في نطاق علاقة الإدارة بالأفراد:** هي حالات كثيرة ومتنوعة بتنوع الأعمال والنشاطات الإدارية التي تكون مصدرا لأضرار تصيب الأفراد في حقوقهم وأنفسهم وأموالهم، و تتمثل هذه الحالات في:

- الأضرار الدائمة التي تصيب الأفراد نتيجة الأشغال والمنشآت العامة.
- الأضرار الناجمة عن نشاط الإدارة الخطر.
- الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية.
- الأضرار الناجمة عن صدور تشريعات قانونية.

لتوضيح أكثر حول هذه الحالات والأحكام القضائية التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي بخصوصها، أنظر المراجع التالية: عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، المرجع السابق، ص ص.222- 242؛ أحمد محيو، **المنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص.221 وما بعدها. أنظر أيضا: محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص ص.51- 58.

[2]- أحمد محيو، **المنازعات الإدارية**، المرجع نفسه، ص.221.

[3]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص.394 ، أنظر أيضا: وجدي غبريال ثابت، المرجع السابق، ص. 615 وما بعدها.

[4]- أنظر:

Maublanc, « Existe-t-il une responsabilité sans faute de l'administration », disponible au: http://maublanc.over-blog.com/article-35714421.html, le 20/02/2011.

[5]- محمد عبد الحميد أبو زيد، **القضاء الإداري**، (ولايتا الإلغاء والتعويض)، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1988، ص.241.

العملية هناك أضرار وقعت على المنازل المجاورة، فبحكم هذه المخاطر تنشأ المسؤولية بالتعويض على أساس المخاطر[1].

أما إذا لم يكن هناك أي ضرر حدث على شخص أو على أشخاص معينين فإن هذه المخاطر لا تجد لها مجالا للتطبيق، ولا يكون هناك سبيل لإلزام الإدارة بالتعويض.

وبناء على ذلك فإن الأعمال الضرورية التي قامت بها الإدارة في أثناء حالة الضرورة تعد مشروعة؛ لأن الدولة مسؤولة عن المجتمع، فهي لا تترك رعاياها وهم يعانون من هذه المخاطر، لذلك فإنها تسأل عن الضرر الناتج عن هذه المخاطر عن طريق جبر هذا الضرر بإجراء التعويض.

بينما المضرور في المسؤولية على أساس الخطأ، فإنه لا يعوض إلا إذا كان هناك خطأ مرفقيا أو شخصيا من جانب الإدارة أو موظفيها، وكان العمل الذي اتخذته الإدارة غير مشروع.

(4)– المسؤولية على أساس المخاطر تقوم – كما بيّنا سابقا– على أسس ومبادئ أهمها مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة، بحيث إذا أوقع نشاط الإدارة ضررا بفرد أو بأفراد معينين، فإن المضرور لا يتحمل وحده عبء الضرر وإنما يوزع هذا العبء على الناس كافة؛ نظرا لأن ذلك النشاط الذي قامت به الإدارة يعود بالنفع على الجميع. لذلك فإن مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، تعد مسؤولية أدبية أمام المجتمع. وهذا انطلاقا من واجب الدولة نحو أفرادها، بألا تتركهم يعانون من هذه الأضرار الجسيمة التي لحقتهم من جراء نشاطها الضار.

أما في إطار المسؤولية على أساس الخطأ، فإن التعويض يقوم على أساس الخطأ فقط دون ارتباطه بأي مبدأ قانوني آخر.

ثالثا: موقف القضاء الفرنسي من نظرية المخاطر كأساس لمساءلة الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة

اتجه موقف القضاء الإداري في فرنسا إلى عدم اقتصار تحميل مسؤولية الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة على أساس الخطأ الجسيم فقط، بل أجاز أيضا للأفراد مساءلتها حتى في حالة عدم ارتكابها لأي خطأ، متى أحدثت ضررا من نشاطها يتجاوز في خطورته الأضرار الطبيعية للحياة في المجتمع[2]؛ حيث أقرّ مجلس الدولة الفرنسي أن الأعمال والتصرفات التي تتخذها الإدارة في حالة الضرورة والتي تنطوي على مخاطر استثنائية، تؤدي إلى إحداث أضرار استثنائية جسيمة للفرد أو لفئة معينة من الأفراد، يستوجب على الإدارة في هذه الحالة أن تقوم بتعويض الأفراد الذين أصابتهم تلك الأضرار، وفق ما تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف

---

[1]- وهي ما تسمى بمخاطر الجوار غير العادية، وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "ولتر" بتاريخ: 1927/12/23، بمسؤلية الإدارة دون خطأ على هذا الأساس، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن بلدية "مارسيليا" أصدرت أمرا بحرق منزل موبوء لمنع انتشار جراثيم ذلك الوباء المخيف، وقد نفذ رجال المطافئ الأمر بغير أن يرتكبوا أي نوع من الأخطاء، ولكن حدث أن امتدت النيران إلى منزل مجاور وأنزلت به أضرارا، فلما تقدم صاحبه مطلبا بالتعويض رفضت البلدية طلبه، فوصل الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي حكم بمسؤولية البلدية. أنظر: عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.236.

[2]- محمد محمد عبد اللطيف، **التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.103.

التي تأبى أن يتحمل فرد معين بالذات أو أفراد معينون بذواتهم ذلك الضرر، بينما يستفيد مجموع المواطنين من نشاط الإدارة الهادف لتحقيق النفع العام.

لهذا فإن قيام الإدارة بتوزيع هذا العبء على كافة أفراد المجتمع الذين تمتعوا بمزايا نشاط الإدارة، تكون قد استطاعت أن تجعل المجتمع تسوده العدالة والمساواة بين جميع المواطنين[1].

وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي بإقراره التعويض في حالة الضرورة استنادا إلى هذا المبدأ، قد منح للأفراد ضمانات قوية في مواجهة الأضرار الناجمة عن الإجراءات والتدابير في ظل حالة الضرورة. حيث تقوم الإدارة بتعويض المضرور، حتى ولو ثبت انتفاء التدابير والإجراءات الاستثنائية المتخذة من أي خطأ، فمجلس الدولة الفرنسي لاحظ أن التسليم بقيام مسؤولية الإدارة في الظروف الاستثنائية استنادا إلى ارتكاب الخطأ الجسيم فقط نوع من التشدد، ويؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، إذ يتحمل الفرد وحده عبء حماية المصلحة العامة في هذه الظروف، في حين يظل سائر أفراد الجماعة في منأى من تحمل أي عبء في هذا الشأن لذلك قرر المجلس التسليم بمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية على أساس هذا المبدأ[2].

وفي هذا الصدد يؤكد الأستاذ « Delvolve » بأن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي صراحة، باعتباره أساسا للمسؤولية القائمة على تحمل التبعة "المسؤولية غير الخطئية"، هو الذي مكّن من قيام المسؤولية دون خطأ، موسعا بذلك مجالات مسؤولية الإدارة، فقد سمح هذا المبدأ بفتح مجالات جديدة للتعويض، وبصفة خاصة الأضرار الناتجة عن الأعمال والقرارات المشروعة التي تتخذها الإدارة، وأفسح لها مكانا بارزا في مسؤولية السلطة العامة، حيث لم يعد مسموحا الآن، وفق هذا المبدأ، أن يتحمل بعض أفراد المجتمع لوحدهم الأضرار التي تسببها الإدارة من خلال أعمالها، حتى لو اعتبرت تلك الأعمال شرعية، ومن ذلك الإجراءات الاستثنائية المتخذة في أوقات الأزمات والتي قد يتضرر منها فئة معينة من أفراد المجتمع، لذلك فإنه يجب السماح لهؤلاء الذين تضرروا بالمطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر من جراء نشاط استفاد منه أغلب أفراد المجتمع، وبذلك تتحقق المساواة بين الفئة التي استفادت من عمل الإدارة، والفئة التي تضررت منه[3].

وبناء عليه، فإنه يتعين على القاضي، لتحقيق فكرة العلاقة بين الصالح العام والاستجابة لدواعي العدالة التي تتأذى في حالة عدم تعويض الأفراد المتضررين من نشاط الإدارة بحجة أن هذه الأخيرة لم ترتكب خطأ، أن يأمر الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الأعمال والإجراءات المشروعة التي اتخذتها أثناء حالة

---

[1]- عاشور سليمان شوايل، المرجع السابق، ص.81. أنظر أيضا: هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص. 489 وما بعدها.
[2]- فوزي أحمد شادي، المرجع السابق، ص.470-471.
[3]- أنظر: DELVOLVE (Pierre), ***Le Principe d'égalité devant les charges publiques***, thèse, droit, Paris, 1969, p.419.

الضرورة رغم انتفاء الخطأ، معتمدا في تقرير ذلك على فكرة المخاطر أو الضرر، الذي يتطلبه مبدأ المساواة والعدالة. بإلزام التعويض [1].

رابعا: تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي للمسؤولية الإدارية استنادا لفكرة المخاطر والاخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

نحاول من خلال الآتي استعراض أهم القضايا التي طبق فيها القضاء الإداري الفرنسي للمسؤولية الإدارية استنادا لفكرة المخاطر **(1)**، والقضايا التي اسندها على فكرة الاخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة **(2)**.

(1)– تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي للمسؤولية الإدارية استنادا لفكرة المخاطر: من بين الأحكام التي أقرّها القضاء الإداري الفرنسي وألزم فيها الإدارة بتعويض الأضرار الناتجة عن الإجراءات المتخذة في ظل الظروف الاستثنائية، مستندا إلى فكرة المخاطر، حكم محكمة التنازع الصادر بتاريخ 1952/03/27 في قضية « Dame de la Murette »[2]، الذي على الرغم من أن مشكلة تنازع الاختصاص –كما أوضحناه سابقا– هي التي طغت على هذه القضية، إلا أن ذلك لم يترتب عليه الإخلال بحق السيدة "De La Murette " في الحصول على التعويض عن الضرر التي لحقها من جراء القبض التعسفي، والتعذيب الذي تعرضت له، وذلك استنادا إلى فكرة المخاطر، فالمجلس وإن كان قد اعتبر أن قرار الاعتقال قد صدر في ظل الظروف الاستثنائية التي أضفت عليه الشرعية، فإنه حكم بالتعويض على أساس المخاطر[3].

ومن أمثلة أيضا الأحكام التي أسسها مجلس الدولة الفرنسي على فكرة المخاطر، حكمه في قضية « Perruche » الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1963، التي تتلخص وقائعها في أنه عند اندلاع الحرب بين كوريا الشمالية وكوريا الجنوبية، قامت كوريا الشمالية بالاعتداء على عاصمة كوريا الجنوبية (سيول) Séoul عاصمة كوريا الجنوبية واحتلت بعض الأقاليم التابعة لها، وقد كان السيـــد « Perruche » يشغل منصب القنصل العام لفرنسا بكوريا الجنوبية. ورغم قيام الحرب، إلا أن الحكومة الفرنسية كلفته بالاستمرار في أداء وظيفته بمدينة "سيول" وعدم مغادرتها، الأمر الذي أدى إلى تعرض القنصل لمخاطر استثنائية تمثلت في اعتقاله بواسطة سلطات كوريا الشمالية، والتعدي الشديد عليه، فضلا عن الاستيلاء على أمواله وعقاراته، الأمر الذي سبب له

---

[1]- أما القضاء الإداري المصري فإنه لم يعترف بالمسؤولية على أساس المخاطر، وإنما اعتبر أن المسؤولية على أساس الخطأ هي الأساس الوحيد للحكم بالتعويض، كما قرر انتفاء مسؤولية الدولة طالما كان تصرفها مشروعا، فلا يمكن أن تلحقها المسؤولية، إلا أنه مع كثرة المنازعات الناتجة عن إلحاق أضرار جسيمة بالأفراد، اعترف مجلس الدولة المصري بنظرية المخاطر في بعض أحكامه.

[2]- لقد ساهم هذا الحكم في تحديد قواعد الاختصاص، إذ جعل الاختصاص بنظر دعاوى الاعتداء على الحرية الفردية في ظل الظروف الاستثنائية من اختصاص لقضاء الإداري وليس القضاء العادي. أنظر حول هذه القضية لما قلناه سابقا فيما يتعلق بنظرية الاعتداء المادي وعلاقتها بحالة الضرورة.

[3]- عبد المنعم محفوظ، **علاقة الفرد بالسلطة (الحريات العامة وضمانات ممارستها)**، (دراسة مقارنة)، المجلد الثالث، ط 1، دار النهضة العربية، 1989، ص 1083–1084. أنظر:

T.C, 27 Mars 1952, Dame De la Murette, Rec, C.E, p.626, 1952, 3, 81, note Granitez, D, 1954, 291, note Esmein.

ضررا جسيما نتيجة هذا التكليف، فقام برفع دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي مطالبا فيها بالتعويض عن تلك الأضرار التي أصابته جراء الحرب، فقضى المجلس له بالتعويض عن ذلك.

ومن بين ما جاء في هذا الحكم قوله: "...ولا شك أن الضرر الذي تحمله الطاعن في سبيل المصلحة العامة من طبيعة خاصة تسمح له بالحق في المطالبة بالتعويض إستنادا إلى مبدأ مساواة جميع الأفراد أمام الأعباء العامة..."، "...ولما كان القرار الصادر من الحكومة صدر مشروعا في حالة من حالات الضرورة وتعرض الطاعن لأضرار بالغة الجسامة أدت إلى تحمله الأعباء غير العادية الأمر الذي أدى إلى الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، لما جعل تعويضة أمرا ضروريا تحقيقا لمقتضيات العدالة"[1].

(2)- تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي للمسؤولية الإدارية استنادا لفكرة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة: يعد حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1933 في قضية «Couitéas »[2] من أشهر الأحكام التي أقرّ فيها المجلس ولأول مرة بمبدأ مسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية، على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. حيث أجاز هذا الحكم للأفراد مطالبة الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقهم من جراء التدابير والإجراءات الاستثنائية التي تصدر لحماية المصلحة العامة في حالات الضرورة، وذلك استنادا إلى فكرة المخاطر وتحمل التبعة القائمة على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، والذي جاء فيه: "...حيث أن الإدارة على الرغم من أنها لم ترتكب خطأ إلا أن المجلس قد قضى بالتعويض عما أصاب الطاعن من ضرر جسيم وغير عادي، قد أصابه استنادا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وذلك أن تحمله هذا الضرر الذي يمثل في عدم تمتعه بماله الخاص ليتخذ طابع العبء العام كلما كان سببه تحقيق مصلحة عامة".

وقد أكد في هذه القضية مفوض الحكومة السيد "Rivet " أن: "امتناع الحكومة عن تنفيذ ذلك الحكم في هذه الظروف تبرره ضرورات سياسية من أجل الحفاظ على النظام العام والأمن، ولكن من ناحية أخرى لا شك في أن الحكم عندما يصبح نهائيا، يجب أن يتم تنفيذه. لهذا فإن امتناع الحكومة عن تنفيذه يشكل مساسا جسيما"، وانتهى مفوض الحكومة إلى ضرورة تعويض المدعي عما لحقه من أضرار غير عادية بحقوق السيد "Couitéas"، وأكد أن التعويض يستند إلى المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادرة في سنة

---

[1]- أنظر: C.E.,19 Octobre 1952, « Perruche », Rec, Lebon, 1962, p.555.

[2]- تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد "Couitéas" اليوناني الأصل، لما هاجر إلى تونس اشترى قطعة أرض من هناك، وذلك أثناء احتلال فرنسا له.ا ولما ثار نزاع حول ملكية تلك القطعة الأرضية، لجأ إلى القضاء الذي أصدر حكما واجب النفاذ يقر له بملكيته لها .وعندما حاول تنفيذ هذا الحكم فوجئ بوجود قبيلة عربية قد استقرت على تلك الأرض منذ مدة طويلة، ورفضت الإعتراف بملكيته لها، الأمر الذي جعله يلجأ إلى السلطات الفرنسية في تونس طالبا منها تنفيذ الحكم القضائي، من خلال استعمال القوة لطرد أولئك العرب. إلا أن السلطات الفرنسية رأت أن اللجوء إلى القوة لتنفيذ ذلك الحكم ستكون له عواقب وخيمة على الأمن، إذ سيؤدي إلى الفتنة والهيجان والثورة من طرف العرب، وبالتالي امتنعت عن تنفيذ الحكم وهذا ما أدى بالسيد "Couitéas" إلى رفع دعوى ضد تلك السلطات أمام مجلس الدولة الفرنسي طالبا تعويضه عما لحقه من ضرر خاص وغير عادي وذلك من جراء فقده لقطعة الأرض.

1789، والذي بموجبه لا يجوز أن يتضرر المواطنون بعبء يفوق غيرهم أو يثقل كاهلهم بتكاليف تتجاوز ما يتحمله غيرهم في سبيل المصلحة العامة[1].

لذلك فقد حكم مجلس الدولة للمدعي بالتعويض عما أصابه من ضرر جسيم وخاص، وذلك استنادا إلى الإخلال بمبدأ مساواة الجميع أمام الأعباء العامة؛ لأن عدم تمتع المدعي بماله رغم أن بحوزته سند قانوني، يعتبر في حد ذاته عبئا عاما، وعليه فإن العدالة تأبى بأن يضحي فرد لصالح المجموعة، إذا كان بالإمكان توزيع الأعباء على الجميع. واعتبر أيضا المجلس أن امتناع الإدارة عن تنفيذ ذلك الحكم لا يشكل خطأ من جانبها، ما دام أن امتناعها كان من أجل واجب أهم هو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على النظام العام والأمن.

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي من جديد على فكرة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، كأساس لمسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائي، وذلك من خلال قضية شركة " Sté cartonnerie et imprimerie St Charles"[2]، الذي حكم فيها المجلس للشركة بالتعويض عن الضرر الخاص والجسيم الذي لحقها، وذلك استنادا إلى الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، مقررا أن الظروف الاستثنائية التي منعت السلطات الإدارية المختصة من تنفيذ الأمر القضائي المتعلق بطرد العمال المعتصمين داخل الشركة باستعمال القوة، لا يمكن وصفه بأنه خطأ في جانب الإدارة[3].

نخلص من خلال ما سبق، إلى القول بأن مجلس الدولة الفرنسي قد نجح، من خلال هذه الأحكام وغيرها، في تنفيذ سياسته الرامية إلى تحقيق التوازن بين سلطات وامتيازات الإدارة في حالات الضرورة وبين حقوق وحريات الأفراد والمواطنين، وتمكينهم من تحقيق قدرا أكبرا من الحماية، من خلال إقراره التعويض عن الأضرار التي تصيبهم من تلك الأعمال والتصرفات التي قد تصدر في ظل حالات الضرورة، كما ساهم في تحقيق العدالة الاجتماعية من خلال تطبيقه لنظرية المسؤولية الإدارية دون خطأ استنادا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

لكن على الرغم من النداءات المتكررة من طرف الفقه لتوسيع هذا المبدأ، كأساس لمسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية، إلا أن المجلس لم يستجيب لذلك، إذ لم يشأ أن يوسع من تطبيقات

---

[1] - أنظر:
C.E, 30 Novembre 1923, Couitéas, Rec, C.E, p.789; S, 1923, 3, 57, note Hauriou, Dalloz, 1923, 3, 59, concl, Rivet.

[2]- تتمثل وقائع هذه القضية في أنه أثناء الهيجان الاجتماعي الذي وقع في فرنسا سنة 1936 والذي ترتب عليه ظهور العديد من الإضطربات، حيث أضرب عمال شركة ورق ومطبوعات "St Charles " عن العمل واحتلوا مباني الشركة، واستيلاء بعض العمال على أماكن ومنشآت الشركة، وظلوا معتصمين بها لمدة ثلاثة أشهر. ولجأت الشركة إلى حاكم المقاطعة ووزير الداخلية طالبة منهما اتخاذ الإجراءات الضرورية التي تسمح بإخلاء الشركة. إلا أن الأمر ظل على حاله، الشيء الذي أدى بالشركة إلى اللجوء إلى القضاء الذي منحها أمرا وقتيا يقضي بطرد العمال المعتصمين لإعادة سير العمل. إلا أن السلطات الإدارية المختصة بالتنفيذ رفضت استعمال القوة لتنفيذ الأمر، مبررة ذلك بإمكانية حدوث اضطرابات تؤدي إلى الإخلال بالنظام العام والأمن، خاصة وأن المنظمات الشعبية والنقابية والسياسية في ذلك الوقت بالذات كانت تؤيد الإضراب وتدعوا إلى التضامن بين الأشخاص للقيام بالإضراب. وهذا ما أدى بالشركة إلى رفع دعوى أمام مجلس الدولة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء هذا الإضراب الذي استمر لمدة طويلة، ومن امتناع الإدارة عن التنفيذ.

[3]- أنظر:
C.E, 3 Juin 1938, Cartonnerie St Charles, Rec, C.E, p.521, Dalloz, 1938, 3, 36, note Appeleton, **R.D.P.**, 1938, p.374, Dragras, note Jeze.

فكرة المخاطر إلا في حالات ضيقة، ولعل أسباب ذلك ترجع إلى: تشدد مجلس الدولة في شروط الضرر القابل للتعويض، ومراعاته لمصلحة الخزينة العامة، أما السبب الرئيس من ذلك فهو يكمن بالخصوص في كون الظروف الاستثنائية تعد في حد ذاتها سببا موجبا للتخفيف من المسؤولية، بل وتوجب في بعض الحالات رفع المسؤولية عنها نهائيا[1].

المطلب الثالث

موقف القضاء الإداري الجزائري من أساس مسؤولية الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة

سبق لنا وأن عرفنا أن الظروف الاستثنائية، التي شهدتها الجزائر في الحقبة التاريخية، الممتدة من تاريخ إعلان حالتي الحصار والطوارئ في سنة 1991، وإلى غاية رفع هذه الأخيرة في سنة 2011، قد جعلت الإدارة تستخدم سلطاتها الواسعة قصد مواجهة الأزمة وإعادة الاستقرار للدولة، فأدت الإجراءات والتدابير الاستثنائية الصادرة آنذاك إلى إلحاق أضرار ببعض المواطنين، الذين قيّدت الإدارة حقهم في ممارسة حقوقهم وحرياتهم، وهو ما يفترض في هذه الحالة قيام المسؤولية الإدارية ولجوء المتضررين من تلك التدابير إلى القضاء، قصد المطالبة بالتعويض عن ما أصابهم.

لكن إذا كان القضاء الإداري الفرنسي قد اعتبر أن تلك التدابير والإجراءات المتخذة في حالة الضرورة تتصف بأنها أعمالا مشروعة، لا تقوم مسؤولية الإدارة عنها إلا إذا ارتكبت خطأ جسيما أو إذا سبب عملها ضررا جسيما وخاصا لبعض الأفراد؛ أي أنه أجاز مساءلة الإدارة حتى ولو لم ترتكب خطأ من جانبها، فإننا نتساءل في هذا الصدد عن موقف القضاء الإداري الجزائري من هذه المسألة، وما هو الأساس الذي اعتمده في قيام مسؤولية الإدارة في حالة الضرورة؟.

الفرع الأول

مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ المتعلق بقرارات التسريح التعسفية المترتبة عن الاعتقال الإداري

على الرغم من الأخطاء الجسيمة التي ارتكبتها الإدارة في حق المواطنين أثناء الظروف الاستثنائية التي شهدتها الجزائر، إلا أن القضاء الإداري لم يكن له دور فعال في حماية حقوق المواطنين المتضررين منها، وهو ما توضحه الأحكام القضائية القضائية القليلة في مجال مسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في فترة تطبيق نظام حالة الحصار والطوارئ في الجزائر، والمتعلقة أساسا بمسؤولية الإدارة عن قرارات التسريح التعسفية ضد بعض الموظفين الذين تم تسريحهم عن العمل بسبب اتهامهم بالأعمال الإرهابية، رغم صدور أحكام بالبراءة اتجاههم، أو ضد بعض الموظفين الذي نتم تسريحهم بسبب تعرضهم للاعتقال الإداري بالرغم

[1]- هشام عبد المنعم عكاشة، المرجع السابق، ص.505.

من أنه تم إطلاق سراحهم فيما بعد. حيث حكم القضاء الإداري –لما لجأ المتضررين من قرارات التسريح إليه للمطالبة بإعادة إدماجهم في مناصب عملهم، ومنحهم المرتبات والتعويضات– بحقهم في إعادة إدماجهم بسبب أن قرارات التسريح كانت تعسفية، لكنه رفض الحكم لهم بالتعويض أو بالمرتب على أساس أن استحقاق المرتب يقابله خدمة، وبما أن الموظف لم يعمل في فترة الاعتقال فإنه لا يستحق المرتب[1]، كما أن الإدارة المستخدمة ليست مسؤولة عن قرار اعتقاله حتى تتحمل هي التعويض.

والغريب في الأمر –كما يرى البعض– أن القاضي الإداري الجزائري قد أسس حكمه –في بعض الحالات– على المنشور الوزاري رقم: 1 المؤرخ في 5 أفريل 1993، الصادر عن رئيس الحكومة، والذي اعتبر فيه فترة الاعتقال الإداري بمثابة عطلة غير مدفوعة الأجر. معتمدا هذا المنشور على الحكم الخطير الذي جاءت به المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم: 75/92 المحدد لشروط تطبيق أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 44/92، من أن الأشخاص المعتقلين إذا كانوا مرتبطين بعلاقات عمل مع الإدارات، أو مع مؤسسات أو مرافق عامة، فإن الهيئة المستخدمة تعلق دفع مرتباتهم. وهو ما قامت به فعلا الهيئات المستخدمة.

كما قامت السلطات المركزية بإصدار تعليمات إلى الهيئات المستخدمة تمنعهم من إعادة إدماج الموظفين، الذين تم الإفراج عنهم من مراكز الاعتقال الإداري في مناصب عملهم، إلا بعد الموافقة الصريحة من السلطة المركزية، كالتعليمة رقم 571 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية في 12 أوت 1992، والموجهة إلى نظارات الشؤون الدينية، بل أن الأشخاص المعتقلين إداريا تم فصلهم عن وظائفهم بإجراء تأديبي (التسريح أو العزل) بسبب خضوعهم لإجراء الاعتقال الإداري[2].

وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن القيمة القانونية للمنشور أو التعليمة، وما إذا كان المواطنون ملزمون بمحتواها، وفيما إذا كان بإمكان القضاء الإداري أن يستند في حكمه على ما جاء به المنشور؟.

الأصل أن المنشور لا يتمتع بقيمة القرار التنفيذي؛ لأنه لا يرتقي لأن يكون نوع من القرارات الإدارية النافذة في مواجهة الأفراد، فالمنشورات (Les circulaires) تعد من إجراءات التنظيم الداخلية الصادرة من الرئيس الإداري الأعلى إلى المرؤوسين قصد تنظيم العمل داخل المرفق، وغرضها الأساسي تفسير النصوص[3]، وبيان كيفية سير المصالح العمومية، لذلك فهم ملزمون باحترام محتواها وتطبيقها دون إحداث أثر على المواطن؛ لأنه يفترض لا علم له بها. غير أنه بصدور المرسوم رقم 131/88، المؤرخ في

---

[1]- أنظر القرار رقم 003379 الصادر عن مجلس الدولة في 30 جويلية 2001، في قضية "بن المندي جمال" ضد "رئيس جامعة الأمير عبد القادر"، (قرار غير منشور) جاء في بعض حيثياته: "حيث أنه والحالة تلك، يتضح من خلال الملف أن المستأنف لم يخضع إلى الاجراءات القانونية المؤدية إلى تسريحه، وعليه يتعين إلغاء قرار التسريح...، حيث أنه فيما يخص طلبات المستأنف المتعلقة بالرواتب والتعويض، فإنه من المتفق عليه أن الراتب يقابله عمل. وأن قضية الحال كان المستأنف معتقل، بأنه لم يطرد من طرف الإدارة إلا بعد حبسه، وعليه فإن ذلك لا يفتح مجال إلى التعويض...". أشار إلى هذا القرار مراد بدران، "القيود الواردة..."، المرجع السابق، ص 238-239.

[2]- مراد بدران، "القيود الواردة..."، المرجع السابق، ص. 238.

[3]- أنظر في تفاصيل ذلك:

Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, ***Contentieux administratif***, Dalloz, Paris, 7éme éd., 1999, pp.633 et s.

1988/07/04 المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطن[1]، فقد ألزم الإدارة العمومية بأن تقوم بنشر منشوراتها وتعليماتها لتبليغ المواطن بأي عمل أو وثيقة يكون مضمون كل منهما ضده، مما أصبح يحق للمواطن أن يحتج على الإدارة بهذه التعليمات والطعن فيها أمام القضاء، متى أحدثت تغييرا في مركزه القانوني للمواطن، لذلك فإن الفقه وصف هذا المنشور بأنه منشور تنظيمي، وبأنه بمثابة قرار إداري قابل للطعن فيه[2].

وبالتالي فإن سبب قيام القاضي الإداري بالاحتكام إلى ما جاء به المنشور الوزاري رقم: 1 المؤرخ في 5 أبريل 1993، هو لأنه كيّفه بأنه قرار إداري تنظيمي يؤثر في مراكز المخاطبين به.

غير أن ما يعاب على موقف القاضي الإداري الجزائري، فيما يتعلق بمدى تحميل الإدارة للمسؤولية عن أخطائها الجسيمة، هو وقوعه في تناقض صارخ، فهو من جهة يعترف بأن الإدارة تعسفت وارتكبت خطأ جسيما عندما قامت بتسريح الموظف المعتقل، وهو من جهة أخرى يرفض منح التعويض للمضرور من قرار التسريح التعسفي، بالرغم من توفر كل شروط التعويض، وهو ما أعتبر موقفه هذا، تعسفا في حقوق المتضررين، لأنه حرمهم من الحصول على المرتب وعلى التعويض.

لذلك فإننا نتساءل: إذا لم يكن القضاء هو الذي ينصف هؤلاء المسرحين عن وظائفهم، بسبب تعرضهم لإجراء لم يكن لهم أي دخل فيه، ويعوضهم ويعوض أسرهم الذي كانوا يعولونها عن الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على قيام الإدارة بتسريحهم، فمن إذن الذي يحمي حقوقهم من تعسف الإدارة؟، لاسيما وأن رئيس الحكومة –كما أوضحنا– قد اعتبر أن فترة الاعتقال الإداري هي بمثابة عطلة غير مدفوعة الأجر.

الفرع الثاني

تبني المشرع والقضاء الإداري الجزائري لنظرية المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر

واجه المشرع الجزائري مشكلة الأضرار الجسيمة التي تلحق ببعض الأفراد من جراء نشاط وعمل الإدارة الضار، لاسيما الأضرار المادية والمعنوية المترتبة عن مخاطر العنف الجماعي أو الأزمة الأمنية، بسن نصوص قانونية تسمح لهم بتحصيل التعويضات عنها من الخزينة العامة **(أولا)**، كما عرف القضاء الإداري الجزائري تطبيقات متنوعة لحالات المسؤولية الإدارية دون خطأ القائمة على فكرة المخاطر **(ثانيا)**.

---

[1]- تنص المادة 9 من المرسوم رقم 133/88 (ج.ر رقم 27) على ما يلي: "يجب على الإدارة أن تنشر بانتظام التعليمات والمنشورات والمذكرات والآراء التي تهم علاقاتهابالمواطنين إلا إذا وردت أحكام مخالفة في التنظيم الجاري به العمل.وإذا لم يتقرر هذا النشر صراحة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية، فإنه ينجز في النشرة الرسمية للإدارة المعنية التي يتم إعدادها ونشرها وفقا لأحكام التنظيم الجاري به العمل".

[2] - نظرا لأن المنشور ليس كله إجراء يتعلق بالتنظيم الداخلي، فقد ميّز القضاء بين المنشور التنظيمي الذي يدخل تغييرا في المراكز القانونية، حيث يكون قابلا للطعن فيه بالإلغاء باعتباره قرار إداري، والمنشور التفسيري الذي لا يدخل أي تغيير في المراكز القانونية، والذي لا يكون قابلا للإلغاء. ومعيار التفرقة بينهما حسب الفقه لا يتعلق بشكل المنشور وإنما بمحتواه. أنظر: ناصر لباد، **الوجيز في القانون الإداري**، المرجع السابق، ص ص.251-256.

أولا: تبني المشرع الجزائري لنظرية المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر

من بين النصوص القانونية التي أكد فيها المشرع على مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، وعلى وجوب مساهمة الدولة في دفع التعويضات تحقيقا لمبدأ المساواة في التضحية والتكاليف العامة، نذكر ما يلي:

(1)- قانون البلدية الصادر عام 1967: نصت المادة 172 من هذا القانون على: "أن التعويضات عن الأضرار والنفقات التي تكون البلديات مسؤولة عنها من جراء هذه الأضرار توزع بالاستناد إلى جدول خاص بين جميع الأشخاص المقيدين في جدول الضرائب المباشرة، باستثناء ضحايا الحوادث الذين قد تمنح تعويضات لهم، وذلك بنسبة مئوية للمبلغ الأصلي المتعلق بجميع الضرائب المباشرة".

يفهم من هذه المادة أن التعويضات المستحقة والمحكوم بها على البلديات، في نطاق مسؤوليتها أمام الأفراد عن الأضرار الناجمة عن أعمالها وأعمال موظفيها المشروعة، تدفع من ميزانية البلدية المسؤولة، وبالذات من الضرائب المباشرة للبلدية الواقع في إقليمها الضرر، والذين تمنح لهم التعويضات بنسب متساوية على جميع الأفراد الواقع عليهم الضرر[1].

(2)- قانون البلدية 08/90: نصت المادة 139 من قانون البلدية 08/90 المؤرخ في: 07 أبريل 1990[2]، على أنه: "تكون البلدية مسؤولة مدنيا عن الخسائر الناجمة عن الجنح والجنايات المرتكبة بالقوة العلنية أو بالعنف في ترابها فتصيب الأشخاص أو الأموال أو خلال التجمعات والتجمهرات.

على أن البلدية غير مسؤولة عن الإتلاف والأضرار الناجمة عن الحرب أو عندما يساهم المتضررون في إحداثها"[3]. فحسب هذه المادة، يشترط حتى تسأل الإدارة عن الأضرار والخسائر التي تصيب الأشخاص والأموال، ما يلي: (أ)- أن يكون الضرر مصدره القوة العلنية أو العنف، وأن يقع خلال التجمهرات والتجمعات، وسواء كانت مصرحا بها، أو غير مصرح بها، فأساس المسؤولية هنا هو فكرة المخاطر[4].

---

[1]- عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، المرجع السابق، ص ص.200-201.

[2]- ج.ر.ج.ج العدد 15 المؤرخة في: 1990/04/11.

[3]- نصت المادة 144 من قانون البلدية 10/11 المؤرخ في: 22 يونيو 2011 على أن: "البلدية مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبها رئيس المجلس الشعبي البلدي ومنتخبو البلدية ومستخدموها أثناء ممارسة مهامهم أو بمناسبتها.
وتلتزم البلدية رفع دعوى الرجوع أمام الجهة القضائية المختصة ضد هؤلاء في حالة ارتكابهم خطأ شخصيا".

[4]- نكون هنا بصدد حالتين هما:
(أ)- أن ينشأ الضرر عن جنايات أو جنح مرتكبة بالقوة العلنية أو العنف: يشترط في الفعل الضار أن يكون جناية أو جنحة بمفهوم قانون العقوبات وأن يرتكب بالعنف أو بالقوة، ولا فرق في استعمال السلاح الناري أو السلاح الأبيض، وكذا في استعمال الأيدي، ولا يشترط هنا أن يكون العمل جماعيا، أي صادرا عن جماعة من الناس، بل قد يصدر عن شخص واحد، ومثال ذلك شخص مجنون يقوم بضرب الناس في الساحة العمومية للبلدية.
(ب)- أن ينشأ الضرر عن جنايات أو جنح أثناء التجمهرات والتجمعات: على خلاف الحالة الأولى يجب أن نكون هنا بصدد فعل جماعي، وقد يكون التجمع أو التجمهر مصرحا به أو غير مصرح به، فالبلدية مسؤولة في الحالتين، وقد يكون التجمع لحزب سياسي أو لمنظمة مهنية أو احتفال جماهيري بمناسبة عيد وطني أو ديني، أو عبارة عن عصيان مدني. أنظر: بن الشيخ لحسين آث ملويا، **المنتقى في قضاء مجلس الدولة**، الجزء الثاني، دار هومة، 2004، ص.105.

(ب)- أن تقع الجرائم أو الفعل الضار في تراب البلدية؛ سواء في الطريق العمومي أو الأماكن العمومية، أو في الأماكن التابعة للخواص، وعلى ذلك تكون البلدية مسؤولة في أي مكان من ترابها وقع فيه الفعل الضار.

(ج)- أن لا يساهم المتضرر في إحداث الضرر[1].

(3)- القانون رقم: 02/91 المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء: سمحت المادة 5 من هذا القانون للمضرور حق الحصول على التعويض من الخزينة العام، بقولها: "يمكن أن يحصل على مبلغ الديون لدى الخزينة العمومية، وبالشروط المحددة في المواد 6 وما يتبعها، المتقاضون المستفيدون من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري"[2].

(4)- الأمر رقم: 01/06 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية: جاءت نصوص هذا الأمر مبينة لكيفية تنفيذ أحكام ميثاق السلم والمصالحة الوطنية[3] الذي قدمه الرئيس عبد العزيز بوتفليقة محاولا انهاء أزمة العشرية السوداء التي مرت بها الجزائر، وهذا من خلال منح العفو عن معظم أعمال العنف التي ارتكبت أثناءها. حيث أعطى هذا الأمر لفيئات محددة الحق في الحصول على تعويضات تدفعها الدولة وهم: ذووا حقوق الأشخاص ضحايا المأساة الوطنية الذين يحوزون حكما نهائيا بوفاة الهالك، كما تستفيد الأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الارهاب من إعانة تمنحها الدولة[4].

ولأجل تنفيذ هذا الأمر، فقد تمّ إلحاقه بمراسيم رئاسية ثلاثة، صدرت كلها بتاريخ 2006/02/28 وهم: المرسوم رقم 93/06 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، والمرسوم رقم 94/06 المتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب، والمرسوم رقم 95/06 المتعلق بالتصريح المنصوص عليه في المادة 13 من الأمر 01/06 المؤرخ في 27 فبراير 2006، المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية[5].

---

[1]- بن الشيخ لحسين آث ملويا، المرجع نفسه، ص.105.

[2]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 2 الصادرة في: 9 جانفي 1991.

[3]- نصت المادة الأولى من الأمر 01/06 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11، المؤرخة في: 28 فبراير 2006، على أن هذا الأمر يهدف إلى ما يلي:

- تنفيذ أحكام الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية، المعبر عن الإرادة السيدة للشعب الجزائري،
- تجسيد تصميم الشعب الجزائري على استكمال سياسة السلم والمصالحة الوطنية الضرورية لاستقرار الأمة وتطورها، من خلال منح عفو عن معظم أعمال العنف التي ارتكبت أثناءها.

حيث تم إجراء استفتاء عام عليه في 29 سبتمبر 2005، وقد حصل الميثاق خلاله على موافقة بنسبة 97 بالمائة، وتم تنفيذ الميثاق بوصفه قانونا في 2006/2/28.

[4]- نصت المادة 37: "زيادة على الحقوق والمزايا المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما لذوي حقوق الأشخاص ضحايا المأساة الوطنية المذكورين في المادة 28 أعلاه، الذين يحوزون حكما نهائيا بوفاة الهالك، الحق في تعويض تدفعه الدولة". ونصت المادة 38: "التعويض المنصوص عليه في المادة 37 أعلاه يحول دون المطالبة بأي تعويض آخر بسبب المسؤولية المدنية للدولة". أما المادة 42/ف 1 فنصت: "تستفيد الأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الارهاب من إعانة تمنحها الدولة بعنوان التضامن الوطني". ونصت المادة 43/ف1: "تصرف إعانة الدولة المذكورة في المادة أعلاه، من حساب التخصيص الخاص للخزينة الذي عنوانه "الصندوق الخاص للتضامن الوطني".

[5]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11، المؤرخة في: 28 فبراير 2006.

ونظرا لأن الشخص الذي صدر ضده قرار الاعتقال، أو الشخص الذي صدر لصالحه حكم بالبراءة، من حقه أن يتحصل على التعويض[1] على أساس قاعدة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة[2]؛ لأنه اعتقل من أجل المصلحة العامة، ولأجل أن تتحقق المساواة بين الأشخاص الذين استفادوا من قرار الاعتقال، وهم أفراد المجتمع، والشخص الذي تضرر منه، فإن التعويض يتقرر للمضرور قياسا على ما قرره المشرع العقابي في المادة 137 مكرر من القانون رقم: 08/01 المؤرخ في: 26 جوان2001 المعدل والمتمم للأمر رقم: 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الذي منح للمضرور الحق في الحصول على التعويض في حالة ما إذا تعرض لأضرار من جراء الحبس المؤقت، أو في حالة صدور حكم لصالحه بالبراءة، بعد استعماله لالتماس إعادة النظر ضد حكم جنائي صادر بالإدانة.

لهذا فقد جاء المرسوم الرئاسي رقم 124/06 المؤرخ في 27 مارس 2006 المحدد لكيفيات إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضوع إجراءات إدارية للتسريح من العمل بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية[3]، تنفيذا لأحكام المادة 25 من الأمر رقم: 01/06 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة التي تنص على: "لكل من كان موضوع إجراءات إدارية للتسريح من العمل قررته الدولة، بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية، في إطار المهام المخولة لها، الحق في إعادة إدماجه في عالم الشغل أو عند الإقتضاء، الحق في تعويض تدفعه الدولة في إطار التشريع المعمول به".

وإذا كان هذا المرسوم قد سمح للأشخاص الذين تم تسريحهم بسبب تعرضهم لإجراء الاعتقال الإداري، أن يطالبوا إما بإعادة إدماجهم في وظائفهم، أو أن يطالبوا بالتعويض عما أصابهم من أضرار نتيجة تعرضهم للتسريح أو العزل، وذلك من خلال تقديمهم لطلب إلى اللجنة المنشأة خصيصا لهذا الغرض، إلا أنه ما يعاب عليه هو أنه لم يجز لهؤلاء الأشخاص الجمع بين طلب إعادة الإدماج و طلب التعويض، وهو ما جعل الإدارة المستخدمة ترفض منح التعويض للموظف المعتقل على أساس أنها ليست المسؤولة عن قرار الاعتقال، وقد أيدها في ذلك القضاء، الذي رفض الحكم له بالمرتب عن المدة التي قضاها في مراكز الأمن.

كما يعاب أيضا على هذا المرسوم أنه لم يميز بين من ارتكب أفعالا كانت سببا في المأساة الوطنية، وتعرض لأحكام بالإدانة من طرف الجهات القضائية وقيام الجهات المستخدمة بتسريحه على هذا الأساس،

---

[1]- في الحقيقة فإنه حتى ولو صدر حكم بالتعويض، فإنه لا يؤدي إلى حصول المضرور على جميع حقوقه، لأنه سيحرم من العلاوات والأقدمية...التي كان سينتفع بها لو لم يتم اعتقاله .لذلك وضمانا لحقوق المواطنين، فإن القاضي الفرنسي يراقب مدى ملاءمة تطبيق الإدارة لقراره القاضي بإلغاء عقوبة الطرد . أنظر مثلا: C.E, 11 Juillet 1958, Fontaine, **R.D.P**, p.1081, note Waline.

[2]- لقد اعتبر مجلس الدولة في احدى قراراته أن الحبس الاحتياطي يعد بمثابة قوة قاهرة، وكان الأجدر به أن يعتبر من باب أولى أن الاعتقال الإداري يعد بمثابة قوة قاهرة .أنظر القرار رقم 000921 الفهرس 300 الصادر عن مجلس الدولة، 14 ماي 2001 ، قضية "بن قانة بشير" ضد "مديرية الضرائب لولاية تلمسان"، (القرار غير منشور) أشار إليه: مراد بدران، المرجع السابق، ص.432 ، حيث جاء في إحدى حيثيات هذا القرار: " حيث أنه ثبت من خلال الملف بأن المستأنف قد تخلى عن منصبه بسبب قوة قاهرة، بحيث أنه كان رهن الحبس الاحتياطي ولم يتغيب بمحض إرادته ."...هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي لم يحكم للطاعن لا بالتعويض ولا بالمرتب. أنظر: مراد بدران، "القيود الواردة..."، المرجع السابق، ص ص. 238-239.

[3]- ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 19، الصادرة بتاريخ: 29 مارس 2006.

وبين الذي لم يرتكب أي فعل يتعلق بالمأساة الوطنية، بل كان ضحية لتلك المأساة كالمعتقل إداريا. فهل يعقل أن تتم معاملتهم بنفس الطريقة التي يعامل بها من تسبب في تلك المأساة؟[1].

وما يعاب أيضا على المرسوم الرئاسي رقم: 124/06، هو أن السلطات العامة اعتبرت أن الاعتقال الإداري، بمثابة عقوبة تحرم المعتقل من الآثار المالية المترتبة على إعادة الإدماج، وهو ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 12 منه، التي نصت على أنه: "لا يترتب على إعادة الإدماج أثر مالي رجعي بالنسبة للفترة التي لم يعمل فيها المعني". وبالتالي يفهم من ذلك أن الأشخاص المعتقلين ليس لهم الحق في المطالبة بالمرتب والأقدمية والعلاوات وغيرها، عن الفترة التي كانوا فيها رهن الاعتقال الإداري[2].

لكن ما العمل لو امتنعت الإدارة المحكوم عليها عن دفع مبلغ التعويض لصالح الشخص المتضرر من عملها، وكيف يستطيع هذا الأخير إلزامها بالدفع، لاسيما وأن أموال الدولة غير قابلة للحجز عليها؟. كما وأن القاضي الإداري الجزائري يرفض الحكم على الإدارة بالغرامة التهديديه للضغط عليها وإجبارها على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها؟.

قبل الإجابة عن هذا التساؤل، نشير إلى أن المادة 145 من دستور 1996، أو المادة 163 من التعديل الدستوري 01/16[3]، نصت بأنه: "على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت، وفي كل مكان، وفي جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء". مما يفهم من هذه المادة أن الجهة الإدارية المختصة تكون ملزمة بتنفيذ الأحكام القضائية في أي ظرف من الظروف، عادية كانت أم استثنائية، غير أن القضاء الفرنسي فرق بين الظروف التي تكون عليها الإدارة؛ إذ يجب على الإدارة العامة في الظروف العادية أن تنفذ الأحكام النهائية الصادرة ضدها ولصالح الأفراد كاملة، فإذا امتنعت اعتبر ذلك انتهاكا واضحا وخطيرا لقوة الشيء المقضي به وعملا مخالفا للقاعدة القانونية، وهو ما يشكل حتما خطأ مرفقيا أو شخصيا جسيما موجبا لقيام مسؤوليتها.

أما إذا كان الامتناع عائدا لوجود ظروف استثنائية وملابسات تحيط بعملية تنفيذ الإدارة للحكم، كأن يشكل تنفيذه خطرا على المصلحة العامة، أو أن يترتب على تنفيذه اخلالا جسيما بالأمن العام وتعريض فكرة الصالح العام للخطر والتهديد، فإنه يحق للإدارة الامتناع عن تنفيذه بالقوة الجبرية، وهي في ذلك لا تكون مرتكبة لخطأ مصلحي؛ بمعنى أن تصرفها في هذه الحالة يعد مشروعا لا يشكل خطأ؛ لأن الامتناع كان من أجل واجب أهم هو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على النظام العام والأمن.

ولكن يجب عليها في هذه الحالة تعويض الشخص الذي صدر الحكم لصالحه، لأنه دون شك يكون قد تحمل في هذه الحالة عبئا ثقيلا في سبيل المصلحة العامة وما يتطلبه مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة[4].

---

[1]- مراد بدران، "القيود الواردة..."، المرجع السابق، ص. 239.

[2]- نشير في هذا الصدد إلى أن نص المادة 137 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، لا يضمن للشخص المتضرر تسوية وضعيته المهنية، خاصة ما يتعلق منها بالأقدمية والعلاوات...بل يضمن له الحصول على التعويض فقط من جراء الأضرار التي سببها له الحبس المؤقت أو حكم الإدانة.

[3]- أضاف التعديل الدستور 01/16 فقرة جديدة للمادة 145 وهي: " يعاقب القانون كل من يعرقل تنفيذ حكم قضائي".

[4]- اشترط القضاء الإداري لتطبيق نظرية المخاطر في المسؤولية الإدارية عن عدم تنفيذها للأحكام القضائية الواجبة النفاذ شرطين هما: **1-** يجب أن يكون امتناع الإدارة راجعا إلى تحقيق الصالح العام التي تفوق في أهميتها وضرورتها خطورة عدم التنفيذ.

ومن جهة أخرى نجد أن المادة 138 مكرر من قانون العقوبات اعتبرت أن امتناع الموظف العمومي عن تنفيذ الأحكام القضائية فعلا مجرما يعاقب عليه بالحبس وبالغرامة، بقولها: "كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه، يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من 5000 دج إلى 50000 دج"[1].

وفي إطار الإجابة عن التساؤل السابق، نجد أن القانون الإداري المقارن أوجد حلولا ووسائل احتياطية لضمان احترام الإدارة لمبدأ حجية الأمر المقضي به للحكم القضائي، تتمثل في وسائل احياطية غير قضائية ووسائل احتياطية قضائية؛ فبالنسبة للوسائل الاحتياطية غير القضائية التي جاء بها القانون التركي، فتتمثل في أنها أعطت للشخص الذي لم يتمكن من تنفيذ حكم القضاء بالطريق الإداري أو القضائي، أن يلجأ إلى حق الشكوى للبرلمان عن طريق العرائض ليمارس رقابة على أعمال الإدارة[2].

أما الوسائل الاحتياطية القضائية التي نص عليها القانون السويدي، فتتمثل في أنه يستطيع الشخص الذي صدر لصالحه حكم قضائي نهائي يلزم الدولة بدفع مبلغ معين من المال كتعويض، لكن الوزير المختص رفض تنفيذه أن يرفع دعوى جديدة أمام المحاكم العادية طالبا إياه تعويضا مقابلا أو حتى تعويضا أكبر من المبلغ المحكوم به على الدولة.

وعليه، فإنه حسب هذه الوسائل يجوز للشخص المتضرر من تصرف الإدارة أن يلجأ إلى القضاء الإداري بأن يرفع دعوى الإلغاء ضد القرارات التي اتخذتها الإدارة خلافا للحكم القضائي، أما إذا امتنعت الإدارة من جديد عن تنفيذ الحكم الجديد الصادر ضدها، فتصبح دعوى الإلغاء في هذه الحالة غير مجدية، لذلك فإنه يمكن للمضرور أن يلجأ من جديد إلى رفع دعوى التعويض، باعتبار أن الامتناع يشكل خطأ مرفقيا أو مصلحيا من شأنه إثارة مسؤولية الإدارة عنه، على أساس الخطأ وليس على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة[3]. ولكن قد تكون دعوى التعويض هي الأخرى غير مجدية، لأنه قد تمتنع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها[4]. مما قد يزيد ذلك أعباء إضافية تثقل كاهل المتضرر من تصرف الإدارة.

ثانيا: تطبيقات القضاء الإداري الجزائري لنظرية المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر

أبرز القضاء الإداري الجزائري موقفه صراحة من تبنيه لنظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة لأول مرة، وذلك عقب احتفالات الإعلان باستقلال الجزائر، حيث حكم القضاء بمسؤولية الدولة الجزائرية على

2- أن يكون تأخير الإدارة العامة عن تنفيذ الأحكام القضائية غير عادي ويتجاوز المألوف، فإذا كانت المدة التي تأخرت فيها الإدارة معقولة لا يمكن معها القول بقيام مسؤولية السلطة الإدارية. أنظر: عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، المرجع السابق، ص ص.237-241.

[1]- القانون رقم: 09/01 المؤرخ في: 26 جوان 2001 المعدل والمتمم للأمر رقم: 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 34 الصادرة في: 27 جانفي 2001.

[2]- عمار عوابدي، **نظرية المسؤولية الإدارية**، المرجع نفسه، ص.241.

[3]- أنظر: القرار رقم: 28881 المؤرخ في: 27 جوان 1983، **المجلة القضائية**، ع 1، 1989، ص.185.

[4]- أحمد محيو، **المنازعات الإدارية**، المرجع السابق، ص.200؛ أنظر: مسعود شيهوب، **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، الجزء الثاني، د.م.ج، 1998، ص ص.344 -345، أنظر: القرار رقم: 115284، الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، 13 أفريل 1997، **المجلة القضائية**، ع 1، 1998، ص ص.193 - 194.

أساس المخاطر الاستثنائية جراء الأضرار التي حدثت، فقد استعملت أثناءها أنواع مختلفة من الأسلحة في إطلاق النيران تعبيرا عن الفرحة والبهجة بذلك اليوم، فحدث أن مات الكثيرون من الأشخاص الذين كانوا فوق المباني والأسطح والأشجار، ولما تقدم المتضررون من جراء ذلك إلى القضاء حكم هذا الأخير بمسؤولية الدولة على أساس المخاطر الاستثنائية، ثم توالت بعدها أحكام القضاء الإداري على هذا النحو، حيث صدرت عنه أحكام قضائية مماثلة في عدد من القضايا، محمّلا فيها الإدارة المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن نشاطاتها الخطرة، والتي نذكر من بينها ما يلي:

(1)- قضية (ب.م.م) ضد رئيس بلدية قسنطينة سنة 1986: حيث قضت الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء قسنطينة، على بلدية قسنطينة بتعويضها قيمة سيارة أحد المواطنين التي تم حرقها أثناء الهيجان الشعبي الذي عرفته قسنطينة خلال أيام 7 و 8 و 9 نوفمبر1986 .

(2)- قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة لخميسي: حيث تتعلق وقائع هذه القضية بوفاة السيد "بن عمارة لخميسي" بسبب توقف سائق السيارة التي كانت تقله وعائلته عند حاجز الدرك الوطني، ثم فراره معتقدا بأن الأمر يتعلق بحاجز مزيف، وهذا ما أدى برجال الدرك الوطني إلى إطلاق النار على السيارة[1]. وقد أكدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في هذه القضية على فكرة المخاطر، حيث جاء في إحدى حيثيات قرارها ما يلي: "حيث أنه بعد فحص وثائق الملف تبين...أن "محزم عزالدين" أصاب الضحية المستأنف عندما حاول إطلاق النار على هارب... والمعروف في القانون الإداري أن التعويض عن الأضرار التي تصيب غير المقصود بعملية البوليس، يكون أساسها فكرة المخاطر".

(3)- قضية "دالي محمد الطاهر" ضد "وزارتي الداخلية والدفاع الوطني ومن معهما": حيث تتعلق وقائع هذه القضية بتعرض السيد "دالي محمد الطاهر" للجرح بسلاح ناري والمفضي إلى عاهة مستديمة، من طرف السيد "محزم عز الدين" عضو في الدفاع الذاتي، ومن بين ما جاء في حيثيات قرار مجلس الدولة، حكم فيه بالتعويض على أساس فكرة المخاطر، ما يلي: "حيث أنه لا مسؤولية دون خطأ كقاعدة عامة، لكن التطور الذي حدث في مجال المسؤولية الإدارية فقها وقضاء وتشريعا، أدى إلى بروز استثناء في هذه القاعدة مفاده أنه يمكن ترتيب المسؤولية الإدارية بدون ركن الخطأ، وذلك على أساس المخاطر وتحمل التبعة، بسبب الخطر الناشئ عن نشاط الإدارة، وبمقتضى هذه المسؤولية، يكون...على الإدارة واجب التعويض رغم انتفاء ركن الخطأ"[2].

(4)- قضية "بلدية حاسي بحبح" ضد "ج.ع ومن معه": تتلخص وقائع هذه القضية في أنه بمناسبة فوز السيد "اليمين زروال" في الانتخابات الرئاسية التي جرت سنة 1995، بدأ بعض الأشخاص في بلدية "حاسي بحبح" يطلقون الرصاص للتعبير عن فرحتهم بفوزه، فانطلقت رصاصة من سلاح هؤلاء وأصابت الطفل المدعو

---

[1]- القرار رقم 8757 الصادر في 29 جويلية 1987، (غير منشور)، أشار إليه الدكتور مسعود شيهوب، **المسؤولية الإدارية بدون خطأ في القانون الإداري**، رسالة دكتوراه، حقوق، قسنطينة، 1991، ص.297 .

[2]- قرار مجلس الدولة الصادر في: 8 مارس 1999 في قضية "دالي محمد الطاهر" ضد "وزارتي الداخلية والدفاع الوطني ومن معهما. أشار إليه: حمزة نقاش، المرجع السابق، ص. 235.

(ش) ملحقة به جروحا متفاوتة الخطورة. فرفع والدي الطفل دعوى المسؤولية أمام الغرفة الادارية بمجلس قضاء الجلفة، مطالبين البلدية بالتعويض عما حدث لابنهم، فأصدرت هذه الأخيرة في 10 جوان 1996 قرارا ضد البلدية، قضت فيه قبل الفصل في الموضوع بتعيين الطبيب المختص بمستشفى "حاسي بحبح" للقيام بفحص الضحية في أماكن الإصابة مع تحديد نسبة العجز.

وبتاريخ 17 جوان 1996 استأنفت المندوبية التنفيذية لبلدية "حاسي بحبح" قرار المجلس القضائي أمام مجلس الدولة على أساس أن الضحية قاصر، وأنه شارك في مظاهرة غير مرخص بها، وبذلك فإن المسؤولية تقع على وزارة الدفاع الوطني، وأن البلدية لا تتحمل أية مسؤولية إلا عندما تتخلى عن أخذ الاحتياطات المفروضة عليها[1]، طبقا للمادة 140 من قانون البلدية[2]. غير أن مجلس الدولة أيد قرار المجلس القضائي، مؤسسا قراره على نص المادة 139 من قانون البلدية 08/90[3].

وعليه، فإن البلدية تُسأل حتى ولو اتخذت الاحتياطات الضرورية لتفادي وقوع تلك الأضرار، ومسؤوليتها في هذه الحالة لا تقوم على أساس الخطأ، سواء الواجب الإثبات أو الخطأ المفترض، بل تقوم على أساس المخاطر، فوجود تجمع سكاني على مستوى البلدية، أو حدوث تجمع أو تجمهر على مستوى تراب البلدية من شأنه أن ينشئ مخاطر قد تؤدي إلى أضرار بالأشخاص أو بالأموال، وتدعى تلك المخاطر بالمخاطر الاجتماعية، والتي تكون من استنباط القاضي الإداري، أو من استنباط المشرع، كما هو الحال عليه بالنسبة للمادة 139 من قانون البلدية[4]، فإذا وجدت مخاطر أو خطورة من شأنها إحداث ضرر ما، فإن ذلك يجعل من الحتمي قيام المسؤولية دون خطأ.

---

[1]- ناقش الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا دفوع البلدية بعدم مسؤوليتها، واعتبرها غير مستساغة من جهتين: **الجهة الأولى:** فيما يخص الدفع المتعلق بكون المظاهرات غير مرخصة، فإنه ليس محله مادامت المادة 139 لم تشترط أن تكون التجمعات والتجمهرات مرخصا بها حتى تكون البلدية مسؤولة، وكذا الحال بالنسبة للمادة 141 من قانون البلدية والتي تتحدث عن التجمهرات والتجمعات دون اشتراط لأن يكون مرخصا بها.

الجهة الأخيرة: وبخصوص الدفع المتعلق في كون البلدية لا تكون مسؤولة إلا عند تخليها عن أخذ الاحتياطات المفروضة عليها وفقا للمادة 140 أعلاه تتعلق بحالة وقوع نكبة (كارثة طبيعية) أو حريق، وليس بحالة وقوع جرائم بالعنف أو بالقوة العلنية أو في حالة التجمهر أو التجمع، ففي هذه الحالات والتي نحن بصددها، لم يشترط المشرع أن تعفى البلدية من المسؤولية إذا قامت باتخاذ اللازم من الاحتياطات. أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، **المنتقى في مجلس قضاء مجلس الدولة**، المرجع السابق، ص ص. 98-101.

[2]- تنص المادة 140 من قانون البلدية 08/90 بأنه: "في حالة وقوع كارثة أو نكبة أو حريق فلا تتحمل البلدية أية مسؤولية تجاه الدولة والمواطنين إلا عندما تتخلى عن أخذ الاحتياطات المفروضة عليها بمقتضى القوانين والتنظيمات". وتقابل هذه المادة في قانون البلدية رقم: 10/11 المادة 147، التي تنص: "في حالة وقوع كارثة طبيعية لا تتحمل البلدية أية مسؤولية تجاه الدولة والمواطنين إذا أثبتت أنها اتخذت الاحتياطات التي تقع على عاتقها والمنصوص عليها بموجب التشريع والتنظيم المعمول به".

[3]- تنص المادة 139 من قانون البلدية 08/90 على أنه: "تكون البلدية مسؤولة مدنيا عن الخسائر والأضرار الناجمة عن الجنايات والجنح المرتكبة بالقوة العلنية أو بالعنف في ترابها فتصيب الأشخاص أو الأموال، أو خلال التجمهرات والتجمعات".

[4]- لحسين بن شيخ آث ملويا، **المنتقى في مجلس قضاء مجلس الدولة**، المرجع نفسه، ص ص. 98-101.

الخـــاتمـــة

حاولت هذه الدراسة معالجة مسألة مدى تكفل القضاء الإداري والدستوري بحماية حقوق وحريات الأفراد في ظل حالة الضرورة، أين تكون فيها حقوقهم وحرياتهم مهددة بالانتهاك، وتكون المبادئ الدستورية والنصوص التشريعية الضامنة لهذه الحقوق والحريات عرضة للخرق.

وقد أكدت لنا هذه الدراسة بأنه لا وجود لتعارض بين السلطة والحرية، بل أن كلا منهما مكمل للآخر، وأن وجودهما معا ضروري لأي نظام ديمقراطي؛ لأن السلطة دون حرية يصير استبدادا، وحرية بلا سلطة تصبح الحياة دربا من الفوضى.

لذلك فإن تدخل السلطة في أمر الحرية ينبغي أن ينظر إليه على أنه أمر طبيعي ومحتوم في الفترة التي تشهد فيها الدولة اضطرابا أمنيا، أو كما قال الفقيه مونتسكيو « Montesquieu » : "من الواجب وضع حجاب على الحرية للحظة ما، كما نخبئ تماثيل الآلهة".

« Mettre pour un moment un voile sur la liberté comme l'on cache les statues des dieux ».

لأن الحرية لا يمكنها أن تعيش في جو يسوده الفوضى والصدمات وعدم الاستقرار.

وبما أن الأمن هو أولى المسؤوليات التي يجب على الدولة أن تضمنه للأفراد من أجل ممارسة حرياتهم، فإن حاجة الحرية لمن يضمن لها الحماية عند وجود بوادر الأزمة والاضطرابات، يصبح مطلبا أساسيا، نظرا لأن التهديد الذي تواجهه الدولة يعد المبرر الأساسي في ترجيح أمن الدولة وسلامتها على حساب حقوق الأفراد وحرياتهم.

لهذا فقد كان للقاضي الإداري الفرنسي وكذا المصري مساهمة كبيرة في ضمان حماية هذه الحقوق والحريات إبان العمل بأحكام حالة الضرورة، وهذا من خلال رقابة مدى التناسب بين الإجراءات المستخدمة من قبل الإدارة لمواجهة هذا التهديد وطبيعة الظرف الاستثنائي، كما حاول القضاء وضع ضوابط وشروط أخرى تدعم بها تلك الضوابط التي وضعها المشرع، وهذا حتى لا تتعسف الإدارة في المساس بالحقوق والحريات، كما ألزمها بتعويض الأفراد عن الأضرار التي تحدثها الإجراءات الاستثنائية. أما القاضي الدستوري الفرنسي فقد كانت له أيضا مساهمة في إلزام السلطة عند تدخلها لحماية الأمن حدود الهدف الاجتماعي المعبر عنه في الوثائق الدستورية، كما كان حريصا على جعل بعض الحريات والحقوق قيما دستورية لا يجوز انتهاكها أو المساس بها، حتى في حالات الضرورة.

في حين لم نجد أي مجهود مبذول من طرف القاضي الإداري والمجلس الدستوري الجزائري في مجال حماية الحقوق والحريات في ظل قيام حالة الضرورة. وهو ما جعلنا نخلص إلى أن الأجهزة الرقابية

في الجزائر سواء في تلك الظروف الاستثنائية أو في الأحوال العادية عديمة الفعالية، وأن الحديث عن الدولة القانونية التي تصان فيها حقوق وحريات الأفراد في الجزائر أمرا صعبا، نظرا لهيمنة السلطة التنفيذية الممثلة في رئيس الجمهورية على كل السلطات.

أما **النتائج الفرعية** الأخرى، التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث، فتتمثل أهمها في:

1- أن **التشريعات الاستثنائية** التي تسن لتحكم فترة الأزمات، لا تتجه فقط لأجل التضييق على حقوق وحريات المواطنين، وإنما توجه أيضا للحد من صلاحيات السلطات القائمة على حالة الضرورة (السلطة التنفيذية)، فتكون بذلك تلك الصلاحيات أو السلطات محصورة داخل إطار قانوني يساهم نوعا ما في حل الأزمة، دون الإثقال بدرجة كبيرة على الحريات والحقوق الأساسية، التي يكون تقييدها مناسبا مع التعديات على النظام العام. لهذا فإن لجوء السلطة التنفيذية إلى تطبيق أحكام حالة الضرورة ليس مجرد رخصة تمنح لها، وإنما هو واجب يرقى إلى مستوى الإلزام، متى توافرت مجموعة من الشروط والضوابط الإجرائية التي نص عليها المشرع، هذه الأخيرة التي تعد بمثابة مرجعية قانونية للقاضي الإداري أو الدستوري عند بسط رقابتهما على مدى مشروعية ودستورية تلك السلطات الاستثنائية.

2- أن **الظروف الاستثنائية** التي تمر بها البلاد، ما هي في الواقع إلا تطبيقا عاديا أو صورة خاصة لنظرية الضرورة، التي تمثل الأساس المبرر لاستعمال الإدارة لسلطاتها الاستثنائية الواسعة، كما تشكل كل من **حالة الاستعجال والقوة القاهرة**، حالة من حالات الضرورة.

3- **أن** فقهاء القانون الإداري توصلوا فيما يتعلق **بعلاقة حالة الضرورة بمختلف النظريات الفقهية المشابهة**، إلى أنها **علاقة تأثير وتأثر**، حيث اعتبروا بالنسبة لعلاقة حالة الضرورة بنظرية السلطة التقديرية، أن كلاهما لازمان لحسن سير الإدارة، ذلك أن قيام حالة الضرورة يجعل الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الوسيلة والطريقة لمواجهتها، لكونها الأقدر من غيرها على تقديرها تقديرا سليما، حسب خطورة الوضع. بالإضافة إلى أن كلا النظريتين تسمحان للإدارة بالمساس بحقوق وحريات الأفراد.

- وبالنسبة لنظرية الاعتداء المادي فقد أجمع الفقه والقضاء، على أن تصرف الإدارة الذي يبلغ حد الاعتداء المادي يعتبر غير مشروع لو تم اتخاذه في الأحوال العادية، غير أنه إذا قامت به الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، فإن هذه الأخيرة تنقص من درجة جسامة عدم المشروعية، فتجعله مشوبا بعدم المشروعية البسيط.

- كما أجاز القضاء الإداري في فرنسا ومصر للإدارة بأن تستولي على العقارات والمنقولات، بالمخالفة لأحكام التشريعات السارية، وذلك إذا رأت أن المحافظة على الأمن والنظام في الظروف الاستثنائية تتطلب اتخاذ هذا الإجراء، لهذا تجد نظرية الاستيلاء مجالها الخصب في هذه الظروف، لاسيما في حالة

التعبئة العامة، حيث تلجأ الدول إلى عملية الاستيلاء على عقارات الأفراد قصد استعمالها في تدريب الجيش أو تخزين الأسلحة والمعدات.

4- أما بالنسبة لعلاقة حالة الضرورة بنظرية أعمال السيادة، فقد اعبروا أنها تشكل بحق استثناء يرد على مبدأ المشروعية، لأنهما يسمحان للإدارة بالخروج عن تطبيقه. غير أن هذا الخروج في حالة الضرورة هو خروج اضطراري تحكمه الظروف الاستثنائية وحالة الخطر الذي يهدد الدولة، في حين أن خروجها عنه في الأحوال العادية، هو خروج إرادي، تهدف من ورائه الإدارة إلى تحصين بعض الأعمال والقرارات الإدارية بعدم إخضاعها لرقابة القضاء، نظرا لباعثها السياسي أو لارتباطها بالمصلحة العليا للدولة. لهذا السبب فقد عرفت نظرية أعمال السيادة انتقادا لاذعا من قبل فقهاء القانون الإداري، الذين اعتبروها -رغم محاولات القضاء الجادة في تضييق نطاق تطبيقها- تشكل ثغرة خطيرة في البناء القانوني للدولة، وهذا على عكس نظرية الضرورة التي اعترفوا بها وبينوا أحكامها ومبرراتها.

وتأسيسا على نظرية أعمال السيادة، فرق مجلس الدولة الفرنسي بين نوعين من القرارات: قرارات إدارية لا تخضع للرقابة القضائية أو الدستورية، باعتبارها تدخل ضمن طائفة أعمال السيادة؛ وهي قرارات إعلان وقرارات إنهاء حالة الضرورة بشتى صورها. أما القرارات التنفيذية التي تصدرها الإدارة أثناء قيام حالة الضرورة لتنفيذ النصوص أو اللوائح التشريعية المتعلقة بالظروف الاستثنائية، فهي تخضع لرقابة القضاء الإداري، إلغاءً وتعويضاً، باعتبارها أعمالا إدارية.

5- أن السلطة التنفيذية تضطر إلى أن تضحي ببعض هذه المبادئ القانونية، إذا ما تعرضت الدولة لتهديد جاد ومؤثر على سير المؤسسات الدستورية، وتمس بشكل قاطع استقرار مصالح المواطنين، فيدفعها ذلك التهديد إلى اتخاذ إجراءات عاجلة، أو غير شرعية إذا تطلب الأمر، للمحافظة على كيان الدولة ومصالح الأمة والمواطنين.

وتتمثل هذه المبادئ التي تتعرض للانتهاك والتضحية بها في ظل حالة الضرورة، في:

(أ)- **التضحية بمبدأ الفصل بين السلطات:** لقد أكدت لنا القوانين الاستثنائية المعلنة لقيام حالة الضرورة، بأنها تحدث اختلالا كبيرا في صلاحيات سلطات الدولة، لدرجة أن الحدود الفاصلة لهذه السلطات لم تعد تتضح في ظل تلك الظروف، وذلك بسبب هيمنة السلطة التنفيذية على العملية التشريعية والقضائية. وهو ما لاحظناه من خلال تطرقنا للمراسيم التنظيمية لحالتي الحصار والطوارئ، بحيث تعدت السلطة التنفيذية على صلاحيات السلطة التشريعية المتعلقة بتنظيم الحقوق والحريات وواجباتهم. وتعدت أيضا على صلاحيات السلطة القضائية، عندما قامت بتوقيع الجزاءات والعقوبات وإجراء الاعتقالات والتوقيف من دون محاكمة قضائية.

(ب)- التضحية بالدستور: يتعرض الدستور في حالة تعرض البلاد لعدوان أو حرب للتعطيل ولتوقيف العمل بأحكامه، بسبب أنه يصبح عاجزا عن مواجهة الوضع، والتكيّف مع ظروف الحرب، كما قد يشكل التزام السلطة التنفيذية بكل مواده عقبة قانونية وسياسية أمام تحقق الأغراض التي تهدف إليها التدابير الاستثنائية. وهو ما جعلنا ننتقد المؤسس الدستوري الجزائري الذي جعل التعطيل شاملا للدستور بكامله دون أن يستثني منه بعض المواد التي لا تشكل -في نظرنا- عقبة في مواجهة السلطة لممارسة اختصاصاتها الاستثنائية.

(ج)- التضحية بمبدأ المشروعية واستبداله بالمشروعية الاستثنائية: إن اتخاذ الإدارة للإجراءات والتدابير الاستثنائية والاستعجالية المناسبة لدرء ذلك الخطر الذي يتهدد أمن وسلامة الدولة، يترتب عليها حتما آثارا هامة على مبدأ المشروعية، حيث تجعله ضيقا، وقابلا للخروج عن مقتضياته، نظرا لعدم قدرة النصوص القانونية المعدة مسبقا لمواجهة الأزمة في الإبقاء على سلامة الدولة وأمنها، لذلك كانت التضحية بمبدأ المشروعية أمرا لابد منه للحفاظ على النظام العام، المهدد في وجوده، فللضرورة أحكام « nécessité fait loi » أو كما يقال: "الضرورة لا قانون لها" « Nécessité n'a point de loi »، بحيث لا يكون لرجل السياسة في هذه الحالة، إلا استعمال ما لديه من وسائل وإجراءات لحماية الدولة، فتتميز تلك الإجراءات بالشرعية الاستثنائية، لأنها تقوم على فكرة الضرورة، التي تعد شرطا موضوعيا وعنصرا من عناصر الشرعية الاستثنائية، كونها تضفي على قرارات وتصرفات الإدارة في حالة الضرورة المشروعية، حتى ولو لم تتم وفق الإجراءات القانونية.

6- أن قيام حالة الضرورة يترتب عليها اتساع سلطات الادارة، حيث تسمح الظروف الاستثنائية للإدارة أو السلطة التنفيذية بأن تمارس بكل حرية صلاحيات أخرى تختلف عن تلك الممنوحة لها في الظروف العادية وهذا لأجل الوفاء بواجباتها الوظيفية في الحفاظ على النظام العام وتأمين سير المرافق العامة؛ أي أن الظروف الاستثنائية تعد سببا مبررا لإعطاء السلطة الإدارية واختصاصات جديدة، لا تندرج ضمن اختصاصاتها الأصلية الواردة في صلب الدستور، غير أن هذا التوسع يجب أن ينظم بشكل دقيق لا يترك للإدارة مجالا للمساس بحقوق وحريات الأفراد، من دون الحاجة لذلك.

7- أن حالة الضرورة تؤثر على مشروعية القرار الإداري في جميع أركانه:

- إذ يغدو **ركن الاختصاص** لا أثر له إذا وجدت ظروف استثنائية تبرر عدم إمكانية احترام قواعده، لهذا فقد أجاز مجلس الدولة الفرنسي للسلطة الإدارية في وقت الحرب، أن تفوض اختصاصها، ولو في غياب أي نص تشريعي، أو تنظيمي يسمح لها بذلك التفويض. مبررا ذلك أن حالة الضرورة تقتضي من الإدارة التدخل السريع، باتخاذ كافة القرارات والتدابير اللازمة لحماية المصلحة العامة للبلاد، فتكون هذه التدابير

مشروعة، حتى وإن صدرت عن سلطة غير مختصة، أو كانت مخالفة **لقواعد الشكل والإجراءات** المطلوبة عادة في أعمالها الإدارية القانونية أو المادية المتخذة في الظروف العادية. فمتى اقترن صدور القرار المعيب بوجود ظروف استثنائية، امتنع القاضي الإداري عن بسط راقبته على عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل أو الإجراءات.

– أما بالنسبة **لركن المحل** فقد أجاز أيضا القضاء الإداري لسلطة الطوارئ اتخاذ التدابير الضرورية واللازمة، ولو كانت مخالفة للقوانين العادية السارية، متى كان ذلك ضروريا للمحافظة على الأمن والنظام العام وضمان سير المرافق العامة.

– غير أن القضاء الإداري الفرنسي وكذا المصري اعتبر **ركن السبب** في القرار الاستثنائي ركنا مهما يجب أن يخضع للرقابة القضائية، ليس فقط من حيث وجوده الحقيقي وتكييفه القانوني أو مشروعيته، وإنما كذلك من حيث التناسب أو الملاءمة بين السبب والأثر الذي رتبه القرار، لذا فإن رقابة القضاء على أعمال الإدارة في تلك الظروف هي رقابة استثنائية تشمل عنصري الملاءمة والمشروعية معا. مما يتعين على السلطة التنفيذية أن ترتكز لتبرير تصرفاتها على الظرف الاستثنائي، متى كان له وجود حقيقي.

– وبالنسبة **لركن الغاية**، فإنه إذا كانت السلطة الإدارية أو سلطة الطوارئ تخضع في ممارسة اختصاصاتها الاستثنائية لقاعدة رئيسية، التي مؤداها أن كل قرار تصدره يجب أن يستهدف تحقيق الأغراض والغايات التي من أجلها منحت هذه الاختصاصات الاستثنائية، فإن واقع الظروف الاستثنائية في الجزائر أثبتت وجود انحراف بالسلطة في القرارات الإدارية الصادرة عنها في تلك الظروف، إذ لم يكن هدف هذه القرارات حماية الأمن بقدر ما كانت مسطرة لأغراض سياسية بحتة، لاسيما وأن المبررات التي تم الاستناد إليها لإعلان حالة الطوارئ لم تكن جدية وكافية، وحتى ولو فرضنا جديتها وشرعيتها، فهي لا تبرر بقاء العمل بحالة الطوارئ لمدة 18 سنة كاملة، دون أن يكون هناك تهديد بحياة الأمة، كما اشترطته الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

8– أن حالة الضرورة تشكل قيدا على سلطة القاضي الإداري الجزائري في فرض رقابته على التدابير الاستثنائية الماسة بالحقوق والحريات، إذ على الرغم من أن الرقابة القضائية تعد الوسيلة الفعالة والضامن الحقيقي لحماية الحقوق والحريات العامة، كونها توقف الإدارة عند حدودها القانونية، إلا أن هذه الرقابة قد تتأثر ويتراجع دورها وفعاليتها في ظل الظروف الاستثنائية، وخاصة بالنسبة لرقابة القاضي الإداري الجزائري، التي لم يظهر لها أي دور، مقارنة بنظيره الفرنسي والمصري، وذلك لعدة أسباب، أهمها:

(أ)– تعاظم نفوذ الإدارة على حساب سلطات الدولة الأخرى، نتيجة الاختلال في التوازن بين السلطات في الدولة.

(ب)- إعطاء المحاكم العسكرية اختصاص النظر في الجرائم المرتكبة في ظل الظروف الاستثنائية، بدلا من المحاكم العادية.

(ج)- انتقاص النصوص من دور القضاء في الرقابة، حيث سمحت النصوص الاستثنائية للسلطة التنفيذية بأن تتولى توقيع العقوبات والقيام بإجراءات الاعتقال والتفتيش وحل الجمعيات والأحزاب من دون الحاجة لصدور حكم قضائي، مما أثر ذلك في قيام القضاء بدوره في حماية الحقوق والحريات العامة.

(د)- عدم تمتع القاضي الإداري بالاستقلالية في أداء دور الرقابة على أعمال الإدارة، إذ على الرغم من أن الدستور الجزائري يقر بمبدأ استقلالية القضاء، وعدم تأثر القضاة بالضغوطات السياسية، إلا أن ما استنتجناه من خلال هذه الدراسة هو العكس تماما، فقد كانت الرقابة التي قام بها القاضي الإداري الجزائري في مجملها تخدم مصلحة السلطة، وهذا على خلاف القاضي الإداري الفرنسي، الذي أكدت لنا أحكامه التي أصدرها في فترة قيام الظرف الاستثنائي، بأنه يتمتع باستقلالية تامة وصلاحيات واسعة خالية من أي ضغوطات أو تأثيرات من جانب السلطة العامة.

لهذا فإنه يحق لنا القول بأن رقابة القاضي الإداري الجزائري على تصرفات الإدارة المنافية للمشروعية، هي رقابة ضعيفة جدا وعديمة الجدوى والفعالية، ولقد أرجعنا أسباب ذلك، إلى:

- ولاء القاضي الإداري الجزائري للسلطة الحاكمة، نظرا لأن أغلب القضاة يتم تعيينهم بموجب مراسيم رئاسية، وهذا ما جعل القاضي الإداري الجزائري تنقصه الجرأة في مواجهة هذه السلطة والاعتراض على قراراتها. وهذا على خلاف ما تميز به القاضي الإداري الفرنسي والمصري.

- أن تخرج كل القضاة في الجزائر، مهما كانت الجهة التي سيعملون فيها، من المدرسة الوطنية للقضاء وخضوعهم لتكوين واحد، وعدم احتكاك القاضي الإداري بالإدارة وجهله لأسرارها وخباياها، كلها عوامل ساهمت في عدم تخصصه وعدم قدرته على الاجتهاد وخلق قاعدة قانونية إدارية، وهذا على خلاف القاضي الإداري الفرنسي، الذي يعد بحق قاضي منشئ للقانون الإداري ومؤسس للنظريات القضائية المختلفة، ومنها نظرية الظروف الاستثنائية. كما شكلت أحكامه واجتهاداته بالنسبة لكثير من القضاة، وبالأخص القاضي الإداري المصري والجزائري، مرجعا مهما لأغلب أحكامهم.

- عدم وجود سياسة قضائية واضحة للقاضي الإداري الجزائري في ظل الظروف الاستثنائية، وهو ما أكدته لنا الأحكام القضائية القليلة الصادرة بعد تقرير حالتي الحصار والطوارئ، التي لم تعمل على خلق التوازن المطلوب بين السلطة والحرية، ولم تكن تهدف في مجملها للدفاع عن الحقوق والحريات العامة.

وهذا على عكس القاضي الإداري الفرنسي، الذي يعامل الإدارة على قدم المساواة مع الفرد، محتكما في ذلك إلى القانون وما يفرضه الوضع، فهو لا ينظر إلى الإدارة بأنها معصومة من الوقوع في الخطأ، لهذا كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في فترة قيام الظرف الاستثنائي، مؤكدة لهذا الموقف.

9- أن حالة الضرورة تضفي صفة المشروعية على أعمال الإدارة، ولا تنفي عنها المسؤولية: فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة وألزمها بتعويض الأفراد عن الأضرار التي تصيبهم من جراء الأعمال والتصرفات الصادرة في ظل حالات الضرورة، على أساس ارتكابها لخطأ جسيم.

ولكي يتمكن المجلس من أن يحقق للأفراد قدرا كبيرا من الحماية والعدالة الاجتماعية، أجاز أن يحكم على الإدارة بالتعويض ولو لم ترتكب خطأ جسيما، وهذا تطبيقا لنظرية المسؤولية الإدارية دون خطأ أو نظرية المخاطر، بالاستناد لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. غير أن المجلس لم يشأ أن يوسع من تطبيقات النظرية فحصرها في حالات ضيقة، مراعاة لمصلحة الخزينة العامة. أما تقدير التعويض فقد ترك تقديره للقاضي، الذي يحكم فيه بما يراه مناسبا للظروف دون تقيده بالقواعد العامة المقررة في تقدير التعويض.

لذا فإن مجلس الدولة الفرنسي، بإقراره لمسؤولية الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة، قد نجح في تنفيذ سياسته الرامية إلى تحقيق التوازن بين سلطات وامتيازات الإدارة في الظروف الاستثنائية، وبين حقوق وحريات الأفراد والمواطن.

10- عرف الإطار القانوني المنظم لحالة الضرورة في الجزائر، سواء ما تضمنته نصوص الدستور أو ما احتوته المراسيم التنفيذية المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ، جملة من العيوب نذكر منها:

(أ)- العيوب التي تضمنتها نصوص الدستور المتعلقة بحالات الضرورة:

- إن ما يعيب على الدستور الجزائري هو أنه اعتبر رئيس الجمهورية المسؤول الأول على استرجاع الأمن والاستقرار، من خلال منحه صلاحية اتخاذ ما يراه مناسبا لدرء التهديد أو الخطر الذي يعصف بالدولة ومؤسساتها. ومنحه أيضا السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات المتعلقة بالحالات غير العادية، بصفة انفرادية دون مشاركة من باقي السلطات التي لا تمثل بالنسبة إلى رئيس الجمهورية سوى هيئات استشارية، يلتزم باستشارتها دون أن يلتزم بالأخذ بآرائها. لهذا فإننا لا نرى أية أهمية من قيام المؤسس الدستوري من خلال التعديل الدستوري الأخير 01/16 بمراجعة ترتيب الهيئات المكلفة بالاستشارة، من حيث أولوية الاستشارة؛ لأنه في كل الحالات تبقى آراؤهم غير ملزمة لرئيس الجمهورية. بل كان من المفروض أن يعيد التعديل الدستوري 01/16 النظر في قيمة الاستشارة وأن يحدد طريقة أو كيفية طلبها من تلك الهيئات.

– كما لا تملك أيضا أية سلطة من تلك السلطات التدخل لإنهاء الحالة الاستثنائية أو حالة الحرب من غير إرادة رئيس الجمهورية، وهذا ما يجعل بقاء الحقوق والحريات رهينة إرادته في إنهاء واحترام مبادئ المشروعية، وقيام دكتاتورية فعلية تنتهك فيها كل الحقوق التي يعترف بها الدستور.

– وما ساهم أيضا في تقوية مركز رئيس الجمهورية هو توليه سلطة التشريع عوضا عن البرلمان، حيث مكّنه الدستور بمهمة التشريع عن طريق الأوامر في الحالة الاستثنائية، كما منحه أيضا الحق في تعطيل الدستور وجعل السلطات تجتمع بيده في زمن الحرب.

– إن مكانة رئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، واتساع سلطاته على حساب باقي السلطات، جعلت الرقابة السياسية تعوزها الفعالية والجدية في متابعة نشاطه ونشاط السلطة التنفيذية خاصة في الظروف الاستثنائية التي عاشتها الجزائر، وما يؤكد ذلك هو سكوت البرلمان على قرار تمديد حالة الطوارئ والإبقاء في تطبيقها لزمن غير محدود، بالرغم من استعادة الجزائر لاستقرارها، وهذا خلافا لما نصت عليه المادة 86 من دستور 1989، التي اشترطت أن تكون حالة الطوارئ محددة المدة، ولا يمكن تمديدها إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني. وبقيت هيمنة السلطة التنفيذية تطغى، حتى بعد تنصيب مجلس الأمة إلى جانب المجلس الشعبي الوطني.

– أن الشروط الموضوعية والشكلية التي ضبطت سلطة رئيس الجمهورية في اللجوء إلى حالات الضرورة بمقتضى المواد من 105 إلى 111، لا تعتبر قيودا فعالة على إرادة رئيس الجمهورية؛ بسبب أن الشروط الشكلية لإعلان حالات الضرورة ركزت بالخصوص على الإجراء الاستشاري باعتباره إجراء جوهري ملزم لرئيس الجمهورية، يترتب على الإخلال به بطلان باقي الإجراءات التي سيتخذها، غير أن هذا الإجراء لا يمثل أي قيد على اتخاذه للإجراءات الاستثنائية الأخرى، إذ تظل لديه حرية التقدير في مواجهة الظرف بمفرده من دون أن يخضع في تقديرها لمعايير قانونية. وهو ما يجعل مهمة الرقابة الدستورية –إن مورست فعلا– صعبة وأحيانا مستحيلة، لاسيما وأن الشروط الموضوعية لإعلان إحدى صور حالة الضرورة جاءت بصيغة العموم.

– وما يعاب أيضا على المؤسس الدستوري الجزائري هو تنظيمه لحالتي الحصار والطوارئ في مادة واحدة، وهو ما أدى إلى صعوبة التمييز بينهما. ويمكن أن نعتبر أن عدم صدور قانون عضوي ينظم حالتي الطوارئ والحصار حتى يومنا هذا، هو أمر مقصود من قبل المؤسس الدستوري، لأن عبارة "اتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع"، تفيد بأنها لم تترك للمشرع ما ينظمه، كونها منحت كل الصلاحيات لرئيس الجمهورية، بما فيها تنظيم حالة الطوارئ أو الحصار بموجب مراسيم رئاسية. وهذا على عكس ما جاء به الدستور الفرنسي، الذي اكتفى بالإشارة إلى الجهة المختصة بتقرير حالة الحصار، وحدد مدتها، وكيفية

تمديدها، تاركا مسألة تنظيمها للمشرع، الذي يحدد الإجراءات الاستثنائية التي يجوز للسلطة التنفيذية القيام بها من أجل استتباب الوضع.

– إن ما يؤاخذ على المادة 105 من الدستور هو عدم تحديدها لمدة تمديد حالة الطوارئ ولا لحدود هذا التمديد، مما يشكل ذلك مساسا خطيرا بحريات الأفراد، وبحق الفرد المتضرر من اللجوء إلى جهات الرقابة في حالة مخالفة هذا النص.

– إذا كانت قرارات إعلان إحدى صور حالة الضرورة الواردة في الدستور الجزائري (حالة الطوارئ، الحصار، الحالة الاستثنائية، حالة التعبئة العامة، حالة الحرب)، وقرارات إنهاء العمل بها، توصف بأنها من أعمال السيادة، التي لا تخضع لرقابة مجلس الدولة، فإن هذا لا يمنع من اعتبار الأوامر والمراسيم الرئاسية الصادرة خلال تطبيق إحدى تلك الحالات أعمالا تشريعية تخضع لرقابة المجلس الدستوري. لكن ما لاحظناه هو غياب كلي لدور المجلس الدستوري في الفترة التي طبقت فيها حالة الطوارئ وهي الفترة اللاحقة على استعادة الجزائر لأمنها واستقرارها. إذ بالرغم من أن الدستور نص على إمكانية إخضاع المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الجمهورية للرقابة الدستورية متى كانت مخالفة للدستور، إلا أنه لم يحصل في تاريخ المجلس الدستوري أن أخطر لرقابتها. لذلك استنتجنا بأن الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر هي رقابة محدودة وغير فعالة، وأرجعنا سبب ذلك إلى ولاء المجلس الدستوري للسلطة التنفيذية التي تتدخل في تشكيل أغلب أعضائه، بالإضافة إلى طريقة إخطاره التي تنحصر في شخصيات محددة وهما رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان. وهذا على خلاف المجلس الدستوري الفرنسي الذي كان حريصا على حماية الحريات في كل الظروف، وقد حاول من خلال اجتهاداته أن يكون ميالا لحماية الحرية، فهو لم ينظر إلى الحرية من منظار فردي للإنسان فقط، بل ربطها بثلاثة ضوابط هي: الشخص بحد ذاته، المجتمع، ومتطلبات النظام العام.

أما المراسيم التنفيذية لحالة الحصار وحالة الطوارئ، فلم تخضع من الناحية الواقعية لأية رقابة بالرغم من اعتبارها قرارات إدارية، قابلة للطعن فيها أمام القاضي الإداري.

(ب)– الانتقادات الموجهة ضد المراسيم التنفيذية الصادرة إبان تطبيق حالتي الحصار والطوارئ:

– تميزت المراسيم التنفيذية الصادرة إبان تطبيق حالتي الحصار والطوارئ في الجزائر بإهدار السلطة التنفيذية لمبدأ الفصل بين السلطات، وذلك من خلال التعدي على صلاحيات السلطة التشريعية المتعلقة بتنظيم حقوق وحريات الأفراد العامة والفردية، الذي جعل الدستور حمايتها من المسائل المحجوزة للمشرع.

– مهما قيل عن الظروف الاستثنائية وما تقتضيه من وجود محاكم يتميز قضاؤها بالسرعة والحسم، إلا أنه ليس هناك أي ضرورة لانعقاد الاختصاص إلى المحاكم العسكرية، التي لا يطمئن الأفراد إليها، وهو ما

يؤدي إلى حرمانهم من حق اللجوء إلي قاضيه العادي. لذلك فإنه لا يمكن قبول انعقاد الاختصاص للمحاكم العسكرية إلا في حالة قيام الحرب، نظرا للآثار التي ترتبها هذه الأخيرة على سلطات الدولة. أما في باقي الحالات، فلا ضرورة لانعقاد الاختصاص إلى هذه المحاكم.

– إن سماح المراسيم التنفيذية لهيئات أخرى عدا رئيس الجمهورية، في القيام بالإجراءات الضرورية لاستتباب الوضع، يمثل اعتداء على ما قرره المؤسس الدستوري، الذي منع التفويض في هذا المجال. مما يعني أن تفويض السلطة العسكرية، لقيادة عمليات استتباب الأمن، يخالف ما قرره الدستور. وعليه فإن أي إجراء اتخذته السلطة العسكرية تقيد به الحقوق والحريات استنادا إلى التفويض المقرر في تلك المراسيم، هو إجراء غير دستوري.

– لذلك فإنه مهما بلغت المراسيم المنظمة لحالة الطوارئ والحصار من دقه في التنظيم، إلا أن الواقع أثبت لنا بأنها شكلت خطورة كبيرة على حريات الأفراد، نظرا لاغتصاب السلطة التنفيذية لصلاحيات دستورية غير مقررة لها، كما أنها لم تتقيد بالشروط والقواعد التي نصت عليها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية. لهذا فقد توصلنا، من خلال تحليلنا للمواد الواردة في المراسيم التنفيذية الصادرة إبان تطبيق حالتي الحصار والطوارئ، إلى الحكم عليها بأنها غير دستورية.

<u>الاقتراحات والتوصيات:</u>

مكنتا النتائج التي خلصنا إليها من خلال هذا البحث، إلى صياغة جملة من الاقتراحات والتوصيات التي لا نرى صعوبة في تحقيقها، كونها تمثل حلولا منطقية للانتقادات التي ذكرناها، تتمثل في:

1– يتعين لتكريس دولة القانون أن يتمتع القضاء الإداري الجزائري بضمانات قوية تجعله قادرا على توفير الحماية المطلوبة للأفراد في مواجهة تعسف السلطة، وحملها على العمل في إطار المشروعية، وهذا من خلال التجسيد الفعلي لمبدأ استقلال القضاء، الذي يتوقف على توفر إرادة حقيقية في خلق قضاء مستقل عن السلطة التنفيذية.

ومن المسائل الأساسية التي تساهم في استقلالية القضاء: تجسيد الاستقلال المالي والإداري للسلطة القضائية، إعادة النظر في تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء ليكون بأغلبية ساحقة من القضاة، وتوسيع صلاحياته لتشمل كل ما يتعلق بالحياة المهنية للقضاة بكل فئاتهم ومناصبهم، واعتماد أسلوب الانتخاب في تولي منصب القضاء، والعمل على تخصص القضاة في المادة الإدارية، ونقترح أن يكون الترشح لوظيفة القضاء الإداري الأساتذة والباحثون الجامعيون المتخصصون في مادة القانون الإداري، وأيضا أن يخضع القضاة وأعوانهم لتكوين دوري ومستمر، مع ضرورة إبرام اتفاقية تعاون مع مجلس الدولة الفرنسي قصد إجراء تربصات تكوينية لقضاة مجلس الدولة حتى يكونوا قادرين على الاجتهاد في المادة الإدارية.

2- إذا كان مساس حالة الضرورة بالمبادئ الدستورية، التي تشكل ضمانات لصيانة حقوق وحريات الأفراد، فإنه ينبغي على السلطة التنفيذية في ظل تلك الظروف، أن تتمسك بالقدر الأدنى بمضمون المبدأ، بدلا من اهداره بصورة كلية. كما ينبغي على مجلس الدولة الجزائري أن يحدد موقفه من أعمال السيادة التي تخرج عن نطاق الرقابة، مع تحديد طبيعة القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية في حالات الضرورة.

4- ضرورة النص في القوانين الاستثنائية على مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير الشرعية، التي تلحق أضرارا بالغير، لأن مثل هذا النص سوف يجعل السلطة المكلفة بتسيير حالات الظروف الاستثنائية، تتحسب قبل أن تتخذ أي إجراء قد يلحق الضرر بالغير. كما يجب أن تكون الرقابة القضائية مصحوبة بالجزاءات والتعويضات المناسبة لطبيعة الاعتداء على الحرية وبحسب جسامته، وأن لا يقتصر الجزاء على الإجراء الذي اتخذته السلطة، وإنما يمتد إلى الشخص متخذ الإجراء.

5- إن حق الفرد في التقاضي أمام قاضيه العادي، هي من بين ضمانات حماية الحقوق والحريات في ظل الظروف الاستثنائية، لهذا فإننا نقترح عدم النص في القانون العضوي المنظم لحالتي الحصار والطوارئ –المزمع اصداره– أو في القوانين الاستثنائية على انعقاد الاختصاص إلى المحاكم العسكرية، إلا عند إعلان حالة الحرب، وأن يبقى الاختصاص بنظر القضايا التي تنشأ في ظل الحالات الأخرى للقاضي العادي.

6- ضرورة التعجيل بإصدار القانون العضوي المنظم لحالتي الطوارئ والحصار، مع وجوب التمييز بينهما وتفادي الغموض الذي جاءت به المادة 91 من دستور 1996، والذي أبقى عليه التعديل الدستوري 2016 بموجب المادة 105، وإسناد المهمة للبرلمان وحده دون الحكومة.

7- لتكريس مبدأ الفصل بين السلطات والتخفيف من انتهاكه لاسيما في الظروف الاستثنائية، فإننا نقترح أن يدرج في الدستور نصا يجيز فيه للحكومة أن تقدم طلبا إلى البرلمان من أجل تفويضها في ممارسة الوظيفة التشريعية قصد مواجهة الأزمة، كما فعله الدستور الفرنسي والمصري، باعتبار أن تشريع التفويض هو أمر مستساغ تقتضيه مصلحة الوطن لاسيما في الظروف الاستثنائية.

8- ضرورة الاعتماد على التقارير التي تصدرها "اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان" بخصوص وضعية الحريات في الجزائر، مرجعا تعتد به السلطتين التشريعية والتنفيذية عند مراجعة قوانينها ولوائحها بما يحقق حماية وترقية الحريات الأساسية.

9- لكي يتمكن البرلمان من استعادة هيبته ومكانته في التشريع، فإنه يتعين عليه أن لا يسمح للسلطة التنفيذية، تحت أي ظرف الاعتداء على اختصاصه في تنظيم الحقوق والحريات. وحتى يكون للبرلمان دوره الجاد والفعال في رقابة السلطة التنفيذية ومتابعة نشاطها خاصة في الظروف الاستثنائية، أين تتعمد فيها

السلطة تقييد الحريات والخروج عن سيادة القانون، فإننا نقترح بأن ينص الدستور على إلزام السلطة التنفيذية بإطلاع البرلمان عن كل إجراء استثنائي تتخذه، وذلك عن طريق تقارير دورية ترفع إليه.

مع ترك المجال أيضا للرأي العام في أن يدعم تلك الرقابة ويشارك في صنع القرارات السياسية.

10- يجب تحديد مبررات إعلان حالات الظروف الاستثنائية بدقة، من خلال حصر حالات الضرورة الملحة والخطر، وذلك لعدم تستر رئيس الجمهورية وراء هذه المصطلحات المبهمة، ويلجأ إلى إعلان النظام الاستثنائي لأسباب يقدرها هو، و بذلك يغلق الباب أمامه لإساءة استخدام السلطة.

11- نقترح أن يحدد الدستور الجزائري أو القانون العضوي المنظم لحالتي الحصار والطوارئ، طائفة الحقوق والحريات التي تكون محلا للتقييد، على أن تكون في حدود الحقوق والحريات التي تناولتها الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية.

12- نقترح إعادة صياغة المادة 107 على النحو التالي: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر **جسيم وحال** يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها أو مواطنيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية.

ولا يتخذ مثل هذا الإجراء **إلا بعد الأخذ برأي** رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني **والمجلس الدستوري**، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ، **في أقل مدة ممكنة**، الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية، **على أن يأخذ رأي المجلس الدستوري حول هذه الإجراءات.**

ويجتمع البرلمان وجوبا.

يوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يطلعهم عن الوضع وما تم اتخاذه.

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

13- ضرورة الحرص على تفادي الغموض والثغرات الواردة في نصوص الدستور والتي من شأنها إعطاء فرصة للمشرع والإدارة في فرض قيود تعسفية تمس بحريات الأفراد، إذ بالرغم من أن القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري قد راجع مواد كثيرة في دستور 1996، إلا أنه لم يرفع الغموض الذي اكتنفته المادة 91 بل أبقى على الصياغة ذاتها دون تغيير، كما أبقى النص على حالتي الحصار والطوارئ في مادة واحدة، ولهذا فإننا نقترح أن يعاد النظر في هذه المادة، بأن يخصص الدستور لكل حالة مادة دستورية خاصة بها وبأحكامها، وأن يضبط فيها صلاحيات رئيس الجمهورية، وذلك حتى لا يتعسف ويتعدى على صلاحيات السلطة التشريعية.

14- نقترح بالنسبة لحالة الطوارئ أن ينص الدستور نفسه أو القانون العضوي المنظم لها على مدة محدّدة لسريان النظام الاستثنائي، تلتزم كافة الهيئات في الدولة على احترامها، كأن تحدد بستة أشهر كحد أقصى، بحيث يصبح قرار إعلان هذه الحالة بعد هذه المدة غير نافذ، ما لم يستدع الظرف التمديد، والذي لا يتم إلا بموافقة البرلمان، وبذلك يمكن ضمان عدم إساءة استخدام السلطة بتقييد الحريات والحقوق لفترة طويلة دون موافقة ممثلي الشعب، ودون ضابط زمني يسمح بذلك. وقد سبق وأن مرت الجزائر بهذه التجربة عندما استمر العمل بقانون الطوارئ من 1992 إلى غاية 2011.

15- نقترح ضم حالة التعبئة العامة لحالة الحرب، نظرا للارتباط الحاصل بينهما، والنص عليهما في مادة واحدة، يكون صياغتها على النحو التالي: "**إذا وقع عُدوان فعليّ على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصّت عليه التّرتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يقرّر رئيس الجمهوريّة التّعبئة العامّة في مجلس الوزراء بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري.**

ويمكن أن يُعلِن رئيس الجمهوريّة الحرب حسب الأشكال والإجراءات السابقة.

ويجتمع البرلمان وجوبا.

ويوجّه رئيس الجمهوريّة خطابا للأمّة يُعلِمُها بذلك".

16- نقترح أن يحدد الدستور المواد التي يتعين تعطيلها في حالة الحرب، وأن لا يمس التعطيل المواد الدستورية المبينة لشروط وإجراءات إعلان حالة الحرب وكيفية إنهائها؛ وهي المواد من 109 إلى 111، وكذلك المواد المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ، والحالة الاستثنائية، وحالة التعبئة العامة (المواد 105 إلى 108)، وكذا المواد التي تحكم المجتمع الجزائري، حيث يتعين الإبقاء عليها سارية المفعول طيلة مدة الحرب، لأن هذه المواد تناسب الوضع وتخدمه دون أن تشكل أية عقبة في وجه السلطة التنفيذية في ممارسة سلطاتها الاستثنائية.

كما نقترح أن يسمح الدستور لرئيس الجمهورية بأن يقوم بسن نصوص قانونية تكون بمثابة (دستور حرب) تحكم بصفة مؤقتة ذلك الوضع الاستثنائي، إلى غاية استعادة الدولة ومؤسساتها لأمنها واستقرارها، ولو أدت تلك النصوص إلى جعل حقوق وحريات الأفراد أكثر تقييد، وأن يخصص لهذا الوضع (ميزانية حرب)، مع تسمية السلطة التنفيذية الحاكمة مؤقتا في تلك الظروف اسم (حكومة حرب).

17- نأمل أن التعديلات التي جاء بها القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري فيما يتعلق بطرق تحريك الرقابة الدستورية أمام المجلس الدستوري بواسطة الدفع، وكذا التوسع في عدد المكلفين

بإخطاره، سوف تدعم بالفعل مكانة المجلس الدستوري وتجعله أكثر نشاطا عما كان عليه في ظل دستور 1996، وأن تضمن للفرد –بصفة فعلية لا نظرية– حماية لحقوقه وحرياته الفردية والجماعية.

لكن بالرغم من هذه التعديلات، التي نرى بأنها سوف تساهم في بناء دولة القانون وتعميق الديمقراطية التعددية، إلا أننا نقترح أن يعزز دور المجلس الدستوري أكثر، من خلال إعطائه إمكانية التدخل التلقائي لرقابة التشريعات المتعلقة بالحريات الأساسية في جميع الظروف والحالات.

18– وفي مجال القانون الدولي، يستحسن أن تنص الاتفاقيات الدولية للحقوق المدنية والسياسية على قاعدة تضفي صفة الإلزامية على إجراء الإخطار؛ لكونه إجراء جوهريا من شأنه المحافظة على كيان المجتمع الدولي من انهيار العلاقات، مع ضرورة تحديد ميعاد أو مهلة معينة للقيام به .

وبما أن الواقع أثبت لنا بأن حكومات كثير من الدول –لاسيما العربية– قد تجاوزت في ظل قانون الطوارئ الحدود المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، وانتهكت حقوقا لا يقبل المساس بها حتى في ظل الأوضاع الاستثنائية. فإننا نرى بأن الدول العربية –في الوقت الراهن– هي في أمس الحاجة لأن يكون لها ميثاق لحقوق الإنسان يحتوي على بنود واضحة ودقيقة تنظم حالة الطوارئ، وخاصة بعدما أصبحت بعض البلدان العربية تعيش أزمات كوضع دائم وليس كوضع استثنائي. كما نقترح بأن تقوم هذه الدول بإنشاء محكمة لحماية حقوق وحريات الأفراد، تكون لها كفاءة قانونية فعالة ومحايدة، وتتمتع قراراتها بالقوة الإلزامية في مواجهة الدول التي تنتهك تلك الحقوق والحريات، وتتجاوز الحدود التي نص عليها الميثاق.

– وفي الأخير، ندعو المشرع الجزائري إلى محاولة القضاء الفعلي على التبعية القانونية وظواهر الاقتباس والتقليد التي تربط مصيرنا القانوني بعجلة القوانين الدخيلة، وضرورة جعل الفقه الإسلامي الخالد خلود البشرية هو الأساس لقوانيننا، والعمل على تنزيل الضرورة الشرعية بضوابطها وقواعدها على القضايا المعاصرة.

"الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات"

الملحق رقم (1)

المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المؤرخ في 4 يونيو 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار

الملحق رقم (2)

المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 1992/2/9 يتضمن إعلان حالة الطوارئ.

الملحق رقم (3)

المرسوم التشريعي رقم: 02/93 المؤرخ في: 1993/01/6 المتضمن تمديد مدة حالة الطوارئ.

الملحق رقم (4)

المرسوم الرئاسي رقم:91/336 المؤرخ في:
29 سبتمبر 1991 يتضمن رفع حالة الحصار.

الملحق رقم (5)

المرسوم التنفيذي رقم: 201/91، المؤرخ في: 1991/06/25 يضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطه، تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المؤرخ في: 1991/06/4، المتضمن تقرير حالة الحصار.

الملحق رقم (6)

المرسوم التنفيذي رقم: 202/91 المؤرخ في: 1991/06/25، يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار.

الملحق رقم (7)

المرسوم التنفيذي رقم: 204/91 المؤرخ في: 25 جوان 1991 يحدد شروط تطبيق المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم: 196/91 المؤرخ في: 4جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار.

الملحق رقم (8)

المرسوم التنفيذي رقم: 203/91 المؤرخ في: 25 جوان 1991، يضبط كيفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة المتخذة طبقا للمادة 08 من المرسوم الرئاسي 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار.

الملحق رقم (9)

المرسوم التنفيذي رقم: 75/92 المؤرخ في 20 فبراير 1992، الذي يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 1992/2/9، المتضمن حالة الطوارئ.

الملحق رقم (10)

القرار الوزاري المشترك بين وزير الدفاع الوطني ووزير الداخلية والجماعات المحلية، المؤرخ في 10 فيفري 1992، الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في حالة الطوارئ.

الملحق رقم (11)

قرارات وزارية مؤرخة في: 10 فيفري 1992 تتضمن إنشاء مراكز أمن في كل من رقان (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، وعين صالح (ولاية تمنراست) بالناحية العسكرية السادسة، وورقلة (ولاية ورقلة) بالناحية العسكرية الرابعة.

الملحق رقم (12)

قرارات وزارية مؤرخة في 15 فيفري 1992 تتضمن إنشاء مراكز أمن في كل من الحمر (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، وبرج عمر إدريس (ولاية إيليزي) بالناحية العسكرية الرابعة.

الملحق رقم (13)

الأمر رقم: 124/67 المؤرخ في: 8 يوليو 1967، يتضمن الإعلان عن التعبئة العامة.

الملحق رقم (14)

القانون رقم: 19/91 المؤرخ في: 1991/12/02، الذي يعدل ويتمم القانون رقم: 28/89 المؤرخ في: 1989/12/31، المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية.

القانون رقم: 23/91 المؤرخ في: 1991/12/6 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية.

الملحق رقم (15)

المرسوم الرئاسي رقم: 488/91، المؤرخ في 1991/12/21، يتضمن تطبيق القانون رقم: 23/91 المؤرخ في: 6 ديسمبر 1991 يحدد كيفيات مساهمة وحدات الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، وشروط ذلك.

الملحق رقم (16)

المرسوم الرئاسي رقم: 320/92 المؤرخ في 11 أوت 1992 يتمم المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 9 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ.

قائمة المصادر والمراجع

1. قائمة المصادر والمراجع باللّغة العربية

1.1.المصادر

(أ)- القرآن الكريم.

(ب)- النصوص القانونية:

(1)- النصوص القانونية الدولية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.
2. الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966، ودخلت حيز النفاذ في 23 مارس 1973.
3. الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، الموقعة في روما بتاريخ 4 /1950/11.
4. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، الموقعة في "سان خوسيه" بتاريخ 1969/11/22.

(2)- النصوص القانونية الداخلية:

✓ **الدساتير:**

1. دستور الجمهورية الجزائرية 1963/09/18.
2. دستور الجمهورية الجزائرية 1976/11/22.
3. دستور الجمهورية الجزائرية 1989/02/23، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 09 المؤرخة في: 1 مارس 1989 .
4. دستور الجمهورية الجزائرية 1996/11/28. ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 76 المؤرخة في: 07 ديسمبر 1996 ، المعدل والمتمم بـــ:

* القانون رقم: 03/02 المؤرخ في: 10 أفريل 2002، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 25 المؤرخة في: 14 أبريل 2002،
* القانون رقم: 19/08 المؤرخ في: 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 63 المؤرخة في: 16 نوفمبر 2008،
* القانون رقم: 01/16 المؤرخ في: 6 مارس 2016، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 14 المؤرخة في: 07 مارس 2016.

5. دستور جمهورية مصر العربية الصادر بتاريخ: 11 سبتمبر 1971.

6. الدستور الفرنسي الصادر بتاريخ: 1958/10/4، المعدل بموجب القانون الدستوري رقم 724/2008 المؤرخ في 23 جويلية 2008، المتضمن تطوير مؤسسات الجمهورية الخامسة.

✓ **القوانين والأوامر:**

1. القانون العضوي رقم: 02/99 المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1419 الموافق 8 مارس سنة 1999، المتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 15 المؤرخة في: 1999/03/09، المعدل والمتمم بالقانون العضوي الصادر بتاريخ: 28 نوفمبر 2000.
2. القانون العضوي رقم: 01/98 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر ج ج.د.ش، عدد 37.
3. القانون العضوي رقم: 11/05 المؤرخ في 17 يوليو 2005، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 51.
4. القانون رقم: 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش، رقم: 34 الصادرة في: 2001/01/27 .
5. القانون رقم: 11/89 المؤرخ في: 05 جوان 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 27، الصادرة في: 05 جوان 1989.
6. القانون رقم: 19/91 المؤرخ في: 1991/12/02، الذي يعدل ويتمم القانون رقم: 28/89 المؤرخ في: 1989/12/31، المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية. ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 63، المؤرخة في: 1991/12/7.
7. القانون رقم: 23/91 المؤرخ في: 1991/12/6 المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 63، المؤرخة في: 1991/12/7.
8. القانون رقم: 08/90 المؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 15 المؤرخة في: 1990/04/11.
9. القانون رقم: 09/90 المؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد: 15 المؤرخة في: 1990/04/11.
10. القانون رقم: 02/91 المؤرخ في 8 جانفي 1991، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، ج.ر.ج.ج.د.ش، رقم: 2 الصادرة في: 9 جانفي 1991.
11. الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، ج.ر.ج.ج عدد: 78 المؤرخة في: 1975/09/30، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 20 يوليو 2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 44 المؤرخة في: 2005/06/26.

12. الأمر 01/06 المؤرخ في: 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 11، المؤرخة في: 28 فبراير 2006.

13. الأمر رقم: 09/97، المؤرخ في: 6 مارس 1997، المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 12، الصادرة في 6 مارس1997.

14. الأمر رقم: 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 97.

15. الأمر رقم: 154/66 المؤرخ في: 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالأمر رقم: 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد21، الصادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008.

16. الأمر رقم: 124/67 المؤرخ في: 8 يوليو 1967، يتضمن الإعلان عن التعبئة العامة، ج.ر.ج.ج.د.ش، الصادرة بتاريخ: 25 يوليو 1967.

17. الأمر رقم: 258/64 المؤرخ في: 1964/08/27 المتضمن إنشاء لجنة لمصادرة الأملاك التابعة للأشخاص، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 71 (باللغة الفرنسية).

18. الأمر رقم: 15/97 المؤرخ في: 1997/05/31 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 38.

19. الأمر رقم: 01/11 المؤرخ في: 23 فبراير 2011، المتضمن رفع حالة الطوارئ، وإلغاء المرسوم التشريعي رقم: 102/93 المؤرخ في: 6 فبراير 1993 المتضمن تمديد مدة حالة الطوارئ المعلنة بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 92/44 المؤرخ في: 9 فبراير 1992، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 12، الصادرة بتاريخ 23 فبراير 2011.

20. الأمر رقم: 01/2000 المؤرخ في: 01 مارس 2000 المتعلق بإدارة ولاية الجزائر والبلديات التابعة لها، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 09 الصادرة بتاريخ: 02 مارس 2000 .

21. المرسوم التشريعي رقم: 02/93 المؤرخ في 1993/01/6 المتضمن تمديد مدة حالة الطوارئ، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 8، الصادرة بتاريخ: 1993/01/7.

✓ **المراسيم الرئاسية والتنفيذية:**

1. المرسوم رقم: 125/67 المؤرخ في 8 يوليو 1967، المتضمن تطبيق الأمر رقم 124/67 المتضمن الإعلان عن التعبئة العامة، ج.ر.ج.ج.د.ش، الصادرة بتاريخ: 25 يوليو 1967.

2. المرسوم الرئاسي رقم: 67/89 المؤرخ في 16 ماي 1989، المتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري الأول الملحق بها، وللاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 20.

3. المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المؤرخ في 4 يونيو 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 29، الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991 .

4. المرسوم الرئاسي رقم: 336/91 المؤرخ في: 22 سبتمبر 1991، المتضمن رفع حالة الحصار ابتداء من 29 سبتمبر 1991، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 44 الصادرة بتاريخ: 25 سبتمبر 1991.
5. المرسوم الرئاسي رقم: 488/91، المؤرخ في 1991/12/21، يتضمن تطبيق القانون رقم: 23/91 المؤرخ في: 6 ديسمبر1991، يحدد كيفيات مساهمة وحدات الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، وشروط ذلك، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد66، الصادرة بتاريخ: 22 ديسمبر 1991.
6. المرسوم الرئاسي رقم:336/91 المؤرخ في 29 سبتمبر 1991 يتضمن رفع حالة الحصار ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد:44 ، الصادرة بتاريخ: 25 سبتمبر 1991 .
7. المرسوم الرئاسي رقم: 01/92 المؤرخ في 4 جانفي 1992 يتضمن حل المجلس الشعبي الوطني، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 2 الصادرة بتاريخ: 8 جانفي 1992 .
8. المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في 9 فيفري 1992 يتضمن إعلان حالة الطوارئ، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 10 الصادرة بتاريخ: 9 فيفري 1992 .
9. المرسوم الرئاسي رقم: 320/92 المؤرخ في 11 أوت 1992 يتمم المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 9 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 61 الصادرة بتاريخ: 12 أوت 1992 .
10. المرسوم الرئاسي رقم: 124/06، المؤرخ في 27 مارس 2006 المحدد لكيفيات إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضوع إجراءات إدارية بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 19 الصادرة بتاريخ: 29 مارس 2006.
11. المرسوم رقم: 93/06 المؤرخ في: 2006/02/28 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 11، المؤرخة في: 28 فبراير 2006.
12. المرسوم رقم: 94/06 المؤرخ في: 2006/02/28 المتعلق بإعانة الدولة للأسر المحرومة التي ابتليت بضلوع أحد أقاربها في الإرهاب، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 11، المؤرخة في: 28 فبراير 2006.
13. المرسوم رقم: 95/06 المؤرخ في: 2006/02/28 المتعلق بالتصريح المنصوص عليه في المادة 13 من الأمر 01/06 المؤرخ في 27 فبراير 2006، المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد: 11، المؤرخة في: 28 فبراير 2006.
14. المرسوم التنفيذي رقم: 201/91، المؤرخ في 25 جوان 1991 يضبط حدود الوضع في مركز المتضمن حدود وشروط الوضع في مركز للأمن وشروطه تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم:196/91 المؤرخ في: 4 جوان 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991.

15. المرسوم التنفيذي رقم: 202/91 المؤرخ في 25 جوان 1991، يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991.

16. المرسوم التنفيذي رقم: 203/91 المؤرخ في: 25 جوان 1991، يضبط كيفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة المتخذة طبقا للمادة 08 من المرسوم الرئاسي 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991.

17. المرسوم التنفيذي رقم: 204/91 المؤرخ في: 25 جوان 1991 يحدد شروط تطبيق المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم: 196/91 المؤرخ في: 4 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 31 الصادرة بتاريخ: 26 جوان 1991.

18. المرسوم التنفيذي رقم: 54/93 المؤرخ في 16 فيفري 1993، المحدد لبعض الالتزامات القابلة للتطبيق على الموظفين والأعوان الإداريين وعمال المؤسسات العمومية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد11 الصادرة بتاريخ: 17 فيفري 1993 .

19. المرسوم التنفيذي رقم: 75/92 المؤرخ في 20 فبراير 1992، الذي يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في: 1992/2/9، المتضمن حالة الطوارئ. ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 14، الصادرة بتاريخ: 23 فبراير 1992.

20. المرسوم التنفيذي رقم: 141/92 المؤرخ في 11 أفريل 1992، المتضمن حل مجالس شعبية ولائية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 27 الصادرة بتاريخ: 12 أفريل 1992.

21. المرسوم التنفيذي رقم: 142/92 المؤرخ في 11 أفريل 1992، المتضمن حل مجالس شعبية بلدية، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 27 الصادرة بتاريخ: 12 أفريل 1992.

22. المرسوم التنفيذي رقم: 47/99 المؤرخ في 13 فيفري 1999 يتعلق بمنح تعويض لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وضعت في إطار مكافحة الإرهاب، وكذا ذوي حقوقهم.

✓ **القرارات الوزارية:**

1. قرار وزير الداخلية والجماعات المحلية المؤرخ في 10 فيفري 1992، المتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11 الصادرة بتاريخ: 11 فيفري 1992.

2. قرار مؤرخ في 11 فيفري 1992 يتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاة فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11 الصادرة بتاريخ: 11 فيفري 1992 .

3. القرار الوزاري المشترك بين وزير الدفاع الوطني ووزير الداخلية والجماعات المحلية، المؤرخ في: 10 فيفري 1992، الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في حالة الطوارئ. ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 11 الصادرة بتاريخ: 11 فيفري 1992 .

4. قرارات وزارية مؤرخة في: 10 فيفري 1992 تتضمن إنشاء مراكز أمن في كل من رقان (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، و عين صالح (ولاية تمنراست) بالناحية العسكرية السادسة، وورقلة (ولاية ورقلة) بالناحية العسكرية الرابعة، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 11 الصادرة بتاريخ: 11 فيفري1992 .

5. قرارات وزارية مؤرخة في 15 فيفري 1992 تتضمن إنشاء مراكز أمن في كل من الحمر (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، وبرج عمر إدريس (ولاية إيليزي) بالناحية العسكرية الرابعة، ج.ر.ج.ج.د.ش، عدد 14 الصادرة بتاريخ: 23 فيفري 1992 .

(ج)- القرارات والأحكام القضائية:

1. قرار (م.د.ج)، رقم: 02/2000 /ق.أ/م.د المؤرخ في: 27 فبراير 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم: 15/97المؤرخ في 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى . ج.ر.ج.ج.د.ش، العدد 07 الصادرة بتاريخ: 2000/02/28.

2. قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1984/01/07، قضية (ي ج ب) ضد وزير المالية، **المجلة القضائية**، ع 4، 1989.

3. قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1985/11/23، القضية رقم 42050، **المجلة القضائية**، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1989.

4. قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، 13 أفريل 1997، **المجلة القضائية**،ع 1، 1998

5. قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1993/04/25، القضية رقم 105528 (قرار غير منشور).

6. قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 7/01/ 1984، القضية رقم 36473، **المجلة القضائية**، ع 4، 1989 .

7. قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1983/06/27 ،القضية رقم28881، **المجلة القضائية**، ع1، 1989.

8. حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 1945/05/19.

9. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشرة سنوات 1955-1965.

10. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ: 27/05/ 1980، قضية رقم 1688، لسنة 32 قضائية.

11. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ: 1978/06/27 في القضية رقم 833 لسنة 32 قضائية.

12. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ: 1956/01/13، **مجموعة أحكام القضاء الإداري**، السنة العاشرة قضائية.

(د)- المعاجم اللغوية:

1. ابن منظور (جمال الدين الأنصاري): **لسان العرب**، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1988.
2. **المنجد في اللغة**، توزيع المكتبة الشرقية، لبنان، 1969.

2.1. المراجع العامة

(أ)- المؤلفات:

1. أبو زيد مصطفى فهمي: **القضاء الإداري ومجلس الدولة**، الإسكندرية، 1969.
2. أبوراس محمد الشافعي: **القضاء الإداري**، مكتبة النصر، الزقازيق، القاهرة، 1996.
3. أبو زيد محمد عبد الحميد: **القضاء الإداري**، (ولايتا الإلغاء والتعويض)، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1988.
4. إبراهيم إبراهيم عبد الرحمن: **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تاريخه- نظرياته العامة- مصادره**، دار الثقافة، عمان، د.س.ن.
5. أوصديق فوزي: **النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي**، د.م.ج، الجزائر، د.س.ن.
6. بدوي محمد طه، محمد طلعت الغنيمي: **النظم السياسية والإدارية**، ط 1، دار الحضارة، مصر، 1956.
7. بسيوني عبد الرؤوف هاشم: **نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية**، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.
8. بسيوني عبد الغني عبد الله: **القضاء الإداري**، **(مبدأ المشروعية)**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
9. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **مبادئ القانون الدستوري**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
10. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **النظم السياسية**، (أسس التنظيم السياسي)، دار الجامعية، بيروت، 1985.
11. بدوي ثروت: **النظم السياسية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
12. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
13. بعلي محمد الصغير: **الوسيط في المنازعات الإدارية**، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2009 .
14. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **القانون الإداري**، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004 .
15. بن شيخ آث ملويا لحسين: **دروس في المنازعات الإدارية وسائل المشروعية**، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2007.
16. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **دروس في المسؤولية الادارية**، (المسؤولية على أساس الخطأ)، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر،2007.
17. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **المنتقى في قضاء مجلس الدولة**، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2004.
18. بوالشعير سعيد: **النظام السياسي الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 1993.

19. بوكرا إدريس: **تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية**، القسم الأول، د.م.ج، الجزائر، 1994.

20. بوقفة عبد الله: **أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري**، (دراسة مقارنة)، (العلاقة الوظيفية بين البرلمان والهيئة التنفيذية)، طبعة مزيدة ومنقحة، دار هومة للطباعة ، الجزائر، 2009.

21. بوزيان عليان: **دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق**، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009 .

22. الباز علي السيد: **الرقابة على دستورية القوانين في مصر**، **(دراسة مقارنة)**، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978.

23. البنا محمود عاطف: **الرقابة على دستورية اللوائح**، مكتبة النصر، القاهرة، 1992 .

24. جنيح محمد رضا: **القانون الإداري**، طبعة ثانية محينة ومزيدة، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008.

25. جعفور محمد سعيد: **مدخل إلى العلوم القانونية**، (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

26. جمال الدين سامي: **القضاء الإداري والرقابة القضائية على أعمال الإدارة**، (مبدأ المشروعية–تنظيم القضاء الإداري)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، د.س.ن.

27. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

28. جميل حسين: **حقوق الإنسان والقانون الجنائي**، قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، دار النشر للجامعات المصرية، د.س.ن.

29. الجمل يحي: **القانون الدستوري مع مقدمة في دراسة المبادئ الدستورية العامة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.

30. الجرف طعيمة: **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون**، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

31. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **نظرية الدولة والأسس العامة في التنظيم السياسي**، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1966.

32. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **القانون الإداري**، (دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970.

33. حافظ محمود محمد: **القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن**، مطبعة جامعة القاهرة، 1993.

34. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **التفويض التشريعي في فرنسا ومصر**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956.

35. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **القضاء الإداري**، (دراسة مقارنة)، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

36. حسين حسين مصطفى: **القضاء الإداري**، طبعة 1993، د.م.ج، الجزائر، 1993.

37. حلمي عمر: **الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.

38. الحكيم سعيد عبد المنعم: **الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة**، ط2، دار الفتح، بيروت، 1977.

39. الحلو ماجد راغب: **القضاء الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1995.

40. خليل سعيد فهيم: **الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية**، (دراسة على ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان)، الشركة المصرية للنشر والإعلام، إيباك، القاهرة، 1998.

41. خليل محسن : **القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968.

42. خلوفي رشيد: **قانون المنازعات الإدارية**، (شروط قبول الدعوى الإدارية)، ط2، د.م.ج، الجزائر، 2006.

43. خماس فاروق أحمد: **الرقابة على أعمال الإدارة**، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1988.

44. خضر خضر: **مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان**، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الثالثة، طرابلس، 2008 .

45. الخطيب نعمان أحمد: **مبادئ القانون الدستوري**، ط1، منشورات جامعة مؤتة، المطبعة الوطنية، الأردن، 1993.

46. الدراجي جعفر عبد السادة بهير: **تعطيل الدستور**، (دراسة مقارنة)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

47. زريق برهان خليل: **نظرية فعل الغصب والاعتداء المادي في القانون الإداري**، ط1، المكتبة القانونية، دمشق، 2004.

48. الزيني محمود محمد عبد العزيز: **الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (تطبيقاتها، حكمها، آثارها)**، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1991.

49. الزحيلي وهبة: **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، ط 4، دار الفكر، دمشق، 1997.

50. سليمان أشرف إبراهيم مصطفى: **التحريات كأساس لإصدار قرارات الضبط الإداري**، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.

51. الساعدي حميد: **مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق**، مطابع دار الحكمة، الموصل، 1990.

52. السيد أحمد عبد الوهاب: **الحماية الدستورية لحق الإنسان في قضاء طبيعي**، مؤسسة بيتر للطباعة والنشر، القاهرة، 2003.

53. شيهوب مسعود: **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، الجزء الأول ، د.م.ج، الجزائر، 1998.

54. ــــــــــــ: **المبادئ العامة للمنازعات الإدارية**، الجزء الثاني ، د.م.ج ، الجزائر، 1998.

55. شيحا إبراهيم عبد العزيز: **النظام الدستوري المصري**، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن.

56. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **تحليل النظام الدستوري لجمهورية مصر العربية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1978.

57. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **المبادئ الدستورية العامة**، الدار الجامعية، بيروت، 1982.

58. شوايل عاشور سليمان: **مسؤولية الدولة عن أعمال الضبط في القانون الليبي والمقارن جنائيا وإداريا**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002/2001.

59. شطناوي على خطار: **مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة**، ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2008.

60. الشاعر رمزي طه: **تدرج البطلان في القرارات الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

61. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **قضاء التعويض، (مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية)**، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1985.

62. الشاوي منذر: **القانون الدستوري**، (نظرية الدولة)، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981.

63. الشرقاوي سعاد: **النظم السياسية في العالم المعاصر**، الجزء الأول، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

64. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **المسؤولية الإدارية**، ط1، دار المعارف، القاهرة، 1970.

65. صبري السيد: **اللوائح التشريعية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

66. صعب حسن: **علم السياسة**، منشورات دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1966.

67. صليبا أمين عاطف: **دور القضاء في إرساء دولة القانون**، (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.

68. الصالح بدرية جاسر: **مجال اللائحة في فرنسا**، (دراسة مقارنة)، مطبوعات جامعة الكويت، 1990.

69. الطماوي سليمان محمد: **نظرية التعسف في استعمال السلطة**، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.

70. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **النظرية العامة للقرارات الإدارية**، دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، مصر، 1984.

71. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **القضاء الإداري**، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

72. عبد العال محمد حسنين: **فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.

73. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري**، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

74. عبد اللطيف محمد محمد: **التطورات الحديثة في مسؤولية الإدارة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

75. عبد العزيز عبد المنعم: **دعوى إلغاء القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة**، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2008.

76. عبد الفتاح حسن: **قضاء الإلغاء**، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1983.

77. عثمان حسين عثمان محمد: **القانون الدستوري والنظم السياسية**، الدار الجامعية، القاهرة، 1989.

78. عدلي عصمت والدسوقي طارق إبراهيم : **حقوق الإنسان بين التشريع و التطبيق**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

79. عزام عبد العزيز محمد: **المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية**، دار البيان، القاهرة، 2001.

80. عصفور سعد: **النظام الدستوري المصري ودستور سنة 1971**، طبعة سنة 1980، منشأة المعارف، الإسكندرية،1980.

81. علي سعيد السيد: **المبادئ الأساسية للنظم السياسية وأنظمة الحكم المعاصرة**، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2007.

82. عكاشة حمدي ياسين: **القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.

83. عمر حمدي على: **سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

84. العبودي محسن: **مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان**، (دراسة تحليلية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

85. العطار فؤاد: **رقابة القضاء لأعمال الإدارة**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.

86. عوابدي عمار: **القانون الإداري**، د.م.ج، الجزائر، 1990.

87. ـــ ـــ ـــ ـــ: **نظرية المسؤولية الإدارية**، (دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة)، ط 2، د.م.ج، الجزائر، 2007.

88. فهمي مصطفى أبو زيد: **القضاء الاداري ومجلس الدولة**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

89. فودة رأفت: **مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

90. فؤاد مصطفى أحمد: **فكرة الضرورة في القانون الدولي العام**، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س.ن.

91. قباني بكر: **دراسة في القانون الدستوري**، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

92. قاسم يوسف محمد: **نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والوضعي**، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

93. قاسم أنس جعفر: **التعويض في المسؤولية الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة،1987 .

94. القرام ابتسام: **المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري باللغتين العربية والفرنسية**، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1998.

95. الكاشف عبد الرحيم محمد: **الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 .

96. الكاظم صالح جواد: العاني علي غالب ، **الأنظمة السياسية**، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1991.

97. ليلة محمد كامل: **القانون الإداري**، ط 1، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

98. ـــ ـــ ـــ ـــ: **الرقابة على أعمال الإدارة**، الكتاب الثاني، مطابع ميمنة الحديثة، بيروت، 1962-1963

99. لباد ناصر: **القانون الإداري**، الجزء الثاني، ط 1، مطبعة لباد، الجزائر، 2004.

100. ـــ ـــ ـــ ـــ: **الوجيز في القانون الإداري**، ط 2، مطبعة لباد، الجزائر، 2007.

101. لعشب محفوظ: **المسؤولية الإدارية في القانون الإداري**، د.م.ج، الجزائر،1994.

102. ماضي مازن ليلو وعبد الهادي حيدر أدهم: **حقوق الإنسان والحريات الأساسية**، دار قنديل، عمان، الأردن، 2007.

103. محفوظ عبد المنعم: **علاقة الفرد بالسلطة (الحريات العامة وضمانات ممارستها)**، (دراسة مقارنة)، المجلد الأول والثاني، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 1984 .

104. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **علاقة الفرد بالسلطة (الحريات العامة وضمانات ممارستها)**، (دراسة مقارنة)، المجلد الثالث، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

105. متولي عبد الحميد: **الوجيز في النظريات والنظم السياسية**، ط 1، دار المعارف، القاهرة، 1995.

106. محيو أحمد: **محاضرات في المؤسسات الإدارية**، ترجمة صاصيلا محمود عراب، ط 4، د.م.ج، الجزائر، 2006.

107. ـــ ـــ ـــ ـــ ـــ: **المنازعات الإدارية**، ترجمة: فايز أنجق، بيود أحمد، د.م.ج، الجزائر، 1983.

108. مرسي عبد الله: **سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية**، المكتب المصري الحديث، القاهرة، 1971.

109. مروان محمد محروس: **مسؤولية رئيس الدولة في النظام الرئاسي والفقه الإسلامي**، (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة بابل، 1995.

110. المفرجي إحسان، كطوان زغير نعمة، رعد الجدة: **النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق**، مطبعة الحكمة، العراق، بغداد، 1990.

111. نسيب محمد أرزقي: **أصول القانون الدستوري والنظم السياسية**، (مفهوم القانون الدستوري، ظاهرة الدولة والدستور)، الجزء الأول، ط 1، دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.

112. النجار زكي محمد: **القضاء الإداري**، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، ط 2، منشورات الأزهرية للطباعة، القاهرة، 1996.

113. هيكل السيد خليل: وهيب عياد سلامة، ثروت عبد العال أحمد، **القضاء الإداري**، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، القاهرة، 2001.

(ب)- المقالات:

1. أبركان فريدة: "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة"، ترجمة: أمقران عبد العزيز، **مجلة مجلس الدولة**، العدد 01، الجزائر، 2002.

2. بجاوي محمد، "المجلس الدستوري صلاحيات... إنجازات...وآفاق"، **مجلة الفكر البرلماني**، العدد الخامس، الصادرة عن مجلس الأمة، أفريل 2004.

3. بوالشعير سعيد: "التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية**، عدد 2، جوان 1988.

4. بدران مراد: "الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور (النظام القانوني للأوامر)"، **مجلة إدارة**، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 2، المجلد 10، 2000.

5. رزيق عمار: "انضمام الجزائر إلى اتفاقيتي حقوق الإنسان لسنة 1966"، **مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية**، العدد 5، منشورات جامعة باتنة، جوان 1996.

6. الصرايرة مصلح: "مدى تطبيق محكمة العدل العليا للمبادئ التي أقرها القضاء الإداري في رقابته على السلطة التقديرية للإدارة"، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد 25، العدد الأول، 2009.

7. الطماوي سليمان محمد: "السلطة التقديرية والسلطة المقيدة"، **مجلة الحقوق**، العدد الثالث، الجزء الثلاثون، 1951.

8. علوان محمد يوسف: "بنود التحلل من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان"، القسم الثاني، **مجلة الحقوق**، السنة التاسعة، العدد 02، 1985.

9. عوض محمد محي الدين: "دراسات في القانون الدولي الجنائي"، **مجلة القانون والاقتصاد**، العدد 2، سنة 1965.

10. عمار عوابدي: "فكرة القانون العضوي وتطبيقاتها في القانون الناظم للبرلمان والعلاقة الوظيفية بينه وبين الحكومة"، **مجلة الفكر البرلماني**، مجلة فكرية متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة، العدد الثاني، مارس 2003.

11. فرحاتي عمر: "دور السلطة التشريعية في البناء الديمقراطي"، **مجلة المفكر**، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، أفريل 2009.

12. فحل عمر فاروق: "أثر قوانين الطوارئ على حرية التعبير وحقوق الأفراد والجماعات في الوطن العربي"، **مجلة حقوق الإنسان**، دراسات تطبيقية عن العالم العربي، المجلد الثالث، د. س.

13. هيكل السيد خليل: "ظاهرة تقوية مركز رئيس الجمهورية في كل من الدستورين المصري والفرنسي"، **مجلة الدراسات القانونية**، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد السابع، جوان 1985.

(ج)ـــ الرّسائل والمذكرات:

✓ **رسائل الدكتوراه:**

1. بن عامر تونسي: **أساس مسؤولية الدولة أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، د.س.

2. البرزنجي عصام: **السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية**، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة القاهرة، 1970.

3. حبشي لزرق: **أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقاسم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013/2012.
4. خرباشي عقيلة: **مركز مجلس الأمة في النظام الدستوري الجزائري**، أطروحة لنيل دكتوراه العلوم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، 2010/2009.
5. دنداني ضاوية: **ضرورة تدعيم الحماية الدولية لحقوق الإنسان**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الجزائر، 1996.
6. ساير داير عبد الفتاح: **نظرية أعمال السيادة**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1955.
7. شيهوب مسعود: **المسؤولية الإدارية بدون خطأ في القانون الإداري**، رسالة دكتوراه، حقوق، قسنطينة، 1991
8. شريط الأمين: **خصائص التطور الدستوري في الجزائر**، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة،1991.
9. شادي فوزي أحمد: **تطور أساس مسؤولية الدولة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2009.
10. الظفيري نورمان فالح: **الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة في النظم المعاصرة مع دراسة خاصة عن الكويت**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
11. عبد الناصر علي عثمان، **ولاية القضاء الإداري في ضوء المبادئ الدستورية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006.
12. عبد الرحمان وسام صبار: **الاختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994.
13. كيرة مصطفى: **نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1963.
14. مرابط فدوى: **السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي**، (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2004-2005.

✓ **مذكرات الماجستير:**

1. بن أحمد سمير: **آليات احترام القواعد الدستورية في الجزائر**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2013 – 2014.
2. سمار أنور عارف: **القرارات الإدارية المنعدمة في القضاء الإداري الأردني**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، 1993.

3. عبد اللاوي زينب: **آلية توزيع السلطة بين رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة في ظل دستور 96**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2004.

4. غربي نجاح: **إجراءات تحريك الرقابة على دستورية القوانين**، (دراسة مقارنة بين الجزائر ومصر)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر، 2004.

5. نبيه شيخي: **السلطة التقديرية بين الفقه الإسلامي والقانون الإداري الجزائري**، (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2005.

2.2. المراجع المتخصصة:

(أ)- المؤلفات:

1. بدران مراد: **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية**، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

2. جمال الدين سامي: **لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية**، (دراسة تحليلية للقرارات بقوانين والأوامر العسكرية ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع النظم المماثلة في فرنسا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

3. الجمل يحي: **نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة**، (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

4. الجوهري ثروت عبد الهادي: **مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في مصر**، (دراسة مقارنة بالقانون الدستوري الفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

5. خاطر شريف يوسف: **دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية**، (دراسة تحليلية تطبيقية للمادة 2/521 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي مقارنة بالقانون المصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

6. الخاني عبد الإله: **نظام الطوارئ والأحكام العرفية**، مطبعة خالد الطرابيشي، القاهرة، 1974.

7. دخيل محمد حسن: **الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية**، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

8. سرور أحمد فتحي: **الحماية الدستورية للحقوق والحريات**، ط1، دار الشروق، بيروت، 1999.

9. السويلميين صفاء محمود رستم: **دور مسؤولية الإدارة في تعزيز احترام حقوق الإنسان**، (دراسة مقارنة)، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2013.

10. الشواربي عبد الحميد وجاد الله شريف: **شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

11. عبد الحميد ممدوح: **سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية**، سلطات البوليس في قوانين الطوارئ، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
12. عبد الرسول محمد أحمد إبراهيم: **ضمانات الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري الداخلي**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
13. عبد الرحمن أظين خالد: **ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ**، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
14. عبد العظيم إيهاب طارق: **علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية**، (دراسة تحليلية مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري)، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، 2005.
15. عبد العال محمد حسنين: **رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإداري الصادرة بالتطبيق للمادة 16 من الدستور الفرنسي والمادة 74 من الدستور المصري**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
16. عبد النعيم محمد أحمد: **شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري**، (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
17. علي أحمد مدحت: **نظرية الظروف الاستثنائية**، (سيادة القانون، حالة الضرورة، القوانين الاستثنائية)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
18. عكاشة هشام عبد المنعم: **مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
19. فودة رأفت: **الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
20. مشرف عبد العليم عبد الحميد: **دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة**، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
21. محفوظ زكرياء عبد الحفيظ: **حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة**، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966.
22. منيب مصطفى كامل: **قوانين الطوارئ والأوامر العسكرية**، دار الفكر العربي، مصر، 1973.
23. الموافي أحمد: **المشروعية الاستثنائية**، دار الكتب، مصر، 2004.

(ب)- المقالات:

1. بدران مراد: "القيود الواردة على حقوق الشخصية في ظل الظروف الاستثنائية"، **مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية**، ع 5، جامعة أبي بكر بلقاسم، تلمسان، 2008.
2. البنا محمود عاطف: "حالة الطوارئ وانعكاساتها على حقوق الإنسان في البلاد العربية"، **مجلة الحق**، السنة العشرون، العدد الثاني والثالث، 1989.
3. جاسم أمير حسن: "نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة"، **مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية**، المجلد 14، العدد 8، أيول 2007.

4. الحسبان عيد أحمد: "الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، عن طريق الدعوى الدستورية الاحتياطية في النظم الدستورية الغربية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الأسباني"، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد 28، السنة العشرون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أكتوبر 2006.

5. دايم بلقاسم: "الرقابة القضائية على الملاءمة وأثرها على الحقوق والحريات"، **مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية**، ع 6، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

6. درويش إبراهيم: " نظرية الظروف الاستثنائية"، **مجلة إدارة قضايا الحكومة**، السنة 10، العدد 4، أكتوبر وديسمبر 1966.

7. سكاكني باية: "إشكالية الموازنة بين السلطة والحرية في ظل الظروف الاستثنائية"، **المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية**، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

8. السراج عبود: "أثر قوانين ونظم الطوارئ على حقوق الإنسان"، **مجلة المحامي الليبية**، العددان (29-30) السنة الثامنة، يناير – يوليو سنة 1990.

9. شيهوب مسعود: "الحماية القضائية للحقوق والحريات في الظرف الاستثنائية"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، الجزء 36، العدد الأول، جامعة الجزائر، 1998.

10. شلالي رضا: "رقابة القاضي الإداري في مجال الحقوق والحريات العامة"، **مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية**، العدد 1، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي زيان عاشور، الجلفة، جوان 2008.

11. العصار يسري: "نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات الحياة النيابية " (دراسة مقارنة)"، **مجلة المحامي**، السنة العشرون، 1996.

12. العطور محمود برهان: "حالة الضرورة في الفقه الدستوري"، **مجلة نقابة المحامين**، العدد الأول، السنة الخمسون، كانون الأول 2002.

13. غضبان مبروك، غربي نجاح: "قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر"، **مجلة المفكر**، العدد العاشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، الجزائر، 2014 .

14. لحرش عبد الرحمن: "حالة الطوارئ في الجزائر: هل زالت مبررات استمرارها؟"، **مجلة الحقوق**، العدد الأول، الكويت، مارس 2008.

15. يونس محمود مصطفى: "أثر حالة الطوارئ على ضمانات حقوق الإنسان"، **أعمال الندوة العلمية حول حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، الجزء الثاني، ط1، الرياض، 2001.

(ج)- الرسائل والمذكرات الجامعية:

✓ رسائل الدكتوراه:

1. بن طيفور نصر الدين: **نظرية الظروف الاستثنائية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2004.
2. بربوتي حقي إسماعيل: **الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1981.
3. التهامي حامد: **نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية (في الدولتين الحديثة والإسلامية)**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985.
4. ثابت وجدي غريال: **سلطات رئيس الجمهورية طبقا للمادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987.
5. حسين حامد محمود، **الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل الطوارئ**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، د.س.
6. خريسات مالك هاني عبد الرحمن: **سلطات الضبط في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة في التشريع الأردني**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2006.
7. الخلجاني حسن ضياء: **نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور**، أطروحة دكتوراه، جامعة الكوفة، بغداد، 2006/01/02.
8. السيد مجدي المتولي: **أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1990.
9. الطهراوي هاني علي إبراهيم: **نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، 1992.
10. عبد المجيد محمد شريف إسماعيل: **سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية**، (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1979.
11. عبد الحميد ممدوح: **سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية**، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، 1992.
12. عبد القادر سمير: **السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1982.
13. الفقي محمد مرسي محمد: **حدود مبدأ المشروعية في قانون الطوارئ**، دراسة تطبيقية على جهاز الشرطة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة عين شمسن القاهرة، 2003.

✓ **مذكرات الماجستير:**

1. الجنابي سعدون عنتر: **أحكام الظروف الاستثنائية في التشريع العراقي**، رسالة ماجستير، جامعة الموصل، 1981.
2. تميمي نجاة: **حالة الظروف الاستثنائية و تطبيقاتها في الدستور الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
3. سحنين أحمد: **الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005/2004.
4. شماخي عبد الفتاح: **آثار حالة الطوارئ**، (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر، 1996.
5. لصمدي إبراهيم أحمد عبده سعد: **حالة الضرورة ومشروعية الواقع الاستثنائي**، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عدن، الجمهورية اليمنية، د.س.ن.
6. الكفاوين أحمد إبراهيم: **صلاحيات الضبط الإداري في حالة الطوارئ في التشريع الأردني**، (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول 1990.
7. نقاش حمزة: **الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2010.

(هـــ)- مواقع الانترنيت:

1. أمير حسن جاسم: "نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة"، على الموقع:
http://www.startimes.com/?t=22257821 11:43 - 2010/03/04
2. المناع هيثم: "حالة الطوارئ وأثرها على حقوق الإنسان"، على الموقع:
www.cadh.org
3. المناع هيثم: "تأثير الحالة الاستثنائية واستخداماتها منذ 11 سبتمبر (النموذج سورية)"، على الموقع:
http://www.haythammanna.net/lectures/masr.htm
4. شيخاني ديندار : "الرقابة على دستورية القوانين"، على الموقع الالكتروني: esvni@yahoo.com
5. شطناوي فيصل: "الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن"، **المنارة**، المجلد 13، العدد 8، 2007. قُبل للنشر بتاريخ: 2007/2/28، على الموقع:
http://www.kna.kw/clt/run.asp?id=764
6. اللامي جبار جمعة: "إلغاء قوانين الطوارئ في الدول العربية ركيزة أساسية للإصلاح ونشر الديمقراطية"، **الحوار المتمدن**، العدد 1348، 2005/10/15، على الموقع:
www.rezar.com/debat/show.art.asp?aid=47955
7. عبد الكريم فارس حامد: "أسباب الطعن بعدم الدستورية"، الجزء الثالث، ص 3، على الموقع:
http://farisalajrish.maktoobbloog.com/291036/

8. هل هذه بوادر للحرب؟؟؟ بعد قرار التعبئة العامة في الإمارات، مقال منشور على الموقع: http://4flying.com/showthread.php?t=36750

9. شبكة "سي أن أن تورك"، **تركيا اليوم**، على الموقع: http://turkeytoday.net /note/11506

10. تقرير منظمة العفو الدولية عن الجزائر لعام 2003، على الموقع: www.amnesty-arabic.org

11. الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية: www.echr.coe.int

12. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان: www.lawjo.net

13. موقع الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: www.joradp.dz

14. موقع الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية: www.gournal-officiel.gouv.fr

2. قائمة المصادر والمراجع باللّغة الأجنبية

Sources documentaires :

A- Lois et Jurisprudences:

1. Constitution de La République Française du 4 Octobre 1958 (Aout 2008). www.ladocumentationfrancaise.fr
2. Loi n° 55- 385 du 4Avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, J.O.R.F 7 Avril 1955.
3. C.S, 20 Janvier 1967, C.C.R.M.A., c/ Ministre de l'agriculture et de la réforme agraire.
4. C.E, 28 juin 1918, Heyriès.
5. C.E, 30 juillet 1915, général Verrier.
6. C.E., 19 Mai 1933, René Benjamin,
7. C.E, 30 Mars 1966, Cie Générale Radio-électronique, C.E, 26 Avril 1963.
8. C.E, 2 Novembre 1949, Andréani, Rec, C.E.

B- Ouvrages:

1. ARLETTE (Heymann-Doat) et Gwénaéle (Calves) : *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J., 2006.
2. ARDANT (Philippe) : *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 12ème éd., L.G.D.G, Paris, 2000.
3. AUBY (Jean Marie) et Drago (Roland) : *Traité élémentaire de droit administratif*, 2ème éd, L.G.D.J, Paris, 1975.
4. BOURDOU (Jacques), POUTIER (Jean-Marie) et RICCI (Jean-Claude) : *Droit constitutionnel et institution politiques*, théorie générale sur le droit constitutionnel, édition scientifiques et juridiques, paris, 1980.
5. BRAHIMI (Brahim) : *Le droit à l'information à l'épreuve du parti unique et de l'état d'urgence*, imprimerie Eurl ITGS, Kouba, Alger, 2002.
6. BURDEAU (Georges) : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J, Paris, 1976.
7. — — — — — —: *Traité de science Politique*, éd, L.G.D.J, Paris, 1959.

8. BREILLAT (Dominique) : *Libertés publiques et droits de la personne humaine*, éd. Gualiano, 2003.

9. BONNARD (Roger) : *Précis de droit public*, 5e édition, Sirey, Paris, 1939.

10. BURDEAU (George) : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3e ed, L.G.D.J, Paris, 1980.

11. CARRE DE MALBERG (Raymond) : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, éd., 1920.

12. COLLIARD (Claude-Albert) : *Libertés publiques*, 5ème éd., Dalloz, Paris, 1982.

13. CHANTEBOUT (Bénard) : *Droit constitutionnel et science politique*, 16ème éd., A. Colin, Paris, 1999.

14. CHALVISAN (Pierre-Henri) : *Droit constitutionnel, Institution et régimes politiques*, Nathan supérieur, éd. Nathan, Paris, 1986.

15. CHAPUS (René) : *Droit Administratif Générale*, tome 1, 8eme éd, Montchrestien, 1995.

16. DEBBASH (Charles) et Ricci (Jean-Claude) : *Contentieux administratif*, 7éme éd, Dalloz, Paris, 1999.

17. DE LAUBADERE (André) : *Traité élémentaire de droit administratif*, 7ème éd, L.G.D.J., Paris, 1976.

18. DRAGO (Roland) : *Traité élémentaire de droit administratif*, 2èmeed, L.G.D.J, Paris, 1975.

19. DUHAMEL (Olivier) et MENY (Yves) : *Dictionnaire constitutionnel*, 1ere éd., P.U.F., Paris,1998 .

20. DUGUIT (Léon) : *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd, tome III, édition de doccerd, Paris, 1923.

21. DUPORT (J.) : *Le rôle administratif du Président de la République en France depuis 1875*, T. I, L.G.D.J, Paris, 1976.

22. DUVERGER (Maurice) : *Droit constitutionnel et systèmes politiques*, Thémis, science politique, 18ème éd., entièrement refondue, P.U. F, Paris, 1976

23. — — — — — — —: *La Vème République*, L.G.D.J., Paris, 1968.

24. ESMEIN (Charles) : *droit constitutionnel*, T. II, 8e ed, 1928.

25. — — — — — —: *Eléments de droit constitutionnel française*, Tome II, Paris, éd. 1921.

26. FAVREU (Louis) et PHILIP (Loïc), *Les grandes décisions de conseil constitutionnel*, 8eme éd, Dalloz, 1995.

27. GOHIN (Olivier) : *Contentieux administratif*, 3ème éd., Litec, éditions du Juris-Classeur, Paris, 2002.

28. HAURIOU (Maurice) : *Précis de droit administratif*, 4ème édition, Paris, 1938.

29. HARRIS (D.H.) : *Cases and Materials on International Law*, Sweet and Maxwell, London, third éd., 1983.

30. LA FERRIERE (J.) : *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1947.

31. LAVROFF (Dimitri-Georges) : *Le droit constitutionnel de la Vème République*, 3ème éd., Dalloz, Paris, 1999.

32. LEROY (Paul) : *L'organisation constitutionnelle et les crises*, L.G.D.J., Paris, 1966.

33. LONG (Michel), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELOLVE (P.) et GENEVOIS (B.) : *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15ème éd, Dalloz, Paris, 2005.

34. LUCHAIRE (François) : *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Tome II, Economica, Paris, 1998.

35. MOREAU (Jaques) : *La police administrative, théorie générale*, J.C.P, 2002, Paris, 1993.

36. MORANGE (Georges) : *Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16*, Dalloz, 1962.
37. MOULENS (Brécham) : *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, L.G.D.J, Paris, 1974.
38. MAHIOU (Ahmed) : *Cours contentieux administratif*, 2ème éd, O.P.U, Alger, 1981.
39. PACTET (Pierre) : *Institutions politiques, droit constitutionnel*, collection U.droit, 20ème éd., Armand Colin, 2001.
40. PRELOT (M.) : *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2ème éd, L.G.D.J, Paris, 1961.
41. PHILIPPE(Georges) : *Droit public*, 7ème éd, Sirey, Paris, 1989.
42. RIVERO (Jean) : *Les libertés publiques*, (Les droit de l'homme), Tom I, 7eme éd, P.U.F., Paris, 1995.
43. — — — — — — —: *Droit administratif*, 16ème éd. Dalloz, Paris, 1996.
44. RIVERO (Jean) : WALINE (Marcel), *Droit administratif*, 14èmeéd, Dalloz, Paris, 1999.
45. ROBERT (Jacques) et DUFFAR (Jean) : *Droit et libertés fondamentales*, 5eme éd., Montchrestien, Paris, 1994
46. ROBERT (Jacques): *Le juge constitutionnel juge des libertés*, Montchrestien, Paris, 1999
47. — — — — — —: *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration « le problème des responsabilités »*, L.G.D.J., Paris, 1956.
48. ROUSSEAU (Dominique) : *Droit du contentieux constitutionnel*, 4eme éd¸ Montchrestien, Paris, 1995.
49. — — — — —: *Les libertés individuelles et dignité de la personne humaine*, Montchrestien, paris, 1998.
50. TURPIN (Dominique): *Droit constitutionnel*, 4éme éd., P.U.F., France, Mars 1999
51. VEDEL (Georges) : *Introduction aux études politiques*, les cours de droit, 1965−1966.
52. — — — — — —: *Droit Administratif*, 5ème éd, P.U.F., Paris, 1973.
53. VEDEL (Georges) et Delvolve (Pierre) : *Droit administratif*, P.U.F, 1982.
54. YELLES CHAOUCHE (Bachir) : *Le Conseil Constitutionnel en Algérie, (du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative)*, O.P.U., Alger, 1999.

C- Articles et Etudes :

1. BOSC (A) : *«Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre»*, **R.D.P**, Paris, 1926.
2. CAILLE (Pascal) : *« L'état d'urgence, La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation »*, **R.D.P**, n° 2, 2007.
3. DRAGO (Roland) : *« L'état d'urgence et les libertés publiques »*, **R.D.P.**, 1955
4. ETIENNE (Picard) : « *Les restrictions exceptionnelles aux libertés publiques »*, **Cahier Français**, n°996, Mai-Juin 2000.
5. FUCHS (Olivier), *« La procédure législative d'urgence »*, **R.D.P**., n°3, L.G.D.J., 2009.
6. GALABERT et GENTOT : *« le contrôle juridictionnel des décisions prises par le Président de la République en vertu de l'article 16 de la constitution française »*, **A.J.D.A**, 1962.
7. HAMON (Léon) : *« A propos de l'article 16 : Quelques questions juridiques »*, **A.J.D.A**, Paris, 1961.

8. HESSE (Phillipe-jean) : *« un droit fondamental vieux de 3000 ans : l'état de la nécessité - jolons pour une histoire de la nation- »*, **R. droits fondamentaux**, N°2, janvier- décembre 2002.
9. JAZE (Caston) : *« L'exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs »*, **R.D.P**., 1917.
10. LAMARQUE (Jean) : *« La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 »*, **R.D.P.**, N°1, Paris, 1961.
11. LAMARQUE (Jean) : "L'égalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16", **R.D.P**, n° 31-32, Août 1961.
12. PUISOY (Jacques) : *« Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement »*, **A.J.D.A**, 1965.
13. VEDEL (Georges) : *« Bases constitutionnelles du droit administratif »*, **E.D.C.E**, Paris, 1954.
14. WALINE (Marcel) : *« note sur l'arrêt du conseil d'état »*, 7 janvier 1955, **R.D.P**., 1955.
15. Touati (Brahim): « L'Algérie sous l'état d'urgence, Octobre 1999 », disponible au: www.agéria-watch.de
16. Maublanc, « Existe-t-il une responsabilité sans faute de l'administration », disponible au: http://maublanc.over-blog.com/article-35714421.html , le 20/02/2011.

D- Thèses et mémoires :

1. CAMUS (Geneviève) : *L'état de nécessité en démocratie*, thèse de doctorat, L.G.D.J., Paris, 1969.
2. DELVOLVE (Pierre): *Le Principe d'égalité devant les charges publiques*, thèse, droit, Paris, 1969.
3. LACHAUME (Jean François) : *La hiérarchie des actes administratifs*, thèse, droit, Paris, 1996.
4. NIZARD (Lucien) : *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, thèse de doctorat, droit, Paris, L.G.D.J., édition 1962.
5. MATHIOT (André) : *La théorie des circonstances exceptionnelles*, Mestre, Sirey, Paris, 1956.
6. VOISSET (Michèle) : *L'article 16 de la constitution du 4 Octobre 1958*, thèse de doctorat, droit, Paris, 1969.

فهـــــرس المحتويات:

الموضـــوع	الصفحة
مقدمـــــة	01
الباب الأول: الأحكام العامة لحالة الضرورة الضابطة لسلطات الدولة الاستثنائية في إطار القانون الدستوري والإداري	12
الفصل الأول: مفهوم حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري وتمييزها عن مختلف المصطلحات والنظريات الفقهية المشابهة	13
المبحث الأول: مفهوم حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري	14
المطلب الأول: تعريف حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري	14
الفرع الأول: تبني الدستور والتشريع تنظيم حالة الضرورة	15
الفرع الثاني: التعريف القضائي لحالة الضرورة	17
الفرع الثالث: التعريف الفقهي لحالة الضرورة	20
أولا: تعريف الفقه الإداري لحالة الضرورة (الظروف الاستثنائية)	20
ثانيا: تعريف الفقه الدستوري والدولي لحالة الضرورة	22
المطلب الثاني: خصائص وأركان حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري	24
الفرع الأول: الخصائص المميزة لنظام حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري	24
أولا: الطبيعة الاستثنائية والمؤقتة لنظام حالة الضرورة ودور القاضي الإداري في استظهارها	25
ثانيا: خاصية التشريع المسبق لنظام حالة الضرورة	27
ثالثا: خاصية النظام الجوازي لإجراءات حالة الضرورة	28
رابعا: خاصية الذاتية والاستقلال القاعدي لحالة الضرورة	29
الفرع الثاني: الأركان الأساسية لقيام حالة الضرورة في إطار القانون الدستوري والإداري	30
أولا: الركن الموضوعي لقيام حالة الضرورة	30
ثانيا: الركن الشخصي لقيام حالة الضرورة	32
المطلب الثالث: الشروط العامة لقيام حالة الضرورة في إطار القانون الإداري والدستوري	33
الفرع الأول: شرط الخطر وشرط التناسب	34
أولا: شرط الخطر المعلن لقيام حالة الضرورة	35
ثانيا: شرط التناسب بين الخطر والوسيلة المستخدمة	39
الفرع الثاني: شرطا تعذر دفع الخطر بالطرق القانونية العادية والتقيد بالطابع المؤقت لحالة الضرورة	39

أولا: شرط تعذر دفع الخطر بالطرق القانونية العادية 40
ثانيا: شرط التقيد بالطابع المؤقت لحالة الضرورة 41
الفرع الثالث: شرط ارتباط أعمال الضرورة بحماية المصلحة العامة 42
المبحث الثاني: تمييز حالة الضرورة عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها 44
المطلب الأول: مدى تطابق مصطلح الظروف الاستثنائية مع مصطلح حالة الضرورة 44
الفرع الأول: أوجه الاختلاف بين نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية 45
أولا: الاختلاف في أصل نشأة كلا النظريتين 45
ثانيا: الاختلاف من حيث التسمية والمفهوم اللغوي والاصطلاحي 46
ثالثا: الاختلاف من حيث مدة وشروط قيام كلا النظريتين 48
الفرع الثاني: أوجه التداخل والترابط بين الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة 49
أولا: مدى اعتبار حالة الضرورة أساس لنظرية الظروف الاستثنائية 50
ثانيا: مدى اعتبار نظرية الظروف الاستثنائية تطبيق أو صورة خاصة لحالة الضرورة 52
المطلب الثاني: تمييز حالة الاستعجال عن حالة الضرورة 55
الفرع الأول: اختلاف حالة الاستعجال عن حالة الضرورة 55
أولا: موقف الفقيه "Odent" 55
ثانيا: رأي الفقيه "Gabold" 56
ثالثا: رأي الفقيه "Waline" 57
الفرع الثاني: الاستعجال صورة خاصة لحالة الضرورة 57
المطلب الثالث: الفرق بين حالة الضرورة وحالة القوة القاهرة 59
الفرع الأول: أوجه الاتفاق بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الاستثنائية 60
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الاستثنائية 60
المبحث الثالث: علاقة حالة الضرورة بمختلف النظريات الفقهية المشابهة 62
المطلب الأول: علاقة نظرية السلطة التقديرية للإدارة بحالة الضرورة 62
الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة 63
أولا: تعريف السلطة التقديرية 63
ثانيا: مبررات الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة 66
الفرع الثاني: الفرق بين حالة الضرورة ونظرية السلطة التقديرية 67
المطلب الثاني: علاقة حالة الضرورة بنظرية أعمال السيادة 68

الفرع الأول: المبررات الفقهية لتطبيق نظرية أعمال السيادة 69
الفرع الثاني: معيار تحديد أعمال السيادة عن غيرها وموقف القضاء الإداري الجزائري منها 70
أولا: معيار تحديد أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة التنفيذية 71
ثانيا: موقف القضاء الإداري الجزائري من نظرية أعمال السيادة 75
الفرع الثالث: الفرق بين حالة الضرورة و نظرية أعمال السيادة 77
أولا: أوجه الشبه بين نظرية أعمال السيادة وحالة الضرورة 77
ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية أعمال السيادة وحالة الضرورة 78
المطلب الثالث: علاقة نظرية الاعتداء المادي ونظرية الاستيلاء بحالة الضرورة 82
الفرع الأول: علاقة نظرية الاعتداء المادي بحالة الضرورة 82
أولا: تعريف الفقه لنظرية الاعتداء المادي وموقفه من تحديد معياره 83
ثانيا: موقف القضاء الإداري من علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بنظرية الاعتداء المادي 88
الفرع الثاني: علاقة نظرية الاستيلاء بحالة الضرورة 95
أولا: مفهوم نظرية الاستيلاء 96
ثانيا: الاختصاص القضائي في منازعات الاستيلاء 100
ثالثا: مدى ارتباط نظرية الاستيلاء بنظرية حالة الضرورة 102
الفصل الثاني: حالة الضرورة وأثرها على الحقوق والحريات في الدستور الجزائري 107
المبحث الأول: صور حالة الضرورة في الدستور الجزائري 108
المطلب الأول: حالة الطوارئ وحالة الحصار 108
الفرع الأول: مفهوم حالتي الحصار والطوارئ 109
أولا: أسباب إعلان حالتي الحصار والطوارئ 109
ثانيا: تعريف حالتي الطوارئ والحصار 110
ثالثا: خصائص وضوابط فرض حالة الطوارئ وحالة الحصار 113
الفرع الثاني: الفرق بين حالة الطوارئ وحالة الحصار 115
أولا: الاختلاف من حيث المبررات والأسباب 115
ثانيا: الاختلاف من حيث الجهة المكلفة بإعادة استتباب الأمن 116
المطلب الثاني: الحـــالـــة الاستثنـــائيـــة 117

الفرع الأول: تعريف الحالة الاستثنائية 117
الفرع الثاني: الفرق بين الحالة الاستثنائية وحالتي الحصار والطوارئ 119
أولا: من حيث الأسباب الداعية لفرض الحالة الاستثنائية 119
ثانيا: من حيث الإجراءات الشكلية لإقرار الحالة الاستثنائية 120
المطلب الثالث: حـــالة الحـــرب 120
الفرع الأول: تعريف حالة الحرب 121
الفرع الثاني: ارتباط حالة التعبئة العامة بحالة الحرب 122
المبحث الثاني: شروط إعلان حالات الضرورة في الدستور الجزائري 123
المطلب الأول: الشروط الموضوعية والإجرائية لإعلان حالتي الطوارئ والحصار 124
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإعلان حالتي الطوارئ والحصار 124
أولا: شرط الضرورة الملحة لتقرير حالة الطوارئ أو حالة الحصار 125
ثانيا: شرط مدة تطبيق حالة الحصار أو حالة الطوارئ 126
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإعلان حالتي الطوارئ والحصار 127
أولا: تولي رئيس الجمهورية إقرار حالة الحصار أو حالة الطوارئ 128
ثانيا: ضرورة اجتماع المجلس الأعلى للأمن 129
ثالثا: استشارة بعض الشخصيات الدستورية 130
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية والإجرائية لإعلان الحالة الاستثنائية 135
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإعلان الحالة الاستثنائية 135
أولا: شرط وجود تهديد خطير على وشك الوقوع 135
ثانيا: شرط أن يهدد هذا الخطر المؤسسات الدستورية أو استقلال البلاد أو سلامة ترابها 136
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإعلان الحالة الاستثنائية 138
أولا: تولي رئيس الجمهورية تقرير الحالة الاستثنائية واتخاذ الإجراءات الاستثنائية الملائمة 138
ثانيا: إلزامية الاستشارة دون التقيّد بالرأي 139
ثالثا: وجوب الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ولمجلس الوزراء 141
رابعا: وجوب اجتماع البرلمان في الحالة الاستثنائية 142
خامسا: عدم تحديد مدة تطبيق الحالة الاستثنائية 143
المطلب الثالث: الشروط الموضوعية والشكلية لإعلان حالة الحرب 146

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإعلان حالة الحرب 146
أولا: ضرورة وقوع عدوان فعلي على البلاد أو على وشك أن يقع 146
ثانيا: عجز الطرق السلمية عن صد العدوان 147
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإعلان حالة الحرب 147
أولا: اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن 147
ثانيا: إلزامية استشارة شخصيات دستورية محددة 148
ثالثا: الاجتماع الوجوبي للبرلمان طيلة مدة الحرب 149
رابعا: وجوب توجيه خطاب للأمة 150
المبحث الثالث: أثر حالات الضرورة على حقوق وحريات الأفراد 154
المطلب الأول: أثر حالتي الحصار والطوارئ على حقوق وحريات الأفراد 154
الفرع الأول: أثر حالة الحصار على الحقوق والحريات 154
أولا: تقييد السلطة العسكرية لحريات الأفراد في حالة الحصار 155
ثانيا: الاختصاصات الاستثنائية للسلطة المدنية الماسة بالحريات 161
الفرع الثاني: أثر حالة الطوارئ على الحقوق والحريات 162
أولا: الإجراءات الاستثنائية لوزير الداخلية والجماعات المحلية في حالة الطوارئ 163
ثانيا: الصلاحيات الاستثنائية المشتركة بين وزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي في حالة الطوارئ 166
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إعلان الحالة الاستثنائية 167
الفرع الأول: أثر الحالة الاستثنائية على سلطة التشريع 167
الفرع الثاني: أثر التدابير الاستثنائية المتخذة في الحالة الاستثنائية على الحقوق والحريات 170
المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن إعلان حالة الحرب 171
الفرع الأول: إيقاف العمل بالدستور مدة قيام حالة الحرب 172
الفرع الثاني: تجميع السلطات في يد رئيس الجمهورية 173
الفرع الثالث: التمديد الوجوبي للفترة الرئاسية إلى غاية انتهاء حالة الحرب 173
الباب الثاني: أثر حالة الضرورة على أهم المبادئ الدستورية الضامنة للحقوق والحريات ومدى مساهمة الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حمايتها 175
الفصل الأول: أثر حالة الضرورة على أهم المبادئ الدستورية الضامنة للحقوق والحريات 176
المبحث الأول: أثر حالة الضرورة على مبدأ سمو الدستور 177

المطلب الأول: مفهوم مبدأ سمو الدستور 177
الفرع الأول: التعريف بمبدأ سمو الدستور 178
أولا: السمو الموضوعي أو المادي للدستور 178
ثانيا: السمو الشكلي للدستور 179
الفرع الثاني: تمييز القواعد الدستورية عن القوانين العضوية والقوانين العادية ونتائج التمييز بينهما 180
أولا: تمييز القواعد الدستورية عن القوانين العضوية والقوانين العادية 180
ثانيا: نتائج التمييز بين القواعد الدستورية والقوانين العادية والقوانين العضوية 182
المطلب الثاني: موقف الفقه الدستوري من مسألة حدود تأثير حالة الضرورة على الدستور 184
الفرع الأول: مدى جواز تعديل الدستور في حالة الضرورة 185
الفرع الثاني: مدى جواز إلغاء الدستور في حالة الضرورة 186
الفرع الثالث: مدى جواز تعطيل أو وقف العمل بالدستور في حالة الضرورة 187
المطلب الثالث: حالة الضرورة تعطل أحكام الدستور 189
الفرع الأول: تعريف تعطيل الدستور وأنواعه 190
أولا: تعريف تعطيل الدستور 190
ثانيا: أنواع تعطيل الدستور 190
الفرع الثاني: تمييز تعطيل الدستور عن مصطلحي التعديل والإلغاء 192
أولا: الفرق بين تعديل الدستور وتعليق العمل به أو تعطيله 192
ثانيا: تمييز إلغاء الدستور عن تعطيله 193
الفرع الثالث: نطاق تعطيل الدستور في حالة الضرورة 194
أولا: النطاق الموضوعي للتعطيل الدستوري المقترحة من الدستور ومن الفقه الدستوري 194
ثانيا: النطاق الزمني لتعطيل الدستور وموقف الفقه الدستوري منه 198
المبحث الثاني: أثر حالة الضرورة على مبدأ الفصل بين السلطات 201
المطلب الأول: مفهوم وأهمية مبدأ الفصل بين السلطات 202
الفرع الأول: مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات 202
أولا: المعنى السياسي لمبدأ الفصل بين السلطات 202
ثانيا: المعنى القانوني لمبدأ الفصل بين السلطات 203
الفرع الثاني: أهمية الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات 204
أولا: مبررات الفقه المؤيد لأهمية مبدأ الفصل المطلق بين السلطات 204
ثانيا: مبررات الفقه المؤيد للفصل المرن بين السلطات (التعاون المتبادل بين السلطات) 206
المطلب الثاني: طبيعة العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في الظروف العادية وفي حالة 209

الضرورة
الفرع الأول: علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية في الظروف العادية 210
أولا: السلطة التنفيذية تنازع السلطة التشريعية على عملية التشريع (في الظروف العادية) 210
ثانيا: مبررات الاعتراف الدستوري للاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية في الظروف العادية 211
الفرع الثاني: طبيعة العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في حالة الضرورة 213
أولا: مظاهر تأثير حالة الضرورة على علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية 213
ثانيا: مبررات هيمنة السلطة التنفيذية المطلقة على العملية التشريعية في حالة الضرورة 215
ثالثا: وسائل ممارسة السلطة التنفيذية للوظيفة التشريعية في حالة الضرورة 216
المطلب الثالث: أثر حالة الضرورة على العلاقة الوظيفية بين السلطتين التنفيذية والقضائية 228
الفرع الأول: نظرة الفقه والقضاء من تأثير حالة الضرورة على العلاقة الوظيفية بين السلطتين التنفيذية والقضائية 229
أولا: موقف الفقه من تدخل السلطة التنفيذية في صلاحيات السلطة القضائية في حالة الضرورة 229
ثانيا: موقف القضاء الإداري من استحواذ السلطة التنفيذية على مهام السلطة القضائية في حالة الضرورة 230
الفرع الثاني: تولي المحاكم العسكرية مهمة القضاء في حالة الضرورة 231
المبحث الثالث: أثر حالة الضرورة على مبدأ المشروعية 233
المطلب الأول: المبررات الفقهية لخروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في حالة الضرورة 234
الفرع الأول: المبرر القانوني لخروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في حالة الضرورة(نظرية الضرورة الألمانية) 235
أولا: تصور الفقه الألماني لنظرية الضرورة القانونية 235
ثانيا: موقف الفقه الفرنسي المؤيد لنظرية الضرورة القانونية 237
الفرع الثاني: المبرر السياسي لخروج الإدارة عن مبدأ المشروعية في حالة الضرورة(نظرية الضرورة الفرنسية) 239
أولا: موقف الفقه الانكلوسكسوني من نظرية الضرورة 240
ثانيا: موقف الفقه الفرنسي المؤيد لنظرية الضرورة السياسية 240
المطلب الثاني: حالة الضرورة استثناء يرد على مبدأ المشروعية (المبدأ بين الزوال والتوسع) 243
الفرع الأول: زوال مبدأ المشروعية في حالة الضرورة 243
الفرع الثاني: استبدال المشروعية العادية بالمشروعية الاستثنائية في حالة الضرورة (توسعة نطاق المبدأ) 245
أولا: فكرة الفراغ القانوني وقصور القوانين العادية عن التصدي لحالة الضرورة 246

ثانيا: فكرة تفسير إرادة المشرع وفكرة دستورية الإجراءات الاستثنائية 248
ثالثا: فكرة الاستعجال وحاجة الدولة للدفاع عن نفسها في حالة الضرورة 250
رابعا: فكرة المحافظة على النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد 251
المطلب الثالث: مظاهر اتساع سلطات الإدارة في حالة الضرورة 252
الفرع الأول: تزويد الإدارة باختصاصات جديدة 253
الفرع الثاني: التضييق على الأفراد في ممارسة حقوقهم وحرياتهم 255
الفصل الثاني: مدى مساهمة الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة 258
المبحث الأول: مدى مساهمة الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة 259
المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين في النظام الدستوري الجزائري 259
الفرع الأول: أهداف الرقابة على دستورية القوانين 261
الفرع الثاني: المراحل التاريخية للرقابة الدستورية في الجزائر(من دستور 1963 إلى غاية التعديل الدستوري 01/16) 262
أولا: مرحلة ما بعد الاستقلال (الممتدة من دستور 1963 إلى غاية دستور 1989) 262
ثانيا: المرحلة الممتدة من دستور 1989 إلى غاية دستور 1996 262
ثالثا: الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري رقم 01/16 264
المطلب الثاني: مدى دستورية نصوص وإجراءات حالتي الحصار والطوارئ المعلنة في الجزائر ومدى مشروعيتها الدولية 270
الفرع الأول: مدى دستورية النصوص المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ والإجراءات الاستثنائية المقيدة للحقوق والحريات 271
أولا: مدى دستورية النصوص المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ 271
ثانيا: مدى دستورية الإجراءات الاستثنائية المقيدة للحقوق والحريات في حالتي الحصار والطوارئ 274
الفرع الثاني: مدى التزام النصوص المنظمة لحالة الحصار والطوارئ بالشرعية الدولية 277
أولا: مدى احترام نصوص حالتي الحصار والطوارئ للشروط الدولية لإعلانها 278
ثانيا: تقدير مدى احترام نصوص حالتي الحصار والطوارئ للمبادئ الدولية في إعلانها 280
المطلب الثالث: أسباب عدم خضوع النصوص المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ المعلنة في الجزائر للرقابة الدستورية 281
الفرع الأول: اعتبار استشارة المجلس الدستوري بمثابة رقابة سابقة 282
الفرع الثاني: اعتبار التنظيمات والتدابير الاستثنائية من أعمال السيادة 283
الفرع الثالث: تقييد نشاط المجلس الدستوري بإجراء الإخطار 285

المبحث الثاني: تقدير سلطة القاضي الإداري في بسط رقابته على الإجراءات الاستثنائية 290
المطلب الأول: تحرر الإدارة من عناصر القرار الإداري في حالة الضرورة 291
الفرع الأول: انعكاسات حالة الضرورة على المشروعية الخارجية للقرار الإداري 292
أولا: تحرر الإدارة من قواعد الاختصاص إبان قيام حالة الضرورة 292
ثانيا: تحرر الإدارة من عنصر الشكل والإجراءات في حالة الضرورة 295
الفرع الثاني: انعكاسات حالة الضرورة على المشروعية الداخلية للقرار الإداري 297
أولا: تحرر الإدارة من قيد مشروعية المحل في حالة الضرورة 297
ثانيا: مدى تحرر الإدارة من قيد مشروعية السبب في حالة الضرورة 300
ثالثا: مدى تحرر الإدارة من قيد مشروعية الغاية في حالة الضرورة 304
المطلب الثاني: القيود المفروضة على سلطات الإدارة في حالة الضرورة 308
الفرع الأول: قيد إخضاع سلطات الإدارة في حالة الضرورة للرقابة القضائية 308
الفرع الثاني: القيد الزمني والقيد الوظيفي 311
أولا: القيد الزمني 311
ثانيا: القيد الوظيفي 313
الفرع الثاني: القيد الموضوعي 313
أولا: احترام المبادئ الدستورية 314
ثانيا: استقلال القضاء 314
المطلب الثالث: نطاق خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابة القضاء الإداري 315
الفرع الأول: موقف الفقه الفرنسي من خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابة القضاء 316
أولا: مدى خضوع قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية وقرار إنهاء العمل بها لرقابة القضاء 316
ثانيا: مدى خضوع القرارات الصادرة خلال الحالة الاستثنائية لرقابة القضاء 317
الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري الفرنسي من خضوع الإجراءات الاستثنائية لرقابته 319
الفرع الثالث: موقف الفقه والقضاء الإداري الجزائري من خضوع الإجراءات الاستثنائية للرقابة القضائية 321
المبحث الثالث: سلطة القاضي الإداري في إقرار مسؤولية الإدارة عن أعمالها الاستثنائية 324
المطلب الأول: مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية في حالة الضرورة 324
الفرع الأول: مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية في حالة الضرورة 325
الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية "القرارات" في حالة الضرورة 327
المطلب الثاني: أساس قيام مسؤولية الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة 329
الفرع الأول: المسؤولية على أساس الخطأ 329

أولا: موقف القضاء الفرنسي والمصري من قيام المسؤولية على أساس الخطأ في الظروف الاستثنائية 330
ثانيا: طبيعة وحالات الخطأ الموجب للمسؤولية الإدارية في حالة الضرورة 331
الفرع الثاني: المسؤولية الإدارية دون خطأ (نظرية المخاطر أو تحمل التبعة) 335
أولا: خصائص، شروط، وأسس المسؤولية الإدارية على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة 335
ثانيا: أوجه الاختلاف بين المسؤولية على أساس المخاطر والمسؤولية على أساس الخطأ 339
ثالثا: موقف القضاء الفرنسي لنظرية المخاطر كأساس لمساءلة الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة 341
رابعا: تطبيقات القضاء الإداري الفرنسي للمسؤولية الإدارية استنادا لفكرة المخاطر والإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة 343
المطلب الثالث: موقف القضاء الإداري الجزائري من أساس مسؤولية الإدارة عن أعمالها في حالة الضرورة 346
الفرع الأول: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ المتعلق بقرارات التسريح التعسفية المترتبة عن الاعتقال الإداري 346
الفرع الثاني: تبني المشرع والقضاء الإداري الجزائري لنظرية المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر 348
أولا: تبني المشرع الجزائري لنظرية المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر 349
ثانيا: تطبيقات القضاء الإداري الجزائري لنظرية المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر 353
خاتمة 356
الملاحق 370
قائمة المصادر والمراجع 386
فهرس المحتويات 409

ملخص:

تعتبر حالة الضرورة نظاما منظما من طرف المشرع، فهو يعطي أساسا نصيا لفرض قيود على الحقوق والحريات في ظل هذه الظروف. غير أنه يجب لتطبيق أي تشريع استثنائي أن يبقى محصورا في الفترات التي تعرف اضطرابات خطيرة، وأن يرتكز هذا التشريع على المبدأ القائل بأن "الحرية هي القاعدة وأن التقييد هو الاستثناء"، ذلك لأن الأزمة – كما هو معروف– تقوي الدولة وتترك الحكام يجعلون من الأزمات ذريعة لإهانة الحريات باسم الضرورة. وعليه فإذا كانت التشريعات الاستثنائية تطمح دوما لحماية النظام العام، فإنه لا ينبغي أن تتم المحافظة عليه على حساب الحقوق والحريات المصانة دستوريا. أما فيما يتعلق بالتدابير الاستثنائية فإنه لا يجب أن تتوسع بشكل استثنائي إلا بموجب الدستور والتشريعات الاستثنائية، باعتبارها تشكل مصدرا لتنظيم واستقرار للفترات التي تتميز بالفوضى. في حين تبقى الجهات القضائية مكلفة بمراقبة الأعمال التي يتم تبنيها على أساس هذه القوانين. ويجب أن تكون الرقابة القضائية حاسمة في تحديد شروط البدء في تنفيذ حالة الضرورة وانتهائها. ذلك أن تخويل القضاء (الاداري والدستوري) حق الرقابة سوف يضمن حد أدنى من الحريات بالقدر الذي لا يهدد النظام العام ويسمح بمجابهة الوضعية الاستثنائية وإعادة الهدوء والنظام للمجتمع، فهذه الرقابة تعد مسألة ضرورية لخلق التوازن المطلوب بين ما للسلطة من امتيازات، وبين ما يصبوا إليه المواطنون من حقوق وحريات. أما الاعمال التي تصدر في الظروف الاستثنائية والتي ترتب أضرارا للأفراد، فإنها تثير مسؤولية الادارة، إذ يجوز مطالبتها بالتعويض عليها سواء على أساس المخاطر أو على أساس الاخلال بمبدأ المساواة أمام الاعباء العامة.

الكلمات المفتاحية: حالة الضرورة– الاعتقال الاداري– التدابير الاستثنائية– حالة الطوارئ– المجلس الدستوري– القاضي الاداري– حالة الحصار– المشروعية الاستثنائية– الدسترة– النظام العام.

Résumé :

L'état de nécessité est un régime organisé par le législateur. En cela, un fondement textuel est donné aux restrictions aux droits et libertés en raison des circonstances. Mais l'application d'une législation d'exception doit rester cantonnée aux périodes de troubles graves, satisfaisant ainsi le principe du droit public suivant lequel « la liberté est la règle et la restriction est l'exception ». Car, la crise renforce l'Etat et laisse les gouvernants prendre prétexte des crises pour bafouer les libertés au nom de la nécessité. En conséquence, si les législations d'exception toujours aspirent à protéger l'ordre public, il ne devrait pas être maintenues aux dépens des droits et libertés garantis par la Constitution. En ce qui concerne les mesures exceptionnelles prises par l'État, il ne devrait pas être élargi, sauf exceptionnellement en vertu de la Constitution et de la législation d'exception, étant une source importante vise à réglementer et à rétablir la stabilité de ces périodes caractérisées par l'insécurité et le désordre. Les autorités judiciaires restent chargées de contrôler les actes adoptés sur la base de ces lois. Et doit être un contrôle juridictionnel - dans ces circonstances - déterminant en ce qu'il conditionne la mise en œuvre et la fin de l'état de nécessité. Le droit de contrôle par le juge administratif et le juge constitutionnel afin de garantir un niveau minimum de libertés dans la mesure d'éviter de menacer l'ordre public, de permettre, ainsi, d'affronter la situation exceptionnelle, et restituer le calme et l'ordre à la société. Le contrôle juridictionnel est plus important et plus efficace s'avérant nécessaire en vue de créer l'équilibre souhaité entre les privilèges du pouvoir et les aspirations des citoyens en matière de droit et de libertés. Les actes entreprise par l'administration durant les circonstances exceptionnelles et qui engendrent des préjudices à autrui impliquent la responsabilité de celle-ci et permis à autrui de demander des dommages et intérêts. A ce qu'une indemnité de réparation soit fondée sur le risque et la rupture d'égalité devant les charges publiques.

Les mots clés: L'état de nécessité - l'internement administratif - les mesures exceptionnelles - l'état d'urgence - le conseil constitutionnel - le juge administratif - l'état de siège - la légalité exceptionnelle - la constitutionnalisation- l'ordre public.