

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة آكلي محند اولحاج - البويرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

مكانة مبدأ المشروعية في ظل الظروف الإستثنائية
في النظام السياسي الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص:
الدولة والمؤسسات العمومية.

إعداد الطالب: - لمين زين العابدين.
إشراف الدكتورة: - خلوفي خدوجة.

أعضاء لجنة المناقشة:

- الدكتور طيبي أمقران رئيسا.
- الدكتورة خلوفي خدوجة مشرفا ومقررا.
- الأستاذ دريد مالكي مناقشا.

تاريخ المناقشة:

.2015/11/26

إهداء

❖ إلى من حملتني وهنا على وهن وكانت لي سراجا أثار درب حياتي أُمي الحنون.

❖ إلى من رباني على حب الله والعلم والعمل ورافقتني في كل مراحل حياتي أبي الغالي.

تعبيرا عن محبتي لهما واعترافا لما بذلاه من أجلي أدعوا الله أن يرحمهما كما ربياني صغيرا.

❖ إلى زوجتي وبناتي مريم وسعيدة حفظهما الله وراعاهم.

❖ إلى كل الأصدقاء الذين لم ييخلوا عني بمد يد العون والدعاء لي بالتوفيق.

لمين زين العابدين.

شكر وعرفان

❖ أول الشكر وآخره لله العلي القدير الذي منحنا الصحة والقوة والعزم لإنجاز هذا البحث وإتمامه.

❖ كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذتي الفاضلة والمشرفة على إعداد هذا البحث «خلوفي خدوجة» التي أرشدتني بتوجيهاتها القيمة ولم تبخل علي بخبرتها ومعلوماتها التي ساهمت في إثراء هذا البحث.

❖ كما أتقدم بالشكر إلى كل أساتذتي بجامعة البويرة ، والذين كان لهم الفضل الكبير في إنجاح مشواري الدراسي.

❖ كما أتقدم بالشكر إلى الطاقم الإداري بكلية الحقوق والعلوم السياسية وعلى رأسهم عميد الكلية.

❖ كما أشكر كل من قدم لي يد العون من قريب أو من بعيد ، وكل من علمني وساعدني بأي شكل من الأشكال.

لمين زين العابدين.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ص	صفحة
ط	طبعة
ف	فقرة
ق	قانون
م	مادة
ق.ع	قانون عضوي
ج.ر	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د.ت.ن	دون تاريخ نشر
ق.ا.م.ا	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية

ثانياً: باللغة الأجنبية

P	Page
Op, cit	Référence précitée
Ed	Edition
T	Tome
D	Dalloz

☒ ملاحظة:

- كل إشارة في هذا البحث الى لفظ دستور أو قانون أو مشروع دون ذكر البلد المقصود به هو الجزائري.

مقدمة

إن ظهور دولة القانون، كان بعد مرور فترة من الزمن عاشت فيه الشعوب ويلات الحكم المطلق و المستبد، أين كان الحاكم ينفرد بقراراته متجاهلا بذلك حقوق و حريات الأفراد، غير أن هذا الوضع أسس لقيام ثورات شعبية انبثقت عنها إعلانات و موثيق دولية ترفض شخصنة الحكم و تنادي بتقييد سلطات الحاكم و صيانة حقوق و حريات الأفراد، و هكذا تكرست دولة القانون التي يخضع فيها كل من الحاكم و المحكوم لأحكام القانون .

تتحقق الدولة التي يسود ويسمو فيها القانون من خلال تكريس مبدأ المشروعية هذا الأخير الذي يُعدّ ندى أساسا بتنظيم السلطة وتحديد صلاحياتها وعلاقتها بالأفراد، ويقضي بضرورة مطابقة وموافقة أعمال السلطات العمومية للدستور و النصوص القانونية السارية في الدولة، و الخروج على هذا المبدأ يعني المساس بحقوق و حريات الأفراد و انتقاص من سيادة الشعب.

كما يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات أحد ضمانات مبدأ المشروعية، و الجهة المكلفة دستوريا بتنفيذ القوانين هي السلطة التنفيذية، و عليه فمبدأ المشروعية يتعلق أساسا بمدى مطابقة أعمال السلطة التنفيذية لمختلف المعايير القانونية السارية في الدولة، و لضمان احترام هذا المبدأ وُجدت عدة آليات رقابية على أعمال الجهاز التنفيذي، غير أن هذه الآليات تصطدم بقيود تمس بمبدأ المشروعية اعترف بها كل من الفقه والقضاء و أقرتها الدساتير لضمان استقرار الدولة و حفظ النظام العام و تحقيق المصلحة العامة.

تتمثل أساسا هذه القيود في نظرية أعمال السيادة نظرية السلطة التقديرية و كذا نظرية الظروف الإستثنائية ، و تعتبر هذه الأخيرة من أهم القيود التي ترد على مبدأ المشروعية، حيث يُسمح للسلطة التنفيذية بصفة إستثنائية ومؤقتة باتخاذ القرارات المناسبة والتي تراها هي ملائمة وذلك من خلال تحررها من التقيد بالنصوص القانونية ورقابة باقي السلطات تحت حجة حفظ النظام العام واستتباب الأوضاع وضمان الأمن والاستقرار في المجتمع والمحافظة على مؤسسات الدولة وسيادتها.

قد طرح كل من الفقه والقضاء عدة تساؤلات تتمحور أساسا حول مدى إمكانية الأخذ بنظرية الظروف الإستثنائية ومبررات ذلك و كذا مدى شرعية اتساع صلاحيات السلطة التنفيذية على حساب باقي سلطات الحكم ومدى تأثير ذلك على حقوق وحرريات الأفراد وعلى تكريس مبدأ المشروعية .

من هنا تظهر أهمية الموضوع وذلك بالنظر لارتباط نظرية الظروف الإستثنائية بأعمال السلطة التنفيذية ، فهي تشكل مساس بحقوق و حرريات الأفراد و تجعل من هذه الأخيرة تستحوذ على صلاحيات السلطات الأخرى، وتعتبر في عمومها تقييدا لمبدأ المشروعية، و من هنا تظهر أهمية الدراسة من الجانب النظري في تحديد مضمون كل من مبدأ المشروعية و نظرية الظروف الإستثنائية و العلاقة بينهما، و كذا الحدود الفاصلة وأساس الموازنة بينهما و كذا معرفة النظام القانوني للظروف الإستثنائية في النظام الدستوري الجزائري باعتباره أهم ضمانات مبدأ المشروعية .

أما من الناحية العملية نوضح أثر نظرية الظروف الاستثنائية على تكريس مبدأ المشروعية ، ولا سيما على حقوق و حرريات الأفراد و كذا على تنظيم العلاقة بين السلطات العمومية، بالإضافة إلى توضيح مختلف الإجراءات الإستثنائية والضمانات القانونية لحماية مبدأ المشروعية ومدى فعاليتها في ذلك ، وهذا مايجعل من الموضوع يحظى باهتمام العديد من الباحثين ولو من زوايا متفرقة.

يعتبر كل من مبدأ المشروعية ونظرية الظروف الإستثنائية من أهم مواضيع القانون الدستوري ، لما لهما من علاقة بحقوق وحرريات الأفراد وكذا تنظيم السلطات العمومية وتحديد صلاحيات السلطة التنفيذية في الحالات غير العادية التي تمر بها الدولة، وقد تعرض العديد من الباحثين والدارسين لكل من مبدأ المشروعية وكذا نظرية الظروف الإستثنائية ، ولكن الدراسة غالبا ما تركز على أحد الموضوعين ويتم التطرق للموضوع الآخر على أساس أنه جزئية في البحث .

لذلك فالموضوع له أهمية كبيرة ويدرس من عدة زوايا سواء من حيث أهمية مبدأ المشروعية في بناء دولة القانون والحفاظ على الحريات العامة ودوره في تنظيم عمل السلطة أو من حيث ضرورة تحرير السلطة التنفيذية من القيود القانونية في ظل الظروف الإستثنائية ومنحها صلاحيات واسعة تحتوي من خلالها الأوضاع والمستجدات وتحفظ النظام العام وتضمن الأمن والإستقرار، وكذا من حيث مختلف الضمانات المتاحة لحماية حقوق الأفراد والحريات العامة وتكريس مبدأ المشروعية في ظل ممارسة السلطة التنفيذية لهذه الصلاحيات.

يكمن الهدف أساسا من دراستنا لهذا الموضوع في معرفة مضمون مبدأ المشروعية ودوره في تكريس دولة القانون، وكذا مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية ومبررات الإعتراف بها وتأثير هذه الأخيرة على تكريس مبدأ المشروعية، والبحث في الإجراءات الإستثنائية والضوابط القانونية ومختلف الضمانات القانونية من حيث كفايتها وفعاليتها في الموازنة بين صلاحية السلطة العامة في حفظ النظام العام وضرورات تكريس مبدأ المشروعية.

إن طبيعة الدراسة لهذا الموضوع تفرض على الباحث إتباع المنهج التحليلي لتحديد مدلول كل من مبدأ المشروعية و نظرية السلطة التقديرية للإدارة وعلاقتها ببعضهما، وكذا الحدود الفاصلة بينهما و التي تترجم إشكالية الموازنة بين مبدأ المشروعية كمتغير مستقل و نظرية الظروف الإستثنائية كمتغير تابع، هذا من جهة و من جهة أخرى التطرق إلى النظام القانوني للنظرية الظروف الإستثنائية في النظام الدستوري الجزائري، بأسلوب تحليلي يعتمد على المنطق و الإستدلال، غير أن هذا لا يفي اعتمادنا على المنهج التاريخي مثلا في التطرق لتطور ونشأة نظرية الظروف الإستثنائية، وكذا المنهج المقارن مثل التطرق إلى تنوع التنظيم القانوني لهذه النظرية ومختلف الضمانات وآليات الرقابة في التشريع المقارن.

ترجع أسباب إختيارنا لهذا الموضوع لعوامل ذاتية و أخرى علمية، أما الأسباب الذاتية تكمن في رغبة الباحث في مناقشة مبدأ المشروعية كأحد أهم ركائز دولة القانون و نظرية الظروف الإستثنائية كقيد على مبدأ المشروعية تهدد و تمس بحقوق و حريات الأفراد، بالإضافة

إلى كثرت البحوث القانونية في هذا الموضوع وتعدد زوايا الدراسة مما يسمح بتوفر المادة العلمية، وفسح المجال أكثر للبحث في هذا الموضوع.

أما الأسباب العلمية فهي تكمن في نية الإسهام و المشاركة في إثراء المكتبة القانونية في شرح و توضيح مبدأ المشروعية ، و مدى أهميته و أثر الظروف الإستثنائية على إمكانية تكريسه، و كذا المساس بحقوق و حريات الأفراد ، و الآليات المتاحة في موازنة العلاقة و مدى فعاليتها في تكريس مبدأ المشروعية و حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

من هنا ارتأى الباحث طرح الإشكالية التالية:

نظرية الظروف الإستثنائية ومدى تأثيرها على مبدأ المشروعية في النظام

الدستوري الجزائري؟.

من خلال الإشكالية الرئيسية يمكن طرح عدة تساؤلات فرعية نهدف من خلالها إلى كشف و توضيح بعض الأساسيات المتعلقة بالدراسة.

- ما مقصود بمبدأ المشروعية ومدى أهميته، وماهي مصادره؟.
- ماهو مضمون نظرية الظروف الإستثنائية، وماهي مبرراتها؟
- كيف نظم المؤسس الدستوري نظرية الظروف الإستثنائية ، وماهي شروط إعلانها؟.
- ماهي مختلف الإجراءات الإستثنائية وما أثرها على الحقوق والحريات العامة؟.

للإجابة على هذه التساؤلات وإثراء البحث ارتأى الباحث تقسيم الدراسة إلى فصلين حيث تضمن الفصل الأول إشكالية الموازنة بين مبدأ المشروعية و نظرية الظروف الإستثنائية وذلك في مبحثين، المبحث الأول كان تحت عنوان تحديد مدلول مبدأ المشروعية ومدى أهميته ، أما المبحث الثاني فكان بعنوان نظرية الظروف الإستثنائية ومدى تأثيرها على مبدأ المشروعية.

أما الفصل الثاني فتضمن التنظيم القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية في النظام الدستوري الجزائري ، وهو الآخر تضمن مبحثين، حيث كان المبحث الأول تحت عنوان تنظيم حالات الطوارئ والحصار وأثر ذلك على مبدأ المشروعية ، أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان تنظيم الحالة الإستثنائية وحالة الحرب وأثر ذلك على مبدأ المشروعية.

الفصل الأول

إشكالية الموازنة بين مبدأ المشروعية

و نظرية الظروف الإستثنائية

إن قيام الدولة المعاصرة أساسه وجود دستور أو القانون بصفة عامة ، فهو الذي ينظم العلاقة بين الحاكم و المحكوم و يصون و يحمي حقوق و حريات الأفراد و ينظم عمل السلطات العمومية ويحدد كفاءات ممارسة الحكم، لذلك أصبح من المسلم به أن تخضع السلطة في ممارسة وظائفها للقانون، و أن تكون هناك الضمانات و الآليات الرقابية التي تكفل ذلك.

يعد مبدأ المشروعية *Le principe de légalité* أحد أهم الآليات التي تضمن قيام دولة القانون⁽¹⁾، و الذي يفرض على كل السلطات العمومية و لاسيما الإدارة العامة ممارسة مهامها في ظل القوانين السارية المفعول و إلا اعتبر تصرفها غير مشروع و يجب إبطاله ، لذلك فدولة القانون تكريسا لمبدأ المشروعية تستند في تنظيمها إلى وجود دستور مكتوب يحدد عمل السلطات العمومية و ينظم طريقة عملها و العلاقة فيما بينها هذا من جهة ، و من جهة أخرى بينها و بين الأفراد ، و أن يقوم هذا الدستور على مبدأ الفصل بين السلطات حتى لا يكون هناك انفراد بالسلطة و مساس بحقوق و حريات الأفراد .

بالإضافة إلى وجود سلطة قضائية مستقلة و فعالة تراقب مدى احترام القوانين السارية في الدولة و صيانة الحقوق و الحريات الأساسية للأفراد⁽²⁾، و حتى لا يكون هناك اضطراب في النظام الدستوري يجب احترام تدرج المعايير القانونية في الدولة و لاسيما من طرف السلطة التنفيذية أثناء ممارستها سلطة التنظيم فهي مؤتمة بتطبيق و تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، و ألا تخالف الأحكام الدستورية و إلا اعتبر ذلك انتهاكا لمبدأ المشروعية⁽³⁾.

و عليه فمبدأ المشروعية ذو أهمية في ضمان استقرار الدولة و تنظيمها و كذا في حماية و صيانة حقوق المواطنين، غير أن الدولة قد تجابه ظروف استثنائية غير عادية كالحروب والأزمات ، و يبدو عجز القواعد العادية عن مواجهة هذه الظروف ، الأمر الذي يملئ

1/ باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2011، ص 44.

2/ المرجع نفسه، ص 11.

3/ كيواني قديم، السلطة التنظيمية في التعديل الدستوري الجزائري سنة 2008 ، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2011/2012 ، ص 76.

منطقيا اتساع سلطات الإدارة وتحريرها من الخضوع للقواعد العادية بالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف ، بل إن ذلك لا يكون فقط من قبيل تقرير الحقوق لجهة الإدارة ، وإنما من قبيل الواجب عليها في مثل هذه الظروف.

إن في ظل هذه الظروف الإستثنائية Les situations d'urgences ، الإدارة تكون مجبرة على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في ظل الظروف العادية لحماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الإستثنائية.

ومع ذلك فإن الظرف الإستثنائي أيا كانت صورته مثل الحروب الأهلية أو الدولية، أو الفيضانات أو الزلازل وغيرها من الكوارث الطبيعية، أو انتشار مرض أو وباء يهدد الصحة العامة للمواطنين ، لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق ، فلا يعدو الأمر أن يكون توسعا لقواعد المشروعية تأسيسا على مقولة الضرورات تبيح المحظورات (1).

وعليه في ظل ضرورة تكريس مبدأ المشروعية وحتمية الاعتراف للإدارة بسلطات واسعة في ظل الظروف الإستثنائية تثار الإشكالية حول كيفية الموازنة وحماية مبدأ المشروعية و الحريات العامة أمام وسائل الإكراه والإجبار والتي تهدف من خلالها الإدارة في ظل الظروف الإستثنائية إلى حفظ النظام العام واحتواء الأوضاع ومواكبة المستجدات وضمان الأمن و الإستقرار لمؤسسات الدولة وضمان سيرها وحماية الأفراد وممتلكاتهم.

ومن هذا المنطلق تستوجب منا الدراسة في هذا الفصل التطرق إلى مدلول وأهمية مبدأ المشروعية في تكريس دولة القانون وكذا مختلف مصادره المبحث الأول، ثم نتطرق إلى مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية و أساس مبررات الأخذ بها وشروط تفعيلها وسلطات الإدارة في

1/ نبيل جدي، مبدأ المشروعية و مدى خضوع الإدارة للقانون ، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر

ظلمها، وكذا علاقتها بمبدأ المشروعية ومدى مساسها بالحقوق والحريات العامة وكذا تطبيقاتها في الجزائر المبحث الثاني.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ المشروعية ومختلف مصادره

يرتبط مدلول مبدأ المشروعية بظهور دولة القانون L'Etat de droit التي يخضع فيها كل من الحاكم و المحكوم على حد سواء لسيادة القانون⁽¹⁾، و إن كان خضوع الأفراد للقانون و سلطة الحاكم ليس بالأمر الجديد ، و إنما المبدأ يتعلق أساسا بمدى خضوع السلطة العامة في ممارسة وظائفها و في علاقتها بالأفراد للقانون ، و عليه تجسيد مبدأ المشروعية يقتضي الفصل بين شخص الحاكم و الدولة من جهة و تنظيم عمل السلطات العمومية وتحديد وظائفها من جهة أخرى بغرض حماية الأفراد من تعسف الحكام و تسلطهم.

لذلك فمبدأ المشروعية ليس قيودا للسلطة العامة و إنما يشتمل تنظيمها و يحدد مهامها و كذا علاقتها بالأفراد ، و على هذا الأساس ظهرت مبادئ أخرى تركز مبدأ المشروعية و المتمثلة أساسا في وجود دستور مكتوب ، مبدأ الفصل بين السلطات ، مبدأ تدرج المعايير القانونية و مبدأ استقلالية القضاء، بذلك فمبدأ المشروعية هو قمة الضمانات القانونية لحماية الحقوق و الحريات الفردية⁽²⁾.

لذا سنوضح في (المطلب الأول) مدلول مبدأ المشروعية و عناصر قيامه و أهميته في بناء دولة القانون سواء من حيث تنظيم السلطة و كفاءات ممارساتها، أو من خلال الدور الذي يلعبه في حماية حقوق و حريات الأفراد ، و في (المطلب الثاني) سنتطرق إلى مختلف مصادر المشروعية في الدولة، بحسب تدرجها المعياري في النظام الدستوري الجزائري.

1/ سلام عبد الحميد محمد زنكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمرك، كلية القانون و السياسة، 2008، ص 11.
2/ باية سكاكني ، المرجع السابق، ص 45.

المطلب الأول

مدلول مبدأ المشروعية و مدى أهميته

قد جرى بعض الفقه على استعمال لفظ المشروعية و الشرعية للدلالة على نفس المعنى بينما ذهب البعض الآخر إلى التمييز بينهما⁽¹⁾، فمنهم من يرى أنهما لفظان مشتقان من أصل واحد هو الشرع، إلا أنهما يختلفان من حيث المضمون الدقيق لكل منهما فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية و معناها موافقة الشرع ، و المشروعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية و تفيد محاولة موافقة الشرع⁽²⁾.

فالملاحظ أن كلا اللفظين يدلان على سيادة القانون غير أن المتمعن في المراجع و الكتب القانونية يجد أن هناك من فضل مصطلح المشروعية على الشرعية للدلالة على سمو القانون و ضرورة خضوع السلطة العامة للقانون.

للإشارة فإن مصطلح الشرعية في الدستور الجزائري لسنة 1996⁽³⁾ ورد في الفقرة 1 من الديباجة للدلالة على ضرورة مطابقة أعمال السلطات العمومية للقانون، بينما ورد في المادة 11 مصطلح المشروعية للدلالة على أساس المرجعية الدستورية للدولة القانونية و ورد أيضا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽⁴⁾ ، للدلالة على مدى موافقة عمل الإدارة العامة للقانون. الملاحظ أن مصطلح الشرعية يستعمل كثيرا في الكتابات السياسية للدلالة على شرعية السلطة الحاكمة ومرجعيتها الدستورية، أما مصطلح المشروعية في الغالب يستعمل في

1/ عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 13.

2/ سلام عبد الحميد محمد زنكنة، المرجع السابق، ص 13.

3/ مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج.ر. عدد 76 المؤرخة في 08/12/1996، المتضمن التعديل الدستوري لسنة 1996.

4/ المادة 801 من ق 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المتضمن ق ا م ا ، ج.ر. عدد 21 ، المؤرخة في 25/04/2008.

الدراسات القانونية للدلالة على مدى التزام السلطة العامة في ممارسة وظائفها بالنصوص القانونية⁽¹⁾.

و سمو القانون في الدولة يقتضي احترام السلطات العامة له بالأساس الأول ، وهذا ما وضحه

الفقيه Jacqueline Morand deviller⁽²⁾.

لأن احترام الأفراد للقانون أمر تكفله السلطة العامة في حد ذاتها⁽³⁾ ، و كون مصدر القانون في الدولة أساسه الدستور فيجب على كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية وكذا السلطة القضائية احترام هذا الأخير⁽⁴⁾ ، كما يجب على السلطة التنفيذية احترام السلطة التشريعية في ممارسة سلطتها التنظيمية و هذا لن يتحقق إلا من خلال تكريس مبدأ تدرج القواعد القانونية حتى تتسم أعمال السلطات بالمشروعية ، و عليه فمصادر المشروعية تختلف باختلاف المعايير القانونية السائدة في الدولة، ومن هنا تكمن أهمية مبدأ المشروعية في تنظيم السلطة العامة وطريقة عملها ومختلف آليات الرقابة المتبادلة ، كما يضمن الحماية للحقوق والحريات العامة للأفراد في مواجهة السلطات العمومية.

لذا سنوضح في (فرع أول) معنى مبدأ المشروعية و عناصر قيامه، و في (الفرع الثاني)

سننتقل إلى أهمية هذا المبدأ في بناء و إرساء دعائم دولة القانون.

1/ عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية و التطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2009، ص 106.

2 / Le principe de légalité, qui domine toute la théorie des actes administratifs, signifie que l'administration est soumise au droit. La loi, incarnation de la volonté générale, s'impose à l'administration comme elle s'impose aux individus : «Nul n'est censé ignorer la loi». La soumission de l'administration au droit est une garantie des citoyens contre l'arbitraire, l'incohérence ou l'inefficacité de l'action administrative .

VOIR: J. morand-deviller, Droit administratif, 12^e éd , Montchrestien, l'extenso éditions Paris, 2011, p 225.

3/ نبيل جدي، المرجع السابق، ص 08.

4/ عمار بوضياف ، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 ص11.

الفرع الأول: المقصود بمبدأ المشروعية

إن محاولة إعطاء تعريف لمبدأ المشروعية هو عمل فقهي و ليس بالعمل التشريعي فهو وليد الأفكار المتعلقة بالديمقراطية و كليات ممارسة الحكم و التي بدورها تختلف من نظام سياسي لآخر، غير أن المفهوم الاصطلاحي لهذا المبدأ ينحصر في مدلوله العام و هو سيادة حكم القانون في علاقة الحاكم بالمحكوم ، وبالتالي صيانة و ضمان حقوق الأفراد و حرياتهم العامة⁽¹⁾، و بذلك تقوم دولة القانون التي تطمح لها مختلف الشعوب.

فهو يعني سيادة القانون في الدولة سواء في تنظيمها و تحديد السلطات فيها و العلاقة فيما بينها ، أو من خلال تحديد صلاحيتها و مسؤوليتها في تحقيق الصالح العام، و كذا ضبط مختلف علاقاتها بالأفراد، بمعنى يسمو القانون على كل من الحاكم و المحكوم و يحكم العلاقة بينهما⁽²⁾.

لإعطاء مبدأ المشروعية معنى واضح و أكثر فنية، و يجب تحديد معنى سمو القانون وذلك من خلال معرفة من الذي يجب أن يخضع إلى القانون هذا من جهة ، و من جهة أخرى ما المقصود بالقانون و ما مدى الخضوع إليه ، بالإضافة إلى تحديد مختلف العناصر التي يجب توفرها في النظام السياسي حتى يمكن تجسيد مبدأ المشروعية، و هذا ما سوف نتطرق إليه تباعا

1/ فواز لجلط ، دور الدعوى الإدارية في حماية مبدأ المشروعية، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2008/2007، ص95.

2 / محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري و تنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007، ص11.

أولاً: المقصود بسمو القانون

إن المقصود بسمو القانون أو سيادة القانون هو تحقيق وتجسيد دولة القانون⁽¹⁾، والتي تعني دولة المساواة " فلا أحد فوق القانون" ولا فرق بين رجل السلطة والمواطن العادي⁽²⁾ وعليه سنوضح بدقة من الذي يجب أن يخضع للقانون والمقصود بمصطلح القانون وما درجة الخضوع إليه.

أ/ الأشخاص الخاضعين للقانون

يخضع لمبدأ المشروعية كل من الأفراد و السلطات الحاكمة، غير أن خضوع الأفراد للقانون هو شيء مؤكد لكي يكون هناك استقرار في الدولة، فالحرص على احترام مبدأ المشروعية يكمن أساساً في خضوع السلطات الثلاث للقانون⁽³⁾، و خاصة السلطة التنفيذية التي تعتبر أكثر السلطات احتكاكاً بالحقوق و الحريات العامة لما تملكه من وسائل الإجبار والإكراه القانونية والمتمثلة أساساً في القرارات الإدارية، وأخرى مادية تتمثل بالأساس الأول في القوة العمومية وأعاون الدولة بصفة عامة وكل الوسائل المادية الأخرى التي تستعين بها الإدارة في تجسيد قراراتها⁽⁴⁾.

فقد أصبح مبدأ المشروعية يخص بالتحديد مدى تطابق أعمال الإدارة العامة للقانون⁽⁵⁾ باعتبار أن الإدارة العامة هي المكلفة بتنفيذ القوانين والتنظيمات وتجسيدها على أرض الواقع خاصة في ظل تشعب و تعدد وظائفها سواء في مجال حفظ النظام العام أو لضمان الخدمات

1/ إن مصطلح دولة القانون هو مصطلح سياسي يقصد به دولة المشروعية التي تأخذ بمبدأ المشروعية والذي هو مصلح قانوني مفاده سمو وسيادة القانون، وعليه فمبدأ المشروعية هو آلية لتكريس دولة القانون، ويجب أن نفرق بين دولة القانون والدولة القانونية فهذه الأخير مفادها ضرورة التزام السلطة التنفيذية بالقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، انظر في ذلك: عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 120.

2/ المرجع نفسه، ص 139.

3/ فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية بفلسطين، 2011، ص ص. 13-14.

4/ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجد للنشر و التوزيع، سطييف، 2010، ص 173.

5/ سلام عبد الحميد محمد زنكنة، المرجع السابق، ص 13.

العامة ، و هذا ما يشكل في نفس الوقت تهديد لحقوق و حريات الأفراد، خاصة في ظل تمتعها بامتيازات السلطة العامة من وسائل إجبار و إكراه بحجة تحقيق النفع العام و حفظ النظام العام في المجتمع، و لذلك يعتبر كل نشاط خارج عن القانون تقوم به الإدارة العامة هو تصرف غير مشروع⁽¹⁾.

بالرغم أن انتهاك مبدأ المشروعية من طرف السلطة القضائية و التشريعية أمر مستبعد ومع ذلك هناك آليات قانونية تضمن تحقيق هذا الأخير ، حيث يجب على السلطة القضائية أن تلتزم بالنصوص القانونية عند الفصل في المنازعات و لذلك وجد مبدأ التقاضي على درجتين و كذا إمكانية رد القضاة، كما أن السلطة التشريعية هي الأخرى ملزمة باحترام مبدأ المشروعية في ممارسة مهامها، و لهذا الغرض وجدت آلية الرقابة على دستورية القوانين⁽²⁾.

ب/ المقصود بالقانون ودرجة الخضوع إليه

إن مبدأ المشروعية يعني سيادة القانون، أو ضرورة التوافق مع القانون، و من هذا المنطلق يقصد بمبدأ المشروعية تطابق أعمال الإدارة مع القانون وعدم مخالفتها لأحكامه و لابد أن يفهم القانون بمفهومه العام ، أي كافة القواعد القانونية السائدة في الدولة⁽³⁾، سواء كانت دستورية أو تشريعية أو اتفاقات دولية أو لوائح تنظيمية، بما فيها القواعد القانونية غير المدونة كالعرف و مبادئ العدالة و القانون الطبيعي، بل أن مفهوم القانون يتسع ليشمل الأحكام

1/ محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص 10.

2/ حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، ط 1، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن 2014، ص ص 12-13.

3/ عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية و الرقابة على أعمال الإدارة، ط 1، المركز القومي للاصدارات القانونية القاهرة، 2014، ص 12.

القضائية الصادرة ضد الإدارة، فأحكام القضاء ملزمة للإدارة العامة⁽¹⁾، و هذا ما نصت عليه المادة 145 من الدستور الجزائري⁽²⁾.

أما حول مدى خضوع الإدارة للقانون، انقسم الفقه إلى ثلاث آراء⁽³⁾.

الرأي الأول: أن تمارس الإدارة العامة نشاطها بكل حرية شرط عدم مخالفة القانون بمفهومه الواسع.

الرأي الثاني: أن يكون نشاط الإدارة يستند على نص قانوني.

الرأي الثالث: أن يكون نشاط الإدارة غير مخالف للقانون و يستند على نص قانوني مكتوب بل أكثر من ذلك أن يكون تنفيذ مباشر لأحد القواعد القانونية حتى يعد مشروعاً.

يلاحظ أن الرأي الأول منح سلطة تقديرية للإدارة لا مبرر لها كونها تشكل تهديداً لحقوق و حريات الأفراد و فيه انتقاص من مكانة باقي السلطات الحاكمة، لأن السلطة التنفيذية أصبحت هي من تشرع و من دون رقابة و هذا ما يتنافى مع دولة القانون.

أما الرأي الثالث فهو يقيد الإدارة في نشاطها بحيث لا يمكنها تغطية كل مستجدات الحياة الإدارية مما يسبب شلل في النشاط الإداري، وبالتالي هذا لا يخدم الصالح العام ولا يترك للإدارة روح الإبداع و الابتكار و التجديد و هذا يؤثر سلباً على نشاط الإدارة و المرفق العام بصفة عامة.

1/ عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 13.

2/ تنص المادة 145 من دستور 1996، المرجع السابق، على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء.

3/ عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، المرجع السابق، ص 12.

لذلك فالرأي الثاني أقرب إلى الصواب في مدلول مدى خضوع الإدارة للقانون كون الإدارة تصبح ملزمة بالاستناد إلى القانون في نشاطها غير أن لها هامش من الحرية في اتخاذ القرار الملائم مادام لا يخالف قاعدة قانونية⁽¹⁾.

مع ذلك يمكن القول أن هناك تصرفات لا تعتبر مشروعة إلا إذا كانت مطابقة حرفياً لنص القانون وذلك بالنظر لطبيعة المجال الذي تتدخل فيه الإدارة ومدى مساسه بحقوق و حريات الأفراد مثل حالة نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية ، كما أن هناك حالات يجب أن تتمتع فيها الإدارة بسلطات واسعة و ذلك بالنظر إلى طبيعة المجال الذي تتدخل فيه هذه الأخيرة تماشياً مع مقتضيات المنفعة العامة و تماشياً مع المستجدات التي لم يفصل فيها القانون و ضمان استمرارية الخدمات العامة و حفظ النظام العام ، كما هو الحال مثلاً في فتح أو إلغاء قرار مسابقة توظيف فهنا الأمر يتعلق بتقدير الإدارة لاحتياجاتها ومدى قدرتها على التوظيف أما إجراءات التوظيف فهي محددة قانوناً ولا يمكن للإدارة أن تخالف النصوص القانونية المنظمة لعملية التوظيف و إلا اعتبر ذلك مساساً بمبدأ المشروعية.

ثانياً: عناصر المشروعية

من خلال تعرضنا إلى مدلول مبدأ المشروعية نجد أنه لا يمكن لهذا الأخير أن يتحقق ولن يكون له وجود إلا بتوفر عدة عناصر وشروط تكمل بعضها البعض في تحقيق هذا المبدأ وتجسيد دولة القانون⁽²⁾ ، والمتمثلة أساساً في:

أ/ ضرورة وجود دستور مكتوب:

إن ظهور الدولة الحديثة أصلاً مرتبط بوجود القانون و لاسيما الدستور كعامل أساسي في تنظيم السلطة و طرق ممارستها فهو ينظم العلاقة بين الحاكم و المحكوم بحيث يحدد

1/ حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 16.

2/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 14.

سلطات الحاكم و يقر حقوق و حريات الأفراد و يحميها⁽¹⁾، ومنه فإن دولة الحق و القانون أساسها الدستور فهو الضمانة الأساسية لتكريس مبدأ المشروعية بحيث يصبح كل من الحاكم و المحكوم خاضعا لأحكام الدستور و ملتزما بها، و الدستور هو أيضا من يجسد باقي الضمانات الأخرى مثل الفصل بين السلطات و إقرار مبدأ تدرج المعايير القانونية لإحلال التوازنات الأساسية بين السلطات أثناء ممارسة وظائفها، كما أن الدستور هو الذي يضمن وجود رقابة قضائية فعالة و مستقلة لضمان حقوق و حريات الأفراد من تجاوزات السلطة العامة لصلاحياتها.

ب/ اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات: La séparation des pouvoirs

إن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة و هذا ما أثبتته الحياة الإنسانية و ما عاشته الشعوب في ظل الحكم المطلق Absolutisme، وكان وقتها يسود الحكم الاستبدادي أو كما تعرف L'Etat de police حيث كانت السلطة مرتبطة بشخص الحاكم يمارسها كحق أصيل لإسأل أبدا على تصرفاته مع الرعية، على أساس أن الحاكم لا يخطئ، غير أن الدولة الحديثة ارتبطت بمفهوم دولة القانون التي يسمو فيها القانون على إرادة الحاكم، ولكي يتحقق هذا اعتمدت معظم الدول مبدأ الفصل بين السلطات في دساتيرها للفصل بين شخص الحاكم و الدولة من جهة، و من جهة أخرى توزيع سلطات الدولة بين عدة هيئات مختلفة ومستقلة عن بعضها البعض.

يعتبر المفكر الفرنسي Montesquieu هو من وضع فكرة مبدأ الفصل بين السلطات في شكلها العملي⁽²⁾، حيث يرى أنه من الضرورة تفتيت السلطة بين عدة سلطات حتى لا

1/ سلام عبد الحميد محمد زنكنة، المرجع السابق، ص ص 17-18.

2/ يعتبر مونتسكيو أول من أعطى مبدأ الفصل بين السلطات الصورة التطبيقية في تنظيم السلطة حيث أجرى تجربة على النظام السياسي الانجليزي و النظام السياسي الفرنسي و برهن كيف أن الديمقراطية أكثر انتشارا في إنجلترا مقارنة بفرنسا نتيجة رقابة السلطات لبعضها البعض و عدم تركيز السلطة في يد واحدة، و إن كان هناك من تطرق لمبدأ الفصل بين السلطات قبل مونتسكيو مثل أرسطو و أفلاطون وجون لوك و جون جاك روسو و غيرهم من المفكرين غير أنهم لم يتطرقوا إليه كنظرية متكاملة و قابلة للتطبيق و إنما تطرقوا إليه بجانب فلسفي و مثالي لا يعكس الصورة التي كان قد وضحها مونتسكيو في كتابه "روح القوانين"، أنظر في ذلك: ميلود ذبيح، مبدأ الفصل بين السلطات، رسالة لنيل شهادة ماجستير

تنتهك حقوق و حريات الأفراد فالرقابة المتبادلة تجعل من السلطة توقف السلطة، و أن كل سلطة تتجاوز صلاحيتها تكون قد تجاوزت مبدأ المشروعية⁽¹⁾.

إن تحقيق و تكريس مبدأ المشروعية يفرض تحديد مهام كل سلطة حتى يتسنى لجهة الرقابة معرفة مدى خضوع كل سلطة في ممارسة مهامها للقانون، و هذا لن يتحقق إلا من خلال إقرار مبدأ الفصل بين السلطات في التنظيم السياسي للدولة.

ج/اعتماد مبدأ تدرج المعايير القانونية: *Hérarchique du normes juridiques*

إن توزيع وظيفة الدولة بين هيئات مختلفة أمر ضروري لتنظيم السلطة و كيفية ممارستها، غير أن الواقع العملي جعل من السلطة التنفيذية مشتركة مع السلطة التشريعية في إصدار قواعد قانونية تكمّل و تطبق النصوص التشريعية و تنقلها إلى أرض الواقع و هذا تماشياً مع مقتضيات الحياة الإدارية و متطلبات المجتمع.

لكي لا يكون هناك تصادم في النصوص القانونية و يجب أن يكون هناك تدرج في القوانين و أن يكون كل نص قانوني يتوافق مع نص قانوني أقوى منه درجة ، حتى لا يكون هناك اعتداء بين السلطات على بعضها البعض، و يكون هناك استقرار في المنظومة القانونية للدولة هذا ما اصطلح عليه هرم تدرج القواعد القانونية⁽²⁾، و الذي أتى به المفكر Kelsen في مؤلفه *Théorie pure du droit*، و لذلك فالنصوص الصادرة عن السلطة التنفيذية يجب ألا تخالف النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية و هذه الأخيرة تمارس وظيفة التشريع في ظل أحكام الدستور و ألا تخالفها و كل جهاز أو سلطة تتجاوز في نصوصها القانونية نص قانوني أقوى

جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2006، ص09،-عمار عباس، العلاقة بين السلطات في الأنظمة السياسية المعاصرة و في النظام السياسي الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص17.

1/ عبد الناصر عبد الله أبو سميذانة، المرجع السابق، ص 21.

2/ رابحي حسن، مبدأ تدرج القواعد القانونية في النظام الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2006، ص02.

منها إلزاما تكون قد انتهكت مبدأ المشروعية وجب إبطال تصرفها من الجهة الرقابية المختصة⁽¹⁾.

د/ضرورة وجود رقابة قضائية مستقلة: Autonomie du controle juridictionnel

لكي تمارس السلطة العامة مهامها في إطار مبدأ المشروعية و لاسيما الإدارة العامة يجب أن تكون هناك رقابة قضائية فعالة و مستقلة تراقب عمل الإدارة العامة و مدى خضوعها لأحكام القانون⁽²⁾، فلا جدوى من وضع قيود وضوابط دستورية و قانونية على نشاط الإدارة إن لم تخضع هذه الهيئات التنفيذية لجهة قضائية تراقب مدى احترام هذه الضوابط و القيود القانونية⁽³⁾، و هذا من خلال حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء المختص لطلب إبطال عمل الإدارة غير المشوع و المطالبة بالتعويض، و عليه فلا يمكن تصور قيام مبدأ المشروعية في ظل غياب رقابة قضائية مستقلة و فعالة، فالقضاء هو الذرع الواقي لمبدأ المشروعية⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: أهمية مبدأ المشروعية في بناء دولة القانون

لا يمكن اعتبار مبدأ المشروعية من خلق الفكر القانوني الحديث و لا من ابتكاره، بل هو في الحقيقة نتاج التاريخ الحضاري ب كله في معركة الحرية بوجه الطغيان و التعسف و الاستبداد⁽⁵⁾، غير أن التكريس الفعلي لهذا المبدأ لم يتحقق إلا بعد ظهور دولة القانون التي تخضع في تنظيمها و في علاقتها بالأفراد للقانون، بحيث أصبح هناك دستور مكتوب يقر حقوق و حريات الأفراد و يحميها بآليات متعددة من خلال تكريس مبدأ الفصل بين السلطات

1/ تخضع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية و المراسيم التي يصدرها رئيس الجمهورية و كذا المعاهدات الدولية للرقابة على دستورية القوانين و ذلك من طرف المجلس الدستوري حسب نص المادة 165 من دستور 1996، أما الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة العامة تخضع لرقابة القضاء حسب نص المادة 143 من الدستور والمتمثلة أساسا في رقابة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.

2/ سلام عبد الحميد محمد زنكنة، المرجع السابق، ص 27.

3/ عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، المرجع السابق، ص 37.

4/ عمار بوضيف، المرجع السابق، ص 16.

5/ سلام عبد الحميد محمد زنكنة، المرجع السابق، ص 10.

و الذي يرمي إلى تفنيت السلطة و تحديد المسؤوليات و إقرار الرقابة المتبادلة و الفعالة بين السلطات العمومية، و هذا كله من أجل حماية حقوق و حريات الأفراد من جهة و تنظيم ممارسة السلطة من جهة أخرى.

أولاً : دور مبدأ المشروعية في ضمان حقوق و حريات الأفراد

إن مدلول مبدأ المشروعية في مفهومه العام يعني سمو القانون و خاصة الدستور بصفته القانون الأسمى في البلاد و الذي يحدد حقوق و حريات الأفراد وآليات حمايتها و حدود ممارسة السلطة لصلاحياتها ، فهو يضع التزاماً يقع على عاتق كل من الحاكم و المحكوم ، فالعلاقة بين السلطة العامة و الأفراد يحكمها بالأساس الأول الدستور⁽¹⁾ ، و هذا الأخير مفاده حماية الأفراد من السلطة العامة لما تملكه من وسائل الإجبار و الإكراه فهي الطرف القوي في العلاقة لذلك يجب أن تتسم نشاطاتها بالمشروعية و موافقة النصوص الدستورية و القانونية بصفة عامة، لذلك فوجود دستور مكتوب كمرجع لمشروعية أعمال السلطة العامة هو أهم ضمانات قانونية تضمن للأفراد حقوقهم و حرياتهم.

إن تنظيم القانون و إقراره لحقوق و حريات الأفراد هو في الحقيقة تنظيم وليس تقييد و تضيق للسلطة في ممارسة وظائفها، حيث تلتزم بالحدود التي يرسمها القانون، و في نفس الوقت لا تتعدى على الحقوق التي أقرها القانون لصالح الرعية، لذلك يمثل مبدأ المشروعية قمة الضمانات الأساسية لحماية حقوق الأفراد و حرياتهم، فهو يعتبر الأساس القانوني لقيام الرقابة على أعمال الإدارة⁽²⁾.

يمكن القول أن مبدأ المشروعية يؤسس إلى وجود قانون يقر و ينظم حقوق و حريات الأفراد و كذا علاقتهم بالسلطة العامة كما يرسم الحدود التي تتقيد بها هذه الأخيرة، و ينشئ

1/ انظر ديباجة التعديل الدستوري لسنة 1996 ف 10 إن الدستور فوق الجميع، و هو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية، و يحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، و يضفي الشرعية على ممارسة السلطات، و يكفل الحماية القانونية، و رقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، و يتحقق فيه نفتح الإنسان بكل أبعاده.

2/ نبيل جدي ، المرجع السابق، ص 11.

آليات الرقابة التي تضع حدا للممارسات غير المشروعة من طرف السلطة العامة فالسلطة المطلقة مفسدة مطلقة، و ترك السلطة بدون قيود و قوانين تنظم نشاطها أمر يؤدي حتما إلى الاستبداد فكلما كان هناك تحديد لوظائف السلطة و رقابة على أعمالها كل ما كان هناك ضمان للحقوق و الحريات العامة⁽¹⁾، لذلك لا يمكن الحديث عن دولة القانون في ظل غياب مبدأ المشروعية.

ثانيا :دور مبدأ المشروعية في تنظيم السلطة

إن مسألة حماية الحريات العامة لا تنحصر في وجود دستور مكتوب يقر و ينظم حقوق و حريات الأفراد فقط، و إنما إيجاد تنظيم لممارسة السلطة بطريقة تصان و تحترم فيها الحقوق و الحريات الفردية، و من هذا المنطلق جاء مبدأ الفصل بين السلطات كآلية لتكريس مبدأ المشروعية في الدولة ، بحيث تقسم وظائف الدولة بين هيئات مستقلة عن بعضها البعض في ممارسة وظائفها مع وجود رقابة متبادلة تضمن مشروعية أعمال هذه السلطات و توقف بعضها البعض⁽²⁾، و هذا ما يجسد أيضا حماية للحقوق و الحريات، بحيث هناك سلطة تسن القوانين، و سلطة تنفذها و سلطة تراقب مدى احترام القانون و احترام حقوق و حريات الأفراد، فهذا التقسيم يساعد على تقسيم السلطة حتى لا يُفرد بها كما يساهم في تحديد الصلاحيات و المسؤوليات⁽³⁾ ، و يجعل من عمل السلطات أكثر تخصصا و تقنية و اتقانا تطبيقا لنظرية تقسيم العمل، كما أن هذا يساعد في وجود آليات رقابية مستقلة و فعالة و التي على رأسها السلطة القضائية، كأهم آلية لتجسيد مبدأ المشروعية و ضمان سيادة القانون .

إن المقصود بالفصل بين السلطات ليس إقامة سياج مادي يفصلها فصلا تاما عن بعضها البعض، أو كما يسمى بالفصل المطلق أو الجامد بين سلطات الحكم ، ليحول دون مباشرة أي سلطة بعض وظائف سلطة أخرى بحجة المساس بصلاحيات السلطات الأخرى

1/ محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص ص 4-5.

2/ أنظر الباب الثاني من دستور 1996 ، المرجع السابق.

3/ عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، المرجع السابق، ص 31.

و لكن يوجد فصل مرن يسمح بوجود تعاون بين السلطات Collaboration des pouvoirs⁽¹⁾، و لاسيما بين السلطة التشريعية و التنفيذية، فممكن لهذه الأخيرة أن تمارس في حالات استثنائية يقرها الدستور بعض صلاحيات السلطة التشريعية كما أنها تتمتع بسلطة التنظيم بهدف ضمان استقرار النظام العام و تنظيم أجهزة الإدارة العامة و طريقة عملها .

لكي لا يكون هناك تصادم بين عمل السلطات و تكريسا لمبدأ المشروعية و سيادة القانون جاء مبدأ تدرج القواعد القانونية كآلية تمارس في إطارها كل من السلطتين وظائفها بدون أي تصادم، فسلطة سن القوانين و التنظيمات التي تتمتع بها السلطة التنفيذية لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تخالف القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية أو الدستور فهي نصوص إما مفسرة أو منفذة أو مكملة لعمل السلطة التشريعية⁽²⁾.

1/ سلام عبد الحميد محمد زنكنة، المرجع السابق، ص 19.

2/ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2006، ص 47.

المطلب الثاني

مصادر مبدأ المشروعية

يكون عمل السلطات العامة مشروعاً كلما كان موافقاً للقانون بمفهومه العام⁽¹⁾، لذا يعتبر النظام القانوني في الدولة بمختلف الجهات المصدرة له و مهما كانت قوته و إلزامه مرجعية تثبت مدى مشروعية أعمال السلطات العامة ، بما في ذلك التصرفات القانونية الصادرة عن الإدارة العامة في إطار تطبيق و تنفيذ القوانين سواء القرارات الإدارية أو العقود الإدارية فهي صادرة عن الإدارة و ملزمة لها في نفس الوقت⁽²⁾.

لما كان القانون الساري في الدولة صادر من عدة سلطات - التشريعية و التنفيذية- لضرورات يملئها الواقع وكذا لاستمرارية و ديمومة الدولة و لضمان استقرار أوضاع المجتمع هذا سيؤدي حتماً إلى تصادم القوانين الصادرة سواء عن الهيئتين فيما بينها أو بينها و بين النصوص الدستورية في ظل غياب آلية تفك هذا الأشكال⁽³⁾، لذا جاء مبدأ تدرج القواعد القانونية حتى تكون المنظومة القانونية في الدولة مكتملة لبعضها البعض و لا تتصادم أو تتناقض في تنظيم مجال أو موضوع ما ويكون هناك استقرار في المنظومة القانونية.

لذا جرى تقسيم القانون حسب تدرجه و قوة إلزامه إلى مصادر رسمية و أخرى احتياطية⁽⁴⁾، و تقسيم آخر إلى مصادر مدونة و مصادر غير مدونة⁽⁵⁾، و نحن في هذا الصدد سنتطرق لمصادر المشروعية و المتمثلة في مصادر القانون حسب التقسيم الأخير، أي المصادر المدونة في فرع أول، المصادر غير المدونة في فرع ثانٍ موضحين بذلك أهم مصادر المشروعية حسب مبدأ تدرج القواعد القانونية في المنظومة القانونية الجزائرية.

1/ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص11.

2/ J. MORAND-DEVILLER, Op, cit , p 259.

3/ رابحي حسن، المرجع السابق، ص 09 وما يليها.

4/ محمد الصغير بعلي ، المرجع السابق، ص34.

5/ عليان بوزيان، المرجع السابق، ص ص264-265.

الفرع الأول: المصادر المدونة

تعرف المصادر المدونة بالمصادر النصية القانونية وهي كل ما يصدر عن السلطة المختصة في الدولة قواعد عامة ومجردة ومكتوبة، وتتمثل أساسا في الدستور بصفته القانون الأساسي في البلاد ، المعاهدات الدولية، القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية بنوعيه العضوي و العادي، وكذا التنظيم الصادر عن السلطة التنفيذية سواء التنظيم المستقل الصادر عن رئيس الجمهورية في شكل مراسيم رئاسية، أو التنظيمات الصادرة عن الوزير الأول في شكل مراسيم تنفيذية ، بالإضافة إلى التصرفات القانونية الصادرة عن جهاز الإدارة العامة (1) .

سنعتمد هذا الترتيب في شرح و توضيح المصادر المدونة للقانون ، حسب التدرج الهرمي للمعايير القانونية .

أولا: الدستور La constitution

هو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية(2) ، ويتضمن جملة القواعد التي تحدد شكل الدولة و نظام الحكم فيها و تنظم السلطات العمومية و توزع الصلاحيات فيما بينها ، و تبين مختلف آليات الرقابة المتبادلة لضمان حقوق و حريات الأفراد و حمايتها(3) .

الدستور هو أهم آليات تكريس المشروعية في الدولة، لذلك فإن طريقة إعداده و إقراره مسألة جد مهمة لإضفاء المشروعية على تأسيس السلطة الحاكمة و المشروعية على أعمالها وتحديد حقوق و حريات الأفراد في مواجهة هذه الأخيرة، و عليه فقد تباينت طريقة وضع الدساتير بتطور المجتمعات و الحياة القانونية و اختلاف الأنظمة السياسية من بلد لآخر، بدءا بالأساليب غير الديمقراطية كالمنحة و العقد إلى الأساليب الديمقراطية من خلال جمعية

1/ ناصر لباد، المرجع السابق، ص51.

2/ انظر ديباجة الدستور الجزائري لسنة 1996/ف10، المرجع السابق.

3/ باية سكاكني ، المرجع السابق، ص 49.

تأسيسية منتخبة من طرف الشعب تعد دستور و تعتمده أو يعتمده الشعب، أو من خلال جمعية تأسيسية معينة و تعد مشروع دستور غير أن الشعب هو الذي يقره من خلال الاستفتاء.

كما أن مسألة تعديل الدستور أو إلغاءه كلياً مسألة معقدة إجرائياً، و هذا ما أكده أيضاً المؤسس الدستوري الجزائري في المواد 174 و ما يليها من الدستور الجزائري⁽¹⁾ ، و ذلك بالنظر إلى المكانة التي يلعبها الدستور في النظام القانوني للدولة.

لما كان الدستور هو القانون الأسمى في البلاد، كان من اللازم احترام أحكامه من طرف السلطات العمومية حينما تمارس وظيفتها التشريعية أو التنظيمية ، وعلى هذا الأساس وجدت آلية الرقابة على دستورية القوانين كضمانة لسمو الدستور، وذلك من خلال هيئة دستورية تمارس الرقابة على القوانين والتنظيمات أي ما مدى دستورتيتها ومطابقتها للدستور وهذا ما أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري⁽²⁾.

ثانياً: المعاهدات Les traités

باعتبار الدولة أحد أعضاء المجتمع الدولي المعاصر فهي حتماً تدخل في علاقات و تبرم اتفاقيات و معاهدات تنتج عنها التزامات على عاتق الدولة، وخاصة لما يتعلق الأمر بمجالات حقوق الإنسان و الحريات العامة⁽³⁾، فالإدارة ملزمة بمراعاة أحكام هذه المعاهدات في نطاق وظيفتها الإدارية⁽⁴⁾، و تنفذ ما ورد في محتواها بشرط عدم معارضتها للدستور ، فقد ورد في نص المادة 132 من دستور 1996 أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون.

1/ لقد نصت المواد من 174 إلى 178 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على إجراءات وضع وتعديل الدستور.
2/ لقد أقر المؤسس الدستوري الجزائري الرقابة على دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات وكذا الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان وكذا القوانين العضوية، أنظر في ذلك المواد 163 إلى 169 من دستور 1996.
3/ عليان بوزيان ، المرجع السابق ، ص ص 265-266.
4/ عبد القادر عدو ، المرجع السابق، ص 18.

لذا تعتبر المعاهدات الدولية أحد المعايير القانونية في النظام الدستوري للدولة متى تمت المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية، وتصبح بذلك ملزمة للأشخاص والهيئات المخاطبة بها وتسهر السلطة القضائية في الدولة على ضمان احترامها⁽¹⁾.

ثالثاً: التشريع La législation

يقصد بالتشريع مجموعة القواعد القانونية العامة و المجردة التي تسنها السلطة التشريعية (البرلمان) في الدولة في حدود اختصاصاتها المبينة في الدستور⁽²⁾، حيث نصت المادة 98 من دستور 1996 يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين هما المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة، و له السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه.

يتميز بين نوعين من التشريع: القانون العادي و القانون العضوي.

فالبرلمان يشرع في جميع المجالات بقوانين عادية تشمل جميع مناحي الحياة الإقتصادية والإجتماعية والثقافية منها، وهي محددة بنص المادة 122 وبعض المواد الأخرى من الدستور أما القانون العضوي فيشمل المجالات الواردة في المادة 123 وبعض المواد الأخرى من الدستور، و الملاحظ أن مجال القانون العضوي يخص مسائل دستورية تتعلق بتنظيم السلطات العمومية و كذا الحقوق والحريات العامة، لذا خص المؤسس الدستوري القانون العضوي بإجراءات أكثر صرامة من القانون العادي⁽³⁾.

1/ المرجع نفسه، ص18.

2/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص40.

3/ لقد نصت المادة 123/ف2 من الدستور أنه: تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب و بأغلبية ثلاثة أرباع 3/4 أعضاء مجلس الأمة. يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره.

تجدر الإشارة أن المؤسس الدستوري أقر حق رئيس الجمهورية في ممارسة التشريع في حالات استثنائية عن طريق الأوامر Les ordonnances، و ذلك لضمان استمرارية و استقرار الدولة في حالات معينة أقرتها المواد 93، 120، 124 من الدستور⁽¹⁾.

لضمان احترام مبدأ المشروعية و يجب على السلطات العمومية في إصدار القوانين احترام أحكام الدستور و الخضوع له، و لذلك تم اعتماد آلية الرقابة على دستورية القوانين لضمان سمو الدستور ، و هذا ما أكدته المادة 163 من الدستور بنصها يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور، و نصت المادة 169 من الدستور أنه إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس.

رابعاً: التنظيم Le règlementation

لقد أقرت مختلف الدساتير سلطة التنظيم لصالح السلطة التنفيذية ، كونها الأجدر في احتواء بعض الحالات بإصدار قواعد قانونية عامة و مجردة ، تنظم من خلالها أجهزة الإدارة العامة و طريقة سيرها و ضرورات الحفاظ على النظام العام و سرعة احتواء بعض الأزمات التي لا يمكن للسلطة التشريعية أن تنظمها في الوقت المناسب والشكل المطلوب⁽²⁾، و هذا ما أكدته أيضا المؤسس الدستوري الجزائري في نص المادة 125 من دستور 1996 حيث أقر لرئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، ويندرج تطبيق القانون في المجال التنظيمي للوزير الأول.

1/ لقد نصت المادة 124 من دستور 1996 أنه: لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. و يعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعد لاجية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء، وقد ورد في نص المادة 120 /ف7: "يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون يوما(75) من تاريخ إيداعه، ...

2/ عادل ذوادي، "السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية"، رسالة لنيل شهادة ماجستير، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2012، ص 29.

هنا نشير أن السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية هي سلطة أصلية مصدرها الدستور و مستقلة عن المجالات التي ينظمها التشريع، أما سلطة الوزير الأول فهي سلطة تنظيمية تبعية ومشتقة من سلطة رئيس الجمهورية وهي تتعلق بتطبيق القوانين و التنظيمات المستقلة فقط ، حتى أن الوزير الأول عند اتخاذ أي نص تنظيمي يجب أن يخضع لموافقة رئيس الجمهورية و هذا ما أكدته المادة 3/85 من الدستور.

المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الجمهورية حتى تكون مشروعة يجب أن توافق أحكام الدستور، و تخضع بذلك للرقابة على مدى دستورتيتها حسب المادتين 165، 169 من الدستور، بينما النصوص التنظيمية الصادرة عن الوزير الأول حتى تكون مشروعة يجب أن توافق النص القانوني أو التنظيمي الذي جاءت لكي تطبقه أو تفسره، و بذلك فهي تخضع لرقابة القضاء الإداري و المتمثلة في رقابة مجلس الدولة (1).

كما تعتبر أيضا نصوصا تنظيمية القرارات الوزارية و القرارات الصادرة عن مدراء المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و الولاية و رؤساء المجالس الشعبية البلدية، والتي تتخذ لأجل ضمان السير الحسن لوسائل المرفق العام و كذا لحفظ النظام العام كل في مجال اختصاصه، بما في ذلك العقود و الصفقات التي تبرمها هذه الهيئات الإدارية في إطار سير المرفق العام، فهي تصرفات قانونية Des actes administratifs صادرة عن أجهزة الإدارة العامة و ملزمة لها في نفس الوقت، و لا يمكن لها أن تتصل من التزاماتها و إلا اعتبر ذلك مساس بمبدأ المشروعية (2).

الفرع الثاني: المصادر غير المدونة

تعتمد الإدارة العامة في ممارساتها على القواعد القانونية المدونة بالأساس الأول ، فهي القواعد الرسمية التي ترسم الحدود الفاصلة بين سلطة الإدارة و حرية الأفراد ، غير أن القاعدة

1/ كيواني قديم، المرجع السابق، ص 58.

2/ حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 29.

القانونية المكتوبة ليست شاملة و محددة لعمل السلطات العامة بصفة كاملة و تامة، بل قد تستند الإدارة العامة في ممارساتها إلى قواعد قانونية احتياطية و التي عادة ما تكون غير مكتوبة و المتمثلة أساسا في العرف، و المبادئ العامة للقانون⁽¹⁾.

تعتبر أيضا من المصادر الاحتياطية للقانون وفق المشرع الجزائري⁽²⁾ مبادئ الشريعة الإسلامية و إن كان مجالها لا يكاد يظهر في مجال القانون العام أي في تنظيم السلطة العامة و كيفية ممارستها و كذا في علاقتها مع الأفراد، بل مجالها الخصب هو القانون الخاص و لاسيما الأحوال الشخصية و مختلف المعاملات المدنية بين الأفراد، و لكن هذا لا يمنع كون مبادئ الشريعة الإسلامية هي مصدر مادي لمبدأ المشروعية خاصة في مجال الحقوق و الحريات العامة فهي الأسبق إلى تنظيمها و حمايتها.

لذا سنتطرق أساسا إلى العرف أولا، ثم المبادئ العامة للقانون ثانيا، و كيف يمكن اعتبارها مصدرا لمشروعية أعمال السلطة العامة.

أولا: العرف La coutume

تعد القواعد العرفية مصدرا من مصادر المشروعية ، حيث تشمل هذه لأخيرة على قواعد عرفية دستورية و أخرى إدارية تنظم في العديد من الحالات عمل السلطة العامة وتضمن استمرارية المرافق العامة⁽³⁾.

يقصد بالعرف عموما اتخاذ مسلك معين في مسألة معينة ثم يتكرر هذا السلوك حتى يعتقد الناس بوجوب هذا المسلك و بذلك يتحول إلى قاعدة عامة تنظم علاقات الأشخاص كلما تحققت الظروف التي نشأت هذه القاعدة بمناسبتها⁽⁴⁾.

1/ عليان بوزيان، المرجع السابق، ص265.

2/ المادة 01 من القانون المدني الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 /09/ 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 78، المؤرخة في 30 /09/ 1975.

3/ حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 30.

4/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 52.

في مجال مدى مشروعية أعمال السلطة العامة عند استنادها على قاعدة عرفية نميز بين العرف الدستوري و العرف الإداري، فالعرف الدستوري هو عادة يتصل بنظام الحكم في الدولة وقواعد درجت الهيئات العامة على استعمالها، سواء في تنظيمها أو في سيرها و علاقتها بالهيئات الحاكمة الأخرى أو الأفراد، أما العرف الإداري فهو ندى بالأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على إتباعها في مزاولة نشاط معين و يترتب على استمرار الإدارة و التزامها لهذه الأوضاع أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الإتباع⁽¹⁾.

يشترط في العرف بصفة عامة أن يتوفر على عنصرين، العنصر المادي و هو الاعتياد على سلوك معين كلما توفرت الظروف، و عنصر معنوي و هو الإحساس بالزامية القاعدة العرفية⁽²⁾.

إن العرف يأتي في حالة غياب النص القانوني ليحل محله، أو لتفسيره في حالة غموضه أو لتكتمته لعدم شموله أو احتوائه للواقعة، و بذلك فالعرف يأخذ عدة أشكال قد يكون إنشائي عندما ينظم مسألة لم يرد فيها نص قانوني ينظمها، و قد يكون مكمل ليعالج مسألة نظمها القانون و لكن بشكل عام لم يتعرض لجميع الجزئيات فيأتي العرف لينظم هذه الجزئية بشرط عدم مخالفته للنص القانوني⁽³⁾، و قد يكون العرف مفسر أي عندما يكون النص القانوني غامض و غير واضح في مسألة معينة، فيتم اللجوء إلى القاعدة العرفية لتنظيم هذه الواقعة و في جميع الحالات لا يمكن للعرف أن يلغي نص قانوني أو يحل محله أو حتى يعدله⁽⁴⁾.

فقاعدة توازي الإجراءات و الأشكال تقضي بأن النص القانوني لا يلغى أو يعدل إلا بنص قانوني من نفس الدرجة أو أعلى درجة منه أما العرف يمكن أن يلغى أو يعدل بعرف آخر كما قد يلغى أو يستبدل بنص قانوني.

1/ عبد الناصر عبد الله أبو سميذانة، المرجع السابق، ص ص 94 - 95.

2/ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص ص 53 - 54.

3/ عبد الناصر عبد الله أبو سميذانة، المرجع السابق، ص ص 96 - 97.

4/ عبد الناصر عبد الله أبو سميذانة، المرجع السابق، ص 97.

إن مسألة توافر أركان العرف و التثبيت منه ترجع إلى القضاء، و العرف ملزم لكل الأطراف سواء كانوا الأفراد أو الإدارة العامة في حد ذاتها مع أنها هي من جرت على إتباع ذلك العرف و مع ذلك فهو ملزم لها كما هو ملزم للآخرين، و السلوك الذي تأتية الإدارة مخالف للقاعدة العرفية هو تجاوز لمبدأ المشروعية ما لم تتحجج بعرف آخر مكمل أو متمم للعرف الأول⁽¹⁾

ثانيا: المبادئ العامة للقانون Les principes généraux du droit

حسب الأستاذ عمار عوابدي يمكن تعريف المبادئ العامة للقانون بأنها مجموعة قواعد قانونية ترسخت في ضمير الأمة ، يتم اكتشافها بواسطة القضاء ، و يعلنها هذا الأخير في أحكامه فتكتسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدر من مصادر المشروعية،² فهي قواعد قانونية غير المكتوبة يقررها أو يكتشفها أو يستنبطها القضاء و يعلنها في أحكامه.³

فالمبادئ العامة للقانون لا يشترط ورودها في نص قانوني مكتوب فقد تكون خارجة عنه يستخلصها القاضي من طبيعة النظام القانوني وأهدافه المتنوعة .⁴

لذلك إذا أصدرت الإدارة قرارا أو اتخذت إجراء مخالفا لأحد هذه المبادئ، كان القرار أو الإجراء باطلا لمخالفته مبدأ المشروعية.

نجد من بين هذه المبادئ القانونية العامة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي، وسائره فيها القضاء الجزائري مبدأ المساواة أمام القانون، المساواة أمام الضرائب و المساواة في استعمال الأموال العامة، و في الوظائف العامة، و مساواة المنتفعين بخدمات المرافق العامة

1/ حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص 32.

2/ عمار عوابدي ، القانون الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص101.

3/ نبيل جدي ، المرجع السابق، ص44.

4/ فادي نعيم جميل علاونة ، المرجع السابق ، ص40.

و مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، و مبدأ استمرارية المرفق العام، و مبدأ حق الدفاع في المحاكمة التأديبية، و المساواة أمام الأعباء و التكاليف العامة⁽¹⁾،....

من المستقر فقها و قضاء أن للمبادئ القانونية العامة قوة وقيمة قانونية و أنها بهذه الصفة تعد مصدرا من مصادر المشروعية غير المكتوبة تضاف إلى مختلف المصادر الأخرى التي يتكون منها البناء القانوني في الدولة⁽²⁾، غير أن الجدل الذي ثار بين مجموع الفقهاء يتمحور حول حقيقة القيمة القانونية لهذه المبادئ ، أي التساؤل حول مكانة هذه المبادئ في هرم تدرج المعايير القانونية .

خلص الأستاذ أحمد محيو في هذا الأمر أنه يجب التمييز بين المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية والمبادئ العامة ذات القيمة القانونية أي التشريعية وعليه مهما كانت القيمة القانونية لهذه المبادئ فهي تعلق عن التنظيم المتخذ لتنفيذ وتطبيق القانون وبذلك هي ملزمة للإدارة ويسهر القضاء على احترامها⁽³⁾.

لقد تعددت آراء الفقهاء في تحديد مصدر القوة القانونية لهذه المبادئ، ويمكن أن نلخص أهم هذه الآراء فيما يلي:

- قد يقال أن المبادئ القانونية العامة تستمد قوتها من ورودها في المقدمة الدستورية "الديباجة" أو في إعلان حقوق الإنسان. و هذا القول منتقد لان مثل هذا القول لا يمكن أن يستخلص من أحكام القضاء الفرنسي مثلا، فمن هذه الأحكام ما يقرر مبادئ لا نجد لها أثرا في مقدمة الدساتير و لا في إعلان حقوق الإنسان كمبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة، و كمبدأ حق الدفاع في المحاكم التأديبية، يضاف إلى ذلك أن القضاء

1/ عمار عوابدي ، المرجع السابق، ص106.

2/ المبادئ العامة للقانون في البناء القانوني الجزائري تعتبر مصدر احتياطي، حيث نصت المادة الأولى من القانون المدني "...إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي..... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

3/ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1990، ص50.

الفرنسي و إن كان يرى في نصوص المقدمة الدستورية و إعلان الحقوق مظهرا
لاعتناق المشروع التأسيسي لبعض هذه المبادئ القانونية العامة، إلا أنه يرجع هذه
المبادئ إلى مصدر أعم و أشمل و أوسع نطاقا كالتقليد الجمهوري و بعض النصوص
التشريعية⁽¹⁾.

- الحقيقة أن قوة المبادئ القانونية العامة لا تجد لها مصدرا سوى القضاء الذي يكشفها و
يقرها في أحكامه. و هذا الدور الإنشائي للقضاء يتضح أكثر في مجال القانون
الإداري بصفة خاصة، بل إن هذا القانون ليس إلا ثمرة لما ابتدعه القضاء الإداري من
مبادئ و قواعد و نظريات، و من أمثلة المبادئ العامة للقانون التي أقرها مجلس الدولة
الفرنسي مبدأ المساواة بتطبيقاته المختلفة، وكذلك مبدأ الحرية بفروعه المتعددة ومنها
مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية و مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام و باضطراد⁽²⁾.

من خلال دراستنا لمضمون مبدأ المشروعية ومدى أهميته في تنظيم الدولة
و ضمان الحقوق والحريات العامة وصيانتها، وذلك من خلال منظومة قانونية متكاملة
و متجانسة نستخلص أن دولة الحق و القانون لا تقوم إلا من خلال تكريس مبدأ المشروعية
و احترامه و لاسيما من طرف الإدارة العامة أثناء ممارسة مهامها لما تملكه من وسائل
إجبار و إكراه في مواجهة الأفراد و التي قد تشكل مساس بحقوق و حريات الأفراد.

إن مشروعية عمل السلطة أساسه القانون ، فالقانون هو الذي يحدد مختلف أجهزة
الإدارة العامة و تنظيمها و طريقة سيرها و عملها و كذا ينظم علاقتها بالغير، كما يحدد
حقوق و حريات الأفراد و ينظمها و يوفر آليات حمايتها، فهو الذي يرسم الحدود الفاصلة
بين امتيازات السلطة العامة و ممارسة الأفراد لحقوقهم و لحرياتهم العامة، فكلما كان عمل
السلطات العمومية موافقا للقانون كلما كان عملها مشروعاً و بذلك تقوم دولة القانون.

1/ حمد عمر حمد، المرجع السابق، ص34.

2/ محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص38.

المبحث الثاني

مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية

La Théorie des circonstances exceptionnelles

يسود الدولة الحديثة - كما رأينا من قبل - مبدأ هام يحكم علاقاتها بالأفراد، و يهدف إلى إقامة التوازن بين حقوق الأفراد و حرياتهم، و يبين ما للدولة من سلطات و إمتيازات، و هذا المبدأ هو ما يعرف بمبدأ المشروعية، *Principe de légalité* و مقتضى هذا المبدأ أنه يجب على كل سلطة من السلطات العامة في الدولة أن تتقيد في تصرفاتها بالقانون فلا تكون أعمالها و قراراتها صحيحة و ملزمة للأفراد إذا تجاوزت الحدود التي رسمها القانون، غير انه قد تطرأ ظروف شاذة غير مألوفة تجيز للإدارة أن تخرج مؤقتاً على هذا المبدأ لمواجهة هذه الظروف الشاذة باتخاذ تدابير سريعة لحماية أمن الدولة و نظامها العام و مراقفها الأساسية من الخطر الناجم عن هذه الظروف⁽¹⁾.

في الواقع و كما يقال، فإن لكل أمر حسن وجهه العكسي السيئ، و الوجه السيئ لمبدأ المشروعية أن التقيد به من طرف الإدارة في جميع الأحوال و الظروف قد يعرض النظام العام و المرافق الأساسية في الدولة لخطر شديد، أو حدوث أضرار بليغة بالدولة في حالة ما إذا وجدت ظروف استثنائية طارئة كالحروب و الكوارث⁽²⁾.

لذلك لم يكن هناك مفر من أن يتسع مبدأ المشروعية ليشمل هذا الجانب الاستثنائي ووجوب التسليم بضرورة ملائمة القانون للظروف المستجدة حتى لا يتهم بالجمود و المحدودية ذلك أن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على القوانين الوضعية⁽³⁾.

1/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 215.

2/ عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 355.

3/ سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص 69.

وتأصيلا لتلك المشروعية الإستثنائية فإن الفكر القانوني شيد نظرية عامة امتدت إلى كافة جوانب البناء القانوني لتكون أساسا قانونيا لكل خروج على القوانين العادية تمثلت في "نظرية الضرورة أو نظرية الظروف الإستثنائية"⁽¹⁾.

في هذا الصدد سنتطرق الى مضمون النظرية وظروف نشأتها وكذا مختلف صورته وشروط إعمالها في مطلب أول ، وأساسها القانوني وعلاقتها بمبدأ المشروعية في مطلب ثان.

المطلب الأول

مضمون نظرية الظروف الإستثنائية

لا شك أن الغرض الأساسي من تعريف الظروف الإستثنائية هو محاولة محاصرة الآثار السلبية التي تنعكس على دولة القانون من خلال تركيز السلطة وما يتبعه من انتهاك لحقوق الأفراد و حرياتهم العامة، و هو ما يستوجب تحديد المقصود بالظروف الإستثنائية بدقة حتى يمكن الموازنة بين مبررات الأخذ بنظرية الظروف الإستثنائية و ضرورات تكريس مبدأ المشروعية و ذلك من خلال التطرق إلى مضمون نظرية الظروف الإستثنائية و ظروف نشأتها في فرع أول ، ثم نتطرق إلى و شروط تطبيقها كذا مختلف صورها فرع ثان.

الفرع الأول: نظرية الظروف الإستثنائية و نشأتها

تتلخص نظرية الظروف الإستثنائية في أن بعض التصرفات التي تقوم بها الإدارة والتي تعتبر في الأصل غير مشروعة لو كانت في الظروف العادية، تصبح مشروعة في نظر المشرع والقضاء متى قام مبررها- الظرف الإستثنائي- وتوفرت شروط إعلانها واحترمت إجراءات تنفيذها ، ومقتضيات حفظ النظام العام وتأمين سير المرافق العامة، وتعتبر هذه

1/ عليان بوزيان ، المرجع السابق، ص356.

النظرية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي الذي تدارك النقص الذي يعتري النصوص القانونية في ظل الظروف غير العادية، وعرفت في بادئ الأمر بنظرية سلطات الحرب لأن منشأها أقترن بفترة الحربين العالميتين الأولى والثانية ، وعليه سنتطرق في هذا الإطار إلى توضيح مدلول ومضمون النظرية أولاً ثم التطرق الى ظروف ومبررات نشأتها ثانياً.

أولاً: مدلول نظرية الظروف الإستثنائية

و إن كان الفقه يتفق على النتيجة النهائية لنظرية الظروف الإستثنائية، و هي صيرورة التصرفات التي تتخذها الإدارة بالمخالفة لقواعد المشروعية العادية مشروعة لاتخاذها أثناء ظروف إستثنائية، لكنه لم يتفق حول تعريف محدد للنظرية⁽¹⁾.

فيعرفها بعضهم بأنها تتمثل في كونها أخطاراً جسيمة (قد تكون طبيعية أو بشرية أو إقتصادية) شاذة، غير متوقعة يستحيل أو يصعب مواجهتها بالإجراءات العادية، و يقتضي مواجهتها باتخاذ إجراءات استثنائية- يستوي أن تكون هذه الإجراءات منظمة تشريعياً أو غير منظمة تشريعياً- بغض النظر عما إذا كانت تلك الأخطار عامة أي شاملة كل إقليم الدولة أو خاصة بجزء منها⁽²⁾.

وتعرف بأنها واقع يمثل خطراً على مصالح المجتمع الجوهري و نظامه العام و مرافقه العامة، بحيث يحدث تعديلاً في مضمون الشرعية بدرجة تجعل تصرفات السلطة الإدارية المتخذة لمواجهة ذلك الخطر تصرفات مشروعة، و بحيث تظل الإدارة في جميع ممارساتها خاضعة للرقابة القضائية⁽³⁾.

1/ مجدي المتولي السيد يوسف، " أثر الظروف الإستثنائية على مبدأ الشرعية "، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1990، ص 48.

2/ عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الإستثنائية ، دراسة مقارنة، التنظيم الدستوري و التنظيم التشريعي لأساليب مواجهة الظروف الإستثنائية و أثرهما في الحقوق و الحريات العامة، دار النهضة العربية، 2010، ص 9.

3/ مجدي المتولي السيد يوسف، المرجع السابق، ص 59.

مما تقدم فالظروف الإستثنائية يمكن أن تكون دولية كمنشوب حرب دولية أو إقليمية أو أخطار داخلية كحصول كوارث محلية مثل انتشار وباء أو فيضان أو حصول قلاقل إضطرابات أو أزمة سياسية أو إقتصادية أو ثورة أو تدبير انقلاب أو انتشار فتنة⁽¹⁾، مما يؤدي إلى المساس بسلامة الدولة و أراضيها و استقلالها و سيادتها و استقرارها و مركزها و حياة أفرادها و بالنظام العام فيها.

إذن فالظروف الإستثنائية إنما هي أخطار جسيمة ليست عادية و هي من طبيعة شاذة و ليس من الممكن توقعها⁽²⁾.

من ثم فالأخطار التي تصاحب الظروف الإستثنائية هي أخطار شاذة غير متوقعة و ليست من قبيل الأخطار العادية، و لا يشترط أن تشمل كل إقليم الدولة، بل يمكن أن تكون مقتصرة على جزء من إقليمها⁽³⁾، بحيث يترتب عليه خطرا من شأنه تهديد استقرار الدولة و نظامها العام، و بالتالي لا تستطيع هذه الأخيرة مجابهته بواسطة قواعد المشروعية العادية.

لم تسلم جميع التعريفات التي طرحها الفقهاء للظروف الإستثنائية من أوجه النقد فهي إما أن تكون مسهبة و موسعة، أو مليئة بالشواهد و الأمثلة أو أنها تعبر عن وصف جزئي للظروف الإستثنائية.

إن الظروف الإستثنائية إنما هي حالة فجائية تصبح فيها الدولة مهددة بمخاطر داخلية أو خارجية جسيمة أو هي حالة تحقق بأمن البلاد و سلامة حدودها و أراضيها أو مؤسساتها الدستورية أو طبيعة نظامها السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي ، أو وحدة ترابها و إستقلالها و سيادتها، الأمر الذي يستوجب إتخاذ كافة الإجراءات الإستثنائية المختلفة لدرء هذه الأخطار

1/ المرجع نفسه، ص 31.

2/ سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، الجزء الأول، مبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 102.

3/ عاصم رمضان مرسي بونس، المرجع السابق، ص ص 9-10.

و إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي، و يقتضي ذلك تجاوز الإجراءات و الأوضاع المقررة في الظروف العادية التي يحكمها مبدأ المشروعية العادية⁽¹⁾.

ثانياً: نشأة نظرية الظروف الإستثنائية

تستمد هذه النظرية مدلولها من القاعدة الرومانية التي تقول إن سلام الشعب فوق القانون،² لأن القواعد الدستورية وجدت لتنظيم ممارسة السلطة في الدولة من خلال تقييد سلطة الحكام و الفصل بين السلطات و إيجاد نوع من التوازن بينها بهدف حماية حقوق الإنسان و حرياته، و قد شرعت هذه المبادئ للظروف الطبيعية، و لكن إذا ما إستجبت ظروف إستثنائية تهدد سلامة الدولة و المجتمع فلا بد من مواجهتها باتخاذ تدابير إستثنائية، فهذه الظروف هي التي تجيز لإحدى هيئات الدولة أن تعلق بعض النصوص الدستورية خلال مدة من الزمن.

هناك من الفقهاء من يرى بأن هذه النظرية موجودة في الفقه الإسلامي و هم يستندون في ذلك إلى قاعدتي الضرورات تبيح المحظورات و الضرورة تقدر بقدرها⁽³⁾.

هناك من يرى بأنها معروفة و مقررة في عالم ما قبل الإسلام، إذ وردت تطبيقات لها في الشريعة اليهودية و المسيحية، لكنها كتنظيم دستوري لم تظهر إلا بعد نشأة الدولة بمفهومها الحديث القائم على مبدأ سيادة القانون و مبادئ إحترام حقوق و حريات الإنسان⁽⁴⁾.

1/ علي صاحب جاسم الشريفي، القيود على الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية عليها، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص22.

2/ أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الإستثنائية و بعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة تكريت للعلوم الإنسانية، ع 8، العراق 2007، ص 237.

3/ محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه جامعة عين شمس، 1979، ص 256.

4/ خالد عبد الرحمن أظين، ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص46.

يجمع الفقه الإداري على أن نظرية الظروف الإستثنائية هي نظرية إبتدعها القضاء الإداري الفرنسي لسد العجز في القوانين، و حتى تستطيع هيئات الضبط الإداري مواجهة الظروف العصبية التي تمر بها البلاد⁽¹⁾.

فيرجع أصل النظرية إلى مجلس الدولة الفرنسي إذ بعد نشوب الحرب العالمية الأولى و ظهور الحاجة لإضفاء طابع من المشروعية على الإجراءات غير المشروعة التي تقوم بها الحكومة الفرنسية إبان الحرب لمواجهة أخطارها صاغ مجلس الدولة الفرنسي نظرية عرفت بإسم "نظرية سلطات الحرب"⁽²⁾.

لذلك وضع مجلس الدولة الفرنسي أسس نظرية سلطات الحرب التي جرى تعديلها لاحقا لتأخذ إسم نظرية الظروف الإستثنائية، بحيث تحدد مدلولها و لم يعد يقتصر على إتساع سلطات البوليس أثناء الحرب بل امتد تطبيقها إلى عدة مجالات أخرى كالأزمات السياسية الخطيرة و حالة الأخطار الناجمة عن الأوبئة التي تصيب أفراد المجتمع⁽³⁾.

فهذه النظرية بشروطها و ضوابطها الجديدة هي من خلق مجلس الدولة الفرنسي الذي صاغها في إطار قانوني محدد ، بحيث لا تعد واقعة ظرفا استثنائيا ما لم تدخل ضمن هذه النظرية وضمن إطارها القانوني⁽⁴⁾.

فالقوانين و اللوائح العادية إنما وضعت لتطبيق في الظروف العادية، و لكن إذا ما واجهت البلاد ظروفًا إستثنائية تتطلب السرعة و الحزم، فلا بد من اتباع إجراءات إستثنائية لدرء مخاطرها، إذ أن البلاد ستعرض لأبلى الضرر إذا واجهت الظروف وفقا لأحكام التشريع العادي بإتباع أساليبه و إجراءاته الطويلة و المعقدة⁽⁵⁾.

1/ محمد شريف اسماعيل عبد المجيد، المرجع السابق، ص 248.

2/ مجدي المتولي السيد يوسف، المرجع السابق، ص 62.

3/ هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 101.

4/ أمير حسن جاسم، المرجع السابق، ص 243.

5/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص ص 41 - 42.

بذلك تقوم هذه الحالة على أساس قلب قواعد المشروعية بالترخيص لسلطات البوليس باتخاذ الإجراءات الإستثنائية، و عدم التقيد بقواعد المشروعية و التنصل من قواعد الدستور و القانون من أجل مواجهة الظروف الشاذة المفاجئة، و من ثم يترتب على قيامها إضفاء صفة المشروعية على الأعمال الإدارية الصادرة في ظل الظروف الإستثنائية، و ذلك رغم انتفاء هذه الصفة عنها في ظل الظروف العادية على ألا تتجاوز هذه الأعمال بالطبع القدر اللازم الذي توجبه الظروف المذكورة.

الفرع الثاني: صور نظرية الظروف الإستثنائية و شروط تطبيقها

قد تأخذ الظروف الإستثنائية عدت أشكال أو مظاهر قد تختلف من حيث الوقائع لكن تشترك في نتائجها والمتمثلة في الإخلال بالنظام العام وأمن واستقرار البلاد غير أن الأمر يستوجب التطرق إلى صور النظرية حتى يتضح مفهومها أكثر، كما أن الأمر يستدعي الكشف عن شروط قيام الظرف الاستثنائي حتى يمكن التمييز بين الوقائع التي تشكل حالة استثنائية من غيرها، ونتطرق على إثرها إلى تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية في الجزائر ومختلف صورها ، وعليه سنتناول بالدراسة تباعا صور الظرف الاستثنائي أولا، ثم شروط إعمال أو قيام الظرف الإستثنائي ثانيا.

أولا: صور الظرف الاستثنائي

يرى بعض الشراح⁽¹⁾ أن صور الظروف الإستثنائية إنما هي:

أ / نظرية سلطات الحرب:

يقصد بها مختلف الإجراءات والتدابير الإستثنائية التي تتخذها السلطات العامة خروجا على النصوص القانونية في حالة الحرب، أين يكون هناك تهديد داخلي أو خارجي لسيادة

الدولة يمس بأمنها واستقرار مؤسساتها وأمن مواطنيها وممتلكاتهم، و من ثم فهي إحدى صور و تطبيقات نظرية الظروف الإستثنائية⁽¹⁾.

ب / نظرية الضرورة:

بموجبها تتمتع الدولة بصلاحيات وتتخذ إجراءات غير مألوفة في الأحوال العادية تعرف بالمشروعية الإستثنائية تخولها إتخاذ ما يلزم من إجراءات إستثنائية لمواجهة الخطر الداهم الذي تتعرض له الدولة و يسبغ عليها صفة المشروعية⁽²⁾، فالضرورة تعني وجود حالة ملحة تأزم الوضع داخل الدولة لا يمكن للسلطات داخل الدولة دفعها بالإجراءات العادية.

ج / حالة الإستعجال:

الظرف الإستثنائي أيا كانت طبيعته لا بد أن يخلق حالة من حالات الإستعجال والخطر غير المتوقع مما يعطي للظرف طبيعته الشاذة و الإستثنائية⁽³⁾، وهذا ما يستلزم اتخاذ كل ما هو لازم ومناسب من تدابير وإجراءات استثنائية لمواكبة الخطر المستعجل.

منهم من يرى أن حالة الإستعجال إنما هي من الشروط اللازمة للظروف الإستثنائية و لا يفضل اعتبارها صورة من صور الظروف الإستثنائية⁽⁴⁾.

كما أن هناك رأي فقهي⁵ يقول بأن صور الظروف الإستثنائية إنما هي كالاتي:

أ / الظروف الإستثنائية الطبيعية:

تتمثل في الكوارث الطبيعية كالزلازل و البراكين و التسونامي و السيول و الجفاف و أي ظروف إستثنائية طبيعية تهدد سلامة الدولة و حياة مواطنيها.

1/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 162.

2/ محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، دار النهضة العربية، 1967، ص 81.

3/ المرجع نفسه، ص 12.

4/ علي صاحب جاسم الشريفي، المرجع السابق، ص 25.

5/ مجدي المتولي السيد يوسف، المرجع السابق، ص 60.

ب / الظروف الإستثنائية الإجتماعية:

يقصد بهاتلك الظروف التي تُحدث خلخلة و هزة عنيفة في النظام الإجتماعي و البنية الإجتماعية للدولة الأمر الذي يؤدي إلى تهديد النظام العام في مجمله⁽¹⁾، و مثال ذلك الأوبئة و الأمراض المعدية و الفتن الدينية أو الطائفية أو القومية أو الطبقية.

ج / الظروف الإستثنائية الإقتصادية:

هي تلك الظروف التي تتصل بالبناء و النظام الإقتصادي للدولة و تنعكس بأخطارها و آثارها على النظام العام ككل⁽²⁾، مثال ذلك أزمات الكساد أو إرتفاع الأسعار أو التضخم الإقتصادي الشديد أو المجاعات مما يهدد النظام العام في الدولة.

د / الظروف الإستثنائية السياسية و العسكرية:

فالظروف الإستثنائية السياسية قد تكون داخلية كالأزمات الدستورية أو تعارض السلطتين التشريعية و التنفيذية مما يهدد بخلق حالة من الفوضى في المجتمع أو قد تكون خارجية كتدهور العلاقات الدولية مما قد ينعكس سلبا على الوضع الداخلي في البلاد، أما الظروف الإستثنائية العسكرية فتدخل في نطاقها حالة الحرب أو التهديد بها، أو الانقلابات العسكرية أو التمرد العسكري المسلح. فهذه الظروف تشكل تهديدا لأمن الدولة و سلامتها⁽³⁾.

بالرجوع الى المؤسس الدستوري الجزائري فقد نظم حالات الظروف الإستثنائية من خلال المواد من المادة 91 الى غاية المادة 97 من دستور 1996، وتتمثل هذه الحالات في حالتى الحصار والطوارئ، الحالة الإستثنائية وحالة الحرب، وتختلف هذه الحالات عن بعضها البعض شكلا ومضمونا سواء من حيث الوقائع المادية المرتبة لها أو من حيث شروط اعلانها

1/ مجدي المتولي السيد يوسف، المرجع السابق، ص 61.

2/ المرجع نفسه، ص 62.

3/ علي صاحب جاسم الشريفي، المرجع السابق، ص 26.

وإتساع صلاحيات الإدارة المتعلقة بها وكذا الآثار الناجمة عن كل حالة ، وسنتطرق إليهم بالشرح لاحقا عند دراستنا للتنظيم القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية في الفصل الثاني من الدراسة.

ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية

نظرا لأن الظروف الإستثنائية تخول للإدارة سلطات واسعة لا تتمتع بها في الظروف العادية و ذلك بهدف مواجهة الأمور الطارئة، و لما كانت هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة في ظل الظروف الإستثنائية تقيد الحريات، فقد تطلب كل من الفقه و القضاء شروط معينة يجب أن تتوافر في الظرف الإستثنائي، و تتمثل هذه الشروط أساسا فيما يلي⁽¹⁾:

أ / ضرورة وجود خطر جسيم يشكل واقعة غير مألوفة يهدد النظام العام و سير الحياة العامة يتطلب تدخل الإدارة لنتهض بواجبها الأصلي في حفظ النظام العام و ضمان سير المرافق العامة، كما هو الحال مثلا في الحرب والاضطرابات الداخلية⁽²⁾، أو كما يقول الأستاذ: طعيمة الجرف قيام حالة شاذة و طارئة يكون تطبيق القانون العادي فيها غير مستقيم مع قصد الشارع وذلك بالنظر الى ما ينطوي عليه ذلك من تهديد خطير للأمن و تعطيل سير المرافق العامة الجوهرية⁽³⁾.

إذا كانت الحرب هي التطبيق الأول لنظرية الظروف الإستثنائية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي توسع في تطبيقات النظرية إلى حد تجاوز به مخاطر الحرب ليستوعب كل أنواع الأزمات و المشاكل المالية و الاقتصادية و الاضطرابات العامة، كالثورات و الفتن و التهديد بالإضراب العام، و انتشار الأمراض البوائية و الكوارث الطبيعية كالفيضانات و الزلازل و غير ذلك من الكوارث القهرية المفاجئة، و لا يشترط في الظرف الشاذ أن يكون عاما، فقد يكون

1/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية...، المرجع السابق، ص ص 116 - 119.

- عزيزة الشريف، دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية، 1989، ص ص 166 - 170.

2/ عبد الناصر عبد الله ابو سمهدانة، المرجع السابق، ص 240.

3/ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 116.

محليا و وقتيا كذلك، لأن العبرة فيه أن يكون من شأنه تعذر العمل بالقانون العادي إذا أريد المحافظة على الأمن و ضمان سير المرافق العامة⁽¹⁾.

ب / ألا يكون في وسع السلطات العامة ويصعب عليها تطبيق القواعد العادية لمواجهة الظرف الشاذ أو الخطر⁽²⁾، بمعنى أن تكون الإدارة مضطرة لمخالفة القانون العادي للمحافظة على النظام و سير المرافق، فتكون للإجراءات التي تتخذها في هذا الصدد طابع الضرورة القصوى أي لا يمكن الاستغناء عنها.

ج / أن يكون هدف الإدارة هو تحقيق الصالح العام و هو يمثل المبرر أو المصلحة الجدية و المحققة التي تدفع الإدارة للتدخل و مواجهة هذا الأمر الخطير حتى لا يشوب تصرفها عيب إساءة استعمال السلطة⁽³⁾.

د / يجب أن تراعى الإدارة الملائمة في مدى التصرف ما بين الخطر المتوقع و بين الإجراء الذي اتخذ لمواجهة، بمعنى أن لا يشوب تصرفها شطط و لا تضحي بمصلحة خاصة في سبيل مصلحة عامة إلا بمقدار ما تقتضيه الضرورة، فيجب على الإدارة أن تختار من الوسائل أقلها ضررا بالأفراد⁽⁴⁾.

هـ / لا بد من إنهاء العمل بنظرية الظروف الإستثنائية بمجرد زوال الظروف التي دعت الى تطبيقها، حيث يتعين على الإدارة أن تمارس صلاحياتها الإستثنائية بالخروج على قواعد المشروعية العادية في فترة حدوث الظرف الإستثنائي فقط، والعودة الى تطبيق قواعد المشروعية العادية بعد زوال الظرف أو الخطر المحدق⁽⁵⁾.

1/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص260.

2/ عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، المرجع السابق، ص241.

3/ المرجع نفسه، ص241.

4/ عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص260.

5/ علي خنطار شطاوي، الوجيز في القانون الإداري ، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص107.

المطلب الثاني

أساس نظرية الظروف الإستثنائية وعلاقتها بمبدأ المشروعية

لقد اعترف كل من الفقه والقضاء بنظرية الظروف الإستثنائية باستناده على عدة أسس وعمل على تطويرها، كما أقرتها مختلف الدساتير وأصبح لها إطار قانوني يحكمها ويبيّن ضوابطها وشروط إعلانها كون هذه الأخيرة تقيد مبدأ المشروعية وتشكل تهديد لحقوق وحرّيات الأفراد كما أنها تتناقض ومبدأ الفصل بين السلطات كونها تقوي من صلاحيات السلطة التنفيذية على حساب باقي السلطات الأخرى.

لذا سنبين أهم الأسس التي اعتمدها كل من الفقه والقضاء في تبني نظرية الظروف الإستثنائية ومبررات الأخذ بها حتى أصبح لها إطار قانوني يحكمها في الفرع الأول ، ثم نوضح أثر هذه النظرية على مبدأ المشروعية ومدى مساسها بالحقوق والحرّيات العامة وتنظيم وتوازن السلطات في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أساس نظرية الظروف الإستثنائية

إذا كانت هذه النظرية راسخة لدى القضاء و الفقه في شتى الأنظمة الدستورية فإن الخلاف لازال محتدماً حول طبيعة التبرير القانوني لها، فهناك من الفقهاء من يرى أن السند القانوني لهذه النظرية يكمن في فكرة الضرورة، و منهم من رجح سندها القانوني إلى فكرة الواجبات العامة للإدارة، و انتهى بعضهم إلى فكرة وجوب الإبقاء على الدولة و حقها في الدفاع كلما حل خطر بها.

لذا سنتطرق إلى هذه الآراء تباعاً موضحين مضمونها والحجج التي تستند عليها، محاولين بذلك إعطاء سند توفيقى كأساس لنظرية الظروف الإستثنائية.

أولاً: فكرة الضرورة

تتنازع فكرة الضرورة نظريتان هما: النظرية الألمانية، والنظرية الفرنسية⁽¹⁾.

ويتلخص محتواهما كما يلي:

أ/ نظرية الضرورة الألمانية:

يذهب رجال الفقه الألماني من أمثال هيجل و اهرينج و كوهلر و جلينك في مجال تحديد الأساس القانوني و التبرير الفقهي لتجاوز الدولة لمبدأ المشروعية إلى أن الدولة إذا أحاطت بها المخاطر جاز لها أن تتخذ من الإجراءات ما تراه ضروريا للدفاع عن أمنها و سلامتها و صيانة نظامها العام و درء المخاطر عنها حتى لو كانت هذه الإجراءات مخالفة للقوانين القائمة⁽²⁾، ذلك أن الدولة عندهم أسمى الشخصيات القانونية في المجتمع و صاحبة السيادة العليا فيه، و أنها تبعا لذلك تضع القوانين للتعبير عن إرادتها الملزمة للأفراد الخاضعين لسلطانها.

لا يعني ذلك أن الدولة تلتزم هي الأخرى بالقانون و تمتثل لأحكامه غاية الأمر أنها بحكم تمتعها بحق سيادي في مواجهة الأفراد فإن التزامها بالقانون لا يتم إلا بناء على إرادتها المطلقة، و هو ما يعبر عنه في الفلسفة الألمانية بنظرية التحديد الذاتي للدولة⁽³⁾، فالقانون بناء على ذلك ليس غاية في حد ذاته و إنما وسيلة للدولة تمكنها من تحقيق غاياتها البعيدة المتمثلة في حماية الجماعة و صيانة أمنها، فإذا لم ينسجم تطبيق القانون مع هذه الغايات أو قام تناقض بينهما و رأت الدولة أن القانون عاجز عن تحقيق ما تطمح إليه، جاز لها أن تتخطى

1/ أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الإستثنائية، الهيئة المصرية العليا للكتاب، مصر، 1978، ص 235.

2/ حساني محمود، السلطات الإستثنائية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر د.س.ن. ص 21.

3/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 236.

القانون في سبيل الجماعة، أي يجب التضحية بالقانون في سبيل سلامة الجماعة تطبيقاً للمبدأ الروماني القديم سلامة الأمة فوق القانون (1).

بناء على ذلك صاغ الفقهاء الألمان من فكرة الضرورة نظرية قانونية متكاملة تضي صفة الشرعية على الأعمال و الإجراءات التي تتخذها الدولة حين يتعرض أمنها العام للاضطراب بسبب الفتنة أو الحرب مما يؤدي إلى تخلف القانون عن مسايرة الواقع المستجد و لرئيس الدولة أخذاً بحق الضرورة أن يعطل الدستور و القانون للدفاع عن أمن الدولة صيانة نظامها العام، و بمقتضى هذه النظرية فإن الدولة تتحلل من أي مسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالأفراد ما دامت تمارس حقاً قانونياً ثابتاً، و لا يحق بالتالي لهؤلاء الأفراد المطالبة بالتعويض مهما بلغت جسامة هذه الأضرار (2).

الجدير بالتنبيه أن نظرية الضرورة الألمانية تتشابه مع نظرية حق الدفاع الشرعي المعروف في القانون الجنائي، إذا أن حق دفاع الدولة عن نفسها كدفاع الإنسان عن نفسه ضد ما يهدق به من أخطار، فكما أن للشخص العادي أن يخالف أحكام القانون دون أن يتعرض للعقاب في حالة الدفاع الشرعي، فإن للدولة أن تخرج عن المشروعية العادية دون أن تتعرض للمسؤولية الجنائية (3)، و لكن نقطة الخلاف بينهما تكمن في حق الدفاع الشرعي تحكمه شروط خاضعة لرقابة القاضي الجنائي لركن التناسب بين الضرورة الحالة ورد فعل الضحية، في حين أن الحق الذي خولته هذه النظرية للدولة هو حق مطلق إلى أقصى حد و لا تحكمه أي شروط و لا تحدده أي ضوابط و هو بمنأى عن أي رقابة قضائية (4).

فالفقه الألماني يرى أن حق الدفاع الشرعي عن النفس سبب من أسباب الإباحة فما تتخذه الإدارة من إجراءات تحت إلحاح حالة الضرورة تعد مشروعاً مهما كانت مخالفتها للدستور و القانون (5).

1/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 236.

2/ حساني محمود، المرجع السابق، ص 23-24.

3/ أبو راس الشافعي، نظم الحكم المعاصرة، ج1، عالم الكتب، القاهرة، 1984، ص 75.

4/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 237.

5/ أبو راس الشافعي، المرجع السابق، ص 75.

لم تقف نظرية الضرورة الألمانية عند هذا الحد و لكنها امتدت إلى مجال العلاقات الدولية، فقد فسرها الألمان تفسيراً واسعاً ليقوموا منها مبدأ قانونياً فريداً من نوعه يتيح لهم اتخاذ الأعمال العدوانية لا ضد الدول المعتدية عليهم فحسب، بل كذلك ضد أية دولة بريئة لم يصدر منها أي تهديد، و ذلك باسم المحافظة على أمن الدولة و سلامتها، و هكذا فإن الألمان جعلوا من هذه النظرية ستراً لأطماعهم التوسعية إبان الحربين العالميتين، فقاموا بحملتهم العسكرية لغزو الدانمرك و النرويج و هولندا سنة 1940⁽¹⁾.

ب / نظرية الضرورة الفرنسية:

يتمسك أغلب رجال الفقه الفرنسي بقاعدة رئيسية مقتضاها أن الحكومة تخضع للقانون في جميع الأوقات و الظروف، فهم لا يعترفون إلا بالحكومة الشرعية أي الخاضعة لحكم القانون فالضرورة عندهم ليست نظرية قانونية كما هو الحال عند الفقهاء الألمان، و إنما هي عذر سياسي يمكن للحكومة أن تبرر به تصرفها أمام البرلمان مستندة إلى أن هذا التصرف كان ضرورياً لتحقيق مصلحة عامة أو لدفع خطر داهم⁽²⁾، فإذا اقتنع البرلمان بسلامة موقفها أعفاها من المسؤولية عن الإجراءات التي أخذتها تحت إلحاح الضرورة.

على هذا النحو يكون الفقه الفرنسي قد صاغ من فكرة الضرورة نظرية سياسية طبقاً لها فإن الأعمال و الإجراءات التي تتخذها الحكومة تحت إلحاح الضرورة القائمة يمكن أن تبرر سياسياً أمام البرلمان و لو كانت مخالفة للقانون فلا تسأل عنها الدولة و كان العميد دوجي أول متأثر بفكرة لوائح الضرورة، و يرى أن النظرية الألمانية كانت منطقية مع نفسها حين تبنتها فمع التسليم بعدم دستورية لوائح الضرورة فإن الحوادث المفاجئة قد تضطر الحكومة إلى إصدارها و عندئذ يخرج الأمر من دائرة القانون إلى دائرة الواقع العلمي، على أن الحكومة لا تملك ذلك إلا

1/ حساني محمود، المرجع السابق، ص 26.

2/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 237.

بشروط منها: وجود خطر داهم يهدد كيان الدولة، و ضرورة العمل و التدخل السريع لمواجهة الخطر، مع استحالة مواجهة بالطرق القانونية العادية⁽¹⁾.

غير أن بعض الفقهاء الفرنسيين مثل العميد هوريو صور نظرية الضرورة تصويرا يجعلها أقرب إلى المدارس الألمانية بناء على فكرة حق الدولة في الدفاع عن نفسها، ذلك أن أمن الدولة و سلامتها يجب أن تكون لهما الأولوية على حقوق الأفراد و حرياتهم⁽²⁾، و مع هذا فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يرفع نظرية الظروف الإستثنائية إلى فكرة الضرورة و إنما يرجعها إلى أساس أيسر في شروط واحدة و هو واجبات السلطة الإدارية⁽³⁾، فنجده يحيط حق الحكومة في لوائح الضرورة بعدة ضوابط و قيود أهمها الرقابة القضائية مؤكدا بذلك بقاء دولة القانون في هذه الظروف، كما أنه يمنح الأفراد المتضررين من هذه اللوائح حق الالتجاء للقضاء للمطالبة بالتعويض، و ذلك على أساس المخاطر⁽⁴⁾.

ثانيا: فكرة الواجبات العامة للإدارة

ذهب فريق آخر من الشراح إلى أن فكرة الضرورة لتبرير الإجراءات التي تتخذها الدولة في ظل الظروف الإستثنائية فكرة سلبية في مفهومها و إنما تبررها فكرة الواجبات العامة للإدارة، بعد غوص عميق في وظيفة الإدارة⁽⁵⁾.

مضمون هذه الفكرة أن الإدارة ملتزمة بحفظ النظام و السير المنتظم للمرافق العامة فإذا تبين لها في بعض الحالات أن تطبيق قواعد المشروعية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا

1/ حساني محمود، المرجع السابق، ص ص 30 - 31.

2/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 237.

3/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط4، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص ص 114 - 115.

4/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 239.

5/ عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 369.

الواجب، كان لها أن تتحرر مؤقتا عن التقيد بالقوانين، و بالقدر الذي يمكنها من أداء واجباتها⁽¹⁾.

على أن هذه الفكرة يؤخذ عليها أنها غير كافية لتفسير و تبرير بعض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة بخصوص الإجراءات التي اتخذتها الدولة في ظل الظروف الإستثنائية فهي فكرة ضيقة لم تتسم بالشمولية ذلك أن التزام الإدارة بالمحافظة على الأمن و حسن سير المرافق العامة و هو التزام يقع على عاتقه في شتى الأحوال و يلزمه في شتى الظروف العادية منها و الإستثنائية، غاية الأمر أنه في الظروف الإستثنائية تكون هناك ضرورة ملحة و عاجلة في القيام بهذا الالتزام⁽²⁾.

ثالثا: فكرة وجوب الإبقاء على الدولة

يذهب هذا الرأي إلى أن الإبقاء على الدولة، هو الأهم و الغرض الأسمى في كل مجتمع، فإن كان مبدأ المشروعية من المبادئ الهامة و الذي يجب أن يعطو يسود، فإنه لا وجود لهذا المبدأ إلا بوجود الدولة فإذا انهارت الدولة انهار مبدأ المشروعية ذاته، و من هنا فإنه إذا طرأ ما يعرض وجود الدولة للخطر و كان في المحافظة على مبدأ المشروعية ما يقيد الدولة و يمنعها من اتخاذ ما تراه ضروريا للإبقاء على وجودها و جب التضحية بمبدأ المشروعية لصالح الإبقاء على الدولة و ذلك أنه إذا ترتب على احترام القانون في وقت معين التضحية بالدولة ذاتها لكان معنى ذلك التضحية بالكل في سبيل الإبقاء على البعض و تلك نتيجة لا يقرها الفكر أو المنطق⁽³⁾.

على هذا كان القضاء الفرنسي يبقي أحكامه المتعلقة بهذا الشأن على ذات الفكرة فكان مضمونها أن الدولة إذا تعرضت وجودها للخطر في الظروف الإستثنائية و لم تسعف التشريعات العادية في درء هذا الخطر كان للإدارة أن تتخذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف

1/ علي صاحب جاسم الشريفي، المرجع السابق، ص 33.

2/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 239.

3/ أبو راس الشافعي، المرجع السابق، ص 74.

و لو خالفت بذلك القانون، ما دامت تبقى الصالح العام المتمثل في الإبقاء على كيان الدولة و ضمان استمرارية إذ لا وجود لمبدأ المشروعية بدون وجود الدولة⁽¹⁾.

على أن الإدارة ليست في هذا المجال طليقة من كل قيد، بل تخضع لأصول و ضوابط يتحقق القاضي من توافرها، من هذه القيود: أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل و أن يكون تصرف الإدارة لازماً لمواجهة هذه الحالة. و ان يكون رائدها في هذا التصرف ابتغاء المصلحة العامة⁽²⁾، و إلا كان التصرف باطلاً من خلال ما توفره الرقابة القضائية من ضمانات، و الإبقاء على الدولة فكرة قديمة سائدة في جميع الدولة و النظم و تجد أساسها في القول اللاتيني المشهور سلامة الشعب هو القانون الأعلى الذي يسمو حتى على الدستور⁽³⁾.

مما سبق يتبين أن نظرية الظروف الإستثنائية نظرية قضائية من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أشتهر بروحه الواقعية فيما ساقه من مبادئ و نظريات، و خلاصة مذهبه في هذه النظرية أنه لم ينكر مبدئياً قواعد المشروعية المقررة للظروف العادية، و لكنه لم يغفل كذلك ما تفرضه الظروف الإستثنائية للإدارة من سلطات أكثر اتساعاً و من قدرة على التصرف أكثر شمولاً و حرية، فوازن بين الأمرين و قضى بمنح الإدارة نظاماً قانونياً استثنائياً يستمد مصدره من الدستور ذاته و هو ما يعرف لوائح الضرورة بحيث يمنح للإدارة سلطات العمل الرئيسي و الحاسم الذي تقتضيه مهمتها في صيانة الأمن و حسن سير مرافقها العامة⁽⁴⁾.

فالمسلك الذي التزمه مجلس الدولة أن نظرية أعمال الضرورة لا تنتهي إلى هدم مبدأ المشروعية نهائياً في الظروف الإستثنائية، غاية الأمر أن قواعد المشروعية العادية يجب أن تتطور لتلاحق تطور الظروف بحيث يحل محلها في الظروف الإستثنائية مشروعية استثنائية من نفس النوع والطبيعة.

1/ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص 240.

2/ حساني محمود، المرجع السابق، ص 34.

3/ أبو راس الشافعي، المرجع السابق، ص 74.

4/ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، المرجع السابق، ص ص 46 - 47.

إن مدلول النظام العام بمفهومه الواسع مع المدلول الموسع لتأمين المرافق العامة و المحافظة على سيرها بانتظام و اطراد يجعلها معا يشملان جميع أنواع الأنشطة و المجالات التي تؤثر في استقرار الدولة و استمرارها، و لما كان إستمرار الدولة و بقاؤها هو شرط بقاء الشرعية و استمرارها، إذ أنه مع انهيار مرافق الدولة و نظامها العام، تنهار تبعاً لذلك الدولة و مع انهيار الدولة ينهار مبدأ المشروعية، كما إن المحافظة على النظام العام و المرافق العامة تؤدي إلى سلامة الدولة و بالتالي الحفاظ على المشروعية.

لذا فإن الهدف العاجل للإجراءات الإستثنائية هو المصلحة العامة، و الهدف النهائي هو الحفاظ على قواعد الشرعية، لذلك فإن الواجب الوظيفي للسلطة الإدارية يحتم عليها أن تتحرك بسرعة في سبيل صيانة النظام العام و تأمين سير المرافق العامة و من ثم الحفاظ على سلامة الدولة وصولاً إلى العودة بالبلاد إلى الظروف العادية و سيادة قواعد المشروعية العادية.

على هذا الأساس كانت نظرية الظروف و لازالت بناء قانونياً لا يعارض مبدأ المشروعية و لا يهدمه، كل ما في الأمر أن هناك توسيع في نطاق المشروعية العادية مع الإبقاء على الرقابة القضائية.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الإستثنائية وعلاقتها بمبدأ المشروعية

يقصد بمبدأ المشروعية خضوع سائر سلطات الدولة للقانون، بحيث تكون تصرفات تلك السلطات محكومة بإطار قانوني محدد لها سلفاً، لا تستطيع الفكاك منه⁽¹⁾.

إن مبدأ المشروعية ليس خلق الفكر القانوني الحديث، و لا من ابتكاره، بل هو في الحقيقة نتاج التاريخ الإنساني في مواجهة تعسف سلطات الضبط و استبدادها في بعض الأحيان، و لقد التزمت الدولة الحديثة بهذا المبدأ... و لقد أدى ذلك إلى التسليم بأن مبدأ

1/ محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ج1، د.ب.ن، د. س.ن، 1985، ص11.

المشروعية أصبح من المبادئ القانونية العامة واجبة التطبيق في كل الدول الحديثة، و ذلك بغض النظر تماما عن الاتجاهات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي تتبناها الدولة⁽¹⁾.

في هذا الإطار يلاحظ أن تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية يؤدي في أحيان عديدة إلى الإخلال بمبدأ المشروعية. ترى ما الحل؟

لعل الحل يكمن في هذا الطرح القائل بأن مفهوم الظروف الإستثنائية الصحيح لا يؤدي إلى استبعاد مبدأ المشروعية، و إنما يبقى عليه، و يوسع نطاق تطبيقه، فهذه الظروف تخلق صورة جديدة للمشروعية تسمح للسلطات باتخاذ إجراءات حازمة و سريعة تكون لها فعاليتها في حفظ الأمن و العمل على بقاء الدولة بأكثر مما يخولها القانون في الظروف العادية على أن تخضع كل تلك الإجراءات لرقابة القضاء⁽²⁾.

يمكن القول أن تأثير الظروف الإستثنائية على مبدأ المشروعية في ظل تمتع الإدارة بسلطات إستثنائية يظهر من خلال مستويين، وهما تقييد الحريات العامة أولا هذا من جهة ومن جهة أخرى المساس بالتوازنات الأساسية بين السلطات الثلاث بحيث يكاد ينعدم مبدأ الفصل بين السلطات ثانيا، ويكون هناك شبه انفراد بالسلطة مما يشكل تهديد لمبدأ المشروعية في ظل غياب رقابة متبادلة.

أولا : الظروف الإستثنائية وأثرها على الحريات العامة

لقد درج الفكر الليبرالي الكلاسيكي على اعتبار الحريات العامة مجالا يجب حمايته من السلطة، و من تدخلها إلا أن التطور الواقعي أثبت أن هذه النظرية جزئية، فإذا كانت هناك

1/ عبد الجواد أبو هشيمة، ضمانات الحرية الشخصية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائية ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د.س.ن، ص 287.

2/ محمد عبد الحميد أبو زيد، المرجع السابق، ص 52.

حماية واجبة فإن هذه الحماية يجب أن تكون متوازنة بحيث تضمن من جهة حريات الأفراد و حقوقهم و من جهة ثانية تؤمن الحفاظ على الاستقرار و النظام العام في المجتمع⁽¹⁾.

أحيانا تطرأ على حياة الدولة ظروف إستثنائية متعددة الصور مختلفة المصادر فقد يكون سبب هذه الظروف الأحوال الدولية مثل نشوب حرب عالمية أو محلية كما قد يكون سبب تلك الظروف الإستثنائية الأحوال الداخلية مثل وقوع أزمة من الأزمات الاقتصادية أو انتشار وباء أو فتنة، و ليست هذه الظروف الإستثنائية بالوضع المعتاد في حياة الدولة و ليست لها صفة الدوام بل هي محتملة الوقوع و مؤقتة البقاء⁽²⁾.

على أنه مهما اختلفت هذه الظروف من حيث مصدرها أو صورتها فإنها تتحد في الأثر و النتيجة، إذ تمثل خطرا على كيان الدولة و بقائها و تدعونا هذه الظروف الإستثنائية إلى أن نقف أمام اعتبارين:

- مثل هذه الظروف التي تطرأ في حياة الدول توجب إعلاء سلامتها على كل الاعتبارات الأخرى. و من ثم تكون كل الإجراءات التي تهدف إلى تحقيق تلك السلامة المشروعة في حالة الحرب و الاضطرابات و الأزمات و القلاقل.
- من غير المجدي وضع الدساتير و إبرام المواثيق لحماية الحريات لو كان من المسموح لكل حكومة أن تعلن لأتفه الأسباب ظروف استثنائية و تعطل بالتالي الضمانات الدستورية⁽³⁾.

لما كان من الواجب اختيار حل يحترم الاعتبارين السابقين و بالتالي ينتج المبدأ الأساسي الذي مفاده أن نظام الظروف الإستثنائية ليس مشروعاً إلا إذا كان لازماً و على ذلك

1/ ثناء فؤاد عبد الله، خصوصية الديمقراطية في الواقع العربي ، آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1997 ، ص 262.

2/ خالد عبد الرحمن أظين، المرجع السابق، ص 51.

3/ نعيم عطيه، النظرية العامة للحريات الفردية، مطابع الدار القومية للطباعة و النشر، القاهرة، 1965، ص 201.

فإنه (1) ، لا يجب تعطيل الحريات إلا في الحدود الضرورية التي تسمح للحكام لمواجهة الإخطار القائمة فعلا، كما يجب أيضا أن تخضع ممارسة السلطات الإستثنائية المقلدة بموجب قانون الظروف الإستثنائية إلى الإدارة لرقابة السلطتين التشريعية و القضائية باستمرار و بقدر الإمكان.

واضح من ذلك انه من الميسور إعطاء وصف عام للسلطات التي يجب أن تنتقل في حالة الظروف الإستثنائية إلى السلطة التنفيذية و بعبارة أخرى لا يمكن أن يكون لقانون الظروف الإستثنائية مضمون موحد بل إن كل شيء يتوقف على الظروف و على الأخص على جسامة التهديد و مدى اقترابه و على أهمية الإجراءات التي تتخذ لمواجهة الخطر، و يترتب على ذلك أنه لا يمكن أن تكون السلطات المخولة بموجب قانون الظروف الإستثنائية واحدة في حالة قيام اضطرابات محدودة على إقليم محصور و حالة نشوب حرب دولية تهدد الوطن كله بالدمار (2).

قد تطور مدلول الظروف الإستثنائية تطورا محسوسا مع الوقت ففي أول الأمر لم تكن الحاجة تدعو إلى قانون الظروف الإستثنائية إلا إذا كان إقليم من أقاليم الدولة قد نزلت به نازلة أو لحق به خطر حينئذ السلطة العسكرية تتولى مسؤولية الدفاع عن الوطن وتستلم بذلك من السلطة المدنية السلطات اللازمة و تهرع لإعادة الأمور إلى نصابها في الإقليم المذكور.

على أن الحاجة دعت فيما بعد إلى تنظيم قانوني للظروف الإستثنائية لمواجهة الخطر الذي يهدد إقليم الدولة مباشرة و في هذه الحالة تنتقل السلطات اللازمة إلى السلطة التنفيذية المسؤولة عن أمن البلاد و استقلالها.

مهما كان مفهوم الظروف الإستثنائية التقليدي مقيدا للحريات العامة فإنه لم يعد كافيا لمواجهة مطالب الحرب الحديثة لقد أصبحت الحرب لا تقتصر على استخدام القوة المسلحة بل

1/ خالد عبد الرحمن أظين، المرجع السابق، ص52.

2/ نعيم عطيه، المرجع السابق، ص ص 202-203.

تستخدم نشاط الشعب بأسره و كل طاقته الصناعية و موارده المادية و المعنوية، و في مثل هذه الحالات لا يكفي أن يعهد إلى السلطات العسكرية كل السلطة البوليسية التي كانت في يد السلطة المدنية، بل يقضي الأمر أن تتركز بين أيدي الحكومة كل السلطات اللازمة للتعبئة الشاملة للأمة مما قد يدعو إلى تقييد أغلب حقوق الأفراد كافة و تصدر السلطة التنفيذية ما يشبه التشريعات و تقوم هي بتطبيقها و هذا خطر على حقوق الإنسان، و إذا كانت الظروف الإستثنائية تقوي من سلطات الإدارة إلا أنه لا يترتب على اعلانها حتما تعطيل حقوق الأفراد تماما⁽¹⁾.

لا يعني إعلان حالة الطوارئ على الرغم مما تورده من قيود ثقيلة على الحريات العامة تعطيل مبدأ المشروعية فإعلانها لا يعني بذاته التعطيل المطلق للضمانات الدستورية للأفراد و لكن يترتب عليها توسع من سلطات الحكومة لمواجهة الظروف الإستثنائية⁽²⁾.

ثانيا : الظروف الإستثنائية وعلاقتها بمبدأ الفصل بين السلطات

ردّد مونتسكيو تعبيره المشهور أن السلطة توقف السلطة Le Pouvoir arrête le pouvoir في معرض دفاعه المستمر عن حقوق الأفراد و حرياتهم، خاصة بعد اعتباره أن السلطة مفسدة و السلطة المطلقة مفسدة مطلقة، و قد رأى الحل بمبدأ فصل السلطات، في كتابه روح الشرائع حيث ورد فيه ما نصه وثمة تجربة أبدية و هي انه لا بدّ لكل إنسان، يتمتع بسلطة، من أن يميل إلى الإساءة في استعمالها، و هو يظل متجها نحو هذه الإساءة، إلى أن يجد حدودا أمامه⁽³⁾.

1/ خالد عبد الرحمن أظين، المرجع السابق، ص52.

2/ نعيم عطية، المرجع السابق، ص 206.

3/ محمد حسن دخيل، المرجع السابق، ص54.

لكي لا تقع الإساءة بالسلطة، فإنه يقتضي، بتهيئة طبيعية للأشياء، أن توقف السلطة سلطة أخرى⁽¹⁾.

فيما يتعلق بهذا الموضوع، فإنه يمكن استنتاج التأثير المباشر لتلك الأوضاع الراهنة على واقع الفصل بين السلطات على اعتبارها من الضمانات الأساسية القانونية للحريات العامة، فحالات الظروف الإستثنائية لها تأثيرات بالغة على واقع الحريات العامة، حيث لا تكفي بتركيز السلطة، الواقع الذي يفرض نفسه في تلك الظروف، بل تتعدى ذلك باعتدائها على ضمانات أكيدة للحريات العامة و هي نظام الفصل القائم على التعاون و التوازن بين السلطات⁽²⁾.

إن الظروف الإستثنائية تستدعي استنفار الجهاز التنفيذي في الدولة و شل حركة بعض الأجهزة لصالح السلطة التنفيذية، و حتى لا تستمر هذه التدابير لفترة لا يعرف مداها يفترض النص في الدستور على مواجهة تلك الظروف من خلال الضوابط التي يضعها المشرع و يتضمنها الدستور بحيث تنحصر الإجراءات المتخذة لمواجهة الظروف الطارئة باتجاه الواقع الذي استدعى هذا الإعلان⁽³⁾.

من خلال دراستنا لمدلول مبدأ المشروعية ومدى أهميته في تكريس دولة القانون وحماية الحريات العامة، ونظرية الظروف الإستثنائية كقيد على مبدأ المشروعية تملئها الظروف الواقعية حتى أصبحت تعنى بتنظيم دستوري يوازن بين ضرورة حماية الحقوق العامة والفردية وحتمية ضمان الأمن والاستقرار وديمومة الدولة، وعليه يمكن القول أن الأصل العام أن تلتزم الإدارة العامة بقواعد مبدأ المشروعية أثناء مباشرتها لجميع أعمالها، و هو يعتبر المثل الأعلى لدولة

1/ أدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج2، ط1، دار العلم للملايين، بيروت، 1965، ص 517.

2/ محمد حسن دخيل، المرجع السابق، ص54.

3/ يوسف العيسى، أهم المبادئ الدستورية الضامنة لحسن سير عمل السلطات و الحريات العامة ، رسالة لنيل شهادة ماجستير، معهد الحكمة العالي، بيروت، د. س.ن، ص 35.

القانون و الحرية في رقابة قضائية مستقلة عن الجهاز الإداري للدولة تسهر على ذلك و تهدف إلى حماية حقوق الأفراد و حرياتهم من تعسف الإدارة و تدعم سيادة القانون.

غير أن سرعان مبدأ المشروعية بصفة دائمة و الالتزام به في جميع الظروف و الأحوال يحتاج في تطبيقه إلى نوع من المرونة و الموازنة تأخذ بعين الإعتبار واجب الإدارة في تحقيق الصالح العام خاصة بالنسبة إلى بعض اختصاصات الإدارة و في حالة الظروف الإستثنائية إذ يكاد الفقه يجمع على أن التقيد الحرفي بمبدأ المشروعية يؤدي إلى شل حركة الإدارة و فعاليتها فضلا على ما يزرعه فيها من القضاء على روح المبادرة لدى ممثلها و أمام هذا الوضع أقر المشرع و القضاء ببعض الامتيازات للإدارة داخل نطاق مبدأ المشروعية في ظل الظروف الإستثنائية حيث منحت الإدارة حرية واسعة تمكنها من مواجهة الظروف غير العادية و ما يستجد من أمور شريطة أن يتم ذلك وفق نطاق القانون و أحكامه وفي ظل رقابة القضاء أي ضرورة توفير و تفعيل ضمانات مبدأ المشروعية في ظل الظروف الإستثنائية.

الفصل الثاني

التنظيم القانوني

لنظرية الظروف الإستثنائية

القاعدة العامة أنه كلما أعلنت الظروف الإستثنائية إلا و يطرح معها إشكالية مدى مشروعية عمل السلطات العمومية، خصوصا إذا آلت زمام الأمور إلى المؤسسة العسكرية، ولذلك تمثل نظرية الظروف الإستثنائية أحد القيود التي ترد على مبدأ المشروعية حتى و إن كانت لا تمثل خروجاً صارخاً على هذا المبدأ، إلا أنها تسمح للسلطات الإدارية باتخاذ قرارات مخالفة للقانون العادي الذي كان ينظم الظروف العادية، و من ثم يكون نظام قانوني مزدوج يشكل و يؤسس لمشروعية وجود قواعد غير عادية تطبق في حالة الضرورة و هذا ما أصطلح عليه بالمشروعية الاستثنائية⁽¹⁾.

فنظراً لعجز قواعد المشروعية العادية عن مجابهة الظروف غير الاعتيادية، مما يؤدي إلى انهيار كيان المجتمع أو إمكانية تعريض تنظيمه السياسي لأخطار كبيرة، كان لا بد من أن يتوسع مبدأ المشروعية ليشمل هذا الجانب الإستثنائي و بالشكل الذي يمكن للإدارة من خلاله التصرف دفع التهديد، و حفظ النظام و لو بمخالفة قواعد المشروعية العادية⁽²⁾، لأن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يجب أن يسمو على القوانين الوضعية⁽³⁾.

ترتياً على ما تقدم نجد أن المؤسس الدستوري في معظم الدول يعترف للإدارة بسلطات إستثنائية تصدر بموجبها أنواع معينة من اللوائح هي لوائح الضرورة في الحالة الإستثنائية و تمتاز هذه اللوائح بطابع التجريد و العمومية و الالزام، مما يجعلها بقوة القانون و يترتب على ذلك أنها تستطيع المساس بالقوانين سواء بالتعديل أو الإلغاء⁽⁴⁾، وبالتالي يعتبر التنظيم القانوني لسلطات الظروف الإستثنائية رقابة وقائية مسبقة وهي بذلك أهم ضمانات مبدأ المشروعية.

1/ محمد محمد بدران، مضمون فكرة النظام العام، ص 186. مشار إليه في: عليان بوزيان، المرجع السابق، ص 373.
2/ إيهاب طارق عبد العظيم، علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه د.ب.ن، 2003، ص 189.
3/ فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارية، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، العراق، د.س.ن، ص 43-44.
4/ نعيم عطيه، المرجع السابق، ص 213.

الباحث في هذا الصدد نكتفي بدراسة التنظيم القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية كأهم الضمانات القانونية والوقائية لحماية مبدأ المشروعية في ظل الظروف الإستثنائية، كون مختلف آليات الرقابة سابقة الذكر هي ضمانات لمبدأ المشروعية سواء في الحالات العادية أو غير العادية وإن كان دورها يضعف في الظروف الإستثنائية نتيجة السلطات الواسعة التي تمنحها المشروعية الإستثنائية للجهاز التنفيذي، فنجد مثلا الرقابة القضائية والتي تعتبر الضامن الأساسي لحقوق الأفراد تنقلص، فالإدارة تبقى خاضعة لرقابة القضاء وإن كانت تلك الرقابة تختلف عن الرقابة التي يمارسها القاضي في ظل الظروف العادية.

فالإدارة في ظل الظروف الإستثنائية بإمكانها مخالفة بعض عناصر المشروعية التي تلتزم بها في ظل الظروف العادية، أي أن أركان - عناصر - القرار الإداري الواجب احترامها في ظل الظروف العادية ، تتأثر بفعل الظروف الإستثنائية، بحيث أن مخالفة تلك الأركان لا يترتب عليها بالضرورة إصابة عمل الإدارة بعدم المشروعية، فمثلا في حالة الحرب، تستبعد الرقابة القضائية تماما وتعطى كل السلطة للسلطات العسكرية والمحاكم العسكرية، فغياب الشرعية يستمر طوال فترة الحرب، ولا تجري العودة للحياة القانونية العادية إلا بعد التوقيع على إتفاقيات الهدنة أو معاهدات السلم⁽¹⁾.

لذا سنتطرق إلى التنظيم القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية في ظل التشريع الجزائري ونتعرض بذلك إلى صور الظروف الإستثنائية وشروط إعلانها وكذا مختلف الآثار المترتبة عنها بدءا بحالات الطوارئ والحصار المبحث الأول، ثم الحالة الإستثنائية وحالة الحرب المبحث الثاني.

1/ حمزة نقاش، الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية ، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2010/2011، ص 104.

المبحث الأول

التنظيم القانوني لحالات الطوارئ والحصار

إن الغرض الأساسي من النصوص الإستثنائية هو وضع حواجز مشروعة يتعين على الإدارة مراعاتها خلال الظروف الإستثنائية، ما دام أن تلك الظروف أصبحت مسألة منصوص عليها قانوناً، فمسألة تنظيم الظروف الإستثنائية بنصوص قانونية، لقيت قبولا عند الكثير من الفقهاء الذين دافعوا عن فكرة مقتضاها أنه يمكن مواجهة الأزمات دون الخروج عن المجال المحدد للمشروعية، حتى ولو تعلق الأمر بمشروعية إستثنائية، لأن الحدود التي تلتزم بها الإدارة ستتغير في إطار تركيز السلطات أو الحد من الحريات، دون أن يترتب على ذلك زوال كلي للحريات، وهذا من شأنه منع التجاوزات التي قد تقوم بها الإدارة، ما دام أن إطار ممارسة اختصاصاتها الإستثنائية تم تحديده مسبقاً.

فقد تبنت الجزائر منذ الاستقلال نظرية الضرورة محاولة تنظيم الظروف الإستثنائية دستوريا وبصورة مستقلة⁽¹⁾، وتم النص على حالات الطوارئ والحصار في نفس المادة، وذلك في دساتير 1976 ، 1987 و1996.

فقد عرفت الجزائر أول تطبيق لحالة الحصار في 6 أكتوبر 1988 وذلك بعد أحداث 5 أكتوبر 1988 الأليمة، أما التطبيق الثاني لها فكان في 4 جوان 1991، وذلك عقب الإضراب السياسي الذي قامت به الجبهة الإسلامية للإنقاذ التي احتجت على تعديل قانون تقسيم الدوائر الانتخابية⁽²⁾.

أما حالة الطوارئ فقد كان أول تطبيق لها في 9 فيفري 1992 ، وذلك بعد تصاعد أعمال العنف عقب رفع حالة الحصار، سيما بعد حل المجلس الشعبي الوطني وشغور منصب رئيس الجمهورية آنذاك.

1/ احمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص ص 17-18.

2/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص ص 48-49.

يعنى التنظيم القانوني لحالتي الطوارئ والحصار بتحديد شروط إقرارها وإعمالها مطلب أول والآثار المترتبة عليها وصلاحيات الإدارة في ظلها مطلب ثاني.

المطلب الأول

شروط إقرار حالة الطوارئ و الحصار و الإعلان عنهما

بالرجوع إلى المادة 91 من دستور 1996 يتضح أنها تشترط شروطا جوهرية يتعين التقيد بها عند اللجوء إلى تقرير إحدى الحالتين منها ما هو موضوعي الفرع الأول ومنها ما هو شكلي الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

لكي تتوفر الشروط الموضوعية التي تمكن رئيس الجمهورية من تقرير حالة الطوارئ أو الحصار لابد أن يكون بصدد ضرورة ملحة أولا و أن يكون تقرير إحدى الحالتين لمدة محددة ثانيا.

أولا : الضرورة الملحة

إن رئيس الجمهورية بحكم ما يتمتع به من صلاحيات واسعة، والتي يخوله إياها الدستور ملزم قبل أن يلجأ لتقرير إحدى الحالتين بأن يعالج ويشخص الوضع بطريقة جيدة بناء للقواعد الدستورية العادية والمتبعة في إطار السير العادي لأجهزة الدولة ومؤسساتها، لضمان حماية حقوق وحرريات الأفراد، فإذا ثبت له يقينا عدم استطاعته وعدم وجود خيار آخر لمواجهة الأوضاع المزرية⁽¹⁾، والتي قد تمس بأية طريقة وبأية صفة الدولة ومؤسساتها والمصالح الأساسية للأمة وثوابتها ومقوماتها الشخصية، فحينئذ فقط يستطيع أن يقرر إحدى الحالتين باعتباره المخول دستوريا بذلك.

1/ سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1990، ص 270 .

إذا كان مصطلح الضرورة الملحة مصطلحا ففرضا، وغير دقيق، بحيث يسمح لرئيس الجمهورية بأن يتمتع بسلطة تقديرية واسعة جدا في تقريره لحالة الطوارئ أو حالة الحصار حتى ولو كانت الأسباب التي يستند عليها وهمية، فإن المؤسس الدستوري لم يسمح للمشرع العادي بتحديد أسباب أو مبررات إحدى الحالتين،¹ ما دام أنه وضح متى يمكن تقريرهما، وهذا ما من شأنه التأثير على المدة التي ينتهي فيها العمل بنظام إحدى الحالتين. فصعوبة تحديد المقصود بالضرورة الملحة تحديدا دقيقا، لا تسمح بإنهاء العمل بأحد النظامين بمجرد انتهاء أو زوال الوقائع والظروف التي أدت إلى تقريره، نظرا لأن هذه المسألة هي مسألة تقديرية يغلب عليها الطابع الشخصي أو الذاتي، بحيث يصعب التحكم فيها بصفة موضوعية، فالمؤسس 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⁽²⁾.

فالضرورة الملحة تقتضي فقط اتخاذ تدابير تحقق استتباب الوضع باستعادة النظام العام والسير العادي للمرافق العمومية، وكذا استقرار مؤسسات الدولة، وإعادة الأوضاع إلى مجراها الطبيعي.

إن شرط الضرورة الملحة يندم إن كانت هناك إمكانية لمواجهة الظروف الصعبة التي أدت إليها بقواعد القانون العادي السارية المفعول وإذا تم تقرير إحدى الحالتين استنادا لهذا الشرط في هذه الحالة، فيصبح ذلك تعسف وسوء تقدير وقائع من رئيس الجمهورية باعتباره السلطة الوحيدة المخولة لها دستوريا بذلك.

أما من الناحية العملية فإن الضرورة الملحة التي سمحت بتقرير حالة الحصار ومن بعدها حالة الطوارئ، تمثلت في أحداث أكتوبر 1988، وما ترتب عليها من احتجاجات شعبية

1/ المادة 92 من دستور 1996 أشارت إلى أن مسألة تنظيم حالي الطوارئ والحصار هي مسألة من اختصاص المشرع فإنه لا يجوز للمشرع العادي أن يحدد مبررات أو أسباب إحدى الحالتين ما دام أن المؤسس الدستوري قام بذلك بنفسه، وهذا على خلاف المؤسس الدستوري الفرنسي الذي اكتفى في المادة 36 من دستور 1958 بذكر كيفية الإعلان عن حالة الحصار وكيفية تمديد نظام العمل بها تاركا مسألة تحديد مبررات أو أسباب تلك الحالة للمجال التشريعي.

أدت إلى المساس بالنظام العام، وكذلك أحداث جوان 1991 والخاصة بالاحتجاج السياسي الذي نظمته حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ، وما ترتب عليه من مساس بالنظام العام.

ثانياً: أن تقرر إحدى الحالتين لمدة محددة

إن المؤسس الدستوري من خلال المادة 91، لم يحدد بالضبط المدة التي يجوز فيها تقرير إحدى الحالتين، فإنه مع ذلك أوجب أن يتم تقريرهما لمدة معينة. ومعنى ذلك أن رئيس الجمهورية ملزم بتحديد مدة معينة للحالتين⁽¹⁾، بحيث لا يمكن أن يكون تقرير إحدى الحالتين لمدة غير محددة، إلا أنه و إن لم يتحقق الغرض من تقرير إحدى الحالتين، فلا يستطيع رئيس الجمهورية تمديد مدتهما من تلقاء نفسه، فالمؤسس الدستوري اشترط ضرورة موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.

يتضح أن المؤسس الدستوري كان حريصاً على إعطاء البرلمان حق إبداء رأيه في حالة ما إذا أريد العمل بإحدى الحالتين لمدة أكثر مما تم تحديده، وهذا على خلاف ما ورد في دستور 1976 وذلك لأن السلطة التشريعية هي الجهة المختصة أصلاً بتنظيم الحقوق والحريات العامة لكن قبل تمديد المدة فإن البرلمان لا يكون له أي دور⁽²⁾.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت المادة 91 من دستور 1996، قد أوردت حكماً هاماً مؤداه أن تقرير حالي الطوارئ والحصار يكون لمدة محددة، ولا يجوز تمديدتها إلا بموافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا⁽³⁾، فإن ذلك من شأنه إعطاء الحق للبرلمان في تقرير ما إذا كانت الظروف التي من أجلها قررت إحدى الحالتين مازالت قائمة مما يوجب الموافقة

1/ إن المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 /06/ 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار ج.ر. عدد 29 المؤرخة في 12 /06/ 1991، قد قررت مدة حالة الحصار بأربعة (4) أشهر عبر كامل التراب الوطني.

أما المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في 9 فيفري 1992، المتضمن إعلان حالة الطوارئ ج.ر. عدد 10 المؤرخة في 09 /02/ 1992، فقد قررت مدة حالة الطوارئ بإثني عشر (12) شهراً على امتداد كامل التراب الوطني.

2/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 53.

3/ هذا ما أكدت عليه المادة 98 من القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 8 مارس 1999، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذلك العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة ج.ر. عدد 15 المؤرخة في 09 /03/ 1999.

على مد العمل بهما، أم أن تلك الظروف قد زالت، وبذلك يكون من الواجب عدم الموافقة على مد العمل بهما، وبالتالي العودة إلى النظام العادي⁽¹⁾.

أما فيما يخص رفع الحالة المقررة منهما إذا زالت الوقائع والظروف التي أدت إلى إعمالها قبل حلول أجل نهايتها، فإن الدستور الجزائري لم يشير إلى هذه المسألة وإن كان رئيس الجمهورية قد اكتفى عند رفعه لحالة الحصار المقررة في جوان 1991، وذلك قبل حلول أجل نهايتها، باستشارة المجلس الأعلى للأمن دون استشارة باقي الشخصيات⁽²⁾، فإنه كان يجب عليه أن يتبع نفس الإجراءات التي اتبعتها عند تقريره لهذه الحالة، وذلك عملاً بقاعدة توازي الأشكال، وتكون هذه الإجراءات وجوبية عند رفع حالة الحصار قبل حلول أجل نهايتها أما إذا انتهت بانتهاء المدة المحددة لها، فإنه لا داعي لإتباع تلك الإجراءات⁽³⁾.

وفي الأخير، نقول أنه من الأفضل للمؤسس الدستوري أن يعمل على تحديد مدة حالة الطوارئ أو الحصار في صلب الدستور، وبذلك يمنع سوء استخدام السلطة، ويحمي الحقوق والحريات العامة بطريقة مباشرة، ذلك أن النص الدستوري يعلو على كل ما سواه من النصوص القانونية في الدولة، ويلزم كافة الهيئات في الدولة على احترام ما ورد فيه من أحكام.

الفرع الثاني : القيود الشكلية

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية التي تشترطها المادة 91 من دستور 1996، على رئيس الجمهورية لتقريره حالة الطوارئ أو الحصار، فهي تقيد أيضاً ببعض القيود الشكلية وتتمثل في اجتماع المجلس الأعلى للأمن أولاً، و استشارة بعض الشخصيات السياسية ثانياً.

1/ إن ما قرره المؤسس الدستوري الفرنسي في هذا المجال أفضل بكثير مما جاء في نص المادة 91 من دستور 1996، لأن المدة التي سمح من خلالها لرئيس الجمهورية الفرنسي بأن يعلن فيها عن تطبيق نظام حالة الحصار يجب ألا تزيد عن 12 يوماً، حيث نص في المادة 36 من دستور 1958 على مايلي:

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/ المرسوم الرئاسي رقم 91-336 المؤرخ في 22 /09/ 1991، المتضمن رفع حالة الحصار ابتداء من 29 سبتمبر 1991، ج.ر. عدد 44 المؤرخة في 25 /09/ 1991.

3/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 54.

أولاً : اجتماع المجلس الأعلى للأمن

يقدم هذا المجلس آراءه إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني فيحدد درجة خطورة الأوضاع والوسيلة المناسبة لمواجهتها، ورغم صدور هذه الآراء من مختصين ورجال سياسيين ذوي نفوذ ومركز⁽¹⁾، كل في مجال اختصاصه، كرئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس الحكومة، ووزراء الخارجية والداخلية والعدل و الإقتصاد ، ورئيس أركان الجيش الوطني الشعبي، إلا أن رئيس الجمهورية غير ملزم بالأخذ بها خاصة، وهو الذي يرأس هذا المجلس ويتكفل بتحديد كيفية تنظيمه وعمله⁽²⁾.

ثانياً : إستشارة بعض الشخصيات السياسية

إن الشخصيات الواجب إستشارتها عند تقرير حالة الطوارئ أو الحصار حسب المادة 91 من الدستور هي رئيس المجلس الشعبي الوطن، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري.

1- إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني

إن رئيس الجمهورية ملزم باستشارة رئيس هذه الهيئة التي تمثل الشعب والمكلفة بإعداد القوانين وحماية حقوق وحرقات الأفراد، ولا يمكن إغفال رأيه في تقدير مدى خطورة الأوضاع التي تعيشها مؤسسات الدولة و تقدير خطورة الإجراء الذي سيتخذه رئيس الجمهورية بتقريره لحالة الطوارئ أو الحصار وما يترتب عليه من آثار خطيرة على حقوق الأفراد وحرقاتهم، إلا أن هذا الرأي لا يلزم رئيس الجمهورية في الأخذ به.

1/ سعيد بوالشعير ، المرجع السابق، ص 27 .

2/ نصت المادة 173 دستور 1996 وهي نفس المادة 162 من دستور 1989 على ما يلي: " يؤسس مجلس أعلى للأمن يرأسها رئيس الجمهورية، مهمته تقديم الآراء إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني.

يحدد رئيس الجمهورية كيفية تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله."

تضمنت المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم 89-196 المؤرخ في 24 /10/ 1989 ، المتضمن تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله، تشكيله المجلس ورئاسته، ونصت المادة الثانية على أن المجلس يجتمع بناء على استدعاء من رئيس الجمهورية وهو الذي يحدد أعماله حسب المادة الثالثة، أما المادة الرابعة فقد بينت مجال تدخل هذا المجلس.

2- إستشارة رئيس مجلس الأمة

يعتبر هذا القيد هاما كذلك نظرا للمكانة التي يحظى بها رئيس مجلس الأمة في النظام السياسي الجزائري، بحيث يمكنه استخلاف رئيس الجمهورية في حالة وفاته أو استقالته أو استحالة ممارسة مهامه، بسبب مرض خطير أو مزمن، ويشرف بذلك على جميع السلطات في الأوضاع المتأزمة⁽¹⁾.

3- إستشارة رئيس الحكومة

يعد رئيس الحكومة⁽²⁾ -الوزير الأول - جزءا لا يتجزأ من السلطة التنفيذية وهو المكلف الأول بالسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات، وهو أيضا عضو في المجلس الأعلى للأمن والمكلف أيضا بتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية على أرض الواقع. لذا يجب على رئيس الجمهورية استشارته عند تقريره لحالة الطوارئ أو الحصار، كونه الملم بكل الأوضاع والإحصائيات المتعلقة بعدة مجالات، سواء المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، والمطلع على الحالات الواقعية والفعلية وتطوراتها التي يعيشها المجتمع بمختلف شرائحه، وهو المكلف بتنفيذ الإجراءات الإستثنائية كذلك في أوقات الأزمة إلا أن رأيه يعتبر غير ملزم بالنسبة إليه عند تقريره لإحدى الحالتين السابقتين⁽³⁾.

4- إستشارة رئيس المجلس الدستوري

إن المجلس الدستوري هو الهيئة الأولى المكلفة بالسهر على مدى دستورية القوانين وذلك بفعل الرقابة التي يستعملها، ويمثل رأي رئيس هذه الهيئة دعما معنويا وقانونيا في نفس الوقت لرئيس الجمهورية، ودعما لشرعية تصرفه المتمثل في تقريره إحدى الحالتين، فهو بمثابة

1/ أنظر المادتين 88 و 89 من دستور 1996، المرجع السابق.

2/ لقد تم استبدال عبارة "رئيس الحكومة ب" الوزير الأول "على إثر التعديل للدستور ي سنة 2008، الصادر ب: ق 08 - 19 مؤرخ في 2008/11/15، ج.ر. عدد 63، المؤرخة في 2008/11/16.

3/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 57.

اعتراف من أعلى هيئة دستورية بأن أوضاع البلاد أصبحت خطيرة لا يمكن مواجهتها بقواعد القانون العادية وتقتضي اللجوء إلى الإجراءات الإستثنائية لغرض استتباب الوضع⁽¹⁾.
إلا أن إستشارته تبقى ملزمة كقيد شكلي لرئيس الجمهورية عند تقريره لإحدى الحالتين دون الالتزام بنتائجها، ومع ذلك فإن استشارة هذه الهيئات والشخصيات لها دور ضعيف رغم تعددها، وهي بذلك ليست شريكا حقيقيا مع رئيس الجمهورية في اتخاذه قراراته، فهي لا تقدم الرأي لمشاركته بل لتكرس ما يقوم به من أعمال، وبذلك فإن رئيس الجمهورية ينفرد بمواجهته للوضع، و أن تدخل هذه الهيئات والشخصيات ليس من قبيل الحاجة الماسة والضرورية إليها، بقدر ما هو ناتج عن محاولة أو رغبة سياسية في إعطاء طابع ديمقراطي للتصرف الرئاسي⁽²⁾.

المطلب الثاني

الإجراءات الإستثنائية في ظل حالة الطوارئ و الحصار وأثرها على مبدأ المشروعية

إن العبارات التي استعملها المؤسس الدستوري في المادة 91، فضفاضة وواسعة جدا إذ تمنح لرئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة في تحديده للإجراءات التي يتخذها لاستتباب الوضع، مما قد ينعكس سلبا على الحقوق والحريات العامة، كما أن المادة 92 جعلت تنظيم حالتها الطوارئ والحصار من اختصاص المشرع - البرلمان - وذلك بموجب قانون عضوي وهو الأمر الذي يصعب فهمه، لأن المادة 92 تتناقض مع سابقتها المادة 91 بحيث لا يمكن إعمالهما معا، المادة 91 لم تترك أي مجال للسلطة التشريعية في تحديد الآثار المترتبة على حالة الطوارئ أو الحصار، وبالتالي الإجراءات الإستثنائية واجبة الإلتباع لمواجهة الأزمة، ما دام أن المؤسس الدستوري قام بنفسه بتحديد الإجراءات الإستثنائية التي يمكن لرئيس الجمهورية أن

1/ المرجع نفسه، ص 57.

2/ الأمين شريط ، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة ، 1991، ص 550 .

يتخذها عندما سمح لهذا الأخير " باتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع " فتحديد تلك التدابير هي مسألة من اختصاص رئيس الجمهورية .

أما طبقا للمادة 92 فإن مسألة تنظيم حالي الطوارئ والحصار هي من اختصاص البرلمان الذي يصدر بصددها قانونا عضويا، وبالتالي تحديد الآثار المترتبة عليهما والإجراءات الإستثنائية واجبة الإتباع لمواجهة الأزمة.

مع ذلك فإن المادة 92 هي الأولى بالتطبيق فيما يتعلق بتحديد الآثار المترتبة على تقرير حالة الطوارئ أو الحصار، وبالتالي فهذه المسألة هي من اختصاص البرلمان وذلك بموجب قانون عضوي⁽¹⁾.

نظرا لأن القانون العضوي هذا لم يصدر بعد ، فإننا سنبحث عن الآثار المترتبة على كل حالة من خلال التطبيق العملي لها، فندرس الآثار المترتبة على حالة الحصار من خلال المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991⁽²⁾ الفرع الأول ، ثم الآثار المترتبة على حالة الطوارئ من خلال المرسوم الرئاسي 44/92 المؤرخ في 9 فيفري 1992 الفرع الثاني.

الفرع الأول : أثر الإجراءات الإستثنائية لحالة الحصار على مبدأ المشروعية

إن الصلاحيات المتعلقة بالنظام العام في حالة الحصار، طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 91-196 السابق الذكر ، هي صلاحيات موزعة بين السلطة العسكرية - المفوضة من طرف السلطة المدنية- أولا، وبين السلطة المدنية - صاحبة الإختصاص الأصيل- ثانيا، إضافة إلى وجود اختصاصات مشتركة بينهما ثالثا.

1/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 58.

2/ هذا هو التطبيق العملي الثاني لحالة الحصار وإذا كان قرار تقرير حالة الحصار المتخذ في جوان 1991 قد تم نشره في الجريدة الرسمية، فإن قرار تقريرها المتخذ في أكتوبر 1988 ، لم يتم نشره في الجريدة الرسمية:

- Ahmed Laraba, Le régime juridique de la gestion des crises, éd, ANEP, Alger, 2001, p.111.

- نصر الدين بن طيفور ، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس ، 2004 ، ص 29.

أولاً : الإجراءات الإستثنائية المفوضة للسلطة العسكرية

إن الإجراءات الإستثنائية التي يجوز للسلطة العسكرية القيام بها طبقاً للمواد 4، 7 و 8

من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 تتمثل فيما يلي :

1-الإعتقال الإداري :

طبقاً للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، يجوز للسلطة العسكرية أن تتخذ هذا الإجراء ضد أي شخص راشد يتبين أن نشاطه يشكل خطورة على النظام العام وعلى الأمن العمومي أو السير الحسن للمرافق العمومية.

حسب المرسوم التنفيذي 91-201 المؤرخ في 25 جوان 1991 والذي يضبط حدود الوضع في مركز للأمن - الإعتقال الإداري - وشروطه⁽¹⁾، فإن إجراء الإعتقال الإداري هو ذلك الإجراء الذي يترتب عليه حرمان الشخص الراشد من حرية الذهاب والإياب، ووضعه بأحد المراكز التي تحدد بمقرر من القيادة العليا للسلطة العسكرية.

أما الأعمال التي تسمح بوضع مرتكبيها في مركز للأمن، فإنها تتمثل فيما يلي⁽²⁾:

- التحريض على الفوضى وعلى ارتكاب جنایات أو جنح ضد أشخاص أو أملاك.
- النداء بأية وسيلة للعصيان المدني و إلى الإضراب.
- التحريض على التجمعات لغرض واضح يثير الإضطراب في النظام العام وفي طمأنينة المواطنين.

- رفض الإمتثال للتسخير الكتابي الذي تصدره السلطة المخولة صلاحيات الشرطة وحفظ النظام العام، ذلك الرفض الذي يعرقل سير الإقتصاد الوطني عرقلة خطيرة.

- معارضة تنفيذ التسخير الذي أعد بسبب الإستعجال والضرورة بغية الحصول على خدمات يؤديها مرفق عام أو مؤسسة عمومية أو خاصة.

1/ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المؤرخ في 1991 /06/ 25 الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه تطبيقاً للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 1991 /06/ 4 المتضمن تقرير حالة الحصار ج.ر. عدد 31 المؤرخة في 1991/06/ 26.

2/ المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 ، المرجع السابق.

كما يمكن أن يكون موضوع تدبير وضع في مركز للأمن، الأشخاص الذين يخالفون التنظيم، الإداري المتعلق بالمرور، وبتوزيع المواد الغذائية، وذلك بقصد إثارة اضطرابات في النظام العام⁽¹⁾.

أما عن مدة الوضع في مركز للأمن فهي 45 يوما قابلة للتجديد مرة واحدة⁽²⁾.

2- الإقامة الجبرية:

طبقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، فإنه يجوز للسلطة العسكرية كذلك أن تتخذ هذا الإجراء ضد أي شخص راشد يتبين أن نشاطه يشكل خطورة على النظام العام والأمن العمومي أو السير الحسن للمرافق العمومية.

حسب المرسوم التنفيذي رقم 91-202، المؤرخ في 25 جوان 1991، الذي يضبط حدود الوضع - تحت الإقامة الجبرية وشروطها⁽³⁾، فإن هذا الإجراء يمكن أن يتخذ ضد أي شخص راشد متى كان إبعاده و إجباره على الإقامة من شأنه استعادة النظام العام والأمن العمومي والمحافظة عليهما⁽⁴⁾.

أما الأعمال التي تسمح بوضع مرتكبيها تحت الإقامة الجبرية، فتتمثل في ما يلي⁽⁵⁾:

- النشاطات التي من شأنها تعريض النظام العام والأمن العمومي للخطر.

1/ إن الإعتقال الإداري هو إجراء وقائي باتفاق الفقه، ولكن بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-201، يتضح بأن الإعتقال الإداري في الجزائر أصبح إجراء ردعيا، ما دام أن رئيس الحكومة من خلال ذلك المرسوم قام بتجريم أفعال، وهو بذلك قد خالف المادة 43 من دستور 1989، وتقابلها المادة 46 من دستور 1996 والتي تنص على أنه: لا إدانة إلا بمتقى قانون وليس مرسوم تنفيذي صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم.

2/ المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، المرجع السابق.

3/ المرسوم التنفيذي رقم 91-202 المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها تطبيقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991 والمتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ر. عدد 31 المؤرخة في 26/06/1991.

4/ المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 91-202، المرجع السابق.

5/ المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، المرجع السابق.

- مخالفة الترتيبات والتدابير التي تتخذها السلطة العسكرية المخولة بصلاحيات الشرطة والمنصوص عليها في المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن تدابير الإعتقال الإداري والإقامة الجبرية، لا يمكن للسلطة العسكرية أن تتخذهما إلا بناء على إقتراحات قانونية آتية من مصالح الشرطة، وبعد استشارة لجنة رعاية النظام العام⁽¹⁾ التي تتشأ عبر كل ولاية، وتترأسها السلطة العسكرية المعينة قانونا.

تتكون هذه اللجنة⁽²⁾ من الوالي، محافظ الشرطة الولائية، قائد مجموعة الدرك الوطني رئيس القطاع العسكري إن اقتضى الأمر، وشخصيتان معروفتان بتمسكهما بالمصلحة العامة.

كذلك فإن هذه اللجنة تدرس وتتصح بتطبيق التدابير الإستثنائية المنصوص عليه في مرسوم تقرير حالة الحصار والتي من شأنها استعادة النظام العام والسير الحسن للمرافق العمومية، و أمن الأملاك والأشخاص كما تسهر على حسن هذه التدابير⁽³⁾.

إن الشخص الذي اتخذ ضده إجراء الإعتقال الإداري أو الإقامة الجبرية بإمكانه أن يطعن في ذلك خلال العشرة (10) أيام من تقرير ذلك الإجراء⁽⁴⁾، لدى المجلس الجهوي لحفظ النظام⁽⁵⁾.

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⁽⁶⁾.

1/ المادة 4 من المرسوم الرئاسي التنفيذي رقم 91-196 و المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 و المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202 ، المرجع السابق.

2/ المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 ، المرجع السابق.

3/ المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، المرجع السابق.

4/ إن المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202، المرجع السابق.

5/ طبقا للمادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، أنشئت ثلاثة مجالس جهوية لحفظ النظام العام في كل من الجزائر وهران، وقسنطينة، و يمتد اختصاص كل مجلس إلى مجموعة من الولايات.

6/ المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201 ، المرجع السابق.

بعد رفع هذا الطعن الإداري إلى المجلس الجهوي لحفظ النظام، على هذا الأخير أن يبت فيه خلال العشرة (10) أيام من رفع الأمر إليه، ويكون ذلك بأغلبية الأصوات، مع ترجيح صوت الرئيس في حالة تساوي الأصوات⁽¹⁾.

أما عن إمكانية الطعن القضائي في القرارات الصادرة عن المجالس الجهوية لحفظ النظام، فإن المرسومين التنفيذي رقم 201-91 و 202-91 لم يثيرا إلى ذلك، ومع ذلك فإنه يمكن اعتبار تلك القرارات الإدارية قابلة للطعن فيها قضائيا بواسطة دعوى الإلغاء، لأن هذه الدعوى لا تحتاج لنص خاص لتقريرها، ما دام أنها تنتمي للشريعة العامة² وما دام أن المجالس التي أصدرت تلك القرارات هي مجالس جهوية، و أن رئيسها هو الوالي فإن الجهة القضائية المختصة بنظر هذه الدعوى هي المحاكم الإدارية⁽³⁾.

3- التفتيش:

إن المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 سمحت للسلطة العسكرية أن تقوم أو تكلف من يقوم بإجراء التفتيشات الليلية أو النهارية في المحلات الخاصة أو العمومية أو داخل المساكن.

طبقا لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 91-204 المؤرخ في 25 جوان 1991⁽⁴⁾ فإن التفتيشات التي يمكن أن تجري نهارا أو ليلا، هي التفتيشات التي تجري في الحالات الإستعجالية، كما هو ، منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، داخل المحلات العمومية أو الخاصة، أو داخل المساكن⁽⁵⁾ أو التي تتعلق بحالات المساس بأمن الدولة أو بسبب الجنايات و الجنح التي ترتكب ضد الأشخاص والأموال، أو في بعض الحالات الأخرى

1/ المادة 9 من المرسوم التنفيذي 91-201، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202، المرجع السابق.
2/ J. M AUBY, Roland DRAGO, Traité élémentaire de droit administratif, 2éd, L.G.D.J, Paris, 1975, p.136.

3/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص62.

4/ المرسوم التنفيذي رقم 91-204، المؤرخ في 25 /06/ 1991 الذي يحدد شروط تطبيق المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991 ، ج.ر. عدد 31 المؤرخة في 1991/06/26 .

5/ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 91-204، المرجع السابق.

كمخابئ الأسلحة والذخائر أو المتفجرات، أو ملاجئ الأشرار المسلحين الذين شاركوا في تجمهر تمردى، 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⁽¹⁾.

على أن هذه التفتيشات تتم 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.

أما التفتيشات التي تتم خارج ظروف الإستعجال، فإنها تتم بناء على تعليمات كتابية صادرة من السلطة العسكرية التي تتراأس لجنة رعاية النظام العام⁽²⁾.

وتتم التفتيشات بحضور مالك المحل أو الدار، وفي حالة غيابهم تتم بحضور شاهدين مطلوبين لهذا الغرض ويجب أن يحضر محضر عن العمليات التي تتم في كل تفتيش، كما يتم جرد عمليات الحجز، وتختتم بحضور مالك المحل أو رب الدار، أو الشاهدين، ويترتب على ذلك إعداد محضر⁽³⁾.

أما الأشخاص الموقوفين في الحالات المذكورة في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 204-91، -نتيجة المساس بأمن الدولة و بسبب الجنايات والجنح الخطيرة المرتكبة ضد الأشخاص والأموال...- فيقدمون إلى وكيل الجمهورية العسكري المختص، إلا إذا قررت هذه السلطة غير ذلك، وفي هذه الحالة يقاد الأشخاص الموقوفين أمام السلطة القضائية المختصة إقليمياً⁽⁴⁾.

1/ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 204-91، المرجع السابق.

2/ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 204-91، المرجع السابق.

3/ المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 204-91، المرجع السابق.

4/ المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 204-91، المرجع السابق.

4- منع المنشورات والاجتماعات والنداءات التي تثير الفوضى:

إن المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، سمحت للسلطة العسكرية أن تقوم كذلك بمنع إصدار المنشورات، أو الاجتماعات، والنداءات العمومية التي من شأنها إثارة الفوضى وانعدام الأمن واستقرارهما.

على أن هذه الإجراءات يجوز للسلطة العسكرية أن تقوم بها بناء على اقتراح من لجنة رعاية النظام العام، ويترتب على منع المنشورات حجز الوثائق التي يسلب عليها هذا الحجز في أي مكان، وفي أية ساعة من النهار أو الليل، كما تصدر وتوضع تحت يد العدالة وسائل الطباعة و الإستتساخ و أية وسيلة . أخرى تستعمل للتحريض على الفوضى⁽¹⁾.
على الولاية تقديم المساعدة المادية لنشاطات لجنة رعاية النظام العام خاصة فيما يتعلق بمسك الكتابات، وتدوين التوصيات، ومعالجة البريد⁽²⁾.

5- تسليم الأسلحة:

إن المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، سمحت كذلك للسلطة العسكرية أن تأمر بتسليم الأسلحة والذخائر قصد إيداعها.
بالإضافة إلى الإجراءات التي حددتها المادتين 4 و 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، فإن المادة 8 من نفس المرسوم سمحت للسلطة العسكرية أن تقوم عبر جزء من مقاطعة واحدة أو كلها بما يلي:

- أن تضيق أو تمنع مرور أشخاص أو تجمعهم في الطرق والأماكن العمومية.
- أن تنشئ مناطق ذات إقامة مقننة لغير المقيمين.
- أن تمنع إقامة أي شخص راشد يتبين أن نشاطاته مضرّة بالنظام العام وبالسير العادي للمرافق العمومية.
- أن تنظم عن الطريق الإدارية مرور المواد الغذائية أو بعض المعدات المعينة، وتوزيعها.

1/ المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 91-204، المرجع السابق.

2/ المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 91-204، المرجع السابق.

- أن تمنع الإضرابات التي يمكن أن تعرقل استعادة النظام العام العادي للمرافق العمومية.
- أن تأمر بتسخير المستخدمين للقيام بنشاطاتهم المهنية المعتادة، في منصب عملهم.
- أن تأمر عن طريق التسخير، في حالة الإستعجال و الضرورة، كل مرفق عام، أو مؤسسة عمومية أو خاصة بأداء خدماتها.

ثانيا :الإجراءات الإستثنائية التي تبقى من اختصاص السلطة المدنية

على الرغم من تقرير حالة الحصار، فإن السلطة المدنية لا تفقد جميع صلاحياتها، بل تبقى تتمتع ببعض الإجراءات الإستثنائية في مجال الضبط الإداري⁽¹⁾، وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

1-رفع الدعاوى من أجل الحصول على حكم بتوقيف أو حل الجمعيات

طبقا لنص المادة 9 من المرسوم الرئاسي 91-196، فإن مسألة توقيف الجمعيات مهما كان قانونها الأساسي، هي مسألة تخرج عن اختصاص السلطة العسكرية ما دام أن هذا الإجراء يتخذ بمرسوم تنفيذي - ممضي من طرف رئيس الحكومة - وذلك في حالة ما إذا قام قادة هذه الجمعيات أو أعضائها بأعمال مخالفة للقوانين خاصة أحكام القانون رقم 89-11 المؤرخ في 5 جوان 1989 ، والمتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي⁽²⁾، وأحكام المرسوم الرئاسي رقم 91-196.

إن المادة 34 من القانون رقم 89-11، هي التي تطبق إذا تعلق الأمر بجمعية ذات طابع سياسي وبالرجوع إلى هذه المادة، يتضح لنا بأنه يجوز للوزير المكلف بالداخلية أن يرفع دعوى قضائية ضد الجمعيات ذات الطابع السياسي التي قام قادتها أو أعضاؤها بأعمال مخالفة

1/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 65.

2/ إن القانون رقم 89-11، المؤرخ في 5 /06/ 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، ج.ر. عدد 27 المؤرخة في 5 /06/ 1989، قد تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 97-09، المؤرخ في 6 /03/ 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب، السياسية ج.ر. عدد 12 المؤرخة في 06/03/1997، هذا الأخير الذي ألغي وحل محله القانون العضوي 04/12 المؤرخ في 12/01/2012، المتعلق بالأحزاب السياسية، ج.ر. عدد 02 المؤرخة في 15 /01/ 2012.

للقوانين، خاصة أحكام رقم 89-11 وذلك قصد طلب حلها قضائياً، ومعنى ذلك أن حل الجمعية ذات الطابع السياسي هي مسألة من اختصاص القضاء، وللوصول إلى هذه النتيجة طبقاً لما جاء في المادتين 34 و 35 من القانون 89-11، لا بد أن يسبق أو أن يقترن مع إجراء طلب الحل، إجراء آخر يتمثل في قيام الوزير المكلف بالداخلية برفع دعوى قضائية ضد تلك الجمعية قصد توقيف جميع نشاطاتها، وكذلك الأمر -قضائياً - بغلق مؤقت لجميع محلات تلك الجمعية، على أن قرار التوقيف يجب أن يكون معللاً، ويجب بالإضافة إلى ذلك أن يبلغ إلى الممثل القانوني للجمعية.

مما سبق يتضح أن مسألة توقيف نشاطات الجمعيات ذات الطابع السياسي، أو حلها هي مسألة من اختصاص القضاء الإداري ويفصل في النزاع خلال الشهر الموالي لرفع القضية، على أن القرار الصادر في هذا الصدد قابل للطعن فيه بالإستئناف، أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا - مجلس الدولة حالياً - والتي يتعين عليها ، هي الأخرى أن تفصل في الإستئناف خلال الشهر الموالي لرفع القضية إليها⁽¹⁾ أما مسألة رفع الدعوى من أجل الحصول على حكم بتوقيف نشاط الجمعية أو حلها، فإنها من اختصاص السلطة المدنية - وزير الداخلية - وبالتالي إذا تقيدينا بما جاء في المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 فإن صاحب الصفة في رفع تلك الدعوى هو وزير الداخلية.

1/ إن هذه الأحكام أعيد النص على ها في المادة 37 من الأمر رقم 97-09 ، المرجع السابق، والتي تطبق على الحزب السياسي المعتمد، أما إذا كانت المخالفات التي تسمح بتعليق الأنشطة الحزبية للأعضاء المؤسسين، ومنع كل نشاطاتهم الحزبية، والأمر بغلق المحال التي يستعملونها لممارسة تلك الأنشطة، قد تمت قبل قيامهم بعقد مؤتمرهم التأسيسي، فإنها من اختصاص الوزير المكلف بالداخلية، الذي يتخذ ذلك الإجراء لقرار نهائي معلل وإن كان هذا القرار قابل للطعن فيه أمام الجهة القضائية التي يتبعها مقر الحزب، على أن قرار هذه الجهة قابل للطعن فيه بالإستئناف أمام مجلس الدولة المادة 36 من الأمر رقم 97-09 المرجع السابق.

2- توقيف أو حل المجالس الشعبية المحلية، والمجالس التنفيذية البلدية، وتعيين مندوبات في مكانها:

طبقا لما جاء في المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، فإن مسألة حل المجالس الشعبية المحلية، والمجالس التنفيذية البلدية، وتعويضها بمندوبات تنفيذية، هي مسألة تخرج من اختصاص السلطة العسكرية، ما دام أن هذا الإجراء تتخذه الحكومة بمرسوم تنفيذي⁽¹⁾، وذلك في حالة ما إذا قامت تلك المجالس بأعمال من شأنها إفشال عمل السلطات العمومية القانوني، أو عرقلته بمواقف، أو قامت بمعارضة صريحة، وكان من شأن ذلك تعريض النظام العام والسير الحسن للمرافق العامة للخطر.

في حالة اتخاذ هذا الإجراء، فإن السلطة الوصية المتمثلة في وزير الداخلية تقوم بتعيين مندوبات 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.

ثالثا: الإختصاصات المشتركة بين السلطة المدنية والسلطة العسكرية

إذا كانت مسألة محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا خلال حالة الحصار جنایات أو جرائم عرضت النظام العام أو سير المرافق العامة المنظم للخطر، هي مسألة مبدئيا من اختصاص المحاكم العادية، فإن المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، قد سمحت بانعقاد الإختصاص للمحاكم العسكرية طوال حالة الحصار، مهما كانت صفة مرتكبيها أو المتواطئين فيها، وذلك بشرط أن تكون تلك الجرائم ماسة بأمن الدولة و أن يتم إخطارها بذلك.

1/ بالرجوع إلى المادة 35 من القانون رقم 90-08، المؤرخ في 07/04/1990، المتعلق بالبلدية الذي ألغي وحل محله ق 10/11 المؤرخ 22/06/2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر. عدد 37 المؤرخة في 22/06/2011، يتضح لنا بأن مسألة حل المجالس الشعبية البلدية هي مسألة من اختصاص رئيس الجمهورية، ما دام أن مرسوم الحل يجب أن يتخذ في مجلس الوزراء وليس في مجلس الحكومة، وذلك بناء على اقتراح من وزير الداخلية، وهنا يطرح السؤال عن مدى مشروعية المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، ذلك أنه عملا بقاعدة توازي الأشكال، فإن المرسوم لا يستطيع أن يعدل أو أن يلغي القانون.

إذا كانت المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 قد نصت على إنهاء جميع التدابير التضييقية التي حددها هذا المرسوم بمجرد انتهاء حالة الحصار، فإنها استنتجت من ذلك المتابعات التي يكون قد شرع فيها أمام الجهات القضائية، سواء العادية أو العسكرية.

الفرع الثاني: الإجراءات الإستثنائية لحالة الطوارئ و أثرها على مبدأ المشروعية

طبقا لما جاء في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، فإن الهدف منها هو استتباب النظام العام، وضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات، وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية⁽¹⁾؛ و عليه فالمختص بتحقيق هذا الهدف هو السلطة المدنية -الحكومة - و عليه يمكن لوزير الداخلية والجماعات المحلية تفويض السلطة العسكرية للقيام بقيادة العمليات التي من شأنها استتباب الأمن على المستوى المحلي أو على مستوى دوائر إقليمية محددة⁽²⁾ على أن التفويض يجب أن يقتصر 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⁽³⁾.

إن الإجراءات الإستثنائية التي يجوز للحكومة اتخاذها، هي الإجراءات التي تدخل من المفروض في اختصاصها، وطبقا للمادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، فإن الهيئات المؤهلة لاتخاذ تلك الإجراءات هي كل من وزير الداخلية والجماعات المحلية أولا، أو وزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي ثانيا، أو الوالي ثالثا، مع إمكانية النظر في بعض المنازعات من طرف المحاكم العسكرية رابعا.

1/ إن هذا الهدف هو نفسه تقريبا الهدف الذي نصت عليها المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار، وهو الحفاظ على استمرار مؤسسات الدولة واستعادة النظام العام والسير العادي للمرافق العامة.

2/ المادة 9 من المرسوم رقم 92-44، المرجع السابق، ويفهم من هذه المادة أنه لا يجوز تفويض السلطة العسكرية للقيام بتلك الأعمال على المستوى الوطني.

3/ المادتين 1 و 3 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 /02/ 1992 الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ، ج.ر عدد 11 المؤرخة في 11 في 1992/02.

أولا الإجراءات التي يجوز لوزير الداخلية والجماعات المحلية القيام بها

إن الإجراءات التي يجوز لوزير الداخلية والجماعات المحلية القيام بها طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 92-44، يمكن أن تمتد لتشمل كامل التراب الوطني، أو تقتصر على جزء منه فقط وتتمثل هذه الإجراءات فيما يلي:

1- الإعتقال الإداري:

إن الإعتقال الإداري - الوضع في مركز أمن في مكان محدد⁽¹⁾ حسب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75 المؤرخ في 20 فيفري 1992⁽²⁾، هو عبارة عن إجراء إداري ذو طابع وقائي، يتمثل - في حرمان أي شخص راشد من حرية الذهاب والإياب، وذلك بوضعه في مركز أمن، على أن وزير الداخلية والجماعات المحلية هو الذي له أن يأمر ببناء 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، ومع ذلك يمكن لوزير الداخلية والجماعات المحلية أن يمنح تفويض إمضاء إلى الولاية فيما يخص الوضع في مراكز الأمن⁽³⁾ إن إجراء الإعتقال الإداري لا يمكن اتخاذه إلا بعد استشارة الأركان المختلطة⁽⁴⁾.

إن المرسوم التنفيذي رقم 92-75 لم يحدد مدة الإعتقال الإداري، وهو ما ترتب عليه من الناحية العملية الإبقاء على الأشخاص معتقلين لسنوات عديدة.

1/ المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المرجع السابق.

2/ المرسوم التنفيذي رقم 92-75، المؤرخ في 20 /02/ 1992 ، يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 ، المؤرخ في 9 /02/ 1992 المتضمن حالة الطوارئ، ج.ر عدد 14 المؤرخة في 23/02/1992.

3/ قرار وزير الداخلية والجماعات المحلية المؤرخ في 11 /02/ 1992 ، المتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاية فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، ج.ر عدد 11 المؤرخة في 11/02/1992.

4/ تنص المادة 7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 /02/، 1992 المرجع السابق، على إنشاء هيئة تسمى "أركان مختلطة" تساعد الوالي في القيام بمهامها في إطار حالة الطوارئ، وتتكون هذه الأركان المختلطة من: قائد القطاع العسكري قائد مجموعة الدرك الوطني أو ممثله، ورئيس الأمن الولائي أو ممثله، أما الأركان المختلطة التي تساعد وزير الداخلية والجماعات المحلية، فإنها تتكون من ممثلي القوات المشاركة في الحفاظ على النظام العام المادة 2 من نفس القرار الوزاري المشترك، المرجع السابق.

إن الشخص الذي كان محل إجراء الإعتقال الإداري بإمكانه أن يطعن في ذلك الإجراء أمام والي الولاية التي يقيم فيها⁽¹⁾، على أن الوالي يقوم بإحالة هذا الطعن إلى المجلس الجهوي للطعن⁽²⁾، ويرفقه بكل الملاحظات التي تكون ضرورية، على أن المدة التي يجب تقديم الطعن فيها لم يحددها المرسوم التنفيذي.

أما المجلس الجهوي للطعن، فإنه يتكون من⁽³⁾: رئيس يعينه وزير الداخلية والجماعات المحلية وممثل لوزير الداخلية والجماعات المحلية، وممثل لوزير الدفاع الوطني، وثلاثة شخصيات مستقلة، يعينها وزير الداخلية والجماعات المحلية لهم دراية بالمسائل المتعلقة بحقوق الإنسان على أن يبت هذا المجلس في الطعن الذي يرفع إليه خلال 15 يوما الموالية لإخطاره⁽⁴⁾.

إذا كان المرسوم التنفيذي لم يشر إلى مسألة الطعن في قرار المجلس الجهوي للطعن بدعوى الإلغاء، فإن هذه الدعوى لا تحتاج في الحقيقة إلى نص لتقريرها، وذلك لاتصالها بالشرعية العامة، كذلك فإن دعوى التعويض يجب أن تكون مقبولة هي الأخرى إذا توفرت شروطها⁽⁵⁾.

إذا كانت النصوص المتعلقة بإجراء الإعتقال الإداري قد أشارت إلى الطعن الإداري فإنها قد سكتت عن هذه المسألة في الإجراءات الأخرى - الإقامة الجبرية والمنع من الإقامة - كما سكتت أيضا عن مسألة الطعن القضائي. ومع ذلك فإن تلك الإجراءات تكون قابلة للطعن فيها قضائيا. ، هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأشخاص الذين تعرضوا للاعتقال الإداري لم يبلغوا بقرارات اعتقالهم⁽⁶⁾.

1/ المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75، المرجع السابق.

2/ أنشئت ستة مجالس جهوية للطعن في كل من: الجزائر، البلدية، وهران، بشار، ورقلة، قسنطينة، ويمتد اختصاص كل مجلس إلى مجموعة من الولايات. المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75، المرجع السابق.

3/ المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75، المرجع السابق.

4/ المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75، المرجع السابق.

5/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 69.

6/ مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الإستثنائية، المرجع السابق، ص 42.

بل أكثر من ذلك، فإن المرسوم التنفيذي رقم 92-72 قد وضع حكما في منتهى الخطورة، إذ نص على أن الأشخاص المعتقلين إداريا، إذا كانوا مرتبطين بعلاقة عمل مع إدارات أو مؤسسات أو مرافق عامة، فإن الهيئة المستخدمة تعلق دفع مرتباتهم.

2- إنشاء مراكز للأمن:

يعد إنشاء مراكز للأمن من الإختصاصات التي عهدتها المرسوم الرئاسي رقم 92-44 إلى وزير الداخلية والجماعات المحلية⁽¹⁾، ولقد صدر في هذا الصدد عدة قرارات بتاريخ 10 فيفري و 15 فيفري 1992 تتضمن إنشاء مراكز أمن في كل من رقان (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، وعين صالح (ولاية تامنغست) بالناحية العسكرية السادسة، وورقلة (ولاية ورقلة) بالناحية العسكرية الرابعة، والحمر (ولاية أدرار) بالناحية العسكرية الثالثة، وبرج عمر إدريس (ولاية إيليزي) بالناحية العسكرية الرابعة.

3- تعيين المندوبيات التنفيذية على مستوى الجماعات الإقليمية التي عطلت أو تم حلها:

طبقا للمادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، فإن هذا الإجراء لا يمكن أن يقوم به وزير الداخلية والجماعات المحلية إلا بعد اتخاذ الحكومة لتدابير تعليق نشاطات المجالس المحلية أو الهيئات التنفيذية البلدية، أو حلها، وذلك عندما يعطل العمل الشرعي للسلطات العمومية، أو يعرقل بسبب تصرفات عاتقة مثبتة أو معارضة معلنة من طرف هذه الهيئات والمجالس⁽²⁾.

ثانيا: الإجراءات المشتركة بين وزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي

إن المرسوم الرئاسي رقم 92-44، قد تضمن إجراءات أو اختصاصات مشتركة بين وزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي. وعليه بإمكان وزير الداخلية والجماعات المحلية عبر

1/المادة 5 من المرسوم رئاسي رقم 92-44، المرجع السابق.

2/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 69.

كامل التراب الوطني، والوالي عبر حدود ولايته، وفي إطار التوجيهات الحكومية، سلطة القيام بما يلي⁽¹⁾:

- تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة.
 - تنظيم نقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى، وتوزيعها.
 - إنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين.
 - منع من الإقامة أو وضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو بسير المرافق العامة.
 - 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.
 - الأمر بالغلاق المؤقت لقاعات العروض الترفيهية، وأماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها و بمنع كل مظاهرة يحتتمل فيها الإخلال بالنظام والطمأنينة العمومية.
- هذا وقد نص المرسوم التنفيذي رقم 92-75 على السماح لوزير الداخلية والجماعات المحلية باتخاذ تعليمات يبين من خلالها كيفية تطبيق مختلف تدابير حالة الطوارئ، لا سيما المتعلقة بالوضع تحت الإقامة الجبرية، والمنع من الإقامة والتفتيش⁽²⁾، وهنا يطرح إشكال يتمثل في معرفة ما إذا كان المرسوم التنفيذي رقم 92-75 الذي يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44، يحتاج بدوره إلى تعليمة صادرة من وزير الداخلية والجماعات المحلية تبين كيفية تطبيقه؟ ولماذا لم يبين المرسوم التنفيذي 92-75 كل المسائل المتعلقة بتطبيق أحكام المرسوم 92-44؟

1/ المادة 6 و 7 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المرجع السابق.

2/ المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75، المرجع السابق.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن وزير الداخلية والجماعات المحلية يساعده في القيام بمهامه هيئة تسمى "أركان مختلطة"، وتتكون من ممثلي القوات المشاركة في الحفاظ على النظام العام⁽¹⁾.

كما يساعد الوالي هيئة أخرى تسمى كذلك أركان مختلطة، وتتكون من قائد القطاع العسكري، وقائد مجموعة الدرك الوطني أو ممثله، ورئيس الأمن الولائي أو ممثله. إذا اعترضت الوالي مشاكل فيما يخص وقاية النظام العام وحفظه، والتي تتطلب استخدام قوات تدخل خارجية عن ولايته، فعليه أن يرجع لقائد الناحية العسكرية، و أن يحرك مصالح الشرطة والدرك الوطني المتحركة على إقليم الولاية التابعة لسلطته⁽²⁾.

ثالثا: الإجراءات التي تنفرد باتخاذها الحكومة

إذا قامت المجالس الشعبية البلدية أو الولائية، أو الهيئات التنفيذية البلدية بأعمال من شأنها تعطيل أو عرقلة العمل الشرعي للسلطات العمومية، فإن الحكومة بإمكانها أن تتخذ ضدها التدابير التي من شأنها تعليق نشاطها أو حلها⁽³⁾. هو الإجراء الذي قامت به الحكومة بالفعل، بمقتضى مراسيم تنفيذية⁽⁴⁾، قامت من خلالها بحل العديد من المجالس الشعبية البلدية و الولائية، واستندت في ذلك على المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، كما سمحت من خلال تلك المراسيم للوالي بتعيين أعضاء المندوبيات التنفيذية من بين الأشخاص الذين لهم كفاءة في تسيير الشؤون العمومية المحلية.

1/ المادة 7، 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 /02/ 1992 ، المرجع السابق.

2/ المادة 6 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 /02/ 1992، المرجع السابق.

3/ المادة 1/8 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المرجع السابق.

4/ إن أول تلك المراسيم هما المرسومان التنفيذيان التاليان:

- المرسوم التنفيذي 92-141 مؤرخ في 11/04/1992 والمتضمن حل مجالس شعبية ولاتية، ج.ر عدد 27 المؤرخة في 12/04/1992 .

- المرسوم التنفيذي 91-142 مؤرخ في 11/04/1992 والمتضمن حل مجالس شعبية بلدية، ج.ر عدد 27 المؤرخة في 12/04/1992، وقد حلت فيما بعد العديد من المجالس الشعبية البلدية و الولائية، ج.ر عدد 27، 85، 53 المؤرخة في 1992 بالإضافة الى المواد 13، 36، 30 المؤرخة في 1993 و 01، 11، 16، 45، 52 المؤرخة في 1994، و 18، 32 المؤرخة في 1995.

ر ابعاً :إختصاص المحاكم العسكرية

إذا كانت المحاكم العادية هي التي يجب أن تنتظر في الجرائم المرتكبة خلال حالة الطوارئ، فإن المرسوم الرئاسي رقم 92-44، قد منح ذلك الإختصاص كذلك للمحاكم العسكرية، وذلك في حالة إخطارها بالجرائم والجنح الجسيمة المرتكبة ضد أمن الدولة مهما كانت صفة مرتكبيها، أو المحرضين على ارتكابها، أو الشركاء فيها⁽¹⁾.

إضافة إلى كل ما سبق ذكره، فإن المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، قد تم بمرسوم رئاسي آخر رقم 92-320 مؤرخ في 11 أوت 1992، ويسمح هذا الأخير عن طريق قرار وزاري ولمدة لا تتجاوز 6 أشهر، باتخاذ تدابير لوقف نشاط كل شركة أو جهاز أو مؤسسة أو هيئة، أو غلقها، مهما كانت طبيعتها أو اختصاصها عندما تعرض هذه النشاطات، النظام العام أو الأمن العمومي، أو السير العادي للمؤسسات، أو المصالح العليا للبلاد، للخطر⁽²⁾.

الملاحظ في هذا الصدد، هو أن المرسوم الرئاسي المتمم اتخذه رئيس الدولة - رئيس المجلس الأعلى للدولة - دون مراعاة الإجراءات التي فرضتها المادة 86 من دستور 1989 التي صدر في ظلها - فيما يتعلق بتقرير حالة الطوارئ، والمتمثلة في اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة بعض الشخصيات، وهو ما يطرح السؤال حول معرفة ما إذا كان المرسوم المتمم لا يشترط فيه احترام الإجراءات التي يجب مراعاتها عند إصدار المرسوم الأصلي؟

إن الإجراءات - القيود الشكلية - التي حددتها المادة 86 من دستور 1989 ، كان يجب على رئيس الدولة اتباعها، لأن القول بغير ذلك يمكنه أن يفتح المجال واسعا للتعسف، إذ قد تكون الإجراءات الإستثنائية المعلنة في المرسوم الأصلي - رقم 92-44 قليلة الخطورة على الحقوق والحريات العامة في حين أن تلك الإجراءات تكون أكثر خطورة في المرسوم المتمم - رقم 92/320.

1/ المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المرجع السابق.

2/ حمزة نقاش ، المرجع السابق، ص 72.

المبحث الثاني:

الحالة الإستثنائية و حالة الحرب

من المعلوم أن النصوص الدستورية الخاصة بالحالة الاستثنائية وحالة الحرب في ظل الدساتير الجزائرية، جاءت منفردة لكلا منهما عكس النص الدستوري المتضمن كلا من حالة الطوارئ وحالة الحصار .

هذا دليل على ما أولاه المشرع الدستوري من اعتناء ملحوظ لكلا من الحالة الإستثنائية وحالة الحرب، نظرا للآثار التي قد تتجر أثناء تقريرهما و الإعلان عنهما والشروع في تطبيقهما الفعلي، وهذا ما هو ملاحظ من حيث اختلاف بعض الإجراءات الواجبة الإتباع والتي تعد جد مهمة بالنظر لكلا من حالة الطوارئ وحالة الحصار طبقا لما تمليه النصوص الدستورية الجزائرية المتعلقة بهما⁽¹⁾.

لذا سنتطرق للحالة الاستثنائية في المطلب الأول وحالة الحرب في المطلب الثاني كمايلي:

المطلب الأول

الحالة الاستثنائية

إن دراسة الحالة الإستثنائية في الجزائر تنصرف بالدرجة الأولى إلى المادة 93 من دستور 1996 و إذ رجعنا إلى المادة 93 نجدها تنص على ما يلي : يقرر رئيس الجمهورية الحالة الإستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها.

لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، والمجلس الدستوري، و الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء تخول الحالة الإستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الإستثنائية التي تستوجبها المحافظة

على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية ويجتمع البرلمان وجوبا تنتهي الحالة الإستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.

إذا كانت هذه المادة تمكن رئيس الجمهورية من ممارسة سلطات إستثنائية خطيرة خاصة تجاه الحقوق والحريات العامة، فإنها لم تأت إستجابة لموقف سياسي أو فقهي معين حول ضرورة تنظيم الحالة الإستثنائية، كما أنها لم تكن نتيجة مناقشات داخل لجان البرلمان.

إن تسرب مثل هذا النص إلى الدستور الجزائري لا يدعو أن يكون مجرد تقليد للمؤسس الدستوري الفرنسي، فقد استوحى المؤسس الدستوري الجزائري هذا النص من نص المادة 16⁽¹⁾ من دستور فرنسا لسنة - 1958 مع وجود بعض الفوارق خاصة و أن تلك المادة قد وجدت منذ الدستور الأول للجمهورية الجزائرية المستقلة إلى قارنا بين صياغة المادة 16 من الدستور الفرنسي وصياغة المادة 93 من الدستور الجزائري، نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري اعتمد في صياغته لتلك المادة على التبسيط والإيجاز⁽²⁾ رغم خطورة القواعد والأحكام التي قررها. ولكن على الرغم من هذا الإقتضاب الواضح في صياغة المادة 93 من الدستور، فإنه يمكن القول بأن هذه المادة - كما هو الشأن بالنسبة للمادة 16 من الدستور الفرنسي - تتطلب

1/ تنص المادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 الصادر في 04/10/1958 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 volanté 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.

- constitution française du 4 octobre 1958, document d'études, n°1.04, la documentation française, Paris, 1999 .

2/ جاءت صياغة المادة 93 من الدستور عامة، تتطوي على نوع من الغموض.

- عبد الله بوقفة ، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002 ، ص454 .

مجموعة من الشروط لإمكانية تقرير الحالة الإستثنائية الفرع الأول، على أن هناك آثار تترتب على تقرير هذه الحالة الإستثنائية الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط تقرير الحالة الاستثنائية

إن تقرير الحالة الإستثنائية، تمكن رئيس الجمهورية من ممارسة سلطات واسعة وخطيرة حيث تصل هذه السلطات إلى اتخاذ كل الإجراءات التي تتطلبها مواجهة الأسباب التي أدت إلى تقريرها، وذلك بهدف العودة بالأوضاع الدستورية إلى حالتها العادية.

من هنا فإن المؤسس الدستوري سواء في الجزائر أو في فرنسا، كان حريصا على أن يحدد شروط تقرير الحالة الإستثنائية بدقة، فلم يكتف في هذا الصدد بمجرد قيام ظروف إستثنائية بمفهومها العام، بل حدد الحالات التي تسمح بتقرير هذه الحالة وضوابطها، بما يحول دون التعسف في تقريرها⁽¹⁾.

بالرجوع إلى المادة 93 من الدستور الجزائري، يتضح بأن هناك نوعين من الشروط التي يجب توفرها لتقرير الحالة الإستثنائية، منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي أولا، ومنها ما يتعلق بالجانب الشكلي أو الإجرائي ثانيا.

أولا: الشروط الموضوعية

إن توفر الشروط الموضوعية التي تسمح بتقرير الحالة الإستثنائية يتوقف على وجود خطر داهم، ويجب أن يهدد هذا الخطر مؤسسات الدولة أو استقلالها أو سلامة ترابها.

أ - وجود خطر داهم

يعتبر الخطر شرطا جوهريا يجب توافره لتقرير الحالة الإستثنائية. والخطر في المعنى القانوني ينصرف إلى كل حالة واقعية تنذر بضرر يصيب مصلحة حيوية فيتهدها بالإنتقاص أو الزوال⁽¹⁾.

إذا كان المؤسس الدستوري الفرنسي قد اشترط صراحة من خلال المادة 16 أن يكون الخطر جسيما وحالا، فإن المؤسس الدستوري الجزائري لم ينص صراحة على ذلك، وهو ما يطرح التساؤل حول هل بإمكان رئيس الجمهورية أن يقرر الحالة الإستثنائية مهما كان وصف الخطر؟ وبعبارة أخرى هل كل الأخطار باختلاف درجاتها يجب أن تواجه بالإجراءات الإستثنائية حتى لو كانت القوانين العادية قادرة على التحكم فيها ومواجهتها؟

إن التمسك بظاهر النص - المادة 93 من الدستور الجزائري - ، يؤدي إلى القول بأن المؤسس الدستوري الجزائري يكتفي لتقرير الحالة الإستثنائية بتوفر شرط الخطر مهما كان وصفه أو درجة جسامته.

لكن بالرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية الظروف الإستثنائية، والتي تعد المادة 93 من الدستور الجزائري إحدى تطبيقاتها، فإنه يجب القول بأن الخطر الذي يشترط لتقرير الحالة الإستثنائية هو الخطر الجسيم الذي يتجاوز في شدته الحدود العادية، بحيث لا يمكن مواجهته أو دفعه دون اللجوء إلى الإجراءات الإستثنائية⁽²⁾.

إن تقدير جسامه الخطر ترجع إلى رئيس الجمهورية، وهو ما يفتح أمامه الباب لإمكانية إساءة استخدام هذه السلطة، لو لم يكن ذلك تحت رقابة برلمانية وقضائية، فعلى المؤسس الدستوري الجزائري نعت الخطر بصفات معينة للحد من سلطة رئيس الجمهورية المطلقة في تقديره للجوء لتقرير الحالة الإستثنائية⁽³⁾.

1/ وجدي ثابت غبريال، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا لنص المادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص 101 .

2/ عبد الله بوقفة ، المرجع السابق، ص 4 .

3/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 76.

ب- أن يهدد الخطر المؤسسات الدستورية، أو استقلال البلاد أو سلامة ترابها

لقد حدد المؤسس الدستوري الجزائري المواضيع التي لا بد أن يقع عليها الخطر، وهي المؤسسات الدستورية، أو استقلال البلاد، أو سلامة ترابها. أما المؤسس الدستوري الفرنسي فقد حدد تلك المواضيع في مؤسسات الجمهورية، أو استقلال الأمة، أو سلامة إقليمها، أو تنفيذ التزامات الأمة الدولية.

قد جاءت هذه المواضيع التي حددها المؤسس الدستوري لإمكانية تقرير الحالة الإستثنائية، على سبيل الحصر، بالنتائج المترتبة على ذلك، أي أنه لإمكانية تقرير هذه الحالة لا بد أن يقع الخطر على تلك المواضيع المحددة فقط دون أن يتعداها إلى سواها⁽¹⁾، وعليه إذا كان الخطر يهدد مؤسسات الجمهورية الفرنسية، كأن يهدد مرفق الأمن، أو مرفق الدفاع، أو يهدد بتعطيل السلطة القضائية، أو ما إلى ذلك من مؤسسات الجمهورية، فإنه يمكن تقرير الحالة الإستثنائية.

أما إذا كان الخطر يهدد بعض الشخصيات العامة التي لا يمكن اعتبارها كمؤسسات جمهورية، كحياة بعض زعماء الأحزاب السياسية مثلا، فإن ذلك لا يمكن اعتباره من قبيل الأخطار التي أشار إليها المؤسس الدستوري، وعلى العكس من ذلك فإن الخطر الذي يتعرض له النظام الجمهوري، هو من قبيل الأخطار التي تسمح بتقرير الحالة الإستثنائية⁽²⁾.

إذا كانت مسألة استقلال الأمة أو سلامة ترابها، تعتبر من المسائل التي تسمح بتقرير الحالة الإستثنائية في حالة تعرضها للخطر سواء في الجزائر أو في فرنسا، فإن المؤسس الدستوري الفرنسي أضاف حالة أخرى غير موجودة في الدستور الجزائري وهي تنفيذ التزامات الأمة الدولية غير أن الإشكال الذي يطرح بعد هذين الشرطين لتقرير الحالة الإستثنائية هو هل يجب أن يحدث الخطر شللا تاما بمؤسسات البلاد الدستورية، أم يكفي أن يعيق السير الحسن والمنتظم لها حتى يتم تقرير هذه الحالة ؟

1/ محمود أبو السعود حبيب ، المرجع السابق، ص 19 .

2/ يحيى الجمل ، المرجع السابق، ص 89 .

- سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، مصر، 1982 ، ص 121 .

بالنظر إلى المادة 16 من الدستور الفرنسي، يتضح بأن المؤسس الدستور الفرنسي كان أكثر دقة من نظيره الجزائري، في تحديده لشروط تقرير الحالة الإستثنائية، ذلك أنه لا يكفي في فرنسا أن تكون مؤسسات الجمهورية، أو إستقلال الأمة، أو سلامة إقليمها، أو تنفيذ إلتزاماتها الدولية، مهددة بخطر جسيم، بل لا بد أن يترتب على ذلك إعاقة السير العادي المنتظم للسلطات العامة الدستورية عن أداء وظائفها.

أما المؤسس الدستوري الجزائري فإنه لم ينص على هذا الشرط صراحة، بحيث أورد في المادة 93 من الدستور عبارة "... يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية "...، وهي عبارة مطاطة وغير واضحة، بحيث يكمن القول من خلالها بأنه يجوز لرئيس الجمهورية تقرير الحالة الإستثنائية سواء ترتب على الخطر تعطيل السير العادي للسلطات العامة الدستورية أم لم يترتب ذلك⁽¹⁾.

إضافة إلى ما سبق يمكن طرح إشكال آخر، فيما يتعلق بشرط إعاقة السلطات العامة الدستورية عن سيرها المنتظم - وهو الشرط الذي لم ينص عليه الدستور الجزائري - ، هو هل يشترط أن تتوقف جميع السلطات العامة الدستورية عن سيرها المنتظم لتقرير الحالة الإستثنائية، أم يكفي أن يحدث ذلك لإحداها ؟

إن التوقف عند ظاهر نص المادة 16 من الدستور الفرنسي، يمكن من القول بأنه يلزم لتطبيقها توقف كل السلطات العامة عن مباشرة وظائفها الدستورية.

إلا أن الأخذ بهذا التفسير من شأنه ألا يسمح بتطبيق المادة 16 نفسها ، كما أنه يتنافى مع إرادة المؤسس الدستوري في الحفاظ على السير المنتظم للسلطات الدستورية في الدولة .

ثانيا: الشروط الشكلية

تتمثل هذه الشروط في استشارة بعض الشخصيات والهيئات و الإستماع إلى بعض الهيئات.

أ - إستشارة بعض الهيئات السياسية

يشترط المؤسس الدستوري الجزائري على رئيس الجمهورية استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة حتى يستطيع تقرير الحالة الإستثنائية ، مع أن الآراء الصادرة عن هذه الشخصيات هي آراء استشارية، وتتم غالبا في السرية، كما يجوز لرئيس الجمهورية أن يخالفها، دون أن يترتب على ذلك أي جزاء⁽¹⁾.

إلا أن تلك الآراء تتمتع في الواقع بقيمة أدبية - معنوية - كبيرة، فضلا عن المخاطر السياسية التي قد يتعرض لها رئيس الجمهورية إذا لم يعط قيمة لتلك الآراء، فرئيسي غرفتي البرلمان يعتبران رأسا السلطة التشريعية وهما يعبران عن آراء النواب و الأعضاء و بالتالي رأي الأمة .ويمكن القول بأنه إذا لم تكن لتلك الآراء هذه القيمة الأدبية، فإن شرط الإستشارة المنصوص عليه دستوريا، يصبح منعدم القيمة إذ يتعين على المؤسس الدستوري أن يلغيه من النص⁽²⁾.

لكن على الرغم من هذه القيمة المعتبرة للآراء الصادرة عن تلك الشخصيات السياسية فإن هذه الآراء تعد بالنسبة للبعض ضمانا خادعة، ذلك أن السرية التي تتم فيها الإستشارة قد يظهر منها للرأي العام أن تلك الشخصيات قد وافقت على تقرير الحالة الإستثنائية، في حين أن الواقع قد يكون عكس ذلك⁽³⁾.

لكن ماهو الحل لو لجأ رئيس الجمهورية إلى تقرير الحالة الإستثنائية دون استشارة تلك الشخصيات؟

بالرجوع إلى المادة 93 من الدستور الجزائري - والمادة 16 من الدستور الفرنسي أيضا -يتبين أن الإستشارة تعد مسألة إجبارية - قيد شكلي - حتى ولو كان الرأي الناتج عنها غير ملزم في حد ذاته، وإذ لم يقم رئيس الجمهورية بها كان عمله غير دستوري، إلا إذا وجدت

1/Mourice Duverger, La Vème République, L.G.D.J. Paris, 1968, pp.56-57.

2/ محمود أبوالسعود حبيب ، المرجع السابق، ص 1 .

3/ Geneviève Camus, L'état de nécessité en démocratie, L.G.D.J, 1969, pp.267-268.

ظروف يستحيل معها القيام بالإستشارة كالقوة القاهرة، على أن الإستحالة هنا يجب أن تكون مطلقة.

ب - إستشارة المجلس الدستوري

يشترط كذلك لتقرير الحالة الإستثنائية - سواء في الجزائر أو في فرنسا أخذ رأي المجلس الدستوري. وعلى الرغم من أن الحالة الإستثنائية قد نظمها المؤسس الدستوري إبتداء من سنة 1963 ، إلا أن هذا الشرط لم يتم النص عليه إلا مع دستور 1989 ، الذي أنشأ مجلسا دستوريا⁽¹⁾.

اشترط المؤسس استشارة المجلس الدستوري كهيئة مجتمعة⁽²⁾، ولا يقتصر على رأي رئيسه فقط - كما في حالي الطوارئ والحصار - وتعد هذه الإستشارة ضمانا وتدعيم لموقف رئيس الجمهورية من الناحية الدستورية أمام المؤسسات الأخرى و الأفراد⁽³⁾.

لا تختلف استشارة المجلس الدستوري في الجزائر عن إستشارة باقي رؤساء الهيئات السياسية، بحيث لا يتطلب المؤسس أن يكون هذا الرأي ي مسببا ومنشورا - أي يجب أن يكون مكتوبا - على عكس المؤسس الدستوري الفرنسي الذي يتطلب ذلك⁽⁴⁾، وبذلك فاستشارة هذا المجلس في فرنسا تختلف عن استشارة الشخصيات السياسية الأخرى.

ج - الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء

إن المؤسس الدستوري من خلال هذا الشرط يتطلب الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن و مجلس الوزراء كقيد شكلي لتقرير الحالة الإستثنائية، ولم يتطلب الإستشارة، وهنا يطرح السؤال حول الفرق بين هذين المصطلحين - الإستماع والإستشارة - ؟

1/ تنص المادة 153 من الدستور 1989 تقابلها المادة 163 من دستور 1996 على مايلي " يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور."

2/ تنص المادة 52 من التنظيم الذي يحدد إجراءات عمل المجلس الدستوري على أنه: "عندما يستشار المجلس الدستوري في إطار أحكام المادتين 93 و 97 من الدستور، يجتمع ويبيدي رأيه فورا."

3/ سعيد بوالشعير ، المرجع السابق، ص 275 .

4/ المادة 53 من القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 7 نوفمبر 1958.

ربما يكمن الفرق بينهما في النتيجة النهائية لكل منهما، فالرأي يجب أن يترتب عليه الوصول إلى نتيجة، وبالتالي الوصول إلى الإتفاق على حد معين، بقبول الحالة الإستثنائية أو رفضها، أما الإستماع فليس بالضرورة أن يترتب عليه الوصول إلى نتيجة، وبالتالي لا يشترط الإتفاق حول موضوع تقرير الحالة الإستثنائية أو رفض تقريرها⁽¹⁾.

باعتبار أن رئيس الجمهورية هو نفسه رئيس المجلسين⁽²⁾ (المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء)، فذلك قد يؤثر على آراء أعضاء المجلسين، خاصة المجلس الأعلى للأمن الذي يختص رئيس الجمهورية بتحديد كفاءات تنظيمه وعمله، وعلى الرغم من أن ما يقال في المجلسين لا يلزم رئيس الجمهورية من الناحية القانونية، إلا أنه قد يكون لما يقال في المجلسين أثر من الناحية الأدبية و الواقعية على رئيس الجمهورية خاصة مجلس الوزراء، الذي قد يضم وزراء ينتمون إلى المعارضة، إضافة إلى أن الحكومة بطاقمها الوزاري ذات صلة مباشرة بالحياة اليومية.

إن كان هذا الشرط يقتصر على الجزائر، فإن المؤسس الدستوري الفرنسي أضاف شرطا آخر إلى كل الشروط السابقة، وهو توجيه خطاب إلى الأمة، وذلك لإحاطة الأفراد بما اتخذه رئيس الجمهورية مما يجسد المشاركة والتماسك بين الحاكم والمحكومين في وقت تتعرض فيه الدولة لأزمة خطيرة.

هذا وقد نص المؤسس الدستوري على اجتماع البرلمان وجوبا بعد تقرير رئيس الجمهورية للحالة الإستثنائية، ولم يوضح الهدف من هذا الإجتماع والدور المنوط بالبرلمان هنا غير أنه يمكن اعتبار هذا الإجتماع كوسيلة لتمكين نواب الشعب و ممثليه من متابعة ومراقبة الأوضاع باستمرار وعن قرب، وكذا. لتدعيم شرعية قرارات رئيس الجمهورية في هذه الحالة⁽³⁾ وقد بين المؤسس الدستوري من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 93 من الدستور، بأن الحالة الإستثنائية تنتهي حسب نفس الأشكال و الإجراءات - السابق ذكرها - والتي أوجبت إعلانها.

1/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص82.

2/ المادتين 173 ، و 77 من دستور 1996 ، المرجع السابق.

3/ Abdelaziz Ben Arafa, Les circonstances exceptionnelles dans la constitution du 22/11/1976, mémoire de magistère, Université d'Alger, 1979, p.96.

في الأخير، نقول أن جملة الإجراءات والشروط الشكلية - استشارة أو استماع لمختلف الشخصيات والهيئات - هي إستشارية وغير ملزمة من حيث الأخذ بنتائجها، لكنها إلزامية من حيث مبدأ إجراءها و طلبها، حيث تتوقف عليها الشرعية الشكلية والإجرائية لقرار إعلان الحالة الإستثنائية من طرف رئيس الجمهورية. وتعتبر هذه الإجراءات ذات طابع إعلامي، من خلال إعلام الشخصيات والهيئات التي حددتها المادة 93 من الدستور بالظروف التي تمر بها البلاد وما إذا كانت تحتاج في مواجهتها لإجراءات إستثنائية بهدف الحفاظ على إستقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الدولة أم لا.

كما أن هذه الإجراءات لم تأت على مستوى خطورة الحالة الإستثنائية وما يترتب على تقريرها من سلطات إستثنائية يمكن لرئيس الجمهورية ممارستها، ويعتبر دور الشخصيات و الهيئات التي يطلب رأيها ضعيفا ، بحيث لا تعتبر شريكا حقيقيا لرئيس الجمهورية في تقريره لهذه الحالة، فهي تركز ما يقوم به هذا الأخير وما يتخذه من قرارات، لذلك فرئيس الجمهورية يواجه الوضع بمفرده، ذلك أن تدخل هذه الشخصيات والهيئات غير وارد من قبيل الحاجة الماسة والضرورة إليها، بقدر ما هو ناتج عن محاولة أو رغبة سياسية في إعطاء طابع ديمقراطي للتصرف الرئاسي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الإجراءات الاستثنائية في ظل الحالة الاستثنائية وأثرها على مبدأ المشروعية

إن المادة 93 من دستور 1996 أو المادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 تخول رئيس الجمهورية أن يمارس سلطات إستثنائية واسعة ويكاد يجمع الفقه الفرنسي على أن تطبيق المادة 16 يمكنه من جمع السلطات العامة بين يديه، والتدخل في كافة المجالات، حتى لو تترتب على ذلك مساس بضمانات الحقوق و الحريات العامة.

نظرا للخطورة التي تترتب على تقرير الحالة الإستثنائية، فإنه من الطبيعي البحث في تحديد نطاق السلطات الإستثنائية التي يستطيع رئيس الجمهورية أن يمارسها عند تقريره للحالة الإستثنائية أولا.

أولاً: السلطات الإستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يمارسها

لم تحدد المادة 93 من الدستور الجزائري أو المادة 16 من الدستور الفرنسي نطاق السلطات الإستثنائية التي تخول لرئيس الجمهورية لمواجهة الأزمة التي تتعرض لها الدولة فالمادة 93 نصت على أن رئيس الجمهورية "يتخذ الإجراءات الإستثنائية"، أما المادة 16 فقد نصت على أن رئيس الجمهورية يتخذ الإجراءات التي تقتضيها الظروف.

لكن المؤسس الدستوري - سواء في الجزائر أو في فرنسا - قد ربط هذه السلطات الإستثنائية بالغرض من اللجوء إليها، وهو في الجزائر المحافظة على استقلال الأمة و المؤسسات الدستورية في الجمهورية، أما في فرنسا⁽¹⁾ هو تمكين السلطات الدستورية العامة من مباشرة مهامها.

استنادا إلى شروط تقرير الحالة الإستثنائية والغرض من ذلك، حاول جانب من الفقه الفرنسي أن يحدد نطاق و مدى السلطات الإستثنائية التي يستطيع أن يقوم بها رئيس الجمهورية سواء في المجال الدستوري أو في المجال التشريعي أو في المجال التنظيمي، وإذ كانت الآراء الصادرة في هذا الصدد قد تعلقت بالمادة 16 من الدستور الفرنسي، فإننا سنبحث في مدى صلاحية تطبيقها على المادة 93 من الدستور الجزائري.

أ - المجال الدستوري

إن المادة 93 من الدستور الجزائري - شأنها شأن المادة 16 من الدستور الفرنسي - إشتراطت أن يكون الغرض من الإجراءات الإستثنائية 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، هذا بالإضافة إلى أن مسألة إلغاء

1/ إن بعض الفقه في فرنسا ذهب إلى اعتماد التفسير الواسع لتلك السلطات، إذ اعتبر أنه بإمكان رئيس الجمهورية أن يتخذ أي إجراء مهما كانت طبيعته، ما دام أنه يؤدي في النهاية إلى العودة بالحياة الدستورية إلى حالتها الطبيعية.

- Marcel Waline, Les rapports entre la loi et le reglement avant et après la constitution de 1958, R.D.P, 1961, p709.

-Georges Vedel, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, 1959-1960, p856.

الدستور أو تعديله هي من المسائل التي تعود للسلطة التأسيسية الأصلية أو المنشئة، فإذا كان من حق رئيس الجمهورية في الحالة الإستثنائية أن يحل محل السلطات الدستورية من أجل القيام ببعض اختصاصاتها، فإنه لا يجوز الإعتداء على اختصاصات السلطة الأصلية التي هي الأمة⁽¹⁾.

إذا كان الفقه الفرنسي متفق حول مسألة تعديل وإلغاء الدستور، فإن بعض الفقه قد ذهب إلى أنه بإمكان رئيس الجمهورية أن يوقف العمل ببعض نصوص الدستور⁽²⁾، ذلك أن وقف العمل ببعض أحكام الدستور، يعد بمثابة إجراء مؤقت و هو بهذا الشكل لا يعد اعتداء على اختصاص السلطة التأسيسية تماشيا مع روح الحالة الإستثنائية. ويصلح هذا الرأي كذلك على التطبيق في الجزائر.

إذا كان يجوز لرئيس الجمهورية أن يوقف العمل ببعض مواد الدستور خلال الحالة الإستثنائية، فإن هذا الحق يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً، فتقرير الحالة الإستثنائية لا يترتب عليه مباشرة وقف العمل ببعض أحكام الدستور، بل لابد من صدور قرار صريح في هذا الشأن من رئيس الجمهورية، يحدد فيه المواد الموقوف العمل بها.

وزيادة على ذلك، يجب أن تكون تلك المواد التي تقرر إيقاف العمل بها من شأنها، لو استمر تطبيقها، أن تؤثر سلباً على استخدام رئيس الجمهورية لسلطاته الإستثنائية قصد الوصول إلى الهدف المبتغى منها.

ب - المجال التشريعي

لقد أدرج المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 124 التي نصت على أنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الإستثنائية، ومعنى ذلك أنه يجوز له أن يتدخل في المجال المخصص دستورياً للبرلمان، أما في فرنسا وعلى الرغم من عدم وجود نص مماثل للمادة 124 من الدستور الجزائري فإنه بإمكان رئيس الجمهورية أن يتدخل في المجال

1/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص84.

المخصص للبرلمان، ذلك أن الغرض من المادة 16 هو منح رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ كافة الإجراءات التي تتطلبها الحالة الإستثنائية، وهو ما يفيد إمكانية تدخله في المجال المخصص للبرلمان.

أما القيد الوارد في المادة 16 والذي يقضي بضرورة إنعقاد البرلمان بقوة القانون عند تقرير الحالة الإستثنائية، وعدم جواز حل الجمعية الوطنية، فإنه يهدف بالدرجة الأولى إلى تمكين البرلمان من ممارسة رقابته على ما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات إستثنائية.

إن ضرورة تظافر جهود السلطات العامة في الدولة من أجل مواجهة الحالة الإستثنائية يقتضي القول بوجوب امتناع البرلمان عن إصدار أية تشريعات من شأنها إلغاء أو تعديل الإجراءات التي سبق و أن اتخذها رئيس الجمهورية خلال الحالة الإستثنائية.

لكي تتحقق الأهداف المتوخاة من المادتين 93 من الدستور من الدستور الجزائري و 16 من الدستور الفرنسي، يجب أن يقتصر عمل البرلمان على مناقشة، دون إلغاء أو تعديل المسائل التي اتخذها رئيس الجمهورية، والتي تدخل أصلا في الظروف العادية في اختصاص البرلمان. أما المسائل التي لم يتدخل فيها رئيس الجمهورية، و التي تعود أصلا للبرلمان، فإن هذا الأخير يبقى محتفظا بسلطته التشريعية فيها.

ج- المجال التنظيمي

إذا كان الدستور الجزائري يجمع بين الطابع الرئاسي والطابع البرلماني، فإن الغلبة فيه ترجع للطابع الرئاسي⁽¹⁾، و عليه فإن رئيس الجمهورية طبقا للمادة 1/125 من الدستور، هو صاحب المجال التنظيمي في المسائل التي لا تدخل في المجال التشريعي، سواء في الظروف العادية أو في الظروف الإستثنائية.

1/ أنظر على سبيل المثال المواد 70 ، 72 ، 77 ، 78،87 و 1/125 من دستور 1996 ، المرجع السابق.

لذا فإنه لا يثور أي إشكال في هذا الصدد في الجزائر ما دام أن رئيس الجمهورية هو صاحب ذلك المجال، و بالتالي فهو لا يحتاج في ممارسته إلى التدخل في سلطة أخرى⁽¹⁾.
أما في فرنسا فإن السلطة التنفيذية يتولاها رئيس الجمهورية ويعاونه في ذلك الوزير الأول والوزراء.

معنى ذلك أن رئيس الجمهورية لا ينفرد دائما بسلطة اتخاذ القرارات المتعلقة بتصريف شؤون القطاعات الحكومية، وإِ نما يلزم أن يوقع عليها - أو بعضها على الأقل - الوزير الأول - و في بعض الحالات الوزير المختص.

إلا أن التطبيق العملي يدل على أن رئيس الجمهورية بإمكانه حتى في الظروف العادية أن يتخذ بمفرده بعض القرارات التي يلزم توقيع بعض الوزراء عليها وتوافق الحكومة عادة على مثل تلك القرارات، مما يجعل مسألة توقيع الوزراء عليها مجرد إجراء شكلي.

يمكن القول بأن رئيس الجمهورية لا يعد فقط سلطة حكومية عليا، ولكن سلطة إدارية عليا، و إن كان ذلك لا يهدم كلية مبدأ ثنائية السلطة التنفيذية⁽²⁾.
ولكن إن كان رئيس الجمهورية يتمتع بسلطات تنفيذية هامة في الظروف العادية، فهل أن تلك السلطات تتقوى خلال الحالة الاستثنائية ؟

إن الفقهاء الذين أجابوا على هذا السؤال في فرنسا، قالوا بأن رئيس الجمهورية يجمع بين يديه كافة الإختصاصات الحكومية خلال الحالة الإستثنائية، بحيث يصبح سلطة إدارية عليا ووحيدة⁽³⁾، و بالتالي فهو ينفرد بإصدار وتوقيع كافة القرارات اللازمة لمواجهة الحالة الإستثنائية

1/ المادة 2/125 من الدستور أشارت إلى المجال التنظيمي الثاني المتعلق بتطبيق القوانين، والذي يعود لرئيس الحكومة والحقيقة أن هذا المجال لا يثير إشكالات كبيرة ما دام أنه يقتصر على إصدار المراسيم التنفيذية التي يجب أن تكون مستندة على التشريعات أو الأوامر أو المراسيم الرئاسية، على أن هذه المراسيم التنفيذية بإمكان رئيس الجمهورية أن يتخذها في الحالة الإستثنائية.

2/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 88.

3/ Georges Morange, Les libertés publiques, Coll, Que sais- je?, ed, 1979, pp.44.

بما في ذلك القرارات التي يشترط في الظروف العادية توقيع الوزير الأول أو الوزير المختص معه⁽¹⁾.

إن المادة 93 من الدستور الجزائري و المادة 16 من الدستور الفرنسي لم تحدد صراحة مدة سريان تطبيقهما، وهذا على الرغم من أن المؤسس الدستوري الجزائري على خلاف المؤسس الدستوري الفرنسي، نص على أن الحالة الإستثنائية تنتهي بنفس الأشكال والإجراءات التي أوجبت إعلانها، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد يتمثل في معرفة هل أن رئيس الجمهورية يملك سلطة تقديرية في إنهاء العمل بتلك المادة ؟

يرى جانب من الفقه الفرنسي بصدد تعليقه على المادة 16 ، أن العمل بتلك المادة يجب أن ينتهي بمجرد زوال الظروف الإستثنائية التي أدت إلى تقرير الحالة الإستثنائية، وعودة السلطات العامة إلى ممارسة اختصاصاتها بصورة منتظمة، ذلك أن الهدف من منح رئيس الجمهورية سلطات إستثنائية واسعة، هو تمكين السلطات الدستورية من ممارسة وظائفها في أقل وقت ممكن، وعليه إذا تحقق هذا الغرض، وجب على رئيس الجمهورية أن يمتنع عن استخدام سلطاته الإستثنائية، أو كان تصرفه غير شرعي⁽²⁾.

بينما يفرق جانب آخر من الفقه بين نوعين من الإجراءات التي تتخذ خلال الحالة الإستثنائية فالإجراءات ذات الطابع التشريعي، أو التنظيمي يجب أن تزول بزوال الظروف الإستثنائية التي أدت إلى تقرير الحالة الإستثنائية ، أما الإجراءات التي تستهدف تحقيق السير الحسن للإدارة فلا مانع من بقائها حتى بعد زوال تلك الظروف ، و السبب في ذلك يتمثل في أن تلك الإجراءات ليس لها ارتباط مباشر بالحالة الإستثنائية، لأنها وجدت من أجل الحفاظ

1 / Michèle Voisset, L'article 16 de la constitution du 4 Octobre 1958, thèse de doctorat, droit, Paris, 1969, p121.

1/ Mourice Duverger, op.cit, p 233.

لقد انتقد أنصار هذا الإتجاه استمرار الرئيس ديغول في تطبيق المادة 16 في الفترة من 23 أبريل إلى 30 سبتمبر 1961 وذلك على أساس أن أحداث الجزائر كانت قد انتهت بالفعل في 25 أبريل 1961 ، حيث عاد السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية، وبالمثل فإن القرار الذي أصدره رئيس الجمهورية في 29 سبتمبر 1961 بمد العمل ببعض الإجراءات والقرارات الإستثنائية التي كان قد اتخذها تطبيقاً للمادة 16 ، هو قرار مجرد من أي أساس قانوني.

على السير الحسن للمرافق العامة، حتى و لو صدرت في الحالة الإستثنائية من سلطة غير مختصة⁽¹⁾.

يتجه رأي آخر إلى القول بأن تقدير بقاء أو زوال الحالة الإستثنائية متروك لرئيس الجمهورية، وبالتالي فهو الوحيد الذي يملك سلطة تقدير إبقاء أو إنهاء العمل بنظام الحالة الإستثنائية⁽²⁾.

إذا كنا نتفق مع هذا الرأي الأخير فيما يتعلق بتقدير بقاء أو زوال الحالة الإستثنائية⁽³⁾ فإنه بالنسبة للإجراءات الأخرى التي صدرت استنادا إلى قرار تقرير الحالة الإستثنائية، يجب أن نميز فيها بين نوعين من الإجراءات التي اتخذها رئيس الجمهورية فالإجراءات التي تدخل أصلا في المجال المخصص له في الظروف العادية - كما هو الشأن بالنسبة للمسائل التي تدخل في إطار المادة 1/125 من الدستور الجزائري - فلا مانع من بقائها، لأنه هو المختص بها سواء في الظروف العادية أو في الظروف الإستثنائية.

أما الإجراءات التي تدخل في مجال مخصص لسلطة أخرى في الظروف العادية، فيجب أن تزول بزوال الظروف التي أدت إلى اتخاذها، لأن السلطة الممنوحة لرئيس الجمهورية في الحالة الإستثنائية، والتي تدخل في الظروف العادية في اختصاص سلطة أخرى هي استثناء وليس قاعدة عامة، والاستثناء لا يمكن أن يطبق إلا إذا توفرت شروطه - أي وجود الأزمة - كما أنه لا يمكن أن يقاس عليه⁽⁴⁾.

1/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 89.

2 / Geneviève Camus, op.cit, p 229

3 / Michèle Voisset, op.cit, p197.

4/ حمزة نقاش ، المرجع السابق، ص 90.

المطلب الثاني

حالة الحرب

تعتبر حالة الحرب المثال الأفضل لحالات الظروف الإستثنائية أين تنتسح فيها سلطات الإدارة بشكل كبير عل حساب باقي السلطات الأخرى.

تعرف الحرب على أنها قتال مسلح بين الدول بهدف تغليب وجهة نظر سياسية، وفقا لقواعد تنظيم حالات الحرب، وهي تختلف عن الحرب الأهلية أو الحملات المسلحة ضد الثوار أو القراصنة بكونها قتالا بين قوات حكومية¹، أي أنها تنشأ بين دول ذات سيادة، وهو ما يميزها عن الإضطرابات الداخلية.

قد نظمت حالة الحرب بموجب المواد 95، 96، 97 من دستور 1996⁽²⁾، حيث نصت المادة 95 منه على مايلي:

1/ شارل روسو، القانون الدولي العام، بيروت 1982 ، ص 335 .

قد تكون الحرب دفاعية أو هجومية، أما الحرب الدفاعية فهي الحرب التي تدافع بها الدولة عن نفسها ضد عدوان خارجي وهي حرب مشروعة تستند إلى حق الدولة الطبيعي في الدفاع عن النفس وفقا لقواعد القانون الدولي .وأما الحرب الهجومية فتعني الإعتداء و الإحتلال لأراضي دولة أجنبية.

2/ لقد عرفت الدساتير الجزائرية المتعاقبة النص على حالة الحرب، فدستور 1963 قد نص عليها في المادة 44 بنصه " يعلن رئيس الجمهورية الحرب ويبرم السلم بموافقة المجلس الشعبي الوطني . "غير أن هذه المادة لم تنص إلا على الجهة المختصة بإعلان الحرب ولم توضح شروطها وآثارها .

أما دستور 1976 فقد نص على ها في المواد 122، 123، 124 وقد جاء في المادة 122 مايلي " في حالة وقوع عدوان فعلي أو وشيك الحصول حسبما نصت على ه الترتيبات الملزمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد استشارة هيئة الحزب القيادية واجتماع الحكومة والإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن.

يجتمع المجلس الشعبي الوطني بحكم القانون.

يوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك.

أما دستور 1989 فقد نص على ها في المواد 89، 90، 91 حيث جاء في المادة 89 مايلي : إذا وقع عدوان فعلي على البلاد، أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملزمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن.

يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا.

ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك.

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 الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة. ويجتمع البرلمان وجوبا. ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك. تتطلب منا دراسة نظام حالة الحرب، التعرض إلى شروط إعلان هذه الحالة في الفرع الأول، و الآثار المترتبة على إعلانها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : شروط إعلان حالة الحرب

إن حالة الحرب تقتضي لإعلانها إتباع رئيس الجمهورية إجراءات خاصة ودقيقة، نظرا للسلطات الإستثنائية والخطيرة التي يتمتع بها بعد إعلان هذه الحالة⁽¹⁾. وبالرجوع إلى المادة 95 من دستور 1996 نجدها تنص على شروط يجب التقيد بها عند اللجوء إلى إعلان حالة الحرب، منها ما هو موضوعي أولا، ومنها ما هو شكلي ثانيا.

أولا: الشروط الموضوعية

أوردت المادة 95 من الدستور شرطا جوهريا يقيد رئيس الجمهورية في إعلانه حالة الحرب، باعتبارها أخطر الحالات على الإطلاق ويتمثل هذا الشرط في ضرورة وقوع عدوان فعلي على البلاد، أو كونه على وشك أن يقع وذلك حسب الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، على أن تعجز وسائل القانون العادي عن مواجهة العدوان .

أ - ضرورة وقوع عدوان فعلي على البلاد أو على وشك أن يقع

يعتبر وقوع العدوان الفعلي على البلاد قيدا موضوعيا لرئيس الجمهورية لإعلان حالة الحرب.

ويعرف العدوان على أنه استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد السيادة أو السلامة الإقليمية أو الإستقلال السياسي لدولة أخرى، أو بأي شكل يتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة مثلما قرر هذا التعريف (1).

بل رجوع إلى نص المادة 95 من الدستور نجدها تفرق بين نوعين من العدوان أحدهما فعلي، والآخر على وشك الوقوع. أما العدوان الفعلي فيأخذ طابعا ماديا ويتمثل في الهجوم المادي(2)، من طرف دولة أو مجموعة من الدول في شؤون البلاد الداخلية أو الخارجية باستخدام القوة العسكرية مباشرة.

أما العدوان الذي يوشك أن يقع فيأخذ طابعا معنويا، ويسبق الهجوم المسلح، ويتمثل في التحضير العسكري وحشد الجيوش و القيام بأعمال تخريبية أو محاولة ذلك(3).

يكفي لرئيس الجمهورية أن يتحقق أحدهما - العدوان الفعلي أو العدوان الذي يوشك أن يقع - لكي يعلن حالة الحرب، و بالتالي استخدام السلطات الإستثنائية المخولة له بموجب هذه الحالة لإعادة الأوضاع لمجراها الطبيعي.

بالتالي فلرئيس الجمهورية سلطة إعلان الحرب الدفاعية عند تعرض البلاد للعدوان تطبيقا لحق الدفاع الشرعي في المحافظة على الإستقلال الوطني و الدفاع عن السيادة الوطنية(4)، دون اللجوء لإعلان ، الحرب الهجومية، وذلك بالإعتداء على دولة أخرى أو احتلال أراضيها أو التدخل في شؤونها الداخلية(5) وهذا لكي لا يسيء رئيس الجمهورية أو ينحرف في استعمال سلطاته الإستثنائية الكاملة في إعلان الحرب.

1/ المادة 01 من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 بتاريخ 14 كانون الأول 1949.

2/ الأمين شريط ، المرجع السابق، ص ص 558 - 559.

3/ سعيد بوالشعير ، المرجع السابق، ص 27 .

4/ نصت المادة 25 من دستور 1996 على مايلي: إن الطاقة الدفاعية للأمة ودعمها وتطويرها تنتظم حول الجيش الوطني الشعبي، وتتمثل مهمته الدائمة في المحافظة على الإستقلال الوطني والدفاع عن السيادة الوطنية، كما يضطلع بالدفاع عن وحدة البلاد وسلامتها الترابية وحماية مجالها البري والجوي ومختلف مناطق أماكنها البحرية.

5/ نصت المادة 26 من دستور 1996 على ما يلي : تمتنع الجزائر عن اللجوء إلى الحرب من أجل المساس بالسيادة المشروعة للشعوب الأخرى وحريتها، وتبذل جهدها لتسوية الخلافات الدولية بالوسائل السلمية.

فالمؤسس الدستوري إذ نص على إعلان الحرب الدفاعية دون الهجومية، فهو يحترم المعاهدات والمواثيق الدولية، ومن بينها ميثاق الأمم المتحدة الذي يحرم على الدول استعمال القوة أو التهديد باستعمالها ضد دول ذات سيادة و أعضاء في الأمم المتحدة، لما في ذلك من خطورة على الشعوب، لكنه شرع لها حق إعلان الحرب لصد عدوان خارجي⁽¹⁾.

ب - عجز وسائل القانون العادي عن مواجهة العدوان

إن رئيس الجمهورية وقبل لجوئه لإعلان حالة الحرب واستخدام سلطاته الكاملة المخولة له بموجب هذه الحالة، لصد العدوان الخارجي الفعلي، أو الذي يوشك أن يقع، ويمس بسيادة البلاد واستقلالها أو وحدتها الترابية. يجب عليه أن يلجأ قبل ذلك إلى الطرق السلمية المعروفة في القانون الدولي العام في حل النزاعات كالمفاوضات والوساطة والتحكيم وغيرها من الطرق⁽²⁾. وفي حالة ثبوت عجز هذه الطرق السلمية عن احتواء هذه الأزمة - المتمثلة في العدوان - عندها فقط يجوز لرئيس الجمهورية إعلان حالة الحرب لإيقاف العدوان.

ثانياً: الشروط الشكلية

هناك بعض الشروط الشكلية التي يجب عليه إتباعها، وتتمثل هذه الشروط في: إجتماع مجلس الوزراء ، الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، إجتماع البرلمان وجوبا، و توجيه خطاب للأمة.

1/ جاء في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة: نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلينا على أنفسنا، أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب التي من خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزانا يعجز عنها الوصف. جاء في المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة: 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."

2/ نصت الفقرة 1 من المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة على ما يلي: يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة والتحكيم والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية وأن يلجؤوا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليه اختيارهم. ويدعو مجلس الأمن أطراف النزاع إلى أن يسووا ما بينهم من النزاع بتلك الطرق إذا رأى ضرورة لذلك. أنظر كذلك نص المادة 26 من الدستور، سابق الإشارة إليها.

أ - إجتماع مجلس الوزراء

يجتمع مجلس الوزراء برئاسة رئيس الجمهورية وهو ما يختلف عن اجتماع الحكومة قبل إعلان حالة الحرب، ويناقش أعضاء هذا المجلس هذا الموضوع لو كانوا يشتركون ولو بطريقة غير مباشرة في اتخاذ قرار إعلان حالة الحرب باعتباره من القرارات الكبرى التي تتعلق بمصير الوطن، فهم لا يستطيعون اتخاذ قرار بموجب المناقشة التي تدور داخل المجلس، لأن الدستور لم يشترط ذلك، بل اكتفى باجتماع هذا المجلس قبل إعلان رئيس الجمهورية حالة الحرب.

وعليه فرأي مجلس الوزراء يبقى غير ملزم لرئيس الجمهورية للأخذ به.

ب - الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن

يستمع رئيس الجمهورية قبل إعلانه حالة الحرب لأعضاء المجلس الأعلى للأمن، الذين يبدون وجهات نظرهم خاصة منها الإستراتيجية والعسكرية و الفنية، ويقدمونها له بصفته القائد الأعلى للقوات المسلحة، وبالرغم من أن رئيس الجمهورية ملزم بالاستماع إلى آراء أعضاء المجلس، إلا أن له الحرية الكاملة في الأخذ أو عدم الأخذ بها، فيبقى له القرار النهائي في إعلان حالة الحرب أو تأجيل ذلك.

ج - إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة

يستشير رئيس الجمهورية كذلك قبل إعلانه حالة الحرب رئيسي غرفتي البرلمان باعتبارهما رأسي السلطة التشريعية، ويشرفان بذلك على تمثيل الشعب وآراء النواب و الأعضاء ومراقبة السلطة التنفيذية في قراراتها و أعمالها خاصة تلك التي تتعلق بحقوق الأفراد و حرياتهم.

لهذه الإستشارة أهميتها، نظرا لما ينتج عن إعلان حالة الحرب من آثار بالغة تؤثر في مهام البرلمان، وذلك بتولي رئيس الجمهورية جميع السلطات أثناء وقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب⁽¹⁾، فله سلطة التشريع طيلة هذه المدة.

د - إجتماع البرلمان وجوبا

يجتمع البرلمان وجوبا طيلة مدة حالة الحرب، فهو معني مباشرة بالأوضاع الإستثنائية التي أدت إلى إعلان الحرب، فلا يعقل أن يأخذ النواب و الأعضاء عطلة أثناء هذه الأزمة التي تتهدد البلاد بجميع مؤسساتها، ويجتمع البرلمان تلقائيا دون دعوة من رئيس الجمهورية. إلا أن رئيس الجمهورية ينفرد بقرار إعلان حالة الحرب دون مشاركة فعلية من البرلمان⁽²⁾، الذي يكتفي بالإجتماع الوجوبي - بقوة القانون - وممارسة صلاحيته التي تتناسب وظروف الحرب.

لذا فالمؤسس الدستوري لم يخول البرلمان 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⁽³⁾. غير أن موافقة البرلمان ملزمة في حالة توقيع رئيس الجمهورية لاتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم.

قد قيد المؤسس الدستوري رئيس الجمهورية بأخذ رأي المجلس الدستوري فيما يخص الإتفاقيات المتعلقة بهما قبل عرضها على البرلمان المجتمع وجوبا⁽⁴⁾.

1/ المادة 96 من دستور 1996 ، المرجع السابق.

2/ إن دستور سنة 1963 في مادته 44 كان يشترط على رئيس الجمهورية لإعلانه حالة الحرب، موافقة المجلس الشعبي الوطني، وهو نفس الإتجاه المتبع من قبل المؤسس الدستوري الفرنسي بموجب المادة 35 من دستور سنة 1958 التي تجعل إعلان الحرب من، قبل رئيس الجمهورية متوقفة على ترخيص البرلمان، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري في الدساتير الموالية دستور 1976 دستور 1989 ، دستور 1996 أصبح لا يشترط موافقة البرلمان في إعلان الحرب.

3/ عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص ص 491 - 492.

4/ تنص المادة 97 من دستور 1996 على ما يلي: يوقع رئيس الجمهورية إتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم. ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الإتفاقيات المتعلقة بهما، ويعر ضهماقورا على كل غرفة من البرلمان لتوافق عليها صراحة.

هـ - توجيه خطاب للأمة

يتمثل هذا الشرط في ضرورة أن يقوم رئيس الجمهورية بإخبار و إعلام الأمة بما استقر عليه الرأي فيما يتعلق بالتدابير التي ينوي اتخاذها - إعلان حالة الحرب - وما يترتب عليها من تقييد للحقوق والحريات العامة، بحيث تتولى وتمارس السلطة العسكرية جميع السلطات.

يحدد رئيس الجمهورية في هذا الخطاب الأسس العامة التي يسير عليها في هذه الفترة ويوضح الأسباب التي دعت إلى إعلان حالة الحرب - أي العدوان الفعلي أو الذي يوشك أن يقع - وما اتخذته وما سوف يتخذه من إجراءات لمواجهة الأزمة⁽¹⁾.

يعد خطاب رئيس الجمهورية إلى الأمة، بمثابة التبرير السياسي القوي للإجراءات والتدابير الإستثنائية التي اتخذها بهدف الحفاظ على أمن وسلامة البلاد.

يتضح من دراسة الشروط الشكلية لحالة الحرب، بأنه لا يوجد ما يلزم رئيس الجمهورية بالأخذ بمضمون آراء الشخصيات و الهيئات السابق ذكرها، فرئيس الجمهورية يواجه الوضع - العدوان الفعلي أو الذي يوشك أن يقع - بصفة إنفرادية قصد بسط نفوذه وسيطرته على جميع الأوضاع التي قد تثار لاسيما الداخلية منها مع المحافظة على وحدة الأمة لرد العدوان وكذا الدفاع على سلامة التراب الوطني وعودة البلاد بجميع مؤسساتها إلى وضعها الطبيعي، إلا أنه يلزم عليه توجيه خطاب إلى الأمة، و ذلك حتى يكون الرأي العام على بصيرة بما يحدث بما يجعل رئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور والحريات حريصا في التفكير كثيرا قبل أن يخالفه⁽²⁾.

1/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 98.

2/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 99.

الفرع الثاني: الإجراءات الاستثنائية لحالة الحرب و أثرها على مبدأ المشروعية

حسب نص المادة 96 من الدستور 1996 فإن رئيس الجمهورية يتمتع بسلطات استثنائية واسعة بعد إعلانه حالة الحرب، وتتمثل خاصة في إيقاف العمل بالدستور مدة حالة الحرب أولاً، وتجميع السلطات في يده ثانياً، إضافة إلى إمكانية تمديد المدة الرئاسية إلى غاية انتهاء الحرب ثالثاً.

أو لا: إيقاف العمل بالدستور مدة حالة الحرب

إن إعلان رئيس الجمهورية حالة الحرب قد يؤدي إلى توقيف العمل بالدستور في بعض أحكام مواده، لكن لا يكمن تجميده أو إلغاؤه أو تعديله ، لأن أساس السلطات الإستثنائية المخولة لرئيس الجمهورية أثناء هذه الحالة هو عودة الحياة الطبيعية لمؤسسات الدولة، وذلك برد العدوان الأجنبي الواقع أو الذي يوشك أن يقع على البلاد.

إن صلاحية رئيس الجمهورية بإعلان حالة الحرب بموجب المادة 95 من الدستور، لا تخوله سلطة تعديل الدستور، دون تحقق الشروط التي يجب مراعاتها لتعديل مادة أو أكثر من مواده، طبقاً للمادة 174 من الدستور⁽¹⁾.

إذن، فلا يقصد من إيقاف العمل بالدستور إيقافه بمفهومه الشامل، بالرغم من أن الحقوق و الحريات تتراجع وتحل محلها المصلحة الوطنية وحماية الأمة ومؤسساتها، والدليل عل ذلك هو اجتماع البرلمان وجوباً بعد إعلان حالة الحرب، وممارسة صلاحياته بما يتماشى وظروف الحرب⁽²⁾.

1/ تنص المادة 174 من دستور 1996 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) يوماً الموالية لإقراره.
يصدر رئيس الجمهورية التعديل الدستوري الذي صادق عليه.
2/ سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص 28 .

ثانياً: تجميع السلطات في يد رئيس الجمهورية

إن تجميع السلطات في يد رئيس الجمهورية يؤدي لا محالة إلى توسيع السلطة التنفيذية على حساب السلطات الأخرى، ولاسيما التشريعية منها، وهو أمر منطقي ومطلوب للقضاء على أسباب قيام حالة الحرب، وذلك ما يجعله يملك القدرة اللازمة لرد العدوان الخارجي المحقق بالدولة ونظامها و أمنها، و عادة الأمور إلى أوضاعها العادية في أقرب الآجال.

تبعاً لذلك يجمع رئيس الجمهورية في قبضته اختصاصات السلطتين التنفيذية والتشريعية عند قيام حالة الحرب، لذا يمكن التسليم له بممارسة جميع الإختصاصات دون أن يكون ملزماً بإتباع أسلوب معين، فكل ذلك متروك لسلطته التقديرية بحيث يقرر ما يراه مناسباً من إجراءات وتدابير لإعادة الأوضاع لمجراها الطبيعي و عادة السير المنتظم لمؤسسات الدولة الدستورية⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أنه في فترة الحرب يحل نظام إستثنائي يتقرر لمصلحة رئيس الجمهورية -السلطة التنفيذية - تتركز بمقتضاه سلطات الدولة في يديه، ويتم بذلك التخلي مؤقتاً على مبدأ الفصل بين السلطات الذي يشكل أساس التنظيم الدستوري.

ثالثاً: إمكانية تمديد الفترة الرئاسية إلى غاية انتهاء الحرب

أثناء إعلان رئيس الجمهورية حالة الحرب، يوقف العمل بالدستور، وبذلك يوقف العمل بجميع القوانين العادية بما فيها قانون الإنتخابات وبالتالي إذا انتهت مدة رئاسة الجمهورية تمتد العهدة الرئاسية إلى غاية انتهاء الحرب وعودة الشريعة الدستورية وحكم القانون، فالمؤسس الدستوري يتيح لرئيس الجمهورية المنتهية ولايته في مرحلة جد حساسة تمر بها البلاد، بأن يتمتع بالشرعية الدستورية طيلة مدة الحرب⁽²⁾.

في حالة وفاة أو استقالة رئيس الجمهورية أو حدوث أي مانع آخر له - مرض خطير أو مزمناً مثلاً - فإن رئيس مجلس الأمة يخول جميع الصلاحيات التي تستوجبها حالة الحرب

1/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 100.

2/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 101.

باعتباره رئيساً للدولة، وفي حالة شغور رئاسة الجمهورية و رئاسة مجلس الأمة، فإن رئيس المجلس الدستوري هو الذي يتولى وظائف رئيس الدولة. وفي الحالتين السابقتين يجب مراعاة الشروط نفسها التي تسري على رئيس الجمهورية أثناء هذه الحالة.

تجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى هذه الظروف الإستثنائية المنظمة قانونياً، هناك قوانين تسمح بمساهمة الجيش في مهام حماية الأمن، فقد صدر القانون رقم 91-23 المؤرخ في 6 ديسمبر 1991، ويتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الإستثنائية المنصوص عليها في الدستور⁽¹⁾.

كما صدر المرسوم الرئاسي رقم 91-488 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، والذي يتضمن تطبيق القانون رقم 91-23⁽²⁾، على أن قرار اللجوء إلى وحدات الجيش الوطن الشعبي هو من اختصاص رئيس الحكومة الذي يتخذه بعد استشارة السلطات المدنية، أما المسؤولية المدنية عن الأضرار التي يمكن أن تتجم عن أعمال وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته، فتتحملها الدولة.

إذا كان هناك من يرى بأن القانون رقم 91-23 يعد كحالة وسطى بين الظروف الإستثنائية المنظمة دستورياً والحالة العادية، فإننا نعتقد بأن هذا القانون جاء لينظم ظروفًا إستثنائية أخرى بالإضافة إلى حالة الطوارئ أو حالة الحصار والحالة الإستثنائية، لأن تطبيق هذا القانون يترتب عليه المساس بالحقوق والحريات العامة⁽³⁾.

يلاحظ كذلك في هذا الصدد بأن المرسوم الرئاسي رقم 91-488 قد تدخل في مسألة هي من اختصاص رئيس الحكومة، لأن تطبيق القانون طبقاً للمادة 2/116 من دستور 1989 - الذي صدر القانون في ظله - هي مسألة تدخل في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة، وليس لرئيس الجمهورية، وهو ما يجعلنا نتساءل عن المبررات أو الأسباب، التي أدت

1/ أنظر ج.ر. عدد 63 المؤرخة في 07 ديسمبر 1991.

2/ أنظر ج.ر. عدد 66 المؤرخة في 22 ديسمبر 1991.

3/ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 102.

برئيس الجمهورية إلى إصدار ذلك المرسوم، ما دام أن القانون 91-23 ينص على مساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الإستثنائية.

إن التنظيم القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية في النظام الدستوري الجزائري يكتنفه الغموض في العديد من النصوص القانونية حيث يصعب فهمها الفهم الدقيق كون صياغتها كانت بأسلوب وفضفاض ، كما أن هناك عدة مسائل تحتاج إلى تنظيم قانوني ذو طابع دستوري أو تشريعي مسبق، وعلى العموم هناك العديد من الاقتراحات والتي إرتأى الباحث طرحها في خاتمة الدراسة.

خاتمة

من خلال ما سبق يمكن القول أن الدولة الحديثة و التي جاءت بعد نضال و كفاح الشعوب ضد الحكام هي دولة القانون التي يخضع فيها كل من الحاكم والمحكوم لسيادة القانون، هذا الأخير الذي يعبر عن الإرادة العامة في الدولة وهو الآلية التي تنظم عمل السلطات العمومية و تنظم علاقات المجتمع وتحمي حقوق و حريات الأفراد.

تعرف دولة القانون بدولة المشروعية التي يسمو و يسود فيها القانون و يلتزم بأحكامه بخلاف الأفراد جميع السلطات العمومية في الدولة، و لا سيما أجهزة الإدارة العامة و التي تعتبر الأكثر احتكاك بالأفراد فهي ملزمة باحترام المنظومة القانونية في الدولة و التي تعتبر في مجملها مصدر للمشروعية و التي قد تكون مدونة و رسمية و المتمثلة في التشريع و قد تكون غير مدونة و احتياطية و المتمثلة أساسا في العرف و المبادئ العامة للقانون، و عليه ليست النصوص القانونية المدونة هي المصدر الوحيد للمشروعية.

غير أن مقتضيات حفظ النظام العام وأمن وإستقرار الدولة في ظل الكوارث والحروب التي قد تمر بها البلاد ، تقتضي من السلطة العامة والممثلة أساسا في الجهاز التنفيذي إتخاذ إجراءات إستثنائية لإحتواء الأوضاع ليست كالإجراءات المتبعة في الظروف العادية، وهذا ما يعرف بالمشروعية الإستثنائية التي أصبحت نظرية صاغها الفقه واعترف بها القضاء ونظمتها الدساتير ، فهي تعني جملة الإجراءات الإستثنائية المتبعة في ظل الظروف غير العادية بهدف حفظ النظام العام ، غير أن إتساع صلاحيات أجهزة الإدارة العمومية لا يمنع أن تتجاوز هذه الأخيرة مبدأ المشروعية وتتحرف بالسلطة وأن تتعسف في استعمالها، و على هذا الأساس أصبحت نظرية الظروف الإستثنائية تحظى بتنظيم قانوني ودستوري بالأساس الأول كأهم ضمانة لحقوق و حريات الأفراد وتكريسا لدولة القانون.

حيث حدد الدستور صور الظروف الإستثنائية والمتمثلة في حالي الطوارئ والحصار والحالة الإستثنائية وحالة الحرب، كما حدد كلا من الشروط الموضوعية والشكلية لكل حالة وهذا لضمان عدم تعسف رئيس الجمهورية والذي يمثل الجهاز التنفيذي المناط به حفظ النظام

في الظروف الإستثنائية، سواء في السلطة التقديرية التي يتمتع بها هذا الأخير في إقرار هذه الحالات أو من خلال الصلاحيات المتاحة له في استتباب الوضع وحفظ النظام العام حتى لا يتعسف في إستعمال السلطة ، كما يعتبر هذا ضمان للحد الأدنى لحقوق وحرريات الأفراد وتكريسا لمبدأ المشروعية.

من خلال ماتقدم يمكن القول أن نظرية الظروف الإستثنائية هي ليست خروج عن مبدأ المشروعية وإنما هي ضرورة حتمية تقتضيها ضرورات حفظ النظام العام و تحقيق المصلحة العمومية ، فهي ترخيص قانوني للإدارة لاتخاذ ماتراه مناسبا لاحتواء الأوضاع ومواكبة المستجدات ومتطلبات المجتمع ، وفي نفس الوقت فإن تمتع الإدارة بصلاحيات واسعة فيه تهديد لحقوق وحرريات الأفراد فهذه الأخيرة لها أن تتعسف وتتحرف بالسلطة بحجة المصلحة العامة إذا لم تجد لها رقيب على سلطتها في الملاءمة والتقدير ، لذلك يعتبر التنظيم القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية أهم ضمانة لتكريس مبدأ المشروعية وحماية الحقوق والحرريات العامة والفردية.

إقتراحات:

لقد اتضح لنا من خلال هذه الدراسة بعض عيوب النصوص القانونية المتعلقة بالظروف الإستثنائية، و لأجل توفير أكبر قدر من المشروعية في ظل الظروف الإستثنائية نطرح بعض الإقتراحات التي يمكن الأخذ تحديد مبررات إعلان حالات الظروف الإستثنائية بدقة، من خلال حصر حالات الضرورة الملحة و الخطر، و ذلك لعدم تستر رئيس الجمهورية وراء هذه المصطلحات المبهمة و يلجأ إلى إعلان النظام الإستثنائي لأسباب يقدرها هو و بذلك يغلق الباب أمامه لإساءة استخدام السلطة.

يجب تحديد مدة معينة لسريان النظام الإستثنائي، و ألا تمدد إلا بموافقة البرلمان و بذلك يمكن ضمان عدم سوء استخدام السلطة، بإعلانها لفترة طويلة دون موافقة ممثلي الشعب .

و يستحسن النص على هذه المدة في صلب الدستور، باعتبار أن الدستور يعلو على كل ما سواه من النصوص القانونية في الدولة، و يلزم كافة الهيئات في الدولة على إحترام ما ورد فيه من أحكام.

ضرورة النص في الدستور و القوانين الإستثنائية على ألا يمتد نفاذ حالات الظروف الإستثنائية عند زوال الأسباب التي دعت إلى تقريرها، و النص على اختصاص البرلمان بإنهاء العمل بها إذا زالت تلك الأسباب، و لم تنته السلطة التنفيذية العمل بها.

ألا يكون إعلان حالات الظروف الإستثنائية بيد نفس الجهة التي يعهد إليها بممارسة الإختصاصات الإستثنائية خلال هذا الإعلان، لكي يمكن مساءلة الجهة التي تمارس هذه الإختصاصات الإستثنائية.

ضرورة إطلاع البرلمان على ما يجري و يتخذ في ظل الظروف الإستثنائية، و لذلك يجب النص في القوانين الإستثنائية على إلزام الجهة القائمة على هذه الحالة برفع تقارير دورية إلى البرلمان، تبين فيها ما تم اتخاذه من إجراءات إستثنائية، و ذلك من عدم إساءة استخدام السلطة.

عدم النص في القوانين الإستثنائية على استبعاد رقابة القضاء على ما يصدر من إجراءات و تدابير إستثنائية من السلطة التنفيذية.

عدم النص في القوانين الإستثنائية على انعقاد الإختصاص إلى المحاكم العسكرية خلال الظروف الإستثنائية، إلا عند إعلان حالة الحرب. فليس هناك أي ضرورة لإنعقاد الإختصاص إلى هذه المحاكم التي لا يطمئن إليها الأفراد، و بذلك يحرم الفرد من حقه في اللجوء إلى قاضية العادية -غير العسكرية- و مهما قيل عن الظروف الإستثنائية و ما تقتضيه من وجود محاكم يتميز قضاؤها بالسرعة و الحسم، فإن ذلك لا يمكن قبوله إلا في حالة قيام الحرب، أما في حالات الظروف الإستثنائية الأخرى، فلا ضرورة لإنعقاد الإختصاص إلى هذه المحاكم كما يجب أن يبقى الإختصاص بنظر القضايا التي تنشأ في ظل هذه الحالات للقاضي العادي

فزماتات الحقوق و الحريات، و منها حق التقاضي أمام القاضي العادي، يجب أن ترجح على أي إعتبار آخر في ظل هذه الظروف، التي تتشجع فيها الإدارة على الإنحراف في ممارسة اختصاصاتها الإستثنائية.

النص في القوانين الإستثنائية على مسؤولية الإدارة عن أعمالها غير المشروعة، التي تلحق أضرار بالغير، فمثلا هذا النص يجعل السلطة المكلفة بتسيير حالات الظروف الإستثنائية، تتحسب قبل أن تتخذ أي إجراء قد يلحق الضرر بالغير.

لا شك أن مثل هذه الضمانات ليس صعب التحقيق، إذا ما أريد في الجزائر أن تكون حالات الظروف الإستثنائية فيها قانونية، تؤمن المحافظة على أمن الدولة و سلامة نظامها الإجتماعي، و لا تهدر أسس مبدأ المشروعية، الذي ما قام إلا لحماية الحقوق و الحريات العامة من العدوان الذي يقع عليها من السلطة.

قائمة المراجع:

أولا: قائمة المراجع باللغة العربية

1- الكتب:

- أبوراس الشافعي، نظم الحكم المعاصرة، ج1، عالم الكتب، القاهرة، 1984.
- أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الإستثنائية، الهيئة المصرية العليا للكتاب، مصر 1978.
- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- أدمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ج2، ط1، دار العلم للملايين بيروت، 1965.
- وجدي ثابت غبريال، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا لنص المادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها (دراسة مقارنة)، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1988.
- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة و مدى رقابة القضاء عليها، ط 1، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2014
- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة 2006.

- محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، دار النهضة العربية 1967.
- محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري و تنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، ط 1 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- محمود حساني ، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، (د.ت.ن).
- محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، 1970.
- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجد للنشر و التوزيع، سطيف 2010.
- نعيم عطيه، النظرية العامة للحريات الفردية، مطابع الدار القومية للطباعة و النشر القاهرة، 1965.
- سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف القاهرة، (د.ت.ن).
- سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة و ضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، مصر 1982.
- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط4، دار الفكر العربي ، القاهرة، 1976.
- سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، الجزء الأول، مبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1990.

- عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية ، دراسة مقارنة التنظيم الدستوري و التنظيم التشريعي لأساليب مواجهة الظروف الاستثنائية و أثرهما في الحقوق و الحريات العامة، دار النهضة العربية، 2010.
- عبدالله بوقفة ، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة الجزائر، 2002 .
- عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، مبدأ المشروعية و الرقابة على أعمال الإدارة، ط 1 المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية و التطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر 2009.
- علي صاحب جاسم الشريفي، القيود على الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية عليها، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
- علي خطار شنطاوي، الوجيز في القانون الإداري ، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن، 2003.
- عزيزة الشريف، دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضة العربية 1989.
- عمار بوضياف ، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- عمار عباس، العلاقة بين السلطات في الأنظمة السياسية المعاصرة و في النظام السياسي الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- عمار عوابدي ، القانون الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

- فاروق أحمد خماس، الرقابة على أعمال الإدارية، دار الكتب للطباعة و النشر، جامعة الموصل، العراق،(د.ت.ن).
- شارل روسو، القانون الدولي العام، (د.د.ط)، بيروت ، 1982 .
- ثناء فؤاد عبد الله خصوصية الديمقراطية في الواقع العربي ، آليات التغيير الديمقراطي في الوطن العربي، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1997.
- خالد عبد الرحمن أظين، ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ/ رسائل الدكتوراه:

- إيهاب طارق عبد العظيم، " علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية -دراسة مقارنة- " ، رسالة دكتوراه، (د.ب.ن) ، 2003.
- الأمين شريط ، " خصائص التطور الدستوري في الجزائر" ، رسالة دكتوراه، جامعة قسنطينة ، كلية الحقوق، 1991.
- باية سكاكني ، " دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية " ، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، 2011.
- مجدي المتولي السيد يوسف، " أثر الظروف الإستثنائية على مبدأ الشرعية " ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1990.
- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، " سلطات الضبط الإداري في الظروف الإستثنائية " ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1979.

- نصر الدين بن طيفور ، " السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة " ، رسالة دكتوراه جامعة سيدي بلعباس ، كلية الحقوق ، 2004.
- عبد الجواد أبو هشيمة ، " ضمانات الحرية الشخصية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائية " ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، (د.ت.ن).
- رابحي حسن ، "مبدأ تدرج القواعد القانونية في النظام الجزائري" ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق ، 2006.

ب/ رسائل الماجستير:

- احمد سحنين ، " الحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر " ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2005/2004.
- حمزة نقاش ، " الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية " ، رسالة ماجستير ، جامعة قسنطينة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2011/2010.
- يوسف العيسى ، " أهم المبادئ الدستورية الضامنة لحسن سير عمل السلطات و الحريات العامة " ، رسالة ماجستير ، معهد الحكمة العالي ، بيروت ، (د.ت.ن).
- كيواني قديم ، " السلطة التنظيمية في التعديل الدستوري الجزائري سنة 2008 " ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2012/2011.
- ميلود ذبيح ، "مبدأ الفصل بين السلطات" ، رسالة ماجستير ، جامعة باتنة ، كلية الحقوق ، 2006.
- نبيل جدي ، " مبدأ المشروعية و مدى خضوع الإدارة للقانون " ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2013.

- سلام عبد الحميد محمد زنكنة، " الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمرك، كلية القانون و السياسة، 2008.
- عادل ذوادي، " السلطة التنفيذية لرئيس الجمهورية "، رسالة ماجستير، جامعة باتنة كلية الحقوق، 2013/2012.
- فادي نعيم جميل علاونة ، " مبدأ المشروعية في القانون الإدارية وضمانات تحقيقه " رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية بفلسطين، 2011.
- فواز لجلط ، " دور الدعوى الإدارية في حماية مبدأ المشروعية " ، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008/2007.

3- المقالات العلمية:

- أمير حسن جاسم، " نظرية الظروف الإستثنائية و بعض تطبيقاتها المعاصرة "، مجلة تكريت للعلوم الإنسانية ، العدد 08، العراق، 2007.

4/ النصوص القانونية:

أ/ الدساتير:

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق باصدار نص تعديل الدستور، ج.ر عدد 76، الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر عدد 25 ، صادر في 14 أبريل 2002، المعدل بموجب القانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

- مرسوم رئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنص الدستور المصادق عليه في استفتاء صادر في 01 مارس 1989.
- أمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 ، يتضمن اصدار نص الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 29 نوفمبر 1976، ج ر عدد ، 99 صادر في 24 نوفمبر 1976 .
- استفتاء شعبي يوم 08 سبتمبر 1963، المتعلق بالمصادقة على نص دستور 1963 ج ر عدد 64 صادر في 08 نوفمبر 1963.
- دستور فرنسا الصادر في 4 أكتوبر 1958 ، المأخوذ من: - constitution française du 4 octobre 1958,document d'études,n°1.04,la documentation française, Paris, 1999 .

ب/ القوانين العضوية:

- القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 8 مارس 1999، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذلك العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة . أنظر (ج.ر عدد 15 المؤرخة 9 /03/ 1999).

ج/ القوانين العادية:

- الأمر رقم 75 /58 المؤرخ في 26 /09/ 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (ج.ر، العدد 78، المؤرخة /30/ 06/ 1975).
- القانون رقم 89-11، المؤرخ في 5 جوان 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، (ج.ر. عدد 27 المؤرخة 5 /06/ 1989). (ملغى)
- القانون رقم 90 /08 المؤرخ في 7 أفريل 1990 ، المتضمن قانون البلدية، (ج.ر . عدد (15). (ملغى)

- القانون رقم 90/ 09 المؤرخ في 7 أبريل 1990 ، المتضمن قانون الولاية، ج.ر. عدد 15.(ملغى)
- القانون رقم 08-09 المؤرخ 23 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر. عدد 21 ، المؤرخة 2008/04/25).
- الأمر رقم 09-97 ، المؤرخ في 6 /03/ 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية (ج.ر. عدد 12 المؤرخة 6 /03/ 1997). (ملغى)

د/التنظيمات:

- المرسوم الرئاسي رقم 89-196 المؤرخ في 24 /10/ 1989 ، المتضمن تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله.
- المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 /06/ 1991، المتضمن تقرير حالة الحصار (ج.ر. عدد 29 المؤرخة 12 /06/ 1991).
- المرسوم الرئاسي رقم 91-336 المؤرخ في 22 /09/ 1991 ، المتضمن رفع حالة الحصار إبتداء من 29 سبتمبر 1991، (ج.ر. عدد 44 المؤرخة 25 /09/ 1991).
- المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في 9 فيفري 1992، المتضمن إعلان حالة الطوارئ (ج.ر. عدد 10 المؤرخة 09 /02/ 1992).
- المرسوم التنفيذي رقم 91-201 المؤرخ في 25 /06/ 1991 الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه تطبيقا للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91 / 196 (ج.ر. عدد 31 المؤرخة 26 /06/ 1991).
- المرسوم التنفيذي رقم 91-202 المؤرخ في 25 /06/ 1991 الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها تطبيقا للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91 / 196 (ج.ر. عدد 31 المؤرخة 26 /06/ 1991).

- المرسوم التنفيذي رقم 91-203، المؤرخ في 25 /06/ 1991 ، يضبط كفاءات تطبيق تدابير المنع من الإقامة المتخذة طبقا للمادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 (ج.ر عدد 11 المؤرخة 26 /06/1991).
- المرسوم التنفيذي رقم 91-204، المؤرخ في 25 /06/ 1991 الذي يحدد شروط تطبيق المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 91/196، (ج.ر. عدد 31 المؤرخة 26/06/1991).
- المرسوم التنفيذي رقم 92-75، المؤرخ في 20 /02/ 1992 ، يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 ، (ج.ر عدد 14 المؤرخة 23 /02/1992).
- المرسوم التنفيذي رقم 92-141 مؤرخ في 11/04/1992 والمتضمن حل مجالس شعبية ولأينية، (ج.ر عدد 27 المؤرخة 12 /04/ 1992).
- المرسوم التنفيذي رقم 91-142 مؤرخ في 11/04/ 1992 والمتضمن حل مجالس شعبية بلدية، (ج.ر عدد 27 المؤرخة 12 /04/1992).
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 /02/ 1992 الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ، (ج.ر عدد 11 المؤرخة 11 /02/1992).
- قرار وزير الداخلية والجماعات المحلية المؤرخ في 11 /02/ 1992 ، المتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاية فيما يخص الوضع في مراكز الأمن، (ج.ر عدد 11 المؤرخة 11 /02/1992).

ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

A- Ouvrages:

- Geneviève. Camus, L'état de nécessité en démocratie, L.G.D.J, Paris, 1969.
- Georges. Vedel, Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, 1959
1960.
- J. M. Auby, Roland Drago, Traité élémentaire de droit administratif, 2^{éd}
L.G.D.J, Paris, 1975.
- J. MORAND-DEVILLER, Droit administratif, 12[°] éd , Montchrestien
l'extenso éditions, Paris, 2011.
- Mourice. Duverger, La Vème République, L.G.D.J. Paris, 1968.

B-Theses Et Memoires :

- Michèle. Voisset, L'article 16 de la constitution du 4 Octobre 1958, thèse de
doctorat, droit, Paris, 1969.
- Abdelaziz. Ben Arafa, Les circonstances exceptionnelles dans la constitution
du 22/11/1976, mémoire de magistère, Université d'Alger, 1979.

C - Articles :

- Ahmed. Laraba, Le régime juridique de la gestion des crises, éd, ANEP
Alger, 2001.
- Marcel .Waline, Les rapports entre la loi et le reglement avant et après la
constitution de 1958, R.D.P, Paris, 1961.

الرقم	الموضوع
أ-ب-ج	- إهداء - شكر وعرفان - قائمة المختصرات
ا	مقدمة
07	الفصل الأول : إشكالية الموازنة بين مبدأ المشروعية و نظرية الظروف الإستثنائية
10	المبحث الأول: مضمون مبدأ المشروعية و مصادره
11	المطلب الأول: مدلول مبدأ المشروعية و مدى أهميته
13	الفرع الأول: المقصود بمبدأ المشروعية
14	أولاً: المقصود بسمو القانون
17	ثانياً: عناصر المشروعية
21	الفرع الثاني: أهمية مبدأ المشروعية في بناء دولة القانون
21	أولاً: دور مبدأ المشروعية في ضمان حقوق و حريات الأفراد
22	ثانياً : دور مبدأ المشروعية في تنظيم السلطة
24	المطلب الثاني: مصادر المشروعية
25	الفرع الأول: المصادر المدونة
25	أولاً: الدستور La Constitution
26	ثانياً: المعاهدات Les Traités
26	ثالثاً: التشريع La Législation
27	رابعاً: التنظيم Le Règlementation
30	الفرع الثاني: المصادر غير المدونة
31	أولاً: العرف La Coutume

32	ثانيا: المبادئ العامة للقانون Les Principes Généraux Du Droit
36	المبحث الثاني: مفهوم نظرية الظروف الإستثنائية La Théorie Des Circonstances Exceptionnelles
37	المطلب الأول: مضمون نظرية الظروف الإستثنائية
38	الفرع الأول: نظرية الظروف الإستثنائية و ظروف نشأتها
38	أولا: مدلول نظرية الظروف الإستثنائية
40	ثانيا: نشأة نظرية الظروف الإستثنائية
43	الفرع الثاني: صور نظرية الظروف الإستثنائية و شروط تطبيقها
43	أولا: صور الظرف الإستثنائي
46	ثانيا: شروط تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية
48	المطلب الثاني: أساس نظرية الظروف الإستثنائية وعلاقتها بمبدأ المشروعية
48	الفرع الأول: الأساس القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية
49	أولا: فكرة الضرورة
52	ثانيا: فكرة الواجبات العامة للإدارة
53	ثالثا: فكرة وجوب الإبقاء على الدولة
56	الفرع الثاني: نظرية الظروف الإستثنائية وعلاقتها بمبدأ المشروعية
57	أولا : الظروف الإستثنائية وأثرها على الحريات العامة
60	ثانيا : الظروف الإستثنائية وعلاقتها بمبدأ الفصل بين السلطات
63	الفصل الثاني: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الإستثنائية
65	المبحث الأول: التنظيم القانوني لحالتي الطوارئ والحصار

66	المطلب الأول: شروط إقرار حالة الطوارئ و الحصار و الإعلان عنهما
66	الفرع الأول: الشروط الموضوعية
66	أولا : الضرورة الملحة
68	ثانيا : أن تقرر إحدى الحالتين لمدة محددة
70	الفرع الثاني : القيود الشكلية
70	أولا : اجتماع المجلس الأعلى للأمن
71	ثانيا : إستشارة بعض الشخصيات السياسية
73	المطلب الثاني: الإجراءات الإستثنائية في ظل حالة الطوارئ و الحصار و أثرها على مبدأ المشروعية
74	الفرع الأول : أثر الإجراءات الإستثنائية لحالة الحصار على مبدأ المشروعية
74	أولا : الإجراءات الإستثنائية المفوضة للسلطة العسكرية
81	ثانيا : الإجراءات الإستثنائية التي تبقى من اختصاص السلطة المدنية
84	ثالثا : الإختصاصات المشتركة بين السلطة المدنية والسلطة العسكرية
84	الفرع الثاني: الإجراءات الإستثنائية لحالة الطوارئ و أثرها على مبدأ المشروعية
85	أولا : إجراءات التي يجوز لوزير الداخلية والجماعات المحلية القيام بها
88	ثانيا : الإجراءات المشتركة بين وزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي
90	ثالثا : الإجراءات التي تتفرد باتخاذها الحكومة
90	رابعا : إختصاص المحاكم العسكرية
92	المبحث الثاني: الحالة الاستثنائية و حالة الحرب
92	المطلب الأول: الحالة الاستثنائية

94	الفرع الأول: شروط تقرير الحالة الاستثنائية
94	أولاً: الشروط الموضوعية
98	ثانياً: الشروط الشكلية
102	الفرع الثاني: الإجراءات الاستثنائية في ظل الحالة الاستثنائية و أثرها على مبدأ المشروعية
102	أولاً: السلطات الإستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يمارسها
108	المطلب الثاني: حالة الحرب
110	الفرع الأول : شروط إعلان حالة الحرب
110	أولاً: الشروط الموضوعية
112	ثانياً:الشروط الشكلية
116	الفرع الثاني: الإجراءات الاستثنائية لحالة الحرب و و أثرها على مبدأ المشروعية
116	أولاً: إيقاف العمل بالدستور مدة حالة الحرب
117	ثانياً: تجميع السلطات في يد رئيس الجمهورية
117	ثالثاً: إمكانية تمديد الفترة الرئاسية إلى غاية انتهاء الحرب
121	الخاتمة
125	قائمة المراجع
135	الفهرس
139	ملخص

ملخص:

يعتبر مبدأ المشروعية أساس قيام دولة القانون والتي تطمح لها مختلف الشعوب أين لا تعلق كلمة على كلمة القانون، بحيث يسود ويسمو هذا الأخير على كل من الحاكم والمحكوم ، ولما كان خضوع الأفراد للقانون أمر تكفله السلطة في حد ذاتها فإن مبدأ المشروعية يرمي بالأساس الأول إلى ضرورة موافقة ومطابقة عمل السلطات العمومية للقانون ، ولاسيما أجهزة الإدارة العمومية كونها الأكثر احتكاكا بحقوق وحرريات الأفراد، فمبدأ المشروعية تظهر أهميته كونه آلية تنظم عمل السلطات العمومية ويحدد صلاحياتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يضمن احترام حقوق وحرريات الأفراد، والالتزام بمبدأ المشروعية ليعني احترام النصوص القانونية المدونة و فقط بل يعني ضرورة مطابقة عمل الإدارات العمومية للقانون بمفهومه العام أي مجمل المعايير القانونية السائدة في الدولة بما فيها القواعد القانونية غير المدونة كالعرف والمبادئ العامة للقانون .

غير أن الواقع العملي في بعض الحالات يفرض على أجهزة الإدارة العامة ضرورة احتواء الأوضاع ومواكبة المستجدات ومتطلبات المجتمع بما تراه هي ملائم ومناسب استنادا على المشروعية الإستثنائية بهدف ضمان حفظ النظام العام وتحقيق المصلحة العمومية، وعليه فمبدأ المشروعية لا يتنافى وممارسة الإدارة لإجراءات إستثنائية كون هذه الأخيرة هي ترخيص قانوني للإدارة لاتخاذ ما تراه مناسب وملائم لحفظ النظام العام وتحقيق المنفعة العمومية.

غير أن هذا لا يمنع إمكانية تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها الواسعة وتنتهك حقوق وحرريات الأفراد في ظل غياب النصوص القانونية السارية في ظل الظروف العادية وتحت حجة سلطتها في ملائمة القرار المناسب لحفظ النظام العام، لذلك وحفاظا على مبدأ المشروعية وجد تنظيم دستوري لنظرية الظروف الإستثنائية كأهم آلية تضمن عدم تعسف السلطات العمومية في استعمال سلطاتها الإستثنائية من خلال تحديد الشروط الموضوعية والشكلية التي يتقيد بها رئيس الجمهورية في مواجهة باقي السلطات العمومية وكذا في إحترام الحريات العامة ومتطلبات الدولة القانونية، وهذا يعتبر تكريس لمبدأ المشروعية في ظل الظروف غير العادية.

Résumé:

Le principe de la légalité considéré comme une base de l'Etat de droit et aspirait par différents peuples, où pas au-dessus du mot sur la parole de la loi, de sorte que règne et transcende la dernière fois sur le gouvernant et le gouverné, et ce qui était la subordination des individus à la loi est garanti par l'autorité elle-même, le principe de légalité vise dans un premier temps essentiellement à la nécessité de l'approbation et la congruence des pouvoirs publics de la loi, en particulier les organes de l'administration publique étant le plus les droits et libertés des individus friction, principe de la légalité de son importance apparaît comme un mécanisme pour réglementer les pouvoirs publics et la façon dont ils travaillent et de déterminer ses pouvoirs d'une part, et d'autre part, d'assurer le respect des droits et libertés des individus, et de respecter le principe de légalité ne signifie pas que le respect des textes juridiques et tout ce qu'il signifie la nécessité pour adapter les actes des administrations publiques à la loi d'un sentiment général qui prévaut dans l'ensemble de l'Etat, y compris les règles juridiques entrées comme la coutume et les Principes généraux du droit et des normes juridiques.

Cependant, la pratique dans certains cas, impose sur la nécessité de l'administration publique pour contenir la situation et se tenir au courant des développements et des besoins de la communauté, y compris vous voyez est un moyen pratique et appropriée en fonction du légalité exceptionnelle afin d'assurer le maintien de l'ordre public et l'intérêt public, et le principe de la légalité des procédures ne contredit pas et de gestion de la pratique fait extraordinaire que cette dernière est la licence gestion juridique de prendre convenable et approprié que vous voyez au maintien de l'ordre public et l'intérêt public.

Toutefois, cela ne l'empêche pas la possibilité de la gestion des abus dans l'utilisation des pouvoirs étendus et de violer les droits et libertés des individus en l'absence de dispositions légales applicables dans des conditions normales et sous le prétexte de son autorité d'affecter la bonne décision pour le maintien de l'ordre public, ainsi afin de préserver le principe de la légalité trouvé l'organisation d'une théorie constitutionnelle de circonstances exceptionnelles comme le mécanisme le plus important veiller à ce que l'arbitraire des autorités publiques à utiliser leurs pouvoirs exceptionnels en définissant les conditions matérielles et formelles observées par le Président de la République dans le visage du reste des pouvoirs publics, ainsi que dans le respect des libertés publiques et les exigences de l'Etat de droit, et ceci est la consécration du principe de la légalité à la lumière des circonstances inhabituelles.