



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la
Recherche Scientifique



جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون إداري

الشعبة: حقوق.

تحت إشراف الأستاذ(ة)

من إعداد الطالب(ة):

بن عبو عفيف

بكري سارة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)..... بن عودة نبيل.....رئيسا

الأستاذ(ة)..... بن عبو عفيف..... مشرفا مقرر

الأستاذ(ة)..... محمد حساين.....مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم : 2023/06/19

شكر وتقدير

أقدم بأسمى معاني الشكر والاحترام والتقدير الي الاستاذ" بن عبو عفيف " الذي لم
يبخل عليا بتوجيهاته في سبيل اتمام هذه الدراسة.
كما أتقدم بجزيل الشكر الي كل الاساتذة الذين قدموا لنا التوجيهات والنصائح
كما أتقدم بالشكر الي كل من ساهم معي في انجاز هذا العمل سواء من قريب او
بعيد.

الاهداء

إلي ثمرة عملي هذا المتواضع الي معني الحبي والحناني،

الي بسمة الحياة سر الوجودي، الي من كان دعائهما سر نجاح،

وحنانهم بلسموا جراحي أبي و أمي الكيرمين حفظهم الله و أطال عمرهم.

الي كل من كان سندا لي وتحمل معي متاعب وصعوبات انجاز هذا العمل

الي جميع عائلتي و أهلي و أحبتي والي كل الأصدقاء.

إذا كان الإنسان كائنا اجتماعيا بطبعه لا يستطيع أن يحيا بدون جماعة يتعايش معها ، فإنه في الوقت ذاته ولد حرا بكافة حقوقه و حرياته لا يستطيع أن يحيا بدونها ، فاحتياجه الشديد لغيره من أفراد الجماعة لا يعني مصادرة حقوقه و حرياته بل يعني كفالة الجماعة الممثلة في الدولة لها و لا حياة للفرد بغير الحقوق و الحريات كلها لا بعضها فالحرية كل الحرية لجميع أفراد المجتمع بدون تمييز على قدم المساواة فبدون التمتع بالحقوق و الحريات تنعدم رغبة الفرد في الحياة .

غير أنه يلاحظ أن تقديس الفرد لحقوقه و حرياته تجاه الجماعة أو الدولة لا يعني أنها حقوق و حريات مطلقة ، بل إنها نسبيته تقبل تدخل الدولة لتنظيمها و فرض الوسائل اللازمة لكي يتمتع بها جميع الأفراد على قدم المساواة و تدخل الدولة لتنظيم حقوق الفرد و حرياته نسبيا أيضا يختلف باختلاف الظروف التي تمر بها الدولة .

ففي ظروف العادية و هي الأصل يقتصر دور الدولة فقط و في أضيق الحدود على تنظيم ممارسة الفرد لحقوقه و حرياته بما يمنع الصدام مع غيره من أفراد المجتمع فهو تنظيم لا مصادرة لها ، و يختلف دور الدولة حال تمتع الأفراد بها فلا يظهر هذا الدور إلا حيث تصطدم ممارسته لحقوقه و حرياته مع حقوق و حريات غيره ، فتترسم الدولة ضوابط لمنع الصدام بما يكفل تمتع جميع أفراد المجتمع بها على قدم المساواة ، و لا يرد على ذلك إلا شرط مهم مؤاده عدم جواز الإخلال بالأمن و النظام العام داخل المجتمع .

فالنظام القانوني للحريات العامة في الجزائر ، هو مجموعة من القواعد القانونية و التنظيمية التي توضح لنا طرق و أساليب ممارسة الحريات العامة بطريقة تتفق و تتلائم في النظام الاجتماعي و النظام العام في المجتمع ، كما يتضمن الحدود و القواعد و الضوابط و الشروط اللازمة لممارسة الحريات التي يجب أن تقرر و تحدد بطريقة مسبقة و تفصيله من طرف السلطة التأسيسية و التشريعية في الدولة ، فكرة النظام القانوني للحريات العامة ، ليست مجرد فكرة مطروحة و إنما تعد كنظام قائم في حد ذاته بقواعده و مبادئه و أحكامه القضائية و خاصة أحكام القضاء الإداري ، فهي قيد قانوني ، لأن فكرة النظام المشار إليه ، تعتبر إسمي و أعلى قيمة و قوة قانونية إلزامية من النظام القانوني العادي و في قيمته الدستور ، و ذلك جد براز و تأكيد القيمة الاجتماعية و الاقتصادية و القانونية للحريات في المجتمع و الدولة ، و طبيعة هذا النظام تقتضي أن التصرفات و القرارات التي تتخذها الحكومة و السلطات الإدارية و المحلية تتضمن اعتداء على النظام القانوني حريات بمهاجمتها و الطعن فيها بجميع أنواع الطعون و لا تتحصن بفعل التقادم كما يعد القضاء الإداري ضمانا فعالة و حقيقة لحماية الحريات العامة ، لذاته المتخصص و المختص في تطبيق القانون الإداري ، و خلق المبادئ و الأحكام التي تحقق مركز التوازن و التوافق بين الحماية الأكيدة للحريات و مقتضيات الإدارة العامة ، و امتيازاتها استثنائية ، و هدفها في خدمة المصلحة العامة ، و بعض المبادئ العامة للقانون يكشفها القضاء و يعلنها وهي لا توجد في نصوص و مضمون المواثيق الدولية و الإعلانات و الديباجات و الدهاتير و القضاء الإداري يدفع المشرع إلى تنظيم و سن قواعد تحكم العلاقات القائمة بين الإدارة و الحريات العامة عند ممارستها ، و حتى يسد الفراغ التشريعي و ضمان ممارستها و مواجهة الإدارة لفكرة النظام المشير إليه أعلاه ، و تستمد قوتها الإلزامية من خلال المصادر الأصلية ، الدستور ، التشريع ، و يفهم من نصر إعادة (122) من الدستور 1996 و التي تتضمن أن ميدان تنظيم الحريات مجز للمشرع " ليضع القواعد المنفذة و المحكمة للنصوص الدستورية و لكن المبدأ ليس مطلق لكن الإدارة بمختلف مستوياتها ، لها سلطة إصدار لوائح

و القرارات لتنظيم كيفية ممارسة الحريات العامة و المحافظة على النظام العام ، و إن معالجة و تنظيم الحريات العامة من حيث ممارسة في أي نظام قانوني يندرج بالأساس في مسألة الضبط الإداري على مستوى الدولة و الذي يهدف إلى النظام العام بمختلف عناصره من أمن عام و صحة و سكينة عامة ما يسمح بممارسة الأفراد لحقوقهم و حرياتهم بأحرية تامة دون قيود أو مضايقات لا من الدولة أو الأفراد انطلاقا من مبدأ تجسيد الحريات و ممارستها دون قيود أو حدود إلا ما نص عليه القانون ، و أنظمة معالجة و تأطير الحريات العامة يمكن التمييز فيها بين نوعين أساسيين الأول يتعلق بالنظام أو أسلوب التصريح المسبق و الذي بمقتضى تمارس الحرية بمجرد إعلام السلطة المختصة و التصريح لديها بذلك دون اشتراط موافقتها أو رفضها لذلك مع وجوب المطابقة مع القوانين و التنظيمات المعمول بها في هذا المجال ، و النوع الثاني يتعلق بنظام أو أسلوب الترخيص المسبق و الذي يقيد ممارسة الحرية بضرورة الحصول على موافقة المسبقة بذلك من السلطة المختصة و لا يمكن ممارسة النشاط المتضمن الحرية إلا بعد منح الرخصة أو الوصل الذي يسمح بذلك ، و المشرع الجزائري : في تنظيم و تأطير الحريات العامة لم يكن واضحا و حاسما في هذا الشأن من خلال تبني أحد النظاميين أو الأسلوبين دون الآخر لكونه يتبنى ظاهريا نظام التصريح الأساسي و عمليا نجده يخضع الحرية لنظام أو أسلوب الرخصة المسبقة و هو الأمر الذي يتبين من خلال بعض الحريات العامة لا سيما الحرية الحزبية و الحرية الجموعية و الحرية الإعلامية و أو حرية الصحافة .

و تعتبر مسألة الحرية من أهم الموضوعات الراهنة التي حظيت بالبحث و الدراسة قديما و حديثا و ممكن ذلك هو أنها سايرت الفكر الإنساني ابتداء من فلاسفة الإغريق القدامى و حتى عصرنا الحالي الذي من شواهد الانقراضات العربية التي نادى بالحرية و بالكرامة الإنسانية ، فالحرية ترتبط ارتباطا وثيقا بحياة الإنسان ، و هذا ما أكده إمام " عبد الحميد بن باديس " أن " حق الإنسان في الحرية كحقه في الحياة ، و مقداره ما عنده من الحياة هو مقدار ما عنده من الحرية " غير أن مصطلح الحرية يختلف باختلاف الزمان و

المكان و هذا يعني أنه ليس هناك مفهوم مطلق الحرية فالحرية تختلف في النظام اليوناني القديم تختلف عن الحرية لدى مفكري الثورة الأمريكية و الفرنسية ، و هذه بدورها تختلف عن الحرية في القرن الواحد و العشرين ، ففضية الحرية كانت و لا تزال من أصحاب المعضلات التي تواجه الفكر الإنساني ، و أكثرها تعقيدا ، لذا فإنها أثارت و تشير هذا القدر من المناقشات و التساؤلات لمعرفة الأسس التي تنطلق منها ، و الحدود التي تقف عندها ، و عليه فإن تعدد المفاهيم المرتبطة بفكرة الحرية بصفة عامة و الحريات العامة بصفة خاصة و إنما يرجع اختلاف في أنماط السياسة التي تحكم شتى المجتمعات الإنسانية و تدير شؤونها ، لكن يبقى أن نؤكد بأن جميع هذه الأنظمة و المجتمعات اتفقت على المبدأ أن القائل " الحرية الفرد تفق عند حرية الآخرين".

فالحريات العامة هي إمكانية الفرد دون أي جبر أو شرط أو ضغط خارجي على اتخاذ القرار أو تحديد خيار من عدة إمكانيات موجودة فالحريات تعين بشكل عام شرطي الحكم الذاتي في معالجة موضوع ما .

فهي التحرر من القيود التي تكبل طاقات الإنسان و إنتاجه سواء كانت قيودا مادية أو قيودا معنوية ، فهي تشمل من التخلص من العبودية لشخص أو جماعة أو للذات ، و التخلص من الضغوط المفروضة على شخص ما تنفيذ غرض ما ، فموضوع الحريات العامة يعتبر من أكثر المواضيع أهمية في القانون ، و قد برزت أهميته أكثر بتطور الحياة في مختلف المجالات ، و على إثره نادى إعلانات دولية كثيرة و دساتير الدول بالحريات العامة ، و دعت إلى كفالة حمايتها .

تعتبر الحرية من أسما القيم التي يتمتع بها الإنسان على الإطلاق ، فهي أعز ما يملكه و قوام حياته ووجوده ، و كلما كانت الحرية مكفولة لها ضمانات وجودها و ممارستها و كلما ازدهر المجتمع و تقدم في مدارج الرقي إن كفالة الحريات هي أهم الغايات المستهدفة في القوانين الوطنية أو الدولية ، حتى إنه ظهر فكر يدعو إلى كفالة حريات الأفراد في

مواجهة الدولة باعتبارها صاحبة السلطة ، حيث تسند للدولة المحافظة على تلك الحريات و حمايتها من استبداد السلطة الحاكمة .

إن نضال الشعوب في مواجهة قهر السلطة عن حقوقهم و حرياتهم نقل الحرية من مجرد أفكار يدعو لها المفكرون و يطمح لها الشعب إلى حقوق و حريات يحميها القانون ، و لقد سعى القانون الدولي إلى اعتراف بهذه الحقوق و الحريات العامة و الإقرار بوجودها حتى يكون لها بعد عالمي لكن تنظيم أ ضمانات تكفل التمتع بها أو وضعها موضع التنفيذ ، و هذا نظرا لقصور القانون الدولي في الجانب الإلزامي لقواعده ، و عدم وجود سلطة عليا تعلق الدول يمكنها أن تفرض على من يتجاوز قواعد القانون الدولي جزاء ، رغم وجودها الشكلي ، إلا أن فعاليتها منوطة بالمصالح .

إن الممارسة الفعلية للحريات من قبل الأفراد و الجماعات لا تتحقق بمجرد النص عليها و طنيا أو دوليا ، ذلك أن تقريرها و تسجيلها في وثائق أيا كان شكلها يمكن أن يظل حبرا على ورق ، مالم تتوفر الضمانات التي تسمح بالتمتع بها ، و أكبر دليلا على هذا ما تعيشه بعض المجتمعات على أرض الواقع من معانات رغم نص دساتير دولها على الحريات .

فالحريات العامة في الجزائر عبارة عن تعايش أفكار اقتصادية و اجتماعية و إيديولوجية ، و انطلاقا من فكرة أن القانون ذاته عبارة عن تعايش كل القوى المختلفة الموجودة في الدولة ، و هنا تطورت هذه الأفكار بتطور المستوى المادي و الفكري للبلاد ، و قد خصص الدستور الجزائري 1996 م فصلا كاملا للحريات العامة و هذا ما يؤكد على عناية المشرع بها ، فالحريات العامة مجال خاص ، ذلك أن المشرع هو الذي يقوم بتحديد النظام القانوني لها ، و بهذا كان للحريات العامة مفهوم و ضمانات قانونية تحميها فالحريات العامة هي كلمة التي يستطيع كل إنسان الشعور بها بالممارسة العملية في الحياة ، و هي القضاء الفسيح الذي يمكن للإنسان التحرك من خلاله دون أن يشعر بنقصان ، أو عيب ، أو إهانة ، و دون أن يחדش فضاء الآخرين ، حيث يقال " تنتهي حريتك عندما تبدأ

حرية الآخرين " ، فهي قدرة الفرد دون إجباره أو مساومته بشرط أو ضغط خارجي ، على اتخاذ قرار أو تحديد خيار من جملة خيارات متاحة هي التحرر من الضغوط أو القيود التي تكبت طاقة إنسان و قدراته ، و هي عكس العبودية لشخص ، أو جماعة ما ، أو التخلص من كل أنواع أو أشكال إجبار ، والتحكم ، و الإكراه فالحريات ليس لها مضمون محدد و ثابت إذ يتعدد هذا الموضوع طبقا لما تقوم السلطة بتحديدده من مجالات يمكن ممارسة الحرية في إطارها ، و لا ريب أن هذه المجالات تختلف من زمن إلى آخر تكمن التعريفات الفلاسفة و الكتاب " كغولتير " الذي قال حول الحريات العامة :

أنا لست من رأيكم و لكنني سأصارع من أجل قدرتك على القول لحريات و هذا يوضح أن مفهوم الحرية أيضا قد يتعلق بالرأي و التعبير عنه ، و إتاحة الفرصة و بذل الجهد حتى يتمكن الآخرين من التعبير عن آرائهم أيضا .

الاستقلال عن الخيارات الآخرين أو التخلص من التبعية لجماعة أو عشيرة ، حيث تقيد بعض العادات القبلية حرية الفرد في اختيار الزوج ، أو طبيعة علاقته مع الآخر التي تحددها القبلية وفق علاقتها مع القبائل الأخرى

الحرية هي فعل إنساني طبيعي ، أو هي القدرة على الفعل أو الامتناع عن الفعل هي خطوة الأولى نحو تحمل المسؤولية ، فكيف لدولة لا تؤمن بحرية الفرد في تقرير مصيره أن تطالبه بدفع الضرائب .

الحرية إحدى أهم العوامل المحركة للشعوب في ثور أنها ضد أنظمة الحكم الشمولية ، و هي إحدى القضايا العادلة التي تتادي بها الشعوب على مدار حقب الزمنية .

و قد عرفها القانونيون " زكرياء إبراهيم " : الملكة الخاصة التي تميز الإنسان من حيث هو موجود عاقل ، يصدر في أفعاله عن إرادته هو لا عن أية إرادة غريبة منه "

و في رواية متواترة نرى إلزام الإسلام كل أهل ذي الدين بما يلتزمون به حيث يقر لهم الحرية في دينهم ، مثلما ورد عن " محمد بن مسلم " ، عن أبي جعفر " عليه السلام " قال :

سألته عن الأحكام ؟ قال : " لا تجوز على أهل كل ذي دين بما يستحلون " و في رواية أخرى الحسن " عليه السلام " أنه قال : أئزموهم بما التزموا به .

تعتبر القواعد الدستورية المرجعية الشرعية لمختلف الأنظمة العالمية مقارنة بحكم احتوائها على التنظيم العام للسلطات في الدولة ، كما أنها تنص في نفس الوقت على أنها أساسية للحقوق الفردية و الحريات العامة للمواطنين بشكل موجز و سطحي ، بينما ترجع التفاصيل المتعلقة بها للنصوص التشريعية ، و لهذا السبب نجد بأن السلطة التشريعية هي السلطة الأصلية المختصة في وضع القواعد القانونية التي تخص مجال الحقوق الفردية و الحريات العامة ، إلا أن الأنظمة العالمية المعاصرة انقسمت إلى قسمين : القسم الأول ، لا يقيد مجال التشريع ، ويمنح الحق البرلمان في تنظيم كل المجالات ، و لكنه في نفس الوقت يعتبر من موضوع الحقوق و الحريات العامة اختصاصا تقليديا للبرلمان لا يمكن لأية سلطة أخرى التناول عليه ، لا سيما السلطة التنفيذية أما القسم الثاني فهو يقيد مجال السلطة التشريعية بشكل حصري ، و في نفس الوقت يجعل من هذه الحريات العامة لب و نواة هذا القيد ، بحيث يلزم البرلمان بالتشريع في مجالها ، و هذا في حالة التي يعرف فيها النظام السياسي في الدولة كل مميزات و ثوابت الاستقرار ، غير أن الدولة قد تشهد في مرحلة معينة من مراحل تطورها السياسي و الدستوري بعض المشاكل التي تؤدي إلى الوقوع في أزمة سياسية ، أو اقتصادية أو اجتماعية تسمى بالظروف الاستثنائية التي يتحقق معها تهديد النظام العام عن طريق المساس بكل من استقرار و أمن مؤسسات الدولة ، و كذا سلامة التراب الوطني و الممتلكات و المواطنين ، بشكل يؤدي إلى تدهور الضمانات التي تحمي الحقوق الفردية و الحريات ، مما يتطلب التفكير بجدية في وضع ميكانيزمات دستورية جديدة بالوقوف في وجه هذه المشاكل ، حتى و إن كان ذلك على حساب المساس العديد من الضمانات الدستورية ، و لهذا السبب غالبا ما يفكر المؤسس الدستوري في تصور هذه الظروف و يرفقها بالحلول المناسبة لها ، طبقا لما يتناسب مع طبيعة النظام السياسي

القائم ، فالنسبة للدول التي تأخذ بالنظام الرئاسوي أو ما يسمى بالنظام المختلط المستوحي من النظام الفرنسي الذي أقامه دستور 1958 و منها الجزائر ، و تكون السلطة التنفيذية هي السلطة المسؤولة لغة دستوريا عن المواجهة المباشرة لهذه الظروف ، و لذلك تزود بسلطات واسعة في هذا المجال ، و في المقابل المماس بالحريات العامة و الحقوق الفردية ، تعرضت الجزائر في فترة التسعينات إلى أزمة سياسية خانقة ترتب عنها الدخول في حالة استثنائية ، و كان اللجوء إلى استعمال سلطات استثنائية تتلاءم مع هذه الظروف أمرا محتما لا مفر منه ، حيث استأثر السلطة التنفيذية لنفسها العديد من الاختصاصات غير المألوفة ، مما وضع الحقوق الفردية و الحريات العامة في موقف حرج ، و لا بد من السعي وراء حل للحريات العامة في الجزائر في ظل الظروف الاستثنائية .

فبالنظر لمكانة الحريات العامة لمواطن ، فإنها تعد ممارستها من أهم المسائل الدستورية ، و من ثم كان الدستور حريصا على أن يحقق التوازن بين أن يكفل صيانة الحقوق و الحريات العامة ، حيث تبنت الجزائر سمسة من الإصلاحات مست المنظومة القانونية بالحريات العامة خاصة منها السياسية ، و بناء على ما تقدم نطرح التساؤل الآتي : إلى أي مدى يمكن حماية الحريات العامة في الجزائر في ظل الظروف الغير عادية ؟ و كيف عالجت النصوص الدستورية الجزائرية الظروف الاستثنائية ؟ و هل توجد ضمانات تحمي الحريات العامة في ظل تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الجزائر ؟

هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها من خلال الخطة الآتية :

الفصل الأول

الظروف الاستثنائية وضمائم حماية الحريات في ظلها

الحرية إحساس طبيعي لدى الإنسان ، وهي أصل وجوده ، فحق الإنسان في الحرية كحقه في الحياة ، كما أن الحرية تتنافى مع كل مظاهر القمع والاستغلال والاستعباد ، لهذا فهي تعتبر حق غير قابل للمساومة أو التفويت ، والحرية تستمد قيمتها من التراث الإسلامي المؤكد على قدسية الحق في الحرية ، كما أن ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصت على شمولية وضرورة احترام هذا الحق .

المبحث الأول : نظرية الظروف الاستثنائية وتأثيرها على الحريات العامة

قد تتعرض حياة الدولة للأخطار والأزمات التي تهدد وجودها وكيانها وان السلطة التنفيذية في ضوء هذه الظروف بحاجة إلى صلاحيات جديدة للقيام بواجبها في الحفاظ على كيان الدولة ووجودها وان تعارض هذه المصالح مصلحة احترام القانون ومصلحة الحفاظ على الحريات العامة ، وللموازنة بين هذه المصالح فقد ابتدع الفكر القانوني نظرية الظروف الاستثنائية¹ . وسنحاول إلى بيان مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية (المطلب الأول) و بيان آثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على الحريات العامة للأفراد في (المطلب الثاني)

¹ إبراهيم درويش ، نظرية الظروف الاستثنائية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الرابع ، السنة العاشرة ، أكتوبر ،

1-تعريف نظرية الظروف الاستثنائية :

كانت الظروف في بداية ظهورها و الأخذ بها تسمى ،نظرية سلطات الحرب وذلك اعتمادا على أنها قد طبقت بمناسبة الظروف التي تصاحب الحروب عادة،ولكن نظرا لعمومية النظرية وأنه يمكن تطبيقها في حالات أخرى قد تواجه غير ظروف الحرب فقط اتجه الفقه و القضاء إلى تسميتها " نظرية الظروف الاستثنائية " .

حيث تخضع نظرية الظروف الاستثنائية لنظام قانوني معلوم تتمتع بموجبه الادارة بسلطات استثنائية غير عادية ولكنها سلطات مشروعة كما وضع الفقه والقضاء شروطا معينة ومحددة لتطبيق هذه النظرية واجب الالتزام بها من قبل الادارة عند لجوئها في استعمال الوسائل و الاجراءات القانونية اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية ويرجع الفقه بداية نشوء نظرية الظروف الاستثنائية على مصدرين رئيسين " قضائي وتشريعي " ومن أجل توضيح التصور القانوني لهذه النظرية ، ستناول تعريف نظرية ظروف استثنائية في القضاء و الفقه.

تعريف نظرية الظروف الاستثنائية في القضاء¹ :

تعد نظرية الظروف الاستثنائية استثناء على مبدأ سمو الدستور وتستمد مدلولها من القاعدة الرومانية التي تقول:"إن سلامة الشعب فوق القانون"² ، فهي كنظرية قضائية قامت لسد العجز والقصور الذي يظهر في النصوص التشريعية القائمة في مواجهة الظروف الاستثنائية المستجدة والتي لا تجدي في مواجهتها وسائل الضبط الإداري

¹ إبراهيم درويش، نظرية الظروف الإثنائية، مجلة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة العاشرة أكتوبر، 1966، ص 140.

² أمير حسن حمام، نظرية الظروف الإثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكوين العلوم الإنسانية، العدد8، أيلول 2007، ص 14.

المألوفة¹ وهدفت إلى إنشاء مبادئ قضائية يقرها القضاء بغية تخويل الإدارة قدرا من السلطة تتناسب وتلك المواجهة .

ومقتضى النظرية أنها : نظرية قضائية صنعها وكونها قضاء مجلس الدولة الفرنسي من مقتضاها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف ،إذا كانت ضرورية لحماية النظام العام أو استمرار سير المرافق العامة وهكذا ،فإنه في ظل هذه الظروف الاستثنائية تستبدل المشروعية العادية بالمشروعية الاستثنائية من وقات السياسة والقانون العدد الرابع عشر جانفي 2016 مقتضاها تمتع السلطة الإدارية باختصاص واسع لم يورده القانون² ،وبذلك يجيز القضاء للإدارة أن تتحلل مؤقتا من قيود المشروعية العادية لتخضع لمشروعية خاصة يحددها القاضي وهي بطبيعة الحال مشروعية استثنائية³.

ويعد مجلس الدولة الفرنسي الصورة الأصلية والنموذجية للظروف الاستثنائية هي الحرب فبفضل الحرب العالمية الأولى صاغ المجلس نظريته لمواجهة الآثار السيئة التي سببتها وطبقها بعد ذلك في الحرب العالمية الثانية ومنها جاءت تسميتها باسم نظرية سلطات الحرب⁴ ، وهي ليست سوى تطبيق للنظرية العامة للظروف الاستثنائية⁵ . ولقد اعتبر موقف القضاء الإداري الفرنسي هذا متحررا جاء بحكم خبرته واحتكاكه بالإدارة

¹ سليمان الطهاوي، القانون الإداري دار الفكر العربي، ط1، 1971، ص 818.

² De loubarde traitée élémentaire de droit administratif LGOJ, paris, 1992, p 224

³ بشير صلاح العاوير، سلطات الضبط الإداري في الظروف الإثنائية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013، ص 77.

أحم، الحريات العامة في ظل الظروف الإنشائية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004 / 2005، ص 18.

⁴ سليمان الطهاوي، المرجع السابق ، ص 818

⁵ د.طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون ، مطبعة جامعة عين شمس، 1974، ص 115.

العامة وتقدير ظروفها وأوضاعها¹، حيث ذهب إلى أن نطاق المشروعية هو نطاق متحرك وليس نطاقا جامدا وأن هذا النطاق إذا كان ضيقا في الأوقات العادية فإنه يتسع في أوقات الأزمات ليصحح ما لا تصححه الظروف العادية.

ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن هو حكمه المعروف باسم حكم Heyries الصادر بتاريخ 28 جوان 1918، والذي يعتبر إيذانا بمولد النظرية قضائيا في فرنسا والبداية الحقيقية كما يرى البعض لظهور نظرية الضرورة في القضاء الفرنسي². وهكذا استقرت أحكام مجلس الدولة بأن تتمتع الإدارة في أثناء الظروف الاستثنائية باختصاص واسع لم يرد فيه نص تشريعي، بل ويسري هذا الاختصاص حتى مع قيام النصوص التشريعية حيث يكمل القضاء ما فيها من نقص ينكشف عنه في التطبيق العملي بالقدر الذي تحتاجه لمواجهة تلك الظروف، فالنتيجة التي رتبها القضاء على ذلك هو: "أنه من العسير وضع قواعد محددة بهذا الصدد لمرونة هذه النظرية وللروح الواقعية التي يصدر عنها مجلس الدولة الفرنسي والذي يكيف كل حاله بظروفهما وبهذا الشكل عمل المجلس على توسيع نطاق مبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية وإضفاء صفة المشروعية عليها بالرغم من عدم مشروعيتها من حيث الأصل. وعلى هذا الأساس تعد السلطات الاستثنائية المستمدة من النظرية القضائية أوسع مدى من السلطات المستمدة من القوانين الخاصة بالظروف الاستثنائية لأنها تضيف عليها سلطات جديدة خاصة وأن هذه القوانين قد لا تتوقع كل الظروف الاستثنائية ومقتضياتها كذلك كانت النظرية القضائية هي المصدر الأساسي والحقيقي لسلطات الإدارة الاستثنائية³ بحق مختلف الظروف ومجلس الدولة فيما ذهب إليه يستعمل سلطاته المقررة باعتباره مصدرا تفسيريا

¹ يحيى الجمل نظرية الضرورة في القانون الدستوري، وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة دون سنة نشر، ص 72.

² بفضل القضاء الفرنسي باصطلاح الظروف الاستثنائية بينما يأخذ جانب من الفقه بمصطلح الضرورة، ينظر: سامي جمال الدين، لوائح ضرورة وضمانات الرقابة القضائية، منشأة المعارف الاسكندرية، مصر، 1982، ص 27.

³ إبراهيم عبد العزيز شبحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 145.

للقانون، فالقاضي وهو يطبق القانون يلزم باستنباط القواعد الملزمة من مصادرها المختلفة وهو يفعل ذلك في الظروف العادية ويفعله كذلك في الظروف الاستثنائية. والقاضي وهو لزال في مهمته التقليدية في البحث عن إرادة المشرع يجد نفسه ملزماً بالبحث عن قاعدة القانون التي تكفل له التوفيق بين ظروف النظام والمرافق الجوهرية وبين مستلزمات قاعدة المشروعية ومبدأ سيادة القانون ، وهذا ما دعى الفقه أن يشير إلى تفوق وشمول نظرية الظروف الاستثنائية كنظريه قضائية عمل القضاء الإداري الفرنسي على تقريرها على الحلول التشريعية الاستثنائية التي لا تتضمن في الغالب سوى حلولاً جزئية للظروف الاستثنائية¹.

وبذلك يعرف الفقيه " ريفيرو " الظروف الاستثنائية بأنها : الأوضاع المادية التي تؤدي إلى وقف العمل بالقواعد العادية التي تطبقها الإدارة لتطبيق قواعد المشروعية الخاصة بالأزمات ويقوم القاضي بمقتضيات هذه المشروعية الخاصة². ورغم أن مجلس الدولة الفرنسي قد اعتبر ابتداء الصورة النموذجية للظروف الاستثنائية تتجلى في سلطات الحرب إلا أن هذه الحالة ليست سوى أحد مظاهر التطبيق للنظرية العامة للظروف الاستثنائية وهي تتضمن كل ظرف طارئ وشاذ تعتبر أوسع نطاقاً من نظرية سلطات الحرب³.

¹ Jean rivero droit administrative 4^{eme}, édition paris, 1970.p82

² سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 70

³ إبراهيم عبد العزيز شيجا، مبادئ أحكام القضاء الإداري اللبناني، مرجع سابق، ص 145

لذلك سحب مجلس الدولة الفرنسي بانتهاء الحرب العالمية هذه النظرية في غير ظروف الحرب منذ البداية إلى فترة الشدة التي أعقبت الحربين العالميتين باعتبارها من آثار الحرب وطبقها أيضا خلال الظروف العصيبة التي يتعرض لها المجتمع في وقت السلم، ولم يعد مجلس الدولة يربط بين الظروف الاستثنائية و فكرة الضرورة أو الضبط الإداري¹ وإنما وسع من نطاقها لتنظيم كل نشاطات الإدارة المتعلقة بحفظ النظام العام بالقدر الذي من شأنه أن يخدمها. فعمت النظرية كل حالات الطوارئ إذا ما هددت الدولة بإضراب عام². أو قيام بعض حالات من الأزمات الداخلية وأوقات الاضطرابات العامة كالكوارث القهرية المفاجئة والفتن³.

بل إن مجلس الدولة اخذ يطور قضاؤه فلا يشترط لتحقيق الظرف الاستثنائي وجود أزمة عامة أو فترة حرجة" بل أصبح يكتفي بوجود أي ظرف غير عادي أو حالة غير عادية يكون من شأنه تطبيق قواعد المشروعية العادية أن يهدد الأمن العام أو يهدد مرفق عام أو يحول من دون أداء الخدمة العامة المكلفة بها الإدارة⁴.

كما لم يعد من الضروري أن يكون الظرف الاستثنائي عاما يشمل الدولة كلها بل يكفي أن يكون تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه أن يهدد الأمن والنظام العام بأخطار جدية، كما وأن وجود ظروف استثنائية عامة تشمل الدولة كلها لا يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية بصفة تلقائية، وإنما يجب أن تتحقق دواعيها في كل حالة على حدة.

¹ يحي جمل ، المرجع السابق، ص 75

² سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، 74

³ إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ أحكام القضاء الإداري اللبناني، مرجع سابق، ص 146

⁴ المرجع نفسه ، ص 146

وتأسيسا على ما تقدم اعتبر القضاء المصدر الحقيقي لنظرية الظروف الاستثنائية حيث عمل ويعمل على تقرير أحكام ذلك باستبدال أحكام المشروعية العادية بأحكام المشروعية الاستثنائية والتي بمقتضاه تتمتع السلطة الإدارية باختصاص واسع لا تملكه بموجب القوانين العادية، ولذلك فإن المشروعية الاستثنائية التي يؤخذ بها في ظل الظروف الاستثنائية إنما هي أصلا من إنشاء القضاء .

ولقد استقر القضاء الإداري في فرنسا¹ على اعتبار بعض الأعمال والتصرفات غير المشروعة في الظروف العادية أعمالا مشروعة في الظروف الاستثنائية. غير أن عدم المشروعية الذي يتجاوز القضاء عنه بالنسبة لبعض القرارات الإدارية اعتبارا للظروف الاستثنائية لا يمكن أن يثار إلا بعيوب ثلاث في القرار الإداري تتمثل في عناصر الاختصاص والشكل والمحل ولا تخرج على عنصر السبب والغاية² فالقرار الذي يخرج عن حدود اختصاص مصدره ولا يراعي الشكل المرسوم له والذي يخالف القوانين واللوائح يمكن اعتباره مشروعا إذا توافرت له الظروف الاستثنائية التي تبرر أو تغطي ما به من عيب.

¹ عبد الغني بسولي ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة ، قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف، الإسكندرية 1983، ص 135.

² ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري ، المطبوعات والمعرفة الجامعية ،سنة 1999،ص 53

أما ما يتعلق بسبب القرار وغايته فلا يمكن التجاوز عما يلحقهما من مخالفه السياسة حيث تبقى الإدارة أسيرة لهذين القيدين¹ وذلك لانتفاء حكمة قيام المشروعية الاستثنائية وانعدامها في أي منها² فسبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية المتمثلة في الظرف الاستثنائي وما هو إلا المبرر الذي دفع الإدارة إلى اتخاذ إجراءاتها والذي دفع القضاء إلى توسيع مجال المشروعية لاعتبار الإجراء مشروعاً رغم عدم مشروعيته في الظروف العادية. أما الغرض في القرار فيجب أن يكون في جميع الأحوال هي المصلحة العامة إذ أن تحقيق هذه المصلحة والحفاظ على كيان المجتمع وسلامته أياً كانت الظروف هو المقصود والمستهدف الحقيقي وراء تقرير نظرية الظروف الاستثنائية فإذا جانبته الإدارة لأي هدف مغاير لهدف المصلحة العامة كانت قراراتها مشوبة بالانحراف في السلطة³ فحكم هذه الظروف هو حكم الظروف الاعتيادية .

2-تعريف نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه :

أمام استقرار الظروف الاستثنائية في القضاء وتأييد الفقه لها تبنت التشريعات الحديثة بعض التطبيقات لتلك النظرية ذات الأصل القضائي وتنظيمها في قواعد قانونية محددة مقدماً لتمكن بها الإدارة في مواجهة الظروف الاستثنائية والأساليب التي نصت عليها القوانين العادية أو الدستور، وتقوم تلك التشريعات على أساس ما ينتبه به المشرع مسبقاً باحتمال حدوث ظروف استثنائية لديها كحالات الحرب أو التهديد أو معالجة آثارها أو الاضطرابات الداخلية أو كوارث طبيعیه كالزلازل والفيضانات والأوبئة وغيرها. ويسعى المشرع في تخويل الإدارة سلطات استثنائية خاصة وواسعة في هذا الخصوص تزيد بكثير عن سلطاتها المقررة في ظل الظروف العادية وتتم عن طريق النص عليها في الدستور أو القوانين المتعلقة الصادرة من البرلمان فهي صلاحيات يكون تطبيقها استثنائياً ويكون

¹ ماجد راغب الطلو، المرجع السابق ، ص 53

² محمد أنس قاسم ، الوسيط في القانون الاداري، مطبعة أخوان مورافتي ، 1984-1985 ، ص 107

³ مصطفى أبو زيد فهمي ، الوسيط في القانون الاداري، دار المطبوعات الجامعية ، المرجع السابق ، ص 577

من شأنها فرض قيود على ممارسة الحقوق والحريات العامة للأفراد. ومن أمثله تلك التشريعات اليوم تلك الخاصة بظروف الحرب والحصار والحالة الاستثنائية¹. إلا أنه ومع ما لقيت نظرية الظروف الاستثنائية اهتماماً وعناية من قبل المؤسس²، وذلك بهدف تنظيم سلطات الإدارة في أوقات الأزمات والظروف غير العادية، وليكون تطبيقها بصفه استثنائية. فضلاً لما يحمله التنظيم التشريعي لسلطات الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية في طياته الأمان للأفراد والحفاظ على الصالح العام لأن المشرع فيها يحدد شروط هذه الظروف ويحدد سلطات الإدارة حال تحققها إلى جانب ما لتقنين السلطات الاستثنائية للإدارة من أهمية بالغه كونه يمثل الدرع الواقعي للمصلحة العامة والخاصة على السواء، وحتى لا تتقلب القوانين التي تحكم الظروف الاستثنائية إلى جزء ثابت من النسيج القانوني العادي³.

على أن محاولات المؤسس لهذه النظرية مهما بلغ شأنه لا تكون شاملة إذ لا يستطيع مهما كانت قدرته أن يتنبأ بجميع الظروف غير العادية التي قد تحيط بالدولة من ناحية كما قد يظهر عجز أو قصور الحلول التشريعية ذاتها لمواجهة ما قد يحيط بالدولة من أخطار والعمل على دفعها الأمر الذي حدا بالقضاء للتدخل لتكملة ما قد يعترى التشريعات من نقص أو قصور وتحديد مضمون هذه النصوص بصورة دقيقة سواء بتوسيعها أو تضيقها ولو يعمل المؤسس على تقرير ذلك من عنده أوقات السياسة فالسلطات الاستثنائية التي يعمل على تقريرها القضاء تفوق في حقيقة الأمر ما يعمل على تقريره المؤسس في النصوص الاستثنائية، ذلك أن هذه التشريعات قد لا تعمل على مواجهة جميع الحالات الاستثنائية التي تظهر في حيز الوجود، وهكذا تتفوق النظرية

¹ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 218

² نواف سالم كنعان، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، مطابع الدستور التجارية، عمان، ط3، 1996، ص 53-

.52

³ أحمد مدحت علي، نظرية ظروف استثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا و مصر، المرجع السابق، ص 266-

.273

القضائية التي يعمل على تقريرها القضاء في هذا الخصوص مع التشريعات الاستثنائية التي يعمل على تقريرها المؤسس، الأمر الذي يدعو إلى القول بأن المصدر الحقيقي كان وسيبقى لنظرية الظروف الاستثنائية هو القضاء بسبب عدم تحديد مضمون النظرية مسبقاً¹.

ولقد سارعت تشريعات بعض الدول إلى تبني بعض التطبيقات لهذه النظرية لينظمها في قواعد محدده تمكن الجهات المعنية في مواجهة الظروف الاستثنائية أو بعضها بالطرق والأساليب وفي الحدود التي نص عليها إما بالقوانين العادية الصادرة من البرلمان أو في النصوص الدستورية. ولقد عالج المشرع الدستوري الجزائري الظروف الاستثنائية انطلاقاً من الدستور الأول للجمهورية الجزائرية المستقلة 1963 وتناوله في دستور 1976 و 1989 و 1996، والجدير بالذكر أن هذه النصوص الدستورية تبدأ بحالة الطوارئ ثم حالة الحصار ثم الحالة الاستثنائية وأخير حالة الحرب، وهذا الترتيب لا يعني التزام السلطة بموجبه حين تقرير أو إعلان أي حالة من الحالات السالفة الذكر²، غير أن الفقه عموماً يرى أن الحالات الواردة في الدساتير على سبيل التدرج، بحيث تبدأ بحالة الطوارئ ثم حالة الحصار والتي تكون غالباً قبل الحالة الاستثنائية وقبل حالة الحرب، وذلك بالنظر إلى الأثر المترتب على كل حالة والذي يختلف من حيث درجته³.

¹ سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 217

² المرجع نفسه ، ص 19

³ www.legifrance.gouv.fr loi du 9 aout 19849 sur l'étal de siège .

من أكثر القوانين انتشارا لدى الدول نظام حالة الطوارئ التي تعد حالة استثنائية لخروجها عن التنظيم القانوني العادي. ولعل أهم ما يترتب على تلك النصوص الدستورية والتشريعية هو تمتع الإدارة بسلطة لائحيه مميزه وهي في مجملها سلطه استثنائية لكونها تتعدى دائرة التنفيذ إلى دائرة التشريع سواء في الظروف العادية مثل اصدار لوائح الضبط الإداري أو في الظروف الاستثنائية مثل قوانين الطوارئ.

ويقصد بالظروف الاستثنائية (أحداث الحرب و الفتن و البلابل و الثورات و الانقلابات المدبرة ، وكل الحالات الخطيرة التي من شأنها المساس بالنظام العام وتهديده) وقد تكون هذه الظروف خارجية كان تقع حرب عالمية أو حرب إقليمية ، وقد ينشر وباء في المنطقة التي تحيط بالدولة أو تتدخل إحدى الدول الأجنبية في السيادة الداخلية لدولة ما أو تثير فيها بعض الفتن.

وقد تكون داخلية كحدوث أزمة اقتصادية أو سياسية أو ثورة أو تدبير انقلاب أو انتشار فتنة أو وباء إلى غيرها من حالات المساس الخطير بالنظام العام .

أما بالنسبة لنظرية الظروف الاستثنائية فهي : (مجموعة تدابير استثنائية ، الغرض منها المحافظة على سلامة البلاد عند احتمال وقوع اعتداء مسلح عليها أو خطر قيام الاضطرابات أو الثورات الداخلية فيها بواسطة إنشاء نظام إداري يجري تطبيقه في البلاد كلها أو بعضها ويكون قوامه بوجه خاص تركيز مباشرة السلطات لتحقيق استقرار الأمن بأوجز الوسائل¹).

¹ المرجع نفسه، ص 10

ويمكن القول أن هذه النظرية إنما وضعت لتخفف من عبء الإدارة بما تفرضه التشريعات من قيود تحد من قدرتها على التصرف إذا ما استجدت ظروف استثنائية لم توضع مثل هذه التشريعات لمواجهتها ، إذ تستطيع طبقاً لتلك النظرية أن تتخذ مثلاً إجراءات وتدابير مما يدخل بحسب الأصل في سلطة البرلمان ، كأن تعدل القوانين القائمة أو تلغيها أو تعطل نفاذها. ولا يعد هذا خروجاً على مبدأ المشروعية، وإنما فقط توسيع لنطاقه أو تعديل لحدوده يجريه القاضي بحكم قوامته على تفسير القانون بما يلائم ظروف تطبيقه، وبما يرخص للإدارة في ممارسة السلطات اللازمة للوفاء بالتزاماتها الجوهرية حيال نظام الدولة العام ومرافقها الأساسية ، ولهذا يطلق على مبدأ المشروعية في هذه الحالة (مبدأ المشروعية الاستثنائية) باعتبار أنه حالة مؤقتة مآلها إلى الزوال بزوال الظروف التي أوجدته ، فهو في الواقع ترجمة للحكمة القائلة (الضرورات تبيح المحظورات .)

المطلب الثاني :أثار تطبيق ظروف استثنائية على الحريات العامة :

من أهم النتائج الرئيسية لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية¹ هي اتساع صلاحيات الضبط الإداري بشكل معتبر وغير مألوف من الظروف العادية . فالكثير من الإجراءات التي لا يجوز للسلطة العمومية اتخاذها في الظروف العادية تصبح جائزة ومبررة في الظروف الاستثنائية ، مما قد يتيح للإدارة عند تطبيقها للنظرية ، أن تقيد الحريات بتعسف واستبداد استغلالاً لإباحة المشرع توسيع صلاحياتها في مواجهة هذه الظروف.

¹ المادة 05 من المرسوم رقم 92-44 : المؤرخ في 9 فبراير 1992، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد

إن الاجتهاد القضائي و التشريع يخولان الإدارة نوعاً من التحرر من بدأ الشرعية في ظل الظروف الاستثنائية ، و ذلك لمواجهة الأزمات ، و لكن الخوف من تعسف الإدارة في المساس بحقوق الأفراد و حرياتهم تحت شعار السلطات و الإجراءات الاستثنائية ، قد دفع إلى تحويل القضاء حق الرقابة لضمان حد أدنى من الحريات بالقدر الذي لا يهدد النظام العام و يسمح بمجابهة الوضعية الاستثنائية و إعادة الهدوء و النظام للمجتمع ، و ذلك باعتبار أن الرقابة القضائية تعد أهم و أكثر أنواع الرقابة فاعلية من ناحية حماية الحقوق و الحريات العامة في الظروف الاستثنائية ، فهذه الرقابة تعد مسألة ضرورية لخلق التوازن المطلوب بين ما للسلطة من امتيازات ، و بين ما يصبو من حقوق و حريات

ولبيان ذلك نحاول أن نوضح مدى أثر تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على الحريات في دستور 96، وكمثال عن هذه الظروف الاستثنائية سنحدث عن حالة الطوارئ والحالة الاستثنائية كما تناولها دستور 96

1- حالة الطوارئ و أثرها على الحريات :

و لا يوجد تعريف لنظام حالة الطوارئ في الفقه متفقاً عليه ، و سبب ذلك أن التعريف يكون متفقاً مع النظام القانوني الخاص بحالة الطوارئ ، داخل البلد ، و بالطبع فالدول مختلفة في انتهاجها لنظام حالة الطوارئ .

لذا تباينت التعريفات الخاصة بهذا النظام ، فمنهم من عرفه بأنه : " إجراء استثنائي يهدف إلى حماية كامل البلاد ، أو بعضها بمقتضى النظام بولييسي خاص ضد احتمال هجوم مسلح "

« l'état de siège est une mesure exceptionnelle destinée a protéger , par un régime spécial de police tout ou partie du pays, contre l'éventualité d'une attaque à main armes »¹

و يأخذ على هذا التعريف قصوره ، إذ لا تقتصر حالة الطوارئ على حالات التهديد بهجوم مسلح ذلك أن حالة الطوارئ يمكن تطبيقها في حالات الكوارث الطبيعية و الاضطرابات الداخلية أو التهديد بالإضراب العام .

لذا اتجه البعض لتعريف بأنه " نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الوطني " L'état de siège est un régime exceptionnel de police justifie par ' l'idée de péril national'²

هذا التعريف على النقيض من التعريف سابقه، إذ أنه يتسم بالشمول وعدم التحديد وعدم بيانه لمجالات تطبيق قانون حالة الطوارئ .

تعد حالة الطوارئ من أهم الحالات التطبيقية للظروف الاستثنائية، ويقصد بها أيضا (تدبير قانوني مخصص لحماية كل أو بعض أجزاء البلاد ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلح)³ ، وفي الجزائر تم إعلان حالة الطوارئ عام 1992 تطبيقا لأحكام المادة 86 من دستور 23 فبراير 1989 ، التي تقابل المادة 91 من دستور نوفمبر 1996 الحالي ، حيث تقرر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 09 فيفري 1992 ، المتضمن إعلان حالة الطوارئ اتخاذ جملة من التدابير التي تمس وتقيد حرية الفرد بشكل مباشر ، وأهم هذه التدابير ما يلي :

¹ Berthelemy ,traite élémentaire de droit administratif ,1930 ,p 469

²André de lanbradere traite Elémentaire de droit administratif 1980 , page 54 8

³المادة 5 من المرسوم رقم 92-44، المؤرخ في 09 فبراير 1992 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 10

يجوز للسلطة المدنية اتخاذ كافة التدابير الكفيلة باستتباب النظام العام وحفظه وعلى الخصوص يجوز لها في إطار السلطة المخولة لها أن تقوم بإجراءات الاعتقال الإداري ضد كل شخص راشد يتضح أن نشاطه يشكل خطورة¹ على النظام العام والأمن العموميين أو على السير الحسن للمصالح العمومية 28 . وهذا الإجراء فيه مساس لحرمة الإنسان التي نصت عليها المادة 34 من دستور حرمة الإنسان (يجوز وضع الأشخاص تحت الإقامة الجبرية أو في مراكز الأمن وإقامة مناطق للإقامة المنظمة لغير المقيمين الذين يتضح أن نشاطهم مضر بالنظام العام أو سير المصالح العمومية . وفي هذا مساس بحرية الإقامة المكفولة بنص المادة 44 من دستور .

-تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة . وهذا مساس بحرية التنقل المكفول حمايتها بنص المادة 44 من الدستور .

- تنظيم تداول وتوزيع المواد الغذائية والمنافع ذات الضرورة الأولى .

-تسخير العمال في حالة الإضراب الغير مرخص به ويشمل التسخير المؤسسات العمومية بهدف استمرار تقديم الخدمات

- يجوز تفتيش الأماكن ، والأشخاص ليلا ونهارا بصفة استثنائية² .

-الغلق المؤقت لقاءات العروض الترفيهية ولأماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها وتحديد مواعيد فتح المحلات العامة وإغلاقها .

-تحديد مناطق الحماية والأمن التي تنظم فيها إقامة الأشخاص .

وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال وللاقامة والمرور في أماكن أو أوقات معينة والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم والترخيص بتفتيش الأشخاص و الأماكن دون التقيد بأحكام القانون .

¹ المادة 06 من المرسوم سابق الذكر

² المادة السابقة من المرسوم السابق .

-الأمر بمراقبة الصحف والنشرات والمطبوعات والمحركات والرسوم وكافة وسائل التعبير والدعاية والإعلان قبل نشرها ، وضبطها ومصادرتها وتعطيلها وتوقيفها وإغلاق أماكن طبعتها على أن تكون الرقابة على الصحف والمجلات ووسائل الإعلام مقصورة على الأمور التي تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومي .

-سحب التراخيص بالأسلحة والذخائر والمواد القابلة للانفجار والمفرقات على اختلاف أنواعها، والأمر بتسليمها وضبطها وإغلاق مخازن الأسلحة .
- إخلاء بعض المناطق أو عزلها.

-منع التجول في أوقات معينة وتفتيش المساكن ومنع المظاهرات والإضرابات.

-مراقبة نقل الأشخاص والأشياء في الموانئ والمطارات والمحطات البرية.

- ومنع كل مظاهرة يحتمل فيها الإخلال بالنظام والطمأنينة العمومية ¹.

-تعليق نشاط المجالس المنتخبة وحلها، إذا بدرت منها تصرفات عاتقة مثبتة أو معارضة

معلنة من طرفها ، من تعطيل العمل الشرعي للسلطات العمومية ².

-يجوز إحالة القضايا الخطيرة الماسة بأمن الدولة إلى المحاكم العسكرية بدلا من المحاكم

المدنية ³. وخلاصة القول أن تطبيق حالة الطوارئ كحالة من حالات الظروف الاستثنائية

يؤدي إلى المساس بحرية المواطنين وتقييدها من خلال توسيع سلطات الإدارة كما تنص

عليه الدساتير والقوانين ، مما يزيد من صلاحياتها خاصة في ظل استخدام مفرط للسلطة

التقديرية بما يحقق لها مواجهة هذه الظروف الاستثنائية بهدف الحفاظ على النظام العام ،

وبذلك قد تتجاهل الإدارة في ظل هذه الظروف حريات الأفراد . إضافة إلى ذلك ، فحسب

نص المادة (06) من المرسوم الرئاسي المشار إليه أعلاه ، فإن تدخل السلطة التنفيذية

¹المادة 10 من المرسوم السابق

²المادة 10 من المرسوم السابق

³رشدي اسبايطي ، المرجع السابق ، ص 83

المتتمثلة في وزير الداخلية تبدو واسعة النطاق-على مستوى التراب الوطني -حيث يحق له :

-إنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين.

-منع الإقامة أو وضع تحت الإقامة الحرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام .

-تحديد أو منع الاشخاص و السيارات في أماكن و أوقات معينة .

ومن ثم يمكن القول بأن حالة الطوارئ تشبه إلى حد ما حالة الحصار من حيث إجراءات الإعلان عن كل منهما، وأن شرط تمديدهما يكون بقبول نفس الجهة مع توافر معيار الضرورة الملحة لإعلانها .

2-الحالة الاستثنائية وأثرها على الحريات

إذا ما تزايد الخطر على أمن الدولة وأصبح النظام العام مهددا ، يلجأ رئيس الجمهورية إلى إعلان الحالات الاستثنائية ، طبقا للقواعد والشروط الواردة خاصة بالمادة 93 من الدستور . وسنتين من خلال هذه النقطة كيف يتم تقييد الحريات العامة في ظل إعلان رئيس الجمهورية للحالة الاستثنائية.

أ-تعريف الحالة الاستثنائية الحالة الاستثنائية هي : (التعبير القانوني للسلطات في حالة أزمة مرتبطة بوضع قائم هو الظروف الاستثنائية ، هذه الظروف يمكن أن بدورها : حالة أزمة تمس كل السكان وتشكل خطرا على الوجود المنظم للجماعة التي يتكون منها أساس الدولة)¹ .

¹ انظر المادة 93 من دستور 96

وبالنسبة للدستور الجزائري فإن رئيس الجمهورية هو الذي يقرر الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالية أو سلامة ترابها. ولم يبين الدستور الجزائري ما هي شروط إعلان الحالة الاستثنائية ، فقط اشترط أن لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري ، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء¹.

ب-مدى المساس بالحريات العامة في ظل إعلان الحالة الاستثنائية

إن إعلان الحالة الاستثنائية يؤثر بطريقة غير مباشرة على حريات الأفراد ، كما أن إمكانية المساس بهذه الحريات وارد جدا وهذا راجع للأسباب الآتية :

-لم يحدد دستور ما هي الحالات الاستثنائية ولم يعرفها ، ولذلك فالدستور ترك الباب مفتوحا لرئيس الجمهورية أن يحدد إعلان الحالة الاستثنائية متى تبين له ذلك .

-الطابع الاختياري في استشارة رئيس الجمهورية كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري ، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء ، " لأن رئيس الجمهورية ملزم بطلب الرأي وليس التقيد بمضمونه ، وهو ما يفيد أن الاستشارة هي للإعلام فقط ، ومن أهم الآثار الناتجة عن الحالة الاستثنائية طبعا للدستور، تخويل رئيس الجمهورية صلاحيات اتخاذ كل إجراء يراه ضروريا للحفاظ على استقلال الوطن .

¹محنين أحمد ، لحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ،الجزائر

وسلامة أرضه ومؤسساته الدستورية، ويعتبر كل ما يتخذه في ذلك من أعمال السيادة لا يخضع للرقابة سواء من قبل المجلس الدستوري باعتباره قرارا تنظيميا أو من قبل القضاء " مجلس الدولة" ، إذ لا يمكن بطلان قرار إعلان الحالة الاستثنائية لأسباب موضوعية غير مقبول إطلاقا لأنه يتعلق بأعمال السلطة التنفيذية¹.

المبحث الثاني : ضوابط وضمانات حماية الحريات في ظل تطبيق نظرية ظروف استثنائية

فيما يتعلق بالقيود الواردة على سلطة الضبط الماسة بالحرية، فإن القضاء الإداري صاغ ضوابط وطبقها و المتمثلة أساسا في : عدم مشروعية الخطر المطلق للحرية، إذ تتبع ضمانات دستورية من طبيعة النظام السياسي وهذه الضمانات منها سياسة التي تمثل أسس التي يقوم عليها، ومنها القانونية و المتعلقة بالقواعد القانونية التي تضبط السلطة وتحدد لها غاياتها، إلا أن ممارسة هذه الحريات تتأثر بالنظام العام داخل الدولة، وقد تتأثر بالنظام العام " الخارجي "، لذا فإن المشرع دستوري وضع قيودا على ممارسة تلك الحريات حفاظا على ضوابطها وضمانها و استمراريتها تكريسا للديمقراطية وتطبيقا للقانون، ولذلك سنحاول بيان حالات وضوابط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية (المطلب الأول)، وبيان ضمانات حماية الحقوق والحريات في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية (المطلب الثاني) .

¹ محكمة القضاء الإداري الطعن، رقم 7 بتاريخ 14 ديسمبر 1954، السنة 9، ص 134 .

المطلب الأول: حالات وضوابط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية :

نظم الفقه نظرية الظروف الاستثنائية¹ و صاغت لها تشريعات وضوابط وشروط محددة وكان التشريع الفرنسي سابقا لذلك وسنأخذه مثلا لدراسة مع الإشارة لكيفية معالجة التشريع الجزائري لهذه الضوابط .

أولا : تنظيم التشريع للظروف الاستثنائية :

عرفت نظرية الظروف الاستثنائية تنظيما لها في التشريع العادي الفرنسي في بعض القوانين التي اختصت السلطة التشريعية البرلمان الفرنسي بإصدارها طبقا للدستور. ومن أهم تلك القوانين في هذا المجال قانون الأحكام العرفية الصادر في 09 أوت عام 1849 المعدل في 20 ديسمبر 2004² حيث نصت المادة الأولى منه على "أن تعلن الأحكام العرفية في حالة الخطر الداهم على الأمن الداخلي أو الخارجي"³.

وحدد المشرع الفرنسي مصادر الخطر في أمرين هما :

الحرب الخارجية والاضطرابات المسلحة بما يساهم في الحد من احتمالات تعسف السلطة التقديرية في هذا الصدد كما نصت المادة 36 من الدستور الفرنسي على أن تعلن الأحكام العرفية بأمر من مجلس الوزراء ولا يجوز أن تمتد لأكثر من اثني عشر يوما إلا بإذن من البرلمان⁴. ويستفاد ضمنا من هذا النص أن المختص بإعلان حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية هو رئيس الجمهورية الذي يختص بالتوقيع على المرسوم الذي يعده مجلس الوزراء طبقا للمادة 13 من الدستور الفرنسي. ويرى البعض من الفقه أن هذا القانون جاء ليغطي حدوث الكوارث العامة التي يجب أن تصل إلى درجة من الأهمية

¹ سامي جمال الدين ، المرجع السابق، ص 324-325

² L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure

³ L'état de siège est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement

⁴ سامي جمال الدين، المرجع السابق، 325

بحيث تخرج عن حيز الخصوصية والفردية إلى مستوى العمومية التي تنتشر فيها النتائج إلى كامل إقليم الدولة أو إلى جزء يعتد منها ويمتد فيها الأثر إلى مجموع الأمة¹ ، كما نظم المشرع الدستوري في فرنسا تنظيم الظروف الاستثنائية لأول مرة في الدستور الصادر في 13 ديسمبر 1799 دستور السنة الثامنة حين قضت نطاقا المادة 92 على أنه في حالة الثورة المسلحة أو الاضطرابات التي تهدد أمن الدولة فإنه يمكن بقانون يوقف سريان الدستور في الأماكن والمدن التي يحددها هذا القانون.

ويمكن يعلن هذا الوقف بواسطة الحكومة إذا كانت الهيئة التشريعية في إجازة بشرط أن تدعى الهيئة للاجتماع في أقرب وقت ممكن وأن ترد هذه الدعوى في القرار نفسه الذي أوقفت فيه سريان الدستور لعرض الأمر عليه²، ويلاحظ من هذا النص الدستوري أنه قد أجاز للقانون العادي بل وبقرار أداري إيقاف الدستور على نحو مؤقت وذلك في حالة الثورة المسلحة أو الاضطرابات التي تهدد سلامة الدولة. بل أعطت للسلطة التنفيذية واسعا للحركة والتصرف فهي تستطيع أن تطلب من البرلمان إذا كان قائما إيقاف الدستور كله أو بعض مواده في كل البلاد أو في جزء منها.

¹ المرجع نفسه ، ص 41

² يحي الجمل ، المرجع السابق ، ص 118

وتستطيع الحكومة نفسها بقرار منها أن تفعل الشيء نفسه في حالة غياب البرلمان. بشرط أن تدعوه للانعقاد في قرارها نفسه التي وقفت به الدستور مع أن النص لم يحدد مدة يوجب انعقاد البرلمان فيها فالنص أطلق يد السلطة فيما تتخذ من إجراءات ولم تضع على تلك السلطة قيوداً من أي نوع كان¹.

وبصدور شامل يواجه فترات الأزمة مواجهة تختلف اختلافاً جذرياً عن المواجهات العادية كما وأنها ذات علاقة وثيقة بالمادة 5 من الدستور الفرنسي² تنص على أن: "يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور وهو يضمن باعتباره حكماً، السير المنتظم للسلطات العامة واستمرار بقاء الدولة، وهو الضمان للاستقلال الوطني، وعدم المساس بإقليم الدولة، واحترام اتفاقيات مجموعة الدولة الفرنسية والمعاهدات"³، ويترتب على تطبيق النظام الاستثنائي الذي حددته المادة 16 من الدستور الفرنسي وضع سلطة فخمة في شتى الميادين في يد رئيس الجمهورية إلى المدى الذي يصبح فيه الحديث عن فصل السلطات، أو استقلال بعضها عن بعض حديثاً غير وارد. ذلك أن السلطات توشك أن

¹ ARTICLE 16. Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle 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 volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens 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. Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 114
³ يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 139

تتركز في يد الرئيس¹. بمقتضى المادة المذكورة التي تعطيه الحق في اتخاذ كافة الإجراءات التي تقتضيها ظروف الأزمة على أن تستهدف تلك الإجراءات عودة الأوضاع الدستورية².

ولقد نبه الفقه الفرنسي بعد صدور دستور 1958 خطورة المادة 16 لما تعطيه من سلطات استثنائية واسعة لرئيس الجمهورية توشك أن تكون مطلقة وأن ذلك من شأنه أن يمكنه من ايجاد أزمة مفتعلة يستطيع من خلالها القيام بانقلاب مشروع في الظاهر من دون أن يقابله أي عائق قانوني يحول دون نجاحه حتى يصبح كل شيء سهلا عند تطبيق المادة 16 ومن ثم يستطيع رئيس الجمهورية أن يتدخل في كل نطاق وأن يلغي حقوق وضمانات الموظفين كافة. فالنص من الغموض والانتساع ما يسمح لرئيس الجمهورية أن يصل بسلطته إلى أي مدى يريد ما دامت من دون تعديل الدستور نفسه وهكذا أعتبر الفقه أن تطبيق المادة 16 من شأنه أن يؤدي إلى قيام ديكتاتورية مؤقتة إذ ليس هناك أخطر على الحرية من النظم الاستثنائية وتركيز السلطات بين شخص واحد .

ويلاحظ من قراءة نص المادة 16 أنها اشترطت لاستخدامها وجوب توافر

مجموعتين من الشروط منها موضوعية ومنها شكلية ، وتتمثل فيما يلي :

1-وجود خطر جسيم يهدد المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداته الدولية لا يمكن مواجهتها بالوسائل العادية³ .

¹ المرجع نفسه ، 138

² سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 117.

³ عبد الغني بسيوني، المرجع السابق ، ص 45

2- أن يكون هذا الخطر الجسيم حالاً أي واقعا بالفعل أو على وشك الوقوع على نحو مؤكد¹ أما إذا كان يحتمل وقوعه بعد فترة زمنية فلا يستطيع رئيس الجمهورية استخدام صلاحياته الاستثنائية من أجل معالجة الظروف الطارئة المتوقع حدوثها فالخطر الجسيم هو الخطر غير المتوقع وغير ممكن دفعه والتغلب عليه بمراعاة الأنظمة القانونية العادية

3- أن يؤدي ذلك الخطر إلى إعاقة انقطاع السير المنتظم للسلطات العامة عن أداء وظائفها أما إذا لم ينجم عن الظروف الطارئة اختلال في عمل المرافق الدستورية العامة فلا يستفيد رئيس الجمهورية من السلطات الاستثنائية .

4- أن يتخذ رئيس الجمهورية كافة الإجراءات الكفيلة بإعادة الأمور إلى نصابها مستلهما في الصالح العام وقيام المرافق العامة بمهامها العادية في أقرب وقت ممكن ومن أهم تلك الإجراءات ما يصدر في صورة قواعد عامة وبالتالي تعد عملاً لائحياً وهي التي أطلق عليها الفقه اصطلاح لوائح الأزمات الخاصة.

- أما الشروط الشكلية التي اقتضت المادة 16 مراعاتها استكمالاً للشروط الموضوعية فهي تتمثل بما يلي :

1 إجراء استشارات رسمية مع رئيس الوزراء ورؤساء مجلس البرلمان والمجلس الدستوري، وهي غير مقيدة لرئيس واقعياً ، إذ يستطيع اتخاذ القرار في النهاية بمفرده² وتوقيعه وحده³.

¹ سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 169

² يحيى الجمل، المرجع السابق ، ص 134

³ سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 150

2- قيام رئيس الجمهورية بتوجيه بيان إلى الأمة يعلن فيه أنه اتخذ القرار بإعمال المادة 16 من الدستور لمواجهة الظروف عن طريق رسالة يوجهها إليها عند اتخاذه الإجراءات الاستثنائية. وهي مجرد إحاطة الأمة بالأوضاع الخطيرة التي تمر فيها البلاد. وتوضيح الأسباب التي دعت إلى استخدام هذه الإجراءات.

ثانيا : ضوابط نظرية الظروف الاستثنائية¹ :

إذا كانت الظروف الاستثنائية تعمل على توسيع قواعد المشروعية العادية و تفعيلها بما يتلاءم مع ما تمليه هذه الظروف من أحكام فإن ذلك لا يعني إطلاق سلطة الإدارة من دون قيود أو ضوابط لما تتضمنه نظرية الظروف الاستثنائية من مخاطر جسيمة بسبب ما تمنحه من سلطات خطيرة للإدارة تهدد حقوق وحرريات الأفراد للخطر خاصة وأنه ليس ثمة معيار قاطع لما يعتبر ظرفا استثنائيا. لذلك وحتى لا تسرف الإدارة في استعمال سلطتها الواسعة بحيث تتقلب إلى سلطة تحكيمية مطلقة ومعول هدم ومبرر لاعتداءات متكررة. وضع القضاء الإداري في فرنسا والجزائر وتبعهما الفقه شروطا معينة ينبغي توافرها مجتمعه تلتزم بها الإدارة عند ممارستها لسلطتها الاستثنائية وإلا عدت أعمالها مشوبة بالبطلان وموجبة للتعويض ويمكن حصر هذه الشروط بما يلي :

1-تحقق الظرف الاستثنائي : ويتمثل هذا الظرف بوجود تهديد بخطر موجه ضد الدولة وهو أهم الشروط اللازمة لقيام هذه النظرية وهذا الخطر الذي قد يكون داخليا كالكوارث الطبيعية الاقتصادية أو العصيان المسلح والمظاهرات غير المسلحة ، وقد يكون خارجيا كالحروب ويستقر الفقه على وجوب توافر وصفين في هذا الخطر وهما الجسامة والحلول وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الخطر يكون جسيماً² إذا كان من غير الممكن دفعه بالوسائل القانونية العادية فإذا أمكن دفعه بهذه الوسائل لا يعد جسيماً ، أما بالنسبة لصفة الحلول فإن الخطر الحال يعني أن تبلغ الأحداث أو الظروف حداً تؤدي معه حالا

¹ سامي جمال الدين، المرجع السابق ، ص 181

² سحنين أحمد ، الحريات العامة في ظل ظروف استثنائية ، المرجع السابق ، ص 50 و ما بعدها.

ومباشرة إلى المساس بالمصلحة موضوع الحماية ، ما يعني وجود تهديد بخطر جسم حال موجه ضد الدولة .

وينبغي تحديد محل أو موضوع التهديد بالخطر إذ لا يكفي اشتراط أن يوجه التهديد إلى الدولة لأن اصطلاح الدولة ينصرف بصفة عامة إلى موضوعات مختلفة و ومع ذلك يمكن تحديد الدولة إما بأحد عناصرها الشعب بأشخاصه وأمواله أو الأقاليم أو المؤسسات الدستورية الحاكمة وإما بكل هذه العناصر وهذا ما جاء في نص المادة 93 من دستور 1996 بقولها : "إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها¹ ، سواء كانت المخاطر الجسيمة داخلية أو خارجية، كالعدوان والحصار ومحاولة تخريب المصالح الحيوية للدولة² وبمقارنة هذه المادة بالمادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 يتبين لنا أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يستدرك النقص المتعلق بتنفيذ التعهدات الدولية كما فعل المؤسس الدستوري الفرنسي³ .

¹ المادة 93 من دستور 1996، ج ر ، رقم 76 ، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 .

² تميمي نجاه، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، رسالة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ،جامعة الجزائر، سنة 2002/ 2003 ، ص 57 .

³ قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالي الحصار والطوارئ، ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر، مقال للدكتور غضبان مبروك والأستاذة غربي نجاح ،مجلة الفكر، العدد العاشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 17 .

2- صعوبة مواجهة الظرف الاستثنائي يسلم الفقه بوجود لجوء الدولة في حالات الخطر الداهم إلى إجراءات على مستوى الوطني لدرء الخطر الذي تواجهه ولوقاية كيانها والمحافظة على سلامتها والإدارة في هذا تتصرف على أرض الواقع وليس وفقا للقانون ولا بناء على نظرية قانونية. حيث يطغى حكم الواقع بصفه مؤقتة على حكم القانون، فالخطر الموهوم الذي ينشأ في ذهن أو تصور أو خيال السلطة التنفيذية وحدها لا يعد خطرا حالا وجسيما ولا يجوز للإدارة أن تتذرع بوجود ظرف استثنائي غير مؤكد حدوثه إذ في مثل هذه الحالة تكون أعمالها المستندة إلى وجود هذا الظرف الاستثنائي غير مشروعة وباطلة لعدم صحة الحالة الواقعية الاستثنائية التي أسست عليها الإدارة أعمالها الاستثنائية أي بطلان السبب الذي استندت إليه الإدارة وكل هذه الأمور تخضع لرقابة القضاء الذي سيتولى وزن الإجراء ومناسباته ومبرراته.

2- تناسب الإجراء المتخذ مع الظرف الاستثنائي

يحدد معيار جسامه الخطر بأن يخرج على الأقل عن إطار المخاطر المتوقعة أو المعتادة في حياة الدولة فهو خطر غير مألوف وعروف على وجه الدقة ولا حيث النوع أو المدى، فالظرف الاستثنائي يتحقق وجوده بوجود حوادث خطيرة مجتمعة يستحيل على الإدارة مواجهتها بالوسائل والطرق العادية .

إن مسألة التناسب تدرج في إطار السلطة التقديرية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في القانون الدستوري الجزائري، وبموجب مسؤولياته في الدولة، فهو القائد الأعلى للقوات المسلحة والمسؤول عن العلاقات الخارجية يفترض فيه حتما أن يعرف مصادر الأخطار وطبيعتها وإمكانية وقوعها وعلى هذا الأساس فهو الذي يقرر أو يعلن الحالات الاستثنائية¹.

¹ سحنين أحمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 50

3- ابتغاء المصلحة العامة من التصرف الاستثنائي إن شرط المصلحة العامة هو شرط جوهري في كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة سواء أكانت الظروف عادية أم استثنائية وان أي عمل تتخذه الإدارة يجب إن يقصد به تحقيق مصلحة عامة وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق إغراض شخصية ، والإدارة يجب أن تهدف إلى دفع هذه الظروف ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة وهذا هو الهدف الخاص فإذا ما أخلت الإدارة واستعملت سلطتها الواسعة في أي هدف آخر من أهداف المصلحة العامة كان تصرفها مشوباً بانحراف السلطة¹..

المطلب الثاني : ضمانات حماية الحقوق والحريات في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية:

رغم الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها الإدارة في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ، حيث يقل الاهتمام بحريات الأفراد ، إلا أنه توجد العديد من الضمانات التي تحول دون استبداد وتعسف الإدارة في المساس بتلك الحريات ، وهذه الضمانات تستند أساساً في وجودها إلى الفقه الفرنسي ، وأهم هذه الضمانات تتمثل في ما يلي :

1- أساس مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تنجم عن الإجراءات التي تتخذ بمناسبة الظروف الاستثنائية :

لم يتفق القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر على أساس مشترك لهذه المسؤولية ، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن هذا الأساس يكمن في نظرية المخاطر أو تحمل التبعة ، وضرورة مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة ، والتي من مقتضاها أن تسأل الإدارة عن الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء أعمالها تكليف طالب التعويض أن يثبت خطأ الإدارة ، وبذلك يجوز للقضاء الإداري أن يحكم بالتعويض للأضرار التي لحقت الغير رغم اعترافه بمشروعية تصرف الإدارة ، في حين أن مجلس الدولة المصري

¹أمير حسن جاسم، المرجع السابق، ص 243 وما بعدها

يرى ضرورة إقامة هذه المسؤولية على أساس الخطأ الذي يسبب ضررا للغير وقيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر.¹

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة المصري يفرق في هذا الخصوص بين الخطأ المعترف في الظروف العادية ، والخطأ المعترف في الظروف الاستثنائية ، إذ تقول المحكمة الإدارية العليا بيانا لذلك أنه يتعين التفرقة في مسؤولية الدولة بين ما يصدر عن السلطة العامة من تدابير وتصرفات ، وهي تعمل في ظروف عادية ، تتاح لها فيها الفرصة كاملة للفحص والتبصر والروية ، وبين ما تضطر إلى اتخاذه من قرارات وإجراءات عاجلة تملئها عليها ظروف طارئة ملحة غير عادية ، لا تمهل للتدبر ، ولا تتحمل التردد، كالحرب والفتنة والوباء والكوارث ، ففي الحالة الأولى تقوم مسؤوليتها متى وقع ثمة خطأ من جانبها ترتب عليه ضرر للغير ، وقامت بين الخطأ والضرر رابطة السببية ، وتتراوح هذه المسؤولية تبعا لجسامة الخطأ والضرر ، أما في الحالة الثانية، فالأمر جد مختلف إذ يوزن الخطأ بميزان مغاير وتقدر المسؤولية على هذا الأساس ، فما يعد خطأ في الأوقات العادية ، قد يكون إجراء مباحا في أحوال الضرورة الاستثنائية ، وتندرج المسؤولية على هذا الأساس ، فلا تقوم كاملة إلا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائيا جسيما يرقى إلى درجة التعسف المتعمد المصطبب بسوء القصد² .

¹ رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 30

² BIRAT, la théorie des circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence de conseil d'Etat, Thés, paris, 1950, p 452

وا إذا كان للإدارة طبقاً لهذه النظرية وكما ذكرنا أن تعدل القوانين القائمة أو تلغيها أو تعطل نفاذها وذلك بما تملكه من سلطة لائحية ، فإن ذلك مشروط في الواقع بأن تكون هذه التدابير أو تلك الإجراءات لازمة وضرورية لمواجهة الظروف الاستثنائية وصيانة النظام العام وضمان سير المرافق ، بل وأن تكون هذه التدابير متلائمة أو متناسبة هذه الظروف ، إذ الضرورة تقدر بقدرها كما بينا ، ولهذا يجمع الفقه والقضاء على ضرورة توافر شروط معينة لإمكان تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية¹ وهو ما نبينه في العنصر التالي :

2 - شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية :

لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية إلا إذا تحققت عدة شروط استخلصها فقهاء القانون الإداري من اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي ، وأهم هذه الشروط:

أ- وجود خطر جسيم وحال يهدد سلامة الدولة وأمنها وذلك بصرف النظر عن مصدر الخطر والذي قد يتمثل في كوارث طبيعية-حالة حرب - إضرابات... الخ والخطر الجسيم هو الخطر غير المعتاد غير المألوف أما كون الخطر حال فيقصد به أن يكون قد وقع بالفعل ولم ينته بعد أو وشيك الوقوع ، وأخيراً يجب أن يهدد هذا الخطر سلامة الدولة أي أحد عناصرها والمتمثلة في الشعب أو الإقليم أو السلطة السياسية².

ب - عجز الطرق العادية أو الوسائل القانونية والدستورية عن مواجهة الخطر الذي يهدد أمن الدولة وسلامتها ، بحيث يعتبر الإجراء أو التدبير الذي اتخذته الإدارة إعمالاً لنظرية الظروف الاستثنائية هو الإجراء أو التدبير الوحيد الملائم لدفع هذا الخطر .

¹ رمضان محمد بطيخ، مرجع سابق، ص 31

² عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة في القانون المصري والفرنسي ، رسالة دكتوراه ، طبعة 1954 ، ص 25 وما بعدها.

ج - أن يكون هدف الإدارة من تصرفها ابتغاء مصلحة عامة ، جدية ومحقة¹.
والمقصود بالمصلحة الجدية هنا أن الإدارة تعتمد على أسباب جوهرية في تبرير تصرفها ، بحيث لو لم تتصرف على هذا النحو الذي اتخذته لاختل النظام العام أو توقف سير المرافق العامة.

والمقصود بالمصلحة المحققة أن تكون الأسباب التي اعتمدت عليها الإدارة لتبرير الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها حقيقة وليست وهمية، وإلا عدت أعمالها باطلة لعدم صحة الحالة الواقعية التي أسست عليها الإدارة أعمالها الاستثنائية . أي لبطلان السبب الذي استندت إليه الإدارة في ذلك².

د- يتعين أن يتناسب الإجراء الاستثنائي الذي تقوم به الإدارة مع الظرف الاستثنائي الذي تواجهه ، فلا يتسع نشاط الإدارة هنا إلا بالقدر الذي يمليه هذا الظرف ، بمعنى أن تتناسب سلطة الإدارة التي تستعملها مع ما يجب عليها اتخاذه لمواجهة الظرف الاستثنائي³.

-إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على هذا النحو كان للإدارة أن تتدخل لمواجهةها ، ومن ثم اتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهة ما يترتب عليها من نتائج أو آثار ، ولكن هذا لا يعني أن الإدارة حرة طليقة من كل قيد في هذا الخصوص بحيث تستطيع بحجة مواجهة الظروف الاستثنائية وصيانة الأمن والنظام العام في المجتمع-أن تتخذ ما تشاء من هذه الإجراءات وتحذر بالتالي وكما تريد حريات الأفراد وحقوقهم، وإنما تخضع في ذلك لرقابة القضاء الذي يرى ما إذا كانت الضرورة متوافرة حتى يقوم حق الضرورة وتنتفي المسؤولية ، فإذا لم تتوافر هذه الأركان ، فليست هناك ضرورة ويكون

¹ بنظر محمد رفعت عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 240.

² محسن خليل ، القضاء الإداري اللبناني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1982 ، ص 156.

³ أحمد يسري ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، 1991 ، ص 178 .

العمل الصادر من الإدارة في هذه الحالة موجبا للمسؤولية إذا كان ماديا ، وباطلا إذا كان قرارا إداريا . مع ملاحظة أن مناط هذه الرقابة ليس التحقق من مشروعية الإجراء أو القرار من حيث مطابقته للقانون، وإنما على أساس توافر الظروف الاستثنائية أو عدم توافرها .

3- خضوع إجراءات وأعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء الإداري :

من القيود التي تفرض على الإدارة في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مراقبة القضاء لها، إذ أنه تخضع شرعية الإجراءات التي تتم مباشرتها أثناء هذه الظروف لضمان القضاء. وقد استقر رأي الفقه والقضاء في فرنسا على أن ما تتخذه سلطة الضبط في حالة الظروف الاستثنائية من تدابير وإجراءات هي من قبيل الأعمال الإدارية التي تخضع للرقابة القضائية ، ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، حكمه الصادر سنة 1915 في قضية Delmotte et Senmartin خلال فترة الحرب العالمية الأولى¹ .

كما استقرت أحكام القضاء المصري على إخضاع أعمال الإدارة العرفية لرقابته ، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى : (أن أعمال سلطة الطوارئ تخضع للطعن فيها...، وان التدابير التي اتخذها أو سيتخذها القائم على إجراء الحكم العربي تنفيذا لهذا النظام سواء كانت تدابير فردية أو تنظيمية ليست لإجراءات إدارية.. يجوز الطعن فيها أمام المحكمة ، وللمحكمة أن تقضي بإلغائها وان توقف تنفيذها إذا كانت مخالفة للقانون)²

¹ محكمة القضاء الإداري - حكمها في القضية رقم 588 - سنة 3ق1952 : ، المجموعة، سنة 6، ص 1266
² تقيدة عبد الرحمن، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، عنابة، سنة 1990، ص

أما في الجزائر فقد نصت المادة 162 من دستور 1996 على أن " :المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور وفي ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها " .إلا أن عبارة... : في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور وفي ظروف استخدام الوسائل المادية... "تفيد إمكانية إخضاع السلطة التنفيذية للرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية إلا أن فعالية الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية تقوم على استقلالية الجهاز القضائي ، وقوته المتمثلة في خيرة رجاله وهكذا لنا أنه على الرغم من اتساع صلاحيات الإدارة في حالة تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية إلا أنها ذلك تخضع لرقابة القضاء للتأكد من مشروعيتها.

خلاصة الفصل الأول :

في ظل تطبيق الظروف الاستثنائية نتطرق إلى تعريفاتها المختلفة من الناحية القضائية و الفقهية، فإن المشرع منح للإدارة صلاحيات واسعة لمواجهة تلك الظروف بما يهدف لحماية النظام العام وتحقيق المصلحة العامة في المجتمع، لذلك قد تستخدم الإدارة وسائل غير عادية لا تضر بالحريات العامة التي ضمنت حمايتها الدساتير و المواثيق الدولية خاصة في حالة الطوارئ وكذا النصوص الدستورية الجزائرية التي تطبقها الدولة في حالة تعرضها إلى ظروف استثنائية و التي تهدف من خلالها إلى حفظ النظام العام وضمان المرافق العامة بانتظام واطراد.

الفصل الثاني:

الظروف الاستثنائية وحالة الطوارئ كإجراء
قانوني لتطبيق الأمانة وحماية الحريات

تمهيد :

إن الحديث عن نظرية الظروف الاستثنائية مرتبط بظروف خاصة ، الدولة في مؤسساتها واستقرارها ، فكما كان الظرف استثنائيا تصيب كثر الحديث عن حقوق وحریات الأفراد .

ولعل تقييم الظرف الاستثنائي في بلادنا له ما يبرره ، وذلك من خلال النص عليه في أحكام الدستور من جهة وإقراره من الناحية التطبيقية أثناء الأزمة .
ومهما يكن ، فإن توسيع صلاحيات السلطة التنفيذية (الإدارة) في ظل الظروف الاستثنائية بحجة استتباب الأمن حفظ النظام - إلى غير ذلك من المبررات - على حساب الأحكام القانونية بمختلف أنواعها أمر يحتاج إلى دراسة وإعادة النظر .

إن الإنزلاقات التي ميزت المرحلة الاستثنائية في بلادنا ، كادت أن تتسبب بالدولة كإطار حامي للفرد وللمجتمع ، ومما زاد في تأزم الوضع هو إنفلات أعمال الظروف الاستثنائية عن الرقابة القضائية ، الأمر الذي يفقد الثقة في هذه الأخيرة ويؤثر على مبدأ استقلاليتها .

لقد عرفت الجزائر نظرية الظروف الاستثنائية في مختلف دساتيرها ، فإذا كانت هذه الظروف تتشابه من حيث خاصية الاستثنائية ، إلا أنها تختلف من حيث شروط إقرارها ، فالفقه والقضاء الفرنسي ساهمت في ابتكار هذه النظرية وجعل لها قواعد بها .

المبحث الأول تنظيم نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري

باعتبار أن الظرف الاستثنائي يتطلب إجراءات استثنائية ، نحاول في هذا المبحث التطرق إلى كيفية تنظيم المشرع الدستوري للظروف الاستثنائية (حالة الحصار ، الطوارئ ، الحرب)، ثم تحديد الشروط الشكلية والموضوعية لإعلان حالة الطوارئ باعتبارها الموضوع الأساسي لهذا الفصل.

المطلب الأول التنظيم الدستوري للظروف الاستثنائية في الجزائر

قبل الحديث عن الظروف الاستثنائية وكيفية تنظيمها ، نود الإشارة إلى أن ظهور المفهوم التقليدي لحالة الضرورة في القانون الدستوري كان في أواخر القرن 19 في ألمانيا ، والتي كانت تعترف للسلطة الحاكمة باتخاذ مختلف الأوامر المستعجلة التي لها قوة القانون ، من شأنها أن تحافظ على حريات وحقوق الأفراد وسلطات السلطة التشريعية وتقييد السلطة التنفيذية ، ومن هذا المنطلق نجد مختلف الدساتير تضع شروطا شكلية وأخرى موضوعية من أجل تقرير مختلف حالات الظروف الاستثنائية¹. والجزائر كغيرها من الدول أقرت هذه الظروف الاستثنائية في دساتيرها المتعاقبة، انطلاقا من دستور 1963 الذي تضمن كل من حالة الحرب في المادة 44 والتدابير الاستثنائية الواردة في المادة 59، وصولا إلى دستور 1996 .

¹ Lamarque (j) la conception traditionnelle de la nécessité en droit constitutionnel RDP et sc politique LGDJ, 1961 p 596 à 612.

GHAOUTI (s) et etien (B): la légalité d'exception dans la constitution algérienne, in RASJEP N 4 1978.

فالمادة 44 تنص على أن لا يقوم رئيس الجمهورية بإعلان حالة للحرب وإبرام السلم إلا بموافقة المجلس الشعبي الوطني، ومن ثم نجد أن الدستور قد أخذ بالمفهوم العام لمصطلح الحرب، سواء كانت دفاعية أو هجومية، مع شرط موافقة نواب المجلس الشعبي الوطني على قرار إعلان الحرب، والذي يعد بمثابة رقابة على رئيس الجمهورية .

مع الإشارة إلى أنه في بعض الحالات يتعذر على رئيس الجمهورية جمع كل نواب المجلس الشعبي الوطني لإقرار حالة الحرب وذلك نظرا لضرورة السرعة في اتخاذ القرار¹

أما المادة 59 فإنها لم تأخذ بالضرورة الملحة التي حالتها الحصار والطوارئ ، بل أخذت بعنصر الخطر الوشيك الذي يهدر كيان الدولة واستقلال الأمة ، وكذا مؤسسات الجمهورية ، وذلك لتمكين رئيس الجمهورية أخذ الحيطة قبل وقوع الخطر مستقبلا ، مع إعطان سلطة تقرير نوعية الخطر الوشيك الوقوع ، وهذا ما يعبر عن الشروط الموضوعية لإقرار الحالة الاستثنائية، كما قد يفهم من معيار الخطر الوشيك الوقوع المنصوص عليه في المادة 59 معنيين الخطر الداخلي والخطر الخارجي وإقرار رئيس الجمهورية هذه الحالة نجد المادة 59 تنص على إجراءات استثنائية ، إلا أنها لم تحدد ماهيتها أو بعدها ، مما يفتح مجال السلطة التقديرية للرئيس ، ولا يمكن لأية مؤسسة دستورية مراقبته عند اتخاذه للإجراءات الاستثنائية² ، إضافة إلى شرط شكلي ثاني وهو اجتماع نواب المجلس الشعبي الوطني ، دون إعطاء هذه الأخيرة أية سلطة . هذا ما ورد بصفة عامة في دستور 1963 فيما يخص تنظيم الظروف الاستثنائية ، إلا أننا نجد عكس ذلك في الدساتير اللاحقة الأخرى وذلك بنوع من التفصيل ، وعليه سوف نتطرق لكل ظرف على حدى ، مع أكثر تفصيل لحالة الطوارئ .

¹ انظر بوقفة عبد الله - العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في الدستور الجزائري لعام 1963 بحث

ماجيسستير ، معهد الحقوق ، ابن عكنون - الجزائر - 1997 ص 68

² د. سعيد بوشعير - "النظام السياسي الجزائري" دار الهدى، عين ميله، الجزائر الطبعة 2، 1993 ، ص 57.

1- حالة الطوارئ "l'état d'urgence"

ظهرت حالة الطوارئ كنتيجة لمرحلة كانت تعيشها مؤسسات الدولة الفرنسية من الناحية الأمنية وعجزها الكلي على مواجهة الثورة الجزائرية ، وكذلك مفهومها الخاطئ للقدرة التحريرية للشعب الجزائري¹.

ولقد كانت تفرض هذه الحالة على التراب الجزائري من أجل مواجهة الأوضاع التي كانت سائدة آنذاك ، فكانت حالة الطوارئ آنذاك بمثابة نظام استثنائي تمنح فيه السلطات المدنية امتيازات استثنائية غير عادية ، ومن شأن هذه الحالة أيضا عند الإعلان عنها أن تقلص من ممارسة الحريات العامة التي لا يسمح المساس بها في الظروف العادية².

أعلنت الدساتير الجزائرية عن حالة الطوارئ ، في المادة 119 من دستور 1976 ، والمادة 86 من دستور 1986 ، والمادة 91 من دستور 1996 ، أما من الناحية التطبيقية فلقد طبقت حالة الطوارئ بموجب المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في 09 فيفري 1992، وذلك لمدة اثنا عشر شهرا على كامل التراب الوطني .

ولعل تطبيق هذه الحالة كان من أجل:

- ضمان استقرار المؤسسات

-الحفاظ على النظام العام

-ضمان أمن الأشخاص والممتلكات

-تأمين السير الحسن للمصالح العمومية .

¹أنظر القانون 55-385 الصادر في 03/04/1955، والأمر 60-372 الصادر في 15/04/60 المعدل والمتمم لنصوص المواد 1-2-3.

²أنظر تمدنازا اعمر، "الحريات العامة والمعايير القانونية"، رسالة لنيل درجة الماجستير ، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الإدارية الجزائر، سنة 01/02 ، ص 120.

مع الإشارة أيضا إلى أن حالة الطوارئ يعلن عنها بنفس طريق إعلان حالة الحصار أي بموجب مرسوم رئاسي ، في إطار مجلس الوزراء ، لكن حالة الطوارئ المعلن عنها بموجب المرسوم الرئاسي المشار إليه أنفا أعلن عنها بموجب اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري ، مع ملاحظة غياب رئيس الجمهورية المستقيل في 11 جانفي 1992 ، وتولى رئيس المجلس الأعلى للدولة تقريرها . أما المادة 86 من دستور 1989 تنص على أن "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة ، حالة الطوارئ ، الحصار ، لمدة معينة بعد اجتماع¹..." . وعليه يفهم أنه لا يحق لرئيس الجمهورية تفويض صلاحياته الخاصة بالإعلان عن الحالات الاستثنائية .

ومن حيث مدة حالة الطوارئ ، فحسب المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 92-44 فهي مطبقة على كامل التراب الوطني لمدة (01) سنة واحدة عكس ما نجده في فرنسا ، حيث لا يمكن تمديد حالة الطوارئ إلا بموجب قانون ، أي بموجب موافقة السلطة التشريعية ، وهذا ما تم المناطق الداخلية للعاصمة باريس . أما من حيث النتائج المترتبة على حالة الطوارئ فيمكن للسلطة المدنية ممارسة سلطات الضبط² ، وللسلطات الإدارية إمكانية منع انعقاد الاجتماعات ، القيام بالتفتيش ليلا أو نهارا .

¹ أنظر المواد 1-2-3 من الأمر 60-372، المرجع السابق

² أنظر المادتين 09-10 من المرسوم 92-44، ه مرجع ع سابق

ومن ثم يمكن القول بأن حالة الطوارئ تشبه الى حد ما حالة الحصار من حيث إجراءات الاعلان عن كل منهما ، وأن شرط تمديدهما يكون بقبول نفس الجهة ، مع توافر معيار الضرورة الملحة لإعلانهما.

2- حالة الحصار

حالة الحصار هي حق عام معترف به في أنظمة دستورية أخرى ، تتميز بتوسيع سلطات استثنائية ، والتي يمكن في بعض الحالات أن تقلص من الحريات العامة المضمنة في الدستور والتشريعات الأخرى¹.

وهي حالة ذات صلة بالأعمال التخريبية أو الأعمال المسلحة حدوث بعض الكوارث الطبيعية ، وهذا ما قرر فعلا أثناء زلزال مدينة الشلف ، بينما حالة الطوارئ هي مرحلة تحضيرية وأولية للحالات الاستثنائية².

ولقد نصت مختلف الدساتير الجزائرية على حالة الحصار إلى "في ح جانب حالة الطوارئ ، فحسب المادة 119 من دستور 1976 " :الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة ، حالة الطوارئ أو حالة الحصار ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع" من خلال هذا النص الدستوري نجد أن:

- أن النص لم يفرق بين حالة الحصار وحالة الطوارئ وذلك باستعمال "أو" التي تفيد الإختيار.

¹ Rolan drago: "l'état d'urgence (crise des 03 avril et 07 août 1955) et les libertés publiques" RDP ,1955 p 693

² انظر د. فوزي أو صديق، الوافي في شرح القانون الدستوري ط 1، 1994 ، ج3، ص 133 .

- لرئيس الجمهورية سلطة تقديرية في تكيف حالة الضرورة وله حق اتخاذ القرار المناسب والضروري لحماية استقرار الدولة والمؤسسات وفرض النظام العام.

- أما دستور 1989 فلقد نص على حالة الحصار في المادة 86 : "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة ، حالة الطوارئ ، الحصار ، لمدة معينة بعد اجتماع..." والتي تضمنت أيضا حالة الطوارئ ، رغم اختلافها من حيث الدرجة والتأثير على الحريات العامة ، فالسلطات العسكرية تتمتع بكل الصلاحيات المخولة لها في هذه الظروف ، وهي في الأساس ذات طابع أمني بالدرجة الأولى ، الهدف منها هو حماية المؤسسات العامة والخاصة والأفراد على حد سواء¹ ، عكس حالة الطوارئ التي تعطي صلاحيات الحفاظ على النظام العام إلى هيئات الأمن المدنية.

ولقد أقر الدستور أحقية رئيس الجمهورية في الإعلان على إحدى الحالتين ، لتكون شاملة لمجموع التراب الوطني أو تقتصر على جزء منه فقط ، كما له حق تفويض سلطاته في تقرير الظروف الاستثنائية².

ولقد جاء في نص المادة الأولى من قانون حالة الطوارئ أنها تعلن إلا في حالة خطر داهم نتيجة لحرب خارجية أو على الفرنسي : عصيان مسلح³ "

ومن أجل إعلان حالة الحصار ، نصت المادة 86 من دستور 1989 على مجموعة من الشروط "يقرر رئيس الجمهورية ، إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن ، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري ويتخذ كل التدابير اللازمة

¹ انظر المادة 1 و2 من المرسوم الرئاسي رقم 91/196 الصادر في 04 جوان 1991 المتضمن حالة الحصار (ج ر 29)

² انظر المادة 83 من دستور 1989.

³ انظر المادة 2 من قانون 15 أبريل 1960 المنظم لحالة الطوارئ في فرنسا.

لاستتباب الوضع ، ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو حالة الحصار، إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني وهي :

1- شرط الضرورة الملحة : ومؤداه أنه لا يحق لرئيس الجمهورية إعلان إحدى الحالتين إلا إذا استدعت الضرورة لذلك ، بمعنى أنه مطالب بضمان استمرار تطبيق القوانين الدستورية والعادية مما يكفل له ضمان السير العادي للمؤسسات وحماية حقوق وحريات وممتلكات الأفراد .

2 -إقرار إحدى الحالتين لمدة معينة وذلك ضمانا لحقوق وحريات الأفراد... إلخ، حيث يمكن اعتبار هذه الحالات تهديدا أو خطرا كبيرا على هذه الحريات سواء كانت فردية أو جماعية... ففرنسا تعلن حالة الحصار عن طريق مرسوم يتخذه مجلس الوزراء لمدة إثني عشر (12) يوما، ولا يمكن تمديده إلا عن طريق البرلمان ، وفي أجل مدة محددة وبقانون ، وهذا بعد دراسة الآثار الناجمة عن إعلان هذه الحالة.¹

3-اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري ، يعد بمثابة قيد لإعلان حالة الحصار ، إلا أن نتائج الاجتماع أو الاستشارة غير ملزمة لرئيس الجمهورية ، فهي بمثابة إجراءات شكلية.

01¹ Voir juris classeur Pénal, lois pénales annexes N° 02, année 1986, p

أما بالنسبة لدستور 1996 ، فقد تضمن أيضا حالة الحصار إلى جانب حالة الطوارئ في المادة 91 منه ، لاشتراكهما في سبب الملحة الذي يعد شرطا أساسيا ولإعلانهما¹ ، ومن ثم فإن إعلان هذه الحالة هي من سلطات رئيس الجمهورية متى رأى حالة الضرورة ، كما له أيضا حق إعلان حالة الطوارئ متى رأى أيضا حالة الضرورة.

وانطلاقا من المادة 91 من دستور 1996 يتضح لنا أن الإعلان عن حالة الحصار يتطلب مجموعة من الشروط منها شكلية وأخرى موضوعية.

-الشروط الشكلية : وتتمثل على الخصوص في اجتماع المجلس الأعلى للأمن ، واستشارة كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري .

من خلال هذه الشروط يتضح لنا استحداث هيئة جديدة للاستشارة تتمثل في مجلس الأمة ، الذي يعد غرفة ثانية تمثل البرلمان ، عكس ما كان عليه الحال في دستور 1989 . الشرط الشكلي الثاني يتمثل في إمكانية تمديد حالة الطوارئ والمتوقف على موافقة البرلمان بغرفتيه المجتمعين معا (م.ش.و) و(م الأمة).

- الشروط الموضوعية : وتتمثل في شرط الضرورة الملحة التي ترك تقديرها لرئيس الجمهورية لإصدار حالة الطوارئ .

إضافة إلى شرط المدة المعينة التي تقرر بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة الهيئات المشار إليها آنفا .

¹تنص المادة 91 من د 1996 : "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الطوارئ أو الحصار ، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس الدستوري ، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع. ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو المجلس الشعبي الوطني ، ورئيس مجلس الأمة ورئيس الحكومة ، ورئيس المجلس الحصار ، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقدة بغرفتيه المجتمعين معا.

فمن خلال المادة 92 من دستور 1996 يتضح لنا بأن كل من حالة الحصار وحالة الطوارئ يتم تنظيمها بموجب قانون عضوي يصدر عن البرلمان بغرفتيه ، والمصادقة عليه بالأغلبية المطلقة لنواب المجلس وبأغلبية ثلاثة أرباع (3/4) أعضاء مجلس الأمة ، ولعل السبب في تنظيم حالة الحصار بموجب قانون عضوي يرجع لكون أنه في مثل هذه الحالات تهان الحريات العامة وتهدر حقوق الأفراد وتوسع سلطات الجهاز التنفيذي ، الأمر الذي يؤدي إلى تدخل الهيئة التشريعية الممثلة لإرادة الشعب والضامنة لحقوق وحريات الأفراد هذا من جهة ، وخضوع هذا القانون أيضا إلى رقابة المجلس الدستوري من جهة ثانية¹.

3- حالة الحرب "L'état de guerre"

تعتبر هذه الحالة كغيرها من الحالات التي سبق ذكرها ، نظمها المشرع وخصها بأحكام دستورية ، وذلك بموجب المواد 122 إلى 124 من دستور 1976 ، والمواد من 89 إلى 91 من دستور 1989 ، والمواد من 95 إلى 97 من دستور 1996 . ولعل الميزة الخاصة بحالة الحرب تتمثل في توقيف العمل بالدستور ، وذلك خلال مدة الحرب ، كما يتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات .

وإعلان حالة الحرب هو حق دستوري مخول لرئيس الجمهورية ، يشترط لإعلانها أن يكون العدوان واقعا فعليا أو على وشك الوقوع ، وذلك حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة . إلى جانب هذا ، ولإعلان حالة الحرب لابد من توافر بعض الإجراءات الشكلية ، حيث نجد أن دستور 1976 نص على:

✓ استشارة هيئة الحزب القيادية

✓ اجتماع الحكومة تحت رئاسة رئيس الجمهورية .

¹أنظر المادة 162 من دستور 1996 ، "المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع دستور..."

✓ الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن باعتباره هيئة مختصة بالاستشارة العسكرية والحربية لرئيس الجمهورية .

ونظرا لخصوصية هذه الحالة ، يلاحظ عدم استشارة المجلس الشعبي الوطني الممثل لإرادة الشعب والمعبر عن فكرة السيادة¹ ، عكس ما جاء في حالتى الحصار والطوارئ اللتان يشترط لإعلانهما إلزامية استشارة الهيئة النيابية.

أما بالنسبة لدستور 1989 فلقد اشترط :

- اجتماع رئيس الجمهورية بمجلس الوزراء.
- الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن .
- اجتماع المجلس الشعبي الوطني وجوبا
- توجيه رئيس الجمهورية خطابا للأمة .

أما دستور 1996 فقد اشترط ما يلي :

- اجتماع مجلس الوزراء.
- الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن
- استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني مجلس الأمة .
- وجوب اجتماع البرلمان بغرفتيه .
- توجيه لرئيس الجمهورية للأمة .

¹أنظر المادة 162 من دستور 1996

4- الحالة الاستثنائية "L'état d'exception"

وتعتبر الحالة الاستثنائية كغيرها من الظروف الاستثنائية الأخرى ، حيث تشترط مختلف الدساتير مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية لإعلانها.

1- الشروط الشكلية لإعلان الحالة الاستثنائية

طبقا لنص المادة 120 من دستور 1976 يحق لرئيس الجمهورية الإعلان عن الحالة الاستثنائية¹ - واتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على استقلال البلاد ومؤسساتها - لكن بعد اجتماع الحكومة والهيئات العليا للحزب ، هذا من جهة ، واجتماع المجلس الشعبي الوطني وجوبا باستدعاء من رئيسه من جهة أخرى .

أما دستور 1989 ونظرا لخصوصية الحالة الاستثنائية لما لها علاقة بحقوق وحریات الأفراد، نص في المادة 87 على مجموعة من الشروط الشكلية تتمثل في:

- استشارة المجلس الدستوري
- الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن الذي يكيف الواقع المعاش ، ويقدم تقارير حول الظروف والمعطيات الممكن وقوعها.
- الاستماع لمجلس الوزراء
- اجتماع المجلس الشعبي الوطني وجوبا لدى الإعلان عن الحالة الاستثنائية .

¹أنظر المادة 120 من دستور 1976

2- الشروط الموضوعية للحالة الاستثنائية

تضمنت كل من المادة 59 من دستور 1963 والمادة 120 من دستور 1976 عبارة "خطر وشيك" ، الأمر الذي يمنح لرئيس الجمهورية سلطة اتخاذ كل التدابير من أجل مواجهة هذا الظرف قصد حماية استقلال التراب الوطني .في المادة 93 استعملا عبارة " خطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو بينما دستور 1989 في المادة 87 ودستور 1996 استقلالها أو سلامة ترابها... فمتى رأى رئيس الجمهورية أن مؤسسات الدولة و استقلال البلاد مهددين حق له الإعلان عن الحالة الاستثنائية.

المطلب الثاني إعلان حالة الطوارئ

إعلان حالة الطوارئ بموجب المرسوم 44/92 هو تعدي على مبدأ الشرعية* قبل الحديث عن الشروط الواجب توافرها لإعلان حالة الطوارئ لابد من تحديد المفاهيم بالدرجة الأولى ، ثم اللجوء إلى جوهر الموضوع لحالة الطوارئ مفهومين¹ ، مفهوم واقعي ومفهوم قانوني ولا يجب الخلط بينهما ، فأما المفهوم الواقعي فيتمثل في حادثة من حوادث تحل بالبلاد أو تحقق بها، ويتعذر مواجهة هذه الحادثة أو الحوادث بالقواعد القانونية التي يعمل بها لمواجهة الحوادث العادية.

أما المفهوم القانوني فيتمثل في وجود نظام قانوني يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية لمواجهة ما قد يطرأ من حوادث لا يمكن مواجهتها وفقا لقواعد القانون الموضوعية لمواجهة الحوادث العادية .من هذا المنطلق ، يمكن القول بأن النظام القانوني الجزائري يعرف نظامين قانونيين : نظام للظروف العادية ونظام للظروف غير العادية ، وقد جرت العادة على تسمية النظام القانوني المعد للظروف غير العادية بإسم قانون الطوارئ أو كما تسميه بعض التشريعات بقانون الأحكام العرفية.

*تم إلغاء حالة الطوارئ بعد سريانها لمدة 19 سنة، بموجب الأمر الرئاسي رقم 11 - 1 بتاريخ 23/02/2011
¹ انظر د عبد الحميد الشواربي، د شريف جاد الله، شائبة عدم دستورية ومشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية ، الناشر : منشأة معارف بالإسكندرية، جلال حزي وشركائه سنة 2000 ، ص 62

وعليه ، يمكن القول بان النظام القانوني لحالة الطوارئ له مجموعة من السمات يمكن استخلاصها من المادة القانونية نفسها وهي : أنه نظام شرعي ، يقره الدستور وينظمه القانون مبينا معالمه ومبادئه¹ ، ولهذا يقال بأنه نظام لا يخرج عن إطار الشرعية. أنه يرتبط في وجوده وعدمه بعلّة وجوده ، وهي الحوادث غير العادية. أنه يتضمن حتما توسعة لصلاحيات السلطة التنفيذية² .

وقد وجد نظام حالة الطوارئ كنظام قانوني جنبا إلى جنب مع تجسيد فكرة الدولة القانونية ومبدأ المشروعية ، وقد عبر عن ذلك مونتيسكيو في مؤلفه روح القوانين بقوله : "إن هناك حالات يتعين فيها مؤقتا وضع حجاب على الحرية كما نخفي تماثيل الآلهة"³

"Il y a des cas ou il faut mettre, pour un moment, un voile sur la cache les statues des dieux". liberté comme l'on

سبق وأن أشرنا بأن حالة الطوارئ - تطبيقيا في الجزائر يكرسها المرسوم 44/92 المؤرخ في 1992/02/09 الذي فرض نظام استثنائيا تحكمه الأوامر والتدابير التي تصدرها السلطة القائمة عليها (السلطة التنفيذية)، ويترتب على مخالفتها توقيع العقوبات التي تضعها هذه السلطة.

¹ ولهذا فالمرسوم رقم 92 / 44 المؤرخ في 09/02/1992 والمتضمن الإعلان عن حالة الطوارئ (ج ر 10) يعتمد

في مرجعيته القانونية على المواد 74/06، 86، 116/1 من دستور 1989

² أنظر المادة 04 من المرسوم 92/44 مرجع سابق "يتولى السلطات المدنية... فوزير الداخلية على المستوى الوطني

والوالي على المستوى المحلي..."

³ Montesquieu: de l'esprit des lois, ed Garnier Flammarion, Paris 1979 livre XIX, p 345

وقد أخذ المشرع الجزائري في مثل هذه الظروف بنظام المحاكم الاستثنائية الخاصة¹ ، التي تتولى النظر في مخالفات وأوامر سلطة الطوارئ .

ولما كان نظام الطوارئ "Etat de Siege" هو بطبيعته نظاما استثنائيا ، فقد عرف بأنه عبارة عن نشوء ظروف غير عادية ، لا يكون في وسع السلطة الحاكمة مجابهتها والسيطرة عليها إلا عن طريق إجراءات استثنائية خاصة ، يتم خلالها التجاوز عن المبادئ الدستورية بحقوق المواطنين وحرياتهم . والقانونية المستقرة في ظل الظروف العادية خاصة تلك التي تتعلق بحقوق المواطنين وحرياتهم .

وباعتبار أن الأزمة السياسية في الجزائر تعود إلى أحداث أكتوبر 1988، فإننا سوف نعالج هذا الموضوع بالتركيز على كل من دستور 1989 ، 1996 اللذان يمثلان برنامجين لمجتمع ، لا يختلفان عن بعضهما البعض إلا في بعض النقاط.*²

من هذا المنطلق نصت المادتين 86 و 120 من دستور 1989 على حالتَي الحصار والطوارئ ، وعلى السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية ، والتي تتعلق بالحالة التي تكون فيها المؤسسات الدستورية والاستقلال الوطني والوحدة الوطنية مهددة ، الأمر الذي يستوجب عليه إعلان حالة الحصار وحالة الطوارئ وذلك من أجل استتباب الوضع . أما دستور 1996 فقد نظم حالة الطوارئ إلى جانب حالة الحصار المادة 91 ، وأقرنها بمجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية والإجراءات الضرورية لإقرارها .

¹ أنظر المرسوم التشريعي رقم 93/05 المؤرخ في 19/04/1993 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 92/03

المؤرخ في 03/09/92 والمتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب .

* لا يختلفان من حيث المبادئ العامة التي تعد من ثوابت المجتمع، وإنما يختلفان من حيث تنظيم السلطات خصوصا التشريعية والقضائية.

في فإذا كان المرسوم رقم 92-44 المتضمن الإعلان عن حالة الطوارئ يمثل الجانب التطبيقي لحالة الطوارئ المنظمة دستوريا ، نشير إلى أن هذا المرسوم اعتمد على نفس المبررات التي أعلنها المرسوم رقم 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن حالة الحصار ، ألا وهي مبررات النظام العام واستقرار عمل المؤسسات من جهة¹، كما أعطى هذا المرسوم لسلطة الطوارئ سلطات واسعة من جهة أخرى حيث تسمح المادة 04 من المرسوم بتأهيل وزير الداخلية والجماعات المحلية ، في كامل التراب الوطني أو جزء منه ، والوالي في دائرته الإقليمية لاتخاذ كل التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام عن طريق قرارات في إطار احترام توجيهات الحكومة:

- توقيف أي شخص في مركز أمن محدد عن طريق أمر وزير الداخلية يتضح أن نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العموميين أو على السير الحسن للمصالح العمومية .

وحسب المادة 06 من المرسوم لوزير الداخلية سلطة :

- تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة.
- تنظيم نقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى وتوزيعها .
- إنشاء مناطق إقامة المنظمة لغير المقيمين .
- منع من الإقامة أو وضع تحت إقامة الجبرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو سير المصالح العمومية .

مع الإشارة إلى أن فكرة النظام العام تعبر بصفة عامة على الأسس السياسية ، الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام كل مجتمع.

¹ انظر في ذلك : سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، ط 1974، ص 91.

- 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 استثنائيا بالتفتيش نهارا وليلا.

1- غياب كل من هيئتي رئيس الجمهورية والمجلس الشعبي الوطني:

إن النص على الاجراءات والشروط الشكلية في الدستور لإعلان حالة الطوارئ يعد أمرا إلزاميا إتباعه من طرف السلطة المختصة بذلك، رغم اختلاف هذه الشروط من نظام إلى آخر.

الفقرة الأولى : السلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ

حسب نص المادة 86 من دستور 1989 فإن رئيس الجمهورية المؤهل ومختص حسب حالة الطوارئ ولكن بعد استشارة بعض الهيئات واجتماع البعض¹.

هذا اخلافا للدستور الفرنسي الذي يعطي لرئيس الحكومة حق إصدار أوامر لها قوة القانون خلال مدة محددة ، الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول بأنه يمكن أن تعلن حالة الطوارئ عن طريق أوامر² .

الفقرة الثانية: اجتماع المجلس الأعلى للأمن :

يعتبر اجتماع المجلس الأعلى بطلب من رئيس الجمهورية في حالة تدهور الوضع الأمني إجراءا دستوريا ،حيث يقدم له الاستشارة في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني³ .

ويعتبر المجلس الأعلى للأمن هيئة يرأسها رئيس الجمهورية، تخضع لسلطة المباشرة ،نظمها المشرع دستوريا في الفصل المخصص للمؤسسات الاستشارية .

¹ اجتماع المجلس الأعلى للأمن، استشارة المجلس الشعبي ، استشارة رئيس الحكومة ،أنظر المادة 86 من دستور 1989

² أنظر المادة 38 من دستور الفرنسي 1958

³ أنظر المادة 162 من دستور 1989 ، والمادة 173 من دستور 1996.

الفقرة الثالثة : استشارة المجلس الشعبي الوطني

باعتبار المجلس الشعبي الوطني هيئة نيابية تعبر عن إرادة الشعب من جهة ،وهيئة تجتمع من جهة أخرى¹،فاستشارة رئيس مجلس الشعبي الوطني لها ابعادها القانونية و السياسية، خاصة في ظل مبدأ الفصل بين السلطات و التعددية الحزبية .

الفقرة الرابعة : استشارة رئيس الحكومة²

هل استشارة رئيس الحكومة لها تأثير على قرار حالة الطوارئ؟
يعتبر رئيس الحكومة ممثل الهيئة التنفيذية إلى جانب رئيس الجمهورية ، حيث أنه وحسب ما جرى عليه الفقه الدستوري ، يقوم رئيس الجمهورية بتعيين رئيس الحكومة من الأغلبية البرلمانية ، ومن خصائص النظام السياسي الجزائري أن برنامج رئيس حكومة هو برنامج رئيس الجمهورية ، ومن ثم فالعلاقة هي علاقة تبعية.
ولقد حدد صلاحيات رئيس الحكومة على سبيل الحصر في الدستور،حيث يقوم بتنفيذ القوانين و التنظيمات وحماية الحريات العانة،والسهر على حسن سير إدارة العمومية³.

¹ مع إشارة إلى أن مجلس الشعبي الوطني هو الغرفة الأولى للبرلمان إضافة إلى الغرفة الثانية المتمثلة في مجلس الأمة حسب المادة 98 من دستور 1996

² أصبح تسميته في التعديل الدستوري لعام 2008 رئيس الوزراء

³أنظر المادة 81 من دستور 1989 والمادة 85 من دستور 1996

الفقرة الخامسة : استشارة رئيس المجلس الدستوري

لقد خص الدستور الجزائري المجلس الدستوري بأحكام خاصة في الباب الثالث المتعلق بالرقابة والمؤسسات الاستشارية ، فالوظيفة الاساسية تتمثل بالدرجة الأولى في السهر على احترام الدستور¹ .

الفقرة السادسة:استشارة رئيس مجلس الأمة

ففي ظل هذه الدستور يمارس العمل التشريعي برلمان يتكون من غرفتين،وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ،ينتخب ثلثي (3/2) أعضاء مجلس الأمة عن طريق اقتراع غير المباشر و السري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية و الولائية،ويعين رئيس الجمهورية الثلث الأخير من بين الشخصيات و الكفاءات الوطنية في المجالات العلمية و الثقافية و المهنية² .

2-مدى تقدير شرط الضرورة الملحة :

للحديث عن شروط الموضوعية الواجب توافرها لإعلان حالة الطوارئ حسب النظام الدستوري الجزائري ، يتضح لنا من خلال المشرع الدستور بأنها جاءت واضحة، بحيث يكفي ظهور خطر يمس الأمن العام و النظام العام أو المؤسسات الجمهورية و الحريات العامة و الفردية³ .

¹ أنظر المادة 153 من دستور 1989 و المادة 136 ممن دستور 1996

² أنظر المادة 2/101 من دستور 1996

³ المادة 86 من دستور 1989

بمعنى آخر أنه لا يحق لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ إلا أنها إنها استدعت
الضرورة الملحة لذلك¹ .

الفقرة الأولى : شرط الضرورة الملحة

الرجوع إلى المرسوم الرئاسي 92-44 فلقد اعتمدت الهيئة المعلنة لحالة الطوارئ على
مجموعة من الحالات اعتبرتها معيارا لتقدير فكرة الضرورة الملحة.

1-المساس بفكرة النظام العام :

في الأصل أن فكرة النظام العام من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا
دقيقا ذات مفهوم متغير باختلاف المكان والزمان ، فالهدف الذي تسعى فكرة النظام العام
إلى تحقيقه هو الحماية المصالح العليا في المجتمع و المحافظة على كيانه ، فهي تعبر
بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية و الاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام
المجتمع² .

ولقد حاول الفقيه الفرنسي "هنري كابيتان" وضع صياغة لفكرته النظام العام حيث قال³ :

« Sans d'ordre publique toutes les dispositions légales que les
partis ne peuvent pas écoute pour les remplacer par d'autres
quand elles font un acte juridique en d'autres termes toutes les
disparation légales impartiaux »

¹ المادة 91 نفس المرجع .

² د. هشام صادق ، تنازع القوانين (المطول) منشأة المعارف ، بدون تاريخ ، ص 288-290

³ Henri Capitant. introduction à l'études de droit civil ,ed 2,paris1906.p38

ومفاد ذلك أن النظام العام " يعتبر كل حكم قانوني لا يستطيع الأفراد مخالفته في تصرفاتهم القانونية، أو بتعبير آخر كل حكم قانوني أمر "

2-المساس الخطير بأمن المواطنين :

متى كانت حقوق الأفراد وحررياتهم وممتلكاتهم عرضة للخطر على السلطة الحاكمة واجب الحماية ، ومن ثم ضمان الأمن و الوقاية من الحوادث والاعتداءات والجرائم ، وهذا المعنى هو المراد بالأمن في ظل تشريع الطوارئ و الذي يعبر بالأمن المادي¹ sécurité matérielle

الفقرة الثانية : مدة حالة الطوارئ

نظرا لاتصال حالة الطوارئ بحقوق وحرريات الأفراد و الجماعات فلا يمكن إقرارها دون تقيدها بمدة زمنية الأمر الذي يعدله له أثرا كبيرا على هذه الحقوق و الحريات ، فالتشريع الفرنسي قد حدد مدة حالة الطوارئ باثني عشر (12)يوما عكس النظام الجزائري ، رغم أن تحديد المدة يعد بمثابة عنصرا جوهريا².

¹ نفس المرجع السابق ، ص 75

وهناك نوع آخر من الأمن القانوني "la sécurité juridique" ويقصد بما أن تكون القواعد القانونية واضحة ومحددة وغير غامضة حتى يستطيع فرد أن يدرك وبدقة تامة النتائج القانونية لتصرفه .

² أنظر المادة 86 من دستور 1989

بينما في دستور 1996 أن تحديد مدة حالة الطوارئ هي من اختصاص رئيس الجمهورية بعد استشارة وأخذ رأي مختلف المؤسسات الدستورية، كما أن تمديدها يكون بموافقة البرلمان بغرفتيه معا ، لكن الشيء الجديد هو أن تنظيم حالة الطوارئ بموجب قانون عضوي تصدره الهيئة التشريعية¹.

وفي حالة تحقيق حالة الطوارئ لأهدافها المتمثلة خصوصا في استتباب النظام العام وضمان أفضل لأمن الاشخاص و الممتلكات وتأمين السير للمصالح العمومية ، يمكن لرئيس الجمهورية الذي له حق رفعها .

¹ أنظر المادة 91-92 - من دستور 1996

المبحث الثاني الإجراءات المقيدة للحقوق والحريات العامة في قانون الطوارئ

لا ريب في أن اتخاذ رئيس الجمهورية للتدابير المخولة له بنص المادة الثالثة ينطوي على مساس بالحقوق والحريات العامة ، وتتمثل تلك الإجراءات في المساس بالحريات العامة ، وتتمثل تلك الاجراءات في المساس بالحريات ، حيث سنتطرق إلى الاعتداء على الحرية الشخصية في (المطلب الأول)، و في (المطلب الثاني) سنتطرق إلى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة.

المطلب الأول الاعتداء على الحرية الشخصية

خولت المادة الثالثة لرئيس الجمهورية في البند الأول - قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية ذلك البند على نحو ما سلف بيانه - من الفقرة الأولى منها سلطة وضع قيود على حرية الأشخاص بالقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم ، وما يستتبع ذلك من تفتيش الأشخاص والمسكن دون التقييد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية¹ ، بل إلزام أي شخص جبرا بتأدية أي عمل من الأعمال ، مما يعني أن اتخاذ أي إجراء أو تدبير منها يعد مساسا بالحرية الشخصية ، وبعد حكم المحكمة الدستورية العليا ، اصبح من المحتم التقييد بأحكام قانون الاجراءات الجنائية وهي ضرورة الحصول على إذن من النيابة العامة أو القاضي المختص قبل القبض او التفتيش على الاشخاص وكذا تفتيش الاماكن إعمالا لقضاء المحكمة الدستورية العليا وبعدم دستورية البند رقم (1) من المادة 3 من قانون الطوارئ من تخويل رئيس الجمهورية الترخيص بالقبض والاعتقال وبتفتيش الاشخاص والأماكن دون التقييد بأحكام

¹في فرنسا في حالة الاستعجال البسيطة تنص المادة السادسة من قانون 3 إبريل على أن سلطات البوليس تملك : " تحديد الإقامة لكل شخص يقطن في منطقة إعلان حالة الاستعجال إذا صدر منه ما يعرض الأمن والنظام العام للخطر في الأماكن المعلنة فيها حالة الاستعجال"

" الأستاذ الدكتور / صبرى محمد السنوسي -الاعتقال الإداري بين الحرية الشخصية ومقتضيات النظام العام - المرجع السابق -القاهرة-1996- ص 175

قانون الاجراءات الجنائية ، وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا انه لا مجال لإهدار أحكام قانون الاجراءات الجنائية.

1-الأشخاص الجائز اعتقالهم :

إذا كان البند الأول من الفقرة الأولى من المادة الثالثة¹ من قانون الطوارئ سالف الإشارة قد جاء عاما مطلقا لم يستثن فئة معينة من الأشخاص من إصدار قرارات اعتقالات بشأنهم ، فإن هناك فئات مستثناة من ذلك وهم أعضاء السلطة القضائية وأعضاء مجلسي الشعب والشورى،وهو ما نعرض له على النحو التالي :

*عدم جواز اعتقال أعضاء السلطة القضائية :

تنص المادة 96 / 1 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1927 المعدل بالمادة 3 من القانون رقم 35 لسنة 1984 على أنه في غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضي وحبسه احتياطيا إلا بعد الحصول على إذن من مجلس القضاء الأعلى ، وفي حالات التلبس يجب على النائب العام عند القبض على القاضي وحبسه ، أن يرفع الأمر إلى المجلس المذكور في مدة الأربع والعشرين ساعة التالية ، وللمجلس أن يقرر إما استمرار الحبس أو الإفراج بكفالة ، أو بغير كفالة وللقاضي أن يطلب سماع أقواله أمام المجلس عند عرض الأمر عليه ،ويحدد المجلس مدة الحبس في القرار الذي يصدر بالحبس أو استمراره ، وتراعي الإجراءات السالفة الذكر كلما رأي استمرار الحبس الاحتياطي بعد انقضاء المدة التي قررها المجلس وفيما عدا ما ذكر لا يجوز اتخاذ أي إجراء من إجراءات

¹معدلة بالمادة 2/3 من القانون رقم 35 لسنة 1984 وصدر في فرنسا في 4 يناير سنة 1993 تعديل لقانون الإجراءات الجنائية الفرنسي نص فيه على إلغاء الباب التاسع من الكتاب الرابع المخصص للإجراءات التي تتخذ في الجنايات والجنح التي تقع من رجال القضاء وبعض الموظفين ، مما أدى إلى إلغاء الحصانة القضائية في فرنسا استجابة للرأي العام.

التحقيق مع القاضي أو رفع الدعوى الجنائية عليه في جناية أو جنحة إلا بإذن من المجلس المذكور، وبناء على طلب النائب العام¹ .
والمقصود بالقاضي هنا جميع قضاة المحاكم الجزئية والابتدائية وقضاة محاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، ويسرى هذا الحكم على أعضاء النيابة العامة بموجب المادة 130 من قانون السلطة القضائية ، كما تسرى هذه الحصانة على أعضاء المحكمة الدستورية العليا بموجب المادة 20 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، وتسرى كذلك على أعضاء مجلس الدولة طبقا للمادة 91 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة² 1972 .

¹ Journal Officiel 10 du 4 Janvier 1993. - de la Procedure Penal no 93 -2 du 4 Janvier 1993. ,Reforme. - janvier p.215 IX, { L.N.93-2.4 JAV.1993 Penale an.art 102 DE Le Titre, IX du Livre IV est abroge, Art. 679 A 688 du code de Procedure penal .

² الأستاذ الدكتور / عبد الرؤوف مهدى - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية - ٢٠٠٣ - طبعة نادي القضاة - ص 690

*** عدم جواز اعتقال أعضاء مجلسي الشعب والشورى:**

من المبادئ المستقرة في النظام القانوني الفرنسي أنه لا يجوز في ظل قيام الظروف الاستثنائية - استنادا إلى الأحكام العرفية أو قانون الطوارئ - المساس بالحصانة البرلمانية ،ومن ثم فلا يجوز اعتقال أعضاء البرلمان أو فرض رقابة من أي نوع على مكاتباتهم ومراسلاتهم مهما كان الاتهام الموجه إليهم ومهما كان عظم الظرف الاستثنائي الذي تتعرض له البلاد¹.

وتتص المادة 205 من الدستور على أن "تسرى في شان مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور بالمادة 99 ، ومن ثم يتمتع أعضاء هذا المجلس بنفس الحصانة ."

*** مدى جواز اعتقال أحد أعضاء مجلسي الشعب والشورى أو أعضاء السلطة القضائية في حالة التلبس بالجريمة**

يشار التساؤل حول إذا ما كان من الجائز إصدار قرار باعتقال أحد أعضاء مجلسي الشعب والشورى إذا ما ضبط متلبسا بجريمة جنائية ؟ وبمعنى آخر إذا ما ضبط متلبسا سقطت عنه الحصانة البرلمانية فهل يجوز في هذه الحالة إصدار قرار باعتقاله ؟ بصدد الإجابة عن هذا التساؤل نقرر أن المشرع استثنى من ضرورة الحصول إذن من البرلمان أو مجلس الشورى حالة وجود الجريمة متلبسا بها فأجاز اتخاذ كافة الإجراءات الجنائية ضد أحد أعضاء مجلسي الشعب والشورى ؛ إذ إنه - في هذه الحالة - تنتفي شبهة

¹ Les Chambres n'ont pas siégé après le 1^{er} Septembre, sans que d'ailleurs la clôture de la session extraordinaire ait été immédiatement prononcée. Cette clôture n'a été décidée que par le décret du 1^{er} Octobre 1939 et encore pour une raison toute spéciale. La partie communiste ayant été dissoute par le décret-loi du 1^{er} Septembre 1939, le gouvernement a voulu par la clôture de la session suspendre les immunités parlementaires pour permettre des poursuites pénales contre les députés communistes et pour ne pas avoir à faire lever l'immunité par la chambre. (Roger Bonnard -Le Droit Public et la Guerre- .p564 et 565 1939Revue de Droit Public - Juillet- Decembre

التعسف ، ومن ثم تنتفي الحكمة من ضرورة الحصول على إذن من أحد المجلسين التابع له العضو¹

وحالة التلبس عرفتها المادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية بنصها على أنه: "تكون الجريمة متلبسا بها حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة وتعد الجريمة متلبسا بها إذا تبع المجني عليه مرتكبها أو تبعته مع الصياح اثر وقوعها أو إذا وجد مرتكبها بعد وقوعها بوقت قريب حاملا آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعل ، أو شريك فيها أو إذا وجدت به في هذا الوقت آثار أو علامات تفيد ذلك".

فإذا ما ضبط أحد أعضاء مجلسي الشعب والشورى متلبسا بجريمة تسقط عنه الحصانة البرلمانية وتباشر ضده الإجراءات الجنائية بشأن هذه الجريمة المتلبس بها فقط ، ولا يمتد إلى غيره من الجرائم إلا إذا كانت جريمة مرتبطة بها ارتباطا لا يقبل التجزئة ، ومن ثم فلا يمتد أثر سقوط الحصانة بشأن هذه الجريمة إلى القول بإمكان إصدار قرار باعتقاله؛ إذ إن التلبس له طبيعة عينية ترتبط بالجريمة المتلبس بها ولا تمتد إلى شخص مرتكبها².

¹ أ . د / عبد الرؤوف مهدى - شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية -المرجع السابق ، ص 689

² ويذهب الأستاذ الدكتور / فتحي فكري - إلى عدم جواز اعتقال عضو البرلمان إذا ما ضبط متلبسا بقوله : والسؤال يثار حول إذا ما كان من المتصور اعتقال الشخص بدون طلب رفع الحصانة ، بذريعة وجوده متلبسا في حالة من الحالات التي تجيز الاعتقال ، لا نتردد في الإجابة بالنفي؛ فالاعتقال ينحصر في حالتين؛ أولا : الاشتباه، ثانيا : الخطورة على الأمن والنظام العام، والأولى مجرد وصف الثانية تقوم على الاحتمال.

2- أسباب الاعتقال و دواعيه :

يشترط لصحة قرار الاعتقال فضلا عن توافر السبب العام الموجب لإعلان العمل بقانون الطوارئ توافر إحدى صفتين نصت عليها الفقرة الأولى من البند الأول من المادة الثالثة من قانون الطوارئ في الأشخاص جائز اعتقالهم بأن يكون " مشتبه فيهم أو من الخطرين على الأمن و النظام العام " .

ونعرض في هذا المقام لتعريف محكمة النقض لمدلول الاشتباه وموقف المحكمة الدستورية العليا من قانون الاشتباه رقم 98 لسنة 1945، ثم نعرض أخيرا لاتجاه مجلس الدولة بشأن تحديد مدلول الاشتباه في ظل العمل بقانون الطوارئ ، وفيما يلي بيان ذلك :

1-تعريف محكمة النقض لمدلول الاشتباه :

عرضت محكمة النقض لتعريف الاشتباه في العديد من أحكامها فقضت بأن المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم 98 لسنة 1945 بشأن المتشردين و المشتبه فيهم¹، تفيد الاشتباه حالة تقوم في نفس خطرة قابلة للإجرام ، وهذا الوصف بطبيعته ليس فعلا يحس في الخراج ولا واقعة مادية يدفعها نشاط الحالي إلى الوجود.

¹ مؤلف سيادته-الاعتقال-المرجع السابق-ص 115-116

من المعلوم أن قانون الاشتباه رقم 98 لسنة 1945 كان من القوانين الاستثنائية

2-موقف المحكمة الدستورية العليا من قانون الاشتباه رقم 98 لسنة 1945:

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2 من يناير سنة 1993 في القضية رقم 3 لسنة 10 قضائية دستورية بعدم دستورية نص المادة الخامسة سالفه الذكر ويسقوط أحكام المواد المرتبطة لها وهي 2.13.15 منه¹ .

غير أنه يمكن الاستدلال بقضاء محكمة النقض في تعريفها للاشتباه في مجال تطبيق قانون الطوارئ باعتباره يتطلب هذا الوصف في الشخص المراد اعتقاله فالمشتبه به-في قضاء النقض-شخص تدلل الأقوال أو السوابق أو التقارير الأمنية على خطورته أو الاتهامات السابقة الموجهة إليه.

3-موقف مجلس الدولة من تحديد مدلول الاشتباه في ظل العمل بقانون الطوارئ :

يلاحظ أن المحكمة الادارية العليا ذهبت إلى أن المقصود بالمشتبه فيهم في ظل تطبيق أحكام قانون الطوارئ المعنى الاصطلاحي لذلك الوارد في القانون رقم 98 لسنة 1945 بشأن المشبوهين و المشتبه فيهم .

وذلك بأن قررت وحيث أن المقصود بالمشتبه فيهم في تطبيق قانون الطوارئ المشار إليه هو المعنى الاصطلاحي لهذه العبارة الذي حدده المشرع في القانون رقم 98 لسنة 1945 بشأن المشردين و المشتبه فيهم .

¹ فلسطة الاعتقال من سلطة أخطر من سلطة الحبس ،لأنها تتطوي على توجيه الاتهام في غير جريمة ، ثم أصدر قرارا بالحبس دون تحديد أجل لهذا الحبس ودور محاكمة،ثم تنفيذ الحبس دون توفير الضمانات التي تتوافر للمحكوم... !

الاستاذ الدكتور،محمد عصفور -بحث بعنوان ضمانات الحرية-منشور بمجلة المحاماة-العدد الثالث-السنة الثامنة و الأربعون - مارس 1968-ص 47

ذلك أن هذا القانون استعمل العبارة نفسها في عنوانه وفي المادة الخامسة منه التي تضمنت تعريفا للمشتبه فيهم، فإذا جاء قانون لاحق مستعملا نفس العبارة ، فالأصل أنه قصد معناها الذي أخذ به في القوانين القائمة طالما لم يحدده معنى آخر .

المطلب الثاني الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة خولت المادة الثالثة .

من قانون الطوارئ في فقرتها الأولى البند 2 رئيس الجمهورية - في حالة إعلان حالة الطوارئ - أن يتخذ بأمر كتابي أو شفوي الأمر بمراقبة الرسائل أيا كان نوعها .
وهذا النص بإطلاقه دون وضع أية قيود عليه يخالف صريح نص المادة 45 من الدستور التي تقرر أن : "لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا تجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مسبب ، ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون . "

وفي جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب، ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة ، أو مدد أخرى مماثلة¹

ولم يقف الحد عن ذلك ؛ بل عاقب المشرع على أي مخالف لذلك ، فنص في

المادة 309 مكررا (أ)

¹ معدلة بالقانون رقم 37 لسنة 1972 - الجريدة الرسمية - في 27 سبتمبر سنة 1972 - العدد 39

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن ، وذلك بأن ارتكب أحد الافعال التالية في غير الأحوال المصرح بها قانونا ، أو بغير رضاء المجني عليه:

1- استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الاجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون.

ب- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين في أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع ، فإن رضاء هؤلاء يكون مفترضا ، ويعاقب بالحبس الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته ، ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة ، كما تحكم التسجيلات المتحصلة عنها ، أو بمحو إعدامها¹ وهذا التحويل لرئيس الجمهورية - طبقا لقانون الطوارئ فإن الأخذ به على إطلاقه ينطوي على مخالفة صارخة لنص المادة 45 من دستور ولقانون الاجراءات الجنائية ، ويمثل انتهاكا لحق الإنسان في حرمة حياته الخاصة و الاطلاع على أسراره وخصوصيته.

¹معدلة بالقانون رقم 37 لسنة 1972 - الجريدة الرسمية - في 27 سبتمبر سنة 1972 - العدد 39

وإذا كان قانون الطوارئ قد صدر قبل صدور دستور 1971، فإن ذلك يقتضي السلطة القائمة على إجراء مواجهة حالة الطوارئ الالتزام بالضوابط الواردة بالمادة 45 من الدستور ، ولا سيما ضرورة الحصول على إذن من القضاء قبل الالتجاء إلى الإصدار بمراقبة الرسائل أيا كان نوعها .

وما يعزز وجهة نظرنا أن المشرع الدستوري عند تعديل المادة 179 من الدستور في 26 من مارس سنة 2007 - بإلغاء جهاز المدعي العام تعمل الاشتراكي- وحلول نص خاص بمواجهة الإرهاب يقضى بأن : الدولة على حماية الأمن والنظام العام في مواجهة أخطار الإرهاب ، وينظم القانون أحكاما خاصة بإجراءات الاستدلال والتحقيق التي تقتضيها ضرورة مواجهة هذه الأخطار، وبحيث لا يحول الإجراء المنصوص عليه في كل من الفقرة الأولى من المادة 41 والمادة 44 والفقرة الثانية من المادة 45 من الدستور دون تلك المواجهة ، وذلك كله تحت رقابة القضاء ولرئيس الجمهورية أن يحيل أية جريمة من جرائم الإرهاب إلى أية جهة قضاء منصوص عليها في الدستور أو القانون¹.

فالمشرع الدستوري حين قدر أن الظروف الاستثنائية المتمثلة في أخطار الإرهاب تهدد كيان الدولة، وأن ذلك يقتضي مواجهتها بمنح السلطة التنفيذية صلاحيات استثنائية أراد أن يوفق بين ذلك ، وبين نصوص الدستور ذاته الأخرى تمثل ضمانات لحريات الافراد المجتمع ، فأقام نوعا من الموازنة بأن نص صراحة بان تلك المواجهة لإخطار الإرهاب لا يحول بينها الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 41 ، والمادة 44 ، والفقرة الثانية من المادة 45 من الدستور .

¹معدلة طبقا لنتيجة الاستفتاء على تعديل الدستور الذي أجري في يوم 26 من مارس الاشتراكي مسؤولا عن اتخاذ الإجراءات التي تكفل تأمين حقوق الشعب وسلامة سنة 2007 ، وكان النص قبل تعديله يجري على أن : " يكون المدعى العام المجتمع ونظامه السياسي ، والحفاظ على المكاسب الاشتراكية ، والتزام السلوك الاشتراكي ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى ، ويكون خاضعا لرقابة مجلس الله في القانون .

وهو ما يستفاد منه أن أي إجراء يتخذ على خلاف النصوص الدستورية ينبغي أن يكون له سنداً من نصوص الدستور ذاته، وليس بنص من قانون الطوارئ؛ إذ لا يملك التشريع العادي أن يهدر نصوص الدستور باعتباره القاعدة الأعلى والاسمي في بناء القواعد القانونية داخل الدولة.

وعليه فإن إصدار رئيس الجمهورية أو من يفوضه قراراً بمراقبة الرسائل أياً كان نوعها بناء على البند 02 من الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الطوارئ دون التزام بالضوابط الدستورية التي حددتها المادة 45 من الدستور يعد مخالفاً للدستور ولقانون الإجراءات الجنائية مشوباً بعدم المشروعية حرياً بالإلغاء باعتباره من القرارات الإدارية التي يختص مجلس التعويض¹.

¹ وفي هذا قضت محكمة النقض أنه: "لما كان تحقيق الحرية لإنسانية المصري هدفها أساساً تضمنته وثيقة إعلان دستور جمهورية مصر العربية، وكانت مراقبة وتسجيل المحادثات السلكية واللاسلكية والأحاديث الشخصية إجراء مردولاً يعد انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة انتقاصاً من الأصل في الحرية الشخصية التي سجلها الدستور في المادة 41 منه باعتبارها حقاً طبيعياً للإنسان لا يجوز الإخلال به

خلاصة الفصل الثاني :

إن الحديث عن نظرية الإثنائية مرتبط بظروف خاصة تصيب الدولة في مؤسساتها واستقرارها، باعتبار أن الظرف الإثنائي يتطلب إجراءات استثنائية فكلما كان الظرف استثنائيا كثر الحديث عن حريات الأفراد، لذلك نتطرق إلى موقع تنظيم نظرية الظروف الإثنائية في التشريع الجزائري، ومدى تأثير حالة الطوارئ على مختلف سلطات الدولة، وكيفية تنظيم المشرع الدستوري للظروف الإثنائية في الجزائر وقد اتخذ رئيس الجمهورية تدابير مخولة له ينطوي على المساس بالحقوق والحريات العامة للأفراد وتمثلت تلك الإجراءات في المساس بالحريات التالية الاعتداء على حرية شخصية وذلك بوضع قيود على حرية الأشخاص والاعتداء على حرية الحياة الخاصة والتي تقرر أن لحياة المواطنين خاصة حرمة يحميها القانون.

الخطمة

وبهذا نكون قد وصلنا إلى نهاية هذه الدراسة التي نختمها بالنتائج المتوصل إليها و المبرزة في الخاتمة التالية :

1-في الحالات العادية الإدارة ملزمة بحماية حريات الأفراد وعدم المساس بها، في الإطار الذي نص عليه الدستور ولا بد للإدارة أن تتقيد بالعديد من القيود التي يتوجب عليها مراعاتها والالتزام بها وهي تخضع لرقابة القضاء .

2-أما في حالة تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية فالإدارة منح لها الدستور صلاحيات واسعة لمواجهة هذه الظروف مما قد يعرض حريات الأفراد للخطر، فالدستور مثلا ترك الباب مفتوحا لرئيس الجمهورية حيث هو من يحدد مدة حالة الطوارئ، وهذا قد يضر بالحريات العامة في حالة إطالة المدة. كما أن الدستور يحدد بصفة واضحة أسباب الإعلان عن الحالة الاستثنائية، وهذا كله ليس في صالح حماية الحريات العامة التي قد تتعرض للمساس والخطر لذلك لا بد من ضمانات فعالة للحيلولة دون تعسف الإدارة في استعمال السلطة في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.

3-إن تطبيق قواعد المشروعية العادية في ظل الظروف الاستثنائية من شأنه أن يهدد الأمن والنظام العام بأخطار جدية .

4-يتم تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية عند وجود خطر جسيم حال يهدد وحدة الأمة وسلامتها ، وعليه يكون لهذه السلطة اتخاذ إجراءات استثنائية لدفع هذا التهديد .

5-تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية استثناء وقيدا على مبدأ سمو الدستور وخروجا على مبدأ المشروعية.

6-إن التقييد والالتزام بأحكام الدستور حتى في ظل الظروف الاستثنائية من خلال شروط التطبيق يفسر ويوضح خوف المشرع من إطلاق يد السلطة التنفيذية في هذا الظرف مما يهدد حقوق الأفراد وحررياتهم وأيضا الخشية من عدم الموازنة والتناسب بين الخطر الذي تسببه هذه الظروف ،والإجراءات المتخذة من طرف السلطة التنفيذية وتأثير كل ذلك على الحقوق والحريات الأساسية.

7- في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية توجد مجموعة من الضمانات الفعالة التي تحمي الحريات العامة والمتمثلة

أ- مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن الإجراءات التي تتخذها في ظل مواجهة الظروف الاستثنائية، لذلك يعتبر هذا قيد هام على الإدارة يلزمها برقابة تصرفاتها حتى لا تقع في الخطأ بما قد يضر بالحريات العامة.

ب- لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية إلا بالتحقق الدقيق بوجود مبرراتها وفي ظل الشروط المستخلصة من القضاء الإداري خاصة فيما يخص بالهدف الوحيد من تطبيقها وهو تحقيق المصلحة العامة للمجتمع .

ج- أهمية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في حالة تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، وطالما أن العمل الإداري الجاري في الظروف الاستثنائية لا يفلت من رقابة القضاء فإنه في حالة ثبوت أي اعتداء على الحريات العامة، يترتب على هذه الرقابة النتيجة التالية: إبطال العمل الإداري وإما التعويض عنه وإما الاثنان معا.

8. يتعين على رئيس الجمهورية عند اللجوء حالة من حالات استثنائية أن يتقيد بالضوابط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في الدستور، لتفادي عدم الدستورية اعلان حالات استثنائية وهذه القيود شكلية وموضوعية وضعها المؤسس الدستوري لعملية الحريات والحقوق التي يتم المماس بها عند اعلان هذه الحالات استثنائية.

9. نص المؤسس الدستوري الجزائري على الحالات الاستثنائية التي يترتب عنها الخروج عن القواعد المشروعة العادية لمواجهة الظروف التي أدت إلى اعلان الحالات الاستثنائية وتتمثل في حالة الحصار، حالة الطوارئ حالة استثنائية ، حالة الحرب وكلها حالات يتم إقرار عنها من قبل رئيس الجمهورية.

10. حالة الحصار التي تقترب كثيرا من حالة الطوارئ.
11. الحالة الإشائية باعتبارها الدرجة الثالثة من حيث الخطورة.
12. حالة الحرب وهي أخطر حالات الظروف الإشائية، ومحددة بمعايير دولية، وبذلك لا تقبل أعمال السلطة التقديرية.
13. فيما يتعلق بالقيود الواردة على سلطة الضبط العامة فإن القضاء الإداري صاغ ضوابط وطبقها المتمثلة أساسا في: عدم مشروعة الخطر المطلق للحرية إذا تتبع ضمانات دستورية من طبيعة النظام السياسي وهذه الضمانات منها السياسية التي تتمثل أسس التي يقوم عليها ومنها قانونية ومتعلقة بالقواعد القانونية التي تضبط سلطة وتحدد لها غايتها.
14. الحفاظ على الصالح العام لأن المشرع يحدد شروط هذه الظروف ويحدد سلطات الإدارة حال تحققها إلى جانب ما لتحقيق السلطات الاستثنائية للإدارة من أهمية بالغة كونه يمثل الدرع الواقعي للمصلحة العامة والخاصة على السواء، وحتى لا تنقلب القوانين التي تحكم الظروف الاستثنائية إلى جزء ثابت من النسيج القانوني العادي.
15. تخضع نظرية الظروف الاستثنائية لنظام قانوني معلوم تتمتع بموجبه الإدارة سلطات استثنائية غير عادية ولكنها سلطات مشروعة.
16. إن حديث عن نظرية الظروف الاستثنائية مرتبط بظروف خاصة تصيب الدولة في مؤسساتها و إقرارها، فكلما كان الظرف استثنائيا كثر الحديث عن حقوق وحرريات الأفراد.

17. اتخاذ رئيس الجمهورية تدابير مخولة له تتطوي على المساس بالحقوق والحريات العامة وتمثل تلك الإجراءات في المساس بالاعتداء على الحرية الشخصية وذلك يوضع قيود على حرية الأشخاص وتفتيشهم دون التقيد بأحكام قانون إجراءات جنائية.

18. المساس بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وهذا ما نصت عليه المادة (45) من الدستور التي تقرر أن حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون وهذا التخويل لرئيس الجمهورية طبقا لقانون الطوارئ فإن الأخذ به على إطلاقه ينطوي على مخالفة صارخة، ويمثل انتهاكا لحق الإنسان في حرمة حياته الخاصة والاطلاع على أسراره وخصوصياته.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية:

1. دساتير الجزائر لعام: 1963 - 1976 - 1996 - 1989.
2. دستور الفرنسي 1958.
3. المرسوم الرئاسي رقم 91-196 صادر في 04 جوان 1991 متضمن حالة الحصار (ج ر 29).
4. المرسوم الرئاسي رقم 11-01 بتاريخ 23/02/2011.
5. مرسوم رقم 92/44 المؤرخ في 09/02/1991 المتضمن عن إعلان حالة الطوارئ (ج ر 10).
6. مرسوم التشريعي رقم 93/05 المؤرخ في 19/04/1993 معدل ومتمم للمرسوم التشريعي رقم 92/03 المؤرخ في 03/09/92 والمتعلق بمكافحة التخريب و الإرهاب.
7. إعلان لمؤرخ في 14/01/1992 متضمن إقامة مجلس أعلى للدواة.
8. مداولة المجلس الأعلى للدولة 92/02 متعلقة بالمراسيم ذات طابع تشريعي، المداولة 92/04 المتعلقة بانتخاب رئيس مجلس الأعلى للدولة.

ثانياً: الكتب

1. محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الإنشائية دراسة مقارنة، دار يونس للطباعة والنشر، مصر، 1980، ص 48.
2. كريم يوسف أحمد كشاش، الحريات العامة في أن أنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ط1، ص 25.
3. زكريا إبراهيم، مشكلة الحرية، مكتبة مصر، القاهرة 1971، ص 18.
4. د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، مطبعة جامعة عين شمس، 1974، ص 115.
5. بكر الغيايبي، الحريات والحقوق العامة في ظل الطوارئ، مجلة المحاماة العدد الأول والثاني، السنة 64، جانفي وفيفري، 1984، ص 31.

6. رامز عمار، حقوق الإنسان والحريات العامة، بيروت 1996، ط1، ص 207.
7. رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وضمانات احترامه، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، ص 85.
8. سامي جمال الدين، الوسيط في القانون الإداري، مطابع الويجي التجارية، مصر 1993 ص 85.
9. سحنين أحمد، الحريات العامة في ظل الظروف الإنشائية في الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 2014، ص 106.
10. Birat la therorie des circonstances exceptionnels dans la jurisprudence de conceil d'état thes, paris, 1950n p 452.
11. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 240.
12. محمد حسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1989، ص 156.
13. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفونيه، 1991، ص 178.
14. إبراهيم درويش، نظرية الظروف الإنشائية، مجلة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة العاشرة أكتوبر، 1966، ص 140.
15. أمير حسن حمام، نظرية الظروف الإنشائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكوين العلوم الإنسانية، العدد 8، أيلول 2007، ص 14.
16. سليمان الطهاوي، القانون الإداري دار الفكر العربي، ط1، 1971، ص 818.
17. De loubarde traitée élémentaire de droit administratif LGOJ, paris, 1992, p 224.
18. يحيى الجمل نظرية الضرورة في القانون الدستوري، وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة دون سنة نشر، ص 72.

19. عبد الغني بسيولي و لاية القضاء الإداري على أعمال الغدارة، قضاء الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية 1983، ص 135.
20. نواف سالم كنعان، القانون الإداري الأردني، الكتاب الأول، مطابع الدستور التجارية، عمان، ط3، 1996، ص 52-53.
21. Georges burdeau, droit constitutionnel et institutions politique, paris, L.G.O.J, p 495.
22. Lamarque (j) la conception traditionnelle de la n&cenit& on droit conatitu-tionnel RDP et SC POLITIQUE Igdj, 1961, p 596-612.
23. Pilon drags : l'état d'urgence (crice des 03 avril et 07 aout 1955) et les libretés publiques RDP, 1955, p 693.
24. Montesqu : de l'eprit des lois, ed garnier flammariion paris 1979 livre XIX, p 345.
25. الأستاذ الدكتور عبد الرؤوف المهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية 2003، طبعة نادي القضاة، ص 690.
26. د/فتحي فكري، الاعتقال لدراسة المادتين الثالثة والثالثة مكرر من قانون الطوارئ، مركز البحوث ودراسات حقوق الإنسان، جامعة القاهرة، تقديم أساتذتنا الدكتور محمود عاطف البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 107 - 115.

ثالثا: الرسائل الجامعية:

1. عبد الحليم علام، دور السلطات الضبط الإداري في تحقيق نظام العام وأثره على الحريات العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1988، ص 216.
2. عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، طبعة 1954، ص 25 وما بعدها.
3. تقيدة عبد الرحمان، نظرية الظروف الإنشائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، عنابة سنة 1990، ص 115-116.
4. بشير صلاح العاوور، سلطات الضبط الإداري في الظروف الإنشائية في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، فلسطين، 2013، ص 77.
5. أحم، الحريات العامة في ظل الظروف الإنشائية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص 18.
6. تميمي نجاة، حالة الظروف الإنشائية وتطبيقها في الدستور الجزائري، رسالة ماجستير، فرع الغدارة المالية، كلية الفنون والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 2003/2002، ص 57.
7. بوقفة عبد الله، العلاقة بين السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية في الدستور الجزائري لعام 1963، بحث ماجستير معهد الحقوق، ابن عكنون، الجزائر، 1997، ص 68.
8. تندر نازا اعمر: الحريات العامة والمعايير القانونية، رسالة لنيل درجة الماجستير فرع قانون العام، كلية الحقوق والعلوم الإدارية الجزائر، سنة 02/01، ص 120.

رابعاً: الصكوك الدولية

1. الإعلان العالمية لحقوق الإنسان، 10 ديسمبر 1948.
2. الجمعية العامة للأمم المتحدة مبادئ الإعلان، اشتمل على مقدمة وثلاثين مادة، كذلك ميثاق الأمم المتحدة خاصة المادة الأولى.
3. الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان التي أقرته منظمة المؤتمر الإسلامي في طهران سنة 1989، والمتكون من 25 مادة.

المخلص

في ظل تطبيق نظرية الظروف الإنشائية فإن المشرع منح للإدارة صلاحيات واسعة لمواجهة تلك الظروف لما يهدف لحماية النظام العام وتحقيق مصلحة عامة في المجتمع، لذلك قد نستخدم الإدارة وسائل غير عادية قد تضر بالحريات العامة التي ضمنت حمايتها الدساتير والمواثيق الدولية وكذا دراسة النصوص الدراسية الجزائرية التي تطبقها الدولة في حالة تعرضها إلى ظروف استثنائية والتي تهدف من خلالها إلى حفظ النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

الكلمات المفتاحية:

نظرية الظروف الإنشائية، الحريات العامة، النظام العام.

Abstract of The master thesis

Under the application of the theory of constructive conditions, the legislator grants the Department broad powers to cope with those circumstances in order to protect public order and achieve a public interest in society. public freedoms protected by international constitutions and covenants, as well as the study of Algerian texts applied by the State in the event that they are subjected to exceptional circumstances, through which they are aimed at maintaining public order and ensuring the regular and steady functioning of public facilities.

Keywords:

Theory of structural conditions, public freedoms, public order.