

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



النظام العام وعلاقته بالحريات العامة

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري

تحت إشراف الأستاذ:

- سقني صالح -

من إعداد الطالب:

- محيود مفتاح -

السنة الجامعية: 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى ﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۗ قَدْ تَبَيَّنَ

الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۗ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ

فَقَدْ اسْتَمْسَكَ بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَىٰ لَا انفِصَامَ لَهَا ۗ وَاللَّهُ

سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٥٦﴾ اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ

الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ ۗ وَالَّذِينَ كَفَرُوا أَوْلِيَآؤُهُمُ

الطَّاغُوتُ يُخْرِجُونَهُم مِّنَ النُّورِ إِلَى الظُّلُمَاتِ ۗ أُولَٰئِكَ

أَصْحَابُ النَّارِ ۗ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴿٢٥٧﴾

سورة البقرة: الآية 256-257.

شكر وعرّفان

الحمد والشكر لله، الذي وفقني وأعانني، ويسر لي أموري، ووهبني القدرة على

مواصلة الدراسة والبحث، سبحانه نعم المرشد والمعين وبعد:

فالعرّفان بالجميل، والوفاء لأهل الفضل، يقتضي مني أن أتقدم بجزيل شكري، وفائق

تقديري واحترامي لأستاذي المشرف الأستاذ: "صالح سقني" اعترافاً لما قدمه لنا من

توجيهات ونصائح لإنجاز هذا البحث، فله منا التقدير وجميل الثناء

إلى كل الأساتذة الذين درسوني في الماستر بما قدموه لي من نصح وتوجيهات،

فبفضلهم ما كنت لأصل إلى ما أنا عليه الآن.

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد.

إلى كل هؤلاء تحية شكر وتقدير، فجزاكم الله عني جميعاً خير الجزاء.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى من حملتني وهنا على وهن، رمز الحنان والعطاء أُمي.

إلى معلمي الأول وقُدوتي في الحياة الأب الكريم.

إلى زوجتي العزيزة التي كانت دائماً عوناً لي.

إلى عائلة زوجتي الكريمة.

إلى قرة عيني ولدي إياد.

إلى كل إخوتي وأخواتي وأبناءهم الأعراء.

إلى من جمعنتي معهم الأيام واقتسموا معي الحلو والمر.

إلى كل من شجعني بكلية الآداب واللغات لأكمل دراستي.

إلى كل من جمعنتي معهم حياة الدراسة.

عبود مفتاح

مقدمة

ازدادت أهمية سيادة القانون في الوقت الحاضر بسبب تدخل الدولة في مختلف أوجه النشاط الفردي، الاقتصادي والاجتماعي وممارستها الكثير من السلطات والاختصاصات التي تتيح لها تقييد حريات الأفراد وحقوقهم للمحافظة على النظام العام، ومن جهة أخرى تعمل على صيانة الحريات العامة في المجتمع وهذا في سبيل تحقيق الصالح العام، ففي ظل هذا التداخل بين النظام العام والحريات العامة، عملت معظم الدول في تشريعاتها على معالجة العناصر السابقة بمبادئ قانونية تضبط التوازن بينها، وعلى الرغم من ذلك فلا بد من وجوب ملائمة القانون للواقع حتى لا يتصف بالجمود وعدم التطور، ذلك أن استمرار العمل بالتشريعات المعدة للأوقات العادية المألوفة في جميع الظروف و الأحوال من شأنه أن يجعل القانون متخلفاً ومنفصلاً عن الواقع الذي يطبق فيه، فقد تمر الدولة بظروف استثنائية وأحداث طارئة لا تسعف معها التشريعات المعدة للظروف العادية في علاجها ومواجهة أثارها، وعندئذ سيكون إلزام السلطة التنفيذية رغم ذلك بتطبيق هذه التشريعات من شأنه أن يؤدي إلى تعرض النظام العام والمرافق العامة الأساسية في الدولة للخطر الشديد، في ظل هذا التداخل بين ثلاث عناصر وهي السلطة والنظام العام والحريات العامة في الحالات العادية و الظروف الاستثنائية، عملت معظم الدول قدر المستطاع لإيجاد حل يرضي السلطة والأفراد وهي أن تعمل على خلق توازن بين سلطة الدولة في المحافظة على النظام العام وحماية الحريات العامة، لكن في كثير من الأحيان، نجد أن هيئات الضبط الإداري بما لها من سلطة تسعى إلى فرض سيادتها وهيبتها من خلال إصدار تدابير ضببية لصيانة النظام العام، دون مراعاة لحريات الأفراد وحقوقهم، وللجم السلطة من المساس بالحريات العامة للأفراد المكفولة دستورياً، أقر المشرع ضمانات دستورية لحماية الحريات العامة، ولعل أهم ضمانات، كفيلة بحماية هذه الحريات نجد الرقابة القضائية على تدابير الضبط المتخذة من طرف هيئات الضبط الإداري، فإن دراسة هذا الموضوع تكتسي أهمية بالغة تظهر في:

أهمية الموضوع من الناحية النظرية:

في توضيح وشرح ما يجب أن تقوم به الإدارة والمتمثلة في هيئات الضبط الإداري للتوفيق بين مهمتها في الحفاظ على النظام العام وضرورة احترام مبدأ المشروعية للحيلولة دون تقييد الحريات العامة.

أهمية الموضوع من الناحية العلمية العملية:

تظهر لنا من خلال الجانب التطبيقي من طرف القاضي الإداري في كيف يوازن بين النظام العام بالحريات العامة.

ومن أجل طرح الموضوع ومناقشته اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن أحيانا، أما **دوافع اختيار الموضوع** فكانت لأسباب ذاتية وموضوعية، فالذاتية تتجسد في رغبة الباحث في توضيح وتفسير العلاقة بين النظام العام والحريات العامة لاتصاله بالجمهور مباشرة، أما الموضوعية كون أن الموضوع يشرح لنا بدقة النظام العام وعلاقته بالحريات العامة. وسبب التداخل بينهما، الذي يظهر في كون أن النظام العام هو مكمل للحريات العامة، يبقى على الإدارة والقاضي الإداري إلا بتحقيق هذا التكامل عن طريق الموازنة بينهما. ومن خلال ما سبق ذكره نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى قدرة القاضي الإداري في تكريس التوازن بين النظام العام والحريات العامة؟

واشكاليات أخرى فرعية ومنها،

ما طبيعة العلاقة بين النظام العام والحريات العامة؟

ما دور المنظومة التشريعية من الجانب الموضوعي والإجرائي في تكريس التوازن بين

النظام العام والحريات العامة؟

أما بخصوص الصعوبات التي واجهة الباحث فتمثلت في صعوبة الوصول إلى القرارات القضائية وخاصة في الجزائر، إلا أنه تم الاستعانة بقرارات قضائية منقولة من بعض الكتب تخص قرارات قضائية مقارنة.

وللإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم البحث إلى قسمين:

الفصل الأول ويتضمن ماهية النظام العام والحريات العامة، أما الفصل الثاني فخصصناه لدور

القاضي الإداري في الموازنة بين النظام العام والحريات العامة.

الفصل الأول

ماهية النظام العام والحريات العام

المبحث الأول: ماهية النظام العام

المطلب الأول: مفهوم النظام العام

المطلب الثاني: التقسيمات التقليدية والحديثة للنظام العامة

المطلب الثالث: خصائص النظام العام

المبحث الثاني: ماهية الحريات العامة

المطلب الأول: مفهوم الحريات العامة

المطلب الثاني: التقسيمات المختلفة للحقوق والحريات العامة.

المطلب الثالث: أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة

خاتمة الفصل الأول

إن السلطة الإدارية تعمل على إشباع حاجيات الأفراد وحماية حقوقهم وحرياتهم، ومن جهة أخرى حماية النظام العام داخل المجتمع، فإن ذلك لا يتحقق إلا باستخدام الأعمال السلطوية والمتمثلة في إصدار قرارات ضبطية، التي قد تقيد أو تقوم بتنظيم حريات عامة كفلها الدستور والقانون، لذلك فمن الضروري، إيجاد توازن بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام، والحفاظ على حقوق وحريات الأفراد وذلك لا يكون إلا بتقييد سلطة الضبط الإداري بمبدأ المشروعية، الذي يعتبر ضمانه لتحقيق التوازن بين النظام العام والحريات العامة لذلك فإننا ارتأينا في هذا الفصل أن نعطي مفاهيم حول فكرة النظام العام وهذا في المبحث الأول أما المبحث الثاني فخصصناه لماهية الحريات العامة، وخصصنا مطلب في المبحث الثاني لنتطرق فيه لآثر حفظ النظام العام على الحريات العامة.

المبحث الأول: ماهية النظام العام.

إن النظام العام يعتبر هدف للضبط الإداري، والخروج عليه من طرف هيئات الضبط الإداري يعتبر تصرفاً غير مشروع، وبذلك تتحمل الإدارة المسؤولية، لعدم صب قرارات الضبط الإداري لحماية النظام العام ومن ثم المصلحة العامة.

المطلب الأول: مفهوم النظام العام.

الفرع: تعريف الفقة للنظام العام.

إن فكرة النظام العام، فكرة نسبية وغامضة وهذا ما قال به بعض فقهاء القانون لكون الفكرة تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان لآخر (1).

لذلك سوف نتطرق لبعض المفاهيم عن النظام العام، تخص بعض الفقهاء في القانون الإداري.

فالأستاذ زين العابدين عرف النظام العام " بأنه يعني المحافظة على الأمن العام الراحة العامة ، والسلامة العامة".

من خلال هذا التعريف للنظام العام يظهر لنا الصفة التقليدية للنظام العام، المتكون من عناصر ثلاث، والتي يقع على عاتق الإدارة توفيرها في المجتمع.

ولقد أكد هذا الطرح الفقيه "جون ايفس شيروت" " النظام العام هو النظام الطبيعي الذي يجب حمايته وصيانته وليس الذي تعمل الدولة على إقامته".

ويقصد بالنظام الطبيعي هو النظام العام بمدلوله المادي التقليدي أمن عام صحة عامة والسكينة العامة.

لهذا فإن النظام العام وفقاً للفكرة التقليدية ينصرف مدلوله إلى الأمن، الصحة، والسكينة العمومية، وهذا ما قاله الفقيه "مارسل فالين" "الأمن، السكينة، والصحة العامة هي العناصر الوحيدة التي يمكن لسلطة الضبط الإداري البلدي اتخاذها عند تحديد وتقييد حرية المواطن".

(1) عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام لدولة المسلمة، دار كنوز اشبيليا، ط1، الرياض، 2009، ص48.

أما " جودوليوري لامر داندير " يقول عن النظام العام " هو مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين، بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية" (1).

لا شك أنه عند قراءة هذا التعريف نرى بأن النظام العام هنا يتعلق بعلاقات الأفراد وأمنهم الذي يساعد على تكوين علاقات اقتصادية ناجحة، أي إعطاء معنى آخر للنظام العام، وما يجب أن يتحقق من النظام العام.

وهناك تعريف آخر للفقيه "هوريو موريس" الذي يقول "...النظام العام حالة فعلية معرضة للفوضى..."، يتضح من هذا التعريف أن النظام العام ذو طبيعة مادية سلبية دون الجانب الحسي الشعوري، أي أن النظام العام حدد في الجانب الأمني لا اضطرابات ولا فوضى (2).

وعلى العكس من هذا نجد من يعطي للنظام العام الطابع الايجابي، وهذا ما قاله الدكتور "محمد عصفور" حيث يرى "أنه لا يمكن أن يعرف النظام العام التقليدي تعريفاً سلبياً وهو اختفاء الإخلال وإنما يجب أن ينطوي على معنى إنشائي يتجاوز النتيجة المباشرة ولهذا لم يعد الهدوء العام مثلاً يعني اختفاء الضجة والاضطرابات الخارجية وإنما راحة السكان بمعنى اختفاء الجانب السلبي لكي يحل محله سياسة عامة لتنظيم وتحقيق الانسجام في المجتمع" (3).

إن النظام العام في القانون الإداري تطور بتطور وظيفة الدولة، التي أصبحت متدخلة في مختلف أوجه النشاط الاقتصادي والاجتماعي، مما أدى إلى توسع وظائفها ومن ثم توسع فكرة النظام العام، فبعدما كانت الدولة تهتم فقط بالحفاظ على النظام العام المتصلة في الأمن والصحة والسكينة، أصبح هناك النظام العام الاقتصادي الأخلاقي والأدبي.

(1) سليمان السعيد، النظام العام كهدف وقيد على النشاط الضبط الإداري، مقال، ص02.

-www.slimaniessaid.com

(2) سليمان السعيد، مرجع سابق، ص02.

(3) دنش رياض، نسيعة قيصل، النظام العام، مقال، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفارة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، العدد الخامس، بسكرة، 2008، ص 166.

ومن التعريفات التي تناولت النظام العام بمفهومه الواسع نجد: "هو مجموعة المبادئ الأساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا، اقتصاديا، دينيا، قانونيا، أخلاقيا، ويكون الدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام" (1) . يلاحظ في هذا التعريف انه وسع من مفهوم النظام العام ليشمل مختلف نشاط الدولة، أي اعتبار كل ما تتدخل فيه الدولة وتضع له قواعد وأحكام يعتبر من النظام العام.

ويرى أحد الباحثين أن النظام العام " هو الإطار العام والأسس الجوهرية والمبادئ الحيوية العليا في المجتمع وفي الدولة، بغض النظر عن القانون الذي يحتويه، فقد يكون في ضمانات التقاضي، أو في حرية التعاقد، أو في نظام العائلة، أو في علاقات العمل وفي (2) الجانب الأخلاقي والسلوكي لأفراد المجتمع، أو النظام الاقتصادي والتجاري وفي علاقات الدول بعضها مع البعض الآخر وكما يجب أن يسود هذه الروابط في حسن نية وعدم الإضرار" (3).

ومن خلال هذا التعريف نجد أن النظام العام يسود كافة المجالات في الدولة حيث أعطى تفسير عام ومعمم لنظام العام.

ويقول آخر " النظام العام في دولة ما، هو الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية، فتكافؤ الفرص وغير ذلك". نجد هذا التعريف مطابق لما جاء به التعريف السابق" (4).

(1) عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، مرجع سابق، ص 50.

(2) عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، مرجع نفسه، ص 50.

(3) عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، مرجع نفسه، ص 50.

(4) عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، المرجع نفسه، ص 51.

الفرع الثاني: موقف التشريع من فكرة النظام العام.

إن النظام العام كما قلنا سلفا وفقا لنضرة التقليدية ينصرف إلى عناصر ثابتة تتمثل في الأمن العام، الصحة والسكينة العامة.

وعلى فقد سايرت مختلف التشريعات هذا التقسيم والمحدد للعناصر الثلاثة السابقة الذكر، فالمشرع الفرنسي اكتفى بتحديد العناصر المادية المكونة لمضمون النظام العام وذلك في المادة: 97 القانون المؤرخ في 05 افريل 1884 المتعلق بالبلدية " هدف البوليس البلدي هو ضمان حسن النظام، الأمن العام والصحة العامة" (1).

أما المشرع الجزائري فلقد ساير نظيره الفرنسي، إلا أنه لم يتكفل بتحديد النظام العام بل اقتصر على تحديد العناصر المادية الثلاثة المكونة للنظام العام وهذا بموجب القانون رقم: 10/11 المتعلق بالبلدية حيث نصت المادة: 88 منه على أنه يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي تحت إشراف الوالي بما يلي..... العمل على النظام العام والسكينة والنظافة العمومية....." (2).

ونجد أن المشرع الجزائري قد حدد النظام العام في القانون الولاية رقم: 07/12 المؤرخ في 2012 في المادة: 114 " الوالي مسؤول على المحافظة على النظام العام والأمن والسلامة والسكينة العمومية " (3).

الفرع الثالث: موقف القضاء الإداري من النظام العام.

بالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري الفرنسي نجد أنه اعتمد على هذه العناصر الثلاثة المادية التقليدية المكونة للنظام العام وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 08 أوت 1919 في قضية "Labonne" (4).

(1) سليمان السعيد، النظام العام كهدف وقيد على النشاط الضبط الإداري، مرجع سابق، ص02.

(2) قانون رقم: 10/11 مؤرخ في 22 جويلية سنة: 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، 2011.

(3) قانون رقم: 07/12 المؤرخ في 21 فيبرابر سنة 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12، سنة 2012.

(4) سليمان السعيد، النظام العام كهدف وقيد على النشاط الضبط الإداري، مرجع نفسه، ص02.

حيث أن القاضي الإداري في هذه المرحلة يسهر على عدم خروج هيئات الضبط الإداري عن هذه العناصر المادية الثلاث، فالقاضي الإداري الفرنسي كان لا يعتبر الآداب العامة والأخلاق العامة من النظام العام، حيث كان يقوم بإلغاء التدابير الضبطية الإدارية التي كانت تمس بالنظام العام، ويرتب بالمسؤولية بالتعويض من طرف الإدارة.

لكن بعد 1959 تغير الأمر، حيث قام مجلس الدولة الفرنسي في قضية " لوتينسيا " والشركة الفرنسية لإنتاج والاستثمار للأفلام أصبح قضاء مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الآداب والأخلاق العامة من النظام العام وهذا بالتحديد في ديسمبر 1959.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن رئيس البلدية "نيس" قام بإصدار قرارا إداريا بعدم عرض ثلاث أفلام رغم حصولها على ترخيص من الوزير المختص، لأن هذه الأفلام تهدد تربية وأخلاق التلاميذ الصغار (1)

المطلب الثاني: التقسيمات التقليدية والحديثة للنظام العام.

إن الضبط الإداري هدفه، الحفاظ على النظام العام، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة، لذلك فإن هيئات الضبط الإداري يجب أن تصب قراراتها في هذا المحتوى، والقول غير ذلك يجعلها منحرف في استعمال سلطتها المرسوم لها، وهي الحفاظ على النظام العام والذي يتمثل في السكينة العامة والصحة العامة والأمن العام، ولكن بعد تطور المجتمع وتدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية وكافة المجالات، ظهرت عناصر جديد لنظام العام.

الفرع الأول: التقسيمات التقليدية للنظام العام:

1-الأمن العام: (La sécurité Publique)

الأمن العام هو أمن الفرد في حياته وماله من خطر الاعتداء عليه سواء بفعل الطبيعة أو الإنسان، فالطبيعة تتمثل في الزلازل والفيضانات والحرائق، أما الإنسان كالقتل والسرقة وحوادث السيارات والمظاهرات، أو بفعل الحيوانات المتشردة أو البرية المفترسة.

(1) دنش رياض، نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص 158.

ويدخل أيضا في الحفاظ على النظام العام، تنظيم الحركة المرورية لمنع حوادث السيارات. واستنادا إلى المحافظة على النظام العام، فإن هيئات الضبط الإداري مخولة بالقيام بتنظيم مهن معينة، وخاصة التي تمارس فوق الطريق العام وفرض قيودا إرتفاقية مرفقية على بعض الأنشطة كمرقبة مشروعات النقل الجماعي وأيضا فرض إجراءات وقائية على أملاك العقارات، كالحماية ضد الحريق والمنازل الآيلة للسقوط⁽¹⁾

وعليه فإن، مجلس الدولة الفرنسي أقر للعمدة الحق في أي يفرض بعض الإجراءات الصارمة بصفة مؤقتة لضبط سلوك المواطنين، فله مثلا أن يأمر بغلق مصنع عند حدوث إضراب أو اعتصام يمكن أن يهدد الأمن العام، كما خولت له المادة (2 - 131 L) من قانون البلديات الفرنسي الصادر في 2 مارس 1982، سلطات ضبطية واسعة للمحافظة على الأمن العام.

وتأكيدا على هذا فإن قانون الطرق العامة للعمدة يخول له ضمان سهولة المرور في الطرق العامة والبلدية وفي حالة عدم وجود مرفق بلدي، فإنه يجبر السكان على الرش والكنس أمام منازلهم وإزالة القاذورات من الطرق الخاصة وإزالة الثلوج حفاظا على الأمن العام⁽²⁾.

ونجد المشرع الجزائري قد أولى اهتمام كبير للمحافظة على الأمن العام، وهذا ما جاء به قانون البلدية الذي أعطى لرئيس البلدية سلطات وتدابير من أجل المحافظة على الأمن العام. وهذا ما جاءت به المادة 89 من قانون البلدية رقم 11.10 المؤرخ في 02 جويلية 2011، والتي أعطت لرئيس البلدية صلاحيات باتخاذ التدابير اللازمة، الاحتياطية والوقائية لضمان سلامة وحماية الأشخاص والممتلكات في الأماكن العمومية.

كما له الحق في اتخاذ تدابير تتعلق بالأمر بهدم الجدران والعمارات الآلة للسقوط، ونلاحظ أن هذه التدابير، احتياطية قبل وقوع الحوادث، كما نصت المادة 96 من قانون البلدية⁽³⁾

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2007، ص 78-79.

(2) المرجع نفسه، ص 79.

(3) قانون رقم: 10/11 المؤرخ في 22 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

على التدابير التدخل بعد الحوادث ومثال ذلك في الكوارث الطبيعية، حيث يأمر رئيس المجلس البلدي بتفعيل مخطط البلدي لتنظيم الإسعافات للأفراد. (1)

وعلى العموم فإن صلاحيات رئيس البلدية في الحفاظ على الأمن العام كرسها قانون البلدية، حسب المادة "94". التي جاء فيها:

- التأكد من المحافظة عن النظام العام في الأماكن التي فيها الأشخاص.
- تنظيم ضبطية الطرقات المتواجدة على إقليم البلدية.
- السهر على حماية معايير البناء.
- اتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة لمكافحة الأمراض المتنقلة والمعدية.
- منع تشرد الحيوانات المؤذية والضارة (2).

ثانيا: السكنية العامة (La Tranquillité publique):

ويقصد بها اتخاذ كافة التدابير والإجراءات للمحافظة على الهدوء ومنع الضوضاء داخل التجمعات السكنية وفي الطرق العامة، ومنع إقلاق الافراد والسهر على راحتهم وهذا بإزالة أسباب الضوضاء والإزعاج، وهذا بمنع مكبرات الصوت، وتنظيم استعمال المذياع أو منع استخدام أبواق السيارات في أماكن معينة.

وتجدر الإشارة أن هذه الأفعال ليست ممنوعة على الإطلاق، بل يجب أن تنظم، وإلا أصبحت تقييد لحريات الفرد، ولكن يجب أن تتدخل سلطة الضبط بتنظيمها، حيث تكون غير متجاوزة للحدود كأن يكون هناك تظاهرة فنية غنائية أمام مستشفى أو بالقرب من تجمع سكاني في الليل، وفي هذا الصدد فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي الحق للهيئات الضبط الإداري في تنظيم استخدام الأجراس في الكنائس، كما اقر المجلس حق العمدة في التدخل لمنع إقلاق راحة السكان (3).

(1) قانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

(2) قانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية، المرجع نفسه، المادة 94.

(3) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 80.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في قانون البلدية وفي المادة: 88 الفقرة "2" على رئيس البلدية "السهر على النظام والسكينة والنظافة العمومية " وكذلك في المادة "94" الفقرة "2" ".... معاقبة كل مساس بالسكينة العمومية...." نلاحظ أن المشرع في قانون البلدية لم يحدد الأعمال التي تعد إخلال بالسكينة وتركها لسلطة الضبط هي التي لها سلطة تقديرية في هذا الأمر (1).

ولقد نص قانون الولاية رقم: 07/ 12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 على سلطة الولي في الحفاظ على السكينة العامة وهذا في المادة: "114" "الوالي مسؤول على المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية".

رابعا: الصحة العامة (La Salubrité Publique):

ونعني بها وقاية صحة الأفراد من خطر الأمراض، أو من اعتلال الصحة ومنع انتشار الأوبئة والاحتياط من كل ما يكون، سببا للمساس بالصحة العامة (2). ولهذا الغرض تقوم الإدارة المتمثلة في سلطة الضبط الإداري، بتلقيح الأطفال ضد الأمراض المعدية، وتقوم بالمحافظة على النظافة وسلامة مياه الشرب والأطعمة المعدة للبيع في المحلات والمطاعم، وإعداد قنوات صرف المياه القذرة.

ويقول ماجد راغب الحلو أن التلوث الناشئ بفعل الإنسان، ووسائل مدينته الحديثة من أهم العوامل التي تضر بصحة الإنسان وتصيبه بالأمراض، وأن مكافحة التلوث يعد من أهم وسائل المحافظة على الصحة العامة (3).

(1) قانون رقم 10/11، المؤرخ في 22 جويلية 2011، متعلق بالبلدية، مرجع سابق.

(2) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 82.

(3) نسيغة فيصل، الضبط الاداري وأثره على الحريات العامة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005، ص 42.

فالمحافظة على الصحة العامة، يساعد على المحافظة على الأمن العام وعدم الإخلال به⁽¹⁾. فحماية الأفراد من الأوبئة والأمراض، وكذا رعاية الصحة العامة الاجتماعية، لذلك وجب على سلطات الضبط الإداري قيام بما يلي:

- رعاية الصحة الجماعية للأفراد وهذا بالاهتمام بنظافة الأماكن والطرق العامة ومياه الشرب من الجراثيم، وتنظيم قنوات الصرف الصحي، وكذلك المياه المتخلفة عن المصانع.
- اتخاذ تدابير وقائية في المنشآت الصناعية والمدرسية والأماكن التجارية، وهذا بتوفير ظروف صحية جيدة.
- مكافحة الأمراض المعدية، وهذا برقابة الأغذية في المحلات التجارية والمطاعم، فسلطات الضبط تستطيع غلق أي محل لا يستوفي الشروط الصحية اللازمة⁽²⁾.
- ولقد خول قانون الصحة العامة الفرنسي للمحافظ والعمدة أن يصدر لوائح صحية تسري على المواطنين في البلديات التابعة لهما، وكذلك إصدار قرارات فردية ضببية للمحافظة على الصحة العامة تجاه المنشآت الخاضعة لأحكام هذا القرار⁽³⁾.
- وتبعاً لذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي للعمدة أن يأمر بإغلاق أي مكان يضر بالصحة العامة، أو أن يعلق السكن فيه، أو يقرر إزالته.

وكذلك نجد قانون البلدية الفرنسي في المواد: (1 - 131، 2 - 132) الصادر في سنة 1982 تخويلها سلطة الضبط الإداري العام تجاه المنشآت الضارة بالصحة، حيث يقوم بإنذار أصحاب العقارات الصناعية بإنهاء الأسباب الضارة بالصحة⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فنجد أنه ألزم سلطات أو هيئات الضبط الإداري على مستوى البلدية بالمحافظة على الصحة العامة وهذا ما جاءت به المادة "94" الفقرة 6-8-9-10، حيث ألزم المشروع هيئة الضبط الإداري المتمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي بـ:

- (1) نسيغة فيصل، الضبط الإداري وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 43.
- (2) نسيغة فيصل، الضبط الإداري وأثره على الحريات العامة، مرجع نفسه، ص 43.
- (3) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 82.
- (4) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع نفسه، ص 82.

- السهر على نظافة العمارات.

- تدابير وقائية واحتياطية ضد الأمراض المعدية والمنتقلة.

- تدابير لمنع الحيوانات المتشردة والمؤذية.

- نظافة المحيط والبيئة (1).

وفي مجمل القول فإن المحافظة على النظام العام، بعناصره الثلاثة التقليدية المادية يقتضي اتخاذ تدابير احتياطية ووقائية أي قبل وبعد حدوث الواقعة المادية وهذا طبعاً في إطار احترام الحريات العامة، فسلطة الضبط هنا تقوم فقط بتنظيم هذه الحريات التي تكون في الغالب سبب الاضطرابات، في النظام العام، ولا تتعدى المنع، وهذا ما جاء به قانون البلدية في المادة "94" حيث قيدت المحافظة على النظام العام في إطار احترام حقوق وحريات المواطنين (2)

الفرع الثاني: التقسيمات الحديثة للنظام العام:

ان تطور وظيفة الدولة من حارسه إلى متدخلة، أدى إلى تطور مفهوم النظام العام، فضلا عن العناصر التقليدية السابقة، وأصبحت هناك عناصر حديثة تمثل النظام العام، فتدخل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي والثقافي ألزم عليها أن تقوم بتنظيم هذه المجالات لتحفظ فيها النظام العام، ولهذا فلم يعد النظام العام يقيد الحرية الفرية بل أصبح ضابط للحفاظ على الاستقرار في الحياة العامة (3).

اولا - النظام العام الخلفي أو الادبي:

أوردنا فيما سبق بأن النظام العام انه مادي، أي أن الإدارة عندما تستهدف إلى حماية النظام العام عن طريق التدابير الضبطية ملزمة فقط بالحفاظ على النظام المحسوس، وهذا ما أكده الفقيه " هوريو " ففكرة النظام العام يجب أن تحمل مدلول النظام العام المادي المحسوس الذي يعتبر بهذه المثابة حالة مناقضة للفوضى" غير أن هذه الفكرة تغيرت بتغير المجتمع وتطوره فأصبح هناك ما يسمى النظام العام الأدبي، الذي جاء نتيجة إخلاله بالنظام العام

(1) قانون رقم 10/11 المؤرخ في 02 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية مرجع سابق.

(2) قانون رقم 10/11 المؤرخ في 02 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية مرجع نفسه.

(3) دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مرجع سابق، ص 174.

المادي، فإذا كان يشكل خطرا أو يهدد تهديدا مباشرا، فعلى سلطات الضبط الإداري أن تتدخل لوقف هذا التهديد⁽¹⁾. ومثال ذلك ما يبث من عروض مسرحية أو تلفزيونية، المخلة بالحياة فلهي أن تسبب استياء وتذمر أفراد المجتمع، وتسبب اضطرابات أمنية تائرة على هذا الوضع، فالأعمال اللامادية تكون خطر على النظام العام المادي اذا لم تراقب وتنظم.

ولهذا فقد أصبحت سلطات الضبط الإداري تقوم بمراقبة ما يخل بالأخلاق والآداب العامة، فهذه الأخيرة لا تتأثر فقط بالجانب الاقتصادي والاجتماعي والثقافي فحسب، بل تتأثر أيضا بالمثل العليا للأخلاق السائدة في كل مجتمع، وعلى هذا النحو يقول الفقيه " هورير " بأنه علاوة على النظام المادي الذي يعني عدم وجود فوضى يوجد النظام المعبدي (الخلقي) الذي يرمي للمحافظة على ما يرد من معتقدات وأحاسيس في المجتمع الواحد، لذلك فإن تدخل الدولة أو الإدارة لحفاظ على النظام العام الخلفي، يكون إذا بلغت خطورته أن يهدد النظام العام المادي⁽²⁾.

وتجدر الإشارة أن النظام العام هو الحفاظ على الآداب العامة والتي يأخذها القضاء الإداري بعين الاعتبار دون الأخلاق. لأن الأخلاق ثابتة في الضمير الإنساني وهي أهم من الآداب العامة التي تعني قدرا أدنى من الأفكار الخلقية يقبلها متوسط الأفراد في زمن ومكان معين⁽³⁾.

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد تطور في هذا الصدد و أجاز لسلطة الضبط الإداري التدخل في بعض الحالات لحماية النظام الخلفي و بالضبط في مجال السينما والمسرح والمطبوعات، وهذا بسبب ما تزرعه هذه الوسائل من صدم المشاعر وخروج عن القيم التي تسود المجتمع.ومن بين الأحكام التي حددت في هذا الشأن عن مجلس الدولة الفرنسي نذكر قضية شركة أفلام " لوتيتيا" والثقافة الفرنسية لمنتجي ومصدري الأفلام الصادر في 18 ديسمبر

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 90، 91.

(2) عزوز سكينه، عملية الموازنة بين الضبط الإداري والحريات العامة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1990، ص36.

(3) عزوز سكينه، عملية الموازنة بين الضبط الإداري والحريات العامة، مرجع سابق، ص 36

1909، والذي أجاز لسلطة الضبط أن تقوم بحظر هذه الأفلام إذا كانت تخدش بالحياء وتضر بالأخلاق العامة⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد إهتم بالنظام العام الخلقي وهذا نجده في التعديل دستوري 2016 الباب الأول الفصل الرابع، في المادة " 50 " الفقرة 3 حيث جاء فيها " نشر المعلومات والأفكار والصور والآراء مضمون في إطار القانون واحترام ثوابت الأمة وقيمها الدينية والأخلاقية والثقافية "⁽²⁾.

فلاحظ أن المشرع الجزائري قيد حرية نشر المعلومات والصور والآراء، بالقانون والقيم الدينية والأخلاقية، فسلطة الضبط الإداري تتدخل إذا كانت هذه الحرية تمس بالأخلاق والقيم الدينية. إلى جانب مخالفتها للقانون.

أما فيما يخص قانون البلدية والولاية فقد نص المشرع على التزام سلطات الضبط الإداري بحفظ النظام العام، بعناصره الثلاثة والتي كما قلنا في السابق هي امتداد للنظام الخلقي والادبي وهذا عندما تمس بالنظام العام.

ونجد المشرع الجزائري قد أعطى الأولوية والاهتمام الكبير بضرورة الحفاظ عن النظام الخلقي والأدبي وهذا في قانون العقوبات حيث جاء ذلك في القسم السادس تحت عنوان انتهاك الآداب وهذا في المادة "333" الفقرة "1" حيث جاء فيها " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 500 إلى 2000 دج كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء "⁽³⁾.

ثانيا: نظام جمال الرونق والرواء.

ذهب العديد من الفقهاء بأن المحافظة على جمال الرونق ورواء في الشارع والإحياء السكنية تندرج في فكرة النظام العام. ومن بينهم الفقيه " دويز " الذي يعتبر حماية الجمال هي

(1) عبد الرؤوف هاشم بسبوني، مرجع سابق، ص 91.

(2) قانون رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، 2016.

(3) الأمر رقم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق الموافق 8 يونيو سنة يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم. المادة 333، عدلت بالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير الجريدة الرسمية، العدد 7، 1982.

غاية الضبط الإداري على نفس مستوى الأمن والسكينة لأن الإدارة مسؤولة عن حماية مشاعر الجمال لدى المارة، كما هي مسؤولة عن ضمان حياتهم (1).

ويعتبر هذا الغرض من الأغراض الحديثة المضافة إلى العناصر التقليدية السابقة الذكر، الذي كان وراء اختلاف الفقهاء بين مؤيد ومعارض لفكرة نظام الجمال والرونق، فأعتبر الرأي الأول أن جمال الرونق والرواء ليس من النظام العام، إلا إذا اقترن بعناصر النظام العام التقليدية، في حين يفسر الرأي الثاني أن جمال الرونق من النظام العام حتى ولو لم يقترن بالنظام العام المادي، وهو غاية للضبط الإداري (2).

لذلك فهو يدخل ضمن مهمة الإدارة في حماية الصالح العام شأنه في ذلك شأن الفن والثقافة وكل مساس به يكون اضطرابا اجتماعيا، وان إجراء للمحافظة عليه يكون إلا بورود نص صريح لذلك. ففي فرنسا في بداية الأمر عام 1928 كانت سلطات الضبط الإداري لا يحق لها أن تدخل في المحافظة على جمال الرونق والرواء إلا في الحالات التي يرخص فيها القانون بذلك، إلا أنه في عام 1936 قضى مجلس الدولة في حكمه الصادر في قضية " اتحاد مطابع باريس"، ويتخلص مضمون هذه القضية كون الإدارة أصدرت قرار بعدم توزيع الإعلانات على المارة وهذا بسبب رميهم الإعلانات على الطريق وتشويه المدينة والمنظر الجمالي للمدينة، فقامت اتحادات المطابع بالطعن في هذا الإجراء الضبطي من الإدارة، كون أنه يخرج عن أهداف الضبط الإداري، فرفض مجلس الدولة الطعن، لكون أن جمال الرونق والرواء من أغراض الضبط الإداري، ويعتبر من عناصر النظام العام الجديرة بالحماية، وأنها لا علاقة لها بعناصر التقليدية المكونة للنظام العام (3). أي أنها ليست وليدة الإخلال بالنظام العام المادي، بل هو نظام مستقل يجب على الإدارة المحافظة عليه.

ونجد المشرع الجزائري قد اخذ وأعطى للإدارة صلاحية حماية الرونق والجمال كهدف للضبط الإداري والنظام العام وهذا ما جاء به قانون البلدية 10/11 المؤرخ في 22 جويلية 2011 المادة " 94 " الفقرة " 07 " "السهر على نظافة العمارات وضمان سهولة السير في

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 93.

(2) دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مرجع سابق، ص 175.

(3) دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مرجع نفسه، ص 176.

الشوارع والساحات والطرق العمومية". وكذلك الفقرة "12" " السهر على احترام تعليمات نظافة المحيط وحماية البيئة" (1).

ولذلك فإن حماية الجمال والرونق والرواء ونظافة المحيط من أولويات الإدارة وهدف سلطة الضبط الإداري، تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع، فحماية الجمال والرونق ليس مرتبطا بالعناصر التقليدية للنظام العام، ولكن جاء نتيجة تطور المجتمع ومرونة النظام العام (2).

ثالثا- النظام العام الاقتصادي والاجتماعي والثقافي:

إن تطور وظيفة الدولة كما قلنا في السابق، من دولة حارسة إلى دولة متدخلة في شتى مجالات الحياة اليومية للأفراد، لزم عليها، أن تقوم بتنظيم وحماية الجانب الاجتماعي والاقتصادي والثقافي للأفراد.

ونجد من بين الفقهاء الذين أيدوا هذا الطرح الفقيهان " ربيير و بورديو" فيقول " بورديو" أن النظام العام يتجاوز الهدوء والأمن للسكان وأنه يتأثر بالعلاقات الاقتصادية، فتحت عنوان النظام العام تخول السلطات الضبط اليوم أن تحدد بعض الغايات الاقتصادية كالأجور والأسعار والتموين (3). كذلك التراخيص التي تمنحها الإدارة لممارسة نشاط معين، لمراقبة النشاط الاقتصادي، وتوجيه الاستثمارات التي تساهم في رفاهية الأفراد وتوفير مناصب العمل التي تساهم في الحد من الاضطرابات (4).

فالسياسة الاقتصادية عامل مهم وقوي في المحافظة على الأمن العام في الدولة الحديثة، لأن إدخال النظام العام الاقتصادي لم يوسع مفهوم النظام العام فحسب، بل غير من طبيعته وجوهره إلى درجة إننا أصبحنا بصدد " نظام عام جديد " مركز على مبدأ تدخل الإدارة من أجل تنفيذ سياستها الاقتصادية في الإنتاج والتوزيع والأسعار للحفاظ على الصالح العام للأفراد (5).

(1) قانون رقم: 10/11 المؤرخ في 22 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

(2) دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مرجع نفسه، ص 176.

(3) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 92.

(4) دنش رياض، نسيغة فيصل، مرجع سابق، ص 176.

(5) عزوز سكيينة، عملية الموازنة بين الضبط الإداري والحريات العامة، مرجع سابق، ص 37.

أما في المجال الاجتماعي فيكون تدخل الإدارة في مجال الإسكان يعد من النظام العام إما بتوفير السكن للأفراد أو منح السكن أو تهديم المساكن الآيلة للسقوط، لدواعي أمنية، ولهذا فإن تقديم طلب رخصة للبناء يعد من التدابير الضبطية للإدارة. كما أن حماية الشرائح الاجتماعية المعوزة يعد من صميم النظام العام كحماية الطفولة والأمومة.

أما في المجال الثقافي فإن الإدارة تقوم بالمحافظة على التراث الثقافي للأمة، وهذا بتدخلها في مجال التدريس، وهذا يتجسد في سلطة الإدارة بتحديد المواد المعينة بالتدريس، (1) وكذلك المحافظة على الآثار والعادات والتقاليد المكونة لهوية الأمة.

وعلى هذا النحو السالف الذكر قضى مجلس الدولة الفرنسي بان المحافظ يستطيع أن ينظم فتح مخازن الخبز، وأن يحظر نقله إلى المنازل في نطاق السياسة العامة للتغذية، وأن العمدة له صلاحيات حماية المستهلكين أن يقرر تدابير ملائمة لمنع نقص المواد الأولية وكذا الارتفاع الوهمي للأسعار (2).

أما المشرع الجزائري فنجد في قانون البلدية السالف الذكر في المادة "94" حيث نصت على صلاحية رئيس المجلس الشعبي البلدي في المحافظة على النظام العام الاقتصادي والاجتماعية والثقافية وذلك في الفقرة "05" "السهر على حماية التراث التاريخي والثقافي ورموز ثورة التحرير الوطني." وكذلك في الفقرة "06" السهر على احترام المقاييس والتعليمات في مجال العقار والسكن والتعمير وحماية التراث الثقافي المعماري" (3).

المطلب الثالث: خصائص النظام العام.

مما سبق ومن خلال التعريفات والتقسيمات التقليدية والحديثة للنظام العام، يظهر لنا جليا أن النظام العام كهدف لسلطة الضبط الإداري يتميز بعده خصائص شكلت فكرة النظام العام.

(1) دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مرجع نفسه، ص 177.

(2) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 97.

(3) قانون رقم 10/11 المؤرخ في 02 جويلية 2011، المتعلق بالبلدية مرجع سابق.

الفرع الأول: النظام العام لا بد أن يكون عاما:

إن تدخل هيئات الضبط الإداري لتقييد حريات الأفراد، بهدف الحفاظ على النظام العام أعطى صفة العمومية والتجريد للنظام العام، فهو يستهدف مجموعة من الأفراد أو الجمهور غير محددين بذواتهم، لذلك وجب أن يكون التهديد عاما سواء في أمن الأفراد أو سكينتهم أو في صحتهم. مما يجعل ضرورة تدخل الإدارة لحفظ النظام العام.

لذلك فإن هيئات الضبط الإداري عندما تقوم بتدابير ضبطية للمحافظة على النظام العام لفرد معين بذاته دون بقية الأفراد التي تتماثل مراكزهم معه، اعتبر ذلك مخالفا للقانون وكان من حق القضاء إبطاله.

وتطبيقا لذلك قضيت المحكمة الإدارية بمصر "لئن كان حظر تشغيل المطحنة ليلا لا يعد وان يكون مجرد تنظيم حتى لا يسبب تشغيلها في هذا الوقت قلقا وإزعاجا للسكان، إلا أن المحكمة تسارع إلى التنبيه بأن، مثل هذا التنظيم يجب أن يصدر في شكل قرار عام يسري على المطاحن كافة، فإذا ما صدر مثل هذا التنظيم بقرار عام، وجب على جميع المطاحن كافة.....أما أن يقيد مطحنة بذاتها.....بقرار فردي....ففيه مجاوزة للسلطة(1).

وفي المقابل تبقى الأفعال التي تحدث من عنصر خاص، والكامنة في النفوس ولم تظهر إلى الخارج، ولا تهدد النظام العام بعناصر الثلاثة فهي تخرج عن النظام العام ولا تهدده(2).

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذه الخاصية عند ممارسة هيئات الضبط الإداري لمهامها من أجل الحفاظ على النظام العام ونجد ذلك في قانون الولاية في المادة "114" الولي مسؤول على المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية(3). فصفة العمومية يجب ان تكون ملازمة لتدابير الضبط الإداري حتى تكون مشروعة، وتحقيقا أيضا لمبدأ المساواة بين الأفراد.

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 83، 84.

(2) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع نفسه، ص 84.

(3) قانون رقم: 07/12 المؤرخ في 21 فيفراير سنة 2012، المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

الفرع الثاني: النظام العام عبارة عن مجموعة من القواعد الآمرة:

ان النظام العام يعبر عن مجموعة من القواعد السائدة في المجتمع التي تنظم مصالحه الأساسية سواء كانت اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية، هذه المصالح ينظمها المشرع بقواعد آمرة ولا يجوز للأفراد أن يخالفوها، ولذلك فإنه لا دخل للنظام العام بتنظيم العلاقات القانونية بين فرد وآخر مثال ذلك علاقات الجوار والشيوخ والتعاقد⁽¹⁾. وهنا نقصد العلاقات الخاصة بين الأفراد المقننة، ولكن يسمح القانون بمخالفتها في إطار رضا الأفراد فيما بينهم.

مما سبق نلاحظ أن النظام العام هو انعكاس للجو للقانوني للدولة الذي يقوم على أساس نظم وقواعد معينة متصلة بسلوك الأفراد، بحيث أي مساس بها يمكن أن يشكل إخلال بالنظام العام، لأن ضبط نشاط الأفراد وتصرفاتهم في المجتمع، يكون بقواعد أمر تحقق النظام العام، بحيث-القواعد الآمرة-تضع حلول للمنازعات داخل المجتمع عن طريق التوفيق بين إرادة الأفراد وبين المصلحة العامة. فالقواعد التي تهدف إلى الحفاظ على النظام العام هي قواعد تهدف إلى تحقيق التوفيق بين النظام العام والحريات العامة للأفراد⁽²⁾.

وتطبيقا لما ذكر نجد المشرع الجزائري اخذ بهذه الخاصية في معظم القوانين التي تنظم وتفيد الحريات العامة، لأجل المحافظة على النظام العام ومن بينها قانون الأحزاب السياسية رقم: 04/12 المؤرخ في 08 جانفي سنة 2012 ومثال ذلك في المادة "05" الفقرة "01" "يمنع تأسيس حزب سياسي أو مشاركة في تأسيسه أو في هيئاته المسيرة على كل شخص مسؤول عن استغلال الدين الذي أفضى إلى المأساة الوطنية"⁽³⁾.

نلاحظ أن هذه القاعدة القانونية آمرة تمنع أي شخص تتوفر فيه هذه الشروط من تأسيس أو الانخراط في الأحزاب بسبب إخلالهم بالنظام العام بالرغم أن حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به دستوريا وقانونيا.

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع نفسه، ص 85، 86.

(2) دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مرجع سابق، ص 171.

(3) قانون رقم: 04/12 المؤرخ في 08 جانفي 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية، العدد 02، 2012.

الفرع الثالث: النظام العام ليس من صنع المشرع وحده:

ذكرنا في الخاصية السابقة للنظام العام، أنه مجموعة قواعد أمرة التي تستمد من عمل المشرع، إلا أن هذه الميزة ليست مطلقة إذا لا يمكن أن ننفي دور التقاليد والعادات في مجتمع معين في تكوين النظام العام (1).

لأن استمرار النظام في مجتمع معين يكون مرهون بتقبل أفراد هذا النظام الذي يعبر عن روح النظام القانوني لجماعية معينة، فالنظام العام في مجتمع معين ليس نفسه النظام العام في مجتمع آخر، ومثال ذلك نجد ظاهره اجتماعية معينة "شرب الخمر" في الدول الغربية، تدخل في أعراف وتقاليد المجتمع الغربي، تعتبر حرية، ولا تهدد النظام العام فهنا سلطات الضبط الإداري ضبطها أو تنظمها. على العكس في المجتمع المسلم، الذي يعتبرها من المحرمات، لذلك تقوم سلطات الضبط الإداري بتقييد وتشديد الخناق على هذه الحرية.

لذلك فإن النظام العام هو فكرة اجتماعية متطورة، يستند إلى القواعد القانونية وكذلك إلى مبادئ وأعراف اجتماعية لا توجد في القانون الوضعي.

ونستدل ذلك من أن المشرع عندما يتكلم عن النظام العام، يعطيه وصف عام بأنه صحة عامة، وسكينة عامة وأمن عام، لأن مضامين هذه العناصر الثلاثة هي تعبر عن التقاليد والأعراف في مجتمع معين. فالمشرع في الكثير من الأحيان لا يذكرها بالتفصيل لأنها متأصلة في المجتمع ويكتفي بذكر الإطار العام وهي سكينة عامة وأمن عام وصحة عامة فبرغم من عدم تصنيفها في النصوص المكتوبة إلا أنها تعبر عن النظام العام في مجتمع معين، ويجب على سلطات الضبط الإداري مراعاتها (2).

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 86.

(2) دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مرجع سابق، ص 170.

الفرع الرابع: مرونة وتطور النظام العام باختلاف الزمان والمكان والمذاهب السائدة في

الدولة:

نظرا لمرونة وتطور النظام العام كما قلنا سابقا، فإن المشرع لا يستطيع أن يرسم صورة كاملة عن النظام العام في مجتمع ما، فالنظام العام بطبيعته يتعارض مع استقرار النصوص التشريعية.

لذلك لجأت بعض الدول إلى عدم النص على النصوص التشريعية المعدة لحفظ النظام العام، في صلب قوانينها ومثال ذلك نجد المشرع الفرنسي سكت عن النص على النظام العام في المادة "16" والمادة "686" من القانون المدني الفرنسي، وكذلك القانون الألماني فقد عمد إلى إغفال النص عليه عند صياغة المادة "138" وهذا راجع كما قلنا سابقا لمرونة وتطور فكرة النظام العام من زمن إلى زمن ومن مكان إلى مكان ومن مجتمع إلى مجتمع وكذلك الاختلاف الأيديولوجي المذهبي.⁽¹⁾

لأن الآداب العامة والجانب الاجتماعي والسياسي، في مجتمع معين يتغير ويتطور بتطور المجتمع نفسه ويختلف من مجتمع إلى آخر باختلاف المذاهب، ففكرة النظام العام تختلف في الدول الاشتراكية عن الدول الرأسمالية والإسلامية، ففي بعض الدول يعتبر تعدد الزوجات مخالفا لنظام العام كالدول الأوروبية المسيحية في حين يعتبر في الدول الإسلامية غير ذلك.

أما من حيث الزمان فإن فكرة النظام العام تتغير كذلك، ومثال ذلك في فكرة التأمين عن الحياة كانت في الماضي يعتبر مخالفا لنظام العام، أما الآن فلا يعتبر كذلك. أما في الجانب المذهبي فإن فكرة النظام العام تضيق في المذهب الفردي، لأن هذا المذهب يعطي حرية للأفراد في تصرفاتهم ويضيق من القانون لمراقبة هذه التصرفات ويحل مبدأ سلطان الإرادة ولذلك تنكمش فكرة النظام العام، وعلى العكس من المذهب الفردي، نجد المذهب الاشتراكي

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 86-87-88.

تتسع فكرة النظام العام وهذا بسبب تدخل الدولة في شؤون الأفراد عن طريق القانون وهذا لتنظيم علاقات الأفراد بما يحقق المصلحة العامة للمجتمع ككل (1).

أما في الإسلام فإن النظام العام ثابت ومرن في نفس الوقت، فالأحكام الثابتة الغير قابلة للتبديل على مر الزمان والمكان والعصور واختلاف البيئات، ولكن نجد في بعضها مرونة، لذلك فإن الأحكام الشرعية التي يقوم عليها النظام العام تقوم على قسمين:

أولاً: هناك أحكام شرعية ثابتة غير متغيرة، لا تختلف باختلاف المكان والزمان والعصور وهي باقية إلى قيام الساعة، وهي تتعلق بالعبادات والعقائد والأخلاق والكفارات والحدود.

ثانياً: هناك أحكام شرعية مبنية على متغيرات، حيث يدور الحكم فيها على المصلحة حيث دارت، لأن هناك مصلحة في وقت معين ولا تكون في وقت آخر، وهذه الأحكام نستشفها ونأخذها من أدلة التشريع التي تعتمد على القياس والإجماع والاجتهاد ومثال ذلك المخدرات فهي لم تكن موجودة في البداية الأولى للإسلام ولم يرد بها حكم شرعي لكن العلماء قاموا بتحريمها ونجد أيضاً النبيذ (2).

من خلال هذا المبحث الذي تطرقنا فيه إلى مفهوم النظام العام وتقسيماته الحديثة والتقليدية وكذلك خصائصه نجد أن فكرة النظام العام كهدف للضبط الإداري هي فكرة تهدف إلى مصلحة العامة للمجتمع، ولو كانت في بعض الأحيان تقوم بتقييد وتنظيم حريات الأفراد في بعض الأحيان، فالمصلحة العامة التي يرمي إليها النظام العام بشكل أو بآخر تقوم بحماية الحريات العامة التي تكون محل اعتداء من طرف الأفراد، لذلك سنقوم بتوضيح في المبحث الثاني معنى الحريات العامة، والتصنيفات المختلفة للحريات العامة، واثراً حفظ النظام العام على الحريات العامة.

(1) عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، مرجع سابق، ص 263، 264.

(2) عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، المرجع نفسه، ص 264.

المبحث الثاني: ماهية الحريات العامة.

إن مفهوم الحرية هو مفهوم متطور من حيث المكان والزمان والتوجهات الأيديولوجية، فالحرية اليوم ليست هي بالأمس، لذلك فإن معظم تعريفات الفقهاء كانت حسب توجهاتهم الفكرية والأيديولوجية، فمنهم من عرفها من الناحية القانونية ومنهم من عرفها من الناحية السياسية وحتى الاقتصادية، مما أدى إلى بروز عدة تصنيفات وأنواع للحريات، لهذا فإننا في هذا المبحث سنتطرق إلى مفهوم الحريات العامة وأهم التقسيمات، وإلى الحريات العامة في الجزائر ومطلب رابع نتطرق فيه إلى أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة.

المطلب الأول: مفهوم الحريات العامة.

يسعى الإنسان دائما أن يكون حرا في تصرفاته وأعماله المختلفة، إلا أن ذلك لا يصلح إلا في حدود القانون، وهذا لكي لا تعتدي حرية على حرية أخرى، فالمعنى اللغوي للحرية يعني اسم من حر، فيقال: حر الرجل يحر حرية أي صار حرا. والحر من الرجال خلاف العبد وسمي بذلك لأنه خلس من الرق. (1) أما المعنى الاصطلاحي فنعني به الإنسان الحر الذي لا يكون عبدا أو سجيناً... أي القيام بما يريد وليس بما يريد الآخرون حيث يتصرف وفقا لإرادته وطبيعته (2) أما الحرية في المنظور الإسلامي هي أمانة، أي مسؤولية ووعي بالحق والتزام به وفناء فيه، فقد اختصنا الله بخلاقة تحمل القدرة على فعل الخير والشر... وكانت تلك المسؤولية. وان الإنسان الجدير بصفة الحر هو المؤمن بالله... وان التكليف أساس الحرية وعلاماتها. (3) ومن هذا المنطلق سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الحرية من الناحية الفلسفية والسياسية والقانونية. ثم مفهوم الحريات العامة.

الفرع الأول: الحرية الفلسفية: يتمحور البحث الفلسفي للحرية في ثلاث محاور هي الديني أو الإلهي والسيكولوجي والحرية الاجتماعية فعلى الصعيد الديني نجد المفكرين بحثوا في أن

(1) شراشبة ليندة، مفهوم ومضمون الحريات الأساسية في القانون الدولي، مقال، اعمال الملتقى الدولي الثالث حول دور القضاء الإداري حماية الحريات الأساسية، الجزء الأول، المركز الجامعي بالوادى، 2010، ص، 100.

(2) شراشبة ليندة، مرجع نفسه، ص 101.

(3) راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، د/مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، 1993، بيروت، ص38.

الإنسان مخير أو مسير، وكانت هناك مجادلات حامية بين المفكرين في هذا الموضوع. أما على الصعيد السيكولوجي حيث دار الجدل بين أنصار الحتمية واللاحتمية السيكولوجية التي تقوم على الجبرية السببية والتي تقوم على البواعث، والتي بدورها تحركها على العمل. وعلى صعيد ثالث هناك أنصار الجبرية الاجتماعية والذين يقولون أن الإنسان ابن بيئته وأنه غير قادر على التفكير إلا في حدود المفاهيم الاجتماعية (1).

الفرع الثاني: الحرية السياسية: جاءت بها نظريتان متناقضتان هما النظرية العاطفية والنظرية التقدمية، فالأولى تقوم على ضرورة التحرر من القيود السياسية والاجتماعية التي ظهرت نتيجة تطور المجتمع، فهي ترجع بالفرد إلى حالته الطبيعية التي كان يعيشها قبل ظهور الدولة والنظم السياسية، فإن الفرد في حالته الطبيعية يعيش بكل حرية، وهذا نجده عكس النظرية التقدمية التي تقول بأن الإنسان يكون حراً عندما يتحرر من الطبيعة وقيودها مثل المرض والجوع وعدم الأمان والجهل والتعصب، ويكون ذلك إلا عندما يعيش الإنسان داخل جماعة سياسية منظمة.

الفرع الثالث: المعنى القانوني للحرية: وتتلخص نظرت الفقهاء لهذه الحرية، كما عرفها الفقيه "ليزر" هي قدرة الإنسان على فعل ما يريد، ومن عنده وسائل أكثر يكون عادة أكثر حرية لعمل ما يريد، وذهب فريق آخر من الفقهاء للقول بأن الحرية هي حقوق اعترفت بها الدولة ونظمت ممارستها وحمايتها (2).

الفرع الرابع: تعريف الحريات العامة: هي تلك الحقوق المعترف بها من طرف الدولة للأفراد والتي تعتبر أساسية، وتتدخل الدولة لحمايتها قانونياً وتضمن عدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها (3).

حيث عرفها الأستاذ "ريفيرو" بأنها تلك الحرية التي يمارسها المرء إلا على ذاته "والتي تعطي الوصف العام لها وتتدخل الدولة لحمايتها".

(1) رامز محمد عمار، نعمت عبد الله مكي، حقوق الانسان والحريات العامة، بدون دار نشر، ط1، بيروت، 2010، ص 15،16.

(2) راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، دار ابو الخير للطباعة والتجليد، بيروت، 2009، ص26،25.

(3) راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، مرجع سابق، ص26.

كما عرفها الأستاذ "جاك روبيرت" "الحريات العامة، توصف كذلك لأنها تمنح لعموم الناس، أما الحريات الخاصة فهي امتيازات تمنح لفئات محددة من المواطنين".

أما الأستاذ "برود" فيصف الحريات العامة بأنها تنشأ من الحياة العامة ولا يقع على الدولة سوى واجب سلبي بالامتناع عن التدخل ايجابيا في حمايتها بواسطة القضاء" ومثال ذلك حرية التملك وحرية العمل يدخلان ضمن الحريات العامة التي يقع على الدولة سوى حمايتها سلبيا أي عدم التدخل فيها، أما الحريات الخاصة فنجد حق الملكية وحقوق العامل، فالدولة تتدخل لحمايتها ايجابيا عن طريق القضاء (1).

ومن خلال هذا الجدل نجد التعريف المعمول به هو تعريف الفيلسوف "جون ستوارت ميل" حيث عرفها "الحرية هي الجزء من السلوك الذي لا يؤثر فيه المرء على أحد ولا يضر أحد غيره" ونجد هذا التعريف أخذ عنه إعلان الحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789 حيث جاء في المادة الرابعة منه "الحرية هي القدرة على عمل كل ما لا يضر بالغير"

وعرفها العميد "دوجي" "السلطة التي تعود لكل فرد في أن يمارس وينمي ملكاته الجسدية والذهنية والأخلاقية بحيث لا يمكن للدولة أن تضع قيودا عليها إلا بقدر ما هو ضروري لحماية حريات الجميع" (2)

من هذا التعريفات نستنتج أن الحريات العامة هي تلك الحريات التي تقرها الدولة وتحميها، حيث يقوم الفرد بممارستها في إطار احترام وحماية حرية الجميع، فتدخل الدولة لا يكون إلا بالتنظيم، والتقييد يكون إلا في إطار احترام حريات الآخرين.

(1) رامز محمد عمار، نعمت عبدالله مكي، حقوق الانسان والحريات العامة، مرجع سابق، ص17.

(2) رامز محمد عمار، نعمت عبدالله مكي، المرجع نفسه، ص21.

المطلب الثاني: التقسيمات المختلفة للحقوق والحريات العامة.

في البداية يجب أن ننوه أن هناك اختلاف في تقسيم الحقوق والحريات العامة باختلاف المذاهب السياسية والعقائدية أو حتى الفكرية والفقهية، فكل فقيه ينظر لفكرة الحريات العامة بمنظور خاص، لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تقسيمات بعض الفقهاء ومن بينهم الفقيه "دوجي" و الفقيه "بيردو"، وكذلك الفقيه "إسمان" و تقسيم الفقه الحديث للحريات العامة، وفي الأخير تصنيف المشرع الجزائري للحريات العامة في الدستور الجزائري.

الفرع الأول: تقسيم "ليون دوجي": الحريات السلبية والحريات الايجابية.

يميز الفقيه "دوجي" بين الحريات السلبية والحريات الايجابية، حيث ينطلق من أن النوع الأول يكون قيد على سلطة الدولة، أي أن الدولة لا تتدخل في حريات الأفراد، اما النوع الثاني -الحريات الايجابية- فتتجسد في أن الدولة تتحرك ايجابيا لتنفيذ الواجبات المحددة لها اتجاه الأفراد، ومن هذا المنطلق فإن حرية التملك وحرية العمل تدخلان في مجال الحريات العامة التي على الدولة واجب التدخل إلا لحمايتها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تقسيم "إسمان": فكرة المساواة المدنية والحرية الفردية.

قسم "إسمان" الحريات إلى قسمين هما المساواة المدنية والحرية الفردية، فالمساواة المدنية تنفرع عنها اربعة حقوق وهي:

- المساواة أمام القانون.
- المساواة أمام القضاء.
- المساواة في تولي الوظائف العامة.
- المساواة أمام الضرائب.

أما الحرية الفردية فميزها بنوعين حريات مادية وحريات معنوية، فالنوع الأول -مادية- يتعلق بمصالح الأفراد المادية وتتجسد في:

(1) راغب جبريل خميس راغب سكران، مرجع سابق، ص 119.

- الحرية الشخصية بالمعنى الضيق أي حق الأمن وحرية التنقل.
- حق الملكية الفردية أو حرية التملك.
- حرية المسكن وحرمة.
- حرية التجارة والعمل والصناعة.

أما النوع الثاني فيتعلق بالحريات المعنوية التي تخص المصالح المعنوية للأفراد ولقد عددها فيما يلي:

- حرية العقيدة وحرية الديانة.
- حرية الاجتماع.
- حرية الصحافة.
- حرية تكوين الجمعيات.
- حرية التعليم.

ويعقب الدكتور "ثروت بدوي" على هذا التقسيم ويقول:

- 1- أن التمييز بين الحريات المادية والمعنوية ليس له نتائج قانونية وعلمية.
- 2- أن الحريات في بعض الأحيان تمثل جانبا ماديا ومعنويا في نفس الوقت، فحق الأمن له مضمون مادي أي عدم اعتقال الأفراد والقبض عليهم إلا وفقا للقانون وكذلك له مضمون معنوي لا ينكر⁽¹⁾.
- 3- تجاهل "اسمان" الحقوق الاجتماعية مثل الحق في عمل وحق التأمين والضمان الاجتماعي.

الفرع الثالث: تقسيم "بيردو"

يقسم الأستاذ "بيردو" الحريات العامة إلى قسمين، فالقسم الأول يطلق عليه اسم *libertés* limitation وهي الحريات التي تمثل المجال المحجوز لنشاط الفردي ولا تتدخل الدولة فيها والقسم الثاني هي *libertés opposition* وهي الحريات التي تعطي للأفراد فرصة معارضة

(1) راغب جبريل خميس راغب سكران، مرجع سابق، ص 120، 121.

السلطة العامة إذا ما تدخلت في المجالات المحجوزة محل القسم الأول، وعلى كل فإن القسم يضم:

- 1- الحريات الشخصية أو الأساسية: وتظم حرية المراسلات والحماية ضد القبض وحرية المسكن وحرية التنقل وحرية الزواج والتعليم وحرية الإنجاب.
- 2- الحرية الاقتصادية: وتظم حق الملكية وحرية إنشاء المشروعات الخاصة وحرية التجارة والصناعة وحرية المنافسة وحرية التبادل التجاري وحرية تحديد الأثمان.
- 3- الحرية الفكرية: وتعنى بحرية العقيدة وحرية التفكير وحرية التعبير والرأي.

أما القسم الثاني: فيطلق عليها "بيردو" حريات المعارضة وهي تتيح للأفراد مكانات مقاومة السلطة إذا تعرضت للحريات الخاصة بالقسم الأول السالف الذكر. وهي الحريات الخمسة، حرية الصحافة والاجتماع والتظاهر وحرية الجمعيات وحرية تكوين الأحزاب السياسية⁽¹⁾.

الفرع الرابع: تقسيمات الفقه الحديث للحقوق والحريات العامة.

تقسم الحقوق والحريات العامة في الفقه الحديث إلى حقوق فردية تقليدية وحقوق اجتماعية واقتصادية، حيث تتكون الحقوق الفردية التقليدية للإنسان بمجرد انه إنسان، أما الحقوق الاجتماعية والاقتصادية، فهي وليدة الفكر الحديث ونتيجة لتطور المجتمع في الدول فهي تتضمن التزامات ايجابية على عاتق الدولة أي يجب عليها توفيرها، فهي ليست سلبية تقتصر على الحماية والتنظيم فقط.

وقد حاول فريق من الفقهاء التمييز بين الحقوق الفردية والحقوق الاجتماعية فالأولى تأخذ الصفة السلبية لأنها لا تفرض على الدولة التزامات ايجابية، حيث تفرض مجرد الامتناع عن التدخل فيها، على خلاف الحقوق الاجتماعية التي تفرض على الدولة التزامات وخدمات ايجابية تقدمها للأفراد، إذ توفر لهم العمل اللائق والتعليم وإلى غير ذلك.

ومن جهة أخرى فإن بعض من الفقه الحديث ينتقد هذا التقسيم على فكرة المقابلة بين الحقوق التقليدية والحقوق الاجتماعية الجديدة، حيث يرون أن بعض الحقوق الاجتماعية ليست

(1) راغب جبريل خميس راغب سكران، مرجع سابق، ص 123، 124.

جديدة بل هي منذ عهد طويل ومثال ذلك الحق في العمل وحق تقديم المعونة للمعجزة حيث جاء بها الدستور الفرنسي عام 1791.

كما أن القول بأن الحقوق الفردية يتمتع بها الفرد، والحقوق والحريات الاجتماعية تتمتع بها الجماعات والهيئات قول غير صحيح، -لكون أنها تتضمن قواعد تخاطب فيها الجميع- لان عندما نكون بصدد تطبيق هذه القواعد فإننا نطبقها على الفرد⁽¹⁾.

الفرع الخامس: تصنيف الحريات العامة في الدستور الجزائري.

عند الاطلاع على الدساتير الجزائرية، نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد صنف الحريات العامة إلى حريات عامة فردية وحريات عامة جماعية، إلا أن الاختلاف عبر الدساتير كان في مضمون هذه الحريات، بسبب التوجهات السياسية والاقتصادية للدولة، فلقد عرفت الجزائر دستورين في مرحلة الحزب الواحد والنظام الاقتصادي الاشتراكي وهما دستور 1963 ودستور 1976، أما المرحلة الثانية وهي مرحلة التعددية الحزبية فعرفت كذلك دستورين وهما دستور 1989 ودستور 1996. لذلك سوف نتطرق في هذا الفرع الى تصنيف الحريات العامة في كلا المرحلتين المختلفتين.

1-مرحلة الحزب الواحد: دستور 1963-1976.

لقد تأثر تصنيف ومضمون الحريات العامة في الجزائر بالنظام السياسي والاقتصادي السائد في تلك الفترة، وكان هذا بارزا في الدستورين حيث ركز المؤسس الدستوري على الحقوق والحريات الاقتصادية والجماعية بصفة واضحة، وكان النص على أكبر عدد من هذا النوع، ولم يعطي أهمية للحقوق الفردية، وهذا راجع كما قلنا سابقا لطبيعة النظام الذي كان سائدا في ذلك الوقت.

(1) راغب جبريل خميس راغب سكران، مرجع سابق، ص 124-127.

- دستور 1963.

عالج المؤسس الدستوري موضوع الحريات العامة في دستور 1963 في فصل بعنوان "الحقوق الأساسية" من المواد 12 إلى 22، ففي هذا الدستور لم يكن التقسيم واضحا فيما يخص تصنيفه للحقوق والحريات العامة الجماعية والفردية¹.

فجد المادة 12 نصت على ضمان المساواة وجاء فيها "كل المواطنين من الجنسين لهم نفس الحقوق ونفس الواجبات والقانون لا يدخل في تمييز عدلي بين هذا وذاك"⁽²⁾. أما المادة 15 فقد نصت على حرمة المسكن وسرية المراسلات، كما نصت المادة 16 على حق الفرد في حياة لائقة وتوزيع الدخل، والمادة 18 نصت على إجبارية التعليم والمادة 19 نصت على حرية الصحافة ووسائل الإعلام وحرية تكوين الجمعيات وحرية التعبير وحرية الاجتماع⁽³⁾.

ونجد المادة 22 نصت على قيد عام في ممارسة الحريات السالفة الذكر و هو عدم استغلال... بوحدة الأمة والمساس بالوحدة التراب الوطني ومنشآت الجمهورية ومطامع الشعب والاشتراكية ومبدأ وحدانية جبهة التحرير الوطني.

ولقد عالج المؤسس الدستوري بعض الحريات خارج هذا الفصل في المواد 11 و 04 حيث نصت المادة 11 على الحرية الدينية و أن الإسلام دين الدولة و الممارسة الحرة للشعائر الدينية، والملاحظ أن هذه الحرية مقدسة في الفكر السياسي الليبرالي، في حين نصت المادة 04 على موافقة الدولة على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وضرورة التعاون الدولي، وموافقتها لكل منظمة دولية تلمي مصالح الشعب الجزائري.

أما عن مفهومها الاشتراكي فجاءت به المواد 03 و 10، حيث نصت المادة 03 "شعار الجزائر هو الثورة من الشعب ولأجل الشعب" و المادة 10 الفقرة 3/2 "...ممارسة السلطة من

¹ عزوز سكيينة، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008، ص 39

(2) المرسوم الرئاسي رقم: 306/63 المؤرخ في 20 أوت 1963 المتعلق بالدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 64، 1963.

(3) -عزوز سكيينة، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، المرجع نفسه، ص 39.

طرف الشعب الذي تتركب طبيعته من فلاحين وعمال ومثقفين ثوريين...وتشييد ديمقراطية اشتراكية⁽¹⁾

- دستور 1976.

تناول المؤسس الدستوري الحريات العامة في الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن" وكانت عدد المواد 35 مادة في الحريات العامة ولقد كان واضحا في هذا الدستور التركيز على أهمية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، حيث حظيت بعدد كبير من المواد المعترف بالحريات العامة وأصبحت 35 مادة بسبب إدخال الحقوق والحريات العامة الاقتصادية والاجتماعية والتركيز على النهج الاشتراكي للحريات العامة الجماعية والفردية⁽²⁾.

فكان ترتيب الحريات العامة في هذا الدستور بتقديم الحريات الجماعية أولا ثم تلتها الحريات الفردية، وهذا راجع للنهج الاشتراكي للنظام الاقتصادي المعتمد في تلك الفترة، فيظهر لنا جلينا تأثر الحريات العامة بالأيديولوجية الاشتراكية، ومن بين الحريات الجماعية المنصوص عليها في المادة الأولى "...كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات..."، وكذلك المادة 41 نصت على المساواة لكل المواطنين وإزالة العقبات التي تميز بين المواطنين سواء كانت اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية.

في حين نجد الحريات العامة الفردية جاءت في المواد 50، 52، 54، 55، 56، 60، 61، 63، 66، 72. كلها تنص على حريات عامة فردية لها أولوية في النظم الليبرالية⁽³⁾، إلا إن الدستور نص عليها واقراها ولكن قيدها بالقانون في كل مادة على حدى، وأعطى قيد عام يشمل الحريات العامة الجماعية والفردية في المادة 73 حيث جاء فيها ما يلي "يحدد القانون شروط إسقاط الحقوق والحريات الأساسية كل من يستعملها قصد المساس

(1) عزوز سكيينة، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، مرجع سابق، ص 40، 41.

(2) عزوز سكيينة، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، مرجع نفسه، ص 41.

(3) عزوز سكيينة، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، مرجع نفسه، ص 42.

بالدستور أو بالمصالح الرئيسية للمجموعة الوطنية أو بوحدة الشعب والتراب الوطني أو بالأمن الداخلي والخارجي أو بالثورة الاشتراكية.⁽¹⁾

2-مرحلة التعددية الحزبية: دستور 1989-1996.

- دستور 1989.

لقد تبنت السلطة السياسية في دستور 1989 النظام السياسي الليبرالي حيث قامت بالفصل بين السلطات وإقرار التعددية الحزبية وحرية التجارة والصناعة وحرية الصحافة، حيث نتج عن ذلك إلغاء الصيغة الاشتراكية عن الحريات العامة، مما أدى إلى تقليص في عدد الحريات الجماعية، وتزايد عدد الحريات الفردية بصفة منطوية⁽²⁾.

جاء تصنيف الحريات العامة واضحا في الفصل الرابع من الباب الأول تحت عنوان "الحقوق والحريات"، وكان عدد المواد التي عالجت موضوع الحريات العامة 29 مادة فبدا المشرع بعرض الحريات الفردية من المواد 32 الى 38، ثم الجماعية التي نصت عليها المواد 39، 40، 41، 42، 44، 47، 53.

ففيما يخص الحريات العامة الفردية نجد المادة 32 نصت على "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن طريق الحريات العامة الفردية والجماعية مضمون"

أما المادة 33 نصت على عدم انتهاك حرمة المسكن ويحضر أي عنف بدني أو معنوي. في حين المادة 34 تضمنت على أن كل مساس بالحريات والحقوق يعرض صاحبها لعقوبات منصوص عليها قانونا، أما المادة 35 فقد كرست لنا حرية المعتقد وحرية الرأي، في حين المادة 36 تطرقت إلى حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي، كما جاءت المادة 37 الاعتراف بالحرية الشخصية وتتمثل هذه الحريات في عدم انتهاك حرمة المواطن الخاصة وحرمة شرفه وسريته والمراسلات.

(1) الأمر الرئاسي رقم: 97/76 المؤرخ في 22 افريل 1976 المتعلق بالدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 1976، 94.

(2) عزوز سكيبة، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، مرجع نفسه، ص43.

أما الحريات العامة الجماعية كما قلنا في السابق نصت عليها المواد المذكور أعلاه، ففي المادة 39 كرس المؤسس الدستوري "حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة للمواطنين"، والمادة 40 نصت على حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي، والمادة 41 أقرت الحريات المدنية والسياسية، والمادة 47 كرست حق الانتخاب، والمادة 53 نصت على حق النقابي⁽¹⁾.

- دستور 1996.

لم يختلف دستور 1996 عن دستور 1989 من حيث تصنيف ومضمون الحريات العامة، فكان عدد المواد التي عالجت موضوع الحريات العامة 31 مادة، فجاء تصنيف الحريات العامة إلى حريات فردية وأخرى جماعية على الترتيب، ويرجع السبب لكون أن الدولة مازالت متمسكة بالنهج الليبرالي والتعددية الحزبية المكرسة في دستور 1989، أما من حيث المضمون فقد استبدلت بعض المصطلحات من جهة ومن جهة أخرى أضاف المشرع بعض المصطلحات، فمن المصطلحات التي أضافها المشرع، نجد في المادة 42 الفقرة الأولى "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون..."، أما المادة 40 القديمة التي كانت تنص على الحق في إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي. وهذا تعكس النضج الذي عرفه المؤسس الدستوري، حيث فرق بين الجمعيات ذات الطابع السياسي والأحزاب السياسية، كما قام المؤسس الدستوري بإضافة في المادة 42 في الفقرة الثانية شروط قيد بها حرية إنشاء الأحزاب السياسية لكي لا تستغل لضرب استقرار البلاد وأمنها، وهنا كما قلنا تعكس تجربة المشرع من الأحداث المؤلمة التي مرت بها البلاد. أما المصطلحات المضافة الجديدة نجد مصطلح الكرامة الذي نصت عليه المادة 34 الفقرة الثانية "ويخطر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة"، إن مصطلح الكرامة جاء في ظروف كانت البلاد تعاني من الانفلات الأمني، فكانت كدافع معنوي للمواطن للنهوض في وجه هذه الظروف المأساوية.

(1) المرسوم الرئاسي رقم: 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989، المتعلق بتعديل الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 09، 1989.

ومن الحريات الجماعية، نجد المادة 43 التي نصت على حق إنشاء الجمعيات مضمون وتشجعه الدولة، والمادة 44 أقرت حرية التنقل داخل وخارج الوطن، وننوه أن المؤسس الدستوري ميز بين الحريات التي تعالج أو تنظم من طرف المشرع على أساس قانون عضوي أو قانون عادي ومثال ذلك في المادة 30 التي حق اكتساب الجنسية تنظم بقانون عضوي⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن دستور 1996 عدل ثلاث مرات في كل من سنة 2002 و 2008 و 2016. ومن بين التعديلات التي مست الحريات العامة نجد المادة 31 مكرري 2008 "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة"⁽²⁾

ولقد علق المجلس الدستوري على هذه المادة بقوله "تهدف إلى توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، وإزالة العقبات تعوق ازدهارها وتحول دون مشاركتها الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية..."⁽³⁾

إضافة إلى التعديل الدستوري 2002 و 2008، ولو أن هاذين التعديلين لم يكن لهما الأثر الكبير على الحريات العامة و الحقوق، إلا أن التعديل الأخير 2016 تضمن زيادة في عدد المواد التي تعالج الحريات العامة، فازداد عدد المواد إلى 41 مادة، أي بزيادة عشر مواد، وهناك مواد عدلت ومواد أضيفت، ومن المواد التي أضيفت نجد على سبيل المثال لا الحصر كل من المواد 36 و 37 و 53، حيث نجد أن المادة 36 أقرت مبدأ التناسف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل، وترقيتها في مناصب المسؤولية، فبعد أن كان إقرار لمبدأ المساواة انتقل المشرع إلى مبدأ التناسف وهذا راجع إلى تطور المجتمع الجزائري، وكراي خاص المشرع أراد رد الاعتبار للمرأة الجزائرية التي كانت جنبا إلى جنب أخيها الرجل في الكفاح المسلح ضد المستعمر، فأراد أن تكون معه في بناء الوطن.

(1) المرسوم الرئاسي رقم: 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بنص بعديل الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 76، 1996.

(2) القانون رقم: 08/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 63، 2008.

(3) رأي المجلس الدستوري، رقم 08/01 ر.ت.د.م.د. المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 المتعلق بمشروع قانون التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 63، 2008.

ومن المواد المضافة أيضا المادة 37 التي نصت على دور الشباب في بناء الوطن، ومن واجب الدولة توفير له كل الشروط لتنمية قدراته لبناء الوطن، الدولة هنا تراهن على قوة وقدرة الشباب على النهوض بالبلاد وتطويرها، وهذا لا يكون إلا بمنحه الفرص وتهيأت الجو المناسب لذلك.

في حين المادة 53 أعطت ضمانات للأحزاب السياسية وعدتها، كحرية الرأي والتعبير والاجتماع وحيز في وسائل الاتصال والإعلام العمومية والحق في التمويل العمومي بما يناسب تمثيلها في البرلمان وكذلك ممارسة السلطة محليا ووطنيا.

وكراي خاص نجد أن هذه الضمانات نتاج نضج التجربة الديمقراطية في الجزائر، وضرورة قبول الرأي الآخر.

ومن المواد المضافة أيضا نجد المادة 50 التي أكدت على حرية الصحافة ولا تقيد بأي رقابة قبلية، في حين قيدتها بعدم استعمالها للمساس بحرية الغير، كما أن جنحة الصحافة لا تعتبر عقوبة سالبة للحرية. (1)

أما المواد التي عدلت فنجد على سبيل المثال المادة 44 التي عدلت بالمادة 55 التي جاء فيها النص على حرية التنقل عبر التراب الوطني وخارجه، والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية، ولا يمكن تقييد هذه الحقوق إلا بموجب حكم قضائي مبرر. نستشف من المادة إقرار الحريات السالفة الذكر، وكذلك إعطائها ضمانات قضائية، أي تقيد فقط بحكم قضائي.

ندرك من خلال عرض تصنيف ومضمون الحريات العامة، أن المؤسس الدستوري عبر المرحلتين المختلفتين للديساتير الجزائرية، قام بإقرار العديد من الحريات العامة وإن كانت تختلف من مرحلة إلى أخرى إلا أنه في كثير من الأحيان كان يعطي أمر تنظيمها للقانون، الذي يحدد كيفية ممارستها وإن لا تخرج عن إطارها وتهدد النظام العام، لذلك فإن الإدارة عند قيامها بسلطتها والمتمثلة في الحفاظ على النظام العام الالتزام أو التقيد بالقانون ومبدأ المشروعية. (2)

(1) قانون رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، 2016.

(2) قانون رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

المطب الثالث: أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة.

تختلف سلطة الإدارة في الحفاظ على النظام العام، باختلاف الظروف المحيطة بها، حيث تضيق سلطتها في الظروف العادية اتجاه الحريات العامة، أي ممارسة الأفراد للحريات دون أي قيد. في حين أن سلطتها تختلف في الظروف الاستثنائية، حيث تتسع اتجاه الحريات العامة، حيث تقوم الإدارة بالتضييق على الحريات العامة في ظل هذه الظروف.

الفرع الأول: أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة في الظروف العادية.

إن الإدارة عند قيامها بمهامها الإدارية تستعمل سلطتها العامة والمتمثلة في إصدارها لقرارات إدارية بسلطتها المنفردة وهذا ما يسمى امتيازات السلطة العامة وبما أن قرارات الضبط الإداري ضمن هذا الامتياز المسند للإدارة، وجب على الإدارة أن تتخذ وفق القانون واحترام مبدأ المشروعية وتتقيد به، حيث تكون الصياغة القانونية للقواعد جامدة، ويكون تطبيقها للقواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة اختصاصها تقديراً، لهذا سوف نتطرق إلى سلطة الإدارة في الحفاظ على النظام العام حين تكون سلطتها مقيدة، وسلطتها في حالة سلطتها التقديرية⁽¹⁾.

1- في حالة السلطة المقيدة للإدارة:

إن الاختصاص المقيد للإدارة نعني بها أن تتقيد الإدارة بالصياغة الجامدة للقوانين التي تنظم هذا الاختصاص، فالقانون إذا حدد مسلك معين للإدارة فعلياً أن تسلكه في إصدار قراراتها⁽²⁾، تحقيقاً لمبدأ المشروعية، التي تعني "بمعناها الواسع سيادة القانون، أي خضوع جميع الأشخاص، بما فيها السلطة العامة بكل هيكلها وأجهزتها للقواعد القانونية السارية المفعول بالدولة".

(1) سامي جمال الدين، قضاء الملازمة والسلطة التقديرية للإدارة، د/الجامعة الجديد الاسكندرية، مصر، 2010، ص 15، 16.

(2) حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، د/الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط 1، 2011، ص 39.

أما المشروعية الإدارية فمعناها؛ خضوع الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية (الإدارة العامة) للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف قواعدها. (1)

لذلك فإن خضوع النظام القانوني يكون مندرج في شكل هرمي، بحيث أن القاعدة الأعلى ملزمة للقاعدة الدنيا، وهذا التدرج في صورته الموضوعية والشكلية، فمن الناحية الأولى فإن القاعدة التنظيمية العامة واجبة النفاذ في مواجهة القرارات الفردية، أما الناحية الشكلية فإنه يعتمد على خضوع الهيئات العامة الدنيا التي تصدر القواعد القانونية في الدولة إلى الهيئات العليا في الدولة، حيث نجد أن الهيئة التأسيسية في القمة ثم الهيئة التشريعية وبعدها الهيئة التنفيذية، التي تندرج بدورها في شكل هرمي من حيث الشكل والموضوع.

وعليه فإن مشروعية الأعمال الإدارية التي تصدرها هيئات الضبط الإداري ينطبق عليها هذا التسلسل الهرمي، لذلك فإنه لا يجوز أن تخالف الإدارة في قراراتها الضبطية القواعد العامة في الدولة سواء كانت دستورية أو قانونية أو لائحة. (2)

فسلطات الضبط الإداري ملزمة بإتباع ما رسمته القاعدة القانونية العليا، وان تسلك الطريق الذي نصت عليه هذه القاعدة، وعليه فيجب ان تتوفر قي قرارات الضبط الإداري كافة الشروط التي تقتضيها مشروعية القرارات الإدارية، أي الالتزام بصحة أركان القرار الإداري، من اختصاص والشكل والإجراءات والسبب والمحل والغاية، أي مشروعية القرار الإداري الخارجية والداخلية (3).

وعليه فإن هيئات الضبط الإداري عند ممارسة سلطة الضبط الإداري من اجل المحافظة على النظام العام، تنقيد بالنصوص الدستورية الحامية للحريات العامة، وللاشارة فهناك حريات عامة مطلقة غير قابلة للتنظيم دستوريا أو التقيد التشريعي، ومثال ذلك حرية العقيدة والمساواة أمام التكاليف وكذلك حظر إبعاد المواطن عن وطنه، لان هذه الحريات غير قابلة للتقييد مهما

(1) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، دار النشر العلوم للنشر والتوزيع، طبعة منقحة ومزودة، عنابة الجزائر، 2005، ص08.

(2) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص79،78.

(3) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع نفسه، ص180،179.

كانت البواعث والأسباب الداعية لتقييد هذه الحريات¹، وهذا ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 42 الفقرة واحد "لا مساس بحرمة حرية المعنقد وحرمة حرية الرأي". وهناك حريات عامة يوكل أمر تنظيمها للقانون، ففي هذه الحالة اجمع الفقه على انه يجب ان يكون هذا التنظيم في ظل الأحكام الدستورية ولا يخرج عنها⁽²⁾.

ونجد المؤسس الدستوري الجزائري قد نص في العديد من المرات على حريات عامة يوكل تنظيمها إلى التشريع وهذا ما جاء في المادة 42 الفقرة الثانية "حرية ممارسة العبادة مضمون في ظل احترام القانون"⁽³⁾.

لذلك فإن هيئات الضبط الإداري تلتزم بما ورد في القانون وتتنقيد به، لان كل إجراء يتجاوز النصوص التشريعية وتلك القيود، يكون قد تجاوز السلطة وبالتالي معرض للإلغاء، ويجب على الإدارة التقصي عن الهدف الذي يرمي اليه المشرع⁴.

وعليه، مما تقدم نلاحظ أن سلطة الإدارة في حفظ النظام العام في الظروف العادية تتقيد بمبدأ المشروعية، بما يتضمن هذا المبدأ قواعد دستورية وقانونية، فأعمال الضبط الإداري لا تخرج عن هذا الإطار وإلا أصبحت أعمالها باطلة وغير مشروعة، إلا انه يجب إن ننوه بأن هذه الطرح ليس مطلقا، لان الإدارة في كثير من الأحيان تكون متمتع بسلطة تقديرية في أعمالها، وهذا عندما لا يكون هناك نص يقيدها أو هناك نص يمنحها السلطة التقديرية في اتخاذ قراراتها.

(1) زانا رسول محمد امين، الضبط الاداري بين حماية الامن وتقييد الحريات، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2014، ص91.

(2) زانا رسول محمد امين، مرجع نفسه، ص91.

(3) قانون رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

(4) نسيغة فيصل، الضبط الاداري وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص93.

2- في حالة السلطة التقديرية للإدارة:

يقصد بالسلطة التقديرية للإدارة هو إعطاء قدر معين من الحرية للإدارة من حيث الاختيار بين اتخاذ القرار من عدمه، رغم توفر شروطه، وذلك مراعاة للظروف والمقتضيات السائدة بالإدارة.

فالسطة التقديرية، إنما تستند إلى اعتبارات عملية تمنح الإدارة عدة امتيازات لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المشرع أن يتصوره مسبقاً ولا يمكن للقاضي معاشته ملاساته ولا تفاصيله، وهذا لا يعني أن الإدارة لها حرية مطلقة في اتخاذ القرارات، بل أنها تبقى ملتزمة بأن تقيم تلك القرارات على أركان سليمة وصحيحة من ناحية، وإخضاعها لرقابة القاضي الإداري من ناحية أخرى⁽¹⁾.

ويقصد مما تقدم، أن الإدارة في سلطتها التقديرية مبنية على مبدأ المشروعية وان قراراتها صحيحة ومشروعة، غير أن المشرع أعطاها سلطة تقديرية للاختيار المشروع، أي أن القرار الذي تختاره يكون من بين الاختيارات ا وخيارين مشروعين، بحيث تختار القرار الملائم يحقق الصالح العام. أن السلطة التقديرية للإدارة تتحقق كلما تولى القانون عن تحديد وتنظيم جانب أو عنصر من عناصر قرار الإدارة أو نشاطها، وبعبارة أخرى فالسلطة التقديرية تكون عندما لا يكون مسلكها محددًا أو منصوص عليه في القانون، وبالتالي فإن المرجع في تمتع الإدارة بحرية التقدير هو القانون بمعناه الواسع، أي مجموع القواعد القانونية التي تحكم نشاط الإدارة بما في ذلك المبادئ العامة للقانون التي يستتبطها القضاء بصدد ممارسة الإدارة لاختصاصاتها⁽²⁾.

وقد تكون هناك سلطة تقديرية للإدارة بالرغم تدخل القانون لرسم طريقها، وذلك باستخدامه عبارات عامة غير محدد تحديدًا وواضحًا، حيث تتسع هذه العبارات وتضييق، فالسلطة التقديرية للإدارة هو تحويلها قدر من الحرية التصرف عند ممارسة اختصاصاتها القانونية، حيث يكون للإدارة تقدير اتخاذ التصرف أو الامتناع عنه، أو اتخاذه على نحو معين، أو اختيار الوقت الذي تراه مناسباً أو السبب الملائم لاتخاذه أو تحديد محله.

(1) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص18،17.

(2) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص24.

فالسطة التقديرية لا تعني كما قلنا في السابق ارتكاب مخالفة للمشروعية، بل أنها تتوافق مع مبدأ المشروعية دون تناقص أو تعارض، وما يؤكد أن السلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية، نجد أن القضاء يحميها، وأن إنكارها من طرف الإدارة يعتبر مخالفة في تطبيق القانون.

وتجدر الإشارة أن جوانب التقدير في أركان القرار الإداري، قد اختلف فيها الفقهاء، فهناك من يعتبر جانب التقدير في أركان القرار الإداري جميعها وهناك من يقول أن جانب التقدير يقتصر في جانب السبب والمحل⁽¹⁾، وهناك من يقول أن جانب التقدير يكون في ركني السبب والهدف، عندما يتعلق القرار بالضبط الإداري⁽²⁾.

لذلك فإن على هيئات الضبط الإداري عند ممارستها لسلطة الضبط وتكون في اختصاص تقديري من أجل الحفاظ على النظام العام، إلى جانب احترام مبدأ المشروعية أن تقدر الظروف وتختار الوسيلة المناسبة والملائمة للحفاظ على النظام العام، وعلى هذا الأساس فلا يجوز لهيئات الضبط الإداري أن تلجأ للوسائل القاسية والصارمة لمواجهة ظروف غير خطيرة.

وعليه فإن سلطة الإدارة في مواجهة الحريات العامة تضيق وتتسع حسب الظروف الزمنية والمكانية وهذا إذا المشرع لم ينص على كيفية تنظيم هذه الحريات وترك الباب مفتوح أمام الإدارة، وهذا لا يعني أن سلطتها التقديرية ليست ملتزمة بأي قيود، بل يجب أن تكون قراراتها التقديرية ملائمة ومناسبة مع الواقعة المخلة بالنظام العام وأن تكون هذه القرارات والتدابير تهدف إلى الصالح العام⁽³⁾.

الفرع الثاني: أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة في الظروف الاستثنائية.

إن الإدارة كما قلنا في السابق تتمتع بسلطة تقديرية ومقيدة عند ممارسة اختصاصاتها الضبطية وهي بذلك تخضع لمبدأ المشروعية، وهذا في الظروف العادية.

(1) سامي جمال الدين، مرجع نفسه، ص 25، 26، 132.

(2) زانا رسول محمد امين، مرجع سابق، ص 141.

(3) نسيغة فيصل، الضبط الاداري وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 82.

ولكن قد تطرأ ظروف غير عادية أو استثنائية، تجعل من القوانين التي كانت معدة للظروف العادية غير مسايرة للأوضاع الجديدة، وتتمثل هذه الظروف في الحرب والكوارث الطبيعية أو الوباء، وتجعل كما قلنا القواعد القانونية التي كانت معدة للظروف العادية غير مسايرة للوضع الاستثنائي، فعمدت كثير من الدول في تشريعاتها إلى وضع حلول لهذه الأوضاع الاستثنائية، فقامت بوضع قوانين تحكم هذه الظروف الطارئة وهناك دول تقوم باستدعاء البرلمان عند قيام هذه الظروف ليرخص لها مواجهة هذه الأوضاع الاستثنائية (1). وتجدر الإشارة أن هذه التدابير تخرج عن مبدأ المشروعية في الظروف العادية، ويحل ملها مشروعية استثنائية، لا تتوافق مع مبدأ المشروعية في الظروف العادية، وكذلك نجد اتساع للسلطة التقديرية للإدارة في هذه الظروف (2)، ولهذا سوف نتطرق إلى التأصيل التاريخي لنظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري وكذلك اثر هذه الشرعية الاستثنائية على الحريات العامة.

أولاً: نظرية الظروف الاستثنائية في فرنسا.

إن هذه النظرية من إبداع مجلس الدولة الفرنسي، جاء بها لإضفاء الشرعية على أعمال الإدارة، وخوفاً من إلغاء المجلس من طرف الإدارة، فهي نظرية قضائية تتسع بمقتضاها دائرة المشروعية، حيث اعتبر مجلس الدولة أن القرارات الصادرة عن الإدارة في الظروف العادية وتكون غير مشروعة، تكون مشروعة في الظروف الاستثنائية وهذا ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام واطراد وحفظ النظام العام (3).

ولقد عرفت فرنسا تطبيق هذه النظرية في حالة الحصار والطوارئ اللتان نضمهما الدستور الفرنسي عام 1958 بموجب المادة 16 منه، حيث تخول المادة سالفه الذكر أن لرئيس الجمهورية سلطة اتخاذ كافة التدابير والإجراءات الاستثنائية التي يراها كفيلة بإعادة السير الحسن والمنتظم للسلطات العامة الدستورية الذي توقف بسبب قيام الظروف الاستثنائية. كذلك

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 221.

(2) نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة منتوري قسنطينة، 2011، ص 18.

(3) حسام مرسي، مرجع سابق، ص 320، 321.

ترخص المادة 38 من الدستور للحكومة أن تلجأ إلى البرلمان تطلب منه تفويضاً في إصدار أوامر وهي من اختصاص الأصيل للمشرع، وذلك للقضاء على ما يواجهها من أزمات (1).

وبالرجوع إلى المادة 16 من الدستور الفرنسي عام 1958 نستشف السلطات الموسعة التي منحها الدستور لهيئات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، حيث نصت "إذا أصبحت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وعاجل ترتب عليه توقف السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية أن لرئيس الجمهورية أن يتخذ إجراءات ما تطلبه هذه الظروف.... ويجب إن يكون لغرض... أن يؤمن للسلطات الدستورية - في أقل مدة ممكنة - الوسائل الفعالة لإنجاز مهامها ووظائفها...." (2)

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن طبيعة الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية في هذه الظروف الاستثنائية، سواء دستورية أو تشريعية أو لائحية، لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، لأن قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالي الحصار والطوارئ من أعمال السيادة. ولكن إجراءات إعلان الحالة الاستثنائية تخضع لرقابة القضاء والتي نعني بها استشارة الوزير الأول ورؤساء المجالس التشريعية ورأي المجلس الاستشاري. كما يراقب مشروعية التدابير الاستثنائية في المجال المحفوظ للوائح المستقلة. (3)

إضافة لما جاء في الدستور -الفرنسي- صدرت عدت قوانين موسع لمجال الإدارة في الظروف الاستثنائية ومنها قانون الأحكام العرفية الفرنسي أو حالة الحصار في 09 أوت 1849 وقانون الطوارئ في 13 أبريل 1955.

ففي قانون الأحكام العرفية الفرنسي السالف الذكر الذي لا يزال ساري المفعول إلى حد اليوم، والذي أدخلت عليه تعديلات بمقتضى القانون الصادر في 02 أبريل 1878، والقانون الصادر في 27 أبريل سنة 1916 ثم في سنة 1944.

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 221.

(2) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع نفسه، ص 225.

(3) نسيغة فيصل، الضبط الإداري وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 86.

حيث نصت المادة الأولى في الفقرة الأولى من القانون المعدل بالقانون 02 أفريل 1878 "تعلن الأحكام العرفية في حالة الخطر العاجل الناشئ عن حرب خارجية أو ثورة مسلحة".

أما قانون حالة الطوارئ فقد صدر هذا القانون بتاريخ 3 أفريل 1955 عقب أحداث الثورة الجزائرية، وما ولدته هذه الثورة العظيمة من أزمات لفرنسا، حيث عدل هذا القانون في 07 أوت 1955 ثم عدل مرة أخرى في 15 أفريل 1960. ولقد نصت المادة الأولى منه "تعلن حالة الطوارئ في كل الأراضي الفرنسية أو في جزء منها وفي الجزائر أو في إقليم ما وراء البحار متى وجدت خطر عاجل نتج عنه تعرض النظام العام لاعتداءات جسيمة، أو حتى وجدت وقائع لها بحكم طبيعتها وخطورتها صفة الكوارث العامة".⁽¹⁾

ولتنويه فإن حالة الطوارئ تعلن بنفس طريقة حالة الحصار، وهذا بمرسوم رئاسي يتخذ في مجلس الوزراء ومدتها على الأكثر 12 يوم ولا تمدد إلا بموجب قانون.⁽²⁾

ثانيا: نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري.

لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية الظروف الاستثنائية، بعد الاستقلال وذلك في دستور 1963 في المادة 59 حيث نصت على سلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية.⁽³⁾

أما دستور 1976، فقد نص على ثلاث حالات تضمنتها الظروف الاستثنائية وهي الحالة الاستثنائية وحالة الحصار والطوارئ في المواد 119 و120، أما المادة 122 فنصت على الإجراءات المهيأة لإعلان حالة الحرب وعبر عنها المشرع بمصطلح عدوان فعلي ووشيك، أما في المادة 123 أكدت أن الحالة المذكورة في المادة 122 هي حالة الحرب حيث نص المشرع الدستوري على التوقف على العمل بالدستور طيلة مدة الحرب.⁽⁴⁾

(1) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص233،230.

(2) نسيغة فيصل، الضبط الإداري وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص87.

(3) انظر للمادة 59 من دستور 1963 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 306/63 المؤرخ في 20 أوت 1963 المتعلق بالدستور الجزائري، مرجع سابق.

(4) الأمر الرئاسي رقم: 97/76 المؤرخ في 22 أفريل 1976 المتعلق بالدستور الجزائري، مرجع سابق.

أما دستور 1989 فقد نص المشرع في المادة 86 على حالة الحصار والطوارئ والمادة 87 نصت على السلطات الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية، والمادة 90 على حالة الحرب والذي عبر عنها بالعدوان الفعلي والوشيك. (1)

وأبقى المؤسس الدستوري في دستور 1996 على نفس الحالات المذكورة في الدساتير السابقة فأقرت المادة 91 حالة الحصار والطوارئ، وكذلك المادة 93 على الحالة الاستثنائية، أما المادة 95 فقد نصت على حالة الحرب. (2)

- حالة الحصار والطوارئ.

لم يميز الدستور الجزائري في المادة 105⁽³⁾ بين حالة الحصار والطوارئ من حيث القواعد التي تحكمهما، فمن حيث السبب ارجع المؤسس الدستوري إعلان حالة الحصار والطوارئ إلى الضرورة الملحة بفعل حوادث ووقائع من شأنها تهدد أمن الدولة، والتي يعود تقرير ذلك إلى السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، أما من حيث الإجراءات فإنه يستلزم اجتماع المجلس الأعلى للأمن الذي يرأسه رئيس الجمهورية، وكذلك استشارة رؤساء المؤسسات والهيئات العمومية، ونقصد بها غرفتي البرلمان والحكومة والمجلس الدستوري، ونظرا للقيود التي ترد على الحريات العامة في هذه الحالة فإن الدستور جعلها مؤقتتين لي لمدة محددة ولا يمكن ان تمتد الا بموافقة البرلمان ويكون تنظيم حالة الحصار والطوارئ بموجب قانون عضوي. (4)

ومن التطبيقات، وعلى اثر الأزمة التي مرت بها الجزائر عرف تطبيق لحالة الحصار بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن إعلان حالة الحصار، المعلنه ابتداءا من 05 جوان 1991، حيث بينتها المادة 02 من المرسوم 196/91 "هدف حالة الحصار الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة الديمقراطية و الجمهورية، واستعادة

(1) المرسوم الرئاسي رقم: 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989، المتعلق بتعديل الدستور الجزائري، مرجع سابق.

(2) المرسوم الرئاسي رقم: 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بنص تعديل الدستور الجزائري، مرجع سابق.

(3) قانون رقم: 16/ 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

(4) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 19، 20.

النظام العام وكذلك السير العادي للمرافق العمومية بكل الوسائل القانونية والتنظيمية، لا سيما تلك التي ينص عليها هذا المرسوم" (1)، ونجد في المادة 03 و04 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر أن سلطات الضبط الإداري تفوض صلاحياتها إلى السلطات العسكرية، حيث جاء في المادة 04 "ان السلطة العسكرية لها صلاحية أن تتخذ تدابير اعتقال الإداري والإخضاع للإقامة الجبرية ضد كل شخص يهدد النظام العام، ويمس امن الدولة، وان المحاكم العسكرية تخطر بوقوع جنایات أو جرائم خطيرة ترتكب وهذا ما نصت عليه المادة 11 من هذا المرسوم.

ونجد أن المادة 4 السالفة الذكر أعطت ضمانات للمتضررين من هذه الإجراءات والتدابير وتمثلت في الحق في الطعن الإداري لدى السلطات المختصة المتمثلة في "لجنة رعاية النظام العام" المنشأ بموجب المادة 05 من المرسوم الرئاسي 196/91.

ونلاحظ أن عدم نص المرسوم على الطعن القضائي في حالة الرفض الطعن الإداري، كما أن هناك كما أن هناك إجراءات وصلاحيات تقوم بها السلطات العسكرية تمس بالحريات الفردية لم يرد النص على حق الطعن فيها إداريا و المتمثلة في ما نصت عليه المادة 07 حيث يجوز للسلطات العسكرية التفتيش ليلا ونهارا في المحال العمومية والخاصة وكذلك داخل المساكن، وان تمنع إصدار المناشير والاجتماعات الكفيلة بإثارة الفوضى. ونجد كذلك ما نصت عليه المادة 09، التي أعطت الحق للسلطات العسكرية بمنع مرور الأشخاص وتجمعهم في الطرق والأماكن العمومية. (2)

من خلال ما تقدم ذكره، نلاحظ ان هناك تضيق على الحريات العامة من طرف السلطات العسكرية المفوضة لذلك، ويظهر ذلك في حرية التنقل والاعتقال الإداري أي إعطاء سلطات موسعة من اجل الحفاظ على النظام العام.

(1) المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 يتضمن اعلان حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد 29، 1991.

(2) نسيغة فيصل، الضبط الاداري وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 92، 93.

وتجدر الإشارة إن إعلان إنهاء حالة الحصار كان بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 336/91 المؤرخ في 22 سبتمبر 1991، من طرف رئيس الجمهورية الذي اكتفى باستشارة المجلس الأعلى للأمن دون الهيئات الأخرى التي استشارها عند إعلان الحالة. (1)

إلى جانب حالة الحصار، توجد حالة أخرى وهي حالة الطوارئ المنصوص عليها دستوريا مع حالة الحصار، وبنفس إجراءات اتخاذها، حيث لم يميز المؤسس الدستوري بين الحالتين كما قلنا في السابق، بل جعل لهما نفس السبب لإعلانهما، وهي حالة الضرورة الملحة، في حين نجد أن الفقه يميز بين الحالتين ويعتبرهما مختلفتين.

وعلى العموم فإن المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في 9 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، حسب المادة 02 "أنها تهدف إلى استتباب النظام العام وضمان أفضل لأمن الأشخاص والممتلكات وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية" وحددت مدتها بـ 12 شهرا وهذا ما نصت عليه المادة 01. ونجد في المرسوم السالف الذكر تحديد الفرق بين الحالتين-الطوارئ والحصار-، في كون حالة الطوارئ تسير من طرف السلطات المدنية وهذا ما جاءت به المواد 03 و 04 "يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية في كل تراب الوطني أو جزء منه، والوالي في دائرته الإقليمية لاتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام..." وجاءت المادة 05 لتبين لنا نوع التدابير التي يقوم بها وزير الداخلية والجماعات المحلية، أن يضع أي شخص يهدد النظام العام في مركز للأمن في مكان محدد. (2)

ونلاحظ أن المشرع من خلال التدابير المتخذة في حالة الطوارئ، أن الأوضاع التي تهدد النظام العام أقل خطورة من الأوضاع التي اتخذت في حالة الحصار التي تستدعي تفويض السلطات العسكرية للقيام بمهام السلطات المدنية. لذلك نقول أن إعلان حالة الحصار وما يتضمنها من تدابير تعتبر خطر على الحريات العامة.

(1) نسيغة فيصل، الضبط الإداري وأثره على الحريات العامة، مرجع نفسه، ص91.

(2) المرسوم الرئاسي رقم: 44/92 المؤرخ في 09 فيفري 1992، المتضمن حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية، العدد 10، 1992.

- الحالة الاستثنائية.

طبقا للمادة 107⁽¹⁾ من الدستور الجزائري فإن رئيس الجمهورية يعلن الحالة الاستثنائية، إذا ما تزايد الخطر على امن الدولة وأصبح النظام العام مهددا، وفق شروط نصت عليها السالفة الذكر. فمن حيث أسبابها فإن إعلان الحالة الاستثنائية يكون عند وشوك قيام خطر داهم، والذي من شأنه أن يهدد الدولة في هيئاتها واستقلالها، أو يهدد سلامة ترابها، ولرئيس الجمهورية السلطة التقديرية في إقرار هذه الأوضاع. أما من حيث الإجراءات التي تسبق الإعلان فإن لصحتها، ألزم المؤسس الدستوري رئيس الجمهورية بإتباع شكليات وإجراءات ضامنا للحريات العامة، حيث يقوم رئيس الجمهورية بإعلان الحالة بموجب مرسوم رئاسي بعد باستشارة كل من رئيس مجلس الأمة ورئيس مجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، واجتماع البرلمان، أما من حيث المدة وخلافا للحالتين السابقتين فإن الحالة الاستثنائية غير محددة المدة، وإنهاؤها يكون بنفس إجراءات وأشكال قيامها. ⁽²⁾

والملاحظ أن المادة 107 من الدستور أن رئيس الجمهورية له السلطة في تقدير الأوضاع التي من شأنها أن تكون خطر ويهدد سلامة الدولة و استقلالها ،وله السيادة في تقرير هذه الحالة .غير انه ملزم باستشارة رؤساء الهيئات الوطنية والاستماع إلى مجلس الأمن و مجلس الوزراء ،وفي نفس الوقت ليس ملزم الأخذ برأيهم ،وتجدر الإشارة أن إعلان الحالة الاستثنائية من أعمال السيادة، التي لا تخضع للرقابة القضائية، وننوه بالقول أن هناك اختلاف بين حالة الحصار والطوارئ و الحالة الاستثنائية، فالحالة الأولى المؤسس الدستوري نص على تنظيمها بموجب قانون عضوي أما في الحالة الاستثنائية فلم يشر المؤسس الدستوري إلى كيفية تنظيم هذه الحالة.

(1) قانون رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

(2) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 20، 21.

- حالة الحرب.

إذا ازداد الخطر على امن البلاد او وقع عدوان فعلي على البلاد، يقوم رئيس الجمهورية بإعلان حالة الحرب المنصوص عليها في المادة 109⁽¹⁾ من دستور 1996 المعدل، حيث أن هذه الحالة تخضع لشروط وإجراءات دستورية لإعلانها، فمن حيث السبب وجود عدوان خارجي على البلاد سواء وقع أو يوشك أن يقع، وهذا وفق الترتيبات التي نصت عليها هيئة الأمم المتحدة، أما من حيث الأشكال فإن رئيس الجمهورية يعلن حالة الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري واجتماع البرلمان وكذلك توجيه خطاب للأمة.

وتترب على إعلان الحرب عدة آثار منها التوقف بالعمل بالدستور وتولي رئيس الجمهورية كل السلطات وتمديد عهده إلى غاية نهاية الحرب.⁽²⁾

ويعتبر إعلان حالة الحرب من طرف رئيس الجمهورية، من أعمال السيادة، وتعطل مبدأ المشروعية وهذا راجع لكون هذه الحالة يتم التوقف فيها العمل بالدستور وهذا ما نصت عليه المادة 110 من الدستور.

ثانيا: تحديد مدى مشروعية نظرية الظروف الاستثنائية.

لقد سبق وان قلنا بأن الشرعية العادية هي تطبيق للقانون، أما فيما يخص الظروف الاستثنائية فهي شرعية استثنائية، حيث أن هذه الشرعية منصوص عليها دستوريا ومنظمة قانونيا، وعليه فإن في بعض الدول ومنها فرنسا يمارس القضاء رقابته على مدى شرعية التدابير والإجراءات المتخذة من قبل الإدارة بناء على الصلاحيات الممنوحة لها استثنائيا التي يقرها الإعلان على هذه الظروف، أما الرقابة على قرار إعلان حالة الطوارئ فإن القضاء يضيق من رقابته قرار الإعلان، ويعتبرها من أعمال السيادة.⁽³⁾

(1) قانون رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

(2) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الادارية، مرجع سابق، ص 21، 22.

(3) زانا رسول محمد امين، مرجع سابق، ص 224، 225.

أما في الجزائر فإن الرقابة على الظروف الاستثنائية غير وارد لأنها تعتبر من أعمال السادة⁽¹⁾، التي يصدر خلالها رئيس الجمهورية مراسيم رئاسية من أجل الحفاظ على النظام العام، لكن يمارس القضاء رقابته على مسؤولية الإدارة على التدابير والإجراءات - التي ألحقت أضراراً بالأفراد - التي تقوم بها هيئات الضبط الإداري، للمحافظة على النظام العام، فلكل من تضرر من هذه العمال أن يرفع دعوى تعويض أمام القضاء ليثبت مسؤولية الإدارة عن هذه الأعمال، ومن جهة أخرى كان من الأجدر من المشرع أن يحذو حذو المشرع الفرنسي، في إخضاع التدابير المتخذة من طرف هيئات الضبط الإداري لرقابة قضاء الإلغاء، ضماناً للحريات العامة.

وفي مجمل القول فإن نظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية قضائية من ابتداء القضاء الفرنسي تتسع فيها سلطة الإدارة التقديرية سواء في حالة قرار إعلانها أو في التدابير المتخذة لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية⁽²⁾. فهي شرعية استثنائية تحل محل الشرعية العادية من أجل الحفاظ على النظام العام، وكذا حماية الحريات العامة، فهي تقيد الحريات التي تهدد النظام العام، من أجل حماية الحريات العامة الأخرى.

(1) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 19.

(2) نسيغة فيصل، الضبط الإداري وأثره على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 97.

خاتمة الفصل الاول:

يتضح لنا مما سبق أن على هيئات الضبط الإداري، الالتزام بالقانون للحفاظ على النظام العام، الذي يعبر عن سلطة الدولة وسيادتها، وكذلك ضرورة صيانة وحماية الحريات العامة في المجتمع، وتعد هذه المهمة أو المعادلة صعبة المنال، بسبب الطابع النسبي لفكرة النظام العام وكذلك نسبية الحريات العامة من مجتمع لآخر، وتظهر لنا الصعوبة أيضا في تحقيق هذا التوافق بينهما من طرف الإدارة في حالة الظروف الاستثنائية، حيث تغلب سلطة الإدارة في الحفاظ على النظام العام على حساب الحريات العامة.

ففي حالة إخلال الإدارة في تحقيق هذا التوازن، وعدم امتثالها لمبدأ المشروعية، مما يؤدي إلى انتهاك الحقوق والحريات العامة، أعطى المشرع للأفراد ضمانات قضائية لاستئناف حقوقهم من جراء قرارات الضبط الغير مشروعة، وهذا عن طريق رفع دعوى إلغاء أمام الجهات القضائية المختصة.

الفصل الثاني

دور القاضي الإداري في الموازنة

بين النظام العام والحريات العامة

المبحث الأول: الرقابة القضائية الإدارية في الظروف العادية

المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري المسبوقه على سبب التدبير

الضبطي:

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على هدف التدبير الضبطي.

المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على تدابير الضبط

الإداري في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول: شروط اتخاذ تدابير الضبط الإداري الاستثنائية:

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على قرار إعلان الظرف

الاستثنائي والتدابير المتخذة خلاله.

خاتمة الفصل الثاني

إن الهيئات الضبط الإداري عند القيام بحفظ النظام العام تخضع لمبدأ المشروعية في كل تصرفاتها، وهذا حتى لا تتحرف عن مسلكها الذي وضعه لها القانون، وتمس بالحريات العامة، وهذا ما تطرقنا له في الفصل الأول.

إلا أنها في الكثير من الأحيان، تحيد عن الطريق الذي رسمه المشرع لها في سبيل الحفاظ على النظام العام، وبذلك تقيد وتمس بالحريات الفردية.

وخاصة إذا كان القانون لم يقيد في اتخاذ قرارات الضبط الإداري بصفة دقيقة أي يمنح لها السلطة التقديرية في اتخاذ القرارات والتدابير الضبطية. ففي كلتا الحالتين سواء كانت مقيدة أو تقديرية فهي تخضع لرقابة القضاء الإداري. -إذا كانت أعمالها مشوبة بعيب عدم المشروعية- الذي يبسط رقابته على أركان القرار الإداري الداخلية والخارجية. ونظراً لأن تدابير الضبط الإداري تصطدم بالحريات العامة فقد حرص القضاء الإداري على بسط رقابة واسعة تتجاوز الرقابة العادية التي يبسطها على سائر القرارات الإدارية حيث تخضع ملائمة تدابير الضبط الإداري لرقابته، وتكون الرقابة القضائية مبسطة على التدابير الضبطية في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، وتجدر الإشارة بأننا سوف نتطرق لركنين فقط من أركان القرار الإداري، لأهميته لموضوع بحثنا، وهما ركنا السبب والغاية. هذا في الظروف العادية.

المبحث الأول: الرقابة القضائية الإدارية في الظروف العادية.

إن قرارات الضبط الإداري تخضع للرقابة القضائية شأنها شأن القرارات الإدارية حيث يراقب القاضي الإداري مشروعية القرارات الضبطية، إضافة إلى مراقبة ملائمة وتناسب تدابير الضبط الإداري مع خطورة وأهمية الواقعة، لهذا سوف نتطرق في هذا المبحث إلى الرقابة القضائية الإدارية على ركنين هما ركن السبب والغاية، لأهميتها بالنسبة للموضوع.

المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري المبسوط على سبب التدبر الضبطي:

إن القرار الإداري يبني على وجود حالة واقعية أو قانونية تدفع جهة الإدارة المختصة إلى إصداره لتوافر شروطه وإلا كان معيبا وعرضه للبطلان والإلغاء فهو يستند إلى إرادة الإدارة المتولدة عن عامل خارجي. ومما تقدم يمكن تعريف السبب بأنه: "الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والدافعة إلى تدخل الإدارة لاتخاذها فهو مبرر وسند خارجي لإصداره"⁽¹⁾.

إن ركن السبب في القرار الإداري يضم من الناحية مجموعة من الوقائع المادية، وكذلك بعض العناصر القانونية أي هناك أسباب مادية أو واقعية، وأخرى قانونية، تبرز أهمية التمييز بينهما تتمثل في تحديد مدى الرقابة القضائية على ركن السبب، حيث يختلف المدى، إذا كانت الرقابة القضائية على الحالة الواقعية عنها إذا كانت الحالة القانونية، ولكن لا يعني هذا انفصالهما، إذ قد يحصل نوع من التداخل بينهما إذا كانت الوقائع التي يقوم عليها ركن السبب مركبة، أو كانت تحتل أكثر من وصف قانوني، ومن ثم تكون محلا للسلطة التقديرية وحرية تقدير وملائمة، وذلك على خلاف إذا كان ركن السبب في واقعة بسيطة لا تحتل سوى وصف واحد، وبالتالي لا تكون هناك سلطة تقديرية للإدارة.

وهناك رقابة ثالثة على ركن السبب والمتمثلة في الرقابة على أهمية وخطورة السبب، ومدى تناسبه مع محل القرار المتخذ على أساسه⁽²⁾.

وتجدر الإشارة قبل التطرق إلى عناصر ركن السبب أن الإدارة عندما تقوم بإصدار قراراتها الإدارية يجب التقيد بشروط يبني عليها سبب إصدارها للقرار، وهي أن يكون السبب قائما وموجودا وقت اتخاذ القرار، إذ لا يكفي وجود الحالة القانونية أو الواقعية وإنما يجب

(1) محمد الصغير بعلي القرارات الإدارية. دار العلوم للنشر والتوزيع. عنابة. 2005. ص 40.

(2) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق ص 187، 188.

استمرارها إلى حين إصدار القرار. وأن يكون السبب مشروعاً أي مندرجاً في الإطار القانوني السائد بالدولة، أي أن توجد مرجعية قانونية لهذا القرار⁽¹⁾.

وهذا إضافة للعناصر المكونة لركن السبب والمتمثل كما قلنا سابقاً في الحالة الواقعية أو المادية أو الحالة القانونية، فالأولى التي تكون نتيجة أوضاع مادية سواء طبيعية أو بفعل إنساني، وهذا ما نصت عليه المادة 90 من قانون البلدية رقم 11/10 " في حالة حدوث كارثة طبيعية أو تكنولوجية على إقليم البلدية يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتفعيل المخطط البلدي لتنظيم الإسعافات طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما " وكذلك ما نصت عليه المادة 89 من قانون البلدية 11/10 "...وفي حالة الخطر الجسيم والوشيك، يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي تنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم الوالي بها فوراً. كما يأمر ضمن نفس الأشكال، بهدم الجدران والعمارات والبنىات الآيلة لسقوط..."⁽²⁾.

أما الحالة القانونية وتتمثل في وجود مركز قانوني عام أو خاص. ومثال ذلك: تقديم الموظف لاستقالته هو سبب قرار الإدارة بقبولها الاستقالة وإنهاء العلاقة الوظيفية⁽³⁾ إضافة إلى عناصر وشروط ركن السبب، هناك قاعدة تقليدية أقرها القضاء الفرنسي (مجلس الدولة) أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها، إلا أن هذه القاعدة في تقلص على حساب إلزامية الإدارة بتسبب قراراتها. حيث أصبحت النصوص القانونية تلزم الإدارة على تسبب قراراتها في صلب القرار الإداري وإلا كانت باطلة لعدم مراعاة الشكليات الجوهرية⁽⁴⁾.

مما تقدم نستنتج بأن رقابة القضاء الإداري تكون مبسطة على ركن السبب في القرارات الإدارية ومن ضمنها القرارات المتعلقة بالضبط الإداري في حالة السلطة المقيدة أو التقديرية للإدارة سواء يكون العيب في ركن السبب مادي أو قانوني، وأخيراً يراقب القضاء الإداري تقدير الإدارة للتهديد الحاصل أي مدى التناسب بين خطورة الواقعة وشدة التدبير⁽⁵⁾.

(1) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 44.

(2) قانون رقم 10.11 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتضمن قانون البلدية، مرجع سابق.

(3) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، مرجع نفسه، ص 42.

(4) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، مرجع نفسه، ص 45.

(5) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق ص 144.

الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري لمادية الوقائع المكونة لركن السبب:

أن سبب أي قرار تصدره الإدارة يرجع إلى أسباب واقعية التي سبقت هذا القرار ودفعت رجل الإدارة إلى إصداره، وقد تتمتع الإدارة في هذا الشأن بسلطة مقيدة بمقتضى القانون وقد تكون سلطتها تقديرية، فالقانون قد يقيد الإدارة في اختيار الأسباب بألا تبني قراراً معيناً إلا على أسباب معينة، وهذا يجعل من أسباب القرار عنصراً من عناصر المشروعية، وقد يطلق لها الحرية في اختيار هذه الأسباب، فهي تصدر قرارها وتتمتع بسلطة تقديرية في إصداره وفي كلتا الحالتين تخضع لرقابة القضاء (1). إن الوقائع المادية تعتبر الوجه الأول من أوجه الرقابة على عنصر السبب، فإذا فحص القاضي الإداري الوقائع المادية، ووجدها غير موجودة، أو كانت الوقائع غير صحيحة، كان القرار باطل لخطأ الحالة الواقعية التي استندت الإدارة لها (2).

وتجدر الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي كان لا يراقب مادية الوقائع، إلا أنه فيما بعد أصبح يراقب هذه الوقائع المادية، وبدأت تظهر رقابته على القرارات التي أوجب القانون بتسببها لأن القانون عندما ألزم بتسبب هذه الوقائع فهذا يعني تتطلب بنائها على وقائع صحيحة. فهو إذا بدأها في الأول على نطاق السلطة المقيدة للإدارة حيث القانون يكون قد قام رابطة حتمية بين المركز الواقعي وبين القرار الذي أصدرته الإدارة وهذا بسبب أن القانون اشترط لتطبيق أحكامه وجود مركز واقعي معين. فالمشروعية يجب أن تشمل على التحقق من الوجود أو عدم الوجود هذا المركز الواقعي.

وأول الموضوعات التي أعمل المجلس فيها هذه القضاء هو موضوع عزل العمداء ومساعدتهم إذ صدر فيه أول حكم يحمل التطور الجديد وهو حكم "كامينو".

ثم تطور قضاء المجلس ليراقب مادية الوقائع حتى في الموضوعات التي تملك الإدارة فيها سلطة تقديرية (3) وتجدر الإشارة بأن السلطة التقديرية تمكن رجل الإدارة من اتخاذ القرار بمحض إرادته في إطار روح القانون وأهدافه. وتخضع هذه السلطة لرقابة القضاء (4).

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004، ص 757.

(2) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق ص 145.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري مجلس الدولة قضاء الإلغاء، مرجع نفسه، ص 761، 762.

(4) حسام مرسي. سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، مرجع سابق. ص 2.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي حول رقابته على السلطة التقديرية للإدارة في مادية الوقائع. نجد أن المجلس راقب قرارات الإدارة الغير التأديبية ونخص بالذكر عزل الجنرالات والمحافظين. فهي تستطيع أن تحيلهم إلى الاستيداع حتى بغير أن يرتكبوا أخطاء معينة، ومثال آخر أن الإدارة أحالت جنرالات في الجيش إلى الاستيداع وبنيت قرارها على أنه ارتكب بعض الأخطاء. فلما طعن في هذا القرار لدى المجلس الدولة تبيين للمجلس أن الوقائع المنسوبة إلى الطاعن غير صحيحة ماديا فقضي بإلغاء القرار، وتكرر نفس الوضع عندما أخرجت الإدارة أحد المحافظين من الخدمة "بناء على طلبه" ولما كان هو لم يطلب هذا أبدا فقد ألغى المجلس القرار على أساس أنه قد بني على سبب معدوم. فاختيار الإدارة لسبب معين لاتخاذ قرارها يجعل المجلس يراقب قرارها في وجوده المادي. وهذا فيما يخص الوظيفة العامة⁽¹⁾.

أما مجال الضبط الإداري، فإن المجلس راقب سلطة الإدارة التقديرية وكذلك المطلقة في الوجود المادي لعنصر السبب أي التأكد من أن القرار استند إلى وقائع صحيحة قانوناً⁽²⁾. وكان ذلك في قرارات الضبط الإداري فيما يخص طرد الأجانب من البلاد أو يمنعهم من الإقامة في إقليم معين بالذات أو يمنعهم من دخول فرنسا بأسرها، أما داخل فرنسا فتعلق الأمر بمنح جوازات السفر.

زد على هذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قام بإلغاء الإجراء الصادر بمنع أحد الأجانب من دخول إلى الأراضي الفرنسية، باعتبار أن (الإجراء الصادر بالمنع قد بني على دوافع تتعلق بالأمن العام وأنه لا يتبين من ملف الدعوى أن القرار المطعون فيه قام على أساس وقائع مادية غير صحيحة)⁽³⁾.

مما تقدم نستخلص أن رقابة القاضي الإداري على الوقائع المادية التي تستند الإدارة إليها لإصدار قراراتها الضبطية، سواء في الحالة المقيدة أو التقديرية يجب أن تكون مبنية على أسباب صحيحة ومشروعة خاصة إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة، أما إذا كانت تقديرية فعليها بناء الأسباب في إطار المحافظة على النظام العام، فالإدارة كما قلنا في السابق حتى ولو سلطتها تقديرية فهي ملزمة بالمبادئ العامة للقانون وأهداف وروح القانون.

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري مجلس الدولة، قضاء الالغاء، مرجع سابق ص 796، 797.

(2) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية الإدارة، مرجع سابق ص 195.

(3) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق ص 146.

الفرع الثاني: رقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع:

لا تتوقف رقابة القاضي الإداري عند التأكد من الوجود الفعلي للواقعة أو الحالة (القانونية أو المادية) التي يقوم عليها القرار المطعون فيه، وإنما يتعدى ذلك إلى رقابة مدى صحة التكييف القانوني لهذه الواقعة (1).

والمقصود من عملية التكييف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية بحيث يمكن أن يحمل القرار المتخذ عليها باعتبارها دافعا مشروعاً لاتخاذها ومثال ذلك تكييف خطأ مهني (واقعة قانونية) يتعلق بإلحاق ضرر بممتلكات الهيئة المستخدمة بسبب الغفلة والإهمال على أنه من الدرجة الثالثة بينما هو خطأ من الدرجة الثانية فقط (2).

ومن نظرة تاريخية، ظهر القضاء الإداري ولأول مرة ليراقب الوصف القانوني للوقائع في قضية (Gomel) التي أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه فيها في 04 أبريل 1914 وتتخلص هذه القضية في أن البرلمان الفرنسي كان قد أصدر في سنة 1911 قانوناً يفرض بعض القيود على العقارات المبنية التي تبنى من القرب من المناطق الأثرية طبقت الإدارة هذا القانون على السيد (Gomel) ورفضت التصريح له ببناء عقار يقع في أحد الميادين العامة وهو ميدان (Beauvau) على أساس أن هذا الميدان من المناظر الأثرية، فطعن في هذا القرار، فقبل مجلس الدولة الطعن وقضى بإلغاءه على أساس أن الميدان لا يعد من المناظر الأثرية (3).

وبهذا فإن مجلس الدولة بحث في التكييف القانوني للوقائع المادية، هل تتطابق مع القانون أو لا.

وتقتضي عملية التكييف من القائم بها سواء كانت الإدارة أو القاضي الإداري أي يسعى أولاً للتوصل إلى تخصص القاعدة القانونية التي تتسم بالعمومية والتجريد بإعطائها معنى أكثر تحديداً وأقل عمومية، ثم يحاول أن يرفع الواقعة الفردية إلى مستوى العمومية نص القانون

(1) محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، مرجع سابق ص 74.

(2) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق ص 153.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، مرجع سابق ص 761.

بتجربتها عن طريق إغفال كل الجوانب عديمة الجدوى، والعمل على إبراز الصفات التي تميز الواقعة فحسب من الناحية القانونية، وبذلك يمكن التوصل للتطابق بين النص والوقائع (1).
 لذلك فإن القاضي الإداري عند فحص القرارات المتعلقة بالحريات العامة التي صدرت وفقاً للتكيف القانوني للوقائع من طرف الإدارة. يعمل على تقدير هذه الوقائع في الظروف التي حدثت فيها وهل يمكن وصفها بأنها تمثل سبباً يدعو إلى تقييد الحريات العامة (2).
 وقد أرسى القضاء الإداري الفرنسي وكذلك المصري أسس هذه الرقابة (الرقابة على التكيف القانوني للوقائع) التي تتم وفقاً للقانون ودور القاضي الإداري في هذه الحالة، مراقبة تقدير الإدارة وتفسير إرادة المشروع، وله أن يحل محل الإدارة في تقدير وتفسير هذه الوقائع وتكييفها قانونياً، حيث أن القاضي الإداري يراقب الوجود المادي للوقائع وكذلك التكيف القانوني الذي تضيفه الإدارة عليها لتحقيق من أنها تتدرج فعلاً داخل إطار الفكرة القانونية التي يتضمنها النص (3).

وتجدر الإشارة بأن مجلس الدولة الفرنسي قد امتنع في بعض الأحيان في بسط رقابته على التكيف القانوني للوقائع بالنسبة للمجموعتين من القرارات الإدارية وهي القرارات التي تخص الضبط الإداري وهي القرارات التي تتصل بسلامة الدولة والمحافظة على أمنها وتتعلق بإقامة الأجانب ونشاطهم في فرنسا وإبعادهم ونشر وتوزيع المطبوعات الأجنبية، والقرارات التي تتضمن رفض ترخيص للمواطنين بالسفر إلى خارج البلاد أما المجموعة الثانية، فهي قرارات ذات الطابع العلمي التي تحتاج إلى الخبراء ففي هذه الحالات يقتصر دور مجلس الدولة في مجرد التحقق من الوجود المادي للوقائع، ومثال ذلك رفض مجلس الدولة في حكم له يخص (Jouloxet Kioux) الذي رفض فيه المجلس إلغاء قرار الوزير الداخلية يحظر دخول مجلة أجنبية إلى فرنسا لدواعي أمنية. لكونها تنتشر أفكار تمثل تهديد على الأمن العام (4).

فإعطاء سلطة تقديرية واسعة للإدارة في المجالين المذكورين أنافاً لاعتبارات عملية تتمثل في المصلحة العليا للبلاد ومع ذلك فإن القضاء الإداري أعاد بسط رقابته في حالة ارتكاب

(1) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة، والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق ص 210.

(2) مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري مجلس الدولة، قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 764.

(3) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع نفسه، ص 210، 211.

(4) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق، ص 154، 155.

الإدارة لأخطاء جسيمة وظاهرة في التقدير، وفقاً للنظرية-الخطأ الظاهر في التقدير-التي صارت من أهم معالم السياسة القضائية لمجلس الدولة حيث تعتبر من أهم وسائل الحد من السلطة التقديرية للإدارة⁽¹⁾.

ومن تطبيقات هذه النظرية الحكم الذي أصدره مجلس الدولة في قضية السيد (Pardov) والذي أذن بموجبه قرار وزير الداخلية المتضمن إبعاد المعني وهو لاجئ بلغاري طرد من فرنسا على اعتبار أنه يتضح من الأوراق بأن وجود المدعى في الإقليم الفرنسي يمثل تهديداً للأمن العام ومن ثم أن القرار الوزاري الداخلي بإبعاد قد تم على خطأ ظاهر في التقدير⁽²⁾.
مما سبق ذكره يتبين لنا أن القضاء الإداري يبسط رقابته على التكيف القانوني للوقائع ولم يقف عند هذا الحد بل أعطى للإدارة السلطة التقديرية في مجال الضبط الإداري والقرارات ذات الطابع العلمي، وهذا لاعتبارات أمنية وعملية. إلا أنه يقوم بمراقبة هذه القرارات السالفة الذكر في حالة الخطأ الظاهر في التقدير.

الفرع الثالث: رقابة القاضي الإداري على تناسب قرارات الضبط الإداري.

يعتبر مبدأ التناسب من المبادئ القانونية العامة. يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع. ومن قواعد التنظيم القائم في الدولة. وفرضها باعتبارها قواعد قانونية ملزمة، حيث تندرج هذه القواعد ضمن عناصر المشروعية، فزد على مبدأ التناسب، هناك مبادئ أخرى أقرها القضاء. مبدأ حرية التجارة والصناعة ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ حجية الشيء المقضي به، وهي كلها مبادئ يطبقها القضاء الإداري منذ وقت بعيد⁽³⁾.

إن اتساع السلطة التقديرية للإدارة، جعلت القضاء يلتجأ إلى مبدأ التناسب، ليحد من السلطة التقديرية لها وتطبيقها. لكيلا تتعسف باستعمال هذه السلطة، التي تعتبر خطر على الحريات والحقوق. فمبدأ التناسب في القرارات الضبط الإداري ظهر في فرنسا، على يد القضاء الإداري⁽⁴⁾. فالتناسب كما عرف Vedel: "إنه ذلك السلوك الذي تلتزم الإدارة بموجبه ألا

(1) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 216.

(2) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق، ص 218.

(3) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع نفسه، ص 253.

(4) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع نفسه، ص 258.

تفرض على الأفراد أعباء أو أضرار أكثر مما تطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة المنوط بها تحقيقها" (1).

وعرفه الدكتور مصطفى فهمي " أنه عندما يبسط القضاء الإداري رقابته على السبب في القرار الإداري فيما يتعلق بالمرحلة الثالثة منه، فهو يتحقق مما إذا هناك تناسب بين الإجراء المتخذ، أي ما إذا كانت هذه الوقائع كافية لتبرير القرار المتخذ" (2).

يلاحظ من التعريفيين أن التناسب إجراء تقوم به الإدارة ويخضع لرقابة القضاء الإداري، فرقابة القضاء لا تتوقف عند التأكد من الوجود المادي للوقائع، وكذلك التكيف القانوني لها. بل تمتد إلى رقابة ثالثة وهي البحث في أهمية أو خطورة السبب وتقرير مدى تناسب بينه وبين الإجراء المتخذ. وهذا بعد اعتراف القضاء بالإدارة بسلطة تقدير الملائمة بين أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها والتصرف الذي تتخذه حيالها (3).

وقد فرض مجلس الدولة الفرنسي رقابته على التدابير الإدارية المتصلة بالحريات العامة، ليحدد مدى الملائمة والتناسب بين شدة التدبير المتخذ وبين الوقائع المادية. أي الخطورة الأمنية التي حدثت ودفعت بالإدارة إلى اتخاذ هذا التدبير للحد من ممارسة حرية من الحريات (4). ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير المتعلق بقضية (Benjamin) الصادر بخصوص حرية المواطنين في عقد الاجتماعات، حيث ألقى المجلس في هذا الحكم القرار الصادر من عمدة مدينة "Neves" يمنع عقد أحد الاجتماعات بسبب تخوفه من وقوع اضطرابات تخل بالنظام العام. فقام المجلس بفحص الظروف المحلية التي أحاطت بالدعوى إلى عقد الاجتماع، وتبين له أن السلطات المحلية كانت تستطيع استخدام قوات البوليس المتوفرة لديها للمحافظة على النظام العام مع السماح بعقد الاجتماع. ولذلك حكم المجلس بإلغاء القرار. لأن

(1) مايا محمد نزار أيودان، الرقابة القضائية على تناسب في القرار الإداري، دار شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011، ص 10.

(2) مايا محمد نزار أيودان، الرقابة القضائية على تناسب في القرار الإداري، مرجع نفسه، ص 10.

(3) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 209.

(4) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية وتقييد الحريات، مرجع سابق، ص 164.

الاضطرابات التي تدرع بها العمدة لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من قوات البوليس من المحافظة على النظام العام والسماح بعقد الاجتماع (1).

وقد سائر القضاء الإداري في مصر نظيره الفرنسي، بفرض رقابة الملائمة ومدى تناسب القرار المتخذ مع أهمية وخطورة الوقائع، المتعلقة بالحريات العامة فنظر القضاء بين شدة القرار وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار للحد من ممارسة حرية من الحريات العامة.

وقد فرض رقابة الملائمة على قرارات الضبط الإداري سواء لحرية العبادة أو حرية التجارة أو المحافظة على الصحة العامة وحرية النشر والصحافة، ومثال ذلك ما نصت به المحكمة الإدارية العليا في مصر: الطعن رقم 1517 لسنة 2 ق جلسة 1957/04/13. "ولئن كانت الإدارة تملك في الأصل حرية وزن المناسبات العمل وتقدير أهمية النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها..... فالمناط والحالة هذه مشروعية القرار الذي تتخذه الإدارة هو أن يكون التصرف لازماً لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد النظام العام....." (2)

أما القضاء الإداري الجزائري فإنه امتنع عن مده رقابته الملائمة إلى القرارات الضبط الإداري، واكتفى بالقرارات التأديبية، ونزع الملكية لأجل المنفعة العامة وهذا يرجع إلى حساسية هذا النوع من القرارات وحدثة مجلس الدولة الجزائري بالإضافة إلى الاضطرابات الأمنية التي تعيشها البلاد ومنذ إعلان حالة الطوارئ هي السبب في امتناع مجلس الدولة الجزائري عن بسط رقابته إلى هذا النوع من القرارات (3).

ومن تطبيقات القضاء الإداري المصري الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في 1978/01/18 والذي يقضي فيه "أنه وإن كانت أجهزة الأمن تترخص في تقدير الخطورة الناشئة عن الحالة الواقعية التي يصح لها أن تتدخل لمواجهتها بالتدبير المناسب إلا أنه يشترط

(1) عبد العالي حاحة، امال يعيش تمام، مجلة المنتدى القانوني، الرقابة القانونية على تناسب في القرار الإداري محله في دعوى الإلغاء، مقال، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2008، ص 144.

(2) محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 139.

(3) حاحة عبد العالي، امال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحل في دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص 145.

أن يكون لهذه الحالة وجود حقيقي بأن يكون ثمة خطر يهدد الأمن العام بأن الاحتياط له يقتضي التدخل من جانب هذه الأجهزة التدبير الضبطي الذي تم" (1).

ونستنتج من الأحكام السابقة أن إخضاع التدابير الضبط الإداري إلى رقابة التناسب في القرار الضبطي، هدفه حماية الحريات العامة والحيلولة من تعسف الإدارة، بحيث يكون تدخل الإدارة للمحافظة على النظام العام، بوسائل متناسبة مع الوضع والواقعة محل التدبير.

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على هدف التدبير الضبطي.

إن الغاية من أنظمة الضبط الإداري هي الهدف أو الغرض النهائي الذي تبتغيه الإدارة، وتحديد الغاية من إصدار أنظمة الضبط الإداري يتم إما بنص عليها قانونياً، وفي حالة عدم وجود هذا النص فإن المبادئ القانونية العامة هي التي تحددتها، وإما أن يحدد المشروع غاية خاصة واحدة في أنظمة الضبط الإداري الخاص وفي كلتا الحالتين فإن الغاية تتمثل في غرض وحيد هو حفظ النظام العام أو إعادته، وبذلك فإن سلطات الضبط الإداري إذا مارست نشاطها من أجل تحقيق غاية غير غاية حفظ النظام العام كان نشاطها غير مشروع للانحراف بالسلطة (2).

وتكون قرارات الضبط الإداري غير مشروعة الغاية، ومتسمة بعيب الانحراف بالسلطة إذا استهدفت بهذه القرارات أهداف أخرى غير الحفاظ على النظام العام أو إعادته إلى استقراره أو بعدت عن الغاية التي تحددتها أنشطة الضبط الإداري الخاص، فعيب الانحراف بالسلطة هو وجه عدم المشروعية العام يلحق بكل قرارات الضبط الإداري الفردية واللائحية (3).

فالفقيه الفرنسي "فيدال" عرف الانحراف في استعمال السلطة بأنه استعمال الإدارة سلطتها لتحقيق غاية غير التي من أجلها منحت تلك السلطة.

وعرفه الدكتور (سليمان المطاوي) بقوله: "استعمال رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به".

(1) زانا رسول محمد امين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق، ص 177.

(2) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2010، ص364.

(3) محمد عبد الحميد مسعود، إشكالية رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، القاهرة، ط2007، ص 677.

وعرفه الأستاذ الدكتور (حسين عثمان) "القرار يكون منسوباً بعيب الغاية أو عيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة إذا قصدت الإدارة بإصدارها القرار تحقيق مصلحة بعيدة عن المصلحة العامة أو خرجت على مبدأ التخصيص للأهداف" (1).

فكرة الانحراف تتعلق برغبة نفيسة في مصدر النظام الضبطي يسعى بعمله للوصول إليها، ويفترض أن تكون هذه الرغبة متفقة مع الغرض الذي أراده القانون لهذا العمل، أي مطابقة بين وجهة النظر الذاتية ووجهة النظر القانونية، فإذا أحادت وجهة النظر الذاتية عن وجهة النظر القانونية وجد الانحراف وبهذا يختلف الجانب الشخصي بالانحراف بالسلطة عن أوجه المخالفة الموضوعية للقاعدة القانونية لأنه يتحتم على القاضي الإداري أن يبحث عن البواعث ومقاصد مصدر النظام الضبطي ليستوضح وجود الانحراف بالفعل أم لا. فهو بحث دقيق وأحياناً صعب جداً (2).

لذلك فإن فكرة النظام العام هي التي تحدد غاية الضبط الإداري، وبالتالي غاية هذا النظام بعناصره الثلاثة، ويترتب على ذلك أن أنظمة الضبط الإداري ينبغي أن ترد على أحد عناصر النظام العام، وبذلك لا تكون هذه الأنظمة مشروعة إلا إذا استهدفت الحفاظ على النظام العام وإعادته، واستندت في عملها الضبطي إلى ضروراته، وإلا تعرضت للإلغاء عن طريق دعوى تجاوز السلطة (3).

ويكون الانحراف أو إساءة استعمال السلطة متصل بعيب نية مصدر القرار وبواعثه لذلك يقترن هذا العيب بالسلطة التقديرية للإدارة ولا يثار إذا كانت سلطة الإدارة مقيدة بحدود معينة (4). ولهذا فقد اختلف الفقه فيما إذا كان يجوز الطعن به في حالة السلطة التقديرية لسلطة الضبط الإداري فقط أم في حالة السلطة التقديرية والسلطة المقيدة وتقسم الفقه إلى قسمين:

الاتجاه الأول: فيرى هذا الاتجاه من الفقه أنه لا يظهر عيب الانحراف بالسلطة إلا في حال منح السلطة الضبطية الإدارية سلطة تقديرية، ولا يمكن أن يكون هذا العيب في حالة السلطة المقيدة للإدارة، ويرر أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بأن السلطة المقيدة تلزم السلطة

(1) زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع سابق، ص 178، 179.

(2) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 365.

(3) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة، مرجع نفسه، ص 365.

(4) زانا رسول محمد، القضاء الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، مرجع نفسه، ص 179.

الضبطية التقيد بالنصوص القانونية في حين أن هناك تلازم بين عيب الغاية والسلطة التقديرية للسلطة الضبطية الإدارية التي تعتبر المجال الحقيقي لظهور إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: حيث يرى هذا الاتجاه أن إساءة استعمال السلطة والانحراف بها تتوافر في حالتي السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، وأن كان نطاقه يتسع ويزداد في حالة السلطة التقديرية. ففي كلتا الحالتين يجب على رجل الإدارة أن يتقيد بالقانون، ويحقق الحفاظ على النظام العام⁽²⁾.

وعلى العموم فإن عيب انحراف بالسلطة يكون عندما تتخذ الإدارة قرارات ضبطية، خارج عن المصلحة العامة أي تحقيق أغراض شخصية خاصة أو قرارات ضبطية تكون لها صفة المصلحة العامة ولكن بعيد عن غايات الضبط الإداري أي الهدف الذي يرمى إليه الضبط الإداري ألا وهو الحفاظ على النظام العام.

وعليه فإن قرارات الضبط الإداري تكون منسوبة بعيب الانحراف بالسلطة في:

- 1- عندما يرمي هذا القرار إلى تحقيق مصلحة خاصة.
- 2- صدور القرار الضبطي لتحقيق مصلحة عامة غير الغاية المرجوة في الضبط الإداري.
- 3- صدور القرار بإجراءات غير الإجراءات المنصوص عليها قانوناً⁽³⁾.

وسوف نتطرق لهذه العناصر الثلاث في ثلاث فروع:

الفرع الأول: صدور قرار الضبط الإداري بعيد عن المصلحة العامة:

يجب على القرار الضبطي أن يحقق مصلحة عامة، إلا أنه هناك في بعض الحالات تستخدم سلطة الضبط سلطتها في إصدار القرار الضبطي لتحقيق غاية خاصة، حيث تصدر القرارات الضبطية برغم تحقيق الأمن والنظام العام ولكن في مضمونها تحقق أغراض خاصة. ويكون هذا القرار لنفع شخصي لمصدر القرار أو لغيره، وهذا القرار خرج عن مبدأ المشروعية، وهذا إذا كان دافعه الأصيل هو تحقيق مصلحة خاصة كما قلنا لغيره أو له أي لمصدر القرار.

(1) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 366.

(2) عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة، مرجع نفسه، ص 369.

(3) محمد عبد الحميد مسعود، إشكالية رقابة القضاء على قرارات الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 681.

أما إذا كان القرار قد صدر بدافع نفع عام ولكن ترتب معه نفع شخصي، فلا يعتبر غير مشروع فهو لا يؤثر على مشروعية القرار ولا تجعله منسوبا بالانحراف بالسلطة (1).

وقد يصدر القرار الضبطي بعيد عن المصلحة العامة، ويكون هناك انحراف في استعمال السلطة عند صدور القرار لغرض الانتقام وإلحاق الأذى بالآخرين، بسبب خلافات شخصية. وقد تكون غاية سياسية تنصب في مصلحة مصدر القرار، أي تحقيق غاية غير مشروعة. ومثال ذلك في الجانب السياسي صدور القرار لغرض التحرش والتعننت ضد مصالح حزب آخر معارض، الأمر الذي يجعل هذه التدابير غير مشروعة وجديرة بالإلغاء (2).

من التطبيقات في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، الذي قضى بعدم مشروعية تدابير الضبط للانحراف بالسلطة، حيث ألغى مجلس الدولة لائحة ضبط صادرة عن العمدة لتنظيم دور الرقص حيث يمنع عمل دور الرقص خلال بعض أيام الأسبوع لأنه قد صرف الشباب عن أعمالهم. وبعدها تبين أنه له أسباب أخرى حقيقية تكمن في حماية مقهى له انصرف الشباب عنه إلى دور الرقص (3).

الفرع الثاني: مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف.

مما سبق يتضح لنا أن إساءة استعمال السلطة، يكون عند الخروج عن المصلحة العامة لتدبير الضبطي، لكن هناك حالات تكون فيها انحراف السلطة حتى ولو كان التدبير يقتضي مصلحة عامة، وهذا عندما يحدد المشرع هدف خاص من التدبير الضبطي، فإن مخالفة هذا الهدف يعتبر انحراف بالسلطة.

لذلك فإن في مجال الضبط الإداري المشرع يستهدف من قرارات الضبط الإداري هو تحقيق النظام العام بعناصره الثلاثة سكينة عامة وصحة عامة وأمن عام. فإذا خرجت أغراض الضبط الإداري عن هذه الأهداف الثلاثة فإن القرار الضبطي يكون غير مشروع. وخالف

(1) زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 183.

(2) زانا رسول محمد أمين، المرجع نفسه، ص 184.

(3) عبد الغاني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2006، 3، ص 664.

القاعدة التشريعية المستهدفة لتحقيق النظام العام. وهذا حتى ولو استهدف التدبير الضبطي المصلحة العامة أو جانبها (1).

وعليه فالقاضي الإداري عندما يباشر في فحص القرار الضبطي بناء على دفع أو دفاع صاحب الشأن، لمدى مشروعية غاية قرار الضبط الإداري، يجد في ضوء النصوص المقررة الغاية التي منحت هذه النصوص هيئات الضبط الإداري الاختصاص في إصدار هذا القرار. ثم يراقب ما إذا كانت هذه السلطات قد حققت بقرارها المطعون فيه هذه الغاية أم لا، يعني ذلك أن القاضي يحدد أولاً غاية المشرع من قرار الضبط الإداري، والغاية التي حققتها فعلاً هيئات الضبط الإداري، ثم يجري مقارنة بين الغائتين، في مدى تطابق غاية المشرع مع غاية هيئات الضبط الإداري.

ومن بين المشاكل المتاحة التي يواجهها القاضي هي تحول السلطة أو غرض الضبط الإداري إلى أغراض مالية للإدارة (2).

حيث يحدث في كثير من الأحيان أن تستعمل سلطات الضبط الإداري في تحقيق بعض الأرباح للإدارة وبالذات للمجالس البلدية، ومثال ذلك أن حدث في فرنسا أن رفض العمدة إعطاء تصريح ببناء سينما لا لشيء، إلا لأن هذه السينما سوف تزاخم المسرح البلدي، وحدث أن العمدة استعان بسلطات الضبط وأصدر عدة أوامر للاستعانة بها في تحصيل الضريبة للبلدية، ففي هذه الأحوال كان مجلس الدولة الفرنسي يقضي بإلغاء القرارات الإدارية لوجود انحراف بالسلطة نتيجة لانتهاك قاعدة تخصص الأهداف، وتحقيق أغراض مالية للإدارة (3).

ولكن هذا الأمر لم يستقر على حاله، فنجد أن القضاء الفرنسي قد خفف من حدة هذا القضاء المتعلق بتحقيق مصالح مالية مؤكدة للإدارة وتحول إلى رفض الحكم بإلغاء القرارات الإدارية المنسوبة لهذا النوع من الانحراف بالسلطة، حيث ظهر هذا الاتجاه لمجلس الدولة في حكمه في قضية القرار الإداري للعمدة يمنع شركة للنقل بالسيارات من مباشرة نشاطها في ذات

(1) عبد الغاني سيوفي عبد الله، مرجع سابق، ص 667.

(2) محمد عبد الحميد مسعود، مرجع سابق، ص 684، 685.

(3) مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 824.

المنطقة التي تمارس فيها شركة "ترام" المتعاقدة مع مجلس البلدي ، حتى لا يتأثر المركز المالي للشركة، ولا تنقص بالتالي حصة المجلس البلدي في أرباحها (1).

وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري حيث نصت محكمة القضاء الإداري "أن المحكمة لا ترى أن الأسباب المالية التي دعت إلى سحب الترخيص لامتناع المدعين عن دفع الإتاوة تدخل ضمن المصلحة العامة، ومن ثم فإن المجلس البلدي إذا استهدف من إلغائها أن يفيد مالياً لیتسنى له مواجهة نفقات إصلاح شوارع المدينة إنما استهدف هدفاً مشروعاً...." (2).

إلا أن هذا القضاء لم يدوم طويلاً، ولم يعد القضاء الإداري يسلم الآن بالمصلحة المالية كغاية لقرارات الضبط الإداري، فالقضاء يقضي في الوقت الراهن، بإلغاء قرارات الضبط الإداري التي يكون باعثها الوحيد مالياً، أما إذا لعب الشاغل المالي دوراً هاماً في إصدار القرار دون أن تكون الغاية الوحيدة التي ترمي إليها الإدارة، فلا جبه في هذه الحالة للتقرير بتوافر عيب الانحراف بالسلطة (3).

وفي الأخير نلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي كان يلغى القرارات الضبطية التي يكون لها غرض مالي غير، المستهدفة للحفاظ على النظام العام، إلا أنه عدل عن موقفه إلى عدم إلغاء هذه القرارات المستهدفة لتحقيق مصلحة مالية للإدارة خاصة المتعلقة بالبلديات، التي نجدها في كثير من الأحيان تعاني أزمات مالية كانت تقف وراء عدم تطورها ونهوضها لذا كان مجلس الدولة يقبل هذه القرارات لأغراض مالية، إلا أنه فيما بعد قام مجلس الدولة مرة ثالثة بالرجوع إلى موقف الأول لكن بشيء من الليونة والتركيب والتوافق بين إلغاء القرارات الضبطية التي يكون هدفها الوحيد المصلحة المالية للإدارة وقبول قرارات الضبط الإداري التي تكون أهدافها حفظ النظام العام وكذلك تحقيق المصلحة المالية للإدارة في نفس الوقت.

الفرع الثالث: الانحراف بالإجراءات:

يكون هذا العيب عندما تنحرف الإدارة عن استخدام إجراءات غير الإجراءات، التي يجب أن تتبعها لتحقيق الهدف المراد تحقيقه. أي إتباع إجراءات مخالفة مما يجب أن تقوم به من

(1) عبد الغاني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 669.

(2) عبد الغاني بسيوني عبد الله، مرجع نفسه، ص 669.

(3) محمد عبد الحميد مسعود، مرجع سابق، ص 690.

إجراءات. حيث يعتبر الانحراف بالإجراءات أحد أشكال إساءة استعمال السلطة والانحراف بها فتقوم بالقيام بالإجراءات غير الإجراءات المنصوص عليها قانوناً للوصول إلى الهدف المسطر. ومن التطبيقات لمجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة، التجاء الإدارة إلى استيلاء المؤقت على عقارات، بدلا من السير في طريق إجراءات نزع الملكية لمنفعة العامة تقادياً منها لطول ودقة هذه الإجراءات. وكذلك حكم مجلس الدولة المتعلق بقرار مصادرة إحدى الصحف بقصد حماية النظام العام. حيث قامت بمخالفة الإجراءات، حيث قامت بمصادرة الصحف، دون إجراءات تمهد لذلك (1).

الفرع الرابع: إثبات عيب إساءة استعمال السلطة:

يعتبر عيب إساءة استعمال السلطة أشد العيوب صعوبة في الإثبات، إذا أنه يتعلق بالهدف أو الغاية التي قصدت الإدارة من إصدار القرار. لذلك سوف نتطرق إلى القاعدة العامة في إثبات الانحراف بالسلطة ثم دور القاضي في عملية الإثبات وكذلك لوسائل الإثبات.

أولاً: القاعدة العامة في الإثبات:

يقع على عاتق المدعي إثبات دعواه باستهداف أن الإدارة هدفاً بعيداً عن المصلحة أو بالانحراف عن الهدف الخاص المحدد لها. حيث لا يملك للقاضي أن يثير هذا العيب من تلقاء نفسه. بل لا بد أن يطلب المدعي ذلك كما هو الشأن بالنسبة لبقية العيوب التي تصيب القرار الإداري. ما عدا عيب عدم الاختصاص الذي يعتبر من النظام العام. ويتقيد الإثبات بما يتضمنه ملف الدعوى من أوراق ومستندات أي أن الإثبات إساءة أو الانحراف بالسلطة ينحصر في ملف الدعوى وكذا بظروف الدعوى وملابساتها.

ثانياً: دور القاضي الإداري في الإثبات:

يختلف دور القاضي هنا إذا كانت الإدارة كشفت عن هدفها أو لم تكشف عن هدف المراد تحقيقه.

أ- حالة كشف الإدارة عن هدفها:

إذا ما أعلنت الإدارة عن غرضها، فإن القاضي يقوم في هذه الحالة بمقارنة هذا الهدف الذي قصدته الإدارة والهدف الذي حدده المشرع، فإذا وجد اتفاق بين الهدفين فإن القرار الصادر

(1) عبد الغاني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 672، 673.

يكون صحيح. أما إذا اتضح للقاضي أن هناك تباين بين الهدفين، فإن القرار يكون مشوب بعيب إساءة استعمال السلطة، وغير مشروع.

ب- حالة عدم الكشف الإدارة عن هدفها:

تعتبر عملية الإثبات أكثر صعوبة في حالة إخفاء الهدف الذي قصدته الإدارة من قرارها وخاصة في حالة عدم تحديد هدف خاص. من جانب المشرع. حيث على صاحب الشأن أن يثبت أن الإدارة سعت إلى تحقيق أغراض غير المصلحة العامة. وعيب الإثبات ينتقل أيضا للإدارة وهذا بإثبات صحة الهدف الذي سعت إليه (1).

ثالثا: وسائل الإثبات:

إذا كان مجلس الدولة الفرنسي لا يستطيع أن يستدعي رجال الإدارة العامة أو أن يجري التحقيق معهم تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الإدارة القضائية والإدارة العاملة، فإنه في المقابل ذلك توسع في تفسير مضمون ملف الدعوى، كما يستعين بعدد من الوسائل لإثبات عيب إساءة استعمال السلطة.

فمجلس الدولة الفرنسي ينظر في نص القرار المطعون فيه، فقد تكشف صيغة القرار عن دليل معين كما يعتبر المجلس أن المناقشات والمراسلات التي تمت بشأن القرار من المستندات التي تدخل في الدعوى، ويسترشد بالظروف التي أحاطت بإصدار القرار، وكذلك ينظر إلى معاملة الإدارة للمواطنين بقصد المحاباة بعضهم على حساب البعض الآخر وكذلك تنظر إلى ملائمة القرار المتخذ (2).

ومما سبق يتضح لنا أن القضاء الإداري قد فرض رقابته على الانحراف في استعمال السلطة في الثلاث الحالات المختلفة، وتمثل هذه الرقابة حدود متعلقة بغاية الضبط الإداري، وتوجب على سلطة الضبط الإداري التقييد بها وعدم مخالفتها عند إصدارها لتدابير الضبطية وهذا من أجل حماية الحريات العامة للأفراد.

(1) عبد الغاني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 674.

(2) عبد الغاني بسيوني عبد الله، مرجع نفسه، ص 676.

المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على تدابير الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية.

تطرقنا في المطلب الثالث من المبحث الثاني في الفصل الأول إلى أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة في الظروف العادية، والظروف الاستثنائية، التي عرجنا فيها إلى التأصل التاريخي للنظرية - الظروف الاستثنائية-وقلنا إنها من صنع القضاء الإداري الفرنسي. كما تطرقنا إلى كيفية معالجة هذه النظرية من طرف المشرع الجزائري وتطبيقاتها، فارتأينا في هذا المبحث أن نبين شروط هذه النظرية ثم إلى رقابة القاضي الإداري على تدابير الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية.

المطلب الأول: شروط اتخاذ تدابير الضبط الإداري الاستثنائية:

إن مضمون نظرية الظروف الاستثنائية، هو اتساع صلاحيات الإدارة 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. لذلك ومن أجل الموازنة بين حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، من تعسف الإدارة، ومن جهة تمكين الإدارة من مواجهة الظروف الصعبة وحماية النظام العام، وضع القضاء وتبعه الفقه شروط وضوابط محددة تلتزم بها الإدارة عند اتخاذها لتدابير الضبط الاستثنائية وإلا أصبحت هذه التدابير مشوبة بالبطلان.

الفرع الأول: أن يكون التدبير الضبطي قد اتخذ خلال ظروف استثنائية واقعية.

متى يمكن تبرير الإجراءات الاستثنائية الذي يسمح بمخالفة القواعد القانونية العادية فإن الظروف يجب أن تكون حقيقة استثنائية من شأنها التأثير بشكل خطير على المصلحة العامة⁽¹⁾، أي أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن، مثل الحروب والأزمات - الاضطرابات والفتن - الزلازل - الكوارث والفيضانات وإلى غير ذلك من الظروف الطارئة، ولقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي للقول بأنه لكي تكون هناك ظروف استثنائية يجب أن نكون أمام حالة يستحيل فيها على الإدارة الالتجاء إلى الوسائل العادية التي تفرضها قواعد

(1) نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 20.

المشروعية، وليس فعل الحرب في حد ذاته أو الكوارث في حد ذاتها هي التي تعفي الإدارة من إتباع أحكام القوانين، وإنما الاستحالة الناشئة عن هذه الأفعال هي التي تؤدي إلى إعفاء الإدارة من الالتزام بمبدأ المشروعية وتبرير تصرفاتها الخارجة عليه. ونظرا لخطورة السلطات الممنوحة للإدارة في هذه الظروف والتي تؤدي إلى المساس بحقوق وحريات الأفراد، فإن مجلس الدولة الفرنسي والمصري لم يترك هذه المسألة دون تنظيم، بل وضع لها ضوابط حتى لا تصبح سلطة الإدارة طليقة. ولهذا فلتحقق الظرف الاستثنائي يجب أن يكون هناك حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وأن يكون تصرف الحكومة على النحو الذي تصرفت به لازما لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذا الموقف، وأن يكون رائد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء المصلحة العامة (1).

أما الفقه، فقد اعتبر أن الظروف الاستثنائية هي الأحداث الخطيرة التي يجب أن تكون شاذة وغير مألوفة، وضرب مثال ذلك في الحرب التي تعد من الأمور المعتادة، في حين نجد أن الفقيه "nizard". فقد كان واضحا في تحديد الظروف الاستثنائية حيث قال بأنها يطغي عليها التقدير الذاتي.

إن محاولة الفقه إعطاء تحديد لسبب قيام الظروف الاستثنائية، هو مجرد إحالة لما أتت به الأحكام القضائية، لهذا فإن الأحداث المعتبرة خطيرة قد تكون طبيعية كظهور بركان أو زلزال أو فيضان أو سياسة أو اجتماعية كالحرب أو التمرد أو الإضراب العام (2).

فإن شرط تحقق الظرف الاستثنائي يشكل عنصر السبب التي تصدر بناء عليه تدابير الإدارة في ظل هذه الظروف، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها حيث جاء فيه (...يلغي تراخيص المحال التي أصبح في استمراره خطر داهم على الصحة العامة أو الأمن العام...وأساس ذلك أن إجراءات الضبط الإداري تتطوي على المساس بحريات الأفراد، الأمر الذي يقضي ثبوت الحالة الواقعية المبررة لاتخاذها) (3).

(1) حسام مرسي، مرجع سابق، ص 335، 336.

(2) نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 21.

(3) زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 218، 219.

الفرع الثاني: صعوبة مواجهة الظرف الاستثنائي بالطرق القانونية العادية.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية أن يتعذر على الإدارة مواجهة الخطر الجسيم بالقواعد القانونية العادية، مما يستلزم عليها اللجوء إلى قواعد استثنائية مع طبيعة الخطر (1)، أي يجب أن تكون سلطات الضبط الإداري مضطرة، لحماية الأمن العام إلى مواجهة الظرف بالتدبير الاستثنائي وتجد صعوبة في التصرف طبقاً لقواعد المشروعية العادية (2).

وتتخذ الإدارة التصرف السريع الذي يمكنها من التغلب على الخطر قبل أن يضطرب الأمن ويختل سير الأمور، ومن ثم أرسى مجلس الدولة الفرنسي معيار تعمل بمقتضاه سلطات الضبط، حيث أجاز لها الالتجاء إلى الوسائل الغير العادية في ظل الظروف الاستثنائية، مع خضوعها للقانون وفقاً لنظرية القرارات الاستثنائية باعتبار أن البطان جزاء التصرفات الغير مشروعة، إذا كانت التصرفات تتطوي على انتهاك صارخ للحقوق والحريات، كما نهج مجلس الدولة المصري نظيره الفرنسي، الذي اعتبر أن الأحكام العرضية في مصر أو نظام الطوارئ وإن كان نظاماً استثنائياً، إلا أنه ليس بالنظام المطلق بل هو خاضع للقانون الذي أرسى الدستور أساسه وأبان القانون أصوله، وأن رقابة القضاء هي دون غيرها الرقابة الفعالة تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم (3).

الفرع الثالث: تناسب الإجراء المتخذ مع الظرف الاستثنائي:

ونعني بذلك أن يكون التدبير المتخذ متناسباً بالقدر الذي تقتضيه مواجهة الظرف الاستثنائي، فالإدارة ليست حرة في اختيار أي إجراء، بل يجب عليها أن لا تفرط في تصرفاتها ولا تتسع فيه إلا بالقدر الذي يمليه الموقف الاستثنائي، وفقاً للقاعدة أن الضرورة تقدر بقدرها، فلا يجب أن نضحي بمصالح الأفراد في سبيل المصلحة العامة بل يقتضي على الإدارة أن تراعي الحرص والحذر في اختيار أنسب الوسائل والإجراءات وأقلها ضرراً ومن التطبيقات ما

(1) سليمان السعيد، انعكاسات نظرية الظروف الاستثنائية على عملية الرقابة القضائية، مقال، مجلة القانون والعلوم الإدارية للتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، ص 03.

(2) زانا رسول محمد أمين، مرجع نفسه، ص 219.

(3) حسام مرسي، مرجع سابق، ص 339، 340.

قضت به المحكمة الإدارية المصرية بقرار إلغاء القرار مجلس الوزراء المتضمن مصادرة جريدة "مصر الفتاة" بسبب أن الجريدة تنشر مقالات تحرض على الثورة وتحرك الشعب وتحرض الفقراء على الأغنياء، مما جعل الجريدة تمثل خطراً داهماً على الأمن العام يحتم مصادرها بالطريق الإداري " وقعد قضت المحكمة بإلغاء القرار المطعون فيه، لأن إلغاء الصحيفة إجراء خطير يمس بحرية الصحافة⁽¹⁾.

الفرع الرابع: أن يكون الهدف من تطبيق القواعد الاستثنائية حماية المصلحة العامة.

يجب أن يكون الغرض من تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية هو حماية المصلحة العامة للمجتمع، تشمل حماية كيان الدولة بمفهومه الواسع وصيانة النظام العام وكذا ضمان سير وديمومة المرافق العمومية⁽²⁾.

حيث جاء في أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر (بأن تخول الحكومة استثناءاً وفي حالة الضرورة من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالفت ذلك القانون ما دامت تبني الصالح العام... وأن يكون رائد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء المصلحة العامة وبذلك تخضع مثل هذه التصرفات لرقابة القضاء...)⁽³⁾.

الفرع الخامس: انتهاء السلطة الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي.

إن منح السلطات الاستثنائية للإدارة يرجع لخطورة الظرف الاستثنائي فإذا ما انتهى هذا الظرف تعين على الإدارة إتباع قواعد المشروعية العادية فالسلطة الاستثنائية تكون مع الظرف الاستثنائي مصدر الخطر، فحين يوجد الظرف الاستثنائي توجد السلطة الاستثنائية للإدارة وحين ينتهي الظرف وتزول خطورته تنتهي تلك السلطة ويجب خضوعها تبعاً لذلك لقواعد المشروعية العادية، فإن كان الموقف الاستثنائي يبرر النظام الاستثنائي فإن العودة إلى الموقف العادي يستوجب العودة إلى النظام العادي كذلك⁽⁴⁾.

(1) زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 220.

(2) سليمان العبد، انعكاسات نظرية الظروف الاستثنائية على عملية الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 03.

(3) زانا رسول محمد أمين، مرجع نفسه، ص 221، 222.

(4) زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 221.

إن التوازن بين النظام العام والحريات العامة، نجده حتى في الظروف الاستثنائية، وذلك عن طريق تقييد الإدارة بشروط وضوابط المحددة من طرف القضاء والفقهاء، وذلك لإخضاع جميع تصرفات الإدارة في هذه الظروف للرقابة القضائية.

فقد يمارس القضاء في بعض الدول صورتين للرقابة القضائية على الظروف الاستثنائية وهي الرقابة على إعلان الظرف الاستثنائي سواء كانت حالة طوارئ أو حصار أو حالة استثنائية، أما الصورة الثانية فتتحقق بالرقابة على التدابير والإجراءات المتخذة في ظل هذه الظروف الغير العادية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على قرار إعلان الظرف الاستثنائي و التدابير المتخذة خلاله.

إن نظرية الظروف الاستثنائية يترتب عليها قيام الإدارة باتخاذ إجراءات استثنائية لمواجهة الأزمة، حتى ولو ترتب على ذلك مخالفة القواعد القانونية القائمة، أي أن الظروف الاستثنائية وما يترتب عليها من قيام الإدارة بإجراءات استثنائية ماسة بالحقوق والحريات العامة تعتبر مسألة مشروعة قانونياً، بسبب أن هذه الظروف منظمة دستورياً وقانونياً، ومن هنا فقد حرص القضاء على التأكيد بأن الظروف الاستثنائية لا يترتب عليها زوال الرقابة القضائية عليها⁽²⁾.

الفرع الأول: الرقابة القضائية الإدارية على قرار إعلان الظرف الاستثنائي.

إن رقابة القضاء الإداري الفرنسي لقرار إعلان حالة الطوارئ الصادر من رئيس الجمهورية استناداً للمادة 16 من الدستور الفرنسي 1958، كانت ضيقة حيث حرص مجلس الدولة الفرنسي على تضيق من نطاق هذه الرقابة وحصرها في أضيق الحدود بل ورفض المجلس في حكم (Rubin de servens) مناقشة أي وجه للطعن تتعلق بمدى توافر الظروف والمبررات التي تجيز لرئيس الجمهورية تطبيق المادة 16 من الدستور، ووصف هذا الإعلان بمثابة عمل من أعمال السيادة⁽³⁾.

(1) زانا رسول محمد أمين، مرجع نفسه، ص 221.

(2) نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 105.

(3) زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 223.

أما في العراق فإن المشروع الدستوري أخضع هذا القرار لرقابة البرلمان من خلال اشتراطه حصول موافقة مجلس النواب بأغلبية الأعضاء على هذا القرار.

وفي لبنان، يتم إعلان حالة الطوارئ بمرسوم يتخذ بمجلس الوزراء. كما اعتبره الدستور في المادة 65 من المواضيع الأساسية التي تتطلب موافقة ثلثي أعضاء الحكومة المحددة في مرسوم، حيث يخضع مرسوم الإعلان لرقابة مجلس النواب.

أما في مصر، فإن قرار إعلان حالة الطوارئ، كما جاء في المحكمة الإدارية التي أقرت بأن قرار إعلان الطوارئ من أعمال السيادة، ويمنع الطعن فيه حيث جاء في حكم لها >>..فإن ساغ القول بأن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة الحكم لا سلطة إدارة...<<(1).

أما في الجزائر فقد عرفت الجزائر تطبيقاتاً لنظرية الظروف الاستثنائية في حالة الحصار والطوارئ، التي تكيف على أنها من أعمال السيادة مما يترتب عنه استبعاد الرقابة القضائية عليها (2).

ويرى بعض من الفقهاء أن سبب عدم إمكان الرقابة على مثل هذه القرارات (اللائحية والنقوضية) لا يعود إلى اعتبار هذه القرارات من قبل أعمال السيادة، وإنما لأن موافقة مجلس النواب عليها يجعل من القرار عملاً تشريعياً لا يجوز الطعن فيه بالإلغاء.

في حين يرى فقهاء آخرون بأن هذه القرارات تعد قرارات إدارية منذ صدورها وتكون محلاً للإلغاء أمام القضاء الإداري، ولا يجب أن تتحول هذه القرارات إلى قوانين نتيجة إقرار البرلمان لها إلا إذا صدر قانون بالمعنى الفني الدقيق (3).

وكنتيجة عامة نجد أن إخضاع قرار إعلان حالة الطوارئ، يعد حماية للحريات العامة ولحقوق الأفراد، وإن غير ذلك فهو وسيلة لاضطهاد الحريات وتعسف الإدارة التي تكون

(1) زانا رسول محمد أمين، مرجع نفسه، ص 226.

(2) محمد الصغير يعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 19.

(3) زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 227.

سلطاتها موسعة في ظل هذه الظروف، فالأحرى أن تخضع هذه القرارات للرقابة القضائية لتحديد من تعسف الإدارة في ظل هذه الظروف الاستثنائية.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية الإدارية على تدابير المتخذة خلال الظروف الاستثنائية.

إن هيئات الضبط الإداري وإن كانت في حاجة ماسة إلى سلطات واسعة في ظل هذه الظروف إلا أنه يجب أن تكون الأسباب المولدة لقراراتها دائماً صحيحة، فالظروف الاستثنائية لا تعني أن تبني قراراتها على وقائع ليس لها وجود أو مشوبة بخطأ فادح في الوصف القانوني، وأن تكون جميع السلطات الموسعة التي تتمتع بها الإدارة تستهدف المصلحة العامة، وهذا هو الهدف العام، وأن تستهدف الهدف الخاص من الظروف الاستثنائية وهي المحافظة على كيان الجماعة البشرية والنظام العام⁽¹⁾.

وعليه فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يستند في البداية في فحص الوجود المادي للواقعة خاصة في تدابير الاعتقالات وتحديد الإقامة، إلا أنه تخلى عن هذا المنهج وبدأ يمارس رقابة حقيقية على الوجود المادي للوقائع منذ حكم (Graenge) حيث ألغى قرار اعتقال لعدم صحة الوقائع⁽²⁾. ولقد تباينت أحكام القضاء المصري بين قرارات الضبط الإداري التي تصدر وفق قانون الأحكام العرفية (الطوارئ) أو قوانين الضرورة والقرارات التي تصدر وفقاً للنظرية القضائية للظروف الاستثنائية، ففي ظل قانون الأحكام العرفية القضاء المصري الإداري، في بداية الأمر كان يراقب أسباب قرارات الضبط الإداري التي تنطوي على مساس بالحريات العامة الشخصية، حيث تقف المحكمة على جدية وأهمية الأسباب التي تسوغ لسلطة الضبط تقييد الحريات الشخصية.

ولكن ما لبث القضاء الإداري المصري أن تراجع عن هذا النهج، وهذا بامتناعها عن رقابة جدية الأسباب أي صحة الوجود المادي للأسباب التي يبني عليها القرار بسبب أن السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية هي التي تستجمع العناصر والدولة هي التي تقدر

(1) مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 840، 841.

(2) زانا رسول محمد أمين، مرجع نفسه، ص 229.

أهميتها على النظام العام ولهذا امتنعت المحكمة عن منهجها الرقابي على صحة الوجود المادي للوقائع وتبعاً لذلك مدى تناسب قرارات الضبط مع الواقعة وأهميتها (1).

أما في حالة رقابة القضاء المصري للقرارات التي تمس حريات الأفراد والتي تصدرها هيئات الضبط الإداري وفقاً لمقتضيات النظرية القضائية للظروف الاستثنائية، فهو وإن كان يوسع من اختصاصاتها، إلا أنه يمارس رقابته على الوجود المادي للوقائع ومدى تناسب القرار الضبطي مع الواقعة وخطورتها، أي ضرورة حماية حقوق وحريات الأفراد وبالقدر الذي يمس متطلبات المحافظة على النظام العام (2).

ومن التطبيقات في القضاء المصري للمحكمة العليا الحكم الصادر بجلسة 1989/12/13 حيث جاء فيه (...يجوز للحاكم العسكري العام أن يتخذ التدابير المشددة وفيها الأمر بالقبض أو الاعتقال ذوي الشبهة أو الخطرين على الأمن والنظام العام ووضعهم في مكان أمين، وسلطة الحكومة في هذا المجال ليست مطلقة من كل قيد بل تخضع لأصول وضوابط يجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية بوصف الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف، وأن يكون رائدها ابتغاء المصلحة العامة وخضوعها لرقابة القضاء ومشروعية أو عدم مشروعيتها التصرفات على أساس توافر الضوابط أو عدم توافرها. وإذا لم يكن رائد الحكومة يبتغي الصالح العام وقع القرار باطلاً) (3).

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي، بأن القاضي الإداري يراقب عنصر الملائمة في تصرف الإدارة ومدى تناسبه من حيث الشدة مع الظروف الاستثنائية أيضاً، حيث قضى المجلس في حكمه الصادر في 31 يناير 1947 بأنه (على الرغم من اعتبار الحرب والإثارة الناشئة عنها عام 1947 في الهند الصينية تمثل ظرفاً استثنائياً إلا أن هذه الصعوبات ليست من شأنها تبرير قيام مندوب فرنسا... بإنشاء نظام خاص بالضمان الاجتماعي للأسرة بمبادرة منه) (4).

(1) محمد عبد الحميد مسعود، مرجع سابق، ص 670، 671.

(2) محمد عبد الحميد مسعود، مرجع نفسه، ص 673.

(3) نقلاً عن زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 234.

(4) نقلاً عن زانا رسول محمد أمين، مرجع سابق، ص 234.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فإن الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري الصادرة عن هيئات الضبط الإداري، مستبعدة، وهذا نستنتجه من المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 196.91 السالف الذكر المتضمن تقرير حالة الحصار، التي أعطت الحق في الطعن الإداري للأشخاص الذين يكونون موضوع اعتقال إداري أو إقامة جبرية دون إعطائهم الحق في اللجوء إلى القضاء (1).

وكان الأجدر من المشرع الجزائري أن يحذو حذوا المشرع الفرنسي والمصري، في بسط رقابة القضاء الإداري على هذه التدابير الضبطية لكونها تمس بالحريات العامة وحقوق الأفراد، وتزيد من تعسف الإدارة بحجة الحفاظ على النظام العام.

(1) المادة "04" المرسوم الرئاسي رقم 196.91 المؤرخ في 4 جوان سنة 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد 1941.29.

خاتمة الفصل الثاني:

من خلال دراستنا للفصل الثاني الذي تعرضنا فيه لدور القاضي الإداري في الموازنة بين النظام العام والحريات العامة، يتبين لنا ان القاضي الإداري عند فحص القرار المطعون فيه يقوم بموازنة بين سلطة الإدارة في حفظ النظام العام، من جهة وبذلك فرض سيادتها، ومن جهة ثانية صيانة الحريات العامة المكفولة دستوريا- هذا في الظروف العادية - فيقوم بفحص القرار الإداري من حيث السبب أي مدى توفر الواقعة المادية أو القانونية، وكذلك التكيف القانوني لها، مراعى سلطة الإدارة في إصدار هذا القرار الضبطي المطعون سواء كانت سلطتها مقيدة أو تقديرية، وبسط رقابة ثالثة على ركن النسب وهي مدى تناسب الإجراء المتخذ مع محل القرار الإداري وأهميته، وبعدها ينتقل إلى ركن الغاية، أي الهدف من القرار الضبطي ومدى انحراف الإدارة في استعمال سلطتها الضبطية عن الهدف المرسوم لها سواء بمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف أو خروجها عن المصلحة العامة أو مخالفة إجراء من الإجراءات المنصوص عليها قانونا، فالقاضي الإداري يقوم بفحص هذين الركنين وتقدير مدى مشروعيتها، فإذا أثبتت أنها غير مشروعين قضى بإلغاء القرار الضبطي.

أما في الظروف الاستثنائية كما قلنا سابقا فإن القاضي يتمتع عن مراقبة قرار إعلان حالة الطوارئ، ويعتبرها من أعمال السيادة كما رأينا في كل من قضاء الجزائر ومصر وبسط رقبته على التدابير المتخذة في كل الظروف، حيث يتحقق من الوجود المادي للواقعة سواء كانت مادية أو قانونية والتكيف القانوني لها وفي الأخير ينظر في مدى تناسب التدبير المتخذ مع محل القرار الضبطي، وينظر كذلك للهدف المرجو من التدبير ومدى توافقه مع الأهداف المسطرة من التدابير الاستثنائية، والتي قلنا عنها أنها مشروعية استثنائية.

وتجدر الإشارة أن القاضي رغم الدور الكبير الذي يقوم به في قضاء الإلغاء في حماية الحقوق والحريات العامة، إلا أنه غير كافي مما يستلزم وجود وسيلة أخرى تضمن أكبر قدر ممكن من الحماية للاستثناء، حيث تقوم مسؤولية الإدارة عن الأعمال الغير مشروعة أو الأعمال المادية، بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالأشخاص وأطلق على هذه الوسيلة دعوة التعويضي، حيث نجد للقاضي الإداري سلطات واسعة وصلاحيات لاستثناء حق المتضرر من أعمال الضبط الإداري.

خاتمة

إن فكرة النظام العام والحريات العامة، فكرتين متغيرتين حسب النظام السائد بالدولة، ففي النظام الليبرالي نجد هناك تضيق على عمل الإدارة واتساع نطاق الحرية والعكس نجده في النظام الاشتراكي، لذلك فإن معالجة هذه الفكرة تكون حسب التوجه الذي تعتمد عليه الدولة في نظامها، لولا أن التطورات التي ظهرت أثبتت عكس ذلك وأصبح هناك تدخل في شؤون الدول لفرض سياسات سواء من المنظمات الدولية أو من دول، لجعل فكرة الحرية لها معنى واحد وبذلك عولمتها.

فسعى الإدارة إلى حفظ النظام العام يصطدم بحريات وحقوق فردية أقرتها الدساتير والقوانين في كل دولة، هذه القوانين تمثل مبدأ المشروعية التي تحد من سلطة الإدارة في تقييد الحريات وكذلك، رسم لها الطريق في كيفية الحفاظ على النظام العام، بحيث يصبح مبدأ المشروعية كأداة موازنة عين النظام العام والحريات العامة، تقتدي به الإدارة في تصرفاتها في الظروف العادية، أما في الظروف الاستثنائية فإن القضاء الإداري والفقهاء وضع عدة شروط لعدم تعسف الإدارة عند اتخاذها لتدابير استثنائية ووصفها بالشرعية الاستثنائية، وبالرغم من ذلك الإدارة تعطي الأولوية للمحافظة على النظام العام.

زيادة على الضمانة السالفة الذكر-مبدأ المشروعية-التي تقوم بلجم الإدارة في تقييد الحريات العامة، هناك ضمانة أخرى أكثر فاعلية ومصدقية، ألا وهي الرقابة القضائية الإدارية على أعمال الإدارة، سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، التي يقوم بها القاضي الإداري على تدابير الضبط الإداري، الذي يقوم بفحص هذه التدابير ومدى مطابقتها للقانون الذي يكرس بذلك التوازن بين الحريات العامة والنظام العام.

أما بخصوص الاقتراحات فنقترح ما يلي:

- بخصوص الرقابة القضائية على التدابير الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، كان بالأحرى من المشرع الجزائري أن حذا حذوا المشرع الفرنسي والمصري في فرض رقابته على هذه التدابير في الظروف الاستثنائية، ضمانا للحريات العامة.
- ونقترح أن يبسط القضاء الإداري رقابته على قرار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار، ضمانا للحريات العامة.

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: قائمة المصادر:

أ-الدساتير:

1. دستور الجزائر الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 306/63 المؤرخ في 20 أوت 1963 المتعلق بالدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 64، 1963.
2. دستور الجزائر الصادر بموجب الأمر الرئاسي رقم: 97/76 المؤرخ في 22 أبريل 1976 المتعلق بالدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 94، 1976.
3. دستور الجزائر الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89 في 28 فيفري 1989، المتعلق بتعديل الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 09، 1989
4. دستور الجزائر الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بنص تعديل الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 76، 1996.

ب-القوانين والأوامر:

1. قانون عضوي رقم: 04/12 المؤرخ في 08 جانفي 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية، العدد 02، 2012.
2. قانون رقم: 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 63، 2008.
3. قانون رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، 2016.
4. قانون رقم: 10/11 مؤرخ في 22 جويلية سنة 2011، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد 37، 2011.
5. قانون رقم: 07/12 المؤرخ في 21 فبراير سنة 2012، المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12، سنة 2012.

قائمة المصادر والمراجع

6. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

ج-المراسم:

1. المرسوم الرئاسي رقم: 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 يتضمن إعلان حالة

حصار، الجريدة الرسمية، العدد 21، 1991.

2. المرسوم الرئاسي رقم: 42/92 المؤرخ في 09 فيفري 1992، المتضمن حالة

طوارئ، الجريدة الرسمية، العدد 10، 1992.

د-مصادر اخرى:

1. رأي المجلس الدستوري، رقم 08/01 ر.ت.د/ م.د المؤرخ في 07 نوفمبر 2008

المتعلق بمشروع قانون التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 63، 2008.

ثانيا: المراجع:

أ-الكتب:

1. حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، دراسة مقارنة في القانون

الوضعي والفقہ الإسلامي، د/ الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2011.

2. راشد الغنوشي، الحريات العامة في الدولة الإسلامي، د/ مركز دراسات الوحدة العربية،

ط1، 1993، بيروت.

3. راغب جبريل خميس راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد والسلطة، د/ أبو الخير

للطباعة والتجليد، بيروت، 2009.

4. رامز محمد عمار، نعمت عبد الله المكي، حقوق الإنسان والحريات العامة، بدون دار

نشر، ط1، بيروت، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

5. زانا رسول محمد أمين، الضبط الإداري بين حماية الأمن وتقييد الحريات، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
6. سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية، د/ الجامعة الجديد الإسكندرية، مصر، 2010.
7. عبد الرؤوف هاشم سيوني، نظرية الضبط الإداري، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، 2007.
8. عبد الغاني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، دار منشأة المعارف، ط3، الإسكندرية، 2006.
9. عبد الله بن سهل بن ماضي العتيبي، النظام العام للدولة المسلمة، دار كنوز اشبيليا، ط1، الرياض، 2009.
10. عصام الدبس، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2010.
11. مايا محمد نزار أيودان، الرقابة القضائية على تناسب في القرار الإداري، دار شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2011.
12. محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
13. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، د/ العلوم للنشر والتوزيع، طبعة منقحة ومزودة، عنابة، الجزائر، 2005.
14. محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
15. محمد عبد الحميد مسعود، إشكالية رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، ط1، القاهرة، 2007.

16. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري وجلس الدولة، قضاء الإلغاء دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية للنشر، 2004.

ب- الرسائل والمذكرات العلمية:

➤ مذكرات الدكتوراه:

1. عزوز سكيبة، الحريات العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008، ص 39.

➤ مذكرات الماجستير:

1. عزوز سكيبة، عملية الموازنة بين الضبط الإداري والحريات العامة، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1990.
2. نسيغة فيصل، الضبط الإداري وأثره على الحريات العامة، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005.
3. نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011.

ج- المقالات العلمية:

1. دنش رياض، نسيغة فيصل، النظام العام، مقال، مجلة المنتدى القانوني قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 5، 2008.
2. شراشبة ليندة، مفهوم ومضمون الحريات الأساسية في القانون الدولي، مقال، أعمال الملتقى الثالث حول دور القضاء الإداري حماية الحريات الأساسية، الجزء الأول، المركز الجامعي بالوادي، 2010.

3. عبد العالي حاحة، أمال يعيش تمام، مجلة منتدى القانوني، الرقابة القانونية على تناسب في القرار الإداري محله في دعوة إلغاء، مقال، العدد الخامس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2008.

د: المواقع الإلكترونية:

- سليمان السعيد، النظام العام كهدف وقيد على النشاط الضبط الإداري، مقال، ص02.
1. www.droitrab.com.
 - سليمان السعيد، انعكاسات نظرية الظروف الاستثنائية على عملية الرقابة القضائية، مقال، مجلة القانون والعلوم الإدارية للتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل.
 2. www.slimaniessaid.com

الفهرس

مقدمة.....جأ

الفصل الأول: ماهية النظام العام والحريات العام

المبحث الأول: ماهية النظام العام	5
المطلب الأول: مفهوم النظام العام	5
الفرع: تعريف الفقة للنظام العام	5
الفرع الثاني: موقف التشريع من فكرة النظام العام	8
الفرع الثالث: موقف القضاء الإداري من النظام العام	8
المطلب الثاني: التقسيمات التقليدية والحديثة للنظام العام	9
الفرع الأول: التقسيمات التقليدية للنظام العام	9
الفرع الثاني: التقسيمات الحديثة للنظام العام	14
المطلب الثالث: خصائص النظام العام	19
الفرع الأول: النظام العام لا بد أن يكون عاما	20
الفرع الثاني: النظام العام عبارة عن مجموعة من القواعد الآمرة	21
الفرع الثالث: النظام العام ليس من صنع المشرع وحده	22
الفرع الرابع: مرونة وتطور النظام العام باختلاف الزمان والمكان والمذاهب السائدة في الدولة	23
المبحث الثاني: ماهية الحريات العامة	25
المطلب الأول: مفهوم الحريات العامة	25
الفرع الأول: الحرية الفلسفية	25
الفرع الثاني: الحرية السياسية	26
الفرع الثالث: المعنى القانوني للحرية	26
الفرع الرابع: تعريف الحريات العامة	26

المطلب الثاني: التقسيمات المختلفة للحقوق والحريات العامة.....	28
الفرع الأول: تقسيم "ليون دوجي": الحريات السلبية والحريات الايجابية.....	28
الفرع الثاني: تقسيم "إسمان": فكرة المساواة المدنية والحرية الفردية.....	28
الفرع الثالث: تقسيم "بيردو".....	29
الفرع الرابع: تقسيمات الفقه الحديث للحقوق والحريات العامة.....	30
الفرع الخامس: تصنيف الحريات العامة في الدستور الجزائري.....	31
المطلب الثالث: أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة.....	38
الفرع الأول: أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة في الظروف العادية.....	38
الفرع الثاني: أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة في الظروف الاستثنائية.....	42
خاتمة الفصل الاول.....	52

الفصل الثاني: دور القاضي الإداري في الموازنة بين النظام العام والحريات العامة

المبحث الأول: الرقابة القضائية الإدارية في الظروف العادية.....	55
المطلب الأول: رقابة القاضي الإداري المبسطة على سبب التدبير الضبطي.....	55
الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري لمادية الوقائع المكونة لركن السبب.....	57
الفرع الثاني: رقابة القاضي الإداري على التكييف القانوني للوقائع.....	59
الفرع الثالث: رقابة القاضي الإداري على تناسب قرارات الضبط الإداري.....	61
المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على هدف التدبير الضبطي.....	64
الفرع الأول: صدور قرار الضبط الإداري بعيد عن المصلحة العامة.....	66
الفرع الثاني: مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف.....	67
الفرع الثالث: الانحراف بالإجراءات.....	69
الفرع الرابع: إثبات عيب إساءة استعمال السلطة.....	70

المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري على تدابير الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية...72	72
المطلب الأول: شروط اتخاذ تدابير الضبط الإداري الاستثنائية.....72	72
الفرع الأول: أن يكون التدبير الضبطي قد اتخذ خلال ظروف استثنائية واقعية ..72	72
الفرع الثاني: صعوبة مواجهة الظرف الاستثنائي بالطرق القانونية العادية.....74	74
الفرع الثالث: تناسب الإجراء المتخذ مع الظرف الاستثنائي74	74
الفرع الرابع: أن يكون الهدف من تطبيق القواعد الاستثنائية حماية المصلحة العامة...75	75
الفرع الخامس: انتهاء السلطة الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي75	75
المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على قرار إعلان الظرف الاستثنائي و التدابير المتخذة خلاله.....76	76
الفرع الأول: الرقابة القضائية الادارية على قرار إعلان الظرف الاستثنائي.....76	76
الفرع الثاني: الرقابة القضائية الادارية على تدابير المتخذة خلال الظروف الاستثنائية.78	78
خاتمة.....82	82
قائمة المصادر والمراجع84	84
الفهرس.....90	90

ملخص:

إن النظام العام والحريات العامة فكرتان في الظاهر نجدهما متضادتان لكون أن الإدارة عند قيامها بمهامها الضبطية للمحافظة على النظام العام تقوم بتقييد الحريات العامة في المجتمع، إلا أنه غير ذلك فالفكرتان متكاملتان، فالإدارة عند القيام بالمحافظة على النظام العام يكون هدفها في نفس الوقت صيانة الحريات العامة التي تم الاعتداء عليها من طرف المتسببين في زعزعة النظام العام، فتقوم الإدارة بفرض قيود على هذه الحريات لتمكين حريات أخرى من الممارسة.

ومن هذا المنطلق فعلى الإدارة أن تقوم بخلق نوع من التوازن بين هذين الفكرتين، ويكون ذلك إلا بتطبيق مبدأ المشروعية الذي يعتبر كضمانة لتجسيد هذا التوازن والتوافق سواء في الظروف العادية أو خلال الشرعية الاستثنائية، ولو أن المشرع الجزائري نجده خلال تطبيق حالة الحصار والطوارئ، أعطى الأولوية إلى ضرورة الحفاظ على أمن الدولة واستقرارها على حساب حقوق الأفراد وحرياتهم.

وعليه فعند تعسف الإدارة في استعمال سلطتها وبذلك خرقها للقانون، كرس المشرع ضمانة أخرى أقوى فاعلية وهي الرقابة القضائية الإدارية على أعمال الضبط الإداري التي تقوم بها الإدارة، فمهمة القاضي الإداري تكمن في مراقبة هذه الأعمال ومدى تطابقها مع القانون، وبذلك يوازن بين سلطة الإدارة في الحفاظ على النظام العام وحق الأفراد بالتمتع بحقوقهم وحرياتهم العامة، فيبسط رقابته على ركنيين من أركان القرار الإداري وهما ركن السبب وركن الغاية وكذلك رقابة التناسب والتلازم بين الإجراء المتخذ وخطورة الواقعة في ظل الظروف العادية والاستثنائية وهذه ما استقر عليه القضاء في فرنسا.