

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

ضوابط توزيع الاختصاص بين القانون و اللائحة
في مجال الضبط الإداري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار: الحقوق
تخصص: قانون إداري

إشراف:

المشرف الرئيس: د/ بوزيد كيجول

المشرف المساعد: أ/ أحمد بن مسعود

إعداد الطالب:

محمد الكريو بن رمضان

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة	الصفة
بن شهرة شول	دكتور محاضر/أ	جامعة غرداية	رئيسا
عجيلة محمد	دكتور محاضر/أ	جامعة غرداية	مناقشا
عزوز لغلام	أستاذ مساعد	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي: 1434هـ - 1435هـ / 2014/2013

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

ضوابط توزيع الاختصاص بين القانون و اللائحة
في مجال الضبط الإداري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار: الحقوق
تخصص: قانون إداري

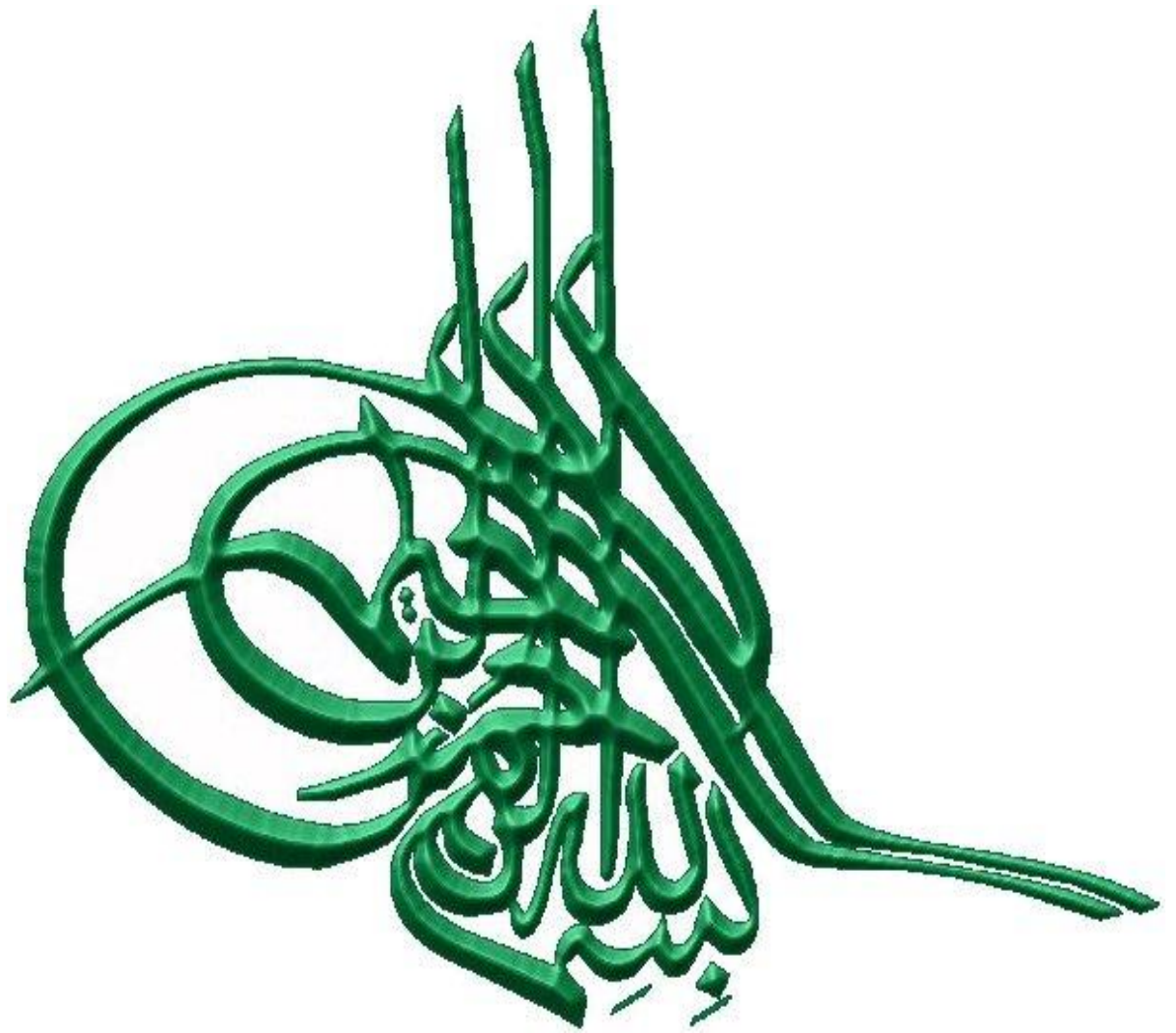
إشراف:

المشرف الرئيسي: د/ بوزيد كبحول
المشرف المساعد: أ/ أحمد بن مسعود

إعداد الطالب:

- محمد الكريو بن رمضان

الموسم الجامعي: 1434هـ-1435هـ / 2014/2013



الإهداء

إلى الرحمة المهداة معلم البشرية ومنبع العلم إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة
ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين نبينا محمد صلى الله عليه وسلم
إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب
إلى من كانت نورا بضئ ظلمة دربي فمهما عبرت فلن أوفيتها حقها إلا بكلمة
أمي الحبيبة منبع الحنان ومثل التضحيات بكل ما أحمله من مشاعر جميلة وبكل امتنان.
وبكل احترام اهدي هذا العمل إلى منبع الحنان والعطاء لمن كان سببا في وجودي
إلى من زرع بذور الأمل والنجاح إلى الوالد الكريم أطال الله عمره.

إلى الزوجة الكريمة التي كانت السند في تربية الأولاد إلى من قسمت معي أفراحي
وأحزاني

إلى من وفرت لي جو الدراسة و ساعدتني في أوقاتي الصعبة وصبرت علي ومعني.
إلى من ضحكتهم سر ابتسامتي، ودمعتهم سر حزني، فلذات أكبادي أبنائي الأحباء :
سليم ، عبد السلام، وإبتهاال، عبد المؤمن رعاهم الله.
إلى كل أفراد عائلتي و إخوتي وزوجتيهم وأولادهم وأخواتي وأزوجهم وأولادهم كبيرا
وصغير.

إلى جميع عائلة بن رمضان وبيتور.

إلى جميع زملائي وزميلاتي

وإلى جميع موظفي مدرسة الأطفال المعاقين سمعيا بمتليلي وجميع تلامذتها وإلى كل من مدني
بيد العون.

إلى جميع أحبائي وأصدقائي و زملائي وإلى كل من هم في ذاكرتي ولم تسلمهم أوراق
مذكرتي اهدي هذا العمل المتواضع .

عبد الكريم بن رمضان

شكر وعرفان

لا اله إلا الله عدد ما كان وعدد ما يكون وعدد الحركات وعدد السكّنات
والحمد لله الذي هدانا إلى هذا وما كنا نمتدي لولا أن هدانا الله
أتقدم بالعرفان الجزيل إلى الأستاذ المحترم المشرف: كيهول بوزيد
وعلى حسن توجيهه وإرشاده وإلى الأستاذ الفاضل: بن مسعود أحمد و الذي أفضى
على بكرمه وجوده بتوجيهاته ومعلوماته وعطائه خاصة المراجع وإلى جميع أساتذة
الحقوق بصفة خاصة وجميع الأساتذة بصفة عامة وإلى السيد: مدير جامعة غرداية
و جميع العاملين بها ، كما نتوجه بالشكر الجزيل إلى الزملاء والزميلات.
وكل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة سواء قريب أو من بعيد

وشكراً

ملخص

أنه لمن المعلوم أن أي تحديد مبدئي للحريات يجب أن يصدر عن المشرع مثل تنظيم حرية الصحافة. والمشرع ملتزم بالمحافظة على جوهر الحرية والاكتفاء بتنظيمها وإلا أعتبر عمله غير مشروع دستورياً يمكن الطعن فيه بالطرق التي يحددها الدستور سواء أكان أسلوب الرقابة على دستورية القوانين هو سياسية أم قضائية.

وفيما عدى ذلك فإن إجراءات الضبط تدخل في اختصاص السلطة التنفيذية إما لأن الإجراء الذي تتخذه هو تنفيذاً لإرادة المشرع الذي نظم الحرية بالقانون، وإما لأن إجراء الضبط لا يمس حرية من الحريات ومن ثم فإن السلطة التنفيذية مخولة بمقتضى الدستور باتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على النظام العام ذلك أن المواطنين كثيراً ما يستخدمون رخصاً لا ترقى إلى مرتبة الحرية، التي يضمنها الدستور ومن ثم فمن حق السلطة التنفيذية فيما يتعلق بهذه الرخص أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على النظام العام. و من الأمثلة على هذه الرخص رخصة البناء، إذ يحق للإدارة أن تقدر صدورها أم لا، دون أن يكون في هذا الإجراء أي مساس بالحريات العامة. ولا تخضع هذه الإجراءات لرقابة قاضي المشروعية لأن المسألة تتعلق بسلطة الإدارة التقديرية.

بعبارة أخرى يمكن التمييز في مجال الحريات بين ثلاث أنواع من الاختصاص فيها **النوع الأول:**

الإجراءات التي تمس الحريات العامة التي يضمنها الدستور وهذه يختص بتنظيمها الدستور والتشريع. أما **الثاني:** الإجراءات التي تتخذ تنفيذاً لتشريع نظم الحرية وهذه تدخل في اختصاص السلطة التنفيذية بمقتضى نص الدستور. وأخيراً **الثالث:** الإجراءات التي لا تمس الحريات وإنما مجرد رخص وهذه الإجراءات يمكن أن تتخذها السلطة التنفيذية ابتداءً لأنها لا تتعارض مع الدستور ولا تتعرض للحريات التي تضمنها النصوص الدستورية. بل أن اتخاذها يعتبر أمراً واجبا على السلطة التنفيذية لأداء المهمة التي عهد بها الدستور إليها وهي المحافظة على النظام العام وإصدار لوائح الضبط.

Résumé :

Il est évident que toute identification préliminaire des libertés doit être délivrée par le législateur, comme l'organisation de la liberté de la presse. Le législateur s'est engagé à préserver uniquement l'essence de la liberté et de son organisation sinon son action sera illégale juridiquement et pourra être contesté par les moyens prévus par la constitution si la méthode de contrôle de la constitutionnalité des lois est la politique ou judiciaire.

A l'exception deçà, Les procédures de contrôle relèvent de la compétence de l'exécutif , soit parce que les mesures prises est de mettre en œuvre la volonté du législateur qui a organisé la loi de la liberté , soit parce que l'ajustement n'affecte pas l'une des libertés et le pouvoir exécutif est seul habile par la constitution à prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'ordre public, car des citoyens utilisent souvent des licences contraires à la liberté garantie par la constitution , il est du droit pour le pouvoir exécutif à l'égard de ces licences de prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'ordre public . Des exemples tel que le permis de construire, cela revient à l'administration d'accorder ou non sans qu'il y'ait atteinte aux libertés publiques. Ces actions ne sont pas soumises à la surveillance de la légitimité de juge parce que la question concerne l'autorité de discrétion de la direction.

En d'autres termes, on peut distinguer dans le domaine des libertés entre les trois types de compétence où **le premier type** : Les mesures qui affectent les libertés publiques garanties par la constitution et ce sujet est organisé par la constitution et la législation. En ce qui concerne **la deuxième** compétence, les mesures prises pour mettre en œuvre la liberté de systèmes de législation et ce de la compétence de l'exécutif en vertu de la constitution . Enfin, **la troisième** : des actions qui ne portent pas atteinte aux libertés et mais tout simplement des licences et ces mesures pourraient être prises par le pouvoir exécutif, en commençant comme il n'est pas en contradiction avec la Constitution et n'est pas exposé aux libertés garantis par les dispositions constitutionnelles, mais que pris est une obligation de l'exécutif pour exécuter la tâche confiée par la constitution. ils ont besoin de maintenir l'ordre public et d'émettre cadre de la réglementation

مقدمة

مقدمة:

إن قيام دولة القانون يقتضي قيام أسس ومبادئ أهمها وجود دستور يحكم هذه الدولة، يحمل في طياته بيانا لمبادئ أخرى لا تقل أهمية عن المبدأ الأول، تتمثل في استقلالية القضاء، والفصل بين السلطات. هذا الأخير يفترض توزيع السلطات في الدولة بين هيئات ثلاث، إذ تختص السلطة التشريعية بصنع ووضع التشريع، وتنفرد السلطة التنفيذية بتنفيذ ما صنعته ووضعته السلطة التشريعية. وتختص السلطة القضائية بتطبيق نصوص ذلك التشريع على ما يعرض أمامها من نزاعات مختلفة. وهذا معناه اندثار ما يسمى بالمفهوم المطلق للسيادة، والذي يتنافى تماما مع تقرير مسؤولية الدولة عن أعمالها، بالنظر لتناقض فكري سيادة الدولة من جهة، ومسئوليتها من جهة أخرى. وعليه، فحضور الدولة للقانون يطبق في كل ما يصدر عن الدولة من أعمال مهما اختلفت باختلاف السلطات وتعددتها.

ولما كانت دولة القانون تنطلق من مبدأ الفصل بين السلطات، هذا الأخير الذي من بين أهدافه تحقيق أمرين أساسيين هما:

1 تحديد مجال كل من القانون واللوائح التنفيذية من خلال توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنظيمية.

2 كون هذا المبدأ ضمانا أكيدة لممارسة الحقوق والحريات.

بداية في فرنسا لم تتر مشكله تحديد مجال القانون واللائحه مشكله في النظرية العامة (التقليدية) خاصة فيما يتعلق بوجود ضوابط، توازن بين مسألة التنافس بين القانون والتنظيم، هذا قبل صدور الدستور الفرنسي 1958 لكن بعده وما جاءت به المادة 34 و 37 منه، حيث جعلت المشرع مختصا بمواد محددة على سبيل الحصر أما ما عداها جعلته من اختصاص السلطة التنفيذية، حيث نجد من بين المواد المحجوزة للسلطة التشريعية الضمانات الأساسية الممنوحة للمواطنين من أجل ممارسة الحريات العامة، كما أن الدستور ينص على اختصاص رئيس الجمهورية بإصدار لوائح الضبط، ومن المعلوم أن هذه التجديدات التي جاء بها الدستور الفرنسي الأخير قد تأثرت بما الدول ومن بينها مصر والجزائر والمغرب...

حيث أنه في مصر ينص الدستور على أن الحريات مكفولة في حدود القانون، كما ينص الدستور على أن السلطة التنفيذية لها إصدار لوائح الضبط.

أما في الجزائر يعتبر موضوع توزيع الاختصاص بين النصوص التشريعية و النصوص التنظيمية للسلطة التنفيذية من أهم مظاهر العلاقة الوظيفية بين السلطتين التشريعية و التنفيذية، ومن أبرز إفرازات هذه العلاقة في ظل دولة القانون و المؤسسات.

وإذا كانت العملية الدستورية الجزائرية قد عاجلت هذه المسألة من حيث سن الأسس الدستورية لهذه العلاقة منتهجة بذلك نهج المشرع لفرنسي عندما سار المشرع في هذا الاتجاه، حيث جاء دستور 1976 و 1989 و 1996 متضمن مبدأ الاختصاص المقيد للسلطة التشريعية وتحديد مجال القانون، حيث قضت المادة



98 من الدستور بأن: "يتمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين..."، و باعتبار عملية وضع القانون أحد مظهر التعبير عن الإرادة العامة، كما قضت المادة 2/7 "يتمارس الشعب سيادته بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها، كما نص على تعداد الاختصاص المسند للبرلمان يمثل تعداد حصريا على سبيل الحجز في المادة 122 بينودها الثلاثين- رغم أنه عكس هذا هناك من يرى أن تعداد اختصاصات البرلمان لا يعد تنقضا من اختصاصاته، إنما هو محاولة لتعداد مختلف المجالات التي يمكن التشريع فيها - كما أنه يطرح التساؤل حول تفسير المادة 125 من الدستور في الفقرة الأولى "يتمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المجال غير المخصصة للقانون". خاصة مع غزارة الأوامر الصادرة عن رئيس السلطة التنفيذية، في إطار التشريع بأوامر وفق نص المادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل.

وهكذا تثار مشكلة متعلقة بتوزيع الاختصاص في مجال الضبط بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية أو بين القانون واللائحة.

فالدستور يمنح للسلطة التنفيذية اختصاصا بإصدار لوائح الضبط مستقلة عن التشريع وذلك لأداء مهمة دستورية عهد بها الدستور للسلطة التنفيذية، وفي نفس الوقت هناك مبدأ عام يجعل موضوع تنظيم الحريات من اختصاص السلطة التشريعية وحدها تطبيقا لمبدأ الانفرد التشريعي المطلق.

ومن ثم فإن تداخل مجموعة من الإشكاليات يبرز بشكل واضح أهمية موضوع ضوابط توزيع الاختصاص بين القانون و اللائحة في مجال الضبط الإداري والذي وقع عليه اختيارنا ، خاصة وأن بعض الدول يتدهور فيها التطبيق الدستوري لمبدأ الفصل بين السلطات ، مما يؤدي إلى اختلال التوازن بينها من جهة وكذا مسألة اختلال التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ومسألة التنافس بينهما وتفوق جهة على أخرى حسب النظام السياسي القائم خاصة لدى الدول حديثة العهد بالديمقراطية. كذلك تأثر حقوق وحريات الأفراد من خلال ما يثيره التجسيد العملي لمبدأي "مبدأ الدولة القانونية" و "مبدأ دولة القانون" من مشاكل، بحيث أنه من خلال تكريس المبدأ الأول فإن الحقوق والحريات تكتسي حماية نسبية نوعا ما، كون الضبط التشريعي في سلطته التقديرية لا يخضع لأي ضوابط، كما تظهر جليا فكرة إخضاع السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية ، بينما على العكس من ذلك في المبدأ الثاني هو الذي يجسد مفهوم الحماية للحقوق والحريات، خاصة مع احتمال المساس بها من قبل الضبط التشريعي، في كون ولاية المشرع نسبية في التشريع ليصبح هذا أصلا والاستثناء إشراك السلطة التنفيذية في التنظيم، وبذلك تجعل كافة فروع القوانين ملتزمة بحماية و ضمان الحقوق والحريات مع إمكانية أن يثار مشكل تغول السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية كذلك، ومع إمكانية إحجام البرلمان عن القيام باختصاصاته، والتي تظهر أكثر في الإفراط في الإحالة إلى التنظيم.

إن الهدف من معالجة هذا الموضوع، محاولة الوقوف على مدى ملائمة التشريعات المتعلقة بالحريات للمكانة الدستورية لهذه الأخيرة من جهة، ومن جهة أخرى تعاطي السلطة التنفيذية معها، وما هو الضابط في توزيع الاختصاص بينهما في هذا المجال؟، والتي تصب إجمالاً في مشكلة التعايش بين السلطة والحرية بمفهومها القانوني.

لكن رغم هذه الأهمية للموضوع إلا أن البحوث في الجزائر كدراسات سابقة لم تتعرض لهذا الموضوع بطريقة مباشرة باستثناء الطريق غير المباشر سواء من تناول أحد هذه الجهات في تعاطيها مع موضوع الحريات أو تلك المتعلقة بالرقابة عليها أو الضمانات المتعلقة بها، أو التعاطي مع موضوع توزيع الاختصاص في النظرية العامة (التقليدية) دون أن تكون الدراسات عن هذه الضوابط في مجال الضبط الإداري (كما تناوله بالدراسة الدكتور عزاوي عبد الرحمان حينما تناول ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعية في كتابين له -الجزء الأول والثاني-)، ، و لربما هذا يعود لحداثة الديمقراطية في الجزائر و التعددية السياسية.

إن موضوع الحريات موضوع حساس جداً لما له من خطورة خاصة الوضع المتزامن والمعاش يوميًا والخطير في آن واحد من جراء الإضرار البالغة الأثر والانعكاسات السلبية المنبثقة عنه التي ضربت ومست الحريات العامة والتي لا تزال و لو بدرجة أقل عما كان عليه سابقاً في الجزائر بعد الهدوء النسبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى صعوبة تكريس مبدأ الفصل بين السلطات النسبي أثناء الممارسة، خاصة في توزيع الاختصاص وتحديد مجال كل جهة. كما أن حيوية موضوع الضبط سواء كان تشريعي أو إداري خاصة وأن هذا الأخير كان موضوعي للدراسة في مذكرتي للتخرج في اللسانس علوم قانونية وإدارية.

وأمام هذه الاعتبارات السابقة الذكر، يجدر بنا طرح الإشكالية الأساسية:

- إلى أي مدى يمكن اعتبار الحرية أهم ضابط في توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية

والتنفيذية في مجال الضبط الإداري من أجل الوصول لإزالة التعارض بين ممارستها و بين تنظيمها؟

يتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية، إشكاليات أخرى فرعية بهذا الخصوص، لعل أهمها يتمثل:

- إلى أي مدى يمكن أن تمس السلطة التشريعية بحقوق وحريات الأفراد أثناء ممارستها، وهي بصدد تنظيمها أو تقييدها؟ و ما هي صور هذا الضبط التشريعي للحريات من خلال استقراء بعض القوانين المتعلقة بها في الجزائر؟.

- ما هي طبيعة الضبط الإداري في تعامله مع الحريات العامة في تنظيمها؟ وهل يعد هذا التنظيم استثناءً من أصل ولاية المشرع في تنظيم الحريات العامة؟

تعد هذه الدراسة وصفية تحليلية اعتمد فيها الباحث على المنهج الوصفي الذي نسعى من خلاله إلى

تشخيص ووصف مختلف جوانب الموضوع مع الاعتماد على مناهج أخرى بأقل أهمية وتتمثل في النهج

التاريخ، والمنهج المقارن والمنهج التحليلي وهذا لطبيعة الموضوع.

أما عن حدود الدراسة فهي مكانيا تنحصر في التشريع الجزائري عدى بعض الإشارات إلى التشريع المصري أو الفرنسي على سبيل المقارنة والتوضيح، كون المشرع الجزائري يعتبرهما مرجعا له. أما زمانيا فإن طبيعة الموضوع تتطلب التطرق والغوص في أرادة المؤسس الدستوري عبر مختلف الدساتير التي مرت بها الجزائر وأخذ نماذج منها للدراسة.

وللإجابة على إشكالية فقد قسمنا الدراسة إلى فصلين من خلال الدخول مباشرة في الموضوع، فيتعلق **الفصل الأول** الضبط التشريعي آلية للتنظيم الحريات و تقييدها أي تتعلق ولاية المشرع بالحريات العامة بين التنظيم و التقييد ، أما **الفصل الثاني** يتعلق نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة أو بعبارة أخرى نطاق السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه خلال عملية البحث واجهتنا صعوبة الحصول على المراجع وكذا عدم كفاية الوقت المخصص للبحث العلمي لمثل هذه الموضوعات.

وعليه وعلى ضوء الاعتبارات السابقة ارتأينا تناول البحث وفق **الخطة التالية:**

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية للتنظيم الحريات و تقييدها

المبحث الأول: نطاق سلطة المشرع في تنظيمه للحريات العامة

المبحث الثاني: التقييد القانوني للحريات العامة

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

المبحث الأول: الضبط الإداري وعلاقتها بالحريات العامة

المبحث الثاني: مظاهر تنظيم السلطة التنفيذية للحريات العامة

الفصل الأول

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

إنه لمن الجدير بالبيان أن النصوص القانونية على اختلافها سواء كانت نصوص دستورية، تشريعية، ولائحية، تمنح وتتيح للفرد التمتع بحرياته وفق مقتضيات يتطلبها عدم المساس بالنظام العام. ومنه فالنصوص الأولى أي الدستورية لا يثور بشأنها أي إشكال، نظرا لما تحققه من إقرار للحقوق والحريات بصفة عامة. فهذه الأخيرة تجد في كنف النصوص الدستورية أسمى ضماناتها، بعكس النصوص الأخيرة أي اللائحية منها، والتي لا ينتظر منها في الكثير من الحالات سوى المساس بحقوق الفرد وحرياته، باعتبار أن السلطة القائمة عليها، أي الإدارة تميل في الكثير من الأحيان إلى تقييدها.

ولهذا السبب اختصت السلطة التشريعية لاعتبارات عدة بمسألة تنظيم الحقوق والحريات العامة.¹ غير أن الإشكال الذي يثور في هذه الحالة، هو عندما يمارس البرلمان سلطته التشريعية ليرسي القواعد التطبيقية لإرادة السلطة التأسيسية، من خلال الالتزام بما يقره الدستور، فإذا به ينحرف عن تلك الإرادة، فيكون إرساء تلك القواعد مشوبا بعدم الدستورية.

فعلى الرغم من مبدأ الاختصاص التشريعي في تنظيم الحريات، إلا أن المشرع قد يغالي فيما يصدره من قوانين، في تقييد الحرية والانتقاص منها. ومن ثم يثور التساؤل حول معرفة حدود سلطة المشرع في تنظيم الحرية، حيث يصبح من الضروري تعيين هذه الحدود.

فحينما يقر الدستور حرية من الحريات، أو حقا من الحقوق، ويعطي للمشرع العادي السلطة التقديرية للتدخل بتنظيم كيفية ممارسة هذه الحرية وطرق استخدامها، تدق التفرقة فيما إذا ما خرج المشرع عن الحدود الدستورية، وأورد قيودا على تلك الحرية موضوع التنظيم، بين التنظيم المباح للحرية، وبين فرض القيود التي تحول دون التمتع بها، أو تجعل على الأقل ممارستها أمرا يشق على الأفراد. فيصبح النص الدستوري الكافل للحرية حبرا على ورق لا ضمانة ترجى منه، ولا حق من خلاله يشع.

لهذا السبب، ثار التساؤل في الفقه الدستوري في حالة تدخل البرلمان -أو من يقوم مقامه كالتشريع أوامر - ممارسة اختصاصه الأصيل في سن التشريع، مما يستجد معه مواجهة ما يسمى بالانحراف التشريعي ومخالفته للدستور، كل ذلك بغية الوصول إلى تقرير ما يعتبر أصلا، وما يعد استثناء من هذا الأصل.

وبعبارة أخرى، هل يعد التنظيم التشريعي للحريات العامة، استثناء من الأصل الذي هو الحرية، وبالتالي تكون فرضية الانحراف التشريعي غير واردة، أو بعيدة الاحتمال في ظل هذا التضييق والتحديد لسلطة التشريع؟ أم أن سلطة المشرع في تنظيم الحريات هي الأصل، مما يزيد في توسيع سلطات المشرع إزاء الحريات

¹ -عبد الرزاق أحمد السنهوري، فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2001، ص

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

العامّة، فتكون فرضية انحرافه جد واردة؟ كل ذلك للوقوف على مدى إمكانية تطبيق سلطة المشرع إزاء تنظيم الحريات العامّة. وهو ما سيتم تحليله من خلال بيان سلطة المشرع في تنظيمه للحريات العامّة (المبحث الأول). ثم التطرق لما يمكن أن يفرضه المشرع من قيود، عند ممارسة اختصاصه بتنظيم الحريات العامّة (المبحث الثاني). كما تدعم هذه الدراسة بقياس وإسقاط على وضع الحريات العامّة في الجزائر، سيتم من خلال صور لها من جهة التنظيم والتقييد في كل مبحث.

المبحث الأول: نطاق سلطة المشرع في تنظيمه للحريات العامّة

إن تعدد السلطات القائمة على التشريع يترتب عليه تفاوت مراتبه ضمن سلم تدرج القواعد القانونية. وطبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فإن السلطة التشريعية تتولى بحكم تخصصها الدستوري سن القواعد القانونية العامّة، والتي يتم بها رسم الخطوط العامّة للحياة السياسية، والاقتصادية والاجتماعية في الدولة. فالسلطة التشريعية تختص بسن القوانين. وهذا أمر طبيعي، اقتضاه مبدأ السيادة الشعبية، بالنظر لضم البرلمان ممثلين للإرادة الشعبية صاحبة السيادة في الدولة¹.

وعلى هذا الأساس، تأخذ القاعدة القانونية التي يقرها البرلمان على مقتضى الإجراءات الدستورية مكانتها إلى جانب القواعد الدستورية في سلم تدرج القواعد القانونية في الدولة، متفوقة بذلك على ما يصدر عن السلطة التنفيذية من مراسيم وقرارات، والتي هي من قبيل التنظيم والتنفيذ. وبما أن الحريات العامّة تمثل واحدة من قبيل الاختصاصات التي يشرع فيها البرلمان²، فإن الأمر يستدعي الوقوف بشيء من المناقشة والتحليل، من حيث مصادر سلطة المشرع - البرلمان - في وضع القوانين المتعلقة بالحريات العامّة (مطلب أول). ثم التطرق إلى حدود سلطة المشرع في مجال الحريات العامّة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مصادر سلطة البرلمان في تقنين الحريات العامّة

غني عن البيان أن إطلاق العنان للحريات العامّة بشأن ممارستها قد يفضي إلى نوع من الفوضى والاضطراب، يسود معه بالموازاة مساساً بالنظام العام. فمن اللزوم والحال هذه أن تنظم الحريات على نحو يسان مع النظام العام، بحيث تصبح الحرية في حد ذاتها ممكنة وعملية. ففكرة النظام العام لا تتعارض مع الحريات العامّة، بل على العكس من ذلك أن التنظيم هو الذي يوفر لها إمكانية الوجود الواقعي.

¹ - تنص المادة 98 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم: "بممارسة السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه."

² - تنص المادة 122 من دستور 1996: "يشرع البرلمان في المبادئ التي يخصصها له الدستور، وكذلك في الحالات الآتية: - حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين..."

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

ومن هنا كان التنظيم، ضروريا لممارستها. على أن ذلك لا يعني إهدار الحريات والعدوان عليها، وإنما هو عنصر في تعريفها. وإذا كان الأمر مستقرا عليه في عدم إطلاق الحريات العامة بدعوى عدم المساس بالنظام العام، فإن هذا التقييد لا يعني بالمقابل الحد المطلق من ممارسة الحرية. لأن إلغاءها لا يكون أصلا حتى بتشريع، والذي هو الطريق الأنسب لتنظيمها¹، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، كان من الواجب كذلك عدم تعارض ممارسة بعض الحريات مع ممارسة البعض الآخر منها، إذ تعتبر في هذه الحالة بمثابة ضوابط وحدود على بعض الحريات، تفاديا للتناقض المحتمل حدوثه. وبالقياس على ذلك، فإن هناك نوعا من التعارض بين حرية استخدام الطريق العمومي للمرور، وبين حرية استخدامه في ممارسة حرية الاجتماع العام والتظاهر²، أو في التجارة المتجولة. فلا يعقل في مثل هذه الحالة أن يكون التوفيق، بين ممارسة هذه الحريات جميعها في آن واحد وفي نفس المكان. وبهذا نكون أمام أمر سلبى بالنسبة لممارسة الحريات العامة، خاصة وأن هذه الأخيرة تتنافى وهذه الظروف، لما فيها من تقييد لها. لذلك استلزم الأمر خلق نوع من الموازنة بين ممارسة هذه الحريات. فمطلب النظام والأمن العام، مطلب مشترك بالنظر لتحقيق الخير المشترك لأفراد الجماعة المنظمة تنظيما قانونيا. وبالنتيجة لذلك، تحتم على السلطة العامة التدخل لإقامة التوازن بين نشاط الفرد ومصالحه، بتنظيم العلاقات الاجتماعية والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة وما ينبغى لحفظ نظام المجتمع³. على أساس ذلك كله، فإن اختصاص المشرع بتنظيم العلاقات الاجتماعية بما فيها موضوع الحريات، أمر من الضرورة بمكان، بالنظر لحق الدولة في تنظيم المجتمع باعتبارها سلطة سياسية وقانونية تجسد المجتمعات الإنسانية الحديثة حاجة ملحة لتدخلها بغية تنظيم مختلف العلاقات داخلها. وهو ما يجد سنده في ثلاثة أسس، اجتماعي و سياسي و آخر قانوني نخص بالدراسة فقط الأساس السياسي (الفرع الأول)، و يأتي بعده الأساس القانوني (الفرع الثاني)⁴.

¹ - محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد3، 04 لسنة1978،

القاهرة1980، ص 95 وما يليها؛ منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، حقوق عين شمس، 1981، ص 58.

² - ثروت عبد العال أحمد، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 12؛ سعد

عصفور، حرية الاجتماع في إنجلترا وفرنسا ومصر، مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة، يناير 1952 دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص

234، . وهو ما نص عليه المشرع الجزائري أيضا في نص المادة الثامنة من القانون 89 / 28 الصادر بتاريخ 1989/12/31 والمتعلق

بالاجتماعات والمظاهرات العمومية المعدل والمتمم، ج.ج.ج رقم 04 الصادرة في 24 جانفي 1990 المعدل والمتمم بالقانون رقم 91 / 19

المؤرخ في 02 ديسمبر 1991، ج.ج.ج رقم 62 الصادرة في 04 ديسمبر 1991.

³ - عبد الرحمان عزاوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، دار الغرب، وهران 2009، ص 28- 29.

⁴ - حبيشي لزرقي، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2012/2013، ص 86.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

الفرع الأول: من حيث الأساس السياسي

يقوم الأساس السياسي على تنظيم العلاقات الاجتماعية عموماً، والحريات العامة على وجه التحديد، في صورة تمثيل للإرادة العامة فيما يوضع ويسن من قوانين منظمة للحريات وسلوكات الأفراد في المجتمع وفق أطر تنسم بالموضوعية والتجريد فيما تعالجه وتنظمه¹. على أن أصل اختصاص المشرع بمسألة تنظيم ممارسة الحريات العامة، راجع بالدرجة الأولى لعدد الأسباب، لعل أهمها أن النص في صلب الدستور على حرية ما لا يكفي بوجودها، بل ينبغي فضلاً عن ذلك أن يكون هناك تنظيم تشريعي لها يكفل ممارستها² ومن هنا يظهر القانون هادفاً إلى كفالة مجتمع في شكل ما، متضمناً التعبير عن نسق معين غايته تحقيق تنظيم اجتماعي لاسيما موضوع الحريات العامة. كل ذلك تبعاً لما يقتضيه تصور الصالح المشترك. فإذا ما كان هناك تصور معين من تصورات القانون، بأن يدخل إلى حيز التطبيق العملي، فإنه لا محالة أن يجوز على مساندة سياسية رسمت حسب تصور الصالح المشترك للقانون الوضعي بأسره، ليكون بذلك تعبيراً عما وضعته ورسمته، وصولاً من وراء ذلك إلى اعتبار القانون خطة تنظيم اجتماعي، حينما يقترن بفكرة تخطيط سياسي. وهو ما يعني، أنه أداة صياغة سياسة معينة³.

فيظهر موضوع المشاركة السياسية، في عملية صنع واتخاذ القرار. ومن ذلك عملية اتخاذ وسن القوانين، خاصة ما تعلق منها بالحريات العامة، كصورة يرتضيها الأفراد، لأنهم واضعوها إن بطريق مباشر، أو عن طريق ممثلين. فالشعب هو مصدر السلطات في ظل مبدأ سيادة الشعب. فإن كان ذلك يعني شيئاً معيناً، إنما يعني أن أداة تنظيم الحرية هي القانون الصادر عن الهيئة النيابية للشعب، بالنظر لفرضية عدم ميلها إلى التضييق على الحريات العامة. فهو المعبر عن إرادة الشعب، حريص في مضامينه على أن يضمن للمواطنين ممارسة حرياتهم⁴.

ذلك ما يؤكد مرة أخرى استقلال التشريع في سن القوانين المنظمة للحريات العامة على وجه الخصوص عن أي سلطة أخرى عدا السلطة التشريعية⁵. وبالإضافة إلى مبرر اختصاص السلطة التشريعية هذه المسألة، بما يفيد أن القانون صورة من صور التعبير الحر عن الإرادة العامة بواسطة ممثلي الشعب، توجد مبررات أخرى تتجلى في أن القوانين المنظمة لحرية من الحريات العامة تنسم بالعمومية والتجريد بعيداً عن الاعتبارات الشخصية من

¹ -عزاوي عبد الرحمان، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ص 35.

² - ثروت عبد العال، مرجع سابق، ص 88-110، أنظر أيضاً منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، مرجع سابق ص 140.

³ -نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر القاهرة، مصر 1965، ص 79-80. كما أن الدستورين الإنجليز يرون أن حماية الحريات العامة هي في بداية الأمر مسألة سياسية وليست قانونية، ومن ثم فليس من المعجى إيجاد تشريعات قانونية ملزمة لحمايتها، إذ كان من خلال مبدأ سيادة البرلمان إمكانية هذا الأخير إلغائها كما يفعل مع القوانين العادية.

⁴ -عزاوي عبد الرحمان، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ص 36.

⁵ -عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة، مرجع سابق، ص 65.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

جهة. ومن جهة أخرى، كون القانون يعد من قبل مجلس تمثيلي، مما يستدعي مناقشته من طرف النواب قبل التصويت عليه.¹

هذا ويلاحظ أنه من الأهمية بمكان مراعاة مسألة الصراع الأبدي الأزلي القائم بين السلطة والحرية، بحيث تظهر الحريات العامة كعقبات أمام السلطة التي تجد نفسها بين اختصاصها في حفظ النظام العام وصيانة الحريات العامة بعدم المساس بها، لاسيما وأن بعض هذه الحريات يثير نوعاً من الاحتمال في تحديد النظام العام. لذلك نجد أن السلطة تجنح دوماً إلى التشديد والتضييق عليها، متذرعة بحجة حفظ النظام العام. فما يزعج السلطة هو الحريات العامة. وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن كل تركيز وتجميع للسلطة قد يفتح المجال للاستبداد.² من ذلك كله، فإن الأساس السياسي الذي يستند إليه اختصاص السلطة التشريعية بمسألة تنظيم الحريات العامة هو راجع بالدرجة الأولى إلى موضوع الحريات في حد ذاته، باعتبارها معبرة عن المصلحة الخاصة، في صورة سلوكيات شخصية وجب أن تمارس بشيء من الموضوعية والواقعية. ويكون ذلك بإبرازها لجوانب تلك الممارسة، بطريق يتولى فيه القانون حفظ، وصيانة المصلحة العامة من جهة. على أن يلتزم حدود ما أوكله الدستور، شكلاً ومضموناً من جهة ثانية. ومن ثم يمكن اعتبار القانون المقيد للحرية، والمعبر عن الانحراف التشريعي وصمة عار في جبين النظام النيابي، وشبهة في صدق تمثيل البرلمان، ونوابه لمصالح جمهور الناخبين، وإقرار بضعفه.³

الفرع الثاني: من حيث الأساس القانوني

يتمثل الأساس القانوني فيما يعرف بدسترة الحريات⁴ باعتبارها مادة دستورية يعد الاعتداء عليها اعتداء على الدستور في حد ذاته. إلا أن النصوص الدستورية عادة ما تصاغ بنوع من العمومية، خصوصاً إذا تعلق الأمر بالحريات العامة، الأمر الذي يحول دون تناولها بالتفصيل، كبيان شروطها والحدود التي يجب مراعاتها عند ممارستها. لذلك كان من اللزوم أن يكون هناك تنظيم توجد في ظله الحريات العامة. فالعبرة بالتمتع بها على أكمل وجه، وليس مجرد النص عليها في الدستور، وذلك ما يفترض وجود هذا التنظيم، بحيث يبقى النص الدستوري مجرد وعد غير قابل للتطبيق العملي، ما لم يتدخل المشرع العادي، ليضع هذا الوعد موضع التنفيذ

¹ - نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، مرجع سابق، ص 176 وما بعدها؛ وكذا نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية رئيس الجمهورية الجزائري و الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، حقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر 2003، ص 68.

² - جعفر عبد السادة بعير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص 67، 76، 78.

³ - حبيشي لزرق، أثر التشريع على الحريات العامة و ضماناتها، مرجع سابق، ص 89.

⁴ - يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 26-27.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

عن طريق إصدار التشريعات المنظمة للحريات العامة التي يقررها الدستور، ويحيل إلى المشرع العادي بشأن تنظيمها.¹

ومرد ذلك أن التشريع البرلماني باعتباره صادرا عن الإرادة العامة وتحت رقابة الرأي العام، لا يميل إلى الطغيان وقهر الحريات، بأن يشكل خطرا وتديدا لها. بل على العكس، فإن الحريات تجدد في القانون العادي ضمانا وحماية لها، إذ يعضدها ولا يهدرها. ومثل هذا التعبير عن الإرادة العامة وحده الأقدر على تحقيق متطلبات الحرية في إطار من النظام.²

ومن هنا استقر الرأي على أن تنظيم الحريات العامة يمثل المجلد المحجوز للمشرع العادي يمارس اختصاصه بشأنه على سبيل الإنفراد، دونما مشاركة أخرى. وهذا معناه انعدام أي اختصاص للسلطة التنفيذية في مجال تنظيم الحريات العامة.³ أو على الأقل يتولى البرلمان وضع الإطار العام للمسألة، أو الموضوع بقانون يصدره بهذا الشأن، على أن يتدخل التنظيم بوضع تفصيلات ذلك القانون، مما يعني تفويض من المشرع للسلطة التنفيذية. وحينها تتدخل هذه الأخيرة، بجانب سلطة البرلمان. غير أن تدخلها يكون بداية تطبيقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية لاسيما في مجال الحريات العامة. ولعل ذلك يرجع إلى تطور وظيفة الدولة المعاصرة، وامتداد نشاط الإدارة لمعظم مناحي الحياة استثناء من الأصل العام، الذي يخول البرلمان منفردا سلطة التشريع.⁴

كما أن إلحاق موضوع الحقوق والحريات بالاختصاص الدستوري ابتداء، أكثر منه بالتشريعي، فهو أفضل الضمانات لهذه الأخيرة. مما يعني اعترافا دستوريا بها، لتأكيد مبدأ دسترة الحريات العامة.

في شكل تفويض دستوري للقانون بتنظيم ما احتواه وتضمنه من مبادئ دستورية، كسبيل للتدليل على ضرورة التنظيم التشريعي للحرية، ما نص عليه الدستور الجزائري لسنة 1996 في المادة 2/38 من أن: "... حقوق المؤلف يحميها القانون". ولعل في ذلك قصد ودليل على حماية حرية الرأي في صورها وجوانبها المختلفة عن طريق القانون، بالنظر لبديهية اختصاصه بتنظيمها. كما جاء أيضا في المادة 43 من نفس الدستور على أن "حق إنشاء الجمعيات مضمون.... يحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات". إضافة إلى ما سبق ذلك من نصوص دستورية متعلقة بحريات أخرى، كحرية إنشاء الأحزاب السياسية، من أنه حق معترف به

¹ - وهو ما أقرته الفقرة الأولى من المادة 122 من دستور 1996 بقولها: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية لاسيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين..."

² - محمود عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 91، 15؛ ومحمد أحمد فتح الباب السيد، حدود سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة في الظروف العادية وضمائنها، مجلة كلية الدراسات العليا، القاهرة، مصر، العدد الخامس، جويلية، 2001، ص 35.

³ - لمزيد من التفصيل أنظر عاطف البنا، مرجع سابق، ص 53؛ أنظر كذلك:

Arlette HEYMANN ;doat, Libertés publiques et droits de l'homme, 6ème édition, L.G.D.J, Paris, p.128.

⁴ - عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 181.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

ومضمون، على أن يتولى القانون تحديد الالتزامات، والواجبات في إنشائها ونشاطها.¹ وبالترتيب على ذلك، كان المشرع البرلماني ملزماً بالتدخل لوضع النصوص الدستورية موضع التنفيذ، لبيان ما قصده المؤسس الدستوري من وراء ذلك الاهتمام البالغ بالحريات العامة، كواحدة من أهم الموضوعات التي تهتم بها الدساتير وإعلانات الحقوق في الدول.

وليس من شيء أدل على مكانة الحريات المتميزة، في ما أقره الدين الإسلامي الحنيف لما له من أركان يقوم عليها في سياسته الخارجية العادلة هي المساواة، والعدل المطلق. فهذا هو يقرر إحدى أهم حريات الفرد وهي حرية العقيدة في مقصد تحقيق المصلحة الإنسانية العليا بعيداً عن التحيز والمطامع الخاصة، لقول المولى جل وعلى: "لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي".²

وقوله تعالى في موضع آخر: "فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر".³ بل وقد حارب الإسلام الإكراه، حيث أن هذا الأخير، لا يؤسس عقيدة. هذه الأخيرة والتي أول ما تقوم عليه هو التفكير الحر، دونما أي إجبار، وبأية حجة كانت، سوى برهان القرآن الكريم بقوله تعالى: "قل فله الحجة البالغة".⁴ و منه كان بيان وكفالة الحريات، وصيانتها لكل إنسان من مثل حرية الرأي والاجتهاد والتملك والعمل... تأكيداً لمبدأ الكرامة الإنسانية⁵ بما هي مقصد أساسي من مقاصد هذا التشريع، يلي المقاصد الضرورية التي تتعلق بأصل الحياة ومقومات المجتمع الإنساني.⁶

ومن ثم، جعل الإسلام للحرية ضوابط وقيود، ليس للإضرار بالإنسان، بل لحمايته وعدم تعسفه في حقوقه ليضر بغيره.⁷ وتلك هي حرية العقيدة من بين عديد الحريات التي حظيت باهتمام الدين الإسلامي، بما يمثل عدم الإجبار على إتباع هذا الأخير. وفي تلك الصورة معنى للحرية لا غير من جهة، ومعاداة لصور القهر والجبر من جهة أخرى. ومعنى هذا، أن الأصل في حقوق والحريات، هو الإباحة بعد طبيعة الاعتراف

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 42 من دستور 1996 المعدل والمتمم، وذلك ما انتفى في دستور 1976 بحكم النظام الاشتراكي المنتهج من قبل الدولة آنذاك، عدا دستور 23 فبراير 1989 والذي يعتبر كنقطة تحول سياسي واقتصادي والذي نص على حرية إنشاء الجمعيات، لاسيما منها ذات الطابع السياسي فيما يعرف اليوم الأحزاب السياسية.

² - الآية 256 من سورة البقرة.

³ - الآية 29 من سورة الكهف.

⁴ - الآية 149 من سورة الأنعام.

⁵ - ذلك ما يؤكد عليه قول المولى تبارك وتعالى: "ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً" صدق الله العظيم، الآية 70 من سورة الإسراء.

⁶ - حبيشي لزرقي، أثر التشريع على الحريات العامة وضمائنها، مرجع سابق، ص 91؛ فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان 2008، ص 215، 109، 69.

⁷ - عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2009، ص 507.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

الدستوري والدولي بها، مما يترتب على ذلك مبدئياً، توقف اختصاص السلطة التشريعية، عند تدخلها لتنظيم ممارسة حرية من الحريات العامة، عند حد بيان كيفية ممارستها من قبل الفرد، إذا ما كانت من بين الحريات التي وردت في الدستور، مع إحالة إلى السلطة التشريعية بخصوص تنظيمها . فالقانون المناهض للحرية، يعد من أبشع صور الاستبداد، أي لا يصح وجوده في مجتمع متحضر . فهو تقنين للظلم، واغتيال للحرية بحكم القانون، مما لا يسوغ معه إدراج هذا التشريع في عداد مصادر النظام القانوني للحريات العامة . لأنه من المفروض أن تتكامل وتتوافق عناصر هذا النظام القانوني وقواعده، وإلا فإننا نكون أما نص دستوري أعلى يكفل الحرية، ونص تشريعي أدنى يهدرها وينتقص منها، وهو التناقض غير المسموح به في ظل الدولة القانونية. ومن هنا نشأت الحاجة لحماية الحرية، ليس فقط في مواجهة أعمال الإدارة التعسفية، بل وأيضاً حمايتها من السلطة التقديرية الواسعة للمشرع المنتخب الذي يختص بتنظيم ممارسة الحريات .¹ غير أن الحديث عن سلطة واختصاص سلطة المشرع في مجال تنظيم الحريات العامة، يقتضي التعرض لطبيعة وماهية ذلك الاختصاص، وما يقتضيه من حدود.

المطلب الثاني: حدود سلطة المشرع في مجال الحريات العامة

مع التسليم باختصاص المشرع بمسألة تنظيم الحريات العامة، فإن ممارستها ليس لها ما يقيدها سوى تلك الحدود التي تضمن للآخرين نفس الممارسة . فالإقرار بالحريات العامة وكفالتها، لا يعني أنها حريات مطلقة، بل يتعين مع ذلك تدخل المشرع بتنظيمها .² فالعبرة بالتمتع بها، وليس مجرد النص عليها في صلب الدساتير وإعلانات الحقوق.

غير أن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الموضوع، هو طبيعة ذلك التنظيم، وكيف يمكن أن يمارس إزاء الحريات العامة؟ وهل ينطبق ذلك على مجموعها، وفي مجملها دون تفاوت؟ أي بتعبير آخر، هل تحوز السلطة التشريعية اختصاصاً ثانياً، عند تنظيم الحريات العامة، تجعلها تتجاوز حدود التنظيم، بالقياس على بعض الحريات المنظمة في الجزائر على وجه التحديد؟ أم أنها مضبوطة بحدود وقيود، تلزمها بعدم تجاوز الاختصاص المخول لها دستورياً؟ وهل هناك من أطر وأسس، تعد بمثابة المبادئ، والتي أوجب الدستور احترامها من قبل المشرع، وهو يمارس مهمة التنظيم تلك؟ ومن ثم الحديث بخصوص ما يعد تنظيمها مباحاً قانوناً، وما يعتبر تقييداً للحريات العامة محظوراً بحكم منافاته لها، لاسيما إذا بلغ من الاعتداء عليها ما يجعلها مساوية للعدم . وهذا ما

¹ -عليان بوزيان، أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة، كلية الحضارة الإسلامية، وهران 2007، ص 207 .

² -عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 49.

على أنه مع التسليم بالاختصاص التشريعي كقاعدة في موضوع الحريات العامة، فإنه يكون للإدارة مع ذلك سلطة إصدار لوائح ضبط مستقلة بالقدر الضروري للمحافظة على النظام العام . فوجود حريات يكفلها الدستور والقانون لا يحول بذاته دون استعمال الإدارة لسلطتها الضبطية في وضع الأطر المختلفة للحريات العامة متى دعت ضرورات النظام العام إلى ذلك . أنظر عاطف البناء، المرجع السابق ، ص 53 .

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

سيأتي بيانه، من حيث ضرورة التزام المشرع القائم على تنظيم الحريات حدود الدستور، رغم ما يتمتع به من سلطة تقديرية إزاء تلك المسألة (فرع أول). ولن يتسنى ذلك، إلا من خلال عدم جواز المنع المطلق للحرية (الفرع الثاني). وصولاً إلى إعمال مبدأ إثارة الحرية، وما ينجر عنه من حماية لها، مقابل ما يمكن أن يتجاوز ذلك التنظيم لها (فرع ثالث).

الفرع الأول: التزام المشرع حدود التنظيم

يلتزم المشرع حال تنظيمه حرية من الحريات العامة، إطار الدستور. بحيث لا يمارس سلطته إلا داخل هذا الإطار، ووفق الحدود، التي يرسمها الدستور. وبمفهوم عكسي إذا ما تولى الدستور ذاته تنظيم حرية معينة بصورة مباشرة، امتنع على المشرع التدخل، وانعدمت سلطته التقديرية.¹ وفي هذا الصدد، نجد المادة 40 الدستور الجزائري 1996 تنص على ذلك، في إطار ضمان الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فرغم الإحالة الدستورية للقانون، حيث لا تفتيش إلا بمقتضاه، وفي إطار احترامه، نجد أن الدستور نفسه، وضماناً لحرية الفرد الخاصة، أوجب عدم انتهاك حرمة المساكن، دونما أمر صادر عن السلطة القضائية أولاً. لاسيما وأنه عهد إليها بحماية حقوق وحرريات المواطن، وحينها لا يفترض فيها عكس ذلك من خلال أوامرها المكتوبة ثانياً.

غير أنه ومع التسليم بالاختصاص التشريعي بذلك الشأن، إلا أن هناك حالات تكون فيها سلطة المشرع تقديرية، وحالات أخرى تكون فيها سلطته مقيدة. بل إن سلطة المشرع التقديرية هي الأصل في التشريع. ولكن رغم هذا الأصل، فالدستور قد يقيد سلطة المشرع، كما هو الشأن في تقييد سلطة الإدارة بالقانون. فالنصوص الدستورية الواردة في صلب الدستور المنظمة لحماية الحريات العامة مثلاً، تعتبر أهم القيود التي ترد على سلطة المشرع. يمنع عليه وفقها معالجة الحريات العامة بالخروج عما تضمنته. على أن كل ما يعنيه هذا القيد، هو تحديد مجال تلك الحريات. فتحديد اختصاصات المشرع إذن لا يعد قيوداً على سلطته في التقدير² غير أنه عندما يوكل الدستور بداية سلطة التشريع للبرلمان، من أجل القيام بتبيان كيفية ممارسة الحريات العامة، فإنه يحفظ من جهة أولى النظام العام، ويضمن ممارسة الآخرين لحياتهم من جهة أخرى. وهذا ما يترتب عليه التزام البرلمان سن القانون بنفسه في حدود ما ابتغاه الدستور، دون أي تفويض للسلطة التنفيذية بذلك، ما لم ينص الدستور على عكس ذلك في صلب مواده، أو أشار إليه في مضمونه.³ ومثل ذلك ما نص عليه الدستور الجزائري الحالي فيما يعرف بالتشريع المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية بمسألة تنظيم الحريات العامة، بقدر

¹ - عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 98.

² - عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي حقوق، القاهرة 2001، ص 139، 130.

³ - أحمد محمد أمين محمد، حدود السلطة التشريعية، دراسة مقارنة، بين الشريعة الإسلامية والنظامين المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص 127؛ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، مرجع سابق، ص 42، 43.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

ما يعتبر درجة من بأوامر من طرف رئيس الجمهورية ، على أن ذلك لا يعد تفويضاً، من قبل درجات التشريع يمارسها الرئيس، في ظروف وبشروط معينة.

غير أن ذلك الاختصاص الممنوح لرئيس السلطة التنفيذية، يعد في حد ذاته مقترنا هو الآخر بحدود وقيود دستورية لها من الطابع الصريح والضمني¹، ما يجعلها غير دستورية في حالة تعديها وتجاوزها. ومما يدل على مسألة اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين، والتي من بينها تلك المتضمنة موضوع الحريات العامة كاختصاص أصيل منوط بها دستورياً، هو أن تلك الأوامر التشريعية الصادرة عن رئيس الجمهورية، يجب أن تعرض على المختص أصلاً بالتشريع بعد اتخاذها من قبل رئيس الجمهورية²، وهو ما يؤكد مرة أخرى على طابعها الاستثنائي، دون أن ترقى إلى مرتبة الأصل والقاعدة.

ومن ثم، لا يجوز للبرلمان التنازل عن اختصاصه في سن القوانين عموماً، وتنظيم الحريات العامة على وجه التحديد في غير الحالات التي نص عليها الدستور. فإن كان الأمر في غير موضعه الدستوري، عدت القوانين الصادرة من السلطة التنفيذية دونما تفويض من الدستور غير دستورية لمجئتها قواعد الاختصاص، خاصة إذا وضع في الحسبان ذلك الموقف السلي للسلطة التنفيذية من مسألة الحريات العامة.

لذا فإن هناك من الحريات ما لا تقبل بطبيعتها ذلك التدخل التشريعي، ولا تحتاج إليه لإمكان ممارستها. وعلى العكس من ذلك، هناك من الحريات العامة التي يقرها الدستور ما تقبل التنظيم التشريعي كحرية الاجتماع³، وحرية إنشاء الجمعيات والأحزاب السياسية⁴.

غير أن ما يلاحظ في هذا الموضوع، هو توحيد التنظيم التشريعي لحريات متعددة، رغم تفاوتها، سواء من حيث النص الدستوري عليها، أو من حيث طريقة التنظيم في حد ذاتها كحرية الاجتماع التي نظمت في الجزائر

¹ -مراد بدران، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية. بمقتضى المادة 124 من الدستور، النظام القانوني للأوامر ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 02، الجزائر 2000 ، ص 19، 14.

² -ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 124 من دستور 1996 . ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالات الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور. كما تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء."

³ -صدر بهذا الخصوص في الجزائر القانون رقم 28/89 المؤرخ وفي 31 ديسمبر 1989 يتعلق بالاجتماعات العمومية والمظاهرات، ج.ر.ج.ج. عدد 04 الصادرة بتاريخ 24 جانفي 1990 ، وعدل بقانون لاحق رقم 19/91 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991 ، ج.ر.ج.ج. عدد 62 الصادرة بتاريخ 04 ديسمبر 1991 ، بعد أن كانت هذه الحرية منظمة بموجب الأمر 63/75 المؤرخ في 75/12/26 وكذا الأمر 6/77 المؤرخ في 19/02/1977 والمتعلقان بالاجتماعات العمومية، في كل من دستور 1963 و1976.

⁴ -عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 85، 87، 91.

وبقياس ذلك على الدستور الجزائري الحالي، نجد الأمر جلي وواضح من خلال مواد 36 منه تؤكد كل التأكيد على عدم المساس بحرية المعتقد، حتى بنص تشريعي، مادام أن نص المادة جاء على العموم. وفي مقابل ذلك، نجد في المادة 42 و 43 بعد أن يضمن حرية إنشاء كل من الأحزاب السياسية والجمعيات، يخضع تنظيمهما، من حيث بيان للشروط، وكيفيات إنشائهما للقانون. أنظر في ذلك القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012. المتعلق بالجمعيات، ج.ر.ج.ج. العدد 02 المؤرخة في 15 جانفي 2012. والقانون العضوي رقم 04/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، ج.ر.ج.ج. العدد 02 المؤرخة في 15 جانفي 2012.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

بالموازاة مع حرية التظاهر، رغم وجود ما بينهما من فوارق بحكم النص الدستوري الصريح على الأولى وضماناتها للمواطن. في حين بقيت الثانية ضمن مضامين أخرى لحريات التعبير، باعتبارها واحدة من أساليب ووسائل هذه الأخيرة.¹

فحرية الاجتماع العام لا تجد أسلوبا من أساليب الإدارة يناسبها، سوى أسلوب التصريح المسبق. في حين صارت تخضع حرية التظاهر لنظام الترخيص.

وعن بعض الحريات الأخرى ذات الصلة بحرية الاجتماع، كالحرية النقابية، صارت تقابل وتواجه بالمضايقات الإدارية، كرفض التصريح بعقد التجمعات من جهة، ومتابعات قضائية لمؤطري تلك التجمعات، والتي لا تعدو أن تكون سوى تعبير عن رأي هذه الفئة من المجتمع من جهة أخرى. فإن دل ذلك على شيء، إنما يدل على تقييد حرية الاجتماع بالتبعية لبعض الحريات التي تمارس بواسطتها²

وبالإضافة إلى ذلك، فإن ما يثير التساؤل هو عدم تعديل تلك القوانين المنظمة لحرية الاجتماع العام بما يتماشى وممارستها وفق صورة تعبر عن الغاية من ورائها، خاصة وأن تلك القوانين وضعت من قبل هيئة تشريعية، لم تتضح فيها معالم التعددية السياسية. وبالتالي فهو سبب من بين عديد الأسباب التي تدعو إلى الاعتقاد بعدم وجود فوارق بين القوانين السابقة والجديدة المنظمة لها.

وعليه فإن الأمر يرجع في الواقع إلى الهوة التي تفصل الواقع عن النصوص في ظل الدول النامية، خصوصا وأن الاعتداء على الحرية عامة لا يثور بنفس الحجم بالنسبة للدول الديمقراطية والتي تقوم فيها الأجهزة النيابية على تمثيل وتعبير حقيقي وجدي، لأغلبية منتخبهم، الشيء الذي يحول دون تعسف الحكومة تحت ستار التشريع المنظم لها³، نتيجة تبعية البرلمان للسلطة التنفيذية.

لذلك فإنه عندما يقر الدستور حرية من الحريات، أو حقا من الحقوق، ويعطي للمشرع العادي السلطة التقديرية للتدخل بتنظيم كيفية ممارسة هذه الحرية وطرق استخدامها، تدق التفرقة إذا ما خرج المشرع عن الحدود الدستورية، وأورد قيودا على تلك الحرية موضوع التنظيم، بين التنظيم المباح للحرية، وبين فرض القيود

1- حبشي لزرقي، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 97.

2- حبشي لزرقي، حرية الاجتماع العام في الجزائر بين التنظيم والتقييد، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي الدكتور مولاي الطاهر، 2008-2007، ص 72.

3- من ذلك مثلا بخصوص التزام الإدارة بمقتضيات التشريع حتى لا يكون هناك تعسف وخروج عن أحكامه من خلال المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 88 / 131 المؤرخ في 04 جويلية 1988 والمتعلق بتنظيم علاقات الإدارة بالمواطن، والتي نصت على ما يلي: "يجب أن يندرج عمل السلطة الإدارية في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها...". فهذا النص القانوني، إنما يوجب على الإدارة سواء المركزية منها، أو غير المركزية ألا يخرج عملها عن إطار التشريع أولا، والتنظيم بعد ذلك، باعتبار هذا الأخير تشريعا هو الآخر يلي التشريع البرلماني وفق ما سلف. ومن ثم لنا أن نقيس بعد ذلك تدخل السلطة التنفيذية بشأن ممارسة الحريات العامة، باعتبارها القائمة على وضع القانون البرلماني المنظم للحريات موضع التنفيذ، وعليه يعتبر من قبيل ما يندرج ضمن عملها على شرط عدم مجانبتها. بمناسبة القيام بذلك، لحدود القوانين المنظمة فقط للحريات. فإن كان التشريع البرلماني مقيدا بالدستور، فمن باب أولى أن تلتزم الإدارة ما نص عليه التشريع البرلماني، وتتحقق بذلك مشروعية ودستورية أعمالها على حد سواء.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

التي تحول دون التمتع بها، أو تجعل على الأقل ممارستها أمرا يشق على الأفراد، فيصبح النص الدستوري الكافل للحرية حبرا على ورق لا ضمانا ترجى منه، ولا حق من خلاله يشع. وعلى إثر ذلك ثار التساؤل في الفقه الدستوري حول ماهية الحدود الفاصلة بين التنظيم المباح للحرية، والانتقاص المحظور منها بفعل المشرع¹؟ فقام التمييز على أن التنظيم يرد على كيفية استعمال الحرية، أما التقييد فينتقص منها. وقد بدأه الفقيه عبد الرزاق السنهوري من فكرة مفادها أن منطقة السلطة التقديرية، هي الأصل في التشريع. في حين أن السلطة المحددة، أو المقيدة هي الاستثناء، نظرا لأن السلطة التقديرية للمشرع تكاد تستغرق النشاط التشريعي بأكمله². وعلى هذا الأساس، وضع معايير لبحث الانحراف في استعمال هذه السلطة التشريعية³ التقديرية، والتي من بينها كفالة الحقوق والحريات.

ومعنى ذلك أن الحريات العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون، يكون للمشرع العادي سلطة تقديرية في تنظيمها، على أن لا ينحرف عن الغرض الذي قصد إليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات. ومن ثم للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحرية، بشرط عدم الانحراف في استعمال السلطة. فالدستور لم يقصد نقض الحرية، أو الانتقاص منها، بل قصد تنظيمها. فإذا ما خرج المشرع على هذا الغرض، فانتقص من الحرية، كان التشريع مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية. والسبب في ذلك أن التشريع في هذه الحالة يكون منطويا على انحراف، لا مخالفا لنصوص الدستور، لأن المشرع هنا قد حول سلطة تقديرية، لا سلطة محددة في تنظيم الحرية، وقد أساء استعمال هذه السلطة، إذ وبدلا من أن ينظم الحرية نقضها، أو انتقص منها تحت ستار التنظيم⁴.

ويثبت الانحراف التشريعي بالحريات في نظر الفقيه السنهوري، إذا أصبح الحق العام بعد التدخل التشريعي لتنظيمه منتقضا منه، لا يحقق الغاية من ورائه. وذلك لأن كل حق عام حول الدستور إلى المشرع العادي أمر

¹- وجمدي ثابت غابريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دراسة في التنظيم التشريعي للحريات العامة ومحاولة للفرقة بين تنظيم الحرية، وتقييدها، دار النهضة العربية، القاهرة 1990 ص 103، 12.

²- أنظر عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، مصر 1952، ص 66.

³- قامت نظرية الفقيه عبد الرزاق السنهوري بخصوص الانحراف التشريعي بقياسها على فكرة الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، حيث تكون للإدارة سلطة تقديرية فيقول...: "أن منطقة هذا الانحراف هي المنطقة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية... فما لم يقيد الدستور فإن سلطة المشرع حينها تعد تقديرية، ولذلك كانت السلطة المحددة هي الاستثناء"، كما أنه بصدد قياس الانحراف التشريعي على الانحراف الإداري يقرر: "بأن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة ولا يتوخى غيرها، وإلا كان التشريع باطلا". عبد الرزاق السنهوري، مقال سابق، ص 52 للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر، سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر 1976، ص 37.

⁴- وجمدي ثابت غابريال، حماية الحرية لمواجهة التشريع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1990، ص 109.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

تنظيمه بقانون، قد رسم الدستور لهذا القانون الذي ينظمه غاية مخصصة، لا يجوز الانحراف عنها، وهي تنظيم الحق على نحو لا ينتقص منه.¹

كما أن معيار الانحراف عند الفقيه السنهوري، هو معيار موضوعي، وليس معيارا شخصيا يقوم على الكشف عن النوايا الخفية، التي اقترنت بالتشريع وقت إصداره. وإنما يكفي التأكد على وجه موضوعي محض أن الحق العام الذي ينظمه التشريع، أصبح بعد هذا التنظيم منتقصا منه، لا يحقق الغاية من وراء استعماله، لاسيما وأن ما يدفع إلى الاستغناء عن العنصر الذاتي الشخصي، والأخذ بالمعيار الموضوعي في هذا الانحراف بالسلطة التشريعية²، في تنظيم الحقوق والحريات العامة، هو افتراض النزاهة، والتجرد في الهيئة التشريعية وفق تصور موضوعي مجرد، مما يجعلها تصدر جميع تشريعاتها اتفاقا مع المصلحة العامة، وذلك بمبررات عدة لعل أهمها اعتبارها هيئة تضم عددا معتبرا من ممثلي الشعب نيابة عن الأمة يفترض فيهم الانصراف والعزوف عن الأغراض والمصالح الذاتية والشخصية.³

ولما كان الأمر يتعلق بآراء فقهية، فإن النقد يفرض نفسه والحالة هذه، إذ واجهت نظرية الفقيه السنهوري نقدا شديدا من جانب بعض الفقه.⁴ فمن خلال ما قرره الفقيه السنهوري من أن صدور تشريع ينتقص من الحرية، يجعل التشريع باطلا للانحراف في استعمال السلطة التشريعية، هو أمر لا يمكن التسليم بصحته في نظر هذا الفريق المعارض.

وحسب هذا الفريق من الفقه، فإن الدستور حين يخول المشرع حق تنظيم حرية من الحريات، إنما يخول له الحق في أن ينتقص من هذه الحرية. فمن له حق "التنظيم" لإحدى الحريات، كان له حق وضع "قيود" على تلك الحرية. لاسيما وأن القيود تنطوي بداهة على الانتقاص من الحرية. فنصوص الدستور المتعلقة بالحريات، إنما تصاغ في صيغة عامة، غير متضمنة لأي تحديد لتلك الحرية المنصوص عليها، ولا تبيانا للحدود الواجب مراعاتها من قبل المشرع وهو بصدد التنظيم. لتكتفي النصوص الدستورية برسم الخطوط الرئيسية للفلسفة

¹- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 52 وما بعدها.

²- يقوم انحراف السلطة التشريعية على شقين: شق ذاتي وشق موضوعي. فالأول يتعلق بالنوايا والأغراض والغايات والمهادفة إلى تحقيق المصلحة العامة من جهة أولى، وإلى تحقيق الغاية المخصصة التي رسمت للقرار الإداري. ذلك أن فكرة الانحراف التشريعي كانت قياسا على الانحراف في استعمال السلطة الإدارية - وعند ذلك يسلم القرار من عيب الانحراف بالسلطة. وعلى العكس من ذلك ينطوي على عيب الانحراف إذا كانت ثمة مخالفة للمصلحة العامة أو لقاعدة تخصيص الأهداف. أما الثاني فهو واحد لا يتغير ممثلا في المصلحة العامة التي يجب أن تكون دائما دافع الموظف إلى اتخاذ القرار الإداري الذي يصدره، إضافة إلى الغاية التي رسمها القانون لقرار معين. أنظر راغب جبريل سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، حقوق، الإسكندرية، ص 384.

³- عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1999، ص 44؛ عاطف البنا، حدود سلطة الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 56.

⁴- عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار المعارف، سنة 1956 ص 665، نقلا عن وجدي غابريال، مرجع سابق، ص 113.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

السياسية والاجتماعية، التي يجب أن تستوجبها سياسة الدولة التشريعية. وقلما تتضمن حدودا موضوعية للحرية، أو تفرض على المشرع قيودا معينة ومحددة.

كما أن القول بأنه يجب أن لا يكون الانتقاص خطيرا، وإلا عد التشريع معيبا يعيب الانحراف، هو أمر يدفع إلى التساؤل، متى يعد ذلك الانتقاص خطيرا؟ وأين هو المعيار الموضوعي الذي يمكن الأخذ به لقياس درجة خطورة ذلك الانتقاص؟

فحين يقرر الدستور حرية من الحريات، ثم يحول المشرع حق تنظيم هذه الحرية، فإن هذا الأخير لا يكون عليه من الناحية القانونية سوى قيودا واحدا هو عدم إلغاء، أو هدم تلك الحرية أو عدم سلبها. أما ما عدا ذلك من قيود، فإنها قيود سياسية بحتة يرجع الأمر فيها للبرلمان، تحت رقابة الرأي العام وحده.¹ وفضلا عن ذلك، فإن محاولة قصر التنظيم على طريقة استعمال الحرية دون المساس بها هي محاولة غير موفقة، لعدم وضوح الخط الفاصل بين وجوه استعمال الحرية، وجوهرها. فالحرية ذاتها شيء مجرد لا يمكن الإحساس بها، إلا عندما تبرز إلى الوجود في صورة استعمالها، ذلك أنه لو كان صحيحا أن التنظيم لا يقيد الحرية لكان دائما عملا كاشفا لها.²

ومنه فإذا قرر للقضاء فحص ما إذا كان التشريع ينتقص من الحرية أو لا ينتقص منها انتقاصا خطيرا، فإن القضاء والحالة هذه يخرج عن نطاق مهمته، وهي النظر في رقابة المشروعية إلى النظر في رقابة الملاءمة. وهو ما يعني، رقابة سياسة التشريع، وهذه ليست مهمة القضاء. وينتهي الرأي المعارض³ لنظرية الانحراف التشريعي في مجال تنظيم الحريات، إلى القول بأن امتداد الرقابة القضائية إلى بحث عنصر الملاءمة، سوف يخرج القاضي من حدود مهمته القضائية ليدخل ميدان الرقابة على السياسة التشريعية للدولة. ومن ثم القيام بمهمة من شؤون الحكم لا من شؤون القضاء، ليكون بذلك اعتداء من السلطة القضائية على السلطة التشريعية بما يشكل انتهاكا لمبدأ الفصل بين السلطات.

ذلك ما يؤكد اتجاه آخر من الفقه، بقوله أنه إذا ما تجاوز القاضي المجلد القانوني إلى المجلد السياسي، فقد فرض رأيه واتجاهاته السياسية، وهو بذلك يتجاوز المفهوم السليم للرقابة القضائية، وقيامه بالتشريع أي حلوله محل سلطة سياسية، هي السلطة التشريعية. وعليه يترتب على ما سبق أن رقابة القضاء، لا يجوز أن تنصب على مدى ملاءمة التشريعات، أي على القديرات والاعتبارات السياسية التي يتوخاها المشرع من وضع التشريعات، لأن رقابة القضاء هي رقابة قانونية وليست سياسية، مما يوجب عليه الامتناع عليه من التعرض لبحث مدى

¹- محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، دار الفكر العربي، مصر 1961، ص 84.

²- المرجع السابق، ص 89.

³- حبيشي لزرق، أثر التشريع على الحريات العامة وضمائنها، مرجع سابق، ص 98؛ عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص 670؛ نعيم عطية، مرجع سابق، ص 166، 161؛ عاطف البناء، الرقابة على دستورية اللوائح، مكتبة النصر، القاهرة 1992، ص 57-58.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

ملاءمة التشريع أو الخوض في ماهية البواعث التي أدت إلى سنه أو ضرورته، خاصة تلك الضرورات المتعلقة بتحقيق الأهداف المنصوص عليها صراحة في الدستور.

غير أن هناك رأي آخر¹، وإن كان يتوافق والرأي المعارض لنظرية الانحراف التشريعي بتأكيد على تقييد سلطة المشرع بما ورد في الدستور من قواعد وجب احترامها، إلا أنه يتقاطع مع أنصار نظرية الانحراف التشريعي. ومفاد ذلك، أن التنظيم يعني وضع بعض القيود، والتي تختلف شدة وضيقا من أجل التمتع بالحرية، ومن ثم يجب أن تستهدف هذه القيود تمكين الجميع من التمتع بالحرية.² وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى نص المادة 63 من دستور 1996 والتي نصت على أنه: "يمارس كل واحد جميع حرياته في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور..."، ومن ثم يمكن اعتبار التدخل التشريعي تقييدا إذا جعل المشرع التمتع بالحرية أمرا شاقا على الأفراد، لتتجلى صورا أخرى من التدخل غير الدستوري، إذا ما صادر المشرع الحرية تماما.³ فمن المسلم به أن السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع التي لا يمكن أن تحدد بصورة معينة. فليس لجماعة معينة أن تفرض إرادتها على جماعة أخرى، لذا كان لا بد أن يترك تقدير ذلك للجماعة ممثلة في برلمانها، وإلا لأدت الرغبة في الحكم على أهداف التشريع، إلى منزلق خطير، وتعقيدات وإشكالات عديدة، كل ذلك في إطار التزام التشريع بما ورد في الدستور من نصوص من جهة، وترك تقدير الأهداف والغايات من التشريع لممثلي الشعب من جهة أخرى.

الفرع الثاني: منع الحضر المطلق للحرية وتأكيد ممارستها بشكل ايجابي

مع التسليم باختصاص المشرع بموضوع الحريات العامة، إلا أنه مع ذلك لا يتصرف بسلطة تقديرية مطلقة، أي سلطة إصدار قانون في أي ظروف ولأية غاية⁴، لأن أهداف التشريع لا يمكن، بل ليس من المصلحة العامة أن تحدد بصورة معينة، بحيث ليس لجماعة معينة أن تفرض إرادتها باستمرار على جماعة أخرى في ظل تطور النظام الاجتماعي باستمرار. لذلك كان من المستحسن ترك تقدير ذلك للجميع ممثلا في البرلمان.

¹- سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 42، 35.

²- يمكن التذليل على ذلك من خلال نص المادة 31 من الدستور الجزائري الحالي بقولها: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات، بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية، والاجتماعية، والثقافية"، خصوصا في ظل اعتبار السلطة التشريعية إحدى أهم مؤسسات الدولة نظرا للدور المنوط بها، وأداتها في استهداف ذلك هو النص التشريعي الصادر عنها، والذي يكفل تلك المساواة بين المواطنين في التمتع بالحريات على سبيل التنظيم المحقق لذلك المبتغى على جميع مناحي حياة المجتمع.

³- مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 505.

⁴- السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في موضوع تنظيم الحريات مقتضاها أن يفاضل بين بدائل متعددة مرجحا من بينها ما يراه أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد إلى حمايتها. إلا أن الحدود التي يبلغها هذا التنظيم لا يجوز بحال من الأحوال أن ينقلب مداها إلى إهدار وجود الحريات العامة، كأن ينال المشرع من تلك الحقوق والحريات بما يقلص من محتواها، أو يجرداها من خصائصها، أو يقيد من آثارها، ذلك أنه تبقى من المقررات الدستورية في النظام الديمقراطي أن الحريات العامة أمور لا يستقل أي مشرع بخلقها. بل إنه فيما يضعه من قواعد لا يعدو أن يكون كاشفا عن حقوق أصيلة.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

إلا أن ذلك التشريع لم يعد تصرفاً تقديرياً، بل يوجد في وضع تابع للدستور¹ وفق مبدأ تدرج القواعد القانونية، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فإن ذاتية الحريات العامة فرضت على المشرع الوطني قيوداً محددة، وألزمته بمستويات معينة. بمناسبة تنظيمه لممارسة حرية من الحريات العامة.

وعليه، فإن القيد الذي يفرضه الدستور على السلطة التشريعية في تنظيم موضوع الحريات العامة، قد يصل إلى درجة تنعدم معها حرية البرلمان إزاء مسألة التنظيم، ذلك أن الدستور تولى تحديد نطاق ذلك الموضوع وبيان حدوده.² فسلطة المشرع حسب هذه الحالة، لا بد أن تسير وفق إطار ضيق وضعه الدستور ورسمه بحيث يظهر معه كل حياد من قبل السلطة التشريعية، حتى ولو كان بسيطاً³، على أن يترك لهذه الأخيرة أحياناً أخرى جانباً من الحرية في تقدير الظروف لتتصرف بمسألة التنظيم.

ومن ثم فإن المنع المطلق للحرية كأشد القيود عليها يعتبر محظوراً، ذلك أن هذا التعطيل لممارسة الحريات العامة يعد بمثابة الإلغاء لها. وهذه المسألة لا يمكن أن يقوم بها حتى التشريع الصادر عن البرلمان، بالنظر لما يفترض فيه من حماية وصيانة للحرية تستلزم بالضرورة عدم بلوغ درجات تقييدها إلى درجة حظرها مطلقاً. فالديمقراطية تقضي بالمقابل بأن تعتبر الحريات مادة دستورية. وما سلطة المشرع في تنظيم الحريات إلا استثناء من الأصل الذي هو تأكيد الحرية.⁴

وفيما عدا ذلك، فإن الحظر النسبي أو المؤقت المقتصر على منع ممارسة النشاط أو الحرية في مكان محدد أو وقت معين، أمر جائز كمنع المرور في شوارع معينة لضيقها، وما يمكن أن ينجر عن ذلك من تأزم للنظام العام كهدف يبتغيه المشرع من باب أولى.⁵

وبالقياس على ذلك، نجد نوعاً من التعارض بين حرية استخدام الطريق العمومي للمرور، وبين حرية استخدامه في ممارسة حرية الاجتماع العام والتظاهر، أو حظر استعمال مكبرات الصوت⁶ في أماكن معينة،

¹- سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 42.

²- أحمد محمد أمين محمد، حدود السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 129.

³- لعل التمعن في نصوص الدستور لسنة 1996 ومضامينه يدعو إلى القول بتأكيد ذلك. فهي بداية من ديباجة الدستور التي تحمل من العبارات ما تحمله في سبيل التذليل على ذلك من بناء مؤسسات دستورية قادرة على تحقيق المساواة وضمان الحرية للفرد... الدستور يضيف الشرعية على ممارسة السلطات ويكفل الحماية القانونية ويراقب عمل السلطات العمومية، كما أن غاية الدولة على اختلاف مؤسساتها إنما الهدف منها هو ضمان المساواة للمواطنين في الحقوق والواجبات. وبالتأسيس على ذلك، لا يكون ثمة أي مجال مفسوح كل الفسح أمام السلطة التشريعية. وهذا ما يعني توفير أقصى حماية للحريات العامة وهي بصدد ذلك التنظيم. بل وفي موضع آخر تأكيد دستوري صريح على عدم المساس بالحريات العامة. وهذا معناه، أن النص الدستوري جاء شاملاً لكل أنواع ذلك المساس، بما فيه عمل السلطة التشريعية. من ذلك على سبيل المثال المواد 31، 39، 40، 36.

⁴- محمود عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 57.

⁵- حبيشي لزرق، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 103.

⁶- المادة 20 مكرر من القانون المنظم للاجتماعات العمومية المعدل والمتمم، والتي تقرر أن استعمال أجهزة الصوت المكبرة يخضع لوجوب استصدار ترخيص مسبق من قبل الوالي.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

كالمستشفيات أو في أوقات معينة... وعليه فإذا كانت الحرية لا توجد إلا في الجماعة المنظمة تنظيمًا قانونيًا من جهة، وأن المشرع هو صاحب الاختصاص الأصيل بتنظيم الممارسة الحرة للأنشطة الخاصة، والتي تعد من قبيل الحريات العامة، من جهة ثانية، فإن ذلك التنظيم التشريعي يجب أن يظل في الحدود التي تتفق مع الفكر الديمقراطي، والذي يعني التنظيم دون المنع.¹ وبالتعبية لذلك، وجب على الضبط الإداري² التقييد بضمانات الحرية، الدستورية منها والقانونية، وفقا لضرورة الموازنة بين المصلحة العامة، وبين ما يبتغيه الفرد، مع تفسير القيود التي توردها النصوص التشريعية تفسيرًا ضيقًا دقيقًا مما يحتم على الإدارة تخيير الأفراد بين الوسائل التي يمكن معها التوصل إلى حفظ النظام العام.³

فإذا ورد في النص القانوني المنظم للحرية نوعًا من القيود، والتي لا تعدو أن تكون مجرد تنظيم، وجب أن يكون تفسير تلك القيود من قبل الإدارة تفسيرًا ضيقًا ومحدودًا، بحيث لا يترتب عليه إنشاء لمراكز قانونية أو إلغائها. فتعد قراراته على هذا النحو، قرارات تفسيرية فقط. وعلى ذلك استقر القضاء الإداري الفرنسي، على اعتبار أن قيام المشرع بتنظيم ممارسة حرية من الحريات، يوجب من جانب الإدارة قدرًا أكبر من الحرص عليها⁴، خاصة تلك التي تمثل المجالات المحجوزة للنشاط الفردي، مما يخفف على الفرد عبء إثبات أن السلطة الإدارية قد تجاوزت سلطتها. فواقعة إخلال الإدارة بحرية محددة، أي بحرية

¹- عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ص 90 .

²- إن تنظيم الحريات اختصاص أصيل بالنسبة للمشرع، ومع ذلك فإنه مهما بلغت القوانين الصادرة عنه من الدقة والتفاصيل، فإنه لا تغني عن تدابير سلطة الضبط الإداري، كونها أكثر تعاملًا مع الحرية في الواقع. فوظيفة الضبط الإداري تستهدف وضع تدابير وقائية غايتها منع وقوع الإخلال بالنظام العام، بتوقي حدوث الجرائم وغيرها من الأفعال التي تعدد الأمن أو السكنية أو الصحة في المجتمع، أو الحد من استمرار الإخلال بالنظام العام.

³- تقوم فكرة النظام العام بدور أساسي في تحديد ممارسة الحرية بالمساواة بين أفراد الجماعة. وعليه صار وضع الحريات تحت رحمة النظام العام، فما من قيد يرد على الحرية إلا ومصدره راجع إلى فكرة النظام العام، ويمكن القول معه وطبقًا للقاعدة الأصولية: "ما من عام وإلا وقد خص"، إذ يمكن أن يقال أيضًا: "أن ما من حرية دستورية إلا وقيدت بنص قانوني، وما من حرية منظمة تشريعيًا، إلا وضبطت إداريًا" الأمر الذي يدفع إلى المسارعة بالحكم على مبدأ إيثار الحرية وتفضيله وترجيحه على النظام العام بالهشاشة والنقض في تطبيقات الفكر الديمقراطي. ليس فقط في ظل الظروف الاستثنائية، بل وحتى في الظروف العادية أيضًا. وكأن الواقع السياسي يختلف عن الفكر النظري في تحديد العلاقة بين النظام العام والحرية العامة. ينظر في هذا الخصوص عليان بوزيان، أثر حفظ النظام العام على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 163 .

⁴ - يمثل جوهر القضاء الإداري ومجالاته موضوع الاهتمام الرئيس للباحثين والمتخصصين في ذلك المجال، حيث تركز غالبية البحوث والرسائل الجامعية على كيفية تفعيل دور القاضي الإداري في مجال حماية الحريات، باعتبارها أفضل ضمانات دولة القانون، فهو ذو دور محوري وأساسي في فرض احترام قواعد المشروعية ورد الإدارة إلى الحدود المرسومة لها، وحماية الحرية عموماً من التعدي والانتهاك، حيث يعول الفقه الإداري على القاضي الإداري في دورين أساسيين:

أحدهما دوره في الرقابة على السلطة التقديرية للإدارة في ظل تزايد تدخلها، من خلال بحثه عن مدى ملائمة وتناسب الإجراء الإداري مع الظروف والأسباب الباعثة على اتخاذه، ومراقبة مدى تطابق أعمال الإدارة مع الأهداف المسطرة في القانون وهذا ما صار يعرف بـ "مبدأ التناسب والملاءمة" من خلال توسيع قضاء المشروعية إلى قضاء الملائمة.

وثانيهما دور جوهرى معول عليه كثيراً خصوصاً في ظل إعمال نظرية الظروف الاستثنائية على سبيل الدوام ويتمثل في الوقوف بجانب المواطنين من أجل الحد من سلطة الضبط الإداري المبررة بدعوى حفظ النظام العام.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

عامة كفلها ونظمها القانون، تعتبر خطأ أفدح من واقعة إخلالها بحرية أخرى لم يتناولها المشرع بالنص و التنظيم.¹

بل أكثر من ذلك كله، إذا ما تدخل المشرع تحت ستار تنظيم الحرية، وحرّم فئة من التمتع بها، فإنه يكون قد انحرف في استعمال سلطته التشريعية.² كل ذلك في إطار مطابقة غاية التشريع للقاعدة الدستورية العليا، ومدى التزام القاعدة التشريعية لما تقره القاعدة الدستورية من مبادئ و أسس وحب احترامها. وباعتبار الحرية دائما هي الأصل، يجب أن تفسر النصوص التشريعية المقيدة لها لصالحها، كحرية الفرد في اختيار الوسيلة الملائمة، إذا تعددت الوسائل بما يقتضيه مع ذلك صيانة النظام العام، كغاية يبتغيها المشرع.³ لا سيما وأن مدلول النظام العام يتفاوت من حيث حدوده، بتفاوت أهمية الحريات.⁴ كل ذلك مع

مراعاة القيمة الحقيقية لموضوع الحقوق والحريات العامة للإنسان، لم يعد من قبيل الاختصاص الداخلي للدولة بصورة مطلقة، بل أصبح المشرع الوطني مقيدا بالالتزام باحترام المستويات الدولية للحقوق والحريات على العموم. ومن ثم يمكن القول أنه لا وجود لأي سلطة تقديرية للمشرع في مواجهة هذه الحرية سوى الالتزام بذلك التنظيم الدستوري. فلا يتصور مثلا قيام أية سلطة من سلطات حفظ النظام العام في الدولة باقتحام مساكن المواطنين وتفتيشها، من دون ما أوجبه الدستور.⁵

ومن باب أولى يقع على السلطة التشريعية واجب سن قوانينها في هذه الحالة على مقتضى تلك القيود الدستورية، حتى تلتزم بها سلطات حفظ النظام العام.

وعليه وجد المشرع نفسه ملزما بعدم تقييد حريات الإنسان، أو الانتقاص منها، إلا في حدود ضيقة وفق ما تفرضه طبيعة بعض الظروف، خاصة بعد خضوع قواعد حقوق الإنسان والحريات العامة، لرقابة مباشرة من هيئات دولية تعنى بتلك الرقابة. مما ترتب عليه ذبوع مبدأ الحقوق والحريات العامة للفرد، تعدت وتجاوزت النطاق الداخلي لها على مستوى الدولة.⁶

ومن هنا يتوجب على السلطة التشريعية، وهي تسن القواعد القانونية، أن تقرها على مقتضى أحكام الدستور. فإذا تجاوزت حدود المبادئ الدستورية المقررة في الدولة، كان ذلك

¹-نعيم عطية، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

²-وجدي غابريال، مرجع سابق، ص 114 وما يليها.

³-محمود سعد الدين الشريف، أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليه، مجلس الدولة المصري، دار النشر للجامعات المصرية، السنة الثانية، القاهرة 1951، ص 83، 80.

⁴-Charles DEBBASCH : Droit administratif, 3ème éd. Cujas, Paris, 1971, p.232. -« L'ordre public est une notion eminentement variable, il résume L'esprit d'une civilisation et d'une époque et l'ensemble des exigences reconnues comme étant fondamentales pour la protection de la vie sociale ».

⁵-أنظر على سبيل المثال أيضا الفقرة الثالثة من المادة 38 من الدستور الجزائري.

⁶-عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، مرجع سابق، ص 101 .

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

انحرافا منها في أدائها لوظيفتها، واعتبر تشريعها غير دستوري. وما التحديد الحصري من طرف الدستور للمجل التشريعي في مسائل معينة، إلا رسما لحدود توجب على المشرع عدم تجاوزها.

غير أن الجدير بالذكر في هذا الموضوع، هو ذلك التدخل التشريعي بتفاوت مراتب الحرية. فليست كلها على قدم المساواة. فمنها ما ينأى بطبيعته عن التنظيم، لأنها تعبر عن مواقف فردية تعتبر من خصوصيات الفرد، ليس لها بحسب الأصل تأثير اجتماعي. فالقانون على خلاف قواعد الدين والأخلاق، لا يعنى إلا بالروابط الاجتماعية. ومن ثم، لا يمتد سلطانه إلى الفرد بذاته. فأفكاره وتصرفاته التي تخصه، لا تعني إلا ضميره. فتعتبر من خصوصياته التي لا تمتد إليها يد القانون، طالما أنها لا تمس المجتمع في شيء، بالنظر لأن موضوع القانون ينصب على تنظيم الجماعة في حد ذاتها وليس الفرد مباشرة.¹

وبالرجوع إلى نص المادة 122 من الدستور، يستنتج أن سلطة المشرع محددة، سواء بما نص عليه الدستور في نصوص متفرقة تفيد ذلك صراحة أو ضمنا، من جهة أولى. ومن جهة ثانية، وفق ما حدده ضمن نفس المادة. وكان من بين ذلك اختصاصه بتنظيم الحريات العامة. تبقى مسألة أخرى بشأن تدخل المشرع فيما يتعلق بالاختصاص الأخير، وحينها يتمتع المشرع بسلطة تقديرية أحيانا، عندما لا يحدد الدستور طريقة للتدخل، ويكتفي بإسناد مهمة التنظيم للمشرع، تاركا له سلطة التصرف. كتحديد طريقة التنظيم، وما يقتضيه ذلك من مفاضلة بين عديد الطرق، سعيا من المشرع لبلوغ ملاءمة وتوازن بين الصالح العام ومصالح الأفراد.

فسلطة المشرع إذن محددة دستوريا، وهو ما يعتبر تقييدا لسلطة المشرع بمجالات التدخل. من ذلك مثلا عدم تدخل المشرع لتحديد التمثيل الشعبي، كصورة من صور المساس بمصدر السلطات في الدولة. لكن بانعقاد اختصاصه، قد يحوز سلطة تقديرية أحيانا. وهذا معناه سكوت المؤسس الدستوري عن بيان وجه معين لتدخل المشرع لأجل التنظيم، كطريقة حماية الحياة الخاصة للمواطن، وضمان المساواة في تقلد المهام، والوظائف في الدولة. وعموما كل ما ينص عليه الدستور في شكل مبادئ عامة، يستحيل تفصيلها من قبل. وهو ما يستدعي تدخل المشرع لتكريس تلك الإرادة الدستورية. وعندئذ، يكون للمشرع سلطة تقديرية في تفصيل تلك المبادئ. ولكن يظل الأمر مرهون بعدم الحياد عن إرادة المؤسس الدستوري، رغم سلطة المشرع في التقدير.

¹ - ومع ذلك يمكن تقييد حريات لصيقة بالشخص، كحرية التنقل إذ لكل فرد أن ينتقل من مكان إلى آخر داخل بلاده، وتسمح له بأن يغادر تراب وطنه، ويعود إليه متى شاء طبقا لنص المادة 44 من الدستور الجزائري الحالي. ذلك التقييد حتى في الإسلام في أوضح معانيه يتجلى من خلال ما أمر به الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - فيما يروى عنه قوله: " **إذا كان الطاعون ببلد فلا تدخلوه، وإذا كنتم به فلا تخرجوا منه** ". فالدخول إلى بلد فيه الطاعون، إلقاء بالنفس إلى التهلكة، والخروج منه وفيه الطاعون نقل للعدوى، ونشر للوباء وإضرار بالناس، ومن ثم فإن التقييد من حرية التنقل له ما يبرره، حتى إن الخلفاء الراشدين - رضوان الله تعالى عنهم - لهم من الأعمال التي قاموا بها اهتداء بوحى المولى تبارك وتعالى، وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، وأروع مقال لذلك ما أمر به عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - لأحد الشباب بترك المدينة، والرحيل عنها للتجارة لضرورة رآها، تمثلت في انشغال نساء المسلمين عنه لجماله، نظرا لما سمعه - رضي الله تعالى عنه - من إحدى النساء عنه. أنظر في ذلك مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 486، 487.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

على أن الأمر لم يتوقف عند ذلك التحديد الصريح، وإنما تجاوزه إلى تبيان ما يدخل في مجال التنظيم كاختصاص آخر معهود به لسلطة أخرى هي السلطة التنفيذية، وفق ما انتهجه المؤسس الدستوري الجزائري.¹ ومن هنا يقتصر دور البرلمان على التنظيم دون المنع باعتبار أن المنع من اختصاص المؤسس الدستوري نفسه²، هذا من جهة. ومن جهة ثانية فإن الأمر لا يتوقف عند مجرد التأكد من اختصاص تلك السلطة، أو عدم اختصاصها، بل يتعداه إلى إيجاد نوع من الضوابط الموضوعية لسلطة البرلمان، خاصة وأن الأمر يتعلق بحرية الفرد وما لها من تقديس ومكانة تجعلها تحظى بنوع خاص من الاهتمام، كمنح وإناطة الاختصاص بالسلطة التشريعية في صورة وجه من أوجه هذا الاهتمام. فالأكثر من ذلك، التزام البرلمان حدودا موضوعية، جاء النص الدستوري على الإشارة إليها ضمنا. وهذا معناه أن سلطة المشرع حتى ولو كان برلمانا منتخبا، مقيدة باعتبار القانون مستمد من ضمير الجماعة.³

الفرع الثالث: إعمال مبدأ إثارة الحرية

إن النصوص القانونية تصاغ وفقا لمبدأ إثارة الحرية بأن لا يوضع لتنظيمها وضبط ممارستها، إلا بقدر من الضرورة لذلك من أحكام وتدابير عامة. ومن ثم، فلا يوضع من القيود والحواسز إلا ما هو ضروري للتوفيق بين المصالح الخاصة الفردية، والنظام العام.⁴ فضمان الحق والمصلحة العامة المتوخاة من استمرار المرفق العام، يتطلب نوعا من التناسب بين المساس بالحق في الإضراب، وبين حماية اعتبارات المصلحة العامة.⁵ وهذا يعني بالدرجة الأولى تقييد السلطة - وبخاصة السلطة التشريعية - إزاء تنظيم الحريات العامة وفق المبادئ التي أسست فيما بعد لدولة القانون.

والواقع أن تصور التعارض بينهما يبقى أمرا محتوما طالما اعتبرت حقوق الفرد وحرياته غاية الحكم، واعتبرت السلطة الوسيلة الشرعية الوحيدة للحكم. فمن المؤكد أن يقع التصادم بين الغاية الفردية، والوسيلة

¹ - من ذلك المادة 122 و 123 من الدستور الجزائري.

² - من ذلك ما نصت عليه فقرات المادة 42 من الدستور بداية من الفقرة الثانية بعدم إمكانية التذرع بحق إنشاء الأحزاب كحرية من بين عديد حريات التجمع لضرب الحريات الأساسية، والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة. يلي ذلك حظر دستوري صريح لحرية إنشاء الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي... أولا، وحظر كل شكل من أشكالها التابع للمصالح الأجنبية ثانيا، وعدم التجاء أي حزب إلى وهو استعمال العنف أو الإكراه... كما يمكن أن يضاف إلى ذلك ما نصت عليه المادة 57/2. من، كوجه آخر للحظر الدستوري الصريح، ما يعد جزما على أن الحظر المطلق للحرية من قبل المشرع غير جائز على الإطلاق.

³ - عاطف البناء، الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، 2006-2007، ص 113.

⁴ - عبد الرحمن عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ص 101، 102.

⁵ - أنظر في ذلك أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، 2000، ص 93.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

الجماعية. ومع ظهور الفكر الديمقراطي، تم ترجيح الحرية إذا ما تعارضت مع السلطة، و يظهر ذلك في صورتين¹:

1- إضفاء معاني الحرية على السلطة وذلك بإخضاع السلطة للقانون، وإقامتها على أساس من الرضا والاختيار. فالسند الشرعي الوحيد لقيام سلطة الحكم، هي إرادة المحكومين أنفسهم وحقهم في تحديد نظام الحكم الذي يخضعون له، وإلا فالسلطة ستصبح فاقدة للشرعية، ومجرد قوة مادية. ويترتب على هذا نتيجتين على قدر كبير من الأهمية:

أولهما: أن السلطة ليست قوة مادية، وإنما هي ضرورة اجتماعية. وتكون مشروعة بقدر استمدادها من رضا الشعب، وبقدر ممارستها بصورة مقيدة غير مطلقة.

ثانيهما: أن للسلطة كيانا شرعيا، بحيث تخضع دائما لحكم القانون ولضوابطه، وهو معنى ملازم لها في كل وقت حتى في الظروف الاستثنائية.

2- التفاوت في تقييم كل من السلطة والحرية. فإذا اعتبرت الحرية ذات قيمة مطلقة، اعتبرت السلطة ذات قيمة نسبية. وقد ترتب على ذلك إثارة الحرية عند التعارض بينها وبين السلطة الشعبية.

وبهذا تبقى السيادة ملكا للشعب، وما الحاكم سوى نائب ووكيل يتصرف باسم الشعب في تسيير الدولة وسياسة الرعية. وعليه أن يلتزم بحدود نظرية الوكالة، أو مبدأ الديمقراطية النيابية في إطار أحكام الدستور.

وعلى أساس ذلك، ذهب بعض الفقه² إلى وجوب توافر شروط معينة في التشريع المنظم للحرية، طالما كان لهذا الأخير دورا مكملا للنصوص الدستورية، وأهم هذه الشروط هي:

1- أن يقوم التشريع على أسس من دعم الحرية.³

2- أن يكون مقرا لضمانات الحرية من الاعتداء عليها.

فإذا جاز أحيانا تقييد الحريات أو الانتقاص منها لموازنة ضرورية بين مقتضيات حفظ النظام العام وممارسة الحريات، فإنه يجب أن يكون هذا التقييد في إطار الحدود التي حددها الدستور حتى يظل مطابقا له. كما يجب أن يقوم النص القانوني المنظم للحرية على أسباب وأسس من دعم الحرية، لا الحد منها أو القضاء عليها، مما يجعل هذا التنظيم بمثابة الكافل لممارستها. ومنه فإن تنظيم أي نشاط وفق هذا الرأي، يعني ترتيب أوضاعه ورسم، أو وضع السبل واجبة الإتياع في ممارسته، الأمر الذي يجعل هذه الممارسة تتم في إطار مضبوط، تتحقق فيه الغاية المنشودة من هذا التنظيم.

¹ -نعيم عطية، مرجع سابق، 69.

² -حيثي لزرقي، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 110؛ منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطة الضبط الإداري، عين شمس 1981، ص 282، 283؛ محمد عصفور، مرجع سابق، ص 80.

³ -وهو ما يعني أن القانون أساس الحرية، ينظر في هذا المعنى: Arlette HEYMANN-Doat, op.cit, p 17.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

وهذا ما يستدعي ضرورة إيجاد نوع من التعايش بين الحريات العامة فيما بينها أولاً، ثم بينها وبين الصالح العام ثانياً.¹

وفي هذا الصدد يقرر بعض الفقه² بشأن اعتراضه على سلطة المشرع التقديرية بخصوص تنظيم الحريات العامة، أن سلطة المشرع في هذا المجال هي سلطة مقيدة. وعليه فإن التسليم بسلطة تقديرية في مجال تنظيم الحريات، هو أمر يهدم فكرة ضمانات الحرية من أساسها.

فالحرريات حسب هذا الرأي، قيود ترد على سلطة المشرع، لا يستطيع أن يتحلل منها. وسماح المؤسس الدستوري للمشرع "استثناء" بأن يقيد الحريات، لا يمكن أن يعني التسليم له بسلطة تقديرية في هذا التقييد، وإلا كان معنى ذلك أن الدستور يجرد المشرع تماماً من أية ضوابط وهو بصدد تنظيم حرية من الحريات. وذلك ما يعني إلغاء باب ضمانات الحريات إلغاء تاماً ليقى التصور الوحيد، والذي يتفق مع الفلسفة الديمقراطية، هو اعتبار سلطة المشرع في تقييد الحريات سلطة مقيدة من عدة وجوه أهمها:

1- أن الحريات هي أكثر من أن تكون مادة دستورية ينظر إليها على أنها أمور مفروضة على المؤسس الدستوري نفسه. غير أن الضرورات العملية لم تسمح للمؤسس الدستوري القيام بمهمة تنظيم الحريات بنفسه، فعهد بذلك وعلى سبيل الاستثناء للمشرع العادي.

2- أن الحريات وإن لم ترد في النصوص الدستورية بصيغة واضحة ومحددة، إلا أنها معاني تصف تلك الأوضاع والتي يمكن معرفة ما يناقضها.³

وعليه، فإن تلك السلطة التقديرية التي يتمتع بها المشرع تقوم على تنظيم الإجراءات الكافلة لممارسة الحرية والميسرة للتمتع بها. وبالموازاة مع ذلك، وضع الإجراءات الحمائية التي تحول دون الفوضى والتغول على حريات الآخرين. هذا فضلاً على أن هذه السلطة التقديرية مقيدة بقيود تستفاد من طبيعة النظام السياسي، والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الديمقراطي. والتي مفادها أنه مادام الدستور قد أقر حرية من الحريات، فلا يستطيع المشرع أن يصادرهما، أو يهدرها. كما لا يجوز الاحتجاج بالتنظيم كسلطة مخولة للمشرع للتوصل إلى أنها تدار الحرية، لاسيما وأن التمتع بالحرية يجب أن يكون مكفولاً للجميع. ومن ثم لا يجوز قصر التمتع بها على فئة دون أخرى، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن تحديد الاتجاه العام الذي يتعين على المشرع اتباعه يختلف ويتفاوت، إذ يكفي أحياناً بذكر نوع الحرية وأنها مضمونة دستورياً، وتتمارس في إطار القانون، فيتعين عليه تنظيمها. ومن ذلك ما قضت به المادة 37 من الدستور الجزائري بالنسبة لحرية التجارة والصناعة،

¹ مما يجعل ذلك نابعا بالدرجة الأولى عن مبدأ المساواة طبقاً للمادة 29 من الدستور الجزائري بعنوان الفصل الرابع (الحقوق والحريات) من الباب الأول المتعلق بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري: "كل المواطنين سواسية أمام القانون..."

² محمد عصفور، مرجع سابق، ص 80 وما يليها.

³ حبشي لزرقي، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 112.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

فهي مضمونة دستوريا، ولكن أمر ضبطها، واختيار أسلوب تنظيم ممارستها، متروكا بأكمله للسلطة التقديرية للمشرع الذي ينوع في طبيعة الأحكام التي تتضمنها القوانين التي يسنها.

ومن ذلك أيضا ما قضت به المادة 44 من الدستور بالنسبة لحرية التنقل بأن خروج المواطنين ودخولهم من وإلى التراب الوطني مضمون لهم دستوريا، ثم قانونيا بالتبعية لذلك. إذ لا يمكن للأشخاص عبور الحدود الدولية دون إتباع الإجراءات القانونية المنظمة لذلك، كحيازة وثائق الهوية، وتأشيرة الدخول إلى إقليم الدولة الأجنبية¹. ...على أن سلطة المشرع في معرض التأكيد عليها بصريح نصوص الدستور ما بلغته تلك السلطة من وصفها بالسيدة، خصوصا فيما تسنه من نصوص، والتي تتعلق بالحريات العامة، خاصة تلك التي لا تنأى بطبيعتها عن التنظيم التشريعي لها، دون أن يتسع ذلك التنظيم، بحيث يتحول إلى تقييد للحرية كانتقاص منه. و**خلاصة ما سبق** أن تنظيم الحرية من **جهة أولى** ينحصر فيما هو ضار بالمجتمع. ومن ثم يقوم المشرع بدرئه، لأن ما يحظره المشرع من أنشطة، وجب أن ينطوي على إضرار بالمجتمع. وبالتالي تكون مهمته هي حظر كل نشاط يمثل في ممارسته إحداث شيء من الضرر بالمجتمع. وهنا تبدو مهمته مهمة تنظيمية، لأنها لا تحظر من وجوه ممارسة الحريات إلا ما هو ضار بالمجتمع.

وهكذا يمكن للمشرع أن يتدخل في مجال تنظيم الحريات. غير أن سلطته التقديرية في هذا المجال، تظل محدودة بذلك الضرر المتوقع حدوثه بالمجتمع، فيقوم التشريع بحظره. مع أنه ليس من اليسير في هذا الصدد تحديد ووضع معيار الإضرار بالمجتمع، ذلك أن المشرع يملك دوما الإدعاء باختصاصه في تحديد ماهية النشاط الضار بالمجتمع، خاصة وأن الأمر يتعلق بسلطة تقديرية يملكها في هذا المجال². وطالما أن للتشريع دورا مكملا للنصوص الدستورية المقررة والمنظمة للحريات، وجب أن يكون للتشريع الضابط للحرية من **جهة ثانية**، شروطا معينة حتى يحقق التشريع الغاية منه بقيامه على دعم الحرية، وكفالتها إلى أقصى حد ممكن. وأن يكون مقررا لضماناتها في مواجهة التعسف بها، كضمان ملاءمة الجزاءات وتناسبها، كموازنة ضرورية بين مقتضيات المصلحة العامة، وبين اعتبارات الحرية. فيكون التشريع بذلك بيانا لسبل تحقيق ممارسة الحريات على أكمل صورة³.

المطلب الثالث: صور لتنظيم الحريات العامة في الجزائر

قياس وإسقاط وضع الحريات العامة والحديث عن وضعها في الجزائر، سيتم من خلال تتبع النظام القانوني لها. حيث نص دستور 1996 على الحقوق والحريات العامة ضمن الفصل الرابع من الباب الأول ضمن 32 مادة. وقد أكد المؤسس الدستوري على حمايتها ضمن الفصل الثاني في المادة الثامنة. حيث حول البرلمان سلطة

¹- عبد الرحمن عزراوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، مرجع سابق، ص 61.

²- وجدي غابريال، مرجع سابق، ص 138.

³- منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، مرجع سابق، ص 382.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

تنظيمها من بعد، ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني في المادة 122. بل واعتبر البعض منها من المبادئ التي لا يجوز لأي تعديل دستوري المساس بها. 1

لكقراءة لبعض القوانين المنظمة للحريات العامة في الجزائر الحديث فيما يتعلق بتنظيم البعض منها في ظل الإصلاحات السياسية وفق بعض التشريعات المنظمة لذلك، وبغية الوصول إلى ما يعتبر تنظيمها منها للحريات العامة. و في إطار تحليل تلك التشريعات، نتطرق على سبيل المثال لنوعين من الحريات المشمولة بالتنظيم، حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات والاجتماع والقصد من ذلك حرية الاجتماع في (الفرع الأول) و حرية أخرى في نفس إطار تنظيم حريات الرأي والتعبير، وهي حرية إنشاء الأحزاب السياسية في (الفرع ثاني).

الفرع الأول: حرية الاجتماع

نصت المادة 41 من دستور 96 على أن "حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة للمواطن"، كنص دستوري صريح على ضمان هذه الحريات على التوالي للمواطن الجزائري. بل والأكثر من ذلك، لم ينص صراحة على تنظيم إحداها بالقانون² والقصد من ذلك حرية الاجتماع كتجمع مؤقت يضم عددا غير محدود من الأشخاص وينعقد في مكان أو محل له صفة العمومية، بقصد عرض الأفكار، وتبادل الآراء، والتشاور من أجل الدفاع عن المصالح المشتركة.³ على عكس ما فعله مع الحريات الأخرى الواردة في نفس المادة، على الرغم من الارتباط ببعضها البعض.⁴

غير أن ذلك لم يمنع من صدور قوانين منظمة لها في الجزائر وفق ما تقتضيه روح الدستور. فالمشرع يجوز على نصيب من السلطة التقديرية في إصدار تشريع يتماشى وضمن حرية الاجتماع للمواطن الجزائري. وكان بالدستور أحال على المشرع ضمنا بتلك المهمة، وهو ما تجسد من خلال التشريعات المتعلقة بها.⁵ ولعل ما يؤكد تلك الإحالة الضمنية من طرف الدستور للمشرع بمسألة تنظيم ممارسة حرية الاجتماع، هو أن الدستور

¹ - المواد 176 و 178 من دستور 1996.

² - لم ينص المؤسس الدستوري الجزائري صراحة على تنظيم حرية الاجتماعات العامة للمواطنين، طبقا لنص المادة 41 من الدستور. إلا أن مسألة تنظيمها بقانون، لا يمكن على الإطلاق الاستغناء عنها، بالنظر لعلاقة النظام العام في الدولة، بممارسة هذه الحرية، كوسيلة تستعملها الأحزاب والجمعيات.

³ - حسن الجندي، الجندي في جرائم الاجتماعات العامة والمظاهرات والتجمهر في القانون المصري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 13.

⁴ - تأكيداً للصلة بين حرية الرأي، التعبير، وحرية الاجتماع في أن الأولى تعتبر بمثابة الحرية الأصل التي تنفرع عنها الكثير من الحريات الفكرية، وتعد المدخل الحقيقي لممارستها ممارسة جدية كحرية الاجتماع للتشاور وتبادل الآراء. ينظر في ذلك علي عوض حسن، أحكام المحكمة الدستورية العليا في الحريات، الحراسة والملكية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1999؛ أنظر كذلك عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية وضماناتها الدستورية والقانونية في الأنظمة المقارنة رسالة دكتوراه، جامعة أسبوط (دون ذكر سنة المناقشة)، ص 591 ص 65 ..

⁵ - القانون 28/89 الصادر بتاريخ 1989/12/31 المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية، المعدل والمتمم .

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

كان مقصوده بنص المادة ضمان حرية الاجتماع الخاص¹ للمواطن، والتي تعتبر في منأى عن التنظيم التشريعي لها لتعلقها بحرمة الحياة الخاصة للفرد. في حين أحال، ولو ضمناً، على القانون بمهمة تنظيم الاجتماعات العامة للمواطنين، والتي يستحيل ممارستها دون تدخل تشريعي.

فكانت بداية ذلك التنظيم بضرورة تشكيل مكتب الاجتماع -رئيس ومساعدين - وتصريح مسبق موقع من قبل أعضاء المكتب، يقدم إلى السلطة المختصة حسب مكان الاجتماع.² فلم يخرج إذن عن وصفه، كتيبان للكيفية التي تمارس بها حرية الاجتماع، خصوصاً وأن القانون ترك الحرية للمجتمعين، في طلب حضور موظف عن الإدارة التي أعلمت، أو عدم طلب ذلك.³ وحينها يمكن القول، أن القانون بذلك التخيير اعتبر المجتمعين كمسؤولين عما يدور أثناء الاجتماع، بضوابط وحدود، يجب عليهم مراعاتها. كمنع الاجتماعات في الطرق العمومية وأماكن العبادة، والمباني العمومية غير المخصصة لعقد الاجتماعات. فهي إذن أمور استدعتها ضرورة التدخل التشريعي، للحفاظ على النظام العام بالدرجة الأولى. إلا أن التجاوز السطحي الظاهري لنصوص القوانين المنظمة لحرية الاجتماع، والتمعن في فحواها ومضمونها، قد يثبت عكس التنظيم التشريعي لها. وحجة ذلك أن القانون المنظم للاجتماعات العمومية، قد وسع من قائمة البيانات الواجب ذكرها في وثيقة التصريح المسبق. فبالإضافة إلى هدف الاجتماع ومكانه وتاريخه وساعته استوجب ذكر مدته وعدد الأشخاص المقرر حضورهم.

ففي الوقت الذي كان ينتظر وضع أقصى تسهيل للمنظمين، خاصة وأن المؤسس الدستوري تبني التعددية، وبالنتيجة حماية الحريات العامة، ورفع الحناق على حرية الرأي بصفة عامة، إلا أن تعدد الشروط من جهة، وعدم دقتها، وغموضها من جهة أخرى، يفسح المجال واسعاً للإدارة لتبرير رفض التصريح.

مثلاً بخصوص منع التجمع في أماكن العبادة، كما جاء في نص المادة 08 من قانون الاجتماعات سابق الذكر، فإن المقصود منها لم يكن منع الأفراد من الدخول إلى أماكن العبادة من مساجد ومصليات. لأنه ومن البديهي أنها وضعت لذلك الغرض⁴، بل انطوى ذلك المنع على الخطب الخارجة عن الغاية من المسجد، لاسيما السياسية منها، بالنظر إلى الأزمة الأمنية التي كانت تعيشها البلاد آنذاك. فلقد كانت المساجد والمصليات، المكان الأنسب لعقد الاجتماعات المناهضة والمعارضة للسلطة. وخير دليل على ذلك، أن حكومة

¹- يعرف الأستاذ سعد عصفور الاجتماعات الخاصة "على أنها تلك الاجتماعات التي لا يتسنى لغير المدعوين بالذات حضورها"، بينما يعرفها الأستاذ حسن الجندي: "بأنها تجمع من أشخاص محدودي العدد ومعروفين بقصد مناقشة موضوع خاص يهم المجتمعين مباشرة" أنظر كل من سعد عصفور، حرية الاجتماع، مرجع سابق، ص 234.

²- المادة 04 والمادة 10 من القانون رقم 28/89 والمتعلق بالاجتماعات العمومية والمظاهرات المعدل والمتمم.

³- المادة 11 من القانون رقم 89.

⁴- حول هذه النقطة نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 81/91 المؤرخ في 03/231991 والمتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتحديد وظيفته: «على أن المسجد بيت الله، يجتمع فيه المسلمون لأداء صلاتهم وتلاوة القرآن الكريم والاستماع إلى ما ينفعه في أمور دينهم ودنياهم». ج.ج.ج، العدد 16 الصادرة بتاريخ 10 أفريل 1991.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

السيد سيد أحمد غزالي، والتي أعقبت حكومة مولود حمروش في جوان 1991، جاءت مصممة على وضع حد للتجمعات داخل المساجد، تهدف تقليص دور الجماعات الإسلامية التي كانت تعمل وتتحرك بحرية في ظل الحكومة السابقة، ورغبة أيضا من بعض التوجهات السياسية الأخرى التي فقدت شيئا من مكانتها السياسية أمام أحزاب أخرى، وكسبها للرأي العام الشعبي.¹

الفرع الثاني: حرية إنشاء الأحزاب السياسية

في نفس إطار حريات الرأي والتعبير، نصت المادة 42 من الدستور على حرية إنشاء الأحزاب السياسية. ² غير أنه ورغم ارتباط هذه الأخيرة بسابقتها، إذ تتأكد العلاقة الوثيقة بين الحريتين، باعتبار حرية الاجتماع كضرورة لا غنى عنها لممارسة النشاط الحزبي، بواسطة مناقشة الخطط، والبرامج، تحقيقا للديمقراطية ³، إلا أن النص الدستوري على حرية إنشاء الأحزاب السياسية جاء أكثر تحديدا ودقة من النص السابق. بل وتولى بصريح النص رسم المبادئ والخطوط العامة التي لا يجوز تجاوزها. وكأنه تنظيم دستوري خرج عن المؤلف، على أساس أن الدستور عادة وغالبا ما يقف عن حد تقرير ووضع المبادئ العامة، على أن يتولى القانون بعده تفصيل ما وضعه وأقره.

والأكثر من ذلك، فإن الدستور لم يكتف لوحدته بتنظيم حرية إنشاء الأحزاب السياسية، إذ عهد إضافة إلى ذلك للقانون بجانب من التنظيم، بحكم أنه يتعسر، إن لم نقل يستحيل عليه تفصيل كل شيء فيما يخص مسألة الحريات العامة. وتتوصل بعدها إلى نتيجة، يستفاد منها أن حرية إنشاء الأحزاب السياسية، خضعت لتنظيم تدريجي انطلاقا من تدخل المؤسس الدستوري بنفسه للقيام على هذه المهمة، على حد ما ورد في نص المادة 42 من الدستور، وصولا إلى تدخل تشريعي يقف على ما لم يتناوله الدستور. لتخضع بذلك، لاهتمام خاص ومتميز من قبل النظام القانوني للدولة ككل.⁴

¹- أنظر في ذلك، حسين بورادة، الإصلاحات السياسية في الجزائر، مذكرة ماجستير، معهد العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1993، ص 164، 170.

²- أنظر نص المادة 42 من دستور 1996

والمقصود بالحزب تلك الجماعة المتحدة من الأفراد تعمل بمختلف الوسائل الديمقراطية للفوز بالحكم، بقصد تنفيذ برنامج سياسي معين متفق عليه بين أعضائه، إذ تظهر الأحزاب السياسية للتأثير أو التحكم في المؤسسات السياسية، أنظر في ذلك أحمد بدر، الرأي العام طبيعته وتكوينه وقياسه ودوره في السياسة العامة، دار قباء للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، بدون تاريخ النشر؛ سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي النظام الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص 543.

³- أنظر في هذا الخصوص محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيادا على الحريات العامة، مرجع سابق، ص 175 وما بعدها؛ بوكرا إدريس، نظام اعتماد الأحزاب السياسية طبقا للأمر 09/97 المتضمن القانون العضوي للأحزاب السياسية بين الحرية والتقييد، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 02، سنة 1998، ص 48.

⁴- حبيشي لزرقي، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 139.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

انطلاقاً من ذلك، يجدر بنا التساؤل عما إذا كانت حرية إنشاء الأحزاب السياسية في الجزائر منظمة فقط بالقانون كبيان لكيفية ممارستها؟ أم أن الأمر يتجاوز ذلك، فتتسع سلطة التنظيم مما يجعلها تتحول إلى فرض للقيود، وفي أحسن الأحوال بعض هذه القيود عليها؟ الأمر بداية يكون بتصريح تأسيسي مشمولاً بملف²، يودع لدى وزارة الداخلية. ليتولى الوزير التأكد من مطابقة التصريح بتأسيس الحزب السياسي، خلال 60 الموالية لتاريخ إيداع الملف المنصوص عليه في المادة 19 من القانون سابق الذكر.

ومنه فإنه - من المفروض - أن مجرد وجود هذا الوصل، يسمح للحزب بممارسة نشاطه - في حدود - فالحزب موجود كحقيقة وكنشاط، بل وتؤكد هذه الحرية أكثر، حتى في الحالة التي ترى فيها الإدارة المختصة أن شروط التأسيس غير متوفرة، وتصدر قراراً برفض التصريح بالتأسيس. إذ أنه حتى في هذه الحالة، فإن القانون يشترط أن يكون قرار وزير الداخلية معللاً ليخضع لرقابة مجلس الدولة.³

وعليه فإن الملاحظ على القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، أنه جاء وفق نصوص مواده مؤطراً تأسيراً صارماً لحرية إنشاء الأحزاب السياسية، له من ذلك الوصف، ما يجعل حرية إنشاء الأحزاب السياسية تخضع لتنظيم محكم يمكن أن يتخذ صيغة التقييد التشريعي لهذه الحرية على أساس اعتبارات معينة.⁴

المبحث الثاني: التقييد القانوني للحريات العامة

بناء على تمتع المشرع بسلطة تقديرية في التشريع عموماً، والذي تسحب آثاره إلى القواعد المنظمة للحريات العامة على وجه التحديد، فإن تساؤل الذي يطرح يتعلق بفرضية مواجهة الحريات العامة وهي تمارس، لتضييق وتقييد من جانب المشرع، جراً ما يتمتع به من سلطة تقديرية. بمعنى آخر، ما هو نطاق السلطة التقديرية للمشرع؟ أو بتعبير أدق، هل يمكن أن تمتد تلك السلطة إلى تقييد حريات المواطن؟ إن ما يدفع إلى هذه التساؤلات، هو افتراض حماية المشرع ذاته للحريات العامة تكريساً لنصوص الدستور، والذي

¹-تنص المادة 16 من القانون العضوي رقم 04/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالأحزاب السياسية على أن: "يخضع تأسيس حزب سياسي إلى الكيفيات الآتية:

-تصريح بتأسيس الحزب السياسي في شكل ملف، يودعه المؤسسون لدى الوزير المكلف بالداخلية.

-تسليم قرار إداري يرخص بعقد المؤتمر التأسيسي، في حال مطابقة التصريح.

-تسليم اعتماد الحزب السياسي، بعد التأكد من استيفاء شروط المطابقة لأحكام هذا القانون."

²-المادة 19 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية.

³-نصت المادة 4/21 من القانون سابق الذكر في فقرتها الأخيرة، على خضوع قرار وزير الداخلية القاضي برفض الترخيص بعقد المؤتمر التأسيسي، لرقابة مجلس الدولة. في حين أن النص القديم، يشير إلى خضوع قرار وزير الداخلية، لرقابة الجهة القضائية المختصة المتمثلة في المحكمة الإدارية للجزائر العاصمة. ثم للاستئناف أمام مجلس الدولة، وفق كل من مقتضيات المادة 17 من الأمر 09/97 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية السابق، وكذا القواعد العامة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهذا معناه، خضوعه للرقابة القضائية على درجتين.

⁴- لتفاصيل هذه الاعتبارات أنظر، حبيشي لزرق، أثر التشريع على الحريات العامة وضمائنها، مرجع سابق، ص 143.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

يحتمل أن يميل إلى التقييد والتضييق على الحقوق والحريات. فأساس ذلك هو عدم إنكار حق الدولة في فرض القانون على المجتمع، وإلزام الأفراد باحترامه بوسائل وأساليب عدة من خلال سلطاتها المختلفة، على الخصوص منها السلطة التشريعية، حين يقع اعتداء من الحريات العامة على تنظيم المجتمع، كغاية مقابلة من وجود فكرة الدولة أساساً، لها سلطة ما يعرف بحق التجريم والعقاب¹.

فممارسة الدولة لحقها هذا، هو بطبيعته قيد على الحريات العامة، بهدف الوصول إلى ضرورة حماية المجتمع كمصلحة عامة، من خلال القوانين العقابية في هذا المجال، وبالتبعية لها القوانين الإجرائية، والتي هي من قبيل ما يعرف بالاختصاص التشريعي للقانون بمفهومه الضيق مثلها مثل موضوع الحريات العامة. على أن الأمر لا يتجاوز في كل الحالات ما هو متعارف عليه من حدود دستورية قائمة على سمو الدستور، لاسيما وأن المسألة تتعلق بالحريات العامة والتي تقتضي درجات بالغة من الحماية (مطلب أول). غير أن استمرار التقييد القانوني للحريات العامة، يبدو من وجهة أخرى من خلال ما يوضع، ويسن من تشريعات استثنائية في مواجهة ظروف غير عادية، لها من تلك الطبيعة الاستثنائية، والتي تجعل الحريات العامة في غير منأى عن التقييد. وإن كان ذلك مرة أخرى، محكوماً بنصوص الدستور (المطلب الثاني).

المطلب الأول: علاقة الحريات العامة بالقوانين الجزائية

يتفرع على اعتبار القانون وحده هو المنظم للحريات العامة، مبدأ مفاده أن القانون هو الذي ينظم قواعد التجريم والجزاء²، وفق إجراءات قانونية محكومة بنصوص الدستور. وهذا ما عبر عليه المؤسس الدستوري الجزائري صراحة إذ: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"³. ووفقاً لمبدأ قانونية الجريمة والعقاب، فإن المشرع لوحده هو الذي يحتكر سلطتي التجريم والعقاب في المجتمع. بمعنى آخر، أن مصدر قانون العقوبات هو التشريع حصراً. وإلى هذا التشريع يرجع فقط لبيان ما إذا كان فعل ما، أو امتناع عن فعل ما، يخضع للتجريم أم لا ومن ثم تحديد الجزاء المترتب على ذلك الفعل إذا تبين أنه يشكل بالفعل جريمة.

على أنه ينبغي أن تكون نصوص التجريم دقيقة وواضحة وغير قابلة للتأويل، لأن الغموض في قواعد التجريم والعقاب قد يكون سبباً في تجريد هذا المبدأ من قيمته الدستورية، وسبباً للتعسف في الأحكام. وعليه لا يجوز إضفاء التجريم على أي ممارسة للحريات العامة في الحدود التي كان قد قررها القانون.

لكن وعلى الرغم من ذلك، فإن الحديث عن التقييد للحريات العامة في هذا الموضوع، يرجع بالأساس إلى طبيعة قانون العقوبات في حد ذاته، إذ يهتم بمعالجة كل النواحي الأساسية التي يلزم مراعاتها لحسن سير الحياة

¹ - المرجع السابق، ص 115.

² - ذلك ما تنص عليه المادة 122 من دستور 1996 في المجال السابع للبرلمان ضمن المجالات المحددة على سبيل الحصر... "قواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، لاسيما الجنايات والجنح، والعقوبات المختلفة المطابقة لها...."

³ - المادة 46 من دستور 1996.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

الاجتماعية، هذا من جهة .ومن جهة أخرى، تظهر خصوصيته تلك في أسلوبه في تقرير الحماية للمجتمع عن طريق التجريم الذي يظهر في صورة عقوبات¹ يتعرض لها من يرتكب الأفعال المخالفة للقانون، عن طريق ما يعرف بالإجراءات الجزائية.

فالتجريم والعقاب لا يتجلى من الناحية الفعلية، إلا من خلال تلك الإجراءات ذاتها²، منظمة هي الأخرى بقانون ومن ثم يجدر التساؤل ما إذا كانت ممارسة حرية من الحريات العامة هي من قبيل تلك الأفعال التي يمكن أن تجرم، وكأنها مخالفة للقانون، رغم أنها هي الأخرى منظمة بنفس الأداة، بل وأحياناً من قبل المؤسس الدستوري نفسه؟ الأمر الذي يدعو إلى استقراء نصوص قانون العقوبات في حد ذاته، وما إذا كان ينطوي على تقييد للحريات العامة؟ خاصة وأن صور هذا التقييد تختلف. فمنها ما يظهر مباشرة بمجرد النظر إلى وضع حرية من الحريات العامة، إزاء النص الوارد في قانون العقوبات، أو القانون الإجرائي المكمل له³. ومنها ما يستنتج من خلال فرضيات معينة، أو بمقارنة بعض النصوص القانونية المنظمة لبعض الحريات العامة، وما ورد من أحكام مختلفة ضمن قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية على حد سواء. وبناء على ما سبق، فإن الاستنتاج المراد التوصل إليه يفرض المرور عبر التعرض لمبادئ معينة أقرها الدستور، كتلك المتعارف عليها في فقه القانون الجنائي بقرينة البراءة.

وعليه، يكون لهذا المبدأ في القوانين العقابية محلاً في إبراز أثر القوانين الجزائية على الحريات العامة باعتباره أصلاً لا بد من الانطلاق منه في وصف كل جرم؟ وما يمكن أن يتفرع عنه من نتائج، تعتبر هي الأخرى من الأصول المرعية في كل محاكمة؟ ليستنتج بعد ذلك ما يمكن اعتباره تقييداً للحريات العامة في ظل مدى تطبيق ذلك المبدأ.

ومن هنا يجدر التنويه بأهم الملاحظات، ألا وهي مساس حريات الفرد بداهة نتيجة اقتضاء حق الدولة في العقاب، سواء بإضفاء صفة الجريمة على الفعل من خلال قانون العقوبات، أو بالمتابعة الجزائية بعد التجريم طبقاً لقانون الإجراءات الجزائية. وهذا معناه كل ما يرد على حرية الفرد من تقييد، سواء قبل الحكم بإدانتته تمهيداً لذلك، أو بعد الحكم عليه باعتباره متهماً، وعبر مختلف مراحل الدعوى (الفرع الأول) ثم التطرق لمبدأ قرينة البراءة والنتائج المترتبة عليه، حتى يتسنى الوقوف على ما يخالفه. فيعد بمثابة صورة أخرى للتقييد، والذي يمكن أن يرد على الحريات العامة (الفرع الثاني).

¹ -على أن تكون العقوبات على اختلافها خاضعة لمبدأ الشرعية مما يعني استنادها كما سبق على نص قانوني مقرر لها مسبقاً، وهو ما يستفاد من نص المادة 142 من الدستور. ومفاد هذا المبدأ أن أي فعل لا يمكن اعتباره جريمة تترتب عليه عقوبة إلا إذا نص القانون على اعتباره جريمة معاقباً عليها. وبخلاف ذلك، فإن كل فعل لم تحدد أركانه بوضوح في نص وتوضع له عقوبة مقرر، لا يمكن أن يعاقب فاعله، لأن الأصل في الأشياء الإباحة، وكل فعل لم يجرم صراحة بنص، لا يجوز المعاقبة عليه ولو خرج على القواعد الأخلاقية وقيم المجتمع، وتلك هي دولة القانون.

² -أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 379، 374.

³ - حبيشي لزرق، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 116.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

الفرع الأول: مبدأ حق الدولة في العقاب تقييد للحرية

تقتضي مصلحة الهيئة الاجتماعية توقيع السلطة المختصة الجزاء على مرتكب الفعل المجرم فيما يعرف بالعقوبة كالم يصيب الجاني، جزاء له عن مخالفة أمر القانون أو نهيه. وعلى ذلك النحو... تكون تلك العقوبة كجزاء جنائي سلبا لحرية الفرد المحكوم عليه، من حق التنقل والتجول¹ وهو نتيجة منطقية لمبدأ لا عقوبة دون حكم بالإدانة، وبعد إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا وهو ما يعني أنها تتم بعيدا عن إرادة المحكوم عليه بقوة جبرية تقتضي ذلك بعد الحكم بالإدانة .

ومن ثم لا تستحق العقوبة إلا عن جريمة نص عليها القانون . حيث واقع الأمر يفرض البحث في أساس مشروعية حق العقاب من الناحية الموضوعية . فالقاضي الجزائي لا سلطة تقديرية له في التجريم، بل إنه خاضع لمبدأ شرعية المخالفات والعقوبات، مما يقتضي إعلام الشخص قبل ارتكاب الفعل المجرم بما ينتظره من جزاء . وحينها تكون ممارسة الحريات هي الأصل، وبعدها يفتح المجال للمتابعات القضائية إذا كانت تلك الممارسة بخلاف مقتضيات الصالح العام.

فالتشريع الجنائي لا يمكن تبرير أحكامه في مجموعها إلا من خلال مبدئين: أولهما مبدأ سياسي يستهدف مصلحة المجتمع، والثاني مبدأ أخلاقي يستهدف تطهير المجرم من إثمه إرضاء للعدالة الاجتماعية.²

ورغم كل ذلك التقييد للحريات الأفراد، إلا أن مبرر ذلك يكمن في بديهية ما يحتاجه أي مجتمع من تنظيم لمختلف العلاقات، على تعددها واختلافها داخله . وحقيقة التنظيم تلك تظهر واضحة من خلال معالجة القانون للعقوبة في حد ذاتها، على اعتبار درجة مساس الفعل المجرم إما بالنظام العام، وإما بحريات وحقوق الآخرين . وعليه يتبين أن العقوبات السالبة للحرية طبقا للتشريع الجنائي الجزائري على درجات³ . فهذا الأخير لم يوحد العقوبات السالبة للحرية في عقوبة واحدة، وإنما جعلها متعددة بالنظر لما تقتضيه طبيعة وخصوصية كل فعل مجرم⁴ . إضافة إلى ما يلحق ويتبع ذلك من عقوبات تبعية وتكميلية، تكون الأولى بصفة حتمية تلحق

¹ - عبد الله أوهابيه، العقوبات السالبة للحرية والمشاكل التي تطرحها، مرجع سابق، ص 328.

² - عبد الحميد الشواربي، التنفيذ الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر، ص 05، 06، 10 .

³ - المادة 05 و 27 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر.ج، العدد 49

الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966 ، إذ تنص المادة 05 على أنه "العقوبات الأصلية في مادة الجنايات هي : -1الإعدام -2السجن المؤبد -3السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس (5) سنوات وعشرين (20) سنة.

⁴ -العقوبات الأصلية في مادة الجرح هي :(-1الحبس مدة تتجاوز الشهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى 2 -الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج. العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي :الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر، والغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج). وتنص المادة 27 على أنه "تقسم الجرائم تبعا لخطورتها إلى جنايات وجرح ومخالفات وتطبق عليها العقوبات المقررة للجنايات أو الجرح أو المخالفات" .

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

المحكوم عليه بقوة القانون، كنتيجة للحكم عليه ببعض العقوبات الأصلية. في حين يكون للقاضي الجزائري سلطة تقديرية بشأن الثانية، في الحكم أو عدم الحكم بها لأنها جوازيه.¹

لكن وعلى الرغم من مبررات تقييد حرية الفرد، تبقى تلك الأخيرة بحاجة إلى نوع من المعاملة الخاصة، بعيدا عن النظرة التقليدية القائمة على الزجر والردع، في محاسبة المجرم والقصاص منه. فالغرض في هذا الموضوع، ليس اعتبار تسليط العقوبة المحددة قانونا تقييدا في حد ذاتها، لأنها مسألة لا جدال فيها من حيث ما تقتضيه مهمة الدولة في فرض النظام داخل المجتمع بقدر ما لا بد من ضرورة في تغيير معاملة مرتكب الفعل المجرم قانونا. إن ذلك يؤدي إلى التساؤل عن عدم إتباع سياسة لا التجريم؟ وتعبير أدق، التضييق من مجال التجريم في بعض الحالات التي لا تشكل خطرا كبيرا على المجتمع²، لدرجة اعتبارها جريمة قائمة الأركان؟ وحتى في فرض ذلك، فإن الطبيعة الدستورية للحريات العامة، أوجبت وجود ضمانات لها عبر مختلف مراحل الدعوى الجزائية. إن كل هذا يوجب على المشرع الجنائي إيجاد توازن دقيق، بين حماية المصلحة العامة للمجتمع، واحترام حقوق الإنسان وحرياته. وحتى وإن كان له تبني قيودا على الحريات العامة، إلا أن ذلك يجب أن يكون في إطار ديمقراطي من جهة أولى، وأن تكون هذه القيود مبنية على حاجة ماسة، ومتناسبة مع الهدف المشروع الذي يسعى إليه. وهذا معناه وجوب تجنب المشرع الإفراط بالتدخل، إلا لضرورة وبوسائل تتناسب مع المصلحة محل الحماية. على أن لا يكون ذلك من جهة ثانية، عزوفا عن تدخله إلا نادرا، بل الحاجة إلى توفير النظام ضرورة مؤكدة لا بد منها.

وفي ذلك سار المشرع الجنائي الجزائري، معتبرا أن العقوبة ما هي إلا وسيلة لإصلاح المحكوم عليه، وتأهيله عن طريق العمل المثمر، والتربية، وإعادة إدماجه لصالح المجتمع³، بعيدا عن التقليد السابق، حيث العقوبة مجرد ردع، دونما وجود لأي هدف إصلاحية من خلالها.⁴

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الثاني (الجزاء الجنائي) ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر 1998، ص 472، 478؛ عبد الحميد الشواربي، التنفيذ الجنائي، مرجع سابق، ص 22.

² عبد الله أوهابيه، مرجع سابق، ص 342.

³ من ذلك ما تنص عليه كل من المادتين الأولى والثانية من قانون تنظيم السجون سالف الذكر، فتتص الأولى على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تكريس مبادئ، وقواعد لإرساء سياسة عقابية قائمة على فكرة الدفاع الاجتماعي، التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية، والإدماج الاجتماعي للمحبوسين"، وتنص الثانية على أنه: "يعامل المحبوسون معاملة تصون كرامتهم الإنسانية، وتعمل على الرفع من مستواهم الفكري والمعنوي بصفة دائمة، دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي"، مما يفيد صون وحماية حريات المذنب حتى حين توقيع الجزاء عليه.

⁴ عبد الله أوهابيه، مرجع سابق، ص 361. ومن ذلك أيضا هو التحول عما صيغ ضمن قانون العقوبات حين صياغته الأولى، وفق الأمر رقم 156/66 وتحديدا في المادة 09 منه في إطار العقوبات التكميلية، أين كان ينص على الاعتقال كعقوبة تكميلية، وهو إجراء أشد مساسا بجزية الفرد واستبدله بالحجر القانوني، كإجراء يمنع المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية عليه، من مباشرة حقوقه المالية وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القضائي. ومنه أصبح التقييد يخص الجانب المالي فقط للمحكوم عليه، في حين تنطوي آثار الاعتقال على تقييد الحرية الشخصية للفرد، بما للأمر من عواقب حتى على الجانب المالي للشخص.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

وعليه كان لزاما على التشريع الجنائي أن يجاري مضمون الدستور، ليس من الناحية الشكلية فحسب، بل من ناحية المضمون والموضوع.¹ وبالنتيجة لا ينتظر من القاضي الجزائي تطبيقا للقانون أولا، ولإعمال ماله من سلطة تقديرية²، بخصوص الحكم بتلك العقوبات التكميلية، أو عدم ذلك لاسيما، في ظل إلغاء المشرع الجنائي للعقوبات التبعية ثانيا، إلا التأكيد من خلال ما يوقعه من جزاء ضد المذنب على الطابع العلاجي، والتربوي للعقوبة. وربما يتجسد ذلك بعدم النطق بالعقوبات التكميلية، إضافة للعقوبات الأصلية، إلا في حالات ضيقة تقتضيها ضرورة معينة سيرا منه في نهج الإصلاح، خاصة وأن حرية الفرد تتقيد أكثر بتلك العقوبات التكميلية، كالحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية، والمدنية والعائلية، أو تحديد، أو منع الإقامة. وهذا ما يجعله أهم مظهر من مظاهر التقييد المختلفة للحرية عموما.

فإن كان النص الدستوري كأسمى النصوص القانونية، ينص على الحريات العامة للفرد بضماناتها المختلفة والمتعددة، ووجب أن يكون قانون العقوبات المحرم لبعض الأفعال، وفق شكل ومضمون الدستور. على أن ذلك لا يعني عدم مكافأة المخل بنظام المتجمع بجزاء نتيجة لفعله، لأن ذلك مما تقتضيه الحريات في حد ذاتها. وإنما غاية ما في الأمر، أن تراعى الذات الإنسانية حين تطبيق القانون وتوقيع الجزاء، بمثل ما يرسمه القانون الأسمى منه، شكلا ومضمونا وحينها لا يمكن اعتبار ذلك من قبيل التقييد لحريات الفرد.

الفرع الثاني: تأثير الحرية بمبدأ البراءة الأصلية وإثباتها

يترتب على مبدأ أصل البراءة عدة نتائج بالغة الأهمية، إذ لا يلزم المتهم بإثبات براءته، بل يقع عبء إثبات التهمة على عاتق سلطة التحقيق أو الاتهام وفقاً لقواعد الإثبات في القضايا الجزائية.³ فشرعية التجريم

¹ من ذلك مثلا ما نص عليه الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ضمن الفصل الثالث منه في الجنايات والجنح ضد الدستور واعتبار الاعتداء على الحريات من قبيل ذلك في القسم الثاني من فصله الثالث، وهو ما يستمر فيه تأكيد القول على ضرورة مجارة التشريع الجزائي لمقتضيات الدستور.

² تظهر سلطة القاضي التقديرية بشكل واضح في عقوبات السجن المؤقت والحبس والغرامة. ففي هذه العقوبات الأخيرة يحدد القانون حدين للعقوبة، حد أقصى وحد أدنى وهما ما يمتثلان حدود السلطة التقديرية للقاضي، والتي تتسع كلما باعد القانون بين هذين الحدين وتضييق كلما قرب بينهما، واتساعها يبدو جليا فيما يتعلق بالهبوط إلى ما دون الحد الأدنى للعقوبة عند توافر الظروف المخففة، خاصة وأن القاضي ليس ملزما بتسيب اختياراته تلك إلا في حالات قليلة، وهو ما يمكن معه القول بأن حرية الفرد تقتضي الحماية حتى في ظل تجريم السلوك الإنساني، عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق، ص 493، 494.

³ لقد اعتبرت مهمة جمع أدلة الإثبات مهمة صعبة وثقيلة، حيث تم التعبير عليها بعبارة "عبء"، وبما أن دور القاضي الجنائي في الإثبات له من الفعالية في الدعوى الجنائية، مقارنة بدور المتهم والمجني عليه، لما يتمتع به من وسائل قوية تسمح له بالبحث عن الأدلة، فإنه ليس للحاجي إثبات براءته، لاستحالة تقديم الدليل السلبي في الغالب الأعم، مما يؤدي إلى التسليم بجرمه، حتى لو لم تقدم سلطة الاتهام دليلا عليه، ليقع عبء الإثبات على هذه الأخيرة والمجني عليه، لكون الشخص هنا يستفيد من مبدأ أساسي هو البراءة الأصلية. ينظر في ذلك، محمد مروان، نظام الإثبات في المواد الجنائية في القانون الوضعي الجزائري (الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1999، ص 138، 140؛ أنظر كذلك، أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 606، 607.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

ومضمونها بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تقابلها شرعية إجرائية مفادها براءة الشخص حتى تثبت إدانته. ولا يلتزم المتهم بتقديم أي دليل على براءته، ولا يجوز اعتبار ذلك دليلاً على ارتكاب الجرم، وكذلك الحال عند التزامه الصمت. إلا أن له الحق في أن يناقش الأدلة التي تتجمع ضده وأن يفندها أو يشكك في قيمتها. كما له أن يقدم طواعية أية أدلة تثبت براءته، أو أن يعترف بالتهمة.

كما أن مهمة قاضي التحقيق أو النيابة العامة أو المحكمة المختصة، لا تقتصر على إثبات التهمة. فهي في النهاية أجهزة من أجهزة العدالة، مهمتها الأصلية إثبات الحقيقة، ذلك أن فكرة العدالة لا يمكن أن تبنى على الوهم أو القناعات الزائفة. ومن ثم ينبغي على أجهزة العدالة تلك أن تتحرى عن هذه الحقيقة من خلال تدقيق وتمحيص الأدلة. وعملية التحري هذه تدور حول التحقق مما إذا كانت هناك أدلة كافية يمكن أن تدحض أصل البراءة من عدمها.¹

وفي نطاق موانع العقاب أو أسباب الإباحة، كالدفاع الشرعي عن النفس أو المال أو عن النفس أو مال الآخرين، فإنه يجب على المتهم أن يتمسك بالدفع بموانع العقاب، أو سبب الإباحة، دون أن يلتزم بإثبات صحته إلا طواعية، لأن الأصل في الأشياء الإباحة. كذلك الحال بالنسبة لكل دفع يدفع به المتهم لو صح لتخلف أركان الجريمة.

كما أنه ومن بين النتائج المترتبة على أصل البراءة، أن الشك يفسر لصالح المتهم.² فإذا شك القاضي في أن هذا الأخير قد أتى الفعل، أو لم يأت به بناء على أدلة غير كافية، أو كانت متناقضة، فإن الأصل أنه لم يأتها، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، إذا شك إن كان قد أتاه استعمالاً لحق أم عدوان، فالأصل مرة أخرى أنه استعمالاً لحق تأكيداً لأصل البراءة.

غير أنه إذا كانت الوقائع المسندة للمتهم ثابتة، إلا أنه قام شك في تكييفها، فالعبرة بالوصف الأخف، لأنه القدر المتيقن منه. غاية ما في الأمر من ذلك، هو تدعيم حرية الإنسان، على أن لا يكون إنكاراً مطلقاً لتقييدها في كل الأحوال. فينبغي إذن على القاضي الجنائي تفسير الشك في المعنى الذي يكون في مصلحة المتهم. ويستوي أن يكون هذا الشك موضوعياً، يوجد عندما يتأرجح مضمون الدليل بين معنيين متناقضين، أو أن يكون هذا الشك شخصياً مصدره عدم الاطمئنان لصدق الدليل، مما يترتب عليه في الأخير القضاء ببراءة المتهم. فوجود هذا الشك معناه أن اقتناع القاضي يتأرجح بين ثبوت التهمة، ومسؤولية المتهم عنها، وبين عدم ثبوتها.³

¹- لأن قاعدة أصل البراءة يعطي ذاتية خاصة للإثبات الجنائي لما كان الأصل في كل إنسان البراءة سواء من الجريمة أو من الالتزام، ومنه فإن من يدعي خلاف هذا الأصل وجب عليه إثبات إدعائه. ومن ثم كان لزاماً على سلطة الإلتزام والمدعي المدني، دحض أصل البراءة بإثبات توافر جميع أركان الجريمة. عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية 1996، ص 40.

²- أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 619.

³- عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 33.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

فالأصل أن يتحرى الحقيقة دون التزامه بقيمة مسبقة للدليل ما، أو تحديده لنوع معين من الأدلة لا يجوز الإثبات بغيرها.

ومن ثم وجب على القاضي أن لا يقضي بناء على علمه الخاص، وأن لا يستند إلى دليل من إجراءات غير صحيحة، ليتمكن بعد ذلك كله من بناء قناعته على الجرم واليقين.¹ وهذا معناه أن أي ضعف في الأدلة، يقوي أصل براءة المتهم. فحكم الإدانة إذن يجب أن يبنى على الاقتناع بأدلة الإثبات، بينما يكتفي بالنسبة لحكم البراءة أن يؤسس على الشك في الاقتناع بهذه الأدلة.

وبناء على ما سبق، فإن مبدأ البراءة الأصلية للفرد، إنما هو من قبيل عديد المبادئ الدستورية المعتمدة وضمانات للحريات العامة، لا يجوز تعديدها. فيكون بذلك مبدأ يحسب لصالح الحرية، إن كان له نصيب من المراعاة أثناء المحاكمات الجزائية. غير أن الأمر يكون على خلاف ذلك بالتأكيد إذا لم يراع ذلك المبدأ. وهذا ما يجعل الحريات العامة، أو إحداها تتعرض لنوع من التقييد، نتيجة مخالفة أصل البراءة والحياد عنه أحيان.

وفي سبيل الإثبات لذلك، قياساً على بعض الحريات العامة كحرية الصحافة²، فإن هذه الأخيرة باعتبارها امتداداً لحرية التعبير، تنطبق عليها مخالفة أصل البراءة، لما يعرف بالجريمة الصحفية³، انطلاقاً من أنه وخلاف الأصل من أن عبء الإثبات يقع على النيابة العامة، فإنه وجب على الصحفي إثبات صحة كل واقعة يسندها إلى شخص معين، أو هيئة معينة، حتى لا تعد جريمة قذف يكون قد ارتكبها الصحفي. وهو ما يوضح أن أحد النتائج المترتبة على مبدأ البراءة الأصلية من أن عبء الإثبات يقع على النيابة العامة، قد تمت مخالفته بتحميل الصحفي عبء إثبات كل واقعة يدعيها درء لمسؤوليته.

وعلى هذا النحو أصبحت مهمة الصحفي، ومن يتعرض للعمل الصحفي جد شاقة وعسيرة لاسيما. فعليه لكي يفلت من العقاب أن يثبت صحة الوقائع المستقاة، أو المذاعة من جهة. وحسن نيته بابتغاء المصلحة العامة، إذا كان ذلك في حق هيئة معينة، من جهة ثانية.⁴ وإن كان ذلك يعد تطبيقاً لأصل شرعي يقضي بأن البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر، غير أنه مع ذلك لا يتصور امتناع النيابة العامة، بما أن عبء الإثبات يتحمله الصحفي، وإنما القيام بدور إيجابي بما تملكه من صلاحيات وسلطات، كالقيام بتحقيق الأدلة المتوصل إليها¹، هذا من جانب.

¹-فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة- دراسة مقارنة -دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2006 ص231،236.

²-تستوجب هذه الحرية، حرية الصحفي في استقاء الأنباء، أو ما يسمى بحرية الأنباء، في معناها حق الإنسان في أن يتلقى وينقل الأخبار ويستخلص المعلومات والآراء، دون تدخل من أحد. أنظر حسن سعد سند، جرائم الصحافة والنشر، 2006، دون ذكر دار النشر، ص24.

³-تعرف الجريمة الصحفية على أنها ذلك العمل غير المشروع، الصادر عن أي شخص من شأنه مخالفة التنظيم الإعلامي، وأجهزته أو الاعتداء على مصلحة عامة أو خاصة، بواسطة أية وسيلة من وسائل الإعلام. أنظر طارق كور، جرائم الصحافة، مدعم بالاجتهاد القضائي وقانون الإعلام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص14.

⁴- محمد باهي أبو يونس، التقييد القانوني لحرية الصحافة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1996، ص420،429.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

ومن جانب آخر، فحتى مع التسليم بإلقاء عبء الإثبات على الصحفي، فإنه لا يمكن تقييد حريته في الإثبات، إما بمنعه من الاستناد إلى وسائل معينة للإثبات، أو إلزامه بإتباع طريق معين لإثبات ما يدعيه. أما وأن يفرض عليه ذلك، فإنه يعد مخالفة لأصل متعارف عليه في الإثبات في المواد الجنائية، بما يسمى بـ **بحرية الإثبات**.¹

فإذا ما تم إلزام الصحفي على ذلك النحو، بالتحديد تارة لوسائل معينة في الإثبات، والمنع من التأسيس بناء على طرق معينة تارة أخرى، اعتبر ذلك من قبيل التقييد، وليس التنظيم لممارسة حرية الصحافة. وعليه فلا يوجد لمثل هذا التحول عن مبدأ البراءة الأصلية وصف معين سوى اعتباره **تقييدا** لحرية الصحافة، لاسيما اعتباره ومن الوهلة الأولى مرتكبا لجريمة القذف، وكأنها جريمة مفترضة مسبقا في حق الصحفي. ناهيك عما يمكن أن يرد على هذه الحرية من قيود نتيجة تدخل الإدارة كفرض الرقابة عن طريق الإجازة، (الترخيص) أو الإنذار أو الحجز.²

يضاف إلى ذلك ما يمكن وصفه بالتقييد لحرية الصحافة، ذلك الاتساع في دائرة المسؤولية الجنائية، بحيث يمكن مساءلة مدير النشرة (رئيس التحرير)، ولو لم يكن فاعلا أو شريكا في الجريمة³، مما يزيد معه ذلك الحظر لتلك الحرية.

كما أنه، وبإمعان النظر في نصوص قانون الإعلام، فإن مخالفة المواد الواردة في الباب الثاني منه المتعلق بإصدار النشرات الدورية، لا تبلغ في حد ذاتها مرتبة الجرم بالنظر إلى اعتبارين يمكن استخلاصهما من نص المادة 11 من قانون الإعلام. **أولهما** أن نص المادة استهل بالتأكيد على حرية إصدار أية نشرة دورية، مما يفيد أن التصرف هو ممارسة لحرية مضبوطة ومنظمة بقانون ليس إلا. **وثانيها**، أنه ووفق ذلك الضبط والتنظيم القانوني، وجب التصريح بأمور تبدو بديهية في هذا الموضوع، كالمعلومات المتعلقة بوية الناشر، ومواصفات النشرة، وترير مصدر الأموال⁴. إذ الغاية من ذلك كله إعلام جهات الرقابة مسبقا، هذا من جهة. كما أن الأمر لا يجب أن يكون دائما بتلك النظرة السلبية تجاه حرية الصحافة من قبل السلطة⁵، لدرجة اعتبار الفعل الصحفي على بساطته جريمة صحفية معاقب عليها، من جهة ثانية. ولعل ذلك ما تجلّى من خلال إلغاء عقوبة الحبس للصحفي.⁶

¹- حبيشي لزرقي، أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، مرجع سابق، ص 125.

²- حسن سعد سند، جرائم الصحافة والنشر، مرجع سابق، ص 23، 22.

³- أنظر في ذلك نص المادة 115 من القانون العضوي رقم 05/12 المتعلق بالإعلام. ج.ر.ج. ح. العدد 02، الصادرة بتاريخ 15 جانفي والأكثر من ذلك اعتبار التوسع في دائرة المسؤولية الجنائية لتشمل رئيس التحرير ما لم يكن فاعلا أصليا 2012.

⁴- المادة 12 من قانون الإعلام، والمادة 23 و 29 منه.

⁵- أنظر في ذلك الباب التاسع من القانون العضوي المتعلق بالإعلام، بنص المادة 116 منه وما يليها. بعد أن كانت القانون القديم ينص صراحة على عقوبة الحبس بنصوص المواد 77 منه وما يليها.

⁶- والمقصود بذلك هو سلطة ضبط الصحافة المكتوبة المنصوص عليها في المادة 44 من قانون الإعلام. وبالمقارنة بين هذا القانون، والقانون القديم، نجد أن التقييد لحرية الإعلام يتضاءل، بالنظر للتباين بين القانونين. لأن تقديم ذلك التصريح، والذي كان يسجل لدى وكيل الجمهورية المختص

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

بل من جهة ثالثة، وفي الإطار نفسه، لما لا ينظر إلى الصحافة على أنها من بين عديد الوسائل في مكافحة ما قد يعصف بالمجتمع من جرائم، لاسيما باعتبارها ذات أثر بالغ، وفعال في إعلام المجتمع عما يرتكب في الخفاء من جرائم، انطلاقاً من حق الأفراد في الإعلام، وإلغات نظرهم لتفاديها وحتى مكافحتها، بالنظر لما قد يخلقه ذلك الوضع من ثقافة قانونية، تؤدي إلى تجنب بعض الجرائم، والتبليغ عن البعض الآخر. بل قد يساعد أحياناً، الأجهزة المختصة في تقصي الحقائق والوصول إليها، في سبيل الوقاية من جرائم محتملة.¹

المطلب الثاني: ألتو الظروف الاستثنائية على الحريات العامة

غني عن البيان عدم بقاء الأمور وسيرها على وتيرة واحدة دونما تغاير في الظروف والوقائع مما يستتبع معه أن تطرأ ظروف أخرى غير عادية، وغير مألوفة، تجعل من تغيير أساليب مواجهتها أمراً محتماً. فتبقى بذلك النصوص القانونية الموضوعية لتنظيم المجتمع عاجزة أمام ما طرأ من مستجدات، وحسب مجالاتها تهدف الحفاظ على استقرار النظام العام. وهو ما يؤدي إلى عدم إنكار حق الدولة في الدفاع عن نفسها، واتخاذ ما تراه مناسباً من الإجراءات التي تكفل حماية استقلالها وسلامة ترابها، وأمن مواطنيها وسير مؤسساتها.²

ذلك ما تفرضه الضرورة تحت إلحاح الظروف غير العادية، الأمر الذي يدفع بالدولة وسلطاتها العامة بالخروج على قواعد المشروعية المقررة للظروف العادية، بهدف التمكن من التصدي لما من شأنه تعديد كيان الدولة، واضطراب نظامها العام.³ ومنه يمكن الحديث عن تلك الحالات الاستثنائية والتي هي على التوالي:

الفرع الأول: حالة الحصار:

قيل فيها مجموعة من التعريفات. حيث تعرف بأنها " :الوضع الذي يوجد فيه مكان حرب بين دولتين، فتحتل دولة من قبل دولة أخرى. وحينها تتركز السلطة بيد قائد الجيش المحتل. وتلك هي الأحكام العرفية العسكرية. بينما تعلن الأحكام العرفية السياسية، بمعرفة السلطة التنفيذية، سواء بمناسبة قيام حرب بين دولة

يمكن صدور النشوية، بثير عديد التساؤلات. أولها تقديم ذلك التصريح لو كليل الجمهورية بالذات، وليس للسلطة الإدارية كالوالي مثلاً؟ وكان الأمر منذ البداية محاط برقابة النيابة العامة مباشرة، دونما تحرك من جهة أخرى في حالة المخالفة؟

وذلك انطلاقاً مما نصت عليه المادة الثانية من قانون الإعلام. فممارسة النشاط الإعلامي وحرية الصحافة، هي وعي بالمسؤولية قبل أن يقع الفعل في دائرة التجريم. ومن النادر جداً، أن تكون تلك المخالفات لما ورد في نص المادة 02 من قانون الإعلام، كمخالفة الدستور، أو الاعتداء على حق المواطن في إعلام كامل وموضوعي.

¹- طارق كور، جرائم الصحافة، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 09.

²- نصر الدين بن طيفور، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، حقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2003، ص 11.

³- طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1976، ص 17.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

وأخرى، أو في حالة قيام ثورة مسلحة داخل الدولة. وتنتقل بذل السلطات من الهيئات المدنية، إلى الهيئات العسكرية. غير أنها في الحالة الثانية، تلتزم حدود الدستور وفق الظروف القائمة¹.
ويذهب تعريف آخر إلى أنها " نظام استثنائي للضبط تبرره فكرة الخطر القومي"²
وفي موضع آخر، يعرفها الدكتور مسعود شيهوب³ بأنها " حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات، بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة، واستعادة النظام، والسير العادي للمرافق العمومية".
وبما أن انتقال مسألة استتباب الأمن، وحفظ النظام العام إلى السلطة العسكرية، في ظل حالة الحصار، بمجرد إعلانها، كما هو الحال في فرنسا، أو بموجب تفويض من قبل السلطة الأصلية ممثلة في الحكومة، كما هو الشأن في الجزائر⁴، فإن مسألة الحقوق والحريات العامة تخضع حتما لتنظيمين مختلفين. فلا تفلت أولا من تدخل السلطة العسكرية المغاير تماما لمعطيات الحياة المدنية.

بحيث تتجلى لغة الأوامر الصارمة، والتي ينتفي في ظلها أدنى اهتمام للحريات الأفراد، مما يقتضي الانصياع فقط. ولا يتوقف التنظيم عن ذلك التدخل للسلطة العسكرية، بل يتعداه ثانيا إلى بقاء السلطة المدنية الأصلية محتفظة ببعض الصلاحيات، والمعتبرة تقييدا للحقوق والحريات العامة كتوقيف نشاط الجمعيات، أو تقديم طلب بحلها إلى القضاء. فهي إذن مسألة من اختصاص الحكومة، وليس السلطة العسكرية⁵. وعليه يمكن القول من خلال ذلك، أن تأثير حالة الحصار على الحقوق والحريات العامة، أمر حتمي بالنظر لهذا التدخل المزدوج.

الفرع الثاني: حالة الطوارئ:

بداية عرف هذا النظام في الشريعة الإسلامية الغراء . وباعتبار الدين الإسلامي الحنيف هو نظام دين ودولة، فإن نظامه السياسي يقوم على إعلاء راية التوحيد ، و العدل في كن ف التآخي والتراحم. وكغيره من النظم ، فقد يعترض النظام الإسلامي بعض الوقائع والأحداث غير العادية ، فيجد نفسه أمام حالة غير مألوفة قد تكون حالة الطوارئ . ذلك ما عبر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية على هذه الحالات ، بمبدأ أو

¹- محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979، ص 212، 213.

²- ربما تتمثل فكرة الخطر القومي في الحرب الخارجية والتمرد المسلح، وفق ما نص عليه المشرع الفرنسي ضمن قانون 03 أبريل 1878 المعدل لقانون 09 أوت 1849 والمتعلق بحالة الحصار. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005، ص 93.

³- مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، م.ج.ع.ق.إ.س، الجزء 26، عدد 01، الجزائر 1998، ص 35.

⁴- مراد بدران، المسؤولية الإدارية عن إجراء الاعتقال الإداري، الملتقى الوطني حول مسؤولية الدولة عن أعمالها التعاقدية، أيام 13، 14 ماي، جامعة سعيدة. ص 99.

⁵- تنص المادة 09 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 والمتضمن تقرير حالة الحصار. على أنه "تتعرض للتوقيف عن كل النشاطات بواسطة مرسوم تنفيذي الجمعيات مهما كان قانونا الأساسي أو وجهتها، التي يقوم قاداتها أو أعضاؤها بأعمال مخالفة للقوانين" ج.ج.ع.ج، عدد 29 المؤرخة في 12/06/1991.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

نظرية تغير الأحكام . أي نظرية تغير الشرعية التي تتبدل بتبدل الظروف، مستنديين في ذلك على آيات قرآنية من الذكر الحكيم، والأحاديث النبوية الشريفة.

فمن القرآن الكريم قول الحق تعالى : " من اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم " ¹. وقوله تعالى أيضا : " إلا ما اضطرتم إليه " ². ومن الأحاديث النبوية الشريفة ، قول المصطفى - صلى الله عليه وسلم- : " لا ضرر ولا ضرار " .

ولقد تعدت التعريفات ، وتباينت بخصوص نظام حالة الطوارئ . فقد عرفها الفقيه دي لوبادير بأنها : "نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الوطني" ³.

بينما يذهب تعريف آخر لحالة الطوارئ إلى أنها " : نظام استثنائي ، يمكن تطبيقه على كل أو جزء من الإقليم المهدد أو الذي يوجد في أزمة، ومن آثاره أنه يمنح سلطات معتبرة لرجال البوليس المشكلين للسلطة المدنية، إذ تتمتع هذه الأخيرة في مجال تقييد الحريات العامة بسلطات أوسع من التي تتمتع بها السلطات العسكرية في حالة الحصار" .

ومن خلال التعريفات المختلفة للحالتين ، يتبين أن هناك شبه كبير بينهما ، خاصة فيما تعلق بتوسع السلطات المكلفة باستتباب الأمن . وما لذلك من أثر على تقييد الحريات العامة . علما أن المؤسس الدستوري الجزائري ، أتى على ذكر الحالتين في مادة واحدة من جهة أولى، مستعملا في ذلك عبارة التخيير لرئيس الجمهورية ، بين إعلان حالة الطوارئ" أو "الحصار من جهة ثانية وكأتم حالة واحدة" ⁴.

غير أن ما يؤخذ على هذه التعريفات ، هو مغالاتها إلى درجة إقصائها لضمانات الحرية ، مما ينعكس سلبا عليها في حد ذاتها، خاصة ذلك التعريف الذي يقضي بالسماح للسلطة بتجميد الدستور، والضمانات التي يوفرها . فالتطبيق على هذا الشكل ، إنما هو التسليم بالتعسف وإهدار الحريات العامة . لذلك وجب التقييد بما يعرف بالمشروعية الاستثنائية . ومفاد ذلك أن وقف ممارسة الحريات العامة لا يتأتى إلا بالقدر وفي الحدود الضرورية التي تتيح للسلطة القائمة في حالة الطوارئ، القدرة على مواجهة الأخطار القائمة بالفعل ، تأسيسا على قاعدة " تقدر الضرورة بقدرها " . فإذا كانت ممارسة الحريات لا تؤثر بشكل أو بآخر في قدرة السلطة

¹- الآية 145 من سورة البقرة.

²- الآية 109 من سورة الأنعام.

³-André DE LAUBADERE ; Traité élémentaire de droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1966, p 130.

⁴-ورد ذلك في المادة 91 من دستور 1996 بل إن ما يزيد في التأكيد على تشابه الحالتين، إلى درجة تجعل الفرق بينهما غير موجود تماما هو ما ورد في نفس المادة من فقرتها الثانية، من أن مسألة تمديد العمل بكلتا الحالتين، لا يمكن إلا بموافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا. كما يضاف إلى ذلك، التأكيد لعدم الاختلاف بينهما، ما ورد عطفًا على المادة 91 من تنظيم حالة الطوارئ، وحالة الحصار. بموجب قانون عضوي في نص المادة 92. مما يعني أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يفرق تماما بين الحالتين. وربما ينعكس ذلك سلبا على الحريات العامة إذا تبين تفاوت خطورتها من حيث التطبيق على هذه الأخيرة، رغم التسليم بأثرهما معا على الحريات العامة على نحو سلمي.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

على مواجهة الظرف الشاذ، ففي هذه الحالة يسمح لهذه الممارسة بأن تؤدي دورها إلى القدر ، أو الحدود التي يمكن أن تؤثر في قدرة السلطة ، وهي تواجه الظرف الشاذ . وفي المقابل تعطل وتقف ممارسة الحرية عند نقطة تعارضها مع قدرة السلطة على مجابهة الخطر .

وحتى مع التقرير بتوقف ممارسة الحرية عند حدود تأثيرها في قدرة السلطات على مواجهة الظروف الشاذة، فإن تلك السلطة وهي تمارس المشروعية الاستثنائية ، يجب أن تخضع ولو من الناحية النظرية لرقابة سلطة التشريع من جهة ، وسلطة القضاء من جهة أخرى .¹ كل ذلك حتى يكون في معلوم السلطة ، وهي تتعسف بالحريات العامة ، أنها ستتعرض للمساءلة أمام هاتين السلطتين .² وعليه، فإن الأمر الأكيد هو تعرض الحريات للتقييد من قبل السلطة، كحرية التعبير مثلا.³

الفرع الثالث: الحالة الاستثنائية:

يضاف إلى حالي الطوارئ وحالة الحصار، حالة غير عادية أخرى على حد تعبير المؤسس الدستوري الجزائري، ألا وهي الحالة الاستثنائية .⁴ بحيث تستدعي هذه الأخيرة من حيث فرضها ظروفًا أخطر مقارنة بتلك التي تستدعي فرض حالي الحصار والطوارئ . إذ يرتبط ذلك بخطر وشيك الوقوع يهدد أركان الدولة، ومؤسسات البلاد، أو استقلالها، أو سلامة ترابها .

وإذا كان فرضها من الخطورة بمكان، بالنظر لما يترتب عنها من آثار على السير العادي للمؤسسات من جهة، والحقوق والحريات العامة للأفراد من جهة أخرى، كان لابد من شروط وآليات مختلفة ومتعددة انطلاقًا من جسامة الخطر الذي يتهدد المؤسسات الدستورية، أو استقلال الأمة وسلامة ترابها.⁵

والهدف من ذلك كله حماية الحريات العامة وعدم المساس بها، لاسيما وأن لهذه الحالة عديد الآثار على الحقوق والحريات العامة، وإن كان ذلك بشكل غير مباشر، من خلال مساس سلطات رئيس الجمهورية أثناء الحالة الاستثنائية بضمانات الحريات العامة، خاصة مع اعتراف المؤسس الدستوري، باختصاصه في ممارسة سلطة التشريع.

لكن ورغم تلك السلطات الواسعة التي هي بحوزة رئيس الجمهورية، إلا أنه يحظر عليه تعديل الدستور .¹ لأن ذلك سيتعارض مع دوره كحارس للنص الدستوري، ومع الضرورة التي تفرض عليه استرجاع السير

¹- لأن الأمر يتعلق هنا باختصاص السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) بمسألة استتباب الأمن مما يجعلها خاضعة للرقابة بنوعها البرلمانية والقضائية، لاسيما وأن المسألة تتعلق بمساس الحريات العامة نتيجة الظروف الاستثنائية.

²- عبد المنعم محفوظ ، علاقة الفرد بالسلطة ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، بدون سنة ودار النشر ، ص 1228 وما يليها.

³- Brahim BRAHIM, Le droit à l'information à l'épreuve du parti unique et de l'état d'urgence, imprimerie Eurl ITGS, Kouba, Alger, 2002, pp 184 et s.

⁴- أنظر نص المادة 93 من دستور 1996.

⁵- لتفصيل حول هذه الفكرة، أنظر مراد بدران ، مرجع سابق، ص 132 وما يليها.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

العادي للسلطات الدستورية.² يضاف إلى ذلك التزام النص الدستوري، وفرضه احترام ضمانات أخرى من قبيل الضمانات المختلفة للحريات العامة وهو اجتماع البرلمان وجوبا³، كل ذلك باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل بالتشريع، وإن كانت الحالة الاستثنائية تخول لرئيس الجمهورية هو الآخر ممارسة مهمة التشريع.⁴ ومن ثم مناقشة البرلمان لما قد اتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات مختلفة اقتضتها الظروف غير العادية⁵. إلا أن ما يمكن بيانه في هذا الموضوع، حول الفرق بين هذه الحالات الاستثنائية غير العادية خصوصا بين كل من حالي الطوارئ والحصار من جهة، وبين الحالة الاستثنائية من جهة ثانية هو أن اختصاصات رئيس الجمهورية في هذه الحالة الأخيرة مقيدة. بحيث تشمل فقط الإجراءات المحددة حصرا، والمتعلقة بالمحافظة على استقلال الأمة، أو المحافظة على المؤسسات الدستورية، خلافا لاختصاصات الرئيس في الحالتين الأوليتين، اعتبارا من أنها تشمل أي تدبير لازم لاستتباب الوضع. بل والأكثر من ذلك، صعوبة تحديد ما يعتبر ضرورة ملحة تستدعي فرض حالة الطوارئ أو الحصار، والتي تبدو أوسع، مقارنة بأسباب إعلان الحالة الاستثنائية، وإن كان التقرير يعود في كل الحالات المختلفة لرئيس الجمهورية. وعليه فإن مسألة الحريات العامة واحترامها، باعتبارها قيم دستورية، يقتضي أساسا القيام على توفر شروط الحالة الاستثنائية من جهة، وعدم التوسع في ما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات استثنائية في هذا الخصوص.

المطلب الثالث: وضع الحريات العامة أثناء التطبيق العملي للظروف الاستثنائية في الجزائر

لما كان التطبيق العملي لهذه الظروف غير العادية في الجزائر قد ارتبط بحالتين هما حالة الحصار وحالة الطوارئ، فإن الحديث سيكون عن الحالتين، وبيان أثرهما على الحريات العامة (الفرع الأول)، رغم أن الحالة الاستثنائية عرفت تطبيقا عمليا لها، وإن كان ذلك في وقت مبكر بعد الاستقلال، وهو ما قرره الرئيس - أحمد بن بلة - من خلال اللجوء إلى أحكام المادة 59 في أول دستور للجزائر سنة 1963⁶، بعد أقل من شهر من الموافقة على هذا الأخير (الفرع الثاني).

¹ - محمد شريف إسماعيل، رسالة سابقة، ص 191، 192. كما أن ما يبرر حظر تعديل الدستور هو هذا الأخير في حد ذاته، عندما ينص صراحة على عدم جواز مساس أي تعديل دستوري بعض المبادئ العامة للمجتمع، والتي منها الحريات العامة، أنظر المواد 176، 178 من الدستور الجزائري الحالي. ومن ثم، فإن ذلك يعد بمثابة القيد على السلطات الواسعة لرئيس الجمهورية، في مواجهة الظرف الاستثنائي.

² - نصر الدين بن طيفور، مرجع سابق، ص 95.

³ - André HAURIUO, Droit constitutionnel et institutions politiques, Montchrestien, 4 ème édition Paris, 1970, p 821.

⁴ - الفقرة الثانية من المادة 124 من الدستور الجزائري الحالي.

⁵ - مراد بدران، مرجع سابق، ص 148.

⁶ - نصت المادة 59 من دستور الجزائر لسنة 1963 على أنه: "في حال الخطر الوشيك الوقوع، يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات استثنائية بغرض حماية استقلال الأمة ومؤسساتها الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني بقوة القانون."

الفرع الأول: التطبيق العملي لحالي الطوارئ والحصار وأثره على الحريات العامة

تستوجب حالة الحصار كواحدة من بين تلك الحالات على الدولة مجارة ذلك بقوانين استثنائية، لا وجود لأي تطبيق لها في ظل الظروف العادية. فتتصل السلطات في الدولة من مبدأ المشروعية، وحينها لا يمكن إنكار تأثير ذلك على السير العادي للحياة العامة في المجتمع، وخاصة الحريات العامة. وهو ما يعني أن تأثر هذه الأخيرة هو أمر حتمي، نظرا للظرف الاستثنائي، وما يقتضيه من قوانين غير عادية، بغية مواجهة كل ما من شأنه المساس بالنظام العام¹.

ويظهر ذلك من خلال المقصود به، كسلطة استثنائية تتمتع بها حكومة بلد ما، وهي تتمثل في الإعلان في حالة خطر وشيك على الأمن الداخلي، أو الخارجي لهذا البلد، على نظام مقيد للحريات العامة. ومن آثاره أن ينتقل اختصاص حفظ النظام العام، من السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية. فيسمح لهذه الأخيرة بالحد من حريات المواطنين، كمنع التجمعات مثلا².

وهو ما سمي في بعض النظم المقارنة، بالأحكام العرفية². وعن تنظيم هذه الحالة غير العادية في الجزائر، نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري نص على حالة الحصار مقرونة بحالة الطوارئ في مادة واحدة، وذلك من خلال الدساتير الجزائرية المتعاقبة وبالضبط ابتداء من دستور 19 نوفمبر 1976، بعدما جاء دستور 1963 حاليا من النص عليها. فنصت المادة 119 من دستور 1976 على ما يلي: "في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة، حالة الطوارئ أو الحصار ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الأمن".

وجاء بعده دستور 23 فبراير 1989 لينص على هذه الحالة أيضا في مادته 86 بقولها: "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني". لتأتي المادة

¹- جيبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها، مرجع سابق، ص 146.

²- يميز الفقه الفرنسي بين نوعين من أنظمة الأحكام العرفية وهما الأحكام العرفية العسكرية والأحكام العرفية السياسية. فأما الأولى فتقع وتعلن دائما بعد قيام الحرب بين دولتين واستيلاء جيش إحدى الدول على أراضي الدولة الأخرى، ويكون ذلك الإعلان من قبل قائد الجيش المحتل تأميناً للسلطات المحتققة من أي مقاومة من جانب الوطنيين. وأما الأحكام العرفية السياسية فتعلن بمعرفة السلطة التنفيذية سواء كان ذلك بمناسبة قيام حرب بين فرنسا ودولة أجنبية أو قيام ثورة مسلحة داخل فرنسا. فتتحول الأحكام العرفية السياسية للسلطة التنفيذية سلطات أقل من تلك التي تخولها الأحكام العرفية العسكرية، بحيث يقتصر الأمر على مجرد السماح للحكومة بسلطات أكثر اتساعا مما لها في الظروف العادية، نظرا لما يهدد السلامة للدولة وأمنها. فبالرغم من انتقال السلطات من يد الهيئات المدنية إلى الهيئات العسكرية فهي ملتزمة بحدود الدستور والقانون، بخلاف الأحكام العرفية العسكرية، إذ لا وجود لهذا الالتزام وانعدام أية ضوابط أو قواعد محددة تحكم تصرفات قائد الجيش وإنما تحكمه الظروف الموجودة في البلد المحتل نفسه ومدى مقاومة الوطنيين. أنظر في هذا الخصوص، محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 212 وما يليها.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

91 من دستور سنة 1996 بنفس أحكام المادة 86 من دستور 1989 ، مع إضافة استشارة أخرى بالنسبة لرئيس الغرفة الثانية للبرلمان (مجلس الأمة).¹

ومن خلال استقراء النصوص الدستورية السابقة، يتضح أن الإعلان عن حالة الحصار هو من الاختصاصات التي يتمتع بها رئيس الجمهورية، حتى لو تطلبت تلك النصوص بعض الإجراءات والاستشارات من جهة، ووجوب تحديد حالة الحصار من طرف رئيس الجمهورية من جهة أخرى.² وعلى سبيل المقارنة ورد نص المادة 119 من دستور 1976 خاليا من تلك الشروط.

ونظرا لأن السلطة التشريعية هي المختصة أصلا بمسألة تنظيم الحقوق والحريات العامة، كان المؤسس الدستوري من خلال دستور 1989 حريصا على إعطاء البرلمان حق إبداء رأيه في حالة ما إذا أريد العمل بتلك الحالة لمدة أكبر مما تم تحديده. وهو ما أبقى عليه في المادة 91 من التعديل الدستوري لسنة 1996 ، على خلاف دستور الجزائر لسنة 1976.

وإذا كان تأثر الحريات العامة بحالة الحصار كحالة غير عادية، باعتبارها مسألة من مسائل التشريع، فإن تنظيم المساس به نتيجة حالة الحصار، هو أيضا من المسائل المحجوزة للمشرع. ليبقى لرئيس الجمهورية بالنظر لاختصاصه بإعلانها، اتخاذ الإجراءات الضرورية لاستتباب الوضع في حدود ما تسمح به النصوص التشريعية، لاسيما في فرضية أن الأمر منظم مسبقا بالقانون أولا، وأن مسألة اتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، لا تعني من المفروض تنظيم حالة الحصار.³ وهو ما أوجبه الدستور إن صراحة أو ضمنا.

غير أن احتمال التضييق على الحريات العامة وتقييدها أمر جد وارد، بل ومؤكد أحيانا خاصة بالرجوع لأسباب ومبررات إعلان حالة الحصار. إذ نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري قد حدد أسباب فرض، أو إعلان حالة الحصار في حالة "الضرورة الملحة"، رغم ما يكتنف هذا المصطلح من غموض وعدم الدقة.⁴ الأمر الذي يكون معه لرئيس الجمهورية أن يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إعلانه لحالة الحصار، مما يجعل أمر التعسف والإضرار بالحقوق والحريات احتمالا واردا جدا، في ظل هذه السلطة الواسعة لرئيس السلطة التنفيذية. وهنا يظهر الصراع الأبدي بين السلطة والحرية في أوضح صورة له، من خلال قمع الحريات العامة، لاسيما منها تلك المتصلة بمسألة النظام العام، بما فيها حريات الفكر، والتعبير بصفة عامة، والتي تدعو في بعض صورها إلى المعارضة بشكل أو بآخر للنظام الحاكم.

¹- تنص المادة 91 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن: "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع. ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ، أو الحصار، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المتعنتين معا."

²- مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 90.

³- مراد بدران، مرجع سابق، ص 171، 172.

⁴- وهو ما فصل فيه نصر الدين بن طيفور، بالنسبة للضمانات الوقائية للحقوق والحريات. وهي الالتزام بالسبب الموجب لإعلان حالة الحصار، أو الطوارئ، مرجع سابق، ص 135 وما بعدها.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

وفي تحليل مواد النص المتعلق بإعلان حالة الحصار¹، عقب الإضراب السياسي الذي دعت إليه الجبهة الإسلامية للإنقاذ، احتجاجا على تعديل قانون تقسيم الدوائر الانتخابية في الجزائر، يتضح أن أولى الآثار المترتبة على إعلان حالة الحصار، هي انتقال مسألة حفظ النظام العام من اختصاص السلطات المدنية، إلى السلطات العسكرية. وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991، والمتضمن تقرير حالة الحصار بقولها: "تفوض إلى السلطة العسكرية الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام، والشرطة وهذه الصفة تلحق بمصالح الشرطة بالقيادة العليا للسلطات العسكرية، التي تخول قانونا صلاحيات الشرطة. وتمارس السلطة المدنية الصلاحيات التي لم تنتزع منها".²

إن مسألة انتقال استتباب الأمن من السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية، يثير الكثير من التساؤلات، والانشغالات. يتضح أبرزها وأهمها في عدم الجدوى من الحديث عن مسألة الحريات العامة، وضماناتها المكفولة لها دستوريا، في ظل نظام عسكري إلى حد بعيد، مقترن بنوع من الديكتاتورية، لا تسلم فيه الحريات العامة، حتى تلك اللصيقة بشخص الإنسان من مختلف أنواع التقييد الصريح لها. وهذا معناه أن الدستور لم يكن لينص على ذلك التقييد المعترف به - إن صح القول - لولا مرور الدولة بظروف غير عادية، تستوجب على وجه الضرورة، التحول من النصوص المشروعية العادية، إلى المشروعية الاستثنائية. بل إن إمساك السلطة العسكرية بزمام الأمور هو أمر لا ينتظر منه تأثير إيجابي على حقوق وحريات المواطن. فقد يكون ذلك بالقياس على حالة الحرب، كحالة استثنائية غير عادية، تتولى فيها السلطة العسكرية مهام استتباب الأمن. وإن كان الفرق بين كل من الحالتين، بالغ الأهمية بالنسبة للحقوق والحريات. فحين يوقف العمل بالدستور في ظل حالة الحرب، فلا مجال للحديث عن ضمانات الحريات العامة، ما دام الدستور وهو أولها، قد وقف العمل به. وعلى العكس من ذلك فإن الضمانات الدستورية تبقى موجودة، حتى مع إعلان الحالة الاستثنائية. وبمفهوم آخر، فإن أثر الحالة الاستثنائية، أخف وطأة من أثر حالة الحرب على الحريات العامة، وإن كانت السلطات نفسها هي التي تتولى مهام حفظ النظام العام.

وفي سبيل التدريل على ذلك، يأتي إجراء الاعتقال الإداري³ في مقدمة الإجراءات التي تملكها السلطة المكلفة باستتباب الوضع، كتنقيح حرمة حياة المواطن الخاصة. وفي هذا الصدد تنص المادة 04 من المرسوم

¹- المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المؤرخ في 04 جوان 1991 المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ج.ج.ج، العدد 29 الصادرة بتاريخ 12 جوان 1991.

²- حبيشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها، مرجع سابق، ص 149.

³- لاعتقال الإداري إجراء وقائي ذو طابع إداري، ينتج عنه تقييد الحرية الشخصية للفرد، وحرمانه من حرية الذهاب والإياب، ووضعه بأحد المراكز التي تحدد بمقرر من قبل القيادة العليا للسلطة العسكرية - أنظر في ذلك مراد بدران، المسؤولية عن إجراء الاعتقال الإداري، مداخلة مقدمة ضمن أشغال الملتقى الوطني حول مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية أيام 13 و 14 ماي 2006، المركز الجامعي مولاي الطاهر سعيدة، مرجع سابق، ص 101. فهو إذن إجراء يصدر به قرارا من السلطة الإدارية، مما يجعله يختلف عن عديد الإجراءات المماثلة كالحبس المؤقت. بحيث ينظم هذا الأخير بموجب قواعد قانون الإجراءات الجزائية، في حين يرتبط الأول بظروف استثنائية كحالة الطوارئ مستندا في ذلك على حالة

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

الرئاسي رقم 196/91 على أنه "يمكن للسلطات العسكرية المخولة صلاحيات الشرطة ضمن الحدود والشروط التي تحددها الحكومة، أن تتخذ تدابير الاعتقال الإداري أو الإخضاع للإقامة الجبرية، ضد كل شخص راشد يتبن أن نشاطه خطير على النظام العام، وعلى الأمن العمومي أو السير العادي للمرافق العمومية". وعليه فإن مسألة التعرف على خطورة أي نشاط على النظام العام من قبل الأفراد، هو أمر متروك تقديره للسلطة العسكرية.

فلا وجود لأي وازع يمنعها من تأويل النشاط على أنه **خطر على النظام العام**، حتى ولو لم يكن كذلك. فهل يمكن تصور وجود حريات عامة حينها؟

إن الإجابة على ذلك تكون حتما بالنفي، لما تنطوي عليه أعمال السلطة العسكرية من قمع للحريات العامة، لاسيما في ظل توسعها. ويتجلى ذلك مرة أخرى من خلال استقراء نص 07 من المرسوم الرئاسي المتعلق بحالة الحصار¹ على أنه "يمكن للسلطات العسكرية المخولة صلاحيات الشرطة المحددة عن طريق الحكومة أن تقوم بما يأتي:

- أن تجري أو تكلف من يجري تفتيشات ليلية أو نهارية في المحال العمومية أو الخاصة وكذلك داخل المساكن.
- أن تمنع إصدار المنشورات أو الاجتماعات والنداءات العمومية، التي يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن أو استمرارها...". وهنا يلاحظ توسع الصلاحيات المخولة للسلطة العسكرية في مجال استتباب الأمن والحفاظ على النظام العام، ذلك أنه ومن بين الآثار المترتبة على اختصاص السلطة العسكرية، بمسألة استتباب الأمن هي تقييد الحريات الأساسية. والأمر هنا يتعلق بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة المحمية دستوريا. فضرورة حفظ النظام العام تفرض تخويل الإدارة العسكرية سلطات واسعة، ولو على حساب الحريات²، قد يصل الأمر إلى حد اقتحام المساكن وتفتيشها في أي وقت رأت السلطة العسكرية ذلك، وهو ما يدفع إلى القول بأن الهدف الرئيسي والمبتغى من وراء ذلك، هو كشف أي اجتماع خفي ومستتر له إمكانية المساس والتهديد للنظام العام، رغم اعتبار ذلك من قبيل الاجتماعات الخاصة، والتي هي في منأى عن التنظيم القانوني لها.

فحسب هذه المادة يستشف ذلك التقليل والتقييد لحرية الاجتماع، حتى في صورتها الخاصة أثناء تلك الفترة³، كواحدة من بين عديد الحريات التي تتأثر سلبا. تمثل هذه التطبيقات للحالات الاستثنائية، خصوصا باعتبارها صورة من صور حريات التعبير عن الرأي، والأكثر تعلقا بالنظام العام كهدف أساسي تهدف

الخطورة في الشخص، تدل عليها وقائع من ماضيه، أو حاضره، أو تحرياته عن ميوله واتجاهاته. بعكس إجراء الحبس المؤقت، والذي يبنى على تعة جنائية منسوبة للفرد. أنظر كذلك محمود أبو العينين، الاعتقال- طبيعته وشروطه -المجموعة المتحدة للطباعة والنشر القاهرة 1994، ص 04 و25.

¹ صدر بشأن المادة 07 من المرسوم المتعلق بحالة الحصار المرسوم التنفيذي رقم 204/91 المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يحدد شروط تطبيق المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، ج.ج.ج.ج، العدد 31 الصادرة في 26 جوان 1991.

² مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، ج.ع.ف.إ.س، الجزء 26، العدد 01، الجزائر 1998 ص 28.

³ حبشي لزرقي، حرية الاجتماع العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 108.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

السلطة العسكرية من وراء توسع سلطاتها إلى حفظه ، وعدم المساس به بأية وسيلة كانت . إضافة إلى إجراءات أخرى تقوم بها السلطة العسكرية في سبيل تلك المهمة، والتي من شأنها المساس السلبي بالحريات العامة كالإقامة الجبرية¹.

وعلى الرغم من الآثار المترتبة على إعلان حالة الحصار ، لاسيما منها انتقال صلاحية استتباب الأمن من اختصاص السلطة المعنية إلى السلطة العسكرية، إلا أن السلطة الأصلية لا تفقد بعض صلاحياتها، بل تبقى متمتعة ببعض الصلاحيات الاستثنائية . إن هذه الصلاحيات تتمثل على وجه الخصوص في رفع الدعاوى من أجل الحصول على حكم بتوقيف نشاط الجمعيات أو حلها. وهذا ما نصت عليه المادة 09 من المرسوم الرئاسي 196/ 91 المتضمن إعلان حالة الحصار بقولها: "تعرض للتوقيف عن كل النشاطات بواسطة مرسوم تنفيذي ، الجمعيات مهما كان قانونها الأساسي أو وجهتها، التي يقوم قادتها ، أو أعضاؤها بأعمال مخالفة للقوانين...".

وعليه، فإن السلطة المدنية تبقى محتفظة ببعض صلاحياتها التي تخرج عن اختصاص السلطة العسكرية، بدليل أن الإجراء المقرر بشأن توقيف نشاطات الجمعيات يتخذ بمرسوم تنفيذي.

وبما أن عبارة (مخالفة القوانين) تفيد مخالفة القوانين ، والأحكام الخاصة بكل جمعية ، فإن ذلك يتعلق على الخصوص بتلك المتعلقة بالقانون رقم 89/ 11 المؤرخ في 05 جوان 1989 والمتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي آنذاك.²

وبالرجوع إلى أحكام المادة 34 من القانون رقم 11/89، فإنه كان يجوز للوزير المكلف بالداخلية أن يرفع دعوى قضائية ضد الجمعيات ذات الطابع السياسي، إثر قيام قادتها، أو أعضائها بمخالفة القوانين، خاصة منها أحكام القانون 11/ 89 بغرض طلب حلها قضائيا . لأن مسألة حل الجمعيات هي من اختصاص القضاء، بعد طلب الحل من طرف الوزير المكلف بالداخلية . إضافة إلى إجراء آخر، هو رفع دعوى قضائية ضد تلك الجمعية³.

فجميع النصوص القانونية، انطلاقا من إعلان حالة الحصار بموجب المرسوم الرئاسي رقم 196/91، مروراً إلى المراسيم التنفيذية له، يدفع إلى القول بانتفاء أية ممارسة للحريات العامة آنذاك . وهو ما يوحي بأن

¹ -حول تفصيل للإجراءات الاستثنائية المفوضة للسلطة العسكرية في ظل حالة الحصار .أنظر مراد بدران، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها.

² -تم إلغاء القانون رقم 11/89 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي بموجب الأمر رقم 9/97 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية ، جريدة رسمية رقم 12 الصادرة بتاريخ 06 مارس . 1997 هذا الأخير والذي تم إلغاؤه هو الآخر بصدر قانون عضوي جديد متعلق بالأحزاب السياسية سنة 2012 . أنظر الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2012 . إن التعرض لهذا المسار الرئاسي للقوانين المنظمة لهذه الحرية، هو التعرف على مدى تأثرها بالحالات الاستثنائية غير العادية، أثناء التطبيق العملي لها، هذا من جهة . ومن جهة أخرى باعتبار ذلك التطبيق كان في ظل النصوص القديمة المنظمة لها، إضافة إلى حريات أخرى، كحرية إنشاء الجمعيات، والتي تم تعديل القانون المنظم لها.

³ -مراد بدران ، مرجع سابق، ص 106 وما يليها.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

قصد السلطات من وراء ذلك الحظر المطلق لها، إنما كان قائما على أساس أنها كانت من بين مصادر الأزمة، مما نتج عنه إعلان حالة الحصار.

وهناك حالة أو ظرف آخر استثنائي لا يقل عن سابقه من حيث خطورته على الحريات العامة، بل يمكن أن يفوقه في ذلك، وهو حالة الطوارئ التي وردت في نص المادة 91 من الدستور مقترنة بحالة الحصار، باعتبارها هي الأخرى حالة غير عادية، يمكن للدولة أن تمر بها كما كان عليه الحال في ظل حالة الحصار. فهي إذن ذلك النظام الاستثنائي الممكن تطبيقه على كل أو جزء من الإقليم المهدد، أو الذي يوجد في أزمة. ومن آثاره أنه يمنح سلطات معتبرة لرجال البوليس المشكلين للسلطة المدنية.¹

وعليه فإن إقرار حالة الطوارئ، يتمثل في إتاحة الفرصة للحكومة القائمة حتى تتخذ التدابير والإجراءات السريعة بما يسمح لها بمواجهة تلك الظروف غير العادية. وتفسير ذلك أن جوهر الفلسفة التي تركز عليها سلطة الطوارئ في التضييق على الحريات العامة، ومنع ممارستها، يقوم على أنه لا يجوز أن يتطلب من الحكومة في مثل هذه الظروف الشاذة، ما يتطلب منها في الظروف العادية من لزوم الخضوع لضوابط مبدأ المشروعية. فهذه الفلسفة تؤدي إلى أن تترخص الحكومة في إعلان حالة الطوارئ، كما تترخص في إقامة نظام استثنائي وشاذ لا تتوقف في ظله الحريات العامة، والضمانات الدستورية المقررة لها.²

وبما أن المؤسس الدستوري الجزائري أشار في المادة 91 من الدستور إلى كل من حالة الحصار وحالة الطوارئ، وسمح لرئيس الجمهورية بتقرير حالة الطوارئ³ بنفس الإجراءات التي يقرر ويعلن فيها حالة الحصار، وهو ما جاء في نص المادة 86 من دستور 1989، فإن كل ما قيل بشأن حالة الحصار، سواء من حيث الجهة المختصة بإعلانها، أو الإجراءات الواجب إتباعها قبل إعلانها، ينطبق على حالة الطوارئ، بالإضافة إلى أسباب، ومبررات إعلانها، والمتمثلة في الضرورة الملحة، على نحو ما سلف بيانه.

وإذا كان الأمر دائما متعلقا بمسألة تأثر الحريات العامة نتيجة حالة الطوارئ، فإنه وطبقا لما جاء في المادة 02 من المرسوم الرئاسي المتعلق بها، يتجلى الهدف منها في استتباب النظام العام وضمان أمن وممتلكات الأشخاص، وتأمين السير الحسن للمرافق العامة. وهو نفس الهدف من تقرير حالة الحصار. على أن الفرق هو اختصاص السلطة المدنية الذي يتسع في ظل هذه الحالة مع إمكانية تفويض السلطة العسكرية بعض المسائل على سبيل التحديد. فمن بين أولى آثار إعلان حالة الطوارئ إذن، هو بقاء صلاحيات استتباب الأمن في يد

¹- كمال شطاب، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر 2005، ص 101.

²- عبد النعم محفوف، علاقة الفرد بالسلطة، مرجع سابق، ص 1026.

³- أعلنت حالة الطوارئ في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92/ 44 المؤرخ في 09 فبراير 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ ج.ج.ج، العدد 10 الصادرة بتاريخ 09 فيفري 1992. وفي ذلك تنص المادة 09 من المرسوم 44/92 السابق الذكر بقولها: "يمكن لوزير الداخلية والجماعات المحلية أن يعهد عن طريق التفويض إلى السلطات العسكرية قيادة عمليات استتباب الأمن على المستوى المحلي، أو على مستوى دوائر إقليمية محددة."

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

السلطة المدنية دون انتقالها إلى السلطة العسكرية.¹ إلا أن تلك الصلاحيات كانت واسعة سواء من حيث الأجهزة والهيئات المختصة بمسألة استتباب الأمن من جهة، أو بالنظر للصلاحيات الواسعة من حيث اتخاذها لإجراءات مختلفة ومتعددة في سبيل حفظ النظام العام من جهة أخرى. فتمثل تلك الهيئات المكلفة بهذه المهمة في:

1- الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقا): بالنظر لنص المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المتعلق بحالة بحالة الطوارئ على أنه " : تتخذ الحكومة كل الإجراءات التنظيمية التي هي من صلاحياتها قصد الاستجابة للهدف الذي أعلنت من أجله حالة الطوارئ . " ومنه في هذا الإطار، يتولى الوزير الأول (رئيس الحكومة سابقا) الإشراف العام على كافة الإجراءات المتخذة بموجب حالة الطوارئ، وإن كان مصطلح الحكومة الوارد في نص المادة أعلاه يثير نوعا من التساؤل حول ما إذا كان المقصود من ذلك أعضاء الحكومة وهم الوزراء؟²

ولكن نظرا لأن هؤلاء ليس لهم صفة الضبطية الإدارية إلا بنص خاص ، وفي القطاع الخاص بهم، فإن المقصود من ذلك هو الوزير الأول، خاصة وأن له أساس دستوري في القيام بالسلطة التنظيمية في مجال تنفيذ القوانين، حسب الفقرة الثانية من المادة 125³ من دستور 1996.

2- وزير الداخلية: يتمتع هذا الأخير وخلافا لباقي الوزراء بسلطة ضبط واسعة في حالة الطوارئ بالنسبة لاتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام، وذلك حسب توجيهات الحكومة، وهذا ما أكدته العديد من مواد المرسوم الرئاسي المتعلق بحالة الطوارئ، إذ تنص المادة 04 من المرسوم على أنه: " يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني أو جزء منه، والوالي في دائرته الإقليمية، لاتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام أو باستتبابه عن طريق قرارات وفقا للأحكام الآتية وفي إطار التوجيهات الحكومية".⁴ كما نصت المادة 05 منه على أنه " : يمكن لوزير الداخلية والجماعات المحلية أن يأمر أي شخص راشد يتضح أن نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العموميين، في مركز أمن في مكان محدد. تنشأ مراكز الأمن بقرار من وزير الداخلية والجماعات المحلية."

وعليه، فإن وزير الداخلية والجماعات المحلية هو الآخر يملك صلاحيات جد واسعة في مجال استتباب الأمن والحفاظ على النظام العام، وفقا لما هو مخول له مثلا بخصوص إجراء الاعتقال الإداري.⁵

¹ مع إمكانية تفويض السلطة العسكرية بعض المسائل على سبيل التحديد. أنظر في هذا الصدد مراد بدران، مرجع سابق، ص 119، 120.

² عبد العزيز برفوق، ضوابط السلطة التنفيذية في ضوء النظام القانوني الجزائري الحالي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2002، ص 48.

³ تنص المادة 125 من دستور 1996 في فقرتها الثانية على أنه...: "بندرج تطبيق القوانين في المجلد التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

⁴ حبيشي لزرقي، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها، مرجع سابق، ص 155.

⁵ مراد بدران ، مرجع سابق، ص 120 .

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

كما يمكن أن يمارس الوزراء صلاحيات استتباب الأمن طبقاً للفقرتين الثانية والثالثة والتي أضيفت إلى المادة 03 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 320/92¹ المتمم للمرسوم المتعلق بحالة الطوارئ، والتي تقضي بإمكانية اتخاذ تدابير من شأنها وقف نشاط كل شركة ، أو جهاز ، أو مؤسسة، أو هيئة ، أو غلقها مهما كانت طبيعتها أو اختصاصها، عندما تعرض هذه النشاطات النظام العام أو الأمن العمومي أو السير العادي للمؤسسات ، أو المصالح العليا للبلاد للخطر وذلك بموجب قرار وزاري لمدة لا تتجاوز ستة أشهر . وذلك ما يعد دليلاً آخر من حيث توسيع الصلاحيات وتعميمها على جميع الوزراء كل فيما يتعلق بقطاعه، للحيلولة دون ما يمكنه أن يثير اضطراب النظام العام.

3-الوالي : يعتبر هذا الأخير في نفس مرتبة الوزير في القيام بمهام استتباب الأمن ، إلا أن ذلك يكون محلياً ، وعلى مستوى ولايته، في إطار التوجيهات الحكومية الصادرة من وزير الداخلية. وهذا ما يستفاد من نص المادة 04 من المرسوم 44/92 سالف الذكر . وإن كان الملاحظ بالنسبة لهذه الصلاحيات أنها ليست بجديدة ، ذلك أن قانون الولاية يتضمنها في مواده المبينة لاختصاص الوالي في مجال المحافظة على النظام العام، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 114 من قانون الولاية لسنة 2012 من أن : " الوالي مسؤول عن المحافظة على النظام ، والأمن، والسلامة ، والسكينة العمومية". وكذا نص المادة 113 من نفس القانون بأن " : الوالي يسهر على مستوى الولاية على تنفيذ القوانين والتنظيمات، وعلى احترام رموز الدولة، وشعاراتها على إقليم الولاية "².

4-السلطة العسكرية:على الرغم من عدم انتقال صلاحيات استتباب الأمن إلى السلطات العسكرية في ظل حالة الطوارئ، إلا أن هذه الأخيرة يكون لها نصيب من المشاركة في هذه المهمة. **فالاستنتاج** من ذلك كله، أن تأثير الحريات العامة بشكل سلبي حين تطبق حالة الطوارئ وضع حتمي نتيجة توسع اختصاص السلطة المدنية من جهة، ومشاركة السلطة العسكرية لها، وما لذلك من تأثير معنوي على نفوس الأفراد من جهة ثانية .والدليل على ذلك بداية هو إجراء الاعتقال الإداري كإجراء له طابع وقائي، يتجلى في المساس بجرمة حياة المواطن الخاصة، في مفارقة بين أعماله في ظل حالة الحصار وفق مدة محددة له، ليكون الوضع حينها مبرراً نوعاً ما نتيجة الظرف الاستثنائي.

1-المرسوم الرئاسي رقم 320/92 المؤرخ في 11 أوت 1992 ، ج.ر.ج.ج، العدد 61 ، الصادرة بتاريخ 12 أوت 1992 .

²-نص المادة 114 سابق الذكر من قانون الولاية الجديد، القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية .ج.ر.ج.ج

العدد 12 المؤرخة في 29 فبراير . 2012 هو نفس نص المادة 96 تماماً من القانون السابق لسنة 1990 في حيث أضيفت عبارات احترام رموز الدولة وشعاراتها على إقليم الولاية، كالنزام آخر يقع على عاتق الوالي مسؤولية ضمانه، ضمن نص المادة 113 من قانون الولاية الجديد، والتي يقابلها نص المادة 95 من القانون القديم.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

غير أنه سرعان ما يتحول من طابعه الوقائي إلى طابع ردعي له من الخطورة على حياة المواطن الخاصة في ظل حالة الطوارئ، ما لم يكن كذلك حين أعمال حالة الحصار¹، ليكون أخطر إجراء إداري على الإطلاق ينتهك حرمة الإنسان مخالفاً بذلك صريح المادة 34 من الدستور. كما يبدو التأثير السلبي واضحاً للحريات العامة نتيجة أعمال حالة الطوارئ في جوانب أخرى. والقصد من ذلك ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم الرئاسي، المتعلق بحالة الطوارئ بقولها: "يجوز وضع حالة الطوارئ حيز التنفيذ، لوزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني والوالي على امتداد تراب ولايته في إطار التوجيهات الحكومية، سلطة القيام بما يأتي:

- 1- تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة.
- 2- تنظيم نقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى وتوزيعها.
- 3- إنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين
- 4- المنع من الإقامة أو الوضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو بسير المصالح العامة.
- 5- تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة إضراب غير مرخص به أو غير شرعي، ويشمل هذا التسخير المؤسسات العمومية أو الخاصة للحصول على تقديم الخدمات ذات المنفعة العامة.
- 6- الأمر استثنائياً بالتفتيش نهاراً و ليلاً."

فالأمر والحالة هذه أن الغرض من ذلك التحديد، أو المنع لمرور الأشخاص في أماكن معينة إنما هو استعمال بعض التدابير الوقائية من طرف السلطات المعنية، في بعض الأماكن، والتي تكون محلاً لتجمع عدد معتبر من الأشخاص. كما أن نص الفقرة الخامسة من المادة المذكورة أعلاه يوضح أن الإضراب الواقع بدون ترخيص مسبق يعد عملاً غير مشروع، لكون مؤسسات الدولة تعيش ظرفاً غير عادي، بحيث يخشى ما قد يحدثه هذا الإضراب من تأزم للوضع الأمني لاسيما من حيث التجمعات التي يثيرها احتجاجاً على أمر أو مصلحة ما، بغية لفت انتباه الرأي العام ومساندة تلك الفئة المضربة. وهذا ما دفع بالسلطات إلى منع الإضرابات في حالة الطوارئ حفاظاً على المصالح العامة².

ومنه فإن الملاحظ في هذا الشأن، أن عديد الحريات العامة مسها هذا النص كحرية الاجتماع مثلاً، والتي تم تطويقها من مختلف الجوانب تقريباً لاتصال ممارستها بالوضع الأمني آنذاك. في حين كان لابد على السلطة القائمة على استتباب الأمن، ومراعاة لضرورة رعاية المصلحة العامة والحفاظ عليها أن لا يتعدى تدخلها

¹ -مراد بدران، مرجع سابق، ص121.

² -أنظر في ذلك سحنين محمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005 ص99.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

أسلوب الترخيص المسبق¹ من طرف الإدارة لممارسة بعض النشاطات الفردية ك عقد الاجتماعات العامة . ففي ظل هذا الأسلوب تملك الإدارة سلطة واسعة في فرض رقابتها على تلك الممارسة ، بحيث إذا رأت تعديدا للنظام العام وإثارة للاضطرابات ، امتنعت عن منح الترخيص . خصوصا وأن مدلول النظام العام من المفاهيم ذات التأويلات العديدة والمختلفة، مما يفتح المجال أمام السلطات الإدارية للاحتجاج به لفرض رقابتها على أنشطة الأفراد المختلفة وإحكامها بشكل يجعل تصرفاته مبررة إلى حد ما ، بالنظر لاهميتها في حفظ النظام العام بما تحوزه من سلطات ووسائل.

وفي المقابل ، إذا لم تكن كذلك وجب عليها منح الترخيص لطالبيه مع الاحتفاظ بصلاحياتها في النشاط متى رأت خروجها عن طابعه المراد ممارسته طبقا له . كل ذلك في إطار التزام الإدارة حدود القانون وعدم تعسفها بالحريات العامة . بيد أنه ومن خلال التطبيق العملي ، يضح أن أسلوب الحظر أو المنع هو المحبذ دائما للإدارة في مواجهتها للحريات العامة .

ذلك ما تؤكد به بعض منظمات حقوق الإنسان بتقريرها أن كثيرا من حالات الحظر الممارسة على حرية عقد الاجتماعات العامة، كانت لمجرد كون هذه الأخيرة توجه انتقادات للحكومة.²

هذا ويجدر التنويه أن خرق السلطة الإدارية للقانون يتضح أكثر من خلال منعها لكل مظاهرة من شأنها الإخلال بالنظام العام والطمأنينة العامة ، على الرغم من خضوع المظاهرات لنظام الترخيص المسبق ، ليصدق بذلك ما قيل عن هذا النظام ، وما تملكه السلطة الإدارية من تقدير واسع في منحه أو رفضه . بل وما تحوزه من تأطير لهذه الحرية ، كتحديد الأماكن التي سيمر منها المتظاهرون . فإذا كان الأمر كذلك ، فما الغاية من المنع المطلق لها مادامت السلطة المكلفة باستتباب الأمن تحوز كل هذه الاختصاصات قبلها . بموجب نظام الترخيص المسبق؟

الفرع الثاني : حقيقة أثر التشريعات الاستثنائية على الحريات العامة

بناء على كل ما سبق، فإن المساس بالحريات العامة مسألة جد واردة في هذه الأحوال. والقصد من ذلك وضع الحريات في ظل التطبيق العملي، لكل من حالي الحصار والطوارئ باعتبارهما من بين السلطات الاستثنائية التي يحوز رئيس الجمهورية إعلانها كمثل للسلطة التنفيذية . على أن ذلك التأكيد للمساس بالحريات العامة أمر حتمي، سواء بالنظر إلى الظرف الاستثنائي في حد ذاته ، الذي يدفع إلى إعلان حالة الحصار أو الطوارئ من جهة ، أو ما حدث نتيجة التطبيق العملي لكليهما من جهة ثانية . وذلك يجد سنده في أساسين:

¹ - يأتي تفصيل الترخيص المسبق أو الرخص الإدارية في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

² - من ذلك مثلا تقرير حالة حقوق الإنسان لسنة 2000 من قبل المنظمة العربية لحقوق الإنسان . أشار إليه كمال شطاب، مرجع سابق، ص

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

أولهما: بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لهاتين الحالتين ، فإن مسألة اتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع لا تعني مطلقاً تنظيم حالة الحصار أو حالة الطوارئ، لأن المؤسس الدستوري نفسه فصل في ذلك ، يجعلها من اختصاص السلطة التشريعية ، وبأداة قانونية تفوق الأداة التشريعية العادية¹ ، في تحديد للمجالات التي يمكن أن تشملها التدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية لاستتباب الوضع . فلا تفتيش مثلاً إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه ، ومنع رئيس الجمهورية من تفويض اختصاصاته كاتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع إلى سلطة أخرى ... مما يدل على أنه عمل نظمه المشرع . إلا أن الواقع العملي أثبت عكس ذلك ، حيث تم تنظيمها بمراسيم رئاسية من اختصاص رئيس الجمهورية . واختصت السلطة العسكرية بمسألة استتباب الأمن ، بناء على تفويض ، مما يعد خرقاً للدستور . وما هو إلا دليل من بين عديد الأدلة

على الاتجاه نحو التعسف بالحريات العامة بوسائل متعددة ، أولها مخالفة نصوص الدستور . وهذا معناه، أن كل من النصوص المتعلقة بتنظيم حالة الحصار ، وحالة الطوارئ ، وكذا الإجراءات لصادرة استناداً إلى المرسومين الرئاسيين المتضمنين إعلانها غير دستورية.²

ثانيهما: ربما لا يكفي الأساس الأول في بيان التقييد التشريعي للحريات العامة ، إلى درجة الجزم باعتباره تقييداً في حد ذاته ، ما لم يتم التطرق إلى الأساس الثاني ، المتمثل في تنظيم حالة الحصار وحالة الطوارئ بموجب قانون عضوي عملاً بنص المادة 92 من دستور 1996.³

وبالأساس على ذلك ، فإن التخلي والتنازل من قبل السلطة التشريعية عن هذا الاختصاص وعدم ممارسته ، هو في حد ذاته تقييد من قبل المشرع للحريات العامة ، خاصة وأن المسألة تتعلق به إلى حد كبير في ظل مساس تلك الظروف الاستثنائية به على نحو سلمي من جهة، وما تختص به السلطة التنفيذية من أعمال هي من قبيل التدابير الضرورية لاستتباب الأمن التي - من المفروض - قد نظمها المشرع من جهة أخرى، رغم عدم ورود مثل هذا النص ضمن دستور 1989 إلا أنه يستفاد من نص المادة 1/115 من نفس الدستور ، باعتبار المسألة على الدوام تتعلق بالحريات العامة ، وضرورة تنظيمها من قبل المشرع وليس السلطة التنفيذية ، وفق ما أقره الدستور.⁴

ومنه، فإن التوسع في اتخاذ التدابير المنوطة بالسلطة التنفيذية، لم تكن لتتسع على حساب الحريات العامة لو تدخل المشرع بقانون وفوق ذلك عضوي⁵ ، يفوق القانون العادي لتنظيم حالي الطوارئ والحصار . وكأنه بذلك إقرار من قبل المشرع للسلطة التنفيذية في اتخاذ ما تراه مناسباً لاستتباب الوضع . فالأمر إذن يتطلب

¹ -تنص المادة 92 من دستور 1996 على أن: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي".

² -أنظر تفصيل قيم لذلك مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها.

³ -تنص المادة 92 من دستور 1996 على أنه: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي".

⁴ -حيثي لزرقي، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها، مرجع سابق، ص 160.

⁵ -يتميز القانون العضوي عن القانون العادي في موضوعاته وإجراءاته فالموضوعات التي تندرج ضمن القانون العضوي تتعلق بمسائل تقترب من

المسائل الدستورية كالحريات وتنظيم السلطات العامة، مما يوحي معه بضرورة التدخل التشريعي لتنظيم حالي الطوارئ والحصار.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

تصرفا إيجابيا من طرف المشرع. بممارسة اختصاصاته المخولة له دستوريا، لاسيما وعلى سبيل الإضافة ما ورد في المادة 2/91 من دستور 1996 حيث يتوجب على البرلمان التدخل بالموافقة أو عدمها على تمديد العمل بحالة الطوارئ وحالة الحصار¹. أما وأن لا يتدخل المشرع ويتنازل عن اختصاصاته، فإن ذلك مما يمكن اعتباره تقييدا ولو ضمنيا للحريات العامة، يعكسه ويرره التصرف السليبي للمشرع، بالتنازل عن اختصاصه الدستوري.

ذلك أن الدستور هو الذي يمنح السلطات الحاكمة اختصاصاته المحجوزة لها. ومن ثم فلا يصح، ولا يجوز لأية سلطة أو هيئة حاكمة أن تفوض اختصاصاتها لغيرها. لأنها ليست حقا شخصا لها، وإنما هي رخصة مفوضة، ووظيفة دستورية، حددتها لها السلطة التأسيسية، وبينت شروطها، وحدودها ومداهها. وهذا يترتب عليه أنه لا يمكن لمن فوض تصرفا معيناً، وهو لا يملك الحق الشخصي فيه، أن يعدل في شروط تفويضه بتفويضها إلى الغير من جديد. لأنه كما يقال فاقد الشيء لا يعطيه. ومن هنا كان المبدأ الدستوري " لا يمكن للمفوض من غيره أن يفوض غيره أو يوكله " ، اللهم إلا أجازها الدستور، ذلك لأنها لا تملك هذه الاختصاصات.²

أما في غير حالة الإجازة من الدستور نفسه، فإنه يمنع على جميع السلطات والمهيات الحاكمة أن تفوض الاختصاصات التي حددها لها الدستور، لأن ذلك يعتبر خرقاً لأحكام الدستور التي وزعت الاختصاصات على السلطات العامة بكيفية معينة، تحقق للنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي ذاتيته. وكل خروج في مجال توزيع الاختصاصات بطريقة غير دستورية سيعود بالسلب على السلطات العامة. لأنها مخالفة لما رسمه الدستور من أوضاع وإجراءات، من حيث الاعتداء على مبدأ دستوري شهير. ويتعلق الأمر بحماية مبدأ الفصل بين السلطات، فتقسيم الوظائف داخل الدولة بين السلطات الثلاث، يؤدي إلى احترام مبدأ التخصص الفني. ومن ثم إتقان كل سلطة لعملها، وقيامها به على أحسن وجه، مما يحقق في النهاية حسن سير العمل في كل المجالات الرئيسية في الدولة، التشريعية والتنفيذية والقضائية.³

فالقاعدة العامة أن مجال الحريات العامة للمواطن، تعد من المسائل والمواضيع المحجوزة للسلطة التشريعية. وبالنتيجة لا يترك أمر تنظيم تلك الحريات للإدارة، بل الأصل أنه لا يمكن تصور تدخل الإدارة في هذا المجال. كما يقع على عاتق البرلمان أيضا عند ممارسة اختصاصه بصدد الحريات أن يتسم بالتحديد. بمعنى آخر، ألا يصدر القانون تاركا للإدارة مجالا في تحديد الضمانات القانونية للحريات العامة، وإنما وجب على سلطة

¹ ذلك ما يدل على أن كل من حالة الطوارئ والحصار تعلن لمدة معينة، وإن كان يعاب على النص الدستوري عدم التحديد الدقيق لمدة العمل بها، غير أن عبارة " لمدة معينة " تعني أنها أوضاع وقتية يستحيل استمرار العمل بها، مما يدعو إلى الرجوع لمعرفة رأي نواب الشعب في المسألة لما تتميز به من مساس بالغ أحيانا على الحريات العامة.

² -عبد الغني بسويبي عبد الله، النظم السياسية و القانون الدستوري، النظم السياسية والقانون الدستوري، ص 406.

³ -سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 15، 16.

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

التشريع تحديد تلك الضمانات. وما دور الإدارة في هذه الحالة إلا مجرد دور تنفيذي ، متى توافرت الشروط المحددة بالقانون، فما عليها إلا تنفيذ محتويات هذا الأخير¹.

وعليه، فإن المؤسس الدستوري ، عندما يعهد بمسألة تنظيم الحريات العامة للبرلمان، فإنه يقع على عاتقه التزاما قانونيا، يتجلى في ضرورة تنفيذ ذلك الالتزام الدستوري في حد ذاته من تلقاء نفسه. وبالتالي لا يجوز سكوت البرلمان عن مباشرة هذا الاختصاص بعدم القيام به ، لتدخل سلطة أخرى للقيام على اختصاص تنظيم الحريات العامة². والأكثر من ذلك، أن ممارسة هذه الأخيرة ليس أمرا متوقفا على القانون الصادر من البرلمان، بل إن الأصل هو نفاذ كافة الحقوق والحريات، وما دور البرلمان إلا سبيلا لتحقيق المزي د من فعالية تلك الممارسة ، بالتدخل لبيان طريقة ذلك وفق مقتضيات الدستور شكلا ومضمونا.

فما تتطلبه الحريات العامة من حماية ، لا تعني وقوف الم شرع موقفا سلبيا منها دائما، وإنما قد يكون تدخله أمرا حتميا لأجل تلك الحماية المقررة دستوريا ، سواء بتنظيم ممارسة الفرد لحرياته أو تحريم المساس بها . وبتلك المثابة ، يكون تدخل المشرع في هذه الحالة ممثلا في الدور الإيجابي الذي يلتزم به تجاه الحريات، عبر إحالة دستورية صريحة أحيانا تقتضي ذلك.

غير أنه ، ومن بعد ذلك كله ، لا يمكن إطلاقا الجزم بضرورة عدم العمل بالتشريعات الاستثنائية باعتبارها سببا في التضييق على الحريات العامة، بل لا بد من ضرورة الملاءمة في أعمالها، من حيث ما تستدعيه ضرورة الحفاظ على الدولة ومؤسساتها من جهة ، وتغاير الظروف من جهة ثانية . أي أن تتناسب شدة الإجراءات المتخذة مع جدية الظروف الداعية لها فحفظ المصلحة العامة لهو من الأولويات مقارنة بمصالح الأفراد . حيث يتم التضحية بقدر منها في صورة نوع من التقييد المبرر للحريات العامة . وهذا معناه، أن الطريقة التي يمكن من خلالها للسلطة تقييد الحريات على نحو مشروع، هي التحقق من اتخاذ إجراءات أخرى ، لتوفير ضمانات تجنب إساءة استخدام التقييد إلى أقصى حد ممكن.

فتطبيق حالة الطوارئ مثلا كظرف استثنائي اختلفت من حيث التطبيق في الجزائر بين سنوات مضت ، وبين السنوات الأخيرة قبل أن يتم رفعها نهائيا . ولعل سبب ذلك هو زوال مقتضيات أعمالها بالدرجة الأولى، عقب مطالبة عديد المنظمات الحقوقية بانتهاء العمل بها . غير أن ما يثير التساؤل حول هذه المسألة هو حقيقة الدور المنوط بالبرلمان كممثل للإرادة العامة . إذ وبالأساس على ذلك يفترض به أن يكون هو المبادر من خلال الوسائل المتاحة له دستوريا بالمطالبة برفع حالة الطوارئ، باعتبار أن المسألة تتعلق بتأثر الحريات العامة ، حين تطبيق إحدى الحالات الاستثنائية . ولا محالة عندئذ أن يكون تأثرها بشكل سلبي إلى حد بعيد ، تذرعا

¹ - عبد الحفيظ الشمي، القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 483 وما بعدها.

² - المرجع السابق، ص 341، 342 .

الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات وتقييدها

بالظرف غير العادي . فكان ي عول على البرلمان لإعمال اختصاصه . غير أن مبادرة الحكومة كانت أسرع بخصوص رفع حالة الطوارئ، وإن كان هناك مبادرة للنواب.

إلا أن تقرير رفع تلك الحالة ، إنما تقرر في مجلس الوزراء ، وهو ما يعني تفوق الحكومة كسلطة تنفيذية على البرلمان كسلطة تشريعية ، حتى بخصوص مسائل تعود لاختصاص هذا الأخير من جانب أول ويبدو تساؤل آخر من جانب ثاني ، في أنه حتى وإن كانت الحكومة هي المبادرة برفع حالة الطوارئ، أو أن مشروعها كان أسبق من مبادرة النواب ، إلا أن الإشكال الذي يطرح ويفرض تساؤلات عدة ، هو **تغيب الحكومة للبرلمان** بدليل عدم مناقشته لمشروع الحكومة . وإن كان الأمر لا يتعلق هنا ه ذه النتيجة ، بقدر ما يتعلق بضرورة عرض أي مشروع تتقدم به الحكومة على البرلمان لمناقشته، والمصادقة عليه، وفق ما أقره الدستور ضمن المادة 120 منه . وهو ما التزمت به الحكومة بعدم مخالفة الالتزام الدستوري، وتم عرض الأمر المتعلق برفع حالة الطوارئ ، والنصوص ذات الصلة على البرلمان ، في أول دورة وفق المادة 124 من الدستور الجزائري . وأيا كانت الوسيلة، إلا أن وحدة المتبغى والنتيجة، ه و الأساس أولا بزوال حالة الطوارئ وآثارها¹، ومن ثم الممارسة الفعلية والمنظمة للحريات العامة. وأبعد من ذلك، ورغم فكرة ما قد يثور من استبدال للسلطة التشريعية بالحريات العامة تسترا وراء مهمة تنظيمها، وبيان كيفية ممارستها بشكل لا يخل بالنظام العام وبالقوانين السارية، إلا أن الاطمئنان على هذا التنظيم التشريعي للحريات العامة يظل قائما . لأنه حتى مع التسليم بإمكانية واحتمال استبدال البرلمان ه ذه الحريات سوف لن يستمر، إذا ما وضع في الحسبان اعتبارين . الأول، يتعلق بالمناورات السياسية بين الأغلبية البرلمانية، والأقلية المعارضة . فنجد الأولى تسعى دوما لكسب دعم أغلبية الإرادة الشعبية . في حين تقوم الثانية بتأليب الرأي العام ضدها . والثاني، يقصد منه الانشاقات التي قد تثور داخل الأغلبية لتتنقسم على نفسها . فتسعى الأطراف المتصارعة إلى اللجوء نحو الإرادة الشعبية لإرضاء ها . ومنه تبرز كفالة الحريات العامة وفق منظور سياسي تسعى كل كتلة لتوظيفها، كصورة لإحدى أوجه هذا الإرضاء.

لهذه الأسباب وأخرى، فإن تنظيم الحريات العامة لا يكون إلا عن طريق التشريع الأساسي مثالا في الدستور . فيكون بذلك أسمى ضمانات هذه الأخيرة . غير أن هذا الأخير يميل إلى التشريع الصادر من البرلمان بشأن تنظيم الحريات العامة، وحينذاك لا يوجد ما يثير الخشية عليها من المساس والتعسف بها .

¹ - تم رفع حالة الطوارئ بموجب الأمر رقم 01/11 المؤرخ في 23 فبراير 2011 ، ج.ر.ج. العدد 12 . الصادرة بتاريخ 23/02/2011.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

قبل أن نخوض في دراسة موضوع الجهة التي تصدر لوائح الضبط الإداري وعلاقتها بالحريات العامة، نرى حتما علينا أن نوضح أمراً له أهمية، وهو مدى الصلة القائمة بين القوانين الضبطية واللوائح الضبطية، فتنظيم شؤون الضبط الإداري لا يتحقق دواماً بأداة المرسوم أو القرار الوزاري، وبعبارة أدق، لا تتولاه السلطة التنفيذية وحدها، بل قد يقع هذا التنظيم في شكل قوانين تصدر من السلطة التشريعية وتتاغير فيها مقاصد الضبط المتواضع عليها. وهذا أمر لا يحتمل جدالاً، فتحقيق مقاصد الضبط ليس حكراً على الإدارة تستأثر به دون السلطة الشارع، بل تتولاه هذه السلطة في كثير من المناسبات، إذا كان التنظيم الضبطي له قدر من الخطر والأهمية بحيث يتحتم النهوض به من جانب السلطة التشريعية. بل لعل هذه السلطة التشريعية أحق به من غيرها، في بعض صور التنظيم، إذا كان هذا التنظيم يتحيف الحريات العامة، أو يمس بعض الأوضاع المتصلة بالملكية الفردية مما يجب أن تبت فيه السلطة التشريعية دون السلطة التنفيذية وهذا ما تم توضيحه في الفصل السابق.

وتفريعاً على ما تقدم قد يوكل تنظيم كثير من الشؤون إلى السلطة التنفيذية بموجب نصوص بعض القوانين الضبطية، فيطلب إليها تكملة وتفصيل المبادئ العامة التي رسمتها لها القوانين، بحيث لا تخرج في هذا التنظيم عن إطار هذه القواعد العامة وجهة الإدارة، إذ تضطلع بهذه الاختصاصات في نطاق القوانين، لا تعدو أن تكون ممارسة لولاية اشتقاقية في مضمار الضبط الإداري، وهي الولاية التي فوضت في مباشرتها في دائرة القوانين الضبطية، وهذا هو ما استقر عليه الفقه الإداري في فرنسا.¹

ومن هنا نجد أن هناك ضبطاً إدارياً يتوجه نشاطه إلى تنفيذ وتكميل القوانين الضبطية، وقد تفضي هذه التكملة وهذا التنظيم إلى تقييد الحريات كما قد تقتصر مهمة هذا الضبط الإداري على تطبيق النظم العامة الضبطية التي نسقتها القوانين، فهو يتولى مثلاً منح أو منع ترخيص للأوضاع والقيود والشروط المرسومة للقوانين. ويلاحظ أن هذا الجانب التطبيقي الذي قد تنصرف ولاية الضبط الإداري إلى الاضطلاع به، يبدو ويتمثل جلياً فيما يسميه العلماء بإجراءات الضبط الفردية. مهما يكن الأمر، فإن ولاية الضبط الإداري لا تقتصر على هذا النشاط القانوني الذي لا يستند إلى نص تفويضي، كما هو الشأن في لوائح الضبط القائمة بذاتها، بل تمتد إلى الولاية المنفذة، أو المطبقة لأحكام القوانين في شؤون الضبط الإداري.

وعليه سنحاول التعرف على سلطات السلطة التنفيذية بداية بالتعريف على الضبط الإداري وعلى أهم وسيلتين تمتلكهما الإدارة وهي اللوائح و الرخص الإدارية ومدى تأثيرهما على الحريات العامة بالبحث في عمق هذين المفهومين بالدراسة، وكذا التطرق فيما يخص علاقة و أثر الضبط الإداري بالحريات العامة في (المبحث الأول). و التطرق إلى إصدار قرارات فردية تهدف لتطبيق اللوائح الضبطية السابقة الذكر من خلال

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مجلة مجلس الدولة، دار النشر للجامعات المصرية، السنة الثالثة، مصر، يناير سنة 1956، ص 169.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

مخاطبة أشخاص معينين في شكل رخص إدارية في مجال ممارسة الحريات كأهم مظاهره تنظيم السلطة التنفيذية للحريات العامة في (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: الضبط الإداري و علاقته بالحريات العامة

العديد من الآراء الفقهية تذهب إلى اعتبار الضبط الإداري قيذا على حريات الأفراد، وهذا ما نخالفه في هذه الدراسة ذلك أن الغرض من الضبط الإداري هو تنظيم المجتمع تنظيمًا وقائيًا بحيث يسمح للأفراد ممارسة حرياتهم في إطار من الدستور والقوانين، وذلك دون التعارض والمساس بحريات الغير، فالضبط يكفل ممارسة الحرية المحمية قانونًا ولا يتعارض معها بل أنه يخلق الظروف والأوضاع الكفيلة بممارستها وفي نفس الوقت يعارض ويقابل ويواجه الممارسات غير المحمية قانونًا والمعرضة للنظام الاجتماعي، وعليه سنخص بالدراسة في هذا المبحث مفهوم الضبط الإداري في (المطلب الأول) و فكرة الحرية كحد و قيد لسلطة الضبط الإداري في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الضبط الإداري

لدراسة هذا العنصر أهمية بالغة في مجال دراسة نطاق اختصاص السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة كونه يمثل القاعدة الأولى و الخلفية لدخول إلى صلب الموضوع، و لتحسيد هذه الأهمية كان لزاما علينا التعرض إلى نقاط معينة لتوضيح مفهوم الضبط الإداري منها تعريف الضبط الإداري تعريفًا لغويًا و اصطلاحًا و استعمالاته المختلفة وكذا الحديث عن أهم وسائل الضبط الإداري المتمثلة في لوائح الضبط في (الفرع الأول) وسلطات الضبط الإداري على المستويين الوطني والمحلي في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تعريف الضبط الإداري و لوائحه الضبطية

سنتعرف على الضبط الإداري بالتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي ومعايير أخرى لتعريف الضبط الإداري (معياري مادي و آخر وظيفي و ثالث معيار توفيقية) ثم نتعرض بالدراسة إلى لوائح الضبط الإداري.

أولاً: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للضبط الإداري:

كأي مفهوم قانوني سنعرج على المفهوم اللغوي (أولاً) و من ثمة المفهوم الاصطلاحي (ثانياً) .

1- التعريف اللغوي:

الضبط هو الإحكام و الإتقان و إصلاح الخلال و التصحيح أو توجيه السلوك و يشمل بهذا المعنى مختلف جوانب الحياة الاجتماعية و العلمية و القانونية .

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الضبط في اللغة لزوم الشيء وحبسه، ضبط علي وضبطه، يضبط ضبطاً وضباطه وقال الليث الضبط لزوم شيء لا يخافه في كل شيء وضبط الشيء حفظه بالحزم والرجل ضابط أي حازم ورجل ضابط وضبطي قوي شدي¹ و يقابلها بالفرنسي كلمة *police* وهي بمعنى ما لان ولا استكان و مصدرها *poli* و *police* وفي البدايات وجب الإشارة إلى أن مصطلح "ضبط" يعبر عنه بعض الفقه بمصطلح "بوليس" كمرادف له و الذي عادة ما يهتم عمل في المراجع الخاصة بالمشرق العربي كمصر، سوريا، الأردن، العراق و لبنان حيث تتضمن مؤلفاتهم هذا المصطلح حين دراسة الصورة السلبية للنشاط الإداري . و هذا الأخير لهي مصطلحا عربي كما قال الأستاذ السنهوري وهو كذلك يقتصر على الأجهزة والوسائل البشرية كما هو شائع حيث أن مصطلح شرطة يعني مباشرة الأعوان المكلفين بحماقي الأمن والنظام.

2-التعريف الاصطلاحي للضبط الإداري:

للضبط الإداري عدة تعريفات في الفقه الفرنسي و كذا العربي و سنبدأ بالفقه الفرنسي على اعتبار أن الضبط الإداري هو من أهم موضوعات القانون الإداري الذي هو فرنسي النشأة و الأصل. و من تعريفات الفقه الفرنسي للضبط الإداري تعريف الأستاذ *De laubadere* الذي عرفه على أنه "مظهر من مظاهر عمل الإدارة يتمثل في تنظيم حريات الأفراد و حماية للنظام العام" و هو تعريف مختصر شامل لكل عناصر الضبط الإداري لكن التعبير على أنه مظهر من مظاهر عمل الإدارة قد يؤدي إلى تقليص الحجم الحقيقي للضبط الإداري الذي أصبح يحتل جزء كبيراً بل أنه أصبح أهم مظهر من تلك المظاهر.³ لكن هناك من أوجد معايير لتعريف الضبط الإداري معيار مادي و آخر وظيفي و ثالث معيار توفيقني سنستعرض كل منهم على التوالي:

المعيار العضوي: و وفقاً لهذا المعيار يعرف الضبط الإداري على أنه مجموعة الأجهزة و الهيئات التي تتولى القيام بالتصرفات التي تهدف إلى الحفاظ على النظام العام و هو مجموع الأشخاص العاملين أو المكلفين بتنفيذ الأنظمة و حفظ النظام.

¹- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الإسكندرية مصر، ب س ن (بدون طبعة) 1968، ص 2549.

² - Le terme « police » designe de manière générale l'activité consistant à assurer la sécurité des personnes et des biens en faisant appliquer la loi. Les forces de police (communément appelées « la police ») sont les agents (militaires ou civils) qui exercent cette activité.

fr.wikipedia.org/wiki/Police_(institution)

³- حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري _ دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي _، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 211.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

المعيار الموضوعي: و ينظر هذا المعيار للضبط الإداري بأنه مجموعة الإجراءات التدابير التي تقوم بها الهيئات العامة حفاظا على النظام العام و لكن كلا المعيارين يصف جانباً من الضبط الإداري فالأول يتعرض إلى الهيئات و الأشخاص الذين لا يمكنهم العمل دون إجراءات أو قوانين تحدد عملهم و الثاني يتحدث عن الإجراءات و التدابير التي لا يمكن أن تنفذ بدورها دون وجود أشخاص معينين لتنفيذها و لهذا يعتبر كلا التعريفين قاصراً و هذا ما أدى بالفقه إلى إيجاد معيار توفيقى يجمع بينهما و الذي عرف الضبط الإداري على أنه حق الإدارة في أن تفرض على الأفراد قيوداً تحد بها حرياتهم بقصد حماية النظام العام.

أما الفقه العربي فلم يعطي تغييراً كبيراً في تعريف الضبط الإداري هذا كون الفقه العربي القانوني مستمد أصلاً من الفقه الفرنسي و نورد من تعريفات الفقه العربي تعريفات الأساتذة: الدكتور نواف كنعان الذي عرف الضبط الإداري على أنه "النظام القانوني الذي ينظم تقييد الحريات الفردية بهدف حماية النظام العام الذي يعتبر أمر ضرورياً لحياة الجماعة بما يتسم به هذا النظام القانوني من إجراءات سريعة و فعالة حيث تخول سلطات الضبط الإداري استخدام القوة المادية عند الاقتضاء لضمان احترام أنظمة الضبط الإداري و تنفيذها " و في هذا التعريف الإشارة إلى وسائل الضبط الإداري التي قد تصل إلى استعمال القوة المادية كما أشار أيضاً إلى جوهر الضبط الإداري و هو حماية النظام العام.¹

و تعريف الأستاذ مصطفى أبو زيد فهمي الذي جاء كالتالي " : قيود و ضوابط ترد على نشاط الأفراد في ناحية أو عدة نواحي من الحياة البشرية " رغم أن المطلاع على التعريف لأول مرة قد يراه ناقصاً إلا أنه بعد التمعن و التدقيق فيه يظهر جوهره الذي ألم بكل عناصر الضبط الإداري رغم أنه لم يأتي على ذكر من يفرض هذه القيود.

و هنالك من عرفه بخاصية من خصائصه أو وسائله كتعريف الأستاذ إبراهيم شيحا الذي صاغه كالتالي "الضبط الإداري هو مجموعة القواعد التي تفرضها سلطة عامة على الأفراد بغية تنظيم حرياتهم العامة أو بمناسبة ممارستهم لنشاط معين بقصد صيانة النظام العام في المجتمع أي تنظيم المجتمع تنظيمياً وقائياً - و هذا من خصائص الضبط الإداري - و تتخذ هذه القواعد شكل قرارات تنظيمية أو أوامر فردية تصدر من جانب الإدارة - و في هذا إشارة إلى وسائل الضبط - و حدها و يترتب عليها تقييد الحريات الفردية " و رغم أن هذا التعريف قد شمل كل عناصر الضبط الإداري من تعريف و خصائص و وسائل إلا أنه لم يلم بها كاملة.

تجدر الإشارة أن الفقه قد قسم الضبط الإداري إلى نوعين هما الضبط الإداري العام و الضبط الإداري الخاص أما الأول فيقصد به الإجراءات التي تمارسها السلطات الإدارية بموجب الاختصاصات المخولة إليها بهدف المحافظة على النظام العام و الصحة العامة و السكينة العامة و الآداب العام أما الضبط الخاص فهو قيام سلطة إدارية معينة بممارسة اختصاص محدد من قبل المشرع لتنظيم بعض أوجه النشاط بغية تحقيق أهداف

¹ حسام مرسي، مرجع سابق، ص211.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

محددة من أمثلة هذه الأهداف حماية المستهلك أو حماية القدرة الشرائية للمواطن عند فرض أسعار معينة أو ما يطلق عليه بالتسعير الجبري و هناك من اعتبر أن الضبط الإداري العام هو قاعدة عامة و أساسية كوظيفة إدارية أما الضبط الخاص فهو نظام قانوني خاص في مجالات محددة و هو بدوره ينقسم إلى نوعين-ضبط إداري خاص يستهدف نفس أغراض الضبط العام و مثل هذا القوانين المنظمة لبيع المشروبات و المطاعم و ضبط خاص يستهدف أغراض خاصة¹.

ثانيا: لوائح الضبط الإداري

إن الحديث عن وسائل الضبط الإداري هو حديث بالدرجة الأولى عن الآليات القانونية التي تمكن الإدارة من تحقيق مهمة الضبط و تتمثل اللوائح أهم هذه الوسائل أساسا بحيث تعد لوائح ضبط تتضمن قواعد عامة مجردة تضع قيود على النشاط الفردي.

وعليه فإن لوائح الضبط عبارة عن مراسيم تنظيمية تتضمن قواعد عامة و مجردة تنظم النشاط الفردي و بعض الحريات الفردية ، و تنطوي على أوامر و نواه و عقوبات تتخذ بحق المخالفين لأحكامها و من أمثلتها لوائح الأحوال العامة كالمطاعم و محلات بيع الأغذية. و بما أنها قواعد عامة و مجردة فهي تعتبر من القوانين و الواقع أن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصيل في إصدارها إلا أن إسناد مهمة إصدارها للسلطة التنفيذية راجع إلى خبرة هذه الأخيرة و تمرسها علميا في تنظيم المسائل الأمنية و الصحية التي تعتبر في الأساس من أهم و أسمى أهداف الضبط الإداري.

وقد تتخذ لوائح الضبط عدة أشكال أو صور و هي:

-الحظر أو المنع: و هو منع الأفراد عن ممارسة نشاط معين في حالات محددة قد تخل بالنظام العام و لا يكون هذا المنع مطلقا لأن هذا سيعتبر مصادرة للحريات المكفولة دستوريا و يستثنى من هذا الحظر المطلق مجالات لأسباب إستراتيجية و دفاعية مثل منع المبادرة الفردية بإنشاء صناعة حربية إلا أن هذه الأخيرة ليست محظورة في بعض الدول الولايات المتحدة الأمريكية التي يمتلك فيها الأفراد مصانع أسلحة بترخيص من الدولة و هذا يعد الوسيلة الثانية من وسائل الضبط.

-الترخيص: وهنا يجب الحصول على إذن مسبق أو ترخيص لممارسة النشاط الفردي و هذا لاتصاله الترخيص و من أمثلة هذا الإبلاغ عن عقد الاجتماعات العامة و المعلوم أن حرية الاجتماع² مكفولة بالنظام العام بشكل مباشر أو غير مباشر و هنا تمتلك الإدارة السلطة التقديرية لقبول أو رفض منح دستوريا لكن مقتضيات الحفاظ على النظام العام تدفع الإدارة إلى إصدار نظام لائحى بشأن الإخطار، كما تعتبر الرخص

¹ - حسام مرسي، مرجع سابق، ص 211.

² - أنظر الملحق رقم 01، المتضمن نموذج: طلب الترخيص بتنظيم اجتماع عمومي.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الإدارية أهم الصور على الإطلاق في تنظيمها للحريات العامة لهذا سيخصص لها مبحثا كاملا في هذه المذكرة.¹

-الإعلان المسبق: وهنا يجب إعلام الإدارة المعنية بممارسة النشاط و الهدف من الإعلام هو اتخاذ الإدارة لكافة الاحتياطات و الإجراءات للحفاظ على النظام العام .

-تنظيم النشاط : و هذه الصورة أقل مساسا بالحريات العامة من ما سبقها و من خلاله يمكن للإدارة أن تنظم النشاط مسبقا و ذلك بوضع شروط أو حدود لممارسة النشاط مثال تحديد السرعة المسموح بها و القانون الذي يحدد كفيات اقتناء الحيوانات في المدن

الشروط الواجب توفرها في لوائح الضبط:

يمكن حصر هذه الشروط في ثلاثة هي :

1- يجب ألا تخالف لوائح الضبط نصا تشريعا :

ويقتضي هذا الشرط عدم مخالفة اللائحة للنص التشريعي سواء من الناحية الموضوعية أم من الناحية الشكلية, ذلك لان لوائح الضبط شرعت لإكمال النقص التشريعي الذي قد يظهر من خلال التطبيق. لهذا وجب إلا تعارض اللائحة التشريع لأنها تأتي في مرتبة أدنى منه وهذا هو منطق تدرج القواعد القانونية وبالتالي يتحتم على اللائحة تطبيقا لمبدأ المشروعية أن تحترم القواعد القانونية الأعلى منها بأن تعمل في دائرتها دون أن تخالفها.

ويقصد بعدم مخالفة اللائحة للتشريع من الناحية الموضوعية أن تتفق اللائحة مع مضمونه, وبالنسبة لعدم تعارضها معه من الناحية الشكلية هو أن تتفق إجراءات وضعها مع إجراءات وضع التشريع, فإذا تجاوزت اللائحة هذه الحدود المرسومة لها انقلبت إلى عمل غير مشروع لخروجه على مبدأ المشروعية , وبالتالي تصبح محلا للطعن فيها أمام الجهة القضائية المختصة.²

وتوسع القضاء الفرنسي في هذا الشرط حيث لم يكتف بعدم تعارض لائحة الضبط للتشريع وحده بل أوجب أيضا عدم تعارضها مع أي قاعدة تنظيمية أعلى منها, وحتى لو صدرت بعدها.

¹ - حسام مرسي، مرجع سابق، ص 213.

² - عبد الرؤوف هاشم بسبوي، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة و الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، ط 2008، الاسكندرية، ص 125.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية(الدائرة الجنائية) في حكمها الصادر في 22 يونيو 1968 بأنه "إذا صدرت لائحة ضبط بلدية تنفيذا لقانون تنظيم سير المركبات في الطريق العام ثم صدر في وقت لاحق مرسوم ينفذ هذا القانون تنفيذا شاملا لجميع أنحاء الجمهورية الفرنسية , ولكنه جاء في تنظيمه متعارضا مع أحكام لائحة بلدية كان قد أصدرها عمدة البلدة فان صدور هذا المرسوم المشار إليه ينسخ هذه اللائحة نسخا ضمينا بحكم هذا التعارض" ومع ذلك فقد قضى بأنه يجوز لهيئات الضبط في الأوقات الغير عادية اتخاذ تدابير تنظيمية عاجلة لو كانت متعارضة مع قواعد تنظيمية عليا , أو متجاوزة حدود اختصاصها وكان هذا الإجراء العاجل لازما آنذاك لتيسير تموين السكان .

2- يجب أن تصدر لوائح الضبط في صورة قواعد عامة موضوعية مجردة:

وهذا الشرط يقتضيه المنطق ذلك أنه لو لم تصدر لوائح الضبط في صورة قواعد عامة موضوعية مجردة , لانفتت عنها صورة اللائحة, وانقلبت إلى تدبير ضبطي فردي إذا توافرت أركانه .ذلك لأن العمومية والتجريد هما اللتان تميزان اللائحة عن القرارات الإدارية الفردية الصادرة من الإدارة مثلها في ذلك مثل اللائحة. ويقصد بعموم لائحة الضبط أنها لا توجه إلى شخص معين بالذات, ولا تحكم واقعة معينة بالذات. وإنما تحدد الشروط التي يلزم توافرها لكي تنطبق اللائحة .فإذا توافرت هذه الشروط في شخص معين, أو في واقعة معينة انطبقت اللائحة.

ولا يؤثر في تلك العمومية التحديد الزماني أو المكاني لها . كتحديد مرور السيارات في شوارع معينة ومنع سيرها في شوارع أخرى خلال ساعات معينة من اليوم, إذ أنها لا تعد مخاطبة لشخص معين بالذات. وان كل ذلك يعبر عن صفتها بأنها لائحة مؤقتة.

3- يجب تحقيق المساواة بين الأفراد عند تطبيق أحكام اللائحة عليهم:

ومن مقتضى هذه المساواة أن هيئة الضبط لا تلك تنظيم مختلف النشاط المتماثلة على نحو متفاوت مادام يتحقق في كل صورة منها الخطر المهدد للنظام العام, أو بمعنى آخر يجب أن تطبق اللائحة على كل من توافرت فيهم شروطها. ولهد وطبقا لهذه المساواة يتمتع عن لائحة الضبط أن تقيد نشاط بذاته باعتباره مهددا للنظام مع إطلاق الحرية لنشاط آخر .لا يقل عنه تهديدا لهذا النظام لأنه لو حدث ذلك لاختلت قاعدة المساواة .ولهذا قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 10 يونيو 1931 ببطالان لائحة مرور لأنها اقتصرت على أنواع من القيود أخضعت لها حرية سير المواكب الدينية وحدها .

ومن مقتضى المساواة أيضا لا يجوز لهيئات الضبط أن تسامح احد الأفراد الذي خالف أحكام اللائحة . بينما تحاسب الآخرين على ذلك فهي لا تملك أن تستثني أحدا من أحكام هذه اللوائح.¹

¹ - عبد الرؤوف هاشم بسيوني، مرجع سابق، ص 126.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الفرع الثاني : سلطات الضبط الإداري

حددت هذه السلطات القوانين و التنظيمات و تنقسم إلى سلطات على المستوى الوطني تتمثل في رئيس الجمهورية والوزير الأول و وزير الداخلية (أولا) و سلطات على المستوى المحلي يمثلها الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي (ثانيا) .

أولاً: سلطات الضبط الإداري المركزية

هناك من يقسمها إلى هيئات ضبط على المستوى الوطني، و هي هيئات الإدارة المركزية، فالنظام اللامركزية، يتميز بوجود نوعين من الإدارة: إدارة مركزية في العاصمة وإدارة محلية في أقاليم الولايات، و هي كالاتي رئيس الجمهورية، الوزير الأول و الوزراء.

1- رئيس الجمهورية¹:

هو أعلى هرم في السلطة التنفيذية ، و هو يتمتع بصلاحيات واسعة في تسيير شؤون الدولة، و قد نص الدستور على شروط انتخاب رئيس الجمهورية و كيفية ذلك مع تحديد صلاحياته في عدة مجالات و منها مجال التنظيم² فيما تناولت المادة 77³ سلطاته و صلاحياته إضافة إلى صلاحية التعيين في الوظائف العليا للدولة .

في الحالات العادية، يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون و يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول⁴ . و غالباً ما يكون تدخل رئيس الجمهورية عن طريق الوزير الأول بما يصدر من مراسيم تنفيذية فيما يبقى لرئيس الجمهورية التدخل في هذا المجال في الحالات غير العادية.

و في هذا الصدد يوجد أنواع من الحالات غير العادية (الظروف الاستثنائية) وهي نظرية اقرها القضاء الإداري ابتداء في حالة الحرب كحالة تسمح للسلطة التنفيذية باتخاذ إجراءات تعتبر تجاوز للسلطة في الحالة

¹ - بالنسبة للنظام الرئاسي في الجزائر كان يتميز بازدواجية السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية و رئيس الحكومة اما بعد تعديل الدستور بموجب القانون 89 / 08 صادر في ج ر 2008 / 63 بتاريخ 15 نوفمبر 2008 فقد صار النظام السياسي الجزائري احادي السلطة التنفيذية واصبح دور الوزير الاول (رئيس الحكومة سابقا) مقتصر على تنفيذ برنامج الرئيس. وعلى رأي الاستناد فوزي أوصديق " هو كوكبتيل للنظام البرلماني والنظام الرئاسي... حتى أثناء تدريسي للطلبة في مختلف الجامعات ؛ أسقط على النظام الجزائري مجازاً أنه نظام برلماني " الدستور ضحية للتعديل..أم فريسة لدعاة التمديد ، 03 مارس 2010 <http://www.fawzi-oussedik.com/?m=201003>

² - و هو المجال الذي لا يختص به البرلمان في التشريع حيث أن المشرع الجزائري عمد إلى تحديد مجال القانون بأنواعه وترك مجال التنظيم مفتوحاً.

³ - المادة 77 من دستور 1996 معدلة بموجب المادة 05 من قانون 89/08 ج ر 2008/63

⁴ - و سابقاً كان الوزير الأول هو رئيس الحكومة ، و بعد التعديل الدستوري 19/08 أصبحت الوزارة الأولى هي سلطة رئاسة الحكومة .

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

العادية¹. ثم تطورت هذه النظرية بمناسبة الأوضاع السائدة ابان الثورة الجزائرية وما صاحبها من إخلال بالأمن في نظره مما استدعى وجود اطار قانوني لتوسيع سلطات الادارة في قمع الثورة دون ما التعارض مع مبدأ المشروعية نوردها تبعا كما حددها الدستور الجزائري و تعرف على إنها حالات تتوسع فيها السلطات الممنوحة للسلطة التنفيذية² لوجود ظرف طارئ يقيد من حرية الأفراد، وهذا ضمن شروط حددها الدستور³ و هذه الحالات ثم التطرق إليها بالتفصيل في الفصل السابق.

2- الوزير الأول :

كان المصطلح سابقاً رئيس الحكومة بعد تعديل الدستوري لسنة 2008 ، أصبح مصطلح الوزير الأول ، حيث جمع رئيس الجمهورية جميع السلطات في يده، و أصبح الوزير الأول مكلف من الرئيس بتنفيذ برنامج هذا الأخير⁴ " ينفذ الوزير الأول برنامج رئيس الجمهورية و ينسق من أجل ذلك عمل الحكومة".

و من الصلاحيات التي أعطاهها الدستور للوزير الأول في المادة 85: "السهر على تنفيذ القوانين و التنظيمات، و يكون ذلك عند ما ينص المشرع على تفصيل مادة أو أكثر في أحد التشريعات بنصه " تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"، فتدخل هنا السلطة التنفيذية ممثلة في الوزير الأول، بتفصيل ذلك عن طريق مرسوم تنفيذي موقع من طرف الوزير الأول، بعد موافقة رئيس الجمهورية ، و مثال ذلك القانون 10/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003، متضمن قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، و صدر بعدها مرسوم تنفيذي 198/06 مؤرخ في 31 ماي 2006 بضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة . إلا أن مجال التنظيم عن طريق المراسيم التنفيذية ليس مقصورا على هذا الجانب فقط بل يشمل جوانب أخرى مخصصة أصلا للسلطة التنفيذية و هي ما يخرج عن نطاق المادة 122 من دستور 1996، و سوف يأتي تفصيل ذلك في وسائل الضبط الإداري ، و يمكن أن نورد بعض المراسيم التنفيذية في مجال الضبط الإداري:

-المرسوم رقم 53/91 متعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عرض الأغذية الاستهلاكية.

-المرسوم رقم 373/83 يحدد سلطات الوالي في مجال الأمن .

-مرسوم تنفيذي 412/08 المتضمن تدابير الحماية للمحافظة على الحيوانات الحمية .⁵

¹ - جورج فوديل و بياردلقولقيه. القانون الإداري ، ج 1 ، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط 1 بيروت، 2001، ص 420

² - سحنين احمد. الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ، 2005، ص 14.

³ - أول دستور جزائري سنة صادر بموجب مرسوم رقم 306/63 مؤرخ في 20 أوت 1963 ، ج ر 64 تناول الحالة الاستثنائية في المادة 59 .

⁴ - المادة 79 من دستور 1996، معدلة بموجب المادة 06 من قانون 19/08 ج ر 2008/63.

⁵ - انظر جريدة رسمية عدد 09/01

3-الوزراء:

يعينهم رئيس الجمهورية بناء على استشارة الوزير الأول و تحدد صلاحياتهم عن طريق التنظيم. بمراسيم تنفيذية¹، و إن كان اغلب الفقه يرى أن الوزراء لا يملكون سلطة الضبط الإداري العام، إنما لهم سلطة الضبط الإداري الخاص²، كل في مجال وزارته مثل وزير السياحة أو وزير الصناعة.. الخ. إلا إننا نميز وزارات لها مجال واسع نوعا ما في مجال الضبط الإداري، عن بقية الوزارات الأخرى و نختار منها وزارة الدفاع ووزارة الداخلية في مجال الأمن ووزارة الصحة و وزارة البيئة في مجال الصحة.

3-1وزير الدفاع:

هو رئيس الجمهورية³، و لعله يفوض بعض إجراءات الضبط الإداري إلى قيادة الجيش الشعبي الوطني في بعض حالات مثل: تنظيم نقل الغازات الطبية، المواد المتفجرة...

3-2وزير الداخلية:

يضطلع بمهام أساسية و هامة في مجال الضبط الإداري، ففي الحالة العادية نص المرسوم الخاص بصلاحيات وزير الداخلية⁴ على انه يمارس صلاحياته في الميادين التالية:

أ-النظام العام و الأمن العمومي.

ب-الحريات العامة:

- حالة الأملاك و الأشخاص و تنقلهم.
- الحياة الجموعية.
- الانتخابات
- التظاهرات و الاجتماعات العمومية.

ج-الوضعية العامة في البلاد .

د-العمليات ذات المصلحة الوطنية، لاسيما التي تكتسي طابعا استعجاليا...

¹ -انظر المرسوم التنفيذي رقم 66/96، مؤرخ في 27 يناير 1996، يحدد صلاحيات وزير الصحة الجريدة الرسمية عدد 8 مؤرخة في 31 يناير 1996، الصفحة 3.

² - احمد محيو، محاضرات في المؤسسات الدستورية، ترجمة محمد عرب صاليفا، د.م. ج، الجزائر 2005، ص413.

³ - حسب المادة 77 ف2، وف3 من دستور 1996: هو القائد الأعلى لجمع القوات المسلحة للجمهورية و يتولى مسؤولية الدفاع الوطني.

⁴ - مرسوم 247/94 مؤرخ في 10 أوت 1994 يحدد صلاحيات وزير الداخلية و الجماعات المحلية البيق و الإصلاح الإداري ج ر

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

أما المادة 3 من المرسوم التنفيذي السابق ، فقد أحصت للوزير صلاحية تصور أعمال الوقاية و المكافحة و الرقابة التي تدخل ضمن امن الأقاليم و النظام العام ، و تسيرها و تقويمها تنسيقها، و هذا دون تدخل الاختصاص مع وزير الدفاع الوطني ، كما يشارك وزير الداخلية في تحديد سياسة الدولة في مجال امن الإقليم ، كما يقوم بالتنسيق في مجال الأمن الداخلي ، و إضافة إلى ذلك تتضمن المادة 4 صلاحيات الوزير في مجال النظام العام و الأمن العمومي ، و هو الهدف الأساسي لإجراءات الضبط الإداري ، حيث يتجسد ذلك من خلال¹:

- السهر على احترام القوانين و تنظيمها.

- القيام بحماية الأشخاص و ممتلكاتهم.²

- ضمان الأمن العام و السكنية العامة و النظافة العمومية.

- حماية المؤسسات العمومية.³

5 -تولي مهمة المرور عبر الحدود ، و قد أوكلت هذه المهمة إلى شرطة الحدود ، و قد تناولت المادة صلاحيات وزير الداخلية في مجال حالة الأشخاص و الممتلكات و الملاحظ أن وزير الداخلية يضطلع بمسؤوليات كبرى في مجال حماية النظام العام ، لذا كان من المهم أن توسع صلاحياته في المحافظة على هذا المجال ، و الذي يمثل جزءا هاما في هيكل الدولة و لوزير الداخلية أيضا سلطة المنع من السفر ضد من صدر في حقه هذا التدبير من القضاء أو لضرورة أخرى حددها القانون .

-و في ميدان الدفاع المدني للوزير صلاحيات: مباشرة عمليات الإنقاذ و الإسعافات التي توكل إلى مجموعة من المديرية الوطنية ، حيث تشرف الوزارة على هذه العمليات ، و تطبيق المخططات التي تم إعدادها للكوارث و النكبات.⁴

و تقسم الإدارة المركزية في وزارة الداخلية إلى عدة مديريات مهمة و أهمها⁵:

-المديرية العامة للأمن الوطني التي تتولى في إطار صلاحياتها السهر على احترام القوانين و التنظيمات و يعد من مهامها الأساسية المحافظة على النظام العام بجميع عناصره (الأمن العام،السكنية العامة،الصحة العامة و الآداب العامة).

¹ - انظر المادة 4 من المرسوم 247/94 مؤرخ في 10 أوت 1994 يحدد صلاحيات وزير الداخلية.

² - المرسوم 36/76 المؤرخ في 20 فيفري 1976، يتعلق بالحماية من أخطار الحريق و الفزع في المؤسسات الخاصة باستقبال الجمهور ج ر 76/21

³ - وقد نظمها الأمر رقم 95-24 ماضي في 25 سبتمبر 1995 يتعلق بحماية الأملاك العمومية و أمن الأشخاص فيها ،الجريدة الرسمية عدد 55 مؤرخة في 27 سبتمبر 1995، الصفحة 3 حيث حدد طرق إعداد مخططات الحماية والمسؤوليات و المهام إلى جانب الجزاءات.

⁴ - المرسوم التنفيذي 231/85 مؤرخ في 25 أوت 1985، يحدد شروط تنظيم التدخلات و الإسعافات و تنفيذها عند وقوع الكوارث ، ج ر 85/36، و المرسوم رقم 232/85، الوقاية من أخطار الكوارث.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 248/94 مؤرخ في 10 أوت 1994 يتضمن الإدارة المركزية لوزارة الداخلية

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

- المديرية العامة للحماية المدنية: خاصة بالتدخل في مجال الدفاع المدني لحماية الأشخاص و الممتلكات من الحوادث و الكوارث¹.

- المديرية العامة للحرس البلدي²: و هي هيئة أمنية مناط بها القيام بالحفاظة على النظام العام و الصحة و السكينة العموميين على مستوى البلدية وقد ساهمت بمجهود كبير أيام الأزمة الأمنية التي شهدتها البلاد. ومن المجالات المهمة أيضا الإخلال بالنظام العام من قبل الأحزاب السياسية حيث أن تدخل وزير الداخلية يكون بطريقتين الأولى في حال تكون الحزب (مرحلة التأسيس) ويكون ذلك بقرار الوزير غلق المقرات وتعليق النشاط إما إذا كان الحزب معتمدا فهو يتمتع بحصانة اتجاه قرارات السلطة التنفيذية³ فيقتصر دور الوزير هنا في اللجوء إلى القضاء لمنع النشاط وللقضاء تقدير انتهاك الحزب للنظام العام ثم الحكم بما قره القانون في ذلك⁴. وفي قرار مجلس الدولة الصادر في قضية علي بن فليس الأمين العام لحزب جبهة التحرير الوطني ضد مجموعة من إطارات الحزب حول شرعية المؤتمر الثامن للحزب جاء في حيثيات القرار "... ذلك أن القضاء لا يختص بمنازعات الأحزاب إلا إذا لم تكن متعلقة بالأمر الداخلي للأحزاب وترتبطا على ذلك فهو يختص بصدد النشاط غير المشروع المنصوص عليه في المادة 36 بالفصل في الطعن ضد القرار الصادر عن وزير الداخلية بتوقيف أو منع الأعضاء المؤسسين من ممارسة نشاط حزبي أو غلق المحلات قبل اعتماد الحزب وليست هذه هي حالة النزاع الحال..."

يمكن القول أخيرا أن وزير الداخلية يتمتع بسلطات كبيرة في مجال الحفاظ على النظام العام في الدولة وتتعدد مجالات سلطاته بالنظر إلى المهام الموكلة له .

3-3 وزير الصحة :

بالنظر إلى أهمية الصحة العمومية توليها الدولة أهمية قصوى و تعتبر الصحة العمومية احد العناصر التقليدية للنظام العام كما سبق التطرق لهذا ، و من هذا الأساس فإن لوزير الصحة صلاحيات واسعة في الحفاظ على الصحة العمومية و ترفيتها و حمايتها ، و هو ما تجسده القرارات الهامة التي يتخذها الوزير في هذا المجال ، و لقد حددت مهام وزير الصحة في مجال حماية الصحة و الوقاية بموجب مرسوم تنفيذي رقم 66/96، حيث نصت المادة الثانية "يحدد وزير الصحة و السكان إستراتيجية، لتطوير أعمال القطاع ، و بضبط أهدافه لاسيما في ما يأتي:

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 11-106 ماضي في 06 مارس 2011 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالحماية المدنية الجريدة الرسمية عدد 15 مؤرخة في 09 مارس 2011،

² - انظر المادة 4 من المرسوم 265/96 مؤرخ في 03 أوت 1996 يتضمن إنشاء سلك الحرس البلدي ويحدد مهامه و تنظيمه ج ر رقم 96/47.

³ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009، ص 75.

⁴ - انظر المواد 36 و 37 من الأمر رقم 09/97 المؤرخ في 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي الخاص بالأحزاب السياسية.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

- حماية صحة السكان و ترفيتها.

- حماية الصحة في الوسط التربوي و العائلي.

- حماية الصحة في الوسط المهني.¹

ثانيا: سلطات أو هيئات الضبط الإداري المحلية:

بالنسبة لهيئات الضبط الإداري المحلية تتمثل في هيئتين رئيسيتين هما الوالي تتناوله بداية و رئيس المجلس الشعبي البلدي تتناوله ثانيا.

1-الوالي

هو هيئة محلية تعين بمرسوم رئاسي² بناء على اقتراح وزير الداخلية ، و للوالي مجموعة كبيرة و هامة من الصلاحيات بحكم المركز الذي يشغله ، فهو إضافة إلى كونه يمثل الهيئة التنفيذية للمجلس الشعبي ألولائي و الرئيس الإداري للولاية ، يعتبر أيضا ممثلا للسلطة المركزية في الولاية، حيث يتخذ قرارات الحكومة زيادة على التعليمات التي يتلقاها من الوزراء.

و فيما يخص جانب الضبط الإداري نصت المادة 94 على إن الوالي يضطلع بحماية حقوق المواطنين و حرياتهم المادة 112 من القانون 07-12 التعلق بالولاية ، أما في المادة 96 من قانون 06/90 فقد نصت صراحة على أن الوالي مسؤول على المحافظة على النظام العام، و الأمن و السلامة والسكينة العامة³ ، و هذه العناصر هي عناصر النظام العام ، فالوالي هنا هو سلطة من سلطات الضبط الإداري ، و يمارس صلاحياته لحماية النظام العام إقليميا في الحدود الجغرافية للولاية " بالرجوع إلى الأدوات و المواد التنفيذية المتعلقة بصلاحياتها في مادي النظام العام و الأمن تكون الولاية و البلدية ملزمتان بالخضوع للإجراءات التنظيمية و التسييرية لضوابط السلم المدني و حمايته... و تتعلق خاصة بالعناصر الشرعية الملزمة للضبطية الإدارية العامة و أسس مخطط الإسعاف و النظام العام و الأمن العام"، و بنفس المضمون جاءت المادة 114 من قانون الولاية الجديد.

لقد خص المشرع الوالي كهيئة تنفيذية ممثلة للسلطة العامة بمجموعة مهمة من الصلاحيات ، و كما سبق الإشارة ، تضمنها قانون الولاية من جهة و هناك صلاحيات أخرى موزعة في عدة قوانين خاصة، و هذا نظرا إلى السلطة التي تمنح للوالي على إقليم ولايته.

¹ - المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 66 /96 مؤرخ في 27 يناير 1996 يتضمن مهام وزير الصحة الجريدة الرسمية عدد 8 مؤرخة في 31 يناير 1996

² - المادة 78 من دستور 1996

³ - انظر محمد الصغير بيلي. قانون الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلوم، عنابه، 2004، ص 130 ، انظر أيضا المادة 96 من قانون 09/90 مؤرخ في 7 أبريل 1990 يتعلق بالولاية ج ر 90/15

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

فعندما ينص على مسؤولية الوالي على المحافظة على النظام و الأمن و السلامة و السكنية العامة، فإن الوالي يتخذ لغرض احترام النظام العام على إقليم الولاية، و يتصدى لأي مساس به سواء كان بعنصر الأمن العام أو السلامة و التي يراد بها الصحة العامة و السكنية العامة لمجموع الأفراد.

ففي مجال المحافظة على الأمن النظام العمومي، للوالي صلاحيات جاء بها المرسوم 373/83 مؤرخ في 28 ماي 1983 يحدد هذه الصلاحيات في هذا المجال¹.

فالمادة 2 توجب على الوالي اتخاذ جميع الإجراءات سواء التنظيمية (الجماعية) أو الفردية التي من شأنها توفير الأمن العام و النظام العام للأفراد. فهو يضمن حماية الأشخاص و الأملاك و مرورهم² إضافة إلى سير المصالح العمومية سيراً عادياً و منتظماً، و في مجال الوقاية من أي شكل من أشكال الاضطرابا ت في النظام العام كالتهجم و التخريب للممتلكات العامة و الخاصة³، أو عرقلة الممارسة العادية للسلطة الخ. فهو مكلف بحماية و المحافظة على الأملاك العامة و يمارس الوالي صلاحياته أيضاً في إطار ضمان احترام قواعد النظافة الأمن والصحة⁴. يضمن صلاحية الطرق و المواصلات و وسائلها. و هو يشرف على حراسة المباني العمومية و التجهيزات الإستراتيجية⁵.

و توضع تحت تصرف الوالي مصالح الأمن لتطبيق هذه القرارات كما أن له أن يطلب تدخل الدرك قوات الوطني عند الحاجة كما جاءت بذلك المادة 99 من قانون الولاية القديم حيث نص فيها على انه "يجوز للوالي عندما تقتضي الضر و ف الاستثنائية ذلك أن يطلب تدخل تشكيلات الشرطة والدرك الوطني المتمركزة في إقليم الولاية عن طريق التسخير"، أما في المادة 115 من قانون 07-12 و إذا اصدر الوالي قرارات تتعلق بحرية الأفراد و الأمن العام و السكنية العامة تعين عليه التنسيق بين مختلف مصالح الأمن لضمان حسن تنفيذ هذه القرارات، حيث طبقاً للمادة أعلاها أن تلزم مصالح الأمن بإعلام الوالي بكل القضايا المتعلقة بالثام ن العام و النظام العمومي على مستوى الولاية.

وبغرض الوصول إلى الحفاظ على النظام العام و السكنية العامة نصت المادة 100 و 101 من قانون البلدية الجديد 10-11 للوالي أن يمارس سلطة الحلول أي محل رئيس المجلس الشعبي البلدي ويتخذ عوضاً عنه كل إجراء يراه مناسباً للمحافظة على النظام العام على مستوى تراب البلدية وهذا إذا لم يبادر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتلك الإجراءات اللازمة و بعد أعذاره.

1 - المرسوم 373/83 مؤرخ في 28 ماي 1983 يحدد سلطات الوالي في ميدان الأمن و المحافظة على النظام العام.

2 - قرار تحويل طريق عمومي أو غلق طريق عمومي أمام المارة لمدة معينة بمناسبة إقامة احتفال أو مسيرة مرخصة .

3 - القرار بمنع مسيرة غير مرخص لها أو تكون خطر على أرواح الأفراد و ممتلكاتهم.

4 - انظر الملحق رقم 02 المتضمن: الترخيص بالتلقيح في العيادات الطبية الخاصة.

5 - انظر المادة 57 من قانون الولاية.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

أما في ميدان الدفاع المدني وهو مجموعة الإجراءات الخاصة بتقديم النجدة في حالة الكوارث فقد توسعت السلطات الوالي في هذا المجال حيث يصادق على مخططات تقديم النجدة سواء في الولاية أو في أي بلدية تابعة له حيث نص المشرع في المادة 03 من المرسوم التنفيذي 231/85 على انه " يجب على كل ولاية و كل بلدية ووحدة، أن تعد مخططها الخاص لتنظيم التدخلات والإسعافات " ¹. و هو يتدخل سواد في إجراءات الوقاية من هذه الكوارث أو عند وقوعها لتقديم النجدة للمواطن . ففي مجال الوقاية يضطلع الوالي بالرقابة على النظم العامة التي تقي من الكوارث كحالة الحواجز المائية بمجري الأودية والأنهار ² و تنظيف البالوعات التي تتسبب في الفيضانات أو البنيات الفوضوية في مجرى الوادي إضافة إلى السهر على تنفيذ التدابير و المعايير المحددة في مجال الوقاية من الأخطار وعلى تطبيقها فوق تراب البلديات التابعة للولاية فالوالي هو المسئول عن ضبط مخطط التدخلات و الإسعافات في الولاية وضبطها.

كما أن تدخل الوالي لا يقتصر على ما سبق بل له مجال واسع ومن ضمنه يمكن أن نذكر ما يلي على سبيل المثال :

- أهمية الأبنية على ساكنيها وهي الحوادث التي تقع عادة في الأحياء العتيقة في المدن كما وقع في الكثير من المرات في حي القصبة القديمة .
- الأوبئة وهي سريعة الانتشار سواء خاصة بالإنسان أو تلك التي تستهدف الحيوانات وللوالي حينئذ سلطة اتخاذ القرار المناسب بعزل المنطقة أو إعلان حالة الاستنفار .
- التسمم والأكثر ما تكون بالمؤسسات المعدة لاستقبال الجمهور .
- الترخيص بإنشاء المؤسسات المصنفة بعد الدراسة التقنية ذات الطابع الوقائي, وسوف نتناوله عند دراسة وسائل الضبط .

2- رئيس المجلس الشعبي البلدي

وهو هيئة تنفيذية محلية يعين من بين أعضاء القائمة الفائزة في لانتخابات البلدية و تضطلع هذه الهيئة أيضا بصلاحيات كبيرة في مجالات الضبط الإداري وصلاحياته في هذا المجال تضمنتها عدة مواد من قانون البلدية وخاصة المادة 75 هي:

¹ - المادة 3 من المرسوم 231/85 مؤرخ في 25 أوت 1985 يحدد شروط تنظيم التدخلات والإسعاف وتنفيذها عند وقوع الكوارث.

² - انظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 399/09 مؤرخ في 29 نوفمبر 2009 يحدد آليات توقع الفيضانات, ج ر عدد 71.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

- المحافظة على النظام العام وسلامة الأشخاص و الأملاك¹ حيث تكون لرئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار اللوائح التي تؤدي إلى تحقيق هذا الهدف كمنع المرور من إحدى الطرق لخطورتها على الأفراد أو إصدار قرار بهدم منزل آيل للسقوط لتهديده سلامة المارة أو قرار بالقضاء على الحيوانات المتشردة التي تشكل خطرا على السكان.... الخ.

- الحفاظ على حسن النظام في جميع الأماكن العمومية إلى يجري فيها تجمع الأشخاص حيث بعد الترخيص بتجمع أو مسيرة فان من واجب البلدية أن تسهر على حماية النظام العمومي حتى لا يتسبب الاجتماع في إخلال براحة المواطنين مثلا تحديد مسالك المسيرات و ساحات التجمع و الوقت المحدد لها.

- في مجال الوقاية الكوارث يسهر رئيس المجلس الشعبي البلدي على تنفيذ المخطط البلدي أو الولائي للأنقاص حفاظا على سلامة الأشخاص و الأموال² و يتم أعداد المخطط البلدي و تجريبه باشتراك الهيئات المسؤولة كالحماية المدنية ويقدم رئيس م.ش.ب للموافقة عليه . ويتولى قيادة عمليات مخطط تنظيم التدخلات والإسعافات في البلدية مركز قيادة يوضع تحت سلطة رئيس م.ش.ب بمساعدة المسؤولين عن أنماط التدخلات و أعضاء المهمة التنفيذية و مسئولو مصالح الحماية المدنية و الأمن وهو الجهاز المسئول عن العمليات.

كما أن المرسوم 36/76 الخاص بالحماية من مخاطر الحريق و الفرع في المؤسسات الخاصة باستقبال الجمهور حسب المادة 18 منه تنص على تولى رئيس م.ش.ب تنفيذ أحكام التنظيم حيث أنه يجب أن يبين في طلب رخصة البناء من خلال الوثائق التقنية المرخصة ما يلي³:

- كيفية بناء الجدران.
 - أنواع المواد المستعملة .
 - أتساع جميع المرات الجمهور الخ.
- وهذا كله للوقاية من أي كارثة انهييار أو اختطاف.

و في مجال الصحة هو يتخذ جميع الاحتياطات والتدابير الضرورية لمكافحة الأمراض المعدية و الوقاية منها حيث جاء في المادة 107 من قانون البلدية أنها تتكفل بحفظ الصحة والسهر على النظافة العمومية و رئيس المجلس الشعبي البلدي يسهر على عملية توزيع المياه الصالحة للشرب من جهة ثم صرف ومعالجة المياه القدرة

¹ - انظر محمد الصغير بعلي, القانون الإداري, دار العلوم عنابه, الجزائر 2004, ص 275.

² - انظر المواد من 16 إلى 18 من المرسوم التنفيذي 231/85 مؤرخ في 25 أوت 1985، يحدد شروط تنظيم التدخلات و الإسعافات و تنفيذها عند وقوع الكوارث، ج ر 85/36.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 36/76 مؤرخ في 20 فيفري 1976 يتعلق بالحماقي من مخاطر الحريق و الفرع في المؤسسات الخاصة باستئصال الجمهور.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

والنفايات الجامدة¹ التي تعد مصدرا للإزعاج من جانبي الصحة والبيئة . كما ينظم رئيس المجلس الشعبي البلدي حملات للقضاء على الحشرات المسببة للإمراض وكذا الحيوانات الضالة التي تشكل خطرا على سلامة الأفراد كالكلاب المتشردة .

أما في مجال التلوث فان القوانين المعمول بها تعطي لرئيس المجلس الشعبي البلدي سلطات هامة في حماية البيئة² تتجسد من خلال سلطة إصدار اللوائح، لاسيما تلك المتعلقة بمكافحة التلوث والحفاظة على الموارد الطبيعية والبيئية وهذا لن يتأتى لها إلا باستعمال وسائل الضبط الإداري من أجل الحفاظ على النظام العام البيئي. و من ذلك العمل على حماية الطابع الجمالي والمعماري وانتهاج أنماط سكنية متجانسة إضافتا إلى وجوب مراعاة حماية الأراضي الزراعية و المساحات الخضراء أثناء إقامة المشاريع المختلفة في إقليم البلدية . كما أن لوئيس المجلس الشعبي البلدي سلطة تقديرية في منح رخصة البناء فادا كان المشرع قد اشترط عدة إجراءات قانونية و آليات و ضوابط تقنية بهدف الحصول على التراخيص بالبناء تضمنها القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير ثم المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المتعلق بتحديد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم³، إلا انه ركز في نصوص أخرى على حماية البيئة حيث نص على ضرورة الموازنة بين تسليم رخصة البناء وحماية البيئة حيث جاء في المادة 15 من القانون المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة على أن تخضع مسبقا و حسب الحالة لدراسة التأثير على البيئة جميع مشاريع التنمية والهاكل و المنشآت الثابتة و برامج البناء و التهيئة التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة . ومنه فوئيس البلدية يمكن له رفض تسليم البناء بقرار غير مسبب إذا خاف طالب رخصة البناء القوانين المعمول بها أو الإجراءات المطلوبة لذلك كما انه يرفض الطلب بناء على دراسة التأثير على البيئة كما سبق الذكر.

وفي ميدان المرور يظهر ذلك الدور البارز لرئيس البلدية في حماية الأفراد عن طريق عدة وسائل منها تحديد أماكن التوقف ومنع المرور عبر بعض الشوارع في إحدى الاتجاهات أو في توقيت محدد خاصة بالنسبة للوزن الثقيل إضافة إلى تسخير الوسائل البشرية المتاحة لهذا الغرض .

¹ - انظر المادة 32 من القانون 19/01 مؤرخ في 12 ديسمبر 2001 يتعلق بتسيير النفايات ومراقبتها وإزالتها، ج ر 2001/77 والتي مفادها أن البلدية هي من يتولى تسيير النفايات المتزلية، ثم المادة 42 التي تجيز للبلدية إقامة مراكز معالجة النفايات وهذا يهدف إلى حماية البيئة من جهة وإلى الوقاية الصحية من جهة أخرى .

² - محمد لموسخ . دور الجماعات المحلية في حماية البيئة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة العدد 6، ابريل 2010، ص 147.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 91 / 176 المتعلق بتحديد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم مؤرخ في 18 ماي 1991، ج ر رقم 26 / 91 .

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

وللإشارة فان لرئيس المجلس الشعبي البلدي في مجالات حماية النظام العام في صورته التقليدية والحديثة دور هام استنادا لموقع البلدية في النظام اللامركزي حيث اعتبرها المؤسس الدستوري الجماعة القاعدية .¹

المطلب الثاني: فكرة الحرية كحد وقيد لسلطة الضبط الإداري

تمثل الحرية مصدرا للحدود التي ترد على سلطات الضبط، و بالتالي فلا تستطيع تلك السلطات أن تذهب إلى المدى الذي يؤدي إلى خنق الحرية، لذا يقوم القضاء الإداري في رقابته لإجراءات الضبط بتحديد مضمون الحريات التي يجب حمايتها وبتحديد مفهوم النظام العام الذي من اجل صيانة تقييد الحرية، من هذا المنطلق سنتناول بالدراسة نظرية الحريات الأساسية و سلطة الضبط الإداري في مجالها في (الفرع الأول) و تغاير(التناسب) سلطة الضبط مع تنوع الحريات الفردية وأهميتها في (الفرع الثاني)²

الفرع الأول: نظرية الحريات الأساسية و سلطة الضبط الإداري في مجالها

سنتطرق فيه بداية إلى نظرية الحريات الأساسية ثم سلطة الإدارة في مجال الحريات العامة في الظروف العادية و غير العادية ثانيا.

أولاً: نظرية الحريات الأساسية:

وفقا لتلك النظرية توجد حريات أساسية وحريات أخرى تعتبر بالنسبة لها ثانوية، ونجد أن الحريات الأساسية لا تقتصر على تلك التي يتدخل المشرع لتعريفها وتحديد مضمونها وإطارها، فاعتبار حريات معينة من قبيل الحريات الأساسية يتوقف على مدى ما يكون لها من أهمية اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية بالنظر إلى المبادئ السائدة في المجتمع.³

و بالعودة إلى عبارة الحريات العامة فإننا نجد أنها تتكون من مفردتين هما الحرية و العامة أما الحرية فهي إمكانية تقرير المصير التي تمكن الفرد من التحرك و من العمل دون قي ود و دون ضغوط ، أو كما عرفها الفقيه اندريه هوريو بأنها " سلطة و لكن قبل أن تكون سلطة على الآخرين أنها سلطة على الذات ، أن الإنسان حر لأنه بفضل عقله سيد نفسه " ، وهذه الحريات هي من ناحية لأخرى عامة أي أنها ليست خاصة فهي حريات معترف بها للجميع و من مشمولات الدولة تنظيمها و ضمانها و حمايتها ، فالحريات العامة إذا هي إمكانية تقرير المصير التي يتحرك الفرد بمقتضاها بدون ضغوط و هذه الإمكانية تسهر الدولة على تنظيمها و ضمانها و حمايتها و تكون الحماية عن طريق الدستور و القوانين ، أما تعريفات الفقه الأخرى فنجد تعريف الأستاذهين:

¹ - انظر المادة 15 من دستور 1996 .

² - عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008 ، ص357.

³ - المرجع السابق، ص355.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الأستاذ الفقيه ريفيرو " :الحريات العامة هي إمكانيات و قدرات يُختار بمقتضاها الإنسان في جميع مجالات الحياة الاجتماعية بنفسه سلوكه و هذه الإمكانيات يعترف بها و ينظمها القانون الوضعي و يحميها حماية قوية و يرفعها إلى المستوى الدستوري"

الأستاذ كلود الباركوليا الذي يعرفها " تحت نعت الحريات العامة نُجد وضعيات قانونية نظامية و ترتيبية يعترف بمقتضاها للفرد بحق التحرك دون ضغط في إطار حدود ينص عليها القانون الوضعي المطبق أو تضبطها إذا لزم الأمر سلطة الشرطة المكلفة بحماية الأمن العام ، وهذا الحق مكفول و محمي بإمكانية القيام بدعوى قضائية و خاصة بمراقبة الشرعية و يتضح لنا من تعريف كلا الأستاذين للحريات العامة أنها و في الأساس حريات ينظمها و يكفلها القانون الوضعي بمختلف مراتبه.

كما تعرف بأنها " مكينات من نوع معين مختلفة العدد و المدى يقلدها المشرع تحت ضغط مجريات أفكار معينة للفرد من خلال تنظيمه لممارستها تنظيما وضعيا"، كما عرفها جانب من الفقه بأنها " القدرة على عمل كل شيء لا يضر بالآخرين و لا تحد ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان إلا بالحقوق التي تؤمن للأعضاء الآخرين في المجتمع و لا يجوز أن تحدد هذه الحدود إلا بقانون".¹

وتأسيسا على ذلك و بعد التعرف على تدرج الحريات وتعريفها، فإننا نجد طائفة من الحقوق والحريات العامة لا يتدخل المشرع لتعريفها وتحديد مضمونها، حيث أنها لا تقبل بطبيعتها هذا التدخل — ومع ذلك فإنها تعتبر في مقدمة الحريات الأساسية ومثالها حرية الاعتقاد، وحرية المسكن .

وتجدر الإشارة إلى أن من الحريات التي يقرها الدستور ما يقبل التدخل التشريعي بشأنها كحرية الاجتماع، وحرية الصحافة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، غير انه إذا لم يتدخل المشرع لتنظيمها فان ذلك لا يمنع بالاعتراف بها كحريات أساسية .

ومؤدى هذه النظرية أن الحريات الأساسية أولى وأجدر بالحماية من الحريات غير الأساسية، ومن ثم يتعين على القضاء أن يحمي الحريات الأساسية ولا يسمح بالاعتداء عليها، أيضا فان إيراد القيود على الحريات الأساسية يكون —كقاعدة— من اختصاص السلطة التشريعية بحيث لا يجوز للسلطة الإدارية الاعتداء عليها بإجراءات لائحية أو فردية.²

وبصفة عامة، فإن سلطة الإدارة إزاء الحريات تختلف في مداها تبعا لاختلاف الحرية موضع التقدير، فتضيق سلطة الإدارة كلما زادت أهمية الحرية، وقد يحدث أن تتعارض الحريات فيما بينها ومن ثم يجب على الإدارة المفاضلة بينها لتغليب أجدرها وأولاها بالرعاية والحماية على غيرها، ولذا فان التضييق من نطاق حرية ما يصبح مشروعاً متى كان من أجل توفير حرية أخرى أكبر أهمية.

¹ - عادل السعيد محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص356.

² - سعاد الشراوي، نسبة الحريات وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، ط 1987، مصر، ص 149.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

وتطبيقا لما تقدم، فإن حرية ممارسة شعائر الأديان وهي حرية عزيزة على المشرع وأجدر بالرعاية، فإن سلطة الضبط إزاءها تكون ضيقه فليس للإدارة أن تمارس سلطتها الضبطية داخل دور العبادة إلا استثناء وفي أضيق الحدود. لذا فلقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء منع قداس ديني في احد الفنادق الخاصة ويمنع دخول الأهالي وذلك خوفا من مخاطر الحريق.

أيضا ولما كانت حرية الاجتماع تعتبر من الحريات الأساسية في النظام الديمقراطي لارتباطها بالحريات الفكرية، لذا فإن القضاء لا يميز لسلطة الضبط منع الاجتماع العام إلا بقدر افتقار سلطة الضبط للوسائل الضرورية لضمان حفظ النظام العام و إلا كان ذلك مساعدة للمظاهرات المضادة خلافا لما تقدم، نجد أن حرية العروض السينمائية أقل أهمية من حريات أخرى، كحريات الاجتماع والصحافة، ومن ثم يباح لسلطة الضبط أن تقيد تلك الحرية بإجراءات أشد و لذا فلقد ذهب البعض أنها لا تعتبر حرية عامة حقيقية فهي لا تعدو أن تكون رخصة من الرخص.

وإذا كانت سلطة الضبط تتفاوت على الوجه المتقدم وفقا لأهمية الحرية وخطورتها، إلا أن ذلك لا يجوز أن يقتصر على تقدير الحرية من الناحية النظرية فحسب، بل يجب أن يجرى ذلك التقدير واقعا وفقا لظروف وملايسات الحالة المعروضة، فيجب أن يراعى مقدار المضايقة التي سببها الإجراء الضابط للفرد، ولهذا فلقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأحكام التي تبرز أن التبعة أو المضايقات التي تلحقها إجراءات الضبط بالأفراد ينبغي أن توضع موضع الاعتبار.¹

ثانيا: سلطة الإدارة في مجال الحريات العامة:

من الثابت أن المشروع وحده هو المناط به أمر تنظيم الحريات، فهو المختص بتحديد المجال الذي تتم فيه ممارسة الحقوق والحريات، ويعني هذا بدهاءة انه ليس لجهات الإدارة اختصاص ما في شأن إيراد قيود على استعمالات الأفراد لحقوقهم وحررياتهم .

غير أن الأمر ليس دائما على النحو المتقدم، ذلك أن الإدارة وهي مكلفة بالمحافظة على النظام العام فإنه يكون من الضرورة منحها السلطات التي تمكنها القيام بوظائفها في هذا الصدد.

ونجد أن سلطات الإدارة في سبيل أدائها لوظيفتها سالفة الذكر تختلف في الظروف العادية عنه في الظروف الاستثنائية وفي أوقت الأزمات .

ترتيا على ما تقدم، فسوف نتناول هذا على النحو التالي :

1- سلطة الإدارة في الظروف العادية.

2- سلطة الإدارة في الظروف غير العادية .

¹ - عادل السعيد محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 357.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

1- سلطة الإدارة في الظروف العادية¹.

الإدارة بما لها من سلطة عامة في كفالة النظام العام تملك أن تتدخل في مجال أي حرية من الحريات، غير أن مدى سلطتها في مواجهة الحريات تختلف تبعاً لوجود نصوص تشريعية خاصة تنظم ممارسة الحرية أو عدم وجود مثل هذه النصوص.

1-1 حالة نصوص تشريعية خاصة: إذا كانت هناك نصوص تشريعية خاصة في شأن تنظيم حرية ما فإن جهات الإدارة تلتزم بما ورد فيها من قيود، وبالتالي فإن كل إجراء تتخذه الإدارة متجاوزة به تلك النصوص التشريعية الخاصة ينطوي على تجاوز للسلطة، أيضاً فإنه يتعين أن تفسر القيود التي توردها النصوص التشريعية تفسيراً ضيقاً.

ويجب التقصي في مواجهة الإدارة عن الغرض المستهدف من النص القانوني الذي تطبقه الإدارة، فإذا جاء النص صريحاً في بيان الغرض المستهدف التزمت الإدارة في تطبيقها للقانون بذلك الغرض، فإذا انحرفت عن حدود ذلك الغرض تعرض قرارها للإبطال.

غير أنه في معظم الحالات قد لا ينص القانون على الغرض الذي يستهدفه المشرع من إصداره، وليس معنى ذلك أن السلطة التي تكون لجهة الإدارة في هذا الصدد سلطة مطلقة، إذ يتعين خضوع نشاط الإدارة لفكرة الصالح العام.

وتجدر الإشارة إلى أن النصوص التشريعية المنظمة للحريات قد توسع من سلطات الإدارة في مواجهة حرية من الحريات مع تحويل الأفراد ضمانات مقابلة لهذا التوسع ومن ثم تكون سلطة الإدارة مقيدة بوجوب مراعاة الضمانات المقررة، فإذا لم ترغب في مراعاة تلك الضمانات فليس لها أن تستعمل تلك السلطات الإضافية.

1-2 حالة عدم وجود نصوص تشريعية خاصة: أما في حالة عدم وجود نصوص تشريعية خاصة فإن سلطات الإدارة تختلف ضيقاً أو اتساعاً حسب الظروف الزمنية والمكانية المحيطة بممارسة الحرية، دون أن يعني ذلك أن سلطات الإدارة مطلقة من كل قيد، فهي مقيدة بقيدين، أحدهما مستمد من طبيعة سلطة الضبط، والآخر مستمد من طبيعة فكرة الحرية.²

¹ - عادل السعيد محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 342.

² - لإيضاح تفصيل ذلك أنظر، المرجع السابق، ص 415 وما بعدها.

2- سلطة الإدارة في الظروف غير العادية.

قد تطرأ على حياة الدولة ظروف استثنائية متعددة الصور، مختلفة المصادر، كنشوب الحرب، أو وقوع كوارث، أو حدوث اضطرابات داخلية أو أزمات اقتصادية أو فتنة طائفية وهي كلها ظروف تتصف بالفجائية وعدم التوقع ومن خصائصها الخطورة وعدم الاستمرار ومهما اختلفت هذه الظروف من حيث مصدرها أو صورتها فإنها تتحد في الأثر النتيجة، فهي تمثل خطراً لكيان الدولة وبقائها، ولذلك وجب إعلاء سلامة الدولة على كل الاعتبارات الأخرى ومن ثم تكون كل الإجراءات التي تهدف إلى تحقيق تلك السلامة مشروعة في الظروف الاستثنائية حتى ولو خالفت في ذلك القانون في مدلوله اللفظي مادامت تبغي الصالح العام، وفي هذا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا: بان النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذا طرأت ظروف استثنائية ثم أجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية فان ذلك يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة تتعارض حتى ونية واضعي تلك النصوص العادية. فالقوانين تنص على الإجراءات التي تتخذ في الأحوال العادية، ومادام أنه لا يوجد فيها نص على ما يجب إجراؤه في حالة الخطر العاجل تعين عندئذ تمكين السلطة الإدارية من اتخاذ الإجراءات العاجلة التي لم تعمل لغاية سوى المصلحة العامة دون غيرها. وغنى عن البيان في هذا المجال أن هناك تنظم القوانين جميعها وتفوقها. ومحصلها وجوب الإبقاء على الدولة، فحماية مبدأ المشروعية يتطلب أولاً وقبل كل شيء العمل على بقاء الدولة الأمر الذي يستتبع تحويل الحكومة استثناء وفي حالة الضرورة من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف ولو خالفت في ذلك القانون في مدلوله اللفظي، مادامت تبغي الصالح العام. غير أن سلطة الحاكم في هذا المجال ليست ولا شك طليقة من كل قيد بل تخضع لأصول وضوابط.¹

ترتبا على ما تقدم، نجد أن المشرع الدستوري في معظم الدول يعترف للإدارة بسلطات استثنائية تصدر بموجبها أنواع معينة من اللوائح هي لوائح الضرورة واللوائح الخارجي. وعلى هذا الأساس فعلى سلطات الضبط أن تتخذ كل الإجراءات اللازمة لكفالة ممارستها وإبعاد العقبات من طريقها ولا تتدخل في شأنها إلا بالقدر الضروري جداً لحفظ النظام العام .

وتجدر الإشارة إلى أن إتباع أسلوب الحريات المحددة على النحو سالف الذكر فائدة كبيرة تكمن في توضيح الحدود التي يقف عندها تقييد الحرية والأوضاع التي يتم بها هذا التقييد، مما يعد ضماناً للأفراد في مواجهة الإدارة، غير أن هذا الضمان لا يتحقق إلا إذا كان التدخل التشريعي لصالح الحرية وفي جانبها .

¹ عادل السعيد محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص416.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الفرع الثاني: حدود سلطة الضبط من خلال فكرة التناسب في مجال الحريات العامة

المعلوم أن الحريات ليست كلها بنفس الأهمية والدرجة ، فبعض الحريات تعتبر جوهرية وذات قيمة أساسية بالنسبة لحريات أخرى، تبعاً لذلك نجد أن سلطة الضبط تتغير تبعاً لقيمة الحرية ، وكل ما كانت قيمة الحرية وضرورتها للفرد هامشية كلما تضخمت سلطة الضبط إزاءها ، وهو ما يعني وجود تناسباً عكسياً بين سلطة الإدارة التي تدرج تصاعدياً وقيمة الحرية التي تدرج تنازلياً¹.

*“ L ETENOUEE POUVOIR DO POLICE EST EN RAISON
INVERSE DE LA VALEUR JURIDIQUE DE LA LIBERTE QUI LUI
"EST OPPOSEE*

ولهذا السبب فإن سلطة الضبط تكون ضعيفة في مواجهة حرمة الحياة الخاصة ، فهي لا تستطيع فرض إجراءات إيجابية تحد بها من حق الفرد في أن تكون له حياته الخاصة ، وكل ما تملكه سلطة الضبط في هذا المجال هو تحديد هدف معين على الأفراد إلا يجيد عنه ثم يترك لهم حرية التصرف بشرط عدم المساس بالهدف الموضوع. فعلى سبيل المثال حرية استعمال المسكن مصونة بشرط إلا تهدد النظام أو الصحة أو السكينة العامة ، أي أن الالتزام الموضوع ما يعدوا أن يكون التزاماً سلبياً يمكن الوصول إليه دون فرض الإجراءات الإيجابية على الأفراد تحد من حريتهم أو تهدد حرمة الحياة الخاصة².

ويعتبر التعرف على نية المشرع عنصراً أساسياً في تحديد سلطة الضبط الإداري ، فإذا كان المشرع قد أبدى عداءاً لحرية معينة فإن هذا يؤدي إلى اتساع سلطة الضبط في مواجهتها ، وقد يحدث العكس عندما يميل المشرع إلى تشجيع ممارسة بعض الحريات ، وهو ما يؤدي إلى تحديد وتقييد سلطة الضبط في مواجهتها. ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي السابق بمناسبة حرية التظاهر ، فقد قدر أن نية المشرع لا تحبذ بل وتعارض التظاهر فمنح سلطات واسعة لسلطة الضبط إزاءها ، وعلى العكس من ذلك ، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد استشعر أن المشرع يميل لتشجيع حرية ممارسة الشعائر الدينية ، فكان دائماً بجانب هذه الحرية لا يشجع تدخل سلطة الضبط في شأنها ، وعليه فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز الترخيص للإدارة بان تعتمد إلى اتخاذ إجراءات تحدد بموجبه مواعيد لفتح وإغلاق الكنائس ، أيضاً فلقد قضى بأنه ليس لجهة الضبط أن تمارس سلطتها الضبطية داخل دور العبادة إلا استثناء وفي أضيق الحدود.

¹ - انظر عبد المنعم محفوظ ، علاقة الفرد بالسلطة ، المجلد الثالث ، الطبعة الأولى ، سنة النشر غير مذكورة ، دار النشر غير مذكورة ، ص 103.

² - عادل السعيد محمد أبو الخيزر ، البوليس الإداري ، مرجع سابق ، ص 360.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

المبحث الثاني: تنظيم السلطة التنفيذية للحريات العامة.

نعالج في هذا المبحث تنظيم السلطة التنفيذية للحريات العامة عن طريق أسلوب الترخيص الإداري باعتباره عملاً إدارياً قانونياً صادراً من جانب واحد، بالاستناد إلى النظرية العامة للقرار الإداري، كأهم أسلوب لديها، مبتدئين بالتعريف بالترخيص الإداري وتحديد مفهومه واستعمالاته المختلفة، في (المطلب الأول)، ثم تحديد خصائصه وطبيعته القانونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالترخيص الإداري واستعمالاته المختلف.

الترخيص الإداري¹ مصطلح يتخذ صوراً ومسميات مختلفة كالا اعتماد والرخصة والتأشيرة والإذن، كما أن له استعمالاً مختلفة في الحياة العملية الإدارية، تتخذ منه السلطة الإدارية وسيلة قانونية لتنظيم ومراقبة ممارسة الأشخاص لنشاطهم وبعض حرياتهم، أو الانتفاع بالمال العام باستعماله استعمالاً خاصاً. فليس بخاف علينا مدى أهمية وخطورة استعمال مثل هذه الأداة أو الوسيلة القانونية على الحقوق والحريات، حتى وإن كانت أقل خطورة من الحظر بنوعيه أو درجتيه الكلي أو الجزئي، ويتمثل مظهر الخطر هنا في رهن ممارسة النشاط أو الحرية المقصودة وتعليقها على شرط موافقة السلطة الإدارية وعلى رضاها وإذنها بالممارسة التي تتجسد عملياً في شكل ترخيص إداري، ومن ثم يجب الوقوف على حقيقته وتبيان خصائصه ومميزاته بالمقارنة مع القرارات العادية الأخرى التي تصدرها ذات الإدارة ومعها جهات شبه إدارية. ذلك ما نبينه في الفقرات الموالية، مبتدئين بالتعريف بالترخيص الإداري (الفرع الأول) واستعمالاته المختلفة (الفرع الثاني)².

الفرع الأول: التعريف بالترخيص الإداري.

المقصود هو الوقوف على حقيقة مفهوم الترخيص الإداري المسبق باعتباره عملاً أو تصرفاً قانونياً صادراً عن السلطة الإدارية أو الشبه إدارية أحياناً، ووسيلة قانونية تمارس بمقتضاها هذه الأخيرة رقابتها على الحريات والنشاطات الفردية، وهذا من خلال عرض بعض التعريفات والتسميات المستعملة التي قيلت في الترخيص الإداري. ومن بين هذه التعريفات نذكر:

¹ - يلاحظ استعمالنا من حين لآخر كلا من كلمة الترخيص المصدرية التي تعني فعل الترخيص كتصرف صادر من الجهة الإدارية أو الشبه إدارية، وكذلك الرخصة كقرار وكمستند إداري قانوني لدى الحديث عن موضوع الرخص الإدارية، موضوع البحث.

² - عزوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، نوقشت بتاريخ 02 جوان 2007، ص 170.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

1) تعريف *Pierre LIVET*: بقوله عرفه إذ

«On peut en effet admettre qu'il s'agit d'un acte administratif revêtant la forme d'une décision unilatérale caractère de individuel, émis en principe après habilitation expresse du législateur, soit par des autorités strictement administratives, soit par des organes dépendant de ces dernières, et à la délivrance duquel sont conditionnés l'exercice d'une activité ou la création d'un organisme, aucune liberté sinon potentielle, n'étant réputée exister avant cette décision».

بمعنى أن الأمر يتعلق بعمل إداري وحيد الطرف أي صادر من جانب واحد، ذي صبغة فردية، صادر بناء على تأهيل تشريعي صريح، إما من سلطات إدارية أصلية (رئيسية)، أو عن منظمات أو هيئات تابعة لها مباشرة، بحيث يتوقف على إصدارها وتسليمها ممارسة نشاط معين أو إنشاء وتأسيس منظمة معينة تجسيدا لحرية العمل وامتهان حرفة أو مهن معينة أو ممارسة حرية التجمع، (تأسيس نقابة أو جمعية خيرية أو ثقافية أو دينية أو تأسيس حزب سياسي) . و في كل الأحوال لا يمكن لأية حرية مهما كانت حيويتها وأهميتها أن توجد وتمارس بدون إصدار القرار الإداري.

وواضح من ذلك مدى الأهمية القانونية لقرار الترخيص الذي لا يمكن للسلطة الإدارية اشتراط استصداره دون أن تكون مؤهلة قانوناً لذلك مسبقاً من قبل المشرع، مع أن الكاتب قد قصر سلطة إصدار قرار الترخيص على الإدارات التقليدية دون المنظمات المهنية التي بإمكانها هي الأخرى إصدار قرارات لها قيمة وطبيعة القرارات الإدارية كما سنبينه لاحقاً².

2) وقد عرفه **محمد الطيب عبد اللطيف** بقوله " : الترخيص وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر، وذلك بتمكين الهيئات الإدارية بفرض ما تراه ملائماً من الاحتياطات التي من شأنها منع هذا الضرر، أو رفض الإذن بممارسة النشاط إذا كان لا يكفي للوقاية منه اتخاذ الاحتياطات المذكورة أو كان غير مستوفٍ للشروط التي قررها المشرع سلفاً³ . .

3) وعرفه **عادل أبو الخير** انطلاقاً من ضرورته وطبيعته بقوله " : الترخيص إجراء بوليسي وقائي يقوم على السلطة الضابطة، ومقرر لوقاية الدولة والأفراد من الأضرار التي قد تنشأ عن ممارسة الحريات والحقوق الفردية،

¹ - *PIERRE LIVET, L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques, Librairie générale de droits et de jurisprudence, Paris 1974, p 188.*

² - عزوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص171.

³ - محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والإخطار في القانون المصري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1956، ص 427 .

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

أو لوقاية النشاط الفردي نفسه مما قد يعوق تقدمه فيما لو ترك دون تنظيم. ولهذا السبب يعتبر نظاماً ضرورياً، وذلك لأن الحرية التي تمارس في ظل النظام العقابي فقط قد تؤدي إلى وضعية كارثية اجتماعية¹.

4) وعرفه عصمت عد الله الشيخ بأنه "الإجراء الذي بمقتضاه يتم استئذان الإدارة بممارسة نشاط معين²". موضحاً أن الترخيص ذا المعنى يقوم على عدة عناصر هي:

أن هناك نشاطاً أو حريةً يستوجب المشرع ممارستها الحصول مقدماً على إذنٍ من الإدارة. كما أن استئذان الإدارة في مباشرة أو ممارسة هذا النوع من النشاط لا تستطيع الإدارة أن تمنع الأفراد من التقدم بطلب الحصول على الإذن.

5) ومن جهته عرفه محمد جمال عثمان جبريل بأنه "إذن بالتصرف يمنح حق ممارسة النشاط المرخص به، وهو قرار يصدر عن سلطة معينة يحمل في طياته ضماناً للمرخص له وللغير بقانونية العمل المرخص به³". ليضيف في تبيان مفهوم الترخيص الإداري منظور له من حيث وظيفته وأثره ودوره في مراقبة النشاط الفردي قوله: "ومن ناحية أخرى فالترخيص قرار سابق: فهو يتوقف عليه ممارسة النشاط، أي لا يجوز ممارسة هذا النشاط قبل الحصول عليه، فهو قرار إداري.

يصدر قبل البدء في تنفيذ النشاط الذي يخضع له، فهو قرار لازم قانوناً قبل كل بداية لممارسة النشاط المشروط به."

وعرفه أيضاً انطلاقاً من إحدى خصائصه بأنه "مستند إداري قانوني يمنح المرخص له حق أو أهلية ممارسة نشاط معين. ومن جانب آخر يشكل ضماناً للجهة الإدارية مانحة الترخيص أن تراقب استخدامه، وضمناً لمرخص له في مواجهة العدول غير القانوني من جانب الإدارة⁴".

ليخلص في نهاية بحثه في تكييفه للترخيص الإداري إلى القول بأن "الترخيص الإداري صورة من صور التنظيم والتقييد التي تستخدمها الإدارة في مواجهة الأفراد، وهو وسيلة رقابية سابقة على ممارسة النشاط. فهو أسلوب وقائي لتحقيق الغايات الضابطة المتمثلة في حماية النظام العام سواء في مفهومه التقليدي أو مفهومه الحديث."

6) وعرفه عمر أحمد حسبو بقوله "يقصد بنظام الإذن أن تشترط اللائحة لممارسة نشاط معين ضرورة الحصول على إذن أو ترخيص سابق بذلك من السلطة المختصة.

ومن ثم يعتبر الإذن السابق إجراءً أخف من الحظر، لأنه يسمح بممارسة الحرية أو النشاط بشرط الحصول على تصريح من الجهة الإدارية، وهو يعد أيضاً من الأساليب الوقائية المانعة⁵".

1 - عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة 1995، ص 224.

2- عصمت عبد الله الشيخ، النظام القانوني لحرية إصدار الصحف، دار النهضة العربية طبعة 1999، ص 67.

3- محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992، ص 65.

4 - عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 173.

5- المرجع السابق، ص 609.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

يتضح من ذلك أن الترخيص الإداري وسيلة قانونية إدارية تمارس بواسطتها السلطة الإدارية رقابتها السابقة وحتى اللاحقة على النشاط الفردي. فهو إجراء إداري له دور وقائي، يعطي الإدارة إمكانية المحافظة على النظام العام لدى ممارسة الأفراد حقوقهم وحرياتهم ووقاية المجتمع من أخطار النشاط الفردي أو تنظيم مزاولته هدف توقي الاضطرابات في المجتمع ومنع الإضرار به وحماية النظام العام به . من ذلك مثلا:

منع الإضرار بالحوار والمساس بحقوق الغير¹ وممتلكاته وبالبيئة التي قد تتسبب فيها ممارسة نشاط معين كتشييد محل أو ورشة أو منشأة مقلقة للراحة ومضرة بالصحة وهي ما تعرف بالمنشأة المصنفة،² وذلك برصد مصدر الضرر قبل وقوعه، أو الحد من استفحاله³. فالترخيص بهذه المثابة يدخل في نطاق النظام الوقائي الذي يهدف إلى درء الخطر والضرر ومنع وقوعه أصلا.

بل أكثر من ذلك، يمكننا القول بأن الترخيص الإداري يدل في أعماق معانيه وهو ما لا يفصح عنه عادة ولكنه يفهم بدهاء هو أنه تعبير عن رضا السلطة الإدارية⁴ عن الشخص (أو المنظمة) المعني بممارسة النشاط أو الحرية المرغوب في ممارستها وقبولها بمسعاها لديها للإذن له بهذه لممارسة، وهو ما عبر عنه أحد شراح القانون الإداري الفرنسي بمناسبة دراسة أحد التطبيقات العملية الشائعة للترخيص الإداري الصادر في شكل اعتماد إداري *agrément administratif* بالقول:

«... *Il se manifeste donc et sous cet angle que nous devons le regarder comme un consentement donné par une autorité publique à une personne ou à une institution privée et permettant à celle-ci d'accomplir , sous surveillance, certaines activités* ». 5

يعني أن الاعتماد الإداري يظهر على أنه نوع من الرضا تبديه السلطة الإدارية قبل شخص أو منظمة خاصة ما لتسمح لهما بممارسة أنشطة معينة ولكن تحت الرقابة. وعلى هذا الأساس يظهر الاعتماد الإداري في فروع مختلف المجالات والأنشطة على أنه وسيلة أو أداة في يد الدولة لبط نفوذها وسيطرتها وتحكمها في الأمور .

1- أنظر الملحق رقم 03، التضمن: قرار غلق إسطل لتربية المواشي.

2- أنظر الملحق رقم 04، التضمن: نموذج قرار إنشاء اللجنة الولائية لمراقبة المؤسسات المصنفة.

3- أنظر في تفصيلات ذلك، وتحديدًا في علاقة موضوع الترخيص ودوره الوقائي في حماية بيئة الحوار والبيئة عموما مؤلفنا النظام القانوني لإقامة المنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة دراسة مقارنة في كل من القانون الجزائري والفرنسي والمصري (عالم الكتب للنشر والتوزيع)، مكتبة العلوم القانونية والإدارية طبعة 2003، ص 41 وما بعده.

4- أو الشبه إدارية، ونعني (المنظمات) أو النقابات المهنية كما سنبينه لاحقًا لدى الحديث عن الأنشطة والمهن المنظمة والمنظمات المهنية.

5-JAQUES GEORGEL : *L'agrément administratif, actualité juridique de droit t administratif*

N° 9 / 1962 p469 ..

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الفرع الثاني: الاستعمالات القانونية والإدارية المختلفة للترخيص الإداري

يشهد الترخيص الإداري باعتباره مصطلحاً إدارياً وعملاً إدارياً قانونياً عدة استعمالات من حيث المفردات المستخدمة للدلالة على معنى الرخص أو التراخيص الإدارية كعمل قانوني، ومن الناحية العملية كوثيقة أو مستند قانوني يتعين على الأشخاص الحصول عليه واستصداره استصداراً من الجهة الإدارية أو الشبه إدارية المختصة قبل - وبغرض - ممارسة نشاط منظم أو مقنن أو ممارسة مهنة منظمة، ويتخذ عدة مسميات ويصدر في عدة صور أو صيغ نلخصها في الآتي¹:

أولاً: الترخيص أو الرخصة، وتقابلهما في اللغة الفرنسية ثلاث كلمات أو مفردات هي :

Autorisation, permis, permission. وتعد هذه المفردات هي الكلمات الأكثر استعمالاً للدلالة على المعنى الاصطلاحي لكلمة ترخيص أو رخصة في اللغة العربية في كل من التشريع والفقهاء والقضاء الإداري في كثير من الدول كمصر والجزائر والمغرب، فهي وسيلة أو تقنية قانونية إدارية في يد السلطة الإدارية في مجال تنظيم ممارسة بعض الأنشطة التي تستوجب الحصول على إذن مسبق من الإدارة المختصة حسب قطاع النشاط الذي تشرف عليه أو الموضوع الذي يتعلق به الترخيص الإداري محل البحث.

- مثال ذلك كلمة *permis de construire* أي رخصة البناء المستعملة في قانون التهيئة والتعمير والبناء المنصوص عليها في المادتين 76 مكرر 4 و 76 مكرر 5 من القانون رقم 90 - 29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل بالقانون 04-05 لسنة 2004.²

فهي وسيلة لتنظيم استخدام حق الملكية العقارية، حيث جعل المشرع الحق في البناء ومشروعيته وصحته قانونياً موقوفين على شرط الحصول على رخصة بناء مسبقة ثم على احترام مضمونها عند القيام بالأشغال وتنفيذ أعمال البناء، وإلا تعرض الباني المخالف لعقوبة جزائية أو هدم البناء المخالف إدارياً.

ومن ذلك أيضاً في النظم المقارنة، ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم 106 لسنة 1976 المتعلق بتنظيم وتوجيه المباني المصري المعدل والمتمم سنتي 1983 و 1996 من أنه لا يجوز إنشاء مباني أو إقامة أعمال تدعيم أو توسيعها أو تعديلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة وإخطارها بذلك وفقاً لما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون.³

- ومن ذلك أيضاً كلمة رخصة القيادة (السياقة) وتقابلها في اللغة الفرنسية، كلمة *permis de conduire* وهي علاوة على كونها ترخيصاً إدارياً بقيادة العربات والسيارات والآليات بمختلف فئاتها وأنواعها بل وحتى بعض فئات الدراجات النارية على مستوى الطرقات العمومية،

¹ - عبد الرحمن عزراوي، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 175.

² - الجريدة الرسمية العدد 51 لسنة 2004.

³ - محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري، مرجع سابق، ص 90.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

فإنها تعتبر شهادة علمية تشهد بمقتضاها الجهة المانحة على كفاءة حائزها علمياً وبدنياً من حيث الروية وقدرته عملياً على التحكم في الآلية تحت قيادته وتصرفه واستعمالها في الطريق العمومي دون خطر إفلاتها وإلحاق الضرر بالغير.

ومن هذا القبيل تراخيص استعمال المال العام استعمالاً خاصاً، التي تتخذ شكلين أو وهذه حالة الشغل صورتين: رخصة الطريق أو التطرق *permission de voirie* المستقر للمال العام، ويترتب عليها تغيير معالم المال العام بالحفر أو البناء أو التهيئة ورخصة الوقوف أو الانتظار بالطريق العام *permis ou permission de stationnement*

وهذه حالة الشغل السطحي للمال العام يقتصر فيه دور المرخص له على شغل المال دون حق أو سلطة إحداث أي تغيير أو تعديل فيه.

ثانياً: مصطلح أو كلمة اعتماد ويقابلها في اللغة الفرنسية *agrément* وهي مشتقة من مصدرها فعل *agréer* وتعني القبول أو الرضا المعبر عنه والصادر عن إحدى السلطات على مسعى أحد الأشخاص عندما ترى أنه يستوفي الشروط والإجراءات المطلوبة لممارسة نشاط ما، ومنها تلك المطلوبة للانضمام إلى مهنة معينة وممارستها ممارسة حرة على سبيل الاحتراف ومجردة من كل تبعية تعاقدية في شكل عقد أو علاقة عمل مع جهة ما كما سنرى تفصيلاً، أو تمثيلها لدى الغير من سلطة وأفراد¹.

ويستعمل هذا المصطلح عادة عندما ترخص الجهات الإدارية وشبه الإدارية للشخص بممارسة مهنة منظمة يستوجب ولوجها تكويناً وتخصصاً علميين جامعيين أو شبه جامعيين، وذلك بعد التسجيل في الجدول الوطني تحددها الجهة الإدارية التي تصدرها وتحمل ختمها، وهو التسجيل الذي تكون له قيمة الاعتماد مثلما نصت عليه الخاص بالمهنة والمنظمة أو النقابة المهنية المشرفة عليها، لتتوج بمنح بطاقة مهنية لها مواصفات معينة المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري² كما يستعمل الاعتماد كصورة من صور الترخيص الإداري في مجال ممارسة بعض الأنشطة المنظمة، أو دخول مجال الاستثمار كما كان عليه الوضع في الجزائر منذ فترة ليست بالبعيدة بموجب قوانين الاستثمار المتعاقبة منذ سنة 1963 فقانون 1966 وقانون 1982 فقانون 1988، وإن خف استعماله بعض الشيء في هذا الأخير.

كما يستعمل الاعتماد الإداري بشكل أوسع كرخصة إدارية مسبقة في يد السلطة الإدارية لضبط مشاركة المبادرات الخاصة ومساهمتها في تنفيذ سياسة اقتصادية معينة، وهذا بمنحها الحق والسلطة التقديرية الواسعة في

¹ - عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 177.

² - الجريدة الرسمية العدد 32 لسنة 1994.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

اختيار معاونيها في هذه المهمة التي عرفت توسعاً معتبراً تماشياً مع فلسفة الدولة المتدخلة ، ليتحول بذلك الاعتماد الإداري بالنظر لما يقدمه من مزايا ويفرض من التزامات من مجرد إجراء للرقابة إلى إجراء للتعاون¹ .

ثالثاً: الإجازة *La Licence*

وهي عبارة ترخيص إداري مسبق ولازم لممارسة أنشطة تجارية وصناعية أو مهنية معينة ، التي تفرض عليها الدولة رقابة تتعلق بخصوصياتها وكميتها ومداهها، لا سيما في مجال استيراد وتصدير بعض السلع التي يندرج الاتجار فيها ضمن التجارة المنظمة، وهذا كعنصر من عناصر الرقابة لمتغيرات واتجاهات التجارة الخارجية، كما هي الحال بالنسبة لاستيراد المواد الكيماوية والبتروولية والأسلحة والذخيرة². كما تستعمل الإجازة كصورة أو نموذج للترخيص الإداري المسبق لممارسة بعض الأنشطة والخدمات المرجحة وبيع بعض السلع أو المنتجات كاستغلال النقل بسيارات الأجرة أو نقل البضائع ونقل المسافرين للمحترفين، على أن هذه المؤسسات المشتغلة في هذا الميدان لا يحق لها ممارسة نشاطها ما لم تكن مسجلة في سجل النقل العمومي تشرف عليها لجان تقنية على مستوى الوحدات والجماعات المحلية، كما كانت الإجازة تستخدم للدلالة على التراخيص الإدارية التي يتم الحصول عليها بمقابل نقدي ويمكن تحويلها أو التنازل عنها بمقابل مالي أيضاً.

رابعاً: البطاقة المهنية: وهي الوثيقة التي تدل على احتراف مهنة معينة على نحو فردي ومستقل، بعيداً عن مفهوم البطاقة المهنية للعامل أو الموظف في كل من قانون الوظيفة العمومية وقانون العمل، حيث تكون طبيعة العلاقة بين الموظف والعامل والجهة المستخدمة على التوالي حسب الحالة ، علاقة قانونية تنظيمية أو عقدية ، أما هنا فالمهنة تمارس بصفة حرة ومستقلة عن كل تبعية تنظيمية أو عقدية .

خامساً: التأشيرة *Le visa* درج استعمال مصطلح التأشيرة في الحياة الإدارية الجارية

استعمالاً يدل على التوقيع الذي يوضع على القرار الإداري أو المستند الإداري ويدمغان به للمصادقة وإضفاء القيمة القانونية عليهما، ليتوسع استخدام هذا المصطلح للترخيص في حالات كثيرة في مجال النشاط الاقتصادي منذ ترايد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، مما أدى إلى خضوع النشاط الاقتصادي لتقدير السلطة الإدارية.

مثال ذلك:

* ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في أول غشت سنة 2004 المحدد لشروط وكيفيات اقتناء المواد والمنتجات الكيماوية الخطرة من السوق الخارجية³.

¹ - أنظر في تفصيلات *WALID LAGGOUNE* ذلك مرجع سابق، ص 251 وما بعدها و *JAQUES GEORGEL*

l'agrément administratif، مرجع سابق، ص 469 وما بعدها.

² - عزراوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 181.

³ - المرجع السابق، ص 182.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

وعندما يدخل استخدام هذا الأسلوب وهذه التقنية في مجال الضبط الإداري يتخذ مفهوم الترخيص الإداري بالمعنى الدقيق للكلمة السابق بيانه كإجراء وقائي رقابي على نشاطات الأفراد وتنقلاتهم، كالتأشيرة التي تدمغ على جواز السفر يؤذن بموجبه للشخص الأجنبي بدخول إقليم الدولة المضيفة المانحة، وبدونها لا يمكنه تحطى الحدود قانونياً.

المطلب الثاني: خصائص الترخيص الإداري وطبيعته القانونية

يتصف الترخيص الإداري كعمل قانوني بعدة خصائص وصفات قانونية، تميزه عما سواه، كما يشترك أحياناً في بعض الخصائص مع غيره من النظم والإجراءات المشابهة والقريبة، مما قد يؤدي إلى الفهم والاستعمال الخاطئين للمصطلحات أو المفردات في غير محلها، أو بعيداً عن مقصدها الحقيقي، مثلما هو الوضع بالنسبة للتصريح أو الإخطار المسبق¹.

وتتلخص هذه الخصائص في كونه عملاً إدارياً قانونياً صادراً من جانب واحد بما يترتب على ذلك من آثار قانونية، من حيث كونه مستنداً قانونياً، ومن حيث قوته التنفيذية بالمقارنة مع القرارات الإدارية العادية الأخرى، ومن حيث الديمومة والتأقيد، (الفرع الأول). مما يطرح تساؤلاً آخر ليس فقط حول حق طالب الترخيص في الحصول عليه ومدى سلطة الإدارة في منحه أو منعه، بل وحقه في الإبقاء على الرخصة أيضاً؟ ومن اجل استكمال الوقوف على حقيقة الترخيص الإداري القانونية يتعين تحديد طبيعته القانونية بالعلاقة مع مفهوم العمل الشرطي، (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الخصائص والصفات القانونية المميزة للترخيص الإداري

يتميز الترخيص الإداري باعتباره قراراً إدارياً بجملة من الصفات والخصائص تميزه عن غيره من القرارات الإدارية العادية الأخرى في غير حالات الترخيص الإداري برغم اشتراكه معها في البعض منها، يمكن إجمالها في الآتي:

أولاً: الترخيص الإداري عمل إداري قانوني صادر من جانب واحد:

يستفاد من التعريفات السابق عرضها بشأن الرخصة الإدارية بأنها تنصرف في معناها العام إلى إذن بالتصرف صادر من جهة إدارية أو شبه إدارية مختصة، يمنح طالبه مكنة ممارسة الحرية أو النشاط المرخص به بعد حظر جزئي أو مؤقت أو تقييد.

فبعد أن كان الفرد يخضع لنظام عام موضوعي يحظر ممارسة النشاط المرغوب فيه بصفة تلقائية لأن هذه الممارسة مقيدة بقيد التنظيم على نحو ما سبق أصبح بعد حصوله على الترخيص في موضع قانوني خاص يحمل

¹ - عزوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 183.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

في ثنياه ضمانه لهذا الأخير بقانونية العمل أو النشاط المرخص به، ومشروعية ممارسته، مما يمكنه من الاحتجاج به على الكافة.

فالترخيص الإداري بهذه المثابة عمل إداري قانوني، وهو عمل إداري قانوني صادر من جانب واحد، وهو ما نوضحه تباعاً.

1- الترخيص الإداري عمل إداري: يوصف الترخيص الإداري بأنه عمل إداري بدهاء لصدوره من جهة إدارية محددة، مختصة قانوناً بإصدار الرخصة ومنحها بعد مسعى يبذله صاحب الشأن والمصلحة متى قدرت استيفاءه للشروط القانونية والتنظيمية المطلوبة والمحددة سلفاً.

فهو إذن قرار إداري وعمل من أعمال القانون العام، وتحديدًا عمل من مجال القانون الإداري. والجهة أو السلطة الإدارية المقصودة هنا قد تتمثل هيكلية في إدارة عامة تقليدية أو بحتة عادية. كما يمكن أن تتخذ شكل الهيئة الإدارية المستقلة، مثل الوكالة، كوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية.¹ كما قد تتخذ شكل اللجنة التابعة لجهة واحدة أو تضم عدة وزارات أو إدارات، أو تتمثل في شخص واحد يعمل باسم الهيئة الإدارية ولمصلحتها.

ولكن يجب علينا في المقابل ألا ننسى أو نهمّل الجهات الشبه إدارية، ونقصد بها المنظمات أو النقابات المهنية كما أسلفنا الذكر رغم قلة الدراسات الفقهية².

2- الترخيص الإداري عمل إداري قانوني: أي عمل مقصود إرادياً من جانب مصدره في حدود اختصاصه القانوني، يهدف إحداث أثر أو تغيير قانوني في الوضع أو النظام القانوني القائم، وليس عملاً مادياً، فهو بلا أدنى شك عمل قانوني، أي قرار إداري فردي ينطوي على ممارسة مظهر السلطة العامة وامتيازاته، إذ تتوقف عليه ممارسة النشاط المشروط به، يخرج المستفيد منه من وضع عامة الناس المحظور عليهم ممارسة النشاط أو ممارسة الحرية الموقوفة على شرط إلى وضع قانوني متميز، بل وممتاز، أي إلى إباحة. إذ من طبيعة الترخيص الإداري وآثاره المباشرة تقييد ممارسة النشاط المفروض عليه بالقدر الضروري الذي يجعله متفقاً مع الصالح العام، فالإباحة ليست مطلقة، وبذلك فهو استثناء من الأصل القاضي بأن المباح لا إذن في مباشرته. وذلك أهم أثر قانوني يحدثه قرار الترخيص بكل ما يمكن أن يحققه للمرخص له من منافع مادية أو أدبية، وما يقابل ذلك من التزامات، مثل تمكينه من البناء على أرضه بتشديد المبنى المرغوب فيه.

فالترخيص الإداري هذه المثابة يمنح أهلية التصرف من منظور القانون الإداري، فهو ضمانه لقانونية هذا التصرف في مواجهة الغير، وحتى في مواجهة السلطات الإدارية المكلفة بالمراقبة، إن في الظروف العادية أو الاستثنائية في إطار نظام الرقابة اللاحقة وتعقب المخالفات وضبطها ومجازاة مرتكبيها.

¹ - أنظر المادتين 44 و 45 من القانون 01-10 المؤرخ في 3 يوليو، يتضمن قانون المناجم الجديدة الرسمية العدد 35.

² - عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 184.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

وخلاصة ذلك، أن الأثر القانوني للترخيص الإداري كعمل قانوني يتمثل في إحلال نظام قانوني بحرية الممارسة محل نظام الحظر، فينتج عنه إمكانية التصرف.

3- الترخيص الإداري عمل إداري قانوني صادر من جانب واحد: من الخصائص المميزة للترخيص الإداري عن القرارات الإدارية العادية الأخرى والعقود الإدارية، وجوب التقاء إرادتين لنشأته كعمل قانوني من دون أن يحوله ذلك إلى عقد؟

فالترخيص باعتباره أحد أنواع أدوات ووسائل الضبط الإداري يجمع بين معطيات أو صفات لا تتوفر في القرارات الإدارية وإجراءات الضبط الأخرى وهي: أنه من جهة يشترط لصدور القرار الإداري المتضمن الرخصة بالممارسة "مبادرة" المعني بالأمر صاحب المصلحة ورضائه، فلا يتصور إصدار رخصة إدارية لمصلحة شخص لم يطلبها. فهناك بداهة طلب ثم استجابة لهذا الطلب من جانب السلطة الإدارية، مما يعني بالنتيجة البديهية التقاء إرادتين:

-إرادة طالب الرخصة وإرادة الإدارة مانحة الرخصة، وهذا ما لا يشترط ولا يتطلب في إجراءات الضبط الإداري الأخرى كالمنع أو الحظر أو التقييد والحد من حرية ممارسة النشاط أو الحرية محل البحث والقرارات الإدارية عموماً. إذ توجه السلطة الإدارية في هذه الحالة الأخيرة أوامرها للأشخاص ولا تنتظر رضاهم أو موافقتهم، وإلا فقد إجراء الضبط والقرار الإداري عموماً معناه الحقيقي المبني على القسر والجبر خدمة للمصلحة.

ومن جهة أخرى فإن الترخيص الإداري رغم قيامه على التقاء الإرادتين المذكورتين وهو ما يقابله الإيجاب والقبول في العقود، فإن ذلك لا يقوم دليلاً على وجود عقد إداري أو غير إداري (بين الجهة الإدارية مانحة الرخصة والمستفيد منها). فتلاقي الإرادتين وتطابقهما وإن كان يمثل جوهر العقد في مفهوم القانون الخاص حيث يقبل المتعاقد الوضع المحدد للالتزامات لأنه رأى فيه تحقيقاً لمصلحته الخاصة فإنه لا ينهض دليلاً على قيامه في كل التصرفات في القانون العام، وتحديدًا في الحالة الماثلة أمامنا والمتعلقة بالرخصة الإدارية.

- لكن يثار التساؤل حول ماهية حقيقة تلاقي هاتين الإرادتين؟¹

ثانياً: الترخيص الإداري (الرخصة الإدارية) مستند قانوني :

يمكننا إدراك هذه الخاصية أو الصفة بداهة من الخاصية الأولى أعلاه، وهذا لكون الترخيص الإداري عملاً إدارياً قانونياً انفرادياً صادراً عن جهة رسمية هي جهة الإدارة أو جهة شبه إدارية، المتصرفة كسلطة عمومية، عمل له آثاره وانعكاساته في العلاقة بين الإدارة مانحة الرخصة والمرخص له والغير، يمكن استظهاره، بل والاحتجاج به لاحقاً في مواجهة كل من الإدارة والغير، سواء بالنسبة للإدارة المانحة أو الإدارات الأخرى

¹ - للإجابة عن هذا التسؤل، أنظر عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 187.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

المكلفة بالرقابة). ومن ثم، فإن عملاً قانونياً بهذه الأهمية والآثار القانونية لا يمكن أن يتم مشافهة أو بمحركات عرفية.

وعليه، ولما كانت الإدارة تتركز في عملها اليومي الداخلي على الكتابة الرسمية وتدوين تصرفاته القانونية في وثائق ومحركات منظمة من باب التنظيم وضروراته والمحافظة على النظام وضبط الأمور بشكل .

وتجسيداُ لذلك يتخذ الترخيص الإداري في معظم حالاته شكل "المحرر الرسمي" يتمثل في ورقة تحمل مواصفات معينة وعبارات قانونية محددة، يوقع عليها وتسلم وتمنح من السلطة الإدارية المختصة طبقاً للأحكام القانونية المنظمة لقواعد الاختصاص الإداري وصيغة التوقيع القانوني، ليصل أمر التنظيم هذا إلى درجة وضع صيغ نموذجية للرخص الإدارية حسب المواضيع. وبهذا يكون للترخيص الإداري كمستند قانوني أثراً مزدوجاً : كاشفاً ومنشئاً.

* **ويتضح الأثر الكاشف** عندما يقصر القانون دور السلطة الإدارية في عملية منح الترخيص على التأكد والتثبت من وجود طالب الترخيص في وضع يجعله مستوفياً كل الشروط المحددة قانوناً للحصول على الترخيص المتعلق بالنشاط أو الحرية المرغوب في ممارستها دون أن يكون ذلك مسبقاً بإجراء تحقيق إداري، فمثلاً:

* **رخصة القيادة**، فهي علاوة على طبيعة الرخصة تعد شهادة علمية تمنح، بل تصبح واجبة المنح والتسليم بعد نجاح المترشح الممتحن في جميع مراحل الامتحان النظرية والتطبيقية.

* ومثال ذلك أيضاً **رخصة البناء**¹، تصبح واجبة الإصدار والتسليم بعد استيفاء الطالب جميع الشروط القانونية المحددة في قانون البناء والتهيئة والتعمير، كما تؤكد ذلك المادة 55 من قانون التهيئة والتعمير المعدل بالقانون رقم 04 - 05 المؤرخ في 14 غشت سنة 2004 . وكذلك بعد تقديم وثيقة الضمان أو التأمين في بعض النظم القانونية الخاصة بالبناء... إلخ².

* أما بالنسبة **للأثر المنشئ**، فيظهر عندما تكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة في التعامل مع طلب الترخيص، بحيث يمنح المرخص له عددًا من الحقوق والمزايا أو الامتيازات دون سواه من غير المرخص لهم، وتضمن الإدارة ذات الترخيص عددًا من الالتزامات يجب عليه احترامها وإلا تعرض لعقوبات إدارية أو جنائية.

ولكن أهم ما في الأمر هو أن الترخيص الإداري وباعتباره مستنداً قانونياً يمنح المرخص له حق أو أهلية ممارسة نشاط معين، ومن جانب آخر ضمانته للجهة الإدارية مانحة الترخيص بأن تراقب استخدامه له ومنه ممارسة النشاط ذاته و ضمانته أيضاً للمرخص له في مواجهة العدول غير القانوني من جانب الإدارة المانحة³.

¹ - أنظر الملحق رقم 03، المتضمن: نموذج رخصة البناء.

² - جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري، مرجع سابق، ص 70-74.

³ - المرجع السابق، ص 74.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

ثالثا: الديمومة والتأقوت

تثار هذه النقطة خاصة بالتوازي مع ما يجمع عليه الفقه أو يكاد من أن الترخيص أو الرخصة الإدارية مؤقتة بطبيعتها، لأنها استثناء من أصل عام: إما من الحرية أو من الحظر مثلما سبق شرحه أعلاه، ولذلك يمكن للإدارة المانحة إلغاؤها في كل وقت ومتى اقتضت المصلحة العامة ذلك. ومع هذا يمكننا التساؤل أيضا هل سلطة الإدارة في منح الترخيص أو منعه وإنهائه أو إلغائه وسحبه مطلقة أم مقيدة؟ مما يطرح من جديد مدى أحقية الطالب في الحصول على الترخيص وكذا حقه في الإبقاء عليه؟

لأن الرخصة الإدارية في كل الأحوال وسيلة رقابية على النشاط الفردي، وسيلة من دونها يمارس هذا النشاط خارج إطار القانون الذي يهدف إلى إقامة النظام العام وحمايته، يترتب على مخالفته من قبل الممارس متابعات قانونية إدارية وجزائية.

إن الإجابة على مثل هذه التساؤلات تكمن في الغوص في مضمون النصوص القانونية المنظمة لإجراء الترخيص الإداري من حيث تنظيمها للشروط الواجب استيفاؤها من قبل طالب الترخيص، وهي الموزعة بين شروط موضوعية وشخصية تتعدد وتتنوع حسب طبيعة النشاط أو الحرية المزمع ممارستها، الأمر الذي سينعكس لا محالة على الوضعية أو المركز القانوني للمرخص له، من حيث استقراره أو عدم استقراره وتزعزعه وتذبذبه خاصة بالنسبة للرخص الواردة على استعمال المال العام استعمالا خاصا.

ذلكم ما يمكننا توضيحه تباعاً في النقطة هذه الجزئية من البحث على النحو التالي:

1) تجب الملاحظة في البدء أنه لا يمكننا الجزم بإجابة واحدة وبنفس الصيغة لكل أنواع الرخص الإدارية، فهي تختلف من حيث أحقية طالبها أو حقه في الحصول عليها، وفي المقابل سلطة الإدارة المانحة مصدر الرخصة كمستند قانوني بين التقييد والتقدير.

كما تختلف بعضها عن بعض من حيث قوتها القانونية في التأثير في النظام القانوني القائم والأوضاع والمراكز القانونية التي يوجد فيها المستفيدون منها، بحسب طبيعة الموضوع دائما استثناء من قيد إن لم نقل من حظر لفائدة المستفيد منه دون سواه ممن لم يحظوا بمثل هذا الاستثناء من جانب السلطة الإدارية. ولكن لنا أن نتساءل عن المعيار الذي يمكن اعتماده وتوظيفه لمعرفة ما إذا كان الترخيص مؤقتاً أم دائماً أو يمكن أن يكون كذلك من الناحية العملية؟¹

2) في مقابل ذلك يجب ألا يغيب عن أذهاننا أن هذا لا ينطبق بهذه السهولة والبساطة على الرخص الصادرة في شكل اعتماد لممارسة مهنة من المهن المنظمة، فهذه تنحدر مباشرة من حرية دستورية هامة وهي حرية التجارة والصناعة أو حرية العمل وهي بطبيعتها حرية دائمة لا مؤقتة، بل لا تقبل التأقوت إذ هي مرتبطة بذات الإنسان وشخصيته من حيث اختياره لنشاط أو حرفة أو مهنة معينة بالذات كمصدر للرزق أولاً ويحقق بها

¹ - للإجابة عن هذا التساؤل، أنظر عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 194-195.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

ذاته ثانياً، يمتنعها على سبيل الاحتراف ويمارسها ممارسة حرة ومستقلة عن كل علاقة تبعية قانونية تعاقدية أو تنظيمية، إن في القطاع العام أو الخاص، في مفهوم قانون العمل أو قانون الوظيفة العمومية، لتغدو بذلك من الحقوق اللصيقة بالشخصية، بعد أن كرس لها ومن أجلها جزءاً لا بأس به من حياته في الدراسة والتعلم والتحصيل واكتساب الخبرة والتجربة والمهارة، بل والتخصص في فرع بعينه من فروع العلم والمعرفة يصل الآن في أغلب الأحيان والحالات إلى المستوى الجامعي مثل مهنة الطبيب والصيدلي.. إلخ فهذه كلها مهن تتطلب شهادة علمية متخصصة ويسبق ممارستها ممارسة حرة استيفاء شرط تسجيل المعني بالجدول الوطني للمنظمة أو النقابة المهنية الوطنية المشرفة على المهنة أو تحصيل شهادة إضافية وأداء اليمين، وعليه فلا يعقل أن تكون حرية فمهنة مؤقتة.

(3) كما يمكننا التساؤل عما إذا كانت طبيعة موضوع أو محل الترخيص كافية أو صالحة لاعتباره مؤقتاً أو دائماً من حيث أنه يرقى أو لا إلى مرتبة الحق والحرية، ليكون الترخيص دائماً أو مستقراً أو أكثر استقراراً في الحالة الأولى، كما لو تعلق الأمر برخصة بناء المرتبطة بحق الملكية وأحد مظاهر أو صور استعمالها وهو حق دائم لا يزول بعدم استعماله مهما طال الزمان كما معلوم لكل دارس للقانون، ثم ليكون مؤقتاً ومذبذباً ومهدداً بالزوال في الحالة الثانية أين يكون موضوع الترخيص نشاطاً خاصاً كمالياً أو ترفيهياً مثلاً لا يرقى إلى مرتبة الحرية والحق، أو مجرد مزية أو من الأنشطة المتسامح فيها من جانب الإدارة بحيث لا يحق التمسك به والدفاع عنه بدعوى عدم التعرض، أو عموماً كما لو كان النشاط نوعاً من الأنشطة الفردية المسموح بها بصفة عامة ولكن دون أن يكفلها الدستور أو ينص القانون على تنظيمها واعتبارها حرية من الحريات وبالتالي لا تتوفر له صفة الديمومة كضمانة قانونية، والنتيجة الطبيعية لذلك أن تتمتع السلطة الإدارية (خاصة سلطة الضبط الإداري) تجاهها بسلطة تقديرية واسعة من حيث إخضاع ممارستها للتنظيم والترخيص، إما بحظرها أو منح التراخيص الإدارية بشأنها أو سحبها أو التعديل فيها أو إلغائها، وهذا في سياق الموازنة بين متطلبات الحرية ومقتضيات النظام العام ومن ثم يمكن أن تكون التراخيص الممنوحة بشأنها مؤقتة تماشياً مع ما يفرضه واقع الحال حماية للنظام العام وتحقيقاً للمصلحة العامة، إن في الظروف العادية أو الاستثنائية وبخاصة في الحالة الأخيرة¹.

بعبارة أخرى، أن الإدارة تستطيع أن تسحب الترخيص أو تعدل فيه في أي وقت متى اقتضت المحافظة على المصلحة العامة ذلك. ويرجع ذلك إلى أن مركز المرخص له بمقتضى قرار إداري مركز عارض أو مؤقت. ولكنها تخضع في كل الأحوال لرقابة القاضي الإداري للتأكد من تحقق هذه الموازنة والموازنة ليكون قرارها الإداري المتعلق بإلغاء الترخيص مشروعاً وإلا قضى بإلغائه في حال ثبوت العكس، ذلك أن حق الإدارة في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون سلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء من حيث التأكد من دواعي الصالح

¹ - عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة، ص 236-237.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

العام، ومن ثم فإذا أساءت استعمال سلطتها في هذا الخصوص فإن للقضاء أن يلغي قراراتها غير المشروعة،¹ ليعود المرخص له لممارسة النشاط محل الترخيص سابقاً قبل إلغائه أو تعديله.

4) ومن جهة أخرى هل يمكن اعتبار احتواء مستند الترخيص على شرط فاسخ معياراً أو عاملاً كافياً ليكون مؤقتاً أي مهدداً بالزوال دائماً، بحيث إذا تحقق هذا الشرط بارتكاب المرخص له خطأً أو مخالفة أو مارس النشاط المرخص به على غير قواعده وضوابطه المحددة في القانون والنظام المعمول بهما وفي متن نص القرار الإداري الصادرة به الرخصة اعتبر الترخيص أو الاستثناء الممنوح له منتهياً؟ فيكون إلغاء الترخيص قانونياً والحالة هذه إنفاذاً للجزاء المنطقي والعدل المقابل للمخالفة المرتكبة، بحيث يبين المرخص له ويثبت أنه ليس أهلاً للاستثناء الذي حَفَّتْه به الإدارة عندما أجابته إلى طلبه، أو لأنه لم يستعمل وينفذ العمل أو الشيء محل الترخيص ليعد مهملًا أو تاركًا له فيكون جزاء ذلك اندثار قرار الترخيص كعمل قانوني آليا، لتحقيق الشرط الفاسخ بعدم الاستعمال في أجله المعين والمحدد في متن قرار الترخيص دون حاجة إلى قرار إداري أو حكم قضائي بالإلغاء؟

ليغدو عمر الرخصة والحالة هذه محدودًا زمنيًا لتتوقف عن إنتاج آثارها القانونية عند حد معين، والنتيجة تحقق صفة أو خاصية التأقيت بدل الديمومة .

رابعاً: الصفة أو الطبيعة التنفيذية للرخصة الإدارية:

تتعلق هذه الخاصية أو الصفة بحقيقة القوة الإلزامية للرخصة الإدارية كمستند قانوني يجوز المرخص له في إطار العلاقة الثلاثية الأطراف: الإدارة مانحة الرخصة المرخص له والغير. وقبل هذا وذاك علاقة الترخيص الإداري كعمل إداري قانوني، وتحديدًا كقرار إداري بالنظام القانوني القائم ومدى قدرته على التأثير فيه وتغييره، ولكن بصفة استثنائية ولمصلحة فرد من الأفراد دون غير من عامة الناس.

فقد رأى فيه بعض الفقه الفرنسي، ومنه الفقيه *Jèze*، أنه بالرغم من كونه عملاً شرطياً فهو لا ينشئ شيئاً بذاته، وأن ما ينشئ هو القانون المنظم له، وهذا كله بالمقارنة مع القرار الإداري الأمر (والذي يتخذ أيضاً تسمية القرار الإداري التنفيذي) و هو تصرف إداري قانوني صادر بالإرادة المنفردة للإدارة من شأنه التأثير بذاته على الوضع أو النظام القانوني القائم، والذي يتميز بخاصية قوته التنفيذية للصيقة بخاصية، بل مبدأ الأولوية الذي يحظى به القرار الإداري التنفيذي، وهو القرار النموذجي أو القاعدة في عمل الإدارة باعتبارها سلطة عمومية تحوز سلطة الأمر والنهي تجاه المواطنين، تصدر قرارات من شأنها أن تمنح الأفراد حقوقاً أو مزايا وامتيازات، أو تثقل كواهلهم بالتزامات أو تفرض عليهم قيوداً عند ممارستهم حرياتهم دون رضاهم وموافقتهم، بل ولا حتى استشارتهم وبخاصة في مجال الضبط الإداري. فهذا القرار بهذه الخصائص هو وحده من بين

¹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 140.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الأعمال الإدارية الصادرة من جانب واحد الذي يمكن طلب وقف تنفيذه أو الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري . فهل ينطبق ذلك على القرار المتضمن منح رخصة إدارية أم يستثنى منه ؟
يجيبنا جزئياً أو مبدئياً على هذا التساؤل الفقيهان الفرنسيان:

Georges Vedel و pierre Delvolvé

بالقول :

« *La décision exécutoire est bien un acte par lequel une autorité administrative manifeste unilatéralement sa volonté EN vue de produire des effets de droit sur les administrés* Décision, elle arrête une position, tranche une question détermine une situation »¹

أي أن القرار الإداري التنفيذي يحسم في مسألة ما، ويحدد وضعية قانونية منا ويضبطها، وبذو المثابة، وبالنظر لقوته التنفيذية تلك، فإن القرار الإداري التنفيذي يثير بذاته تطبيقه ودخوله حيز التطبيق والتنفيذ في الواقع العملي بالنظر للامتياز الذي تتوفر عليه الإدارة كسلطة عمومية فكما مكّنها من اتخاذها أولاً من جانب واحد فقد جعله ينتج آثاره مباشرة في حق المخاطبين بأحكامه وأوامره ونواهيها، إنه مبدأ الأولوية *le principe* الذي يرتب بشكل مباشر النتيجة المتوخاة من إصدار القرار أصلاً، *du préalable* ليحظى إثره باحترام المخاطبين به، إلا أن يوجهوا ضده طعنًا بوقف التنفيذ².

مع التذكير بأن القاعدة في المنازعة الإدارية هي الأثر غير الموقف للطعن بالإلغاء الموجه للقرار الإداري وتنبثق هذه القاعدة من رفض منطق تغليب المصلحة الخاصة للطاعن المتضرر من القرار على المصلحة العامة التي يعبر عنها القرار الإداري، وهي صفة أو عنصر مشترك بين جميع القرارات الإدارية ذات الصفة التنفيذية . كما ترتبط هذه القاعدة بقريئة الصحة التي ينطوي عليها القرار الإداري من أنه يعبر عن الحقيقة القانونية التي تعطيها قوة الشيء المُقرر، تلك القوة التي ترتبط بدورها ه ذا النوع من القرارات الفردية الآمرة أو النهائية، التي يعاقب الأفراد في حال مخالفتها) بالامتناع عن تنفيذ أوامرها أو بتنفيذ ما تنهى عنه) بعقوبات إدارية وجنائية، لأن في ذلك تحدياً للمشروعية وللسلطة العامة التي أصدرتها ، بالإضافة إلى ما في ذلك من إهدار للمصلحة العامة .

¹-GEORGES VEDEL , PIERRE DELVOLVE : droit administratif; T1 Presses universitaires de France 11ème mise à jour 1990p 245.

²- عزاي عبد الرحمن ، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص199.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

الفرع الثاني الطبيعة القانونية للترخيص الإداري بالعلاقة مع مفهوم العمل الشرطي

بعد التعريف بالترخيص الإداري وتبيان خصائصه، بقي تكييفه وتحديد طبيعته القانونية من اجل الوقوف في نهاية المطاف على الغاية النهائية من فرضه كوسيلة إدارية إجرائية من بين إجراءات الضبط لإداري المقررة لتنظيم ومراقبة النشاط الفردي وممارسة الحريات العامة، الفردية منها والجماعية.

فقد خلصنا أعلاه إلى الترخيص الإداري قرار إداري بكل ما يحمل هذا الأخير من مواصفات وخصائص وما يترتب عليه من آثار ونتائج قانونية في العلاقة الثلاثية بين طالب الرخصة والإدارة مانحة الرخصة والغير، وبخاصة من حيث كونه عملاً إدارياً قانونياً صادراً من جانب واحد يحدث أثراً قانونياً في الوضع أو النظام القانوني القائم، ويتمتع بالقوة التنفيذية وإن كان لا يتمتع بالصفة الآمرة كالقرارات الإدارية الأخرى وبخاصة في الحالات التي تتدخل فيها الإدارة ابتداءً على نحو ملزم وأمر ودون أن يطلب إليها ذلك بسبب طبيعة وظيفتها المتنوعة والنشطة في المجتمع على النحو السابق شرحه أعلاه وكما سيأتي تفصيلاً لاحقاً . أما هنا فإن السلطة الإدارية لا يمكن أن تتدخل تلقائياً، بل تتدخل استجابة لطلب أو مسعى يبذله لديها ذوو المصلحة والصفة.

كما أن المقصود هو البحث في الترخيص ليس باعتباره مجرد وسيلة من وسائل الضبط الإداري وأداة لتنظيم ممارسة النشاط الفردي ومراقبته فحسب، بل البحث فيه "كنظام قانوني للقرار الإداري" وهو أمر يمكننا الوقوف عليه بشكل أكثر وضوحاً ووثوقاً من خلال تحليل النظام القانوني لبعض حالات وصور الترخيص، وبخاصة من حيث انتمائه لنظام الحرية المنظمة أم أنه استثناء من حظر عام ؟

ذلك ما سنوضحه من خلال إعادة توظيف مجموع الخصائص والصفات التي يتميز بها الترخيص الإداري عن غيره من أعمال السلطة الإدارية، من خلال نقطتين منفصلتين:

نخصص الأولى لعلاقة العمل الشرطي بتصرف السلطة الإدارية . أما الثانية فنخصصها للعمل الشرطي كشرط واقف لممارسة الأفراد نشاطاتهم وحررياتهم المرغوب فيها، حيث يتعين على الإدارة اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع الإضرار بالنظام العام والمصلحة العامة . وقبل هذا وذاك نبين بإيجاز المقصود بالعمل الشرطي في مفهوم القانون العام وعلاقته بموضوع الترخيص الإداري محل البحث.

أولاً: مفهوم العمل الشرطي بالعلاقة مع الأعمال القانونية الأخرى:

العمل الشرطي موضوع من الموضوعات القانونية الهامة التي أثارت جدلاً فقهيًا بين فقهاء القانون العام خاصة، وهذا في سياق ضبط الأعمال القانونية وتقسيمها وعلاقتها بفكرتي النظام القانوني والمراكز القانونية العامة التي يختص القانون بمعناه العام بضبطها، وتمييزها عن المراكز الخاصة . إنه عمل فقهي معتبر، تزعمه ونظر له الفقه وبخاصة كل من ، *Horiau* و *Duguit* و *Jèze*¹ حيث قسموا الأعمال القانونية وهي أعمال

¹ محمد جمال عثمان جبريل ، الترخيص الإداري، مرجع سابق، ص 31.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

إرادية دائما وصنفوها إلى أعمال مشرعة وشرطية وشخصية، هذه الأخيرة التي تجسدها العقود المبرمة بين طرفين قد تكون الإدارة أحدهما في بعض حالات علاقات القانون العام، عندما يتعلق الأمر بالعقد الإداري وطرفها الآخر شخص قانوني طبيعي أو اعتباري. في حين يكون طالب الرخصة الطرف الآخر في هذه العلاقة عندما يتعلق الأمر بالرخصة الإدارية ولكن في سياق نظام آخر غير النظام التعاقدية. ذلك أنه يبدو ومن الوهلة الأولى أن الرخصة الإدارية المسبقة تحتل مكانة خاصة جدا من حيث الاهتمام بها وهذا إذا أخذنا بوجهة نظر كل من *Horiau و Duguít و Jèze* المتعلقة "بالعمل الشرطي".

لكن الإشكال المطروح هنا يتمثل في مكانة الرخصة الإدارية المسبقة ضمن البناء العام للتصرفات والأعمال القانونية، وبخاصة بالمقارنة مع العقد والتقاء الإرادتين (إرادة الطالب وإرادة الجهة المانحة) حيث يؤدي الطلب دور السبب في القرار الإداري الصادرة به الرخصة محل البحث. إذ يعد كل من العقد والرخصة الإدارية عملا قانونياً إرادياً، ولكن لا يشترط في هذه الأعمال جميعها وبنفس القدر رضا المعني بالأمر، ذلك أن رضا الأشخاص أو الخواص لا يؤثر مبدئياً على علاقات القانون العام التي تهدف كأصل عام إلى تحقيق المصلحة العامة، لتتطوي من اجل ذلك على صفة العمل الأمر الصادر من جانب واحد كقاعدة، ولا تلعب فيها إرادة الأفراد المخاطبين بها أي دور إلا قليلا، كما في حالة الترخيص محل البحث.

فالعقل القانوني وأخذاً بمفهوم الفقيه *DUGUIT* له يمتد ليشمل كل تصرف إرادي يصدر بغرض إحداث تغيير في النظام القانوني القائم وقت صدور هذا التصرف، أو الذي سيحدث في زمن مستقبلي محدد معلوم.¹

وعلى ذلك فإن العمل الإرادي الذي يقوم به الشخص دون نية إحداث تغيير في النظام القانوني لا يعتبر عملا قانونياً مع أنه إرادي. هذا النظام القانوني الذي يقصد به مجموعة القواعد القانونية التي تفرض على الأفراد في المجتمعات في وقت معين والمواقف القانونية المرتبطة من حيث وجوب الالتزام بما تفرضه من أوامر ونواهي يترتب على مخالفتها عقوبات قانونية، لأنها تعبر عن نمط التنظيم الذي اختاره المجتمع لنفسه وألزم به أعضائه.² وجاء في معجم المصطلحات القانونية عن مفهوم العمل القانوني ووصفه بأنه:

1) عمل يرجع لإظهار إرادة تتجه نحو إحداث آثار قانونية أو تغيير في الحالات القانونية أو نحو إنشاء التزامات.
2) ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بجائزة، ويسمى العمل القانوني الصادر من جانب واحد، مثال ذلك الاعتراف بالأبوة.

3) وهو ما يرجع لإرادة الشخص مقرونة بإرادة طرف آخر، وهذا هو العقد من جانبيين أو المتعدد الأطراف.³

op. cit. p 18. .1 - Pierre Livet : L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques

2- محمد جمال عثمان حبريل، الترخيص الإداري، مرجع سابق، ص 31-33.

3- أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتاب المصري القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت، الطبعة الأولى 1989 ص 49

رقم المصطلح 50 .

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

وعلى ذلك فالعمل القانوني هو مظهر من التعبير عن الإرادة يقصد به إدخال تعديلات على الحالات القانونية أو المراكز القانونية.

كما يمكننا القول عنه بأنه " كل ما تتدخل فيه الإرادة بقصد تحقيق نتيجة قانونية معينة." والسؤال الهام الذي يطرح هنا هو معرفة ما إذا كان التصرف القانوني المسمى "الترخيص المسبق" يعد فعلاً تصرفاً منشئاً للحق بالمعنى العام لهذا المصطلح، أو ما إذا كان على العكس من ذلك ليس سوى عمل موجه لأن يعمل على تطبيق سلسلة من القواعد الموجودة مسبقاً على شخص معين أو حالة معينة أو منظمة معينة محددة؟¹

كما تثار بالمناسبة ذاتها مسألة تحديد مكانة الرخصة الإدارية المسبقة بين الأعمال والقرارات الإدارية الأخرى ذاتها من حيث التشابه والاختلاف بينها بالنسبة لتكوينها ودور الإرادة فيها وبخاصة دور الطلب الذي يقدمه الطالب والتفائه بإرادة الإدارة المانحة في حالة صدور الرخصة وهو أنه وبرغم المظاهر الخداعة فإن إجراء الترخيص هذا لا يرتبط بأي حال من الأحوال بنظام ذي طابع تعاقدية².

وعليه، وطبقاً للترتيب التقليدي الذي اقترحه دوجي وجيز الذي يرتبط به موضوع الترخيص محل البحث يمكن تقسيم الأعمال القانونية إلى ثلاث فئات:

الفئة الأولى: الأعمال القاعدية أو المشرعة³: ويدخل تحتها كل تصرف قانوني من شأنه إحداث تعديل أو تغيير أو إلغاء حالات عامة غير شخصية، وينشئ بالنتيجة قواعد قانونية عامة مجردة. فالقانون والأوامر الإدارية العامة تشتملها هذه الفئة، لأنها من قبيل التصرفات التي تنشأ عنها قاعدة قانونية، كما تتمتع المراكز القانونية فيها بأنها متطورة متغيرة بحسب حاجة المجتمع، فهي كل عمل قانوني ينشئ أو يعدل أو يلغي مركزاً قانونياً عاماً أو موضوعياً.

إذ القانون في تعريف مدرسة *DUGUIT* هو كل قاعدة عامة موضوعية، ولا يهم بعد ذلك من اصدر هذه القاعدة، ولا الشكل الذي تتجسد فيه، ولا الإجراءات التي تتبع في إصدارها.⁴

الفئة الثانية: فئة الأعمال الشخصية أو الذاتية: *actes subjectifs* والتي تتميز، عن سابقتها بشكل واضح وهي الأعمال التي تتولد عنها مراكز شخصية أو فردية، يتحدد محتواها بالنسبة لكل فرد على حدة. أي التي يترتب بموجبها في ذمة شخص بعينه وبذاته عبء أو التزام خاص وحقيقي وفردية، أو يترتب له حق وهذا بإرادة شاغلها.

فالعمل القانوني الشخصي إذن هو كل عمل أو تصرف من شأنه أن يخلق أو يمس حالة شخصية أو فردية. وأوضح مثال على ذلك العقد الذي يعد المصدر المباشر لمثل هذا الالتزام أو الحق، وهو الالتزام أو الحق (الوضع

¹...- *Pierre Livet : l'autorisation administrative préalable...* مشار إليه، ص181.

² - *Pierre Livet*، المرجع السابق، ص180، وانظر محمد جمال عثمان جبريل، مرجع سابق، ص31.

³ - عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص210.

4 - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص179 - 180.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

القانوني) الذي لم يكن موجوداً بمقتضى القانون الموضوعي كعمل قانوني صادر من جانب واحد إلا بعد تدخل أطراف العقد المتعاقدة، فهؤلاء يضمنونه ما يشاءون من التزامات في حدود النظام العام والآداب العامة وهي التزامات وحقوق تختلف من عقد لآخر وبالتالي من شخص لآخر بحسب مركزه في العقد، ذلك أن القانون لا يمكن أن يحدد هذه المراكز مقدماً وبالنسبة لكل شخص . ومثل هذه الأوضاع في عقود القانون الخاص لا يمكن تعديلها بعد إبرامها إلا برضا أطراف العقد وبموافقتها. وبالنظر لمجال وطبيعة وخصائص هذه الفئة وتلك فإنه

لا يمكن، حسب رأي كل من الفقيهين *Jèze* و *Duguit* إدراج الرخصة الإدارية ، المسبقة في إحدى هاتين الفئتين من الأعمال القانونية، بل تدرج ضمن فئة ثالثة خاصة هي الأعمال الشرطية.

الفئة الثالثة: فئة الأعمال الشرطية : ففي هذه الفئة تحديداً تدرج الرخصة الإدارية، باعتبارها

تخص تطبيق التدابير الواردة في أحكام قواعد الأعمال القانونية المشرعة على حالة شخص معين لتوافر شروط انطباقها عليه، بإرادته وبمسمى منه، ولكن من دون أن نكون بصدد عملية تعاقدية، بل في إطار ومناسبة تطبيق أحكام القانون المنظم لموضوع أو نشاط ما، أو تدابير وإجراءات الضبط الإداري تهدف تحقيق إحدى غايات الضبط الإداري وحماية النظام العام، عندما يرغب هذا الشخص في ممارسة نشاط معين منظم تنظيمًا قانونيًا مسبقًا أو ممارسة حرية من الحريات، ولكنها ممارسة لا تكون تلقائية وإنما تدخل فيها الإدارة طرفًا وسيطًا تهدف حماية النظام العام بتوجيهها وتنظيمها، لتتأكد من أن الهيئة الاجتماعية سوف لن يصيبها أي ضرر أو أذى، أو بمناسبة تنظيم أعمال البناء أو استعمال المال العام استعمالاً خاصاً أو حصرياً، فلا يمكن أن يكون ذلك تلقائياً بل لا بد أن تأذن به السلطة الإدارية التي يتبعها المال العام المعني الذي تشرف هي على تسييره وصيانته وتنميته.¹

ومن ثم، فإذا كانت القواعد التي تضعها الأعمال المشرعة قواعد عامة ومجردة وتطبق على الأفراد الذين يوجدون في وضع معين، وهذا التطبيق يتم بعمل محدد، فإنه يترتب على تطبيق العمل المشرع على شخص ما أنه يجد نفسه في وضع جديد لم يكن فيه من قبل، وهذه هي الأعمال الشرطية التي تسقط بموجبها أحكام القواعد المشرعة على الحالات الخاصة.

وقد عرفت الأعمال الشرطية بأنها " : الأعمال القانونية التي تسند إلى فرد أو أفراد معينين مراكز قانونية عامة أو موضوعية. فهي في الحقيقة مكملة للأعمال المشرعة، لأن هذه تنشئ أو تعدل أو تلغي المراكز القانونية العامة، وتلك تمنحها للأفراد . وإذن فالمراكز القانونية تظل شاغرة حتى تحدد الأعمال الشرطية من يشغلها . وتمتاز هذه الأخيرة عن الأعمال الشخصية بأنها، وإن كانت تتعلق بفرد معين أو أفراد معينين، أنها لا تمس مراكز قانونية فردية"² وهو ما دفع بالفقيه *DUGUIT* . إلى القول عن إلا العمل الشرطي بأنه يعد تصرفاً

¹ - عزاوي عبد الرحمن ، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص213.

² - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية مشار إليه ص179-180 .

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

موضوعياً وهذا بالنظر لأنه لا يترتب عليه نتيجة أخرى سوى كونه يشكل شرطاً لتطبيق بعض أحكام القانون الموضوعي، ولكنه بالإضافة إلى ذلك له شيء من الطبيعة أو الصفة الشخصية، من حيث أنه يعد شرطاً لتطبيق القاعدة المعنية على شخص واحد أو محل بعينه¹.

كما عرف معجم المصطلحات القانونية العمل الشرطي بأنه "العمل الذي يؤدي بمجرد تحقيقه إلى تطبيق مجموعة من الأنظمة والقوانين، والقواعد القانونية الآمرة أو الناهية والمقررة بصورة مسبقة. فالزواج هو العقد الشرطي الذي بمجرد انعقاده يؤدي إلى تطبيق كافة القوانين والأنظمة الملزمة التي تسوده والتي يكون الحق (القانون) الوضعي قد قررها من قبل. وكذلك تعيين الموظف العام في وظيفته وعملية الانتخاب والاقتراع... إلخ"²

ومن ثم وهو ما يهم موضوع بحثنا يكون العمل الشرطي الذي تعتبر الرخصة الإدارية المسبقة تطبيقاً وتجهيداً له إجراءً قانونياً إدارياً لتحديد من تنطبق أو (ستطبق عليه) الأحكام الواردة في الأعمال المشروعة المنشئة للمراكز القانونية العامة التي تظل شاغرة إلى أن يتحدد من يشغلها بالأداة القانونية المناسبة بعد استيفائه الشروط المقررة لها، كالتعيين في وظيفة عامة مثلاً، إذ يكون شغلها طبقاً لقانون الوظيفة العمومية الذي يبيّن التوظيف والتعيين في هذه الوظيفة على أساس العلاقة القانونية التنظيمية (اللائحية) التي تؤطر علاقة الموظف بالإدارة التي تشرف على تسير مرفق عمومي أو هي المرفق العمومي بذاته. بما لها من سلطة الأمر والتوجيه في مخاطبة الموظف الذي يحتل الوظيفة المذكورة، فهو لا يستطيع دخول أو شغلها الوظيفة دون التعيين فيها بقرار إداري ولا المطالبة بالتغيير من القواعد المنظمة لها حتى بالاتفاق مع الإدارة لأنه يوجد في مركز قانوني عام محدد المعالم مسبقاً من حيث الحقوق والواجبات.

وبالمقارنة والقياس على ذلك، يوجد جميع الأشخاص تجاه القواعد القانونية الضابطة للنظام العام في المجتمع بجميع مقوماته ومجالات النشاطات والمهن والحرف التي يمارسها هؤلاء الأشخاص أو يريدون ممارستها وهي المشمولة بتنظيم خاص، وكذا الانتفاع بالمال العام باستعماله استعمالاً خاصاً، يوجدون في مراكز قانونية عامة وذلك كما في حالة الانتفاع العام بالمال العام مثلاً لوقاية وعاء هذا المال وإعداده للانتفاع به. أما في حالة الانتفاع الخاص فإن قرار الترخيص يضع المرخص له في مركز قانوني خاص، وهذا لا يتأتى إلا بتدخل الإدارة مقدماً في كيفية هذا الانتفاع وتحديد نطاقه ومدته، إذ من بين الوسائل القانونية الموصلة لذلك الرخصة الإدارية وفعل الترخيص الإداري في حالة الاستعمال الخاص، بالإضافة إلى اللوائح في حالة الاستعمال العام وهو القاعدة. ففي القانون - عموماً - يخلق القرار الشرطي وضعية أو مركزاً قانونياً خاصاً³.

¹ *Op . cit. . p182 .. l'autorisation préalable et les libertés publiques, - Pierre Livet*

² - أنظر أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية مشار إليه الصفحة 37، رقم المصطلح . 38 وقد تعمدنا وضع كلمة قانون بين قوسين لاعتقادنا بأن هناك ترجمة خاطئة لكلمة قانون *droit* من اللغة الفرنسية إلى حق باللغة العربية.

³ - عزاوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 215.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

بل وحتى استعمال مظاهر حق الملكية الخاصة أحياناً استعمالاً معيناً كالبناء على عقار مملوك ملكية خاصة عن طريق رخصة البناء، كل ذلك يخضع لتدخل الإدارة كسلطة عمومية وسيطة لفرض النظام في المجتمع بفرض تطبيق نظام الترخيص في إطار وظيفتها التنظيمية والرقابية، لتمكينها من التدخل مقدماً وفرض ما تراه مناسباً من الاحتياطات الوقائية في كل حالة على حدة لاختلاف مواضيع الترخيص ومجالاته تبعاً لظروف ومراقبة سير النشاط الفردي الخاضع للترخيص.

غير أن ما يجب التنبيه إليه هو، أنه رغم اتفاق كل من *DUGUIT* و *jèze* و *HORIAU* حول طبيعة الترخيص الإداري المسبق من حيث كونه عملاً شرطياً لتطبيق الأحكام القانونية الكامنة في الأعمال المشرعة فإنهم اختلفوا في حقيقة هذه الرخصة بعد استيفاء شروطها القانونية: وهل هي استثناء من حرية عامة وفي نطاقها، أم من حظر عام؟

لقد اختلف الموقف والإجابة على هذا السؤال، وهي إجابة تنعكس لا محالة على مركز المرخص له وتؤثر فيه لاحقاً، من حيث حقه في الحصول على الرخصة والتمسك بها في إطار ما يعرف بالحق المكتسب، كما تنعكس على سلطة الإدارة في منح هذه الرخصة أو منعها وسحبها لاحقاً إذا حدث ما يبرر ذلك، كارتكاب المرخص له مخالفة أو تحقق الشرط الفاسخ، أو اقتضت المصلحة العامة ذلك.

ثانياً: طرفا العلاقة في العمل الشرطي: السلطة الإدارية المرخصة وطالب الرخصة

تعتبر الرخصة الإدارية والطلب المقدم في سبيلها عملاً شرطياً بالنسبة لتدخل السلطة الإدارية باعتبارها سلطة عمومية تمارس مظاهر سلطة الضبط الإداري في مظهره الوقائي أو الرقابي. فهي في مجال الترخيص الإداري لا تقدم خدمة مباشرة للجمهور بإدارة مرفق عمومي وتسييره لتتخل ابتداءً بمقتضى واجباتها وصلاحياتها الدستورية في تسيير الشأن العام، بل تتدخل بناء على رغبة أصحاب المصلحة وطلباتهم قصد الإذن لهم والتسهيل عليهم في ممارسة نشاط أو حرية معينة، إذ القرار الإداري الآذن يطلب أو يستصدر استصداراً ولا يصدر ابتداءً بمبادرة من السلطة الإدارية، وهذا بعكس القاعدة في القرارات الإدارية في الحالات الأخرى.

1) بالنسبة للفقهاء *Jèze* لا تعدو الرخصة المسبقة كونها استثناء من حظر عام مفروض من قبل القانون، بمعنى وجود حظر عام على الممارسة.

فالشخص - ودائماً حسب *Jèze* - الحائز على الرخصة يتمتع فقط بنظام أو وضع مشروع، أي له الحرية العامة وغير الشخصية للتصرف وكأن المنع أو الحظر لم يكن موجوداً. ليضيف: وهكذا فإن الرخصة لا تخلق أو تنشئ بذاتها أي شيء، بل أنها لا تتجاوز كونها تطبق قاعدة قانونية موجودة مسبقاً على شخص بعينه أو منظمة محددة¹.

¹ - أنظر... *Pierre LIVET. L'autorisation administrative...*، مرجع سابق، ص 279-182.

الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة

وبعبارة أخرى، فإن هذا التصرف أو القرار الصادرة به الرخصة لا ينشئ وضعياً قانونية خاصة، بل أن دوره يقتصر على وضع الفرد أو الأفراد المعنيين في وضعياً قانونية عامة أو نظامية أساسية موضوعة وموجودة مسبقاً.¹

وعليه نخلص في تحديد الطبيعة القانونية للترخيص الإداري في القول بكون الترخيص إجراءً بوليسي وقائي يقوم على السلطة الضابطة ومقرر لوقاية الدولة والأفراد من الأضرار التي قد تنشأ عن ممارسة الحريات والحقوق الفردية، أو لوقاية النشاط الفردي نفسه مما قد يعوق تقدمه فيما لو ترك بدون تنظيم، وهو لهذا السبب يعتبر نظاماً ضرورياً، وذلك لأن الحرية التي تمارس في ظل النظام العقابي فقط قد تؤدي إلى كارثة اجتماعية، وتمثل ضرورة هذا النظام في وجوب تدخل الإدارة مقدماً في النشاط المطلوب مزاولته، وذلك بفحصه ووزن ظروفه التي قد تختلف تبعاً للشخص والزمان والمكان ثم تقدير كيفية ممارسته على ضوء تقديرها لهذه الظروف ووزنها لأهمية الحرية التي ال تي يتصل بها النشاط المذكور، ويترتب ذلك، أن الترخيص نظام يتفق مع طبيعة الوظيفة الإدارية للدولة، وذلك لأن تحويل الهيئات الإدارية سلطة فحص النشاط المطلوب ممارسته مقدماً وتدخلها في كفاءته ونطاقه، إنما هو لتحقيق الغاية الوقائية من الوظيفة المذكورة. غير أن الترخيص بالرغم من ضرورته يعتبر استثناءً من الأصل العام وهو الحرية وذلك لأنه ينال من استقلال الفرد بما يقيد من حريته ونشاطه، ولأن الترخيص استثناء من الحرية فإنه يجب أن لا يتقرر أصلاً إلا بقانون، وأن يكون فرضه لمبررات قوية مستمدة من ضرورة كفالة الأمن والسكينة ووقاية الصحة العامة وفي حدود مواجهة ما قد يضر بالمجتمع فعلاً، ويترتب على ذلك، أنه لا يجوز للمشرع فرض نظام الترخيص على ممارسة الحريات التي لا تتصل بهذه الغايات والتي لا تقبل بطبيعتها فرض الترخيص عليها كحرية التعليم والصحافة وباقي الحريات المعنية.²

¹ - أنظر عزواوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، في وضعه تلخيص الأفكار التي تقوم عليها نظرية عن العمل الشرطي حسب JEZE، ص 217 وما بعدها.

² - عادل السعيد محمد أبو الخير، مرجع سابق، ص 224.

خاتمة

خاتمة:

إن اختلاف الاختصاصات الدستورية للسلطات الثلاث في الدولة هو شيء متعارف عليه في مختلف الأنظمة الدستورية في العالم. وهذه الملاحظة يمكن التأكد منها من خلال البحث في العلاقة بين السلطات في أي نظام دستوري معين. ومن ثم فإنه يستحيل تصور غياب إحدى تلك السلطات الثلاثة في التفاعل مع بعضها البعض.

إن الشيء المؤكد هو أن السلطة التشريعية في الدولة تعد من بين أهم تلك السلطات، بالنظر للدور والاختصاص الدستوري الموكول لها، ألا وهو سن القواعد القانونية. على أن ما يمكن استنتاجه هو أن وضع القانون في الدولة في مجال الحريات العامة على أنه الأصل وأنه اختصاص تقديري للمشرع، حيث يقف المؤسس الدستوري عند حد تقرير المبادئ العامة، فيبقى الاختصاص بتفصيله للمشرع، بمعنى أن المؤسس الدستوري نادرا ما يفصل في بعض الموضوعات. بل ومهما كان تدخله بالتفصيل لممارسة نشاط معين، أو بيان مسألة معينة، إلا أن المؤكد من وراء كل ذلك، هو تدخل المشرع بجانب المؤسس الدستوري، وتلك مسألة تعد من الضرورات التي في بعض الأحيان كاستثناء، يعد اختصاصا مقيدا، يخضع للرقابة الدستورية.

إن الأخذ بالتفاوت في اختصاص المشرع بين التقديري في معظم الأحيان، والمقيد في حالات معينة، كان نتيجة لوصف السلطة التشريعية في الدولة بالسلطة السيادية عملا بمبدأ "الدولة القانونية". وهو ما يؤدي إلى اكتساب أعمالها-وهي القوانين أو التشريعات- لتلك الصفة. إن ذلك الاختصاص للبرلمان يشمل حقوق وحريات المواطن، عن طريق تنظيمها، وبيان طرق ممارستها، وآليات حمايتها.

وعليه فإن الأمر المؤكد، أن ذلك الاختصاص للسلطة التشريعية، لم يمنح من قبل المؤسس الدستوري بصورة فجائية، أو على سبيل الاختيار بينها، وبين سلطة التنفيذ في الدولة، وإنما بناء على معطيات وأسس، تبرر اختصاص الأولى دون الثانية بمسألة تنظيم الحقوق والحريات العامة للمواطن.

إن أهم تلك المعطيات والأسس، فيما يتعلق بمدى ونطاق تدخل البرلمان نجد الأساس السياسي والأساس القانوني، على أن اختلاف ذلك المدى والنطاق، ينطبق على التشريعات المتعلقة بالحريات العامة للمواطن، وبدرجة هذه الحريات، فيضيق نطاق اختصاص المشرع تجاه بعض الحريات، بل ويكاد أن يعدم، بينما يتسع بشأن حريات أخرى، تفترض بإلحاح تدخل المشرع، كبيان ممارسة حريات إنشاء الأحزاب السياسية، أو حرية إنشاء الجمعيات.

إن مسألة تنظيم ممارسة المواطن لحرية من قبل المشرع لا يمكن إنكارها تماما. فمن الناحية النظرية المجردة، بقدر ما تعتبر حقوق وحريات المواطن مسألة دستورية، بل وتكاد تفوقها، فإن مسألة التنظيم بموجب قوانين هي الأخرى مسألة دستورية. وحينها لا يمكن للمواطن أن يعتبر صدور قانون بشأن حرية معينة أنه تقييدا لها، فهو اعتداء على اختصاص المؤسس الدستوري. كما أن التفاوت والاختلاف من حرية إلى أخرى من حيث الشروط الموضوعية من قبل المشرع لا يمكن اعتباره تقييدا لحريات المواطن، لأن السبب في ذلك، هو الفرق بين

ما هو تنظيم، وما يعد تقييدا. فالثاني، يصعب على المواطن ممارسة حرياته، بل ويمكن أن يتبينه الفرد إذا أحس بنوع من الخناق على حرياته الشخصية، ذات الأولوية على المؤسس الدستوري. كما أن هناك وضعاً آخر يمكن أن يشعر فيه المواطن بتقييد حقوقه وحرياته. وذلك حينما تمر الدولة بظروف استثنائية أو غير عادية. فمبدأ حق الدولة في الدفاع عن نفسها يفرض الحد من بعض الممارسات للمواطنين، والتي كانت تشكل في الظرف العادي تصرفات مباحة قانوناً ولكن بالنسبة للأفراد، فإنهم سيقنعون بذلك التضييق على ممارسة حرياتهم، نتيجة شعورهم بتلك الظروف الاستثنائية، وحينها يكون التقييد في نظرهم مبرراً.

غير أن ما لا يعتبر مبرراً على النحو السابق، هو الغموض وعدم الوضوح الذي يشوب فكرة الضرورة الملحة، والتي تدفع إلى تقرير حالة الحصار، أو الطوارئ في الجزائر وفق ما نص عليه المؤسس الدستوري. وحينذاك - يكون من المفترض إلى حد كبير - تقبل المواطن للطبيعة الاستثنائية لتلك التشريعات غير العادية، بسبب أنها تعبير عن ما هو استثنائي من ظروف، وذلك هو المجلد الرحب للسلطة التقديرية. بل والأكثر من ذلك، وحتى في الظروف العادية، فإنه لا يمكن إنكار ما يتمتع به المشرع من سلطة تقديرية، والسبب في ذلك أن القرينة الدستورية التي يتمتع بها التشريع - إلى أن يثبت العكس - هي تتمتع بهامش من الحرية أثناء سنه للقواعد القانونية.

ومن ثم، فإن الإقرار الدستوري للمشرع بتنظيم ممارسة المواطن لحقوقه وحرياته، يشكل مبدئياً سلطة تقديرية يتمتع بها البرلمان. فحرية إنشاء الأحزاب السياسية مثلاً، أو حرية إنشاء الجمعيات أو حرية الاجتماعات، هي من بين عديد الحريات التي نص المؤسس الدستوري على ضمانها. وفي المقابل أحال على المشرع مسألة تنظيمها، وإن كان في الحرية الأخيرة، لم ينص صراحة، بل ولم ينص تماماً على تدخل المشرع بشأنها.

وعلى ذلك الأساس، فإن التتبع والاستقراء للنصوص القانونية المنظمة لممارسة تلك الحريات يبين سلطة التقدير التي يتمتع بها المشرع.

إن الحقيقة التي يجب الاعتراف بها، هي تقييد الحريات العامة للمواطن، أو على الأقل البعض منها، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، فرغم التفاوت في نسبة ذلك التقييد - المبرر نوعاً ما - سواء بحكم علاقة تلك الحريات بالسلطة وممارستها، أو بحكم الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر، إلا أن ممارسة البعض منها، مع عدم الشعور بتقييدها، هو حقيقة أخرى لا يمكن إنكارها. كما أن ذلك التقييد، بالنسبة لبعض الحريات، أصبح أمراً مألوفاً في نظر المواطن الجزائري، وربما كان السبب في ذلك، هو طول مدة تطبيق حالة الطوارئ في الجزائر.

أما فيما يتعلق بالضبط الإداري، فنجد أنه يوكل تنظيم كثير من الشؤن إلى السلطة التنفيذية بموجب نصوص بعض القوانين الضبطية، فيطلب إليها تكملة وتفصيل المبادئ العامة التي رسمتها لها القوانين، بحيث لا

تخرج في هذا التنظيم عن إطار هذه القواعد العامة وجهة الإدارة، إذ تضطلع بهذه الاختصاصات في نطاق القوانين، لا تعدو أن تكون ممارسة لولاية اشتقاقية في مضمار الضبط الإداري، وهي الولاية التي فوضت في مباشرتها في دائرة القوانين الضبطية، وهذا هو ما استقر عليه الفقه الإداري خاصة في فرنسا.

ومن هنا نجد أن هناك ضبطاً إدارياً يتوجه نشاطه إلى تنفيذ وتكميل القوانين الضبطية، وقد تفضي هذه التكملة وهذا التنظيم إلى تقييد الحريات كما قد تقتصر مهمة هذا الضبط الإداري على تطبيق النظم العامة الضبطية التي نسقتها القوانين، فهو يتولى مثلاً منح أو منع ترخيص للأوضاع والقيود والشروط المرسومة للقوانين بما يسمى بالرخص الإدارية. ويلاحظ أن هذا الجانب التطبيقي الذي قد تنصرف ولاية الضبط الإداري إلى الاضطلاع به، يبدو ويتمثل جلياً بإجراءات الضبط الفردية.

وعليه مهما يكن الأمر، فإن ولاية الضبط الإداري لا تقتصر على هذا النشاط القانوني الذي لا يستند إلى نص تفويضي، كما هو الشأن في لوائح الضبط القائمة بذاتها، بل تمتد إلى الولاية المنفذة، أو المطبقة لأحكام القوانين في شؤون الضبط الإداري، دون إهمال الضمانات المقررة قانوناً لحماية الحريات العامة.

وأخيراً يمكن القول بأن ضابط تحديد اختصاص كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية أي النطاق المخصص للقانون واللائحة في مجال الضبط الإداري يعتمد على الحرية كأهم ضابط.

ومن هنا فإن الاستنتاجات التي نخرج بها من هذه الدراسة تتمثل فيما يلي:

- توزيع الاختصاص ضماناً للحقوق والحريات، من خلال إسناد هذا الموضوع للبرلمان أي يدخل في مجال القانون. كما أنه عماد التجربة الديمقراطية للابتعاد عن تركيز السلطة والاستئثار بها، بغية الوصول إلى احترام أحكام الدستور وخيارات الأفراد.
- الأصل أن المشرع هو صاحب الولاية في ضبط الحريات العامة كاختصاص أصيل في تنظيم الحريات العامة وتقييدها، الأمر الذي جسده الفقرة الأولى من المادة 122 من الدستور، أما الاستثناء يرجع للسلطة التنفيذية التي تعاضم دورها وتطور من دور تقليدي يتمثل في تنفيذ القوانين إلى دور تنظيمي قاعدي بخلق قواعد قانونية عامة ومجردة، لم يقتصر في النظام الدستوري والقانوني الجزائري على التنظيمات (اللوائح) المستقلة، بل تجاوزتها إلى اللوائح التنفيذية، بسبب صعوبة وضع حدود جامدة بين اختصاص السلطتين.
- كل من الضبط التشريعي والإداري يخضع لضوابط الرقابة على السلطة التقديرية لكل جهة.
- الاعتراف للسلطة التنفيذية بدور معين في ضبط وتنظيم ممارسة الحريات العامة مما قد ينعكس بالإيجاب والسلب على ممارسة هذه الأخيرة في ظل عدم فاعلية الرقابة الدستورية في الجزائر على هذا المجال (توزيع الاختصاص)، خاصة في ظل التراجع الملحوظ للضمانات المقرر لممارسة هذه الحريات.
- سلطة الضبط الإداري تهدف إلى الموازنة بين السلطة العامة والمصالح الخاصة للأفراد من خلال أسلوب التعايش بين إقامة النظام العام في المجتمع بمختلف عناصره التقليدية والحديثة و حمايته وصيانته من جهة، ومن جهة ثانية ممارسة الحريات العامة وحمايتها.

- نسبية كل من السلطة التقديرية للضبط التشريعي و الحريات العامة ومنع الحظر المطلق لها وكذا نسبية الضبط الإداري بدوره و حتى النظام العام الذي تحميه السلطة نسي.
- لوائح الضبط الإداري سواء كانت فردية أو تنظيمية ضرورة مسلم بها لضبط النظام العام أو توقي حدوث اضطرابات.
- قرارات الترخيص الإداري تعتبر استثناء من قاعدة الحرية ، أي عبارة عن تقييد للحرية في إطار إباحة قانونية، لأن ممارسة الحرية منظمة تنظيمًا قانونيًا مسبقًا بهدف الوصول إلى قمة التنظيم، كما له دور توافقي لإزالة التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، كما أنه إجراء وسيط بين قوة الدولة ومؤسساتها وقوانينها و كفالة ممارسة الحريات العامة في إطار المشروعية والمرونة معاً.
- وأخيراً من خلال هذه الدراسة نلخص إلى تقديم جملة من **التوصيات** تتمثل في الآتي:
- إعادة النظر في نظام الرقابة الدستورية لأنه الوسيلة الكفيلة بضمان الحريات الأساسية و توازن السلطات داخل الدولة.
- إصلاح نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر خاصة من الجوانب الهيكلية والموضوعية والإجرائية، وهذا من خلال تكييف النظام السياسي للمجلس الدستوري أو الانتقال من نظام الرقابة السياسية إلى نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين.
- إعادة النظر في ضوابط توزيع الاختصاص بين القانون واللائحة وجعل هذه الضوابط منتجة أكثر.
- إثارة الحريات العامة عند توزيع الاختصاص وجعل تفسير النصوص لفائدتها والتمكين لممارستها بشكل إيجابي.
- ضرورة التناسق والتكامل بين القضاء الدستوري والقضاء الإداري في مجال تفعيل الحدود الدستورية بين القانون واللائحة.
- إلزام البرلمان بالتقيد باختصاصه المحدد دستورياً و عدم الإفراط في الإحالة إلى التنظيم و تكريس مبدأ " عدم إخضاع الحريات الأساسية لنظام الترخيص".
- في ظل المفاهيم الحديثة في مجال الاجتهاد الدستوري وفي ظل بروز فكرة التحول في أحكام القضاء الدستوري الذي يركز إلى نقطتين أساسيتين هما:
- 1- جعل تنازل البرلمان عن اختصاصه لفائدة السلطة التنفيذية عيباً يجعل هذا التنازل غير دستوري ضمن إطار فكرة "عدم الاختصاص السلبي للمشرع".
- 2- جعل موقف المجلس الدستوري أكثر إيجابية في مجال توسيع الاختصاص التشريعي للبرلمان على حساب اللائحة.

تمت بحمد الله وعونه

ملاحق

﴿ قائمة الملاحق ﴾

العنوان	رقم الملحق
طلب الترخيص بتنظيم اجتماع عمومي	01
الترخيص بالتلقيح في العيادات الطبية الخاصة	02
نموذج لقرار غلق إسطبل لتربية المواشي	03
نموذج لقرار يتضمن إنشاء اللجنة الولائية لمراقبة المؤسسات المصنفة	04
نموذج لقرار يتضمن رخصة البناء	05

المصادر والمراجع

قائمة المراجع:

أولاً: المصادر

1. القرآن الكريم

2. إبن منظور، لسان العرب ، دار المعارف ، الإسكندرية مصر، ب س ن، (بدون طبعة)1968.

ثانياً: الكتب

أ- باللغة العربية:

1-الكتب العامة:

1. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية ، دار الكتاب المصري القاهرة، دار الكتاب اللبناني بيروت، الطبعة الأولى1989.
2. أحمد محيو ,محاضرات في المؤسسات الدستورية, ترجمة محمد عرب صاليسا، د.م.ج ، الجزائر2005.
3. حسن محمد هند، نعيم عطية، الفلسفة الدستورية للحريات العامة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.
4. جورج فوديل و بياردلقولقيه .القانون الإداري , ج 1 , ترجمة منصور القاضي ,المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , ط1 ,بيروت.2001
5. سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة السادسة (من دون تاريخ).
6. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي مصر1976.
7. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، القاهرة(من دون ذكر دار النشر)1976.
8. عاطف البناء، الرقابة على دستورية اللوائح، مكتبة النصر، القاهرة،1992.
9. عاطف البناء، الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، 2006-2007.
10. عبد الحفيظ الشبمي، نحو رقابة التعديلات الدستورية، الطبعة الأولى (من دون تاريخ)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
11. عبد الحميد الشواربي، التنفيذ الجنائي في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 1996.
12. عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضمائنها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر1975.
13. عبد الرحمان عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية الجزء الأول، دار الغرب، وهران2009.
14. عبد الرزاق السنهوري، فقه الخلافة وتطورها، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر لبنان2001.

15. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1998.
16. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1998.
17. عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2009.
18. فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2006.
19. فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، لبنان 2008.
20. محمد رفعت عبد الوهاب، الأنظمة السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007.
21. محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم عنابه، الجزائر. 2004.
22. محمد الصغير بعلي. قانون الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلوم، عنابه 2004.
23. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009.
24. مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 1985.
25. مصطفى أبو زيد فهمي، الوجيز في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1999.
26. مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر 2003.
27. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009.

2- الكتب المتخصصة:

1. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة مصر 2000.
2. ثروت عبد العال، الحماية القانونية للحريات العامة بين النص والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2004.
3. حسام مرسي، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي - ، دار الفكر الجامعي ، مصر.
4. حسن سعد، جرائم الصحافة والنشر (من دون ذكر دار النشر) 2006.
5. جعفر عبد السادة بدير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، دار الحامد عمان، الأردن 2008.
6. طارق كور، جرائم الصحافة، دار الهدى، الجزائر 2008.

7. عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر 2008.
8. عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، سنة النشر غير مذكورة، دار النشر غير مذكورة.
9. عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر 2010.
10. عبد المنعم محفوظ، علاقة الفرد بالسلطة، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، (دون ذكر مكان وتاريخ النشر).
11. عبد العليم عبد المجيد مشرف، دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، طبعة 1999.
12. عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1999.
13. كمال شطاب، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود دار الخلدونية، الجزائر 2005.
14. محمد الطيب عبد اللطيف، نظام الترخيص والإخطار في القانون المصري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1956.
15. محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2008.
16. محمد عصفور، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، دار الفكر العربي مصر 1961.
17. نعيم عطية، في النظرية العامة للحريات الفردية، الدار القومية للطباعة والنشر القاهرة، مصر 1965.
18. وجدي ثابت غابريال، حماية الحرية في مواجهة التشريع، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1990.

ب- باللغة الفرنسية:

1. André DE LAUBADERE ; *Traité élémentaire de Droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1966.*
2. André HAURIUO, *Droit constitutionnel et institutions politiques, a. Montchrestien, 4ème édition, Paris, 1970.*
3. BRAHIMI brahim, *Le droit à l'information, à l'épreuve du parti unique et de l'état d'urgence, imprimerie Eurl ITGS, kouba, Alger, 2002.*
4. Charles DEBBASCH : *droit administratif, 3ème éd. Cujas, Paris, 1971.*
5. FAVOREU et autres ; *Droit constitutionnel, 2ème édition, Dalloz, Paris, France, 1999.*
6. JAQUES GEORGEL : *L'agrément administratif, actualité juridique de droit administratif N° 9 / 1962.*
7. G. Vedel et DELVOLVE : *Droit Adinistratif, Paris, P.U.F. 1980.*

8. HEYMANN. *Doat. Libertés publiques et droits de l'homme.* L.G.D.J.Paris, 6 éme edition.

9. PIERRE LIVET, *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Librairie générale de droits et de jurisprudence, Paris 1974.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات:

أ - باللغة العربية:

1. أحمد محمد أمين، حدود السلطة التشريعية، حقوق، القاهرة 2001.
2. حسين بورادة، الإصلاحات السياسية في الجزائر، علوم سياسية، ماجستير، الجزائر 1993.
3. راغب جبريل سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، حقوق، الإسكندرية.
4. سحنين محمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، ماجستير حقوق، بن عكنون، الجزائر 2005.
5. عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في ضوء النظام القانوني الجزائري الحالي ماجستير، حقوق، بن عكنون، الجزائر 2002.
6. عبد المنعم عبد الحميد شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي حقوق، القاهرة 2001.
7. عفيفي كامل عفيفي، الانتخابات النيابية و ضماناتها الدستورية والقانونية في الأنظمة المقارنة، حقوق، جامعة أسيوط (من دون ذكر التاريخ).
8. عبد الرحمن عزاوي ، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، نوقشت بتاريخ 02 جوان 2007.
9. عليان بوزيان، أثر حفظ النظام العام على ممارسة الحريات العامة، كلية الحضارة الإسلامية، وهران 2007.
10. لزررق حبيشي ، أثر التشريع على الحريات العامة و ضماناتها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013/2012.
11. لزررق حبشي ، حرية الاجتماع العام في الجزائر بين التنظيم والتقييد، ماجستير حقوق، جامعة سعيدة، 2007.
12. محمد جمال عثمان جبريل، الترخيص الإداري ، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992.
13. محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، حقوق عين شمس، 1979.

14. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، حقوق جامعة سيدي بلعباس، 2005.
15. منيب محمد ربيع، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري، حقوق عين شمس، 1981.
16. نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، حقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2003.

رابعاً: المقالات:

أ - باللغة العربية:

1. بوكرا إدريس، نظام اعتماد الأحزاب السياسية طبقاً للأمر 79/09 المتضمن القانون ، العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية بين الحرية والتقييد، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 02، الجزائر 1998.
2. سعد عصفور، حرية الاجتماع في إنجلترا وفرنسا ومصر، مجلة مجلس الدولة المصري دار النشر للجامعات المصرية، السنة 03 ، القاهرة 1952.
3. سعد عصفور، مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر، مجلة المحاماة، العدد 0403 القاهرة، السنة 1956.
4. عاطف البناء، حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 0403 لسنة 1978 ، القاهرة 1980.
5. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، مصر 1952.
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مجلة مجلس الدولة، دار النشر للجامعات المصرية، السنة الثالثة، مصر، يناير سنة 1956.
7. عبد الله أوهابيه، العقوبات السالبة للحرية والمشاكل التي تطرحها، م.ج.ع.ق.إ.س الجزء 35، العدد 02، الجزائر 1997.
8. محمد سعد الدين شريف، أساليب الضبط الإداري والقيود الواردة عليه، مجلة مجلس الدولة المصري، دار النشر للجامعات المصرية، السنة الثانية، القاهرة 1951.
9. محمد لموسخ. دور الجماعات المحلية في حماية البيئة، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة العدد 6، ابريل 2010
10. مراد بدران، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور، النظام القانوني للأوامر، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 02 الجزائر 2000.
11. مراد بدران، المسؤولية عن إجراء الاعتقال الإداري، الملتقى الوطني حول مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، أيام 13، 14 ماي 2006 ، جامعة سعيدة.

12. مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية م.ج.ع.ق.إ.س، الجزء 26، عدد 01، الجزائر 1998.

ب - باللغة الفرنسية:

1. *Walid LAGGOUNE, La conception du contrôle constitutionnel en Algérie, Revue IDARA, ENA, volume 6, n° 2, Alger, 1996.*

خامساً: النصوص القانونية:

1. دستور الجزائر الصادر في 10 سبتمبر 1963.
2. دستور الجزائر الصادر في 22 نوفمبر 1976.
3. دستور الجزائر الصادر في 23 فبراير 1989.
4. دستور الجزائر الصادر في 28 نوفمبر 1996 المعدل والمتمم.
5. دستور فرنسا الصادر في 04 أكتوبر 1958 المعدل والمتمم.
6. الأمر رقم 01/06 المتضمن قانون السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 11 الصادرة في 28 فيفري 2006.
7. القانون العضوي رقم 02/99 المؤرخ في 08 مارس 1999، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 15 المؤرخة في 09 مارس 1999.
8. القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 26 جويلية 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 43 المؤرخة في 03 أوت 2011.
9. القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 والمتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 02، الصادرة بتاريخ 15 جانفي 2012.
10. القانون العضوي رقم 04/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 02 المؤرخة في 15 جانفي 2012.
11. القانون 28/89 الصادر بتاريخ 1989/12/31 والمتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 04 الصادرة في 24 جانفي 1990.
12. القانون رقم 19/91 المؤرخ في 02 ديسمبر 1991، يعدل ويتمم القانون 28/89 الصادر بتاريخ 1989/12/31 والمتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 62 الصادرة في 04 ديسمبر 1991.

13. القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002 المتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 25 لسنة 2002.
14. القانون 05/04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 المؤرخة 13 فيفري 2005.
15. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.
16. القانون رقم 01/01 المؤرخ في 31 جانفي 2001 المتعلق بعضو البرلمان، المعدل بالأمر رقم 03/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 49 المؤرخة في 03 سبتمبر 2008.
17. القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المتضمن تعديل الدستور الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
18. القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011 والمتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 37 المؤرخة في 03 جويلية 2011.
19. القانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 02 المؤرخة في 15 جانفي 2012.
20. القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 المؤرخة في 29 فبراير 2012.
21. الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 08 جوان 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 49 المؤرخة في 11 جوان 1966.
22. الأمر رقم 01/2000 المؤرخ في 01 مارس 2000 يتعلق بإدارة ولاية الجزائر والبلديات التابعة لها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 09 الصادرة في 02 مارس 2000.
23. الأمر رقم 02/06 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المحدد لشروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 المؤرخة في 01 مارس 2006.
24. الأمر رقم 01/11 المؤرخ في 23 فبراير 2011 المتضمن رفع حالة الطوارئ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 12 المؤرخة في 23 فيفري 2011.
25. المرسوم رقم 88 / 131 المؤرخ في 04 جويلية 1988 والمتعلق بتنظيم علاقات الإدارة بالمواطن، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 27 الصادرة في 06 جويلية 1988.
26. المرسوم الرئاسي رقم 96/911 المؤرخ في 04 جوان 1991 والمتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 29 الصادرة في 12/06/1991.

27. المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 09 / 02 / 1992 المتضمن تقرير حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 10 الصادرة في 09 فبراير 1992.
28. المرسوم التنفيذي رقم 204/91 المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يحدد شروط تطبيق المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 196 / 91 المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 31 الصادرة في 26 جوان 1991.

سادسا: المواقع الإلكترونية:

1. <http://www.fawzi-oussedik.com/?m=201003-4>

2. [fr.wikipedia.org/wiki/Police_\(institution\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Police_(institution))

فہرس

قائمة الفهارس:

أ-د	مقدمة:
6	الفصل الأول: الضبط التشريعي آلية لتنظيم الحريات و تقييدها
7	المبحث الأول: نطاق سلطة المشرع في تنظيمه للحريات العامة
7	المطلب الأول: مصادر سلطة البرلمان في تقنين الحريات العامة
9	الفرع الأول: من حيث الأساس السياسي
10	الفرع الثاني: من حيث الأساس القانوني
13	المطلب الثاني: حدود سلطة المشرع في مجال الحريات العامة
14	الفرع الأول: التزام المشرع حدود التنظيم
20	الفرع الثاني: منع الحضر المطلق للحرية وتأكيد ممارستها بشكل ايجابي
25	الفرع الثالث: إعمال مبدأ إيثار الحرية
29	المطلب الثالث: صور لتنظيم الحريات العامة في الجزائر
30	الفرع الأول: حرية الاجتماع
32	الفرع الثاني: حرية إنشاء الأحزاب السياسية
30	المبحث الثاني: التقييد القانوني للحريات الأساسية
34	المطلب الأول: علاقة الحريات العامة بلقوانين الجزائية
35	الفرع الأول: مبدأ حق الدولة في العقاب تقييد للحرية
38	الفرع الثاني: تأثير الحرية بمبدأ البراءة الأصلية وإثباتها
42	المطلب الثاني: أثار الظروف الاستثنائية على الحريات العامة
42	الفرع الأول: حالة الحصار:
43	الفرع الثاني: حالة الطوارئ:
45	الفرع الثالث: الحالة الاستثنائية:
46	المطلب الثالث: وضع الحريات العامة أثناء التطبيق العملي للظروف الاستثنائية في الجزائر
46	الفرع الأول: التطبيق العملي لحالي الطوارئ والحصار وأثره على الحريات العامة
52	1-الوزير الأول(رئيس الحكومة سابقا) :
53	2-وزير الداخلية :
53	3-الوالي:
54	4-السلطة العسكرية :

- 56..... الفرع الثاني: حقيقة أثر التشريعات الاستثنائية على الحريات العامة
- 62..... الفصل الثاني: نطاق تدخل السلطة التنفيذية في مجال الحريات العامة
- 63..... المبحث الأول: الضبط الإداري و علاقته بالحريات العامة
- 63..... المطلب الأول: مفهوم الضبط الإداري
- 63..... الفرع الأول: تعريف الضبط الإداري و لوائحه الضبطية
- 63..... أولا: التعريف اللغوي و الاصطلاحي للضبط الإداري:
- 63..... 1-التعريف اللغوي:
- 64..... 2-التعريف الاصطلاحي للضبط الإداري:
- 66..... ثانيا: لوائح الضبط الإداري:
- 67..... الشروط الواجب توفرها في لوائح الضبط:
- 69..... الفرع الثاني : سلطات الضبط الإداري:
- 69..... أولا: سلطات الضبط الإداري المركزية:
- 69..... 1-رئيس الجمهورية:
- 70..... 2- الوزير الأول :
- 71..... 3-الوزراء:
- 71..... 3-1وزير الدفاع:
- 71..... 3-2وزير الداخلية:
- 73..... 3-3وزير الصحة :
- 74..... ثانيا: سلطات أو هيئات الضبط الإداري المحلية:
- 74..... 1-الوالي:
- 77..... 2- رئيس المجلس الشعبي البلدي:
- 79..... المطلب الثاني:فكرة الحرية كحد وقيد لسلطة الضبط الإداري:
- 79..... الفرع الأول: نظرية الحريات الأساسية و سلطة الضبط الإداري في مجالها:
- 79..... أولا:نظرية الحريات الأساسية:
- 81..... ثانيا: سلطة الإدارة في مجال الحريات العامة:
- 82..... 1- سلطة الإدارة في الظروف العادية:
- 83..... 2- سلطة الإدارة في الظروف غير العادية:

84	الفرع الثاني: حدود سلطة الضبط من خلال فكرة التناسب في مجال الحريات العامة:
85	المبحث الثاني: تنظيم السلطة التنفيذية للحريات العامة:
85	المطلب الأول: التعريف بالترخيص الإداري واستعمالاته المختلف:
85	الفرع الأول: التعريف بالترخيص الإداري:
89	الفرع الثاني: الاستعمالات القانونية والإدارية المختلفة للترخيص الإداري:
89	أولاً: الترخيص أو الرخصة، وتقابلهما في اللغة الفرنسية ثلاث كلمات أو مفردات:
90	ثانياً: مصطلح أو كلمة اعتماد ويقابلها في اللغة الفرنسية agrément
91	ثالثاً: الإجازة La Licence
91	رابعاً: البطاقة المهنية:
91	خامساً: التأشيرة Le visa
92	المطلب الثاني: خصائص الترخيص الإداري وطبيعته القانونية:
92	الفرع الأول: الخصائص والصفات القانونية المميزة للترخيص الإداري:
92	أولاً: الترخيص الإداري عمل إداري قانوني صادر من جانب واحد:
93	1- الترخيص الإداري عمل إداري:
93	2- الترخيص الإداري عمل إداري قانوني:
94	3- الترخيص الإداري عمل إداري قانوني صادر من جانب واحد:
94	ثانياً: الترخيص الإداري (الرخصة الإدارية) مستند قانوني:
96	ثالثاً: الديمومة والتأقيت:
98	رابعاً: الصفة أو الطبيعة التنفيذية للرخصة الإدارية:
100	الفرع الثاني الطبيعة القانونية للترخيص الإداري بالعلاقة مع مفهوم العمل الشرطي:
100	أولاً: مفهوم العمل الشرطي بالعلاقة مع الأعمال القانونية الأخرى:
105	ثانياً: طرفا العلاقة في العمل الشرطي: السلطة الإدارية المرخصة وطالب الرخصة:
108	خاتمة:
111	الملاحق:
123	قائمة المراجع:
132	الفهرس: