

جامعة أمحمد بوقرة - بومرداس -

كلية الحقوق بودواو

تشريع الضرورة في دساتير دول المغرب العربي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون عام معمق

بإشراف الأستاذة:

تريعة نوار

من إعداد الطالب:

زراق حسين

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة: يونس حفيظة - أستاذة محاضرة قسم ب- جامعة أمحمد بوقرة بومرداس - رئيسا

الأستاذة: نوار تريعة - أستاذة محاضرة قسم ب - جامعة أمحمد بوقرة بومرداس - مشرفا ومقررا

الأستاذة: عيسى زاهية - أستاذة محاضرة قسم ب - جامعة أمحمد بوقرة بومرداس - ممتحنا

السنة الجامعية 2016/2015

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

◀ من قال فيهما الرحمن عزوجل: " وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا "

والذي الكريمين أطال الله في عمرهما

◀ أخي وأختي حفظهما الله

◀ كل العائلة الكبيرة والأقارب

◀ كل الأصدقاء والزملاء

شكر وتقدير

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله..

أتقدم بشكري الخالص إلى أستاذتي الفاضلة " نورة تريعة " التي أشرفت

على إنجاز هذا العمل، ولم تبخل علي بملاحظاتها القيمة.

كما أخص بالشكر الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لما بذلوه من جهد

في قراءة هذا العمل وتصحيحه.

أشكر كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

قائمة المختصرات

أ/- باللغة العربية:

ج.ر: جريدة رسمية.

د.ن.ع: دار النهضة العربية

ص: صفحة.

ط: طبعة.

م.ج.ع.ق.إ.س: مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية.

ب/- باللغة الفرنسية:

CNRC : Centre national de la recherche scientifique (France).

Ibid. : Au même endroit.

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Op.cit : Opere citato, cité précédemment.

P : page.

R.D.P : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger.

مقدمة

تتحدد وظائف الدولة وتوزيعها في الأنظمة الديمقراطية، على أكثر من سلطة متخصصة، وقد استقر الفقه الدستوري والدساتير العالمية على أنها ثلاث سلطات؛ السلطة التنفيذية، والسلطة التشريعية، والسلطة القضائية، يحكم العلاقة بينها مبدأ الفصل بين السلطات الذي يهدف إلى عدم تركيز السلطة في هيئة واحدة، وضمان إحترام التوزيع الوظيفي وتحقيق التوازن بينها مما يتطلب التزام كل سلطة بالضوابط الدستورية في ممارسة وظيفتها.

وإذا كان النظام القانوني العادي قد وضع ليحكم حياة الدول والأفراد في الأوضاع الطبيعية فإن هذا النظام قد يعجز في فترات الأزمات عن تقديم الحماية اللازمة لاستمرار الأمة وإستقرارها، وفي سبيل مواجهة هذه الظروف الغير عادية والإستثنائية لجأت الدول لمنح صلاحيات تشريعية إستثنائية للسلطة التنفيذية عامة و لرئيس الدولة خاصة، عرفت بتشريع الضرورة، ويفسر الكثيرون منح هذه السلطات لرئيس الدولة في الغالب¹ إلى تمتعه بمكانة مرموقة تفوق التوزيع الوظيفي بين السلطات، فهو قبل أن يكون على رأس السلطة التنفيذية يعتبر رئيس يحكم الدولة بأكملها من جهة، ومن جهة ثانية نظرا للثقة التي يحظى بها فهو من اختيار الشعب مثله مثل البرلمان؛ ولعل غياب المسؤولية السياسية عنه تمنحه العمل في راحة.

وتأسيسا على ذلك فتشريع الضرورة آلية قانونية لمواجهة الظروف الاستثنائية يقوم على فكرة الضرورة، لكن يجدر الإشارة إلى أنه محل تطبيق في الدول القانونية دون الدولة البوليسية ذلك أنه رغم خطورته فهو لا يخرج عن نطاق مبدأ المشروعية ولا ينتهكه بل هو توسيع من نطاقه ومداه في إطار جديد ومؤقت يعرف بالمشروعية الاستثنائية.

وقد تعددت آراء فقهاء القانون في تحديد مفهوم فكرة الضرورة، حيث يراها الفقه الألماني أنها هي الحالة التي تعطي الدولة الحق في إتخاذ الإجراءات اللازمة عامة للمحافظة على سلامة الدولة ولو أدى ذلك إلى مخالفة القوانين القائمة إذ أن الإجراءات التي تتخذها في هذه الحالة تعد مشروعة، في حين أن فكرة الضرورة عند الفقه الفرنسي، هي الحالة التي تمكن الحكومة أن تتخذ من الإجراءات والتدابير المخالفة للقوانين القائمة بشرط أن تكون هناك إستحالة مادية في جمع البرلمان أو على الأقل ألا يكون البرلمان

¹ قلنا ذلك قاصدين أنه يمكن بعض الأحيان أن تفوض السلطات لأحد أعضاء الحكومة، كما يتطلب في العديد من المواضيع وبعد إعلان قيام الوضع الإستثنائي أن يقوم بتسييره جهات مختلفة محددة بموجب القانون.

في حالة إجتماع وأن تكون هنالك حاجة ضرورية لا يمكن معها الإنتظار حتى عودة البرلمان للإجتماع وذلك في الحالات التي تهدد وجود الدولة واستمراريتها.

وما يستخلص من المفهومين المطروحين في السابق، أن الضرورة عند الفقهاء الألمان تعتبر حق موضوعي للإدارة وليست مقيدة بشروط أو التزامات معينة، في حين الفقه الفرنسي يضع لها شروط والتزامات يجب التقيد بها.

هذا ما جعل أغلب المؤسسين الدستوريين، يتبنون هذه الفكرة أو النظرية، ويدرجونها ضمن نصوص الدستور، وهو الحال بالنسبة لدساتير المغرب العربي محل الدراسة (تونس - الجزائر - المغرب - موريتانيا)، بتحديد حالات تشريع الضرورة وضوابطها كضمانة أساسية لعدم التعسف في اللجوء لهذه الآلية، والتي تشكل خطر كبير في حد ذاتها، نظرا لمساسها بالأحكام الدستورية والحقوق والحريات الأساسية في حالة تطبيقها، هذا ما يجعلنا نقول أن تشريع الضرورة رغم أنه حل لحماية أمن الدولة وسلامتها، إلا أنه يشكل إخلال واضح بمقومات دولة الحق والقانون، مما يستوجب إحاطتها بقيود أكبر وضمانات أكثر فعالية من خلال رقابة حقيقية.

ومما سبق تظهر أهمية هذا الموضوع، كونه موضوع شيق جدا يعالج آلية تعد كحل عملي لحماية وجود الدولة واستمراريتها، وفي نفس الوقت يعالج مسألة خطيرة قد تعصف بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعتبر أحد أهم المبادئ الدستورية العامة ذلك يظهر من خلال آثاره، إضافة لارتباطه بالضبط الإداري حيث يكون هذا الأخير الإجراء الأكثر تطبيقا عند قيام حالة الضرورة.

وتهدف هذه الدراسة من الناحية العلمية إلى معرفة حالات وضوابط تشريع الضرورة في دساتير دول المغرب العربي (تونس - الجزائر - المغرب - موريتانيا) والوقوف على الآثار التي تتجم عنه باعتبار تشريع إستثنائي لا يخضع لقواعد المشروعية العادية، وإبراز الآليات الرقابية التي وضعت عليه من أجل ضمان أداء الدور المحدد له، والذي يتمثل في الخروج من الأزمة التي تمر بها الدولة والعودة إلى الحياة الإعتيادية ومنع إساءة استخدامه؛ أما من الناحية العملية محاولة الوصول إلى إطار متكامل وشامل لتشريع الضرورة يوازن بين مصلحتين أساسيتين؛ حالة الضرورة والظروف الخطيرة التي تواجه الدولة والتي تتطلب التعامل معها ومواجهتها حفاظا على سلامة الدولة وأمنها من جهة، ومن جهة أخرى ما يترتب على هذا الأسلوب من تأثير مباشر على الدستور والحقوق والحريات العامة التي يجب أن تكون مكفولة للأفراد تحت كل الظروف.

ونظرا لتمييز الإجراءات المتخذة في حالة الضرورة بطابع خاص لا تخضع لقواعد المشروعية العادية بل تخضع لقواعد إستثنائية دائما في إطار القانون، لذلك فهذه التشريعات تضىف عليه الشرعية القانونية، ومن جهة أخرى يجوز لها المساس بالحقوق والحريات العامة، هذا بالإضافة لتغييرها في قواعد توزيع الإختصاص بين السلطة التشريعية والتنفيذية، إلا أن مصلحة الدولة في وجودها واستمرارها سمح بقبول هذا المنطق لكن مع ضرورة تقييده ومراقبته لذا وجب معرفة كيف يمكن الموازنة بين تشريع الضرورة كآلية لمواجهة الظروف الإستثنائية ومقتضيات دولة القانون التي تقوم على احترام مبدأى المشروعية وسمو الدستور وحماية حقوق وحريات الأفراد؟

وينبثق عن هذا عدة تساؤلات فرعية وهي،

- * ماذا نقصد بتشريع الضرورة؟ وما هو أساسها؟
- * ماهو الإطار القانوني لتشريع الضرورة؟
- * ماهي الآثار الناجمة عن تشريع الضرورة؟
- * هل يمكن وضع حدود لعدم انتهاك حقوق وحريات الافراد في ظل تطبيق تشريع الضرورة؟
- * ماهي الضمانات الحقيقية لعدم تجاوز السلطة التنفيذية الصلاحيات الاستثنائية الممنوحة لها؟
- * ماهو نطاق امتداد الرقابة على تشريع الضرورة؟

وفي سبيل الوصول لتحقيق المبتغى في معالجة هذا الموضوع، نعتد أساسا على المنهج المقارن بين دساتير الدول والذي يعد جزء من الدراسة، وهو يسمح بإثراء الموضوع خاصة من حيث إختلاف النظام السياسي والدستوري القائم في كل دولة يؤدي بالضرورة لايجاد فروقات تساهم في الوصول إلى الإطار الأصلى لهذا التشريع.

وإلى جانب ذلك نستعين بالمنهج التحليلي بعرض الأحكام الدستورية والقانونية المتعلقة بتشريع الضرورة وإستقرارها والتعليق عليها للوصول لمدى توفيق المؤسس الدستوري في صياغته له، والإمام بكل الجوانب المتعلقة به.

وإن لم توجد دراسة سابقة في هذا الموضوع بنفس المعايير إلا أنه كانت بعض الدراسات التي تناولت جزء كبير من المواضيع واعتمدنا عليها أيضا، ونذكر منها:

1* تونصير ابراهيم، تشريعات الضرورة - دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2014/2013. نعتبر هذه الرسالة مهمة لنا بما أنها تتناول نفس الموضوع وان اختلف النطاق ودول الدراسة المقارنة، إضافة أن الباحث قسم دراسته للتحديد المفاهيمي والموضوعي لنظرية الضرورة كفصل أول تناول فيه ماهية تشريعات الضرورة، موقف الفقه والقضاء من نظرية الضرورة، موقف المشرع من حالة الضرورة، وفي الفصل الثاني الحلول التشريعية لحالة الضرورة في الدستور الجزائري والمصري، تناول فيه تشريعات الطوارئ والحصار، ثم الحالة الاستثنائية، و الرقابة على تشريعات الضرورة، طريقة تناولنا للموضوع كما سنوضحه في الخطة يختلف عن طريقة الباحث من حيث الزاوية المنظور بها لتشريعات الضرورة والمنهج المتبع إضافة إلى أن المقارنة في بحثنا كانت مع دساتير دول المغرب العربي (تونس - الجزائر - المغرب - موريتانيا)؛ إلا أنه نثمن هذه الدراسة التي استفدنا منها كثيرا.

2- عادل أحمد حسين بوعركي، النظام الدستوري لتشريعات الضرورة - دراسة مقارنة بين الأردن والكويت - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، الأردن. قسم فيها الباحث دراسته إلى قسمين: التحديد المفاهيمي والموضوعي لتشريعات الضرورة، الرقابة على تشريعات الضرورة؛ ومنه ما يمكن قوله على هذه الدراسة التي كانت بين التشريع الاردني والكويتي، إضافة لذلك فهي تنصب على التشريعات التي تصدر في غياب البرلمان فقط.

3- نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2011. ركز من خلالها الباحث على الحالات الاستثنائية وآثارها ووسائل الرقابة عليها.

واجهتنا بعض الصعوبات في تحضيرنا لهذا البحث، انحصرت في غياب المراجع الأساسية التي يعتمد عليها حيث تطلب الأمر مجهود كبير للحصول على الكتب القديمة، كما أن قلة الحيلة في الوصول إلى المراجع الموريتانية سواء الفقهية أو النصوص القانونية شكل لنا عائق في الخروج ببحث شامل لكل النقاط التي تم التطرق إليها؛ ضف إلى ذلك نستسمح إدارة كليتنا المحترمة في التعبير عن موقفنا حول الوقت غير الكاف الممنوح لنا لتحضير مذكرة التخرج، وحتى التحديد الكمي للصفحات في رأينا المتواضع لا يخدم البحث العلمي.

وبغية تحقيق النتائج المرجوة من هذه الدراسة، فضلنا معالجة الموضوع من منطلق الحاجة الملحة للجوء لتشريع الضرورة لمواجهة الظروف الإستثنائية لحماية لوجود الدولة واستمراريتها في الفصل الأول تحت عنوان تشريع الضرورة كآلية لمواجهة الظروف الإستثنائية، ندرس فيه فكرة الضرورة كأساس لتشريع الضرورة كمبحث أول، والنصوص القانونية كضابط لتشريع الضرورة كمبحث ثان؛ ثم ننتقل لإبراز خطورة الآثار المترتبة على تشريع الضرورة في المبحث الأول، ومحدودية الرقابة على تشريع الضرورة في المبحث الثاني كفكرتين أساسيتين للفصل الثاني المعنون بتشريع الضرورة كآلية للإخلال بمقومات دولة القانون.

الفصل الأول

تشريع الضرورة كآلية

لمواجهة الظروف الإستثنائية

إذا سلمنا أن مدى تطبيق قواعد المشروعية التي تحكم تصرفات الدولة في الظروف العادية هي التي تعزز مقومات دولة القانون، إلا أن الأمر يختلف في الظروف غير العادية وحالة الضرورة التي تضع الدولة في موقف عسير، من جهة إحترام قواعد المشروعية، ومن جهة أخرى مواجهة الظروف الإستثنائية التي قد تعطل سير مؤسساتها وتهدد وجودها.

وبناء على ذلك كان من الضروري البحث عن آلية قانونية لمواجهة هذه الظروف غير العادية والخروج منها، وعرف الفقه والقضاء عدة مواقف في هذا الشأن لإبراز مدى صلاحية تصرف السلطة التنفيذية أو الحكومة لضمان حماية الدولة بواسطة أوامر أو قرارات بقوة القانون، بعد التجاذب بين الرفض والتأييد تم الوصول لمنح السلطة التنفيذية رخصة تشريعية إستثنائية متى توافرت حالة الضرورة (المبحث الأول) تحت عنوان فكرة الضرورة كأساس لتشريعات الضرورة.

هذا الرأي أخذ به أيضا المؤسس الدستوري في دساتير الدول المغاربية محل الدراسة، لكن بضوابط قانونية وجب على السلطة التنفيذية التقيّد بها، لضمان عدم تحولها لسلطة مطلقة للموازنة بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات، وإلزامية مواجهة الظروف غير العادية لحماية وجود الدولة وإستمراريتها (المبحث الثاني) والمعنون بالنصوص القانونية كضابط لتشريع الضرورة.

المبحث الأول: فكرة الضرورة كأساس لتشريعات الضرورة:

تقوم فكرة الضرورة على أساس وجود ظروف غير عادية تستدعي منح سلطات وصلاحيات تشريعية استثنائية للسلطة التنفيذية عامة ولرئيس الدولة خاصة، فيكون ذلك بهدف مواجهة تلك الظروف و حماية كيان الدولة وسلامتها وأمن مؤسساتها وشعبها. ومنه سندرس مفهوم فكرة الضرورة كمطلب أول، وفكرة أو نظرية الضرورة في ميزان الفقه والقضاء كمطلب ثان.

المطلب الأول: مفهوم فكرة الضرورة.

ومن هذا المنطلق، يستوجب شرح مفهوم فكرة الضرورة وشروط تطبيقها كفرع أول، والتميز بينها وبين الأفكار والنظريات المشابهة لها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف نظرية الضرورة وعناصرها وشروطها.

قبل التطرق لموضوعنا، حاولنا البحث في المعنى اللغوي والإصطلاحي لفكرة الضرورة (أولاً) ثم نبرز عناصر فكرة الضرورة وشروط تطبيق هذه الفكرة (ثانياً).

أولاً: المعنى اللغوي والإصطلاحي:

في اللغة، الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، تقول حملتني الضرورة على كذا وكذا، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا. والاضطرار يعني الاحتياج إلى الشيء؛ يقال اضطره إليه: أحوجه وألجأه فاضطر.

فالضرورة كلمة تدل على المبالغة في الضرر ومعناه بلوغ من قامت به أقصى غايات الضرر بأن صار في حالة تهدده بخطر محقق يصبح معها مجبراً على فعل شيء معين يدفع عنه ذلك الخطر¹.

يقول الله عز وجل (فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ)² أي فمن ألجئ إلى أكل الميتة وما حرم الله وضيق عليه الأمر بالجوع واصله من الضرر وهو الضيق. فالضرورة تطلق في اللغة على ما أكره عليه وعلى ما تدعو الحاجة إليه، والضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما يدفع له³.

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، باب الضاد، ص ص 2573-2574.

² الآية 173 من سورة البقرة.

³ يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، د. ن. ع، مصر، 1993.

أما من الناحية الاصطلاحية، يوجد نوع من الاتفاق بين الفقهاء على معنى الضرورة كأصل عام، يقصد بها تلك الحالة من الخطر الذي يهدد الدولة ويتعذر مواجهته بالوسائل القانونية العادية، فيمتد نطاق المشروعية نحو مشروعية استثنائية في إطار منظم لمواجهة ذلك الخطر¹.

ثانياً: عناصر فكرة الضرورة وشروط تطبيقها:

ندرس في هذه النقطة عناصر فكرة الضرورة، وشروط تطبيق فكرة الضرورة.

1/- عناصر فكرة الضرورة: تقوم فكرة الضرورة على عنصرين أساسيين:

أ- العنصر الموضوعي:

الخطر أو التهديد الذي يستدعي اللجوء لوسائل إستثنائية غير عادية لمواجهته، وتقدر جسامة هذا الخطر حسب المصلحة التي يهددها، وتذهب أغلب التشريعات والآراء الفقهية والقضائية إلى الإعراف لرئيس الدولة بالسلطة المطلقة في تقدير هذه الجسامة وهذا يتطلب أن يكون الخطر وشيك الوقوع؛ و يعد هذا العنصر جوهر فكرة الضرورة، وقد حاول بعض الفقه اقتراح حالات للضرورة مثل: الظروف الماسة بأمن الدولة واستقلالها، والأزمة الداخلية التي تهدد وحدة الدولة، أو تلك الظروف الطبيعية التي تولد أوضاع استثنائية تتطلب تدخل عاجل مثل الزلازل والفيضانات؛ كما يرى آخرون أن كل وضع غير مألوف يمس بالمصلحة العامة ولا يمكن مواجهته بالوسائل العادية يشكل قيام حالة الضرورة².

ب- العنصر الشخصي: هو ذلك التصرف الذي تتخذه الدولة ممثلة في أحد أجهزتها لدرء الخطر ودفعه، وفي هذا الصدد تقوم الجهة المعنية بالموازنة بين المصلحة المهددة بالخطر وبين مخالفة القواعد الدستورية العادية³.

2/- شروط تطبيق فكرة الضرورة

وفقاً لما تقدم، نستنتج أن لتطبيق فكرة الضرورة شروط يستوجب مراعاتها:

أ - وجود خطر جسيم وحال يهدد كيان الدولة أو سلامتها بحيث لا تتفع القواعد القانونية القائمة لمواجهته.

¹ The Hong NGUYEN, La Notion d'exception en droit constitutionnel français, Thèse de doctorat en droit public, Faculte de droit, Université paris 1 Pantheon-Sorbonne, 2013, p.30.

² ابراهيم تونصير، تشريعات الضرورة - دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013 - 2014، ص 15.

³ ابراهيم تونصير، المرجع نفسه، ص 16.

ب - تعذر مواجهة الخطر بالوسائل العادية، مفاده أن اللجوء لهذا التطبيق لا يكون إلا كحل بديل لا مفر منه، بحيث لا تستطيع مصالح الدولة أو مؤسساتها درء الخطر ومواجهته¹؛ لذا كان من الضروري إستيفاء جميع الوسائل القانونية والدستورية الممكنة.

ج - أن يكون الهدف من اللجوء لهذا الوضع الاستثنائي هو حماية المصلحة العامة لضمان استمرارية الدولة ومؤسساتها ومرافقها العامة، لهذا يستوجب أن تكون الإجراءات الإستثنائية المتخذة بالقدر الكاف للخروج من الأزمة والرجوع إلى الوضع القانوني العادي².

الفرع الثاني: علاقة نظرية الضرورة بالأفكار المرتبطة بها والنظريات المشابهة لها.

نظرا للتشابه الكبير بين فكرة أو نظرية الضرورة مع بعض الأفكار والنظريات المشابهة، يستوجب علينا دراسة هذا من زاوية محاولة دراسة مدى التطابق بين نظرية الضرورة وفكرة الاستعجال والظروف الاستثنائية (الفقرة الأولى) هذا من جهة، ومن جهة أخرى ورغم التشابه والتداخل بين نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة، و نظرية السلطة التقديرية، إلا أنه لا يختلف إثنان على إستقلال كل نظرية لوحدها مما يجرنا لدراستها من زاوية توضيح حدود الإختلاف الموجود بينهم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: علاقة نظرية الضرورة بالأفكار المرتبطة بها:

إستعمال القضاء والفقهاء في الكثير من الأحيان مصطلح الإستعجال للتعبير عن مبرر اللجوء لتصرف الإدارة في وضع معين، وحتى التشريعات القانونية توظف مصطلح الظروف العاجلة كمبرر في ظروف معينة يجرنا للتساؤل حول تطابق مفهوم فكرة الإستعجال مع نظرية الضرورة من عدمه (أولاً)، ولعل التشابه الكبير الموجود في أحكام نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة، جعل فرضية تداخل وتطابق النظريتين أمر وارد جدا (ثانياً).

أولاً: فكرة الإستعجال ونظرية الضرورة:

قبل ظهور نظرية الضرورة بالشكل الذي هي عليه الآن، كانت الإدارة تبرر مخالفتها للقواعد القانونية على أساس فكرة الاستعجال التي لعبت دوراً أساسياً حينها؛ وكثيراً ما اعتمد القاضي الإداري في فرنسا عليها، للتصريح بمشروعية أعمال الإدارة، وأشار الأستاذ مراد بدران لأحد قرارات القضاء الإداري الفرنسي الذي جاء فيه أن الإستعجال هو

¹ محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص24.

² ابراهيم تونصير، المرجع السابق، ص 13.

الذي لم يمكن الإدارة من احترام الإجراءات التي فرضتها النصوص، لذا كان قرار الهدم الفوري للسد مشروعاً¹.

كما أنه في إحدى القضايا المعروضة أمام محكمة التنازع الفرنسية سنة 1902، عبر مفوض الحكومة روميو "Romeiu" عن فكرة الإستعجال قائلاً: " عندما يشتعل البيت، لا نذهب إلى القاضي لنطلب منه ترخيصاً قصد إرسال رجال المطافئ"²، وفي هذا المعنى يقصد بالاستعجال أن نكون أمام وضع لا يحتمل التأخير ويستوجب التدخل أو التصرف في أسرع وقت ممكن للحفاظ على مصلحة مهددة.

وفي هذا السياق تضاربت آراء الفقهاء حول علاقة الإستعجال بنظرية الضرورة، فظهر اتجاه يمايز بينهما، واتجاه آخر يطابق بينهما.

1 - يرى جانب من الفقه، أن شروط الإستعجال ليست ك شروط نظرية الضرورة، حيث يكتفى في الاستعجال بإستحالة التصرف بطريقة أخرى من طرف الإدارة وحماية للمصلحة العامة كمبرر لمخالفة القانون؛ بينما في نظرية الضرورة يشترط أن يكون الوضع غير عادي وغير مألوف، ولا يمكن للإدارة مواجهته بالوسائل العادية، وأن تتعرض المصلحة العامة لتهديد خطير.

لذا يلاحظ أن الاستعجال والضرورة يشتركان في تعرض المصلحة العامة للخطر وتصرف الإدارة بغير الشكل العادي، إلا أنه يختلفان في الوضعية التي تكون فيها الإدارة؛ ففي الضرورة يشترط الوضع الاستثنائي غير العادي، في حين لا يشترط ذلك في الاستعجال، والنتائج المترتبة عن الاستعجال أقل امتداد مما ينتج عن الظروف الاستثنائية فلا يكفي كمبرر لوحده يسمح للسلطة الإدارية بالخروج عن قواعد المشروعية الإدارية.

2- هناك من اعتبر أن الاستعجال أضيق مجالاً من نظرية الضرورة، باعتبار أن الأول جزء أساسي من الثاني، لذا متى كانت ضرورة فمن حيث الأصل سبقها استعجال، أما الأستاذ مراد بدران يقول أن الاستعجال الأقصى يرتبط بالظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة³، ونؤيد هذا الرأي حيث متى تم تحديد درجة الاستعجال أو الظروف العاجلة وكانت هذه الدرجة مما يستدعي تدخل سريع لتفادي تفاقم الأخطار فنكون أمام ضرورة.

¹ مراد بدران، المرجع السابق، مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 61.

² « Quand la maison brule, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers ».

نقلها الأستاذ مراد بدران، المرجع السابق، ص 60.

³ مراد بدران، المرجع نفسه، ص 70.

ويلاحظ إستعمالنا كثيرا لمصطلح الظروف الإستثنائية مع الضرورة فهل يتطابقان؟

ثانيا: نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة:

هناك من الفقهاء من يدمج حالة الضرورة مع الظروف الاستثنائية، وهناك من يفصل بينهما.

أ/- **الاتجاه الذي يميز بينهما:** أصحاب هذا الاتجاه، يرون أن الظروف الاستثنائية والضرورة هما حالتان متميزتان؛ ويركزون في المجمل على نقاط الاختلاف التالية:

* **العنصر الزمني،** يعتبرونها حالة الضرورة إذا ما كانت حالات المؤقتة، محدودة الزمن وقصيرة المدة، أما إذا طالت وصارت دائمة تصبح تسمى بالظروف الاستثنائية.

ويعاب عليهم أن هذا القول ليس له أساس حقيقي، فالطابع المؤقت لقيام حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية هو شرط أساسي يتحدد حسب درجة قوة الخطر ومداه، إضافة إلى أنهم لم يوضحوا الحد الفاصل في المدة القصيرة و الطويلة لكي يعرف النطاق الزمني لكل من النظريتين.

* **من حيث النطاق:** فيما يخص النطاق انقسم الفقه أيضا إلى قسمين:

1- يرون أن نظرية الظروف الاستثنائية أوسع و أشمل من نظرية الضرورة، فإذا كان نطاق هذه الأخيرة يقتصر على توسيع سلطات الضبط الإداري، فإن نطاق نظرية الظروف الاستثنائية تؤدي إلى التوسيع من مبدأ المشروعية بالشكل الذي يسمح للإدارة مواجهة الأزمات؛ كما يضيف الأستاذ سليمان الطماوي قائلا " يبدو لأول مرة أن نظرية الظروف الإستثنائية إن هي إلا تطبيق عادي لفكرة الضرورة، ولكن الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي لا يرجع نظرية الظروف الاستثنائية إلى هذا الأساس، وإنما إلى أساس أيسر في شروطه ومداه؛ وهو واجبات السلطة الإدارية .. ومن هنا فإن نظرية الظروف الإستثنائية ليست مقصورة على سلطات الضبط، ولكن مداها أهم من ذلك إذ يشمل ضمان استمرار المرافق العامة.."¹.

ويعاب على هذا الاتجاه، أن الكثير من الفقه يعتبر نظرية الضرورة أيضا إمتداد وتوسيع لمبدأ المشروعية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه بالفعل الضبط الإداري هو المجال الأكثر إستعمالا للسلطات الواسعة الممنوحة للإدارة إلا أنه لا يعني إقتصار نظرية

¹ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، ط 6، 1991، ص 121.

الضرورة على ذلك، بل أن مجالها أوسع ويشمل جميع الحالات الاستثنائية التي لا يمكن مواجهتها بالوسائل القانونية العادية، وتهدف مثلها مثل الظروف الاستثنائية للمحافظة على النظام العام وضمان استمرارية المرافق العامة.

2- على نقيض القسم الأول يرى آخرون أن نظرية الضرورة هي الفكرة الأساسية والأصلية التي تخرج بمقتضاها الإدارة من المشروعية العادية إلى المشروعية الاستثنائية، لذا فهي أشمل من نظرية الظروف الاستثنائية¹.

ب/- **الإتجاه الذي لا يميز بينهما:** يرى أصحاب هذا الإتجاه، أن نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية يعبران عن معنى واحد، لذا فلا يوجد إختلاف بينهما؛ ويقول الأستاذ غبريال وجدي ثابت: "الضرورة أو الظروف الاستثنائية تشكل في ذاتها مصدرا للسلطات الاستثنائية اللازمة لمواجهة الأزمات"². كما يلاحظ أن الفقه الفرنسي يستخدم كثيرا مصطلح الظروف الإستثنائية مقارنة بمصطلح نظرية الضرورة، ويفسر ذلك على أنه تعدد في المصطلحات فقط لكن المضمون واحد³.

والمتمعن في شروط اللجوء لنظرية الضرورة يجدها تتمثل أساسا في الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها الدولة⁴.

الفقرة الثانية: علاقة نظرية الضرورة والنظريات القانونية المشابهة لها.

ينبغي تمييز نظرية الضرورة عما يشابهها من نظريات أخرى ولا سيما نظريتا السيادة والسلطة التقديرية للإدارة وذلك لإشتراكهما معها في بعض الخصائص؛ وعليه سندرس في هذه الفقرة التمييز بين نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة وبينها وبين نظرية السلطة التقديرية للإدارة.

أولا: التمييز بين نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة:

يقصد بأعمال السيادة تلك الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتي لا تخضع للرقابة القضائية لارتباطها بسيادة الدولة في الداخل والخارج، وهي بذلك تشكل خروجاً حقيقياً على مبدأ المشروعية حيث تصدر في ظل الظروف العادية أو الإستثنائية.

¹ مراد بدران، المرجع السابق، ص 49.

² وجدي ثابت غبريال، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص 24.

³ The Hong NGUYEN, op.cit, p.21.

⁴ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمان الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 23.

ونشأت نظرية أعمال السيادة في فرنسا على يد مجلس الدولة الفرنسي، وتعتبر وليدة الحاجة ومقتضيات العمل حيث يكون لبعض الأعمال التي تقوم بها الدولة أهمية خاصة فإنه من مصلحة الوطن أن لا تعرض مثل هذه القضايا على القضاة كما أنه قد لا يكون من مصلحة الحكومة عرضها على الجمهور¹؛ ورغم تشابهها مع نظرية الضرورة إلا أنهما يختلفان ولكل واحدة منهما شروط ومحددات خاصة بها، لذا نلخص أهم الفروقات بين نظرية أعمال السيادة ونظرية الضرورة في النقاط الآتية:

* **من حيث علاقتهما بمبدأ المشروعية:** كل منهما قيد على مبدأ المشروعية؛ إلا أن نظرية الضرورة لا تخالف المشروعية إلا من الناحية الشكلية²، أمّا من الناحية الموضوعية تبقى خاضعة لمبدأ المشروعية وتعتبر إمتداد له وتوسيع من نطاقه في ظل ما يعرف بالمشروعية الإستثنائية³، بينما أعمال السيادة فإنها تخالف مبدأ المشروعية من الناحيتين الشكلية والموضوعية.

* **من حيث رقابة القضاء:** تتمتع أعمال السيادة بحصانة قانونية اتجاه الرقابة القضائية، بينما الأعمال الصادرة بناء على نظرية الضرورة ليس لها حصانة قانونية تعفيها من الخضوع للرقابة القضائية، فقد تفلت بعض القواعد لكن في الغالب يملك القاضي الحق للنظر في مشروعيتها.

* **من حيث نطاقها الزمني:** نظرية الضرورة محددة بوقت زمني معين، ومرتبطة بقيام حالة الضرورة تزول بزوالها، بينما نظرية أعمال السيادة فهي دائمة غير مرتبطة بظرف أو زمن معين⁴.

* **من حيث الضمانات:** إفلات أعمال السيادة من الرقابة القضائية دليل على غياب الضمانات اتجاهها، في حين تتوفر نظرية الضرورة على عدّة ضمانات قانونية وقضائية حماية لحقوق الأفراد⁵.

¹ حسين مسعودي، أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ظبي، الإمارات، 11 و 12 سبتمبر 2012، ص 2.

² زهراء سعد مهدي، نظرية الضرورة وتطبيقاتها في الدساتير العراقية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2008، ص 19.

³ ابراهيم تونصير، المرجع السابق، ص 23.

⁴ حميد شاوش، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري وتطبيقاتهما في التشريع الجزائري، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 53.

⁵ زهراء سعد مهدي، المرجع نفسه، ص 19.

ثانيا: نظرية الضرورة والسلطة التقديرية للإدارة:

يقصد بالسلطة التقديرية للإدارة تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مباشرة التصرفات القانونية على نحو معين ويظهر ذلك جليا في الحالات التي لا يتدخل فيها المشرع ليحدد التصرف أو الإجراء الواجب اتخاذه. ويعرفها الأستاذ الطماوي على أنها: "قدرا من الحرية في التصرف تستعمله الإدارة وفقا للظروف دون معقب عليها، وتترخص في ذلك بحيث يكون لها الكلمة الأخيرة دون منازع"¹.

وتأسيسا على ذلك يمكن القول أنه نكون بصدد سلطة تقديرية عندما تكون السلطة الإدارية التي تحترم القانون حرة في اتخاذ قرارها أثناء توافر عدة حلول²؛ بالنسبة للفقهاء الجزائري عرفتها الأستاذة فريدة أبركان بأنها: " هي أن تكون الإدارة حرة تماما في التصرف في هذا الاتجاه، أو في ذلك وبدون أن تكون خاضعة لأي شرط، فهي قادرة على تقدير الشروط التي تتخذ في ضوءها قرارها، ومثال على ذلك، سلطة رئيس الجمهورية في منح العفو والأوسمة، اختيار تسيير المرافق العامة..³".

ويلاحظ من خلال التعريفين، أن السلطة التقديرية تقوم على حرية الإدارة في التصرف في ظروف معينة، وهذا ما يقربها لنظرية الضرورة، إضافة لأنها تصدر من السلطة التنفيذية؛ ورغم ذلك إلا أنهما نظريتان منفصلتان ومنه نستعرض بعض الفروقات التي بينهما:

* **من حيث علاقتهما بمبدأ المشروعية:** من المعلوم أن نظرية الضرورة تخضع لمبدأ المشروعية، إلا أنها مشروعية استثنائية؛ بينما تظل السلطة التقديرية في صلب المشروعية العادية.

* **من حيث نطاقها الزمني:** تمتاز نظرية الضرورة بالطابع المؤقت، حيث ترتبط بالظرف الذي نشأت من أجله؛ بينما نظرية السلطة التقديرية هي دائمة ولا ترتبط بأي ظرف أو مدة زمنية⁴.

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 31.

² J.R Payer, pouvoirs discrétionnaires et compétences liées au président de la république, R.D.P Numéro 06, 1981, p.1614.

³ فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 1، الجزائر، ص37.

⁴ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 40.

* من حيث شروط اتخاذها: لا تتطلب السلطة التقديرية أية شروط خاصة فقط أن لا تكون في المجال المحدد والمقيد قانون للإدارة، أما نظرية الضرورة فيطلب اللجوء إليها توافر شروط خاصة تتعلق بالظروف الخطيرة التي لا يمكن مواجهتها بالقوانين العادية¹.

المطلب الثاني: فكرة أو نظرية الضرورة في ميزان الفقه والقضاء

أغلب النظريات القانونية في التشريعات المعاصرة مصدرها الفقه والقضاء، حيث يساهمان بآراء ومواقف تثري المواضيع محل النقاش، وتدفع المشرع في المستقبل لتبنيها ضمن نصوص دستورية وقانونية. ويظهر ذلك أيضا في نظرية الضرورة خاصة وأنه طرح النقاش فيها حتى قبل إدراجها صراحة في الدستور، لذا سندرس موقف القضاء منها في الفرع الأول، ثم موقف الفقه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: موقف القضاء من نظرية الضرورة بين التقرير والتصدي:

يقال أن المشروعية الإستثنائية التي يعتمد عليها في ظل حالة الضرورة لتبرير تصرفات وأعمال السلطة التنفيذية أنها من صنع القضاء الإداري؛ ما مدى صحة هذا القول؟

الفقرة الأولى: مساهمة القضاء في تقرير نظرية الضرورة:

لعب القضاء دورا بارزا في صنع نظرية الضرورة، بداية من التفسيرات الدقيقة التي كان يقدمها حول حالة الضرورة والتي تعتبر مصدر فعلي لتأسيس نظرية الضرورة، وهو ما جعل الكثيرون يقولون أنها نظرية قضائية، كما لا ننسى دوره أيضا في تقرير هذه السلطات الإستثنائية في حالة غياب النصوص الدستورية والتشريعية²؛ وعلى هذا الأساس، سنبرز دور مجلس الدولة الفرنسي في صنع نظرية الضرورة وإخراجها إلى الوجود كبند أول، ثم نظهر بعض الأمثلة حول تبني القضاء في دول أخرى لنظرية الضرورة في البند الثاني.

أولا: دور مجلس الدولة الفرنسي في صنع نظرية الضرورة:

لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في تقرير نظرية الضرورة، حيث حرص على أن تكون أحكامه على درجة من المرونة وعدم الجمود. ومن أشهر أحكامه في هذا الصدد،

¹ زهراء سعد مهدي، المرجع السابق، ص 20.

² إبراهيم أحمد عبده سعد الصمدي، حالة الضرورة ومشروعية الواقع الاستثنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2003، ص 28.

والذي يعتبره البعض نقطة البداية لوضع حجر الأساس لنظرية الضرورة¹ حكم "Heyriès"، بمناسبة نظره في الطعن المقدم ضد الحكومة التي فصلت السيد هيرياس عن منصبه دون أن تمكنه من الاطلاع على ملفه استنادا للمرسوم الصادر عن رئيس الجمهورية بتاريخ 10 سبتمبر 1914 والذي يقضي بإيقاف سريان المادة 65 من قانون 22 أبريل 1905 المتضمنة حق الموظف في الإطلاع على ملف خدمته قبل توقيع أي جزاء تأديبي عليه، خلال فترة الحرب؛ لذا دفع السيد هيرياس بعدم دستورية المرسوم، فارتأى مجلس الدولة في إقرار صحة المرسوم المذكور أعلاه، مستندا على أن ظروف الحرب وضرورات الدفاع الوطني توجب تمكين الإدارة من اتخاذ القرارات اللازمة على جناح السرعة دون التقيد بالنصوص القانونية والقواعد الإجرائية التي قد تعرقل سير المرفق العام في مثل ذلك الوقت، وفقا لما جاء في نص المادة الثالثة² من قانون 25 فيفري 1875 المتعلق بتنظيم السلطات العمومية الساري المفعول آنذاك³؛ لم يمر هذا مرور الكرام على الفقه، وان كان متقبلا للسلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية إلا أنه لم يستصغ التبرير الذي لم يكن في محله، مؤكدا أنه لا يحق له أن يمتنع عن تنفيذ القوانين مهما كانت الحجة بل أنه ملزم بتنفيذ كل القوانين المتعلقة بتسيير المرافق العامة⁴. وصدرت بعد ذلك عدة أحكام⁵ عن مجلس الدولة الفرنسي استند خلالها على نظرية الضرورة، ذهب فيها إلى أن حدود الضبط الإداري في حالة السلم لا تسري على أحوال الحرب التي تتطلب التوسع في السلطات الممنوحة للحكومة للمحافظة على الأمن العام⁶.

¹ صدرت أحكام من قبله، حكم 30 جويلية 1915 وحكم 23 مارس 1917، أشار إليها الأستاذ سامي جمال الدين في الهامش بدون تفصيل، المرجع السابق، ص 27.

² Le Président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; il en surveille et en assure l'exécution.

³ ينبغي الإشارة في هذا المقام، أن فرنسا في عهد الجمهورية الثالثة لم يكن لديها دستور موحد، بل كانت هناك ثلاث قوانين دستورية تنظم النظام السياسي للدولة؛ قانون 24 فيفري 1875، المتعلق بتنظيم مجلس الشيوخ الفرنسي تضمن 11 مادة، قانون 25 فيفري 1875 المتعلق بتنظيم السلطات العمومية تضمن 9 مواد، قانون 16 جويلية 1875 المتعلق بتنظيم العلاقات بين السلطات العامة، تضمن 14 مادة.

⁴ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 29.

⁵ منها، حكمه في قضية السيدة دولا ماريت في 27 مارس 1952، وقضية ماري وهارد وين في 17 فيفري 1995، لمزيد من المعلومات، راجع شاوش حميد، المرجع السابق، ص 96.

⁶ قضية السيدة دول "Dol" والسيدة لوران "Laurent" في 28 فيفري 1919، أشار إليها، سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص 29.

ومنه يمكن القول أن القضاء الفرنسي وضع حدودا لنظرية الضرورة أو كما يسميها في بعض الأحيان نظرية الظروف الإستثنائية، التي بمقتضاها تتضمن مخاطر جسيمة تهدد حقوق الأفراد وحررياتهم، بإرساء قيود وضوابط حتى لا تتعسف الإدارة والسلطة التنفيذية في استعمالها لتلك السلطات¹.

ثانيا: تبني القضاء في دول أخرى لنظرية الضرورة:

سنتطرق في هذا العنصر، كل من موقف القضاء السويسري والقضاء المصري مع الإشارة عرضا لموقف القضاء الجزائري من خلال أحد أحكامه.

بدوره القضاء السويسري يأخذ بنظرية الضرورة، مؤكداً بذلك حق السلطة التنفيذية في الإنفراد بالسلطة في أوضاع الخطر التي تهدد سلامة الدولة وأمنها حتى لو تتجاوز قواعد المشروعية، يتجلى هذا الموقف من خلال نظرها في مشروعية قرارات ولوائح المجلس التنفيذي الفيدرالي المبنية على التفويض في السلطات الذي منح له من الجمعية التشريعية الفيدرالية بتاريخ 03 أوت 1914 لمواجهة ما قد تقتضيه ضرورات الحرب؛ فأصدرت المحكمة العليا السويسرية حكما بتاريخ 14 ديسمبر 1915 في قضية Millioud² ترفض من خلاله النظر في دستورية قانون التفويض وفي مدى مطابقة القرارات المتخذة معه، على أنه من غير الممكن وضع حواجز أمام الحكومة إذا ما كانت سلامة البلاد تتطلب تجاوز نطاق قواعد المشروعية، ولقد أكدت الموقف في العديد من القضايا المشابهة في التي وقعت في الحرب العالمية الثانية³.

وحتى القضاء المصري تبني نظرية الضرورة في مجمل أحكامه سواء قبل إنشاء مجلس الدولة و إرساء قواعد القضاء الإداري أو بعدها؛ بذلك يكون سمح للسلطة التنفيذية باتخاذ الإجراءات العاجلة لتفادي أي خطر يهدد الأمن العام أو الصحة العامة، ولا تعد هذه الإجراءات مخالفة للقانون⁴.

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 122.

² جاء في إحدى حيثياته:

« Lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, le conseil Fédéral est chargé de prendre toutes les mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la constitution, dans cette œuvre indispensable. », j. Lamarque, La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958, R.D.P., 1961, p 573.

³ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، ط 4، 2005ص.237.

⁴ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 97.

وهو ما دعمته محكمة النقض حينما قالت في أحد قراراتها: " إذا كان لرجال الضبطية الإدارية في سبيل منع ارتكاب الجرائم أن يتخذوا ما تقضي به الضرورة من الإجراءات والوسائل، فإنه يجب عليهم أن يمتنعوا عن الوسائل المقيدة لحرية الأفراد إلا أن يكون ثمة مسوغ شرعي تقتضيه الظروف والأحوال..."¹.

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري بتاريخ 26 جوان 1951، قضى بعدم مسؤولية الإدارة عن أعمالها التي تقوم بها لمواجهة الظروف الاستثنائية متى تحقق من قيام حالة الضرورة؛ كما كرس هذا الحكم في مقتضياته شروط تطبيق نظرية الضرورة ممثلة في:

* أن يكون هناك خطر جسيم وحال يهدد الأمن والنظام العام.

* أن يكون عمل الضرورة الصادر من الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر.

* أن يكون هذا العمل لازما حتما فلا يزيد على ما تقضي به الضرورة.

* أن يقوم بهذا العمل موظف مختص ضمن أعمال وظيفته.²

من خلال هذه الشروط، نلاحظ مدى حرص القضاء المصري على الموازنة بين متطلبات الضرورة و حماية مبدأ المشروعية من جهة و ضمانات عدم التعسف من جهة أخرى. وبدورنا نثمن هذا الاتجاه المشرف لمحكمة القضاء الإداري الذي عالج موضوع الضرورة بشكل أفضل من بعض التشريعات المعاصرة.

ولا يفوتنا الإشارة في هذا المقام للقضاء الجزائري، وإن لم يكن له الفرصة لإبداء موقفه من نظرية الضرورة كأصل من حيث القبول أو الرفض لأنه يسير في نطاق دستوري يسمح بدوره للسلطة التنفيذية باتخاذ بعض الإجراءات التي تراها مناسبة لمواجهة الخطر المهدد للبلاد، إلا أنه وعلى سبيل الإستئناس نُدرج إحدى القضايا التي عُرضت على الغرفة الأولى لمجلس الدولة حول قضية والي ولاية ميله ضد الشركة الوطنية للمحاسبة، أصدر المجلس قرارا بتاريخ 19 أفريل 1999 يقضي بإبطال قرار الوالي المتضمن تسخير مقر الشركة ووضعه تحت تصرف غرفة التجارة، استنادا لغياب أي ظروف إستثنائية تستدعي لذلك³، ومنه بمفهوم المخالفة نستنتج إعترافا بنظرية الضرورة، فلو افترضنا وجود حالة إستثنائية لكان موقف القضاء برفض الطعن وليس بإبطال قرار الوالي.

¹ يحى الجمل، المرجع السابق، ص 247، أشار إلى الحكم ومضمونه دون تاريخه، واكتفى بذكر أنه منشور في مجلة المحاماة، السنة الرابعة عشر، العدد التاسع، ص 370.

² يحى الجمل، المرجع نفسه، ص 252.

³ أشار إليه حميد شاوش، المرجع السابق، ص 100.

الفقرة الثانية: محاولات للتصدي لنظرية الضرورة:

على خلاف ما رأينا في السابق، لم يكن القضاء في مجمله مؤيداً لمثل هذا التبرير ولا حتى موافقاً على نظرية الضرورة ككل، حيث تصدّى في عدّة مرات لتطبيق نظرية الضرورة بمناسبة القضايا المعروضة أمامه، وسنتطرق في هذا المقام على سبيل المثال، للقضاء الأنجلوساكسوني في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا كموقف ثابت ودائم (أولاً) ولبعض المواقف النادرة للقضاء في فرنسا ومصر كموقف متغير - كما رأينا في الفقرة الأولى - (ثانياً).

أولاً: القضاء الأمريكي والبريطاني كموقف ثابت ودائم:

كان للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، قضية مشهورة لها علاقة بنظرية الضرورة، والمعروفة ب: (قضية ميلغان "Milligan") في أبريل 1866، والتي تتمثل حيثياتها في أن الرئيس الأمريكي "أبراهام لنكولن" الذي عارض الحرب الأهلية آنذاك وكان ضد إنفصال الجنوب الأمريكي عن الشمال، فتطلع إلى ضرورة المحافظة على السلامة العامة باتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة تلك الظروف الحرجة التي كانت تمر بها البلاد. ومن بين ذلك، قام بتعطيل قانون الإحضار "Writ Habeas Corpus"¹، ومن المعلوم أن أيّ قانون يتعلق بحقوق وحرّيات الأفراد يتضمن بداخله ضمانات أساسية وجب احترامها، والمساس به هو من قبيل المساس بالضمانات المكفولة. وجاء في خطابه لتبرير الإجراء المتخذ: "إنني أعتبر أن اتخاذ بعض الإجراءات غير الدستورية من أجل سلامة الأمة هي إجراءات ضرورية ولا بد منها وأولى بالتقدم على ما عداها"²، كما أضاف مبرراً ذلك أمام الكونغرس الأمريكي أن إجراءات المحافظة على الأمة والدولة والدستور لا تتعارض مع القسم الذي أداه عند توليه الرئاسة بل يعتبر ضمن مقتضياته³؛ تبعاً لذلك تم الحكم بالإعدام على المواطن "Milligan" في محاكمة عرفية.

ولما طرحت مسألة مشروعية المحكمة، أدلت المحكمة العليا برأيها بقولها: "أن الدستور هو قانون المحكومين والحاكمين، وفي الحرب والسلام على سواء، وأنه يرعى بحمايته الناس من كل طبقة وفي كل الأوقات وتحت كل الظروف، ولا يوجد هناك ما

¹ قانون يسمح لكل فرد محبوس أن يطلب من القضاء النظر في أمر حبسه، وهو أحد ضمانات حريات الأفراد، راجع في هذا الأمر، إبراهيم تونصير، المرجع السابق، ص 47.

² نقله يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 174.

³ J.lamarque, op.cit, p. 570.

يبرر إيقاف نصوص ذلك حتى في أشد حالات الاقتضاء بالنسبة للحكومة¹؛ وفي موضع آخر من حكمها أضافت في معنى إحدى الحيثيات أن نظرية الضرورة التي يستند إليها الرئيس الأمريكي، غير صحيحة وخاطئة، حيث أن الدستور يكفل له ولحكومته جميع الصلاحيات اللازمة والضرورية للمحافظة على وجودها. ولم تكن هذه القضية الوحيدة التي عرضت على القضاء الأمريكي، بل توجد قضايا أخرى مثل قضية أحكام الأمن العسكري غير المألوفة المتخذة اتجاه أشخاص ذوي أصول يابانية (1942 - 1943)، وقضية عمال مصانع الصلب سنة 1952². ومجمل القول أنها رفضت بصراحة اللجوء لنظرية الضرورة كمبرر للخروج على النظام القانوني العادي للحفاظ على سلامة الدولة وأمنها.

وفي نفس السياق، عرف القضاء البريطاني في إحدى القضايا التي رفعت أمامه المعروفة بقضية "Zadig"³؛ وهو مواطن بريطاني تعرض للحبس بسبب ارتكابه جريمة منصوص عليها في إحدى اللوائح التشريعية الصادرة بناء على قانون " Defence of the Realm Acts"⁴، فطعن في إجراءات المحاكمة العرفية، فرفضته المحكمة معتبرة أن القرار الصادر من الحكومة هو قرار صحيح طبقاً لقوانين "Emergency acts".

وفي هذا المقام، علّق مجلس اللوردات في 01 ماي 1917، جاء في معناه: أن الأساس القانوني للصلاحيات الكاملة للسلطة التنفيذية يتمثل حصراً في قوانين البرلمان. وان البرلمان صاحب السيادة وليس في ذلك أية سلطة عن الامتياز الملكي اتجاه الأفراد، وحرّياتهم وممتلكاتهم⁵. لذا تجسيدا للقوانين السائدة في البلاد⁶، فلا يوجد أي داعٍ للإستناد إلى نظرية الضرورة، بما أنّ النصوص واضحة وتكفل جميع الصلاحيات الممنوحة للسلطة التنفيذية من جهة، ومن جهة أخرى تضع حدوداً للتجاوزات التي ممكن أن تحدث.

¹ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 91.

² أشار إليهما، يحي الجمل، المرجع السابق، ص ص 193 - 200.

³ لم يشر أي مرجع لتاريخ القضية أو الحكم فيها، للمزيد في هذا الشأن، راجع: يحي الجمل، المرجع نفسه، ص 203؛ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 96؛ ابراهيم تونصير، المرجع السابق، ص 49.

⁴ صدر هذا القانون إبان الحرب العالمية الأولى، بموجبه تمنح الحكومة السلطات الكاملة لمواجهة حالات الأزمات تحت رقابة البرلمان.

⁵ « le fondement juridique des pleins pouvoirs de l'excutif était exclusivement la loi du parlment, et qu'il n'avait, vis-a-vis des individus, de leurs libertés et de leur propriété, aucun pouvoir résultant de la prérogative royale, le parlement étant seul souverain. », lamaraque, op .cit, p : 571.

⁶ للمزيد من المعلومات راجع، حميد شاوش، المرجع نفسه، ص 93.

ثانياً: القضاء العادي في فرنسا ومصر كموقف متغير وغير مستمر:

سار القضاء العادي في كل من فرنسا ومصر في بعض أحكامه نفس مسار القضاء الرافض لنظرية الضرورة؛ ومن أمثلة ذلك، نذكر وبمناسبة الحرب العالمية الأولى التي أُلقت بظلالها على الحكومات الأوروبية، ولضغوطات الحرب، ارتأت الحكومة الفرنسية لإصدار بعض القرارات واللوائح التشريعية العامة، منها على سبيل المثال المرسوم الصادر بتاريخ 03 ماي 1917 يرفع من نسبة الدقيق الأبيض أكثر من النسبة المحددة في القانون¹، وقررت بموجبه عقوبات جنائية على يخالفه؛ لكن محكمة النقض الفرنسية لم تر ما يبرر الخروج على الأحكام التشريعية السارية، وصرحت في حكمها الصادر بتاريخ 03 نوفمبر 1917 أنه "لا يجوز لها (الحكومة) بمرسوم أن تغير من أحكام التشريعات القائمة وأنها لا تستطيع أن تفرض عقوبات طالما أنها لم تفوض بذلك صراحة في القانون"². وكان لنفس المحكمة تأكيد موقفها في حكم آخر³ رفضت فيه الأخذ بنظرية الضرورة كمبرر للخروج على قواعد مبدأ المشروعية.

والأمر نفسه حدث في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة، لم يتردد القضاء الأهلي في التعبير عن رفضه المطلق لأي مبرر للخروج على قواعد وأحكام مبدأ المشروعية في ظل غياب النص القانوني الذي يسمح للإدارة باتخاذ إجراءات معينة، ويظهر ذلك من خلال الحكم الصادر عن محكمة الأمور المستعجلة الذي اعتبر أن القرار الإداري الذي يصدر على خلاف حالة من الحالات المنصوص عليها في النصوص يعتبر عملاً من أعمال الغصب تملك المحاكم إلغاءه، رغم أن الخطر الداهم كان هو السبب الذي دعى إلى إتخاذه⁴.

هذا ما ذهب إليه أيضاً محكمة الاستئناف بمصر "أن الظروف الاستثنائية لكي تبرر مخالفة القانون العام... يجب أن تكون منظمة بعمل تشريعي من الدولة صاحب السيادة حتى يكون الإجراء قانونياً وطالما لم يصدر (مثل ذلك الإجراء) فيجب

¹ A.Esmein, Elements de droit constitutionnel français et comparé, 7^{ème} édition, Revue par Henry Nézard, Tome 2, Librairie de la Société du Recueil Sirey, paris 1921, p. 100.

² أشار إليه يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 206.

³ الحكم الجنائي الصادر في 31 ماي 1918، مشار إليه من طرف يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 207 في الهامش.

⁴ الحكم الإستعجالي الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1932، أشار إليه يحيى الجمل، المرجع نفسه، ص 242.

احترام القانون العام الجاري العمل به"¹.

في الأخير نقول أن هذا الموقف لم يثبت طويلا وسرعان ما تغير لقبول نظرية الضرورة.

الفرع الثاني: موقف الفقه من نظرية الضرورة بين التأييد و الإنكار:

اختلف موقف الفقه حول الأخذ بفكرة تشريعات الضرورة بين المنكر لهذه التشريعات وبين المؤيد لها.

الفقرة الأولى: نظرية الضرورة بين الرفض المطلق والصبغة غير القانونية:

هذا العنصر ندرسه في شكل تدرج، نستعرض بداية موقف الفقه الرافض كليا لنظرية الضرورة (أولا)، ثم موقف الفقه الذي يعترف بنظرية الضرورة لكن ليس كنظرية قانونية (ثانيا).

أولا: الرفض المطلق لنظرية الضرورة:

يرفض الفقه الأنجلوساكسوني الاعتداد بنظرية الضرورة، حيث يأخذ بتقنية التفويض التشريعي الذي يقوم به البرلمان في بعض الإختصاصات للسلطة التنفيذية كحل عملي لمواجهة الأزمات التي تهدد بالدولة².

وتعرف هذه القوانين باسم Emergency acts أو كما يسميها البعض قوانين السلطة الكاملة، ونذكر على سبيل المثال القانون الذي صدر إبان الحرب العالمية الأولى "Defence of the Realm acts"؛ مما سبق يتضح أنّ مبرر رفض نظرية الضرورة بالنسبة للفقه الأنجلوساكسوني منطقي يخضع لايدولوجية تاريخية حول توازن السلطات راجع بالأساس لإعادة الإعتبار للبرلمان البريطاني أمام السلطة التنفيذية.

ثانيا: الاعتراف بنظرية الضرورة كنظرية سياسية غير قانونية:

برز موقف الفقه الفرنسي من نظرية الضرورة في شكل جديد، حيث يرى أنّه متى تعدّر حماية الدولة ومؤسساتها الدستورية بإتباع القواعد القانونية بسبب الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة يكون لرئيس الدولة أن يتخذ كل الإجراءات التي يراها مناسبة

¹ حكم محكمة إستئناف مصر، رقم 428، الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1933، منشور في مجلة المحاماة، السنة الثالثة عشر ص 867، أشار إليه الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 243.

² يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 32.

لمواجهة هذه المخاطر بتركيز كل السلطات بين يديه بما في ذلك سلطة البرلمان التشريعية، وإن كان ذلك يخالف أحكام الدستور المتعلقة بتنظيم الاختصاص وتوزيعه¹. لكن رغم تبينه لنظرية الضرورة؛ إلا أنه يرفض إضفاء المشروعية على أعمال السلطة التنفيذية المخالفة لأحكام القانون، والمتخذة في حالة الضرورة؛ لذا فهذا الاتجاه يعطي قيمة واقعية لنظرية الضرورة ويؤسسها على تصور واقعي أو سياسي² كما يسميه البعض.

وفي هذا الصدد، يرى الفقيه "Esmein" أنه لا يجب أن توقف أو تعلق قواعد المشروعية إطلاقاً، فإذا اضطرت الحكومة تحت ضرورات الحرب إلى اتخاذ إجراءات معينة، عليها إخضاعها إلى تنظيم قانوني؛ وإلا شابها عيب عدم المشروعية مما يستدعي قيام مسؤوليتها عما تسببه³.

وقد وصف في أحد تعليقاته حول القرارات التي أصدرها المجلس التنفيذي الفيدرالي السويسري بناء على تفويض تشريعي، بالديكتاتورية الإستبدادية معتبراً ذلك غير دستوري⁴؛ أما في معرض مناقشته لموقف الفقه القائل بالصبغة القانونية لنظرية الضرورة، فيصرح أن الضرورة لا تخلق الحق ولا تعوض بالقانون⁵، كما إنقذ موقف مجلس الدولة من حيث الأساس الذي اعتمد عليه معتبراً أنه غير صحيح وغير مطابق لا للدستور ولا للقانون الخاص بحالة الحصار⁶، وأن مهمة رئيس الجمهورية تقتصر على تنفيذ القوانين بالوسائل المشروعة⁷.

وفي نفس السياق، عبّر الفقيه دي ملبرج عن الموقف غير الدستوري⁸ للقرار الذي أصدرته الجمعية الفيدرالية السويسرية - السالف ذكره -، واستناداً للحقائق الواقعية يعترف أن بعض الظروف الخطيرة تدفع بالحكومة لمخالفة وعدم احترام القواعد القانونية لحماية

¹ زهراء سعد مهدي، المرجع السابق، ص 42.

² J.Lamrque, op.cit, p.566.

- يحي الجمل، المرجع السابق، ص 29.

- وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص 58؛ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 73.

³ وجدي ثابت غبريال، المرجع نفسه، ص 58.

⁴ Adhémar Esmein, op.cit, p. 93.

⁵ « La nécessité ne crée pas le droit et ne remplace pas la loi. ».

⁶ La loi du 09 aout 1849 sur l'état de siège.

⁷ Adhémar Esmein, Ibid, p. 99.

⁸ أشار إليها في الهامش:

- R.Carre de malberg, Contribution a la théorie générale de l'état, Editions du CNRS, Tome 1, 1920, p.610.

المصلحة العامة، ومثله مثل الفقيه إيسمان يرى صعوبة التسليم بنظرية الضرورة من الناحية القانونية لما فيها من مساس بمبدأ سمو الدستور¹.

وخلاصة ماجاء به الفقيهان إيسمان ودي ملبرج أن التصرفات التي تصدرها السلطة التنفيذية خارج نطاق قواعد المشروعية تحت مقتضيات الضرورة تبقى معيبة من الناحية القانونية، وقبولها فقط كواقع لابد من مواجهته.

أما الفقيهان بارتملي ودويز فهما يفرقان بين حالتين، الحالة المرتبطة بقيام الضرورة من أجل سلامة الدولة، وهي الحالة التي تتحرر فيها الدولة من كل التزاماتها القانونية في مواجهة الأفراد وفي مواجهة غيرها من الدول²، وتعتبر في نظرها من أخطر حالات الضرورة التي تجد أصلها في القاعدة الرومانية الشهيرة *Salus populi suprema lex*، أما الحالة الثانية فهي المتعلقة بتوزيع الاختصاصات الدستورية على أجهزة الدولة، فتدفعها الضرورة لتعديل هذا التوزيع لصالح السلطة التنفيذية بتوسيع سلطاتها في أوقات الأزمات³.

ويعتبران أن حكم الواقع وما تفرضه الضرورة الواقعية هو الأساس المعتمد لتصرفات السلطة التنفيذية، لذا يجب أن يسود مبدأ المشروعية في كل الأوقات سواء العادية أو غير العادية.

وتكريسا لما سبق، وضع الفقيهان ضوابط للإستناد على الضرورة كواقع للخروج على حكم القانون وهي وجود خطر قومي حقيقي يستحيل مواجهته بالطرق العادية ويتطلب التصرف بسرعة، دون أن يفلت أي عمل في هذا الشأن من الرقابة القضائية⁴. وما يمكن إستخلاصه من هذا التصور الذي ينكر الصبغة القانونية عن نظرية الضرورة، نقطتين أساسيتين هما:

- إمكانية تصرف الدولة اتجاه الأخطار التي تهدد سلامتها وأمنها على أساس الضرورة الواقعية، وهو ما يعبر عنه بطغيان حكم الواقع بصفة مؤقتة على حكم القانون.

- عدم مشروعية التصرفات والأعمال التي تقوم به السلطة التنفيذية بدافع الضرورة في أوقات الأزمات والتي تتخطى بها أحكام الدستور والقوانين، وتخضع للمساءلة عنها.

¹ وجددي ثابت عبر يال، المرجع السابق، ص 61.

² حميد شاوش، المرجع السابق، ص 78.

³ ابراهيم تونصير، المرجع السابق، ص 36.

⁴ يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 39.

الفقرة الثانية: إضفاء الصبغة القانونية على نظرية الضرورة:

نستعرض في هذه الفقرة، التصور الألماني لنظرية الضرورة الذي أضفى الصبغة القانونية عليها لكن بشكل غير مشروط (أولا)، ثم نتطرق للتصور الفرنسي لنظرية الضرورة بإضفاء الصبغة القانونية لها بشكل مشروط ومقيد (ثانيا).

أولا: التصور القانوني اللامشروط لنظرية الضرورة من قبل الفقه الألماني:

يرجع الفضل لإضفاء الوصف القانوني على نظرية الضرورة للفقه الألماني، حيث أعطى مفهوما وتصورا جديدا للضرورة، ويستند على أن الحق المطلق للدولة في سيادتها، فهي تعبر عن إرادتها بموجب القوانين والقرارات ولا تراعي في ذلك إلا ما تقتضيها مصلحتها¹، تبعا لذلك تكون مشروعة الأعمال والإجراءات التي تتخذها الدولة في حالات الضرورة، لأنها تحافظ على سلامة الدولة وأمنها².

وما يجدر الإشارة إليه، أن الفقه الألماني بنى تصوراته على الأفكار الفلسفية للفيلسوف "هيجل" حول نظرية الدولة، والتي تم صياغتها في قالب قانوني. وفسر الفقه الألماني الضرورة على أن الدولة هي أسمى الشخصيات في المجتمع وصاحبة السيادة العليا هي التي تضع القانون وهي التي وجدته فإذا تعارضت مصلحة الدولة وأحكام القانون فإن على الدولة أن تتخطى ذلك؛ لأن الهدف من القانون هو حماية الجماعة فإذا لم تؤد القواعد القانونية إلى حماية المصلحة العامة فلا يجوز الخضوع لتلك القواعد، وعليها أيضا في حالة حدوث ظروف جسيمة أن تتخذ التدابير السريعة لمواجهة تلك الظروف من أجل الحفاظ على سلامة الدولة وأمنها.

وعلى هذا الأساس، نادى بعض الفقهاء الألمان بإعطاء الحكومة ورئيس الدولة صلاحيات موسعة في حالات الأزمات التي تصيب الدولة³.

ويستخلص من هذا التصور القانوني لنظرية الضرورة نقطتين أساسيتين:

- تعتبر الإجراءات التي تتخذها الدولة عند قيام حالة الضرورة مشروعة وإن خالفت الدستور والقوانين، لأنها جاءت لحماية الدولة.

¹ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 80.

² محمد أحمد عبد النعيم، المرجع السابق، ص 19.

³ Marie Goupy, L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne: une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie, Thèse pour obtenir le grade de docteur de philosophie, École normale supérieure de Lyon, 2001.p.110.

- عدم ترتب أي مسؤولية عن الإجراءات المتخذة من طرف الدولة في حالة الضرورة.
ومن هذا المنطلق، انتقد الفقه الفرنسي ما جاء الألمان حيث اعتبروا ذلك محاولة
إضفاء طابع قانوني على نهجها الدكتاتوري حينما أخذوا بنظرية الضرورة من الناحية
القانونية كمصدر عام غير مشروط ومباشر¹؛ وهذا ما سنراه في العنصر الموالي.

ثانياً: التصور القانوني المشروط لنظرية الضرورة من قبل الفقه الفرنسي:

أبرز من يمثل هذا التصور في فرنسا هما الفقيهين ليون دوجي و موريس هوريو.
فتعتبر وجهة نظره الفقيه موريس هوريو من التوجهات الرئيسية التي طرحت بعد الحرب
حول نظرية الضرورة، والتي تميل للتصور القانوني في محاولة لإضفاء الشرعية على
أعمال وإجراءات الإدارة لمواجهة ظروف الأزمة؛ ويؤسس ذلك على نظرية الدفاع الشرعي
المعروفة في نطاق القانون الجنائي، مما يخلق نظام قانوني خاص للمشروعية يسميه
بمشروعية الظروف « *Légalité de circonstances* »؛ ومع ذلك، أصر هوريو
على أن حق الدولة في الدفاع الشرعي مرتبط بالشروط والحدود القانونية المقررة لها،
خشية من أن تستفيد الإدارة في تصرفاتها من الوضعية المرتبطة بحالة الضرورة. لذا يرى
ان حالة الضرورة لا تعني إفلات الدولة من الشرعية، فالأعمال التي تصدر عنها في هذه
المرحلة ماهي إلا أعمال مؤقتة؛ ويفترض تدخل القانون لتحديد المجالات التي يمكن
التشريع فيها².

وان اعترف الفقيه الفرنسي ليون دوجي بنظرية الضرورة كنظرية قانونية، إلا أنه
أعاب التصور الذي أخذ به الفقه الألماني من حيث اعترافه للحكومة بسلطة إصدار لوائح
الضرورة، ذلك أنه يرى كاستثناء في أوقات الأزمات، يمكن للحكومة إصدار لوائح ذات
صبغة تشريعية للضرورة العملية³، خارج عن صلاحياتها الإدارية والتنظيمية⁴؛ ولا يكون
هذا إلا بتوافر شروط معينة تتمثل في:

* أن تكون هناك حرب خارجية أو عصيان مسلح أو إضراب عام للموظفين.

* أن تكون إستحالة مادية تحول دون إجتماع البرلمان أو على الأقل ألا يكون
البرلمان في حالة إنعقاد، أو تكون حالة إستعجال ولا يكفي الوقت لدعوة البرلمان للإنعقاد.

¹ يحي الجمل، المرجع السابق، ص 46.

² حميد شاوش، المرجع السابق، ص 86.

³ Marie Goupy , op.cit, p.79.

⁴ وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص 69.

* أن تكون تشريعات الضرورة خاضعة لتصديق البرلمان في أقرب إجتماع وأن تكون للحكومة نية العرض على البرلمان للتصديق.

وبناء على ذلك، انتقد لجوء الحكومة الفرنسية - في ظل الحرب العالمية الأولى - لنظرية الضرورة دون توفر شروطها، وبدوره نال مجلس الدولة الفرنسي نصيبه من الانتقادات لمباركته وتزكيته لتلك الأعمال وإقراره بمشروعيتها، حيث يرى أنه لم يكن هناك أي مانع يعوق إنعقاد البرلمان¹، ولا الضرورة الملحة لإصدار تلك اللوائح التشريعية والتي وصفها بـ"غير المشروعية"²، وتجسد هذا الرأي لاحقاً في موقف محكمة النقض الفرنسية. ساير الفقه المصري ما جاء به نظيره الفرنسي، في توسيع نطاق مبدأ المشروعية، ما يجعل الأعمال والتصرفات غير المشروعة في الأوقات العادية أعمالاً مشروعة عند قيام إحدى حالات الضرورة³.

المبحث الثاني: النصوص القانونية كضابط لتشريع الضرورة:

حرصت الدول المعاصرة أن تنص في صلب الدستور على وسائل قانونية تعرف بتشريعات الضرورة، تُمكن من مواجهة الظروف الإستثنائية وحالة الضرورة التي تهدد وجودها وسلامة وأمن مؤسساتها، حيث تتضمن وجهين: وجه يبرز الحالات التي يتم فيها اللجوء إلى التشريع من طرف السلطة التنفيذية، ووجه آخر يتمثل في الضوابط التي تحكم هذه التشريعات.

لكن من المعلوم أن الدساتير لم تُجمع كلها على حالات موحدة، بل اعتمدت كل دولة هذا التشريع وفق النظام السياسي القائم بها، لذا كان بإمكاننا تقسيم هذا العنصر حول الحالات التشريعية المعتبرة كتشريع ضرورة و الحالات التشريعية التي لا تعتبر تشريع ضرورة طبقاً للفقه والتشريع؛ إلا أنه أردنا إبراز توجهنا في هذا الخلاف بحيث قسمنا الدراسة إلى عدم ارتباط تشريع الضرورة بوضعية البرلمان كمطلب ثان، وهي الحالات التشريعية المتفق عليها أنها تشريع ضرورة، هذا بعد أن نبرز الحالات التشريعية غير المتفق عليها كتشريع ضرورة والتي ترتبط بوضعية البرلمان من حيث الوجود والغياب كمطلب ثان، وغايتنا من ذلك طرح النقاط المختلف فيها للنقاش والتحليل من زاوية ما هو كائن وما يجب أن يكون.

¹ Lamarque, op.cit, p. 573.

² وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص 43.

³ ابراهيم أحمد عبده سعد الصمدي، المرجع السابق، ص 138.

المطلب الأول: ارتباط تشريع الضرورة بوضعية البرلمان:

المقصود بهذا العنصر، تلك التشريعات التي تصدر بناء على وضعية البرلمان، في غيابه عن طريق الأوامر أو المراسيم وهذا ما سوف نعالجه في الفرع الأول، أما في حالة وجوده التشريع الصادر بناء على ترخيص من البرلمان لصالح السلطة التنفيذية نعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: التشريع بالأوامر أو المراسيم في غياب البرلمان.

جاء هذا النوع من التشريع في دساتير دول المغرب العربي موضوع الدراسة ما عدا الدستور الموريتاني¹ الذي لم ينص عليه متأثراً بالدستور الفرنسي الذي اكتفى بمعالجة التفويض التشريعي فقط. وجاءت المعالجة الدستورية لهذه الحالة كمايلي: - الفصل 81 من الدستور المغربي 2011² يمكن الحكومة أن تصدر خلال الفترة الفاصلة بين الدورات، وباتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، مراسيم قوانين، يجب عرضها بقصد المصادقة من طرف البرلمان، خلال دورته العادية التالي. وفي نفس السياق نص الفصل 70 فقرة 1 من الدستور التونسي³: "في حالة حل مجلس نواب الشعب، يمكن لرئيس الجمهورية إصدار مراسيم بالتوافق مع رئيس الحكومة تعرض على مصادقة المجلس في الدورة العادية التالية". ونصت المادة 142 من الدستور الجزائري⁴: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها".

بعد الاطلاع على النصوص أعلاه، نستنتج أنها تنظم تشريع السلطة التنفيذية في حالتين: حالة شغور أو حل البرلمان، حالة التشريع بين دورات البرلمان أو في العطل البرلمانية لكن وفق شروط معينة حددها المشرع (الفقرة الأولى)، ومدى توافر حالة الضرورة (الفقرة الثانية).

¹ دستور موريتانيا، الصادر بموجب الأمر القانوني 91-22-20 جويلية 1991 المعدل والمتمم.

² الدستور المغربي الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 جويلية 2011، ج.ر عدد 5964 مكرر المؤرخة في 30 جويلية 2011.

³ الدستور التونسي، الصادر في 14 جانفي 2014.

⁴ قانون رقم 16 - 01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 مؤرخة في 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 07 مارس 2016م

الفقرة الأولى: شروط التشريع بأوامر في غياب البرلمان:

الملاحظ في نصوص الدساتير الثلاثة، تونس - الجزائر - المغرب، حول طريقة معالجتها لهذه الشروط، أنها أوردت بعض الشروط المتفق عليها في كل الدساتير، في حين توجد شروط أخرى مختلف فيها.

أولاً: الشروط المتفق عليها.

أ/- **وضعية البرلمان:** تتفق الدساتير المغربية على وضعية موحدة للبرلمان، ألا وهي غيابه، لكن بالمقابل اختلفت في تحديد وصف هذا الغياب وهو ما سنبرزه في النقاط الآتية:

- 1- شغور المجلس الشعبي الوطني أو العطلة البرلمانية في الجزائر:** أصبح البرلمان الجزائري يجتمع في دورة واحدة كل سنة، مدتها 10 أشهر على الأقل، وتفتح في اليوم الثاني من أيام العمل لشهر سبتمبر وفقاً للمادة 135 من التعديل الدستوري لسنة 2016.
- 2- ما بين دورتي البرلمان في المغرب:** ينص الفصل 65 من الدستور المغربي: يعقد البرلمان جلساته أثناء دورتين في السنة، ويرأس الملك افتتاح الدورة الأولى، التي تبتدئ يوم الجمعة الثانية من شهر أكتوبر، وتفتح الدورة الثانية من يوم الجمعة الثانية من شهر أفريل"، إذا استمرت جلسات البرلمان أربعة أشهر على الأقل في كل دورة جاز ختم الدورة بمرسوم". هذا ما جسده المادة 1 من كل من النظام الداخلي لمجلس النواب، والنظام الداخلي لمجلس المستشارين. ومنه يتضح بعملية حسابية بسيطة أن المجال الزمني الممنوح للحكومة المغربية للتشريع لا يتعدى مدة الشهرين في أفضل الحالات.
- 3- حل مجلس نواب الشعب التونسي.**

حل البرلمان، هو آلية دستورية في يد السلطة التنفيذية غالباً ما يكون رئيس الجمهورية، تهدف لوضع حد لسلطة الهيئة التشريعية المنتخبة، وتتفق الدساتير في أغلب دول العالم أن تخضع لهذا الإجراء الغرفة الأولى فقط للبرلمان وتحصين الغرفة الثانية من الحل، كما هو الحال في الجزائر؛ ولم يترك المؤسس الدستوري حق الحل يخضع للسلطة التقديرية للهيئة التنفيذية أو لرغباتهم الشخصية بل جعل له مبررات عملية وموضوعية تملئها المصلحة العامة للأمة وضرورات الصالح العام. وتظهر أهمية هذا الإجراء، في التوازن السياسي بين السلطات تكريس لرقابة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية كمقابل لحق البرلمان في سحب الثقة من الحكومة.

ب/- عرض الأوامر أو المراسيم على المصادقة البرلمانية في أول دورة.

اشترطت دساتير دول المغرب العربي أن يتم عرض الأوامر أو المراسيم المتخذة في غياب البرلمان في أول دورة ينعقد فيها، ويكون حينها البرلمان أمام ثلاث حالات:

- 1- حالة موافقة البرلمان على الأوامر المعروضة أمامه: وفي هذه الحالة، لا يوجد أي مشكل حينما يوافق البرلمان على الأوامر أو المراسيم ويستمر العمل بها.
- 2- حالة رفض البرلمان للأوامر: في هذه الحالة يتم إيقاف العمل بهذه الأوامر والمراسيم.
- 3- حالة صمت البرلمان إزاء عرض الأوامر أمامه:

لم تتطرق لها الدساتير المغاربية؛ حقيقة هذا المأزق من افتراض الفقه المصري ولو أنه مستبعد في الواقع العملي حيث يعتبر تقصير من البرلمان في أداء دوره، ويرى الأستاذ رابحي احسن، أن حل هذه المعضلة يكمن في تحديد المدة الواجب فيها تقديم البرلمان¹ لرأي حول الأوامر المعروضة أمامه للمصادقة، ونحن نشاطره في ذلك وأكثر من ذلك أن نرى أنه من المستحسن أن تكون المدة في حدود الأسبوعين.

ثانيا: الشروط المختلف فيها.

تتمثل الشروط المختلف فيها في أخذ رأي مجلس الدولة الجزائري، والاتفاق مع لجان البرلمان المعنية في الدستور المغربي، ان يتم إصدار المرسوم من طرف رئيس الجمهورية التونسي بالتوافق مع رئيس الحكومة.

أ/- أخذ رأي مجلس الدولة الجزائري.

هذا الشرط، أدرجه المؤسس الدستوري الجزائري بمناسبة تعديله للدستور في مارس 2016 في المادة 142 منه، حيث يوجد في الدستور الجزائري إبداء مجلس الدولة لرأيه في مشاريع القوانين وفق المادة 136 من التعديل الدستوري والتي كانت تقابلها المادة 119 في فقرتها الأخيرة من التعديل الدستوري لسنة 1996. وتنص المادة 171 الفقرة 2 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على: " يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية". كما تنص المادة 172: " يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، واختصاصاتهم الأخرى".

¹ رابحي احسن، نفس المرجع، ص 369.

ونظرا لحدثة التعديل الدستوري الجديد، لم يقر البرلمان بتحيين القوانين العضوية والعادية لتصبح متوافقة مع الأحكام الجديدة، وبالتالي يبقى القانون العضوي رقم 01/98¹ ساري المفعول لغاية تعديل بعض أحكامه، ومن بينها المادة 4 منه التي تنص: "بيدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين حسب الشروط التي يحددها هذا القانون والكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي". لتعاد صياغة هذه المادة وفق الصياغة الأولى لها قبل عرضها على المجلس الدستوري لإبداء رأيه² حيث كانت تنص: "بيدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين والأوامر حسب الشروط التي يحددها هذا القانون والكيفيات المحددة ضمن نظامه الداخلي". هذه هي الصياغة المناسبة لأحكام التعديل الدستوري لسنة 2016.

هذا التوجه الجديد من قبل المؤسس الدستوري الجزائري، من شأنه توسيع الاختصاص الإستشاري لمجلس الدولة بعد أن كان بيدي رأيه في مشاريع القوانين فقط.

ب/- الاتفاق مع لجان البرلمان المعنية.

هذا الشرط خاص بمراسيم القوانين التي تصدرها الحكومة في المغرب بين دورتي البرلمان، وفقا لما جاء في الفصل 81 من الدستور، والذي تقابله المادة 81 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين المغربي والمادة 166 من النظام الداخلي لمجلس النواب المغربي، والذي جاء في فحوى هذه النصوص، أنه يودع مشروع مرسوم بقانون لدى مكتب مجلس النواب، وتناقشه اللجنة المعنية في مجلس النواب، ثم في مجلس المستشارين، بغية التوصل داخل أجل ستة (6) أيام، إلى قرار مشترك بينهما في شأنه. وإذا لم يحصل هذا الاتفاق، فإن القرار يرجع إلى اللجنة المعنية في مجلس النواب طبقا للفقرة الثانية من الفصل الواحد والثمانين من الدستور.

وتضيف الفقرة الثانية من المادة 167 من النظام الداخلي لمجلس النواب على ما جاء في المادة 82 أعلاه، أنه: تجتمع اللجنة المعنية بمجلس النواب في أجل أقصاه أربع وعشرون ساعة بعد إيداع مشروع المرسوم بقانون وتشرع في دراسته وفق المسطرة التشريعية المنصوص عليها في هذا النظام الداخلي".

¹ قانون عضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر، عدد 37، المؤرخة في 1 جوان 1998.

² رأي رقم 06/ر.ق.ع/م.د/98 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج.ر، عدد 37، المؤرخة في 1 جوان 1998.

كما تنص المادة 83 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين على أنه: " يستدعي رئيس المجلس أو رئيس اللجنة المعنية أعضاء اللجنة للاجتماع في أجل أقصاه أربع وعشرون ساعة بعد إحالة مشروع المرسوم بقانون، ولا يمكن تأجيل الاجتماعات المخصصة لدراسته إلا بالاتفاق مع الحكومة وفي نطاق الآجال القانونية المحددة".

ج/- إصدار رئيس الجمهورية التونسي مرسوم بالتوافق مع رئيس الحكومة.

كما يتضح، هذا الشرط خاص بالدستور التونسي، وهو نوع من الأعمال المشتركة بين قطبي السلطة التنفيذية في تونس، وهي حالة مميزة ليس لها أي تطبيق مقابل في

الفقرة الثانية: مدى إشتراط توافر حالة الضرورة لاتخاذ الأوامر كشرط موضوعي:

ندرس مدى توافر حالة الضرورة كشرط موضوعي وحيد، باستعراض موقف الفقه الدستوري كبندي أول، ثم نحاول إسقاط على النصوص المغاربية، حيث أن المشرع الجزائري أقرب لتقرير إستثنائية الأوامر خاصة بعد التعديل الأخير أي إبراز موقف المؤسس الدستوري المغاربي كبندي ثان، ونستعين في ذلك ببعض التشريعات الأجنبية.

أولاً: موقف الفقه الدستوري من توافر حالة الضرورة في الأوامر التشريعية:

تمثل موقف الفقه الدستوري في اتجاه ينفي حالة الضرورة، واتجاه يؤكدها كشرط ضمني.

1/- الاتجاه الأول: ينفي توافر حالة الضرورة:

أصحاب هذا الإتجاه لا يعترفون بأي قيد موضوعي للتشريع بأوامر، حيث يعتبرون أن حق رئيس الجمهورية مطلق، مادام الدستور جاء خالياً من أي شرط يتعلق بالأسباب أو الظروف التي تدفع لاتخاذ هذه الأوامر. كما يؤسس هؤلاء رأيهم على أن سلطة رئيس الجمهورية مستمدة مباشرة من الدستور كتفويض دون الرجوع للبرلمان، وبذلك في نظرهم يشارك رئيس الجمهورية البرلمان في الوظيفة التشريعية كمشروع أصلي وليس إستثنائي.

2/- الاتجاه الثاني: يؤكد توافر حالة الضرورة كشرط موضوعي ضمني:

على خلاف التوجه السابق، يذهب البعض إلى أنه يوجد شرط ضمني بتوافر حالة الضرورة، وإن لم يشر إليه المؤسس في صلب الدستور، ومفاد هذه الفكرة أن تدخل رئيس الجمهورية في المجال التشريعي المخصص للبرلمان هو عمل إستثنائي وليس أصل عام، لذا تحكمه الظروف الملحة التي تقتضي سرعة التدخل لاتخاذ التدابير اللازمة والتي لا

تحتل التأخير؛ ويؤكد الأستاذ عوابدي عمار على ضرورة توافر هذا الشرط بشكل لا يدع شك لأن غيابه يولد آثار خطيرة على توزيع الإختصاص¹.

ثانيا: موقف المؤسس الدستوري من توافر حالة الضرورة في الأوامر التشريعية:

1- تفسير عبارة مسائل عاجلة التي أضافها المؤسس الدستوري الجزائري ومدى ارتباطها بتوافر حالة الضرورة: أضاف المؤسس الدستوري الجزائري عبارة "مسائل عاجلة" في التعديل الدستوري الأخير، ولا شك أن في ذلك نية لتضييق من سلطة رئيس الجمهورية في إصدار أوامر تشريعية في غيبة البرلمان، هذه التقنية الإستثنائية التي أصبحت تكاد تمنح رئيس الجمهورية سلطة أصلية نظرا لكثرة إستعماله لها حتى دون توفر أي داع لذلك، والواقع أظهر إصدار بعض الأوامر حتى قبل بداية دورة البرلمان بأيام قليلة؛ ووضحنا في السابق علاقة فكرة الإستعجال بحالة الضرورة، وقلنا أن حالة الإستعجال القصوى تعد من الضرورة، لكن يبقى هذا رأي يحتمل الخطأ كما يحتمل الصواب، والممارسة العملية هي من تحدد المعنى الحقيقي لهذه العبارة. ولا يفوتنا أن نشير في هذا المقام إلى أن الأستاذ عمار عوابدي وفي معرض معالجته لشروط تشريع الضرورة في غياب البرلمان، كان يذكر مصطلحات الضرورة والإستعجال والظروف الاستثنائية مع بعضها².

2- اكتفاء المؤسس الدستوري في المغرب وتونس باعطاء حق التشريع دون التلميح لأسبابه: بالنسبة لبقية الدساتير محل الدراسة، لم تبين سبب اللجوء لإصدار مراسيم، حيث تطرقت فقط لإمكانية اتخاذها، والممارسة دون شك لا توحى بأي ضرورة مطلوبة في ذلك.

الفرع الثاني: التشريع في إطار قانون التفويض التشريعي.

تقتضي القواعد العامة في القانون الدستوري قيام السلطات الثلاثة في الدولة بأداء وظيفة دستورية محددة مباشرة ويجب عليها الامتثال لها؛ غير أن لكل قاعدة استثناءات تملئها الظروف الحقيقية وغير الطبيعية، والملاحظ أن بعض الدول لجأت إلى تقنية التفويض التشريعي لمواجهة الأزمات الإقتصادية والإجتماعية التي خلفتها الحرب

¹ عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانونية الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص145.

² عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص 143.

العالمية¹، لذا التفويض التشريعي هو رخصة أملتها ضرورات الحياة العملية وتطور المجتمعات.

ويمكن القول أن التفويض التشريعي يعتبر استثناء على مبدأي الفصل بين السلطات وانفراد البرلمان بالوظيفة التشريعية من جهة، ومن جهة أخرى فهو مظهر من مظاهر مشاركة السلطة التنفيذية في الوظيفة التشريعية في الدول المعاصرة².

هذا ونظم الدستور الجزائري لسنة 1963 حالة التفويض في المادة 58 والتي نصت على أنه: " يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محدودة حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء أو تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر". أما الدساتير اللاحقة وبمختلف تعديلاته لم تدرج هذا النص بما يفيد تخليها عن تقنية التفويض التشريعي، خاصة مع ظهور نظام الأوامر التشريعية لرئيس الجمهورية في غيبة البرلمان؛ كما أخذت الدساتير المغاربية الأخرى بالتفويض التشريعي، نص عليه الدستور التونسي في الفقرتين 2 و 3 من الفصل 70: " يمكن لمجلس نواب الشعب بثلاثة أخماس أعضائه أن يفوض بقانون لمدة محدودة لا تتجاوز الشهرين و لغرض معين إلى رئيس الحكومة إصدار مراسيم تدخل في مجال القانون تعرض حال انقضاء المدة المذكورة على مصادقة المجلس. يستثنى النظام الانتخابي من مجال المراسيم". أما موريتانيا فنصت المادة 60 من الدستور: " للحكومة بعد موافقة رئيس الجمهورية ومن أجل تنفيذ برنامجها أن تستأذن البرلمان في إصدار أمر قانوني خلال أجل مسمى يقضي باتخاذ إجراءات من العادة أن تكون في مجال القانون . يتخذ هذه الأوامر القانونية مجلس الوزراء وتتطلب موافقة رئيس الجمهورية الذي يوقعها. تدخل الأوامر القانونية حيز التنفيذ فور نشرها غير أنها تصبح لاغية إذا لم يتسلم البرلمان مشروع قانون التصديق قبل التاريخ الذي يحدده قانون التأهيل. وبانقضاء الآجل المذكور في الفقرة الأولى من هذه المادة، تصبح هذه الأوامر القانونية غير قابلة للتعديل إلا بموجب القانون في المواضيع الخاصة بالمجال التشريعي. يصبح قانون التأهيل لاغيا إذا حلت الجمعية الوطنية". وفي هذا الإطار أيضا نص الفصل 70 من الدستور المغربي على أنه: " للقانون أن يأذن للحكومة أن تتخذ في

¹ نادية بوطيلية، التنظيم الدستوري للتفويض التشريعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2009، ص 1.

² نور الدين رداة، المرجع السابق، ص 36.

ظرف من الزمن محدود، ولغاية معينة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها، غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة، عند إنتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما".

ويستشف من هذه النصوص:

* أخذ كل من الدستور التونسي والمغربي والموريتاني بتقنية التفويض التشريعي، وبالمقابل لم يأخذ بها في الدستور الجزائري الحالي.

* اتفقت الدساتير على ضبط التفويض التشريعي بموجب شروط معينة ندرسها في الفقرة الأولى، في حين لم يظهر إلى أي مدى يمكن توافر حالة الضرورة هذا ما سنراه في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: شروط التفويض التشريعي

نقسمها إلى شروط موضوعية (أولا)، وشروط إجرائية (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية:

أ/- وجود نص يبيح التفويض التشريعي، يعتبر من الشروط البديهية هو أن ينص الدستور على السماح للبرلمان بأن يفوض بعض اختصاصاته التشريعية للسلطة التنفيذية.

ب/- الغاية أو الهدف من التفويض التشريعي.

كما هو معلوم، أن شرط الغاية من اللجوء إلى السلطات الاستثنائية هو إبتغاء المصلحة العامة وهذا شرط عام لتطبيق نظرية الضرورة.

حدد الدستور الموريتاني أن طلب الغاية من طلب التفويض هي تنفيذ برنامج الحكومة مثلما جاء في النص المرجعي له المادة 38 من الدستور الفرنسي، والذي اعتبر الفقهاء الفرنسيون أن هذه العبارة واسعة جدا نظرا للمجالات الكثيرة التي يشملها برنامج الحكومة، أما الدستور التونسي والمغربي فلم يوضحا هدف طلب التفويض حيث اكتفيا بالتنصيص على ضرورة وجود غرض معين. وكان الدستور الجزائري لسنة 1963 الملغى أكثر غموضا بحيث لم يستلزم تحديد غرض التفويض مما منح رئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة¹.

¹ نورة تريعة، تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في دول المغرب العربي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2012، ص 243.

ج/- تحديد موضوع التفويض التشريعي.

يجب أن يحدّد البرلمان في قانون التفويض أو التأهيل الموضوعات محل التفويض والتي تصدر بشأنها الأوامر التفويضية أو مراسيم التدابير من جانب السلطة التنفيذية؛ مما يساعد على مراقبتها فأى تجاوز لهاته الموضوعات من طرف السلطة التنفيذية تعتبر ما أصدرته غير مشروع. وهذا الشرط دليل على عدم إمكانية تفويض البرلمان لكافة اختصاصاته التشريعية، وما تجدر الإشارة إليه هو الفقرة الأخيرة من الفصل 70 من الدستور التونسي التي استتنت النظام الانتخابي من مجال المراسيم.

د/- تحديد مدة التفويض التشريعي.

يستوجب تحديد المدة الزمنية التي تستأثر فيها السلطة التنفيذية باختصاص البرلمان، ويعبر هذا الشرط على حرص المؤسس الدستوري على عدم إستمرار هذا التفويض لأجل غير مسمى أو بعبارة أخرى ألا يكون التفويض مفتوح الآجال¹. والملاحظ أن الدساتير المغاربية لم تحدد مدة التفويض التشريعي وتركت السلطة التقديرية للبرلمان عدا الدستور التونسي الذي وضع حد أقصى لها بان لا تتجاوز الشهرين، كما لم تشر لكيفية تحديد مدته؛ علما أنه يوجد سبيلين لتحديدها:

* الأول: تحديد مدة زمنية بالسنوات أو الأشهر أو حتى بالأيام.

* الثاني: تحديد مرتبط بأحداث معينة مثل انتهاء حالة الحرب أو زوال الظروف التي من أجلها طلب التفويض².

وقد اختلف الفقه في تحديد هذه المدة فمنهم³ من ذهب إلى وجوب تأقيت التفويض بمدة زمنية معينة حيث يجب أن يكون تحديد مدة التفويض قاطعاً وحاسماً بحيث يكون محدداً مثلاً بمدة شهر أو ثلاثة أشهر أو سنة ومن ثم لا يجوز أن يكون التفويض مرتبطاً بحدوث شيء ما أو أمر معين كأن يحدد بواقعة إنتهاء الحرب لأن هذا التحديد غير قاطع وغير حاسم ويذهب رأي آخر في الفقه أقل تشدداً من سابقه يتزعمه الأستاذ سامي جمال والذي يرى جواز تحديد مدة التفويض عن طريق ربطها بأحداث معينة رغم وصفه بأنه

¹ P.Ebrard, l'article 38 de la constitution du 04 octobre 1958 et la 5^{ème} République, R.D.P, 1969, p.285.

² أحمد سلامة أحمد بدر، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، مجموعة رسائل الدكتوراه، مصر، ص243.

³ أمثال الاستاذ محمود أبو السعود و الأستاذ محسن خليل، للمزيد من المعلومات أنظر: أحمد سلامة أحمد بدر، المرجع نفسه، ص 244 وما يليها.

أمر بالغ الخطورة لكنه يقر على أنه من الضروري التدقيق في تحديد هذا الظرف بشكل لا يجعله طويل الأمد.

وتطرح المدّة إشكالا حول ما إذا كان التفويض يتجاوز مدّة إنتداب البرلمان، فيمكن أن يقول البعض أنها لا يمكن أن تتجاوز العهدة البرلمانية وتعتبر المراسيم التي تتخذ في فترة ما بعد نهاية العهدة البرلمانية مراسيم غير دستورية؛ لكن هذا ليس قاطع إذا ما سلمنا أن الحصول على التفويض يكون في وجود البرلمان إلا أنه لا يعني بالضرورة أن يكون البرلمان منعقدا طوال مدة التفويض فمن الممكن أن تصدر الأوامر أو مراسيم التدابير في غيبة البرلمان بعد صدور قانون التفويض¹؛ كما تستشهد الباحثة تريعة نوارا حول ما إذا كان بمقدور الحكومة الجديدة الإستمرار بالعمل بالإذن الذي حصلت عليه الحكومة السابقة²، بقرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 04 أبريل 1962 الذي أكد بعدم جواز ذلك معتبرا أن لا مجال لاستمرار ذلك التفويض.

وفي الأخير فيما يخص هذا الشرط، اتفق كل من المؤسس الدستوري المغربي والموريتاني على بطلان قانون الإذن أو التأهيل إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما بالنسبة للمغرب، والجمعية الوطنية بالنسبة لموريتانيا. لم تتضمن الدساتير محل الدراسة أية إشارة إلا إمكانية تمديد قانون التفويض من عدمه، وما إذا كان يحق للبرلمان إنهاء قانون التفويض قبل نهاية المدة المحددة له.

ثانيا: الشروط الإجرائية:

أ/- طلب الحصول على إذن من البرلمان:

قبل التطرق لطلب الإذن، نشير إلى أن صاحب صلاحية التشريع بالتفويض في الدساتير المغاربية، هو رئيس الحكومة في الدستور التونسي، والحكومة في الدستورين المغربي والموريتاني، أما الجزائر وقت ما عرفت هذه الآلية في دستور 1963 الملغى، كان التفويض يمنح لرئيس الجمهورية.

وبالنسبة لطلب الإذن، فمن دون شك يتم تقديم طلب من الحكومة أو رئيسها إلى البرلمان ملتصقا بالترخيص بالتشريع في موضوع محدد ولغرض معين. ونلاحظ مدى توفيق المؤسس الدستوري الموريتاني والتونسي في صياغة المادة، في حين أنّ المؤسس

¹ زهراء سعد مهدي، المرجع السابق، ص 69.

² نوارا تريعة، المرجع السابق، ص 245.

المغربي عبر بأن القانون يأذن دون أن يوضح إن كان يأذن من تلقاء نفسه أو بعد أن يستأذن¹، لكن هذا لا يطرح إشكالا كبيرا لأنه من غير المتصور أن يلجأ البرلمان لتفويض اختصاصه دون أن ترغب السلطة التنفيذية في ذلك وإلا اعتبر متنازلا عن سلطته وهذا يعد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات.

كما يجدر الإشارة إلى أن الدستور التونسي إنفرد بتحديد نسبة ثلاثة أخماس أعضاء مجلس النواب في التفويض للحكومة، ولم نجد أثر لمثل هذا في كل من الدستور المغربي والدستور الموريتاني اللذان اكتفيا بإمكانية التفويض دون تحديد نسبة التصويت.

ب/- عرض الأمر أو المرسوم التفويضي على البرلمان.

أكدت الدساتير المغاربية كلها على ضرورة عرض الأوامر أو المراسيم المتخذة في إطار التفويض على البرلمان، من أجل المصادقة عليها عند نهاية مدة التفويض بالنسبة للمغرب وتونس، أما موريتانيا فحددت عرضها قبل نهاية تاريخ قانون التأهيل متأثرة بما جاء في المادة 38 من الدستور الفرنسي. وعلى سبيل المقارنة بالنسبة للدستور الجزائري لسنة 1963 الملغى كان يحدد مدة العرض بثلاثة أشهر؛ كما أن هذا الإجراء لم يكن إجباري إذا ما تم اتخاذ الأمر في مجلس الوزراء، هذا ما يستفاد من صياغة المادة 58 التي وظفت " أو " بين الإجراءين مما يفيد التخيير.

لكن ما هو مصير تلك الأوامر أو مراسيم التدابير إذا لم يتم عرضها على البرلمان بعد فوات الوقت المحدد؟ الدستور الموريتاني هو الوحيد الذي أعطى حل لهذه المسألة حيث نص على إلغاء تلك الأوامر القانونية إذا لم يتسلم البرلمان مشروع قانون التصديق، في حين لم نجد أي جزء لذلك في الدستورين التونسي والمغربي وحتى في الدستور الجزائري الأول لسنة 1963 لم يذكر حل لهذا الإشكال.

ومما سبق، فإن التصديق على الأوامر التفويضية أو مراسيم التدابير، يعني أن تقوم جهة غير الجهة مصدرة الأمر بتبني ذلك والموافقة عليه ليبقى ساري المفعول².

الفقرة الثانية: مدى توافر الضرورة في التفويض التشريعي.

نشير في البداية إلى أنه فيما يخص طبيعة الظروف التي تدفع السلطة التنفيذية إلى طلب التفويض التشريعي، فقد اختلف الفقهاء الفرنسيون فيما بينهم، حيث هناك من اعتبر

¹ عرف المغرب صياغة سلمية وواضحة في الفصل 44 فقرة 1 من دستور 1970 و 1972، والفصل 47 فقرة 1 من دستور 1992.

² P.Ebrard, op.cit, p.287.

أن بإمكان الحكومة اللجوء إلى ذلك في الظروف العادية، في حين هناك من قال بأنه لا يمكنها اللجوء لطلب التفويض التشريعي إلا في الظروف غير العادية أي حالة الضرورة؛ علماً أن التشريع المصري اشترط توفر حالة الضرورة لطلب التفويض التشريعي.

أولاً: الرأي المؤيد لاستثنائية التفويض التشريعي:

يرى بعض الفقه، أن أي عمل تشريعي تقوم به السلطة التنفيذية يكون على وجه الإستثناء ولا يجوز التوسع فيه، لذا فكما رأينا في ظهور التفويض التشريعي لم يكن إلا بناء على الضرورات العملية التي نجمت عن الوضع الذي سببته الحرب العالمية وعدة ظروف غير عادية تمر بها البلاد¹.

ثانياً: الرأي الذي ينفي الاستثنائية عن التفويض التشريعي.

اتجه غالبية الفقه الفرنسي إلى إستبعاد توفر حالة الضرورة في التفويض التشريعي، وذلك لخلو نص المادة 38 من هذا الشرط، مبررين ذلك على أن اللجوء إلى النص الخاص بالتفويض التشريعي يمكن أن يكون في الظروف العادية لتسهيل تنفيذ برامج الحكومة، مما يوحي بأنه لا يعتبر تطبيق من تطبيقات نظرية الضرورة.

المطلب الثاني: عدم ارتباط تشريع الضرورة بوضعية البرلمان:

رأينا في المطلب الأول التشريعات التي يرتبط صدورها بوضعية البرلمان من حيث القيام أو الغياب باستعراض شروط كل من التشريع في غيبة البرلمان والتشريع استناداً للتفويض التشريعي مع دراسة مدى توافر حالة الضرورة فيهما، وسنرى في هذا المطلب الحالات التشريعية التي لا يرتبط إصدارها بكون البرلمان قائم أو غير قائم بل تكفي الضرورة لصدورها مع مراعاة الشروط المطلوبة في كل منها - يلاحظ أنّ في هذا النوع حالة الضرورة مشترطة بما لا يدع أي شك ولا أيّ خلاف حول وجودها، لذا سنتطرق للتشريع في الحالة الإستثنائية كفرع أول، ثم التشريع في حالتها الطوارئ والحصار كفرع ثان.

الفرع الأول: تشريع الضرورة في الحالة الإستثنائية:

أعطى الفقه عدة محاولات لتحديد معنى الحالة الإستثنائية، وجلها تصب في معنى عام يتمثل في أنها: حالة فجائية أو واقعية توجد فيها الدولة مهددة بمخاطر داخلية أو

¹ P.Epard, op.cit, p.262.

خارجية جسيمة وحالة تحقق بأمن الدولة أو سلامة ترابها ومؤسساتها الدستورية¹؛ هذا الأمر الذي يدفع بالسلطة الدستورية المختصة باتخاذ كافة التدابير والإجراءات لمواجهة هذه الأخطار واستتباب الأمن.

ويرجع الأساس التاريخي لمعالجة الحالة الاستثنائية دستوريا للمادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958²، والتي جاءت بناء على رغبة الجنرال الفرنسي ديغول³، بعد الأزمات الكثيرة التي عرفتها فرنسا من خلال الحرب العالمية الثانية، وما تكبدته من مستعمراتها⁴.

الفقرة الأولى: المعالجة الدستورية للحالة الإستثنائية في دساتير دول المغرب العربي:

نصت كل الدساتير - محل الدراسة - عن الحالة الإستثنائية، فبالنسبة للجزائر جاء في المادة 107 من التعديل الدستوري لسنة 2016 أنه: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء. تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. يجتمع البرلمان وجوبا. تنهى الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها". وفي نفس السياق، نص الفصل 59 من الدستور المغربي 2011: "إذا كانت حوزة التراب الوطني مهددة أو وقع من الأحداث ما

¹ تيممي نجاة، حالة الظروف الإستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2003/2002، ص 17.

² Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

³ Lamarque, op.cit, p.604.

⁴ لمزيد من المعلومات حول التطور التاريخي للنص 16 من الدستور الفرنسي، راجع، يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 101.

من شأنه أن يمس بسير المؤسسات الدستورية، أمكن الملك أن يعلن حالة الاستثناء بظهير، بعد استشارة كل من رئيس الحكومة، ورئيس مجلس النواب، ورئيس مجلس المستشارين، ورئيس المحكمة الدستوري وتوجيه خطاب إلى الأمة؛ ويخول الملك بذلك صلاحية اتخاذ جميع الإجراءات التي يفرضها الدفاع عن الوحدة الترابية، ويقتضيها الرجوع، في أقرب الآجال، إلى السير العادي للمؤسسات الدستورية. لا يحل البرلمان أثناء ممارسة السلطات الإستثنائية. تبقى الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور مضمونة. ترفع حالة الاستثناء بمجرد انتفاء الأسباب التي دعت إليها، وباتخاذ الإجراءات الشكلية المقررة لإعلانها". أما في تونس، نص الفصل 80 من الدستور: "الرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن أو أمن البلاد أو استقلالها، يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة، أن يتخذ التدابير التي تحتمها تلك الحالة الإستثنائية، وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام رئيس المحكمة الدستورية، ويعلن عن التدابير في بيان إلى الشعب". ونصت المادة 39 من الدستور الموريتاني على: "يتخذ رئيس الجمهورية بعد الإستشارة الرسمية للوزير الأول ولرئيسي الغرفتين وللمجلس الدستوري التدابير التي تقتضيها الظروف حينما يهدد خطر وشيك الوقوع مؤسسات الجمهورية والأمن والاستقلال الوطنيين وحوزة البلاد، وكذلك حينما يتعرقل السير المنتظم للسلطات العمومية الدستورية، ويطلع الأمة على الحالة عن طريق خطاب. وتتبع هذه الإجراءات من الرغبة في ضمان استعادة السير المطرد للسلطات العمومية في أقرب الآجال وينتهي العمل بها حسب الصيغ نفسها حال ما تزول الظروف المسببة. يجتمع البرلمان وجوبا. لا تحل الجمعية الوطنية خلال ممارسة السلطات الإستثنائية".

يستشف من هذه النصوص ما يلي:

* تبني الدساتير المغاربية تنظيم حالة الإستثناء عبر كل دساتيرها.

* أشارت المغرب إلى الشكل القانوني الذي يتم إعلان به الحالة الإستثنائية، بعد أن كان في دستور 1962 بموجب مرسوم ملكي، صار بموجب دستور 1970 عن طريق ظهير شريف ثم تم إسقاط وصف شريف عن الظهير في دستور سنة 2011؛ أما الدول الأخرى لم يتم توضيح الشكل القانوني الذي يصدر فيه.

الفقرة الثانية: شروط إعلان الحالة الإستثنائية:

تتمثل في الشروط الإجرائية (أولا) الشروط الموضوعية (ثانيا).

أولاً: الشروط الإجرائية:

تختلف الشروط الشكلية المقررة للحالة الإستثنائية باختلاف كل نظام سياسي في الدولة القائم بها، بل وحتى داخل الدولة الواحدة حسب تطور النظام السياسي، وهو ما سنوضحه محاولين إجمال الشروط في نقاط محددة التي تتمثل في مجملها في :

1- الاستشارة المسبقة لهيئات دستورية استشارية¹:

أجمعت الدساتير المغاربية محل الدراسة، على ضرورة لجوء رئيس الجمهورية أو الملك لإستشارة مجموعة الهيئات الدستورية المحددة قبل إعلان الحالة الإستثنائية، ومن هاته الهيئات الوزير الأول أو رئيس الحكومة، رئيسي غرفتي البرلمان، رئيس المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.

لكن بقراءة متأنية لهذه الجهات الواجب إستشارتها قبل إعلان الحالة الإستثنائية يتّضح لنا أنه يوجد بعض الإختلاف بين الدساتير حولها، ممّا يستدعي توضيحها عبر النقاط الآتية:

أ/- فشرط استشارة الوزير الأول أو رئيس الحكومة سقط في الدستور الجزائري ولا نجد له أثر لا في الدستور الحالي ولا في الدساتير السابقة، عكس دساتير تونس، المغرب التي أخذت به مؤخرا في دستور 2011 بعد عدة ملاحظات من الفقه المغربي، موريتانيا، وكما يرى الباحث صغير جمال، على أن استشارة الوزير الأول أكثر من ضرورية نظرا لكونه المكلف بالسهر على تطبيق القوانين والتنظيمات، كما يمكننا أن نضيف حول تاريخية هذا الشرط الوارد في المادة 58 من الدستور الفرنسي ملزما رئيس الجمهورية به، ومنه يترك الدستور الجزائري تساؤل حول عدم تبنيه لهذا الشرط مثل بقية الدساتير المغاربية؟

بعد تفحصنا للدستور الجزائري نجده يتضمن شرط حصري غير موجود في بقية الدساتير ألا وهو الإستماع إلى مجلس الوزراء، هذا يعني أن المؤسس الدستوري لم يهمل هذا الجانب كلية، وان كان كما هو معلوم الإختلاف في النظام القانوني بين الإستشارة والإستماع، إلا أنه لا نستغرب كثيرا إذا ما علمنا أن الإستشارة غير واجبة الأخذ وبالتالي لا تكاد تختلف عن الإستماع في المعنى الواقعي.

ب/- أما عن استشارة رئيسي غرفتي البرلمان، فهو شرط متوفر في كل دساتير دول المغرب العربي دون استثناء، مع احترام التركيبة الأحادية أو الإزدواجية للبرلمان حسب

¹ J.P. Payer, op.cit, p.1629.

تطورها في كل دولة، حيث أنه كلما تبني دستور ازدواجية تشريعية أضاف إستشارة رئيس الغرفة الثانية مثلما حدث في الدستور المغربي بداية من سنة 1996 والتي لا تعتبر سابقة في المغرب حيث سبق النص عليها في دستور 1962 ثم الاكتفاء باستشارة رئيس مجلس النواب في ظل تبني نظام الغرفة الواحدة منذ دستور 1970، والدستور التونسي في تعديل سنة 2002 ثم تراجعته عن ذلك في الدستور الحالي، أما عن الدستور الجزائري فما يلاحظ أنه لم يعرف هذا الشرط إلا بداية من دستور 1996 كأول مرة يتم ذكره.

ج/- إستشارة رئيس المجلس الدستوري الجزائري ورئيس المحكمة الدستورية المغربية والمجلس الدستوري الموريتاني ككل، في حين إعلام المحكمة الدستورية التونسية.

أقرّ الدستورين الجزائري والمغربي¹ إستشارة رئيس هاتيه الهيئة الدستورية بينما الدستور الموريتاني أورد إستشارة المجلس الدستوري بكامل هيئته، أما عن الدستور التونسي أورد هذا بداية من دستور 2014، لكنه مكتفيا بإعلام المحكمة الدستورية فقط دون إستشارتها، ولربما هذا ما نعتبره أكثر وضوحا من بين الدساتير الأربعة، يظهر ذلك من خلال طرح إشكالية مدى إلزامية الأخذ بالمشورة؟ الجواب معروف مقدما أن الإستشارة المشترطة هي إجراء وجوبي لكن لا تلزم الرئيس أو الملك بالأخذ بها²، لنطرح تساؤلا آخر ما الجدوى منها إذن؟ أو هل يمكن إعتبارها بداية نحو تكريس رقابة دستورية باعتبار أن المجلس الدستوري هو الذي يكرس حماية الدستور ولا يقتصر دوره في منح المشورة³.

2- توجيه خطاب للأمة في المغرب وموريتانيا، وبيان إلى الشعب التونسي، ولم يتضمن الدستور الجزائري هذا الشرط.

سلك الدستور المغربي والموريتاني نفس مسلك النص الأصلي لهما وللدساتير العربية على العموم، وهو نص المادة 16 من دستور 1958 الفرنسي، حيث ألزمت أحكام كل منهما الملك ورئيس الجمهورية ان يوجه خطابا إلى الامة يخطر فيها بقراره في

¹ ينبغي الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري المغربي لم يدرج هذا الشرط في دساتير 1962، 1970، و 1992 رغم أنه كانت توجد غرفة دستورية.

² الرأي الذي يصدره المجلس الدستوري هنا هو من الآراء البسيطة غير الملزمة للرئيس، له أن يأخذ بها كما له أن يتركها، كما يمكننا الإشارة هنا من باب المقارنة لما جاء في المادة 53 من القانون الأساسي الخاص بالمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 7 تشرين الأول سنة 1958، والذي يشترط أن يكون رأي المجلس كتابيا ومسببا ومنشورا.

³ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 123.

اللجوء لإعلان حالة الإستثناء، وهو نفس المسلك الذي اتخذه الدستور التونسي أيضا مع خلاف في المصطلحات الموظفة رغم أننا لا نستبعد نفس المغزى تشترك فيه كل الدساتير التي أوردت هذا الشرط، حيث بدل مصطلح خطاب ببيان وعض مصطلح الأمة بالشعب، النتيجة واحدة لا محالة، ألا وهي إعلام الناس بتطبيق هذا النظام الإستثنائي وتبليغهم باللجوء لهذا القرار، وما الخطاب أو البيان أو الرسالة إلا وسيلة للإعلام حسب مقتضى كل نص؛ مع ضرورة أن يتضمن الخطاب أو البيان الأسباب التي دعت إليه، مع أنه من الملائم ذكر الأسس المتبعة طيلة قيام هذه الحالة أو هذا الوضع الإستثنائي. هذا ولم تشترط النصوص السالفة الذكر أي شكل معين لهذه الرسالة وهي عادة ما تكون مكتوبة ومذاعة عبر وسائل الإعلام المختلفة.

ولم يدرج المؤسس الدستوري الجزائري هذا الشرط في مختلف الدساتير الجزائرية وتعديلاته رغم أهميته في بسط الرقابة الشعبية على ما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات وتدابير.

3- وجوب إجتماع البرلمان وعدم جواز حله في هاته الفترة:

اتفق الدستوريين الجزائري والموريتاني على ضرورة إجتماع البرلمان دون الحاجة لدعوته للإنعقاد، في حين لم يتضمن الدستور التونسي هذا الشرط، أما الدستور المغربي فقد اكتفى بالتصيص على عدم جواز حل البرلمان أثناء ممارسة السلطات الإستثنائية، هذا التصيص الأخير تم تبينه من طرف المؤسس الدستوري المغربي لأول مرة في دستور 1992.

4- الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن كشرط حصري في الدستور الجزائري.

مؤسسة المجلس الأعلى للأمن موجودة في أغلب الدول كمؤسسة إستشارية لدى رئيس الجمهورية، وقد انفرد الدستور الجزائر بإلزام رئيس الجمهورية باستشارتها قبل إعلان الحالة الإستثنائية رغم أنه (رئيس الجمهورية) هو نفسه رئيس المجلس الأعلى للأمن، وكما هو معلوم فالاستماع يقتضي طرح آراء وتقديم تقارير بناء على حقائق ومعطيات واقعية كي تنير وتساعد رئيس الجمهورية في اتخاذ القرار المناسب والملائم.

ثانيا: الشروط الموضوعية:

تعدّ الحالة الإستثنائية أحد أخطر الظروف التي تواجه الدولة وتضعها في حتمية التأهب والإستعداد لحماية مؤسساتها وضمان استمرارية وجودها لذا وضعت لها ثلاث

شروط موضوعية أساسية تتمثل في وجود خطر داهم، تهديد مؤسسات الدولة، تعذر السير العادي لدواليب السلطة.

1- وجود خطر داهم:

اتفقت دساتير دول المغرب العربي على اشتراط خطر مهدد، وان لم يصرح ذلك بوضوح النص المغربي إلا أن التهديد لا محالة يأتي من الخطر، فهو تحصيل حاصل. فالثاني مصدر للأول.

ويقصد بالخطر في المفهوم القانوني، كل حالة واقعية تنذر بضرر يصيب مصلحة حيوية¹، يهددها بالزوال و الانتقاص²، ويرجع تقدير الخطر إلى السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية أو الملك، ولم تحدد المواد المدروسة أي اوصاف للخطر باستثناء عبارة داهم للدستور الجزائري³ وعبارة وشيك الوقوع للدستورين التونسي والموريتاني⁴، وبالعودة للمصدر التاريخي لهذه النصوص وهو المادة 16 من الدستور الفرنسي نجدها اشترطت في الخطر أن يكون جسيما وحالا، فبالنسبة للجسامة من الصعب تعريفها ووضع معيار محدد لها بسهولة، لكن لفظ جسيم يوحي أن الخطر غير مألوف ويخرج عن إطار المخاطر المتوقعة⁵ التي يمكن تجاوزها، كما أنه يوجد من يرى أنه يجب أن يكون من حيث النوع والمدى كبيرا ليعتبر مبررا لإعلان حالة الإستثناء، كما يرى آخرون أنه ينبغي أن يكون حقيقيا، وتحدد جسامة الخطر بالموضوع أو المصلحة المهددة.

2- تهديد مؤسسات الدولة أو أمن البلاد وسلامته:

لهذا الشرط، إجماع من دساتير محل الدراسة، فينبغي أن يمس التهديد مصلحة حيوية كإستقلال البلاد أو سيادتها أو سلامة إقليمها أو مؤسساتها الدستورية⁶، وبالإمعان في

¹ وجدي ثابت غير يال، المرجع السابق، ص 101.

² مراد بدران، الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور - النظام القانوني للأوامر -، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 10، السنة 2000، العدد 02، ص 29.

³ استعمل دستور 1963 و دستور 1976 عبارة " الخطر وشيك الوقوع"، وغير المؤسس الدستوري هذه العبارة بموجب المادة 87 من دستور 1989 موظفا مصطلح " خطر داهم"، وفي الحقيقة ليس هناك أي فرق بينهما، كلتاهما يعبران عن قرب الخطر.

⁴ الفصل 25 من دستور 1961 استخدم مصطلح محقق لوصف الخطر، وتراجع عن ذلك بموجب المادة 39 من دستور 1991 ووصفه بالخطر وشيك الوقوع.

⁵ علي جمال صغير رئيس الدولة في النظام الدستوري الجزائري - التونسي والمغربي، رسالة دكتوراه لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009، ص 154.

⁶ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 117.

النصوص الدستورية المغربية التي تعالج الحالة الاستثنائية نجدها حددت المصالح التي يشملها التهديد:

* **المؤسسات الدستورية:** المؤسس الدستوري لم يقتصر على السلطات الدستورية او السياسية الثلاثة التنفيذية و التشريعية والقضائية فقط، بل ذهب أيضا لحماية المجلس الدستوري والمؤسسة العسكرية وكل المؤسسات الاستشارية للدولة.

* **استقلال البلاد وأمنه:** يمكن أن يكون الخطر من داخل البلاد أو من خارجها، كما قد يكون اعتداء مادي أو عسكري، أو قد يكون اعتداء معنوي بجر الدولة لالزامها بقبول شروط مجحفة¹.

* **سلامة التراب الوطني:** الاعتداء على التراب الوطني يمكن أن يكون من اعتداء خارجي أو قيام فتنة داخلية² محرضة من أطراف خارجية.

3- تعذر السير العادي لدواليب السلطة:

لا يكفي وصف الخطر والتهديد لإعلان حالة الاستثناء بل يجب أن يؤدي لتعثر السير المنتظم والعادي لعمل السلطات العمومية³، واتفقت الدساتير المغربية على ذلك، حيث عبر عنه الدستور التونسي ب " تعذر السير العادي للسلطات العامة الدستورية " أما الدستور المغربي " وقع من الأحداث ما يعرقل السير العادي للمؤسسات الدستورية "، أما الدستور الموريتاني استعمل مصطلح " يتعرقل السير المنتظم للسلطات العمومية الدستورية "، أما الدستور الجزائري استخدم عبارة " يصيب مؤسساتها الدستورية أو ..".

في الأخير نرى أن الدساتير المغربية أشابها النقص في معالجتها لشروط الموضوعية لإعلان حالة الإستثناء حيث كان الدستور الفرنسي أكثر وضوح في طرحها؛ لذا يستحسن إعطاء أهمية أكبر لهذه النصوص في المستقبل من حيث صياغتها ووضوحها وشموليتها من حيث تضمنها كل الأحكام المتعلقة بالحالة الإستثنائية وبالخصوص مبرراتها وكيفيات سيرها، بالإضافة لإختصاصات كل سلطة فيها.

¹ عبد النبي كايس، توزيع السلطات في النظام السياسي المغربي على ضوء دستور 1996، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المغرب، 2011، ص 58.

² نزيهة بن زاغو، تقوية السلطة التنفيذية في دول المغرب العربي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2008 / 2009، ص 180.

³ عبد النبي كايس، المرجع نفسه، ص 59.

الفرع الثاني: تشريع الضرورة في حالتى الطوارئ والحصار:

تعد من الحالات الأساسية التي تنم على عدم إستقرار الأوضاع في البلاد، ولم تعرف التشريعات هذه الحالات حيث تكتفي في الغالب بذكر أسباب إعلانها وشروطها وإجراءاتها - هذا ما سنراه لاحقاً-، وكل ما نشير إليه في هذا الصدد هو تمييز بسيط بين حالة الطوارئ وحالة الحصار؛ حيث أن الحالة الأولى توكل مهمة تسييرها للسلطات المدنية أما الحالة الثانية فتتولى تسييرها السلطات العسكرية¹.

أما المعالجة الدستورية لهما تختلف من دول إلى أخرى، فنجد من أخذ بنظام الطوارئ فقط دون حالة الحصار، وبالمقابل نجد من أخذ بحالة الحصار، كما يوجد من أخذ بالحالتين معا، والصنف الأخير ينقسم بدوره إلى نوعين: نوع يميز بين حالة الحصار وحالة الطوارئ، ونوع لا يميز بينهما؛ ويبرر هذا الاختلاف بتبني توجهات فقهية معينة. فماذا عن الدساتير التي نحن بصدد دراستها كيف عالجت هاته الحالتين؟

الفقرة الأولى: المعالجة الدستورية لحالتى الطوارئ والحصار:

بالنسبة للدستور الجزائري نجده نص² على الحالتين معا وجمعهما في نص واحد مع التنبيه استخدام "أو" بين الحالتين لا هو دليل ضمني على اعتراف المؤسس الدستوري بأنهما حالتين مختلفتين ولا يعبران عن وضع واحد. أما بالنسبة لموريتانيا ينص الفصل 70 على: " الأحكام العرفية وحالة الطوارئ يقرها رئيس الجمهورية لمدة أقصاها ثلاثين (30) يوما . للبرلمان ان يمدد هذه الفترة، وفي هذه الحالة يجتمع البرلمان وجوبا اذا لم يكن في دورة. يحدد القانون السلطات الاستثنائية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية بمقتضى الاحكام العرفية وحالة الطوارئ". في حين ينص الفصل 74 من الدستور المغربي: " يمكن الإعلان لمدة ثلاثين يوما عن حالة الحصار، بمقتضى ظهير يوقعه بالعطف رئيس الحكومة، ولا يمكن تمديد هذا إلا بالقانون".

يستفاد من النصوص أعلاه مايلي:

* عالج المؤسس الدستوري حالتى الطوارئ والحصار في مادة واحدة، مخصصا لهما نفس الأحكام والشروط، إلا أن توظيفه لعبارة " أو " يدل على اعترافه بالتمييز بين الحالتين وأن لكل حالة أسباب معينة.

¹ كانت تعرف بالأحكام العرفية، ولا زالت بعض الدول تحتفظ بهذه التسمية.

² راجع، المادة 105 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

* أحال المؤسس الدستوري في الجزائر وموريتانيا، تنظيم حالة الطوارئ والحصار للقانون الذي يحدد أسباب اللجوء إليها والسلطات الإستثنائية الممنوحة للرئيس خلالها.

* نلاحظ أن المؤسس الدستوري التونسي لا يميز بين حالة الطوارئ والحالة الإستثنائية مخصصا لهما مادة واحدة بنفس الأحكام، إلا أنه قد صدر في تونس أمر تنظيم حالة الطوارئ ولا زال ساري المفعول، كما يمكن الإشارة إلى أن تونس هي أكثر الدول المغاربية أعلنت حالة الطوارئ خاصة بعد الثورة.

* الدستور الموريتاني لا يأخذ بالتمييز بين حالة الطوارئ والأحكام العرفية (حالة الحصار حيث يوجد تقارب بين الأحكام العرفية و حالة الحصار أكثر مما هو مع حالة الطوارئ)، ومرد هذا القول أن المؤسس الدستوري الموريتاني استعمل لفظ "و" بين الحالتين.

* الدستور المغربي أخذ فقط بحالة الحصار.

الفقرة الثانية: الضوابط التي تحكم حالة الطوارئ وحالة الحصار:

نظرا لكون حال الطوارئ من أخطر تطبيقات نظرية الضرورة - كما سبق وأشرنا إلى ذلك- وتقاديا للانحراف به هدفه والتعسف في استعماله، كان لابد من ضبط حالة الطوارئ بمجموعة من الضوابط أو الشروط التي تحكم حالة اللجوء إليها وتطبيقها :

أولا: الشروط الموضوعية:

الشرط الأول يتعلق بالضرورة الملحة، أما الشرط الثاني يتعلق بتحديد المدة.

أ/- شرط الضرورة الملحة:

لا يجوز لرئيس الجمهورية أو الملك إعلان حالة الطوارئ أو الحصار إلا بقيام الضرورة الملحة، ويخضع تحديدها للسلطة التقديرية له إذا تطلع إلى أن السلطات العادية غير كافية لمواجهة هذه الظروف، من هذا يتبين أن نظام حالة الطوارئ لا يعلن إلا استثناءً لدفع الخطر الجسيم الذي يهدد حياة الأمة وسلامة البلاد وأمنها والذي لا يمكن للسلطة التنفيذية مواجهته بالتشريعات والإجراءات الاعتيادية فيشترط لقيام حالة الطوارئ أن تتعرض البلاد للخطر على وجه حقيقي بأن يكون واقعا بالفعل¹.

من جهة أخرى لا يكفي وجود خطر يهدد البلاد بل يجب أن يتعذر مواجهته بالوسائل القانونية العادية، أي عدم إستطاعة السلطة التنفيذية على التحكم في الأوضاع

¹ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 319.

القائمة أو السيطرة عليها باستخدام الوسائل القانونية الاعتيادية المتاحة، وهذا ما يتطلب اللجوء لإعلان حالة الطوارئ كحل بديل لمواجهة الأزمات والاضطرابات. ومما تجدر الإشارة إليه أنه لم تنص أي من الدساتير المغاربية على المبررات التي تسمح بإعلان حالة الطوارئ، واكتفت بالإحالة لتنظيمها عن طريق القانون. وفي هذا الإطار نرى أن تحديد حالات الخطر التي تجيز اللجوء الى حالة الطوارئ أو حالة الحصار على سبيل الحصر من شأنه أن يقلل من احتمال تعسف السلطة التنفيذية في إعلان حالة الطوارئ إلا إذا توافرت إحدى هذه الحالات وإلا كان إعلانها لهذا النظام الاستثنائي باطلاً¹.

ب/- شرط تحديد المدة:

يجب أن يتضمن إعلان حالة الطوارئ تحديد المدة، وذلك لأن حالة الطوارئ نظام إستثنائي لا يعمل به إلا بصفة مؤقتة ومحددة؛ لهذا اشترطت الدساتير المغاربية عند إعلان حالة الطوارئ التصييص على مدتها؛ وقد حدّد الدستور الموريتاني والمغربي مدّة إعلان حالة الحصار بثلاثين يوماً²، في حين اشترط الدستور الجزائري والدستور التونسي أن يكون الإعلان لمدة معينة، أي أن تحدد مدة حالة الطوارئ على وجه الدقة بمقدار زمني محدّد وغالباً ما يرى الفقه ضرورة عدم تجاوز هذه المدة أكثر من (6 أشهر)³. ومما لا شك فيه أن التحديد الزمني لحالة الطوارئ يمثل ضماناً أساسية لعدم سريان قوانين الطوارئ لفترة زمنية طويلة على الرغم من أن الإنحرافات التي تحدث في الواقع العملي بإمداد قيام حالة الطوارئ بصفة غير قانونية، مثلما حدث في الجزائر حيث استمرت حالة الطوارئ المعلنة إلى غاية رفعها سنة 2011 من طرف رئيس الجمهورية. في الأخير يلاحظ أن كل الدساتير المغاربية أخذت بالشرطين الموضوعين مع إختلاف في بعض الأحكام كما رأينا.

¹ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 324.

² يرى الفقه المغربي، أن المؤسس الدستوري وفق في مدة 30 يوماً الذي حددها، على خلاف مدة 12 يوماً في الدستور الفرنسي والتي قد تقوت الغرض الذي من أجله سمح للسلطة التنفيذية بإعلان حالة الحصار، حيث يصبح تدخل البرلمان واجبا لتمديدتها، خاصة إذا كان الأسباب معقدة وخطيرة، فيقول الأستاذ مصطفى قلوبوش أن تحديد المدة الزمنية بأمد معقول، يمكن رئيس الدولة من التغلب على الأوضاع غير العادية، كما يحول دون اللجوء إلى الإعلان عن حالة الاستثناء. أنظر: عبد النبي كايس، مرجع سابق، ص 90.

³ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 332.

ثانيا: الشروط الشكلية:

الملاحظ في الشروط الشكلية لإعلان حالي الطوارئ أو الحصار، وجود إختلاف كبير ما بين دساتير الدول المغاربية، مما يجعلنا نفضل تفصيلها في شكل فقرة متماسكة عوض أن ندرجها في نقاط؛ ولتكن البداية من الإشارة إلى أن تونس لا تميز بين حالة الاستثناء وحالة الطوارئ وخصصت لهما نفس الشروط، في حين الدستور المغربي ورد نص المادة 74 منه مختصر جدا حيث يوضح شكل الإعلان الذي يصدر بناء على ظهير شريف¹، قبل إصداره يحال على المجلس الوزاري ليتداول فيه² حسب ما جاء في الفصل 42 من الدستور الحالي، كما يشترط أن يكون الظهير موقع بلدن من طرف رئيس الحكومة.

أما بالنسبة لموريتانيا، إضافة لمنح رئيس الجمهورية صلاحية تقرير حالة الطوارئ والأحكام العرفية، اشترط اجتماع البرلمان وجوبا إذا كان لم يكن في دورة. بالنسبة للجزائر، اشترطت اجتماع المجلس الأعلى للأمن، إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، استشارة رئيس المجلس الدستوري، استشارة رئيس الحكومة، تعمدنا ذكر هذا الشرط في الأخير، حيث سبق وقلنا في دراستنا للشروط الشكلية لإعلان الحالة الاستثنائية عن تخلف الدستور الجزائري عن باقي الدساتير المغاربية في اشتراط إستشارته مكتفيا بالإستماع لمجلس الوزراء، إلا أنه تم اشتراطه في هذه الحالة.

¹ كانت تعلن حالة الحصار حسب الفصل 52 دستور 1962 بناء على مرسوم يتخذ في مجلس وزاري، أما في الفصل

48 من دستور 1972 تعلن حالة الحصار بموجب ظهير شريف يوافق عليه المجلس الوزاري.

² بداية من دستور 1972 لم يعد المؤسس الدستوري يشترط لا موافقة المجلس الوزاري ولا اتخاذ الظهير في المجلس الوزاري، وصار يكفي بان يتداول المجلس الوزاري في إعلان حالة الحصار قبل البت فيها.

خلاصة الفصل الأول:

إن الأوضاع والظروف التي تهدد وجود الدولة وسلامتها هي التي تجبرنا للتوسيع من نطاق مبدأ المشروعية والانتقال لقواعد مشروعية إستثنائية لمواجهةها بما يعرف بسلطات الضرورة أو تشريع الضرورة، هذا ما رسى عليه الفقه والقضاء المعاصرين وتبناه المؤسس الدستوري في دول المغرب العربي.

إلا أن الطابع الإستثنائي لهذا التشريع، استوجب إحاطته بضوابط قانونية ينبغي التقيد بها متى تم اللجوء إليه، لكن ما يجدر الإشارة إليه أن دساتير دول المغرب العربي إنفقت في الغالب في تصورها لهذا التشريع خاصة ما لم يتعلق بقيام البرلمان، أما التشريعات المرتبطة بوضعية البرلمان لمسنا غموض حول نية المؤسس الدستوري في إعتبارها تشريع ضرورة.

الفصل الثاني

تشريع الضرورة كآلية للإخلاق

بمقومات دولة القانون

من مقتضيات دولة القانون، إحترام مبدأي المشروعية و الفصل بين السلطات، أي خضوع الدولة في كل تصرفاتها لأحكام الدستور والقانون، وعدم تجاوز أي سلطة للصلاحيات الممنوحة لها.

لكن عندما تعجز الدولة عن مواجهة الظروف غير العادية التي تطرأ بها، تضطر للمساس بهذين المبدأين الأساسيين عن طريق تشريع الضرورة، هذا الأخير وإن كان أداة لا مفرّ منها للخروج من الأزمة التي أصابت الدولة إلاّ أنّه يتضمن في مقتضياته العديد من الآثار الخطيرة التي تمس بالدستور والمؤسسات الدستورية من جهة وبالحقوق الحريات الأساسية من جهة أخرى تحت عنوان خطورة الآثار المترتبة على تشريع الضرورة (المبحث الأول)، ولغاية التقليل والتخفيف من الآثار التي ممكن أن تنجم عنه كان من الضروري تقرير رقابة متنوعة تضمن منع التعسف في إستعماله، وتحد من تعديه على مقومات دولة القانون، وتكون هذه الرقابة من طرف البرلمان والمجلس الدستوري والقضاء تحت عنوان محدودية الرقابة على تشريع الضرورة (المبحث الثاني)

المبحث الأول: خطورة الآثار المترتبة على تشريع الضرورة.

يكتسي موضوع أثر تشريعات الضرورة، أو بعبارة أوضح الآثار التي تترتب عن منح سلطات استثنائية واسعة للسلطة التنفيذية، أهمية بالغة نظرا للخطورة الكبيرة لها على عدة مجالات، إضافة لمساسها ببعض المبادئ الدستورية العامة - كما أسلفنا الذكر - فقد يمس بالدستور والمؤسسات الدستورية القائمة هذا ما ندرسه في المطلب الأول، كما يزيد من احتمالات المساس بالحقوق والحريات الأساسية العامة مثلما سنوضح في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أثر تشريع الضرورة على الدستور والمؤسسات الدستورية.

رغم أن تطبيق المادة المتعلقة بالحالة الإستثنائية تمنح صلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية، وتركز السلطات بين يديه بهدف درء الخطر الذي يهدد المؤسسات الدستورية للدولة والحفاظ على أمن وسلامة البلد؛ إلا أنها ترتب بعض الآثار، لذا سنتعرض لأثر تشريعات الضرورة على الدستور كفرع أول، ثم أثر تشريعات الضرورة على المؤسسات الدستورية كفرع ثان.

الفرع الأول: أثر تشريع الضرورة على الدستور.

إضافة لمساس كل تشريعات الضرورة بالمبادئ الدستورية العامة، فهذا العنصر الخاص بأثر هذه التشريعات على الدستور في الحقيقة لا يشمل كل الحالات، بل يقتصر فقط على الأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية، والتي تعرف بلوائح الأزمات الخاصة، التي تعود مرجعيتها للمادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، هذه المادة التي عقب عليها بعض الفقه الفرنسي واصفا إياها بالبرنامج، ويسمى البعض بقوانين الإطار¹، وذلك جراء عدم تضمينها للسلطات الإستثنائية أو الصلاحيات الإستثنائية التي يمكن للسلطة التنفيذية اتخاذها في هذه المرحلة الخطيرة، فتم التساؤل حول ما إذا كان المجال مفتوح أمامه أم أنه يمتنع عليه القيام ببعض التصرفات القانونية، وبالرجوع للدساتير محل الدراسة، نجدها أخذت نفس المنحى بحيث لم تحدها. فطرح الفقه إشكالية ما إذا كان بإمكان رئيس الجمهورية أو الملك المساس بالدستور في هذه المرحلة من خلال تعديله أو إلغائه أو حتى إيقاف سريان بعض النصوص الدستورية؟ إشكالية مهمة وليدة الفراغ

¹ لها تطبيقات أكثر في مجال عقود الأعمال الكبرى في القطاع الخاص، حيث يكون عقد الإطار يتضمن فقط المبادئ والنقاط الرئيسية للمشروع، ثم تليه عقود تطبيقية لاحقة تفصل في المضمون.

القانوني في المادة الدستورية، ومن باب الإجتهد حاول الفقه الدستوري إعطاء حلول موضوعية لهذه التساؤلات قد تكون مرجع للقضاء الدستوري في حال ما إذا واجهته قضية مشابهة، كما قد تكون هذه الآراء الفقهية سند لموقف تشريعي ودستوري في المستقبل، ولما لا نرى معالجة دستورية مباشرة لهذه الصلاحيات الإستثنائية لتكون رادع حقيقي لأي تجاوز للسلطة التنفيذية من أجل المساس بالوثيقة الأسمى في البلاد.

لهذا، ثار نقاش فقهي حول مدى إمكانية وقف بعض أحكامه (الفقرة الأولى) أو تعديل أو إلغاء الدستور (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى إمكانية إيقاف بعض أحكام النصوص الدستورية.

يجمع الفقه الدستوري الفرنسي على أنه يحق لرئيس الدولة أن يوقف العمل ببعض مواد الدستور في أثناء تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي والتي تقابلها المادة 107 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، والمادة 39 من الدستور الموريتاني، والفصل 80 من الدستور التونسي، والفصل 59 من الدستور المغربي.

وتجسيدا لهذا الرأي، يمكن لرئيس الجمهورية أو الملك الخروج عن أحكام النظام القانوني القائم، واتخاذ أي إجراء ضروري يساهم في تجاوز الظرف الصعب، كما بإمكانه أن يوقف العمل ببعض نصوص الدستور التي يرى تعارضها مع الوضع الإستثنائي الذي تمر به الدولة، واستمرار العمل بها يزيد من المخاطر؛ وفي هذا السياق، أجاز الأستاذ " Pinto " على أن تطبيق هذه المادة يؤدي بنسبة 99 % إلى إيقاف العمل ببعض النصوص الدستورية¹.

وإن كان الإجماع من الغالبية على ذلك، إلا أنه بعض الفقه أقرّ بأنه - إفتراضا بجواز إيقاف بعض أحكام الدستور - لا يوجد فرق بين الإيقاف والتعديل من حيث المساس بالدستور؛ حيث أنه من شأن الإيقاف أن يغير في النظام الدستوري القائم²، ثم يتساءل إذا وافقنا على إمكانية وقف بعض أحكام الدستور فهل يمكن للرئيس ان يوقف العمل بالمادة 16 من الدستور الفرنسي ذاتها؟ وبالتالي على سبيل المثال يمكنه حل الجمعية الوطنية (الغرفة الأولى في البرلمان الفرنسي) على أساس أن الظروف تقتضي ذلك³.

¹ أشار لهذا الرأي، يحي الجمل، المرجع السابق، ص 132، نقلا عن الأستاذة voisset ، هذه الأخيرة بدورها التي أيدت إيقاف بعض النصوص الدستورية مفضلة الابتعاد عن الحديث على إيقاف الدستور كاملا.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 174.

³ R.Carre de malberg, op.cit, p.64.

هذا عن الفقه الفرنسي، أما الفقه العربي، فإن الدكتور يحيى الجمل - قبل التراجع عن رأيه - ذهب إلى أن الضرورة في حد ذاتها تفرض إيقاف العمل ببعض النصوص الدستورية كنتيجة حتمية وقياسا على أن إعلان قيام النظام الإستثنائي الذي من شأنه تغيير الأوضاع التي تسير عليها المؤسسات والأعمال وفق الدستور¹.

الفقرة الثانية: مدى إمكانية تعديل الدستور أو إلغائه.

يجمع غالبية الفقه الفرنسي على عدم إمكانية رئيس الجمهورية تعديل الدستور في ظل المادة 16 من الدستور الفرنسي وإن كان التعديل جزئي؛ حيث يرى الأستاذ جون لامارك "Jean Lamarque" أن السلطات الاستثنائية الممنوحة لرئيس الجمهورية في إطار المادة 16 من الدستور جاءت من أجل تمكين السلطات العامة من أداء وظائفها المنصوص عليها في الدستور، وعلى هذا الأساس لا يمكن القول بإمكانية تعديل الدستور في ظل هذا النص، ويؤكد هذا الرأي الفقيه دوفرجيه بقوله فيما معناه أن رئيس الجمهورية يستطيع أن يقوم بكل شيء في ظل هذه المادة إلا أن يعدل الدستور².

وسار الأستاذ جورج فيدال على نفس المسلك، حيث يرى أن رئيس الجمهورية لا يمكنه تعديل الدستور استنادا للمادة 16 من الدستور الفرنسي، و يبرر ذلك بأن ما سمحت به المادة المذكورة من صلاحيات إستثنائية كان من أجل إعادة الأوضاع الدستورية الطبيعية للمؤسسات العامة؛ فكيف يمكن أن تسمح تلك المادة بإجراء تعديل دائم في أوضاع المؤسسات، ولهذا يرى الدكتور يحيى الجمل أن روح النصوص الدستورية المتعلقة بتجاوز الظروف الإستثنائية تدل في مجملها على أن إرادة السلطة التأسيسية تتجه لعدم جواز تعديل الدستور³.

وعلى نقيض ما سبق ذكره، يرى الأستاذ بيردو، إلزامية إتخاذ رئيس الجمهورية الإجراءات المخولة للبرلمان⁴ بموجب المادة 34 من الدستور الفرنسي، والتي تخص المجالات التي يشرع فيها البرلمان، وبمعنى آخر فهو يحصر مجال تدخل رئيس الجمهورية في المجال التشريعي فقط دون المجال الدستوري الذي من ضمنه التعديل.

بالرجوع للدساتير موضوع الدراسة، يتضح أنه لا مجال لتعديل الدستور من طرف

¹ يحيى الجمل، المرجع السابق، ص 133.

² مشار إليه، حميد شاوش، المرجع السابق، ص 142.

³ يحيى الجمل، المرجع نفسه، ص 134.

⁴ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 177.

رئيس الجمهورية بموجب الصلاحيات الإستثنائية الممنوحة له، لأنها تناولت شروط وإجراءات تعديل الدستور حصرا، وهي المواد من 208 إلى 212 من الدستور الجزائري، والمادتين 143 و 144 من الدستور التونسي، ومن الفصل 172 إلى 175 من الدستور المغربي، والمواد من 99 و 100 و 101 من الدستور الموريتاني؛ لكن الباحث بن طيفور نصر الدين أبدى رأيا مخالفا¹ حينما قال أنه بإمكان رئيس الجمهورية في الجزائر تعديل الدستور عن طريق الأوامر التشريعية بعد أخذ رأي المجلس الدستوري²، بشرط أن لا يتعارض هذا التعديل مع ما ذكرته المادة 176 من دستور 1996، والتي تقابلها المادة 210 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

هذا بالنسبة للجانب النظري، أما الجانب العملي، فالمغرب الدولة الوحيدة بين الدول عرف أول حالة إستثناء في سنة 1965 بعد الأحداث والإضطرابات الإجتماعية مع تصاعد الإحتجاجات خاصة الطلبة وحادثتهم المشهورة في 23 مارس 1965 وسقوط العديد من الضحايا جراء إستعمال الجيش الملكي للسلاح. فأصدر الملك الحسن الثاني مرسوم ملكي رقم 136. 65 بتاريخ 07 يونيو 1965 يتضمن إعلان حالة الإستثناء؛ حيث جاء في الفصل الأول منه: " نعلن حالة الإستثناء ابتداء من 7 يونيو 1965 في الساعة الثامنة والنصف مساء". وقد تضمنت ديباجة المرسوم على احترام الإجراءات والشروط التي يتطلبها الفصل 35 من دستور 1962 بتوجيه خطاب للأمة وإستشارة رئيسي المجلسين أي مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وقد قام الملك المغربي حينها بتعديل الدستور وطرحه للإستفتاء بتاريخ 24 جويلية 1970 وتم نشره في نفس الجريدة الرسمية التي نشر فيها الظهير الشريف المتضمن إنهاء حالة الإستثناء³؛ ومما يجدر الإشارة إليه أنّ الدستور المغربي لسنة 1962 لم يكن يسمح

¹ مرزوق محمد، عمارة فتيحة، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات - دراسة مقارنة -، مقال منشور على موقع مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والإجتماعية بوجدة، المملكة المغربية، تم الإطلاع عليه بتاريخ 04 أبريل 2016.

² حقيقة لفت نظرنا هذا الرأي، ونتأسف لأنفسنا تقصيرنا في الحصول على الدراسة التي أجراها الأستاذ بن طيفور في جامعة سيدي بلعباس، على الأقل كنا نحاول دراسة الحجج والأسباب التي بنى عليه رأيه، لنتساءل عن أهمية التعديل الدستوري في تلك الظروف الإستثنائية، خاصة وأن قرار وموضوع التعديل لا يمكن أن يتخذ بين ليلة وضحاها من جهة، وعن الطابع المؤقت للظروف الإستثنائية من جهة أخرى، لذا نظن أن التركيز على الخروج من الأزمة أهم بكثير من تعديل قد لا يصب في المصلحة العامة.

³ ظهير شريف رقم 1.70.178 بتاريخ 27 جمادى الأولى 1390 الموافق 31 جويلية 1970 بإنهاء حالة الإستثناء، الجريد الرسمية، السنة التاسعة والخمسون - عدد 3013 مكرر الصادرة بتاريخ 28 جمادى الأولى 1390 الموافق 1 أوت 1970.

أصلا للملك بالمبادرة بتعديل أو مراجعة الدستور، حيث ينص الفصل 104 منه على مايلي: " التقدم بطلب مراجعة الدستور حق يتمتع به الوزير الأول والبرلمان".

وكخلاصة لهذا العنصر، نذكر رأي الأستاذ سامي جمال الذي انتقد النقاش حول مدى إمكانية التعديل أو وقف بعض أحكام الدستور حيث يرى أنه لا يجوز المساس بأحكامه تحت أي ظرف كان ومهما كان المبرر، ولا فرق أن يكون هذا المساس وقف أو تعديل أو إلغاء، لأنه انتهاك للدستور في كل الحالات، كما أن القول بإمكانية وقف بعض أحكام الدستور دون نص صريح من الدستور يعد مخالفا للمبادئ الدستورية، وهذا الرأي يشكل أكبر ضمانا لحماية الدستور، ولا نرى ضرر في اتباعه لما فيه من منفعة.

حقيقة هذا الرأي البارز في الفقه المصري لم يكن الأول من نوعه، سبق أن أبدى الباحث وجدي ثابت غبريال رأيا في نفس السياق¹ وثمنه أستاذه يحيى الجمل²، لا وبل كان حافظا رئيسيا لتراجع الأستاذ يحيى الجمل عن رأيه الأول الذي كان مؤيدا لما جاء في الفقه الفرنسي؛ وتم تأسيس هذا الرأي على أن رئيس الجمهورية هو الحامي الأول للدستور لذا لا يمكن إيقاف العمل به أو تعطيله من جهة، ومن جهة أخرى السماح لرئيس الجمهورية بإيقاف العمل ببعض النصوص الدستورية من شأنه المساس بالحقوق والحريات الأساسية المكفولة دستوريا.

وعن رأي الباحث في المسألة، وبناء على توجهه وموقفه العام من ضرورة تقييد سلطات السلطة التنفيذية قدر الإمكان اعتبارا أنه وضع إستثنائي يستجد به لتجاوز الظروف الصعبة التي دعت إليه وليس امتيازاً، فنؤيد رأي الفقه المصري الواجب الاتباع لأنه الأصح في نظرنا لهذه اللحظة على الأقل؛ ومنه نتمنى جرأة أوسع وفطنة أكبر من المؤسس الدستوري المغاربي لحسم هذه المسألة في صلب الدستور.

وكإستنتاج أخير لموقف الفقه من هذا الإشكالية، نقول إجماع غالبية الفقه الغربي والفرنسي على جواز إيقاف أحكام بعض النصوص الدستورية مع وجود نية نحو التراجع عن هذا الرأي كما حدث مع الأستاذ يحيى الجمل، والأستاذ بيردو Burdeau، وبالمقابل إجماع الفقه على عدم إمكانية تعديل الدستور أو إلغائه.

¹ حيث يقول: " والخلاصة إننا لا نقر تمتع رئيس الجمهورية بسلطة مخالفة أحكام الدستور على أي وجه كانت المخالفة أو المساس بها لأن الدستور يجب أن يظل في جميع الظروف هو المعيار الوحيد لقياس مشروعية أعمال الإدارة، سواء الصادرة عنها في الظروف العادية أو في الظروف الإستثنائية..". للمزيد حول هذا الرأي، راجع، وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص 239.

² يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ص 176 - 177.

الفرع الثاني: أثر تشريع الضرورة على المؤسسات الدستورية.

لتشريعات الضرورة أثر على المؤسسات الدستورية أيضا أو على توزيع الإختصاص بين المؤسسات الدستورية، فسنعالج في الفقرة الأولى التعدي على سلطات المؤسسة التشريعية، ثم نتطرق لتوسيع صلاحيات السلطة التنفيذية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: التعدي على سلطات المؤسسة التشريعية.

نعرض بداية تضيق السلطات التشريعية للبرلمان، ثم مدى تأثير تشريع الضرورة على الوظيفة الرقابية للبرلمان في الحالة الاستثنائية.

أولا: تضيق السلطات التشريعية للبرلمان.

1 * بالنسبة للتشريع بأوامر أو مراسيم قوانين في غيبة البرلمان: لعل تقرير إمكانية تشريع رئيس الجمهورية في الحالات التي سبق ذكرها، يشكل مزاحمة منه للسلطة التشريعية في اختصاصها الأصيل، وهذا من شأنه أن يهدد الحياة التشريعية القائمة على مبدأ الفصل بين السلطات بتقليل سلطة البرلمان في التشريع.

ورغم ما سبق ذكره حول سبب منح رئيس الجمهورية تشريع الضرورة وارتباطه في الغالب بالحاجة الملحة للتشريع سواء لمجابهة الحالة الإستثنائية المتعلقة بالوضع السياسية أو بالحالة العملية والتقنية التي لا تحتمل التأخير؛ فإن الواقع العملي خاصة لاستعمال الأوامر في غيبة البرلمان بشكل مفرط يجعلها تخرج من الإطار الإستثنائي التي وضعت فيه، لا وبل صارت كأداة لتقوية مركز رئيس الجمهورية¹.

2 * بالنسبة للتشريع بأوامر في الحالة الإستثنائية: إذا ما سلمنا بالطابع الفجائي والإستثنائي للظروف التي قد تهدد كيان الدولة وتشل مؤسساتها، وأمام عجز القوانين العادية عن مجابهة هذا الظرف الإستثنائي، ورغم وجود البرلمان فقد يعجز عن التدخل السريع، تزيد الأوضاع سوءا، على هذا الأساس تم تخويل رئيس الجمهورية أو الملك سلطة واسعة جدا باعتبار حامي الوطن والدستور، باتخاذ التدابير اللازمة لدرء الخطر وإعادة السير العادي للمؤسسات للخروج من تلك الأزمة أو الوضع الإستثنائي، لكن لنا أن نتساءل عن دور البرلمان في هذه الفترة؟ فقد أجمعت الدساتير المغاربية على إشتراط الإجتماع الوجوبي للبرلمان، فهل يعقل أن لا يساهم في تجاوز المحنة وحل الأزمة؟ ألا

¹ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 145.

يتصور سوء تقدير من الملك أو رئيس الجمهورية في إدارة الأزمة أو أي انحراف في استعمال السلطة فمن يحمي حينها الوطن والشعب؟ إذن ما الغاية من هذا الاجتماع الوجوبي؟

في هذا الصدد يذهب الأستاذ أحسن رابحي إلى أن البرلمان لا يملك الأسس الدستورية لمعارضة إرادة الرئيس أو الملك للسمو الشخصي لهما، ويضيف أنه بإمكانه متابعة نشاط الرئيس أو الملك وطلب أي استفسار يراه ضروري¹ في إطار الرقابة العادية على الحكومة؛ وإذا ما أخذنا بهذا الرأي فيما يخص الاستفسار نلاحظ مدى صغر حجم البرلمان أمام الرئيس فحتى الاستفسار يوجه للحكومة وليس لشخص الرئيس.

وهنا وجب طرح السؤال الآتي: هل يمكن للبرلمان ممارسة إختصاصاته التشريعية في الحالة الإستثنائية؟

أجمع الفقه الدستوري على إحتفاظ البرلمان بسلطاته التشريعية في الفترة الإستثنائية، لكن هل يكتفي بالموضوعات المتعلقة بالظروف العادية أم أنه يمكنه مباشرة التشريع فيما يخص الظروف الاستثنائية أيضا؟

يرى جانب من الفقه أنه لا يستطيع البرلمان التدخل في أي إجراء تشريعي أن تباشره السلطة التنفيذية قياسا بمنع البرلمان من التشريع في المجال المفوض للحكومة² بناء على قانون التفويض أو التأهيل طبقا للمادة 38 من الدستور الفرنسي؛ في نفس السياق يفسر عدم إمكانية البرلمان التدخل في هذه السلطة، بأنها موكولة أصلا للسلطة التنفيذية دون أن تشترط غياب البرلمان مما يفهم إنفراد السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية أو الملك في التشريع لوحدها في الإجراءات التي تهدف للخروج من الوضع الاستثنائي، ولا يملك البرلمان سوى مناقشة الإجراءات دون أن يتخذ أي موقف مؤثر بصدها³.

في حين يرى آخرون، أنه يسمح للبرلمان مناقشة الإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية في الظروف الإستثنائية، كما يمكنه إصدار أي قرار في ذلك الشأن⁴.

¹ رابحي احسن، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 393.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 213.

³ يحي الجمل، المرجع السابق، 127.

⁴ Lamarque, op.cit, p.621.

3* محدودية صلاحيات البرلمان في حالة الطوارئ أو الحصار: يركز المؤسس الدستوري السلطتين التنفيذية والتشريعية في يد رئيس الجمهورية أو الملك، هذا ما يؤدي لانعكاسات سلبية على العلاقة بين السلطتين، فكل توسع في صلاحيات السلطة التنفيذية فلا يكون إلا على حساب المشرع الأصلي والحقيقي. ويتفق الجميع على أن الشروط المطلوبة، خاصة منها الشكلية ماهي إلا غطاء شرعية إستثنائية.

ثانيا: مدى تأثير تشريع الضرورة على الوظيفة الرقابية للبرلمان.

افترض الفقه هذه المسألة حول ما إذا كان يمكن إثارة مسألة سحب الثقة من الحكومة؟ للإجابة على السؤال ذكر الأستاذ يحي الجمل في هذا الصدد، موقفين مختلفين لفقهاء فرنسيين، جورج بيردو وأندريه هوريو، حيث ذهب هذا الأخير إلى أن تطبيق النص الخاص بالحالة الاستثنائية لا يترتب عنه أي تقييد لصلاحيات البرلمان العادية، في حين يرى بيردو أن تطبيق هذا النص، يمنع على البرلمان سحب الثقة من الحكومة قياسا بالمنع المتعلق بحل الجمعية الوطنية المنصوص عليه في صلب الدستور.

وفي نفس السياق، رفض رئيس الجمعية الوطنية الفرنسية طرح مسألة الثقة في الفترة الإستثنائية، معللا رأيه بالتوازن الايجابي بين السلطات الدستورية بإسقاط حق الجمعية الوطنية في طرح الثقة بالحكومة موازاة مع منع السلطة التنفيذية من حل الجمعية الوطنية¹.

وما يجدر الإشارة إليه أنّ المؤسس الدستوري المغاربي² اشترط عدم جواز حل البرلمان أثناء تطبيق هذه الحالة، في حين اتفق الفقه الدستوري على عدم جواز طرح مسألة الثقة بالحكومة³، ونجد هذا الاتفاق مكرّس في صلب الدستور التونسي⁴.

الفقرة الثانية: توسيع سلطات السلطة التنفيذية.

ندرس السلطات التشريعية (أولا)، ثم نتطرق للسلطات الإدارية والقضائية (ثانيا).

أولا: السلطات التشريعية: يفسّر البعض أنّ ممارسة السلطة التنفيذية لعملية التشريع بأوامر لا يعد إعتداء على مجال إختصاص البرلمان، ولا يمس بمبدأ التوازن بين

¹ يحي الجمل، المرجع السابق، ص 129-130.

² التونسي، المغربي، الموريتاني، أما الجزائري لم يدرج هذا الشرط.

³ تسمى في الجزائر " ملتصق الرقابة "، وفي تونس " لائحة اللوم ".

⁴ الفقرة الثانية من الفصل 80 من الدستور التونسي.

السلطتين، على أساس أن اتخاذ السلطة التنفيذية لتلك الأوامر في غيبة البرلمان مقيد بشرط تقديمها للبرلمان في أو جلسة له، وبالتالي يمكن إلغاؤها.

تدخل السلطة التنفيذية في المجال التشريعي في هذه الظروف، يتميز بالطابع المؤقت والجزئي، لأن تشريعاتها تدخل في نطاق موضوعات التي فرضتها الظروف الخطيرة ولا تحتل التأخير¹، فمواجهتها أمر ضروري ومصيري للدولة والأمة.

هل يلتزم رئيس الجمهورية أو الملك بممارسة صلاحياته التشريعية المرتبطة فقط بالظروف الاستثنائية والتي هدفها المحافظة على استقلال الدولة وأمنها وسلامة ترابها أم أنه بإمكانه التشريع في أي مجال مخول للبرلمان؟

المتعمّن في النصوص التي سمحت لرئيس الجمهورية بالتشريع في الجزائر، يلاحظ النص على التشريع بأوامر في الحالة الإستثنائية في المادة 142 فقرة 3 من التعديل الدستوري لسنة 2016 المتعلقة بالتشريع في غياب البرلمان وليس في المادة 107 المتعلقة بالحالة الإستثنائية، فهل كان هذا التنصيص من أجل إضفاء الصبغة التشريعية على ما يصدر في هذه الفترة أم أنه إحياء من المؤسس الدستوري على أن سلطة رئيس الجمهورية التشريعية واسعة وتشمل كل ما يمكن للبرلمان التشريع فيه مثله مثل التشريع في غيبة البرلمان بموجب الأوامر التشريعية.

ثانيا: السلطات الإدارية والقضائية:

أ* **السلطة الإدارية:** أو كما تعرف بالسلطة التنظيمية، باعتبار رئيس الجمهورية أو الملك الرجل الأول في السلطة التنفيذية، وإلى جانب الصلاحيات التشريعية الواسعة التي يتمتع بها، فإنه يستفيد أيضا من توسيع في سلطاته الإدارية خاصة ما تعلق منها بالضبط، حيث بإمكانه إصدار القرارات الإدارية التي يراها مناسبة.

ب* **السلطة القضائية:** بعد إعلان حالة الطوارئ أو الحصار أو الحالة الإستثنائية لا يعني استمرار صدور كل القرارات من رئيس الجمهورية أو الملك، بل تختص جهات معينة معروفة بجهات الضبط، فما مدى تأثير تشريع الضرورة على إختصاص السلطة القضائية في الظروف الإستثنائية؟ لكن قبل ذلك وجب الإشارة إلى أنه لم يسبق لرئيس الجمهورية أو الملك إتخاذ مثل هذه التدابير.

¹ مصطفى رباحي، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2005/2004، ص 122.

رغم أن هناك بعض الفقه من ذهب إلى أنه لا يوجد ما يمنع ذلك، إلا أنه صعب أن يتم قبول هذه الفكرة فهي تشكل إعتداء حقيقي من سلطة على سلطة أخرى، لكن القضاء الإداري الفرنسي كان له رأي مخالف وسمح بذلك، في قراره الصادر بتاريخ 19 فيفري 1947 أقر مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية قرار محافظ مقاطعة لار الصادر في سنة 1944 والخاص باعتقال السيد Bosquain ووضع في السجن دون صدور أمر من السلطة القضائية، رافضا طعن السيد Bosquain على أساس أن الظروف التي صدر فيها القرار تشكل خطورة على الأمن العام¹.

كما نضيف حالة إنشاء محاكم عسكرية أو محاكم أمن الدولة، بكل تأكيد الإجراءات أمامها تختلف عن الإجراءات في الأحوال العادية؛ وقد طبقت في الجزائر وتونس.

المطلب الثاني: أثر تشريع الضرورة على حقوق وحرية الأفراد.

قلنا أن تشريعات الضرورة من شأنها المساس بحقوق وحرية الأفراد، لذا سندرس بعض مظاهر هذا المساس، سنركز في دراستنا على الحالات التطبيقية لتشريعات الضرورة في دول المغرب العربي المتعلقة بالظروف الإستثنائية التي تمر بها البلد، لأنها تتضمن إجراءات تمس بحقوق وحرية الأفراد، حيث حتى وان سلمنا ان التشريع في غياب البرلمان والتشريع بناء على أمر تفويضي تعتبر تشريعات ضرورة فيستبعد مساسها بالحقوق والحرية، على الأقل في الوقت الراهن في الدول محل الدراسة التي لا تشترط بصراحة توافر حالة الضرورة عدا التوجه الجديد للدستور الجزائري في تعديله لشروط الأوامر التشريعية في غيبة البرلمان الذي يمكن تكيفه كتوجه جديد نحو تقييد التشريع في غياب البرلمان كما سبق وأن رأينا.

ويظهر أن دول المغرب العربي عرفت حالة الطوارئ بكثير الجزائر وتونس، في حين أعلنت الجزائر حالة الحصار مرة واحدة، وأعلنت المملكة المغربية حالة الإستثناء مرة واحدة، ونظرا لغياب نصوص تطبيقية للحالة الإستثنائية رغم خطورتها، نقتصر على أثر حالتها الطوارئ والحصار مستشهدين في ذلك بالنصوص الصادرة في الجزائر وتونس، على أن ندعمها بما جاء في التقارير عن الوضع العام للحقوق والحرية التي تعدها لجان ومراكز حقوقية متخصصة في كل من المغرب وموريتانيا، وكل موقف

¹ أشار إليه، غيلاني الطاهر، عملية تنظيم حالة الظروف الاستثنائية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013 - 2014، ص 134.

توصلنا إلى الحصول عليها في الدول المغاربية الأربعة، في النهاية النتيجة واحدة ألا وهي تقييد الحقوق والحريات الأساسية.

لذا سنتناول تشريعات الضرورة وتأثيرها على الحقوق والحريات الفردية كفرع أول، ثم تشريعات الضرورة وتأثيرها على الحقوق والحريات العامة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تشريع الضرورة وتأثيره على الحقوق والحريات الفردية.

لا يمكن التطرق لكل الحقوق والحريات الفردية، لكن بعد الاطلاع على واقع تشريعات الضرورة والاجراءات الاستثنائية في دول المغرب العربي لمسنا مساسها بشكل أكثر بحرية التنقل والإقامة (الفقرة الأولى) وحق الفرد في الأمن وفي السلامة الجسدية (القرة الثانية).

القرة الأولى: حرية التنقل و الإقامة.

اعترفت بهذه الحرية الدساتير الداخلية وحتى المواثيق والاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسان، حيث نصت المادة 12 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن: "كل فرد حرية التنقل وإختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة. يحق لكل فرد أن يغادر أي بلاد بما في ذلك بلده، كما يحق له العودة إليه". كما نصت المادة 12 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على أن: "لكل شخص الحق في التنقل بحرية وإختيار محل إقامته داخل دولة ما شريطة الإلتزام بأحكام القانون".

تبنت الدساتير محل الدراسة هذه الحرية، حيث جاء في المادة¹ 55 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته وأن يتنقل عبر التراب الوطني. حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له. لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة وبموجب قرار مبرر من السلطة القضائية".

ينص الفصل 24 من الدستور التونسي: " تحمي الدولة الحياة الخاصة، وحرمة المسكن، وسرية المراسلات والاتصالات والمعطيات الشخصية. لكل مواطن الحرية في اختيار مقر إقامته وفي التنقل داخل الوطن وله الحق في مغادرته".

وبما أن هذه الحرية تدخل ضمن الحريات الشخصية الفردية التي كفلتها الدساتير المغاربية فإنه لا يجوز المساس بها إلا ما يدخل في مقتضيات المصلحة العامة في حدود

¹ تقابلها المادة 46 من دستور 1996، والمادة 41 من دستور 1989.

القوانين والتشريعات منعا للتعسف¹.

وقد عرفت الجزائر كما هو معلوم ظروف غير عادية أقرت من خلالها الدولة نظام إستثنائي بإعلان حالة الحصار² ثم حالة الطوارئ³، ومن بين التدابير المتخذة والمقيدة لهذه الحرية نذكر:

أولاً: الوضع تحت الإقامة الجبرية والمنع من الإقامة.

سنحاول عرضهما في حالة الطوارئ وفي حالة الحصار:

أ/- **كتدبير من التدابير المتخذة تطبيقاً لحالة الطوارئ:** بمقتضى هذا التدبير يحدد محل إقامة الشخص، ويمنع من التنقل خارج محل إقامته⁴. وفي هذا المقام نصت المادة 06 من المرسوم 92-44 المذكور سلفاً: " يخول وضع حالة الطوارئ حيز التنفيذ لوزير الداخلية والجماعات المحلية في كل التراب الوطني، والوالي على امتداد تراب ولايته في إطار التوجيهات الحكومية سلطة القيام بما يأتي: ... 4- منع من الإقامة أو وضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام أو بسير المصالح العمومية". والملاحظ أن المادة حددت فقط سن الرشد، ولم تحدد النصوص التطبيقية أي شروط أخرى سواء تتعلق بالنشاط أو بأحكام تتعلق بالإجراء.

مثل هذا الإجراء قد يكون تعسفياً ويؤثر سلباً على حقوق وحرية الأفراد، ومن بين الأمثلة التي وردت في الدراسة المنشورة على موقع منظمة العفو الدولية، حالة الشاب التونسي نزار الرياشي، الذي وُضع رهن الإقامة الجبرية منذ نوفمبر 2015، ويتعين عليه إثبات وجوده لدى مركز الشرطة في منطقتيه مرتين يومياً. ونظراً لمنعه من السفر، لم

¹ صورية العاصمي، تأثير نظام الضبط الإداري على الحقوق والحرية العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2012، ص 125.

² وصدر المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991، بتقرير حالة الحصار (ج.ر، السنة الثامنة والعشرون، العدد 29، المؤرخة في 29 ذو القعدة 1411 الموافق ل 12 جوان 1991، ص1087)، لمدة أربعة أشهر بداية من يوم 05 جوان 1991 على الساعة الصفر؛ وأوضحت المادة الثانية منه الهدف من إعلان الحصار وهو الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة الديمقراطية والجمهورية، واستعادة النظام العام وكذلك السير العادي للمرافق العمومية، بكل الوسائل القانونية والتنظيمية. وتم تولي السلطة العسكرية صلاحية ممارسة سلطة الضبط الإداري بدل السلطات المدنية التي تحتفظ بممارسة السلطات المدنية التي لم تنتزع منها.

³ بموجب المرسوم الرئاسي 44/92 المؤرخ في 09 فيفري 1992، ج.ر، السنة التاسعة والعشرون، العدد 10، المؤرخة في 05 شعبان 1412 هـ الموافق ل: 09 فيفري 1992م.

⁴ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 164.

يتمكن من اللحاق بزوجته في ألمانيا بسبب أمر الإقامة الجبرية. كما أنه أصبح غير قادر على العمل لإعالة نفسه¹.

ب/ الوضع تحت الإقامة الجبرية كتدابير من التدابير الممنوحة للسلطات العسكرية في حالة الحصار: نصت عليه المادة الرابعة من هذا المرسوم، وحددت المادة الخامسة الأشخاص الذين يتخذ ضدهم هذا التدبير، وهم:

- الذين يعرضون النظام العام والأمن العمومي للخطر بسبب نشاطاتهم.
 - الذين يخالفون الترتيبات والتدابير المتخذة تطبيقاً للمادة 8 من نفس المرسوم².
- ويتم الطعن في هذا القرار أمام المجلس الجهوي لحفظ النظام العام خلال عشرة أيام من تقريره.

وفي نفس الإطار نظمت المادة العاشرة أحكام تنقل الشخص الموضوع تحت الإقامة الجبرية، حيث يقدم طلب إذن من السلطة العسكرية محل إقامته، للتنقل داخل التراب الوطني لمدة أقصاها 15 يوماً، ولم يشر المرسوم لإمكانية الطعن في قرار رفض الترخيص بالتنقل³.

ج/- المنع من الإقامة كتدابير من التدابير الممنوحة للسلطات العسكرية في حالة الحصار: حسب المادة الثامنة من المرسوم، يمكن منع إقامة⁴ أي شخص راشد يظهر أن نشاطاته مضرّة بالنظام العام وبالتسيير العادي للمرافق العمومية.

طبقاً للمادة الثالثة من المرسوم، يتم الطعن في قرار المنع أمام المجلس الجهوي لحفظ النظام العام في غضون 10 أيام، كما تسمح المادة 15 من نفس المرسوم للمعني

¹ أنظر، موقع منظمة العفو الدولية باللغة العربية، مقال بعنوان: " تونس: قيود مشددة على الحريات وعلى التنقل في أحدث ظواهر قانون الطوارئ القمعي"، منشور بتاريخ 17 مارس 2016 على الساعة 16.09 بالتوقيت العالمي، تم الإطلاع عليه يوم 02 أبريل 2016 على الساعة 01.52 بتوقيت الجزائر.

² تتمثل في منع حرية المرور والتجمع في الطرقات والأماكن العمومية المنع من الإضرابات، وتسخير بعض المستخدمين في أماكن عملهم.

³ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 173.

⁴ تحدد الأماكن التي يمنع الإقامة فيها حسب سبب اتخاذ القرار، وشخصية المعني، حسب المادتين الرابعة والخامسة من المرسوم التنفيذي 91-203 المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يضبط كليات تطبيق تدابير المنع من الإقامة، ج.ر، السنة الثامنة والعشرون ، العدد 31، المؤرخة في 14 ذو الحجة 1411هـ الموافق ل 26 جوان 1991، 1124.

بالأمر طلب الإذن من السلطة العسكرية بالإقامة المؤقتة لمدة لا تتجاوز 15 يوما في المكان الذي منع فيه، لأسباب قاهرة¹.

ثانيا: تطبيق نظام حظر التجول: يتم تقييد حرية التنقل في أثناء سريان إحدى حالات الضرورة المتعلقة بالظروف الاستثنائية المهددة لأمن وسلامة البلاد غالبا بموجب إجراء فرض حظر التجول²، والمقصود به منع وجود الأشخاص في الأماكن العمومية في فترة زمنية محددة، كما حدث في تونس بموجب الأمر عدد 1 لسنة 1984 مؤرخ في 3 جانفي 1984 تم إعلان حالة الطوارئ بكامل تراب الجمهورية³، وتبع هذا الأمر صدور أمر عدد 2 لسنة 1984 المؤرخ في 3 جانفي 1984 يتعلق بمنع المظاهرات والجولان بكامل تراب الجمهورية⁴. وجاء في مضمونه ما يمس بالحريات العامة:

- 1* منع كل تجمع يفوق ثلاثة أشخاص بالطريق العام وبالساحات العامة.
- 2* حظر التجول على الأشخاص والسيارات ابتداء من الساعة السادسة مساء إلى الساعة الخامسة صباحا.

أما في الجزائر، قد تم فرض حظر التجول ليلا بدءا من الساعة العاشرة حتى الساعة الخامسة صباحا، ذلك بموجب البيان الصادر في 06 جوان 1991 عن السلطة العسكرية المكلفة بتسيير حالة الحصار، حيث استثنى بعض الفئات مثل أعوان الحماية المدنية عمال مؤسسة الكهرباء والغاز... الخ، ويقول في هذا الصدد الأستاذ غضبان مبروك معاتبا قصور البيان في عدم استثناء المسافرين أيضا حيث يرى أنه قد يتعرض أي مسافر للقبض جراء وصوله المتأخر⁵ إلى المحطة قادما من ولاية أخرى، وتم رفع أو تعليق حظر التجول في بيان صادر في 16 جويلية 1991 يبدأ سريان التعليق من اليوم الموالي في منتصف الليل⁶. كما تم تطبيقه في مناسبة إعلان حالة الطوارئ أيضا، ذلك بقرار صادر عن وزير الداخلية في 30 نوفمبر 1992 يتضمن حظر التجول في بعض

¹ يتم الطعن في قرار رفض طلب الإذن أمام قيادة أركان الجيش الوطني الشعبي.

² أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص 57.

³ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 127- عدد 1، المؤرخ يوم الثلاثاء 3 جانفي 1984، ص 2.

⁴ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 127- عدد 1، المؤرخ يوم الثلاثاء 3 جانفي 1984، ص 3.

⁵ مبروك غضبان، المرجع السابق، ص 25.

⁶ أشار إليه، عبد الحفيظ بكاي، الحريات العامة في الظروف الغير عادية في ظل الدستور الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، ص 68، مؤكدا نشره في جريدة الوطن، ليوم 16 جويلية 1991.

الولايات¹، وقد حددت المادة الأولى منه وقت حظر التجول والولايات المطبق فيها: "تطبيقاً لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 09 فيفري سنة 1992 والمذكور أعلاه²، يعلن ابتداء من 5 ديسمبر سنة 1992، عن حظر التجول من الساعة العاشرة والنصف ليلاً إلى غاية الساعة الخامسة صباحاً على تراب ولايات الجزائر والبلدية وبومرداس وتيبازة والبويرة والمدينة وعين الدفلى"، واستثنى في مادته الثانية بعض المستخدمين والذين يملكون رخصة أمر بمهمة بصفة استثنائية للقيام بنشاطاتهم المهنية أي أنهم يمكنهم التنقل، وحاولت السلطات أن تكون لينة بالسماح للمواطنين الراغبين في التنقل بتقديم طلب ترخيص طبقاً للمادة 03 من القرار، وتعتبر رخصة التنقل شخصية تسمح لحائزها بالتنقل بصفة استثنائية في حالة الضرورة القصوى أثناء فترة حظر التجول.

الفقرة الثانية: حق الفرد في الأمن وحفظ حرمة مسكنه.

يتم المساس بهما عن طريق الوضع في مراكز الأمن (أولاً) والتفتيش (ثانياً):

أولاً: الوضع في مراكز الأمن : نصت المادة 5 من المرسوم 92 - 44 على: "يمكن لوزير الداخلية والجماعات المحلية أن يأمر بوضع أي شخص راشد يتضح أن نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العموميين، أو على السير الحسن للمصالح العمومية في مركز محدد. تنشأ مراكز الأمن بقرار من وزير الداخلية والجماعات المحلية". لهذا يعتبر الوضع في مراكز الأمن، تدبيراً إدارياً، ذا طابع وقائي، يتمثل في حرمان كل شخص راشد يعرض سلوكه للخطر، النظام والأمن العموميين، وكذا حسن سير المصالح العمومية من حريته في الذهاب والإياب، بوضعه في أحد المراكز المحدثة بقرار³ وزير

¹ ج.ر، السنة التاسعة والعشرون، العدد 85، المؤرخة في 07 جمادى الثانية 1413 الموافق ل: 02 ديسمبر 1992.

² المرسوم الخاص بإعلان حالة الطوارئ

³ صدرت عدة قرارات في هذا الشأن، حيث أنشأت مراكز أمن؛

- قرار مؤرخ في 10-02-1992 متضمن إنشاء مركز أمن في رقان ولاية أدرار، قرار بنفس التاريخ يتضمن إنشاء مركز أمن عين صالح ولاية تامنغاست، قرار بنفس التاريخ يتضمن إنشاء مركز أمن في ورقلة، ج.ر. عدد 11، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 11 فيفري 1992.

- قرار مؤرخ في 10-02-1992 متضمن إنشاء مركز أمن في عين الحمر ولاية أدرار، قرار بنفس التاريخ يتضمن إنشاء مركز أمن في برج عمر ادريس ولاية البيزي، ج.ر، عدد 14، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 23 فيفري 1992.

- قرار مؤرخ في 19-02-1992 يتضمن إنشاء مركز أمن في المنيعنة ولاية غرداية، ج.ر، عدد 15، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 26 فيفري 1992.

- قرار مؤرخ في 29-02-1992 يتضمن إنشاء مركز أمن في عين امقل ولاية تامنغاست، ج.ر، عدد 18، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 8 مارس 1992.

الداخلية والجماعات المحلية".

ومن خلال هذه المادة وبقية النصوص المرتبطة بها، نستنتج شروط تطبيقها في النقاط الآتية:

- اتخاذ قرار الوضع من وزير الداخلية والجماعات المحلية بناء على اقتراح من مصالح الأمن أو من طرف السلطة المفوض لها.

- أن يكون الشخص الخاضع للوضع في مركز الأمن رشيدا.

- أن يعرض بنشاطه النظام العام والأمن العمومي أو السير العادي للمرافق العمومية للخطر، ويجدر الإشارة أنه لم يتم تحديد النشاطات التي تمس بالنظام العام¹، بل ترك السلطة التقديرية الواسعة للإدارة، مما لا يأتي في مصلحة الأفراد لأنه يفتح باب التعسف في التفسير الموسع للنشاطات.

ويمكن الطعن في تدبير الوضع في مركز الأمن، لدى والي ولاية مكان إقامة الشخص الموضوع في مركز الأمن، ويقدم الطعن إلى المجلس الجهوي للطعن².

وفي إطار حالة الحصار أيضا منحت المادة 4 من المرسوم 91-196، السلطة العسكرية الحق في اتخاذ تدابير الاعتقال الإداري ضمن الحدود والشروط التي تحددها الحكومة. وقد أوردت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 91-201 المتضمن ضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه: " أن إجراء الاعتقال الإداري يتخذ بناء على اقتراح مقدم من مصالح الشرطة مرفقا برأي لجنة رعاية النظام العام، التي تدرس وتتصح بتطبيق التدابير الاستثنائية الواردة بالمرسوم.

يتمثل مبرر إتخاذ تدبير الإعتقال الإداري في خطورة الشخص على النظام العام والأمن العام، لذا يتم الاعتماد غالبا على ظاهر الشخص التي يثار حول شكوك، هذا ما يؤدي للتعسف في إستعمال هذا التدبير وكثرة الإعتقالات في التطبيق العملي له سواء في الجزائر من خلال ما يعرف بالإضراب السياسي الذي نظمته جبهة الإنقاذ في سنة 1991، أو في تونس في حالات إعلان الطوارئ المتكررة بشكل يخرجها من الطابع المؤقت لها ليجعلها حالة مستمرة فتكثر الإعتقالات الإدارية.

¹ جغلول زغودود، حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، مدرسة الدكتوراه تيزي وزو، نوقشت في 29 نوفمبر 2005، ص 117.

² تم إنشاء سنة مجلس جهوية وفي: الجزائر، البلديّة، وهران، بشار، ورقلة، قسنطينة بموجب المادة 5 من المرسوم 92 /75، وحددت الفقرة الثانية من نفس المادة امتداد الاختصاص الاقليمي لهذه المجالس.

ثانيا: إجراء التفتيش ليلا أو نهارا.

يعد التفتيش إجراء خطير جدا لتأثيره المباشر على حقوق وحرىات الافراد، ونظرا للأهمية التي يكتسيها، نص عليه المؤسس الدستوري في المادة 47 من تعديل سنة 2016: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه. ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة". كما ضببت المادة 122 من قانون الإجراءات الجزائية مجال إجراء التفتيش؛ غير أن هذه القاعدة تتأثر أثناء الظروف الإستثنائية وتقدم المصلحة العامة على حساب الحقوق والحرىات الأساسية¹.

الفرع الثاني: تشريع الضرورة وتأثيره على الحقوق والحرىات الجماعية.

من أكثر الحقوق والحرىات الجماعية التي تتعرض لتقييد في حالة الضرورة والظروف الاستثنائية، حرية الاجتماع وتكوين جمعيات (الفقرة الأولى) وحرية الإعلام والرأي والتعبير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حرية الإجماع وتكوين جمعيات.

لهذه الحرية أهمية بالغة في حياة أفراد المجتمع، يظهر ذلك من خلال ما تحققه من ترابط بينهم، كما تركز مبادئ الديمقراطية التشاركية، وتسمح بإبراز مؤهلاتهم ومعارفهم. عالجت هذه الحرية دساتير الدول المغاربية بما لا يتعارض مع ضمان الهدوء والسكينة والحفاظ على النظام العام؛ حيث نص الفصل 29 من الدستور المغربي في فقرته الأولى على أن: "حرىات الاجتماع والتجمهر والتظاهر السلمي، وتأسيس الجمعيات، والانتماء النقابي والسياسي مضمونة. ويحدد القانون شروط ممارسة هذه الحرىات"، وصدّر هذا القانون بموجب ظهير شريف رقم 1.58.377 المتعلق بالتجمعات العمومية²، وقع تغييره وتنميه بموجب الظهير الشريف بمثابة القانون رقم 1.73.284 بتاريخ 10 أبريل 1973 وبالقانون 76-00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.200 الصادر في 23 جويلية 2002. وفي تونس ينص الفصل 37 من الدستور أن حرية الاجتماع والتظاهر السلميين مضمونة. وجاء التصييص عليها في المادة 10

¹ ابراهيم تونصير، المرجع السابق، ص 90.

² قانون الحرىات العامة، إصدارات مركز الدراسات والأبحاث الجنائي، سلسلة نصوص قانونية، المغرب، أكتوبر 2011، العدد8، ص 33.

من الدستور الموريتاني بأن تضمن الدولة لكافة المواطنين الحريات العمومية ومنها حرية الاجتماع.

كما اعتمد مجلس حقوق الإنسان في الأمم المتحدة بموجب القرار 15/21 أن لكل شخص الحق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات، حيث اعتبر أنهما يشكلان عنصرين جوهريين من عناصر الديمقراطية يتيحان للأفراد التعبير عن آراءهم. وشدد المجلس على عدم تقييد هذه الحريات إلا بما يجيزه القانون الدولي لحقوق الإنسان.

أولاً: إغلاق أماكن الاجتماع: ومن مظاهر سلطات الضبط في تقييد هذه الحرية نجد: * من خلال المادة 07 من المرسوم، التي مكّنت وزير الداخلية والوالي المختص إقليمياً - بناء على توجيهات الحكومة- سلطة إصدار قرار بالإغلاق المؤقت طيلة قيام حالة الطوارئ؛ القاعات الترفيهية و أماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها، كم طال المنع أي مظاهر يحتمل فيها الإخلال بالنظام العام والطمأنينة العمومية.

وفي تونس منح الفصل 7 من الأمر المنظم لحالة الطوارئ، الحق لوزير الداخلية أو الوالي الأمر بالغلق المؤقت لقاعات العروض ومحلات بيع المشروبات وأماكن الاجتماعات مهما كان نوعها.

وعن المرصد المغربي للحريات العامة، من خلال الاجتماع الدوري المقام في 13 أبريل 2015 بعد تتبع أوضاع الحقوق والحريات العامة بالمغرب، استنكر المضايقات والمساس بحرية التنظيم والتجمع، واعتبر ذلك انتهاكاً خطيراً وصارخاً للقانون الجاري به العمل ومتنافياً مع مقتضيات الدستورية.

ثانياً: توقيف نشاط الجمعيات.

تطرقت المادة 09 من المرسوم الرئاسي 91-196 إمكانية التوقيف الكلي لنشاط الجمعيات، في حالة قيام قادتتها أو أعضائها بأعمال مخالفة للقوانين السارية المفعول¹.

كما جاء في تقرير المرصد المغربي للحريات العامة - المشار إليه أعلاه - ورغم أنها في ظروف عادية إلا أنه تم حرمان العديد من الجمعيات من وصولات الإيداع أو رفض تسلم ملفاتها القانونية سواء تعلق الأمر بالتجديد أو التأسيس، مما يشكل انتهاكاً من

¹ في هذا الصدد، تنص المادة 34 من القانون 89-11 المتعلق بالجمعيات السياسية، يجوز للوزير المكلف بالداخلية طلب الحل القضائي للجمعية التي تصدر ضدها الإجراءات المشار إليها في المادة 33 من القانون؛ وجاءت المادة 33 بالمبررات التي تؤدي إلى توقيف الجمعيات ذات الطابع السياسي، وهي الخرق الفادح للقوانين السارية، وفي حالة الاستعجال أو خطر يوشك أن يحل بالنظام العام.

طرف الدولة للقانون المنظم للجمعيات؛ كما أن حرمان العديد من الجمعيات الحقوقية من استعمال القاعات والفضاءات العمومية.

ويرجو المرصد المغربي للحريات العامة، أن تتوقف السلطات عن المضايقات والهجمات التي نطال الحركة الحقوقية والجمعية، وفتح تحقيقات في الاقترحات التي تتعرض لها مقرات بعض الجمعيات دون سند قانوني.

أما بالنسبة لتونس عرفت تعليق نشاط عدة جمعيات بشبهة الإرهاب، وفي هذا الشأن صرح المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بالحقوق في حرية التجمع السلمي وتكوين الجمعيات: "يُعتبر وقف عمل جمعية وحلّها غير الطوعي النوعين الأشد صرامة من القيود المفروضة على حرية تكوين الجمعيات. وعليه، لا ينبغي السماح بذلك إلا إذا كان هناك خطر جليّ ومحدد يؤدي إلى انتهاك جسيم للقانون الوطني..."¹.

عرضنا بالمختصر الشديد المساس المتعلق بحرية الإجتماع وتكوين الجمعيات.

الفقرة الثانية: حرية الإعلام وحرية الرأي والتعبير.

تتمتع حرية الإعلام بأهمية بالغة لأنها الوسيلة التي تنشر الآراء والأخبار، كما أنها تخدم المواطن بشكل كبير بأن تسمح له بالتعبير عما يريد. وتنبت الدساتير المغاربية حرية الرأي والتعبير وحرية الإعلام كحق دستوري أصيل.

نصت المادة 48 من الدستور الجزائري المعدل على أن: "حريات التعبير...، مضمونة للمواطن"، كما نصت المادة 50 منه: "حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية وعلى الشبكات الإعلامية مضمونة ولا تقيد بأي شكل من أشكال الرقابة القبليّة"².

كان من بين الحريات المضمونة في الدستور الجزائري قبل إعلان حالة الحصار ثم حالة الطوارئ، والممارسة العملية أظهرت ما تعرضت له حرية التعبير في الجزائر وحرية الإعلام، حيث كان للسلطات أن تمنع وتوقف النشريات، غلق قاعات السينما، مصادرة أجهزة البث الإعلامي بمتخلف أصنافها، إضافة لحقها في مراقبة المراسلات، كما تم حظر نشر الأنباء ذات الصلة الأمنية، فلم يكن الإعلام ينقل الواقع كما هو حيث لم تكن

¹ هيومن رايتس ووتش، قرارات تعسفية بتعليق نشاط جمعيات، منشور بتاريخ 13 أوت 2014، تم الإطلاع عليه يوم 25 أبريل 2016 على الساعة 06.00. <https://www.hrw.org/ar/news/2014/08/13/254843>.

² كانت تنص على هذه الحريات، المادة 38 من دستور سنة 1989.

السلطة تقدم الحقائق والمعلومات للإعلام بهدف الحفاظ على الهدوء والنظام العام وعدم نشر الخوف في أوساط الشعب¹.

وبالنسبة لدولة تونس، نص الفصل الثامن من الأمر 78 عدد 50 أنه: يمكن للسلطات المعنية... أن تتخذ في المناطق الخاضعة لحالة الطوارئ كل الإجراءات لضمان مراقبة الصحافة وكل أنواع المنشورات وكذلك البث الإذاعي والعروض السينمائية والمسرحية.

وقد جاء الدستور التونسي الجديد في سنة 2014، بضمانات لتعزيز حرية الإعلام وحرية التعبير حيث قرر الفصل 127 منه على إحداث هيئة الاتصال السمعي البصري التي تتولى هيئة تعديل القطاع، وتطويره والسهر على ضمان حرية التعبير والإعلام، وعلى ضمان إعلام تعددي نزيه، حيث تتمتع الهيئة بسلطة ترتيبية في مجال اختصاصها، وتنتشر وجوبا في مشاريع القوانين المتصلة بهذا المجال، وهي ضمانات جيدة أدرجها الدستور التونسي.

أما بالنسبة للمغرب، جاء في الفصل 25 من الدستور المغربي: "حرية الفكر والرأي والتعبير مكفولة بكل أشكالها"؛ كما أشار الفصل 28 منه إلى أن: "حرية الصحافة مضمونة، ولا يمكن تقييدها بأي شكل من أشكال الرقابة القبليّة. للجميع الحق في التعبير، ونشر الأخبار والأفكار والآراء، بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة. تشجع السلطات العمومية على تنظيم قطاع الصحافة، بكيفية مستقلة، وعلى أسس ديمقراطية، وعلى وضع القواعد القانونية والأخلاقية المتعلقة به. يحدد القانون قواعد تنظيم وسائل الإعلام العمومية ومراقبتها. ويضمن الاستفادة من هذه الوسائل، مع احترام التعددية اللغوية والثقافية والسياسية للمجتمع المغربي. وتسهر الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري على احترام هذه التعددية، وفق أحكام الفصل 165 من هذا الدستور".

ونستدل عن وضع حرية الإعلام في المغرب بتقرير منظمة مراسلون بلا حدود التي وضعت المغرب في المرتبة 136 من بين 197 دولة في مجال احترام حرية الإعلام، وهذا رقم مخيف جدا بالنسبة لبلد يعرف استقرار نوعا ما مقارنة بالدول التي تمر بظروف غير عادية، لأنه يعبر عن تضيق شديد من السلطات على المنابر الإعلامية والصحافة، ويعتبر ذلك مساس كبير بحرية الإعلام وحرية التعبير.

¹ باديس سعودي، حرية الإعلام مابين تشريعات الجزائر والمغرب في ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2014-2015، ص 68.

في حين موريتانيا التي خصصت مادة واحدة لكل الحريات، وهي المادة 10 من الدستور أكدت على أن الدولة تضمن حرية الرأي والتفكير، وحرية التعبير، على أن لا تقيد هذه الحريات إلا بقانون. ويعتبر الكثيرون أن موريتانيا حققت قفزة نوعية في مجال حرية التعبير بالمقارنة على ما كانت عليه في السابق، بعد إلغاء عقوبة الحبس عن الصحفيين وتأسيس صندوق لدعم الصحافة¹.

وفي النهاية كتقييم لهذا الوضع المهدد للحقوق والحريات الأساسية نستشهد بموقف منظمة العفو الدولية التي عاتبت على استخدام قانون الطوارئ بشكل قمعي وغير متناسب من جانب الحكومة التونسية من أجل الانقضاء على حقوق الإنسان؛ وفي هذا الصدد قالت ماغداлина مغربي²: "إن الأسباب المبهمة لأوامر الإقامة الجبرية والحبس المنزلي، وعدم وجود وسيلة فعّالة للطعن فيها هي أمور تبعث على القلق في حد ذاتها. كما إن أوجه القصور هذه تعني أن تلك الأوامر عرضة لإساءة الاستخدام. وترى منظمة العفو الدولية أن السلطات التونسية تستخدم ذلك الإجراء بشكل تعسفي ينطوي على التمييز، وتستهدف بها بعض الأشخاص بسبب معتقداتهم الدينية أو السياسية أو ممارساتهم أو أنشطتهم"³.

وحتى المرصد التونسي لإستقلال القضاء أبدى مخاوفه من تنامي الخروقات الأمنية وتوسع الاعتداءات على الحريات العامة والفردية في ظل حالة الطوارئ وحظر التجول إضافة إلى توسيع الإجراءات الاستثنائية المتعلقة بتنظيم إقامة الأشخاص ووضعهم تحت الإقامة الجبرية والاعتقالات الإدارية لمجرد الاشتباه⁴.

مما سبق يظهر جلياً التأثير السلبي لتشريع الضرورة بالخصوص في حالتي الحصار والطوارئ على حقوق وحريات الأفراد، حيث في الغالب تقوم السلطات بتجاوز الصلاحيات المخولة لها؛ لذلك وجب وضع أطر لضمان الحد الأدنى من حقوق وحريات الأفراد عن طريق رقابة فعالة كضمان لمقومات دولة القانون.

¹ تصريح محمد الأمين ولد الشيخ، وزير العلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني، منشور على موقع السراج الإخباري بتاريخ 09 سبتمبر 2015 على الساعة 12.56، واطلعنا عليه بتاريخ 2 ماي 2016 على الساعة 21:27.

² القائمة بأعمال نائبة مدير قسم الشرق الأوسط وشمال إفريقيا في منظمة العفو الدولية.

³ أنظر، موقع منظمة العفو الدولية باللغة العربية، مقال بعنوان: " تونس: قيود مشددة على الحريات وعلى التنقل في أحدث ظواهر قانون الطوارئ القمعي"، منشور بتاريخ 17 مارس 2016 على الساعة 16:09 بالتوقيت العالمي، تم الإطلاع عليه يوم 02 أبريل 2016 على الساعة 01:52 بتوقيت الجزائر.

⁴ أنظر، بيان المرصد حول إعلان حالة الطوارئ بتاريخ 06 جويلية 2015، موقع قضاء نيوز، مقال منشور بتاريخ 03 فيفري 2016 على الساعة 07:56، تم الإطلاع عليه في 02 أبريل 2016 على الساعة 22:37.

ولهذا نقول أنّ التكريس الدستوري والقانوني للحقوق والحريات العامة لم يعد كافياً لضمان عدم التعرّض إليها وانتهاكها خاصة في حالة الضرورة، هذا ما يدعم الحاجة إلى إيجاد آليات رقابية في شكل ضمانات تكفل ممارسة هذه الحقوق والحريات في الإطار الممنوح لها من جهة، ومن جهة أخرى تحمي من الإعتداء عليها.

المبحث الثاني: محدودية الرقابة على تشريع الضرورة.

إن المراقبة السياسية والقضائية لعمل مؤسسات الدولة هي مسألة محورية وجوهرية لضمان حسن سير عمل هذه المؤسسات ولضمان الحقوق والحريات العامة ولضمان احترام الدستور وهذه المراقبة موقوفة على شرط أساسي وجوهري وهو وجوب صدورها عن المؤسسة المختصة حكماً بمقتضى الدستور وبمقتضى القانون المنظم لهذه المؤسسة، وتتضاعف أهمية هذه الرقابة إذا ما كانت الأعمال صادرة في حالة الضرورة نظراً للحرية الممنوحة للسلطة التنفيذية في هذه الفترة خاصة وأن الأمر يتعلق بسلامة الدولة وأمنها واستمرارية مؤسساتها من جهة، ومن جهة أخرى خوفاً من تعسف السلطة التنفيذية في إستغلال الوضع الراهن؛ لكن ينبغي أن تكون رقابة شاملة وفعالة لكي تؤدي الغرض المنشود، لذا اعتبرناها محدودة من حيث النطاق الذي تمتد إليه (المطلب الأول) ومن حيث الميكانيزمات والوسائل المكرسة لتفعيل هذه الرقابة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: من حيث نطاق الرقابة على تشريع الضرورة.

لتحديد نطاق الرقابة أو تشريعات الضرورة التي تمتد إليها الرقابة بمختلف أنواعها الدستورية والبرلمانية والقضائية، ينبغي تحديد الطبيعة القانونية لها، فهذه الأخيرة هي التي تسمح لنا بمعرفة التصرفات التي تشملها الرقابة.

أثارت مسألة تكييف الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية في الأحوال السالف ذكرها، خلاف فقهي وتضارب في الأحكام القضائية في بعض الأحيان، من حيث مدى اعتبارها أعمال إدارية تخضع للرقابة القضائية، أم أنها أعمال تشريعية لا تخضع للرقابة القضائية؛ هذا ما سوف نراه في الفرع الأول بدراستنا للطبيعة القانونية للأوامر التشريعية والتفويضية، والفرع الثاني خصصناه للطبيعة القانونية للأوامر المتعلقة بالحالة الإستثنائية وحالتى الطوارئ والحصار.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية والتفويضية.

رأينا في السابق، أن الأوامر التشريعية تصدر في غياب البرلمان وتعرض عليه في اول دورة له، فماهي الطبيعة القانونية لها؟ (الفقرة الأولى)؛ في حين أن الأوامر التفويضية تصدر بناء على ترخيص مسبق من البرلمان، فكيف تكون الطبيعة القانونية لهذه الأوامر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية.

اختلف الفقه حول طبيعة الأوامر التشريعية، وارتأينا لعرض الخلاف على أساس عرض الأوامر على البرلمان وأثر مصادقته عليها؛ لذا نتطرق إلى الاتجاه الفقهي الذي يعطي أهمية لمصادقة البرلمان في تحديد طبيعة الأوامر حيث يعترف بأن هذه المصادقة تغير من الطبيعة القانونية للأوامر (أولا)، ثم للاتجاه الذي لا يعطي أهمية لمصادقة البرلمان في تحديد طبيعة الأوامر (ثانيا).

أولا: الإتجاه الذي يعطي أهمية لمصادقة البرلمان في تحديد الطبيعة القانونية للأوامر.

يقسمها هذا الإتجاه إلى قسمين بناء على ما قبل عرضها على البرلمان وما بعد عرضها على البرلمان؛ حيث يعتبرها في البداية قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية تحتاج لتزكية من البرلمان، حيث لما يصادق عليها هذا الأخير تتحول طبيعتها القانونية وتصبح أعمالا تشريعية. يرى الأستاذ الطماوي أن ما تصدره السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان، هي قرارات إدارية عادية وان ثبتت لها القوة القانونية منذ صدورها مثل قوانين السلطة التشريعية إلا أنها لن تكون كذلك إلا بعد مصادقة البرلمان عليها¹.

وفي هذا المقام يقول الأستاذ مراد بدران: "إن تلك الأوامر وإن كانت متمتعة في الفترة السابقة على موافقة البرلمان عليها بالطبيعة الإدارية، ومتمتعة بقوة التشريع، فإنها تتحول بعد موافقة البرلمان عليها إلى تشريعات شأنها شأن التشريعات الصادرة من البرلمان، بكل ما يترتب عن ذلك من نتائج"².

وهو نفس الموقف الذي اتّخذه الأستاذ نصر الدين بن طيفور حينما قال: " الأوامر الصادرة في غيبة البرلمان لا تكتسب تلك الصفة التشريعية إلا بعد موافقة البرلمان عليها،

¹ محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 519.

² مراد بدران، الإختصاص التشريعي..، المرجع السابق، ص 25.

وقبل ذلك تكون مجرد قرارات إدارية مماثلة لسائر القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار اختصاصاته التنظيمية¹.

ويستفاد من هذا أن لإقرار البرلمان أثراً جوهرياً يتمثل في تحويلها من قرارات إدارية إلى قوانين أي إن تلك الأعمال تكتسب بعد هذا الإقرار صفة القانون.

ثانياً: الإتجاه الثاني: لا يعطي أهمية لمصادقة البرلمان.

على خلاف الإتجاه السابق الذي يولي أهمية لمصادقة البرلمان بعد عرض الأوامر عليه في تغيير طبيعتها القانونية، يوجد بعض الفقه من يرى أنه لا أثر لمصادقة البرلمان على الأوامر في تحديد طبيعتها القانونية لكن انقسموا حول الطبيعة القانونية فهناك من يقول أن الأعمال الصادرة من طرف رئيس الجمهورية في هذا الإطار هي قرارات إدارية وفقاً للمعيار الشكلية وتبقى كذلك، في حين يرى آخرون أنها عمل تشريعي منذ البداية لذا فالمصادقة لن تغير من طبيعتها القانونية².

أ/- الصبغة الإدارية للأوامر حتى بعد الموافقة عليها:

أصحاب هذا الرأي المؤسس على المعيار الشكلي في التمييز بين الأعمال الإدارية والتشريعية، حيث أنها تبقى تتمتع بالطبيعة الإدارية حتى بعد الموافقة عليها من طرف البرلمان ، فلا تتغير طبيعتها القانونية؛ بل تكتسب قوة التشريع³.

ب/- الصبغة التشريعية للأوامر منذ صدورها:

بغض النظر عن موافقة البرلمان على الأوامر حينما تعرض عليه، فالمؤسس الدستوري أعطى رئيس الجمهورية و/أو رئيس الحكومة - حسب الحالة - الحق في التشريع بموجب نص دستوري صريح، المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016، المادة 70 فقرة 1 من الدستور التونسي، والفصل 81 من الدستور المغربي، كما أنها أدرجت ضمن القسم الخاص بالسلطة التشريعية حتى أن الفصل 81 من الدستور المغربي جاء تحت عنوان ممارسة السلطة التشريعية، لعلها محاولة من المؤسس الدستوري لإضفاء الصبغة التشريعية على هذا النوع من الأوامر والمراسيم. ويذهب الباحث رداة نور الدين

¹ نقلته الباحثة ميمونة سعاد، الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص 96.

² عقيلة خرياشي، التشريع عن طريق الأوامر، مجلة الدراسات القانونية، 2009، العدد الثالث، ص 14.

³ أنظر، مرد بدران، الإختصاص التشريعي...، المرجع السابق، ص 24.

للتمييز بين الموافقة و التصديق، حيث يرى أن استخدام المؤسس الدستوري لفظ الموافقة هو دليل على عدم تغيير طبيعة النص بل مجرد إجراء يسمح من خلاله الإستمرار في العمل بالأمر¹.

وهو نفس ما أخذت به الأستاذة خرياشي عقيلة لاعتبارها أعمالاً تشريعية منذ إصدارها دون أن تعطي اعتبار لموافقة البرلمان من حيث الطبيعة القانونية للأوامر، تستند في رأيها على أن سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر يستمدها مباشرة من الدستور. مؤيدة بذلك رأي الأستاذ الأمين شريط في اعتبار أن موافقة البرلمان هي شكلية، والأوامر تكسب الصبغة التشريعية منذ صدورها من رئيس الجمهورية².

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية.

في هذا المقام أيضا عرف الفقه تضارب في الآراء حول الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية المتخذة طبقا لقانون التفويض أو قانون التأهيل، لذلك نستعرض بعض هاته الآراء قبل أن نوضح الأساس المعتمد لدى غالبية الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الأوامر.

وعلى سبيل المثال انقسم الفقه التونسي في تحديد الطبيعة القانونية لهذه الأوامر إلى اتجاهين:

1 * الاتجاه الأول: الذي يقول بالطبيعة التنظيمية للأوامر التفويضية على أساس:

1 * المعيار الشكلي، فما يصدر عن السلطة التشريعية تعتبر نصوص تشريعية أما ما يصدر عن السلطة التنفيذية فهي نصوص تنظيمية.

2 * أن اشتراط عرض المراسيم أو الأوامر التفويضية على المصادقة البرلمانية، هذه المصادقة ماهي إلا صبغة تشريعية يضيفها البرلمان على النص التنظيمي الصادر من السلطة التنفيذية؛ لو افترضنا غير ذلك، فمن غير المتصور المصادقة على نص تشريعي³. وفي هذا الإطار يقول الباحث علي جواي في تعليقه على أحد المراسيم الصادرة بناء على تفويض تشريعي حول الطبيعة القانونية للمرسوم: " ان المرسوم عدد 13 لسنة 2011 هو نص تشريعي منذ اتخاذه طبق مقتضيات الفصل 28 من دستور

¹ نور الدين رداة، المرجع السابق، ص 118.

² خرياشي عقيلة، المرجع السابق، ص 16.

³ تريعة نواره، المرجع السابق، ص 247.

سنة 1959 و هذه الصبغة التشريعية ليست موقوفة على مصادقة السلطة التشريعية فالمصادقة تنتقل به من صيغة المرسوم إلى صيغة القانون ويستمد المرسوم صيغته التشريعية من موضوعه الذي يدخل بمقتضى الدستور في مجال السلطة التشريعية فدستور سنة 1959 كان عدد المواد التي تدخل في مجال عمل السلطة التشريعية وتتخذ نصوصها شكل قوانين وكذلك الدستور الحالي في الفصل 65 عدد المواد التي تدخل في مجال عمل السلطة التشريعية وتتخذ نصوصها شكل قوانين سواء عادية أو أساسية وهذا المجال لا يمكن لغير السلطة التشريعية أن تسن فيه نصوصا إلا في صور استثنائية جدا يبينها بصفة حصرية الدستور¹.

2* أصحاب الاتجاه الثاني فيقولون بالطبيعة التشريعية للمراسيم أو الأوامر التفويضية: وذلك على أساس أن:

1* المراسيم أو الأوامر الصادرة عن السلطة التنفيذية بناء على تفويض تشريعي في إطار ما يسمح به الدستور.

2* تدخل هذه الأعمال ضمن مجالات القانون، ومادام موضوعها تشريعي فهي ذات صبغة تشريعية.

أما بالنسبة للفقهاء الفرنسيين: فنجد رأي الأستاذ فالين walin الذي يعتبر أن الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بناء على التفويض التشريعي هي من قبيل الأعمال التشريعية، مستندا في ذلك على فكرة أن تعداد المجالات التي يشرع فيها البرلمان، هو اعتراف على وجود جهة تشريعية أخرى، واعتمادا على المعيار الموضوعي، فالأعمال الصادرة في المجالات التشريعية تعتبر أعمالا تشريعية؛ في حين جاء رأي الأستاذ دوجي على أنها أعمال إدارية وتبقى كذلك، مرد ذلك أن التفويض التشريعي الذي يمنحه البرلمان للسلطة التنفيذية ليس تفويضا للسلطة؛ حيث أن التدابير المتخذة بناء على التفويض تخرج عن مجال العمل التشريعي وتدخل في مجال العمل الإداري للسلطة التنفيذية وفقا للمعيار الشكلي².

¹ علي جوايبي، المرسوم عدد 13 لسنة 2011 ليس مقررا إداريا، موقع أسطرلاب، مقال منشور بتاريخ 30 أكتوبر 2015 على الساعة 20.32، تم الإطلاع عليه يوم 15 أبريل 2016 على الساعة 17.10.

² فرحات سعدي ، التشريع المفوض والمنافس في الجزائر 1963، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 120، مقتبس عن طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، ص 170.

الملاحظ من مواقف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للمراسيم أو الأوامر التفويضية تركيزهم على الجهة مصدرة الأمر أو المرسوم وفق للمعيار الشكلي، وعلى موضوع الأمر أو المرسوم طبقاً للمعيار الموضوعي؛ إلا أنه اتجه الرأي الغالب في الفقه الدستوري إلى القول بأن طبيعة وقوة تلك المراسيم أو الأوامر القانونية تتحدد عبر مرحلتين تختلف خلالها طبيعتها وقوتها القانونية تتعلق بمسألة عرضها على البرلمان للمصادقة عليها، وينبرز ذلك كما يأتي:

أولاً: قبل عرضها على المصادقة البرلمانية:

تكون طبيعتها إدارية لكن بقوة القانون: نظراً لصدور هذه المراسيم أو الأوامر من السلطة التنفيذية فإنها تعد وفقاً للمعيار الشكلي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء ويمكن للقضاء إلغائها إذا ما ثبت لديه عدم مشروعيتها لمخالفتها لقانون التفويض؛ لكن التنصيص عليها بموجب الدستور وصدورها بناء على ترخيص من السلطة التشريعية يعطيها القوة القانونية التي تتمتع بها القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية هذا طبقاً للمعيار الموضوعي¹؛ ومنه نلاحظ أن أصحاب هذا الرأي اخذوا بالمعيار الشكلي والموضوعي معاً في تحديد الطبيعة والقوة القانونية للمراسيم والأوامر التفويضية قبل عرضها على المصادقة البرلمانية، فهل تغير المصادقة البرلمانية من الطبيعة القانونية لهذه الأوامر؟

ثانياً: بعد عرضها على المصادقة البرلمانية:

إنّ عرض المراسيم أو الأوامر التفويضية على البرلمان ومصادقة هذا الأخير عليها، يضيف الصبغة التشريعية على هذا الأعمال وتصبح ذات طبيعة تشريعية رغم صدورها من السلطة التنفيذية²، خاصة أن لها القوة القانونية للنصوص التشريعية منذ صدورها، وتخضع في مجملها للأحكام القانونية التي تحكم وتطبق على النصوص التشريعية خاصة ما يتعلق بالرقابة عليها.

والمتمعّن في نص المادة 58 من دستور 1963، أضفى الطبيعة التشريعية على هذه الأعمال بنص دستوري، حينما صرح أن رئيس الجمهورية له حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية، بما لا يدع شك حول تحديد طبيعتها، في حين يعطيها المؤسس الدستوري المغربي وصف مراسيم التدابير؛ وفي هذا الصدد تصنّفها الباحثة صليحة

¹ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 279.

² سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص ص 279 - 288؛ نواردة تريعة، المرجع السابق، ص 247.

بوعكاكة¹ مع المراسيم التشريعية التي تتخذ في الفترات الفاصلة بين دورات البرلمان، وتلك التي تتخذها الحكومة بموجب الإعتمادات الضرورية لسير المرافق العمومية، لكن ما الذي جعل المؤسس الدستوري في المغرب يصف ما تصدره الحكومة في الفترة الفاصلة بين الدورات بمراسيم القوانين حسب الفصل 81، ويسمي ما تصدره بناء على تفويض تشريعي مراسيم تدابير حسب الفقرة الثانية من الفصل 71 من الدستور المغربي؟، أما بالنسبة للمؤسس الدستوري التونسي يعطي الحكومة إصدار مراسيم بناء على تفويض تشريعي محدد المدة وفق الفصل 71 فقرة 2.

ومما يجدر الإشارة إليه أنّ المجلس الدستوري الفرنسي اتخذ موقف صريح ومباشر فيما يخص الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة بناء على تفويض تشريعي وفق المادة 38 من الدستور الفرنسي، والذي أضفى الطابع التنظيمي على الأمر حتى تتم المصادقة عليه فيكتسب الصبغة التشريعية².

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأوامر المتعلقة بالحالة الإستثنائية وحالات الطوارئ والحصار.

نشير هنا في البداية أن المؤسس الدستوري الجزائري أكد أن تشريع رئيس الجمهورية في الحالة الإستثنائية يكون بموجب أوامر (الفقرة الأولى)، مما يوحي الحصر حيث لا يكون التشريع بأوامر في حالات الحصار و الطوارئ (الفقرة الثانية)، طبعا مع التدابير التي تتخذ حسب دساتير دول المغرب العربي محل الدراسة.

الفقرة الأولى: الأوامر المتعلقة بالحالة الإستثنائية.

بالنسبة للأوامر المتعلقة بالحالة الإستثنائية نفرق بين إعلان الحالة الإستثنائية وبين الأعمال اللاحقة التي تصدر عنها:
أولا: الأوامر المعلنة للحالة الإستثنائية.

يتجه غالبية الفقه في فرنسا إلى اعتبار أن قرار رئيس الجمهورية بإعلان تطبيق المادة 16 من الدستور الفرنسي (والتي تقابلها المادة 107 من التعديل الدستوري

¹ مقال منشور على الانترنت، صليحة بوعكاكة، أنواع التشريعات في القانون المغربي، موقع الحوار المتمدن، العدد 1581 منشور بتاريخ 14 جوان 2006 على الساعة 10.44، تم الإطلاع على المقال يوم 17 فيفري 2016، على الساعة 17.35.

² القرار الصادر في 29 فيفري 1972، أشارت إليه عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص 15.

الجزائري لسنة 2016، الفصل 80 من الدستور التونسي، والفصل 59 من الدستور المغربي، والمادة 39 من الدستور الموريتاني)، من أعمال السيادة، ذلك أنه يهدف على إعادة السير العادي لدواليب السلطة، فارتباطه الوثيق بأمن الدولة يؤدي إلى تحصينه من الرقابة القضائية.

ويبرر ذلك أيضا، على أن القرار الذي يتّخذه رئيس الجمهورية بإستعمال السلطات التي تعترف له بها المادة 16 ليس هو بحد ذاته قرارا ذا طبيعة إدارية، ويقتضي إستبعاد إخضاع هذا القرار لرقابة القضاء لأن ذلك مناقض لروح الدكتاتورية المؤقتة ذاتها التي تنظمها المادة 16.

ذهب الأستاذين يحي الجمل وطعيمة الجرف، إلى اعتبار أن قرار اللجوء إلى السلطات الإستثنائية بمقتضى تطبيق المادة 74 من الدستور المصري عملا من أعمال السيادة لا يخضع لرقابة القضاء؛ ذلك أنه قرار سياسي من جهة، ومن جهة أخرى هو قرار يتعلق بالتنظيم الدستوري القائم وبالعلاقة بين السلطات؛ أما غالبية الفقه في مصر أنكروا الصبغة السيادية لقرار إعلان الحالة الإستثنائية، استنادا إلى أن رئيس الجمهورية يخضع للقضاء عند ممارسته لتلك السلطات بوصفه سلطة إدارية¹.

في حين بالنسبة لموقف القضاء فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار اللجوء إلى تقرير الحالة الإستثنائية أنه عمل سيادي وفقا للقرار المؤرخ في 02 مارس 1962²، وهو نفس الموقف الذي سار عليه القضاء الإداري المصري بمناسبة النظر في قضية نقل أعضاء هيئات التدريس بالجامعات والمعاهد العليا إلى وظائف إدارية خارج الجامعة³.

وكخلاصة يجمع الفقه والقضاء على اعتباره من أعمال الضرورة التي لا تخضع للرقابة القضائية، فماذا عن الأعمال التي تصدر إبان الحالة الإستثنائية؟ خاصة وأن الدستور الجزائري وصفها بالأوامر، في حين باقي الدساتير وصفتها بالإجراءات أو التدابير.

¹ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 190.

² أشارت إليه، الأستاذة نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود وحول محدود، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010، ص 281، نقلا عن: Guillaume Drago, Contentieux constitutionnel français, 2^e. édition, presse universitaires de France, paris, 2006, p 212.

³ أشار إليه حميد شاوش، المرجع نفسه، ص 191.

ثانيا: الأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية.

اختلف الفقه الفرنسي بخصوص الطبيعة القانونية للإجراءات المتخذة في الحالة الإستثنائية:

1- الإتجاه الذي يقرّ بخضوعها للرقابة القضائية: يقول بتعدد الطبيعة القانونية لهذه القرارات حسب موضوعها، على أساس ما أكدّه مفوض الحكومة في قضية حيث قدر أن قرارات المادة 16 ليست كلها من نفس الطبيعة ولا هي خارجة كلها من رقابة القضاء، فتعتبر القرارات المتخذة في فترة جمع السلطتين التنفيذية والتشريعية في يد رئيس الجمهورية تختلف طبيعتها حسب المجال الذي تصدر فيه، المجال التشريعي او المجال التنظيمي. كما ظهر اتجاه اخر يقر بخضوعها للرقابة القضائية لكن يضيف عليها الطبيعة الإدارية غير أنها قرارات من نوع خاص، مرتبتها أعلى من القانون، تم معارضة هذا الرأي لتناقضه مع المبادئ العامة الدستورية وخاصة مبدأ المشروعية، إضافة إلى أن الدستور لم يشير لذلك¹، تقول الباحثة لوشن دلال أنه: " نية المؤسس لم تنصرف إلى إقرار نظام جديد يسمو على القوانين السابقة".

2- الإتجاه الذي يبعدها عن الرقابة القضائية: يعتبر الأعمال التي تصدر من رئيس الجمهورية في الحالة الإستثنائية، مثلها مثل قرار إعلان حالة الاستثناء أي أنها من قبيل أعمال السيادة يمارسها رئيس الجمهورية بصفته ممثلا للسيادة الوطنية، وهي من الأعمال التي لا تخضع للرقابة القضائية².

أما الفقه الجزائري، يرى الأستاذ مسعود شهيبوب أن قرارات رئيس الجمهورية تطبيقا لقرار إعلان الحالة الإستثنائية، تعدّ أعمال سيادة ولا تخضع للرقابة القضائية³، في حين تذهب الأستاذة سعاد الغوتي إلى ضرورة التمييز بين المسائل التي تدخل في مجال التشريع والتي تفلت من الرقابة القضائية، والمسائل التي تدخل في المجال التنظيمي، والتي تخضع للرقابة القضائية⁴، هذا الرأي الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي كما سبق

¹ دلال لوشن، الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2012/2011، ص 205.

² حميد شاوش، المرجع السابق، ص 135.

³ مسعود شهيبوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الإستثنائية، م.ج.ع.ق.إ.س، 1998، العدد الأول، ص 33.

⁴ أشار إليه مراد بدران، الرقابة القضائية ..، المرجع السابق، ص 191.

الإشارة إليه. في حين يضيف الأستاذ مراد بدران الطابع الإداري على الأعمال التي يتخذها رئيس الجمهورية في الحالة الإستثنائية على أساس المعيار الشكلي الذي يولي إهتمام للجهة المصدرة للقرار وهي هيئة إدارية، كما يلفت النظر لعدم تطبيق الفقرة الثانية من المادة 124 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 142 في تعديل الدستور سنة 2016 على الأوامر الإستثنائية، حيث توجب تلك الفقرة عرض الأوامر على البرلمان، فيميز بين حالتين: في حالة ما إذا كان سبب تقرير الحالة الإستثنائية هو الخطر المهدد للبرلمان كمؤسسة دستورية جزائرية بحيث يمنع من الاجتماع، فإن الأوامر المتخذة يستحيل عرضها على البرلمان للموافقة عليها، وعليه تحتفظ بطبيعتها الإدارية، أما في حالة ما إذا تم تقرير الحالة الاستثنائية لسبب لا يتعلق بالبرلمان فعلى البرلمان الاجتماع وفق للدستور، وهنا يكون رئيس الجمهورية مخير بين عرض الأوامر عليه ليوافق عليها فتصبح بمثابة تشريعات، أو عدم عرضها فتبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية¹، حقيقة حول رأي الأستاذ بدران بغض النظر عن الطبيعة القانونية لتلك الأوامر لا يوجد أي نص يلزم رئيس الجمهورية بعرض تلك الأوامر على البرلمان، كما أن اجتماع البرلمان وجوبي بنص الدستور سواء تم أخذ إجراءات لاحقة أم لا، كما أن ترتيب الفقرة التي تلزم عرض الأوامر المتخذة في غيبة البرلمان عليه في أول دورة جاءت قبل الفقرة التي تسمح لرئيس الجمهورية بالتشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أعمال رئيس الجمهورية التي تدخل في مجال اختصاص السلطة التشريعية طبقا للمادة 34 من الدستور الفرنسي، لها طابع تشريعي، مما يبعدها عن الرقابة القضائية، أما الأعمال التي يتخذها طبقا للمادة 37 من نفس الدستور، فلها طابع إداري تنظيمي وتخضع للرقابة القضائية، جاء في حيثيات القرار: "حيث أنه بمقتضى القرار المؤرخ في 23 أبريل 1961، بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيسي مجلسي البرلمان، وبعد رأي المجلس الدستوري، وضع رئيس الجمهورية نص المادة 16 من دستور 1958 موضع التطبيق، وأن هذا القرار له صفة عمل الحكومة، الذي لا يملك مجلس الدولة مراقبة مشروعيته ولا مدة تطبيقه"².

أما القضاء الإداري في مصر، أكد الطبيعة الإدارية لهذه القرارات، مقررا إختصاصه

¹ مراد بدران، الرقابة القضائية ..، المرجع السابق، ص 192.

² ميمونة سعاد، المرجع السابق، ص 103، مأخوذ عن نصر الدين بين طيفور، سبق ذكره، ص 264.

بالنظر في الطعون المرفوعة ضد قرارات رئيس الجمهورية¹ الصادرة استنادا إلى المادة 74 من الدستور المصري أثناء تطبيقها الثاني في 03 سبتمبر 1981، علما أن هذه المادة يقابلها المادة 107 من الدستور الجزائري وفق تعديل 2016، والمادة 59 من الدستور المغربي، والفصل 80 من الدستور التونسي، والفصل 39 من الدستور الموريتاني.

الفقرة الثانية: تشريعات إعلان حالة الطوارئ أو الحصار.

نفرق في هذا المقام بين قرار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار (أولا)، وبين الإجراءات والتدابير المتخذة في ظله (ثانيا).

أولا: قرار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار.

عرفت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لقرار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار، جدلا فقها كبيرا في فرنسا، في حين استقر القضاء على رأي واحد في أحكامه.

1/ - موقف الفقه:

أ- يعد من قبيل أعمال السيادة التي لا تخضع للرقابة طالما أنه من متعلق بأمن الدولة²، ولا يمارس رئيس الجمهورية هذا الاختصاص إلا بصفة مؤقتة، وتحت رقابة البرلمان فيما يخص إقراره، أو إلغائه؛ كما أنه بعيدا عن هذا فقرار إعلان حالة الطوارئ أو حالة الحصار بذاته لا يمس حقوق الأفراد والحريات بل يضع الدولة في وضع جديد يسمح من خلاله لرئيس الجمهورية باتخاذ تدابير لمواجهة الظرف الاستثنائي الذي دفعه للجوء لإعلان قيام هذه الحالة، وبالتالي فلا يوجد مصلحة من الطعن فيه أمام القضاء³.

ب- القرار هو من قبيل الأعمال الإدارية لأنه صادر عن سلطة إدارية (السلطة التنفيذية في الأصل هي سلطة إدارية)، فرقابة البرلمان على هذا القرار لا تحول دون الرقابة القضائية، يتجه الفقهاء لتغليب هذا الرأي على أساس أن الحدود التي توضع على السلطة التنفيذية لممارسته لبعض الأعمال ليس تحصينا لها بل ينبغي عدم تجاوزها والقضاء صاحب الصلاحية في مراقبة مدى احترام السلطة التنفيذية للظوابط التشريعية وعدم خروجها عليها⁴.

¹ يحى الجمل، المرجع السابق، ص 176.

² حميد شاوش، المرجع السابق، ص 195.

³ حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 107.

⁴ حمزة نقاش، المرجع نفسه، ص 108.

2 -/ موقف القضاء:

حسم القضاء الفرنسي هذا الأمر، حينما اعتبر قرار إعلان حالة الحصار من القرارات الخاضعة للرقابة القضائية مستبعدا بذلك الصبغة السيادية عن القرار، ويتضح جليا ذلك من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي من خلال نظره في شرعية قرار إعلان حالة الحصار في قضية "huckel"¹؛ ويعتبر هذا القرار لمجلس الدولة نقطة تحول في بسط رقابته على قرار إعلان حالة الحصار بعدما كان له موقف مغاير قبل هذا التاريخ، حيث كان يعتبر نفسه غير مختص بالنظر فيه لأن القرار من الأعمال السيادية وغير قابلة للرقابة القضائية². هذا بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي من قرار إعلان حالة الحصار وليس الطوارئ. ونعرض في هذا المقام موقف القضاء المصري من قرار إعلان حالة الطوارئ، حيث أنه ذهب القضاء العادي و الإداري إلى اعتبار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة³، ونستشهد هنا بما قضت به محكمة القضاء الإداري أن: " إعلان الأحكام العرفية يعتبر إجراء من أعمال السيادة"⁴.

ثانيا: الإجراءات والتدابير المتخذة في قيام حالة الطوارئ أو الحصار.

على عكس قرار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار الذي أثار نقاشا حادا في الفقه والقضاء، فإنّ الإجراءات والتدابير المتخذة طيلة قيام هذه الحالة لم تثر أي خلاف بينهم، بل يكاد يتفقون على خضوعها للرقابة القضائية لأنها أعمال إدارية محضة.

وفي هذا الإطار، أقرت محكمة التنازع الفرنسية⁵ أنه لا تعتبر الإجراءات الصادرة استنادا لمرسوم إعلان حالة الحصار من قبيل أعمال السيادة، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي نفس الاتجاه في العديد من أحكامه؛ وفي نفس السياق قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: " ولئن ساغ القول أن قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة

¹ أشار إليه: حمزة نقاش، المرجع نفسه، ص. 108.

² في هذا الإطار أشار الباحث حمزة نقاش، المرجع نفسه، ص 108، قضية C.E, 13 Mai 1836, Rec, C.E, Boulé في القرار: C.E, 5 Janvier 1885, Rec, C.E, pp.18 et s ، وقضية Chéron .p.235 في قرار: C.E, 5 Juin 1874, Rec,C.E, pp.515et

³ سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 341.

⁴ حكم 26 جوان 1951، قضية 587 لسنة 5 ق، المجموعة السنة الخامسة رقم 357، ص1036. مشار إليه من: سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص 342.

⁵ انظر حكم محكمة التنازع الفرنسية في قضية Pelletier الصادر في 30 جويلية 1873 ، المنشور في مجموعة G.A.J.A، ص 9.

التي تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة...، إلا أن التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي تنفيذا لهذا النظام، ... يتعين أن تتخذ في حدود القانون وتلتزم حدوده وظوابطه ولا تتأى عن رقابة القضاء..¹.

ونخلص إلى أن الرقابة القضائية تمتد إلى الأعمال ذات الصلة الإدارية كما رأينا؛ هي الإجراءات المتخذة في حالة الطوارئ وحالة الحصار، إلى جانب الأوامر التشريعية والتفويضية قبل موافقة البرلمان عليها.²

المطلب الثاني: من حيث ميكانيزمات الرقابة على تشريع الضرورة.

ندرس في هذا المطلب؛ شكلية الرقابة السابقة على تشريع الضرورة (الفرع الأول) وعدم فعالية الرقابة اللاحقة لتشريع الضرورة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شكلية الرقابة السابقة على تشريع الضرورة.

نبرز الدور الإستشاري للهيئة الدستورية في الفقرة الأولى، ثم الدور الإستشاري للبرلمان ومجلس الدولة في الفقرة الثانية من حيث أنهما إجراءات شكلية فقط غير ملزمة وغير مؤثرة.³

الفقرة الأولى : الدور الإستشاري للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.

أولاً: الدور الإستشاري للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.

سبق التوضيح، أن دساتير الجزائر والمغرب اتفقت على استشارة رئيس المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، واقتصرت تونس على إعلام رئيس المحكمة الدستورية؛ أما موريتانيا فتم التنصيص على استشارة المجلس ككل، فهل يوجد اختلاف في ذلك أم لا؟ وقبل الخوض في السؤال ينبغي التذكير أن الإستشارة هنا تشمل الحالة الاستثنائية في دساتير كل الدول، وتشمل حالة الطوارئ والحصار في الجزائر وتونس.

يرى الأستاذ نجيب الحجوي، أن الفرق بين المؤسسة والشخص لا يحتاج إلى تقريب على الإطلاق، فاستشارة المجلس الدستوري كمؤسسة دستورية عليا قبل وبعد تطبيق حالة الإستثناء هي ضمانات قوية، خاصة إذا ما أكدنا أن رئيس الهيئة الدستورية شخص يعينه رئيس الجمهورية وبالتالي فوجهة نظره من وجهة نظر الرئيس أو الملك لا محالة. ويقول

¹ حكم ، قضية 830 لسنة 20 ق، الصادر في 29 ديسمبر 1979، أشار إليه، حميد شاوش، مرجع سابق، ص199.

² مع التحفظ حول موقف الجزائر الذي إعتبر الأوامر التشريعية تشريع منذ صدورهما بنص القانون.

³ J.R Payer, op.cit, p.1622.

البعض على أن استشارة رئيس المجلس الدستوري على أساس أنه يمثل الهيئة الدستورية عليه التحلي بالموضوعية والمسؤولية للحفاظ على مبدأ الشرعية خاصة بالنسبة لتونس والمغرب اللذان يعتبر فيهما رئيس المجلس الدستوري قاضي دستوري عكس الجزائر التي يكون شخصية سياسية. فالصفة القضائية التي يمتلكها رئيس المحكمة الدستورية وبالرغم من تعيينه من رئيس الجمهورية والملك، فهو يخضع للدستور والقانون في ممارسته لمهامه.

في حين الأستاذ مصطفى القلوش يرى عكس ذلك حيث أن الطرف الإستثنائي الذي يحكم حالة الإستثناء لا يسمح بانتظار اجتماع المجلس الدستوري والبت في الموضوع ، فضرورة مجابهة الخطر والحفاظ على المؤسسات الدستورية وأمن وسلامة البلاد أهم، لذا اكتفى برئيس الهيئة الدستورية¹.

يمارس المجلس الدستوري دورا استشاريا وبعض الأحيان يتم إعلامه فقط مثل تونس، فرئيس الجمهورية غير ملزم برأيه، وليس لرأيه أي أثر على القرار الذي يتّخذه رئيس الجمهورية في إصدار أحد تشريعات الضرورة. ولربما عدم توضيح لكيفية إستشارته إن كان كتابي او شفوي وهل يبدي المجلس الدستوري رأي ينشر في الجريدة الرسمية كضمانة لاستيفاء هاته الشروط من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لما لتشريعات الضرورة من مساس بالحقوق والحريات العامة، كما تضيف الأستاذة نبالي فطة التي تعتبر أن نشر رأي رئيس المجلس الدستوري هي وسيلة للضغط على رئيس الجمهورية لتسبب قرار اللجوء لتشريع الضرورة².

لكن يرى الأستاذ السعيد بوالشعير³ أن النظام الداخلي للمجلس الدستوري المؤرخ في 06 أوت 2000، لم ينص على استشارة رئيس المجلس الدستوري لوحده دون أعضاء المجلس ككل، لذا لا تعتبر هذه الاستشارة رقابة سابقة لهذه التشريعات التي نحن بصدد دراستها.

أما فيما يخص التشريعات الصادرة بناء على تفويض تشريعي: قدم المجلس الدستوري التونسي رأي عدد 2 لسنة 2011 للمجلس الدستوري بتاريخ 3 فيفري 2011 بخصوص مشروع قانون يتعلق بالتفويض إلى رئيس الجمهورية المؤقت في اتخاذ مراسيم

¹ عبد النبي كايس، المرجع السابق، ص 62.

² فطة نبالي، المرجع السابق، ص 280.

³ بوالشعير السعيد، المرجع السابق، ص 273.

طبقا للفصل 28 من الدستور، حيث صرح: " إن مشروع القانون المتعلق بالتفويض إلى رئيس الجمهورية المؤقت في اتخاذ مراسيم طبقا للفصل 28 من الدستور، لا يثير أي إشكال دستوري"¹.

ثانيا: الدور الإستشاري للبرلمان ولمجلس الدولة.

أولا: الدور الإستشاري للبرلمان:

* إقصاء الاستشارة البرلمانية في الأوامر التشريعية طبقا للمادة 142 من التعديل الدستوري الجزائري الجديد: هذا الأمر بديهي إذا ما اعتبرنا أن النطاق الزمني لاتخاذها غيبة البرلمان.

* الإتفاق مع لجان البرلمان في المغرب، من شأنه بسط رقابة اللجنة المعنية في المرسوم الذي تتخذه الحكومة.

ثار خلاف حول القيمة القانونية لهذا الإجراء، فهناك من يذهب إلى أن موافقة اللجان المعنية على المراسيم المتخذة تضي عليها صبغة دستورية تجعلها بقيمة قانونية كبيرة، في حين هناك من يرى أن اللجنة هي مجرد خلية داخلية للعمل في إطار لجان المجلس النيابي، وهذا ما يفسره ضرورة عرضها على البرلمان² للمصادقة عليها لاحقا.

ثانيا: الدور الإستشاري لمجلس الدولة:

هذا الدور الإستشاري الجديد الخاص بالدستور الجزائري فيما يخص أوامر المادة 142 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، حيث يعتبر مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وفقا للمادة 171 فقرة 2 منه. كما تنص المادة 172: " يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم، واختصاصاتهم الأخرى".

وتعود أهمية عرض مشروعات الأوامر على مجلس الدولة إلى ضرورة وجوب إتفاق الأوامر التشريعية مع أحكام الدستور والقواعد القانونية المعمول بها في الدولة، وضمان سلامة التشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية³.

¹ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 154، عدد 10 الصادر في 10 فيفري 2011.

² نوارة تريعة، المرجع السابق، ص 228.

³ نور الدين رداة، مرجع سابق، ص 113، مأخوذ عن عبد العظيم عبد السلام، سبق ذكره، ص 111.

ومن المفروض أن يتسم رأي مجلس الدولة بالسرية، رغم طبيعته الغير ملزمة. إلا أنه يعزز من مكانة الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية طبقا للمادة 142 خاصة في ظل ما يثيره موضوع التشريع في غيبة البرلمان من نقاشات حادة على المستوى البرلماني والفقهي، بحجة خطورتها على الاختصاص التشريعي الأصيل للبرلمان، وخوفا من تعسف السلطة البرلمانية في استخدامها.

الفرع الثاني: عدم فاعلية الدور الرقابي اللاحق.

نتاولنا الرقابة السياسية ممثلة في المجلس الدستوري والبرلمان كفقرة أولى، والرقابة القضائية بنوعها كفقرة ثانية.

الفقرة الأولى: الدور الرقابي للمجلس الدستوري والبرلمان.

ندرس الدور الرقابي للمجلس الدستوري ثم رقابة البرلمان على تشريع الضرورة.

أولا: الدور الرقابي للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.

بعد صدور تشريعات الضرورة، نكون أمام فترة سريانها، وفترة نهايتها لأنه كما قلنا أن التشريعات الإستثنائية هي تشريعات مؤقتة ولا تدوم ولا تبقى عدا تلك الصادرة في غيبة البرلمان أما بقية الحالات فكلها مؤقتة.

ومنه وبتركيزنا على حالة الإستثناء وحالة الطوارئ والحصار نجد أن المؤسس الدستوري المغربي نص في الحالة الأولى على أن تنتهي حالة الإستثناء بنفس الطريقة التي تم تقريرها بها بالنسبة للجزائر والمغرب وموريتانيا، وبالتالي إعادة إستشارة الهيئة الدستورية بنفس الأحكام السابقة، لتبدي رأيها في العودة إلى الحالة العادية إذا ما زالت الأسباب التي دعت لتقرير الحالة الاستثنائية¹، ومن الواقع التطبيقي كما رأينا المغرب هي البلد الوحيد الذي أعلن حالة الإستثناء وكان ذلك في سنة 1965 وحينها لم تكن إستشارة رئيس الهيئة الدستورية واجبة حتى في وقت إنهاؤها سنة 1970 لم تكن كذلك، لكن الملاحظ أن المرسوم الملكي المعلن لحالة الإستثناء احترام الشروط الأخرى المتمثلة أساسا في استشارة رئيسي غرفتي البرلمان، في حين لم يكن ذلك في الظهير الشريف المنهي

¹ ومن الواقع التطبيقي كما رأينا المغرب هي البلد الوحيد الذي أعلن حالة الإستثناء وكان ذلك في سنة 1965 وحينها لم تكن إستشارة رئيس الهيئة الدستورية واجبة حتى في وقت إنهاؤها سنة 1970 لم تكن كذلك، لكن الملاحظ أن المرسوم الملكي المعلن لحالة الإستثناء احترام الشروط الأخرى المتمثلة أساسا في استشارة رئيسي غرفتي البرلمان، في حين لم يكن ذلك في الظهير الشريف المنهي لحالة الاستثناء ويبرر ذلك بغياب المؤسسة التشريعية التي حلها الملك.

حالة الاستثناء ويبرر ذلك بغياب المؤسسة التشريعية التي حلها الملك الحسن الثاني بمجرد إعلانه لحالة الاستثناء.

أما عن إنهاء الحالة الإستثنائية في تونس، لها أحكام خاصة مختلفة عن باقي الدساتير محل الدراسة، يقول أنه نزول تدابير الإستثناء بزوال أسبابها، ويوجه رئيس الجمهورية بيانا في ذلك للشعب، وعوض أن يقوم رئيس الجمهورية بإنهاء أو رفع حالة الإستثناء قام بتوكيل هذا للمحكمة الدستورية حيث أضاف تنص الفقرة الثالثة من الفصل 80 على : " وبعد مضي ثلاثين يوما على سريان هذه التدابير، وفي كل وقت بعد ذلك، يعهد إلى المحكمة الدستورية بطلب من رئيس مجلس النواب أو ثلاثين من أعضائه البت في استمرار الحالة الاستثنائية من عدمه وتصرح المحكمة بقرارها علانية في أجل أقصاه خمسة عشر يوما". ويستفاد من هذا النص أن المحكمة الدستورية هي من إنهاء الحالة الاستثنائية أو الاستمرار فيها، ونتمن مبادرة المشرع التونسي في بسط رقابة دستورية فعالة حول هذا الوضع الأخير بشكل يمنع من تعسف رئيس الجمهورية بالاستمرار من استغلال الظرف الاستثنائي الذي يسمح له باتخاذ تدابير التي يريدها خاصة وان المرحلة السابقة لاتخاذها لا تأخذ اي رقابة فعالة. ويجد مصدر هذا النص الجديد في التعديل الدستوري الفرنسي للمادة 16 في 23 جويلية 2008¹.

في حين ما يتعلق بحالة الطوارئ والحصار، فكما هو معلوم اتفقت دساتير الدول الأربعة على أن تكون مدة هاته الحالة محددة بما لا يستلزم أي إستشارة لرفعها، لكن محور الرقابة الدستورية تكون في مراقبة مدى مراعاة رئيس الجمهورية للشروط الدستورية لإعلان حالة الطوارئ أو الحصار،

الأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية، وباعتبار أن هذا الإجراء إستثنائي فلا ينبغي التعسف في إستعمال السلطات الإستثنائية لمساسها بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا². وقد عرفت مسألة خضوعها للرقابة الدستورية من عدمه إلى نقاش واسع في فرنسا، حيث وفي هذا الإطار وبخصوص استمرار التشريعات الاستثنائية بعد زوال الظروف التي دعت إلى تقرير الحالة الاستثنائية، فيذهب بعض الفقهاء الفرنسيون³ إلى أن الإجراءات

¹ Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée.

² Jean Lamarque, op.cit, p.

³ Morange , Hamon, leroy.

التي تتخذ في الحالة الاستثنائية تتوقف آثارها بمجرد إنهاء الحالة الإستثنائية¹؛ في حين يرى اتجاه آخر من الفقه أن سريان الأعمال المتخذة خلال الحالة الاستثنائية يستمر، لكن تفقد قوتها القانونية التي كانت تتمتع بها، وتصبح أعمال إدارية.

ثانيا: الدور الرقابي للبرلمان.

يظهر من خلال الموافقة على تشريع الضرورة، ودوره في تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إضافة للضمانة الكبيرة الممنوحة له من خلال تنظيم حالة الطوارئ او الحصار².

أ- الموافقة أو المصادقة على تشريعات الضرورة:

تتجلى الموافقة على تشريعات الضرورة في 3 مواضع أساسية؛ الأوامر الإستثنائية، إعلان حالة الطوارئ والحصار والحالة الإستثنائية، الأوامر المتخذة في غيبة البرلمان سواء الأوامر التشريعية أو الأوامر التفويضية.

- 1- انصرفت إرادة المؤسس الدستوري إلى عدم إخضاع هذه الأوامر ذات الطبيعة التشريعية لرقابة البرلمان خلال أعمال الحالة الاستثنائية، وهو ما توصلنا إليه سابقا بشأن وضع البرلمان خلال هذا الظرف حيث يمنح إختصاص كامل لرئيس الجمهورية³.
- 2- موافقة البرلمان منعقد بغرفتيه معا على إعلان حالة الطوارئ او الحصار او الحالة الاستثنائية: اشترط المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 90 فقرة 4 من دستور 1996، أنه لا يتم إعلان حالة الطوارئ أو الحصار أو الحالة الاستثنائية إلا بموافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه معا بعد استشارة المجلس الدستوري والمجلس الأعلى للأمن في حالة حصول المانع لرئيس الجمهورية ولم يشرع رئيس الجمهورية الجديد في ممارسة مهامه، وفي حالة ترشح الوزير الأول لرئاسة الجمهورية وتولي أحد أعضاء الحكومة وظيفة الوزير الأول بتعيين من رئيس الدولة. وتقابلها المادة 104 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

¹ لوشن دلال، المرجع السابق، ص 210، والتي تعلق على هذا الرأي قائلة: " هذا الرأي يحتاج لنص قانوني يؤكد، وبغياب مثل هذا النص في الجزائر لا يمكن اعتماد هذا التفسير، خاصة أن الإجراءات المتخذة في هذه الفترة تهدف إلى المحافظة على إستقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية، مما يعني أنها قد تبقى ضرورية حتى بعد إنهاء الحالة الإستثنائية نظرا لتغير الظروف السياسية بعد التهديد الذي تعرض له النظام".

² إلى جانب الوسائل التقليدية المعروفة للرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة؛ الإستجواب، السؤال، التحقيق البرلماني.

³ لوشن دلال، المرجع نفسه، ص 209.

تعتبر آلية البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعيتين معا من أهم الضمانات المنصوص عليها دستوريا لحماية حقوق وحرقات الأفراد، ومنع تعسف السلطة التنفيذية في مرحلة يعد فيها الخروج عن مبدأ المشروعية وحكم القانون الاصل.

3- موافقة البرلمان على الأوامر التشريعية الصادرة في غيبته:

أوجبت الفقرة الثانية من المادة 107 من التعديل الدستوري 2016 عرض الأوامر المتخذة في غيبة البرلمان على المجلس في أول اجتماع يعقده، وذلك بهدف منع السلطة التنفيذية من تأجيل العرض عن قصد أو إهمال؛ وتماشيا مع التبرير¹ الذي أورده الأستاذ احسن رابحي، الذي اعتبر أن الموافقة النهائية على الأوامر تحمل معنى إشراك البرلمان في عملية سن هذه التدابير، مادام لها أثر مباشر على سريانها في المستقبل، لأن الفقرة الثالثة من المادة 142 تنص على اعتبارها لاغية إذا ما لم يوافق عليها البرلمان، ولكن هذا الجزاء لا نجده في بقية النصوص الدستورية المغربية أي في تونس والمغرب وهذا ما يعاب عليهم، إضافة لأن رقابة البرلمان على هذه الأوامر هي تجسيد لمبدأ سيادة الأمة.

وفي نفس الإطار لم يرتب المؤسس الدستوري الجزائري آثار الأمر الملغى؟ حول ماذا إذا ما كان يرتب أثر فوري أم أثر رجعي؟ فيذهب الرأي الراجح للقول أن له أثر فوري، فلا يمتد الإلغاء للآثار التي رتبها قبل الرفض.

ب- تمديد حالة الطوارئ أو الحصار:

اتفقت دساتير الجزائر والمغرب وموريتانيا على بسط سلطة البرلمان في تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، هذا ما يوحي أن إستمرارية هذه الحالة تخضع للرقابة البرلمانية الذي يقرر ما إذا فيه إمكانية لتمديد حالة الطوارئ أو الحصار من عدمها، فإذا رأى ذلك فإنه يصدر قانونا يمدد بموجبه حالة الطوارئ أو الحصار التي أعلن عنها رئيس الجمهورية أو الملك سلفا؛ لكن المتمعن في النصوص يستخرج أحكام مختلفة منها، مثلا المؤسس الدستوري المغربي كان أكثر وضوح حينما قال أن التمديد لا يكون إلا بقانون، في حين الموريتاني اشترط اجتماع البرلمان وجوبا إذا كان غائبا ليمدد هذه الفترة، ويفهم أيضا أن تمديد حالة الطوارئ والأحكام العرفية في موريتانيا يتم بموجب قانون؛ أما بالنسبة للجزائر اشترطت في شكل موافقة البرلمان على تمديد هذه الحالة، واشترطت أن تكون من

¹ أحسن رابحي، المرجع السابق، ص 365.

البرلمان وهو منعقد بغرفتيه معا¹؛ غير أنه لا يظهر إذا ما كان التمديد يتم بموجب قانون يصدره البرلمان أم أنه يمنح الموافقة لرئيس الجمهورية الذي يصدر قرار بتمديد حالة الطوارئ أو حالة الحصار.

والبرلمان باجتماعه يكون أمام حالتين: حالة الموافقة على تمديد قرار إعلان حالتها الطوارئ أو الحصار فلا يوجد مشكل على الصعيد العملي لكن يطرح بعض الإشكالات؛ هل يشترط أن يكون التمديد لمدة محددة أم لمدة مفتوحة؟ خاصة وأن المرة الوحيدة التي عرفت فيها الجزائر تمديد حالة الطوارئ لم تكن المدة محددة، هذا على خلاف تونس كما سنرى لاحقاً، مدة التمديد تكون دائماً معلومة ومصريح بها في أمر التمديد. كما نطرح سؤال حول الطبيعة القانونية لتصرف البرلمان هل هي مصادقة على قرار تمديد ام هو يصدر قانون تمديد؟، ماذا لو ارتأى البرلمان إلى أن الخطر مازال قائماً وهو ما يعني الاستمرار في حالة الطوارئ أو الحصار لكنه يعارض الإجراءات والتدابير التي يتخذها رئيس الجمهورية في هذه الفترة، هل يمكنه اقتراح تعديلها على السلطة التنفيذية أم أنه مجبر بالتمديد كيف ما كان أو بالرفض المطلق دون شروط؟ إن كانت الإجابة بنعم وهي الأرجح، فالبرلمان هنا عليه الموافقة على التمديد من عدمه دون أن تكون له أي صلاحية في إدخال أي تعديل على الإجراءات التي اتخذتها السلطة التنفيذية. أما في حالة عدم الموافقة على تمديد حالة الطوارئ، نكون هنا أمام وضعين إذا ما اعتبرنا أن التمديد يتم بموجب قانون، فعدم موافقة البرلمان على التمديد يكون بمثابة رسم نهاية هذه الحالة غير العادية، أما إذا كانت موافقة البرلمان مجرد تصديق على قرار رئيس الجمهورية، فهنا نتساءل عن مصير قرار التمديد؟ وماذا لو لم يحترم رئيس الجمهورية موقف البرلمان.

في حين بالنسبة لتونس وإن قلنا أن المادة 80 تشمل الحالة الاستثنائية وحالة الطوارئ هذا لأن المؤسس الدستوري التونسي لم يميز بينها، لكن ما يجدر الإشارة إليه أن تونس أعطت حل لتمديد حالة الطوارئ حسب الفصل 3 من الأمر عدد 50 لسنة 1978

¹ نصت المواد 98 - 99 - 100 من القانون 02/99 المنظم لعلاقات لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور، المنشور في الجريدة الرسمية السنة السادسة والثلاثون، العدد 15، المؤرخة في 09 مارس 1999، على أحكام انعقاد البرلمان بغرفتيه المجتمعين معا، حيث يجتمع بناء على استدعاء من رئيس الجمهورية في حالات تمديد حالة الطوارئ أو الحصار وفي الحالة الاستثنائية وفق المادة 98 منه، كما وضحت المادة 99 من نفس القانون أن رئيس مجلس الأمة هو من يرأس البرلمان في هذه الحالة؛ وما تجدر الإشارة إليه أن إعطاء الرئاسة لرئيس مجلس الأمة، جاءت بمبادرة من المجلس الدستوري من خلال الرأي رقم 08 المؤرخ في 21 فيفري 1999 المتعلق بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي المذكور في هذا التهميش.

المؤرخ في 26 جانفي 1978 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ¹ والساري المفعول إلى يومنا هذا، حيث تنص: " لا يمكن التمديد في حالة الطوارئ إلا بأمر آخر يضبط مدته النهائية؛ والتطبيق العملي لهذا النص في عدة مناسبات يؤكد ذلك، خاصة في ظل الأوضاع غير العادية التي تعيشها تونس، وعلى سبيل المثال الأمر الرئاسي عدد 31 لسنة 2016 المؤرخ في 22 مارس 2016 يتعلق بتمديد حالة الطوارئ²، حيث نص الفصل الأول منه على : " تمدد حالة الطوارئ بكامل تراب الجمهورية لمدة ثلاثة أشهر ابتداء من 23 مارس إلى غاية 20 جوان 2016".

ج- معالجة قانون الطوارئ او الحصار بموجب قانون عضوي:

أعطيت للبرلمان مهمة وضع قانون يحكم حالة الطوارئ أو الحصار حسب الدستور الجزائري والموريتاني، في حين سكت الدستور المغربي عن ذلك، أما تونس وبالرغم من عدم نص الدستور على وضع إطار قانوني لحالة الطوارئ، إلا أنه كما رأينا هي الدولة الوحيدة التي تملك قانون ينظم حالة الطوارئ، وإن كان صدر بموجب أمر من طرف رئيس الجمهورية وليس البرلمان إلا أن القانون يعتبر ضمانا حقيقية لحقوق الأفراد، كما أنه يساهم في توضيح الأسباب الملجئة لإعلان هذه الحالة والمبررات والشروط الكاملة، بالإضافة لما فيه من فائدة من حيث معالجته للفراغ القانوني. ومن هنا نتساءل على سبب تأخر البرلمان الجزائري عن إصدار قانون عضوي ينظم حالتي الطوارئ والحصار، رغم أن هذا الحق مدستر منذ التعديل الدستوري لسنة 1996.

الفقرة الثانية: الدور الرقابي للسلطة القضائية.

إن امتداد الرقابة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية أو الإدارة في حالات الضرورة يؤدي لإلغاء تلك القرارات غير المشروعة، أو إلزام الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنها. ومن ذلك نتساءل نستهل هذه الفقرة بالسؤال الآتي: هل يجوز الطعن بالإلغاء في الأعمال والتدابير المتخذة في حالة الضرورة وفق لجميع أوجه دعوى الإلغاء؟ وعلى أي أساس يتم طلب التعويض عن الضرر اللاحق عنها؟

¹ الرائد الرسمي التونسي، السنة 121، عدد 7، المؤرخ في 26 جانفي 1978.

² الرائد الرسمي التونسي، عدد 24، المؤرخ في 22 مارس 2016.

أولاً: رقابة الإلغاء.

القاضي في هذه الظروف يراقب نشاط الإدارة لا سيما من حيث أسباب قرارها الإداري والغاية التي ترمي إليها الإدارة في اتخاذه ولا يتجاوز في رقابته إلى العيوب الأخرى، الاختصاص والشكل والمحل وهو ما استقر عليه القضاء الإداري في العديد من الدول.

أ- إستبعاد قواعد الاختصاص والشكل والمحل من رقابة الإلغاء.

استبعد القضاء هذه القواعد من التي يعتبر مخالفتها في الظروف العادية أمر غير مشروع يعرض القرارات للإلغاء، إلا أنه بسبب حالة الضرورة والظروف الإستثنائية سمح بمخالفتها.

1 * ركن الإختصاص:

يعرف في مجال القانون الإداري، المقصود أحقية الجهة مصدرة العمل بذلك، ومنه أي عمل يصدر من غير الجهة المختصة يعتبر مشوب بعيب عدم الإختصاص ويمكن الطعن فيه أمام القضاء للنظر فيه في الظروف العادية؛ لكن في الظروف الإستثنائية وحالة الضرورة استبعد القضاء الإداري الرقابة على ركن الإختصاص¹.

2 * الشكل:

سمح القضاء الإداري المقارن في حالة الضرورة باتخاذ القرارات دون إتباع قواعد الشكل اللازمة وأضفى عليها الصبغة الشرعية بشرط أن تهدف للمصلحة العامة²، وقد طبق هذا القضاء الجزائي لما اعتبر أنه بإمكان الإدارة مخالفة قواعد الشكل والإجراءات في الظروف الإستثنائية وحالة الضرورة دون إبطال القرارات المتخذة بذلك.

3 * المحل:

محل القرار الإداري هو الأثر القانوني المترتب عنه، وفي إطار الظروف العادية يشترط أن يكون المحل ممكناً وجائزاً؛ أما في حالة الضرورة والظروف الاستثنائية سمح

¹ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 203.

² بوقريط عمر، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2006، ص 93.

القضاء الإداري للإدارة باتخاذ قرارات مخالفة لقواعد المحل في ظل أهمية القرار في الحفاظ على النظام العام¹.

ب- إقتصار رقابة الإلغاء على مراقبة مشروعية السبب والغاية.

في هذا المقام، تغيب المبررات التي تدفع للتوسع في سلطات الإدارة في حالة الضرورة، لذا لا يمكن التسامح في هذين الركنين مما يرتب رقابة قضائية عليهما.

1* السبب:

يعرف السبب على أنه الحالة القانونية والواقعية التي تؤدي بالإدارة إلى التدخل قصد إحداث أثر قانوني².

وتتم الرقابة على عنصر السبب عبر الحالات الآتية:

1.1* الرقابة على الوجود المادي للوقائع.

يكون ذلك بالتأكد من حقيقة وجود الوقائع التي استندت إليها سلطات الضبط في ممارسة عملها وإصدار قراراتها³، وفي حالة ما إذا ثبت عدم صحتها، تكون هذه القرارات محلا للطعن بالإلغاء. ومن هنا نتساءل عن إمكانية الرقابة على الوجود المادي للوقائع في ظل حالة الضرورة والظروف الإستثنائية؟

2.1* الرقابة على التكيف القانوني للوقائع.

تعني عملية التكيف القانوني وإعطاء الواقعة الثابتة لدى رجل الإدارة إسنادا سليما وصحيحا إلى مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية التي تحكمها وتنظمها. استبعد مجلس الدولة الفرنسي رقابة التكيف القانوني للوقائع في حالة الضرورة والظروف الإستثنائية، حيث تقتصر رقبته على التحقق من الصحة المادية للوقائع المستند عليها في القرار⁴.

2* الهدف:

سبق أن قلنا أنه ينبغي أن يكون الهدف من الإجراءات والتدابير الإستثنائية هو مراعاة المصلحة العامة بمواجهة الظروف الإستثنائية ودرء الخطر للمحافظة على سلامة الدولة

¹ للمزيد راجع، حميد شاوش، المرجع السابق، ص 204.

² حمزة نقاش، المرجع السابق، ص 141.

³ سورية العاصمي، المرجع السابق، ص 153.

⁴ سورية العاصمي، المرجع نفسه، ص 155.

وأمنها، ومنه أي إخلال به يصيب تصرف الإدارة بعيب الإنحراف في إستعمال السلطة مما يجعلها محل للإلغاء القضائي¹؛ ومنه من غير المتصور تبرير قرار أو تدبير إستثنائي بغير المصلحة العامة.

ثانياً: رقابة التعويض.

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الإداري المصري على إمكانية قيام مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها في حالة الضرورة والظروف الإستثنائية، لذا فأى تصرف أثبت القضاء عدم مشروعيته أمكن للمتضرر طلب التعويض عنه؛ إذن ماهو الأساس الذي اعتمد عليه القضاء الإداري المقارن للحكم بالتعويض عن هذه التصرفات والأعمال؟ تضاربت مواقف مجلس الدولة الفرنسي في أساس مسؤولية الإدارة على الأعمال والإجراءات المتخذة في حالة الضرورة، في البداية أسس مسؤولية الإدارة في حالة الضرورة على الخطأ الجسيم، حيث لا يكتفي الخطأ العادي البسيط لقيام المسؤولية، فالخطأ الجسيم يثير عدم المشروعية في عمل الإدارة²؛ حيث يتعين التفريق في مسؤولية الدولة بين ما يصدر عن السلطة العامة من تدابير وتصرفات، وهي تعمل في ظروف عادية تتاح لها الفرصة كامل للفحص والتبصر والروية، وبين ما تضطر إلى اتخاذه من قرارات وإجراءات عاجلة تملئها ظروف طارئة ملحة غير عادية، لاتمهل التدبر، ولا تتجمل كالحرب والفتنة والوباء والكوارث، ففي الحالة الأولى تقوم مسؤوليتها...، أما في الحالة الثانية، فالأمر جد مختلف إذ يوزن الخطأ بميزان مغاير وتقدر المسؤولية على هذا الأساس، فما يعد خطأ في الأوقات العادية، قد يكون إجراء مباحاً في أحوال الضرورة الاستثنائية، وتتدرج المسؤولية على هذا الأساس فلا تقوم كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائياً جسيماً يرقى إلى درجة التعسف المتعمد المصطحب بسوء القصد³.

ثم لاحقاً أخذ بقيام مسؤولية الإدارة في الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، حيث من خلاله تقوم مسؤولية الإدارة في حالات الضرورة حتى دون خطأ؛ ومن شأن هذا الأساس، أن يحقق التوازن بين سلطات وامتيازات الإدارة في حالات الضرورة وبين حقوق وحرقات الأفراد من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق العدالة الإجتماعية حيث تقوم الإدارة بنشاطها وأعمالها حماية للمصلحة

¹ حميد شاوش، المرجع السابق، ص 207.

² وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص 555.

³ ابراهيم أحمد عبده سعد الصمدي، المرجع السابق، ص 179.

العامة¹؛ وتطبيقاً لذلك لقيام المسؤولية على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ينبغي توافر الشروط التالية:

* الضرر المترتب عن الأعمال والتدابير المتخذة في حالة الضرورة: هذا الشرط الذي يسير في نفس السياق الخاص بتشريعات الضرورة. فمثلاً يتأكد القاضي الإداري من أن الإعتقال تم تحت حالة الضرورة وأن يكون في غير الشكل المحدد له في الظروف العادية وما نجم عنه من أضرار غير عادية.

* النظر إلى الأضرار المادية التي لحقت بالشخص المتضرر جراء الإجراءات والأعمال المتخذة في حالة الضرورة إذا ما كانت تمس بالمصلحة الخاصة به فقط دون بقية الأفراد هنا يستحق التعويض عما أصابه من ضرر².

¹ إبراهيم أحمد عبده سعد الصمدي، المرجع السابق، ص 180.

² إبراهيم أحمد عبده سعد الصمدي، المرجع نفسه، ص 181.

خلاصة الفصل الثاني:

رأينا الآثار السلبية التي تتجم على تشريع الضرورة سواء على الدستور والمؤسسات الدستورية أو على الحقوق والحريات العامة، لذا فكل إجراء من الإجراءات المتخذة في حالة الضرورة، والذي لا يعد ضروريا للمحافظة على النظام العام يعتبر تقييدا للحقوق والحريات؛ ومنه فلا يمكن إضفاء صفة المشروعية على جميع تشريعات الضرورة تحت قيد المساس بحريات الأفراد.

إضافة لشكلية الرقابة السياسية بنوعيتها، الدستورية والبرلمانية نظرا لمحدودية الوسائل الممنوحة لها من جهة، ولضعف المؤسستين في مواجهة المؤسسة الرئاسية أو الملكية، هذا ما دفع لإخضاع هذه الأعمال لنوع آخر من الرقابة، وهو الرقابة القضائية والتي تعد أهم ضمانة لحماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة أعمال الإدارة في الظروف الإستثنائية بالنظر إلى الخصائص التي تميزها إضافة إلى الرقابة البرلمانية والدستورية مع الإشارة إلى تبني دساتير دول المغرب العربي للرقابة القضائية على دستورية القوانين إلا أنه لم يتم تنصيب المحاكم الدستورية بعد.

وفي الأخير نقول أنه يستوجب تفعيل الرقابة بشكل أكبر لتكون ضمانة حقيقية للأفراد ولتجسيد مقومات دولة القانون.

خاتمة

تعتبر تشريعات الضرورة من الدراسات الهامة والمتميزة، لأنها تجمع بين أصول الدولة والمجتمع والقانون؛ وترتبط بارتباط مباشر ووثيق بعدة مصالح متضاربة، تتطلب الموازنة بينها لضمان حماية لوجود الدولة واستمراريتها من جهة، ولمقومات دولة الحق والقانون من جهة ثانية. لذا فهي تحتاج إلى بحث عميق وواسع في الفقه والقضاء والتشريع.

هذا ما حاولنا التطرق إليه، بالإتيان بالأساس الفلسفي والقانوني لتشريعات الضرورة، والمتمثل في حالة الضرورة أو نظرية الضرورة، مبرزين تعريف شامل لكل ما يتعلق بها من جهة، ومن جهة أخرى إيماننا منا بأن التمييز بينها وبين الأفكار والنظريات المشابهة لها ما هو إلا مساهمة في توضيح وتسهيل وضع إطار تصوري عام لهذه النظرية؛ ليتضح لنا أن تشريعات الضرورة تتنوع بحسب الأسباب والظروف والأوضاع التي تدعو إليها، ورغم أهميتها كآلية لمواجهة الظروف الإستثنائية، فهي أيضا لها تأثير سلبي على مقومات دولة القانون.

خلصنا من الدراسة عامة إلى أن اللجوء إلى تشريعات الضرورة أمر مطبق كأصل في الدول التي تحمي الشرعية الدستورية بضوابط لا يتم استخدامها إلا في حالات الضرورة - كما سبق بيانه -، وما إختلاف التسميات لهذه التشريعات إلا جانب شكلي ظاهري لا ينعكس على مضمونها و الضوابط التي تحكمها، حفاظا على الدستور وعلى المبادئ الدستورية العامة.

ويظهر تبني الدساتير المغاربية لتشريعات الضرورة في صلبها ووضع لها إطار قانوني خاص، ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية:

* تباين تبني دساتير دول المغرب العربي لهذا الموضوع، حيث نجد تنصيب تونس والجزائر والمغرب على الأوامر في غياب البرلمان ولم تنص موريتانيا على هذا النوع، في حين نصت موريتانيا والمغرب وتونس على التفويض التشريعي الذي لم ينص عليه الدستور الجزائري ومع ذلك وعلى سبيل الإستثناس والإثراء أضفنا تجربة الجزائر في سنة 1963؛ أما الحالة الإستثنائية خصصت لها الجزائر مادة واحدة مثلها مثل موريتانيا والمغرب في حين تونس أوردت مادة واحدة تشمل الحالة الإستثنائية وحالة الطوارئ هذا ما يظهر من خلال قراءتها وتطبيقها، وبالنسبة لحالة الطوارئ والحصار فالجزائر خصصت لهما مادة مشتركة رغم إقرارها الضمني بتمييزها وهذا ما لمسناه من خلال

تطبيق الحالتين في الجزائر، في حين المغرب تبنى حالة الحصار فقط بصورة سريعة وسطحية أما موريتانيا خصصت مادة واحدة لحالة الطوارئ والأحكام العرفية بشكل يوحي لعدم التمييز بينهما ولغياب التطبيق العملي لهما نتحفظ على إبداء أي رأي في ذلك.

* أقرت دساتير دول المغرب العربي بوضوح الطابع الإستثنائي للتشريع في الحالة الإستثنائية وفي حالتها الطوارئ أو الحصار، في حين لم يظهر موقفها بخصوص التشريع في غياب البرلمان وعن طريق التفويض التشريعي هذا من جهة.

* المعالجة الدستورية لتشريعات الضرورة لم تكن في مستوى أهمية الخطر المترتب عنها باعتبارها تشريعات إستثنائية تصدر في وضع إستثنائي غير عادي؛ حيث كان عليه الاهتمام والاحاطة بموضوع التشريعات من كل الجوانب، بداية من تحديد حالات الضرورة بدقة التي تستدعي لقيام الظرف الاستثنائي تجنباً لأي تعسف من السلطة التنفيذية في استعمال هذه التقنية التي قد تتحول لامتياز في يدها ان لم يتم ضبطها بالأحكام والقيود اللازمة لضمان ممارستها في الإطار الذي وجد لأجله، ومن جهة أخرى تكريس قواعد لمراقبة هذا العمل منذ بداية إلى غاية نهايته.

وما يدعم هذا الكلام أن تطبيقات تشريع الضرورة في دول المغرب العربي تعرف إفراط كبير قد يفقدها الطابع الإستثنائي لها.

* كما لاحظنا تزايد التهديد والمساس بالحقوق والحريات الأساسية سواء بتقييدها بموجب نصوص التشريعات الاستثنائية او من خلال الممارسات العملية لحالات الضرورة و الظروف الاستثنائية التي طبقت في الدول المغاربية، وبعيدا عن السياسة فالسجون الجزائرية والتونسية مملوءة بمن انتهكت حرياتهم البسيطة في التعبير والتجمع السلمي والمشكل في استمرارية بقاءهم في السجن حتى بعد زوال الظروف التي دعت لتلك الممارسات، كل هذا ناجم عن نقص فعالية الرقابة بمختلف أنواعها وخاصة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية في حالة الضرورة.

* يمكن القول أنّ التجربة التونسية تعرف إهتمام كبير بإدراج أحكام جديدة تحسن من استخدام تشريع الضرورة، على سبيل المثال نذكر الدور الجديد للمحكمة الدستورية في مراقبة استمرارية الحالة الإستثنائية يوحي بمستقبل أفضل، في حين الدساتير الأخرى تعرف جمود نسبي لعدم تغير أحكام تشريع الضرورة منذ فترة طويلة، كما نضيف أن مبادرة المؤسس الدستوري الجزائري بتقييد التشريع في غياب البرلمان هو خطوة نحو منع

تعسف السلطة التنفيذية فيه نظرا لكثرة استخدامه بشكل أصبح تشريع أصلي يفوق تشريع البرلمان.

ومن خلال هذه النتائج التي توصلنا إليها من البحث في تشريع الضرورة في دساتير دول المغرب العربي (تونس - الجزائر - المغرب - موريتانيا)، نقدّم بعض الاقتراحات التي نرى من المستحسن الأخذ بها في المستقبل:

* نرى من المستحسن، إشتراط توافر حالة الضرورة فيما يخص الأوامر التشريعية في غياب البرلمان، والتفويض التشريعي بشكل واضح في الدستور، والتقليل من إستعمالها قدر الإمكان.

* الإسراع في إصدار القانون العضوي المتعلق بحالة الطوارئ والحصار، المحال إليه طبقا للمادة 92 من دستور سنة 1996 والتي تقابلها المادة 106 من التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر، والفقرة الأخيرة من الفصل 70 من الدستور الموريتاني، وضرورة تحيين تونس لقانون الطوارئ الصادر في 1978، مع إستحسان أخذ المغرب بهذا الفكرة في المستقبل.

* تحديد المبررات والدوافع التي تؤدي إلى إعلان الحالة الإستثنائية، ومحاولة حصرها رغم صعوبة الأمور؛ كخطوة لضبط تقدير رئيس الجمهورية أو الملك لتوافر حالة الضرورة ومنع التعسف في استعماله لهذه السلطة.

* توضيح دور البرلمان في فترة قيام الحالة الإستثنائية من حيث تدخله في الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو الملك من عدمه وإلزام السلطة التنفيذية برفع تقارير دورية له حول تطور الوضع، ومن حيث الأعمال التي يقوم بها في تلك الفترة.

* تحديد المجالات التي يمكن أن يشرع فيها رئيس الجمهورية أو الملك في حالة الضرورة، من حيث تعلقها بنطاق القانون العادي أو العضوي، كما يستحسن أن تكون أعماله متعلقة بمواجهة الظرف التي تمر به البلاد والخروج منه.

* تفعيل الدور الرقابي للبرلمان من خلال إعطائه حق الاعتراض على التدابير المتخذة والتي تخرج عن الهدف المشود من النظام القانوني الإستثنائي.

* التأكيد على عدم الإستمرارية في إستعمال السلطات الاستثنائية للسلطة التنفيذية متى انتهت الظروف التي دعت إليها، وتقرير حق المؤسسات الدستورية الرقابية في التدخل لإيقاف الوضع الاستثنائي.

* ضرورة منع إنشاء المحاكم الإستثنائية - كما سبق وأن رأينا - نظرا لمساسها الشديد بحقوق وحرّيات الأفراد؛ حيث تمثل تمييز وانتهاك لمبدأ المساواة أمام القضاء، وكمثال بعض المعتقلين السياسيين في الجزائر لا يزالون يقبعون في السجون منذ الإضراب السياسي وتوابعه في فترة التسعينات.

* عدم تضمّن تشريعات الضرورة لأيّ تقييد للحقوق والحرّيات وبالخصوص الإعلام وحرّيات التعبير والتظاهر السلمي، وهنا نذكر الجزائر كمثال بارز يمنع أيّ تجمع دون ترخيص من وزارة الداخلية وهو نوع من التقييد والتضييق الممارس من الإدارة على المجتمع المدني.

* حسم الخلاف المطروح حول تشريعات الضرورة التي لا تقدم للمصادقة البرلمانية، ووضع جزاء صريح في كل الحالات على عدم عرض هذه التشريعات على البرلمان.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

* القرآن الكريم.

* ابن منظور، لسان العرب، الناشر: دار المعارف، مصر. (نسخة إلكترونية).

أولاً: باللغة العربية:

1- / الكتب:

أ* الكتب العامة:

1- بوالشعير السعيد، النظام السياسي الجزائري، جزء 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

2- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، ط 6، 1991، ص 121.

3- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانونية الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 145.

ب* الكتب المتخصصة:

1- حميد شاوش، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري وتطبيقاتهما في التشريع الجزائري، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 53.

2- سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2003، ص 23.

3- محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، مصر، 2002،

4- مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.

5- وجدي ثابت غبريال، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988.

6- يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، مصر، 2005.

7- يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، 1993.

2/- الرسائل والمذكرات:

أ- رسائل الدكتوراه:

1- أحسن رابحي، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2005-2006.

2- باديس سعودي، حرية الإعلام ما بين تشريعات الجزائر والمغرب في ضوء المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2014-2015 ص 68.

3- دلال لوشن، الصلاحيات التشريعية لرئيس الجمهورية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2011/2012، ص 205.

4- عبد النبي كايس، توزيع السلطات في النظام السياسي المغربي على ضوء دستور 1996، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، المغرب، 2011.

5- علي جمال صغير رئيس الدولة في النظام الدستوري الجزائري - التونسي والمغربي، رسالة دكتوراه لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009.

6- غيلاني الطاهر، عملية تنظيم حالة الظروف الاستثنائية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2013 - 2014.

7- نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة مجال ممدود وحول محدود، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010.

8- نزيهة بن زاغو، تقوية السلطة التنفيذية في دول المغرب العربي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2008 / 2009.

9- نورة تريعة، تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في دول المغرب العربي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2012.

ب- مذكرات الماجستير:

- 1- ابراهيم أحمد عبده سعد الصمدي، حالة الضرورة ومشروعية الواقع الاستثنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2003، ص 28.
- 2- ابراهيم تونصير، تشريعات الضرورة - دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013 - 2014.
- 3- أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2005، ص 28.
- 4- تميمي نجا، حالة الظروف الإستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2002/2003، ص 17.
- 5- جغول زغدود، حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، مدرسة الدكتوراه تيزي وزو، نوقشت في 29 نوفمبر 2005، ص 117.
- 6- حمزة نقاش، الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2010-2011.
- 7- زهراء سعد مهدي، نظرية الضرورة وتطبيقاتها في الدساتير العراقية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة النهريين، العراق، 2008.
- 8- صورية العاصمي، تأثير نظام الضبط الإداري على الحقوق والحريات العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2012.
- 9- عبد الحفيظ بكاي، الحريات العامة في الظروف الغير عادية في ظل الدستور الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة.
- 10- عمر بوقريط، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2006.
- 11- فرحات سعيدي، التشريع المفوض والمنافس في الجزائر 1963، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 120.

12- مصطفى رياحي، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2005/2004.

13- ميمونة سعاد، الطبيعة القانونية للتشريع بأوامر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010-2011.

14- نادية بوطليبة، التنظيم الدستوري للتفويض التشريعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2009.

15- نور الدين رداة، التشريع عن طريق الأوامر وأثره على السلطة التشريعية في ظل دستور 1996، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2006/2005.

3- المقالات:

1- حسين مسعودي ، أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ظبي، الإمارات، 11 و 12 سبتمبر 2012.

2- عقلية خرياشي، التشريع عن طريق الأوامر، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثالث، الجزائر، 2009.

3- فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، الجزائر، 2002.

4- مبروك غضبان/ غربي نجاح، قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالاتي الحصار والطوارئ، ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، العدد العاشر.

5- مراد بدران، الإختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور -النظام القانوني للأوامر-، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 10، العدد 02، 2000.

6- مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الإستثنائية، م.ج.ع.ق.إ.س، العدد الأول، 1998.

4- النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

1- قانون رقم 16 - 01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر عدد 14 مؤرخة في 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 07 مارس 2016م.

2- الدستور المغربي الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 جويلية 2011، ج.ر عدد 5964 مكرر المؤرخة في 30 جويلية 2011.

3- الدستور التونسي، الصادر في 14 جانفي 2014.

4- دستور موريتانيا، الصادر بموجب الأمر القانوني 91-22 20 جويلية 1991 المعدل والمتمم.

5- الدساتير الجزائرية السابقة لسنة: 1963، 1976، 1989، 1996.

6- الدساتير المغربية السابقة لسنة: 1962، 1970، 1972، 1992، 1996.

7- الدستور التونسي لسنة 1959 المعدل والمتمم.

ب/- القوانين والظواهر:

1- ظهير شريف رقم 1.70.178 بتاريخ 27 جمادى الأول 1390 الموافق 31 جويلية 1970 بإنهاء حالة الإستثناء، الجريد الرسمية، السنة التاسعة والخمسون - عدد 3013 مكرر الصادرة بتاريخ 28 جمادى الأولى 1390 الموافق 1 أوت 1970.

2- ظهير شريف رقم 287.83.1 صادر بتاريخ 07 محرم 1404 الموافق 14 أكتوبر 1983 في شأن ممارسة السلطة التشريعية، الجريدة الرسمية، السنة الثانية والسبعون - عدد 3702 مكرر الصادرة في 07 محرم 1404 الموافق 14 أكتوبر 1983.

3- قانون عضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر، عدد 37، المؤرخة في 1 جوان 1998.

4- قانون الحريات العامة، إصدارات مركز الدراسات والأبحاث الجنائي، سلسلة نصوص قانونية، المغرب، أكتوبر 2011، العدد 8، ص 33.

5- أمر رقم 11 - 01 مؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1432 الموافق 23 فيفري سنة 2011، يتضمن رفع حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية، العدد 12، السنة الثامنة والأربعون المؤرخة في 20 ربيع الأول عام 1432 الموافق 23 فيفري سنة 2011.

ج/- المراسيم:

1- المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 04 جوان 1991، بتقرير حالة الحصار، ج.ر عدد 29 المؤرخة في 29 ذو القعدة 1411 الموافق ل 12 جوان 1991، ص1087.

2- المرسوم الرئاسي 44/92 المؤرخ في 09 فيفري 1992 يتضمن إعلان حالة الطوارئ، ج.ر عدد 10 المؤرخة في 05 شعبان 1412 هـ الموافق ل: 09 فيفري 1992م.

3- المرسوم التنفيذي 91-203 المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يضبط كفيات تطبيق تدابير المنع من الإقامة، ج.ر عدد 31، المؤرخة في 14 ذو الحجة 1411 هـ الموافق ل 26 جوان 1991، ص.1124.

د/ الجرائد الرسمية التونسية:

1- الرائد الرسمي التونسي، السنة 121، عدد 7، المؤرخ في 26 جانفي 1978 يتضمن أمر عدد 50 لسنة 1978 مؤرخ في 26 جانفي 1978 المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ.

2- الرائد الرسمي التونسي، عدد 24، المؤرخ في 22 مارس 2016 يتضمن أمر رئاسي عدد 31 لسنة 2016 مؤرخ في 22 مارس 2016 يتعلق بتمديد حالة الطوارئ.

3- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، السنة 127- عدد 1، المؤرخ يوم الثلاثاء 3 جانفي 1984 يتضمن أمر عدد 2 لسنة 1984 مؤرخ في 3 جانفي 1984 يتعلق بمنع المظاهرات وبجولان بكامل تراب الجمهورية

5/- القرارات والآراء:

أ- القرارات:

1- قرار مؤرخ في 10-02-1992 متضمن إنشاء مركز أمن في رقان ولاية أدرار، قرار بنفس التاريخ يتضمن إنشاء مركز أمن عين صالح ولاية تامنغاست، قرار بنفس التاريخ يتضمن إنشاء مركز أمن في ورقلة، ج.ر عدد 11، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 11 فيفري 1992.

2 - قرار مؤرخ في 10-02-1992 متضمن إنشاء مركز أمن في عين الحمر ولاية أدرار، قرار بنفس التاريخ يتضمن إنشاء مركز أمن في برج عمر ادريس ولاية اليزي، ج.ر، عدد 14، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 23 فيفري 1992.

- 3 - قرار مؤرخ في 19-02-1992 يتضمن إنشاء مركز أمن في المنبوعة ولاية غرداية، ج.ر، عدد 15، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 26 فيفري 1992.
- 4- قرار مؤرخ في 29-02-1992 يتضمن إنشاء مركز أمن في عين امقل ولاية تامنغست، ج.ر، عدد 18، السنة التاسعة والعشرون، المؤرخة في 8 مارس 1992.

ب- آراء المجلس الدستوري:

- 1- رأي رقم 06/ر.ق.ع/م.د/ 98 المؤرخ في 30 ماي 1998، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج.ر، عدد 37، المؤرخة في 1 جوان 1998.
- 2- رأي رقم 08 المؤرخ في 21 فيفري 1999 المتعلق بمراقبة مدى مطابقة القانون العضوي المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور، المنشور في الجريدة الرسمية السنة السادسة والثلاثون، العدد 15، المؤرخة في 09 مارس 1999.

6- مواقع الأنترنت:

- 1- بيان المرصد حول إعلان حالة الطوارئ بتاريخ 06 جويلية 2015، موقع قضاء نيوز، مقال منشور بتاريخ 03 فيفري 2016 على الساعة 07.56، تم الإطلاع عليه في 02 أبريل 2016 على الساعة 22:37-<http://kadhanews.com/index.php/2014-01-27-21-47-35/2014-01-27-23-13-54/item/1554-21-2015>
- 2- تصريح محمد الأمين ولد الشيخ، وزير العلاقات مع البرلمان والمجتمع المدني، منشور على موقع السراج الإخباري بتاريخ 09 سبتمبر 2015 على الساعة 12.56، واطلعنا عليه بتاريخ 2 ماي 2016 على الساعة 21.27.
- <http://essirage.net/node/3156>
- 3- صليحة بوعكاكة، أنواع التشريعات في القانون المغربي، موقع الحوار المتمدن، العدد 1581 منشور بتاريخ 14 جوان 2006 على الساعة 10.44، تم الإطلاع على المقال يوم 17 فيفري 2016، على الساعة 17.35.
- <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=67400>
- 4- مرزوق محمد، عمارة فتحة، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات - دراسة مقارنة-، مقال منشور على موقع مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والإجتماعية بوجدة، المملكة المغربية، تم الإطلاع عليه بتاريخ 04 أبريل 2016.

http://www.cerhso.com/detail_dirasat1.asp?idZ=42

5- موقع منظمة العفو الدولية باللغة العربية، مقال بعنوان: " تونس: قيود مشددة على الحريات وعلى التنقل في أحدث ظواهر قانون الطوارئ القمعي"، منشور بتاريخ 17 مارس 2016 على الساعة 16.09 بالتوقيت العالمي، تم الإطلاع عليه يوم 02 أبريل 2016 على الساعة 01.52 بتوقيت الجزائر.

<https://www.amnesty.org/ar/latest/news/2016/03/tunisia-severe-restrictions-on-liberty-and-movement-latest-symptoms-of-repressive-emergency-law>

6- علي جوايبي، المرسوم عدد 13 لسنة 2011 ليس مقررا إداريا، موقع أسطرلاب، مقال منشور بتاريخ 30 أكتوبر 2015 على الساعة 20.32، تم الإطلاع عليه يوم 15 أبريل 2016 على الساعة 17.10.

<http://www.astrolabetv.com/ar/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B1%D8%B3%D9%88%D9%85-%D8%B9%D8%AF%D8%AF-13-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-2011-%D9%84%D9%8A%D8%B3-%D9%85%D9%82%D8%B1%D8%B1%D8%A7-%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%A7-%D8%A8%D9%82>

ثانيا: باللغة الأجنبية:

A/- Ouvrages :

- 1- Adhémar Esmein, Elements de droit constitutionnel français et comparé, 7^{eme} edition, Tome 2, Librairie de la Société du Recueil Sirey, paris 1921.
- 2- R.Carre de malberg, Contribution a la théorie generale de l'état, Editions du CNRS, Tome 1, 1920

B/- Thèse :

- 1- Marie Goupy , L'essor de la théorie juridico-politique sur l'état d'exception dans l'entre-deux guerres en France et en Allemagne: une genèse de l'état d'exception comme enjeu pour la démocratie, Thèse pour obtenir le grade de docteur de philosophie, École normale supérieure de Lyon, 2001.
- 2- The Hong NGUYEN, La Notion d'exception en droit constitutionnel français, Thèse de doctorat en droit public, Faculte de droit, Université paris 1 Pantheon-Sorbonne, 2013

C/- Articles :

- 1- Jean-Paul Payer, pouvoirs discrétionnaires et compétences liées au président de la république, Numéro 06, année : 1981, p 1613 et suites. R.D.P.
- 2- Jean Lamarque, La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958, R.D.P, 1961, p 573.
- 3- PIERRE Ebrard, l'article 38 de la constitution du 04 october 1958 et la 5^{eme} République, année 1969, pages : 259 et suites.

فهرس المحتويات

01.....	مقدمة
07.....	الفصل الأول: تشريع الضرورة كآلية لمواجهة الظروف الإستثنائية
08	المبحث الأول: فكرة الضرورة كأساس لتشريع الضرورة
08	المطلب الأول: مفهوم فكرة الضرورة وشروط تطبيقها
08	الفرع الأول: تعريف نظرية الضرورة وشروطها
08.....	الفقرة الأولى: المعنى اللغوي والإصطلاحي للضرورة
08.....	أولا : المعنى اللغوي للضرورة
08.....	ثانيا: المعنى الإصطلاحي للضرورة
09.....	الفقرة الثانية: عناصر الضرورة وشروط تطبيقها
09.....	أولا: عناصر فكرة الضرورة
10	ثانيا: شروط فكرة تطبيق الضرورة
10	الفرع الثاني: علاقة نظرية الضرورة بالأفكار المرتبطة بها والنظريات المشابهة لها
10.....	الفقرة الأولى: علاقة نظرية الضرورة بالأفكار المرتبطة بها
10.....	أولا: فكرة الإستعجال ونظرية الضرورة
11.....	ثانيا: نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة
13.....	الفقرة الثانية: علاقة نظرية الضرورة والنظريات القانونية المشابهة لها
13.....	أولا: نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة
15.....	ثانيا: نظرية الضرورة والسلطة التقديرية للإدارة
16.....	المطلب الثاني: فكرة أو نظرية الضرورة في ميزان الفقه والقضاء
16.....	الفرع الأول: موقف القضاء من نظرية الضرورة بين التقرير والتصدي
16.....	الفقرة الأولى: مساهمة القضاء في تقرير نظرية الضرورة
16.....	أولا: دور مجلس الدولة الفرنسي في صنع نظرية الضرورة
18.....	ثانيا :تبني القضاء في دول أخرى لنظرية الضرورة
20.....	الفقرة الثانية: محاولات قضائية للتصدي لنظرية الضرورة
20.....	أولا: القضاء الأمريكي والبريطاني كموقف ثابت ودائم
21.....	ثانيا: القضاء العادي في فرنسا ومصر كموقف متغير وغير مستمر
23.....	الفرع الثاني: موقف الفقه من نظرية الضرورة بين التأييد و الإنكار

- الفقرة الأولى: نظرية الضرورة بين الرفض المطلق والصبغة غير القانونية 23
- أولاً: الرفض المطلق لنظرية الضرورة 23
- ثانياً: الاعتراف بنظرية الضرورة كنظرية سياسية غير قانونية 23
- الفقرة الثانية: إضفاء الصبغة القانونية على نظرية الضرورة 26
- أولاً: التصور القانوني اللامشروط لنظرية الضرورة من قبل الفقه الألماني 26
- ثانياً: التصور القانوني المشروط لنظرية الضرورة من قبل الفقه الفرنسي 26
- المبحث الثاني: النصوص القانونية كضابط لتشريع الضرورة 28**
- المطلب الأول: ارتباط تشريع الضرورة بوضعية البرلمان 29**
- الفرع الأول التشريع بالأوامر أو المراسيم في غياب البرلمان 29
- الفقرة الأولى: شروط التشريع بأوامر في غياب البرلمان 29
- أولاً: الشروط المتفق عليها 31
- ثانياً: الشروط المختلف فيها 31
- الفقرة الثانية: مدى إشتراط توافر حالة الضرورة لاتخاذ الأوامر كشرط موضوع 33
- أولاً: موقف الفقه الدستوري من توافر حالة الضرورة في الأوامر التشريعية 33
- ثانياً: موقف المؤسس الدستوري من توافر حالة الضرورة في الأوامر التشريعية 34
- الفرع الثاني: التشريع في إطار قانون التفويض التشريعي 34
- الفقرة الأولى: شروط التفويض التشريعي 36
- أولاً: الشروط الموضوعية 36
- ثانياً: الشروط الإجرائية 38
- الفقرة الثانية: مدى توافر الضرورة في التفويض التشريعي 39
- أولاً: الرأي المؤيد لاستثنائية التفويض التشريعي 39
- ثانياً: الرأي الذي ينفي الاستثنائية عن التفويض التشريعي 40
- المطلب الثاني: عدم ارتباط تشريع الضرورة بوضعية البرلمان 40**
- الفرع الأول تشريع الضرورة في الحالة الإستثنائية 40
- الفقرة الأولى: المعالجة الدستورية للحالة الإستثنائية في دساتير دول المغرب العربي... 41
- الفقرة الثانية: شروط إعلان الحالة الإستثنائية 42
- أولاً: الشروط الإجرائية 42

45	ثانيا: الشروط الموضوعية
47	الفرع الثاني: تشريع الضرورة في حالات الطوارئ والحصار
47	الفقرة الأولى: المعالجة الدستورية لحالات الطوارئ والحصار
48	الفقرة الثانية: الضوابط التي تحكم إعلان حالة الطوارئ وحالة الحصار
48	أولا: الشروط الموضوعية
50	ثانيا: الشروط الشكلية.....
52	خلاصة الفصل الأول.....
54	الفصل الثاني: تشريع الضرورة كآلية للإخلال بمقومات دولة القانون
55	المبحث الأول: خطورة الآثار المترتبة على تشريع الضرورة
55	المطلب الأول: أثر تشريع الضرورة على الدستور والمؤسسات الدستورية
55	الفرع الأول: أثر تشريع الضرورة على الدستور
56	الفقرة الأولى: مدى إمكانية إيقاف بعض أحكام النصوص الدستورية.....
57	الفقرة الثانية : مدى إمكانية تعديل الدستور أو إلغائه.....
60	الفرع الثاني: أثر تشريع الضرورة على المؤسسات الدستورية.....
60	الفقرة الأولى: التعدي على سلطات المؤسسة التشريعية.....
61	أولا: تضيق السلطات التشريعية للبرلمان
62	ثانيا: مدى تأثير على الوظيفة الرقابية للبرلمان.....
62	الفقرة الثانية: توسيع سلطات السلطة التنفيذية.....
62	أولا: السلطات التشريعية.....
63	ثانيا: السلطات الإدارية والقضائية
64	المطلب الثاني: أثر تشريع الضرورة على حقوق وحرريات الأفراد.....
65	الفرع الأول: تشريع الضرورة وتأثيره على الحقوق والحرريات الفردية.....
65	الفقرة الأولى: حرية التنقل و الإقامة
66	أولا: الوضع تحت الإقامة الجبرية والمنع من الإقامة
67	ثانيا: تطبيق نظام حظر التجول

69	الفقرة الثانية: حق الفرد في الأمن وحفظ وحرمة مسكنه
69	أولاً:الوضع في مراكز الأمن
70	ثانياً:إجراء التفتيش ليلاً أو نهاراً
71	الفرع الثاني: تشريع الضرورة وتأثيره على الحقوق والحريات الجماعية
71	الفقرة الأولى: حرية الإجتماع وتكوين جمعيات
73	الفقرة الثانية :حرية الإعلام وحرية الرأي والتعبير
76	المبحث الثاني: محدودية الرقابة على تشريع الضرورة
77	المطلب الأول: من حيث نطاق الرقابة على تشريع الضرورة
77	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية والتفويضية
77	الفقرة الأول: الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية
78	أولاً: الإتجاه الذي يعطي أهمية لمصادقة البرلمان
79	ثانياً: الإتجاه الذي لا يعطي أهمية لمصادقة البرلمان
79	الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية
	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأوامر المتعلقة بالحالة الإستثنائية وحالات الطوارئ
82	والحصار
82	الفقرة الأولى: الأوامر المتعلقة بالحالة الإستثنائية
82	أولاً: الأوامر المعلنة بالحالة الإستثنائية
84	ثانياً: الأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية
86	الفقرة الثانية: تشريعات حالة الطوارئ أو الحصار
86	أولاً:قرار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار
87	ثانياً: الإجراءات والتدابير المتخذة في قيام حالة الطوارئ أو الحصار
88	المطلب الثاني: من حيث ميكانيزمات الرقابة على تشريع الضرورة.....
88	الفرع الأول شكلية الرقابة السابقة على تشريع الضرورة.....
89	الفقرة الأول: الدور الإستشاري للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.....
90	الفقرة الثانية: الدور الإستشاري للبرلمان وللمجلس الدولة.....
90	أولاً: الدور الإستشاري للبرلمان
91	ثانياً: الدور الإستشاري لمجلس الدولة.....

91	الفرع الثاني: عدم فاعلية الدور الرقابي اللاحق.....
92	الفقرة الأولى: الدور الرقابي للمجلس الدستوري والبرلمان.....
92	أولاً: الدور الرقابي للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية
93	ثانياً: الدور الرقابي للبرلمان.....
97	الفقرة الثانية: الدور الرقابي للسلطة القضائية.....
97	أولاً: رقابة الإلغاء
99	ثانياً: رقابة التعويض
101 خلاصة الفصل الثاني.....
103 خاتمة
107 قائمة المراجع
116 الفهرس