

جامعة باتنة 1
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الحماية الخاصة للحريات الأساسية من طرف قاضي
الاستعجال الإداري في الجزائر

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق
تخصص: قانون إداري وإدارة عامة

إشراف الدكتور:

فريدة مزياني

إعداد الطالب:

شمس الدين بشير الشريف

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أحمد بنيني	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	رئيسا
فريدة مزياني	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	مشرفا ومقررا
عبد القادر عبد السلام	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	عضوا مناقشا
عبد الحليم بن مشري	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
محمد بركات	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	عضوا مناقشا
عز الدين طباش	أستاذ محاضر أ	جامعة بجاية	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2017 / 2018

شكر وعرفان

الشكر لله تعالى الذي أكرمني بسلوك طريق العلم، على ما منحني من قوة وعزيمة لإتمام هذا العمل.

فله الحمد على عظيم فضله وكثير عطائه.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير العميق للأستاذة الفاضلة "مزياني فريدة"، لتفضلها بالإشراف على هذا العمل، ولنصائحها وتوجيهاتها القيمة طيلة انجازه.

والشكر موصول كذلك " لأعضاء لجنة المناقشة"، الذين قبلوا تحمل عبء الإطلاع على هذا العمل، لتصويبه بما يرونه مناسباً.

كما لا أنسى شكر كل من قدم لي يد العون من قريب أو من بعيد.

شمس الدين بشير الشريف

إهداء

إلى الوالدين الكريمين، أطال الله في عمرهما

إلى زوجتي العزيزة

إلى أبنائي الأعزاء:

سيدرا مرام، محمد ضياء و ميرال ردينة

إلى أخي وأخواتي

إلى أصدقائي وزملائي

إلى هؤلاء جميعا، أهدي هذا العمل

شمس الدين

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
د.س	دون سنة
د.و.أ.ت	الديوان الوطني للأشغال التربوية

ثانياً: باللغة الفرنسية

A.J.D.A	Actualité juridique de droit administratif
B.J.D.C.P	Bulletin juridique des contrats publics
C.J.A	Code de justice administrative
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
chron.	chronique
concl.	Conclusions
éd.	édition
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.P.A	Les petites affiches
n°	numéro
op.cit	ouvrage précédemment citée
ord.	ordonnance
P.U.F	Presse universitaire de France
R.A	La revue administrative
R.D.P	Revue de droit public
R.F.D.A	Revue française de droit administratif
sect.	section
TC	Tribunal des conflits

مقدمة

تعتبر الحقوق والحريات أسمى القيم الإنسانية، لذلك حرص المشرع على النص عليها ضمن المنظومة القانونية الوطنية، حيث كفل لها إرساء دستوريا بمقتضى الفصل الرابع من الباب الأول من التعديل الدستوري لسنة 2016 تحت عنوان "الحقوق والحريات"، كما حجز للمشرع العادي صلاحية تنظيمها، حيث نصت المادة 140 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري¹ على أنه: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: (1) - حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين....".

ويعتبر مبدأ المشروعية، بوصفه أهم المبادئ القانونية التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية في العصر الحديث، الضمانة الأساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة الإدارة. ويقصد بهذا المبدأ في معناه الواسع: ضرورة خضوع جميع الأشخاص في الدولة سواء كانوا حكاما أو محكومين لمقتضيات النظام القانوني السائد فيها. بينما يعني في معناه الضيق: المشروعية الإدارية، التي تقوم على التزام السلطات الإدارية في أعمالها وتصرفاتها حدود القانون. يشكل إذن مبدأ المشروعية، إذا ما تم الامتثال إليه، وسيلة وقائية تضمن المحافظة على الحقوق والحريات، وتندأ الاعتداء عليها من جانب السلطة الإدارية.

غير أن الإدارة أثناء ممارستها لاختصاصاتها في المحافظة على النظام العام في المجتمع، قد تحيد عن هذا المبدأ وتقوم بأعمال تنتهك الحريات المعترف بها للأفراد، وذلك سواء عن طريق الخطأ عند سعيها لتحقيق المصلحة العامة أو عن طريق الغضب والتعسف في استعمال سلطاتها، لذلك يظهر جلياً، أنه لا يكفي الاعتراف القانوني بالحقوق والحريات، بل لابد من وضع آليات تكفل التمتع الفعلي بها، وتضمن الحماية اللازمة لها في حالة إعاقة ممارستها أو الاعتداء عليها. بمعنى أن العبرة في تقرير مدى سيادة القانون في دولة ما ليست بمجرد تضمينها للحقوق والحريات في منظومتها القانونية، بل بمدى ضمان الحماية الفعلية لها في حالة انتهاكها من قبل السلطات الإدارية.

¹ - القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، (ج.ر.ج.ج، عدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016).

وفي هذا الإطار، تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة أهم ضمانات قانونية، تكفل حماية حقوق الأفراد وحياتهم وإعلاء مبدأ المشروعية الإدارية في الدولة، وذلك لما يتمتع به القضاء من مزايا أخصّها، الاستقلالية والحياد، بالإضافة إلى الحجية التي تلحق الأحكام الصادرة عنه بوصفها عنواناً للحقيقة. وقد نص المؤسس الدستوري في الجزائر على صلاحية السلطة القضائية بحماية الحقوق والحريات، حيث قررت المادة 157 من التعديل الدستوري لسنة 2016 أنه: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

وامتثالاً لهذا المقتضى الدستوري، حضيت الحقوق والحريات في الجزائر بحماية تقليدية في مواجهة الإدارة وفرها لها قاضي الإلغاء، حيث أجاز له باسم الدفاع عن مبدأ المشروعية إلغاء أي قرار إداري ينتهك هذه الحقوق والحريات. غير أن هذه الحماية غالباً ما اتسمت بالقصور في تحقيق أهدافها بسبب بطء إجراءاتها وتعقيدها، من جهة، ومحدودية السلطات التي تتيحها للقاضي في مواجهة الإدارة، من جهة ثانية، لذلك كان لابد من إرساء حماية استعجالية للحقوق والحريات تستجيب لمتطلبات حمايتها وفق إجراءات سريعة ومبسطة.

كلاسيكياً، كرس المشرع حماية مستعجلة للحقوق والحريات وفق آليتين تقليديتين هما: دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري الماس بهذه الحقوق والحريات ودعوى التعدي، حيث أجاز لقاضي الاستعجال الإداري في الصورة الأولى، وقف تنفيذ القرار متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك وكان القرار المطلوب وقف تنفيذه مرجحاً إلغاؤه من طرف قاضي الموضوع. أمّا في الصورة الثانية، فقد أعطى للقاضي سلطة وقف تنفيذ القرار إذا ما شكل تعدياً.

غير أن هذه الصور التقليدية، غالباً ما ثبت قصورها في تحقيق حماية فعلية وفعالة لهذه الحقوق والحريات في مواجهة الإدارة، وذلك بسبب محدودية نطاقها بالنسبة للصورة الأولى، حيث تطل فقط قرارات الإدارة دون أعمالها المادية وعقودها الإدارية، وبسبب الطابع المبهم والمتقلب للصورة الثانية، كونها نظرية لم يقع إلى حد اليوم الاتفاق على رسم معالمها بدقة.

نتيجة للإكراهات السابقة، تدخل المشرع بمقتضى المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واستحدث آلية حمائية غير مألوفة في نطاق القضاء الإداري، تسمح لقاضي الاستعجال

باتخاذ كل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أثناء ممارستها لسلطاتها.

يظهر الطابع الابتكاري لهذه الصورة من الحماية، من حيث أنها منحت لأول مرة لقاضي الاستعجال الإداري، باسم حماية الحريات الأساسية، مكنه توجيه أوامر إلى الإدارة بالفعل أو بالامتناع لحملها على رفع اعتدائها عن هذه الحريات، وذلك في انقلاب واضح على أحد المبادئ المستقرة في المنازعة الإدارية وهو مبدأ حظر توجيه الأوامر إلى الإدارة.

أولاً: أهمية موضوع الدراسة

تبرز أهمية الدراسة من ناحيتين:

- **الأولى:** أهمية موضوع الحريات الأساسية، باعتباره من أكثر المواضيع التي أثارت الكثير من الجدل في فقه القانون العام، وذلك لشدة اتصال الحرية بشخص الإنسان وحياته الخاصة، وهو ما يعكس أهمية إبراز مفهومها في نطاق إجراء الحماية الخاصة، من جهة، وتقدير فعالية هذا الإجراء في تحقيق حماية فعلية لحقوق وحريات الأفراد المعتبرة أساسية، من جهة ثانية.

كما يكتسي موضوع قضاء الاستعجال الإداري أهمية بالغة في مجال الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، إذ لا يمكن أن تكون هذه الرقابة فعالة إلا بتحقيق أمرين أساسيين، أولهما: أن تحكمها إجراءات سريعة ومبسطة تستجيب لمقتضيات العدالة الناجزة، وثانيهما: أن تنتج بأحكام أو قرارات فعالة، قادرة على إدانة الإدارة وحملها فعليا على وقف انتهاكاتها للحقوق والحريات. لذلك، تبرز أهمية هذه الدراسة، من حيث أنها تهدف إلى معاينة مدى تحقيق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية لهذين المتطلبين.

- **أما الناحية الثانية،** فتتمثل في طابع الجدة والحدثة الذي يميز الموضوع، حيث لم يتقرر إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية في النظام القانوني الجزائري إلا حديثاً، مما يجعل منه حقلاً خصباً للبحث الرامي إلى تأصيل المفاهيم التي يثيرها.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع

يجد اختيار موضوع الحماية الخاصة للحريات الأساسية من طرف قاضي الاستعجال الإداري مبرره في عدة اعتبارات وأسباب موضوعية، يمكن إجمالها فيما يلي:

- 1- صلته الوثيقة بالحياة اليومية للمجتمع، وذلك لتعلق موضوع الحريات الأساسية من حيث الأصل بشخص الإنسان وحياته الخاصة.
- 2- أهمية موضوع الحريات الأساسية كقيمة إنسانية تستوجب التفعيل والحماية، وكذلك أهمية موضوع الرقابة القضائية المستعجلة، بوصفها أداة سريعة تضمن المحافظة على هذه الحريات من انتهاكات الإدارة.
- 3- حداثة الموضوع وعدم وجود دراسات كافية في هذا المجال، الأمر الذي دفعني إلى تقديم عمل من شأنه المساهمة في إثراء النقاشات القانونية في هذا الإطار.

ثالثاً: أهداف الدراسة

ترمي الدراسة إلى تحقيق هدف عام، يتمثل في بحث الضوابط القانونية، سواء الموضوعية منها أو الإجرائية الحاكمة لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بغية معرفة ما إذا كانت تسمح لقاضي الاستعجال الإداري فعليا بصيانة هذه الحريات من انتهاكات الإدارة الموصوفة بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة.

وتتدرج ضمن هذا الهدف العام، عدة أهداف فرعية يسعى البحث إلى تحقيقها، يمكن إيجازها فيما يلي:

- إبراز ماهية إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية أمام قاضي الاستعجال الإداري، وذلك للوقوف على فلسفته؛
- بحث وتقييم الشروط التي فرضها المشرع لإمكان اقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية أمام قاضي الاستعجال الإداري؛
- الوقوف على الإجراءات التي أوجب المشرع استيفائها عند تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية والتحقق فيه أمام قاضي الاستعجال الإداري؛

- بيان وتقييم السلطات التي أعطاهها المشرع لقاضي الاستعجال الإداري عند تصديده لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

ثالثا: إشكالية الدراسة

بالنظر إلى أهمية الحريات الأساسية في حياة الأفراد والجماعات، وبالنظر كذلك إلى أهمية الحماية القضائية المستعجلة التي أقرها لها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تتمثل إشكالية الدراسة فيما يلي: هل تسمح الضوابط القانونية التي أحاطها المشرع الجزائري بإجراء الحماية الخاصة لقاضي الاستعجال الإداري بتحقيق حماية فعلية للحريات الأساسية من انتهاكات الإدارة ؟

ولتأصيل هذه الإشكالية، فإنه من الضروري طرح الأسئلة الفرعية الآتية:

- 1- ماذا يقصد بالحرية الأساسية كمجال لإعمال إجراء الحماية الخاصة أمام قاضي الاستعجال الإداري؟
- 2- هل يكتسي مفهوم شرط الاستعجال خصوصية في مجال إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مقارنة بالإجراءات الاستعجالية الأخرى؟
- 3- هل أضفى المشرع ميزتي السرعة والبساطة على إجراءات تحريك الحماية الخاصة للحرية الأساسية أمام قاضي الاستعجال الإداري؟
- 4- هل يمكن لقاضي الاستعجال الإداري فعليا أن يتخذ تدابير تصل إلى حد توجيه أوامر للإدارة لحملها على رفع انتهاكها عن الحريات الأساسية؟

رابعا: منهج الدراسة

للإجابة عن إشكالية الدراسة والوصول إلى أهدافها، تم الاعتماد على مقارنة منهجية تجمع بين منهجين هما:

- **المنهج الوصفي:** وقع توظيفه عند عرض مختلف المفاهيم والجوانب المتعلقة بالموضوع والتي لا تتطلب تحليلا.
- **المنهج التحليلي:** تم الاعتماد عليه عند تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة.

وبالإضافة إلى هذين المنهجين، تم الاستعانة بأسلوب المقارنة، وذلك في بعض جوانب الموضوع التي تتطلب المقارنة سواء بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات المدنية الملغى، أو بغرض الاستئناس بقانون العدالة الإدارية والاجتهاد القضائي الفرنسيين في بعض عناصر الموضوع متى اقتضى الأمر ذلك.

خامسا: الدراسات السابقة

أسفر البحث عن المادة العلمية لموضوع الدراسة على معاينة وجود دراستين في الموضوع. تتعلق الأولى بأطروحة دكتوراه موسومة ب: "الحماية القضائية الإدارية المستعجلة للحريات الأساسية-دراسة مقارنة-"، من إعداد الباحثة حلال مختارية، نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة تلمسان سنة 2017.

تضمنت هذه الدراسة بابين، خصص الأول للأسس الموضوعية لانعقاد الاختصاص للقاضي الإداري الاستعجالي في مادة الحريات، وقد تم فيه بحث شروط اقتضاء هذه الصورة من الحماية، بينما خصص الثاني للإطار الإجرائي للحماية القضائية الإدارية المستعجلة للحريات. وقد خلصت إلى عدة نتائج أهمها: انعدام دور القاضي الإداري الجزائري في تفعيل هذه الصورة من الحماية القضائية، عدم وضوح موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بوجوب رفع دعوى موضوعية لقبول دعوى استعجال الحريات من عدمه، إمكانية توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة في ظل هذا الإجراء.

تتداخل دراستي مع دراسة الباحثة في أغلب العناصر، غير أنها تختلف عنها في مقارنة البحث، حيث تناولت الباحثة الموضوع وفق مقارنة مقارنة بين القانونين الجزائري والفرنسي. كما تختلف عنها في عناصر أخرى، كمثل تضمن رسالتي تأصيل إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، ومستقبل نظرية التعدي في المنظومة القانونية الوطنية بعد تكريس هذا الإجراء، وكذلك في بعض النتائج المتوصل إليها أهمها: وجوب رفع دعوى موضوعية هي دعوى الإلغاء لإمكانية تفعيل هذا الإجراء، وعدم فعالية سلطة الأمر التي اعترفت بها المادة 920 من ق.إ.م.إ. لقاضي الاستعجال الإداري.

تتعلق الدراسة الثانية بمذكرة ماجستير، تحمل عنوان "سلطات قاضي الاستعجال الإداري في دعوى حماية الحريات الأساسية"، من إعداد الباحثة نزلي غنية، نوقشت سنة 2014 بكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة الوادي.

تضمنت هذه الدراسة فصلين، خصص الأول لسلطات قاضي الاستعجال الإداري في بحث شروط دعوى حماية الحريات الأساسية، بينما تضمن الثاني سلطات قاضي الاستعجال الإداري في هذه الدعوى. كما خلصت إلى عدة نتائج نذكر منها: أن طلب الحماية المستعجلة مرتبط بدعوى وقف التنفيذ المنصوص عليها في المادة 919 من ق.إ.م.إ، وأن رفعه غير مرتبط بميعاد معين، كما خلصت كذلك إلى قصور سلطات قاضي الاستعجال الإداري في هذا الطلب على الاعتداءات الناجمة عن القرارات الإدارية فقط، وإلى عدم فعالية هذا الإجراء بسبب ارتباطه بدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

تتقاطع دراستي مع دراسة الباحثة في عدة عناصر، أهمها بحث شروط اقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وكذلك إجراءاتها، غير أنها تختلف عنها من بعض الجوانب، مثل الجانب المتعلق بتأصيل إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، والجانب المتعلق ببحث مدى جدوى بقاء نظرية التعدي في المنظومة القانونية الوطنية. كما تختلف عنها كذلك في بعض النتائج المتوصل إليها في رسالتي، والتي من أهمها: أن طلب الحماية الخاصة هو طلب تابع لدعوى الإلغاء وليس لدعوى وقف التنفيذ، وأن رفعه مقيد بميعاد معين هو الميعاد الممتد بين رفع دعوى الإلغاء والفصل فيها.

سادسا: صعوبات الدراسة

واجهتني أثناء السعي للإحاطة بموضوع البحث بعض الصعوبات الموضوعية، تتلخص أساسا في عدم وجود قرارات قضائية تتعلق بالموضوع على مستوى مجلس الدولة. ورغم أن هذا الأمر قد أفرز لي بعض الصعوبات في تشكيل المادة العلمية المتعلقة بالموضوع، إلا أن إعدادي للبحث قد اعتمد على العديد من المراجع المختلفة.

سابعاً: خطة الدراسة

لمعالجة إشكالية البحث ودراسة مختلف النقاط التي يثيرها الموضوع، تم الاعتماد على الخطة

الآتية:

الباب الأول: النطاق الموضوعي للحماية الخاصة للحرية الأساسية.

الفصل الأول: ماهية الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

الفصل الثاني: شروط الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

الباب الثاني: النطاق الإجرائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية.

الفصل الأول: إجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية والتحقيق فيه.

الفصل الثاني: إجراءات الحكم في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

وقد ارتأيت هذه الخطة الثنائية، لأنها تحمل معنى التقابل، من جهة، وتلم بمختلف جوانب

الموضوع، من جهة ثانية.

الباب الأول

النطاق الموضوعي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

الباب الأول

النطاق الموضوعي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

بصدور القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، أدخل المشرع إصلاحاً على المنظومة القانونية في المادة الإدارية، أرسى من خلاله طريقاً خاصاً لحماية الحريات الأساسية من انتهاكات الإدارة الموصوفة بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة. ورغم أن هذا الإصلاح جاء متأخراً نسبياً مقارنة مع التجربة الفرنسية، حيث تبنى المشرع الفرنسي قضاء استعجال الحرية le référé-liberté ابتداءً من سنة 2000، إلا أنه يعتبر تطوراً للمنظومة الإجرائية الوطنية، يؤكد إرادة المشرع في إثراء المنظومة القانونية ومسايرة التطورات الحاصلة في مجال الحقوق والحريات.

وقد قصر المشرع مجال إعمال هذه الحماية الاستعجالية الخاصة، على طائفة الحريات التي لها وصف الأساسية دون غيرها من الحريات وغيرها من صور النشاط الفردي الأخرى، كما قيد اقتضاءها بضرورة توافر شروط غير مألوفة في مجال المطالبات القضائية. وعليه، يقتضي بحث النطاق الموضوعي للحماية الخاصة للحرية الأساسية²، التطرق إلى ماهيتها في فصل أول، ثم إبراز شروط اقتضاءها في فصل ثان.

¹- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر.ج.ج، عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008).

²- استخدمت عدة اصطلاحات لتوصيف هذه الصورة من الحماية هي: " قضاء استعجال الحرية" Le référé-liberté، "قضاء استعجال الحماية" Le référé-sauvegarde، "قضاء استعجال الأوامر" Le référé-injonction، في حين أخذ مجلس الدولة الفرنسي بعبارة "الحماية القضائية الخاصة" La protection juridictionnelle particulière. وقد استخدمت هذه العبارة الأخيرة، كونها تعكس الطبيعة الخاصة لهذه الصورة من الحماية، وتعبّر عن جوهرها كحماية تستأثر بها الحرية الأساسية دون غيرها من أوجه النشاط الفردي الأخرى.

الفصل الأول

ماهية الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لم يتبن المشرع إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية إلاّ بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008، كما أضفى عليه خصائص ذاتية تميّزه عن غيره نظم الحماية التقليدية لهذه الحرية، يظهر أهمها على مستوى مجال إعماله، ذلك أنه وإن كانت الدعاوى القضائية الإدارية (الموضوعية والاستعجالية) شرعت كأصل عام لحماية المصالح المشروعة للأفراد مهما كانت طبيعتها في مواجهة الإدارة، فإن إجراء الحماية الخاصة وقع تشييده فقط لحماية أحد هذه المصالح، وهي الحريات الأساسية المنتهكة من جانب السلطات الإدارية أثناء ممارستها لاختصاصاتها. وعليه، يقتضي الأمر لتحديد ماهية الحماية الخاصة للحريات الأساسية، التطرق إلى تأصيلها في مبحث أول، ثم بحث مجال إعمالها في مبحث ثان.

المبحث الأول

تأصيل الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إذا كانت الحماية الخاصة للحرية الأساسية حماية غير مسبقة في نطاق القضاء الإداري، وغير معهودة في إطار الصور التقليدية للحماية التي حضيت بها هذه القيمة الإنسانية، فإن مرّد ذلك هو الظروف أو البيئة القانونية الخاصة التي أدت إلى نشأتها وتكريسها، حيث لم يتبلور الإجماع على ضرورة تشييد نظام حمائي خاص بالحريات الأساسية، إلاّ بعدما ثبت قصور الآليات التقليدية في توفير حماية فعلية وفعالة لها.

كما تتميز هذه الحماية بخصائص ذاتية تحدد طبيعتها الخاصة، من جهة، وتميزها عن غيرها من نظم الحماية التقليدية للحرية الأساسية كنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية ونظرية التعدي، من جهة ثانية. وعليه، يفرض مقتضى تأصيل هذه الصورة من الحماية، التعرض إلى نشأتها وخصائصها في مطلب أول، ثم تمييزها عن غيرها من صور الحماية التقليدية في مطلب ثان.

المطلب الأول

نشأة الحماية الخاصة للحرية الأساسية وخصائصها

لم يتبن المشرع الجزائري إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية رغم أهميته البالغة إلا حديثاً، أي بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر سنة 2008. ومن ثم، يثور التساؤل حول الأسباب التي أدت إلى ميلاد هذا القضاء؟

كما تتميز هذه الصورة من الحماية، بوصفها طريقاً حديثاً يضاف إلى الآليات التقليدية المكرسة لحماية الحريات الأساسية، بعدة خصائص ذاتية، تظهر سواء على مستوى نظامها الموضوعي أو على مستوى نظامها الإجرائي.

وعليه، سيتم التعرض في هذا المطلب، إلى نشأة الحماية الخاصة للحرية الأساسية في فرع أول، ثم إلى خصائصها في فرع ثان.

الفرع الأول

نشأة الحماية الخاصة للحرية الأساسية

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هيمن على العمل القضائي في الجزائر اتجاه يقضي بعدم جواز توجيه الأوامر من القاضي إلى الإدارة، غير أنه بصدور هذا القانون، حمل إصلاحاً أجاز بمقتضاه لقاضي الاستعجال الإداري اتخاذ جميع الأوامر الضرورية في مواجهة الإدارة لحملها على رفع انتهاكها للحريات الأساسية للأفراد.

وعليه، يقتضي الأمر للوقوف على نشأة إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، التطرق إلى المبدأ التقليدي بحظر توجيه الأوامر للإدارة (أولاً)، ثم إلى مسار هذا الإصلاح والأسباب الدافعة إليه (ثانياً).

أولاً: المبدأ التقليدي بحظر توجيه الأوامر للإدارة

يقصد بسلطة الأمر للقاضي الإداري، قدرته على أن يأمر جهة الإدارة باتخاذ موقف معين، وهي بذلك تختلف عن سلطة الحلول، التي تتضمن القدرة على تعديل العمل الإداري. وقد لخص الأستاذ Moderne هذا التمايز بين السلطتين عندما قال أن: "إعطاء الأمر بالتصرف للجهة الإدارية

المختصة لا يعني التصرف مكانها أو الحلول محلها: في الحالة الأولى تبقى سلطة القرار بين يدي الإدارة، أما في الحالة الثانية فتؤول إلى القاضي¹.

وقد استقر في القضاء الإداري الجزائري، ولمدة طويلة، مبدأ عدم جواز توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة أو الحلول محلها، ولم يقتصر أعمال المبدأ على الأوامر الأصلية فقط، بل امتد إلى الأوامر التنفيذية، ودون تمييز بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال. وهكذا، فقد رسخ في قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا ومجلس الدولة حاليا هذا الحظر، حيث صرح مجلس الدولة في قرار له صدر بتاريخ 24 أبريل 2000 في قضية "رئيس بلدية درقينة" ضد "س.ع" بأن: "البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلا لأمر أداء"².

ولم يتوقف المنع عند هذا الحد، بل امتد ليدخل في نطاقه وسائل التهديد المالي لتنفيذ الأحكام الإدارية، حيث لا يستطيع القاضي أن يحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية لحملها على تنفيذ الحكم الصادر ضدها إذا امتنعت عن تنفيذه أو تأخرت في ذلك. وفي هذا الإطار، قضى مجلس الدولة في قرار له صدر بتاريخ 08 أبريل 2008 في قضية "ك.م" ضد "وزارة التربية الوطنية" بأنه: "لا يجوز للقاضي الإداري الحكم بغرامة تهديدية لانعدام النص القانوني الصريح"³.

والحقيقة أن هذا التوجه يفتقد إلى التبرير، على أساس أن القانون، وإن كان لا ينص صراحة على إباحة توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة، فإنه في المقابل لا يوجد نص صريح يمنع ذلك، كما أن هذا الأمر يعتبر عنصرا أساسيا من العناصر التي يتكون منها الحكم القضائي، ومن ثم فإنه يتقرر دونما حاجة إلى وجود قانون ينص على ذلك صراحة⁴.

¹-« Donner l'ordre d'agir au titulaire d'une compétence administrative n'est pas agir à sa place: dans le premier cas, le pouvoir de décision est maintenu entre les mains de l'administration, dans le second, il est attribué au juge », Franck MODERNE, « Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle? », R.F.D.A, 1990, p. 800.

²- ذكره: لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية-وسائل المشروعية-، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.ص. 444 - 445.

³- المرجع نفسه، ص. 505.

⁴- يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص. 25.

وهكذا، وفي غياب أي سند قانوني أو واقعي يدعم قاعدة الحظر، فقد فرضت نفسها ذاتيا وتحولت إلى مبدأ في الممارسة القضائية الإدارية. وبقي الأمر على حاله إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008، حيث اعترف المشرع صراحة لقاضي الاستعجال الإداري بسلطة توجيه أوامر أصلية¹ أو مبتدأة للإدارة، أي غير مرتبطة أو تابعة لحكم آخر ترمي إلى تنفيذه (أوامر تنفيذية)²، وذلك للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة بصفة خطيرة بمقتضى قراراتها واضحة عدم المشروعية.

ثانيا: مسار نشأة الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودوافع تكريسها

حظيت الحريات الأساسية في الجزائر بحماية قضائية تقليدية وفرها لها قاضي الاستعجال الإداري، وذلك عن طريق دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري ونظرية التعدي. غير أنه بصور قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008، حمل إصلاحا عميقا مسّ إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، حيث كرس المشرع، ولأول مرة، حماية استعجالية خص بها الحريات الأساسية دون غيرها، وذلك بموجب المادة 920 منه.

تنص هذه المادة على أنه: "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات. يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب".

وينبغي الإشارة، إلى أن تبني المشرع لهذه الصورة من الحماية القضائية للحرية الأساسية لم يستند إلى وجود إلزام قانوني، حيث يخلو الدستور من أي نص يفرض على المشرع وضع آلية خاصة

¹ - يقصد بالأوامر الأصلية، تلك التي تصدر ابتداء بمقتضى حكم القاضي وتتضمن أمرا إما بالفعل أو بالامتناع، أي تكون مستقلة عن أي حكم آخر تأتي لتنفيذه.

² - يقصد بالأوامر التنفيذية، تلك التي تصدر تابعة لحكم آخر ترمي إلى ضمان تنفيذه. ومثالها الأوامر المنصوص عليها في المواد 978، 979 و 980 من ق.إ.م.إ.

لحماية الحريات الأساسية من الانتهاكات التي قد تقع عليها من الجهات الإدارية. وعليه، وفي ظل غياب مثل هذا الإلزام القانوني، يثور التساؤل حول الأسباب التي دفعت المشرع إلى تأسيس حماية استعجالية خاصة لهذه الطائفة من الحريات؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل ليست بالأمر السهل، لاسيما في ظل خلو عرض أسباب مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية من تخصيص ذكرها¹، وكذلك خلو التقرير الذي قدمته لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات بالمجلس الشعبي الوطني من التطرق إلى فلسفة هذه الحماية والمفاهيم التي تثيرها رغم أهميتها وحدائتها، حيث اكتفت اللجنة فقط في ملاحظاتها واقتراحاتها باقتراح تعديلات شكلية، تتعلق سواء بالمصطلحات أو بضبط صياغة بعض الفقرات، بل أكثر من ذلك، قامت اللجنة بتشويه نص المادة النازمة لإجراء الحماية الخاصة عند صياغته بناء على هذه التعديلات الشكلية، حيث أسقطت منه الصفة الملحقة بشرط عدم مشروعية الانتهاك وهي أن تكون عدم مشروعية جلية². كانت صياغة نص المادة 919 من مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالتالي: "يمكن لقاضي الاستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 918 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال، قائمة أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على إحدى الحريات الأساسية المنتهكة من إحدى الأشخاص المعنوية العامة أو إحدى الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، وتكون قد أحدثت مساسا جسيما وغير مشروع بصفة جلية. في هذه الحالة يفصل قاضي الاستعجال في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب". بينما أصبحت الصياغة المعدلة من طرف لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات كما هي واردة في نص المادة 920 من ق.إ.م.إ المشار إليه أعلاه.

وعليه، تتمثل التعديلات التي أدخلتها اللجنة على نص المادة فيما يلي³:

¹ - انظر: وزارة العدل، مشروع قانون يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - انظر: ملحق الجلسة العلنية للمجلس الشعبي الوطني المنعقدة يوم الأحد 6 يناير 2008 والمتضمن ملاحظات واقتراحات لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات عن مشروع القانون المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،(الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى، رقم 47 المؤرخة في 28 جانفي 2008).

³ - المرجع نفسه، ص ص. 145 - 146.

- حذف كلمة "إحدى" من النص؛
 - استبدال مصطلح "جسيم" بمصطلح "خطير" في نهاية الفقرة الأولى؛
 - إعادة صياغة السطر الأخير من الفقرة الأولى لضبطه من الناحية اللغوية؛
 - إعادة صياغة الفقرة الأخيرة من النص من الناحية اللغوية.
- إن هذا القصور، سواء في عرض أسباب مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو في تقرير لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات بالمجلس الشعبي الوطني غير مبرر، لأنه تجاهل إصلاحاً غير مسبق في المنظومة القانونية الوطنية، تجاوز المشرع بمقتضاه، ولأول مرة، أحد المحظورات المستقرة في المنازعة الإدارية، وهي عدم توجيه الأوامر للإدارة.
- ورغم هذا الفراغ، يمكن استنتاج بعض الأسباب التي ربما دفعت المشرع إلى اعتناق هذا الإصلاح، وذلك كما يلي:
- قصور القضاء الإداري الموضوعي، بسبب تعقيد وبطء إجراءاته على توفير حماية فعالة للحقوق والحريات، لذلك كان من الضروري عقد الاختصاص بحماية الحريات الأساسية إلى قاضي الاستعجال الإداري، لما يوفره من ميزتين أساسيتين يفرضهما مقتضى المحافظة على التمتع بهذه الحريات هما بساطة الإجراءات وسرعتها؛
 - قصور نظرية التعدي كحماية استعجالية كلاسيكية حظيت بها الحرية الأساسية عن بلوغ أهدافها، وذلك بسبب عدم انضباطها وتقلبها كونها نظرية لم يقع الاتفاق إلى حد اليوم على رسم معالمها، من جهة، وبسبب محدودية نطاقها، من جهة ثانية، حيث يقتصر أعمالها فقط بصدد الأعمال التي تأتيتها الإدارة وتخرج بمقتضاها عن حدود الاختصاصات المرسومة لها قانوناً، دون تلك التي تدخل في مجال صلاحياتها؛
 - مراعاة المبادئ الدستورية ذات التوجه الليبرالي المكرسة بموجب دستور 1989 والتعديل الدستوري لسنة 1996، والتي ترتب عنها توسيع قائمة الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد. ولا شك أن هذا التكريس القانوني للحقوق والحريات سيبقى حبراً على ورق، ما لم يتبعه المشرع بوضع آلية لحمايتها بصفة فعالة وسريعة من الانتهاك.

وفي هذا المعنى، ينص عرض أسباب مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "دولة القانون هي قبل كل شيء، الدولة التي تمكن كل مواطن أو مجموعة من المواطنين من معرفة حقوقهم وواجباتهم بصفة لا لبس فيها، وتسهل عليهم اللجوء إلى العدالة دون أي عائق، وكلما دعت الحاجة، بغية الحصول على قرار له القوة التنفيذية، من شأنه أن يضع حدا لانتهاك حق يملكه أو تمكنه من حق يطالب به. ولن يأتي ذلك إلا إذا تم إخضاع حماية الحقوق والمطالبات بها إلى جملة من القواعد المعدة مسبقا، والتي ينبغي ألا تتسم بالبساطة فحسب، بل يجب بوجه أخص أن تتسم بالشفافية...."¹؛

- مواكبة تطور اتجاهات القوانين المقارنة²، لاسيما القانون الفرنسي الذي حقق تطورا كبيرا في حماية الحريات الأساسية من اعتداءات الإدارة.

أخيرا، يمكن القول، أنه ورغم هذا التقصير من المشرع، إلا أنه أحدث نظريا بهذا الإصلاح نقلة إجرائية، تم من خلالها تطوير أحد المبادئ التي رسخت في أدبيات القضاء الإداري، وهو مبدأ الحظر المفروض على القاضي في توجيه أوامر للإدارة، حيث منح، ولأول مرة، باسم الاستعجال ولحساب الحرية الأساسية، للقاضي الإداري مكنة توجيه الأوامر للإدارة.

الفرع الثاني

خصائص الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يتميز إجراء الحماية الخاصة، بوصفه طريقا حديثا صمم فقط لصيانة الحريات الأساسية من انتهاكات السلطات الإدارية، بعدة خصائص ذاتية تعكس الفلسفة التي يركز عليها والأهداف المبتغاة من إقراره، من جهة، وتميزه عن غيره من نظم الحماية التقليدية لهذه الحريات، من جهة ثانية. ويقتضي البحث في خصائص الحماية الخاصة للحرية الأساسية، التعرض إلى الطابع التبعية لها (أولا)، ثم طابعها الاستثنائي (ثانيا).

¹ - وزارة العدل، مشروع قانون يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص. 2.

² - انظر: كلمة السيد وزير العدل حافظ الأختام أمام نواب المجلس الشعبي الوطني في الجلسة العلنية المنعقدة يوم 06 جانفي 2008 أثناء تقديم مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى، رقم 47 المؤرخة في 28 جانفي 2008)، ص. 4.

أولاً: الطابع التبعية للحماية الخاصة للحرية الأساسية

تمتاز الحماية الخاصة للحرية الأساسية بأنها حماية تبعية، وذلك واضح تماماً من صياغة نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، حيث نصت: " يمكن لقاضي الاستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه... أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية.... ". يظهر من هذا النص، أنه لكي يستطيع قاضي الاستعجال الإداري التصدي لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وتوجيه أوامر للإدارة لوقف الاعتداء عليها، ينبغي على المدعي تقديم طلب بذلك، وأن يكون هذا الأخير مقترناً بطلب إلغاء كلي أو جزئي للقرار الإداري الذي انتهك الحرية.

يترتب على هذه التبعية لدعوى الإلغاء نتيجة أساسية مؤداها، قصر أعمال إجراء الحماية الخاصة على نوع محدد من أعمال وتصرفات الإدارة هو القرارات الإدارية، باعتبار أن دعوى الإلغاء لا يجوز توجيهها إلاّ ضد هذه الطائفة من الأعمال الإدارية دون غيرها، كالأعمال المادية والعقود الإدارية.

وعليه، ضيقّ المشرع بمقتضى هذا الشرط من نطاق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بأن قصر مصدر الانتهاك فيها على القرارات الإدارية فقط دون أعمال الإدارة المادية وعقودها الإدارية، مخالفاً بذلك المشرع الفرنسي الذي جعل هذه الصورة من الحماية أصيلة ومستقلة، تتحرك ذاتياً ودونما حاجة إلى طعن بالإلغاء يسبقها¹، كما وسع من نطاقها ليطال بالإضافة إلى القرارات الإدارية، أعمال الإدارة المادية، وكل تصرف صادر عنها سواء في صورة فعل أو امتناع².

ثانياً: الطابع الاستثنائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

يبرز الطابع الاستثنائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية على صعيد مجال أعمالها، من جهة، وعلى صعيد الشروط اللازمة لاقتضاءها، من جهة ثانية.

¹-Michel FROMONT, « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences », R.F.D.A, mai-juin 2002, p. 556.

²-Olivier DUGRIP, « Les procédures d'urgence:l'économie générale de la réforme », R.F.D.A, mars-avril 2002, n° 2, p. 248.

بالنسبة لمجال أعمال إجراء الحماية الخاصة، حددته المادة 920 من ق.إ.م.إ. بالحرية الأساسية دون غيرها من الحريات وغيرها من صور النشاط الفردي الأخرى. إن هذا التحديد والتضييق لمجال أعمال إجراء الحماية الخاصة، يطبعه بلا شك بالطابع الاستثنائي، إذ يقع على عاتق قاضي الاستعجال الإداري قبل منح هذه الحماية، أن يتأكد ابتداء من أن مناطقها هو أحد الحريات الموصوفة بالأساسية.

أما بالنسبة لشروط اقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فباستقراء نص المادة 920 من ق.إ.م.إ.، نجدها قد قررت شروطا صارمة أو مشددة، موجهة فقط، على حد تعبير السيد **Thiriez**، لمعالجة الأوضاع الاستثنائية أو القصوى¹. أول هذه الشروط هو شرط الاستعجال، الذي يعتبر شرطا بديهيا طالما أن الحماية مستعجلة والاختصاص بنظرها معقود للقاضي الاستعجالي.

أما الشرط الآخر فهو شرط الانتهاك. وفي هذا الإطار، ليس كل انتهاك يبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري للأمر بالتدابير اللازمة لحماية الحرية الأساسية، امتثالا للمبدأ الدستوري القاضي باستقلال الهيئات القضائية والإدارية، وإنما لزم أن يبلغ من الخطورة وعدم المشروعية حداً يجعل منه انتهاكا لحرية الأفراد الأساسية ومسوغا لتدخل قاضي الاستعجال الإداري لوقفه.

واضح من هذا العرض، أن المشرع عند تكريسه لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أراد التوفيق بين اعتبارين أساسيين هما: توفير حماية خاصة وفعالة لهذه الحرية امتثالا للنص الدستوري الذي أناط بالسلطة القضائية مهمة حماية حقوق الأفراد²، والالتزام بمبدأ دستوري آخر يحظر على القاضي توجيه الأوامر إلى الإدارة. ولعل هذين الاعتبارين هما ما دفع المشرع إلى إضفاء الطابع الاستثنائي على هذا الإجراء.

¹ - Frédéric THIRIEZ, « Le projet de loi relative aux procédures d'urgence devant le juge administratif », L.P.A, 21 Avril 1999, n° 79, p. 4.

² - تنص المادة 157 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

المطلب الثاني

تميز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن أنظمة الحماية التقليدية¹ لهذه الحرية

تقليدياً، حظيت الحرية الأساسية بأنظمة حماية قضائية هدفت إلى صيانتها من اعتداءات الإدارة، بعضها يعود إلى قاضي الموضوع عن طريق دعوى تجاوز السلطة أو دعوى الإلغاء، وبعضها الآخر يعود إلى قاضي الاستعجال عن طريق دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، نظرية التعدي ونظريتي الغصب والغلق الإداري. وقد اعتبرت هذه الطرق، وفقاً للتصور الكلاسيكي، الآلية الأمثل لحماية الحريات الأساسية للأفراد من انتهاكات الإدارة، لما تتيحه من سرعة وبساطة في الإجراءات، وبالنتيجة فعالية في الحماية.

ويقع التساؤل في هذا المطلب حول أوجه التشابه والاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وبين هذه الأنظمة، وكذلك إمكانية التكامل أو التصادم بين هذه الصور من الحماية؟

الفرع الأول

تميز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية بطريق دعوى وقف التنفيذ

تعتبر دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري من أهم الوسائل المقررة لحماية الحريات الأساسية، كونها تمثل الأداة القانونية التي تكفل إقامة التوازن بين مبدئي التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية والأثر غير الموقف لدعوى الإلغاء، من جهة، وحماية حقوق وحريات الأفراد من انحراف الإدارة في استخدام هذا الامتياز الذي قرره لها القانون لتحقيق المصلحة العامة، من جهة أخرى. بمعنى أن دعوى وقف التنفيذ، تهدف إلى تلافي الأضرار التي قد تلحق بحريات الأفراد من جراء إقدام الإدارة على تنفيذ قرار قد يحكم القضاء فيما بعد بإلغائه لعدم مشروعيته.

توجد أوجه للتقاطع بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودعوى وقف التنفيذ (أولاً)، كما توجد أوجه للاختلاف بينهما (ثانياً).

¹ - تم إلحاق وصف التقليدية بهذه الصور من الحماية، كونها أسبق تاريخياً في الظهور من إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

أولاً: أوجه التشابه بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودعوى وقف التنفيذ

تتفق الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع الحماية بطريق دعوى وقف التنفيذ في النقاط الآتية:

- يعتبر كلاهما طلباً استعجالياً ينعقد الاختصاص بنظره لقاضي الاستعجال الإداري، حيث تنص المادة 919 من ق.إ.م.إ فيما يخص دعوى وقف التنفيذ على أنه: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال، أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك،...."، كما تنص المادة 920 من ق.إ.م.إ فيما يتعلق بإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية على أنه: "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة،....". يهدف كلا النظامين إذن إلى توفير حماية سريعة للمراكز القانونية لأطراف الدعوى؛

- يهدف كلا الإجراءين إلى اتخاذ تدابير تحفظية لا تمس بأصل الحق في النزاع، حيث تقتصر سلطات قاضي الاستعجال الإداري فيهما، على وقف تنفيذ القرار الإداري المنازع في مشروعيته بالنسبة لدعوى وقف التنفيذ، واتخاذ التدابير الضرورية لحماية الحرية الأساسية المنتهكة من الإدارة بالنسبة لإجراء الحماية الخاصة، وذلك إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع، وهو ما أكدته المادة 918، بنصها على أنه: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة. لا ينظر في أصل الحق...."؛

- يلتقي إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع دعوى وقف التنفيذ في خاصية التبعية لدعوى الإلغاء، حيث يلزم لقبولهما من طرف قاضي الاستعجال الإداري طبقاً لنص المادتين 919 و 920 من ق.إ.م.إ، أن يكون المدعي قد رفع أولاً دعوى موضوعية لإلغاء القرار الإداري المحتج بعدم مشروعيته؛

- يتقاطع إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع دعوى وقف التنفيذ في الطبيعة القانونية للعمل الإداري المنازع في مشروعيته، حيث وبفعل تبعية كلا الإجراءين لدعوى الإلغاء، فإنه لا يمكن تفعيلهما إلاّ ضد طائفة محددة من أعمال الإدارة، هي القرارات الإدارية دون تصرفاتها الأخرى كالأعمال المادية والعقود الإدارية.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودعوى وقف التنفيذ

تتمثل أوجه الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودعوى وقف التنفيذ في النقاط الآتية¹:

- تختلف الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية بطريق دعوى وقف التنفيذ، في كون الأخيرة حماية عامة، تطال جميع صور القرارات الإدارية بغض النظر عن مساسها بالحريات الأساسية أو غيرها. بينما تمتاز الحماية الخاصة بأنها حماية مخصصة تستأثر بها الحرية دون غيرها من أوجه النشاط الفردي الأخرى، وأكثر من ذلك، ليس كل حرية هي مقصد هذه الحماية، بل ينبغي أن تبلغ من الأهمية مرتبة تضيف عليها صفة الأساسية؛

- يبرز وجه الاختلاف الثاني بين إجراء الحماية الخاصة والحماية بطريق دعوى وقف التنفيذ، من خلال الشروط المتطلبة في كل منهما، حيث يركز نظام وقف التنفيذ على شرط الشك الجدي حول مشروعية القرار²، هذه الأخيرة لا يلزم فيها توافر درجة معينة من الجسامة أو الخطورة، بل تكفي مجرد عدم المشروعية البسيطة حتى يوقف قاضي الاستعجال الإداري تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه. بينما تقوم الحماية الخاصة للحرية الأساسية على شروط تنتم بالشدة، حيث لا يمكن تحريكها إلا في حالة وجود انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية لحرية من الحريات الأساسية؛

- إن الحماية التي يوفرها نظام وقف التنفيذ هي حماية محدودة من ناحية سلطات القاضي، إذ يقتصر الحكم الصادر فيها، باعتباره حكما وقتيا يصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى، على مجرد إلزام الإدارة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، فتكف فوراً عن الاستمرار في التنفيذ إذا كانت قد بدأت،

¹ - إن جعل المشرع الجزائري لطلب الحماية الخاصة تابعا لطلب الإلغاء، قد قلص من مظاهر التمايز بينه وبين دعوى وقف التنفيذ، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي جعل منها حماية أصيلة ومستقلة، مما أفضى إلى وجود أوجه عديدة للاختلاف بين النظامين في القانون الفرنسي أهمها: أن حماية الوقف هي حماية تبعية، بينما الحماية الخاصة هي حماية مستقلة، وأن حماية الوقف هي حماية محدودة في نطاقها، إذ تطال فقط الاعتداءات الناجمة عن القرارات الإدارية وحدها، بينما تطال الحماية الخاصة بالإضافة إلى الاعتداءات الناجمة عن قرارات الإدارة، تلك المتولدة عن أعمالها المادية وتصرفاتها الأخرى سواء الإيجابية أو السلبية، انظر:

- Olivier DUGRIP, op.cit, pp. 247-248.

² - انظر المادة 119 من ق.إ.م.إ.

لكنه في المقابل لا يلزمها ببناء حالة جديدة، لأن هذا الأمر منوط بثبوت عدم مشروعية القرار المطعون فيه من طرف قاضي الموضوع.

وتبعاً لذلك، يتمتع على القاضي أن يحدد في حكمه الآثار التي تترتب على الوقف على سبيل القطع، لأن هذه الأخيرة لا تثبت إلاّ عند الحكم في موضوع الدعوى¹، كما يتعين على القاضي عند فصله في هذا الطلب، أن يتمتع عن إصدار أوامر للإدارة أو أن يحل محلها في نشاطها، إلاّ إذا كانت هذه الأوامر مما يقتضيه تنفيذ حكم الوقف وفق مقتضيات المادة 978 من ق.إ.م.إ. أما في ظل إجراء الحماية الخاصة، فتتسع قانوناً سلطات القاضي، حيث رخص له المشرع بتوجيه ما يراه ضرورياً من أوامر للإدارة لحملها على وقف أو إزالة التعدي الواقع على الحرية الأساسية؛

- أخيراً، تختلف الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية بطريق دعوى وقف التنفيذ، من ناحية المدة المتطلبة للفصل في كل منهما²، حيث أوجب المشرع على قاضي الاستعجال الإداري أن يفصل في طلب الحماية الخاصة خلال ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تقديمه، بينما ألزمه بالفصل في طلب وقف التنفيذ خلال أجل معقول، أي دون تقييده بميعاد معين.

إن هذا الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وحمايتها بطريق دعوى وقف التنفيذ، لا يصل إلى حد التصادم أو التعارض، بل تبقى مظاهر التكامل بينهما قائمة، من خلال أن مزايا أحدهما هي مأخذ للآخر، ذلك أنه إذا كانت حماية الوقف يكفي لطلبها وقوع اعتداء على إحدى الحريات أو الحقوق مهما كانت طبيعتها، فإن الحماية الخاصة تستلزم، كما سبق الذكر، أن تكتسي الحرية المنتهكة مرتبة الأساسية.

كما أنه إذا كانت الحماية الخاصة تمتاز ببساطة الإجراءات وسرعتها أكثر من حماية وقف التنفيذ، فإنها تحتاج لاقتضاءها إلى توافر شروط مشددة، أخصها أن يكون الانتهاك الواقع على الحرية

¹ - محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص. 378.

² - عقبة حسن سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2010، ص. 148.

الأساسية خطيرا وواضحا في عدم مشروعيتها، في حين يكفي لإثارة حماية الوقف مجرد تحقق الشك الجدي حول عدم مشروعية القرار، مما يجعلها أكثر جاذبية من هذه الناحية¹.

الفرع الثاني

تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية وفق نظرية التعدي

أدت نظرية التعدي دورا حاسما في حماية الحريات الأساسية للأفراد من انتهاكات الإدارة، وهي تبدو أكثر خصوصية من حماية دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، وأكثر اقترابا من إجراء الحماية الخاصة، كونها موجهة إلى صيانة الحقوق والحريات دون غيرها، من جهة، وبفعل السلطات غير المألوفة التي تتيحها للقاضي الإداري في مواجهة الإدارة، من جهة أخرى.

وقد نص المشرع على حالة التعدي في المادة 02/921 من ق.إ.م.إ، والتي جاء فيها: "... وفي حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري، يمكن أيضا لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه ".

توجد أوجه التشابه بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي (أولا)، كما توجد أوجه للاختلاف بينهما (ثانيا).

أولا: أوجه التشابه بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي

تقوم حالة التعدي، عند قيام الإدارة بتصرف مشوب بمخالفة جسيمة يمس بحق الملكية أو بحرية أساسية²، ويكون للقاضي وقفها أن يأمر الإدارة بما يراه لازما لإزالته أو وقفه. وقد استقر الاختصاص في فرنسا بنظر منازعات التعدي للقاضي العادي، وذلك استنادا إلى مبررات قانونية نظرية، تتلخص في أن العمل أو التصرف الموصوف بحالة تعدي تعرض للتشويه أو المسخ *la dénaturation*، ومن ثم فقد صفتة الإدارية ويعود للقاضي العادي النظر فيه بصفته الحارس الممتاز للحرية وحق

¹ - Laurent TOUVET, concl. sur CE. section, 18 et 19 janvier 2001, confédération nationale des radios libres (1 espèce), Commune de Venelles (Bouches-du-Rhône) et Morbelli (2 espèce), R.F.D.A, 17 année, mars-avril 2001, n° 2, p. 387.

² - شفيقة بن كسيرة، وقف تنفيذ القرارات الإدارية وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس سطيف، 2004، ص. 68.

الملكية. وأخرى عملية مؤداها، أن القاضي العادي أقدر من القاضي الإداري على حماية الحرية، كون تدخله يمتاز بالسرعة، وبالتبعية بالفعالية¹.

أمّا في الجزائر، فقد عهد المشرع بالاختصاص في مادة التعدي للقاضي الإداري، مخالفا بذلك النظام القانوني الفرنسي، وهو اتجاه سليم يتماشى مع مبدأ أن القاضي الإداري هو حامي المشروعية والحارس الطبيعي للحريات الأساسية.

إذن، واضح تماما من مفهوم نظرية التعدي، أن هناك تشابها بينها وبين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، يظهر في النقاط الآتية:

- يعتبر كلاهما، طبقا لنص المادتين 920 و 2/921 من ق.إ.م.إ، طلبا استعجاليا ينعقد الاختصاص بنظره لقاضي الاستعجال الإداري، ويهدف إلى اتخاذ تدابير سريعة موجهة لحماية الحريات من اعتداءات الإدارة؛

- يلتقي إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع نظرية التعدي في مجال أعمال كل منهما، وهو الحريات دون غيرها من صور النشاط الفردي الأخرى؛

- يتقاطعان كذلك في الشروط اللازمة لاقتضاءهما، حيث لا يكفي لإمكانية تدخل قاضي الاستعجال الإداري سواء وفق إجراء الحماية الخاصة أو وفق نظرية التعدي، مجرد وقوع انتهاك للحرية من جانب الإدارة، بل يجب أن يكون هذا الأخير موصوفا بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة؛

- يتفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع نظرية التعدي، من ناحية سعة السلطات الممنوحة للقاضي، حيث يتمتع في كلا الإجراءين بسلطة اتخاذ جميع التدابير الكفيلة بحماية الحرية المنتهكة من السلطات الإدارية.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي

بإمعان النظر في النظام الإجرائي لهذين الطريقتين، يتبين وجود أوجه للتمايز بينهما في النظام القانوني الجزائري، يمكن تلخيصها فيما يلي:

¹ - Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN, chron. sous TC., 23 octobre 2000, M. Boussadar c/ Ministre des affaires étrangères, A.J.D.A, 20 février 2001, p. 143.

- تمتاز الحماية الخاصة للحرية الأساسية، كونها نظرية تشريعية قنّ المشرع جوانبها الموضوعية والإجرائية، بالوضوح والاستقرار، ومن ثم توفر للمتقاضين سهولة ويسر الارتكاز عليها لحماية حرياته الأساسية في مواجهة الإدارة. بينما تمتاز حماية نظرية التعدي بأنها حماية مضطربة وغير مستقرة، اعتباراً بأن أساسها ممارسة قضائية للقضاء الإداري لاسيّما في أعلى درجاته (مجلس الدولة)، ومن ثم يمكن العدول عنها كلياً أو جزئياً في أي وقت، دون أن يترتب على ذلك أي جزاء قانوني، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنها حماية مبهمة لم يقع إلى حد اليوم الاتفاق على حدودها ونطاقها وشروطها، ومن ثم تبرز أهمية الحماية الخاصة، من حيث ثباتها ووضوحها النسبي بثبات ووضوح النص القانوني المقرر لها؛

- تمتاز الحماية الخاصة للحرية الأساسية بأنها حماية تبعية، لا يمكن تحريكها من المدعي إلاّ إذا أقام دعوى موضوعية مضمونها إلغاء القرار الإداري الذي انتهك الحرية لعدم مشروعيتها. بينما دعوى التعدي هي دعوى أصيلة ومستقلة تتحرك بذاتها ودونها حاجة إلى طعن موضوعي يسبقها؛

- لما كانت الحماية الخاصة للحرية الأساسية حماية تابعة لدعوى إلغاء القرار الإداري، فإنها تقتصر على دفع الاعتداءات الناتجة عن القرارات الإدارية فقط، دون غيرها من أعمال الإدارة الأخرى كالعقود الإدارية والأعمال المادية. بينما تمتاز الحماية وفق نظرية التعدي باتساع نطاقها، إذا تطل بالإضافة إلى قرارات الإدارة عقودها وأعمالها المادية¹؛

- تختلف الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية بطريق دعوى التعدي، من ناحية المدة المتطلبة للفصل في كل منهما، حيث أوجب المشرع على قاضي الاستعجال الإداري أن يفصل في طلب الحماية الخاصة خلال ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تقديمه، بينما ألزمه بالفصل في دعوى التعدي خلال أجل معقول، أي دون تقييده بميعاد معين؛

- يبرز أهم وجه للاختلاف بين الحماية الخاصة للحرية الأساسية والحماية بطريق نظرية التعدي، في درجة عدم مشروعية الانتهاك المستوجبة لإعمال كل منهما، حيث لا يجوز اقتضاء الحماية الخاصة

¹ - انظر: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني - نظرية الاختصاص -، د.م.ج، الجزائر، 2013، ص ص. 158 - 159.

للحرية الأساسية طبقا لنص المادة 920 من ق.إ.م.إ، إلا عندما يكون الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية على الحرية الأساسية مرتبطا بممارسة الإدارة لإحدى اختصاصاتها المحددة قانونا، أي أن جسامة الانتهاك المتطلبة لاقتضاء هذه الحماية، لا ترقى إلى حد خروج القرار الصادر عن الإدارة عن طبيعته الإدارية ليلبغ درجة الانعدام، ويتحول إلى مجرد عمل مادي يسلب الإدارة امتيازات السلطة العمومية المعترف لها بها لتحقيق المصلحة العامة.

بينما يشترط لإعمال الحماية وفق نظرية التعدي، أن يلبغ الانتهاك درجة من الجسامة تجعل العمل الصادر عن الإدارة يخرج عن الاختصاصات المحددة لها دستوريا أو قانونيا¹، فيتجرد من صفته الإدارية ويتحول إلى مجرد عمل مادي، أو كما عبرت عنه المحكمة العليا في أحد قراراتها بأنه العمل غير المرتبط بتطبيق أي نص تشريعي أو تنظيمي²؛

- تفترق الحماية الخاصة للحرية الأساسية كذلك عن الحماية بطريق نظرية التعدي، من زاوية مفهوم شرط الحرية اللآزمة لانطباق كل منهما، إذ تعددت الأوصاف التي لحقت الحرية كشرط لتفعيل نظرية التعدي سواء في الفقه أو في القضاء، بين من يعبر عنها باصطلاح الحرية العمومية، ومن يصفها بالحرية الأساسية، واتجاه آخر ينعتها بوصف الحرية الفردية³، على نحو جعل مفهوم الحرية الأساسية مجال إعمال نظرية التعدي يمتاز بالاتساع ليستغرق الحريات الفردية، حرية التنقل، الحق في الأمن، حرية الصحافة وحرية الجمعيات⁴.

بينما الحرية المعتبرة في إطار إجراء الحماية الخاصة، هي فقط الحرية الموصوفة بالأساسية وذلك بصريح نص القانون المقرر لها، أي بمعنى آخر، أن الحرية مناط إجراء الحماية الخاصة هي تلك الحرية التي تتجاوز مفهوم الحريات التقليدية (العمومية والفردية) لتبغ درجة أو مرتبة الأساسية.

يتضح إذن مما سبق، أن الحماية الخاصة للحرية الأساسية في النظام القانوني الجزائري تختلف عنها وفق نظرية التعدي، وهو أمر يدعم فكرة التعاون والتكامل ويبعد إمكانية التعارض أو التصادم

¹ - Gilles BACHELIER, « Le référé-liberté », R.F.D.A, mars-avril 2002, n° 2, p. 261.

² - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف رقم 420/50، فهرس رقم 1984، (قضية رئيس بلدية القصر ضد/ د.ب.ع.أ)، ذكره: مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ص. 159-160.

³ - انظر: شفيقة بن كسيرة، المرجع السابق، ص ص. 66-67.

⁴ - Marie-Christine ROUAULT, **droit administratif**, Gualino éditeur, Paris, 2005, p. 467.

بينهما، حيث يظل لكل منهما مجاله الخاص ومحاسنه التي لا غنى عنها لحماية الحريات الأساسية للأفراد.

الفرع الثالث

تميز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية وفق نظريتي الغصب والغلق الإداري بالإضافة إلى دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري ونظرية التعدي، يقترب إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية كذلك من حالي الغصب والغلق الإداري المنصوص عليهما في المادة 2/921 من ق.إ.م.إ، لذلك سيتم في هذا الفرع، التطرق إلى تمييز هذا الإجراء عن حالة الغصب(أولاً)، ثم عن حالة الغلق الإداري(ثانياً).

أولاً: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية وفق نظرية الغصب

نص المشرع على نظرية الغصب في المادة 2/921 من ق.إ.م.إ إلى جانب نظرية التعدي، وذلك تحت مسمى "الاستيلاء"، في حين تضمنت الصياغة الفرنسية لنفس المادة مصطلح *l'emprise*، أي الغصب، لأن الاستيلاء *la réquisition*، يعتبر طريقاً مشروعاً للحصول على الأموال والخدمات من جانب الإدارة في الأوضاع الاستثنائية والاستعجالية لضمان سير المرافق العمومية¹، بينما الغصب، فهو عمل غير مشروع، تقوم به الإدارة خارج الإطار الذي حدده القانون المدني والقانون المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية²، وتنتهك بمقتضاه الملكية العقارية للمدعي. يلتقي إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع حالة الغصب في عدة نقاط، كما يختلفان في نقاط أخرى.

1 - أوجه التشابه بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية الغصب

يتقاطع إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع نظرية الغصب في النقاط الآتية:

¹ - انظر المادة 679 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني(ج.ر.ج.ج، العدد 78 لسنة 1975)، والمعدلة بمقتضى القانون رقم 14/88 المؤرخ في 3 مايو 1988 (ج.ر.ج.ج، العدد 18 لسنة 1988).

² - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - شروط قبول الدعوى الإدارية -، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 2006، ص. 288.

- كلاهما إجراء استعجالي ينعقد الاختصاص بنظره طبقاً لنص المادتين 920 و 2/921 من ق.إ.م.إ. إلى قاضي الاستعجال الإداري، ومن ثم يهدفان إلى اتخاذ تدابير سريعة ومؤقتة لحماية الحقوق والحريات المكفولة للمدعي؛
- كلاهما موجه لحماية الحقوق والحريات المضمونة للأشخاص في مواجهة الإدارة، حيث يتعلق إجراء الحماية الخاصة بالحريات الأساسية في مجموعها، في حين تتعلق نظرية الغصب بأحد هذه الحريات، وهو حق الملكية؛
- يتفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع نظرية الغصب، من حيث أن كلاهما يهدف إلى التصدي لانتهاك موصوف بالخطورة للحرية الأساسية بالنسبة لإجراء الحماية الخاصة، ولحق الملكية العقارية بالنسبة لنظرية الغصب، ينتج من إهمال الإدارة للقواعد والإجراءات المحددة في القانون المدني والقانون المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية؛
- كلاهما يعطي للقاضي سلطات واسعة في مواجهة الإدارة، تتضمن اتخاذ جميع التدابير الضرورية لحملها على إنهاء اعتدائها لحقوق وحريات الأفراد.

2- أوجه الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية الغصب

- يختلف إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن نظرية الغصب في النقاط الآتية:
- يختلف إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن نظرية الغصب، من حيث محل كل منهما، حيث إذا كان هذا الإجراء يهدف إلى حماية جميع الحريات الأساسية للمدعي، فإن نظرية الغصب ترمي إلى صيانة أحد هذه الحريات فقط، وهو حق الملكية العقارية.
- يجوز تفعيل إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ضد الاعتداءات الواقعة على حق الملكية سواء في صورتها المنقولة أو العقارية. بينما لا يمكن إعمال نظرية الغصب إلا بصدد الملكية العقارية، حيث ينعقد الاختصاص بحماية الملكية المنقولة لقاضي الاستعجال الإداري، وذلك وفق نظرية التعدي، بمعنى أن نظرية الغصب في هذه الحالة تستغرقها نظرية التعدي¹؛

¹ - فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة -، 2010-2011، ص. 296.

- تمتاز الحماية الخاصة للحرية الأساسية بأنها حماية تبعية، لا يمكن تفعيلها من المدعي إلا إذا أقام دعوى موضوعية، مضمونها إلغاء القرار الإداري الذي انتهك الحرية لعدم مشروعيته. بينما دعوى الغصب، هي دعوى أصيلة وغير مرتبطة بأي طعن موضوعي؛
- يتصدى قاضي الاستعجال الإداري لطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية بمقتضى أمر قضائي له جميع مقومات الأحكام القضائية، بينما يفصل في دعوى الغصب، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 921، بمقتضى أمر على عريضة.

واضح ممّا سبق، التقارب الكبير بين إجراء الحماية الخاصة ونظرية الغصب، التي يمكن اعتبارها بمثابة تطبيق من تطبيقات هذا الإجراء، كونها تتعلق بحق الملكية، الذي يدخل في دائرة الحريات الأساسية المحمية بواسطة إجراء الحماية الخاصة. ومن ثم، يمكن القول أن الإبقاء على نظرية الغصب في المنظومة القانونية الوطنية بعد تكريس هذا الإجراء، ينطوي على تزييد إجرائي لا فائدة منه.

ثانيا: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن حالة الغلق الإداري

يقصد بالغلق الإداري: إجراء تتخذه السلطة الإدارية المختصة تنفيذا لصلاحياتها القانونية، مضمونه غلق محل ذو استعمال تجاري أو مهني أو وقف تسييره بصفة نهائية أو مؤقتة¹. ومن ثم، فهو يشكل عقوبة إدارية لصاحب المحل نتيجة مساسه بأحد عناصر النظام العام، غير أنه إذا صدر بالمخالفة للضوابط القانونية الحاكمة له، فإنه يعتبر عملا غير مشروع، يعطي الاختصاص لقاضي الاستعجال الإداري بوقف تنفيذه طبقاً لنص المادة 2/921 من ق.إ.م.إ. المشار إليها أعلاه. يلتقي إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع حالة الغلق الإداري في بعض العناصر، كما يختلفان في أخرى.

1- أوجه التشابه بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وحالة الغلق الإداري

يتقاطع إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع حالة الغلق الإداري في العناصر الآتية:

¹ - محمد الصالح خراز، ضوابط الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال الإداري في النظام القضائي الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص. 150.

- كلاهما إجراء استعجالي ينعقد الاختصاص بنظره طبقاً لنص المادتين 920 و 2/921 من ق.إ.م.إ. إلى قاضي الاستعجال الإداري، ومن ثم تتمثل غايته في توفير حماية سريعة لحقوق وحرّيات الأفراد في مواجهة الإدارة؛
- يتفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية مع حالة الغلق الإداري، في مجال أعمال كل منهما، وهو الحريات الأساسية للأفراد؛
- يلتقيان كذلك في مصدر الاعتداء على الحرية، وهو القرارات الإدارية دون غيرها من أعمال الإدارة الأخرى، كالأعمال المادية والعقود الإدارية.

2- أوجه الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وحالة الغلق الإداري

- يختلف إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن حالة الغلق الإداري في العناصر الآتية:
- يتميز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية بعمومية مجال أعماله، حيث يطال جميع الحريات التي لها وصف الأساسية. بينما يقتصر مجال أعمال حالة الغلق الإداري على أحد هذه الحريات فقط، وهي حرية التجارة والصناعة؛
- يمتاز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية بخاصية التبعية لدعوى الإلغاء، ومن ثم لا يمكن للمدعي تفعيله إلا إذا رفع دعوى موضوعية تستهدف إلغاء القرار الإداري المنازع في مشروعيته. بينما تعتبر دعوى الغلق الإداري أصيلة أو مستقلة، حيث لا يتوقف تفعيلها طبقاً لنص المادة 2/921 ق.إ.م.إ. على رفع دعوى في الموضوع؛
- يختلفان كذلك من حيث نطاق سلطات القاضي، حيث أعطاه المشرع في ظل إجراء الحماية الخاصة مكنة اتخاذ جميع التدابير الضرورية للمحافظة على الحرية الأساسية المنتهكة، بينما لم يمنحه في ظل إجراء الغلق الإداري سوى سلطة وقف تنفيذ القرار الإداري؛
- يفصل القاضي في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية بمقتضى أمر قضائي، بينما يفصل في حالة الغلق الإداري بمقتضى أمر ولائي، أي أمر على عريضة.

يبرز مما سبق، أن هناك تداخل واضح بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وحالة الغلق الإداري، الذي يمكن اعتباره جزء من هذا الإجراء، كونه يستهدف حماية حرية التجارة والصناعة التي تعتبر أحد الحريات المحمية بواسطة إجراء الحماية الخاصة. وعليه، يمكن القول أن نص المشرع

على حالة الغلق الإداري في ظل وجود إجراء الحماية الخاصة يعتبر تعقيدا إجرائيا يتنافى مع مقتضيات مبدأ حسن إدارة العدالة.

المبحث الثاني

مجال أعمال الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لم يبتغ المشرع عند استحداثه لإجراء الحماية الخاصة إعماله على الحريات جميعها، وإنما قصره على فرع منها، عبرت عنه المادة 920 من ق.إ.م.إ. بوجوب أن تكون من الحريات الأساسية، وأن ترق في أهميتها إلى مرتبة تجعل الاعتداء عليها من جانب الإدارة مبررا لتدخل قاضي الاستعجال الإداري بالتدابير اللازمة لإنصافها وحمايتها.

غير أن المشرع عند وضعه لهذا المفهوم، لم يقدم تعريفا أو تحديدا لمضمونه، كما لم يورد حصرا أو تعدادا لقائمة الحريات المحمية بهذا الإجراء، وإنما اكتفى فقط بوضع الموصوف (الحرية) والوصف (الأساسية) دون تحديد لمدلولهما، وهو ما أثار تساؤلات في الفقه الإداري حول مفهوم الحرية الأساسية مناط أعمال إجراء الحماية الخاصة، وهل لهذا المفهوم خصوصية معينة في نطاق هذه الحماية؟

إن هذا السكوت التشريعي إزاء مفهوم الحرية الأساسية، وإن بدا ظاهريا منهجا سلبيا، إلا أنه مبرر قانونا وواقعا، لأنه يخرج عن مهام المشرع صياغة التعاريف للمفاهيم التي ينظمها تاركا إياها للفقه والقضاء بحكم دورهما التأصيلي. نتيجة لهذا الفراغ التشريعي المبرر، تولى الفقه والقضاء الإداريين مهمة ضبط هذا المفهوم وتحديد العناصر المكونة له، وهو ما سيتم تفصيله، من خلال التطرق إلى الطابع المبهم وغير المحدد لمفهوم الحرية الأساسية في مطلب أول، ثم إبراز عناصرها في مطلب ثان.

المطلب الأول

الطابع المبهم وغير المحدد لمفهوم الحرية الأساسية

إن خاصية الإبهام وعدم التحديد لمفهوم الحرية الأساسية مناط أعمال إجراء الحماية الخاصة، تجد مبررها في صعوبات ومعوقات قانونية، وأخرى واقعية تحول دون ضبط هذا المفهوم والإحاطة بجميع جوانبه. كما أن جعل المشرع من مفهوم الحرية الأساسية مجالا وحيدا لأعمال إجراء الحماية

الخاصة كان استجابة لأهداف أساسية، أخصها الرغبة في إضفاء الطابع الاستثنائي على هذه الحماية، والحدّ من تدخل قاضي الاستعجال الإداري في توجيه الأوامر للإدارة بقصره على الحالات والأوضاع الاستثنائية فقط.

وسيتّم في هذا المطلب، عرض صعوبة تحديد مفهوم الحرية الأساسية في فرع أول، ثم محاولات تحديد هذا المفهوم في فرع ثان.

الفرع الأول

صعوبة تحديد مفهوم الحرية الأساسية

ترجع صعوبة تحديد مفهوم دقيق وحاسم للحرية الأساسية إلى عدة أسباب أهمها: امتناع المشرع عن الخوض في المفهوم (أولا)، الاستعمال المبهّم وغير المنضبط له من جانب المؤسس الدستوري والفقهاء والقضاء (ثانيا)، واقتراجه من بعض المفاهيم المجاورة (ثالثا).

أولا: امتناع المشرع عن الخوض في مفهوم الحرية الأساسية

امتنع المشرع الجزائري عن وضع تعريف للحرية الأساسية، وذلك رغبة منه في ترك هذا المفهوم بين يدي الفقهاء والقضاء، يحدّدانه بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها. وإذا كان هذا الموقف مبررا من المشرع، فإن ما يفتقد إلى التبرير، هو عدم إثارة هذه المسألة رغم أهميتها على مستوى البرلمان، حيث عاينا غيابا تاما لإثارة هذا المفهوم من جانب أعضاء الهيئة التشريعية عند مناقشة قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بل أكثر من ذلك، فإن إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ذاته لم يلفت نظر البرلمانين، حيث لم يتم التطرق إلى أي مسألة من المسائل التي يثيرها، رغم ما حمله من إصلاحات هزت بعض المبادئ الراسخة في المنازعة الإدارية في الجزائر، أهمها مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة.

إن هذا الموقف من أعضاء الهيئة التشريعية غير مبرر، ذلك أنه وإن تم التسليم بأنه ليس من مهام المشرع صياغة التعاريف لما يضعه من مفاهيم، فإن إيجابية تعاطيه مع هذه المفاهيم من خلال تقديم إشارات ولو عامة حول مدلولها، من شأنه أن يسهل المهمة الملقاة على عاتق القاضي في تفسيرها، حيث تشكل هذه الأعمال التحضيرية بالنسبة له، مصدرا يقف من خلاله على اتجاه الإرادة التشريعية ومقصدها إزاء هذه المفاهيم عند وضعها في التطبيق.

يبرز إذن ممّا سبق، وجود فراغ تشريعي بخصوص تحديد مفهوم الحرية الأساسية مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة. وهو فراغ مبرر، لاسيّما في إطار قضاء الاستعجال، الذي تقتضي طبيعته الخاصة انسحاب المشرع من مهمة إعطاء التعاريف، تاركا ذلك للفقهاء والقضاء بحكم الدور التأصيلي أو التحليلي لما ينظمه المشرع المنوط بهما، لأن القول بخلاف ذلك يؤدي، من جهة، إلى الحجر على القاضي عند التطبيق، من خلال إلزامه بمفاهيم مسبقة في مجال يقتضي المرونة بحسب ما تتطلبه حالة الاستعجال. كما يؤدي، من جهة أخرى، إلى إضفاء صفة الجمود على النصوص القانونية، وإعدام أحد المهام الأصلية للقاضي، وهي تفسير النصوص القانونية بما يتلاءم وظروف الواقع. وفضلا عن ذلك، فإن الحرية الأساسية على غرار مفاهيم أخرى في القانون الإداري (النظام العام، المصلحة العامة والمرفق العمومي)، هي مفهوم نسبي متقلب، يختلف مكانيا وذاتيا من شخص إلى آخر، ممّا يجعل منه مفهوما يستعصي بطبيعته على التعريف أو التحديد، وهو ما قصده **Jean François Sestier**، حين شبه مفهوم الحرية الأساسية بالثمرة الطرية أو اللينة لكل أن يعجنها بطريقته، وذلك تبعا لقناعاته وبتأثير من ذاتيته¹.

ثانيا : الاستعمال المبهم وغير المنضبط لمفهوم الحرية الأساسية من طرف المؤسس الدستوري

تميّز الاستعمال التشريعي لمفهوم الحرية الأساسية من طرف المؤسس الدستوري بالإبهام، حيث عنون التعديل الدستوري لسنة 2016 الفصل الرابع من الباب الأول منه بعبارة "الحقوق والحريات" مجردة من كل وصف، ثم استعمل اصطلاح "الحرية الأساسية" في مواد عديدة كنص المادة 38 التي قررت أن: "الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة"، وكذلك في المادة 09 بنصها على أنه: "يختار الشعب لنفسه مؤسسات غايتها ما يأتي: ... حماية الحريات الأساسية للمواطن والازدهار الاجتماعي والثقافي للأمة....".

كما نصت المادة 52 على أن: "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون. ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية...."، وفي نفس الإطار جاءت المادة 157 لتوظف

¹- Jean-François SESTIER, « la pratique du référé : la perception par le barreau », R.F.D.A, janvier-février 2007, n°1, p. 83.

اصطلاحى الحريات والحقوق الأساسية معا بنصها على أنه: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية".

إن القراءة المتأنية لنصوص المواد السابقة تقود إلى نتيجة أساسية مؤداها، أن مفهوم الحريات الأساسية لا يقتصر فقط على طائفة الحريات المضمنة بواسطة الدستور، بل يتعداها إلى الحريات المكفولة بمقتضى نصوص أخرى تحت دستورية، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة غريبة تشوه مضمون هذه المواد مفادها، أن الحريات المضمنة داخل الدولة هي فقط الحريات التي نص عليها الدستور دون غيرها (المادة 38)، وأنه يمنع على الأحزاب السياسية فقط ضرب الحريات الدستورية دون غيرها من الحريات الأخرى (المادة 52)، وأن ما يتعين على السلطة القضائية حمايته هو فقط كتلة الحقوق أو الحريات المضمنة دستوريا دون غيرها من الحقوق والحريات (المادة 157).

وبالإضافة إلى طابع الإبهام، تميّز الاستعمال الدستوري لمفهوم الحرية كذلك بعدم الانضباط، حيث تبنى الدستور في مواضع أخرى، عبارة "الحريات الفردية والجماعية"، كما هو الحال بالنسبة لديباجته، وأيضا نص المادة 39، الذي جمع فيه المؤسس الدستوري بين عبارة الحقوق الأساسية وعبارة الحريات الفردية والجماعية، حيث جاء فيها: "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون". وفي نصوص أخرى من الدستور، نجد استعمالا لمصطلح "الحريات العمومية"، حيث جاء في النقطة الأولى من المادة 140 التي تنظم مجالات التشريع المحجوزة للبرلمان: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات الآتية: 1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية لاسيما نظام الحريات العمومية".

إن هذا الإبهام والتعدد في المصطلحات من جانب المؤسس الدستوري يفضي إلى نتيجة مفادها، أن وصف الدستور لحرية ما بأنها أساسية ليس له أية آثار قانونية على مستوى التطبيق، وإنما هو وصف رمزي غايته فقط إبراز أهمية الحرية وإعلاؤها، مما يجعله قاصرا على أن يرسم مفهوما محددا ودقيقا للحرية الأساسية، كما من شأنه أن يضيف عليها طابع الإبهام والمرونة، بشكل يجعلها قادرة على استيعاب التفسير الواسع لمضمونها، والتداخل مع بعض المفاهيم المجاورة لها، كمفهوم الحرية العمومية والحرية الفردية وحتى مفهوم حقوق الإنسان.

ثالثاً: اقتراب مفهوم الحرية الأساسية من بعض المفاهيم المجاورة

بالإضافة إلى المعوقات السابقة التي حالت دون تحديد مفهوم واضح ودقيق للحرية الأساسية، يبرز إكراه آخر أكثر عمقا وتعقيدا، يتمثل في اختلاط مفهوم الحرية الأساسية ببعض المفاهيم المجاورة له. توجد ثلاثة مفاهيم تجاور أو تقترب من مفهوم الحرية الأساسية هي: مفهوم حقوق الإنسان، مفهوم الحريات العمومية ومفهوم الحريات الفردية، لذلك يتطلب الأمر تأصيلها بغية استخراج أوجه الاختلاف والتداخل بينها وبين الحرية الأساسية.

1- مفهوم حقوق الإنسان

كلاسيكيا، عرّفت حقوق الإنسان بأنها: "الحقوق التي تهدف إلى ضمان وحماية معنى الإنسانية في مختلف المجالات السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية"¹. وقد ميّز العديد من الكتاب بين حقوق الإنسان والحريات الأساسية، حيث يقول **Dominique Turpin** بأنه: "في الوقت الذي نجد فيه مفاهيم كل من حقوق الإنسان والحريات العمومية² مترادفة، إلا أن هذا لا يعني أن أحدهما يغطي الآخر، فالأولى قديمة وطموحة وواسعة جدا لكنها قليلة الدقة كونها أكثر فلسفية و سياسية - وهي اليوم أسست على كثير من القداسة -، بينما الثانية حديثة، كما أن دراستها مستقلة ومتأخرة ولها بداية محتشمة ومتواضعة، ولكن في نفس الوقت أكثر قانونية وبالتالي أكثر دقة"³.

وقد وقع التمييز بين حقوق الإنسان والحريات الأساسية في عدة نقاط أهمها:

- تعتبر حقوق الإنسان حقوقا طبيعية يمتلكها الإنسان لطبيعته الإنسانية، وتظل موجودة حتى عند عدم الاعتراف بها أو انتهاكها من قبل سلطة ما، كونها تستمد وجودها من مصادر تاريخية وفلسفية ترجع إلى فكرة القانون الطبيعي. بينما الحريات الأساسية هي حقوق للفرد قبل الدولة، يكفلها الدستور والقانون وتمارس في مواجهة السلطة وفي إطارها، فهي تقتض تدخل السلطة العمومية اعترافا وضمانا لترقي من مجرد حرية مجردة إلى حرية عمومية، ومن ثم، فمصدر هذه الحريات وضعي،

¹ - عبد الحكيم حسن العدلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص. 88.

² - لم يميز الكتاب في هذه الفترة (القرن 19) بين مصطلحي الحريات العمومية والحريات الأساسية واستعملهما كمترادفين.

³ - Dominique TURPIN, *les libertés publiques*, 4^{ème} éd., Gualino éditeur, Paris, 1999, p. 1.

وهو تلك الإرادة الشعبية التي وضعت الدستور أو القانون، وعليه لا يمكن تصور وجود حريات عمومية إلا في ظل نظام قانوني معين¹. وبمعنى آخر، إذا كانت الحريات العمومية تفترض التقنين، فإن حقوق الإنسان تمثل قيمة غير قانونية، أو تقع، على حد تعبير الفقيه أحمد فتحي سرور، فوق أطر القانون الوضعي²؛

- لتعبير حقوق الإنسان دلالة على اهتمام المجتمع الدولي بالإنسان وحقوقه، لذلك يكون نطاقها القانون الدولي. بينما الحريات الأساسية، تستعمل غالبا في إطار الدولة للدلالة على الإمكانيات التي يمتلكها المواطن في مواجهة السلطة، لذلك فمكانها الدستور أو القانون³.

إن نقاط التمييز هذه ليست حاسمة ولم تسلم من النقد، ذلك أن القول بأن حقوق الإنسان تستمد وجودها من القانون الطبيعي ولها قيمة فوق قانونية هو قول يجافي الواقع، حيث أصبحت هذه الحقوق اليوم مدرجة في العديد من النصوص والمواثيق الوطنية والدولية، ومن ثم تشكل قواعد تعود إلى القانون الوضعي وليس إلى القانون الطبيعي، بمعنى أن مسألة مدى قانونيتها لم تعد اليوم محل نقاش أو تشكيك. كما أن القول بأن حقوق الإنسان مجالها القانون الدولي، يجانب هو الآخر الواقع، بعد أن صارت أغلب الدول أطرافا في المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ومن ثم أصبحت حقوق الإنسان قانونا دوليا ووطنيا من حيث المصدر والتطبيق تأسيسا على مبدأ الشرعية الدولية لحقوق الإنسان⁴.

وعليه، تبرز الخاصية الأساسية المميزة للحريات الأساسية عن حقوق الإنسان، من حيث ارتباط هذه الأخيرة بالإنسان ذاته. ويترتب على ذلك نتيجتين أساسيتين، أولاهما: أن هذه الحقوق تمنح لكل

¹ - بدر الدين شبل، "مفاهيم حقوق الإنسان وحياته الأساسية وعلاقتها بنطاق حمايتها"، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي الثالث بعنوان "دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية" يومي 28 و 29 أبريل 2010، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي.

² - أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص. 44.

³ - عمر الحفصي فرحاتي وآخرون، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012، ص ص. 36-37.

⁴ - بدر الدين شبل، المرجع السابق.

إنسان موجود على إقليم الدولة دون تفرقة بين المواطن والأجنبي، ولا بين الأجنبي الذي يوجد في وضعية قانونية والأجنبي الموجود في وضعية غير قانونية، وثانيتها: أن هذه الحقوق لا تمنح إلا للأشخاص الطبيعية دون الأشخاص المعنوية¹.

غير أن هذا المعيار في التمييز لا يبدو جازما، لأنه معيار قد تلتقي فيه الحريات الأساسية وحقوق الإنسان، إذ قد يكون الحق الواحد حرية أساسية وفي نفس الوقت حقا من حقوق الإنسان، كما أن عنصر طبيعة المستفيد من الحق أو الحرية هو أقرب لأن يكون نتيجة لهذا التمييز وليس معيارا له.

2- مفهوم الحريات العمومية

استعمل المؤسس الدستوري عبارة "الحريات العمومية" في نص المادة 01/140 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والتي جعلت تنظيم الحريات العمومية اختصاصا حصريا للبرلمان، وذلك دون تحديد لمضمونها أو لمعناها، كما استعملها أيضا القضاء الإداري لاسيما في إطار الرقابة على تدابير الضبط الإداري أو في إطار نظرية التعدي ودون تحديد كذلك لمفهومها. وعليه، فإنه في غياب أي تعريف دستوري أو تشريعي أو قضائي للحرية العمومية، فإن كل تعريف يمكن تقديمه لها هو بالضرورة نسبي، أي وقتي وقابل للمناقشة والمراجعة².

كلاسيكيا، استعمل الفقهاء عبارة الحريات العمومية للدلالة على الحريات المعترف بها بواسطة القانون العام للأفراد، وذلك غالبا في مواجهة السلطة العمومية³. وقد تم التمييز بينها وبين الحريات الأساسية بالاعتماد على معيارين أساسيين هما: معيار القيمة القانونية للنص الضامن للحرية، ومعيار القاضي المختص بحمايتها⁴، وذلك كما يلي:

- تعبّر الحريات العمومية أساسا عن الحريات المعترف بها في مواجهة السلطة التنفيذية، ومن ثم يكتسي النص الضامن لها قيمة تحت دستورية وتحت اتفاقية، أي قيمة تشريعية. بينما، تعني الحريات

¹- Olivier LE BOT, **La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté**, L.G.D.J, Paris, 2007, p. 110.

²- Jean- Jacques ISRAEL, **droit des libertés fondamentales**, L.G.D.J, Paris, 1998, p. 30.

³- Alain SERIAUX et autres, **Droits et libertés fondamentaux**, ellipses, Paris, 1998, p. 9.

⁴- Jean- Jacques ISRAEL, op.cit, p. 35.

الأساسية كتلة الحريات المعترف بها في مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومن ثم يحتل النص المقرر لها قيمة دستورية أو اتفاقية؛

- يختص بحماية الحريات العمومية القاضي العادي (الإداري أو العدلي)، بينما تؤول الولاية بحماية الحريات الأساسية للقاضي الدستوري.

إن هذه المعايير التمييزية بين الحريات العمومية والأساسية محدودة وليست حاسمة أو مانعة للتداخل بين المفهومين، حيث تركز فقط على فروقات يمكن اعتبارها شكلية (مرتبة النص الضامن للحرية والقاضي المختص بحمايتها)، وتغفل بالمقابل تقديم أية فروقات موضوعية للتمييز بين هذه الحريات. كما أن عنصر طبيعة القاضي المختص بحماية الحرية، لا يشكل معيارا للتمييز بين هذه الحريات، بل هو أقرب لأن يكون نتيجة لهذا التمييز.

3 - مفهوم الحريات الفردية

استعمل المؤسس الدستوري عبارة الحريات الفردية في نص المادة 39 من التعديل الدستوري لسنة 2016 دون تحديد لمضمونها، حيث جاء فيها: "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون". كما استخدمه أيضا القضاء الإداري في مجال أعمال نظرية التعدي، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن: "صلاحيات الإدارة في مجال النظام العام لا ينبغي أن تمارس إلا في إطار القوانين واللوائح وعدم المساس بالحريات الفردية. إن تصرف الإدارة بسحبها جواز السفر من المدعي... لا يمكن إلا أن يكتف على أنه تعدي من اختصاص قاضي الاستعجال"¹.

يظهر من هذا القرار، أن القاضي الإداري قد استعمل مفهوم الحرية الفردية في نزاع يتعلق بتدبير ضبطي فردي صادر عن الإدارة غرضه الحفاظ على النظام العام كهدف مخصص من أهداف المصلحة العامة، ومن ثم يصح الاستنتاج، بأن القاضي قد استخدم هذا المفهوم للتعبير عن حالة تنازع وصدام بين حريات معترف بها للأفراد وهدف المصلحة العامة الذي يمكن أن يقيد من ممارسة هذه الحريات، وذلك بغرض إقامة نوع من المصالحة بينهما. وعليه، يعبر اصطلاح الحريات الفردية

¹ - ذكره: مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 157.

غالبا عن ارتباطها بالفرد ذاته بغض النظر عن انتمائه لجماعة ما، بمعنى يمثل عنصر المستفيد من الحرية معيار إضفاء صفة الفردية عليها.

ويبدو واضحا تماما أن هذا المعيار ليس حاسما في التمييز بين الحريات الفردية والحريات الأساسية، لأن هذه الأخيرة قد ترتبط كذلك بالأفراد شأنها في ذلك شأن الحرية الفردية، بمعنى قد تكون الحرية الواحدة حرية أساسية وفي نفس الوقت حرية فردية. وما يعزز هذه الإمكانية في التداخل هو استخدام القاضي لمفهوم الحرية الفردية في القرار السابق المتعلق بنظرية التعدي، وذلك دون تمييز بينها وبين الحرية الأساسية، التي استقر القضاء الإداري على أنها شرط من شروط أعمال هذه النظرية.

إن المعوقات والإكراهات السابقة، التي حالت دون إعطاء مفهوم واضح ودقيق للحرية الأساسية مجال أعمال نص المادة 920 من ق. إ. م. إ، لم تمنع الفقه والقضاء الإداريين من تقديم محاولات لرسم معالم هذا المفهوم.

الفرع الثاني

محاولات تحديد مفهوم الحرية الأساسية

أدى الفراغ التشريعي المبرر إزاء تحديد مفهوم الحرية الأساسية، إلى أن يجتهد الفقه والقضاء الإداريين بحكم دورهما التأصيلي للمفاهيم في محاولة إبراز هذا المفهوم. وعليه، سيتم التطرق في هذا الفرع إلى محاولات الفقه لتحديد مفهوم الحرية الأساسية (أولا)، ثم محاولات القضاء (ثانيا).

أولا: محاولات الفقه لتحديد مفهوم الحرية الأساسية

حاول الفقه الإداري الاهتمام إلى مفهوم للحرية الأساسية يتحدد على ضوءه مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة. وقد برزت على إثر ذلك عدة آراء، يمكن إجمالها في ما يلي:

1- اتجاه تزعمه السيد **Colcombet**، وهو يرى بضرورة اتخاذ اصطلاح الحرية العمومية كمفهوم مألوف فقها وقضاء أساسا للتعريف بالحرية الأساسية. ووفقا لهذا الاتجاه، فإن الحريات العمومية والأساسية ليستا متماثلتين ولكنهما قريبتان في المعنى، وإذا كان المشرع لم يستعمل الاصطلاح الأول لصالح الثاني في مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة، فإن ذلك مرده إلى كون الحرية الأساسية

أوسع نطاقاً من الحرية العمومية وتستغرقها، حيث إذا كانت كل حرية عمومية هي حرية أساسية، فإنه ليست كل حرية أساسية هي حرية عمومية¹.

ما يؤخذ على هذا الاتجاه، أنه ربط مفهوم الحرية الأساسية بمفهوم آخر لا يقل غموضاً عنه هو مفهوم الحرية العمومية، حيث لم يقع الاتفاق في الفقه والقضاء الإداريين على وضع تعريف جامع مانع لهذا الاصطلاح، مما يجعله قاصراً على أن يكون معياراً لتحديد مفهوم الحريات الأساسية.

2- اتجاه تزعمه الفقيه **Louis Favoreu**، وهو يرى بوجود اعتماد المقاربة الشكلية أو المعيارية *l'approche normative* لتحديد مفهوم الحرية الأساسية. توصف الحرية بأنها أساسية وفقاً لهذا الاتجاه، إذ ورد النص عليها في الدستور دون غيره من المصادر الأخرى².

وما يعاب على هذا الاتجاه، أنه ضيق من مفهوم الحرية الأساسية، حيث حصرها في مصدر وحيد من مصادر الحرية هو الدستور، وهو أمر من شأنه حرمان حريات أخرى لم يرد النص عليها في هذا المصدر رغم أهميتها من الإفادة من إجراء الحماية الخاصة. ولعل هذا المأخذ هو ما دفع السيّد **Fombeur** إلى الاعتراض قائلة أن: "الحريات الأساسية لها قيمة دستورية، ولكن ليس كل المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية هي بالضرورة حريات أساسية"³.

وكمحاولة لترميم عيوب هذا الاتجاه، أضاف فريق آخر من الفقهاء إلى الدستور الاتفاقيات الدولية، فحسب السيّدين **Gyomar** و **Collin**، فإنه يتعين البحث عن مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة داخل القائمة الواسعة للحقوق والحريات المضمنة بواسطة الدستور أو الاتفاقيات الدولية⁴.

¹ - محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 30.

² - Louis FAVOREU et alii, **Droit des libertés fondamentales**, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2002, p.87, Louis FAVOREU, « **La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés** », Le Dalloz, 2001, n° 22, p. 1739.

³ - Pascal FOMBEUR, concl. sur CE, Section, 28 février 2001, Casanova », R.F.D.A, 17 année, mars-Avril 2001, n° 2, p. 402.

⁴ - Mattias GYOMR et Pierre COLLIN, op.cit, p. 155.

ورغم أن هذا الرأي وسع نسبيا من نطاق الحرية الأساسية ليُطال الحريات المكفولة بواسطة الاتفاقيات الدولية، إلا أنه يعاب عليه كذلك التضييق من مفهومها، حيث أخرج الحريات التي لا يتضمنها الدستور أو الاتفاقيات الدولية من دائرة إجراء الحماية الخاصة.

3- تفاديا للعيوب السابقة، ظهر اتجاه ثالث، حاول أن يسوق مفهوما يحقق مقتضيات اتساع مجال إعمال إجراء الحماية الخاصة، من خلال اعتماد مقارنة الجوهرية *l'approche essentialiste* في تحديد مفهوم الحرية الأساسية. ويرتكز أنصار هذا الاتجاه على ما كان قد ذهب إليه الفقيه **Picard**، من أن صفة الأساسية لا تجد مصدرها في القاعدة الشكلية التي تتضمن الحق، وإنما تتبع من القيمة الخاصة للحق ذاته¹.

وفي نفس المعنى، ذهب المحافظ **Letourneur** إلى القول، بأنه يشترط لاعتبار حرية ما أساسية توافر شرطين هما: أن تكون حرية مهمة أو جوهرية *essentielle*، وأن تتمتع بحماية قانونية خاصة² *une liberté spécialement protégée par la loi*. يحسب لهذا الاتجاه، أنه وسع من مفهوم الحرية الأساسية، وبالتبعية من مجال إعمال إجراء الحماية الخاصة، حيث لم يقصره على مجرد الحريات المحمية دستوريا أو اتفاقيا، بل مدّه إلى حريات أخرى تتمتع بقيمة تحت دستورية في هرم تدرج المصادر القانونية. إلا أنه يعاب عليه عدم الانضباط والذاتية، ذلك أن فكرة الأهمية أو الجوهرية كمعيار لإسباغ وصف الأساسية على حرية ما، هي فكرة نسبية تختلف ذاتيا من متقاض إلى آخر ومن قاض إلى آخر.

ثانيا: المفهوم القضائي للحرية الأساسية

في غياب القرارات القضائية المحددة لمفهوم الحرية الأساسية مناط إعمال إجراء الحماية الخاصة في الجزائر، يمكن الاستعانة بالمفهوم الذي أعطاه لها مجلس الدولة الفرنسي، وذلك تأسيسا على أن المشرع الجزائري قد استلهم هذا الإجراء من النظام القانوني الفرنسي.

¹- Etienne PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », A.J.D.A, 1998, numéro spécial, p. 15.

²- Gilles BACHELIER, op.cit, p. 263.

اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في تحديده لمفهوم الحرية الأساسية مقارنة حديثة¹، تقوم على الاستقلالية، من جهة، وعلى الجمع بين المعيارين الشكلي والمادي في ضبط هذا المفهوم، من جهة ثانية.

بالنسبة لخاصية الاستقلالية، شيد المجلس مفهوما للحرية الأساسية خاصا به وبمجال أعمال إجراء الحماية الخاصة، حيث وفي كل مرة يؤكد في قراراته، أن الحرية المطلوب حمايتها تكتسب وصف الأساسية من عدمه في حدود المعنى المقصود في إجراء الحماية الخاصة دون غيره. وفي هذا المعنى، يقول المحافظ **Bachelier** أن: "تفحص قضاء مجلس الدولة يكشف أنه يظهر نوعا من الاستقلالية، حيث يؤكد في كل قرار من قراراته أن هذه الحرية أو تلك هي حرية أساسية أم لا بمدلول نص المادة L 521-2 من قانون العدالة الإدارية. إنه إذن ليس أسيرا لقوائم أو لتعريفات أعطيت هنا أو هناك لحق محدد"².

أما بالنسبة لمعيار تحديد الحرية الأساسية، فقد تبنى المجلس معيارا مزدوجا يجمع بين المقاربة الشكلية والمادية، حيث اشترط لإسباغ هذا الوصف على أي حرية مطلوب حمايتها أمام قاضي الاستعجال الإداري، أن تكون محمية قانونا وأن تتعلق بقيمة جوهرية³. بالنسبة لمعيار الحماية القانونية، قبل قاضي الاستعجال بمجلس الدولة إضفاء وصف "الأساسية" على الحريات المضمونة بمقتضى نصوص دستورية أو تحت دستورية، حيث اعتبر مبدأ الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية⁴ وحق اللجوء⁵ حريات أساسية قابلة لحمايتها وفق إجراء الحماية الخاصة تأسيسا على النص عليها ضمن أحكام الدستور.

¹- François BRENET, « La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA », R.D.P, 2003, n°6, p. 1538.

²-« L'examen de la jurisprudence révèle aussi et en deuxième lieu que le juge manifeste un certain souci d'autonomie en ce sens que chacune de ses décisions précise que telle ou telle liberté est ou n'est pas une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative. Il n'est donc pas prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou là de tel ou tel droit. », Gilles BACHELER, op.cit, p. 263.

³- François BRENET, op.cit, p. 1541.

⁴- CE, Sect. 18 Janvier 2001, Commune de Venelles (Bouches- du- Rhône) c/ Morbelli, R.F.D.A, 17 année, mai – juin 2001, n° 3, p. 687.

⁵- Voir: CE, 25 mars 2003, n° 255237-255238, Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales/ M et Mme Sulaimanov. Cité par : Olivier LE CUCQ, « Le juge du référé-liberté, protecteur des demandeurs d'asile », A.J.D.A, 22 septembre 2003, p. 1662.

كما اعتبر أن الإجراء الذي يمنع من خلاله طبيب شخصا مصابا باختلالات عقلية من مراسلة السلطات الإدارية والقضائية، يشكل انتهاكا لحرية الاتصال المكفولة بمقتضى المادة 3-3211 L. من تقنين الصحة العمومية. بمعنى أنه أسبغ وصف الأساسية على هذه الحرية رغم النص عليها في قانون عادي¹.

المطلب الثاني

عناصر الحرية الأساسية

إن الطابع المبهم وغير المحدد مسبقا لمفهوم الحرية الأساسية، لم يمنع الفقه والقضاء الإداريين من الاجتهاد في محاولة رسم معالم هذا المفهوم، من خلال إبراز العناصر الأساسية المكونة له. وعليه، يثور التساؤل في هذه الجزئية من الدراسة عن العناصر اللازم توافرها لثبوت الحرية الأساسية بوصفها مجالا لإعمال إجراء الحماية الخاصة؟

يظهر من البناء اللفظي لعبارة الحرية الأساسية، أنها مركبة من عنصرين هما: عنصر الموصوف وهو الحرية، وعنصر الصفة وهو الأساسية. وعليه، يجب لقيام مفهوم الحرية الأساسية أن تكون حرية ابتداء وأن تكون أساسية انتهاء. يتحدد مفهوم الحرية كعنصر أولي لقيام الحرية الأساسية، في كونها حقا عاما ذاتيا يلزم لوجوده توافر مقومات معينة، أما عنصر الأساسية، فقد طرحت عدة معايير فقهية وقضائية لمحاولة تحديد مفهومه.

وعليه، يقتضي الأمر لبحث عناصر الحرية الأساسية، التطرق إلى مقومات وجود الحرية كحق عام ذاتي في فرع أول، ثم معايير أساسية هذه الحرية في فرع ثان.

الفرع الأول

مقومات وجود الحرية كحق عام ذاتي

إذا كان الاعتراف بالحريات في القانون الوضعي للدولة ضروريا بالنسبة للأفراد، فإن الحماية الفعلية لها تبدو أكثر أهمية، وهو ما يقتضي وضع آليات ضامنة، تتمثل أساسا في الاعتراف بحقوق فردية تكون بمثابة وسائل لتحقيق الحرية أو بمثابة حريات للحرية *des libertés pour la liberté*،

¹- Guillaume GLENARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative », A.J.D.A, 10 novembre 2003, p. 2017.

ولهذا توصف الحريات المعترف بها قانوناً بأنها حقوق ذاتية *des droits subjectifs*، بمعنى مصالح محمية قانوناً بواسطة دعاوى قضائية¹.

وقد عرّف الفقيه الألماني **Buhler** الحق العام الذاتي بأنه: "الوضعية القانونية لصاحب الحق اتجاه الدولة والتي من خلالها يستطيع مطالبتها بشيء أو بالقيام بعمل لحسابه، مؤسساً ذلك على اتفاقية أو على قاعدة قانونية ملزمة يمكنه الاحتجاج بها في مواجهة الإدارة وضعت لحماية مصالحه الفردية".² يظهر من هذا التعريف، أنه يلزم لاعتبار أي قدرة أو ميزة بأنها حرية توافر ثلاثة مقومات أساسية هي: وجود حماية قانونية لهذه القدرة أو الميزة (أولاً)، وجود مصلحة فردية أو خاصة تحميها هذه القدرة (ثانياً)، وضرورة وجود مستفيد من هذه الميزة (ثالثاً).

أولاً: الحماية القانونية للحرية الأساسية

يلزم لاعتبار أي قدرة أو ميزة يتمتع بها الشخص حرية أساسية، أن يكون النظام القانوني السائد في الدولة يعترف بها ويحميها. وتتعدد مصادر هذه الحماية تبعاً للأداة القانونية المقررة لها، كما أنه ليس كل اعتراف بالقدرة أو الميزة كافياً بذاته لاعتبارها حرية أساسية، بل يلزم أن يكون من طبيعة خاصة تبرر إسباغ هذا الوصف عليها.

وعليه، يتطلب الوقوف على هذا العنصر، تحديد المقصود بالحماية القانونية، إبراز مصادرها، ثم تبين طبيعتها.

1- المقصود بالحماية القانونية للحرية الأساسية

إن الحرية الأساسية بوصفها حقاً ذاتياً، لا يمكن أن يكون لها وجوداً إلا إذا اعترف بها وأقرها القانون الوضعي القائم في الدولة، وفي هذا المعنى يقول الفقيه **Jean Dabin**، وهو أحد رواد نظرية الحق أن: "... عبارة 'الحق الذاتي'... تعني امتيازاً معيناً مكرساً أو معترفاً به بواسطة القانون

¹ - Pierre-Henri PRELOT, **Droit des Libertés fondamentales**, Hachette, Paris, 2010, p. 18.

² - Olivier LE BOT, op.cit, p. 129.

الوضعي لفائدة فرد (أو جماعة)¹. وبمعنى آخر، فإن الحقوق الذاتية تنتج من القانون الوضعي للدولة، لذلك عندما يمنع القانون تصرفا ما لحماية الفرد، فإنه لا يشكل قطعاً حقا ذاتيا لفائدته².

ويرجع سبب إنكار وصف الحرية الأساسية على القدرات التي يتمتع بها الأشخاص دون أن تجد لها سندا في قاعدة قانونية قائمة، إلى أن إثبات وجود الحرية الأساسية يندرج ضمن الأسباب القانونية للحكم الذي يصدره قاضي الاستعجال الإداري، وهذه الأخيرة (الأسباب القانونية) لا يمكن أن تنتج إلا من القواعد المستخلصة من المصادر القانونية المعتمدة³. وعليه، لا يمكن البحث عن الحريات الأساسية إلا داخل النظام القانوني للدولة، أي داخل القواعد القانونية الموضوعية مسبقا من طرفها، لأن الدولة وحدها من يقرر بواسطة قوانينها الاعتراف للأشخاص بالحقوق والحريات من عدمه.

ويترتب على مبدأ ضرورة وجود الاعتراف القانوني لإسباغ وصف الحرية الأساسية على القدرات التي يتمتع بها الأشخاص نتيجة في غاية الأهمية، هي إنكار هذا الوصف على أية مزايا سواء فردية أو جماعية غير معترف بها بواسطة القانون، ذلك أن كل قدرة للفرد تظل دون قيمة طالما أن النظام القانوني للدولة لا يعترف بها ويحميها. كما يترتب كذلك على هذا المبدأ إخراج ما يعرف بالحريات غير المسماة، وهي الحريات التي ليس لها سند في أي نص قانوني من دائرة الحريات الأساسية.

2- مصادر الحماية القانونية للحرية الأساسية

تنقسم مصادر الاعتراف أو الحماية القانونية للحرية الأساسية تبعا للأداة القانونية المقررة لها إلى مصادر داخلية وأخرى دولية.

2-1- المصادر الداخلية للحماية القانونية للحرية الأساسية

تجد الحرية الأساسية مصدرها أساسا في القواعد الدستورية باعتبارها تقع في قمة هرم النظام القانوني في الدولة، غير أن هذا لا يعني استبعاد المصادر الأخرى، حيث يمكن الاعتداد بالحماية تحت الدستورية للحرية الأساسية، أي الحماية المستمدة من التشريع والمبادئ العامة للقانون.

¹ - «...l'expression « droit subjectif »...signifie une certaine prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu (ou d'une collectivité). », Jean DABIN, **Le droit subjectif**, Dalloz, Paris, 1952, p. 2.

² - Xavier BIOY, **Droits fondamentaux et libertés publiques**, Montchrestien, Paris, 2013, pp. 76-77.

³ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 131.

2-1-1- الحماية الدستورية للحرية الأساسية

يشكل الدستور، بوصفه القانون الأساسي في الدولة، الوعاء الطبيعي للاعتراف بالحقوق والحريات، وهو ما أكدته ديباجة التعديل الدستوري لسنة 2016 بقولها: "إن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية...."، كما تضمن الفصل الرابع من الباب الأول منه تعدادا لهذه الحقوق والحريات، فنص على ضمان حريتي المعتقد وممارسة العبادة، حرية الاستثمار والتجارة، حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي، الحريات الأكاديمية وحرية البحث العلمي، الحق في الثقافة، حرية سرية المراسلات والاتصالات الخاصة، حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع، حرية التظاهر السلمي، حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية، الحق في الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها، حق إنشاء الأحزاب السياسية،....¹.

2-1-2- الحماية تحت الدستورية للحرية الأساسية

إذا كان الدستور يمثل المصدر الأساسي للاعتراف بالحريات، فإنه ليس المصدر الوحيد، حيث تجد هذه الحريات سندا وحماية لها كذلك في قواعد تحت دستورية *infraconstitutionnelle*، تتمثل أساسا في التشريع والمبادئ العامة للقانون.

2-1-2-1- الحماية التشريعية للحرية الأساسية

تنص المادة 140 من التعديل الدستوري لسنة 2016 على أنه: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات التالية: 1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين...." جعلت المادة تنظيم ممارسة الحريات من اختصاص المشرع، لأن النصوص الدستورية المتعلقة بالحريات تصاغ عادة في صيغة عامة ومقتضبة لا تتضمن تحديدا لمفهوم تلك الحريات ولا بيانا لشروط وحدود ممارستها، لذلك يتدخل المشرع فينقل تلك الحريات المكرسة دستوريا من حالة السكون إلى حالة الحركة، من خلال وضع النظام القانوني الخاص بها.

¹ - انظر المواد من 39 إلى 73 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

وكثيرا ما ينص المشرع عند قيامه بهذه المهمة، على حقوق وحريات أخرى غير تلك التي تضمنها الدستور، إلا أنها متفرعة عنها ومكملة لها. وكأمثلة على بعض الحقوق والحريات المضمونة تشريعيا، نجد الحق في التقاضي على درجتين (المادة 6 من ق.إ.م.إ.)، حق الملكية والحقوق المترتبة عنه كحق الاستعمال والاستغلال والتصرف (المادة 674 من القانون المدني)، الحرية التعاقدية (المادة 106 من القانون المدني)، حق الزواج والحقوق المستمدة منه كالحق في النسب والحق في الطلاق.

2-2-1-2- الحماية تحت التشريعية وفوق التنظيمية للحرية الأساسية (المبادئ العامة للقانون)

إن الطبيعة الخاصة للمبادئ العامة للقانون كمبادئ غير مكتوبة مصدرها السلطة القضائية وليس السلطة التشريعية، لم تمنع القضاء الإداري الفرنسي من الاعتراف بها كمصدر معتبر للحقوق والحريات، حيث اعتبر مجلس الدولة ومنذ فترة طويلة بعض هذه الحقوق والحريات بمثابة مبادئ عامة للقانون، كالحق في الحياة العائلية العادية، حرية التجارة والصناعة، الحق في الطعن، مبدأ المواجهة ومبدأ المساواة في مختلف مظاهره¹.

وإذا كانت المبادئ العامة للقانون قد شكلت في مرحلة ما سنداً قانونياً لبعض الحقوق والحريات، إلا أن أهميتها قد تقلصت بعد تنامي الاهتمام الدولي والداخلي بفكرة الحقوق والحريات، والذي ترتب عنه تقنين أغلب إن لم نقل كل الحقوق والحريات المكفولة تقليدياً بواسطة المبادئ العامة للقانون، وذلك سواء في الاتفاقيات الدولية أو الدستور.

غير أن هذا التراجع للمبادئ العامة للقانون لصالح القواعد الدستورية أو الاتفاقية، لم يمنع القاضي الإداري من الاستعانة بها في بعض الأحيان، إذا وجد ذلك مفيداً لتوسيع مجال أعمال بعض الضمانات المقررة بواسطة قواعد أخرى. وكمثال على ذلك، فقد أسس مجلس الدولة الفرنسي الحق المعترف به للمتقاضي في الحصول على الأحكام من الجهات القضائية الإدارية في أجل معقول على مبدأ قانوني عام، وليس على المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكان ذلك في قرار له صدر بتاريخ 17 جويلية 2009، وكان قصد المجلس من وراء هذا السلوك هو توسيع نطاق

¹- Xavier DUPRE DE BOULOIS, **droits et libertés fondamentaux**, PUF, Paris, 2010, p. 107.

الاستفادة من هذا الحق، لأن المادة 1/6 من الاتفاقية المذكورة قصرت إعماله فقط على الإجراءات المنازعاتية المتعلقة بالحقوق والالتزامات ذات الطابع المدني وعلى الإجراءات الجنائية¹.

2-2- المصادر الدولية للحرية الأساسية

بالإضافة إلى النظام القانوني الداخلي، تجد الحريات مصدرها كذلك في مواثيق دولية، وقد تم تناولها باعتبارها تشكل جزءاً من المنظومة القانونية الوطنية بمجرد المصادقة عليها وفق الشروط المحددة في الدستور، بل إن المؤسس الدستوري قد أعطاه قيمة قانونية تسمو على التشريع². ويصعب حصر جميع المواثيق والاتفاقيات الدولية التي تضمن أو تحمي الحقوق والحريات، لذلك سيتم الاقتصار على ذكر أهمها، وذلك من خلال تقسيمها إلى اتفاقيات ذات طابع عالمي وأخرى ذات طابع إقليمي.

2-2-1- الاتفاقيات ذات الطابع العالمي

يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948، من أهم المواثيق ذات الطابع الدولي التي اهتمت بالحقوق والحريات، وقد تضمن هذا الإعلان ديباجة وثلاثين (30) مادة، موضوعها الرئيسي حقوق الإنسان والحريات الأساسية، حيث نجد مثلاً المادة 13 تكفل حرية التنقل، المادة 18 تكرر حريات التفكير والضمير والدين، بينما تضمنت المادة 19 النص على حرية الرأي والتعبير. ورغم أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليس له طابع الإلزام القانوني بالنسبة للدول، إلا أنه حظي بالإنعقاد أديبى ألهم الجهود الوطنية والدولية من أجل تعزيز حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

وبالإضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، يوجد كذلك العهدان الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، حيث تضمن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية³ النص على العديد من الحريات

¹ - Xavier DUPRE DE BOULOIS, op.cit, p. 108.

² - انظر المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

³ - اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22000 المؤرخ في 1966/12/16، ودخل حيز النفاذ في 1976/03/23.

الأساسية، كحريات الفكر والضمير والديانة(المادة 18)، حرية التعبير(المادة 19) وحرية المشاركة (المادة 22).

أما العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية¹، فقد تضمن حقوق وحريات ذات طبيعة اقتصادية واجتماعية وثقافية، كحق الآباء والأوصياء القانونيين في تعليم أبنائهم وفق معتقداتهم(المادة 13)، وكرست نفس المادة حرية الأفراد والهيئات في تأسيس المعاهد التعليمية مع مراعاة بعض المبادئ كالتفاهم والتسامح والصداقة بين الأمم.

2-2-2 - الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي

يعتبر الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981²، من أهم الاتفاقيات ذات الطابع الإقليمي المتعلقة بالحقوق والحريات، حيث كفل مجموعة من الحقوق السياسية والمدنية، كالحق في الحرية والأمن الشخصي، حرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية، حريتي التعبير والحصول على المعلومات وحرية التنقل. كما أشار إلى بعض الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كالاشتراك بحرية في الحياة الثقافية للمجتمع، وكذلك إلى بعض حقوق الجيل الثالث كحرية التصرف في الثروات والموارد الطبيعية.

وبالإضافة إلى الميثاق الإفريقي، تطرق الميثاق العربي لحقوق الإنسان³ لبعض الحريات الأساسية، كحرية اختيار النظام السياسي، حرية التنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الحق في الحرية والأمان على شخص الإنسان وحرية الممارسة السياسية.

نخلص إذن، إلى أنه يلزم لإسباغ وصف الحرية على أي ميزة أو قدرة يتمتع بها الشخص، أن تكون معترف بها ومحمية بواسطة إحدى المصادر القانونية الداخلية أو الدولية السابقة. ونثير مصادر الحماية القانونية للحرية تساؤلا جوهريا مفاده: هل النص على الحرية في أي من المصادر السابقة

¹ - اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22000 المؤرخ في 1966/12/16، ودخل حيز النفاذ في 1976/01/03.

² - تم تبنيه من طرف مجلس الرؤساء الأفارقة في الدورة 18 في نيروبي في جوان 1981، ودخل حيز النفاذ في 21 أكتوبر 1986.

³ - اعتمد من طرف مجلس الجامعة العربية في 1994/09/15، وتمت المصادقة عليه من طرفه بتاريخ 2004/05/23.

يكسبها بالضرورة وتلقائياً صفة الحرية الأساسية؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل، تقتضي التطرق إلى طبيعة الحماية القانونية للحرية الأساسية.

3 - طبيعة الحماية القانونية للحرية الأساسية

إن الحماية أو الاعتراف التشريعي بالحق أو الحرية لا يكفي بذاته لاعتبارها حرية أساسية، بل يجب أن يكون هذا الاعتراف من طبيعة خاصة، تكشف عن مدى قابلية هذه الحرية للمطالبة القضائية l'invocabilité من عدمه¹. ولا تتحقق هذه الطبيعة الخاصة، إلا إذا كانت القاعدة القانونية الضامنة للحرية ملزمة بصفة مباشرة للإدارة، أي لها أثر مباشر في مواجهتها، أما إذا كانت صياغتها عامة وتوجيهية، فإنها لا تنشئ لذوي الشأن حقاً ذاتياً لهم مكنه الاحتجاج به مباشرة في مواجهة الإدارة والدفاع عنه أمام القضاء.

وقد عبر محافظو الحكومة صراحة عن هذا المقتضى في مذكراتهم، حيث ترى المحافظة **Fombeur**، أن الحق في العمل ليس حقاً يمكن المطالبة به مباشرة أمام جهة قضائية عادية، ومن ثم فهو لا يشكل حرية أساسية بمفهوم إجراء الحماية الخاصة، وهو ما أكدته المحافظة **De Silva** حين اعتبرت أن وصف الحرية الأساسية لا يثبت عندما يصاغ الحق في عبارات عامة، أو عندما يقتضي تدخلاً من الدولة لتنظيم ممارسته، حيث يظهر في هذه الحالة كمجرد إعلان للنوايا² déclaration d'intentions.

ويجد هذا المبدأ تطبيقاته غالباً في بعض النصوص الدستورية التي يقتضي تفعيلها تدخلاً تشريعياً، ولذلك يتم رفض الطلبات المؤسّسة على خرق هذه النصوص، لأنها وفي غياب التحديد الدقيق لموضوعها ليست ملزمة للسلطات الإدارية، ومن ثم لا تنشئ بطريقة مباشرة حقوقاً لصالح المتقاضين لهم مكنة الاحتجاج بها وطلب اقتضاءها قضائياً، إلا بعد وجود وساطة تشريعية أو تنظيمية تحدد المستفيدين منها وتوضح نظامها القانوني³.

¹ - Guillaume GLENARD, op.cit, p. 2013.

² - Isabelle DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, Ministre de l'intérieur c/ Tliba, R.F.D.A, mars-avril 2002, p. 329.

³ - Xavier DUPRE DE BOULOIS, op.cit, pp. 86-87.

تكتسب هذه النصوص الدستورية وصف الأهداف *objectifs*، حيث تعبّر عن مجرد غايات موجهة إلى المشرع الذي يقع عليه تفعيلها في الواقع، وليست موجهة ولا ملزمة لجهة الإدارة. بمعنى أن احترامها قاصر فقط على الهيئة التشريعية، حيث تشكل بالنسبة لها أداة توجيهية أو خارطة طريق، تفرض عليها الالتزام بتحقيق بعض الأهداف عند صياغتها للنصوص القانونية المنظمة لبعض الحقوق، غير أنها لا تمنح للمتقاضين حقوقاً ذاتية قابلة للمطالبة القضائية مباشرة.

والعبرة في تحديد طبيعة هذه النصوص تكون بطريقة صياغتها، وليس بالوصف الممنوح لها من طرف المؤسس الدستوري، حيث كلما كانت الصياغة عامة وغير محددة، تكشف عن غياب إرادة السلطة المؤسسة في الاعتراف بحقوق قابلة لأن تكون محلاً للمطالبة القضائية بذاتها، كلما اعتبرت هذه القواعد مجرد أهداف مجردة من الأثر المباشر في مواجهة السلطة الإدارية. وكمثال عن بعض هذه الحقوق، يمكن ذكر الحق في السكن (المادة 1/67 من التعديل الدستوري لسنة 2016)، الحق في العمل (المادة 1/69 من التعديل الدستوري)، الحق في الرعاية الصحية (المادة 1/66 من التعديل الدستوري) والحق في الثقافة (المادة 1/45 من التعديل الدستوري).

وبالإضافة إلى القواعد الدستورية، يجد هذا المبدأ تطبيقاً له كذلك في القواعد الاتفاقية، حيث يلزم لإسباغ وصف الحرية الأساسية على الحقوق والحريات التي تكفلها، أن يكون لها أثر مباشر لصالح الخواص، وذلك بأن تتوفر لهم إمكانية الاحتجاج أو المطالبة بها قضائياً. ويتجسد النص الإتفاقي من الأثر المباشر في فرضين، أولهما: إذا كان موضوعه يتعلق حصراً بضبط العلاقات بين الدول الأطراف في الاتفاقية، وليس بضمان الحقوق والحريات لصالح الخواص، إذ لا يكونون مخاطبين به في هذه الحالة، وثانيهما: أن يكون موضوع الاتفاقية كفالة الحقوق لفائدة الخواص، غير أن صياغة هذه الحقوق تأتي في عبارات جد عامة، ومن ثم، فإنه يلزم لتحقيق الأثر المباشر للقاعدة الاتفاقية تدخلاً من المشرع الوطني لإعطائها طابعاً عملياً¹.

وإذا كان الأصل في الحقوق المضمونة بواسطة هذا النوع من النصوص الدستورية والاتفاقية، هو حرمانها من وصف الحرية الأساسية بسبب عدم تمتعها بخاصية الأثر المباشر، فإنها استثناء من

¹ - Guillaume GLENARD, op.cit, p. 2013.

هذا الأصل، يمكن أن تكتسب هذا الوصف، وتكون قابلة للمطالبة بها أو حمايتها وفق إجراء الحماية الخاصة، إذا تدخل المشرع وقام بوضع النظام القانوني الحاكم لها، حيث تعطي هذه الوساطة التشريعية، ضمن الحدود التي يقرها النص القانوني، كامل الأثر لهذه الحقوق الدستورية أو الاتفاقية.

ثانياً: المصلحة الفردية المحمية بواسطة الحرية الأساسية

لكي توصف القدرة أو الميزة التي تتضمنها القاعدة القانونية بأنها حرية أساسية، ينبغي أن تحمي هذه القاعدة مصلحة فردية محددة بصفة مجردة. وإذا تحققت هذه المصلحة، فلا يهم بعد ذلك أن تكون في صورة نشاط أو صفة أو خدمة.

وعليه، يقتضي بحث هذا العنصر، التطرق إلى ضرورة وجود المصلحة الفردية وصورها.

1- ضرورة وجود المصلحة الفردية

لمّا كان الحق الذاتي هو مصلحة يحميها القانون¹، فإنه يقتضي الأمر لقيام وصف الحرية الأساسية، أن تهدف القاعدة التي تضمنها إلى حماية مصلحة فردية محددة. ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت هذه القاعدة تفرض على السلطة العمومية القيام بعمل مضمونه محدد، وكذلك إذا كان موضوعها محددًا بصفة مجردة، أي دون الأخذ في الاعتبار للمعطيات الخاصة بكل قضية، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للقواعد الضامنة لحرية الرأي، حق الملكية، ومبدأ الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية، حيث يكون للمستفيدين من هذه القواعد مصلحة في الحفاظ على موضوعها، تتجسد في المحافظة على التوالي على ميزات الرأي، التصرف الحر في الأملاك، والإدارة بكل حرية².

وعليه، فإنه في غياب التحديد المجرد للمصلحة الفردية المحمية بواسطة القاعدة القانونية الضامنة للحرية، لا يمكن إسباغ وصف الحرية الأساسية عليها. وتطبيقاً لهذا المقتضى، فقد أقصى مجلس الدولة الفرنسي مبدأ استمرارية المرافق العمومية من نطاق تطبيق إجراء الحماية الخاصة،

¹ - يعتبر هذا التعريف للحق من أشهر التعريفات التي لاقت قبولا في الأوساط القانونية، وقد قال به الفقيه الألماني اهرنج، انظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني - نظرية الحق -، دار النهضة العربية، بيروت، د.س، ص. 24.

² - Olivier LE BOT, op.cit, p. 152.

وذلك في الأمر الصادر عنه بتاريخ 31 جانفي 2001 في قضية بلدية Saint-Laurent-du-Var، حيث قضى بأنه: "... ورغم أن الأمر المطعون فيه ينتهك مبدأي المساواة والاستمرارية في المرفق العمومي، إلا أن الظروف التي تستمر فيها مؤسسة في احتلال واستعمال الفضاءات العامة لترميم مرفأ للنزهة لا تمس بأيّة حرية أساسية"¹.

وبالنسبة لمبدأ المساواة، فرغم كونه مبدأ أساسيا بحكم كفالاته دستوريا، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أخرجته كذلك من دائرة الحريات الأساسية، حيث اعتبر في القرار المذكور أعلاه (قرار 31 جانفي 2001) أن: "الإخلال بمبدأ المساواة أمام المرافق العمومية، لا يمس بأيّة حرية أساسية". كما قضى في قرار آخر صدر بتاريخ 26 جوان 2003 أن: "تجاهل مبدأ المساواة لا يكشف بذاته عن أي انتهاك لحرية أساسية"². ورغم أن القرارين المذكورين لم يبيّنا صراحة سبب الإقصاء، إلا أن السيد **Le Bot** يرى أن مبدأ المساواة لا يشكل حرية أساسية، لأنه لا يشكل حقا ذاتيا، وبصفة أكثر دقة، لأنه لا يحمي أيّة مصلحة فردية³.

وبالمقابل، انتقد السيد **Brenet** رفض إدراج مبدأ المساواة ضمن قائمة الحريات الأساسية، حيث يرى أنه: إذا كان يمكن تفهم أن القاضي الإداري أراد بهذا الحل الحدّ من تدفق الطعون المؤسسة على خرق هذا المبدأ، فإن هذا المقتضى لا يكفي بذاته لتبرير حل هو بطبيعته غير قابل للتبرير، وأضاف، أنه لا أحد ينكر بأن مبدأ المساواة يحض بحماية قانونية بارزة على المستوى الوطني والدولي وأن له قيمة لا يمكن إنكار سمو درجة جوهرتها⁴. ونفس الرأي تبناه السيد **Verpeaux** عندما قال أن: "... مبدأ المساواة يشكل، ...، أحد أهم الحريات الأساسية التي تبدو القابلية واضحة لحمايتها بواسطة إجراء الحماية الخاصة"⁵.

¹- CE, 31 Janvier 2001, n° 229644, Commune de Saint – Laurent-du-var/ SARL Cristal Marine, disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do> (consulté le 20/11/2014).

²- CE, ord., 26 juin 2003, Conseil départemental de parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle, R.F.D.A, 2003, p. 838.

³-« Si le principe d'égalité n'est pas une liberté fondamentale, c'est, tout simplement parce qu'il ne constitue pas un droit subjectif et plus précisément (...) parce qu'il ne protège pas un intérêt individuel. », Olivier LE BOT, op.cit, p. 153.

⁴- François BRENET, op.cit, p. 1576.

⁵-« ...le principe d'égalité constitue, ..., une liberté fondamentale parmi les plus essentielles que la procédure de référé-liberté a une vocation évidente à protéger. », Michel VERPEAUX, note

يبدو الرأي القائل بإقصاء مبدأ المساواة من دائرة الحريات الأساسية أكثر مقبولة، لأن هذا المبدأ لا يستوفي أحد مقومات وجود الحق الذاتي وهو المصلحة الفردية أو الذاتية، حيث لا يحمي أي نشاط أو صفة أو خدمة للشخص الذي يحتج به، ومن ثمة يبدو أقرب إلى توصيف المبدأ القانوني منه إلى فكرة الحق الذاتي.

وبالنسبة للاتجاه الفقهي الذي رافع لصالح اعتبار المبدأ حرية أساسية، فواضح تماماً أن التبريرات التي ساقها وهي: سمو ورفعة قيمة هذا المبدأ، لا تتعلق بجوهر الإشكال، حيث وإن كانت تقدم الإجابة عن تساؤل مدى اعتبار مبدأ المساواة مبدأ أساسياً من عدمه، فإن مناط البحث هنا هو تحديد ما إذا كان المبدأ يشكل حقاً ذاتياً من عدمه، أي بمعنى آخر، فإن صفة الأساسية لمبدأ المساواة والتي لا يمكن إنكارها لا تكفي بذاتها لاعتباره حرية أساسية، بل يجب ابتداءً أن يثبت له وصف الحق الذاتي.

2- صور المصلحة الفردية المحمية بواسطة الحرية الأساسية

تأخذ المصلحة الفردية المحمية بواسطة الحرية الأساسية ثلاث صور أساسية، حيث قد تكون إما نشاطاً أو صفة أو خدمة للمستفيد من هذه الحرية.

تحمي أغلب الحريات الأساسية المعترف بها مصلحة فردية تأخذ صورة نشاط *activité* لصاحب الحرية، وقد يأخذ هذا النشاط شكلاً إيجابياً يتجسد في فعل معين كالعمل مثلاً أو التنقل أو التجمع، أو شكلاً سلبياً يتجسد في امتناع عن فعل، كما هو الحال بالنسبة لعدم إجبار شخص على القيام بعمل شاق. ولا يثير هذا النوع من الحريات من حيث المبدأ أية صعوبات في الاعتراف به، لأنه يعبر عن المعنى الكلاسيكي لمصطلح "الحرية"¹.

وإذا كان الأصل في هذه الصورة من الحريات هو اكتسابها وصف الحرية الأساسية، فإن مبدأ الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية قد لقي معارضة من بعض الفقهاء، حيث يرى السيد **Verpeaux** أنه ينبغي التمييز بالنسبة للأشخاص المعنوية، لاسيما العمومية منها، بين الحريات أو الحقوق وبين

sous CE, sect., 18 janvier 2001, Commune de Venelles c/ M. Morbelli, R.F.D.A, 17 année, mai-juin 2001, n° 3, p. 685.

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 157.

مبادئ التنظيم les principes d'organisation، التي لا تشكل سوى ضمانات لممارسة الحقوق أو الحريات، وأن مبدأ الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية يشكل، على غرار مبدأ الفصل بين السلطات، ضماناً، كما يمكن اعتباره شكلاً من أشكال الفصل العمودي بين السلطات يضاف إلى الشكل الأفقي المألوف في الفصل بينها، ومن ثم فهو لا يشكل حقاً، وإنما وسيلة لضمان الحقوق أو الحريات¹.

بينما ذهب السيد Le Bot إلى خلاف ذلك، حيث اعتبر أن مبدأ الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية هو حرية أساسية، لأنه يشكل حقاً ذاتياً معترفاً به لصالح الجماعات الإقليمية، يمنحها قدرة على الفعل، تتجسد في الإمكانية المخولة للهيئة في إدارة شؤونها ذاتياً la possibilité de s'auto-administrer أو ممارسة سلطاتها بحرية².

أما الصورة الثانية للمصلحة المحمية بواسطة الحرية الأساسية، فتتمثل في كونها صفة أو وضعية للمستفيد من هذه الحرية qualité ou position du sujet، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للحرية الشخصية، مبدأ قرينة البراءة أو حق اللجوء. لا تحمي هذه الحريات الثلاث نشاطاً للمعني، وإنما صفة له، تتجسد على التوالي في: حقه في عدم تعرضه للتعذيب أو لممارسات غير آدمية، حقه في عدم وصمه بالمجرم قبل صدور حكم نهائي بإدانته، وحقه في الحصول على حماية سلطات الدولة التي طلب اللجوء إليها. ويمكن أن ندرج كذلك ضمن هذه القائمة حرية الرأي، هذه الأخيرة، لا تحمي فقط فعلاً وهو التعبير عن الرأي، بل تحمي كذلك وضعية لصاحبها تتمثل في عدم إدانته أو خضوعه لأفعال تمييزية بسبب آرائه³.

بينما تبرز الصورة الثالثة للمصلحة المحمية في كونها خدمة prestation لصالح المستفيد من الحرية، تخول له الحصول من السلطة العمومية على منفعة معينة. وتتعلق هذه الصورة في الواقع بما يسمى "حقوق الدائنية"⁴، التي لا تدخل في دائرة الحريات الأساسية إلا إذا تمتعت بخاصية الأثر المباشر في مواجهة السلطة الإدارية كما سبق توضيحه.

¹ - Michel VERPEAUX, op.cit, p. 684.

² - Olivier LE BOT, op.cit, pp. 159-160.

³ - Ibid., p. 162.

⁴ - يقصد بحقوق الدائنية: الحقوق التي يكون موضوعها الأساسي الحصول على خدمة لصالح الخواص من جانب السلطة العمومية. لتفصيل أكثر بخصوص هذه الحقوق، انظر:

ويثبت لها هذا الأثر المباشر إمّا بذاتها، وذلك إذا كانت صياغة النص المقرر لها واضحة بحيث تحدد بدقة نظامها القانوني (المستفيدين منها، شروط الاستفادة، حدودها،...)، وإمّا عن طريق تدخل المشرع لوضع الإطار القانوني المنظم لها، وذلك إذا كانت صياغة النص الضامن لها عامة ومبهمة. ومن أمثلة هذه الطائفة من الحقوق: الحق في العمل، الحق في السكن، الحق في الصحة والحق في التعليم.

ثالثاً: المستفيد من الحرية الأساسية

بالإضافة إلى عنصري الاعتراف القانوني والمصلحة الفردية، يلزم كذلك لقيام الحرية الأساسية بتوافر عنصر ثالث، هو وجود مستفيد محدد من هذه الحرية. ويبرز من نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، أنها أطلقت هذا الأمر، حيث لم تفرض صفة معينة أو خاصة يلزم توافرها في المستفيد من الحرية الأساسية، ومن ثم يمكن الاعتراف بالحرية الأساسية لكل شخص مهما كانت طبيعته القانونية، أي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً.

1- الشخص الطبيعي

يمكن، من حيث الأصل، لكل شخص طبيعي مهما كانت جنسيته (مواطناً أو أجنبياً) أن يتمتع بالحرية الأساسية، وأن يدافع عنها قضائياً وفق إجراء الحماية الخاصة، وذلك تأسيساً على مبدأ عالمية التمتع بالحقوق والحرية الأساسية¹. غير أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، بل ترد عليه استثناءات، مردّها إمّا إلى طبيعة الوضعية القانونية لهذا الأجنبي، أو إلى الطبيعة الخاصة لبعض الحرية الأساسية.

تكون الاستفادة من بعض الحرية الأساسية قاصرة فقط، من حيث الأصل، على المواطنين والأجانب المقيمين بطريقة شرعية فوق إقليم الدولة، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج بها وحمايتها قضائياً

- Louis FAVOREU et autres, **Droit des libertés fondamentales**, 1^{re} éd., Dalloz, Paris, 2000, pp. 279-293.

¹ - يقصد بمبدأ عالمية التمتع بالحقوق والحرية الأساسية أنه: يمكن لكل إنسان أن يستفيد من بعض هذه الحقوق والحرية، وهو ما يترتب نتيجة أساسية مفادها، أنه يقع على عاتق كل دولة عضو في أي من إعلانات الحقوق التزاماً بضمان هذه الحقوق لمواطنيها ولأجانب على حد سواء. انظر: - Xavier BIOY, op.cit, p. 30.

من طرف الأجانب الذين هم في وضعية غير قانونية. غير أن المجلس الدستوري الفرنسي قد خفف في بعض قراراته من حدة هذا الاستثناء المتعلق بالوضعية القانونية أو غير القانونية للأجنبي، حيث قضى في قرار له صدر بتاريخ 13 أوت 1993 أن المشرع ملزم باحترام الحقوق والحريات الأساسية ذات القيمة الدستورية المعترف بها لكل من يقيم على الإقليم الفرنسي، لاسيما الحرية الفردية، الحق في الأمن، حرية التنقل، حرية الزواج والحق في الحياة العائلية العادية، وأضاف أن الأجانب يجب أن يستفيدوا من مكنة ممارسة الطعون لضمان هذه الحقوق والحريات¹.

أقرّ المجلس الدستوري الفرنسي إذن في هذا القرار، بحق الأجانب في الاستفادة من الحريات السابقة دون تمييز بين أولئك الموجودين في وضعية قانونية أو غير قانونية على الإقليم الفرنسي. وفي قرار آخر، أكدّ نفس المجلس أن الأجنبي الموجود في وضعية غير قانونية يستفيد من نفس الحقوق المكفولة لبقية الأشخاص، غير أن ممارستها من طرفه تكون بطريقة أكثر تقييدا، وكان ذلك في قضية تتعلق وقائعها بحماية الحق في الصحة، حيث قضى بأن أحكام النص التشريعي التي تحرم الأجانب الموجودين في فرنسا بطريقة غير قانونية منذ أقل من ثلاثة (03) أشهر من المساعدة الطبية للدولة، لا يمكن أن تحرمهم من حق الاستفادة من خدمة الاستعجالات الطبية².

يستحق هذا القضاء للمجلس الدستوري الفرنسي الإشادة، لأنه يتماشى مع مبدأ عالمية التمتع بالحقوق والحريات الأساسية، الذي تبدو الحاجة إلى الامتثال إليه أكثر إلحاحا في وقتنا هذا بفعل زيادة عدد الحروب الأهلية والأزمات الداخلية التي تعصف بكثير من الدول، وما ترتب عنها من تفاقم ظاهرة الهروب من مناطق التوتر واللجوء بطريقة غير مشروعة إلى دول أخرى.

وبالإضافة إلى قيد طبيعة الوضعية القانونية للأجنبي، يرد على مبدأ عالمية التمتع بالحقوق والحريات الأساسية قيودا تمييزيا آخر، مرده إلى الطبيعة الخاصة لبعض الحقوق والحريات الأساسية، حيث وبفعل ارتباطها بفكرة المواطنة، لا يمكن لبعض هذه الحقوق والحريات أن تكون محلا للاستفادة منها من طرف الأجانب، وهي ما تسمى بالحقوق السياسية كحق الترشح، حق الانتخاب والحق في تقلد الوظائف العمومية في الدولة.

¹ - Xavier DUPRE DE BOULOIS, op.cit, p. 65.

² - CC, 29 Décembre 2003, n° 2003-488 DC, loi de finances rectificative pour 2003, disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriConst.do> (consulté le 05/04/2015).

وبجانب صفتي المواطن والأجنبي، يتمدد نطاق الاستفادة من الحريات الأساسية ليستوعب ما يسمى بالأشخاص الطبيعيين الموجودين في وضعية خاصة كالأعوان العموميين، وذلك فيما يتعلق بالمقتضيات التي يخضعون لها بموجب قوانينهم الأساسية، الأشخاص المحبوسين في مؤسسات إعادة التأهيل، الأشخاص الموجودين في مؤسسات الصحة العقلية والأشخاص غير القادرين كالأطفال¹.
يمنح هذا النوع من الحقوق الخاصة إلى هذه الطائفة من الأشخاص، لأنهم موجودون لأسباب مختلفة في وضعية أدنى مقارنة بالمستفيدين العاديين وهما " الإنسان والمواطن"، ومن ثم يكونون في حاجة إلى حماية خاصة لبلوغ المستوى العام المشترك². وبمعنى آخر، يظهر التمييز في هذه الكتلة من الحقوق، وبصدد هذه الطائفة من الأشخاص، كمتطلب ضروري لتحقيق مبدأ المساواة في الاستفادة من الحقوق والحريات الأساسية.

2- الشخص المعنوي

يمكن، من حيث الأصل، لجميع الأشخاص المعنوية سواء كانت خاضعة للقانون الخاص أو القانون العام أن تستفيد من الحريات الأساسية. بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة، لا يثير الاعتراف لها بالحريات الأساسية من حيث المبدأ أية صعوبات، حيث طالما تمتعت بالقدرة على التعبير عن الإرادة وذلك بواسطة ممثليها شأنها في ذلك شأن الأشخاص الطبيعية، فإنه ليس هناك ما يمنع قانونا من إفادتها بالحقوق والحريات الأساسية.

وقد تم تبرير مشروعية إمكانية استفادتها من هذه الحريات استنادا إلى عاملين هما:

- إن الحريات الأساسية المعترف بها لهذه الأشخاص المعنوية، هي في حقيقتها ممنوحة للأشخاص الطبيعيين المكونين لها، وبمعنى أكثر دقة، لا يستفيد الشخص المعنوي الخاص من الحريات الأساسية لذاته أي بوصفه كيانا افتراضيا، وإنما لغيره، أي بوصفه تجمعا لأشخاص طبيعيين، ولهذا توصف الحماية الممنوحة له في هذا الشأن بأنها حماية "مظهرية"³ une protection « aspectuelle » ou « par aspect » ؛

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, pp. 166-167.

² - Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, **théorie générale des droits fondamentaux**, L.G.D.J, Paris, 2004, p. 386.

³ - Louis FAVOREU et autres, op.cit, p. 123.

- طالما أن الشخص المعنوي يتمتع بالشخصية القانونية التي تخول له التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات، فإنه يكون من الصعب أن ننكر عليه مكنه الاستفادة من أحد أنواع هذه الحقوق وهو الحريات الأساسية¹.

غير أن مبدأ إمكانية تمتع الشخص المعنوي الخاص بالحريات الأساسية ليس مطلقاً، حيث لا يكون له سوى الاستفادة من الحقوق والحريات الأساسية التي تتفق مع طبيعته، كما هو الحال مثلاً بالنسبة لحق الملكية، حرية العمل، حرية الاجتماع والحق في المحاكمة العادلة. وبالمقابل، لا يتصور تمتعه ببعض الحقوق والحريات الأساسية الملزمة لصفة الإنسان، كما هو الحال بالنسبة للحق في الحياة، حرية الزواج، بعض الحقوق الاجتماعية كالحق في الإضراب، وحقوق الدائنية كالحق في الصحة والحق في السكن، وهو ما قرره المادة 1/50 من القانون المدني بنصها على أنه: "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون".

أمّا بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، فقد طرحت فكرة الاعتراف لها بالحقوق والحريات الأساسية بعض الصعوبات، ترجع إلى فكرة أساسية مفادها، أن الدولة لها صفة المدين *le débiteur* بالنسبة لهذه الحقوق والحريات، على اعتبار أن هذه الأخيرة مقررة للخواص في مواجهتها، ومن ثم لا يستقيم قانوناً ولا منطقاً أن تجمع الأشخاص المعنوية العامة بين صفتي الدائن والمدين بهذه الحقوق والحريات في نفس الوقت. وبمعنى آخر، إذا كانت هذه الحقوق والحريات معترف بها من طرف الدولة وفي مواجهتها، فإنه لا يمكن لها الاستفادة منها، وإلا تكون قد تصرفت ضد نفسها.

وقد عارض الفقيه **Favoreu** هذا التبرير، معتبراً أنه قد وقع في خلط بين المفهوم النظري للدولة ومفهومها القانوني، حيث يقول: "إن الدولة لها إما مفهومها نظرياً (نظاماً قانونياً معتبراً في مجموعه) أو مفهومها قانونياً (مجموعة محددة من الأجهزة يمنحها النظام القانوني هذا الاسم، كما هو الحال بالنسبة لجماعة إقليمية تغطي كامل الإقليم). تشكل الحقوق الأساسية مجموعات فردية للدولة

¹ - Xavier DUPRE DE BOULOIS, op.cit, pp. 58-59.

بمعناها الأول.¹ يقصد الفقيه Favoreu بهذا القول، أنه ليس هناك ما يمنع من أن تعترف الدولة بمعناها النظري بحقوق وحرّيات أساسية لصالح الدولة بمعناها القانوني، أي لصالح الأشخاص المعنوية العامة الأخرى.

وبالنسبة للقضاء الدستوري، فقد اعترف المجلس الدستوري الفرنسي في قرار له صدر سنة 1994 بحق الأشخاص المعنوية العامة في الاستفادة من الحقوق والحريات الأساسية، حيث قرر أن: " أحكام المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والمتعلقة بحق الملكية والحماية الواجبة له لا تعني فقط ملكية الخواص، وإنما تخص كذلك وعلى قدم المساواة ملكية الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى.² واضح تماما من هذا القرار، أنه يؤكد على أحقية الأشخاص المعنوية العامة في الاستفادة من حق الملكية وهو أحد الحقوق أو الحريات الأساسية.

وفي نطاق إجراء الحماية الخاصة، رافع المحافظ **Touvet** لصالح هذه المقاربة التوسعية فيما يتعلق بالمستفيدين من الحرية الأساسية، حيث يرى أنه إذا كان ضحايا الانتهاكات المعنيين بإجراء الحماية الخاصة هم غالبا الأشخاص الخاصة، فإنه لا يمكن إنكار فرضية انتهاك شخصا معنويا عاما لحرية أساسية لشخص عام آخر، كما هو الحال مثلا عند حدوث نزاع بين شخصين معنويين عامين يتعلق بانتهاك حق الملكية.³

وعليه، يمكن القول أن الأشخاص المعنوية العامة يمكنها الاستفادة، على غرار الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنوية الخاصة، من بعض الحريات الأساسية التي تتفق مع طبيعتها كمبدأ الإدارة الحرة للجماعات الإقليمية، حق الملكية، الحرية التعاقدية وحرية العمل بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. وما يعزز هذه الإمكانية، أنه بالإضافة إلى الأسانيد الفقهية المشار إليها أعلاه، يوجد سند تشريعي مؤداه: أن نص المادة 920 من ق.إ.م.إ لم يخصص أو يقيد

¹ - « Etat désigne soit un concept théorique (un ordre juridique considéré dans son ensemble) soit un concept de droit positif (tel ou tel ensemble d'organe auquel l'ordre juridique confère ce nom, par exemple une collectivité territoriale englobant la totalité du territoire). Les DF constituent des sous-ensembles de l'Etat entendu au sens premier. », Louis FAVOREU et autres, op.cit, pp. 123-124.

² -CC, 21 Juillet 1994, n° 94-346 DC, Droits réels sur le domaine public, disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/rechJuriConst.do> (consulté le 10/04/2015).

³ - Laurent TOUVET, op.cit, p. 386.

دائرة المستفيدين من الحرية الأساسية، بل تركها على إطلاقها لتستوعب الأشخاص الطبيعيين، الأشخاص المعنوية الخاصة والأشخاص المعنوية العامة، وذلك رغبة من المشرع في إضفاء أكبر قدر من الفعالية على إجراء الحماية الخاصة.

الفرع الثاني

معايير أساسية الحرية

إن تحقق مقومات الحرية بوصفها حقاً عاماً ذاتياً، لا يكفي لاعتبارها حرية أساسية يمكن حمايتها وفق إجراء الحماية الخاصة، بل يجب إضافة إلى ذلك قيام عنصر الصفة وهو الأساسية la *fondamentalité*. بمعنى أنه يقع على عاتق قاضي الاستعجال الإداري، بعد الإجابة عن الأسئلة الثلاثة السابقة، الإجابة عن سؤال أخير هو ما إذا كانت الحرية المطلوب حمايتها تكتسب وصف الأساسية أم لا؟ وفي تصديه لهذه المسألة، وضع الفقه والقضاء الإداريين عدة معايير لتحديد صفة الأساسية اللازم توافرها في الحرية مجال إعمال إجراء الحماية الخاصة.

وعليه، سيتم في هذا الفرع من الدراسة، بحث المعايير التي قال بها الفقه لتحديد هذه الصفة (أولاً)، المعيار الذي تبناه القضاء الإداري (ثانياً)، ومحاولة اقتراح معيار لإعماله في الجزائر (ثالثاً).

أولاً: المعايير الفقهية لأساسية الحرية

قدم الفقه الإداري معيارين أساسيين لتحديد مفهوم أساسية الحرية مجال إعمال إجراء الحماية الخاصة هما: المعيار الشكلي والمعيار المادي.

1- المعيار الشكلي لأساسية الحرية

مؤدى هذا المعيار، أن العبرة في تحديد ما إذا كانت حرية ما أساسية من عدمه، هو بالمكانة التي يحتلها النص القانوني المقرر لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية، حيث كلما كانت الحرية مكفولة بمقتضى نص له قيمة فوق تشريعية *une valeur supralégislative*، أي دستورية أو اتفاقية، وجب اعتبارها حرية أساسية. وبالمقابل، كل حرية غير معترف بها في الدستور أو الاتفاقيات الدولية ليست حرية أساسية.

من أنصار هذه المقاربة المعيارية *l'approche normative*، نجد الفقيه الكبير **Louis Favoreu**، حيث يقول في هذا الشأن أن: "الحقوق والحريات الأساسية تعني ببساطة الحقوق

والحريات المحمية بواسطة قواعد دستورية أو دولية لا أكثر ولا أقل.¹ ، وكذلك السيّدين **Mattias Guyomar et Pierre Collin**، حيث يريان أنه يجب البحث عن مجال إعمال إجراء الحماية الخاصة ضمن القائمة الواسعة للحقوق والحريات المضمنة بواسطة الدستور أو الاتفاقيات الدولية.²

يقدم المعيار الشكلي كمقاربة لتحديد صفة "أساسية" الحرية عدة مزايا أهمها:

- أنه معيار يمتاز بالبساطة والوضوح وذلك بالنسبة للقاضي والمتقاضي على حد سواء، حيث يكفي لتقرير ما إذا كانت الحرية المطلوب حمايتها بواسطة إجراء الحماية الخاصة أساسية من عدمه الإجابة عن سؤال بسيط هو، هل أن هذه الحرية منصوص عليها في الدستور أو الاتفاقيات الدولية أم لا؟

- أنه معيار يضمن الاستقرار القانوني لمفهوم الحرية الأساسية، وبالتبعية لإجراء الحماية الخاصة، حيث وبحكم قصر مفهوم الحريات الأساسية على الحقوق والحريات المضمنة بمقتضى نصوص فوق تشريعية، فإنها ستكون بمنأى عن التعديل والتغيير المستمر الذي تمتاز به القواعد التشريعية؛

- أنه معيار يمتاز بالموضوعية ولا مجال فيه لإعمال ذاتية القاضي، حيث تبدو سلطته في تحديد صفة "الأساسية" الملحقة بالحرية مقيدة وخالية من أي عنصر من عناصر التقدير.

وبالمقابل، لا يخلو هذا المعيار من العيوب أهمها:

- أنه معيار يمتاز بالسطحية، حيث يقتصر على مجرد النظر إلى قيمة السند القانوني المكرّس للحرية لتقرير مدى أساسيتها، ومن ثم يهمل جوهر ومضمون هذه الحرية، فهو معيار وإن كان يمتاز بالبساطة والوضوح في تحديد مدلول الحرية الأساسية، إلا أنه كما يقول **Brenet**: "يتجاهل في صمت مدى جوهريتها"³ *Passe sous silence leur essentialité*؛

- تؤدي المقاربة الشكلية إلى تضيق مفهوم الحرية الأساسية مجال إعمال إجراء الحماية الخاصة، حيث يترتب عليها قصر هذا المفهوم على الحريات المكفولة دستوريا أو اتفاقيا فقط، وبديهي أن

¹-« Les droits et libertés fondamentaux désigne donc simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) internationales. Ni plus, ni moins. », Louis FAVOREU et alii, **Droit constitutionnel**, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 730.

²- Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN, op.cit, p. 155.

³- François BRENET, op.cit, p. 1541.

الدستور أو الاتفاقيات الدولية لا يمكن أن يتضمنا حصرا جامعا أو تعدادا مانعا لجميع الحريات الأساسية.

2- المعيار المادي لأساسية الحرية

يرتكز هذا المعيار في تحديده لمفهوم "أساسية" الحرية على النظر إلى مضمونها أو موضوعها، وليس إلى قيمة النص القانوني المكرس لها. وتوصف الحرية بأنها أساسية وفقا لهذا المعيار، إذا كانت جوهرية، أي تقوم على إشباع حاجات جوهرية أو تحمي مصالح سامية في المجتمع، وذلك بغض النظر عن مكانة النص الضامن لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية.

ومن أنصار مقاربة الجوهرية l'approche essentialiste الفقيه **Etienne Picard**، الذي يرى أن مدى أساسية الحق أو الحرية لا يرتبط بمكانة النص الحامي له، وإنما بمضمونه، وبصفة أدق بمدى تعلقه بنظام القيم الذي يشكل النظام القانوني في الدولة، حيث يقول في هذا الصدد أن صفة الأساسية: " لا تتأتى في الواقع من النص الشكلي الذي يكرس الحق المعترف. إذا كانت غير كامنة في النص، فإنها تكمن بالتأكيد في القيمة الخاصة للحق ذاته....¹ وعليه، يكون الحق أو الحرية أساسيا، وفقا لهذا التصور الماديين كلما تعلّق بالقيم العليا المؤسسة للنظام القانوني في الدولة.

وفي نطاق إجراء الحماية الخاصة، رافع لصالح هذا المعيار بعض الفقهاء ومحافظو الحكومة، فحسب السيد **Glénard**، فإن الحرية الأساسية يمكن أن تثبت خارج النصوص الدستورية أو الاتفاقية، وتجد مصدرها في القوانين أو المبادئ العامة للقانون وذلك بالنظر إلى أهمية موضوعها². ونفس الرأي ذهب إليه المحافظ **Bachelier** عندما قرر أن ما يجب أخذه بعين الاعتبار عند تحديد مدى أساسية الحرية هو الطابع السامي le caractère éminent لهذه الحرية³، بمعنى مدى أهميتها وجوهريتها، وليس مرتبة النص الضامن لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية.

أمّا المحافظة **De Silva**، فقد اقترحت معيارا مزدوجا، يقوم في شقه الأول على النظر إلى طبيعة الحق أو الحرية المطلوب تحديد مدى أساسيتها، وخلصت تبعا لذلك، إلى أنه يمكن إسباغ

¹ -« la fundamentalité ne se tient pas réellement dans la norme formelle qui porte le droit considéré. Si donc elle n'est pas dans la norme, c'est qu'elle réside certainement dans la valeur propre du droit- lui-même.... », Etienne PICARD, op.cit, p. 15.

² - Guillaume GLENARD, op.cit, p. 2016.

³ - Gilles BACHELIER, op.cit, p. 263.

وصف الأساسية بمفهوم إجراء الحماية الخاصة على أي حق أو حرية مكرسة بواسطة الدستور في المقام الأول، أو بواسطة اتفاقية دولية أو قانون أو مبدأ قانونيا عاما في المقام الثاني¹.

ومن مزايا هذا المعيار:

- أنه يمتاز بالعمق في تحديده للحريات الأساسية، حيث لا يكتفي بمجرد النظر الشكلي للحرية والقائم على مجرد الرجوع إلى قوة الحماية القانونية المقررة لها، بل يتعداه إلى فحص موضوعها لتقدير مدى أهميتها؛

- تفتح المقاربة المادية إمكانية التوسع النسبي في مفهوم الحرية الأساسية مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة، حيث لا تكتفي بالقائمة المحدودة للحريات المنصوص عليها في الدستور والاتفاقيات الدولية، بل تتجاوزها إلى الحقوق والحريات المكفولة بمقتضى نصوص تشريعية أو مبادئ عامة للقانون.

أما عن عيوبه، فتتجلى أساسا في كونه معيارا ذاتيا، يعطي للقاضي سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت حرية ما أساسية من عدمه، وهو أمر لا يخلو من خطر مجانبة القاضي لمقتضى الموضوعية في التقدير. وبمعنى آخر، قد يترتب على أعمال هذا المعيار انحرافا في سلطة القاضي وتحولها من وظيفة الحكم إلى التحكم.

ثانيا: المعيار القضائي لأساسية الحرية

تبنى القضاء الإداري الفرنسي² في تحديده لصفة "الأساسية" الملحقة بالحرية مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة معيارا ماديا، يقوم على النظر إلى مدى أهمية وسمو قيمة الحرية، وليس مكانتها ضمن هرم تدرج النصوص القانونية. وقد ترتب على الأخذ بهذا المعيار نتيجتين أساسيتين هما: عدم التلازم المطلق بين مفهومي "الدستورية" و"الأساسية"، وتعدد مصادر صفة الأساسية.

¹ - Isabelle DE SILVA, op.cit, p. 329.

² - تحتم علي بحث المعيار القضائي المعمول به في فرنسا لتحديد مدلول أساسية الحرية، بسبب عدم الحصول على أحكام قضائية تصدت لهذه المسألة في الجزائر، من جهة، واستلزام المشرع الجزائري لإجراء الحماية الخاصة من النظام القانوني الفرنسي، من جهة ثانية.

1 - عدم التلازم المطلق بين مفهومي "الدستورية" و"الأساسية"

رفض مجلس الدولة الفرنسي التقيّد بالمقاربة النصية كمعيار لتحديد مدى أساسية الحرية، حيث لم ينظر للاعتراف الدستوري بالحرية على أنه شرط لأساسيتها، بل اعتبره مجرد قرينة أو مؤشر indicateur على ذلك¹. وعليه، فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يعتبر التكريس الدستوري للحرية معياراً مطلقاً لأساسيتها، بل مجرد قرينة بسيطة une présomption simple على أهمية وجوهية هذه الحرية يمكن إثبات عكسها.

2 - تعدد مصادر صفة "الأساسية"

أفضت المقاربة المادية التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي لتحديد صفة "أساسية" الحرية إلى تعدد المصادر الشكلية لهذه الأخيرة، حيث لم يقصرها على مجرد النصوص الدستورية أو الاتفاقية، بل مدّها لتطال النصوص التشريعية والمبادئ العامة للقانون². وهكذا، فقد اعتبر في العديد من قراراته بعض الحريات أساسية رغم كفالتها بمقتضى قواعد تشريعية فقط وذلك بالنظر إلى أهميتها وجوهيتها، كما هو الحال في الأمر الصادر عنه بتاريخ 24 فيفري 2001، والذي استند فيه إلى نص تشريعي هو قانون 30 ديسمبر 1986 المتعلق بالاتصال السمعي البصري لوصف مبدأ الطابع التعددي للتعبير عن الفكر والرأي بأنه حرية أساسية³.

ثالثاً: المعيار المقترح لإعماله في الجزائر بشأن أساسية الحرية

إن التعمق في دراسة وتحليل المعيارين الشكلي والمادي كمقاربتين للاهتمام إلى مدى أساسية الحرية مجال إعمال إجراء الحماية الخاصة، يقود إلى نتيجة أساسية مفادها: أنه لا يمكن إعمال أيّ منهما على إطلاقه، لأن ذلك وإن كان يسمح بالإفادة من مزاياهما، إلا أنه لا يمنع الوقوع في عيوبها. وعليه، أقترح على القاضي الإداري الجزائري تبني معياراً مختلطاً، يظهر فيه المعيار الشكلي كمقاربة أصلية والمعيار المادي كمقاربة ثانوية.

¹ - Guillaume GLENARD, op.cit, p. 2015.

² - Voir : François BRENET, op.cit, pp. 1554-1559.

³ - CE, ord., 24 février 2001, n° 230611, disponible sur:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do> (consulté le 03/05/2015).

1- المعيار الشكلي كمقاربة أصلية لأساسية الحرية

مؤدى هذا الشق من المعيار المختلط، هو تكريس مبدأ التلازم المطلق بين مفهومي الدستورية والأساسية في مجال الحقوق والحريات، حيث تكون كل حرية مضمونة دستوريا حرية أساسية بقوة القانون ودونما حاجة إلى تقدير مدى أهميتها أو جوهريتها. بمعنى أن كفالة الحرية بمقتضى نص دستوري يكفي بذاته لاعتبارها أساسية بمفهوم إجراء الحماية الخاصة.

ولا يعني هذا القول، أن دستورية الحرية هي شرط لأساسيتها، بل تعتبر فقط قرينة قاطعة على ذلك. وهنا أختلف مع المقاربة التي اعتمدها مجلس الدولة الفرنسي، والتي اعتبر بموجبها الحماية الدستورية للحرية قرينة بسيطة على أساسيتها، أي قرينة قابلة لإثبات عكسها، حيث تظهر هذه القرينة حاسمة أو قاطعة في إضفاء وصف الأساسية على الحرية المطلوب حمايتها بواسطة إجراء الحماية الخاصة، والسند في ذلك اعتبارا أساسيا مفاده، أن كفالة المشرع لحرية ما في قمة هرم النظام القانوني في الدولة، يشكل دليلا قاطعا على أهميتها وسمو قيمتها بحكم أن الدستور هو الإطار الذي يجمع القيم العليا والجوهرية في أي مجتمع.

وعليه، تكتسب الحريات المضمونة دستوريا وصف الأساسية من الناحيتين الشكلية والمادية معا، حيث يتداخل المعياران الشكلي والمادي في هذا النوع من الحريات، ومن ثم تفترض أساسيتها افتراضا لا يقبل إثبات العكس. وبمعنى آخر، يمكن القول أن صفة الدستورية تكشف بحكم طبيعتها عن صفة الأساسية¹

2- المعيار المادي كمقاربة ثانوية لأساسية الحرية

اعتبر المعيار المادي في هذه المقاربة المختلطة ثانويا، لأن الحاجة إلى اعتماده لا تظهر إلا بالنسبة للحريات المكرسة بمقتضى نصوص تحت دستورية. ومؤدى هذا المعيار، أنه يتعين على قاضي الحماية الخاصة كلما طرحت عليه حرية مضمونة بمقتضى نص اتفاقي أو تشريعي أو مبدأ قانونيا عاما، أن يلجأ إلى تقدير مدى أهميتها وجوهريتها لتقرير مدى أساسيتها من عدمه.

¹-Voir: Céline COUDERT, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, Thèse doctorale en droit public, Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, France, 2011, pp. 118-119.

وعليه، لا يرتبط وصف الأساسية في هذا النوع من الحريات بالقيمة القانونية للنصوص الضامنة لها، بل بمدى أهميتها، بمعنى أن تدرج النصوص في هذه الحالة كما يقول **Glénard** "لا يعمل سوى كمحرك بحث عن الأساسية، وبصفة متناقضة، كتقنية للمصالحة بين نصوص ذات قيمة مختلفة شكليا لكنها متساوية ماديا"¹.

وتبدو مهمة القاضي في هذه الصورة من التكييف أكثر تعقيدا وصعوبة، حيث يتطلب منه الأمر أن يتعمق في بحث الحرية المطلوب حمايتها وفق إجراء الحماية الخاصة لتقدير مدى أهميتها وسمو قيمتها، وذلك بعيدا عن ذاتيته، ولا يتأنى له ذلك إلا من خلال الاستعانة ببعض القرائن التي من شأنها دعم إثبات أو نفي صفة الأساسية عن هذه الحرية.

ويمكن في هذا الإطار، تقديم ثلاث قرائن أساسية، يستطيع القاضي الاستعانة بها للاهتمام إلى مدى أهمية الحرية المضمونة بمقتضى نص اتفاقي أو تشريعي أو مبدأ قانونيا عاما، وذلك لتجنيبه خطر الاحتكام إلى ذاتيته عند التقدير، أولها: درجة الحماية الممنوحة للحرية، والتي تظهر من خلال عدة مؤشرات كمدى سهولة ممارستها، مدى الضمانات المقررة لها وكذلك مدى وجود أو غياب استثناءات مفروضة عليها. وثانيها: مدى الثبات أو الاستمرار التاريخي للتكريس القانوني للحق أو الحرية، أما ثالثها: فهي معايينة مدى وجود علاقة بين الحرية المطلوب تقدير أهميتها وحقوق أو حريات أخرى مضمونة دستوريا².

يقدم تبني المعيار المختلط، العديد من المزايا لقاضي الحماية الخاصة في الجزائر أهمها:

- يسمح للقاضي بالإفادة من مزايا المقاربة الشكلية (السهولة، الانضباط والموضوعية)، هذه المزايا تبدو الحاجة إليها ماسة في القضاء الإداري الجزائري، بحكم حداثة وعدم تمام نضج منظومته؛
- يعطي للقاضي فرصة الإفادة من محاسن المقاربة المادية، أخصها إمكانية توسيع قائمة الحريات الأساسية المحمية بواسطة إجراء الحماية الخاصة؛

¹ - « La hiérarchie des normes ne sert que de moteur de recherche de la fundamentalité et, paradoxalement, de technique de conciliation entre normes qui, formellement, sont de valeur différente mais, matériellement, d'une égale valeur. », Guillaume GLENARD, op.cit, p. 2015.

² - Olivier LE BOT, op.cit, pp. 185-186.

- يتماشى مع التقاليد التشريعية والقضائية في الجزائر، والتي استقرت على تفضيل الاحتكام إلى المعايير الشكلية في مادة القانون الإداري.

الفصل الثاني

شروط الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لمّا كانت الحماية الخاصة للحرية الأساسية طريقاً استثنائياً يخرج عن القواعد العامة المألوفة في اقتضاء حماية القضاء، وحتى لا تتحول إلى وسيلة لعرقلة العمل الإداري وشل نشاط الإدارة، فقد أحاطها المشرع بشروط صارمة، من شأنها أن تحد من نطاق أعمالها، وأن تجعل من أمر تحريكها ومنح سلطة الأمر لقاضي الاستعجال الإداري وفق إجراءات مبسطة وبالغة السرعة، مقصور فقط على مواجهة الحالات والأوضاع الاستثنائية، في حين تبقى الحالات العادية بطبيعتها من صميم اختصاص قاضي وقف التنفيذ.

وباستقراء نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، يمكن تصنيف الشروط اللازمة لاقتضاء هذه الحماية إلى صنفين: شروط تتعلق بضرورة توافر حالة الاستعجال، وأخرى تتصل بالانتهاك الواقع على الحرية الأساسية والمبرر لحمايتها. فيما يتعلق بشرط الاستعجال، فهو وإن كان موجبا عاما لجميع الدعاوى الاستعجالية، فإن له بعضاً من التميّز والخصوصية في إجراء الحماية الخاصة تستجيب لطابعه الاستثنائي. ونفس الأمر بالنسبة لشرط الانتهاك، حيث استلزم المشرع أن يبلغ درجة من الخطورة وعدم المشروعية، تبرر التدخل لإزالته من طرف قاضي الاستعجال الإداري وفق سلطة الأمر. وعليه، سيتم التطرق في هذا الفصل، إلى شرط الاستعجال في مبحث أول، ثم الشروط المتعلقة بالانتهاك في مبحث ثان.

المبحث الأول

شرط الاستعجال في الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يمثل الاستعجال شرطاً عاماً لأغلب الدعاوى الاستعجالية¹، وأول متطلب من متطلبات اقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وذلك بصريح النص المقرر لها، حيث تنص المادة 920 من ق.إ.م.إ على أنه: " يمكن لقاضي الاستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية.... ".

ويجد هذا الشرط مبرره في طبيعة طلب الحماية الخاصة ذاته كونه طلباً قضائياً مستعجلاً، وفي غاية الإجراء، وهي: الحصول على حماية بالغة السرعة للحرية الأساسية ضد اعتداءات الإدارة واضحة عدم المشروعية. كما يندرج، على حد قول الفقيه **Dugrip**، تحت عنوانين: شرط للنطق بتدابير الحماية المطلوبة، من جهة، والخاصية التي تميز الطلب كإجراء استعجالي ينعقد الاختصاص بنظره لقاضي الاستعجال الإداري، من جهة ثانية².

وتقتضي الإحاطة بجوانب شرط الاستعجال، التطرق إلى مفهومه في مطلب أول، تقديره في مطلب ثان وعناصر قيامه وانتفائه في مطلب ثالث.

المطلب الأول

مفهوم شرط الاستعجال

إن الاستعجال، وإن كان يمثل أهم شرط في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، إلا أنه يمتاز بالإبهام وعدم التحديد، حيث لم يقع إلى حد اليوم الاتفاق على مفهوم واضح ودقيق له، نظراً لطابعه المتقلب بطبيعته ونسبيته. غير أن هذا الغموض والإبهام، لم يمنع الفقه والقضاء الإداريين من محاولة رسم مفهوم هذا الشرط، وإبراز متطلبات قيامه وعناصر انتفائه.

¹ - لم ينص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الاستعجال كشرط لبعض تطبيقات القضاء المستعجل، ويتعلق الأمر بمادة إثبات الحالة (المادة 939 من ق.إ.م.إ)، تدابير التحقيق (المادة 940 من ق.إ.م.إ) ومادة التسبيق المالي (المادة 942 من ق.إ.م.إ). أنظر بخصوص تفصيل هذه التطبيقات:

- مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ص. 139-143.

-Jean BARTHELEMY, « Les référés non subordonnés à la condition d'urgence », R.F.D.A, mars-avril, 2002, n°2, pp. 272-278.

² - Olivier DUGRIP, op.cit, p. 248.

ويقتضي الأمر لتحديد مفهوم الاستعجال، التطرق إلى صعوبة تحديد مفهومه (الفرع الأول)، محاولات تحديد مفهومه (الفرع الثاني)، خصوصية مفهومه في إجراء الحماية الخاصة (الفرع الثالث)، طبيعة الضرر المبرر لتوافره (الفرع الرابع) وإثباته (الفرع الخامس).

الفرع الأول

صعوبة تحديد مفهوم الاستعجال

طرح شرط الاستعجال تقليدياً عدة صعوبات لتقديم مفهوم قانوني حقيقي له، فوفقاً لمعناه العام، هو "الحاجة إلى التدخل الفوري"، أو هو "وصف لصيق بالوضعية التي لا تحتل أي تأخير"¹، بمعنى يشكل عامل الوقت أو معيار الزمن جوهر وروح مفهوم الاستعجال. أمّا من وجهة النظر القانونية، فإنه وفقاً لمقاربة منازعاتية كلاسيكية، شبه الاستعجال بوضعية واقعية تتم معاينتها والتثبت منها، ومن ثم تستعصي على التعريف ويكون من غير المفيد إسباغ المفهوم القانوني عليها²، غير أن هذه المقاربة تقتقد إلى الدقة، ذلك أن الطبيعة القانونية لمفهوم الاستعجال هي أمر مسلم به، لأنه يبدو من غير المعقول أن ننكر الوصف القانوني على فكرة ما ثم نرتب عليها أثراً قانونية في نفس الوقت. وعليه، يعتبر الاستعجال مفهوماً قانونياً، غير أنه كغيره من بعض المفاهيم الأخرى في القانون الإداري كالمرفق العمومي، المصلحة العامة والنظام العام، يمتاز بالإبهام وعدم التحديد المسبق، ومرد ذلك هو الطبيعة الملموسة وعالية النسبية له³، أو كما يقول البروفيسور **Dugrip** بأن: "الاعتراف بالاستعجال لا يركز على معاينة موضوعية، وإنما ينتج دائماً عن تقدير ذاتي للوقائع"⁴.

ويترتب على هذه النسبية لمفهوم الاستعجال، صعوبة إعطاء تعريف موحد ودقيق له، وكذلك صعوبة وضعه في قالب تشريعي، ذلك أن المفاهيم النسبية تمتاز بطبيعتها بالتقلب والتغير تبعاً للزمان والمكان وظروف كل قضية، وهو ما يؤدي في النهاية إلى ضرورة ترك هذا المفهوم بين يدي القاضي

¹ - Sophie OVERNEY, « le référé suspension et le pouvoir de régulation du juge », A.J.D.A, 20 septembre 2001, p. 716.

² - Benoit PLESSIX, « le caractère provisoire des mesures prononcées en référé », R.F.D.A, janvier – février 2007, n° 1, p. 80.

³ - Roland VANDERMEEREN, « la réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », A.J.D.A, 2000, p. 711.

⁴ - Olivier Le BOT, op.cit, p. 296.

ليقوم بتحديدته وتقديره حالة بحاله بحسب ظروف وملابسات الدعوى. وبمعنى آخر، يخضع تقدير الاستعجال بسبب طابعه النسبي إلى صميم السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال الإداري، هذا الأخير قد يحكم بتوافره في قرار إداري معين وفي حالة معينة، ثم يحكم بانتقائه في نفس القرار في حالة أخرى تختلف ظروفها وملابساتها عن الحالة الأولى.

كما يترتب، من جهة أخرى، على هذه النسبية، التزاما يقع على عاتق قاضي الاستعجال الإداري بأن يقوم بتقدير الاستعجال بصفة موضوعية، وذلك بأن يقيم تقديره على ظروف الدعوى ذاتها وأن يبتعد عن إعمال ذاتيته في هذا التقدير.

الفرع الثاني

محاولات تعريف الاستعجال

نص المشرع الجزائري على اعتبار الاستعجال شرطا لتفعيل إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، غير أنه لم يورد تعريفا له¹، وهو أمر مستحسن لاعتبارين، أولهما: أنه ليس من مهام المشرع صياغة التعاريف لما يضعه من مفاهيم، بل هو أمر منوط بالفقه والقضاء بحكم دورهما التأسيلي لما ينظمه التشريع. وثانيهما: أن المشرع بإيراده تعريفا للاستعجال يكون قد تجاهل خاصية النسبية التي يتميز بها هذا الشرط، من جهة، وحجر على القاضي عند التطبيق، بأن رسم له مسبقا مفهوما محددا في مجال يقتضي المرونة حتى تأتي الأحكام انعكاسا للواقع لا لتصور المشرع الافتراضي، من جهة ثانية.

إن هذا السكوت المبرر من المشرع، لم يمنع الفقه والقضاء الإداريين من تقديم محاولات لتعريف الاستعجال وتحديد مدلوله. وعليه، سيتم التطرق في هذا الفرع للتعريف الفقهي للاستعجال (أولا)، ثم التعريف القضائي له (ثانيا).

¹ - على عكس المشرع الجزائري، عرّف المشرع المصري شرط الاستعجال عند تنظيمه لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري بأنه: النتائج التي يتعذر تداركها فيما لو تم تنفيذ القرار. وقد انتقد بعض من الفقه المصري هذا التوجه، انظر: عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري - دراسة مقارنة -، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص ص. 162-163.

أولاً: التعريف الفقهي للاستعجال

أدى امتناع المشرع عن تقديم تعريف للاستعجال، وكذلك النسبية التي يتميز بها هذا الشرط، إلى تعدد التعريفات التي صاغها الفقه، فمنهم من عرفه بأنه: "الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه، والذي يلزم إبعاده عنه بسرعة"¹، وفي انتقاده لهذا التعريف، يرى الأستاذ بشير بلعيد أنه غير شامل، لأن الخطر وحده لا يكفي لتعريف الاستعجال، فقد يكون في القضية خطر يهدد الحق، ولكن هذا الخطر من شأنه إحداث أضرار مادية بسيطة قابلة لتعويضها². كما يظهر هذا التعريف ذاته قاصر، لأنه ربط مفهوم الاستعجال بمفهوم آخر نسبي ومبهم هو الخطر، الذي يحتاج بدوره إلى تعريف وتحديد موضوعيين.

وقد ربطت الأستاذة أمينة النمر الاستعجال بالضرورة، حيث عرفته بأنه: "الضرورة التي لا تحتمل تأخيراً أو الضرورة الداعية إلى اتخاذ الإجراء المؤقت المطلوب"³. ما يؤخذ على هذا التعريف، أنه أخلط بين مفهومين متمايزين ومنفصلين هما الاستعجال والضرورة.

وفي مرحلة متقدمة، تم ربط مفهوم الاستعجال بالضرر، وكان ذلك في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري في فرنسا قبل صدور قانون 30 جوان 2000 المتعلق بالاستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية، حيث أسس فقهاء القانون العام في فرنسا في هذه المرحلة مفهوم الاستعجال على عنصر الضرر، فقد أوضح الأستاذ Lavau، أن وقف التنفيذ يكون مبرراً أمام القضاء إذا كانت هناك مصلحة عاجلة، وأن هذا الشرط يصبح محققاً، عندما يمثل التنفيذ خطر التسبب في ضرر لا يمكن إصلاحه للطاعن، أو ببساطة ضرر بالغ للغاية. وبين الأستاذ Tourdias، أن الضرر المبرر للحكم بوقف التنفيذ من جانب القضاء الإداري، يلزم أن يكون مما يصعب إصلاحه أو على الأقل ضرراً جسيماً⁴.

¹ - نقلاً عن: بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1993، ص. 32.

² - المرجع نفسه، ص. 32.

³ - نقلاً عن: معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص. 41.

⁴ - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص. 160.

وبالنسبة للفقهاء الإداري الجزائري، فقد اتجه عموماً، على غرار نظيره الفرنسي، إلى ربط مفهوم الاستعجال بعنصر الضرر¹، وهو أمر غير مبرر لاعتبارين، أولهما: أن الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا قد سلكا هذا المسلك في المرحلة السابقة لصدور قانون العدالة الإدارية استجابة لما قرره المشرع الفرنسي في هذه الفترة، حيث نصت المادة 4/54 من المرسوم الصادر في 30 يوليو 1963 والخاص بمجلس الدولة، على أنه من ضمن الشروط المتطلبة للحكم بوقف التنفيذ أن ينتج عنه ضرر يصعب إصلاحه أو نتائج صعبة التدارك des conséquences difficilement réparables، ونفس الأمر بالنسبة للمرسوم المتعلق بالمحاكم الإدارية الاستثنائية².

وقد انتقد الأستاذ Le Baut-Ferrarese هذا الربط بين الاستعجال والضرر، حيث وصفه بأنه زواج ضد الطبيعة³. أما بعد صدور قانون 30 جوان 2000، فقد تم التخلي عن عبارة "الضرر صعب الإصلاح" لصالح مصطلح "الاستعجال"⁴، وهو ما أحدث تحولاً جذرياً في مفهوم شرط الاستعجال سواء صعيد الفقه أو على صعيد القضاء، حيث تم تفسير هذا المصطلح بنوع من المرونة والتوسع في مضمونه.

وثانيهما: أن المشرع الجزائري سواء في قانون الإجراءات المدنية السابق أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتبن مصطلح الضرر، بل كرس مصطلح الاستعجال بدلاً منه⁵، ومن ثم فإن الربط بين المفهومين في النظام القانوني الجزائري يكون غير ذي سند من القانون.

ثانياً: التعريف القضائي للاستعجال

باستقراء أحكام القضاء الإداري الجزائري، يظهر أنه غير مستقر على توجه موحد بشأن تحديد عنصر الاستعجال، حيث قضت المحكمة العليا بأنه: " تكون أمام حالة استعجال كلما كنا أمام حالة

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 136، لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 77.

² - شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 82 - 83.

³ - Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « les Procédures d'urgence et le langage du droit », R.F.D.A, mars-avril 2002, n° 2, p. 300.

⁴ - Karine BUTERI, « la condition d'urgence dans la procédure du référé - suspension », L.P.A, 20 décembre 2001, n° 253, p. 17.

⁵ - انظر المادة 171 من قانون الإجراءات المدنية السابق، والمادتين 919 و 920 من ق.إ.م.إ.

يستحيل حلها فيما بعد"¹. ربطت المحكمة العليا في هذا القرار شرط الاستعجال بالضرر الذي يستحيل جبره فيما بعد مستخدمة عبارة " حالة يستحيل حلها فيما بعد"، كما قضت في قرار آخر صدر بتاريخ 10 مارس 1991 بوقف عملية عرض حمام للبيع بالمزاد العلني قصد تفادي وضعية ضارة لا يمكن جبرها، وجاء تسببها كما يلي: " حيث أن جهة القضاء المختصة بالأمور المستعجلة مختصة لأن هناك استعجال مادام القرار المطعون فيه يستحيل إصلاح نتيجته"².

غير أنه في قرار آخر لها، ذهبت المحكمة العليا، إلى أنه لا وجود لحالة استعجال كلما كانت المدة الفاصلة بين الوقائع وبين تاريخ رفع الدعوى طويلة، وهكذا لا وجود لحالة استعجال طالما أن الطاعن لم يلجأ إلى القضاء إلا بعد مرور ثلاث سنوات من صدور القرار المطلوب وقف تنفيذه³. كما قضت كذلك، بأنه لا وجود لحالة استعجال طالما أن الشركة الطاعنة لم تلجأ إلى القضاء الاستعجالي لتعيين خبير من أجل معاينة حالة الأشغال التي أنجزتها لصالح الولاية وتقييمها إلا بعد مرور شهرين من فسخ الصفقة معها من قبل الإدارة وإسنادها لمقاول آخر⁴.

واضح من هذين القرارين، أن المحكمة العليا اعتمدت على معيار الزمن في تحديدها لمفهوم الاستعجال، وهو أمر منتقد، لأن معيار الزمن نسبي ولا يمكن تحديده مسبقاً، كما أنه ليس من شروط الدعوى الاستعجالية رفعها في ميعاد معين، حيث يمتد هذا الأجل شريطة عدم تجاوزه ميعاد دعوى الموضوع كحد أقصى.

¹ - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 92189 صادر بتاريخ 22 مارس 1992، (قضية ح. ح ضد/ والي ولاية ... ومن معه)، غير منشور، ذكره: مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 173.

² - ذكره: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 78.

³ - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 18614 صادر بتاريخ 16 ماي 1981، (قضية والي ولاية ... ضد/ فريق ج. س)، غير منشور، ذكره: مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 138.

⁴ - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف إداري رقم 23763 بتاريخ 16 ماي 1981، (قضية مؤسسة أ.ع. ب ضد/ والي ولاية ... و وزير الداخلية)، غير منشور، ذكره: المرجع نفسه، ص. 138.

أما مجلس الدولة، فقد أشار إلى عنصر الضرر غير القابل للإصلاح في بعض قراراته، حيث قضى في قرار له صدر بتاريخ 30 أبريل 2002، بأنه يتوافر شرط الاستعجال كلما كان الضرر الذي يتولد عن تنفيذ القرار جسيما ويستحيل إصلاحه¹.

كما قضى أيضا، بوقف الإضراب العام الذي دعت إليه الفدرالية الوطنية لعمال البريد والمواصلات، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 07 أوت 2000 نظرا لما يمكن أن يتسبب فيه من أضرار لا يمكن إصلاحها، وجاء تسببيه كما يلي: "حيث أنه في قضية الحال يتعلق الأمر بإضراب مفتوح لمدة غير محدودة معلن به من طرف المستأنفة، وبما أن هذا الإضراب يمكن أن يتسبب في أضرار لا يمكن إصلاحها مع المساس بالنظام العام، ومن ثم يجوز لقاضي الاستعجال الفصل في إيقافه تفاديا للأضرار المنتظرة مما يجعل عنصر الاستعجال متوفر...."².

وبخصوص موضوع الحريات الأساسية وبالضبط حرية التنقل، قضى مجلس الدولة في قرار له صدر بتاريخ 14 أوت 2002 بوقف تنفيذ قرار بطرد أجنبي من التراب الوطني صادر عن مصالح الشرطة لغاية الفصل في مدى مشروعيته عند بحث دعوى الموضوع، وجاء تسببيه كما يلي: "حيث ثابت مما سبق أن القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ لم يصدر عن الجهة الإدارية المختصة وهي وزارة الداخلية، كما أنه لم يبلغ للمدعي ومن ثم يحتمل إبطاله، ويجعل دفع المدعي جديّة مما يتعين قبولها والطلب معا، علما أن تنفيذ هذا القرار قد يسبب للمدعي أضرارا لا يمكن إصلاحها في حالة إبطال القرار...."³.

إن ربط القضاء الإداري الجزائي لشرط الاستعجال بفكرة "الضرر غير القابل للإصلاح"، من شأنه أن يرتب نتيجتين أساسيتين، مؤدى الأولى منهما: رفض منح وقف التنفيذ إذا كان الضرر الناتج عن التنفيذ يمكن جبره بالتعويض المالي، ومقتضى الثانية: أن الضرر المعنوي الناتج عن تنفيذ القرار الإداري لا يدخل في مفهوم الضرر صعب الإصلاح، ومن ثم لا يشكل مسوغا للحكم بوقف التنفيذ⁴.

¹ - مجلس الدولة، قرار رقم 009451 بتاريخ 30 أبريل 2002، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2، ص. 224.

² - ذكر القرار: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 80.

³ - مجلس الدولة، قرار رقم 103772 بتاريخ 14 أوت 2002، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2، ص. 221.

⁴ - محمد كمال الدين منير، "قضاء الأمور الإدارية المستعجلة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1988، ص. 125.

وهو أمر منتقد، حيث من شأنه أن يؤدي إلى التضيق من دائرة قبول الطلبات المستعجلة لتخلف شرط الاستعجال فيها.

وعليه، أهيب بالقاضي الإداري الجزائري التخلي عن هذه المقاربة الضيقة لشرط الاستعجال، وتبني المفهوم الذي كرسه مجلس الدولة الفرنسي، والقائم على ربط الاستعجال بالضرر الموصوف فقط بطابعي الخطورة والحلول¹ دون طابع صعوبة أو استحالة الإصلاح، لأن من شأن ذلك أن يوفر ميزتين أساسيتين، تتعلق **أولاهما**: بتوافر الاستعجال حتى ولو أدى تنفيذ القرار إلى أضرار مادية محضة يمكن إصلاحها بالتعويض المالي فيما لو حكم بإلغاء القرار لاحقاً²، بينما تتعلق **الثانية**: بإمكانية الاعتداد بالضرر المعنوي للقضاء بوقف التنفيذ.

الفرع الثالث

خصوصية الاستعجال في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية

أثارت الطبيعة الاستثنائية لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية تساؤلاً يتعلق بشرط الاستعجال، وما إذا كان يكتسي خصوصية معينة في إطار هذا الإجراء، تميزه عن مفهومه في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

طرحت هذه المسألة خلافاً على مستوى الفقه الإداري، بين مؤيد لمقاربة المفهوم الموحد لشرط الاستعجال في كل من إجرائي الحماية الخاصة ووقف التنفيذ، ومعارض لها.

¹ - تبني مجلس الدولة الفرنسي هذا التوجه ابتداء من قراره الصادر بتاريخ 19 جانفي 2001 في قضية الكونفيدرالية الوطنية للإذاعات الحرة، حيث نطق فيه بتوافر شرط الاستعجال: " إذا ترتب عن تنفيذ القرار ضرر على درجة كافية من الخطورة وحالا بالمصلحة العامة وبوضعية الطاعن أو بالمصالح التي يدافع عنها، انظر:

- CE, Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, R.F.D.A, 17année, mars-avril 2001, n° 2, p. 389, concl. Laurent TOUVET.

² - Marie –Christine ROUAULT, op.cit, p. 544.

أولاً: الرأي المؤيد للمفهوم الموحد لشرط الاستعجال

اعتبر بعض من الفقه الإداري أن لشرط الاستعجال مفهوماً موحداً في كل من إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظام وقف التنفيذ، حيث يقول السيّدان Chahid-Nourai و Lahami-Depinay أنه: "لا يوجد أي سبب يبرر اختلاف شرط الاستعجال المتطلب في قضاء الاستعجال الوقفي عنه في قضاء الحريات الاستعجالي"¹، وهو نفس ما ذهب إليه المحافظين Guyomar و Collin².

وعليه، يتعين لتحديد مدى توافر الاستعجال المسوغ لقبول طلبات الحماية الخاصة وفق هذا التصور، الرجوع إلى المفهوم المكرس لهذا الشرط في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، والقائم على عنصر الضرر الموصوف بالخطورة والحلول.

ثانياً: الرأي المؤيد للمفهوم الخاص لشرط الاستعجال

رافع لصالح المفهوم الموحد لشرط الاستعجال الفقيه René Chapus، حيث يرى أن قيام الاستعجال المبرر لقبول طلب الحماية الخاصة، يفرض ثبوت الحاجة إلى تدخل سريع من طرف القاضي لإنهاء الاعتداء الذي وقع بالفعل على الحرية الأساسية أو للوقاية من اعتداء وشيك الوقوع، وأنه يجب مراعاة ميعاد 48 ساعة الممنوح للقاضي من أجل النطق بالحكم عند تقدير مدى توافر هذا الشرط³. وفي نفس المعنى، ذهب المحافظ Bachelier إلى القول بأنه: مقارنة بنظام وقف التنفيذ، فإن درجة الاستعجال المتطلبة في إجراء الحماية الخاصة يجب تقديرها بالنظر إلى الاعتبارات المرتبطة بأجل 48 ساعة الممنوح للقاضي، أي أن الأمر يتعلق بحالة استعجال قصوى⁴.

وفقاً لهذا الرأي، يلزم لتوافر شرط الاستعجال المسوغ للنطق بتدابير الحماية الخاصة للحرية الأساسية، قيام وضعية استثنائية تبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري خلال أجل 48 ساعة لتوجيه أمر لجهة الإدارة لرفع اعتدائها على هذه الحرية. بمعنى أنه يتعين التمييز في هذا الإطار بين نوعين من الاستعجال: استعجال "عادي" urgence ordinaire، يبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري

¹ - N.CHAHID-NOURAI et C. LAHAMI-DEPINAY, « L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L.521-1 et L.521-2 nouveaux du code de justice administrative », L.P.A, 12 février 2001, n° 30, p.16.

² - Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN, op.cit, p. 154.

³ - René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 12ème éd., Montchrestien, Paris, 2006, p. 1397.

⁴ - Gilles BACHELIER, op.cit, p. 262.

لوقف تنفيذ القرار الإداري خلال أجل معقول، واستعجال "أقصى" *urgence extreme*، يفرض تدخل قاضي الاستعجال لإنهاء الاعتداء الواقع على الحرية الأساسية خلال أجل متناه في القصر هو 48 ساعة.

إن الطبيعة المتميزة لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، تدفع إلى المرافعة لصالح مقارنة المفهوم المتميز لشرط الاستعجال في هذا الإجراء عن مفهومه في دعوى وقف التنفيذ، وسند ذلك ثلاثة اعتبارات أساسية:

- **أولها:** اعتبار قانوني، حيث أوجبت المادة 920 من ق.إ.م.إ على قاضي الحماية الخاصة التدخل خلال أجل 48 ساعة لإنهاء حالة الاعتداء على الحرية الأساسية. وعليه، يفترض هذا الأجل المقيد والمتناهي في القصر، أن القاضي يعالج حالة استعجال قصوى لا تحتل أي تأخير. بينما، يكفي في طلب وقف التنفيذ أن يتدخل القاضي ويمنح الوقف خلال أجل معقول، أي أن المشرع لم يقيده بميعاد معين، مما يقيم قرينة بأن حالة الاستعجال هنا عادية.

وعليه، لا يمكن إخراج الدور الحاسم للطبيعة التقديرية أو المقيّدة، والقصيرة أو متناهية القصر لميعاد الفصل في الطلب من معادلة قياس درجة الاستعجال المتطلبة في النظامين.

- **وثانيها:** اختلاف فلسفة وخصائص النظامين، حيث تتميز الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بأنها حماية استثنائية موجهة فقط لمواجهة الحالات الاستثنائية، ومن ثم تفترض لاقتضاها ضرورة التشدد في شرط الاستعجال، أي توافر استعجال موصوف. بينما، تتميز حماية وقف التنفيذ بأنها حماية عادية موجهة لمعالجة الأوضاع العادية، ومن ثم يكفي لاقتضاها توافر استعجال عادي.

- **وثالثها:** اعتبار منطقي مؤداه، أن المشرع شيد إجراء الحماية الخاصة إلى جانب نظام وقف التنفيذ وليس بديلا عنه، مما يجعل من غير المنطقي القول بتماثل شرط الاستعجال فيهما، وإلا لكان وجود أحدهما يغني عن الآخر.

والحقيقة أن هذا المفهوم المتميز لشرط الاستعجال بين إجراء الحماية الخاصة ونظام وقف التنفيذ، لا يشكل خروجاً عن المألوف، حيث يتماشى مع جوهر الاستعجال الذي يمتاز بالنسبية، ومن ثم لا يمكن أن يكون له مفهوماً موحداً في جميع تطبيقات قضاء الاستعجال، وإنما يتحدد مفهومه تبعاً لخصائص أو خصوصيات كل إجراء من إجراءات الاستعجال. وبعبارة أخرى، فإن نسبية مفهوم

الاستعجال تجعل لهذا الأخير، على حد تعبير الفقيه **René Chapus**، درجات¹، تجعله يتراوح بين اليسر والشدة تبعاً لما يقتضيه المشرع، وما تفرضه خصوصية كل إجراء من إجراءاته.

غير أن هذه الخصوصية التي يتميز بها مفهوم شرط الاستعجال في إجراء الحماية الخاصة مقارنة بنظام وقف التنفيذ، لا ينبغي أن يفهم منها أن الاختلاف بينهما مطلق، بل تبقى مظاهر التداخل والتكامل بينهما قائمة، حيث يتطلب الأمر لكي يسبغ قاضي الاستعجال الإداري الحماية على الحرية الأساسية وفق مقتضيات المادة 920 من ق.إ.م.إ، أن يتأكد أولاً من توافر وصفي خطورة وحلول الضرر الذي أصاب الطاعن، فإن عاين قيامهما، انتقل إلى مستوى آخر في التقدير هو بحث ما إذا كانت ظروف الدعوى تتطلب اتخاذ إجراء لحماية الحرية الأساسية خلال أجل 48 ساعة. أي بمعنى آخر، يعتبر ثبوت الضرر الجسيم والحال المسوغ لقيام عنصر الاستعجال اللازم لقبول دعوى وقف التنفيذ، ضروريا لتوافر حالة الاستعجال المبررة لقبول طلب الحماية الخاصة، إلا أنه غير كاف. وعليه، فإنه لقيام شرط الاستعجال في إطار إجراء الحماية الخاصة، يأتي تقدير مدى الحاجة إلى التدخل خلال 48 ساعة بعد تقدير مدى خطورة وحلول الضرر، أي أن الحاجة إلى التدخل العاجل لحماية الحرية لا يمكن تقديرها معزولة، وإنما تبعاً للآثار الضارة التي يترتبها القرار على مصالح المدعي ومدى الحاجة إلى التدخل لوقفها خلال أجل متناه في القصر.

الفرع الرابع

طبيعة الضرر المبرر لتوافر شرط الاستعجال

إن الضرر الذي يتحقق به مفهوم الاستعجال له عدة أنواع ودرجات، فقد يكون ضرراً مادياً محضاً يمكن إصلاحه نقداً، وقد يكون ضرراً معنوياً يلحق المدعي في عواطفه وأحاسيسه، كما قد يكون ضرراً حالاً، أي وقع بالفعل أو على وشك الوقوع، أو ضرراً احتمالياً غير محقق الوقوع، وأخيراً قد يكون ضرراً جسيماً أو ضرراً يسيراً. فأي هذه الأضرار يصلح لقيام شرط الاستعجال المبرر لإعمال إجراء الحماية الخاصة؟

¹ - René CHAPUS, op.cit, p. 1362.

أولاً: الضرر المادي والضرر المعنوي

يترتب على التخلي عن مفهوم الضرر صعب الإصلاح لصالح الضرر الجسيم والحال في مجال قيام شرط الاستعجال، إمكانية إعمال إجراء الحماية الخاصة سواء كان الضرر الذي لحق بمصالح المدعي مادياً أو معنوياً. والحقيقة أن إقصاء الأضرار المعنوية من دائرة الأضرار المبررة لتوافر شرط الاستعجال هو اتجاه غير منصف، لاسيما في مجال الحريات الأساسية، حيث تكون الأضرار المترتبة عن القرارات الإدارية الماسة بها غالباً معنوية تصيب المدعي في مشاعره وأحاسيسه، ومن ثم فإن القول بإقصاء هذه الأضرار من مجال إجراء الحماية الخاصة، يؤدي إلى التضييق من نطاقها إن لم نقل إفراغها من محتواها.

وعليه، يكون من الصائب قانوناً وواقعاً، الاعتداد بالأضرار المادية والمعنوية على حد سواء في ثبوت شرط الاستعجال المبرر لقبول طلب الحماية الخاصة. لذلك أهيب بالقضاء الإداري الجزائي التخلي عن المفهوم الكلاسيكي للضرر (صعب الإصلاح)، وتبنى مفهوم الضرر الخطير والحال، لاسيما في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، خاصة وأن المشرع أعطاه حرية التقدير بمقتضى نص المادة 920 ق.إ.م.إ، عندما استعمل مصطلح "الاستعجال" بدلا من عبارة "الضرر صعب الإصلاح".

ثانياً: الضرر الحال والضرر الاحتمالي

إن الضرر الذي يتوافر معه شرط الاستعجال هو الضرر الحال، أي الذي وقع فعلاً أو على وشك الوقوع، أما الضرر الاحتمالي فلا يعتد به في تقرير قيام الاستعجال، لأنه معلق قد يقع وقد لا يقع، ومن ثم يكون من غير المنطقي الالتفات إليه في توجيه الأوامر لجهة الإدارة، لأن ذلك قد يؤدي إلى شل نشاطها وتعطيل سير المرفق العمومي دون مقتضى. ولقياس حلول الضرر، ينبغي التركيز على مدى القرب الزمني لتنفيذ القرار الإداري، بمعنى ربط مفهوم الاستعجال بمعناه العام الذي يشكل عامل الزمن جوهره¹.

¹ - Valérie OGIER-BERNAUD, « Le référé – suspension et la condition d'urgence », R.F.D.A., mars-avril 2002, n°2, p. 287.

ويشترط لقيام وصف حلول الضرر، بالإضافة إلى كونه قد وقع بالفعل أو على وشك الوقوع، أن تبرر ظروف الدعوى الحاجة إلى تدخل قاضي الاستعجال الإداري خلال أجل 48 ساعة لرفع الاعتداء الواقع على الحرية الأساسية طبقاً لنص المادة 920 من ق.إ.م.إ.

ثالثاً: الضرر الخطير والضرر اليسير

يشترط لقيام حالة الاستعجال المبررة لقبول طلب الحماية الخاصة وفق نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، أن يكون الضرر الذي أصاب مصالح الطاعن على قدر من الخطورة، بحيث يبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري لتوجيه أمر لجهة الإدارة لحماية الحرية الأساسية. أمّا إذا كان الضرر الذي لحق بالمدعي يسيراً يمكن تحمله، لأنه لا يتجاوز الأعباء العادية التي تصيبه كفرد في المجتمع، فإن حالة الاستعجال تنتفي ولا يملك القاضي بسط حمايته على الحرية الأساسية.

إن اشتراط درجة معينة من الخطورة في الضرر للقول بتوافر حالة الاستعجال، يجد مبرره في اتساع سلطات القاضي في إجراء الحماية الخاصة لتصل إلى حد توجيه الأوامر للإدارة، من جهة، وفي الطبيعة الاستثنائية لهذه الحماية، والتي تقتض إعمالها فقط بصدد القرارات الماسة بالحرية الأساسية بصفة خطيرة، من جهة ثانية.

الفرع الخامس

إثبات الاستعجال

يقع عبئ إثبات توافر شرط الاستعجال في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية على عاتق المدعي. ويجد هذا المبدأ سنده في القواعد العامة التي تفرض على المدعي إثبات ما يدعيه، وكذلك في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أوجبت المادة 926 ق.إ.م.إ تضمين العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية الأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية، كما رتبت المادة 924 من ق.إ.م.إ جزاء رفض الطلب على تخلف شرط الاستعجال فيه.

يتضح من هذين النصين، أن إثبات الاستعجال هو التزام يقع على عاتق المدعي، الذي يتعين عليه تقديم الأسانيد أو التبريرات التي تبرهن على توافر هذا الشرط. وفيما يتعلق بمضمون هذا الالتزام، فإنه يتعين على الطاعن أن يقدم تبريراً فعلياً للاستعجال *une justification effective* وقابلاً بأن يسمح للقاضي بإجراء تقدير ملموس للقضية المعروضة عليه، ومن ثم لا تكفي العبارات

العامة للتدليل على قيام هذا الشرط، كأن يذكر المدعي مثلاً المخاطر المترتبة على القرار الذي نازع في عدم مشروعيته بصيغة عامة تخلو من التحديد¹.

وعليه، فإنه يقع على الطاعن في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يقدم مبررات فعلية وملموسة، يبرهن من خلالها على خطورة الضرر الذي أصابه، وعلى حلوله وحاجته الملحة لتدخل القاضي خلال 48 ساعة، حتى يثبت توافر الاستعجال المبرر لقبول طلبه.

بقي أخيراً، أن نتساءل عن مدى إمكانية إعمال قرينة الاستعجال في نطاق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية؟ أو بمعنى آخر، ما إذا كان التزام المدعي بإثبات الاستعجال هو التزام عام ومطلق، أم ترد عليه استثناءات يكون بموجبها هذا الشرط مفترضاً ولا يحتاج إلى إثباته من الطاعن؟ إن ارتباط النطق بتدابير الحماية الخاصة للحرية الأساسية بضرورة ثبوت وجود انتهاك موصوف بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة على هذه الحرية، يجعل قاضي الاستعجال الإداري لا يلجأ إلى بحث شرط الاستعجال، إلا بعد معاينة شرطي الحرية الأساسية والانتهاك، فإذا ما ثبت لديه توافر هذين الشرطين، اعتبر ذلك قرينة على قيام الاستعجال، تعفي المدعي من عبء إثباته، لتنتقله إلى جهة الإدارة التي يقع عليها إثبات انتقائه، بمعنى أنها قرينة بسيطة *une présomption simple* قابلة لإثبات عكسها من الإدارة المدعى عليها².

المطلب الثاني

تقدير شرط الاستعجال

إذا نجح المدعي في إثبات قيام الاستعجال، من خلال عرض كافة الأسانيد القانونية والواقعية المثبتة لتوافره، فإن عبء التثبت من قيامه ينتقل إلى قاضي الاستعجال الإداري، الذي يقع عليه التزام تقدير مدى توافر هذا الشرط، وهو عمل فني يدخل في صميم اختصاص القاضي، يقوم من خلاله بتكييف وتشخيص الأسانيد التي ساقها الطاعن للقول بمدى صحة إلحاق وصف الاستعجال بها.

¹ - Valérie OGIER – BERNAUD, op.cit, p. 285.

² -Tomas PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », R.F.D.A, mars-avril 2003, p. 385.

ويشترط في هذا التقدير أن يكون كلياً (الفرع الأول)، موضوعياً (الفرع الثاني) وزمناً (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التقدير الكلي للاستعجال

يتعين على قاضي الاستعجال الإداري أن يقوم بتقدير الاستعجال بصفة ملموسة، آخذاً في الاعتبار الأسانيد المقدمة من المدعي، أو بمعنى آخر، بصفة كلية وشاملة¹. يقصد بالتقدير الكلي للاستعجال، أن يقوم القاضي بتقديره تبعاً لخصوصيات كل دعوى²، وهو ما يتطلب منه أن يأخذ في الاعتبار ليس فقط وضعية المدعي ومصلحته في وقف تنفيذ القرار، ولكن أيضاً وضعية المدعي عليه ومصلحته في تنفيذ القرار³. وبمعنى آخر، ألا يقتصر القاضي في بحثه على التثبت مما قد يترتب على القرار الإداري من أضرار تلحق بالطاعن فقط، بل يتجاوزه إلى التحقق مما إذا كانت هناك مصالح أخرى قد تضار من جراء منح الطاعن الحماية لحرية الأساسية⁴.

والحقيقة أن هذا المنهج في تقدير الاستعجال يعكس جوهر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، من حيث أنها حماية متوازنة تهدف إلى رعاية جميع المصالح والمصالحة بينها، وليس إلى إسباغ حماية مفرطة للمدعي على حساب مصالح أخرى قد تكون أجدر بالرعاية.

وللقيام بهذه المهمة، يلجأ القاضي إلى إعمال ما يعرف بنظرية ميزان المصالح la théorie du bilan des intérêts، والتي تعني وجوب تقدير الاستعجال في ضوء حصيلة المواجهة بين مصلحة المدعي في وقف تنفيذ القرار والمصلحة العامة في الاستمرار في تنفيذه⁵.

واستناداً لهذه النظرية، لا يعتبر الضرر الذي يصيب مصلحة الطاعن كافياً لوحده لتوافر شرط الاستعجال وقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بل يتعين على القاضي أن يأخذ في

¹-Patrice CHRETIEN, « la notion d'urgence », R.F.D.A, janvier- février 2007, n° 1, p. 40, Karine BUTERI, op.cit, p.20.

²- Benoit CAVIGLIOLI, « le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence », A.J.D.A, 7 avril 2003, p. 644.

³- Karine BUTERI, op.cit, pp. 20-21.

⁴ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 71.

⁵- Benoit CAVIGLIOLI, op.cit, p. 644.

اعتباره جميع مصالح أطراف الطلب، أي مصلحة الطاعن في توجيه أمر لجهة الإدارة لحماية حريته الأساسية، ومصلحة المدعى عليه في رفض طلب الحماية.

وقد لخص الفقيه **René Chapus** مضمون هذه النظرية بقوله: " في ظل الوضع الحالي للقانون، نحن أساسا في حضرة المواجهة بين المصلحة الخاصة للمدعي والمصلحة العامة"¹. وأضاف **Caviglioli**، أن المواجهة بين المصلحة الخاصة للطاعن والمصلحة العامة، يمكن أن تظهر في الواقع في ثلاث صور هي²:

- إذا كان وقف تنفيذ القرار الإداري لا يصطدم مع أية مصلحة عامة، فإنه لا مجال بداهة لإعمال نظرية ميزان المصالح، ويقع تقدير الاستعجال استنادا إلى مصالح الطاعن فقط؛
 - أن يكون من شأن وقف التنفيذ تحقيق المصلحة العامة، أو أن تكون المصلحة الخاصة للمدعي متوافقة مع المصلحة العامة، فإنه لا محل أيضا لإعمال نظرية ميزان المصالح، حيث تكون مصلحة المدعي هي المعتبرة ويقع إجابته إلى طلبه؛
 - إذا كانت المصلحة الخاصة للطاعن تتصادم مع المصلحة العامة، فإنه يقع تطبيق نظرية ميزان المصالح، حيث يتم ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للطاعن. أما إذا كانت المصلحة العامة غير مباشرة أو غير ثابتة، فإنه يقع ترجيح المصلحة الخاصة للمدعي.
- وبالإضافة إلى هذه الصور التي قال بها الأستاذ **Caviglioli**، يمكن إضافة صورة رابعة مؤداها، أن يقع التصارع بين مصلحتين عامتين، ويتحقق ذلك حين يكون طالب الحماية الخاصة للحرية الأساسية شخصا من أشخاص القانون العام ضد عمل قام به شخص عام آخر. في هذه الحالة، يتم إعمال نظرية ميزان المصالح لفض التنازع بين هاتين المصلحتين، ويقدر القاضي الاستعجال تبعا للمفاضلة بينهما.

وإذا كان إعمال نظرية ميزان المصالح، على نحو ما سبق شرحه، مبرر في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، فإنها قد لا تكون بنفس الوجاهة في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، كونه لا يطل إلا أعمال الإدارة الموصوفة بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة، أي إذا اعتبرنا أن العمل

¹ -« En l'état actuel de droit, on est essentiellement en présence de la confrontation entre l'intérêt privé du demandeur et l'intérêt général », René CHAPUS, op.cit, p. 1366.

² - Benoit CAVIGLIOLI, op.cit, pp. 645-646.

الإداري محل المنازعة هو قرار إداري كما هو الحال في القانون الجزائري، فإنه بهذين الوصفين (الخطورة وعدم المشروعية الواضحة)، يقيم قرينة متماسكة على أن الإدارة لم تبتغ من ورائه تحقيق المصلحة العامة، وإلا لما تجاهلت أحكام القانون إلى هذه الدرجة.

بينما نجدها في نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية، قد خرجت عن أحكام القانون وأصدرت قرارا تشوبه عدم مشروعية يسيرة، ومن ثم تبقى إمكانية ابتغاء الإدارة تحقيق المصلحة العامة قائمة، مما يستقيم معه إعمال نظرية ميزان المصالح.

غير أن هذا الرأي، ينبغي ألا يفهم منه إنكار تطبيق النظرية في مجال إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وإنما القصد منه هو إعمالها من طرف القاضي بحذر وفي أضيق نطاق، حتى لا تتحول المصلحة العامة إلى ذريعة لإضفاء المشروعية على اعتداءات الإدارة الخطيرة وواضحة عدم المشروعية، وأداة لإهدار الحريات الأساسية للأفراد.

الفرع الثاني

التقدير الموضوعي للاستعجال

يقصد بالتقدير الموضوعي للاستعجال، وجوب أن يقدره القاضي تبعا لظروف الدعوى ذاتها لا وفقا لتصور مسبق منه أو لرؤيته الذاتية لمفهوم الاستعجال، وإنما عليه أن يتجرد من هذه الذاتية ويقدر الاستعجال في ضوء الأسانيد التي يقدمها المدعي لإثباته والدفع التي يقدمها المدعى عليه لنفيه وإنكاره، وهو أمر يبدو في غاية الصعوبة، نظرا لما ينطوي عليه مفهوم الاستعجال من نسبية ومرونة تجعله يختلف تبعا لظروف الزمان والمكان، كما قد تسمح بتسرب ذاتية القاضي إلى التقدير.

وحتى يستطيع القاضي تقدير الاستعجال بصفة موضوعية بعيدا عن رؤيته الذاتية، عليه أن يلتزم بأمرين، أولهما: أن يقدر الاستعجال بشكل ملموس، أي وفق ظروف كل دعوى، وهو ما يستلزم أن يجريه حالة بحالة تبعا لخصوصيات كل قضية وأخذا في الاعتبار الظروف الخاصة بكل دعوى. وفي هذا المعنى يقول المحافظ Boissard أنه: "لكي يمكن تقدير الاستعجال، يجب أن يكون العمل أو التصرف المطعون فيه، وفق ظروف الطعن ضارا بمركز المدعي بشكل ملموس، وهذا معناه أن القاضي أضحي متحررا في تقديره للاستعجال من الالتزام بتصور مسبق لاتجاه قضائي

مستقر، أو سابق ما تواتر عليه القضاء الأعلى لمعنى الضرر، وإنما لازمه أن يكون تصويره للاستعجال واقعيًا من خلال أوراق الدعوى¹.

وتأكيدًا لهذا المعنى، ترى **Fouletier**، أنه أصبح لقاضي الاستعجال الإداري حرية تقدير الاستعجال، فلم يعد ملزمًا باتباع تفسير ضيق له، إلا أنها ليست حرية مطلقة، إذ هو مقيد وفي جميع الحالات بظروف الدعوى وبما ساقه المدعي من أسانيد تدعم إدعائه بتوافره².

وثانيهما، تقدير الاستعجال تبعًا لأثر التصرف المطعون فيه على المصالح الماثلة أمام القاضي، ومدى قدرة الإجراء الذي يقضي به على تفاديه، وهذا معناه جريان التقدير وفق درجة خطورة هذا التصرف على مصلحة المدعي أو المصلحة العامة³.

وعليه، فإن القاضي في تقديره للاستعجال تبعًا لأثر التصرف الإداري على المصالح الماثلة أمامه، يقوم بتقييم أمرين أساسيين هما: درجة خطورة أو جسامة التصرف المطعون فيه، وأهمية المصلحة المعتبرة عليها، حيث يلزم أن يثبت لديه أن العمل الذي أتمته الإدارة يشكل انتهاكًا خطيرًا للحرية الأساسية للطاعن، من جهة، وأن يتحقق من أن مصلحة الطاعن المضارة من هذا الانتهاك هي الأولى بالترجيح على المصالح الأخرى، من جهة ثانية.

يبرز إذن مما سبق، أنه ورغم نسبية وذاتية مفهوم شرط الاستعجال، فإنه بهذين المعيارين (التقدير الملموس والتقدير تبعًا لأثار التصرف)، يمكن لقاضي الاستعجال الإداري تجاوز هذه الذاتية، وتقدير الاستعجال تقديرًا موضوعيًا قوامه الاعتبارات الخاصة بكل دعوى.

¹ - Sophie BOISSARD, Concl. sur CE, ord., 26 Novembre 2003, Ministre de L'économie, des Finances et de L'industrie c/ M. Terlutte, A.J.D.A, 2004, p. 339.

² - Marjolaine FOULETIER, « La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », R.F.D.A, septembre-octobre 2000, n° 5, p. 971.

³ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 76.

الفرع الثالث

التقدير الزمني للاستعجال

الأصل في قضاء الاستعجال الإداري، أن القاضي يقدر مدى توافر شرط الاستعجال وقت الفصل في الطلب، ذلك أنه إذا كان من المهم قيام حالة الاستعجال عند تقديم الطلب لقبوله، فإن الأهم هو توافرها عند الفصل فيه¹.

ويتربط على هذه القاعدة الإجرائية نتيجة أساسية مؤداها، أن انتفاء الاستعجال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وقت تقديمه، لا يحول دون الفصل فيه من طرف قاضي الاستعجال الإداري إذا وجدت وقائع تقطع بتوافره وقت الحكم في الطلب، رغم التسليم بأنه يصعب تحقق هذه الفرضية في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، حيث وبحكم اتسام تدخل القاضي للحكم فيه بقدر كبير من السرعة (48 ساعة)، فإنه يبدو من غير العملي القول بعدم توافر الاستعجال وقت تقديم الطلب وتوافره وقت الفصل فيه خلال هذا الأجل المتناهي في القصر.

ولا يكفي لقيام التقدير الزمني للاستعجال، تحقق القاضي من توافره وقت الفصل في الطلب، بل يلزم أن يتعداه إلى تقدير مدى الحاجة إلى تدخله لرفع الاعتداء الواقع على الحرية الأساسية خلال أجل 48 ساعة. أي أن الاعتداد بعنصر الزمن لتقدير الاستعجال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية له مظهرين أساسيين هما: تقدير زمن توافر حالة الاستعجال في الطلب، من جهة، وتقدير زمن تدخل القاضي للحكم فيه، من جهة ثانية، وهو تقدير فرضته الخصوصية التي يتمتع بها هذا الشرط في نطاق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية التي جرى تفصيلها سابقا.

¹ - المرجع نفسه، ص. 77.

المطلب الثالث

عناصر قيام الاستعجال وانتفاؤه

سبق القول أن القاضي عند تقديره للاستعجال يجريه حاله بحالة، أي بحسب الظروف الخاصة بكل دعوى. وفي هذا الإطار، توجد عناصر إذا توافرت من شأنها التدليل على قيام الاستعجال، وعناصر أخرى يؤدي تحققها إلى افتراض انتفاء الاستعجال عن الطلب. وسيتم التطرق في هذا المطلب، إلى عناصر قيام الاستعجال في فرع أول، ثم عناصر انتفاؤه في فرع ثان.

الفرع الأول

عناصر قيام الاستعجال

الأصل، أنه يفترض توافر حالة الاستعجال المبررة لقبول طلب الحماية الخاصة، إذا ما ثبت للقاضي وجود انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية (أولاً). غير أن هذه الفرضية ليست الحالة الوحيدة التي تسمح بتشخيص الاستعجال، حيث يمكن في بعض الحالات القليلة، أن يتوافر الاستعجال خارج معايينة أي انتهاك للحرية الأساسية (ثانياً).

أولاً: المعايينة المسبقة للانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية كعناصر لقيام الاستعجال

يتوافر شرط الاستعجال بمفهوم إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، في حالة معايينة القاضي بصفة مسبقة لوجود انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية، حيث يشكل هذا الاعتداء مسوغاً يبرر التدخل الفوري من القاضي لاتخاذ إجراء الحماية. ويأخذ القاضي في اعتباره عند تقدير توافر الاستعجال في هذه الحالة ثلاثة عناصر أساسية: يتعلق أولها: بمدى وشوك أو مدى القرب الزمني لوقوع الضرر¹.

بينما يتعلق الثاني: بمدى خطورة الآثار المترتبة على مصلحة الطاعن من جراء القرار الإداري، كما هو الشأن في حالة رفض جهة الإدارة تسجيل أسماء أطفال المدعي على جواز سفره دون مبرر². وأخيراً، وفي مقام ثالث، يمكن بعد معايينة وجود انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية تبرير توافر حالة الاستعجال بالنظر إلى استحالة ممارسة الطاعن لحرية الأساسية، كما هو

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 311.

² - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 100.

الحال بالنسبة لاستحالة ممارسة الطاعن للسلطات التي يخولها له حق الملكية بفعل رفض الإدارة تسخير القوة العمومية لإخلاء العقار من شاغليه غير الشرعيين¹.

يبرز مما سبق، أن شرط الاستعجال في نطاق إجراء الحماية الخاصة يمكن أن يفترض، وهو أمر يجدد مبرره في أن عناصر الاستعجال بمفهوم هذا الإجراء تكون مدرجة بصفة ضمنية في شرط الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية، حيث تستشف عناصر خطورة الضرر، حلوله والحاجة الفورية المبررة لتدخل القاضي لإسباغ الحماية على الحرية الأساسية من فكرة الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية لهذه الحرية.

غير أنه يلزم ملاحظة، أن الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية، وإن كان يشكل قرينة على توافر حالة الاستعجال، إلا أنها تبقى قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس²، بمعنى أن ثبوت الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية، وإن كان يدعم بقوة توافر شرط الاستعجال، إلا أنه لا يقطع بتوافره، لأن القول بغير هذا يصطدم مع نص المادة 920 ق.إ.م.إ، التي اعتبرت أن شرط الاستعجال هو شرط مستقل ومتميز عن شرط الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية.

وعليه، نصل إلى نتيجة مفادها، أن ثبوت وقوع انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية، وإن كان يشكل قرينة على توافر شرط الاستعجال، إلا أنها قرينة بسيطة، يقتصر دورها على مجرد نقل عبئ إثبات انتفاء هذا الشرط إلى الإدارة المدعى عليها.

ثانياً: قيام الاستعجال في غياب المعاينة المسبقة للانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية

إذا كان الأصل، أن يحكم القاضي بتوافر شرط الاستعجال بعد ثبوت وجود انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية، فإنه يمكن في بعض الحالات، أن ينتهي إلى توافره قبل بحث مسألة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية. ويتعلق الأمر هنا بحالات استثنائية متعلقة في الواقع بوجود قرينة الاستعجال³.

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, pp. 312-313.

² - Tomas PEZ, op.cit, p. 385.

³ - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 101.

يرتكز القاضي في هذه الحالات على قرينة من شأنها التدليل على توافر حالة الاستعجال، وذلك قبل أن يتعرض لمسألة وجود انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية. ويتوصل القاضي إلى استخلاص هذه القرينة بالنظر إلى محل وأهمية الإجراء المطلوب اتخاذه. وقد أرسى القضاء الإداري الفرنسي قرينة الاستعجال في مجالات متعددة، أخصها المنازعات المتعلقة بالأجانب كقرارات الطرد والقرارات المتعلقة برفض طلب اللجوء السياسي، وبالمقابل أنكر تطبيقها في بعض منازعات الحماية الخاصة للحرية الأساسية كالقرار القاضي بسحب أو رفض تجديد سند الإقامة لأجنبي موجود في وضعية قانونية¹.

يظهر إذن مما سبق، أن الحالات التي يثبت فيها توافر شرط الاستعجال قبل معاينة قيام الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية، إنما ترجع إلى وجود قرينة الاستعجال، والتي يجري استخلاصها من ظروف الدعوى ومحل القرار المطعون فيه. غير أنه يجب ملاحظة، أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة تفترض توافر الاستعجال ولكن لا تقطع بتوافره، ومن ثم يجوز للإدارة إثبات عكسها ونفي الاستعجال، من خلال إثبات أن الضرر الذي أصاب المدعي يرجع إلى فعله هو، أو أن هناك مصلحة عامة يستهدفها القرار أولى بالحماية من مصلحة المدعي، حيث من شأن هذه الأوضاع أن تهدم قرينة الاستعجال التي استخلصها القاضي.

الفرع الثاني

عناصر انتفاء الاستعجال

كما هو الحال بالنسبة لافتراض توافر شرط الاستعجال، فإنه انتفاءه أيضا يمكن أن يفترض. وفي الواقع، توجد حالات يفترض فيها انتفاء الاستعجال هي: انتفاء الضرر الحال أو وشيك الوقوع (أولا)، سلوك المدعي (ثانيا)، تعارض المصلحة الخاصة للطاعن مع المصلحة العامة (ثالثا) وقيام الإدارة بتصحيح اعتدائها على الحرية الأساسية (رابعا).

أولا: انتفاء الضرر الحال أو وشيك الوقوع

سبق البيان، أنه يشترط لتوافر حالة الاستعجال المستوجبة للنطق بتدابير الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يكون الضرر الذي أصاب مركز المدعي حالا أو وشيك الوقوع، ومن ثم إذا كان

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 319.

الضرر احتماليا، أي غير محقق الوقوع، فإن شرط الاستعجال ينتفي. ويدخل في مفهوم آنية أو حلول الضرر في نطاق إجراء الحماية الخاصة طبقا لنص المادة 920 من ق.إ.م.إ، ضرورة أن تستوجب ظروف الطلب تدخل القاضي للحكم بإجراء الحماية خلال أجل 48 ساعة من تقديمه، فإذا انتفت هذه الحاجة انتفى معها شرط الاستعجال.

ثانيا: سلوك المدعي

مقتضى هذه الحالة، أنه إذا كان الطاعن هو الذي أوجد نفسه في حالة الاستعجال، أو ساهم في تفاقمها بإهماله أو خطئه، فإنه لا يجوز له أن يحتج بها أو يستند إليها لطلب الحماية الخاصة لحرية الأساسية. وفي هذا المعنى يرى المحافظ Chauvaux، أنه يجب على القاضي عند بحث مسألة توافر الاستعجال، أن يتحقق مما إذا كانت الوضعية المحتج بها من طرف الطاعن ترجع إلى إهماله، لأن من شأن ثبوت ذلك نفي هذه الحالة الاستعجالية المصطنعة¹. ترجع هذه الحالة، في الواقع، إلى مبدأ قانوني مستقر مفاده، عدم جواز إفادة الشخص من خطئه.

وتستغرق هذه الصورة ثلاث فرضيات أساسية هي:

- ابتداء، لا تتوافر حالة الاستعجال المستوجبة للنطق بتدابير الحماية الخاصة، إذا كان الضرر اللاحق بمصالح الطاعن غير ناتج من عمل الإدارة، وإنما من تأخره في تقديم الطلب إلى الجهة الإدارية المختصة، كما هو الشأن في حالة طلب تجديد جواز السفر، حيث يجب على صاحب الشأن التقدم إلى الجهة الإدارية لتجديد جواز سفره بوقت كاف، فإذا تأخر في طلبه لعدة أشهر، فلا مجال لتوافر حالة الاستعجال، وكذلك الأمر، إذا تأخر المدعي في طلب تجديد جواز سفره لمدة سنتين بعد انتهاء مدة صلاحيته، كما لا تتوافر حالة الاستعجال أيضا، بالنسبة للرعية الأجنبي الذي له بطاقة إقامة مؤقتة وتأخر في تقديم طلب تجديدها حتى اليوم الأخير من انتهاء صلاحيتها²؛

- تنتفي حالة الاستعجال كذلك، إذا انتظر المدعي فترة زمنية طويلة بين صدور قرار الإدارة الذي سبب له ضررا وبين تقديمه طلب الحماية الخاصة³، ذلك أن انتظاره هذه الفترة الطويلة يوفر قرينة

¹-Didier CHAUVAUX, concl. sur CE, Sect., 28 février 2001, MM. Philippart et Lesage, R.F.D.A, 17 année, mars-avril 2001, n° 2, p. 393.

²- Olivier LE BOT, op.cit, pp. 321-322.

³ - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 104.

للقاضي على انتفاء حالة الاستعجال المحتج بها، ومن ثم يرفض إجابته إلى طلبه بتوجيه أوامر إلى الإدارة لحماية حريته الأساسية؛

- أخيراً، لا تتوافر حالة الاستعجال، إذا وجد المدعي في وضعية غير مشروعة أو مخالفة للقوانين والتنظيمات، حيث لا يجوز له في هذه الحالة أن يطلب من قاضي الاستعجال الإداري إصدار أمر في مواجهة الإدارة لإنهاء حالة الاعتداء على حريته الأساسية¹.

ثالثاً: تعارض المصلحة الخاصة للطاعن مع المصلحة العامة

سبق البيان عند بحث عنصر تقدير الاستعجال، أن القاضي يجري هذا التقدير بصفة كلية، أي يأخذ في اعتباره مجموع المصالح الماثلة أمامه ويوازن بينها للوصول إلى تحديد المصلحة الأولى بالحماية. ومن ثم، يتعين عليه عند نظر طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يقارن بين الضرر الذي أصاب مصلحة الطاعن من قرار الإدارة والضرر الذي قد يلحق المصلحة العامة من جراء إجابته إلى طلبه.

ويجد القاضي في تقديره لحالة الاستعجال هنا نفسه بين فرضين، يتعلق أولهما: بكون المصلحة العامة لا تتعارض مع المصلحة الخاصة للطاعن، في هذه الحالة، يقوم القاضي بترجيح مصلحة المدعي، ومن ثم يقضي بتوافر شرط الاستعجال في طلبه. بينما يتعلق الثاني: بكون المصلحة الخاصة للمدعي في قبول طلبه ومنحه إجراء الحماية تتعارض مع المصلحة العامة التي تثيرها الإدارة، في هذه الحالة يقع ترجيح المصلحة العامة ويحكم القاضي بانتفاء شرط الاستعجال المبرر لقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

رابعاً: قيام الإدارة بتصحيح اعتدائها على الحرية الأساسية

ينتهي شرط الاستعجال في طلب توجيه أمر إلى الإدارة وفق مقتضيات إجراء الحماية الخاصة، إذا أقدمت الجهة الإدارية على تصحيح اعتدائها على الحرية الأساسية، بأن وفرت للطاعن من البدائل ما يحقق له ذات المنافع التي حالت بقرارها المطعون فيه دون تحصله عليها².

¹ - المرجع نفسه، ص ص. 104-105.

² - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ص. 68-69.

والحقيقة أن هذه الحالة تؤدي إلى نفي الاستعجال لسببين، أولهما: أن الإدارة بتصرفها هذا تكون قد أصلحت عيننا وعلى وجه كامل الضرر الذي أصاب المدعي، ومن ثم لا مجال للقول بوجود حالة استعجال. وثانيهما: أن مصلحة المدعي في تقديم طلب الحماية أو الاستمرار فيه قد انتفتت، جراء انتفاء حاجته إلى هذه الحماية.

المبحث الثاني

شرط الانتهاك للحرية الأساسية

يمثل الانتهاك الشرط الثاني من شروط اقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية وفق نص المادة 920 من ق.إ.م.إ. وقد حدد المشرع شروطا وأوصافا لهذا الانتهاك، وذلك استجابة للطابع الاستثنائي الذي تتميز به هذه الحماية، من جهة، وتحوطا من إسراف المتقاضين في اللجوء إليها بشكل يرهق القاضي ويؤدي إلى شل نشاط الإدارة، من جهة ثانية.

ويتبين من نص المادة 920 من ق.إ.م.إ.، أنه ليس كل انتهاك للحرية الأساسية يبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري لتوجيه أوامر إلى الإدارة لإنهاء اعتدائها، بل يجب أن يتصف بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة، كما يجب أن يصدر عن شخص من أشخاص القانون العام أو هيئة من الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارستها لسلطاتها. وعليه، يقتضي الأمر لبحث هذا الشرط، التطرق إلى عناصر الانتهاك في مطلب أول، شروطه في مطلب ثان، ومصدره في مطلب ثالث.

المطلب الأول

عناصر الانتهاك للحرية الأساسية

يقع على المدعي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية عبء إقامة الدليل على وجود انتهاك من جانب الإدارة لإحدى حرياته الأساسية، وذلك استجابة للأصل القاضي بأن: "على المدعي إثبات ما يدعيه"، ومن ثم فإن القاضي لا يمكنه تقرير قيام الانتهاك إذا لم يقدم الطاعن عناصر الإثبات الكافية لتبرير وجوده.

ولكي يوصف فعل ما بأنه انتهاك، فإنه يجب أن يقوم على عدة عناصر تحدد طبيعته وجوهره هي: العنصر المادي (الفرع الأول)، العنصر الشخصي (الفرع الثاني) والعنصر الزمني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

العنصر المادي للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

مؤدى هذا العنصر، أن كل تقييد أو انتقاص من ممارسة الحرية الأساسية لا يشكل انتهاكا بمفهوم إجراء الحماية الخاصة، بل ينبغي لقيامه أن يندرج الإجراء الإداري محل المنازعة في مجال محمي ماديا بواسطة الحرية الأساسية، أي أن يمس أحد مكوناتها أو عناصرها الجوهرية. وتطبيقا لذلك، لا وجود للانتهاك إذا لم يتقاطع العمل الإداري مع أحد العناصر المحمية بواسطة الحرية الأساسية. ففيما يتعلق بحق الرضا الطبي مثلا، فإنه يجد حدّه الطبيعي ولا يعتد به إذا كان من شأن اختيار المريض أن يؤد إلى وفاته¹.

وعلى العكس من ذلك، تشكل بعض الأعمال الإدارية اعتداء على الحرية الأساسية، لأنها انتهكت المجال المحمي ماديا بواسطة هذه الحرية، كما هو الحال مثلا بالنسبة لقرار إداري بمنع الأم من اصطحاب ابنتها القاصر للإقامة مع والدها، حيث يشكل انتهاكا للحق في الإقامة العائلية². وإذا كانت هناك قرارات إدارية، تشكل بذاتها اعتداء على الحرية الأساسية كونها تنتهك بصفة تلقائية الحقل المحمي بواسطة هذه الحرية، فإنه في المقابل، هناك من القرارات التي لا تشكل بطبيعتها انتهاكا، وذلك بالنظر إلى خصائصها أو ظروف وملابسات الدعوى، كما هو الأمر مثلا بالنسبة لقرار منح رخصة بناء يحمل تحفظا بضرورة مراعاة حقوق الغير، أو قرار منطوقه سحب ترخيص من شخص لم يستوف الشروط اللازمة لاستصداره³.

الفرع الثاني

العنصر الشخصي للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

يشترط لثبوت قيام الانتهاك المبرر لقبول طلب الحماية الخاصة، أن تكون للمدعي صفة تؤهله للاحتجاج بالحرية الأساسية، ولا يتأتى ذلك، إلا إذا كان له وصف المستفيد من هذه الحرية. أمّا الأشخاص الذين لا يمنحهم القانون حق الاستفادة من الحرية الأساسية، فلا يملكون مكنة المطالبة بحمايتها من طرف قاضي الاستعجال الإداري وفق إجراء الحماية الخاصة.

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 232.

² - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص ص. 129-130.

³ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 236.

وإعمالاً لذلك، لا يستطيع الرعايا الأجانب الاحتجاج بالحقوق والحريات التي تقتصر الاستفادة منها على من يحملون جنسية الدولة فقط، وذلك لأن الأجنبي له نظام قانوني خاص بدخوله وإقامته داخل الدولة، يختلف بالضرورة عن النظام القانوني الخاص بالمواطن. كما لا يجوز للأجنبي الذي يوجد في وضعية غير قانونية، أن يطالب بالتمتع بالحريات الأساسية التي تبقى قاصرة على من يوجد في وضعية قانونية فقط¹.

إذن، يجد وصف المستفيد من الحرية الأساسية معياره، إما في التمتع بجنسية الدولة وهو الأصل، أو في الإقامة الشرعية على إقليم الدولة، عدا ذلك، ليس للأجنبي أن يحتج ببعض الحريات الأساسية، مرتكزا على وجود اعتداء عليها للمطالبة بتدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق مقتضيات إجراء الحماية الخاصة.

الفرع الثالث

العصر الزمني للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

يستفاد من الصياغة الحرفية لنص المادة 920 من ق.إ.م.إ، أنه يجب لقيام شرط الانتهاك المبرر لتدخل قاضي الاستعجال الإداري لتوجيه أمر إلى الإدارة من أجل حماية الحرية الأساسية، أن يكون هذا الانتهاك حالا ومؤكداً الوقوع، أي أن يتوافر وقت تقديم الطلب، حيث استعملت المادة عبارة "الحريات الأساسية المنتهكة". ومن ثم، إذا وقع إخطار القاضي قبل وقوع الانتهاك أو بعد وقوعه وانتهاء آثاره، فإنه لا مجال للحكم بتوافر هذا الشرط وقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية. ويثور التساؤل حول ما إذا كان هذا المتطلب (حلول الانتهاك)، يفضي إلى إقصاء الانتهاك ذو الطابع المستقبلي، أي الذي لم يقع بعد ولكنه محقق الوقوع في المستقبل، من مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية؟

يرى الفقيه René Chapus بجواز تدخل قاضي الاستعجال الإداري للوقاية من اعتداء مستقبلي شريطة أن يكون وشيك الوقوع². ونفس الرأي تبناه الفقيه Olivier Le Bot، حين اعتبر بأن عدم الاعتداد بالانتهاك المستقبلي يناقض روح إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية والغاية

¹ - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص ص. 130 - 131.

² - René CHAPUS, op.cit, p. 1385.

منه، واستدل على رأيه هذا، بأنه في مجال نظرية التعدي، أجاز القضاء الأخذ بالانتهاك المستقبلي إذا تعلق الأمر بإجراء تم اتخاذه ولكن لم يقع تنفيذه بعد، ومن ثم، فإنه لا مانع في إجراء الحماية الخاصة من أن يتدخل قاضي الاستعجال الإداري للوقاية من انتهاك مستقبلي، وذلك إذا كانت الإدارة قد اتخذت القرار وحددت تاريخ تنفيذه¹.

وفي رأبي، فإنه يجوز الاعتداد بالانتهاك المستقبلي، إذ لا ينبغي الخلط بين الانتهاك الاحتمالي الذي قد يتحقق وقد لا يتحقق، والانتهاك المستقبلي الذي هو اعتداء محقق الوقوع في المستقبل، مع ضرورة الأخذ في الاعتبار خصوصية إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وما يوجبه من ضرورة توافر الحاجة لتدخل قاضي الاستعجال الإداري خلال أجل متناه في القصر هو 48 ساعة، مما يقتضي الأخذ في الحسبان تاريخ تنفيذ القرار الذي يجب أن يكون وشيك الوقوع.

المطلب الثاني

شروط الانتهاك للحرية الأساسية

يتبين من قراءة نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، أنه ليس كل انتهاك للحرية الأساسية يبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري لإنهائه وفق مقتضيات إجراء الحماية الخاصة، بل يجب أن يكون انتهاكا خطيرا، من ناحية، وأن تكون عدم مشروعيته واضحة، من ناحية أخرى. يعكس هذان الشرطان للانتهاك، الطبيعة الاستثنائية لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية. وعليه، سيتم التطرق في هذا العنصر، إلى شرط خطورة الانتهاك في فرع أول، ثم عدم مشروعيته الواضحة في فرع ثان.

الفرع الأول

خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

اشترط المشرع في المادة 920 من ق.إ.م.إ لجواز تدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق إجراء الحماية الخاصة، أن يكون الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية خطيرا، وذلك دون تحديد لمفهوم هذا الوصف. وعليه، يثور التساؤل الآتي: هل يعتبر كل انتهاك للحرية الأساسية بطبيعته خطيرا؟ وما هي عناصر قيام هذه الخطورة وعناصر انتفاؤها؟

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 242.

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل، التطرق إلى طبيعة شرط الخطورة (أولاً)، عناصر قيام خطورة الانتهاك (ثانياً) وعناصر انتفاؤها (ثالثاً).

أولاً: طبيعة شرط خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

يثور التساؤل بشأن طبيعة شرط الخطورة، ومدى اعتباره شرطاً مستقلاً وقائماً بذاته أم مرتبطاً بمجرد الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية¹؟ بمعنى ما إذا كان كل انتهاك للحرية الأساسية خطيراً بطبيعته، ومن ثم يعفى المدعي من عبء إثباته؟ يجد هذا التساؤل مبرره في أهمية وجوهية الحرية الأساسية، مما قد يتبادر إلى الأذهان، بأنه لا يمكن تصور وجود اعتداء على الحرية الأساسية لا يتسم بالخطورة.

تقدم المادة 920 من ق.إ.م.إ. الإجابة عن هذا التساؤل، حيث تنص صراحة على وجوب توافر الخطورة في الانتهاك، ومن ثم يعتبر هذا الشرط مستقلاً وقائماً بذاته بنص القانون. كما أنه، وبالإضافة إلى هذا السند القانوني، يبرز سنداً آخر منطقي مفاده، أن دمج شرط الخطورة في شرط الانتهاك يناقض روح وفلسفة إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، من حيث أنها حماية استثنائية يتم إعمالها فقط في الحالات والأوضاع الاستثنائية، مما يقتضي تشديد شروطها.

يعتبر إذن شرط الخطورة متطلباً مستقلاً ومتميزاً عن شرط الانتهاك، قررهما المشرع كعنصرين منفصلين، ومن ثم يقع على المدعي إثبات، وعلى القاضي تقدير توافر كل منهما، وإلا كان مآل طلب الحماية الخاصة الرفض. وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يمكن للقاضي تقدير خطورة الانتهاك؟ أو بعبارة أخرى، كيف يمكن للقاضي التمييز بين الانتهاك الخطير الذي يسوغ تدخله والانتهاك اليسير الذي لا يبرر هذا التدخل؟

¹ - أثير نفس التساؤل في النظام القانوني الفرنسي، وقد أكد المحافظ **Touvet**، أن شرط الخطورة منصهر في شرط الانتهاك، إذ لا يمكن تصور أن يكون الاعتداء الواقع على الحرية الأساسية غير خطير، بينما ذهب الفقيه **Chapus** إلى خلاف ذلك، = حيث يقول أنه: " سيكون من المبالغة دون شك، اعتبار أن كل انتهاك للحريات الأساسية هو انتهاك خطير. إن انتهاك الحريات الأساسية، وإن كان أمراً مؤسفاً، إلا أنه لا يمكن تشبيهه بجريمة الخيانة العظمى". انظر:

- Laurent TOUVET, op.cit, p. 385.

- René CHAPUS, op.cit, p. 1398.

يعود تقدير مدى خطورة الانتهاك إلى السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال الإداري، وذلك تبعا للمعطيات الخاصة بكل دعوى¹، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، هو ليس حرا في هذا التقدير يجريه تبعا لهواه، بل يعتمد على ما يسوقه المدعي من أدلة واقعية وقانونية، ذلك أن عبء إثبات توافر هذا الشرط يقع على عاتق المدعي، الذي لا يغنيه أن يذكر باقتضاب وبصفة عامة أو مرسلة بأن أحد حرياته الأساسية قد وقع عليها انتهاك خطير من جانب الإدارة، بل عليه أن يقيم الدليل على ذلك بما أصابه شخصا من أضرار وذلك بشكل كاف ومفصل².

ثانيا: عناصر قيام خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

يستعين القاضي عند تقديره لخطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية، ببعض العناصر التي من شأنها التدليل على قيام أو تحقق هذه الخطورة. توجد ثلاثة عناصر أساسية، يؤدي تحققها إلى افتراض وجود انتهاك خطير للحرية الأساسية هي: خطورة آثار الانتهاك على الوضعية الشخصية للطاعن، مجانبية الإدارة لهدف المصلحة العامة وتصرف الإدارة غير المشروع.

1- آثار الانتهاك على الوضعية الشخصية للطاعن

يلجأ القاضي أحيانا لتقدير مدى خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية، إلى معاينة الآثار التي يخلفها على الوضعية الشخصية للطاعن، فإذا ما ثبت لديه جسامه هذه الآثار، حكم بقيام شرط الخطورة المبرر لتطبيق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية³.

ويمكن في بعض الأحيان الأخرى تقدير درجة خطورة الانتهاك، إذا ما ترتب على القرار الذي اتخذته الإدارة استحالة ممارسة الحرية الأساسية، حيث تكون درجة خطورة الانتهاك في هذه الحالة واضحة تبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري لرفعه أو إنهائه. بمعنى يجب التمييز في هذا الإطار، على حد تعبير الفقيه René Chapus، بين الانتهاك الخطير الذي يشكل عائقا لممارسة الحرية، والانتهاك البسيط الذي لا ينتج عنه سوى مضايقة ممارستها⁴.

¹ - Marie-Christine ROUAULT, op.cit, p. 546.

² - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 87.

³ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 88.

⁴ - René CHAPUS, op.cit, p. 1398.

تجد هذه الحالة مبررها في اعتبار مفاده، أن الحرية وإن كانت تقبل التنظيم أو التقييد استجابة لدواعي المصلحة العامة، فإنها تستعصي على التحريم، ومن ثم، إذا نتج عن القرار مصادرة الحرية الأساسية أو استحالة ممارستها، فإنه يتحقق بشأنه وصف الانتهاك الخطير المسوغ لتدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق إجراء الحماية الخاصة لرفعه.

وإذا كان تقدير خطورة الانتهاك يتم بالنظر إلى جسامة الآثار التي يربتها، فإن المرجع في تحديد مدى خطورة هذه الآثار هو الوضعية الشخصية للطاعن. بمعنى أن تقدير مدى هذه الخطورة يرتبط بالوضعية الخاصة التي يوجد فيها المدعي، إذ قد يظهر بأن قرارا ما يشكل انتهاكا خطيرا بالنظر إلى آثاره بالنسبة لشخص معين، في حين لا يشكل مثل هذه الخطورة بالنسبة لشخص آخر تختلف حالته الشخصية عن الأول.

والمثال المعبر عن هذه الحالة، هو قرار رفض تسليم أو تجديد جواز السفر الذي يشكل من حيث المبدأ دائما انتهاكا لحرية الذهاب والإياب كأحدى الحريات الأساسية المشمولة بإجراء الحماية الخاصة، غير أن خطورته قد تثبت في بعض الفرضيات وتتقي في أخرى، حيث يوصف هذا الانتهاك بأنه خطير، إذا كان الطاعن يرغب في التوجه إلى دولة أجنبية يشترط لدخولها الحصول على جواز السفر، أما إذا كان متوجها إلى دولة يمكن دخول أراضيها دون جواز سفر، فإن شرط خطورة الانتهاك ينتفي في هذه الحالة¹. وكذلك الأمر، إذا كانت مدة نهاية صلاحية جواز السفر طويلة، حيث لا يمثل رفض تجديده من طرف الإدارة أي خطورة تبرر تدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية².

2- الباعث على إصدار القرار

يمكن لقاضي الاستعجال الإداري أن يأخذ في اعتباره عند تقدير مدى خطورة الانتهاك، الباعث من وراء إصدار القرار المطعون فيه³، وذلك دون الالتفات إلى مدى خطورة الآثار المترتبة عنه، فإذا تبين له أن الإدارة لم تقصد من قرارها تحقيق المصلحة العامة وإنما هدفا آخر غير مشروع كتحقيق

¹- Olivier LE BOT, op.cit, p. 251.

² - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 141.

³- Gilles BACHELIER, op.cit, p. 265.

مصلحة شخصية لمصدر القرار أو لغيره أو مصلحة حزبية أو سياسية، أو كان الباعث هو الانتقام من الطاعن، فإن شرط خطورة الانتهاك المبرر لتدخل قاضي الحماية الخاصة يتحقق.

أبرز مثال على هذه الحالة، هو إقدام الإدارة على إنهاء خدمة موظف بسبب آرائه أو انتماءاته السياسية أو النقابية، حيث يعد هذا القرار بفعل باعته غير المشروع، انتهاكا خطيرا للحرية الشخصية للطاعن، يبرر إفادته من إجراء الحماية الخاصة، وذلك بغض النظر عن مدى خطورة الآثار المترتبة عنه¹.

3- سلوك الإدارة غير المشروع

يمكن لقاضي الاستعجال الإداري أن يأخذ في اعتباره عند تقدير مدى خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية، ليس فقط خطورة الآثار المترتبة على القرار والباعث من وراء إصداره، وإنما أيضا سلوك الإدارة غير المشروع أو تصرفها المنافي للقوانين والتنظيمات. تعتبر هذه الحالة امتثالا للمبدأ القاضي بعدم جواز احتجاج الشخص بخطئه.

وعليه، إذا انتهكت الإدارة إحدى الحريات الأساسية للمدعي بغير سند من القانون، أو تجاهلت مقتضيات هذا السند في حالة وجوده، فإن من شأن ذلك أن يقيم قرينة قبلية لدى القاضي على خطورة هذا الانتهاك، وذلك دون حاجة إلى بحث آثار التصرف على وضعية الطاعن أو الباعث من ورائه.

ثالثا: عناصر انتفاء خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

إذا كان قيام شرط خطورة الانتهاك يفترض في الحالات التي أشرنا إليها أعلاه، فإن انتفاءه أيضا يمكن أن يفترض. يوجد عنصران من شأن توافرهما نفي خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية هما: سلوك المدعي غير المشروع، ومقتضيات التشريع، بأن كان يبيح تقييد الحرية الأساسية.

1- سلوك المدعي غير المشروع

مؤدى هذا العنصر، أن سلوك المدعي غير المشروع ينفي طابع الخطورة عن الانتهاك الواقع على حريته الأساسية، كما هو الحال مثلا بالنسبة للشاغل غير الشرعي لبناء، حيث لا يمكنه

¹ - Pascale FOMBEUR, op.cit, p. 403.

الاحتجاج بأن هناك انتهاكا خطيرا لحرية الأساسية في حالة إصدار الإدارة لقرار بهدمه، وذلك بالنظر إلى عدم حيازته لسند الملكية¹.

تعتبر هذه الحالة تطبيقا للمبدأ القانوني القاضي بعدم جواز إفادة الشخص من خطئه، حيث لا يمكن لمن أوجد نفسه في وضعية غير مشروعة أن يطلب الاستفادة من مزاياها.

2- مقتضيات التشريع الناظم للحرية الأساسية

يمكن في بعض الحالات للقاضي عند تقدير مدى خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية، أن يأخذ في اعتباره مسلك التشريع إزاء هذه الحرية²، فإذا ما تبين له أن المشرع ذاته أجاز لجهة الإدارة اتخاذ بعض الإجراءات التي تقيد من ممارسة الحرية الأساسية، فإنه يرجح انتفاء الخطورة عن الانتهاك الواقع عليها.

يتعين على القاضي إذن عند تقديره لطابع خطورة الانتهاك، أن يأخذ في اعتباره مقتضيات القانون الناظم للحرية الأساسية، فإذا أعطى هذا الأخير لجهة الإدارة سلطات واسعة في مواجهة الحرية الأساسية، تسمح لها بفرض بعض القيود على ممارستها استجابة لدواعي المصلحة العامة أو النظام العام، فإن مثل هذه القيود لا تمثل في حد ذاتها، كونها جاءت امتثالا لإرادة المشرع، انتهاكا خطيرا للحرية الأساسية المحمية بواسطة إجراء الحماية الخاصة³.

الفرع الثاني

عدم المشروعية الواضحة للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

لا يكفي لإعمال إجراء الحماية الخاصة، أن يكون الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية خطيرا، وإنما يلزم كذلك أن تكون عدم مشروعيته واضحة *manifestement illégale*. وقد سقط هذا الشرط من الصياغة العربية لنص المادة 920 من ق.إ.م.إ، حيث جاء فيها: " يمكن لقاضي الاستعجال،

¹ Julien PIASECKI, *L'office du juge administratif des référés: Entre mutations et continuité jurisprudentielle*, Thèse doctorale en droit public, Faculté de Droit de Toulon, Université du Sud-Toulon Var, France, 2008, p. 184.

² Patrick WACHSMANN, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », R.F.D.A, janvier-février 2007, p. 62., Gilles BACHELIER, op.cit, P. 265.

³ Julien PIASECKI, op.cit, pp. 184-185.

عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر... متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات....¹.

اكتفى النص بمجرد عدم المشروعية البسيطة كشرط للانتهاك المسوغ لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بينما أضافت الصياغة الفرنسية لنفس المادة وصف الوضوح لشرط عدم المشروعية¹. وعليه، فإن المشرع قد اشترط لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يكون الانتهاك الواقع عليها غير مشروع (أولا)، وأن تكون عدم مشروعيته واضحة (ثانيا).

أولا: عدم مشروعية الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

يشترط لتدخل قاضي الاستعجال الإداري لإصدار أمر في مواجهة الإدارة وفق إجراء الحماية الخاصة، أن يكون الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية غير مشروع. وتتحقق عدم مشروعية الانتهاك إذا توافر شرطان أساسيان هما: أن تحدث عدم مشروعية الانتهاك مساسا بالحرية الأساسية، وأن يكون هذا الانتهاك غير مبرر أو غير مناسب، فإذا توافر هذان الشرطان، تحقق شرط عدم مشروعية الانتهاك، وذلك بغض النظر عن مصدره، إذ يستوي أن يكون تصرفا إيجابيا من جانب الإدارة (فعلا) أو تصرفا سلبيا (امتناع).

1 - شروط قيام عدم مشروعية الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

يشترط ابتداء لقيام عدم مشروعية الانتهاك، أن تكون مرتبطة بالحرية الأساسية محل الحماية، حيث يستشف من العبارة الأخيرة لنص المادة 920 من ق.إ.م.إ (متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات)، أن عدم مشروعية الانتهاك يجب أن تحدث مساسا بالحرية الأساسية، حتى يستطيع قاضي الاستعجال الإداري التدخل لإصدار أمر إلى الجهة الإدارية. وعليه، إذا قدم إلى قاضي الاستعجال الإداري طلب وفق مقتضيات المادة 920 من ق.إ.م.إ، وثبت لديه وجود عدم مشروعية واضحة للانتهاك، ولكنه لم يلحق مساسا أو ضررا بالحرية الأساسية المحتج بها، فإنه يرفض هذا الطلب لانقضاء شروط تطبيق المادة 920 من ق.إ.م.إ.

¹ - « Statuant sur la demande visée à l'article 919 ci-dessus, justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner ...une atteinte grave et **manifestement** illégale.... ».

ويبرز هذا المتطلب كأحد أوجه التمايز بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية المنصوص عليه في المادة 920 من ق.إ.م.إ. ونظام وقف التنفيذ محل نص المادة 919 من ق.إ.م.إ.، حيث يمكن لقاضي الاستعجال الإداري وقف تنفيذ القرار الإداري استناداً لمقتضيات المادة 919 من ق.إ.م.إ. إذا توافرت باقي شروط تطبيقه، وذلك دون بحث مسألة التأثير الفعلي لعدم مشروعية القرار على الحرية الأساسية.

وعليه، فإنه إذا كان مجرد الشك الجدي حول عدم مشروعية القرار الإداري يكفي لوقف تنفيذه، فإن ثبوت عدم المشروعية الواضحة للانتهاك لا يكفي بذاته لاقتضاء الحماية الخاصة، بل يجب أن تحدث عدم المشروعية مساساً بالحرية الأساسية محل الحماية¹.

أمّا الشرط الثاني لقيام عدم مشروعية الانتهاك، فهو أن يكون غير مبرر، ذلك أنه ليس بالضرورة أن يكون كل انتهاك للحرية الأساسية غير مشروع، لأن الحرية ليست مطلقة بل يتعين ممارستها وفق الحدود التي تضعها القوانين والتنظيمات أو ما يعبر عنه بالمفهوم النسبي للحرية. ومن ثم، فإن انتهاك الحريات الأساسية عن طريق تقييد ممارستها يكون مشروعاً إذا وجد سنده في نصوص القانون أو اعتبارات المصلحة العامة أو احترام حقوق الغير.

وبمفهوم المخالفة، يصبح هذا الانتهاك غير مشروع ويسوغ تدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق مقتضيات الحماية الخاصة للحرية الأساسية، إذا كان غير مبرر، أي لم يجد مسوغاً له في نصوص القانون أو في اعتبارات المصلحة العامة.

ويشترط في النص القانوني المبرر للانتهاك، أن يكون من طبيعة تشريعية، وذلك في حالة الاعتداء الناتج عن عمل إيجابي من الإدارة (فعل). ومرد ذلك هو الاختصاص الحصري المحجوز للمشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات الأساسية، حيث أنط الدستور بالمشرع وحده ودون مشاركة من هيئة أخرى اختصاص تقييد الحريات الأساسية²، ومن ثم يمتنع على جهة الإدارة تقييد الحريات الأساسية بصفة مبتدأة ودون تفويض من المشرع، وإلا كان تصرفها انتهاكاً غير مشروع، وبمعنى آخر، لا تملك السلطة الإدارية تقييد الحريات الأساسية إلا بناء على قانون يرخّص لها بذلك.

¹ - Paul CASSIA, « L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté », R.F.D.A, janvier- février 2007, n°1, p. 49.

² - انظر المادة 122 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

أمّا إذا كان الانتهاك ناتجا عن عمل سلبي من جانب الإدارة (امتناع)، فإن النص المبرر له يجوز أن يكون من طبيعة تشريعية أو تنظيمية¹.

وأخيرا، يشترط لقيام عدم مشروعية الانتهاك أن يكون غير مناسب، بأن تجاوز الحد المخصص به من القانون أو المبرر باعتبارات المصلحة العامة. ويجد هذا الشرط مبرره في ضرورة التوفيق بين مبدأ كفالة ممارسة الحريات الأساسية ومقتضيات المصلحة العامة، حيث لا يكفي القضاء الإداري في رقابته على نشاط السلطات الإدارية بالتثبت من مخالفتها للقوانين والتنظيمات فقط، بل يتعداه إلى رقابة مدى ملاءمة تدخل الإدارة بتقييد الحرية الأساسية للظروف التي تم فيها هذا التدخل ومدى لزومه لتحقيق المصلحة العامة².

ومعنى ذلك، أنه يتعين على القاضي ألاّ يكتفي بالبحث فيما إذا كان انتهاك الإدارة للحرية الأساسية مبررا، بل ينظر أيضا فيما كان هذا الانتهاك مناسبا للظروف والوقائع التي دفعت الإدارة إلى إحداثه. وتطبيقا لذلك، فإنه يقع على جهة الإدارة لنفي عدم المشروعية عن انتهاكها للحريات الأساسية أن تختار أخف وأيسر التدابير إعاقه لها.

2- صور عدم مشروعية الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

إن انتهاك الحرية الأساسية قد يجد مصدره إمّا في فعل من الإدارة، أو في رفض أو امتناع من جانبها. بالنسبة لعدم مشروعية الفعل، فإنها تتحقق إذا كان الانتهاك غير مبرر، بأن تم بالمخالفة للقيود القانونية الموضوعية أو تجاهل مقتضى تحقيق المصلحة العامة إذا تعلق الأمر بتدابير الضبط الإداري. وبمفهوم المخالفة، يوصف الانتهاك الناتج عن فعل الإدارة بأنه مشروع، إذا وجد سند له في القانون، والمقصود بالقانون هنا هو التشريع فقط دون التنظيم إعمالا لمقتضى المادة 122 من التعديل الدستوري سالف الذكر. وبالمقابل، لا يكون الانتهاك مبررا من القانون، إذا كان فعل الإدارة لا يدخل في مجال تطبيق القانون الذي استندت إليه في تصرفها أو تم بالمخالفة لمقتضياته.

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 263.

² - انظر بخصوص رقابة الملاءمة: سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2011، ص ص. 219-220.

أما في مجال الضبط الإداري، فإن فعل الإدارة الذي ينتهك الحريات الأساسية لا يكون مشروعاً، إلا إذا كان الهدف منه تحقيق المصلحة العامة ممثلة في المحافظة على النظام العام بعناصره التقليدية (الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة) أو الحديثة (النظام العام الأدبي، النظام العام الجمالي والنظام العام الاقتصادي). ومن ثم، يوصم بعدم المشروعية كل انتهاك للحريات الأساسية من جانب سلطات الضبط الإداري لا يهدف إلى صيانة النظام العام كهدف مخصص من أهداف المصلحة العامة، لا يجوز لهيئات الضبط أن تحيد عنه ولو ابتغت تحقيق مصلحة أخرى في إطار المصلحة العامة كمصلحة صيانة وحماية المال العام مثلاً¹.

كما تقوم عدم مشروعية الانتهاك الناتج عن فعل إيجابي من الإدارة كذلك، في الحالة التي لا يستجيب فيها هذا الانتهاك لمقتضيات الملاءمة، إذ قد يكون مبرراً من القانون أو من اعتبارات المصلحة العامة ولكنه غير مناسب أو غير متلائم مع الأسباب الدافعة إليه.

وتتمثل الصورة الثانية لعدم مشروعية الانتهاك في عدم مشروعية الرفض أو الامتناع، وهي تتحقق في حالة رفض أو امتناع جهة الإدارة عن القيام بعمل كان من الواجب عليها القيام به قانوناً². وتقترب هذه الصورة عن سابقتها (عدم مشروعية الفعل) من جانبين: أولهما: أن الانتهاك فيها يكون مشروعاً دون اشتراط أن يجد سنداً له في تشريع عادي، حيث يكفي أن يكون مبرراً بمقتضى نص في التنظيم، وثانيهما: أن فكرة الملاءمة تتحقق في صورة الامتناع أو الرفض عن طريق الحد الأدنى من الامتناع، بينما تتحقق في صورة الفعل من خلال الحد الأدنى من التدخل³. وتقوم هذه الصورة كسابقتها إذا كان الامتناع غير مبرر أو غير ملائم.

ثانياً: الطابع الواضح لعدم مشروعية الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

فرضت المادة 920 من ق.إ.م.إ. لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن تكون عدم مشروعية الانتهاك الواقع عليها واضحة *une illégalité manifeste*، تبرر تدخل قاضي

¹ - انظر بخصوص انحراف سلطات الضبط الإداري عن هدف المحافظة على النظام العام: عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص. 100-106.

² - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 151.

³ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 274.

الاستعجال الإداري خلال أجل 48 ساعة لإصدار أمر إلى الجهة الإدارية لوقفه. ويقتضي الأمر لبحث هذا الشرط، الوقوف عند مفهومه، من جهة، وإبراز آثاره، من جهة ثانية.

1 - مفهوم خاصية الوضوح لعدم مشروعية الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية

يعتبر وصف الوضوح وصفا معياريا، استخدمه القضاء الإداري في منازعات أخرى، لاسيما منازعات التأديب في الوظيفة العمومية، حيث شكل كلاسيكيا " الخطأ الواضح في التقدير " مسوغا للقاضي الإداري لإلغاء قرارات التأديب المشوبة بغلو أو عدم تناسب واضح بين الخطأ التأديبي المرتكب والعقوبة الموقعة على الموظف¹. ويعبر هذا الوصف عن خاصية الجلاء l'évidence التي لا تثير أي شك حول مشروعية عمل الإدارة، أو عدم المشروعية التي تقفز في أعين قاضي الاستعجال الإداري².

يتبين إذن من هذا المفهوم، أن عدم المشروعية الواضحة هي عدم مشروعية بيّنة وجليّة، تتكشف لقاضي الاستعجال الإداري بيسر من مجرد الفحص الظاهري لأوراق الدعوى ودون حاجة إلى فحص موضوعها، من جهة، كما أنها عدم مشروعية مؤكدة لا تثير شكاً لديه، من جهة ثانية. وترجع الحكمة من وراء تقرير هذا الشرط إلى اعتبارين أساسيين، يتعلق أولهما: بطبيعة اختصاص قاضي الاستعجال الإداري كقاضي ينظر فيما يناط به من طلبات بظاهرها دون أن يتعمق في بحث موضوعها، أي يقوم بتحسس ظاهر الأوراق بغير مساس بأصل الحق³.

بينما يتعلق الثاني: بالأجل المتناهي في القصر الذي منحه المشرع لقاضي الاستعجال الإداري للفصل في طلب الحماية الخاصة، حيث يقف هذا الأجل (48 ساعة) عائقا يحدّ من قدرة القاضي على التعمق في فحص الدعوى لاكتشاف عدم مشروعية تصرف الإدارة من عدمه، ومن ثم، وجب لكي يتصدى قاضي الاستعجال لطلب الحماية الخاصة خلال هذا الأجل أن تكون عدم مشروعية التصرف

¹ - محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س، ص. 324 وما بعدها.

² - « Elle doit en quelque sorte sauter aux yeux du juge du référé- liberté. », Paul CASSIA, op.cit, p. 49.

³ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 91.

واضحة ومؤكدة، وهو ما عبر عنه **Le Bot** بقوله أن: " قاضي الحماية باعتباره قاضيا للاستعجال الأقصى، وجب أن يكون أكثر من غيره قاضيا للوضوح"¹.

إن جعل المادة 920 من ق.إ.م.إ من الحماية الخاصة للحرية الأساسية إجراء تابعا لدعوى الإلغاء، أي يقوم إلى جانبها وليس بديلا عنها، يقود إلى نتيجة أساسية مفادها، أن المشرع قد تشدد بخصوص درجة عدم المشروعية المتطلبة في إجراء الحماية الخاصة دون مبرر قانوني مقبول، وذلك لأن الخطأ المحتمل ارتكابه من طرف قاضي الاستعجال الإداري بخصوص تقدير عدم مشروعية قرار الإدارة قابل للإصلاح من طرف قاضي الموضوع عند تصديه لاحقا لدعوى الإلغاء.

وعليه، كان الأولى بالمشرع أن يكتفي باشتراط وجود شك جدي لدى قاضي الاستعجال الإداري حول مشروعية القرار لقبول طلب الحماية الخاصة، وذلك استثناسا بدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري لإتحادهما في خاصية التبعية والارتباط بدعوى الموضوع.

يمكن تلافي هذا التناقض الذي وقع فيه المشرع بأحد الطريقتين: أولهما: فصل طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن طلب الإلغاء وجعله طلبا مستقلا، حتى يكون لشرط عدم المشروعية الواضحة في هذه الحالة مبرره، من ناحية، وأثره، من ناحية أخرى. وهو الحل الأكثر ملاءمة، لأن خاصية التبعية أصابت إجراء الحماية الخاصة بالقصور لاسيما في نطاقه، إذ قصرت أعماله على القرارات الإدارية فقط دون أعمال الإدارة الأخرى.

وثانيهما: التخفيف من درجة عدم المشروعية المتطلبة لاقتضاء الحماية الخاصة، وإنزالها إلى مستوى الشك الجدي حول مشروعية القرار كما هو الحال في دعوى وقف التنفيذ، وذلك لضمان الانسجام القانوني لهذا الإجراء.

وإذا كان المقصود بعدم المشروعية الواضحة، بلوغها درجة من الجلاء واليقين، فإنها تختلف بهذا المعنى عن عدم المشروعية الجسيمة، من جهة، وعن الشك الجدي حول مشروعية القرار الإداري، من جهة ثانية.

¹« Juge de l'extrême urgence, le juge du référé-liberté doit être plus que tant autre un juge de l'évidence. », Olivier LE BOT, op.cit, p. 284.

بالنسبة لعدم المشروعية الجسيمة، فإنها تتصرف كما هو معروف في نظرية التعدي إلى الأعمال التي تقوم بها الإدارة ولا تمت بأي صلة للاختصاصات الممنوح لها من طرف المشرع، فتفقد صفتها الإدارية وتتحول إلى مجرد عمل مادي. بينما تتميز عدم المشروعية الواضحة بأنها أكثر اتساعاً، إذ تستوعب الأعمال التي تخرج عن صلاحيات الإدارة، أي المشوبة بعدم مشروعية جسيمة، وكذلك الأعمال التي تدخل في اختصاصها، أي المعيبة بعدم مشروعية بسيطة فقط¹.

وبمعنى آخر، يمكن تلخيص العلاقة بين هذين النوعين من عدم المشروعية من خلال القول بأنه، إذا كانت كل عدم مشروعية جسيمة هي بطبيعتها عدم مشروعية واضحة لبلوغها مخالفة القانون حدا صارخا، فإنه ليست كل عدم مشروعية واضحة هي عدم مشروعية جسيمة، إذ قد تكون عدم المشروعية بسيطة ولكنها على درجة كافية من الوضوح، بحيث تكفي لتدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

كما أن القول بإتحداهما في المفهوم، يخالف نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، التي أوجبت لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية أن يكون تصرف الإدارة مما يدخل في اختصاصاتها، أي مشوبا بعدم مشروعية بسيطة فقط، على نحو ما سيتم تفصيله لاحقا عند بحث عنصر مصدر الانتهاك.

أمّا بالنسبة لشرط الشك الجدي حول مشروعية القرار والمستوجب في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، فإنه يختلف عن شرط عدم المشروعية الواضحة من ناحيتين، أولاهما: أن عدم المشروعية الواضحة لا تكفي بذاتها لإعمال إجراء الحماية الخاصة، بل يجب أن يثبت لدى القاضي أنها أحدثت مساسا بإحدى الحريات الأساسية، على نحو ما سبق تفصيله. بينما يكفي مجرد الشك الجدي حول مشروعية القرار لوقف تنفيذه دون حاجة إلى إثبات ارتباطه بالحرية الأساسية.

وثانيهما: أن عدم المشروعية الواضحة تفترض ثبوت عدم مشروعية أكيدة أو يقينية لا تقبل الشك أو المنازعة، بينما يفترض الشك الجدي مجرد قيام عدم مشروعية ظاهرة ومحملة²، قد تثبت عند بحث دعوى الموضوع وقد لا تثبت.

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ص. 92-93.

² - Olivier LE BOT, op.cit, p. 285.

ويترتب على هذا الفرق الأخير في درجة عدم المشروعية المتطلبة في كل من النظامين نتيجة أساسية مفادها، أن عدم المشروعية الواضحة يصعب تحققها في الواقع مقارنة بشرط الشك الجدي حول مشروعية القرار، ذلك أن انتفاء هذا الأخير يفترض من باب أولى انتفاء عدم المشروعية الواضحة، لأنه إذا كان قاضي وقف التنفيذ هو قاضي الظاهر والاحتمال¹ *juge de l'apparence* et de la vraisemblance، فإن قاضي الحماية الخاصة هو قاضي الوضوح واليقين *juge de l'évidence et de la certitude*.

وأخيراً، تفترق عدم المشروعية الواضحة عن الشك الجدي حول مشروعية القرار، على صعيد أثر كل منهما على قاضي الموضوع، ذلك أن معاينة قاضي الحماية الخاصة لوجود عدم مشروعية واضحة، يؤدي بالضرورة إلى ثبوت عدم مشروعية بسيطة لدى قاضي الموضوع لاحقاً، لأن التصرف المشوب بعدم مشروعية واضحة هو من باب أولى معيب بعدم مشروعية بسيطة تكفي لإلغاء القرار الإداري. بينما لا يكون لمعاينة قاضي وقف التنفيذ لوجود شك جدي حول مشروعية القرار الإداري أي أثر على قاضي الموضوع، الذي يكون له سلطة رفض طلب الإلغاء إذا ثبت لديه مشروعية قرار الإدارة الذي تم وقف تنفيذه.

2- آثار طابع الوضوح لعدم المشروعية على سلطات قاضي الاستعجال الإداري

لما كان المشرع قد قيّد تدخل قاضي الاستعجال الإداري لتوجيه أمر في مواجهة الإدارة في حال انتهاكها لإحدى الحريات الأساسية، بضرورة ثبوت عدم المشروعية الواضحة لهذا الانتهاك، فإنه يترتب على هذا التحديد، أن يمتنع قاضي الحماية الخاصة عن إثارة المسائل القانونية المعقدة، لأن ذلك مما يرجع الاختصاص فيه إلى قاضي الموضوع².

ويلزم ملاحظة أن هذا الحظر قد كرس ابتداءً في إطار دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، ثم جرى استدعاؤه في إجراء الحماية الخاصة، مما يعني أنه مبدع عام يسري على كافة التدابير الاستعجالية، وذلك بالنظر إلى وظيفة قاضي الاستعجال الإداري كقاضي ظاهر، يكتفي فقط بتحسس ظاهر أوراق الدعوى دون التعمق في بحث موضوعها والمساس بأصل الحق الذي يبقى محجوزاً لقاضي الموضوع.

¹- L.VALLEE, concl. sur CE, Sect., 29 novembre 2002, Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole, B.D.C.F, 2003, n° 28, p. 38.

²- Olivier LE BOT, op.cit, p.287.

وامتنالا دائما لمقتضى الوضوح في عدم المشروعية، يمتنع على قاضي الاستعجال الإداري أن ينشئ مبدأ قانونيا عاما، ذلك أنه، وبالنظر إلى مهمته، ليس له إلاّ الحكم بناء على المبادئ القانونية العامة المكرسة سابقا من طرف قاضي الموضوع. وقد جرى إرساء هذا المنع كذلك في دعوى وقف التنفيذ¹، غير أنه لا مانع من استصحابه في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية لطابعها الاستثنائي، من جهة، وقصر أجل الفصل فيها، من جهة ثانية، مما يعيق القاضي على التعمق في بحث مثل هذه النقاط القانونية المعقدة، لاسيما إذا أخذنا بعين الاعتبار الطابع التبعية لهذا الإجراء في النظام القانوني الجزائري، حيث تمثل إجازة مثل هذه السلطات لقاضي الاستعجال الإداري مصادرة لاختصاص قاضي الموضوع.

وأخيرا، إذا كان يحظر على قاضي الاستعجال الإداري خلق مبادئ قانونية عامة جديدة، فإنه يبرز تساؤل آخر مؤداه: هل يجوز له مراقبة مشروعية القرارات التنظيمية التي تشكل سنداً للقرار الفردي المنازع في مشروعيتها؟

رافع المحافظ **Bachelier** لصالح إجازة هذه المكنة لقاضي الحماية الخاصة، معتبرا أنه: "وإن كان يقع على قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية التزاما بالفصل في الطلب خلال أجل أقصاه 48 ساعة، مما يعني إقصاء إمكانية إجراء أي تحقيقات معمقة لتقدير مدى مشروعية النص، إلاّ أنه يبدو لنا من المفيد الاحتفاظ بهذه المكنة بالنسبة للفرضيات التي يكون فيها النص التنظيمي الذي يستند إليه القرار واضح عدم المشروعية بحيث لا يحتاج إلى أي بحث أو تحقيق"².

يستشف من هذا القول، أن الأصل في هذه المسألة هو عدم السماح لقاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية بمراقبة مشروعية القرارات التنظيمية التي يستند إليها القرار الفردي المنازع في مشروعيته، وذلك بالنظر إلى الأجل المتناهي في القصر الممنوح له للفصل في الطلب والذي يمنعه

¹- Paul CASSIA, op.cit, p. 47.

²-« Même si le juge du référé-liberté doit statuer dans une urgence extrême limitée à 48 heures, ce qui exclut des recherches approfondies pour apprécier la légalité d'un texte, il nous paraît souhaitable de réserver l'hypothèse où l'acte réglementaire qui fonde la décision est d'une illégalité tellement évidente qu'elle ne nécessite aucune investigation. », Gilles BACHELIER, concl. sur CE, 2 juillet 2003, Sté Outremer Finance Limited, A.J.D.A, 2003, p. 1782.

من بحث وتحقيق هذه المسألة المعقدة. بينما الاستثناء هو منح القاضي مثل هذه السلطة، وذلك فقط في الحالات التي يكون فيها القرار التنظيمي واضح عدم المشروعية.

يبدو هذا الرأي على قدر كبير من الوجاهة، لأنه أخذ موقفا وسطا، فلم يجنح لا إلى الحظر المطلق ولا إلى الإباحة المطلقة، وإنما وضع أصلا أورد عليه استثناء، مبررا بتعدد وتنوع الظروف والملابسات الخاصة بكل قضية على حدة. وتطبيقا لذلك، يقع على عاتق قاضي الاستعجال الإداري إعمال هذه المكنة حالة بحالة تبعا لظروف وخصوصيات كل طلب للحماية الخاصة.

أما بالنسبة لآثار طابع الوضوح لعدم المشروعية على قاضي الإلغاء، فالأصل فيها أن الموقف المتخذ من طرف قاضي الاستعجال الإداري لا يلزم قاضي الإلغاء، بمعنى أنه إذا ثبت لقاضي الحماية الخاصة أن القرار مشوب بعدم مشروعية واضحة، فإن هذا لا يعني حتما وبحكم اللزوم أن قاضي الموضوع سيقوم بإلغاء القرار الإداري، وذلك لاستقلال واختلاف وظيفة كل منهما عن الآخر، إذ يبرز الأول كقاضي ظاهر يفصل بناء على ما ظهر له من أوراق الدعوى، بينما يظهر الثاني كقاضي موضوع يتعمق في موضوع الدعوى ويفصل في أصل الحق فيها.

غير أنه استثناء من هذا الأصل، يوجد فرضين يكون فيهما لثبوت عدم المشروعية الواضحة لقرار الإدارة من طرف قاضي الاستعجال الإداري دلالة واضحة وجديّة، من شأنها الكشف مسبقا عن موقف قاضي الإلغاء، أو بمعنى آخر حالتين تكون فيهما عدم المشروعية الواضحة هي عدم مشروعية مؤكدة بالنسبة لقاضي الإلغاء لاحقا¹.

تتعلق الحالة الأولى بالفرضية التي يؤسس فيها قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية عدم المشروعية الواضحة لقرار الإدارة على وجه مأخوذ من النظام العام، كما هو الأمر بالنسبة لعيب عدم الاختصاص، حيث نجد أن قاضي الحماية في هذه الحالة، يمارس رقابة مشروعية خارجية مماثلة لتلك التي يمارسها قاضي الموضوع، ومن ثم، إذا ثبت له أن قرار الإدارة مشوب بعدم مشروعية واضحة كونه صادرا عن جهة إدارية غير مختصة، فإن قاضي الإلغاء سيصل إلى نتيجة مماثلة فيما بعد، وهي قيام عدم المشروعية البسيطة المبررة لإلغاء القرار.

¹ - Voir: Paul CASSIA, op.cit, p. 54.

أما الحالة الثانية: فتعلق بمعاينة قاضي الحماية الخاصة لوجود انتهاك واضح عدم المشروعية للحرية الأساسية ناتجا عن خطأ واضح في تطبيق القانون، كما هو الحال عندما تتجاهل الإدارة في قرارها قضاء سابقا مستقرا.

نخلص إذن إلى القول بالنسبة لشرط عدم المشروعية الواضحة للانتهاك، أنه بالنظر إلى الضوابط السابقة المحيطة به، فإنه شرط يصعب تحقيقه في الواقع، ذلك أنه لكي يستطيع قاضي الحماية الخاصة أن يصدر أمرا في مواجهة الإدارة لوقف انتهاكها للحريات الأساسية، وجب أن يكون هذا الانتهاك على قدر من عدم المشروعية الواضحة. وبمفهوم المخالفة، إذا كانت عدم مشروعية التصرف مبهمة وغير مؤكدة، أو أحاط بها شك ولو جدي، فإنه يتعين عليه أن يرفض الطلب. بمعنى أن سلطة القاضي إزاء هذا الشرط هي سلطة جد مقيدة، وتزداد حدة هذا التقييد في الواقع، إذا كانت النصوص التشريعية والتنظيمية تعطي للإدارة سلطات واسعة في مواجهة الحريات الأساسية، لذلك يقع على قاضي الاستعجال تقدير هذا الشرط بطريقة مرنة توازن بين ضرورة المحافظة على الحريات الأساسية وعدم عرقلة أو شل نشاط الإدارة.

المطلب الثالث

مصدر الانتهاك للحرية الأساسية

اشترط المشرع في المادة 920 من ق.إ.م.إ. لتدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق مقتضيات إجراء الحماية الخاصة، أن يكون الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية صادرا عن أحد الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، من جهة، وأن يكون العمل أو التصرف الذي انتهك هذه الحرية له وصف القرار الإداري، وأن يدخل هذا القرار في نطاق السلطات أو الاختصاصات المنوطة بهذا الشخص المعنوي العام أو الذي يخضع في مقاضاته لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، من جهة ثانية.

وعليه، يرتبط مصدر الانتهاك من ناحية، بالجهة الصادر عنها (الفرع الأول)، ومن ناحية أخرى، بالوسيلة التي صدر بمقتضاها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجهة الصادر عنها الانتهاك للحرية الأساسية

انسجاما مع المعيار العضوي الذي قرره المشرع الجزائري في تحديده للمنازعة الإدارية واختصاص القضاء الإداري بها بمقتضى المادة 800 من ق.إ.م.إ، أوجبت المادة 920 من ق.إ.م.إ، أن يكون الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية والمبرر لتدخل قاضي الاستعجال الإداري وفق إجراء الحماية الخاصة صادرا عن أحد الأشخاص المعنوية العامة (أولا)، أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية (ثانيا). وهو شرط يفسر رغبة واضحة من المشرع في حماية الحريات الأساسية من امتيازات السلطة العمومية التي تحوزها هذه الهيئات.

أولا: صدور الانتهاك عن أحد الأشخاص المعنوية العامة

حدد المشرع الأشخاص المعنوية العامة في المادة 800 من ق.إ.م.إ، وهي أشخاص معنوية عامة إقليمية تتمثل في: الدولة بمعناها الضيق أو السلطات الإدارية المركزية (رئاسة الجمهورية، الوزارة الأولى، الوزارات وما يتبعها من تنظيمات مساعدة تخضع لسلطتها الرئاسية كالمصالح الخارجية)، والسلطات الإدارية اللامركزية ممثلة في الولاية والبلدية، وأشخاص معنوية عامة مرفقية، أو كما عبرت عنها المادة 800 من ق.إ.م.إ بالمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري مثل الجامعات والمستشفيات العمومية.

وعليه، إذا صدر عن أحد هذه الأشخاص المعنوية العامة قرارا أحدث مساسا خطيرا وواضحا في عدم مشروعيته بالحريات الأساسية، انعقد الاختصاص لقاضي الاستعجال الإداري باتخاذ جميع التدابير الضرورية لوقف هذا الاعتداء.

ويترتب على هذا التحديد الحصري¹ للأشخاص المعنوية العامة الذي أورده المادة 800 من ق.إ.م.إ، استبعاد الانتهاكات الصادرة عن أشخاص القانون الخاص من نطاق إجراء الحماية الخاصة

¹ - أكد قضاء محكمة التنازع هذا التعداد الحصري للأشخاص المعنوية العامة الوارد في المادة 800 من ق.إ.م.إ، انظر: محكمة التنازع، قرار مؤرخ في 08/05/2000، بلدية ريس حميدو ومقالة إنجاز السكنات، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 1، ص. 153، محكمة التنازع، قرار مؤرخ في 17/07/2005، بلدية قالمة، مجلة مجلس الدولة، 2006، العدد 8، ص. 250.

للحرية الأساسية، وذلك مهما كانت صلتها بالسلطات الإدارية، مثل المؤسسات الخاصة ذات النفع العام، المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي والمرافق العمومية المسيرة بأسلوب الامتياز، هذه الأخيرة، ورغم ارتباطها المادي بالأشخاص المعنوية العامة كونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، إلا أنها تخرج من عدادها.

ويرجع سبب هذا التعداد للأشخاص المعنوية العامة، إلى أن المشرع تبنى معيارا عضويا في تحديده للمنازعة الإدارية، مستبعدا بذلك المعيار المادي، والذي يستلزم لانعقاد الاختصاص للقضاء الإداري استعمال وسائل القانون العمومي أو ما يعرف بامتيازات السلطة العمومية.

إن هذا التضييق من المشرع الجزائي، وإن كان مبررا باعتبارات الانسجام القانوني، إلا أنه لا يتماشى في رأبي مع اعتبارات الملاءمة، التي تقتضي، نظرا لأهمية وسمو الحرية الأساسية، أن يجري حمايتها في مواجهة أي جهة تحوز امتيازات السلطة العمومية. وعليه أرى، أنه لا مانع من دعوة المشرع إلى إرساء استثناء على المعيار العضوي، يمنح بمقتضاه الحماية للحرية الأساسية في مواجهة الانتهاكات الصادرة من الأشخاص المعنوية الخاصة المكلفة بإدارة مرفق عمومي.

ثانيا: صدور الانتهاك عن الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية

لم تكتف المادة 920 من ق.إ.م.إ. بالأشخاص المعنوية العامة كمصدر للانتهاك الواقع على الحريات الأساسية، بل أضافت إليها "الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية"، وهي عبارة جاءت على إطلاقها وعمومها ودون تحديد لمفهومها ونطاقها. ومن ثم، يقع التساؤل عن المقصود بهذه الهيئات؟ وهل هي هيئات تدخل في دائرة الأشخاص المعنوية العامة أم تخرج عنها؟

إن هذا الإطلاق وعدم التحديد من جانب المشرع يقود إلى نتيجة أساسية مفادها، أن المقصود بهذه الهيئات هو تلك التي تخرج عن دائرة الأشخاص المعنوية العامة التقليدية (الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية)، ومن ثم لا يبقى سوى استخلاص أن المراد بها هو الهيئات التي ينعقد الاختصاص بنظر منازعاتها إلى مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة كما عدتها المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن

اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله¹ والمعدلة بالمادة 2 من القانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 26 جويلية 2011²، وهي الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

يقصد بالهيئات العمومية الوطنية: الأجهزة والتنظيمات المكلفة بممارسة نشاط معين تلبية لاحتياجات المجموعة الوطنية في مختلف مجالات الحياة العامة للدولة إلى جانب السلطات الإدارية المركزية³. وعموما يمكن تصنيفها إلى ثلاث مجموعات أساسية هي:

- السلطات والمؤسسات الدستورية، مثل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، المجلس الدستوري، مجلس المحاسبة والهيئات القضائية العليا ممثلة في المحكمة العليا، مجلس الدولة ومحكمة التنازع. هذه المؤسسات الدستورية، وإن كان نشاطها الأصيل (التشريع والقضاء) لا يخضع لرقابة القاضي الإداري، إلا أنها تصدر قرارات إدارية تتعلق بتسييرها الإداري والمالي، خاصة ما تعلق منها بتسيير المسار المهني لموظفيها، هذه القرارات، إذا ما شكلت انتهاكا خطيرا وواضح عدم المشروعية لإحدى الحريات الأساسية، جاز مداخلتها وفق إجراء الحماية الخاصة؛

- المجالس الوطنية العليا، مثل المجلس الأعلى للوظيفة العمومية، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، المجلس الأعلى للقضاء والمجلس الأعلى للأمن، هذه الأخيرة، ورغم أنها تعد هيئات ذات طابع استشاري تصدر آراء أو توجيهات أو اقتراحات لا تتوفر على مقومات القرار الإداري، إلا أنها كأجهزة إدارية تصدر كذلك قرارات إدارية تتعلق بتسييرها الإداري أو المالي تكون خاضعة لرقابة مجلس الدولة، ومن ثم يجوز مهاجمتها بطلب الحماية الخاصة إذا تعلقت بإحدى الحريات الأساسية؛

- السلطات الإدارية المستقلة أو السلطات الضابطة في المجال الاقتصادي، مثل سلطة ضبط الصحافة المكتوبة، سلطة الضبط السمعي البصري، مجلس النقد والقرض، اللجنة المصرفية، سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، هذه الهيئات قد يصدر عنها قرارات إدارية تنتهك

¹ - القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله،(ج.ر.ج.ج، عدد 37 المؤرخة في 1 يونيو 1998).

² - القانون العضوي رقم 13 /11 مؤرخ في 26 يوليو 2011 يعدل ويتم القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله،(ج.ر.ج.ج، عدد 43 المؤرخة في 3 أوت 2011).

³ - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009، ص. 157.

الحريات الأساسية، لاسيّما حرية التجارة والصناعة، ومن ثم يجوز مخصصتها وفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية¹.

أمّا بالنسبة للمنظمات المهنية الوطنية، فهي تعتبر من أكثر الهيئات التي أثارت جدلا حول طبيعتها القانونية، لما في ذلك من أثر على تحديد طبيعة الأعمال والتصرفات الصادرة عنها، فهي تعتبر أعمالا إدارية إذا كيّفت هذه الهيئات بأنها من أشخاص القانون العام، ولا تعتبر كذلك إذا كيّفت بأنها من أشخاص القانون الخاص². وبخصوص المشرع الجزائري، فقد أضفى الطابع الإداري على القرارات التي تصدرها هذه المنظمات والمتعلقة بتنظيم وتسيير المهن الحرة التي تشرف عليها، سواء كانت قرارات تنظيمية أو فردية، وأسند لمجلس الدولة اختصاص مراقبة مشروعيتها بوصفه قاضي أول وآخر درجة³.

وقد اعتمد المشرع في تكييفه لهذه الهيئات على المفهوم الوظيفي للسلطة الإدارية، حيث وبالنظر إلى كونها تساهم في تسيير مرافق عمومية وإشباع حاجات عامة، وتحوز بمقتضى قوانينها الأساسية على بعض امتيازات السلطة العمومية، فقد ألحقت بالأشخاص المعنوية العامة. بمعنى أن هذه الهيئات، وإن كانت بطبيعتها من أشخاص القانون الخاص، إلّا أنها ألحقت بأشخاص القانون العام نظير إشرافها على تسيير مرافق عمومية وتمتعها بامتيازات السلطة العمومية.

الفرع الثاني

وسيلة الانتهاك للحرية الأساسية

لا يكفي لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يكون الانتهاك الذي وقع عليها صادرا عن أحد الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص القضاء الإداري، وإنما يجب أن تكون وسيلة هذا الانتهاك قرارا إداريا دون غيره (أولا)، وأن تكون ممّا يدخل في نطاق اختصاصات أو سلطات هذه الهيئات (ثانيا).

¹ - انظر: عمور سلامي، "سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011، ص. 14-20.

² - عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 651.

³ - المادة 9 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم.

أولاً: وجوب أن تكون وسيلة الانتهاك قراراً إدارياً

يترتب على تبعية إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية لدعوى الإلغاء في النظام القانوني الجزائري، تضيق وحصر الأعمال الإدارية مصدر الانتهاك في وسيلة القرار الإداري دون غيره من أعمال الإدارة الأخرى، وذلك انطلاقاً من أن دعوى الإلغاء لا تنصب إلا على القرارات الإدارية. ومن ثم، فإن طلب الحماية الخاصة لا يمكن تحريكه بالتبعية، إلا إذا كانت وسيلة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية قراراً إدارياً، إعمالاً لقاعدة أن الفرع يتبع الأصل ويأخذ حكمه.

وينجم عن هذا الارتباط بين طلب الحماية الخاصة ودعوى الإلغاء نتيجة أساسية مؤداها، استبعاد أعمال الإدارة المادية وعقودها الإدارية من نطاق إجراء الحماية الخاصة، ولو أحدثت مساساً خطيراً بالحرية الأساسية.

ويكفي لإمكانية تفعيل إجراء الحماية الخاصة صدور الانتهاك عن قرار إداري، وذلك بغض النظر عن طبيعته، إذا يستوي أن يكون قراراً إيجابياً (فعل) أو سلبياً (رفض أو امتناع). وسند ذلك هو أن المادة 920 من ق.إ.م.إ، أحالت إلى الطلب المشار إليه في المادة 919 من ق.إ.م.إ، والتي نصت: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي....". فتح النص إمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات السلبية، ومن ثم يجوز بالتبعية الطعن عليها بمقتضى إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عملاً بقاعدة أن التابع يلحق بالمتبوع ويأخذ حكمه.

ثانياً: دخول وسيلة الانتهاك في نطاق سلطات الشخص المعنوي العام

قيّدت المادة 920 من ق.إ.م.إ سلطة قاضي الاستعجال الإداري في التدخل وفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بضرورة أن يكون قرار الإدارة الذي انتهك هذه الحرية ممّا يدخل في اختصاصاتها أو سلطاتها. وقد ابتغى المشرع من وراء إقرار هذا الشرط، وضع حدود فاصلة بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي ودرء إمكانية التداخل بينهما، بغرض الحفاظ على هذه الأخيرة. وعليه يثور التساؤل عن مدى ملاءمة واقعية هذا الهدف؟

1 - الهدف من شرط دخول وسيلة الانتهاك في نطاق سلطات الشخص المعنوي العام

تبرز أهمية شرط وجوب دخول الانتهاك الصادر عن الإدارة ضمن صلاحياتها، في أنه يجسد جوهر التفرقة بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي، ذلك أنه كان نطاق الأولى

يتحدد بأعمال الانتهاك التي تدخل ضمن صلاحيات الإدارة، فإن نطاق الثانية يتحدد بالأعمال التي تخرج عن اختصاصها. بمعنى أن معيار التمييز بين الحماية الخاصة للحرية الأساسية والحماية بطريق نظرية التعدي هو مدى تعلق القرار الصادر عن الإدارة باختصاصها¹.

ويرجع الهدف من وراء وضع هذا الشرط في نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، إلى الحفاظ على استمرار نظرية التعدي، وإرساء نوع من المصالحة والتعايش بينها وبين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وما يؤكد هذا الوفاء من المشرع إزاء نظرية التعدي، هو تكريسها صراحة ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمقتضى نص المادة 2/921 منه.

إن هذا التوجه من المشرع يفتقد من وجهة نظري إلى التبرير، لأنه يهدف إلى الحفاظ على نظرية فقدت كل تبريرات بقائها بعد تشييد إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، من جهة، كما أن وضع هذا الشرط ليس حاسماً للفصل بين النظامين، إذ تبقى إمكانية التداخل بينهما قائمة، من جهة ثانية.

2- مدى إمكانية التداخل بين إجراء الحماية الخاصة ودعوى التعدي

اشتراط القضاء لقيام فعل التعدي، أن يكون العمل أو التصرف الإداري مشوباً بمخالفة جسيمة للقانون، وأن يحدث مساساً بحرية أساسية أو بحق الملكية. وتبعاً لذلك، يقع التمييز بين طائفتين من أعمال التعدي: تسمى الأولى بحالة التعدي لانعدام الإجراءات *la voie de fait par manque de procédure*، وهي تتحقق إذا أهملت الإدارة كلفة الإجراءات التي حددها القانون لتنفيذ القرار الإداري، وذلك بأن لجأت إلى استعمال امتياز التنفيذ المباشر في غير الحالات المسموح بها قانوناً².

بينما تسمى الثانية بحالة التعدي لانعدام القانون *la voie de fait par manque de droit*، وهي تتحقق نتيجة عدم المشروعية الجسيمة للقرار الإداري في حد ذاته، والتي تقوم بدورها إذا تعذر ربطه بأيّة صلاحية من الصلاحيات المخولة قانوناً للإدارة³، أي إذا تصرفت الإدارة خارج

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ص. 82 - 83.

² - سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص. 468.

³ - بشير بلعيد، المرجع السابق، ص. 171.

اختصاصاتها المحددة قانوناً. وعليه، تتعلق الصورة الأولى للتعدي بتنفيذ القرار الإداري، بينما تخص الصورة الثانية مضمون القرار.

يتضح من العرض السابق لمفهوم نظرية التعدي، أن متطلب دخول القرار الإداري مصدر الانتهاك للحرية الأساسية ضمن اختصاصات الإدارة كشرط لتفعيل إجراء الحماية الخاصة، لا يخص سوى المتغير أو الصورة الثانية، وهي صورة التعدي لانعدام القانون، في حين يبقى احتمال تدخل قاضي الحماية الخاصة في مجال المتغير الأول (التعدي لانعدام الإجراءات) قائماً، لأن التنفيذ المباشر لقرار إداري قد يكون غير مشروع ولكنه يدخل ضمن صلاحيات الإدارة، ومن ثم يختص برفع الانتهاك الناجم عنه قاضي الاستعجال الإداري وذلك وفق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي على حد سواء.

ويستمد تدخل قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية في المجال المحجوز لنظرية التعدي مشروعيته من نص المادة 920 من ق.إ.م.إ ذاته، حيث وباستعماله عبارة " أثناء ممارسة سلطاتها"، يكون المشرع قد قصر مجال الحظر على صورة التعدي لانعدام القانون فقط، وبالمقابل أغفل صورة التعدي لانعدام الإجراءات. وعليه، يمكن القول أن المشرع قد فشل في تحقيق غايته في درء التنازع بين إجراء الحماية الخاصة ونظرية التعدي وإرساء التعايش بينهما.

بقي بعد عرض أزمة نظرية التعدي بفعل تدخل إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية في المجال المحفوظ لها تقليدياً، أن يتم التساؤل عن جدوى بقاء هذه النظرية أو عن مستقبلها، أي ما إذا كان يتوجب إلغاؤها لصالح إجراء الحماية الخاصة أم لا؟

3 - مستقبل نظرية التعدي في ظل تكريس إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إن التماثل بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي، وذلك سواء على صعيد الشروط المطلوبة لتفعيلها أو على صعيد سلطات القاضي، يدفع إلى التساؤل حول جدوى بقاء هذه النظرية ومدى مقبولية إلغائها بعد تكريس هذا الإجراء¹؟

¹ - أثير نفس التساؤل في فرنسا بعد تكريس قضاء استعجال الحرية الأساسية سنة 2000، وقد رافع بعض الفقهاء لصالح إلغاء نظرية التعدي، تأسيساً على أن تشييد هذا القضاء قد حمل في ثناياه هدفاً خفياً يتمثل في إعدام نظرية التعدي، وعلى أنه أن الألوان لإمضاء شهادة وفاة هذه النظرية، لأنها فقدت مبررات وجودها. انظر في ذلك:

في ظل عدم الحصول على معالجة فقهية لهذه المسألة في الجزائر، يمكن القول أن إلغاء نظرية التعدي هو ضرورة وأولية، ذلك أن بقاءها إلى جانب إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، ينطوي على تزايد أو إسراف في الإجراءات يؤدي إلى إرهاق كل من القاضي والمتقاضي على حد سواء. وسند هذا الرأي الاعتبارات الآتية:

- يعتبر القاضي الإداري في الجزائر الحامي الطبيعي للحقوق والحريات في مواجهة الإدارة. ومن ثم، لا يوجد في المنظومة القانونية الوطنية إلزاما قانونيا يحتم الإبقاء على نظرية التعدي أو يمنع إلغائها؛
- يختص بالفصل في دعاوى المؤسسة على نظرية التعدي في الجزائر، القضاء الإداري وليس القضاء العادي، ومن ثم يعتبر الإبقاء عليها إلى جانب إجراء الحماية الخاصة رغم إتحادهما في المحل والشروط والسلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال الإداري تزييدا إجرائيا لا فائدة منه؛

- تعتبر الحماية الخاصة للحرية الأساسية نظرية تشريعية، قنن المشرع أحكامها الموضوعية والإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما يعطيها صفتي الاستقرار والوضوح سواء بالنسبة للقاضي أو المتقاضي. بينما لم يقع إلى حد اليوم الاتفاق حول رسم معالم واضحة لنظرية التعدي، كونها من صنع القضاء، ومن ثم تتميز بعدم الاستقرار والتقلب شأنها في ذلك شأن أحكام القضاء مصدرها، ولا شك أن المزايا التي يقدمها التقنين في هذا الصدد أولى بالتفضيل والترجيح.

وتجدر الإشارة، إلى أن هذه الدعوة لإلغاء نظرية التعدي في النظام القانوني الجزائري، مقيدة بضرورة إدخال تعديلات أو إصلاحات على إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أخصها فصلها عن دعوى الإلغاء وجعلها طلبا أصيلا ومستقلا، حتى تستوعب كافة أعمال الإدارة من قرارات وعقود وأعمال مادية. أمّا في ظل الوضع القانوني الحالي، فإن تبعية إجراء الحماية الخاصة لدعوى الإلغاء، تفرض ضرورة الإبقاء على هذه النظرية للإفادة من المزايا التي توفرها، لاسيما ميزة استقلالها وعدم

- Charles DEBBACH et Jean-Claude RICCI, **contentieux administratif**, 8ème éd., Dalloz, Paris, 2001, p. 512.

- Gilles BACHELIER, « **Le référé-liberté** », op.cit, p. 261.

- Cyril CLEMENT, « **Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000** », L.P.A, 10 aout 2000, n°159, p. 8.

ارتباطها بأي طعن سابق، وكذلك ميزة اتساع نطاقها ليطال، بالإضافة إلى قرارات الإدارة، أعمالها المادية.

يمكن القول إذن بشأن شروط اقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أنها شروط أضيف عليها المشرع صرامة كبيرة تجعل من الصعب تحقيقها في الواقع العملي، كما أن لها من الخصوصية ما يميّزها عن غيرها من الشروط المتطلبة في باقي إجراءات قضاء الاستعجال الإداري.

خلاصة الباب الأول

بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008، أرسى المشرع بمقتضى نص المادة 920 منه، طريقا خاصا وغير مألوف في التجربة القانونية الجزائرية، أعطى بموجبه لقاضي الاستعجال الإداري صلاحية التدخل لحماية الحريات الأساسية من الانتهاكات التي قد تقع عليها من جانب الإدارة.

وقد حدد المشرع مجال أعمال هذه الحماية الاستعجالية الخاصة بالحريات الأساسية دون غيرها من الحريات، ولكن دون تحديد لمدلولها. وقد تم في هذا الإطار، تكريس معيارين يتحدد على ضوءهما مفهوم الحرية الأساسية، هما: المعيار الشكلي، الذي يقوم على النظر إلى مرتبة النص الضامن للحرية لتقرير مدى أساسيتها، والمعيار المادي المرتكز على النظر إلى مدى أهمية الحرية المطلوب حمايتها. ولما كان لكل معيار منهما مزاياه وعيوبه، فقد اقترحنا معيارا مختلطا، يظهر فيه المعيار الشكلي كمقاربة أصلية والمعيار المادي كمقاربة ثانوية.

أمّا بالنسبة لشروط اقتضاء هذه الحماية الخاصة، فقد تشدد المشرع إزاءها، حيث نص على وجوب توافر استعجال أقصى يبرر تدخل القاضي الإداري لإنهاء الاعتداء الواقع على الحرية الأساسية خلال أجل متناه في القصر هو ثمان وأربعين (48) ساعة. كما أوجب، بالإضافة إلى ذلك، أن يكون انتهاك الإدارة للحرية الأساسية موصوفا بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة، من جهة، وأن يكون ممّا يدخل ضمن نطاق صلاحياتها، من جهة ثانية.

وبخصوص هذا الشرط الأخير (دخول الانتهاك ضمن صلاحيات الإدارة)، فقد ابتغى المشرع من ورائه الحفاظ على نظرية التعدي وإرساء نوع من التعايش بينها وبين إجراء الحماية الخاصة. غير أن هذا الهدف تعثره عدم ملائمة واضحة في النظام القانوني الجزائري مقارنة بنظيره الفرنسي، حيث وبحكم عقد الاختصاص بنظرية التعدي للقاضي الإداري، فإن الحفاظ عليها إلى جانب إجراء الحماية الخاصة رغم اتحادهما في المحل والشروط وسلطات القاضي يعتبر إسرافا أو تضخما إجرائيا لا فائدة منه ويتنافى مع مبدأ حسن إدارة العدالة الإدارية، لذلك فقد توصلنا إلى ضرورة إلغاء نظرية التعدي، مع إدخال إصلاحات على إجراء الحماية الخاصة، أخصّها فصله عن دعوى الإلغاء وجعله طلبا أصليا أو مستقلا.

الباب الثاني

النطاق الإجرائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

الباب الثاني

النطاق الإجرائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

إذا تحققت شروط إجراء الحماية الخاصة، بأن وقع على الحرية الأساسية انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية من جانب أحد الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارستها لسلطاتها، كان لذوي المصلحة الحق في طلب اقتضاؤها من قاضي الاستعجال الإداري.

وقد حرص المشرع على تحديد قواعد وإجراءات هذه الحماية، من خلال إخضاعها إلى ثلاثة أنواع من الإجراءات هي: إجراءات استثنائية، ينفرد بها طلب الحماية الخاصة عن غيره من الطلبات الاستعجالية والعادية، إجراءات خاصة، يشترك فيها طلب الحماية الخاصة مع غيره من الطلبات الإدارية الاستعجالية، وأخيرا إجراءات عامة، تخص جميع الطلبات أو الدعاوى العادية والاستعجالية على حدّ سواء، وهو تنوع يبرز أهمية الحماية الخاصة للحرية الأساسية، من جهة، ويؤكد خصوصيتها وتميّزها، من جهة أخرى.

ويمرّ طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية إجرائيا بثلاث مراحل متعاقبة ومتكاملة هي: مرحلة تقديم الطلب، بما تستلزمه من إجراءات وشكليات خاصة لقبوله ونظره، مرحلة التحقيق في الطلب، ومرحلة الحكم فيه. وعليه، سيتم في هذا الباب تفصيل الأحكام المتعلقة بهذه المراحل، من خلال بيان إجراءات مرحلة تقديم الطلب والتحقيق فيه في فصل أول، ثم مرحلة الحكم في الطلب في فصل ثان.

الفصل الأول

إجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية والتحقيق فيه

إعمالاً للأصل الإجرائي الذي يحظر على القاضي أن يحكم بما لم يطلب منه، فإنه يتعين على المستفيد من الحرية الأساسية موضوع الحماية أن يقدم طلباً إلى قاضي الاستعجال الإداري، يلتبس من خلاله إسباغ الحماية على حريته الأساسية وإنهاء الاعتداء الواقع عليها من الجهة الإدارية. وتبعاً لذلك، إذا عاين القاضي اختصاصه بنظر الطلب وتحقق من مقبوليته من ناحية الشكل، انتقل إلى مرحلة التحقيق فيه للوقوف على مدى جدية مزاعم المدعي، وذلك من خلال فحص موضوعه للبحث في مدى توافر الشروط التي أوجبها المشرع لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية. وعليه، سيتم التطرق في هذا الفصل، إلى إجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة وهذا في مبحث أول، ثم إجراءات التحقيق فيه في مبحث ثان.

المبحث الأول

إجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تعتبر الدعوى أو الطلب، الوسيلة التي يخولها القانون لصاحب الحق للجوء إلى القضاء طالباً الاعتراف له به أو حماية مركزه القانوني، ومن ثم فإنه لا يتأتى تقرير الحقوق أو حمايتها إلا من خلال تقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة بذلك. ولا تشذ الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن هذه القاعدة، حيث يجب على من يدعي أن هناك انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية قد وقع على إحدى حرياته الأساسية، أن يرفع طلباً إلى القاضي الإداري المختص وفق الإجراءات والشروط الشكلية المستوجبة قانوناً، ملتصقاً بإضفاء الحماية على حريته وإنهاء الاعتداء الواقع عليها من جانب الإدارة.

وعليه، يتطلب بحث إجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة، تبيان قواعد الاختصاص بالطلب (المطلب الأول)، الشروط المتعلقة بأطرافه (المطلب الثاني)، الشروط الشكلية للطلب (المطلب الثالث) وكيفية تقديمه (المطلب الرابع).

المطلب الأول

قواعد الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يتعين لقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يقدم إلى القاضي المختص بنظره نوعيا و إقليميا، لأن قاضي الاستعجال الإداري هو قاضي إداري بالدرجة الأولى يمارس اختصاصه في إطار الولاية الممنوحة لجهة القضاء الإداري، لذلك فهو يخضع للقواعد والمبادئ الحاكمة للاختصاص النوعي والإقليمي لهيئات القضاء الإداري. وتأسيسا على ذلك، لا يجوز لقاضي الحماية الخاصة أن يأمر بأي تدبير من تدابير الحماية في نزاع يخرج عن نطاق الاختصاص النوعي أو الإقليمي للجهة القضائية الإدارية التي ينتمي إليها، لأن قضاء استعجال الحرية الأساسية في النظام القانوني الجزائري هو فرع من قضاء الموضوع، ومن ثم، فإن المنازعة التي تخرج أصلا عن ولاية جهات القضاء الإداري المختصة، تخرج تبعا عن اختصاص قاضي الاستعجال الإداري المنوط بالفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

وعليه، سيتم في هذا المطلب، تحديد قواعد الاختصاص النوعي بطلب الحماية الخاصة في فرع أول، قواعد الاختصاص الإقليمي بهذا الطلب في فرع ثان، ثم إبراز حدود الاختصاص وجزاء مخالفة قواعده في فرع ثالث.

الفرع الأول

قواعد الاختصاص النوعي بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تخضع قواعد الاختصاص النوعي لهيئات القضاء الإداري في الجزائر إلى أصل، تمنح بمقتضاه الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية إلى المحاكم الإدارية (أولا)، واستثناء يعطي هذا الاختصاص لمجلس الدولة في بعض المنازعات المحددة قانونا (ثانيا). وفيما يخص تدابير الاستعجال، فقد عقد المشرع الاختصاص بنظرها إلى التشكيلة الجماعية المختصة بالفصل في دعوى الموضوع (ثالثا).

أولا: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية

إن المرجع في تحديد قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في مجال المنازعات الإدارية هو نص المادة 800 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي

تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية طرفا فيها ". يتبين من هذا النص، أن الشرط اللازم توافره لانعقاد الاختصاص للمحاكم الإدارية، هو أن يكون النزاع إداريا، وهو يكون كذلك استنادا إلى معيار عضوي قوامه وجود أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا في هذا النزاع. وقد حددت الفقرة الثانية من المادة 800 من ق.إ.م.إ هذه الأشخاص وحصرتها في الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية.

وتكملة لهذا النص المرجعي وتفصيلا له، نصت المادة 801 من ق.إ.م.إ على أنه: " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية.

- البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصيغة الإدارية.... "

ولما كانت الحماية الخاصة للحرية الأساسية في النظام القانوني الجزائري طلبا متفرعا وتابعا لدعوى الإلغاء، فإنها تلحق بها وتأخذ حكمها من حيث قواعد الاختصاص النوعي. وعليه، تكون من اختصاص قاضي الاستعجال الإداري بالمحكمة الإدارية طلبات الحماية الخاصة الموجهة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، القرارات الصادرة عن البلدية ومصالحها الإدارية الأخرى، والقرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية المحلية ذات الصيغة الإدارية. وبمفهوم المخالفة، فإنه يخرج عن اختصاص قاضي الاستعجال بالمحكمة الإدارية، طلبات الحماية الخاصة الموجهة ضد قرارات إدارية يخرج إلّاؤها عن ولاية المحكمة الإدارية، كما لو تعلق الأمر مثلا بقرار صادر عن سلطة إدارية مركزية.

ثانيا: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة

تنص المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله والمعدلة والمتممة بالمادة 2 من القانون العضوي رقم 13/11 على أنه: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في

القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

ويختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة ". وفي نفس المعنى، جاء نص المادة 901 من ق.إ.م.إ. ليؤكد على أنه: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية. كما يختص في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة ".

يعاب على المشرع وضعه لهذا النص الأخير، وذلك لسببين، أولهما: أنه يتضمن مخالفة صريحة لنص المادة 153 من دستور 1996 المعدل والمتمم، والتي حذرت مكنة تحديد اختصاصات مجلس الدولة لمجال القانون العضوي، في حين أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو قانون عادي. وثانيهما: أن تكرار النصوص القانونية الواحدة يؤدي غالبا إلى تصادمها وتعارضها في المضمون، وهو ما يعاين في نص المادتين 9 من القانون العضوي رقم 01/98 المعدلة والمتممة و901 من ق.إ.م.إ.، حيث ضيّقت المادة 901 دائرة الاختصاص لمجلس الدولة وحصرتها في قرارات السلطات الإدارية المركزية فقط، في حين وسعت المادة 09 من مجال الاختصاص ليطال بالإضافة إلى قرارات السلطات الإدارية المركزية، قرارات الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية. ومهما يكن من أمر، فإن نص المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 هو الأولى بالترجيح، تطبيقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يقضي بسمو القانون العضوي على القانون العادي.

يتبين من نص المادة 09 المذكور أعلاه، أن دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد قرارات السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية¹ تكون من اختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة، وكذلك الأمر بالنسبة لطلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية، حيث كلما كان القرار الذي انتهك الحرية الأساسية صادرا عن سلطة إدارية مركزية أو هيئة عمومية وطنية أو منظمة مهنية وطنية، انعقد الاختصاص بنظر طلب الحماية الخاصة المتعلق به إلى

¹ - لتحديد مدلول هذه السلطات، ارجع إلى المؤلفات العامة التي تعنى بموضوع المنازعة الإدارية. انظر مثلا: محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، الجزائر، 2005، ص ص. 229-232.

قاضي الاستعجال الإداري بمجلس الدولة وذلك كجهة ابتدائية ونهائية، أي أن التقاضي في مثل هذه القرارات يتم على درجة واحدة.

إن هذا الاختصاص الابتدائي النهائي لمجلس الدولة، يشكل مساسا بحقوق وحریات الأفراد، وانحيازاً واضحاً لجهة الإدارة على حساب هذه الحقوق والحریات، لذلك يبدو من الأفضل جعل الطعون في قرارات هذه الهيئات من اختصاص المحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة، تفصل فيها بأحكام ابتدائية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، وذلك لعدم وجود أي مبرر قانوني أو واقعي يفرض مثل هذا التمييز بين قرارات السلطات المركزية وقرارات السلطات المحلية، بل على العكس من ذلك، تؤيد بعض الأسانيد والمبررات القانونية والواقعية مثل هذا الاقتراح، أهمها أن هذا الاختصاص الابتدائي النهائي قد أدى إلى تشويه الدور المنوط بمجلس الدولة بمقتضى أحكام الدستور، وهو تقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية وتوحيد الاجتهاد القضائي، هذا الأخير، يفرض على مجلس الدولة أن يكون، على غرار المحكمة العليا في النظام القضائي العادي، قاضي نقض لا قاضي اختصاص. أما الاعتبارات العملية، فتتمثل في أن مركزية الاختصاص القضائي في هذه القرارات يؤدي إلى إرهاق القاضي والمتقاضي على حد سواء، وهو ما يتنافى مع مبدأ تيسير وتبسيط إجراءات التقاضي كأحد المقومات الأساسية لمبدأ حسن إدارة العدالة.

ويلزم ملاحظة، أن قصر المشرع في المادة 937 من ق.إ.م.إ لطرق الطعن في أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية على الاستئناف فقط دون الطعن بالنقض، قد يفهم منه، أنه لا يمكن إثارة هذه الحماية إلاّ ضد الانتهاكات الصادرة عن السلطات الإدارية المحلية، أما الاعتداءات الناجمة عن قرارات السلطات الإدارية المركزية فهي محصنة ضد إجراء الحماية الخاصة، أو بمعنى آخر، فإن الاختصاص بنظر طلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية لا ينعقد إلاّ للمحاكم الإدارية دون مجلس الدولة¹. وهو فهم معيب لسببين هما:

¹ - انظر: سليمة قزلان، " توسيع سلطات القاضي الإداري للاستعجال في توجيه أوامر لإدارة لحماية الحريات الأساسية. قانون 09/08 (ق.إ.م.إ) تفعيل للعدالة الإدارية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2011، عدد 4، ص. 43.

1- أن نص المادة 920 من ق.إ.م.إ قد ورد على إطلاقه، حيث لم يميز بين قاضي الاستعجال بالمحكمة الإدارية وقاضي الاستعجال بمجلس الدولة، كما أنه نص على الانتهاكات الصادرة عن الأشخاص المعنوية العامة بصيغة العموم ودون تمييز بين السلطات الإدارية المحلية والسلطات الإدارية المركزية، والمبدأ في هذا الشأن، أن المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يقيد والعام يؤخذ على عمومه ما لم يخصص. هذا بالإضافة إلى أن هذا النص(المادة 920 من ق.إ.م.إ)، قد ورد ضمن الباب الثالث من الكتاب الرابع بعنوان "في الاستعجال"، ولم يرد لا ضمن الباب الأول المتعلق بالإجراءات أمام المحاكم الإدارية، ولا ضمن الباب الثاني المتعلق بالإجراءات أمام مجلس الدولة؛

2- أن المادة 937 من ق.إ.م.إ تخص طرق الطعن في أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية ولا علاقة لها بموضوع الاختصاص. كما أن القول بأن استبعاد الطعن بالنقض في هذه الأوامر فيه دلالة على انحصار أعمالها أمام المحاكم الإدارية فقط دون مجلس الدولة، مردود عليه بأن المشرع اكتفى بالطعن في هذه الأوامر بالاستئناف فقط دون النقض لاعتبارات أخرى لها علاقة بخصوصية البنية التنظيمية للقضاء الإداري في الجزائر، والتي تمنع مجلس الدولة من النظر في طلب الحماية كقاضي اختصاص أو قاضي استئناف ثم التصدي له كقاضي نقض، لأن الطعن بالنقض يقوم على أساس أن الدعوى ينظر فيها من جهة قضائية تعلو الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه¹؛

واعتباراً لما سبق، ينعقد الاختصاص بطلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية للمحاكم الإدارية إذا تعلق الأمر بانتهاكات صادرة عن السلطات الإدارية المحلية أو المرفقية، ولمجلس الدولة إذا كانت هذه الانتهاكات صادرة عن السلطات الإدارية المركزية أو الهيئات العمومية الوطنية أو المنظمات المهنية الوطنية.

¹ - أكد مجلس الدولة هذا المبدأ في قرار له صدر بتاريخ 23 سبتمبر 2002، يحمل رقم 007304 في قضية (ش.م) ضد مديرية التربية لولاية باتنة، حيث جاء في إحدى حيثياته أنه: "وحيث أنه من غير المعقول وغير المنطقي أن يقوم مجلس الدولة بالفصل في الطعن بالنقض المرفوع أمامه ضد قرار صادر عنه، ذلك أن المقرر قانوناً، أن الطعن بالنقض يكون أمام جهة قضائية تعلو الجهة التي أصدرت القرار محل الطعن"، انظر: مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2، ص ص. 155-156.

أخيراً، بقي أن نتساءل عن القاضي المنوط بالفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أي هل أسند المشرع هذا الاختصاص إلى قاضي فرد أو إلى تشكيلة جماعية؟

ثالثاً: القاضي المنوط بالفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

كان قضاء الاستعجال الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية رقم 154/66 المؤرخ في 08 جوان 1966¹ يتم عن طريق القاضي الفرد، وهو رئيس الغرفة الإدارية المعنية (المحلية، الجهوية، المحكمة العليا) كل بحسب اختصاصها النوعي، بينما يتم قضاء الموضوع بتشكيلة جماعية تضم أعضاء الغرفة. غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدل عن هذا المبدأ، عندما نص صراحة في المادة 917 على أنه: "يفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع".

وقد اعتبر الأستاذ مسعود شيهوب، أن المشرع في هذا القانون تبنى ما كان الاجتهاد القضائي قد كرسه سابقاً من أن التشكيلة الجماعية في الغالب هي التي تفصل في الدعوى الاستعجالية، وذلك خلافاً للنصوص الصريحة للقانون القديم للإجراءات الذي كان ينص على الصلاحيات الانفرادية لرئيس الجهة القضائية بالمسائل الاستعجالية².

إذن بهذا النص، يكون المشرع قد وحد جهة التقاضي في دعاوى الموضوع والدعاوى الاستعجالية، من خلال إسناد الاختصاص بالطعون الاستعجالية إلى نفس التشكيلة الجماعية الفاصلة في دعوى الموضوع. ورغم أن مسلك المشرع هنا جاء دون بيان للأسباب، إلا أنه ينطوي بداهة على الرغبة في الاستفادة من محاسن التشكيلة الجماعية، والتي يمكن ردها إلى ميزتين أساسيتين هما³:

- تفترض التشكيلة الجماعية الحوار، ومن ثم تبادل الآراء ووجهات النظر بين أعضائها مما يؤدي في النهاية إلى ضمان الجودة في الأحكام الصادرة، من خلال تقليل خطر الوقوع في الأخطاء والانسياق وراء الأحكام الشخصية المسبقة. بعبارة أخرى، تحقق التشكيلة الجماعية مبدأ الموضوعية، من جهة، وتتلافى فكرة شخصنة الوظيفة القضائية، من جهة ثانية؛

¹ - انظر المادتين 171 مكرر بالنسبة للمجلس القضائي و 2/283 بالنسبة لمجلس الدولة.

² - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 131.

³ - Claudie BOITEAU, « Le juge unique en droit administratif », R.F.D.A, janvier- février 1996, n° 1, p. 10.

- تضمن التشكيلة الجماعية حياد القضاة بالنسبة لطرفي الطلب القضائي، حيث يراقب القاضي نفسه ذاتياً، كما يراقب غيره من قضاة التشكيلة وذلك بصفة تعاونية. ولاشك أن الحياد بالإضافة إلى الاستقلالية هما عماد الوظيفة القضائية.

إن هذين الاعتبارين ورغم وجاهتهما، إلاّ أنهما لا ينهضان سببا كافيا ومبررا مقبولا لاعتماد مبدأ التشكيلة الجماعية في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، لأنها لا تستجيب لفلسفته ولأهدافه، ذلك أن الغاية من إقرار هذا الإجراء هي الحصول على حماية سريعة، بل فائقة السرعة للحريات الأساسية المنتهكة بصورة خطيرة وواضحة عدم المشروعية من جانب السلطات الإدارية، ولا شك أن هذه الرغبة من المشرع، تقتضي التخلي عن مبدأ التشكيلة الجماعية لصالح مبدأ القاضي الفرد، لما يوفره هو الآخر من مزايا تتلاءم بطبيعتها مع فلسفة وأغراض إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

حيث وبالإضافة إلى تحقيق عامل السرعة في إضفاء الحماية على الحرية الأساسية المشار إليه سابقا، يفيد نظام القاضي الفرد في تلافي تخصيص عدد كبير من القضاة للفصل في المنازعات الإدارية، لاسيما ذات الطابع الاستعجالي، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ **Bertrand Seiller** أنه: " يظهر من الضروري تقليص تشكيلات الحكم بهدف تجنب تجنيد عدد كبير من القضاة لكل قضية. هذا التخفيض وصل إلى حد الترخيص لقاضي منفرد بالحكم في بعض القضايا المعقدة بسيطة، متكررة أو استعجالية"¹.

كما أن توحيد جهة الاختصاص بين قضاء الاستعجال وقضاء الموضوع، قد يؤدي إلى إرهاب القضاة بعدد كبير من القضايا، مما يفضي إلى صدور أوامر وأحكام متسارعة وغير متأنية، تهدر غالبا حقوق وحريات الأفراد لصالح أعمال الإدارة، بينما يكون القاضي الفرد، بحكم تفرغه وعدم ارتباطه بدعوى الموضوع، أكثر أريحية وتأنيا عند الفصل في طلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وهو ما سينعكس إيجابا على جودة الأوامر التي يصدرها.

¹ -« Il est apparu nécessaire de réduire la taille des formations de jugement, afin de ne pas mobiliser un trop grand nombre de magistrats sur chaque affaire. Cette réduction a pu aller jusqu'à autoriser qu'un seul juge se prononce sur certaines affaires considérées comme simples, répétitives ou urgentes. », Bertrand SEILLER, « **Le juge unique** », A.J.D.A, 25 juin 2012, p. 1206.

وبالنسبة إلى القول بأن القاضي الفرد ينقصه عاملي الاستقلالية والحياد مقارنة بالتشكيلة الجماعية، فمردود عليه بأن المشرع قد أقر حدا أدنى من الضمانات الإجرائية لتلافي هذين المأخذين أو على الأقل للتخفيف من حدتهما، حيث فرض صراحة على قاضي الاستعجال الإداري أن يفصل وفقا لإجراءات وجاهية¹، مما يقلل من احتمال الانحياز لأحد طرفي الطلب. كما فرض، من جهة أخرى، تسبيب الأوامر التي يصدرها قاضي الاستعجال الإداري²، أي إلزامه بإبراز الأسانيد الواقعية والقانونية التي أسس عليها أوامره، مما يسهل الرقابة والتعقيب عليها من طرف قاضي الاستئناف. وأخيرا فتح المشرع إمكانية استئناف الأوامر الصادرة في طلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية³، مما يعني إعادة طرح النزاع على قاض أكثر خبرة، له سلطة تعديل الأمر أو إلغاؤه إذا شابه عيب من العيوب.

وأخيرا، يبرز عيب آخر أكثر عمقا، يتمثل في أن توحيد جهة التقاضي بين دعوى الموضوع وطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، قد يחדش طابع الحياد الذي ينبغي أن يتسم به القاضي. يبرز إذن، أن مسلك المشرع بخصوص توحيد جهة التقاضي بين دعوى الموضوع وطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، هو مسلك غير موفق ولا يجد مبررا له لا من الناحية القانونية ولا من ناحية الواقع، لذلك أهيب به تعديل نص المادة 917 من ق.إ.م.إ وإقرار مبدأ القاضي الفرد لملاءمته لطبيعة قضاء الاستعجال الإداري ومزاياه سالفة الذكر.

الفرع الثاني

قواعد الاختصاص الإقليمي⁴ بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لمّا كان طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية طلبا متفرعا أو تابعا لدعوى الموضوع، فإن قاضي الحماية يخضع لنفس قواعد الاختصاص الإقليمي التي يخضع لها قاضي الإلغاء. وقد أحالت المادة 803 من ق.إ.م.إ فيما يتعلق بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية إلى نص المادة

¹ - المادة 923 من ق.إ.م.إ

² - المادة 924 من ق.إ.م.إ

³ - المادة 937 من ق.إ.م.إ

⁴ - يستعمل بعض الفقهاء مصطلح الاختصاص المحلي، بينما يفضل البعض الآخر استخدام مصطلح الاختصاص الإقليمي. وقد استعملت هذا الاصطلاح الأخير تماشيا مع التسمية التي اعتمدها المشرع.

37 من نفس القانون، هذه الأخيرة اعتمدت معياراً أساسياً في شأن توزيع الاختصاص الإقليمي مؤداه، أن الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه هي المختصة إقليمياً بنظر النزاع¹.

وبتطبيق هذه القاعدة على طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، تكون المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً بنظر دعوى الإلغاء وبالتبعية طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها موطن الجهة الإدارية مصدرة القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية². ويرجع أساس تقرير هذا المبدأ إلى قاعدة أنه يقع على المدعي السعي إلى موطن المدعى عليه إذا أراد مقاضاته، لأنه ادعى خلاف الأصل وهو قرينة الصحة أو المشروعية للقرارات الإدارية، ومن ثم يتعين عليه مخاصمة قرار الإدارة في المحكمة الواقع في نطاق اختصاصها موطن الجهة الإدارية مصدرة القرار، أي مكان وجودها تقليصاً لحجم الإزعاج الذي يمكن أن تسببه لها المخاصمة. وإذا كان الأصل هو عقد الاختصاص الإقليمي بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية إلى المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان وجود السلطة الإدارية مصدرة القرار، فإن المشرع قد أقر جملة من الاستثناءات على هذا الأصل، حددتها المادة 804 من ق.إ.م.إ. كما يلي³:

- في مادة الضرائب أو الرسوم، أمام المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة أو الرسم؛
- في مادة الأشغال العمومية، أمام المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال؛

¹ - تنص المادة 37 من ق.إ.م.إ. على أنه: « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.... »

² - خرج المشرع عن هذه القاعدة في المواد المستعجلة المدنية، حيث عقد الاختصاص بنظرها وجوباً إلى المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة، وهو ما قرره المادة 40 من ق.إ.م.إ. ومن البديهي عدم انطباق هذا النص على المواد المستعجلة الإدارية، لأن المشرع وإن كان قد أحال فيما يخص القاعدة أو الأصل في الاختصاص الإقليمي إلى المواد المدنية، إلا أنه فيما يتعلق بالاستثناءات على هذا الأصل، فقد حددها على سبيل الحصر ولم يجعل من بينها المواد المستعجلة الإدارية.

³ - سيتم الاقتصار فقط على ذكر الاستثناءات التي يمكن أن تؤثر منازعات تتعلق بدعوى الإلغاء، لأنها هي فقط التي يمكن أن تكون موضوعاً لتقديم طلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

- في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة الإدارية الواقعة في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه؛
 - في المنازعات المتعلقة بالموظفين أو أعوان الدولة أو غيرهم من الأشخاص العاملين في المؤسسات العمومية الإدارية، أمام المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين؛
 - في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة الإدارية الواقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات.
- يتبين من خلال فحص هذه الاستثناءات، أن مردها هو اعتبارات عملية، مرجعها إمّا إلى تقريب جهة التقاضي من المدعي تفاديا لعدم إرهاقه أو إلى تسهيل مهمة الفصل في الدعوى على القاضي بحكم قربه من النزاع؛
- ومن البديهي أن مسألة الاختصاص الإقليمي لا تطرح بالنسبة لمجلس الدولة، كونه هيئة وحيدة يشمل اختصاصها الإقليمي كامل إقليم الدولة.

الفرع الثالث

حدود الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وجزاء مخالفة قواعده

إن اختصاص قاضي الاستعجال الإداري بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية ليس مطلقاً، بل ترد عليه بعض القيود الموضوعية والإجرائية (أولاً)، كما يترتب على مخالفة قواعده، الحكم بعدم الاختصاص أو برفض الطلب حسب الأحوال (ثانياً).

أولاً: حدود الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يجد اختصاص قاضي الاستعجال الإداري بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية حدوداً موضوعية وأخرى إجرائية، حيث يتقيد شأنه في ذلك شأن قاضي الموضوع بقواعد الاختصاص الوظيفي، النوعي والإقليمي، ومن ثم لا يجوز له أن يتصدى لطلب الحماية الخاصة، إذا كان يخرج عن ولاية القضاء في مجموعه، كما هو الحال بالنسبة لأعمال السيادة أو بالنسبة للمنازعات التي يختص بها المجلس الدستوري¹، أو إذا كان مما يخرج عن ولاية جهة القضاء الإداري ويعود الاختصاص بنظره إلى جهة القضاء العادي. وبمعنى آخر، فإن الاختصاص المعقود لقاضي الحماية

¹ - عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002، ص. 30.

الخاصة بوصفه قاضيا للاستعجال الإداري، يتقيد بطبيعة المنازعة، حيث وباعتباره قاضيا إداريا، فإنه يتقيد بأن تكون المنازعة مما يختص به القضاء أولا، وأن تكون من طبيعة إدارية ثانيا.

أما بالنسبة للحدود الإجرائية لاختصاص قاضي الحماية الخاصة، فتتمثل في ضرورة تقيده بحدود مهمته كقاض للاستعجال، يمتنع عليه إصدار أوامر تمس بأصل الحق، باعتبار أن هذا الأخير مما يختص به قاضي الموضوع، ومن ثم لا يجوز له الأمر بإلغاء القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية لأن من شأن ذلك إفراغ دعوى الموضوع من مضمونها¹.

ثانيا: جزاء مخالفة قواعد الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

جعل المشرع قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي من النظام العام، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 807 من ق.إ.م.إ، وهذا خلافا لقانون الإجراءات المدنية القديم، حيث لم تكن تعتبر من النظام العام سوى قواعد الاختصاص النوعي دون الإقليمي. ويترتب على مخالفة قواعد الاختصاص أن يحكم القاضي بعدم الاختصاص، أما كون قواعد الاختصاص من النظام العام، فيترتب عليها النتائج الآتية:

- تتم إثارة مسألة عدم اختصاص الجهة القضائية الإدارية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى (المادة 807 من ق.إ.م.إ)؛
- يمكن للقاضي إثارة عدم اختصاص الجهة القضائية الإدارية تلقائيا، وذلك في الحالة التي يتخلف فيها المدعى عليه عن إبداء هذا الدفع؛
- لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص بنوعيه، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا؛
- أن الاختصاص بصورتيه النوعي والإقليمي لا يفترض، بل لابد أن يتقرر صراحة من طرف المشرع.

أما بالنسبة لمسألة توزيع الاختصاص بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال، فقد أخرجها المشرع من دائرة قواعد الاختصاص النوعي، ذلك أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد وحد جهة التقاضي بين قاضي الموضوع و قاضي الاستعجال عندما جعل التشكيلة الجماعية التي تفصل في

¹ - سيأتي تفصيل الحدود الإجرائية للاختصاص لاحقا عند بحث موضوع مضمون الحكم في طلب الحماية الخاصة.

دعوى الموضوع هي نفسها التي تفصل في الطلب المستعجل، على نحو ما سبق تفصيله. ومن ثم، إذا ظهر للتشكيلة الجماعية الجالسة للبت في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية كطلب مستعجل أن شرط الاستعجال غير متوافر، فإنها لا تحكم بعدم الاختصاص النوعي، بل برفض الطلب، وهو ما قرره المادة 1/924 من ق.إ.م.إ. بنصها: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب".

وقد انتقد الأستاذ مسعود شيهوب هذا المسلك من المشرع، واعتبره غير مبرر ولا يخلو من التناقضات ويخالف المفاهيم القانونية المعروفة في فقه المرافعات، وأنه انساق وراء هدف تبسيط الإجراءات وإعفاء المتقاضين من أعباء الأحكام بعدم الاختصاص وتحميلهم أعباء دعاوى أخرى أمام قاضي الموضوع¹.

إن ما ذهب إليه أستاذنا مسعود شيهوب هو محل نظر، حيث يظهر إقرار المشرع لهذا الحكم (رفض الطلب) في حالة انتفاء شرط الاستعجال مسلكاً موفقاً من جانبه، وسند ذلك الاعتبارين الآتيين:

- 1- أنه مسلك مدفوع باعتبارات الانسجام القانوني، حيث يظهر الحكم برفض الطلب كجزء لتخلف شرط الاستعجال بدل الحكم بعدم الاختصاص النوعي، كنتيجة منطقية وحتمية لتوحيد جهة التقاضي بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال. وعليه، يكون مجانباً للمنطق القانوني السليم القول بجواز أن يحكم القاضي عندما يرتدي عباءة قاضي الاستعجال بعدم اختصاصه بنظر الطلب لانتفاء شرط الاستعجال فيه، ثم يحكم نفس القاضي مرتدياً عباءة قاضي الموضوع باختصاصه بهذا الطلب؛
- 2- أن قاضي الاستعجال الإداري لا يشكل جهة قضائية متميزة وقائمة بذاتها، بل هو قاض داخل الجهة القضائية التي يتبعها، ومن ثم لا يصح قانوناً القول بأن توزيع الاختصاص بينه وبين قاضي الموضوع يندرج ضمن قواعد الاختصاص النوعي، بل هو مجرد توزيع تنظيمي غرضه تقسيم العمل وإرساء نوع من التخصص في معالجة القضايا الإدارية.

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص ص. 132-133.

وتأسيسا على ما سبق، يمكن القول أن قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بوصفه قاضيا للاستعجال الإداري، لا يحكم بعدم الاختصاص النوعي إلا في حالتين نصت عليهما المادة 2/924 من ق.إ.م.إ.هما: حالة تقديم الطلب إلى مجلس الدولة وهو في حقيقته من اختصاص إحدى المحاكم الإدارية أو العكس، وحالة تقديم الطلب إلى محكمة إدارية، وهو في حقيقته من اختصاص محكمة مدنية.

أمّا بالنسبة لعدم الاختصاص الإقليمي، فهو يتحقق كلما رفع طلب الحماية الخاصة إلى محكمة إدارية خلافا لمقتضيات المادتين 37 و 804 من ق.إ.م.إ.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بأطراف طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تنص المادة 1/13 من ق.إ.م.إ. على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". تتحدث هذه المادة عن الشروط اللازم توافرها في أطراف الدعوى لقبولها، وقد حصرتها في شرطين هما: الصفة والمصلحة، كما أنها وردت ضمن الكتاب الأول الخاص بـ "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية"، ومن ثم، تسري هذه الشروط على جميع الدعاوى سواء العادية أو الإدارية، وسواء الموضوعية أو الاستعجالية. وعليه، يثور التساؤل عما إذا كانت هناك خصوصية لهذين الشرطين في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية بوصفه طلبا إستعجاليا تميزه عن دعاوى الموضوع؟

تقتضي الإجابة عن هذا التساؤل، التطرق إلى شرط الصفة في فرع أول، شرط المصلحة في فرع ثان، وأخيرا الأهلية ومدى اعتبارها شرطا لقبول طلب الحماية الخاصة في فرع ثالث.

الفرع الأول

الصفة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يقصد بالصفة في التقاضي: "أن يكون المدعي في وضعية ملائمة لمباشرة الدعوى، أي أن يكون في مركز قانوني سليم يخول له التوجه للقضاء"¹. وعليه، تثبت الصفة كأصل عام بمجرد إثبات

¹ - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - دراسة تشريعية وقضائية وفقهية -، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 85.

الحق وحصول الاعتداء عليه، فيكون لصاحب الحق المعتدى عليه صفة في مقاضاة المعتدي¹. وإذا كانت المصلحة شرطا يلزم توافره فقط في رافع الدعوى أو المدعي، فإن الصفة يجب أن تثبت لكل من رافع الدعوى ومثلقيها على حد سواء، وذلك إعمالا للأصل الإجرائي القاضي بوجوب رفع الدعوى من ذي صفة وعلى ذي صفة.

بالنسبة للمدعي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، يتم التمييز بين ما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا، حيث تثبت الصفة للشخص الطبيعي بمجرد كونه صاحب حرية أساسية، وفي هذه الحالة تندمج الصفة مع شرط المصلحة باعتبارها وصفا من أوصافها، وهو المصلحة الشخصية المباشرة، لأن مقدم الطلب هنا هو ذاته صاحب الحرية الأساسية المعتدى عليها. أما إذا كان المدعي شخصا معنويا خاصا أو عاما، فإن الصفة في الدعوى تثبت لهذا الأخير، بينما تكون الصفة في التقاضي لممثله القانوني.

ويترتب على هذه التفرقة بين صفة الشخص المعنوي ذاته (الصفة في الدعوى) وصفة ممثله القانوني (الصفة في التقاضي) أثرا قانونيا هاما، يظهر على مستوى الجزاء المترتب على تخلف كل منهما، حيث تتعلق الصفة بشروط قبول الدعوى، ومن ثم يؤدي تخلفها إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، بينما يتعلق التمثيل القانوني بإجراءات مباشرة الخصومة، ومن ثم يترتب على عدم صحته الحكم ببطلان إجراءات الخصومة وليس عدم قبول الدعوى.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتبين أن المشرع يميز بين الصفة والتمثيل القانوني، حيث أفرد لكل منهما نصا مستقلا، وهكذا تنص المادة 13 منه على الصفة واعتبرتها شرطا لقبول الدعوى، بينما نصت المادة 828 على التمثيل القانوني، غير أن هذا التمييز على مستوى التقنين لم يتوج بتمييز على مستوى الجزاء. يرى الأستاذ مسعود شيهوب أن هذا الإغفال التشريعي من شأنه فتح باب الافتراضات، واعتبر أن الجزاء قد يحتمل بطلان إجراءات الخصومة تأسيسا على

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول- الهيئات والإجراءات-، د.م.ج، الجزائر، 2013، ص.

التمييز الذي اتبعه المشرع في عرض النصوص، كما قد يحتمل عدم قبول الدعوى تأسيساً على كون النص على التمثيل جاء مع بيانات العريضة في نفس القسم تحت عنوان "في رفع الدعوى"¹.

غير أنه بالرجوع إلى المادة 64 من ق.إ.م.إ، نجد أنها تنص على أن انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي يؤدي إلى بطلان الإجراءات من حيث موضوعها، كما اعتبرت هذا الدفع من النظام العام وأعطت القاضي مكنة إثارته تلقائياً. وبديهي أن هذه المادة تنطبق على الإجراءات القضائية الإدارية، كونها واردة ضمن الكتاب الأول الخاص "بالأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية"، ولم يأت ضمن الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية ما يخصها أو يقيدّها.

وعليه، فقد اعتبر المشرع التمثيل القانوني شرطاً لصحة إجراءات الخصومة وليس شرطاً لقبول الدعوى، ومن ثم رتب على فساد بطلان إجراءات الخصومة وليس عدم قبول الدعوى. أمّا بالنسبة للمدعى عليه في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فإنه يلزم كذلك أن يكون ذا صفة في توجيه الطلب إليه، ولما كان المدعى عليه في هذه الحالة هو دائماً شخصاً معنوياً عاماً، فإنه يجب كذلك أن تثبت له الصفة بنوعيتها، أي الصفة في الدعوى للشخص المعنوي والصفة في التقاضي لممثله القانوني.

تقوم صفة الشخص المعنوي العام، إذا كان هو صاحب الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية للمدعي، أي إذا كانت السلطة الإدارية المدعى عليها هي مصدرة القرار الذي انتهك الحرية الأساسية. وفي تحديده لهذه الصفة، نص المشرع في المادة 920 من ق.إ.م.إ، على ضرورة أن يكون مصدر الانتهاك أحد الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، وعليه يتسع مفهوم المدعى عليه في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية ليشمل الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية (الدولة، الولاية والبلدية)، الأشخاص المعنوية العامة المرفقية (المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية) والمنظمات المهنية الوطنية كما سبق تفصيله.

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول - الهيئات و الإجراءات -، المرجع السابق، ص. 317.

ويترتب على هذا التحديد لصفة المدعى عليه، انتفاء هذه الصفة على أشخاص القانون الخاص، وذلك حتى ولو أحدثت انتهاكا خطيرا وواضح عدم المشروعية للحرية الأساسية للمدعي، إذ ينعقد الاختصاص بحماية الحريات الأساسية في مواجهة هذه الأشخاص إلى القاضي العادي.

أما بالنسبة للصفة في التقاضي أو التمثيل، فقد حددتها المادة 828 من ق.إ.م.إ، بنصها على أن الدولة تمثل بواسطة الوزير المعني، الولاية بواسطة الوالي، البلدية بواسطة رئيس المجلس الشعبي البلدي والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية بواسطة ممثليها القانوني. وبخصوص الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، فيقع تمثيلها بواسطة ممثليها القانوني بحسب قوانينها الأساسية.

وبخصوص طبيعة شرط الصفة، فقد اعتبره المشرع من النظام العام، حيث نصت المادة 13 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثانية على أن القاضي يثير تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

أما بخصوص كيفية بحث مدى توافر هذا الشرط، فيختلف قضاء الاستعجال عن قضاء الموضوع، من حيث أنه قضاء تحفظي يمتنع على القاضي فيه المساس بموضوع الدعوى أو بأصل الحق فيها إعمالا للمادة 918 من ق.إ.م.إ، حيث تنص على أنه: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة. لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال".

وعليه، يكفي قاضي الاستعجال أن يستشعر من ظاهر الأوراق أن الدعوى مرفوعة من ذي صفة وعلى ذي صفة، دون أن يتجاوز هذا الظاهر إلى ما يستلزمه البحث عن الصفة الحقيقية من فحص يقتضي تفسيراً أو بحثاً موضوعياً¹، فإذا ما تبين له من خلال هذا الفحص الظاهري لأوراق الدعوى قيام الصفة لدى المدعي والمدعى عليه، قضى بقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية بغض النظر عن النتيجة التي سيصل إليها قاضي الموضوع فيما بعد عند البحث المعمق والدقيق لشرط الصفة.

¹ - شفيقة بن كسيرة ، المرجع السابق، ص. 125.

الفرع الثاني

المصلحة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لم يعرف المشرع الجزائري شرط المصلحة، وهو أمر طبيعي لأن تقديم التعاريف يخرج عن مهام المشرع. أما الفقه، فمنه من عرفها بأنها: "الدافع على إقامة الدعوى و الغاية المقصودة منها"¹، ومنه من اعتبرها: "الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها باللجوء إلى القضاء"²، في حين عرفها الأستاذ عمار بوضياف بأنها: "الحاجة إلى حماية القانون أو هي الفائدة أو المصنع الذي يعود على رافع الدعوى"³. وعليه، فإن المصلحة هي المنفعة التي يجنيها المدعي من لجوئه إلى القضاء، إذ الأصل أن من اعتدي على حق من حقوقه تحققت له مصلحة في التقاضي، لأن له منفعة أو فائدة عملية من هذا التقاضي.

ومن البديهي، أنه يشترط لقبول الدعوى الاستعجالية أن تتوافر للمدعي مصلحة في إقامتها إعمالاً لأصل "لا دعوى دون مصلحة" *pas d'intérêt pas d'action* أو أن المصلحة هي مناط الدعوى *l'intérêt est la mesure de l'action*. والمصلحة المطلوب توافرها في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، لن تخرج من حيث الأصل عن القواعد التي تخضع لها المصلحة في دعوى الموضوع، اعتباراً بأن الأولى هي فرع من الثانية.

ويختلف مفهوم المصلحة في دعوى الإلغاء عن مفهومها في الدعوى القضائية بصفة عامة ودعوى القضاء الكامل بصفة خاصة، حيث وتأسيساً على أن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية وعينية ومن دعوى قضاء المشروعية، فإن مفهوم شرط المصلحة فيها يتسم بالمرونة والبساطة والاتساع نسبياً، حيث لا يتطلب لوجوده أن يكون للشخص حق شخصي مكتسب وثابت في النظام القانوني للدولة ويقع عليه اعتداء وضرر بفعل القرارات الإدارية غير المشروعة، بل يكفي لتوفر شرط

¹ - طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة -، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1993، ص 35-36.

² - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول - الهيئات و الإجراءات -، المرجع السابق، ص 304.

³ - عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 108.

المصلحة لرافع الدعوى، أن يمس القرار الإداري بمركز قانوني خاص له، سواء كان مضمون هذا المركز القانوني حق شخصي مكتسب أو مجرد حالة أو وضع قانونية للشخص المعني¹.

وعليه، يلزم لقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يكون للمدعي مصلحة في رفعه، بأن يثبت أن القرار الإداري المنازع في مشروعيته قد بمركزه القانوني. كما يلزم لاستمرار القاضي في الحكم فيه، أن تتوافر هذه المصلحة إلى غاية الفصل في الطلب².

وبالنسبة للشروط اللازم توافرها في المصلحة لتكون معتبرة قانوناً، فقد نصت المادة 13 من ق.إ.م.إ على وجوب أن تكون هذه الأخيرة قائمة أو محتملة يقرها القانون. ويضاف إلى هذا الشرط متطلب آخر، يتعلق بضرورة أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، حيث يندمج هذين الوصفين مع شرط الصفة، اعتباراً أنها تثبت من حيث الأصل إذا كانت المصلحة شخصية ومباشرة³.

يقصد بوصف الشخصية، أن تكون المصلحة التي يستند إليها الطاعن مستمدة من مركزه القانوني أو الحالة القانونية الشخصية له، بحيث يؤثر فيها القرار المطعون فيه. غير أنه في مجال دعوى الإلغاء، فإنه لا يستلزم لقيام المصلحة الشخصية وجود حق للطاعن أهدره أو مس به القرار الإداري، بل يكفي أن يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له⁴.

وإذا كان المبدأ هو شخصية المصلحة، فإنه استثناء من ذلك تجوز الدعاوى التي ترفعها التجمعات ذات الشخصية المعنوية مثل النقابات والجمعيات للدفاع عن مصالحها الجماعية⁵. ويقصد بالمصلحة الجماعية، تلك التي لا تتعلق بالمصلحة الفردية، وإنما بمجموع المصالح الفردية لأعضاء النقابة أو المصلحة المشتركة التي تعلو المصالح الذاتية للأعضاء⁶.

¹ - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني - نظرية الدعوى الإدارية -، د.م.ج، الجزائر، 1998، ص ص. 414-415.

² - عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص. 111.

³ - بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر -، ص. 204.

⁴ - محمود سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 142.

⁵ - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وخالد بيوض، الطبعة الخامسة، د.م.ج، الجزائر، 2003، ص. 157.

⁶ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول - الهيئات والإجراءات -، المرجع السابق، ص. 315.

أما المصلحة المباشرة، فتتحقق إذا كان المركز القانوني للطاعن يؤثر فيه القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً. ومن شأن توافر هذا الشرط، ضمان جدية مصلحة الطاعن¹ وعدم توجيهها نحو تعطيل نشاط الإدارة و سير المرفق العمومي بانتظام واطراد.

وبإسقاط هذين الشرطين على طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، يمكن القول، أنه يلزم لقيام شرط المصلحة الشخصية المباشرة للطاعن، أن يثبت أولاً أن له وصف المستفيد من الحرية الأساسية المدعى بانتهاكها، وأن قرار الإدارة المطعون فيه قد مسه بآثاره، وفي غياب مثل هذا الإثبات، يرفض قاضي الاستعجال طلبه لانتفاء شرطي المصلحة الشخصية والمباشرة.

وبالإضافة إلى شرطي المصلحة الشخصية والمباشرة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فإنه يلزم كذلك أن تكون مصلحة المدعي قائمة، وذلك بأن تكون الفائدة التي ستعود عليه مؤكدة وليست محتملة، كما يجب أن تكون مصلحة حالة أي موجودة في الحاضر وليست مستقبلية². وقد أخذ المشرع في المادة 13 من ق.إ.م.إ. بالمصلحة المحتملة، هذه الأخيرة، وإن كان الأصل هو عدم الاعتداد بها في الدعاوى المدنية ودعاوى القضاء الكامل الإدارية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك³، فإنه في دعوى الإلغاء، يكتفى بالمصلحة المحتملة لقبولها، وذلك تأسيساً على الطابع الموضوعي لهذه الدعوى واستهدافها تحقيق مصلحة عامة محققة دائماً هي حماية مبدأ المشروعية.

والسؤال المطروح في هذا الصدد هو هل تكفي المصلحة المحتملة لقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية؟ أو بعبارة أخرى، هل يكفي مجرد احتمال وقوع ضرر على إحدى الحريات الأساسية للطاعن لثبوت مصلحته في قبول طلب الحماية الخاصة؟ أرى أن الإجابة هي بالنفي، لأن الشروط اللازم توافرها لقيام المصلحة في طلب الحماية الخاصة ينبغي تقديرها بالنظر إلى طبيعة هذه الحماية، والتي تختلف في أهدافها وفلسفتها عن بقية الدعاوى الأخرى سواء المستعجلة أو الموضوعية، ومن ثم

¹ - محمود سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 144.

² - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول- الهيئات و الإجراءات -، المرجع السابق، ص. 310.

³ - كما هو الحال في دعوى وقف الأعمال الجديدة، التي تستند إلى مصلحة محتملة يقرها القانون، وكذلك دعاوى إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تكون محل نزاع مستقبلاً (المادة 77 من ق.إ.م.إ.).

ينبغي فهم هذا الشرط في ضوء ربطه بشرط الاستعجال المبرر لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

إن طبيعة شرط الاستعجال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، والتي تقتضي أن يكون استعجالاً أقصى يبرر تدخل القاضي لإسباغ الحماية على الحرية خلال أجل متناه في القصر هو 48 ساعة، تستلزم أن تكون المصلحة قائمة، أي أن الضرر الذي أصاب المدعي مؤكد ولا مجال فيه للاحتمال، كما تفرض كذلك أن تكون هذه المصلحة حالة، أي أن الضرر قد ترتب في الحاضر. ومن ثم لا يستقيم الاعتداد بالمصلحة المحتملة عند بحث قبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بمعنى أن شرط قيام وحلول المصلحة له خصوصية في طلب الحماية الخاصة مرتبطة بخصوصية شرط الاستعجال في هذا الطلب.

أخيراً، يشترط في المصلحة اللازم توافرها لقبول طلب الحماية الخاصة، أن تكون قانونية، أي تستند إلى حرية أساسية للطاعن يقرها ويحميها القانون، بمعنى حرية لها سند في قاعدة قانونية وضعية. وبمفهوم المخالفة، إذا كان الطاعن يستند إلى حرية لا يعترف بها القانون ولا يقرر حماية لها، فإن مصلحته في طلب الحماية الخاصة تنتفي لانقضاء وصف الحرية الأساسية عما يدعيه.

وإذا توافرت جميع هذه الشروط، تحققت المصلحة المعتبرة قانوناً لقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، ويستوي بعد ذلك أن تكون مصلحة مادية أو أدبية، كما يستوي أن تثبت هذه المصلحة لأشخاص القانون الخاص لحماية حرياتهم الأساسية من انتهاكات الأشخاص المعنوية العامة وهو الغالب، أو لأشخاص القانون العام، هذه الأخيرة، ورغم تمتعها بامتيازات السلطة العمومية التي تؤهلها لرد أي انتهاك لحرياتهم الأساسية، إلا أنها تتمتع بالمصلحة في الالتجاء إلى قاضي الاستعجال الإداري طلباً للحماية من أي انتهاك قد يقع على حرياتهم من شخص عام آخر.

الفرع الثالث

الأهلية في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يقصد بأهلية التقاضي: صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء على نحو صحيح¹، ومن ثم فهي تعبّر عن أهلية الأداء في المجال الإجرائي². ويقع التمييز فيما يتعلق بشرط الأهلية بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، حيث تثبت أهلية التقاضي بالنسبة للشخص الطبيعي طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني، إذا بلغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه.

أما بالنسبة للشخص المعنوي، فيلزم لكي تتوافر له أهلية التقاضي أن يكون موجودا ابتداء، وأن يكون متمتعا بالشخصية القانونية، فإذا تحقق هذان الشرطان ثبتت له الأهلية، ليقع ممارستها من طرف الشخص الطبيعي الذي يمثله بمقتضى نصوص القانون وذلك لحساب هذا الشخص المعنوي³. وقد أخرج المشرع الأهلية من شروط قبول الدعوى المنصوص عليها في المادة 13 من ق.إ.م.إ، ونص عليها في المادة 64 منه ضمن حالات الدفع ببطلان الإجراءات، كما جعلها من النظام العام يثيرها القاضي تلقائيا (المادة 65 من ق.إ.م.إ). وعليه، يكون المشرع قد عدل عن موقفه السابق⁴ واعتبر الأهلية شرطا لصحة إجراءات الخصومة وليس شرطا لقبول الدعوى، ومن ثم يؤدي تخلفها إلى الحكم ببطلان إجراءات الخصومة وليس الحكم بعدم قبول الدعوى، هذا بالإضافة إلى إمكانية تصحيح العيوب التي تلحقها أثناء سير الدعوى (المادة 66 من ق.إ.م.إ).

¹ - عبد التواب معوض، المرجع السابق، ص. 11.

² - محند أمقران بوشير، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية)، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر، 1998، ص. 77.

³ - Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6 éd., Litec, Paris, 2009, pp. 218-219.

⁴ - كانت الأهلية في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم منصوص عليها ضمن شروط قبول الدعوى (المادة 459).

المطلب الثالث

الشروط الشكلية لطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إذا ما تحقق قاضي الاستعجال الإداري من انعقاد اختصاصه بنظر طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وكذلك من توافر شرطي المصلحة والصفة، فإنه ينتقل إلى مرحلة معاينة مدى توافر الشروط الشكلية المبررة لقبوله. وفي هذا الإطار، يشترط لقبول هذا الطلب شكلاً، أن يستوفي شرطين أساسيين هما: تقديم طلب بذلك من المدعي مستوفياً للشكل الذي يتطلبه القانون (الفرع الأول)، وأن تكون دعوى الإلغاء منشورة أمام قاضي الموضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إعمالاً للمبدأ الإجرائي الذي يلزم القاضي بالتقيد بطلبات الخصوم، حيث لا يجوز له القضاء بما لم يطلبه الأطراف أو بأكثر مما طلبوا، فإنه يتعين على المدعي إذا ما أراد حماية إحدى حرياته الأساسية وفق إجراء الحماية الخاصة، أن يتقدم بطلب بذلك إلى قاضي الاستعجال الإداري. ويثور التساؤل بشأن طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، حول شكله (أولاً)، ميعاد تقديمه (ثانياً)، مدى جواز تدخله في المجال المحجوز لطلب وقف التنفيذ (ثالثاً) ومدى جواز الجمع بينهما (رابعاً).

أولاً: شكل طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

رغم تبعية طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية لدعوى الإلغاء في النظام القانوني الجزائري، إلا أن المادة 920 من ق.إ.م.إ لم تشر إلى شكل هذا الطلب، وما إذا كان يجب تقديمه في نفس عريضة دعوى الإلغاء أو في عريضة متميزة عنها كما هو الحال بالنسبة لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، حيث أوجبت المادة 834 من ق.إ.م.إ صراحة أن يقدم الطلب الرامي إلى وقف التنفيذ بدعوى مستقلة.

أرى أنه يجدر بالقاضي أن يفسر هذا السكوت التشريعي حول شكل الطلب لصالح الطاعن بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة الإدارية، ومن ثم يكون له في ظل هذا الإطلاق وعدم التحديد، أن يقدم طلبه الرامي إلى حماية حريته الأساسية سواء في نفس عريضة دعوى الإلغاء أو في عريضة

مستقلة ومتميزة عنها، وهو حل تسنده أحكام القانون، من جهة، واعتبارات تبسيط إجراءات الحماية الخاصة للحرية الأساسية، من جهة ثانية. كما أن عقد الاختصاص بنظر طلب الحماية الخاصة إلى نفس التشكيلة الجماعية النازرة في دعوى الإلغاء يدعم مثل هذا الحل.

وسواء قدم طلب الحماية الخاصة في عريضة دعوى الإلغاء أوفي عريضة مستقلة، فإنه يجب أن يكون صريحا، حيث أنه لا يفترض ولا يستشف ضمنا من عبارات المدعي الواردة في العريضة. ومرد ذلك إلى كونه طلبا تابعا وليس أصيلا، خلافا لما هو عليه الحال في فرنسا مثلا، حيث أفضى الطابع الأصيل لطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية إلى جواز أن يرد صريحا أو ضمنا، بحكم أن هذه الوحدة تجعل القاضي لا يختلط عليه الفهم فيما إذا كان المدعي ينصرف قصده إليه أم إلى غيره، وعلى ذلك يكفي المدعي أن يذكر في صحيفة طلبه وقائع الانتهاك وقيام الاستعجال ليدرك القاضي أن ما سبق إليه ليس إلا طلب الحماية الخاصة¹.

ثانيا: ميعاد تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يترتب على تبعية طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية لدعوى الإلغاء، أن يكون ميعاد تقديمه هو ذاته ميعاد رفع دعوى الإلغاء. وقد نصت المادة 829 من ق.إ.م.إ على أنه: "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (4) أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي"، وهو نفس الميعاد المعمول به أمام مجلس الدولة عندما يفصل كقاضي أول وآخر درجة، إعمالا لنص المادة 907 من ق.إ.م.إ².

تطبيقا لنص المادة 829 من ق.إ.م.إ المشار إليه أعلاه، ولخاصية التبعية، فإنه يتعين على المدعي إذا أراد حماية إحدى حرياته الأساسية وفق إجراءات الحماية الخاصة، أن يبادر ابتداء إلى رفع دعوى إلغاء ضد قرار الإدارة الذي انتهك حريته، وذلك خلال أجل أقصاه 4 أشهر يبدأ حسابها من

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 119.

² - أحالت المادة 907 من ق.إ.م.إ فيما يتعلق بأجل رفع الدعوى أمام مجلس الدولة إلى أحكام المادة 829 من ق.إ.م.إ، حيث نصت: "عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، تطبق الأحكام المتعلقة بالآجال المنصوص عليها في المواد من 829 إلى 832 أعلاه".

تاريخ تبليغ أو نشر القرار الإداري المطعون فيه، ثم يتبعها بتقديم طلب الحماية الخاصة خلال أجل يبدأ من وقت رفع دعوى الإلغاء إلى غاية الفصل فيها. وبمفهوم المخالفة، لا يقبل من المدعي تقديم طلب الحماية الخاصة قبل رفع دعوى الإلغاء، حيث يعتبر في هذه الحالة طلبا سابقا لأوانه، ولا بعد الفصل فيها.

وعليه، يشترط لقبول طلب الحماية الخاصة من حيث أجله شرطان أساسيان: **أولهما**: أن تقدم دعوى الإلغاء في الميعاد المقرر لها قانونا، و**ثانيهما**: أن يرفع طلب الحماية الخاصة في المجال الزمني الممتد بين رفع دعوى الإلغاء والحكم فيها.

غير أنه لما كان إجراء الحماية الخاصة يشترط لإعماله أن يكون القرار الذي انتهك الحرية الأساسية معيبا بعدم مشروعية واضحة، فإنه كثيرا ما يكون قرارا منعذما، لأن عدم المشروعية الواضحة تتحقق في الغالب نتيجة لعدم المشروعية الجسيمة التي تهوي بالقرار الإداري إلى درجة الانعدام، وهو وصف من شأنه أن يجعل الطعن بالإلغاء على هذا القرار لا يتقيد بميعاد معين، ومن ثم يكون للمدعي الطعن بالإلغاء على هذا القرار الذي انتهك حرته الأساسية، وطلب اقتضاء الحماية الخاصة لهذه الحرية في أي وقت دون إمكان الاحتجاج في مواجهته بفوات ميعاد الأربعة (4) أشهر المقررة قانونا للطعن.

غير أنه يلزم ملاحظة، أن التطابق بين عدم المشروعية الواضحة وعدم المشروعية الجسيمة في القرار الإداري، وإن كان غالبا ما يتحقق، إلا أنه ليس مطلقا أو حتميا، حيث قد تنتج عدم المشروعية الواضحة من مجرد عدم مشروعية بسيطة للقرار. في هذه الفرضية الأخيرة، يظهر قصور إجراء الحماية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، إذ تؤدي تبعية طلب الحماية الخاصة لدعوى الإلغاء، إلى لزوم تقديمه في ميعاد معين يؤدي فواته إلى تحصين القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية، وهو أمر من شأنه أن يفقد هذا الإجراء الجاذبية المعترف له بها مقارنة بنظام وقف التنفيذ.

ثالثا: مدى جواز تدخل طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية في المجال المحجوز لطلب وقف

التنفيذ

إن منح المشرع لقاضي الحماية الخاصة بمقتضى المادة 920 من ق.إ.م.إ، سلطة اتخاذ جميع التدابير لحماية الحرية الأساسية المنتهكة من جانب الإدارة، يفتح تساؤلا رئيسيا، يتعلق بمدى جواز

تدخل طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية في المجال المحجوز لطلب وقف تنفيذ القرار الإداري؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالإيجاب، بمعنى أنه ليس هناك ما يمنع أن يطلب المدعي من قاضي الحماية الخاصة الأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري مصدر الانتهاك لحرية الأساسية، مؤسسا طلبه على مقتضيات المادة 920 من ق.إ.م.إ. وليس المادة 919 من نفس القانون رغم أنها الطريق الأصيل لذلك.

وتطبيقا لذلك، يمكن للمدعي طلب وقف تنفيذ القرار الإداري الذي انتهك حرية الأساسية استنادا إلى مقتضيات إجراء الحماية الخاصة رغم أن الطريق الطبيعي لذلك هو دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري. ويجد هذا الحل مبرره في اعتبارين أساسيين: أولهما: اعتبار قانوني، حيث أطلق نص المادة 920 من ق.إ.م.إ. سلطات قاضي الاستعجال الإداري، عندما خوله اتخاذ جميع التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة دون تحديد لتدبير معين، ولا شك أن وقف تنفيذ القرار الإداري الذي انتهك الحرية، يشكل أحد هذه التدابير، إعمالا لقاعدة أن المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يقيد.

وثانيهما: اعتبار منطقي مفاده، أنه طالما أن القرار الإداري هو مصدر الانتهاك للحرية الأساسية، فإن الإجراء المناسب لحماية هذه الحرية ليس إلاّ تعطيل أثره أو منعه من إنتاج آثاره، ونظرا إلى أن ذلك لا يمكن أن يتحقق إلاّ بأحد سبيلين هما الإلغاء أو الوقف، ولما كان قاضي الحماية الخاصة لا يملك الأمر بإلغاء القرار لخروجه عن نطاق اختصاصه، فإنه لا يبقى أمامه سوى الأمر بالوقف، ومن ثم فإنه يجوز للمدعي طلبه¹. وبمعنى آخر، يظهر وقف التنفيذ حال يكون القرار الإداري هو مصدر الانتهاك للحرية الأساسية، الطريق الوحيد لشل آثار هذا القرار وحماية الحرية.

والحقيقة أن مثل هذا الحل يخدم بلا شك مصلحة المدعي في حماية حرياته الأساسية وفق أيسر طريق يراه ملائما، فيعمل على الإفادة من مزايا إجراء الحماية الخاصة، أخصها ميزة سرعة الفصل في الطلب، حيث ألزم المشرع قاضي الحماية أن يفصل فيه خلال أجل 48 ساعة من تقديمه، في

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 121.

حين لم يحدد أجلا معيناً لقاضي وقف التنفيذ، وكل ما أوجبه عليه هو أن يفصل في الطلب في أقرب الآجال¹.

وإذا كان الأصل، هو عدم جواز الاحتجاج في مواجهة المدعي بوجود الطعن الموازي أو المقابل عند طلب وقف تنفيذ القرار وفق مقتضيات إجراء الحماية الخاصة، فإنه يرد استثناء على هذا الأصل مفاده، عدم جواز طلب وقف تنفيذ القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية سواء استنادا إلى نظام وقف التنفيذ أو إلى إجراء الحماية الخاصة، وذلك إذا كان الطعن الذي قرره القانون على هذا القرار له أثرا موقفا بقوة القانون²، حيث تنتفي في هذه الفرضية مصلحة المدعي في طلب الوقف.

يجد هذا الاستثناء تطبيقاً له في نظام نزع الملكية للمنفعة العمومية، حيث قررت المادة 13 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/22 والمتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية³، أن الطعن بالإلغاء في قرار التصريح بالمنفعة العمومية يوقف تنفيذه بقوة القانون، وبذلك يكون النص قد رسم طريقاً خاصاً لشل آثار قرار التصريح بالمنفعة العمومية، هو الطعن عليه بالإلغاء وأعطى لهذا الطعن أثراً موقفاً بصفة تلقائية وبغير حاجة إلى طلبه أمام قاضي الاستعجال الإداري، وعليه يكون من غير المقبول قانوناً ومنطقاً مخاصمة هذا القرار أمام قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية طلباً لوقف تنفيذه، لأن غاية المدعي قد تحققت بمقتضى الطعن بالإلغاء على هذا القرار.

ولا تقتصر تطبيقات مبدأ عدم الاحتجاج بوجود الطعن الموازي بصدد إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية على طلب وقف تنفيذ القرار الإداري فقط، بل تمتد إلى مواد أخرى كمادة العقود الإدارية، ذلك أن وجود نظام الاستعجال قبل التعاقد كطريق خاص للطعن في العقود الإدارية، لا يمنع تدخل قاضي الاستعجال الإداري في هذا المجال وفق إجراء الحماية الخاصة.

تبنى المشرع الجزائري نظام الاستعجال قبل التعاقد في المادة 946 من ق.إ.م.إ، وحصر نطاق تطبيقه في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. وتطبيقاً لهذا النص، يجوز لكل ذي مصلحة أن يخطر قاضي الاستعجال

¹ - المادة 2/918 من ق.إ.م.إ.

² - Olivier LE BOT, op.cit, pp. 391-392.

³ - القانون رقم 91-11 المؤرخ في 1991/04/22 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية، (ج. ر.ج.ج، عدد 21 المؤرخة في 8 مايو 1991).

الإداري في حالة إخلال الإدارة بالالتزامات السابقة، ملتصقا منه توجيه أمر إلى الجهة الإدارية بالامتثال لهذه الالتزامات وتحديد أجل لذلك.

يحقق هذا النظام غاية المدعي في حماية حريته في المنافسة، وهي إحدى الحريات الأساسية. غير أن وجود هذا الطعن الخاص وكفايته في تحقيق هدف المدعي، لا يحول دون إمكانية حماية هذه الحرية الأساسية وفق إجراء الحماية الخاصة، إذا ما أراد المدعي تحريكه والإفادة من مزاياه، ولا يمكن الاحتجاج في مواجهته بوجود الطعن الموازي.

غير أن تبعية إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية لدعوى الإلغاء في النظام القانوني الجزائري، تفرض على المدعي أن يرفع أولا طعنا بالإلغاء على قرار الإدارة الذي انتهك حريته في المنافسة، وذلك استنادا إلى نظرية القرارات القابلة للانفصال، ثم يطلب بعد ذلك من قاضي الاستعجال الإداري الأمر بالتدابير الضرورية للمحافظة على هذه الحرية.

ولا تقتصر إمكانية تدخل إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية على مرحلة إبرام العقد فقط، بل يمكن أن تمتد حتى إلى مرحلة تنفيذه، وفي هذا المعنى يقول المحافظ **Vandermeeren** : "لا نرى مثلا، باسم أي مبدأ يتم منع صاحب صفقة عمومية من تقديم طلب استعجالي ضد قرار الهيئة العمومية المتعاقدة بفرض عقوبات غير مبررة بصورة واضحة"¹. ومن ثم، فإنه يجوز تطبيق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية بصدد القرارات الصادرة في مرحلة تنفيذ العقد، كالقرارات المتضمنة توقيع جزاءات مالية على المتعاقد أو قرار فسخ العقد.

رابعا: مدى جواز الجمع بين طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وطلب وقف التنفيذ

لا يجوز الجمع بين طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وطلب وقف التنفيذ في عريضة واحدة، وذلك بسبب اختلاف النظام الإجرائي للطلبين²، والذي يظهر على مستويين أساسيين: يتعلق أولهما باختلاف مدة الفصل في الطلبين، حيث ألزم المشرع قاضي الاستعجال الإداري بالفصل في

¹ - « On ne voit pas, par exemple, au nom de quel principe interdire au titulaire d'un marché public de présenter utilement une demande de référé à l'encontre de la décision de la collectivité publique contractante lui infligeant des pénalités manifestement injustifiées. », Roland VANDERMEEREN, « les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi de 30 juin 2000 », B.J.D.C.P, 2000, n°13, p. 396.

² - Didier CHAUVAUX, op.cit, p. 392.

طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية خلال أجل متناه في القصر هو 48 ساعة (المادة 2/920 من ق.إ.م.إ.)، بينما لم يلزمه بميعاد معين للفصل في طلب وقف التنفيذ، وكل ما أوجبه عليه هو أن يفصل فيه خلال مدة معقولة (المادة 2/918 من ق.إ.م.إ.).

إن هذا التمايز فيما يتعلق بمدة الفصل في الطلبين، قد يوقع القاضي في حرج بشأن تطبيق مبدأ المواجهة في التحقيق، لأن طلب الحماية الخاصة لا يستلزم نفس درجة المواجهة التي يتطلبها طلب وقف التنفيذ، وهنا يجد القاضي نفسه بين خيارين، إمّا الفصل في الطلبين معاً خلال أجل 48 ساعة، وبالتالي إهدار الضمانات الممنوحة في إطار دعوى وقف التنفيذ، وإمّا الفصل فيهما دون التقيد بميعاد 48 ساعة المقرر للحكم في طلب الحماية الخاصة، ممّا يترتب عنه مخالفة الإلزام التشريعي الذي يفرض على القاضي الفصل في طلب الحماية خلال أجل أقصاه 48 ساعة.

أمّا المستوى الثاني، فيتعلق باختلاف طرق الطعن في الأمر الاستعجالي الصادر في الطلبين، حيث جعل المشرع أوامر وقف التنفيذ غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن (المادة 936 من ق.إ.م.إ.)، في حين أجاز الطعن في أوامر الحماية الخاصة بالاستئناف.

وإذا كان المبدأ هو عدم جواز الجمع بين طلبي الحماية الخاصة ووقف التنفيذ في عريضة واحدة، بقي أن نتساءل عن الجزاء الإجرائي المترتب على مثل هذا الجمع؟ يرى السيد **Bachelier**، أنه في حالة تضمين المدعي لنفس العريضة طلبات مؤسسة على إجراء الحماية الخاصة وأخرى على نظام وقف التنفيذ، فإن الجزاء المترتب على هذا الجمع هو عدم قبول الطلب الاحتياطي la demande subsidiaire¹، ومن ثم يقع على عاتق القاضي، في هذه الحالة، الفصل في الطلب الأصلي la demande principale.

الفرع الثاني

أن تكون دعوى الإلغاء منشورة أمام قاضي الموضوع

لا يقبل طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، إلا إذا كان المدعي قد رفع دعوى موضوعية لإلغاء القرار الإداري الذي انتهك هذه الحرية. ويلاحظ بخصوص هذا الشرط، غموضاً يعترى نص المادة 920 من ق.إ.م.إ.، حيث نصت على أنه: "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب

¹ - Gilles BACHELIER, op.cit, p. 267.

المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كان ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر....". أحالت المادة 920 بخصوص الطلب المتبوع إلى نص المادة 919 من ق.إ.م.إ، والتي تتعلق بطلب وقف تنفيذ القرار الإداري، غير أنها تشير في منتهى عند تقرير شروط الوقف إلى طلب الإلغاء، حيث نصت على أنه: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه....".

واضح تماما أن هذه الإحالة إلى نص المادة 919 من ق.إ.م.إ. تحتل تأويلين، أولهما: أن طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية يتبع طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، وهو ما رأت به السيدة غنية نزلي، حيث اعتبرت أن هذا الطلب يرتبط بدعوى وقف التنفيذ، وأنه لا يتصور قبوله ما لم يكن مقترنا بهذه الدعوى¹، وفي نفس الاتجاه، ذهب الأستاذ عبد القادر عدو، حيث اعتبر أن طلب الحماية الخاصة هو فرع من الاستعجال الفوري لوقف التنفيذ، وأن النطق بالتدابير الضرورية للمحافظة على الحرية الأساسية يكون بمناسبة الفصل في طلب وقف التنفيذ². وثانيهما: أنه يتبع طلب الإلغاء، وهو أمر يقتضي ترجيح أحدهما على الآخر.

إن الفهم الثاني هو الأولي بالترجيح، بمعنى أن طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية هو طلب مشتق من دعوى الإلغاء وتابع لها، وسند ذلك ثلاثة اعتبارات هي:

- لا يصح قانونا القول بتبعية طلب استعجالي لطلب آخر من نفس الطبيعة، ولما كان طلبي الحماية الخاصة ووقف التنفيذ لهما صفة الاستعجال، فإنه لا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر، بل يقتضي المنطق القانوني السليم أن يتبع الطلب الاستعجالي طلبا موضوعيا، هو طلب الإلغاء في هذه الحالة؛
- لما كان نطاق أعمال إجراء الحماية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، يقتصر فقط على القرارات الإدارية دون غيرها من أعمال الإدارة الأخرى، فإن السلطة الوحيدة المخولة لقاضي الاستعجال الإداري بمقتضى هذا الإجراء هي وقف تنفيذ القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية.

¹ - غنية نزلي، سلطات قاضي الاستعجال الإداري في دعوى حماية الحريات الأساسية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص. 19.

² - عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. 281.

وعليه، يقود القول بتبعية طلب الحماية الخاصة إلى طلب وقف التنفيذ إلى نتيجة غريبة مؤداها، تبعية طلب محله وقف تنفيذ القرار إلى طلب آخر بوقف تنفيذ نفس القرار؛

- يؤدي التسليم بتبعية طلب الحماية الخاصة لطلب وقف التنفيذ إلى تعقيد غير مبرر، يتعارض مع مقتضى تبسيط إجراءات قضاء الاستعجال، حيث يتعين على المدعي وفقاً لهذا الفهم حتى يستطيع تحريك إجراء الحماية الخاصة، أن يبادر أولاً إلى رفع دعوى إلغاء ضد القرار الذي انتهك حرية الأساسية، ثم يطلب وقف تنفيذه حتى يتسنى له تقديم طلب الحماية الخاصة.

وعليه، يبرز مما سبق، أن طلب الحماية الخاصة هو طلب تابع لدعوى موضوعية هي دعوى الإلغاء. والحقيقة أن هذه التبعية من شأنها الحدّ من فعالية إجراء الحماية الخاصة، لأنها ضيّقت من نطاقه، حيث قصرت إعماله على القرارات الإدارية فقط دون التصرفات الأخرى التي تجربها الإدارة كالأعمال المادية والعقود الإدارية، كما حجرت عليه، بأن أخضعته لنفس القواعد الحاكمة لدعوى الإلغاء، والمتعلقة سواء بميعاد تقديمها أو بقواعد قبولها ورفضها، إذ يؤدي فوات ميعاد دعوى الإلغاء إلى تحصين القرار ضد طلب الحماية الخاصة، كما يترتب على عدم قبول طلب الإلغاء لتخلف أحد شروطه عدم قبول طلب الحماية الخاصة.

المطلب الرابع

كيفية تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يقصد بالخصومة القضائية الإدارية، مجموعة الأعمال الإجرائية التي ترد على الدعوى منذ تقديمها للقضاء ولحين الفصل فيها بحكم. وهي تنشأ منذ لحظة إيداع عريضة مكتوبة موقع عليها من محام لدى الجهة القضائية الإدارية المختصة، وتتعدّد بتبليغ هذه العريضة إلى المدعى عليه.

وعليه، يمر انعقاد خصومة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية بمرحلتين أساسيتين هما: مرحلة إعداد عريضة طلب الحماية الخاصة (الفرع الأول)، ومرحلة تبليغ العريضة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مرحلة إعداد عريضة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يتعين تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، شأنه في ذلك شأن الدعاوى الإدارية العادية الأخرى، بمقتضى عريضة، وقد نصت في هذا الإطار المادة 815 من ق.إ.م.إ على أنه: "مع

مراعاة أحكام المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام". أما الشروط اللازم توافرها في هذه العريضة، فقد قررتها المادة 816 من ق.إ.م.إ بنصها: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون".

وبالرجوع إلى المادة 15 محل الإحالة، يتبين أن البيانات المطلوبة في العريضة هي :

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى؛

- إسم ولقب المدعي وموطنه؛

- إسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له؛

- الإشارة عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى؛

من خلال هاتين المادتين، يمكن تلخيص الشروط المتطلبة في عريضة طلب الحماية الخاصة في وجوب أن تكون مكتوبة (أولاً)، أن تتضمن الجهة القضائية المختصة وأطراف الخصومة (ثانياً)، أن تتضمن ملخص الموضوع ومستندات الطلب (ثالثاً) وأن تكون موقعة من قبل محام (رابعاً).

أولاً: أن تكون العريضة مكتوبة

أغفلت المادة 815 من ق.إ.م.إ شرط الكتابة في عريضة افتتاح الدعوى، وهو خطأ مادي، حيث تضمنت الصياغة الفرنسية للنص هذا الشرط « le tribunal administratif est saisi par une requête écrite » ومن ثم تكون نية المشرع قد اتجهت إلى اشتراط الكتابة في العريضة، تأسيساً على أن الأصل في إجراءات التقاضي هو الكتابة¹، وعلى أن الإجراءات الإدارية ذات طابع كتابي. وتظهر أهمية الكتابة، من حيث أنها توفر مزايا الدقة والتحديد لطلبات المدعي، كما تعتبر حجة قاطعة في الإثبات. والكتابة المعتبرة هنا ليست مجرد أية كتابة، وإنما تلك التي تأخذ شكل عريضة تودع بأمانة ضبط الجهة القضائية مقابل وصل يسلمه أمين الضبط للمدعي²، ومن ثم لا يعتد بالعريضة التي تأخذ شكل برقية لا تحترم الأشكال والأوضاع المقررة قانوناً³.

¹ - انظر المادة 9 من ق.إ.م.إ.

² - انظر المادة 823 من ق.إ.م.إ.

³ - جاء في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أنه: " متى اشترط القانون في الطعن أشكالاً وأوضاعاً وبيّن كيفية رفعه، وجب احترامها كما وردت في أحكام القانون، والتي تنص على أن الطعن يرفع بعريضة مكتوبة وموقع عليها من طرف محام مقبول لدى المحكمة العليا وتودع لدى كتابة الضبط لقاء إيصال. ومن ثم كان استئناف قرار صادر عن الغرفة الإدارية =

ثانيا: أن تتضمن العريضة الجهة القضائية المختصة وأطراف الخصومة

يشترط في عريضة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن تشتمل على تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالطلب، وهو أمر ضروري ليتمكن المدعى عليه من معرفة مكان الخصومة وبالتالي حضورها ومباشرتها. كما يجب أن تكون العريضة مصحوبة بعدد من النسخ يساوي عدد الخصوم فيها، وذلك حتى يتسنى إعلانها لجميع المدعى عليهم، وتمكين كل واحد منهم من الرد عليها وإبداء وسائل دفاعه.

وبالإضافة إلى تحديد جهة الاختصاص بالطلب، يجب أن تتضمن العريضة كذلك جميع بيانات أطراف الخصومة. ويرجع الهدف من هذه البيانات إلى تحديد هوية الأطراف تحديدا نافيا للجهالة.

ثالثا: أن تتضمن العريضة ملخص الموضوع ومستندات الطلب

يتعين لقبول طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية شكلا، أن يتضمن عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، وهي بيانات أساسية بدونها لا يمكن للخصم أن يقدم وسائل دفاعه، ولا يتسنى للقاضي الإحاطة بعناصر النزاع من أجل الفصل فيه. وفي هذا الإطار، قضت المحكمة العليا في أحد أحكامها بأن: "المجلس القضائي لم يخالف القانون عندما نطق في حكم له بعدم قبول العريضة انطلاقا من كونها خالية من العرض الموجز للوقائع ومن الوسائل"¹.

وبالنسبة إلى الوثائق والمستندات، فالأصل أن تقدم رفقة الطلب مع جرد مفصل عنها ما لم يوجد مانع يحول دون ذلك بسبب عددها أو حجمها أو خصائصها، ويؤشر أمين الضبط على هذا الجرد². ويعد تقديم الوثائق في حالة وجودها مسألة في غاية الأهمية، لأنها تمكن المدعي من إثبات ما يدعيه، كما تمكن المدعى عليه من دحض إدعاءات المدعي، وقد رتب المشرع على تخلفها عدم قبول العريضة شكلا(المادة 15 من ق.إ.م.إ.).

= للمجلس، بواسطة برقية تلغرافية استئناف غير مقبول لعدم احترامه للأوضاع القانونية المذكورة"، المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف إداري رقم 29332 بتاريخ 25 ديسمبر 1982، قضية والي... ضد (ف.ي)، المجلة القضائية، 1989، العدد 3، ص. 181.

¹ - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار صادر بتاريخ 12/01/1985، قضية المقاوله العمومية لأشغال المياه ضد وزارة الصحة العمومية، المجلة القضائية، 1990، العدد 1، ص. 209-211.

² - المادة 820 من ق.إ.م.إ.

رابعاً: أن تكون العريضة موقعة من قبل محام

جعل المشرع التوقيع على عريضة الدعوى من قبل محام إلزامياً في جميع درجات التقاضي في المواد الإدارية¹، غير أنه استثناء من ذلك، أعفى الدولة والأشخاص المعنوية العامة ذات الصبغة الإدارية من هذا الشرط وجعله جوازياً بالنسبة لها².

وإذا كانت إلزامية المحامي في الدعاوى الإدارية لها ما يبررها، فإن هذه الإلزامية تبدو أكثر ملاءمة في مجال إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، نظراً للخصوصية الموضوعية والإجرائية التي تميزه، إذ يصعب على الفرد العادي إثبات توافر شرط الحرية الأساسية بما يثيره من تعقيدات على مستوى المفهوم، وكذلك الأمر بالنسبة لشرطي خطورة الانتهاك وعدم مشروعيته الواضحة.

كما أن قصر الأجل الممنوح للقاضي من أجل الفصل في الطلب، يجعل من أي خطأ محتمل من المدعي في إساءة إثبات ما يدعيه مكلفاً بالنسبة له، إذ يعرض طلبه للرفض دون أن يكون له فرصة للتصحيح أو الاستدراك، هذا بالإضافة إلى أن التداخل الواضح بين دعوى وقف التنفيذ وطلب الحماية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، يلقي عبئاً أكبر على القاضي في تفسير طلب المدعي إذا خلا من السند القانوني المؤسس عليه. ومن ثم يبرز دور المحامي في هذا الإطار، بحكم تكوينه القانوني وخبرته العملية، في الحد من هذه الإشكالات وتخفيف العبء على القاضي والمتقاضي على حد سواء.

ويعد توقيع المحامي على عريضة طلب الحماية الخاصة، من الإجراءات الجوهرية التي رتب المشرع على تخلفها عدم قبول العريضة شكلاً³.

¹ - المادة 826 من ق.إ.م.إ. بالنسبة للمحاكم الإدارية، والمادة 905 من ق.إ.م.إ. بالنسبة لمجلس الدولة.

² - المادة 827 من ق.إ.م.إ. بالنسبة للمحكمة الإدارية، والمادة 906 من ق.إ.م.إ. بالنسبة لمجلس الدولة، والتي أحالت إلى المواد من 826 إلى 828 من ق.إ.م.إ.

³ - انظر المادة 826 من ق.إ.م.إ. بالنسبة للمحاكم الإدارية، والمادة 905 من ق.إ.م.إ. بالنسبة لمجلس الدولة.

الفرع الثاني

مرحلة تبليغ عريضة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تنشأ الخصومة القضائية بمجرد إيداع عريضة الدعوى لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة في تاريخ معين، حيث يكفي ذلك لترتيب كافة الآثار القانونية، غير أنها لا تتعدى إلا بعد استيفاء إجراء آخر هو تبليغ العريضة إلى المدعى عليه، وقد نصت المادة 928 من ق.إ.م.إ على ضرورة التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى الاستعجالية، مع تحديد أجل قصير من طرف المحكمة لتقديم مذكرات الرد من المدعى عليه أو ملاحظاته.

وإذا تحقق التبليغ الرسمي لعريضة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أوجبت المادة 929 من ق.إ.م.إ على قاضي الاستعجال، أن يستدعي الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال وبمختلف الطرق.

المبحث الثاني

إجراءات التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يترتب على تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية إلى المحكمة، اتصال علم قاضي الاستعجال الإداري به، ومن ثم يبدأ التحقيق فيه لتكوين عقيدة معينة حول النزاع، وذلك عبر ما يعرضه المدعي من أدلة لإثبات قيام الانتهاك، وما يسوقه المدعى عليه من أسانيد لنفيه. ولمّا كان طلب الحماية الخاصة طلباً قضائياً، فالأصل فيه هو الخضوع للقواعد العامة للتحقيق وتهيئة الدعوى للحكم، غير أنه بصفته طلباً استعجالياً، فإنه يخضع لبعض القواعد الخاصة التي تتماشى مع فلسفته وخصوصيته.

وعليه، تستلزم الإحاطة بإجراءات التحقيق في طلب الحماية الخاصة، التطرق إلى مقومات هذا التحقيق في مطلب أول، ثم عوارضه في مطلب ثان.

المطلب الأول

مقومات التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

بالإضافة إلى القواعد العامة الضابطة للتحقيق في الدعوى الإدارية، يستأثر التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية بقواعد خاصة، تجد مبررها في طبيعته الاستعجالية، من جهة، وفي ضرورة سرعة الفصل فيه، من جهة ثانية.

ويمكن إجمال هذه المقومات في: الطابع الكتابي أو الشفوي للتحقيق (الفرع الأول)، الطابع الاستقصائي (الفرع الثاني)، سرعة التحقيق (الفرع الثالث) و وجاهية وعلنية التحقيق (الفرع الرابع).

الفرع الأول

الطابع الكتابي أو الشفوي للتحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تنص المادة 9 من ق.إ.م.إ على أن : "الأصل في إجراءات التقاضي أن تكون مكتوبة". إذا كان هذا الأصل الإجرائي يسري على جميع الدعاوى المدنية والإدارية، فإن الإجراءات القضائية الإدارية تطغى عليها السمة الكتابية بسبب الدور الذي يؤديه القاضي الإداري في الدعوى¹، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل يرد عليها استثناء يتعلق بالدعاوى الاستعجالية، التي، وبحكم طبيعتها، فإنها تستقل بأحكام خاصة، حيث نصت المادة 923 من ق.إ.م.إ على أنه: "يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية، كتابية وشفوية".

واضح تماما من هذا النص الأخير، أنه يماثل بين الطابع الكتابي والشفوي لإجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، ومرد ذلك هو طبيعتها الخاصة ومميزاتها، لاسيما مقتضى سرعة التحقيق، والذي فرض حجز مكانة هامة لمبدأ الشفافية في الإجراءات القضائية المستعجلة.

وفي إطار طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، تؤدي الشفافية في الإجراءات دورا في غاية الأهمية، حيث تعطي لأطراف النزاع، الفرصة لتقديم وسائل دفاع جديدة متعلقة سواء بالقانون أو بالواقع لم يتسنى لهم إثارتها في مذكراتهم المكتوبة. كما تسمح أيضا للمدعي بإثارة وقائع جديدة أثناء الجلسة لم تحط الإدارة بها علما قبل اتخاذ قراراتها، مما قد يحملها على إعادة النظر في هذه القرارات

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، - الهيئات و الإجراءات -، المرجع السابق، ص. 126.

على ضوء هذه المعطيات الجديدة، وأخيرا تسمح شفافية الإجراءات للقاضي بتكوين عقيدة متماسكة فيما يتعلق بالنزاع المرفوع إليه.

وبالإضافة إلى مكنة إثارة وسائل جديدة، يمكن للأطراف أيضا من خلال مبدأ الشفافية، تقديم مستندات مكملّة أثناء الجلسة لم يتسنى لهم تقديمها من قبل، وكذلك توضيح طلباتهم، حيث يجوز للمدعي إعادة صياغة طلبه والمرتكزات التي يستند إليها، كأن يعدل مثلا عن طلب وقف التنفيذ وفق مقتضيات المادة 920 من ق.إ.م.إ إلى طلب الوقف وفق مقتضيات المادة 919 من ق.إ.م.إ، وذلك إذا تراءى له من خلال المناقشة العلنية والوجاهية عدم توافر شروط المادة 920 من ق.إ.م.إ.

كما يسمح هذا المبدأ كذلك بتقليص المسافة بين القاضي وأطراف النزاع، وكذلك بين الأطراف أنفسهم، حيث يؤدي تبادل وسائل الدفاع بين الأطراف في حضور قاض يلعب دورا إيجابيا ولا يكتفي بمجرد سماع ما يدور بين الخصوم إلى بلورة النزاع¹.

إذن، يمكن القول أن خروج المشرع على قاعدة الكتابة في إجراءات التقاضي الإدارية، وإرساء مبدأ الشفافية على درجة متساوية مع الكتابة في الإجراءات القضائية المستعجلة، يجد مبرره في خصوصية إجراءات الاستعجال، والمتمثلة أساسا في مطلبي السرعة وتبسيط الإجراءات، حيث يظهر الطابع الاستعجالي لطلب الحماية الخاصة، وقصر أجل الفصل فيه كعائق يحول دون السماح لأطراف النزاع بالتأني في تقديم وسائل دفاعهم وطلباتهم في المذكرات المكتوبة، مما يجعلهم يسيئون إثارته دون أن يكون لهم الوقت الكافي لتصحيحها عن طريق الكتابة.

كما أن مقتضى تبسيط إجراءات التقاضي في مادة الاستعجال، يفرض إزالة جميع التعقيدات الإجرائية والاكتفاء فقط بإقرار حد أدنى من الشكليات، يترجم في اشتراط الكتابة في مرحلة تقديم الطلب فقط دون مرحلة التحقيق فيه.

¹- Geneviève GONDOUIN, « L'oralité dans la procédure de référé », R.F.D.A, janvier- février 2007, n° 1, p.71.

الفرع الثاني

الطابع الاستقصائي للتحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

خلافا للطابع الإتهامي الذي يطغى على الإجراءات المدنية، أين يكون لأطرافها سلطة واسعة في إدارتها وتسييرها بصورة يكون فيها القاضي حكما، فإن الإجراءات القضائية الإدارية تتميز بطابعها الاستقصائي والتحقيقي نظرا للدور الذي يؤديه القاضي في توجيه وتسيير الدعوى الإدارية¹.

الأصل في الدعوى المدنية، أن يترك للأطراف حرية توجيه دعواهم، وذلك بدءا بتقديم مذكرات الدفاع إلى تبليغ الوثائق وتسيير باقي الإجراءات تحت رقابة القاضي ولكن دون توجيه منه إلى أن يكتفي الأطراف، ولا يتدخل القاضي إلا للفصل في النزاع عندما تكون القضية مهياة للحكم فيها. أما في الدعوى الإدارية، فتتم إجراءات سير الدعوى تحت توجيه القاضي، فيأمر بتبليغ المذكرات والوثائق ويحدد الجلسة ويستدعي الأطراف لها ويمنح المهل للجواب، وعندما يعجز الأطراف فقط يتدخل هو في إعداد الدليل كما هو الحال عندما تمتنع الإدارة عن تقديم الوثائق فيأمر القاضي بتقديمها، وأحيانا يأمر كذلك بتقديم الدليل على عدم صحة مزاعم المدعي².

وتتم معاينة هذا الدور الإيجابي للقاضي الإداري في مختلف مراحل الدعوى الإدارية، وبصفة خاصة في مرحلة التحقيق فيها، حيث يمكن للقاضي أن يتصل بالإدارة وأن يطلب منها تقديم المستندات أو الوثائق التي يراها مفيدة في فض النزاع³، كما يعود له سلطة تقدير وقت اختتام التحقيق ومدى كون القضية مهياة للفصل فيها.

ويتم التفرقة في شأن إجراءات التحقيق التي يأمر بها القاضي في الطلبات المستعجلة، بين الإجراءات العادية والإجراءات غير العادية. بالنسبة لإجراءات التحضير العادية، فإنها لا تثير إشكالا، فالتحضير لطلب وقف التنفيذ مثلا بالوسائل العادية أمر قائم، وعليه يمكن أن يأمر القاضي بضم محضر إثبات حالة إلى الملف أو محاضر تحقيق أو صور فوتوغرافية. أما بالنسبة لإجراءات التحقيق

¹ - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص. 299.

² - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، - الهيئات والإجراءات -، المرجع السابق، ص ص.

124-125.

³ - انظر المادة 2/844 من ق.إ.م.إ.

غير العادية، والتي تقتضي صدور حكم قضائي في الموضوع كالأمر بالخبرة أو المعاينة، فإن في المسألة شيئاً من الغموض، ولكن الظاهر أنه يندر اللجوء إليها¹.

وإذا كان هذا هو الحال في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، فإنه في نطاق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وبحكم تحديد أجل متناه في القصر للفصل فيها، فإنه يظهر من باب أولى القول بعدم إمكانية لجوء القاضي إلى إجراءات التحقيق غير العادية، لأنها تستغرق وقتاً إضافياً يتنافى مع وجوب الحكم في الطلب في ميعاد أقصاه 48 ساعة.

وعليه، لا يبقى متاحاً للقاضي في هذا الإجراء سوى اللجوء إلى إجراءات التحقيق العادية، لعل أهمها وأكثرها استعمالاً في الواقع العملي، هو استدعاء أعوان الإدارة لسماع أقوالهم وتوضيحاتهم بشأن النزاع، حيث يقدم هذا الإجراء التحقيقي ميزة هامة، تتمثل في إعادة بعض التوازن إلى العلاقة القائمة بين طرفي الخصومة الإدارية، ذلك أنه وبحكم تمتع الإدارة بامتيازات السلطة العمومية، فإن المدعي غالباً ما يجد صعوبة في إثبات ما يدعيه بسبب واجب السر المهني الذي يخضع له أعوان الإدارة.

الفرع الثالث

سرعة التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إنّ قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية، كونه قاضياً للأمور المستعجلة، أي المسائل التي تفرض التصدي لها بإجراء سريع خشية تفاقم آثارها مع مرور الوقت، فإنه ملزم، بمقتضى طبيعة مهمته، أن يجري التحقيق في هذه المسائل بسرعة، لكن دون إهدار للضمانات الإجرائية التي يوجبها هذا التحقيق. وعليه، يقع على عاتق قاضي الحماية الخاصة التزاماً بتحقيق المصالحة أو التعايش بين متطلبي ضمان سرعة التحقيق، وتوفير حداً أدنى من العدالة الإجرائية فيه.

وتتحقق سرعة التحقيق في طلب الحماية الخاصة من خلال مقتضيين أساسيين: أولهما: ضرورة الانتهاء منه خلال مدة محددة (أولاً)، وثانيهما: لزوم أن يجريه القاضي من خلال ظاهر الأوراق فقط (ثانياً).

¹ - شفيقة بن كسيرة، المرجع السابق، ص. 141.

أولاً: ضرورة الانتهاء من التحقيق خلال مدة محددة

ألزم المشرع، من خلال نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، قاضي الحماية الخاصة بالفصل في الطلب خلال 48 ساعة من تقديمه، وهو إلزام يفرض عليه وجوب الانتهاء من التحقيق في الطلب قبل انقضاء هذه المدة المتناهية في القصر. يشكل إذن إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فيما يتعلق بالقيود الزمني الذي وضعه المشرع له، استثناء ينفرد به مقارنة مع بقية الدعاوى المستعجلة الإدارية، ففيما يتعلق بدعوى وقف التنفيذ مثلاً، أوجب المشرع على القاضي الفصل فيها في أقرب الآجال ولكن دون تحديد لميعاد معين، ومن ثم يخضع الأمر بشأنها لتقدير القاضي ودواعي حالة الاستعجال.

وحتى يتمكن قاضي الحماية الخاصة من الامتثال لهذا الأجل، يتعين عليه أن يقوم بإجراء تحقيق فعال، يوازن فيه بين مقتضيات السرعة ومقومات العدالة، التي تفرض الالتزام بمبدأ الوجاهية، ذلك أن الوجاهية والاستعجال كما يقول الأستاذ **Gohin** "لم تتقرا للتعارض وإنما للتصالح"¹. ولإرساء هذه المصالحة، وجب تكييف مقتضيات المواجهة مع الاستعجال²، ولعل إقرار مبدأ الشفافية في الإجراءات بمقتضى نص المادة 923 من ق.إ.م.إ، يعتبر أهم مظهر للتعبير عن الرغبة في ضمان هذا التكييف، حيث تسمح الشفافية، كما سبق القول، بضمان إعلام الأطراف والقاضي بوسائل الدفاع، أي تحقيق مبدأ المواجهة وفي نفس الوقت توفير عامل السرعة للتحقيق.

وبالإضافة إلى خاصية القصر، يمتاز ميعاد التحقيق في طلب الحماية الخاصة كذلك، بأنه لا يجري عليه أحكام الامتداد أو عوارض المهل الإجرائية، بمعنى أنه لو صادف نهايته يوم عطلة لا يمتد إلى أول يوم عمل يليه، أي أن العطل ليس لها أثر موقف للميعاد، إذ لا يحول دون استمرار القاضي في الفصل في الطلب أن تصادفه أيام عطل أو إجازات³.

وترجع العلة في إسباغ هذه الخصائص (القصر وعدم الخضوع لأحكام الامتداد) على ميعاد التحقيق والفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، إلى خصوصية الوضعية التي تعالجها

¹ - « Contradiction et urgence ne sont pas à opposer mais bien à concilier », Olivier GOHIN, **La contradiction dans la procédure administrative contentieuse**, L.G.D.J, Paris, 1988, p. 258.

² - Olivier GOHIN, **contentieux administratif**, op.cit, p. 292 .

³ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 142.

هذه الحماية والتي تمتاز بطابع الخطورة، حيث يفرض الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية لإحدى الحريات الأساسية، تدخل القاضي بأقصى سرعة لوقفه. بمعنى أنّ استثنائية أجل الفصل في طلب الحماية الخاصة مرتبطة باستثنائية الوضعية المنازعاتية التي يتصدى لها هذا الطلب، وفي هذا المعنى يقول السيّد **Cassia** و **Beal** عن هذا الأجل بأنّه: " أحد المظاهر الأكثر رمزية للطابع الاستثنائي لطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية"¹.

أخيراً، بقي أن نتساءل عن طبيعة أجل 48 ساعة الممنوح للقاضي من أجل التحقيق في طلب الحماية الخاصة والحكم فيه؟ أو بمعنى آخر، هل يكتسي هذا الأجل طابع الإلزام في مواجهة القاضي أم لا؟ إنّ الإجابة عن هذا التساؤل يتنازعها اعتباران: أولهما: أنّ حرفية نص المادة 920 من ق.إ.م.إ توحى بإلزامية هذا القيد الزمني بالنسبة لقاضي الحماية الخاصة، حيث وردت الفقرة الأخيرة من هذه المادة على سبيل الأمر، بمعنى أنها قاعدة آمرة وليست مكملة. وثانيهما: أنّ نص المادة ذاته لم يقرر أي جزاء إجرائي على مخالفة هذا الأجل، كمثّل منع القاضي من الفصل في الطلب وإسناده لقاض آخر أو بطلان الحكم الصادر فيه، وهو أمر يدعم فكرة الطابع التنظيمي أو الإرشادي لهذا الأجل وينفي عنه صفة الإلزام.

يرى الفقيه **Chapus**، بأنّ عدم إقران تحديد أجل معين بجزاء تجريد القاضي من الفصل في الدعوى أو بجزاء بطلان قراره في حالة عدم الامتثال إليه، يجعل منه أجلاً ذا طابع تنظيمي فقط، أي مجرد من قوة الإلزام القانوني في مواجهة القاضي².

بينما يرى السيّد **Le Bot**، بأن هذا الطرح قابل للتحليل، ذلك أنّ القاعدة القانونية التي تحدد الأجل الذي يتعيّن على القاضي أن يفصل فيه، لا تخلو من الانسجام القانوني حتى ولو لم تقرر جزاء على مخالفة هذا الأجل، لأنّ هذا الجزاء ليس من شأنه سوى تعزيز فعالية الأجل التشريعي، ولا يعتبر بأيّ حال من الأحوال شرطاً لإلزاميته³.

¹-Paul CASSIA et Antoine BEAL, note sous CE, ord. 18 février 2003, Commune de Pertuis, A.J.D.A, 2003, p. 1174.

²- René CHAPUS, op.cit, p. 1384.

³- Olivier LE BOT, op.cit, pp. 444-445.

- وفي رأبي، فإنه يجب الاعتراف بالطابع الإلزامي للأجل الممنوح لقاضي الاستعجال الإداري من أجل الفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وذلك رغم سكوت المشرع عن ترتيب أي جزاء على مخالفة أو تجاوز هذا الأجل من طرف القاضي، والسند في ذلك الاعتبارات الآتية:
- تدعم حرفية نص المادة 920 من ق.إ.م.إ هذا الإلزام، إذ وردت على سبيل الوجوب، أي كقاعدة أمرة وليست مكملة. كما أنّ فلسفة وروح إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية تعاضد كذلك مثل هذا الحل، حيث تقتضي خطورة الوضعية التي تعالجها هذه الصورة من الحماية، أن يقع الفصل في الطلب خلال أجل متناه في القصر، ارتأى المشرع تحديده ب 48 ساعة من تاريخ تقديم الطلب؛
 - إن القول بالطابع التنظيمي أو الإرشادي لأجل 48 ساعة يناقض نية أو إرادة المشرع، الذي لو اتجهت إرادته إلى إباحة تجاوز القاضي لهذا الأجل، لما قام بتحديد مسبقاً، واكتفى بالقاعدة العامة الحاكمة للأجال في مادة الاستعجال وهي الفصل في الدعوى خلال أجل معقول. إذن، يشكّل الخروج على القاعدة العامة بمقتضى نص صريح، قرينة متماسكة من شأنها التدليل على إلزامية هذا الأجل؛
 - أنّ التسليم بالطابع التنظيمي لأجل الفصل في طلب الحماية الخاصة، يسلب منها بعضاً من خصوصيتها، التي يمثل هذا الأجل أحد أبرز مظاهرها؛
 - لا ينتهك القول بإلزامية الأجل بالنسبة للقاضي سلطته التقديرية في إدارة التحقيق وتوجيهه، حيث تبقى له هذه المكنة كاملة، ولكن في الحدود الزمنية المقررة من طرف المشرع. بمعنى أنّ سلطة القاضي في هذه الحالة تتراوح بين التقدير والتقييد، إذ تكون تقديرية فيما يتعلق بمضمون التحقيق وكيفية، ومقيدة فيما يتعلق بمدته؛
 - يخدم العمل بهذا الحل مصلحة الأفراد، حيث يضمن حماية فعالة وسريعة لحياتهم الأساسية من انتهاكات الإدارة، التي وبحكم تمتعها بامتياز التنفيذ المباشر، قد تعتمد إلى التعجيل في تنفيذ قراراتها قبل إصدار القاضي لحكمه، وذلك إذا سلمنا له بسلطة تجاوز أجل 48 ساعة المحدد في نص المادة 920 من ق.إ.م.إ.

ثانياً: ضرورة التوقف عند ظاهر الأوراق

إن قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية وبوصفه قاضياً للاستعجال الإداري، فإنه يتقيد عند تقديره لمدى توافر الشروط الموضوعية في طلب الحماية، بمجرد البحث الظاهري للأسباب التي بنى

عليها الطاعن دعواه دون أن يتصدى لموضوع الدعوى الأصلية. ويجد هذا الالتزام مصدره في عدة أسباب:

أولها: أن طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية يهدف إلى مواجهة انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية لحرية أساسية للمدعي، مما يستوجب سرعة التدخل لوضع حد لهذا الانتهاك¹. وتبعاً لذلك، إذا أتيح للقاضي التعمق في بحث مدى توافر الشروط المقررة لاقتضاء هذه الحماية بما يتطلبه ذلك من وقت، فإنه قد تضيع الحكمة من وراء إقرار هذا الإجراء، لاسيما إذا تحققت الوضعية الضارة ورتبت كافة آثارها، كما لو أقدمت الإدارة على تنفيذ قرارها مثلاً.

وثانيها: أن تعمق القاضي في بحث أوراق الطلب، يتنافى مع الأجل الذي حدده له المشرع للفصل فيه، وهو 48 ساعة من تاريخ تقديمه. بمعنى أن هذا الإلزام التشريعي المتعلق بأجل الفصل في الطلب، يلقي التزاماً آخر على عاتق القاضي، بضرورة التحقيق فيه بناء على ظاهر الأوراق فقط دون التعمق في فحصها.

وثالثها: هو طابع التبعية لدعوى الموضوع الذي يتميز به طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، والذي يفرض ألا يتعرض قاضيه إلى موضوع الدعوى، لأن ذلك مما يستأثر به قاضي الإلغاء، ومن ثم يكون من شأن فحص موضوع الدعوى من قبل قاضي الحماية الخاصة، الاعتداء على اختصاص قاضي الإلغاء، الذي يكون تدخله فيما بعد مجرداً من موضوعه ومن فائدته.

وأخيراً: يرجع سبب هذا الالتزام المفروض على قاضي الحماية الخاصة بضرورة التوقف عند ظاهر الأوراق، إلى طبيعة الأوامر التي يصدرها، حيث وبحكم اتسامها، كما سبق بحثه، بصفة التأقيت، وعدم تمتعها بحجية الشيء المقضي به المعترف بها للأحكام الموضوعية، فإنها تكون قابلة للتعديل أو الإنهاء في أي وقت تبعاً لتغير ظروفها وأسبابها، مما يفرض عدم مساسها بموضوع الدعوى، واكتفاؤها فقط بمنح مراكز قانونية مؤقتة للخصوم.

وبالإضافة إلى هذه المبررات المؤيدة لمتطلب الفحص الظاهري للأوراق عند التحقيق في طلب الحماية الخاصة، توجي المادة 920 من ق.إ.م.إ ذاتها بهذا المتطلب، حيث اشترطت لإعمال إجراء

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 142.

الحماية الخاصة، أن تكون عدم مشروعية قرار الإدارة الذي انتهك الحرية الأساسية واضحة، أي يستطيع القاضي معاينتها دون عناء أو جهد، وهو ما يتحقق من خلال الاكتفاء بفحص ظاهري للوثائق والمستندات التي قدمها الخصوم لتعزيز قبول الطلب أو رفضه، دون تجاوزه لبحث موضوع الطلب.

الفرع الرابع

وجاهية وعلنية التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

أثارت خاصية سرعة الفصل في الطلبات المستعجلة عموماً، وطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية خصوصاً، تساؤلات تتعلق بمدى خضوع التحقيق في هذه الطلبات لمبدئي الوجاهية والعلنية، باعتبارهما من الأصول المستقرة في الدعاوى الإدارية العادية. وإذا كانت الإجابة بالإيجاب، فهل لهذين المبدئين خصوصية في نطاق إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية؟

تفرض الإجابة عن هذين التساؤلين، التعرض إلى وجاهية التحقيق (أولاً)، ثم إلى علنيته (ثانياً).

أولاً: وجاهية التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يعتبر مبدأ المواجهة من أهم المبادئ العامة للتقاضي في المادة الإدارية، والتي لا يجوز الخروج عنها تحت طائلة البطالان، بوصفها ضماناً من ضمانات حقوق الدفاع، ومظهرها خاصاً للمساواة بين الأطراف أمام القضاء¹، فالقاضي الإداري لا يستطيع الحكم بموجب مذكرة أو طلب جديد أو ملاحظة قدمها أحد الخصوم ما لم يتمكن الخصم الآخر من الإطلاع عليها والإجابة في وقت معقول.

ويستمد الطابع الوجاهي للخصومة الإدارية أسسه من مبدئين أساسيين هما: مبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ احترام حقوق الدفاع، حيث يقوم الأول على إقصاء أية معاملة تمييزية لأحد طرفي الخصومة على حساب الطرف الآخر، ومن ثم منحهما نفس الحقوق الإجرائية. بينما يقوم الثاني على تمكين كلا الطرفين من تقديم طلباته ودفوعه لدحض طلبات ودفوع خصمه، ومنحهما الفرصة للإطلاع على مستندات الخصم لمناقشتها والدفاع في مواجهتها².

¹ - بشير محمد، المرجع السابق، ص. 20.

² - المرجع نفسه، ص. 21.

ورغم أن هذا المبدأ يعتبر قاعدة أساسية في الإجراءات، إلا أن إعماله في مجال القضاء المستعجل له بعضا من الخصوصية، حيث لا يشكل انتهاكا لمبدأ المواجهة، تبليغ المذكرة إلى الخصم قبل وقت قصير من انعقاد الجلسة العلنية، طالما أن ذلك كافيا للسماح له بأن يقدم دفوعه على ما ورد فيها¹.

وقد نص المشرع في المادة 923 من ق.إ.م.إ على أنه: "يفصل قاضي الاستعجال وفقا لإجراءات وجاهية، كتابية وشفوية". إذن بهذا النص، يكون المشرع قد ألزم القاضي بإعمال مبدأ المواجهة في تحقيق الطلبات المستعجلة، بما فيها طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية. وبغرض مصالحة هذا المبدأ مع موجب سرعة الفصل في الطلب، فقد أقر المشرع في نفس المادة آلية في غاية الأهمية، هي مبدأ شفافية الإجراءات، الذي وبحكم مرونته وخلوه من الشكليات المعقدة للكتابة، يستطيع أن يكفل المواجهة بين الخصوم خلال الأجل القصير الممنوح للقاضي من أجل الحكم في الطلب.

وعليه، يستطيع القاضي عمليا بعد اتصاله بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، إدارة التحقيق بصفة شفوية ووجاهية بين الأطراف، من خلال السماح لهم بتبادل المذكرات والمستندات أمامه في الجلسة، وكذلك تقديم ملاحظاتهم ووسائل دفاعهم. بمعنى أن طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وباستثناء ضرورة تقديمه وكذا إصدار الأمر فيه كتابة، يمكن أن يدار التحقيق فيه عن طريق الشفاهة كلية.

وقد اعتبر المشرع الجزائري مبدأ المواجهة في الإجراءات القضائية المستعجلة، أصلا مطلقا لا ترد عليه استثناءات، بمعنى أن قاضي الحماية الخاصة ملزم في جميع الحالات، وبشأن جميع الطلبات، ومهما كان حسن أو سوء تأسيسها، بأن يقيم التحقيق فيها على أساس مبدأ الوجاهية. أما المشرع الفرنسي، فقد أورد استثناءا على مبدأ المواجهة في تحقيق طلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية قرره المادة 3²-L522 من قانون العدالة الإدارية، بما نصت عليه من أن القاضي يمكنه رفض طلب الحماية الخاصة بموجب أمر مسبب ويغير مواجهة في أربع حالات هي:

¹ - Lucienne ERSTEIN, « Instruction des référés », R.F.D.A, janvier-février 2007, n° 1, p. 67.

² - L'article L522-3 du C.J.A dispose que: « lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste au vu de la demande, que celle -ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal

- إذا لم يتوافر في الطلب شرط الاستعجال؛
 - عندما يظهر بوضوح من الطلب أنه لا يدخل في اختصاص الجهة القضائية الإدارية؛
 - عندما يظهر بوضوح من الطلب عدم مقبوليته؛
 - عندما يظهر بوضوح من الطلب أنه غير مؤسس.
- يظهر المشرع الفرنسي من خلال هذا الاستثناء أكثر دقة وعملية، لأنه يعتبر من وجهة نظر مبدأ حسن إدارة العدالة أكثر أهمية، إذ يسمح للقاضي بالاستبعاد السريع للطلبات التي يكون رفضها مؤكداً، من خلال القيام بتصفية مسبقة لها، ومن ثم تجنب الجهات القضائية الإدارية مشكل الاكتظاظ بقضايا ليس لها فرصة للقبول أو النجاح.
- وعليه، أهيب بالمشرع الجزائري إقرار فكرة التصفية المسبقة le filtre préalable لطلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وذلك للإفادة من مزاياها سالفة الذكر، أخصّها تخفيف العبء على القضاة وعدم إرهاقهم بطلبات مؤكد رفضها، ولكن مع ضرورة وضع الضمانات اللازمة لعدم تعسف القضاة ومبالغتهم في اللجوء إلى هذا الإجراء، من خلال إقرار ضرورة تسبيب أوامر الرفض، وكذلك قابليتها للطعن كما فعل المشرع الفرنسي¹.
- ولكفالة مبدأ الوجاهية في تحقيق طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، لابد من توافر ثلاثة مقومات أساسية هي الإخطار، الإطلاع والرد².
- يقصد بالإخطار: ضرورة إحاطة المدعى عليه علماً بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية من خلال التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى له، وذلك حتى يتمكن من معرفة موضوع الطلب، ومن ثم تقديم دفعه. ويجب أن يتم هذا الإخطار في أقل وقت ممكن.

fondée , le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée sans qu' il y'ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article L 522-1 » .

¹ - جعل المشرع الفرنسي أوامر الرفض الصادرة بناء على التصفية المسبقة لطلبات الحماية الخاصة قابلة للطعن فيها بالنقض، وذلك بمقتضى المادة 1-523 من قانون العدالة الإدارية.

² - انظر: محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 147.

أما الإطلاع، فمفاده: تمكين كلا الخصمين من الإحاطة أو الوقوف على ما يقدمه كل منهما من مذكرات أو أسانيد لدعم إدعاءاتهم أو دفعهم. ومن ثم، لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على دليل أو مستند قدمه أحد الخصوم ولم يطلع عليه الخصم الآخر والآ عرض حكمه للبطلان.

أما الرد، فمؤداه: أن يترك القاضي للخصوم ما يلزم ويناسب من الوقت الذي يمكنهم من تقديم مذكراتهم وملاحظاتهم لدعم إدعاءاتهم أو دفعهم. ولما كان ميعاد الفصل في الطلب هو 48 ساعة من تقديمه، فإنه يجب على القاضي أن يراعي ذلك في تقدير وقت الرد. وتأكيدا لذلك، ألزمت المادة 928 من ق.إ.م.إ القاضي بأن يمنح للخصوم آجالا قصيرة لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم، ورتبت الاستغناء عنها دون إغذار في حالة عدم احترام الخصوم لهذه الآجال.

ولا يعتبر خروجاً عن مبدأ الوجاهية، السماح للطاعن بتقديم عناصر جديدة أثناء التحقيق لم تتم إثارتها في عريضة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، شريطة إطلاع الجهة الإدارية عليها لمناقشتها والدفاع ضدها. ونفس الأمر، بالنسبة لقيام المدعي بتقديم وثائق أو مستندات جديدة، طالما ستتم المناقشة بشأنها وجاهياً¹.

وعليه، يمكن القول بشأن مبدأ الوجاهية في تحقيق طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن إعماله واجب بمقتضى نص القانون، غير أنه يجب على القاضي أن يكيّفه مع خصوصية هذا الطلب، لاسيّما مقتضى سرعة الفصل فيه، أي عليه أن يقيم توازناً بين اعتبارات العدالة الإجرائية، التي تفرض إقامة المواجهة بين الخصوم، واعتبارات السرعة، التي تملّي ضرورة الفصل في الطلب خلال أجل متناه في القصر، مستعينا في ذلك بما وضعه المشرع بين يديه من آليات، لعل أهمها مبدأ شفاهية الإجراءات.

ثانياً: علنية التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

كما هو الحال بالنسبة لمبدأ الوجاهية، تثير علنية التحقيق كذلك إشكالا، يتعلق بمدى مواءمتهما لمقتضيات سرعة الفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، إذ قد يتبادر إلى الذهن أن قاضي الاستعجال الإداري، وبحكم تقيّده بموجبات سرعة الفصل في الطلبات المعروضة عليه ومجرد البحث الظاهري لأوراقها، غير ملزم بعقد جلسة علنية للتحقيق في هذه الطلبات. لا يمكن التسليم

¹ Julien PIASECKI, op.cit, p. 97.

بوجود تعارض مطلق بين مبدأ العلنية وسرعة الفصل في الطلبات المستعجلة، إذ يمكن للقاضي أن يصالح بينهما، كما أن العلنية هي مبدأ من المبادئ العامة الحاكمة للإجراءات، ولا يمكن إهدارها لمجرد اتصاف الطلب بطابع الاستعجال، بل يتعين تكييفها مع هذه الخاصية.

وتأكيدا لذلك، أقر المشرع الجزائري مبدأ علنية الجلسات في المادة 7 من ق.إ.م.إ.¹ دون تمييز بين الدعاوى العادية والدعاوى الاستعجالية، كما نصت المادة 929 من نفس القانون، وهي خاصة بالإجراءات المستعجلة الإدارية، على أنه: "عندما يخطر قاضي الاستعجال بطلبات مؤسسة وفقا لأحكام المادة 919 أو المادة 920 أعلاه، يستدعي الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال وبمختلف الطرق".

ويرجع سبب تخصيص وإيثار المشرع لطلبي وقف التنفيذ والحماية الخاصة للحرية الأساسية بمبدأ العلنية دون غيرها من الطلبات المستعجلة الأخرى، إلى أن الاختصاص بهما ليس اختصاصا ولائيا²، يبيح التحلل من عقد الجلسة العلنية، وإنما هو اختصاص بالفصل في خصومة قضائية، يتم التحقيق فيها بصفة علنية ووجاهية بين الخصوم، ويصدر فيها أمر له كل مقومات الأحكام القضائية. أما القول بأن مبدأ العلنية يتعارض مع سرعة الفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فمردود عليه بأن القاضي يملك من الآليات ما يسمح له بالتوفيق بين هذين المتطلبين، أهمها دعوة الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال وبمختلف الطرق (المادة 929 من ق.إ.م.إ.)، كما أن الجلسة العلنية تجري دون التقيد بأيّة شكلية خاصة من شأنها إعاقة سرعة الفصل في الطلب، حيث يقوم القاضي عادة بتقديم ملخص عن القضية وسماع الأطراف، وقد يطلب منهم بعض التوضيحات الإضافية بغرض الوصول إلى المعرفة الكاملة بملف الدعوى، كما يمكن للأطراف التعبير عن وجهات نظرهم وتبادل الملاحظات أثناء الجلسة والإجابة عن أسئلة واستفسارات القاضي، مما يسمح له بتكوين صورة ملموسة عن القضية أوضح من تلك التي رسمها بموجب المذكرات المكتوبة.

¹ - تنص المادة 7 من ق.إ.م.إ. : "الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة".

² - جعل المشرع مثلا الفصل في الطلبات المتعلقة بحالة الاستعجال القسوى يتم بموجب أمر على عريضة، أي أمر ولائي (المادة 921 من ق.إ.م.إ.)، وهو ما رتب استثناءها من عقد جلسة علنية للتحقيق فيها.

إذن، لا تشكل الجلسة العلنية على صورتها السابقة، معوقاً يحدّ من سرعة الفصل في طلب الحماية الخاصة، وإنما تظهر كآلية هامة تحقق في نفس الوقت سرعة الفصل في الطلب وكذلك جودة الحكم الصادر فيه، لأنها تسمح بتقريب المسافة بين العناصر الفاعلة في الطلب وهي: القاضي، المدعي والمدعى عليه، من خلال المواجهة بينهم وتبادل الردود والملاحظات، وهي مسائل من الضروري تحقيقها في طلب الحماية الخاصة، نظراً لخطورة الوضعية التي يعالجها، والتي تستلزم التأني والحذر عند اتخاذ الأمر في الطلب سواء بالقبول أو الرفض، لأن أي خطأ محتمل في مضمون الحكم، سينتج عنه إمّا إهدار حرية أساسية يلزم حمايتها بقوة أحكام الدستور، أو شل نشاط الإدارة بغير مقتضى.

وفيما يتعلق بنطاق إعمال مبدأ العلنية، فينطبق عليه نفس ما أثير بالنسبة لمبدأ المواجهة، حيث ألزم المشرع الجزائري القاضي بعقد جلسة علنية عند التحقيق في الطلب في جميع الأحوال ودون استثناء، أي أنه جعل العلنية في تحقيق طلبات الحماية الخاصة أصلاً مطلقاً مجرداً من الاستثناءات.

المطلب الثاني

عوارض التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

قد يعترض سير التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، عوارض من شأنها أن تؤدي إلى تعديل الطلب الأصلي الوارد فيه أو إلى إنهائه. وقد نص المشرع على عوارض التحقيق في الخصومة الإدارية في المادة 866 من ق.إ.م.إ، وحصرها في سببين هما: الطلبات المقابلة والتدخل. وبالإضافة إلى هذين العارضين المرتبين لتعديل النطاق الموضوعي والشخصي للخصومة، فإن هناك عوارض أخرى¹، لعل أهمها في إطار إجراء الحماية الخاصة، العارض المتعلق بالتنازل عن الطلب والعارض المتعلق بالقبول به.

¹ - لم ينص المشرع على عوارض الخصومة الإدارية، ومن ثم يرجع في شأنها إلى العوارض المنصوص عليها ضمن الباب السادس من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المواد من 207 إلى 240)، والمتعلق بالأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، وهي: ضم الخصومات وفصلها، انقطاع الخصومة، وقف الخصومة، انقضاء الخصومة، سقوط الخصومة، التنازل عن الخصومة والقبول بالطلبات وبالحكم.

وعليه، سيتم الاقتصار بشأن عوارض التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، على التطرق إلى الطلبات المقابلة (الفرع الأول)، التدخل الاختياري والإدخال (الفرع الثاني)، التنازل عن الطلب (الفرع الثالث) والقبول بالطلب (الفرع الرابع).

الفرع الأول

الطلبات المقابلة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

اعتبر المشرع، بمقتضى المادة 866 من ق.إ.م.إ، الطلبات المقابلة التي قد يقدمها المدعى عليه من عوارض التحقيق في الخصومة القضائية الإدارية. ويتطلب بحث هذا العارض، التطرق إلى مدلول الطلبات المقابلة (أولا)، ثم مدى إمكانية وجودها في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية (ثانيا).

أولا: مدلول الطلبات المقابلة

الطلبات المقابلة هي: طلبات عارضة يتقدم بها المدعى عليه للحصول على حكم في مواجهة المدعي¹، أو هي، كما عرّفها المادة 5/25 من ق.إ.م.إ: "طلبات يقدمها المدعى عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم المدعي". وعليه، يعتبر الطلب المقابل وسيلة لدعوى المدعى عليه، يقف فيها موقفا اختصاميا أكثر منه دفاعي، مما قد يترتب عن قبولها الحكم برفض أو بعدم قبول دعوى المدعي، فضلا عن الحكم في مواجهة هذا الأخير بمضمون الطلب المقابل². يشكل الطلب المقابل إذن وسيلة هجومية، لا يكتفي فيها المدعى عليه بمجرد دحض إدعاءات المدعي، بل يثير طلبات أخرى لصالحه.

ويشترط لقبول هذا الطلب وفق نص المادة 867 من ق.إ.م.إ، أن يكون مرتبطا بالطلب الأصلي، كما يترتب على عدم قبول هذا الأخير عدم قبول الطلب المقابل (المادة 868 من ق.إ.م.إ).

¹ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 200.

² - أغليس بوزيد، التحقيق في دعاوى القضاء الإداري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص. 104.

ثانيا: مدى إمكانية وجود الطلبات المقابلة في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إذا كانت الطلبات المقابلة تشكل وسيلة هجومية مقررة لمصلحة المدعى عليه، يثير بمقتضاها طلبات لصالحه، فالسؤال المطروح هو ما مدى إمكانية تصور وجودها في إطار طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تكون بالنفي، لأنه يصعب تصور أن يبادر المدعى عليه في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وهو دائما الجهة الإدارية، إلى تقديم طلب مقابل يهدف إلى الحصول على منفعة لهذه الجهة، ومرد ذلك هو طبيعة هذا الطلب في النظام القانوني الجزائري من حيث ارتباطه بدعوى الإلغاء، التي، وكما يقول الأستاذ عياض ابن عاشور، تأبى طبيعتها الزيادة عليها، لأن الإدارة العامة المدعى عليها لا يعقل أن تعارض بالزيادة على دعوى الإلغاء، حيث يقتصر هدفها على المدافعة على سلامة القرار الإداري المطعون فيه لا غير¹.

وعليه، فإنه ولمّا كانت دعوى الإلغاء ترفض طبيعتها الخاصة إثارة الطلبات المقابلة، فإن طلب الحماية الخاصة يرفض من باب أولى هذه الطلبات بحكم تبعيته لدعوى الإلغاء، من جهة، وبحكم هدفه، وهو الحصول على مجرد حماية وقتية للحرية الأساسية المعتبرة عليها، من جهة ثانية. ومن ثم، فإن طلبات الإدارة في إجراء الحماية الخاصة لن تخرج عن دحض مزاعم المدعي ورفض طلبه.

الفرع الثاني

التدخل الاختياري والإدخال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

قد يعتري سير التحقيق في الخصومة القضائية الإدارية، عارضا يؤدي إلى تعديل نطاقها الشخصي، أي التغيير في أطرافها الأصليين، بأن تتعدد عن طريق تدخل أو إدخال الغير الذي له مصلحة في توجيه الحكم الصادر فيها. ويقتضي الوقوف على هذا العارض، التطرق إلى التدخل الاختياري (أولا)، ثم إلى الإدخال (ثانيا).

¹ - عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، الطبعة الثانية، سراس للنشر، تونس، 1998، ص. 232.

أولاً: التدخل الاختياري في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

التدخل الاختياري، هو التصرف الإرادي الذي ينظم به الغير إلى دعوى مرفوعة أصلاً¹، ويقصد بالغير كل شخص ليس طرفاً في خصومة قائمة بين أطرافها ولا ممثلاً فيها². وقد يكون التدخل الاختياري طبقاً لنص المادة 196 من ق.إ.م.إ، أصلياً أو فرعياً.

يعتبر التدخل أصلياً، إذا تضمن إدعاءات لصالح المتدخل (المادة 197 من ق.إ.م.إ)، أي عندما ينظم المتدخل للخصومة من أجل إبداء طلبات لنفسه، ومن ثم يصبح طرفاً في الدعوى له صفة المدعي، مما يجعل طرفي الخصومة الأصليين مدعى عليهما³. بينما يكون التدخل فرعياً، عندما يدعم إدعاءات أحد الخصوم في الدعوى (المادة 198 من ق.إ.م.إ)، ومن ثم يثبت للمتدخل في هذه الحالة إما صفة المدعي أو المدعى عليه، وذلك بحسب المركز القانوني لمن تدخل لصالحه.

وبالنسبة لمدى إمكانية وجود التدخل الاختياري في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فيمكن القول، أنه لا يمكن تصور أن يكون هذا الطلب محلاً لتدخل أصلي، كونه يهدف إلى مخاصمة القرارات الإدارية المعيبة بعدم المشروعية، بغرض الحصول على حماية سريعة ومؤقتة للحرية الأساسية للمدعي في مواجهة الإدارة، وذلك إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء، ومن ثم فإنه يتعلق بحقوق أو مراكز قانونية عامة، تقصي إمكانية تدخل شخص من الغير لمهاجمة كلا طرفي الخصومة، حيث تتطلب هذه الفرضية أن يكتسي الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته طابعاً خاصاً أو ذاتياً.

وعليه، لا يمكن لطلب الحماية الخاصة أن يكون محلاً سوى للتدخل الفرعي، حيث يمكن أن ينظم الغير إلى هذا الطلب سواء لدعم إدعاءات المدعي، أي المستفيد من الحرية الأساسية المنتهكة، أو لمساندة المدعى عليه، وهو الجهة الإدارية.

¹ - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص. 303.

² - René CHAPUS, op.cit, p. 757.

³ - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري - دعوى الإلغاء -، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، الجزائر، 2007، ص. 179.

وبخصوص النظام القانوني للتدخل الاختياري، فقد أحال المشرع بشأنه إلى نصوص المواد من 194 إلى 206 من ق.إ.م.إ، وذلك بموجب المادة 869 من هذا القانون. وقد اشترط لقبوله، وفق هذه المواد، الشروط الآتية:

- 1- أن يتوفر في المتدخل عنصران الصفة والمصلحة (المادة 2/149 من ق.إ.م.إ)، وهو شرط بديهي مرده إلى المبدأ العام القاضي بأن المصلحة هي مناط الدعوى؛
- 2- أن يرتبط التدخل ارتباطاً كافياً بطلبات الخصوم (المادة 195 من ق.إ.م.إ)، حيث يجب ألا تكون طلبات المتدخل مغايرة لطلبات الخصوم في طلب الحماية الخاصة؛
- 3- أن يتم التدخل تبعاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى (المادة 194 من ق.إ.م.إ)، أي بمقتضى عريضة افتتاح دعوى مستوفية للشروط والبيانات المستوجبة قانوناً؛
- 4- أن يقدم طلب التدخل قبل اختتام التحقيق، وقد نصت على هذا الشرط المادة 870 من ق.إ.م.إ، ومعناه أنه لا يقبل أي تدخل بعد اختتام التحقيق، أو بعد أن تكون القضية مهتأة للفصل فيها. ويختتم التحقيق في طلب الحماية الخاصة، وفقاً لنص المادة 931 من ق.إ.م.إ، بانتهاء الجلسة، إلا إذا قرر قاضي الاستعجال تأجيل اختتامه إلى تاريخ لاحق يخطر به الخصوم بكل الوسائل. وتكمن الحكمة من وراء هذا الشرط، في ضمان عدم تأخير صدور أمر الحماية الخاصة، ومن ثم مراعاة خاصية السرعة البالغة لإجراءات الفصل في طلب الحماية.

ثانياً: الإدخال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يقصد بالإدخال في الخصومة: تكليف شخص من الغير بالانضمام إليها حتى يكون الحكم الصادر فيها حجة عليه، ولا يعترض على تنفيذه، لذلك يسمى بالتدخل الجبري، لأنه يتم دون رغبة الشخص المراد إدخاله¹. ويهدف إدخال الغير طبقاً لنص المادة 199 من ق.إ.م.إ إما للحكم ضده، أو لإلزامه بالحكم الصادر.

وعليه، يمكن للمدعي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يختصم جهات إدارية أخرى يرى مصلحة له في إدخالها، وذلك سواء للحكم ضدها، أو لإلزامها بالحكم الذي يحتمل أن

¹ - فارس علي عمر، "التدخل في الدعوى المدنية"، مجلة الرافدين للحقوق، 2009، المجلد 11، العدد 41، ص. 18.

يصدر لصالحه في هذا الطلب. تكتسي وسيلة الإدخال أهمية أساسية بالنسبة للمدعي في طلب الحماية الخاصة، حيث تسمح له باستدراك إغفال اختصاص الجهات الإدارية التي تخلف عن اختصاصها في عريضته الأولى، ومن ثم ضمان عدم اعتراضها على تنفيذ الحكم.

الفرع الثالث

التنازل عن الخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

خلافًا للطلبات المقابلة والتدخل، اللذان يؤديان إلى تعديل النطاق الموضوعي والشخصي للخصومة، يعتبر التنازل من العوارض المنهية لها. ويتطلب بحث هذا العارض، التطرق إلى مدلوله (أولاً)، ثم إلى القواعد الحاكمة له (ثانياً).

أولاً: مدلول التنازل عن الخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

عرفت المادة 231 من ق.إ.م.إ التنازل عن الخصومة بأنه: "إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة، ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى". يقصد بالتنازل إذن: ترك المدعي للخصومة وإجراءاتها دون التخلي عن أصل الحق فيها، وذلك سواء أمام قاضي الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية¹.

وعليه، يمكن للمدعي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن يتنازل عن الخصومة إذا ما تبين له أثناء التحقيق أن طلبه غير مؤسس قانوناً ومآله الرفض من طرف قاضي الاستعجال الإداري، أو إذا حصل على تسوية ودية مرضية من الجهة الإدارية تغنيه عن الاستمرار في تحقيق الطلب والحكم فيه.

ثانياً: قواعد التنازل عن الخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

أحال المشرع، فيما يتعلق بأحكام التنازل عن الخصومة الإدارية، إلى المواد من 231 إلى 236 من ق.إ.م.إ، ففيمما يتعلق بكيفية تقديمه، أوجبت المادة 2/231 من ق.إ.م.إ، أن يتم التعبير عنه إمّا كتابياً، وإمّا بتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس أمناء الضبط.

¹ - محمد بركات، "عوارض الخصومة في ظل القانون 09/08"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، العدد 8، ص. 60.

ويشترط لقبول التنازل عن الخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وفق هذه المواد، توافر الشروط الآتية:

- 1- أن يصدر التنازل عن طلب الحماية الخاصة من المدعي¹، والذي يجب أن تتوفر فيه الأهلية الإجرائية، بالإضافة إلى خلو إرادته في التنازل من عيوب الرضا كالغلط والإكراه والتدليس؛
 - 2- أن يكون التنازل صريحاً، وذلك بأن يعبر المدعي عن إرادته في ترك الطلب بشكل لا ينتابه أي غموض أو تأويل (المادة 2/231 من ق.إ.م.إ.) ؛
 - 3- يكون التنازل معقفاً على قبول المدعي عليه، إذا قَدِّمَ هذا الأخير دفعا بعدم القبول أو دفوعاً موضوعية (المادة 232 من ق.إ.م.إ.).
- وإذا توافرت هذه الشروط، فإنه يترتب على التنازل انقضاء الخصومة في طلب الحماية الخاصة دون انقضاء الحق فيه، حيث يمكن للمدعي إعادة تقديم هذا الطلب مرة أخرى دون إمكان الاحتجاج عليه بسابقة التنازل، وهو ما نصت عليه المادة 221 من ق.إ.م.إ..

الفرع الرابع

القبول بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يعتبر القبول بطلب الخصم، على غرار التنازل، من العوارض المنهية للخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية. ويقتضي الأمر لبحثه، التطرق إلى مدلوله (أولاً)، ثم إلى القواعد الحاكمة له (ثانياً).

أولاً: مدلول القبول بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

القبول بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، هو تصرف إرادي يأتيه المدعي عليه، يعلن بمقتضاه التخلي عن حقه في الاحتجاج على طلب المدعي (المادة 237 من ق.إ.م.إ.)، ومن ثم القبول به. وعليه، يعتبر القبول بطلب المدعي، اعترافاً من الجهة الإدارية المدعى عليها بصحة ادعاءاته، وتخلياً منها عن الدفاع ضد هذه الادعاءات.

¹ - محمد بركات، المرجع السابق، ص. 60.

يمكن للسلطة الإدارية المدعى عليها في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية إذن، أن تسلم بطلب المدعي، وذلك إذا ما تبين لها أثناء التحقيق أنه مؤسس قانوناً ومآله القبول من طرف قاضي الاستعجال الإداري.

ثانياً: قواعد القبول بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لكي يترتب إجراء القبول أثره، لا بدّ أن تتوافر فيه الشروط الآتية¹:

- 1- أن يصدر من ذي صفة، ولمّا كان المدعى عليه في طلب الحماية الخاصة هو شخص معنوي عام، فيلزم أن يصدر التسليم من مثله القانوني؛
- 2- أن يصدر بناء على إرادة خالية من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه؛
- 3- أن يكون القبول كاملاً، بمعنى أن تسلّم الجهة الإدارية بجميع طلبات المدعي، فإذا قبلت بعضها دون البعض الآخر، امتنع استمرار الفصل فيما تم قبوله؛
- 4- أن ينفذ المدعى عليه ما سلّم به تنفيذاً منجزاً، إذ لا يكفي أن يعلن في الجلسة أو قبل انعقادها بأن المدعي على حق فيما يدعيه أو أنه يقبله قبولاً كاملاً، وإنما يجب أن يتخذ من الخطوات التنفيذية ما يقطع بصدق إرادته في التسليم، كأن تقدم الإدارة ما يفيد سحب أو إلغاء القرار الذي انتهك حرية المدعي.

وبخصوص الأثر المترتب على القبول بطلب الحماية الخاصة، فإنه يعبر تطبيقاً لنص المادة 238 من ق.إ.م.إ عن اعتراف المدعى عليه (الإدارة) بصحة ادعاءات المدعي، وكذلك عن تركه لادعاءاته، ومن ثم، يحكم القاضي بانقضاء الخصومة لانتفاء محلها. أمّا عن أثره على الحق في الطلب، فإنه يؤدي خلافاً للتنازل إلى انقضائه (المادة 220 من ق.إ.م.إ)، ومن ثم يمتنع على المدعي إعادة طرح نفس الطلب على القضاء لانتفاء مصلحته في ذلك.

¹ - انظر: محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص ص. 157-158.

الفصل الثاني

إجراءات الحكم في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إذا اكتملت مرحلة التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية دون عارض من العوارض السابقة، ينتقل القاضي إلى مرحلة الحكم فيه، والتي تعتبر النهاية الطبيعية للخصومة المستعجلة، حيث يفصل في الطلب المقدم إليه إما بقبوله وإسباغ الحماية على الحرية الأساسية المنتهكة، أو برفضه.

ولا يختلف الأمر الصادر في طلب الحماية الخاصة، من حيث المبدأ، عن غيره من الأحكام العادية بصفة عامة والأحكام المستعجلة بصفة خاصة، إلا أن له بعضاً من الخصوصية المرتبطة بفلسفة أو خصوصية إجراء الحماية الخاصة، تظهر أساساً في السلطات المخولة لقاضي الاستعجال الإداري من أجل بسط حماية سريعة وفعالة على الحريات الأساسية المنتهكة من قبل السلطات الإدارية.

وعليه، يفرض التطرق إلى الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة، التعرض إلى طبيعته القانونية في مبحث أول، مضمونه وتنفيذه في مبحث ثان، وآثاره وطرق الطعن فيه في مبحث ثالث.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إن الطبيعة الاستثنائية لطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وتبعيته لدعوى موضوعية هي دعوى الإلغاء، تجعل الحكم الصادر فيه، كونه يتصدى إلى طلب مستعجل ولا يمس بأصل الحق، يكتسب طابعاً وقتياً يحد من حجته. غير أن هذه الصفة (التأقيت)، لا تحول دون اعتبار هذا الحكم قطعياً فيما فصل فيه من طلبات.

وعليه، تتحدد الطبيعة القانونية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بخاصيتين أساسيتين هما: الطابع المؤقت للحكم (المطلب الأول)، والصفة القطعية له (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطابع الوقتي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تتقسم الأحكام القضائية من حيث وظيفتها، إلى أحكام موضوعية وأخرى وقتية. يقصد بالحكم الموضوعي، ذلك الذي يفصل في المطالبة بحق أو بمركز قانوني موضوعي، فيؤكد وجوده أو ينفيه أو ينشئه أو يعدله أو يرتب آثاره¹. أما الحكم الوقتي، فهو حكم تقتصر وظيفته على مجرد توفير حماية مؤقتة للمراكز القانونية للأطراف.

ويقتضي الأمر لبحث الطابع الوقتي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة، التطرق إلى مدلول هذه الخاصية في فرع أول، ثم إلى النتائج المترتبة عنها في فرع ثان.

الفرع الأول

مدلول الطابع الوقتي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يقصد بالحكم الوقتي، ذلك الذي يصدر في طلب وقتي أو طلب باتخاذ إجراء تحفظي، فهو حكم ينظم مراكز الخصوم تنظيمًا مؤقتًا إلى غاية الفصل في موضوع النزاع². بمعنى أنه حكم وقائي، غايته فقط اتخاذ تدابير عاجلة لحماية حقوق أطراف الدعوى إلى غاية صدور الحكم الموضوعي. تتحدد الطبيعة القانونية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة إذن، في كونه حكمًا وقتيًا بطبيعته، يجد مبرره في التصدي لحالة استعجالية، يترجمها وقوع أو قرب وقوع ضرر على قدر من الخطورة على الحرية الأساسية للطاعن، من جهة، وفي موضوعه، وهو مجرد المطالبة بإجراء وقتي لحماية الحريات الأساسية المنتهكة من الإدارة لحين الفصل في موضوع الدعوى، ودون المساس بأصل الحق فيها، من جهة ثانية.

وأخيرًا، يرجع تأقيت هذا الحكم، إلى صدوره استنادًا إلى مجرد فحص ظاهري لأوراق الدعوى لمواجهة ظرف حال لا يتسع معه الوقت لفحص متعمق، الأمر الذي يجعل منه حكمًا غير مؤكد

¹ - شفيقة بن كسيرة، المرجع السابق، ص ص. 154.

² - عمارة بلغيث، المرجع السابق، 2002، ص. 86.

للق ب شكل قاطع، حيث تترك تلك المهمة للحكم الصادر عند الفصل في دعوى إلغاء القرار الإداري¹.

وتأكيدا للطبيعة الوقتية للأوامر الاستعجالية بصفة عامة، ومنها الأمر الصادر في طلب الحماية الخاصة، نص المشرع في المادة 1/918 من ق.إ.م.إ على أنه: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة". كما قضت المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 15 جوان 1985 بأنه: "... تعد الأوامر المستعجلة تدابير مؤقتة صادرة على جناح السرعة تحقيقا لحماية الحق من الضرر المحتمل...."².

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على الطابع الوقتي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يترتب على الطبيعة الوقتية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية نتيجتين أساسيتين، أولاهما: أنه لا يجوز حجية الشيء المقضي به الملازمة للأحكام القضائية الفاصلة في الموضوع، بل تكون له مجرد حجية مؤقتة³. وهنا وجب التفريق بين حالتين هما:

1- يكون للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة حجية مؤقتة أمام قاضي الاستعجال الإداري الذي أصدره، حيث يحوز هذا الحكم حرمة بمقتضاها يتمتع إعادة طرح ما فصل فيه من خلال طلب حماية جديد أو طلب تعديل التدابير التي أمر بها القاضي أو إنهاؤها، طالما لم يتغير مركز الخصوم أو تتغير الظروف التي صدر في ظلها الحكم.

أما إذا تغيرت الظروف الملازمة لإصدار حكم الحماية الخاصة، فباستطاعة قاضي الاستعجال الإداري الذي أصدره، أن يغيّر في مضمونه بما يتوافق مع الظروف الجديدة، وهو ما أكدته المادة 922 من ق.إ.م.إ بنصها على أنه: "يجوز لقاضي الاستعجال، بطلب من كل ذي مصلحة، أن يعدل

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الطلبات المستعجلة في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص. 148.

² - المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 369 07 صادر بتاريخ 15/06/1985، المجلة القضائية، 1989، العدد 3، ص. 86 - 89.

³ - محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني - دعوى الإلغاء -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 375.

في أي وقت وبناء على مقتضيات جديدة، التدابير التي سبق أن أمر بها أو يضع حدا لها". يبرز من القراءة المتأنية لهذا النص ثلاث ملاحظات أساسية، أولاها: أن المشرع لم يعط للقاضي صلاحية التدخل تلقائيا لتعديل التدابير الاستعجالية التي أمر بها في حالة تغير الظروف، بل أوجب ضرورة تقديم طلب بذلك من كل ذي مصلحة، وهو أمر بديهي ينسجم مع الأصل الإجرائي الذي يمنع القاضي من الحكم بما لم يطلب منه.

وثانيها: أن المشرع لم يحدد أجلا معينا يتعين تقديم طلب المراجعة خلاله، مما يجعل هذا الميعاد مفتوحا إلى غاية الفصل في دعوى الموضوع. **وثالثها:** أن طلبات التعديل لا ترد إلا على الأوامر التي تتضمن النطق بتدابير حمائية معينة، أي الأوامر الصادرة فقط بقبول الطلبات، دون تلك الصادرة برفضها لتخلف أحد شروطها، هذه الأخيرة، لا يجوز أن تكون محلا لطلب المراجعة، بل يقتضي الأمر تقديم طلب جديد بشأنها.

وقد جعل المشرع الأوامر الصادرة في طلبات تعديل الأوامر الاستعجالية، غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن سواء العادية أو غير العادية، وهو ما قرره المادة 936 من ق.إ.م.¹. إن هذا المسلك من المشرع، تعثره مغالاة غير مبررة قانونا، لأنه إذا كان من المقبول تحصين بعض الأحكام من الطعن عليها وفق طرق الطعن العادية، بوصفها طرق تؤدي إلى الحكم في الدعوى من جديد من حيث الوقائع والقانون، فإنه من غير المعقول تجريد هذه الأحكام من طريق الطعن بالنقض، حيث وباعتباره وسيلة لبحث مدى قانونية الحكم فقط دون التطرق إلى الوقائع، يفترض ثبوت الحق فيه في جميع الحالات، وإلا تحول الحكم الصادر عن القاضي من مجرد عنوان للحقيقة النسبية إلى عنوان للحقيقة المطلقة.

2- لا يكون، من وجهة النظر القانونية البحتة، للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية أية حجية أمام قاضي الموضوع، حيث لا يقيد بأي حال من الأحوال التشكيلة المعروض عليها دعوى الإلغاء. ومعنى ذلك، أن صدور الحكم برفض طلب الحماية الخاصة، لا يعني أن قاضي الموضوع سيرفض حتما إلغاء القرار الإداري محل الطعن، بل له مكنة إلغاء القرار أو رفض

¹ - تنص المادة 936 من ق.إ.م. على أن: "الأوامر الصادرة تطبيقا للمواد 919 و921 و922 أعلاه، غير قابلة لأي طعن".

الدعوى تبعا لمدى توافر شروطها الذاتية. كما أن صدور الحكم بقبول الطلب، لا يقيد كذلك قاضي الموضوع، الذي يكون له كامل الصلاحية لرفض إلغاء القرار الإداري المطعون فيه إذا ما ثبت لديه، بعد البحث العميق لموضوع الدعوى، أنه مشروع.

غير أن هذا المبدأ، لا يمكن التسليم به على إطلاقه في إطار طلب الحماية الخاصة، لأن قاضي الاستعجال الإداري لا يستطيع قبول هذا الطلب والأمر بالتدابير الضرورية لحماية الحرية الأساسية، إلا إذا ثبت لديه أن قرار الإدارة الذي اعتدى على هذه الحرية تعتريه عدم مشروعية واضحة. وقد سبق القول، أن عدم المشروعية الواضحة، هي تلك التي يتسنى للقاضي معاينتها دون عناء أو جهد، مما يجعلها غالبا عدم مشروعية يقينية.

ومن ثم، إذا عاين قاضي الاستعجال الإداري توافر شرط عدم المشروعية الواضحة في قرار الإدارة، وقبل طلب الحماية الخاصة بناء على ذلك، فلا يكون له من الناحية العملية رفض إلغاء القرار عند تصديه لدعوى الموضوع، لأن قيام عدم المشروعية الواضحة المسوغة لقبول طلب الحماية الخاصة، يفترض من باب أولى ثبوت عدم المشروعية البسيطة الكافية لإلغاء القرار الإداري.

وعليه، لا يكون للأمر الصادر في طلب الحماية الخاصة الحجية أمام قاضي الموضوع، من الناحية العملية، إلا في حالة واحدة، هي حالة رفض الطلب من طرف قاضي الاستعجال الإداري، حيث يثبت لقاضي الموضوع في هذه الفرضية، سلطة إلغاء القرار الإداري إذا ثبت لديه عدم مشروعيته دون أن يتقيد بمنطوق الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة. أما في حالة قبول الطلب، فإن هذا الحكم يتمتع بكامل الحجية أمام قاضي الموضوع، لأنه يصعب قانونا وعملا التسليم بقيام عدم المشروعية الواضحة وانتفاء عدم المشروعية البسيطة في نفس القرار الإداري، وتزداد هذه الصعوبة حدة، إذا علمنا أن قاضي الاستعجال في النظام القانوني الجزائري هو ذاته قاضي الإلغاء، ومن ثم سيجد نفسه أمام إكراه أدبي، يمنعه من الوقوع في تناقض قبول طلب الحماية الخاصة رغم صرامة شروطه ('عدم مشروعية واضحة')، ورفض طلب الإلغاء رغم بساطة شروطه (عدم مشروعية بسيطة).

أما النتيجة الثانية المترتبة على الطبيعة الوقتية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة، فتتمثل في أن أثره ينتهي اعتبارا من تاريخ الحكم في موضوع الدعوى، حيث تترتب من هذا التاريخ

آثار الحكم الأخير باعتباره حكماً فاصلاً في موضوع المنازعة¹. وتطبيقاً لذلك، إذا حكم قاضي الموضوع بإلغاء القرار الإداري، فإن آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة تتأكد ويستمر سريانها، أما إذا رفض إلغاء القرار وأقرّ بمشروعيته، فإن آثار الحكم الصادر في طلب الحماية تنتهي، ومن ثم تملك الإدارة تنفيذ قرارها دون أن يكون للمدعي مكنة الاحتجاج بوقف التنفيذ الممنوح له من قاضي الاستعجال الإداري.

المطلب الثاني

الطابع القطعي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يقتضي التطرق إلى الطابع القطعي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، التعرض إلى مدلول هذه الخاصية في فرع أول، ثم إلى النتائج المترتبة عنها في فرع ثان.

الفرع الأول

مدلول الطابع القطعي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تتقسم الأحكام من حيث موضوعها إلى أحكام قطعية وأخرى غير قطعية. يقصد بالحكم القطعي، ذلك الذي يحسم موضوع النزاع كلياً أو جزئياً، أو يحسم مسألة فرعية متفرعة عنه. أما الحكم غير القطعي، فهو حكم لا يحسم موضوع النزاع لا كله ولا جزءاً منه، كما لا يحسم مسألة فرعية متفرعة عنه، وإنما هو حكم يصدر في دعوى وقتية، أو يتعلق بسير الخصومة أو تحقيقها أو يهدف إلى إجراء تحفظي أو وقتي².

على ضوء هذا التقسيم، يمكن تحديد الطبيعة القانونية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية بأنه حكم قطعي، وذلك لأنه يفصل في موضوع الخصومة المستعجلة بصفة حاسمة، حيث يقوم قاضي الحماية الخاصة ببحث مدى توافر الشروط اللازمة لاقتضاء هذه الحماية، فإذا عاين قيامها أصدر أمراً يفصل بمقتضاه في الطلب فصلاً حاسماً، يستتفد بموجبه ولايته، فلا يجوز له العدول عما قضي به طالما لم تتغير الظروف التي أصدر فيها حكمه.

¹ - سامي جمال الدين، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مؤسسة حورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2015، ص. 345.

² - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص ص. 85 - 86.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة على الطابع القطعي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يترتب على هذه الطبيعة القطعية لحكم طلب الحماية الخاصة نتيجتين أساسيتين هما:

1- يحوز هذا الحكم الحجية من حيث موضوعه أمام القاضي الذي أصدره، ومن ثم يتمتع عليه من حيث الأصل العدول عنه، إلا إذا تغيرت المعطيات التي صدر في ظلها، بمعنى أنها حجية مؤقتة مرهونة بعدم تغير الظروف¹؛

2- يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي به بالنسبة إلى ما فصلت فيه المحكمة من مسائل فرعية قبل البت في موضوع الطلب، ويترتب على ذلك أمران: أولهما: أنه يجب على المحكمة أن تفصل في جميع الدفوع الشكلية أو الدفوع بعدم القبول، وذلك قبل أن تفصل في موضوع طلب الحماية الخاصة، فإن خالفت ذلك وفصلت في طلب الحماية مباشرة قبل الفصل في المسائل المذكورة، كان حكمها مخالفا للقانون، إذا اتضح أنها غير مختصة بنظر الدعوى أو أن الدعوى كانت غير مقبولة شكلا لرفعها بعد الميعاد القانوني.

وثانيهما: أن قضاء المحكمة في مسألة الاختصاص أو قبول الدعوى يقيدھا عند نظر الموضوع، ومؤدى ذلك، أنه لا يجوز للمحكمة إذا ما فصلت في دفع من هذا القبيل في طلب الحماية الخاصة، أن تعود عند نظر دعوى الإلغاء فتفصل فيه من جديد، لأن حكمها الأول قضاء نهائي حاز حجية الأحكام، وإذا قضت المحكمة في دعوى الإلغاء على خلاف ما قضت به في طلب الحماية الخاصة، فإن حكمها يكون معيبا لمخالفته حكما سابقا حائزا لقوة الشيء المقضي به².

المبحث الثاني

مضمون الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وتنفيذه

إن الدعوى القضائية ليست غاية في ذاتها، وإنما وسيلة لغاية معينة هي الحصول على حماية القضاء، ومن ثم فإن هدف المدعي من إقامة طلب الحماية الخاصة، هو الحصول على حكم في موضوعه يقضي بإسباغ الحماية على حريته الأساسية المنتهكة من جانب السلطات الإدارية. ويتراوح

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 151.

² - محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 372.

مضمون الحكم في طلب الحماية الخاصة، بين رفض الطلب من طرف القاضي أو قبوله والأمر بالإجراء اللازم للحماية.

كما أن الحصول على حكم من القضاء بحماية الحرية الأساسية لا يعبر عن الغاية النهائية للمدعي، بل يقتضي الأمر إرساء الضمانات اللازمة لوضعه موضع التنفيذ، وإلاّ تحول إلى مجرد فتوى نظرية من القضاء ليس لها أي قيمة من الناحية العملية.

وعليه، سيتم في هذا المبحث، التعرض إلى مضمون الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة في مطلب أول، ثم تنفيذه في مطلب ثان.

المطلب الأول

مضمون الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

خارج الحالات المتعلقة بالتنازل عن الطلب أو عدم قبوله لانتفاء موضوعه أو مصلحة المدعي فيه، فإن الحكم في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية يتردد بين النطق برفضه إذا تخلفت شروطه، أو بقبوله والحكم بالتدابير اللازمة لحماية الحرية، إذا عاين القاضي ثبوت توافر شروطه. وعليه، سيتم التطرق إلى الحكم برفض الطلب في فرع أول، ثم الحكم بالإجراء اللازم للحماية في فرع ثان.

الفرع الأول

الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

حدد المشرع حالات الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية على سبيل الحصر، ولم يترك أمر تقريرها إلى محض السلطة التقديرية لقاضي الاستعجال الإداري، وذلك رغبة منه في إقرار نوع من التوازن بين حماية حقوق وحرّيات الأفراد وعدم عرقلة نشاط الإدارة لتعلقه بالمصلحة العامة. كما أرسى ضمانات من شأنها أن تجعل أحكام الرفض منضبطة وغير تحكمية من جانب القاضي.

أولاً: حالات الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لم يترك المشرع حالات الحكم برفض الطلبات المستعجلة لسلطة القاضي التقديرية، بل عمد إلى تحديدها على سبيل الحصر، حيث نصت المادة 924 من ق.إ.م.إ على أنه: "عندما لا يتوفر

الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب....". حددت المادة حالات الرفض، وحصرتها في حالتين هما: انتفاء الاستعجال في الطلب وعدم تأسيسه.

1 - انتفاء الاستعجال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إذا ثبت لدى قاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية عدم توافر شرط الاستعجال، لقيام عنصر من العناصر الدالة على انتفائه، على نحو ما سبق تفصيلها عند بحث شرط الاستعجال، فإنه يحكم برفض الطلب لانتفاء شرط الاستعجال فيه. وقد رتب المشرع على عدم قيام شرط الاستعجال في هذه الحالة، الحكم برفض الطلب وليس الحكم بعدم الاختصاص النوعي، ومرد ذلك، كما سبق القول، هو توحيد جهة التقاضي بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال.

2 - عدم تأسيس طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تتحقق هذه الحالة، إذا ثبت عدم صحة الأسباب التي حمل عليها المدعي طلبه بالحماية سواء من ناحية الواقع أو القانون، كأن تكون الحرية التي يزعم المدعي الاعتداء عليها ينتفي عنها وصف الأساسية، أو يتخلف شرطي الانتهاك الخطير أو عدم المشروعية الواضحة لقرار الإدارة¹. كما تتحقق كذلك عندما يؤسس الطلب على عناصر غير موجودة في الواقع، أو عندما لا يؤسس على أي وجه من الأوجه².

ثانياً: ضمانات الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لم يترك المشرع أحكام الرفض الصادرة بناء على توافر إحدى الحالات السابقة بين يدي القاضي يستخدمها بصفة تحكمية، بل وضع لها ضوابط و ضمانات معاصرة للحكم، وأخرى لاحقة له هي: ضرورة تسبيب الحكم، قابليته للطعن، وإمكانية تجديد طلب الحماية موضوع الرفض.

1 - ضرورة تسبيب حكم الرفض

اشتترط المادة 924 من ق.إ.م.إ صراحة لمشروعية حكم الرفض المتعلق بطلب الحماية الخاصة، أن يكون مسبباً، أي مشفوعاً بالأسباب الواقعية والقانونية التي دفعت القاضي إلى إصداره. ويقدم تسبيب أحكام الرفض مزايا عديدة سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للمدعي، حيث يسمح لهذا

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 178.

² - Olivier LE BOT, op.cit, p. 446 .

الأخير بمعرفة أوجه القصور التي اعترت طلبه وحملت القاضي على رفضه، بما يمكنه من تحديد موقفه إزاء هذا الحكم و تقرير اللجوء إلى ممارسة الطعن عليه من عدمه، أما بالنسبة للقاضي، فيحثه الالتزام بتسبيب حكمه على التآني والتروي في إصداره، مما ينعكس إيجاباً على جودة الأحكام التي يصدرها وعلى حماية حقوق وحرّيات الأفراد، كما يسمح التسبيب أيضاً لقاضي الطعن ببسط رقابته على حكم قاضي الاستعجال الإداري برفض الطلب.

وبالنسبة لنطاق التسبيب أو مداه، فإنه لا يلزم أن يكون كاملاً يستقصي من خلاله القاضي ما قدمه الخصوم من ردود وملاحظات وما أبدوه من دُفوع وأسانيد مؤيدة للطلب أو داحضة له، وإنما يرد موجزاً أو مختصراً¹. ومرد ذلك، هو الطبيعة المستعجلة لطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، والتي تفرض ضرورة حسمه بأقصى سرعة حددها المشرع بـ 48 ساعة من تقديم الطلب، وبديهي أن هذا الأجل المتناهي في القصر، يفرض أن يكون تسبيب القاضي لرفض طلب الحماية مختصراً توصل إليه من مجرد الفحص الظاهري لأوراق الدعوى.

كما أن تعمق القاضي في التسبيب، قد يؤدي به إلى الوقوع في مخالفة قانونية تتجاوز طبيعة مهمته كقاضي للأمور الوقتية، هي تصديه لموضوع الدعوى واعتدائه على الاختصاص المحجوز قانوناً لقاضي الإلغاء. وعليه، يقع على عاتق قاضي الحماية الخاصة التزاماً بالوسطية في تسبيب حكمه بالرفض، يتراوح بين عدم التسبيب والتسبيب الكامل، لأن الأول يفضي إلى الاستبداد المطلق بالحكم، والثاني يتعارض مع ضرورة السرعة في إصداره. ويمكن ترجمة هذا الاعتدال في التسبيب عملياً، من خلال ذكر القاضي لأسباب الرفض وشرحها بإيجاز دون التعمق في بحثها وتفسيرها.

2- قابلية حكم الرفض للطعن

أعطى المشرع للمدعي مكنة الطعن في الأحكام الصادرة برفض الطلبات الاستعجالية، وذلك بطريق الاستئناف، حيث نصت المادة 938 من ق.إ.م.إ على أنه: " في حالة استئناف أمر قضى برفض دعوى الاستعجال أو بعدم الاختصاص النوعي وفقاً للمادة 924 أعلاه، يفصل مجلس الدولة في أجل شهر واحد". يكتسي تقرير الطعن بالاستئناف في الأمر الصادر برفض الطلبات الاستعجالية

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 180.

أهمية بالغة، حيث يسمح بإعادة طرح نفس الطلب أمام جهة قضائية أعلى هي مجلس الدولة، الذي يتولى الفصل فيه من جديد من ناحية الواقع والقانون.

وبالنسبة لميعاد رفع الاستئناف، فقد سكنت عنه المادة 938 من ق.إ.م.إ، و من ثم فهو يخضع للقواعد العامة الحاكمة لاستئناف الأوامر الاستعجالية، والتي حددت هذا الأجل بخمسة عشر (15) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر¹. وهنا نسجل تطابقا بين نص المادة 938 من ق.إ.م.إ والمتعلقة باستئناف الأوامر الاستعجالية الصادرة بالرفض، والمادة 937 منه والمتعلقة بالنظام القانوني لاستئناف الأوامر الصادرة في طلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية، حيث حددت هذه الأخيرة كذلك أجل الاستئناف بخمسة عشر (15) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر أو التبليغ.

أما بخصوص مدة الفصل في الاستئناف، فنسجل تعارضا بين نص المادتين السابقتين، حيث تحددها المادة 938 بشهر واحد، في حين قررت المادة 937 أجل 48 ساعة للفصل في الاستئناف. يقود هذا التعارض إلى طرح السؤالين التاليين²: هل أن المادة 937 من ق.إ.م.إ يقتصر نطاق تطبيقها على الأوامر الصادرة فقط بقبول طلبات الحماية الخاصة دون تلك المتضمنة رفضها؟ وما هو النص الأولي بالترجيح والإعمال في هذا الإطار؟ بخصوص السؤال الأول، أرى أن المادة 937 من ق.إ.م.إ تنطبق سواء على الأوامر الصادرة بقبول طلبات الحماية الخاصة أو برفضها، وسند ذلك اعتبارين أساسيين:

أولهما: أن نص المادة 937 جاء على عمومه وإطلاقه، كما لم يتضمن أي تمييز بين النوعين من الأوامر، والقاعدة في هذا الشأن، أن المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يقيد والعام يؤخذ على عمومه ما لم يخصص. **وثانيهما:** أن القول بأن المادة 937 تخص فقط استئناف الأوامر الصادرة بالقبول دون تلك الصادرة بالرفض، يكشف عن انحياز غير مقبول قانونا ومنطقا من جانب المشرع لصالح الإدارة التي انتهكت الحرية الأساسية، إذ يترتب عنه، أن الاستئناف المرفوع من جانب الإدارة

¹ - تنص المادة 950 من ق.إ.م.إ على أنه: " يحدد أجل استئناف الأحكام بشهرين (2) ويخفض هذا الأجل إلى خمسة عشر (15) يوما بالنسبة للأوامر الإستعجالية.... ".

² - تطرح المادة 938 من ق.إ.م.إ نفس الأسئلة بخصوص دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، حيث جعل المشرع الأوامر الصادرة فيها غير قابلة للطعن، وذلك بموجب نص المادة 936 من ق.إ.م.إ، في حين تبيح المادة 938 الطعن في أوامر الرفض الصادرة في الطلبات الاستعجالية.

ضد أوامر القبول يفصل فيه القاضي خلال أجل 48 ساعة من تقديمه، في حين يفصل في الاستئناف المرفوع من المدعي ضد أمر رفض طلبه في أجل شهر.

أمّا بخصوص السؤال الثاني، فأرى أن المادة 937 من ق.إ.م.إ هي الأولى بالتطبيق، وسند ذلك كذلك اعتبارين: أولهما: أن نص المادة 938 هو نص عام ينطبق على جميع الطلبات المستعجلة، بينما نص المادة 937 فهو نص خاص ينطبق فقط على طلبات الحماية الخاصة، والقاعدة في هذا الشأن أن الخاص يقيد العام.

وثانيهما، اعتبار عملي، مفاده أن مدة الشهر المقررة في نص المادة 938 من ق.إ.م.إ تعتبر مدة طويلة لا تتسجم مع فلسفة إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، والتي تفترض سرعة الفصل في الطلب سواء على مستوى الدرجة الابتدائية أو على مستوى الاستئناف، بسبب خطورة الوضعية التي تعالجها، وهي خطورة الانتهاك وعدم مشروعيته الواضحة، من جهة، ووقوعه على حرية تمتاز بالرفعة والسمو هي الحرية الأساسية، من جهة ثانية.

وعليه، أهيب بالمشروع تبني توجه توحيد الأحكام القانونية الضابطة لهذه المسألة وعدم تفتيتها، تحقيقاً لمقتضيات مبدأ حسن إدارة العدالة.

وفيما يتعلق بسلطة قاضي الاستئناف، فيكون له تطبيقاً للقواعد العامة إما تأييد أمر الرفض أو إلغاؤه.

3- إمكانية تجديد طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لما الحكم الصادر برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية ذا طابع وقتي، فإنه لا يحوز الحجية الكاملة المعترف بها للأحكام القضائية الموضوعية، مما يجعل من الجائز قانوناً للمدعي تقديم طلب جديد لحماية حريته الأساسية، إذا ما توافرت شروطه.

ويبقى الحق في تجديد طلب الحماية الخاصة أمام قاضي الاستعجال قائماً ما دام أجل تقديمه لم ينقض بعد، ومن ثم يجب على المدعي الذي يرغب في التقدم بطلب حماية جديد، أن يرفعه قبل انتهاء القاضي من الفصل في دعوى الإلغاء.

الفرع الثاني

الحكم بالإجراء اللازم لحماية الحرية الأساسية

اعترف المشرع لقاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية بمقتضى نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، بسلطات واسعة لمواجهة الوضعية الاستثنائية التي يعالجها هذا الطلب، حيث يفترض الطابع الموصوف للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية، تخويل القاضي سلطات استثنائية لإنهاء هذا الانتهاك وإسباغ الحماية على الحرية الأساسية.

غير أن هذه السلطات، وإن كانت واسعة، فإنها ليست مطلقة، حيث وبحكم الطبيعة الاستعجالية لطلب الحماية الخاصة، وبحكم الطابع الوقتي للأوامر الصادرة فيه، فإن لها بعضا من القيود من شأنها الحد والتضييق من هذه السلطات. وعليه، سيتم في هذا الفرع، تبيان نطاق سلطات القاضي في طلب الحماية الخاصة (أولا)، ثم حدود هذه السلطات (ثانيا).

أولاً: نطاق سلطات القاضي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إن الغرض من السلطات الواسعة التي أعطاها المشرع لقاضي الحماية الخاصة، هو إنهاء الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية للمدعي، ومن ثم يتعين على القاضي لتحقيق هذا الغرض استعمال هذه السلطات بنوع من المرونة، وذلك للوصول إلى حل ومعالجة الوضعية الضارة التي خلقتها الإدارة وفق أيسر طريق. وفي هذا المعنى يقول وزير العدل الفرنسي قبل دخول قانون 30 جوان 2000 حيز التنفيذ، بأن: قضائي وقف التنفيذ واستعجال الحرية الأساسية " لن يكونا بطبيعتهما قادرين على تحسين فعالية القاضي الإداري إلا إذا تخطى هذا الأخير عن خجله وعن تصويره الضيق لسلطاته"¹.

وتتحقق هذه المرونة في التعامل مع السلطات الممنوحة لقاضي الحماية الخاصة، من خلال دورين متكاملين يؤديهما هما: الدور التهديدي والتصالحي، والدور الردعي.

¹«...ne seront de nature à améliorer l'efficacité du juge administratif qu'à condition qu'il ne soit pas timide et qu'il n'ait pas une conception restrictive de ses pouvoirs », Elisabeth GUIGOU, « Clôture du colloque » du 2ème centenaire du Conseil d'Etat, R.A, 2000, numéro spécial 3, p. 214.

1- الدور التهديدي والتصالحي لقاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إن مجرد إخطار المدعي لقاضي الاستعجال الإداري بطلب حماية إحدى حرياته الأساسية، قد يشكل تهديدا جديا لجهة الإدارة يدفعها إلى التراجع عن قرارها وإنهاء حالة الانتهاك، كما أن التقارب والحوار بين الأطراف والقاضي أثناء الجلسة، قد يحملان المدعي على ترك طلبه إذا قدر عدم مقبوليته، كما قد يدفع الإدارة إلى الاستجابة وديا لطلبات المدعي إذا استبان لها أن القاضي سيدينها. وعليه، يمكن لقاضي الحماية الخاصة أن يمارس، إما دورا تهديديا سابقا على عقد الجلسة العلنية، أو دورا تصالحيا أثناء الجلسة.

1-1- الدور التهديدي لقاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يمكن للمدعي أن يحصل على إنهاء آثار الاعتداء الواقع على حريته الأساسية، بمجرد تقديم طلب الحماية الخاصة إلى قاضي الاستعجال الإداري وتبليغه رسميا إلى جهة الإدارة، حيث يشكل ذلك تهديدا جديا للسلطة الإدارية، قد يحملها على الرجوع عن قرارها المشوب بعدم المشروعية الواضحة والاستجابة لطلبات المدعي، ومن ثم لا يكون هناك داع للاستمرار في نظر الطلب، حيث يصبح دون موضوع ويحكم بانقضائه¹.

ويؤدي التدخل التهديدي للقاضي دورا في غاية الأهمية في نطاق طلب الحماية الخاصة، وذلك لتعلقه بموضوع الحريات الأساسية التي تمتاز بالسمو، حيث تكون احتمالية تراجع الإدارة تلقائيا عن قرارها الذي انتهك الحرية الأساسية واردة بقوة، لأن جهة الإدارة تعرف أن صدور حكم من القاضي لصالح المدعي، يشكل إدانة معنوية لها ومساسا بسمعتها كجهة يفترض فيها المحافظة على حريات الأفراد لا انتهاكها.

1-2- الدور التصالحي لقاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية

في حالة قصور الدور التهديدي لقاضي الحماية الخاصة في دفع الإدارة إلى التراجع أو سحب قرارها الذي انتهك الحرية الأساسية للمدعي، يبرز تدخل آخر من القاضي أكثر أهمية يمارسه أثناء

¹ - فاروق خلف، " إجراءات تقديم طلب توجيه أمر للإدارة لحماية الحريات الأساسية و الحكم فيه "، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني الثالث بعنوان " دور القاضي الإداري في حماية الحرية الأساسية " يومي 28 و 29 أبريل 2010 بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي.

الجلسة العلنية، هو تقريب وجهات النظر بين الأطراف، من خلال إرساء الحوار والنقاش بينهم. وفي هذه الحالة، ليس التهديد أو الخوف من إدانة القاضي هو من يحمل الإدارة على التراجع عن قرارها غير المشروع، وإنما صفات الاستماع والحوار التي يتسم بها، حيث وبوصفه قاضيا للسلام *un juge de paix*، يقوم قاضي الاستعجال الإداري بحمل الأطراف على النقاش والحوار والتقارب للوصول إلى مساحة توافقية¹.

وينبغي الإشارة، إلى أنه ليس المقصود بإجراء الصلح بين الأطراف هنا هو الصلح بمعناه القانوني المحدد في المادة 459 من القانون المدني، والذي يتضمن تنازلا متبادلا من الأطراف عن حقوقهم، لأن طبيعة إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية لا تقبل صلحا بهذا المعنى، وإنما المقصود منه هو مجرد التقريب في وجهات النظر بين المدعي وجهة الإدارة، بما من شأنه أن يدفع هذه الأخيرة إلى التراجع عن قرارها إذا تكشف لها عدم مشروعيتها، أو يدفع المدعي إلى ترك طلبه إذا اقتنع بمشروعية القرار الذي يزعم أنه أنتهك حرته الأساسية.

وتشكل الجلسة المعقودة لنظر طلب الحماية الخاصة، الإطار الأمثل لإجراء المصالحة بين الأطراف، حيث تمثل فضاء يسهل عملية التواصل بين الأطراف وبينهم وبين القاضي، وذلك بسبب اتسامها بخاصيتين أساسيتين هما: الحضور المادي للأطراف وشفافية الإجراءات.

يتواءم الدور التصالحي الذي يؤديه قاضي الحماية الخاصة أثناء الجلسة مع رغبة المشرع في حسم النزاعات بالطرق الودية، والتي عبر عنها صراحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال أفراد كتاب خاص بالطرق البديلة لحل النزاعات، هو الكتاب الخامس (المواد من 990 إلى 1061 من ق.إ.م.إ.)، إضافة إلى أنه يؤدي إلى تخفيف العبء، سواء على القاضي، من خلال عدم قيامه بالفصل في الدعوى واقتضاره على مجرد إصدار حكم بانقضائها، أو على الخصوم، من خلال إعفائهم من التعقيدات التي يجبرها تنفيذ الأحكام القضائية والطعن فيها.

وإذا كانت المزايا السابقة، تدفع إلى حث قاضي الحماية الخاصة في الجزائر على تفعيل دوره التصالحي، فإنه يبرز إكراه قد يحد من هذا الدور، يتمثل في طبيعة القاضي الذي أناط به المشرع الفصل في هذه الطلبات، حيث أن عقد الاختصاص بها إلى تشكيلة جماعية يعيق فكرة الحوار

¹ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 495.

والمواجهة بين الأطراف أو بينهم وبين القاضي، في حين تفترض المصالحة تواصلا مباشرا بين الخصوم والقاضي يكون من الصعب تحقيقه في ظل التشكيلة الجماعية.

وعليه، أهيب بالمشرع العدول عن عقد الاختصاص بالطلبات المستعجلة إلى تشكيلة جماعية، ومنحه إلى قاضي فرد للإفادة من مزاياه أخصها، قدرته على التواصل الفعال مع الأطراف بما يسمح بإجراء المصالحة بينهم، لأنه في غياب قاض قريب من الأطراف، يبقى عاملي الحضور الجسدي للخصوم إلى الجلسة والشفاهة في الإجراءات قاصرين لوحدهما على إقامة المصالحة بينهم.

2- الدور الردعي لقاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية (سلطة الأمر)

أعطى المشرع بمقتضى نص المادة 920 من ق.إ.م.إ لقاضي الحماية الخاصة، سلطة اتخاذ جميع التدابير الضرورية لحماية الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، ومن ثم فقد أطلق يده ومنحه كامل السلطة التقديرية لاختيار الإجراء الذي يراه ضروريا ومناسبا لرد الانتهاك الواقع من الإدارة على الحريات الأساسية. يترتب إذن على التفسير الحرفي والمجرد لعبارة " يأمر بكل التدابير الضرورية " نتيجة مفادها، أن قاضي الحماية الخاصة له سلطة توجيه أي أمر إلى الإدارة يراه ضروريا سواء بالفعل أو بالامتناع.

غير أنه، ولما كان طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية في النظام القانوني الجزائري تابعا لطعن موضوعي هو دعوى الإلغاء، فإنه يترتب على ذلك، عدم إمكانية تفعيله إلا ضد نوع واحد من أعمال الإدارة، هو القرارات الإدارية التي تنتهك بصفة خطيرة وواضحة عدم المشروعية الحريات الأساسية، وذلك دون أعمالها المادية أو تصرفاتها الأخرى، كونها لا تصلح لأن تكون محلا لدعوى الإلغاء.

إن رفع الاعتداء الواقع على الحرية الأساسية بمقتضى قرار إداري، يتحقق بطبيعته عن طريق استصدار أمر بوقف تنفيذ القرار من قاضي الحماية الخاصة، حيث يظهر وقف التنفيذ كوسيلة طبيعية وكافية لشل آثار القرار الذي اعتدى على الحرية الأساسية وإجابة المدعي إلى طلبه.

كما أن تنظيم طلب وقف تنفيذ القرار الإداري بمقتضى نص خاص هو المادة 919 من ق.إ.م.إ. لا يشكل، كما سبق القول عند بحث مدى جواز تدخل إجراء الحماية في مجال دعوى وقف التنفيذ¹، عائقاً في سبيل حيازة قاضي الحماية الخاصة لمثل هذه السلطة، حيث لا تظهر كامتياز استثنائي لقاضي وقف التنفيذ، بل يثبت لقاضي الحماية الخاصة صلاحية الأمر به، وذلك تأسيساً على أن المشرع قد أطلق يده في اتخاذ جميع التدابير التي يراها ضرورية ومناسبة لرد الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية، ولا شك أن وقف تنفيذ القرار، يشكل أحد أبرز صور هذه التدابير بالنظر إلى خصوصية مصدر الانتهاك.

ولما كان إجراء وقف التنفيذ طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ينصب على القرارات الإيجابية والقرارات الصادرة بالرفض على حد سواء²، فإن نطاق سلطة القاضي يختلف بحسب نوع القرار المطلوب وقف تنفيذه. وعليه، إذا كان مصدر الاعتداء على الحرية الأساسية قراراً إيجابياً³، فإن وقف تنفيذه يكفي غالباً لوقف هذا الاعتداء، حيث يكون القاضي بشله لآثار القرار قد وضع حداً بصفة آلية لوضعية الاعتداء المترتبة عليه، من خلال توقي إمكانية تنفيذه من طرف الإدارة. وإذا كان الأصل، أن مجرد وقف تنفيذ القرار الإيجابي يكفي بذاته لرد الاعتداء على الحريات الأساسية، فإنه يظهر في بعض الحالات من الضروري اقتران إجراء الوقف بأمر بالفعل أو بالامتناع بوجهه القاضي إلى الإدارة، وهو ما يتحقق غالباً من خلال أمر جهة الإدارة باستخلاص النتائج المترتبة عن أمر الوقف، ومن ثم اتخاذ التدابير اللازمة لتنفيذه⁴.

¹ - انظر الصفحة 175 من هذا الباب.

² - تنص المادة 919 من ق.إ.م.إ. على أنه: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال، أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف أثر معينة منه....".

³ - يقصد بالقرار الإيجابي: القرار الذي تقصص بموجبه الإدارة عن إرادتها المنفردة في شكل خارجي وملمس، بحيث يستطيع ذوو الشأن التعرف على وجوده عبر دلائل خارجية لا تدع مجالاً للافتراض. انظر: رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 54-55.

⁴ - Olivier LE BOT, op.cit, p. 504.

أما إذا كان مصدر الاعتداء على الحرية الأساسية قرارا إداريا سلبيا¹، فإن وقف تنفيذه لا يكفي لوضع حد للاعتداء، بل يجب إقرانه بأمر تنفيذي يوجهه القاضي إلى الإدارة بضرورة تنفيذ مضمون الحكم، ويمارس القاضي سلطة الأمر هذه بصفة تلقائية ودونما حاجة إلى طلبها من المدعي².

وقد كانت القرارات الإدارية السلبية في مرحلة معينة محظور طلب وقف تنفيذها، لأن وقف التنفيذ في هذه الحالة يتضمن صدور القرار من القاضي بدلا من الإدارة، كمنح الترخيص الذي رفضت الإدارة إصداره، أو بمعنى أدق، قد يتضمن الوقف أمرا من القاضي إلى الإدارة أو حلولا منه محلها، وهما أمران محظوران عليه. غير أنه بصور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نص المشرع في المادة 919 منه صراحة على جواز وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية أو الصادرة بالرفض.

ويكون لقاضي الحماية الخاصة عند تصديه لطلب وقف تنفيذ قرار إداري انتهك إحدى الحريات الأساسية، طبقا دائما لنص المادة 919 من ق.إ.م.إ، سلطة الوقف الكلي أو الجزئي لآثار هذا القرار. تتحقق سلطة الوقف الكلي، إذا توافرت شروط الحماية الخاصة للحرية الأساسية بصدد جميع آثار القرار المطلوب وقف تنفيذه، بينما تتقرر سلطة الوقف الجزئي فقط بالنسبة لآثار القرار التي تحققت بشأنها شروط الحماية الخاصة دون غيرها.

ضيّق المشرع إذن بمقتضى خاصية التبعية، من نطاق طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، بأن حصره فقط في رد الانتهاكات الناجمة عن القرارات الإدارية دون غيرها. يؤدي هذا التحديد في نطاق مصدر الانتهاك بحكم اللزوم إلى التضييق في نطاق السلطات التي يحوزها القاضي لرده، حيث تقتصر فقط على سلطة وقف تنفيذ القرار الذي انتهك الحرية، دون أن تتعدها إلى إمكانية توجيه أوامر أصلية إلى الإدارة بالفعل أو بالامتناع، كونها تتطلب أن يكون مصدر الاعتداء عملا ماديا. أعدم المشرع إذن، بمقتضى هذه الخاصية (التبعية)، سلطة الأمر التي اعترفت بها المادة 920 من ق.إ.م.إ لقاضي الاستعجال الإداري في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

¹ - يتحقق القرار السلبي، عندما تمتنع جهة الإدارة عن اتخاذ قرار تلزمها القوانين والتنظيمات بإصداره. انظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري "الأسباب والشروط"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص. 731.

² - Camille BROUELLE, « Les mesures ordonnées en référé », R.F.D.A, janvier – février 2007, n°1, p. 73.

ثانياً: حدود سلطات القاضي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إن السلطات التي يحوزها قاضي الحماية الخاصة في الأمر بالإجراء الذي يراه لازماً لحماية الحرية الأساسية ليست مطلقة، حيث بوصفه قاضياً للاستعجال، فإن سلطاته تتحدد بقيدين أساسيين: **أولهما:** أنه يحظر عليه إلغاء القرار الإداري مصدر الاعتداء على الحرية الأساسية، لأن الإلغاء يحسم موضوع الدعوى وتتقضي عنه صفة التأقيت. ومرجع هذا الحظر، هو الطابع المؤقت لأوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وكذلك شرط عدم مساسها بأصل الحق، حيث وبحكم تبعية هذا الطلب لدعوى الإلغاء، فإن ما يصدره القاضي هو مجرد أوامر وقتية، غرضها درء الاعتداء على الحرية مؤقتاً إلى غاية الفصل في موضوع الدعوى من طرف قاضي الإلغاء.

وثانيهما: ألا يكون الأمر الصادر عن قاضي الحماية الخاصة متماثلاً في الآثار المترتبة عليه مع الآثار الذي يفضي إليها الحكم الصادر عن قاضي الموضوع، وإلا كان في طلب الحماية الخاصة الغناء عن الالتجاء إلى قاضي الموضوع، واستلاب لاختصاص هذا الأخير لصالح قاضي الاستعجال الإداري¹. وتطبيقاً لذلك، لا يجوز لقاضي الحماية الخاصة أن يأمر مثلاً جهة الإدارة بهدم منشأة أقامت فوق ملكية المدعي، لأن هذا الأمر تكون له ذات الآثار المترتبة على الحكم بإلغاء القرار. خلاصة القول، يكون لقاضي الحماية الخاصة سلطة اتخاذ جميع التدابير التي يقدر لزومها لحماية الحرية الأساسية، دون أن يكون له الاعتداء على اختصاص قاضي الموضوع، سواء بطريق مباشر من خلال إلغاء القرار الإداري المطعون فيه، أو بطريق غير مباشر، من خلال إصدار أمر يرتب نفس الآثار التي يفضي إليها حكم الإلغاء.

المطلب الثاني**تنفيذ الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية**

إذا عاين قاضي الاستعجال الإداري توافر الشروط المقررة قانوناً لطلب الحماية الخاصة، قضى بقبوله وأمر بالتدابير اللازمة لحماية الحرية الأساسية المنتهكة من جانب الإدارة. غير أنه لما كان الهدف الأساسي من إصدار الأحكام ليس مجرد النطق بها، وإنما العمل على تنفيذها حتى تتحقق

¹ - محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 176.

الغاية منها، فإنه ينبغي وضع حكم الحماية الخاصة موضع التنفيذ حتى تتحقق الحماية الفعلية للحرية الأساسية المعتدى عليها.

لا تثار التعقيدات المرتبطة بتنفيذ حكم الحماية الخاصة إذا صدر لصالح الإدارة، أما إذا كان لصالح المدعي، فتبرز إشكالية تنفيذه، خاصة إذا امتنعت الإدارة عن ذلك، وهنا يصبح من الضروري وضع ضمانات من شأنها حمل الإدارة على التنفيذ. وعليه، سيتم في هذا المطلب، بحث كيفية تنفيذ الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة في فرع أول، ثم الوسائل القانونية الضامنة لتنفيذه في فرع ثان.

الفرع الأول

كيفية تنفيذ الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يصدر الأمر في طلبات الحماية الخاصة للحرية الأساسية في الشكل المعهود للأحكام القضائية، وتبدأ إجراءات تنفيذه بعد تبليغه إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار الإداري المطعون فيه. وقد كانت الأحكام القضائية قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبلغ وجوبا للأطراف عن طريق أمانة ضبط الجهة القضائية، غير أنه بصدور هذا القانون، فرض المشرع إجراء التبليغ الرسمي للأوامر الاستعجالية كقاعدة عامة، والذي يتم عن طريق المحضر القضائي وبمبادرة من الخصوم. غير أنه، واستثناء من مبدأ التبليغ الرسمي، أجاز المشرع تبليغ الأمر الاستعجالي بكل الوسائل وفي أقرب الآجال، حيث نصت المادة 934 من ق.إ.م.إ على أنه: " يتم التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي، وعند الاقتضاء يبلغ بكل الوسائل وفي أقرب الآجال". أطلق المشرع إذن، بمقتضى هذا النص، سلطة القاضي في اختيار الوسيلة التي يراها ملائمة لتبليغ الأمر الاستعجالي، فيجوز له مثلا اللجوء إلى تبليغه عن طريق الهاتف أو عن طريق الفاكس.

وإذا تحقق صحة التبليغ لأمر الحماية الخاصة للحرية الأساسية إلى الجهة الإدارية المحكوم عليها، يبدأ تنفيذه باستصدار الصورة أو النسخة التنفيذية للحكم، وهو ما قرره المادة 1/602 من ق.إ.م.إ بنصها: " لكل مستفيد من سند تنفيذي، الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 601 أعلاه تسمى " النسخة التنفيذية ". ولا تسلم إلا للمستفيد شخصيا أو لوكيل عنه بوكالة خاصة ".

وعليه، لا يكون هذا السند قابلاً للتنفيذ، إلا إذا كان ممهوراً بالصيغة التنفيذية، والتي تكون في المواد الإدارية حسب نص المادة 3/601 من ق.إ.م.إ على الوجه التالي: " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، وكل مسؤول إداري آخر، كل فيما يخصه، وتدعو وتأمّر كل المحظرين المطلوب إليهم ذلك، فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة ضد الخصوم الخواص أن يقوموا بتنفيذ هذا الحكم ، القرار....". ما يلاحظ على هذه الصيغة التنفيذية، أنها تجعل مسألة التنفيذ في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة من مسؤولية الرئيس الإداري، فهي تأمر الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو كل مسؤول إداري آخر معني، أما أعوان التنفيذ بما فيهم رجال القوة العمومية، فمسؤوليتهم في تنفيذ الحكم تكون في مواجهة الخواص فقط و ليس في مواجهة الإدارة¹.

وباستيفاء هذه الإجراءات، أي التبليغ الصحيح والصيغة التنفيذية، يكون الأمر الصادر في طلب الحماية الخاصة قابلاً للتنفيذ، ومن ثم تلتزم الإدارة بالامتثال للمقتضيات الواردة فيه إعمالاً لمبدأ احترام حجية الشيء المقضي به. غير أنه وخروجاً على هذا الأصل، أجاز المشرع لقاضي الاستعجال الإداري أن يقرر تنفيذ الأمر فور صدوره، أي دونما حاجة إلى تبليغه، حيث نصت المادة 2/935 من ق.إ.م.إ على أنه: " يجوز لقاضي الاستعجال أن يقرر تنفيذه فور صدوره ". يرجع الغرض من إقرار هذا الاستثناء إلى الإسراع في ترتيب آثار الأمر القضائي، إذ قد يترتب على الانتظار حتى تبليغه وإمهاره بالصيغة التنفيذية التأخر في إجراءات التنفيذ، الذي قد يؤدي بدوره إلى تقويت الغرض من استصدار الحكم أو الإخلال بمصلحة المحكوم له².

و بخصوص كيفية تنفيذ أمر الحماية الخاصة وفق هذه الآلية الاستثنائية، فقد نصت المادة 3/935 من ق.إ.م.إ على أنه: " يبلغ أمين ضبط الجلسة، بأمر من القاضي منطوق الأمر ممهوراً بالصيغة التنفيذية في الحال إلى الخصوم مقابل وصل استلام، إذا اقتضت ظروف الاستعجال ذلك".

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول - الهيئات والإجراءات -، المرجع السابق، ص. 388.

² - الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، د.و.أ.ت، الجزائر، 2000، ص. 109.

وبتمام هذه الإجراءات، سواء وفق القاعدة العامة أو وفق الاستثناء الوارد عليها، يكون أمر الحماية الخاصة صالحاً لترتيب آثاره في مواجهة الإدارة، التي يتعين عليها العمل على تنفيذه من خلال استخلاص وإعمال الآثار المترتبة عنه، وهي عدم المبادرة في تنفيذ القرار الإيجابي إذا لم تبدأ في تنفيذه، ووقف مواءمة التنفيذ إذا كانت قد بدأت فيه. أما إذا تعلق الأمر بقرار سلبي، فيجب عليها الامتنثال للأوامر التنفيذية الموجهة إليها من طرف قاضي الحماية الخاصة.

أخيراً، يلزم الإشارة إلى أن الإدارة ملزمة وفي جميع الأحوال بتنفيذ مضمون الأمر الصادر في طلب الحماية الخاصة، وذلك حتى ولو طعنت عليه بالاستئناف، لأن المشرع جرد الطعن بالاستئناف في المواد الإدارية من الأثر الموقوف¹، ومن ثم يتعين على الجهة الإدارية أن تمتثل لأمر الحماية الخاصة وتعمل على تنفيذ منطوقه وذلك إلى غاية الفصل في الاستئناف المرفوع من جانبها، فإذا ما انتهى هذا الطعن بالرفض، تأيّد أمر الحماية الخاصة، أما إذا صادف الاستئناف قبولا، فيتوقف الأمر عن إنتاج آثاره وتعود للقرار الإداري قوته التنفيذية إلى أن يفصل في دعوى الإلغاء بحكم موضوعي.

وعلى خلاف دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، أين أجاز المشرع في المادة 911 من ق.إ.م.إ. لمجلس الدولة أثناء نظره في الاستئناف المرفوع ضد حكم وقف التنفيذ الصادر عن المحكمة الإدارية، أن يقرر رفعه حالا بناء على طلب يقدم له بهذا الخصوص، إذا كان من شأنه الإضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف وذلك إلى غاية الفصل في موضوع الاستئناف، فإنه لم يخول مثل هذه المكنة لقاضي الاستئناف في حالة استئناف أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

ومرجع ذلك في رأيي، أن قصر الأجل الممنوح لمجلس الدولة من أجل الفصل في الاستئناف المرفوع ضد أوامر الحماية الخاصة (48 ساعة)، قد دفع المشرع إلى سلب هذه السلطة من مجلس الدولة، لأنه ليس من شأن أمر الحماية أن يعرض، خلال هذا الأجل المتناهي في القصر، المصلحة العامة أو حقوق المستأنف للإضرار.

¹ - تنص المادة 908 من ق.إ.م.إ. على أنه: " الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقوف ".

الفرع الثاني

الوسائل القانونية الضامنة لتنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

الأصل في الأحكام القضائية، هو الالتزام الطوعي بتنفيذها احتراماً لمبدأ حجية الشيء المقضي به وامتنالاً لأحكام الدستور والقانون، غير أن الإدارة قد تتجاهل هذا الأصل، وتمتنع عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها بمبررات أو بدونها، مما يؤدي إلى المساس بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد. وعليه، وضماناً لحقوق المتقاضين وتكريساً لدولة القانون، أرسى المشرع مجموعة من الوسائل، هدفها إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، أخصها إمكانية فرض الغرامة التهديدية ضد الإدارة (أولاً)، وكذلك إقرار المسؤولية الجزائية بالنسبة للموظف الممتنع عمداً عن تنفيذ الحكم (ثانياً).

أولاً: الغرامة التهديدية كوسيلة ضامنة لتنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تعرف الغرامة التهديدية في المادة الإدارية بأنها: "عقوبة مالية تبعية ومحتملة تصدر في مواجهة أحد الأشخاص المعنوية العامة، وتحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير، بهدف تجنب عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري أو التأخر في تنفيذها"¹. وتقتضي دراسة الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الإدارة لأمر الحماية الخاصة، التعرض إلى تطور الاعتراف بها، بيان النظام القانوني لها، وتقدير فعاليتها في ضمان تنفيذ أوامر الحماية الخاصة.

1- الاتجاه التقليدي بخطر فرض الغرامة التهديدية على الإدارة

مرت الغرامة التهديدية كوسيلة ضامنة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة بمرحلتين أساسيتين، حيث حظر القاضي الإداري على نفسه صلاحية النطق بها في المرحلة الأولى، ليتدخل المشرع لإجازتها في المرحلة الثانية.

تميز الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية السابق بالغموض والضبابية فيما يتعلق بجواز النطق بالغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة من عدمه، حيث نصت المادة 471 منه

¹ - منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص. 16.

على أنه: "يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية". واضح تماما عمومية هذا النص، مما أثار إشكالا حول مدى جواز توقيع الغرامة التهديدية على الأشخاص المعنوية العامة. وقد رفض القاضي الإداري طلبات فرض الغرامة التهديدية على الإدارة، حيث أيدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا في قرارها الصادر بتاريخ 13 أبريل 1997 قرارا صدر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الأغواط بتاريخ 16 جانفي 1993، قضى برفض دعوى المدعي الرامية إلى إلزام بلدية الأغواط بدفع غرامة تهديدية يومية بمبلغ 1000 د.ج، وقد جاء في حيثيات القرار: "حيث أنه لا سلطة للقاضي الإداري في ضوء التشريع والاتجاه القضائي للغرفة الإدارية الحاليين في الحكم على الإدارة بغرامات تهديدية لإجبارها على التنفيذ للقرارات القضائية المنطوق بها ضدها"¹.

ونفس التوجه تبناه مجلس الدولة، حيث تواترت أحكامه على رفض النطق بالغرامة التهديدية في مواجهة الإدارة، ومن قراراته في هذا الشأن، فصله في طعن مرفوع من بلدية تيزي وزو ضد قرار صادر عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 19 نوفمبر 2000 يتعلق بتصفية غرامة تهديدية قدرها 175,000,00 د.ج بسبب عدم قيام البلدية بتسوية الوضعية القانونية لقطعة الأرض المملوكة للمحكوم له. وقد ألغى مجلس الدولة هذا القرار معللا موقفه بقوله: "حيث أنه وعكس اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي الذي منح للقاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية بدون أي نص قانوني وذلك في قراره الصادر في 1974/05/10 "بارهوني"، حيث ألزم المشرع بأن يصدر قانونين، قانون 16 جويلية 1980 وقانون 8 فبراير 1995 الذين سمحا للقاضي الإداري بأن يسلط غرامة تهديدية في حالة عدم تنفيذ أحكام قضائية من قبل الإدارة، فالتشريع الجزائري الحالي وكذلك الاجتهاد القضائي المكرس حاليا لا يمنحان للقاضي الإداري أن يسلط الغرامة التهديدية على الإدارة عند عدم تنفيذها لقرار قضائي"².

¹ - الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، قرار رقم 115284 بتاريخ 1997/04/13، المجلة القضائية، 1998، العدد1.

² - مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار بتاريخ 2003/04/01، ملف رقم 007989، غير منشور، ذكره: عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص. 175.

وقد انتقد هذا التوجه القضائي، على أساس أنه لا يوجد أي نص يمنع القاضي الإداري من تطبيق مقتضيات المادتين 340 و 471 من قانون الإجراءات المدنية السابق في الحالات يتطلب فيها الوضع إكراه الإدارة على التنفيذ، وقد استند هذا النقد إلى الاعتبارات التالية¹:

- أن قانون الإجراءات المدنية هو الشريعة العامة للتقاضي في النظام القضائي الجزائري، وأن العمل بقواعده في القضاء الإداري هو أمر لا بد منه لعدم وجود تقنين إجرائي خاص بالمنازعات الإدارية؛
- أن العمل بنصوص قانون الإجراءات المدنية من قبل القاضي الإداري، قد تم تكريسه أمام مجلس الدولة بموجب المادة 40 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، وأمام الغرف الإدارية، بموجب المادة 168 من قانون الإجراءات المدنية، وكذلك المادة 02 من القانون رقم 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية؛
- عدم وجود أي نص قانوني يستبعد العمل بمقتضيات المادتين 340 و 471 من قانون الإجراءات المدنية في المادة الإدارية.

وبصدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عمل المشرع على رفع هذا اللبس، وسد الفراغ القانوني بخصوص ضمان تنفيذ الأحكام القضائية من قبل الإدارة، حيث اعترف صراحة للقاضي الإداري بسلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة بموجب المادتين 980 و 981 منه. تنص المادة 980 من ق.إ.م.إ على أنه: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقا للمادتين 978 و 979 أعلاه أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها"، في حين تنص المادة 981 على أنه: "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديد، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ والأمر بغرامة تهديدية".

واضح من هذين النصين، أن المشرع أجاز للقاضي الإداري النطق بالغرامة التهديدية ضد الإدارة لحملها على تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، كما جعل هذا التهديد المالي ملازما للأوامر التنفيذية التي

¹ - انظر بصدد هذه الاعتبارات، رمضان غناي، "الإشكال في تنفيذ قرار إداري و الجهة المختصة في الفصل فيه"، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 4، ص ص. 154 - 155.

يتخذها القاضي، وهو أمر بديهي، حيث تتعدم الفائدة من توجيه أوامر للإدارة بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه إذا لم تكن هناك وسيلة قانونية لإجبار الإدارة على تنفيذها.

كما يبرز كذلك من النصين أعلاه، أن الغرامة التهديدية يتم توقيعها في حالتين: الأولى: اقترانها بالأمر الموجه إلى الإدارة باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، وهنا تظهر الغرامة التهديدية كوسيلة احتياطية وسابقة لضمان تنفيذ الحكم القضائي، حيث يحكم بها القاضي في نفس الحكم القضائي ودون معاينة امتناع من جانب الإدارة عن تنفيذ الحكم. أما الحالة الثانية: فتكون فيها الغرامة التهديدية لاحقة على الحكم الأصلي وتهدف إلى إجبار الإدارة على تنفيذه، بعد تسجيل امتناعها عن التنفيذ.

2- النظام القانوني للغرامة التهديدية

يقتضي التطرق إلى النظام القانوني للغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر ضدها في طلب الحماية الخاصة، بيان شروط الحكم بها، ثم إجراءات فرضها.

2-1- شروط الحكم بالغرامة التهديدية

باستقراء المادتين 980 و 981 من ق.إ.م.إ. أعلاه، يمكن إجمال شروط النطق بالغرامة التهديدية فيما يلي:

أ- أن يكون الحكم المطلوب تنفيذه من أحكام الالتزام¹

مؤدى هذا الشرط، أنه لا يمكن تطبيق الغرامة التهديدية إلا إذا كان تنفيذ الحكم يتطلب من الإدارة اتخاذ تدابير معينة، ومن ثم يجب أن يتضمن الحكم أو الأمر المطلوب تنفيذه التزاما على الإدارة بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عنه، ذلك أن للأمر والغرامة التهديدية علاقة وطيدة تربطهما، حيث يعد الأمر بمثابة الأساس القانوني للغرامة، بينما تعد هذه الأخيرة بمثابة وسيلة ضامنة لاحترام وتنفيذ هذا الأمر².

¹ - عبد الحكيم بوشكيوة ، " مدى فعالية القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية في ظل امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية"، مداخلة أقيمت بالملتقى الوطني الثالث بعنوان " دور القاضي الإداري في حماية الحريات الأساسية " يومي 28 و 29 أبريل 2010 بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي.

² - عصمت عبد الله الشبيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص. 87، محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص. 42.

وبإسقاط هذا الشرط على طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، يمكن القول أنه، إذا خلا أمر الحماية الخاصة من أوامر تنفيذية، واقتصر فقط على وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، فلا مجال في هذه الحالة لفرض الغرامة التهديدية، وهو ما نجده غالباً بصدد القرارات الإدارية الإيجابية. أمّا إذا تضمن أمر الحماية الخاصة، بالإضافة إلى وقف التنفيذ، أوامر تنفيذية إلى الإدارة، كما هو الحال بالنسبة للقرارات الإدارية بالرفض، فإنه يكون للغرامة التهديدية مقتضى وفائدة.

ب - تقديم طلب من صاحب المصلحة

لا يجوز للقاضي الإداري، من حيث الأصل، أن يحكم بغرامة تهديدية ضد الإدارة إلاّ بناء على طلب من صاحب المصلحة في ذلك، ويقع التمييز في هذا الشأن بين الحالتين المذكورتين سابقاً لفرض الغرامة التهديدية، حيث يستشف من نص المادة 980 من ق.إ.م.إ، أنه بالنسبة للغرامة التهديدية السابقة على مرحلة تنفيذ الحكم الأصلي والمقتربة به، أن القاضي يملك مكنة النطق بها دونما حاجة إلى طلبها صراحة من المدعي، لأن هذا النص لا يشترط الطلب إلاّ بالنسبة للأمر التنفيذي الذي يوجهه القاضي إلى الإدارة، أمّا بالنسبة للغرامة، فأجاز للقاضي توقيعها تلقائياً.

أمّا بخصوص الحالة الثانية، والمتعلقة بالغرامة التهديدية اللاحقة لصدور الحكم الأصلي أو اللاحقة لتسجيل امتناع الإدارة عن التنفيذ (الحالة المنصوص عليها في المادة 981 من ق.إ.م.إ)، فإنه لا يجوز للقاضي الحكم بها إلاّ بناء على طلب يقدم إليه من صاحب الشأن، لأن الدعوى في هذه الصورة قد خرجت من ولاية القاضي، ولا يمكن له الاتصال بها من جديد إلاّ بناء على طلب يقدم إليه من المدعي. ويتم تقديم الطلب بتوقيع الغرامة التهديدية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم محل التنفيذ، أو إلى مجلس الدولة إذا كان الحكم قد طعن فيه بالاستئناف، أما إذا كان الحكم صادراً عن مجلس الدولة، فيقدم الطلب إليه.

وتتوافر المصلحة في تقديم طلب توقيع الغرامة التهديدية، لمن له صفة الطرف في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطلوب تنفيذه، أو لمن كان معنياً بشكل مباشر بمسألة تنفيذ هذا الحكم¹، وهو يكون كذلك إذا كان من شأن هذا التنفيذ أن يعود عليه بمنفعة أو فائدة معينة². وعليه، فإن مفهوم

¹ - يسرى محمد العصار، المرجع السابق، ص ص. 257-258.

² - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص. 159.

المصلحة في تقديم طلب إلى الجهات القضائية الإدارية لاستصدار حكم بغرامة تهديدية ضد الإدارة لإجبارها على تنفيذ أمر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، لن يخرج عن المفهوم الكلاسيكي لها، وهو أن يكون مقدم الطلب طرفا في دعوى الحماية التي صدر فيها الأمر المطلوب تنفيذه.

ج - عدم قيام الإدارة بتنفيذ الحكم أو البدء في تنفيذه

يتعلق هذا الشرط فقط بالحالة المنصوص عليها في المادة 981 من ق.إ.م.إ، أي بالغرامة التهديدية اللاحقة لصدور الحكم الأصلي، ذلك أن الغاية من وراء منح المشرع للقاضي سلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة في هذه الحالة، هي إجبارها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الحكم المطلوب تنفيذه، ومن ثم إذا أقدمت الإدارة على تنفيذ الحكم أو بدأت في تنفيذه، انتفى الهدف من وراء تطبيق هذه الوسيلة التهديدية. ويثبت هذا الامتناع من جانب الإدارة بمقتضى محضر يحضره القائم بالتنفيذ، أي المحضر القضائي الذي يسلم إلى المحكوم له محضر عدم الامتثال¹.

د - التقيد بميعاد تقديم طلب توقيع الغرامة التهديدية

يتعلق هذا الشرط كذلك بالصورة الثانية للغرامة التهديدية، أي الغرامة الموقعة كجزاء لعدم تنفيذ الإدارة للحكم المطلوب تنفيذه، دون الصورة الأولى المتعلقة بالغرامة المنطوق بها في الحكم الأصلي. وتطبيقا لنص المادة 1/987 من ق.إ.م.إ، يشترط لقبول طلب توقيع الغرامة التهديدية بعد تسجيل امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الموضوعية الصادرة ضدها، أن يقدم هذا الطلب بعد انقضاء أجل ثلاثة (3) أشهر، يبدأ حسابها من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم.

وإذا كان تنفيذ الحكم موضوع تظلم إلى الجهة الإدارية، فإن أجل الثلاثة أشهر لا يبدأ في السريان إلا بعد صدور قرار برفض التنفيذ من جانب الإدارة (المادة 988 من ق.إ.م.إ). ويلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد الأجل الذي يتعين على الإدارة الرد على التظلم خلاله، كما لم يوضح طبيعة سكوت الإدارة عن الرد وما إذا كان يعتبر قبولا أو رفضا ضمنيا لهذا التظلم، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في المادة 830 من ق.إ.م.إ².

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني-الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية-، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 81.

² - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص. 45.

ويلاحظ أن المشرع قد جعل هذا الميعاد (الثلاثة أشهر) موحدًا أمام المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، لأن المادة 987 وردت تحت عنوان: " في الأحكام المطبقة على المحاكم الإدارية ومجلس الدولة "، في حين أن نفس المادة تتحدث في مضمونها عن المحاكم الإدارية فقط، وهو لبس وجب رفعه باستبدال عبارة "المحكمة الإدارية" بعبارة "الجهة القضائية الإدارية".

أما في الحالة التي يحدد فيها القاضي في حكمه أجلًا لجهة الإدارة لكي تنفذ الحكم خلاله، فلا يجوز للمدعي تقديم طلب الحكم عليها بالغرامة التهديدية إلا بعد انقضاء هذا الأجل¹. والهدف من وراء اشتراط هذا الميعاد، هو إعطاء الوقت للمتقاضي لتحديد الإجراءات التي ينبغي اتخاذها، وكذلك السماح بتقدير حقيقة رفض التنفيذ من جانب الإدارة².

وإذا كانت القاعدة العامة، هي ضرورة انقضاء مدة معينة بعد تبليغ الحكم قبل تقديم طلب الغرامة في حالة عدم تنفيذ هذا الحكم، فإن المشرع قد أورد استثناء على هذه القاعدة، حملته المادة 987 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثانية بنصها: " غير أنه فيما يخص الأوامر الاستعجالية، يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون أجل ". وعليه، يجوز للمدعي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية تقديم طلب الحكم على الإدارة بغرامة تهديدية لحملها على تنفيذ أمر الحماية دون التقيد بميعاد معين، وترجع الحكمة من وراء إقرار هذا الاستثناء، إلى أن الأوامر الاستعجالية عامة وأوامر الحماية الخاصة خاصة لا تحتل أي تأخير، لتصديها لوقائع تنسم بالاستعجال بالنسبة للأولى، وبالأستعجال الأقصى بالنسبة للثانية.

2-2 - إجراءات توقيع الغرامة التهديدية

يقتضي التطرق إلى الإطار الإجرائي للغرامة التهديدية، تحديد تاريخ سريانها ومدتها، تقدير قيمتها، وكيفية تصفيتها.

¹ - انظر المادة 3/987 من ق.إ.م.إ.

² - منصور محمد أحمد، المرجع السابق، ص. 104.

أ - تاريخ سريان الغرامة التهديدية ومدتها

يختلف تاريخ سريان الغرامة التهديدية، بحسب ما إذا كانت مدمجة في الحكم الأصلي المطلوب تنفيذه (الحالة المنصوص عليها في المادة 980 من ق.إ.م.إ.)، أو لاحقة لصدوره، أي بعد ثبوت امتناع الإدارة عن التنفيذ (الحالة المنصوص عليها في المادة 981 من ق.إ.م.إ.).

بالنسبة للصورة الأولى، أي عندما يحكم قاضي الحماية الخاصة بالغرامة التهديدية ضمن أمر الحماية المطلوب تنفيذه، فإن المشرع ألزمه بتحديد تاريخ سريان مفعولها، ثم ترك له السلطة التقديرية الكاملة في اختيار هذا التاريخ. وأكثر الحلول بساطة بالنسبة للقاضي في هذا الصدد، هو أن يحدد بداية سريان الغرامة التهديدية بتاريخ تبليغ الأمر المطلوب تنفيذه¹. أمّا في حالة اقتران الأمر الموجه من قاضي الحماية الخاصة إلى الإدارة بأجل للتنفيذ وفق مقتضيات المادة 978 من ق.إ.م.إ.، فإن المنطق يقتضي ألا يبدأ سريان الغرامة التهديدية إلا بعد انقضاء هذا الأجل.

أمّا بالنسبة للصورة الثانية، أي عندما يحكم القاضي بالغرامة التهديدية بعد ثبوت امتناع الإدارة عن تنفيذ الأمر الصادر ضدها، فيكون للقاضي هنا أيضاً كامل السلطة التقديرية في اختيار تاريخ بداية سريان الغرامة، حيث يجوز له تحديد هذا التاريخ بتاريخ تبليغ الحكم المتعلق بالإدانة بالغرامة التهديدية، كما يجوز له إذا رغب في منح فرصة لجهة الإدارة لتنفيذ الحكم إرادياً، أن يقرر سريانها ابتداءً من تاريخ لاحق لتبليغ الحكم الناطق بالغرامة².

وبخصوص المدى الزمني للغرامة التهديدية، فيكون للقاضي سلطة واسعة في تحديد مدتها، وهكذا يجوز له تحديد مدة معينة تسري فيها الغرامة وتتوقف عند نهايتها، لتبدأ بعد ذلك إجراءات تصفيتها، كما يمكن له ترك هذه المدة دون تحديد، فتظل الغرامة سارية حتى يرى القاضي أن تنفيذ الإدارة للحكم غير وارد، فيقوم بتصفيتها، وكذلك يمكن له أن يعلن في حكمه أن الغرامة تظل سارية حتى تمام تنفيذ هذا الحكم من جانب الإدارة³.

¹ - منصور محمد أحمد، المرجع السابق، ص. 138.

² - المرجع نفسه، ص. 139.

³ - مهند نوح، "القاضي الإداري والأمر القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد 2، ص. 231.

ب - تقدير قيمة الغرامة التهديدية

أعطى المشرع للقاضي كامل الحرية في تقدير قيمة الغرامة التهديدية، وذلك بموجب المادتين 980 و 981 من ق.إ.م.إ، حيث لم يضع أي شروط أو قيود يتعين على القاضي مراعاتها عند الحكم بالغرامة التهديدية، كما لم يفرق بين أنواع الأحكام الصادرة عن القضاء، إذ لم يربط معدل الغرامة بنوع الالتزام الوارد في الحكم ولا بأهميته. وعليه، يتمتع القاضي الإداري بالحرية في تقدير قيمة الغرامة التهديدية، حيث يستطيع تحديد مبلغها كما يريد، وذلك دون الارتباط بطلبات الشخص المعني ولا بدرجة الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ الحكم، لأن الغاية منها هي تنفيذ الحكم الصادر وليس جبر الضرر اللاحق بالمدعي.

ج - تصفية الغرامة التهديدية

إذا كان فرض الغرامة، يشكل إجراء تهديديا للإدارة قد يدفعها إلى تنفيذ الحكم الصادر ضدها، فإن تصفيتها تمثل جزاء ردعيا على عدم تنفيذ الإدارة لهذا الحكم. وعليه، تعد تصفية الغرامة، الحلقة الأخيرة في إجراءات سريانها ووسيلة الضغط الحقيقية على الإدارة، لأنها تؤدي إلى إدانة الشخص المعنوي العام ماليا بعد ما ثبت امتناعه عن تنفيذ الحكم.

إن نهاية الحكم بالغرامة التهديدية، لا تخرج عن أحد الموقفين من جانب الإدارة، فهي إما أن تتصاع لأمر التنفيذ، وإما تصر على موقفها وتصمم على عدم التنفيذ، وفي الحالتين، يجوز اللجوء إلى القضاء لطلب تصفية مبلغ الغرامة التهديدية بعد أن استنفذت غرضها ولم يعد هناك جدوى من بقائها، غير أن الوضع يختلف في حالة تنفيذ الإدارة للحكم عنه في حالة الاستمرار في الامتناع عن تنفيذه. في الحالة الأولى، متى نفذت الإدارة الحكم الصادر ضدها سواء كلياً أو جزئياً، يقوم القاضي بإلغاء الغرامة التهديدية أو تخفيضها، وهو ما قرره المادة 984 من ق.إ.م.إ.¹

أما في الحالة الثانية، فإنه يترتب على استمرار تعنت الإدارة وامتناعها عن التنفيذ، قيام القاضي بتصفية الغرامة التهديدية وتحويلها إلى تعويض، حيث نصت المادة 983 من ق.إ.م.إ على أنه: "في

¹ - تنص المادة 984 من ق.إ.م.إ على أنه: "يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغاؤها، عند الضرورة".

حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي، أو في حالة التأخير في التنفيذ، تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها ¹.

ويلزم ملاحظة أن تصفية الغرامة التهديدية لا يحتاج إلى طلب من صاحب المصلحة، وإنما يقوم به القاضي تلقائياً، وهو ما يستشف من نص المادة 983 من ق.إ.م.إ، حيث لم تعلق إجراء التصفية على ضرورة تقديم طلب بهذا الشأن، غير أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتقدم بطلبها ذوو الشأن. ولا تعني مكنة التصفية التلقائية للغرامة التهديدية التي يحوزها القاضي، أنه خالف مبدأ عدم الحكم بما لم يطلبه الخصوم، لأنه في هذه الحالة يتدخل ليستكمل دوره القانوني في ضمان فاعلية حكمه وفرض احترامه على الإدارة، ولا يتدخل ليضيف جديداً إلى طلبات الخصوم، ومن ناحية أخرى، فإن القاضي الذي يجري التصفية هو ذاته القاضي الذي حكم بالغرامة، تأسيساً على مبدأ التلازم بين قاضي الغرامة وقاضي التصفية¹.

وبعد تصفية الغرامة التهديدية، تأتي مرحلة توزيع حصيلة التصفية، وفي هذا الإطار نصت المادة 982 من ق.إ.م.إ على أنه: " تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر "، كما نصت المادة 985 من نفس القانون على أنه: " يجوز للجهة القضائية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي إذا تجاوزت قيمة الضرر، وتأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية ".

يتبين من نص المادة 982، أن الغرامة التهديدية مستقلة عن تعويض الضرر، بمعنى أن القاضي لا يحكم بها لجبر الضرر اللاحق بالمدعي، ومن ثم لا تتأثر قيمتها بحجم هذا الضرر، أمّا المادة 985، فيستشف منها أن المشرع لم يضع أية قاعدة تبين كيفية توزيع حصيلة الغرامة التهديدية بين المحكوم له والخزينة العمومية، بل ترك هذه المسألة إلى صميم السلطة التقديرية للقاضي، ومن ثم يكون لهذا الأخير سلطة منح مبلغ الغرامة كاملاً إلى المحكوم له، كما يجوز له أن يقرر دفع جزء من هذا المبلغ إلى الخزينة العمومية للدولة، ويلاحظ هنا أن المشرع قد قيد سلطة القاضي في هذه الحالة الثانية، حيث لم يعطه الحق في تخصيص جزء من الغرامة التهديدية إلى الخزينة العمومية إلا إذا رأى أن قيمتها تتجاوز قيمة الضرر الذي لحق بالمدعي من جراء عدم التنفيذ.

¹ - محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، المرجع السابق، ص. 171.

3- تقدير فعالية الغرامة التهديدية في ضمان تنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

رغم أن إقرار المشرع للغرامة التهديدية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يعد انقلاباً هائل الأثر على أحد المحظورات التقليدية في القضاء الإداري، والتي كثيراً ما حولت الأحكام القضائية الإدارية إلى مجرد فتاوى تستأنس بها الإدارة ولا تعمل على تنفيذها سواء بمبررات واهية أو بدونها. وعلى الرغم من أن الغرامة التهديدية، تشكل وسيلة ضاغطة في غاية الأهمية قد تدفع الإدارة إلى الانصياع إلى أحكام وأوامر القضاء الصادرة ضدها، إلا أن هناك بعض المعوقات التي من شأنها إضعاف فعالية هذه الآلية أهمها:

- أن اقتطاع مبلغ الغرامة التهديدية من الذمة المالية للشخص المعنوي العام، وليس من الذمة المالية الخاصة للموظف الممتنع عن التنفيذ، من شأنه أن يشجع هذا الموظف على التهاون والاستمرار في تعنته بعدم تنفيذ مقتضيات الحكم؛

- أن الغرامة التهديدية، وكونها تقتطع من الذمة المالية للأشخاص المعنوية العامة، فإنها تتصل بالمال العام، ومن ثم يكون من شأن الإفراط في اللجوء إليها أن يمثل إهداراً لهذا المال، ولهذا تبرز أهمية الحل الذي وضعه المشرع في المادة 985 من ق.إ.م.إ، والذي سمح بمقتضاه للقاضي أن يأمر بدفع جزء من هذه الغرامة إلى الخزينة العمومية للدولة، لأن من شأن هذا الإجراء أن يسمح بإقامة نوع من التوازن بين مقتضى كفالة حقوق المدعي وهدف المحافظة على المال العام؛

- أنها تؤدي إلى زيادة تكاليف وأعباء التقاضي، وذلك في الحالة التي يتم فيها توقيع الغرامة التهديدية بصفة لاحقة للحكم الأصلي وبعد ثبوت امتناع الإدارة عن تنفيذه، حيث يتطلب الأمر تقديم طلب جديد وفق الإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى الإدارية، أهمها إجبارية التمثيل بمحام.

وعليه، أقترح لتلافي هذه المعوقات وتقوية نظام الغرامة التهديدية كوسيلة ضامنة لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، أن يتم النص على دفع مبلغ الغرامة التهديدية من الذمة المالية الخاصة لرجل الإدارة الذي امتنع عن تنفيذ الحكم، أو على الأقل تتحمله الجهة الإدارية التي يتبعها هذا الموظف ثم يكون لها حق الرجوع عليه، بمعنى أن تكون المسؤولية الناتجة عن عدم تنفيذ الحكم مسؤولية شخصية للموظف وليست مرفقية. كما أقترح، من ناحية ثانية، إعفاء الطلبات الرامية إلى

الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة من وجوبه التمثيل بمحام، كونها طلبات بسيطة لا تثير أية إشكالات قانونية تفرض وجوب صياغتها من قبل محام .

ثانيا: الوسيلة الجزائية كآلية ضامنة لتنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

بالإضافة إلى آلية الغرامة التهديدية، وضع المشرع وسيلة جزائية لضمان تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، حيث جرم فعل الامتناع عن تنفيذها بموجب نص المادة 138 مكرر من قانون العقوبات¹، والتي نصت على أنه: " كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه، يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 5000 دج إلى 50.000 دج " .

ويقتضي التطرق إلى جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، إبراز تعريفها، صورها، ومدى كفايتها في ضمان تنفيذ أوامر الحماية الخاصة.

1 - تعريف جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

يقصد بجريمة الامتناع عن التنفيذ: "إحجام الموظف عن القيام بأي إجراء من إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة"². وعليه، فإن هذه الجريمة تعد من الجرائم السلبية، التي تتحقق نتيجة امتناع شخص هو الموظف العمومي عن إتيان فعل إيجابي هو اتخاذ الإجراءات اللازمة التي يقتضيها تنفيذ الحكم القضائي وذلك بصفة إرادية أو عمدية.

2 - صور جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

يستشف من نص المادة 138 مكرر من قانون العقوبات، أن جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة تتحقق في صورتين هما: استعمال الموظف العمومي لسلطة وظيفته لوقف التنفيذ، وامتناع الموظف أو اعترضه أو عرقلته عمدا للتنفيذ.

¹ - القانون رقم 08/01 المؤرخ في 2001/06/26 يعدل ويتم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 والمتضمن قانون العقوبات، (ج. ر.ج.ج، عدد 34 بتاريخ 2001/06/27).

² - حسينة شرون، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. 116.

أ - استعمال الموظف العمومي سلطة وظيفته لوقف التنفيذ

تتحقق هذه الصورة، عند انحراف الموظف العمومي عن الصلاحيات المرسومة له قانونا واستعمال السلطة التي تخولها له وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي صادر ضد الإدارة. وتقوم هذه الجريمة على ركنين هما: الركن المادي والمعنوي، فأما الركن المادي، فيتكون من عنصرين، أولهما: توافر صفة الموظف العمومي في مرتكب الجريمة، والمقصود بالموظف العمومي هنا هو مفهومه في القانون الجنائي، أي يتسع ليشمل بعض الفئات التي لا تدخل ضمن مدلول الموظف العمومي بالمفهوم الإداري¹. وثانيهما: أن يثبت استعمال هذا الموظف العمومي لسلطة وظيفته في وقف تنفيذ الحكم المطلوب تنفيذه، وذلك من خلال التدخل لدى الموظف المختص بالتنفيذ ودفعه إلى الامتناع عنه.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة، فيأخذ صورة العمد، أي اتجاه إرادة الجاني إلى وقف تنفيذ الحكم أو منع تنفيذه. وترتبطا على ذلك، فإن هذه الجريمة لا تقوم إذا اقتصر الموظف الرئيس على مجرد عدم أمر المروؤوس وحته على إجراء التنفيذ، لأن ذلك يعتبر إهمالا منه ولا يرقى إلى درجة العمد².

ب - امتناع الموظف المختص أو اعتراضه أو عرقته عمدا للتنفيذ

كما هو الحال بالنسبة للصورة السابقة، تتحقق هذه الجريمة كذلك بتوافر ركنيها المادي والمعنوي. يقوم الركن المادي لهذه الجريمة بتوافر عنصرين هما: وجود موظف عمومي يدخل تنفيذ الحكم ضمن اختصاصه، وثبوت امتناعه لعملية التنفيذ. أما الركن المعنوي، فيتحقق عند ثبوت تعمد الموظف

¹ - يمتاز مدلول الموظف العمومي في القانون الجنائي بالاتساع، حيث يقصد به طبقا لنص المادة 2 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (ج. ر. ج. ج. عدد 14 بتاريخ 8 مارس 2006) :

- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته؛
- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأس مالها أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية؛
- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

² - حسينة شرون، المرجع السابق، ص ص. 150 - 151.

المختص فعل الامتناع عن تنفيذ الحكم، وتعمد إحداث النتيجة المترتبة عن الامتناع وهي عدم تنفيذ الحكم.

3- تقدير فعالية الوسيلة الجزائية في ضمان تنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إن مسلك المشرع في تجريم الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية من جانب الإدارة، وإن كان من شأنه التقليل من حالات الامتناع، كون المسؤولية الجزائية تطال الموظف الممتنع عن التنفيذ دون الإدارة كشخص معنوي، مما قد يحمله على الامتناع للأحكام القضائية، لاسيما في ظل صرامة العقوبة المقررة لهذه الجريمة والتي قد تصل إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات، غير أنه في المقابل تعثره بعض أوجه القصور التي من شأنها الحد من فعالية هذه الآلية أهمها:

- اشترط المشرع لقيام الجريمة ومعاقبة الموظف، أن يكون الامتناع عن تنفيذ الحكم من جانبه عمديا، ومن ثم وجب إثبات توافر القصد الجنائي لدى الموظف، وهو أمر في غاية الصعوبة، لأنه كثيرا ما يتذرع بمبررات لامتناعه عن التنفيذ كطاعة أوامر رئيسه مثلا؛

- أن المحكوم له لا يهيمه معاقبة الموظف بقدر إصلاح مركزه القانوني، بمعنى أن متابعة الموظف المسؤول عن عدم التنفيذ ومعاقبته إذا لم تسفر عن تنفيذ الحكم، لا يكون لها أي منفعة بالنسبة للمدعي في طلب الحماية الخاصة؛

- تصطدم المتابعة الجزائية لأعوان الدولة في حالة امتناعهم عن تنفيذ الأحكام القضائية، في كثير من الأحيان، بضرورة إتباع إجراءات خاصة، كما هو الحال بالنسبة للموظفين المتمتعين بامتياز التقاضي كالوزير أو الوالي¹، وهو ما يؤدي إلى إطالة أمد النزاع، مع ما يترتب على ذلك من استمرار حالة عدم التنفيذ؛

- هناك حالات لا يمكن فيها نسبة واقعة الامتناع إلى شخص معين عملا بشخصية الجريمة والعقوبة، كما في حالة القرارات التداولية، ففي هذه الحالة، لا يكون الخطأ إلا مرفقيا ينسب إلى الهيئة الإدارية².

¹ - انظر المادة 573 وما بعدها من الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، (ج. ر.ج.ج، عدد 48 بتاريخ 10 جوان 1966).

² - حسينة شرون، المرجع السابق، ص. 171.

المبحث الثالث

آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وطرق الطعن فيه

إذا كان الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة حكما قطعيا، وله جميع مقومات الأحكام وخصائصها، كما سبق القول، فهل يعني ذلك أنه منبت الصلة بموضوع الدعوى الأصلية، أو بالعكس يؤثر فيها ويتأثر بها؟، وما هي حدود هذا التأثير المتبادل إن وجد؟

ومن جهة أخرى، يترتب على الصفة القطعية لأمر الحماية الخاصة، إمكانية الطعن عليه استقلالا عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى، فالى أي مدى كفل المشرع حق الطعن في هذا الحكم؟ وما هي حدوده كذلك؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات، تفرض التطرق إلى آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة في مطلب أول، ثم طرق الطعن فيه في مطلب ثان.

المطلب الأول

آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

إن الأحكام الصادرة في الطلبات المستعجلة وبوصفها أحكاما وقتية، فإنه لا تأثير لها من حيث الأصل على الحكم الذي يصدر لاحقا في الدعوى الموضوعية، فالى أي مدى ينطبق هذا الأصل الإجرائي على الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة؟، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يترتب على الصفة الوقتية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة، أن أثره ينتهي بمجرد الفصل في دعوى الإلغاء، تأسيسا على أن الحكم الصادر في هذه الأخيرة يحسم موضوع الدعوى ويقرر المراكز القانونية النهائية للأطراف.

وعليه، يقتضي بحث التأثير المتبادل بين الحكمين، التطرق إلى آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة على الحكم في دعوى الإلغاء في فرع أول، ثم آثار الحكم في دعوى الإلغاء على الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة في فرع ثان.

الفرع الأول

آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية على الحكم في دعوى الإلغاء

من المبادئ المستقرة في القضاء الإداري، أن الأحكام الصادرة عن قاضي الاستعجال لا تؤثر لها على قاضي الموضوع، ومرد ذلك، أن هذه الأحكام لا تفصل في أصل النزاع، ومن ثم تتحسر عنها الحجة في مواجهة قاضي الموضوع، الذي يكون له كامل الحرية في التصدي لموضوع الدعوى وفقا لقناعته وتقديره.

وبإسقاط هذا المبدأ على الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة، يمكن القول أنه من وجهة النظر القانونية المحضة، لا يكون لهذا الحكم أي تأثير أو حجة في مواجهة قاضي الإلغاء، الذي يمكنه الحكم بمشروعية قرار الإدارة الذي انتهك الحرية الأساسية، رغم أن قاضي الاستعجال الإداري قد حكم بعدم مشروعيته الواضحة عند فصله في طلب الحماية الخاصة.

غير أنه من وجهة النظر المنطقية، وكذلك من الناحية العملية، يبدو غريبا تماما أن يأخذ قاضي الإلغاء مسلكا مخالفا لما قضى به قاضي الحماية الخاصة، ومرد ذلك هو عدم المشروعية الموصوفة التي تطلبها المشرع لاقتضاء الحماية الخاصة للحرية الأساسية، حيث اشترط أن تكون واضحة. إن ثبوت عدم المشروعية الواضحة لقرار الإدارة لدى قاضي الحماية الخاصة، يجعل من ثبوت عدم المشروعية البسيطة الكافية لإلغاء القرار بمعرفة قاضي الموضوع أمرا حتميا، ذلك أن القرار المشوب بعدم مشروعية واضحة هو من باب أولى معيب بعدم مشروعية بسيطة.

وعليه، يبدو من غير المتصور، أن يكون هناك تصادما بين قاضي الحماية الخاصة وقاضي الإلغاء، فإذا قضى الأول بقبول طلب الحماية الخاصة، فإن الثاني سيحكم حتما بإلغاء القرار الإداري. وما يعزز هذا الرأي، أنه وبالإضافة إلى ما سبق ذكره من أن عدم المشروعية الواضحة هي من باب أولى عدم مشروعية بسيطة، هو أن المشرع الجزائري قد وحد جهة التقاضي بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال، وبالتالي يصعب عملا تصور أن يناقض نفس القاضي موقفه بخصوص نفس النزاع.

وينبغي ملاحظة، أن هذا التأثير للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة على الحكم في دعوى الإلغاء، قاصر فقط على الحالة التي يحكم فيها قاضي الحماية بقبول الطلب ويأمر بالإجراء اللازم

للمحافظة على الحرية الأساسية، ولا يمكن إعماله في الحالة التي يرفض فيها القاضي هذا الطلب. وعليه، إذا ثبت لقاضي الحماية الخاصة انتفاء شرط عدم المشروعية الواضحة وقضى برفض الطلب تبعاً لذلك، فإن هذا الحكم لا تأثير له من ناحية القانون والواقع على الحكم في دعوى الموضوع، إذ يجوز لقاضي الإلغاء أن يقرر توافر عدم المشروعية البسيطة وبلغى قرار الإدارة نتيجة لذلك.

والحقيقة أن هذه النتيجة المتوصل إليها، والمتعلقة بتأثير الحكم الصادر بقبول طلب الحماية الخاصة على حكم الإلغاء غير مقبولة قانوناً، وذلك لمخالفتها للمبادئ الحاكمة للإجراءات القضائية المستعجلة، من جهة، كما أنها تجعل من دعوى الإلغاء التي أوجب المشرع رفعها لقبول طلب الحماية الخاصة مجرد إسراف إجرائي من شأنه إرهاب كل من القاضي والمتقاضي دون مقتضى، من جهة ثانية. وعليه، فإن خاصية التبعية لدعوى الإلغاء التي ألحقها المشرع بطلب الحماية الخاصة، قد أفرغته من محتواه وأهدرت فلسفته الخاصة، التي تتطلب حتماً أن يكون طلباً أصلياً وليس تابعاً كما هو الحال بالنسبة لطلب وقف تنفيذ القرار الإداري.

وحتى إذا خرجنا عن هذا التأصيل المنطقي والواقعي، وسلمنا نظرياً بأن الحكم الصادر بقبول طلب الحماية الخاصة لا تأثير له على الحكم في دعوى الإلغاء، فإن هذا المبدأ ليس مطلقاً، حيث قد يؤدي حكم الحماية، والذي لن يخرج من حيث الأصل عن وقف تنفيذ القرار الإداري، كما سبق تفصيله، إلى وضع حد نهائي نهائي للخصومة في بعض الأحيان من الناحية الواقعية¹، كحالة الحكم مثلاً بوقف تنفيذ قرار المنع من السفر، حيث يترتب على تنفيذ هذا الحكم السماح للمدعي بالسفر، ومن ثم إسباغ الحماية على حريته الأساسية وتمكينه من ممارستها، وعليه تصبح دعوى الإلغاء هنا دون موضوع ويتعين الحكم بعدم قبولها، حيث يظهر وقف التنفيذ في هذه الحالة بمثابة إلغاء نهائي للقرار الإداري.

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص. 240.

الفرع الثاني

آثار الحكم في دعوى الإلغاء على الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

لَمَّا كان طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية طلباً تابعا لدعوى الإلغاء، فإن الحكم الصادر فيه يرتبط ويتأثر مباشرة بالحكم الصادر في الدعوى الموضوعية. ويقع التمييز في هذا الشأن بين ثلاث فرضيات هي:

1- إذا صدر الحكم بإلغاء القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية، فإن هذا الحكم يلغي القرار ويعدمه من تاريخ صدوره، مما يعني استمرار نفاذ حكم الحماية الخاصة الذي قضى بوقف التنفيذ، ذلك أن نفاذ القرار الإداري، كما يقول حمدي ياسين عكاشة، يمر بمرحلتين، أولاهما: قبل صدور حكم الإلغاء، في هذه الحالة يجد شل القوة التنفيذية للقرار مصدره في حكم وقف التنفيذ، والثانية: مرحلة ما بعد صدور حكم الإلغاء، في هذه المرحلة يجد وقف القوة التنفيذية للقرار سنده في حكم الإلغاء ذاته¹؛

2- إذا صدر الحكم برفض دعوى الإلغاء، في هذه الفرضية، التي ينبغي التأكيد على أنها نظرية ويصعب تصور تحققها عمليا، فإن الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة ينتهي أثره، ومن ثم تعود القوة التنفيذية للقرار الذي حكم بوقف تنفيذه، وهي تعتبر نتيجة مترتبة على الصفة الوقتية لحكم الحماية الخاصة وعلى عدم مساسه بأصل الحق؛

3- يترتب على الارتباط بين طلب الحماية الخاصة ودعوى الإلغاء، انسحاب أثر التنازل عن دعوى الإلغاء في الواقع على الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة، ومن ثم يتعين القضاء بإلغاء هذا الحكم وبرفض الدعوى². وتتحقق هذه الفرضية غالبا، عندما يظهر للمدعي أنه قد حقق أهدافه النهائية من خلال الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة، فيعمد إلى التنازل عن دعوى الإلغاء، لأنه يراها دون فائدة بالنسبة له.

¹ - حمدي ياسين عكاشة، الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 324.

² - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص. 251.

المطلب الثاني

طرق الطعن في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

تعد طرق الطعن، من الوسائل القانونية والمبادئ الأساسية التي تضعها التشريعات لتدارك النقائص والعيوب التي قد تعتري الأحكام عند صدورها، ومن ثم حماية حقوق المتقاضيين ومراكزهم القانونية. ولا تشذ الأوامر الاستعجالية من حيث الأصل عن هذه القاعدة، لذلك حرص المشرع على النص على إمكانية الطعن في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة بالاستئناف أمام مجلس الدولة، رغم أنه لم يعترف بهذه المكنة بالنسبة لبعض الأحكام الإدارية المستعجلة الأخرى، كالحكم في دعوى وقف التنفيذ المرتبطة بدعوى الإلغاء وحكم وقف التنفيذ في حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري.

وعليه، يقع التساؤل عن الحكمة التي توخاها المشرع من وراء تقريره للاستئناف في أحكام الحماية الخاصة؟، وكذلك عن مدى إمكانية الطعن في هذه الأحكام وفق طرق الطعن الأخرى؟ تقتضي الإجابة عن هذين التساولين، التطرق إلى الطعن بالاستئناف في فرع أول، ثم إلى طرق الطعن الأخرى في فرع ثان.

الفرع الأول

الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

خصّ المشرع الجزائري الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية بإمكانية الطعن عليه بالاستئناف أمام مجلس الدولة، حيث نصت المادة 937 من ق.إ.م.إ على أنه: " تخضع الأوامر الصادرة طبقاً لأحكام المادة 920 أعلاه للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة خلال خمسة عشرة (15) يوماً التالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ. في هذه الحالة، يفصل مجلس الدولة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة". أجاز المشرع إذن بمقتضى هذا النص، الطعن بالاستئناف ضد أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية دون غيرها من الأوامر الاستعجالية الأخرى، فما هي الحكمة من وراء هذا الامتياز؟

وعليه، سيتم التطرق في هذا الفرع، إلى الحكمة من إجازة الطعن بالاستئناف في أوامر الحماية الخاصة (أولاً)، ثم إلى النظام القانوني لهذا الطريق (ثانياً).

أولاً: الحكمة من إجازة الطعن بالاستئناف في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

أقرّ المشرع بشأن الأحكام الصادرة في الاستعجال الفوري، وهي الحكم في دعوى وقف التنفيذ المرتبطة بدعوى الإلغاء وحكم وقف التنفيذ الصادر في حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري، مبدأ عدم قابليتها لأي طريق من طرق الطعن، حيث نصت المادة 936 من ق.إ.م.إ على أن: "الأوامر الصادرة تطبيقاً للمواد 919 و 921 و 922 أعلاه غير قابلة لأي طعن"، غير أنه أورد استثناء على هذا المبدأ، بمقتضاه أجاز الطعن بالاستئناف ضد الأوامر الصادرة في طلب الحماية الخاصة بموجب المادة 937 من ق.إ.م.إ.

إن إقصاء المشرع للأوامر المنصوص عليها في المادة 936 من ق.إ.م.إ من إمكانية الطعن عليها، غير مبرر، كونها أوامر لها جميع مقومات الأحكام القضائية القطعية، وذلك باستثناء الأوامر الصادرة تطبيقاً لحالة الاستعجال القصوى والتي تصدر بموجب أمر على عريضة، ومن ثم يصح قانوناً إخراجها من دائرة الطعن. لذلك كان على المشرع أن يكفل على الأقل طريق الطعن بالنقض ضد هذه الأوامر كما فعل المشرع الفرنسي¹.

أما بالنسبة لأوامر الحماية الخاصة، فإن كفالة المشرع لحق الطعن فيها بالاستئناف يعتبر توجهها موفقاً من جانب، لأنه يحقق المزايا التي يوفرها حق الطعن في حد ذاته، وكذلك المزايا التي يوفرها طريق الاستئناف مقارنة بطرق الطعن الأخرى، فحسب السيد Garrec، فإنه في هذا المجال الجوهري وهو مجال الحرية الأساسية، فإن إمكانية تقديم طلب إعادة فحص أمر الحماية الخاصة، وإمكانية الطعن فيه بالنقض، لا تشكل ضمانات كافية بالنسبة للمتقاضين²، حيث يقدم الطلب في الحالة الأولى إلى نفس القاضي الذي أصدر أمر الحماية الخاصة، ومن ثم ليس هناك تدخل لقاضي جديد، في حين يمتاز تدخل القاضي في حالة الطعن بالنقض بالمحدودية، لأنه يقتصر على مجرد فحص العناصر القانونية للنزاع دون عناصره الواقعية.

¹-L'article L523-1-1 du C.J.A dispose que : « Les décisions rendues en application des articles L521-1, L 521-3, L521-4 et L522-3 sont rendues en dernier ressort ».

²-René GARREC, Rapport Sénat sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, n°380, annexe au procès-verbal de la séance du 26 mai 1999, p. 30, disponible sur: <https://www.univ-paris1.fr>

ومن ثم، تبرز أهمية إقرار الطعن بالاستئناف ضد أوامر الحماية الخاصة، حيث يفرض تعلق هذا الإجراء بصيانة الحريات الأساسية للأفراد منع استثناءه من مبدأ التقاضي على درجتين، لأن ضمانات الاستئناف وجدت أساسا من أجل حماية حقوق وحريات الأفراد. أمّا بالنسبة لمزايا هذا الطريق للطعن، فإنه وعلى خلاف وسيلة النقض، الذي تقتصر مهمة القاضي فيه على مجرد معاينة مدى اتفاق الحكم المطعون فيه مع صحيح القانون دون النظر في موضوع الدعوى، يقدم العديد من الضمانات لحماية الحريات الأساسية، من خلال فحص الطلبات من قبل قاضي آخر أعلى درجة يتولى دراسة النزاع من جديد من حيث الواقع والقانون.

وعليه، يظهر استثناء المشرع لأوامر الحماية الخاصة من مبدأ عدم القابلية للطعن الذي أقره بشأن الأوامر الاستعجالية الأخرى، وتخصيصه بطريق الطعن بالاستئناف دون النقض، مسلکا موقفا من جانبه، يتماشى مع فلسفة وأهدف هذا الإجراء. بل يمكن القول، على حد تعبير الفقيه **Chapus**، أن هذا الطريق للطعن يشكل أحد الخصوصيات الأكثر بروزا لإجراء الحماية الخاصة¹.

ثانيا: النظام القانوني للاستئناف في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يعتبر الاستئناف طريقا عاديا للطعن، يهدف إلى مراجعة الأحكام الصادرة عن قاضي أول درجة، وهو الترجمة العملية لمبدأ التقاضي على درجتين، حيث يتولى بموجبه نظر النزاع قاض أعلى درجة من القاضي الذي فصل فيه لأول مرة وهذا من حيث الواقع والقانون. ويلزم قانونا لقبول الاستئناف توافر شروط معينة، كما أنه يترتب آثارا بالغة الأهمية، ويكون للقاضي الفاصل فيه سلطات واسعة، على نحو ما سيتم تفصيله تباعا.

1 - شروط قبول الطعن بالاستئناف في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يجب لقبول الطعن بالاستئناف في أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية توافر شروط معينة، بعضها يتعلق بالطاعن، وأخرى تتعلق بمحل الطعن، وثالثة تخص ميعاد رفعة، وأخيرا شروط تتعلق بالعريضة التي يقدم بمقتضاها.

¹ - René CHAPUS, op.cit, p. 1402.

1-1 - الشروط المتعلقة بالطاعن بالاستئناف

تنص المادة 949 من ق.إ.م.إ على أنه: "يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية ولو لم يقدم أي دفاع، أن يرفع استئنافا ضد الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك". يتضح من نص المادة، أنها تجيز لكل طرف حضر الخصومة الابتدائية أن يستأنف الحكم أو الأمر الصادر فيها، ومن ثم، فإن الصفة اللازم توافرها لقبول الاستئناف لا تقتصر على أطراف الخصومة الابتدائية الأصليين، بل تمتد لكل من حضرها ولو لم يكن طرفا أصليا فيها كما هو الحال بالنسبة للمتدخل.

بالنسبة لأطراف الخصومة الابتدائية، يتحدد صاحب الصفة في الاستئناف بحسب منطوق الأمر الصادر في طلب الحماية الخاصة، حيث يكون للجهة الإدارية وحدها مصلحة في رفع الاستئناف في حالة صدور أمر يقضي بالقبول الكلي لطلبات المدعي، هذا الأخير، لا يكون من مصلحته استئناف أمر الحماية الخاصة، فإذا ما أقدم عليه كان مآله عدم القبول لانتفاء شرط المصلحة. أما في حالة القبول الجزئي لطلبات المدعي، كما لو حصل على وقف تنفيذ بعض آثار القرار الإداري فقط مع بقاء القوة التنفيذية لآثار أخرى، فإن الحق في الاستئناف يتقرر لكلا الطرفين، حيث يثبت للإدارة بهدف الحصول على إلغاء للإجراء الذي قضى به قاضي أول درجة، كما يثبت للمدعي بهدف الحصول على إجابة كلية لطلباته.

وأخيرا، إذا قضى أمر الحماية الخاصة برفض طلب المدعي، سواء لانتفاء شروط المقبولية أو لكونه غير مؤسس قانونا، أو قضى بعدم الاختصاص النوعي، فإن حق الاستئناف في هذه الحالة لا يتقرر سوى للمدعي دون الإدارة، حيث تنتفي مصلحة هذه الأخيرة في الطعن على حكم أعطى إجابة كلية لطلباتها.

أما بالنسبة للمتدخل، فتميز بين ما إذا كان تدخله أصليا أو فرعيا، حيث يجوز له في الحالة الأولى أن يستأنف الحكم استقلالا عن أطراف الخصومة، لأن التدخل الأصلي أكسبه صفة الطرف في الدعوى، بينما لا يجوز له ذلك في الحالة الثانية، لأن تدخله جاء فقط لمساندة أحد أطراف الخصومة دون أن يطالب بحق ذاتي له، ومن ثم فإنه لا يكتسب صفة الخصم في الدعوى، وعليه فإن

المتدخل الفرعي في الخصومة الابتدائية لطلب الحماية الخاصة يبقى استئنافه مرتبطا باستئناف الطرف الأصلي الذي تدخل لدعمه¹.

ويجب ملاحظة أن نص المادة 949 من ق.إ.م.إ فيه نوع من الإبهام والإطلاق، حيث تفيد عبارة " كل طرف حضر الخصومة "، أن حق الاستئناف مخول لجميع من حضر الخصومة الابتدائية دون تمييز بين من له صفة الطرف الأصلي أو الخصم، ومن يفقدها كما هو الحال بالنسبة للمتدخل الفرعي، الذي ولما كان تدخله تابعا، فإن مصلحته في الاستئناف تكون كذلك تابعة لمصلحة الطرف الذي تدخل إلى جانبه.

وقد كان المشرع أكثر دقة فيما يتعلق بالخصومة المدنية، حيث سلب حق الاستئناف من المتدخل الفرعي، وقصره فقط على المتدخل الأصلي والمدخل في الخصام بموجب نص المادة 03/335 من ق.إ.م.إ²، وهو حكم ينسجم مع المبادئ العامة في الإجراءات، التي تقضي بأنه لا دعوى أو دفع أو طعن دون مصلحة.

1-2- الشروط المتعلقة بمحل الطعن بالاستئناف

يشترط لقبول الطعن بالاستئناف ضد أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، أن تكون هذه الأخيرة ابتدائية³، أي صادرة في أول درجة، وهي تكون كذلك، إذا صدرت عن إحدى المحاكم الإدارية، ومن ثم تستبعد الأوامر الصادرة عن مجلس الدولة بصفته قاضي اختصاص من نطاق الاستئناف، لأنها تصدر عنه كقاضي أول وآخر درجة. وعليه، فإن أوامر الحماية الخاصة الصادرة عن المحاكم الإدارية هي وحدها التي تقبل الاستئناف، ويستوي بعد ذلك أن يكون منطوقها بقبول الطلب والأمر بالإجرام اللازم للحماية أو برفضه.

وقد نصت المادة 937 من ق.إ.م.إ على الاستئناف الموجه ضد الأوامر القاضية بقبول طلب الحماية الخاصة، في حين أجازت المادة 938 من ق.إ.م.إ استئناف أوامر الحماية القاضية برفض

¹ - نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية في الجزائر - تونس - مصر، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014، ص. 290.

² - تنص المادة 3/335 من ق.إ.م.إ على أنه: " ويجوز رفع الاستئناف من طرف المتدخل الأصلي أو المدخل في الخصام في الدرجة الأولى ".

³ - بشير محمد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1995، ص. 57.

الطلب أو بعدم الاختصاص النوعي. إن هذا التفنيت الإجرائي للطعن بالاستئناف لا يتماشى مع هدف تبسيط الإجراءات، لذلك كان على المشرع أن يوحد النظام الإجرائي للطعن بالاستئناف في أوامر الحماية الخاصة في نص قانوني واحد لضمان انسجامه.

1-3- الشروط المتعلقة بميعاد الطعن بالاستئناف

يشترط لقبول الطعن بالاستئناف ضد أوامر الحماية الخاصة الصادرة بقبول الطلب، أن يتم رفعه خلال خمسة عشر (15) يوما، يبدأ حسابها من تاريخ التبليغ الرسمي أو التبليغ للأمر، وهو ما نصت عليه المادة 937 من ق.إ.م.إ. أمّا بالنسبة لأوامر الرفض، فلم تشر المادة 938 من ق.إ.م.إ. إلى أجل استئنافها، ومن ثم فإنه يخضع إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 950 من ق.إ.م.إ.، والتي حددت ميعاد الاستئناف في الأوامر الاستعجالية بخمسة عشر (15) يوما. يمتاز إذن ميعاد الطعن بالاستئناف ضد أوامر الحماية الخاصة بالوحدة، من جهة، كما أنه ينسجم مع القواعد العامة الحاكمة للميعاد في استئناف الأوامر الاستعجالية، من جهة ثانية.

ويعتبر ميعاد الخمسة عشر (15) يوما من المواعيد الكاملة، ومن ثم لا يعتد عند حسابه بيوم التبليغ الرسمي أو التبليغ للأمر وبيوم انقضاء الأجل، وإذا صادف آخره يوم عطلة كليا أو جزئيا، امتد إلى أول يوم عمل يليه¹، بينما يعتد بأيام العطل الداخلة ضمنه، كما أنه يخضع لأحكام الامتداد بسبب بعد المسافة².

1-4- الشروط المتعلقة بعريضة الطعن بالاستئناف

يجب لقبول الطعن بالاستئناف، أن يتم تقديمه بعريضة تستوفي الشروط التالية:

- أن تشتمل على اسم ولقب ومهنة وموطن الخصوم؛
- أن تكون مرفقة بعدد من النسخ يساوي عدد المستأنف عليهم؛
- أن يرفق بها صورة رسمية من الأمر المطعون فيه؛
- أن يرفق بها الأصل المثبت لدفع الرسم القضائي؛

¹ - انظر نص المادة 405 من ق.إ.م.إ.

² - انظر نص المادة 404 من ق.إ.م.إ.

- أن تحتوي على موجز لوقائع القضية، وكذلك الأسباب والأوجه التي يبني عليها الطعن بالاستئناف، وتتصب هذه الأوجه على العيوب التي شابت الأمر المستأنف من حيث مدى صحة تكييفه للوقائع وتطبيقه للقانون. كما يجب أن تحتوي عريضة الاستئناف كذلك على طلبات المستأنف بإلغاء الأمر المطعون فيه كلياً أو جزئياً؛

- أن يتم توقيعها من قبل محام معتمد لدى مجلس الدولة، وذلك باستثناء الأشخاص المعفاة من وجوبية التمثيل بمحام طبقاً لنص المادة 828 من ق.إ.م.إ وهي: الدولة، الولاية، البلدية، والمؤسسة العمومية ذات الصيغة الإدارية. وفي هذا الإطار، يظهر أن اشتراط التوكيل بمحام، وإن كان له ما يبرره في الدعاوى الموضوعية، فإنه غير مبرر فيما يتعلق باستئناف الأوامر الاستعجالية، كونها لا تمس بأصل الحق وتتعلق فقط بتدابير مؤقتة، لذلك فإن من شأن إقرار هذا الشرط، أن يؤدي إلى إرهاب المتقاضين مادياً، وهو ما يتنافى مع مقتضى تبسيط إجراءات التقاضي.

2- آثار الطعن بالاستئناف في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يرتب الاستئناف في المادة الإدارية أثرين أساسيين هما: الأثر غير الموقف والأثر الناقل.

2-1- الأثر غير الموقف للاستئناف

خلافًا للاستئناف في المادة المدنية والذي له أثر موقف لتنفيذ الحكم¹، يتميز الاستئناف في المادة الإدارية بطابعه غير الموقف، حيث تنص المادة 908 من ق.إ.م.إ على أن: "الاستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف". وعليه، لا يترتب على الطعن بالاستئناف ضد أمر الحماية الخاصة إيقاف تنفيذه تلقائياً، والسؤال المطروح في هذا الصدد هو: هل يجوز عند استئناف أمر الحماية الخاصة أمام مجلس الدولة، أن يطلب المستأنف وقف تنفيذ هذا الأمر إلى غاية الفصل في الاستئناف؟

لم ينص المشرع على هذه المكنة بالنسبة لأوامر الحماية الخاصة، بينما نص في المادة 911 من ق.إ.م.إ على جواز تقديم طلب رفع وقف التنفيذ المأمور به أمام المحكمة الإدارية عند الطعن بالاستئناف في حكم وقف التنفيذ أمام مجلس الدولة، كما نص في المادة 913 من ق.إ.م.إ على

¹ - تنص المادة 1/323 من ق.إ.م.إ على أنه: "يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي، كما يوقف بسبب ممارسته".

أنه: "يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذا كان تنفيذه من شأنه أن يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف". فهل يمكن قياس طلب الحماية الخاصة على طلب وقف التنفيذ، والقول بجواز وقف تنفيذ الأمر الصادر فيه من طرف مجلس الدولة عند نظره في الاستئناف؟ وهل يمكن اعتبار أن نص المادة 913 ينطبق على الأوامر الصادرة في طلب الحماية الخاصة؟

بالنسبة للسؤال الأول، والمتعلق بإمكانية القياس، أرى أن الإجابة تكون بالنفي، وذلك لاختلاف النظام الإجرائي لطلب الحماية الخاصة عن طلب وقف التنفيذ. أما بالنسبة للسؤال الثاني، فأرى أن المادة 913 لا تنطبق إلا على الأحكام الموضوعية دون الأوامر الاستعجالية، لأن المشرع اقتصر على استعمال مصطلح الحكم فقط دون الأمر في نص المادة، وعليه، لا يجوز لمجلس الدولة عند نظره في الاستئناف المرفوع ضد أمر الحماية الخاصة، أن يأمر بوقف تنفيذه بناء على طلب المستأنف إلى غاية الفصل في الاستئناف، وما يعزز هذا الرأي هو أن الأجل الممنوح لمجلس الدولة من أجل الفصل في الاستئناف هو أجل متناه في القصر، حيث ألزمه المشرع بالفصل خلال 48 ساعة، ومن ثم يكون من غير المفيد تقديم مثل هذا الطلب.

2-2- الأثر الناقل للاستئناف

يقصد بالأثر الناقل للاستئناف، أنه يسمح بتحويل النزاع برمته إلى قاضي الاستئناف ليفصل فيه مرة أخرى بكل السلطات والوسائل التي يتمتع بها قاضي أول درجة¹. ويحكم الأثر الناقل للاستئناف ثلاث قواعد أساسية، أولها: أن الطعن بالاستئناف لا يطرح على المحكمة الاستئنافية إلا الطلبات التي أبدت أمام محكمة الدرجة الأولى، فالأصل أن الطلبات الجديدة لا يجوز إيدؤها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية، وأساس هذه القاعدة اعتباران هما²:

- أن السماح بتقديم طلبات جديدة أمام الجهة الاستئنافية فيه إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين، من خلال تقوية درجة من درجات التقاضي على الخصم الآخر؛

¹ - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص. 359.

² - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص ص. 94 - 95.

- أن قبول الطلبات الجديدة يتنافى مع فلسفة الاستئناف باعتباره طعنا في حكم المحكمة الابتدائية وتخطيا لعمل قضاة هذه المحكمة.

وثانيها: أن الاستئناف لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية من الطلبات، إلا تلك التي رفع بشأنها الاستئناف¹، ذلك أن الأثر الناقل لا يعني بالضرورة نقل الخصومة برمتها إلى الجهة الاستئنافية، بل ينقل منها فقط مقتضيات الحكم التي تم استئنافها إذا كان الاستئناف جزئيا، أما إذا شمل جميع مقتضات الحكم، فيتم نقل النزاع برمته إلى مجلس الدولة ليفصل فيه من جديد من حيث الواقع والقانون.

وثالثها: أن الاستئناف لا ينقل إلى محكمة الدرجة الثانية (مجلس الدولة) من الطلبات التي عرضت على محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلت فيه هذه الأخيرة، فالطلبات التي أبدت أمام محكمة الدرجة الأولى ولم تفصل فيها وتستنفذ بشأنها ولايتها، لا تنتقل بالاستئناف إلى الجهة الاستئنافية. مرجع هذه القاعدة، أن الاستئناف يتضمن تجريحا في حكم المحكمة الابتدائية، مما يقتضي أن تكون هذه الأخيرة قد فصلت في الطلب².

3- سلطات قاضي الاستئناف

كما هو الحال أمام قاضي الحماية الخاصة على مستوى الدرجة الأولى، فإن ولاية مجلس الدولة بصفته قاضيا للاستئناف تنحصر في الاختصاص المحدد للقضاء المستعجل، وهو اتخاذ التدابير المؤقتة التي يستدعيها الاستعجال دون المساس بأصل الحق. كما أن اختصاصه بنظر الاستئناف مقيد بتوافر عنصر الاستعجال، فإذا تخلف هذا الأخير وجب رفض الطعن حتى ولو ثبت قيام هذا العنصر عند طرح القضية أمام المحكمة الإدارية³.

وإذا توافرت شروط مقبولية الاستئناف، يقوم مجلس الدولة بمراقبة مشروعية الأمر الذي أصدره قاضي الدرجة الأولى، من خلال معاينة مدى احترام هذا الأخير لمقتضيات المشروعية الإجرائية في أمر الحماية الخاصة، لاسيما مبدى المواجهة، وكذلك التأكد من أن قاضي الدرجة الابتدائية قد فصل

¹ - بشير محمد، المرجع السابق، ص. 117.

² - عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص. 95.

³ - محمد براهيم، المرجع السابق، ص. 216.

في جميع الطلبات التي أخطر بها، وأنه قام بالتسبيب الكافي لحكمه. كما يقوم قاضي الاستئناف بالإضافة إلى ذلك بمراقبة مدى صحة تطبيق قاضي الدرجة الأولى لمقتضيات المادة 920 من ق.إ.م.إ، لاسيما مدى توافر الشروط التي أوجبتها لإمكان اقتضاء الحماية الخاصة، كشرط الحرية الأساسية وشرط الانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية.

وبمقتضى الأثر الناقل للاستئناف، يملك قاضي الاستئناف الإداري بمجلس الدولة التصدي للقضية من جديد، فيكون له إما تأييد الأمر المستأنف أو مراجعته أو إلغاؤه، وفي هاتين الحالتين، يستطيع مجلس الدولة أن يضيف تدابير أخرى إلى تلك التي أمر بها قاضي الدرجة الأولى، كما يملك أن يوجه أمرا إلى الجهة الإدارية لحماية الحرية الأساسية، رغم أن قاضي الدرجة الأولى قضى بعدم توافر شروط تطبيق المادة 920 من ق.إ.م.إ.¹

كما يستطيع كذلك مجلس الدولة، أن يحكم بتدابير أخرى تحل محل التدابير المنطوق بها من طرف قاضي أول درجة إذا تراءى له عدم كفايتها لحماية الحرية الأساسية، كما يمكن لقاضي الاستئناف كذلك أن ينطق بغرامة تهديدية لضمان تنفيذ الأوامر التي سبق وأمر بها قاضي أول درجة مجردة من هذه الغرامة².

ومن جهة أخرى، يستطيع قاضي الاستئناف أن يلغي التدابير التي أمر بها قاضي أول درجة، إذا ثبت لديه عدم توافر شروط تطبيق المادة 920 من ق.إ.م.إ، كما يجوز له أن يقوم بالتخفيف منها إذا تبين له أن مداها يتجاوز ما يستلزمه حماية الحرية الأساسية المعتدى عليها.

بقي أخيرا أن نتساءل بخصوص سلطات قاضي الاستئناف، عن الحالة التي يتم فيها تنفيذ الأمر المستأنف قبل الفصل في الاستئناف، فهل يجوز لقاضي الاستئناف في هذه الحالة أن يواصل النظر في الاستئناف أم يقضي برفضه؟ وما هي القيمة القانونية للقرار الصادر عنه؟ إن الأجل المتناهي في القصر الذي منحه المشرع لقاضي الاستئناف بمجلس الدولة من أجل الفصل في استئناف أوامر الحماية الخاصة والمحدد بثمان وأربعين (48) ساعة، يجعل من فرضية إقدام صاحب المصلحة على تنفيذ أمر الحماية قبل الفصل في الاستئناف قليلة الحدوث في الواقع العملي، غير أن احتمال تحققها

¹ - شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 261.

² - Olivier LE BOT, op.cit, p. 544.

يبقى واردا بالنظر إلى طابع النفاذ المعجل للأوامر الاستعجالية، من جهة، والطابع غير الموقف للطعن عليها بالاستئناف، من جهة ثانية.

ومن أمثلة هذه الحالة، أن يصدر قرار من الجهة الإدارية بطرد أجنبي مقيم على التراب الجزائري، فيقوم بتقديم طلب حماية خاصة مؤسس على مقتضيات المادة 920 من ق.إ.م.إ. ملتصا وقف تنفيذ هذا القرار، غير أن قاضي الاستعجال على مستوى المحكمة الإدارية يحكم برفض طلبه، فيقوم بالطعن على أمر الرفض بالاستئناف أمام مجلس الدولة، وقبل الفصل في الاستئناف، وربما قبل ممارسته، تعتمد جهة الإدارة إلى تنفيذ أمر الرفض بترحيل المدعي عن الإقليم الوطني. فما هو القرار الواجب اتخاذه من مجلس الدولة في هذه الحالة؟ هل يقرر إلغاء الأمر المستأنف الذي تم تنفيذه، أم يقضي برفض الاستئناف لتخلف عنصر الاستعجال؟ وإذا قضى بإلغاء الأمر المستأنف، فما هي القوة التنفيذية لهذا القرار من حيث قدرته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه؟

بالنسبة للسؤال الأول، يرى الأستاذ بشير بلعيد، أن جهة الاستئناف لا يقيدتها تنفيذ الأمر المستأنف من عدمه، حيث تملك صلاحية إلغاء الأمر المستأنف حتى ولو تم تنفيذه فعلا، لأن القول بخلاف هذا يجعل الجهة المستأنف أمامها مقيدة بمجرد تنفيذ الأمر الاستعجالي المستأنف، خاصة وأن غالبية هذه الأوامر تنفذ قبل الفصل في الاستئناف نظرا لصيغة النفاذ المعجل التي تتميز بها¹.

ويمكن بالإضافة إلى مبرر خاصية النفاذ المعجل للأوامر الاستعجالية التي استند إليها الأستاذ بشير بلعيد، مبررا آخر مفاده، أن القول بتقييد سلطات قاضي الاستئناف لمجرد تنفيذ الأمر المطعون فيه يؤدي إلى إفراغ طريق الطعن بالاستئناف من محتواه، كما يرتب نتيجة أكثر خطورة في الواقع، هي منح المسوغ القانوني للإدارة للإسراع في تنفيذ أوامر الحماية الخاصة الصادرة لصالحها قبل الفصل في الاستئناف المرفوع ضدها، لاسيما وأنها تتمتع بامتيازات السلطة العمومية التي تخولها تنفيذ قراراتها جبرا على الأفراد، في حين لا يملك الأفراد مثل هذا الامتياز إذا ما صدرت أوامر الحماية الخاصة لفائدتهم.

¹ - بشير بلعيد، المرجع السابق، ص. 223.

وبمعنى آخر، من شأن التسليم بغل يد قاضي الاستئناف عن التصدي للأمر المستأنف إذا ما تم تنفيذه، أن يضيف امتيازاً آخر إلى الامتيازات التي تحوزها أصلاً الجهة الإدارية، وهو ما يؤدي إلى إهدار الحريات الأساسية للأفراد التي شيد إجراء الحماية الخاصة لحمايتها.

أمّا بالنسبة للسؤال الثاني، والمتعلق بالقوة التنفيذية لقرار مجلس الدولة إذا ما ألغى الأمر المستأنف الذي تم تنفيذه، فقد أقر الفقه والقضاء الإداريين في مصر قاعدة مفادها، أن إلغاء الحكم المستأنف يخول التنفيذ بإعادة الحال إلى ما كانت عليه من قبل تلقائياً¹. واستثناساً بذلك، يمكن القول أن قرار مجلس الدولة بإلغاء الأمر المستأنف في المثال السابق، يكفي بذاته لإلغاء الإجراءات التنفيذية التي بنيت على الأمر المستأنف دونما حاجة إلى رفع دعوى جديدة يطالب فيها الشخص بعودته إلى الإقليم الوطني، أي يكون من حق الشخص المرحل العودة إلى التراب الوطني تلقائياً بمقتضى القرار الصادر في الاستئناف.

والحقيقة أن مثل هذا التوجه يتماشى مع هدف إجراء الحماية الخاصة في حماية الحريات الموصوفة بالأساسية من الانتهاكات الخطيرة للإدارة، كما أنه لا يخلو من السند القانوني والمنطقي، ذلك أن الحكم بإلغاء الأمر المستأنف فيه يترتب عليه إعادة الخصومة بين طرفيها إلى ما كانت عليه قبل صدور هذا الأمر، وهو ما يترتب عليه بالتبعية إلغاء جميع الإجراءات التنفيذية التي بنيت على هذا الأمر.

الفرع الثاني

طرق الطعن الأخرى في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

خلافًا للاستئناف، الذي نص المشرع صراحة على جوازه في أوامر الحماية الخاصة وحدد النظام القانوني له في المادة 937 من ق.إ.م.إ، فإن طرق الطعن الأخرى قد سكت عنها، حيث لم يجزها صراحة كما لم يمنعها صراحة، وهو موقف يثير تساؤلاً منطقياً حول مدى قابلية أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية لهذه الطرق للطعن؟

¹ - بشير بلعيد، المرجع السابق، ص. 224.

وتتمثل طرق الطعن هذه في: الطعن بالمعارضة (أولاً)، الطعن بالنقض (ثانياً)، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة (ثالثاً)، التماس إعادة النظر (رابعاً)، دعوى تصحيح الأخطاء المادية (خامساً) ودعوى التفسير (سادساً).

أولاً: الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

المعارضة هي طريق طعن استدراكي يخول للمدعى عليه اللجوء إلى الجهة القضائية نفسها التي صدر عنها الحكم إذا كان غائباً¹. ولما كان مناط الطعن بالمعارضة هو غياب المدعى عليه دون المدعي، فإن الطرف الذي يمكن تصور ممارسته لهذا الطعن في إطار أوامر الحماية الخاصة هو الجهة الإدارية وحدها باعتبارها تكون دائماً في مركز المدعى عليه. وترجع الحكمة من إقرار هذا الطعن، إلى تمكين المدعى عليه من استيفاء حقه في الدفاع، ذلك أن المعارضة تجعل الحكم المعارض فيه كأن لم يكن، و تعطي للقاضي الذي ينظرها سلطة الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون.

وبالنسبة لأوامر الحماية الخاصة، لم ينص المشرع على جواز الطعن فيها بالمعارضة صراحة، كما لم ينص على استبعاد هذا الطريق بشأنها كذلك صراحة، وهو ما يفتح تساؤلاً حول مدى جواز الطعن بالمعارضة في هذه الأوامر؟

1- مدى جواز المعارضة في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

طرحت مسألة مدى جواز قبول الطعن بالمعارضة في الأوامر الاستعجالية بصفة عامة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، فحسب الأستاذ بشير بلعيد، ليس هناك نص قانوني يمنع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الغيابية الصادرة عن قاضي الأمور الإدارية المستعجلة، حيث لا يمكن تطبيق نص المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية القديم التي تحظر المعارضة في الأوامر

¹ - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري - دعوى الإلغاء -، المرجع السابق، ص. 229.

² - بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حسم المشرع الخلاف بالنسبة لبعض الأوامر الاستعجالية، بنصه في المادة 936 منه على عدم قابلية أوامر وقف التنفيذ المرتبطة بدعوى الإلغاء وأوامر وقف التنفيذ الصادرة في حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري لأي طريق من طرق الطعن.

الاستعجالية الصادرة في المادة المدنية، لأن المادة 171 مكرر منه استبعدت صراحة تطبيق المواد من 183 إلى 189 من قانون الإجراءات المدنية القديم على المواد الإدارية.

ورغم اعترافه بأن هذا الطرح ينتج عنه وضع شاذ مفاده، عدم جواز المعارضة في الأوامر الاستعجالية المدنية وجوازها في الأوامر الاستعجالية الإدارية، إلا أنه خلص، إلى أنه طالما أنه لا يوجد نص يمنع المعارضة في الأوامر الاستعجالية الإدارية، فإن القاضي لا يمكنه في غياب النص أن يمنع إجراء معين لم يقرره المشرع، وبالتالي تكون المعارضة مقبولة ضد الأوامر الاستعجالية الإدارية الغيابية¹.

ونفس الرأي تبناه الأستاذ محمد براهيم، حيث يرى أن القضاء الذي يمنع المعارضة في القرارات المستعجلة الغيابية الصادرة عن القضاء الإداري قابل للنقاش، ذلك أنه إذا كان القانون لم ينص صراحة على جواز المعارضة في الأوامر الاستعجالية الإدارية، فإن المستقر عليه في الفقه والقضاء أن المعارضة التي هي طريق من طرق الطعن العادية، تكون مقبولة ضد كل الأحكام والقرارات الغيابية إلا إذا نص القانون صراحة على خلاف ذلك. وخلص إلى أنه بالنظر إلى هذا المبدأ، فإنه يجوز رفع المعارضة ضد الأوامر الاستعجالية الإدارية الصادرة غيابياً².

أما عن موقف الاجتهاد القضائي، فقد أكدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً على مبدأ عدم جواز الطعن بالمعارضة ضد الأوامر الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية، وهذا في قرارها المؤرخ في 16 مارس 1997 في قضية (س.خ) ضد بلدية (فرعون)، وقد جاء تسبيبها كما يلي: " حيث أنه فضلاً عن ذلك، فإن المادة التي تطبق في المادة الإدارية الاستعجالية والتي تخضع للقسم الخامس هي المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية. حيث أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة تنص بأن الأمر الصادر في المادة الاستعجالية الإدارية يكون قابلاً للاستئناف أمام المحكمة العليا في ميعاد خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه. حيث أن هذه الفقرة والفقرات الأخرى لا تنص تماماً على المعارضة. حيث أنه مبدأ من مبادئ القانون ينص على أنه لا يمكن التطرق للشيء الذي لم

¹ - بشير بلعيد، المرجع السابق، ص ص. 217 - 219.

² - محمد براهيم، المرجع السابق، ص ص. 207 - 208.

يتطرق إليه المشرع. حيث أن مجلس بجاية لما رفض المعارضة ضد أمر استعجالي إداري فقد أصاب جزئيا في تطبيق القانون، لذا ينبغي تأييد الأمر المستأنف فيه....¹.

أرست الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إذن بمقتضى هذا القرار مبدأ مفاده، عدم جواز الطعن بالمعارضة ضد الأوامر الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية، مؤسسة اجتهداها على ما اعتبرته مبدأ من المبادئ القانونية، هو عدم جواز التطرق للشيء الذي لم يتطرق إليه المشرع.

أما مجلس الدولة، فيلاحظ أنه تراجع ضمنا عن القضاء الذي أرسته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، وهذا بمقتضى قرار له صدر بتاريخ 19 نوفمبر 2002، حيث كرس قاعدة جديدة مفادها، أنه يجوز للغرفة الإدارية بالمجلس القضائي النظر والفصل في طلب وقف تنفيذ قرار غيابي صادر عنها ومطعون فيه بالمعارضة². رغم أن المجلس لم يتطرق صراحة لإشكالية قابلية القرارات القضائية الإدارية الغيابية للمعارضة، فإن الحل الذي قدمه بشأن اختصاص الغرفة الإدارية بالفصل في طلب وقف تنفيذ هذا النوع من القرارات يستوجب بالضرورة تثبيت مبدأ قابلية هذه القرارات للمعارضة.

إن عدم وجود نص قانوني يمنع صراحة المعارضة ضد الأوامر الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية، يجعل الرأي القائل بقابلية هذه الأوامر للمعارضة على قدر من الوجاهة، كون هذا الطريق للطعن يعتبر مبدأ عاما في الإجراءات، ومن ثم يعمل به طالما لا يوجد نص قانوني يستبعده.

وعليه، يمكن القول أنه من الناحية القانونية البحتة، يجوز الطعن بالمعارضة ضد أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية. أما من ناحية مدى ملائمة هذا الحل لهذه الأوامر، فيمكن القول أن من شأن إباحة هذا الطعن على إطلاقه، أن يؤدي إلى تعقيد إجرائي يتنافى مع متطلب تبسيط الإجراءات القضائية المستعجلة، لذلك يبدو من الملائم أن يميز المشرع في هذا الإطار بين الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية وتلك الصادرة عن مجلس الدولة في أول وآخر درجة، حيث يمنع الطعن بالمعارضة بالنسبة للأولى بسبب قابليتها للاستئناف، مما يفتح إمكانية تصحيح العيوب التي قد تشوبها، ويجيزها بالنسبة للثانية، بسبب عدم قابليتها للاستئناف وكذلك للطعن بالنقض، وذلك منعا لتحسينها ضد أية إمكانية للمراجعة أو التعقيب، رغم أنها صدرت دون أن يكون للجهة الإدارية ممارسة حق الدفاع فيها.

¹ - المجلة القضائية، 1997، العدد 1، ص ص. 116 - 119.

² - محمد براهيم، المرجع السابق، ص. 208.

ينسجم هذا الحل مع ما أقره المشرع بالنسبة للأوامر الاستعجالية المدنية¹، كما من شأنه التوفيق بين اعتبارات الخصوصية التي تتمتع بها أوامر الحماية الخاصة، واعتبارات العدالة الإجرائية التي تمنع التحصين المطلق للأحكام القضائية ضد المراجعة.

ثانياً: الطعن بالنقض في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

الطعن بالنقض، هو طريق طعن غير عادي ينصب فقط على الأخطاء القانونية التي تشوب الأحكام الصادرة في آخر درجة، حيث يرمي إلى النظر فيما إذا كانت الجهات القضائية الإدارية قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية على نحو سليم في الأحكام القضائية الصادرة عنها. إن مجلس الدولة كجهة نقض في التنظيم القضائي الإداري ليس من مهمته إعادة فحص موضوع الدعوى، وإنما يقتصر عمله فقط على معاينة مدى التزام القاضي بتطبيق صحيح القانون في حكمه، فإذا ما ثبت له أن الحكم القضائي قد جانب التطبيق السليم للقانون، حكم بنقضه وإحالة القضية إلى جهة قضائية أخرى للفصل فيها.

وتنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 13/11 المؤرخ في 26 يوليو 2011 على أنه: "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية...."، ونفس المضمون تبنته المادة 903 من ق.إ.م.إ.². يتضح من هذا النص أن من شروط قبول الطعن بالنقض، أن يرد على حكم صادر في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، والمقصود بالجهات القضائية الإدارية هنا هو المحاكم الإدارية ومجلس الدولة. وعليه، يقع التمييز في شأن الطعن بالنقض ضد أوامر الحماية الخاصة، بين تلك الصادرة عن المحاكم الإدارية وتلك الصادرة عن مجلس الدولة.

¹ - جعل المشرع الأوامر الاستعجالية المدنية الصادرة ابتدائياً عن المحاكم غير قابلة للمعارضة (المادة 1/303 من ق.إ.م.إ.)، بينما جعل الأوامر الصادرة غيابياً في آخر درجة قابلة للمعارضة (المادة 2/304 من ق.إ.م.إ.).

² - تنص المادة 01/903 من ق.إ.م.إ. على أنه: "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية".

1- الطعن بالنقض ضد حكم الحماية الخاصة الصادر عن المحاكم الإدارية

جعل المشرع أوامر الحماية الخاصة الصادرة عن المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة بمقتضى نص المادة 937 من ق.إ.م.إ، وهو ما يعني أنها تصدر في أول درجة، ومن ثم فهي لا يمكن أن تكون محلا للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، تأسيسا على أن الطعن بالنقض لا يرد إلا على الأحكام الصادرة في آخر درجة.

2- الطعن بالنقض ضد حكم الحماية الخاصة الصادر عن مجلس الدولة

إن أوامر الحماية الخاصة التي يصدرها مجلس الدولة، سواء بصفته قاضي استئناف أو قاضي اختصاص، ورغم صدورها في آخر درجة، فإنها لا تقبل كذلك الطعن فيها بالنقض، بسبب أن هذا الأخير يجب أن تتولاه جهة قضائية تعلو الجهة مصدرة الحكم المطعون فيه، ولا توجد في النظام القضائي الجزائري جهة تعلو مجلس الدولة، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن ينظر في طعن ضد قرار صادر عنه.

وقد أكد مجلس الدولة هذا المبدأ في قرار له صدر بتاريخ 23 سبتمبر 2002، يحمل رقم 007304 في قضية (ش.م) ضد مديرية التربية لولاية باتنة، حيث جاء في إحدى حيثياته أنه: "وحيث أنه من غير المعقول وغير المنطقي أن يقوم مجلس الدولة بالفصل في الطعن بالنقض المرفوع أمامه ضد قرار صادر عنه، ذلك أن المقرر قانونا، أن الطعن بالنقض يكون أمام جهة قضائية تعلو الجهة التي أصدرت القرار محل الطعن"¹.

وعليه، فإنه في ظل التنظيم القضائي الإداري الحالي، لا يمكن الطعن في أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، شأنها في ذلك شأن الأحكام الإدارية الأخرى، بالنقض، بسبب عدم وجود جهة استئنافية تتوسط المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، وهو ضع شاذ، أدى إلى تشويه الاختصاص الدستوري الأصل المنوط بمجلس الدولة، عندما حوله من قاضي قانون يتولى تقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية وتوحيد الاجتهاد القضائي إلى قاضي موضوع.

¹ - مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2، ص ص. 155 - 156.

ثالثاً: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، هو طريق طعن استدراكي يسمح للغير، أي لمن لم يكن طرفاً في الخصومة الابتدائية، ولا ممثلاً فيها بالاعتراض على الحكم الصادر فيها للمحافظة على حقوقه¹. وعليه، فإن هذا الطعن، هو طريق قانوني محفوظ لذوي المصلحة من غير أطراف الخصومة، يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في النزاع.

وفيما يتعلق بمحل الاعتراض، فقد نصت المادة 960 من ق.إ.م.إ على أنه: " يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع ". ومن ثم، فإن الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، جائز ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية والقرارات الصادرة عن مجلس الدولة. والسؤال المطروح في هذا الصدد هو مدى جواز الطعن بالاعتراض ضد أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية؟

لم تشر المادة 960 من ق.إ.م.إ إلى الأوامر الاستعجالية، واقتصرت فقط على الأحكام والقرارات الموضوعية، مما يقود إلى نتيجة مبدئية مفادها، عدم جواز الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد الأوامر الاستعجالية² بما فيها أمر الحماية الخاصة، وذلك على خلاف ما قرره المشرع بشأن الأوامر الاستعجالية الصادرة في المادة المدنية، حيث أجاز الطعن فيها بهذا الطريق³.

تخالف هذه النتيجة المستقر عليه، من أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو قاعدة عامة في الإجراءات⁴ *une règle générale de procédure*، ومن ثم يعمل به دونما حاجة إلى نص يقرره، بينما لا يتأتى استبعاده إلاّ بمقتضى نص صريح بذلك. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 25 فبراير 1998 عن الغرفة العقارية أنه: " وحيث من جهة أخرى لا يوجد أي نص يستثني أو يمنع الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأوامر والأحكام

¹- Marie-Christine ROUAULT, *Contentieux administratif*, Larcier, Bruxelles, Belgique, 2015, p.543.

²- نادية بونعاس، المرجع السابق، ص. 336.

³- تنص المادة 380 من ق.إ.م.إ على أنه: " يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع ".

⁴- René CHAPUS, *op.cit*, p. 1297.

والقرارات الاستعجالية، ومن هنا جاز الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في الأمور المستعجلة عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، على أن يتحقق قضاة الموضوع من مدى مساس التدابير المتخذة بمقتضى هذه الأحكام والقرارات بمصلحة الغير صاحب الاعتراض....¹.

يظهر من هذا القرار، أن المحكمة العليا اعتبرت الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة مبدأ إجرائيا عاما لا يمكن استبعاد العمل به إلا بناءا على نص صريح يقرر ذلك، وطالما لا يوجد مثل هذا النص في المادة الإدارية، فإن إمكانية الاعتراض في الأوامر الاستعجالية الإدارية تبقى قائمة. كما أنه ليس هناك أي مبرر قانوني أو واقعي يسوغ تكريس الاختلاف بين الأوامر الاستعجالية المدنية والإدارية فيما يتعلق باعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

وعليه، يظهر أنه لا مانع بالنسبة للقاضي الإداري من الاستئناس بما أقره المشرع بشأن الأوامر الاستعجالية المدنية لقبول الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد الأوامر الاستعجالية الصادرة في المادة الإدارية، تحقيقا للانسجام بين نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبخصوص النظام القانوني لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فقد أحالت المادة 961 من ق.إ.م.إ إلى أحكام المواد من 381 إلى 389 من هذا القانون. وتطبيقا لأحكام هذه المواد، يلزم لقبول هذا الطعن توافر الشروط الآتية:

- أن يكون المعارض من الغير، ويقصد بالغير هنا، كل شخص لم يكن طرفا ولا ممثلا في الأمر المطعون فيه؛

- أن يكون لهذا الغير مصلحة في الاعتراض (المادة 381 من ق.إ.م.إ)؛

- أن يقدم الاعتراض في ميعاده القانوني، وهو 15 سنة من تاريخ صدور الأمر، غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين (2) عندما يتم التبليغ الرسمي للأمر إلى الغير (المادة 384 من ق.إ.م.إ)؛

- أن يرفع الاعتراض وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، وذلك إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الأمر المطعون فيه، وأن يكون مصحوبا بوصل يثبت إيداع الكفالة (المادة 381 من ق.إ.م.إ).

¹ - المجلة القضائية، 1998، العدد 1، ص. 78.

أما عن آثار الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فإنه لا يوقف تنفيذ الأمر المطعون فيه (المادة 386 من ق.إ.م.إ.)، كما يترتب على قبوله إعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الأمر المطعون فيه، ومن ثم الفصل في القضية من جديد¹.

رابعاً: التماس إعادة النظر في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

التماس إعادة النظر، هو طريق من طرق الطعن غير العادية في القرارات القضائية النهائية، يخول لأطراف الخصومة الطعن في القرار القضائي أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته لتوافر سبب أو أكثر من الأسباب التي نص عليها القانون². وقد نصت المادة 966 من ق.إ.م.إ. على أنه: "لا يجوز الطعن بالتماس إعادة النظر إلا في القرارات الصادرة عن مجلس الدولة"، ومن ثم يستبعد هذا الطريق بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية.

ترجع علة قصر المشرع لطريق الطعن بالتماس إعادة النظر على القرارات الصادرة عن مجلس الدولة دون أحكام المحاكم الإدارية، إلى أن هذه الأخيرة تقبل الطعن فيها بالاستئناف، ومن ثم هناك إمكانية لمراجعتها في حالة توافر إحدى حالات التماس إعادة النظر، وذلك خلافاً لقرارات مجلس الدولة التي تصدر في آخر درجة، ولا يوجد أي طريق آخر لمراجعتها في حالة صدورها معيبة بأحد أوجه الطعن المقررة لالتماس إعادة النظر.

وإذا كان الطعن بالتماس إعادة النظر ضد قرارات مجلس الدولة الموضوعية، قد ثبت بنص المادة 966 من ق.إ.م.إ.، فالسؤال المطروح هو مدى جواز هذا الطعن بشأن أوامر الحماية الخاصة الصادرة عن مجلس الدولة؟ كما هو الحال بالنسبة للمعارضة، اختلف الفقه الإداري في مسألة مدى جواز الطعن بالتماس إعادة النظر في الأوامر الاستعجالية، حيث انقسم الفقه المصري بشأن هذه المسألة، إلا أن الرأي الراجح فيه هو عدم جواز التماس إعادة النظر في الأحكام المستعجلة بصفة عامة، كونها تصدر في مسائل تحفظية صرفة ويجوز للمتضرر منها أن يطلب تعديلها أو إلغائها من

¹ - عبد العزيز سعيد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 99.

² - رجب محمود طاجن، الطعن بطريق التماس إعادة النظر في أحكام القضاء الإداري -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص. 39.

نفس قاضي الاستعجال عند حصول تغيير في وقائع الدعوى المادية أو في مركز أحد الطرفين القانوني أو كليهما، أو أن يلجأ إلى محكمة الموضوع للفصل في أصل الحق¹.

أمّا بالنسبة للفقهاء الجزائريين، فيرى الأستاذ بشير بلعيد جواز الطعن بالتماس إعادة النظر ضد الأوامر الاستعجالية لعدم وجود أي نص يمنع ذلك صراحة².

وفي رأبي، فإنه من وجهة النظر القانونية البحتة، يمكن القول أن الطعن بالتماس إعادة النظر لا يجوز إعماله بشأن أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، تأسيساً على أن هذا الطريق للطعن لا يعتبر مبدأً إجرائياً عاماً، ومن ثم لا يجوز الأخذ به إلا إذا وجد نص صريح يجيزه³. غير أن الاعتداد بالناحية القانونية وحدها لاسيما في ظل غموضها، يقود إلى نتيجة تصطدم في حد ذاتها بالقانون، مفادها أن القول بعدم جواز الطعن بالتماس إعادة النظر في أوامر الحماية الصادرة عن مجلس الدولة حتى في حالة ثبوت توافر إحدى حالاته، يؤدي إلى تحصين هذه الأوامر ضد أية إمكانية للمراجعة رغم أنها معيبة، وهو أمر يخالف الأصول العامة في الإجراءات، التي تقضي بعدم جواز تحصين المطلق للأحكام ضد المراجعة أو التعقيب.

لذلك أرى، أنه يتعين على قاضي الاستعجال الإداري بمجلس الدولة أن يؤدي دوره الحقيقي كقاضي اجتهادي، من خلال تفسير هذه النصوص بنوع من المرونة، وبما يتلاءم مع طبيعة النظام القضائي الإداري في الجزائر، لاسيما وأن غموضها وعدم قطعية دلالتها يفتحان له هذه المكنة، فيتجه إلى قبول الطعن بالتماس إعادة النظر ضد أوامر الحماية الخاصة الصادرة عنه إذا توافرت إحدى حالاته.

كما أهيب بالمشروع رفع هذا اللبس والغموض، من خلال النص صراحة على جواز الطعن بالتماس إعادة النظر في أوامر الحماية الخاصة الصادرة عن مجلس الدولة، دون أحكام المحاكم الإدارية باعتبارها تقبل الطعن بالاستئناف، وذلك انسجاماً مع ما قرره بشأن الأوامر الاستعجالية

¹ - محمد علي راتب وآخرون، المرجع السابق، ص ص. 142 - 143.

² - بشير بلعيد، المرجع السابق، ص. 233.

³ - René CHAPUS, op.cit, p. 1305.

المدنية، التي نص صراحة على قبول الطعن فيها بالتماس إعادة النظر بمقتضى المادة 390 من ق.إ.م.إ.¹.

وبخصوص الأوجه التي يؤسس عليها الطعن بالتماس إعادة النظر، فقد حصرتها المادة 967 من ق.إ.م.إ. في حالتين هما:

- إذا اكتشف أن القرار قد صدر بناء على وثائق مزورة قدمت لأول مرة أمام مجلس الدولة؛
- إذا حكم على خصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة لدى الخصم.

أمّا عن الميعاد الذي يقدم فيه الالتماس، فقد حددته المادة 968 من ق.إ.م.إ. بشهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار، أو من تاريخ اكتشاف التزوير أو تاريخ استرداد الوثيقة المحتجزة بغير حق من طرف الخصم. وفي حالة قبول الطعن بالالتماس وثبت تأسيسه، يعتبر الأمر المطعون فيه كأن لم يكن، ويرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها، وبالنتيجة يقوم القاضي بالفصل في موضوع النزاع².

خامساً: الطعن التصحيحي للأخطاء المادية في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يعتبر الطعن التصحيحي للأخطاء المادية من طرق الطعن الاستدراكية les voies de rétractation، حيث يتم أمام نفس القاضي الذي أصدر الحكم المطعون فيه³، من جهة، كما يهدف إلى استدراك الأخطاء المادية التي شابت هذا الحكم وتصحيحها من جهة ثانية. وقد نص المشرع على هذا الطعن في المادة 963 من ق.إ.م.إ. تحت عنوان: " في طرق الطعن غير العادية "، بينما نص عليه فيما يتعلق بالأحكام المدنية بموجب المادة 286 من ق.إ.م.إ. تحت عنوان: " في إصدار الأحكام "، أي لم يعتبره طريقاً للطعن في هذه الأحكام.

¹ - تنص المادة 390 من ق.إ.م.إ. على أنه: " يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون ".

² - Olivier GOHIN, *contentieux administratif*, op.cit, p. 416.

³ - محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري - دعوى الإلغاء -، المرجع السابق، ص. 227.

وقد أصاب المشرع عندما اعتبر طلب تصحيح الأخطاء المادية في الأحكام الإدارية من طرق الطعن، لأن هذا الطلب لا يعتبر مجرد عارض يعيق تنفيذ الحكم أو القرار القضائي، بل طعنا حقيقيا مكملا في الواقع للطعن بالتماس إعادة النظر وموسعا له بسبب محدودية حالاته¹.

وبخصوص مدى جواز هذا الطعن ضد أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فأرى بجوازه، لأن عدم النص عليه ضمن طرق الطعن في هذه الأوامر، لا يمنع قانونا من الأخذ به باعتباره قاعدة عامة في الإجراءات يعمل بها دونما حاجة إلى نص بذلك². وعليه، يكون الطعن الرامي إلى تصحيح الأخطاء المادية جائز ضد أوامر الحماية الخاصة، سواء الصادرة في أول درجة عن المحاكم الإدارية أو الصادرة في آخر أو في أول وآخر درجة عن مجلس الدولة.

ويقصد بالخطأ المادي كشرط لإعمال هذا الطعن، حسب المادة 1/287 من ق.إ.م.إ، كل عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل جودها، وبذلك يكون المشرع قد قصر مفهوم الخطأ المادي على مجرد الأخطاء والهفوات البسيطة التي تشوب الحكم، كالخطأ في كتابة هوية الأطراف أوفي تاريخ إيداع الطعن أوفي الأعداد المعبرة عن مبالغ مالية، كما لم يشترط أن تؤثر هذه الأخطاء على الحكم الصادر في الدعوى، بمعنى أنه جعل مجرد الخطأ المادي كافيا بذاته لرفع الطعن التصحيحي، في حين أوجب في قانون الإجراءات المدنية القديم أن يكون الخطأ المادي من شأنه التأثير على الفصل في القضية³.

ويقدم طلب التصحيح سواء إلى الجهة القضائية الإدارية التي أصدرت الأمر (المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة)، أو إلى الجهة التي طعن أمامها في الأمر بالاستئناف (مجلس الدولة)، وذلك وفقا للأشكال والإجراءات المقررة لعريضة افتتاح الدعوى، كما يمكن لمحافظ الدولة أن يقدم هذا الطلب، لاسيما إذا تبين له أن الخطأ المادي يعود إلى مرفق العدالة (المادة 2/286 من ق.إ.م.إ). وبخصوص ميعاد تقديم هذا الطلب، فإنه يجب أن يرفع طبقا لنص المادة 2/964 من ق.إ.م.إ في أجل شهرين ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر المشوب بالخطأ.

¹ - René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op.cit, p. 1310.

² - Ibid., p. 1309.

³ - انظر نص المادة 294 من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى.

أمّا عن سلطات القاضي في هذا الطعن، فقد اشترط المشرع بموجب نص المادة 2/287 من ق.إ.م.إ، ألا يؤدي تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال إلى تعديل ما قضى به الأمر من حقوق والتزامات للأطراف.

سادساً: الطعن التفسيري في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية

يعتبر الطعن التفسيري، طريقاً خاصاً للطعن يهدف إلى إيضاح ما لحق الحكم من غموض أو إبهام. وقد أحالت المادة 965 من ق.إ.م.إ فيما يتعلق بالنظام الإجرائي لهذا الطعن إلى أحكام المادة 285 من ق.إ.م.إ، هذه الأخيرة جعلت الفصل في الطعن التفسيري من اختصاص الجهة القضائية التي أصدرت الحكم محل الطعن، وأوجبت أن يقدم هذا الطلب بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم. وبخصوص ميعاد تقديم هذا الطعن، لم يحدد نص المادة 285 من ق.إ.م.إ أجلاً يتعين رفع الطلب خلاله، ومن ثم يبقى هذا الأجل مفتوحاً إلى غاية بلوغ المدة التي تتقادم فيها الحقوق التي يتضمنها الحكم، وهي خمسة عشرة (15) سنة كاملة ابتداء من تاريخ قابليته للتنفيذ كما جاء في نص المادة 630 من ق.إ.م.إ.

أمّا بخصوص مدى جواز الطعن التفسيري في أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية، فأرى بجوازه باعتباره قاعدة عامة في الإجراءات، ومن ثم لا يحتاج إلى نص لممارسته، كما أنه طعن يقتضيه المنطق القانوني، إذ لا يمكن للأطراف تبين موقفهم إزاء الأمر لتقرير الطعن فيه من عدمه، كما لا يمكن لهم المبادرة بتنفيذه إذا كان في مضمونه غموضاً. وعليه، يجوز إعمال الطعن التفسيري ضد أوامر الحماية الخاصة، سواء صدرت في أول درجة عن المحاكم الإدارية أو في آخر أو في أول وآخر درجة عن مجلس الدولة.

خلاصة الباب الثاني

أعطى المشرع صلاحية الفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية إلى قاضي الاستعجال الإداري، ممثلاً في التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع، وهو توجه يخالف فلسفة إجراء الحماية الخاصة، التي تقتضي أن يعقد الاختصاص بنظره إلى قاضي فرد لتمييز تدخله بالسرعة والبساطة.

وقد اشترط المشرع لقبول طلب الحماية الخاصة، أن يتم نشر دعوى إلغاء أمام قاضي الموضوع، بمعنى أنه جعل هذا الطلب تابعا لدعوى موضوعية، مما ترتب عنه التضيق من نطاقه، من خلال قصر مصدر الانتهاك للحرية الأساسية على القرارات الإدارية فقط دون أعمال الإدارة المادية وتصرفاتها الأخرى سواء الإيجابية أو السلبية، وكذلك تقييده من حيث الميعاد اللازم لرفعه، حيث يؤدي فوات ميعاد رفع دعوى الإلغاء إلى تحصين القرار ضد طلب الحماية الخاصة.

وبخصوص إجراءات التحقيق في هذا الطلب، فقد خصّه المشرع بقواعد خاصة تجد مبررها في طبيعته الاستعجالية القصوى، حيث أخضعه إلى مبدأ الشفافية، كما أوجب الانتهاء منه خلال أجل متناه في القصر حدده بـ 48 ساعة من تقديم الطلب. غير أن متطلب سرعة التحقيق في الطلب، لم يمنع المشرع من إخضاعه إلى مبدأي الوجاهية والعلنية بوصفهما من المبادئ العامة المستقرة في الإجراءات القضائية الإدارية، لذلك يقع على عاتق القاضي التزاما بإرساء المصالحة بين هذه الموجبات الثلاثة (السرعة، الوجاهية والعلنية).

أمّا بالنسبة لسلطات القاضي في هذا الطلب، فرغم أن المشرع أطلقها لتصل إلى حد توجيه الأوامر للإدارة، إلا أن خاصية التبعية لدعوى الإلغاء قد ضيقّت من هذه السلطتين وحصرتها فقط في مكنة وقف تنفيذ القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية، باعتباره الوسيلة الطبيعية والكافية لشل آثار هذا القرار، مما يجعل سلطة الأمر المنصوص عليها في المادة 920 من ق.إ.م.إ. سلطة وهمية لا وجود لها إلا في النص القانوني.

وبعد صدور الحكم في طلب الحماية الخاصة، أجاز المشرع الطعن فيه بالاستئناف، غير أنه ميّز فيما يتعلق بمدة الفصل في هذا الاستئناف، بين أوامر الحماية الصادرة بقبول الطلب وتلك الصادرة برفضه، حيث أوجب الفصل في الأولى خلال أجل 48 ساعة، بينما فرض الفصل في الثانية

خلال أجل شهر. أمّا بالنسبة لطرق الطعن الأخرى، فقد سكت عنها المشرع، فلم يجزها صراحة كما لم يمنعها صراحة، وهو أمر منتقد، لأن من شأنه فتح التساؤلات حول مدى قابلية أمر الحماية الخاصة للطعن وفق هذه الطرق.

الخاتمة

أرسى المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إصلاحاً غير مسبوق في التجربة القانونية في الجزائر، سمح بمقتضاه للقاضي الإداري، باسم الاستعجال ولحساب الحرية الأساسية، أن يتخذ جميع التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة بصفة خطيرة وواضحة عدم المشروعية من جانب السلطات الإدارية أثناء ممارستها لسلطاتها. وقد قيّد المشرع الإفادة من هذا الإجراء بضرورة توافر شروط مشددة هي: الاستعجال والانتهاك الموصوف بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة، وفي المقابل خصّه بإجراءات مخففة، أهمها إلزام القاضي بالفصل في الطلب خلال 48 ساعة من تقديمه، كما منحه سلطة اتخاذ جميع التدابير الكفيلة بحماية الحرية الأساسية المنتهكة.

وقد تم من خلال هذا البحث، الركون إلى جملة من النتائج، تم تدعيمها بجملة من الاقتراحات، أوجزها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1- بالنسبة للنطاق الموضوعي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

أ- بالنسبة لماهية الحماية الخاصة للحرية الأساسية

1- غلب على التكريس التشريعي لإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية في النظام القانوني الجزائري هدف مساقرة و/أو محاكاة تطور اتجاهات القوانين المقارنة لاسيّما القانون الفرنسي، ودون فلسفة خاصة به، حيث خلا عرض أسباب مشروع ق.إ.م.إ من تخصيص ذكرها، كما غابت أية مناقشة أمام البرلمان تتعلق بهذه الصورة من الحماية.

2- أفضى الاستعمال غير المنضبط لاصطلاح الحرية الأساسية من طرف المؤسس الدستوري، إلى اعتباره استعمالاً رمزياً مجرداً من الأثر القانوني، ممّا يجعله قاصراً على أن يرسم مفهوماً محدداً للحرية الأساسية مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة.

ب- بالنسبة لشروط الحماية الخاصة للحرية الأساسية

1- أفضى جعل المشرع طلب الحماية الخاصة تابعا لدعوى الإلغاء إلى نتيجة أساسية مفادها، أنه تشدد بخصوص درجة عدم المشروعية المتطلبة (الوضوح) دون مبرر أو مقتضى، لأن الخطأ المحتمل ارتكابه من طرف قاضي الحماية الخاصة بخصوص تقدير عدم مشروعية قرار الإدارة قابل للإصلاح من طرف قاضي الموضوع لاحقاً.

2- أدى إضفاء المشرع لطابع التبعية على طلب الحماية الخاصة إلى قصر وسيلة الانتهاك على القرارات الإدارية فقط دون غيرها من أعمال الإدارة كالعقود الإدارية والأعمال المادية، وهو ما من شأنه إصابة إجراء الحماية الخاصة بالقصور في توفير حماية فعلية للحريات الأساسية.

3- إن الهدف من اشتراط المشرع لإمكان تحريك إجراء الحماية الخاصة، أن يكون مصدر الانتهاك مما يدخل في نطاق الاختصاصات المرسومة قانوناً للإدارة، هو الحفاظ على بقاء نظرية التعدي وإرساء نوع من المصالحة والتعايش بينهما.

4- تفرض التبعية الحالية لإجراء الحماية الخاصة لدعوى الإلغاء الإبقاء على نظرية التعدي، للإفادة من مزاياها، أخصها شمولية مصدر الانتهاك فيها ليُطال، بالإضافة إلى قرارات الإدارة، أعمالها المادية وأي تصرف آخر قد يصدر عنها سواء في صورة فعل أو امتناع.

2- بالنسبة للنطاق الإجرائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

أ- بالنسبة لإجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية والتحقيق فيه

1- يعتبر عقد الاختصاص بنظر طلب الحماية الخاصة إلى التشكيلة الجماعية التي تفصل في دعوى الموضوع مسلماً غير موفق من المشرع، لأن هذه الأخيرة لا تتماشى مع فلسفة وأهداف إجراء الحماية الخاصة، الذي ولما كان الغرض منه هو الحصول على حماية فائقة السرعة للحريات الأساسية المنتهكة من جانب الإدارة، فإنه يفترض التخلي عن نظام التشكيلة الجماعية لصالح مبدأ القاضي الفرد.

2- ترتب على تبعية طلب الحماية الخاصة لدعوى الإلغاء، تقييد ميعاد رفعه بالمجال الزمني الممتد بين رفع دعوى الإلغاء والحكم فيها، وهو أمر من شأنه أن يفقد هذا النظام الجاذبية الإجرائية المعترف له بها.

3- إن إلزام المشرع لقاضي الاستعجال الإداري بعقد جلسة علنية ووجاهية عند التحقيق في طلب الحماية الخاصة في جميع الأحوال ودون استثناء، يتنافى مع مبدأ حسن إدارة العدالة الإدارية.

ب- بالنسبة لإجراءات الحكم في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية

1- وفق المشرع عندما حدد حالات الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية على سبيل الحصر، ولم يتركها لسلطة القاضي التقديرية.

2- أصاب المشرع عندما رتب على انتقاء شرط الاستعجال الحكم برفض طلب الحماية الخاصة وليس الحكم بعدم الاختصاص، لأن قاضي الاستعجال الإداري لا يشكل جهة قضائية متميزة وقائمة بذاتها، بل هو قاض داخل الجهة القضائية التي يتبعها، كما أن توحيد جهة التقاضي بين قضاء الموضوع وقضاء الاستعجال يفرض مثل هذا الحل.

- 3- ترتب على تبعية طلب الحماية الخاصة لدعوى الإلغاء في النظام القانوني الجزائري، إعدام سلطة الأمر التي اعترفت بها المادة 920 من ق.إ.م.إ لقاضي الحماية الخاصة، حيث وبحكم قصر وسيلة الانتهاك على قرارات الإدارة فقط دون أعمالها المادية، فإن السلطة التي يحوزها قاضي الحماية الخاصة لن تتعدى وقف تنفيذ القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية.
- 4- تعتبر سلطة الأمر التي أعطاهها المشرع لقاضي الحماية الخاصة للحرية الأساسية سلطة وهمية، لا تظهر إلا على مستوى النص القانوني، ذلك أن جلّ ما يملكه القاضي في هذا الإجراء، هو وقف تنفيذ القرار الإداري الذي انتهك الحرية الأساسية وتوجيه أوامر تنفيذية إلى الإدارة لحملها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم الوقف، دون أن تتعداها إلى توجيه أوامر أصلية.
- 5- تمتاز وسيلتي الغرامة التهديدية وتجريم واقعة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية بفعالية منقوصة في تحقيق أهدافها في حمل الإدارة على الانصياع لأحكام وأوامر القضاء الصادرة ضدها.
- 6- ترتب على اشتراط المشرع ضرورة توافر عدم مشروعية موصوفة بالوضوح في الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية، نتيجة تصطدم مع الأصول المستقرة في الإجراءات القضائية المستعجلة، هي الكشف مسبقا عن موقف قاضي الإلغاء عند تصديه لدعوى الموضوع.
- 7- إن تفتيت المشرع للنظام الإجرائي للطعن بالاستئناف في أوامر الحماية الخاصة بين نص المادتين 937 من ق.إ.م.إ (أوامر الحماية القضائية بقبول الطلب) و938 (أوامر الحماية الصادرة برفض الطلب)، يتنافى مع هدف تبسيط الإجراءات القضائية المستعجلة.
- 8- كنتيجة شاملة لجميع النتائج السابقة، يمكن القول أن إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية في النظام القانوني الجزائري، وفي غياب أي فلسفة محددة متعلقة به من طرف المشرع، لا يعتبر قضاء استعجاليا للحرية الأساسية بالمعنى الدقيق للعبارة، وإنما هو قضاء لوقف تنفيذ القرارات الإدارية بشروط مشددة وإجراءات ميسرة.

ثانيا: الاقتراحات

بغرض إرساء حماية استعجالية فعلية للحريات الأساسية من انتهاكات الإدارة، أقدم بعض الاقتراحات سواء للمشرع أو للقاضي الإداري، غرضها تلافي بعض أوجه القصور التي تشوب النظام القانوني الحالي لإجراء الحماية الخاصة، وذلك كما يلي:

أ - بالنسبة للنطاق الموضوعي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

- 1- أوصي المؤسس الدستوري الجزائري بالتخلي عن الاستعمال المضطرب والرمزي لمفهوم الحرية الأساسية، كونه أضفى غموضا وضبابية على هذا المفهوم وخلق صعوبة في تأصيل مدلول الحرية الأساسية مجال أعمال إجراء الحماية الخاصة.
- 2- أقترح على القاضي الإداري تبني المعيار المختلط المقترح في متن هذه الدراسة لتحديد مدى أساسية الحرية المطلوب حمايتها وفق إجراء الحماية الخاصة، كونه يتماشى مع التقاليد القانونية والقضائية في الجزائر، من جهة، ويسمح بتوسيع قائمة الحريات القابلة للحماية وفق هذا الإجراء، من جهة ثانية.
- 3- أقترح على القاضي الإداري تبني مفهوم لشرط الاستعجال خاص بإجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ومتميز عن مفهومه في دعوى وقف التنفيذ.
- 4- أهيب بالقاضي الإداري أعمال نظرية ميزان المصالح في مجال تقدير شرط الاستعجال بحذر وفي أضيق نطاق، حتى لا تتحول المصلحة العامة إلى ذريعة لإضفاء المشروعية على انتهاكات الإدارة الخطيرة وواضحة عدم المشروعية، وأداة لإهدار الحريات الأساسية للأفراد.
- 5- أوصي المشرع باستدراك الإغفال الواقع في الصياغة العربية لنص المادة 920 من ق.إ.م.إ، والذي ترتب عنه سقوط وصف الوضع المتعلق بشرط عدم مشروعية الانتهاك، وذلك انسجاما مع الصياغة الفرنسية للنص التي تضمنت هذا الشرط، وكذلك مع فلسفة إجراء الحماية الخاصة.
- 6- أقترح على المشرع تعديل نص المادة 920 من ق.إ.م.إ لإضافة أشخاص القانون الخاص المكلفة بتسيير مرفق عمومي إلى الأشخاص المعنوية العامة التقليدية مصدر الانتهاك للحريات الأساسية.
- 7- أهيب بالمشرع حذف الشرط المتعلق بوجوب دخول القرار الإداري مصدر الانتهاك للحرية الأساسية ضمن نطاق اختصاصات أو سلطات الشخص المعنوي العام من نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، وذلك لانقضاء الحكمة منه في النظام القانوني الجزائري.
- 8- أقترح على المشرع إلغاء نظرية التعدي من المنظومة القانونية الإدارية الوطنية، لأن بقاءها إلى جانب إجراء الحماية الخاصة ينطوي على إسراف في الإجراءات لا جدوى منه. غير أن هذه التوصية مقيدة بضرورة إدخال تعديلات على إجراء الحماية الخاصة، أخصها فصله عن دعوى الإلغاء وجعله طلبا أصليا أو مستقلا.

ب - بالنسبة للنطاق الإجرائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية

- 1- أوصي المشرع بتعديل نص المادة 917 من ق.إ.م.إ لإقرار مبدأ القاضي الفرد فيما يتعلق بجهة الاختصاص بالطلبات المستعجلة بدلا من التشكيلة الجماعية المنوطة بالببت في دعوى الموضوع.
- 2- أقتراح على المشرع إضافة نص قانوني يحدد كيفية تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية، وأقتراح في هذا الشأن تبني مبدأ وجوبية تقديم الطلب في عريضة متميزة ومستقلة عن عريضة دعوى الإلغاء. وعليه، تكون الصياغة المقترحة للمادة كما يلي: "تقدم الطلبات الرامية لاستصدار التدابير المنصوص عليها في المادة 920 أعلاه بعريضة مستقلة".
- 3- أقتراح على المشرع تعديل نص المادة 920 من ق.إ.م.إ لحذف الشرط المتعلق بتبعية طلب الحماية الخاصة لدعوى الإلغاء، كونه أصاب إجراء الحماية الخاصة بالقصور في تحقيق أهدافه في تكريس حماية فعلية للحريات الأساسية.
- 4- أوصي المشرع بتعديل نص المادة 920 من ق.إ.م.إ للنص على الجزاء المترتب على عدم التزام قاضي الحماية الخاصة بأجل 48 ساعة عند الفصل في الطلب، لأن من شأن هذا الفراغ التشريعي إثارة التساؤلات حول مدى إلزامية هذا الأجل بالنسبة للقاضي من عدمه.
- 5- أهيب بالمشرع تعديل نص المادة 924 من ق.إ.م.إ لإقرار فكرة التصفية المسبقة للطلبات المستعجلة المؤكد رفضها، وذلك بغير مواجهة أو عقد جلسة علنية. وعليه، تكون الصياغة المقترحة لهذا التعديل كما يلي: "خلافًا لأحكام المادة 923 أعلاه، عندما لا يتوافر الاستعجال في الطلب، أو عندما يظهر بوضوح أنه يخرج عن اختصاص الجهة القضائية الإدارية أو أنه غير مقبول أو غير مؤسس، برفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بموجب أمر مسبب".
- 6- كتوصية مكملة للتوصية السابقة، أقتراح على المشرع إضافة نص قانوني، مضمونه جعل أوامر الرفض الصادرة بناء على التصفية المسبقة لطلبات الحماية الخاصة قابلة للطعن فيها بالنقص، وذلك كضمانة قانونية لعدم تعسف القضاة ومبالغتهم في اللجوء إلى هذا الإجراء. وعليه، تكون الصياغة المقترحة لهذا النص كما يلي: " تخضع الأوامر الصادرة طبقا لأحكام المادة 924 أعلاه للطعن بالنقص أمام مجلس الدولة".
- 7- تماشيا مع هدف تبسيط الإجراءات القضائية المستعجلة، أوصي المشرع بإعفاء الطلبات الرامية إلى تعديل الأوامر الاستعجالية من وجوبية التمثيل بمحام، لأنها طلبات بسيطة لا تثير أية إشكالات قانونية معقدة تفرض صياغتها من قبل محام.

8- أوصي المشرع بتعديل نص المادة 936 من ق.إ.م.إ لإقرار إمكانية الطعن بالنقص في الأوامر الصادرة بشأن طلبات تعديل الأوامر الاستعجالية، وذلك منعا للتحصين المطلق لهذه الأوامر ضد الرقابة أو التعقيب.

10- أهيب بالمشرع العدول عن قاعدة تبعية طلب الحماية الخاصة لدعوى الإلغاء، والنص على جعله طلبا أصليا ومستقلا حتى يستوعب أعمال الإدارة المادية وعقودها الإدارية، ومن ثم تفعيل سلطة الأمر التي منحتها المادة 920 من ق.إ.م.إ لقاضي الحماية الخاصة.

11- حرصا على ضمان تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية واحترام حجية الشيء المقضي به، أقترح على المشرع أن يجعل دفع الغرامة التهديدية من الذمة المالية الخاصة للموظف الممتنع عن التنفيذ بدلا من خزينة الشخص المعنوي.

12- أقترح على المشرع إعفاء الطلبات الرامية إلى توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة جراء امتناعها عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها من وجوبية التمثيل بمحام، لأنها طلبات بسيطة لا تثير أية إشكالات قانونية تفرض صياغتها من قبل محام.

13- أهيب بالمشرع توحيد النظام الإجرائي للطعن بالاستئناف في أوامر الحماية الخاصة، من خلال تعديل نص المادة 1/937 من ق.إ.م.إ ليشمل أوامر الحماية الخاصة الصادرة برفض الطلب. وعليه، تكون الصياغة المقترحة كما يلي: "تخضع الأوامر الصادرة سواء بقبول الطلب أو برفضه طبقا لأحكام المادة 920 أعلاه للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة خلال خمسة عشر يوما التالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ".

14- أوصي المشرع بالنص صراحة على جواز الطعن بالمعارضة في أوامر الحماية الخاصة الصادرة عن مجلس الدولة، وعدم جوازه بالنسبة للأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، كون هذه الأخيرة تقبل الطعن عليها بالاستئناف.

15- أوصي المشرع بالنص صراحة على جواز الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد أوامر الحماية الخاصة للحرية الأساسية.

16- كتوصية أخيرة، أقترح بناء على التعديلات المقترحة سابقا على نص المادة 920 من ق.إ.م.إ، أن تكون صياغتها كما يلي: "يمكن لقاضي الاستعجال، بناء على طلب يبرره الاستعجال، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية من أي انتهاك خطير وواضح عدم المشروعية، يقع من أحد الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقتضاتها لاختصاص الجهات القضائية

الإدارية أو الأشخاص المكلفة بتسيير مرفق عمومي. يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل 48 ساعة من تاريخ تسجيل الطلب وذلك تحت طائلة البطلان".

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

1- النصوص الرسمية

أ- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996 المعدل والمتمم.

ب - الاتفاقيات الدولية

1- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، (اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22000 المؤرخ في 1966/12/16، ودخل حيز النفاذ في 1976/03/23).

2- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، (اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 22000 المؤرخ في 1966/12/16، ودخل حيز النفاذ في 1976/01/03).

3- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، (تم تبنيه من طرف مجلس الرؤساء الأفارقة في الدورة 18 في نيروبي في جوان 1981، ودخل حيز النفاذ في 21 أكتوبر 1986).

4- الميثاق العربي لحقوق الإنسان، (اعتمد من طرف مجلس الجامعة العربية في 1994/09/15، وتمت المصادقة عليه من طرفه بتاريخ 2004/05/23).

ج - القوانين العضوية

1- القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، (ج.ر.ج.ج، عدد 37 المؤرخة في 1 يونيو 1998).

2- القانون العضوي رقم 11 / 13 المؤرخ في 26 يوليو 2011 يعدل ويتم القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، (ج.ر.ج.ج، عدد 43 المؤرخة في 3 أوت 2011).

د - القوانين والأوامر

1- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 3 مايو 1988 يعدل ويتم القانون المدني (ج.ر.ج.ج، العدد 18 لسنة 1988).

2- القانون رقم 91-11 المؤرخ في 1991/04/22 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية، (ج. ر.ج.ج، عدد 21 المؤرخة في 8 مايو 1991).

- 3- القانون رقم 08/01 المؤرخ في 26/06/2001 يعدل ويتم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 والمتضمن قانون العقوبات، (ج. ر. ج. ج، عدد 34 بتاريخ 27/06/2001).
- 4- القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (ج. ر. ج. ج، عدد 14 بتاريخ 8 مارس 2006).
- 5- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج. ر. ج. ج، عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008).
- 6- القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، (ج. ر. ج. ج، عدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016).
- 7- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، (ج. ر. ج. ج، عدد 47 المؤرخة في 9 يونيو 1966).
- 8- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، (ج. ر. ج. ج، عدد 48 بتاريخ 10 جوان 1966).
- 9- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، (ج. ر. ج. ج، عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966).
- 10- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (ج. ر. ج. ج، عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975).
- 2- الأعمال التحضيرية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية
 - 1- ملحق الجلسة العلنية للمجلس الشعبي الوطني المنعقدة يوم الأحد 6 يناير 2008 والمتضمن ملاحظات واقتراحات لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات عن مشروع القانون المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى، رقم 47 المؤرخة في 28 جانفي 2008).
 - 2- وزارة العدل، مشروع قانون يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
 - 3- كلمة السيد وزير العدل حافظ الأختام أمام نواب المجلس الشعبي الوطني في الجلسة العلنية المنعقدة يوم 06 جانفي 2008 أثناء تقديم مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى، رقم 47 المؤرخة في 28 جانفي 2008).

3- الكتب

- 1- أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 2- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وخالد بيوض، الطبعة الخامسة، د.م.ج، الجزائر، 2003.
- 3- أغليس بوزيد، التحقيق في دعاوى القضاء الإداري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
- 4- بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة، الجزائر، 1993.
- 5- بشير محمد، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام الإدارية في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 1995.
- 6- حسينة شرون، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- 7- حمدي ياسين عكاشة، الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 8- رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 9- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية - شروط قبول الدعوى الإدارية -، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 2006.
- 10- سامي جمال الدين، دعوى إلغاء القرارات الإدارية، مؤسسة حورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2015.
- 11- سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
- 12- شريف يوسف خاطر، دور القضاء الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 13- طارق زيادة، القضاء المستعجل بين النظرية والتطبيق - دراسة مقارنة -، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1993.
- 14- عبد الحكيم حسن العدلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام - دراسة مقارنة -، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.

- 15- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشرعية الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 16- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الطلبات المستعجلة في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 17- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري "الأسباب والشروط"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 18- عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري - دراسة مقارنة -، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 19- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 20- عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 21- عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 22- عصمت عبد الله الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 23- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني-الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 24- عمار بوضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- 25- عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - دراسة تشريعية وقضائية وفقهية -، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 26- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني- نظرية الدعوى الإدارية -، د.م.ج، الجزائر، 1998.
- 27- عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002.
- 28- عمر الحفصي فرحاتي وآخرون، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012.

- 29- عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية في تونس، الطبعة الثانية، سراس للنشر، تونس، 1998.
- 30- غنية نزلي، سلطات قاضي الاستعجال الإداري في دعوى حماية الحريات الأساسية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.
- 31- الغوثي بن ملح، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري، الطبعة الأولى، د.و.أ.ت، الجزائر، 2000.
- 32- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الإداري-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- 33- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 34- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية-وسائل المشروعية-، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 35- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- 36- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري - دعوى الإلغاء-، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2007.
- 37- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2009.
- 38- محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- 39- محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 40- محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثاني - دعوى الإلغاء-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 41- محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 42- محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.

- 43- محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى- نظرية الخصومة- الإجراءات الاستثنائية)، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر، 1998.
- 44- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول- الهيئات والإجراءات-، د.م.ج، الجزائر، 2013.
- 45- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني- نظرية الاختصاص-، د.م.ج، الجزائر، 2013.
- 46- معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
- 47- منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزاء لعدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
- 48- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، الكتاب الثاني- نظرية الحق-، دار النهضة العربية، بيروت، د.س.
- 49- يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراتها الحديثة - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 4- المقالات العلمية
- 1- رمضان غناي، " الإشكال في تنفيذ قرار إداري و الجهة المختصة في الفصل فيه "، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 4.
- 2- سليمة قزلان، " توسيع سلطات القاضي الإداري للاستعجال في توجيه أوامر للإدارة لحماية الحريات الأساسية. قانون 09/08 (ق. إ. م.إ) تفعيل للعدالة الإدارية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2011، عدد 4.
- 3- فارس علي عمر، "التدخل في الدعوى المدنية"، مجلة الرافدين للحقوق، 2009، المجلد 11، العدد 41.
- 4- محمد بركات، "عوارض الخصومة في ظل القانون 09/08"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، العدد 8.
- 5-"مهند نوح، "القاضي الإداري والأمر القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20، العدد 2.

5- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ - رسائل الدكتوراه

- 1- بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر -، 1998.
- 2- سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2011.
- 3- عقبة حسن سلطون، وقف تنفيذ القرارات الإدارية - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2010.
- 4- عمور سلامي، "سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011.
- 5- فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة -، 2010-2011.
- 6- محمد كمال الدين منير، "قضاء الأمور الإدارية المستعجلة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1988.
- 7- نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية في الجزائر - تونس - مصر، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014.

ب - مذكرات الماجستير

- 1- شفيقة بن كسيرة، وقف تنفيذ القرارات الإدارية وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس سطيف، 2004.
- 2- محمد الصالح خراز، ضوابط الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال الإداري في النظام القضائي الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.

6- الملتقيات

- 1- بدر الدين شبل، "مفاهيم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وعلاقتها بنطاق حمايتها"، مداخلة أقيمت بالملتقى الدولي الثالث بعنوان "دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية" يومي 28 و 29 أبريل 2010، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي.

2- عبد الحكيم بوشكيوة ، " مدى فعالية القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية في ظل امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية"، مداخلة أُلقيت بالملتقى الوطني الثالث بعنوان " دور القاضي الإداري في حماية الحريات الأساسية " يومي 28 و 29 أبريل 2010 بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي.

3- فاروق خلف، " إجراءات تقديم طلب توجيه أمر للإدارة لحماية الحريات الأساسية و الحكم فيه "، مداخلة أُلقيت بالملتقى الوطني الثالث بعنوان " دور القاضي الإداري في حماية الحرية الأساسية " يومي 28 و 29 أبريل 2010 بمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي.

7- الأحكام والقرارات القضائية

أ- المحكمة العليا

1- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 18614 صادر بتاريخ 16 ماي 1981، (قضية والي ولاية ... ضد/ فريق ج. س).

2- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف إداري رقم 23763 بتاريخ 16 ماي 1981، (قضية مؤسسة أ.ع. ب ضد/ والي ولاية ... و وزير الداخلية).

3- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف إداري رقم 29332 بتاريخ 25 ديسمبر 1982، قضية والي... ضدّ (ف.ي)، المجلة القضائية، 1989، العدد 3.

4- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف رقم 420/50، فهرس رقم 1984، (قضية رئيس بلدية القصر ضد/ د.ب.ع.أ).

5- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار صادر بتاريخ 12/01/1985، قضية المقاوله العمومية لأشغال المياه ضد وزارة الصحة العمومية، المجلة القضائية، 1990، العدد 1.

6- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 369 07 صادر بتاريخ 15 /06/1985، المجلة القضائية، 1989، العدد 3.

7- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 92189 صادر بتاريخ 22 مارس 1992، (قضية ح. ح ضد/ والي ولاية ... ومن معه).

8- الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، قرار رقم 115284 بتاريخ 13/04/1997، المجلة القضائية، 1998، العدد 1.

ب- مجلس الدولة

1- مجلس الدولة، قرار رقم 009451 بتاريخ 30 أبريل 2002، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2

- 2- مجلس الدولة، قرار رقم 103772 بتاريخ 14 أوت 2002، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2.
- 3- مجلس الدولة، قرار رقم 007304 بتاريخ 23 سبتمبر 2002، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2.
- 4- مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار بتاريخ 2003/04/01، ملف رقم 007989.

ج- محكمة التنازع

- 1- محكمة التنازع، قرار مؤرخ في 08/05/2000، بلدية راييس حميدو ومقاوله إنجاز السكنات، مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 1.
- 2- محكمة التنازع، قرار مؤرخ في 17/07/2005، بلدية قالمة، مجلة مجلس الدولة، 2006، العدد 8.

8- المجلات القضائية

- 1- المجلة القضائية، 1989، العدد 3.
- 2- المجلة القضائية، 1990، العدد 1.
- 3- المجلة القضائية، 1997، العدد 1.
- 4- المجلة القضائية، 1998، العدد 1.
- 5- مجلة مجلس الدولة، 2002، العدد 2.

ثانيا: باللغة الفرنسية

A- LES TRAVAUX PREPARATOIRES DE LA REFORME DU 30 JUIN 2000.

- 1- René GARREC, Rapport Sénat sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, n°380, annexe au procès-verbal de la séance du 26 mai 1999.

B- OUVRAGES

- 1- Alain SERIAUX et autres, **Droits et libertés fondamentaux**, ellipses, Paris, 1998.
- 2- Charles DEBBACH et Jean-Claude RICCI, **contentieux administratif**, 8ème éd., Dalloz, Paris, 2001.
- 3- Dominique TURPIN, **les libertés publiques**, 4^{ème} éd., Gualino éditeur, Paris, 1999.

- 4-Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, **théorie générale des droits fondamentaux**, L.G.D.J, Paris, 2004.
- 5- Jean DABIN, **Le droit subjectif**, Dalloz, Paris, 1952.
- 6- Jean- Jacques ISRAEL, **droit des libertés fondamentales**, L.G.D.J, Paris, 1998.
- 7- Louis FAVOREU et alii, **Droit des libertés fondamentales**, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2002.
- 8- Louis FAVOREU et alii, **Droit constitutionnel**, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2002.
- 9- Louis FAVOREU et autres, **Droit des libertés fondamentales**, 1^{re} éd., Dalloz, Paris, 2000.
- 10-Marie-Christine ROUAULT, **Contentieux administratif**, Larcier, Bruxelles, Belgique, 2015.
- 11- Marie-Christine ROUAULT, **droit administratif**, Gualino éditeur, Paris, 2005.
- 12- Olivier GOHIN, **Contentieux administratif**, 6 éd., Litec, Paris, 2009.
- 13-Olivier LE BOT, **La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé- liberté**, L.G.D.J, Paris, 2007.
- 14- Pierre-Henri PRELOT, **Droit des Libertés fondamentales**, Hachette, Paris, 2010.
- 15-René CHAPUS, **Droit du contentieux administratif** ,12ème éd., Montchrestien, Paris, 2006.
- 16- Xavier BIOY, **Droits fondamentaux et libertés publiques**, Montchrestien, Paris, 2013.
- 17- Xavier DUPRE DE BOULOIS, **droits et libertés fondamentaux**, PUF, Paris, 2010.

C- ARTICLES

- 1-Benoit CAVIGLIOLI, « **le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence** », A.J.D.A, 7 avril 2003.
- 2-Benoit PLESSIX, « **le caractère provisoire des mesures prononcées en référé** », R.F.D.A, janvier – février 2007, n° 1.
- 3-Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « **les Procédures d'urgence et le langage du droit** », R.F.D.A, mars–avril 2002, n° 2.
- 4- Bertrand SEILLER, « **Le juge unique** », A.J.D.A, 25 juin 2012.
- 5-Camille BROUELLE, « **Les mesures ordonnées en référé** », R.F.D.A, janvier – février 2007, n°1.

- 6-Claudie BOITEAU, « **Le juge unique en droit administratif** », R.F.D.A, janvier- février 1996, n° 1.
- 7- Cyril CLEMENT, « **Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000** », L.P.A, 10 aout 2000, n°159.
- 8- Elisabeth GUIGOU, « **Clôture du colloque** » du 2ème centenaire du Conseil d'Etat, R.A, 2000, numéro spécial 3.
- 9- Etienne PICARD, « **L'émergence des droits fondamentaux en France** », A.J.D.A, 1998, numéro spécial.
- 10- Franck MODERNE, « **Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle?**», R.F.D.A, 1990.
- 11- François BRENET, « **La notion de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA** », R.D.P, 2003, n°6.
- 12- Frédéric THIRIEZ, « **Le projet de loi relative aux procédures d'urgence devant le juge administratif** », L.P.A, 21 Avril 1999, n° 79.
- 13-Geneviève GONDOUIN, « **L'oralité dans la procédure de référé** », R.F.D.A, janvier- février 2007, n° 1.
- 14- Gilles BACHELIER, « **Le référé-liberté** », R.F.D.A, mars-avril 2002.
- 15-Guillaume GLENARD, « **Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative** », A.J.D.A, 10 novembre 2003.
- 16-Jean BARTHELEMY, « **Les référés non subordonnés à la condition d'urgence** », R.F.D.A, mars-avril, 2002, n°2.
- 17-Jean-François SESTIER, « **la pratique du référé : la perception par le barreau** », R.F.D.A, janvier-février 2007, n°1.
- 18- Karine BUTERI, « **la condition d'urgence dans la procédure du référé – suspension** », L.P.A, 20 décembre 2001, n° 253.
- 19- Louis FAVOREU, « **La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés** », Le Dalloz, 2001, n° 22.
- 20- Lucienne ERSTEIN, « **Instruction des référés** », R.F.D.A, janvier-février 2007, n° 1.
- 21- Marjolaine FOULETIER, « **La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives** », R.F.D.A, septembre-octobre 2000, n° 5.
- 22- Michel FROMONT, « **Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences** », R.F.D.A, mai-juin 2002.

- 23- N.CHAHID-NOURAI et C. LAHAMI-DEPINAY, « **L'urgence devant le juge administratif : premières applications des articles L.521-1 et L.521-2 nouveaux du code de justice administrative** », L.P.A, 12 février 2001, n° 30.
- 24- Olivier DUGRIP, « **Les procédures d'urgence: l'économie générale de la réforme** », R.F.D.A, mars-avril 2002, n° 2.
- 25-Olivier LE CUCQ, « **Le juge du référé-liberté, protecteur des demandeurs d'asile** », A.J.D.A, 22 septembre 2003.
- 26- Patrice CHRETIEN, « **la notion d'urgence** », R.F.D.A, janvier- février 2007, n° 1.
- 27- Patrick WACHSMANN, « **L'atteinte grave à une liberté fondamentale** », R.F.D.A, janvier-février 2007.
- 28- Paul CASSIA, « **L'examen de la légalité en référé-suspension et en référé-liberté** », R.F.D.A, janvier- février 2007, n°1.
- 29- Roland VANDERMEEREN, « **les procédures d'urgence devant le juge administratif en matière de contrats publics à la veille de l'entrée en vigueur de la loi de 30 juin 2000** », B.J.D.C.P, 2000, n°13.
- 30-Roland VANDERMEEREN, « **la réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif** », A.J.D.A, 2000.
- 31- Sophie OVERNEY, « **le référé suspension et le pouvoir de régulation du juge** », A.J.D.A, 20 septembre 2001.
- 32-Valérie OGIER-BERNAUD, « **Le référé – suspension et la condition d'urgence** », R.F.D.A, mars-avril 2002, n°2.
- 33-Tomas PEZ, « **Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté** », R.F.D.A, mars-avril 2003.

D-Thèses

- 1-Céline COUDERT, **Réflexions sur le concept de fundamentalité en droit public français**, Thèse doctorale en droit public, Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, Université d'Auvergne, France, 2011.
- 2-Julien PIASECKI, **L'office du juge administratif des référés: Entre mutations et continuité jurisprudentielle**, Thèse doctorale en droit public, Faculté de Droit de Toulon, Université du Sud-Toulon Var, France, 2008.

E- COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE ET CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT

a)- Conseil d'Etat

- 1- Michel VERPEAUX, note sous CE, sect.,18 janvier 2001, Commune de Venelles c/ M. Morbelli, R.F.D.A, 17 année, mai-juin 2001, n° 3.

- 2- Laurent TOUVET, concl. sur CE. section, 18 et 19 janvier 2001, confédération nationale des radios libres (1 espèce), Commune de Venelles (Bouches-du-Rhône) et Morbelli (2 espèce), R.F.D.A, 17 année, mars-avril 2001, n° 2.
- 3- Pascal FOMBEUR, concl. sur CE, Section ,28 février 2001, Casanova », R.F.D.A, 17 année, mars-Avril 2001, n° 2.
- 4- Didier CHAUVAUX, concl. sur CE, Sect., 28 février 2001, MM. Philippart et Lesage, R.F.D.A, 17 année, mars-avril 2001, n° 2.
- 5- Isabelle DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, Ministre de l'intérieur c/ Tliba, R.F.D.A, mars-avril 2002.
- 6-L.VALLEE, concl. sur CE, Sect., 29 novembre 2002, Communauté d'agglomération Saint-Etienne métropole, B.D.C.F, 2003, n° 28.
- 7- Gilles BACHELIER, concl. sur CE, 2 juillet 2003, Sté Outremer Finance Limited, A.J.D.A, 2003.
- 8- Sophie BOISSARD, concl. sur CE, ord., 26 Novembre 2003, Ministre de L'économie, des Finances et de L'industrie c/ M. Terlutte, A.J.D.A, 2004.

b)- Tribunal des conflits

- 1- Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN, chron. sous TC., 23 octobre 2000, M. Boussadar c/ Ministre des affaires étrangères, A.J.D.A, 20 février 2001.

F- LA JURISPRUDENCE

a)- Conseil d'Etat

- 1- CE, Sect. 18 Janvier 2001, Commune de Venelles (Bouches- du- Rhône) c/ Morbelli, R.F.D.A, 17 année, mai – juin 2001, n° 3.
- 2- CE, 31 Janvier 2001, n° 229644, Commune de Saint – Laurent-du-var/ SARL Cristal Marine.
- 3- CE, ord., 26 juin 2003, Conseil départemental de parents d'élèves de Meurthe-et-Moselle, R.F.D.A, 2003.
- 4- CE, ord., 24 février 2001, n° 230611.

b)- Conseil constitutionnel

- 1- CC, 21 Juillet 1994, n° 94-346 DC, Droits réels sur le domaine public.
- 2- CC, 29 Décembre 2003, n° 2003-488 DC, loi de finances rectificative pour 2003.

ثالثا: مواقع الانترنت

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do>

<https://www.univ-paris1.fr>

الفهرس

1	مقدمة
9	الباب الأول: النطاق الموضوعي للحماية الخاصة للحرية الأساسية
10	الفصل الأول: ماهية الحماية الخاصة للحرية الأساسية
10	المبحث الأول: تأصيل الحماية الخاصة للحرية الأساسية
11	المطلب الأول: نشأة الحماية الخاصة للحرية الأساسية وخصائصها
11	الفرع الأول: نشأة الحماية الخاصة للحرية الأساسية
11	أولاً: المبدأ التقليدي بحظر توجيه الأوامر للإدارة
13	ثانياً: مسار نشأة الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودوافع تكريسها
16	الفرع الثاني: خصائص الحماية الخاصة للحرية الأساسية
17	أولاً: الطابع التبعية للحماية الخاصة للحرية الأساسية
17	ثانياً: الطابع الاستثنائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية
	المطلب الثاني: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن أنظمة الحماية التقليدية لهذه الحرية
19	الفرع الأول: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية بطريق دعوى وقف التنفيذ
20	أولاً: أوجه التشابه بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودعوى وقف التنفيذ
21	ثانياً: أوجه الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ودعوى وقف التنفيذ ..
23	الفرع الثاني: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية وفق نظرية التعدي
23	أولاً: أوجه التشابه بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي
24	ثانياً: أوجه الاختلاف بين إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية ونظرية التعدي
	الفرع الثالث: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية وفق نظريتي الغصب والغلق الإداري
27	أولاً: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن الحماية وفق نظرية الغصب
29	ثانياً: تمييز إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية عن حالة الغلق الإداري
31	المبحث الثاني: مجال أعمال الحماية الخاصة للحرية الأساسية

المطلب الأول: الطابع المبهم وغير المحدد لمفهوم الحرية الأساسية.....	31
الفرع الأول: صعوبة تحديد مفهوم الحرية الأساسية	32
أولاً: امتناع المشرع عن الخوض في مفهوم الحرية الأساسية	32
ثانياً: الاستعمال المبهم وغير المنضبط لمفهوم الحرية الأساسية من طرف المؤسس الدستوري	33
ثالثاً: اقتراب مفهوم الحرية الأساسية من بعض المفاهيم المجاورة	35
الفرع الثاني: محاولات تحديد مفهوم الحرية الأساسية	39
أولاً: محاولات الفقه لتحديد مفهوم الحرية الأساسية.....	39
ثانياً: المفهوم القضائي للحرية الأساسية	41
المطلب الثاني: عناصر الحرية الأساسية	43
الفرع الأول: مقومات وجود الحرية كحق عام ذاتي	43
أولاً: الحماية القانونية للحرية الأساسية.....	44
ثانياً: المصلحة الفردية المحمية بواسطة الحرية الأساسية	52
ثالثاً: المستفيد من الحرية الأساسية.....	56
الفرع الثاني: معايير أساسية الحرية	61
أولاً: المعايير الفقهية لأساسية الحرية	61
ثانياً: المعيار القضائي لأساسية الحرية	64
ثالثاً: المعيار المقترح لإعماله في الجزائر بشأن أساسية الحرية	65
الفصل الثاني: شروط الحماية الخاصة للحرية الأساسية	68
المبحث الأول: شرط الاستعجال في الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	68
المطلب الأول: مفهوم شرط الاستعجال	69
الفرع الأول: صعوبة تحديد مفهوم الاستعجال	70
الفرع الثاني: محاولات تعريف الاستعجال	71
أولاً: التعريف الفقهي للاستعجال	72
ثانياً: التعريف القضائي للاستعجال	73
الفرع الثالث: خصوصية الاستعجال في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	76

77	أولاً: الرأي المؤيد للمفهوم الموحد لشرط الاستعجال
77	ثانياً: الرأي المؤيد للمفهوم الخاص لشرط الاستعجال
79	الفرع الرابع: طبيعة الضرر المبرر لتوافر شرط الاستعجال
80	أولاً: الضرر المادي والضرر المعنوي
80	ثانياً: الضرر الحال والضرر الاحتمالي
81	ثالثاً: الضرر الخطير والضرر اليسير
81	الفرع الخامس: إثبات الاستعجال
82	المطلب الثاني: تقدير شرط الاستعجال
83	الفرع الأول: التقدير الكلي للاستعجال
85	الفرع الثاني: التقدير الموضوعي للاستعجال
87	الفرع الثالث: التقدير الزمني للاستعجال
88	المطلب الثالث: عناصر قيام الاستعجال وانتفاؤه
88	الفرع الأول: عناصر قيام الاستعجال
88	أولاً: المعاينة المسبقة للانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية كعنصر لقيام الاستعجال
89	ثانياً: قيام الاستعجال في غياب المعاينة المسبقة للانتهاك الخطير وواضح عدم المشروعية
90	الفرع الثاني: عناصر انتفاء الاستعجال
90	أولاً: انتفاء الضرر الحال أو وشيك الوقوع
91	ثانياً: سلوك المدعي
92	ثالثاً: تعارض المصلحة الخاصة للطاعن مع المصلحة العامة
91	رابعاً: قيام الإدارة بتصحيح اعتدائها على الحرية الأساسية
93	المبحث الثاني: شرط الانتهاك للحرية الأساسية
93	المطلب الأول: عناصر الانتهاك للحرية الأساسية
94	الفرع الأول: العنصر المادي للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية
94	الفرع الثاني: العنصر الشخصي للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية
95	الفرع الثالث: العنصر الزمني الواقع على الحرية الأساسية
96	المطلب الثاني: شروط الانتهاك للحرية الأساسية

الفرع الأول: خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية.....	96
أولاً: طبيعة شرط خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية.....	97
ثانياً: عناصر قيام خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية.....	98
ثالثاً: عناصر انتفاء خطورة الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية.....	100
الفرع الثاني: عدم المشروعية الواضحة للانتهاك الواقع على الحرية الأساسية.....	101
أولاً: عدم مشروعية الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية.....	102
ثانياً: الطابع الواضح لعدم مشروعية الانتهاك الواقع على الحرية الأساسية.....	105
المطلب الثالث: مصدر الانتهاك للحرية الأساسية.....	112
الفرع الأول: الجهة الصادر عنها الانتهاك.....	113
أولاً: صدور الانتهاك عن أحد الأشخاص المعنوية العامة.....	113
ثانياً: صدور الانتهاك عن الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية.....	114
الفرع الثاني: وسيلة الانتهاك للحرية الأساسية.....	116
أولاً: وجوب أن تكون وسيلة الانتهاك قراراً إدارياً.....	117
ثانياً: دخول وسيلة الانتهاك في نطاق سلطات الشخص المعنوي العام.....	117
خلاصة الباب الأول.....	122
الباب الثاني: النطاق الإجرائي للحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	123
الفصل الأول: إجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية والتحقيق فيه.....	124
المبحث الأول: إجراءات تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	124
المطلب الأول: قواعد الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	125
الفرع الأول: قواعد الاختصاص النوعي بطلب الحماية الخاصة.....	125
أولاً: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية.....	125
ثانياً: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة.....	126
ثالثاً: القاضي المنوط بالفصل في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	130
الفرع الثاني: قواعد الاختصاص الإقليمي بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	132
الفرع الثالث: حدود الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وجزاء مخالفة قواعده.....	134

أولاً: حدود الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	134
ثانياً: جزاء مخالفة قواعد الاختصاص بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	135
المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بأطراف طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	137
الفرع الأول: الصفة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	137
الفرع الثاني: المصلحة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	141
الفرع الثالث: الأهلية في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	145
المطلب الثالث: الشروط الشكلية لطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	146
الفرع الأول: تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	146
أولاً: شكل طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	146
ثانياً: ميعاد تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	147
ثالثاً: مدى جواز تدخل طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية في المجال المحجوز لطلب وقف	
التنفيذ.....	148
رابعاً: مدى جواز الجمع بين طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وطلب وقف التنفيذ	151
الفرع الثاني: أن تكون دعوى الإلغاء منشورة أمام قاضي الموضوع.....	152
المطلب الرابع: كيفية تقديم طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	154
الفرع الأول: مرحلة إعداد عريضة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	154
أولاً: أن تكون العريضة مكتوبة.....	155
ثانياً: أن تتضمن العريضة الجهة القضائية المختصة وأطراف الخصومة.....	156
ثالثاً: أن تتضمن العريضة ملخص الموضوع ومستندات الطلب.....	156
رابعاً: أن تكون العريضة موقعة من قبل محام.....	157
الفرع الثاني: مرحلة تبليغ عريضة طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	158
المبحث الثاني: إجراءات التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	158
المطلب الأول: مقومات التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	159
الفرع الأول: الطابع الكتابي أو الشفوي للتحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية..	159
الفرع الثاني: الطابع الاستقصائي للتحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	161
الفرع الثالث: سرعة التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية.....	162

أولاً: ضرورة الانتهاء من التحقيق خلال مدة محددة	163
ثانياً: ضرورة التوقف عند ظاهر الأوراق	165
الفرع الرابع: وجاهية وعلنية التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	167
أولاً: وجاهية التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	167
ثانياً: علنية التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	170
المطلب الثاني: عوارض التحقيق في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	172
الفرع الأول: الطلبات المقابلة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	173
أولاً: مدلول الطلبات المقابلة	173
ثانياً: مدى إمكانية وجود الطلبات المقابلة في إجراء الحماية الخاصة للحرية الأساسية	174
الفرع الثاني: التدخل الاختياري والإدخال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	174
أولاً: التدخل الاختياري في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	175
ثانياً: الإدخال في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	176
الفرع الثالث: التنازل عن الخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	177
أولاً: مدلول التنازل عن الخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	177
ثانياً: قواعد التنازل عن الخصومة في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	177
الفرع الرابع: القبول بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	178
أولاً: مدلول القبول بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	178
ثانياً: قواعد القبول بطلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	179
الفصل الثاني: إجراءات الحكم في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	180
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	180
المطلب الأول: الطابع الوقتي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	181
الفرع الأول: مدلول الطابع الوقتي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	181
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الطابع الوقتي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	182
المطلب الثاني: الطابع القطعي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	185

الفرع الأول: مدلول الطابع القطعي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	185
الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الطابع القطعي للحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	186
المبحث الثاني: مضمون الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية و تنفيذه	186
المطلب الأول: مضمون الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	187
الفرع الأول: الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	187
أولاً: حالات الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	187
ثانياً: ضمانات الحكم برفض طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	188
الفرع الثاني: الحكم بالإجراء اللازم لحماية الحرية الأساسية	192
أولاً: نطاق سلطات القاضي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	192
ثانياً: حدود سلطات القاضي في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	198
المطلب الثاني: تنفيذ الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	198
الفرع الأول: كيفية تنفيذ الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	199
الفرع الثاني: الوسائل القانونية الضامنة لتنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية ..	202
أولاً: الغرامة التهديدية كوسيلة ضامنة لتنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية	202
ثانياً: الوسيلة الجزائية كآلية ضامنة لتنفيذ حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية	213
المبحث الثالث: آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية وطرق الطعن فيه	216
المطلب الأول: آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	216
الفرع الأول: آثار الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية على الحكم في دعوى الإلغاء	217
الفرع الثاني: آثار الحكم في دعوى الإلغاء على الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	219

المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	220.....
الفرع الأول: الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	220.....
أولاً: الحكمة من إجازة الطعن بالاستئناف في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية .. 221	222.....
ثانياً: النظام القانوني للاستئناف في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية .. 222	222.....
الفرع الثاني: طرق الطعن الأخرى في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	231.....
أولاً: الطعن بالمعارضة في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية ... 232	235....
ثانياً: الطعن بالنقض في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية 235	237.....
ثالثاً: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	239.....
رابعاً: التماس إعادة النظر في الحكم الصادر في طلب الحماية الخاصة للحرية الأساسية	241.....
خامساً: الطعن التصحيحي للأخطاء المادية في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية . 241	243.....
سادساً: الطعن التفسيري في حكم الحماية الخاصة للحرية الأساسية .. 243	244.....
خلاصة الباب الثاني .. 244	246.....
الخاتمة .. 246	253.....
قائمة المصادر و المراجع .. 253	266.....
الفهرس .. 266	

الملخص:

يعتبر إجراء الحماية الخاصة طريقاً استثنائياً، استحدثه المشرع بمقتضى المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك لبسط الحماية على الحريات الأساسية المنتهكة من جانب السلطات الإدارية. وقد شيد هذا الإجراء لمواجهة الوضعيات التي تتسم، بحكم جسامتها، بالاستثنائية، حيث استلزم المشرع، لإمكانية تفعيله، ضرورة وقوع انتهاك موصوف بالخطورة وعدم المشروعية الواضحة من جانب الإدارة أثناء ممارستها لصلاحياتها على إحدى الحريات الأساسية للمدعي، يستوجب ويبرر ضرورة تدخل قاضي الاستعجال الإداري لرفعه خلال أجل متناه في القصر.

وقد أعطى المشرع للمدعي، وفق هذا الإجراء، مكنة الحصول على حماية فائقة السرعة لحريته. أما بالنسبة لسلطات القاضي، فرغم أن المشرع أطلقها لتصل إلى حد توجيه الأوامر للإدارة، إلا أن خاصية تبعية هذا الإجراء لدعوى الإلغاء، من شأنها الحد من فعاليته بفعل التضييق من نطاق سلطات القاضي وقصرها فقط على صلاحية وقف التنفيذ دون صلاحية توجيه الأوامر للإدارة.

Résumé:

La procédure de la protection particulière est une voie dérogatoire et entièrement nouvelle, prévue par le législateur en vertu de l'article 920 du code de procédure civile et administrative, pour conférer la protection aux libertés fondamentales violées par les autorités administratives. Cette procédure est conçue pour faire face à des situations, qui par leur gravité, présentent un caractère exceptionnel, où le législateur exigeait, pour la mise en œuvre de cette procédure, qu'une atteinte grave et manifestement illégale soit portée par les autorités administratives, dans l'exercice de leurs pouvoirs, à une liberté fondamentale du demandeur, et nécessite l'intervention du juge du référé à très bref délai pour la faire cesser.

Le législateur a accordé, conformément à cette procédure, au demandeur, la possibilité d'obtenir une protection très rapide à sa liberté. Quant aux pouvoirs du juge, bien que le législateur l'ait étendu au point d'adresser des injonctions à l'administration, le caractère de la dépendance de cette procédure au recours en annulation réduirait son efficacité, en limitant les pouvoirs du juge seulement dans le pouvoir de suspendre l'exécution sans pouvoir adresser des injonctions à l'administration.