

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم: الشريعة والقانون
تخصص: المؤسسات السياسية
والإدارية



جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية - قسنطينة
رقم التسجيل:
الرقم التسلسلي:

مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري -

مذكرة مكملة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية
تخصص: المؤسسات السياسية والإدارية

إشراف الأستاذ الدكتور:

سمير جاب الله

إعداد الطالبة:

كتيبة طوبال

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. سمير فرقاني	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة	رئيسا
أ.د. سمير جاب الله	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة	مشرفا ومقررا
د. ليلي بن بغيلة	أ.محاضر	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة	عضوا
أ.د. هشام بن ورزق	أستاذ	جامعة محمد لمين دباغين جامعة سطيف 2	عضوا
أ.د. عبد المجيد بوكركب	أستاذ	جامعة الحاج لخضر باتنة 01	عضوا
د. مفيدة لمزري	أ.محاضر	المركز الجامعي عبد الحفيظ بوصوف ميلة	عضوا

السنة الجامعية: 1443-1444هـ/2022-2023م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

﴿رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ
وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي بُنْتُ إِلَيْكَ
وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾

[الأحقاف: 15]

شكر و عرفان

قال تعالى: ﴿لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾

فالحمد لك ربي أولاً وآخراً، لأن وفقتني إلى إتمام هذا العمل، كما أتقدم بكامل معاني الشكر والعرفان وجزيل الامتنان وفائق التقدير والاحترام إلى الأستاذ الدكتور الفاضل سمير جاب الله، الذي كان لي نعم المشرف، فلم يبخل عليّ بتوجيهاته ونصائحه مذ كان هذا البحث مشروعاً إلى أن اكتمل واستوى على هذه الصورة. كما لا يفوتني أن أتقدم إلى الملأ الكرام السادة أعضاء لجنة المناقشة بالشكر الجزيل على ما تجشموه من متاعب في سبيل تمحيص هذا العمل، فلهم مني كامل الاحترام والاعتذار.

تتمة

الإهداء

إلى أبوي الكريمين حبا و عرفانا.

إلى إخوتي مودة و امتنانا.

إلى كل عائلتي المكبرة.

إلى أصدقائي

إلى كل من مد لي يد العون ولو بدعوة صادقة.

أهدي لكم هذا العمل المتواضع.

كتيبة

مقدمة

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

كانت القاعدة السائدة في معظم الدول حتى أواخر القرن التاسع عشر عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها، وقد كان هذا الوضع يتماشى إلى حد كبير مع العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي كانت سائدة في ذلك الوقت، فقد كانت الملكية المطلقة والسلطة تتركز في يد الملك الذي كان يمثل الدولة، ولما كان هذا الأخير محاطاً بفكرة أنه لا يخطئ، فإنه من المنطقي أن لا تُسأل الدولة عن أعمالها التي تعدُّ كلها مشروعة، وإزاء هذا الوضع لم يكن هناك من فرصة لمساءلة الدولة ولا موظفيها عن أعمالهم الضارة سواء المشروعة أو غير المشروعة، ولم يكن للمضروب فرصة اللجوء إلى القضاء أو التعويض عن الضرر.

وظل مبدأ عدم مسؤولية الدولة مستقراً إلى أن ظهرت عوامل ومعطيات للنيل منه وإظهار مدى تعارضه مع مبادئ العدالة والمساواة، فظهر مبدأ سيادة المشروعية الذي يقتضي مطابقة أعمال الدولة للقواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني بدءاً بالقواعد العليا وإلى غاية القواعد التبعية، وهذا ما أدى إلى تغير مفهوم سيادة الدولة فلم تُعد مطلقاً، فتراجعت السيادة المطلقة لصالح مبادئ الديمقراطية نتيجة آراء وكتابات مفكري القرن الثامن عشر، والتي اعتبرت الحاكم مجرد وكيل أو نائب عن الأمة وأنه يخضع للقانون شأنه شأن المحكومين، فضلاً عن صدور موثيق لحقوق الإنسان التي نصت على مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة، وتزايدت انتقادات الفقهاء لمبدأ عدم مسؤولية الدولة، كل هذه العوامل تضافرت لكي تجعل من الدولة هيئة تخضع للقانون في كل ما يصدر عن تصرفاتها، وصار من الطبيعي أن يتدخل المشرع لتصحيح تلك الأوضاع فنصت الدساتير الحديثة على مبدأ مسؤولية الدولة في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وبهذا فهو مبدأ حديث لا زال يتطور ويكتمل تدريجياً، لكنه صار مسلماً به لدى الأنظمة الحديثة، ليصبح مظهراً من مظاهر الدولة القانونية ودليلاً على احترام مبدأ المشروعية، ثم سار القضاء على نفس النهج فأصدر أحكاماً على نفس المنوال تقضي بمساءلة الدولة وموظفيها أمام القضاء الإداري، فصار من حق المضروب مقاضاة الدولة إلى جانب موظفيها للمطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب ما تقوم به من أعمال قانونية ومادية، وتوالت أحكام القضاء الإداري بصورة إيجابية في إرساء قواعد المسؤولية الإدارية للدولة بوجه خاص وأرسى قواعدها وأركانها التي تقوم بصفة أصلية على ركن الخطأ الذي ينتج عن أعمال الدولة وتصرفاتها، ويحدث هذا

الخطأ ضررا لبعض الأفراد، ويبرر هذا الضرر المترتب على الخطأ الذي ارتكبه الإدارة طلب المضرور للتعويض، وهذا هو الأساس التقليدي للمسؤولية والذي يتوافر بثلاثة أركان رئيسية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وبسبب بعض الاعتبارات القانونية ولطبيعة الروابط التي يحكمها القانون العام ورغبة في تحقيق توازن مقبول بين ما تحضى به الدولة من امتيازات في سبيل أدائها لمهامها وبين ضرورة توفير ضمانات للأفراد في مواجهة تلك الامتيازات، أرسى القضاء الإداري نظرية المسؤولية بدون خطأ كأساس تكميلي لمسؤولية الدولة إلى جانب المسؤولية على أساس الخطأ كأساس عام، خاصة بعد قصور فكرة الخطأ وعجزها عن تحقيق العدالة للأفراد اتجاه بعض الأنشطة الإدارية، وتنعقد المسؤولية غير الخطئية بتوافر ركنين فقط هما الضرر وعلاقة السببية بينه وبين نشاط الدولة، مع تباين اتجاهات الفقهاء حول زاوية تأسيس هذه المسؤولية حيث يؤسسها البعض على المخاطر بينما ذهب البعض الآخر إلى تأسيسها على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

وعرف النظام القانوني الجزائري كغيره من الأنظمة مبدأ مسؤولية الدولة وطبق في الجانب القضائي والفقهي والتشريعي، حيث قامت حركة تشريعية هامة في نطاق هذه المسؤولية والتوسع في أسسها من الخطأ الشخصي للموظف العام إلى الخطأ المرفقي، حيث تبنى أحكام التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي لتحديد وإثبات الخطأ الإداري المرفقي كأساس لمسؤولية الدولة والإدارة العامة في العديد من التشريعات أبرزها القانون الأساسي للوظيفة العمومية، وقانون البلدية وقانون الولاية، كما أخذ المشرع الجزائري بأحكام وتطبيقات نظرية المخاطر كأساس قانوني لمسؤولية الإدارة بدون خطأ وذلك ابتداء من دستور 1976 والداستير التي تلتها، ثم كرسه التشريعات الأخرى كقانون البلدية في بعض موادها.

كما تطورت أحكام النظام القضائي الجزائري الخاص بالمسؤولية الإدارية ومزج بينها وبين أحكام النظام القانوني للمسؤولية المدنية بصورة متكاملة ومتناسقة لتحديد وتطبيق القواعد القانونية الأنسب والأصلح لمسؤولية الدولة، وصدرت أحكام خاصة بمسؤولية الدولة عن الأضرار التي سببتها أعمالها وأجهزتها وموظفوها، وتعمقت فيما بعد بصورة واسعة تطبيقات قانونية وقضائية في هذا المجال ويعود ذلك إلى تزايد نشاطات الدولة وانتشار الوعي السياسي والقانوني لدى الفرد الجزائري وتطور حقه في مواجهة السلطات العامة والمطالبة القضائية بواسطة دعوى التعويض حال الضرر.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن مفهوم المسؤولية الإدارية الذي يعني التزام الدولة بتعويض الضرر الناتج عن مختلف أنشطتها يكون قد عرفه منذ العصور الأولى، وكان يطلق عليها بالتعبير الشرعي مسؤولية الحاكم المسلم وولاياته الدينية والقضائية وغيرها مما كان يعبر عنه بالولايات السلطانية أو عمال الدولة وولاتها، وكان ينظر الدعاوى الناشئة عن ظلم هذه الولايات قضاء مستقل يسمى بقضاء المظالم، حيث يكاد يكون هناك إجماع فقهي على أنّ قضاء المظالم هو جهة قضاء ثانية بجوار جهة القضاء الشرعي العادي في تاريخ الدولة الإسلامية وكان يختص بالنظر في تعدي الولاة على الرعية بالتعسف، والنظر في جور عمال الدولة، وينظر فيها قاضي المظالم ولو من غير تظلم، كما ينظر في الغصب السلطانية من ذوي النفوذ في الدولة، وبالتالي فالمسؤولية في الفقه الإسلامي شملت كافة ما يصدر من الدولة وعمّالها والتعويض عنها سواء بدعوى التعويض أو ما يسمى دعوى الضمان بالتعبير الشرعي، هذه الدعوى التي تتمحور حول ركن الضرر بغض النظر عن كونه ناتجا عن الخطأ والتعدي أو دون ذلك.

وبناء على ما سبق فكلّ من التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائري والفقه الإسلامي يسلم بمسؤولية الدولة عن سلطاتها العامة وتصرفات أعمالها وأعمال موظفيها التي تلحق ضررا بالأفراد، وإذا كان هذا هو الأصل العام في الظروف العادية فإن التساؤل يثور حول إمكانية تقرير هذه المسؤولية في الظروف الاستثنائية، فالدولة كالفرد لا تسير حياتها على منوال واحد، بل هي معرضة للأخطار والأزمات والأمراض وقد تتعرض لحرب أو غزو خارجي يهدّد كيانها وسيادتها، كما قد تصاب داخليا باضطرابات تزعزع استقرارها وتعرض النظام العام فيها لخطر أكيد، كوقوع الكوارث الداخلية وحركات العصيان المدني أو الكوارث الطبيعية الخطيرة كالزلازل والفيضانات، وكل هذه الأزمات ليست بالوضع المعتاد، فهي من قبيل الظروف المؤقتة والاستثنائية، ولو سلمنا في هذه الظروف باحترام مبدأ المشروعية، فإنّ ذلك قد يهدّد بقاء الدولة ويصبح هذا المبدأ لا جدوى منه، لهذا يتم التسليم للسلطة والإدارة في الدولة بممارسة سلطات وإجراءات استثنائية وطائرة خاصة تتلاءم مع هذه الظروف إثارا لسلامة البلاد، ومستند هذه السلطات الاستثنائية هو نظرية الظروف الاستثنائية التي أسس لها القضاء وناصرها الفقه وكرسها المشرع بعد ذلك.

فبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه اعترف بنظرية الظروف الاستثنائية ابتداءً من أول دستور بعد الاستقلال وإلى غاية الدساتير المتعاقبة وصولاً إلى التعديل الأخير لسنة 2020، مع وجود اختلاف فيما بينها في طريقة المعالجة والتنظيم، فنص المؤسس الدستوري على الحالات الاستثنائية التي يترتب عنها الخروج على قواعد المشروعية العادية لمواجهة الظروف التي أدت إلى إعلانها، والمتمثلة في حالة الحصار والطوارئ والحرب والحالة الاستثنائية، والتي نظمها المواد من 97 إلى 102 من دستور 2020، ثم أحالت هذه النصوص الدستورية أمر تنظيمها من حيث التطبيق إلى التشريعات العادية، وقد صدرت الكثير من هذه التشريعات بموجب الحالات التي أعلنت في تاريخ الدولة الجزائرية التي عايشته النظام الاستثنائي لفترة تفوق النظام العادي.

وكذلك الفقه الإسلامي لم يتجاهل الظروف الطارئة التي يمكن أن تمرّ بها الدولة الإسلامية، فرغم أنه لم يعرف نظرية مفصلة ومنفصلة للظروف الاستثنائية في مجال السياسة والحكم بالشكل الذي توجد عليه في الأنظمة القانونية، إلا أن المتأمل في المسألة من جهة النظر الشرعي يجد أن مقاصد الشارع من تشريع نصوصه هو حماية الدولة وحفظ مصالح العباد، مستندة في ذلك إلى مبدأ رفع الضرر وإزالة المفساد، وإعطاء الأولوية لدفع المضار، وتحميل الحاكم تطبيق نصوص شرعية في ظروف استثنائية لا تتناسب معها يعتبر ضرراً زائداً، وهذا يتنافى مع مقاصد الشريعة، لهذا كان من الضروري التجاوز عن إلزامية تطبيق مبدأ المشروعية استجابة لمقتضيات الضرورة وحفاظاً على مصالح الدولة، وهذا ما كرّسه بعض نصوص القرآن حين أباحت صراحة الاستثناء في حالة الضرورة بإباحة أكل الميتة وشرب الخمر للمضطر، والذي يستفاد منه أنّ ممّا حرّم على العباد كأفراد قد يباح بسبب الضرورة، فكذلك الحكام فيباح لهم حين تنعدم عليهم من المباحات ما يواجهون بها الطوارئ والأزمات، وكذلك كرست السنة النبوية القولية والفعلية ما يوحى باستجابتها لمقتضيات الضرورة فقد نهي النبي ﷺ عن تطبيق الحدود الشرعية في الغزو، منعاً لضرر أكبر بسبب الظرف الاستثنائي، واهتدى الفقهاء بعده إلى إمكانية التجاوز عن إلزامية تطبيق النصوص العادية من الناحية الحكم وخاصة في مجال السياسة والحكم نزولاً عند مقتضيات الضرورة.

وإذا سلمنا بتبني كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي لنظرية الظروف الاستثنائية وتمكين الدولة بامتيازات طارئة وصلاحيات موسعة، الهدف منها المحافظة على الأمن والنظام العام ومواجهة

الظرف الاستثنائي، قد نكون أمام وضع خطير على الحقوق والحريات وعلى النظام القانوني والشرعي، فقد تطرح مسألة التعسف في استعمال السلطة تحت ذريعة الظرف الاستثنائي، أو قد يصاب فرد أو مجموعة من الأفراد بأضرار جراء تصرفات الدولة في الظروف الاستثنائية ولا يمكنهم الرجوع عليها بالتعويض بسبب مشروعية أعمالها في هذا الظرف استناداً إلى المشروعية الاستثنائية، لهذا واعتداداً بمبدأ تلازم السلطة مع المسؤولية واحتراماً للرابط بينهما كان لا بد من أن تدور المسؤولية مع هذه السلطات وجوداً وعدمها، فالسلطة والمسؤولية مفردتان لكل منهما معنى، لكنهما متلازمتان دائماً فلا وجود لسلطة إلا ويتبعها مسؤولية ولا إقرار بمسؤولية إلا في وجود سلطة وهذه العلاقة بشقيها تعتبر ولا زالت محورا هاماً في النظام الدستوري، ولا بد من مراعاة التوازن في هذه العلاقة فلو تغلبت السلطة في هذه الظروف وأخذت شكلاً مطلقاً دون مسؤولية ستسود الدكتاتورية والاستبداد تحت ذريعة الظرف الاستثنائي وتندحر فيها جميع قواعد المشروعية وحقوق وحريات الأفراد، وعلى العكس لو غلبت المسؤولية على حساب السلطة فإن ذلك يؤدي إلى عجز الدولة عن أداء مهامها وسرعة التصرف الذي تقتضيه طوارئ ونوازل الظرف الاستثنائي فتصبح عاجزة أمام هذا الحد، وقد يحدث أن تسقط السلطة حينها وتنهار، ولكن التوازن بين السلطة والمسؤولية هو المصلحة المطلوبة والغرض المرجو في مثل هذه الظروف، فهي تتيح للدولة فرصة التصرف من أجل مصلحة الجماعة والبلاد من خلال ما تتخذه من إجراءات استثنائية وسريعة، وتتيح للأفراد فرصة التعويض عما لحقهم من أضرار جراء هذه التصرفات.

ولتحقيق العدالة التي تسعى إلى تحقيق تناسب بين السلطة الممنوحة مع حجم المسؤولية، كان لا بد من الإقرار بمبدأ مسؤولية الدولة حتى في الظروف الاستثنائية، مع تكييفها وشكل النظام الذي تخضع له الدولة، ومراعاة خصوصية أركان قيامها بالشكل التقليدي، فقد يصعب نسبة الخطأ إلى الدولة على الرغم من أنها قد تضرر ببعض الأفراد، كون الضرر وارداً بالنظر إلى طبيعة الإجراء الاستثنائي ذاته وما ينطوي عليه من مخالفة القانون، وهذا قد يستلزم البحث عن أسس أخرى للمسؤولية أكثر نجاعة لتعويض المتضررين في مثل هذه الظروف، ومن هنا أخذنا موضوع بحثنا الموسوم بعنوان: "مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري".

وسيتم تناول هذا الموضوع بدراسة تحليلية مقارنة بين التشريع الجزائري باعتباره نظام تميز ببعض الخصوصية سواء من حيث المعالجة القانونية للنظام الاستثنائي أو من حيث التطبيق، فقد عايش الظروف الاستثنائية لفترات طويلة ومارست الدولة فيها سلطات واسعة رغم أن تلك الظروف لم تكن بالجساماة التي تستوجب ذلك الاتساع وطول المدّة في استعمال تلك السلطات خاصة ما تمّ تطبيقه في ظل حالة الطوارئ التي بقيت لأكثر من عشرين سنة، وخلفت الكثير من الأضرار المادية والمعنوية، كما أسقطت هذه الدراسة على الفقه السياسي الإسلامي بنوع من المقاربة والمقارنة، فقد عرف النظام الإسلامي تطبيقات عملية لنظرية الضرورة في مختلف عصور الدولة الإسلامية بدءاً من العصر النبوي، وهذا ما يقتضي الاعتراف بمسؤولية من يتحمل عبء الضرر الذي تخلفه آثارها على أموال الناس وحياتهم، ولأنّ الفقه الإسلامي لم يعرف نظرية مفصلة ومنفصلة للظروف الاستثنائية ولا المسؤولية الإدارية في مجال السياسة والحكم بالشكل الذي عرفته الأنظمة الحديثة، فإنني سأعمل على معالجة أحكامها وأحكام المسؤولية عنها من منطلق المقاصد الشرعية ووفق الأصول والمبادئ الكلية التي حددها القرآن الكريم والسنة النبوية في تنظيم شؤون الحكم، ثمّ التطبيقات العملية لبعض حالات الضرورة والمسؤولية التي طبقت في الصدر الأول من الإسلام باعتبارها تطبيقات واقعية ومستقيمة كانت تقترب كثيراً من المبادئ الأصلية للتشريع، كما قمت ببعض الإشارات الوجيزة للتشريع الفرنسي، الذي كان سبباً لإرساء نظرية الظروف الاستثنائية والمسؤولية عن تطبيقاتها وتبعية التشريع الجزائري له، فهو لا يشذ عنه في هذا التوجه، ويستمدّ الكثير من أحكامه منه، خاصة في مواضيع القانون الدستوري والإداري.

وهذا البحث يعتبر استكمالاً لجانب من جوانب بحثي في رسالة الماجستير التي كانت بعنوان: "السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدستوري الجزائري-"، حيث تطرقت لمستند هذه السلطات وضوابطها وتوقفت عند مسألة الرقابة عليها، والرقابة والمسؤولية هما أمران متلازمان فمتى خضعت السلطة والإدارة لرقابة فعالة طُرحت مسؤولية هذه السلطة بقوة وبأثر، ولا تحول الظروف الاستثنائية دون إثارة هذه المسؤولية والتعويض عن آثارها التي تلحق ضرراً بالغير.

ودراسة مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية يعني البحث في تصرفات الدولة التي تمارسها بموجب إعلان النظام الاستثنائي - حالة الطوارئ والحصار والحالة الاستثنائية والحرب - لتحافظ على كيان الدولة والنظام العام، ومدى التزامها بضوابطها المنصوص عليها مسبقاً، ثم بيان أثرها على الأفراد، فقد تبلغ أثاراً من الإضرار بهم أو بحقوقهم وحررياتهم، بسبب طبيعة الظرف والإجراءات الممنوحة لمواجهته، وهذا ما يطرح أمر التعويض عما لحقهم من ضرر بناء على مبدأ إثارة المسؤولية التي قد تختلف طبيعتها في الظروف الاستثنائية عنها في الظروف العادية من حيث الأسس وطريقة تطبيق الأثر الذي ينتج عنها (التعويض)، وهذه هي الجوانب التي سنتناولها بالشكل الذي يخدم بحثنا .

إشكالية البحث

في ضوء ما تقدم من تحديد موضوع البحث تكون الإشكالية المطروحة كالتالي:

كيف تؤثر الظروف الاستثنائية على أحكام وقواعد مسؤولية الدولة في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.؟

وهذا السؤال العام يقتضي طرح مجموعة من الأسئلة الجزئية:

- ما المقصود بالظروف الاستثنائية، وما نوع السلطات التي تخول بموجبها في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ؟

- ما هي الأسس الشرعية والقانونية التي تقوم عليها مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية؟

- إذا ما ثبتت مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية هل التعويض عن الأضرار يكون تقليدياً عن طريق دعوى المسؤولية، أم يمكن أن يتخذ طرقاً أخرى تقوم على أنظمة خاصة تضمن تعويضاً سريعاً وكاملاً للضحايا، يتماشى وطبيعة الظرف الاستثنائي والأضرار التي يخلفها.

أهمية الموضوع

وتنبع أهمية موضوع هذا البحث في عدة جوانب نذكر منها:

- أهمية موضوع المسؤولية الذي يعتبر من أهم المسائل الأساسية في تاريخ الأنظمة السياسية والدستورية، والذي له مكانة خاصة من بين موضوعات القوانين المختلفة لما لها من قيمة نظرية وعملية،

إذ تعدُّ إحدى الوسائل الأساسية لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، فقد عبّر الفقهاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أهمية موضوع المسؤولية الإدارية كضمانة أساسية للأفراد في تعاملهم مع جهة الإدارة، خاصة مسؤولية الدولة والإدارة العامة عن أعمالها الضارة سواء كانت هذه الأعمال الضارة مشروعة أو غير مشروعة وعلى اعتبار أن المسؤولية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالحياة الفعلية للسلطة التي تتسع كثيراً في الظروف الاستثنائية لتصبح السلطة العامة في الدولة إدارة ومشروع وقاضي في نفس الوقت، وهذا ما يطرح بشدة مدى مشروعية هذه التصرفات أو إمكانية إلغائها أو على الأقل التعويض عنها حتى وإن لم يحكم عليها بعدم المشروعية.

- موضوع مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية موضوع هام فهو يناقش مسألتين مهمتين الأولى تتعلق بنظرية الظروف الاستثنائية ومدى أهميتها في حياة الدولة واستمرارها، فالقول بضرورة التمسك باحترام القواعد القانونية المطبقة في الظروف العادية رغم قيام الأخطار والأزمات، قد يقضي على الدولة ويبقي مبدأ المشروعية عبارة عن نصوص جامدة لا نفع منها، والمسألة الثانية وهي أن التسليم بالخروج على سيادة القانون وتطبيق المشروعية الاستثنائية قد يؤدي إلى العصف بحريات الأفراد وحقوقهم دون ضمانات أو قيود، ومن هنا تظهر الأهمية الرئيسية للموضوع وهي البحث في حل التناقض بين هذين الاعتبارين: الأول، ضرورة مواجهة الأخطار التي تهدد كيان الدولة ومبدأ المشروعية، والثاني ضرورة حماية حقوق وحريات الأفراد في جميع الظروف والأحوال من طغيان السلطة عن طريق تقرير مسؤوليتها في تلك الظروف عن الأضرار التي تحدثها.

- أهمية موضوع التعويض عن الأضرار الناجمة عن السلطات الاستثنائية للدولة في مواجهة الظروف الاستثنائية، فقد تصل الدولة في توسعها وتطبيقها لهذه السلطات إلى حد ارتكاب أخطاء فادحة في الحكم أو إلى تعريض مصالح الأفراد للضياع، وقد تؤدي إلى أضرار مادية وأدبية جسيمة ببعض، دون إمكانية نسبة الخطأ إليها بسبب طبيعة هذه الإجراءات والسلطات التي تعدّ مشروعة لأنّها تمت بموجب الصلاحيات المخولة لها في النظام الاستثنائي، ومن ثمة لا يكون لهؤلاء المتضررين حق إثارة موضوع المسؤولية حولها أو حق الرجوع بالتعويض عليها، مما يستلزم البحث عن أسس أخرى لتعويض هذه الأضرار فلا يجوز أن يتحمل هؤلاء الأفراد عبء هذه الأضرار وحدهم، وأهمية هذا الجانب ستبرز أكثر عند دراستنا التفصيلية في موضوع الرسالة.

- وقد يظهر جانب من أهمية هذا البحث أيضا في ارتباط حالة الظروف الاستثنائية بما نعيشه اليوم من ظرف وبائي -فيروس كورونا- خطير، حيث وجدنا أنفسنا نتعامل كل يوم مع ظرف استثنائي فرضت معه الدولة الكثير من الإجراءات والتدابير لمواجهته كانت في أغلبها مقيدة للحقوق والحريات الفردية والاقتصادية، وخلفت وراءها الكثير من الآثار والأضرار على الأفراد والمؤسسات، طُرحت معها العديد من المسائل أولها مواجهة الدولة لهذا الوباء بتدابير وإجراءات قاسية تعبر في ماهيتها عن السلطات الاستثنائية دون اللجوء إلى إعلان النظام الاستثنائي بصفة رسمية، وثانيا موضوع نوع مسؤولية الدولة المثارة في مواجهة هذا الوباء وآثار تدابير وإجراءات مواجهته، باعتبارها الجهة المكلفة بمكافحة، وثالثا مسألة التعويض عن الأضرار التي خلفها هذا الوباء وتدابير مكافحته والأساس الذي يقوم عليه هذا التعويض.

- أسباب اختيار الموضوع

إنّ من جملة الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع محلاً لدراستي ما سيأتي ذكره:

- ما نجده في الواقع من عدم استيعاب فكرة الظروف الاستثنائية وتطبيقها والتعامل معها في إطار شرعية القانون فتحصل الكثير من التجاوزات والثغرات، فيصبح هناك مصادرة للحقوق وانتهاك للحريات العامة، وأكثر ما نجد هذه المشكلة في الدول العربية خاصة، حيث نجد التطبيق العملي للنظرية بعيد جدا عن المفهوم السليم والصحيح للنظام الاستثنائي فالعديد من الموظفين في الدولة لم يستوعبوا حالة الظروف الاستثنائية بأنها من مقتضيات القانون وليست سلطة بيد الإدارة، ولا يكبح تعسفهم في هذه الظروف غير ترتب المسؤولية والجزاء عليها.

- التطبيق العملي لنظرية الظروف الاستثنائية في النظام الجزائري والذي تميز بالكثير من الخصوصية، فقد أعلنت في أغلب المرات التي استعملت فيها من طرف ومؤسسات وهيئات سياسية انتقالية تفتقد إلى الشرعية الدستورية، ثم أصبحت هذه الحالات الاستثنائية-حالة الطوارئ مثلا- هي النظام شبه الدائم للحكم، فغاب معها الكثير من التمييز بين الاعتيادي والاستثنائي، مع ما خلفته من أضرار جسيمة على مبدأ المشروعية وعلى الحقوق والحريات الفردية، كل هذه المعطيات جعلتني أتساءل دائما هل كان من الضروري إعلان الحالات الاستثنائية في كل تلك المرات، وما هي الأسس القانونية

التي سوف اعتمدت عليها الدولة في تعويض المتضررين منها، وهل المعالجة التي انتهجتها الدولة لتغطية الأضرار التي خلفها النظام الاستثنائي في المرات التي أعلن فيها كانت معالجة قانونية أم أمنية سياسية، وهل كانت كافية لتغطية جميع الأضرار وتعويض كل المتضررين، كل هذه الأسئلة كانت تسيطر على تفكيري، و كانت من الأسباب التي جعلتني أتقرب من هذا الموضوع مرة أخرى بعد تجرّبي بجزئية مرتبطة به في مرحلة الماجستير.

- حاجة نظام المسؤولية الإدارية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري إلى الثراء والتطوير، في الظروف العادية عموماً والاستثنائية خاصة، دفعني إلى بحث ودراسة الواقع التنظيمي لهذا النوع من المسؤولية من حيث التشريع والفقه والقضاء على ضوء الأسس التقليدية والحديثة التي تعتمدها أغلب الأنظمة المقارنة ومحاولة إثراءها، والوقوف على مدى تأثير نظرية الظروف الاستثنائية على أحكام وقواعد هذه المسؤولية.

- الإصلاحات الدستورية المتكررة لقوانين الجمهورية وتشريعاتها دعنتي إلى بحث ودراسة هذه الإصلاحات ومحاولة الوقوف على مستجداتها في ضبط النظرية الظروف الاستثنائية وأحكام مسؤولية الدولة إيجاباً وسلباً.

- قلة الدراسات الشرعية والمقارنة في هذا الموضوع تطرح تساؤلات حول وجود هذا النوع من المسؤولية في مثل هذه الظروف الخاص، سواء في الفقه الإسلامي أو التشريع الجزائري خاصة على مستوى التنظير وكيفية التطبيق العملي لها، ولا شك أن الإجابة على هذا السؤال سوف يكشف لنا مدى وجود هذه المسؤولية وكيفية تطبيقها.

أهداف البحث

- محاولة ضبط مفهوم الظروف الاستثنائية والتعرف على طبيعتها والتأصيل الشرعي لها في الفقه الإسلامي وإبراز ميزته ومرونته في استيعاب أحكامها وتطبيقاتها خاصة في باب السياسة والحكم ومسايرته، للتغيرات بحسب المصلحة العامة في كل ظرف والحاجة والضرورة، وتأثره باختلاف البيئة وتقلب العصور والأحوال، ومقارنتها بما استجد من أحكامها في التشريع الجزائري من خلال التعديل الدستوري الجديد.

- إبراز خصوصية مسؤولية الدولة -المسؤولية الإدارية- في الظروف الاستثنائية، هذه الخصوصية التي ترتبط أولاً بالأسس التي تقوم عليها حيث تتجه نحو الاعتماد أكثر على أساس المسؤولية دون خطأ، والذي يضمن فرصة أكبر لتعويض الضرر دون عبء إثبات الخطأ الذي قد يتعذر في الظروف الاستثنائية، كما ترتبط هذه الخصوصية بالتعويض كأثر مترتب عن هذه المسؤولية فإلى جانب فرضية استحقاقه بالطريقة التقليدية عن طريق دعوى المسؤولية، يمكن أن يتم أيضاً عن طريق أنظمة قانونية خاصة تضمنه بطريقة سريعة وعادلة كنتيجة حتمية مباشرة بعد إثبات المسؤولية.

- المساهمة في الكشف عن جانب من أهم جوانب الفقه السياسي في الدولة الإسلامية والنظام السياسي الجزائري ببعض المقاربات والمقابلات بينهما، على ما في ذلك من صعوبة، وذلك لتباعد الفترتين الزمئيتين المراد دراسة هذا التنظيم فيهما، كما أن التنوع الاصطلاحي بين النظامين يشكل نوعاً من الصعوبة التي تعترض مثل هذه البحوث والدراسات المقارنة، ومحاولة استخراج أوجه التشابه والاختلاف بين مسؤولية الدولة في النظام السياسي الإسلامي، ونظام المسؤولية في التشريع الدستوري والإداري الجزائري.

- عرض المعالجة القضائية لقرارات التعويض في الظروف الاستثنائية في كل من النظام الجزائري والنظام الإسلامي وبيان الأدوات الشرعية والقانونية التي مكنت القاضي من أجل النظر في دعاوى التعويض، ثم الوقوف على مدى كفايتها في تعويض المتضررين، ثم البحث عن وجود أنظمة شرعية وقانونية بديلة حال عجز القضاء عن الحكم بالتعويض بطريق دعوى المسؤولية.

صعوبات البحث

إنّ دراستنا لهذا الموضوع في إطار الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري يثير صعوبات تتعلق أساساً بطبيعة الموضوع ذاته، فمسألة البحث في جزئية المسؤولية في الظروف الاستثنائية تضعك أمام شح الدراسات الأصيلة في هذا الموضوع، فنجد الفقه الإسلامي يفتقد للتدقيق والتفصيل لمثل هذه الجزئيات لأنّ الفقهاء المسلمين صاغوا نظريات في السياسة الشرعية مبنية على مبادئ الحكم العامة من الشورى والعدل والمساواة وهذا وإن اعتبرناه عاملاً من عوامل المرونة التي تساعد على التطور ومسايرة الظروف والمتغيرات إلا أنّ التخصص والتدقيق الذي يعين على بلورة ما استجد من مسائل الحكم والقضاء

بالشكل الذي يزيل الغموض ويساير الأنظمة الحديثة فيما توصلت إليه من النظريات والجزئيات غير موجود بسبب قلة الاجتهادات، وتجاوزًا لهذه الصعوبة كان لا مناص من اللجوء إلى بعض الأحكام مما أقره علماء الأصول في باب الرخص وما وُجد في كتب المقاصد مما تعلق بالمصلحة والضرورة و والتعدي والضمان، والاعتماد بشكل كبير على الكثير من السوابق التاريخية والتطبيقات العملية خاصة في الصدر الأول من الحكم الإسلامي ومحاوله قراءتها وإسقاطها بالشكل الذي يخدم جزئيات البحث.

أما بالنسبة للمعالجة القانونية فإن الصعوبة كانت في قلة الاجتهادات القضائية في القضاء الإداري الجزائري وذلك لعدم تمتع القاضي الإداري بالاستقلالية وقلة تمرسه على القضاء في الظروف الاستثنائية ونقص جراته على إصدار أحكام قضائية في مواجهة السلطة، ولهذا لجأت إلى بعض الإسقاطات والمقاربات مع أحكام القضاء الفرنسي -باعتباره المؤسس الأول لنظرية الظروف الاستثنائية والمسؤولية الناتجة عن تطبيقها-، ولو بشكل وجيز يساعد على التأسيس والحكم في بعض جوانب البحث.

الدراسات السابقة

رغم الجهد المبذول والمتواضع في هذا البحث، لم يتسن لي الحصول على أية دراسة أكاديمية على الشكل والعنوان المرجو إنجاز كدراسة مقارنة، أما فيما يخص الدراسات القرية والموازية لهذا البحث، فيمكن أن نذكر بعض الدراسات العلمية التي أجريت في هذا الموضوع، مع ذكر مدى صلتها بموضوع بحثنا أو أحد مباحثه، ومما اطلعت عليه :

- دراسة بعنوان: "مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، لهشام عبد المنعم عكاشة." وهي أطروحة دكتوراه منشورة في شكل كتاب مطبوع عن دار النهضة العربية بمصر، تطرق الباحث في بداية الدراسة للنظام القانوني لنظرية الضرورة وتطبيقاتها في كل من النظام المصري والفرنسي مخصصا لكل نظام مبحث خاص به، وعالج في لب البحث الأسس التي تقوم عليها مسؤولية الدولة في حالة الضرورة حيث خصص الجزء الأول لنظرية الخطأ ومدى صلاحيتها كأساس قانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال الضرورة، وبعدها ما خلص إلى صعوبة إثبات الخطأ في هذا الظرف انتقل إلى إمكانية قيام هذه المسؤولية على أسس أخرى تكون أكثر صلاحية فكان لنظرية المخاطر، ونظرية المساواة أمام الأعباء العامة دور كبير في إرساء المسؤولية في حالة الضرورة، فرغم أنها تعتبر أسس تكميلية في المسؤولية التقليدية إلا أنها كانت

سببا في تغطية الكثير من الأضرار التي تسببها سلطات الضرورة، وهذه الدراسة قيمة من حيث شموليتها لأغلب جزئيات البحث وخاصة من حيث الأسس، إلا أنها لم تتطرق إلى التعويض الذي يعتبر الأثر الذي يترتب عن المسؤولية وهو الذي يحكم به القاضي لجبر الضرر مهما كان أساس المسؤولية سواء كان الخطأ أو المخاطر أو المسؤولية أمام الأعباء العامة، إضافة إلى طبيعة النظام الذي تناولته الدراسة فقد كان محل بحثي النظام الجزائري، وكان النظام المصري والفرنسي هو المعني في هذه الدراسة.

- دراسة بعنوان: "الأساس القانوني لتحمل الدولة عب تعويض ضحايا المأساة الوطنية: للباحثة بلعموري نادية" وهي رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة الجزائر، سنة 2015-2016، فكانت بداية البحث حول حقيقة المأساة الوطنية كأحد تطبيقات الظروف الاستثنائية والأخطار التي مرت بها الجزائر في هذا الظرف، كما بينت الباحثة الأسس القانونية للمسؤولية الإدارية في النظم القانونية العامة ودورها في التأسيس لتعويض ضحايا المأساة الوطنية، فكان التأسيس بداية لنظرية الخطأ ودورها في التأسيس لتعويض ضحايا المأساة مع التركيز على بعض الأخطاء المنسوبة للدولة في الظرف الخاص بالمأساة الوطنية، ولأن هذه النظرية لا يمكنها تغطية التعويض عن جميع الأضرار التي قد تنتجها سلطات الدولة بسبب خصوصية الظرف وعبء إثبات الخطأ المرفقي المنسوب للدولة، جاء دور أسس المسؤولية بدون خطأ وهي المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة مع بيان دورها في جبر الأضرار بشكل أوسع، ثم ركزت في جزء كبير متبقي من البحث حول تعويض ضحايا المأساة الوطنية وفقا لأنظمة القانونية الخاصة أو ما يسمى بالآليات الجماعية التي تجسدت في التشريع الجزائري من خلال صندوق تعويض ضحايا الإرهاب بصفة أساسية وصندوق التأمين بصفة احتياطية ومحدودة، وهذه الدراسة تكون قد تقاربت مع العناصر التي تناولتها في بحثي من العناوين الكبرى أما من حيث التفاصيل فقد اختلفنا في توصيف الظرف الاستثنائي فكان عاما في بحثي لكل الصور وخصصته هذه الدراسة في فترة المأساة الوطنية ما يجعلها تقتصر على الأحكام والتشريعات التي نظمت هذه الفترة فقط، مع اكتفاء هذه الدراسة بالجانب القانوني دون التطرق للجانب الشرعي الذي قد تكون مستندا لبعض الحلول القانونية التي لجأت إليها الدولة الجزائرية في معالجة آثار المأساة الوطنية.

- دراسة بعنوان: "النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية"، وهي رسالة دكتوراه لموسى ديش، من كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2015-2016، وهذه الدراسة قد تكون بعيدة في موضوعها

العام على موضوع البحث لكنها تتقارب معه في بعض الجوانب أولها تناولها للأسس القانونية لمسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجرائم الإرهابية أين اعتمد على الأسس التقليدية للمسؤولية والتي تقوم على فكرة الخطأ الجسيم، ثم المسؤولية دون خطأ مع تناول التطبيقات القضائية والنصوص القانونية في ذلك والتي كانت في معظمها تتجه إلى التعويض بناء على فكرة المخاطر كون الظرف الذي مورست فيه الجريمة الإرهابية ظرف استثنائي بامتياز، أما الحيز الأكبر لهذه الدراسة فكان حول تكفل الدولة الأمثل لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية بطريقة فعالة وسريعة من خلال الآليات الجماعية للتعويض أو ما يطلق عليها بالأنظمة التعويضية الخاصة وهذا ما يلتقي بالجزء الثاني من بحثي على الأقل من الجانب القانوني.

فهذه الدراسات السابقة مرتبطة ببعض المباحث والمطالب الخاصة ببحتي وفيها من الجزئيات التي يمكنني الاعتماد عليها في موضوع الرسالة من الجانب القانوني، أما من الجانب الشرعي فلم يتسّر لي الحصول على أي دراسة أكاديمية تؤسس لهذا الموضوع، ولهذا جمعت عناصر البحث في هذا الجانب من الجزئيات المبثوثة في كتب الفقه الإسلامي، والدراسات التاريخية التي تضمنت الكثير من التطبيقات العملية للسلطات الاستثنائية والمسؤولية المثارة حولها، ابتداء من العصر النبوي إلى عصر الخلفاء الراشدين.

منهج البحث

نجد أنه من الصعب في هذا الموضوع الالتزام بمنهج بحث معين لأنّ مسؤولية الدولة لها أحكامها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وكذلك نظرية الظروف الاستثنائية، ولذا فإنّ ضرورة البحث وأهميته اقتضت الجمع بين عدة مناهج أهمها:

- المنهج الاستقرائي: استخدمته في عملية استقراء نصوص الشريعة والتشريع الجزائري وأحكام القضاء المتعلقة بموضوع البحث.

- المنهج التحليلي: من خلال تحليل النصوص والأحكام القانونية والشرعية التي تم استقراءها واستنتاج الأحكام منها، ولا يتم التوقف عند المصطلحات والتعريفات المستنبطة منها من خلال التحليل، بل يتم الترجيح وإبداء الرأي في بعض المسائل.

- المنهج المقارن: فلما كان موضوع البحث له أصل في الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعي كان من الطبيعي أن نتبع المنهج المقارن بين هذين النظامين - مع التركيز على التشريع الجزائري فهو محل الدراسة المقارنة-، بإسقاطات ومقاربات وجيزة للقضاء الفرنسي وأحكام مجلس الدولة في فرنسا وذلك بسبب قلة التطبيقات القضائية في النظام الجزائري.

-المنهج التاريخي: واعتمدت عليه حين عملت على سرد بعض الحوادث التاريخية والتطبيقات العملية في تاريخ النظامين، والتي تكون محلا للاستدلال بحسب طبيعة الموضوع، مينا وجه الدلالة فيها.

خطة البحث

وحرصت على تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين رئيسيين على شكل فصلين أساسيين، واقتناعا مني بضرورة تمهيد الطريق للوصول إلى لب البحث فقد آثرت أن أسبق هذين الفصلين بفصل تمهيدي أوضح فيه ماهية نظرية الظروف الاستثنائية والنظام القانوني والشرعي لها، كأساس لتوسيع سلطات الدولة في هذه الظروف، ثم يأتي الفصل الأول من هذا البحث للأسس التي قررها فقهاء الشريعة والقانون لقيام مسؤولية الدولة في هذه الظروف فقسمنها هذا الفصل إلى مبحثين وتناولنا كل مبحث بالتحليل والدراسة من خلال بيان الأحكام والمبادئ والنصوص الشرعية والقانونية التي يقوم عليها كل أساس ومدى صلاحيته لقيام مسؤولية الدولة في هذا الظرف الاستثنائي، فكان المبحث الأول لمسؤولية الدولة على أساس الخطأ، كأساس تقليدي يصعب إثباته في الظروف الاستثنائية ويأتي المبحث الثاني لقيام مسؤولية الدولة دون خطأ كأساس تكميلي يظهر دوره بشكل فعال ومهم لتقرير مسؤولية الدولة في هذا الظرف لأنه يجنب المضرور عبء إثبات الضرر إلى جانب عبء الضرر، وأما الفصل الثاني فكان لدراسة الجوانب العملية المقررة عن إثارة موضوع المسؤولية عن طريق دراسة أحكام التعويض وآثاره، والطرق التي يتم بها عمليا سواء عن طريق دعوى المسؤولية في مبحث أول أو عن طريق الآليات الجماعية المتاحة التي تقرر تعويضات سريعة وفعالة لضحايا الظروف الاستثنائية وأهمها صناديق الضمان وصناديق التأمين في مبحث ثاني، ثم تأتي خاتمة البحث.

الفصل التمهيدي:

ماهية الظروف الاستثنائية

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية

وضوابطها

المبحث الثاني: الحالات الاستثنائية ومدى مقاربتها لوباء

كورونا

الفصل التمهيدي: ماهية الظروف الاستثنائية

تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية جزءاً لا يتجزأ من الأنظمة القانونية الحديثة، وأصبحت من النظريات العامة في الفقه القانوني عموماً والقانون الدستوري والإداري خصوصاً، وبغير السلطات التي تُمنح بموجبها قد يكون من السهل تصور انهيار الأنظمة في بعض الظروف التي تستلزم اتخاذ تدابير وإجراءات سريعة ولازمة لمواجهة الخطر فيها، ولهذا منحت الدولة حق اتخاذ هذه السلطات الاستثنائية والواسعة وغير العادية للحفاظ على كيانها، ووضع لها الفقه والقضاء والتشريع شروطاً وضوابطاً مُحددة وجب الالتزام بها من قبل السلطة عند اللجوء إلى استعمالها لمواجهة الظروف الاستثنائية، لأنه ليس كل ظرف واقعي غير عادي يثير اللجوء إلى ممارسة سلطات استثنائية، إذ يتعين لهذا الظرف أن يتوافر على قدر من التهديد إما لكيان الدولة أو الأمن العام، أو جماعة المسلمين فإذا توافر مثل هذا الظرف تقرر منح هذه السلطات للدولة استناداً إلى مبرر شرعي وقانوني.

و لبيان ماهية النظام الشرعي والقانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الاستثنائية ومدى قابليته لاحتواء كل ظرف مستجد وغير عادي، لابد من الوقوف على مفهوم شامل لهذه النظرية من جميع جوانبها التي تُبلورها كمنظومة متميزة في القانون الدستوري والإداري، مع ضوابطها التي تتحدد بالأسس التي تستند عليها في التبرير لوجودها، والشروط التي يجب توافرها في الظروف الاستثنائية حتى يعتبر شرعاً وقانوناً للخروج عن قواعد المشروعية العادية، (المبحث الأول)، ثم الوقوف على التطبيقات التي تبناها المشرع لهذه النظرية حيث وضعها ضمن صور حُدّدت مسبقاً تسمى بالحالات الاستثنائية، تلجأ الدولة إلى إعلان واحدة منها متى ما توافر الظرف على المبررات التي وضعت لها، بحسب درجة الخطر وتأثيره على مؤسساتها، ثم الوقوف على مدى قابلية هذه التطبيقات لاستيعاب المستجدات من الظروف الاستثنائية التي قد تكون مغايرة لما عهدناه، كوباء كورونا الخطير (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها

إن الاعتراف للسلطة بالحق في سلطات استثنائية أثناء الظروف غير العادية، قد يجعلها تحتج بها للحصول على سلطات موسعة حتى في غير موضعها أحيانا، لهذا كان لابد من الاحتراز الشديد لعدم التوسع في التدرع بالمشروعية الاستثنائية لما في ذلك من نتائج عكسية بالغة الخطورة، وهذا الاحتراز لا يكون إلا بالتقيّد بضوابط اللجوء لنظرية الظروف الاستثنائية وأحكامها، التي يصح فيها للدولة التمسك بها عند وجود مقتضياتها، هذه الضوابط لا يمكن بلورتها وتحديدها قبل الوقوف على حقيقة نظرية الظروف الاستثنائية من عدة جوانب وضبط مفهومها، باعتبار هذه الضوابط من صميم لب هذه النظرية.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية

حضت نظرية الظروف الاستثنائية باهتمام كبير من قبل الفقه والقضاء والتشريع، وذلك راجع لمدى أهميتها في حياة الدولة وتأثيرها على حقوق الأفراد وحرّياتهم، هذا الاهتمام ساهم كثيرا في عملية تحديد مفهوم عام لها، هذا المفهوم يتحدد من خلال التعرض لبعض الجوانب النظرية البحتة لها (نشأتها، تسميتها، تعريفها، طبيعتها)، والتي تعتبر على قدر من الأهمية ذلك أنّها تزيل العديد من الغموض واللبس حولها، وهذا ما يساهم في بلورتها كنظرية واضحة ومستقرة في الفقه الإسلامي وفقه القانون العام.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية في القانون الوضعي

يرى الفقه الوضعي أن الظروف الاستثنائية هي التي تجعل التصرفات الاستثنائية للدولة مشروعة، لكن ظل الفقه حقبة من الزمن لم يضع تعريفا جامعا لنظرية الظروف الاستثنائية، مكتفيا بذكر أمثلة لها، كانت تتشكل البذرة الأولى لها عبر العصور ثم تطورت مع تطور الأنظمة مما حدا بالبعض إلى وضع محاولات لتعريفها وضبط التسمية الخاصة بها، و البحث في طبيعتها.

أولاً: النشأة والتطور التاريخي لنظرية الظروف الاستثنائية

نظرية الظروف الاستثنائية بمفهومها العام قديمة قدم العالم، وأساس ذلك التنازع الخطير بين ما يمكن تسميته بـ"غريزة حب البقاء" وبين النصوص القانونية الجامدة المفروضة على المجتمع، فالظروف الاضطرارية تنشئ تعارضاً حتمياً بين نص قانوني معين وبين ما تقتضيه طبيعة البشر، وما جبلت عليه من ضرورة المحافظة على الحياة، وذلك أمر ملازم للإنسان منذ نشأته الأولى ومن هنا يمكن القول بأن نظرية الظروف الاستثنائية وإن كانت قديمة جداً فإنها كذلك حديثة جداً، والسر في ذلك هو ملازمتها للحياة الإنسانية أيضاً فهي تتطور بتطورها وتتقدم بتقدمها، وفيما يأتي سنتعرض لتطورها منذ القدم وإلى غاية تطورها في الأنظمة الحديثة عموماً والنظام الجزائري محل البحث خصوصاً.

1- نشأة وتطور نظرية الظروف الاستثنائية عبر العصور

البحث في نشأة نظرية الظروف الاستثنائية وتطورها في تاريخها في الأنظمة، الهدف منه هو محاولة الوقوف على مدى معرفتها لهذه النظرية، وبالتالي الوقوف على تاريخ ممارسة السلطات الاستثنائية من طرف الدولة في مختلف الأنظمة السياسية.

أ- نظرية الظروف الاستثنائية في العصور القديمة

عرفت منذ العصور القديمة حيث كان الملك في كل العصور الفرعونية له سلطة مطلقة سواء في التشريع أو التنفيذ وكانت التفرقة بين سلطاته العادية والاستثنائية غير مدونة؛ ولكنه كان يمارس سلطات استثنائية بموجب مراسيم يصدرها بواسطة الوزير الأكبر، كما عرف الفكر اليوناني القديم مبدأ السلطات الاستثنائية في نظام حكمه وكانت هذه السلطات ممثلة في ظروف الحرب وعقد المعاهدات، وكانت سلطة الحاكم الروماني مطلقة وقت الأزمات والظروف الاستثنائية حيث كانوا يعيّنون وقت الأزمات دكتاتوراً يضعون في يده كلّ السلطات للخروج من الأزمة شريطة أن يخضع للحساب أو المساءلة⁽¹⁾، أما القانون الروماني فلأنه كان في بدايته متأثراً بالقانون الإغريقي وكان يغلب عليه طابع التقييد بالشكليات فلم يأخذ بالنظرية في بدايته، لكن فيما بعد صار له الفضل في بداية إبراز معنى النظرية عن طريق أقوال الفلاسفة أمثال شيشرون (عندما يتغير الزمن يتغير الواجب) و(الفائدة الأكبر تفضل على الفائدة الأقل) وأشهر عبارة تمسك بها هي عبارته المعروفة "سلامة الشعب فوق القانون." والتي اعتنقها الفقه الحديث فيما بعد.⁽²⁾

(1) - سمير علي عبد القادر، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1984، ص 12 وما بعدها

(2) - أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، 2001، ص 18-19.

ب- نظرية الظروف الاستثنائية في العصور الوسطى

وهي العصور التي سبقت العصور الحديثة مباشرة خاصة قوانين فرنسا وإيطاليا وألمانيا القديمة، فرغم المحاولات الفقهية لإرساء بعض مبادئ النظرية إلا أنها لم ترق لمرتبة التقنين وظلت حبيسة الآراء، في حين هيأ القضاء الفرنسي في هذه الفترة لبروز النظرية ولو جزئياً من خلال الأخذ ببعض أحكامها لإزالة التعارض القائم بين معطيات القانون المطبق والوضع الاقتصادي المتزدي من حيث الواقع، وكان القانون الإيطالي يدور في فلك القانون الفرنسي في عدم الأخذ بنظرية الظروف الاستثنائية، في حين سيطرت بعض أحكام النظرية على الفقه والقضاء الإيطاليين وبلغ الأمر حدًا جعل الفقه يتنبأ بما ستكون عليه أحكام النظرية، في حين كان حظ النظرية وافرًا في الفقه والتشريع الألماني في هذا العصر، حيث صدرت ثلاث تشريعات تطبق النظرية: الأول عام 1756، والثاني عام 1794، والثالث عام 1811، وتشترك هذه القوانين حول أهم مبادئ هذه النظرية حين اعتبرت من بين أسباب انحلال العقود تغيير الظروف غير المتوقعة.⁽¹⁾

ت- نظرية الظروف الاستثنائية في العصر الحديث

أما في العصر الحديث، فلا شك أنّ الميلاذ الأوّل لهذه التّظريّة كان ميلاذا فقهيًا نظريًا، مصاحبًا لفكرة الدّولة القانونيّة، وسيادة مبدأ المشروعيّة، حيث ظهر المفهوم التقليدي لنظرية الظروف الاستثنائية في أواخر القرن 19، وكان الألمان أوّل من خرج بالنّظرية من حيّز الفقه إلى حيّز النّصوص الدّستوريّة، حيث جرت كل دساتير الولايات المتّحدة الألمانيّة في أوائل القرن 19 على التصريح للأمرء بحق الاحتجاج بالضرّورة حتّى يكون لهم سلطة تعطيل أحكام الدستور والقانون. واتّخاذ أوامر مستعجلة لها قوة القانون اعتمادًا على حق الضرّورة العموميّة.⁽²⁾ كذلك الوضع في إيطاليا حيث ظهرت في ذلك العصر أيضًا.⁽³⁾ أمّا في فرنسا فكان الظهور الأوّل للنّظرية قضائيًا فقهيًا⁽⁴⁾، حيث خلت كل الدساتير

(1) - أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 23..

(2) - أنظر: Lamarque jean., La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958, Revue du droit Public., 1961., p561 et 566.

- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، دار النهضة العربية، مصر، 1963، ص 139 و 143-144.

(3) - السعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2، 1993، ص 265.

(4) - ومن أمثلة بعض الاجتهادات القضائية في هذا الشأن: صدور قرارين شهيرين في 16 أوت 1915 بموجبهما أعلن مجلس الدولة الفرنسي أن حالة الحرب تحول لجهات الضبط الإداري إصدار قرارات لا تكون من صلاحياتها وقت السلم، كما تم تأكيد هذا المبدأ في 28

الفرنسية المتعاقبة بعد ثورة 1789 من أي نص يؤسس لهذه النظرية، وتبلورت أحكامها مع بداية التطبيق القضائي لها من طرف مجلس الدولة الفرنسي مع بدايات الحرب العالمية الأولى حيث طبّقها تحت اسم سلطات الحرب في بداية الأمر، وهذا ما ذهب بالكثير من الفقهاء إلى اعتبار هذه النظرية، نظرية قضائية من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي،⁽¹⁾ ليكون أول تنصيب لها في دستور الجمهورية الخامسة الصادر في 04 أكتوبر 1958 عن طريق المادة 16 منه بشكل خاص،⁽²⁾ ثم امتدّت بعد ذلك إلى كل من رومانيا، سويسرا، واليونان، ثم أصبحت سمة تتميز بها الدساتير الحديثة.⁽³⁾

أما بالنسبة للتشريعات العربية فكان أول اعتناق لهذه النظرية في دستور مصر لسنة 1923 في المادة 14 منه، وقد احتفظت كافة الدساتير فيما بعد ذلك بهذا التطبيق.⁽⁴⁾

2- التطور التاريخي لنظرية الظروف الاستثنائية في النظام الجزائري

تبنى المؤسس الدستوري الجزائري فكرة الظروف الاستثنائية من خلال تنظيمها بنصوص دستورية، وهذا ما نجده عبر الدساتير الأربعة المتعاقبة، فكان إقرار نظرية الظروف الاستثنائية في الجزائر رسميا في أول دستور صادر عن الجمهورية الجزائرية المستقلة وهو دستور سبتمبر 1963 في المادة 59 منه.⁽⁵⁾ وإلى غاية دستور 1996، والتعديلات التي تلتها (مع وجود اختلافات فيما بينها في طريقة المعالجة والتنظيم)، وهذا ما يعكس تبني المشرع الجزائري لفكرة المشروعية الاستثنائية. أمّا من الناحية العملية نجد أن النظام السياسي الجزائري مرّ بعدة مراحل كانت وليدة ظروف ومعطيات سياسية مشحونة بصراعات بين مختلف التيارات الموجودة في الواقع، وذلك لتولي مناصب السلطة، وهذا كله كان

جوان 1918، من خلال إصدار مجلس الأمة مرسوما يتضمن وقف القانون الخاص بضمّانات الموظفين العموميين شرعيا بسبب الظروف الاستثنائية. انظر: فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 65.
(1) - عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الجمهورية في النظامين الرئاسي والبرلماني - دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، 1980، ص 235.

(2) - أنظر: طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 142-143.

Lamarque jean , La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 .OP ,Cit. p598 à603.

(3) - السعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 265.

(4) - سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص 123.

(5) - نص المادة 59 من دستور 1963: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات استثنائية بقصد حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية ويجتمع المجلس الوطني بكامل أعضائه."

له تأثير كبير في عرقلة السير العادي لمختلف المؤسسات الدستورية في العديد من المرات، مما كان يلزم اللجوء إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لحل هذه الأزمات.

وكان أول تطبيق لها في ظل دستور 1963.⁽¹⁾ حيث أعلن الرئيس بن بلة تطبيق المادة 59 من دستور 1963⁽²⁾، وتعليق العمل بالدستور، وذلك بعد 23 يوم من صدور هذا الدستور، فعلى إثر تمرد العقيد شعباني ونشاطات جبهة القوى الاشتراكية في القبائل الكبرى، وكذلك تجمع المعارضة في إطار لجنة الدفاع عن الثورة التي ضمت حزب الثورة الذي أسسه محمد بوضياف، أعلن الرئيس في 3 أكتوبر لجوئه إلى تطبيق المادة 59 التي تخوله السلطات الاستثنائية، ثم قام بتمديد هذه الحالة إثر الخلاف الحدودي الذي كان على شكل مواجهة عسكرية بين المغرب والجزائر، ورغم انتهاء الأسباب التي دعت إلى تطبيق هذه المادة، إلا أنّ الرئيس استمر في تطبيقها كأنها إجراء عادي، الشيء الذي سمح له باستخدام المؤسسات الدستورية كما شاء ودون تعطيلها نهائياً.⁽³⁾

وبعد انقلاب 19 جوان 1965 ساد فراغ دستوري في ظل مرحلة انتقالية، تلاها صدور دستور 22 نوفمبر 1976؛ فكان أول تطبيق لنظرية الظروف الاستثنائية في ظل هذا الدستور أثناء زلزال شلف في أكتوبر 1980، وتعتبر هذه الواقعة غير موجبة لاستخدام السلطات الاستثنائية لمواجهتها، فالإجراءات التي اتخذت بهدف مواجهتها تم اتخاذها تقريبا استنادا إلى القواعد العادية، حيث أن رئيس الجمهورية مارس صلاحياته بموجب أوامر، واستنادا إلى المادة 153⁽⁴⁾، وليس المادة 119⁽⁵⁾، وصدرت عدة مراسيم حول الزلزال، ولكنها لم تبين ما إذا كانت الحالة طوارئ أو حصار، رغم نقل صلاحيات السلطة المدنية إلى السلطة العسكرية، الشيء الذي يدل على أن الحالة من ناحية الآثار

(1) - دستور 1963، الصادر في 10 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 64.

(2) - المادة 59 من دستور 1963: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات استثنائية بقصد حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني بكامل أعضائه."

(3) - أنظر: علي العرنان مولود، شغور منصب رئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2002، ص 167.

(4) - نص المادة 153 من دستور 1976: «لرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة».

(5) - نص المادة 119 من دستور 1976: «في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع هيئات الحزب العليا والحكومة حالة الطوارئ والحصار، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع».

القانونية كانت حالة حصار، لكنها من الناحية الموضوعية كانت حالة طوارئ فقط، غير أنه بالنظر إلى حرية الرئيس في اتخاذ ما يشاء من الإجراءات، فإن الخلط بين الحالتين كان ممكناً أيضاً، ومع ذلك فالرئيس لم يستند إلى نص المادة 119.

أما ثاني تطبيق لهذه النظرية في ظل دستور 1976، فكان بمناسبة أحداث أكتوبر 1988⁽¹⁾. حيث قرر الرئيس الشاذلي بن جديد يوم 6 أكتوبر 1988 إعلان حالة الحصار بمدينة الجزائر العاصمة، وبدون صدور أي نص قانوني بشأنها⁽²⁾، ثم كان إعلان حالة الحصار للمرة الثانية في ظل دستور 1989 يوم 4 جوان 1991⁽³⁾، بمناسبة أحداث جوان المتعلقة بإضراب حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ على قانون الانتخابات، وتقسيم الدوائر الانتخابية⁽⁴⁾، ثم إعلان حالة الطوارئ بعد رفع حالة الحصار وذلك يوم 9 فيفري 1992⁽⁵⁾، هذه الحالة التي بقيت سارية إلى غاية فيفري 2011، تحت ضغط بعض الأحزاب السياسية والمنظمات الحقوقية واحتجاجات شعبية من أجل رفعها؛ لكن النظام الجزائري تمسك بها طيلة هذه المدة تحت ذريعة محاربة الإرهاب والحفاظ على الأمن العام. وما يلاحظ على إعلان حالة الطوارئ هذه الأخيرة هو اقتراحها بمرحلة خاصة⁽⁶⁾، حيث تميزت

(1) - وهي حركة احتجاجية شعبية اندلعت بتاريخ 05 أكتوبر 1988 ومهدت لتغيير طبيعة النظام السياسي الجزائري، وانتقاله من نظام الحزب الواحد إلى نظام التعددية، وتمخض عنه دستور فبراير 1989 أنظر: فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، المرجع السابق، ص 72، خنيش بغداد، المؤسسات الدستورية في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص 31-34.

(2) - عمر فرحاني، إشكالية الديمقراطية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1992، ص 109.

(3) - بموجب المرسوم 196/91، المؤرخ في 4 جوان 1991، المتعلق بإعلان حالة الحصار، الجريدة الرسمية رقم 29، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1991.

(4) - فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، المرجع السابق، ص 72. انظر: خنيش بغداد، المؤسسات الدستورية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 31-34.

(5) - المرسوم 44/92، المرخ في 09 فيفري 1992، المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية رقم 10 الصادرة بتاريخ 09 فيفري 1992.

- انظر في تحليل ومناقشة أزمة الانتخابات في الجزائر لسنة 1991، محمد نسيب أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية - أسلوب ممارسة الحكم في الدولة المعاصرة، مطبعة دار هومة، الجزائر، دط، 2002، ج 2، ص 77 وما بعدها.
- بوكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1994، القسم الثاني، ص 103 وما بعدها.

(6) - يقصد بها حالة الطوارئ المعلنة في فيفري 1992، حيث أعلنت في ظل مرحلة انتقالية ومن طرف مؤسسات انتقالية. انظر: فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، المرجع السابق، ص 176.

بغياى الشرعية الدستورية بمختلف جوانبها، بدءًا من تعطيل أحكام الدستور إلى إنشاء هيئات وسلطات انتقالية تمارس السلطة بصفة فعلية، وليس لها أي أساس دستوري على الإطلاق، وذلك بمنطق ومبرر ضرورة استمرار الدولة واسترجاع هيبتها، وقد بدأت هذه المرحلة منذ قبول المجلس الدستوري لاستقالة الرئيس الشاذلي بن جديد في 11 جانفي 1992، وما تلاها من إلغاء المسار الانتخابي من طرف المجلس الأعلى للأمن، وإصداره لإعلان يتضمن إنشاء المجلس الأعلى للدولة وكذا المجلس الوطني الاستشاري يوم 14 جانفي 1992.

ومما سبق نلاحظ أن بعض المراحل تميزت بممارسة السلطات الاستثنائية من طرف مؤسسات انتقالية تفتقد إلى الشرعية الدستورية، وهو ما يطرح تساؤل حول مشروعية الإجراءات الاستثنائية التي اتخذت آنذاك⁽¹⁾، كما كان هناك نقص وخلط كبير وتجاوز للسلطة عند لجوئها لإحدى صلاحياتها في حالة الظروف الاستثنائية، حيث تميزت بعض المراحل التي طبقت فيها بالارتباك والارتجال في اللجوء إلى هذه السلطات في أوقات لم يكن يستدعي الأمر اللجوء إليها، وكان من الممكن السيطرة على هذه الظروف بالقوانين العادية.

ثانيا: تسمية النظرية في الاصطلاحات الحديثة

قبل الخوض في التعريفات الفقهية لهذه النظرية لابد من الوقوف على المصطلحات المتعددة لهذه النظرية للوصول إلى ضبط المصطلح الذي سوف اعتمده في بحثي هذا، وبالنسبة لتسمية هذه النظرية نجد:

1- في التشريع

إن التشريعات المقارنة لم تستعمل عبارة الظروف الاستثنائية، وإنما تنصّ معظم الدساتير والتشريعات التي تصدر على تطبيقات لهذه النظرية وتسميات مختلفة، وهي تختلف من نظام لآخر فنجد في فرنسا مثلا صدور قانون الأحكام العرفية الصادر في 09 أوت 1848، وكذا قانون 11 جويلية 1938 لإعداد الأمة في حالة الحرب، كما صدرت في مصر تشريعات بتسميات مختلفة كالقانون الخاص بإعلان حالة الطوارئ وقانون

(1) - عبد العزيز بروق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية في ضوء النظام القانوني الجزائري الحالي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002، ص 29.

تنظيم الدفاع المدني، والقانون الخاص بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة.⁽¹⁾

وصدر في الجزائر مرسوم خاص بإعلان حالة الطوارئ في 09 فيفري 1992 وقانون إعلان حالة الحصار في 04 جوان 1991، دون ورود لمصطلح الظروف الاستثنائية.⁽²⁾

2- في القضاء

استعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة الظروف الاستثنائية، وميز بين الظروف الاستثنائية التي تنشأ بسبب الحرب وأطلق عليها تسمية "نظرية سلطات الحرب"، وبين غيرها من الظروف الأخرى، وأطلق عليها عبارة الظروف الاستثنائية.⁽³⁾

أما مجلس الدولة المصري فقد استعمل عبارتي "الضرورة"، و"الظروف الاستثنائية" للدلالة على معنى واحد وهو الظروف العصبية التي يمكن أن تمر بها الدولة.⁽⁴⁾

3- في الفقه

يخلط البعض من الفقهاء في المعنى بين فكرة الظروف الاستثنائية وفكرة الضرورة⁽⁵⁾، كما يطلق البعض منهم على الظروف الاستثنائية نظرية الضرورة.⁽⁶⁾

ويرى الدكتور إبراهيم درويش أن الذين ميّزوا بين الحرب وبين سائر الظروف الأخرى أمر يخالف الواقع ولا مبرر له، وذلك لأن ظروف الحرب جميعها ما قبلها وما بعدها، إنما هي إحدى صور الظروف الاستثنائية، أما الذين أطلقوا عليها تسمية نظرية الضرورة، فقد خلطوا بين الظروف الاستثنائية باعتبارها نظرية عامة وبين فكرة الضرورة التي تعتبر معيارا أو أساسا لنظرية الظروف الاستثنائية بصفة خاصة.⁽⁷⁾

(1) - إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 10، ع 4، أكتوبر-ديسمبر 1966، ص 107.

(2) - فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، المرجع السابق، ص 79-80.

(3) - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 2005، ص 90.

(4) - وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 74 من الدستور لمصري والرقابة عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1988، ص 183 وما بعدها.

(5) - عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، دار النهضة العربية، مصر، 2015، ص 95.

(6) - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، المرجع السابق، ص 53.

(7) - إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 108-109.

ويستخلص مما سبق عرضه أن كل الظروف الاستثنائية مهما اختلف مصدرها ومهما تنوعت صورها وتباينت، فإنها تندرج تحت نظرية واحدة هي نظرية الظروف الاستثنائية، وهو الاسم الذي يقصد به كافة الظروف الغير العادية التي تطرأ على حياة الدولة، وهي التسمية التي اعتمدها في بحثي هذا.

ثالثا: تعريف الظروف الاستثنائية

بعد تبلور هذه النظرية واستقرارها وضعت لها عدة تعريفات منها: " أنها نظام استثنائي تتسع فيه سلطات الضبط الإداري، ويهدف إلى مواجهة الأزمات والأخطار القومية التي تعجز الدولة عن مواجهتها بما لديها من سلطات في الظروف العادية وتحقق هذه الحالة إذا قامت ضرورة تحتم قيام السلطة التنفيذية بالخروج عن أحكام الدستور أو القانون...، متى كانت القواعد القانونية المتبعة في الظروف العادية عاجزة عن تمكين السلطة الإدارية من مواجهة هذه الظروف الاستثنائية.⁽¹⁾

ما يلاحظ على هذا التعريف أن المقصود بالنظرية هو قيام ظروف استثنائية، تدفع السلطة التنفيذية بسببها إلى التحرر من قواعد المشروعية (الخروج عن أحكام الدستور والقانون) .

واعتبر الأستاذ فتحي سرور الظروف الاستثنائية بأنها: "حالة من الواقع تتطلب -بالنظر إلى خصوصيتها الغير عادية- الإفلات من تطبيق القانون العادي، فالطابع الغير عادي أو الاستثنائي لهذه الحالة من الواقع لا تتلاءم معها القواعد المطبقة في الظروف العادية.⁽²⁾

وهذا التعريف يرى أن القواعد القانونية ترتبط بالسلوك الإنساني الذي يمكن إتباعه بما يتفق مع هذا الواقع، وهو ما يلزم وجود قواعد قانونية تنظم الظروف غير العادية التي لا تصلح أدوات القانون العادي لها.

والعديد من التعريفات الواردة في كتب الفقه الدستوري حول تعريف نظرية الظروف تنحوا في نفس الاتجاه الذي سار عليه التعريفين السابقين، لكن الظاهر أنه لا يمكن التسليم بفكرة الخروج المطلق عن أحكام الدستور والقانون لما يترتب عن ذلك من نتائج خطيرة، ولهذا يمكن أن يكون تعريف الدكتور إبراهيم درويش لهذه النظرية أكثر شمولية ودقة حين اشترط رقابة القضاء حال تطبيق المشروعية

(1) - أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، دار أبو المجد للطباعة، 1997، ص188.

(2) - أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2002، ص552.

الاستثنائية، حيث يقول: "إنها ظروف فجائية أو حالات واقعية تدفع الضرورة الإدارة بسببها إلى التحرر من قواعد المشروعية العادية، فتصدر أعمالا وتصرفات تعتبر شرعية نظرا لهذه الظروف بشروط معينة، وتحت رقابة القضاء." (1)

وإن اختلفت تعريفات هذه النظرية وأحكامها وتطبيقاتها من فرع قانوني إلى آخر، إلا أن جوهر النظرية في مختلف فروع القانون يبقى واحدا، فهي تنطلق دائما من وجود خطر يهدد مصلحة يحميها القانون. (2)

كما تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن هناك فرقا بين الظروف الاستثنائية التي تستند إلى حالة طارئة أو قوة قاهرة وتكون مؤقتة نسبيا، بحيث تتغلب عليها السلطة العامة باتخاذ إجراءات فردية، وبين تلك التي تدوم طويلا نتيجة استمرار الأسباب التي أحدثتها، كحالات الحروب والفتن الحرجة بمختلف أشكالها، والتي تسمى بالظروف الاستثنائية والتي خلق لها مجلس الدولة الفرنسي نظرية خاصة سماها نظرية الظروف الاستثنائية. (3)

رابعا: طبيعة نظرية الظروف الاستثنائية

تتنازع فكرة الظروف الاستثنائية نظريتان هما: النظرية السياسية، النظرية القانونية.

- التيار الأول: النظرية السياسية (الواقعية) للظروف الاستثنائية

ويقود هذا الاتجاه المدرسة الأنجلوساكسونية، فاستشرت أحكام القضاء في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، على اعتبار نظرية الضرورة مجرد نظرية سياسية لا يمكن أن تكون بذاتها مصدرا للسلطات الاستثنائية أو أساسا لها، وإن جاز للسلطة أن تتخذ إجراءات تحت وطأة الضرورة فهي ليست إجراءات قانونية، وإنما واقعية. (4)

(1) - إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 138.

(2) - عبد الرحمن تقيدة، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 1990، ص 22-24.

(3) - عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1955،

ص 97.

(4) - وحدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 54.

فليس هناك سمو قانوني لإجراءات الضرورة، وإنما هناك سمو وقتي واقعي، وبالتالي فنظرية الضرورة تجد سندها في الواقع وليس في القانون.⁽¹⁾

ونظرية الظروف الاستثنائية لا تخلق قواعد قانونية ولا تحل محل القوانين القائمة، والسلطة التنفيذية إذا اتخذت تحت ضغط الضرورة إجراءات تخالف الأنظمة القانونية القائمة، فإنّ هذه الإجراءات تعتبر بحسب الأصل إجراءات غير مشروعة، والإدارة ينبغي أن تلتزم بمبدأ المشروعية ليس فقط في الظروف العادية؛ وإنما كذلك في الظروف غير العادية.⁽²⁾

وخلاصة هذا المذهب، أنّ نظرية الضرورة لا تتمثل نظرية قانونية، ولكنها محض تبرير سياسي واقعي وعملي، وكل ما لهذه الحالة من أثر هو أنّها تشكل أساسا لمنح السلطة التنفيذية الصلاحيات والسلطات اللازمة لمواجهة الأزمة⁽³⁾. وإعفائها من المسؤولية الناجمة عن مخالفتها للقانون بواسطة قانون يعرف في فرنسا باسم قانون التضمينات.⁽⁴⁾

التيار الثاني: النظرية القانونية للظروف الاستثنائية

يقود هذا الاتجاه المدرسة الألمانية والفرنسية، ويعتبر أنّ الدولة هي التي أوجدت القانون، وهي تخضع له لتحقيق مصالحها، وعلى ذلك فلا خضوع لها إذا كان تحقيق صالحها في عدم الخضوع. وأنّ القانون وسيلة لغاية هي حماية الجماعة، فإن لم تؤدّ القواعد القانونية هذه الغاية، فلا يجب الخضوع للقانون وعلى الدولة أن تضحي به في سبيل الجماعة.⁽⁵⁾

فوفقا لهذه النظرية تعتبر كل الإجراءات التي تتخذها الحكومة المخالفة لأحكام الدستور والقانون مشروعة إذ اضطرت إلى ذلك تحت وطأة الظروف الاستثنائية، فحالة الضرورة تنشئ للدولة حقا يبيح ما يتخذ باسمها وتحت إلحاحها من إجراءات غير مشروعة، فالضرورة هنا تعتبر مصدرا حقيقيا للقانون، وهو قانون استثنائي يحلّ محلّ القانون الوضعي، ويجد مصدره في القانون.⁽⁶⁾

(1) - عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الجمهورية في النظامين الرئاسي والبرلماني، المرجع السابق، ص 229.

(2) - فارس حامد عبد الكريم، مبدأ سمو الدستور ونظرية الضرورة في الأوقات العصيبة للدولة، ص 4،

<http://forum.univbiskra.net/index>. 2008/07/03.

(3) - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 143-144.

(4) - فارس حامد عبد الكريم، مبدأ سمو الدستور ونظرية الضرورة في الأوقات العصيبة، المرجع السابق، ص 5.

(5) - إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 133-134.

(6) - عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 226.

ويخلص في ذلك الفقه الألماني إلى أن نظرية الضرورة تعتبر كحق الدفاع الشرعي نظرية قانونية تبيح ما يتخذ باسمها وتحت إلحاحها من إجراءات غير مشروعة.⁽¹⁾

والظاهر أنّ الرأي الثاني هو المقبول والمعتمد، على اعتبار أن النظام القانوني الاستثنائي يستمدّ شرعيّته من التقنين الدستوري، ومن غير المقبول أنّ ينظّم الدستور نظرية ينتهي أعمالها إلى إبطال أحكامه أو وقفها أو المساس بها، أو حتى إهدار المبادئ الأساسية التي يقوم عليها، لذلك فاللجوء إلى تطبيق الوسائل والأحكام الاستثنائية يجب أن يتطابق ليس فقط مع النصّ الدستوري المنظّم لنظرية الظروف الاستثنائية، بل أيضاً مع النصوص التشريعية الأخرى.⁽²⁾

وعليه فإنّ سلطات الدولة، إذا كانت تستمدّ شرعيّتها من النصوص الدستورية، فلا بدّ من التزامه بالشروط والضوابط الدستورية، بحيث يقتصر مجال الظروف الاستثنائية على المجال التشريعي واللائحي، ولا يتعدّى إلى المساس بالقواعد الدستورية، وإلا خرجنا من نطاق المشروعية كليا.⁽³⁾

وعلى هذا الأساس، فأثر إجراءات الظروف الاستثنائية لا يمتدّ إلى المساس بالقواعد والنصوص الدستورية، ويكون تأثيرها على مبدأ المشروعية تأثيراً جزئياً فقط.

الفرع الثاني: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي

الدين الإسلامي لا يرضى بالعسر والمشقة، فأحكامه ومبادئه فيها مظاهر كثيرة للتوسعة على المكلفين والتخفيف عنهم ولم تحصرها على طائفة معينة، كونها شريعة تهتم بالواقع البشري من جهة، وجاءت لتراعي مصالح الخلق من جهة أخرى، وهذا ما جعلها تتعرض لجوهر نظرية الظروف الاستثنائية بوضع أصول عامة لها يمكن الاقتداء بها والقياس عليها لصياغة نظرية متكاملة في الفقه الإسلامي يمكن التعرض لبعض تفاصيلها فيما يأتي:

أولاً: نشأة نظرية الظروف الاستثنائية

تعتبر الشريعة الإسلامية، الدين الخالد الذي لا يطرأ عليه تغيير أو نسخ، وهذه الشريعة راعت حاجات الإنسان العامة في جميع العصور، وما تضمنته من أحكام وقواعد تجعلها صالحة للناس في كل زمان ومكان، وجاءت لتدل على أن منهج التخفيف والتيسير هو منهج رباني أراد الله تعالى للتخفيف

(1) - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 140.

(2) - وحدي ثابت غريال، السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 81.

(3) - ثروت عبد المهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، المرجع السابق، ص 160.

عن عباده، ويتجلى ذلك في قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁽¹⁾ ومن خلال هذا المبدأ تكون الشريعة قد عرفت الضرورة بالمعنى العام والتي تعتبر ملازمة لحياة البشر والدول في الجملة، بل لا تكاد تخطف إنسانا في حياته، فأحيانا لا يستطيع الإنسان كفرد ولا السلطة الحاكمة كجهة تعني بتنظيم حياة الفرد أن تسير على النمط الديني الذي يفرضه الشرع، ولا بالنمط التنظيمي الذي يفرضه القانون، فقد تطرأ أحوال تحمل على مخالفة وخرق ذلك، فالضرورة قديمة قدم الإنسان نفسه وقد قدم البيانات والأنظمة التي يخضع لها.

فالشريعة الإسلامية لم تغفل تنظيم حالة الظروف الطارئة باعتبارها ملازمة لواقع الفرد والدولة، فقد استنتجت حالات الضرورة في كثير من تشريعاتها، حتى تضمن بقاء الفرد والدولة دائما في إطار الشرعية في كل تصرف، فهناك واجبات شرعية أسقطتها الشريعة، حيث منعت الضرورة من أداء هذه الواجبات، أو خففت بتأخيرها عن مواقيتها، أو بالاكْتفاء لأداء بعضها، كما أن هناك محظورات حظرها الشريعة، ثم تجاوزت عن ارتكابها، لمن ألجأته الضرورة إلى ذلك، وذلك في الحدود التي رسمتها والضوابط التي وضعتها.

واعتراف الشريعة بنظرية الضرورة لم يقتصر على ناحية من نواحيها التشريعية، ولا على طائفة معينة من الناس، بل هو اعتراف عام في كل ما شرعته من أحكام، تتصور فيها الضرورة شرعا، وعام أيضا للفرد والأسرة والدولة، ومستند ذلك مجموع الآيات والأحاديث الواردة في شأن الضرورة، ثم ما استنبطه علماء الفقه الإسلامي من أصول عامة لهذه النظرية.⁽²⁾

فالأحكام الاستثنائية المستندة إلى نظرية الظروف الاستثنائية كانت معروفة، حيث اعتبرت نظرية مقررة في الشريعة الإسلامية مستندة إلى نصوص من الكتاب والسنة وإلى قواعد فقهية.⁽³⁾

فآيات القرآن قاطعة الدلالة على ذلك، فقد أباح الشارع الحكيم الأكل من الميتة والدّم ولحم الخنزير، تقديرا لحالة الاضطرار وخوفا على النفس من الجوع والهلاك، كما أباح سبحانه وتعالى التلفظ بكلمة الكفر تقديرا منه لحالة الاضطرار والإكراه على ذلك بالقتل أو إتلاف بعض الأعضاء.

(1) - البقرة: 185.

(2) - جميل بن محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية - حدودها وضوابطها - دار الوفاء للطباعة للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1988، ص31.

(3) - أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، <http://Braa.gelgoo.us/t89.topic>، 03/07/2010، ص03.

- وقد طبّق الرسول ﷺ نظرية الظروف الاستثنائية في كثير من الحالات، منها ما روي عنه ﷺ أنّه نهي عن قطع الأيدي في الغزو⁽¹⁾ بسبب الضرورة مع أن ذلك حد من حدود الله.
- كما طبّق الصحابة رضوان الله عليهم نظرية الظروف الاستثنائية، فقد عطل عمر رضي الله عنه حد السرقة عام الرّمادة⁽²⁾. مراعاة للظرف الملجئ.
- كما جاءت القواعد الكلية التي أنبنى عليها الفقه الإسلامي تخدم هذا الأصل أهمّها: "الضرورات تبيح المحظورات"⁽³⁾، والضرر يزال"⁽⁴⁾.

ويرى الدكتور عبد الله مرسي سعد بأن التشريع الإسلامي عرف هذه النظرية وطبقها تطبيقاً تعجز عنه النصوص القائمة ثلاثة عشر قرناً قبل أن تظهر على ألسنة فقهاء فرنسا.⁽⁵⁾

وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد عرفت نظرية الظروف الاستثنائية وأقرتها مصدراً استثنائياً للقواعد التشريعية، فأفردت لها نظرية منذ حوالي أربعة عشرة قرناً خلت، وأوجدت لها الحلول المناسبة التي تحقق أمن الدولة وسلامتها في هذه الظروف غير العادية وذلك عن طريق فتح ثغرات في إلزامية التقيد بالقواعد العادية الموضوعية، وكما عرفت النظرية من الناحية النظرية، فقد ترجمت أيضاً من الناحية العملية ووجدت لها عدة تطبيقات ابتداء من الصدر الأول من تاريخ الحكم الإسلامي.

ثانياً: تسمية النظرية

عالج الفقهاء المسلمون حالة الضرورة كأساس لسلطة الحاكم وأعوانه في توسيع صلاحياتهم، أو تغيير التشريع العادي تحت مسميات متعددة فنجد أنّ هناك من عالجها تحت مسمى نظرية الضرورة الشرعية⁽⁶⁾؛ لأن بعض الفقهاء القدامى تناولوا التصرفات الاستثنائية في مختلف الأبواب الفقهية تحت

(1) - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، باب في الرجل يسرق عند الغزو أيقطع، كتاب الحدود، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط 1، 1952، ج 2، ص 453.

(2) - فقد ورد عن رجل قال: رأيت رجلين مكتوفين ولحما فذهبت معهم إلى عمر رضي الله عنه فقال صاحب اللحم كانت لنا ناقة عشراء ننظرها كما ينتظر الربيع فوجدنا هذين قد اجتزأها فقال عمر: هل يرضيك من ناقة نقتك نقتك عشروان مريعتان فإننا لا نقطع في العذق ولا عام السنة. أنظر: السرخسي: أبو بكر بن محمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989، دط، ج 9، ص 140.

(3) - تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، على محمد عوض، دار الكتب العلمية، لبنان، ج 1، ص 45.

(4) - محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط 01، 2006، ج 1، ص 120.

(5) - عبد الله مرسي سعيد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون، دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1972، ص 233.

(6) - أنظر: وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دمشق، 1969، ص 11.

- جميل بن محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 21.

مسمى الضرورة الشرعية والتي جعلوها نظرية عامة تصلح لكل فروع الفقه الإسلامي بما فيها مجال الفقه السياسي الذي نحن بصدد البحث فيه، لكن يبقى مصطلح الضرورة عند غالبية الفقهاء خاصة القدامى منهم قد حصره في الضرورة التي تتحقق في حالة المخمصة في حين قصرها البعض على الضرورة التي تقتضي المحافظة على النفس من خوف التلف والهلاك.

في حين تناول الأصوليون الأمور المستثناة من التشريع العام في باب الرخصة؛ لأنّ الضرورة هي أبرز أقسام الرخصة، وهي العذر الذي يبيح الخروج على ما شرع ابتداء (العزيمة) ⁽¹⁾، والمتأمل في أسباب الرخصة يجدها عدة أهمها (المرض، السفر، الخوف، الضرورة...)، فتعتبر الضرورة واحدة منها وليست كلها. ومن الفقهاء من جعل نظرية المصلحة المجال الفسيح الذي تدور في دائرته التصرفات الاستثنائية على اعتبار أن المصلحة تضمّ الضرورة كأعلى مرتبة من مراتبها والتي تبرر الخروج عن التشريع العادي. ⁽²⁾ لكن يبقى مصطلح المصلحة واسع يشمل الحاجيات والتحسينيات إلى جانب الضروريات.

وخصّ بعض الفقهاء المحدثون الكلام عن المستند الشرعي للدولة في ممارسته للسلطات الاستثنائية تحت مصطلح نظرية الظروف الاستثنائية، على اعتباره المصطلح الخاص بتطبيق نظرية الضرورة في مجال السياسة والحكم، ومسايرة لما اصطلح عليه في القانون. ⁽³⁾

وهناك من يجمع في تسمية النظرية بين مصطلح الضرورة والظروف الاستثنائية على اعتبار أن كليهما تطبيق لصورة واحدة وهي حالة الظروف العصبية التي يمكن أن يمر بها الفرد أو الدولة. ⁽⁴⁾

(1) - أنظر: السرخسي، أصول السرخسي، المصدر السابق، ج2، ص117.

- محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، -تطبيقاتها، أحكامها، آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص73.

(2) - أنظر عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1990، ص129. - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، الحاكم ومدى سلطته في تغيير التشريع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص330.

(3) - أنظر: عبد الرؤوف بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص303 وما بعدها.

- حامد التهامي كرات، نظرية الحرب والظروف الاستثنائية-دراسة مقارنة بين الدولة الإسلامية والدولة الحديثة- رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1981، ص499.

(4) - سعيد الحكيم الحامي، الرقابة على أعمال الإدارة، - في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية-، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1987، ص122.

والذي اعتمده في بحثي هذا هو مصطلح الظروف الاستثنائية عموماً، على اعتبار أنه أخصّ وأدق في مجال السياسة والحكم، وقد استعمل لفظ الضرورة في المواضع التي تقتضي الحاجة الإبقاء على هذا الإطلاق أو حفاظاً على الاقتباس.

ثالثاً: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية

لم يهمل الفقهاء المسلمون قديماً الظروف الاستثنائية، لكنهم حين تكلموا عنها لم يضعوا لها تعريفاً جامعاً مانعاً فالكثير منهم اكتفى بإيراد أقوالها في معرض الحديث عن شرح أحكام الضرورة، ومنهم من تكلم عنها عند تناول القواعد الكلية في الفقه، ومردّد ذلك أنّهم لم يأخذوا الظروف الاستثنائية على أنّها نظرية، فتعرضوا لجوهرها والمبدأ الذي تستند إليه ووضعوا لها قواعد وأصول عامة يستند إليها في ضبط مفهوميها، واكتفى غالبيتهم بوضوح معناها اللغوي إلى حد لا يختلف عنه في الاصطلاح الفقهي، ولهذا سنخرج عليه أولاً قبل التطرق للتعريف الإصلاحي، ومصطلح الظروف الاستثنائية مركب إضافي يتكون من كلمتين هما الظروف والاستثنائية

1 - التعريف اللغوي

- **الظروف:** في اللغة جمع مفرد لها ظرف، والظرف هو المبهم والمؤقت ويسمى المحدود، واتفق القوم على أن المبهم من الزمان ما لم يعتب له حد ولا نهاية كالحين، والمحدود منه ما اعتبر فيه ذلك كالיום والشهر⁽¹⁾، والظرف من الظرفية أي حلول الشيء في غير حقيقة⁽²⁾، وظرف الشيء وعائه ومنه ظروف الأزمنة والأمكنة.⁽³⁾

- **الاستثنائية:** كلمة مشتقة من استثناء: غير معتاد، شاذ وطارئ، والحالات الاستثنائية لا تؤخذ كمقياس للحكم العام لكونها حالة نادرة تخرج عن الإطار العام المتعارف عليه لشيء ما، فهي غير

(1) - محمد بن علي التهانوي، كشاف اصطلاح الفنون والعلوم، مراجعة: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، ج2، مكتبة لبنان الناشر، بيروت، ط1، 1996، ص1147.

(2) - رينهارت بيتر آن دوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، ج07، وزارة الثقافة والإعلام للجمهورية العربية العراقية، العراق، ط1، 2000، ص119.

(3) - ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرين، دار المعارف، القاهرة، ج4، ص2748.

عادية⁽¹⁾ . وهذا أهم ما ورد في كتب اللغة من تعريف كلمتي ظرف استثنائي، وعليه فإن الظروف الاستثنائية تعني الحالة التي تخرج عن الأصل العام أو الحكم العام.⁽²⁾

2- التعريف الاصطلاحي

كان للدارسين المحدثين اجتهادات في وضع تعريفات لهذه النظرية كانت تختلف باختلاف نظرهم للنصوص التي عاجلت نظرية الضرورة، فقصرها بعضهم على حالات الضرورة المنصوص عليها، في حين اتجه البعض الآخر إلى دراسة منهج الشارع في معالجة الضرورة واستخلص منها قواعد عامة يمكن من خلالها تحديد نظرية الظروف الاستثنائية على نحو موضوعي ينطبق على كل الحالات التي تتحقق فيها ظروف غير عادية، وسنعرض لبعض هذه التعريفات بداية بما ذكره الدكتور عبد الله مرسي إلى اعتبار النظرية خروجاً على بعض نصوص المشروعية حين قال: "أنّ الشريعة الإسلامية عرفت نظرية الضرورة إلى حد تعطيل بعض النصوص تحت وطأة الضرورة."⁽³⁾

كما حاول الدكتور ثروت عبد الهادي خالد الجوهري صياغة تعريف لها في باب الأحكام السلطانية بقوله: "فالضرورة هي التي ترخص للحاكم الالتجاء إلى ما كان محظوراً عليه في الظروف العادية"⁽⁴⁾، إعمالاً للقاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحظورات"⁽⁵⁾، وعملاً بقوله تعالى ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ

غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽⁶⁾

وما يلاحظ على التعريف أنه يحصر النظرية في تعاطي الحاكم للمحظورات تحت غطاء الشرع حماية للدولة وأركانها في الظروف غير العادية، من خلال إعطاء الحاكم رخصة الخروج عن الحكم الأصلي، إلى حكم مغاير تقتضيه الظروف.

(1) - أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 2008، ج1، ص332.

(2) - مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، جمهورية مصر العربية، 1989، ص400.

(3) - عبد الله مرسي، سيادة القانون بين الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية، المرجع السابق، ص252.

(4) - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، الحاكم ومدى سلطته في تغيير التشريع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص353.

(5) - السبكي تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ج1، ص45 .

(6) - البقرة: 173.

وعرفها الدكتور السيد حامد التهامي كرات بنوع من التفصيل والشمول حين قال: "هي نظرية تعني الانتقال من حكم عادي كان معمولاً به، إلى حكم مغاير له تحقيقاً لمصلحة طارئة تقتضي القول به والعدول إليه؛ أي أنها نظرية تعني ترك الحكم الشرعي الذي كان معمولاً به إلى حكم آخر مغاير له، وذلك لتغير العلة التي أملت أو الظروف التي فرض من أجلها، أو اقتضاء للضرورات أو المصالح الحالة والعاجلة، وبقدر ما تحتاجه هذه الظروف".⁽¹⁾

وهذا التعريف يلخص فكرة الظروف الاستثنائية في وجود نصّ شرعي معين وواجهت الدولة ظروفاً استثنائية معينة جعلت تطبيق هذا النص في هذا الوقت غير ممكن لمواجهة هذه الحالة سواء من حيث الكم أو الكيف، وهذه الظروف والأحوال استدعت إحلال استعدادات أخرى تعتبر خروجاً على النص لهذه المواجهة، في حالة الضرورة بالقدر الذي يستأهله علاجها.

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها: "تلك الحالة التي يتعرض فيها الإنسان إلى الخطر في دينه أو نفسه أو عقله أو عرضه أو ماله، فيلجأ إلى مخالفة الدليل الشرعي الثابت، والضرورة نظرية متكاملة تشمل جميع أحكام الشرع يترتب عليها إباحة المحظور وترك الواجب".⁽²⁾

وميزة هذا التعريف أنه تعريف جامع لكل أنواع الظروف الاستثنائية وهي ظروف الغذاء والدواء التي تطرأ على الجميع، والمحافظة على التوازن العقدي في العقود والقيام بالفعل تحت تأثير الرهبة أو الإكراه أو الدفاع عن النفس والمال ونحوها، وترك الواجبات الشرعية المفروضة وهذا هو المعنى الأعم للظروف الاستثنائية.

و هذه التعريفات في عمومها تكشف لنا ما يلي:

- نظرية الظروف الاستثنائية تمتد نطاقها ليشمل كل الأحوال الاستثنائية التي تطرأ على الإنسان وتهدد بالخطر مصالحه الأساسية المعتمدة من الشارع.

- نظرية الظروف الاستثنائية في الشرع لا يقتصر نطاق تطبيقها على الأفراد بل يمتد ليشمل الدولة وسلطاتها العامة ومن ثم فهي تغطي من حيث العموم جميع المخاطبين بها أفراداً وهيئات عامة،

(1) - حامد التهامي كرات، نظرية الحرب والظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 554.

(2) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 2، ص 8.

كما تتصف بالطابع غير المألوف أو الاستثنائي الذي يفرض العدول عن الأحكام المقررة للأحوال العادية إلى ما يناسبها.

- انطباق هذه النظرية على الظروف الطارئة أو الاستثنائية تحقيقاً لمصلحة طارئة، فالنظام السياسي الإسلامي قد تعترضه الكثير من الظروف الغير عادية التي تجبره على الخروج عن النظام العادي في سبيل درء الخطر عن الأمة وصون أمنها، وقد ابتلي الحكم الإسلامي بالكثير من الأوبئة والمجاعات والحروب المختلفة منذ غزوات الرسول ﷺ، إلى الفتوحات الإسلامية لأرجاء المعمورة، وذلك لنشر الدعوة الإسلامية.

رابعاً: طبيعة نظرية الظروف الاستثنائية

إن الوقوف على حقيقة نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي يقتضي منا معرفة طبيعة الإجراءات الاستثنائية وموضعها من مبدأ المشروعية.

والسؤال المطروح: هل تعتبر أعمال الضرورة مخالفة لنصوص المشروعية؟ أي إذا اقتضت الضرورة التضحية بالمصلحة التي نصّ عليها الشارع أو أجمع عليها علماء الأمة - كمصلحة احترام مبدأ المشروعية مثلاً-، فهل العمل بمقتضى الضرورة حينئذ يعتبر مخالفاً للنص والإجماع.

والجواب أن تصرفات الضرورة تبدو مخالفة لمبدأ المشروعية (خاصة النص أو الإجماع)، من حيث الظاهر فقط، أي من حيث النظر إلى عين النص في عين الواقعة، وإلا فالضرورة لا تخالف نصاً ولا إجماعاً، وذلك أن الشارع أثبت حكماً عاماً للضرورة، وهو قوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾ (1)، وبعبارة أوضح فإن حكم الضرورة حكم بخلاف الدليل للدليل، والقول بمعارضة الضرورة للنص والإجماع غير مسلم به؛ لأنه يوهم أن الضرورة تعاند النص والإجماع، وتفرض نفسها دون استناد إلى أي نص، وهذا غير صحيح فإن الضرورة وإن خالفت نصاً أو إجماعاً فقد وافقت نصاً آخر أو إجماعاً آخر، وحينئذ فلا ينبغي أن نطلق أن الضرورة تخالف النص والإجماع، وإلا فهل يصح أن يقال إن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات تخالف النص والإجماع، مع أنها قاعدة لم تستنبط إلا من النص والإجماع. (2)

(1) - الأنعام: 119.

(2) - جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 207 وما بعدها.

فالفعل أو التصرف المضطرّ إليه هو من أمر الله وليس خروجاً عن أمره، أي أنّ هذه التصرفات لا تعتبر خرقاً لمبدأ المشروعية إلاّ من الناحية الشكلية، بل وتجد مستنداً في مبدأ المشروعية ذاته وإن كانت تصرفات الضرورة لا تعتبر خروجاً على مبدأ المشروعية، فهل هذا يعني أنّها تصرفات مباحة، وإذا كانت كذلك فهل يعني إباحتها التخيير بين الفعل والترك، أو يعني رفع الحرج والإثم مع بقاء صفة التحريم.

الحنفية يجعلون المحذور الذي تبيحه الضرورة نوعان⁽¹⁾ :

النوع الأول: أفعال تسيّرُها الضرورة مباحة، أي ترفع عنها صفة التحريم، وبالتالي لا إثم على فاعلها، فحكم أفعال الضرورة بالنسبة لهذا النوع من المحظورات رفع صفة التحريم عنه ورفع الإثم عن فاعله، وقد يكون الأخذ به واجباً، ومثلوا لهذا النوع بالأكل من الميتة وشرب الخمر حال المخمصة.

النوع الثاني: لا ترفع الضرورة عنه صفة التحريم، وإنما ترفع الإثم عن فاعله المضطر، فهو كالمباح من جهة سقوط الإثم عن فاعله، وكالمحرم من جهة بقاء صفة التحريم فيه، ومثلوا لهذا النوع بالكفر عند الإكراه وبإتلاف مال الغير عند الاضطرار.

وذهب الفقيه أبو إسحاق الشاطبي في موافقاته⁽²⁾، إلى أن الضرورة تستدعي الترخيص، وحكم الرخصة بإباحة المحذور، الذي يتعلّق بنزع صفة التحريم عنه، وليس حكمها رفع الإثم فقط، مع بقاء المحذور على وصفه من التحريم، ومعنى ذلك، أنّ الشاطبي لا يقر بالتقسيم الثنائي للحنفية فيما تبيحه الضرورة.

ومهما يكن من الاختلاف في أمر هذا التكييف الفقهي لحكم ما تدعو إليه الضرورة، فإنّ الاتفاق حاصل على أن المضطر مأذون له فيما هو محذور في الأصل نظراً لحالة الضرورة، وكذلك

(1) - أنظر: باد شاه محمد أمين، تيسير التحرير، دار الفكر، دمشق، ج2، ص387.

- السرخسي، أصول السرخسي، المصدر السابق، ج1، ص177-178.

(2) - أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الموافقات، مطبعة المكتبة التجارية، مصر، ج1، ص320.

وفي هذا السياق قال الشاطبي: «فإن قيل: ما الذي يبني على الفرق بينهما؟ قيل يبني عليه فوائد كثيرة، ولكن العارض في مسألتنا أننا إن قلنا الرخصة مخير فيها حقيقة لزم أن تكون مع مقتضى العزيمة من الواجب المخير، وليس كذلك إذا قلنا إنها مباحة، بمعنى رفع الإثم عن فاعلها، إذ رفع الحرج لا يستلزم التخيير، ألا ترى أنه موجود مع الواجب، وإذا كان كذلك تبيّن أن العزيمة على أصلها من الوجوب المعين المقصود شرعاً، فإذا عمل بها لم يكن بين المعذور وبين غيره في العمل بها فرق، لكن العذر رفع التأثيم عن المنتقل عنها إن اختار لنفسه الانتقال».

الاتفاق حاصل على وجوب الأخذ بما تدعو إليه الضرورة في بعض الأحيان، سواء قلنا أن هذا الوجوب هو حكم الضرورة في هذه الحالة، أو قلنا أن حكمها هو الإباحة وإنما الوجوب مستفاد من دليل آخر⁽¹⁾.

وتكون الدولة وفقا لهذا الترخيع قد استندت في ممارستها للسلطات الاستثنائية إلى إذن شرعي لأنها تأخذ حكم المضطر في تركه العمل بالتشريع العادي لحماية كيان الدولة أو جماعة المسلمين.

المطلب الثاني: ضوابط نظرية الظروف الاستثنائية

إنّ السلطات المخولة للدولة في الظروف الاستثنائية تعتبر سلطات مقيدة بالغاية من ممارستها، وعلى ذلك فالنظام الشرعي والقانوني للسلطات الاستثنائية يقتضي التطرق إلى ضوابط أعمال هذا النظام الاستثنائي ووضعه موضع التطبيق، فهي التي تعطيها التبرير والتأسيس الشرعي والقانوني والواقعي، سواء من حيث توافر المستند الشرعي والقانوني الذي تستند إليه هذه النظرية في وجودها، أو من حيث ضرورة توافر شروط في الظرف الاستثنائي حتى يباح اللجوء إلى تطبيق النظرية الاستثنائية، لأنها تصبح فاقدة لمشروعيتها إذا مورست خارج نطاق هذه الضوابط، ولهذا سنتناول هذه الضوابط في كل من التشريع الجزائري، والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: ضوابط نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري

تتميز إجراءات وسلطات نظرية الظروف الاستثنائية في خروجها عن قواعد المشروعية بالسرعة والخطورة، وهذا يقتضي وضعها ضمن ضوابط تنظم وتحدد هذا الخروج، تتحدد هذه الضوابط من خلال الشروط التي يجب توافرها من أجل اللجوء إلى تطبيقها، وقبل ذلك توافر النصوص القانونية التي تعتبر مستندا يبرر وجودها ويساعد في بلورة ضوابطها.

أولا: مستند نظرية الظروف الاستثنائية

نجد الكثير من الخصوصية التي أستند عليها التشريع الجزائري في تقرير مستند لنظرية الظروف الاستثنائية سواء في نصوص الدستور أو القوانين العادية كما سنراه فيما يأتي:

(1) - عبد الكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية - بحث حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية-، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986، ص148.

1- في النصوص الدستورية

اعترف النظام الدستوري الجزائري مثله مثل كثير من النظم الدستورية المعاصرة بفكرة الظروف الاستثنائية، ابتداء من أول دستور للجمهورية وهو دستور 1963، وإلى غاية التعديل الدستوري لسنة 1996 والتعديلات الذي تلته إلى غاية تعديل 2020، مع اختلاف في طريقة المعالجة والتنصيص كما يلي:

أ- دستور 10 سبتمبر 1963

اكتفى المشرع الدستوري في دستور 1963⁽¹⁾ بالنص على نظرية الظروف الاستثنائية في مادة واحدة فقط، وهي المادة 59 والتي جاء فيها: «في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الدولة اتخاذ إجراءات استثنائية بقصد حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني بكامل أعضائه».

وما يلاحظ على دستور 1963 في مادته 59 أنها مادة واحدة لم تشر بوضوح إلى شروط وإجراءات وآثار و ضمانات تطبيق هذه الحالة على الأقل في الأسس الدستورية العامة إذ اكتفت بالنص على السلطات الاستثنائية كما أنه لم يراعي الاختلاف والفرق الموجود بين حالات الظروف والاختلاف في الخطر الذي ينشأ عن كل حالة، لكن رغم أنها مادة واحدة إلا أنها أعطت صلاحيات واسعة لرئيس الجمهورية، وقد أثبت الواقع التطبيقي لهذه المادة صحة هذا التوسع.⁽²⁾

ب- دستور 22 نوفمبر 1976

ما يلاحظ على المؤسس الدستوري في دستور 1976⁽³⁾، أنه حاول التدقيق أكثر في نظرية الظروف الاستثنائية عند تقنينها حيث تعرضت المواد إلى وضع الأسس الدستورية لحالة الظروف الاستثنائية، من حيث شروطها الموضوعية والشكلية وآثارها وبعض صور الرقابة على الإجراءات الاستثنائية المتخذة خلال تطبيق النظام الاستثنائي، وذلك بالنص عليها في أربع حالات، تتسع فيها

(1) - دستور 1963، الصادر في 10 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 64.

(2) - رباحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2005، ص 37.

(3) - الأمر 97/76، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتعلق بدستور 1976، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

سلطات الإدارة ويتغير فيها مفهوم الشرعية العادية إلى الشرعية الاستثنائية، فنص المادة 119 على حالة الطوارئ والحصار بقولها: «في حالة الضرورة يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة حالة الطوارئ أو الحصار، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع».

ونصت المادة 120 على الحالة الاستثنائية بقولها: «إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها أو على سلامة ترابها يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية».

في حين نصت المادة 122 على أخطر حالة وهي حالة الحرب بقولها: «في حالة وقوع عدوان فعلي أو وشيك الحصول حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد استشارة هيئة الحزب القيادية».

وما يلاحظ على دستور 1976 أنه تجاوز النقص الذي شاب دستور 1963 وذلك بتقنين مختلف الظروف الاستثنائية فأراد وضع نظرية لفترات الأزمة بحسب اختلاف الخطر، فكل ظرف يتطلب إجراءات تناسب درجة الخطورة، ومن ثم تطبيق فكرة تناسب السلطات للظروف، لكن رغم ذلك نصّ على حالة الحصار والطوارئ بنص واحد، رغم وجود اختلاف بينهما في درجة الخطورة.

ت- دستور فيفري 1989

حافظ دستور 1989⁽¹⁾ على نفس الحالات الاستثنائية التي نص عليها دستور 1976، مع بعض الإضافات في شروط إعلانها، فأقرت حالة الطوارئ والحصار بنص المادة 86: «يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة».

أما الحالة الاستثنائية، فقد نصت عليها المادة 87: «يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها أو سلامة ترابها، ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة المجلس الدستوري والمجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء».

(1) - المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 24 فيفري 1989، المتعلق بدستور 1989، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 09، الصادرة بتاريخ في 1 مارس 1989.

وتمّ التنصيص على حالة الحرب في المادة 89: «إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا، ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمم يعلمها بذلك.»

ث- دستور نوفمبر 1996

كما احتفظ التعديل الدستوري لسنة 1996⁽¹⁾ بنفس المواد المنظمة لحالة الضرورة في دستور 1989، وما يلاحظ هو إضافة مادة جديدة (المادة 92)، التي تنص على ضرورة تنظيم أحكام حالي الحصار والطوارئ بموجب قانون عضوي، فالظروف الاستثنائية فصلتها المواد الدستورية من 91 إلى غاية 97 كما يلي:

حالة الحصار والطوارئ نصت عليها المادة 91: «يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ والحصار لمدة معينة، بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه.»

في حين نصت المادة 93 على الحالة الاستثنائية: «يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها أو سلامة ترابها.»

ويأتي نص المادة 95 ليقدر حالة الحرب: «إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع، حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة.»

(1) - المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بالتعديل الدستوري لسنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

ج- تعديل الدستور لسنة 2016 مع تعديل الدستور لسنة 2020

كذلك احتفظ كل من تعديل 2016⁽¹⁾، و2020⁽²⁾ بنفس الحالات الاستثنائية لدستور 1996، مع بعض التعديلات، فالظروف الاستثنائية فصلتها المواد الدستورية كما يلي:

حالة الحصار والطوارئ نصت عليها المادة 105 من تعديل 2016 وتقابلها المادة 97 من التعديل الدستوري لسنة 2020: «يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ والحصار لمدة أقصاها ثلاثون (30) يوما، بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول أو رئيس الحكومة، ورئيس المحكمة الدستورية، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.

يحدد قانون عضوي تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار.»

في حين نصت المادة 107 من التعديل الدستوري 2016 والتي تقابلها المادة 98 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على الحالة الاستثنائية: «يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها أو سلامة ترابها، لمدة أقصاها ستون يوما»، واشترط إعلان الحالة الاستثنائية في مدة أقصاها ستون يوما لم تكن موجودة قبل تعديل 2020، أين كانت الآجال مفتوحة، ومرتبطة بزوال الظرف المؤدي إلى إعلانها.

ويأتي نص المادة 108 من التعديل الدستوري لسنة 2016 وتقابلها المادة 100 من دستور 2020 لتقرر حالة الحرب: «إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع، حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المحكمة الدستورية.»

(1) - المرسوم الرئاسي 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتعلق بالتعديل الدستور لسنة 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016..

(2) - المرسوم الرئاسي 442/20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتضمن التعديل الدستوري لسنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

والملاحظ على المواد المنظمة للحالات الاستثنائية في هذه التعديل هو تضمنها لتحديد شرط المدة، فحالة الطوارئ والحصار حددت بثلاثين يوما، أما مدة الحالة الاستثنائية فحددت بستين يوما، وهذا الشرط كان غائبا في الدساتير السابقة لتعديل 2020، وهو يعتبر ضمانا هامة لحماية الحقوق والحريات التي تتأثر بحالة الحصار والطوارئ والحالة الاستثنائية.

مع وجود أيضا اختلاف بسيط في ترتيب السلطات العامة التي يستشيرها رئيس الجمهورية، فقد قدم رئيس مجلس الأمة على رئيس المجلس الشعبي الوطني، كما تم تغيير أسماء بعض المؤسسات تبعا للتعديلات الدستورية، فالمجلس الدستوري استبدل بالمحكمة الدستورية، وقد استبدل رئيس الحكومة بالوزير الأول في بعض الحالات، مع إضافة بعض الإجراءات الشكلية التي لم تكن قبل تعديل 2020، حيث يشترط على رئيس الجمهورية توجيه خطاب للأمة بشأن إعلان الحالة الاستثنائية، كما يتوجب عليه عرض القرارات التي اتخذها لمواجهة هذه الحالة على المحكمة الدستورية.

2- في التشريعات العادية

ما نشير إليه ابتداء أن الدساتير الجزائرية السابقة لتعديل الدستوري لسنة 1996 لم تتضمن في تنظيمها للظروف غير العادية إحالة إلى القوانين، فلم تشر إلى ضرورة تنظيمها في إطار قانون يسته البرلمان وتركت الأمر مبهما ومبتورا⁽¹⁾، وهذا على عكس ما هو عليه الأمر في النظامين الفرنسي والمصري وباقي الأنظمة التي تعتمد أسلوب التنظيم المسبق للظروف الاستثنائية، حيث تفرض ضرورة تنظيم هذه الظروف بقوانين، وتتضمن دساتيرها الكثير من الإحالات على هذه القوانين.⁽²⁾

إلا أن دستور 1996 تدارك هذا الأمر ونصّ في مادته 92⁽³⁾ على ضرورة تنظيم حالة الطوارئ والحصار بموجب قانون عضوي، وهذا ما يشكل حماية أكثر لصالح الحقوق والحريات، لأنّ إجراءات صدور القانون العضوي أكثر تعقيدا من تلك التي يتم بها صدور القانون العادي، حيث

(1) - ربما كانت هذه الطريقة في المعالجة مقصودة، حيث أراد المشرع ترك السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية للتصرف بموجبها، طبقا لمستلزمات الظروف الاستثنائية، وهذا شيء خطير على الحريات العامة والنظام القانوني ككل.

(2) - انظر: طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 159.

- أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 127.

(3) - نص المادة 97 من دستور 2020 : «يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي.».

يشترط فيه تصويت الأغلبية المطلقة لنواب المجلس الشعبي الوطني، بدل الأغلبية البسيطة في القانون العادي، إضافة إلى خضوعها إلزاميا لرقابة المجلس الدستوري قبل إصداره من طرف رئيس الجمهورية⁽¹⁾، ولكن وإلى غاية الساعة لم يتم إصدار هذا القانون، الأمر الذي يزيد من صعوبة دراسة نظام حالي الحصار والطوارئ، أمام هذا الفراغ التشريعي في هذا الشأن⁽²⁾، ولا يبقى أمامنا سوى مراسيم رئاسية وتنفيذية وقرارات وزارية، نحاول من خلالها التطرق لكيفية تطبيق النصوص المقتضبة الموجودة على مستوى الدستور.

ومن خلال استقراء هذه النصوص عبر مراحل النظام السياسي الجزائري، نجد أنّ أهم ما صدر في هذا المجال من مراسيم وقرارات ما يلي:

- المرسوم الرئاسي 196/91 المؤرخ في 4 جوان 1991 المتعلق بإعلان حالة الحصار.⁽³⁾
- المرسوم الرئاسي 44/92 المؤرخ في 9 فيفري 1992 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ.⁽⁴⁾
- المرسوم التنفيذي 75/92، المؤرخ في 20 فيفري 1992، المتعلق بتحديد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ.⁽⁵⁾
- القرار الوزاري المشترك المتعلق بالتنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ المؤرخ في 10 فيفري 1992.⁽⁶⁾

(1) - انظر: المادة 123 من دستور 1996: "...يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره."

(2) - عبد العزيز برفوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 28.

(3) - المرسوم الرئاسي 196/91 المؤرخ في 4 جوان 1991 المتعلق بإعلان حالة الحصار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 29، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1991.

(4) - المرسوم الرئاسي 44/92، المؤرخ في 9 فيفري 1992، المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 10، الصادرة بتاريخ 09 فيفري 1992.

(5) - المرسوم التنفيذي 75/92، المؤرخ في 20 فيفري 1992، المتعلق بتحديد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 14، الصادرة بتاريخ 23 فبراير 1992.

(6) - القرار الوزاري المشترك المتعلق بالتنظيم العام لتدابير الحفاظ على النظام العام في إطار حالة الطوارئ المؤرخ في 10 فيفري 1992 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 11، الصادرة في 11 فيفري 1992.

والمتعمّن في هذه التّصوص القانونية وغيرها ممّا صدر في هذه الفترة يجدها على قدر من الكثرة، لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ هذه المراسيم والقرارات صدرت بداية من 1991، من هيئات تفتقد إلى الشرعية الدّستورية، حيث أنّها كانت مؤسسات انتقالية ليس لها أي أساس دستوري وقانوني على الإطلاق، وكانت هذه التشريعات في معظمها خطيرة على الحريات العامة والنّظام القانوني ككل⁽¹⁾، وهذا ما يطرح التّساؤل حول مدى مشروعية ودستورية هذه المراسيم، التي تضمّنت تنظيم المشروعية الاستثنائية بما تحمله من توقيف وتعطيل للكثير من الأحكام القانونية الدّستورية والتشريعية العادية.

وتحوّلت السلطة التّنفيذية بموجب هذه التّشريعات إلى مشروع وإدارة وقاضي في نفس الوقت دون أي إطار قانوني ما عدا التّصوص الدّستورية التي لا تتّص إلا مبدئيا وبشكل عام على إمكانية إعلان الظروف الاستثنائية كلّما دعت لذلك الضّرورة الملحة⁽²⁾، في حين أنّ المعروف في كل الأنظمة المقارنة- سواء منها التي تتبع أسلوب التّنظيم السابق أو تلك التي تتّبع أسلوب التّنظيم المعاصر للظروف الاستثنائية-، أن تكون هناك قوانين يصدرها البرلمان تحدد فيها بدقّة وبكل التفاصيل أحكام تطبيق هذا النّظام الاستثنائي بدءا من الجهة التي تتولى تسييره والإشراف عليه، إلى الصلاحيات الاستثنائية الموكولة لهذه الجهة وكذا القيود والضوابط، ولا يترك للسلطة التّنفيذية إلا إعلان رغبتها في تطبيق هذه القوانين، ويكون ذلك عادة عن طريق مرسوم رئاسي.⁽³⁾

وما يلاحظ أحيانا على المعالجة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية في القانون الدستوري الجزائري، هو اعتماده على أسلوب التّنظيم المسبق لنظام الظروف الاستثنائية على الأقل على مستوى

(1) - ربما كان أخطر قانون على الضمانات القانونية للحريات العامة والذي أصدرته هذه السلطات الانتقالية في تلك الفترة هو المرسوم التشريعي رقم 03/92 المؤرخ في 03 سبتمبر 1992، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 70، الصادرة بتاريخ 01 أكتوبر 1992، المتتم والمعدل بالمرسوم 05/93 المؤرخ في 19 أبريل 1993، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 25، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1993. والخاصة بمكافحة الإرهاب والتخريب، والذي تضمن إنشاء هيئات قضائية موازية تنظر في الجرائم الموصوفة بأنها إرهابية، وفقا لهذا القانون، وكذا تقرير نظام تقاضي يهدر أهم الضمانات التي يحتويها قانون الإجراءات الجزائية لصالح الأفراد.

لمزيد من التفصيل انظر: لحسن بركة، أستاذ بجامعة المسيلة، "...بعد توقيف المسار الانتخابي، أزمة شرعية..."، لمقال الصحفي المنشور بجريدة المجاهد، يوم 14-01-1994، ع 1745.

(2) - عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 30.

(3) - انظر: زكريا عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1، 1996، ص 14-18.

- إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 112-113.

التنصيب الدستوري، وهذا تأثراً بنظيره الفرنسي في ظل دستور 1958⁽¹⁾، وإن كان هذا التأثير ليس إلا من الناحية المبدئية وفي إطار السياق العام للنصوص الدستورية مع وجود اختلافات في المسائل الدقيقة والتفصيلية، ك شروط وحالات تطبيق هذا النظام الاستثنائي وكذا قيوده وضوابطه، مع وجود خصوصية على مستوى التشريعات العادية، من غياب القانون العضوي المنظم لهذه الظروف، و صدور هذه التشريعات في معظم الحالات التي أعلنت بموجبها ظروف استثنائية من هيئات وفي أوقات تميزت بغياب الشرعية الدستورية بمختلف جوانبها.

ثانيا: شروط اللجوء لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

نظرا لما تتضمنه نظرية الظروف الاستثنائية من مخاطر جسيمة بسبب ما تمنحه من سلطات خطيرة للإدارة تمهد حقوق وحرريات، الأفراد للخطر، خاصة وأنه ليس ثمة معيار قاطع لما يعتبر ظرفا استثنائيا، لذلك وجب وضع شروط معينة ينبغي توافرها، ولأن القانون الجزائري لم يضع تعريفا ولا عناصر لنظرية الظروف الاستثنائية، اتجهت محاولات الفقه لاستخلاص ضوابط يمكن الاسترشاد بها لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية يمكن تلخيصها كما يلي:

أولاً: تحقق الظرف الاستثنائي

من أجل تبرير الإجراءات الاستثنائية التي تسمح بمخالفة القواعد القانونية، فإن الظروف يجب أن تكون، حقيقة استثنائية من شأنها التأثير بشكل خطير على المصلحة العامة، ومحاولة وضع قائمة للظروف التي اعتبرها مجلس الدولة الجزائري استثنائية تعد محاولة آيلة للفشل؛ لأن موقف القضاء قد تغير بالنسبة لنفس الظروف، إذ قد يعتبرها في حالات معينة ظروف استثنائية، وهي في حالات أخرى ظروف عادية، ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقه⁽²⁾ إلى اعتبار الخطر علامة الظرف الاستثنائي، وهو من أهم الضوابط اللازمة لقيام هذه النظرية وهذا الخطر قد يكون أخطار طبيعية (كالزلازل والفيضانات...)، أو بشرية (كالهروب والاضطرابات الداخلية أو العصيان المسلح...)، خاصة إذا تبين أن تطبيق القواعد القانونية العادية مع

(1) - عبد العزيز بروق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 28.

(2) - F.Madeny., la not de Haurion ,Sous Dames Dol et Laurent ,S1918-1919, 33G .A.J .A, P153 . .

وجود هذا الخطر يهدد أمنها أو يعرقل تدخل الدولة بمنع التصرف الذي يهدد البلاد والعباد⁽¹⁾.

فالظروف الاستثنائية هي التي تنضوي على تهديد بخطر موجه ضد الدولة يحمل في طياته أخطار جسيمة وحالة مؤكدة واستثنائية وغير مألوفة وشاذة تهدد النظام العام بمدلولاته الثلاث (أمن، سكين، صحة)، أو تهدد أحد عناصره فقط أو تهدد المصلحة العامة أو تهدد سير المرافق العامة ويستوي في ذلك أن تكون هذه المصالح مقصودة في ذاتها أو كان المقصود هو الأضرار الشاذة التي تترتب على تهديدها بضرر جسيم حقيقي ومؤكد فعلي وغير محتمل⁽²⁾.

ويعد قيام الظرف الاستثنائي من أول الشروط المقتضية لتمتع الإدارة بالسلطات الاستثنائية والمبرر لهجر القواعد القانونية العادية حيث لا مجال لغياب ذلك لأي توسع في سلطات الإدارة ولا مسوغ في تجاوزها لاختصاصها فوجود الظرف الاستثنائي الأساس الوحيد لإعطاء الإدارة سلطات واسعة. لكونه يشكل عنصر السبب الذي تصدر بناء عليه قراراتها في ظل الظروف الاستثنائية، ويتحقق وجوده بقيام حالات خطيرة واقعية كانت أم قانونية وغير مألوفة ويتمثل في فعل أو مجموعة أفعال وقعت فعلا أو في الأقل وشيكة أو محتملة الوقوع أو وقعت فعلا ولم تنته وتشكل خطرا جسيما يحول من دون قيام الإدارة بوظائفها سواء تمثل ذلك في إدارة المرافق العامة أو المحافظة على النظام العام في الدولة فالمطلوب وجود الخطر بصرف النظر عن مداه من حيث الزمان أو المكان⁽³⁾.

وينبغي تحديد محل أو موضوع التهديد بالخطر، إذ لا يكفي اشتراط أن يوجه التهديد إلى الدولة لأن اصطلاح الدولة ينصرف بصفة عامة إلى موضوعات مختلفة ومع ذلك يمكن تحديد الدولة إما بأحد عناصرها كالشعب بأشخاصه وأمواله، أو الأقاليم أو المؤسسات الدستورية الحاكمة وإما بكل هذه العناصر وهذا ما جاء في نص المادة 98 من دستور 2020 بقولها: "إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها"، سواء كانت المخاطر الجسيمة

(1) - طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وخضوع الدولة للقانون، المرجع السابق، ص 137.

(2) - أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الإدارية، المرجع السابق، ص 135.

(3) - إسماعيل جابو ربي، نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري، مقال، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 14، جانفي 2016، ص 40-41.

داخلية أو خارجية، كالعدوان والحصار ومحاولة تخريب المصالح الحيوية للدولة.⁽¹⁾

يحدد معيار جسامة الخطر بأن يخرج على الأقل عن إطار المخاطر المتوقعة أو المعتادة في حياة الدولة فهو خطر غير مألوف وغير معروف على وجه الدقة من حيث النوع أو المدى، وغير متوقع.

ثانيا: صعوبة مواجهة الظروف الاستثنائية بالإجراءات العادية

فالظرف الاستثنائي يتحقق وجوده بوجود حوادث خطيرة مجتمعة يستحيل على الإدارة مواجهتها بالوسائل والطرق العادية، فيجب أن تكون تلك الظروف والأحداث الخطيرة، قد منعت حقيقة الإدارة من التصرف بالقواعد القائمة، فلا يكفي السلطة التحلل من الأحكام المنصوص عليها في القوانين، أن تقول بأن الظروف الاستثنائية كانت موجودة عندما قامت بالعمل، بل يجب أن تكون تلك الظروف قد جعلت احترام القواعد التي وضعت للظروف العادية شيئا مستحيلا⁽²⁾، وهنا يسلم الفقه بوجود لجوء الدولة في حالات الخطر الداهم إلى إجراءات على المستوى الوطني لدرء الخطر الذي تواجهه، ولوقاية كيانها والحفاظة على سلامتها والإدارة في هذا تتصرف على أرض الواقع وليس وفقا للقانون ولا بناء على نظرية قانونية، حيث يطغى حكم الواقع بصفه مؤقتة على حكم القانون.⁽³⁾

واستحالة مواجهة الظروف الاستثنائية بالقانون العادي، لا تعني أن تكون مخالفة القواعد التي وضعت للظروف العادية هي الخيار الوحيد لمواجهة الظروف الاستثنائية، بل إن الاستحالة التي نقصدها تتمثل في أنه يتعذر على السلطة اتباع القواعد التي وضعت للظروف العادية، أو أن احترام القواعد العادية من شأنه أن يؤخر العمل الضروري وبالتالي يصبح غير فعال، فإذا كان مبرر العمل بنظرية الظروف الاستثنائية هو حماية المصلحة العامة التي تكون معرضة للخطر إذا لم تتصرف الإدارة بسرعة، فإن التصرف المطلوب قد يستغرق وقتا طويلا وفقا للقواعد التي وضعت للظروف العادية.⁽⁴⁾

(1) - أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2005/2004، ص50.

(2) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2008، ص40.

(3) - تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص57.

(4) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص41.

ثالثا: تناسب الإجراء المتخذ مع الظروف الاستثنائية.

إن مسألة التناسب تندرج في إطار السلطة التقديرية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية في القانون الدستوري الجزائري، وبموجب مسؤولياته في الدولة، فهو القائد الأعلى للقوات المسلحة والمسؤول عن العلاقات الخارجية يفترض فيه حتما أن يعرف مصادر الأخطار وطبيعتها وإمكانية وقوعها وعلى هذا الأساس، فهو الذي يقرر طبيعة الإجراءات الواجب اتخاذها أو إعلان الحالات الاستثنائية الواجب تطبيقها وفقا لما يتطلبه الظروف الاستثنائية.

ولا يتسع نشاط السلطة إلا بالقدر الذي يملية الظروف، فيكون العمل لازما حتما فلا يزيد على ما تقتضي به الضرورة، بمعنى التزام الإدارة بأن تستخدم من الوسائل والإجراءات ما يتناسب فقط مع القدر اللازم لمواجهة الظروف الاستثنائية⁽¹⁾، ويتحقق القاضي فضلا عما تقدم من الضوابط من أن الإجراء الذي اتخذته السلطة لمواجهة الظروف الاستثنائية القائمة، هل هو إجراء ملائم ومناسب لمتطلبات هذه الظروف، فإذا تبين له عدم ملائمة الإجراء الذي اتخذته السلطة فإنه يحكم بإلغائه.⁽²⁾

رابعا: ابتغاء المصلحة العامة من التصرف الاستثنائي

يجب أن تكون المصلحة العامة معتبرة حتى يمكن تبرير الإجراءات الاستثنائية التي قامت بها السلطة، فلا يكفي السماح للإدارة بمخالفة القواعد التي وضعت للمشروعية العادية، أن تكون هناك أحداث خطيرة أو يستحيل معها احترام قواعد المشروعية العادية، بل لابد بالإضافة إلى ذلك أن يترتب على العنصرين السابقين تعرض المصلحة العامة للخطر.⁽³⁾

وشرط المصلحة العامة هو شرط جوهري في كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة سواء أكانت الظروف عادية أم استثنائية وأن أي عمل تتخذه الإدارة يجب أن يقصد به تحقيق مصلحة عامة وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق اغراض شخصية، والإدارة يجب أن تهدف إلى دفع هذه الظروف

(1) - محمد محسن خليل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ص57.

(2) - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، ص325-328.

(3) - مراد بدران، الرقابة على أعمال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية-دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص42.

ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة وهذا هو الهدف الخاص فإذا ما أخلت الإدارة واستعملت سلطتها الواسعة في أي هدف آخر من أهداف المصلحة العامة كان تصرفها مشوباً بانحراف السلطة.⁽¹⁾

وقد حاول البعض إعطاء بعض الصور على سبيل المثال للمصلحة العامة المعتمدة، والتي تبرر بعض الإجراءات الاستثنائية، من ذلك الدفاع الوطني، حماية الأشخاص والأموال، تمويل الشعب، الحفاظ على النظام العام ضد بعض الأعمال التي تتم في الشوارع، استمرارية العمل الحكومي، السير المستمر والمنظم للمرافق الأساسية...⁽²⁾

فالمصلحة التي تحميها السلطة في الظروف الاستثنائية ليست متميزة عن المصلحة في ظل الظروف العادية، والتي تبقى دوماً هي المصلحة العامة.

والخلاصة أن مجمل هذه الضوابط يمكن إجمالها في: وجود خطر يهدد سلامة الدولة سواء كان الخطر داخلياً أو خارجياً، ويشترط بالخطر أن يكون جسيماً وان يخرج على الأقل عن إطار المخاطر المتوقعة أو المعتادة في حياة الدولة، كما يشترط في الخطر أيضاً أن يكون حالاً آو محدقاً، فضلاً عن ذلك فإنه يشترط في الخطر أن يكون حقيقياً فالخطر الوهمي الذي ينشأ في ذهن أو تصور الإدارة لوحدها من دون أن يكون مبنياً على أسباب معقولة لا ينتج أثره في أعمال أحكام نظرية الظروف الاستثنائية، مع التحقق من أن مواجهة هذا الخطر تتطلب اتخاذ إجراء استثنائي لا تسعف به التشريعات السارية، ويكون هذا الإجراء ملائماً للهدف منه تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: ضوابط الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي لا ينظر إلى كل خطر من شأنه أن يهدد الدولة الإسلامية على أنه ضرر معتبر، ومتى ادعى الحاكم وجود الضرورة يسلم ادعاؤه أو يباح له الخروج على مبدأ المشروعية، أو إعلان الظروف الاستثنائية، فهناك ضوابط لا بد من تحققها حتى ننظر إلى هذا الوضع على أنه ظرف غير عادي يبيح الخروج على مقتضى مبدأ المشروعية أو تطبيق تشريع استثنائي.

(1) - إسماعيل جابو ربي، نظرية الظروف الاستثنائية في الدستور الجزائري، المرجع السابق، ص42.

(2) - رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية، -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص155.

أولاً: مستند نظرية الظروف الاستثنائية

تميز الفقه الإسلامي منذ نشأته بالتوفيق في أحكامه بين مصالح الفرد والجماعة، حيث كانت مبادئه الكلية توفى بجاجات البشر في كل الظروف، ولم تكن لتقف حجر عثرة أمام الظروف الاستثنائية الشاذة، فكانت الأحكام تلين وتتسع ما وسع وليّ الأمر جهده للمحافظة على مصالح الجماعة، فالإسلام قرر مبدأ الطوارئ ولم يقر بالعنت حين راعى الضرورات فأباح المحظورات وأحل المحرمات بقدر ما تنتفي به هذه الضرورات، وذلك بغير تجاوز لها ولا تعدّد لحدودها، وكان رائده في ذلك التّصوص التشريعية من القرآن والسنة واجتهادات الصحابة والفقهاء المسلمين وهذا ما سنوضحه كالاتي:

1- في القرآن الكريم

أكد القرآن الكريم على أحكام نظرية الظروف الاستثنائية في الكثير من نصوصه نذكر منها:

- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽¹⁾.

والاضطرار لا يخلو أن يكون بإكراه من ظالم أو بجوع في مخمصة، والذي عليه الجمهور من الفقهاء العلماء في معنى الآية هو من صيره العدم والجوع إلى ذلك، وهو الصحيح، وقيل: معناه أكره وغلب على أكل المحرمات، قال مجاهد: يعني أكره عليه كالرجل يأخذه العدو فيكرهونه على أكل لحم الخنزير وغيره من معصية الله تعالى، إلا أن الإكراه يبيح ذلك إلى آخر الإكراه.⁽²⁾

- وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَحَبَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽³⁾.

ومعناه أن الله قد رخص لكل مضطر أن يأكل مما حرم عليه، باستثناء الباهي والعادي من رخصة الله للمضطر لا يعد عنده تحريماً، بل هو رد إلى ما كان محرم عليهما قبل البغي أو العدوان، ومع ذلك فإن هذا الرد إلى ما كان محرم عليهما وإن كان قد حرم عليهما ما كان مرخص لهما ولكل مضطر قبل البغي والعدوان، فإنه لا يرخص لهما قتل أنفسهما، وهو حرام عليهما قبل البغي والعدوان.⁽⁴⁾

(1) - البقرة: 173.

(2) - محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، دط، 1980، ج1، ص26.

(3) - المائدة: 03.

(4) - الطبري، جامع البيان في تفسير آي القرآن، المصدر السابق، ج2، ص211.

- وقوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ

وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ (١٠٦) (1)

- أخبر الله تعالى عن كفر بعد الإيمان والتبصر، وشرح صدره بالكفر واطمأن به: أنه قد غضب عليه؛ لعلمهم بالإيمان ثم عدوهم عنه، وأن لهم عذابا عظيما في دار الدنيا والآخرة، لأنهم استحسبوا الحياة الدنيا على الآخرة، فأقدموا على ما أقدموا عليه من الردة لأجل الدنيا، ولم يهد الله قلوبهم ويثبتهم على الدين الحق، فطبع على قلوبهم فلا يعقلون بها شيئا ينفعهم وختم على سمعهم وأبصارهم فلا ينتفعون بها، ولا أغنت عنهم شيئا، فهم غافلون عما يراد بهم. (2)

- قال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ (3)

والتي قال القرطبي في تفسيرها: "فأباح الله في حالة الاضطرار أكل جميع المحرمات، لعجزه عن جميع المباحات، فصار عدم المباح شرطا في استباحة المحرم. (4)

فهذه الآيات القرآنية صريحة في استثناء حالة الظروف الاستثنائية والضرورة، من تحريم تناول المحرمات، ولم يرد في القرآن الكريم تصريح بالخروج على مبدأ المشروعية بسبب الضرورة، وإن كان يستفاد من عموم الآية الأخيرة. فمما حرم على العباد أفرادا وحكاما مخالفة نصوص الشريعة وهو ضرورة، ولكن بسبب وجود ضرورة أكبر منها وبسبب انعدام المباحات التي يواجه بها الأزمات فإنه يرفع التحريم يرخّص الخروج عليها استنادا إلى نصوص أخرى من القرآن، سواء وقع الفعل على الحالات التي تعتري أفعال الأفراد أو تصرفات الدولة.

2- في السنة النبوية

أصل النبي ﷺ لنظرية الظروف الاستثنائية في كثير من نصوص السنة القولية والفعلية نذكر منها على سبيل المثال:

(1) - النحل: 106.

(2) - عماد الدين أبي الفداء بن إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، ط2، 1970، ج8، ص607.

(3) - الأنعام: 119.

(4) - القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دم، ط3، 1967، ج2، ص232.

- قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾، وهذا الحديث بنيت عليه العديد من القواعد الأساسية الكلية في الفقه الإسلامي، ويقول ابن نجيم أنه قد بنيت على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه...، ومن ذلك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيارات والقصاص والحدود والكفارات ودفع الصائل وقتال المشركين والبغاة⁽²⁾.

- قوله ﷺ أيضا: «لا تقطع الأيدي في الغزو»⁽³⁾، فهذا حد من حدود الله تعالى، وقد نهي عن إقامته في الغزو خشية أن يترتب عليه ما هو أبغض إلى الله من تعطيله أو تأخيره من حقوق صاحبه بالمشركين حمية وغضبا.⁽⁴⁾

فقد طبق الرسول ﷺ نظرية الظروف الاستثنائية في هذا الظرف الذي يعد من أشد الظروف الاستثنائية من الحالات، بسبب الضرورة مع أن ذلك حد من حدود الله.

- عندما أخذ المشركون عمار بن ياسر فعذبوه حتى قاربهم في بعض ما أرادوا، فشكى ذلك إلى النبي ﷺ فقال له: "كيف تجد قلبك؟ قال: مطمئنا بالإيمان، قال فإن عادوا فعد."⁽⁵⁾

فقد أباح سبحانه وتعالى التلفظ بكلمة الكفر تقديرا منه لحالة الاضطرار والإكراه على ذلك بالقتل أو إتلاف بعض الأعضاء.

- حديث ما خير رسول الله ﷺ بين شيئين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما.⁽⁶⁾

3- في اجتهادات الصحابة

كذلك استند الخلفاء الراشدين على نظرية الضرورة في تطبيق بعض الصلاحيات غير العادية، فهذا الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ألغى عقوبة حدّ السارق في زمن المجاعات، باعتبارها ظرفا غير عادي،

(1) - ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دم، دط، دت، كتاب الأحكام، باب من بنا في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، ج 2، ص 784.

(2) - ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1985، ص 85.

(3) - أبو داود سليمان بن الأشعث اسحاق، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، بيروت، 2009، كتاب الحدود، باب في الرجل يسرق في الغزو، أيقطع، ج 2، ص 453.

(4) - شمس الدين أبو عبد الله ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، إدارة المطبعة المنيرية، مصر، دط، دت، ج 3، ص 14.

(5) - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط 3، 2003، كتاب المرتد، باب المكره على الردة، رقم الحديث: 16896، ج 08، ص 362.

(6) - البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب بدأ الخلق، باب صفة النبي ﷺ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1345هـ، ج 4، ص 230.

وذلك بتبرير الفعل الذي أتاه السارق على أنه بدافع الضرورة وأعمل العفو عن الحدود عام الرمادة بسبب الظروف الملجئ⁽¹⁾، فعمر بن الخطاب أدرك أن هناك ظرفا استثنائيا، فتطلب مراعاة الظروف⁽²⁾.

ومن ذلك ما فعله الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه حين ألح عليه جماعة من الصحابة أن يقتص من عبید الله بن عمر، الذي دفعه الغضب لقتل الهرمزان، اتهاما له بأنه شارك في قتل أبيه، فلم يستجب عثمان لإلحاح هؤلاء الصحابة رضي الله عنهم لا إقرارا لعبید الله على فعلته في قتل امرئ بغير بينة، ولا إنكارا لوجوب القصاص من القاتل، ولكن تقديرا للظروف المحيطة بالجماعة الإسلامية عقب قتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، واتقاء لفتنة أكبر قد يتطير شررها لو قتل عبید الله⁽³⁾.

ومن أمثلة ذلك أيضا ما فعله أمير المؤمنين علي رضي الله عنه حين أصر القصاص من قتلة عثمان رضي الله عنه، تماشيا والظروف العصبية التي كانت تمر بها الدولة الإسلامية حينذاك⁽⁴⁾.

4- في القواعد الفقهية

وحتى القواعد والنظريات الكلية والفرعية خدمت هذه النظرية، فقد صيغت المبادئ والأفكار العامة في الشريعة الإسلامية، في قواعد فقهية عامة تحكم التطبيق العملي لهذه النظرية ونذكر من هذه القواعد: - لا ضرر ولا ضرار⁽⁵⁾: وأصل هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁶⁾، فالحديث يدل على نفي الضرر مطلقا، لأنه جاء نكرة في سياق النفي فيفيد العموم، لذلك فهو ينطبق على كل أنواع الضرر، سواء كان الضرر ناتجا عن فعل مقصود أو غير مقصود⁽⁷⁾.

(1) - فقد ورد عن رجل قال: رأيت رجلين مكتوفين ولحما فذهبت معهم إلى عمر رضي الله عنه فقال صاحب اللحم كانت لنا ناقة عشرةا نتظرها كما ينتظر الربيع فوجدنا هذين قد اجتزراها فقال عمر: هل يرضيك من ناقتك ناقتان عشروان مريعتان فإننا لا نقطع في العذق ولا عام السنة. أنظر: السرخسي: أبو بكر بن محمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989، ج9، ص140.

(2) - محمود عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، -تطبيقاتها، أحكامها، آثارها-، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ص38.

(3) -يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام (خلودها، صلاحها للتطبيق في كل زمان ومكان)، دار الشهاب، باتنة، 1998، ص38.

(4) - انظر في الواقعة: ابن الأثير، الكامل في التاريخ، دار الطباعة المنيرية، مصر، 1356 هـ، ج3، ص100-101.

(5) -صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1417هـ، ص493.

(6) - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، 2340، المصدر السابق، ج2، ص784.

(7) - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981، ص122.

- **الضرورات تبيح المحظورات:** (بشرط عدم نقصانها عنها)، ومن تطبيقات هذه القاعدة أكل الميتة للمضطر عند المخمصة، وإساعة الغصة بالخمير والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه، وإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله وأخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير إذنه. (1)

فتباح المحظورات لأجل الضرورات بشرط عدم نقصانها عنها، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي: "ولا يرقى إلى التبسط، وأكل الملاذ بل يقتصر على قدر الحاجة."، فلا يجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال، والظفر بهم، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه، ونبش الميت بعد دفنه للضرورة، بأن دفن بلا غسل، ولغير قبلة أو في أي أرض، أو ثوب مغصوب. (2)

- **الضرر يزال** (3): وهذه القاعدة من أهم وأجل القواعد في الفقه الإسلامي، كما تعتبر مبدأ طبقتها الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها الشرعية (4)، وأصلها حديث رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار." (5) والحديث صريح في تحريم الضرر إلا ما خص بدليل كالحدود والعقوبات وحالات الضرورة، وهذه القاعدة من أركان الشريعة الإسلامية وتشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة (6)، وتدلل على وجوب رفع الضرر وإصلاح آثاره بعد وقوعه منعاً من توسّعه وانتشاره واستمراره في المستقبل، كضمان المتلفات ونصب الأئمة والقضاة وقتال المشركين والبغاة. (7)

ومن القواعد التي تدخل في هذه القاعدة وتخدمها في باب بحثنا قولهم: "يتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام"، هناك ضرر خاص يختص بشخص معين بينما هناك أضرار عامة تتعلق بالمجموع، فحينئذ نتحمل الضرر الواقع على شخص واحد، من أجل مراعاة مصلحة المجموع، ومن أمثلة

(1) - السبكي، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ج1، ص45.

(2) - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1983، ص84.

(3) - محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج1، ص120.

(4) - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة بيروت، 2008، ص228.

(5) - ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، المصدر السابق، ص58.

(6) - محمود عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص34.

(7) - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، ج2، ص982.

ذلك: لو كان عندنا بيت، اعترض الطريق، فإننا نقوم بأخذ هذا البيت بعوض، وندخله في الطريق، لماذا، قال: علي ضرر، وهذا بيتي، وأريد بيتي، فنقول يتحمل الضرر الخاص لأجل درء الضرر العام.⁽¹⁾

فالإنسان له مطلق الحرية في التصرفات التي تجلب له نفعاً وتدفع عنه الضرر، ولو منع من هذه التصرفات لأصابه الضرر، لكن حال ترتب على تصرفه ضرر عام يصيب المسلمين أو يصيب جماعة كبيرة ويغلب على الظن وقوعه، فالحكم هنا أن يمنع هذا الإنسان عن مثل هذا التصرف، ويتحمل هو الضرر الخاص في سبيل دفع ضرر أقوى وأشد وهو الضرر العام، وذلك حرصاً على المصلحة العامة.

- المشقة تجلب التيسير⁽²⁾: وتعني القاعدة من حيث اللفظ أن الأصل في الأحكام الشرعية أن تطبق، ويعمل بها وفق ما أمر به الشرع، لأن الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها جاءت بما يقع تحت قدرة المكلف وإن ترتب على فعله مشقة وقد تخرج المشقة على وجه الاعتياد فتسبب حرجاً كبيراً لسبب من الأسباب فهنا تصبح هذه المشقة سبباً للتخفيف والتخفيفات في الشرع نوعين:

- نوع شرع من أصله للتيسير وهو عموم التكاليف الشرعية في الأحوال العادية.

- نوع شرع لما يوجد من الأعذار والعوارض، وهو المسمى بالرخصة، والمقصود بقاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، فالقاعدة إذن مجالها الرخص والعوارض والضرورات⁽³⁾، وهذه قاعدة عامة يمكن الاستناد إليها في جميع رخص الشرع وتخفيفاته، فلو حدثت للدولة الإسلامية مشقة أو ظروف طارئة كالفيضان أو الزلزال أو الوباء، فإن هذه المشقة تجلب التيسير على العباد والبلاد⁽⁴⁾، وهذه المشقة التي تكون في بعض التصرفات قد رفعها الله عنا بتشريع الرخص المعروفة ورغب في الأخذ بها، كما يدل عليه قوله ﷺ: «إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه».⁽⁵⁾

مما تقدم نستخلص أن الشريعة الإسلامية قد عرفت نظرية الظروف الاستثنائية وقد قررتها مصدراً

(1) - انظر: ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تخریج وتعليق: عبد الرؤوف عبد الحنان، دار الفتح، الشارقة، 1996، ص21.

(2) - صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، المرجع السابق، ص215.

(3) - محمد بن حسين الجيزاني، حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة دار المناهج، الرياض، ط1، 1428 هـ، ص126.

(4) - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، الحاكم ومدى سلطته في تغيير التشريع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص369.

(5) - ابن حبان محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993، رقم الحديث354، ج2، ص69.

للقواعد التشريعية، وقد سرت أحكام الضرورة والظروف الاستثنائية على جميع مصادر التشريع الإسلامي وفروعه وحتى على الأحكام السلطانية، في إطار الشروط والضوابط التي وضعها الفقه الإسلامي.

ثانياً: شروط اللجوء لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

إن الفقه الإسلامي لا ينظر إلى كل خطر من شأنه أن يهدد الدولة الإسلامية على أنه معتبر يباح بموجبه الخروج على النصوص الشرعية العادية، فهناك شروط لا بد من تحققها حتى ننظر إلى الظرف على أنه غير عادي، ومن جملة هذه الشروط التي اجتهد الفقهاء في استنباطها نجد:

أولاً: وجود حالة الضرورة

وجود حقيقة الضرورة أمر مطلوب لممارسة سلطات استثنائية فمتى وجدت الضرورة رخص للدولة بالخروج عن التشريع العادي من ارتكاب محرم أو ترك للواجب، ومتى انتفت لم يباح ذلك وقد أكد الفقهاء على هذا الشرط للأخذ بالرخصة في التشريع الاستثنائي.⁽¹⁾

ولأن الحاكم في الغالب يستند في ممارسته لهذه السلطات إلى وجود حالة الضرورة التي تخل بمصلحة مشروعة، فالسؤال الذي يطرح: هل كل ضرورة أخلت بمصلحة مشروعة لفائدة المجتمع الإسلامي هي مبرر ومسوغ شرعي للدولة الأخذ بحكم الضرورة وإقرار الأحكام الاستثنائية، تماشياً مع ضرورة الحفاظ على المجتمع وكيان الدولة، ودفع المضرة عنهم، وتخطي القواعد العامة في التحريم والإيجاب؟.

ولما كانت الضرورة التي هي أساس السلطات الاستثنائية تخضع لتقدير الحاكم حسب الموقف الذي يملي عليه التصرف فقد اجتهد الفقهاء في وضع ضوابط لها مستفاداً من النصوص الشرعية ومقاصد الشريعة، منعا للعبث أو الانحراف الذي يمكن أن يصدر من الحكام في التدرع بهذه الحالة وتسخيرها لبعض رغباتهم أو سلوكاتهم المنحرفة وأهم هذه الشروط:

(1) - أنظر: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاتها المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، السعودية، ط1،

1- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة

وبعبارة أخرى أن يحصل في الواقع خوف الهلاك وذلك بغلبة الظن حسب التجارب⁽¹⁾، فكما أن ليس للجائع أن يأكل من الميتة قبل أن يجوع، كذلك ليس للحاكم أن يلجأ إلى التشريع الاستثنائي قبل أن تقوم الضرورة أو يحصل ما ينبأ بوقوعها.

وليس يقصد بالضرورة القائمة الضرورة الحالة فحسب بل يقصد به الضرر الذي قام سببه وإن تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل⁽²⁾، وقد أكد على مثل ذلك ابن قدامة المقدسي: "وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه."⁽³⁾

والضرورة القائمة هي ما كان ضررها أو خطرهما حالاً أي يكون ذلك الخطر منذراً بضرر وشيك الوقوع، ذلك لأنه إذا لم يكن الضرر المائل خطره وشيكاً، وكانت هناك فسحة من الوقت تسمح باتخاذ اللازم لدرئه، فلا يكون في تلك الحالة مبرر يبيح للدولة توقيف التشريع العادي لتطبيق التشريع الاستثنائي⁽⁴⁾، لأن العلة التي لأجلها أبيض المحرم أو ترك الواجب غير موجودة، وكذلك إن وجدت العلة وزالت لا يصح الأخذ برخصة تطبيق التشريع الاستثنائي، بمجرد زوال العلة⁽⁵⁾. والأصل في ذلك الحكم هي القاعدة الفقهية التي مؤداها " أن تزول الأحكام بزوال عللها"⁽⁶⁾، أو "الحكم إذا أثبت بعلة زال بزوالها."⁽⁷⁾

والضابط في الحلول هو أن السير العادي لنظام الدولة وأمنها العام يكون مهدداً على نحو يقيني أو محتمل، بأن يتحول الوضع الذي يواجهه الدولة إلى مساس فعلي بحقوق الأفراد والدولة، ما لم يرتكب فعلاً الفعل الذي من شأنه دفع هذا الخطر، ويرجع في تحديد السير العادي للأمر إلى الأحكام المستمدة من الخبرة العامة السائدة في الدولة الإسلامية.

(1) - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 69.

(2) - أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي (تعريفه، أنواعه، علاقاته، ظوابطه، جزاؤه)، دار ابن عفاان، السعودية، دط، 1997، ج2، ص721.

(3) - ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ج5، ص34.

(4) - محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص111.

(5) - المرجع نفسه، ص93-94.

(6) - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت، ج2، ص4.

(7) - أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، إعداد: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، 1389هـ، ج21، ص503.

هذا ويعتبر الخطر حالا في إحدى صورتين: إذا كان الاعتداء المهدد به على وشك الوقوع، وإذا كان الاعتداء قد بدأ ولم ينته بعد، ويعد الخطر غير حال في إحدى صورتين: إذا كان الاعتداء المهدد به مستقبلا وإذا كان الاعتداء قد تحقق بالفعل وانتهى، وكذلك الخطر أو الضرر لا يلزم أن يكون أمرا واقعا إنما يكفي أن يكون في مخيلة السلطة الحاكمة بأن يعتقد هذا بناء على أسباب معقولة أن الضرر الجسيم المخوف نزوله على الدولة وشيك، حتى ولو لم يقع هذا الضرر بالفعل أي حتى إذا تبين أنه في الحقيقة والواقع لم يكن وشيك الوقوع،⁽¹⁾ وهنا تلعب فكرة السلطة التقديرية والشورى وحنكة الحاكم دورها.

2- أن تكون الضرورة محققة لا متوهمة

فقد يقع أن يتوهم الحاكم أنه في حالة ضرورة وما هي بضرورة، أو يتوهم أن كيان الدولة سيقع في ضرورة في وقت معين فيأخذ بالضرورة منذ توقع حدوثها، وهذا كله وهم ولا يعتبر في الحقيقة ضرورة، بل هو أقرب إلى اتباع الهوى والميولات الشخصية للسلطة الحاكمة، وفي معرض الحديث عن الضرورة الوهمية يقول الشاطبي: «...أسباب الرخص أكثر ما تكون مقدرة ومتوهمة لا محققة، فرما عدّها شديدة وهي خفية في نفسها، فأدى ذلك إلى عدم صحة التعبد وصار عمله ضائعا وغير مبني على أصل، وكثيرا ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد يتوهم الأمور صعبة وليست كذلك، إلا بمحض التوهم... ولو تتبع الإنسان الوهم لرمى به في مهاوٍ بعيدة، ولأبطل عليه أعمالا كثيرة، وهذا مضطرد في العادات والعبادات وسائر التصرفات.»⁽²⁾

فكل تصرف يتوهم إخلاله بالمصلحة العامة للمسلمين لا يعد في النظر الشرعي مكونا لحالة الضرورة، ومن ثم فلا يمنع منه، إذ أن قاعدة الشريعة "لا عبرة للتوهم"⁽³⁾؛ أي لا اعتبار ولا اعتداد بالوهم. والمراد بالوهم الاحتمال العقلي البعيد النادر الحصول، أو تخيل غير الواقع، ويعضد من وجهة الشريعة هذه أنه لا اعتبار للضرر الموهوم قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"⁽⁴⁾، إذ أنّ الشك الذي يتساوى فيه الطرفان لا عبرة به، فيكون الوهم الذي هو رجحان جهة الخطأ أولى بالإلغاء وعدم

(1) - محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص112

(2) - الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق، ج1، ص161.

(3) - صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، المرجع السابق، ص97.

(4) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص56.

الاعتبار، لأنه أدنى من الشك، فهو إدراك الطرف المرجوح من طرفي أمر متردد فيه غير مستند إلى دليل عقلي، ومن ثم فإنه يكون باطلاً. (1)

ويلحق بالضرورة المحققة الضرورة المظنونة، التي يغلب على ظن الإنسان أنها تترتب على فعل يقدم عليه بناء على قرائن صادقة، وفي هذه الحالة للحاكم أن يلجأ إلى التشريع الاستثنائي ويأخذ بحكم الضرورة، ويكون هنا في حكم الرخصة الشرعية. (2)

والحاصل من كل ما تقدم في هذا الشرط، أن الأحوال التي تعتبرها الشريعة من مكونات الضرورة، فتخول الحاكم بموجبها سلطات الضرورة هي ما كان إخلالها بالمصلحة العامة محققا في الحال أو في المستقبل، بناء على قرائن وأمارات صادقة، لا ما يخل بالمصلحة العامة على وجه التوهم.

3- أن تكون الضرورة ملجئة

فلكي تتحقق الضرورة في الشريعة الإسلامية لا بد أن تكون ملجئة، بحيث يجد الخليفة دولته في حالة يخشى ضياعها، أو انفلات الأمن فيها؛ أي بمعنى ينتظر كيان الدولة ضررا كبيرا، بحيث يؤدي إلى هلاك أحد الضروريات.

ولا تكون الضرورة ملجئة إلا إذا كان ضررها بيّنا وفاحشا لا يسيرا، (3) ومعنى ذلك أن الفقه الإسلامي ينظر إلى مقدار الإخلال بمصلحة الدولة الإسلامية والمسلمين (أي مقدار الضرر الواقع)، فإذا كان هذا المقدار من الكبر والفحش، بحيث يصير الإخلال بيّنا ظاهرا لا يشكّل على أهل الخبرة في الدولة، فإنه يكون ضررا معتبرا يُقضى بمنعه واتخاذ كل ما يؤدي إلى زواله، أما إذا كان مقدار الضرر المخل بالمصلحة العامة يسيرا (أي قليلا لا يشق الاحتراز عنه ومثله يحتل عادة)، فلا ينظر إليه على أنه ضرر معتبر (4)، وبالتالي لن يكون الحاكم هنا في حالة ضرورة، ومن ثم لا يباح له الترخّص في ممارسة سلطات استثنائية لأنه يمكنه مواجهة الخطر عن طريق النصوص العادية.

(1) - أحمد مواهي، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص722.

(2) - محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص314.

(3) - أحمد مواهي، الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج2، ص741.

(4) - المرجع نفسه، ص742.

4- أن تكون الضرورة متفقة مع مقاصد الشرع

ومعناه أن تكيف حالة الضرورة على أنها داخلية ضمن المقاصد التي جاء الشرع لتحقيقها، والشريعة جاءت لتحقيق مصالح الخلق إثباتاً وإبقاءً، ودفع الضرورة مصلحة، والمصلحة لا بد لها أن تنطلق من الشرع، وتتقيد بقيوده فلا التفات إلى مصلحة يحكم بها العقل وحده، بل لا بد أن تكون راجعة إلى حفظ مقصود من مقاصد الشارع، فإذا ناقضتها فليست مصلحة، وإن توهم متوهم أنها هي، وهكذا الشأن في الضرورة.

كما على الحاكم في أثناء إقراره لحالة الضرورة أن يراعي في ذلك المحافظة على مقاصد الشرع بالترتيب الذي وضعها عليها الدين، فيشرع ويمارس من الأحكام ما يزيل ضرورة الدين ثم ضرورة النفس ثم ضرورة العقل، ثم ضرورة النسل لتأتي ضرورة المال⁽¹⁾. وحتى تكون هذه السلطات الاستثنائية التي يمارسها رئيس الدولة مستندة إلى قواعد شرعية لا بد أن تكون المصلحة التي شرعت السلطات الاستثنائية للحفاظ عليها مصلحة اعتبر الشارع جنسها أو عينها، فهذه تعتبر اتفاقاً، قال الغزالي: «فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، كانت من المصالح الغربية التي لا تلاءم تصرفات الشرع فهي باطلة مطرحة ومن صار إليها فقد شرع⁽²⁾».

لكن لا ضرر مخالفة الضرورة لمقصود شرعي إذا وافقت مقصوداً شرعياً أهم منه، لأن الضرورة مبنية على مخالفة أحد المقصودين المتعارضين بعد الترجيح بينهما⁽³⁾، فالحاكم بعد إهماله لمقصد وجوب الانقياد والخضوع لسيادة الشرع، فهو في سبيل ذلك يطمح إلى حماية الدولة وجماعة المسلمين، من خطر يكون ضرره أربى من ضرر الخروج على بعض النصوص الشرعية، فكل تشريع يمارسه الحاكم المضطر، ويكون مخالفاً لبعض مبادئ الشريعة الإسلامية من حفظ حقوق الآخرين وتحقيق العدل ودفع الضرر، والحفاظ على مبدأ التدين وأصول العقيدة الإسلامية، فليس تشريعاً لضرورة معتبرة، طالما أن النصوص الشرعية لم تعترف به، فمثلاً لا يحل للحاكم إصدار تشريع يحلّ فيه الزنا أو القتل أو الكفر والغصب تحت مسمى الضرورة والحاجة، لأنّ هذه مفاصد في ذاتها.

(1) - جميل بن محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 305-306.

(2) - أبو حامد الغزالي، المستصفى، من علم الأصول، تحقيق: سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1997، ج 1، ص 210-211.

(3) - جميل بن محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 307.

ثانيا: أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة

أي يتعين على الخليفة مخالفة بعض الأوامر أو النواهي المنصوص عليها بمقتضى نصوص مبدأ المشروعية، فإن أمكن دفع حالة الضرورة أو هذا الظرف الاستثنائي بفعل مباح؛ أي عن طريق التشريع العادي، امتنع دفعها بالتشريع الاستثنائي، فكما أن الجائع الذي يستطيع شراء طعام أو أخذه على سبيل الهبة أو الصدقة ليس له أن يحتج بحالة الضرورة للاعتداء على حق الغير⁽¹⁾، فكذلك ليس للخليفة الذي يستطيع مواجهة الطوارئ والنوازل بطريق التشريع العادي، أن يحتج بحالة الضرورة، ومن القواعد الفقهية المشهورة في هذا الشأن، قولهم أن "الضرر لا يزال بمثله أو بالضرر"⁽²⁾، فهذه القاعدة تعتبر قيذا على القاعدة المشهورة "الضرر يزال"⁽³⁾، لأن إزالة الضرر لا تكون بإحداث ضرر مثله ولا بأكثر منه بالأولى، بمعنى أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف⁽⁴⁾، أو يختار أهون الشرين أو أخف الضررين، فهذه القواعد كلها تدور حول معنى واحد وهي أن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر يتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد، والأصل في كل هذه القواعد قولهم "إن من ابتلي بليتين - وهما متساويتان - يأخذ بأيهما شاء"⁽⁵⁾، إن اختلفتا يختار أهونهما، ولأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة.⁽⁶⁾

ومنه فريئس الدولة عند مخالفته لمبدأ المشروعية وجب أن يؤذن له شرعا في ذلك بالتحلل من واجب الخضوع لمبدأ المشروعية وسيادة الشرع.

ثالثا: أن تقدر الضرورة بقدرها من حيث المقدار والوقت

إذا سلمنا بجواز السلطات الاستثنائية استنادا إلى قاعدة "الضرورات تبيح المحضورات"⁽⁷⁾، يجب أن لا نسلم بأن هذه القاعدة مطلقة فهي مقيدة بقيود عبرت عنها قاعدة الضرورة تقدر بقدرها.⁽⁸⁾ والمقصود به القيد الموضوعي والزماني لهذه الإجراءات، فالحاكم يمارس التشريع الاستثنائي مادام المانع من تطبيق

(1) - محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 96.

(2) - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1990م، ص 86.

(3) - محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج 1، ص 120.

(4) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص 88.

(5) - المصدر نفسه، ص 89.

(6) - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص 84.

(7) - السبكي، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ج 1، ص 45.

(8) - محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج 01، ص 281.

التشريع العادي موجودا، وهو الاضطرار والحرص الذي يقع فيه الحاكم في سبيل الحفاظ على الدولة، فيقع له الترخيص، ولكن إذا زال هذا المانع وعادت الحالة الاعتيادية أو الطبيعية عاد الممنوع، أي عاد تطبيق القاعدة العامة وهي ضرورة الرجوع إلى تطبيق التشريع العادي من دون ترخيص ولا استثناء.⁽¹⁾

لأن الحكم الذي يعتمد عليه في حالة الضرورة هنا إنما هو حكم طارئ تم الترخيص به في تلك الحالة الخاصة، وأما الحكم الذي كان قبل حدوث الضرورة فهو الحكم الأصلي الثابت، والمشرع لم يجز اللجوء إلى الحكم الطارئ وترك الحكم الأصلي إلا رحمة بعباده لكي لا يكلفهم ما يعنتهم وهم في حالة ضرورة، ومن ثمة فبمجرد زوال الضرورة يزول الحكم الطارئ ويعود الحكم الأصلي، بل إنه في حال الضرورة ينبغي عدم تجاوز الحد فيما تم الترخيص به أيضا؛ لكي لا يقع المضطر في البغي والعدوان وتعدي الحدود بخروجه عن ضوابط الضرورة، لأن من شروط الأخذ بالحكم المرخص به بناء عليها أن يعمل المرء ما في وسعه ويسعى جاهدا في إزالة ضرورته، ولا يركن إليها لما ينتج عن ذلك من استئثار الحكم الأصلي أو نسيانه، حتى أنه قد يتوهم أصحاب هذه الحالة أن حكم الضرورة هو الأصل، ومن ثمة نجد أن الشارع جعل في جملة التخفيفات ما يذكر بالحكم الأصلي.⁽²⁾

إذن فالأحكام التي أناطها الشارع بعلّة الضرورة وتمسك بها الخليفة في تسيير الدولة وقت الأزمات والظروف غير العادية، قابلة للتغيير، فهي تثبت بثبوت علة الضرورة وتنتفي بانتفاء هذه العلة. وخلاصة الكلام عن ضوابط إعمال نظرية الظروف الاستثنائية أن الفقه الإسلامي توسع في تقدير الحادث الطارئ، ويكفي لتحقيق الضرر كي يأخذ بالعدر أن يكون ضارا بمصلحة مشروعة⁽³⁾، وحتى ينظر إلى الضرر الذي من شأنه أن يخل بمصلحة مشروعة أنه معتبر يجب منعه، يجب أن تكون هناك شروط لا بد من تحققها في الظرف المخل بالمصلحة العامة حتى يعتبر ضرا ممنوعا منه في الفقه الإسلامي.

(1) - حامد التهامي كرات، نظرية الحرب والظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 585-586.

(2) - الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق، ج 1، ص 345.

(3) - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 324.

خلاصة المبحث:

من خلال ما سبق نستنتج ما يلي:

- نظرية الظروف الاستثنائية بمفهومها العام عرفت منذ العصور القديمة فقد عرفها الفراعنة والإغريق والرومان وطبقوها ومورست بموجبها سلطات استثنائية في أنظمتهم السياسية، كما عرفت النظرية في العصور الإسلامية وكان لها وضعاً خاصاً تميزت به عن العصور القديمة واللاحقة خاصة على مستوى التنظير، أما في الأنظمة الحديثة فلم تظهر النظرية واضحة المعالم ومنفصلة في القانون الدستوري إلا في أواخر القرن التاسع عشر مع بداية ظهور فكرة الدولة القانونية.

- عرف التشريع الجزائري نظرية الظروف الاستثنائية كغيره من التشريعات الدستورية الحديثة، ويشترك مع هذه التشريعات في الفروق الموجودة في هذه النظرية، بينها وبين الفقه الإسلامي مبدئياً، لكن تبقى في تفصيلاتها وتطبيقاتها العملية في النظام الجزائري تتسم بنوع من الخصوصية، وتستمد هذه النظرية خصوصيتها من الفترات الزمنية التي طبقت فيها (فترات انتقالية) والمؤسسات التي مارستها في أكثر المرات (مؤسسات انتقالية)، هيمنت على تاريخ الجزائر المستقلة.

- الأبحاث الفقهية سواء القانونية أو الشرعية التي ظهرت في تطبيقات النظرية تختلف في التسمية، فقد طبقت في الفقه الإسلامي باسم الضرورة والمصلحة والرخصة والجوائح، كما استعمل الفقه القانوني عناوين يقرب اسمها من الاصطلاح الشائع وهو الظروف الاستثنائية، فنجد سلطات الضرورة وسلطات الحرب....

- اعتبر الفقه الإسلامي نظرية الظروف الاستثنائية مصدراً استثنائياً للقواعد التشريعية العامة الموضوعية لحكم الظروف العادية، وهذا محل اتفاق مع القوانين الوضعية التي عرفت هذه النظرية وطبقته، واعتبرت النظرية المستند الشرعي والقانوني للسلطات الاستثنائية التي تمارسها الدولة وهي أساس تطبيق نظام استثنائي أملت الضرورات العملية، وأسس له القضاء والفقه الشرعي والقانوني، وكرسته الأنظمة الحديثة في دساتيرها.

- استند الفقهاء المسلمون في إيجاد الحلول المختصة بتطبيقات النظرية إلى تطبيق مبادئ العدالة مسترشدين بما أقره الشرع الإسلامي في الكتاب والسنة وما أمر به من إزالة الضرر، وما دعت إليه

- الشريعة الإسلامية من رفع الضيق والحرج وعدم تكليف النفس خارج السعة.
- توقع الشارع الإسلامي في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة بعض حالات الضرورة وقرر لها أحكاما تخالف الحكم الأصلي المقرر في حالة السعة والاختيار ومن ذلك حالات المحمصة والإكراه وظروف الحرب، وغير ذلك من الحالات التي رخص فيها بما يخالف حكم الأصل.
 - لم يعرف الفقه الإسلامي القديم تعريفا دقيقا ومفصلا لنظرية الظروف الاستثنائية وكان الكلام على هذه النظرية يتم تحت مسمى نظرية الضرورة الشرعية والتي كان مفهومها ينطبق على كل أبواب الفقه الإسلامي بما فيها الأحكام المتعلقة بالحكم والسلطة والمعروفة الآن باسم القواعد الدستورية.
 - تقوم هذه النظرية سواء في الفقه القانوني أو الشرعي على وجود فعل أو أفعال خطيرة تهدد مصلحة عامة مثل سلامة الدولة أو مؤسساتها، أو مصلحة جوهرية مثل أمن الأفراد، أو تهدد حقا معتبرا شرعا أو قانونا، ولا بد من دفع هذا الخطر بالقدر اللازم دون مبالغة أو تعسف، بمعنى أن الذي يحيط به الخطر (دولة أو فرد)، يجد نفسه في وضع يتعين عليه فيه أن يخالف بعض التشريع الإسلامي أو القانوني لكي يدفع الخطر.
 - إذا كان الفقه القانوني اختلف في رؤيته لطبيعة نظرية الظروف الاستثنائية بين من يعتبرها نظرية قانونية بحتة، وبالتالي تعتبر جزء من النظام القانوني للدولة ولا تخرج عن نطاق مبدأ المشروعية، وبين من اعتبرها نظرية سياسية مؤقتة بالظروف التي أحيطت بها، وبالتالي تعتبر خروجاً على مبدأ المشروعية، فإن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا الخلاف حيث اعتبر نظرية الظروف الاستثنائية نظرية شرعية لا تخالف نصاً ولا إجماعاً، وإنما تجد سندها في النص والإجماع.
 - نظرية الظروف الاستثنائية تبقى مقرا بها في النظام الإسلامي من خلال النص الشرعي والاجتهادات المنبثقة عنه، وهي رهن اعتراف الأنظمة الوضعية بها من خلال نصوص دستورية أو تشريعية عادية، وهذا ما حصل فعلا في النظام القانوني الجزائري من خلال التشريع المسبق للحالات الاستثنائية.
 - الدولة في ظل الظروف الاستثنائية يمكنها أن تحرق القواعد الشرعية القانونية الواجبة الاحترام في الظروف العادية، لكن رغم تبني هذه السلطات شرعا وقانونا، إلا أنه يبقى في تطبيقها خطر على الحقوق والحريات، وما ما اقتضى وضعها ضمن ضوابط وشروط لتطبيقها واللجوء إليها.

المبحث الثاني: حالات الظروف الاستثنائية ومدى احتوائها لوباء كورونا

تتسم الظروف الاستثنائية عادة بعدم التوقع كما تتطلب من السلطة مواجهة سريعة وفعالة، وهذا ما جعل بعض الأنظمة القانونية تهتمّ بوضع نظام قانوني مسبق يهتم بتأطيرها وتنظيم إجراءاتها في شكل نصوص دستورية وتشريعية لمواجهة مختلف الأزمات، كما حرصت على وضع الحواجز التي يجب على السلطة مراعاتها مادام أنّ تلك الظروف أصبحت مسألة منصوص عليها قانونا.

وسار المؤسس الدستوري الجزائري في هذا الاتجاه حين نصّ على حالات الظروف الاستثنائية بالتفصيل الذي سنراه لاحقا، ووضع لها مبررات تجعل من تطبيقها وارداً متى توافرت تلك المبررات فيما استجد من الظروف والأخطار، وقد يكون خطر وباء كورونا من ضمنها وفقا لما اتسم به من التهديد لأرواح الناس والأضرار التي ألحقها بالدولة ومؤسساتها، استحق معها أن يكون ظرفا استثنائيا، كان يمكن استيعابه من خلال إحدى حالات الظروف الاستثنائية الواردة في الدستور مسبقا.

المطلب الأول: حالات الظروف الاستثنائية في الدستور الجزائري

نص المؤسس الدستوري على الحالات الاستثنائية التي يترتب عنها الخروج على قواعد المشروعية العادية لمواجهة الظروف التي أدت إلى إعلانها، هذه الأخيرة تتمثل في حالة الحصار والطوارئ والحرب والحالة الاستثنائية، والتي سنتطرق إليها بالتفصيل على حسب ما نصّت عليه المواد من 97 إلى 102 من دستور 2020 وهي كما يلي:

الفرع الأول: حالة الطوارئ والحصار

ورد في نص المادة 97 من التعديل الدستوري لسنة 2020: "يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة أقصاها ثلاثون (30) يوما بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول أو رئيس الحكومة، ورئيس المحكمة الدستورية، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

لا يمكن تمديد حال الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.

يحدد قانون عضوي تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار."

أولاً: تعريف حالة الطوارئ والحصار

وفقاً للمادة 97 سابقة الذكر، نجد أن المؤسس الدستوري نصّ على هاتين الحالتين بنص واحد دون تمييز، ويبدو للوهلة الأولى عند قراءة النص الدستوري أن المصطلحين تعبير عن حالة واحدة تسمى الطوارئ أو الحصار، خاصة وأن سبب إعلانها واحد وهو الضرورة الملحة، وهذا ما جعل البعض يصف هذه المادة بالغموض والعمومية وعدم الدقة، حيث يذهب الأستاذ أحمد محيو⁽¹⁾ إلى القول بأنه لا يوجد فرق بين الحالتين، وكذا بينهما وبين الحالة الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 98 من دستور 2020- وذلك لانعدام نص تطبيقي يوضح ويحدد طبيعة الإجراءات الاستثنائية التي يتخذها رئيس الجمهورية في ظل هذه الحالات.⁽²⁾

وكان بإمكان المشرع الدستوري الجزائري أن يكتفي بالنص على اصطلاح واحد وهو حالة الطوارئ، ويحيل أمر تفصيلها وتنظيم أحكامها للقانون، ليتفادى هذا ازدواج الذي لا مبرر له سوى الإصرار على نقل المصطلحات الواردة في القوانين الفرنسية، علماً أن كافة النظم العربية تستخدم اصطلاح حالة الطوارئ كنظام استثنائي عام يشمل كافة الظروف الاستثنائية، عدا حالة الحرب التي تظل متميزة بخصوصية خطرهما، إلى جانب ما تنص عليه بعض الدساتير من تقرير حالة خاصة لها مواصفاتها التي تقترب من حالة الحرب، وهي الحالة الاستثنائية التي يُحول رئيس الجمهورية من خلالها سلطات استثنائية واسعة، ومثال ذلك نص المادة 74 من الدستور المصري لعام 1971، ونص المادة 16 من الدستور الفرنسي لعام 1958.⁽³⁾

ولكن إذا أخذنا بعين الاعتبار أحكام حالتي الحصار والطوارئ والفروق الموجودة بينهما في ظل النظام الفرنسي، وإضافة إلى التطبيق العملي لهاتين الحالتين في النظام الجزائري من المرسوم الرئاسي 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991 المتعلق بإعلان حالة الحصار، والرسوم الرئاسية 92-44 المؤرخ في 9 فيفري 1992 والمتعلق بإعلان حالة الطوارئ، نستطيع أن نميز بين الحالتين على النحو التالي:

(1) - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2006، ص 420.

(2) - Ben Arfa Abde laziz, Les circonstances exceptionnelle dans la constitution du 22-11-1976, mmoire de magister institus de droit.alger. 1976 , P19.

(3) - انظر: وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية، المرجع السابق، ص 14-15.

1- تعريف حالة الطوارئ

لم يتفق الفقهاء على وضع تعريف محدد لحالة الطوارئ بسبب اختلاف تنظيمها القانوني من دولة إلى أخرى، واختلاف أساليب تطبيقها، ولكنهم اتفقوا على أنها الحالة التي تفرض من أجلها إجراءات استثنائية لمواجهة بعض الظروف الاستثنائية، وعلى الرغم من ذلك يمكن تعريفها كحالة استثنائية بأنها: "نظام استثنائي يتم إعلانه لدفع الخطر الذي ألمّ بالبلاد، حيث يتم في هذه الحالة تقييد الحقوق والحريات العامة متى كان هناك مساس بالأمن والنظام العام، والمحافظة على الأمن والسكينة العامة وتحول لمرفق البوليس اختصاصات إضافية." (1)

وحالة الطوارئ في النظام الفرنسي تتعلق بالحالات التي يقوم فيها خطر عاجل ناتج عن تعرض النظام العام لاعتداءات جسيمة، أو متى وجدت وقائع لها بحكم طبيعتها وخطورتها صفة الكوارث العامة، وهي تخضع لنفس الإجراءات والشروط الشكلية التي تعلن بموجبها حالة الحصار. (2)

وقد أوجد المشرع الدستوري هذه الحالة في التشريع الفرنسي بمناسبة نشوب الحرب التحريرية الجزائرية (3). وكان الغرض منها مواجهة الأوضاع السائدة في الجزائر، وهذا عن طريق توسيع سلطات الشرطة في مجال الأمن، وبالتالي تقييد الحريات العامة وهذا في حالة وقوع مساس خطير بالنظام العام والغرض هو ضمان الأمن العام (4). وينتج عن هذه الحالة توسيع صلاحيات السلطة المدنية في مجال الضبط الإداري، وتقييد الحريات العامة في كثير من الجوانب (5)، وتبدو هذه الحالة حسب أسباب إعلانها حالة وسيطة بين أحكام تشريع حالة الحصار وأحكام القوانين العادية، لكنها في كثير من

(1) - إبراهيم تونصيرا، تشريعات الضرورة - دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والدستور المصري - رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013-2014، ص 86.

(2) - إسماعيل حقي بربوي، الرقابة القضائية على أعمال سلطة الطوارئ - دراسة مقارنة - الدار العربية للدراسات، بيروت، دط، 1981، ص 16.

(3) - نظمت حالة الطوارئ في فرنسا بموجب أمر 3 أبريل 1955، المعدل بموجب الأمرين الصادرين في 7-08-1955 و 15 جانفي 1960، أنظر: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص 421-422.

(4) - سعيد بوالشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري، دكتوراه دولة غير منشورة، جامعة الجزائر، 1984، ص 368.

(5) - مثل الإقامة الجبرية، تسخير العمال في حالة الإضراب غير المرخص به، تفتيش ليلا ونهارا، منع المظاهرات، إمكانية توقيف أو حل المجالس المحلية، اتخاذ تدابير وقف نشاط شركة أو مؤسسة أو هيئة يهدد نشاطها الأمن العام، إحالة بعض القضايا إلى المحاكم العسكرية بدل المدنية. انظر: فوزي أوصد يق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، المرجع السابق، ص 78-79.

إجراءاتها التي تمس الحريات العامة تظهر أشد وأخطر خاصة فيما يتعلق بنظام الإقامة الجبرية، الذي لا يوجد في نظام حالة الحصار، وكذلك بالنسبة للرقابة على وسائل التعبير، حيث تتخذ شكلا أكثر صرامة.⁽¹⁾

2- تعريف حالة الحصار

هي حالة استثنائية تتعلق بالأعمال التخريبية أو المسلحة كالعصيان أو التمرد، فيتم انتقال السلطة في هذه الحالة إلى الجيش للضرورة الملحة، فتتحول للرئيس اتخاذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع لتفادي اللجوء إلى الحالة الاستثنائية.⁽²⁾، وعليه فحالة الحصار هي أيضا نظام استثنائي تعرف فيه السلطات الإدارية خروجاً عن المشروعية العادية، بالنظر إلى الظروف التي أدت إلى إعلان حالة الحصار.⁽²⁾

في النظام الفرنسي لا تعلن حالة الحصار إلا في حالة الخطر الدائم الناتج عن حرب أجنبية أو ثورة مسلحة فهي حالة ذات الصلة بالأعمال التخريبية أو أعمال مسلحة كحالة الحرب أو العصيان المدني أو التمرد، وينتج عن تطبيق هذه الحالة نقل مسؤولية حفظ النظام العام من السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية والتي تلجأ إلى تقييد الحريات العامة في كثير من الميادين.⁽³⁾ وهي بهذا الشكل تظهر قريبة جدا من حالة الطوارئ.

أما في النظام الجزائري فقد ذهب البعض إلى اعتبارها حالة أشد صرامة من حالة الطوارئ، وهي المرحلة التي تسبق الحالة الاستثنائية في خطورتها وشدة تدابيرها، حيث تمكن رئيس الجمهورية من اتخاذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع ولتفادي إن أمكن اللجوء إلى الحالة الاستثنائية⁽⁴⁾.

علما أن الدستور لم ينص بوضوح على الحالة التي يعلن فيها هذا النظام، واكتفى في المادة 97 بالنص على سلطة رئيس الجمهورية في تقريرها كلما دعت الضرورة الملحة، ليبقى السؤال الذي يطرح ما

(1)-Ben Arfa Abdelazize, Les circonstance exceptionnelle dans la constitution du 22/11/1976, Op.cit, P17.

(2) - إبراهيم تونصيرا، تشريعات الضرورة - دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والدستور المصري، المرجع السابق، ص 86.

(3) - مثل الاعتقال الإداري والإقامة الجبرية، المنع من الإقامة، جواز تفتيش المحلات والمسكن ليلا ونهارا، منع إصدار المنشورات والاجتماعات، الأمر بتسليم الأسلحة والذخائر. انظر: أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 120.

(4) - انظر: مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات العامة في الظروف الاستثنائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، ع 01، 1998، ص 38-39.

هي معايير ومظاهر هذه الضرورة الملحة؟⁽¹⁾

ويبقى الخاط قائما في ظل النظام الجزائري بين حالي الحصار والطوارئ، سواء من حيث الحالات الموجبة لإعلانها أو من حيث الإجراءات التي تتخذ في ظلها، ورغم أن هناك من اعتبر أن حالة الطوارئ أقل خطورة وصرامة وتضييقا على الحريات العامة من حالة الحصار⁽²⁾، إلا أن هذه الفروق اضمحلت، خاصة بعد إعمال النظامين واقعا وصدور المرسومين الرئاسيين اللذان ينظمان أحكام وآثار كل منهما، اللهم إلا فيما يتعلق بالجهة التي تتولى مباشرة الصلاحيات الاستثنائية، حيث تتمثل في السلطات المدنية العادية، ممثلة في رئيس الحكومة ووزير الداخلية والولاية بالنسبة لحالة الطوارئ، أما في ظل حالة الحصار فإن هذه الصلاحيات تنتقل إلى السلطات العسكرية.⁽³⁾

ولكن التطبيق العملي لمرسوم إعلان حالة الطوارئ وخاصة بموجب صدور القرار الوزاري المشترك بين وزير الدفاع الوطني ووزير الداخلية، تطبيقا للمادتين 4 و 9 من المرسوم رقم، قضى بشكل نهائي على هذا التمييز الباقي بين الحالتين في النظام الجزائري⁽⁴⁾، حيث نجد وفقا لهذا القرار المشترك أن سلطة وصلاحيه حفظ النظام العام حوّل بشكل شبه نهائي إلى الجهات العسكرية، ممثلة في قيادة النواحي العسكرية والقطاعات العسكرية، وكذا القادة الجهويين للدرك الوطني، وذلك باعتبارها سلطات مفوضة مكلفة بإدارة عمليات استتباب النظام العام على المستوى المحلي⁽⁵⁾، إضافة إلى وضع مختلف مراكز الأمن التي أنشئت عبر مناطق مختلفة من الوطن، بموجب قرارات من وزير الداخلية، تحت إدارة السلطات العسكرية المختصة بموجب التفويض الذي تضمنه القرار الوزاري المشترك.⁽⁶⁾

(1) - عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 34.

(2) - مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 38.

- السعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 268-269.

(3) - أنظر: فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، المرجع السابق، ص 81.

(4) - المرجع نفسه، ص 75.

(5) - انظر المواد من 2 إلى 7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10-02-1992، الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على

النظام العام في إطار حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 11، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 1992، ص 295.

(6) - صدرت خمس قرارات وزارية من طرف وزير الداخلية تضمنت إنشاء خمسة مراكز للأمن في الصحراء، ثلاثة منها بتاريخ 10

فيفري 1992، واثنين بتاريخ 13 فيفري 1992.

ثانيا: مبررات تطبيق حالي الطوارئ والحصار

سيتم الكلام على مبررات كل من حالة الطوارئ وحالة الحصار مجتمعين معا لورودهما في النص الدستوري معا، وذلك في المادة 97 من التعديل الدستوري لسنة 2020 السالفة الذكر والتي من خلالها يتضح أن الشروط الموضوعية لإقرار حالة الطوارئ أو حالة الحصار، تتلخص في الضرورة الملحة وتحديد المدة⁽¹⁾.

1- الضرورة الملحة

وفقا لما جاء في النص الدستوري، فإنه لا يحق لرئيس الجمهورية إعلان حالي الطوارئ أو الحصار إلا إذا استدعت الضرورة الملحة ذلك، لكن السؤال المطروح هنا ما هي الضرورة الملحة؟ وما هي معاييرها وما هو مصدرها؟

إن النص الدستوري جاء موجزا مقتضبا بهذا الخصوص، الشيء الذي يفقده دقته وفعاليته في تقييد وضبط سلطة اللجوء إلى تطبيق هاتين الحالتين، حيث يمكن أن تتفوق المعايير الذاتية على حساب المعايير الموضوعية في تقدير مدى توافر شرط الضرورة الملحة، وهذا لصالح إطلاق سلطة رئيس الجمهورية، فهو الذي يقرر هنا وجود حالة الضرورة الملحة من عدمها، لكونه صاحب الاختصاص الأصلي في إعلان كل حالات الظروف الاستثنائية، خاصة وأن شرط الضرورة الملحة هو عبارة عامة واسعة الدلالة، ويمكن أن تغطي كافة حالات الظروف غير العادية.

ولأن المشرع الدستوري أهمل التمييز الكلاسيكي المعروف في بعض الأنظمة بين حالة الطوارئ والحصار فإنه بذلك أهمل درجة الخطر الموجبة لكل حالة منهما وبالتالي لا يوجد أي أساس قانوني للتفريق بين معيار الضرورة الملحة في كل منهما، وبهذا فإن هذا الشرط الموضوعي ورغم أهميته من الناحية النظرية على الأقل - حيث لا يحق لرئيس الجمهورية تقرير حالة الطوارئ أو الحصار إلا إذا توفرت هذه الضرورة الملحة، ومن ثم فإن توسع سلطة رئيس الدولة في هذا الاختصاص يدور مع هذه العلة اتساعا وضيقا -⁽²⁾ إلا أنه يبقى نسبيا في مدلوله وفعاليته، وذلك بسبب تغلب العنصر الذاتي فيه على العنصر

(1) - عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 88.

(2) - لوشن دلال، السيادة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري الحالي، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2005، ص 91.

الموضوعي لعمومية عبارة الضرورة الملحة، وعدم دقتها خاصة مع عدم وجود نصوص تشريعية يمكن أن نلجأ إليها في هذا الصدد. (1)

2- تحديد المدة

وفقا لنص المادة 97 سابقة الذكر، فإن اشتراط المدة أمر وارد في هذه المادة، وهو شيء جديد جاء به دستور 1989 وأكدته دستور 1996، وجاء التعديل الدستوري لسنة 2020 وحدد هذه المدة بأجل أقصاه 30 يوم، إذ يمكن إعلان الحالتين لمدة أقل من 30 يوم، ولا يمكن أن يزيد إعلان الحالتين عن هذه المدة، فسلطة إعمال النظام الاستثنائي لكل من حالة الطوارئ والحصار مقيد هنا بالعامل الزمني، فلا يحق لرئيس الجمهورية دستوريا أن يعلن تطبيق هذه المادة بدون أن يتضمن الإعلان مدة معينة لسريان هذه الحالة لا تزيد عما هو منصوص عليه، والتي بمجرد انتهائها ترفع الحالة المقررة إلا إذا استمرت الأوضاع متدهورة، مما يوجب استمرار الحالة، وهنا يلزم رئيس الجمهورية باللجوء إلى طلب موافقة البرلمان على تمديد تلك المدة، لكن المادة 97 لم تشر إلى مدة التمديد هل يتقيد رئيس الجمهورية والبرلمان بمدة 30 يوما أثناء التمديد أم لا، كما لم يحدد المؤسس الدستوري عدد مرات التمديد، وهل يبقى التمديد الخيار الوحيد لرئيس الجمهورية إلى غاية زوال سبب الحالتين.

ويبقى هذا التحديد الذي جاء به التعديل الدستوري لسنة 2020 ضمانا أكثر لحماية للحقوق والحريات في هاتين الحالتين.

ثالثا: إجراءات إعلان حالة الطوارئ والحصار

من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 97 يتضح أن الإجراءات الشكلية لإعلان حالة الحصار والطوارئ هي عبارة عن استشارات تطلب من:

1- اجتماع المجلس الأعلى للأمن

إن المجلس الأعلى للأمن يعتبر هيئة دستورية استشارية مهمتها تقديم الآراء لرئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن والدفاع، ويتأسس هذا المجلس رئيس الجمهورية، وهو الذي يتولى كيفية تنظيمه

(1) - عبد العزيز برفوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 62.

وعمله⁽¹⁾، ومما لا شك فيه أن لهذه الهيئة وزنا كبيرا لدى رئيس الجمهورية ودورا كبيرا في ترشيد قراراته، وإن كان من الناحية الدستورية ليس ملزما برأي هذه الهيئة، إلا أنه يصعب من الناحية العملية مخالفة هذا الرأي، وخاصة إذا كان بإجماع الأعضاء.

2- استشارة رئيس مجلس الأمة

فرئيس مجلس الأمة يعتبر الممثل عن نواب الغرفة الأولى للبرلمان ورأيه يمثل رأي ممثليه، وعلى رئيس الجمهورية أن يراعي موقفه. وما يلاحظ على هذه المادة في التعديل الأخير للدستور هو تقديمها لاستشارة رئيس مجلس الأمة على استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، وهذا راجع للمكانة التي يتمتع بها رئيس مجلس الأمة فهو الذي يتولى منصب رئيس الجمهورية في حالة استقالته أو وفاته أو حدوث أي مانع آخر له.⁽²⁾

3- استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني

إن لهذه الاستشارة أهميتها من الناحية العملية في ظل نظام التعددية الحزبية، ومبدأ الفصل بين السلطات، فرئيس المجلس الشعبي الوطني يمثل النواب، وعليه مراعاة الموقف العام لممثليه في البرلمان، وتظهر أهمية هذه الاستشارة بوجه خاص إذا كان رئيس الجمهورية لا يتمتع بالأغلبية المطلقة في الغرفتين.⁽³⁾

4- استشارة الوزير الأول أو رئيس الحكومة

إن الوزير الأول أو رئيس الحكومة -بحسب الحالة- بصفته المكلف بالسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات، وكشك ثاب للسلطة التنفيذية لا يمكن أن تهمل استشارته في مثل هذا القرار الخطير على النظام القانوني للبلاد، وذلك لتمكينه من اتخاذ الاحتياطات والإجراءات التنسيقية اللازمة إذا استدعت الضرورة تقدير إحدى الحالتين.

(1) - منحت المادة 208 من التعديل الدستوري لعام 2020 صلاحية تحديد كيفية تنظيم المجلس الأعلى للأمن لرئيس الجمهورية.

(2) - انظر: المادة 94 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

(3) - انظر: عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 64.

- عقيلة خرياشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بعد التعديل الدستوري ل: 28 نوفمبر 1996، رسالة ماجستير، جامعة سطيف، ص 58.

- خنيش بغداد، المؤسسات الدستورية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 27.

5- استشارة رئيس المحكمة الدستورية: لكونها المكلفة بالسهر على احترام الدستور، ولكون رئيسها مكلف من جهة أخرى بتولي رئاسة الدولة في حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته واقتراحها بشغور رئاسة مجلس الأمة.⁽¹⁾

أما إنهاء حالة الطوارئ أو الحصار، فالمادة 97 من التعديل الدستوري لعام 2020 تركت المسألة مفتوحة لي طرح التساؤل: هل الرجوع إلى الشرعية لا يتطلب إجراءات معقدة؟، أم يعمل وفقا لقاعدة توازي الأشكال والإجراءات، فيرجح أن الإنهاء يعقد لرئيس الجمهورية لوحده.⁽²⁾

وفي التطبيق العملي لهذه الحالة إجابة لهذا السؤال، حيث اكتفى رئيس الجمهورية باستشارة المجلس الأعلى للأمن دون بقية الهيئات عندما أراد إنهاء حالة الحصار الثانية.⁽³⁾

الفرع الثاني: الحالة الاستثنائية

نصت المادة 98 من التعديل الدستوري لسنة 2020: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها أو سلامة ترابها لمدة أقصاها ستون (60) يوما.

لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المحكمة الدستورية، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

وتحول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. يوجه رئيس الجمهورية في هذا الشأن خطابا للأمة.

يجتمع البرلمان وجوبا، لا يمكن تمديد مدة الحالة الاستثنائية إلا بعد موافقة أغلبية أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.

(1) - انظر: المادة 94 من التعديل الدستوري لسنة 2020 .

(2) - فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، المرجع السابق، ص 77.

(3) - أنظر المرسوم الرئاسي 336/91، المؤرخ في 22 سبتمبر 1991، المتضمن رفع حالة الحصار ابتداء من 29 سبتمبر 1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 44، الصادرة بتاريخ 25 سبتمبر 1991.

يعرض رئيس الجمهورية، بعد انقضاء مدة الحالة الاستثنائية القرارات التي اتخذها أثناءها على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها.

أولاً: تعريف الحالة الاستثنائية

يقصد بالحالة الاستثنائية: "أحد الإبداعات الدستورية الحديثة لمواجهة الأحداث المستجدة التي تنتج عنها تشنجات خطيرة في ذات المجتمع الواحد، ويتأتى ذلك عن طريق تدارك عجز التشريع القائم الذي ليس بوسعه حماية نظام وأمن الدولة." (1)

و المادة 98 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي نصّت على هذه الحالة، مستوحاة من المادة 16 من الدستور الفرنسي. حيث يمكن إعلان العمل بهذه الحالة من طرف رئيس الجمهورية عندما تكون البلاد مهددة بخطر دائم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها وسلامة ترابها، ويلاحظ أن هذه الأسباب غير واضحة ودقيقة بالشكل الذي يجعلنا نفرق بينها وبين سبب الضرورة الملحة الخاصة بحالي الحصار والطوارئ. (2)

أما بالنسبة لآثار تطبيق هذه الحالة، فتمثل في تحويل رئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ كل الإجراءات التي يراها ضرورية للحفاظ على الاستقلال الوطني والسلامة الترابية للبلاد والمؤسسات الدستورية، ولم يميّز نص المادة بين إجراء أو آخر، وإنما جاء النص عاماً وترك للرئيس السلطة التقديرية الكاملة في اختيار الشكل المناسب والأداة القانونية المناسبة لقراراته، وبالتالي فإن إعلان هذه الحالة يجمع كل السلطات والوظائف التنفيذية والتشريعية وحتى القضائية في يد رئيس الجمهورية، وهو ما يصفه الفقه الفرنسي وفقاً لأحكام المادة 16 من دستور 1958، بقيام الدكتاتورية المؤقتة. (3)

وتجدر الإشارة إلى أن التعديل الدستوري لسنة 2020 قد أعطى لرئيس الجمهورية صراحة وبموجب المادة 142 منه سلطة التشريع بأوامر أثناء العمل بنظام الحالة الاستثنائية، ودون التقيد بشرط غياب البرلمان كما هو الأمر بالنسبة للأوامر التشريعية العادية، حيث لم يوجد هذا النص، وثار نقاش فقهي حول مدى صلاحية رئيس الجمهورية في ظل هذه الحالة في ممارسة صلاحية التشريع. (4)

(1) - إبراهيم تونصيرا، تشريعات الضرورة - دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري - المرجع السابق، ص 112.

(2) - عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 39.

(3) - أنظر: أندري هورويو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ص 402 وما بعدها.

(4) - عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 39.

ثانيا: مبررات تطبيق الحالة الاستثنائية

من خلال الفقرة الأولى من المادة 98، يتضح أن مبررات إعلان الحالة الاستثنائية هما شرطين: وجود خطر داهم، وأن يهدد هذا الخطر مؤسسات الدولة الدستورية أو استقلالها أو وحدتها الترابية.

1- وجود خطر داهم

نص المادة لم يحدد مصدر هذا الخطر، هل هو خطر خارجي أم داخلي، ولا نطاقه الزمني، ولا حتى درجة جسامته.⁽¹⁾

بمقارنة نص هذه المادة مع نص المادة 97 -سابقة الذكر- لا نجد فرقا بين عبارة "الضرورة الملحة" وعبارة "الخطر الداهم"، فكلا النصين يشير إلى الخطر الحال المهدد، وهو ما تدل عليه كلمتا "ملحة" و"داهم"، دون أي تمييز بينهما من حيث مصدر هذا الخطر أو درجته بشكل واضح، عدا ما جاء في نص المادة 98 من أن موضوع الخطر الداهم هو إصابة مؤسسات الدولة الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، وهذا ما جعل البعض يتساءل عن الفرق بين حالي الحصار والطوارئ وفقا للمادة 97، والحالة الاستثنائية الواردة في نص المادة 98⁽²⁾.

2- أن يهدد هذا الخطر سلامة مؤسسات الدولة الدستورية أو استقلالها الوطني أو وحدتها الترابية

وهذا الشرط يعتبر دورا تكميليا للشروط الموضوعية، إذ لا يكفي مجرد قيام الخطر بأوصافه السابقة حسب الدستور، بل لا بد أن يكون هذا الخطر مؤثرا على نحو معين، بحيث يهدد البلاد من خلال إصابة مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها، فالواضح أن موضوع الخطر هو الدولة ذاتها كشخص من أشخاص القانون العام، والمساس بأي ركن من أركانها يعتبر ذريعة لإعلان الحالة الاستثنائية⁽³⁾، وإن كان المؤسس الدستوري ركز على موضوعات معينة، قدّر أهميتها بالنسبة لسلامة الدولة وهي:

(1) - شيوقي راضية، مركز رئيس الجمهورية في ظل دستور 1989 وتعديل 1996، رسالة ماجستير، قسنطينة، 2004، ص 108.

(2) - عبد العزيز برفوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 65-66.

(3) - شيوقي راضية، مركز رئيس الجمهورية في ظل دستور 1989 وتعديل 1996، المرجع السابق، ص 115.

أ- أن يهدد هذا الخطر سلامة المؤسسات الدستورية

المقصود بها السلطات العامة ذات الدور الدستوري في الدولة، لذلك قد تكون السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية أو السلطة القضائية أو المحكمة الدستورية مما يستتبع استبعاد السلطات العامة المحلية، وإن كان الفقه لا يرى ضرورة توقيف جميع هذه السلطات، بل يكفي أن تصاب سلطة واحدة⁽¹⁾، ويمكن في هذا الصدد طرح سؤال مفاده: هل يلزم رئيس الجمهورية بالانتظار حتى يؤدي الخطر إلى إحداث شلل تام في هذه السلطات الدستورية، أم أن الاختصاص الاستثنائي لرئيس الجمهورية ينعقد له حتى في ظل سير هذه المؤسسات الدستورية؟

التأمل في نص المادة 98 يجد أنها اكتفت بذكر كلمة "يوشك أو يصيب مؤسسات..."، فهي صريحة في حكمها، بحيث لم تشترط التوقف الفعلي والانقطاع المادي لسير المؤسسات، بل سمحت لرئيس الجمهورية بإقرار الحالة الاستثنائية بمجرد وقوع البلاد تحت تهديد خطر داهم، يكاد أن يقع بمؤسسات البلاد، كما أن الفقرة 2 من المادة 98⁽²⁾ نصت على أن رئيس الجمهورية لا يمكنه إقرار الحالة الاستثنائية إلا بعد استشارة بعض الهيئات الدستورية، وضرورة اجتماع البرلمان، فهذه الفقرة تدلّ على أن هذه الهيئات الدستورية تبقى تسير بانتظام وغير متوقفة، وبالتالي فرئيس الجمهورية غير مرتبط بشرط التوقف الفعلي للمؤسسات، واستحالة أداء مهامها الدستورية، بل يكفي وجود صعوبة في عملها لإعلان الحالة الاستثنائية⁽³⁾.

ومن هنا يظهر الخلاف الواضح بين مضمون المادة 98 من الدستور الجزائري، والمادة 16 من الدستور الفرنسي، والتي تنص صراحة على ربط إعلان الحالة الاستثنائية بحدوث انقطاع السير المنتظم للسلطات الدستورية العامة، وهذا ما يفتقده مضمون المادة 98.

ب- أن يهدد هذا الخطر استقلال البلاد

والسؤال الذي يطرح هل المقصود بالاستقلال أن يكون مهدداً بالكامل لإعلان الحالة الاستثنائية، أم أن تهديد الاستقلال الجزئي كفيلاً بتوفير شروط إعلان الإجراءات الاستثنائية؟

(1) - وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 105.

(2) - الفقرة 2 من المادة 107: "ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء."

(3) - رباحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 52-53.

بالرجوع إلى ديباجة دستور 2020 نجد أن المشرع الدستوري ربط الاستقلال بالسيادة الكاملة للبلاد، ومنه فالمقصود بالاستقلال هو الاستقلال الكلي لا الجزئي⁽¹⁾، كما وأن الاستقلال هنا هو بمعناه الواسع؛ أي استقلال السياسي وليس الاقتصادي والثقافي.⁽²⁾

ت- أن يهدد هذا الخطر سلامة التراب

المقصود بسلامة التراب هو سلامة النطاق الجغرافي المرسوم بحدود والذي تمارس فيه الدولة اختصاصاتها وسلطاتها، وهذه السلامة تشمل سلامة الإقليم المادية والمعنوية، وقد منعت المادة 15 من التعديل الدستوري لسنة 2020 منعا باتا التنازل عن أي جزء من التراب الوطني⁽³⁾، وكون رئيس الجمهورية هو المكلف بالسهر على حماية إقليم الدولة، فقد حول جميع الوسائل لذلك العادية والاستثنائية.⁽⁴⁾

وإن كان هذا هو مضمون المادة 98 من الدستور الجزائري، فإن محتوى المادة 16 من الدستور الفرنسي يكون قد أضاف حالة جديدة تكون محل خطر تسمح بإعلان الحالة الاستثنائية، وهذه الوضعية تتعلق بوقوع تهديد ضد تنفيذ فرنسا لتعهداتها الدولية⁽⁵⁾، ولكن هذه الحالة غير منصوص عليها في التشريع الأساسي الجزائري، وهذا يعبر عن نقص في محتوى المادة، خاصة وأن الوضع الدولي الحالي زاد من تداخل المهام بين الدول.

وفي الأخير كل ما يمكن قوله أن هذا الشرط أدرج من أجل إضفاء بعض الموضوعية المادية التي بإمكانها تضيق السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، في تحديد حجم الخطر والأضرار المحتملة، إلا أنه يبدو شرطا غير كاف وذلك راجع إلى صياغة المادة 98، والتي تبقى تتسم بالغموض وعدم الدقة، حيث لم يبين المؤسس الدستوري من خلالها حجم الضرر الذي يمكن أن يصيب المؤسسات الدستورية للبلاد، أو درجة التهديد الذي يتعرض له الاستقلال الوطني أو سلامة التراب نتيجة الخطر الواقع⁽⁶⁾،

(1) - رياحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 59.

(2) - شيبوي راضية، مركز رئيس الجمهورية في دستور 1989 وتعديل 1996، المرجع السابق، ص 110.

(3) - المادة 15 من التعديل الدستوري لسنة 2020: "لا يجوز البتة التنازل عن أي جزء من التراب الوطني."

(4) - رياحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 60-61.

(5) - وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 128.

(6) - شيبوي راضية، مركز رئيس الجمهورية في دستور 1989 وتعديل 1996، المرجع السابق، ص 110.

الأمر الذي يجعلنا نعود مرة أخرى لنقطة البداية وهي إرادة رئيس الجمهورية الذي يقرر وحده ما إذا كان الشرط متحققا أم لا.

والملاحظ في هذا الخصوص أن الوضع أكثر ضبطا في الدستور الفرنسي من خلال المادة 16 والتي يمكن اعتبارها كأصل تاريخي للمادة 98 من دستور الجزائر حيث جاءت بشروط محددة أكثر دقة تتعلق بموضوع الخطر وأوصافه فاشتطت أن يكون الخطر حالا وجسيما، ومعيار هذه الجسامة أن يؤدي إلى إعاقة السير المنتظم للمؤسسات الدستورية، ومن حيث موضوعه أن يمس هذا الخطر أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيه، أو تنفيذ تعهداتها الدولية.⁽¹⁾

في حين ما يسجل هو غياب المعيار الموضوعي لتحديد هذا الخطر في نص المادة 98 من الدستور الجزائري بحيث لم يربط هذا النص بين الخطر ونتائجه أو آثاره، ولم يشترط أن يؤدي هذا الخطر إلى إعاقة أو انقطاع السير المنتظم للمؤسسات الدستورية، كما نصت على ذلك المادة 16 من الدستور الفرنسي لتبقى بذلك السلطة التقديرية المطلقة لرئيس الجمهورية فهو الذي يقرر مدى توافر الشرط الموضوعي الموجب لإعلان المادة 98 من الدستور.

أما من حيث مصدر الخطر فطالما لم يحدد النص نوع هذا المصدر فإن الأمر يستوي أن يكون الأمر داخليا أو خارجيا لأن تهديد المؤسسات الدستورية واستقلال الوطن وسلامة ترابه يمكن أن يكون لأسباب داخلية أو خارجية مثل وقوع اضطرابات في أوساط الشعب وحدث عصيان مدني في أوساط الشعب أو تمرد فئة أو جهاز من أجهزة الدولة على أحكام الدستور، كما يمكن أن يكون هذا الخطر خارجيا كتعرض الأمة أو ترابها لعدوان خارجي أو وقوع جزء من تراب البلاد تحت سيطرة دولة أجنبية، أو تهديد استقلال البلاد من طرف دولة أجنبية.⁽²⁾

ويستوي كذلك الأمر من جهة أخرى، أن يكون هذا الخطر أزمة سياسية أو عسكرية أو اقتصادية، وتبقى درجة خطورة أي وضع رهن الملايسات والظروف التاريخية والجغرافية والسياسية والاجتماعية.⁽³⁾

(1) - رياحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، المرجع السابق، ص 57.

(2) - أنظر: عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الجمهورية في النظامين الرئاسي والبرلماني، المرجع السابق، ص 328.

- أحمد مدحت على، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 51.

(3) - Ghaouti Souad, Etien (B) , La légalité d'exception dans le constitution Algérienne du 22/11/1976, Revue. Algérienne, 1978, N°04, P707.

كما تشمل كذلك السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، تقدير بداية الخطر واعتباره خطرا حالاً داهماً، واستمراره وانتهائه فهو الذي يعود إليه الأمر في تقدير بداية الحالة الاستثنائية وانتهائها. (1)

3- تحديد المدة

وفقاً لنص المادة 98 سابقة الذكر، فإن اشتراط المدة أمر وارد، وهو شيء جديد جاء به التعديل الدستوري لسنة 2020 فقد كانت مفتوحة الآجال، وحددت هذه المدة بأجل أقصاه 60 يوم، إذ لا يمكن إعلان هذه الحالة لمدة تزيد عن 60 يوم، فلا يحق لرئيس الجمهورية دستورياً أن يعلن تطبيق هذه المادة بدون أن يتضمن الإعلان مدة معينة لسريان هذه الحالة لا تزيد عما هو منصوص عليه، والتي بمجرد انتهائها ترفع الحالة المقررة إلا إذا استمرت الأوضاع متدهورة، مما يوجب استمرار الحالة، وهنا يلزم رئيس الجمهورية باللجوء إلى طلب موافقة أغلبية غرفتي البرلمان مجتمعين معاً على تمديد تلك المدة، لكن المؤسس الدستوري لم يشير لنوع الأغلبية هل هي بسيطة أم مطلقة، كما لم يحدد المؤسس الدستوري عدد مرات التمديد. (2)

ويبقى تحديد المدة أحد ضمانات حماية للحقوق والحريات في هذه الفترة.

ثالثاً: إجراءات إعلان الحالة الاستثنائية

فبالنسبة لإجراءات إعلان الحالة الاستثنائية هي مجموعة من الهيئات التي يجب أن تستشار من طرف رئيس الجمهورية والتي نصت عليها الفقرة الثانية من نص المادة كالتالي:

1- استشارة رئيسا غرفتي البرلمان

وهذه الاستشارة أضافها دستور 1996، وأكدته التعديلات التي تلتها وحيث لم تتضمنها المادة 87 من دستور 1989، وهذا تأكيداً على أهمية دور البرلمان في الحياة السياسية والقانونية للبلاد، كممثل أول وأصيل للسيادة الشعبية، ومن جهة أخرى دلالة على خطورة هذه الحالة، الأمر الذي جعل المشرع الدستوري يشرك البرلمان في قرار الإعلان بغض النظر عن حجم وفاعلية هذه المشاركة.

(1) - عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 67.

(2) - احسن غربي، الحالات الاستثنائية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020، مقال، المجلة الشاملة للحقوق، ع3، مارس 2021، ص48.

2- استشارة رئيس المحكمة الدستورية

ورأي رئيس المحكمة الدستورية هو رأي هذه المؤسسة دستورية الاستشارية المكلفة بالسهر على احترام الدستور وحماية الحقوق والحريات.

3- الاستماع للمجلس الأعلى للأمن

هنا ورد مصطلح الاستماع بدل مصطلح الاجتماع الذي كان في المادة 97، ويرى البعض أن لهذا التمييز أهميته، لكن هذا التمييز يبدو منعدم الأهمية وغير ملموس واقعيا، لأن الاجتماع بالضرورة سيتم فيه طرح مسألة إعلان الحالة الاستثنائية، مادام رئيس الجمهورية هو رئيس هذا المجلس، وهو المختص بإعلان هذه الحالة من جهة أخرى، كما أن الاستماع للمجلس لا يكون إلا عن طريق الاجتماع، هذا فضلا عن عدم وجود ما يدل على التمييز بين الإجراءين.⁽¹⁾

4- الاستماع لمجلس الوزراء

نتيجة لخطورة الوضع الذي يستدعي تقرير الحالة الاستثنائية، قرر الدستور ضرورة الاستماع لمجلس الوزراء كهيئة جماعية يرأسها رئيس الجمهورية، ولم يكتف باستشارة الوزير الأول منفردا، نتيجة لما يترتب على ذلك من مناقشات وتبادل للرأي لتقدير الموقف ونتائجه الإيجابية والسلبية، الآنية والمستقبلية داخليا وخارجيا، الأمر الذي من شأنه المساهمة في تقدير مدى ملائمة تقرير الحالة الاستثنائية من طرف رئيس الجمهورية.⁽²⁾

5- توجيه خطاب للأمة

يجبر فيه رئيس الجمهورية الشعب بالأوضاع الخطيرة التي تمر بها البلاد، والإجراءات الاستثنائية التي سيتخذها وأسبابها.

⁽¹⁾ - انظر: عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، المرجع السابق، ص 60-61.

- عبد العزيز برفوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 69.

⁽²⁾ - سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 275.

6- اجتماع البرلمان وجوبا

إن النص لم يوضح الهدف من الاجتماع، والدور المنوط بالبرلمان هنا، لكن يمكن اعتبار هذا الاجتماع كوسيلة لتمكين نواب الشعب وممثليه من مراقبة ومتابعة الأوضاع باستمرار، وعن قرب، وكذا لتدعيم مشروعية قرارات رئيس الجمهورية في ظل هذه الحالة⁽¹⁾، والأرجح أن اجتماع البرلمان بغرفتيه لا يعد شرطاً إجرائياً بقدر ما يقوم نتيجة لتقرير الحالة الاستثنائية، نظراً للدور الرقابي المأمول للبرلمان في مثل هذه الحالات بدليل أن المؤسس الدستوري أورده بعد التطرق لإجراءات وصلاحيات رئيس الجمهورية ولم يورده ضمن سلسلة الإجراءات الشكلية المنصوص عليها⁽²⁾.

أما إنهاء الحالة الاستثنائية فإن الفقرة الخامسة والأخيرة من المادة 98 تقضي بأن هذه الحالة تنتهي حسب الأشكال والإجراءات التي أعلنت عن طريقها، ويلزم رئيس الجمهورية بعرض القرارات التي اتخذها لمواجهة هذه الحالة على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي بشأنها دون أن يرتب المؤسس الدستوري أثراً على الرأي الذي تبديه المحكمة الدستورية، هل هو ملزم لرئيس الجمهورية، وهذا الإجراء رتبّه المؤسس الدستوري لأول مرة في التعديل الدستوري لسنة 2020.⁽³⁾

وفي الأخير نقول أنه ورغم أهمية هذه الاستشارات المتعددة من الناحية السياسية والقانونية، ودورها في ترشيد قرار رئيس الجمهورية، إلا أن كثرتها - بلا شك - تتعارض مع مقتضيات السرعة والحزم اللذان تتطلبهما هذه الحالة بوجه خاص.

الفرع الثالث: حالة الحرب

نصت المادة 100 من التعديل الدستوري لسنة 2020: "إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المحكمة الدستورية، يجتمع البرلمان وجوباً، يوجه رئيس الجمهورية خطاباً للأمة يعلمها بذلك.

(1) - سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 277.

(2) - شيبوتي راضية، مركز رئيس الجمهورية في دستور 1989 وتعديل 1996، المرجع السابق، ص 116.

(3) - احسن غربي، الحالات الاستثنائية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020، المرجع السابق، ص 49.

أولاً: تعريف حالة الحرب

نصت على تنظيمها المواد: 99 إلى 102 من التعديل الدستوري لسنة 2020، وتعتبر حالة الحرب الحالة الحاسمة فهي أشد وأخطر من الحالة الاستثنائية، لأن سببها ليس مجرد الخطر الداهم، وإنما حسب المادة 100 من الدستور أن يقع العدوان الفعلي على البلاد أو يكون على وشك الوقوع، وذلك حسب ما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة.⁽¹⁾

فالْحَرْبُ حالة تستوجب التعبئة لكل قوى الوطن، ويتحقق ذلك بإنشاء أجهزة ومرافق جديدة من جهة، واتساع السلطات الموجودة من جهة أخرى، ويخضع المواطن لمراقبة مشددة، كما يخضع الأفراد الأعداء إلى تدابير تعسفية.⁽²⁾

وللحرب صفتان حرب هجومية وحرب دفاعية، وباستقراء النظام الدستوري الجزائري نجد أنه لم يفرق بين الحالتين الهجومية والدفاعية، وعلى ما يبدو أن هذا لم يفت على المشرع الدستوري، ومرد ذلك ميل مجمل النظام السياسي إلى تفضيل منطق الدفاع، حيث ليس للدولة الجزائرية نظرة استعمارية أو عدوانية، وبناء على ذلك استبعد المؤسس الدستوري كلية فكرة التنصيب على الصنف الهجومية، وهذا بدليل النص الذي تكرسه المادة 100، الذي يؤكد بصريح العبارة "حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة."⁽³⁾

وتتمثل آثار هذه الحالة في أنّ رئيس الجمهورية يتولى جميع السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية، ويوقف العمل بالدستور مدّة حالة الحرب، ويمكنه أن يصدر قرارات لها قوة القانون أو الأحكام القضائية، كما يمكنه تعديل القوانين القائمة أو إلغائها وتعطيلها لمواجهة الظروف الاستثنائية⁽⁴⁾،

(1) - انظر: المادتين 5 و51 من ميثاق الأمم المتحدة، منبثق عن مؤتمر الأمم المتحدة، موقع بتاريخ 26 يونيو 1945، بسان فرانسيسكو، صار نافذا بتاريخ 24 أكتوبر 1945.

نص المادة 05: "يجوز للجمعية العامة أن توقف أي عضو اتخذ مجلس الأمن قبله عملا من أعمال المنع أو القمع، عن مباشرة حقوق العضوية ومزاياها، ويكون ذلك بناء على توصية مجلس الأمن، ومجلس الأمن أن يرد لهذا العضو مباشرة تلك الحقوق والمزايا." نص المادة 51: «ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ الأمن والسلم الدولي».

(2) - أحمد محبو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، المرجع السابق، ص420.

(3) - عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، دط، 2002، ص483.

(4) - احسن غربي، الحالات الاستثنائية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020، المرجع السابق، ص50.

كما أنّ عهدة رئيس الجمهورية تمّدد وجوبا إذا انتهت خلال مدّة الحرب، وذلك إلى غاية نهاية الحرب، وإذا ما استقال رئيس الجمهورية أو توفي أو وقع له مانع آخر تمنح كافة صلاحيات رئيس الدولة التي تتطلبها حالة الحرب إلى رئيس مجلس الأمة، وإذا اقترن شغور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة تسند وظائف رئيس الدولة لرئيس المحكمة الدستورية.

ويوقع رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم، ويعرضها فوراً بعد تلقي رأي المحكمة الدستورية حولها على غرفتي البرلمان لتوافق عليها صراحة وهذا ما يجعل سلطة إنهاء الحرب معقودة لرئيس الجمهورية والبرلمان بغرفتيه معا. (1)

ثانياً: مبررات اللجوء إلى إعلان حالة الحرب

بالرجوع إلى نص المادة 100 يتبيّن مبررات حالة الحرب حصرت في اشتراط وقوع عدوان على البلاد، أو أن يكون هذا العدوان على وشك الوقوع حسبما نصت عليه ترتيبات الأمم المتحدة. (2)

1- وقوع عدوان فعلي على البلاد

وإذا كانت حالة العدوان الفعلي حسبما جاء في ميثاق الأمم المتحدة، محصورة في العدوان المسلح وهي حالة مادية لا تحتاج إلى بيانات أو دلائل، فإن الحالة الثانية التي تمكن رئيس الجمهورية من إعلان الحرب - وهي اقتراب حصول العدوان - ليست على نفس القدر من الوضوح، غير أنه يمكن استقراءها من خلال الترتيبات المادية للعدو، من حشد الحشود وممارسة أعمال تخريبية داخل البلاد أو الدعاية الحربية، سواء الإعلامية أو في مؤسسات الدولة، إلى غير ذلك من الدلائل التي توحى بوجود تحضير جدي للقيام بعمل مسلح ضد الدولة من قبل دولة معادية. (3)

وعليه فإن الخطر في حالة الحرب هو خطر يأتي من الخارج وليس من الداخل خلافاً للحالات السابقة أين يكون الخطر داخلياً، وعبارة يعلن في هذه الحالة بدلاً من عبارة يقرر التي استعملها المؤسس

(1) - انظر المادة 102 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

(2) - المادة 15 من ميثاق الأمم المتحدة: " تتلقى الجمعية العامة تقارير سنوية وأخرى خاصة من مجلس الأمن وتنظر فيها، وتتضمن هذه التقارير بيانا عن التدابير التي يكون مجلس الأمن قد قررها لحفظ السلم والأمن الدولي، وتتلقى الجمعية العامة تقارير من الفروع الأخرى للأمم المتحدة وتنظر فيها."

(3) - السعيد بالشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 278.

الدستوري في الحالات السابقة تؤكد أن الحرب تكون مفروضة على الدولة بسبب الخطر الخارجي وليست هي من تبادر إليها، وإتّما الحق في إعلان الحرب دفاعا عن استقلال الدولة ووحدتها.

2- أن يكون العدوان على وشك الوقوع

تبقى هناك سلطة تقديرية لرئيس الجمهورية، في اعتبار أنّ حالة ما تعتبر بمثابة اعتداء وشيك الوقوع، خاصّة بشأن العدوان المعنوي، الذي تزايد في ظل تنوع مكاتب المخابرات وتطور وسائلها، ونمّاء القوة الاقتصادية لدى دول أخرى، كما تبقى أيضا له سلطة تقديرية في إعلان الحرب، ذلك أن صياغة المادة 100 يمكن أن يفهم منها أن توافر الشرط الموضوعي (وقوع العدوان الفعلي أو أنه يوشك أن يقع)، يدفع حتما لرئيس الجمهورية إلى إعلان الحرب، بمعنى أنه شرط موجب، كما يمكن تفسيرها على أن تبقى أمام رئيس الجمهورية سلطة تقديرية في إمكانية اللجوء إلى خيارات دبلوماسية لوقف العدوان قبل أن يستفحل.⁽¹⁾

ثالثا: إجراءات اللجوء إلى إعلان حالة الحرب

هي تقريبا نفس الاستشارات اللازم طلبها من بعض الأطراف الدستورية كما ورد في الحالات السابقة، وقد نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 100: "... يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، يجتمع البرلمان وجوبا ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك». وبالتالي فهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

1- الاستماع للمجلس الأعلى للأمن

باعتباره الجهاز المؤهل لتقديم الاستشارة العسكرية والحربية لرئيس الجمهورية، فالاستماع إليه في مثل هذه الحالة يعدّ مهما جدا في ترشيد قرار رئيس الجمهورية، حيث يتولى المجلس تقديم الاستشارة العسكرية والحربية لرئيس الجمهورية القائد الأعلى للقوات المسلحة والتي لا يمكن الاستغناء عنها في مثل هذه الظروف الخطيرة التي تمر بها الدولة ومؤسساتها الدستورية، إلا أن رئيس الجمهورية ولكونه رئيس

(1) - علي العرنان مولود، شعور منصب رئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 168.

المجلس الأعلى للأمن يتمتع بكامل الحرية في اتخاذ القرار النهائي بعد الاستماع لأعضاء المجلس، وتبيان وجهة نظرهم، خاصة منها الإستراتيجية والعسكرية والفنية، ومدى سلامة إعلان الحرب أو تأجيل ذلك.

2- استشارة رئيسا غرفتي البرلمان

هذه الاستشارة نصّ عليها دستور 1996 ودعمتها التعديلات التي تلتها، على خلاف الدساتير السابقة، وهذه الاستشارة تدعم مساهمة البرلمان في الظروف غير العادية فأخذ رأي رئيس مجلس الأمة ورأي رئيس المجلس الشعبي الوطني إنما هو نيابة عن موقف ورأي أعضاء المجلسين، لكن هذا لا يعني أن البرلمان شريك لرئيس الجمهورية في قرار إعلان الحرب⁽¹⁾، مثلما هو الوضع في بعض الأنظمة الدستورية الأخرى.⁽²⁾

3- اجتماع مجلس الوزراء

وهذا يعني أن مجلس الوزراء يعد الإطار الذي يتم فيه تبادل وجهات النظر، والتشاور حول موضوع إعلان الحرب من طرف رئيس الجمهورية⁽³⁾، وإن كان هذا الاجتماع لا يفضي بالضرورة إلى اتخاذ القرار من طرف المجلس لعدم اشتراط الدستور ذلك، وإنما يكتفي الرئيس بالاجتماع بالمجلس قبل إعلان حالة الحرب كإجراء فقط⁽⁴⁾.

4- اجتماع البرلمان وجوبا

إن البرلمان وفقا للدستور يجتمع ليس بدعوة من جهة معينة، وإنما بموجب الدستور الذي يوقف رئيس الجمهورية العمل به طيلة فترة الحرب⁽⁵⁾، فالبرلمان يجتمع بقوة القانون على الأقل من أجل إبلاغه بقرار إعلان الحرب نظرا لخطورة هذا القرار على النظام القانوني في البلاد⁽⁶⁾.

(1) - عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، المرجع السابق، ص 62.

(2) - انظر: المادة 35 من دستور الجمهورية الفرنسية الصادر في 4 أكتوبر 1958، التي تنص على أن إعلان الحرب من سلطة البرلمان.

(3) - عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، المرجع السابق، ص 62.

(4) - حنيش بغداد، المؤسسات الدستورية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 32.

(5) - المرجع نفسه، ص 33.

(6) - عقيلة خرباشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان، المرجع السابق، ص 63.

ويبقى السؤال المطروح: إن كانت حالة الحرب تحول رئيس الجمهورية توقيف العمل بالدستور وتولي جميع السلطات، ليحل محل الدستور ويسمو على جميع المؤسسات الدستورية، فيكون هو المختص بإنهاء الحرب أو الاستمرار فيها، فما معنى اشتراط اجتماع البرلمان؟

ل يبقى المبرر في ذلك هو بقاء البرلمان مجتمعاً في هذه الفترة ويمارس صلاحياته التي تناسب وظروف الحرب، حيث أنّ الحقوق والحريات تتراجع وتحل محلها المصلحة الوطنية وحماية الأمة ومؤسساتها، وبالتالي فإنّ اجتماع البرلمان في هذه الفترة يفيد بأنّه يعتبر كسلطة رقابية يمكن من خلالها تجنب خروج السلطة التنفيذية عن مبدأ الشرعية الاستثنائية إلى الانفراد بالسلطة، والتي يمكن أن تؤدي إلى المساس بالحريات العامة والفردية.⁽¹⁾

5- توجيه خطاب للأمة

إن الهدف من توجيه خطاب للأمة في الغالب، هو شرح دوافع اللجوء للحرب ومبررات السلطات الاستثنائية، وما قد يترتب على ذلك من تقييد للحريات العامة وتولي جميع السلطات وممارستها من طرف السلطة العسكرية، وبالتالي فهذا الخطاب يعتبر عمل توضيحي قد يراد منه التبرؤ من فكرة التسلط والانحراف للسلطة لأغراض لا يشاركه فيها الشعب.⁽²⁾

وفي نهاية تفصيل هذه الشروط لمختلف الحالات الاستثنائية، نلاحظ أنّ التنصيص على الشروط الموضوعية جاء في عمومها - بالنسبة لكل الحالات - عاماً يفتقد للدقة والضبط ومبهما أحياناً، ممّا يوسّع من سلطة رئيس الجمهورية في تقدير مدى فاعلية هذه الشروط، خاصّة مع عدم وجود رقابة فعالة في هذا الشأن.

أمّا بالنسبة لإجراءات اللجوء إلى إعلان هذه الحالات ما يلاحظ على نطاقها أنّها ورغم اشتمالها على العديد من الهيئات، إلا أنّ المؤسس الدستوري أغفل دور الهيئة القضائية، حيث تمّ استبعادها أثناء إعلان كل الحالات الاستثنائية، رغم الدور الكبير الذي من الممكن أن يلعبه القضاء في تفسير القوانين وفحص المسائل القانونية المحضّة.

(1) - حنيش بغداد، المؤسسات الدستورية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 34.

(2) - سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 281-283.

أما عن قيمة هذه الاستشارات فقد وقفت في منتصف الطريق، فهي ليست من الفتاوى الملزمة، كما أنّها ليست من قبيل الفتاوى الاستشارية، فهذه الاستشارات إجبارية من حيث طلبها واختيارية من حيث العمل بها. (1)

لذلك وحسب منطق الدستور الجزائري، فإنّ الاستشارة لا توزّع سلطة القرار بين المستشار (رئيس الجمهورية) والجهات المستشارة، ولا تجعل من المسؤولية مشتركة، كما أنّها لا تؤدي دورا رقابيا بل هي مجرد وسيلة لتبصير رئيس الجمهورية للنتائج المحتملة للإجراءات التي يتخذها، على أن تقع بعد ذلك مسؤولية تصرفاته على عاتقه، لذا فهي من الناحية القانونية تحظى بقيمة أدبية كبيرة، وهذا الموقف يسري على جميع آراء الهيئات المستشارة، بما في ذلك المجلس الدستوري إذ لا تعتبر آراؤه لهذه المناسبة من قبيل الآراء المطابقة أو الملزمة، أمّا من الناحية السياسية، فإنّها ليست فاقدة لكل آثارها، حيث تلعب دورا هامًا في مسألة الثقة بالرئيس، فإذا كان غير ملزم بمضمونها فإنّه سوف يتحمل وحده المسؤولية عمّا يتّخذه من إجراءات، رغم معارضة سائر المؤسسات السياسية المشاركة في الحكم، وبذلك تظهر الاستشارة كتعبير عن مدى تأييد المؤسسات السياسية والدستورية لسياسة الرئيس الذي ينفرد بهذه الصلاحيات دون أيّة مشاركة. (2)

وأخيرا فرغم عدم إلزامية الاستشارات الواجبة مع بعض المؤسسات الدستورية، إلا أنّها تبقى ملزمة من حيث مبدأ إجراءاتها واختيارية من حيث الأخذ بنتيجتها، ويبقى تحت طائلة عيب المشروعية الإجرائية أو الشكلية كل قرار يغفل أو يتجاوز هذا الشرط. (3)

المطلب الثاني: مدى مقارنة وباء كورونا للحالات الاستثنائية وإجراءاتها

شكلت جائحة كورونا وضعية وبائية استثنائية في تاريخ البشرية المعاصر، أوجبت على الكثير من الدول اتخاذ العديد من التدابير والإجراءات لمواجهة هذا الوباء، مستندة إلى مرجعياتها القانونية وتوجيهات منظمة الصحة العالمية؛ لكنها كانت في مضمونها مقيدة للكثير من الحقوق والحريات الأساسية للأفراد واتّسمت في غالبيتها بالتشديد، وإن كانت هذه الإجراءات تجد مبررها في حماية النظام

(1) - عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، المرجع السابق، ص 328.

(2) - وحدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 147.

(3) - عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 73.

الصحي العام، فإنه كان يمكن أن يكون لها مبرر قانونيا يكون أكثر إلزامية، قد تجده في نظرية الظروف الاستثنائية، التي تتيح كلاسيكيا للسلطات المركزية والمحلية الخروج على الشرعية في أي ظرف استثنائي يهدد النظام العام، وسنحاول السعي إلى تكييف هذا الوباء وإجراءات مكافحته ضمن حالات نظرية الظروف الاستثنائية، ثم نبين أسباب عدم إعلان وباء كورونا كظرف استثنائي بالمفهوم القانوني في الجزائر.

الفرع الأول: التكييف الشرعي والقانوني لوباء كورونا

قبل أن ننتقل إلى تكييف هذا الوباء ومقارنته بالحالات الاستثنائية، وجب التعريف بهذا الوباء أولا باعتبار طبيعة هذه التدابير الضبطية لمكافحته، مرتبطة في طبيعتها وكيفية بطبيعة هذا الوباء وطريقة انتشاره.

أولاً: تعريف وباء كورونا

قبل التعريف بوباء كورونا كجائحة مستجدة، وجب التعرّيج على تعريف الوباء عموماً ومدى ارتباطه بفيروس كورونا.

1- تعريف الوباء

إن كلمة وباء وجدت منذ زمن سحيق في التاريخ يوم لم تكن العوامل الجرثومية المسببة للأمراض معروفة، وهي ترجمة للكلمة اللاتينية (Epidemic) المشتقة من المقطعين اليونانيين (Epi) بمعنى بين، و (Demos) بمعنى الناس⁽¹⁾، ويعرف الوباء على أنه: " انتشار مرض معين في مجموعة معينة من الناس في فترة محدّدة بمعدل حدوث أكثر مما كان معروفاً في الحالات العادية في ذات المجتمع⁽²⁾، أي حدوث حالات من مرض ما أو حدث آخر متعلق بالصحة في مجتمع معين أو بقعة جغرافية محدّدة بأعداد تفوق بوضوح ما هو متوقع وفق الخبرة السابقة في نفس الفترة الزمنية.⁽³⁾

(1) - رودولفو ساراتشي، علم الأوبئة، أسامة فاروق حسن، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، مصر، 2015، ص19.

(2) - عباس عبد الرحمان أحمد السيد، مشكلة الترجمة في بعض المصطلحات الطبية: حالة مصطلح وبائيات، مقال منشور بمجلة اللسان العربي، لمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، ع 72، 2013، ص198.

(3) - محمود خليل الشاذلي وآخرون، طب المجتمع، أكاديميا انترناشيونال، تحت إشراف منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، بيروت، لبنان، 2011، ص43.

ولقد ارتبطت كلمة وباء منذ القدم بحدوث الأمراض المعدية بشكل انفجاري حاد، لكن هذا المصطلح لم يعد مقتصرًا على الأمراض المعدية، بل يشمل استخدامه الحالي وصف كل تغير تصاعدي هام في معدل الإصابة أو الانتشار لمرض ما أو حدث ذي علاقة بالصحة، كما أن الفترة الزمنية للأوبئة لم تعد محددة بالأسابيع والشهور وإنما أصبحت تدرس على مدى سنوات⁽¹⁾.

2- تعريف وباء كورونا

أما وباء كورونا أو مرض كوفيد 19 -تسمية اعتمدها منظمة الصحة العالمية- هو وباء منشأه فيروس جديد يرتبط بعائلة الفيروسات التاجية، بعضها فقط ممرض للبشر والبعض الآخر منها مميت، وتنتمي الفيروسات التاجية إلى عائلة Coronaviridae، المسؤولة عن التهابات الجهاز الهضمي والجهاز التنفسي لدى البشر والحيوانات، وكانت بداية ظهور هذا الفيروس في مدينة ووهان الصينية في غضون شهر ديسمبر 2019 وانتقل منها إلى سائر دول العالم وأصبح وباء عالميا سريع الانتشار.⁽²⁾

وبشكل عام فإن هذا الوباء يعتبر طارئة صحية تتمثل في ظهور حالات من مرض سار بين مجموعة من الناس في منطقة جغرافية محددة خلال فترة زمنية محددة، بزيادة واضحة عن المتوقع الطبيعي مقارنة بفترة مماثلة للفترة السابقة في ذات البقعة والزمن لذات المنطقة، وتسبب قلقاً على المستوى الوطني والعالمي بسبب وجود عامل العدوى وتبعاً لذلك ونظراً لخطورة الأوبئة عموماً ومرض كورونا قياساً على ذلك، فمرض كورونا لا يمكن وصفه إلا بكونه وباء يوجب تدخل الدولة من أجل حماية الصحة العامة لمواطنيها بتعزيز جهودها في تنفيذ إستراتيجية متكاملة لمكافحته ومنع انتشاره.⁽³⁾

وقد بات وباء كورونا من أكبر المخاطر التي تهدد جميع دول العالم، وسط تزايد حالات الإصابة والوفيات في دول عدة ولم تقتصر مخاطره على جانب الضحايا فقط بل انجر عنه شبه توقف كلي لمختلف النشاطات الاقتصادية والثقافية والاجتماعية والدينية، ومؤسسات التعليم والنشاطات الحساسة

(1) - محمود خليل الشاذلي وآخرون، طب المجتمع المرجع السابق، ص 42.

(2) - منظمة الصحة العالمية، مرض فيروس كورونا، تاريخ الدخول: 2020/07/10.

<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses?>

(3) - عبد العزيز عبد المعطي علوان أحمد، مدى التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن الفيروس التاجي كوفيد 19، مقال، المجلة القانونية ع758، جوان 2020، ص 105.

وفي ظل استمرار انتشاره، وعدم نجاعة اللقاحات المكتشفة في التصدي له بشكل نهائي، يصعب تحديد حجم الخسائر التي خلفها.

ثانياً: تكييف وباء كورونا من منظور الفقه الإسلامي

مع فيروس كورونا ظهر لنا واقع جديد وحالة لم يعيشها المسلمون من قبل باعتبار امتداده وانتشاره السريع، حيث أربك العالم وعطل مصالح الخلق وخلف أضراراً بأموال الناس، فصار من الضروري تكييف هذا الوباء فقهيًا من أجل التعامل مع القضايا والمشكلات الفقهية التي أفرزها، وفي محاولتنا لتكييف هذا الوباء ننتقل من تصريح منظمة الصحة العالمية التي وصفته بالجائحة، فنرجع على مفهوم الجائحة في الفقه الإسلامي حتى نبحث مدى إمكانية إسقاط هذا الفيروس على مفهومها، ليتبين مدى صحة اعتباره من الجوائح وترتيب أحكامها عليه.

1- تعريف الجائحة

اختلفت تعريفات الفقهاء القدامى في بيان معنى الجائحة بحسب اختلافهم في أحكامها، فنجد من أهم التعريفات قول القرآني: "الجائحة ما لا يستطاع دفعه إن علم به." (1)، ومن خلال التعريف يبدو أنه يجعل كل ما لا يستطاع دفعه من المصائب جائحة سواء كانت من السماء أو من فعل الآدميين. وعرفها الإمام الشافعي بأنها: "جماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي." (2)، وهذا التعريف حصر الجائحة في الثمرة واعتبار تلف كامل أو أكثر الثمرة جائحة، وحصر الجائحة في الآفة السماوية.

وعرف ابن قدامة الجائحة: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش." (3)، والملاحظ على هذا التعريف أنه يخرج الجوائح من فعل الآدمي.

أما عند المعاصرين، فقد عرفت الجائحة بأنها: "كل ما لا يستطاع دفعه، أو الاحتراس منه أو تضمينه مما يتلف المبيع أو يعيبه بعد تمام القبض." (4).

(1) - القرآني أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ج5، ص212.

(2) - الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1973، ج3، ص58.

(3) - ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، المصدر السابق، ج6، ص179.

(4) - المطيرات عادل مبارك، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، مصر، 2001، ص17.

وهذا التعريف ينص على أنّ الجائحة هي كل ما يلحق ضرراً بعقد البيع قبل تمام القبض فتقضي عليه أو على بعضه.

وقيل هي: " ما أتلّف مما لا يستطاع دفعه." ⁽¹⁾

وهذا التعريف يتوسع في الجائحة لتشمل هلاك وذهاب كل المنافع المقصودة من العقود، مما يؤدي إلى تراجع قيمة محل الالتزام.

من خلال التعريفات المعاصرة يمكن القول أن معنى الجائحة في الشرع تشترك حول مفهوم واحد وهو أنّها تشمل كل شيء يوقع ضرراً .

ومهما اختلفت التعريفات فيما بينها فالمتفق بينها هو اعتبار الآفات السماوية من الجائحة، وقصرها بعضهم على ذلك، ووسع البعض الآخر مفهومها لتشمل الآفات الأرضية، وتوسع البعض فجعلها تشمل فعل الآدمي...، وهذه كلها أسباب قد تؤدي إلى وجود ظروف استثنائية وطارئة.

2- علاقة الجائحة بفيروس كورونا

أعلنت منظمة الصحة العالمية أن هذا الوباء جائحة عالمية بتاريخ 11 مارس 2020، حيث ظهر وباء كورونا وانتشر ووقع العالم كله في شدة واشتركتنا نحن المسلمين مع العالم في هذه النازلة ما استدعى البحث حول تكييفها من أجل حسن التعامل معها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وعليه وبعد ما أحطنا بمفهوم الجائحة في الفقه الإسلامي، يمكننا إسقاط هذا الفيروس وما انجر عنه من آثار على مفهوم الجائحة، ليتبين مدى صحة اعتباره من الجوائح وترتيب أحكامها عليه، وذلك من خلال التطرق لشروط الجائحة وإسقاطها على وباء كورونا كما يلي:

أ- عدم القدرة والغلبة على دفع وتفادي الجائحة وأضرارها

سواء المادية أو المعنوية أو الشرعية، مع عدم التفريط في ذلك، لأن إمكانية الدفع أو الاحتراز من خطر الجائحة، لا يوجب وضعها، فيجب أن يقوم الملتزم بالقيام بواجباته وألا يكون إخلاله بأحد واجباته من التفريط والإهمال في شيء، فعندما يكون الملتزم قد فرط في حق الملتزم الآخر، فالجائحة

(1) - نزعي الصالح، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2019، ص 15 .

بحسب نص الفقهاء لا توضع عنه⁽¹⁾، والمتمعن في جائحة كورونا يجد أن الانتشار الواسع لها عبر العالم أُنز في تمام تنفيذ العديد من الالتزامات، فاتجهت معظم الدول إلى فرض الحجر الصحي حيث كان هو الإجراء الوحيد لمواجهة وتفادي أضرار الفيروس وانتقاله بين البشر، فأمرت بغلق المطارات والموانئ والمحلات وعزل الأشخاص وفرض التباعد لتجنب انتشار العدوى، وهذا ما جعل الكثير عاجزين عن التحرز وتفادي المرض ومواجهة الآثار السلبية للإجراءات الوقائية المتخذة بسببه، فحتى الحكومات عجزت عن دفع الأضرار الناجمة عن هذا المرض والتي تعد خسائرا بالملايير مع علمهم بها، فهذا الفيروس كما قال مدير منظمة الصحة العالمية: "لم نر من قبل جائحة يشعل شرارتها فيروس كورونا، كما لم نشهد جائحة لا يمكن السيطرة عليها."⁽²⁾

ب- أن يكون سبب الجائحة استثنائيا وعاما وغالبا وغير متوقع

بمعنى ذلك أن يكون خارج عن المألوف، نادر الوقوع، ولا يمكن توقع أن تنبؤ حدوثه، مثل حدوث الزلازل والفيضانات والحروب وما شابهها، كذلك يشترط في الجائحة أن تكون عامة، بحيث تعم البلاد أو الإقليم بأكمله.⁽³⁾ "وحيث أن هذا الوباء يعتبر تهديدا للإنسان، وقع بفعل مخاطر طبيعية استثنائية فقد انتشر بشكل سريع بين البشر في جميع دول العالم دون التمكن من وجود علاج فعال له ولا حتى معطل لانتشاره، ولم يتمكن أي فرد ولا دولة لحد الآن من دفعه، فهو كالحرب التي تجند محاربتها كل العالم، فقد تصدت له كل الحكومات بإصدار التشريعات والتدابير التي تواجه بها هذا الخطر، وكان لهذا التجنيد أثر على العديد من الالتزامات على مختلف الأصعدة.

كما أنّ أخطاره لم تكن متوقعة، -وإن كان ذلك بشكل نسبي بالنسبة لبعض الدول التي علمت بوجود المرض لكن لم تكن تتوقع لا انتشاره ولا تأثيره الصحي الخطير على الفرد بهذا الشكل والسرعة-؛ وأنها

(1) - آمال بوخالفني، أم نائل بركاني، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي-فيروس كورونا (كوفيد19) نموذجًا-، مقال، مجلة الشهاب، ع01، 2021، ص260.

(2) - نقلا عن موقع العربية

. [https : arabic.cnn.com/health/article/2020/03/11/whp_annonces_coronavirus_spread_pandemic/ :](https://arabic.cnn.com/health/article/2020/03/11/whp_annonces_coronavirus_spread_pandemic/)

(3) - آمال بوخالفني، أم نائل بركاني، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص259 .

أمر لا يمكن ردّه ولا علاقة للمتضررين بها؛ فيمكن القول بأنها تشكل خطر كبير بصحة الإنسان. (1)، وعلى أساسه يدخل هذا ضمن الجوائح أو الوقائع الكارثية والأخطار الكبرى.

ت- أن يكون سبب الجائحة خارجي: أي تأتي الجائحة بسبب سماوي، أو بسبب آدمي لا علاقة لأي طرف في جوحه، وهذا الجوح قد يصيبه هو وغيره (2)، وهذا الوباء ابتلاء من الله تعالى حل بالعالم أجمع من جهة ولا قدرة للآدمي فيه، فالكثير يرى أنه لا مجال للشك أن فيروس كورونا غير مصنع وأنه بمثابة جائحة طبيعية، وحسب منظمة الصحة العالمية، فإن فيروس كورونا المستجد فيروس حيواني المصدر، أي إنه ينتقل للإنسان من مخالطة الحيوانات المصابة به بالرغم من ذلك يعتقد البعض أن الفيروس تم تطويره في معامل، ولاختبار هذه الفرضية، قام فريق من العلماء في ولاية كاليفورنيا الأمريكية بدراسة المادة الوراثية للفيروس الجديد، وبحسب بحث نشره في مجلة "Nature Medicine" العلمية حلل العلماء فيروس كورونا المستجد بالإضافة لأربعة فيروسات أخرى من عائلة كورونا، منها سارس "المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة" وميرس "متلازمة الشرق الأوسط التنفسية". وتتبعوا نشأة الفيروس وقارنوا تركيبته وتركيب الفيروسات التاجية الأخرى ووجدوا أنه طبيعي تماما. كما اكتشفوا اختلافين رئيسيين بين فيروس كورونا المستجد وسابقه، أولهما اختلاف نسبة البروتين التي تربطه بالخلية المضيفة، وثانيهما اختلاف الأحماض الأمينية التي تغطي غلاف هذا الفيروس عن الفيروسات الأخرى. ولسوء الحظ تجعل هذه الاختلافات فيروس كورونا المستجد يرتبط بشكل أسهل مع الخلايا البشرية؛ لكن في الوقت نفسه بينت هذه الاختلافات للعلماء بعض الأخطاء غير المتوقع وجودها في فيروس تم تطويره بمختبرات علمية.

كما أشار العلماء إلى أن البنية الأساسية لفيروس كورونا المستجد يماثل الفيروسات التي تم اكتشافها في الخفافيش وحيوان آكل النمل فقط، مما يشير إلى عدم تصنيع الفيروس في مختبرات ولكنه فيروس طبيعي تم انتقاله عن طريق الحيوانات. (3)

متى استبعدنا فكرة استعمال الفيروس من قبل الغير في التجارب العلمية وأن السبب في ظهوره هو انتقاله من الحيوان إلى الإنسان. أضف إلى ذلك أن عواقب انتشار هذا الفيروس وآثاره الصحية والاجتماعية

(1) - فطيمة البوموري، قانون 110/14 وآثار فيروس كورونا، موقع إعلام العرب، تاريخ الدخول 10 جوان 2020،

<https://www.hespress.com/writers/466621.html>

(2) - آمال بوخالفي، أم نائل بركاني، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 255 .

(3) - العلماء يجيبون.... هل تم فعلا تصنيع فيروس كورونا؟، موقع made for minds D W : تاريخ الدخول 24 جوان 2020،

<https://www.dw.com>

وكذلك الاقتصادية كانت بالغة الشدة، وأنه لا مجال لردّها أو محاولة مقاومتها نظراً لانعدام أية وسيلة يمكنها التخفيف من خطورتها ووطقتها نكون أمام جائحة طبيعية بكامل الوصف⁽¹⁾، ويعضد هذا التوجه ما جاء في تصريح منظمة الصحة العالمية أن هذا الوباء يعدّ جائحة. وما دفع بمنظمة الصحة العالمية في تصريحها الصادر يوم 11 مارس 2020 إلى تأكيد أن هذا الوباء كجائحة صحية هو وصوله إلى معظم دول العالم بوتيرة متسارعة دفع بها على اتخاذ إجراءات استثنائية⁽²⁾؛ مما يعني أنها جائحة ناجمة عن ظاهرة طبيعية.

كانت هذه هي أهم الشروط العامة الواجب توافرها في كل جائحة والتي تترتب عليها آثار تطبيق نظرية الجوائح في الشرع، والتي عند إسقاطها على وباء كورونا اتضح أنه جائحة في الفقه الإسلامي لانطباق مفهوم الجائحة وشروطها عليه، وإطلاق لفظ الجائحة على فيروس كورونا كان توافيقاً للمعنى اللغوي العام للفظ الجائحة وتوافقاً مع إطلاق منظمة الصحة العالمية عليه بالجائحة، وهذا ما يؤكد صحة تكييف هذا الوباء من الجوائح في الفقه الإسلامي ويصح تطبيق أحكامها عليه في الشرع.

3- علاقة الجائحة بنظرية الضرورة الشرعية (الظروف الاستثنائية)

المقصود بنظرية الضرورة الشرعية كما عرفناها سابقاً هي: "أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ويتعين أو يباح حينئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب، أو تأخيرها عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع."⁽³⁾

وفي مثل هذه الحالة شرع الله سبحانه وتعالى للمكلف الأخذ بالعديد من الأحكام المخالفة لما كانت عليه قبل التعرض لحالة الضرورة تلك، مراعاة لها كجعل أموراً محرمة تقوم مقام أمور مباحة لتعذرها في تلك الحالة، فمبدأ الضرورة في الشريعة الإسلامية يقوم على تقديم الحلول الشرعية التي من شأنها رفع الحرج والمشقة المؤدية إلى هلاك الإنسان أو أحد كليتيه.

(1) - فطيمة البوموري، قانون 110/14 وآثار فيروس كورونا، موقع إعلام العرب، تاريخ الدخول 10 جوان 2020،

<https://www.hespress.com/writers/466621.html>

(2) - إعلان منظمة الصحة العالمية بتاريخ 11 مارس 2020، موقع made for minds : D W : تاريخ الدخول 24 جوان 2020،

<https://www.dw.com> ،

(3) - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، المرجع السابق، ص 68.

وإذا كانت الجائحة كما رأينا سابقا هي تلك التي تتسبب في وقوع المكلف في الحرج والمشقة الضارة بالإنسان إن استمر في تنفيذ التزاماته مما يستدعي البحث عن حلول شرعية لدفع هذا الحرج والمشقة عن المكلف، نفس المعنى الذي تقوم عليه قاعدة الضرورة في الشرع، وبالتالي فالجائحة هي عذر موقع في حالة الضرورة، وهذه الأخيرة يصح اعتبارها كدليل شرعي تستند عليه، وعلى كل ما تضمنته من قواعد، ومن أهمها قاعدة: "المشقة تجلب التيسير".

فنظرية الجوائح وضعت للتيسير ورفع الحرج بحصول الهلاك بالجائحة، فالشرع ما وضع الجائحة إلا للمشقة التي فيها، والقاعدة الفقهية تقول: "لا ضرر ولا ضرار"، ويظهر من خلال الأدلة الدالة على مشروعية وضع الجوائح والتي تدل بمنطوقها ومفهومها على نفي الضرر والتخفيف من آثاره، وقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، تعد هي الأخرى من القواعد التي تقوم عليها نظرية الجوائح في الشرع أيضا، وقاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان، وغيرها من القواعد التي تحكم الضرورة الشرعية والتي بدورها تعد قواعد حاكمة وضابطة لنظرية الجوائح في الشرع⁽¹⁾.

فنظرية الجوائح في الشرع تعد أحد تطبيقات نظرية الضرورة الشرعية، خصها العلماء بتفصيل أحكامها لأهميتها، ولما تحققه من عدل ودفع للجرور والظلم بين العباد، وخدمة لمصلحة الأفراد في الظروف الطارئة.

ومن خلال المعطيات السابقة التي اعتبرنا فيها فيروس كورونا جائحة في الفقه الإسلامي، واعتبرنا الجائحة في الفقه الإسلامي أحد تطبيقات نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية، فهذا يقودنا إلى الوصول إلى الاستنتاج بأن وباء كورونا يصنف في الفقه الإسلامي ضمن صور الظروف الاستثنائية التي خلفت ضررا عاما واستثنائيا تطلب مواجهته بإجراءات استثنائية.

ثالثا: مقارنة وباء كورونا للحالات الاستثنائية في التشريع الجزائري

إن الوضع غير المسبوق الذي عاشته دول العالم بسبب الانتشار الكبير والسريع لفيروس كورونا والخسائر المائلة في الأرواح البشرية التي سببها، إضافة إلى التأثير السلبي على قطاعات اقتصادية مختلفة إلى درجة إعلان شركات عملاقة عن إفلاسها والاضطراب الذي تسببت فيه العلاقات الاجتماعية وما

(1) - المطيرات عادل مبارك، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، المرجع السابق، ص 424.

نتج عنه من آثار، أوجب تدخل السلطة العامة من أجل الحدّ من انتشار وباء كورونا، إلى اتخاذ تدابير وإجراءات بوسائل قانونية وإدارية من خلال تنظيم النشاطات الفردية والجماعية، كل هذا يجعل اعتباره ظرفا خاصا وتصنيفه في نطاق نظرية الظروف الاستثنائية أمرا ضروريا، حتى تتمكن السلطات من اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة هذا الوباء من منطلق شرعية دستورية، خاصة وأن شروط هذه الحالات الاستثنائية تنطبق على هذا الوباء ويمكن التأكيد على ذلك كما يلي:

1- إسقاط ضوابط الظروف الاستثنائية على وباء كورونا

باستقراء مجموع الضوابط التي تم استنباطها سابقا والتي تتعلق بنظرية الظروف الاستثنائية نحاول إسقاطها على أزمة فيروس كورونا المستجد للوصول إلى مدى المقاربة بينهما.

أ- أن يكون الظرف استثنائيا

ويعني أن الظرف مستجد وغير اعتيادي يخرج عن الظروف التي عهدتها الأفراد، وتسهر الدولة على تنظيمها دوريا عن طريق النصوص العادية⁽¹⁾، فالظرف الطارئ غير متوقع وتعجز النصوص العادية عن مواجهته وهذا ما يصدق على وباء كورونا الذي يعتبر حدثا غير عادي في تاريخ البشرية لدرجة أنّ كل الدول باختلاف تطور منظومتها الصحية وترسانتها القانونية وجدت نفسها عاجزة عن إيقاف تداعياته، وهو الذي حتم اللجوء إلى تدابير استثنائية مست بحرية الأفراد وحقوقهم.

ب- أن يكون الظرف عاما

فتفعيل نظرية الظروف الاستثنائية التي تستلزم سلطات استثنائية استوجب أن يكون الوضع المراد مواجهته على قدر واسع من الانتشار بشكل يؤثر على المصلحة العامة لأغلبية الأفراد، بحيث لا يقتصر على مجموعة خاصة، أو يمس بمصالح ضيقة لفئة معينة، ووباء كورونا كان واسع الانتشار ولم يقتصر على إقليم دولة معينة بل تعداه لمعظم دول العالم ولم يميّز بين عرق أو لون أو جنس وهو ما يجعلها من قبيل الظروف الاستثنائية الواجب مواجهتها بالاعتماد على الإجراءات الاستثنائية.

(1) - مروان بوسيف، مآل تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا بين اعتباره قوة قاهرة أم ظرف طارئ، الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، مجلة سلسلة إحياء علوم القانون، مؤلف جماعي، دار السلام، المغرب، ماي 2020، ص 329.

ت- أن يكون الظرف غير متوقع

أي أن يكون وضعاً لا يمكن إدراكه ولا يعرف متى وكيف يحدث، فعنصر المفاجأة يجب أن يتوفر لاعتبار الظرف استثنائياً، وهو العنصر الذي يجعل الأنظمة القانونية السارية عاجزة عن مجابهته، فغياب المفاجأة يجعل الدولة تحضر نفسها سواء على الصعيد المؤسسي أو القانوني، وبالتالي لا حاجة للخروج على المشروعية العادية، وجائحة كورونا ظرف استثنائي فاجأ العالم في وقت غير متوقع، وبشكل جعل العالم عاجز عن مواجهته بالاعتماد على الإجراءات العادية، وهو ما حتم عليها اللجوء إلى تدابير استثنائية ليتم التخفيف من آثار هذا الوباء.

ث- أن يكون الظرف خطيراً

فالدولة لا يمكنها اللجوء إلى الظرف الاستثنائي حتى يكون الظرف على درجة من الخطر ويكون الخطر على درجة من الجسامة مهما كان مصدر هذا الخطر داخلياً أو خارجياً، بحيث يشكل تهديداً للمصالح الحيوية للبلاد ما قد يؤدي إلى إحداث خلل في سير مؤسسات الدولة واستقرارها ويهدد المصالح الحيوية للبلاد، وأضرار على المستوى البشري والمادي، تعجز عن مجابهته الإجراءات العادية⁽¹⁾. وأمام الوضع المرعب الذي عاشه العالم نتيجة انتشار فيروس كورونا والعدد الكبير للوفيات على مستوى العالم، والانعكاسات المدمرة على اقتصاديات الدول والعلاقات الاجتماعية بدرجة كبيرة من الخطورة خاصة على الحياة البشرية لا يمكن نفيها أو التقليل من درجتها نكون أمام وضع يستلزم التعجيل باتخاذ أكثر السلطات الاستثنائية فعالية والتي تحوّلها الدساتير بهذا الشأن.

ج- عجز الإجراءات العادية عن مجابهة الظرف

فالظرف الاستثنائي هو الوضع الذي تصبح معه الإجراءات العادية عاجزة عن إيقاف انعكاساته، بشكل يجعل الدولة تقف موقفاً سلبياً اتجاه الأحداث، وهو ما يستلزم اتخاذ تدابير خارجة عن المألوف بالنسبة للأفراد خاصة⁽²⁾. وقد يعتبرها البعض إجحافاً ومساساً بالحقوق والحريات، غير أنّ الضرورة تحتم

(1) - غربي نجاح، حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة بين الرقابة الدستورية ورقابة القضاء الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2018، ص 35-36.

(2) - ماهر يوسف الشدوح، أحكام حالة الضرورة في النظام الدستوري، مجلة الدراسات الشرعية والقانونية، للجامعة الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، 2019، ص 383.

أحيانا تطبيقها تحقيقا لمقاصد أوسع، وجائحة كورونا من الأوضاع التي جعلت الدول عاجزة عن مواجهتها بالاعتماد على الإجراءات العادية المتعارف عليها دون تقييد للحريات والحقوق الفردية، فبسبب استفحال الفيروس والزيادة المضطردة في عدد الوفيات تختم اللجوء إلى إجراءات وتدابير جد استثنائية تمس بالكثير من الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

ومما سبق يتضح أن كافة الشروط الواجب توافرها لاعتبار وضع معين يدخل ضمن نظرية الظروف الاستثنائية متوفرة في وباء كورونا وخاصة منهما حالة الطوارئ⁽¹⁾، وهو ما يستلزم مواجهتها بالاعتماد على الصلاحيات الدستورية الاستثنائية المخولة للسلطة العامة بموجب نصوص الدستور، إلا أن السلطة العامة لم تلجأ إليها واكتفت باتخاذ إجراءات مماثلة للسلطات الاستثنائية تحت مسمى تدابير الحجر الصحي، أو تدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا-كوفيد19- ومكافحته.

الفرع الثاني: تكييف إجراءات مكافحة كورونا مع السلطات الاستثنائية

واجهت الدولة وباء كورونا بالطرق العادية وغير العادية باتخاذ الكثير من القرارات والإجراءات التي رأتها ضرورية والتي تدخل في صميم السلطات الاستثنائية لكن دون إعلان تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، وأهم ما تم اتخاذه هو الحجر الصحي، ما يستدعي البحث في طبيعته والتكييف القانوني له.

(1) - مثلما تم الإعلان عنه في كل من فرنسا (أقر البرلمان الفرنسي يوم 22 مارس 2020 مشروع قانون حالة الطوارئ الصحية في فرنسا للحد من انتشار فيروس كورونا وهو القانون العضوي رقم 2020-290 المؤرخ في 23 مارس 2020، والذي جاء تحت عنوان حالة الطوارئ الصحية)، ومصر (صدر قرار رئيس الجمهورية رقم 168 لسنة 2020 في 28 أبريل 2020 المتضمن إعلان حالة الطوارئ في البلاد لمدة 03 أشهر، وهي المدة المحددة في الدستور، ليأتي بعدها قرار مجلس الوزراء تطبيقا لقرار رئيس الجمهورية وهو القرار رقم 940 المؤرخ في 28 أبريل 2020.، ليفرض مجموعة من الإجراءات والتدابير الخاصة بحالة الطوارئ.)، وتونس (أعلن الرئيس التونسي حالة الطوارئ في تونس من خلال الأمر الرئاسي عدد 03 لسنة 2020 المؤرخ في 30 جانفي المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الصحية 2020)، انظر: صايش عبد المالك، دريال إكرام، عن دستورية الإجراءات المتخذة لمواجهة فيروس كوفيد 19، مقال، مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، ع2، 2020، ص150-152.

أولاً- التكيف الدستوري لحالة الحجر الصحي العام

يعد الحجر الصحي إجراء احترازي يسمح بالسيطرة نسبيا على انتشار الأمراض المعدية، وبالتالي تجنب انتشار العدوى المحتملة إلى الأشخاص الآخرين، خاصة وأن هناك حالات رغم أنها مصابة بالفيروس إلا أنه لا تظهر عليه أعراض المرض، لذلك يعتبر من بين أهم التدابير الاحتياطية المتخذة في مجال الصحة العمومية، التي تهدف إلى الحد من انتشار الوباء ومكافحته.

1-تعريف الحجر الصحي

ورد تعريف الحجر الصحي في اللوائح الصحية الدولية لسنة 2005 التي أكد عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 42 من القانون 11/18 المؤرخ في 02 جويلية 2018 يتعلق بالصحة⁽¹⁾، حيث نصت على أنه: "تخضع الوقاية من الأمراض ذات الانتشار الدولي ومكافحتها لأحكام اللوائح الصحية الدولية لمنظمة الصحة العالمية." وهي اللوائح التي صدر بشأنها المرسوم الرئاسي رقم 293/13 مؤرخ في أوت 2013⁽²⁾، يتضمن نشر اللوائح الصحية الدولية (2005)، المعتمدة بجنيف بتاريخ 23 ماي 2005، إذ تم النص على تعريف الحجر الصحي في المادة الثانية من اللوائح الصحية الدولية الملحقة بذات المرسوم الرئاسي: "بأنه تعني عبارة الحجر الصحي تقييد أنشطة أشخاص ليسوا مرضى يشته في إصابتهم أو أمتعة أو حاويات أو وسائل نقل أو بضائع يشته في إصابتها، أو فصل هؤلاء الأشخاص عن غيرهم أو فصل الأمتعة أو الحاويات أو وسائل النقل أو البضائع عن غيرها بطريقة تؤدي إلى الحيلولة دون إمكانية انتشار العدوى أو التلوث."

يتبين من خلال ما جاء في المادة الثانية من اللوائح الصحية الدولية، أن الحجر الصحي يسمح بتقييد لفترة زمنية محددة أنشطة أشخاص أصحاء وليسوا مرضى، وإنما يشته في إصابتهم أو أمتعة أو وسائل نقل أو بضائع يشته في إصابتها، للحيلولة دون إمكانية انتشار العدوى أو التلوث، بخلاف العزل الذي يقصد به فصل فرد أو جماعة من المصابين بمرض عن غيرهم، اتقاء انتقال الداء، وذلك

(1) - القانون 11/18 المؤرخ في 02 جويلية 2018، متعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع46، الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018.

(2) - المرسوم الرئاسي 293/13، المؤرخ في 04 أوت 2013، المتضمن نشر اللوائح الصحية الدولية (2005) المعتمدة بجنيف بتاريخ 23 ماي 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع43، الصادرة بتاريخ 28 أوت 2013.

بتقييد نشاطاتهم وفصلهم عن غيرهم من الأشخاص لتفادي انتشار العدوى، حيث يتم وضعهم في منشأة مخصصة ومجهزة للإقامة فيها خلال مدة الحجر، ويستهدف العزل الأشخاص القادمين من المناطق الموبوءة التي لا تظهر عليهم أعراض المرض، وبذلك يسمح بمعالجة المصابين ويحمي الأصحاء من الاعتلال الصحي.

2- شروط الحجر الصحي

ينبغي على كل دولة قبل فرض الحجر الصحي، اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- يتعين على السلطات العمومية في الدولة فرض الحجر الصحي في إطار التدابير التي حددتها المادة 03 من اللوائح الصحية الدولية لسنة 2005، التي تقضي بضرورة الاحترام الكامل للحريات الأساسية وكرامة حقوق الإنسان.
- التواصل مع أفراد المجتمع وإشراكهم في كل ما يتعلق بشأن التدابير المتخذة التي تخص الحجر الصحي للحد من حالة الذعر وتحسين القبول والامتثال له.
- تزويد السلطات العمومية للمواطنين بإرشادات واضحة ومحددة وشفافة، وكذلك معلومات موثوقة عن تدابير الحجر الصحي.
- ينبغي أن يحصل الخاضعون للحجر الصحي على الرعاية الصحية اللازمة، والدعم المالي والاجتماعي والتفسي، وكذلك على جميع الاحتياجات الأساسية بما فيها الغذاء والماء والمستلزمات الضرورية الأخرى، على أن تعطى الأولوية لاحتياجات الفئات الضعيفة.
- إجراء تقييم سريع لعوامل نجاح الحجر الصحي وما قد يعترضه من عقبات، للاسترشاد به في وضع التدابير الأنسب والأكثر قبولا من طرف المواطنين المعنيين بالحجر الصحي.⁽¹⁾

(1)-Key considerations: quarantine in the context COVID- Social science in the humanitarian action. www.socialscienceinaction.org.

3- تكييف حالة الحجر الصحي

لم يرد مصطلح الحجر العام مطلقا في الدستور الجزائري ولا يوجد له أثر في النصوص القانونية، غير أن ارتباطه بحالة وبائية من جهة واعتباره إجراء استثنائيا من جهة أخرى يدعو للبحث عن تكييف له من خلال المادتين الدستوريتين التاليتين:

المادة 63 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي تنص على أن الرعاية الصحية حق للمواطنين وأن الدولة تتكفل بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها.

المادة 97 من دستور 2020 التي تمنح رئيس الجمهورية صلاحية تقرير حالة الطوارئ أو الحصار في حالة الخطر الداهم الذي يهدد الدولة ومؤسساتها...، ويتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

ومن هذا المنطلق يصبح الحجر العام حالة من حالات الضرورة التي توجب تطبيق أحد صور الظروف الاستثنائية أو ما يعرف في الفقه الإنجليزي بحالة الطوارئ العامة والتي قضت المحكمة الأوروبية بأن المقصود بها هي الأزمات الاستثنائية التي تؤثر على حياة عامة السكان أو تهدد عنصر التنظيم في حياتهم، والتي ترتب آثارا كبيرة وخطيرة على حياة المواطنين في الدولة وبالضبط على ممارساتهم لحقوقهم وحررياتهم، بشكل كامل، مما يجعل مجمل الإجراءات المصاحبة لحالة الحجر العام محل تدقيق قانوني حتى لا تخرج الحالات الاستثنائية عن الغرض الذي شرعت لأجله.⁽¹⁾

وهناك من يجعل مصطلح الحجر الصحي مرادف لمصطلح الطوارئ الصحية⁽²⁾، كونهما يصبان في نفس السياق الذي يعني مجموعة الإجراءات غير الاعتيادية التي تخرج عن نطاق المشروعية العادية، والتي ترمي إلى مواجهة وباء كورونا، وهو الظرف الصحي الخطير غير المتوقع الذي تواجهه الدولة.

ثانيا- علاقة الحجر الصحي بالحجر الأمني

بالرجوع إلى نص المادة 63 من الدستور الجزائري لسنة 2020 التي تنص على الرعاية الصحية

(1) - إيرك زنديت، مدخل للقانون الدستوري، ترجمة محمد ثامر، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2012، ص354.

(2) - في المغرب تم الاعتماد على مصطلح الطوارئ الصحية بموجب المرسوم رقم 292-2020 الصادر بتاريخ 23 مارس 2020، المتعلق بسن أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الجريدة الرسمية المغربية، ع6867 مكرر، بتاريخ 24 مارس 2020.

كحق للمواطنين وأن الدولة تتكفل بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها، يتبين أن إجراءات الحجر الصحي هي من قبيل الالتزامات الأساسية للدولة في مجابهة الأوبئة والأمراض المعدية التي تفتك بالمواطنين، كما أنّ هذه الإجراءات تقابل بشكل طبيعي حق المواطن في الرعاية الصحية، ويعني الحق في الصحة أنّ الحكومات يجب أن تهيء الظروف التي يمكن لكل فرد أن يحصل على الصحة بقدر الإمكان، وتتراوح هذه الظروف بين توفير الخدمات الصحية وظروف العمل الصحية والأمن والإسكان الملائم والأطعمة المغذية ولا يعني الحق في الصحة أن يكون الإنسان موفور الصحة فحسب.⁽¹⁾

ولكن حماية هذا الحق أحيانا قد تتسبب في انتهاك حقوق أساسية أخرى كما يحدث زمن هذا الوباء أين أعلنت حالة الحجر الصحي العام في البلاد ما استوجب عنه التقييد في حركة التنقل والتجارة والتعليم والرأي، وكثير من الحقوق الأساسية الأخرى إن لم نقل أنه تتسبب في المساس بأبعاد الصحة في حد ذاته، ما يثير تساؤل حول طبيعة هذا الإجراء وهل هو ذو دواعي صحية أم دواعي أمنية؟

والمتمعن في العزل الصحي المعروف زمن الأوبئة الذي يفرض على المصابين بالوباء يفرض بداعي الوقاية على المتوقع والمحتمل إصابتهم والذي لا يتجاوز مدّة محدودة ويكون تحت إشراف طواقم طبية وخبراء⁽²⁾، يجده لا يختلف عن طبيعة الحجر الصحي العام الذي فرضته الدولة عبر كامل ترابها وكان فيه المواطنون ممنوعون من التحرك والعمل والدراسة والتجوال والتنقل ولمدة طويلة كانت تتجدد باستمرار بمراسيم تنفيذية منها المرسوم كالمرسوم 69/20⁽³⁾ والمرسوم 70/20⁽⁴⁾، وتحت رقابة الأجهزة الأمنية في غالب أقاليم الدولة، مع صدور أوامر ضبطية صارمة تصدرها الجهات الأمنية في حق المخالفين للحجر المنزلي والصحي، وهذا ما يجعله يقترب كثيرا من حالة الحجر الأمني الذي يعتبر كأحد نتائج تطبيق الحالات الاستثنائية السابقة الذكر.

(1) - مارغريت تشان، المدير العام لمنظمة الصحة العالمية، الحق في الصحة، مقال منشور بتاريخ 29 ديسمبر 2017، على الموقع:

<https://www.who.int/ar/new-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>

(2) - نادية آيت عبد الملك، العلجة مناع، التكيف القانوني للإجراءات المتخذة في مواجهة جائحة كورونا وأثره على الحقوق الأساسية للأفراد، مجلة حوليات الجزائر، جامعة الجزائر، ع34، جويلية 2020، ص126.

(3) - انظر: المرسوم التنفيذي رقم 69/20. المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 15، الصادرة بتاريخ 21 مارس 2020.

- المرسوم التنفيذي رقم 70/20. يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 16، الصادرة بتاريخ في 24 مارس 2020.

(4) - المرسوم التنفيذي 70/20، المؤرخ في 24 مارس 2020، متعلق بتحديد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء كورونا ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 38، الصادرة بتاريخ 24 مارس 2020.

الفرع الثالث: أسباب عدم إعلان الحالات الاستثنائية للحد من تفشي وباء كورونا في الجزائر.

إن اختلاف الأنظمة القانونية المقارنة في التعامل مع وباء كورونا راجع بالأساس إلى خصوصية حالة الضرورة التي يختلف مدلولها من دولة إلى أخرى، فهناك من الدول التي قدرت أن هذا الوباء يشكل حالة ضرورة تستدعي إعلان حالة الطوارئ لمواجهته (فرنسا، المغرب، تونس ..) في حين اكتفت دول أخرى ومنها الجزائر بممارسة سلطة الضبط الإداري للحد من انتشار الفيروس ومكافحته، والذي يطرح كسؤال هو لماذا اكتفت السلطات الجزائرية بالاعتصام على ممارسة الضبط الإداري؟، أو بالأحرى ما هي الأسباب التي أدت إلى عدم إعلان حالة الطوارئ في الجزائر - كحال فرنسا والمغرب - بسبب الظروف الصحي؟.

ولإجابة على هذا السؤال نجد هناك أسباب واقعية وأخرى قانونية وسياسية يمكن تفصيلها كالآتي:

أولاً: الأسباب الواقعية لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب الوباء

تتعلق الأسباب الواقعية لإعلان حالة الطوارئ بالظروف الاستثنائية التي لا يمكن توقع شدتها ولا فترة استمرارها ومن شأنها أن تهدد الحياة العامة خارج الحدود المتوقعة⁽¹⁾، ولعدم إعلان حالة الطوارئ في الجزائر نقول أن السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية المخول في إعلان حالة الطوارئ، قدرت أنّ انتشار الوباء لا يعدّ ضرورة ملّحة تستدعي إعلان حالة الطوارئ، وإنما يكفي سنّ قواعد قانونية خاصة لمواجهتها.

حيث يرجع هذا التقدير إلى فهم السلطة التنفيذية لمصطلح الضرورة الملّحة الذي وضعه المؤسس الدستوري كضابط لإعلان حالة الطوارئ، فمن خلال التطبيق الوحيد لحالة الطوارئ في تاريخ الجزائر⁽²⁾، يتجلى موقف السلطة التنفيذية من مدلول حالة الطوارئ أين تمّ اعتبار أن المساس الخطير والمستمر للنظام العام، والتهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات، والمساس الخطير بأمن المواطنين والسلم المدني هي الظروف الوحيدة التي تستدعي إعلان حالة الطوارئ.⁽³⁾

(1) - مولود جلول، حماية الحقوق والحريات أثناء حالي الطوارئ في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2010/2009.

(2) - المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في فبراير 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 10، الصادرة بتاريخ 09 فبراير 1992.

(3) - فقرات مأخوذة من تأشيرات المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 09 فبراير 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، ص 285.

وفي هذا المنحى أيضا اعتبر المشرع الجزائري كذلك الكوارث الطبيعية لا تشكل هي الأخرى ضرورة ملحة تستدعي إعلان حالة الطوارئ، بل يكفي صدور تنظيم قانوني خاص بالتصدي لهذه الحالة وهو ما تم بالفعل من خلال الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 26 غشت 2003 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بالزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية⁽¹⁾، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 268/04 المؤرخ في 29 أوت 2004⁽²⁾، الذي نص في مادته الثانية على أنه تم تفعيل هذا النظام في حالة الزلازل، الفيضانات العواصف الرياح الشديدة وتحركات الأرض.

ولما تمّ تقييد إعلان حالة الطوارئ بالأعمال التي تهدد النظام العام من جانبه الأمني بالدرجة الأولى⁽³⁾، تكون السلطة قد أخذت بالمفهوم الضيق لحالة الضرورة، ما يفسر عدم إعلانها لحالة الطوارئ بسبب تفشي وباء كورونا.

ثانيا: الأسباب القانونية لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب وباء كورونا

أما السبب القانوني لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب تفشي وباء كورونا في الجزائر فيرجع إلى موقف المؤسس الدستوري من أساليب تنظيم هذه الحالة التي تتراوح بين نظام التنظيم المسبق ونظام التنظيم اللاحق والنظام المختلط، حيث يختص كل نظام بمجموعة من الميزات والعيوب، وتبنى المؤسس الدستوري أسلوب التنظيم السابق لنظام حالة الطوارئ وهذا ما يتجلى بصورة واضحة في نص المادة 97 من الدستور، التي تقر بأنه يتم تنظيم حالة الطوارئ والحصار بموجب قانون عضوي.

وعليه فلا يمكن لرئيس الجمهورية أن يعلن حالة الطوارئ إلا تحت تنظيم قانون عضوي خاص بهذه الحالة، وهذا ما لم يأت به المشرع بعد حيث لم يتم صدور هذا القانون العضوي لحدّ اللحظة، ولم يتضح إن كان يعتبر الأزمات الصحية من قبيل الظروف الاستثنائية أم لا، وهذا ما يفسر من وجهة

(1) - المرسوم 12/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن إلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع52، الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 268/04 المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع55، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2004.

(3) - مولود جلول، حماية الحقوق والحريات أثناء حالة الطوارئ في النظام الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص41.

نظرنا عدم إعلان حالة الطوارئ بسبب تفشي وباء كورونا.⁽¹⁾

ثالثا: الأسباب السياسية لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب وباء كورونا

وربما يرجع ذلك إلى الرغبة في تجنب الضجة الكبيرة التي يثيرها إعلان حالة الطوارئ أو الحالة الاستثنائية، وفقا للإجراءات المنصوص عليها دستوريا، وما يصاحب ذلك من مخاوف أمنية لدى المواطنين والمنظمات الحقوقية، خاصة أن الجزائر عاشت فترة صعبة وطويلة لحالة الطوارئ (من 1992 إلى غاية 2011)، اعتبرت هذه الفترة من طرف المنظمات الغير حكومية إطارا قمعيا لممارسة الحريات العامة في الجزائر، وسمحت للسلطة بالتحكم في المجتمع وتمييع عمل الجمعيات واحتكار العمل والقرارات السياسية، واحتكار المعلومة والتضييق على الإعلام.⁽²⁾

فتجنبنا للضغط المعنوي الذي يمكن أن يسببه نشاط المنظمات الحقوقية ووسائل الإعلام والناشطون السياسيون والرأي العام في مثل هذه الفترات، أحجمت الدولة عن إعلان الحالات الاستثنائية بشكل رسمي حتى وإن كانت قد مارست فعليا الكثير من السلطات والإجراءات الاستثنائية التي تخول بموجب النظام الاستثنائي لمواجهة وباء كورونا.

كما أن فترة ظهور الوباء وانتشاره كانت قد سبقتها فترة حراك شعبي ضد النظام السياسي القائم آنذاك، ولو تم إعلان حالة الطوارئ لأجل مواجهة الوباء كان سيتم رفضها من قبل المتظاهرين بتهمة إعلان الطوارئ لتقويض الحراك وغطاء لاعتقالهم وتكثيف قرارات التضييق على حرياتهم، مما جعل السلطة تتراخى في تعليق المظاهرات عن طريق إعلان النظام الاستثنائي وتركت ذلك لوعي المتظاهرين بالمخاطر الصحية للتظاهر في ظل هذا الوباء، وكذلك حثت وسائل الإعلام العمومية السمعية والبصرية التي عملت كثيرا على إبراز المخاطر الوبائية المرتبطة بالمظاهرات، دون أن تتطرق للجانب المقلق والمتمثل في إمكانية إعلان حالة الطوارئ سواء بسبب الحراك أو بسبب الوباء.

(1) - بونجار مصطفى، مواجهة وباء كورونا بين إعلان حالة الطوارئ والاكتفاء بإجراءات الضبط الإداري، مقال بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 09، ع04، 2020، ص110.

(2) - رابطة حقوق الإنسان بالجزائر تنتقد الإبقاء على حالة الطوارئ، الجزائر تايمز، الجريدة الإلكترونية، 05 أوت 2009.

بناء على عرض الأسباب والمبررات الواقعية والقانونية والسياسية لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب تفشي وباء كورونا نقول هناك ثلاث فرضيات لهذا الموقف، تتعلق الأولى بالمفهوم الضيق الذي تبنته السلطة التنفيذية لمصطلح حالة الضرورة والذي أخرج حالة الوباء من نطاق حالة الضرورة، والفرضية الثانية وتتعلق بغياب القانون العضوي المنظم لحالة الطوارئ مما يجعل السلطة التنفيذية تبسط سلطاتها في تقدير طبيعة الظرف الاستثنائي الموجب لحالة الطوارئ والإجراءات والتدابير المتخذة لمواجهة، والفرضية الثالثة مرتبطة بمحاولة تجنب المخاوف الأمنية والحقوقية من حالة الطوارئ التي شوهت صورة النظام السياسي لفترة زمنية طويلة من الحكم.

خلاصة الفصل:

في ختام هذا الفصل نورد أهم النتائج التي انتهينا إليها وهي كما يلي:

- نظام الظروف الاستثنائية تم التنصيص عليه في صلب الدستور الجزائري، فحدد حالاته ومبررات هذه الحالات، وأسبابها ومدتها والجهة التي يناط بها إعلان هذه الحالات وإدارتها، وفي هذا السند الدستوري رغم قصوره في بعض الجوانب، دعما لمشروعية هذا النظام الاستثنائي.

- ورود النص في الدستور على حالة الطوارئ والحصار، ثم الحالة الاستثنائية وأخيرا حالة الحرب لا يعني لزوم تقييد رئيس الجمهورية عند إعلانه للظروف غير العادية بهذا الترتيب المنصوص عليه، وإنما يتقيد بالحالة الحاصلة، فالظروف الطارئة هي التي تفرض اللجوء إلى سلطات هذه الحالة أو تلك، بمعنى أنه ليس هناك ما يمنع من اللجوء إلى سلطات الحالة الاستثنائية أو الحرب مباشرة، إذا كانت الوضعية الناشئة قد تجاوزت منذ الوهلة الأولى مجرد تهديد النظام العام ومؤسسات الدولة وتهديد الوحدة الوطنية والاستقلال.

- تطبق نظرية الظروف الاستثنائية عند وجود خطر جسيم حال يهدد وحدة الأمة وسلامتها وسلامة مواطنيها وأمنهم، وعليه يكون لهذه السلطة حق اتخاذ إجراءات استثنائية لدفع كل تهديد يتضمن العناصر الموضوعية لحالات الخطر الموجب لإعلان النظام الاستثنائي.

- قد عمل المؤسس الدستوري في التعديل الأخير على تقييد صلاحيات السلطة التنفيذية في اللجوء إلى إعلان الحالات الاستثنائية بشكل أكبر من سابقه، وذلك من خلال إدراج الحد الأقصى لمدة حالة الطوارئ والحصار والحالة الاستثنائية، وكذلك التقييد الخاص بتمديد هذه الحالات، وعرض القرارات الصادرة في الحالة الاستثنائية على المحكمة الدستورية، وفي هذه الإجراءات مزيدا من الحماية والضمانات للحقوق والحريات في ظل هذه الظروف غير العادية.

- تعد نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي أحد تطبيقات نظرية الضرورة الشرعية، وتقوم في الفقه الإسلامي على مجموعة من الشروط والتي تتمثل في استحالة دفع وتفادي الجائحة وأضرارها، وأن يكون سبب الجائحة استثنائيا وعماما وغالبا وغير متوقع وأن يكون خارجي، ومن خلال إسقاط هذه الشروط على وباء كورونا يتضح التداخل بينهما ما يجعل هذا الوباء يوصف كجائحة، وهذا ما يقودنا إلى القول

بأنّ وباء كورونا يدخل ضمن نظرية الظروف الاستثنائية.

- بسبب اعتبار فيروس كورونا جائحة في الفقه الإسلامي لانطباق مفهوم الجائحة عليه، وعليه تطبق عليه أحكامها الشرعية، والحلول والإجراءات المطروحة لمكافحته ومواجهة أضراره عليها أن تكون موافقة للشرعية الإسلامية وكلياتها.

- إن تطبيق قواعد المشروعية العادية في ظل الظروف الاستثنائية التي عرفها جائحة كورونا من شأنه أن يهدد الأمن الصحي والنظام العام ككل بأخطار جدية، ورغم توافر عناصر بعض الحالات الاستثنائية على وباء كورونا إلا أنّ السلطة لم تلجأ إلى تقريرها كحالة استثنائية بصفة رسمية، واتخذت لمواجهة الوباء إجراءات مشابهة للسلطات الاستثنائية دون اللجوء إلى إعلانها، وهذا اعتراف ضمني بأن التنظيم الدستوري الحالي قد لا يشكل غطاء قانونيا كافيا لمثل هذه الأخطار.

- استجابة مواطني الدولة لإجراءات الحجر العام وتدابير مكافحة وباء كورونا منوطة باكتساب شرعية إصدارها، واستشعار التناسب بين هذه الإجراءات والغرض المرجو منها، وكان يمكن أن تكون هذه الإجراءات أكثر تقبلا لو اكتسب الشرعية الدستورية من خلال إعلان أحد الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور الجزائري.

الفصل الأول:

أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

المبحث الأول: مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

على أساس الخطأ

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

دون خطأ

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

إذا كان مبدأ مسؤولية الدولة قد أصبح من المبادئ المسلم بها في العصر الحاضر فإن أهم نقطة شغلت الفقهاء وهم يدرسونها هي البحث في الأساس الذي تقوم عليه، فذهب القضاء إلى اعتبار الخطأ كأصل لمسؤولية الدولة وبذلك يمثل شرطاً أساسياً لقيام هذه المسؤولية بوجه عام، غير أنه ونظراً لبعض الاعتبارات القانونية وتحقيقاً لتوازن مقبول بين ما تحضى به الدولة من امتيازات في سبيل أدائها لمهامها وبين ضرورة توفير ضمانات للأفراد في مواجهة تلك الامتيازات، أرسى القضاء الإداري نظرية المسؤولية بدون خطأ كأساس تكميلي لمسؤولية الدولة إلى جانب المسؤولية على أساس الخطأ كأساس عام.

وإذا كان من السهل إثبات الخطأ في الظروف العادية لإقامة المسؤولية، فإن ذلك قد يتعذر في الظروف الاستثنائية باعتبار الإجراءات والتدابير الاستثنائية التي تتخذها الدولة هي أعمال مشروعة تقتضيها الظروف لا يمكن نسبة الخطأ إليها، مما يعني قصور فكرة المسؤولية الخطئية عن تحقيق عدالة للأفراد المتضررين، لهذا ذهب جانب آخر من الفقه أن هذه الظروف الاستثنائية تقتضي قيام المسؤولية بدون خطأ والتي تتطلب توافر ركنين فقط هما الضرر وعلاقة السببية بينه وبين نشاط الدولة.

وعلى هذا فإن دراستنا للأساس الشرعي والقانوني لمسؤولية الدولة عن السلطات الاستثنائية يقتضي أن نتطرق لنظرية الخطأ، ومدى صلاحيتها كأساس قانوني وشرعي وأصلي لمسؤولية الإدارة في الظروف الاستثنائية (المبحث الأول)، كما يتحدد أيضاً من خلال التطرق إلى النظرية غير الخطئية كأساس تكميلي لتوسيع مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ

المسؤولية الخطئية هي التي يكون الخطأ فيها أساسا قانونيا وشرعيا يبررها ويفسر تحميل المسئول عبء تحمّل نتائجها كما أنّ الخطأ يُعدّ أساسا للتعويض كقاعدة عامة، أو هو على العموم محور أركان المسؤولية الإدارية للدولة التي تقوم على الخطأ الذي ينتج عن أعمال الدولة وتصرفاتها، ويُحدث هذا الخطأ ضررا لبعض الأفراد، ويبرر هذا الضرر المترتب على الخطأ الذي ارتكبه الدولة طلب المضرور للتعويض، وهو الأساس التقليدي لمسؤولية الدولة في الظروف العادية، والتساؤل يكون حول مدى اعتباره كذلك في الظروف الاستثنائية؟

وحتى نجيب على هذا السؤال، لابدّ من التطرق أولا إلى المفهوم القانوني والشرعي للخطأ ودرجة ونوعية الخطأ الذي يعقد ويقيم مسؤولية الدولة عن أعمالها، ثم نبحث في مدى صلاحية نظرية الخطأ كأساس قانوني وشرعي لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية .

المطلب الأول: مفهوم الخطأ الذي يعقد مسؤولية الدولة عن أعمالها

يعد الخطأ أساسا للتعويض وإثارة المسؤولية كقاعدة عامة في المسؤولية المدنية كما في المسؤولية الإدارية، إلا أن ركن الخطأ في المسؤولية الإدارية قد يكون له مفهوم خاص يختلف عن الخطأ في المسؤولية المدنية هذا المفهوم سنوضحه من خلال اجتهادات الفقهاء ومساعي القضاء، في كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: المفهوم القانوني الخطأ

إذا كان الخطأ هو أحد أهم عناصر مسؤولية الدولة فهذا يقتضي التعرض لمفهومه القانوني من عدة جوانب (تعريفه، طبيعة الخطأ الموجب للمسؤولية)، حتى يمكن بناء المسؤولية عليه وجعله أساسا لها.

أولاً: تعريف الخطأ

لم يضع المشرع تعريفاً محدداً للخطأ سواء في مجال المسؤولية المدنية أو المسؤولية الإدارية ولكن ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو المنوط به تحديد الخطأ وفق ما يقدم أمامه من أوراق الدعوى متى كان استخلاصه سائغاً، كذلك كان لجهود الفقه دوراً كبيراً في تحديد مفهوم الخطأ فنجد من يعرف الخطأ بأنه: "اعتداء على حق وإخلال بواجب، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب." (1)، وهناك من يعرفه بأنه: "إخلال بالتزام سابق." (2).

كما نجد من التعاريف من يجعل الخطأ يتمثل في العمل المادي أو القانوني الذي يصدر عن رجل الإدارة إيجاباً أو سلباً وينطوي على مخالفة القانون. (3)

وما يلاحظ على هذه التعريفات السابقة في مجملها أنها أغفلت عنصر الإدراك والتمييز لدى المخطئ، وهو يأتي بالفعل المخل بالتزام العقدي أو القانوني أو بالضعف في السلوك.

لذا سار غالبية الفقهاء بعدها إلى تعريف الخطأ بوجه عام بأنه: "الإخلال بالتزام سابق مع توافر التمييز والإدراك لدى المخل بهذا الالتزام." (4)

وفي شرح التعريف السابق، ليس المقصود وجود التزام محدد لأن الالتزام المسبق نسبي يحدده القضاء في كل حالة على حدة بمراعاة الظروف والأحوال، فالقاضي الإداري يراعي في معرض تحديد الخطأ الظروف التي وقع فيها الفعل الضار، لكي يتمكن في ضوء هذه الظروف من تقدير ما إذا كان الفعل الذي وقع يعتبر خطأ أم لا في الظروف التي وقع فيها... كذلك يلاحظ أن ما يعتبر التزاماً واجب الاحترام في زمن معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر. (5)

ويتبين من التعريفات السابقة أن:

(1) - ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2014، ص89.
(2) - حمدي أبو النور عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2001، ص88.
(3) - سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، ص225.
(4) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مؤسسة الأمل، الجزائر، 2007، ج1، ص655.
(5) - Chapus rene. responsabilite publique et responsabilite prive. 1951.p302.

- تكليف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض أنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل المقررة لتقدير القضاء.

- الخطأ يتكون من عنصرين: أحدهما موضوعي مادي، وهو الإخلال بالالتزام قانوني سابق والعنصر الثاني معنوي أو شخصي، يتمثل في ضرورة توافر التمييز والإدراك لدى المخل بهذا الالتزام القانوني.

- الخطأ في ظل المسؤولية المدنية لا يختلف عن تعريفه في ظل المسؤولية الإدارية وإن كان حكمه يختلف فيهما. ويرجع ذلك إلى أن فكرة الخطأ بصفة عامة واحدة في القانون الإداري والمدني إلا أن أهم ما تتميز به أحكام القانون الإداري أنها تفرق بين نوعين من الخطأ في مجال المسؤولية هما الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

ثانيا: الفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

لما كانت المسؤولية الإدارية للدولة تتأسس على الخطأ كان لابد من تحديد الخطأ الذي يؤدي إلى إثارة هذه المسؤولية وهو الخطأ المرفقي، والذي يختلف عن الخطأ الشخصي الذي لا تسأل عنه الإدارة والدولة حيث أن دراسة المسؤولية الإدارية للدولة على أساس الخطأ تقتضي التمييز بين الخطأين.

1- نشأة وتطور فكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

استخدمت هذه التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي بعد إقرار مبدأ مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها وعمالها في حدود اختصاصاتهم المحددة وكان أول استعمال لهذه التفرقة عام 1873 في حكم بيليتي "Belletier"⁽¹⁾، الذي نزع من اختصاص المحاكم العادية دعاوى المسؤولية الموجهة ضد الموظفين العموميين إذا كانت مبنية على عمل إداري، ولما كان الاختصاص بهذه الدعوى ينعقد للقضاء

(1) - وتنحصر وقائع هذه القضية أن السلطات العسكرية استنادا إلى قيام قانون الأحكام العرفية صادرت أول عدد من صحيفة يصدرها السيد بيليتي الذي رفع دعوى أمام المحكمة المدنية ضد قائد المنطقة العسكرية وضد مدير مقاطعة لواز طالبا إلغاء الحجز والإفراج عن النسخ المحجوزة والحصول على تعويض فأصدرت المحكمة المدنية وقضت باختصاصها بالبت في الطلب إلى أن محافظ إقليم لواز رفع إشكال الاختصاص إلى محكمة التنازع فأصدر المدير قرار التنازع وحكمت محكمة التنازع بأن العمل المنسوب إلى المدعى عليهم عمل إداري ومن ثم انعقد الاختصاص لمجلس الدولة فأرسي هذا الحكم مبدأ التفرقة بين الخطأين عندما اعتبر الخطأ المنسوب إلى مدير المقاطعة خطأ مرفقيا مرتبطا بالمرفق العام ماديا ومعنويا ويخضع للقضاء الإداري. انظر: عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 2004، ص 124.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الإداري فإنه يترتب على ذلك أن الدعوى يجب أن توجه ضد الإدارة العامة، وبذلك استوجب التفرقة بين الخطأين الشخصي والوظيفي ويعتبر هذا الحكم نقطة انطلاق التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، لكنه لم يحدد أو لم يعرف كل من الخطأين، وما كان من نتيجة سوى وضع قاعدة اختصاص القضاء الإداري في حالة ارتكاب خطأ مرفقي.⁽¹⁾

واستمرت التفرقة بين الخطأين في أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومنها قضية أنجيت Anguet⁽²⁾ لتحل إشكالات جديدة وفي طبيعة مختلفة، وهو مشكلة تعدد الأخطاء والجمع بين المسؤوليتين الإدارية والشخصية، حيث أثارت هذه القضية التساؤل عما إذا كان في الإمكان الجمع بين المسؤوليتين الشخصية والإدارية فأجاب مجلس الدولة فيها بالإيجاب مقدراً أن مسؤولية العاملين الناشئة عن خطئهما الشخصي لا تعفي الإدارة من المسؤولية عن الخطأ المرفقي الذي ولّد الحادث، وبذلك صار حكم "انجيت"، أول حكم يخرج عن مبدأ عدم الجمع بين المسؤوليتين الذي كان سائداً فقها وقضاء ورسخ مبدأ الجمع في المسؤولية.⁽³⁾

هذا وقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي في 8 مارس 1924 في قضية "بورسين"⁽⁴⁾ حكماً جديداً في نطاق التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ الوظيفي وهو عدم مسؤولية الموظف في مواجهة السلطة الإدارية عن الأخطاء التي ارتكبها بمناسبة ممارستها لوظيفته، هذا المبدأ الذي ظل سارياً حتى عام 1951.

(1) - ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق، ص 98-99.
(2) - تتلخص وقائع قضية السيد أنجيت أنه في أحد الأيام ذهب إلى أحد مكاتب البريد لاستلام قيمة حوالة ولكن المكتب المذكور أغلق الأبواب المخصصة للجمهور قبل الموعد المحدد بدقائق فأشار عليه أحد الموظفين بالخروج من الباب المخصص للعاملين فلما هم بالخروج اشتبه فيه عاملان كانا يفرغان الطرود وظنوه لصاً فدفعاه بعنف إلى الخارج مما أدى ذلك إلى كسر في ساقه وقد أثارت هذه القضية التساؤل عما إذا كان في الإمكان الجمع بين المسؤوليتين الشخصية والإدارية، انظر: عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 126.
(3) - عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص 98.
(4) - تتلخص وقائع قضية بورسين هذه في أن ضابطاً يدعى بورسين أطلق النار على أحد الأفراد إبان الحرب العالمية الأولى عندما اشتبه فيه وظنه يتعاون مع الأعداء فلما دفعت وزارة الدفاع الوطني الفرنسية التعويض لورثة القتيل أرادت أن ترجع على الضابط الذي ارتكب الخطأ المذكور، قرر مجلس الدولة عدم مسؤولية الضابط، انظر عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 127.

هذا وقد أخذ مفهوم الخطأ الوظيفي يتوسع على يد قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى الحد الذي اعتبر خطأ مرفقياً، كل خطأ متصل بالمرفق العام وهذا ما يؤدي إلى مسؤولية الدولة عنه باعتباره مرفقياً. هذا وتوالت أحكام القضاء الإداري الفرنسي في ذات الاتجاه في نطاق التمييز والتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي الوظيفي غير متقيد بالمعايير الفقهية التي قيلت بصدد هذه التفرقة، ويتوسع مجلس الدولة في مفهوم الخطأ المرفقي إلى أقصى حد له، حين قرر أن كل خطأ غير منبت الصلة بالمرفق تسأل السلطة الإدارية عنه ويعد خطأ مرفقياً، وكان هذا التوسع على حساب الخطأ الشخصي المستوجب للمسؤولية الشخصية للموظف يقابل بالرفض والاحتجاج من طرف فقه القانون العام، على أساس أنه يؤدي إلى تبيد أموال الخزينة، واستمرت موجة الانتقادات تلك إلى أن استجاب مجلس الدولة الفرنسي وأجاز للإدارة الرجوع على الموظفين لمسؤوليتهم عن أخطائهم الشخصية المنفصلة عن الوظيفة العامة وبذلك أصبح من حق الإدارة أن ترجع على الموظف لتقتضي منه كل أو بعض مبلغ التعويض إن كان الخطأ شخصياً.⁽¹⁾

2- تعريف الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

إن التفريق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي قد يبدو سهلاً ميسوراً إلا أنه في الحقيقة يصعب إقامة ضوابط وقواعد دقيقة للفصل بينهما، لذلك نحاول التفريق بينهما بتعريفهما تبعاً لآراء الفقهاء في ذلك.

أ- تعريف الخطأ المرفقي

يقول الأستاذ أحمد محيو: "بأنه من الصعب تعريف الخطأ المرفقي، حيث يقول أن أساتذة القانون كأعضاء المحاكم متفقون حول التقرير بأنه من الصعب تعريف الخطأ المصلحي، فهو مرتبط بالحالة، ودراسته تتطلب جرد مختلف تجاوزات الإدارات، وعليه لا يمكن تعريف الخطأ المرفقي إلا عن طريق التعريف السلبي وتمييزه عن الخطأ الشخصي."⁽²⁾

وقد قدم الأستاذ عبد المنعم عكاشة تعريفاً له بأنه: "الخطأ الذي ينسب فيه الإهمال أو التقصير المؤلّد للضرر إلى المرفق ذاته حتى ولو قام به مادياً أحد الموظفين، ويترتب عليه مسؤولية الإدارة العامة عن

(1) - عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، المرجع السابق، ص 100-102

(2) - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة: فايز وخالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط7، 2003، ص 195.

الأضرار وتحميلها عبء التعويض." (1)

ويقوم الخطأ هنا على أساس أن المرفق هو الذي تسبب في الضرر لكونه لم يؤد الخدمة العامة وفقا للقواعد الخاضع لها، سواء كانت من وضع المشرع أو قواعد سنها المرفق نفسه أو قواعد يقتضيها السير العادي للأمر.

ويعتبر الخطأ المرفقي خطأ موضوعيا ينسب إلى المرفق مباشرة بغض النظر عن مرتكبه وعن إمكانية إسناد هذا الخطأ إلى موظف معين ومن ثم تسأل الإدارة عن هذا الخطأ، ويعود الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية إلى القضاء الإداري. (2)

ويتخذ الخطأ المرفقي إحدى صورتين:

أولهما: أن نعرف مصدر الفعل الضار أي من الممكن نسبته إلى موظف أو موظفين معينين.

ثانيهما: أن يكون الخطأ منسوباً إلى المرفق ذاته دون أن تتمكن من معرفة مرتكب الفعل الضار الذي نتج عنه مسؤولية الدولة.

وبذلك فالخطأ المرفقي إما أن يصدر من الموظف وهو يمارس عمله أو يصدر منه بسبب وظيفته، فالمسؤولية في تلك الحالة تقع على جهة الإدارة وحدها وتحمل مسؤولية الضرر الناتج عن خطئها وتلتزم بدفع التعويض من المال العام ويكون الاختصاص في تحديده وتقديره للقضاء الإداري. (3)

ب- تعريف الخطأ الشخصي

الخطأ الشخصي هو الخطأ الذي يكشف العون فيه عن نيته في الأذى، ويتبين أن نشاط العون يمليه هدف شخصي غير وظيفي، فهو ينسب إلى الموظف ويسأل عنه شخصياً من ماله الخاص. (4)

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 196.

(2) - محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المنازعات والدعاوى الإدارية، ولاية القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعاوى التسوية والتعويض، منشأة المعارف للنشر، مصر، 2006، ص 460.

(3) - فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 115-116.

(4) - الحسن بن شيخ آت ملويا، مسؤولية السلطة العامة، دار الهدى، عين مليلة، 2013، ص 174.

فالخطأ الذي ينسب إلى الموظف حيث تتحقق مسؤوليته الشخصية عنه ويصبح مسؤولاً عن الأضرار التي تنتج عنه ويلتزم بدفع التعويض من ماله الخاص هو الخطأ الشخصي، ولا يمكن الرجوع على الجهة الإدارية في تلك الحالة للمطالبة بالتعويض عن الخطأ، ويكون الاختصاص في ذلك للقضاء العادي وفق قواعد القانون المدني.⁽¹⁾

وما تجدد الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يعتمد معيار محدد لتعريف الخطأ الشخصي وكل ما قام به هو مجرد تحديده عن طريق ذكر الحالات التي يعتبر فيها الخطأ شخصياً.

3- معايير التفريق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

تتضح أهمية التمييز بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي في أن ذلك يقيم نظاماً يستهدف حماية الموظفين من المساءلة عن بعض أخطائهم إذا عدت أعمال إدارية فلا يسأل عنها الموظف في ماله الخاص، فهي تسمى بالأعمال المرفقية وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء الإداري باعتبار أن المسؤولية عنها تقع على جهة الإدارة التي تلتزم بدفع التعويض دون أن ترجع على الموظف بما دفعته عن الضرر، أما إذا كان الخطأ شخصياً فإن المسؤولية تقع على عاتق الموظف ويسأل عنه في أمواله الخاصة ويكون الاختصاص فيها معقوداً للقضاء العادي.

ولما كان لهذه التفرقة أهمية فقد اجتهد الفقه القانوني وبذل محاولات لتقديم المعايير التي تساعد على التمييز بين الخطأين وهذه المعايير قد استعان بها القضاء الفرنسي والجزائري في حل ما يعرض عليه من منازعات واستهدى بها في الكثير من أحكامه وسوف نقصر على عرض سريع لأهم المعايير التي طرحت للتفريق بين الخطأين:

أ- معيار الخطأ العمدي أو الأهواء أو النزوات الشخصية

والذي ذكر في هذا المذهب، بأن الخطأ يكون شخصياً إذا كان العمل الضار مطبوعاً بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه وشهوته وعدم تبصره، وهكذا يعتبر الفعل الضار الذي يصدر عن الموظف وهو يقوم بواجبات وظيفته يتميز بالميل أو الهوى أو التشفي وعدم الحرص من الأخطاء

(1) - فوزي أحمد شادي، تطور أسس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 113-114 .

الشخصية، أما إذا كان العمل غير مطبوع بطابع شخصي وينبني عن موظف عرضة للخطأ والصواب فإن الخطأ يكون مصلحياً يستوجب مسؤولية السلطة الإدارية.⁽¹⁾

هذا المعيار يتميز بالموضوعية والوضوح إذ لا تقوم مسؤولية الإدارة عن الأفعال التي يرتكبها الموظف مادامت تنم عن سوء نيته وأهوائه الشخصية، لكن ما يعيبه أنه لم يتناول الخطأ الجسيم الذي يصدر عن الموظف بحسن نية فهو يعدّ خطأ مرفقياً لكونه لم يكشف عن سوء نية.⁽²⁾ كما أنه في الواقع يصعب التوصل إلى كشف النوايا والبواعث النفسية التي دفعت بالموظف إلى ارتكاب الخطأ.⁽³⁾

ب- معيار الخطأ المنفصل عن الوظيفة

ويقرر بأن الخطأ يعتبر شخصياً إذا أمكن فصله عن الوظيفة العامة مادياً ومعنوياً، فإذا اتصل الخطأ أو الإهمال بالوظيفة بحيث لا يمكن فصله عن الوظيفة أو المرفق كان الخطأ مرفقياً، ويكون الخطأ منفصلاً انفصلاً مادياً عن الوظيفة إذا ظهر الانفصال بشكل مادي ملموس ويكون ذلك إذا كانت واجبات الوظيفة لا تتطلب القيام بمثل هذا العمل أصلاً.

أما الخطأ المنفصل عن الوظيفة انفصلاً معنوياً فإنه يتحقق إذا كان العمل يبدو في الظاهر أنه يدخل في دائرة واجبات الوظيفة العامة ومقتضياتها إلا أننا إذا تأملنا النظر يتبين لنا أن فاعله قصد به إحداث أضرار للغير فهو ينفصل عن الوظيفة في هذه الحالة.⁽⁴⁾

لم يسلم هذا المعيار كذلك من النقد إذ اعتبر أنه أوسع من اللازم، فالخطأ مهما كان تافهاً حسب هذه النظرية يعتبر خطأً شخصياً بمجرد انفصاله عن الوظيفة.⁽⁵⁾ ومن جهة أخرى يؤخذ على هذا المذهب، أنه يعتبر الخطأ الذي ارتكبه الموظف ويكون متصلاً بالوظيفة خطأً مرفقياً حتى ولو كان على درجة كبيرة من الجسامه والتي تتعدى حدود وأصول الوظيفة الإدارية.⁽⁶⁾

(1) - عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، المرجع السابق، ص 112.

(2) - فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 233.

(3) - ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق، ص 117.

(4) - عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، المرجع السابق، ص 113.

(5) - فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 236.

(6) - ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق، ص 124.

ت - معيار جسامة الخطأ

ومفاده أن الخطأ يعتبر شخصياً إذا كان جسيماً يصل إلى حد ارتكابه جريمة تقع تحت طائلة العقاب أو إذا كان يزيد عن المخاطر العادية المطلوبة التي يتعرض لها في أدائه لعمله. ويأخذ على هذا المعيار أنه يجعل من الخطأ الجسيم مصدراً للخطأ الشخصي حتى لو ارتكبه الموظف بحسن نية.⁽¹⁾

ث - معيار الغاية من التصرف الإداري

أي الهدف الذي اتجه الموظف إلى تحقيقه في عمله فإذا استهدف غرضاً خاصاً به، فإن الخطأ يعد شخصياً سواء كان جسيماً أو يسيراً أما إذا كان الموظف قد تصرف من أجل تحقيق أحد الأهداف التي يناط بالإدارة تحقيقها والتي تدخل في وظيفتها الإدارية، فإن الخطأ هنا يندمج في أعمال الوظيفة ولا يمكن فصله عنها ويعد من قبيل الأخطاء المرفقية.⁽²⁾

وما يلاحظ على فكرة الغاية التي أخذ بها هذا المذهب، أنها سهلة وبسيطة إلا أنه يؤخذ عليها أنها لا تجعل الخطأ الجسيم خطأ مرفقياً مهما كانت درجة جسامته ما دام أنه غير مقترن بسوء النية، كما أن تمييز فكرة الغاية وإن كان بسيطاً من الناحية النظرية فإنها ليس بتلك البساطة من الناحية العملية بسبب صعوبة معرفة العوامل الداخلية والباعث النفسي الذي دفع الموظف إلى ارتكاب الخطأ، فسوء أو حسن نية الموظف أمر ليس ظاهراً حتى يدرك القاضي ما هو طبيعة الخطأ إذا كان شخصياً أو مرفقياً.⁽³⁾

ج - معيار طبيعة الالتزام المخل به

وقد قسّم أصحاب هذا المذهب الالتزامات إلى نوعين :

- **الالتزامات العامة:** فإذا أخل الموظف بالالتزام عام يكون قد ارتكب خطأً شخصياً لأن الالتزامات العامة يقع عبئها على الجميع.

(1) - علي خطار شطناوي، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، دار وائل للنشر، الأردن، 2008، ص168.

(2) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص180-181.

(3) - ياسين بن بريج، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق، ص128-129.

- الالتزامات المرتبطة بالعمل الوظيفي: والإخلال بأي التزام وظيفي يعد خطأ مرفقياً يسأل عنه المرفق ولا يسأل عنه الموظف شخصياً. (1)

هذا المعيار لم يلق قبولا عاما لدى القضاء فهناك أحكام عديدة اعتبرت الإخلال بالالتزام المرتبط بالعمل الوظيفي خطأ شخصياً وليس مرفقياً، ضف إلى ذلك أن هذا التصور لا يفرق بين الأخطاء الجسيمة والأخطاء المرفقية أيا كانت درجة جسامتها مادامت أنها حدثت نتيجة إخلال بالتزام وظيفي، ومن جهة مقابلة اعتبر الأخطاء البسيطة أخطاء شخصية متى حدثت نتيجة إخلال بالتزام عام وهو يخالف القضاء الإداري في هذا الشأن. (2)

وعليه من المسلم به أن الفقه والقضاء لم يتوصلا إلى معيار محدد يميز الخطأ الشخصي عن الخطأ المرفقي، فرغم الدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية في ميدان المسؤولية الإدارية فإنه لم يتم الاتفاق على معيار جامع مانع للتمييز بينهما، بالإضافة إلى أن الأحكام التي تفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي عن طريق وضع معيار سلفا تقيس به حالات الخطأ وأنواعه، لم تضع في حقيقة الأمر معيارا للترقية بقدر ما جمعت مختلف العناصر التي استقر عليها القضاء الإداري للخطأ الشخصي وصياغتها جميعا على شكل قاعدة عامة للخطأ الشخصي، فالأمر لا يتعلق في حقيقته بمعيار وإنما بعناصر استرشادية يتحسس منها القاضي العادي وجود الخطأ الشخصي. (3)

كما أن الحلول التي توصل إليها القضاء للتمييز بين الخطأ الشخصي والمرفقي لم تكن تركز على قواعد عامة ومعايير قاطعة وإنما مجرد حلول خاصة لكل حالة على حدة بحيث أن آراء الفقهاء والمحكم قد تختلف بالنسبة للأمر الواحد، إذ هناك من يعتبره خطأ مرفقي بينما يعتبره الآخر خطأ شخصي وهذا يعني تضارب الآراء وصعوبة الفصل، وعليه وحسب ما توصل إليه الفقه فقد ترك معيار التفرقة بينهما للتطورات المتغيرة التي يخضع لها المجتمع مع مراعاة التوازن بين المصلحة العامة والخاصة. (4)

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 181.

(2) - ياسين بن بريج، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق، ص 136-137.

(3) - فوزي أحمد شادي، تطور أسس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 123.

(4) - علي خطار شطناوي، مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، المرجع السابق، ص 170.

ثالثا: موقف المشرع والقضاء الجزائري من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

مازالت أغلب القواعد والمبادئ والأحكام التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في مجال المسؤولية الإدارية تطبق في الجزائر حتى الآن ومنها التفرقة الشهيرة بين الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي، وستتطرق لموقف المشرع والقضاء الجزائري لتتأكد من ذلك.

1- موقف المشرع الجزائري من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

أخذ المشرع الجزائري صراحة بالتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في التشريعات ومنه ما صدر في قانون البلدية رقم 10/11⁽¹⁾ الذي ينص في مادته 144: " البلدية مسؤولة مدنيا عن الأخطاء التي يرتكبها رئيس المجلس الشعبي ومنتخبو البلدية ومستخدموها أثناء ممارسة مهامهم أو بمناسبة، وتلتزم البلدية برفع دعوى الرجوع أمام الجهة القضائية ضد هؤلاء في حالة ارتكابهم خطأ شخصا."

كما أن المشرع الجزائري قد تبنى هذه التفرقة الشهيرة في نصوص أخرى من التشريعات التي أصدرها ومن هذا القبيل نجد المادة 31 من الأمر 03/06، المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العمومية⁽²⁾ على هذه التفرقة مقررًا: "...وإذا تعرض لمتابعة قضائية من طرف الغير بسبب خطأ في الخدمة يجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها أن تحميه من العقوبات التي تسلط عليه ما لم ينسب لهذا الموظف خطأ شخصيا يعتبر منفصلا عن المهام الموكلة إليه."

فهذه النصوص واضحة وجلية الدلالة على اعتناق المشرع الجزائري لفكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي المولد للمسؤولية الشخصية للموظف العمومي في ذمته المالية الخاصة، والخطأ الوظيفي الذي يرتب مسؤولية السلطة العامة في الجزائر على الخزينة العامة، ورغم أن المشرع لم يتعرض لمعيار التفرقة والتمييز في هذه التفرقة فهو اكتفى بالتقرير والنص على أن الخطأ الوظيفي يكون كذلك إذا كان الخطأ

(1) -المادة 179 من القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011، يتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.

(2) - المادة 17 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليود 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.

قد ارتكب أثناء تأدية خدمات الوظيفة العامة أو بمناسبةها، ولم يبين لنا شأنه في ذلك شأن المشرعين في باقي الأنظمة؛ متى يكون الخطأ داخل الوظيفة وبمناسبتها ومتى لا يكون كذلك.⁽¹⁾

2- موقف القضاء الجزائري من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

من خلال استقرار أحكام القضاء الإداري الجزائري بشأن هذه التفرقة نجد أنه يستند في أحكامه إلى بعض المعايير التي نادى بها الفقه القانوني، ومنها معيار العمل المنفصل عن الوظيفة ومعيار الخطأ الجسيم.

أ- معيار الخطأ المنفصل عن الوظيفة

ومن الأحكام التي أصدرها القضاء الجزائري وتتعلق بالخطأ المرفقي ما حكمت به الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي الأعلى للجزائر بتاريخ 1971/7/9⁽²⁾، والتي قضت بمسؤولية السائق التابع لوزارة الدفاع الوطني وحكمت عليه بالتعويض لزوجته القتييل وأولاده الذين أقاموا دعوى على السائق عن الضرر المعنوي الذي أصابهم، ولما رجع السائق على وزارة الدفاع مطالبا إياها بدفع التعويض الذي حكمت به المحكمة دفعت له المبلغ المحكوم به عليه من طرف الغرفة المدنية على أساس أن الخطأ الذي ارتكبه كان متصلا اتصالا وثيقا ماديا ومعنويا بالوظيفة العامة أو المرفق العام بحيث يعتبر خطأه هنا خطأ مرفقيا، إذ كان هذا السائق أولا عندما ارتكب الخطأ المذكور يؤدي واجبات الخدمة الوظيفية المناط القيام بها، وثانيا أن الأدوات والوسائل التي شكلت وكونت الخطأ المرتب للمسؤولية كانت أدوات مرفقية بحته ساعدت السائق على ارتكاب الخطأ الأمر الذي يجعل هذا الخطأ يندمج اندماجا كليا ماديا ومعنويا في المرفق العام مما يجعله خطأ مرفقيا يعقد مسؤولية السلطة الإدارية.

ومن هذا القبيل أيضا ما قضى به مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 2001/7/9 م⁽³⁾ حيث أجاز بانعدام الخطأ المرفقي المرتب عنه مسؤولية الإدارة واعتبر أن الخطأ المرتكب أثناء أداء الوظيفة يشكل

(1) - عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، المرجع السابق، ص 104-105

(2) - القضية رقم 56/4636، بأرشفيف الضبط الإداري بالغرفة الإدارية للمجلس القضائي الأعلى للعاصمة، وتتلخص وقائع القضية في أن سائق إحدى السيارات العسكرية التابعة لوزارة الدفاع الوطني صدم مواطنا جزائريا بحج حيدرة يبلغ من العمر 65 سنة مما أدى إلى وفاته تاركا أولادا وزوجة.

(3) - قرار مجلس الدولة الجزائري في 2001/7/9 في قضية ورثة (ع، م)، ضد بلدية أولاد فايت، قرار غير منشور، الغرفة الثانية فهرس رقم 602.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

خطأ شخصيا ينفصل انفصالا كلياً عن المرفق ومما جاء في أسباب القرار: "حيث إن دراسة الأوراق الحاضرة خالية مما يفيد أن السيد (ه، ر) -متهم- توبع بتهمة القتل العمدي والذي ارتكب الأفعال التي تركب منها موضوع النزاع، قد كان وقت ارتكابه لتلك الوقائع في تأدية وظيفته أو بسببها وبجسبه فإن خطأ المصلحة بمفهوم القانون الإداري غير متوفر والمستأنف عليها غير مسؤولة والمسؤول عن التعويض هو الفاعل نفسه المتهم الذي ارتكب جريمة القتل العمدي." (1)

وجاء في منطوق قرار مجلس الدولة بإلغاء القرار المستأنف مع رفض الدعوى لعدم التأسيس حيث رفع ورثة الضحية (م، ع) دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البلدة ضد بلدية أولاد فايت طالبين بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء وفاة مورثهم، وبتاريخ 1999/4/5م أصدرت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البلدة قراراً برفض الدعوى، استأنف الورثة القرار الصادر عن مجلس قضاء البلدة بتاريخ 1999/8/3 أمام مجلس الدولة ولقد أسسوا استئنافهم على:

- كون الضحية اغتيل عمداً مع سبق الإصرار والترصد من طرف الحارس بلدي أثناء ممارسته لوظيفته الإدارية - استعمال سلاح الخدمة -.

- اعتراف الجاني بالوقائع المنسوبة إليه - جريمة القتل العمدي -.

- إن الخطأ المرتكب هو خطأ مرفقي - مصلحي - وعلى المصلحة حمايته من العقوبات المدنية المتخذة ضد الحارس البلدي الذي ارتكب جريمة القتل بواسطة سلاح هو ملك للدولة (2)، وإذا كنا بصدد خطأ مرفقي فإن الإدارة هي المسؤولة عن التعويض.

(1) - حيث تعود وقائع القضية إلى تاريخ 1998/1/16 وعلى الساعة والنصف صباحاً وقعت سرقة بالسوق الأسبوعي للغنم بالقرب من منزل الضحية (م، ع)، وبعد المناوشة التي حدثت بين هذا الأخير وأفراد الحرس البلدي تم إطلاق طلقة نارية من أحد الحراس فأصاب السيد (م، ع)، فتوفي متأثراً بها ورفع الورثة.

(2) - بالرجوع للقوانين والتنظيمات التي تحكم فئة الحرس البلدي نجد المرسوم التنفيذي رقم 265/96 الصادر بتاريخ 03 أوت 1996 يتضمن إنشاء سلك الحرس البلدي وتحديد مهامه وتنظيمه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع47، الصادرة بتاريخ 07 أوت 1996. وأيضاً تم صدور المرسوم التنفيذي رقم 266/96 الصادر في 03 أوت 1996، يتضمن القانون الأساسي لموظفي الحرس البلدي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع47، الصادرة بتاريخ 07 أوت 1996، ص08، كما صدرت تعليمة تحت رقم 4 عن وزير الداخلية والجماعات المحلية بتاريخ 1998/10/5 تحدد قواعد الخدمة والانضباط العام المطبقة على سلك الحرس البلدي.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

لكن وفقا للنصوص والتنظيمات⁽¹⁾، فإن الولاية هي المسؤولة عن دفع التعويض في حالة المسؤولية على أساس الخطأ المرفقي أو على أساس المخاطر، وبالنسبة للمدعين -ورثة الضحية - قد رفعوا دعواهم على أساس الخطأ المرفقي ضد البلدية بالرغم من كون هذه الأخيرة لا صفة لها، بل الولاية هي السلطة الوصية التي يجب أن ترفع ضدها الدعوى وعليه كان من المفروض على الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البلدية وأيضا مجلس الدولة أن يرفض الدعوى لانعدام صفة بلدية أولاد فايت دون التطرق للموضوع.

وبالرجوع إلى أقوال الضحايا الواردة في عريضة الدعوى فإن قتل مورثهم ناتج عن فعل صادر عن الحارس البلدي الذي استعمل سلاحه الناري المسلم له بموجب الخدمة فالمدعون يذهبون إلى القول بمسؤولية الدولة على افتراض أن الخطأ المرتكب يجعلنا بصدد خطأ مرفقي على حسب تصورهم، إلا أنه في الأصل يعتبر خطأ شخصياً ارتكب أثناء أداء الوظيفة غير أنه ينفصل عن الوظيفة انفصالاً مادياً ومعنوياً.

حقيقة لقد سهلت الوظيفة التي يشغلها الحارس البلدي ارتكاب الجريمة ولكن سلوكه مطبوع بطابع شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه ونزواته وعدم تبصره ويتعدى حدود المخاطر العادية للوظيفة ففي هذه الحالة يوصف الخطأ بأنه شخصي، حيث أتى الموظف بفعل ضار لا تتطلبه الوظيفة أصلاً إذ صاحبه ظرف ينفصل مادياً ويخرجه عن حدود تعليمات وأوامر المرفق مما يتبن أن الموظف خالف صراحة قواعد وأصول سير المرفق ما ينفي مسؤولية الإدارة والدولة عموماً⁽²⁾، ولقد توالى أحكام القضاء الإداري الجزائري في هذا النطاق مطبقاً ذات القواعد التي يطبقها القضاء الفرنسي بشأن هذه التفرقة.

أما بالنسبة للأخطاء الشخصية التي يرتكبها الموظف خارج نطاق الخدمة والتي تكون بمناسبة الوظيفة أو بسببها فإن القضاء الجزائري أقام مسؤولية الدولة والإدارة عنها طالما أنها غير منبئة الصلة

(1) - بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 265/96 وفي المادة 13 منه تنص على: " يعتبر الوالي السلطة الإدارية المسؤولة عن إقامة وحدات الحرس البلدي التابعة لدائرة اختصاصه وعن دعمها الإداري والمادي ويوفر لهذه الوحدات حاجاتها عن طريق الاعتمادات المخصصة ويتأكد من ظروف تكوينها وإعدادها للقيام بمهامها ويراقب نشاطاتها ويسهر على سيرها العادي." وهناك التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم 4 فنتص: "تحول في هذا الإطار صلاحيات واسعة لمدوب الحرس البلدي للولاية تحت سلطة الوالي ومراقبة المدير العام لحرس البلدي.

(2) - يسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق، ص 168-170.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

بالمرفق، مما يوحي بوجود علاقة بينها وبين الخدمة وهذا يدل على أن القضاء الجزائري يأخذ بوجهة رأي نظر القضاء الإداري الفرنسي، والذي ذكر في العديد من تقارير مجلس الدولة أن الخطأ الشخصي للموظف يمكن أن يرتبط بمسؤولية المرفق ليس فقط لو ارتكب في الخدمة أو بسببها، ولكن لو ارتكب هذا الخطأ بواسطة الوسائل والأدوات التي وضعها تحت تصرف الموظف المخطئ حتى ولو كان الخطأ خارج الوظيفة وحتى ولو كان في حالة عدم وجود خطأ مرفقي منسوب للإدارة، وفي هذا قضية وزارة الداخلية ضد ورثة (م، ع)⁽¹⁾ والتي قضت بتأييد القرار المستأنف الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر مقدره مسؤولية وزارة الداخلية عن أعمال موظفيها على أساس أن السلاح الناري تابع لهذه الأخيرة والتي ترخص باستعماله بمناسبة الوظيفة ومادامت لها سلطة الرقابة والتسيير فإنها مسؤولة عن الضرر الذي أحدثه السلاح وهذا عملا بالمادة 138 من القانون المدني الجزائري.⁽²⁾

وهذا ما يدل على أن القضاء الجزائري يأخذ بفكرة الضرر الذي لا يمكن فصله عن الوظيفة، حتى وإن كان الخطأ المرتكب شخصا في كل الأحوال.

ب- الخطأ الجسيم

يقول الأستاذ أحمد محيو: "أن القانون الجزائري يميز حسب درجة الجسامة لوضع نوع من التدرج بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم، وهذا التمييز يرتبط بطبيعة الأنشطة فتلك التي تتطلب عملا عاديا

(1) - تعود وقائع القضية إلى تاريخ 1997/2/13 على الساعة الثامنة ليلا توجه الشرطي ك، ع إلى حانة توجد بنهج علي مدوش بحسين داي بغية تناول المشروبات الكحولية وأثناء وجود الضحية داخل الحانة وهو في حالة سكر ومن ملاسنة كلامية بين الضحية والشرطي ك، ع وصلت إلى التشابك بالأيدي وإثر سقوطهما على الأرض خرجت رصاصة من مسدس الشرطي والتي أصابت الضحية على الفور وعلى إثر هذه الحادثة أدين الشرطي أمام محكمة الجناح بجنحة القتل غير العمدي والتي قضت بستة أشهر حبسا غير نافذ وغرامة قدرها 3000 دج وحفظ حقوق الطرف المدني الغائب، رفع ورثة الضحية دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر للمطالبة بالتعويض عن مقتل مورثهم والتي استجابت المحكمة لهم وحكمت على وزارة الداخلية بتاريخ 2000/3/28 بأن تدفع للأرملة تعويضا قدره 200000 دج ومبلغ 50000 لكل واحدة من البنات..

(2) - المادة 138 من القانون المدني الجزائري: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحادثة الطارئة أو القوة القاهرة." الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1795 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

سهل الأداء ترتب المسؤولية الإدارية على أساس خطأ بسيط بينما الأعمال المعقدة والصعبة أو ذات الخطورة لا ترتب المسؤولية إلا على أساس الخطأ الجسيم.⁽¹⁾

والمتتبع لأحكام القضاء الجزائري يجد بعضها قد أخذ بمسؤولية الدولة على أساس الخطأ الجسيم في أمثلة نذكر منها:

- بالنسبة مسؤولية المستشفيات فإذا رجعنا إلى الوضع الذي كان سائدا في القضاء الإداري الجزائري نجد أنه قرر بعض أحكامه السابقة، وهذا قبل إنشاء مجلس الدولة بموجب التعديل الدستوري في 1996/11/28، اشتراطه الخطأ الجسيم بسبب الإهمال في عدم تنظيف الجرح والإحجام عن إجراء عملية جراحية للمدعو (ب، ع)⁽²⁾، حيث اعتبرت الغرفة الإدارية الخطأ المرتكب يعد جسيما ونسبته إلى المستشفى مع الإشارة أن الإهمال المتمثل في عدم تنظيف الجرح وإجراء عملية جراحية يرجع إلى الطبيب، فهذه الأعمال تدخل في اختصاص الطبيب حيث جاء منطوق القرار كما يلي: "وأن هذا الإهمال تبعا لظروف القضية يشكل خطأ جسيما من طبيعته إقامة مسؤولية المصلحة الاستشفائية في مواجهة الضحية.

كما أنه طبق فكرة الخطأ الجسيم في قرار صادر عن مجلس الدولة الجزائري في 2003/6/3 في قضية مدير القطاع الصحي لبلوغين ضد السيدة "ل، ع" حيث نجده يعبر عن الخطأ الجسيم في العمل الطبي بعبارة "الخطأ الطبي الخطير". وعبارة خطير هي ترجمة خاطئة لعبارة "Grave" وبالتالي فإن المقصد من منطوق القرار الخطأ الجسيم "Lourde"، حيث يشير قرار مجلس الدولة إلى وقوع خطأ تقني خطير خلال العملية الجراحية منه، فمجلس الدولة أسس في هذه الدعوى مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ الجسيم الناتج عن العمل الطبي.

لكن فيما بعد توالى أحكام مجلس الدولة التي قررت فيها مسؤولية الدولة ممثلة في مرفق المستشفى، دون أن يتطرق إلى طبيعة الخطأ، سواء كان بسيطا أم جسيما فالمهم بالنسبة له هو وجود

(1) - أحمد محبو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 216

(2) - حكم الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى في 1977/10/29 في قضية بن سالم عبد الرحمان ضد المستشفى الجامعي للجزائر، مجموعة أحكام القضاء الإداري، بوشهدة وخلوفي، الجزائر، 1985، ص 123.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

خطأ وهذا بغية تمكين الضحية من الحصول على التعويض، ومن القرارات التي فصل فيها مجلس الدولة دون الإشارة إلى نوع الخطأ قراره الصادر بتاريخ 1999/04/19 في قضية قطاع الصحة بولاية أدرار ضد السيدة (ز، ر) حيث جاء في قرار الحكم تسبب، بأن التقرير الطبي بين أن الضحية تعرضت فعلا إلى عدة أخطاء طبية مؤكدة، وهذا من خلال عملية جراحية أجريت عليها بعد دخولها المستشفى لوضع حمل عادي، وأن مدة طويلة مرّت بين الحمل والعملية الثانية والثالثة، وأنها تعاني من عاهة مستديمة دائمة والمتمثلة في العقم وحرمانها من عطاء الأمومة إلى الأبد ووفاة الصبي مباشرة بعد الولادة وتم تقدير التعويض المناسب مع الأضرار اللاحقة بالضحية.⁽¹⁾

وفي هذا السياق يقول الأستاذ حسين بن شيخ آث ملويا أن مجلس الدولة يقر بوجود خطأ طبي دون الإشارة إلى مدى جسامته وحسنا فعل لأن مجرد الخطأ ولو كان بسيطا يقيم مسؤولية المستشفى عن التعويض بل يسأل على أساس الخطأ البسيط.⁽²⁾

فمن خلال أحكام القضاء الإداري الجزائري الواردة نجد أنه تأثر بالتحول والتخلي عن اشتراط الخطأ الجسيم في العمل الطبي والاكتفاء بالخطأ الطبي البسيط لانعقاد المسؤولية.

- بالنسبة لمرفق المؤسسات العقابية فإن القضاء الجزائري يقيم مسؤولية مرفق السجون استنادا إلى وقوع الضرر دون النظر إلى درجة الخطأ سواء كان جسيما أو بسيطا وهذا الموقف يعتبر إيجابيا يوفر ضمانا حقيقية للمضروب في مواجهة الإدارة لتقرير مسؤوليتها عن الأضرار التي تسببت فيها، فالخطأ مهما كانت درجته لا يعفي الإدارة من مسؤوليتها مادامت ملزمة بالرقابة والحراسة بحفظ النظام والأمن داخل السجون، وتأييدا لذلك نجد قرار مجلس الدولة قضى فيه بمسؤولية وزارة العدل عن الأحداث التي وقعت داخل المؤسسات العقابية على أساس الخطأ دون أن يحدده في قضية ذوي الحقوق (أ، ر)⁽³⁾.

(1) - ياسين بن بريج، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق ص 180-181.

(2) - حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ج1، ص102.

(3) - تعود وقائع القضية إلى تاريخ 21-22 فيفري 1995 قامت مجموعة من السجناء بالتمرد داخل سجن سركاجي وعلى إثره تم حجز المحبوسين واغتيال بعضهم وكان من بينهم المدعو (أ، ر) الذي كان رهن الحبس المؤقت وعندما قاموا ذوو حقوقه برفع الدعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر ضد وزارة العدل للمطالبة بالتعويض عن مقتل المدعو (أ، ر) أصدرت الغرفة الإدارية قرارا بتاريخ

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

ضد وزارة العدل من أجل حمل هذه الأخيرة بدفع التعويض نتيجة وفاة المدعو (أ، ر) قدره ثلاثمائة ألف دينار لأم الضحية ومبلغ ألف دينار لكل واحد من إخوة الضحية، ولقد سبب مجلس الدولة قراره: " حيث أن الإدارة مسؤولة عن الأمن وسلامة كل المحبوسين الذين هم تحت رقابتها وحراستها، وحيث أن تهاون الإدارة في ممارسة هذا الواجب جعلها مسؤولة عن الحادث الذي وقع وحيث أن هذه المسؤولية تؤدي إلى دفع تعويضات لذوي حقوق الضحية." (1)

إن أغلب الحوادث التي تقع داخل المؤسسات العقابية تقع بسبب أخطاء غير عمدية والتي تكون بسيطة أو جسيمة، ولا يبحث القاضي على درجة الخطأ بقدر ما يبحث عن وجود علاقة سببية بين التهاون والإهمال والضرر الحاصل، وإلى جانب المسؤولية الإدارية لوزارة العدل التي توجد المؤسسات العقابية تحت وصايتها وإشرافها من حق الإدارة متابعة المتسبب في الضرر جزائياً إذا كان الفعل ذا طابع إجرامي. (2)

-بالنسبة مرفق مكافحة الحرائق نجد في أحد أحكام الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى -سابقاً- قضي بمسؤولية البلدية عن حريق شب في ورشة للتجارة على أساس خطأ رئيس البلدية، الذي لم يتخذ كل الاحتياطات الضرورية لضمان النظام العام على تراب البلدية وقد أسس المجلس الأعلى مسؤولية البلدية على أساس الخطأ البسيط والمتمثل في انتفاء تدابير الضبط البلدي المتعلق بالألعاب النارية طبقاً للقانون آنذاك الذي يمنع إنتاجها وبيعها واستعمالها، في حين أنه رفض إقامة مسؤولية البلدية على أساس الخطأ في تنظيم وسير المرفق العام لمكافحة الحريق وهذا بقوله: " حيث ينتج بالفعل من الشروط التي مورست فيها مكافحة الحريق تظهر عدم كفاية الوسائل الضرورية لتفادي الخسارة وأن رئيس البلدية قام شخصياً بإدارة تلك العمليات وكان يقود بنفسه إحدى الشاحنات المعبئة بالمياه وعندئذ لا يمكن نسبة أي خطأ ضد البلدية في تنظيم وسير المرفق العام للمكافحة ضد الحريق...".

فهنا نجد أن المجلس الأعلى يشير إلى انعدام أي خطأ مرفقي في تنظيم المرفق العام، مادام رئيس

1999/3/23، قضت برفع الدعوى لعدم التأسيس إلا أن ذوي حقوق (أ، ر)، استأنفوا هذا القرار أمام مجلس الدولة والذي قضى بإلغاء القرار المستأنف والحكم على وزارة العدل أن تدفع لهم تعويضاً .

(1) - قرار مجلس الدولة في 01 جوان 2004 في قضية ذوي حقوق (أ، ر) ضد وزارة العدل، قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، ملف رقم 13627.

(2) - ياسين بن بريج، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، المرجع السابق، 188 .

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

البلدية نفسه قام بإدارة عملية الإطفاء وأنه لا يوجد تعاون أو إهمال من طرف البلدية، في حين أقام المجلس الأعلى مسؤولية البلدية على أساس عدم منع الألعاب النارية والمفرقات وهذا خطأ بسيطاً (1).

ويعلق الأستاذ محيو على هذا القرار بقوله: " وقد اعترف المجلس الأعلى بالمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ البسيط في الحالة الأولى -انتفاء اللائحة الخاصة بمنع استعمال المفرقات النارية، ورفضها في الحالة الثانية التي لا تشكل خطأ جسيماً -عدم كفاية وسائل مكافحة الحريق- (2).

ويرى الأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا: "إن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى وإن أقامت مسؤولية البلدية على أساس عدم اتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة لمنع الألعاب النارية وبالتالي، ارتكابها خطأ فإنها لم تشر إلى طبيعة ذلك الخطأ وحسنا فعلت؛ لأنّ العبرة كما سلف القول هو إقامة مسؤولية الإدارة ولو على أساس الخطأ البسيط فمجرد الإهمال من الإدارة يعتبر خطأ وهذا قياساً على النتائج الخطيرة المترتبة عنه ويلاحظ أنّ المادة 140 (3) من قانون البلدية رقم 10/11 السابق ذكره، الحالي أقامت مسؤولية البلدية على الحرائق على أساس عدم اتخاذ الاحتياطات المفروضة قانوناً ولكن دون الإشارة إلى طبيعة الخطأ جسيماً أو بسيطاً. (4)

الفرع الثاني: المفهوم الشرعي للخطأ

لما كانت المسؤولية ثابتة في الفقه الإسلامي - فلا الخليفة ولا الوالي ولا أفراد الرعية بمنأى عنها-، فالتساؤل يكون حول مدى أخذ الفقه بالخطأ كأساس لهذه المسؤولية، ولمعرفة ذلك، نتطرق لتعريفه، ثم التفرقة بينه وبين التعدي باعتباره المصطلح المعتمد لدى الفقهاء المسلمين، وبعدها نتعرض لموقف النظام الإسلامي من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، ثم بيان الأسس الشرعية التي تجعل منه أساساً لهذه المسؤولية.

(1) - لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 111 .

(2) - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 219.

(3) - المادة 147 من قانون البلدية: " في حالة وقوع كارثة طبيعية لا تتحمل البلدية أية مسؤولية اتجاه الدولة والمواطنين إذا ثبت والمنصوص عليها بموجب التشريع والتنظيم."

(4) - لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 112.

أولاً: تعريف الخطأ

سنتطرق للتعريف الغوي للخطأ ثم نبين المعنى الاصطلاحي له في الفقه الإسلامي.

1- لغة

الخطأ في اللغة ضد الصواب من أخطأ فهو مخطئ والخطأ بمعنى الذنب يقال أخطأ الرجل بمعنى أذنب وأثم، والخطأ ضد العمد وضد الصواب يقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره، والخطأ بمعنى العدول يقال أخطأ الطريق بمعنى عدل عنه. (1)

وقد ورد لفظ الخطأ في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانُوا لِيُؤْمِنُوا أَنْ يَقْتُلُوا الْمُؤْمِنًا إِيَّاهُ﴾ (2)

كما جاء في السنة قوله ﷺ: "إن الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه." (3)

ومعنى الخطأ في هذا المقام وقوع الشيء على خلاف الإرادة ولذلك تجاوز الله عنه كما هو وارد في النصوص. (4)

2- شرعا

إذا كان الفقه القانوني عبّر عن الخطأ بالفعل الذي يولّد الضرر، فإنّ الفقهاء المسلمين لم يعبروا بهذا اللفظ عن الفعل الذي ينشأ عنه التلف أو الضرر وإنما يعبرون عنه في الغالب "بالتعدي"، وقد يعبرون عنه بالتقصير أو الإهمال وعدم التحرز وعدم التثبت وكل هذه الألفاظ لا تخرج في مجموعها عند هؤلاء الفقهاء عن لفظ التعدي.

وقد ورد مصطلح التعدي في كثير من مؤلفات القدامى ومن ذلك ما ورد في:

(1) - انظر: ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 3، ص 1193، المقري أحمد بن محمد بن بدر الفيومي، المصباح المنير، دار

المعارف، مصر، 1977، ج 1، ص 274، الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار القلم، بيروت، لبنان، ص 179.

(2) - النساء: 92.

(3) - ابن حبان أبو حاتم محمد البستي، صحيح ابن حبان، دار المعارف، بيروت، كتاب مناقب الصحابة، باب فضل الأمة، رقم

الحديث: 7219، ج 16، ص 202.

(4) - فتحي محمد عبد الحكيم محمد، مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء الإدارات القانونية دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة

دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2011، ص 611.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الرولة في الظروف الاستثنائية

- كتاب تبصرة الحكام: "وكذلك من جعل في الطريق مربطاً لدابته تضرّ بالناس فهو ضامن لما أصابت فيه لأنه متعد في هذا كله." (1)

كما جاء في المبسوط: "وإن حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه إنسان فعليه أن يسعى في قيمته لأنه متعد" (2)

كما جاء في المغني: "أنه إذا بني في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء أو سقط على شيء فأتلفه ضمن التعويض لأنه متعد بذلك." (3)

كما ورد التعبير عن الخطأ بلفظ الاعتداء فقد جاء في:

- بدائع الصنائع: "كل اعتداء وإضرار سواء كان الإتلاف بمحل التلف أو تسبب بالفعل في محل يفضي إلى تلف غير عادة، يوجب الضمان." (4)

كما ورد التعبير أيضاً عن الخطأ بلفظ التقصير فقد جاء في:

- معنى المحتاج: "ومن ركب الدابة الصعبة في الأسواق أو ساق الإبل غير مقطورة فيها ضمن ما أتلفه لتقصيره بذلك." (5)

- كما جاء في مطالب أولي النهى: "فإن أفرط بنحو نوم بإهمال بأن ترك النار مؤججة ونام عن ذلك أو أهمله ضمن لتعديه أو تقصيره." (6)

كما ورد التعبير عن الخطأ بلفظ التفريط فقد جاء في:

- الفروع: "ومن أطلق كلباً عقوراً أو دابة رفوساً أو عضوها على الناس وخلاء في طريقهم

(1) - إبراهيم بن علي ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص238.

(2) - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج7، ص122،

(3) - المغني، ابن قدامة، المصدر السابق، ج8، ص331.

(4) - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج7، ص165.

(5) - محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج لمعرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ص543.

(6) - مصطفى بن سعد السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، سوريا، 1961، ج11،

ومصاطبهم ورحابهم فأتلف مالا أو نفسا ضمن لتفريطه." (1)

إذن فقد استعمل الفقهاء القدامى لفظ التعدي في عدة إطلاقات بمعنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق بوجه عام لا فرق في ذلك بين التعدي الواقع على النفس والتعدي الواقع على المال أي إنهم استعملوا لفظ التعدي بمعنى الجناية أيًا كانت درجتها وإحداث عمل لم يأذن به الشرع أو مجاوزة المشروع إلى غيره.

وترتبا على ما تقدم يجدر بنا أن نتعرض لمفهوم التعدي ليتسنى لنا المقارنة بينه وبين الخطأ في المفهوم القانوني.

ثانيا: التعدي والمسؤولية الخطئية

إن المطلع في كتب الفقهاء المسلمين يجدهم لا يقتصرون على تسمية الفعل الذي يترتب عليه الضرر بالخطأ أو العمد بل يعبرون عنه في الغالب بلفظ التعدي، وعليه سوف نتطرق لعلاقة التعدي بالمسؤولية الخطئية، وقبل ذلك التطرق لمعنى التعدي.

1- معنى للتعدي

قبل التطرق للمعنى الشرعي للعدوان يجدر بنا التطرق إلى معناه اللغوي

أ- تعريف التعدي لغة

جاء في لسان العرب عدا، عدنا، ظلم، وفي حديث قتادة بن النعمان أنه عدا عليه أي سرق ماله، والعادي الظالم وأصله من تجاوز الحد في الشيء.

والاعتداء التعدي -العدوان- الظلم وعدا عليه عدوا وعداء عدوا وعدوانا وتعدي واعتدى، بمعنى ظلمه، والتعدي مجاوزة الشيء. (2)

(1) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج9، ص158.

(2) - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج15، ص31.

ب-تعريف التعدي شرعا

عرفه الإمام الرازي بأنه: " التعدي في الأمور ومجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا." (1)
وعرفه صاحب المحلى: "التعدي الموجب للضمان أو القود أو الدية بأنه ما سيمضي به المرء قاتلا أو مفسدا." (2)
كما عرفت الموسوعة الفقهية التعدي بأنه: "مجاوزة الحد والحق أو هو الظلم ومجاوزة الحد المشروع في الأفعال والتصرفات ويقع في الأموال والفروج والأنفس والأبدان." (3)
وخلاصة القول من هذه التعريفات أن التعدي معناه الظلم والعدوان ومجاوزة الحق وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو هو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي. (4)
فالتعدي يشمل جميع التصرفات التي يترتب عليها الضمان.

2- علاقة التعدي بالمسؤولية على أساس الخطأ

ذهب القرطبي في تفسيره إلى القول بأنّ الاعتداء بمعنى التجاوز ولا خلاف في معنى التعدي عند أهل التفسير عن معناه في اللغة. (5)
وقد أقرّ الفقه الإسلامي قيام مسؤولية الدولة عند الضرر على أساس الخطأ، والذي يعبر عنه الفقه بالتعدي ونجد من ذلك ما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه من أنه غضب من واليه أبي موسى الأشعري حين جلد شابا وحلق شعره وسوّد وجهه ونادى في الناس ألا يجالسوه أو يواكلوه، لأنّ حد الشرب هو الجلد ثمانين جلدة وما زاد على ذلك مما فعله الوالي، كان من العقوبات الإضافية التي استحدثها من عنده، ولهذا أعطى أمير المؤمنين الشاب تعويضا عندما شكّا إليه وكتب إلى أبو موسى الأشعري تحذيرا

(1) - فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000، ج5، ص31.

(2) - ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، ج11، ص208.

(3) - وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ط1، 2012، ج29، ص31.

(4) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 2012، ص24.

(5) - أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، ج1، ص734.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

يقول لئن عدت لأسودن وجهك ولأطوفن بك في الناس، ثم أمره أن يدعو المسلمين إلى مجالسته ومواكلته وأن يمهلته ليتوب ويقبل شهادته إن تاب (1).

وما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في ضمان القتل الذي يوجد بالسجن يعتبر نموذج عن إقرار الفقه الإسلامي لمسؤولية الدولة على أساس الخطأ، حيث قال: "أن الضمان يجب في بيت مال المسلمين لأن أهل السجن مقهورين في المقام في ذلك الموضوع وهو أقل ما يقومون بحفظه والتدبر فيه إلا بقدر حاجتهم، ثم إن ذلك الموضوع "السجن" معداً لمنفعة المسلمين ولذلك فدية القتل الموجود فيه تكون على المسلمين في بيت مالهم. (2)

هذا وقد أقر الفقه الإسلامي قيام مسؤولية الدولة على أساس الخطأ بقوله: "لو أخطأ القاضي في قضائه كما إذا رجم محصنا بأربعة شهود، وظهر أحدهم محدوداً في قذفه، فديته على القاضي ويرجع بها على الإجماع في بيت المال إذا كان الخطأ من غير جور، فإن كان القاضي تعمد الجور كان الضمان في مال القاضي سواء كان الضرر أو التلف في مال أو حد". (3)

ففي هذه القاعدة يقرر الفقه الإسلامي مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تحدث نتيجة العمل القضائي على أساس الخطأ والذي يعبر عنه الفقه "بالتعدي".

وتأسيساً على ما تقدم فإنّ التعريف اللغوي يقترب إلى حد كبير مع التعريف الشرعي، والتعدي يختلف عن الخطأ في أن مفهوم الشرع للتعدي ينظر فيه إلى الموضوع، أما الخطأ فينظر فيه إلى الشخص المخطئ بتحري الانحراف في سلوكه أو بعبارة أخرى يكون التعدي وصفاً للفعل، والخطأ وصفاً للفاعل.

ثالثاً: موقف النظام الإسلامي من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

كما بيّنا سابقاً فإن الخطأ الشخصي في القانون هو الخطأ المنفصل عن العمل الإداري أو اتصل به لكنه يكون مشوباً بسوء النية أو كان على درجة كبيرة من الجسامة والعامل حده هو من يتحمل

(1) - رفاعي على إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، دراسة مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري والشريعة الإسلامية، 1997، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 276.

(2) - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 25، ص 112-113.

(3) - محمد بن علاء الدين ابن عابدين، قرّة عيون الأختيار لتكملة رد المختار، مطبعة بولاق، القاهرة، ط2، 1326هـ، ج 1، ص 45.

التعويض من ماله الخاص، ولا يمكن الرجوع على السلطة العامة لمطالبتها بالتعويض.

أما الخطأ المرفقي فهو الذي لا ينفصل عن العمل الإداري بحيث يكون الغرض منه تحقيق المصلحة العامة والإدارة هي من تسأل في هذه الحالة عن التعويض إذا ما نتج عن ذلك الخطأ ضرر بالغير. لكن يثور التساؤل حول موقف الفقه الإسلامي من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي؟ ونتطرق في الإجابة على هذا السؤال لكل من موقف الفقه الإسلامي أولاً ثم موقف القضاء الإسلامي ثانياً.

1- موقف الفقه الإسلامي من فكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

المتصفح لكتب الفقه الإسلامي يجد ما يفيد الأخذ بالتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فقد ورد في كتاب المغني لابن قدامة: "وأما خطأ الإمام أو الحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف، إذا كان مما تحمله العاقلة." (1)

ففي النصّ إشارة بعينها إلى التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فالخطأ الذي لا يتعلق بأمور الحكم والاجتهاد هو الخطأ المنفصل عن الوظيفة ووقع بعيداً عنها فلا يتعلق بأمور الاجتهاد. وجاء في مغني المحتاج: "وما وجب بخطأ إمام في حد أو حكم فعلى عاقلته كغيره من الناس وفي قول في بيت المال؛ لأنّ خطأه يكثر لكثرة الوقائع فيضّر ذلك العاقلة... واحتراز بخطئه عما يتعدى فيه فهو فيه كآحاد الناس." (2)

كما ورد في قواعد الأحكام للعزّ بن عبد السلام: "أنّ الإمام أو الحاكم إذا أتلفا شيئاً من النفوس أو الأموال بتصرفهما للمصالح فإنه وجب على بيت المال دون عواقلهما على قول الشافعي لأنهما تصرفاً للمسلمين صار كأن المسلمون هم المتلفون، ولأنّ ذلك كثر في فقهما فيتضرران به وتتضرر عواقلهما." (3)

(1) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص3.

(2) - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4، 2007، ج04، ص289.

(3) - أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف، بيروت، لبنان، ج2، ص165.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

فمن خلال ما تقدّم يتّضح لنا أنّ الفقهاء تعرّضوا للخطأ الذي يرتكبه الحاكم بعيداً عن أمور الحكم والاجتهاد، أي الذي لا علاقة له بالوظيفة، في هذه الحالة يتحمّل الحاكم عبء التعويض عن هذا الخطأ أو تتحمّله العاقلة إن كان ممّا تتحمّله العاقلة، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، أمّا إذا تعلق الخطأ بأمور الوظيفة والحكم والاجتهاد فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والأصح عند الحنابلة وقول عند الشافعية أنّ الضّمان الذي تتحمّله الدولة من بيت مال المسلمين لو تعلّق الأمر بأمور الحكم والاجتهاد ودليلهم ما يأتي:

- لو ألزمتنا عمّال الدولة وتابعيها بدفع التعويض عن أخطائهم الوظيفية فسوف يحجم الناس عن تقلد الوظائف ويقتل لديهم روح الإبداع في العمل.

- لو أنّنا ألزمتنا الحاكم وعاقلته بالتعويض عن الأخطاء المتعلقة بأمور الحكم والاجتهاد لكان في ذلك إجحاف بهم لأن الحاكم يكثر خطأه في أمور الحكم والاجتهاد، فلو وجب الضمان على عاقلته، كان ذلك إجحافاً بهم.

- أن الإمام عندما يتصرف تصرفاً يتعلّق بأمور الحكم والاجتهاد فهو نائب ومن ثمة فإن ضمان الخطأ يكون من بيت مال المسلمين.⁽¹⁾

والخلاصة أنه لا يوجد هناك ما يمنع في النظام الإسلامي من الأخذ بفكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وهذا ما وجدناه من خلال عبارات الفقهاء التي استعرضناها والتي يمكننا من خلالها أن نقول أن النظام الإسلامي قد اعتنق فكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي والمبررات التي ساقها في وجوب تحمل الدولة للتعويض في حالة الخطأ المرفقي هي نفسها المبررات التي استند إليها الفقه القانوني وهو بصدد الأخذ بفكرة التفرقة.

(1) - فتحي محمد عبد الحكيم محمد، مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء الإدارات القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2011، ص 678-679.

2- موقف القضاء الإسلامي من فكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي

المتبع للتاريخ الإسلامي عبر مراحلهم المزدهرة يجد أن إدارة الدولة الإسلامية كانت تُسأل عن أخطاء تابعيها حين تُحدث ضرراً بالغير، متى كانت تلك الأخطاء غير مصطبغة بطابع شخصي ولم تكن تنم عن سوء نية أو هوى في النفس، وكان العامل يبغى من ورائها المصلحة العامة والضمان أو التعويض عن الضرر في هذه الحالة يكون من بيت مال المسلمين، والمعيار في ضمان الدولة للضرر والتلف من جراء تصرفاتها وتصرفات عمّالها هو المصلحة؛ لأن القاعدة الفقهية تقرُّ بأن: " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة." (1)

ولا مصلحة في إحداث الضرر للأفراد فكل من ولي ولاية الخلافة فما دونها لا يحل له أن يتصرف إلا لطلب مصلحة أو درء مفسدة، ومتى كان المقصد كذلك ووقع التعدي حال تأدية هذه الوظيفة أو ما أمر به انعقدت مسؤولية الدولة، وتحمل بيت مال المسلمين عبء تعويض المضرور باعتبار وصف هذا التعدي لأنه مرفقي، ومن أمثلة ذلك:

- تعدي خالد بن الوليد على قوم بني جذيمة (2)، حين أتاهم خالد بن الوليد فدعاهم للإسلام فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا بل قالوا "صبأنا صبأنا"، ولم يفهم خالد المقصود بهذا اللفظ الذي يعني عند العرب الانتقال من دين إلى دين، ممّا يعني انتقاليهم من دين الكفر إلى دين الإسلام وكان خالد يأخذ منهم القتلى والأسرى، ودفع إلى كل رجل أسيره، فقال عبد الله بن عمر والله ما أقتل أسيري ولا يقتل أحد من أصحابه أسيره، وعندما قدموا على النبي ﷺ وحكوا له ما حدث من خالد بن الوليد، رفع يديه وقال: "اللهم أني أبرأ إليك مما صنع خالد."

فتبرأ النبي ﷺ من فعل خالد بن الوليد دلّ على خطأ تصرفه وحيث أن تصرف خالد بن الوليد وقع منه أثناء تأديته لواجباته الوظيفية فإنه لم يكن مطبوعاً بالطابع الشخصي بل أن تصرفه كان يقصد منه مصلحة نشر الدين الإسلامي ولم يكن يقصد أن يقتلهم وإنما قصد أن يدخلوا في الإسلام غير أنه

(1) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص 123.

(2) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، رقم الحديث: 4339، 5 ج، ص 160.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

لم يفقه المقصود بقولهم "صبأنا صبأنا" لذلك تصرف ذلك التصرف الذي اتضح خطأه فيما بعد ومن هنا عدّ هذا الخطأ مصلحياً والمسمّى في القوانين الحديثة بالخطأ المرفقي والدليل على أنّ هذا الخطأ لم يكن شخصياً أنّ رسول الله ﷺ أمر بدفع الدية والتعويضات من بيت مال المسلمين ولم يأمر بدفع الدية على عاقلة خالد بن الوليد كما هو الشأن في دية القتل الخطأ حيث تتحمل العاقلة دية القتل الخطأ. (1)

ومما يؤكّد ذلك ما ذكره ابن كثير في تلك القصة، حيث قال بعد ذكر الروايات التي قيلت فيها: "فإنما أراد خالد نصرة الإسلام وأهله وإن كان أخطأ في أمرهم واعتقد أنّهم ينقضون الإسلام بقولهم صبأنا صبأنا ولم يفهم منهم أنّهم أسلموا فقتل طائفة كبيرة منهم وأسر بعضهم وقتل أكثر الأسرى أيضاً ومع هذا لم يعزله النبي ﷺ، بل استمر أميراً وإن كان قد تبرأ منه في صنيعه وودّي ما كان جناه خطأ في دم أو مال". (2)

والواقعة الثانية تتمثل حين أرسل أبو بكر الصديق رضي الله عنه خالد بن الوليد لمحاربة المرتدين، والذي قام بدوره بأسر مالك بن نويرة وجمع أصحابه، وحدث أن دعا مالك بن نويرة وأتبه على ما كان عليه منه من منع الزكاة ومصانعة سجاح، فقال له خالد ألا تعلم أنّها قرينة الصلاة، فقال مالك أن صاحبكم يزعم ذلك فقال له خالد أهو صاحبنا وليس بصاحبكم؟، يا ضرار اضرب عنقه، وفي رواية أنّ الليلة كانت شديدة البرودة فنادى منادٍ، خالد أن أدفئوا أسراكم فظن القوم أنه يأمرهم بقتلهم فقتلهم، ولما رفع الأمر إلى الصديق رضي الله عنه وداه الصديق من بيت مال المسلمين. (3)

وبإمعان النظر في هذه الواقعة نجد أنّها تحمل في طياتها ما يفيد الأخذ بالتفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فخالد موظف عام تابع للدولة وهذا الموظف ارتكب خطأ ضد بعض الأفراد، ولم يكن هذا الخطأ مصطبغاً بطابع شخصي، وإنما مرتبط بالوظيفة ومن أجل ذلك تحملت الدولة عبء التعويض عنه باعتباره خطأ مرفقياً.

(1) - فتحي محمد عبد الحكيم محمد، مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء الإدارات القانونية، المرجع السابق، ص 28.

(2) - أبو الفداء إسماعيل ابن كثير الدمشقي، البداية والنهاية، تحقيق علي شبري، دار إحياء التراث العربي، ط 1، 1988، ج 2، ص 101.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، رقم الحديث: 4339، ج 5،

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

- أما تعديات التابع أو العامل التي تقع منه خارج حدود وظيفته أو بدون أمر من إدارة الدولة الإسلامية أو يعترئها سوء نية فهي تعتبر تعديا شخصيا وموجبه تنعقد مسؤولية التابع أو العامل ويتحمل عبء التعويض ولا تتحمل الدولة منها شيئا ومن ذلك:

- ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في خطبة: "أيها الناس إني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أضراركم ولا من أموالكم إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم، وليقيموا فيكم فمن فعل به غير ذلك فليقم فما قام أحد إلا رجل واحد قام، فقال يا أمير المؤمنين إن عاملك فلانا ضربني مائة سوط، قال فلم ضربته؟، قم فاقتص منه فقام عمرو بن العاص فقال: يا أمير المؤمنين إنك إن فعلت هذا يكثر عليك وتكون سنة يأخذ بها من بعدك، فقال أما أقيد وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقيد من نفسه، قال فدعنا فلنرضه قال: فدونكم فأرضوه فافتدى منه بمائتي دينار كل سوط بدينارين." (1)

فإن هذه الواقعة تدل على أن التعدي الذي وقع من العامل إنما وقع منه عمدا ولم يكن يقصد المصلحة العامة، ودليل ذلك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: إني لم آمرهم بالتعدي، وبذلك فقد تحمّل العامل مسؤولية فعله الضارّ وتصرفه لم تتحمّله الدولة من بيت مال المسلمين، وهو ذات المفهوم الحقيقي لنظرية الخطأ الشخصي.

ومن منطلق نظرية الخطأ الشخصي كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا يرى وجوب تحمّل الدولة المسؤولية عن أخطاء موظفيها وعمالها بناء على أنهم مسئولون عن أعمالهم وأنّ أحدا لم يتسبب في إقدامهم على التعديات والأخطاء فكان يقول إني لم آمرهم بالتعدي فهم أثناء عملهم يعملون لأنفسهم لا لي." (2)

فهذه القرارات والتطبيقات وغيرها تحمل في طياتها تطبيقات واضحة للأخذ بفكرة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في الفقه والقضاء الإسلامي.

(1) - أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، الخراج، دار المعرفة للطباعة، بيروت، لبنان، ط 1302 هـ، ص 115-116.

(2) - محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2015، ص 430.

4- الأسس الشرعية النظرية لمسؤولية الدولة على أساس الخطأ

وإذا كانت الدولة مسؤولة عن التعدي الواقع من موظفيها متى ترتب عليه ضرر بالغير منشأه الخطأ، فالسؤال المطروح: ما هي الأسس الشرعية النظرية لمسؤولية الدولة على أساس هذا الخطأ؟ وينقسم الفقه في ذلك إلى أساسين:

أ- النيابة

يرى بعض من الفقهاء المسلمون أنّ أساس مسؤولية الدولة عن التعدي الواقع من تابعيها هو النيابة وتتحمل التعويض على أساس أن التابع نائب عنها في التصرف أو الفعل الخاطئ الذي ترتب عليه الضرر للغير، ويظهر ذلك ممّا ذكره في هذا الشأن:

- ما جاء في المغني: "أنّ الأمر الخاص نائب عن المالك في حِرْفٍ منافعها إلى ما أمره به فلم يضمن من غير تعدّد كما للوكيل والمضارب، فأما ما تلف بتعديه فيجب ضمانه." (1)

- وما جاء في البدائع: "ولو استأجر رجلاً ليحفر له بئراً في الطريق فحفر فوقه فيها إنسان، فإن كانت البئر في فناء المستأجر فالضمان عليه لا على الأجير؛ لأن له ولاية الانتفاع بفنائها إذا لم يتضمن الضرر المارة...، فانصرف مطلق الأمر بالحفر إليه فإذا حفر في فنائها انتقل فعل المأمور إليه كأنه حفر بنفسه فوقه فيه إنسان، ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا هنا." (2)

ومن هذه النصوص فإن أصحابها يؤسسون مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه على فكرة النيابة على أساس أن التابع نائب عن المتبوع فهو عندما يعمل إنما يعمل لمتبوعه ويعتبر عمل التابع كعمل المتبوع نفسه إذ يلتزم المتبوع بتعويض الغير الذي لحقه ضرر عما أصابه. (3)

ب- نظرية الغنم بالغرم

ويعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن أساس مسؤولية الدولة عن فعل تابعيها هو تحمل التبعة والتي

(1) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ص 390-391.

(2) - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ص 277.

(3) - فتحي محمد عبد الحكيم، مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء الإدارات القانونية، المرجع السابق، ص 68.

تقضي بأن من يستفيد من فعل شيء عليه أن يتحمل تبعته ويتضح ذلك من الآتي:

-قال البغدادي: " أيما رجل من هؤلاء التجار في الأسواق أمر أجيروا عنده فرشاً في طريق فناء المسلمين فعطب أحدهم فالضمان على الأمر، إن كان أمره فتوضاً في الطريق فالضمان على المتوضئ؛ لأن منفعة الوضوء للمتوضئ ومنفعة الرش للآمر." (1)

فهنا حمل مسؤولية تعويض المضرور في حالة الأمر برش الطريق على عاتق الأمر على أساس أنه هو المستفيد من ذلك الرش، فلزم أن يتحمل تبعته أما في حالة الأمر بالوضوء فإن المستفيد هو المتوضئ لذلك لزمه تحمل المسؤولية. (2)

وبعد ذكر الاتجاهين الذين قال بهما الفقهاء المسلمون يبدو أن كلا الاتجاهين أسس المسؤولية على أساس أن التابع نائب عن المتبوع، وأن مسؤولية المتبوع مشروطة بأن يكون العمل الذي قام به التابع في حدود العمل المكلف به أو ما يكون مأموراً به، أما إذا خرج التابع عن تلك الحدود أو أتى بعمل لم يؤمر به، فإن التابع هو الذي يتحمل فعله الضار مع الأخذ بعين الاعتبار أن ما ينطبق على الأفراد ينطبق على الدولة. (3)

والخلاصة أن التابع هو نائب عن الخليفة أو الوالي أو الأمير وبالتالي فإن تصرفه الضار يكون مضافاً إليه متى صدر في حدود الوظيفة أو كان مأموراً به ولم يتجاوزها، أو تجاوزها لأجل المصلحة العامة وهذا ما يرجح أن أساس مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها الضارة هو النيابة وهو ما يجعل الضمان في هذه الحالة على بيت مال المسلمين، أما إذا كان التصرف خارجاً عن الحدود ولم يؤمر به وابتغى من ورائه المصلحة الشخصية فإنه يتحمل مسؤولية فعله الضار من ماله الخاص.

(1) - غياث الدين أبي محمد غانم بن محمد النصاروي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، طبعة المطابع

الخيرية، مصر، 1307 هـ، ص 32 .

(2) - فتحي محمد عبد الحكيم، مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء الإدارات القانونية، المرجع السابق، ص 69.

(3) - فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 300.

المطلب الثاني: مدى صلاحية الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

القاعدة العامة في الظروف العادية أنّ قيام مسؤولية الدولة مرهون بوجود خطأ مرتكب من جانبها، ممّا يؤدي إلى إلزامها بالتعويض لكن نظرة التشريع والقضاء لهذه المسؤولية تختلف في الظروف الاستثنائية حيث أنّ الأخطار الناشئة عن الأوضاع غير العادية لا توفر وقتاً للتدبر والتمهّل، لأنّها تتطلب إجراءات سريعة وعاجلة، تقتضي توسيع صلاحيات السلطة العامة حتى تتخذ الإجراءات اللازمة ولو كانت مخالفة للقوانين العادية، لذلك حاول القضاء إضفاء الشرعية على هذه التصرفات.

وبناء على هذه الأسباب فإنّ أساس المسؤولية في حالات الظروف الاستثنائية يكون مختلفاً عليه في الظروف العادية، والسؤال الذي يطرح مرة أخرى هل نظرية الظروف الاستثنائية تضيي المشروعية على كافة التصرفات والإجراءات الاستثنائية فلا تخضع للرقابة القضائية وبذلك فلا مجال للحديث عن المسؤولية ولا عن نظرية الخطأ كأساس لقيام هذه المسؤولية.

والإجابة على هذا السؤال يتطلب دراسة الرقابة القضائية على السلطات الاستثنائية للدولة، ثم بيان موقف القضاء عملياً من نظرية الخطأ في أحكامه التي أصدرها بموجب إجراءات استثنائية

الفرع الأول: الرقابة القضائية على أعمال الدولة في الظروف الاستثنائية

تعتبر الرقابة في الظروف الاستثنائية ممارسة شرعية وقانونية بغية تحقيق التوازن بين السلطة والحرية، ومن خلالها يتمكن القاضي من مناقشة الدولة فيما أصدرته من تصرفات ومراجعتها في مدى شرعيتها، وحق الرقابة القضائية على التصرفات الاستثنائية للسلطة العامة كفه كل من النظام الجزائري والنظام الإسلامي.

أولاً: الرقابة القضائية على السلطات الاستثنائية في النظام الجزائري

إن اتساع السلطات التي يقرها النظام الاستثنائي الذي تقره السلطة القائمة يتطلب الوقوف على مدى مشروعية هذه الأعمال والسلطات التي تتخذ في هذه الظروف، ولأنّ المخالفات والأخطاء المتوقعة من السلطة في مثل هذه الظروف لا تكون على نمط واحد فقد تختلف باختلاف شدة الظروف الاستثنائية والخطورة التي تهدد كيان الدولة، لذا نحاول الوقوف على بعض الأخطاء التي تكون قد

صدرت عن الدولة الجزائرية في ظروف استثنائية وبيان مدى اعتبارها أساسا لإثارة مسؤوليتها أمام القضاء في هذا الظرف .

1- مدى مشروعية أعمال الدولة في الظروف الاستثنائية

إذا كانت مسؤولية الإدارة تقوم على أساس الخطأ بصفة أصلية وكقاعدة عامة في الظروف العادية، فإن عدم مشروعية العمل الإداري يمكن أن يشكل سببا كافيا لإثارة مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تنشأ عن هذا العمل، ذلك أن عدم المشروعية يمكن أن يشكل خطأ يثير مسؤولية الدولة.

والفرض الذي يمكن أن نواجهه بالنسبة للإجراءات الناشئة عن تطبيق إجراءات الظروف الاستثنائية كأصل عام، هو مشروعية تلك الإجراءات لصدورها في حالة الضرورة لأن نظرية الظروف الاستثنائية من شأنها أن تضيي المشروعية على الإجراءات الصادرة تحت تأثيرها أو بهدف التغلب عليها دون إمكانية إثارة مسؤوليتها على أساس الخطأ على الرغم من أنه لو قامت بتلك الإجراءات في ظل الظروف العادية لأمكن إثارة مسؤوليتها على أساس الخطأ⁽¹⁾، غير أنه تجدر الإشارة أن تلك الإجراءات الصادرة وقت الأزمات يتعين أن يتوافر لمشروعيتها الشروط التي سبق وأن عرضناها في الأحكام العامة للنظرية، وألا تعيب الإجراءات بعدم المشروعية وهو ما يثير مسؤولية الدولة على أساس الخطأ.

فالعمل الإداري غير المشروع يمكن أن يتعرض للإلغاء وذلك بالطبع فيه بالإلغاء لتجاوز السلطة أو عدم المشروعية وفي حالة ترتيب ضرر عليه يمكن أن يثير هذا العمل مسؤولية الدولة ويتقرر للأفراد الحق في التعويض عن تلك الأضرار.⁽²⁾

ومع ذلك يثور بهذا الخصوص التساؤل التالي: متى يعتبر العمل غير مشروع إذا صدر في الظروف

(1) - انظر:

Jaques Robert, les violation de la liberté individuelle comises par l'administration, le problème de la responsabilité, L.G.D.J, 1956, P.233 .

وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 74 من الدستور المصري والرقابة عليها، المرجع السابق، ص553.

(2) - De Laubadéré : traité de droit administratif.T.I.9^{ème}.par ;vnezia et gaudemet L.G.D.J. 1984. p 748 .

الاستثنائية التي من شأنها إضفاء المشروعية على إجراءات الأزمات؟

الواقع أن العمل يعد غير مشروع حتى في ظل الظروف الاستثنائية إذا صدر مخالفا لشروط المشروعية الاستثنائية سواء ما تعلق منها بالشروط الموضوعية، وهي قيام تهديد جسيم حال واستنفاد جميع الوسائل العادية اللازمة للتغلب عليه أو العمل للغاية المخصصة من اتخاذه وهي مواجهة الأزمة وإعادة الأوضاع إلى حالتها الطبيعية، فإذا لم يستهدف العمل هذه الغاية أمكن اعتباره عملا غير مشروع بسبب الانحراف بالسلطة الذي يبدو من خلال الانحراف عن غاية الإجراءات الاستثنائية، كذلك إذا صدر العمل دون أن يستند إلى سبب يبرره يتمثل في ظروف استثنائية جسيمة تستوجب اتخاذه وفي هذه الحالة يبدو العمل مجردا من أي سبب قانوني يبرره أو إذا صدر العمل دون أن تتوافر فيه الشروط الشكلية والدستورية التي نص الدستور على وجوب توافرها، كما هو الحال في شرط الاستشارات الواجب توافرها من أجل إعلان الظروف الاستثنائية.

فصدور العمل دون مراعاة للشروط الموضوعية أو الشكلية للمشروعية الاستثنائية يمكن أن يؤدي إلى اعتباره عمل غير مشروع⁽¹⁾، ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن العمل الذي تتوافر فيه الشروط السابقة، ويصدر مراعيًا لأحكام نظرية الظروف الاستثنائية لكنه مخالف للقانون القائم، بأنه عمل غير مشروع؛ لأن عدم المشروعية في إجراءات الظروف الاستثنائية لا يستفاد من مخالفتها للقوانين واللوائح القائمة بل للضوابط والشروط التي تفرضها المشروعية الاستثنائية، فحين يفقد العمل أسس مشروعيته العادية والاستثنائية على حد سواء، لا يمكن اعتباره عملا من أعمال الضرورة.⁽²⁾

فالمأمل في ظل تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية قد يتبادر إلى ذهنه أن تلك الحالات قد تمحو كافة العيوب التي قد تصيب تصرفات وأعمال السلطة الصادرة خلالها، وأنها تحوز على المشروعية بسبب تلك الظروف، غير أن هذا الاعتقاد يزول إذا ما حددنا تأثير حالات الظروف الاستثنائية على عناصر المشروعية الخمسة في القرار الإداري وهي: الاختصاص والشكل والغرض والمحل والسبب، وفيما يلي نتناول كيفية تأثير حالات الظروف الاستثنائية على هذه العناصر:

(1) -وجدي ثابت غريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص554.

(2) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص253.

أ- ركن الاختصاص

والاختصاص من الأركان الجوهرية في القرار الإداري، وقاعدة الاختصاص تعني تلك الرخصة القانونية التي تتقرر لهيئة معينة أو لشخص معين قصد ممارسة نشاط معين وفي هذه القاعدة تأكيد لمبدأ الفصل بين السلطات أو الوظائف بين الهيئات العامة والتزام السلطات العامة بحدود اختصاصاتها القانونية، والأصل أن قواعد توزيع الاختصاص بين الهيئات العامة تمنع إحداها من العدوان على الاختصاصات الأخرى وإلا كان عملها مشوباً يعيب عدم الاختصاص.⁽¹⁾

كما يمكن أن تحول الظروف الاستثنائية دون اعتبار تصرفات الإدارة المخالفة لقواعد الاختصاص غير مشروعة، وقد اطرد القضاء الإداري في فرنسا على أن يرخّص للإدارة بأن تتخذ كل التدابير اللازمة لمواجهة متطلبات هذه الظروف ولو كانت خارجة عن نطاق الاختصاصات العادية المنصوص عليها في القوانين العادية.⁽²⁾

وقد بينّا فيما سبق أنّ من أهم آثار نظام الظروف الاستثنائية هو التوسيع في اختصاصات الإدارة، هذا التوسيع يأخذ عدّة أشكال فقد يكون على شكل توسع في الاختصاصات الأصلية للإدارة ويتعلق الأمر هنا بتوسيع سلطات الضبط الإداري، كما قد يكون على شكل نقل اختصاص جهة معينة إلى جهة أخرى غير مختصة كما هو الحال في نقل صلاحيات الضبط الإداري إلى الإدارة العسكرية في بعض الحالات وأخيراً قد يكون على شكل إعطاء جهة الإدارة اختصاصات ممتازة وطائرة في الأصل هي من اختصاص السلطتين التشريعية أو القضائية.⁽³⁾

ولكن في كلّ الأحوال فإنه ليس للإدارة أن تحدّد بنفسها وبشكل مطلق ونهائي مدى ما تختص به بناءً على ضرورات الظروف الاستثنائية، إنّما تخضع في ذلك لرقابة القاضي الإداري الذي يحدّد في النهاية ما يعتبر توسعاً مشروعاً وما لا يعتبر كذلك، وفي هذه الحالة الأخيرة يقضي بإلغاء القرار المطعون فيه

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، 236.

(2) - أنظر: أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 208.

- إسماعيل حقي بربوتي، الرقابة على أعمال سلطة الطوارئ، المرجع السابق، ص 596.

(3) - عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، المرجع السابق، ص 126-127.

لتجاوز السلطة. (1)

لكن في الغالب القضاء الإداري لا يلغي القرارات الإدارية لعيب الاختصاص في الظروف الاستثنائية إلا في حدود ضيقة وهو ما سجله قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث رفض إلغاء الكثير من القرارات المطعون فيها على أساس عيب الاختصاص. (2)

ومع قلة الأحكام القضائية في الجزائر فإن القضاء الإداري الجزائري أتاحت له الفرصة من أجل إبداء رأيه حول هذه المسألة إذ اعتبر أن قواعد الاختصاص يجب أن تحترم وإلا حكم القاضي بإلغاء قرار الإدارة المخالف لتلك القواعد وعلى ذلك إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر عدم إمكانية احترام قواعد الاختصاص فإن القاضي الإداري سيحكم بمشروعية القرار.

ففي القضية التي فصل فيها المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - سنة 1969 قام جيش التحرير الوطني في جويلية من سنة 1962 بالاستيلاء على قطعة أرض لأحد الخواص مخالفا بذلك قواعد الاختصاص، ما دام أن تلك المسألة تعد من الاختصاص المطلق للوالي، ولما طعن المعني بالأمر بدعوى الإلغاء ضد القرار الصادر ضده على أساس مخالفة قواعد الاختصاص، اعتبر القاضي أن القرار يعد شرعيا وذلك نظرا لأن جيش التحرير كان آنذاك هو السلطة الوحيدة الموجودة لاتخاذ القرار.

و مع ذلك فالقاضي الإداري الجزائري لا يحكم دائما بشرعية القرار على الرغم من مخالفته لقواعد الاختصاص، بل يشترط أن تكون الظروف الاستثنائية هي السبب المباشر لتلك المخالفة، بحيث تكون المصلحة العامة مهددة إذا لم يتخذ القرار، وبناء على ذلك فإن الظروف الاستثنائية لا تكفي لوحدها للحكم بشرعية القرار المخالف لقواعد الاختصاص، ففي قضية الصندوق المركزي لإعادة تأمين التعااضديات الفلاحية، ضد وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي (3)، فإن القاضي حكم بإلغاء قرار وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي، الذي اتخذ القرار - القاضي بتأميم الصندوق المركزي لإعادة التأمين - في

(1) - عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، المرجع السابق، ص 129.

(2) - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 209-210.

(3) - Conseil superieur cham,adm,C.C.R .M.A,c/minister de l'agriculture et de la reforme agraire, précité . . .

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

بجال مخصص للوالي، ووزير المالية- وذلك على الرغم من وجود الظروف الاستثنائية، ولقد برر القاضي حكمه بأن تلك الظروف لم تمنع السلطة المختصة من اتخاذ الإجراءات المحولة لها بنصوص قانونية. وفي قضايا أخرى خالفت الإدارة قواعد الاختصاص وللأسف فإن المعني بالأمر لم يتوجه بدعواه أمام الجهة القضائية المختصة نوعياً⁽¹⁾، ومن ذلك قضية نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان ضد السيد خلوط عبد القادر⁽²⁾.

من وقائع هذه القضية يتضح بأن هناك مخالفة لقواعد الاختصاص، ذلك أن العقوبات التأديبية، سواء عقوبات الدرجة الأولى، أو الثانية أو الثالثة، هي من اختصاص السلطة التي لها صلاحية التعيين أو السلطة المفوضة لذلك وهذا طبقاً للمواد 125 إلى غاية 127 من المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي التّمودجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 83/91 المؤرخ في 23 مارس 1991 المتضمن إنشاء نظارة الشؤون الدينية والمحدد لتنظيمها، نجد بأنّ السلطة التي لها صلاحية تعيين الأئمة وتوقيفهم أو إعادة إدماجهم هي وزارة الشؤون

(1) - فيما يتعلق بالجهة المختصة يمثل هذه النزاعات أنظر: القرار رقم 95338، المؤرخ في 8 ديسمبر 1994، المحلة القضائية، ع01، 1996، ص129.

(2) - وتتخلص وقائع هذه القضية في أن السيد خلوط كان يعمل إماماً بإحدى مساجد تلمسان وبعد أحداث جوان 1991، صدر قرار باعتقاله إدارياً وذلك في 10 جوان 1991 وبتاريخ 20 حويلية 1991 أصدر والي تلمسان القرار 873، والذي =قرر بموجبه تعليق علاقة عمل السيد خلوط، وذلك ابتداء من 10 جوان 1991 بالإضافة إلى تعليق مُرتّبته إلى إشعار جديد وذلك باستثناء المنح العائلية، وبعد الإفراج عن السيد خلوط من الاعتقال الإداري، توجه بطلب إلى نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان طالباً منها إعادة إدماجه في منصب عمله، ودفع أجوره التي لم يتحصل عليها عندما كان معتقلاً، إلا أن النظارة رفضت طلبه، وبرتت رفضها بالتعليم رقم 751 الموجهة إلى نظارات الشؤون الدينية، والصادرة عن وزير الشؤون الدينية في 12 أوت 1992، والتي نصت على أنه "لا يمكن إعادة إدماج أي موظف لدى وزارة الشؤون الدينية في منصب عمله خاصة الأئمة الذين تم الإفراج عنهم من مراكز الاعتقال الإداري، إلا بعد الموافقة الصريحة لوزارة الشؤون الدينية، فقام السيد خلوط برفع دعوى أمام القسم الاجتماعي لمحكمة تلمسان ضد نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان، يطلب من خلالها إعادة إدماجه في منصب عمله الأصلي، بالإضافة إلى دفع أجوره الشهرية التي لم يتحصل عليها عندما كان معتقلاً، فاستجابت المحكمة لطلبه بحكم نهائي في 3 مارس 1997، وهذا ما أدى بالنظارة إلى الطعن بالنقض في هذا الحكم أمام الغرفة الاجتماعية لدى المحكمة العليا في 14 فيفري 1998، وذلك على أساس أربعة أوجه وهي: عدم الاختصاص النوعي، إغفال أو مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات، انعدام الأساس القانوني، وتناقض الأحكام النهائية الصادرة عن مختلف المحاكم، فقامت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة تلمسان في 3 مارس 1997 وبدون إحالة، القرار رقم 199753، الفهرس 1170، المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، 16 ماي 2000، القرار غير منشور.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الدينية، وعليه فإن الوالي عندما قام بتعليق علاقة عمل السيد خلوط، يكون بذلك قد خالف أحكام المرسوم 59/85 والمرسوم 83/91 ما دام أن الوالي لا يتمتع بصلاحيات تعيين الأئمة.

إن نفس هذا الحل أكدت عليه الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في قرار آخر⁽¹⁾، مشابه تماما لهذا القرار، فالسيد براهيم الطيب كان يعمل إماما بإحدى مساجد تلمسان، تعرض للاعتقال الإداري في 10 جوان 1991، وذلك بعد أحداث جوان 1991، فقام والي تلمسان في 20 جويلية 1991 بإصدار قرار رقم 1026، والذي قرر بموجبه تعليق علاقة عمله ابتداء من 10 جوان 1991، بالإضافة إلى تعليق أجره إلى غاية إشعار جديد، وذلك باستثناء المنح العائلية، وبعد الإفراج عليه طلب من نظارة الشؤون الدينية بولاية تلمسان إعادة إدماجه في عمله، بالإضافة إلى دفع أجره عن المدة التي قضاه في الاعتقال الإداري، إلا أن النظارة رفضت وبترت رفضها بالتعليمات رقم 751 الموجهة إلى نظارات الشؤون الدينية، والصادرة عن وزارة الشؤون الدينية في 12 أوت 1992 فلما رفع السيد براهيم دعوى ضد النظارة أمام القسم الاجتماعي لمحكمة تلمسان، مطالباً بنفس ما طلبه من النظارة، استجاب لطلبه، وهو ما أدى بالنظارة إلى الطعن في الحكم بالنقض أمام الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، التي نقضت وأبطلت حكم المحكمة وبدون إحالة.⁽²⁾

ومنه فمنطوق القرار يترتب عليه اعتبار جميع الإجراءات المتخذة ضد السيد خلوط اعتبرت صحيحة على الرغم من صدورها من جهة غير مختصة منذ تاريخ توقيف علاقة عمل السيد براهيم الطيب إلى غاية الفصل في النزاع نهائياً، وإن كان هذا الحكم لا يمنع المدعي من التوجه إلى القاضي المختص.

إذن فالخلاصة أنه لا مسؤولية خطئية على قرارات الدولة المخالفة للاختصاص في الظروف الاستثنائية.

ب- بالنسبة لركني الشكل والإجراءات

الأصل العام أنه يتعين على جهة الإدارة مراعاة الشكل والإجراء الذي يتطلبه القانون فيما تصدره

(1) - القرار رقم 199791، الفهرس 1413، المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، 06 جوان 2000، نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان، القرار غير منشور.

(2) - انظر: مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 280-283.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

من قرارات فإذا خالفت الإدارة ذلك وأصدرت قرارات لم تراعي فيها هذه الإجراءات كان قرارها موجبا للإلغاء. (1)

لكن هذه القاعدة لا تسري على إطلاقها فقد تحوّل الظروف الاستثنائية دون اعتبار تصرفات الإدارة التي لا تتم وفقا للإجراءات والشكليات المنصوص عليها في القانون غير مشروعة، فالقاضي الإداري قد يرى أنّ هذه الظروف تبرر إغفال الإدارة لبعض الإجراءات والشكليات طالما تعدّر عليها ذلك، وقد تأخذ هذه المخالفة أو الإغفال الذي يسمح به القضاء أحد الشكلين التاليين:

أ- أن توقّف السلطة التنفيذية بمراسيم أو ما يسمّى لوائح الضّورة الضمانات والإجراءات الشكليّة التي نصّت عليها القوانين العادية، وتنص على إجراءات أخرى أقلّ ضمانا للأفراد من الأولى، وفي هذه الحالة لا نكون أمام عيب مخالفة الشكل بالمعنى القانوني الدقيق طالما أقرنا بمشروعية هذه المراسيم التي أصبح لها قوة القانون، كما أنّه يجب الأخذ بالإجراءات والشكليات التي نصّت عليه المراسيم تحت رقابة القضاء.

ب- وقد تخالف السلطة التنفيذية القانون بشكل مباشر وذلك بأن لا تتّبع الإجراءات والشكليات المنصوص عليها رغم عدم صدور قانون أو مرسوم سابق يوقفها أو يعدلها. (2)

ومن يبحث في عمل القضاء الجزائري يجده قد تميّز بنوع من الجرأة عندما راقب بعض القرارات والإجراءات الاستثنائية بسبب الطعن فيها لعيب الشكل والإجراءات، حيث نجد أنّ واقعة مراقبته لقرار إداري يتعلق بالوظيفة العمومي حيث أنّ:

في 13 فيفري 1995 وفي ظلّ تطبيق النّظام القانوني الاستثنائي في الجزائر وعند استخدام أحكام حالة الطوارئ، أثناء الاضطرابات التي سادت الجزائر في التسعينات، رفع أحد الموظفين دعوى أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي يطالب فيها بإلغاء القرار الإداري الصادر في 02 أكتوبر 1994، يتضمّن عزله وتسريحه من العمل بسبب أن نتائج التحقيق الإداري كانت سلبية ضده، حيث استند المدعي المطرود إلى

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 239.

(2) - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 217.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

أنّ الإدارة لم تحترم أحكام المرسوم رقم 59/85 المتعلق بحقوق وواجبات الموظفين، لاسيما المادة 129⁽¹⁾، التي تعطي صلاحية الطرد إلى مجلس التأديب وليس للإدارة. فأجابت الإدارة عن طريق محاميها بأنّ قرار الطرد أُتخذ بالاستناد إلى المرسوم رقم 54/93 المؤرخ في 16 فيفري 1993⁽²⁾، المتضمّن تحديد بعض الواجبات المطبّقة على الموظفين والأعوان العموميين والذي جاء تطبيقا للنظام القانوني الاستثنائي للمرسوم 44/92 المتعلق بحالة الطوارئ، أما المرسوم 59/85 فهو يتعلّق بالأوضاع العادية المألوفة وهو نظام قانوني عادي لا يعمل به في ظل الأوضاع الاستثنائية غير العادية وبالتالي فإنّ قرار الطرد من اختصاص الإدارة التي لا تلزم بعرض هذا الاقتراح على مجلس التأديب.

الحكم: في 10 مارس 1995 قضت الغرفة الإدارية بإلغاء قرار الإدارة وإرجاع الموظف بسبب عدم احترام الإدارة لأحكام النظام القانوني العام.

الاستئناف: استأنفت الإدارة القرار الابتدائي أمام المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، هذه الأخيرة صادقت على القرار الابتدائي بتاريخ 03 ماي 1995.

ومن هذه الواقعة يتّضح نموذج من رقابة القضاء الإداري الجزائري على قرارات السلطة التنفيذية المتّخذة أثناء استخدام النظام القانوني الاستثنائي تحت طائلة عدم المشروعية الماسّة بالإجراءات وهذا رغم عدم وجود مجلس الدولة ومحكمة التنازع في الفترة الممتدة من 1991 وإلى غاية 1996⁽³⁾ وهذا ما يعتبر سابقة في تاريخ القضاء الإداري الجزائري.

ومن الأمثلة كذلك على تحلل الإدارة من احترام قواعد الشكل والإجراءات في القرار الإداري في ظل الظروف الاستثنائية نجد ما أكده القضاء الإداري الجزائري في قضية (ب، ط) ضد مديرية التربية لولاية قالمة⁽⁴⁾ والتي تلخص وقائعها في أن السيد (ب، ط) كان يمارس مهام معلم في الطور الأساسي

(1) - القانون رقم 59/85 مؤرخ في 23 مارس 1985، المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 13، الصادرة بتاريخ 24 مارس 1985.

(2) - المرسوم 54/93 المؤرخ في 16 فيفري 1993، يحدد بعض الواجبات الخاصة المطبقة على الموظفين والأعوان العموميين وعمال المؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 13، الصادرة بتاريخ 17 فبراير 1993.

(3) - رباحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 153-154.

(4) - مجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قضية السيد ب ط ضد مديرية التربية لولاية قالمة، 9 أبريل 2001، ع 1، 2002، ص 66.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الرولة في الظروف الاستثنائية

منذ 1981، وفي سنة 1995 تم اعتقاله وذلك بتهمة الانتماء إلى شبكة إرهابية فقامت مديرية التربية لولاية قالمة نتيجة ذلك بإصدار قرار في 1 أكتوبر 1995 يقضي بتعليق علاقة عمله، وبتاريخ 22 أبريل 1996 أصدرت محكمة قالمة، حكما يقضي بحبسه نتيجة انتمائه لشبكة إرهابية وبعد خروجه من السجن سنة 1997، تقدم بطلب إلى مديرية التربية قصد إعادة إدماجه في منصب عمله إلا أن الوالي رفض هذا الطلب كما قامت مديرية التربية بإصدار قرار بتسريحه في 21 ماي 1997 دون أن تُمكنه من الدفاع عن نفسه. (1)

قام السيد (ب، ط) بالطعن في القرار بدعوى تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قالمة، إلا أن هذه الأخيرة رفضت، وأصدرت قرارا في 9 جوان 1997 يقضي برفض طعنه، وبالتالي رفض إعادة إدماجه فقام السيد (ب، ط) في 24 جانفي 1999 بالطعن بالاستئناف في ذلك القرار أمام مجلس الدولة طالبا إلغاءه، على أساس أن مديرية التربية أخطأت في تقدير الوقائع كما قامت بخطأ واضح في تقدير الغلط وبالتالي فإن قرارها منعدم الأساس، إلا أن مجلس الدولة أيد القرار المستأنف فيه واعتبر قرار التسريح مشروعا على الرغم من عدم احترامه لحقوق الدفاع ولقد استند مجلس الدولة من جهة على المرسوم التنفيذي رقم 54/93 المؤرخ في 16 فبراير 1993 المحدد لبعض الالتزامات القابلة للتطبيق على الموظفين والأعوان الإداريين وعمال المؤسسات العمومية ومن جهة أخرى على المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 06 مارس 1993 المتضمن تمديد فترة الطوارئ (ظرف استثنائي) .

فالأصل أن القضاء الجزائري يعتبر مخالفة الإدارة لقواعد الشكل الواردة في قرار فصل السيد (ب، ط) عيب في مشروعية القرار، بحيث إذا تم الطعن فيه فإن القاضي يقوم بإلغائه لأن الإدارة يتعين عليها أن تحترم حقوق الدفاع بحيث يجب عليها أن تتمكن المعني بالأمر من الاطلاع على الأفعال المنسوبة إليه، والتي تبرر العقوبة التي تنوي الإدارة تطبيقها عليه، مادام أن هذا المبدأ يعد من المبادئ العامة للقانون لكن الإدارة تحلت من احترام هذه القواعد في ظل الظروف الاستثنائية (حالة الطوارئ).

(1) - إن المرسوم رقم 39/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع13، قرر في مادته 127: "السلطة التي لها صلاحية التعيين هي السلطة المؤهلة قانونا لوحدها لتخاذ عقوبات الدرجة الثالثة -التسريح - بعد موافقة لجنة الموظفين."

ت - بالنسبة لركن المحل

محل القرار الإداري هو الأثر القانوني المباشر الذي يحدثه القرار، فالقرار بفصل أحد العاملين من وظيفته يكون محله هو إنهاء العلاقة الوظيفية بين هذا العامل والجهة الإدارية التي يعمل بها، وحتى يكون القرار الإداري سليماً ومشروعاً يجب أن يكون محله جائزاً وممكناً قانوناً أي يجوز للإدارة أن تتخذ مثل هذا القرار، فإذا كان محل القرار غير جائز قانوناً ومع ذلك اتخذته الإدارة كان تصرفها غير مشروع، واستوجب الإلغاء لمخالفته للقانون، وفي هذا الإطار لا يجوز للإدارة أن تصدر قرارات تخالف أو تعدل أو تلغي أو توقف نصوصاً قانونية أعلى منها مرتبة في سلم القواعد القانونية.⁽¹⁾

ولكن على خلاف هذا نجد أن القضاء الإداري في فرنسا مثلاً يبيح للإدارة أن تتخذ إجراءات مخالفة للقوانين السارية إذا كان ذلك ضرورياً للمحافظة على الأمن العام وسير المرافق العامة في الظروف الاستثنائية⁽²⁾، ويستوي الأمر هنا أن تكون هذه المخالفة للقوانين العادية، أو القوانين المنظمة للظروف الاستثنائية كقانون حالة الحصار وتنظيم حالة الطوارئ أو الحرب...

وقد قضى مجلس الدولة في فرنسا في كثير من أحكامه بمشروعية القرارات التي تخالف فيها الإدارة أحكام القوانين السارية طالما كانت هذه المخالفة مبررة بضرورات الظروف الاستثنائية.⁽³⁾ ولكن من جهة أخرى نجد أنّ مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بإلغاء العديد من القرارات الصادرة في الظروف الاستثنائية والتي قضى بشأنها أن ظروف الحال لا تبرر مخالفتها للقوانين السارية⁽⁴⁾.

إذا فالقضاء الإداري وإن كان يتجاوز على عيب مخالفة القانون الإداري كأصل عام في ظل الظروف الاستثنائية، إلا أنه أخضع الإدارة في هذا الشأن وقيدها بضابط ضرورة ولزوم عدم مخالفة

(1) - أنظر: أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 214.

إسماعيل حقي بربوتي، الرقابة على أعمال سلطة الطوارئ، المرجع السابق، ص 607.

(2) - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 214.

(3) - أنظر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري بهذا الخصوص: أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 177 إلى 188، و 215-216.

(4) - أنظر أمثلة في هذا الشأن: سمير علي عبد القادر، السلطات الاستثنائية رئيس الدولة، المرجع السابق، ص 406. وحدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 533.

- أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 230.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الإجراء أو القرار للقانون، بحيث إذا ثبت للقاضي عدم ملائمة إجراء الإدارة في ظل الظروف المحيطة بها وأنها كانت تستطيع مواجهة الوضع دون أن تضطر لمخالفة القانون حكم بإلغاء تصرفاتها. (1)

فبالنسبة للقضاء الجزائري فمن القضايا التي يمكن الحصول عليها والتي سمح فيها للإدارة تحت الظروف الاستثنائية باتخاذ قرارات مخالفة لقواعد المحل كضرورة للحفاظ على النظام العام أو استمرارية خدمات المرفق العام، القرار رقم 199753 الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية في 16 ماي 2000 نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان ضد السيد خلوط عبد القادر، والقرار رقم 199791 الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية في 6 جوان 2000 نظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان ضد السيد براهيم الطيب السابق الإشارة إليهما حيث قام الوالي بإصدار قرارين إداريين اتجاه الإمامين على الرغم من أن الأمر لا يتعلق بالحالات التي يجوز فيها إصدار القرارات بأثر رجعي ومع ذلك فالوالي برر قراره بالظروف الاستثنائية - حالة الحصار-. (2)

ث- بالنسبة للسبب

والسبب يتمثل في حالة واقعية أو قانونية تدعو الإدارة إلى التدخل والتي بدون وجودها يفقد القرار علّة وجوده ومبرر إصداره ويصبح بدون أساس قانوني يقوم عليه، والسبب يجب أن يكون حقيقيا لا وهميا ولا صورياً وصحيحاً مستخلصاً استخلاصاً من أحوال ثابتة تنتجها واقعا وقانونا. (3)

والظروف الاستثنائية لا يمكنها أن تمحو بأي حال من الأحوال عدم المشروعية الذي يكون عالقا بالقرار لعيب في سببه وتظهر عدم المشروعية الناتجة عن عيب السبب في حالتين اثنتين: حين يحدّد القانون سببا معينا يجب أن يتحقق حتى تستطيع الإدارة أن تصدر قرارا معينا، ومع ذلك تصدره استنادا إلى سبب آخر، وفي هذه الحالة يكون عدم مشروعية هذا القرار هو تخلف السبب الذي يتطلبه القانون، وكذلك عندما يتّضح عدم وجود السبب الذي تذرعت به الإدارة لتصدر قرارها.

(1) - أنظر: أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 391.

(2) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 298.

(3) - أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 392.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وفي كلتا الحالتين تظلّ الإدارة حتّى في ظلّ الظروف الاستثنائية ملتزمة بالأسباب التي ينص عليها القانون، وبأن تكون للبواعث التي تعللّ بها تصرفها وجود حقيقي. (1)

ونجد أن القضاء الإداري المقارن قد استقر على التشدد بصفة خاصّة في طلب الأسباب الجديّة عندما يكون الأمر متعلّقا بالحرية الشخصية، كأوامر الاعتقال والإقامة الجبرية والمنع من الإقامة، ويظهر ذلك من خلال بسط رقابته على الوقائع والأعمال التي تمثل سببا لهذا القرار، سواء من حيث وجودها أو تكييفها أو ملاءمتها لتكون سببا جديا للقرار. (2)

لكن ما يلاحظ على القضاء الإداري الجزائري انعدام دعاوى قضائية ضمت في فحواها طعونا ضدّ هذا الركن في القرارات التي صدرت في الظروف الاستثنائية التي مرّت بها الجزائر، وإن كان قد أبدى موقفه حول مسألة رقابة سبب القرار الإداري، وإذا كان موقف القاضي الإداري الجزائري هنا كان في ظلّ الظروف العادية فإنّه يدل على تذبذب فيما يخص هذه المسألة إلا أنّ هناك بعض القرارات القضائية التي أكّدت من خلالها حقه في رقابة سبب القرار الإداري، فإذا بررت الإدارة قرارها بداعي الأمن أو النظام العام وجب على القاضي التحقق من صحة دفعها وإذا وضعت شروطا في مجال معين وجب عليها احترامها وإلا عرضت قرارها للإبطال، وقد طبق القاضي الإداري الجزائري هذا المبدأ في قضية (ز، ب) ضد المديرية العامة للأمن ووزير الداخلية⁽³⁾، والتي تتلخص وقائعها في أن السيد (ز، ب) بعد وصوله إلى الجزائر قادمًا إليها من فرنسا أصدرت مصالح شرطة الحدود أمرا شفهيًا في 20 أكتوبر 1978 يقضي بإعادته إلى التراب الفرنسي، وذلك نظرا للموقف الذي اتخذته اتجاه حرب التحرير الوطني وقد برر هذا القرار بأن وجوده بالتراب الوطني فيه مساس بالنظام العام، فقام السيد (ز، ب) بالطعن في هذا القرار، بدعوى تجاوز السلطة أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء الجزائر، إلا أن هذه الأخيرة قضت في 9 أكتوبر 1985

(1) - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 216-217.

(2) - أنظر تفاصيل الرقابة القضائية على أسباب قرارات وأوامر الاعتقال والإقامة الجبرية فقها وقضاء: محمد حسنين عبد العال، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1998، ص 36-40.

- وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 471...480.

(3) - القرار رقم 49330، المجلس الأعلى للقضاء، 11 أكتوبر 1986، (ز، ب)، ضد المديرية العامة للأمن ووزير الداخلية، القرار

غير منشور.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

بعدم الاختصاص فقام السيد (ب، ز) بالطعن في هذا القرار بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى إلا أن هذه الأخيرة أيدت القرار المستأنف فيه ومع ذلك قررت في إحدى حثياتها أنه إذا كان يحق للسلطة الإدارية رفض دخول مسافر ترى في دخوله إلى التراب الوطني مساس بالأمن العام، إلا أنّ التقدير الذي تتمتع به هذه السلطة قابل للمناقشة أمام قاض تجاوز السلطة.

وفي هذه الحثيات يدلُّ على أن القضاء يرى أنّ الإدارة لو لم تستند على سبب حقيقي يبرر قرارها فإنّ قرارها يكون تحت طائلة رقابة القاضي، طالما أن الوقائع والأسباب التي استدعتها تعد غير صحيحة قد تؤدي إلى إبطالها.

ج- بالنسبة لركن الغاية (الغرض)

تخضع الإدارة خلال ممارستها لسلطاتها واختصاصاتها لقاعدة رئيسية فحواها أنّ كل قرار تتّخذه يجب أن يستهدف دائما تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يسمّى بالهدف العام والإدارة تخضع لهذه القاعدة سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية، وذلك تحت طائلة تعرّض تصرفاتها للإلغاء لعدم المشروعية، أمّا إذا حدّد القانون غرضا معيّنًا يجب أن تلتزمه الإدارة عند إصدارها لقرار معين فهنا يمكن للإدارة أن تصدر قرارا لتحقيق غرض آخر في حدود الصالح العام، ودون أن يعدّ تصرفها مشوبا بعدم المشروعية، ولكن يبقى عليها دائما الالتزام بأن يكون تصرفها مستهدفا دفع الظروف الاستثنائية ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة ككل⁽¹⁾.

وعلى الرغم من هذه القاعدة تجدر الإشارة إلى أنّه إذا حدد النص للإدارة هدفا معينا يجب أن تسعى لتحقيقه عند إصدارها لقرار معين، ومع ذلك فإن الظروف الاستثنائية أدت بالإدارة إلى إصدار ذلك القرار لتحقيق غرض آخر غير الذي حدده النص، فإن القضاء الإداري يعتبر ذلك القرار مشروعاً مادام لم يخرج عن فكرة المصلحة العامة وفي السوابق القضائية من القرارات ما جعلت عنصر الهدف معتبرا عند إصدار الحكم فمثلا نجد قضية السيد والي ولاية تلمسان ضد السيد الأفندي سيد محمد، فبعد أن تعرض السيد الأفندي رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية منصورية إلى الاعتقال الإداري في

(1) - مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة- قضاء الإلغاء- الدار العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص 642.

- أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 213.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

1 جويلية 1991 قام والي تلمسان في 7 جويلية 1991 بإصدار القرار رقم 2830 والذي يقضي بتوقيف السيد الأفندي عن مهامه كرئيس للمجلس الشعبي البلدي بسبب تحويل أموال البلدية لصالح الغير وعرقلة سير العمل وتحريض الأشخاص على المفاوضة خلال الحصار، ودون الاستماع إلى أعضاء المجلس الشعبي البلدي - كما تنص على ذلك المادة 32 من قانون البلدية - بحجة أن هؤلاء رفضوا الاجتماع مع الوالي لأنهم كانوا في حالة إضراب سياسي، ولقد برر الوالي قراره هذا من جهة بالظروف الاستثنائية التي كانت سائدة آنذاك ومن جهة بما تمنحه النصوص المتعلقة بحالة الحصار من اختصاصات في مجال النظام العام، خاصة وأن السيد الأفندي قد شارك في الإضراب السياسي الذي قامت به الجبهة الإسلامية للإنقاذ كما قام بغلاق أبواب البلدية، فقام السيد الأفندي بالطعن بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار الوالي أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران بتاريخ 9 سبتمبر 1991 على أساس مخالفة المادة 32 من قانون البلدية، فقامت الغرفة الإدارية في 28 مارس 1992 بإلغاء قرار الوالي وذلك على أساس مخالفة أحكام المادة 32 من قانون البلدية التي تتطلب أخذ الرأي المسبق من المجلس الشعبي البلدي قبل اتخاذ قرار التوقيف، وبعد تبليغ الوالي بهذا القرار قام في 2 أوت 1992 بالطعن فيه بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا طالبا إلغاءه على أساس خطأ قاضي الدرجة الأولى في تقدير الوقائع؛ لأنه كان يستحيل الاجتماع مع أعضاء المجلس الشعبي البلدي، وبالتالي الموافقة على قراره الصادر في 7 جويلية 1991، فقامت المحكمة العليا في 31 مارس 1996 بإلغاء قرار المجلس القضائي على أساس أن قرار الوالي جاء لوضع حد للفوضى حيث شارك المدعي في الإضراب السياسي وغلاق أبواب البلدية، الشيء الذي ترتب عليه توقف نشاطها وأن عدم احترام المادة 32 من قانون البلدية سببه استحالة اجتماع أعضاء المجلس الشعبي البلدي الذين رفضوا الاجتماع، مادام أنهم شاركوا كلهم في الإضراب، وأن القرار جاء من أجل الحفاظ على النظام العام واستمرارية خدمات المرافق العامة، واتخذ في ظروف استثنائية بعد إعلان حالة الحصار وأن قرار مجلس قضاء وهران أخطأ تقدير الوقائع.⁽¹⁾

(1) - تجدر الإشارة إلى أن السيد الأفندي لم يمثل أمام المحكمة العليا بواسطة محام معتمد أمامها بل إن السيد الأفندي وقت الاستئناف كان معتقلا إداريا ومع ذلك لا توجد إشارة في قرار المحكمة العليا على أن الحكم صدر غيابيا.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الرولة في الظروف الاستثنائية

وبالتمعن في فحوى القرار القضائي نجد أنه لا يتعلق مباشرة بعنصر الهدف لكن القاضي اعتبر أن سبب الحكم بمشروعية القرارات الصادرة من الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية والمخالفة لقواعد الاختصاص أو الشكل أو الإجراءات، هو المصلحة العامة للإضراب السياسي الذي قام به أعضاء المجلس الشعبية البلدية المنتمين للجبهة الإسلامية للإنقاذ أثر سلباً على استمرارية خدمات البلديات، فمهما كانت أسباب الصراع السياسي الذي قام بين السلطة والمعارضة فإن المرافق العامة يجب ألا تتوقف كلياً عن أداء مهامها؛ لأن أي انقطاع عن الخدمة سيؤدي إلى المساس بالمصلحة العامة وهذا ما أدى بالقاضي إلى تبرير قرارات الوالي بالنظر إلى الهدف منه.⁽¹⁾

وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن القاضي استند على المادة 32 من قانون البلدية وأسس حكمه عليها على الرغم من أن هذه المادة لا تنطبق على هذا النزاع؛ لأنها تتكلم عن حق الوالي في إيقاف المنتخب البلدي في حال تعرضه لمتابعة جزائية تحول دون مواصلة عمله، وذلك بعد أخذ رأي المجلس الشعبي البلدي في حين أن السيد الأفندي لم يتعرض إلى متابعة جزائية بل تعرض إلى اعتقال إداري وشتان ما بين المتابعة القضائية والاعتقال الإداري .

والاعتقال الإداري لم يوجد ليحل محل الأنظمة القائمة لمواجهة السلوك المؤثم جزائياً، وعليه فإن اعتقال شخص إدارياً بسبب أفعال تشكل جريمة بمفهوم قانون العقوبات معناه أن الشخص مهدد بالعقوبة الجزائية وبالاعتقال الإداري في نفس الوقت وخطورة هذا الوضع تتمثل في إمكانية استخدام الاعتقال الإداري للضغط عليه وبالتالي إساءة موقفه في الدعوى الجنائية، ذلك أنه إذا كان المشرع قد جرم أفعالاً في قانون العقوبات فإنه لا يصح قيام السلطة الإدارية بالاعتقال الإداري عن تلك الأفعال؛ لأن وجود إجراءات متابعة الشخص جزائياً عن تلك الأفعال معناه أن المشرع قدر كفاية تلك الإجراءات وأن نيته لم تتجه إلى الاعتقال في هذا الفرض.

وبالإضافة إلى ذلك فإن العقوبة الجنائية هي إجراء ردي، تتطلب لإمكانية اتخاذها بالإضافة إلى النية سلوك إيجابي أو سلبي أما الاعتقال فإنه يتعلق بأوصاف تقوم في حق صاحب الشأن - كخطورته

(1) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 305.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

على النظام العام - وهذا الوصف معناه أن المسألة احتمالية، تسمح باتخاذ هذا الإجراء الوقائي وهذا تماشيا مع طبيعة هذا الإجراء الذي تقوم به هيئات البوليس القضائي، فالعقوبة تقوم على أساس ارتكاب الشخص لمخالفة معينة، أما الشخص المعتقل فإنه لم يرتكب أية مخالفة، ومنه لا يستقيم تشبيه الاعتقال الإداري بالعقوبات سواء الجزائية أو الجنائية.

وانطلاقا من هذه الطبيعة الوقائية للاعتقال الإداري يتجه الرأي الراجح في فرنسا إلى أن عدم إتاحة الفرصة للمعتقل من أجل إبداء دفاعه لا يبطل القرار الصادر ضده مادام أن الغاية من ذلك القرار وقائية وليست عقابية وذلك عكس الإجراءات الإدارية ذات الطابع العقابي كالعقوبات التأديبية التي يشترط فيها احترام حقوق الدفاع.

وخلاصة ما تقدم أنّ الظروف الاستثنائية وإن كانت قد جعلت القضاء الإداري يتجاوز على مشروعية بعض القرارات الإدارية، إلا أن هذا التجاوز لم يتعلق إلا بعيوب ثلاثة لهذه القرارات وهي الاختصاص والشكل والحل، فالقرار الذي يخرج عن حدود اختصاص مصدره أو الذي لا يراعي في إصداره الشكل المطلوب أو الذي يخالف القوانين واللوائح يمكن أن يعتبر مشروعاً إذا توافرت الظروف الاستثنائية التي تبرر ما به من عيب، أما بالنسبة لركني السبب والغاية في القرار الإداري الصادر في الظروف الاستثنائية فإنّ القاضي الإداري يراقبهما بنفس المعايير التي يستعملها في ظلّ الظروف العادية، وفي هذا ضماناً كبيرة لحماية الحقوق والحريات ضدّ الإجراءات والتدابير الاستثنائية التي تأتيها الإدارة متذرّعة بمقتضيات الضّرورة التي تملئها الظروف الاستثنائية وخاصّة ما يتعلّق بالتدابير الماسّة بالحريات الشخصية بصفة مباشرة كقرارات الاعتقال والوضع تحت الإقامة الجبرية والمنع من الإقامة.

2- مدى خضوع بعض الأخطاء المنسوبة للدولة الجزائرية في الظروف استثنائية للقضاء

وإثارة المسؤولية

الملاحظ أن الظروف الاستثنائية التي مرت بها الدولة الجزائرية في فترة التسعينات اتسعت آثارها فشملت الكثير من فئات المجتمع ورتبت أضراراً تفوق في حدتها ما يستدعي أكثر من أساس واحد يستند عليه لإثارة مسؤولية الدولة بما في ذلك الخطأ، وعلى ذلك سوف يتم التركيز على بعض الأخطاء

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

المنسوبة للدولة في هذا الظرف الاستثنائي ومدى اعتبارها كأساس يثير مسؤوليتها في هذا الظرف وسوف نركز على ثلاثة أمور وهي: توقيف المسار الانتخابي، وقرارات حملة الاعتقالات، وعمل مرفق الأمن في مواجهة الظرف الاستثنائي.

أ- مدى اعتبار قرار توقيف المسار الانتخابي كخطأ يثير مسؤولية الدولة

وكان هذا التوقيف سنة 1991 عقب إلغاء النظام الجزائري لنتائج الانتخابات البرلمانية وفيما يلي سنتعرض بالتفصيل لظروف هذا التوقيف وتكييف قرار التوقيف إن كان من الأخطاء المرفقية التي تثير مسؤولية الدولة في تلك الفترة.

- ظروف توقيف المسار الانتخابي

بعد صدور دستور 1989 جرت أول انتخابات تعددية بتاريخ 12 جوان 1990 وهي الانتخابات المحلية التي توجت بنجاح الجبهة الإسلامية للإنقاذ بأغلب المجالس البلدية والولاية 54% في حين حصلت جبهة التحرير الوطني على 28% وفي العام الموالي أجريت أول انتخابات نيابية لتشكيل البرلمان، وبغرض ترجيح كفة الفوز فيها لصالح جبهة التحرير الوطني، سن قانون انتخابي في مارس 1991 يفتت الدوائر الانتخابية بشكل يدعم المصالح الانتخابية لحزب جبهة التحرير، مما أدى إلى احتجاج الجبهة الإسلامية للإنقاذ على هذا القانون، والدعوة إلى إضراب عام وغير مُحدّد أخذ شكل عصيان مدني، وفي هذا الوضع استعان الرئيس الشاذلي بن جديد بالجيش لفرض الأمن، وأصدر مرسوما يعلن فيه حالة الطوارئ، مأنحا سلطات واسعة للمؤسسة العسكرية، وفي جو من الفوضى استكمل المسار الانتخابي بفوز الجبهة الإسلامية للإنقاذ بالدور الأول للتشريعات ثم الدور الثاني.

وأمام هذه النتائج أظهر النظام حالة انسداد توجّب استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد وتدخل الجيش لتوقيف المسار الانتخابي مستعملا شرعيته التاريخية في حماية الجمهورية، وبادر بتأسيس مجلس جماعي للحكم أطلق عليه بالمجلس الأعلى.⁽¹⁾

(1) - أحمد ونيسي، التحول الديمقراطي في دول المغرب العربي، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية، القاهرة، 2004، ص 140 .

وهكذا يعتبر تدخل الجيش في جانفي 1992 لتوقيف المسار الانتخابي بداية الصراع المسلح، فهل يعتبر هذا خطأ من جهة مرفق الأمن؟ وما هي طبيعته؟ وهل يمكن الاستناد عليه لتأسيس مسؤولية الدولة في هذا الظرف.

-التكليف القانوني لقرار توقيف المسار الانتخابي-

أمر توقيف المسار السياسي يمكن وصفه بالخطأ السياسي المنشئ للمسؤولية السياسية، والخطأ السياسي هو التصرف الذي يقوم به الحاكم أثناء ممارسته للسلطة، ويكون من نتائجه إلحاق الضرر بمصالح الجماعة أو يمثل الفشل في تحقيق الأهداف الأساسية لها والمتمثلة في تأمينها على الصعيد الخارجي والاستقرار على الصعيد الداخلي، ومن هذا المنطلق فإما أن يتخذ الحاكم القرارات السليمة ويسنّ القوانين العادلة ويعمل على تسوية النزاعات الداخلية وخلق الوئام والاستقرار، وإما أن يتخذ تدابير مخالفة تقف حائلا دون تحقيق هذه الأهداف، وفي كلتا الحالتين هو مسؤول عن قراراته التي تنعكس سلبا أو إيجابا عن الضرر الذي لحق الجماعة ومستقبلها.

والرجل السياسي الذي يفشل في مهامه أو يرتكب أخطاء بحق الجماعة معرض للمساءلة السياسية أو العقاب الذي يأخذ أشكال عدة إما أن يعبر عنه بثورة تطيح بالحاكم وتستبدله، وإما أن يأخذ شكل مقاطعة المؤسسات السياسية القائمة أو انتخاب مرشح جديد بدلا من المرشح القديم أو نزع الثقة من الحكومة.⁽¹⁾

ولكن لا يترتب عنه التعويض لأن هذا الخطأ ألحق الضرر بمصالح الجماعة قبل الأفراد ويمتد نطاقه ليشمل الدولة حكومة وشعبا، وبالتالي لا يمكن أن يكون الخطأ السياسي أساسا تحمل الدولة عبء التعويض للمضرورين الذين تضرروا أكثر من غيرهم ضمن أفراد المجتمع، ويمكن أن تتجاوز فكرة الخطأ ونقر بمسؤولية الدولة غير الخطئية في تحمل التعويض، رغم أن فكرة الخطأ لم تتردد في مواقف ومناسبات عديدة فهناك من يرى أن الدولة في أعلى هيئاتها تعترف أنها أخطأت التقدير في حق مواطنيها وهذا ما دعاهم إلى طرح فكرة المصالحة الوطنية للتكفير عن خطئها.⁽²⁾

(1) - كاميليا شكري، المسؤولية السياسية، مقال بجريدة الوغد، يوم 03 أبريل 2013، ع 409137.

(2) - فوزي أوصديق، قراءة في مشروع السلم والمصالحة الوطنية، aljazira.net، تاريخ النشر: 09/27، 2005.

وهناك من يرى أن قرار توقيف المسار الانتخابي من أعمال السيادة المرتبطة بسلامة وأمن الدولة التي تعتبر فوق القانون، بما أنها وسيلة للمحافظة على الدولة وبقاء كيائها، إلا أن هذا التبرير لا يمنع من تعويض الأضرار المترتبة عن هذه الأعمال لما في ذلك من تحقيق العدالة لصالح الأفراد الذين تضرروا من جراء تلك الأعمال.

ومادام أن هذه الأعمال لا تخضع لرقابة القضاء سواء من ناحية فحص مشروعيتها أو من حيث مدى ملاءمتها فإنّ أساس التعويض في هذه الحالة ليس الخطأ بل المسؤولية غير الخطئية أساسها مساواة الجميع أمام تحمل الأعباء العامة.⁽¹⁾

وفي هذا السياق يرى الأستاذ عمار عوابدي أن الدولة بحكم حقها في السيادة تملك سلطة التقدير الكاملة في أن تلائم دائما بين المصلحة العامة وبين خضوعها للقانون، فإذا ما قام التناقض وعدم الانسجام بينهما وقدرت أنّ القانون لم يعد كفيلا وحده بتحقيق فكرة الصالح العام، كان لها بحكم الضرورة وبموجب حقها في البقاء أن تتخذ في سبيل ذلك الإجراءات والأعمال والوسائل التي تراها كفيلة بتحقيق هذا الصالح العام... مما ينفي قيام الخطأ من طرف الإدارة أو موظفيها في حال ترتب أضرار للأشخاص بسبب هذه التصرفات القانونية أو الأعمال المادية التي تنقلب آليا إلى أعمال مشروعة، مشروعية استثنائية، وتبقى على مسؤولية الدولة التعويض عن الأضرار الناجمة عن تصرفاتها التي تحمل الفرد عبئا استثنائيا بالنسبة للعبء الذي يتحمله المجتمع.⁽²⁾

ب- مدى مشروعية حملة الاعتقالات

من بين الإجراءات التي اتخذتها الدولة الجزائرية لمواجهة الظروف الاستثنائية الذي مرت به، حملة من الاعتقالات طالت مناضلي حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ المنحل والمتعاطفين معه، وهناك من اعتبر أن إجراءات الاعتقال هذه هي السبب المباشر في حدوث المأساة الوطنية، الأمر الذي يستدعي تسليط الضوء حول هذا الإجراء والبحث فيما إذا يمكن اعتباره خطأ يخضع للرقابة القضائية، ويستند عليه لتعويض المضرورين.

(1) - رمضان محمد بطيخ، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية، جامعة عين شمس، مصر، 2008، ص 112.

(2) - عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، المرجع السابق، 161 وما بعدها.

- تعريف الاعتقال

هو حجز شخص على ذمة التحقيق أو المحاكمة لجرمة متهم فيها أو لأسباب سياسية خلال الحرب، حيث يحتجز المعتقلون في معتقلات خاصة. (1)

وعرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 75/92 (2)، باعتباره إجراء ذو طابع وقائي يتمثل في حرمان شخص راشد من حرية الذهاب والإياب وذلك بوضعه في مركز أمن، على أنّ وزير الداخلية هو الذي له أن يأمر بناءً على اقتراح من مصالح الأمن، بوضع شخص راشد يكون نشاطه خطيراً على النظام العام أو على السير الحسن للمرافق العامة في مركز الأمن أو في مكان محدد، ومع ذلك يمكن لوزير الداخلية أن يمنح تفويض إمضاء إلى الولاية فيما يخص الوضع في مراكز الأمن.

ويتبين من النص القانوني أن الاعتقال هو أخطر الإجراءات المتعلقة بتقييد الحرية الشخصية؛ لأن الشخص حين يوضع في مركز الأمن سيحرم من ممارسة الحقوق الأخرى كحرية العمل وحرية الرأي وحرية التعلم....

والأسباب المستدعية للاعتقال الإداري هي شروط تحددها النصوص القانونية التطبيقية لحالة الحصار أو حالة الطوارئ. (3) وتمثل في قيام الفرد بالتحريض على الفوضى أو ارتكاب جنایات وجنح ضد الأشخاص والأموال والنداء بأي وسيلة للعصيان المدني أو الإضراب أو التحريض على التجمعات، ويكون للاعتقال لمدة 45 يوم قابلة للتجديد، إلا أن المرسوم التنفيذي رقم 75/92 لم يحدد مدة الاعتقال الإداري مما أدى إلى استمراره لعدة سنوات في بعض الحالات.

- الطبيعة القانونية لأوامر الاعتقال الإداري في الظروف الاستثنائية

تندرج أوامر الاعتقال ضمن سلطات الضبط الإداري المتعلقة بالمحافظة على النظام العام في جانبه

(1) - محمد أحمد الرسول، الضمانات الوطنية لحقوق الأفراد في حالة الطوارئ في القانون الإداري، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015، ص260.

(2) - المرسوم 75/92 المؤرخ في 1992/02/20، والمتعلق بتحديد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي 44/92 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع14، الصادرة بتاريخ 23 فيفري 1992.

(3) - عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، المرجع السابق، 161 وما بعدها.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الأمني، وعليه فهو يتميز بالطابع الوقائي، فالمفروض أنّ الشخص المعتقل لم يرتكب أي مخالفة فيكفي إثارة الشكوك بشأن تصرفاته المحتملة والمستقبلية والتي قد تشكل خطراً على الأمن والاستقرار في المجتمع، ولكن استناداً إلى بعض القرائن التي تدلُّ على خطورته على النظام العام بناءً على أقوال أو مراسلات أو أفعال أو ظروف معينة، وتتمتع سلطات الضبط الإداري بسلطة تقديرية واسعة لاتخاذ قرارات الاعتقال ذات الطابع الوقائي ولا يشترط تسيبها ولا تخضع لمبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع.⁽¹⁾

وإن كانت المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار والمادة 04 من المرسوم الرئاسي 44/92 المتضمن إعلان حالة الطوارئ والمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 75/92 المحدد لشروط تطبيق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 44/92 قد اعترفت بالصفة الوقائية لإجراء الاعتقال الإداري، فإن المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 201/91 المؤرخ في 25 جوان 1991 الذي يضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه وتطبيقاً للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 196/91 المتضمن تقرير حالة الحصار، يعتبر الاعتقال الإداري إجراءً ردعي مادام أنه يشمل أشخاصاً متهمين بارتكاب أفعال معاقب عليها في قانون العقوبات.⁽²⁾

وحالات الظروف الاستثنائية تُعذر الإدارة عن إثارة مسؤوليتها عن الأعمال التي تمت خلالها؛ لأنّ القاعدة أن الضرورة من شأنها أن تضيء المشروعية عن الأعمال والإجراءات الصادرة تحت تأثيرها ولمواجهتها، ولكن وجود الظروف الاستثنائية ليس معناه إعفاء الدولة من المسؤولية عن الأعمال الضارة، فيمكن أن تقوم هذه المسؤولية على أساس الخطأ الجسيم عندما تتجاوز حدود المشروعية الاستثنائية، وعليه من العدل أن يحاط الشخص المعتقل بالضمانات الكفيلة للدفاع عن نفسه، وبالتالي إنهاء الاعتقال الإداري خاصة في حال ما لم يكن هذا الإجراء مبرراً، ويمكن له الطعن في قرار الاعتقال بدعوى تجاوز السلطة، ثم إن هذا القرار سواء كان مبرراً أو غير مبرر، إذا ما ألحق بالشخص المعني أضرار جسيمة كعدم احترام الإدارة للضمانات المنصوص عليها في القانون والممنوحة للأشخاص المعتقلين، أو عدم سلامة الوقائع من الناحية المادية، أو عدم اتخاذ قرار الاعتقال بهدف المحافظة على النظام العام أو

(1) - عادل عامر، الاعتقال الإداري والمسؤولية المترتبة عليه، ص 06 مقال، <http://haqq.bahorg/t124-topic>

(2) - المرجع نفسه، ص 62.

تحقيق المصلحة العامة، أو تعرض المعتقل إلى أعمال العنف والتعذيب أثناء فترة الاعتقال، أو تجاوز المدة القانونية المقررة له كل هذه الحالات تعقد مسؤولية الإدارة الخطئية.

وفيما يتعلق بالإجراءات التي اتخذت خلال العشرية السوداء، وخاصة حملة الاعتقالات التي طالت أكثر من 2000 شخص، يلاحظ أن هذه الإجراءات اكتفتها الكثير من التجاوزات والخروقات سواء من حيث مدة الاعتقال، أو مراكز الأمن التي خصصت لهذا الغرض في أدغال الصحراء، وسوء المعاملة، لكنها لا ترقى إلى درجة الخطأ الجسيم الذي تستوجبه مسؤولية الدولة في مثل هذه الظروف العويصة، وليس من مصلحة المتضررين بسبب هذه الإجراءات الاستثنائية طلب التعويض على أساس الخطأ لصعوبة إثباته، وليس من العدل أيضا أن يترك المضرور وبدون تعويض لأن هذه الإجراءات اتخذت بغرض الحفاظ على النظام العام، الذي تعود فائدته على العامة ومن هذا المنطلق يمكن تعويض هذه الفئة على أساس المساواة أمام الأعباء العامة.⁽¹⁾

ت- خطأ مرفق الأمن ومدى صلاحيته كأساس لمسؤولية الدولة

أحاط القضاء مرفق الأمن والشرطة بشيء من الرعاية نظرا لما له من أهمية خاصة، بحيث يلتزم أن يكون الخطأ المنسوب إليه جسيما، أو على درجة واضحة من الجسامته حتى يمكن مساءلته، وذلك لأن هدف هذا المرفق هو حماية الأشخاص والممتلكات والنظام العام، وهي أهداف تستلزم مجهودا كبيرا ودقيقا مما يباح معه عدم مساءلته إلا عن الأخطاء الجسيمة، كاستعمال القوة المفرطة في معاملة المتظاهرين والجماهير أو الامتناع عن القيام بالأعمال الضرورية لحراسة إحدى الشخصيات المهمة في المجتمع، أو المطلوبة من الجماعات الإرهابية والتقصير في أعمال الحراسة التي تستلزمها بعض المرافق الحكومية، أو كأن يتأخر رجال الأمن في الوصول إلى مكان التبليغ عن اعتداء مما يؤدي إلى زيادة عدد الضحايا وتفاقم الأضرار وهروب الجناة، وعلى ذلك إذا ثبت تقصير مرفق الأمن في حماية الأفراد وعدم كفاية الإجراءات المتخذة من جانبه، ففي هذه الحالة للضحية حق اللجوء إلى القضاء، ومطالبة الدولة بالتعويض على أساس ما وقع من مرفق الأمن من أخطاء تسببت له في الضرر.

⁽¹⁾ - بلعموري نادية، الأساس القانوني لتحمل الدولة عبء ضحايا المأساة الوطنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،

- إثبات خطأ مرفق الأمن في الظروف الاستثنائية

الصعوبة تكمن في إثبات أن هناك خطأ وقع من قبل مرفق الشرطة في سبيل مواجهة الظروف الاستثنائية، لأن الخطأ لن يثبت إلا بعد مراعاة الإمكانيات والصعوبات والظروف الخارجية التي أحاطت بتصرفات مرفق الأمن، الأمر الذي يجعل من إثبات الخطأ أمراً عسيراً جداً إن لم يكن شبه مستحيل، يضاف إلى ذلك أن مثل هذه الأخطاء ترتكب في ظروف غير عادية مسرحها الاعتداءات الإرهابية وطابعها الفجائي العشوائي، مما يؤدي إلى تردد القضاء في إسناد الخطأ لمرفق الأمن في مثل هذه الظروف الاستثنائية، ولهذا السبب حكم مجلس الدولة الفرنسي بوجوب التفرقة بين مسؤولية الدولة بين ما يصدر عن السلطة العامة من أعمال في الظروف العادية، حيث تتاح لها الفرصة الكافية للفحص والتبصر والرؤية وبين ما تضطر إلى القيام به من إجراءات عاجلة في ظروف استثنائية لا تمهل للتدبر ولا تحمل التردد كالحرب والإرهاب والكوارث الطبيعية، فهنا يقدر الخطأ بمقدار مختلف وبالمثل تقدر المسؤولية.⁽¹⁾

وبالتالي لو قامت المسؤولية على أساس الخطأ لبقى المتضررون من الجرائم الإرهابية بدون تعويض كون الاعتداءات الإرهابية والإجراءات المتخذة لمواجهتها من الظروف الاستثنائية التي تنزع عن عمل الإدارة الصفة الخطئية، وإن سُئلت فلا تُسأل إلا على أساس الخطأ الجسيم، كأن يمتنع رجال الأمن عن التدخل لتقديم النجدة رغم التبليغ، أو الإخفاق في اتخاذ الإجراءات الضرورية لحماية المواطنين أو التأخر في التدخل مما يؤدي إلى وقوع إصابات وضحايا وسط المواطنين الأبرياء، ورغم وضوح الأخطاء في هذه الفرضيات، فقد تبين أن القضاء الإداري تقديراً منه للصعوبات التي تواجه رجال الأمن بأسلاكها المختلفة لحظة المواجهات مع الإرهاب لا يعتبر الدولة مسؤولة كمبدأ عام عن مرفق الأمن إلا على أساس الخطأ الجسيم المقترف بسوء القصد حتى لا تقف الخشية من المسؤولية عائقاً أمام السلطة العامة للقيام بمهمتها في إقرار الأمن والمحافظة على استقرار المجتمع.⁽²⁾

(1) - أحمد السعيد الزرقاد، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 70.

(2) - أنظر: أشرف عبد العظيم عبد القادر، نحو قواعد خاصة للتعويض عن الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، دار النهضة العلمية، مصر، 2018، ص 49-54.

أحمد السعيد الزرقاد، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص 70.

- موقف القضاء من مسؤولية مرفق الأمن عن الأضرار الناجمة في الظروف الاستثنائية

بالنسبة للقضاء الجزائري فمن الصعب الكشف عن موقفه بشكل واضح في هذا الأمر، بسبب عدم نشر القرارات القضائية بشكل كافي ومنتظم، والقرارات القليلة الموجودة متعلقة بمسؤولية الإدارة عن مخاطر استعمال السلاح من طرف أسلاك الأمن المختلفة، التي تضافرت جهودها لمواجهة الاعتداءات الإرهابية، ففي قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 08 مارس 1999 مضمونه قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة الخميس، تتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 26 أوت 1994 على الساعة 8 ليلا أقام رجال الدرك الوطني حاجزا في الطريق الرابط بين مدينتي أم البواقي وقابس أين تعرضت سيارة المدعو (ع م)، إلى طلقات نارية من طرف قوات الأمن مع العلم أن هذه الأخيرة كانت أمام سيارة من نوع رونو 18 ولم تضع أي إشارة خاصة بالحاجز، ودون إنذار الضحية بالتوقف أطلقت النار على سيارته مما أدى إلى قتل أحد الركاب وإصابة البقية بجروح.

فرفع ذوي حقوق الضحية دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء أم البواقي ضد وزارة الدفاع الوطني طالبين التعويض عن الضرر المترتب عن الحادث وبتاريخ 14 نوفمبر 1995 صدر قرار يلزم وزارة الدفاع بأداء التعويض لذوي حقوق المالك.

استأنفت وزارة الدفاع القرار أمام مجلس الدولة مستندة على خطأ الضحية الذي يعتبر من أسباب الإعفاء من المسؤولية، إلا أنّ مجلس الدولة أيد القرار المستأنف وأكد التعويض على أساس المخاطر الناتجة عن استعمال السلاح الناري، رغم الإقرار بالخطأ في هذه القضية والمتمثل في عدم وضع الإشارات المعلومة قانونا والتي تدل على الحاجز الأمني أو رمز الشرطة على سيارة رجال الأمن، وعدم إنذار الضحية بالتوقف شفويا عن طريق إطلاق النار في الهواء أو عجلات السيارة.

وعليه استبعد مجلس الدولة خطأ الضحية الذي أثارته وزارة الدفاع نظرا للخروقات السابقة، جعلت الضحية يشك في قانونية الحاجز واعتبره مشيدا من طرف الجماعات المسلحة.

ولهذه الأسباب يشير مجلس الدولة إلى أن أعوان الأمن كانوا مسلحين بأسلحة خطيرة تشكل مخاطر بالنسبة للغير وبالتالي بغض النظر عن الخطأ المرتكب من طرف أعوان الدولة للأسلحة النارية

والتي قد تحمّل الدولة المسؤولية، في حالة إلحاق ضرر بالغير، وحكم من هذا المنطلق بتأييد القرار المستأنف والتعويض لصالح ذوي حقوق الضحية على أساس نظرية المخاطر أي مسؤولية الدولة دون خطأ⁽¹⁾.

والخلاصة أن قرارات القضاء وسعت في نطاق التعويض باستبعاد الخطأ الجسيم لمرفق الأمن كأساس لمسؤولية الدولة في تعويض الضحايا، وإقرارها على أساس التضامن الوطني ومقرة بوجود أضرار تأبى قواعد العدل والعدالة أن تترك بدون تعويض، حيث أكتفت بوجود الضرر الذي تتحمله الجماعة باعتبار الضحايا عيّنة من المجتمع.

ثانيا: رقابة قضاء المظالم على السلطات الاستثنائية في الفقه الإسلامي

اعتبرت الرقابة القضائية على شرعية ما يصدر عن سلطات الحاكم وأدواته أعلى ما يمكن أن تكون عليه الرقابة لما تتصف به من تجرد وموضوعية وجرأة وقد عرفت الدولة الإسلامية عبر تاريخها نظاما قضائيا متخصصا في مراقبة أعمال رجال الدولة في كل الظروف العادية والاستثنائية وهذا النظام هو ما يسمى بقضاء المظالم والذي يشبه إلى حد كبير نظام القضاء الإداري بمدلوله الواسع.⁽²⁾

1- تعريف ديوان المظالم

عرّفه الماوردي بأنّه: «قود المتظالمين إلى التناصف بالرّهبة وزجر المتنازعين عن التّجأخذ بالهيبة»⁽³⁾.
وعرّفه ابن خلدون بقوله: «وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونُصفة القضاء وتحتاج إلى علو يدٍ وعظيم رهبة تقمع الظالم من الخصم وتزجر المعتدي»⁽⁴⁾.

(1) - بلعموري نادية، تحمل الدولة عبء تعويض ضحايا المأساة الوطنية، المرجع السابق، ص 203-204

(2) - أنظر: سليمان الطماوي، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، 1976، ص 55.

- منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارن بالدولة القانونية -دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة-، دار وائل، عمان، دط، 2003، ص 286.

(3) - أنظر: الماوردي أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، 2006، ص 102.

(4) - عبد الرحمان ابن خلدون، المقدمة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط3، 1967، ص 392.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

فنظر المظالم إذا نوعٌ من القضاء الممتزج بالقوة والسطوة ابتكره النظام الإسلامي لكي يسيط سلطان القانون على كبار أصحاب النفوذ ورجال الدولة من ولاية وغيرهم ويخضعهم جميعاً للقانون، فلا أحد منهم بمنأى عن رقابة هذا الديوان على اعتبار أنه في أعلى ترتيب السلطة الحاكمة. وقضاء المظالم فرع من فروع القضاء داخله بحسب أصولها فيه، فالغاية منها واحدة وهي إقامة الحقّ ونصرتة وإنصاف المظلوم من الظالم وإقامة قوانين العدل في الدولة لذلك فإنّ أغلب المبادئ التي تحكم وتنظّم ولاية القضاء العادي تنطبق على ولاية قضاء المظالم⁽¹⁾. وبعبارة أخرى فإنّ ولاية المظالم يقصد بها سلطة المظالم أو الدائرة التي يتم فيها نظر المظالم أمام القضاء للفصل فيها.⁽²⁾

فالأحكام التي يطبقه قاضي المظالم على المنازعات، هي نفس وذات الأحكام الذي يطبقه القاضي العادي، فقاضي المظالم مثله مثل القاضي العادي يلتزم بتطبيق أحكام الشرع ويقدم أمر الله. وقضاء المظالم موضوع للنُصفة وإقامة العدل بين الناس، وقد كان القضاة يحكمون ضدّ الولاية والحكام لصالح أفراد الشعب، واختصاص قاضي المظالم شبيه باختصاص القاضي الإداري في العصر الحديث، ومبدأ قضاء المظالم يظلّ عديم القيمة من الناحية العمليّة ما لم يقترن بجزاء فعّال يكفل امتثال السلطات العامّة لمضمونه وتقيدها بحدوده.

ولأنّ نظام الحكم الإسلامي أقر مبدأ مسؤولية الدولة من أوّل عهد الإسلام فإنّ مساءلة الحكام كانت تتولاها جهة قضائية خاصّة عرفت باسم ديوان المظالم، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد أقرّت مبدأ خضوع الحاكم للقانون ولسلطة القضاء في كل الأحوال والظروف دون استثناء.⁽³⁾

2- اختصاصات ديوان المظالم في الرقابة على السلطات الاستثنائية

باستعراض اختصاصات هذا الديوان نجدها كثيرة ومتعدّدة؛ لأنّه يترصدّ المظالم أيّما كان نوعها

(1) - سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1987، ص 560.

(2) - داود الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط، 2004، ص 10.

(3) - المرجع نفسه، ص 18-19.

ومن جميع هيئات السلطة ورجالها وقد ذكر الماوردي ومثله الفراء⁽¹⁾، اختصاصات على سبيل المثال لا الحصر لكن ما يهمّ هنا في هذا البحث ليس هو استعراض كل هذه الاختصاصات بل ما يهمّ هو ما يتعلق باختصاصات قضاء المظالم في الرقابة على أعمال السلطة الحاكمة والتي أهمها:

أ- النظر في تعدي الولاة على الرعية

فيتصّحّح عن أحوالهم ليقوّيهم إن أنصفوا ويكفّمهم إن عسفوا ويستبدّ بهم إن لم يُنصّفوا⁽²⁾.

ومؤدى ذلك قيام الولاة مهما كانت مراتبهم (والمقصود بهم هنا الحاكم وولاته على جميع مراتبهم)، بالتعدّي على الرعية في أنفسهم وحقوقهم المعنوية والمادية من حجز للحرية بالحبس أو التّفي، أو أي شكل من أشكال الهدر للحقوق المصانة شرعا كإيقاع عقوبات غير مشروعة أو إيذاء أو إهانة، ويشمل هذا كافة صور الفعل غير المشروع بوجهيه المادي والمعنوي والواقع على نفس الشخص أو شرفه أو كرامته أو حرّيته أو أي حق معنوي يؤثر في حقوقه المالية⁽³⁾.

وتعسّف الولاة على الرعية وظلمهم لا يخلوا منه وقت ولا تسلم منه البلاد ويتولّى قاض المظالم كفّمهم عن عنتهم ويستبدل غيرهم بهم إن لن يُنصّفوا الرعية ويزجرهم ويردعهم إن جازوا وظلموا⁽⁴⁾.

ويقع نظر قاضي المظالم على تلك السلطات التي يمارسها الخليفة ويشمل أيضا تلك التي يوقعها سائر موظفيه وأتباعه ممن يتولّون أمور تسيير ومواجهة الظروف الاستثنائية التي قد يكثر فيها مثل هذا التعسّف والظلم فيكون لتصرفاتهم أو إجراءاتهم أو قراراتهم تأثير ظالم في الناس تحت ذريعة الظروف غير العادية .

ويتّخذ هذا الاختصاص مسارا رقابيا واضحا للعلاقة بين الحاكم والمحكوم في الظروف العادية والاستثنائية، بحيث يتصدى القاضي لكل ما يصدر من أشخاص السلطة الحاكمة وأعاونهم وهذا المسار الرقابي يأخذ في الغالب وجهها تأديبيا في نتيجته ولا يأخذ مسارا عقابيا، وكشف قاضي المظالم عن بعض

(1) - أنظر: الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المصدر السابق، ص 107 وما بعدها.

- الفراء محمد بن الحسين أبي يعلى، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1963، ص 77.

(2) - الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المصدر السابق، ص 107.

(3) - أحمد سعيد المومني، قضاء المظالم، (القضاء الإداري الإسلامي)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ط 1، 1991، ص 148.

(4) - داود الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي، المرجع السابق، ص 71.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

التعسفات والظلم يكون له دور إيجابي في معالجة الآثار السلبية لممارسة السلطات الاستثنائية. والاختصاص بنظر هذه المظالم يكون على جميع تصرفات الحاكم أو قراراته أو إجراءاته دون استثناء والتي تحوي في ذاتها ظلم، ومن ناحية أخرى فهو يباشر نظر هذه المظالم الواقعة على جميع الناس مُسلمهم وغير مُسلمهم المقيم منهم إقامة دائمة والمقيم إقامة مؤقتة، ومن ذلك المعاهد والمستأمن لا فرق في ذلك، فالحق في التظلم من تعدي الحاكم وولاته في ممارسته للسلطات غير العادية مصان للجميع⁽¹⁾، من هنا يتضح أن هذا الاختصاص يمكن أن يشمل بوجه عام حالات مخالفة أعضاء السلطة لمبادئ المشروعية الإسلامية (عيب مخالفة القانون الإسلامي)، بالإضافة إلى عيب انحرافهم بالسلطة في حق الرعية⁽²⁾، وهذه كلها مخالفات تأخذ صفة الخطأ.

ب- رد الغصب السلطانية⁽³⁾

ويقصد بالغصب السلطانية تلك الأموال الخاصة التي تقود الدولة ورجالها بالاستيلاء عليها على شكل مصادرة لضمها إلى أملاك الدولة العامة أو الاستيلاء الشخصي عليها لضمها إلى الملك الخاص للغاصب، فيأخذ هذا وجه استغلال النفوذ ويتم ذلك دون وجه حق، وحتى وإن كان الحاكم هو من يقف وراء هذه المصادرة وحتى وإن كانت هذه المصادرة قد تمت في ظروف استثنائية، فإن كانت دون وجه حق تعتبر خروجاً سافراً على مبدأ المشروعية وبالتالي ظلماً يتوجب التصدي له ويتمثل وجه خروجه على مبدأ الشرعية بالتعدي على حق الملكية المصان شرعاً.

وأضيف هذا الاختصاص إلى قائمة الاختصاصات التي ينظرها قاض المظالم من تلقاء نفسه نظراً لبزوغ عيب الانحراف بالسلطة في التصرف أو الاعتداء المادي، ومن حق ناظر المظالم إبطال هذا الانحراف أو إساءة استعمال السلطة، دون تظلم.⁽⁴⁾

(1) - أحمد سعيد المومني، قضاء المظالم، المرجع السابق، ص 150.

(2) - داود الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي، المرجع السابق، ص 71.

(3) - الماوردی، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المصدر السابق، ص 107.

(4) - داود الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي، المرجع السابق، ص 77.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

ويتصدى قاضي المظالم للغصوب بوجهيها سواء كانت بالمصادرة لحساب الدولة أو بالاستيلاء الشخصي للحاكم، وذلك بحكم ما يناط به مما يدخل تحت اختصاصاته من رقابة للتصرفات التي تصدر عن أشخاص السلطة وكذلك إجراءاتهم وما يتخذونه من قرارات خارجة عن الشرعية⁽¹⁾. ويستند نظر قاضي المظالم للغصوب السلطانية إلى مبدأ إساءة استعمال السلطة⁽²⁾، هذا المبدأ قد يظهر من الناحية التطبيقية له في الظروف الاستثنائية أكثر منه في الظروف العادية ما يستلزم تدخل قاضي المظالم لمنع مثل هذا الظلم.

وما تجدر الإشارة إليه أن النظر في مظالم وتعسف رجال السلطة، أو الغصوب السلطانية والفصل فيها يكون بتدخل قاض المظالم من تلقاء نفسه ومن غير حاجة إلى تقديم تظلم من ذوي الشأن، لأنها من اختصاصاته بموجب ما أعطي له من الولاية العامة فضلا عن أنها تعتبر من النظام العام⁽³⁾.

وقد مارس النبي ﷺ هذا النوع من المظالم فنظر في قضية خالد بن الوليد الذي قتل مقتلة في قبيلة جذيمة⁽⁴⁾، ورغم أن هذه الحادثة وقعت في أشد ظرف استثنائي مرت به الدولة الإسلامية وهو ظرف الحرب، إلا أن ذلك لم يمنعه من النظر في هذه المظالم وردّها دون تظلم أهلها.

وإضافة إلى الاختصاصات السابقة يفوض لقاض المظالم تنفيذ الأحكام القضائية التي عجز عن تنفيذها القضاة العاديون ضدّ المحكوم عليه، لأنه الحاكم نفسه أو أحد رجاله من ذوي السلطة والتفوذ، وبما أن قاض المظالم أقوى يدا وأنفذ أمرا فيمكنه تنفيذ تلك الأحكام بانتزاع ما في يد الظالم أو بإلزامه الخروج عمّا في ذمته⁽⁵⁾، وفي هذه الحالة لا يصدر قاض المظالم حكما جديدا في النزاع بل دوره لا

(1) - أحمد سعيد المومني، قضاء المظالم، المرجع السابق، ص 160-161.

(2) - ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (السلطة القضائية)، دار النفائس، دم، ط2، 1983، ج2، ص 571.

(3) - سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 484.

(4) - عن ابن عمر قال: بعث رسول الله ﷺ خالد بن الوليد إلى بني، أحسبه قال: جذيمة، فدعاهم إلى الإسلام، فلم يحسنوا أن يقولوا: أسلمنا، فجعلوا يقولون صبأنا، صبأنا. وجعل خالد بهم أسرا وقتلا، قال: ودفع إلى كل رجل منا أسيرا، حتى إذا أصبح يوما أمر خالد أن يقتل كل رجل منا أسيره، قال ابن عمر: والله لا أقتل أسيري، لا يقتل رجل من أصحابي أسيره قال: فقدموا على النبي ﷺ، فذكروا له صنيع خالد، فقال النبي ﷺ، ورفع يديه: "اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد"، أنظر: أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، حديث رقم 6382، ج9، ص 148.

(5) - أنظر: الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المصدر السابق، ص 11.

يتعدى تنفيذ الحكم الصادر من القاضي العادي بما له من سلطة ولائمة وتنفيذية.

كما ينظر قاض المظالم في الفصل بين المتخاصمين والحكم بين المتنازعين وبما يتميز به قاض المظالم إزاء هذا الاختصاص فإنه لكي تعرض عليه المنازعات يجب أن يكون طرفاها كلاهما من طبقة ذوي النفوذ والقوة مثل المنازعات التي تقع بين الإدارات الحكومية والوزارات مع بعضها البعض.⁽¹⁾

وما يلاحظ أيضا على قضاء المظالم في رقابته على سلطات الخليفة سواء العادية أو الاستثنائية هو عدم تفرقه بين القرارات الإدارية والإجراءات، على اعتبار بساطة الحياة آنذاك، فلم تكن لتصرفات الخليفة شكليات ولا إجراءات معينة⁽²⁾. كما أن نظر قاضي المظالم في رقابته على السلطات الاستثنائية لا يتوقف على إقامة الدعوى بل في وسعه أن يتصدى بغير ادعاء للمخالفات كما هو الحال بالنسبة لتعدّي الولاة على الرعية وردّ الغصب السلطانية متى علمها.⁽³⁾

وبالنظر في هذه الاختصاصات التي ذكرناها نجد أنها واسعة بدرجة تكفل الرقابة على أعمال السلطة الحاكمة في كل الظروف والأحوال، وتكفل حماية حقوق الأفراد وحرّياتهم وهي اختصاصات تستهدف في جملتها تحقيق حدّ أدنى من مبدأ المشروعية قدر المستطاع ولو في الظروف الاستثنائية، كما تدخل هذه الاختصاصات في باب السياسة الشرعية، ويمكن الزيادة فيها أو النقصان أو التعديل فيها حسب ما يحقق المشروعية بمراعاة جميع الظروف، ويحمي حقوق الأفراد وحرّياتهم.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: موقف القضاء العملي من نظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

إن اعتراف كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلاميين بنظرية المسؤولية التي تقوم على الخطأ بصفة أصلية، يجعلنا نتساءل إن كانت السلطة قد سئلت فعليا عن الأعمال والإجراءات التي اتخذت بموجب الظروف الاستثنائية أمام القاضي الإداري إذا قام خطأ واستقر في كنفها، وكيف كانت أحكام القضاء في هذا الشأن؟

(1) - داود الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي، المرجع السابق، ص 83.

(2) - أبو بكر صالح، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة-دراسة مقارنة-ولاية المظالم والقضاء الإداري المعاصر، المطبعة العربية، غرداية، ط 1، 2005، ص 361.

(3) - سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 563.

(4) - داود الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي، المرجع السابق، ص 84.

أولاً: موقف القضاء الجزائري

على الرغم من قلة الحصول على أحكام قضائية كثيرة في هذا المجال فإن هناك الكثير من الأعمال التي وقعت في ظل الظروف الاستثنائية والتي تبرر قيام مسؤولية الدولة على أساس الخطأ الجسيم، فبعد توقيف المسار الانتخابي لسنة 1991 وقعت الكثير من أعمال العنف التي ترتب عليها ارتكاب العديد من الجرائم فمثلا بلغ عدد الاغتيالات سنة 1997 فقط حوالي 4663 مواطنا. (1)

وفي المقابل الأشخاص المكلفين بتطبيق الإجراءات الأمنية من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية آنذاك ارتكبوا العديد من التجاوزات والتعسفات في حالات كثيرة، فلقد تلقى المرصد الوطني لحقوق الإنسان منذ إنشائه العديد من التظلمات من المواطنين وذلك للتنديد بالعديد من الممارسات والسلوكات التي تعتبر أعمالا تعسفية ارتكبت في حقهم من طرف المصالح المكلفة بضمان أمن الأشخاص وممتلكاتهم وبعد اتصال المرصد الوطني لحقوق الإنسان بوزارة العدل قصد قيامها بفتح تحقيق في الموضوع، ثبتت العديد من التجاوزات المرتكبة من مصالح الأمن والتي تشكل أخطاء جسيمة. (2)

ومن أمثلة الأعمال التعسفية التي ارتكبتها مصالح الأمن في ظل الظروف الاستثنائية دخول أفراد من مصالح الشرطة ليلا إلى منزل السيد (أ، ب) القاطن بغرداية بتاريخ 30 جانفي 1997 وأساءوا إلى كرامة العائلة، كما ثبت قيام قاض وأعوان من قوات الأمن بارتكاب أعمال عنف ضد مواطن ساكن بميلة واعتدت الشرطة على مواطن يبلغ من العمر 31 سنة والساكن بمليانة، وقام ثلاثة أعوان من حفظ الأمن بمحاولة اغتصاب فتاة عمرها 16 سنة تقطن بعين أرزات وهددوها بالسلاح الناري وأمام الصمود الذي أبدته الفتاة قام أحد أعوان الأمن بقتلها بواسطة سلاحه الناري، كما ثبت قيام ملازم أول في الجيش بمشاركة حرس بلدي بالحجز والتهديد بالقتل وابتزاز أموال العديد من المواطنين واغتصاب ثلاث فتيات قاصرات. (3)

(1) - راجع التقارير السنوية للمرصد الوطني لحقوق الإنسان، خاصة التقرير الصادر سنة 1997، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، 1998، ص 24 .

(2) - راجع التقارير السنوية للمرصد الوطني لحقوق الإنسان، خاصة التقرير الصادر سنة 1997، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

(3) - التقارير السنوية للمرصد الوطني لحقوق الإنسان، خاصة التقرير الصادر سنة 1997، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وبالإضافة إلى هذه الأعمال التي تشكل أخطاء جسيمة مرتبة لمسؤولية الإدارة على الرغم من وجود الظروف الاستثنائية، هناك العديد من الأعمال أيضا التي تشكل في ذاتها أخطاء جسيمة كأعمال التعذيب التي تعرض لها الأشخاص المعتقلون وذلك قصد الحصول على اعتراف منهم بارتكاب الجرائم المنسوبة إليهم، وتجدر الإشارة إلى أن أعمال القمع والتعذيب اشتدت بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03/92 المؤرخ في 30 سبتمبر 1992 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب.⁽¹⁾

وقد اعترضت الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان صراحة على العودة إلى التعذيب من طرف سلطات الأمن وكان ذلك عند النظر في قضية تفجيرات مطار الجزائر في 26 أوت 1992 والتي أدت إلى قتل 09 أشخاص، وإصابة 23 آخرين فالمتهمين في هذه القضية أعلنوا أن الاعترافات التي أدلوا بها أمام الشرطة وأمام قاضي التحقيق كانت بسبب التعذيب، فقد أدلى السيد حسين عبد الرحمان منتخب الجبهة الإسلامية للإنقاذ ومدير مكتب السيد عباسي مدني من خلال الجلسة بأنه نُقل مرتين إلى مستشفى عين النعجة العسكري بسبب تعرضه للضرب الشنيع على مستوى الرأس، والذي أدى إلى كسور بليغة، حتى سال دمه، بعد عودته من المستشفى، أين تمّ استنطاقه من جديد وبعد أن أقسم أنه لا علاقة له بالتفجيرات أعيد ضربه على رأسه.⁽²⁾

وقد شجبت منظمة العفو الدولية في تقريرها السنوي لسنة 1993 أعمال العنف والتعذيب التي قام بها أعضاء قوات الأمن وأشارت على الخصوص إلى حالة السيد حمودي الذي تم توقيفه في نوفمبر 1992 وتم الإبقاء عليه تحت التوقيف للنظر لمدة تجاوزت ما هو منصوص عليه في المادة 45 من

(1) - لقد ترتب على هذا المرسوم التشريعي إنشاء ثلاثة مجالس خاصة تم تنصيبها في 22 فيفري 1993 في كل من قسنطينة وهران والعاصمة وهي بمثابة جهات قضائية استثنائية كما حدد هذا المرسوم التشريعي سن المسؤولية الجنائية بالنسبة للجرائم المتعلقة بالإرهاب ب16 سنة بدلا من 18 سنة، كما أن التوقيف تم تمديده إلى 12 يوم وأصبح التفتيش جائزا سواء بالليل والنهار كما منحن قوات الأمن سلطات استثنائية أما الأشخاص المحكوم عليهم والذين ثبتت إدانتهم فإن عقوبتهم تتراوح بين 05 سنوات سجنا إلى عقوبة الإعدام، أنظر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 70 الصادرة في 01 أكتوبر 1992، والجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 2، الصادرة في 25 أبريل 1993 .

(2) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص357.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

دستور 1989. (1) كما أكد التقرير تعرض السيد حمودي لأبشع أنواع التعذيب في مكان غير معروف كما أجبرته قوات الأمن على شرب ماء فيه مواد كيميائية مضرّة بالصحة.

وبالإضافة إلى هذه الأعمال هناك ملف المفقودين الذي تلقى بشأنه المرصد الوطني لحقوق الإنسان العديد من التظلمات في هذا الشأن كان الغرض منها تحديد مكان وجود مواطنين يدّعي أقاربهم بأنهم خطفوا، وفي إطار التحريات التي قام بها المرصد الوطني لحقوق الإنسان من خلال اتصاله بمصالح الأمن اتضح أن الشخص المختفي المعني ينتمي إلى إحدى الفئات التالية: إما أن الشخص اختفى بمحض إرادته، وإما أنّ الشخص اختطفته جماعات مسلحة وكون هذه الجماعات غير معروفة ساد الاعتقاد بأنها تابعة لمصالح الأمن، وأخيرا إما أن الشخص المختفي كان محل اعتقال من قبل مصالح الأمن والتي أبتت عليه في وضعية حجز أو التوقيف خارج الآجال المنصوص عليها قانونا. (2)

وبخلاصة كل ما سبق نستنتج أن السلطات الجزائرية تعترف بوجود أخطاء جسيمة مثيرة لمسؤولية الدولة (3)، بالإضافة إلى هذه الأعمال التي تشكل مجالا خصبا لمسؤولية الإدارة على أساس الخطأ الجسيم رفعت تظلمات أخرى إلى المرصد الوطني لحقوق الإنسان وتعلق بوفيات يعتقد أصحابها أنها وقعت بالمراكز التابعة لمصالح الأمن بمختلف هيئاتها، ومن بين هذه الأعمال حالة السيد مجاهد رشيد البالغ من العمر 30 سنة والذي قتل مع مجموعة من الأفراد في 18 جانفي 1997، السيد عبد الحق بن حمودة

(1) - المادة 45 من دستور 1989 تنص: "يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائرية للرقابة القضائية، ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين (48) ساعة..."

(2) - حسب تصريح وزير الداخلية آنذاك السيد العربي بلخير فبعد إلغاء الانتخابات التشريعية وما ترتب عليها من أعمال مهددة بالأمن تم اعتقال حوالي 7454 شخص وضعتهم في مراكز للأمن بالصحراء في شروط معيشية صعبة وحسب إحصائيات رئيس الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان وصل عدد المعتقلين إلى حوالي 10 آلاف شخص أغلبهم احتجزوا في مراكز خاصة في الجنوب الجزائري انظر التفاصيل: M.AZIZ.Driot de l'home, rezag BARA fait le point, le Matin n . 890, du 01 Décembre 1994 .

(3) - تحت ضغط الرأي العام الدولي والوطني ومحاولات من السلطات الجزائرية لإرضاء عائلات المفقودين اعترفت رسميا بملف المفقودين كما قام رئيس الجمهورية في جوان 2003 بتنصيب لجنة خاصة لمتابعة الملف برئاسة السيد فاروق القسنطيني رئيس اللجنة الاستشارية الوطنية لترقية وحماية حقوق الإنسان، وقد قدمت اللجنة تقريرا أوليا لرئيس الجمهورية في 28 أبريل 2004 واقترحت حل هذه المشكلة من خلال منح تعويض مادي لعائلات المفقودين المقدر عددهم ب: 7250 شخص أنظر: جريدة الخبر، ع4072، الصادرة في 27 أبريل 2004.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الأمين العام للإتحاد العام للعمال الجزائريين وحسب بلاغ صادر عن منظمة هيومن رايتس فإن السيد مجاهد رشيد يكون قد توفي أثناء فترة وضعه تحت المراقبة، أما حسب المعلومات التي تلقاها المرصد الوطني لحقوق الإنسان فإن السيد مجاهد يكون قد مات متأثراً بالجروح التي أصابته أثناء الاشتباك الذي وقع مع قوات الأمن عند اعتقاله الذي تم في عمارة بوسط العاصمة.

إن التجاوزات التي أشرنا إليها وغيرها ثبت ارتكاب العديد منها من طرف الأعوان المكلفين بتطبيق القوانين، وهذا ما أكد عليه المرصد الوطني لحقوق الإنسان، وهو ما يعني الاعتراف بوجود أخطاء جسيمة ارتكبت في ظل الظروف الاستثنائية من طرف الإدارة - الهيئة المكلفة باسترجاع الأمن والنظام العام - فالنصوص القانونية المتعلقة بشروط التفتيش والمساءلة والتوقيف والحبس كان يجب أن تطبق بالصرامة المطلوبة من جميع الموظفين المكلفين بتطبيق القانون، وذلك مهما كانت الهيئة التي ينتمون إليها، ومسؤولية الدولة هنا قائمة دستوريا وذلك طبقاً للمادة 24 من دستور 1996.⁽¹⁾

فالتعسف والتعذيب من الأعمال غير المسموح بها مهما كانت الظروف، كما أنّ آجال الوضع تحت المراقبة لا ينبغي أن تتحوّل بأيّ حال من الأحوال ومهما كانت الظروف، إلى شكل من أشكال الاعتقال السري في أماكن لم ينص عليها القانون الجزائري للقيام بهذه المهمة.

والدولة هي المسؤولة على الرغم من الأخطاء المرتكبة هي أخطاء جسيمة قام بها الأشخاص المكلفون بتطبيق القانون، ذلك أنه يقع على الدولة واجب التأكد من سلوك الشخص قبل توظيفه في أسلاك الأمن أو الأجهزة المكلفة بتطبيق القانون، ومع ذلك فمن حق الدولة الرجوع على المتسببين في تلك الأخطاء⁽²⁾، وهذه التجاوزات لم تقتصر على المواطنين العاديين بل امتدت كذلك حتى إلى المجال الإعلامي فقد سجل المرصد الوطني لحقوق الإنسان⁽³⁾، العديد من القضايا تتعلق بنزاعات بين صحافيين ومصالح الأمن أو العدالة إثر نشر مقالة لها صلة مباشرة بالوضع الأمني، والتي يخضع نشرها

(1) - انظر المرصد الوطني لحقوق الإنسان، التقرير السنوي لسنة 1997، ص 55 وما بعدها

(2) - انظر لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 105.

(3) - هيئة حقوقية حكومية أنشئت في 22 فيفري 1989، بالجزائر، من أجل تعزيز وحماية حقوق الإنسان، تم إلغاؤه سنة 2001، وحلت محله اللجنة الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

لنص قانوني خاص ومن ذلك:

حبس ثلاثة صحفيين من يومية الخبر ثم الحكم عليهم بالبراءة بعد يومين من قضية نشر إعلان إسهاري للجهة الإسلامية للإنقاذ سنة 1993.

الحكم على عمر بلهوشات ونصيرة بن علي من يومية الوطن بستة أشهر حبس وقف التنفيذ وعلى أربعة صحفيين آخرين بأربعة أشهر سجن مع وقف التنفيذ في قضية مع وزارة الدفاع الوطني سنة 1993 إثر نشر خبر حول هجوم إرهابي ضد درك قصر الحيران لم يعلن عنه.

الحكم غيايبا على عبد الحميد بن زين مدير جريدة Alger Républicain بستة أشهر حبس نافذة وبغرامة 1000 دج خلال جلسة محكمة الجزائر في 12 نوفمبر 1997، المتعلقة بنشر مقالين سنة 1991 و سنة 1993 في نفس الجريدة .

وهذه القضايا التي تم الفصل فيها سنة 1997 بالتهم المنسوبة لأصحاب المقالات أو التعاليق اعتبرتها الأطراف المدعية بمثابة قذف أو أنها لا تعكس الحقيقة. ⁽¹⁾ وهذا ما دفع السلطات العامة بارتكاب تجاوزات خاصة في مجال معالجة الإعلام المعروف ب -الإعلام الأمني- .

ومن القضايا التي ثبت فيها وقوع الخطأ الجسيم الموجب لمسؤولية الدولة في ظل الظروف الاستثنائية ما جسده قرار مجلس الدولة الصادر في 08/03/1999 الصادر عن الغرفة الثالثة -قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة الحميسي وتمثل الوقائع فيما يلي:

- بتاريخ 1994/08/26 وعلى الساعة الثامنة ليلا أقام رجال الدرك الوطني كميناً في الطريق الرابط بين مدينتي أم البواقي وقايس بالمكان المسمى "مزقطو" وعلى إثر ذلك تعرضت سيارة المدعو (ع، م) إلى طلقات نارية كثيفة من طرف رجال الدرك الوطني، مع العلم أن سائق السيارة عند وصوله إلى الحاجز الأمني لم يجد أية إشارة خاصة بالحاجز وكان هؤلاء أمام سيارة مدنية من نوع "رونو 18". وأن

(1) - لم يعرف القذف بوضوح في النصوص القانونية كالقانون رقم 07/90 المؤرخ في 03 أبريل 1990 المتعلق بالإعلام والصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 14 الصادرة في 04 أبريل 1990، وبسبب هذا الغموض يبقى الصحفيون في حيرة بين الالتزام بالواجب المهني للإعلام وخطر الاتهام بالمساس بأمن الدولة وهو أيضا ما يسمح للسلطة العامة بارتكاب خاصة في حق الإعلاميين.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

رجال الدرك أطلقوا النار على سيارته دون إنذار مما أدى إلى وفاة أحد الركاب وإصابة الآخرين بجروح فرغ ذوي حقوق الهالك دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء أم البواقي ضد وزارة الدفاع الوطني للمطالبة بالتعويض.

- وبتاريخ 1995/11/14 صدر قرار بإلزام وزارة الدفاع بأداء تعويض لذوي الحقوق قدره مائتي ألف دينار لكل واحد منهم، واستأنفت وزارة الدفاع القرار أمام مجلس الدولة على أساس أنّ الضرر كان سببه خطأ الضحية، إلا أنّ المجلس قضى بتأييد القرار المستأنف.

ولقد أسس مجلس الدولة قراره على أساس خطأ رجال الدرك⁽¹⁾ الذين لم يضعوا إشارات تدل على الحاجز، وعدم إنذارهم للسائق بإطلاق عيارات في الهواء أو عجالات السيارة وقد أكد مجلس الدولة نفسه على هذه الأخطاء في حيثيات القرار⁽²⁾. واستبعد خطأ الضحية، لكون سبب عدم توقف السيارة هو انعدام الإشارات على الحاجز وأن وجود رجال الدرك أمام السيارة جعل السائق يشك في الحاجز واعتبره مزيفاً ومشيداً من طرف الجماعات المسلحة، ممّا أدى به إلى الانطلاق تدريجياً بعد توقفه لبعض الثواني دون سماعه لإشارة التوقف من طرف أعوان الأمن الذين لم يباشروا ذلك، سواء بإنذار شفوي أو بإطلاق الرصاص في الهواء أو في عجالات السيارة.⁽³⁾

على أن إقامة المسؤولية هنا على أساس الخطأ الجسيم، وإن كان يتطلب المضرورة إقامة الدليل على وقوع الخطأ - وهو ما ثبت في القضية - إلا أنّه لا يؤثر على حقوقه إذ بإمكانه أن يتحصل على التعويض من خلال الاستناد على نظرية الجمع بين المسؤوليات، وبالتالي يتحصل على التعويض من الإدارة وهذه الأخيرة بإمكانها أن ترجع على المتسبب في تلك الأخطاء بما دفعته من تعويض.⁽⁴⁾

(1) - ومن جهة أخرى تم تأسيس القرار على أساس نظرية المخاطر بصفة احتياطية على أساس المخاطر الناتجة عن حمل السلاح الناري.

(2) - لقد جاء في حيثيات هذا القرار: "حيث أنه بغض النظر عن الخطأ المرتكب من طرف أعوان الدولة في أداء مهامهم في دعوى

الحال والذين لم يقوموا بالتحذيرات الواجبة." وهذا يدل على وجود خطأ جسيم.

(3) - لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

(4) - مراد بدران، الرقابة على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 365.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وفي قضية أخرى ثبت قيام الخطأ الجسيم الموجب لمسؤولية الدولة في ظل الظروف الاستثنائية وهي قضية دالي محمد الطاهر ضد وزارتي الداخلية والدفاع الوطني ومن معهما كما صدر في القرار المنشور عن مجلس الدولة 31 جانفي 2000.⁽¹⁾

والتي تتلخص وقائعها أنه بتاريخ 09 جويلية 1995 تعرض السيد دالي محمد الطاهر للضرب والجرح العمدي بسلاح ناري مفضي إلى عاهة مستديمة من طرف السيد محزم عز الدين، عضو في الدفاع الذاتي بلدية بوثلجة تحت قيادة الدرك الوطني التابعة لوزارة الدفاع الوطني، ولقد سلمت له شهادة طبية تثبت عجزه بصفة دائمة ونسبة 100%، وبعد متابعة المتسبب في الحادث أمام محكمة الجنايات وأصدرت هذه الأخيرة في 10 أبريل 1996 حكما يقضي بإدانتته والحكم عليه بستين حبس نافذة وغرامة مالية قدرها 3000 دج وحفظ حقوق الطرف المدني، فقام الضحية بعد ذلك برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء عنابة ضد محزم عز الدين عضو الدفاع الذاتي، ووزارتي الداخلية والدفاع الوطني والمندوبية التنفيذية طالبا إلزامهم بالتضامن بدفع تعويض عن الأضرار التي أصابته، إلا أن الغرفة الإدارية حكمت بعدم الاختصاص وذلك على أساس أن مسؤولية الإدارة غير قائمة لأن المدعى عليه الأول كان في حالة سكر، وبتاريخ 04 ماي 1997 استأنف السيد دالي هذا القرار أمام مجلس الدولة فقام هذا الأخير بقبول الاستئناف كما ألغى قرار مجلس قضاء عنابة، وبعد التصدي ألزم الدولة ممثلة في شخص وزير الداخلية بأدائها للضحية مبلغ 500 ألف دينار كتعويض عن الضرر الذي لحق به.

وتجدر الإشارة أن مجلس الدولة قد أسس قراره هذا على المادتين 136⁽²⁾ و137⁽³⁾ من القانون المدني، أي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وهذا أمر غير مقبول في مجال القانون الإداري الأصيل والتميز باستقلالته عن القانون المدني، ذلك أن أساس المسؤولية هنا هو الخطأ الجسيم وهو ما أشار إليه

(1) - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، ط1، 2012، ج 1، ص273.

(2) - المادة 136 من القانون المدني تنص: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبة، وتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع."

(3) - المادة 137 من القانون المدني تنص: "للمتبع حق الرجوع على تابعه في حال ارتكابه خطأ جسيما."

القرار صراحة في حيثياته. (1)

ومادام أنّ الخطأ الذي تعرّض له الضحية غير منبث الصلة بالمرفق، فإنه يمكن تطبيق نظرية الجمع بين المسؤوليات، بحيث أن وزارة الداخلية هي التي تدفع التعويض مع احتفاظها بحق الرجوع على المتسبب في الضرر مادام أنه ارتكب خطأ شخصيا.

وبالإضافة إلى ذلك يبدو أن مجلس الدولة حاول أن يؤسس قراره على نظرية المخاطر (2)، وهو أمر غير مستساغ بالنظر إلى ما ورد سابقا فاستعمال السلاح الناري إذا ترتب عليه إصابة غير المقصود بعملية البوليس يترتب عليه إقامة المسؤولية على أساس المخاطر، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن هذه الواقعة - إصابة غير المقصود بعملية البوليس - لم يشر إليها لا المدعي ولا المدعى عليه، مما يثير مسألة كيف توصل إليها القاضي بل أكثر من ذلك إذا كان أساس المسؤولية هنا - حسب القاضي هو نظرية المخاطر - فلماذا استند على المادتين 136 و 137 من القانون المدني؟ (3)

من خلال ما سبق يتضح أنه إذا كانت مسؤولية الدولة تقوم كقاعدة عامة على أساس الخطأ، فهناك شبه إجماع فقهي وقضائي في الأنظمة القانونية المقارنة بما في ذلك النظام القانوني الجزائري، حول نتيجة مؤداها أن مسؤولية الدولة على أساس الخطأ شأنها في ذلك شأن المسؤولية المدنية في قواعدها التقليدية لا تصلح أساسا ملائما لتعويض الأضرار الناتجة عن مواجهة الظروف الاستثنائية سواء بسبب الاعتداءات الإرهابية أو بسبب أعمال العنف، إذ يصعب إسناد الخطأ إلى الدولة بكل مرافقها وأجهزتها، وإن صحت نسبة الخطأ إليها فإنه يصعب إثباته يضاف إلى ذلك أن ارتكاب الدولة للخطأ في الظروف الاستثنائية يؤدي إلى تردد القضاء في إسناد الخطأ إلى الإدارة، إمّا لانتفاء علاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر المستوجب للتعويض أو بسبب المشروعية الاستثنائية التي تبيح للإدارة بعض

(1) - لقد جاء في القرار: "حيث يتجلى من دراسة الملف أنه بتاريخ 09 جويلية 1995 تعرض المدعو دالي محمد الطاهر للضرب

والجرح العمدي بسلاح ناري والمفضي إلى عاهة مستديمة تسبب فيها محزم عز الدين عضو في الدفاع الذاتي".

(2) - حيث جاء في إحدى حيثيات القرار: " وأن محزم عز الدين أصاب الضحية المستأنف عندما كان يحاول إطلاق النار على شخص هارب" وهذه الحيثية متناقضة مع الحيثية السابقة، ذلك أنه حسب الحيثية فإن الخطأ لم يكن عمديا لأنه لم يكن يقصد الضحية ولكن حسب الحيثية السابقة فإن الضرب والجرح كان عمديا.

(3) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 367.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

التصرفات التي تعتبر من الأخطاء في الظروف العادية، ولأن الظروف الاستثنائية تؤدي إلى التخفيف من مسؤولية الدولة مادام أن القضاء يشترط لإثارة مسؤوليتها على أساس الخطأ أن يكون الخطأ جسيماً، لهذا لا يمكن تشبيه مسؤولية الدولة في الظروف العادية بمسؤوليتها في الظروف الاستثنائية، لأن القاضي قبل تقريره لمسؤولية الدولة يأخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي اعترضت أجهزتها للقيام بعملها من أجل تخطي الظروف العصيبة.

وعلى العموم فإن القضاء الجزائري يأخذ بنفس المبدأ الذي يأخذ به القضاء الفرنسي فينظر إلى الصعوبات التي تعترض الدولة فيخفف من مسؤوليتها واشترط لإثارتها الخطأ الجسيم ولا يحكم بالتعويض حتى يكون الخطأ جسيماً ذو طبيعة خاصة، ومعنى ذلك هو أن القاضي يترك للإدارة مجالاً معتبراً لإعمال سلطتها التقديرية من أجل مواجهة الأزمة ولا يجب اعتبار أي خطأ ترتكبه الإدارة في تلك الظروف موجبا للمسؤولية وبالتالي نكون أمام نتيجة عملية وهي قصور نظرية الخطأ قضائياً كأساس قانوني لتحمل الدولة لمسؤولية التعويض عن الأضرار التي تخلفها الظروف الاستثنائية.

ثانياً: موقف القضاء الإسلامي

مما رأيناه سابقاً أن الفقه الإسلامي قد أقر بمسؤولية الدولة على أساس الخطأ في الظروف العادية، ويكشف الأخذ بالتعدي وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية عن هذا الإقرار بأن خطأ الإمام أو نائبه من الموظفين يكون في بيت المال عندما يكون الخطأ بمناسبة التصرف الذي يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة، والتي يكون تحقيقها في الظروف الاستثنائية أولى منه في الظروف العادية، وهناك العديد من التطبيقات لهذا الأساس من المسؤولية في الظروف الاستثنائية، بدءاً من عهد النبوة ومروراً بعهد الخلفاء الراشدين ومن هذه التطبيقات نجد:

- ما روي أن الرسول ﷺ "بعث بخالد بن الوليد في عام الفتح على رأس ثلاثمائة وخمسين رجلاً من المهاجرين والأنصار وبني سليم إلى بني جذيمة، فدعاهم إلى الإسلام فجعلوا يقولون "صبأنا"، وفي رواية قال لهم خالد ما أنتم فقالوا مسلمون قد صدقنا بحمد وصلينا وبنينا المساجد في ساحاتنا وأذنا فيها، فقال فما بال سلاح عليكم قالوا بيننا وبين قوم من العرب عداوة فحفظنا أن تكونوا منهم، فقال

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

خالد بن الوليد فضعوا السلاح فوضعوه، فقال لهم استأمرُوا فاستأمر القوم فأمر بعضهم فكشف بعضا فلما كان في السَّحَر نادى خالد بن الوليد من كان معه أسير فليضرب عنقه، فقتل بنو سليم من كان في أيديهم من الأسرى، وأبى المهاجرون والأنصار ذلك حتى رجعوا إلى رسول الله ﷺ، وقصوا له ما صنع خالد، فقال رسول الله ﷺ: "اللهم إني أبرأ إلي مما صنع خالد." ثم دعا علي بن أبي طالب ﷺ فقال ﷺ: "يا علي اخرج إلى هؤلاء القوم فانظر في أمرهم واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك فخرج إليهم علي ومعه مال قد بعث به رسول الله ﷺ فدفع لهم الدية في الدماء وما أصيب لهم من الأموال، حتى إذا لم يبق شيء من دم ولا مال إلا وأداه وبقيت معه بقية من المال فقال ﷺ لهم هل بقي لكم بقية في دم أو مال لم يرد لكم قالوا لا قال فإني أعطيتكم هذه البقية من هذا المال احتياطا لرسول الله ﷺ، مما لا يعلم ولا تعلمون ثم رجع إلى رسول الله ﷺ فأخبره بما فعل فقال ﷺ أصبت وأحسنست. (1)

فهذه الواقعة تجسد موقف الدولة الإسلامية من مسؤوليتها عن أخطاء موظفيها في ظرف استثنائي خطير وهو الحرب والفتوحات التي كانت تمر بها الدولة، حيث أمر النبي ﷺ بدفع الدية والتعويضات لهؤلاء القوم الذين تضرروا من الخطأ الناجم عن تصرف خالد بن الوليد.

- وفي نفس المعنى القضية التي ملخصها أن النبي ﷺ قد أرسل غالب بن عبد الله الليثي إلى أهالي الميعة وهاجمت سريره القوم فقتلوا بعضا وأسروا الآخرين وقد طارد أسامة بن زيد رجلا من المشركين فلما رأى الموت في يد أسامة قال: "أشهد أن لا إله إلا الله." فقتله أسامة ضنًا منه أنه يقولها تخلصا، فقال له الرسول ﷺ: "أقتلته؟" قال يا رسول الله إنما قالها متعوذاً من القتل. فقال النبي ﷺ: "هلا شققت على قلبه لتعلم أصادق هو أم كاذب؟" فقال أسامة: "يا رسول الله استغفر لي، فقال رسول الله ﷺ: "فكيف بلا إله إلا الله؟" فما زال يكررها، حتى أسامة أنه لم يسلم قبل ذلك اليوم....، ثم أمر رسول الله

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، رقم الحديث: 4339، ج 5،

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

ﷺ أسامة أن يعتق رقبة كفارة بسبب خطأه الذي أدى إلى قتل الرجل. (1) ولأنّ القتل من قوم بينهم وبين المسلمين عداوة لم يكن هناك تعويض، فقط كانت الكفارة تحرير رقبة مؤمنة. (2)

ومن القضايا العملية أيضا على تحمل الدولة لمسئوليتها على أساس الخطأ في عهد الخليفة الراشد أبي بكر الصديق، القضية الشهيرة قضية مالك بن نويرة والتي أثارت ضجة وخلافا بين الصحابة، فقد كان مالك بن نويرة من العمال الذين فرقهم رسول الله ﷺ على بني تميم وهم مسلمون، فلما توفي رسول الله ﷺ وظهر الكذابون ادعى مالك بن نويرة وكيع بن مالك، سجاح وأغرثهم سجاح بالملك فقالت: إنما أنا امرأة من بني يربوع فإن كان ملك فهو لكم، ولما قضى أمر سجاح وصالحت الكذاب ندم مالك بن نويرة وتحير في أمره حتى وصل جيش خالد بن الوليد فأمر خالد بداعية الإسلام حسب ما أوصاهم أبو بكر فمن أجاب داعي الإسلام سالموه، ومن لم يجب اقتلوه فجاءت سرية بمالك بن نويرة في نفرٍ من بني ثعلبة بن يربوع وغيرهم واختلفت السرية في أمرهم ومنهم من قال أذّنوا وأقاموا وصلوا ومنهم من قال: غير ذلك وممن قال صلوا وشهد لهم بذلك أبو قتادة الأنصاري، فلما رأى خالد الخلاف حول أمرهم أمر بجسهم في ليلة باردة لا يقوم عليها شيء وجعلت تزداد بردا فأمر خالد مناديا ينادي: "دافئوا أسراكم." بمعنى أدفئوهم من البرد وفي لغة كنانة دافئوا وأدففوا بمعنى اقتلوا، فظن القوم أن الأمر بالقتل، فقتل ضرار بن الأزور مالكا وأصحابه فسمع خالد الواعية فخرج وقد فرغوا منهم فقال قولته المشهورة: "إذا أراد الله أمرا أصابه..."، وقد كلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه في أمر خالد وطالب بعزله وقتله قصاصا... فقال أبو بكر: "هيه يا عمر قد تأول فأخطأ فارع لسانك عن خالد." وقد ردّ الخليفة أبو بكر على متمم بن نويرة السبي والأموال من بيت مال المسلمين كدية وتعويض فيما لحقه من ضرر عن دم أخيه (3). بسبب خطأ ضرار بن الأزور الذي كان تابعا للدولة في تصرفه هذا ولم

(1) - انظر: أساس الخطأ فيه اعتقاد القاتل أنه يقتل مهدر الدم، والفقهاء المسلمين يقسمون قتل الخطأ إلى قسمين: خطأ في الفعل، نحو أن يقصد صيدا فيقتل إنسانا، والثاني خطأ في ظن الجاني نحو أن يرمي على إنسان يظن أنه حربي فإذا هو مسلم هو نفس ما فعله أسامة، لأن القتل الخطأ من موجبات الضمان التعويض وذلك بتحرير رقبة دية مسلمة إلى أهل القتل، إلا أن يكون من قوم بينهم وبين المسلمين عداوة فتحرير رقبة ودية مسلمة إلى أهله فقط كما في القضية. انظر: محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، الإدارة العامة للثقافة الإسلامية، الأزهر، 1959، ص 294 وما بعدها...

(2) - انظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 1، ص 68.

(3) - انظر: ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المصدر السابق، ج 3، ص 270 وما بعدها.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

يجمع الظرف الاستثنائي الذي كانت تمر به الدولة من تحملها للمسؤولية والإقرار بالمسؤولية الخطئية لموظفيها في تأوله لأمر الأمر بالتصرف.

ومن القضايا التي تعبر أيضا عن تحمُّل الدولة للمسؤولية على أساس خطأ عمالها ما حدث على عهد الخليفة عمر بن عبد العزيز المتعلقة بأهل سمرقند والتي ملخصها أنّ صلحا كان قد انعقد بين أهل سمرقند والمسلمين فنقضوه فهاجمهم القائد الإسلامي قتيبة بن مسلم وضرب عليهم حصارا فأظهروا أنهم مازالوا على العهد والصلح، وقد أقسم قتيبة خلال حصاره لهم ليدخلنها بجيشه ويؤذن فيها ويصلي ثم يخرج فلما قبلوا منه ذلك ودخلها قال: ما أنا بخارج فنقض كما نقضوا إلا أن أهل سمرقند قد تقدموا إلى سليمان بن أبي السرح والي عمر بن عبد العزيز آنذاك ليأذن لهم بالوفود على الخليفة وقالوا: "إن قتيبة قد غدر، بنا وظلمنا وأخذ بلادنا وقد أظهر الله العدل والإنصاف فأذن لنا فليغد منا وفد إلى أمير المؤمنين فنشكو إليه ظلامتنا فإن كان لنا حق أعطيناها." ولما استغرب والي عمر، سليمان بن أبي السرح من حرصهم على الوفود على الخليفة أخبرهم أنه بإمكانهم رفع الدعوى أمام قاضي سمرقند وهو المختص بالحكم في القضية دون الخليفة قالوا: "إننا بنا إلى ذلك حاجة فأذن لنا."

ولما قدم أهل سمرقند وعرضوا هذه الشكوى على الخليفة عمر بن عبد العزيز كتب عمر إلى واليه بسمرقند: إنّ أهل سمرقند قد شكوا إلي ظلما أصابهم وتحاملا من قتيبة عليهم حتى أخرجهم من أرضهم، فإذا أتاك كتابي فأجلس لهم القاضي فلينظر في أمرهم فإن قضى لهم فأخرجهم إلى معسكرهم كما كانوا وكنتم قبل أن يظهر عليهم قتيبة.

ولما جلس لهم القاضي جميع بن حاضر الناجي، حكم لصالح أهل سمرقند بأن يخرج عرب سمرقند إلى معسكرهم وينابذوهم على سواء فيكون صلحا جديدا أو ظفرا أو عنوة، فقال أهل سمرقند: "بل نرضى بما كان ولا نجد حربا فتراضوا بذلك." (1)

وتعتبر هذه الواقعة نموذج عالي حصل فيها تطبيق عملي لمسؤولية السلطة التنفيذية الحاكمة على الرغم من أن أهل سمرقند هم الذين بدءوا بالنقض للصلح والعهود، ومع ذلك تجلّى بر المسلمين وعدلهم

(1) - انظر: ابن الأثير، الكامل في التاريخ، المصدر السابق، ج4، ص162-163.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وإنصافهم بما لا مثيل له، إذ أن التطبيق القضائي فيها كان من أروع صورة التعويض عن الخطأ من الإدارة الإسلامية. (1)

فهذه الوقائع وغيرها مما أدّى إلى إثراء الفقه والقضاء في التعويض، كلها تقر بمسؤولية الدولة عموماً والسلطة التنفيذية خصوصاً وضمانها للأضرار الناتجة عن نشاطها الحربي في الظروف الاستثنائية وذلك بدفع التعويض الشرعي المتضررين من بيت مال المسلمين بناء على الأخطاء الواردة من السلطة التنفيذية وعمالها التابعين، وبهذا تكون الدولة الإسلامية سباقة في سنّ هذا النوع من المسؤولية الخطئية وكان ضمان الضرر بالتعويض العادل أمر مسلم به بل ومن البديهيات.

(1) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 2009، ص 391.

خلاصة المبحث

و في ختام هذا المبحث يمكن استنتاج ما يلي:

- من خلال تعرضنا لمفهوم الخطأ في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي يتضح لنا أنّ المصطلحين يتفقان في معنى مجاوزة الحدّ والإخلال بالتزام ما، ويختلفان في أنّ التعدي في مفهوم الشرع يتكون من ركن واحد هو الركن المادي، أما الركن المعنوي فلا يعتد به، فالشرع الإسلامي لا يشترط التمييز لقيام الضمان أو المسؤولية، أما في الفقه القانوني فيشترط فيه الركن المادي والمعنوي.

- التعدي في مفهوم الشرع أوسع من معنى الخطأ عند القانونيين، لأنّ التعدي يمثل مجاوزة ما ينبغي أن يقتض عليه شرعا أو عرفا أو عادة، أما الخطأ في الاصطلاح القانوني فهو الإخلال بالتزام قانوني بغض النظر عن مخالفته للشرع أو لا، فقد يجرم الفعل قانونا بالرغم من إباحته من الناحية الشرعية والعكس.

- أناط القانون المسؤولية الخطئية بشرط التمييز لأنها تتطلب نوعا من الإدراك بخلاف الخطأ في الشرع الذي هو بمعنى وقوع الشيء على خلاف الإرادة فهو لا يستوجب إثما ولا يعدّ ذنبا، وإن كان ذلك بالنسبة للمخطئ لا يرفع الضمان المقرر بالنسبة للمضروب فرغم رفع الإثم يبقى الالتزام بتعويض الضرر.

- الخطأ المرفقي ما كان متصلا بالوظيفة وليس منفصلا عنها وأنّ ذلك الخطأ كان لتحقيق المصلحة العامة، والخطأ الشخصي هو الذي يرتكبه الشخص خارج الوظيفة أو بسوء نية، وقد عرف الفقه الإسلامي التفريق بينهما، فقد كانت إدارة الدولة الإسلامية تلتزم بالتعويض عن الأضرار التي نتجت متى كان الضرر الذي أصاب المضروب ليس عمدا أو كان في حدود الوظيفة ولأجل المصلحة العامة، وعلى النقيض لا تلتزم بالتعويض متى كان الضرر أتى عن عمد من التابع أو العامل وتجاوز فيه حدود المشروعية وينم عن أهواء شخصية فإن ارتكبه هو الذي يتحمل التعويض باعتبار ذلك خطأ شخصيا وليس مرفقيا وهو ذات المفهوم الذي تأخذ به النظم الحديثة وهذا ما يؤكد أسبقية الشريعة الإسلامية في التفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقي.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

- تفرض كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري رقابة قضائية على الإجراءات الاستثنائية للسلطة في الظروف الاستثنائية، لاحتمال الخطأ والتعسف في مثل هذه الظروف، والتطبيقات العملية في كلا النظامين دليل على ذلك، فكل من قضاء المظالم والقضاء الإداري الجزائري يحكم بالإلغاء والتعويض على التدابير والإجراءات الاستثنائية الغير مشروعة، ويكمن الاختلاف في أن قاض المظالم يمكنه التعويض من تلقاء نفسه بعد إلغاء القرار المشوب بالخطأ أو العيب ولو لم يطلب المتضرر ذلك، ولا يملك القاضي الإداري الجزائري ذلك إلا إذا طلب المتضرر ذلك.

- قلة القرارات التي عبّر فيها القضاء الجزائري عن اشتراط الخطأ الجسيم لإقامة مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية، ونجده في أغلبها يُقيم المسؤولية على أساس الخطأ دون الإشارة إلى طبيعته، ومنه فتقدير الخطأ في القضاء الجزائري ليست له أهمية مادام القضاء يقضي بتقرير وجود الخطأ دون أن يقدر خطورته وجسامته ولا حتى ذكره، وهذا يدل على أن القضاء يوسع من مراتب الخطأ الموجب للمسؤولية حفاظا على حقوق المضرور في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه.

- الخطأ المرفقي بسبب أعمال الدولة في الظروف الاستثنائية يتخذ صورا مختلفة ولا تتحقق مسؤولية الدولة بالتعويض عن هذه الأضرار المترتبة عليه إلا بتوافر قدر معين من الجسامه في الخطأ المنسوب للمرفق، والقضاء هو الذي يقدر في كل حالة على حدة جسامه الخطأ ومسؤولية الدولة بالتعويض، مراعيًا في ذلك مجموعة من الظروف والاعتبارات الخاصة بطبيعة المرفق وأهميته وضرورته فضلا عن علاقة المضرور بالمرفق وظروف الزمان والمكان الذي ارتكب فيه الخطأ.

- إذا كانت مسؤولية الدولة تقوم كقاعدة عامة على الخطأ فهناك شبه إجماع فقهي وقضائي في الأنظمة القانونية والمقارنة بما في ذلك النظام القانوني الجزائري حول نتيجة مفادها أنّ مسؤولية الدولة على أساس الخطأ، لا تصلح أساسا ملائما للتعويض عن الأضرار الناجمة في الظروف الاستثنائية، لأنّ الأوضاع غير العادية تقتضي توسيع صلاحيات السلطة بإجراءات سريعة وعاجلة حتى ولو كانت مخالفة للقوانين العادية وهذا ما يضمن عليها نوعا من الشرعية يتنفي معها طرح مسألة الخطأ أو صعوبة إثباته، وهنا يأتي دور المسؤولية غير الخطئية لتغطية أضرار الظروف الاستثنائية.

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية دون خطأ

لأنّ نظرية المسؤولية على أساس الخطأ أثبتت قصورها في تعويض المتضررين في الظروف الاستثنائية لتعذر إثبات ركن الخطأ بسبب مشروعية الإجراءات الاستثنائية، اتجه القضاء الإداري إلى نظرية المسؤولية بدون خطأ كأساس تكميلي لمسؤولية الدولة إلى جانب المسؤولية الخطئية، والتي تعفي المتضرر من إثبات الخطأ، ويكفيه فقط إثبات وقوع الضرر ونسبته إلى نشاط الدولة في هذا الظرف.

ويطرح هذا النوع من المسؤولية حين تصيب الأضرار أفرادا معينين بذواتهم دون سائر المواطنين، وتكون هذه الأضرار على درجة كبيرة من الجسامة بحيث تتجاوز المخاطر العادية وعلى هذا الأساس يجب أن تتوفر في الضرر صفتان أساسيتان هما: الخصوصية، والجسامة غير العادية، وهي تشكل في مجال القانون الإداري نظرية احتياطية ذات تطبيقات استثنائية في الظروف العادية، فهل يمكن أن تكون كذلك في الظروف الاستثنائية؟ .

وحتى نجيب على هذا السؤال وجب التطرق إلى مفهوم هذا النظرية وآراء الفقهاء بشأنها، والأسس التي تقوم عليها في الظروف العادية، ثم البحث في مدى إمكانية مساءلة الدولة عن أعمالها في ظل الظروف الاستثنائية بناء على هذا النظرية.

المطلب الأول: المفهوم القانوني والشرعي لنظرية المسؤولية غير الخطئية

لأنّ الأعمال والإجراءات التي تقوم بها الدولة في الظروف الاستثنائية تكون أكثر خطورة على حقوق الأفراد وحرّياتهم، ومادام أنّ سلطة الإدارة العامّة تتسع في تلك الظروف فإنّ أعمالها تحتل بطبيعتها وقوع الأضرار، ولأنّ الخطأ يتعذر نسبته للتعويض عن هذه الأضرار، ورغبة في تحقيق العدل يطلب من المضرور فقط إثبات علاقة السببية بين هذه الأضرار وبين نشاط الدولة ليحصل على التعويض، ونكون هنا بصدد المسؤولية دون خطأ، التي قد تكون مجالا خصبا لمساءلة الدولة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية وهذا ما يدفعا لتحديد المفهوم القانوني والشرعي لها قبل أن نقف على مدى تغطيتها لأضرار الظروف الاستثنائية.

الفرع الأول: المفهوم القانوني لنظرية المسؤولية غير الخطئية

إنّ الإجراءات التي تقوم بها الإدارة لمواجهة الأزمة، إمّا تنطوي في ذاتها على مخاطر استثنائية وإمّا ألا تتضمن مخاطر استثنائية، لكن يترتب عليها ضرر استثنائي أو جسيم لفرد أو فئة من المجتمع، وإذا كانت المسؤولية دون خطأ في مجال القانون المدني تنحصر فقط في نظرية المخاطر فإن المسؤولية بدون خطأ في مجال القانون الإداري تحتوي على مبدئين متميزين هما: المسؤولية على أساس المخاطر من جهة والمسؤولية بسبب الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة من جهة أخرى، وهذا ما يستلزم منّا إلقاء الضوء على مفهوم هذه النظرية بالتعرض لنشأتها وتطورها ثم تعريفها والأسس القانونية لهذا النوع من المسؤولية، وبعدها شروط قيامها.

أولاً: نشأة وتطور المسؤولية غير الخطئية

إنّ النظرية غير الخطئية في القانون العام وخاصة في القانون الإداري فيرجع الفضل في إرساء قواعدها وتثبيت مبادئها في المسؤولية الإدارية التقصيرية إلى القضاء الإداري، فقيامها كأساس قانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها يعود إلى القضاء الإداري الفرنسي، وأجبر كل من الفقه والمشرع على الأخذ بها وبنائها كنظرية قانونية متكاملة الأسس واسعة التطبيق كضمانة قوية وأكيدة لحقوق الأشخاص وحرّياتهم في مواجهة السلطة العامة، وكتصحيح قانوني ادخله القضاء الإداري لتحقيق التوازن المفقود بين تغليب فكرة الصالح العام ومقتضياته، وبين مبدأ المساواة إزاء الأعباء العامة.⁽¹⁾

وعلى هذا فالمسؤولية غير الخطئية تعدّ نظرية قضائية المنشأ، وهناك عدّة عوامل رئيسية قد ساعدت على هذه النشأة القضائية منها:

- الطابع القضائي للقانون الإداري فمعظم نظرياته ومبادئه الرئيسية كشف عنها القضاء وبالدرجة الأولى في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وانطلاقاً من هذا كان للقضاء القدرة على تطوير قواعد المسؤولية الإدارية للدولة ولا يقف عند حدود المسؤولية على أساس الخطأ، فتعدها إلى ما تعارض تطبيقها مع اعتبارات العدالة، إلى ما يتفق مع اختلاف مركز الطرفين المتنازعين فكان إرساء نظرية

(1) - انظر: عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 189-190.

لمسؤولية غير الخطئية.

- قصور المسؤولية الخطئية وعدم كفايتها لجبر الضرر في حالات معينة، خاصة إزاء الأنشطة الإدارية المشروعة التي تنتج أضرارا يصعب على المضرور تحمّلها، كما يصعب عليه إثبات الخطأ فيها ومن هنا كان الإلهام لدى مجلس الدولة نحو ابتكار نظرية المخاطر في سبيل تحقيق العدالة من جهة ومصصلحة المضرور من جهة أخرى.

- استغلال قواعد المسؤولية الإدارية بعد أن كانت قواعد القانون المدني هي المطبقة على مسؤولية الدولة في الحالات التي تثار فيها مسؤوليتها فترة طويلة، ونتيجة لهذا ظلّ الخطأ هو الأساس الوحيد للمسؤولية، إلا أنه وبفضل مجلس الدولة استقلت قواعد المسؤولية بقواعد خاصة متميزة تتلاءم مع طبيعة واحتياجات المرافق العامة، وهذا الطابع المستقل لقواعد المسؤولية الإدارية قد أتاح إرساء العديد من النظريات من بينها نظرية المسؤولية دون خطأ.⁽¹⁾

- وهناك مبررات أخرى علمية وعملية خدمت قيام نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الدولة والتوسع في تطبيقها، ومنها انتشار الأفكار الجماعية وازدياد نفوذ السلطة الإدارية في الوقت المعاصر، حيث النفوذ الفعلي للسلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية والقضائية الأمر الذي ترتب عليه ازدياد أنشطة السلطة العامة وتعددت مرافقها واستعمالها لوسائل التكنولوجيا والمخترعات الحديثة المعقدة والخطرة على حقوق وحرريات الأفراد ممّا يؤدي إلى وقوع أضرار ومخاطر يصعب معها اكتشاف خطأ الإدارة في بعض الأحيان.⁽²⁾

ثانيا: تعريف مسؤولية الإدارة دون خطأ

لم يستقر الفقه على وضع تعريف محدد لهذه المسؤولية وتتمثل الصعوبة في وضع تعريف لهذه المسؤولية كما عبرت عنه الأستاذة سعاد الشرقاوي، من أن موضوع مسؤولية الدولة دون خطأ عن موظفيها موضوع دقيق لم يستقر القضاء الإداري بصدده على مبادئ ثابتة فهو نظام في طريقه للتطور والنمو وهذا ما يفسر اختلاف النظريات حوله وتعدد التطبيقات التي يسعى الشراح عن طريقها إلى

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص301-303.

(2) - انظر: سليمان الطماوي، القضاء الإداري - قضاء التعويض -، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 1986، الكتاب الثاني، ص364.

إيجاد نوع من النظام والترتيب بين الفروض التي تندرج تحت هذه المسؤولية.⁽¹⁾

هذا وقد تعددت التعبيرات عن مضمون مسؤولية الدولة دون خطأ ومنها أنها تلك التي تقوم على ركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية دون اشتراط الخطأ فيها، لذلك فهي تقف بجانب الأصل العام في المسؤولية الإدارية التي تبنى على أساس الخطأ.⁽²⁾

وتسمى بالمسؤولية دون الخطأ مقابلة للمسؤولية على أساس الخطأ على موظفي الدولة، وهي مسؤولية تكميلية للمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ واستثناء من القاعدة العامة، وهي لا توجد في نظر مجلس الدولة الفرنسي إلا إذا كانت الإدارة قد عرضت الأفراد أو الخواص لمخاطر استثنائية أو أثقلت كاهلهم بأعباء وتحملات تفوق وتجاوز التحملات والتكاليف العادية.⁽³⁾

وفي بداية الأمر شاع استخدام مصطلح مسؤولية المخاطر.⁽⁴⁾ للدلالة على مسؤولية الإدارة دون خطأ وفي الحقيقة فإن هذا المصطلح تعوزه الدقة فهذه التسمية أخذت من التطبيقات الأولى لمسؤولية الإدارة دون خطأ وهي المخاطر فإذا كانت تصلح تسمية لهذا النوع من المسؤولية دون خطأ، أي عندما تجاوز الحال مرحلة الخطأ أو الخطر، فإن هذه التسمية أصبحت غير دقيقة ولا تمثل إلا وجها واحدا لمسؤولية الإدارة دون خطأ، ذلك أن مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة أصبح صورة أخرى لمسؤولية الإدارة دون خطأ، لذلك فإن تسمية مسؤولية الإدارة دون خطأ هي الأصح لأنه يندرج تحتها الأساس الأول وهو المخاطر والأساس الثاني وهو المساواة أمام الأعباء العامة والأسس التي يمكن أن تبرز في المستقبل، ولم يرد تعريف محدد لمسؤولية الإدارة دون خطأ إنما تم الاكتفاء ببيان صور هذا النوع من المسؤولية وبيان خصائصها وشروطها .

وإن أردنا أن نعرف المسؤولية دون خطأ نستأنس ببعض ما ورد فيها بأنهما: " التزام الإدارة بتعويض ضرر خاص واستثنائي أحدثه عملها المشروع بالغير." ⁽⁵⁾

(1) - سعاد الشراوي، المسؤولية الإدارية، دار المعارف، مصر، 1973، ص176.

(2) - محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، مطبعة الإسرائ مصر، دت، ص312.

(3) - فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص315-316.

(4) - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري- الإلغاء والتعويض-، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص527.

(5) - فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص315-316.

ومن خلال التعريف يتضح أن:

- من شروط الضرر في مجال المسؤولية دون خطأ أن يكون خاصا واستثنائيا، ذلك أن الأصل العام في المسؤولية هو الخطأ.
- الدولة دون غيرها هي من يتحمل تعويض الضرر وبشكل نهائي.
- تشمل المسؤولية دون خطأ أعمال الإدارة المشروعة سواء كانت قانونية أم مادية.

ثالثا: خصائص المسؤولية دون خطأ

للمسؤولية دون خطأ خصائص تميزها عن غيرها، لأنها تقف إلى جنب الأصل العام في المسؤولية الخطئية، وتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

1- مسؤولية ذات طابع تكميلي

ذلك أن الأساس القانوني الأصيل والطبيعي للمسؤولية بصفة عامة ومسؤولية الدولة بصفة خاصة هو الخطأ، وبسبب عجز هذا الأساس عن مجارة كثير من أنشطة الدولة التي تستجد يوميا وفي ظروف تجعل الخطأ معدوما أو مجهولا لا يتطلب القضاء إثباته للحكم بالتعويض للمضرور، فكانت بذلك النظرية أساسا قانونيا ذي صفة ومكانة ثانوية تكميلية استثنائية قررها القضاء الإداري لتكفل تحقيق العدالة وتنصف المضرور من عمل الدولة الضار وتصبغه بالمشروعية.

2- مسؤولية ذات طابع إداري

يعود الفضل في إيجاد النظرية وإرساء قواعدها وتطبيقها إلى القضاء الإداري عموما والقضاء الإداري الفرنسي على وجه الخصوص الذي توسع فيها كثيرا في أسسها وحدد شروطها ومجالات تطبيقها أما دور المشرع فيها فهو دور ضعيف ومحدود.⁽¹⁾

3- مسؤولية ذات طابع موضوعي

وهذا ما يفهم من خلال المقارنة بين المسؤولية الخطئية والمسؤولية غير الخطئية، فالأولى طابعها شخصي ذلك أن البحث يكمن في انحراف سلوك الشخص عما هو مألوف فالمسؤولية هنا تؤدي

(1) - عوايدي عمار، المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 202-203.

وظيفة الجزء من سلوك محظور وغير مرضي، أما النوع الثاني فإنه يبحث خارج نطاق السلوك الشخصي، أي فيما يترتب على هذا السلوك من أثر فليس الغاية من ذلك أي تقييم للفعل الضار، إنما الهدف تعويض مالي بحت آخذاً بنظر الاعتبار حصول الضرر من عدمه وحجم هذا الضرر فالأخير هو مدار البحث في مسؤولية الدولة دون خطأ.

4- مسؤولية تبني على أسس خاصة

فمسؤولية الإدارة دون خطأ تبني على أسس خاصة لا يعد الخطأ من بينها ومن هذه الأسس فكرة المخاطر، إذ يظهر هذا الأساس في أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أقامت المسؤولية لأول مرة على هذا الأساس ولذلك سميت بمسؤولية المخاطر بالقياس إلى هذا الأساس الذي تبني عليه، كما أنّ المساواة أمام التكاليف العامة يعدّ أساس آخر تبني عليه هذه المسؤولية فمن يصيبه ضرر جزاءً عمل الإدارة المشروع، فإن على الإدارة جبر ذلك الضرر متى ما كان هذا الضرر خاصاً به ولا يشاركه فيه أحد وذلك استناداً إلى مبدأ المساواة بين عموم أفراد المجتمع، فلا يسوغ عدالة أن يتحمل شخص بعينه أو مجموعة أشخاص تبعات عمل الإدارة دون غيرهم، وإلا فإن ذلك يمثل خرقاً لمبدأ المساواة بين المواطنين أمام التكاليف العامة.

5- مسؤولية عبء الإثبات فيها أيسر من الخطأ

فالمضور لا يكلف إلا بإثبات الضرر الحاصل جراء عمل الدولة المشروع وهذا أيسر بطبيعة الحال من المسؤولية القائمة على أساس الخطأ التي يكلف المضور بإثبات خطأ الإدارة، وهذا ما يجعله أمراً مرهقاً إن لم يكن في أحيان معينة مستحيلاً، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الإدارة لا تستطيع أن تتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبتت أن سبب ذلك هو قوة قاهرة أو خطأ المضور، أما فيما يخص الأسباب الأخرى لدفع المسؤولية كخطأ الغير والحادث الفجائي فلا تبرأ ذمة الإدارة من المسؤولية.

6- مسؤولية تتطلب شروطاً خاصة للضرر

فالضرر الذي تقوم به المسؤولية دون خطأ يشترط فيه أن يكون خاصاً وجسيمياً أو استثنائياً وخصوصية الضرر تعني أن يصيب فرداً محدداً بذاته أو أفراداً معينين بذواتهم، كما أن هذا الضرر لا بد أن

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

يكون استثنائيا أي على درجة معينة من الجسامة فالأفراد يجب عليهم أن يتحملوا ما هو مألوف من الأضرار التي تحدثها لهم الإدارة مقابل ما يحصلون عليه من منافع تقدمها لهم السلطة العامة، فليس أي ضرر في مجال المسؤولية دون خطأ هو الذي يبيح للأفراد المطالبة بالتعويض بل الضرر الجسيم وحده. (1)

7- نظرية ليست مطلقة في مداها

فالقضاء الإداري لا يلجأ إليها إلا إذا انتفى الخطأ أو استحال إثباته، وهو مقيد في ذلك بالظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدولة والاعتبارات المالية لخزنتها العامة، فلا يجب أن يثقل كاهلها بالإسراف في حكمه بمسئوليتها على أساس المخاطر أو تحمل التبعة، ومن ثمّ فنظرية المخاطر غير مطلقة ولقد حاول المشرع في كثير من الدول أن يجعل هذه النظرية عملية تشريعية بحتة لا يجب الحكم بالمسؤولية على أساسها إلا إذا نص القانون على ذلك.

8- مسؤولية الجزاء على أساسها يكون دائما التعويض

فتطبيق هذه النظرية يؤدي إلى الحكم بالتعويض حيث النظرية لا علاقة لها إطلاقا بقضاء الإلغاء فهي بذلك تختلف عن نظرية الانحراف في السلطة، فنظرية المسؤولية دون خطأ تهدف دائما إلى التعويض. (2)

رابعا: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة دون خطأ

يقصد بأساس المسؤولية البحث في الاعتبارات التي دفعت المشرع إلى فرض الالتزام بالتعويض سواء كانت هذه الاعتبارات اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية أم غير ذلك، أي أن أساس مسؤولية الدولة هي العوامل التي تقف وراء إلزام الدولة دون غيرها بأداء تعويض لآخر جبرا لضرر خاص وجسيم، فهو يأتي للإجابة عن سؤال مفاده: لماذا تسأل الإدارة عن عمل مشروع قامت به أو عن ضرر معين لم تكن هي طرف في ترتيبه أصلا؟

ولقد قيل بشأن تبرير مسؤولية الإدارة دون خطأ أسس عدة منها ما هو أحادي ومنها ما هو

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2015، ج1، ص73.

(2) - عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص204-205.

ثنائي فقيل أن أساس هذه المسؤولية، أساس وحيد لا نزاع فيه وهو نظرية المخاطر، كما ذهب رأي ثان إلى مناقضة الرأي الأول، واعتبر مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة هو من يبرر مساءلة الدولة اتجاه الغير، كما ذهب رأي ثالث إلى اعتبار نظرية المخاطر أو الإخلال بمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة بحسب الحالة موضوع النزاع ومقتضى الحال، وهناك من الأسس التي قيلت حديثاً كنظرية التضامن الاجتماعي وحراسة الغير، ومبدأ الغنم بالغرم، ومبدأ العدالة، رغم أن هناك من يعتبر أن هذه الأسس الأخيرة بأنها تابعة للنظريات التي قيلت بشأن تبرير مسؤولية الدولة دون خطأ وهي المخاطر ومبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، لذا فإن الدراسة ستتطرق لهذه الآراء كما يلي:

الاتجاه الأول: نظرية المخاطر أساساً لمسؤولية الإدارة دون خطأ

حتى نقف على دراسة نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة دون خطأ فإننا سنتولى دراسة مضمون نظرية المخاطر وشروطها وموقف الفقه اتجاهها كما يأتي:

1-مضمون نظرية المخاطر

وتعني أن من يسعى في نشاطه إلى تحقيق منفعة بالمقابل عليه أن يتحمل ما يستتبعه نشاطه بعد أن ارتضاه بنتائجه الإيجابية فمن غنم في شيء عليه غرمه، وتستند هذه النظرية على أساس ضرر يقع لا بخطأ أحد، فمن يتحمل هذا الضرر؟ أيتحملة المضرور وهو الذي خضع لتبعة لم يكن له يد في إيجادها وليس هو الذي يفيد منها، أم يتحملة محدث الضرر وهو الذي أوجد التبعة والذي يستفيد منها؟⁽¹⁾

إن نشاط أو عمل الإدارة يحمل في جانب منه مخاطر الإضرار بالأفراد ومن ثم فكلما تحقق للإدارة من هذا النشاط نفع أو فائدة ما، يجب أن تتحمل كذلك الأضرار الناجمة عنه تطبيقاً لما هو معروف من أن الغنم بالغرم.⁽²⁾

والمتتبع لأحكام مجلس الدولة الفرنسي يجد أنها جاءت خالية من الإشارة إلى تعريف مسؤولية المخاطر فقد كان يؤسس لهذه المسؤولية من خلال بيان أركانها وأسباب قيامها دون الولوج في مفهوم أو

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج1، ص182 .

(2) - فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص320 .

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

تعريف لها وحتى الإشارة إلى هذا المصطلح لا يوجد غالباً إلا في التقارير التي يقدمها مفوضو الدولة في إطار تعليقاتهم على الأحكام التي تبني على هذا الأساس.⁽¹⁾

وهكذا فإن فكرة المخاطر تجعل الدولة تلتزم بتعويض المخاطر الناشئة عن سير المرافق العامة باعتبار أن تلك المرافق تسعى لتحقيق صالح الجماعة دون حاجة إلى إثبات الخطأ في جانبها إذ يكفي هنا مجرد إثبات تحقيق رابطة السببية بين المرفق وبين الضرر الحادث لانعقاد مسؤولية الدولة، والتعويض هذا تدفعه الدولة باسم الجماعة العامة من الخزينة العامة، التي تتكون من مجموعة الضرائب والرسوم التي يدفعها أفراد الجماعة، وبهذا تكون الخزينة العامة بمثابة تأمين للأفراد ضد ما يتعرضون له من أضرار وأثر مخاطر أنشطة المرافق العامة التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام.⁽²⁾

2- شروط نظرية المخاطر

ويشترط لتطبيق هذه النظرية مجموعة من الشروط العامة المطلوب توفرها في المسؤولية بصفة عامة وهي الضرر ثم وجود علاقة السببية بين نشاط الدولة والضرر الذي لحق الأفراد المتضررين، وأما الشروط الخاصة فهي أن يكون الضرر استثنائياً وأن يكون خاصاً وفيما يلي نحاول بيان هذه الشروط:

أ- شروط عامة

- ركن الضرر: يمثل الضرر الركن الأبرز من بين أركان المسؤولية الإدارية ومنها التي نحن بصدد بحثها، والضرر هو الإخلال بمصلحة المضرور تكون ذات قيمة مادية أو معنوية ومنه فالضرر نوعان:

- الضرر المادي: وهو الإخلال بمصلحة ذات قيمة مادية وهو يصيب المضرور في جسمه أو ماله، وهذا النوع من الضرر هو الغالب والأكثر حدوثاً.

الضرر المعنوي: أو الأدبي وهو كل ألم نفسي أو جسدي يحدثه عمل أو إهمال فيصيب الشخص في شعوره أو كرامته أو شرفه أو أي معنى من المعاني التي يحرص الناس عليها.⁽³⁾

(1) - فوزي أحمد شادي، تطور أسس مسؤولية الدولة، ص 321.

(2) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 312.

(3) - عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 207.

وإذا كان الخطأ في المسؤولية دون خطأ يمكن افتراضه أو اعتباره ثابتاً فإن الضرر لا يمكن افتراضه، لأنه يقوم على وقائع مادية يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات من قبل المضرور، فالمسؤولية سواء عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل الأشياء تدور وجوداً وهدماً مع الضرر، فلا دعوى دون مصلحة ولا مصلحة دون ضرر.⁽¹⁾

- ركن توافر علاقة السببية بين الضرر ونشاط الدولة

لكي تقوم مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها على أساس المخاطر يشترط توافر العلاقة المباشرة بين نشاط الدولة والضرر الناجم ورابطة السببية أو ارتباط الأسباب بالمسببات مطلوبة في كل صور المسؤولية، والإسناد المطلوب توافره في علاقة السببية بين نشاط الدولة والضرر الناتج الذي أصاب المضرور هو الإسناد المادي لضرر ناجم عن عمل أو فعل شيء من الأشياء أو عمل موظف معين أو إسناد مادي بنسبة الفعل أو النشاط أو الشيء أو الشخص الصادر منه الفعل الضار إلى السلطة الإدارية العامة، وبذلك تتحقق علاقة السببية بين عمل السلطة الإدارية والضرر الناجم المستوجب للمسؤولية.

فلكي يعتبر الضرر الناتج عن أعمال أحد الموظفين ضرراً منسوباً إلى الدولة يتحتم ترتيب وقيام مسؤوليتها إزاء من أصابه هذا الضرر، وأن تكون هذه الأعمال الصادرة لها علاقة بالخدمة الوظيفية المناط بهم القيام بها وأداؤها، ويجب أن يكون الموظف تربطه بالإدارة رابطة قانونية تنظيمية لائحية، وكذا الأضرار الناجمة عن الأشياء والآلات والأسلحة الخطرة يجب أن تتوافر فيها علاقة السببية بين الضرر وهذه الأشياء وتكون هذه الأشياء تابعة ومملوكة للدولة حتى يمكن إسناد الفعل الضار إلى السلطة العامة.⁽²⁾

ب- شروط خاصة

فضلاً عن الشروط العامة التي يجب توافرها سواء كان الخطأ هو أساس المسؤولية أم دون خطأ، فهناك شروط خاصة بالضرر في حال مسؤولية الإدارة دون خطأ وتتمثل في:

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج1، ص118-119.

(2) - عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص216-2017.

-ركن خصوصية الضرر: وتعني أن يكون الضرر قد انصب على فرد معين أو على أفراد بذواتهم بحيث يكون لهم مركز خاص لا يشاركونهم فيه سائر المواطنين. (1)

أما الضرر الناجم عن أعمال الإدارة إن أصاب عدد غير محدد من الأفراد فإنه يكون ضرراً عاماً يتحملة الجميع ويتساوون أمام الأعباء والتضحيات فيقود ذلك إلى انتفاء سند وأساس التعويض. (2)

وكما لاحظنا من قبل أن مسؤولية الإدارة دون خطأ ليست مسؤولية أصيلة، لذلك لا يسوغ التوسع فيه، ومن موجبات عدم التوسع اشتراط خصوصية الضرر لكي لا نزهق ميزانية الدولة بعدد كبير وغير محدود من القضايا التي هي من الأعباء الاعتيادية مما يتحملها الجميع فالخصوصية صفة تلازم هذا النوع من المسؤولية وشرط أساس لقيامها، وهذه الخصوصية نبحت عنها في الضرر لا في الخطر ذاته. (3)

-ركن جسامه الضرر واستثنائيته

فيشترط في الضرر أن يكون غير عادي من حيث أنه يتجاوز في حسبهانه وتقديره القدر الذي يجعله من مخاطر المجتمع العادية التي يتحتم على الأفراد تحملها. (4) ، فالضرر الجسيم هو الذي يتجاوز الأضرار التي تصيب الأشخاص في حياتهم اليومية سواء تتمثل في استمرار الضرر، أو في حجمه بحيث نكون أمام حالة تنافي العدالة إن لم يتقرر تعويض للمصاب. (5)

ويذهب جانب من الفقه إلى أنه يكون الضرر جسيماً بصورة غير عادية إذا أدى إلى توقف المضرور عن نشاطه تماماً فإذا كان في إمكان من أصابه القانون أن يتحول إلى نشاط آخر، أو كان النشاط الذي حرّمه القانون نشاطاً إضافياً يقوم به إلى جوار عمله الأصلي فإنّ على المجتمع أن يتحملة باعتباره من مخاطر العيش في المجتمع. (6)

(1) - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 213.

(2) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج 1، ص 127.

(3) - المرجع نفسه، ص 129.

(4) - عمار عوابدي، المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 221.

(5) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج 1، ص 131-132.

(6) - سعاد الشرفاوي، المسؤولية الإدارية، المصدر السابق، ص 222.

هذان هما الشرطان الخاصان اللذان يتطلب القضاء الإداري توافرها إلى جانب الشروط العامة الأخرى في الضرر، حتى يحكم بمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها على أساس نظرية المخاطر وهذان الشرطان محددان لنطاق وأبعاد هذه النظرية ومدى تطبيقها.

3- موقف الفقه من اعتبار المخاطر الأساس الوحيد للمسؤولية دون خطأ

نادى بعض فقهاء القانون العام الفرنسي. ⁽¹⁾ بأن فكرة المخاطر هي الأساس القانوني الوحيد للمسؤولية دون خطأ على أساس أن الإدارة يجب أن تتحمل تبعه مخاطر نشاطها الضار بالأفراد، وعبروا عن ذلك بأن تدخل الدولة في مختلف نواحي الحياة بصورة متزايدة أدّى إلى اتّسام نشاطها بطابع الخطورة على حياة الأفراد وأمواهم مما يؤدي إلى أضرار جسيمة بهم، لذلك أصبح واجباً على الدولة أن تؤمّن مواطنيها ضد مخاطر تلك الأنشطة وذلك عن طريق قيامها بتعويض من يصيبه ضرر من ممارسة نشاطها. ⁽²⁾

ويرى الأستاذ عوادي وهو من أنصار هذا الاتجاه أن نظرية المخاطر هي الأساس القانوني السليم والمنطقي الذي تستند عليه مسؤولية الإدارة دون خطأ، وما الحلول والنظريات التي قيل بها كبديل لنظرية المخاطر أو مكمل لها لا تعدو أن تكون مجرد أسس تكميلية وعناصر قانونية ومنطقية لهذه النظرية، وخلفيات إجتماعية ودستورية (سياسية)، وأخلاقية، تقف ورائها وتبعث فيها الحياة وتحركها واعتبارات تحدد نطاقها ومداها في التطبيق، والأمر الذي دفع بالفقه أن يسلك تلك المسالك فيما قرره من نظريات وآراء وحلول في مجال تأسيس وتأصيل مسؤولية الإدارة دون خطأ هو حداثة نظرية المخاطر الإدارية نسبياً وغموضها في بداية الأمر، زيادة على أن القضاء الإداري الذي يعود له الفضل في اعتناق هذه النظرية وتطبيقها في مجال مسؤولية السلطة العامة، لم يكن يصرح علانية أثناء حكمه بالمسؤولية الإدارية دون خطأ، فقد كان القضاء الإداري يقضي بمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها دون خطأ، على أساس أن الإدارة تعسفت في استعمال سلطاتها، وأحياناً يقول أن الإدارة اعتدت على حقوق

⁽¹⁾ - من أبرز الفقهاء الفرنسيين القائلين بفكرة المخاطر كأساس وحيد لمسؤولية الدولة دون خطأ الفقيه دوجي والأستاذ لابييه ثم تبعه سالي وبعدها الفقيه جوسران والأستاذ سافتييه ومن المصريين أنظر: أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج1، ص255.

⁽²⁾ - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص311.

الأفراد، دون تصريح من جانبه بأن أساس المسؤولية هو نظرية المخاطر. (1)

وهكذا فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن أساس مسؤولية الدولة دون خطأ يكون متمثلاً في فكرة الخطر الكامن في بعض الأنشطة التي تمارسها الدولة وفي بعض الأدوات المتطورة التي تستخدمها، وهذا ما يبرر مسؤولية السلطة العامة عن الأضرار الناشئة عن هذا النشاط الخطر رغم انتفاء الخطأ من جانبها، إذ يكفي إثبات رابطة السببية بين الضرر الحادث وبين المرفق لانعقاد مسؤولية التعويض الذي تدفعه الدولة من الخزينة العامة باسم الجماعة، وبهذا تكون الخزينة العامة بمثابة تأمين للأفراد ضد ما يتعرضون له من أضرار إثر مخاطر أنشطة المرافق العامة التي تهدف إلى تحقيق الصالح العام، وبذلك تقوم مسؤولية الدولة على أساس أن التعويض يكون من قبيل جبر الضرر الذي أصاب الأفراد من نشاط الدولة. (2)

وهذا الالتزام من قبل الدولة بالتعويض عن الأضرار التي سببتها مخاطر النشاط أو العمل الإداري هو التزام قانوني وليس التزاماً أدبياً مبعثه الشفقة والرحمة. (3)

تقييم هذا الاتجاه:

رغم أن فكرة المخاطر تهدف إلى مد يد المساعدة للمضرور من جراء أنشطة الدولة الخطرة والتي تخلو من عنصر الخطأ، إلا أنه لا يمكن التسليم بها كأساس وحيد للمسؤولية دون خطأ، لأنها لا تغطي في الواقع كل حالات المسؤولية دون خطأ، فهي لا تصدق إلا على أعمال الإدارة التي تخلق مخاطر، وبالتالي فهذه النظرية لا تبرر التعويض عن الأضرار التي تترتب على بعض تصرفات الإدارة كما هو الحال في المسؤولية عن القرارات الإدارية المشروعة، وعدم تنفيذ الأحكام القضائية فتأسيس التعويض بشأن هذه الحالات على فكرة المخاطر يبدو في غير محله. (4)

كما وأن الإدارة عندما تمارس أنشطتها التي تحتوي على قدر من المخاطر، فإنها قد تحدث أضرار للمواطنين فالخطر هنا لا يقوم بدور الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة وإنما يقوم بدور الشرط الواجب

(1) - عوايدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 186-187.

(2) - سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 283.

(3) - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 246.

(4) - سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 284.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

توافره للحكم بالتعويض في بعض الفروض، ففكرة المخاطر تقابل فكرة الخطأ في المسؤولية الخطئية كعنصر من بين عناصر التعويض في بعض الفروض لكنها ليست أساساً قانونياً للمسؤولية دون خطأ في جميع صورها. (1)

ومنه يمكن القول أن نظرية المخاطر لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة الأساس القانوني الوحيد لنظرية المسؤولية دون خطأ، لأن المخاطر تعتبر مجرد شرط في واقع الأمر للحكم بالتعويض، حيث يفترض فيما يعتبر الأساس الوحيد أن يكون قادراً على تفسير كافة الحالات وتطبيقاتها.

الاتجاه الثاني: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية دون خطأ

إن القضاء الإداري يحكم على الإدارة بالتعويض على أساس نظرية المسؤولية دون خطأ إذا ما أصاب بعض الأفراد ضرراً ما، لأن النشاط الذي قامت به الإدارة لصالحهم، فإذا كان النشاط الذي قامت به الدولة لصالح جماعة الأفراد، وجب ألا يتحمل مخاطره أفراد قلائل، وإنما يجب أن يوزع أعباؤه على الجميع وذلك أن الأفراد لو تحمّل البعض منهم الضرر دون الآخر عدّ هذا إخلالاً بمبدأ المساواة في تحمّل الأعباء العامة مما يعدّ الإخلال به أساساً مباشراً لمسؤولية الدولة دون خطأ.

1- التطور التاريخي لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

إن البوادر الأولى بضرورة مساهمة جميع المواطنين بكيفية متساوية في تحمّل التكاليف العمومية ظهرت في التصريح المتعلق بحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 أغسطس 1789. (2) في المادة 13⁽³⁾، حيث قررت ضرورة توزيع الضرائب العامة بالتساوي على المواطنين كافة ويعدّ هذا المبدأ أساس القانون العام لصنوف الديمقراطيات المختلفة وعلى الأخص الديمقراطية الفرنسية التي قررت المساواة قبل الحرية السياسية. (4)

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 319.

(2) - الجمعية التأسيسية الوطنية الفرنسية، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن، 26 أوت 1789. أنظر: الموسوعة السياسية

(3) - المادة 13 من تصريح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "من أجل أداء دور الهيئة الحاكمة وما تحتاج إليه من نفقات لإدارة الشؤون، يتم استقطاع ضريبة عمومية من جميع الوطنيين، أما مقدار هذه الضريبة فيجب أن يكون مناسباً لحالة الذين يدفعونها."

(4) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 265.

هذه المساواة بين جميع المواطنين كانت في تحمّل الأعباء العامة، فلم يعد مسموحاً أن يتحمل بعض الأفراد وحدهم مغبّة الأضرار التي يولدها النشاط العام للإدارة ولو كان هذا النشاط مشروعاً، وذلك أن الأضرار الخاصة التي تجرّ مصدرها في هذا النشاط العام تخلّ بالتوازن بين حقوق الفرد من ناحية والسلطة العامة من ناحية أخرى؛ لأنّها تحدث مساساً مباشراً بمساواة المواطنين أمام الأعباء العامة فالمادة 13 أول نص رسمي له قيمة دستورية يؤكد مساواة جميع المواطنين في تحمّل الأعباء العامة، حيث نص على واجب الإدارة في إقامة هذه المساواة وتحقيقها وفقاً لإمكانيات الأفراد ومن خلال مساهمتهم الجماعية لمواجهة التكاليف العامة.

ولقد تحقّق هذا المبدأ نتيجة اعتبارات وظروف عرفها المجتمع الفرنسي، ذلك أن النظام الفرنسي الذي كان معمولاً به في القديم حتى إعلان الثورة كان يتميز بتعدد الضرائب حسب الفئات والأقاليم كما أن جميع الإصلاحات التي تمّت في هذا الشأن، والتي ترمي أساساً إلى توزيع التكاليف العمومية المتمثلة في الضرائب لم تحقّق النتائج المرجوة منها، بل على العكس كانت تنتهي إلى إحداث تفرقة جديدة وانعدام العدالة بين أفراد المجتمع.

وأمام هذا الوضع غير العادل ارتفعت الأصوات مطالبة بالإصلاح وتحقيق المساواة في تحمّل الضرائب بصفة خاصة والأعباء بصفة عامة وإنهاء نظام الامتيازات، وفي أعقاب الثورة الفرنسية ازداد شعور الرأي العام الفرنسي بعمق المشكل وبالإجحاف الذي يتعرّض له المواطنون من انعدام المساواة في تحمّل الضرائب، مما أدى إلى إدراج هذه الوضعية في تصريح حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789 وكانت المادة 13 منه صريحة تعتبر المدخل الرسمي الأول الذي يدعو إلى ضرورة مساهمة جميع المواطنين بكيفية متساوية في تحمّل التكاليف العمومية.⁽¹⁾

2- مضمون مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

وقد فسر الفقهاء مبدأ المساواة تفسيراً واسعاً فلم يقتصر إعماله على المساواة أمام القانون بحيث يكون الأفراد متساوين في المعاملة أمام القانون لا تمييز بينهم في ذلك، بل امتد ليشمل أيضاً المساواة أمام مغامرات الحياة الاجتماعية بمعنى أن يتساوى الأفراد في الواجبات والتكاليف التي يقتضيها النظام

(1) - فوزي أحمد شادي، تطور أسس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 431-432.

الاجتماعي، لأنه بدون المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة يتحول مبدأ المساواة في الحقوق إلى مساواة نظرية بحتة. (1)

وأما مضمون مبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة فهو يعني أن الدولة وهي تقوم بإدارة مرافقها العامة تواجه أعباء يتحمل المواطنون جزءاً منها، سواء كانت هذه الأعباء مالية كالضرائب المباشرة وغير المباشرة أم غير مالية، وذلك بأن يقدم المواطنون أنفسهم في سبيل خدمة الوطن، كالخدمة العسكرية فضلاً عن الأعباء الأخرى التي تحدد الدولة نوعها وحجمها إن اقتضت الضرورة، على أن تفرض هذه الأعباء بشكل مجرد وعام دون تمييز بين مواطن وآخر، وبالمقابل فإن هذه الأعباء ستساهم في سير المرافق العامة بانتظام واطراد لخدمة عموم المجتمع، فإن اختلت كفتا الميزان بأن فرضت الدولة على أحد الأفراد أو مجموعة منهم أعباء إضافية تزيد من حجم الأعباء التي يتحملها غيرهم من الأشخاص فإن ذلك سينجم عنه إخلال في مبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء والتكاليف العامة، تجب معالجته بدفع تعويض تام للشخص المضرور لإعادة التوازن وجبر الاختلال الحاصل. (2)

ولأن قيمة التعويض توزع على جميع أفراد الجماعة الممولين لخزانة الدولة، وتشتيت الخسارة وتفتيت التضحية الأمر الذي يؤدي إلى إعادة بناء مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. (3)

3- شروط إعمال مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

إن إعمال مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يتطلب توافر شرطان هما، أن يكون للضرر الحادث صفة العيب العام، والثاني أن يتحقق إخلال بمبدأ مساواة المواطنين أمام تلك الأعباء وفيما يلي تفصيل هذين الشرطين:

أ- شرط تحقق صفة العيب العام للضرر

لكي يكون للضرر صفة العيب العام يجب أن يكون لازماً لتحقيق مصلحة عامة أو خدمة عامة

(1) - سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص284.

(2) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص253.

(3) - سعيد السيد علي، وأحكام مسؤولية الدولة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص284.

أو نفع عام، لذا فإن هذا العبء العام في حقيقته يجب أن تتحمله الجماعة بأسرها لأنه عبء عام، أما وأن يتحمله شخص واحد بالذات أو عدة أشخاص فإن ذلك ما تأباه العدالة، لأنه يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة، لذلك فإن الجماعة تلتزم برفع الغبن وجبر الضرر الذي أصاب المضرور متحمل العبء العام من خلال تعويضه من خزانة الدولة العامة، وبذلك تكون الدولة قد حققت أمرين: الأول أنها شاركت في تحمل الأعباء العامة، والثاني أنها أعادت التوازن بعد أن اختل مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة ويجب أن يكون الضرر الذي يترتب مسؤولية الإدارة على درجة معينة من الجسامه وعلى درجة معينة من الاتصال بنشاط الدولة، الذي يبتغي تحقيق الصالح العام بحيث يكون هناك توازي بين النفع العام والضرر الخاص.

وحتى يعتبر ضرر ما أنه يمثل عبئاً عاماً لا بد من قيام شرطين:

- أن يكون النشاط الإداري قد تم بقصد تحقيق نفع عام، أي أن تقوم علاقة السببية بين النشاط والنفع العام.
- أن يكون تحقيق المنفعة العامة من خلال إحداث الضرر الخاص بالفرد الذي وقع ضحية نشاط الإدارة. (1)

ب- شرط قيام الإخلال بمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة

إن الضرر الذي يعدُّ عبئاً عاماً لا يكفي لوحده لقيام مسؤولية الإدارة دون خطأ إنما لا بد أن نكون أمام إخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وهذا الإخلال لا يتم إلا إذا كان على درجة من الجسامه وبلغ درجة معينة من الأهمية ومنه فالحق في التعويض لا يتوقف على بساطة تحقق ضرر. (2)

فالمسؤولية لا تقوم إلا إذا كان الضرر على درجة من الجسامه، بحيث يصيب مصلحة خاصة لتحقيق مصلحة عامة، أي أنه يضر بالمصلحة الخاصة فيهدرها في سبيل بلوغ المصلحة العامة وفي هذه النقطة يكمن الاختلال، فالمصلحة الخاصة تتحمل عبئاً كان من الواجب أن لا تتحمله هي، بل

(1) - أحمد محمود الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج 1، ص 257-258.

(2) - الحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 279.

الجماعة ككل لأنّ الهدف منها كما سبق القول تحقيق مصلحة المجتمع بشكل عام، وهذا الاختلال كما قد يكون قائماً في ميدان مسؤولية الدولة دون خطأ، فإنّه يمكن قيامه في مسؤولية الدولة على أساس لخطأ، فيشير مسؤولية الدولة بخطأ، لكن ما يختلف هنا هو أن المسؤولية القائمة على الخطأ تبنى على أساس اللامشروعية أي العمل غير المشروع، أمّا في ميدان مسؤولية الإدارة دون خطأ فالأمر مختلف تماماً إذ أنّ مسؤولية الإدارة تبنى على أساس موضوعي هو الضرر،⁽¹⁾ وبالتالي فإنّ هذا الأخير يجب أن يكون ضرراً خاصاً لا يمس إلا بعض أعضاء الجماعة، وإلا فإننا لن نكون قطعاً أمام مساواة الجميع أمام الأعباء العامة.⁽²⁾

4- موقف الفقه من اعتبار المساواة أمام التكاليف العامة أساساً وحيداً للمسؤولية دون خطأ

يذهب البعض من الفقه⁽³⁾ إلى اعتبار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة الأساس العام لجميع حالات المسؤولية الإدارية القائمة دون خطأ، إلا أنه ليس بالأساس المباشر لهذه المسؤولية فالأساس المباشر فيتمثل في وجود اختلال في المساواة المطلوبة بين الأشخاص، فإذا ما تبين للقاضي الإداري أن هناك إخلالاً أصاب التوازن المفروض بين حقوق الأفراد وأعمال الإدارة، فإنّ عليه هنا أن يقرر مسؤولية الإدارة عن هذا العمل لإعادة التوازن الذي اختل.

ويستند هذا الرأي إلى ما ورد في المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان الصادر عن الثورة الفرنسية، والذي يعد بمثابة المصدر التاريخي والرسمي لمبدأ المساواة بين جميع المواطنين أمام الأعباء العامة فلم يعد مسموحاً أن يتحمل بعض الأفراد وحدهم مغبّة الأضرار التي سببتها أنشطة السلطة الإدارية حتى ولو كانت أنشطة مشروعة، ذلك أنّ الأضرار الخاصة التي تجدد مصدرها في هذا النشاط العام للإدارة تؤدي إلى إخلال تام بالتوازن بين حقوق الأفراد ومصالحهم من ناحية أخرى؛ لأنها تحدث مساساً مباشراً بمبدأ مساواة الجميع أمام الأعباء العامة.⁽⁴⁾

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 261..

(2) - الحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 279 .

(3) - ويذهب إلى هذا الرأي الفقيه "بنو béniot والفقيه والفقيه، والدكتورة نعي عثمان الزيني والفقيه وجدي ثابت غريال، أنظر:

أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج 1، ص 281.

(4) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 312.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

كما ذهب رأي آخر من الفقه⁽¹⁾ إلى اعتبار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أساساً غير مباشر لمسؤولية الإدارة دون خطأ، لأنه يمكن اعتبار الدولة بصفتها شخصاً معنوياً تدير شركة تأمين تبادلي اتفق المواطنون على إنشائه لتأمينهم ضد مخاطر الحوادث الإدارية، وفكرة التأمين هذه تنبع من مبدأ المساواة أمام القانون وأمام الأعباء العامة، الذي يجب أن يطبق بشكل مباشر كلما أمكن ذلك، كما يجب تطبيقه بصورة غير مباشرة من خلال التعويض متى كانت الأعباء غير متساوية، والتعويض هنا يؤدي بواسطة شركة تأمين مرتبطة بالمرافق العامة وممولة عن طريق مبالغ تدخل فيها الضرائب، شرط أن يثبت الضرر أن هناك ضرراً خاصاً قد لحقه من نشاط الإدارة.⁽²⁾

ويدافع الأستاذ مسعود شيهوب عن هذا المبدأ بشدة خاصة في حال صدور قوانين ضارة بفرد أو أفراد محددين بذواتهم، حيث يقول أنه مادام تقرر اليوم المسؤولية غير الخطئية، فلم يعد هناك تناقض بين السيادة البرلمانية وبين تقرير المسؤولية عن القانون، فالقاضي عندما يصرح بمسؤولية الدولة المشرعة لا يعني أنه يقيم النشاط التشريعي، ويقرر أنه خاطئ، وإنما يعني أنه يرى في الضرر الذي لحق بالضحية عبئاً خاصاً لا ينبغي أن تتحمله الضحية لوحدها، وأن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يقتضي تحميل الجماعة العامة - ممثلة في الدولة -، مسؤولية هذا الضرر.⁽³⁾

نقد هذا الاتجاه:

تعرض هذا الاتجاه بدوره للتدقيق على أساس أن فكرة مساواة تتسم بالغموض علاوة على أنها من الأفكار النسبية، كما أن مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة لا يجوز تعميمه كأساس للمسؤولية بكافة صورها، حيث أنه لا يشمل جميع حالات المسؤولية دون خطأ، فالتعويض عن الأضرار الناشئة عن المخاطر المهنية والأنشطة والأشياء الخطرة لا يمكن اعتباره من قبيل التعويض عن الأعباء العامة التي يستند إليها مبدأ المساواة، وبالإضافة إلى هذا لا يمكن الاستناد إلى مبدأ تعويض الأجنبي الذي قد

(1) - ومنهم الفقيه هوريو والفقيه دويز والفقيه دي لوبادير أنظر: أحمد محمود أحمد الريبي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 285.

(2) - أحمد محمود أحمد الريبي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 283.

(3) - مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري - دراسة مقارنة -، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ج 03، ص 90-91.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

يصاب بضرر نتيجة ممارسة نشاط إداري، لأن الأجنبي لا يلتزم بالتكاليف العامة مما يجعل تعويضه مستندا إلى أساس آخر غير مبدأ المساواة. (1)

كما هوجم مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة على أساس أنه من غير المقبول اعتبار هذا المبدأ أساسا للمسؤولية، لأنه بالتالي يقودنا إلى وجوب تعويض كل ضرر يصيب الأفراد ينجم عن سير المرافق العامة وهذا لا يمكن التسليم به، ذلك أن الضرر هو ما يعول عليه لأنه يثير اختلالا بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فلا يمكن دونه القول بأن المبدأ المذكور أساس المسؤولية دون هذا الإخلال، ومن ثم فإن الإخلال سيصبح شرطا لازما لدفع التعويض وليس أساسا قانونيا تستند إليه المسؤولية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مبدأ المساواة ليس له أية قيمة دستورية في مجال مسؤولية الإدارة ذلك أنه ينبثق بالأساس من المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان سالفه الذكر، لاختلاف الموضوع في كلا الحالين ومن جهة ثالثة فإن المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء لا يمكن اعتبار الإضرار فيها من قبيل الأعباء العامة، وإلا فإنه لا يمكن بالتالي إدراج كل شيء في إطار هذا التعبير. (2)

الاتجاه الثالث: ازدواجية فكرة المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية

دون خطأ

وهذا الاتجاه حديث ويمثل غالبية الفقه القانوني، يعتمد في تأسيسه للمسؤولية دون خطأ على الجمع بين الاتجاهين أي مبدأ المساواة بين جميع المواطنين أمام التكاليف العامة، وبين فكرة المخاطر وبذلك يكون أصحاب هذا الرأي قد اتخذوا موقفا وسطا يردّ المسؤولية دون خطأ للأساسين معا.

فظهر مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لم يسحب البساط أمام فكرة المخاطر وطبقا لهذا الاتجاه فإن كافة تطبيقات المسؤولية دون خطأ لا يتم تفسيرها على ضوء أحد هذين الأساسين، بل يتم تفسيرها عن طريق إسناد بعضها إلى فكرة المخاطر والبعض الآخر إلى مبدأ المساواة بين جميع الأفراد أمام الأعباء العامة.

(1) - سعيد السيد علي، نطاق أحكام ومسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 284-285.

(2) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ص 272.

وفي هذا السياق فالأستاذ أحمد محيو رغم أنه يطلق على نظرية المسؤولية غير الخطئية، تسمية نظرية المخاطر، بسبب الخطر الناشئ عن نشاط الإدارة، إلا أنه يؤكد أن أساس الالتزام بإصلاح الضرر يكمن في فكرة المساواة أمام الأعباء العامة، على اعتبار أنه من غير العدل أن يستفيد مجموع المواطنين من نشاط الإدارة، بينما يتحمل شخص واحد المضار. (1)

وقد ذكر أنصار هذا الاتجاه للتدليل على صحة رأيهم بأنه لا يمكن أن يكون هناك أساس واحد للمسؤولية دون خطأ، ذلك أن هناك مجالات متعددة تجتد أساسها في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وفروض أخرى تجتد أساسها في فكرة المخاطر لذا فهم يعتمدون في هذا الشأن على الأساسين. (2)

وباعتبار المسؤولية دون خطأ مسؤولية تكميلية إلى جانب المسؤولية على أساس الخطأ وأساس المسؤولية يعتمد على موضوع المسؤولية ذاته وليس على معيار زمني، إذ أنّ المسؤولية عن القوانين والإجراءات الإدارية المشروعة تقوم على فكرة المساواة أمام الأعباء العامة، أما الأضرار الناشئة عن الأسلحة النارية والمنشآت الخطرة فأساسها فكرة المخاطر. (3)

- تقييم الاتجاهات السابقة

رغم اختلاف الاتجاهات السابقة وتباينها في موضوع أساس المسؤولية دون خطأ، إلا أنّها تلتقي في نقطة واحدة فيما بينها حول اعتبار هذه المسؤولية كأساس تكميلي لمسؤولية الدولة، إذ أن فكرة الخطأ تبقى هي الأساس في قيام هذه المسؤولية، كما أن الاتجاه الذي يقوم على الجمع في الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة دون خطأ بين المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة هو الأقوى، لأن المسؤولية دون خطأ تتسم تطبيقاتها بالتنوع ومن ثم لا يوجد مبرر لمحاولة حصرها في أساس واحد وعلى القاضي أن يبحث في كل حالة على حدة، لكي يقرر في ضوء الظروف والملابسات المحيطة وطبيعة النشاط الضار الأساس الملائم الذي يمكن أن تركز عليه مسؤولية الدولة سواء المخاطر، أم المساواة أمام التكاليف العامة. (4)

(1) - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة: فائز أنجق، بيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط06، 2005، ص221-221.

(2) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص316.

(3) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج1، ص289.

(4) - سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص286.

كما أن المزاجية بين الأساسين تستقيم مع الواقع العملي لأحكام القضاء الإداري، والذي كان دائم البحث عن أساس للمسؤولية فبعد أن تعذر قيامها على أساس الخطأ اضطر الفقه للبحث عن أساس آخر يملأ القصور في نظرية الخطأ، فوجد ضالته في إقرار المسؤولية على أساس المخاطر إلا أن هذا الأساس لم يصمد كذلك أمام تطور عمل الإدارة فاضطر القضاء إلى البحث عن أساس آخر يسعف الحالات التي أفرزها الواقع، فوجد في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة مبتغاه في تكملة القصور الذي ظهر على نظريتي الخطأ والمخاطر. (1)

الفرع الثاني: المفهوم العام للمسؤولية دون خطأ في الفقه الإسلامي

لما كان الثابت أنّ القضاء في الدولة الإسلامية يقوم على نفي الضرر ودفعه بقدر الإمكان، وفقاً لما تقضي به قواعد الشريعة الإسلامية الكلية، وكانت هذه القواعد هي التي أقرّ معها الفقه الإسلامي الأخذ بالمسؤولية حتى مع انتفاء التعدي أو الخطأ، فالقضاء الإسلامي قد أثبت أنّ عمله بالمسؤولية وتعويض الضرر حتى مع انتفاء الخطأ هو من السياسة القضائية التي تأتي في إطار تطبيق قواعد الشريعة الثابت منها منع الضرر مطلقاً، ويتجلى هذا الموقف في تلك الصور العملية للضرر التي كان معها الحكم بالتعويض، سواء كانت تكشف عن مسؤولية الأفراد أو الدولة، وأن قواعد الشريعة الإسلامية في الضمان ونفي الضرر وغيرها من مبادئ كلية مثل العدل والمساواة تخاطب الدولة والفرد على السواء في الظروف العادية أو الاستثنائية من حيث الالتزام بأحكامها، هذه المبادئ قد تبلور معها فكرة عامة عن المسؤولية دون خطأ كما سنراه فيما يأتي.

أولاً: موقف التشريع الإسلامي من مسؤولية الدولة دون خطأ

ويظهر أن التشريع الإسلامي جرى على إقرار المسؤولية عن الضرر حتى مع انتفاء التعدي وذلك من خلال مجموعة من القواعد الفقهية التي أقرت بما مفاده إقرار المسؤولية دون خطأ وهذا ما ستناوله من خلال هذه القواعد الفقهية على النحو التالي:

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، المرجع السابق، ج1، ص292.

1- قاعدة لا ضرر ولا ضرار

أ- حجية قاعدة لا ضرر ولا ضرار وأدلتها

هي قاعدة شرعية أصيلة مستفادة من حديث النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار." (1)، وهذا الحديث بنت عليه العديد من القواعد الكلية في الفقه الإسلامي، يقول ابن نجيم أنه قد بنيت على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه...، ومن ذلك القصاص والحدود والكفارات ودفن الصائل وقتال المشركين والبلغاة." (2)

وديننا الحنيف يقوم على إبعاد الأذى والضرر عن النفس وعن الآخرين، ومعنى هذه القاعدة الذهبية (لا ضرر ولا ضرار)؛ أي: لا يضر الإنسان بنفسه، ولا يضر بغيره، وقيل: معناها واحد؛ وإنما كُرِّرَ للتأكيد.

والمعنى: أنه لا يجوز لأحد أن يضر بنفسه أو يضر بغيره؛ لا في دين، ولا عرض، ولا نفس، ولا عقل، ولا مال.

هذه القاعدة نصُّ حديث وردَ عن رسول الله ﷺ؛ فَعَنْ عَبْدِ بْنِ الصَّامِتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ.

كما دلَّ على هذه القاعدة - أيضًا - أدلة كثيرة في الكتاب والسنة فيها النهي عن الإضرار بالنفس أو بالغير؛ من هذه الأدلة:

قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ (3)

وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَوَالِدٌ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ وَوَالِدَةٌ﴾ (4)

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا﴾ (5)

(1) - أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، ج2، ص748.

(2) - ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1985، ص85.

(3) - البقرة: 282.

(4) - البقرة: 233.

(5) - البقرة: 231.

وقوله تعالى: ﴿أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيْقِهِنَّ عَلَيْنَّ﴾⁽¹⁾

ومن خلال ما سبق من الأدلة يمكن القول:

- التسليم بأن الأدلة السابقة تعد أصلاً لنفي أيّ ضررٍ يترتب على أي فعل مهما كان الفعل مشروعاً.

- قول رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"، يستفاد منه أن جبر الضرر هدف تسعى إليه قواعد الشريعة الإسلامية دون التقييد بشروط أو التعلل بأسباب.

- قيام الأدلة السابقة كمستند على أن الضرر واستمراره ليس بالأمر المشروع.⁽²⁾ الأمر الذي معه يقرّ الفقه الإسلامي أنّ هذه القاعدة تنفي مطلق الضرر ومطلق الضرار، سواء قبل وقوعه، أو بعد وقوعه، والضررُ يدفع بقدر الإمكان في مطلق حالات الضرر.

- على نحو ما يقرّره الفقه الإسلامي من رفع الضرر في جميع الأحوال استناداً إلى الأدلة السابقة، أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة⁽³⁾، وبهذا يتضح أن الفقه الإسلامي يأخذ بالمسؤولية التي تقوم على جبر الضرر في جميع حالاته.

- أن مضمون الأدلة السابقة يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية القائمة على عدم الإضرار بالغير وإحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد، وتتفق مع مقاصدها بأن تحفظ على الخلق دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، وكل ما يضمن هذه الأصول هو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول هو مفسدة ودفعه مصلحة.⁽⁴⁾

والمعنى الذي نخلص إليه أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد الفقه الإسلامي المنبثقة عنها والمتفرعة في ضوء مقاصدها تسعى إلى منع الضرر قبل وقوعه؛ لأنه غير مشروع أو نتيجته لا تقرها

(1) - الطلاق: 06.

(2) - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، سوريا، ط1، 1997، ص43.

(3) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ص72.

(4) - الغزالي، المستصفي من علم الأصول، المصدر السابق، ج1، ص86.

الشريعة ولو كان مشروعاً، كما ترفض استمرار بقاء هذا الضرر إذا تعذر منعه قبل الوقوع، كما تقرر التعويض ورفع آثاره تمكن المضرور من حماية حقوقه ومصالحه المشروعة.

ب- مدى تطبيق القاعدة على أعمال الدولة ومسئوليتها

إن مبدأ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام كما يوفر الحماية الكافية للمصلحة الخاصة، فهو كذلك بالنسبة للمصلحة العامة على حد سواء، وذلك ما تؤيده قواعد الشريعة الإسلامية فهي تقرر إزالة الضرر في جميع الأحوال سواء كان نوع الضرر عادي أو استثنائي بغض النظر عن مصدره، طالما في استمراره تنافي ومقصد الشرع الإسلامي من مصالح العباد المشروعة.

فالفقه الإسلامي قرّر هذه القاعدة التي لها طابع الكلية والعموم في التطبيق فيما يتعلق بمعاملات الناس والتي منها تقرير المسؤولية ورفع الضرر، وتمكيناً للحاكم الأخذ بأفضل الوسائل في تحقيق مصالح الناس ورعاية حقوقهم، دون أن يفرض أو يضع لتطبيق هذه القاعدة إطاراً معيناً أو أسلوباً محدداً أو تقرر الأخذ بمسؤولية الدولة، من خلال هذه القاعدة بعيداً عن مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وإنما تركت العمل بمقتضاها في كل ما يحقق تلك المقاصد، ولا يمنعها حتى يكون الاستمرار في تطبيقها ملائماً لكل نظام للحكم يقوم على مبادئ العدل الأساسية.⁽¹⁾

وتكمن أهمية هذا المبدأ كأساس للمسؤولية دون خطأ في أنه كما يقرر مسؤولية الفرد كذلك يقرر مسؤولية الدولة على أي وجه يكون عليه الضرر وسواء كان العمل الضار الناتج عنه مشروعاً أو غير مشروع، فإنه من الممكن مع هذا المبدأ العام في رفع الضرر وقاعدة الضرر يزال أن نصل إلى تحديد الأساس الأقرب والمناسب لمسؤولية الدولة دون خطأ.

2- قاعدة نفي الحرج ورفع المشقة

أ- حجية قاعدة نفي الحرج وأدلتها

الحرج هو التضييق وقد بين الله تعالى بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽²⁾ وقوله تعالى:

(1) - رفاعي عثمان على إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، المرجع السابق، ص 490.

(2) - الحج: 78.

﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾⁽¹⁾

والأصل في أحكام الشريعة الإسلامية هي نفي الحرج وجلب التيسير على الناس بقدر الإمكان، وفي ذلك يقول النبي ﷺ: " وَأَنَّ اللَّهَ شَرَعَ الدِّينَ فَجَعَلَهُ سَهْلًا سَمِيحًا وَاسِعًا وَلَمْ يَجْعَلْهُ ضَيْقًا."⁽²⁾

ولقيام قواعد الشريعة الإسلامية على نفي الحرج ورفعها وجلب التيسير كان التكليف بحسب الذي يثبت من قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾⁽³⁾.⁽⁴⁾

وبالاستناد إلى ذلك قرر الفقه الإسلامي أنَّ المشقة تجلب التيسير وإذا ضاق الأمر اتسع، وحيث أنَّه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام فإنَّ الشارع الحكيم جعل المشقة مجلبة للتيسير في كافة الأمور الشرعية لأنَّ جُزْدَ احتمال الإحساس بالمشقة الزائدة أو الضرر مرفوض في الإسلام.

وقد بين الفقه المقصود بالمشقة التي يكون معها التيسير ورفع عبء الضرر الذي هو من صور هذه المشقة، حيث قال عنها بأنها المشقة غير المعتادة التي تكون زائدة ولا يتحملها الإنسان عادة وتفسد على النفوس تصرفاتها وتخل بنظام حياتها وتعطل عن القيام بالأعمال النافعة، أي المتجاوز للحدود العادية.

ب- مدى تطبيق القاعدة على أعمال الدولة ومسؤوليتها

ومعنى القاعدة يتسع تطبيقها لكافة الأعباء العامة والخاصة إذ يتعين إعمالها إذا توافر مناطها، شاملة بذلك الأمور الشرعية من عبادات ومعاملات، دون اختلاف في ذلك بين معاملات الدولة التي يترتب عليها بعض الأضرار الجسيمة وغير العادية لبعض الأفراد أو تلك المعاملات التي يجربها الأفراد فيما بينهم.⁽⁵⁾

(1) - المائدة: 06.

(2) - أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد، دار ابن تيمية، مصر، رقم الحديث: 11532، ج 11، ص 213.

(3) - البقرة: 286.

(4) - محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، المرجع السابق، ص 413.

(5) - رفاعي عثمان على إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، المرجع السابق، ص 398.

وعلى ذلك فإنه لما كان أساس الأوامر والنواهي في الإسلام هو جلب المصلحة ودفع المضرة⁽¹⁾، وأن الأصل في الأفعال نفي الحرج⁽²⁾، والمشقة غير المعتادة هي التي تجلب التيسير وكانت نظرية المسؤولية دون خطأ لا تقوم أساساً لمسؤولية الدولة عند انتفاء الخطأ إلا مع الضرر الخاص وغير العادي، فإنه مع هذه القاعدة المقررة في الشريعة الإسلامية التي تقوم على الأمر بجلب المصلحة ودفع الضرر غير العادي يتوافر سند وأساس قبول التعويض على أساس المسؤولية دون خطأ عند توافر شروطها، ويكون بذلك مبدأ رفع المشقة ونفي الحرج من الأسس التي تنطق بتطور الفقه الإسلامي وصلاحيه قواعد الشريعة الكلية لمعالجة أي حالة من الضرر، إلى جانب المبدأ الأصل "لا ضرر ولا ضرار".

ثانياً: الأسس النظرية للمسؤولية دون خطأ في الفقه الإسلامي

وفي تحديد الأسس التي تقوم عليها المسؤولية دون خطأ في الفقه الإسلامي نجد تباينها، وفيما يلي نكشف عن أهم الاتجاهات حولها:

1- الضرر

يرى بعض الفقهاء المسلمين أن مناط التضمين هو تحقق الضرر وأن كل من أحدث ضرراً بغيره لزمه الضمان سواء كان مُعتدٍ أو غير مُعتدٍ، لأنَّ الفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ناشئاً عن اعتداء أم لا، وأنَّ الشريعة الإسلامية تجعل الضرر علة وسبباً للتضمين، وإذا وجدت العلة وجد المعلول.⁽³⁾

وهناك من يؤكد هذا الاتجاه بأنَّ فقه الشريعة الإسلامية يُؤسِّس المسؤولية على الفكرة الموضوعية وليس على الفكرة الشخصية لوجود الخطأ، حيث تكفي بمجرد الضرر لقيام المسؤولية، ولأنَّ الإضرار بالغير هو في ذاته عمل غير مشروع يوجب التعويض، دون حاجة إلى بحث مسلك محدث الضرر بمقياس

(1) - محمد أحمد أبو زهرة، نظرية العقوبة في الإسلام، مقال، سلسلة كتب المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الإسلامية، 1968، ص 161.

(2) - الغزالي، المستصفي من علم الأصول، المصدر السابق، ج 1، ص 90.

(3) - انظر: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 74.

شخصي أو ذاتي . (1)

وفي هذا المعنى يقرر أنصار هذا الاتجاه أن الفقه الإسلامي لم يجد نفسه مقيدا بأي قيد لأن الهدف كان واضحا له منذ البداية، وهو تعويض ضرر المضرور أيا كان ذلك الضرر، وأيا كان من أوقعه، لأن القاعدة أن الضرر يزال وأموال الناس معصومة مطلقا والضمان من خطاب الوضع لا التكليف، فيكفي تحقق الضرر لكي يتحقق التعويض، والخطأ لا ينافي عصمة المحل. (2)

ومجمل هذا القول عند أنصار هذا المذهب أن الضرر هو أساس التعويض في الفقه والشريعة الإسلامية، دون اعتبار للواقعة التي نشأ عنها إرادية كانت أو غير إرادية، أي أن الضرر هو الأساس الوحيد المقبول لقيام المسؤولية دون خطأ.

ومع مراعاة كل هذه الأمور التي تقوم عليها الشريعة في إصلاح الضرر وتقرير المسؤولية، فإن ذلك لا يمكن أن يبرر رفض الخطأ أساسا للمسؤولية باعتبار، أن الضرر هو الأصل العام الذي تقوم عليه المسؤولية في جميع الأحوال، لأنّ التسليم بأنّ الضرر هو الأساس الوحيد الذي تقبل به المسؤولية، مؤداه رفض الخطأ أن يكون أساسا للمسؤولية حتى مع قيامه سببا للضرر، وهذا لا يتفق وإقرار الفقه الإسلامي لمسؤولية المباشر عند التعدي أو عدم التعدي، وعدم قبول مسؤولية المتسبب إلا على أساس التعدي، أي يجب أن يكون هناك خطأ أدى إلى وقوع الضرر حتى تكون مسؤولية المتسبب.

ولو كان الهدف من الضمان في الفقه الإسلامي وما قرره الشريعة الإسلامية من أحكام قضائية من مسؤولية دون خطأ هو جبر الضرر، وعلى ذلك لا يجوز أن يكون الهدف عاملا لإغفال الخطأ أساسا للمسؤولية؛ لأنه في هذه الحالة أيضا سوف يتحقق جبر الضرر كما أخذ الفقه الإسلامي بالمسؤولية على أساس الخطأ إلى جانب المسؤولية دون خطأ، كما رأينا في الفصل الأول من هذا الباب، وبهذا فالالاتجاه الذي يرى الضرر أساسا وحيدا للمسؤولية لا يتفق وتطبيق القضاء الإسلامي لنوعي المسؤولية الخطئية وغير الخطئية، فضلا عن أنه لا يتصور وجود أساس واحد فقط للمسؤولية في جميع

(1) - إبراهيم الدسوقي، نظرية التعويض عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية، مقال، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع02، السنة 21، أبريل ويونيو، 1977، ص21.

(2) - رفاعي عثمان على إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، المرجع السابق، ص334.

حالات الضرر ومن هنا ظهر من يرى بوجود أسس أخرى للمسؤولية غير الضرر.

2- تحمل التبعة

هناك من يرى أن قيام المسؤولية عن انتفاء الخطأ تكون على أساس فكرة تحمل التبعة التي تقضي بأن التكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء تكون على من يستفيد منه شرعا. (1)

ويُظهر هذا الاتجاه أن الشريعة الإسلامية تضع المبدأ لمسؤولية موضوعية تكفل للمضرور حقه في الضمان وتضمن الضرر الذي أصابه، وتجعل الشخص مسؤولاً عن فعله الضارّ لقول النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"، وبذلك يكون الضرر حين يقع على مسؤولية من أحدثه صوتاً للحقوق وهذا هو ما تضطلع به نظرية تحمل التبعة، إذ تتخذ الضرر أساساً لها، ومن الفعل الضارّ مصدراً أو ركناً وهو ما يجد تبريره في أنّه إذا عولنا في تعويض المضرور ابتداءً على تحديد المسؤول عن الخطأ أهدرنا في بعض الصور حق المضرور حين يتعذر تحديد المسؤول عن الخطأ، وأن هناك ضرر يقع ممن لا يمكن نسبة الخطأ إليه كالصغير والمجنون والنائم وهو ما تقصر عنه المسؤولية الخطئية.

وقد نشأت نظرية تحمل التبعة مرتبطة بالضرر وبضرورة جبره، باعتباره هو أول ما يجب أن يتجه إليه عند بحث أساس المسؤولية التي يتعين أن يكون هدفها جبر الضرر لا عقاب المسؤول، أو أن تكون جزءاً الخطأ فضلاً عن أن الضرر هو الركن البارز في نظام المسؤولية منذ القدم. (2)

وبناء على ذلك فإن نظرية تحمل التبعة لم تعد مقصورة على الأشياء الخطرة أو مقابل الغنم الناجم عن نشاط مستغل يربح صاحبه منه، بل تجد مكانها في نطاق تشريع المعاملات في الفقه الإسلامي القائم على ضرورة جبر الضرر وتضمينه، ومن ثم يعتبر الضرر ركناً جوهرياً وأساسياً في نظرية تحمل التبعة بل هو الركن الأول فيها ولا يأتي ترتيبه في الركن الثاني كما هو الحال في المسؤولية الخطئية، الأمر الذي معه تتسع نظرية تحمل التبعة لكل ضرر، حيث جاء حديث رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار." (3)

(1) - انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج02، ص1020.

(2) - عبد الحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص14.

(3) - رفاعي عثمان علي إسماعيل، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، المرجع السابق، ص339.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

ويبدو من هذا المذهب هو الأخذ بنظرية تحمل التبعة أساسا عاما للمسؤولية سواء كان هناك خطأ تسبب في حدوث الضرر أو حدث هذا الضرر بدون خطأ، وأن هذه النظرية تجتد أساسها فيما يقرره الفقه الإسلامي في قاعدة: "الغنم بالغرم"، ومعناها أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره، ورغم ما تجده هذه النظرية من تأييد لما تحمله في معناها مما تقرره الشريعة من جبر الضرر وإزالته في جميع الأحوال، إلا أنها تعرضت للنقد بالقول وذلك لعدة أسباب أهمها:

- أن نظرية تحمل التبعة التي لجأ إليها التشريع الوضعي حين تعرضت نظرية الخطأ للنقد وعدم وفائها في بعض الحالات للتعويض؛ تقوم على أساس أن المتبوع قد انتفع بنشاط تابعه فجنى منه الربح الوفير فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط، وما قد ينجر إليه من ضرر والغنم بالغرم غير أن هذا الربح قد تولد من مال المتبوع، وعمل قام به التابع وأخذ عليه أجره، إنما هو مستحق للمتبوع بما دفعه من أجر بمقتضى عقد استئجاره....، وثمره الملك للمالكه والزامه بعد ذلك بتعويض ما يحدث عن طريق العمل في ذلك المال من ضرر لا يد له فيه، ليس له سبب سليم يؤسس عليه. (1)

- كما أن هذه النظرية تخالف قاعدة أصولية هي أن أخذ المال لا يكون إلا بحق ولا يجوز أن ينقص من ثمرات المال إلا ما ينص عليه الشارع، أما افتراض مخالفات ترتب عليها أضرار فهو مالا يجوز شرعا، وأن قاعدة الغنم بالغرم تعني في الفقه الإسلامي أن الإنسان يتحمل بالضرر الذي يصيب ماله هو كنتيجة لتمتعه بذلك المال وليس معناه أن يتحمل ضررا أصاب غيره إذ في هذا التفسير إجحاف للنصوص وتأويل لها.

- كما أن الشريعة الإسلامية لا تسلم بأن يضمن شخص ضررا لا يد له في إحدائه، إعمالا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (2)، فإنها لا تسلم بمسؤولية حارس الحيوان أو مالكة عمّا يحدثه من ضرر، إلا إذا كان ذلك نتيجة إثارة منه أو إهمال أو تقصير في الحفظ والحراسة.

(1) - انظر: على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص60.

(2) - فاطر: 18.

وكل هذه الأسباب كما هو واضح تنكر على نظرية تحمل التبعة أن يكون لها أساس من الشريعة الإسلامية، وبالتالي فالفقه والقضاء الإسلامي لا يقوم إلا على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الكلية الواردة في القرآن الكريم والسنة بنفي الضرر والعمل على إزالته.

ومع تسليمنا بأن فكرة تحمل التبعة لا تقوم أساساً للمسؤولية بدون خطأ وأن ما تقرره الشريعة من التعويض مجرد الضرر وعلاقة السببية لا يعني قيام تحمل التبعة أساساً لذلك، وبناء عليه هناك من اقترح أساساً أخرى.

3- المخاطر

رغم عدم تصور البعض أن نظرية المخاطر المستحدثة أساساً للمسؤولية غير الخطئية من قواعد الشريعة الإسلامية وأحكام القضاء الإسلامي على النحو السابق توضيحه، إلا أن هناك من يرى أن الأمر على خلاف ذلك حيث في هذا الاتجاه من يعتبر أن ما قرره فقهاء الإسلام هو الإجماع على جواز الضمان في الجملة لعموم قول النبي ﷺ: "الزعيم غارم وهو ما يصح تعليقه بضرر أو خطر."⁽¹⁾ وأن مبادئ الشريعة الإسلامية المتمثلة في مبدأ الغرم بالغنم ومبدأ لا ضرر ولا ضرار هما حجر الزاوية للمسؤولية دون خطأ والتي تقوم على أساس المخاطر.

فالمنهج الإسلامي القائم على استنباط الأحكام على أساس المصلحة والعدل وإزالة الضرر ونفي الحرج ورفع المشقة وتقليل التكاليف وحماية جميع الحقوق المشروعة وتحقيق التوازن بين المصلحة العامة والخاصة كفيل بأن يكون أصلاً لنظرية المخاطر، التي جاءت لتقييم العدالة من ترك المضرور بدون تعويض عند انتفاء الخطأ، وتعذر المطالبة بإصلاح الضرر والعمل على جبره، ولذلك ما يؤيده فيما يقرره علماء المسلمين أن الله سبحانه وتعالى، قد بين ما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأى طريقة استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة لما نطق به الشرع."⁽²⁾

(1) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج05، ص72.

(2) - ابن القيم شمس الدين أبو عبد الله، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995، ص14.

وهذا القول أيضا يتفق مع وجهة نظر الإمام القراني في قوله: "واعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع بل تشهد له القواعد الشرعية".⁽¹⁾

كذلك نجد التأييد لمبدأ المخاطر أساسا للمسؤولية غير الخطئية عند الفقه والقضاء الإسلامي، رغم عدم العناية من الفقه والقضاء بصياغة النظريات أكثر من عنايته بالسعي إلى جبر الضرر، فإذا استقرأنا نصوص الكتاب والسنة نجد أنهما مصدرين قد طرقا بأحكامهما أبواب الحياة ومناهجها المختلفة فلا نجد بابا من هذه الأبواب ولا منهجا تسلكه الأمم والأفراد إلا وجد فيه من الأصول ما يكفل احتضان هذه النظرية، كما وأن عناصر المسؤولية دون خطأ في القوانين الوضعية تتشابه كثيرا مع عناصر جبر الضرر في الفقه الإسلامي فركني الضرر وعلاقة السببية بين النشاط الخطر والضرر دون خطأ يقررها الشرع وتبلورت بها قواعد الفقه الإسلامي العامة وأخذت بها أحكام القضاء الإسلامي، فلم يشترط الفقه الإسلامي لقيام مسؤولية المباشر وحصول المضرور على التعويض الذي يحقق له جبر ما أصابه من ضرر، غير أن يجلّ الضرر بفعل المباشر، كما أن التعويض في الفقه الإسلامي يتقرر رفع أي ضرر يترتب عن أي فعل ولو كان ذلك الفعل مشروعاً، وهذا ما تستند عليه المسؤولية غير الخطئية عموماً بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه.⁽²⁾

ثالثاً: الأسس العملية للمسؤولية دون خطأ في النظام الإسلامي

إذا كانت قواعد الشريعة الإسلامية قد بينت أن جبر الضرر واجب رغم انتفاء الخطأ، فإنّ ما يثار قضاء هو تحديد الأساس الذي يقوم عليه تعويض الضرر الذي وقع بدون خطأ وتقرير مسؤولية الدولة عنه، وفيما يلي نتطرق على سبيل المثال لبعض التطبيقات العملية لهذا النوع من المسؤولية مع ما استندت عليه في النظام الإسلامي.

1- الضمان لمجرد الانتفاع بالشيء

حدث على عهد رسول الله ﷺ أن شخصا اشترى غلاماً ثم استغله زماناً فوجد فيه عيباً قديماً

(1) - ابن فرحون إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الحلبي، 1958، ج2، ص150.

(2) - رفاعي عثمان علي إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، المرجع السابق، ص351-352.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

فخاصم البائع إلى رسول الله، ففضى برده إلى البائع، فقال هذا يا رسول أنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: "الخراج بالضمان" (1)، أي ما خرج منه كان في مقابل ضمانه له والخراج هو كل ما يتولد عن الشيء من غلة أو منافع. (2)

ومقتضى هذا الحكم أن كل من يتحمل تبعه شيء يجب له منافعه وفي المقابل أن كل من يجني ثمار شيء يجب عليه ضمان ما يحدث للغير من ضرر بسبب استغلاله لهذا الشيء، أي أن الغنم بالغرم، ومع هذا الحكم يتقرر الضمان بمجرد حدوث الضرر الناتج عن هذا الاستغلال، أي سواء كان مع الانتفاع بهذا الشيء خطأ أدى إلى هذا الضرر أو لم يثبت هذا الخطأ.

2- تحميل العاقلة تبعه أعمال أفرادها

قضى رسول الله ﷺ فيما حدث بين امرأتين قتلت إحداها الأخرى، ولكل منهما زوج وولد بأن دية المقتولة على عاقلة القاتلة، وقال ﷺ أن ميراثها -المقتولة- لزوجها وولدها، وفي هذا القضاء تحميل العاقلة التبعة عن ضرر لم يكن لغير الفاعل من أفرادها يد في حدوثه، لما في ذلك من المصلحة لأن القاتل لو أخذ بالدية لأوشك أن تأتي على جميع ماله؛ ولأن تتابع الخطأ لا يؤمن ولو ترك بغير تعزيم لأهدر دم المقتول. (3)

كما روي أن رجلا قتل في زحام في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فلم يعرف قاتله، فقال علي لعمر -رضي الله عنهما- : "يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ فأدى ديته من بيت المال؛ لأن المسلمين يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصابتة ومواليه. (4)

وهذه تعتبر صورة لأحكام قضائية لما تقرره من حكم يقضي بالتعويض في مسألة كانت محلا للقضاء والحكم، وجبر الضرر الذي تقوم به العاقلة أو بيت مال المسلمين بمقتضى هذا القضاء ليس

(1) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، رقم الحديث 3509، ج5، ص369.

(2) - رفاعي عثمان على إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، المرجع السابق، ص325.

(3) - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، إدارة الطباعة المنيرية، ج7، ص139.

(4) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج09، ص524.

مرده إلى خطأ يمكن نسبته إليهما، وإنما هو تطبيق لقاعدة جبر الضرر عموماً ووجوب إزالته، أي أنّ التزام العاقلة أو بيت مال المسلمين في هذه الحالة هو من قبيل المسؤولية عن ضرر لم يكن سببه خطأ الواقع من إحداهما، ولذلك تعتبر المسؤولية المقررة مع هذه الأحكام هي مسؤولية بدون خطأ.

3- تحمل بيت المال بالدية لامتناع الدولة عن الأخذ بالقصاص من أجل المصلحة العامة

روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه جيء إليه برجل اتهم بقتل إنسان وشهدت القرائن القوية على قتله له، وأقر هو علي نفسه بالقتل، فلما ذهب به ليقصص منه ظهر القاتل الحقيقي وقدم نفسه للقصاص مقراً على نفسه بالقتل، فلم يقصص منه علي رضي الله عنه؛ لأنه أحيا نفساً بريئة وودي القتل من بيت مال المسلمين، مع عدم تنفيذ حكم القصاص من القاتل الحقيقي، ويتبين أن الضرر الذي ارتبط بالامتناع عن تنفيذ حكم القصاص في هذه الحالة كان بسبب عمل من أعمال الدولة التي تعمل على تحقيق المصلحة العامة، التي تكمن في حمل الأفراد في الدولة على الاعتراف بالحقيقة وإرساء حقوق الأفراد وإقامة حدود الله تعالى ومن ثمة تحقيق الأمن والاستقرار. (1)

ونستنتج من هذه الصور والتطبيقات إقرار القضاء الإسلامي وأخذه بمبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار التي قد تحدث لبعض الأفراد من جراء الأعمال التي تتولاها، وتسعى من خلالها لتحقيق المصلحة العامة مع انتفاء الخطأ، وهذا المبدأ في الواقع لا يمكن للقاضي الإسلامي أن ينكره أو يتخلى عنه؛ لأنّ الشريعة الإسلامية تقرر نفي الضرر وإزالته في جميع الأحوال مع رفع المشقة وجلب التيسير ونفي الحرج-، لأنّ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لا يعني القيام بالإهدار الكلي لصاحب المصلحة الخاصة في الحصول على التعويض العادل الذي يرفع عنه عبء الضرر الذي تحمله من جراء التضحية بمصلحته من أجل الصالح العام.

وبهذا يكون من الواضح أن كل من الفقه والقضاء يسيران في اتجاه واحد نحو الأخذ بالمسؤولية دون خطأ على أساس مراعاة حقوق الأفراد جميعاً والعمل على تحقيق مقصود الشرع.

(1) - رفاعي عثمان علي إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، المرجع السابق، ص 329.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

والخلاصة: أن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من قواعد كلية كلها ثابتة بالقرآن والسنة، والترم بها الفقه والقضاء الإسلامي فيما عرض عليه من مسائل، والتي تقوم على العدل والمساواة ونفي الضرر وإزالته كفيلاً بأن يكون أصلاً لأي نظرية جاءت لإقامة العدالة وعدم ترك المضرور بدون تعويض عن انتفاء الخطأ وتعذر المطالبة بإصلاح الضرر والعمل على جبر الضرر ورفع الأذى أيًا كان الأساس سواء كان مبدأ رفع الضرر أو تحمّل التبعة أو المخاطر، فأياً كانت طريقة يستخرج بها العدل والقسط فهي من الشرع وليست مخالفة له، وأن من السياسة الشرعية ما يكون فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، حتى وإن لم يضعه رسول الله ﷺ، وحيث أن الفقه والقضاء الإسلامي لم يعتني بصياغة النظريات أكثر من عنايته بالسعي لجبر الضرر.

وعليه وفقاً لما سبق فنظرية المسؤولية دون خطأ تعد من الشريعة الإسلامية طالما تقوم على مبادئه الكلية ولا تخالف مقصود الشرع، وهو أمر يتقرر في الفقه الإسلامي الأخذ به عند تعويض الأضرار التي لا تستند إلى الخطأ في حدوثها حيث الالتزام من هذا الفقه والقضاء بقواعد الشريعة ومبادئها التي تقوم على مبدأ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ولا إهدار للحق الفردي الذي يتحمل الضرر الخاص لأجل المصلحة العامة.

المطلب الثاني: مدى قيام مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية على ضوء المسؤولية

دون خطأ

بما أنّ الضرورة تضيء صفة المشروعية على الأعمال والإجراءات التي تتخذها الدولة والتي تكون مخالفة للقانون لو اتخذت في ظل الظروف العادية، وبالتالي فلا مسؤولية للدولة في ظل هذه الظروف الاستثنائية بناء على الخطأ إلا إذا كان جسيماً واستثنائياً، ولكن في حالة أن الظروف الاستثنائية سبب ضرراً بفرد أو مجموعة أشخاص فهل يعنى ذلك أن يغلق الباب أمام المضرور من المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر؟

وفي مقام الإجابة عن هذا السؤال نطرح سؤال آخر وهو مدى إمكان مساءلة الدولة في ظل الظروف الاستثنائية وفقاً لنظرية المسؤولية دون خطأ؟

وما الذي يجري عليه العمل في القضاء الإداري حين تطرح عليه قضايا الضرر التي يتعذر فيها إثبات الخطأ؟

الفرع الأول: إمكان قيام مسؤولية الدولة غير الخطئية في ظل الظروف الاستثنائية

إذا كان القضاء يعتبر أن الظروف الاستثنائية يترتب عليها اعتبار بعض الأعمال والإجراءات المخالفة للقانون بمثابة أعمال مشروعة، مادام أنّها ضرورية لمواجهة الأزمة فإنّ مسؤولية الدولة عنها على أساس الخطأ لا تثور إلا نادرا كما سبق وأن رأينا، ولهذا طرحت مسألة المسؤولية غير الخطئية كبديل للتعويض سواء على أساس المخاطر أو المساواة أمام الأعباء العامة، لكن هناك من الفقه من عارض هذه المسؤولية واكتفى بالمسؤولية الخطئية كأساس وحيد لمساءلة الدولة حتى في الظروف الاستثنائية ولهذا سوف نتعرض لآراء الفقه بشأن هذه النظرية أولا، ثم الشروط التي وضعها أصحاب الاتجاه المؤيد للنظرية ممن يرون بعدم وجود مانع من قيام مسؤولية الدولة بناء عليها.

أولا: آراء الفقه بشأن قيام المسؤولية غير الخطئية في الظروف الاستثنائية

بخصوص قيام المسؤولية غير الخطئية في الظروف الاستثنائية ظهر اتجاهين مؤيد ومعارض لها كما سنرى فيما يأتي:

أ-الاتجاه المعارض لنظرية المسؤولية دون خطأ

ويرى أصحاب هذه المذهب أن هذه النظرية لا تصلح كي تكون أساس لمسؤولية الدولة لا في الظروف العادية ولا الاستثنائية، وهاجموها وطلبوا الاستعاضة عنها بفكرة أخرى، وحججهم في رفضها كثيرة أهمها:

-لا يمكن التسليم بمسؤولية الإدارة عن أعمالها على أساس نظريات غامضة وغير محددة المضمون، فنظرية المسؤولية دون خطأ غير واضحة المعالم، بدليل أن القضاء الإداري الفرنسي ليس له فيها موقف موحد، فهو يحكم فيها ويطبّقها أو يرفضها حسب النتائج التي يتوصل إليها بعد دراسة وفحص القضية المعروضة عليه، وبالتالي فهي نظرية لا تتفق مع مبادئ القانون الدستوري، الذي يتوجب أن يسير في فلك واحترام مبادئ القانون الإداري، الذي لا ينفصل عنه، والذي من أهم مبادئه، مبدأ احترام سيادة الدولة.⁽¹⁾

(1) - رائد محمد عادل، الأساس القانوني للمسؤولية دون خطأ، مجلة دراسات، -علوم الشريعة والقانون-، ع43، 2016، ص293.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

- قد كان العميد هوريو من أشد المعارضين لهذه النظرية، بعد أن كان في البداية من أشد أنصارها، وأنكر على هذه النظرية صلاحيتها لكي تكون أساساً حقيقياً تقوم عليه مسؤولية الدولة، وأخذ يهاجمها، وقامت انتقاداته على أساس أن تلك النظرية قد أقرها مجلس الدولة الفرنسي في وقت متأخر بعد أن انتهى عهد الحاجة إليها، وبأنّ الأساس القانوني لهذه النظرية (المسؤولية على أساس المخاطر) هو القانون؛ لأنها نوع من أنواع التأمين الذي يكون مرجعه القانون، وهذا ما فعله المشرع في العديد من الحالات التي نص عليها بالتعويض وطبقها القضاء، ولم يستطع هوريو إلغاء هذه النظرية تماماً حماية لحقوق الأفراد في الحالات التي لم يرد عليها النص ولا يمكن لقرائن الخطأ إثباتها.⁽¹⁾

- إن القضاء الإداري قد استطاع أن يتلافى عيوب المسؤولية على أساس الخطأ، بإقامة قرائن للخطأ في حالات عديدة، قرائن الخطأ البسيطة التي تقبل إثبات العكس، أو المطلقة التي لا تقبل إثبات العكس، لإعفاء المتضرر من إثبات خطأ الإدارة الذي يعد في بعض الحالات صعباً أو مستحيل الإثبات وتطبيق نظرية المسؤولية دون خطأ، يعد رجوعاً إلى الوراء وعدم أكثر من التطورات القضائية، وبهذا يكون بالإمكان الاستغناء عن فكرة المسؤولية دون خطأ، والأخذ بنظرية الخطأ لأهميتها ونظراً لما تحقّقه من نتائج في مصلحة الإدارة.⁽²⁾

وفي الحقيقة إن الأخذ بنظرية المسؤولية دون خطأ ليس رجوعاً للوراء، وإنما هو بمثابة تطور هام، لأنه إذا كانت قرائن الخطأ قد لطفت من عيوب المسؤولية إلى درجة كبيرة، إلا أنها أبعد من أن تواجه جميع الحالات التي يطبق فيها القضاء فكرة المسؤولية دون خطأ، لهذا تعتبر هذه النظرية لها كيان قائم بذاته ومستقل تماماً عن فكرة الخطأ، ولا يمكن الاستغناء عنها والاكتفاء بفكرة الخطأ، لأن هناك بعض الأنشطة الإدارية في الظروف الاستثنائية يصعب فيها إثبات خطأ الإدارة، هذا فضلاً عن أن نشاط الإدارة في تزايد مستمر والمخاطر التي يتعرض لها الأفراد كثيرة ولا بد من حمايتهم، وقد حقق لهم القضاء

(1) - الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ج 2، ص 212-213.

(2) - رائد محمد عادل، الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ - دراسة مقارنة -، مقال، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد 43، ع 01، 2016، ص 293.

الإداري هذه الحماية بتقريره لنظرية المسؤولية دون خطأ". (1)

ب- الاتجاه المؤيد لنظرية المسؤولية دون خطأ

ويرى أصحاب هذا المذهب أن الأخذ بنظرية المسؤولية دون خطأ في الظروف الاستثنائية هو بمثابة تطور هام؛ لأنه إذا كانت قرائن الخطأ قد لطفت من عيوب المسؤولية إلى درجة كبيرة، فإن نظرية المخاطر لها كيان قائم بذاته ومستقل عن فكرة الخطأ ولا يمكن الاستغناء عنها والاكتفاء بفكرة الخطأ فقط؛ لأن هناك بعض الأنشطة الإدارية التي يصعب فيها إثبات الخطأ مع وجود الضرر الذي تحقق من وراء تلك الأنشطة التي تحتوي مخاطر غير عادية ولا سبيل أمامنا سوى تقرير المسؤولية على أساس غير الخطأ، ولهذا فإن فكرة المسؤولية دون خطأ قد مكنت القضاء من التعويض في كثير من الحالات التي تعذر فيها إثبات الخطأ، إذا استوفى الضرر الشروط التي يتطلبها القضاء للحكم بالتعويض. (2)

وفي مجال الظروف الاستثنائية فإن الدولة تقوم بإجراءات استثنائية من أجل المصلحة العامة، أي أن الإجراءات التي تقوم بها الدولة في هذه الظروف يفترض أن ينتفع بها جميع أفراد المجتمع، إلا أن تلك الإجراءات قد تتضرر منها فئة معينة ولكي تتحقق المساواة بين الفئة التي استفادت من عمل الإدارة والفئة التي تضررت منه، يجب السماح لهؤلاء الذين تضرروا بالمطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر جراء النشاط الذي استفاد منه أغلب أفراد المجتمع، فلم يعد مسموحاً أن يتحمل البعض لوحدهم الأضرار التي تسببها الإدارة من خلال أعمالها حتى لو اعتبرت تلك الأعمال مشروعة. (3)

هذا فضلاً عن أن نشاط الدولة في تزايد مستمر والمخاطر التي يتعرض لها الأفراد كثيرة، ولا بد من حمايتهم بتقرير نظرية المسؤولية على أساس المخاطر، كفكرة تقوم إلى جوار فكرة الخطأ لمساءلة الدولة وهناك من الفقه من يرى بأن تحل نظرية المسؤولية على أساس المخاطر محل المسؤولية على أساس الخطأ، ذلك أن الأخطار التي يتعرض لها الأفراد نتيجة نشاط الدولة لمواجهة الظروف الاستثنائية تقتضي وجود نوع من التأمين ضد هذه الأخطار، عن طريق تعويض من يتحملون أعباء خاصة نتيجة نشاط يتم

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 342.

(2) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقها المعاصرة، المرجع السابق، ص 292.

(3) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 371.

لصالح الجماعة. (1)

وما يزيد من أهمية وضرورة وجود فكرة المخاطر تدخل الدولة في الظروف الاستثنائية بقرارات وإجراءات سريعة واستثنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية والخطر ولا شك أن هذه القرارات تعرض الأفراد لمخاطر غير عادية، وهذا ما جعل الفقه يتحمس لنظرية المسؤولية دون خطأ ويعتبرها شبه ضرورة في الظروف الاستثنائية، والتعويض بناء عليها يكون لمعاونة أفراد في المجتمع تضرروا من ظروف لا يد لهم في حدوثها ولا قبل لهم بمواجهتها.

ويمكن القول بأن اعتماد الرأي الثاني المؤيد لمسؤولية الإدارة بدون خطأ أولى بالإتباع، لأنه يؤيد التضامن بين الدولة والأفراد في الظروف الاستثنائية؛ ولأن الدولة أقدر على تحمّل ذلك من الأفراد، كما أن في اعتماد المسؤولية دون خطأ، تحقيق للمساواة والعدالة بين المتعاملين مع الإدارة.

ثانياً: شروط قيام المسؤولية غير الخطئية في الظروف الاستثنائية

يذهب الرأي الراجح فقها أقرّ مسؤولية الدولة بدون خطأ في ظل الظروف الاستثنائية، ومع ذلك لا يمكن إثارة هذه المسؤولية إلا إذا توفرت شروطها، لذلك لا بدّ من توفر شروط معينة حتى يتمكن القاضي من الحكم بالتعويض لجبر الأضرار المترتبة عن الإجراءات الاستثنائية التي قامت بها الإدارة، وتتمثل هذه الشروط في:

1- يجب أن يكون العمل قد اتخذ في ظل الظروف الاستثنائية

لكي تقوم مسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية، يجب أولاً وقبل كل شيء أن يكون العمل الذي رتب ضرراً للغير، قد قامت به الدولة خلال الظروف الاستثنائية، أمّا إذا كان العمل الذي رتب ضرراً للغير قد تم خلال الظروف العادية، فإنّ مسؤولية الإدارة هنا تثور طبقاً للقواعد العامة المقررة لمسئالة الدولة، ذلك أن الظروف الاستثنائية هي التي تكون السبب في وصف العمل بأنه مشروع، ولم ترتكب الدولة بصدده أي خطأ، الشيء الذي يترتب عليه عدم إمكانية إثارة مسؤوليتها على أساس الخطأ، بل تثور تلك المسؤولية بدون خطأ.

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 342 .

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وتأسيسا على ما سبق يتعين على القاضي أن يتأكد أولا من أن الإجراءات المتخذة من طرف الإدارة - كالاقتقال الإداري، أو تحديد الإقامة ...، قد تم اتخاذها خلال قيام الظروف الاستثنائية، على التفصيل الذي رأيناه عند الحديث عن مفهوم الظروف الاستثنائية.

2- يجب أن يترتب على عمل الإدارة ضرر خاص وجسيم

حتى يمكن إثارة مسؤولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، يجب أن يكون العمل الذي قامت به الدولة قد أدى إلى حدوث ضرر خاص وجسيم لأحد الأفراد أو بعضهم، والحقيقة أنّ شرط الضرر هذا يعدّ عنصرا أساسيا لإثارة جميع أنواع المسؤولية، سواء التي تقوم على أساس الخطأ أو التي تقوم بدون خطأ⁽¹⁾

والضرر الخاص يقصد به أن ينصب على فرد محدد أو فئة محددة من الأفراد، أمّا إذا أصاب الضرر مجموعة غير محددة من الأفراد، فإنّنا لن نكون هنا بصدد ضرر خاص، بل بصدد ضرر عام، لا تعويض عليه، لأنه يدخل في مجال الأعباء العامة التي يجب على الأفراد تحملها.

وإذا كانت الأعمال التي تقوم بها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تعدّ أعمالا في معظمها مشروعة، ما دام أنّها تتخذ من أجل المصلحة العامة، فإنه لإمكانية إثارة مسؤولية الإدارة عن تلك الأعمال، لا بد أن يكون الضرر الذي رتبته ضرار خاصا.

وإذا كان الضرر قد أصاب فردا واحدا فلا تثور هنا أية مشكلة لوصف الضرر بصفة الخصوصية، أما إذا أصاب الضرر مجموعة معينة من الأفراد، فيجب أن تكون تلك الفئة محددة لإمكانية وصف الضرر بالخصوصية، أمّا إذا أصاب الضرر عامة السكان، أو فئة كاملة من أفراد إقليم معين، فإنّنا لن نكون بصدد ضرر خاص، لأن هؤلاء الأفراد يوجدون كلهم في نفس الحالة، ويخضعون بالتالي لنفس الضرر دون تمييز بينهم.⁽²⁾

(1) - لقد ذهب البعض إلى اعتبار الضرر الأساس الحقيقي للتعويض، وبدون ضرر لا توجد مسؤولية ولا تعويض، فالضرر مناط كل منهما، يدور معهما وجودا وعدما، فالدولة لا تكون مسؤولة إلا إذا ثبت نشوء الضرر عن نشاطها الذي مارسه فإذا انتفى الضرر، انتفى معه حق المطالبة بالتعويض. انظر: مراد بدران، الرقابة على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 294.

(2) - DELVOVE, La responsabilité de la puissance publique du fait de ses actes réguliers, Etude juridique , 1967 , Prochorient , B.N.P. , pp .. 640 et s.

أما الضرر الجسيم، فيقصد به أن يكون غير عادي أو استثنائي يتجاوز في أهميته ومداه حد الأعباء التي يلتزم الأفراد بتحملها عادة، وهذا الشرط يعد في الحقيقة شرطا بديها في مجال مسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية، ذلك أن مسؤولية الإدارة في تلك الظروف لا يمكن أن تثور إذا كان الضرر بسيطا أو عاد أو قليل الأهمية، أو بصفة عامة يدخل في إطار الأضرار المعتادة التي يتحملها عادة الأفراد في أوقات الأزمات. (1)

وإذا كان هذا الشرط يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وذلك بالنظر إلى كل دعوى على حدة، فإنه يتعين على القاضي أن ينظر إلى جسامة الضرر بصورة نسبية، ولا يضع قاعدة عامة في هذا الصدد، ومعنى ذلك أنه يتعين عليه أن يضع في اعتباره صفة الجسامة بالنسبة للمضور ذاته، وما لحقه من أذى من جراء الأعمال التي قامت بها الدولة، فمثلا إن استيلاء الإدارة على منزل في ظل الظروف الاستثنائية قد يعدّ ضررا جسيما إذا حصل ذلك لشخص لا يملك سوى ذلك المنزل، وقد لا يكون ضررا جسيما إذا كان الشخص ميسور الحال، لهذا فإن تقدير جسامة الضرر ترتبط في الحقيقة بدرجة كبيرة بمركز المضور في المجتمع.

3- يجب أن يكون عمل الإدارة خطرا في حد ذاته أو يشكل عبئا عاما

لكي تقوم مسؤولية الدولة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس المسؤولية بدون خطأ يجب أن يكون نشاط الإدارة فيه خطورة في حد ذاته، أو أن ذلك النشاط يشكل عبئا عاما.

وتتحقق صفة الخطورة في نشاط الإدارة إذا استخدمت الإدارة لمواجهة الأزمة أشياء خطيرة، أو قامت ببعض النشاطات الخطيرة، وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ القضاء لا يعوض عن كل الأخطار المتصلة بنشاطات الدولة، بل يشترط في ذلك الخطر درجة معينة من الجسامة، فمثلا إن استعمال الدولة لأشياء خطيرة لمواجهة الأزمة، يشكل في حد ذاته مخاطر استثنائية لبعض الأفراد الذين يجدون أنفسهم في حالة خطر حتى قبل وقوع الضرر، كالأشخاص الذين يوجدون بالقرب من قوات البوليس التي تطارد الجناة، لأنهم معرضين لخطر إطلاق النار.

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 532.

وتتحقق صفة العبء العام في نشاط الدولة، إذا كان النشاط الذي تقوم به يعتبر من قبيل الأعباء العامة، أو التكاليف المفروضة على الأشخاص داخل المجتمع من قبل السلطة العامة، ومعنى ذلك أن الضرر الذي تعرض له المضرور، كان لازماً من أجل تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي فإن هذا الضرر الذي تعرض له هو في الحقيقة عبء عام كان من المفروض أن يقع على عاتق كل أفراد المجتمع، نظراً لأنه اتخذ من أجل المصلحة العامة.

وبناء على ذلك، فإن الجماعة تشارك من خلال الخزينة العامة في جبر الضرر الذي أصاب المضرور الذي تحمل لوحده تبعه هذا العبء العام، وهذا من شأنه أن يعيد التوازن الذي يحقق المساواة بين أفراد المجتمع في تحمل الأعباء العامة.⁽¹⁾

وفي مجال الظروف الاستثنائية، نلاحظ أن الإجراءات التي تتخذها الدولة لمواجهة الأزمة، تكون من أجل تحقيق المصلحة العامة والمتمثلة في الحفاظ على سلامة الجماعة من الخطر، والحفاظة على النظام العام والأمن، فإذا ما ترتب على تلك الإجراءات ضرر لأحد الأفراد، فإن هذا الضرر يعد في الحقيقة عبئاً عاماً لا يجوز أن يتحمله المضرور لوحده، بل يجب أن تشارك الجماعة في تحمله من خلال السماح له بالحصول على التعويض من الخزينة العامة.⁽²⁾

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أنه لكي تتحقق صفة العبء العام الذي يسمح للمضرور بالحصول على التعويض، لا بد أن يكون هناك تلازم بين الضرر الخاص والمصلحة العامة التي تنوي الإدارة تحقيقها، بحيث أن المصلحة العامة لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال إحداث هذا الضرر الخاص.

4- يجب أن تكون هناك علاقة بين عمل الدولة والضرر الحاصل

إن هذا الشرط هو الذي يعبر عليه بعبارة رابطة السببية والذي يعد عاملاً مشتركاً لنظام المسؤولية المختلفة، ويقصد بهذا الشرط أن يكون عمل الإدارة الذي قامت به لمواجهة الأزمة، هو الذي أدى إلى حدوث الضرر، وهنا لا بد أن تكون العلاقة مباشرة بين عمل الدولة، والضرر الحاصل، فإذا أمكن نسبة

⁽¹⁾ - أنظر في تفاصيل ذلك: . 620-621

.DELVOVE, La responsabilité de la puissance publique op.cit., pp .

⁽²⁾ - مراد بدران، الرقابة على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 398.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الضرر الذي لحق المضرور إلى عمل أو نشاط الإدارة، فإن ذلك يسمح للمضرور بالمطالبة بالتعويض، ما دام أن علاقة السببية قد توفرت بين عمل الدولة والضرر، ولا تستطيع الإدارة التحلل من التزامها بدفع التعويض إلا إذا أثبتت أن رابطة السببية غير موجودة، أو أن الضرر قد تسبب فيه المضرور، أو كان بفعل القوة القاهرة .

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا توفرت هذه الشروط يجب على القاضي أن يحكم بالتعويض للمضرور، ومع ذلك فإن القضاء الإداري الفرنسي على وجه الخصوص، قد امتنع عن الحكم بالتعويض في بعض الحالات على الرغم من توفر تلك الشروط، ولقد تعلق الأمر بطلب التعويض عن قرارات الاعتقال التي صدرت خلال الحرب العالمية الثانية والصادرة من حكومة Vichy، وذلك على أساس عدم وجود نص تشريعي يحدد الشروط التي بمقتضاها يستطيع المضرور من هذه الإجراءات المطالبة بالتعويض.⁽¹⁾

الفرع الثاني: موقف القضاء عمليا من الأخذ بنظرية المسؤولية دون خطأ في الظروف الاستثنائية

إذا كانت الرؤية الفقهية قد رجحت بوجوب الأخذ بمسؤولية الدولة دون خطأ في الظروف الاستثنائية، فالسؤال يطرح حول مذهب القضاء عمليا من النظرية فهل هو نفسه مذهب الفقه أم له اتجاه مغاير قد نقف عليه في كل من القضاء الجزائري و القضاء الإسلامي.

أولا: موقف القضاء الجزائري

إنّ القضاء الفرنسي وهو بصدد رقابة الأعمال التي قامت بها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، كان يأخذ بعين الاعتبار الخدمات التي يجب أن تقوم بها من أجل تحقيق المصلحة العامة وأثر الظروف الاستثنائية في ذلك، وانتهى في الكثير من الأحكام إلى وجوب السماح للإدارة بمباشرة الإجراءات الاستثنائية وعدم تعطيل عملها، مادام أنها بصدد مواجهة الأزمة، إلا أنّ ما توصل إليه مجلس الدولة لا يعني عدم اعترافه بمسؤولية الإدارة عن الأعمال التي قامت بها في ظل الظروف الاستثنائية، فقد أسس المسؤولية في حال تضرر الأشخاص من تلك الإجراءات تارة على فكرة المخاطر وتارة أخرى على فكرة

(1) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 533 .

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، أما في القضاء الجزائري فلقد استوحى المجلس الأعلى حلا في إحدى القضايا من أحكام القضاء الفرنسي وبالضبط قضية Couitéas⁽¹⁾ إذ اعتبر أن دعاوى التعويض بسبب الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية تكون مقبولة أمام الغرفة الإدارية بالمجالس القضائية.

ولقد اتخذ المجلس الأعلى حلا أكثر وضوحا في هذا الصدد في قضية (بوشاط)، وإذا كان المجلس الأعلى قد أسس حكمه في هذه القضية على الخطأ الجسيم، إلا أنه اعتبر في إحدى حيثياته أنه إذا كانت الظروف الاستثنائية تبرر عدم التنفيذ، فإنه من حق الإدارة ألا تنفذ في هذه الحالة ومع ذلك إذا ترتب ضرر للغير من جراء عدم التنفيذ، فمن حق المضرور الحصول على التعويض، على أن هذا التعويض لا يمكن تبريره إلا على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام التكاليف والأعباء العامة.⁽²⁾

وتتلخص وقائع القضية في أن السيد (بوشاط) و (سعدى)، قد تحصلا على قرار قضائي من

(1) - والتي تعد من أشهر القضايا التي أقر فيها المجلس بمسؤولية الإدارة رغم عدم ارتكابها خطأ، وتتخلص وقائع هذه القضية في أن السيد coutéas وهو من أصل يوناني قد هاجر إلى تونس واشترى قطعة أرض هناك أثناء احتلال فرنسا لها، ولما ثار نزاع حول ملكية تلك القطعة الأرضية لجأ إلى القضاء الذي أصدر حكما واجب النفاذ يقر له بملكية الأرض، وعندما حاول تنفيذ هذا الحكم فوجئ بوجود قبيلة عربية قد استقرت على تلك الأرض منذ مدة طويلة، ورفضت الاعتراف له بملكيتها عليها الأمر الذي جعله يلجأ إلى السلطات الإدارية الفرنسية في تونس طالبا منها تنفيذ الحكم القضائي من خلال استعمال القوة لطرده السكان العرب، إلا أن السلطات الفرنسية رأت أن اللجوء إلى القوة لتنفيذ ذلك الحكم ستكون له عواقب وخيمة على الأمن إذ سيؤدي إلى الفتنة والثورة من طرف العرب وبالتالي امتنعت عن تطبيق الحكم وهذا ما أدى بالسيد coutéas إلى رفع دعوى ضد تلك السلطات أمام مجلس الدولة الفرنسي، طالبا تعويضه عما لحقه من ضرر خاص وغير عادي وذلك من جراء فقدته لقطعة الأرض وإذا كان مجلس الدولة قد اعتبر امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم، لا يشكل خطأ في جانبها مادام أن امتناعها كان من أجل واجب أهم وهو حفظ الأمن والنظام العام، فإنه مع ذلك حكم للمدعي بالتعويض على أساس أن العدالة تأبي أن يضحي فرد لصالح المجموعة إذا كان بالإمكان توزيع الأعباء على الجميع، ولأن الحرمان من الانتفاع بالملك الخاص لمدة يتعذر تحديدها نتيجة موقف الإدارة تجاهه قد سبب له ضررا جسيما يجب أن يعرض عليه وقد أكد مفوض الحكومة في هذه القضية أن: "امتناع الحكومة في هذه الظروف تبرره ضرورات سياسية من أجل الحفاظ على النظام العام والأمن ولكن من ناحية أخرى لا شك أن الحكم عندما يصبح نهائيا يجب أن يتم تنفيذه، والامتناع عن التنفيذ يشكل مساسا جسيما بحقوق السيد coutéas، وانتهى مفوض الحكومة إلى ضرورة تعويض المدعي عما لحقه من أضرار غير عادية وأكد أن التعويض يستند إلى المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان الصادر سنة 1789 والذي بموجبه لا يجوز أن يتضرر المواطنون بعبء يفوق غيرهم أو يتحمل كاهلهم بتكاليف تتجاوز ما يتحمله غيرهم في سبيل المصلحة العامة. أنظر: فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، المرجع السابق، ص 493-494.

(2) - مسعود شيهوب، المسؤولية الإدارية بدون خطأ في القانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 1991، ص 297.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 29 ماي 1971، والذي يقتضي بإلزام السيدين قري ومراح بأن يدفعوا لهما مبلغا من المال قدره 8400 دج كمقابل إيجار محل تجاري لمدة 28 شهر، وبعد تبليغ هذا القرار أراد المستفيدين منه تنفيذه، إلا أن والي الجزائر بعث برسالة في 05 أوت 1974 إلى الشخص المختص بالتنفيذ يطلب منه الامتناع عن التنفيذ، على الرغم من أنه لا توجد ظروف استثنائية تعيق تنفيذ القرار وهذا ما أدى بالمدعين إلى التظلم أمام كل من وزير الداخلية ووزير العدل طالبين منهما الحصول على تعويض بسبب رفض الوالي تنفيذ القرار القضائي، إلا أن الوزيرين التزما الصمت وهو ما أدى بالطاعنين إلى التوجه أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر طالبين التعويض، إلا أن هذه الأخيرة أصدرت في 5 ماي 1976 باستئناف ذلك القرار أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى، ولقد حكمت هذه الأخيرة على الدولة ممثلة في شخص وزير الداخلية بالتعويض.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ المؤسس الدستوري الجزائري نص صراحة على أن كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء.، ومعنى ذلك أن الجهة المختصة بتنفيذ الأحكام القضائية تكون ملزمة بتنفيذها مهما كانت الظروف، أي سواء تعلق الأمر بظرف عادي أو استثنائي بحيث أن عدم التنفيذ يشكل خطأ يرتب مسؤولية الجهة القائمة بالتنفيذ ولا يمكن أن يثير المسؤولية بدون خطأ، وبعبير آخر في حالة امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي فإنها تكون قد اعتدت على مبدأ قوة أو حجية الأمر المقضي به، والذي يعد بصفة عامة مخالفة قانونية، ولا تعفيها هنا الظروف الاستثنائية وفي هذه الحالة يجوز للشخص الذي تضرر من تصرف الإدارة هذا أن يؤسس دعواه على هذا الامتناع مادام أنه يشكل وجها من أوجه الإلغاء وله في هذا الصدد وسيلتين:

الوسيلة الأولى: تتمثل في رفعه لدعوى تجاوز السلطة ضد القرارات التي اتخذتها الإدارة خلافا للحكم القضائي، وذلك بنفس شروط رفع دعوى تجاوز السلطة، وهذه الدعوى تصبح في هذه الحالة وسيلة لضمان احترام مبدأ الحكم المقضي به، ومع ذلك فإن هذه الوسيلة قد تكون غير مجدية، إذ قد تمتنع الإدارة من جديد عن تنفيذ الحكم الجديد الصادر ضدها.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الوسيلة الثانية: وتمثل في رفعه لدعوى التعويض نتيجة لامتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم القضائي، ولأن هذا الامتناع يشكل خطأ مرفقيا من شأنه إثارة مسؤولية الإدارة المدنية وهذه الوسيلة قد تكون هي الأخرى غير مجدية إذ قد تمتنع الإدارة عن تنفيذ حكم التعويض الصادر ضدها، ومع ذلك فإن المشرع واجه من خلال إصداره للقانون 02/91 المؤرخ في جانفي 1991، والذي يمكن المضور من الحصول على التعويض والذي تدفعه من الخزينة العامة.⁽¹⁾

ومن القضايا التي أسس فيها القاضي الجزائري حكمه بالتعويض على أساس فكرة المخاطر قضية (ب، م) ضد رئيس بلدية قسنطينة وذلك بمناسبة أحداث قسنطينة سنة 1986⁽²⁾، حيث قضت الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء قسنطينة على البلدية بتعويضها قيمة سيارة أحد المواطنين التي تم حرقها أثناء الهيجان الشعبي الذي عرفته قسنطينة خلال أيام 7 و 8 و 9 نوفمبر 1986. حيث جاء في حيثيات القرار: "حيث أنه من الثابت أنه لا مسؤولية بدون خطأ كقاعدة عامة، لكن التطور الذي حدث في مجال المسؤولية الإدارية فقها وقضاء وتشريعا، أدى إلى بروز استثناء في هذه القاعدة مفاده أنه يمكن ترتيب المسؤولية الإدارية بدون ركن الخطأ، وذلك على أساس المخاطر وتحمل التبعة بسبب الخطر الناشئ عن نشاط الإدارة، ومقتضى هذه المسؤولية يكون على الإدارة واجب التعويض رغم انتفاء ركن الخطأ."

ومن القضايا التي أكد فيها مجلس الدولة على فكرة المخاطر قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة خميسي⁽³⁾. والتي تم التطرق إليها سابقا وتتعلق بوفاة السيد بن عمارة خميسي بسبب توقف سائق السيارة عند حاجز الدرك الوطني ثم فراره معتقدا بأن الأمر يتعلق بحاجز مزيف، وهذا ما أدى برجال الدرك الوطني إلى إطلاق النار على السيارة... حيث جاء في حيثيات القرار: "...، فإنه من الثابت قضائيا بأنّ نظرية الخطر بالنسبة لأعوان الدولة عند استعمالهم للأسلحة النارية قد تتحمل الدولة المسؤولية في حالة إلحاق الضرر بالغير."

(1) - قرار غير منشور، قضية السيد بوشاط ضد وزارة العدل والداخلية، لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 126.

(2) - القرار رقم 8757، الصادر في 29 جويلية 1987، القرار غير منشور أشار إليه الأستاذ مسعود شيهوب في رسالته المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها، المرجع السابق، ص 229.

(3) - مجلس الدولة 08 مارس 1999 القضية سبق الإشارة إليها .

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

ومن القضايا أيضا التي أسس فيها مجلس الدولة الحكم بالتعويض على أساس فكرة المخاطر قضية بلدية حاسي بجبج ضد (ج، ع) ومن معه⁽¹⁾، والتي تتلخص وقائعها في أنه وبمناسبة فوز السيد اليمين زروال في الانتخابات الرئاسية التي جرت سنة 1995 بدأ بعض الأشخاص في بلدية حاسي بجبج يطلقون الرصاص للتعبير عن فرحتهم بفوز الرئيس، فانطلقت رصاصة وأصابت الطفل "ش" الذي كان متواجدا بعين المكان، ملحقه به جروحا متفاوتة الخطورة، فرجع والدي الطفل دعوى المسؤولية أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الحلفة مطالبين البلدية بالتعويض عما حدث لابنهم، فأصدرت هذه الأخيرة في 10 جوان 1996 قرار ضد البلدية وقبل الفصل في الموضوع تعيين الطبيب المختص لمستشفى حاسي بجبج بعد أدائه اليمين، والقيام بفحص الضحية مع تحديد نسبة العجز وبتاريخ 17 جوان 1996 استأنفت المندوبية التنفيذية لبلدية حاسي بجبج قرار المجلس القضائي أمام مجلس الدولة على أساس أن الضحية قاصر وتركه والداه دون رقابة ورعاية وأنه شارك في مظاهرة غير مرخص بها وفي فترة كانت فيها البلاد في حالة طوارئ، ولذلك فإن المسؤولية تقع على وزارة الدفاع الوطني، وأن البلدية لم تتدخل عن أخذ الاحتياطات المفروضة عليها طبقا للمادة 140 من قانون البلدية، إلا أن مجلس الدولة أيد قرار المجلس القضائي وأسس على المادة 139 من قانون البلدية التي تنص على: "تكون البلدية مسؤولة مدنيا عن الخسائر والأضرار الناجمة عن الجنايات والجرح المرتكبة بالقوة العلنية أو بالعنف في ترابها فتصيب الأشخاص والأموال، أو خلال التجمهرات والتجمعات، وسواء كان التجمهر أو التجمع مصرحا به أو غير مصرح، فإن البلدية تكون مسؤولة في كلتا الحالتين وأساس المسؤولية هنا هو المخاطر."⁽²⁾

ولأننا لم نتمكن من الحصول على أحكام قضائية في القضايا التي تتعلق بالتعويض عن الإجراءات الاستثنائية والتي يكون أسسها القاضي على أساس المساواة أمام الأعباء العامة، فإن هناك من القضايا التي طرحت وكان يفترض أن يؤسس التعويض فيها على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، ويتعلق الأمر بقضايا تسريح عمال موظفين من مناصبهم تعرضوا لمتابعات جزائية بسبب أعمال

(1) - قرار صادر عن الغرفة الرابعة، نقلا عن المنتقى في قضاء مجلس الدولة، لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ج2، ص95.

(2) - وسمح المشرع الجزائري من خلال المادة 148 من قانون البلدية باستعمال دعوى الرجوع على المتسببين أو المشتركين في إحداث الضرر: "تغطي البلدية مبالغ التعويضات الناجمة عن الحوادث الضارة التي تطرأ... للبلدية حق الرجوع ضد المتسببين في الأحداث."

تمس بالنظام العام، وانتهت بصدور البراءة، أو بسبب قرارات الاعتقال الإداري.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري تدخل في العديد من الحالات وسمح بمنح التعويض لضحايا مخاطر العنف الجماعي، فعلى سبيل المثال القانون رقم 20/90 المؤرخ في 15 أوت 1990 المتعلق بالتعويضات الناجمة عن قانون العفو نتيجة الأحداث التي وقعت في 05 أكتوبر 1988 وجميع الأحداث التي وقعت ابتداءً من سنة 1980، وكذلك المرسوم التشريعي رقم 93-01 المؤرخ في 19 جانفي 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1993، المعدل بالمادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 والمادة 159 من الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، هذه النصوص الأخيرة تتعلق بمنح تعويضات لضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية.

والهدف من وراء المسؤولية المكرسة بموجب هذه النصوص القانونية هو حماية الضحايا الذين يصعب عليهم في مثل هذه الظروف الاستثنائية الصعبة تحديد المتسبب في هذه الأضرار ومطالبته بالتعويض، فهي نوع من المخاطر الاجتماعية⁽²⁾، التي لا تلزم المتضرر إلا إثبات الضرر وعلاقته بالظرف الاستثنائي، وقد يكون التعويض في هذه الحالة بالذات مؤسساً على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، غير أن المشرع تدخل وفصل في مسألة التعويض بموجب القانون.

ثانياً: موقف القضاء الإسلامي

أقرّ القضاء الإسلامي التزام الدولة بتعويض الأضرار التي تقع لبعض الأفراد في الظروف الاستثنائية على أساس المسؤولية دون خطأ، وقد كانت الحرب كأشدّ ظرف استثنائي أكثر ما وقع فيه من التطبيقات القضائية فقد تمّ تعويض الأفراد المقاتلين والجنود أو غيرهم ممن يتضررون في أملاكهم من سير الأعمال الحربية وذلك رغم أن الضرر في مثل هذه الأحوال يرتفع عنه الخطأ كسبب لحدوثه.

وهذا ما يتبين من قضاء رسول الله ﷺ عندما قتل رجلاً من خزاعة، رجلاً من هزبل يوم فتح مكة بعد أن أمر رسول الله ﷺ بالكف عن القتل، ولم يكن هذا الأمر على علم به عند القتل، حيث خطب

(1) - لم يحكم القاضي الإداري في هذه القضايا بالتعويض، وكان بإمكانه ذلك بناء على قاعدة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة، وستتطرق لبعض هذه القضايا في الفصل الثاني من البحث.

(2) - بلعموري راضية، مسؤولية الدولة حول ضحايا المساة الوطنية، المرجع السابق، ص 429.

الفصل الأول: أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

رسول الله ﷺ وقال: أما أنتم معشر خزاعة فقد قتلتهم هذا القتيل من هزبل وأنا والله عاقلته، فوداه بمائة من الإبل عن نفسه، ثم قال فمن قتل له قتيلا فأهله بين خيريتين. (1)

وعن أبي قتادة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ يوم حنين فلما التقينا كانت للمسلمين جولة، قال فرأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فاستدرت إليه حتى أتته من ورائه فضرته على حبل عاتقه وأقبل فضمني ضمة وجدت منها ريح الموت، ثم أدركه الموت فأرسلني، فلحقت عمر بن الخطاب فقال ما للناس، فقلت: أمر الله ثم إن الناس رجعوا وجلس رسول الله ﷺ، فقال: من قتل قتيلا له عليه بيّنة فله سلبه، قال فقامت فقلت من يشهد لي، ثم جلست ثم قال مثل ذلك قال: فقلت من يشهد لي، ثم جلست ثم قال ذلك الثالثة فقامت فقال رسول الله ﷺ: مالك يا أبا قتادة فقصصت عليه القصة، فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله، سلب ذلك القتيل عندي فأرضه من حقه، فقال أبو بكر الصديق لاها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيه سلبه فقال رسول الله ﷺ صدق فأعطه إياه، فأعطاني" (2).

ومن هذه الواقعة وما قضى به رسول الله ﷺ يتقرر مبدأ مسؤولية الدولة عن ضمان مخاطر الحرب التي يتعرض لها المقاتلون ممن يخاطرون بحياتهم وأرواحهم دفاعا عن الوطن، ويتعرضون للموت أو الإصابات التي تقعدهم عن العمل حيث أن الأسلاب قد جعلت للمقاتلين المخاطرين لقوة تسببهم إلى تحصيلها فضلا عن ترغيبهم في المخاطرة بقتل المشركين. (3)

وفي ذلك العمل جلب المصلحة العامة وكل ما يحقق هذه المصلحة ويتسبب عنه ضررا لبعض الأفراد يجب أن تتحمل عبء تعويضه الجماعة الإسلامية، ومن تطبيقات هذه المسؤولية أيضا فك أسرى الحرب من المسلمين من بيت المال حيث قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لأن استنقاذ رجلا من المسلمين من أيدي الكفار أحب إلي من جزيرة العرب، وكل أسير من المسلمين كان في أيدي المشركين

(1) - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج26، ص62.

(2) - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج7، ص261.

(3) - رفاعي عثمان علي إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر-دراسة مقارنة-المرجع السابق، ص227.

ففكاه من بيت مال المسلمين. (1)

ففي هذا إعلان لمسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار التي تصيب مقاتليها عن الأسر والوقوع في أيدي الأعداء رغم انتفاء الخطأ من جانب الدولة.

ويذكر القاضي أبو يوسف أن أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز -رضي الله عنهما- قضى بتعويض أصحاب الزرع عن التلف الذي أحدثته الجيوش أثناء مرورها، إذ أتى أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز رجل، فقال: يا أمير المؤمنين زرت زرعاً فمر به جيش من أهل الشام فأفسدوه فعوضه بعشرة آلاف درهم. (2)

وفي هذا أيضاً تطبيق لمبدأ مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تحدث لبعض الأفراد في ممتلكاتهم الخاصة من جراء سير العمليات الحربية دون اشتراط الخطأ، وتلك المبادئ يلتزم بها القضاء الإسلامي في أحكامه التي تفصل في تعويض الأضرار التي قد تحدث للمقاتلين وممتلكات الأفراد من سير العمليات الحربية.

(1) - سليمان محمد الطماوي، عمر بن الخطاب وأسس السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976، ص392.

(2) - أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف، تحقيق: أبي محمد أسامة بن إبراهيم بن محمد، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 2008، رقم الحديث 27203، ج08، ص242.

خلاصة المبحث:

في ختام هذا المبحث يمكن استنتاج ما يلي:

- تم الاعتماد على نظرية المسؤولية دون خطأ لاعتبارات العدالة وقصور نظرية الخطأ عن تعويض الضرر في بعض الظروف والأحوال، ويسعى أنصار هذه النظرية سواء في الفقه القانوني أو الفقه الإسلامي إلى تمكين المضرور من الحصول على التعويض العادل الذي يرفع عنه عبء الضرر وإثباته.
- إذا كان التعويض عن الأعمال التي وقع فيها ضرر دون خطأ لم تصل المسؤولية إليه في النظم القانونية إلا حديثاً، فالفقه الإسلامي كان قد عرفها وكانت من الأمور الثابتة في نظام الحكم الإسلامي، مما ساعد على الحد من إعفاء الأضرار الناتجة عن أعمال الظروف الاستثنائية، فالشريعة الإسلامية من خلال قواعدها (لا ضرر ولا ضرار، ...)، تعتبر سند للقضاء في التخفيف من حدة عدم تطبيق المسؤولية دون خطأ إلا مع وجود النص الخاص.
- قواعد الشريعة الإسلامية تقرر إزالة الضرر في جميع الأحوال سواء كان من نوع الضرر العادي أو الاستثنائي طالما أن استمراره يتنافى ومقصود الشرع الإسلامي من مصالح العباد المشروعة وهي بذلك تفتح المجال واسعاً للأخذ بنظرية المسؤولية دون خطأ أكثر من الذي تقرره القوانين الوضعية.
- الفقه والقضاء القانوني والشرعي يسيران في اتجاه واحد نحو الأخذ بالمسؤولية حتى مع انتفاء الخطأ في الظروف الاستثنائية على أساس مراعاة حقوق الأفراد، والعمل على نفي الضرر والالتزام بأحكام الشريعة والقانون في ضمان التعويض متى وقع الضرر، ويكفي من الصور التي أدرجناها كإقرار لهذا النوع من المسؤولية الذي لا يمكن للقاضي القانوني أو الشرعي أن ينكره أو يتخلى عنه ولو في الظروف الاستثنائية، لأنّ القاضي يلتزم بتطبيق الأحكام التي تقرر نفي الضرر وإزالته في جميع الأحوال مع رفع المشقة وجلب التيسير ورفع الحرج.
- فكرة المخاطر لا يمكن أن تكون وحدها أساس قانونياً تقوم عليه المسؤولية دون خطأ لأنها تعجز عن تغطية جميع التطبيقات لذا صار الإقرار بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة جلياً سواء على مستوى الفقه أو القضاء أو التشريع، يقف إلى جانب المخاطر، وبما أنّ طبيعة العمل الإداري في تغير وتطور

- مستمر فإنّ الحال لن يقف عند حد هذين الأساسين بل يتجاوزهما إلى البحث عن أسس أخرى.
- أساس نظرية المخاطر والمساواة أمام التكاليف العامة يكمل بعضها البعض الآخر ولا تعارض أو تضاد بينهما فنظرية الخطأ هي الأصل العام، فإن عجزت عن إلزام الإدارة بتعويض الضرر يتم البحث عن مصدر الضرر فإن كان خطراً وتوافرت شروط نظرية المخاطر حكم به، وإلا يبحث عن طبيعة الضرر فقد يكون عبئاً يتحمّله المضرور دون غيره بتوافر شروط هذا المبدأ حكم بالتعويض على أساس الإخلال بمبدأ المساواة تبريراً للمسؤولية دون خطأ.
- أساس المسؤولية دون خطأ في الشريعة الإسلامية، لا يطابق نظريات المساواة أمام الأعباء العامة، وتحمل المخاطر، التي عرفها الفقه الحديث؛ لأنّ قوام نظريات المساواة أمام الأعباء العامة هو تكليف بعض أعضاء الجماعة تكاليف خاصّة من شأنها أن تحدث ضرراً يجب أن لا يتحمل تبعته بمفردهم، كذلك لو كان النشاط مستحدثاً أو نافعاً، إذ الغرم بالغنم، أمّا في الشريعة الإسلامية فالأساس موضوعي قوامه أنّ الإضرار بالغير يعدّ عملاً غير مشروع يوجب التعويض.
- رغم ما أحرزته المسؤولية دون خطأ من تقدم وتطور مع تنوع أسسها، إلا أنّها تبقى تكميلية واستثنائية ومن ثم لا يوجد مبرر لمحاولة التوسع في تطبيقها غير الطرف الاستثنائي، لتبقى نظرية المسؤولية على أساس الخطأ هي الأصل.

الفصل الثاني:

التعويض كآثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

المبحث الأول: مفهوم نظام التعويض وأحكامه

المبحث الثاني: طرق وآليات تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

تعرف مسؤولية الدولة بأنها لحالة القانونية التي تلتزم فيها الدولة ومؤسساتها وهيئاتها الإدارية العامة فيها بدفع تعويض عن الضرر الذي تسببت فيه للغير، بفعل أعمالها الإدارية الضارة سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، فإذا أثبت المدعي أن مسؤولية الدولة ثابتة عمّا سببته له من أضرار فإنّ التعويض هو الجزاء الذي يوقعه القاضي على المسؤول وهو هنا الدولة، إذ يعني التعويض جبر الضرر الذي لحق بالمضروب سواء كان ذلك الضرر مادياً أو معنوياً ومهما كان أساس هذه المسؤولية سواء كان الخطأ أم المخاطر أم المساواة أمام الأعباء العامة، فالتعويض هو الأثر الذي يترتب عن المسؤولية إذا توافرت شروطها، والحق في التعويض لا ينشأ من الحكم الصادر في دعوى المسؤولية وإنما من العمل الضارّ فيترتب على المسؤول التزامه بالتعويض والحكم ليس إلا مقررًا لا منشئًا له.

وفي ظل الظروف الاستثنائية تعتبر الدولة هي المسؤول الأول عن التعويض على نحو يتفق وحجم الضرر، ثم قدرات الدولة ومواردها المتاحة لمواجهة أخطار وأضرار هذه الظروف وقبل ذلك وفقاً للأحكام العامة التي تحكم تقدير التعويض، وكل هذه الجوانب سنتناولها من خلال ضبط المفهوم العام للتعويض وأحكامه (المبحث الأول)، ثم التعرض للطرق والآليات التي يمكن أن يتبعها المضروب في طلبه للتعويض، أو تلك التي تُقرّها الدولة لتعويض ضحايا الظروف الاستثنائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم نظام التعويض وأحكامه

إنّ الغرض من إثبات مسؤولية الدولة هو الحصول على التعويض، هذا التعويض الذي تظهر أهميته في كونه يجبر الضرر ويقلل من آثاره على الضحية، خاصة وأن هذه الأضرار تزداد أكثر في الظروف الاستثنائية بسبب ازدياد وتوسع نشاط الدولة لمواجهة الظرف.

والأصل في التعويض أن يكون بمبالغ مالية للمضور تجبر ما أصابه، يقدر وفقاً لطلب المضور أو تبعاً للظروف، لكن قد تقتضي الظروف الاستثنائية بعض الخصوصية في صور هذا التعويض أو تقديره، لكن رغم تلك الخصوصية يبقى التعويض كأثر للمسؤولية الإدارية متعلق في الكثير من جوانبه بما استقر عليه القانون العام في المسؤولية المدنية، وعليه نجد أنفسنا مضرين للوقوف على هذه الجوانب بضبط مفهوم عام للتعويض مع بيان الأحكام التي يعتمد عليها في تقديره.

المطلب الأول: مفهوم التعويض

دراسة موضوع التعويض عن الأضرار الناجمة عن نشاط الدولة يثير بعض الإشكالات التي يجب معالجتها، وأولها ضبط مفهوم التعويض كوسيلة لجبر الضرر، هذا المفهوم الذي يتبلور وفق القواعد التي يأخذ بها المشرع الجزائري ويقرها الفقه الإسلامي كما سنراه فيما يأتي.

الفرع الأول: مفهوم التعويض في القانون الوضعي

إنّ التعويض هو الوسيلة الوحيدة والأصلية والفعالة لتجسيد أحكام النظام القانوني لنظرية المسؤولية الإدارية للدولة، وصيانة وحماية حقوق وحرية الأفراد خاصة في الظروف الاستثنائية، وعلى هذا الأساس قبل التطرق لأحكامه لا بد من تعريفه، وبيان صورته، وأهميته في جبر الضرر.

أولاً: تعريف التعويض

هو الجزاء على قيام وتحقيق المسؤولية الإدارية عند توافر أركان المسؤولية، وعلى ذلك فالتعويضات هي مبالغ يلتزم بها المسئول عن الضرر، والتعويض يهدف إلى جبر الضرر الواقع على المضور وهو النتيجة النهائية للمسؤولية الإدارية سواء كانت قائمة على أساس الخطأ أو دون خطأ.⁽¹⁾

(1) - شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط1،

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

أو هو الأثر والجزاء الذي يترتب على المسؤولية إذا توافرت شروطها ويلتزم المسئول بتعويض المضرور لجبر الضرر الذي لحقه، والحق في التعويض لا ينشأ من الحكم الصادر في دعوى المسؤولية، وإنما من العمل الضار فيترتب على المسئول التزامه بالتعويض وأن الحكم ليس إلا مقرراً لهذا الحق لا منشئاً له.⁽¹⁾

ويخضع التعويض لقاعدتين دستوريتين هما: العدالة والمساواة، فمضمون قاعدة العدالة أن يكون التعويض الذي يمكن للمضرور عادلاً أي مساوياً لما لحقه من ضرر، ونجد أن قاعدة عدالة التعويض أساسه النص الدستوري.⁽²⁾

وتفرض قاعدة المساواة أمرين:

الأول: وحدة النظام التشريعي: حيث لا يجوز للمشرع أن يضع قواعد التعويض تقيم تفرقة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة.

الثاني: عدم تمتع الإدارة بسلطة تقديرية في منح التعويض: حيث لا تمنح الإدارة سلطة التعويض حتى لا تكون سبباً للتفرقة بين هاته المراكز.⁽³⁾

ثانياً: أهمية التعويض

الأصل في التعويض أن ينتج عن الضرر الحقيقي ويغطي كل الضرر الذي ألحقته الإدارة بالمضرور وترجع أهميته إلى تخيير الإدارة بين دفع التعويض النقدي أو الرجوع عن تصرفها الضار وذلك لجبر خاطر المضرور، وعلى الدولة تعويض المضرور عما أصابه من ضرر على أن يكون المبلغ المحكوم به مساوياً للضرر تماماً، ومن هنا ظهرت أهمية التعويض في الحياة العملية في حياة الإدارة مع المتعاملين معها أشخاصاً معنوية وطبيعية على حدٍ سواء من الناحية القانونية.

وفكرة تعويض الضرر أصبحت تتغلغل في كل نواحي الإدارة العامة، على أساس أن من صفات

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مشروع مكتبة المحامي، الحيزة، 2006، ج1، ص1351.

(2) - كمثل انظر في نص المادة 60 من دستور 2020.

(3) - بشير على خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2018، ص176.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

المجتمع المتحضر هو الحرص على جبر الضرر، الذي يصيب المضرور وأحكام القضاء الإداري الحديثة تقوم على مبادئ التكافل الاجتماعي والعدالة.

والأساس في أهمية التعويض هو أن القضاء بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء بالإلغاء وليس من المحتكم أن يحكم بالتعويض لمجرد إلغاء القرار المطعون فيه، يحكم ذلك قواعد المسؤولية الإدارية وقضاء التعويض يُكَمِّل الحماية التي يصبغها قضاء الإلغاء على حقوق وحرّيات الأفراد بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة وهو يمثل ضماناً للمضرور.

وتظهر أهمية التعويض في مجال القضاء الكامل وفيه يكون للقاضي الإداري إلغاء قرار الإدارة لعدم مشروعيتها أو تعديله أو استبداله، كالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالطاعن، نتيجة قرار غير مشروع أو إجبار الإدارة بهذه الأضرار والتعويض عنها، والحكم في دعوى الإلغاء بعدم مشروعية القرار الإداري يؤدي إلى إعدام هذا القرار بالنسبة لكافة ذوي الشأن الذين يلحقهم هذا القرار بآثاره وليس لأطراف الدعوى فحسب، بمعنى حجية الحكم في دعوى الإلغاء هي حجية مطلقة بالنسبة للكافة، في حين أن حجية الحكم في دعوى القضاء الكامل (التعويض) هي حجية نسبية تقتصر على أطراف الدعوى فقط.⁽¹⁾

ثالثاً: صور التعويض

الأصل في التعويض أن يكون بصورة عامة بمقابل سواء كان هذا المقابل نقدياً أو غير نقدي، وقد يكون عينياً عن طريق الوفاء بدفع الدين عينياً في بعض الحالات.

1- التعويض العيني

وهو الأصل في الالتزامات التعاقدية حيث يتم الاتفاق على التزامات المدين مسبقاً، حيث يجوز للقاضي وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض.⁽²⁾

وإذا كان هذا هو الوضع بالنسبة للمسؤولية في مجال القانون المدني فإن الأمر يختلف بالنسبة

(1) - شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري، المرجع السابق، ص 9-10.

(2) - أنظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 478.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

للمسؤولية في نطاق القانون الإداري، حيث يتم استبعاد التعويض العيني حتى لو كان ممكنا عمليا حيث لا يمكن إلزام الإدارة بإجراء عمل معين.

فالقاضي لا يستطيع توجيه أوامر إلى الإدارة تتضمن توقيع جزاء عيني عليها، فهو لا يستطيع أن يأمرها بإقامة البناء الذي هدمته بعد أن يلغي قرار الهدم، ومن ثمة لا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض النقدي.⁽¹⁾

وتفسر قاعدة اقتصار جزاء المسؤولية في مجال القانون الإداري على التعويض النقدي بأسباب عملية وأخرى قانونية، أمّا بالنسبة للأسباب العملية فإنّه لو سمح للقاضي الحكم بالتعويض العيني في حالة مسؤولية الإدارة، فإنّه سيكون في الأغلب الأعمّ على حساب المصلحة العامة وتحقيق منفعة خاصة للأفراد وقد يؤدي ذلك إلى شل حركة الإدارة، أما بالنسبة للأسباب القانونية فإنّها تتعلق بمبدأ الفصل بين السلطات والذي من مقتضاه استقلال الإدارة عن القضاء سواء إداريا أو عاديا، وأن هذا يتنافى مع تخويل القاضي سلطة إصدار الأوامر لإدارة، والذي عن طريقه يمكن تحقيق التعويض النقدي العيني.⁽²⁾

إلا أنّه واستثناءً من الأصل العام وفي حالات معيّنة وتقديرا من جانب القضاء الإداري لمدى أفضلية التعويض العيني في بعض الحالات، فقد درج على استعمال أساليب معيّنة لحث الإدارة على التنفيذ العيني، أي القيام بإعادة الحال إلى ما كانت عليه بدلا من دفع التعويض النقدي ومن ذلك مثلا:

- يجوز للقاضي الإداري إعطاء الإدارة حق الاختيار بعد أن يحدد مبلغ التعويض الذي يحكم به عليها بين دفع المبلغ المحكوم به وبين القيام بعمل من شأنه وضع حد للضرر لتحرر من هذا الالتزام.

- كما قد يلجأ القضاء الإداري إلى الحكم على الإدارة بالتعويض على دفعات دورية طالما استمر وجود الضرر مما يدفعها إلى التنفيذ لعيني لأنه يكون أفضل لها.⁽³⁾

- كما أنّه في حالة الاعتداء المادّي فإنّ القاضي الإداري يتمتع بسلطات واسعة وكاملة في مواجهة

(1) - بشير على خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص178.

(2) - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ج2، ص479.

(3) - حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية والقانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011،

الإدارة لأنّ العمل المادّي يجزّد الإدارة من طبيعتها الإدارية الأمر الذي يمكّن القضاء من إصدار أوامر للإدارة بعمل معين أو إعادة الأمر إلى ما كان عليه وذلك تقديرا لخطورة الاعتداء المادي وما يشكله من خطورة على حقوق وحريات الأفراد.

- كما أنّ التعويض يمكن أن يكون في ذاته أدبيا في بعض الحالات الاستثنائية ومن ذلك ما ذهب إليه القضاء المصري بعد أن يحكم بإلغاء قرار الإدارة الذي أصاب صاحب الشأن بالضرر، بأنّ إلغاء القرار يعد خير تعويض للمضرور من الأضرار المادية والأدبية التي أصيب بها وبالتالي لا يقضي له بتعويض نقدي. (1) ووافق القضاء الجزائري حين اعتبر أن إلغاء القرار الإداري أو سحبه في بعض الحالات يعتبر تعويضا عينيا يمتنع على القضاء معه الحكم.

لكن القاعدة العامة المستقرة في القضاء الإداري هي التعويض النقدي، باستثناء الحالات التي سبق ذكرها ليبقى التعويض العيني محدد النطاق سواء في القانون العام أو القانون الخاص.

2- التعويض النقدي

يعد هذا التعويض هو الأصل العام في التعويض وهو أبرز صور التعويض بمقابل والأصل في المسؤولية الإدارية في حال الخطأ أو دون خطأ، كما هو الحال في تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية عند تحقق الجزاء في المسؤولية الإدارية.

أ- تعريف التعويض النقدي

التعويض النقدي هو أن يحكم القاضي على المسؤول عن الضرر بأن يدفع للضحية مبلغا نقديا، مكونا للأضرار والفوائد، ويدعى هذا التعويض بالتعويض المتعادل. (2)

والغالب أن يكون التعويض نقديا، والذي يقف إلى جانب التعويض النقدي هو التعويض الأدبي والذي يكون فيه رمزيا، كرد اعتبار للمضرور ضررا أدبيا كحالة الاعتداء على الشهرة أو الملكية الأدبية والفنية (3)، ويكون التعويض الأدبي بترضية المضرور نفسيا، محققا له الإحساس بالعدالة، ومثال ذلك نشر الحكم الصادر بإدانة المدعي عليه في الصحف، أو الحكم بتعويض رمزي.

(1) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع لسابق، ص 520.

(2) - حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 329.

(3) - سعاد الشراوي، المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 263.

ب- صور التعويض النقدي

نصت الفقرة الأولى من المادة 132 من القانون المدني الجزائري على: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً." ونصت الفقرة الثانية على أنه: "ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع."

ويتضح من نص المادة أن التعويض يمكن أن يأخذ صوراً مختلفة يمكن عرضها كالآتي:

- التعويض النقدي الكامل

الأصل في التعويض النقدي بأن يحكم القاضي لطالب التعويض بمبلغ محدد القيمة ويكون على دفعة واحدة وهي الصورة الاعتيادية، والذي يكون مساوياً لما أصاب المضرور من خسارة وما فاتته من كسب على شكل تعويض نقدي يدفع مباشرة للمضرور، والذي تبرأ به ذمة الإدارة من الالتزام بالتعويض وهذا مبدأ مشترك بين القانون المدني والإداري، ويكون عادة إذا كان الضرر واقعا على الأموال.⁽¹⁾ والتعويض بطبيعة الحال هو جابر للضرر ويشمل التعويض النقدي نوعي الضرر سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً ففي كلتا الحالتين يمكن للمحكمة الحكم بتعويض نقدي يتناسب والضرر الحاصل.⁽²⁾ ولا يمكن للمضرور بسبب نشاط الإدارة الضار أن يطالب بإعادة النظر في مبلغ التعويض الذي حصل عليه؛ بحجة أن قيمته انخفضت بارتفاع الأسعار، إذا كان القاضي قد حكم بمبلغ من المال يتم دفعه للمضرور دفعة واحدة.

- التعويض النقدي على شكل دفعات دورية

الأصل في التعويض النقدي أن يكون دفعة واحدة حتى تبرأ ذمة الإدارة من التزامها بالتعويض، إلا أن هذا التعويض قد لا يكون دفعة واحدة وخاصة في حالة الأضرار التي تصيب الأشخاص، فبطبيعة

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاً المعاصرة، المرجع السابق، ص 255.

(2) - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 488.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الأضرار الناتجة كالضرر المتطور باستمرار أو مركز أصحاب الحق مثلا كأن يكون المضرور أرملة أو أطفالا انقطع مورد رزقهم الوحيد⁽¹⁾، ففي مثل هذه الحالات يكون للقاضي سلطة تقديرية في فرض تعويض دوري يكون بأحد صورتين:

الصورة الأولى: الدخل المباشر (المرتب): وذلك بأن يفرض القاضي تعويضا دوريا يدفعه المسئول بشكل مباشر للمضرور سواء كان الضرر ماديا أو معنويا.

- **الصورة الثانية:** الدخل غير المباشر: بأن يحكم القاضي بإلزام المدين بالتعويض بدفع رأس مال معين إلى الغير ليستثمره وما يعود من ربح يدفع للمضرور بشكل دوري أو كل ثلاثة أشهر أو كل ستة أشهر أو بشكل سنوي، وهي الصور الغالبة وهذا الدخل قد يكون مؤقتا وقد يكون مدى الحياة وبحسب طبيعة الضرر الحاصل، فهي التي تحدد تأقيت الدخل الدوري أو تأييده وغالبا ما يعاد النظر في هذا الدخل وخاصة الدخل مدى الحياة بحسب الحالة الاقتصادية للبلدة وبحسب ارتفاع أو انخفاض قيمة العملة، كما قد يعاد فيه النظر بحسب تفاقم حالة الضرر الذي أحدثته الإدارة بفعلها الضار.⁽²⁾

- **التعويض المؤقت:** وهو التعويض الذي تأمر المحكمة بقسم من التعويض حتى ينتهي طالبه من تقديم ما يلزمه من بيانات للمطالبة بحقه كاملا بما يؤيده من وثائق ومستندات بدعوى مستقلة.⁽³⁾ وهذا النوع من التعويض لا يحقق مبدأ جبر الضرر كاملا حيث لا يحقق التوازن بين الضرر والتعويض عنه، والوسيلة المثلى في مثل هذا الحال هي تقدير التعويض على شكل إيراد مرتب وربط ذلك الإيراد بمعدل أسعار المعيشة.

فإذا قضت المحكمة بتعويض مؤقت فإن ذلك لا يمنع المضرور من أن يرفع دعوى مستقلة للتعويض عن الأضرار الحقيقية تعويضا كاملا، لأنّ التعويض المؤقت ليس تعويضا نهائيا، كما أن للقاضي أن يعدل مبلغ التعويض إذا كان الضرر قابلا للتفاقم، إذ يجوز للمضرور إذا ازدادت حالته الصحية بسبب الإصابة الناجمة مثلا عن الاعتداء الذي تعرض له من رجال الأمن أو الدرك عن سوء التقدير

(1) - بشير على خلف جاسر العبيدي، مشروعية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 179 - 180.

(2) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص 284.

(3) - بشير على خلف جاسر العبيدي، مشروعية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 180.

وهم يزاولون نشاطهم في إطار مكافحة الإرهاب، أن يتقدم بطلب تعويض جديد.⁽¹⁾

- **التعويض النقدي الجزافي:** ويكون بشكل تقريبي فالقاضي عندما يحدد مقدار التعويض، فإنه قد لا يحدده بشكل حاسم، إنما هو تعويض يقل عن التعويض الكامل ويزيد عن التعويض الرمزي، وهذا يكون بأن تفرض طبيعة الضرر على القاضي بأن يحكم بمثل هذا التعويض فمدى التعويض ونطاقه غير محدد المعالم، وبالتالي فإن ذلك ينعكس على طبيعة التعويض ذاته⁽²⁾، ومثال ذلك حالة الضرر الأدبي والأضرار الناجمة عن اضطرابات في أحوال المعيشة، وكذلك المشرع قد يقدر تعويضا جزافيا لبعض الأضرار مثلا جراء العمليات والأخطاء العسكرية والعمليات الحربية كما أن المشرع ذاته قد يقدر تعويضا جزافيا لبعض الأضرار⁽³⁾.

وقد أجازت المادة 132 من القانون المدني الجزائري في حالة الحكم بتعويض نقدي- بمختلف صوره، أن يلزم المدين بأن يقدم تأمينا لضمان الوفاء بمبلغ التعويض، خاصة إذا كانت مدة الوفاء طويلة الأمد، وإذا كان هذا التأمين يمثل ضمنا للمضور وله مبرراته في مجال علاقات القانون الخاص، فإن هذه المبررات لا وجود لها في مجال مسؤولية الإدارة، لأن الدولة -نظرا لإمكاناتها المادية- هي التي ستتحمل عبء التعويض، وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يطالبها بتأمين يضمن أن تقوم بسداد ديونها.

3- تخير الإدارة بين التعويض العيني والتعويض النقدي

تقديرا من القضاء الإداري الفرنسي لأهمية التعويض العيني للمضور في بعض الأحيان، درج على حث الإدارة على القيام بالتنفيذ العيني، وذلك بأن يخيرها بعد أن يقوم بتحديد مبلغ التعويض بين دفع المبلغ المحكوم به وبين قيامها بالتنفيذ العيني عن طريق إصلاح أو جبر الضرر عينا، وبذلك تتخلص الإدارة من التنفيذ النقدي إذا قامت بأداء معين لوضع نهاية للمركز الضار الذي وضع فيه المضور نتيجة لتصرفها غير المشروع.

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص 282.

(2) - بشير على خلف جاسر العبيدي، مشروعية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 182.

(3) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص 280-281.

ولا يعتبر هذا التخيير من قبيل إصدار أوامر للإدارة، وإنما مجرد خيار لها تقدره وفقا لظروفها ومقتضيات المصلحة العامة، وهو ما تفضله الإدارة إذا كان التعويض النقدي في صورة إيراد مرتب متجدد مستمر باستمرار قيام الضرر، وأيضا في حالة إذا كان الضرر يرجع إلى حالة غير قانونية يستمر باستمرار الضرر، مما يعرض الإدارة لسلسلة من الأحكام بالتعويض ما لم تسارع من نفسها إلى تصحيح الوضع. (1)

كما أن جهة الإدارة يمكن أن تلجأ من تلقاء نفسها إلى التنفيذ العيني بمجرد طلب المضرور ذلك أو طلبه تعويضا نقديا، وفي هذه الحالة لا يجوز للمضرور أن يطالب بتعويض نقدي.

الفرع الثاني: مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي

مما قرره الشريعة الإسلامية في أصولها العامة منع الضرر والنهي عنه قبل وقوعه، كما أمرت بإزالته وجبر ما ترتب عنه مما لحق بأموال الناس وأجسادهم وحقوقهم بناء على مبدأ التعويض عن الضرر، ومشروعية التعويض من أسرار عظمة التشريع الرباني، والتي سنكشف عليها من خلال تعريفه، والتعرض لأدلة مشروعيته، ثم بيان أهميته.

أولا: تعريف التعويض

قبل الكلام عن شروط التعويض وكيفية استحقاقه لابد من التعريف بمصطلح التعويض مما وضعه الفقهاء من مصطلحات وعبارات تعد أساسا لبلورة نظرية التعويض في الفقه الإسلامي.

1- تعريف التعويض عند الفقهاء القدامى

لم يعرف الفقهاء القدامى التعويض، فقد كانوا في الغالب يستعملون لفظا آخر للدلالة عليه وهو الضمان (2)، لكن هناك من أورد تعريف للتعويض ولو بمسميات أخرى مقاربة فنجد العلامة ابن قيم

(1) - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 486.

(2) - على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 3-6، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية، دار الفكر المعاصر، سوريا، 1998، ص 14-16.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الجوزية، العوض هو: "مقابلة المتلف من مال الآدمي." (1) وما يلاحظ على هذا التعريف أنه قيد التعويض بحالة التلف، مع أن العوض هذا يمكن أن يجب بالتلف وبغير التلف أيضاً، كالتعويض على فوات منافع المغصوب مدة الغصب مثلاً، مما يعني أن هذا التعريف غير جامع.

وهناك تعريف للشيخ ميارة المالكي للمعاوضة بأنها: "أخذ ما يخالف الشيء المدعى به إما في الجنس أو الصفة." (2)

وعرف البجيرمي الشافعي المعاوضة بأنها: "عدوله عن حقه المدعى به إلى غيره." (3)

ويلاحظ أن التعريفان السابقان يأخذ عليهما أهما قيدا أخذ التعويض أو العدول عنه بحالة الدعوى، وهذا التقييد يخالف المعلوم أن التعويض لا ينحصر بحالة الدعوى فقط، بل يمكن أن يتم بحالة التراضي بين المسؤول والمضرور، وقد يكون بطريق تدخل الدولة دون دعوى قضائية.

وبناء على ما سبق من التعريفات فإنّ التعويض عبارة عن تكليف شرعي مالي بدلي، يقدر بقدر الضرر يترتب على الإخلال بالتزام أصلي.

ولأنّ المتفق عليه أنّ جل الفقهاء قد استعملوا لفظ الضمان بدلا من لفظ التعويض، فستتطرق للضمان وأدلة مشروعيته.

2- تعريف الضمان

ذكر الفقهاء عدة تعريفات للضمان منها ما يفهم من كلام الغزالي: "هو واجب ردّ الشيء أو بدله بالمثل والقيمة." (4)

(1) - ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تعليق طه عبد الرؤوف، دار الجليل، بيروت، لبنان، ط2، 1397 هـ، ج2، ص117.

(2) - ميارة محمد بن أحمد الفاسي، الإلتقان والأحكام في شرح تحفة الأحكام، المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، ج3، ص143. نقلا عن محمد بن عبد العزيز أبو عبادة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، الرياض، 2011، ص28.

(3) - البجيرمي سليمان بن محمد، التجريد لنفع العبيد، المعروف بحاشية البجيرمي على منهج الطلاب، مطبعة مصطفى الباب الحلبي، القاهرة، مصر، 1369، ج3، ص97.

(4) - الغزالي محمد بن محمد بن أحمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معويض، عادل عبد الموجود، دار الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، ط1، 1997، ج1، ص353.

وهذا التعريف يختلف عن معنى التعويض حين يقتصر على الضرر الواقع على المال فقط، بينما التعويض يشمل الضرر المالي بنوعيه والضرر الأدبي.

كما ذكر الحموي بقوله: "الضمان رد مثل الهالك أو قيمته." (1)

وهذا التعريف يصور المعنى الذي يريده الفقهاء بلفظ الضمان أي التعويض، لكنه حصر الضمان بحالة الهالك مع أن هناك حالات أخرى يجب فيها رد المثل أو قيمة غير الهالك.

وذكر الشوكاني تعريفاً مضمونه: "عبارة عن غرامة التالف." (2)

وهذا أوجز تعريف لكنه حصر الضمان بحالة التلف فقط (الضرر المادي)، مع أن الضمان يجب في حالات أخرى غير التلف.

وعرف الأستاذ الزرقا الضمان بقوله: "التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير." (3)

وهو تعريف أوجز وأوضح من التعريفات السابقة وأقرب إلى تعريف الغزالي، كما أورد الأستاذ وهبة الزحيلي تعريفاً للضمان بقوله: "هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية." (4)

ويمكن القول بأن هذا التعريف شامل جامع يتلاءم مع عموم نظرية المسؤولية.

3- أدلة مشروعية الضمان

قررت الشريعة مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم وجبرا للضرر، وقمعا للعدوان وزجرا للمعتدين وذلك في مواطن كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية:

أ- من القرآن الكريم

قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ (5)

(1) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ج4، ص7.

(2) - الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، المرجع السابق، ج6، ص41.

(3) - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، المرجع السابق، ص1017.

(4) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص22.

(5) - البقرة: 194.

قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾⁽¹⁾

وقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾⁽²⁾

فإن الله عزوجل أوجب من خلال هذه الآيات المماثلة في العقاب والجزاء عموماً، والمماثلة في العقاب تعني أن يفعل بالجاني مثل ما فعل، من غير نقص ولا زيادة، وأطلقت الآيات على الجزاء المشروع سيئة واعتداء لمجرد المشاكلة وتأكيداً لمبدأ المماثلة، ومقصود الشارع من ذلك أن ينال الجاني عقابه، ولهذا أوجب الدية وجعلها جبراً عن النفس مع أنها ليست من جنسه⁽³⁾، ومن هنا نجد أن النصوص القرآنية توجب مبدأ المماثلة بين الضرر وما يجبره، والنصوص السابقة يمكن الركون إليها في التدليل على مشروعية التعويض في القرآن الكريم، وإن كانت تحمل في طياتها من المعاني والأحكام، ما هو أكثر من مشروعية التعويض.

ب- من السنة النبوية

رويت العديد من الأحاديث في مشروعية الضمان، منها:

- ما رواه أنس قال: "أهدت بعض أزواج النبي ﷺ طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: "طعام بطعام وإناء بإناء."⁽⁴⁾
- وهذا الحديث فيه تقرير صريح لمشروعية الضمان في المتلفات.
- حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "من أوقف دابةً في سبيل من سبيل المسلمين أو في أسواقهم فأوطأت بيدٍ أو رجلٍ فهو ضامن."⁽⁵⁾
- وهذه الأحاديث وردت في ضمان جنائيات البهائم.

(1) - الشورى: 40.

(2) - النحل: 126.

(3) - انظر: محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص76.

(4) - رواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، رقم الحديث 1359، ج3، ص640.

(5) - البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، رقم 17694، ج8،

ص597.

- وروى سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي".⁽¹⁾
- وعن أبي بكر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في خطبة حجة الوداع: "إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا".⁽²⁾
- فالأحاديث السابقة وغيرها مما ورد دلالتها قاطعة في ضمان الغصب والإيداع والإعارة، فمن أخذ من مال الآخرين أو ألحق بهم ضرراً مادياً أو معنوياً، فهو مسؤول عن ردِّ ما أخذ، وعن جبر ما فات بالتعويض، كما أنّ الفقهاء المسلمون اهتموا بوضع القواعد الفقهية، التي تقرر مبدأ التعويض والضمان عن الضرر، ومن أهم هذه القواعد قاعدة: "الضرر يزال"، التي منشأها حديث رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار".⁽³⁾ الذي يعتبر قاعدة أساسية في هذا الباب، وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء العديد من القواعد منها: الضرر يدفع قدر الإمكان والضرر يزال، وكل مارء من أحاديث الضمان مهما اختلف الباب الذي أدرجت فيه، يدل على أن الشريعة الإسلامية تقرر بمبدأ المسؤولية عن الضرر وتوجب الضمان عليه.

ثانياً: الحكمة من مشروعية الضمان

لا شك أن مشروعية التعويض المالي عن الأضرار في الشريعة الإسلامية من أهم المبادئ التي تعتمد عليها شريعة الإسلام في مقاصدها، وتجسيد روحها السمحة الخيرة، والتي تهدف إلى إصلاح دنيا الناس، فكان إقرار الشريعة الإسلامية لهذا المبدأ يتناسب مع شمولها وخلودها وسماحتها، فهو مبدأ حضاري، رفع الإنسان عن حياة التوحش التي كان الانتقام والتشفي شرعها ومبدأها، وأنزلها المنزلة السامية، التي تتناسب مع التكريم الذي حباه به المولى عزوجل، فشرع له شرعاً حكيماً يهدف دائماً إلى تحقيق الأصلح والأفيد، بدل ما كان عليه من جاهلية أهدرت فيها المصالح وانتفى في جوها التفكير فيما هو صالح ومفيد.

(1) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب تضمين العارية، رقم الحديث 3561، ج3، ص296.

(2) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المغازي، باب حجة الوداع، رقم الحديث: 4403، ج5، ص176.

(3) - أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنا في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، ج2، ص784.

- فمشروعية التعويض عن الضرر من أسرار عظمة التشريع الرباني ورحمته بهذه الأمة، حيث جعل هذا المبدأ جامعا لكل خير دافعا لكل شر فهو يحقق:
- زجر المعتدين وقمع العدوان، ومنعهم من تكرار ضررهم.
 - ضمان تحقيق السلامة الجسدية والنفسية للأشخاص في المجتمع.
 - تحقيق الأمن والأمان للإنسان داخل المجتمع، وهو مطلب ضروري.⁽¹⁾
 - صيانة الأموال من الضياع والنقص.
 - رفع الضرر وجبر العدوان وجبر لما انتقص من الأموال.
 - يحفظ حرمة الملكية حتى لا تستباح وتهدر، فلو شرع القصاص في الأموال لأدى ذلك إلى اتساع الأضرار وكثر ضياع الأموال لانتشار المقابلة بالمثل.⁽²⁾

ثالثا: أنواع الضمان

الأصل في التعويض في الفقه الإسلامي هو جبر الضرر عن المضرور وأعلى مراتب جبر الضرر عن المضرور، يكون في رد الحق بعينه، فإذا تعذر ذلك فبمثله إن كان مثليا، فإن لم يكن مثليا فبقيمته، فهذه هي مراتب التعويض التي سوف نفصل فيها:

1- رد الحقوق بأعيانها

إن كلمة التعويض تعني بذل العوض، والعوض هو بذل الشيء مكان آخر، وعليه فمن حيث الأصل لا يعدّ رد الحقوق بأعيانها نوعا من أنواع التعويض، وإن كان في الحقيقة جبر للضرر، وشكلا من أشكال إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوعه.⁽³⁾

فالأصل في جبر الضرر هو رد الحقوق بأعيانها، أما رد الحقوق بأمثالها أو بقيمتها فهو بدل عن الأصل، ولا يصحّ اللجوء إليه إلا إذا استحال الأصل أو تعذر، وهذا هو معنى القاعدة الفقهية: "إذا

(1) - ممدوح محمد علي مبروك، المسؤولية المدنية للجماعة الإرهابية اتجاه المضرورين من جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط01، 2018، ص15.

(2) - محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ، ص161.

(3) - محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية، المرجع السابق، ص89.

بطل الأصل يصار إلى البدل. " (1)

ولا يكون جبر الضرر بردّ الحقوق إلى أعيانها إلا إذا كانت هذه الأعيان قائمة وسليمة، وخالية عمّا يمكن أن يلحق بها من ضرر، أو يحدث فيها من عيب، تفوق معه منافعها كلياً أو جزئياً.

ويرى الفقهاء أنه يلزم رد الشيء بعينه إذا أَرادَه صاحبه، ولو في المثليات التي لا تتراد لأعيانها، ذكر ابن قدامة اتفاق العلماء على ضمان الشيء بعينه ما كان باقياً في قوله: " من غصب شيئاً رده، ما كان باقياً بغير خلاف، نعلمه لقول النبي ﷺ: " على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه"، ولأنّ حق المغصوب منه معلق بعين ماله ومالئته، ولا يتحقق ذلك إلا برده. (2)

وقد شدّد بعض الفقهاء في الإلزام بردّ الحقوق بأعيانها ولو أدّى ذلك إلى خسارة كبيرة تلحق الغاصب أو المعتدى، ومن ذلك ما ذكر ابن جزّي أن: " من غصب سارية أو خشبة، فبنى عليها، فلربها أخذها وإن هدم البنيان. " (3)

فيتضح ممّا سبق أن المالك أحق بعين شيء، وهو أعلى درجات الجبر، وبخاصة إذا كان الشيء المغصوب، أو المعتدى عليه بالاستعمال لم ينقص منه شيء، ولا أتلّف منه جزء، ولا فاتت منه منفعة، فإن حدث ضرر في العين، سواء كانت مغصوبة أو غير مغصوبة، بمباشرة أو تسبب، فإن أمكن إصلاحها وإعادةها إلى حالتها قبل حدوث الضرر، لزم الجاني إصلاحها وردها إلى ربها، ولا ضمان عليه إذا لم ينقص منها شيء بعد الإصلاح. (4)

أما إذا حدث في الحق أو العين نقص أو عيب مؤثر في المنفعة أو القيمة، فننتقل في هذه الحالة إلى التعويض بالمثل وهو النوع الثاني من أنواع التعويض في الفقه.

2- ردّ الحقوق بأمثالها

إنّ التعويض يتنوع حسب تنوع المال، والمال ينقسم إلى قسمين: مثلي وقيمي، والواجب في المثلي

(1) - مجلة الأحكام العدلية المرجع الأساسي للقانون المدني ومذكراته الإيضاحية في الدولة العثمانية، إشراف محمد مناجرة، جمال مدغميش، دن، دط، 1998، ص21.

(2) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج5، ص177.

(3) - ابن جزّي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص359.

(4) - محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص215.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

جبره بمثله، ولأنّ الجبر بالمثل أعدل وأتم، وقد أجمع الفقهاء على وجوب ضمان المثلي بمثله وأكد المالكية ذلك: "وإن كان قد فات زُدَّ إليه مثله أو قيمته فيرد المثل فيما له مثل"⁽¹⁾، ونقل عن الإمام مالك أنّه قال: "من غصب لرجل طعاماً أو إداماً فاستهلكه فعليه مثله بموضع غصبه منه."⁽²⁾

واستدلوا على وجوب المثل في المثلي بحديث النبي ﷺ الذي أخرجه الترمذي: "طعام بطعام وإناء بإناء."⁽³⁾ حيث أوجب النبي ﷺ في الطعام طعام مثله، وفي الإناء إناء مثله، ولم يوجب القيمة مع إمكان تقييمها. ولأنّ حقّ المالك ثابت في الصورة والمعنى، وقد أمكن اعتبارهما بإيجاد المثل، فكان أعدل وأتم في جبر الفائت، ولأنّ المثل أقرب إلى الانضباط من القيمة، فالمماثلة ثابتة من طريق الصورة والمشاهدة، وأمّا القيمة فليست مماثلة من طريق الصورة والمشاهدة.⁽⁴⁾

3- رد الحقوق بقيمتها

أجمعت كتب الفقه على وجوب تعويض المال القيمي بالقيمة، ورد عند ابن جزري: "ويرد القيمة فيما لا مثل له، كالعروض والحيوان والعقار."⁽⁵⁾

وذكر المرادوي: "وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته هذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب."⁽⁶⁾ ويعلل الفقهاء لوجوب المثل، بأن ردّ العين (أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الضرر) هو الموجب الأصلي؛ لأنّه أكمل وأعدل في ردّ الصورة والمعنى، وردّ المثل والقيمة مخلص يصر عند تعذر ردّ العين، فإن كان المال من ذوات الأمثال، فإنّه يجب ضمان مثله؛ لأنّ حق المالك ثابت في الصورة والمعنى، وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل، ولا ريب أنّ مثل الشيء أقرب إليه من غيره، وأعدل وأتم في

(1) - ابن جزري محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار الملايين، بيروت، دط، 1979، ص 358.

(2) - المواق محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398 هـ، ج5، ص278.

(3) - رواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، رقم الحديث 1359، ج3، ص640.

(4) - محمد بن عبد العزيز أبو عباد، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية، المرجع السابق، ص94.

(5) - ابن جزري، قوانين الأحكام الشرعية، المصدر السابق، ص358.

(6) - المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد

الفقهي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج6، ص193.

جبر الفئات وأدفع للضرر لما فيه من مراعاة الجنس والمالية، ولقيامه مقامه من جميع الوجوه والأغراض⁽¹⁾.
يتضح من كلام الفقهاء السابق، أنّ كل مالا يمكن اعتباره مثليا - أي لا مثيل له - عند الاعتداء عليه أو إتلافه يكون ضمانه بالقيمة.
والخلاصة أنّ الأصل العام في الضمان أو التعويض هو إزالة الضرر عينا، فإن تعذر وجب التعويض المثلي أو النقدي.

المطلب الثاني: أحكام تقدير التعويض

إذا كانت وظيفة التعويض هو إصلاح الضرر وترضية المضرور بهدف إعادة التوازن في العلاقات التي اختلت بسبب الفعل الضار، فلكي تتحقق هذه الغايات يجب أن يكون التعويض مبنيا على أسس موضوعية وبطرق وأساليب ووفق شروط تمكن الضحية من استيفاء حقه، بطرق عادلة تضمن حصوله على تعويض يجبر حقيقة الضرر الواقع وهذا ما سنتناوله في كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي.

الفرع الأول: تقدير التعويض في القانون الوضعي

يعتبر تقدير التعويض عند ثبوت مسؤولية الدولة من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع، فالقاضي الإداري يقدر التعويض على غرار القاضي المدني وفق مقدار الضرر الذي أصاب المضرور، إلا أنّ السلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي الموضوع في هذه الحالة مقيدة بتاريخ وقوع الضرر ومجموعة من المبادئ والقواعد والشروط، التي سيتم تفصيلها فيما يأتي:

أولا: مبادئ التعويض

يتم تقدير التعويض وفقا لمبادئ وأسس يجب على القاضي أن لا يتجاوزها، ومن أهم المبادئ التي يبنى عليها هذا النظام ما يلي:

1- مبدأ التعويض الكامل

فالتعويض يجب أن يكون شاملا للخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته.⁽²⁾ فما كان

(1) - أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 7، ص 150-151، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 5، ص 177.

(2) - منير قزمان، التعويض المدني، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2002، ص 78.

قائماً قبل حصول الضرر لا بدّ أن يعود لما كان عليه بغض النظر على الوسيلة المستخدمة في ذلك. (1)

ويفرض هذا المبدأ أن تضبط التعويضات الفوائد وفقاً لامتداد وقيمة الضرر الواجب إصلاحه فلا يجب أن تفقر أو تغنى الضحية من جراء الضرر الذي تعرضت له. (2)

فلا يسوغ للمضرور أن يحصل على أكثر مما هو مستحق له وإلا كنّا أمام حالة من حالات الإثراء دون سبب، وبالمقابل يجب ألا يحصل على أقل ممّا يستحقه أي يجب أن لا يؤدي الضرر إلى افتقاره على حساب إثراء الإدارة (3)، والإدارة حرصاً منها على مصلحة الخزينة العامة لا تقرر تعويضاً أكثر ممّا هو مستحق للمضرور وكذلك يفعل القضاء الإداري والعادي، أمّا الجانب الآخر أي التزامها بأن لا تقرر للمضرور أقل ممّا هو مستحق فإنّ الإدارة أو القضاء لا يلتزمان بذلك والأمر يرجع إلى أسباب عدة أهمها:

أ- نص القانون: فالمشرع قد يتدخل أحياناً ويضع نظاماً قانونياً خاصاً بتقدير التعويض مستبعداً المبادئ العامة التي تحكم هذا التقدير، فيحدد حداً أقصى تلتزم به الإدارة والقضاء ولا يستطيع أيّاً منهما تجاوزه ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يجيد عن إرادة المشرع الوارد ذكرها بنص صريح، وهذا ما نجده في أحيان كثيرة كتعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية، في ميدان المسؤولية دون خطأ، فالقوانين الخاصة الواردة في هذا المجال هي الواجبة التطبيق وليس القواعد العامة، على اعتبار أن الخاص يقيد العام، وبذلك فإنّ في ذلك خرق لمبدأ التعويض الكامل، وهذا ما سنفصل فيه أكثر في الفصل الثالث من البحث خلال دراستنا للآليات الجماعية للتعويض. (4)

ب- طلب المضرور

اتفاقاً مع القاعدة القضائية بعدم تجاوز الحكم طلبات المدعي فإنّه لا يجوز الحكم بتعويض يفوق إرادة المضرور، فقد تكون هذه الأخيرة حائلاً أمام الوصول إلى حالة التعويض عن الضرر الذي أصابه حين يحدّد المضرور لسبب ما التعويض الذي يراه مناسباً، وفي هذه الحالة على القاضي الالتزام بما ورد في

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص 255.

(2) - حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 415.

(3) - منير قرمان، التعويض المدني، المرجع السابق، ص 79.

(4) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص 256-257.

طلب المضرور للمبلغ المحدد وإلا فإنَّ حكمه قد يكون معيبا وبالتالي يصبح عرضة للطعن.⁽¹⁾

ومقتضى ذلك أن القاضي يجوز له أن يحكم بالتعويض الذي يطلبه المدعي إذا كان أقل من التعويض الكامل، ولكنّه لا يستطيع أن يحكم للمضرور بأكثر من المبلغ الذي طلبه، استنادا إلى أنّ المضرور ضعيف أمام الإدارة أو غير ملّم بمبادئ القانون أو أنّ القاضي هو الذي يوجه الإجراءات في المنازعات الإدارية.⁽²⁾

فهذه الأسباب الوارد ذكرها تمثل قيودا على حرية القاضي الإداري في تحديد مقدار التعويض، غير أن الحال يختلف إن انتفت هذه القيود فيعود الحال إلى سلطة القاضي التقديرية.

2- مبدأ التعويض العادل

من المبادئ الأساسية التي تحكم التعويض والتي يجب على القاضي أن يضعها موضع اعتبار أن يكون التعويض مساويا لمقدار الضرر، وعلى ذلك فلا محلّ لأن نقدر التعويض بحسب جسامته الخطأ ولا بحسب مركز المسئول عن الخطأ من حيث الثراء والفقر ولا بحسب إذا كان المسئول مؤمنا على مسؤوليته⁽³⁾. فلا يدخل في تقدير التعويض سوى الظروف الملازمة التي تحيط بالمضرور فقط، وهذا أيضا ما يذهب إليه الأستاذ السنهوري بالقول: "ويقصد بالظروف الملازمة التي تحيط بالمضرور لا الظروف التي تلبس المسئول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض وراعى المشرع الجزائري هذه الظروف بنص المادة 131 من القانون المدني بنصها: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر، مع مراعاة الظروف الملازمة..."، فالظروف الشخصية للمضرور تأثر في مقدار التعويض كحالته الصحية والعصبية أو حالته العائلية والمالية، أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول وجسامته الخطأ الذي صدر منه فلا يدخل في الحساب..."⁽⁴⁾.

(1) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص524.

(2) - طه الشاعر، قضاء التعويض، المرجع السابق، ص685.

(3) - منير قزمان، التعويض المدني، المرجع السابق، ص78.

(4) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص1098.

فلا يجب أن يقدر مبلغ التعويض بحسب جسامة الخطأ، فالخطأ اليسير الذي يؤدي إلى ضرر جسيم يجب أن يأخذ عنه تعويض كامل، أي أن التعويض لا يقدر وفقا لجسامة الخطأ وإنما يقدر على أساس الضرر.

وكذلك يجب أن لا يُعتدَّ في تقدير التعويض بالمركز المالي للمسئول فلا يزداد، مثل إن كان المسئول غنياً أو كان المسئول مؤمناً على مسؤوليته⁽¹⁾.

ولأنَّ الدولة وهي المسئول هنا عن التعويض في بحثنا هذا يفترض فيها القدرة المالية دائماً ولا يتصور عجزها عن الوفاء بالتعويض، وبالتالي فمركزها المالي هو الأقوى وهو من الأمور المفروضة فرضاً ومنه فلا تأخذ سوى الظروف الملائسة للمضروب ولا بأس بأن يراعي الحالة المالية للمسئول في تقسيط التعويض، أمّا تقديره فإنَّ ذلك يتناقض ومبدأ عدالة التعويض.

3- مبدأ المساواة في التعويض

هذا المبدأ من المبادئ الدستورية المسلم بها والمشرع أو القاضي ملزم بها دستورياً وهذا ما يستشف من نص المادة 35 والمادة 37 من الدستور الجزائري⁽²⁾، وحالات إعمال هذا المبدأ متنوعة منها المساواة أمام القضاء والمساواة أمام الوظائف والمساواة أمام الضرائب ومساواة الأشخاص في مجال التعويض عن الأضرار التي تنتج بفعل نشاط الدولة.

ويقتضي مبدأ المساواة في التعويض ألا يكون هناك تمييز في بين الأشخاص في استحقاق التعويض⁽³⁾.

والخلاصة أن التعويض يكون بحسب جسامة الضرر ومراعاة الظروف والملابسات التي تحيط بالمضروب، وأن يقتصر التعويض على الضرر الفعلي، ولا يجاوز ما طلبه المضروب.

(1) - منير قرمان، التعويض المدني، المرجع السابق، ص78.

(2) - المادة 35 من التعديل الدستوري لسنة 2020: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات."

-المادة 37 من التعديل الدستوري لسنة 2020: "كل المواطنون سواسية أمام القانون."

(3) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص265.

ثانيا: قواعد تقدير التعويض

إن تقدير التعويض مهمّة ليس بالسهلة وخاصة في المنازعات الإدارية؛ ولكن هذا لا يعني أن هناك اختلافا كبيرا في تقدير التعويض بين ما هو كائن في نطاق القانون الخاص عنه في مجال القانون العام، والقواعد تكاد تكون واحدة ويمكن أن نميز في تقدير التعويض بين حالتين:

1- التعويض الجابر للضرر بنص التشريع

فالقاعدة العامّة في هذا الشأن أنّ القاضي في حكمه بالتعويض بالمقدار الذي حدّده القانون، إذا كان هناك نص قانوني يحدد هذا المقدار فلا يملك زيادة أو إنقاص المقدار المحدد قانونا⁽¹⁾، وذلك بأن يحدد مقدار التعويض وفق ما ورد في العقد أو نص القانون وفي هذه الحالة لا مجال للسلطة التقديرية للقاضي في التقدير ولا مجال لإعادة النظر فيه⁽²⁾.

وقد طرح مثل هذا الفرض بمناسبة صدور القوانين الخاصة بإعادة المفصولين بغير الطريق التأديبي فقد بينت التشريعات تسوية حالة أصحاب الشأن بطريقة معينة، مع عدم جواز صرف فروق عن الماضي أو تعويضات واحتراما لإرادة التشريعات وتطبيقا لها رفضت دعاوى التعويض المثارة بمناسبة تطبيق هذه القوانين على بعض الحالات⁽³⁾.

وذهب القضاء في كثير من الدول إلى دستورية النصوص التشريعية المحددة للتعويض فهو أمر تملكه السلطة التشريعية بما لها من سلطة تقديرية شرعية، شرط ألا يكون التعويض ضئيلا إلى حد يصل مستوى مصادرة أصل الحق المقرر في الدستور⁽⁴⁾.

2- تقدير التعويض بالسلطة التقديرية للقاضي

ويكون عند خلو النصوص من تقدير التعويض وفي هذه الحالة يسترشد القاضي بالقواعد الإدارية الخاصة بتقدير التعويض فهي لا تختلف عمّا تنص عليه القواعد المدنية⁽⁵⁾.

(1) - حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص 201.

(2) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص 297.

(3) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص 522.

(4) - انظر كمثل نص المادة: 46 و 60 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020.

(5) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ج 2، ص 297.

ومن المتفق عليه فقها وقضاء أن يتوخى في تقدير التعويض الاسترشاد بالقواعد المدنية الخاصة بالتقدير، مع مراعاة ما تقتضيه الروابط الإدارية من أوضاع ثم مسوغات الصالح العام المتعلق بالمرفق.⁽¹⁾ وتتمثل قواعد التعويض في هذا الفرض، مراعاة جملة من الأمور الداخلة في عملية تقدير التعويض والتي تتمثل فيما يلي:

أ- حرية القاضي في تقدير التعويض

فالقاضي الإداري بما يملكه من سلطة تقديرية دون رقابة عليه من المحاكم العليا فإنه يقدر قيمة التعويض، أما بالنسبة لإجراءات الإثبات والأدلة المقدمة في الدعوى وتحديد عناصر الضرر الموجب للتعويض فإن المحاكم تناقشها، إلا أن هذه الحرية لها حد معين تقف عنده وهو ألا يكون هناك مغالاة في تقرير الخبراء بما يستقيم مع الواقع.⁽²⁾

ب- عدم جواز الجمع بين أكثر من تعويض

من حيث المبدأ لا يجوز لمن يحصل على تعويض من قبل الغير في أي شكل كان وبخصوص ذات الضرر أن يحصل على تعويض آخر تام، ما لم يكن ما حصل عليه لا يغطي جل الضرر الحاصل ففي هذه الحالة يخصم التعويض الذي حصل عليه من قيمة التعويض الكلي أو التام، ويعطي له ما تبقى من تعويض يتناسب والضرر الحاصل⁽³⁾، وقد يحصل ذلك في فرضين:

- إذا تعدد مرتكبو الخطأ كأن يشترك فيه أكثر من موظف أو كان هناك خطأ شخصي من موظف وخطأ مرفقي من جانب الإدارة فإنّ المضرور لا يستحق أكثر من تعويض⁽⁴⁾ حتى وإن أثرت المسؤولية أمام جهتين قضائيتين مختلفتين وفي هذا الفرض، فإن حصول المضرور على كامل التعويض أو جزء منه يؤخذ بالحسبان من الجهة القضائية الأخرى، ويؤدي تلقائياً إلى حلول مع دفع التعويض بكامله محل المضرور في المطالبة بالحصة الزائدة التي أوفاه عن المسئول الآخر في المطالبة بما أوفاه.

(1) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص 522.

(2) - بشير علي خلف جاسر لعبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 185-186.

(3) - محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1990، ص 342.

(4) - حمدي أبو النور عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص 205.

- أن يدفع التعويض شخصا تربطه بالمسؤولية علاقة عقدية أو هو ملزم بذلك قانونا أو نزولا عند رغبته بمساندة المضرور.⁽¹⁾

وتطبيقا لهذا المبدأ ليس للمضرور أن يجمع بين تعويضين عن نفس الضرر وإن تعدد المسئولون عن ذلك، ولهذا استقر القضاء على أنه في الأحوال التي يباح فيها الجمع بين مسؤولية الدولة؛ لا يجوز للمضرور الحصول إلا على تعويض واحد.

ت- حالة المسؤولية دون خطأ يأخذ بالأضرار غير العادية

المسؤولية لا تنعقد إلا إن كان الضرر استثنائيا أي على درجة من الجسام، لذلك فما يجب تعويضه هو فقط ما يتجاوز الأضرار غير العادية، أما الضرر العادي فإنه لا يدخل في حساب التعويض ولا ينتقص من مبدأ التعويض الكامل شيئا، فلا يعرض المضرور عن الضرر الذي يتحملة الناس جميعا باعتباره من الأعباء العامة العادية، وبذلك فإن المضرور يتحمل جزءا من الضرر وهو ما يعادل الضرر العادي، ويعوض عما زاد عن ذلك.

ت- اشتراك المضرور في إحداث الضرر

فلا يكون التعويض إلا مقابل الأضرار التي تسببت فيها الدولة بنشاطها وخطئها، وبالتالي فإذا اشترك المضرور بخطئه في إحداث الضرر، فإنه يتحمل جزء من المسؤولية والدولة لا تسأل إلا عن جزء من الضرر الذي يوازي مسؤوليتها عنه فقط.

ث- التعويض عن الضرر الفعلي فقط

التعويض لا يكون إلا مقابل الضرر الفعلي الذي تسببت فيه الدولة بنشاطها أو خطئها، فإذا أحدث عمل الإدارة ضررا بشخص ما إلا أنه في ذات الوقت جلب له فائدة، فإن هذه الفائدة لا بد أن تستنزل من قيمة التعويض التام أو الكامل⁽²⁾.

ففي حالة فصل الموظف خلافا للنصوص، يمكن حال الحكم بالتعويض إنقاصه بالقدر المقابل للدخل الذي حصل عليه من العمل الذي امتنعه أثناء استبعاده عن وظيفته، أي لا بد أن تخصم من

(1) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ج2، ص 258.

(2) - المرجع نفسه، ج2، ص 260.

مبلغ التعويض الكلي.⁽¹⁾

د-الحكم بتقدير التعويض يكون نهائيا

فالحكم يكون نهائيا من حيث الأصل ما لم تكن طبيعة الضرر تأبي ذلك؛ لأنّ الضرر قد يكون غير محدد لكي يتسنى للمحكمة الحكم بالتعويض، وهذا ما يحدث أحيانا في إصابات العمل.⁽²⁾

ثالثا: تاريخ تقدير التعويض

ثمة وقتان يتصور الاعتداد بهما في تقييم التعويض، وقت وقوع الضرر ووقت الحكم على المسئول عن الضرر بالتعويض، وقد تمضي بين هذين الوقتين مدة طويلة يمكن في أثناءها أن يتغير الضرر، بأن يخف أو يزيد وقد تتغير قيمة العملة ولهذا نجد اتجاهين في كيفية تحديد التعويض:

1- الاعتداد في التعويض بوقت وقوع الضرر

فيذهب أغلب الشراح إلى أنّ الاعتداد بقيمة التعويض وقت وقوع الضرر ويحتجون لذلك أن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض وليس الحكم، فالحكم مقرر لذلك الحق وليس منشئا له، ومن ثمة فإن تقدير التعويض يجب أن يحصل وفقا للعناصر التي كانت موجودة وقت نشوء الحق في التعويض أي وقت وقوع الضرر.⁽³⁾

وإلى هذا الاتجاه يذهب العميد السنهوري: "إن الحق في التعويض لا ينشأ من الحكم الصادر في دعوى المسؤولية، وإنما من العمل الضار فيرتب على الإدارة التزاما بالتعويض والحكم به ليس مقررا لهذا الحق ولا منشئا له بل هو حكم كاشف له"⁽⁴⁾.

وهذا ما مرّ به القضاء الفرنسي في إحدى مراحلها فكان يرى بتقدير التعويض وقت حصول الضرر، وحقّة مجلس الدولة في هذا هي أنّ الحق نشأ يوم حدوث الضرر وبالتالي يتعين أن يكون التقدير منسوبا إلى هذا التاريخ.⁽⁵⁾

(1) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أفعالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص 523.

(2) - بشير علي خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أفعالها المشروعة، المرجع السابق، ص 186.

(3) - منير قزمان، التعويض المدني، المرجع السابق، ص 83.

(4) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص1351.

(5) - حكم مشار إليه في مؤلف، رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية لإدارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998،

أما المرحلة الثانية فقد ميّز مجلس الدولة الفرنسي بين الأضرار التي تصيب الأموال والأضرار التي تصيب الأشخاص، فقد جعل تاريخ تعويض الضرر في الأضرار التي تصيب الأموال هو من يوم حصول الضرر ما لم يكن هناك أسباب معينة حالت دون إمكان إصلاح الضرر، حتى وإن كان سبب التأخير مالياً أو ذو طابع تقني أو قانوني كضرورة انتظار نتائج الخبرة أو لاستحالة التمويل.⁽¹⁾

2- تقدير التعويض يكون من يوم صدور الحكم

لن يكون لتاريخ تقييم الضرر فائدة كبيرة إذا حسم النزاع سريعاً وقيمة العملة كانت مستقرة، وعلى عكس ذلك تماماً تكون له أهمية كبيرة في فترة عدم استقرار قيمة العملة، وعندما يكون حسم النزاع بطيئاً فهناك من ذهب إلى أن الحق في التعويض يعتد بقيمة الشيء وقت صيرورة الحكم نهائياً ويحتجون في ذلك بأنه إلى أن يصدر الحكم يكون الحق في التعويض غير محدد المقدار فالحكم هو الذي يحدّد مقدار التعويض لذلك يجب الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم⁽²⁾ فالعبرة في تحديد قيمة التعويض، ليس باليوم الذي وقع فيه هذا الضرر وإنما بيوم صدور الحكم بالتعويض ذلك أنه قد تتغير الظروف الاقتصادية للبلد ما بين حدوث الضرر ويوم الحكم بالتعويض وخاصة مع طول أمد التقاضي، ممّا قد يتسبب في زيادة القيمة الفعلية لهذا الضرر ويكون من الظلم تقديره وقت حدوثه، ويعدّ ذلك إعمالاً لمبدأ التعويض الكامل للضرر.⁽³⁾

ويضيفون إلى ذلك أنّ المضرور الذي لا يعرف ما إذا كان سيحصل على تعويض أم لا ينتظر صدور الحكم، لكي يستبدل بالأشياء التالفة غيرها أو ليصلح هذه الأشياء فإذا كانت الأسعار قد ارتفعت فإنّه سيدفع السعر الجديد المرتفع فمن العدل أن يقدر له ذلك وأن يقدر الضرر وقت الحكم⁽⁴⁾.

وهذا ما سار إليه مجلس الدولة الفرنسي في مرحلته الثانية في شأن التفريق بين الأضرار اللاحقة بالأموال والأضرار اللاحقة بالأشخاص، حيث تم التخلي عن المبدأ التقليدي وأصبح المبدأ أنه يجب على السلطة المحددة للتعويض (الإدارة المرفوع أمامها التظلم أو القاضي) أن تقيم الضرر الواقع على

(1) - لحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 418.

(2) - منير قزمان، التعويض المدني، المرجع السابق، ص 83.

(3) - حمدي أبو النور عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص 206.

(4) - منير قزمان، التعويض المدني، المرجع السابق، ص 83.

الأشخاص بتاريخ اتخاذها لقرارها. (1)

ويأخذ على مجلس الدولة هذه التفرقة بين الأضرار الجسدية وتلك التي محلها الأموال، فكان الأولى أن يأتي بقاعدة موحدة لكلا النوعين من الأضرار وهي تاريخ إصدار الحكم، ذلك أن هذا التاريخ هو الأقرب لتحقيق العدالة ولقاعدة التعويض الكامل، فالأسعار في زيادة مطردة وقيمة العملة في انخفاض مستمر والدعوى أمام القضاء في كثير من حالاتها تستغرق سنوات عدة للفصل فيها. (2)

غير أن هناك جملة من الأمور وضعها القضاء الإداري الفرنسي في الحسبان فيما يتعلق بتاريخ التعويض تتمثل فيما يأتي:

- إذا طعن استئنافاً في حكم أول درجة أمام مجلس الدولة الفرنسي، فإن كان الحكم المطعون فيه صحيحاً، فالعبرة بتاريخ الحكم الأول لا الاستئناف، أما إن كان الحكم غير صحيح وقام مجلس الدولة بتقدير التعويض مرة أخرى فالعبرة بتاريخ حكم الاستئناف.

- إذا تأخر المضرور في طلب التعويض دون سبب معقول فالعبرة بتاريخ إمكان إصدار الحكم لو لم يكن هناك تأخير، فلا يجوز عدالة أن نحمل المسئول إهمال المضرور، أما إن كانت هناك أسباب تبرر هذا التأخير فالعبرة بتاريخ إصدار الحكم.

- إذا بادر المضرور إلى إصلاح الضرر قبل صدور الحكم الذي يلزم المسئول بالتعويض ففي هذه الحال، فإنّ المضرور حوّل حقه في التعويض إلى مبلغ نقدي مفرز، وبالتالي فإنه يستحق التعويض وقت الصرف أو وقت الحكم، والأخير يأتي مؤكداً للمبلغ الذي تم صرفه.

- فيما يتعلق بمسؤولية الإدارة دون خطأ ولاسيما تلك الناجمة عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة فإنّ التعويض يكون عن الجزء ذي الطابع غير المألوف عن الضرر، وهذا الضرر لا يكون قابلاً للتعويض إلا اعتباراً من اليوم الذي يصبح فيه غير عادي أو غير مألوف. (3)

(1) - لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 420.

(2) - سعاد الشرفاوي، المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 250.

(3) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، المرجع السابق، ص 307.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وبالنسبة للقضاء الجزائري نجد بعض القرارات التي تبين منهجه في هذا الأمر وهذا في قرار للرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقا بتاريخ 1988/01/02 في قضية وزير المالية ضد السيد (م، ع) ⁽¹⁾ ومما جاء في حيثيات القرار أن حساب التعويض يتم حسب مبدأ معمول به وفقا للأسعار المطبقة يوم رفع الدعوى أمام الجهة الإدارية المختصة، وحيث أن الخبرة هنا واستجابة لرغبة الإدارة أخذت بعين الاعتبار السعر المطبق وحقوق عملية الدمغ وكذا الفوائد المستحقة الأداء يوم إيداع العريضة ⁽²⁾.

وإذا تفاقم الضرر مستقبلا فإن الضحية تستحق تعويضا عن ذلك التفاقم، وهذا ما قضى به مجلس الدولة بتاريخ 2000/02/28 في قضية (ش، خ) ضد وزير الدفاع الوطني، فلقد استجاب مجلس الدولة للمدعي جزئيا بخصوص رفع التعويض عن الضرر المادي الذي رفعه إلى 150000 دج، والتعويض عن الضرر الإجمالي الذي رفعه إلى 50000 دج، وتأييد القرار المستأنف بشأن بقية التعويضات مع الاعتراف له بالحق في التعويض عن الضرر المستقبلي، حيث جاء في حيثيات القرار: "حيث بالرجوع إلى طبيعة الأضرار اللاحقة بالعارض والمبينة بالطبع في تقرير الخبرة ومن شأنها أن تتفاقم مستقبلا، وحيث حقيقة ينبغي أن يكون الضرر الذي يجب التعويض عنه قد تحقق فعلا إلا أنه قد يتفاقم مستقبلا في الحالات المماثلة بفعل الأضرار التي يتألم منها العارض".

وحيث حينئذ فإن طلب العارض الرامي إلى الاحتفاظ له بحقوقه المالية مستقبلا، في حالة تفاقم الضرر يكون قانونيا ويتعين البت فيه لكونه مؤسس. ⁽³⁾

(1) - بشير علي خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 186.

(2) - قرار منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع4، سنة 1999، ص173 وما بعدها وتتمثل الوقائع في أن السيد(م،ع) أودع لدى مصلحة الضمان بالعاصمة 198 من الذهب المعالج بقصد دمغه وقيض حقوق الضمان، ولقد اختفت تلك الكمية من الذهب من محلات الإدارة على إثر سرقة بالكسر يوم 1979/09/30 فرغ الضحية قضية أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر للمطالبة بالتعويض، والتي قضت بتعيين خبير وبعد رجوع القضية بعد الخبرة أصدرت قرارا في 1985/02/06 بإلزام وزارة المالية بدفع تعويض على الضرر اللاحق.

(3) - قرار غير منشور، الغرفة الرابعة، فهرس 144، وتتمثل الوقائع في أنه أثناء تأدية الضحية لواجب الخدمة الوطنية أصيب بجروح على مستوى الصدر بتاريخ 1993/12/16 من جراء طلقة نارية صدرت عن الرشاش الذي كان يحمله المستأنف عليه داخل الثكنة العسكرية، فرغ الضحية دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران ضد وزارة الدفاع الوطني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به. فأصدرت الغرفة قرارا بتعيين خبير طبي وبعد إرجاع القضية بعد الخبرة قضت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران في 1997/05/14 بقبول الدعوى بعد الخبرة وإلزام وزارة الدفاع بالتعويض، رفع الضحية استئنافا ضد القرار أعلاه أمام مجلس الدولة طالبا رفع المبالغ المحكوم

ومنه فالقضاء الجزائري لا يميز بين الضرر اللاحق بالأموال والضرر اللاحق بالأشخاص ويأخذ بمبدأ تقييم الضرر، بتاريخ رفع دعوى التعويض.

رابعاً: شروط استحقاق التعويض في القانون الوضعي

لا يمكن الاعتراف بالحق في التعويض للأضرار التي ينتجها نشاط الدولة سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية إلا إذا اجتمعت شروط إقامة المسؤولية والتي يمكن تفصيلها فيما يأتي:

1- الضرر

إنّ الهدف من رفع الدعوى الإدارية هو جبر الضرر الناشئ عن اعتداء أصاب المضرور في ماله أو جسمه أو عرضه، فإذا لم يترتب عن الاعتداء أي ضرر فإنّه لا يجوز رفع الدعوى، وكذلك لا بد أن يتوافر هذا الضرر على مجموعة من الشروط حتى يكون معتبراً وهذا ما سنتناوله فيما يأتي:

أ- تعريف الضرر

يعرف الضرر بأنه كل ما يصيب الشخص نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك بماله أم حرته أم شرفه أم غير ذلك، وأن المقصود بالمصلحة المشروعة كل مصلحة يحميها القانون، لأنّ القانون إذا كان لا يحمي المصلحة فإنّها تعد غير مشروعة ولا يترتب على المساس بها تعويض.⁽¹⁾

يعتبر الضرر هو الأساس الحقيقي لتعويض المضرور سواء كانت المسؤولية قائمة على أساس الخطأ أم المخاطر فبدون الضرر لا توجد مسؤولية أو تعويض، والدولة لا تكون مسؤولة إلا إذا ثبت نشوء ضرر عن نشاطها الذي مارسته فإذا انتفى الضرر انتفى معه الحق في المطالبة بالتعويض والمعروف أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المدعي الذي يلزمه تقديم أدلته الثبوتية على وجود هذا الضرر.

بما بسبب غلاء المعيشة وارتفاع أسعار الأدوية والعلاج والعاهة المستديمة والمرض المزمن، ولقد استجاب له مجلس الدولة جزئياً بخصوص رفع التعويض عن الضرر المادي، ورفع التعويض عن الضرر الإجمالي وتأييد القرار المستأنف بشأن بقية التعويضات مع الاعتراف له بالحق في التعويض عن الضرر المستقبلي.

(1) - محمد أنس قاسم جعفر، التعويض في المسؤولية الإدارية، دراسة مقارنة، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود بالرياض، 1998، ص 107.

ويجعل القضاء الإداري الضرر بأنه الضرر الحالي والضرر المقبل واستثنى الضرر المحتمل، فالضرر الحالي هو الضرر الذي وقع ويمكن للقاضي تقديره، أما الضرر المقبل فهو الذي من الممكن وقوعه لوجود مؤشرات تدل على ذلك وهو يتميز بالطابع المؤكد في أساسه كإصابة طفل في قدراته العملية مستقبلاً نتيجة العجز الذي أصابه. (1)

ب- أنواع الضرر

الضرر قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً (معنوياً) وفيما يلي بيان هذين النوعين:

الضرر المادي

الضرر المادي كل ما يصيب الشخص في حق أو مصلحة مالية، فإصابة الشخص في حق قد تبدو في الاعتداء على سلامة جسمه أو حقه في الحياة أو إصابته بجرح تترتب عليه خسارة مالية كبيرة، كالإخلال بقدرة الشخص على الكسب المادي أو حتى فقدانها بالكلية، أو يتحمل تكاليف علاج نفسه فيعتبر الضرر هنا مادياً وهو كذلك إذا اعتدى شخص على حق الملكية لآخر كالحريق أو إتلاف المنقولات أو الاستيلاء عليها دون سند قانوني، كما قد يصاب بالضرر بالتبعية لشخص آخر كما لو صدمت سيارة مملوكة للإدارة فرد ما فتوفي فإن أولاده سيتضررون بجرماتهم من عائلهم الذي كان يتولى الإنفاق عليهم. (2)

فالضرر المادي يكون في الخسائر التي تصيب الأشخاص أو الأموال والتي يمكن ترجمتها بخسارة مالية يمكن حسابها أو بمعنى آخر هو الإخلال بحق ثابت للمضرور يكفله القانون أو الإخلال بمصلحة مالية له. (3)

ومن خلال التعريف يتضح أن الضرر المادي أيضاً هو نوعان: ضرر مالي، وضرر جسماني:

(1) - عباس العادلي، التعويض عن أخطاء الضبط القضائي في حالات الضرورة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط01، 2017، ص202-203.

(2) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص489.

(3) - حمدي أبو النور عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص176.

- الضرر المالي

وفي هذا النوع أيضا نفرق بين قسمين: فالأول حالة المساس المادّي بالمال وذلك بتحطيمه كليا أو جزئيا، وثانيا حالة الضرر المؤدي إلى الإخلال في الانتفاع بالشيء (كمسؤولية الإدارة عن الضرر الناجم عن رفضها تنفيذ القرارات القضائية النهائية الصادرة لصالح مدعي ضد شخص آخر). (1)

-الضرر الجسماني

وهو نوعان :

أ- ضرر يمس السّلامة الجسمانية: وهو ما يسمى بالآلام الجسدية ويمكن أن يكون جماليا وهنا يختلف تقديره من طرف القاضي حسب شخص المضرور. (2)

ب- ضرر بسبب الإخلال في ظروف المعيشة: وهنا فإنّ القضاء الإداري اعتبر أنّ العجز الدائم سواء كان كليا أو جزئيا فإنّه يؤدّي إلى الإخلال بظروف المعيشة وبالتالي يستوجب التعويض. (3)

الضرر المعنوي (الأدبي)

الضرر المعنوي هو الذي يمس مصلحة غير مالية. (4)

وفي تعريف آخر والضرر الذي يصيب الشخص في نفسه أو أحاسيسه فهو لا يمثل خسارة مالية، ولا يزول بتعويض مادي ويتمثل قي كل ضرر يؤذي الإنسان في شرفه واعتباره وعاطفته وإحساسه ومشاعره. (5)

(1) - حيث أن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قضت في قضية بوشات سحنون وسعيد مالكي ضد وزير الداخلية ووزير العدل بتعويض المدعين عن الضرر الذي لحقه بهما بسبب عدم تنفيذ القرار القضائي الذي يقضي بطرد شاغل ملك لصالح المدعين بمنعهما من حق الانتفاع بملكهما ويسبب لهما ضررا قابلا للتعويض، أنظر الأستاذ رشيد خلوفي، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2006، ص 119.

(2) - وهو ما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قضية "بن سالم" ضد مستشفى الجزائر حينما منحت التعويض عن ضرر جمالي لحق الضحية بسبب بتر ساعده، أنظر قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، فريق بن سالم ضد مستشفى الجزائر، المجلة الجزائرية، ص 123.

(3) - عباس العادلي، التعويض عن أخطاء الضبط القضائي في حالات الضرورة، المرجع السابق، ص 209-211.

(4) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص 489.

(5) - حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص 176.

والأضرار ذات الطابع العاطفي ليس بسهولة أن توجد منازعة بالنسبة لحقيقتها أو أهميتها بالنسبة للبعض على الأقل، فيمكن أن تكون عراقيل مبدئية بشأن التعويض عنها. (1)

- إمكانية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي

القاعدة في تقدير التعويض عن الضرر المادي، هي مراعاة ما فات من المضرور من كسب وما لحقه من خسارة، أما التعويض عن الضرر الأدبي فيتم تقديره بشيء من التحكم لعدم استناد الضرر فيه إلى قيمة معينة متعارف على تقديرها. (2)

ويتفق الفقه والقضاء القانوني على إمكانية التعويض عن الضرر المادي أما الضرر المعنوي فوقع في ذلك اختلاف هل يمكن تقديره بالنقود فيعترف القانون الجزائري بالتعويض عنه، مستندا إلى نص المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."، وكانت أحكام القضاء قد حكمت بالتعويض عن الضرر المعنوي فنجد أن الغرفة للمجلس الأعلى سابقا في قرار لها صدر في 18 جوان 1971، أشارت في قضية بن قرين صراحة إلى الاضطرابات النفسية التي تعرضت لها الأم بسبب وفاة ابنتها أثناء حصة تدريب على الجيدو في المدرسة، وقيم مبلغ التعويض لكل من الأبوين بعشرين ألف دينار جزائري والذي كان مبلغا معتبرا في ذلك الوقت (3).

والشيء نفسه نجده في قرار مجلس الدولة في 2004/01/06 في قضية الورثة (م، أ) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية بوهيالات باتنة، بخصوص والذي الضحية وإخوته عن وفاته، بسبب غرقه في بركة مائية والتعويض هنا عن الضرر المعنوي الناتج عن الحزن بالمساس بمشاعر الحنان والحسرة. (4)

مع الإشارة بأن القاضي المدني يقبل التعويض عن الضرر المعنوي منذ أمد بعيد بالرغم من كونه لم

(1) - حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 375.

(2) - حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص 207.

(3) - وعبرت الغرفة الإدارية بقولها: "حيث تبين من الوثائق المودعة بالملف أن الأم بما اضطرابات نفسية ذات طابع اكتيابي منذ سنة 1996. أنظر أحمد محيو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 244.

(4) - وسبب مجلس الدولة قراره كما يلي: "حيث أن وفاة الضحية التي عمرها 16 سنة قد سبت لذوي حقوقها ضررا معنويا ينبغي على البلدية بأن تعويضهم حسب الاجتهاد القضائي المكرس، بمنح لكل واحد من أبوي الضحية مبلغ مائة وخمسون ألف دينار (15000)، قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، فهرس رقم 47 نقلا عن لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 379.

ينص صراحة على ذلك، وفي ذلك يقول الأستاذ علي علي سليمان: "يضاف إلى ما تقدم بيانه أن نص المادة 124 مدني جزائري تقضي بأن: "كل عمل يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."، وما من شك في أنّ العمل الذي يصيب الغير بضرر قد يصيبه بضرر مادي أو معنوي فالنص المذكور عام ... (1)

ونخلص مما سبق إلى القول بأن التشريع الجزائري رغم أنه يقبل التعويض عن الضرر المعنوي ولم يتردد القضاء الجزائري في الحكم بهذا التعويض، إلا أن المآسي التي خلفتها العشرية السوداء وحالة الطوارئ وما عبرت عنه من أضرار معنوية أصابت معظم الجزائريين، لم نحصل على حكم قضائي واحد أو قرار يقدر الأضرار المعنوية بهذا الخصوص.

ث- شروط الضرر

لا يتم التعويض عن ضرر للمدعي به إلا بتوافر شروط محددة نبينها كالتالي:

- أن يكون الضرر مباشرا

أي توجد صلة مباشرة بين فعل الإدارة والضرر حتى يمكن التعويض عنه، فالقاعدة العامة أن الإدارة لا تلتزم إلا بتعويض الأضرار المترتبة على نشاطها مباشرة أي مع النشاط الذي مارسته الإدارة فإذا انتفت علاقة السببية لأي سبب من الأسباب كفعل الغير أو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو عمل المضرور نفسه، فإن الدولة لا تسأل في هذه الحالات عن التعويض. (2)

- أن يكون الضرر محققا مؤكدا

الضرر المؤكد أو المحقق الوقوع وليس محتملا أو مفترضا. (3)

أي هو الضرر الثابت حتى لو لم يتحقق بعد، أي أنه يمكن أن يكون وقع فعلا وهنا لا تثار

(1) - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، دار المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ط2، 1984، ص243-244.

(2) - محمد أنس قاسم جعفر، التعويض في المسؤولية الإدارية، دراسة مقارنة، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، الرياض، 1998، ص120.

(3) - حمدي أبو النور عويس السيد، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص174.

مشكلة بصدده ويمكن أن لا يكون قد تحقق بعد بكامله، ولكنه مؤكد الوقوع مستقبلا مثل الضرر الذي يصيب أحد الموظفين ويحرمه مالا من الترقية والضرر الذي لحق بأحد الأفراد نتيجة استبعاده استبعادا غير قانوني من إحدى المناقصات كان له احتمال كبير في الحصول على الالتزام بنتيجتها مما أدى إلى حرمانه من الربح المعول عليه في هذه الصفقة، ومن ذلك أيضا الضرر الذي يصيب طفلا بعجز يحول بينه وبين أي عمل يمكن أن يمارسه مستقبلا فهو ضرر مؤكد الوقوع مستقبلا. (1)

فمعنى أن يكون مستقبليا أنه سوف يحدث لا محالة في المستقبل ورغم أن هذا قد يحول دون إمكانية تقديره فورا لكن لا يمنع مبدأ الاعتراف في التعويض.

والأضرار التي لا يتوافر فيها شرط التحقق هي التي لا يكون حدوثها إلا احتماليا ويتعلق الأمر بضرر احتمالي عندما يطلب أحد الأبوين التعويض عن خسراتهما للمعونة التي سوف يسديها لهما ابنهما في المستقبل والمتوفي في حادث. (2)

وسار الاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية لمجلس الجزائر على ضرورة أن يكون الضرر محققا ففي قضية شركة المولود الجديد ضد والي ولاية الجزائر والذي جاء فيه أنه: "بالفعل أن الضرر اللاحق بشركة المولود الجديد مباشر ومحقق."

وبخصوص قرار مجلس الدولة فإنها لا تشير صراحة إلى الضرر المحقق بل يستنبط ذلك من الصياغة المستعملة في تسبيب القرار وهكذا نجد قرار مجلس الدولة في قضية ذوي حقوق (أ، ر) ضد وزارة العدل بتاريخ 2004/06/01 قضى بإلزام المدعى عليها بأن تدفع تعويضا لأم الضحية وإخوته والذي توفي في السجن إثر اضطرابات حدثت هناك دون الإشارة إلى كون الضرر محققا، لكن ذلك يستنبط من أسباب القرار ووقائعه، وذلك لأن الضرر يتمثل في وفاة المحبوس وواقعة الوفاة حقيقية ونتج عنها ضرر معنوي لأم الضحية وإخوته وجاء في أسباب القرار: "حيث أن هذه الأحداث كانت قد تسببت من طرف محبوسين كانوا رهن الحبس حيث أنه وإثر هذه الأفعال توفيت الضحية والذي يلتمس ذوي حقوقه

(1) - سعاد الشراوي، المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 240.

(2) - لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 370.

التعويضات عن الضرر الناجم بعد وفاته. " (1)

وبخصوص الضرر المستقبلي فإنّ قضاء الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى سابقا قرر إمكانية التعويض عنه بشرط أن يكون محققا في المستقبل وهذا في قرارها بتاريخ 18 يونيو 1971 في قضية الدولة ضد الفريق قرين، والتي قضت بالتعويض على أساس الضرر المحقق المستقبلي لكون الابن المتوفى كان مرشحا لامتحان البكالوريا التعليم التقني، وبالتالي سوف يقدم مساعدة لوالديه في المستقبل وأن وفاته حرمتهم من ذلك. " (2)

- يكون الضرر خاصا

ومعنى ذلك أن يصيب الضرر شخصا أو أشخاصا محددين أما إذا أصاب عددا غير محدد منهم فإنه يعتبر من الأعباء العامة التي يجب على الأفراد تحملها دون تعويض. (3)

وقد ثار خلاف فقهي كبير حول هذا الشرط فيرى جانب من الفقه أن شرط خصوصية الضرر هو شرط عام يلزم توافره في المسؤولية بصفة عامة سواء في المسؤولية على أساس الخطأ أو المسؤولية عن العمل المشروع. (4)

كما يرى البعض أن اشتراط الطابع الخاص للضرر في نطاق المسؤولية عن أعمالها المشروعة يقتصر على حالات المسؤولية القائمة على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ولا يشمل حالات المسؤولية التي تقوم على أساس المخاطر وسندهم في هذا أن القضاء يتحدث في الغالب عن مخاطر خاصة وليس عن ضرر خاص، كما في حالة الأشياء والأنشطة الخطرة بحيث يؤدي تحقق هذه المخاطر إلى انعقاد المسؤولية عن أعمالها المشروعة وللمضور في هذه الحالة الحق في الحصول على التعويض بمجرد تحقق الضرر دون حاجة لأن يكون خاصا، وبالمقابل فإن شرط الخصوصية في نطاق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يرتبط بأساس المسؤولية، أي أنه يتيح معرفة الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، فإذا وقع الضرر على جميع

(1) - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، ملف رقم 013627. نقلا عن لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السطة العامة، المرجع السابق، ص 369.

(2) - المرجع نفسه، ص 371.

(3) - حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص 175.

(4) - محمد أنس قاسم جعفر، التعويض في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 143.

الأفراد لا يوجد هناك إخلال بالمساواة، ولكن إذا تحمل أحدهم أو بعضهم هذا الضرر، فإنه يمكن القول بأنه حدث إخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، وينبغي إعادة التوازن عن طريق منح التعويض.⁽¹⁾

كما ينبغي على شرط خصوصية الضرر عدم قبول الإدعاء المدني من شخص تذرّع بأن الضرر الذي أصاب المصلحة العامة وامتد إليه بحكم الضرورة باعتباره أحد أفراد المجتمع، ومن أبرز تطبيقات الضرر العام الذي يصيب المجتمعات، الضرر الناجم عن الجرائم الإرهابية، خاصة في ظل حالة الطوارئ التي قد تعلن في إطار مواجهة العنف والاضطرابات الناجمة عن الإرهاب، سواء من جانب الجماعات الإرهابية في إطار تمرير مشروعها وترهيب وتخويف المواطنين، أو من جانب الدولة في سبيل مكافحة الإرهاب، أين قد تفرّط في استعمال القوة، وهو ما يضع جوا من اللأمن والاستقرار، ولا شك أنّ هذا في حد ذاته يعتبر ضرا يصيب كافة الأشخاص سببه عدم الشعور بالأمن والاستقرار، فهذا النوع من الضرر لا يمكن الإدعاء بشأنه مدنيا أمام المحاكم الجنائية بسبب نطاقه وخصوصيته.⁽²⁾

ويذهب غالبية الفقه والقضاء أن الضرر الذي تنشأ عنه مسؤولية الدولة على أساس الخطأ والذي يترتب عليه الحق في التعويض يستوي فيه أن يكون خاصا أو عاما، ولا تثار فكرة الضرر الخاص إلا إذا كانت مسؤولية الدولة تستند إلى فكرة المخاطر فقط.⁽³⁾

- أن يكون الضرر أصاب مصلحة مشروعة

ومعناه ينبغي أن يلحق الضرر حقا من الحقوق التي يسبغ عليها القانون حمايته حتى يمكن التعويض عنه، وبمعنى آخر أن يكون الضرر الذي يستوجب التعويض قد وقع على حق مشروع يحميه القانون.⁽⁴⁾

فالتعويض يجب أن يقوم على حق أثر فيه القرار فألحق بصاحبه ضرا، سواء من التاحية المادية أو الأدبية، وهذا الحق يجب أن يكون مشروعا، أي حق موافق للقانون ولذلك رفض القضاء الفرنسي الحكم بتعويض العشيقة عن الضرر الذي أصابها نتيجة مقتل عشيقها لأن حقها في ذلك مخالف للقانون.⁽⁵⁾

(1) - بشير على خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 113-114.

(2) - ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، المرجع السابق، ص 295.

(3) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص 499.

(4) - المرجع نفسه، ص 499.

(5) - حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية المادية، المرجع السابق، ص 175.

وأساس هذا الشرط أن القانون يتكفل بالحفاظ على حياة الأشخاص وسلامة أبدانهم وحماية أموالهم، والاعتداء على هذه الحقوق يولد حقا في التعويض، إذا كانت مستندة إلى مصلحة مشروعة، أما إذا كانت مستندة إلى عمل غير مشروع أصابها ضرر فلا حق للحصول على التعويض، فلا يجوز مثلا لتاجر المخدرات أن يطالب بالتعويض من قبل الإدارة إذا صادرت مركبته التي كان يستخدمها في ترويج المخدرات، فالمصلحة التي مسها الضرر غير مشروعة لأن هذه الأضرار ليس فيها خلل بمركز يحميه القانون لعدم مشروعية تجارته وبناء عليه فإن الضرر الذي يلزم الإدارة بالتعويض، أن يكون وقع على حق مشروع يحميه القانون، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر قد أحل بحق قانوني أو مصلحة مالية مشروعة.⁽¹⁾

- أن يكون الضرر قابلا للتعويض بالنقود

يشترط في الضرر الذي يمكن التعويض عنه أن يكون قابلا أو ممكنا للتقدير أو التقييم بالنقود والحقيقة أن الأضرار المادية التي تلحق بالأفراد نتيجة لنشاط الإدارة وتصرفاتها يمكن تقدير التعويضات المالية المساوية لها بسهولة، كالحرمان من اكتساب ربح أو ممارسة مهنة أو المساس بأحد الأملاك العقارية أو المنقولة، أما إذا كان الضرر يتعلق بالضرر المعنوي أو الأدبي والذي لا يمس مصلحة مالية للمضروب، كالضرر الذي يصيب الشعور والشرف، فقد انتهى التطور إلى إمكانية التعويض عنها، فهي وإن كانت لا تقدر بالنقود إلا أن الهدف من التعويض عنها هو موازنة المصاب وتخفيف الآلام أو رد الاعتبار بين الناس.⁽²⁾

- أن يكون الضرر شخويا

فالتعويض يعتبر حقا للمضروب يحصل عليه بصفة شخصية فهو من الحقوق المالية التي تدخل في الذمة المالية لمن أصابه ضرر، وهذا ما عليه القضاء حيث يقرر أنه إذا توفي من أصابه الضرر بسبب أجنبي عن السبب الذي يعد مصدرا للتعويض، فإن حقوق الورثة تختلف باختلاف ما إذا كانت حقوق المضروب قد تحددت نهائيا أم لا بتاريخ وفاته، فإذا كان الحق في التعويض قد تقرر نهائيا أو بصورة حكم نهائي قبل الوفاة فإن التعويض يدخل في تركة الشخص، أما إذا لم يكن الحق في التعويض قد تحدد نهائيا

(1) - بشير على خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 111-112،

(2) - أنس قاسم جعفر، التعويض في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 127، بشير على خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 112.

قبل وفاة الشخص فإن الحق ينتقل للورثة أيضا، ولكن ليس لهم أن يطالبوا الإدارة بالتعويض إلا عما أصاب مورثهم من الناحية الفعلية، ويعتد في تقدير التعويض عن هذا الضرر بتاريخ الوفاة. (1)

- أن يكون الضرر غير عادي

والضرر غير العادي الذي يثير مسؤولية الدولة هو الضرر الذي يتجاوز الأضرار التي يمكن للمواطن أن يتحملها عادة في حياته اليومية والذي يعدّ تركه دون تعويض عنها إجحافا بالعدالة، وهذا أمر طبيعي فإثارة المسؤولية عن أعمال الدولة المشروعة وغير المشروعة في الظروف الاستثنائية لا يكفي أن يكون الضرر بسيطا أو عاديا، وإنما يجب أن يكون على درجة من الجسامه بصورة تجعله ضرا غير عادي يجاوز الأضرار المعتادة التي يتحملها الأفراد عادة. (2)

وهذا أمر منطقي فحتى يكون هناك إخلال بالأعباء العامة فإن من يطلب التعويض يجب أن يكون قد تحمل قدرا من المخاطر أكثر من الذي تفترضه الحياة العامة في المجتمع، وإن الصفة غير العادية للأضرار تعني أنه قد بلغ حدا من الجسامه أو الأهمية. (3)

لذلك يجب على القاضي أن ينظر إلى موقف ونشاط المضرور حتى يمكن استنتاج مدى جسامه الضرر، باعتباره معيارا غير ثابت يتنوع وفقا لظروف الزمان والمكان وطبيعة النشاط المرتب للضرر ومركز المضرور. (4)

ويجدر الإشارة إلى أنه يشترط لتقرير مسؤولية الدولة دون خطأ توافر الشرطين معا، فالضرر الخاص وحده لا يعرض عنه وكذلك الضرر غير العادي وحده لا يعرض عنه، واشتراط توافر الشرطين معا يحول دون التوسع في فكرة المخاطر، بحيث يكون من المستبعد أن تصلح هذه الفكرة أساسا عاما للمسؤولية في جميع الحالات، ومن جانب آخر فإنّ اشتراط هذين الشرطين يوازن بين الأفكار الفردية التي تهدف إلى حماية المواطنين من المخاطر الناجمة عن نشاط الإدارة، وبين مطالب الحياة الإدارية التي تأتي أن يكون

(1) - محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة، المرجع السابق، ص 498-499.

(2) - هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، المرجع السابق، ص 333.

(3) - سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط 1، 2012، ص 326-327.

(4) - بشير علي خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المرجع السابق، ص 115.

سلاح المسؤولية مسلطاً على رجال الإدارة فيكبت نشاطهم ويعرقل إنتاجهم.⁽¹⁾

2- علاقة السببية

تعتبر علاقة السببية هي الركن لثالث بعد الخطأ والضرر في أركان المسؤولية، فيلزم أن تكون هناك سببية بين الخطأ والضرر وهذا مطلب ضروري ومنطقي فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال وخاصة المتباينة التي تحيط بالحادثة الذي سبب الضرر، فإذا وقع الضرر وكان سبب وقوعه خطأ الإدارة فإن مسؤوليتها تنعقد، أما إذا ثبت أن خطأ الإدارة لم يكن له أثر في حدوث الضرر فإن مسؤولية الإدارة تنتفي من أساسها، ومن التعريفات التي وردت بشأنها أنها علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور.⁽²⁾

وتعتبر مهمة تحديد السببية بتعريف متكامل مشكلة ذات طابع عام في مختلف فروع القانون لدى رجال الفقه والقضاء على حد سواء وتكمن هذه الصعوبة في تحديد هذه العلاقة وإرساء قواعد لها، إذ إنه لا شك في أنّ إغفال هذا الأمر يترتب آثاراً غاية في الخطورة وذلك لعدم تحديد السبب المنشئ للضرر، والذي يؤدي بدوره إلى صعوبة تحديد شخص المسئول ومنه يفقد الحق في التعويض.

ولأن الخطأ مستبعد في نطاق مسؤولية الدولة عن أعمالها في الظروف الاستثنائية فإن العلاقة تكون ما بين الفعل الضار ونشاط الإدارة، والفعل الضار هو كل فعل ترتب عليه ضرر بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء كان الفعل إيجابياً أم سلبياً.⁽³⁾

ومن المعلوم أن إثبات علاقة السببية بين نشاط الإدارة وبين الضرر الناتج عنه شرط ضروري من أجل الحصول على التعويض، ويقع على المضرور عبء إثبات أن الضرر الذي لحق به هو نتيجة مباشرة لنشاط الإدارة، وتظهر أهمية علاقة السببية أنها هي التي تحدد التصرف الذي أدى إلى الضرر من بين جميع التصرفات المتداخلة بالواقعة، ومن ثم فلا مجال لانعقاد مسؤولية الإدارة بدون تحقق رابطة السببية بين الخطأ والضرر والمسلم به أن الضرر قد ينتج عن سبب وحيد وهنا لا توجد صعوبة في نسبة الضرر

(1) - انظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص51.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج1، ص990.

(3) - أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص149.

إلى هذا السبب. (1)

والخلاصة أن قيام علاقة السببية بين خطأ المتهم والضرر هو من المسائل الموضوعية التي يستأثر قاضي الموضوع بتقديرها إثباتاً أو نفيًا، من خلال الوقائع والأدلة المعروضة أمامه.

الفرع الثاني: تقدير التعويض في الفقه الإسلامي

القاضي الشرعي هو من يقوم بمهمة تقدير التعويض وفقاً لطبيعة الضرر وجسامة الاعتداء ولا يكون أمامه من مقياس سوى مدى الضرر الذي لحق بالمضرور، ويكون ذلك بتقييده عند تحديد مقداره وفقاً للمبادئ والأسس التي وضعتها قواعد الفقه الإسلامي والتي سنتناولها في الآتي:

أولاً: المبادئ التي تحكم التعويض

ويشتمل تقدير التعويض على عدة مبادئ أهمها: تحريم أكل أموال الناس بالباطل، والتعويض يغطي الضرر الواقع فعلاً، ومبدأ المماثلة.

1- تحريم أكل أموال الناس بالباطل

للمال حرمة في الشريعة الإسلامية كحرمة النفس، ولذلك فقد جعله الأصوليون أحد الكليات الخمس، التي تعمل الكثير من أحكام الشريعة الإسلامية على حمايتها وصيانتها، لأنّ المال هو أحد المقومات الأساسية، وبهذا نزلت آيات القرآن بتحريم أكله بالباطل قاطعاً بذلك كل شبهة أو تأويل، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (2)، وقال أيضاً: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ (3)

وقد ذكر المفسرون أن المراد بالآية، أي لا تتعاطوا وبعضكم بعضاً بالباطل، وأسهبوا فيما توضيح معنى أكل أموال الناس بالباطل، فقال ابن العربي: "يعني بما لا يحل شرعاً، ولا يفيد مقصوداً." (4)

(1) - حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الدولة عن أعمالها القانونية والمادية، المرجع السابق، ص184.

(2) - البقرة: 188.

(3) - النساء: 29.

(4) - ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج1، ص97.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وقد فصل الجصاص في المعنى على النحو التالي: "وأكل أموال الناس بالباطل من وجهين أحدهما: أخذه على وجه الظلم والسرقة والخيانة والغصب وما جرى مجراه، والآخر، أخذه من جهة محظورة نحو القمار وأجرة الغناء والقيان والملاهي النائحة، ونحو الخمر والخنزير ومالا يجوز أن يملكه، وإن كان بطيب نفس من مالكه، وقد انتظمت الآية حظر أكلها من هذه الوجه كلها". (1)

وجاء في تفسير المنار في معنى الباطل: "أنه ما لم يمكن في مقابلة شيء حقيق، وهو من الباطل والبطلان، أي الضياع والخسار، فقد حرمت الشريعة الإسلامية أخذ المال بدون مقابلة حقيقية يعتد بها رضى ممن يأخذ منه." (2)

أما الأخذ أو الأكل بالطريق المباح شرعا، كالتجارة المبنية على الرضا مثلا، فذلك لا حرج فيه وهو معنى قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ رَاضٍ مِّنْكُمْ﴾، مثل التجارة جميع الأسباب المشروعة التي لا تعدّي فيها، ومن بينها أخذ العوض مقابل الضرر الذي لحق بالمتضرر نتيجة إتلاف مال له أو إصابته بجراح، فكل ذلك من الكسب الطيب، ما لم يتعد فيه." (3)

ولما كان التعويض في الغالب يتم بواسطة الحاكم، فمن المناسب ذكر الآية القرآنية: ﴿وَتَدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ (4)

فقد قررت الآية أن حكم الحاكم لأحد بمال لآخر لا يبيحه له إذا كان المدعي يعلم بطلان ذلك، قال البيضاوي في شرح الآية: "ولا تلقوا حكومتها لتأكلوا بالتحاكم فريقا طائفة من أموال الناس بالإثم...، وأنتم تعلمون أنكم مبطلون." (5)

وقال الجصاص: "وقوله تعالى وتدلوا بها إلى الحكام فيما يرفع الحاكم فيحكم به في الظاهر، فأبان الله تعالى أنّ حكم الحاكم به لا يبيح أخذه، فزجر عن أكل بعضنا مال بعض الباطل، ثم أخبر

(1) - الجصاص، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج1، ص250-251.

(2) - رشيد رضا، تفسير المنار، دار النوادر للنشر والتوزيع، القاهرة، ط2، 2013، ج5، ص40.

(3) - بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض الكوارث، المرجع السابق، ص116.

(4) - البقرة: 188.

(5) - البيضاوي محمد محي الدين أبي سعيد عبد الله، تفسير البيضاوي - أنوار التنزيل وأسرار التأويل، دار المعرفة، لبنان، ص40.

أن ما كان منه بحكم الحاكم، فهو في حيز الباطل الذي هو محظور عليه أخذه. " (1)

فمن وجوه أكل أموال الناس بالباطل إذا ما يحكم به الحاكم بما يراه من شواهد في الظاهر، ولما كان في ذلك شبهة الإباحة، لأنه محكوم به قضاءً، تبه الله تعالى على أن الحرمة لا ترفع عنه إذا كان المدعي يعلم في نفسه بطلانه، ومصدق ذلك قوله النبي ﷺ: " وأنتم تختصمون إلى، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته، من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فإنما أقضي له قطعة من النار، فليحملها أو يذرها. " (2)

وبناء على ما سبق فكما لا يحق إلحاق الضرر ابتداءً بالتعدي على أموال الآخرين، فلا يجوز أن يتعدى المتضرر أو من يحكم له في تقدير الضرر، فيحرص على أن يكون دون زيادة أو نقصان، وإلا عدّ هذا أيضا من أكل أموال الناس بالباطل، وأخذ للحق بغير الوجه الشرعي ولو بطيب نفس من خصمه، إلا في الأحوال التي يغلظ التعويض فيها للتشديد على المعتدي وزجره عن عدوانه. " (3)

ويجدر التنبيه أخيرا إلى أننا أوردنا هذا المبدأ، حتى يتبين أولا أنه لا يجوز التعرض لأموال الناس بغير حق، سواء بالأكل أو التضييع أو غير ذلك من الأسباب، وثانيا أنه لا يجوز إلزام أحد بالتعويض، ما لم يكن لذلك سند من كتاب أو سنة أو إجماع، جاء في المحلى: "قد صحّ أنّ الأموال مُحَرَّمَةٌ، فلا يحلّ إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص ولا إجماع. " (4)

2- التعويض يغطي الضرر الواقع فعلا

ومفاد هذا المبدأ أنّ القصد من التعويض هو جبر الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، دون نظر لمن حدث منه الضرر، دون اعتبار لوجود الإثم بالجناية أو عدم وجوده؛ لأنّ الضرر واقعة مادية، وعليه فيجب أن يكون التعويض مقدرا على أساس تغطية ما وقع فعلا دون زيادة أو نقصان، ودون تمييز بين متسبب وآخر، وجاء في الفروق للقرافي ما يؤكد هذا المعنى: "لأنّ تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف

(1) - الجصاص، أحكام القرآن، المصدر السابق، ص40.

(2) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، رقم الحديث: 7168. ج9، ص69.

(3) - محمد أحمد السراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص326.

(4) - ابن حزم الظاهري، المحلى، المصدر السابق، ج10، ص637.

الناس؛ إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان. " (1)

وكما يجب تغطية جميع الضرر، فلا يجوز أن يأخذ المتضرر أكثر مما فقد، وعلى ذلك فإذا كان فعل الضرر لم يفوت للمتضرر صفة ولا منفعة من ماله، فلا شيء له، لأنّ التعويض شرع لجبر نقصان المال أو فواته، وعليه إذا لم يترتب على الفعل ضرر واقع فعلا، لم يجب به الضمان؛ لأنّ التعويض في الفقه الإسلامي لا يكون إلا عن الضرر الواقع فعلا، وبناء على ذلك (2).

ويرى المالكية سقوط التعويض في كل ضرر لم يترتب عليه نقص في قيمة الشيء، ولو كانت جناية على عبد، جاء في الخرشبي: "إذا غصب عبدا فخصاه، فلم تنقص قيمته عن حاله قبل أن يخصيه، أو زادت، فليس لربه إلا عبده." (3)

وبناء على هذا المبدأ أيضا، فإنه لا تعويض أيضا في ضرر وقع ثم زال، وإن قبض المتضرر العوض قبل زواله ردّه إلى صاحبه، ومن هذا القبيل ما ذكره ابن قدامة المقدسي: "وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وإن كانت بعد أخذها، ردها؛ لأنه تبين أنه لم يكن ذهب." (4)

وجاء في الخرشبي: "من غصب جارية، فهزلت الجارية، أو نسي العبد الصنعة التي كان يعرفها، ثم عاد كل منهما إلى ما كانت عليه، بأن سمت الجارية، وعرف العبد الصنعة، فإنه لا شيء على الغاصب حينئذ، وليس للمالك إلا عين شئيه لحصول الجبران." (5)

وتبعا لهذا المبدأ فلا تعويض للأضرار المحتملة إلا إذا كانت مؤكدة الوقوع، لكونها في حكم الواقعة فعلا، وتؤثر في وقت تقدير التعويض بالتأخير أو في وقت دفعه للمتضرر، وذلك عند عدم معرفة قدرها إلى حين يستقر الأمر نهائيا، أو عند عدم التأكد من وقوع الضرر، فقد ذكر الفقهاء في أحكام الدماء وجوب الانتظار قبل تقدير التعويض، ومن ذلك ما جاء في بدائع الصنائع: "ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولا، لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال يستأني بالجراح حتى تبرأ والتقدير

(1) - القراني، الفروق، المصدر السابق، ج4، ص31.

(2) - المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض الكوارث، المرجع السابق، ص171.

(3) - محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1982، ج6، ص140.

(4) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص444.

(5) - الخرشبي، شرح مختصر خليل، المصدر السابق، ج6، ص139.

بالسنة لأنها مدّة يظهر بها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت. " (1)

وعليه فالأضرار غير المؤكدة الوقوع، لا يعوض عنها في الفقه الإسلامي، ولا تؤثر في عملية التقدير.

3- مبدأ المماثلة

لكي يتحقق مبدأ المماثلة في التعويض لابد من ضمان المثلي بمثله من حيث الصورة والمعنى، أو الجنس والنوع، والصفة والكمية، إذ أن ذوات الأمثال تجبر بما يماثلها في المالية والأوصاف الخلقية، فالمثل يقوم مقام مثله بما يضمن التساوي في المالية والأوصاف الخلقية بما يوصل إلى جبر الضرر، فوجود المثل كبقاء الأصل بعينه، فيكون التعويض به أعدل وأكمل. (2)

وقد حرص الفقهاء على مبدأ المماثلة فقال المالكية: لابد للمثلي ولو بغلا مثله ويلزم الصبر لإبان وجود المثلي. (3)

وأما الشافعية فقد أجازوا لصاحب العوض إن كان مثليا أن ينتظر مثل شئيه إذا انقطع من السوق، وأوجب بعضهم إحضار المثل من دون مسافة القصر. (4)

وأكد الحنابلة في الإنصاف: "ولو حكم حاكم بغير المثل في المثلي، وبغير القيمة في المتقوم لم ينفذ حكمه، ولم يلزمه قبوله." (5)

أما إن لم يكن للمال مثل، كأن يكون المال قيميا، أو مثليا تعذر وجود مثله، فيجيب القيمة أقرب وأعدل للمساواة بين التعويض والضرر، إذا ما اختلفت صفات المال القيمي في الأجزاء والصفات، وذلك لما أخرجه البخاري من حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- عن النبي ﷺ: "من

(1) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج7، ص315.

(2) - المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1957، ج6، ص192.

(3) - الأزهري صالح عبد السمیع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، ج2، ص148.

(4) - السيوطي جلال الدين عبد الرحمان، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص351-352.

(5) - المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، المصدر السابق، ج6، ص194.

أعتق شركا له في مملوك وجب عليه أن يعتق كله إن كان له مال قدر ثمنه يقام قيمة عدل...⁽¹⁾، لأن المماثلة هنا تكون من حيث المالية، بعدما كانت في الحلقة والمالية معا، وذلك أنه إذا تعذر التعويض من حيث الصورة والمعنى، فإنه يصار إلى التعويض من حيث المعنى.⁽²⁾

ثانيا: قواعد تقدير التعويض

تختلف طريقة تقدير التعويض في الفقه الإسلامي بين ما إذا كان الضرر واقعا على النفس أو ما دون النفس أو على المال.

1- تعويض الضرر الواقع على النفس

والضرر الواقع على النفس قد يكون عمدا وقد يكون خطأ.

أ- ضمان الضرر الواقع على النفس عمدا: لا يثير تحديد صفة الضرر الماس بالنفس أو الجسد ولا الضمان المستحق جبرا له أدنى صعوبة في الفقه الإسلامي، لأن الضمان يكون مقدرًا بالشرع، كما في حالة الضرر الواقع على النفس عمدا، ويؤدي إلى قتل النفس فإنه يزال بالمثل قصاصا من المعتدي.

- معنى القصاص: هو عقوبة القتل العمد الذي يتوافر فيه عنصر القصد، ولو لم يكن هناك

سابق تصور وتصميم خلافاً لما جرت عليه بعض القوانين الحديثة، لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُنُوبَ

عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبِ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدِ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى﴾⁽³⁾

وقوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ

وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَاللِّسَانَ بِاللِّسَانِ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾⁽⁴⁾

ووجه الدلالة في الآيتان الكريمتان على وجوب القصاص فيما تمكن فيه المماثلة بين المخلين.

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، باب من اعتق شركا له في عبد، كتاب نداء الإيمان، رقم 2503، ج 6، ص 339.
(2) - الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، سوريا، ط 1، 1961 ج 4، ص 54.
(3) - البقرة: 178.
(4) - المائدة: 45.

الحكمة من مشروعيته: شرع القصاص في العمد زجرا للجاني وردعا له وتعويضا للمجني عليه أو أولياء دمه وشفاء لغيظهم، وهو تعويض معنوي يتم بمقابلة الشر بمثله حفاظا على حياة الناس وأمنهم لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (1)

ب- ضمان الضرر الواقع على النفس خطأ

الضرر الواقع على النفس خطأ يزال بدفع الدية من المال، فالأصل في القتل الخطأ هو التعويض المالي أي الدية، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ (2)

ووجه الدلالة من الآية الكريمة على أن الله تبارك وتعالى أوجب دفع الدية كاملة إلى أهل المقتول في القتل الخطأ جبرا للأضرار التي لحقت بهم بسبب فقده، ومراعاة لانعدام قصد الجاني.

والدية: هي اسم جامع للمال الذي هو بدل النفس. (3)

والدية لا تعد عقوبة خالصة ولا تعويضا محضا والأصح اعتبارها مالا مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال، وهو النفس أو على ما دون النفس (4)، وكذلك تجب الدية في القتل شبه العمد، وهو أن يعتمد الجاني الجناية بما لا يقتل غالبا كالضرب بالعصا، ومقدار الدية مائة من الإبل إذا كان الجاني من أهل البادية، وقد تقدر الدية من الذهب أو الفضة بحسب اختلاف أموال الناس. (5)

2- ضمان الضرر الواقع على ما دون النفس

وقد يكون هذا الضرر عمداً أو خطأً:

(1) - البقرة: 179.

(2) - النساء: 92.

(3) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ج 5، ص 379.

(4) - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج 26، ص 59.

(5) - أنظر: الفروق، القرطبي، المصدر السابق، ج 1، ص 213، ابن عابدين، رد المختار، المصدر السابق، ج 5، ص 379.

أ- الضرر الواقع على ما دون النفس عمدا

ويكون الضرر الواقع على ما دون النفس عمدا كقطع الأنف أو الأذن أو إبانة عضو من أعضاء الجسد، أو تعطيل معنى من المعاني كالعقل أو البصر أو السمع أو الكلام والشم، أو إحداث جرح أو تشويه ينقص الجمال، أو عاهة تقعد عن الكسب فإنه يزال بالمثل قصاصا، لقوله تعالى: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ (1)

ب- الضرر الواقع على ما دون النفس خطأ

والضرر الواقع على ما دون النفس خطأ يزال بالدية أو الأرش المقدر شرعا.

الأرش: هو الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفأث (2) وهو اسم للمال الواجب فيما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل. (3)

وبناء على ذلك فإن الأرش هو مال مقدر شرعا يتقرر ضمناً للأضرار التي تصيب ما دون النفس، ويدخل فيها الأضرار الماسة بسلامة الجسد، كالجراح والإصابات التي تحدث في الرأس والوجه أو الأطراف كقطع عضو أو تفويت منفعته كإذهاب العقل أو السمع أو البصر أو الشم أو الذوق أو النطق أو قوة الجماع ففيه دية كاملة. (4)

والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو زال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب دية كاملة. (5)

(1) - المائة: 45.

(2) - تقي الدين علي عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ج12، ص170.

(3) - ابن عابدين، رد المختار، المصدر السابق، ج5، ص379.

(4) - أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير،

صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعيد علي، مكتبة مصطفى الباوي الحلبي، 1952، ج3، ص410-413.

(5) - ابن الهمام الحنفي البابري، فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية وزارة الأوقاف السعودية، السعودية، ج8، ص307.

ويقدر الأرش في اثنين من البدن كالعينين أو الأذنين أو اليدين أو الرجلين بدية كاملة وفي أحدهما نصف الدية، ويقدر الأرش فيما له أربعة في البدن كأشفار العينين، بأن أرش الاثنين منها نصف الدية وأرش الثلاثة ثلاثة أرباع الدية، وأرش الواحد ربع الدية، ويقدر الأرش فيما له من البدن عشرة، كأصابع اليدين والرجلين، بأن أرش الواحد منهما عشر الدية.⁽¹⁾

ت- ضمان الأضرار الواقعة على ما دون النفس عن طريق حكومة العدل

الأضرار التي تقع على ما دون النفس وليس لها شيء مقدر من الشارع كالشجاج والجراح والإصابات، فإن تقدير الضمان عنها يتم عن طريق حكومة العدل.

تعريف حكومة العدل: عرفها المالكية بأنها: "الاجتهاد والفكر فيما يستحقه المجني عليه من الجاني".⁽²⁾، وعند الشافعية سميت حكومة لاستقرارها بحكم الحاكم حتى لو اجتهد غيره في ذلك.⁽³⁾

فإذا لم يكن في الجرح أو الإصابة شيء مقدر من الشارع فإن تقدير التضمين يتم عن طريق حكومة العدل، حيث يقوم القاضي أو الحاكم العدل بالاجتهاد وإعمال الفكر فيما يستحقه المجني عليه من الجاني جبراً للضرر، ويشمل ذلك أرش الألم وثمان الدواء وأجرة الأطباء سواء برئ الجرح على شين أولاً، فإذا برئ الجرح على شين فيغرم الجاني النقص ويحكم به العارف العدل، أما إذا برئ الجرح على غير شين فلا يلزمه شيء في الخطأ ويلزمه الأدب في العمد.⁽⁴⁾

3- ضمان الأضرار الواقعة على المال

إذا ترتب على التعدي إلحاق ضررٍ بالمال، كهدم بناء وحرق سيارة وتخريب منشآت الدولة، فإن هذا الضرر المالي يزال بالتعويض لما فيه من جبر للضرر ورد لمالية المعتدي عليه كما كانت قبل الاعتداء⁽⁵⁾،

(1) - فخر الدين الزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ، ج3، ص238.

(2) - أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ج4، ص193.

(3) - الشريبي الخطيب، مغنى المحتاج، المصدر السابق، ج4، ص307.

(4) - أنظر: السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج26، ص81.

(5) - انظر: القراني، الفروق، المصدر السابق، ج1، ص213.

فإذا كان المال المعتدى عليه قائما وأمكن رده بعينه وإعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل التعدي وجب ذلك، لأن إصلاح عين الشيء وردّها هو الأصل ويندفع به الضرر.⁽¹⁾

فلو تعدى شخص على ثوب آخر، فأفسده فسادا كبيرا أو صغيرا وأراد ربه أخذه مع أرش النقص فيلزم المعتدي بأن يرفو الثوب ولو زاد عن قيمته ثم يأخذه صاحبه بعد الرفو ويأخذ أرش النقص إذا حصل نقص بعد هذا⁽²⁾، فإذا لم يمكن إعادة المال إلى الحالة التي كان عليها قبل التعدي فإنه يجب رفع الضرر ونفيه من حيث المعنى بالضمان، ليقوم الضمان مقام المتلف فينتفي الضرر بالقدر الممكن.⁽³⁾

ويتم تقدير العوض على أساس ما يترتب على الإلتلاف من نقص في القيمة، والتقويم يكون بنقد البلد، فلا تقوم بغير النقد المضروب.⁽⁴⁾

ويراعى في ذلك القاعدة الفقهية في ضمان الماليات وهي: وجوب مراعاة المثلية الكاملة بين الضرر الواقع وبين العوض الواجب جبرا له كلّما أمكن ذلك، لأنّ المثل أعدل في دفع الضرر لما فيه من اجتماع الجنس والمالية، فإذا تعدّر ردّ المثل أو كان المال المتلف قيميا فإنه يجب ردّ قيمته يوم التعدي عليه لأنّ القيمة تقوم مقام المثل في المعنى والاعتبار المالي.⁽⁵⁾

ثالثا: وقت تقدير التعويض

لما كانت قيم الأشياء تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، وتتقلب أسعارها تبعا لذلك ارتفاعا وانخفاضاً، كان لا بد من تحديد الزمان والمكان اللذين ينظر إليهما عند تقدير قيم المتلف، تحقيقا للعدل وحسما للنزاع.

إن لمعرفة وقت وجوب قيمة المتلف أهمية كبيرة، لأنه يعد عنصرا مساعدا في تحقيق تعويض عادل لصاحب الشيء الذي تعرض للضرر أو التلف، ولتحقيق الجبر العادل لا بد من المساواة بين الضرر والتعويض، إذ أنّ قيمة الأشياء غير ثابتة، لارتباطها بالزمان والمكان، ومن هنا كان لتحديد زمن تقدير القيم، والمكان أهمية خصوصا في حال فوات الشيء.

(1) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج9، ص4422.

(2) - أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المصدر السابق، ج3، ص27.

(3) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج9، ص4454.

(4) - انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص371-381، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج9، ص4423.

(5) - انظر: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج5، ص276، الدسوقي، الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج9، ص09.

وسبق أن بينّا أن المثلي يضمن بمثله، غير أنّه إذا تعذر وجود المثل فإنّه يصار إلى القيمة، فإذا ما حصل ضررٌ لعينٍ من عقار أو منقول أو أدّى الضرر لنفوق حيوان، فالواجب تعويض المال التالف بقيمته، وتحدد القيم بمعرفة أهل الخبر والمعرفة، وزمان تحديد القيم هو يوم التلف، لأنه ثبوت يوم قيمته في الذمة، ولأنه قد فات على صاحبه قيم ماله في ذلك اليوم، وعلى ذلك لزم تقدير قيم المتلف في اليوم الذي تلف فيه. (1)

وقد اتفق الفقهاء على أن الوقت الذي يعتد به في تقدير قيمة التعويض هو وقت التلف أو التعدي، لأن التلف هو سبب وجوب الضمان فيستند التقدير إليه.

فعند الحنفية ذكر ابن نجيم: "المتلف بلا غضب تعتبر قيمته يوم التلف ولا خلاف فيه." (2)

وعند المالكية فقد بين العلامة الدسوقي في حاشيته فيما يتعلق بأحكام الخيار في البيع، " أو أهلكها (أجنبي فالقيمة) يوم التلف " (3).

أما عند الحنابلة فجاء في المغني: "ولنا أنّ القيمة إنّما تثبت في الذمة حين التلف لأن قبل ذلك كان الواجب ردّ العين دون قيمتها." (4)

رابعاً: شروط استحقاق التعويض

وتتمايز شروط استحقاق التعويض في الفقه الإسلامي بين الضرر المالي والضرر الجسدي كما يلي:

1- شروط التعويض عن الضرر المالي

لا يحق لشخص أن يسبب ضرراً لآخر، وإن تسبب في ذلك حتى يستحق المتضرر تعويضاً، يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط التي يقرها الفقهاء لأجل ذلك، ومن أهمها :

(1) - بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض الكوارث الطبيعية، المرجع السابق، ص 184.

(2) - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص 363.

(3) - الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرف الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد بن أحمد بعليش، دار عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة، ج 2، ص 245.

(4) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 7، ص 404.

أ- أن يكون الضرر قد أصاب المتضرر في ماله

يخص هذا الشرط ما يعد مالا شرعا وعرفا لتطبيق مبدأ التعويض عن الضرر، فما كان مالا ثبت له أحكام الجبر بالتعويض إذا تلف، وما لم يكن مالا في الشرع والعرف فلا جبر فيه؛ لأن الجبر بالتعويض خاص بما يصيب المال من ضرر، وكذلك ما يصيب البدن من ضرر نتيجة تعدي أو تفريط⁽¹⁾.

ولا يختلف الفقهاء في تحديد ما هو البدن، فهو واضح لا يحتمل الخلاف فيه، وإنما اختلفوا في المال ما هو، فما كان مالا ثبتت له أحكام الجبر بالتعويض إذا تلف، وما لم يكن مالا فلا جبر فيه، لأن التعويض خاص بما يعد مالا.

وما جرى عليه الجمهور من الفقهاء أن مضمون المال كل ما يمكن تملكه من كل شيء، فيشمل جميع ما يملكه الإنسان من أراض، ومنازل، وسيارات، وآلات وذهب، ومال، ومنافع...

فيعرف المالكية المال بأنه: "ما يقع عليه الملك، واستبد به المالك عن غيره إذا أخذ من وجهه"⁽²⁾.

وهذا التعريف ينطلق من كون المال محل الملك، ولا ملك إلا لما له قيمة بين الناس، وهذا الاعتبار الذي يقوم عليه مفهوم المال هو مناط الصفة المالية للأشياء، مادية كانت أو معنوية، وبذلك يشمل الأعيان والمنافع وسائر الأمور المعنوية كالحقوق، فكل ذلك يقع عليه الملك، وللمالك الحق في أن يستبد بها ويتصرف بها.⁽³⁾

ويعرف الشافعية المال: "المال ما كان منتفعا به، أي مستعدا لأن ينتفع به، وهو إما أعيان، أو منافع."⁽⁴⁾

وهذا التعريف يصرح بأن المال ما يشمل الأعيان والمنافع مما له قيمة ويلزم من كون الشيء ذا قيمة أن تكون له منفعة، إذ لا قيمة لما لا نفع له فلا يكون مالا، ولهذا يطرحه الناس، ولذا لزم التعويض من

(1) - بوساق، محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص177.

(2) - الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة التجارية، القاهرة، مصر، دط، دت، ج2، ص17.

(3) - محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية، المرجع السابق، ص104.

(4) - الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله، المنشور في القواعد، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000،

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الرولة في الظروف الاستثنائية

أُتلف شيئاً مما له قيمة، فإذا أدركنا أنّ المنفعة هي مناط المالمية الثابتة عرفاً، وأن القيمة أساسها المنفعة، نتج عن ذلك أن المنفعة هي الأصل في التقييم والاعتبار، لأنّ المنافع هي الغرض الأظهر من جميع الأموال. (1)

ويعرف الحنابلة المال: "ما يباح لنفعٍ مطلقاً، أو يباح اقتناءه بلا حاجة." (2)

وهذا التعريف لا يشمل المنافع ولا تدخل فيه مع أنّها من المال، فكان ينبغي أن يعرف المال بما يعم الأعيان والمنافع.

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح أن أساس المالمية عند جمهور الفقهاء:

- أن يكون الشيء له قيمة بين الناس.

- أن تكون هذه القيمة ناتجة من أنه ينتفع به انتفاعاً مشروعاً، فلا قيمة لأية منفعة اعتبرتكم الشريعة غير مشروعة.

ب- أن يكون المال متقوماً مملوكاً للمتلف عليه

جاء في بدائع الصنائع: "وأما شرائط وجوب هذا الضمان، فمنها أن يكون المتلف... متقوماً...". (3)
والتقوم يعني الإباحة، والمباح ما كان غير محرم، ولا يندرج في ذلك حاجة المحمصة والعطش الشديد، فلها حكم الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات، إنما المقصود بالتقوم هو الإباحة في غير حال الاضطرار. (4)
جاء في درر الحكام: "المتقوم: وهو المال المحرز الذي يباح الانتفاع به شرعاً." (5)

وعليه فكل من أتلف لأحد مالا متقوماً لزمه التعويض عما لحقه من ضرر في ماله، ولا شك أن

(1) - محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية، المرجع السابق، ص 105.

(2) - ابن النجار محمد بن أحمد بن عبد العزيز، معونة أولي النهى شرح المنتهى، تحقيق عبد الملك عبد الله بن دهيش، دار خضر، بيروت، ط 1، 1416 هـ، ج 4، ص 13.

(3) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج 8، ص 188.

(4) - محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية، المرجع السابق، ص 107.

(5) - حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 2، ص 443.

ما ليس مباحا، لا يلزم من أتلفه شيء، ولذلك فقد أجمع الفقهاء على أنه لا تعويض في إتلاف خمر وخنزير لمسلم سواء كان المتلف مسلما أو ذميا؛ لأن الخمر والخنزير حرام على المسلمين، فلا يحل لهم الانتفاع شرعا، ويحسن من أتلفهما في حقهم، ولا يجب عليه شيء. " (1)

ت- أن يكون في إيجاب التعويض فائدة

بمعنى أن يكون في الإمكان الوصول إلى الحق، ودفع الضرر، حتى لا يكون إيجابه عبثا؛ لعدم القدرة على الوصول إلى الحق، وعدم إمكانية الوصول إلى الحق تنشأ عن عدم الولاية أو السلطة؛ إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر، وهو ما يعرف في العصر الحديث بمبدأ إقليمية القوانين، كما لا يمكن الوصول إلى الحق إذا انعدمت السلطة والولاية على الأشخاص، وإن كانوا في دار الإسلام في حال البغاة إذا أتلفوا المال العادل. " (2)

فقد ذكر الكاساني أن من شرائط الضمان: "أن يكون في الوجوب فائدة، فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلف مال الباغي، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل؛ لأنه لا فائدة في الوجوب، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لانعدام الولاية. " (3)

ث- أن يكون المتلف من أهل الضمان

تثبت أهلية ضمان المال لكل إنسان بدون قيد ولا شرط؛ سواء كان مميزا أو غير مميز، حرا كان أو عبدا، عاقلا أو مجنونا، مستيقظا أو نائما، وتثبت الأهلية كذلك للسكران، فيضمن ما يتلف حال سكره. جاء في قواعد الأحكام: "الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح والزواجر مشروعة لدرء المفساد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان،

(1) - بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص188.

(2) - محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية، المرجع السابق، ص108.

(3) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج7، ص168.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وعلى المجانين والصبيان. ⁽¹⁾، وهو ما عليه جمهور المالكية، فيذكر صاحب الشرح الكبير: "المذهب أن الصبي الغير مميز، والمجنون يضمنان المال في مالهما، والدية على العاقلة إن بلغت الثلث، وإلا ففي مالهما، وأن التميز لا يحد بسن." ⁽²⁾

ويترتب على اشتراط كون المتلف من أهل الضمان أيضا انتفاء الضمان فيما أتلفته البهائم، وذلك ما أشار إليه الكاساني: "حتى لو أتلفت مال إنسان بهيمة لا ضمان على مالكها لأن فعل العجماء جبار فكان هدرًا ولا إتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه." ⁽³⁾

لأنه لا يتصور توجيه الخطاب إليها على الإطلاق، في الحال أو في المآل، فحماية العجماء جبار، أي هدر فلا ضمان على مالك الحيوان، ولم يكن بسبب من مالكة، كالتفريط في حفظه، أو اقتناؤه كلبا عقورا، أو كان الحيوان كالألة في يد، كما في الراكب والسائق والقائد، فعلى مستعمله حينئذ أو مالكة ضمان ما أحدث من ضرر وفي غير ذلك فلا ضمان فيما تحدث العجماء من أضرار، كما لا ضمان أيضا في الأضرار الناجمة عن الجمادات إلا ما يرجع الإتلاف فيه إلى فعل الإنسان عن طريق المباشرة أو التسبب. ⁽⁴⁾

وإذا ثبت أهلية الضمان لشخص عند حدوث الفعل الضار، فلا تنتفي هذه الأهلية عند التلف، أي وقت تحقق الضرر، فمن حفر بئرا في طريق مثلا، وبعد موت الحافر سقط في البئر حيوان فهلك، فالضمان في تركته، ولا تنتفي نسبة الهلاك إليه. ⁽⁵⁾

ج- أن يكون الضرر محقق الوقوع بصفة دائمة

إن العبرة بالتعويض جبر النقص الحاصل في مال المتضرر أو بدنه، ولذلك لا يجب شيء في الضرر غير المحقق، كالضرر المحتمل الوقوع، والضرر المتوقع بتفويت الفرصة كون هذه الأضرار غير محققة الوقوع، ومن هنا لا يجب التعويض بمجرد حدوث الفعل الضار، بل إن هذا الشرط يقتضي أن يكون الضرر

(1) - السلمي عبد العزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار المعرفة، بيروت، دط، ص150.

(2) - الدردير أحمد بن محمد، الشرح الكبير، دار الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، دت، ج3، ص343.

(3) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج7، ص168.

(4) - بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص208.

(5) - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج21، ص101.

محققا بصفة مستمرة، يقول الكاساني: "شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام." (1) وعليه فإذا رجع الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان، لعدم تحقق الضمان بصفة دائمة؛ لأن صاحب الحق يستطيع الانتفاع بماله على الوجه الذي كان عليه قبل حدوث الضرر، ولأن سبب الضمان قد زال بزوال الضرر الذي أحدثه فعل الجاني، فصار الضرر كأن لم يكن، فيتبين بذلك أن هذا الضرر لم يكن موجبا للضمان ولعدم تحققه بصفة دائمة." (2)

2- شروط استحقاق التعويض عن الضرر الجسدي

والضرر الجسدي هو ما يلحق جسد الإنسان من جرح أو تشويه، أو تعطيل لمعنى من المعاني فيه أو التسبب في عجزه عن العمل والكسب، وهذا النوع من الضرر يستوجب الحكم بالتعويض عما وقع فعلا بشروط أهمها:

أ- أن يكون الجاني من أهل الضمان

وأهلية الضمان في هذا الضرر، تثبت لكل آدمي كبيرا كان أو صغيرا، عاقلا أو مجنونا، وسواء حدث الضرر مباشرة منه أو بالتسبب مع التعدي، وقد سبق تفصيل هذا الشرط في شروط استحقاق التعويض عن الضرر المالي.

ب- أن يلحق الضرر بمعصوم

والعصمة هي صيانة الشرع للإنسان، ومنع التعرض له بأذى، وقد ذكر الخرخشي هذا الشرط وفسره بقوله: "معصوما صفة لموصوف محذوف، أي: شيئا، فيشمل النفس والطرف والجرح." (3)، والعصمة تكون بالأموال التالية:

أ- الدخول في الإسلام، لقوله عليه الصلاة والسلام: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها؛ عصموا مني دماءهم وأموالهم بحقها." (4)

(1) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج7، ص107.

(2) - بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص210.

(3) - محمد خرخشي المالكي، الخرخشي على مختصر سيدي الخليل، دار صادر، بيروت، دط، دت، ج8، ص4.

(4) - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، رقم الحديث 392، ج1، ص87.

ب- الأمان، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ

أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ﴾ (1)

ج- التصالح على دفع الجزية، لقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ

وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا

الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ (2)

وعليه فكل من ثبتت له العصمة، فعلى من تسبب في إلحاق ضرر بجسمه لزوم القصاص، أو

التعويض المالي، إظهارا لخطورة المحل وعصمته، قال السرخسي: "وجوب الدية لإظهار خطر المحل

وصيانتته." (3)

ت- أن يكون الجاني تحت ولاية الدولة الإسلامية

والولاية تنقسم إلى قسمين: ولاية على الأشخاص أينما كانوا، وولاية على الإقليم وهو دار

الإسلام.

وعليه فإذا لم يكن للدولة الإسلامية سلطة على الجناة، فمن غير الممكن إيجاب التعويض عليهم،

وبناء على ذلك، فإذا قتل الحربي مسلما أو الباغي عادلا، أو تسبب بإلحاق الضرر بجسمه، فلا شيء

في ذلك، لعدم الولاية والسلطة، أمّا من كان في ولاية الدولة الإسلامية، وخرج من دار الإسلام للتجارة

أو غيرها، فهل يكون مسؤولا عن المخالفات التي يرتكبها في دار الحرب؟

يرى الجمهور أن الحدود تثبت على المسلمين، إذ فعلوا ما يستلزمها في دار الحرب، وخالفهم أبو

حنيفة، فقال: لا تثبت الحدود على المسلمين إلا أن يكون في دار الحرب إمام، ولكن الجميع متفقون

على وجوب الدية على من قتل مسلما فيها." (4)

(1) - التوبة: 06 .

(2) - التوبة: 29 .

(3) - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج26، ص85-86.

(4) - بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص301.

جاء في المدونة الكبرى: "قلت: أريت لو أن تجارا من المسلمين دخلوا أرض الحرب بأمان، فسرق بعضهم من بعض، ثم شهدوا على السارق بالسرقة حين خرجوا إلينا، أيقام الحد على السارق أم لا في قول مالك؟، قال مالك: في الجيش إذا كانوا في أرض الحرب؛ أنه تقام على السارق الحد، فكذلك هؤلاء الذين دخلوا بأمان، لأن مالكا لا يلتفت إلى اختلاف الدارين." (1)

وذكر ابن هبيرة رأي الجمهور فقال: "واختلفوا على تثبيت الحدود في دار الحرب على من وجدت منه أسبابها، سواء كان في دار الحرب إمام، أو لم يكن، وقال أبو حنيفة: لا يثبت إلا أن يكون في دار الحرب إمام."، وأضاف مؤكدا إجماعهم على لزوم الدية من غير خلاف، فقال: "إلا القتل فإنه يضمن القاتل الدية من ماله عمدا كان أو خطأ." (2)

هذا ويجري حكم المحاربين في - عدم ضمان ما أتلّفوه على المسلمين - على من كان في دار الإسلام، وخرج على سلطة الدولة الإسلامية بنحو بغي أو ردة، فيرى المالكية أن البغاة لا يضمنون في صورة ما إذا كان خروجهم بتأويل، جاء في قوانين الأحكام الفقهية: "البغاة ما أتلّفوه في الفتنة من النفوس.. فإن كانوا خرجوا بتأويل فلا ضمان عليهم، وإن خرجوا بغير تأويل، فعليهم القصاص في النفوس." (3)

(1) - سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، ط1، مجلد 06، ج16، ص291.

(2) - ابن هبيرة عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد، الإفصاح عن معاني الصحاح، المؤسسة السعيدية، الرياض، ج2، ص275.

(3) - ابن جزى، قوانين الأحكام، المصدر السابق، ص364.

- خلاصة المبحث

في ختام هذا المبحث يمكن استنتاج ما يلي:

- التعويض حق عام وشامل تستفيد منه كل ضحية تعرضت للأضرار لا يمكن استناد المسؤولية فيه لشخص محدد بل ينسب فيها الضرر إلى واقعة يسأل عنها شخص غير محدد من الأشخاص، ومجرد إثبات الضرر كاف بذاته لاستحقاق التعويض.

- الضمان في تكييفه الفقهي الشرعي تكليف مالي بدلي يقدر بقدر الضرر وهو نفسه تعريف التعويض الذي يتلاءم مع عموم نظرية المسؤولية التي تلتزم بتعويض الغير عما لحقه من ضرر جزئي أو كلي.

- التعويض يمنح على أساس ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب على غرار القواعد العامة في المسؤولية القانونية، كما يحق للمضرور الرجوع على المسؤول بباقي عناصر الضرر إن أمكن ذلك.

- الشريعة هنا موافقة لما جرى عليه القانون من أنّ التعويض نوعان: تعويض عيني وتعويض بمقابل، فالأول يلجأ إليه متى كان ذلك ممكناً وهو نادر في المسؤولية الإدارية، والثاني قد يكون تعويضاً غير نقدي كما في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الصادر في الصحف، وقد يكون تعويضاً نقدياً وهو الغالب في دعاوى المسؤولية المدنية.

- التعويض بمقابل هي الطريقة الأكثر شيوعاً في التعويض عن الأضرار أمام القضاء، ويكيف كل من الدية والأرش وحكومة العدل في الفقه الإسلامي على أنّها جزاءات تجمع بين العقوبة وجبر الضرر فهي تؤدّي وظيفة التعويض المالي للمضرور أو ورثته.

- يتفق الفقه الإسلامي مع ما يراه أغلب شراح القانون بالنسبة لتقويم وقت الضرر، وإن كان هناك أقوالاً أخرى في الفقه تتفق مع رأي جماعة آخرين من شراح القانون ممن يقولون بتقدير التعويض عند صدور الحكم القضائي.

- القاعدة الأساسية في تقدير الضمان بشكل عادل ومتوازن، تتمثل بوجود تحقيق التعادل بين الضمان وبين الضرر، فالمضرور يجب أن يعوض بمقدار ما لحقه من ضرر فعلاً، فلا يجوز أن يزيد مبلغ الضمان عن مقدار الضرر أو ينقص عنه، وهو ما يهدف إلى التناسب بين الضمان والضرر الجسدي

أو المالي، فعناصر الضرر المستوجبة للتعويض لا تكون واحدة مجال من الأحوال.

- حالة الضرورة ليست سببا للإعفاء من الضمان، فيجب ضمان البديل: القيمة في القيمي والمثل في المثلي، سواء أ قدر على البديل في الحال أو كان عاجزا عنه.
- حتى يتم التعويض بصورة قانونية وشرعية ينبغي أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط للمطالبة به كأن يكون الضرر مباشرا حالا واقعا حقيقة، ويصيب المضرور في مصلحة مشروعة يحميها القانون والشرع.
- التقدير النهائي للتعويض عن الضرر الواقع فعلا قد لا يكون متيسرا للقاضي عند نظر الدعوى بسبب الظروف الاستثنائية التي نتج عنها الضرر، وفي مثل هذه الحالة فإنه يجوز الحكم له بتعويض مبدئي من القضاء يمكن بعده إعادة النظر فيه لو تدخلت الدولة للتعويض عن مثل هذه الأضرار بواسطة نص القانون.

المبحث الثاني: طرق وآليات تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية

الأصل العام أن المتضرر من نشاط الدولة بإمكانه الحصول على تعويض لجبر الضرر، وذلك في إطار أوضاع وأسس المسؤولية التقليدية للدولة والمعمول بها في الظروف العادية وذلك عن طريق دعوى المسؤولية، لكن مع تغير الظرف قد لا ينظر إلى الضرر على أنه مجرد عنصر أو ركن في المسؤولية وإنما يصبح ينظر إلى وجوب رفعه عن المضرور، بغض النظر عن مصدره وهو ما ينطبق على ضحايا الظروف الاستثنائية، أين يصبح موضوع جبر الضرر مستقلا عن المسؤول عنه، وهذا ما يتطلب تدخل الدولة لتعويض هؤلاء المتضررين من باب مسؤوليتها العامة عنهم، بطرق وآليات وطرق أخرى وهي ما تسمى بالآليات الجماعية .

المطلب الأول: تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية استنادا لدعوى المسؤولية

إن تحصيل التعويض لا يكون إلا وفق مبادئ كرسها القضاء الإداري تتلخص في دعوى التعويض عن المسؤولية الإدارية، وهي الدعوى الأكثر قوة وقيمة قانونية وعملية فهي وسيلة قضائية كثيرة الاستعمال والتطبيق لحماية الحريات والحقوق والدفاع عنها في مواجهة سلطات وأعمال الإدارة العامة وغير المشروعية والتي تزداد شدتها في الظروف الاستثنائية.

وللوقوف على مدى تغطية دعوى التعويض في نطاق المسؤولية الإدارية لأضرار الظروف الاستثنائية نتطرق أولا لتحديد مفهوم دعوى التعويض، ثم التعرض لشروط قيام هذه الدعوى.

الفرع الأول: مفهوم دعوى المسؤولية (دعوى التعويض)

نظرا لأهمية دعوى التعويض وتجسيدها الفعلي لحماية وصيانة الحقوق في مواجهة أخطاء الدولة، تعتبر من الدعاوى الأكثر قوة وقيمة قانونية، فهي وسيلة قضائية كثيرة الاستعمال والتطبيق كونها تمثل السبيل القانوني الوحيد لحل المنازعة الإدارية، وتحديد مفهوم دعوى التعويض بصورة واضحة وكاملة يتطلب التطرق لتعريف دعوى التعويض وتوضيح خصائصها.

أولاً: تعريف دعوى التعويض

يمكن تعريف دعوى التعويض من عدة جوانب:

1-التعريف التشريعي

لقد ورد معنى دعوى التعويض في التشريع وفيما يخص القانون الإداري بشكل محتمس، بحيث لم يوردها المشرع بصورة صريحة بل جاء ضمناً إلا في بعض النصوص والمواد التشريعية كما جاء في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أن المحاكم الإدارية جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها، وأشار إليها في المادة 801 من نفس القانون التي ذكرت الدعاوى التي تختص فيها المحاكم الإدارية، ومن بينها دعاوى القضاء الكامل، والتي تضم دعوى التعويض باعتبار أن دعاوى القضاء الكامل هي الأشمل ودعوى التعويض بالنسبة لها سوى جزء منها، ويفهم بشكل ضمني من عبارة جميع القضايا دخول دعوى التعويض تحت مظلة هذه العبارة أو عبارة دعاوى القضاء الكامل والتي تتضمن بدورها دعوى التعويض.

2- التعريف القضائي

ورد معنى دعوى التعويض في الأحكام والقرارات القضائية بشكل ضمني تحت مظلة دعاوى القضاء الكامل، ولم تأت بصفة صريحة بالرغم من الدور الكبير الذي لعبه القضاء في إرساء قواعد هذا النوع من الدعاوى.⁽¹⁾

3- التعريف الفقهي

عرفت بعدة تعريفات منها: أنها الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وطبقاً للشكليات والإجراءات المقررة قانوناً للمطالبة بالتعويض الكامل والعادل اللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار.⁽²⁾

⁽¹⁾ -صالح عبد الفتاح، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2013، ص56.

⁽²⁾ - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص255.

أو هي الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء للمطالبة بتضمين ما أصابه من ضرر نتيجة تصرف الإدارة.⁽¹⁾

ولأن القاعدة العامة في المسؤولية الإدارية هي أن يكون التعويض جزاء الإخلال بالتزام يفرضه القانون هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع، وعلى ذلك فإن دعوى التعويض الإداري هي دعوى ترفع للمطالبة بجبر الضرر المادي أو الأدبي الذي يحدث نتيجة الخطأ من جهة الإدارة مع مراعاة أن القرار الإداري الخاطيء الذي لا يجوز طلب إلغاءه لا يجوز بالتبع كقاعدة عامة طلب التعويض عنه.⁽²⁾

ودعوى التعويض من الدعاوى التي تتسع فيها سلطة القاضي الإداري لتشمل تعويض الضرر الناشئ عن تصرفات الإدارة وإلغاء بعض القرارات الإدارية، كذلك التي وقعت الإدارة بمقتضاها جزاءات على المتعاقد رافع الدعوى وإلغاء بعض التصرفات القانونية التي لا يصدق عليها وصف القرار الإداري أو تعديل القرار الإداري.⁽³⁾

ونستخلص من هذه التعريفات أنّ دعوى التعويض تعتبر من أهم الدعاوى الإدارية التي تنتمي إلى دعاوى القضاء الكامل، والتي يتمتع فيها القاضي الإداري بسلطات واسعة وكاملة في تقدير التعويض، بحيث تهدف إلى المطالبة بالتعويض وجبر الأخطاء المرفقية المترتبة على الأعمال الإدارية لا سيما الأعمال القانونية والنشاطات المادية الضارة.

ثانياً: خصائص دعوى التعويض

تتسم دعوى التعويض بمجموعة من الخصائص تؤدي إلى زيادة المعرفة بهذه الدعوى بشكل أكثر دقة ووضوح وهذا ما يسهل من عملية تنظيمها وتطبيقها بصورة صحيحة وسليمة ومن أبرز خصائص دعوى التعويض الإدارية أنها:

(1) - شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، المرجع السابق، ص5.

(2) - رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض ومسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة، القاهرة، 2008، ص84.

(3) - شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، المرجع السابق، ص6.

1- دعوى قضائية

تكتسب دعوى التعويض الطبيعة القضائية من أمد طويل ويترتب على خاصية القضائية لدعوى التعويض أنها تتميز وتختلف عن كل من فكرة القرار السابق، والتظلم الإداري باعتبارها طعون وتظلمات إدارية ويترتب عن الطبيعة القضائية لدعوى التعويض أيضا أنها تتحرك وترفع وتقبل ويفصل فيها في نطاق الشكليات والإجراءات القضائية المقررة قانونا وأمام جهة قضائية مختصة.⁽¹⁾

والاختصاص القضائي أو قواعد الاختصاص تدخل ضمن القواعد الشكلية التي تنظم مسؤولية الإدارة، إلى جانب القواعد الموضوعية التي تطبقها الجهة المختصة على موضوع دعوى التعويض.⁽²⁾

2- دعوى التعويض من دعاوى القضاء الكامل

تصنف دعوى التعويض بأنها من دعاوى القضاء الكامل لأنّ سلطات القاضي فيها واسعة وكاملة قياسا على سلطات القاضي في دعوى قضاء الشرعية، حيث تتعدد سلطات القاضي في دعوى التعويض من سلطة البحث والكشف عن مدى وجود الحق الشخصي لرفع دعوى التعويض وسلطة البحث كما إذا كان قد أصاب هذا الحق بفعل النشاط الإداري، ثم سلطة تقدير نسبة الضرر وسلطة تقدير مقدار التعويض الكامل والعادل اللازم لإصلاح الضرر إلى سلطة التعويض، فسلطات القاضي في دعوى التعويض متعددة وواسعة ولذلك كانت هذه الدعوى من دعاوى القضاء الكامل وفقا لمنطق وأساس التقسيم التقليدي للدعاوى الإدارية، والذي يعتمد في عملية تصنيف الدعاوى الإدارية على أساس مدى حجم سلطات القاضي المختص في الدعوى.⁽³⁾

3- دعوى التعويض دعوى ذاتية شخصية

دعوى التعويض دعوى ذاتية شخصية على أساس أنها أولا تتحرك وتنعقد على أساس حق أو مركز قانوني شخصي وذاتي لرافعها، وتستهدف تحقيق مصلحة شخصية وذاتية تتمثل في تحقيق مزايا

(1) - عمار عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 257.

(2) - عثمان ياسين علي، إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعوى الإلغاء والتعويض، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 71.

(3) - عمار عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 259.

وفوائد أو مكاسب مادية أو معنوية شخصية وذاتية للتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية التي أصابت الحقوق والمراكز القانونية والشخصية لرافعها، وتعتبر دعوى التعويض كذلك، لأنها تتجاهم السلطات والجهات الإدارية صاحبة النشاط الإداري غير المشروع والضرار ولا تنصبُ كلية عن النشاط الإداري الضار عكس دعوى الإلغاء.

ويترتب عن الطبيعة الذاتية والشخصية لدعوى التعويض العديد من النتائج والآثار القانونية أهمها التشديد والتضييق في مفهوم شرط الصفة والمصلحة لرفع وقبول دعوى التعويض، بحيث يجب أن يكون لرافع الدعوى مصلحة جدية وحالة، مباشرة وشخصية ومشروعة لقبول الدعوى أمام الجهات القضائية، ويترتب أيضا عن هذه الخاصية إعطاء سلطات للقاضي المختص بالنظر والفصل في دعوى التعويض للكشف عن مدى وجود حقوق شخصية مكتسبة والعمل على إصلاح الأضرار التي تسببها من جراء النشاط الإداري الضار.⁽¹⁾

فدعوى التعويض الناشئة عن المسؤولية الإدارية من الدعاوى الذاتية والشخصية لأن موضوعها يتمثل في المطالبة بحق شخصي وذاتي لرافع الدعوى الذي له مصلحة مادية ومعنوية.

4- دعوى التعويض من دعاوى قضاء الحقوق

فهي دعوى تنعقد على أساس الحقوق الشخصية المكتسبة ولأنها تستهدف دائما وبصورة مباشرة وغير مباشرة حماية الحقوق الشخصية المكتسبة والدفاع عنها قضائيا، لذا يترتب حتمية التشدد والدقة في وضع وتطبيق الإجراءات والشكليات القضائية المتعلقة بدعوى التعويض، لتوفير الضمانات اللازمة لفاعلية وجدية دعوى التعويض في حماية الحقوق الشخصية المكتسبة من اعتداءات الإدارة غير المشروعة والضرارة⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى التعويض

إن دعوى التعويض كغيرها من الدعاوى الإدارية لها مجموعة من الشروط لابد من توافرها حتى يتمكن كل مضرور من اللجوء للقضاء من أجل المطالبة بحقه إن توافرت الشروط اللازمة، وستناول الشروط الشكلية والشروط والموضوعية.

(1) - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 258.

(2) - المرجع نفسه، ص 260.

أولاً: الشروط الشكلية لقبول دعوى التعويض

ولتوضيح الجوانب العملية لتطبيق دعوى التعويض الإدارية سيتم التطرق إلى دراسة الشروط الشكلية لقبولها

1- الشروط الشكلية لقبول الدعوى

تنطبق على دعوى التعويض كغيرها من الدعاوى الشروط العامة المنصوص عليها في الإجراءات المدنية والإدارية من صفة ومصلحة وأهلية، ولن نخوض هنا في هذه الشروط العامة بل نقتصر على إزالة الغموض بشأن شرطين ثار الخلاف بشأنهما بخصوص دعوى التعويض وهما شرط القرار السابق، وشرط الميعاد.

أ- شرط وجود القرار السابق

تفترض قاعدة القرار الإداري السابق أن يقوم من أصابه ضرر يبغي الحصول على تعويض عنه، بتوجيه طلب التعويض إلى الإدارة قبل أن يلجأ إلى القضاء، وأن تتخذ الإدارة بشأنه موقفاً، فإذا لم تجبه على طلبه كله أو بعضه اعتبر هذا قراراً منها بالرفض، مما يجعل هذا القرار محلاً للطعن أمام القضاء الإداري في فرنسا⁽¹⁾، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز للمضرور أن يتقدم إلى مجلس الدولة مباشرة قبل المرور على الإدارة أولاً، واستصدار قرار صريح أو ضمني منها بالرفض إذ يجب عليه إثارة النزاع فيما بينه وبين الإدارة التي تصدر بشأنه قراراً يخضع لرقابة المجلس⁽²⁾.

ولقد كانت فقرة القرار السابق مشترطة في المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية القديم قبل تعديلها سنة 1990، اشترط القانون المدني الجديد رقم 09/08، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية على ضرورة وجود قرار إداري سابق لاكتمال الشروط الشكلية في نص المادة 819 منه: " يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير مدى مشروعية القرار الإداري تحت طائلة عدم قبول القرار الإداري المطعون فيه ما لم يوجد مانع مبرر."⁽³⁾

(1) - طه الشاعر، قضاء التعويض ومسؤولية الدولة عن أعمالها التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 793.

(2) - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 91.

(3) - المادة 819 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية الجزائرية، ع 21، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

ومن خلال هذه المادة يتبين أن شرط القرار السابق مطلوب في دعاوى الإلغاء والتفسير، وتقدير المشروعية بنص صريح دون دعاوى القضاء الكامل، ومنها دعوى التعويض التي لم ينص عليها المشرع في المادة المذكورة أعلاه ما أدى إلى إثارة خلاف بشأن هذا الشرط في دعاوى التعويض وأبدى الفقه مواقف مختلفة بشأنه، فيرى الأستاذ عوابدي عمار أن فكرة القرار السابق باقية في قانون الإجراءات المدنية وأنها شرط جوهري في دعوى التعويض الرامية إلى إقامة مسؤولية الإدارة.⁽¹⁾

كما لا يتعد الأستاذ رشيد خلوفي عن رأي الأستاذ عمار عوابدي غير أنه أعطى حلا افتراضيا بشأن مسألة القرار السابق ويتمثل في رفع شكوى قصد استصدار قرار صريح أو ضمني، وهذا الحل يجعل القرار السابق شرطا جوهريا لرفع دعوى التعويض.⁽²⁾

لكن ذهب الأستاذ مسعود شيهوب إلى أن التظلم أو استصدار القرار السابق غير لازم في المنازعات العائدة لاختصاص المجالس القضائية بما في ذلك قضاء التعويض وأن المشرع أوجد نظاما إجرائيا جديدا وهو نظام الصلح محل التظلم في الفقرة 3 من المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية المستحدثة في إصلاح 1990.⁽³⁾

ويؤيده في رأيه هذا الأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا، الذي يرى أن الفقرة الثانية من المادة 169 مكرر، أنها تنطبق فقط على دعوى الإبطال ولا تنطبق على دعاوى القضاء الكامل مثل دعوى التعويض لأنه بالنسبة للأعمال المادية الضارة للإدارة لا وجود لقرار إداري، أضف إلى ذلك أن المشرع استحدث إجراء الصلح في الفقرة 03 من المادة 169 والذي محل التظلم الإداري سواء بالنسبة لدعاوى الإبطال أو دعوى التعويض عن الأعمال الإدارية الضارة، وهذا لإعطاء فرصة للإدارة لتسوية النزاع وديا وهذا إما بسحب قرارها غير المشروع إذا كانت الدعوى ترمي إلى إبطاله أو عرض تعويض على الضحية في حالة العمل المادي الضار، وهذا تفاديا للمبالغ الإضافية التي قد يحكم بها عليها في حالة عدم التوصل إلى صلح، كما تتفادى الإدارة المصاريف الإضافية الأخرى الخاصة بالاستئناف.⁽⁴⁾

(1) - أنظر: عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 284.

(2) - أنظر: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1998، ص 83 وما بعدها.

(3) - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1999، ج 2، ص 295 وما بعدها.

(4) - أنظر: لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 353-354.

وهكذا فإن دعوى التعويض لا يشترط لرفعها القيام بالتظلم واستصدار القرار السابق بل ترفع مباشرة، وأن إجراء الصلح حل محل التداوير وهذا ما أكدّه الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة فقد قضى في قرار له بتاريخ 2004/02/10 (قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سعيدة ضد أعضاء المستثمرة الفلاحية هشماوي، بأن المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية المشتربة للقرار السابق لا تنطبق على دعاوى التعويض وجاءت أسبابه: "حيث أن المستأنف يتمسك بأن الطلب الأصلي الذي قدّمه أعضاء المستثمرة الفلاحية هشماوي غير مقبول، بناء على المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية من حيث أن العريضة لم تكن مصحوبة بالقرار محل الطعن، حيث أن طلب أعضاء المستثمرة الفلاحية هي دعوى تعويض مدني، أي دعوى من القضاء الكامل، ومنه فالمادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية لا يمكن تطبيقها في قضية الحال."⁽¹⁾

وأكد مجلس الدولة الاجتهاد أعلاه في قرار لاحق بتاريخ 2004/05/11 (قضية والي وهران ضد السيد (م، ح) ورئيس بلدية وهران، بأن قرر صراحة عدم لزوم استصدار القرار السابق قبل رفع دعوى التعويض وبالتالي عدم لزوم التظلم الإداري وجاءت أسباب القرار كما يلي: "حيث أن النزاع يتعلق بطلب تعويض مقابل ما لحق المستأنف عليه (م، ح) من أضرار، بسبب هدم بنايته التي أقامها وفقا للقوانين السارية المفعول، وبعد حصوله على موافقة وزارة الشؤون الدينية وحصوله على رخصة البناء لإقامة سكن فوق بيت الوضوء لمسجد الإمام البخاري الذي يعمل به.

حيث أن طلب التعويض تختص به الغرفة الإدارية، طالما أن هذا التعويض يقع على الإدارة وحيث أن دفع المستأنف المتعلقة بالمادتين 02/169 و 01/169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية جاءت في غير محلها، لأن طلب التعويض لا يقتضي صدور مقرر إداري يرفضه، إلا أنه في الدعوى الحالية يتبين أن المستأنف والي ولاية وهران لم يرتكب أي خطأ ضد المستأنف يستوجب تعويضه."⁽²⁾

(1) - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، ملف رقم 012018، نقلا عن لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 355.

(2) - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، ملف رقم 012454، نقلا عن لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 356.

وهكذا يكون مجلس الدولة قد استبعد تطبيق المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، وعلى ذلك فإنّ دعوى التعويض ترفع مباشرة ضدّ الإدارة دون اشتراط التظلم أو القرار السابق وحل إشكالية الخلاف الفقهي.

والخلاصة إنّ إمكانية تحقيق شرط القرار الإداري المسبق تكاد تكون صعبة إن لم نقل مستحيلة خاصة إذا كانت الأعمال الإدارية التي تنتج عنها أضرار للغير هي أعمال مادية، ولا تستند في حدوثها إلى قرار إداري، وهنا يبقى الإشكال قائما في كيفية إثبات علاقة الإدارة بالضرر الذي أصاب الغير دون وجود قرار إداري سابق، ويزداد الأمر صعوبة وإهماما بخصوص المسؤولية الإدارية الناشئة عن تصرفات الدولة في الظروف الاستثنائية، والتي تستند في أغلبها إلى نظرية المخاطر والتي يكاد يستحيل إثبات علاقة الدولة فيها بالضرر الحاصل للمضرور فيها، وعليه يعتقد أنه كان من المستحسن على المشرع تكريس آليات أكثر نجاعة ووضوحا لإثبات مسؤولية الدولة أمام القضاء.⁽¹⁾

ب- شرط الأجل

الأجل هو الفترة الزمنية المحددة قانونا لرفع الدعوى الإدارية وقبولها من الجهة القضائية المختصة ولها بداية ونهاية، وينبغي القيام بالعمل الإجرائي في تلك الفترة على اعتبار أن المنازعة الإدارية تتميز عن غيرها من المنازعات بالطابع الخاص بالمواعيد المفروضة على أطراف النزاع، ويفرض شرط الميعاد على المتقاضين لتمكينهم من البحث عن الإمكانيات التي تسمح لهم بتحسيد رأي جديد عن قانونية العمل الإداري المرغوب الطعن فيه، ومن جهة أخرى المصلحة العامة تستوجب استقرار المعاملات الإدارية، حتى لا يعرقل النشاط العادي للإدارة، فإنه لا بد من تحديد مناقشة أعمالها في مدة معينة.⁽²⁾

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع قد تصدى لشرط الميعاد من خلال المواد 820 إلى المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية، ويشترط طبقا للمادة 829 أن ترفع تحت طائلة رفضها شكلا أمام القضاء الإداري خلال مدة أربعة أشهر تحسب من تاريخ إعلان القرار الإداري أي من تاريخ التبليغ إذا كان القرار فرديا، ومن تاريخ النشر إذا كان القرار تنظيميا جماعيا،

(1) - محمد الصغير باعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002، ص148.

(2) - ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016/2015، ص347.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

وذلك في حالة الضرر الناجم عن عمل إداري قانوني، ومنها دعاوى الإلغاء المنصبة على قرارات الفصل من الوظيفة والتي حصل منها الكثير في فترة التسعينات في إطار مكافحة الإرهاب في حال الاشتباه في الانتماء إلى الجماعات الإرهابية المسلحة أو بسبب الاعتقال الإداري.

أما بالنسبة لدعوى التعويض عن الضرر الناجم عن عمل مادي كاستعمال الأسلحة النارية خلال مكافحة الإرهاب مثلاً، فالتساؤل يثور حول بداية حساب ميعاد الأربعة أشهر في هذا الأعمال المادية التي يصعب فيها الحصول على القرار المسبق - مثلما أشرنا إليه سابقاً- وقد ثار نقاش فقهي تضاربت فيه الآراء، فقد ذهب الأستاذ عمار عوابدي، والأستاذ خلوفي رشيد إلى أن ميعاد رفع دعوى التعويض أمام القضاء الإداري هو أربعة أشهر، تبدأ من يوم التبليغ الشخصي بالقرار أو نشره طبقاً للفقرة الثانية من المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية.⁽¹⁾

فهذان الأستاذان يقولان ببقاء فكرة القرار الإداري السابق، تبعاً لذلك على الضحية أن يرفع تظلماً أمام الإدارة قبل رفع دعوى التعويض وينتظر صدور قرار منها صريحاً أو ضمناً، وبعدها يرفع دعوى التعويض أم الجهات القضائية في ميعاد أربعة أشهر بعد صدور قرار الرد الصريح أو الضمني.

أما الأستاذ مسعود شيهوب والأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا، فقد ذهبوا إلى أنه بعد حذف التظلم كشرط من شروط رفع الدعوى أمام المجالس القضائية، فإن دعوى التعويض لا ترتبط بميعاد تبعاً لذلك، أما دعوى الإبطال فإنها ترفع ضد القرار الإداري المدعى بعدم مشروعيته خلال ميعاد أربعة أشهر والتي تبدأ من يوم التبليغ أو النشر.⁽²⁾

وأمام هذا التضارب في الآراء فإن الممارسة القضائية كانت لصالح الرأي الأخير، وذهبت إلى عدم الأخذ بقاعدة القرار السابق، ومدام أن الأجل مرتبط بالقرار، فمن غير المعقول حساب هذا الميعاد من تاريخ قرار غير موجود أصلاً وهي النتيجة التي أكدها مجلس الدولة في الكثير من قراراته، منها القرار الصادر بتاريخ 2020/06/01 قضية (ب، م) ضد بلدية سيدي عقبة ومن معها، بقوله: "حيث أن

(1) - أنظر: عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص 293، خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 84-85.

(2) - أنظر: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 331، لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 358.

لُبُّ هذه الدعوى يتمحور حول تعيين خبير من أجل تقدير المسكن محل النزاع، حيث أن هذه الدعوى تشمل إذن النزاع الكامل وليس دعوى إبطال، وبالتالي فلا تخضع لأي ميعاد.

حيث أن قضاة مجلس قضاء بسكرة برفضهم لهذه الدعوى شكلا أخطأوا في تقدير الوقائع وفي تطبيق القانون، وبالتالي يتعين إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد بقبول الدعوى شكلا..⁽¹⁾

وعليه فإن دعوى التعويض غير محددة بميعاد، والميعاد المنصوص عليه في المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية الجزائي متعلق بدعوى الإبطال التي ترفع ضد قرار صادر عن الدولة، ويبقى الأجل الذي نحن بصدد البحث عنه هو تلك المتعلقة بالفترة الممتدة ما بين تاريخ وقوع الضرر الناجم عن نشاط الدولة في الظروف الاستثنائية إلى غاية تاريخ اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض.

ثانيا: الشروط الموضوعية لدعوى التعويض

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية على أن دعوى التعويض لا تقبل إلا إذا توافر في المدعي شرط الصفة والمصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة⁽²⁾، وسوف نفصل في هذين الشرطين كما يلي:

1- شرط الصفة

إن الإدعاء المدني لا يتم في الأصل إلا من طرف الشخص الذي أصابه ضرر شخصي من الاعتداء، فغالبا ما يكون المضرور هو من وقع عليه التعدي، إلا أنه أحيانا قد يصيب الضرر شخصا آخر غير المعتدى عليه، مثلا يحق لأبناء المعتدى عليه في القتل رفع الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الشخصي الذي أصابهم نتيجة مقتل أبيهم، وعليه فلكي يكون للمضرور حق رفع الدعوى المدنية، فإنه يجب أن يكون ذا صفة في رفعها، وعرف الصفة الكثير من فقهاء القانون:

فيقول الأستاذ محيو: "يجب أن يتمتع المدعي بالصفة اللازمة لرفع الدعوى، أي أن يتمتع بالأهلية

(1) - قرار غير منشور، الغرفة الثالثة، ملف رقم 013218، نقلا عن لحسن بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص 358.

(2) - المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون."

القانونية للتقاضي وأن يثبت وجود مصلحة لإقامة الدعوى. " (1)

كما يعرفها الأستاذ شيهوب بأنها: "الوضعية التي يحتج بها المدعي للقيام بدعواه"، أي أنه يجب أن ترفع دعوى التعويض من صاحب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب شخصيا أو بواسطة نائبه ووكيله القانوني أو القيم أو الوصي عليه هذا بالنسبة للأفراد المدعين أو المدعى عليهم، أما الصفة في السلطات الإدارية المختصة فيجب أن ترفع دعوى التعويض من أو على السلطات الإدارية المختصة والتي تملك الصفة القانونية للتقاضي باسم وحساب الإدارة العامة مثل الدولة والولاية ورؤساء البلديات. " (2)

ويستنتج من التعريفات السابقة أن الصفة هي أن يكون للمدعي وضعية ملائمة تسمح له بمبادرة الدعوى حيث يكون المركز القانوني السليم الذي يخول له التوجه للقضاء. وبالرجوع إلى نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية السالف الذكر نجد في الفقرة الثانية منها: "يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي عليه"، وبالتالي يشترط في أشخاص الخصومة توفر الصفة وإلا كان مآل الدعوى عدم قبولها شكلا.

وهناك من يدمج شرط الصفة بشرط المصلحة على اعتبار أن من له صفة التقاضي بالضرورة وكنتيجة لذلك تكون له مصلحة فيه التي تتمثل بالحصول على حقه من القضاء وفق ما يقرره القانون. " (3) غير أن نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يمكن أن يستخلص منها أن الصفة تمثل شرطا منفصلا عن شرط المصلحة، وذلك فيما يكون المدعي نائبا عن غيره (قيما، وكيلا، وصيا) . والمدعي في الدعوى المدنية هو المتضرر شخصيا وبصفة مباشرة من الاعتداء، والتعويض عن الضرر حق للمتضرر ودعوى المطالبة بتعويض هذا الضرر هي ملك له، وينتج عن ذلك أن الدعوى حق شخصي متصل بالصفة التي وقع عليها الفعل الضار، وأنه يجوز التنازل عنها والتصالح بشأنها، الذي يضع حدا للمطالبة بالتعويض. (4)

(1) - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص78.

(2) - عمار عوادي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص314.

(3) - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية والسياسية، المرجع السابق، ص78.

(4) - أنظر: قرار المحكمة العليا بتاريخ 1988/05/24، ملف رقم 47676، المجلة القضائية، ع04، 1990، ص257.

2- شرط المصلحة

يعتبر شرط المصلحة من أهم الشروط لقبول الدعاوى والطعون الإدارية عموماً ودعوى التعويض بشكل خاص نظراً لمبدأ: "لا دعوى بدون مصلحة".⁽¹⁾

والمصلحة هي الفائدة العامة المشروعة التي يريد المدعي تحقيقها باللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته، ولم يتطرق القانون لتعريف المصلحة وعرفها الفقه بأنها: "الفائدة المشروعة التي يراد تحقيقها باللجوء إلى القضاء"⁽²⁾.

وحتى يتم تطبيق وإعمال شرط المصلحة في دعوى التعويض لا بد من توافر شروط تتمثل فيما يلي:

أ- أن تكون المصلحة قانونية ومشروعة

ويقصد بها تلك المصلحة التي تستند إلى حق أو مركز قانوني، فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني كما يجب أن تكون المصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة.

ب- أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة

أي يكون رافع الدعوى هو الشخص الذي يتمتع بالمركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب، أو من يقوم مقامه، وتكون هذه المصلحة مباشرة عندما يصيب المركز القانوني الذاتي أو الحق الشخصي المكتسب مباشرة ويؤثر فيه بالضرر مباشرة.

ث- أن تكون المصلحة قائمة وحالة

ويقصد بالمصلحة القائمة تلك المصلحة المؤكدة والتي ليست مجرد احتمال أما المصلحة الحالة فهي المصلحة المحققة في الحاضر وليس في المستقبل، ولا يتم الأخذ بالمصلحة المستقبلية في الدعاوى المدنية أو الإدارية.⁽³⁾

(1) - خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص263.

(2) - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (الهيئات والإجراءات)، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، الجزائر، ج2، ص264.

(3) - انظر: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص270-271، عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص313.

3- شرط الأهلية

يشترط لقبول الدعوى المدنية أن يكون المدعي بالحق أهلا لمباشرة حقوقه أمام القضاء طبقا للقواعد العاقة المقررة في القانون المدني، والحديث عن الأهلية كشرط مهم لرفع دعوى التعويض وجب أولا التمييز بين أهلية الشخص الطبيعي وأهلية الشخص المعنوي ولما كانت المنازعة الإدارية في جميع الحالات تربط بين أطراف أحدهما شخص طبيعي وآخر شخص معنوي، يقتضي الأمر التطرق لكليهما:

أ- أهلية الشخص الطبيعي

يشترط قانونا لممارسة حق التقاضي في الجزائر بالنسبة للشخص الطبيعي التمتع بسن الرشد في القانون المدني، أي بلوغه 18 سنة كاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني، وكذا التمتع بكامل قواه العقلية الكفيلة بممارسة حقوقه، على ذلك يستبعد أن يكون طرفا في الدعوى كل من الصغير والمجنون والمعتوه والمحجور عليه⁽¹⁾، وتقبل الدعوى من وليه أو وصيه أو القيم عليه، وبعد وفاته تحل الأم محله طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾، وكذلك الحال بالنسبة للوصي الذي يملك نفس السلطة على الموصى عليهم.

ب- أهلية الشخص المعنوي

بالنسبة للشخص الاعتباري نجد أن النصوص والقوانين تعين من يعبر عن تلك الإرادة، ويتمتع بأهلية التقاضي نيابة عن الشخص المعنوي.⁽³⁾

ولأن الأشخاص الاعتبارية كثيرة ومتعددة بدءا بالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، وطبقا للمادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنه قد حدد الأشخاص

(1) - عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، ط1، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص879.

(2) - المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد."، قانون رقم 84-11 مؤرخ 09 يوليوية 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 15 الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

(3) - محمد الصغير باعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلم والتوزيع، الجزائر، 2009، ص162.

المؤهلين قانونا لتمثيل الهيئات العمومية تباعا، بحيث أن الوزير هو الممثل لمنازعات الدولة كل وزير حسب قطاعه، والوالي في منازعات الولاية ورئيس المجلس الشعبي البلدي في المنازعات البلدية والممثل القانوني للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية وبالربط بين المادة 801 من القانون 09/08، والتي تتحدث عن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وكذا المادة 828، نجد أن المادة الأولى تتضمن اختصاص المحاكم الإدارية بالنظر إلى دعوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية والقرارات الصادرة للولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية، إلا أنه لم يتم ذكر من المؤهل لتمثيل نفسها أمام المحكمة، لكن الأرجح هو أن ممثلها يتجسد في شخص الوالي.

وبالرجوع إلى المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد حالات بطلان الإجراءات التي أشير فيها بوضوح إلى حالة عدم أهلية الخصوم، انعدام التعويض بالنسبة لممثل الشخص الطبيعي والمعنوي.

الفرع الثالث: الفصل في دعوى التعويض وأثرها في تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية

يترجم القاضي الإداري اعترافه للضحية بالضرر عن طريق الفصل في دعوى التعويض المرفوعة إليه، حتى وإن كان المسؤول عن الضرر هو الدولة، ويعترف بمسئوليتها في التعويض حتى في الظروف الاستثنائية، وعليه سننظر في متطلبات الفصل في دعوى التعويض وكيفية تطبيق أحكامها أولا، ثم التطرق لتقييم دورها ومدى كفايتها في تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية.

أولا: الفصل في دعوى التعويض

أوكل المشرع الفصل في دعاوى التعويض في المسؤولية الإدارية إلى المحاكم الإدارية نظرا للأضرار التي يسببها نشاط الدولة ومؤسساتها، ومكّن القاضي الإداري بوسائل قانونية تعينه على استصدار قرارات التعويض والاستمرار في تطبيقها في مواجهة الدولة.

1- الجهة القضائية المختصة لنظر الدعوى

تعتبر الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى التعويض من أهم الأمور التي ينبغي على رافع الدعوى معرفتها، ويعتبر القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة بالنظر في الدعاوى الإدارية، بما فيها دعاوى

التعويض حيث يمكن تقسيم الاختصاص القضائي للنظر في هذه الدعاوى إلى قسمين أساسيين هما: الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي.

أ- الاختصاص النوعي

نجد أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قد نص على الجهات القضائية صاحبة الولاية العامة بالنظر في المنازعات الإدارية والفصل في الدعاوى الإدارية لاسيما الاختصاص النوعي لها حيث نصت المادة 800 منه على أن: "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 الصبغة الإدارية طرفاً فيها."

من خلال نص المادة تبين أن المشرع تدخل ليحدد قواعد الاختصاص، مرجحاً في ذلك الأخذ بالمعيار العضوي لتحديد اختصاص المحاكم الإدارية متى كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفاً في النزاع، كما اعتمد المعيار المادي وهو ما يظهر من خلال شطر المادة: "المؤسسات ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها."، إذ اعتمد على طبيعة النشاط المعتمد من قبل هذه الهيئات.

كما أنه وبالرجوع إلى المادة 01/09 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق بمجلس الدولة، فإننا نجد المشرع قد أخذ بالمعيارين العضوي والمادي لتحديد اختصاص القضاء الإداري، وهناك استثناءات على هذه القاعدة قررها المشرع بنصوص قانونية .

ب- الاختصاص الإقليمي

لقد اعتمد المشرع الجزائري معياراً أساسياً في توزيع الاختصاص الإقليمي بين الجهات القضائية الإدارية وهو نفس المعيار المعتمد في قانون الإجراءات المدنية القديم، والمتمثل في قاعدة أن الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع هي تلك التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وفي حالة ما إذا لم يكن لهذا الأخير موطن معروف فإن الاختصاص يؤول للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وإلا فإن المحكمة التي يقع فيها الموطن المختار هي التي تكون صاحبة الاختصاص.

وعلى هذا الأساس فإن المدعي هو الذي يبادر في السعي إلى المدعي عليه، بمعنى يجب عليه مخاصمته أمام الجهة القضائية التي يقع بها موطنه حسب الحالات المبينة أعلاه، غير أن هذه القاعدة تعرف عدة استثناءات وتنص في خانة تقريب التقاضي من المدعي لأسباب معينة⁽¹⁾، وهي الاستثناءات الواردة على قاعدة موطن المدعي عليه والمحددة في المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وتبعاً لذلك لا يمكن لمحكمة إدارية أن تكون مختصة بالنظر في نزاع ما يؤول إلى القضاء الإداري إلا إذا تأكدت أنها مختصة نوعياً ومحلياً في النزاع المعروض عليها؛ لأن هذه المسألة تعد من النظام العام كما أشرنا سابقاً.

2- سلطة القاضي الإداري عند تنفيذ الحكم القضائي

إن فعالية الأحكام القضائية تكمن في أن تجد مجالاً لتطبيقها في الواقع العملي، إذ لا فائدة من صدور حكم قضائي يقتصر أثره على إنهاء حالة أو إنصاف ضحايا دون أن يجد مجالاً لتنفيذه، كما لا فائدة من أن يضمن القانون للأفراد حق اللجوء إلى القضاء، ثم يتوقف تنفيذ الأحكام على خضوع الإدارة الاختياري، ولهذا كان لا بد من البحث عن وسائل يستطيع بها القاضي الإداري أن يحث الإدارة على التنفيذ، وعند الضرورة يجبرها عن طريق وسائل الإكراه.

أ- مبدأ تنفيذ القرار الإداري

لتنفيذ القرار الإداري لا بد من توافر مجموعة من الشروط، ومتى توافرت هذه الشروط لا يمكن للإدارة أن تتنصل من واجبها والتزاماتها في اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة التي تؤدي إلى تنفيذ القرار الصادر، ونظراً لتعدد وتنوع القرارات الإدارية القضائية الصادرة ضد الإدارة، ستكون دراسة التزامات وإجراءات تنفيذها معتمدة على القواعد العامة، التي تحكم ذلك حسب تنوع القرار وما يهمننا في هذا البحث هو تنفيذ قرارات التعويض خاصة تلك التي تتضمن إدانة مالية ضد الدولة.

(1) - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ج3، ص472.

- تنفيذ قرارات التعويض

يصدر القرار القضائي الإداري بالتعويض بناء على مسؤولية الإدارة القائمة إما على أساس الخطأ أو بدون خطأ، وهذا القرار يكون في غالبه عبارة عن مبالغ مالية تلتزم الإدارة بصرفها لمن صدر لصالحه، ويكون ذلك باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة التي تؤدي إلى تنفيذه إما بالطرق العامة التي تنفذ بها نفقات الدولة، أو بإجراءات خاصة جعلت خصيصا لتنفيذ القرارات القضائية المتضمنة إدانات مالية ضد الدولة أو ضد الهيئات التابعة لها.

وكقاعدة عامة يكون تنفيذ هذا النوع من القرارات القضائية اختياريا من طرف الإدارة، ويخضع في ذلك للإجراءات التي يتم بها تسجيل النفقات في الميزانية وإصدار الأمر بصرفها، وتعد التعويضات المالية (النقدية) المحددة في القرار القضائي الصادر ضد الإدارة من النفقات الإلزامية بقوة القانون وذلك لما لهذا الأخير من قوة إلزامية في التنفيذ. (1)

وهذه الإدانة المالية المحكوم بها ضد الإدارة تعد من قبيل النفقات الطارئة أو غير المحتملة، ولما كانت تشكل إلزاما على الإدارة ذهب المشرع إلى تنظيم إجراءات خاصة لتنفيذ هذا النوع من القرارات القضائية.

- تنفيذ القرار المتضمن إدانة مالية ضد الدولة

نظمت أحكام الإدانة المالية المحكوم بها ضد أشخاص القانون العام بموجب القانون رقم 02/91⁽²⁾، بما فيها القرارات القضائية المتضمنة إدانة مالية ضد الدولة وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون، يتبين أنه إذا كانت الدولة هي المسؤولة عن تنفيذ القرار القضائي الإداري المتضمن إدانة مالية ضدها، وكان هذا القرار القضائي قد اكتسب قوة الشيء المقضي به ومتضمنا مبلغا ماليا محددًا، فإنه يجب عليها أن تأمر بصرف المبلغ المحدد في مدة شهرين يبدأ حسابها من تاريخ إعلانها بالقرار القضائي.

(1) - إبراهيم أوفائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، رسالة ماجستير في الإدارة المالية العامة، جامعة الجزائر، 1986، ص167.

(2) - القانون رقم 02/91 المؤرخ في 08 جانفي 1991، يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، الجريدة الرسمية الجزائرية، ع02، الصادرة بتاريخ 09 جانفي 1991.

ب: وسائل إجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

قد تمتنع الإدارة عن التنفيذ ويتخذ هذا الامتناع صور متعددة منها التباطؤ في تنفيذ الحكم تنفيذًا ناقصًا، أو رفض التنفيذ صريحًا أو ضمنيًا، وهكذا تبدو الرقابة القضائية كأنها عقيمة مادام في وسع الإدارة التنصل من تنفيذ التزاماتها المترتبة على الحكم ضدها. وهذا ما يتيح للقاضي الإداري سواء من تلقاء نفسه أو بناء على نصوص قانونية من اللجوء إلى وسائل لإجبار الإدارة على التنفيذ عن طريق الأوامر التنفيذية كما يمكن اقتراحها بغرامة تهديدية وهذا ما سنتناوله.

- الأوامر التنفيذية

اعترف المشرع الجزائري للقضاء الإداري بسلطة توجيه أوامر الإدارة، وجاء هذا الاعتراف تشريعيًا ليطوي حقبة طويلة هيمن فيها مبدأ عدم صلاحية القضاء في توجيه هذه الأوامر مؤسسًا ذلك على مبدأ الفصل بين الوظيفة الإدارية والوظيفة القضائية وهو مبدأ نسبي، ومن ثمة فالمشرع دعم سلطة القضاء في مواجهة الإدارة بمنح القاضي الإداري سلطة توقيع الغرامة التهديدية إلى جانب سلطة الأمر، ذلك أن هذه الأخيرة تتضمن توضيحًا لالتزامات الإدارة على النحو الذي يغلق أي باب أمامها للتحايل على تنفيذ الحكم القضائي.⁽¹⁾

فقد تضمنت المواد 978-979-980-981 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مبدأ صلاحية القضاء الإداري في استخدام سلطة الأمر في مواجهة الإدارة، حيث اعترفت المادة 978⁽²⁾ من هذا القانون للقاضي الإداري بسلطته في توجيه أوامر سابقة على التنفيذ، أي في الحكم الأصلي إلى كل شخص معنوي عام أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، باتخاذ التدبير المطلوب إذا تطلب الأمر أو الحكم بإلزام هذه الهيئات بتدابير تنفيذية معينة.

(1) - أنظر: عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص142-143.

(2) - 978 من ق إ م إ : "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك في نفس الحكم القضائي، بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عن الاقتضاء."

وقد اعترفت المادة 979⁽¹⁾، للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر لاحقة على الحكم الأصلي لإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد، وهذا إذا تطلب تنفيذ الحكم إلزام الهيئات الخاضعة لولاية القضاء الإداري باتخاذ هذه التدابير.

فهذه المادة تتيح للقاضي الإداري سلطة توجيه أوامر تنفيذية لاحقة لصدور الحكم في الموضوع لم يسبق أن مرت بها بسبب عدم طلبها من طرف الخصوم، فتتضمن هذه الأوامر إلزام الإدارة بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد.

أما المادة 981⁽²⁾ فقد منحت القاضي الإداري في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم قضائي ولم يحدد تدابير التنفيذ أن يأمر باتخاذ هذه التدابير، ويجوز له أن يمنح للطرف المحكوم ضده أجلا للتنفيذ، كما يجوز له أن يقرن هذا الأمر بغرامة تهديدية.

- توقيع الغرامة التهديدية

بمجرد اعتماد المشرع على مبدأ توجيه أوامر للإدارة العامة، أصبح توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة الممتنعة عن التنفيذ إجراء ممكنا، وقد نص المشرع الجزائري على الغرامة التهديدية ونظم أحكامها العامة في المادتين 174-175 من القانون المدني الجزائري والمادتين 340 و471 من قانون الإجراءات المدنية، حيث أن قانون المنازعات الإدارية هو الشريعة العامة للتقاضي، كما أن مجلس الدولة أخضع الإجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية، وذلك بموجب المادة 40 من القانون العضوي 01/98 والتي جاء فيها: "تخضع الإجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة لأحكام قانون الإجراءات المدنية." وبعد صدور قانون 09/08، فقد تضمن هذا الأمر نصوصا تحول للقضاء الإداري سلطة توقيع الغرامة التهديدية على الإدارة من أجل إجبارها على التنفيذ ومنعها من التسلط في المواد 978 وما بعدها، ويعتبر هذا القانون بمثابة قفزة نوعية في تاريخ القضاء

(1) - تنص المادة 979 من ق إ م إ على: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية باتخاذ تدابير تنفيذية معينة لم يسبق أن مرت بها بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد."

(2) - تنص المادة 981 من ق إ م إ على: "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديدتها، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ بغرامة تهديدية."

الإداري الجزائري. (1)

والغرامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية هي من طبيعتها غرامة مؤقتة ومرد ذلك سلطة القاضي الإداري في تعديل مقدارها أو إلغائها حيث انتهاء الأجل المحدد لتنفيذ الحكم القضائي، وهذا بخلاف الغرامة النهائية حيث تقرر بصفة نهائية.

وقد أكد المشرع في المادتين 890 و891. (2) على أنه لا مجال لتطبيق الغرامة التهديدية ضد الإدارة العامة إلا إذا كانت صادرة عن جهة قضائية إدارية، وينبغي الإشارة إلى أن المحضر القضائي هو الذي يثبت رفض الإدارة لتنفيذ الحكم الصادر في مواجهتها، وذلك عند قيامه بالتنفيذ ضمناً عن انقضاء أجل ثلاثة أشهر تبدأ من سريان الحكم الرسمي وتعفى الأوامر الاستعجالية من هذا الأجل.

وبخصوص تصفية الغرامة التهديدية فإن الجهة القضائية التي أمرت بها تقوم بتصنيفها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو في حالة التأخير. (3) وتملك هذه الجهة حتى حق تصفية الغرامة أو تخفيضها أو إلغائها عند الضرورة. (4)

والخلاصة أن سلطة الحكم بالغرامة التهديدية للقاضي الإداري تساهم في تدعيم سلطته في إصدار أوامر تنفيذية للإدارة، لأن الغرامة التهديدية الغاية منها إجبار الإدارة لاحترام ما يوجهه القاضي الإداري من أوامر بشأن تنفيذ التزاماتها المترتبة على الحكم القضائي.

ت- جزاء عدم الالتزام بالتنفيذ

تحدد القيمة العملية لأي التزام قانوني بالجزاء المترتب على مخالفته، لذا لا بد أن يكون الجزاء

(1) - مزباني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011، ص32.

(2) - تنص المادة 980 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يجوز للجهة القضائية الإدارية المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ وفقاً للمادتين 978 و979 أعلاه، وتأمراً بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها"، وتنص المادة 981 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك بتحديدتها، ويجوز لها تحديد أجل التنفيذ والأمر بغرامة تهديدية."

(3) - تنص المادة 983 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "في حالة عدم التنفيذ الكلي والجزئي، أو في حالة التأخير في التنفيذ، تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها."

(4) - تنص المادة 984 من قانون الإجراءات المدنية: "يجوز للجهة القضائية تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عن الضرورة."

الموقع على الإدارة في حال تخلفها عن تنفيذ التزاماتها فعال، ولهذا سعى المشرع الجزائري من أجل تمكين القاضي من وسائل فعالة لذلك، فأجاز للمحكوم له تحريك المسؤولية بمختلف أنواعها للامتناع عن الخضوع لمبدأ المشروعية، بما فيه الامتناع عن تنفيذ أحكام وقرارات القضاء، ويمكن تناول هذه المسؤولية من خلال عنصرين هما إلغاء القرار المخالف لحجية الشيء المقضي به، والمسؤولية على عدم تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى الإدارية.

- إلغاء القرار المخالف لحجية الشيء المقضي به

إن عدم احترام الإدارة للقرار القضائي الإداري قد يكون صراحة وقد يكون ضمناً وفي كل الأحوال يعد قرارها مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، وباعتبار القرارات القضائية الإدارية مصدر هام من مصادر مبدأ المشروعية فإن كل قرار إداري مخالف يشكل مخالفة لحجية الشيء المقضي به، والتي ترقى إلى المخالفة المباشرة للقانون، ويبقى معرضاً للإلغاء من طرف القاضي الإداري.⁽¹⁾

واعتمد القاضي الجزائري في موقفه بالنسبة للقرارات المعارضة لتنفيذ الأحكام العادية الحائزة على قوة الشيء المقضي به ففحص في مشروعيتها، كما ألغى قرار الإدارة الذي تمنع به الأخيرة من استعمال القوة العمومية لتنفيذ حكم مدني.⁽²⁾

ومن هنا يمكن القول أن القاضي الإداري يقر الطعن لتجاوز السلطة ضد القرارات المخالفة لتنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة.

فإذا كان تحايل الإدارة على تنفيذ القانون يمثل انحرافاً بالسلطة، فإن تحايلها في تنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها، يعد من قبيل هذا الانحراف الذي يجعل القرار الإداري مشوباً بهذا العيب.

- المسؤولية على عدم تنفيذ الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

لما كان تنفيذ القرار القضائي الإداري يمثل التزاماً يقع على عاتق الإدارة، فإن مخالفتها لذلك سواء بالامتناع عن التنفيذ أو بالتراخي فيه، يوجب قيام مسؤوليتها، ومن أجل ذلك بسط المشرع الجزائري

(1) - أنظر: سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص713.

(2) - انظر: القرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقاً، الصادر بتاريخ 02 أبريل 1965 والقرار الصادر بتاريخ 21 ماي 1965،

أشار إليهما: إبراهيم أوفائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، المرجع السابق، ص215.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

رقابة القضاء الجزائري على عملية التنفيذ، عن طريق إقرار المسؤولية الجنائية للموظف المخل بالتزامه بتنفيذ الحكم القضائي.

وحقيقة التزام الموظف بتنفيذ الحكم هو المبادرة إلى تنفيذه بمدة معقولة وعدم عرقلة هذا التنفيذ بأي سلوك سلبي أو إيجابي وعدم إساءة استعمال السلطة موقف تنفيذ الحكم.⁽¹⁾

ويمكن القول بأن المسؤولية الجزائية للموظف العام في مجال تنفيذ القرارات القضائية الإدارية من أقوى المسائل الجزائية متى ثبت امتناع الموظف عن التنفيذ، إذ ترتب على قيامها فقدان الموظف لحرية بالحبس أو عزله من منصبه، وهذا الجزاء من شأنه أن يحمل الموظف على احترام الواجب عليه، بالخضوع إلى مضمون القرار القضائي الإداري، والسعي لتنفيذه كاملا.

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى تجريم فعل الامتناع عن تنفيذ القرارات القضائية من طرف الموظفين، في المادة 138 مكرر من قانون العقوبات.⁽²⁾ على: "كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل تنفيذه يعاقب بالحبس ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 5000 دج إلى 50000."

فمن ظاهر المادة يتضح أن وقف التنفيذ بدون مبرر قانوني أو الامتناع أو الاعتراض أو عرقلة ذلك عمدا، يشكل جنحة إساءة استعمال السلطة ضد الشيء العمومي، كما فضل المشرع تسميتها في قانون العقوبات، على أنه ومن أجل قيامها لابد من توفر شرطين هما: أن تكون للجاني صفة الموظف العام، أن تتحقق أركان الجريمة بكاملها.

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن هذا القانون استثنى من الخضوع لأحكامه كل من القضاة

(1) - إبراهيم أوفائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، المرجع السابق، ص 216.

(2) - أدرجت هذه المادة من قانون العقوبات بموجب القانون 09/01 المؤرخ في 26 جوان 2001، الجريدة الرسمية الجزائرية، ع 34، الصادرة بتاريخ 27 جوان 2001. وقد جاء ذلك بعد التنديدات الدولية للتجاوزات التي وقعت في الجزائر، خاصة بعد ما تعلق منها بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بإعادة إدماج بعض الموظفين الذين تم تسريحهم تعسفا، بسبب متابعات جزائية انتهت بصدر أحكام البراءة، أو بسبب تسريحهم تعسفا نظرا لقيام السلطات العامة باعتقالهم إداريا.

والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان.⁽¹⁾

والمقصود بالموظف العام جزائيا في مجال تنفيذ القرارات القضائية الإدارية، هو كل فرد مرتبط بالدولة أو بأحد أشخاص القانون العام بعلاقة وظيفية توله سلطة تمكنه من عدم تنفيذ القرار القضائي الإداري⁽²⁾، سواء بوقفه أو بالامتناع عن ذلك صراحة أو ضمنا، أو بالاعتراض على ذلك بتعطيله.

ويمكن الجمع في مسؤولية الموظف بين المسؤولية الجزائية والمدنية، ورغم أن القانون الأساسي للوظيفة العامة، لا يتضمن أية إشارة إلى تأديب الموظف الممتنع عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية، إلا أنه يمكن للإدارة أن تستند على هذه المخالفة لتطبيق العقوبة التأديبية، لما لها من سلطة تقديرية في تقدير الأخطاء التي يرتكبها الموظف أثناء تأدية وظيفته، إلا أن الشيء الذي يقيددها هو عدم الخروج عن العقوبات المنصوص عليها في المادة 163 من هذا الأمر، وذلك حسب جسامة الخطأ المرتكب من تأخير التنفيذ أو تنفيذ ناقص أو عدم الامتثال للتنفيذ صراحة.⁽³⁾

ثانيا: دور دعوى المسؤولية في تعويض أضرار الظروف الاستثنائية

إذا كان القضاء يتسامح مع السلطة في مجال دعوى الإلغاء كما رأينا سابقا من خلال عدم ترتيب المخالفة على بعض عناصر القرار الإداري، فإنه بالمقابل سمح بإثارة المسؤولية المدنية للدولة في الظروف الاستثنائية وإن كان بشروط، والغرض من إثارة هذه المسؤولية هو التعويض، والسؤال المطروح هل قضاء التعويض يمكنه أنه يغطي جميع الأضرار التي يمكن أن تخلفها الظروف الاستثنائية.

1- دعوى المسؤولية في قضاء الظروف الاستثنائية

رغم أن القضاء يقدّر ما يحيط بالسلطة التنفيذية من ملابسات وظروف استثنائية إلا أنّ ذلك لا يمنع أن يكون متشدداً أحيانا اتجاه السلطة كلما تعلّق الأمر بالتعويض عن الأضرار التي تخلفها هذه الظروف، فالقاضي قبل أن يقرّر مساءلة الإدارة عن تصرفاتها في الظروف الاستثنائية عليه أن يضع في

(1) - تنص المادة 02 فقرة 03 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية على: "لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة والمستخدمون

العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان."

(2) - إبراهيم أو فائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، المرجع السابق، ص248.

(3) - المرجع نفسه، ص245.

اعتباره طبيعة الخدمات التي تؤدّيها والظروف الاستثنائية التي يتم فيها أداء هذه الخدمات، فإذا انتهى القاضي في ضوء هذه الاعتبارات إلى أن الأخطاء التي وقعت من الإدارة ليست من طبيعتها أن تسأل عليها تعين عليه أن يرفض دعاوى التعويض التي ترفع بسببها، وهذا لا يعني أن القضاء الإداري لا يسلم بمسؤولية الإدارة متى وقع منها خطأ في الظروف الاستثنائية ولكنه يشترط في هذا الخطأ أن يكون استثنائياً وجسيماً، أما الخطأ العادي البسيط الذي تسأل عنه الإدارة إذا وقع منها في الظروف العادية المألوفة فهو غير كاف لمسئلتها إذا وقع منها في الظروف الاستثنائية.

وفضلاً عما تقدم يرفض القضاء الإداري الفرنسي التسليم بمسؤولية الإدارة عن قراراتها التي يرى أن الظروف الاستثنائية تبررها ومرجع ذلك أنه متى كان القرار مشروعاً لا يمكن إلغائه والإدارة لا تكون قد أخطأت حين اتخذته وبالتالي لا تستقيم دعوى المسؤولية على أساس الخطأ.

لذلك رأى مجلس الدولة أنه يمكن في بعض الأحيان التسليم بمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية على أساس فكرة المخاطر وتحمل التبعة التي تؤدي إلى تحميل خزينة الدولة مبلغ التعويض الذي يزيد على القدر الذي يجب أن يتحمّله من أصابه الضرر وحده، ويكون هذا المبلغ بمثابة التوفيق العادل بين ضرورة التعويض عن الضرر والحكم في الوقت نفسه بمشروعية التصرف الذي صدر من الإدارة في الظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

أما بشأن القضاء الجزائري ورغم انعدام الأحكام القضائية التي تسمح لنا بالكشف عن مذهبه في هذا الخصوص إلا أننا نعتقد أنه سيكون على خطى نظيره الفرنسي وذلك تماشياً مع منهجه في التأثير بالقضاء الإداري في شتى المواضيع.

وقد تكون ما أصدرته السلطة التنفيذية في عدة نصوص حولت المتضرر حق الحصول على تعويض يكون من هذا القبيل، حيث أعطت للمتضررين عن أعمال حدثت في ظل ظروف غير عادية وأحدثت لهم أضرار حق الاستفادة من تعويضات حتى وإن لم يرفعوا دعاوى أمام قضاء الإلغاء، وهذا بالطبع مع ترك المجال مفتوحاً للاتجاه إلى القضاء إذا رغبوا في ذلك⁽²⁾.

(1) - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 223-224.

(2) - رباحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 161.

والملاحظ على نصوص التعويض هذه أن المشرع الجزائري لم يكتف بضرورة وجود خطأ للتعويض فقط بل اتجه إلى اعتبار أن وقوع عمل إداري في ظل الظروف الاستثنائية حتى ولو كان شرعي وغير مقصود ولكنه أدى إلى ضرر فيمكن تعويض المتضرر منه ولا ينتظر توافر خطأ جسيم، وهذا تطبيقاً للنظرية الحديثة لدعوى المسؤولية التي أصبحت تأخذ بمبدأ الخطر وليس الخطأ وبالتالي بدأ التوسع في مجال المسؤولية دون خطأ، ويستشف ذلك من عدة نصوص قانونية وتنظيمية مثل قانون تعويض ضحايا الإرهاب⁽¹⁾، قانون الوثام المدني⁽²⁾.

مثل هذه الإجراءات لها جانب إيجابي كبير يعكس رغبة المشرع الجزائري في تطبيق الصلاحيات الاستثنائية مع توفير ضمانات (على الأقل من ناحية التعويض عن الضرر)⁽³⁾.

لكن من الناحية العملية نجد أن هذه النصوص القانونية الخاصة بالتعويض تتسم ببعض العشوائية والسطحية، فنجد مثلاً مرسوم 13 فبراير 1991 الخاص بتعويض ضحايا الإرهاب تضمن في فحواه الغرض من إصدار مثل هذا المرسوم وهو التكفل بعميلة التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية الناجمة عن الأحداث الواقعة منذ سنة 1991، وجعل مدة سريان المرسوم ابتداءً من أول يناير 1992 ويطبق على ضحايا الأعمال الإرهابية أو الحوادث الواقعة في إطار مكافحة الإرهاب، كما تضمن النص أيضاً على تعويض الأضرار الجسمانية والمادية وحتى ضحايا الاختطاف يعوضون بمنح وإعانات مالية، وأسند الاختصاص بالنظر في تعويض هؤلاء الضحايا إلى الإدارة بتشكيل خلايا ضحايا الإرهاب على مستوى الولايات تودع لديها ملفات التعويض عن طريق تكوين ملفات إدارية، ويتم إثبات الأضرار الناجمة بواسطة بطاقة معاينة وإثبات، تسلمها مصالح الأمن وتثبت أن الضرر ناجم عن أعمال إرهابية أو عن أحداث واقعة في إطار مكافحة الإرهاب، وبناء على بطاقة المعاينة هذه يتم اتخاذ مقرر يتضمن الاعتراف بصفة ضحية ليتم التعويض، لكن ما يلاحظ على نص المرسوم هو:

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 91/94، المؤرخ في 10 أبريل 1994، والمتعلق بتعويض ضحايا الإرهاب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 22، الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1994.

(2) - قانون رقم 08/99، مؤرخ في: 13 جوان 1999، يتعلق باستعادة الوثام المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 46، الصادرة بتاريخ 13 جوان 1999.

(3) - إسماعيل حقي بربوتي، الرقابة القضائية على سلطة الطوارئ، المرجع السابق، ص 605.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

- إسناد اختصاص النظر في التعويض إلى لجان إدارية وليست للقضاء على اعتبار أن هذا الاختصاص هو من صميم صلاحيات القضاء، باعتبار أن الأمر يتعلق بمسؤولية السلطة العامة وذلك لكون إثبات أركان المسؤولية واحتمال الإغفاء من هذه المسؤولية هو من اختصاص رجال القانون المتخصصين، بالإضافة إلى ذلك فهناك مبدأ الفصل بين السلطات الذي يفرض عدم تدخل السلطة التنفيذية في اختصاصات السلطة القضائية.⁽¹⁾

- عدم احتواء النص على الإجراءات الواجب إتباعها في حالة رفض اعتراف الإدارة بصفة ضحية إرهاب للشخص المضرور.⁽²⁾

- عدم تعرض النص إلى الطعون أو الإجراءات الواجب إتباعها في حالة سحب الإدارة لمقرر الاعتراف بصفة ضحية إرهاب، وكان الأجدر تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن الذي قد يرفع ضد قرارات عدم الاعتراف بصفة ضحية أعمال إرهابية أو ضحية حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب.

والتعويض بمنح بعنوان الأضرار الناجمة عن عمليات إرهابية أو عمليات محاربة الإرهاب من صندوق تعويض ضحايا الإرهاب المنصوص عليه في قانون المالية لسنة 1993، وبالتالي فالمسؤولية هنا تقع خارج نظام المسؤولية المقررة في المادة 139 من قانون البلدية، وهذا يعني أن المسؤولية لم تعد تتحملها البلدية؛ لكن هذا لا يمنع من اللجوء إلى القضاء للحصول على تعويضات على اعتبار أن قانون البلدية لم يحدد حد أقصى للتعويض ولم يقتصر على الأضرار المادية بل يمكنه التعويض حتى عن الأضرار المعنوية مع الملاحظة أيضا أن نظام التعويض المذكور في المرسوم 47/99 يعتبر نظام مؤقت خاص بالأحداث الإرهابية وتبقى المادة 139 من قانون البلدية⁽³⁾ الإطار والنظام العام الذي تؤسس عليه المسؤولية عن أحداث العنف الجماعي لأنها تشمل جميع الأضرار.

(1) - مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 235.

(2) - رباحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، المرجع السابق، ص 162-163.

(3) - القانون رقم 08 /90 المؤرخ في 07 أفريل 1990، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 15، الصادرة بتاريخ 11 أفريل 1990.

لكن وفي كل الأحوال يبدو وكأن الإدارة تمارس اختصاص القضاء، وبالتالي ما يمكن اقتراحه هو ضرورة النص صراحة على تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعون التي من الممكن أن ترفع ضد قرارات عدم الاعتراف بصفة ضحية أعمال إرهابية أو ضحية حوادث وقعت في إطار محاربة الإرهاب، كما يستدعي الأمر أيضا ضرورة التكفل بهذه الوضعية بموجب نص قانوني يناقش ويصادق عليه البرلمان ينظم الكيفية والقواعد المنتظمة لعملية التعويض.⁽¹⁾

2- تقييم قضاء دعوى المسؤولية في تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية

إنّ الاجتهادات القضائية في الجزائر شحيحة في مجال مسؤولية الدولة في التعويض عن أعمالها الصادرة في الظروف الاستثنائية عن طريق دعوى المسؤولية، بل إن القرارات الصادرة في هذا الصدد وقع خطأ في تكييفها، وقد سبق أن رأينا في هذا البحث أن الدولة ارتكبت أخطاء جسيمة في ظل الظروف الاستثنائية، وعندما رفع المتضررون دعوى التعويض، أسسها القاضي على فكرة المخاطر، أمّا القضايا المتعلقة بتسريح موظفين تعرضوا لمتابعات جزائية، بسبب اتهامهم بأعمال تمس النظام العام وانتهت بصدور أحكام البراءة، أو بسبب اعتقالهم ثم إطلاق سراحهم، فعندما رفعوا دعوى قصد تعويضهم وإعادة إدماجهم في مناصبهم، حكم القاضي بحقهم في الرجوع إلى مناصبهم، معتبرا أنّ قرارات التسريح كانت تعسفية لكنّه لم يحكم بالمرتب ولا بالتعويض، محتجًا بما جاء في المنشور الوزاري رقم 01 المؤرخ في 05 أفريل 1993، والذي يعتبر الاعتقال عطلة بدون أجر.

نذكر على سبيل المثال القضية التي فصل فيها مجلس الدولة الجزائري في 01 فيفري 1999⁽²⁾، والتي تلخص وقائعها في أن الموظف (س) كان متابعا قضائيا ومحجوزا بسبب وقائع متعلقة بالإرهاب، وعلى أساس ذلك قامت السلطة المستخدمة بعزله وبسبب إهمال المنصب وبعد محاكمته جزائيا وصدور حكم بالبراءة في حقه، طلب إعادة إدماجه في وظيفته مع دفع مرتبه من تاريخ تسريحه، إلا أن الجهة المستخدمة رفضت ذلك، فلجأ إلى الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي التي قضت بإرجاعه إلى منصب عمله مع استحقاقه المرتب من يوم تسريحه، فقامت الجهة المستخدمة باستئناف القرار أم أمام مجلس

(1) - مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 242.

(2) - القرار رقم 144707، مجلس الدولة، 01 فبراير 1999، منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 01، ص 85.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الدولة، الذي أيد جزء من قرار المجلس وهو المتعلق بإرجاع الموظف إلى منصب عمله، وألغى الجزء الثاني منه والمتعلق باستحقاق الموظف أجره من يوم تسريحه، وأسس القرار بناء على المادة 16 من المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 والتي تنص على أن الراتب يكون بعد أداء الخدمة⁽¹⁾، حيث جاء في حيثيات القرار: "حيث لا يمكن دفع أي راتب شهري إذا لم يقابله أداء خدمة."

ومن القضايا التي تمسك فيها مجلس الدولة أيضا بهذا الحل، قضية معنان الطاهر ضد رئيس بلدية منعة بباتنة⁽²⁾، والتي تتلخص وقائعها في أن السيد الطاهر معنان كان يعمل بصفته موظف بلدية منعة بباتنة منذ سنة 1986، وبعد متابعتة جزائيا بسبب ارتكابه أفعال إرهابية في 28 مارس 1993 قام رئيس بلدية منعة في 10 ماي 1993 بإصدار قرار بطرده من الوظيفة على أنه بتاريخ 03 جانفي 1994 أصدر المجلس الخاص بقسنطينة حكما ببراءته، وهذا ما أدى به إلى تقديم التماس إلى البلدية بإرجاعه إلى منصب عمله، إلا أن هذه الأخيرة رفضت، وهذا ما أدى به إلى رفع دعوى تجاوز السلطة ضد قرار رئيس البلدية، وطلب كذلك بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء ذلك، وهذا أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء باتنة، فقامت هذه الأخيرة بإلغاء قرار الطرد كما ألزمت البلدية بإعادة إدراجه إلى منصب عمله ومنحه تعويضا قدره 10 آلاف دج، ولكن بعد أن تم تنصيبه أمرت الوصاية بوقفه عن العمل من جديد فقام السيد معنان برفع دعوى أخرى أمام نفس الغرفة الإدارية، وطلب من خلالها تسديد أجوره من يوم صدور قرار التوقيف وإلى غاية رجوعه الفعلي، إلا أن الغرفة الإدارية أصدرت في 31 مارس 1997 قرار يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، فقام السيد معنان باستئناف القرار أمام مجلس الدولة إلا أن هذا الأخير أيد القرار المستأنف فيه وأسس قراره على المادة 16 من المرسوم 59/85.

ومن القضايا أيضا التي رفض فيها القاضي منح التعويض، قضية بن المندي جمال ضد رئيس جامعة الأمير عبد القادر⁽³⁾، والتي تتلخص وقائعها في أنّ السيد بن المندي جمال كان يعمل كحارس

(1) - نص المادة 16 من المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع06، الصادرة بتاريخ 24 مارس 1985.

(2) - قرار مجلس الدولة بتاريخ 22 ماي 2000، لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، المرجع السابق، ج1، ص347.

(3) - القرار رقم 003379 الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 30 جويلية 2001، الفهرس 500. القرار غير منشور، نقلا عن مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، 430.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

ليلى بجامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة، وبعد اتهامه بالمشاركة في نشاط جماعة إرهابية تم وضعه في الحبس الاحتياطي -الحبس المؤقت حالياً- وهذا ما أدى به إلى التغييب عن عمله فقام رئيس الجامعة بإصدار قرار تسريحه في 27 ماي 1997 وذلك بعد تنبيهه بضرورة العودة إلى منصب عمله بواسطة رسالتين بقيتا بدون إجابة، وبعد محاكمته جزائياً صدر قرار لصالحه في 09 جوان 1998 يقضي ببراءته، فتقدم السيد بن المندي بطلب إلى رئيس الجامعة يطلب فيه إعادة إدماجه في منصب عمله إلا أن رئيس الجامعة لم يستجب لذلك الشيء، الذي أدى به إلى الطعن في القرار أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة طالبا إلغاء قرار التسريح، وبالتالي إعادة إدماجه في منصب عمله بالإضافة إلى تسديد مرتباته الشهرية مع منحه المنح والعلاوات ابتداء من تاريخ توقيفه إلى غاية رجوعه الفعلي، ودفع مبلغ تعويض قدره 100 ألف دج عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه إثر تسريحه التعسفي، إلا أن الغرفة الإدارية أصدرت قراراً في 10 جويلية 1999 يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، فقام بن المندي باستئناف هذا القرار في 02 أكتوبر 1999 أمام مجلس الدولة، طالبا إلغاء القرار المستأنف فيه وتمسكا بنفس الطلبات التي أبدتها أمام الدرجة الأولى، إلا أن مجلس الدولة استجاب له فقط فيما يتعلق بإعادة إدماجه إلى منصب عمله، حيث قضى بإلغاء القرار المستأنف فيه، وفصل من جديد بإلغاء قرار التسريح الضمني، وبالتالي إدراج المستأنف من منصب عمله أما الطلبات الأخرى فقد رفضها المجلس وذلك على أساس أن المرتب يقابله عمل في حين أن المستأنف لم يعمل خلال فترة تسريحه، أما فيما يتعلق بالتعويض فقد جاء في إحدى حيثيات القرار: "وأن في قضية الحال كان المستأنف معتقل بأنه لم يطرد من طرف الإدارة إلا بعد حبسه، وعليه فإن ذلك لا يفتح له المجال بالتعويض." (1)

وفيما يتعلق بالنوع الثاني من القضايا وهي تسريح موظفين بسبب تعرضهم للاعتقال الإداري نذكر على سبيل المثال قضية (م، م) ضد مديرية التربية لولاية مستغانم (2)، والتي تلخص وقائعها في أن السيد (م، م) كان يعمل أستاذاً بالتعليم المتوسط في مدينة مستغانم منذ 10 أكتوبر 1982 وبتاريخ فيفري

(1) - إن هذه الحيشية تعد متناقضة مع ما قرره مجلس الدولة عندما ألغى قرار التسريح الذي اعتبره تعسفياً وهذا ما يطرح السؤال حول حرمان المضرور من التعويض مادام أن القرار تعسفي.

(2) - قرار مجلس الدولة بتاريخ 26 جويلية 1999، منشور في المنتقى في مجلس قضاء الدولة، لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ج2، ص105.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

1992 صدر قرار باعتقاله إداريا بحيث وضع في معتقلات الصحراء الجزائرية وفي أواخر ديسمبر من سنة 1995 أصدر رئيس الجمهورية قرارا يقضي بالإفراج عليه، فتوجه إلى مديرية التربية طالبا إعادة إدماجه في منصب عمله ودفع مرتبه ابتداء من تاريخ اعتقاله، فرفضت المديرية ذلك وهو ما أدى به إلى الطعن في ذلك أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء مستغانم طالبا إعادة إدماجه في منصب عمله الأصلي، ودفع أجره ابتداء من تاريخ اعتقاله فقامت هذه الأخيرة في 14 أوت 1996 بإصدار قرار يقضي بإعادة إدماجه في منصب عمله الأصلي، ولكن رفضت الحكم له بالمرتب والتعويض وفي 30 أكتوبر 1996 استأنف هذا القرار أمام مجلس الدولة، وطلب تأييده جزئيا والحكم له بمرتبه الشهري منذ تاريخ اعتقاله بالإضافة إلى المنح والعلاوات والتعويضات تحت غرامة تهديدية قدرها 3000 دج عن كل يوم تأخير ابتداء من يوم النطق بالحكم، وقد دفعت مديرية التربية برفض هذا الاستئناف على أساس أنها ليست مسؤولة عن اعتقاله بالإضافة إلى المنشور الوزاري رقم 01 المؤرخ في 05 أبريل 1993 المعلق للمنشور رقم 462 المؤرخ في 22 جوان 1992 الصادر عن رئيس الحكومة يعفيها من مثل هذه المسؤولية، على أن مجلس الدولة في 26 جويلية 1999 أيد قرار المجلس القضائي دون أن يستجيب لطلبات دفع أجر التعويض والغرامة التهديدية، مؤسسا حكمه على منشور رئيس الحكومة رقم 01 المؤرخ في 05 أبريل 1993، والذي اعتبر أن فترة الاعتقال تعتبر بمثابة عطلة غير مدفوعة الأجر كما أسس حكمه من جهة على أن مديرية التربية ليست مسؤولة عن تصرفات الإدارات الأخرى.

وعلى الرغم من أن عملية إعادة الإدماج في المنصب تعتبر نوعا من التعويض العيني عن الضرر الذي أصاب الشخص جراء التسريح، تبقى دعاوى التعويض بمقابل عن مدى الاعتقال أو التوقيف في هذه القضايا قد توفرت فيها جميع الشروط، فالضرر كان جسيما، لأن المدة الفاصلة بين صدور قرار التسريح وقرار القاضي الذي ألزم الإدارة بإدماج الموظف طويلة جدا، كما أنّ هذا الضرر كان خاصا، لم يصب جميع المواطنين بل أصاب فئة معينة فقط.

وهنا نتساءل عن دافع القاضي إلى رفض الحكم بالتعويض، وفي هذا الصدد أورد الأستاذ مراد بدران عدة ملاحظات منها⁽¹⁾:

(1) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 428-429.

- أن القاضي الإداري الجزائري هنا كان ملزما باتباع ما جاء في المنشور رقم 01 المؤرخ في 05 أفريل 1993، والذي اعتبر فيه رئيس الحكومة أن فترة الاعتقال تعد بمثابة عطلة مدفوعة الأجر على الرغم من أن المنشور لم يوجه إليه.

- القاضي الإداري تعسف في حقوق المتضررين، بحيث حرّمهم من الحصول على التعويض في الأجر، على الرغم من أنه اعتبر أن قرارات التسريح الصادرة ضدهم كانت تعسفية، وكذلك صدرت في حقهم أحكام تقضي بالبراءة.

- القاضي الجزائري تناقض مع نفسه في الكثير من قضايا التعويض، فقد اعتبر الإدارة تعسفت عندما قامت بتسريح الموظف المعتقل من وظيفته، ومع ذلك لم يحكم بمنحه التعويض عن قرارات التسريح التعسفي. (1)

وهذه الملاحظات تؤدّي بنا إلى القول بأن هذا القضاء كان غير مستقل، ولم يكن في صالح الأفراد المتضررين في ظل الظروف الاستثنائية التي عاشتها البلاد، لأنه حرّمهم من الحصول على مرتباتهم بسبب تغييبهم عن العمل لأسباب لم يكن لهم يد فيها، كما حرّمهم من الحصول على التعويض سواء تعلق الأمر بمتابعات جزائية أو باعتقالات إدارية، فحتى لو سلّمنا بأنّ الأجر يكون مقابل العمل كما ذهب القاضي الجزائري، فإنّه من حق الشخص الذي صدر لصالحه حكم البراءة أن يتحصل على التعويض، وذلك على أساس قاعدة الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وإذا كان المشرع الجزائري قد تدخل ونص على حق المضرور في الحصول على التعويض في حالة ما إذا تعرض لأضرار من جراء الحبس المؤقت، أو في حالة صدور حكم لصالحه بالبراءة بعد استعماله الالتماس لإعادة النظر ضد حكم جنائي صادر بالإدانة (2)، والشخص المعتقل إداريا من حقه هو الآخر الحصول على التعويض، فهذا الشخص قد اعتقل لأجل المصلحة العامة، ولكي تتحقق المساواة بين الأشخاص الذين استفادوا

(1) - انظر القرار رقم 003379، الصادر عن مجلس الدولة في 30 جويلية 2001، في قضية جمال بن المندي ضد رئيس جامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة... سبقت الإشارة إليه.

(2) - أنظر الأمر رقم 11/21 المؤرخ في 25 أوت 2021، المعدل والمتمم للأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتعلق بالإجراءات الجزائية، المرجع السابق.

من قرار الاعتقال - المجتمع -، والشخص الذي تضرر من قرار الاعتقال، فإنه يجب منح التعويض له. (1)

وإذا كانت الجهة المستخدمة التي رفضت منح التعويض للموظف المعتقل، والتي أيدها القاضي في ذلك، ليست مسؤولة عن صدور قرار الاعتقال، وعليه كان على القاضي أن يحكم بالتعويض الذي تدفعه الجهة المستخدمة مع احتفاظها بحق الرجوع على الجهة التي أصدرت قرار الاعتقال، ولكن القاضي لم يصل إلى هذه النتيجة بسبب عدم استقلالية القضاء، وافتقاد القاضي الجزائري للجرأة، وكانت هذه الأسباب من أهم العوائق التي حالت دون حصول هؤلاء المتضررين على حق التعويض بطريق دعوى المسؤولية.

المطلب الثاني: تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية عن طريق الآليات الجماعية

إن الاستناد على معيار المسؤولية الخطئية وغير الخطئية كأسس للمسؤولية التقليدية لتحميل عبء تعويض المتضررين في الظروف الاستثنائية محدود الأثر في حماية حقوق هؤلاء الضحايا، وبسبب الحرص الدائم الذي توليه المجتمعات المعاصرة لمواجهة المخاطر ذات الطابع الخاص والشامل بصفة عامة، كان السعي إلى إيجاد آليات جديدة للتعويض تنتقل بالمسؤولية عن تعويض الأضرار من الفردية إلى الجماعية فظهرت الأنظمة الجماعية للتعويض، وستتناول مفهوم الآليات الجماعية، ثم الصور التي تجلت بها هذه الآليات في ظل التطبيقات العملية.

الفرع الأول: مفهوم الآليات الجماعية

إن عدم معرفة المسؤول عن الضرر أو تحديده شخصيا أو هلاكه أو إعساره مع تزايد الضحايا دون تعويض، نتيجة تخلف أركان المسؤولية المدنية أدى إلى تدخل الجماعة والاهتمام بما آلت إليه دعوى الضحايا، من هنا ظهرت فكرة اجتماعية الأخطار واستلزم آليات جماعية لجبر الأضرار المترتبة عنها وفيما يلي نتطرق لمفهوم هذه الآليات، من خلال تعريفها، والأسباب التي أدت إلى ظهورها، ومدى تأثير وظائف المسؤولية ومكانتها في ظل الآليات الجماعية.

(1) - مراد بدران، الرقابة القضائية على أفعال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية، المرجع السابق، ص 431.

أولاً: تعريف الآليات الجماعية

قد عرفت على أنها تلك الآليات التي استوجبتها أخطار ذات صلة وثيقة بالحياة في الجماعة، لا يمكن أن يتحمل نتائجها شخص بمفرده، بل الجماعة هي التي تتحمل عواقبها لاسيما وأن مثل هذه الأخطار كثيراً ما تهدد النظام العام، وأما صلة الأحداث بالحياة الاجتماعية فيراد بها المخاطر التي تنشأ في المجتمع.⁽¹⁾

كما أن هناك من عرفها بأنها سعي الهيئة الاجتماعية بكافة الوسائل إلى تحقيق تعويض مناسب للأضرار التي تلحق بالفرد، دون التقييد بما تمليه المسؤولية الفردية من ضرورة التقييد بمبادئها، سواء تلك التي تقوم على أساس الخطأ أو تلك التي تستند على مجرد الضرر (نظرية المخاطر) من جهة، أو حتى التقييد بمحصر الالتزام بالتعويض في ذمة المسؤول من جهة أخرى، خاصة وأن الهدف من التعويض ليس معاقبة الجاني بقدر ما هو جبر الضرر الذي لحق بالمضرور.⁽²⁾

من خلال هذين التعريفين يظهر أن الآليات الجماعية تنبثق من مبدأ اجتماعية الأخطار⁽³⁾، وتتبنى فكرة إلزام الكيان الجماعي بتعويض كافة الأضرار في المجتمع من خلال استحداث عدة أنظمة مباشرة منفصلة عن المسؤولية التقليدية، بغرض تذييل سبل اقتضاء التعويض أمام الضحايا وتوسيع حجم التكافل والتضامن الاجتماعي الممثل من طرف الدولة التي يقع على عاتقها تعويض الضحايا من الخزينة العامة، على الرغم من عدم ثبوت مسؤولية الدولة بصورة مباشرة عن هذه الأضرار.

(1) - حمدي أبو النور عويس، التعويض عن طريق صناديق الضمان في التشريع المقارن، دار الفكر العربي، مصر، 2011، ص 108.

(2) - محمد إبراهيم الدسوقي، تقرير التعويض بين الخطأ والضرر-رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1972، ص 170.

(3) - وهي فكرة جمعية الأخطار أو اشتراكيتها، وهي نظام جماعي لضمان التعويض الأنسب للمضرور الذي لم يعد يهيمه موضوع تشخيص الطرف المسؤول عن الضرر فرد كان أو جماعة، ومهما كان مصدر الضرر خطأ أو غير خطأ بقدر ما يهيمه مقتضى التعويض جراء المساس بإحدى مصالحه المادية أو المعنوية: أنظر السعيد الزرقد، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2007، ص 120-121.

ثانيا: خصائص الآليات الجماعية

تتميز الآليات الجماعية بمجموعة من الخصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

- يكون التعويض بقوة القانون بالتركيز على ركن الضرر وجبره على أساس التضامن الاجتماعي الذي يلي حاجة المضرور للشعور بالأمان والعدالة في المجتمع، وعليه فإنّ التعويض يُكيّف على أساس أنّه حق للمضرور وليس إعانة أو مساعدة من الدولة، وقد ورد مبدأ التضامن الاجتماعي في ديباجة دستور 2020، حيث أشار المؤسس الدستوري إلى محافظة الشعب على تقاليده في التضامن، موضحا ذلك بموجب عدة مواد⁽¹⁾؛ التي تقضي بأنّ الدولة الجزائرية تستند إلى مبادئ العدالة والديمقراطية والمساواة والتضامن الاجتماعي بين جميع الجزائريين.

- التعويض التلقائي والآلي للمضرور أو ورثته بمجرد اكتساب صفة الضحية وبموجب إجراءات إدارية غير قضائية بتعويض الضرر المباشر دون التقيد بشروط المسؤولية التقليدية والخضوع لإجراءاتها، وقد كرس المشرع الجزائري صناديق الضمان بموجب ترسانة قانونية واسعة، أهمها المرسوم التنفيذي 47/99، وميثاق السلم والمصالحة الوطنية، والنصوص التنظيمية والتنفيذية له، مواكبا في ذلك التشريعات المقارنة في مجال إقرار صناديق الضمان للتعويض الآلي للضحايا تحقيقا للعدالة الاجتماعية، التي تستوجب قيام الهيئة الاجتماعية والاضطلاع بمهمة إيجاد مصادر مالية لجبر الضرر.

- التحديد الآلي للجهة التي يقع على عاتقها التكفل بتعويض الضحايا، بهدف تبسيط الإجراءات وضمان حقهم في التعويض وذلك بتأمين حد أقصى من الحماية للمضرورين، وهذا بسبب اتساع حجم الأضرار وتكلفة التعويض لتغطيتها، حيث لا تعتبر الأخطار الناجمة عن الحياة في المجتمع اجتماعية إلا لما يصبح تحمل ما نتج عنها من أضرار من قبل شخص بمفرده أمر غير ممكن مهما بلغت إمكانياته، كالأضرار الناتجة عن الكوارث الطبيعية أو الكوارث الإنسانية بما في ذلك الجرائم الإرهابية وأحداث المظاهرات والتجمهر، وهناك من أطلق عليها مصطلح الأخطار الكبرى، وفي نفس هذا الاتجاه اجتهد المشرع الجزائري⁽²⁾، لإيجاد الحل لتعويض ضحايا الأضرار الجسمانية في حال عدم وجود المسؤول

(1) - انظر المواد، 16، 27، 37، 42 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

(2) - المادة 140 مكرر من القانون المدني: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسmani ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بتعويض هذا الضرر."

أو معرفته أو إعساره، أو هلاكه فتتحمل الدولة عبء التعويض إقرارا منها بنظام جديد للتكفل بالضحايا أو تكريسا لمرحلة جديدة في الاعتراف بحق المضرور في التعويض...⁽¹⁾

- توفير الأموال الضرورية واستحداث أوجه الحماية الإجرائية للمضرورين تتوافق مع الطابع الجماعي للمخاطر تكفلها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة أو التأمين أو التأمينات الاجتماعية، من منطلق أن صناديق التعويض تمثل مسؤولية المجتمع بتعويض الأضرار عن طريق الذمم الجماعية له، وهذا الذي أخذ به المشرع الجزائري حين أنشأ صندوق تعويض ضحايا الإرهاب وصندوق تعويض ضحايا وذوي حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطني.

- تنشأ الآليات الجماعية في حال كثرة الضحايا وعجزهم عن مواجهة الأخطار ويصبح الوضع يُهدد الأمن والسلم في المجتمع ويجعل من تدخل الدولة أمرا مُلحًا، وتحمّل عبء التعويض أمر لا مفرّ منه لمواجهة حالة للإستقرار التي تهدد كيان المجتمع، وذلك بتوزيع أعباء الأخطار الجماعية على كافة أفراد المجتمع بشكل يحقق عدالة التعويض.

- تتميز باستحداث أنظمة قانونية خاصة تضيق من فرص الإفلات من دفع التعويض، حيث لا يؤخذ بأسباب الإعفاء من المسؤولية غير الخطئية المعروفة في النظرية العلمية القانونية العامة، أي خطأ الضحية وخاصة القوة القاهرة، حيث تتميز مخاطر الأضرار الجماعية بطابعها الفجائي وغير المتوقع، مما يستدعي تدخل الكيان الاجتماعي لمواجهة خطورة وجسامة الأضرار الناجمة عن الكوارث الطبيعية أو الإنسانية التي تعتبر المأساة الوطنية نموذجا لها، وذلك بإنشاء صناديق التعويض أو الضمان للتكفل بتمويل مستحقات التعويض في الحالات التي تنقطع فيها السبل، في دعاوى يشترك فيها أشخاص للمطالبة بحقوقهم في جبر ما لحقهم من أضرار ناجمة عن اجتماعية الأخطار لعدم معرفة المسؤول أو إعساره.

- تتميز بخاصة التعويض الجزائري العام خلافا للقواعد العامة التي تقضي بإرجاع الضحية إلى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع الضرر، فيتم التقييد بجدول لحساب التعويض لا يأخذ بعين الاعتبار الضرر

(1) - أنظر: مراد فحالي، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية في التشريعات الخاصة، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص 285-

المستقبلي محقق أو غير محقق الوقوع ويساوي بين جميع الضحايا. (1)

ويستنتج من الخصائص السابقة أن نظام التعويض عن طريق صناديق الضمان نظام اجتماعي وجد في مواجهة المخاطر التي تفوق في حجمها وجسامتها ما يمكن أن تتحمله الآليات الفردية للتعويض، يستدعي التوسع في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية بكافة صورها، سواء من خلال تشريعات خاصة أو من خلال الجهود المبذولة فقها وقضاء، لتأكيد حصول المضرور على تعويض ما لحقه من ضرر بغض النظر عن سلوك الفاعل إن كان مشروعاً أو غير مشروع، أو كان المسؤول معروفاً أو غير معروف، وميزة هذا التعويض أنه يكون بقوة القانون وبطريقة آلية وتلقائية تضمن سرعة حصول الضحية على التعويض، ولن يضر الدولة أن تتحمل العبء النهائي في تعويض الجماعة بأسرها.

ثالثاً: أسباب ظهور الآليات الجماعية للتعويض

لقد أرجع بعض الفقه ظهور النظم الجماعية في التعويض إلى عدة أسباب يمكن إجمالها على النحو التالي:

1- عجز قواعد المسؤولية الفردية على توفير حماية فعالة للضحايا

عندما كانت المسؤولية على أساس الخطأ، كالقانون المدني الفرنسي وقوانين الدول الأخرى التي تأثرت وتبنت أحكامه، كانت هذه الأخيرة تبدو منسجمة ومتماشية مع روح العصر والظروف الاجتماعية، والاقتصادية والسياسية السائدة آنذاك، فكان وقوع خطأ من السهل إثباته، وإن تعذر ذلك أو تعذرت نسبته إلى شخص معين، أو كان المسؤول معسراً، تحمل الضحية عبء الأضرار التي لحقت، أما الآن ومع تعقد وتطور الحياة بسبب ظهور آفات وجرائم سببت أضرار جسيمة وعلى نطاق واسع كالجرائم الإرهابية وأضرار المظاهرات والتجمهرات ذات النطاق الواسع، أثبتت قواعد المسؤولية التقليدية عجزها عن تغطية الأضرار، إذ أصبح إثبات الخطأ أو معرفة المسؤول من المسائل الشائكة، وحتى مع نسبة الأضرار إلى جهة معينة، فإن قيمة التعويضات الهائلة بسبب قيمة الأضرار ومداهم الواسع يجعل من الصعب إن لم يكن من المستحيل أداء المسؤولين عن أعمالهم تلك المبالغ.

(1) - بلعموري راضية، الأساس القانوني لتحمل الدولة عبء تعويض ضحايا المساءة الوطنية، المرجع السابق، ص 447-448.

2- صعوبة تحديد المسؤول عن الضرر

يتعذر في بعض الأحيان تحديد المسؤول عن الضرر نتيجة لتعدد وتشابك الأنشطة التي يقوم بها المجرمون ونظراً لتعدد المسؤولين المشتركين في ارتكاب الجرائم، فرغم أن السلطات يفترض فيها علمها بكافة الأشخاص المنتمين إلى الجماعات الإرهابية مثلاً إلا أنّ الأمر غاية في الصعوبة، إمّا بسبب اتساع دائرة العنف في البلاد أو بسبب انضمام أشخاص أجنب إلى الجماعات الإرهابية أو بسبب تنكر هؤلاء وقدرتهم على إعدام أي دليل يمكن رجال الأمن من أن يهتدوا إلى الفاعل، فغالباً ما تنسب الأعمال الإجرامية التي تنفذها الجماعات الإرهابية إلى تنظيم معين وليس أشخاص.

3- جسامه الأضرار

إن الأضرار في عصرنا الحديث بلغت من الجسامه ما قد ينوء بها كاهل المسؤول، بحيث يعجز عن كفالة تعويض الأضرار الناجمة عن الحادث، نظراً لجسامه المخاطر الناجمة عن التفجيرات والمجازر الجماعية التي ينفذها المجرمون مع تمييز بعض الجرائم الإرهابية بالعشوائية في التنفيذ والشمولية والجسامه في الأضرار ممّا يصعب معه السيطرة عليها.

4- تغير نظرة المجتمع إلى الضحية

كان الأساس الوحيد لحصول الضحية على التعويض لما لحقه من ضرر هو إثباته الخطأ المتسبب في الضرر، فإن عجز عن ذلك فإنّ الضحية وحده يتحمل الأضرار التي لحقت، وكان كل ما يفعله الشعور العام هو الرثاء لحاله، ولكنّ الوضع تغير اليوم، فالشعور العام صار ينظر إلى ما لحق المصاب من أضرار باعتباره إخلالاً بالتوازن القانوني والاجتماعي بين المضرور ومرتكب الفعل الضار، وأن العدالة تقتضي تعويضه.⁽¹⁾

وقد أبرز القضاء والتشريع في الكثير من المرات هذا المعنى فالنص القانوني على التعويض يهدف في معناه الواسع إلى البحث بأيّ ثمن عن المسؤول، ومن هنا جاء البحث المتسلسل عن الأشخاص الملزمين بدءاً بالمسؤولين عن الأضرار، ثم التأمين والآليات الجماعية أو تدخل الدولة عن طريق ميزانيتها ودورها في إسعاف الضحايا وتعويضهم.

(1) - ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، المرجع السابق، ص 429-430.

رابعاً: مدى تأثير الآليات الجماعية للتعويض على وظيفة المسؤولية المدنية

إن ما يميز الظروف الاستثنائية هو شدة المخاطر المدّرة أحيانا والواسعة المدى، وهو ما أدى إلى استحداث آليات جماعية لتعويض هؤلاء الضحايا بعيدا عن قواعد المسؤولية، وهي ما تسمى بالتعويضات الآلية كالتأمين وصناديق الضمان، فقد يمكن أن تحل محل المسؤولية المدنية في الظروف الاستثنائية ويوفر للضحايا تعويضا متناسبا مع الأضرار التي أصابتهم، وهذا ما يجعلنا نطرح تساؤل حول تأثيرها على وظائف المسؤولية المدنية المتمثلة في الوظيفة التعويضية والتقويمية ووظيفة الجزاء.

1- تأثير الآليات الجماعية على الوظيفة التعويضية للمسؤولية

يمثل التعويض الوظيفة الأساسية والأبرز للمسؤولية المدنية وهذا في جل النظم القانونية وتتجلى الخاصة التعويضية من خلال النصوص القانونية لميكانيزمات القانون المدني، ففي التقنين المدني الجزائري تم النص على أن كل شخص يسبب عن طريق خطئه ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض⁽¹⁾

ولقد عرفت قواعد المسؤولية المدنية تطورا لافتا مما وضعها أمام تحديات كبيرة، وهذا ما سبب ظهور ما يعرف بأضرار الرفاهية، التي أصبح يعرض عنها وفقا لذات القواعد بالإضافة إلى التطور الذي عرفه الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، وعلى الرغم من هذا التطور في قواعد المسؤولية المدنية، إلا أنها مازالت لا تحقق الحماية الفعالة للضحايا، مما أدى إلى بروز نظم التعويض الخاصة بعيدا عن قواعد المسؤولية، أين يحصل الضحية على حقه في التعويض دون الحاجة إلى إقامة مسؤولية المتسبب في الضرر.

لكن عندما يتحصل الضحية على التعويض عن طريق التأمين أو صندوق الضمان يثور التساؤل عن من يتحمل العبء النهائي لهذا التعويض، الأمر الذي يجعل المسؤولية تعود مرة أخرى للظهور وذلك من خلال حلول شركات التأمين أو صندوق الضمان محل الضحية في الرجوع على الفاعل، وهو ما يعتبر تجسيدا وتحقيقا للوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية، ثم إن حصول الضحية على التعويض من المؤمن أو من الصندوق ما هو إلا تعبير عن توظيف لفكرة الجزاء المدني عن الخطأ الذي ارتكبه المسؤول عن الضرر، فيكون الضحية قد حصل على التعويض من المؤمن أو الصندوق، في حين لا يكون الجاني

(1) - راجع المادة 124 من الأمر 56/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، كل فعل أيا كان ارتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

معنى بسبب أن التأمين قام بدفع مبلغ التعويض .⁽¹⁾

وفي هذا السياق أقر المشرع الجزائري مبدأ حلول المؤمن محل المؤمن له في الحقوق والدعوى اتجاه الغير المسؤول عن الضرر، وأعطى نصا عاما يشمل جميع الأضرار ماعدا تلك التي تنجم عن حرب أجنبية⁽²⁾، ونفس الحكم ينطبق على صندوق الضمان الذي أعطاه حق الحلول محل المضرور في مواجهة المسؤول.

وعليه فإنه في نظام التعويض التلقائي عن طريق الآليات الجماعية الذي يستبعد المسؤولية كشرط ضروري لضمان حق الضحية في التعويض، فإنّ المسؤولية المدنية يمكن أن تسترد سلطتها مرة أخرى في مرحلة لاحقة، وهي مرحلة رجوع المؤمن أو الصندوق على المسؤول عن الضرر، أين يمكن توقيع الجزاء على الجاني من دون أن يحصل أيّ مساس بحق الضحية في التعويض، فالجاني لن يكون مستبعدا من التزامه بالتعويض الكامل للضرر الواقع بحجة أنّ الدفع قد تم بواسطة المؤمن إذا حصل التعويض عن طريق التأمين، وهي أداءات عقدية يعتبر المسؤول عن الجاني أجنبيا عنها.

من هنا فالأداة الوحيدة التي تسمح بإعادة ترتيب الموقف وفقا للمبدأ التعويضي، هي الرجوع على المسؤول من قبل شركة التأمين، فالضحية سوف يحصل على التعويض الكامل والمسؤول هو الذي يضمن دفع هذا التعويض للغير الراجع والمتمثل في المؤمن، وبهذا يؤدي الرجوع عن طريق الحلول بعد تعويض الضحية إلى تحمل المسؤول للعبء النهائي للتعويض.⁽³⁾

وبناء على ما سبق يمكن القول بأنّ كل ما يتعلق بالعلاقة بين التعويض عن طريق التأمين ونظام المسؤولية يجب أن يكون محكوما بالفكرة التي تقر بأن وجود التأمين لا يجب أن يعدل من مسؤولية الجاني المتسبب في الضرر أو يسقطها، وعليه يجب الاحتفاظ بوظائف المسؤولية المدنية حتى مع وجود التأمين.

(1) - عابد فايد عبد الفتاح فايد، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان-دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي-، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص89

(2) - انظر المواد 38-39 من القانون 04/06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يعدل ويتمم الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع15، الصادرة بتاريخ 12 مارس 2006.

(3) - أنظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان، المرجع السابق، ص113.

2- مدى تأثير الآليات الاجتماعية على الوظيفة التقويمية للمسؤولية

يعتبر الخطأ الأساس القانوني المفضل لتحقيق النزعة الفردية والشخصية للمسؤولية المدنية، ومع ذلك فقد أدى تزايد الاهتمام بالوظيفة التعويضية للمسؤولية انحسار الخطأ وتراجع كآساس للمسؤولية المدنية في مواجهة فكرة الخطر، أو تحمل التبعة، وفكرة الضمان.

كما أن بروز آليات التعويضات الجماعية، أدى إلى إعطاء التعويض للضحايا بالدرجة الأولى وذلك على حساب وظيفة الوقاية والردع والجزاء عن التصرفات الضارة، كل هذا أدى إلى تهديد الوظيفة التقويمية للمسؤولية المدنية في فعاليتها أحيانا من دون أن يمس وجودها، فتعويض ضحايا الظروف الاستثنائية عن طريق الآليات الجماعية، يتركز في جوهره على توزيع تكلفة التعويض على مجموع أفراد المجتمع، وهو ما يؤدي إلى تبيد الشعور بالمسؤولية لدى الأفراد.

وحقيقة الوظيفة الاجتماعية للمسؤولية المدنية لا تقتصر على تجنب التصرفات والسلوكيات الضارة فحسب، بل تتعداه إلى مساهمتها في ظهور حق شخصي يتمثل في التكامل الجسدي، وتأكيدا لهذا الطرح يرى الأستاذ عابد فايد عبد الفتاح أنه إذا كانت الوظيفة التقويمية للمسؤولية المدنية تظهر في البداية كحث على تجنب التصرفات الاجتماعية الضارة، فإنها تثير جانبا إيجابيا يتمثل في تأمين احترام الحقوق المنتهكة بواسطة الغير.

وعليه فالسؤال المطروح: هل التعويض التلقائي لضحايا الظروف الاستثنائية عن طريق التأمين أو صناديق الضمان، يتعارض مع كل من الوظيفة التقويمية التي تميز المسؤولية المدنية ومع التكامل الجسدي الذي تحققه المسؤولية؟

لاشك في أنّ الاعتماد على آلية التعويض التلقائي بعيدا عن إثبات الخطأ والبحث عن المسؤول، تبعث في هذا الأخير شعورا بالمسؤولية مما يجعله لا يبذل أدنى مجهود لتفادي حدوث الضرر الذي سببه للضحية.

لكن ومع ذلك فإنّ الوظيفة التعويضية للتأمين وصناديق الضمان لا تستبعد الوظيفة التقويمية، فعلى عكس ما يذهب المدافعون عن المسؤولية المدنية ووظيفتها التقويمية، فإنّ الخطأ لا يمكن أن يؤمن وحده هذه الوظيفة، فالتأمين مثلا يساهم هو الآخر في منع حدوث الضرر عندما يسهل حصول الضحايا على التعويض، ثمّ تحل محلهم في مواجهة المسؤول.

ثم إنّ المسؤولية المدنية في حدّ ذاتها تطورت وأصبحت موضوعية مبنية على أساس المخاطر من دون النظر إلى الخطأ، وهو تطور يقترب إلى فلسفته مع الآليات الجماعية في اهتمامه بشخص الضحية وإعطائه الأولوية في التعويض دون إثقال كاهله بإثبات الخطأ أو البحث عن المسؤول.⁽¹⁾

3- مدى تأثير الآليات الجماعية على الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية

تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية الذي تقدمه الآليات الجماعية لا يجب أن يتم على حساب المسؤولية المدنية، والتي لا تقتصر وظيفتها في تعويض الأضرار، بل تتعداه إلى عقاب المسؤول عن هذه الأضرار والحد منها أو حتى منعها، ولما كان العقاب يرتبط أكثر بالمسؤولية الجنائية، فإن الوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية أطلق عليها "العقوبة الخاصة"، تميزا لها عن العقوبة الجنائية.

فعندما يحرص الضحية على التعويض من شركة التأمين أو صندوق الضمان، فإن هذا الأخير يجب أن يقوم بإتمام مهمته من خلال محاولة نقل عبء التعويض إلى المدين الطبيعي عن طريق الرجوع عليه باستعمال الحلول الشخصي، وهي أداة قانونية وضعها المشرع مضمونها حلول شركة التأمين أو الصندوق محل التضحية في حقوقه لدى مواجهة المسؤول، وبعد صدور الحكم في الدعوى لصالح شركة التأمين مثلا، يكون المسؤول عن الضرر قد تحمل العبء النهائي لتعويض الضرر الذي أحدثه بفعله للضحية، ومن جهة يكون رجوع المؤمن، قد ساعد على تحقيق وظائف المسؤولية المدنية وخاصة توقيع الجزاء على المسؤول الذي سيتحمل التعويض الذي دفعه المؤمن للضحية بالإضافة للمصاريف القضائية.⁽²⁾

الفرع الثاني: صور تدخل الدولة للتعويض عن طريق الآليات الجماعية

لأن الظروف الاستثنائية قد تحول دون معرفة المسؤول عن الضرر أو يكون معسرا أو لا يتمكن الضحية من الحصول على تعويض كاف لجبر الضرر عن طريق دعوى المسؤولية، كان لا بد من أن تتدخل الدولة كطرف قوي لجبر الضرر باعتبار أنه من أخص واجباتها هو حماية الشعب ودفع الأذى عنهم وكفالة حقوقهم في كل الأحوال والظروف، وفيما يأتي سوف نتعرض لصور هذا التدخل في كل من التشريع الجزائري والفقهاء الإسلامي.

(1) - أنظر عابد فايد عبد الفتاح فايد، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان، المرجع السابق، ص 115.

(2) - ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، المرجع السابق، ص 438.

أولاً: صور تدخل الدولة للتعويض في التشريع الجزائري

قد تتدخل الدولة في التشريع الجزائري بصفة أساسية للتكفل بالأضرار عن طريق صناديق الضمان، وقد تتدخل بصفة احتياطية عن طريق صناديق التأمين.

1- تدخل الدولة بصفة أساسية عن طريق صناديق الضمان

تلعب صناديق التعويض دوراً مهماً باعتبارها آلية مكتملة لجأت إليها العديد من الدول لإقرار تحملها عبء تعويض الضحايا بموجب نصوص قانونية اتسع نطاقها ليشمل أكبر قدر من الفئات المتضررة، بغض النظر عن انتماءها المهني أو الوظيفي أو السياسي، ويعود السبب في تدخلها إلى أن أغلب الحالات فيها يكون قد عجزت آلية المسؤولية المدنية وآلية التأمين المباشر في إصلاح الضرر الذي أصاب الضحايا، ولا يمكن للمضروب أن يتحمل نتائجها بمفرده فتدخل الدولة للتكفل بالأضرار.

أ- تعريف صناديق الضمان

لقد قام المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأجنبية باستحداث صناديق خاصة للتعويض تسمى صناديق الضمان تتولى مهمة تعويض ضحايا الظروف غير العادية كنتيجة منطقية لبروز فكرة الأخطار الاجتماعية، وهذه الصناديق يمكن تعريفها على أنها أداة تعويضية يتم من خلالها تعويض المضروب أو ورثته بمجرد وقوع الحادث المسبب للضرر دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء من أجل المطالبة بتعويض الضرر الذي حدث للمضروب.⁽¹⁾

تلك الآليات التي استوجبتها قواعد العدالة التعويضية المتمثلة في تذليل الصعاب أمام المضربين للحصول على تعويضات فعالة وسريعة، وبالتالي هي تكريس فعلي لحق الضحايا في تعويض عادل عما لحق بهم من أضرار، وتعرف على أنها تلك الآلية القانونية التي تتكفل بأداء التعويضات المناسبة من جراء مجموعة الأضرار الكبرى كالكوارث الطبيعية والبيئية والحرب والإرهاب والحوادث الطبية ...⁽²⁾.

فصندوق الضمان هو عبارة عن نظام جماعي لضمان الأضرار يستمد جذوره من مبدأ اجتماعية الأخطار.⁽³⁾

(1) - ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، المرجع السابق، ص 468.

(2) - بلعموري نادية، الأساس القانوني لتحمل الدولة عبء تعويض ضحايا المأساة الوطنية، المرجع السابق، ص 463.

(3) - أحمد السعيد الزقرد، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، المرجع السابق، ص 120-121.

من خلال هذه التعريفات يتضح أنها تكمل بعضها البعض فالتعريف الأول أهمل المجالات التي يتم الاستعانة فيها بصناديق الضمان، أما التعريف الثاني أغفل الإشارة إلى ميزة مهمة تنفرد بها صناديق الضمان وهي التعويض خارج إطار القضاء، وأما التعريف الثالث فاقصر فقط على ميزة مهمة لصناديق الضمان وهي اجتماعيتها ومنه فخلاصة التعريفات السابقة أن صناديق التعويض هي آلية قانونية أنشأت وفقا لمطالب اجتماعية تكريسا لمبدأ التضامن الاجتماعي، من أجل تعويض الأضرار الناتجة عن المخاطر الكبرى كالكوارث والحروب والإرهاب، تكريسا لمبدأ التضامن الاجتماعي وتذليلا للصعوبات التي قد تواجه المضرورين أمام القضاء من أجل حصولهم على تعويضات سريعة وفعالة.

ب- النظام القانوني لصناديق الضمان

إن نظام صناديق الضمان كآلية جماعية للتعويض يعتبر نظام ذو طبيعة معينة، يختلف مجاله ونطاقه باختلاف الأضرار موضوع التعويض، ويتمتع الصندوق بالشخصية القانونية والاستقلال المالي الذي يسمح له بتلقي النفقات المالية ذات المصادر المختلفة وله الصفة الاحتياطية، لا يتدخل إلا في حالة عجز الآليات التقليدية للمسؤولية المدنية والتأمين في تعويض الضحايا، ويستطيع الصندوق أن يحل محل الضحايا فيما يملكون من حقوق لمطالبة المسؤول بالتعويض عما لحقهم من أضرار، وله حق الرجوع على المتسبب في الضرر لاسترداد ما دفعه من تعويضات للضحايا، وفي هذا يختلف المشرع الجزائري عن نظيره الفرنسي الذي لم يتعرض إلى إمكانية حلول الصندوق محل المضرور لمطالبته بالتعويض عما تسبب فيه من ضرر، وهذا راجع إلى الإستراتيجية التي اعتمدها الدولة الجزائرية لإقرار المصالحة الوطنية واستتباب الأمن بغض النظر عن اعتبارات البحث عن المسؤول أو عن المخطئ، أو المتسبب في الضرر وتحميله تبعه أفعاله الضارة.⁽¹⁾

ت- صور صناديق التعويض

وستتطرق في هذا المطلب إلى صناديق الضمان التي نظمها المشرع الجزائري، والتي تتدخل بشكل أساسي فيما يخص تعويض الضحايا وهذه الصناديق تتمثل في صندوق تعويض ضحايا الإرهاب، وصندوق تعويض ضحايا وذوي حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية.

(1) - بلعموري نادية، الأساس القانوني لتحمل الدولة عبء تعويض ضحايا المأساة الوطنية، المرجع السابق، ص 464.

الصورة الأولى: صندوق تعويض ضحايا الإرهاب

لقد تعرضت الجزائر خلال تسعينيات القرن الماضي لظاهرة من أخطر الظواهر الإجرامية التي عرفها العالم المعاصر وهي ظاهرة الإرهاب، التي خلفت في الجزائر مئات آلاف الموتى والعاجزين والمفقودين وذوي حقوقهم من اليتامى والأرامل، فضلا عن الأضرار المادية التي لحقت المؤسسات العامة والخاصة، وبصفة عامة ترتب على الظاهرة مأساة وطنية حقيقية مست مجموع الشعب الجزائري، ونظرا إلى عجز قواعد المسؤولية المدنية في جبر الأضرار المادية والجسمانية المترتبة عن الأعمال الإرهابية والصعوبات التي تواجه الضحايا في حصولهم على الضرر، فكان لزاما على الدولة التدخل لتعويض الضحايا بإنشاء صندوق خاص بهذه المهمة وفيما يلي نتطرق لبعض الجوانب المتعلقة بهذا الصندوق.

- تعريف صندوق ضحايا الإرهاب

هو آلية استحدثها المشرع الجزائري منذ السنوات الأولى للأزمة الأمنية لمواجهة التكفل بالعدد الكبير من ضحايا الإرهاب أو الأحداث الواقعة في إطار مكافحته، والتي تطورت فيما بعد لتتكفل بضحايا المأساة الوطنية، وأنشأ الصندوق بموجب المادة 145 مكرر من المرسوم التشريعي 18/93 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994.⁽¹⁾ حيث تقضي بإنشاء صندوق تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية عن طريق تعيين لا يقبل التغيير حيث تقضي المادة 06 من المرسوم الرئاسي 93/06 المتعلق بتعويض ضحايا المأساة الوطنية⁽²⁾، على أن التعويض يكون في صورة معاش خدمة، أو معاش شهري، أو رأس مال وحيد أو رأس مال إجمالي، يتميز هذا الصندوق بالطابع الاحتياطي لالتزام الدولة بالتعويض استشعارا منها بمسئوليتها.

وهذا الصندوق عبارة عن حساب يفتح في كتابات أمين الخزينة الرئيسي بحيث يحمل الحساب المفتوح والمسمى "صندوق تعويض ضحايا الإرهاب"، رقمه 075/302، ويُعدُّ وزير الداخلية الأمر

(1) - المرسوم 18/93، المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، المتضمن قانون المالية لسنة 1994، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع88، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1993.

(2) - المرسوم 93/06 المؤرخ في 28 فيفري 2006، المتضمن تعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع11، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 2006.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

الأول بالصرف، كما يتصرف الولاية في هذا الشأن بصفتهم الأمرين بالصرف الثانويين بالنسبة للعمليات المنفذة على مستوى الولاية. (1)

- مصادر تمويل صندوق تعويض ضحايا الإرهاب

استنادا إلى المادة 104 من المرسوم التنفيذي 47/99، الذي سبق ذكره، صدر قرار وزاري مشترك بتاريخ 08 مارس 2008 يحدد قائمة الإيرادات والنفقات المقيدة في حساب التخصيص الخاص رقم 075-302 الذي عنوانه صندوق تعويض ضحايا الإرهاب، مبينا إيرادات ونفقات الصندوق التي تتمثل في:

أ- الإيرادات: تتمثل إيرادات الصندوق فيما يلي:

- مساهمة صندوق التضامن بنسبة يحددها الوزير المكلف بالمالية، عن طريق قرار التخصيصات السنوية من ميزانية الدولة.

- كل مورد آخر يحدد بنص القانون. (2)

ب- نفقات الصندوق: وتتمثل في:

- التعويضات عن الأضرار الجسدية والمادية التي تلحق بالأشخاص الطبيعيين إثر أعمال إرهابية، كما يعنى بتعويض ذوي حقوق المأساة الوطنية المتعلقة بالمعاشات الشهرية والرأسمال الإجمالي الذي حددته المراسيم الرئاسية المتضمنة إجراءات تطبيق ميثاق السلم والمصالحة الوطنية. (3)

- اشتراكات الضمان الاجتماعي.

(1) - أنظر المادة 102 من المرسوم 47/99، المؤرخ في 13 فيفري 1999، المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع09، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1999.

(2) - أنظر: المادة 104 من المرسوم 47/99، المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، المرجع السابق.

(3) - أنظر: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 08 مارس 2008 المحدد لقائمة الإيرادات والنفقات المقيدة في حساب التخصيص الخاص رقم 075-302 الذي عنوانه "صندوق تعويض ضحايا الإرهاب"، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع37، الصادرة بتاريخ 04 ماي 2008.

- المصاريف الناتجة عن مجانية النقل.

- المصاريف الناتجة عن الخبرات.

- المصاريف الناتجة عن تسخير الموثقين.

- تسديد أحكام القضاء الصادرة.⁽¹⁾

ويلاحظ مما تقدم أن المشرع الجزائري لم يكتف بإنشاء الصندوق فقط بل عمل على تنوع وتأمين مصادر تمويله، حتى يتفادى أي عجز يمكن أن يعرقل صرف التعويضات لمستحقيها، وذلك بترك باب التمويل مفتوحا على موارد متفرقة من خلال عبارة كل مورد آخر يحدد عند الاقتضاء عن طريق التنظيم، لمواجهة العجز عن الوفاء بدفع التعويض الذي من شأنه الإضرار بمصلحة الضحايا، أما عن نفقات الصندوق فعموما هي تنفق لتعويض الأضرار الجسدية والمادية التي تلحق بالأشخاص الطبيعيين إثر أعمال إرهابية أو حوادث واقعة في إطار مكافحة الإرهاب.

- كيفية عمل صندوق تعويض ضحايا الإرهاب

تنص المادة 106 من المرسوم التنفيذي 47/99 قيام الوالي المختص إقليميا في حدود الاعتمادات المفوضة بالالتزام بالدفع مصحوبا بمقرر يتم بواسطته أداء التعويض، ويخضع لتأشيرة المراقب المالي المحلي، ويقوم الوالي بصرف نفقات التعويض هذه بناء على الملف المحاسبي المطلوب الذي يختلف باختلاف الفئة التي ينتسب إليها المضرور وهي:

- ذوي حقوق الضحايا التابعين للقطاع الاقتصادي أو القطاع الخاص أو بدون عمل.

- الناجين من الاغتيالات الجماعية.

- النساء اللواتي تعرضن للاغتصاب الإرهابي.

وعليه فإن صندوق تعويض ضحايا الإرهاب في الجزائر لا يشمل بالتعويضات كل فئات الضحايا حيث يتقاسم هذه المهمة مع الهيئة المستخدمة بالنسبة للموظفين والأعوان العموميين وصندوق التقاعد

⁽¹⁾ - المرسوم التنفيذي رقم 144/99 المؤرخ في 20 جويلية 1999، المحدد لكيفيات تطبيق المادة 40 من القانون 99-08 المؤرخ في 13 جويلية 1999، المتعلق باستعادة الوثام المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع48، 1999.

بالنسبة للمدنيين المحالين على التقاعد، وصندوق التضامن الوطني بالنسبة للأسر المحرومة ضحية المأساة، ومركز الدفع التابع للجيش الوطني الشعبي أو مركز الدفع الجهوي بالنسبة للمستخدمين العسكريين والمدنيين التابعين لوزارة الدفاع الوطني وذوي حقوقهم.

وأمر المشرع الجزائري بفتح حساب على مستوى الولايات وفوض الولاية باعتبارهم الآمرون بالصرف الثانويين، دراسة ملفات الضحايا وتعويضهم مستعنيين في ذلك بمحاضر مصالح الأمن.⁽¹⁾

- نطاق تطبيق التعويض من صندوق ضحايا الإرهاب

هناك امتدادا زماني ومكاني للتعويض من هذا الصندوق كما يلي:

أ- نطاق تطبيق التعويض من حيث الزمان

من المبادئ المستقرة في النظرية العامة للقانون، تطبيق القاعدة القانونية على الفترة ما بين نفاذها وإغائها، تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين، واستثناء على هذه القاعدة نص المشرع بموجب المادة 115 من المرسوم التنفيذي 47/99 على تطبيق أحكام التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية أو الحوادث الواقعة في إطار مكافحة الإرهاب ابتداء من أول ماي 1991 على أن هذه الأحكام لا تنتج أثرا ماليا إلا من أول يناير 1992.

وترجع مبررات تطبيق هذا القانون بأثر رجعي إلى إرادة المشرع في أن يشمل التعويض كافة فئات ضحايا الجرائم ذات مصدر واحد، وذلك لضمان تعويض الأضرار الناشئة عن الاعتداءات الإرهابية أو عن مكافحتها قبل صدور قانون تعويض ضحايا الإرهاب في صيغته الجاهزة سنة 1999، وتجدر الإشارة إلى أن الضحايا أو ذوي الحقوق الذين تمكنوا من الحصول على إصلاح الضرر بمقتضى أحكام قضائية قبل نشر هذا المرسوم لا يمكنهم الحصول على التعويض المنصوص عليه بموجب مادتين 7 و8 من المرسوم التنفيذي 47/99 لكونه يتنافى مع كل إصلاح للضرر على أساس المسؤولية المدنية للدولة استنادا إلى المادة 09 من المرسوم سالف الذكر.

(1) - أنظر: من المرسوم 47/99، المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، المرجع السابق.

ب- نطاق تطبيق التعويض من حيث المكان

يطبق قانون تعويض ضحايا الإرهاب أو الأحداث الواقعة في إطار مكافحته داخل إقليم الدولة بصرف النظر عما إذا كان المضرور جزائرياً أو أجنبياً، ولكن لا يطبق على ضحايا الجرائم الإرهابية التي تقع خارج إقليم الجزائر.

الصورة الثانية: صندوق تعويض ضحايا وذوي حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية

ويتعلق الأمر بضحايا الأحداث الواقعة داخل منطقة القبائل ما بين أبريل 2001 و 31 ديسمبر 2004، وهي فترة كانت في ظل إعلان النظام القانوني الاستثنائي -حالة الطوارئ- التي تمتع القيام بمظاهرات أو الخروج في مسيرات، وحدثت فيها مشادات بين قوات الأمن والمتظاهرين للمطالبة بالاعتراف باللغة الأمازيغية كلغة وطنية ورسمية، ترتبت عليها أحداث دامية خلفت أضراراً جسيمة في الأرواح والممتلكات وكانت الإحصائيات تقرر بأكثر من 126 وفاة و5000 جريح و200 معوق مدى الحياة، وهذا ما تطلب تدخل الدولة من أجل ضمان هذه الأضرار من خلال إنشاء صندوق خاص بالتعويض.

- تعريف صندوق تعويض ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية

تم إنشاء هذا الصندوق بموجب المادة 120 من القانون رقم 11/02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002 المتضمن قانون المالية لسنة 2003⁽¹⁾، للتكفل من طرف الدولة بضحايا هذه الأحداث وذوي حقوقهم وهذا بعد صدور المرسوم رقم 125/02 المؤرخ في 07 أبريل 2002 الذي يحدد حقوق الضحايا⁽²⁾. حيث تقضي بإنشاء صندوق تعويض ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية، حيث تقضي المادة 09 والمادة 12 من المرسوم الرئاسي 125/02 المتعلق

(1) - أنظر: القانون 11/02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع86، الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 2002.

(2) - أنظر: المرسوم 125/02 المؤرخ في 7 أبريل 2002، الجريدة الرسمية بتاريخ 2002/04/14، ع25، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 478/02 المؤرخ في 2002/12/31، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع89، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2002.

بتعويض ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية، على أن التعويض يكون في صورة معاش شهري، أو رأس مال إجمالي.

-مصادر تمويل صندوق تعويض ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية

استنادا إلى المادة 120 من القانون 11/02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، يحدد قائمة الإيرادات والنفقات المقيدة في حساب التخصيص الخاص رقم 112-302 الذي عنوانه صندوق تعويض ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية، مبينا إيرادات ونفقات الصندوق التي تتمثل في:

أ-الإيرادات: تتمثل إيرادات الصندوق فيما يلي:

- مساهمة صندوق التضامن الوطني بنسبة تحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

- التخصيصات السنوية لميزانية الدولة.

- كل مورد آخر يحدد عند الحاجة، بموجب قانون المالية.

ب- النفقات:

- المعاشات والريوع الشهرية والرأسمالي الإجمالي لفائدة ضحايا وذوي حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية.

- الاشتراكات بعنوان الضمان الاجتماعي.

- النفقات بعنوان إجراء الخبرات.

- كيفية عمل صندوق تعويض ضحايا الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية

بالعودة إلى المرسوم الجديد، نصت المادة الثانية، على أنه يجب أن تقدم طلبات الاستفادة من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-125، المؤرخ في 7 أبريل 2002، المعدل والمتمم، في أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ نشر المرسوم (15 أوت 2006) ويلاحظ من خلال التعديل، إضافة عبارة "ترقية المواطنة" إلى تسمية ضحايا الأحداث، بعدما اقتصر في المرسوم السابق على تسمية "الحركة

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

من أجل استكمال الهوية الوطنية". وحسب المرسوم الرئاسي الخاص بتعويض الضحايا، يعتبر ضحية، كل شخص طبيعي توفي أو تعرض لأضرار جسدية من بين السكان أثناء الأحداث التي وقعت خلال الفترة الممتدة من أبريل 2001 إلى 31 ديسمبر 2004، وتنص المادة الثالثة على تعهد الدولة بتحمل جميع التزاماتها إزاء الضحايا على مستوى التراب الوطني.

وحسب مضمون المرسوم الرئاسي الخاص بتعويض ضحايا الأحداث المصنفة في خانة "الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية وترقية المواطنة"، يستفيد ذوو حقوق الضحايا المتوفين وضحايا الأضرار الجسدية، من تعويض، حسب الكيفيات المنصوص عليها، فيما تخضع الاستفادة من هذا التعويض، إلى الاعتراف بصفة الضحية، مثلما هو محدد في القانون، ونصت المادة السادسة، على إنشاء لجنة عبر الولايات المعنية، تكلف بمهمة الاعتراف بصفة الضحية ومعالجة ملفات التعويض، وتشكل هذه اللجنة التي يرأسها الوالي، من النائب العام والمدير الولائي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ومدير النشاط الاجتماعي ومدير الصحة والسكان في الولاية المعنية ومدير الإدارة المحلية والمراقب المالي وأمين خزينة الولاية وممثلين اثنين عن الضحية.

وحول تعويض ذوي حقوق الضحايا المتوفين، أشار المرسوم الرئاسي، إلى أن هؤلاء يتقاضون معاشا شهريا عندما يترك الهالك أطفالا كانوا في كفالتهم، ويحدد هذا المعاش بمبلغ 16 ألف دينار جزائري، كما يتقاضى ذوو حقوق الضحايا المتوفين تعويضا في شكل رأسمال إجمالي مبلغه 192 مليون سنتيم، عندما لا يترك الهالك أطفالا كانوا في كفالتهم.

من ناحية أخرى، وبشأن التعويض عن الأضرار الجسدية، نصت المادة 21 من المرسوم الرئاسي، على أنه يستفيد الضحايا الذين تعرضوا للأضرار الجسدية، من راتب شهري تتحمله ميزانية الدولة، مبلغه 4 آلاف دينار، يخص أولئك الذين تعرضوا إلى عجز دائم جزئي يقل عن 30 بالمائة، و6 آلاف دينار فيما يتعلق بالذين تعرضوا إلى عجز دائم جزئي يقل عن 60 بالمائة، و8 آلاف دينار فيما يخص الذين تعرضوا إلى عجز دائم جزئي يقل عن 85 بالمائة، و10 آلاف دينار كتعويض بالنسبة للذين تعرضوا إلى عجز دائم جزئي يساوي 85 بالمائة أو يفوقها، وتضاف على مبلغ الراتب نسبة 25 بالمائة إذا لم يكن للمستفيد أي دخل آخر وله أطفال يكفلهم.

- نطاق تطبيق التعويض من صندوق ضحايا وذوي حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية

هناك امتداد زمني ومكاني للتعويض من هذا الصندوق كما يلي:

أ- نطاق تطبيق التعويض من حيث الزمان: قرّرت السلطات العمومية، تمديد الفترة القانونية بالنسبة لضحايا الأحداث والاضطرابات وأعمال الشغب والتخريب التي عرفتتها بعض ولايات الجمهورية دون استثناء، خلال الفترة الممتدة من شهر أبريل 2001 إلى غاية 31 ديسمبر 2004، وقد تم بذلك، توسيع قائمة الضحايا ممن لهم الحق في الاستفادة من نظام التعويضات المادية، بعدما كان مقتصرًا على ضحايا ما يعرف بالربيع الأسود بمنطقة القبائل، حيث وقّع الرئيس عبد العزيز بوتفليقة، مرسومًا رئاسيًا رقم 06-269⁽¹⁾ يعدل المرسوم الرئاسي رقم 02-125 المؤرخ في 7 أبريل 2002، الذي يحدّد حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية وترقية المواطنة، والتي وقعت على مستوى التراب الوطني.

وحسب ما تضمّنه نص التعديل، الصادر في العدد الأخير من الجريدة الرسمية، فإن المادة الأولى من المرسوم الرئاسي، تنصّ على أن هذا الأخير، يهدف إلى تحديد حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية وترقية المواطنة، وفيما حدّد المرسوم الرئاسي السابق، فترة الأحداث التي عرفتتها بعض مناطق الوطن، ومنها تحديدًا منطقة القبائل، من أبريل 2001 إلى أبريل 2002، تمّ تمديد الفترة، حسب المرسوم الجديد، المؤرخ في 15 أوت 2006، ابتداءً من أبريل 2001، إلى غاية 31 ديسمبر 2004.

ت- نطاق تطبيق التعويض من حيث المكان

قائمة الضحايا لم تقتصر على ضحايا أحداث القبائل، وإنما توسعت إلى ضحايا الأحداث التي عرفتتها مناطق أخرى، كورقلة وغرداية وعين صالح وباتنة والعاصمة (كلّ المناطق التي شهدت أحداثًا

(1) - أنظر: المرسوم الرئاسي 06/269، مؤرخ في 15 أوت 2006، يعدل المرسوم الرئاسي 02/125، المؤرخ في 07 أبريل 2002، الذي يحدّد حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية وترقية المواطنة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية 5، الصادرة بتاريخ 16 أوت 2006.

خلال الفترة المحددة في المرسوم). وعليه، فإن التعويضات، بعد تعديل المرسوم المؤرخ في 7 أفريل 2002، أصبحت تشمل أيضا الضحايا الذين دافعت عنهم بعض الحركات، مثل "حركة المواطنة لأبناء الجنوب، على غرار حركة العروش.

في النهاية ما يمكن قوله أن إنشاء مثل هذه الصناديق يدل بصفة واضحة على اهتمام الدولة بالاستقرار والأمن الاجتماعيين ورغبتها في التسوية السريعة والحقيقية للأضرار التي خلفتها هذه الأحداث التي عرفتها الجزائر خلال فترات زمنية معينة. وتبقى هذه الصناديق تتميز بالطابع الاحتياطي لالتزام الدولة بالتعويض استشعارا منها بمسؤوليتها.

2- تدخل الدولة بصفة احتياطية عن طريق التأمين

أصبح للتأمين دور هام في المجتمعات الحديثة، حتى كاد يغطي كافة أوجه الأنشطة مساندة لتطور مجالات الحياة وما صاحبه من خطورة المسؤولية المصاحبة لها، وظهر مخاطر جديدة كالطاقة النووية وأخطار الكوارث الطبيعية والجرائم الإرهابية... وحيث أن هذه المخاطر تتميز بأضرار بالغة الخطورة، أصبح نظام التأمين عليها إجباري في بعض الأنظمة، وقبل أن نتطرق إلى نظرة المشرع الجزائري لمدى إجبارية التأمين أو جوازه على سبيل الخيار في هذه المخاطر نتطرق لتعريفه.

أ- مفهوم التأمين كآلية جماعية للتعويض

سنتناول في هذا الفرع كل من تعريف التأمين وخصائصه الفنية ومدى انطباقها على أخطار الظروف الاستثنائية المؤمن عليها:

-تعريف عقد التأمين

نظم المشرع الجزائري أحكام التأمين من خلال مجموعة متعددة من النصوص القانونية كان آخرها الأمر 07/95⁽¹⁾، المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بموجب القانون رقم

(1) - الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04/06 المؤرخ في 2006/02/20.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

104/06، بالإضافة إلى أحكام القانون المدني⁽¹⁾، ويقوم التأمين حسب التشريع الجزائري على التعاون بين عدد من الأشخاص، والاشتراك في تحمل ما يصيبهم من أضرار، حيث يقومون بالمساهمة في تمويل جهاز التأمين بواسطة الأقساط المحددة، على أن يحصلوا على تعويضات عن الأضرار التي تلحق بهم من جراء الخطر موضوع التأمين.

وقد عرف المشرع الجزائري عقد التأمين باعتباره: " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن."⁽²⁾.

وهو نفس التعريف الذي تضمنته المادة 02 من الأمر 95/07 المتعلق بالتأمينات ومنه نتبين العلاقة القانونية التي ينشئها عقد التأمين وهي علاقة بين طرفين: المؤمن له المعرض لخطر معين في ماله أو شخصه، والمؤمن المتعهد بتغطية هذا الخطر عند حدوثه مقابل ما يتلقاه من المؤمن من أقساط، وهذا هو المعروف بالتأمين المباشر، حيث تجتمع في شخص واحد صفة المؤمن له والمستفيد أو طالب التأمين أو المكتتب في الوثيقة باعتباره الشخص الذي تهدده آثار الخطر المؤمن ضده والذي من أجل توقيها وحماية مصالحه، تم إبرام عقد التأمين، وقد يكون عقد التأمين غير مباشر عندما ينظم شخص ثالث لهذه العلاقة القانونية، حيث يمكن أن يشترط المؤمن له بأن يدفع المؤمن مبلغ التعويض في حالة حدوث الخطر إلى شخص آخر يتم تحديده في عقد التأمين ويسمى المستفيد⁽³⁾.

والخلاصة أن التأمين هو نظام يجعل عبء التعويض يقع على جماعة المؤمن لهم، حيث تختفي بذلك العلاقة بين المضرور ومحدث الضرر وتصبح العلاقة بين الضحية وبين المؤمن الذي يصبح هو الملتزم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الضحية، وذلك من مجموع الأقساط التي دفعها المشاركون في عملية التأمين الواحدة. وهو مظهر هام لتحمل الكيان الاجتماعي لعبء التعويض لحماية الضحايا في ظل نقص القواعد العامة لتحمل المسؤولية المدنية.

(1) - الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

(2) - أنظر: المواد من 619 إلى 625 من القانون المدني الجزائري.

(3) - بلعموري نادية، الأساس القانوني لتحمل الدولة عبء تعويض ضحايا المساة الوطنية، المرجع السابق، ص 452.

- عناصر عقد التأمين

من خلال التعريف القانوني لعقد التأمين يتضح أن عناصره تتمثل في: الخطر المؤمن منه، قسط التأمين، مبلغ التأمين.

-الخطر المؤمن منه:

يشكل الخطر موضوع أو محل عقد التأمين، المبرر والسبب المباشر الذي من أجله قام عقد التأمين، وهذا الخطر غير محقق الوقوع فقد يحدث وقد لا يحدث وبالتالي فهو واقعة احتمالية لا يتوقف تحقيقها على إرادة أحد أطرافه فيجب أن تتحقق في الخطر محل عقد التأمين جملة من الشروط أهمها: أن يشكل واقعة احتمالية فلا يرد التأمين على خطر محقق الوقوع، وأن يكون مستقل عن إرادة الطرفين، وأن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب والعامة.

-القسط محل عقد التأمين

وهو مقابل التأمين حيث يلتزم المؤمن له أن يؤدي قسطاً محدداً مسبقاً عن مقابل التأمين، ويمثل القسط الالتزام الواقع على المؤمن له مقابل تحمل المؤمن عبء التعويض، ويتحدد القسط استناداً إلى طبيعة الخطر محل عقد التأمين، حيث هناك علاقة وثيقة بين قسط التأمين والخطر المؤمن منه، فقسط التأمين يحسب على أساس هذا الخطر، بحيث يتم تقديره على أساس درجة احتمال وقوع الخطر من جهة، ودرجة جسامته من جهة أخرى.⁽¹⁾

-مبلغ التأمين

ويقصد به المبلغ الذي يتعهد المؤمن له أو المستفيد عند تحقق الخطر المؤمن منه، ويتحدد مقدار التعويض بناء على الاتفاق بين المؤمن والمؤمن له وقت إبرام العقد، على أن لا يزيد المبلغ الذي يلتزم المؤمن بدفعه للمؤمن له عن المبلغ المتفق عليه في العقد، حتى لو زادت قيمة الأضرار الناجمة عن تحقق الحادث المؤمن منه على هذا المبلغ استناداً إلى المادة 629 من القانون المدني.⁽²⁾

(1) - محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين (مشروعيته وآثاره وإنهاؤه)، دار النهضة العربية، 1995، ص 13

(2) - أنظر في نفس المضمون المادة 130 من الأمر 95/07 المتعلق بالتأمينات.

ب- أهمية التأمين في تغطية الأضرار الناتجة عن مخاطر الظروف الاستثنائية

يعتبر التأمين آلية مهمة في تعويض الضحايا عن الأضرار الجسيمة والواسعة النطاق حيث يسمح للضحايا في الحصول على التعويض حتى في حالة عدم التعرف على المسؤول عن الضرر، وهو وسيلة فعالة طالما أنه يعتمد على فكرة التعاون بين أفراد المجتمع التأميني في تحمل عبء المخاطر، وهذا بواسطة توزيعه لتخفيف الأضرار عنهم، كما يعد الطريق الملائم لتنظيم تعويض الضحايا ومن خلال ميزة التلقائية التي يوفرها للمضرور؛ لأن هذا الأخير يعتبر طرفا مباشرا في عقد التأمين طالما أنه المؤمن له.

كما أن ما تدخره شركات التأمين يساعد على تعزيز الائتمان العام حيث تعتبر شركات التأمين أكثر المؤسسات قدرة على تجميع المدخرات، والادخار عن طريق تجميع رؤوس الأموال المكونة من أقساط واشتراكات المساهمين.

ويعد التأمين آلية ناجعة في إدارة المخاطر والوقاية منها وتقليلها على اعتبار أن مبلغ قسط التأمين مرتبط بدرجة المخاطر المغطاة، ولذا فإن شركات التأمين تقوم بدراسة أسباب الخطر لاتقاء حدوثه ودفع المؤسسات الراغبة في التأمين إلى تطوير آليات الوقاية والحيلة ونشر التوعية المطلوبة لدى المواطنين.

يعتبر التأمين تقنية إجرائية، ذلك أن حقوق المضرور مرتبطة بالعقد المبرم مع المؤمن وأصبح يمثل وسيلة جماعية للتعويض قوامها تعاون المستأمنين.⁽¹⁾

ت- مدى مساهمة التأمين في تغطية الأضرار الناجمة عن مخاطر الظروف الاستثنائية في الجزائر

لم يلزم المشرع شركات التأمين بتغطية الأضرار الناجمة عن الأخطار في الظروف الاستثنائية بل أجاز مبدأ الاستبعاد وخيرها بين أن تقبل أولا تقبل تأمين هذه الأضرار ويظهر مبدأ الجواز من خلال نص المادة 40 من الأمر 70/95 المتعلق بالتأمينات على أنه: " يمكن التأمين كليا أو جزئيا على الخسائر والأضرار الناجمة عن الأحداث التالية في إطار العقود الخاصة بتأمينات الأضرار مقابل قسط إضافي:

(1) - إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد، الجزائر، 1983، ج1، ص10.

- الحرب الأهلية.

- الفتن والاضطرابات الشعبية.

- أعمال الإرهاب والتخريب.

يتبين من هذه المادة أن الأضرار الناجمة عن الاعتداءات الإرهابية ليست مستبعدة قانونيا من نطاق التأمين، غير أن المشرع علق جواز التأمين في هذه الحالات على التزام المؤمن له بدفع قسط إضافي مقارنة بالتأمين على مخاطر أخرى، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التأمين في هذه الحالات غير إلزامي وبالتالي يمكن لشركات التأمين استبعاد مثل هذه الأخطار من وثيقة التأمين، ومن جهة أخرى نلاحظ ضعف ثقافة التأمين لدى المواطنين حيث لا يوجد هناك إقبال عليه حتى في الحالات التي يقر المشرع فيها بالزامية التأمين، وهذا ما يلاحظ من نسبة التأمين عن الكوارث الطبيعية، حيث تشير الأرقام التي تحصلت عليها وكالة الأنباء الجزائرية من الشركة المركزية لإعادة التأمين أن نسبة 92% من المنشآت الصناعية والتجارية، و 96% من السكنات بالجزائر غير مؤمنة ضد الكوارث الطبيعية بالرغم من إجبارية الاكتتاب في هذا التأمين.

وأضافت أن الجزائر تدفع سنويا 500 مليون دج في إطار منحة إعادة التأمين ضد الكوارث الطبيعية التي تشتريها لدى شركات إعادة تأمين دولية، وتسمح لها هذه المنحة بالحصول على تغطية الأخطار لما يقارب 246 مليون دولار في حالة الكوارث الطبيعية.⁽¹⁾

وقد كشفت حادثة الاعتداء الإرهابي على قاعدة تيقنتورين بعين أمناس أن جميع مصانع البترول والغاز غير مؤمنة في الأسواق الدولية من الاعتداءات الإرهابية⁽²⁾، ويشير مصدر مسؤول من قطاع الطاقة والمناجم أن الجزائر طلبت سنوات التسعينات بتأمين مصانعها من بعض الشركات الدولية لإعادة التأمين والتي تنحصر خاصة في اللندنية المعروفة باسم "اللويذر" نتيجة الوضع الأمني غير المستقر آنذاك، لتراجع عن قرارها بعد أن صدمت بالأسعار الباهضة المقترحة من طرف شركات الأجنبية، والتي تقدر

(1) - إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 11-12.

(2) - Djamel Abbaci, conielier en assurance auprès des grandes entreprises, la législation régissant l'indemnisation des victimes d'ctes terroriste est limitée elWatan du 27 Mai au 02 juin 2013.

قيمة ضماناتها في بعض الحالات، بنفس تكاليف انجاز المصنع في حد ذاته. (1)

إذن رغم أهمية التأمين كآلية من الآليات الجماعية للتعويض إلا أنه لم يؤد الدور المطلوب في تغطية الأضرار الناجمة عن مخاطر الظروف الاستثنائية في الجزائر رغم أن هذه مخاطر، كالإرهاب والحروب الأهلية والفتن والاضطرابات، قابلة للتأمين بتوافر عناصر المفهوم التأميني للخطر من حيث أنه يجب أن يكون احتماليا ومستقلا عن إرادة طرفي العقد كما يمكن قياسه ماديا، مما يستوجب إعادة النظر في السياسة التأمينية في الجزائر لتغطية هذه الأضرار، فالتمتع مثلا في الأضرار التي خلفتها الظروف الاستثنائية في الجزائر خاصة الاعتداءات الإرهابية خلال العشرية السوداء يستتج ضرورة تفعيل دور التأمين مناصفة مع صندوق تعويض ضحايا الجرائم الإرهابية لمواجهة هذا النوع من المخاطر خاصة إذا علمنا أن مجمل إيرادات هذا الصندوق تتمثل في التخصيصات السنوية من ميزانية الدولة مما يسبب إقبال كاهلها وهي مسألة تستحق إعادة النظر من طرف المشرع، لأن هذا يلعب دورا كبيرا في التعويض إلى جانب صناديق الضمان.

ثانيا: صور تدخل الدولة للتعويض في الفقه الإسلامي

كما عرفنا سابقا أن الشريعة الإسلامية عرفت مبدأ التزام الدولة بتعويض ضحايا الظروف الاستثنائية وإذا كان المبدأ العام هو التعويض عن طريق الدعوى القضائية، فإن الشريعة الإسلامية أيضا عرفت بعض صور التعويض عن طريق الآليات الجماعية، وأبلغ صورة لتطبيق نظام هذه الآليات في الإسلام تمثلها الدية والقسامة سواء في إصلاح الضرر أو في دفع أخطار القتل والجنابة خاصة في الظروف الاستثنائية، كما ستعرض لموقف الفقه الإسلامي من التأمين على المخاطر كأحد الحلول المستحدثة لتغطية بعض أضرار الظروف الاستثنائية.

1- الدية كتطبيق للتعويض في الإسلام

القاعدة الأساسية في الإسلام هي حياطة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها، وقرر أحكاما شرعية تحفظها قبل التعدي وبعد التعدي، وتعتبر الدية من أهم آثار هذه الأحكام الشرعية فهي تقرر بدلا من

(1) - بلمموري نادية، الأساس القانوني لتحمل الدولة عبء تعويض ضحايا المأساة الوطنية، المرجع السابق، ص 460.

الدم وصيانة له من الإهدار، وإن كان الأصل فيها الرجوع بالدية على الجاني وعاقلته، فإن بعض الظروف الغير عادية قد تجعل من المجني عليه مجهولا أو تعذر الوصول إليه، أو استحال التعويض منه أو من أي جهة أخرى، ولهذا وطبقا لأحكام التعويض في الفقه الإسلامي فالتعويض تلزم الدولة بأدائه حتى لا يضيع دم امرئ مسلم وتضامنا مع عائلة المجني عليه، ومن هنا تظهر الدية كأحد أهم صور الآليات الاجتماعية في المجتمع المسلم وذلك ما يقتضي التطرق إلى تعريفها وأدلة مشروعيتها، ثم بيان أساس التزام الدولة بأداء الدية في جرائم الاعتداء على النفس في الظروف الاستثنائية.

أ- تعريف الدية

وسوف نتعرض للتعريف اللغوي بالقدر الذي سيخدم عندنا التعريف الاصطلاحي:

- لغة

الدية واحدة وجمعها ديات، والهاء عوض من الواو وتقول: ودية القتل أدية دية: إذا أعطيته ديته⁽¹⁾، وودي القاتل القتل دية: إذا أعطى وليه المال الذي بدل النفس وفاؤها محذوفة والهاء عوض، والأصل ودية مثل وعدة وفي الأمر: القتل بدال مكسور لا غير، فإن وفقت قلت: ده ثم سمي ذلك المال دية تسمية بالمصدر، والجمع ديات، مثل هبة وهبات، وعدات، واتدى الولي: إذا أخذ الدية ولم يثأر لقتيله.⁽²⁾

- اصطلاحا: هو مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال، وهو النفس، والأرش الواجب في الجناية على مادون النفس مؤدى أيضا، وكذلك القيمة الواجبة في سائر المتلفات إلا أن الدية اسم خاص في بدل النفس، لأن أهل اللغة لا يتردون الاشتقاق في جميع مواضعه لقصد التخصيص بالتعريف.⁽³⁾

وهناك تعريف آخر بأنها: "المال الواجب بالجناية علة نفس أو ما في حكمها."⁽⁴⁾

(1) - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج15، ص383.

(2) - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المصدر السابق، ص1207.

(3) - المبسوط، السرخسي، المصدر السابق، ج26، ص59.

(4) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1996، ص243.

ولا تخرج أغلب التعريفات عن هذا المعاني السابقة باعتباره تعريفاً جامعاً لدية الاعتداء على النفس وما دون النفس.

وتتضمن الدية معنى التعويض لأنها مال خاص بالمضروب، والذي يجوز له المطالبة بها أو العفو عنها أو عن بعضها، يحصل عليها بمقتضى الضرر الذي لحقه في بدنه.

ب- دليلها

يدل على مشروعية الدية الكتاب والسنة والإجماع:

- من القرآن الكريم

قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾﴾. (1)

قال ابن كثير - رحمه الله -: "، قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾ ، هنا واجبان في قتل الخطأ أحدهما: الكفارة لما ارتكبه من الذنب العظيم وإن كان خطأ، ومن شرطها أن تكون عتق رقبة مؤمنة فلا تجزئ الكافرة... وقوله: "ودية مسلمة إلى أهله"، هو الواجب الثاني فيما بين القاتل وأهل القتل عوضاً لهم عما فاتهم من قتلهم... وهذه الدية. على العاقلة، لا في ماله... وقوله: "إلا أن يصدقوا."؛ أي فتجب فيه الدية مسلمة إلى أهله إلا أن يتصدقوا بها فلا تجب، وقوله: "فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة." أي؛ إذا كان القتل مؤمناً ولكن أولياؤه من الكفار أهل حرب، فلا دية لهم، وعلى القاتل تحرير رقبة مؤمنة لا غير، وقوله: "وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة"، أي فإن كان القتل وأولياؤه

(1) - النساء: 92.

أهل ذمة أو هدنة فلهم دية قتلهم، ويجب أيضا على القاتل تحرير رقبة مؤمنة (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين). (1)

- وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ (2)

وسبب هذه الآية أن بني إسرائيل كان فيهم القصاص ولم تكن فيهم الدية فخفف الله سبحانه وتعالى عن هذه الأمة فقال: "كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء. فالعفو أن يقبل الدية في العمد: "فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان"، أي يتبع بالمعروف ويؤدي بإحسان: "ذلك تخفيف من ربكم ورحمة." أي مما كتب على من كان قبله، "فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم." أي من قتل بعد التوبة. (3)

- من السنة النبوية

ما جاء في كتاب محمد بن حزن عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ، قال: "من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول، وإن في النفس مائة من الإبل وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية، وفي اللسان الدية، وفي الشفتين الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الذكر وفي الصلب الدية..." (4)

ففي هذا الحديث أبان الله تعالى على لسان نبيه ﷺ حكم الدية، فكان نقل عدد من أهل العلم عن عدد لا تنازع بينهم أن الرسول ﷺ قضى بدية المسلم مائة من الإبل. (5)

- من الإجماع

أجمع الفقهاء على وجوب الدية في القتل شبه العمد والخطأ والعمد عند عدم القصاص، وقد نقل الإجماع غير واحد من أهل العلم. (6)

(1) - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المصدر السابق، ص 179-181.

(2) - البقرة: 178.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير: "يا أيها الذين ءامنوا كتب عليكم الصيام.." رقم الحديث: 4498، ج 8، ص 25.

(4) - أخرجه النسائي في سننه، باب الديات، رقم الحديث: 7029، ج 06، ص 373.

(5) - الشافعي ابن إدريس، الأم، دار الغد العربي، ط 1، 1989، ج 6، ص 155.

(6) - المغني لابن قدامة، المصدر السابق، ج 7، ص 759.

ت-أساس التزام الدولة بالدية في جرائم الاعتداء في الظروف الاستثنائية

ارتبط معنى التزام الدولة بأداء الدية بمبدأ "لا يطل دم في الإسلام"، والمقصود من ذلك صيانة حقوق النفس البشرية وحمايتها، وينصرف المبدأ في معناه إلى أنه لا يضيع دم مسلم أو غير مسلم عند الاعتداء عليه، فالإسلام حريص على صيانة حقوق العباد وعدم إهدارها أو ضياعها، فهو يضمن للمجني عليه الحصول على حقوقه والتعويض عنها عند المساس بها، كما أن لأولياء الدم الحق في القصاص من قاتل قتيلهم أو الحصول على ديته. (1)

والدية مقررة بدلا من الدم وصيانة له من الإهدار فلو تحمل كل جان وحده بالدية التي تجب بجريمته وكان عاجزا عن أدائها سيهدر حق المجني عليه، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء الذي يصير واجبا بالرجوع على بيت مال الدولة، حتى لا تذهب الدماء هدرا دون مقابل، والقول بالرجوع على الجاني وعدم الرجوع على الدولة يؤدي إلى إهدار دماء المجني عليهم، لأن أكثر الجناة فقراء هذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التي تقوم على حفظ الدماء. (2)

فمن قتل مسلما خطأ كان على عاقلته تعويض أهله؛ لأن الجاني أخطأ فتعوض أسرته الصغرى بذلك، فإن عجزت الأسرة الصغرى وجبت الدية على الأسرة الكبرى، وهي الأمة فيدفع بيت مالها الدية، ومع هذا التعاون هناك معنى آخر وهو إثبات أن الدولة مسؤولة عن اعتداء آحادها في حال العمد، وتقصيرهم في الاحتياط في حال الخطأ، ولأن الغرم بالغنم فلما كان عامة المسلمين هم المنتفعون بهذه الأماكن التي قد يتواجد فيها القتل كان الغرم عليهم، فيدفع من مالهم الموضوع لهم في بيت المال، وكذلك إذا قتل شخص في زحام أو مسجد عام أو الطريق الأعظم ولم يعرف قاتله، فديته في بيت المال. (3)

(1) - حسني الجندي، مبدأ لا يطل دم في الإسلام، منهج الإسلام في صيانة النفس الإنسانية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2005، ص11.

(2) - خيرى أحمد الكباش، مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم -أساسه، عناصره، ضماناته-أعمال المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي 12-14 مارس 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص591.

(3) - كمال محمد عواد، جرائم القتل مجهولة الجاني في الفقه الإسلامي، مقال منشور بالإنترنت،

https://jfslt.journals.ekb.eg/article_101164_cd894dd7415a1d165e92b376be56df56.pdf

2020، ص879.

ويمتد أساس التزام الدولة بالتعويض أيضا في الظروف الاستثنائية إلى الحالات التي يكون فيها الجاني مجهولا أو تعذر الوصول، أو استحالة اقتضاء التعويض منه بسبب كثرة الجناة وتعذر الوصول إليهم بسبب طبيعة هذه الظروف، وفي هذا الصدد يذكر البعض أنه طبقا للقواعد العامة للتعويض في الفقه الإسلامي، أنه إذا استحالة اقتضاء التعويض من الجاني أو من أي جهة أخرى فإنه تلزم الدولة بأدائه من بيت مال المسلمين.

ويرجع أساس التزام الدولة بأداء الدية في مثل هذه الحالات إلى بعض التطبيقات في العصر النبوي أهمها ما ورد أنّ النبي ﷺ ودي الأنصاري الذي قتل بجير من بيت مال المسلمين، وقد جاء فيه : "وكره رسول الله ﷺ أن يظل دمه فوداه بمائة بعير من إبل الصدقة" (1).

ووجه الاستدلال أنه واداه من بيت مال المسلمين حينما لم يثبت القتل على معين، خوفا من أن يظل دم امرئ مسلم. (2)، وبهذا اعتبر تعويض ضحايا القتل والاعتداء من المصالح العامة التي يجب على الدولة مراعاتها.

وهكذا تكون الشريعة الإسلامية قد أدركت أهمية تعويض الدولة للمضرور من الجريمة إذا استحالة عليه الحصول على التعويض من طريق آخر خاصة في الظروف الاستثنائية التي قد تحول دون معرفة الجاني أو إلزامه بالتعويض، وهذا أخذاً بمبدأ التكافل الاجتماعي الذي يجب أن يسود المجتمع الإسلامي.

2- القسامة كتطبيق للتعويض بالآليات الجماعية

تعد القسامة من أهم تطبيقات التكافل الاجتماعي في الإسلام سواء في جبر الضرر أو الوقاية من الجريمة والاعتداء، وهي وسيلة فعالة في تعويض حوادث القتل والاعتداء في الحالات التي يتعذر فيها إلزام أهل المحلة بالتعويض، وللاهمية السابقة الذكر للقسامة سنقوم بتعريفها وذكر دليل مشروعيتها ثم أساس التزام الدولة بالتعويض في القسامة.

(1) - أخرجه البخاري في صحيحه، رقم الحديث، كتاب الديات، باب القسامة، رقم الحديث 3173، ج4، ص101.

(2) - حسني الجندي، مبدأ لا يظل دم في الإسلام، المرجع السابق، ص13.

أ- تعريف القسامة

- لغة:

الجماعة يقسمون على الشيء أو يشهدون، ويمين القسامة منسوبة إليهم، والقسامة: مصدر أقسم قسامة ومعناه حلف حلفا. (1)، قال القاضي: "هي الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة، قال: وأهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يخلفون سموا باسم هذا المصدر. (2)

- اصطلاحا:

هي الأيمان المكررة في دعوى قتل شخص معصوم الدم يقسم بها أولياء القتل، لإثبات القتل على المتهم، عند وجود قتل في محلته، أو قريبا منهم، أو يقسم أهل المحلة التي وجد فيها القتل أنهم ما قتلوه ولا علموا له قاتلا. (3)

وهناك من عرفها بأنها الأيمان المكررة في دعوى القتل. (4)

فالقسامة من خلال التعريفات السابقة، فهي تدل على أن القسامة عبارة عن أيمان يخلفها أولياء القتل.

وتحقق القسامة فائدتين، فهي أولا تعظم شأن الدماء، وتهدف إلى عدم ذهابها هدرا بقدر المستطاع، وهي ثانيا تهدف إلى بعث روح اليقظة بين الناس، بشأن ما يمكن أن يقع من جرائم بينهم، في محاولة لمنعها بقدر الإمكان.

ب- مشروعية القسامة

ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار مشروعية القسامة وأنها أصل يثبت به القصاص أو الدية وأدلتهم في ذلك من الكتاب والسنة والمعقول.

(1) - ابن منظور: لسان العرب، المصدر السابق، ج12، ص481.

(2) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج08، ص487.

(3) - شمس الدين محمد بن الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ج4، ص141.

(4) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص487.

- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ

إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ (1)

ووجه الاستدلال قوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾ " فقد جعلنا لوليه سلطانا (أي قوة)، فقد عهد الله عزوجل بسultan الولي إلى النبي ﷺ بينها بالقسامة. (2)

- من السنة: دل على مشروعية القسامة من السنة أحاديث عديدة ووقائع أجراها فيها الرسول

ﷺ ومنها:

- عن سهل بن أبي حثمة، قال: انطلق عبد الله بن سهل، ومحبيصة بن مسعود بن زيد إلى خيبر وهي يومئذ صلح، فتفرقنا فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشحط في دمه قتيلا، فدفنه ثم قدم المدينة، فانطلق عبد الرحمان بن سهل، ومحبيصة، وحوبيصة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ، فذهب عبد الرحمان يتكلم، فقال: كبر كبر، وهو أحدث القوم، فسكت فتكلما، فقال: تحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم. " قالوا: و كيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟، قال: "فتبريكم يهود بخمسين."، فقالوا كيف نأخذ أيمان قوم كفار، فعقله النبي ﷺ من عنده" (3).

ويعتبر هذا الدليل عماد الأدلة التي استند عليها الفقهاء في مشروعية القسامة، قال القاضي عياض: "هذا الحديث أصل من أصول الشرع وقاعدة من قواعد الأحكام وركن من أركان مصالح العباد". (4)

- الأثر: ورد كثير من الآثار التي تدل على مشروعية القسامة نذكر أهمها ما روى عبد الرزاق في مصنفه عن الشعبي، أن قتيلا وجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب، فأحلفهم عمر بن الخطاب خمسين يمينا، كل رجل منهم، ما قتلت، ولا

(1) - الإسرائ: 33.

(2) - كمال محمد عواد، جرائم القتل مجهولة الجاني في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 857.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب القسامة، رقم الحديث 3173، ج 4، ص 101.

(4) - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ، ج 12، ص 235.

علمت قاتلا، ثم أغرمهم الدية. " (1)

فالقَتيل وجد في محلة وانحصرت شبهة القتل فيهم فكان ذلك داعيا لأخذ عمر بن الخطاب بالقسامة لكي لا يظل دم في الإسلام ولسد الباب أمام المجرمين الذين يستغلون انشغال الناس أو وقوع بعض الطوارئ الاستثنائية ويرتكبون جرائمهم خفية.

ت-أساس التزام الدولة بالتعويض في القسامة حال الظروف الاستثنائية

تقع القسامة عند جمهور الفقهاء بأن يقسم أولياء القتيل ابتداء، فيحلف خمسون رجلا منهم أن فلانا بن فلان هو القاتل، وتكون الأيمان في مجلس واحد، بعد التحذير والتغليظ، فإن فعلوا استحقوا الدية، فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرئ. (2)

فإذا لم يرض المدعون أيمان المدعى عليه، فقد اختلف الجمهور في ذلك، فيرى الإمام أحمد براءة المتهمين، مع وجوب الدية على بيت مال المسلمين. (3)

وتجب الدية بالقسامة في القتل الخطأ وشبه العمد اتفاقا (4)، أما القتل العمد فيرى الإمام مالك أن القصاص يجب إذا كان المتهم واحدا، أما إذا تعدد المتهمون فإنه يجب القصاص بالقسامة على واحد يعينه أولياء القتيل، ويحلفون أنه مات من ضربه (5)، وأما عند الأحناف والشافعية فلا يجب إلا الدية، سواء في حالة العمد أو غير العمد أو الخطأ. (6)

فإذا كان الضرر واقعا على الأموال أو الأنفس، وتعذر معرفة المسؤول، فالقاعدة أنه طالما أن المسلمين يرثون من لا وارث له، فإنه بالمقابل يعقلون عنه، عند تعذر معرفة المتسبب، وذلك من بيت مال المسلمين، لأنه ما لهم جميعا، وذلك استنادا إلى حديث رسول الله ﷺ والذي قال فيه: "أنا وارث من

(1) - أبو بكر عبد الرزاق بن الهمام بن نافع الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المجلس العلمي، بيروت، ط2، 1403 هـ، رقم الحديث، 18266، ج10، ص35.

(2) - مالك بن أنس، الموطأ، تعليق فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1958، ج2، ص877 وما بعدها.

(3) - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص500.

(4) - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، ج7، ص233-234.

(5) - أحمد بن يوسف بن أبي القاسم الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ج8، ص355.

(6) - الشافعي، الأم، المصدر السابق، ص229.

لا وارث له، أعقل عنه وأرثه." (1)

وهكذا أرسى التشريع والفقهاء الإسلامي مبدأ الضمان حرصاً على حفظ الدماء، وعدم ضياعها هدرًا، فأوجب الدية على أهل المحلة التي وجد بها القتل، وجعل من بيت مال المسلمين ضامناً احتياطياً، في الحالات التي يتعذر فيها إلزام أهل المحلة بالتعويض، وبالتالي فلا يبطل دم في الإسلام.

ولما كانت الظروف الاستثنائية أكثر الحالات التي يحدث فيها القتل والتخريب والضرر مما يتعذر معه معرفة المسؤول، فإنه من باب أولى يعتبر بيت مال المسلمين، أو الخزانة العامة للدولة، مسؤولاً عن تعويض ضحاياها، باعتباره ضامناً لكل من قتل أو أصيب أو ضاع ماله من جراء تلك الظروف الغير عادية إذا كانت طبيعية لا يد للإنسان فيها، وضامناً احتياطياً إذا كانت ظروفًا من صنع الإنسان. (2)

وبهذا تعتبر الشريعة الإسلامية سبقة حين أرسى مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض مواطنيها، إذا كانوا ضحايا لجرائم قتل أو كوارث أو أخطار في ظروف استثنائية، باعتبار أن القائم على أمرها راع ومسؤول عن رعيته، وباعتبار أن الدولة ترث من لا وارث له، وأن المسلمين تتكافأ دماءهم، وأن الحفاظ عليها واجب على الدولة، فإن هي قصرت في ذلك كانت مسؤولة عن تقصيرها، ملزمة بتعويض من أضرروا جراء ذلك التقصير.

3- موقف الشريعة الإسلامية من عقد التأمين كآلية للتعويض

التأمين يعتبر من العقود المستحدثة، والفقهاء الإسلامي لم يعرف هذا الاسم علماً لأي نوع من أنواع المعاملات المالية، لكن بالنظر إلى تعريف شراح القانون له يتلخص في أنه تعاون منظم بين مجموعة من الناس معرضين لخطر، حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم تعاون الجميع في مواجهته بتضحية قليلة يبذلها كل منهم يتلافون بها أضرار جسيمة تحيق بمن نزل به الخطر لولا هذا التعاون، فالتأمين إذن تعاون محمود على البر والتقوى، والخلاف الفقهي الذي وقع حول التأمين ليس في جوازه بهذا المعنى وإنما كان الخلاف في بعض المسائل العملية التي ظهرت في الممارسة والتطبيق لهذا النظام وتحقيق الفكرة،

(1) - أخرجه ابن ماجه في سننه، باب الدية على العاقلة فإن لم تكن له عاقلة ففي بيت المال، ج2، ص1958.

(2) - حمدي أبو النور عويس، مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الكوارث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2016، ص75.

وهذا هو الذي يدفعنا إلى ضرورة وضع تصور عام للفكرة التي يتقبلها الفقه الإسلامي وبعض ضوابطها لنرى الصيغة التي العملية التي يرتضيها الإسلام، ومع تطور الحياة وتعدد الأنظمة الاقتصادية ظهرت عدة أنواع من التأمينات منها التأمين التجاري والتأمين الاجتماعي والتأمين على الحياة والتأمين التعاوني، وما يهمنا في هذا البحث هو نظام التأمين التعاوني الذي يكون لأجل تحمل مخاطر الكوارث أو المصيبة والحادثة والتعويض عنها باعتباره النظام المطلوب التطبيق في ظل الظروف الاستثنائية،

أ- تعريف التأمين التعاوني

الباحث في نظام التأمين يجد أنه لم تسبق صياغة تعريف لنظام التأمين الإسلامي، إلا ما كان من بعض الباحثين في التأمين التعاوني ولقد وردت إشارة عامة بالإسلام في تأمينه القائم على الزكاة وغيرها من الموارد باسم التكافل الاجتماعي، على أن عدم وجود اتفاق حول صياغة لمفهوم التأمين في المجال الإسلامي لا يعني عدم وجود هذا النظام ووسائله فيقول الشيخ يوسف القرضاوي في هذا الباب: "قبل أن يعرف المجتمع الغربي نظام التأمين بقرون كان المجتمع الإسلامي يؤمن أفراداً بطريقته الخاصة، إذ كان بيت مال المسلمين يمثل شركة التأمين الكبرى التي يلجأ إليها كل من نكبه الدهر فيجد فيه العون والملاذ." (1)

وعرفه الدكتور حسين حامد بأنه: "تعاون مجموعة من الأشخاص يسمون هيئة المشتركين يتعرضون لخطر أو أخطار معينة، على إتلاف آثار الأخطار التي قد يتعرض لها أحدهم، أو بعضهم بتعويضه عن الضرر الناتج من وقوع الأخطار وذلك بالتزام كل منهم دفع مبلغ معين على سبيل التبرع يسمى القسط أو الاشتراك تحدده وثيقة التأمين أو عقد الاشتراك، وتتولى شركات التأمين الإسلامية إدارة عمليات التأمين واستثمار أمواله نيابة عن المشتركين في مقابل حصة معلومة من عائد استثمار هذه الأموال، باعتبارها مضاربا أو مبلغا معلوما باعتبارها وكيلاً أو هما معا، بقصد الربح وأن يفيد استثمار الأموال بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية." (2)

(1) - يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط03، 1977، ص907.

(2) - حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، دار العلوم للطباعة، القاهرة، ص17.

فنظام التأمين هذا يقوم على فكرة التعاون بين مجموعة من الأفراد الذين يكونون جمعية (مؤسسة أو هيئة)، حيث يتحملون جميعا مخاطر الكوارث والتعويض عنها عن طريق توزيع ذلك التعويض بينهم بما يخفف من آثاره وعبئه على الفرد. (1)

وذكر الأستاذ السنهوري أن نظام التأمين التعاوني هو خير بديل شرعي لنظام التأمين الحالي. (2)

ب-الحكم الفقهي لنظام التأمين التعاوني

هناك خلاف فقهي حول مشروعية نظام التأمين عموما، بين مقر ورافض متحفظ، خصوصا عقود التأمين التي يبرمها المستأمنون مع شركات التأمين المساهمة، ذلك لما في هذه العقود من غرر واختلاطها بصور الربا في بعض الأحيان، ومن ثمة وجب أن تقوم بهذه العقود هيئة لا تبغي من ورائها الربح وذلك ما يتحقق بالتأمين التعاوني الذي يعتبر من عقود التبرع، حيث أن ما يدفع الفرد من اشتراكات يعتبر تبرعا منه لأخيه عضو الجماعة التأمينية الذي أصابته الكارثة أو المصيبة أو الحادثة. (3)

وهو من الصيغ العملية التي شرعها الإسلام للتعاون وبذل التضحيات، لأنها من عقود التبرع التي لا يقصد منها المتبرع والمضحي عليها عوضا، ومن ثمة جاز هذا العقد. (4)

ويرى الأستاذ مصطفى الزرقا أن التأمين بهذا المعنى يعتبر نظام تضامني تعاوني مشروع لأنه يؤدي إلى تفتيت المخاطر والمصائب على جميع المستأمنين عن طريق التعويض الذي يدفع للمصاب من المال المجموع، بدلا من أن يبقى الضرر على عاتق المصاب وحده، وأن الإسلام في جميع تشريعاته المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية والاقتصادية يهدف إلى إقامة مجتمع على أساس التعاون والتكافل المطلق في الحقوق والواجبات، ويكون نظام التأمين هذا كفكرة وكنظام أمر يتفق مع مقاصد الشريعة العامة وتدعوا إليه أدلتها الجزئية. (5)

- (1) - حسين حسين شحاته، نظم التأمين المعاصرة في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النشر للجامعات، مصر، ط1، 2005، ص27.
- (2) - علي أحمد السالوس، المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، دار الاعتصام، 1987، ص388.
- (3) - حسين حسين شحاته، نظم التأمين المعاصرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص27.
- (4) - حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، المرجع السابق، ص16.
- (5) - مصطفى الزرقا، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي بمهرجان الإمام ابن تيمية، عقده المجلس الأعلى للفتوى والآداب والعلوم الاجتماعية، الفترة من 01 إلى 06 أبريل 1961، مجموعة أعمال الأسبوع، ص358.

ولقد صدر في هذا الصدد قرار المجمع الإسلامي سنة 1398 هـ.⁽¹⁾ بجواز التأمين التعاوني للأدلة التالية.⁽²⁾ :

- أن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث والحوادث العنيفة، عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر الذي يصيب أحدهم.

- خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه، ربا الفضل ورتا النسئئة فليست عقود المساهمين ربوية ولا يستثمرون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية.

-أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع، لأنهم متبرعون فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة.

- قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشئ التعاون، سواء كان ذلك تبرعاً أو مقابل أجر معين، ويجب أن يكون الاستثمار وفقاً لصيغ الاستثمار الإسلامي.⁽³⁾

والخلاصة مما سبق في صور التضامن لتعويض الضرر في الشريعة الإسلامية نجدتها تتواءم وأحكام المعاملات في الفقه الإسلامي المبنية كلاًها على علة معقولة عائدة إلى مصلحة الناس وحاجاتهم، وتدور مع عللها وجوداً وعدمها وتغير بحسب المصلحة العامة في كل ظرف والحاجة والضرورة وتتأثر باختلاف

(1)-القرار رقم 55، مجمع الفقه الإسلامي: "الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أما بعد: فإن مجمع الفقه الإسلامي قد نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة، بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك، وبعد ما اطلع أيضاً على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض، من التحريم للتأمين بأنواعه، وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك، قرر المجلس بالأكثرية: تحريم التأمين بجميع أنواعه سواء كان على النفس، أو البضائع التجارية، أو غير ذلك من الأموال، كما قرر مجلس المجمع بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري المحرم، والمنوه عنه آنفاً، وعهد بصياغة القرار إلى لجنة خاصة."، أنظر: مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة العاشرة، بتاريخ 04/04، 1397هـ، <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/7394>، تاريخ النشر 27 مارس 2001.

(2) - علي أحمد السالوس، المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص388.

(3) - حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، المرجع السابق، ص31.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

البيئة وتقلب العصور والأحوال، وبهذا يكون تطبيق قواعد الآليات الجماعية بصورها التقليدية أو الحديثة، مسايرا لما يستجد من الظروف غير العادية والحوادث المفاجئة التي تتطلب الإقرار بنظرية الظروف الاستثنائية والمسؤولية عن أضرارها، بما لا يتعارض ومقاصد الشريعة الإسلامية والتي تجمع بين الشرع والعقل وبين الشرع الثابت والمتغير، وكل نظام فيها يحقق مراعاة الاضطرار، ولا يبطل حق الغير في التعويض، لا يخرج عن الأسس الإسلامية ويراعي مصالح الدولة والجماعة في كل الظروف والأحوال فهو نظام مشروع.

خلاصة المبحث

في ختام هذا المبحث يمكن استنتاج ما يلي:

- حق ضحايا الظروف الاستثنائية في التعويض كفله المشرع الجزائري، إقنا بالطريق التقليدي عن طريق دعوى المسؤولية، أو بطريق التدخل لإصدار قوانين خاصة مقررة لهذا الحق في التعويض.
- عدم كفاية قواعد المسؤولية المدنية في تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية بسبب الصعوبات والتعقيدات الإجرائية التي تشوب نظام التعويض التقليدي، سواء صعوبة الرجوع على مرتكب الضرر وهذا متعذر في الغالب بسبب الظرف الاستثنائي، أو إعساره وتعذر معرفته في مرات أخرى.
- صعوبة إلقاء عبء التعويض على عاتق الدولة طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية سواء على أساس الخطأ أو المخاطر، حيث يصعب إثبات خطأ الإدارة في هذه الظروف، كما أن المسؤولية على أساس المخاطر لا تنشأ إلا في حالات نادرة وخاصة واستثنائية.
- من أسباب قصور قضاء الظروف الاستثنائية الجزائري عن تعويض الضحايا بناء على قواعد المسؤولية الإدارية، عدم تخصص القاضي الفاصل في المنازعات الإدارية، وعدم استقلالته وجرأته في اتخاذ القرارات الصارمة، وهذا ما خلق دورا سلبيا للقضاء في خلق التوازن بين السلطة وحقوق وحرية الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية، فقد حال ذلك دون تمكين الكثير من الأفراد من حصولهم على التعويض خاصة عن قرارات الاعتقال والفصل من الوظيفة.
- تلتزم الدولة بتعويض ضحايا المخاطر الاجتماعية حال عجز قواعد المسؤولية عن ذلك، وهذا الالتزام مكرس في فلسفة النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي والقانوني، ومكرس دستوريا لدرجة وصفه بدين طبيعي في ذمتها اتجاه ضحايا لا يجدون أمامهم سبيلا للتعويض.
- قد يتدخل المشرع في بعض الحالات لإقرار مسؤولية الدولة في تحمّل عبء تعويض الفئات المتضررة كقناعة من السلطة العامة بكونها الضامن الأول والأخير لحقوق الأفراد، ونزولا عند مقتضيات التضامن الاجتماعي وإسعاف المتضررين، وقد تتدخل الدولة بصفة رئيسية أو احتياطية لتعويض الضحايا مستعينة في ذلك بآليات قائمة أنشئت لهذا الغرض.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

- تكفلت الدولة الجزائرية بتعويض ضحايا المأساة كظرف استثنائي شديد، ويندرج هذا المنهج الذي سارت إليه ضمن السياسة الجنائية المعاصرة التي تهدف إلى عدم ترك أي ضحية بدون تعويض خاصة ضحايا الإرهاب وضحايا التجمعات والتجمهرات، باعتبارها الضامن المباشر للأخطار واستشعارا بمسؤوليتها اتجاه ضحاياها كان من واجبها حمايتهم، كما قد يعتبر حلا للأزمة الأمنية التي كانت مطروحة آنذاك.

- يعدُّ التشريع الجزائري نموذج خاص وعملي في مواجهة الأضرار الناجمة عن الأخطار الاجتماعية، خرج بموجبه عن قواعد العامة للمسؤولية بسبب عدم فعاليتها وقصورها أو عدم ملاءمتها للتطبيق على كل الحالات، حيث أقرّ نظام قانوني خاص للتعويض عن الأضرار الناجمة عن المأساة الوطنية، أو ضحايا الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية، حيث تبنى نظام الضمان الاجتماعي وتجدد ذلك عمليا في إنشاء صندوق للضمان المالي يتولّى السداد الفوري والعاجل لمبالغ التعويضات المستحقة لجبر أضرار جرائم الإرهاب.

- محدودية آلية التأمين في تغطية أضرار الظروف الاستثنائية خاصة المترتبة عن الإرهاب، مما يجعل صندوق تعويض ضحايا الإرهاب أهم آلية اعتمدها الجزائر بغرض التعويض في الظروف الاستثنائية.

- أهمية التعويض في الفقه الإسلامي حين يتعلق الأمر بالضرر خاصة ما تعلق منه بالدماء من حيث الحفاظ عليها ووضع الأحكام الشرعية للتعويض عن التعدي عليها سواء كان خطأ أو عمدا، ولو في الظروف الاستثنائية من زحام أو إرهاب أو نحوه، فالتعويض إما على أهل البلد، وإما على الدولة من بيت مال المسلمين.

- تلتزم الدولة شرعا في جرائم القتل والاعتداء الواقعة في الظروف الاستثنائية والتي قد تجعل المسؤول عنها مجهولا، بالدية على أساس القيام بواجبها في حفظ أفراد الرعية في دمائهم وأموالهم وأعراضهم فلا تذهب هدارا.

- تعتبر القسامة من الدعاوى القضائية الخاصة من جهة أنها تبتدئ بيمين المدعي ووهم أولياء القتل في الظروف الاستثنائية، في حال عدم استطاعتهم تقديم البينة الواضحة التي يثبت بها القتل على الجناة، وهذا من أجل تمكينهم من التعويض عن الدم.

الفصل الثاني: التعويض كأثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية

-القسامة والدية كأنظمة للتعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، تعبر عن جانب من مسؤولية ولي الأمر في الإسلام عن تعويض المضرورين من الظروف الاستثنائية من بيت مال المسلمين، وذلك على سبيل التضامن معهم وهو مبدأ من أهم المبادئ التي أرسها الإسلام وترتكز عليها الدولة الإسلامية.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الخاتمة

جامعة الأمير
عبدالمعز
للعلوم الإسلامية

في نتائج المباحث التي احتوت عليها هذه الرسالة نخرج بما يلي:

- عرفت القوانين فكرة الظروف الاستثنائية من حيث أنها فكرة قانونية تميز للأنظمة في أوقات الأزمات الخروج عن المألوف من القواعد القانونية في سبيل دفع الخطر، واعتنت في نفس الوقت بتحديدتها وتقنين أحكامها في نصوص قانونية صريحة كضمانة للتوازن بين حق الدول والأنظمة في الدفاع عن نفسها في الظروف الاستثنائية وبين التزاماتها باحترام حقوق الإنسان وحرياته من جهة أخرى، ومن ثمة الإقرار بتحمل المسؤولية عن كل ضرر يمسها.

- نظرية الظروف الاستثنائية الواضحة الآن في القانون الدستوري والإداري كانت عند فقهاء المسلمين قديما وحديثا من الأمور البديهية التي لا جدال فيها وتبقى الأفضلية للقوانين الوضعية في تفصيل هذه النظرية وفصل أحكامها في كل فروع القانون (الدستوري، الإداري، الجنائي والدولي)، في حين بقيت هذه النظرية في الشريعة الإسلامية تنسم بالعموم بحيث تصلح لكل فروع الفقه الإسلامي.

- الخلاف الواقع في الفقه الوضعي حول طبيعة نظرية الظروف الاستثنائية التي تفرضها الظروف الاستثنائية الطارئة كبديل مؤقت لنظام المشروعية المطبق في الظروف العادية ليس في حقيقته وضعا شاذا ترفضه طبيعة الأمور أو حيلة قانونية لا يقوم لها مبرر ولا أساس، وإنما هو وضع ترفضه الضرورات العملية، وقد حسم الفقه الإسلامي الخلاف في طبيعة نظرية الظروف الاستثنائية (الضرورة) فاعتبرها نظرية شرعية لا تخالف نصا شرعيا وإنما تجد سندها في النص والإجماع، في حين مازال الفقه القانوني إلى اليوم يختلف حول طبيعة نظرية الضرورة في كونها نظرية قانونية تنتمي إلى مبدأ المشروعية، أم أنها نظرية سياسية مؤقتة تمثل مروقا عن مبدأ المشروعية.

- تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية قد وجدت لها في الفقه الإسلامي تنظيميا في عدة مصادر أصلية وتبعية ابتداء من الكتاب والسنة واجتهادات الفقهاء وفي هذا دلالة على إقرار الشارع بتأثر الأحكام بالظروف والبيئات، وتنظيمها في شكل نصوص عامة دون تخصيص دلالة على المسابرة الدائمة للمصالح التي لا شك في أنها المقصد الأصلي للتشريع الإسلامي والذي فيه خير وصلاح الفرد والدولة، وكذلك التنصيص الدستوري للنظرية في التشريع الجزائري يعتبر المستند الأصلي للنظرية والمبرر القانوني لوجودها متى وجدت أسبابها.

- التأصيل النظري للسلطات الاستثنائية للدولة التي تعطى بموجب نظرية الظروف الاستثنائية سواء في الشريعة الإسلامية أو التشريع الجزائري، لا يرفع عنها ما يكتنفها من خطورة في الواقع العملي على نظام الحقوق والحريات الفردية والجماعية وعلى نظام المشروعية القانونية بشكل عام، ذلك أن من

أهم آثار إعماله هو تسليح الدولة وعمالها بصفتهم القائمين على تطبيق النظام الاستثنائي باختصاصات استثنائية واسعة، قد تشمل حتى الاختصاصات التي تقتصر في الغالب على السلطتين التشريعية والقضائية في الظروف العادية، إضافة إلى ما يرتبه من قلب لمبدأ تدرج القاعدة الشرعية والقانونية كذلك تقلص وحصر الرقابة على تصرفات الدولة في أضيق الحدود.

- بسبب خطورة تطبيق النظام الاستثنائي كان بداهة أن تكون الضوابط التي تحكم الدولة في اللجوء إلى تطبيق النظام الاستثنائي جزءاً لا يتجزأ من نظام المشروعية الاستثنائية، وهذا ما درج الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري على تكريسه في النصوص الشرعية والقانونية والاجتهادات الفقهية والقضائية، وأهم ما تمّ استنتاجه من الضوابط:

* وجود ظرف استثنائي يهدّد النظام العام وحسن سير مؤسسات وهيئات الدولة كقيام حرب أو اضطراب أو عصيان مسلّح أو كوارث طبيعية.

* عجز السلطة القائمة عن أداء وظيفتها باستخدام القانون العادي فتلجأ لاستخدام سلطات استثنائية التي تبررها النظرية.

* تحديد ممارسة السلطات الاستثنائية بمدة الظرف الاستثنائي ولا يجوز الاستمرار في الاستفادة من المشروعية الاستثنائية لمدة تزيد عن الظرف الاستثنائي.

* أن يكون الإجراء الاستثنائي متوازناً ملائماً لخطورة الظرف الاستثنائي و في حدود ما يقتضيه.

- نظام الظروف الاستثنائية لا بد أن ينص عليه في صلب الدستور بالشكل الذي يحدد حالاته ومبررات هذه الحالات الاستثنائية وأسبابها ومدتها والجهة التي يناط بها إعلان هذه الحالات وإدارتها، والرقابة التي تضمن عدم التعسف والانحراف في استعمالها ذلك أن في هذا السند الدستوري يعتبر دعماً لمشروعية هذا النظام وحماية أكثر لنظام الحقوق والحريات في ظلّه، وعلى هذا المستوى نسجل أن المعالجة الدستورية في النظام القانوني الجزائري جاءت قاصرة في كثير من الجوانب منها:

* بالنسبة للشروط الموضوعية الموجبة لإعلان حالي الحصار والطوارئ وفقاً للمادة 97 من التعديل الدستوري لسنة 2020، وكذلك الحالة الاستثنائية وفقاً للمادة 98 من ذات الدستور جاءت على شكل عبارات عامة فضفاضة تفتقد إلى الدقة والضبط، وهذا ما لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه النص الدستوري من وضوح، خاصة مع عدم وجود النصوص التشريعية الأخرى- التي نص عليها الدستور في المادة 97- والتي يمكن التعويل عليها في هذا الشأن

والتي لم تصدر لحد الآن-، مما يغلب الاحتكام إلى المعايير الذاتية على حساب المعايير الموضوعية في تقرير مدى توافر الشروط، وهو ما يسمح بتوسيع السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية بشكل كبير وذلك بصفته المختص دستوريا بإعلان مختلف حالات الظروف الاستثنائية.

* إن ما ورد في المادة 97 من الدستور والتي تفرض أن يكون تنظيم أحكام حالي الحصار والطوارئ بموجب قانون عضوي مسعى محمود في هذا الخصوص وما يؤسف له عدم صدور هذا القانون.

- بسبب خطورة النظام الاستثنائي فقد قُيد سريان الإجراءات الاستثنائية زمنيا بوجود حالة الأزمة ومتى انتهت يتوقف العمل بهذا النظام وهذا ما سار إليه القانون الدستوري الجزائري نظريا حين نص على مدة إعلان الحالات الاستثنائية لكن لم يحترمه عمليا، حيث استمرت السلطة الجزائرية في ممارسة السلطات الاستثنائية رغم زوال المبررات وفي ذلك دلالة خطيرة عن عدم وعي النظام الجزائري بالمخاطر التي تنجر عن تطبيق النظام القانوني الاستثنائي من كبت للحريات وخطر على الاستقرار السياسي، وما جناه النظام فيما بعد من الاحتجاجات الشعبية ما هو إلا نتيجة لقانون الطوارئ، الذي تحول من نظام استثنائي إلى نظام للحكم يعطى بموجبه سلطات واسعة للدولة دون أن يكون للسلطة القضائية والتشريعية حق مراجعتها بالشكل المرجو، وهذا ما أثر سلبا على مساءلة الدولة، وتدهور العلاقة بين الحاكم والمحكوم.

- التصنيف على مختلف الحالات الاستثنائية باختلاف درجة الخطر وتهديده للدولة ومؤسساتها فرصة لاستيعاب كل ظرف مستجد بما فيها الظروف الصحية التي يمكن أن تطرأ على الدولة، ويمكن أن يكون وباء كورونا كذلك حيث تعاملت معه معظم الدول بأنه من الظروف الاستثنائية التي تستحق إعطاء تكييف قانوني له وفقا ما هو منصوص عليه من الحالات، أين تم الإعلان عن حالة الطوارئ الصحية في الكثير من الدول التي أعطت للسلطة التنفيذية إطارا قانونيا للتحرك ضمنه من أجل مكافحة الوباء، في حين لم تبادر السلطة في الجزائر إلى إعلان أي حالة استثنائية من الحالات المنصوص عليها دستوريا لمواجهته، مكتفية باتخاذ تدابير وإجراءات مقيدة للحقوق والحريات من أجل السيطرة على الوضع الصحي دون أن تجعلها ضمن إطار قانوني يصبغ الشرعية الدستورية على التوسع والتشديد الذي عرفته.

- نظرا لحجم الأضرار التي تكثف الظروف الاستثنائية في الغالب والإجراءات المتخذة بموجبها، من باب العدالة أن تثبت مسؤولية الدولة في هذه الظروف كما في الظروف العادية، فتلزم الدول بتحمل الأضرار التي تلحقها بالأفراد في سبيل مواجهة الظروف الاستثنائية، حيث تأخذ على عاتقها عبء تحمّل تعويض الضحايا، ووقع الخلاف الفقهي حول أساس التزام الدولة بالتعويض في هذه الظروف، وهذا ما يستوجب البحث عن أهمّ الأسس القانونية لتحمل الدولة عبء تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية.

- انقسم الفقه حول الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية، فهناك من يعتبر الأساس التقليدي الذي يقوم على فكرة الخطأ، هو الأصل في إثبات المسؤولية وتعويض المتضررين، لكن بعد البحث توصلنا إلى نتيجة مفادها قصور هذه النظرية كأساس ملائم لتعويض الأضرار الناجمة في الظروف الاستثنائية، إذ يصعب ابتداء إسناد الخطأ إلى الدولة ومرافقتها وأجهزها في مثل هذه الظروف وإن صحت نسبة الخطأ إليها يصعب إثباته، إضافة إلى تردد القضاء الجزائري في إسناد الخطأ للإدارة إما لانتفاء علاقة السببية بين نشاط الدولة والضرر المستوجب للتعويض، أو بسبب المشروعية الاستثنائية التي تبيح للإدارة بعض التصرفات التي تستوجبها الظروف غير العادية.

- بسبب وجود الكثير من حالات الضرر التي تخلفه إجراءات الظروف الاستثنائية والتي وقفت نظرية المسؤولية على أساس الخطأ عاجزة عن تعويض من أصابهم في حقوقهم ومصالحهم المشروعة خاصة في الظروف الاستثنائية، وتحت تأثير تآذى العدالة من ترك هؤلاء دون تعويض كان لابد من الاعتماد على المسؤولية دون خطأ، وكانت التطبيقات القضائية والنصوص القانونية سواء في النظام الجزائري أو في النظام الإسلامي في معظمها قد اتجهت إلى فكرة المسؤولية غير الخطئية، كأساس قانوني مهم وفعال لتقرير مسؤولية الدولة في هذه الظروف، وهذا حتى لا تُحمّل المضرور عبء فوق عبء آثار الضرر الذي لحقه والمتمثل في عبء إثبات الخطأ من جانب الدولة، مع اختلاف الفقهاء حول الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية غير الخطئية هل هو المخاطر أم المساواة أمام الأعباء العامة.

- أساس تحمّل الدولة عبء تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية ضمن نظرية المسؤولية الإدارية بدون خطأ على أساس مبدأ المخاطر يتطلب توافر عدة شروط منها أن يكون نشاط الدولة خطرا في حد ذاته ويرتب ضررا خاصا وجسيما، وهذه الشروط قد يصعب توافرها أحيانا وهذا ما يبين أنّ هذا المبدأ وإن اتّسع لتبرير تعويض عدة فئات من ضحايا الظروف الاستثنائية الذي عجزت المسؤولية الخطئية عن تعويضهم، إلا أنّه عاجز عن أن تشمل كل الضحايا لعدم تحقق شروط تطبيقه دائما،

- والإقرار بمسؤولية الدولة في حالات، وإنكاره في حالات أخرى وهذا معناه التمييز في التعويض بين ضحايا عمل مصدره واحد، مما يتعارض مع قواعد العدالة والمنطق القانوني السليم.
- وبخصوص مبدأ الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة كأساس لتحمل الدولة عبء تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية ضمن نظرية المسؤولية الإدارية بدون خطأ، فقد تبين من خلال دراسته أنه يتسع ليشمل الكثير من تطبيقات المسؤولية غير الخطئية متى تحققت شروط تطبيقها، ومن أهم هذه الشروط ضرورة قيام علاقة سببية بين نشاط الدولة والضرر موضوع التعويض، مهما كان هذا النشاط مادي أو قانوني خطير أو عادي، وأن يكون الضرر خاص وغير عادي، ولو أسقطت هذه النتيجة للإجابة على مدى صلاحية مبدأ الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة كأساس لتعويض ضحايا الظروف الاستثنائية، لا تضح أن نطاق تطبيق المبدأ يبقى ضيق ومحدود لا يمكن الاعتماد عليه لتعويض جميع الضحايا وخاصة الفئة التي تضررت أكثر من غيرها من المواطنين بسبب سلطات الظروف الاستثنائية...
- هناك تشابه وتقارب بين المسؤولية غير الخطئية في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي في عدة عناصر أهمها: توافر ركني الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الدولة الخطر، والضرر دون وجود الخطأ وإقرار التعويض مع العمل المشروع الضار، وقيام نظرية مبدأ المخاطر والمساواة أمام الأعباء العامة على أسس من الشريعة، لكن تطبيق نظرية المسؤولية دون خطأ في الأنظمة القانونية يقف عند حد توافر شروط معينة في الضرر تتمثل في أن يكون الضرر جسيما وغير عادي أو استثنائي فضلا عن أن يكون ضرر خاص ويرتبط بالنشاط الضار بعلاقة السببية، وهذه الشروط تحول أحيانا دون حصول المضرور في بعض الحالات على تعويض يرفع عنه الغبن، أما قواعد الشريعة الإسلامية التي تقوم على إصلاح الضرر وتعويضه تذهب إلى جبر الضرر الناتج عن العمل المشروع أيا كان هذا الضرر، لأن مبنى هذه القواعد انتفاء الضرر في الإسلام ولا يجوز إهدار مصالح العباد المشروعة بدون وجه حق.
- كل نظرية من النظريات الحديثة التي قال بها الفقهاء والقضاء والقانون في تعويض الضرر في الظروف الاستثنائية، تعتبر من الشريعة الإسلامية متى كانت تقوم على أساس من المبادئ الكلية التي جاءت في القرآن الكريم والسنة وقواعد الفقهاء والقضاء الإسلامي المستمدة من القواعد الكلية وتتفق ومقصود الشرع الإسلامي في أن يحفظ على الناس حقوقهم وأموالهم وأنفسهم، وعدم تطرق الفقهاء الإسلامي لصياغة نظريات دقيقة في مجال المسؤولية الإدارية (مسؤولية الدولة) سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية ليس من قبيل الرفض للنظريات الحديثة وإنما يعود لعدم توافر الظروف المهيئة للتطرق لهذه

النظريات على نحو ما استجد في أسلوب إدارة وتسيير مرافق الدولة من تطور تكنولوجي واستخدام أشياء خطيرة لزم عنها وقوع أضرار لبعض الأفراد.

- التعويض يكون عن طريق دعوى المسؤولية، فيتدخل القاضي للتقدير النهائي للتعويض عن الضرر الواقع فعلا، وقد لا يكون ذلك متيسرا للقاضي عند نظر الدعوى بسبب الظروف الاستثنائية التي نتج عنها الضرر، وهذا ما حدث للقاضي الإداري الجزائري الذي عجز عن إنصاف الكثير من المضرورين والضحايا عن طريق دعوى المسؤولية وهو ما لمسناه من بعض القرارات القليلة جدا، خاصة فيما يخص تعويض الموظفين المسرّحين من وظائفهم ومناصبهم بسبب اعتقاهم، وكذا تعويض عائلات المفقودين وهذا ما استدعى التدخل المباشر أو غير المباشر للدولة للتكفل بالأضرار الكبرى، بارتكازها على فكرة التضامن المؤسساتي عن طريق إنشاء صناديق التعويض وآليات أخرى كالتأمين.

- بسبب عجز الأسس التقليدية للمسؤولية عن شمولية تعويض جميع أضرار الظروف الاستثنائية تم التوصل إلى نتيجة مفادها تطور قوانين تقضي بالتعويض خارج نطاق المسؤولية القانونية للدولة، وذلك بموجب تشريعات خاصة تضع على عاتق الدولة عبء تعويض الضحايا في ظروف يتعذر معها تحديد المسؤول، وهذا الذي يستشف من خلال النصوص القانونية التي سنها المشرع الجزائري من أجل تعويض ضحايا المأساة الوطنية وإنشاء أو تخصيص صناديق التعويض وإيجاد قواعد خاصة تكمل النقص الذي يعتري أحكام المسؤولية الإدارية في النظرية العلمية القانونية، وذلك عن طريق استحداث آليات تعويضية جديدة تعمل خارج نطاق المسؤولية، هدفها تعويض الضحايا بصفة تلقائية ومباشرة على أساس جماعية الأخطار التي تستوجب إصلاح الضرر وجبره عن طريق التضامن الاجتماعي الذي يقره القانون.

- مما لا شك فيه أنّ تعويض الأضرار التي لم يكن في استطاعة أسس المسؤولية التقليدية تعويضها، يضمن الاستقرار في المجتمع لشعور المواطنين أنّ هناك حماية لحقوقهم ومصالحهم المشروعة إذا ما أصابها الضرر من جراء أعمال الدولة التي تحقق المصلحة العامة في الظروف الاستثنائية، لهذا تدعو الشريعة الإسلامية إلى جبر الضرر وإزالته سواء كان العمل الناتج عنه مشروعا أو غير مشروع دون اشتراط توافر شروط معينة في الضرر من حيث الجسامة أو أن يكون ضرا غير عاديا، وفي هذا اتساع في مجال تطبيق المسؤولية دون خطأ وشمول حالات للتعويض لن تجدها في القوانين الوضعية التي تتمسك بالشروط المقررة للضرر الذي يقبل التعويض عنه، وعليه فالضرر هو أساس الضمان في الفقه الإسلامي وهو مستنبط من رحم قاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعدّد، وبذلك سبق الإسلام كافة

القوانين في تأكيد فكرة الضرر كأساس للضمان.

- تعمل الأنظمة القانونية الخاصة بالتعويض على توزيع أعباء المخاطر على كافة أفراد المجتمع بشكل يحقق العدالة الاجتماعية، وتعتبر صناديق الضمان أهم الآليات الجماعية للتعويض، مهمتها تذليل الصعوبات أمام الضحايا للحصول على تعويضات فعالة وسريعة في وضع قد لا يجدون أمامه سبيلا للتعويض، ويعتبر التشريع الجزائري نموذجا خاصا وعمليا لتقرير نظام قانوني خاص لتعويض ضحايا المأساة الوطنية على أساس التضامن الاجتماعي، فقد أنشئ صندوق تعويض ضحايا الإرهاب، وصندوق تعويض ضحايا الحركة الوطنية من أجل استكمال الهوية الوطنية.

- التزام الدولة بتعويض ضحايا الظروف الاستثنائية وفق الأنظمة القانونية الخاصة في الدول الحديثة يستمد معناه من مبادئ الشريعة الإسلامية تطبيقا لقاعدة: "لا يطل دم في الإسلام"، الذي يجعل الدولة الملاذ النهائي لضمان الاعتداء من بيت مال المسلمين حين لا يعرف من يتحمل القصاص أو الدية بسبب الظروف الاستثنائية، والتطبيقات العملية لهذا المبدأ في شكل الدية والقسامة التي يكون فيها التعويض على بيت المال، كلها مبادئ وأنظمة تتماشى مع فكرة التزام الدولة بالتعويض في ظل الظروف الاستثنائية في الأنظمة الوضعية في العصر الحديث.

وأخيرا فإن هذا البحث الذي أخذ شكل مقارنات ومقابلات وإسقاطات، وما أوصلنا إليه من نتائج دفعنا إلى استخلاص التوصيات التالية:

الجانب الشرعي:

- اقتراح إنشاء لجنة دائمة داخل برلمانات الدول الإسلامية تسمى لجنة الاجتهاد يكون أعضائها من المجتهدين، تعمل على تطبيق الفقه الإسلامي في الظروف غير العادية لتحل محل التشريعات المستوردة والمتضاربة وتحقيق الانسجام التشريعي مع متطلبات الظروف الطارئة، هذا بعد فتح الباب أمام الاجتهاد الشرعي، وإنشاء المؤسسات الشرعية المؤهلة لذلك وتمكينها بالوسائل التي تمكنها من تكوين المختصين في ذلك.

- لأن كل تصرفات الدولة عرضة للنقد من جانب الأمة سواء كانت سياسية أو تشريعية وطالما لم تحقق المصلحة العامة للمسلمين خاصة في ظل الظروف الطارئة والأزمات فلا ضير من تشكيل هيكل ومؤسسات دستورية وسياسية أخرى وإعطائها الصبغة الشرعية، وظيفتها النقد البناء وتبصير السلطة الحاكمة بالجزاءات الدنيوية والآخروية التي تنجم عن التعسف في استخدام السلطات الاستثنائية،

وتحتهم على تحمل مسؤوليتهم أمام الرعية حال الضرر، وتقف على التعويض العادل لمستحقيه، ويلزم طلب رأيها إلى جانب المؤسسات الأخرى التي أوجب الدستور استشارتها.

- إدراج اسم المجلس الإسلامي الأعلى ضمن الهيئات الدستورية التي يطلب رأيها عند إقرار الحالات الاستثنائية في النظام الدستوري الجزائري لإبداء الحكم الشرعي فيما يعرض من الوقائع، خاصة إذا كان فيها مساس ببعض الحقوق والحريات التي يكفلها الدين.

الجانب القانوني:

- ضرورة التنظيم الدقيق لأحكام النظام الاستثنائي، بدءًا بتوضيح سبب إعلان الحالات الاستثنائية بدقة تفاديا لأي تأويل، ثم بيان الشروط الموضوعية التي تميز كل حالة على حدة، إلى التنصيص بدقة على مختلف الصلاحيات والاختصاصات الاستثنائية التي يمارسها رئيس الجمهورية، ثم القيود التي يجب أن يخضع لها في ممارسته لهذه الصلاحيات، وبوجه خاص تنظيم مسألة الطعن في الإجراءات والتدابير المتخذة طبقا لهذا النظام بشكل واضح وبما يضمن فعالية ومصداقية هذا الطعن.

- ضرورة إصدار القانون العضوي الذي نصت عليه المادة 97 وهذا للحد من العمل بنظام المراسيم، أو الإحالة عليه كي يحدد سبب إعلان هذه الحالة بدقة والآثار المترتبة عليها في إطار أحكام المادة 98 من الدستور.

- ضرورة التنصيص بدقة على الأزمات الصحية والأزمات الوبائية إن كانت تدخل ضمن الحالات الاستثنائية، حتى نتدارك ما وقع خلال أزمة وباء كورونا أين كانت الدولة تواجهه بتدابير ضبطية أشبه ما تكون بالسلطات الاستثنائية دون الرجوع إلى السند الدستوري الذي يعطيها صبغة شرعية.

- حتى يستقر نظرية المسؤولية الإدارية لابد من إرساء نظام لها بمفهومه الجزائري، ينطلق من تكوين أكاديمي يبرز هذا النظام المتعلق بنشاط الدولة وعمالها وهذا لا يمنع من الاطلاع والاستفادة مما توصل إليه القانون المقارن، مع الأخذ بما يطور نظام المسؤولية في الجزائر بمفهومها وبيئتها التي نشأت فيها.

- الرقابة القضائية تعتبر أهم ضمانة لمواجهة السلطات الاستثنائية وإثبات المسؤولية عنها، بما يترتب عليها من آثار فعالة وملموسة (الإلغاء والتعويض)، لذلك لابد من وجود قضاء-خاصة الإداري- قوي مستقل بالفعل اتجاه الدولة وموظفوها، قادر على اتخاذ مواقف صارمة وحريص على حماية الحقوق والحريات، وهذه المكانة لا يمكن أن يجوزها ما لم يتوافر على الكفاءات البشرية المؤهلة لهذا

العمل ومسايرته لحركة فقهية جادة وقوية تثري منهجه في هذا الشأن.

- نشر القرارات والاجتهادات القضائية حتى يمكن من خلالها الإسهام في بناء البحث العلمي، والوقوف على الأسس المنتهجة من طرف القاضي الفاضل في المسؤولية الإدارية عموماً وفي الظروف الاستثنائية خصوصاً.

- ضرورة إعادة النظر في السياسة التأمينية في الجزائر لتغطية أضرار الظروف الاستثنائية بتوسيع التغطية التأمينية ورفع مستوى الإجراءات الوقائية للمنشآت والمرافق قبل التأمين عليها، والعمل بآلية التأمين الإجباري عن الأخطار خاصة بالنسبة للمؤسسات ذات النشاطات الحيوية بمساهمة الدولة اقتداء بالتجربة الفرنسية في التأمين عن أخطار الاعتداءات خاصة الإرهابية.

الفهارس

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية

ثالثاً: قائمة المصادر والمراجع

رابعاً: فهرس الموضوعات

أولاً: فهرس الآيات الكريمة

الصفحة	الرقم	الآية
سورة البقرة		
345	178	
36، 19	173	﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَايَعٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾
271	178	﴿يَتَأْتِمُ الَّذِينَ آمَنُوا كَنْبَ عَلَيْكُمْ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ﴾
346	178	﴿فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَبْيَعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾
272	179	﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾﴾
15	185	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾
267	188	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾
267	188	﴿وَتَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾
237	194	﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾
196	231	﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا﴾
196	233	﴿لَا تَضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾
196	282	﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾
198	286	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾
سورة النساء		
266	29	﴿يَتَأْتِمُ الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بَحْكَرَةً عَنْ تَرَاوُسٍ﴾
115، 272، 345	92	﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً﴾
سورة المائدة		
36	3	﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾

199	106	﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾
273	40	﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾
سورة الأنعام		
37، 21	119	﴿ وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾
سورة التوبة		
282	6	﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ اتَّبِعْهُ مَأْمُومًا ﴾
282	29	﴿ فَاتَّبِعُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ... ﴾
سورة النحل		
37	106	﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ... ﴾
239	126	﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾
سورة الإسراء		
349	33	﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾
سورة الحج		
198	78	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾
سورة الشورى		
237	40	﴿ وَحَزَّوْا سَنِيَّةً سَنِيَّةً مِثْلَهَا ﴾
سورة فاطر		
203	18	﴿ وَلَا تَنْزِرُوا زُرَّةً وَلَا تَنْزِرُوا زُرَّةً أُخْرَى ﴾
سورة الطلاق		
197	06	﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾

ثانيا: فهرس الاحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
115	إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
41	إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب
351	أنا وارث من لا وارث له
205	الخراج بالضمان
203	الزعيم غارم وهو ما يصح تعليقه بضرر أو خطر
243	طعام بطعام وإناء بإناء
241	على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه
37	كيف تجد قلبك؟ قال: مطمئنا بالإيمان،
346	لا يطل دم في الإسلام
38، 16	لا تقطع الأيدي في الغزو
38، 40، 240، 196	لا ضرر ولا ضرار
123	اللهم أني أبرأ إليك مما صنع خالد
38	ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين،
346	من اعتبط مؤمنا قتلا
269	من أعتق شركا له في مملوك وجب عليه أن يعتق كله
198	وأنّ الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ولم يجعله ضيقا
266	وأنتم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته،

ثالثا: قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا : قائمة المصادر والمراجع بالعربية

1- المؤلفات العامة

1. إبراهيم أبو النجاء، التأمين في القانون الجزائري، الأحكام العامة طبقا لقانون التأمين الجديد، الجزائر، 1983.
2. إبراهيم بن علي ابن فرحون، تبصرة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت.
3. ابن الأثير، الكامل في التاريخ، دار الطباعة المنيرية، مصر، 1356 هـ.
4. أحمد السعيد الزرقد، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
5. أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
6. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط3، 2003م.
7. أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، إعداد: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، 1389هـ.
8. أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة.
9. أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ.
10. أحمد بن محمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعيد علي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1952.
11. أحمد بن يوسف بن أبي القاسم الغرناطي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.
12. أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، دار أبو المجد للطباعة، دم، دط، 1997.

13. أحمد سعيد المومني، قضاء المظالم، (القضاء الإداري الإسلامي)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ط1، 1991.
14. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2002.
15. أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2015.
16. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة: فايز وخالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط7، 2003.
17. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة: فائز أنجق، بيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط06، 2005.
18. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 2006.
19. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1، 2008.
20. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي (تعريفه، أنواعه، علاقاته، ظوابطه، جزاؤه)، دار ابن عفان، السعودية، دط، 1997.
21. الأزهري صالح عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية، بيروت.
22. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الموافقات، مطبعة المكتبة التجارية، مصر.
23. إسماعيل حقي بربوتي، الرقابة القضائية على أعمال سلطة الطوارئ - دراسة مقارنة - الدار العربية للدراسات، بيروت، دط، 1981.
24. أشرف عبد العظيم عبد القادر، نحو قواعد خاصة للتعويض عن الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار النهضة العربية، دار النهضة العلمية، مصر، 2018.
25. أندري هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت.
26. إريك رنديت، مدخل للقانون الدستوري، ترجمة محمد ثامر، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط1، 2012.
27. باد شاه محمد أمين، تيسير التحرير، دار الفكر، دمشق، 1968.

28. البجيرمي سليمان بن محمد، التجريد لنفع العبيد، المعروف بحاشية البجيرمي على منهج الطلاب، مطبعة مصطفى الباب الحلبي، القاهرة، مصر، 1369.
29. البخاري أبو عبد اله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، دط، 1345هـ.
30. بشير على خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2018.
31. أبو بكر ابن أبي شيبة، المصنف، تحقيق: أبي محمد أسامة بن إبراهيم بن محمد، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 2008.
32. أبو بكر صالح، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة-دراسة مقارنة-ولاية المظالم والقضاء الإداري المعاصر، المطبعة العربية، غرداية، ط1، 2005.
33. أبو بكر عبد الرزاق بن الهمام بن نافع الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المجلس العلمي، بيروت، ط2، 1403 هـ.
34. بوكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الاستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
35. البيضاوي محمد محي الدين أبي سعيد عبد الله، تفسير البيضاوي -أنوار التنزيل وأسرار التأويل، دار المعرفة، لبنان.
36. تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، على محمد عوض، دار الكتب العلمية، لبنان.
37. تقي الدين علي عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت.
38. ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تخريج وتعليق: عبد الرؤوف عبد الحنان، دار الفتح، الشارقة، 1996.
39. ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
40. ابن جزى محمد بن أحمد، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار الملايين، بيروت، دط، 1979.

41. جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990م.
42. جميل بن محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية-حدودها وضوابطها-دار الوفاء للطباعة للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1988.
43. أبو حامد الغزالي، المستصفى، من علم الأصول، تحقيق: سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1997.
44. ابن حبان محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993.
45. ابن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت.
46. حسني الجندي، مبدأ لا يظل دم في الإسلام، منهج الإسلام في صيانة النفس الإنسانية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2005.
47. حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، دار الهدى، عين مليلة، 2013.
48. حسين حامد حسان، حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين، دار العلوم للطباعة، القاهرة.
49. حسين حسين شحاته، نظم التأمين المعاصرة في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النشر للجامعات، مصر، ط1، 2005.
50. حمد أنس قاسم جعفر، التعويض في المسؤولية الإدارية، دراسة مقارنة، مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود بالرياض، 1998.
51. حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية والقانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
52. حمدي أبو النور عويس، التعويض عن طريق صناديق الضمان في التشريع المقارن، دار الفكر العربي، مصر، 2011.
53. حمدي أبو النور عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2001.
54. حمدي أبو النور عويس، مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الكوارث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2016.
55. حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت.

56. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية(شروط قبول الدعوى الإدارية)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2006.
57. داود الباز، أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دط، 2004.
58. أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، دم، ط1، 1952.
59. أبو داود سليمان بن الأشعث اسحاق، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، بيروت، 2009.
60. الدردير أحمد بن محمد، الشرح الكبير، دار الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، مصر.
61. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرف الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد بن أحمد بعليش، دار عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، القاهرة .
62. الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار القلم، بيروت، لبنان.
63. رأفت فودة، دروس في قضاء المسؤولية لإدارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998،
64. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية، -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
65. الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، سوريا، ط1، 1961.
66. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 1998.
67. رفاعي على إسماعيل خالد، مسؤولية الدولة على أساس المخاطر، دراسة مقارنة بين النظامين الفرنسي والمصري والشريعة الإسلامية، 1997.
68. رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض ومسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة، القاهرة، 2008 .
69. رودولفو ساراتشي، علم الأوبئة، أسامة فاروق حسن، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، مصر، 2015.
70. رينهارت بيتر آن دوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة: محمد سليم النعيمي وجمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام للجمهورية العربية العراقية، العراق، ط1، 2000.

71. الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله، المنشور في القواعد، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000.
72. سامي جمال الدين، القضاء الإداري و الرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.
73. سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، ط1، 1986.
74. السرخسي أبو بكر بن محمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1989.
75. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، دار المعارف، مصر، ط1، 1973.
76. سعيد الحكيم المحامي، الرقابة على أعمال الإدارة، -في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية-، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1987.
77. سعيد الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1987.
78. السعيد الزرقد، تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط2007.
79. سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.
80. السعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط2، 1993.
81. السلمي عبد العزيز بن عبد السلام، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار المعرفة، بيروت.
82. سليمان الطماوي، القضاء الإداري -قضاء التعويض-، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، ط01، 1986.
83. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.
84. الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة التجارية، القاهرة، مصر.
85. الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1973.
86. شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط1، 2006.
87. شمس الدين أبو عبد الله ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، إدارة المطبعة المنيرية، مصر.

88. شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4، 2007.
89. شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد خليل عيتاني، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997.
90. الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجليل، بيروت، دط، 1973.
91. صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1417هـ.
92. الطبراني أبو القاسم، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد، دار ابن تيمية، مصر.
93. طه الشاعر، قضاء التعويض ومسؤولية الدولة عن أعمالها التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
94. ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي (السلطة القضائية)، دار النفائس، دم، ط2، 1983.
95. عابد فايد عبد الفتاح فايد، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان-دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
96. ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
97. عباس العادلي، التعويض عن أخطاء الضبط القضائي في حالات الضرورة، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط01، 2017.
98. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1990.
99. عبد الرحمان ابن خلدون، المقدمة، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ط3، 1967.
100. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مشروع مكتبة المحامي، الجيزة، 2006.
101. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مؤسسة الأمل، 2007.

102. عبد الرؤوف بسيوني، نظرية الضبط الإداري في التّظم الوضعية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1995.
103. عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، مطبعة جامعة القاهرة، 1955.
104. عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية ضد الإدارة العامة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.
105. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، بيروت.
106. عبد الكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية — بحث حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية—، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، 1986.
107. عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، دط، 2002.
108. عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، دار النهضة العربية، مصر، 2015.
109. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاتها المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، السعودية، ط1، 2002.
110. عثمان ياسين علي، إجراءات إقامة الدعوى الإدارية في دعوى الإلغاء والتعويض، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
111. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت.
112. علي أحمد السالوس، المعاملات المالية المعاصرة في ميزان الفقه الإسلامي، دار الاعتصام، 1987.
113. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، سوريا، ط1، 1997.
114. علي خطار شطناوي، مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها الضارة، دار وائل للنشر، الأردن، 2008.
115. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، دار المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ط2، 1984.
116. عماد الدين أبي الفداء بن إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، ط2، 1970.
117. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1990.

118. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دراسة تشريعية وقضائية وفقهية)، ط1، جسر النشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
119. عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
120. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2004.
121. عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الجمهورية في النظامين الرئاسي والبرلماني - دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1980.
122. الغزالي محمد بن محمد بن أحمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معويض، عادل عبد الموجود، دار الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، ط1، 1997.
123. غياث الدين أبي محمد غانم بن محمد النصرأوي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، طبعة المطابع الخيرية، مصر، 1307 هـ.
124. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1981.
125. فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000.
126. فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية-بولاق، القاهرة، ط1، 1313 هـ.
127. أبو الفداء إسماعيل ابن كثير الدمشقي، البداية والنهاية، تحقيق علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1988.
128. الفراء محمد بن الحسين أبي يعلى، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1963.
129. ابن فرحون إبراهيم بن علي بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الحلبي، دم، ط1، 1958.
130. فوزي أحمد شادي، تطور أساس مسؤولية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
131. فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
132. ابن قدامة المقدسي، المغني مع الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983.

133. القرافي أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.
134. القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ط3، 1967.
135. ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تعليق طه عبد الرؤوف، دار الجليل، بيروت، لبنان، ط2، 1397 هـ.
136. ابن القيم شمس الدين أبو عبد الله، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995.
137. الكاساني، أبو بكر بن سعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار التراث العربي، بيروت، ط1، 1997.
138. الحسين بن شيخ آت ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
139. الحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، ط1، 2012.
140. ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
141. ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع، سوريا.
142. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري- الإلغاء والتعويض-، منشأة المعارف، مصر، 2004.
143. مالك بن أنس، الموطأ، تعليق فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1958.
144. الماوردي أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، 2006.
145. مجلة الأحكام العدلية المرجع الأساسي للقانون المدني ومذكراته الإيضاحية في الدولة العثمانية، إشراف محمد مناجرة، جمال مدغميش، 1998.
146. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، جمهورية مصر العربية، 1989.

147. محمد أحمد الرسول، الضمانات الوطنية لحقوق الأفراد في حالة الطوارئ في القانون الإداري، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015.
148. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2015.
149. محمد الصغير باعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002.
150. محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1990.
151. محمد بن أحمد الخطيب الشريبي، مغنى المحتاج لمعرفة ألقاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت.
152. محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 1419 هـ.
153. محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط1، 2009.
154. محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، دار المعرفة، بيروت، دط، 1980.
155. محمد بن حسين الجيزاني، حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة دار المناهج، الرياض، ط1، 1428 هـ.
156. محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1982.
157. محمد بن علاء الدين ابن عابدين، قرّة عيون الأبقار لتكملة رد المحتار، مطبعة بولاق، القاهرة، ط2، 1326 هـ.
158. محمد بن علي التهانوي، كشاف اصطلاح الفنون والعلوم، مراجعة: رفيق العجم، تحقيق: علي دحروج، ج02، مكتبة لبنان الناشر، بيروت، لبنان، ط1، 1996.
159. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأبقار شرح منتقى الأبقار، إدارة الطباعة المنيرية.
160. محمد خرشبي المالكي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت.
161. محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، الإدارة العامة للثقافة الإسلامية، الأزهر، 1959.
162. محمد عبد الظاهر حسين، عقد التأمين (مشروعته وآثاره وإنهاؤه)، دار النهضة العربية، 1995.

163. محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، مطبعة الإسراء، مصر.
164. أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف، بيروت، لبنان.
165. محمد محسن خليل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009.
166. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط01، 2006.
167. محمد نسيب أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية- أسلوب ممارسة الحكم في الدولة المعاصرة، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2002.
168. محمود خليل الشاذلي وآخرون، طب المجتمع، أكاديميا انترناشيونال، تحت إشراف منظمة الصحة العالمية، المكتب الإقليمي للشرق الأوسط، بيروت، لبنان، 2011.
169. محمود سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المنازعات والدعاوى الإدارية، ولاية القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دعاوى التسوية والتعويض، منشأة المعارف للنشر، مصر، 2006.
170. محمود عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، -تطبيقاتها، أحكامها، آثارها-، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
171. محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، -تطبيقاتها، أحكامها، آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.
172. مراد بدران، الرقابة على أعمال الإدارة العامة في الظروف الاستثنائية-دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2008.
173. مراد قجالي، نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية في التشريعات الخاصة، دار الخلدونية، الجزائر، 2017.
174. المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.
175. المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط1، 1957.

176. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1999 .
177. مسعود شيهوب، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري-دراسة مقارنة-، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
178. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة- قضاء الإلغاء- الدار العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2000.
179. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004.
180. مصطفى بن سعد السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، دار المكتب الإسلامي، سوريا، 1961.
181. المقري أحمد بن محمد بن بدر المقري الفيومي المصباح المنير، دار المعارف، مصر، 1977.
182. ممدوح محمد علي مبروك، المسؤولية المدنية للجماعة الإرهابية اتجاه المضرورين من جريمة الإرهاب، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط01، 2018.
183. ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرين، دار المعارف، القاهرة.
184. منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارن بالدولة القانونية -دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة-، دار وائل، عمان، 2003.
185. المواق محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، ط2، 1398 هـ.
186. ميارة محمد بن أحمد الفاسي، الإلتقان والأحكام في شرح تحفة الأحكام، المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة، بيروت.
187. ابن النجار محمد بن أحمد بن عبد العزيز، معونة أولي النهى شرح المنتهى، تحقيق عبد الملك عبد الله بن دهيش، دار خضر، بيروت، ط1، 1416 هـ.
188. ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985.
189. ابن هبيرة عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد، الإفصاح عن معاني الصحاح، المؤسسة السعيدية، الرياض.
190. ابن الهمام الحنفي البابري، فتح القدير شرح كتاب الهداية في شرح البداية وزارة الأوقاف السعودية، السعودية.

191. زكريا عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1996.
192. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 74 من الدستور لمصري والرقابة عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
193. وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ط1، 2012.
194. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دمشق، 1969.
195. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 2012.
196. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية، دار الفكر المعاصر، سوريا، 1998.
- 197.
198. ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2014.
199. يوسف القرضاوي، شريعة الإسلام (خلودها، صلاحها للتطبيق في كل زمان ومكان)، دار الشهاب، باتنة، دط، 1998.
200. يوسف القرضاوي، فقه الزكاة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط03، 1977.
201. أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، الخراج، دار المعرفة للطباعة، بيروت، لبنان، ط1302 هـ.

2- الرسائل الجامعية

202. إبراهيم أوفائدة، تنفيذ الحكم الإداري الصادر ضد الإدارة، رسالة ماجستير في الإدارة المالية العامة، جامعة الجزائر، 1986.
203. أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، 2001.
204. أحمد حداد علي عافية، نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، مصر، 2001.

205. أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2004/2005.
206. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1998.
207. تيممي بجة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002/2003.
208. تونصيرا، تشريعات الضرورة -دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والدستور المصري-رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2013-2014.
209. حامد التهامي كرات، نظرية الحرب والظروف الاستثنائية-دراسة مقارنة بين الدولة الإسلامية والدولة الحديثة- رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1981.
210. خنيش بغداد، المؤسسات الدستورية في الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.
211. ديش موسى، النظام القانوني لتعويض ضحايا الجرائم الإرهابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015/2016.
212. رياحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2005.
213. رمضان محمد بطيخ، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2008.
214. سعيد بوالشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1984.
215. سمير علي عبد القادر، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1984.
216. شيوبي راضية، مركز رئيس الجمهورية في ظل دستور 1989 وتعديل 1996، رسالة ماجستير، قسنطينة، 2004.
217. عبد الحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،

- جامعة القاهرة، 2002.
218. عبد الرحمن تقيدة، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة عنابة، 1990.
219. عبد العزيز برقوق، ضوابط السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية في ضوء النظام القانوني الجزائري الحالي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2002.
220. عبد الله مرسي سعيد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون، دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1972.
221. عقيلة خرياشي، العلاقة الوظيفية بين الحكومة والبرلمان بعد التعديل الدستوري ل: 28 نوفمبر 1996، رسالة ماجستير، جامعة فرحات عباس، سطيف.
222. علي العرنان مولود، شغور منصب رئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، 2002.
223. غربي نجاح، حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة بين الرقابة الدستورية ورقابة القضاء الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2018.
224. فتحي محمد عبد الحكيم محمد، مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء الإدارات القانونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2011.
225. فتحي محمد عبد الحكيم محمد، مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء الإدارات القانونية دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2011.
226. فرحاتي، إشكالية الديمقراطية في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1992.
227. لعموري نادية، الأساس القانوني لتحمل الدولة عبء ضحايا المأساة الوطنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016/2015.
228. لوشن دلال، السيادة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري الحالي، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2005.
229. محمد إبراهيم الدسوقي، تقرير التعويض بين الخطأ والضرر - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1972.

230. محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، الرياض، 2011.
231. مزياني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011.
232. مسعود شيهوب، المسؤولية الإدارية بدون خطأ في القانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 1991.
233. المطيرات عادل مبارك، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، مصر، 2001.
234. مولود جلول، حماية الحقوق والحريات أثناء حالي الطوارئ في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2010/2009.
235. نزعي الصالح، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2019.

3-المقالات

236. إبراهيم الدسوقي، نظرية التعويض عن الفعل الضار في الشريعة الإسلامية، مقال، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع02، السنة 21، أبريل ويونيو، 1977.
237. إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 10، ع4، أكتوبر-ديسمبر 1966.
238. احسن غربي، الحالات الاستثنائية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2020، مقال، المجلة الشاملة للحقوق، مارس 2021.
239. إسماعيل جابو ري، نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري، مقال، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع14، جانفي 2016.
240. آمال بوخالفي، أم نائل بركاني، نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي-فيروس كورونا (كوفيد19) نموذجاً، مقال، مجلة الشهاب، ع01، 2021.

241. بونجار مصطفى، مواجهة وباء كورونا بين إعلان حالة الطوارئ والاكتفاء بإجراءات الضبط الإداري، مقال بمجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 09، ع04، 2020.
242. رائد محمد عادل، الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ -دراسة مقارنة-، مقال، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، مجلد 43، ع01، 2016.
243. عباس عبد الرحمان أحمد السيد، مشكلة الترجمة في بعض المصطلحات الطبية: حالة مصطلح وبائيات، مقال منشور بمجلة اللسان العربي، لمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، ع 72، 2013.
244. عبد العزيز عبد المعطي علوان أحمد، مدى التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن الفيروس التاجي كوفيد 19، مقال، المجلة القانونية ع758، جوان 2020.
245. عبد العزيز عبد المعطي علوان أحمد، مدى التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن الفيروس التاجي كوفيد 19، مقال، المجلة القانونية ع758، جوان 2020.
246. عبد المالك، دربال إكرام، عن دستورية الإجراءات المتخذة لمواجهة فيروس كوفيد 19، مقال، مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية، ع2، 2020.
247. ماهر يوسف الشدوح، أحكام حالة الضرورة في النظام الدستوري، مجلة الدراسات الشرعية والقانونية، للجامعة الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، 2019.
248. مسعود شيهوب، الحماية القضائية للحريات العامة في الظروف الاستثنائية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، رقم 01، 1998.
249. نادية آيت عبد المالك، العلجة مناع، التكييف القانوني للإجراءات المتخذة في مواجهة جائحة كورونا وأثره على الحقوق الأساسية للأفراد، مجلة حوليات الجزائر، جامعة الجزائر 01، ع34، جويلية 2020.

4-الجرائد:

250. كاميليا شكري، المسؤولية السياسية، مقال بجريدة الوفد، يوم 03 أفريل 2013، ع 409137.
251. لحسن بركة، "...بعد توقيف المسار الانتخابي، أزمة شرعية..."، لمقال الصحفي المنشور بجريدة المجاهد، يوم 14-01-1994، ع 147.

5-المؤتمرات

252. خيرى أحمد الكباش، مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم -أساسه، عناصره، ضماناته-

أعمال المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي 12-14 مارس 1989، دار النهضة العربية، القاهرة،
1991

253. مصطفى الزرقا، عقد التأمين وموقف الشريعة الإسلامية منه، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي
بمهرجان الإمام ابن تيمية، عقده المجلس الأعلى للفتوى والآداب والعلوم الاجتماعية، الفترة من 01 إلى
06 أبريل 1961.

6- القوانين والتنظيمات

254. دستور 1963، الصادر في 10 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 64.

255. أمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1795 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم
05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 31، الصادرة بتاريخ 13
ماي 2007.

256. لأمر 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتعلق بدستور 1976، الجريدة الرسمية للجمهورية
الجزائرية، ع 94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

257. القانون رقم 59/85 مؤرخ في 23 مارس 1985، المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي لعمال
المؤسسات والإدارات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 13، الصادرة بتاريخ
24 مارس 1985.

258. المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 24 فيفري 1989، المتعلق بدستور 1989، الجريدة
الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 09، الصادرة بتاريخ في 1 مارس 1989.

259. القانون رقم 08/90 المؤرخ في 07 أبريل 1990، المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية
الجزائرية، رقم 15، الصادرة بتاريخ 11 أبريل 1990

260. المرسوم 196/91، المؤرخ في 4 جوان 1991، المتعلق بإعلان حالة الحصار، الجريدة الرسمية
للجمهورية الجزائرية، ع 29، الصادرة بتاريخ 12 جوان 1991.

261. المرسوم الرئاسي 336/91 المؤرخ في 22 سبتمبر 1991 المتضمن رفع حالة الحصار ابتداء من
1991/09/29، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 44، الصادرة بتاريخ 25 سبتمبر 1991.

262. المرسوم الرئاسي رقم 44/92 المؤرخ في 9 فيفري 1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة
الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 10، الصادرة بتاريخ 09 فبراير 1992.

263. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 فيفري 1992، الذي يتضمن التنظيم العام لتدابير الحفاظ على

- النظام العام في إطار حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع11، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 1992.
264. المرسوم التنفيذي 92-75، المؤرخ في 20 فيفري 1992، المتعلق بتحديد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي 92-44 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع14، الصادرة بتاريخ 23 فبراير 1992.
265. المرسوم التشريعي رقم 92-03 المؤرخ في 03-09-1992، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 70، الصادرة بتاريخ 01 أكتوبر 1992، المتمم والمعدل بالمرسوم 93-05 المؤرخ في 19 أبريل 1993، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 25، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1993. المتعلق بمكافحة الإرهاب والتخريب.
266. المرسوم 93/54 المؤرخ في 16 فيفري 1993، يحدد بعض الواجبات الخاصة المطبقة على الموظفين والأعوان العموميين وعمال المؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 13، الصادرة بتاريخ 17 فبراير 1993.
267. المرسوم 93/18، المؤرخ في 29 ديسمبر 1993، المتضمن قانون المالية لسنة 1994، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع88، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 1993.
268. المرسوم التنفيذي رقم 94/91، المؤرخ في 10 أبريل 1994، والمتعلق بتعويض ضحايا الإرهاب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 22، الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1994.
269. المرسوم التنفيذي رقم 96/265 الصادر بتاريخ 03 أوت 1996 يتضمن إنشاء سلك الحرس البلدي وتحديد مهامه وتنظيمه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع47، الصادرة بتاريخ 07 أوت 1996.
270. المرسوم التنفيذي رقم 96/266 الصادر في 03 أوت 1996، يتضمن القانون الأساسي لموظفي الحرس البلدي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع47، الصادرة بتاريخ 07 أوت 1996.
271. المرسوم الرئاسي رقم 96/438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بالتعديل الدستوري لسنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع76، الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996.
272. مرسوم 99/47، المؤرخ في 13 فيفري 1999، المتعلق بمنح تعويضات لصالح الأشخاص الطبيعيين ضحايا الأضرار الجسدية أو المادية التي لحقت بهم نتيجة أعمال إرهابية أو حوادث وقعت في إطار مكافحة الإرهاب وكذا لصالح ذوي حقوقهم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع09، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1999.

273. قانون رقم 08/99، مؤرخ في: 13 جوان 1999، يتعلق باستعادة الوثام المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 46، الصادرة بتاريخ 13 جوان 1999.
274. المرسوم التنفيذي رقم 144/99 المؤرخ في 20 جويلية 1999، المحدد لكيفيات تطبيق المادة 40 من القانون 99-08 المؤرخ في 13 جويلية 1999، المتعلقة باستعادة الوثام المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 48، 1999.
275. المرسوم 11/02 المؤرخ في 24 ديسمبر 2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 86، المؤرخة في 25 ديسمبر 2002.
276. المرسوم 12/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن إلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 52، الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003،
277. المرسوم التنفيذي رقم 268/04 المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 55، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2004.
278. المرسوم 93/06 المؤرخ في 28 فيفري 2006، المتضمن تعويض ضحايا المأساة الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 11، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 2006.
279. الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006.
280. المرسوم الرئاسي 269/06، مؤرخ في 15 أوت 2006، يعدل المرسوم الرئاسي 125/02 المؤرخ في 07 أبريل 2002، الذي يحدد حقوق ضحايا الأحداث التي رافقت الحركة من أجل استكمال الهوية الوطنية وترقية المواطنة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 51، الصادرة بتاريخ 16 أوت 2006.
281. القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية الجزائرية، ع 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
282. القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 جوان 2011، يتضمن قانون البلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 37، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 2011.
283. المرسوم الرئاسي 293/13 المؤرخ في 04 أوت 2013، المتضمن نشر اللوائح الصحية الدولية المعتمدة بجنيف بتاريخ 23 ماي 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 43، الصادرة بتاريخ 28 أوت 2013.

284. المرسوم الرئاسي 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتعلق بالتعديل الدستور لسنة 2016،
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.
285. القانون 11/18 المؤرخ في 02 جويلية 2018، متعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،
ع46، الصادرة بتاريخ 29 جويلية 2018.
286. المرسوم التنفيذي رقم 20-69. المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا (كوفيد 19)
ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 15، الصادرة بتاريخ 21 مارس 2020.
287. المرسوم التنفيذي رقم 20-70. يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا
ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 16، الصادرة بتاريخ في 24 مارس 2020.
288. المرسوم الرئاسي 442/20، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتضمن التعديل الدستوري لسنة
2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع82، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

7- مواقع الانترنت

289. كمال محمد عواد، جرائم القتل مجهولة الجاني في الفقه الإسلامي، مقال منشور بالانترنت،
https://jfslt.journals.ekb.eg/article_101164_cd894dd7415a1d165e_92b376be56df56.pdf
290. فارس حامد عبد الكريم، مبدأ سمو الدستور ونظرية الضرورة في الأوقات العصيبة للدولة،
<http://www.univbiskra.net/index.php/2008/07/03>.
292. أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، topic.us/t89 .
<http://Braa.gelgoo>، 3/07/2010.
293. منظمة الصحة العالمية، مرض فيروس كورونا، تاريخ الدخول: 2020/07/10،
<https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>.
294. رابطة حقوق الإنسان بالجزائر تنتقد الإبقاء على حالة الطوارئ، الجزائر تايمز، الجريدة الإلكترونية،
<http://www.algeriatimes.net/algerianews1447.htm>، 05/08/2009.

عن موقع العربية

295. /03/11/whp_annonces_coronavirus_spread_pandemic/:

<https://arabic.cnn.com/health/article/2020>

296. فطيمة البوموري، قانون 110/14 وآثار فيروس كورونا، موقع إعلام العرب،
<https://www.hespress.com/writers/466621.html> ،
297. العلماء يجيبون....هل تم فعلا تصنيع فيروس كورونا؟، موقع D W made for minds : ،
<https://www.dw.com>
298. إعلان منظمة الصحة العالمية بتاريخ 11 مارس 2020، موقع D W made for minds :
<https://www.dw.com>
299. فوزي أوصديق، قراءة في مشروع السلم والمصالحة الوطنية، aljazeera.net، تاريخ النشر: 09/27،
 2005.
300. مارغريت تشان، المديرية العامة لمنظمة الصحة العالمية، الحق في الصحة، مقال منشور بتاريخ 29
 ديسمبر 2017، على الموقع: <https://www.who.int/ar/new-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>
301. عادل عامر، الاعتقال الإداري والمسؤولية المترتبة عليه، مقال، <http://haqq.bahorg/t124-topic>.
302. -مجمع الفقه الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة العاشرة، بتاريخ 04/04، 1397هـ،
<https://www.islamweb.net/ar/fatwa/7394>. تاريخ النشر 27 مارس 2001.

ثانيا: المصادر والمراجع بالفرنسية

1-Ouvrages généraux

303. De Laubadéré : traité de droit administratif.T.I.9^{ème}.par ;vnezia et gaudemet L.G.D.J.1984.
304. Delvove, La responsabilité de la puissance publique du fait de ses actes réguliers, Etude juridique , 1967 , Prochorient , B.N.P.
305. Jaques ROBERT,les violation de la liberté individuelle comises par l'administration ,le problème de la responsabilité ,L .G .D.J ,1956.

2-Les thèses

306. Ben Arfa Abde laziz, Les circonstances exceptionnelles dans la constitution du 22-11-1976,Memoir de magister, Institut de droit, Alger,1976.

3-Périodiques

307. Ghaouti Souad, Etien (B), La légalité d'exception dans le constitution Algérienne du 22/11/1976, Revue. Algérienne, 1978, N°04, P707.
308. Lamarque Jean , La théorie de la nécessité et l'article 16 de la

constitution de 1958, revue du droit public,1961 .

4-Journaux

309. Djamel Abbaci, conseiller en assurance auprès des grandes entreprises ,la législation régissant l'indemnisation des victimes d'ctes terroriste est limitée elWatan du 27 Mai au 02 juin 2013.

310. M.AZIZ .Driot de l'home ,rezag BARA fait le point ,le Matin n 890 ,du01Décember 1994 .

5-Sites Internet

311. -Key considirations :quarantine in the context COVID- Social science in the humanitarian action. www.socialscienceinaction.org

رابعاً: فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة
	الفصل التمهيدي:
	ماهية الظروف الاستثنائية
3	المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها
3	المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية
3	الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية في القانون الوضعي
4	أولاً: النشأة والتطور التاريخي لنظرية الظروف الاستثنائية
9	ثانياً: تسمية النظرية في الاصطلاحات الحديثة
11	ثالثاً: تعريف الظروف الاستثنائية
12	رابعاً: طبيعة نظرية الظروف الاستثنائية
14	الفرع الثاني: مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي
14	أولاً: نشأة نظرية الظروف الاستثنائية
16	ثانياً: تسمية النظرية
18	ثالثاً: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية
21	رابعاً: طبيعة نظرية الظروف الاستثنائية
23	المطلب الثاني: ضوابط نظرية الظروف الاستثنائية
23	الفرع الأول: ضوابط نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري
23	أولاً: مستند نظرية الظروف الاستثنائية
31	ثانياً: شروط اللجوء لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية
35	الفرع الثاني: ضوابط الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي
36	أولاً: مستند نظرية الظروف الاستثنائية
42	ثانياً: شروط اللجوء لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

49	خلاصة المبحث
51	المبحث الثاني: حالات الظروف الاستثنائية ومدى احتوائها لوباء كورونا
51	المطلب الأول: حالات الظروف الاستثنائية في الدستور الجزائري
51	الفرع الأول: حالة الطوارئ والحصار
52	أولا: تعريف حالة الطوارئ والحصار
56	ثانيا: مبررات تطبيق حالي الطوارئ والحصار
57	ثالثا: إجراءات إعلان حالة الطوارئ والحصار
59	الفرع الثاني: الحالة الاستثنائية
60	أولا: تعريف الحالة الاستثنائية
61	ثانيا: مبررات تطبيق الحالة الاستثنائية
65	ثالثا: إجراءات إعلان الحالة الاستثنائية
67	الفرع الثالث: حالة الحرب
68	أولا: تعريف حالة الحرب
69	ثانيا: مبررات اللجوء إلى إعلان حالة الحرب
70	ثالثا: إجراءات اللجوء إلى إعلان حالة الحرب
73	المطلب الثاني: مدى مقارنة وباء كورونا للحالات الاستثنائية وإجراءاتها
74	الفرع الأول: التكييف الشرعي والقانوني لوباء كورونا
74	أولا: تعريف وباء كورونا
76	ثانيا: تكييف وباء كورونا من منظور الفقه الإسلامي
81	ثالثا: مقارنة وباء كورونا للحالات الاستثنائية في التشريع الجزائري
84	الفرع الثاني: تكييف إجراءات مكافحة كورونا مع السلطات الاستثنائية
85	أولا- التكييف الدستوري لحالة الحجر الصحي العام
87	ثانيا- علاقة الحجر الصحي بالحجر الأمني
89	الفرع الثالث: أسباب عدم إعلان الحالات الاستثنائية للحد من تفشي وباء كورونا في الجزائر

89	أولاً: الأسباب الواقعية لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب الوباء
90	ثانياً: الأسباب القانونية لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب وباء كورونا
91	ثالثاً: الأسباب السياسية لعدم إعلان حالة الطوارئ بسبب وباء كورونا
93	خلاصة الفصل
الفصل الأول:	
أسس مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية	
97	المبحث الأول: مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ
97	المطلب الأول: مفهوم الخطأ الذي يعقد مسؤولية الدولة عن أعمالها
97	الفرع الأول: المفهوم القانوني للخطأ
98	أولاً: تعريف الخطأ
99	ثانياً: الفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي
107	ثالثاً: موقف المشرع والقضاء الجزائري من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي
115	الفرع الثاني: المفهوم الشرعي للخطأ
116	أولاً: تعريف الخطأ
118	ثانياً: التعدي والمسؤولية الخطئية
120	ثالثاً: موقف النظام الإسلامي من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي
128	المطلب الثاني: مدى صلاحية الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية
128	الفرع الأول: الرقابة القضائية على أعمال الدولة في الظروف الاستثنائية
128	أولاً: الرقابة القضائية على السلطات الاستثنائية في النظام الجزائري
153	ثانياً: رقابة قضاء المظالم على السلطات الاستثنائية في الفقه الإسلامي
158	الفرع الثاني: موقف القضاء العملي من نظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية
159	أولاً: موقف القضاء الجزائري
167	ثانياً: موقف القضاء الإسلامي

172	خلاصة المبحث
174	المبحث الثاني: مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية دون خطأ
174	المطلب الأول: المفهوم القانوني والشرعي لنظرية المسؤولية غير الخطئية
175	الفرع الأول: المفهوم القانوني لنظرية المسؤولية غير الخطئية
175	أولاً: نشأة وتطور المسؤولية غير الخطئية
176	ثانياً: تعريف مسؤولية الإدارة دون خطأ
178	ثالثاً: خصائص المسؤولية دون خطأ
180	رابعاً: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة دون خطأ
195	الفرع الثاني: المفهوم العام للمسؤولية دون خطأ في الفقه الإسلامي
195	أولاً: موقف التشريع الإسلامي من مسؤولية الدولة دون خطأ
200	ثانياً: الأسس النظرية للمسؤولية دون خطأ في الفقه الإسلامي
205	ثالثاً: الأسس العملية للمسؤولية دون خطأ في النظام الإسلامي
208	المطلب الثاني: مدى قيام مسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية على ضوء المسؤولية دون خطأ
209	الفرع الأول: إمكان قيام مسؤولية الدولة غير الخطئية في ظل الظروف الاستثنائية
209	أولاً: آراء الفقه بشأن قيام المسؤولية غير الخطئية في الظروف الاستثنائية
212	ثانياً: شروط قيام المسؤولية غير الخطئية في الظروف الاستثنائية
216	الفرع الثاني: موقف القضاء عملياً من الأخذ بنظرية المسؤولية دون خطأ في الظروف الاستثنائية
216	أولاً: موقف القضاء الجزائري
221	ثانياً: موقف القضاء الإسلامي
224	خلاصة المبحث
الفصل الثاني:	
التعويض كآثر لمسؤولية الدولة في الظروف الاستثنائية	
228	المبحث الأول: مفهوم نظام التعويض وأحكامه

228	المطلب الأول: مفهوم التعويض
228	الفرع الأول: مفهوم التعويض في القانون الوضعي
228	أولاً: تعريف التعويض
229	ثانياً: أهمية التعويض
230	ثالثاً: صور التعويض
236	الفرع الثاني: مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي
236	أولاً: تعريف التعويض
240	ثانياً: الحكمة من مشروعية الضمان
241	ثالثاً: أنواع الضمان
244	المطلب الثاني: أحكام تقدير التعويض
244	الفرع الأول: تقدير التعويض في القانون الوضعي
244	أولاً: مبادئ التعويض
248	ثانياً: قواعد تقدير التعويض
251	ثالثاً: تاريخ تقدير التعويض
255	رابعاً: شروط استحقاق التعويض
266	الفرع الثاني: تقدير التعويض في الفقه الإسلامي
266	أولاً: المبادئ التي تحكم التعويض
271	ثانياً: قواعد تقدير التعويض
275	ثالثاً: وقت تقدير التعويض
276	رابعاً: شروط استحقاق التعويض
284	خلاصة المبحث
286	المبحث الثاني: طرق وآليات تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية
286	المطلب الأول: تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية استناداً لدعوى المسؤولية
286	الفرع الأول: مفهوم دعوى المسؤولية (دعوى التعويض)
287	أولاً: تعريف دعوى التعويض

288	ثانيا: خصائص دعوى التعويض
290	الفرع الثاني: شروط قبول دعوى التعويض
291	أولا: الشروط الشكلية لقبول دعوى التعويض
296	ثانيا: الشروط الموضوعية لدعوى التعويض
300	الفرع الثالث: الفصل في دعوى التعويض وأثرها في تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية
300	أولا: الفصل في دعوى التعويض
209	ثانيا: دور دعوى المسؤولية في تعويض أضرار الظروف الاستثنائية
318	المطلب الثاني: تعويض ضحايا الظروف الاستثنائية عن طريق الآليات الجماعية
318	الفرع الأول: مفهوم الآليات الجماعية
319	أولا: تعريف الآليات الجماعية
320	ثانيا: خصائص الآليات الجماعية
322	ثالثا: أسباب ظهور الآليات الجماعية للتعويض
324	رابعا: مدى تأثير الآليات الجماعية للتعويض على وظيفة المسؤولية المدنية
327	الفرع الثاني: صور تدخل الدولة للتعويض عن طريق الآليات الجماعية
328	أولا: صور تدخل الدولة للتعويض في التشريع الجزائري
343	ثانيا: صور تدخل الدولة للتعويض في الفقه الإسلامي
357	خلاصة المبحث
361	الخاتمة
الفهارس	
371	أولا: فهرس الآيات القرآنية
373	ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية
374	ثالثا: قائمة المصادر والمراجع
398	رابعا: فهرس الموضوعات
	الملخص

الملخص

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

الملخص

مبدأ إثارة مسؤولية الدولة عن أعمالها، مبدأ حديث ظهر بنهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وصار مسلّمًا به لدى الأنظمة الحديثة، وبموجبه تخضع الدولة للقانون وتثار مسؤوليتها عن أعمالها وأعمال موظفيها التي تلحق ضررًا بالأفراد، فيكون إثبات الخطأ في تصرفات الدولة موجبًا لإقرار مسؤوليتها والتعويض عنه كأصل عام، ولبعض الاعتبارات في حالات معينة قد يتم التوجه إلى المسؤولية دون خطأ والتي تكتفي فقط بإثبات الضرر.

وإذا كان هذا هو الحال في الظروف العادية فالتساؤل يثور حول إمكانية تطبيق مبدأ المسؤولية هذا في الظروف الاستثنائية التي يمكن أن تتعرض لها الدولة، بسبب الأخطار والأزمات والحروب والغزو الخارجي الذي يزعزع استقرارها ويعرض النظام العام فيها للخطر، ولمواجهة هذه الأخطار تبتى كل من الفقه الإسلامي - في قواعده وأصوله - والأنظمة الحديثة - في دساتيرها - نظرية الظروف الاستثنائية التي تبيح للدولة ممارسة سلطات وإجراءات استثنائية وطائرة وممتازة، إثارةً لسلامة الدولة وحفاظًا على كيانتها، لكن ممارسة هذه السلطات عملياً قد يخلف الكثير من الأضرار على مبدأ المشروعية، وعلى الحقوق والحريات الفردية التي تتعرض للمصادرة والضياع بسببها، وقد تكون هذه الأضرار جسيمة بالشكل الذي يصعب تحمُّله.

وبمقتضى العدالة والتوازن بين السلطة - التي تتوسع كثيرًا في الظروف الاستثنائية - والمسؤولية كانت النتيجة المقررة أنّ هذه الظروف لا تحول دون إثارة مسؤولية الدولة وتعويض المتضررين الذين قد يتعذر عليهم إثبات الخطأ في حق الدولة للحصول على التعويض وفقًا للمسؤولية الخطئية التي ثبتت قصورها في هذا الظرف، بسبب خصوصيته وطبيعة الإجراءات المتخذة بسببه، فهي تكتسي المشروعية الاستثنائية، وهذا ما استدعى البحث عن أسس أخرى أكثر عدالة للتعويض عن الضرر، فكان الاستنجاد بالمسؤولية دون خطأ، والتي غطت الكثير من أضرار الظروف الاستثنائية؛ لأنها تعفي المتضرر من إثبات الخطأ، وتتطلب فقط إثبات الضرر والعلاقة السببية بينه وبين نشاط الدولة، وهذا ما أعطى فرصة لتعويض الكثير من المتضررين، إمّا بطريق دعوى المسؤولية وفي حال عجزها، تتدخل الدولة إما بطريق مباشر أو غير المباشر للتكفل بأضرار الظروف الاستثنائية، مرتكزة في ذلك على فكرة التضامن المؤسساتي عن طريق إنشاء صناديق التعويض وآليات أخرى كالتأمين أو ما عرفته الشريعة الإسلامية من الصور كالدية والقسامة.

Le résumé

Éveiller la responsabilité de l'État pour ses actes, est un principe moderne apparu à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, et devient légitime par les systèmes modernes, selon lequel l'État est soumis à la loi et engage sa responsabilité pour ses actes et ceux de ses employés qui cause des dégâts aux personnes. Donc prouver les actes cruels du gouvernement est un devoir pour avouer sa responsabilité et l'envisager comme un bien général, et pour certaines considérations dans certains cas, la responsabilité peut être engagée sans erreur, ce qui suffit seulement à prouver le dommage.

Si tel est le cas dans des circonstances normales, la question se pose autour de la possibilité d'appliquer ce principe de responsabilité dans les circonstances exceptionnelles auxquelles l'État peut être exposé, à cause des dangers, crises, des guerres et d'invasions extérieures qui le déstabilisent et mettent le système général en péril. Pour faire face à ces dangers, la jurisprudence islamique a adopté - dans ses règles et principes - et les systèmes modernes - dans leurs constitutions - la théorie des circonstances exceptionnelles qui permettent à l'État d'exercer des pouvoirs et des procédures exceptionnels, urgents et excellents, afin pour préserver l'intégrité de l'État et préserver son entité, mais l'exercice de ces pouvoirs peut causer beaucoup de dommages au principe de légalité, et aux droits et libertés individuels qui sont exposés à la confiscation et à la perte à cause de cela, et ces dommages peuvent être graves d'une manière difficile à supporter.

Et dans le respect de la justice et de l'équilibre entre l'autorité - qui s'élargit beaucoup dans des circonstances exceptionnelles- et la responsabilité, le résultat établi est que ces circonstances n'empêchent pas d'engager la responsabilité de l'État et d'indemniser les personnes concernées, qui peuvent ne pas être en mesure de prouver une erreur dans le droit de l'État d'obtenir une indemnité en fonction de la responsabilité fautive qui prouve son

insuffisance dans cette situation par sa spécificité et la nature des mesures prises à cause de lui, elle jouit d'une légalité exceptionnelle, ce qui a nécessité la recherche de d'autres bases plus justes pour réparer le dommage : l'invocation de la responsabilité était sans erreur, ce qui couvrait bien des dommages de circonstances exceptionnelles parce qu'elle dispense la personne endommagée de prouver l'erreur, et n'exige que la preuve du dommage et du lien de causalité entre celui-ci et l'activité de l'État, ce qui a donné l'opportunité d'indemniser un bon nombre des personnes lésées, soit par le biais d'une action en responsabilité et en cas d'incapacité l'État intervient directement ou indirectement pour assurer les dommages de circonstances exceptionnelles, en s'appuyant sur l'idée de solidarité institutionnelle à travers la mise en place de fonds d'indemnisation et d'autres mécanismes tels que l'assurance ou ce que la charia a suggéré telles que la Deya et le Qassama.

المركز الإسلامي للعلوم
بجامعة القاهرة

Abstract :

The principle of arousing the state's responsibility for its actions is a modern principle that emerged at the end of the nineteenth century and the beginning of the twentieth century, and was adopted by modern systems ; and according to which state is subject to the law and its responsibility will be aroused for its actions and its employees' actions too that cause harm to individuals; therefore, proving an error in the state's actions requires the recognition of its responsibility and compensation for it as a general asset, and for some considerations in certain cases, responsibility may be directed without error, which is only sufficient to prove the damage.

If this is the case in normal circumstances, then the question arouses about the possibility of applying this principle of responsibility in the exceptional circumstances that the state may be exposed to, due to dangers, crises, wars and external invasion that destabilize it and endanger its public order . And in order to face these dangers, both Islamic jurisprudence - in its rules and origins- and modern systems - in their constitutions - have adopted the theory of exceptional circumstances that permit the state to exercise exceptional, emergency and excellent powers and procedures, in order to araise the integrity of the state and preserve its entity, however, exercising these powers in practice may cause a lot of damage to the principle of legality, individual rights and to freedoms that are subject to confiscation and loss because of it, also, these damages may be severe in a way that is difficult to bear.

In accordance with justice and a balance between authority - which expands a lot in exceptional circumstances - and responsibility, the established result was that these circumstances do not change without arousing state's responsibility and compensating those affected who may be unable to prove an error in the state's right to obtain compensation according to the faulty responsibility that has been proven to be insufficient in this circumstance, and due to its specificity and the nature of the measures taken because of it, it has exceptional legitimacy. This necessitated the search for other, more just bases to compensate for the damage, and the invocation of responsibility was without error, which covered many of the damages of exceptional circumstances; because it exempts the aggrieved from proving the error, and requires only proof of damage and the causal relationship between him and the activity of the state, and this gave an opportunity to compensate many Of those affected, either through a liability lawsuit and in the event of its inability, the state intervenes, either directly or indirectly, to take care of the damages of exceptional circumstances, based on the idea of institutional solidarity through the establishment of compensation funds and other mechanisms such as insurance or what Islamic law knows of forms such as blood money and qasama.