



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون العام

الرقابة القضائية على أعمال الضرورة «دراسة مقارنة»

بحث علمي قانوني أُعدَّ لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية

إعداد

رواة اللّحام

إشراف الدكتور

عيد قريطم

المدرس في قسم القانون العام

2020م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَكَأَ عَادٍ فَلَا إِثْمَ

عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾

[البقرة: 173]

الإهداء

إلى كل من يسعى لطلب العلم

إلى الدّاعين إلى سيادة القانون

إلى كل من يسعى لضمان حقوق الأفراد بتطبيق حكم القانون

إلى كل من يدافع عن حكم القانون وسيادته

إليك جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر ونقد

الشكر الكبير والثناء الكثير لله سبحانه وتعالى الذي منّ عليّ ووفّقني
لإتمام هذا البحث (الحمد لله حمداً كثيراً مباركاً فيه)

والشكر الجزيل والمليء بالثناء والاحترام لأستاذي الدكتور عيد قريطم
لتفضله وقبوله الإشراف على هذا البحث

كما لا أنسى أن أشكر أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور محمد يوسف الحسين الأستاذ في قسم القانون العام
الدكتور خالد المحمد المدرّس في قسم القانون العام

الذين أعطوا من وقتهم الكثير لإغناء هذا البحث وإثرائه

والشكر موصول إلى أعضاء الهيئة التدريسية في قسم القانون العام بكلية

الحقوق - جامعة دمشق، الذين ساهموا في إثراء مرصيدي المعرفي .

ولكل من شجعني وساندني ودعمني في إنجاز هذا البحث

رولا اللحام

المقدمة

لا تسير حياة الدول على منوال واحد، إذ تتعرض هذه الحياة إلى مجموعة من الأخطار والأزمات تهدد وجودها وكيانها بالانتقاص أو الزوال.

ومما لا شك فيه أن السلطة التنفيذية بحاجة لمواجهة هذه المخاطر إلى صلاحيات جديدة أكثر اتساعاً استناداً لواجبها في الحفاظ على كيان الدولة ووجودها.

على هذا الأساس فقد تعارضت المصالح مصلحة احترام القانون ومصلحة الحفاظ على الدولة، وللموازنة بين هذه المصالح فقد ابتدع الفكر القانوني نظرية قوية البنيان والدعائم هي نظرية الضرورة لمواجهة الظروف الاستثنائية.

وقد سارع المشرع في بعض الدول إلى تبني تطبيقات هذه النظرية لينظمها في قواعد محددة سلفاً تمكن الجهات المعنية من مواجهة هذه الظروف، إما بالقوانين العادية الصادرة من البرلمان أو في النصوص الدستورية ذاتها، ولعل أهم ما يترتب على تلك النصوص الدستورية والتشريعية هو تمتع الإدارة بسلطة لائحية مميزة يمكن أن نطلق عليها " السلطة اللائحية الاستثنائية " تستطيع الإدارة عن طريقها أن تتجاوز حدودها العادية .

وتعتبر نظرية الضرورة أساس تلك السلطة اللائحية الاستثنائية بحيث يشترط لتطبيق النظام القانوني لنظرية الضرورة توافر هذه الحالة الواقعية

التي تتمثل غالبا في أحد الظروف الاستثنائية ، على أن هذه السلطة اللاحقة الاستثنائية وإن كانت ضرورية للإدارة إلا أنها ليست حقا خالصا لها وإنما هو اختصاص مقيد بضرورة توافر شروط معينة للجوء إليها وتطبيقها، أهم هذه الشروط:

- وجود خطر جسيم وحال يهدد الأمن والنظام العام
 - استحالة مواجهة هذا الخطر بالطرق القانونية العادية
 - أن تهدف الإدارة من تصرفاتها المتخذة تحقيق الصالح العام
 - أن لا تضحي بمصلحة الأفراد في سبيل المصلحة العامة
- خلاصة ما تقدم أن الإدارة في ظل حالة الضرورة تجد سلطاتها الضابطة قد توسعت بحيث تستطيع التجاوز عما يقرره مبدأ المشروعية العادية ولكن هذا لا يعني أن الإدارة تجد نفسها طليقة من كل قيد بل عليها أن تلتزم في تصرفاتها القيود والضوابط المحددة لها تحت طائلة الإلغاء أو التعويض أو الجزاءين معا .

ومن ثم فمن الخطأ القول بأن ليس للضرورة قانون بل على العكس من ذلك فالضرورة هي تنظيم قانوني وهو ما يعني على الأقل خضوع الضرورة للرقابة حتى لا تتجاوز حدودها وضوابطها القانونية.

من هذا المنطلق حرصتُ في هذا البحث أن أوضح دور القضاء في رقابته على أعمال الإدارة في حالة الضرورة والتي تعتبر كوسيلة أساسية لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، وضمانة لهم في تعاملهم مع جهة الإدارة.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث الرئيسة في بيان فعالية الرقابة القضائية على أعمال الضرورة، ودورها في الحفاظ على حقوق وحريات الأفراد في ظل هذه الأعمال، بحيث تعمل هذه الرقابة على إحداث التوازن بين حق المجتمع في الحفاظ على أمنه وحماية مصالح الأفراد وحرياتهم

يتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية تتمثل بما يلي:

- 1- ما هو المقصود بأعمال الضرورة؟
- 2- ما هي العناصر التي تمتد إليها الرقابة على أعمال الضرورة؟
- 3- بما يتمثل دور القضاء في رقابته لهذه الأعمال؟
- 4- ما هي آثار الرقابة على أعمال الضرورة؟
- 5- بما تختلف الرقابة على أعمال الضرورة في سوريا والدول المقارنة؟

أهداف البحث:

يتمثل الهدف من هذا البحث في الإجابة عن الأسئلة التي تم طرحها في الإشكالية وبشكل خاص تحديد معنى الضرورة التي تجيز للسلطة التنفيذية في سوريا والدول المقارنة إصدار تشريعات الضرورة؟
ودور القضاء الإداري في رقابته لهذه التشريعات

أهمية البحث:

تكمُن أهمية هذا البحث في بيان الإطار الرقابي لتشريعات الضرورة في سورية والدول المقارنة، إضافة إلى إبراز حدود التنظيم الدستوري لتشريعات الضرورة وكذلك الحدود والضوابط الدستورية للرقابة على تشريعات الضرورة.

أسباب اختيار البحث:

أ- الأسباب العامة:

- اختلاف المصطلحات بين فقهاء القانون العام وعدم الاتفاق على مصطلح جامع مانع لحالات الضرورة (حالة الطوارئ، حالة الظروف الاستثنائية، حالة الأحكام العرفية، القوانين المؤقتة)
- الوضع السياسي في سورية وما مرت به من أزمات والذي أدى إلى إصدار تشريعات في هذا المجال.
- وجود الكثير من الثغرات القانونية والتجاوزات مما يؤثر سلباً على النظام العام وبالتالي انتهاك للحريات العامة.

ب- الأسباب الذاتية:

- الاهتمام بالتشريعات الصادرة في حالة الضرورة، بالإضافة إلى الاقتناع بأهمية الموضوع لتأثيره الشديد على الحقوق والحريات العامة للأفراد.
- الرغبة الكبيرة في البحث في التشريعات المنظمة لحالة الضرورة في سورية ومقارنتها بمثيلاتها في التشريعات المقارنة.

منهج البحث:

ستتبع الباحثة في دراسة هذا البحث على المنهج التحليلي الذي يعتمد على جمع ما كتب في الموضوع من المراجع والأبحاث، وما جرى من دراسات ذات علاقة بموضوع البحث وتحليلها، وأخيراً على المنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين التشريعات المقارنة والاستفادة منها في التشريع السوري.

مخطط البحث

المقدمة

الفصل الأول

الجانب التأصيلي لنظرية الضرورة

المبحث الأول: ماهية نظرية الضرورة

المطلب الأول: مفهوم نظرية الضرورة

المطلب الثاني: الرّؤى العامة لنظرية الضرورة

المبحث الثاني: حالات وشروط نظرية الضرورة

المطلب الأول: حالات الضرورة

المطلب الثاني: شروط نظرية الضرورة

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري في الظروف غير العادية

المبحث الأول: ماهية الرقابة القضائية

المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية

الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية

الفرع الثاني: تمييز الرقابة القضائية عن غيرها من أنواع الرقابة

المطلب الثاني: أنظمة الرقابة القضائية

الفرع الأول: نظام القضاء الموحد

الفرع الثاني: نظام القضاء المزدوج

المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط الإداري في حالة

الضرورة ووسائله

المطلب الأول: دور القضاء الإداري في الرقابة على سلطات الضبط الإداري

في حالة الضرورة

الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري على قرار رئيس الجمهورية بإعلان

حالة الضرورة

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على القرارات الصادرة في حالة

الضرورة

المطلب الثاني: وسائل رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط الإداري في

حالة الضرورة

الفرع الأول: دعوى الإلغاء

الفرع الثاني: دعوى التعويض

الخاتمة

الفصل الأول

الجانب التأصيلي لنظرية الضرورة

قد تعترض حياة الدولة بعض الظروف غير العادية التي لا يستطيع التشريع القائم علاجها، والتي تقتضي إيجاد الحلول السريعة للحفاظ على الدولة وإنقاذها، وإنقاذ نظامها ومرافقها العامة من المخاطر التي قد تتعرض لها. وإذا كان مبدأ المشروعية يقتضي أن تتقيّد الإدارة في جميع تصرفاتها باحترام ومراعاة القواعد القانونية، فإنّ هذه القواعد قد وضعت لتحكم ظروفاً عادية، أمّا الأوضاع الناجمة عن الأزمات والكوارث والحروب، فلا يمكن للقواعد القانونية أن تحكمها بشكل مسبق دقيق للغاية. وبالتالي، فإنّ الإدارة المكلفة بإيجاد الحلول السريعة والفعّالة لمواجهة حالة الضرورة لا يمكنها التقيد الدقيق بمبدأ المشروعية، كما هو الحال في الظروف العادية⁽¹⁾، وهذا ما سيتم بحثه وفقاً لما يأتي:

- المبحث الأول: ماهية نظرية الضرورة.

- المبحث الثاني: حالات وشروط نظرية الضرورة

(1) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، الطبعة السابعة،

المبحث الأول

ماهية نظرية الضرورة

تعد نظرية الضرورة قيداً يرد على مبدأ سموّ المشروعية والنتائج المترتبة عليه، وتستمد هذه النظرية مدلولها من القاعدة الرومانية التي تقول (إن سلامة الشعب فوق القانون)، ففي هذه الحالة يترخص للسلطة التنفيذية سلطات استثنائية لا تملك ممارستها في ظل الظروف العادية، فيكون لها استثناء وتحت رقابة القضاء أن تعطل مؤقتاً حكم القانون العادي لاعتبارات المصلحة العامة ومواجهة حالة الضرورة⁽¹⁾، ومن أجل الإحاطة بهذه النظرية لابد من تحديد مفهومها وتطورها والتعرض لمبرراتها، وكذلك تحليل الاتجاهات الفقهية والقضائية كافةً، وهذا ما سيتم مناقشته بشكلٍ موسّع وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم نظرية الضرورة

المطلب الثاني: الرّؤى العامة لنظرية الضرورة

(1) د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2018، ص 35.

المطلب الأول

مفهوم نظرية الضرورة

تعد نظرية الضرورة في الوقت الحالي جزءاً من النظام القانوني للدول الديمقراطية، وذلك لاختلاف الظروف التي تعيشها الدولة والأحداث التي تمر بها، فأصبح من المستحيل أن تعيش الدولة بدون تطبيق نظرية الضرورة بأشكالها المختلفة، لذلك لابد من بيان مفهومها وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

تعريف نظرية الضرورة

الضرورة (Necessity) لغة: هي الحاجة، وهي اسم لمصدر الاضطرار، بناؤه (افتعل) فجعلت التاء طاء لأن التاء لم يحسن لفظها مع الضاد، تقول: حملتني الضرورة على كذا، وقد اضطرُّ فلان إلى كذا وكذا، لقوله تعالى: {فمن اضطرَّ غير باغٍ ولا عاد فلا إثم عليه، إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ} ⁽¹⁾ أي من أُجِئَ إلى أكل الميتة وما حُرِّمَ وضيق عليه الأمر بالجوع، وأصله الضرر وهو الضيق ⁽²⁾.

والاضطرار: الاحتياج إلى الشيء، واضطر إليه: أحوجّه وألجأه فاضطرَّ بضم الطاء، والضرورة: الحاجة، والضرر خلاف النفع وضد النفع والإضرار ثله، والضروري: كل ما تمس إليه الحاجة كل ما ليس منه بد، وهو خلا الكمال ⁽³⁾.

⁽¹⁾ سورة البقرة الآية (173).

⁽²⁾ لسان العرب، جمال الدين محمد بن منظور، الطبعة الثانية، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1992، ص384.

⁽³⁾ أ. د عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، المملكة العربية السعودية، 1993، ص28.

ويتفق معنى الضرورة عند الشرعيين: المفسرين والأصوليين والفقهاء مع اللغويين، بإضافة قيود وشروط إذ ينطلقون في تعريفها من استقراء النصوص الشرعية التي يستندون إليها كل حسب مصادره⁽¹⁾.

ويظهر جلياً أن جميع هذه المعاني فيما بينها تدور حول وقوع المضطر في ظروف استثنائية ألجأته إلى ارتكاب محرّمات لا يجوز ارتكابها في الأحوال العادية، وهذا المعنى يتفق مع مفهوم الضرورة الدستورية التي تُلجئ السلطات المختصة إلى اتخاذ إجراءات استثنائية في أحوال الضرورة لا يجوز استخدامها في الظروف العادية محافظةً على الدولة أو أحد مؤسساتها، كمن يرتكب المحرّم حفاظاً على نفسه.

أما المعنى الاصطلاحي للضرورة: فهي تلك الحالة من الخطر الجسيم الذي يتعذر تداركها بالوسائل العادية، مما يدفع السلطات القائمة في حالة الضرورة إلى أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع هذا الخطر ومواجهة الأزمات. ولتوضيح ذلك نقول إن المستجدات التي تظهر في حياة الدولة وهيئاتها كثيرة، بحيث لم يكن بوسع المشرع توقعها سلفاً لكونها تشكل استثناء على الأصل، مما يتطلب الخروج على ذلك الأصل، وهذا هو (منطق نظرية الضرورة) أي إن هذه النظرية تجيز للدولة أو إحدى الهيئات الحاكمة، وهي السلطة التنفيذية، الخروج عن القواعد القانونية بما فيها الدستورية إذا اقتضت تلك الضرورة وذلك لتأكيد أن هذه النظرية استثناء على الأصل -وهو

(1) أ. د عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، المرجع السابق، ص 28.

مبدأ المشروعية- فإن قيداً يرد عليها، وهو زوال هذا الاستثناء عند زوال الحاجة التي أدت إليها، عملاً بالقاعدة القائلة (الضرورة تقدر بقدرها)⁽¹⁾.

وتُعرف حالة الضرورة بأنها "الحالة المُجَنَّة لتناول الممنوع شرعاً"⁽²⁾.

وعرّفها آخرون بأنها "خوف الهلاك أو الضرر الشديد على أحد الضروريات للنفس أو الغير يقيناً أو ظناً إن لم يفعل ما يدفع به الهلاك أو الضرر الشديد"⁽³⁾.

وعرّفها بعض الفقهاء بأنها حالة مفاجئة تحمل في طياتها أخطاراً جسيمة حالة ومؤكدة استثنائية، وغير مألوفة، تهدد النظام العام بمدلولاته الثلاثة، الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة، أو تهدد أحد عناصره فحسب أو تهدد المصلحة العامة أو تهدد سير المرافق العامة، ويستوي أن تكون هذه المصالح مقصودة في ذاتها أو يكون المقصود هو الأوضاع الشاذة التي يترتب على تهديدها خطر جسيم حقيقي مؤكد، وفعلي غير محتمل⁽⁴⁾.

(1) حسن ضياء الخخال، نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، دون عام نشر، ص23.

(2) د. محمود محمد عبد العزيز الزيتي، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص25.

(3) د. محمد جميل مبارك، نظرية الضرورة الشرعية "حدودها وضوابطها"، دار الوفاء للطباعة والتوزيع، كلية العلوم، جامعة القاهرة، 1988، ص19-20.

(4) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، القاهرة، دار الفكر، 1975، ص201.

من استقراء ما سبق يمكننا تعريف حالة الضرورة بأنها "كل حالة غير مألوفة تطرأ على أوضاع الدولة ويخشى إذا لم تُراع من حدوث أخطار جسيمة تهدد كيان الدولة أو تُعرض مصالحها الأساسية للخطر والضياع أو تهدد أمنها وسلامتها واستقرارها في الداخل والخارج".

وتعد فكرة الضرورة فكرة قديمة لازمت الفكر القانوني، وترجع إلى أصليين معروفين يقضيان بأن "الضرورات تبيح المحظورات" وأن "الضرورة تقدر بقدرها". وقد برزت فكرة الضرورة لدى البعض من فقهاء الألمان ومنهم هيغل Hegel وجيلينيك Jellinek، إذ سَوَّغَ هيغل خروج الدولة على القانون عند الضرورة بقوله "إن الدولة هي التي أوجدت القانون، وهي تخضع له تحقيق مصالحها، والقانون هو وسيلة لغاية هي حماية الجماعة فإذا لم ترد القواعد القانونية إلى هذه الغاية، فلا يجب الخضوع للقانون، وعلى الدولة أن تضحى به في سبيل الجماعة". أما جيلينيك فقد ذهب إلى القول إن "من طبيعة فكرة الدولة أن تتعرض لحالات وظروف تقتضي عملاً سريعاً مما يدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية، فإذا كان الدستور يرفض أو لا يصرح بإحلال الحكومة محل البرلمان في اتخاذ مثل هذه الأعمال، فإنه يخلق بذلك حالة تقتضي العلاج، وعلى هذا الأساس، وحين تبرر تلك الظروف القهرية المحيطة بالدولة يكون للحكومة أن تتصرف على مسؤوليتها بكل ما تملك من وسائل، على أن يكون من حق السلطة التشريعية بعد ذلك أن تصدق على تصرفاتها"⁽¹⁾.

(1) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء

وكذلك الفقه الفرنسي، فقد شارك معظمه وجهة نظر العميد دوجي Duguitt الذي أجاز خروج الحكومة على الدستور والقانون بشروط. وأمام إلحاح الضرورات العملية وصل فريق من الفقه الفرنسي، في تصوره لنظرية الضرورة إلى حد اقترب فيه كثيراً من المدرسة الألمانية، فجعل منها نظرية قانونية، تأسيساً على حق الدولة في الدفاع الشرعي. ومن أشد المتحمسين لهذا الاتجاه هوريو Hauriou، واسمان Esmein، وفي بعض تعليقات العميد هوريو على بعض أحكام مجلس الدولة إنّ "فكرة الضرورة تخول الدولة في حالة الحرب وحالات الضرورة الأخرى، اللجوء إلى حق الدفاع الشرعي عن النفس وسلامتها، فسلامة الدولة فوق كل اعتبار" (1).

كما تقررّت هذه النظرية في مجلس الدولة الفرنسي بوصفها أساساً لنظرية الظروف الاستثنائية، ويرجع مجلس الدولة الفرنسي الأساس القانوني لهذه النظرية إلى واجبات السلطة الإدارية، والتي تكون فيها الإدارة ملزمة بأن تعمل على حفظ النظام العام وسير المرافق العامة سيراً منتظماً. فإذا تبين لها أن تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا الواجب نتيجة لظروف استثنائية، فلها أن تتحرر مؤقتاً من تلك القواعد بالقدر الذي يمكنها من أداء واجباتها. وقد سحب مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية إلى الفترة التي أعقبت الحربين العالميتين، بوصفها من آثار الحرب، كما وطبقها

(1) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، قضاء الإلغاء، دار النهضة

أيضا في الأوقات العصيبة التي يتعرض لها المجتمع في وقت السلم، أو إذا هُددت الدولة بإضراب عام⁽¹⁾.

ومع أن الدساتير المختلفة للبلاد أقرت في بعض نصوصها نظرية الضرورة، إلا أنه يظهر دور القضاء الإداري والدستوري بخاصة في تلافي القصور في النصوص الدستورية والقانونية لعدم كفايتها في مواجهة هذه الأخطار، وذلك بإقراره السلطات الكافية للإدارة، لكي تتمكن من مواجهة هذه الحالة التي تتعرض لها الدولة⁽²⁾.

ويمكن القول إن فكرة الضرورة تقوم على أساس وجود ظروف غير عادية تستدعي توسيع سلطات الإدارة، دفاعاً عن المصالح الجوهرية والحيوية في الدولة، فإذا كانت القاعدة العامة أن التشريع من اختصاص السلطة التشريعية، فإنه يسند للسلطة التنفيذية استثناء عند وقوع أزمات أو ظروف خطيرة⁽³⁾ وذلك لأنه لا يمكن مواجهة حالة الضرورة بالقواعد القانونية العادية، وهو ما يدفع الإدارة للتصرف على نحو يجعلها تتخذ قرارات وإجراءات غير

(1) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص 121 وما بعدها.

(2) Competence administrative: Locai situe dans L'un centre hospitalier , ReccuciL Dalloz , 18 Novembre 2010, P 2651

نقلا عن: د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 35.

(3) تونصير إبراهيم، تشريعات الضرورة، دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014 ص 3.

عادية يجيزها القضاء الإداري، طالما أن الدولة تمر بظروف استثنائية صعبة يتحتم الأمر من أجل مواجهتها أن تصدر تشريعات ضبط جديدة. وصلاحياتها في حالة الضرورة لا تمثل خرقاً كلياً لمبدأ المشروعية، فتقتضي حالة الضرورة أن تخرج الإدارة من نطاق المشروعية العادية إلى المشروعية الاستثنائية، وذلك في ظل وجود الرقابة القضائية التي تعدّ الضمانة الأكيدة للحفاظ على التوازن بين مواجهة حالة الضرورة، وعدم الجور على الحقوق والحريات للأفراد، وحسن تطبيق نظرية الضرورة⁽¹⁾. ولكن من غير الممكن أن نحصر في تعداد كافة السلطات غير العادية والمتسعة في مداها التي يمكن أن تتمتع بها الإدارة في ظل هذه الحالة، لأن الأمر في بيان نوعيات تلك السلطات ومداها يتوقف في نهاية الأمر على طبيعة الظرف الاستثنائي ومداها ومدى خطورته على أمن البلاد، أو سير مرافقها العامة، لكن هناك قاعدة عامة يمكن صياغتها على النحو الآتي:

(في ظل الظروف الاستثنائية يضيء القضاء الإداري صفة المشروعية على القرارات والإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية، وتكون لازمة لحماية الأمن القومي وضمان السير المنتظم للمرافق العامة، بالرغم من أن نفس تلك

(1) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 58.

القرارات أو الإجراءات لو اتخذت في الظروف العادية، لكانت تعتبر غير مشروعة لمخالفتها لقواعد المشروعية العادية)⁽¹⁾

مع ملاحظة أن "الضرورة تقدر بقدرها" بمعنى أن إضفاء صفة المشروعية على مثل تلك القرارات والإجراءات مشروط بقيد مهم يتمثل في أن يكون القرار أو الإجراء المتخذ ضرورياً ولازماً لمواجهة حالة الضرورة القائمة⁽²⁾. فمقتضى نظرية الضرورة أن تخرج الإدارة من نطاق المشروعية العادية إلى المشروعية الاستثنائية، فلا تلتزم حينئذ بالقوانين العادية، طالما لا تستجيب لدواعي الصالح العام، وذلك في حالة الخطر الذي تتعرض له الدولة⁽³⁾.

وانطلاقاً من هذه القيمة العلمية لنظرية الضرورة، فقد أقرتها معظم الأنظمة الدستورية، كالنظام الدستوري الفرنسي والنظام الدستوري السوري والنظام الدستوري المصري، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية هذا البعد التاريخي لنظرية الضرورة في النظام الدستوري المصري بقولها: (إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءاً من دستور 1923 وانتهاء بالدستور القائم

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005، ص 216

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 213.

(3) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دار الفكر، بيروت، 1970، ص 78 وما بعدها.

تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتصنيفها لأحكامها في صلبها⁽¹⁾.

وبذلك يمكننا القول أن نظرية الضرورة هي: "الحالة القانونية التي بمقتضاها يحقّ للإدارة الخروج على مبدأ المشروعية العادية وذلك لمواجهة خطر جسيم وحال يهدد مصالح الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة يقتضى معها التصرف على وجه السرعة للمحافظة على المصلحة العامة، ولا يمكن إعمال ذلك إلا بالتضحية بالاعتبارات القانونية التي لا يمكن تجاوزها في الأوضاع العادية وذلك إعمالاً لمبدأ المشروعية الاستثنائية".

ولم يتفق الفقه على تعريف موحد لما تصدره السلطة التنفيذية في حالة الضرورة، فالبعض أطلق عليها لوائح الضرورة، والبعض الآخر سماها تشريعات الضرورة، ويعرفها بعض الفقهاء أنها "لوائح تصدر من السلطة التنفيذية نتيجة غياب البرلمان في وقت تحتاج فيه الدولة إلى تشريعات معينة لمواجهة ظروف استثنائية طارئة. ولذلك فإن السلطة التنفيذية تحل محل البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية عن طريق إصدار اللوائح التشريعية"⁽²⁾.

(1) محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص13.

(2) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص63.

ويعرفها آخرون بأنها "اللوائح التي تصدر لمواجهة ظروف استثنائية مفاجئة تقتضي معالجة سريعة، من أجل الحفاظ على كيان الدولة وسلامتها"⁽¹⁾.

ومنهم من عرفها بأنها: عبارة عن قرارات صادرة عن الحكومة في الظروف غير العادية لمواجهة أحداث واضطرابات لا تحتل التأخير، وقد تصدر بشكل مراسيم أو قرارات لها قوة القانون وقد تخرج بها الحكومة عن حكم الدستور والقانون، لمواجهة حالات خاصة كالفتن والحروب الأهلية والاضطرابات السياسية"⁽²⁾.

و ثمة جانب آخر من الفقه عرفها بأنها " عبارة عن مراسيم أو لوائح تصدرها السلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد البرلمان إما أثناء عطلة أو في فترة حلّه، ويكون لهذه المراسيم أو اللوائح قوة القانون، على أن تعرض على البرلمان عند اجتماعه لإقرارها"⁽³⁾.

و باستقراء ما سبق يمكن القول أن لوائح الضرورة: "هي التي تصدر من السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان لمواجهة حالات الأزمات، فتؤدي إلى التوسيع من مبدأ المشروعية بما يمكن الإدارة من مواجهة هذه الحالات

(1) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص446.

(2) محمد عبد الحميد أبو زيد، مدى سلطة الحاكم إزاء التشريعات الظنية والوضعية شرعاً وقانوناً، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص139.

(3) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص 77.

بحيث تستطيع أن تنظم أمور ينظمها القانون أصلا ويجب أن تعرض هذه القرارات على السلطة التشريعية خلال المدة التي حددها القانون لإقرارها".

ونظرا لتعدد الحالات التي تؤدي إلى توسيع سلطات الإدارة، كان لابد من التفريق بينها وبين الضرورة وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينها . هذا ما سنوضحه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

تمييز نظرية الضرورة عن بعض النظريات المشابهة لها

تؤدي نظرية الضرورة إلى توسيع سلطات الإدارة التي تمارسها السلطة التنفيذية في أوقات الأزمات، إلا أن توسيع سلطات الإدارة ليس مقصوراً على حالات الضرورة بل توجد بعض النظريات الأخرى تشترك معها في توسيع سلطات الإدارة، لذلك ينبغي التمييز بين هذه النظريات على النحو الآتي:

♦ أولاً: نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية.

♦ ثانياً: نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة.

♦ ثالثاً: نظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية.

أولاً - نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية:

برز اتجاهان فقهيان بشأن تحديد العلاقة بين نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية، فهناك اتجاه فقهي يرى أن نظرية الضرورة تختلف عن نظرية الظروف الاستثنائية، بينما يرى اتجاه فقهي آخر عدم اختلاف النظريتين، فكلتا النظريتين تعبران عن معنى ومفهوم واحد.

الاتجاه الأول (اختلاف نظرية الضرورة عن نظرية الظروف الاستثنائية):

يتجه بعض الفقه في مجال التفرقة بين نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية في أن حالة الضرورة المؤدية إلى أحكام القانون حالة مؤقتة، فهي

تستند إلى حالة طارئة أو قوة قاهرة إلا أن هذه الحالات قد تدوم وقتاً طويلاً كالحرب، وفي هذه الحالة تسمى هذه الظروف بالظروف الاستثنائية⁽¹⁾.

ويتجه جانب آخر من الفقه إلى القول إن حالة الظروف الاستثنائية أوسع وأعم من حالة الضرورة، فهو يؤدي إلى التوسيع من مبدأ المشروعية، بما يتيح للإدارة مواجهة حالات الأزمة، ويكون ذلك تحت الرقابة القضائية، فمتى تبين للإدارة أنه توجد بعض الظروف الاستثنائية التي تعرض النظام العام للخطر، يكون من الواجب على الإدارة تطوير قواعد المشروعية بتطبيقها، حتى تتلاءم مع الحالات الاستثنائية⁽²⁾.

بينما يتجه جانب من الفقه إلى القول إن نظرية الضرورة تشمل حالتها الضرورة المعروفتين والمتمثلتين في حالتها الاستعجال والقوة القاهرة، كما تشمل كذلك الظروف الاستثنائية، أي إن حالة الظروف الاستثنائية تعدّ حالة ثالثة من حالات الضرورة⁽³⁾.

(1) د. ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 53.

(2) د. محمد بن محمد كامل زين، نظرية التفويض التشريعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دون مكان نشر، ص 258.

(3) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 4، دون عام نشر، ص 97.

الاتجاه الثاني (النظريتان تعبران عن معنى واحد):

يتجه جانب آخر من الفقه إلى القول إن نظرية الظروف الاستثنائية هي نفسها نظرية الضرورة، فلا يوجد اختلاف بينهما، فنظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية لا تؤدي إلى مشروعية أعمال الإدارة التي كانت تعدّ غير مشروعة لو أنها صدرت في ظروف عادية، إلا بالقدر الذي تتطلبه الضرورة أو الظروف الاستثنائية، ولم يحدد أنصار هذا الرأي المدة التي متى بلغت درجة معينة عدت حالة من حالات الضرورة، ومتى تجاوزت هذا الحد عدت حالة استثنائية ويعدّ تحديدها تعسفياً⁽¹⁾.

وعليه فإن نظرية الظروف الاستثنائية ليست سوى نظرية الضرورة في تطبيق متطور، فجوهر النظريتين وأساسهما واحد⁽²⁾.

ونحن نرى بأنه على الرغم من وجود فروق دقيقة بين هذين المصطلحين، فإنها تستخدم جميعاً للدلالة على الحالة التي يجوز فيها للإدارة أن تخرج عن قواعد المشروعية العادية، وتستخدم قواعد المشروعية الاستثنائية. وعلى هذا الأساس، فإنه يمكن استخدام أي من المصطلحين "نظرية الظروف الاستثنائية" أو "نظرية الضرورة" للدلالة على فكرة واحدة أو معنى واحد، وإن كان يفضل استخدام اصطلاح "نظرية الظروف الاستثنائية" وهو الاسم الذي يقصد به كافة الظروف الاستثنائية التي تطرأ على حياة

(1) د. محمد بن محمد كامل زين، نظرية التفويض التشريعي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 260.

(2) د. محمد بن محمد كامل زين، نظرية التفويض التشريعي، المرجع السابق، ص 261.

الدولة وتلتزم السلطة الإدارية بمواجهتها، بصفتها متحررة من قواعد المشروعية العادية بالقدر الذي يستجبه علاج هذه الظروف الخاضعة في ذلك لرقابة القضاء إلغاء وتعويضاً، وهذا المصطلح هو الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي، وسار عليه في قضائه.

ثانياً: نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة:

إن أعمال السيادة أو الأعمال الحكومية، هي الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية وتتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء.⁽¹⁾

ويقصد بها: "تلك الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية، التي تتمتع بحصانة ضد الرقابة القضائية، وإن مناط نظرية أعمال السيادة هو التفرقة ضمن أعمال السلطة التنفيذية بين ما يصدر عنها بصفتها سلطة حكم، أي: ما يكون متصلاً بالمصالح العليا للدولة في الداخل والخارج، وبين ما يصدر عنها بصفتها سلطة إدارة، أي ما يكون متعلقاً بمباشرة الأعمال اليومية الخارجية تنفيذاً للقوانين واللوائح، ومن ثم فإن الأعمال التي تصدرها السلطة التنفيذية كسلطة إدارة هي وحدها التي يمكن أن تعد قرارات إدارية إذا توافرت لها مقومات القرارات الإدارية، أما الأعمال التي تصدرها كسلطة حكم، فتلك التي تخرج عن رقابة القضاء الإداري والعادي أيضاً"⁽²⁾.

(1) د.حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص 203.

(2) د. محمد يوسف الحسين و د. مهند نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، كلية الحقوق، منشورات جامعة دمشق، 2012، ص 176

أما في سورية فقد رأت المحكمة الإدارية العليا لدى مجلس الدولة السوري، أن أعمال السيادة هي الأعمال أو التصرفات الصادرة عن السلطات العليا في الدولة والتي يرى القضاء الإداري ذاته أنها يجب أن تبقى غائبة عن الرقابة القضائية بسبب من عدم الملاءمة أو مصلحة عليا للدولة يراها وهذه الأعمال لا تشمل سوى الأعمال السياسية المهمة كإعلان الحرب، والعلاقات الخارجية، وكبعض علاقات الحكومة بالسلطة التشريعية⁽¹⁾.

فإذا كانت السلطة التقديرية للإدارة تخضع للرقابة القضائية كما تخضع تصرفاتها في حالات الضرورة للعمل في نطاق المشروعية، فإن أعمال السيادة لا تخضع للرقابة القضائية، لذلك هاجم الفقه الفرنسي هذا النوع من الأعمال ووضع معايير عدة لتحديد مدلول أعمال السيادة، ومنها:

أولاً- معيار الباعث السياسي: فنكون بصدد أعمال السيادة إذا كان الباعث الذي دفع الحكومة إلى اتخاذ القرار ذا طبيعة سياسية، فتمنع الرقابة القضائية عليه وغير ذلك من الأعمال فهي من أعمال الإدارة ويخضع لرقابة القضاء، ومن أهم الانتقادات الموجهة لهذا المعيار أنّ وصف أعمال السيادة متروك للسلطة التنفيذية ذاتها، مما يؤدي بالحكومة إلى توسيع دائرة أعمالها، لكي تتصرف بحرية ولتحصن أعمالها من الرقابة القضائية، كما أن هذا المعيار معيار تحكيمي، فقد تصف السلطة التنفيذية العمل في مناسبة بأنه من أعمال السيادة، بينما تنفي عليه هذه الصفة في مناسبة أخرى وتعدّه عملاً

(1) د. محمد يوسف الحسين و د. مهذ نوح، المرجع السابق، ص 179-180.

إدارياً⁽¹⁾. فاتجه الفقه والقضاء لصياغة معيار موضوعي لتحديد أعمال السيادة وأعمال الإدارة.

ثانياً- المعيار الموضوعي المستمد من طبيعة العمل: ميز أصحاب هذا الرأي بين وظيفتين تقوم بهما السلطة التنفيذية، هما: الوظيفة الحكومية، وهي من أعمال السيادة، والوظيفة الإدارية وهي من أعمال الإدارة، تواجههما عقبة تتمثل في تحديد نطاق وظيفة السلطة التنفيذية التي تقرر أعمال السيادة وتحديد نطاق وظيفة السلطة التنفيذية التي تقرر أعمال الإدارة⁽²⁾.

انتقد هذا الرأي على أساس أن هناك بعض الأعمال التي تستند إلى نص في الدستور كتعيين الموظفين وإصدار اللوائح، ولم يعدّها القضاء من طائفة أعمال السيادة، كما توجد طائفة أخرى من أعمال السيادة ولا تستند إلى نص في الدستور.⁽³⁾

ثالثاً- معيار القائمة: وهو المعيار الذي حدده القضاء، فاتجه الفقه لاستقراء أحكام القضاء الإداري لتحديد مدلول السيادة، واستخلص منها قائمة لأعمال السيادة، بعد فشل المعيارين السابقين، نذكر منها:

- الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان.

(1) د. عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 1984، ص121.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص330.

(3) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) مرجع سابق، ص330.

- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والنشاط الدبلوماسي.
- بعض الأعمال الحربية.
- بعض الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي والأمن العام.
- بعض الإجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية ضد الأجانب، وخاصة في حالة الحرب.

وتعدّ هذه القائمة القضائية المحددة لأعمال السيادة قائمة مرنة قابلة للتعديل والتطور، كما أنها أسلوب توفيق بين معارضي السلطة والحرية تحت تصرف القضاء⁽¹⁾.

من خلال ما سبق يمكن إيراد نقاط التشابه والاختلاف بين نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة أو الحكومة على النحو الآتي:

أ- أوجه الشبه بين نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة أو الحكومة:

- 1- إن الأعمال التي تتدرج تحت كل من هاتين النظريتين تعد أعمال صادرة عن السلطة التنفيذية
- 2- اتجه بعض الفقه المصري إلى القول إن مجلس الدولة الفرنسي يعدّ الإجراءات البوليسية الصادرة بناء على نظرية الضرورة من أعمال السيادة.

(1) د. عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، مرجع سابق، ص 123.

ب- أوجه الاختلاف بين نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة أو الحكومة:

1- تعدّ نظرية الضرورة امتداداً لمبدأ المشروعية وتوسعاً في نطاقه، وهو ما يعبر عنه بالمشروعية الاستثنائية، أما نظرية أعمال السيادة فتعدّ كما وصفها بعض الفقهاء وصمة في جبين المشروعية⁽¹⁾.

2- يبحث القاضي في حالة الضرورة عما إذا كانت هناك ظروف غير عادية تسوّج خروج الإدارة عن القوانين التي تحكم الظروف العادية، كما يراقب مشروعية الأعمال الصادرة بناء على حالة الضرورة، ولا يملك القاضي هذا الحق فيما يتعلق بأعمال السيادة، بل يملك فقط البحث في عدّ الإجراء يدخل ضمن طائفة أعمال السيادة فيقضي بعدم الاختصاص⁽²⁾.

3- نظرية الضرورة ترتبط بمدة زمنية معينة، وتنتهي بانتهاء الأسباب المؤدية إلى إعلانها، بينما نظرية أعمال السيادة لا ترتبط بمدة زمنية معينة⁽³⁾.

4- ضمانات الأفراد في حالة الضرورة أفضل منها في أعمال السيادة،

(1) د. حميد الشاويش، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 52.

(2) د. ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، مرجع سابق، ص 142.

(3) د. ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، مرجع سابق، ص 143.

إذ يستطيع القاضي أن يحدد ما إذا كان هناك ما يسوغ تجاوز السلطة الإدارية لاختصاصها، أما بالنسبة إلى أعمال السيادة فلا يكون للأفراد أية ضمانات، فالقاضي يكتفي فقط، وفي حالة عدها ضمن طائفة أعمال السيادة قضى بعدم اختصاصه من دون النظر في الموضوع⁽¹⁾.

يتضح مما سبق أن أعمال السيادة كيان مختلف عن أعمال الضرورة، وتعدّ من أخطر امتيازات الإدارة على الإطلاق، لأن الإقرار لعمل من أعمال الإدارة بأنه من أعمال السيادة يقتضي إخراجها من رقابة القضاء، ويضفي عليه حصانة تبعده عن دعوى الإلغاء ودعوى التعويض.

ثالثاً: نظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية:

يقصد بالسلطة التقديرية للإدارة الحرية في أن تتدخل أو تمتنع عن التدخل، ووقت هذا التدخل، وكيفية وفحوى القرار الذي تتخذه، فالسلطة التقديرية تنحصر في حرية التقدير التي يتركها القانون للإدارة لتحديد ما يصح عمله، وما يصح تركه.

فهي تعطي الإدارة نوعاً من حرية التصرف تقدر فيه خطورة بعض الحالات، وتختار فيه وقت تدخلها والوسيلة المستعملة في ذلك التدخل⁽²⁾.

(1) د. حميد الشاويش، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري، مرجع سابق، ص 53.

(2) Andre de laubadere, Traite de Droit Administratif, sixieme edition, LGDJ, Paris, page 285.

نقلا عن تونصير ابراهيم، تشريعات الضرورة، مرجع سابق، ص 25.

ولا تعدّ الإدارة في ممارستها لسلطانها التقديرية خارجة عن (مبدأ المشروعية)، لأن ما يصدر عنها من قرارات في نطاق سلطتها التقديرية أو المقيدة يبقى خاضعاً لرقابة القاضي الإداري الذي يحكم بإلغائها والتعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها، لمخالفتها لمبدأ المشروعية، فalcضاء الإداري لا يراقب استخدام الإدارة لسلطانها التقديرية ما دام قرارها في حدود القانون، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر بقولها: "ليس للقضاء الإداري سلطة التعقيب على القرار الذي تتخذه الإدارة في هذا الشأن -السلطة التقديرية- ما دام قد خلا من إساءة استعمال السلطة وابتغى وجه المصلحة العامة" وقد ساق الفقه أمثلة للسلطة التقديرية منها: حالة ترقية الموظفين بالاقتيار، وحرية الإدارة في تقدير العقوبة التي يتم توقيعها على الموظف عند ارتكابه جريمة تأديبية⁽¹⁾.

أ- أوجه الشبه بين نظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية:

1- إذا كانت الإدارة تتمتع بنوع من حرية التصرف في مجال السلطة التقديرية، فإن لها سلطة تقديرية واسعة جداً فيما تقوم به من أعمال في حالة الضرورة، وتتمتع الإدارة بقدر كبير من الحرية عند ممارستها لاختصاصها في كلتا النظريتين⁽²⁾.

2- تخضع أعمال الإدارة لرقابة القضاء الإداري في المجالين، فإذا كانت تصرفاتها تخضع لقواعد المشروعية العادية في مجال السلطة

(1) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2017، ص 30.

(2) د. ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الأساسية في جمهورية مصر، مرجع سابق، ص 147.

التقديرية فإن تصرفاتها تخضع لقواعد المشروعية الاستثنائية في حالة الضرورة⁽¹⁾.

ب- أوجه الاختلاف بين نظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية:

1- لا يمكن للإدارة الخروج عن الحدود القانونية والدستورية العادية بينما يمكنها ذلك في حالة الضرورة⁽²⁾.

2- إن السلطة التقديرية للإدارة ترتبط أساساً بالقيود التي يضعها القضاء الإداري على نشاط الإدارة بصدد رقابته لهذا النشاط، أما في حالة الضرورة فالإدارة تملك سلطات واسعة تمكنها من مواجهة هذه الحالة⁽³⁾.

بعد أن وضعنا الفروق بين الضرورة والنظريات الأخرى المشابهة لها، سننتقل لبيان موقف الفقه والمشرع من هذه النظرية في المطلب التالي.

(1) د. مجدي المتولي السيد يوسف، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية، جامعة عين شمس، القاهرة، 1993، ص 120.

(2) د. مجدي المتولي السيد يوسف، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية، المرجع السابق، ص 124.

(3) د. صعب ناجي عبود، السلطة التقديرية للإدارة ومبدأ المشروعية، بحث منشور في كلية القانون، جامعة العراق، ص 381

المطلب الثاني

الرؤى العامة لنظرية الضرورة

حظيت نظرية الضرورة بالاهتمام الكبير لتعلقها باستمرارية الدولة، ولتأثيرها في حقوق وحريات الأفراد، لذلك لابد من بيان موقف الفقه والمشرع من هذه النظرية وفقاً لما يأتي:

♦ الفرع الأول: موقف الفقه من نظرية الضرورة.

♦ الفرع الثاني: موقف المشرع من نظرية الضرورة.

الفرع الأول

موقف الفقه من نظرية الضرورة

سنوضح في هذا الفرع موقف كل من الفقه الغربي والفقه العربي من هذه النظرية.

أولاً - موقف الفقه الغربي من نظرية الضرورة:

أيد الفقه الغربي نظرية الضرورة وانقسم إلى قسمين: المدرسة الألمانية والمدرسة الفرنسية، فقد ذهب الفقهاء الألمان ومنهم هيغل Hegel واهرينج Ihering إلى أن الدولة هي صاحبة السيادة، وهي من أسمى الشخصيات القانونية في المجتمع، فمتى تعرضت الدولة لخطر يهدد مصالحها أو أجهزتها، يكون من الواجب عليها اتخاذ أي إجراء للمحافظة على سلامة البلاد⁽¹⁾.

وأيد الفقهاء الألمان منح الحكومة سلطات واسعة في أوقات الأزمات، والسلطات القائمة، على نقل الاختصاص إلى الجهاز الحكومي، ومنح الرئيس سلطات واسعة في مجال إصدار قرارات مخالفة للقوانين القائمة بل مخالفة للدستور ذاته. كما اعترف القضاء بالسلطات الكاملة، بسبب احتياجات الأمن ومتطلبات النظام العام مؤكداً على أن وسيلة الحفاظ على الأمن العام هي إصدار قرارات لها قوة القوانين⁽²⁾.

(1) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978م، ص 236.

(2) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 45.

وكذلك ذهب بعض رواد الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيهيين دوجي Duguitt و هوريو Hauriou إلى عدّ نظرية الضرورة نظرية قانونية، فيرى الفقيه دوجي Duguitt، في دراسته لنظرية الضرورة أن مبدأ المشروعية مبدأ مطلق، ويكون الطعن بالإلغاء مصير الأعمال المخالفة للقانون. فالجهاز المكلف بإصدار القانون هو البرلمان، ولا توجد أي جهة أخرى لها الحق في ذلك، إلا أنه يمكن في أوقات الأزمات أن تصدر لوائح لها طابع تشريعي لأسباب عملية، وهو استثناء يرد على مبدأ المشروعية، فتصدرها الحكومة خارج الحدود اللائحية المخولة لها، وإذا لم تعرض هذه اللوائح التشريعية على البرلمان في أول اجتماع له تسقط من تلقاء نفسها، على أن تكتسب هذه اللوائح صفة القانون من يوم صدورها إذا عرضت على البرلمان، وتم إقراره لها، فالضرورة مسوّغ لإصدار قواعد قانونية، وما الإجازة البرلمانية إلا تقدير لتوافر عنصر الضرورة من عدمه⁽¹⁾. أما الفقيه هوريو Hauriou، فقد اتجه إلى عدّ نظرية الضرورة نظرية قانونية تسوغ حق الدفاع الشرعي، فعند حلول الأزمات تجد الدولة نفسها في حالة دفاع شرعي بأن تتخذ من اللوائح والإجراءات الفردية للمحافظة على سلامتها، وقد توقف تنفيذ بعض القوانين متجاوزة اختصاصها من دون سند تفويضي⁽²⁾.

(1) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 49.

(2) د. أحمد الموافي، المشروعية الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004 ص 48 وما

وأخيراً يمكن القول إن النظرة الفرنسية تختلف عن النظرة الألمانية في أنّ الفرنسيين وإن رأوا في الضرورة حقاً للدولة إلا أن هذا الحق طبقاً للنظرة الفرنسية ليس مطلقاً، بل مقيداً بشروط والتزامات محددة، في حين أن النظرة الألمانية تراه حقاً خالصاً من دون قيود.

و تؤيد الباحثة النظرة الفرنسية، لأنه على الرغم من أهمية تطبيق نظرية الضرورة إلا أنه من جانب آخر لا يجب إغفالها بل التشديد في تطبيقها، لأن السلطات التي تُمنح للإدارة في ظل هذه الظروف تتسم بالخطورة، لما يترتب عليها من مساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، فلا يجوز للإدارة أن تتجاوز ذلك وتستأثر بالسلطة أو تتعسف في استعمالها، إذ لا يجوز أن يُضخى بمصالح الأفراد، وإن كان ذلك في سبيل المصلحة العامة، إلا بقدر ما تقتضيه الضرورة. وبناء على ذلك فإنه يجب على الإدارة أن تراعي الحرص والحذر وتختار أنسب الوسائل وأقلها ضرراً بالأفراد، للوصول إلى تحقيق الهدف المطلوب والمتمثل في المحافظة على سلامة الدولة في مواجهة الظروف الاستثنائية التي تهددها، وإعادة الأوضاع إلى طبيعتها الاعتيادية.

ثانياً- موقف الفقه العربي من حالة الضرورة:

حظيت نظرية الضرورة في الفقه العربي في الدول موضوع الدراسة - مصر وسورية- باهتمام كبير لدى الفقهاء العرب فأثير موضوع نظرية الضرورة في مصر أول مرة خلال المناقشات الفقهية حول نص المادة /41/ من دستور 1923/ "إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد البرلمان ما يوجب الإسراع في اتخاذ

تدابير لا تحتل التأخير فللملك أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون بشرط أن لا تكون مخالفة للدستور ويجب دعوة البرلمان إلى اجتماع غير عادي وعرض هذه المراسيم عليه فإذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون⁽¹⁾.

وكان من أوائل البحوث في هذا الصدد بحث الأستاذ الدكتور السيد صبري عند دراسته اللوائح التشريعية، ولقد تناول في هذا البحث دراسة نص المادة /41/ من الدستور، وعدّها خروجاً على الأصل، وسوّغ هذا الخروج على أساس نظرية الضرورة، ثم تناول بعد ذلك التفسير الفقهي للمادة /41/ وما يرد من قيود على تطبيقها، وهي القيد المتعلق بالزمن وظروف تطبيق المادة، إضافة إلى القيد الخاص بمدة نفاذ هذه المراسيم، ووجوب عرضها على البرلمان فوراً⁽²⁾.

وقد تعرض جانب آخر لنظرية الضرورة وعدّها نظرية قانونية، ذلك أنه (من الأصول المقررة في جميع الشرائع أن الضرورات تبيح المحظورات) بل وعدّها حقاً⁽³⁾.

وفي الفقه السوري لاقت نظرية الضرورة اهتماماً كبيراً فعدت استثناءً أو قييداً على سمو الدستور، فالدستور يقيم تنظيمات معينة للسلطة العامة وهذا

(1) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 48-49.

(2) د. السيد صبري، اللوائح التشريعية، القاهرة، دون عام نشر، ص 57 وما بعدها.

(3) د. طعمية الجرف، مبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 90.

التنظيم يقوم على مبادئ معينة تهدف في الدرجة الأولى إلى تقييد الحكام، وإيجاد نوع من الفصل والتوازن بين السلطات لتأمين سيادة القانون، ولكن هذه المبادئ شرعت للظروف العادية، أما إذا طرأت ظروف استثنائية كوقوع أزمة حادة، أو وجود حالة حرب، بحيث تصبح السلامة العامة مهددة، فلا بد من مواجهتها بتدابير استثنائية، لأنّ السلامة العامة للوطن ودرء الأخطار التي تحق بالمجتمع هي القانون الأسمى، هذه الظروف الاستثنائية تسوّغ إذن تعليق الضمانات الدستورية وتجاهل التنظيم الذي أقامه الدستور بفصل السلطات وتركيز السلطة بيد السلطة التنفيذية، وينبغي أن لا تستمر إلا للمدة اللازمة لمواجهة الظروف التي أدت إليها، وبعبارة أخرى فإنّ (الضرورة تقدر بقدرها)، ويتعيّن زوال الظروف الاستثنائية فورا والعودة إلى الحالة العادية⁽¹⁾.

كما تعرض جانب آخر لنظرية الضرورة في دراسته، وعدّ الأساس الحقوقي الذي تستند إليه هذه النظرية يمكن رده إلى تقديرين، أحدهما يتلخص في أن القواعد القانونية المؤلفة لمبدأ المشروعية وضعت لمعالجة ظروف عادية، وليس لمجابهة أوضاع وظروف طارئة، وبما أن القانون ليس غاية في ذاته وإنما وسيلة لتحقيق غاية سامية، وهي المحافظة على مصالح المجتمع وسلامتها فإن تحقيق هذه الغاية قد يستدعي في ظروف استثنائية الخروج على بعض القوانين، أو تجاهل بعض الحريات، ولا جناح على الدولة ولا حرج إذا هي انتهجت هذا الطريق للدفاع عن كيائها ولتلبية حاجات المجموع، أما

(1) د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة الداودي، دمشق،

التقدير الآخر فإنه يقوم على أن احترام القاعدة القانونية يعبر عن وجود الدولة القانونية، فإذا كانت مراعاة مبدأ المشروعية بدقة تشكل خطراً على وجود الدولة وكيانها، فإنه في هذه الحالة يكون بقاء الدولة وسلامتها في المحل الأول، لأنه لا يجوز التضحية بالكل في سبيل الإبقاء على البعض. وبما أن الهيئة التنفيذية هي العنصر الفعال في الدولة وهي المكلفة بالمحافظة على بقائها وسلامتها يجب أن يكون لها في الظروف الاستثنائية وضع خاص يتيح لها التصرف السريع والفعال حتى ولو أدى ذلك إلى عدم التقيد بالقواعد القانونية المكونة لمبدأ المشروعية في الظروف العادية⁽¹⁾.

يتضح من العرض السابق لموقف الفقه العربي من نظرية الضرورة أن الاتجاه العام لديهم يذهب إلى الأخذ بها، وإن اختلفت التسميات والمصطلحات التي أطلقوها في دراستهم لها. كما أنهم يرون فيها استثناء عن الأصل، وهو مبدأ المشروعية، وهو متفق على وجوب التضييق من نطاق هذه النظرية، لكي لا تكون سلاحاً بيد السلطة يمكنها من الخروج عن مبدأ المشروعية.

بعد أن وضعنا موقف الفقه من نظرية الضرورة سننتقل لبيان موقف المشرع منها في الفرع التالي.

(1) د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، كلية الحقوق،

الفرع الثاني

موقف المشرع من نظرية الضرورة

فرضت نظرية الضرورة نفسها وتم تنظيمها في كثير من دساتير الدول، بالرغم من وجود اختلاف فقهي حول الاعتراف بها.

ويتجه الفقه في فرنسا ومصر وسوريا إلى ما ذهب إليه الفقه الألماني من أن نظرية الضرورة نظرية قانونية، بالرغم من أنها تشكل خروجاً على مبدأ المشروعية، إلا أنهم يرون بأن ذلك مسوّغ، فيرى الكاتب الفرنسي (Jean Lamarque) في مقال عن نظرية الضرورة "أن قضية الضرورة هي قضية كل الأزمات وكل الأنظمة"⁽¹⁾.

فدستور الجمهورية الخامسة الفرنسي الصادر في 4/ تشرين الأول/ 1958، وفي المادة 16/ منه قد عالج موضوع الظروف الاستثنائية، إذ نصّ على تخويل رئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح الضرورة في أوقات الأزمات⁽²⁾.

(1) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص 116

(2) تنص المادة 16/ من الدستور الفرنسي على أنه: " إذا تعرضت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية لخطر جسيم وحال ونشأ عنه عرقلة السلطات الدستورية العامة عن مباشرة مهامها كالمعتاد يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور بصفة رسمية مع الوزير الأول ورؤساء مجلس البرلمان والمجلس الدستوري ويحيط الأمة علماً بذلك برسائلته ويجب أن يكون =

و اشترط المشرع توافر شروط معينة لتطبيق هذه المادة، أهمها وجود خطر جسيم يهدد الدولة وأن يكون هذا الخطر غير مألوف وغير متوقع ولا يمكن مواجهته إلا باستخدام السلطات الاستثنائية المقررة في المادة /16/ من الدستور، ويكون الخطر واقع فعلاً أو وشيك الوقوع على نحو مؤكد.. ويمكن القول إن جسامه الخطر يمكن تحديدها في تلك التي تهدد سلطات الدولة الثلاث التنفيذية والقضائية والتشريعية أو في استقلال الوطن وسلامة أراضيهِ وتنفيذ تعهدهاتهِ الدولية⁽¹⁾.

= الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات الدستورية بشأن هذه الإجراءات، ويجتمع البرلمان بقوة القانون ولا يجوز حل الجمعية أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية " وقد أضيف فقرة جديدة لهذه المادة بموجب التعديل الدستوري رقم / 7724 / الصادر في 23 / تموز / 2008: " لا يجوز لرئيس الجمعية أو رئيس مجلس الشيوخ أو ستين نائباً أو ستين شيخاً بعد ثلاثين يوماً من ممارسة السلطات الاستثنائية، اللجوء إلى المجلس الدستوري بهدف بحث ما إذا كانت الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى ما زالت متوفرة، ويعلن المجلس في أقرب وقت عن رأيه وللمجلس وبقوة القانون أن يشرع في بحث هذه الشروط ويعلن رأيه في غضون / 60 / يوماً عن ممارسة السلطات الاستثنائية وفي أي وقت بعد هذه المدة"

(1) د.محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص176.

والشرط الثاني هو توقف السير المنتظم للسلطات العامة، ولا يقصد بهذا الشرط التوقف التام لسير هذه السلطات بل يكفي أن يتعذر عليها مباشرة وظائفها بصورة عادية وطبيعية، وهذا أمر متروك تقديره لرئيس الجمهورية⁽¹⁾.

كما أوجبت المادة المذكورة على رئيس الدولة استشارة بعض الأشخاص والهيئات العامة، على سبيل الحصر، وهي كل من رئيس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الشيوخ، بالإضافة إلى استشارة المجلس الدستوري، والرأي الذي تبديه الجهات سالفة الذكر غير ملزم لرئيس الجمهورية، والرأي متروك له باتباع آراء هذه الجهات⁽²⁾.

ومن أهم أحكام مجلس الدولة الفرنسي في حالة الضرورة حكم (هيريه) الذي قضى فيه مجلس الدولة الفرنسي برفض الطعن في قرار أصدرته الحكومة إبان الحرب العالمية الأولى، خاص بوقف تطبيق ضمانات خاصة بالموظفين العموميين والمتعلقة باطلاعهم على ملف خدمتهم قبل اتخاذ أي إجراءات تأديبية ضدهم⁽³⁾.

(1) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 52.

(2) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص 133-135.

(3) د. يوسف حسين محمد البشير، مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية، جامعة النيلين،

وفي مصر يمكننا أن نجد أساساً لهذه النظرية في المادة /205/ ⁽¹⁾ من دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014 وكذلك المادة / 156/ ⁽²⁾ والمادة / 154/ ⁽³⁾.

ويمكن القول أنه على الرغم من التشابه الكبير في الظروف التي أدت إلى تدوين كلا النصين في المادة /16/ من الدستور الفرنسي والمادة / 156/ من الدستور المصري من حيث أن لرئيس الجمهورية، استناداً إلى حالة

⁽¹⁾ نصت المادة /205/ على أنه: " ينشأ مجلس للأمن القومي برئاسة الجمهورية وعضوية رئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلس النواب ووزراء الدفاع والداخلية والخارجية والمالية والعدل والصحة والاتصالات والتعليم ورئيس المخابرات العامة ورئيس لجنة الأمن والدفاع القومي لمجلس النواب ويختص بإقرار استراتيجيات تحقيق أمن البلاد ومواجهة حالة الكوارث والأزمات بشتى أنواعها واتخاذ ما يلزم لاحتوائها"

⁽²⁾ نصت المادة /156/: " إذا حدث في غير أدوار انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب عليها من آثار"

⁽³⁾ نصت المادة/154/ على أنه: "يعلن رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ على النحو الذي ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه وإذا حدث الإعلان في غير أدوار الانعقاد العادي وجب دعوة المجلس لانعقاد فوراً للعرض عليه....."

الضرورة، وقف بعض مواد الدستور مؤقتاً واختراق المجال التشريعي، وبالقدر الذي تقتضيه الضرورة، يختلفان من حيث أن النص الفرنسي تضمن بعض الضمانات اللازمة مثل استشارة رئيس الوزراء ورئيس المجلس الدستوري والبرلمان، بينما لم يتضمن النص المصري مثل هذه الضمانات. كما أن النص المصري أوجد نوعاً من الرقابة الشعبية على تطبيق المادة /156/ وذلك من خلال نصه على وجوب استفتاء الشعب خلال فترة خمسة عشرة يوماً من تاريخ إصدار القرارات التي يتخذها، في حين لا يوجد مثل ذلك في النص الفرنسي.

كما تبنى أيضاً المشرع السوري نظرية الضرورة، في المادة /114/⁽¹⁾ من الدستور الدائم للجمهورية العربية السورية الصادر عام 2012.

وإذا تعرضنا للسلطات التي يملكها رئيس الجمهورية بموجب المادة /16/ من الدستور الفرنسي والمادة /156/ من الدستور المصري نجد أنه بالنسبة إلى السلطة التشريعية فقد اعترف الفقه الفرنسي والفقه المصري لرئيس الجمهورية بسلطة تعديل القوانين النافذة أو إصدار قوانين جديدة وذلك عندما تتطلب الظروف ذلك وبالقدر الذي تقتضيه:

أما بالنسبة إلى سلطة رئيس الجمهورية العربية السورية التشريعية استناداً إلى المادة /114/ من الدستور، فنلاحظ أنه لا مجال للمقارنة مع نصوص المواد /16/ فرنسي و/156/ مصري، وذلك بسبب وجود نص صريح

⁽¹⁾ نصت المادة/114/ على أنه: " لرئيس الجمهورية إذا قام خطر جسيم وحال يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة واستقلال أرض الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن مباشرة مهامها الدستورية أن يتخذ الإجراءات السريعة التي تقتضيها هذه الظروف لمواجهة الخطر".

في الدستور السوري ينظم سلطة رئيس الجمهورية في حالات الضرورة⁽¹⁾، وهو نص المادة /113/ من الدستور التي جاء فيها أنه: "يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع خارج دورات انعقاد مجلس الشعب أو أثناء انعقادها إذا استدعت الضرورة القصوى ذلك وتعرض هذه التشريعات على المجلس خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد أول جلسة له"⁽²⁾ وبذلك يتضح أن رئيس الجمهورية يملك في حال قيام الضرورة سلطة التشريع استناداً إلى أحكام المادة /113/ من الدستور.

ونحن نرى أنه من خلال إجراء مقارنة بين نص المادة /114/ من الدستور السوري، ونص المادة /16/ من الدستور الفرنسي والمادة /156/ من الدستور المصري، أن المواد السابقة قد اتفقت على إعطاء رئيس الجمهورية ممارسة سلطات استثنائية في حالات بالغة الاتساع، ومنها قيام خطر يهدد سلامة الوطن، أو خطر يهدد الوحدة الوطنية، أو خطر يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، إلا أنه من الملاحظ أن نص المادة في الدستور الفرنسي والدستور المصري قد أحاط هذه الصلاحيات الممنوحة لرئيس الجمهورية بمجموعة من الضمانات (توجيه بيان، رسالة إلى الشعب، إجراء استفتاء، استشارة المجلس الدستوري) في حين أنه ليس لمثل هذه الضمانات أي ذكر في نص المادة /114/ من الدستور السوري،

(1) د. سامي جمال الدين، قضايا الملائمة والسلطة التقديرية، للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 179.

(2) فقرة 1/ وفقرة 2/ من المادة /113/ من الدستور السوري.

وكان من الأفضل وجود مجموعة من الضمانات وعدم إعطاء رئيس الجمهورية صلاحيات استثنائية غير مقيدة مهما كانت الظروف والأحوال التي تمر بها البلاد، خوفاً من أن تتخذ هذه الظروف وسيلة غير مباشرة لتقييد الحريات، وهو أمر ترفضه الأنظمة الديمقراطية.

ونظراً لتعدد حالات الضرورة واختلافها بدرجة تأثيرها في الدولة كان لابد من شرح بعض هذه الحالات وشروطها وشروط تطبيقها. هذا ما سنتناوله في المبحث التالي.

المبحث الثاني

حالات وشروط نظرية الضرورة

أصبحت حالة الضرورة في الوقت الحاضر جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني لأي دولة، لأنه بغير أعمال الضرورة سيكون من السهل تصور انهيار الأنظمة القانونية، والغالب أنها ليست من عمل الإنسان فقط، وإنما هي وليدة قوى الطبيعة كالحروب والكوارث الطبيعية، التي هي ظروف اضطرارية واستثنائية، ونظراً إلى أهميتها البالغة وقيمتها كحالة وجدت لتسويغ مواقف حدثت اضطرارياً، سيتم التعرض في هذا المبحث لمفهوم كل حالة من حالات الضرورة على حدة وبيان شروط تطبيق هذه النظرية من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: حالات الضرورة

المطلب الثاني: شروط نظرية الضرورة

المطلب الأول

حالات الضرورة

تختلف حالات الضرورة باختلاف طبيعتها ودرجة تأثيرها في الدولة، وهذا يستلزم تنوعاً وتعددًا لحالات الضرورة في الدول محل المقارنة، وسيتم تناول بعضها في هذا المطلب من خلال الفروع الآتية:

- ♦ الفرع الأول: حالة الطوارئ.
- ♦ الفرع الثاني: حالة الحصار أو الأحكام العرفية.
- ♦ الفرع الثالث: حالة الحرب.

الفرع الأول

حالة الطوارئ

تعد حالة الطوارئ من حالات الضرورة لكونها تعطي السلطة التنفيذية في البلاد كثيراً من الصلاحيات، مما يمكنها من تقييد عدد كبير من الحريات العامة. وقد عدّ القضاء الإداري في الدول موضوع الدراسة، أن التدابير الصادرة عن الإدارة العرفية استناداً إلى قانون الطوارئ قرارات إدارية، وبالتالي فهي تخضع للقواعد التي تخضع لها القرارات بصورة عامة، من حيث أوجه الطعن. ولبيان مفهوم حالة الطوارئ لابد من توضيح تعريفها وشروط إعلانها.

أولاً - تعريف حالة الطوارئ:

تُعرف حالة الطوارئ بأنها: "تدبير استثنائي لدفع الخطر الشديد الذي تتعرض له سلامة البلاد وأمنها، والذي لا يمكن للسلطة التنفيذية مواجهته بالتشريعات والإجراءات العادية"¹.

وتعرف بأنها: "مجموعة من الإجراءات والتدابير التي تتخذها سلطات دولة معينة على المستوى الوطني أو في جزء محدد من الدولة، ويتم تطبيق هذه الحالة بهدف الحفاظ على النظام العام وضبط الأمان إبان وقوع أحداث استثنائية تهدد الأمن والسلامة العامة، كأعمال الشغب أو المظاهرات العامة أو هجمات واسعة أو كوارث، ويأتي إعلان هذه الحالة عن طريق منح صلاحيات استثنائية للسلطات الإدارية، بحيث تمنحهم صلاحية تقييد الحقوق الأساسية

¹ د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 323.

الجماعية والفردية وبعض الحريات كالحق في حرية التجمع والتظاهر وحرية الصحافة وحرية التنقل⁽¹⁾.

وتعدّ حالة الطوارئ نظاماً استثنائياً يتم إعلانه لدفع الخطر الذي ألم بالبلاد، إذ يتم في هذه الحالة تقييد الحقوق والحريات العامة متى كان هناك مساس بالأمن والنظام العام، وللمحافظة على الأمن والسكينة العامة وتخويل مرفق الشرطة اختصاصات إضافية، وتعدّ هذه الحالات من أهم تطبيقات نظرية الضرورة⁽²⁾.

واختلف الفقهاء في تعريف حالة الطوارئ، فعرّفها بعضهم: "إنشاء تنظيم استثنائي يتلاءم بصورة أكثر مع ظروف العصر الحالي"³ وقد عرفته المحكمة الأوروبية واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية (law less) بأنها: "موقف ينطوي على أزمة أو حالة استثنائية تؤثر على جميع أفراد الشعب وليس فقط على جماعات معينة وتشكل تهديداً على الحياة المنظمة للمجتمع الذي تتكون فيه الدولة"⁽⁴⁾.

(1) حالة الطوارئ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.aljazeera.net، تاريخ الدخول 2018/6/23 الساعة 09:15 صباحاً.

(2) Marie Christine Rouaut , Droit Administratif , 2eme edition, Gualino edition , Paris , 2004 , page 72&73.

نقلا عن تونصير ابراهيم، تشريعات الضرورة، مرجع سابق، ص 86

³ د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص122.

(4) الضاوية بنت موسى عرفة، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2011، ص18.

ولكل مشرّع في أي دولة أن يعدل في الصيغة، بحيث يوسعها على أن لا تخص ما هو ماثل فيها من مبادئ، فالمصلحة الجوهرية التي يهددها الخطر الناجم عن حالة الطوارئ تختلف من نطاق قانوني إلى نطاق قانوني آخر، ولكن المهم أن يوجد خطر جسيم يهدد الدولة أو حقاً قانونياً⁽¹⁾.

وإذا ما أردنا أن نبحث عن تعريف لحالة الطوارئ من الناحية القانونية فسنجد أن أغلب التشريعات عرفت حالة الطوارئ. إذ عرف المشرع الفرنسي حالة الطوارئ بأنها:

"حالة تعرض البلاد لخطر داهم وناتج عن حرب أجنبية أو عن ثورة مسلحة"⁽²⁾.

أما المشرع المصري فقد عرف حالة الطوارئ بأنها:

"تلك الحالة التي يتعرض فيها الأمن أو النظام العام في أراضي الجمهورية أو منطقة منها للخطر سواء كان ذلك بسبب وقوع الحرب أم قيام حالة تهدد بوقوعها أن حدوث اضطرابات في الداخل أم كوارث عامة أم انتشار وباء"⁽³⁾.

كما عرفت أحكام القضاء أيضاً حالة الطوارئ إذ أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية (Dame Dolet Laurent) في

(1) د. عباس عبد الأمير ابراهيم العامري، إعلان حالة الطوارئ وأثاره على حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016، ص 23.

(2) المادة 1/ من قانون الطوارئ الصادر في 19 آب سنة 1849.

(3) المادة 1/ من قانون الطوارئ المصري رقم 162 سنة 1958.

1919/2/28 أن من حق السلطة التنفيذية اتخاذ بعض التدابير الاستثنائية التي تعد غير مشروعة في معيار القواعد العامة التي تحكم الظروف العامة، متى ما ثبت أن اتخاذها أمر لازم لحماية النظام العام⁽¹⁾.

كما عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر حالة الطوارئ بأنها: "نظام استثنائي خطير يوقف الحريات الفردية ويعطل الضمانات الدستورية المقررة، تبرر نظرية الضرورة، ويقتضي منح الحكومة سلطات استثنائية واسعة لمواجهة الظروف الطارئة ابتغاء المحافظة على سلامة الدولة"⁽²⁾.

أما قانون الطوارئ السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 51/ لعام 1962، فلم يعرف حالة الطوارئ، على الرغم من اقتباس أحكام الحالة من قانون الطوارئ الفرنسي الذي أعطاها تعريفاً قانونياً دقيقاً في نص مادته الثانية الذي سبق ذكرها.

والحقيقة أنه من الصعوبة وضع تعريف جامع مانع لحالة الطوارئ، لأن شروطها وأوضاعها مختلفة في دساتير وتشريعات الدول موضوع دراستنا وإن كان مفهومها بشكل عام قائماً على أساس أنها معدة لمواجهة ظروف استثنائية غير طبيعية تلم بالدولة، وتزود خلالها الهيئة التنفيذية باختصاصات استثنائية، فإن شروطها وأوضاعها ليست واحدة في الدساتير والتشريعات.

(1) د. نغم أحمد محمد، دولت أحمد عبد الله، التنظيم القانوني لحالة الطوارئ في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 4، 2005، ص 237.

(2) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مطابع السعدني، القاهرة، 2005، ص 164.

من خلال ما سبق يمكن تعريف حالة الطوارئ بأنها: "نظام قانوني استثنائي خاضع لمبدأ المشروعية الاستثنائية يجيز للسلطة التنفيذية ممارسة صلاحيات أكثر اتساعاً عما لها من صلاحيات في الظروف العادية لغرض المحافظة على أمن وسلامة البلاد، على أن تنتهي هذه الحالة بانتهاء الأسباب التي أدت إلى إعلانها".

ثانياً - شروط إعلان حالة الطوارئ:

نظام الطوارئ، وإن كان نظاماً استثنائياً، لا يعطي للإدارة العرفية سلطات مطلقة بغير حدود، إذ يتعين على الإدارة في أثناء تطبيق هذا النظام التقيد بالضوابط التي رسمها القانون، ولكل تنظيم قانوني طريقته في النص على حالة الطوارئ، وتنظيم شروطها الشكالية والموضوعية والتي تمنحها المشروعية والدستور الفرنسي لم يتطرق لحالة الطوارئ، وإنما نظمها قانون الطوارئ رقم 55/ لعام 1956، أما الدستور المصري فقد تناول حالة الطوارئ في المادة 154/ إذ أقر سلطة رئيس الجمهورية في إعلان حالة الطوارئ في ظروف معينة، وفي المقابل فإن الدستور السوري نصّ في مادته 103/ على حالة الطوارئ، وعلى صلاحية رئيس الجمهورية في إعلانها وإلغائها وفقاً للنصوص القانونية التي نظمت حالة الطوارئ.

ويمكننا تقسيم شروط إعلان حالة الطوارئ إلى شروط شكالية وأخرى موضوعية كما يأتي:

1. الشروط الشكلية:

وهي مجموعة الإجراءات التي يجب اتخاذها ليكون الإعلان مشروعاً من الناحية الشكلية، ولا يجوز مطلقاً مخالفتها، وإلا عُدَّ الإعلان غير صحيح.

فقانون الطوارئ الفرنسي نص على مجموعة من الشروط الشكلية لإعلان حالة الطوارئ، فاشتراط أن تعلن حالة الطوارئ بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء الذي يرأسه رئيس الجمهورية الفرنسية، وهذا ما نصت عليه المادة التاسعة من الدستور الفرنسي: "يرأس رئيس الجمهورية مجلس الوزراء".

كما حدد المرسوم الإطار المكاني والزمني، أي المناطق التي يطبق فيها قانون الطوارئ، وكذلك المدة التي تطبق في أثنائها، فبمجرد انتهاء الوضع يتوقف العمل بالقانون. كما يجب عرض مرسوم حالة الطوارئ على البرلمان بصفته ممثلاً للإدارة الشعبية. ولا يجوز أن يمتد العمل به لأكثر من اثني عشر يوماً، إلا بعد الحصول على موافقة من البرلمان، ولمجلس الوزراء أن يصدر مرسوماً بناءً على اقتراح يقدمه وزير الداخلية يحدد المناطق التي تطبق فيها أحكام مادة الطوارئ بالذات، والواقعة داخل الجهات التي أُعلنت فيها هذه الحالة⁽¹⁾.

وفي مصر لا تختلف الشروط الشكلية لإعلان حالة الطوارئ كثيراً عن نظيرتها في القانون الفرنسي، فالمادة 154/ من الدستور المصري نصت على أن تعلن حالة الطوارئ من طرف رئيس الجمهورية المصرية، ولكن هذه

(1) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 123.

الصلاحيات الممنوحة للسلطة التنفيذية ليست مطلقة وإنما مقيدة بموافقة السلطة التشريعية، كما يجب عرض إعلان حالة الطوارئ على البرلمان خلال مدة أقصاها خمسة عشر يوماً، ليقرر ما يراه مناسباً، وإذا كان مجلس الشعب منحلاً يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، وإذا لم يعرض القرار على مجلس الشعب في هذا الميعاد عدت حالة الطوارئ منتهية من تلقاء نفسها، إذا لم تتم هذه الموافقة قبل نهاية المدة⁽¹⁾.

أما في سوريا فتعود صلاحية إعلان حالة الطوارئ لرئيس الجمهورية العربية السورية، وذلك وفقاً لنص المادة /103/ من الدستور السوري لعام /2012/: "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ ويلغيها بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء المنعقد برئاسته وبأكثرية ثلثي أعضائه، على أن يعرض على مجلس الشعب في أول اجتماع له، ويبين القانون الأحكام الخاصة بذلك".

نلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع السوري قد ترك إجراءات إعلان حالة الطوارئ لتنظيم القانون، ويكون الإعلان بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء المنعقد برئاسة رئيس الجمهورية وبأكثرية أعضائه، ويعرض هذا المرسوم على مجلس الشعب لتتم الموافقة عليه، وذلك في أول اجتماع له، ولم يحدد المؤسس الدستوري السوري المدة التي يجب خلالها عرض المرسوم على البرلمان، على عكس النظامين الفرنسي والمصري اللذين تم التعرض لهما سابقاً، وكان من الأفضل أن يحدد الدستور المدة التي يجب

(1) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 329.

خلالها عرض المرسوم على البرلمان، لأنه ربما يتأخر اجتماع البرلمان فتبقى هذه المدة بعيدة عن رقابة السلطة التشريعية.

2. الشروط الموضوعية لإعلان حالة الطوارئ:

لا يكفي توافر الشروط الشكلية لإعلان حالة الطوارئ، بل يجب أن تتوافر شروط موضوعية محددة إما دستورياً أو قانونياً ليكون قانون الطوارئ مشروعاً بكل تدابير، فقانون الطوارئ الفرنسي اشترط لإعلان حالة الطوارئ وحسب نص المادة الأولى منه، حالتين هما:

1. حالة الخطر العاجل الناتج عن تعرض النظام العام لاعتداءات جسمية، وقد يكون هذا الخطر عصياناً أو تمرداً داخلياً أو انقلاباً بنوعيه سياسي أو ثوري

2. حالة وجود وقائع لها بحكم طبيعتها وخطورتها صفة الكوارث العامة مثل الكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين والفيضانات وغيرها، أو تفشي الوباء في الدولة أو بعض أنواع الأمراض المعدية.

أما الدستور المصري فلم ينص على الشروط الموضوعية لإعلان حالة الطوارئ بل ترك تنظيمه لقانون الطوارئ وذلك وفقاً للمادة /154/ من الدستور الصادر عام / 2014/، وقد نص قانون الطوارئ المصري رقم / 162/ لعام 1958 على مسوغات إعلان حالة الطوارئ في المادة الأولى منه: "يجوز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن أو النظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء". وقد

أسس القضاء الإداري المصري في رقابته لقرارات الاعتقال الصادرة استناداً إلى قانون الطوارئ قواعد غاية في الأهمية من شأنها التوفيق بين اعتبارات المحافظة على الأمن والنظام العام وحماية الحريات الفردية من التعسف⁽¹⁾. وقد أعلنت حالة الطوارئ في مصر في شهر نيسان لعام 2017 وكان هذا التمديد العاشر لقرار إعلان حالة الطوارئ في عموم البلاد بعد هجمات استهدفت بعض الكنائس قتل على إثرها عدد من المصريين الأقباط، وقد وافق مجلس النواب المصري على تمديد حالة الطوارئ لمدة ثلاثة أشهر بدءاً من 28/ نيسان لعام 2020 لمواجهة الظروف الاستثنائية.

مما تقدم يمكن القول إنه لا يمكن إغفال الظروف التي تمر بها فرنسا ومصر والتي سوّغت عدم إلغاء العمل بقانون الطوارئ، وفي رأي الباحثة أن المشكلة ليست في قانون الطوارئ في حد ذاته كقانون، أو في استمرار العمل به من عدمه، ولكن المشكلة هي في عدم التطبيق الصحيح لهذا القانون، واستخدامه في غير الحالات وغير الغاية التي وجد من أجلها أصلاً، والمتمثلة في المحافظة على كيان الدولة وسلامة المجتمع وحرية وسلامة مؤسساته وعملها، والحل لهذه المشكلة هو في التقيد بقانون الطوارئ وتفسير قواعده تفسيراً ضيقاً بوصفه قانوناً استثنائياً، ووجوب استخدام قانون الطوارئ من أجل الغاية التي شرع من أجلها الضرورة.

(1) ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة

كذلك حدّد قانون الطوارئ السوري الملغى الشروط الموضوعية لإعلان حالة الطوارئ في المادة الأولى منه⁽¹⁾:

"يجوز إعلان حالة الطوارئ في حالة الحرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو في حالة تعرض الأمن أو النظام العام في أراضي الجمهورية أو في جزء منها للخطر بسبب وقوع اضطرابات داخلية أو وقوع كوارث عامة".

أي إن قانون الطوارئ السوري الملغى كان قد حدد الشروط الموضوعية لإعلان حالة الطوارئ في أربع حالات هي:

1. قيام حالة الحرب.
 2. قيام حالة تهدد بوقوعها: كتهديد مباشر من طرف دولة ما بإعلان العدوان على سوريا.
 3. تعرض الأمن والنظام العام في أراضي الجمهورية العربية السورية للخطر.
 4. الكوارث الطبيعية وانتشار الوباء.
- وكان مجلس الدولة السوري يراقب كقاعدة عامة القرارات الصادرة استناداً إلى قانون الطوارئ، ويقوم بالتحقق من الوجود المادي للوقائع المدعى بها، ويحكم بانعدام القرار الذي لا يستند إلى وقائع مادية صحيحة⁽²⁾.

(1) المرسوم التشريعي رقم /51/ عام 1962.

(2) ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، مرجع سابق، ص

يتضح مما سبق أن نظام حالة الطوارئ لا يُعلن إلا استثناءً لدفع
الخطر الجسيم الذي تتعرض له سلامة البلاد وأمنها والذي لا يمكن للسلطة
التنفيذية مواجهته بالتشريعات والإجراءات العادية ومن ثم فإن الأساس الذي
يسوّغ قيام هذه الحالة وسلطاتها الاستثنائية هو نظرية الضرورة.

الفرع الثاني

حالة الحصار أو حالة الأحكام العرفية

ويتم التعرض في هذا الفرع لتعريف الأحكام العرفية بنوعيتها ثم الشروط الشكلية والموضوعية لإعلانها بصفة رسمية من خلال ما يأتي:

أولاً - تعريف حالة الأحكام العرفية:

تعرف هذه الحالة بأنها: "نظام استثنائي شرطي مبرر بفكرة الخطر المهدق بالكيان الوطني"، وحاول بعض الفقهاء تعريف حالة الأحكام العرفية فعرفوها بأنها: "نظام دستوري استثنائي قائم على فكرة الخطر المهدق بالكيان الوطني، يسيغ اتخاذ السلطات المختصة لكل التدابير المنصوص عليها في القانون والمخصصة لحماية أراضي الدولة وبحارها وأجواءها كلاً أو جزءاً ضد الأخطار الناجمة عن عدوان مسلح داخلي أو خارجي"¹.

ولكل مشروع في أي دولة أن يعدل في الصيغة السابقة بحيث يضيقها أو يوسعها فما تقدره دولة من الدول على أنه من مقتضيات الحفاظ على الأمن والنظام العام لديها ويقتضي بذلك إعلان حالة الأحكام العرفية، ربما لا تجد فيه دولة أخرى سوى حالة من حالات الضرورة التي لا تستلزم أكثر من توسيع

¹ د. عبد الإله الخاني، نظام الطوارئ والأحكام العرفية، دراسة فقهية وقانونية، نقابة المحامين، دمشق، 1974، ص173.

صلاحيات الضابطة الإدارية العادية، توسيعاً غير اعتيادي من دون حاجة إلى فرض حالة الأحكام العرفية⁽¹⁾.

وحالة الأحكام العرفية نوعان: الأحكام العرفية العسكرية (الأحكام العرفية الحقيقية)، والأحكام العرفية السياسية (الأحكام العرفية الصورية).

1. **الأحكام العرفية العسكرية:** وتعلن في المناطق التي تكون مسرحاً للعمليات الحربية وفي أقاليم الدولة المحتلة عسكرياً من قبل دولة أخرى، وطبقاً لنظام الأحكام العرفية العسكرية يملك القادة العسكريون سلطات خطيرة تتيح لهم تعطيل الدستور والقوانين في الأماكن التي أعلنت فيها حالة الأحكام العرفية، والاعتداء على حقوق الأفراد وحرّياتهم بالقدر الذي يتطلبه تحقيق أغراض الغزو وحماية جيش الاحتلال⁽²⁾.

2. **الأحكام العرفية السياسية:** وتعلن بواسطة السلطة التنفيذية في جميع أجزاء الدولة أو في جزء منها، وذلك عند تهديد أمنها الداخلي أو الخارجي، كأن تتعرض لاضطرابات داخلية أو ثورة مسلحة، إذ تعجز الدولة وقوانينها العادية عن مجابهة الحالة وتنفيذ القانون بالأساليب المعتادة، فتعلن حالة الأحكام العرفية بهدف تقوية السلطة التنفيذية ومنحها سلطات خاصة تحررها من بعض القيود التي وضعت للحالات

(1) ماذا تعرف عن الأحكام العرفية؟ بحث منشور على الموقع الإلكتروني

www.maktaba-amma.com تاريخ الدخول 2018/6/30 الساعة 12:00 مساءً.

(2) ماذا تعرف عن الأحكام العرفية؟ المرجع السابق.

العادية، وترخص لها وقف العمل ببعض الحريات والحقوق إلى الحد اللازم لمجابهة الحالة الاستثنائية⁽¹⁾.

ويلاحظ من خلال التعاريف السابقة أن نظام الأحكام العرفية وإن كان نظاماً استثنائياً فهو ليس نظاماً مطلقاً، إذ يحدد القانون المنظم له أصوله وأحكامه وحدوده وضوابطه، بحيث يجب إجراؤه طبقاً لهذه الحدود، على أن يقتصر في ممارسة السلطات التي يقررها على الحد اللازم لمواجهة الظروف الاستثنائية التي استوجبت العمل به حتى الوقت الذي تزول فيه هذه الظروف.

ثانياً - شروط إعلان حالة الأحكام العرفية:

وتنقسم إلى شروط شكلية وشروط موضوعية تتوقف شرعية إعلان حالة الأحكام العرفية على تحققها.

1. الشروط الشكلية لإعلان حالة الأحكام العرفية:

نص الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 في المادة 36/ بأن: "يقر مجلس الوزراء إعلان الأحكام العرفية ولا يجوز مدها إلى أكثر من اثني عشر يوماً إلا بإذن من البرلمان" وعلى ذلك، لم يبين الدستور الأسباب الداعية لإعلان الأحكام العرفية غير أن القانون الذي صدر ونظم حالة الأحكام العرفية في فرنسا قد بين ذلك، فقد نظمت الأحكام العرفية، بموجب القانون الصادر في 9/ آب عام 1849 والمعدل بموجب قانون عام 1878 والذي عدل بموجب

(1) ماذا تعرف عن الأحكام العرفية؟ المرجع السابق.

القانون الصادر عام 1916، إذ نص القانون في المادة الأولى منه على أنه: "لا يجوز إعلان الأحكام العرفية إلا في حالة وجود خطر داهم ناشئ عن وجود حرب خارجية أو تمرد مسلح" وبذلك فقد حدد المشرع الفرنسي أسباب إعلان الأحكام العرفية بضرورة توافر خطر تتعرض له الدولة، ومصادر هذا الخطر الحرب الخارجية أو التمرد المسلح⁽¹⁾.

أما في مصر فقد ظهرت الأحكام العرفية في عهد الاحتلال الإنكليزي وعقب الحرب العالمية الأولى، وقد تغير اسمها بعد ثورة 1952 إلى قانون الطوارئ، وقد نظم الدستور المصري حالة الطوارئ بدون النص على تنظيم حالة الأحكام العرفية⁽²⁾.

وفي سورية كان أول إعلان للأحكام العرفية بعد استقلالها عن فرنسا بتاريخ 1948/5/15، وكان ذلك بمناسبة حرب فلسطين، يومها صدر القانون رقم /400/، والقانون رقم /401/ القاضي بإعلان الأحكام العرفية في أراضي الجمهورية العربية السورية وحدد مفعولها بستة أشهر ابتداءً من نشره، وبتاريخ 1949/6/22 صدر المرسوم التشريعي رقم /150/ والمتعلق بتنظيم الإدارة العرفية والذي استوعب ما ورد في القانون رقم /400/ بالكامل ثم صدر القانون رقم /130/ بتاريخ 1955/12/8 وعدّ تنمة للمرسوم التشريعي رقم /150/،

(1) د. محمود أبو السعود، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة 1990، ص 283.

(2) الأحكام العرفية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.ahrram.org تاريخ الدخول 2018/6/30 الساعة 07:30 مساءً.

وفي مرحلة الوحدة مع مصر صدر المرسوم التشريعي رقم /162/ بتاريخ 1958/9/27 لتنظيم حالة الطوارئ التي جاءت بها حكومة الوحدة، ثم صدر في سورية قانون الطوارئ رقم /51/ لعام 1962 الذي ألغى القانون رقم /162/(1).

وبالرغم من كل التشريعات التي صدرت والتي تضمنت الأحكام العرفية وتنظيم الإدارة العرفية إلا أن النظام السوري لم يفرق من حيث المفهوم بين نظام الأحكام العرفية ونظام الطوارئ، ولقد توضح ذلك جلياً من خلال النصوص القانونية وكذلك الدراسات الفقهية القانونية في هذا المجال، وقد نص الدستور السوري على حالة الطوارئ من دون حالة الأحكام العرفية في المادة 103/(2) وبين شروطها الشكلية والموضوعية وعدّ بذلك حالة الاحكام العرفية وحالة الطوارئ مصطلحين لمعنى واحد، ويستنتج ذلك من استعمال المشرع السوري في نص المادة (3/أ) من قانون الطوارئ السوري مصطلح الحاكم العرفي(3).

(1) فداء الحوراني، لمحة عن تاريخ حالة الطوارئ في سوريا، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.mokarabat.com تاريخ الدخول 2018/7/1 الساعة 8:30 مساءً.

(2) تنص المادة 103/ من الدستور السوري 2012م على ما يأتي: "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ ويلغها بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء المنعقد برئاسته وبأكثرية ثلثي أعضائه على أن يعرض على مجلس الشعب في أول اجتماع له، ويبين القانون الأحكام الخاصة بذلك".

(3) تنص المادة (3/أ) من قانون الطوارئ السوري على ما يأتي: "أ- عند إعلان حالة الطوارئ يسمي رئيس مجلس الوزراء حاكماً عرفياً وتوضع تحت تصرفه جميع قوى الأمن الداخلي والخارجي"

2. الشروط الموضوعية لإعلان حالة الأحكام العرفية:

لإعلان حالة الأحكام العرفية لابد من توفر شروط موضوعية لتتمكن السلطة المختصة من إعلانها بدون تجاوز مبدأ المشروعية، فحالة الأحكام العرفية في فرنسا تعلن في حالة الخطر العاجل الناتج عن حرب خارجية، أي عدوان خارجي على الجمهورية الفرنسية مثل الحربين العالميتين الأولى والثانية، وكذلك في حالة الثورة المسلحة والمتمثلة في الانقلابات والثورات الداخلية ذات الطابع المسلح⁽¹⁾.

أما في مصر فقد نصت المادة الأولى من قانون الأحكام العرفية الملغى على مسوغات إعلان حالة الأحكام العرفية والمتمثلة في تعرض الأمن أو النظام العام في الأراضي المصرية أو في جزء منها للخطر، بسبب عدوان خارجي أو اضطرابات أو ثورات مسلحة داخلية، وألغى هذا القانون بالقانون المنظم للطوارئ رقم 162/ لسنة 1958 ليحل محله⁽²⁾.

وفي سورية نص الدستور السوري على حالة الطوارئ وصلاحيه رئيس الجمهورية بإعلانها، إذا توافرت جميع الشروط الشكلية والموضوعية، ولكنه لم يأت على ذكر حالة الأحكام العرفية، فحالة الأحكام العرفية في سورية ارتبط إعلانها بوجود حالة حرب تعصف بها، بعكس قانون حالة الطوارئ الذي يعلن في أوقات الحرب، وفي أثناء الأزمات والكوارث بمختلف أشكالها.

(1) المادة الأولى من قانون الأحكام العرفية في فرنسا الصادر عام 1849 والمعدل عام 1878.

(2) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 119-127.

ننتهي من كل ما تقدم إلى أن الأحكام العرفية عبارة عن نظام سياسي يتعذر معرفة حدوده، أما حالة الطوارئ فهي نظام قانوني يخضع للدستور والقانون على الرغم من طابعه الاستثنائي، لذا فقد درجت الأنظمة القانونية على تنظيمه في تشريعات خاصة، ولا يلجأ إلى هذه التشريعات إلا عند قيام الظروف الاستثنائية التي تستوجب اللجوء إليها، وتقوم هذه التشريعات عادة بتحديد الحالات التي تستوجب إعلان حالة الطوارئ والصلاحيات التي تمنحها للسلطات القائمة عليها والعقوبات التي يتعرض لها من يخالف الأوامر والنواهي من المواطنين وغيرهم، وكذلك الجهات القضائية التي تتولى النظر في هذه المخالفات.

الفرع الثالث

حالة الحرب

تعد حالة الحرب من أخطر حالات الظروف الاستثنائية وأكثرها عصفاً بالحقوق الأساسية والحريات العامة لأفراد الشعب، وأشدّها خطورة على استمرار وجود الدولة واستقلالها لكونها تدخل البلاد في حالة من الفوضى وعدم الاستقرار يستحيل في ظلها العمل بالنصوص الدستورية أو القوانين سارية المفعول، لكونها وضعت لتنظم الدولة بكل سلطاتها في الظروف العادية، وهذا ما سيتضح من خلال ما يلي:

أولاً - تعريف حالة الحرب:

الحرب لغة كما ورد في معجم المعاني الجامع قتال بين فئتين، وجمعها حروب وعكسها سلم، وإذا قيل استمرت الحرب أي إنها أصبحت شديدة وقوية، أما إذا قيل وضعت الحرب أوزارها فهذا يعني أن القتال انتهى، وفي القانون الدولي العام فإن التعريف التقليدي للحرب هو أنها عبارة عن نزاع مسلح بين فريقين من دولتين مختلفتين، إذ تدافع فيها الدول المتحاربة عن مصالحها وأهدافها وحقوقها، ولا تكون الحرب إلا بين الدول، أما النزاع الذي يقع بين جماعتين من الدولة نفسها أو النزاع الذي تقوم به مجموعة من الأشخاص ضد دولة أجنبية ما، أو ثورة مجموعة من الأشخاص ضد حكومة الدولة التي

يقيمون فيها، فلا تعدّ حرباً، ولا علاقة للقانون الدولي بها، إنما تخضع للقانون الجنائي⁽¹⁾.

أما التعريف الحديث للحرب فقد تم توسيعه على أي نزاع مسلح، ولو لم تتوافر فيه عناصر التعريف التقليدي من امتلاك الجماعة المسلحة لصفة الدولة، وإن كان النزاع قائماً من قبل دولة لحسابها الخاص، وليس لغرض جماعي، كما أصبحت النزاعات الأهلية التي تحدث في الدولة نفسها تندرج تحت مسمى الحرب، ويتم تنظيم الحرب دولياً بواسطة اتفاقيات عدة ومعاهدات، كاتفاقيات جنيف واتفاقيات لاهاي والعرف الدولي، أما داخلياً فيتم تنظيمها دستورياً أو بالاعتماد على قوانين استثنائية كقانون الطوارئ، أو قانون الحرب⁽²⁾.

ثانياً - شروط إعلان الحرب:

وتتمثل في مجموعة الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب أن تكون محققة في إعلان هذه الحالة الخطيرة على مؤسسات الدولة وعلى حريات وحقوق أفرادها.

(1) تعريف الحرب، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://mawdoo3.com>

تاريخ الدخول: 2018/7/10 الساعة 10:00 مساءً.

(2) تعريف الحرب، المرجع السابق.

1- الشروط الشكلية لإعلان حالة الحرب:

ليكون إعلان حالة الحرب مشروعاً من الناحية الشكلية يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط الشكلية التي ينص عليها الدستور، فـ دستور الجمهورية الخامسة في فرنسا 1958 نظم حالة الحرب دستورياً في نص المادة /35/:

"يكون إعلان الحرب بإذن من البرلمان..".

وأصبحت صلاحية إعلان الحرب تعود للبرلمان بغرفتيه، الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ⁽¹⁾.

وتعلن حالة الحرب بعد إعلان حالة التعبئة العامة، من طرف الحكومة ممثلة في مجلس الوزراء، وبذلك تعد حالة التعبئة العامة مرحلة تمهيدية لإعلان حالة الحرب في فرنسا.

وكذلك في مصر، فقد تم تنظيم حالة الحرب دستورياً إذ تعود صلاحية إعلان حالة الحرب في النظام المصري إلى رئيس الجمهورية، بصفته القائد الأعلى للقوات المسلحة، وذلك حسب نص المادة /152/ من الدستور المصري⁽²⁾. وتتوقف صحة إجراء إعلان الحرب على موافقة مجلس الشعب

(1) تأخذ فرنسا بنظام ازدواجية السلطة التشريعية بحيث يتكون البرلمان الفرنسي من الجمعية الوطنية (مجلس النواب) ومجلس الشيوخ.

(2) تنص المادة /152/ من الدستور المصري على أن: "رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة ولا يعلن الحرب ولا إرسال القوات المسلحة في مهمة قتالية إلى خارج حدود الدولة إلى بعد أخذ رأي مجلس الدفاع الوطني وموافقة مجلس النواب بأغلبية ثلثي الأعضاء..".

المصري، أي إن إعلان حالة الحرب صلاحية مشتركة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك لخطورة حالة الحرب وحساسيتها، فيكون هناك نوع من التوازن القائم بين إرجاع البلاد إلى لحالة العادية وحماية حقوق وحرّيات أفراد الشعب، وقبل إعلان حالة الحرب تعلن حالة التعبئة العامة بقرار من رئيس الجمهورية المصرية وموافقة البرلمان⁽¹⁾.

أما في سورية فقد تم تنظيم حالة الحرب في المادة /102/ من الدستور السوري إذ تعود صلاحية إعلان الحرب إلى رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب السوري⁽²⁾.

ولكون رئيس الجمهورية في قمة هرم السلطة التنفيذية، فهو يملك صلاحية إعلان حالة الحرب ويجب التنويه إلى أن هذه الصلاحية لا ينفرد لها رئيس الجمهورية بل يشاركه فيها البرلمان المتمثل في مجلس الشعب السوري، فلا يعد إجراء إعلان حالة الحرب مشروعاً إلا بموافقة أعضاء مجلس الشعب بسبب خطورتها على الحريات العامة للأفراد.

2- الشروط الموضوعية لإعلان حالة الحرب:

ليتم إعلان حالة الحرب، لا بد أولاً من أن تكون الدولة تعيش حالة حرب فعلية، ولكن الإشكال المطروح هو: هل يجب أن تتحقق واقعة الحرب أو أنه يكفي مجرد الإعلان عنها أو الاستعداد العسكري لها؟

(1) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص148.

(2) تنص المادة /102/ من الدستور السوري على أن: "يعلن رئيس الجمهورية الحرب والتعبئة العامة ويعقد الصلح بعد موافقة مجلس الشعب".

لم ينص الدستور الفرنسي على الشروط الموضوعية لإعلان حالة الحرب، فعندما تقع الحرب في الأراضي الفرنسية يستطيع رئيس الجمهورية الفرنسية إعلانها، ووفقاً لاتفاقية لاهاي لسنة 1907، فإنه لا يجوز بدء الحرب قبل الإعلان المسبق بذلك، ولكن بسبب عدم التزام المجتمع الدولي بهذا الإجراء أصبحت حالة الحرب واقعية قد تنشب بإعلان مسبق أو بدون⁽¹⁾. ولم يأت الدستور المصري ولا القوانين الداخلية على تحديد مفهوم الحرب، ومتى تكون الدولة المصرية في حالة الحرب.

كذلك لم ينص الدستور السوري على الشروط الموضوعية لإعلان حالة الحرب، وإنما اكتفى بذكر لمن تعود صلاحية إعلانها فحسب، ولا يختلف النظام السوري عن نظيره المصري في كون حالة الحرب تعد شرطاً موضوعياً لإعلان حالة الطوارئ.

نلاحظ مما سبق أن شروط إعلان الحرب في الدول محل الدراسة اكتفت بذكر لمن تعود صلاحية إعلانها، بدون التطرق لشروطها الموضوعية، وكان لابد من أن يتم تنظيمها بنصوص دستورية تبين الشروط الشكلية والموضوعية لإعلان حالة الحرب بوضوح.

(1) د. عبد الإله الخاني، نظام الطوارئ والأحكام العرفية، مرجع سابق، ص 178.

المطلب الثاني

شروط حالة الضرورة

س

يحق للدولة أن تعلن أنها تمر بظروف استثنائية وتستفيد من السلطات الاستثنائية التي منحها الدستور لها للتغلب على الظروف غير العادية التي قد تحدث، ولكن هناك مجموعة من الشروط التي لابد من توافرها في هذه الظروف لتكون ظروفاً استثنائية، ويتاح للسلطة التنفيذية الاستفادة من السلطات الاستثنائية التي منحت لها لمعالجتها، وتكاد تتفق الدساتير المنظمة لنظرية الضرورة على تقييدها بشروط معينة حتى لا تصبح النصوص المنظمة لها وسيلة بيد السلطة التنفيذية لتحقيق مصالح شخصية.

وسيتيم إيضاح تلك الشروط التي وضعها فقهاء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية وفق ما يأتي:

♦ **الفرع الأول:** شروط تطبيق نظرية الضرورة عند فقهاء القانون

♦ **الفرع الثاني:** شروط تطبيق نظرية الضرورة عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

شروط تطبيق نظرية الضرورة عند فقهاء القانون

استقر الفقه على أن شروط حالة الضرورة تتمثل في وجود حالة تمثل خطراً جسيماً يهدد النظام العام أو يعوق سير المرافق العامة، بحيث لا تستطيع الإدارة دفع هذا الخطر باتباع قواعد المشروعية العادية، وأن تهدف هذه الإجراءات المتخذة من قبل الإدارة إلى حماية الصالح العام وسير المرافق العامة بانتظام، فلا يصح اللجوء إلى حالة الضرورة إلا بتوافر هذه الشروط والتي بتوافرها يجوز لجهة الإدارة أن تقوم بإصدار الإجراءات الاستثنائية لمواجهة هذه الحالة، والتي تهدف إلى المحافظة على النظام العام وتأمين السير المنتظم للمرافق العامة، ويمكن إجمال هذه الشروط في الآتي:

أولاً - وجود خطر جسيم وحال يهدد المصلحة العامة:

ويقصد بالخطر الجسيم الخطر الذي يخرج من نطاق الأخطار المتوقعة أو المعتادة، فهو غير مألوف في نوعه، وكبير في مداه، فقد يكون الخطر طبيعياً كالزلازل والفيضانات والبراكين⁽¹⁾، وتطبيقاً لذلك فقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي ثورة بركان من قبيل الظرف الاستثنائي⁽²⁾.

(1) د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، مؤسسة النبراس للطباعة والتوزيع، النجف، 2010، ص 64.

(2) د. عمار بو ضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 47.

وقد يكون اقتصادياً كحالة الإضراب العمالي الخطير⁽¹⁾، وقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي من جهة أخرى الإضراب العام للسكك الحديدية بمثابة ظرف استثنائي، وترجم ذلك في قرار له صدر بتاريخ 18/ نيسان/ 1947 في قضية Jarrigion⁽²⁾، وقد يكون الخطر داخلياً كالعصيان المسلح أو التمرد العسكري أو المظاهرات غير السلمية العنيفة⁽³⁾.

ويذهب بعض الفقهاء في تحديد المقصود بالخطر الجسيم إلى أنه الخطر الذي يهدد موضوعاً دستورياً جوهرياً، فالموضوع الذي يلحقه التهديد من ناحية، ومدى الخطر نفسه من ناحية أخرى، هما اللذان يحددان جسامته الخطر⁽⁴⁾، ولقد انتهى الفقه الفرنسي إلى تعريف الخطر الجسيم بأنه الخطر غير المألوف وغير المتوقع، ويخرج عن المخاطر المتوقعة والمعتادة، ولا يمكن مواجهته أو دفعه إلا باستخدام السلطات الاستثنائية⁽⁵⁾.

أي إن جسامته الخطر يمكن تحديدها بتلك التي تهدد سلطات الدولة الثلاثة التنفيذية والقضائية والتشريعية أو باستقلال الوطن وسلامة أراضيه وتنفيذ تعهداته الدولية.

(1) د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 64.

(2) د. عمار بو ضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص 47.

(3) د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 64.

(4) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، 1975، مرجع سابق، ص 87.

(5) د. حامد التهامي كرات، نظرية سلطات الحرب في الدولتين الحديثة والإسلامية، القاهرة،

1985، ص 255، وما بعدها.

أما الخطر الحال فهو الخطر الذي وقع فعلاً أو كان وشيك الوقوع، فهذا يعني أن لا يكون مستقبلاً وألا يكون قد وقع وانتهى، إذ إنه في هذه الحالة يعد مجرد واقع له آثاره، ولذلك يجب أن لا يكون مبنياً على الوهم والخيال الذي تتصوره السلطة التنفيذية، فالخطر الحال الذي يكون قد وقع فعلاً أو هو وشيك الوقوع من دون أن يكون قد انتهى، بحيث لا تجد الإدارة أية فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهته، أما الخطر وشيك الوقوع فهو الخطر الذي لم يبدأ بعد ولكن من الخطورة الجسيمة الانتظار حتى يقع ذلك الخطر، كاحتمال تعرض الأمن الداخلي بسبب احتمال حصول المظاهرات العنيفة غير المرخص بها⁽¹⁾، كما يشترط أن يكون الخطر موجهاً إلى الدولة، كأن يقع على الأشخاص أو الأموال أو أن يكون موجهاً إلى إقليم الدولة⁽²⁾.

ولا جدال في أن وجود الخطر هو المسوّغ الوحيد لإعطاء الإدارة سلطات واسعة، فإنه يلزم وجود وتحقيق هذا الخطر، وإلا عدت أعمالها باطلة لعدم صحة الحالة الواقعية التي أسست عليها الإدارة أعمالها الاستثنائية، أي لبطان السبب الذي استندت إليه الإدارة في ذلك، إذ يقع على عاتق القاضي الإداري واجب التحقق من قيام الحالة الواقعية المسوّغة لاتخاذ القرار الإداري في ظل هذه الظروف، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي ضرورة توافر ظرف الاستثنائي كسبب لخروج الإدارة عن مقتضيات المشروعية، وذلك في قراره الصادر في

(1) د. هاني علي إبراهيم الظهراوي، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1992، ص 168.

(2) د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، المرجع السابق، ص 65.

1955/1/7 والذي أبطل قرار المفوض السامي، لأنه وقع خارج نطاق الظروف الاستثنائية أي تخلف ركن السبب، وقد جاء في حكمه: " لأن المفوض السامي اتخذ القرار المطعون فيه بعد زوال الظروف الاستثنائية فلم يعد له الحق في تطبيق أحكام القرار الصادر في 18/ حزيران/ 1948"⁽¹⁾.

ومن الممكن أن يؤثر الخطر في دول الجوار، وبالتالي تتخذ دولة الظرف الطارئ أو جارتها في ظل هذه الظروف إجراءات ضبئية لدرء الأخطار التي من الممكن أن تنشأ عن نشوء هذا الظرف الطارئ. لذلك لابد من تدخل المشرع لوضع قوانين لتنظيم سلطات الإدارة في ظل هذه الحالة، ولكن في المقابل هنالك من حالات الخطر ما يقع بشكل مفاجئ لا يحتمل استصدار التشريعات بالإجراءات المطولة، فتعلن الدولة ممثلة في سلطتها التنفيذية وبترخيص من الدستور الظرف الطارئ، وتتخذ ما يناسبه من قوانين وأنظمة، كما حدث عندما قامت الدول المجاورة لسورية بتطبيق لوائح الضرورة في عملية استقبال اللاجئين السوريين وإدارة شؤونهم القانونية والإنسانية والاجتماعية عبر سلطتها التنفيذية بكوادرها الإدارية المتعددة من جيش وأمن عام وسائر الإدارات العامة الأخرى، التي من شأنها التدخل لتغطية استقبال اللاجئين السوريين، فمعظم دول العالم أجازت نصوصها الدستورية تشريعات موسعة لسلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، فيحق للدول المضيفة

(1) أ. الفحلة مديحة، نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية، بحث منشور في مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم

للاجئين السوريين أن تتخذ نصوصاً تشريعية لتنظيم عملية استقبالهم وإيوائهم⁽¹⁾. وبالرجوع إلى بعض دساتير تلك الدول نجد أن دساتيرها خولت لها هذا الحق، كال دستور التركي الصادر عام 1982م وتعديلاته لعام 2011م في مادته/122/ (2).

وكذلك الدستور الأردني الصادر عام 1952م وتعديلاته في مادته/125/ (3).

(1) د. ماجد أحمد صالح العدوان، المفهوم القانوني لتطور تطبيقات نظرية الضرورة في القانون الإداري على استقبال اللاجئين السوريين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، الجزائر، العدد 16، جانفي 2017، ص 93.

(2) نصت المادة/122/ من الدستور التركي على أنه: (يجوز لمجلس الوزراء المنعقد برئاسة رئيس الجمهورية بعد التشاور مع مجلس الأمن الوطني، أن يعلن الأحكام العرفية في منطقة واحدة أو أكثر أو في جميع أنحاء البلاد لفترة لا تتجاوز ستة أشهر في حال حدوث أعمال عنف واسعة النطاق، تستهدف تفويض النظام الديمقراطي الحر أو الحقوق والحريات الأساسية التي كرسها الدستور، أخطر من تلك التي تستلزم حالة الطوارئ أو في حالة الحرب أو نشوء وضع يستلزم الحرب أو وقوع تمرد أو انتشار أعمال عصيان عنيفة وحادة ضد الوطن والجمهورية، أو وقوع أعمال عنف واسعة النطاق نابعة من الداخل أو الخارج، تهدد وحدة البلاد والأمة)

(3) نصت المادة/125/ من الدستور الأردني عل أنه: (1- في حالة حدوث طوارئ خطيرة يعتبر معها أن التدابير والإجراءات غير كافية للدفاع عن المملكة فللملك بناء على قرار مجلس الوزراء أن يعلن بإرادة ملكية الأحكام العرفية في جميع أنحاء المملكة أو في أي جزء منها 2- عند إعلان الأحكام العرفية للملك أن يصدر بمقتضى إرادة ملكية أية تعليمات =

ثانياً - تعذر اتباع الإدارة لقواعد المشروعية العادية:

حتى يمكن للإدارة تطبيق نظرية الضرورة يجب أن تعجز الوسائل والإجراءات العادية عن مواجهة هذه الحالات الشاذة، فتجد الإدارة نفسها مضطرة للجوء إلى الوسائل غير العادية لمواجهة الخطر كونها الوسيلة الوحيدة الممكنة لمواجهته، أي لابد من أن تكون تلك الظروف -الأحداث الخطيرة- قد جعلت احترام القواعد التي وضعت للظروف العادية شيئاً مستحيلاً.

ويتجه بعض الفقه إلى أنه يشترط لتطبيق نظرية الضرورة أن تجد الإدارة نفسها أمام استحالة وعجز في الوسائل القانونية العادية وعن طريق المؤسسات الدستورية في مواجهة حالات الضرورة، فإن وجدت وسيلة قانونية أو دستورية ممكنة للتغلب على هذه الظروف والحالات الشاذة فيجب الرجوع إلى تلك الوسيلة⁽¹⁾.

على أن الاستحالة المقصودة هنا والتي استعملها عدد من الفقهاء الذين درسوا شروط نظرية الضرورة لا تعني أن تكون مستحيل استحالة مطلقة، بل تعني أن يتعذر على الإدارة اتباع القواعد التي وضعت للظروف العادية، فالقضاء الإداري الفرنسي خاصة عندما يتأكد من أن الإدارة كان بإمكانها أن

= قد تقضى الضرورة بها لأغراض الدفاع عن المملكة بقطع النظر عن أحكام أي قانون معمول به ويظل جميع الأشخاص القائمين بتنفيذ تلك التعليمات عرضة للمسؤولية القانونية التي تترتب على أعمالهم إزاء أحكام القوانين إلى أن يعفوا من تلك المسؤولية بقانون خاص يوضع لهذه الغاية)

(1) د. محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 24.

تتصرف طبقاً للقواعد التي وضعت للظروف العادية، حتى لو ادّعت الإدارة وجود ظروف استثنائية، فإنه يرغب الإدارة على التقيد بأحكام الشرعية العادية، وبالتالي يقضي بإلغاء الإجراءات التي اتخذتها بالمخالفة لتلك القواعد⁽¹⁾.

إن هذا المعنى قد عبر عنه صراحة بعض الفقه بقوله: "وضعية غير عادية تلزم الإدارة بالتصرف.. ولا تسمح باحترام القواعد العادية، إما لأن ذلك مستحيل مادياً.. أو لأن احترام القواعد العادية من شأنه أن يؤخر العمل الضروري وبالتالي يصبح غير فعال"⁽²⁾.

و في رأي الباحثة، إنه إذا كان مسوّغ العمل بنظرية الضرورة هو حماية المصلحة العامة التي تكون معرضة للخطر إذا لم تتصرف الإدارة بسرعة. فلا يشترط أن يصل الأمر إلى حد استحالة تطبيق القوانين التي وضعت للظروف العادية، بل يكفي أن يكون من المتعذر أو من الصعب تطبيق هذه القوانين لأن من شأن ذلك تعريض المصلحة العامة للخطر.

(1) C.E. 31 December 1958, chambre syndicale du commerce d'importation en indeochine, REC, C.E, p.63

نقلاً عن نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011، ص15.

(2) Rivero (Jean), Waline (Jean) droit administratif, eme, ed, Dalloaz, Paris, 1999, p76

نقلاً عن نقاش حمزة، المرجع السابق، ص15

ثالثاً - أن يكون الهدف من تطبيق أعمال الضرورة حماية المصلحة العامة: يجب أن تكون المصلحة العامة معتبرة حتى يمكن تسويق الإجراءات الاستثنائية التي قامت بها الإدارة، فلا يكفي السماح للإدارة بمخالفة القواعد التي وضعت للمشروعية العادية، بل أن يكون هناك أحداث خطيرة يصعب أو يستحيل معها احترام قواعد المشروعية العادية، بالإضافة إلى الشرطين السابقين وتعرض المصلحة العامة للخطر، أي يجب أن يكون الهدف من إجراءات الضرورة حماية النظام العام، وضمان استمرارية المرافق العامة، فلا تكون الإدارة أمام حالة الضرورة إذا كانت تصرفاتها تستهدف تحقيق مصالح شخصية، فيشوب تصرفها بعيب الانحراف في استعمال السلطة⁽¹⁾.

فهذا الشرط شرط لازم لأن فكرة المصلحة العامة فكرة مرنة نخشى استغلالها من أجل انتهاك حقوق الأفراد وحرياتهم، خاصة في حالة الضرورة، ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بضرورة أن تتوافر صفة المصلحة في العمل المتخذ في ظل حالة الضرورة⁽²⁾.

ولا يكفي إدعاء الإدارة بوجود هذا الشرط، بل إن الذي يتأكد من ذلك هو القاضي الذي يتحقق من مدى توافره على ضوء الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة عليه، فإذا ثبت للقاضي توافر هذا الشرط بالإضافة إلى الشرطين السابقين، فإنه سيحكم بمشروعية تصرف الإدارة، أما إذا تبين أن هذا الشرط

(1) د. محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص 25.

(2) د. هاني عبد الرحمن غانم، القضاء الإداري، ط 2، 2015، ص 196.

غير متوافر -حتى لو توافر الشرطان السابقان- أو أن هذا الشرط متوافر ولكنه غير كاف لتسويغ أعمال الإدارة، فإنه يقتضي إلغاء تلك الأعمال.⁽¹⁾

رابعاً- تناسب الإجراء الاستثنائي مع الظرف غير العادي:

يتعين أن يتناسب الإجراء الذي تقوم به الإدارة مع الظرف الاستثنائي الذي تواجهه، ولا يتسع نشاط الإدارة إلا بالقدر الذي يمليه الظرف، فيكون العمل لازماً حتماً، فلا يزيد على ما تقتضي به الضرورة. بمعنى التزام الإدارة بأن تستخدم من الوسائل والإجراءات ما يتناسب فقط مع القدر اللازم لمواجهة الظرف الاستثنائي⁽²⁾.

بمعنى آخر، أن تكون القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الضرورة ذات علاقة بالظرف الاستثنائي ومتصلة بشكل مباشر بها، فلا يجوز لها تجاوز حدود الظروف الاستثنائية والاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية الأصل، وهذا ما يؤكد ربط حالة الضرورة بأن تكون " لا تحتمل التأخير " فلا بد من أن يكون محل القرار بمرتبة القانون، وهدفه متلائماً مع الظرف الاستثنائي الذي تعاصره الدولة، وبموجبه أصدرت الجهة المختصة هذا القرار بقانون، وهذا ما أكدته القضاء الدستوري المصري في القضية رقم/13/ لسنة 11 قضائية، بتاريخ 1992/4/18 والذي جاء فيه: " أن التدخل بهذه

(1) د. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 155 و ما بعدها.

(2) د. محمد حسن دخيل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 84

التدابير يجب أن يكون مبرراً بحالة الضرورة وبالقدر الذي يتناسب مع متطلباتها بوصفها تدابير من طبيعة استثنائية" (1).

من خلال ما سبق نخلص إلى أنه لا يمكن الاعتماد على شرط وحيد لتحديد فكرة الضرورة، فهذه الفكرة لا توجد إلا باجتماع هذه الشروط أو العناصر التي ستؤدي إلى تطبيق نظام قانوني استثنائي على وضعية معينة.

(1) د. نوار بدير وعاصم خليل، حالة الضرورة، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت،

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الضرورة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

تُعرّف نظرية الضرورة عند فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها: " الحالة التي يتعرض فيها الفرد إلى الخطر في دينه أو نفسه أو عقله أو عرضه أو ماله فيلجأ من أجل تخليص نفسه إلى مخالفة الدليل الشرعي الثابت". وتستند هذه النظرية في الشريعة الإسلامية إلى فكرة الضرورة القائمة على القاعدة الفقهية الشهيرة: " الضرورات تبيح المحظورات" فعند الضرورة تباح الأفعال المحرمة كإباحة الفطر في رمضان أو أكل الميتة أو شرب الخمر عند الإكراه أو شيء من ذلك، ومن كان معرضاً للموت من الجوع فله أن يأكل الميتة، ومن خشي على نفسه الهلاك عطشاً له أن يشرب الخمر، وقد فسر رسول الله (ص) شروط قيام الضرورة في حالة الجوع بأن: " يأتي الصبوح والغبوق ولا يجد ما يأكله" أي يجيئ عليه الصباح والمساء بدون طعام. فالتحريم أتى من أجل حماية مقاصد الشريعة الخمس: " حفظ النفس والنسل والمال والعقل والدين" لذا، فلا تباح الأفعال المحرمة إلا للضرورة استناداً إلى قوله تعالى: "فمن اضطر غير باغٍ ولا عاد فإن الله غفورٌ رحيم" وقد بينت الآية أن الضرورة في الشرع الإسلامي ليست فقط من أسباب امتناع العقاب، بل أيضاً تبيح الفعل فتجعله مشروعاً تحقيقاً للمصلحة الضرورية الكلية. (1)

(1) أ. الفحلة مديحة، نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية، بحث منشور في مجلة الفكر، جامعة محمد بن أحمد وهران، العدد الرابع عشر، 2018، ص 226.

ومن أمثلة تطبيقات هذه النظرية وقت الحرب منع إقامة حد شرب الخمر، إذ أجل سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قائد جيش المسلمين في حرب فارس إقامة حد شرب الخمر على أبي محجن الثقفي خشية أن تأخذه العزة بالإثم، فيلتحق بجيش الأعداء فيهلك، ولما رأى حسن بلائه في المعركة امتنع عن إقامة الحد عليه بتاتاً، مع أن النهي ورد في إقامة حد السرقة في دار الحرب، لا في حد شرب الخمر، كما سبق وفعل رسول الله (ص) ⁽¹⁾.

وهذه أشهر التطبيقات التي برزت فيها نظرية الضرورة، والتي توقف فيها العمل بالأحكام الشرعية لضرورة دفع الضرر الناتج عن الظرف غير العادي الذي واجهته الأمة الإسلامية في ذلك الزمان، وبذلك ينجم مما تقدم أن هناك شروطاً وقيداً لا بد من حصولها في حالة ما ليسوغ تسميتها ضرورة شرعية، ولا يمكن أن تكون تلك الحالة ضرورة شرعية مع تخلف شيء من هذه الشروط، ولعل أبرز هذه الشروط ما يأتي:

1- أن تكون الضرورة مُلجئة، بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء، بحيث يؤدي به إلى الهلاك أو التلف لأحد الأعضاء، وهذا مستفاد من لفظة الضرورة فهي مأخوذة من الاضطراب، وهو الحاجة الشديدة، ولهذا شرعت الرخص بناء على أعذار الناس وظروفهم الطارئة ⁽²⁾.

(1) د. عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون " دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1972، ص 233.

(2) د. محمود محمد عبد العزيز الزيتي، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،

كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1993، ص 90

2- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وبعبارة أخرى أن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال أو يتحقق الممر من وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمسة التي صانتها جميع الديانات والشرائع السماوية: وهي الدين والنفس والعرض والعقل والمال، فيجوز حينئذٍ الأخذ بالأحكام الاستثنائية لدفع الخطر، ولو أدى ذلك إلى إضرار الآخرين⁽¹⁾.

3- أن لا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة، وبمعنى آخر أن يكون حصول الضرر أمراً قاطعاً أو ظناً غالباً، ولا يلتفت إلى المهم والظن البعيد، كأن يكون المضطر في حالة تسمح له بانتظار الطعام الحلال الطيب، فلا يقدم على تناول الميتة، والحالة كذلك حتى يجزم بوقوع الضرر على نفسه، فيجوز حينها تناول الميتة⁽²⁾.

4- أن يقتصر ما يباح تناوله للضرورة على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر، لأن إباحة الحرام ضرورة والضرورة تقدر بقدرها⁽³⁾.

(1) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مقارنة مع القانون الوضعي، ط4، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1985، ص70.

(2) شروط إباحة المحرم عند الضرورة، بحث منشور في الموقع الإلكتروني: www.islamaqa.info تاريخ الدخول 2018/7/1 الساعة 01:00 صباحاً.

(3) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص70.

5- أن لا يعارض هذه الضرورة عند ارتكابها ما هو أعظم منها، أو مثلها، كأن يأكل المضطر طعام مضطر آخر⁽¹⁾.

6- وجود ظلم فاحش أو ضرر واضح أو حرج شديد أو منفعة عامة، بحيث تتعرض الدولة على إثره للخطر إذا لم تأخذ بمقتضى الضرورة².

وقد عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الضرورة إلى حد تعطيل بعض النصوص تحت وطأة الضرورة، ومن أبرز القضايا التي تعطل فيها حكم النص، وتم تطبيق حكم آخر وفقاً لحالة الضرورة ما روي عن النبي (ص) أنه قال: "لا تقطع الأيدي في الغزو"⁽³⁾. وبذلك تم تعطيل حكم حد السرقة وقت الغزو، مع أن النص صريح في كتاب الله تعالى: "والسَّارِق والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ"⁽⁴⁾.

وبذلك يمكن القول إن الفقه الإسلامي كما هو الحال في القانون قد كيف حالة الضرورة على أنها الوجه الثاني للمشروعية، تحتم المخاطر التي تهدد كيان الدولة وسلامتها وأمنها ووحدة شعبها الانتقال إليها، والدولة

(1) شروط إباحة المحرم عند الضرورة، مرجع سابق.

² شروط إباحة المحرم عند الضرورة، مرجع سابق.

(3) د. باسم أحمد محمد أحمد الهجرسي، نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون

الدستوري، دراسة مقارنة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.jfslt.journals.ekb.eg تاريخ الدخول: 2019/6/1م، الساعة 9: 30 صباحاً.

(4) سورة المائدة، الآية (38)

الإسلامية في مواجهتها لهذه المخاطر لا تخرج عن إطار الأحكام الشرعية بمفهومها الواسع المرن، إذ إن الضرورة تعد مصدراً مشروطاً للأحكام الشرعية طالما أن الدولة في حالة ضرورة، ومن ثم تعد الإجراءات التي تتخذها الدولة في حالة الضرورة إجراءات سليمة ومشروعة في ذاتها، لأنها تحقق الهدف النهائي وهو المحافظة على سلامة الدولة. وبذلك يتبين أن الفقه الإسلامي قد جعل من حالة الضرورة جزءاً أساسياً من النظام القانوني الإسلامي.

هكذا نجد من خلال ما تقدم في هذا الفصل أن نظرية الضرورة تستمد قوتها من الدستور، وتجد أساسها في مبدأ المشروعية، إلا أنه نظراً إلى الظروف غير العادية التي تمر بها البلاد فإن ذلك يستدعي الاستناد إلى قواعد استثنائية، وتصدر السلطة التنفيذية تشريعات الضرورة في الأحوال التي يتوافر فيها عنصر الضرورة لاستحالة مواجهة الأزمات بالقوانين العادية، مما يؤدي إلى التوسيع من مبدأ المشروعية، بما يمكن الإدارة من مواجهة حالات الأزمة.

وقد أخضع الفقه الفرنسي نظرية الضرورة لضوابط وشروط حتى لا يتعسف في استعمالها، مخالفاً في ذلك الفقه الألماني الذي عدّ تصرفات الدولة مشروعة على أي نحو، ولو خالفت القواعد القانونية القائمة، بإرادتها القانون، وكل ما تراه هذه الإدارة يعدّ عنواناً للمشروعية طالما يستند إلى حق الدولة في الدفاع الشرعي، فتلتزم الدولة بالقانون في أي زمن تشاء وبأي صورة تشاء. وأدى الاعتراف بنظرية الضرورة إلى إعطاء مكانة لها في التنظيم القانوني للدولة، عن طريق سن قوانين خاصة تنظم هذه الحالات، أو عن طريق نص

دستوري، فنظمها الدستور الفرنسي لسنة 1958 في المادة /16/، والدستور المصري لسنة 2014 في المادة /154/، كما عُنِيَ المشرع المصري بوضع تنظيم خاص لحالة الطوارئ حين أفرد لذلك قانوناً خاصاً وهو القانون رقم /162/ لسنة 1958. وكذلك نظمها الدستور السوري لسنة 2012 في المادة /114/ والمادة /102/ والمادة /103/.

يمكننا القول إنه في ظل الدولة القانونية والتزاماً بمبدأ المشروعية لا يحق للسلطة التنفيذية التعدي على القانون، وبعبارة أوضح لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تمارس التشريع الذي هو من اختصاص السلطة التشريعية وإذا ما حصل ذلك فإنه لا يمكن تسويغه بأي حال من الأحوال، ما لم تدفع السلطة التنفيذية بوجود حالة الضرورة، ومن ثم يجب التأكد من صحة هذا الدفع، وذلك عن طريق الرقابة على حالة الضرورة، والتأكد من قيام هذه الحالة والالتزام بضوابطها والجزاء المناسب الذي يجب أن يوقع في حالة مخالفة ذلك، وقد تركت الدساتير تقدير قيام حالة الضرورة للسلطة التنفيذية، فهي التي تقرر من بداية الأمر وجود حالة طارئة أو ظرفاً استثنائياً يتطلب اتخاذ تدابير عاجلة، إلا أن الفقهاء يؤكدون على ضرورة إخضاع هذا التقدير للرقابة، لاسيما الرقابة القضائية التي تعدّ من أهم صور الرقابة على أعمال الإدارة. فالقضاء هو أكثر الأجهزة القادرة على حماية مبدأ المشروعية والدفاع عن الحقوق والحريات الفردية نظراً إلى ما يتمتع به القضاء من استقلال وضمانات قانونية واتصافه بالحياد والموضوعية، سواء في مواجهة الأفراد أو في مواجهة الحكومة، وتولييه مهمة تحقيق العدالة بوساطة ما يصدره من أحكام قوة الشيء المقضي به

بوصفها عنوان الحقيقة وحكم القانون في موضوع النزاع، وبالتالي لا مجال للتأثير في الاعتبارات السياسية أو الشخصية في مجال الرقابة القضائية.

وتكمن أهمية الرقابة في كونها عنصراً أساسياً من عناصر دولة القانون وضمانة لاحترام مبدأ المشروعية، وبالتالي احترام الدستور، بحيث نستطيع التوفيق بين اعتبارين: الحفاظ على سلامة الدولة واستقرارها من ناحية، ووجوب احترام قواعد القانون من ناحية أخرى.

يرى الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا المعنى: "أن من كان مظلوماً وكان خصمه قوياً كالإدارة فلا بد من ملاذ يلوذ به ويتقدم إليه بشكوى ولا شيء أكرم للإدارة وأحفظ لمكانتها من أن تنزل مع خصمها إلى ساحة القضاء تنصفه أو تنصف منه وذلك أدنى إلى الحق والعدل وأبقى للهيبة والاحترام"⁽¹⁾.

وقد حمل القضاء الإداري على كاهله عبء تحقيق التوازن بين مقتضيات المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف الإدارة إذا ما اعتدت على هذه الحقوق، من خلال بسط رقابته على الأعمال التي تتخذها الإدارة في حالة الضرورة لصد انحراف الإدارة إزاء إساءة استخدامها لهذه السلطات، وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني من هذا البحث.

(1) د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري، المؤسسة

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري

في الظروف غير العادية

إذا كان التقدير الأول لحالة الضرورة - كما رأينا سابقاً - يتمثل في الاعتراف للإدارة بسلطات استثنائية لمواجهة هذه الحالة، حتى ولو كانت على حساب الحقوق والحريات العامة، فإن التقدير الثاني - الذي يجب معالجته الآن - يتمثل في أن الإدارة يقع عليها التزام بذل أكبر مجهود للحد من المساس بالحقوق والحريات العامة، ذلك أنه إذا كانت مسألة منح الإدارة سلطات استثنائية مسألة شبه متفق عليها، فإن ممارسة تلك السلطات يجب أن تكون تحت الرقابة والتي تمثل وسيلة قانونية فعالة لضمان الالتزام بالمبادئ والقواعد التي قررها الدستور، وضمانة أساسية تحمي الأفراد من تعسف الإدارة، لذلك فرض القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية رقابة قضائية كاملة على قرارات الضبط الإداري الصادرة في حالة الضرورة، ويجد هذا الاتجاه القضائي تفسيره في خطورة قرارات الضبط على حريات الأفراد وواجب القضاء في حماية الحريات من تعسف الإدارة، ومع استقرار هذه السياسة القضائية أدت النصوص التي جاء بها الدستور الفرنسي لعام 1958 والتي تأثر بها المشرع المصري وكذلك المشرع السوري إلى ظهور وجهات نظر بشأن السلطات الممنوحة لرئيس الجمهورية في مجال الضبط الإداري استناداً إلى هذه المواد،

ومدى الرقابة القضائية التي يمارسها مجلس الدولة بخصوص قرارات الضبط التي تصدر في حالة الضرورة.

والإشكال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتمثل في معرفة ماهية نطاق هذه الرقابة؟. بتعبير آخر مادامت النتيجة الأساسية لحالة الضرورة تتمثل في عدّ الإجراءات غير المشروعة بمثابة إجراءات مشروعة، فما المدى الذي يمكن للإدارة أن تتجاوزه وتمس الحقوق والحريات العامة، ومع ذلك لا يترتب عليها أي جزاء؟ وما المدى الذي إذا تجاوزته الإدارة ترتب على ذلك الخضوع للرقابة القضائية، وبالتالي توقع الجزاء؟ وإذا كانت أهم خاصية لنظرية الضرورة - مقارنة ببعض النظريات المشابهة - تقتضي بقاء الرقابة القضائية، على الإجراءات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة، فما الوسائل التي يتمتع بها المتضررون من الإجراءات الاستثنائية لاقتضاء حقوقهم؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية الرقابة القضائية

المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط الإداري في حالة الضرورة ووسائله

المبحث الأول

ماهية الرقابة القضائية

إن الرقابة القضائية رقابة قانونية يقوم بها قاضي مهمته مهمة قانونية، وهي التحقق من تطابق القانون لأحكام الدستور، ولا شك في أن الرقابة القضائية، كما تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر: " هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية، فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما أنها تكفل رد هذه السلطات إلى حدود هذه المشروعية، إن هي تجاوزت الحدود"، بمعنى إن دعوى الإلغاء لا ترفع إلا ضد قرار إداري غير مشروع، لمخالفته قواعد القانون فيما يتعلق بأي عنصر من عناصر القرار الإداري⁽¹⁾.

وعليه فإن دراستنا لهذا العنصر المهم سوف تتم من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الرقابة القضائية

المطلب الثاني: أنظمة الرقابة القضائية

(1) أ. مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011م، ص 5-6.

المطلب الأول

مفهوم الرقابة القضائية

لئن كان الأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع وإنما يقوم اختصاصها أساساً على تنفيذ القوانين، غير أنه استثناء من هذا الأصل وتحقيقاً لتعاون السلطات، فقد عهد المشرع الدستوري إلى السلطة التنفيذية في حالة الضرورة أعمالاً تدخل في نطاق الأعمال التشريعية. لذلك سارع المشرع في أغلب الدول إلى تبني نظرية الضرورة لينظمها في قواعد محددة سلفاً تمكن الجهات المعنية من مواجهة الظروف الاستثنائية أو بعضها بالطرق والأساليب والحدود التي نصّ عليها. وقد كان للرقابة على أعمال الإدارة في حالة الضرورة دوراً بارزاً لتكفل التوازن الدقيق بين تقديرات المحافظة على حقوق الأفراد وحياتهم وسلامة الدولة ودفع الأخطار عنها.

وهذا ما سيتم توضيحه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف الرقابة القضائية

الفرع الثاني: تمييز الرقابة القضائية عن غيرها من أنواع الرقابة

الفرع الأول

تعريف الرقابة القضائية

الرقابة لغةً: ذُكر في المنجد: رقبه رقوباً ورقابة ورقباناً ورقبة: حرسه وانتظره وحاذره، و(راقب الله في أمره): خافه. فالرقابة لغةً: هي المحافظة والانتظار، والرقيب هو الحافظ⁽¹⁾.

والرقابة اصطلاحاً: هي عملية متابعة دائمة ومستمرة للتأكد من أن العمل يجري وفقاً للتخطيط والأهداف والسياسات الموضوعية مسبقاً، أو هي العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل أحكام النظام متفقة مع أحكام الدستور، أي ناصفاً لمبدأ المشروعية⁽²⁾.

أما القضاء لغةً: إن القضاء مأخوذ من قضى، ويقضى، وقضياً، وقضاء، وقضية، ويقصد بالقضاء الحكم، والفصل، أو الأداء، والقضاء هو عمل مختص بالقاضي⁽³⁾.

(1) الأب لويس معلوف، المنجد في اللغة العربية، دار المشرق، بيروت، الطبعة الثالثة، 1956، ص 256

(2) د. خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010، ص 531.

(3) أ. د. محمد جبر الألفي، تعريف القضاء لغة واصطلاحاً، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.alukah.net تم الدخول للموقع بتاريخ: 15 / 9 / 2018 الساعة: 12:00 ظهراً.

ويعرف القضاء اصطلاحاً بأنه: إظهار حكم الشرع في الحادثة فيمن يجب عليه إمضاؤه⁽¹⁾. وقد تعددت آراء الفقهاء في هذا الصدد، فعرفه بعض الفقهاء بأنه: فصل الخصومات وقطع المنازعات، أو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله. والبعض الآخر عرفه بأنه: تبيان الحكم الشرعي والإلزام به بمقتضى قول ملزم صادر عن ولاية عامة بعد الترافع⁽²⁾.

وعُرفَ بأنه: الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية معينة، أو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الوجوب والإلزام⁽³⁾.

مما سبق يمكننا تعريف القضاء بأنه: إظهار حكم الشرع ممن له ولاية ذلك على وجه الخصوص والإلزام.

أما عن التعريف الاصطلاحي للرقابة القضائية، فتُعرَّف بأنها (إسناد الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية باعتبارها سلطة مستقلة دستورياً عن السلطة التنفيذية)⁽⁴⁾.

وتُعرَّف أيضاً بأنها (تلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم العادية أو الإدارية استناداً إلى نصوص القانون والتي يكون بموجبها لهذه

(1) أ. د. محمد جبر الألفي، تعريف القضاء لغةً واصطلاحاً، المرجع السابق.

(2) د. خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 533

(3) ما هو القضاء، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.sotor.com تم الدخول للموقع بتاريخ: 25 / 9 / 2019، الساعة 04:35 مساءً

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 90

المحاكم سلطة الفصل فيها وإصدار الأحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفاً فيها بما يكفل حقوق وحريات الخصوم⁽¹⁾

وعُرفت بأنها: "الضمان الفعلي للأفراد في مواجهة تجاوز الإدارة حدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها وخروجها عن حدود مبدأ المشروعية."⁽²⁾

وتُعد الرقابة القضائية من أهم صور الرقابة في الدولة، لأن القضاء هو الجهة المؤهلة لحماية مبدأ المشروعية من العبث به والخروج عن أحكامه، ويقوم القضاء بمهمته هذه إذا ما توافرت الضمانات الضرورية التي تكفل له الاستقلال في أداء وظيفته⁽³⁾.

وباستقراء ما سبق يمكن تعريف الرقابة القضائية بأنها: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم كيفية مباشرة السلطة التنفيذية في الدولة لوظيفتها الإدارية"

ويبقى القضاء هو الجهة المؤهلة لحماية مبدأ المشروعية، ولاسيما إذا توافرت له الضمانات الضرورية التي تكفل له الاستقلال في أداء وظيفته، كما أن المواطنين يشعرون بالثقة في أحكام السلطة القضائية لما يتوافر لرجال

(1) د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 61.

(2) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 230

(3) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 160.

القضاء من الدراية والمعرفة الحقوقية، والنزاهة والاستقلال في رقابتهم لأعمال الإدارة⁽¹⁾.

لذلك تأتي رقابة القضاء الإداري لكي تحقق التوازن اللازم لنظرية الضرورة. ففي مقابل السلطات غير العادية والتي تتحرر بمقتضاها الإدارة من قواعد المشروعية العادية، تأتي الرقابة للتأكد من وقوع حالة الضرورة بالفعل، ومن توافر التلازم والتناسب بين الإجراءات المتخذة وهذه الحالة، فالعنصران متكاملان حتماً ويرسمان معاً المضمون الحقيقي للنظرية، وسنعرض فيما يأتي عناصر هذه الرقابة:

أولاً- الرقابة على تحقق الظرف الاستثنائي:

إن أول عنصر في هذه الرقابة هو رقابة مجلس الدولة على وجود أو تحقق الظرف الاستثنائي الذي يسوّغ الخروج على قواعد المشروعية العادية، كأن تتعرض البلاد لخطر يهدد سلامة الدولة بسبب غزو خارجي أو اضطرابات داخلية تخل بالأمن إخلالاً شديداً، أو بسبب حدوث فيضان أو انتشار وباء ونحو ذلك⁽²⁾.

(1) د. عمر العبدالله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة

جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001م، ص 9-10

(2) حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.almerja.com تاريخ الدخول: 2019/2/15م، الساعة 03:30 صباحاً

ثانياً- استحالة مواجهة هذه الظروف بالوسائل العادية:

أي يشترط أن تكون الإجراءات الاستثنائية المخالفة للقانون لازمة وضرورية لمواجهة الظرف الاستثنائي، فإذا لم تكن لازمة وكان من الممكن مواجهة الظرف الاستثنائي بالوسائل العادية، فلا يكون الإجراء الاستثنائي مشروعاً ويبطل القرار الإداري. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الاضطرابات والأحداث التي سادت فرنسا عام 1968م تمثل بلا شك ظرفاً استثنائية، وهي بهذه الصفة تسوّغ عدم مراعاة الحكومة لما تطلبه القانون من ضرورة مراعاة بعض الشكليات قبل اتخاذ بعض القرارات، ولكن على العكس لم يكن من شأن تلك الظروف أن تسوّغ تدخل وزير التعليم الوطني في مسألة جعل تنظيمها بمرسوم يصدر من مجلس الوزراء نفسه.⁽¹⁾

ثالثاً- ملاءمة الإجراء المتخذ من الإدارة للظروف الاستثنائية:

يجب أن تراعي الإدارة الملاءمة في مدى التصرف ما بين الخطر المتوقع والإجراء الذي اتُخذ لمواجهته، أي لا تضحي بمصلحة خاصة في سبيل مصلحة عامة، إلا بمقدار ما تقتضيه الضرورة، فعلى الإدارة أن تختار من الوسائل أقلها ضرراً بالأفراد.⁽²⁾ وهذا ما يميز الظروف الاستثنائية عن السلطة التقديرية، ففي نطاق السلطة التقديرية لا يراقب القاضي الإداري درجة ملاءمة القرار مع الحالة الواقعية أو القانونية المكونة للسبب، وهذا هو الأصل العام،

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 222

(2) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوظيفية المعاصرة،

الشرعية الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008، ص 260

ولا يتحقق العكس إلا على سبيل الاستثناء بالنسبة إلى قرارات الضبط الإداري المقيدة للحريات، والواقع هو أن السلطة التقديرية تختفي إذا وصلت الرقابة إلى هذا الحد.⁽¹⁾

مما سبق يمكن القول إن التصرف أو الإجراء الصادر لمواجهة هذا الظرف الاستثنائي يجب أن يكون مما تقتضيه الضرورة القصوى وفي حدودها، أي إن الضرورة تقدر بقدرها، فإذا ما تجاوزت الإدارة هذا القدر فإنها تعرض نفسها للمساءلة، وتكون قراراتها عرضة للطعن أمام القضاء بالإلغاء أو التعويض.

رابعاً- أن يكون الإجراء الاستثنائي مستهدفاً لتحقيق المصلحة العامة: إن شرط المصلحة العامة شرط جوهري في كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة، سواء أكانت الظروف عادية أم استثنائية، وإن أي عمل تتخذه الإدارة يجب أن يقصد به تحقيق مصلحة عامة، وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق أغراض شخصية⁽²⁾.

وهكذا بدت أهمية الرقابة القضائية على ضوابط وحدود الإجراء الضابط في الأزمات والمحن والظروف غير العادية، لئلا تبقى الإدارة طليقة في إصدارها للقرارات من دون رادع، علماً أن المنوّط في هذه الحالة لا يقوم على

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 223

(2) أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور

في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14/ العدد 8/ 2007م، ص 245

أساس التحقق من مدى مشروعية القرار في مطابقته أو عدمها، وإنما على أساس توافر الضوابط التي تم التعرض إليها مسبقاً⁽¹⁾.

وقد لخص المبادئ السابقة المتصلة برقابة القضاء الإداري الحكم المهم للمحكمة الإدارية العليا المصرية عام 1962م، والذي جاء فيه: (أن سلطة الحكومة في هذا المجال-الظروف الاستثنائية-ليست ولا شك طليقة من كل قيد بل تخضع لأصول وضوابط. فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو للتدخل، وأن يكون تصرف الحكومة لازماً لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف وأن يكون رائد الحكومة في هذا التصرف ابتغاء مصلحة عامة. وبذلك تخضع مثل هذه التصرفات لرقابة القضاء. غير أن المناط في هذه الحالة لا يقوم على أساس التحقق من مدى مشروعية القرار من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للقانون، وإنما على أساس توافر الضوابط التي سلف ذكرها أو عدم توافرها. فإذا لم يكن رائد الحكومة في هذا التصرف الصالح العام، بل اتجهت إلى تحقيق مصلحة خاصة مثلاً، فإن القرار يقع في هذه الحالة باطلاً).⁽²⁾

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 224.

(2) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة العليا، السنة السابعة، ص 601

نقلاً عن د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 224

وتجدر الإشارة إلى أن النُظم القانونية تختلف في تحديد الشروط والضوابط والتفاصيل الدقيقة بحسب اختلاف أشكال الدول وطبيعة أنظمتها الدستورية والإدارية، إلا أنها في نهاية المطاف تؤدي إلى النتيجة ذاتها⁽¹⁾

وبالتالي، لا يترتب على نظرية الضرورة استبعاد الإجراءات والتدابير المتخذة في تلك المدة من ميدان الرقابة القضائية، وعليه يملك الأفراد حق الطعن في الإجراءات والتدابير غير العادية أمام القضاء الإداري الذي لم يتردد مطلقاً في إلغاء القرارات غير المشروعة، خصوصاً إذا تبين له تخلف أحد شروط تطبيق هذه النظرية، ولذا تعدّ نظرية الضرورة مكملّة لمبدأ المشروعية وليست استثناءً عليه.

وهكذا وبعد أن عرفنا الرقابة القضائية وعالجنا عناصرها، لابد من تمييزها عن غيرها من أنواع الرقابة من خلال مايلي،

(1) أ. عاصم بن سعود السياط، نظرية الظروف الاستثنائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

الفرع الثاني

تمييز الرقابة القضائية عن غيرها من أنواع الرقابة

إن رقابة مشروعية أعمال الإدارة لا تخرج عن الأوجه الثلاثة الآتية: الرقابة السياسية، والرقابة الإدارية، والرقابة القضائية، وليس هناك خلاف في أن الرقابة القضائية هي من أهم الضمانات جدية وفاعلية، فهي ضرورة في الأوقات العادية وحتمية في الأوقات الاستثنائية وذلك لضمان احترام السلطة التنفيذية لقواعد المشروعية كافة سواء العادية أو الاستثنائية.

وسنبين في هذا المطلب الفرق بين أنواع الرقابة من خلال ما يأتي:

أولاً- الرقابة البرلمانية:

وهي الصلاحية الممنوحة للبرلمان، بوصفه ممثلاً للشعب، لمراقبة أعمال وتصرفات السلطة التنفيذية، بهدف التأكد من احترامها لواجباتها، واحترام الإجازة التي أعطاها البرلمان للحكومة⁽¹⁾.

ومن المسلم به وجود رقابة سياسية من قبل البرلمان على الأعمال الصادرة في حالة الضرورة، وهذه الرقابة تكون سابقة أو لاحقة، وتتمثل الرقابة السابقة في الحصول على إذن من البرلمان للسلطة التنفيذية في إصدار لوائح

(1) د. حسن البحري، الرقابة البرلمانية، بحث للموسوعة القانونية المتخصصة، منشور على الموقع الإلكتروني: www.parliament.gov.sy تاريخ الدخول للموقع 2020/1/12

الضرورة، لكن هذا الإذن غير كاف لأنه يتم قبل الإجراء، وإن كان يشكل أولى مراحل الرقابة، وأما الرقابة اللاحقة فتتم بإحدى الصورتين الآتيتين إما إقرار البرلمان للقوانين التي تصدر لها هذه اللوائح، أو تصديق البرلمان على لوائح الضرورة، وهذا التصديق إما أن يكون بالموافقة أو بالتعديل كتخفيض المدة التي تسري فيها اللائحة، ورفض التصديق لا يمنع من بقاء بعض الآثار في الماضي وهي تلك التي يستحيل محوها⁽¹⁾.

وقد نظمت معظم الدساتير في عصرنا الراهن هذه الرقابة، وذلك بتحويل حق التشريع لرئيس الجمهورية في أثناء انعقاد دورات مجلس الشعب، مع ضرورة توافر ظروف خاصة تمس مصالح البلاد القومية، استدعت إصدار هذه المراسيم، وأظهرت كيفية هذه الرقابة على سلطات الضبط الإداري في هذه الحالة، ففي فرنسا أوجدت المادة /16/ من الدستور الفرنسي لعام 1958- التي سبق الإشارة إليها - نوعين من الرقابة، الأولى رقابة المجلس الدستوري والثانية الرقابة البرلمانية، إذ إن الرقابة الأولى ليست بالرقابة الفعالة لكون الرئيس غير ملزم برأي المجلس الدستوري، فهي رقابة دستورية غير مجدية، أما في الرقابة البرلمانية فقد أوضحت المادة /16/ أن رئيس الجمهورية لا يستطيع حل الجمعية الوطنية خلال مدة تطبيقها، وهو ما يعد نوعاً من الرقابة السياسية على سلطات رئيس الجمهورية خلال تطبيق المادة /16/، كذلك فإن اجتماع

(1) د. سمير داوود سليمان، مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية، دراسة

مقارنة، الطبعة الأولى، دار الوليد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015، ص 87 وما بعدها

البرلمان بقوة القانون يشكل نوعاً من أنواع الرقابة السياسية أيضاً⁽¹⁾، وهو ما يعني إمكانية مناقشة قرارات الرئيس وإلغاءها وتوجيه اللوم إليه أو تهمة الخيانة العظمى بموجب نص المادة / 68/ من الدستور⁽²⁾.

كما نلاحظ أنّ نص المادة / 38/ من الدستور الفرنسي نصت على أنه: "يجوز للحكومة في سبيل تنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان الإذن، أو الترخيص لها بإصدار مراسيم - خلال فترة محددة - لاتخاذ إجراءات تدخل في نطاق القانون"، ويقصد المشرع الدستوري بكلمة الحكومة الواردة في هذه المادة السلطة التنفيذية التي لا تقتصر على رئيس مجلس الوزراء فحسب، بل تشمل رئيس الجمهورية أيضاً، لأن هذه المادة تشترط صدور الأوامر التي تنص عليها من مجلس الوزراء، وهذا المجلس يرأسه رئيس الجمهورية طبقاً للمادة التاسعة من الدستور، مما يفيد بأنه يجوز لكل من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء، أن يتقدم إلى البرلمان طالباً تفويضه في إصدار هذه الأوامر التي يجب أن تحمل توقيعيهما معاً⁽³⁾، طبقاً لما تنص عليه المادتان 13 و 19 من الدستور⁽⁴⁾.

(1) د. علي نجيب حمزة، سلطات الضبط الإداري، في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2017، ص 176

(2) نصت المادة / 68/ من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أنه: " لا تجوز تحية رئيس الجمهورية إلا في حال إخلاله بواجباته بما يتنافى بشكل واضح مع ممارسة ولايته وينطق بالتحي للبرلمان المشكل في هيئة محكمة عليا".

(3) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 92.

(4) تنص المادة / 13/ من الدستور الفرنسي على أنه: " يوقع رئيس الجمهورية الأوامر والمراسيم التي تتم المداولة بشأنها في مجلس الوزراء ويقوم بإسناد الوظائف المدنية والعسكرية في الدولة.....". أما المادة / 19/ فتنص على أن: " يوقع رئيس الجمهورية =

يتضح مما سبق أن الدستور الفرنسي أخذ بظاهرة التفويض التشريعي لأهميتها في مواجهة حالة الضرورة، ولكن القرارات الصادرة عن البرلمان هي تفويض للسلطة التنفيذية، وعليه تكون القرارات الصادرة بموجب هذه القوانين لها قوة وطبيعة القانون، الأمر الذي يؤدي إلى تحصين هذه القرارات من رقابة القضاء الإداري، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في أول الأمر مما نتج عنه امتناع المجلس عن رقابة القرارات التي لها قوة القانون، ولكن تعرضت هذه النظرية لانتقادات شديدة نظراً إلى ما ترتب عليها من حصانة القرارات بقوانين من الطعن فيها أمام القضاء الإداري، إضافةً إلى أن البرلمان لا يملك سلطة تفويض اختصاص له من دون سند دستوري، إذ إن التشريع هو وظيفة للبرلمان وليس حقاً له يتصرف فيه كما يشاء⁽¹⁾.

وكذلك الأمر في الدستور السوري الحالي، إذ خولت المادة/ 113/ منه رئيس الجمهورية أن يمارس سلطة التشريع في أثناء انعقاد البرلمان، إذا كان هناك ضرورة ملحة تمس مصالح البلاد القومية أو مقتضيات الأمن القومي تدعو إلى إصدار التشريع، والمسلم به في القضاء أنه يترك لرئيس الجمهورية تقدير ما ينطوي تحت هذا الوصف، والرقابة عليه في هذا الخصوص رقابة

= وإلى جانبه توقيع الوزير الأول وعند الاقتضاء من الوزير المسؤول باستثناء بعض الحالات التي نص عليها الدستور صراحة"

(1) د. فارس عبد الرحيم حاتم، الرقابة القضائية والقرارات بقوانين، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.almerja.com تاريخ الدخول للموقع: 20/ 12/ 2019 الساعة

سياسية يقوم بها البرلمان⁽¹⁾. كما نلاحظ الدور الذي تقوم به الرقابة البرلمانية على التشريعات الصادرة في حالة الضرورة من نص الفقرة الثانية من هذه المادة التي فرضت عرض هذه التشريعات (المراسيم التشريعية)⁽²⁾ على المجلس خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد أول جلسة، ويحق له إلغاؤها أو تعديلها من دون أثر رجعي.

وهذا ما أكدته محكمة النقض - دائرة المواد الجنائية - في الدعوى أساس 1005 وقرار 1219 تاريخ 1980/11/9 إذ أوضحت المحكمة في حيثيات حكمها عندما دفع بعدم دستورية مرسوم لعرضه على مجلس الشعب، أنه " لما كان المرسوم التشريعي رقم / 13 / المؤرخ في 1974/2/15 الخاص بمكافحة التهريب والذي صدر عن رئيس الجمهورية ونشر في الجريدة الرسمية، وإن

(1) محمد سامر التركاوي، رئيس الدولة في النظام الدستوري السوري، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2011، ص 242

(2) تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرعين السوري والمصري لم يتفقا على تسمية موحدة للتشريعات التي تصدرها السلطة التنفيذية، فالمشرع المصري أطلق عليها تسمية قرارات وأعطاهها قوة القانون، أما المشرع السوري فأطلق عليها وصف تشريعات، والمستقر عليه في القضاء الإداري المصري والفرنسي أن مراسيم الضرورة أو لوائح الضرورة قرارات إدارية يجوز طلب إلغائها قبل أن يصدق عليها البرلمان، أما بعد التصديق فتتحول إلى تشريعات عادية لا يمكن أن توجه إليها دعوى الإلغاء

راجع في ذلك د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة، القاهرة، 1996، ص 68.

صدر في فترة الانعقاد العادي للمجلس، كما يشير إلى ذلك كتاب رئاسة مجلس الشعب رقم (283، تاريخ 1980/3/30)، إلا أنه في واقع الأمر يعدّ ضرورة قصوى لمصالح البلاد القومية، ذلك أن القيود التي تفرضها الدولة لمنع الاستيراد والتصدير، لا تهدف بها دائماً إلى رعاية مصالحها الاقتصادية، فحسب وإنما قد تريد بها أساساً حماية مصالح سياسية أو اجتماعية أو صحية، الأمر الذي يجعل من إصدار المرسوم التشريعي رقم 13/ من الضروريات القصوى التي تمس مصالح البلاد القومية وهو حق يملك إصداره رئيس الجمهورية، وكان عدم عرض المرسوم التشريعي المذكور على مجلس الشعب وعدم إقراره منه حتى الآن لا يحول دون استمرار نفاذه، ذلك أن الدستور لم يعلق أمر نفاذه على موافقة مجلس الشعب، بل صرح بأنه يملك في أي وقت إلغاء أو تعديل أحكامه على أن لا يكون لهذا الإلغاء أو التعديل أثر رجعي، وعلى هذا فإنه مادام المجلس لم يلغّه أو يعدله فإنه يظل ساري المفعول" (1).

ولكن الملاحظ أن الدستور السوري أغفل النص على ظاهرة التفويض التشريعي والتي تمثل تنازل البرلمان عن جانب من اختصاصه التشريعي، وإسناده إلى السلطة التنفيذية لتبشره عن طريق إصدارها قرارات لها قوة القانون، ويرى بعض الفقهاء أن المشرع الدستوري السوري كان منطقياً مع نفسه نظراً إلى أنّ السلطة الجديدة لرئيس الجمهورية أوسع من التفويض، لأن تقدير ما

(1) محمد سامر التركاوي، رئيس الدولة في النظام الدستوري السوري، دراسة تحليلية مقارنة،

يعدّ ضرورة منوط برئيس الجمهورية ولم يفرض عليه قيوداً موضوعية أو زمنية مما ورد النص عليه في الدساتير التي نظمت حالة التفويض التشريعي⁽¹⁾.

وفي مصر بالرغم من أن عدداً من الفقهاء يرون وجوب انعقاد مجلس الشعب في أثناء فترة الأزمات، وكذلك إعطاء الحق في الرقابة على القرارات التي تصدر استناداً إلى المادة/156/ من الدستور المصري - التي سبق الإشارة إليها - إلا أنهم أقرّوا بضعف تلك الرقابة وبأنها لا تتعدى عملية المناقشة لتلك القرارات فقط من دون اتخاذ قرار حيالها بالموافقة أو عدمها، ولم يعد رئيس الجمهورية صاحب الاختصاص بإصدار لوائح الضرورة، إذ أعطت المادة/172/ من الدستور المصري⁽²⁾، لرئيس مجلس الوزراء إصدار لوائح الضبط الإداري.

يمكن القول إن الرقابة البرلمانية قليلة الجدوى من الناحية العملية إذ انقُدت من أوجه عدّة كالاتي:

- أن جدية الرقابة البرلمانية تتوقف على قدرة أعضاء البرلمان على مواجهة الحكومة من عدمه

- تلجأ الحكومة إلى إصدار عدد كبير من اللوائح في حالة الضرورة ويصعب ممارسة الرقابة البرلمانية عليها، خاصة إذا أحالت الحكومة

(1) د. حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2005، ص 947-948.

(2) نصت المادة/172/ من الدستور المصري لعام 2014 على أن: " يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء "

هذا العدد الكبير من اللوائح في وقت واحد، مما يصعب مراجعتها جيداً والاضطرار إلى الموافقة عليها⁽¹⁾.

وهكذا نلاحظ مما سبق أن الرقابة البرلمانية على القرارات واللوائح المتخذة في ظل حالة الضرورة تتم عن طريق عرض هذه القرارات والأوامر واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية على البرلمان للتصديق عليها أو إلغائها، إذا حملت في طياتها مخالفة، ويتحقق ذلك أيضاً بما يملكه البرلمان من الوسائل المقررة له في النظام البرلماني مثل سؤال الوزراء أو استجوابهم، ويتم عرض هذه اللوائح والقرارات في أقرب وقت ممكن ليبت فيها، كما نلاحظ أن الرقابة البرلمانية في فرنسا تقتصر على مجرد الاستشارة فقط وليس الرقابة، فالنظام القانوني في فرنسا يجعل الرقابة سابقة وليست لاحقة، كما هو الحال في مصر وسورية.

ثانياً - الرقابة الدستورية:

يبسط القضاء الدستوري رقابته على جميع أركان التشريع وعناصره، قانوناً كان أم لائحة إدارية، سواء في ذلك العناصر التي تعدّ سلطة المشرع بالنسبة إليها سلطة مقيدة، وتلك التي يتمتع المشرع بالنسبة إليها بسلطة تقديرية، ويمثل دور القاضي الدستوري في هذا المجال الدور الذي يقوم به القاضي الإداري في رقابته على أركان القرار الإداري، والأساس في الحالتين هو أنه لا توجد في الدولة القانونية أية سلطة لا تخضع لرقابة القضاء، مهما

(1) د. سمير داوود سليمان، مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية، دراسة

كانت درجة السلطة التقديرية التي تتمتع بها، وإذا ما رجعنا إلى الأنظمة الدستورية المقارنة نجد أن طرق الرقابة على دستورية القوانين قد اختلفت باختلاف هذه الأنظمة، وتعدد اتجاهاتها، فمنها ما يجعل مهمة الرقابة الدستورية منوطة بهيئة سياسية كالمجلس الدستوري في فرنسا، ومنها ما يوكل تلك المهمة إلى هيئة قضائية كالمحكمة الدستورية العليا في مصر، وبالنسبة إلى موقف المشرع الدستوري في سورية فقد تبنى الأسلوب القضائي في هذا الشأن، إذ أوكل هذه المهمة إلى محكمة متخصصة أنشئت خصيصاً لهذا الغرض أطلق عليها اسم " المحكمة الدستورية العليا". ومن المعلوم أن الرقابة الدستورية تستهدف أساساً صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه بوصفه القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى الأصول والقواعد التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ومما لا شك فيه أن هذا الهدف لا يتحقق إلا إذا انبسطت رقابة المحكمة الدستورية العليا على التشريعات كلها على اختلاف أنواعها ومراتبها، وسواء أكانت تشريعات أصلية صادرة عن الهيئة التشريعية أم تشريعات فرعية صادرة عن السلطة التنفيذية في حدود اختصاصها الدستوري (اللوائح والأنظمة) ⁽¹⁾. فقد نصت المادة /147/ من الدستور السوري في بندها الأول على أن: " تتولى المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية القوانين على النحو التالي: 1- النظر بعدم دستورية قانون والبت فيها وفقاً لما يأتي: أ-

(1) د. حسن مصطفى البحري، رقابة الدستورية في الجمهورية العربية السورية، دراسة تحليلية في ضوء قانون المحكمة الدستورية العليا رقم /7/ لعام 2014، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 33، العدد الأول، 2017، ص 57.

إذا اعترض رئيس الجمهورية أو خمس أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل إصداره يوقف إصداره إلى أن تبت المحكمة فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها، وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة أن تبت فيه خلال مدة سبعة أيام.

ب-إذا اعترض خمس أعضاء مجلس الشعب على دستورية مرسوم تشريعي خلال مدة خمسة عشر يوماً تلي عرضه على المجلس، ويجب على المحكمة أن تبت فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها"

كما بين قانون المحكمة الدستورية العليا لعام 2014 دور المحكمة في الرقابة على المراسيم التشريعية وعلى اللوائح والأنظمة بموجب المادة/ 13/ والمادة/ 14/ من هذا القانون⁽¹⁾.

(1) نصت المادة /13/ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: " تتولى المحكمة الرقابة على دستورية مرسوم تشريعي وفقاً للآتي: أ- إذا اعترض خمس أعضاء مجلس الشعب على دستورية مرسوم تشريعي خلال خمسة عشر يوماً تلي تاريخ عرضه على المجلس يسجل الاعتراض في سجل خاص لدى ديوان المحكمة، ب- تبت المحكمة في الاعتراض خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيله، ج- تبلغ المحكمة قرارها إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشعب خلال ثلاثة أيام على الأكثر تلي تاريخ صدوره" ونصت المادة/ 14/ على أن: " تتولى المحكمة الرقابة على دستورية اللوائح والأنظمة وفقاً لما يلي: أ- إذا اعترض خمس أعضاء مجلس الشعب على دستورية اللوائح أو الأنظمة خلال خمسة عشر يوماً تلي تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية يسجل الاعتراض في سجل خاص لدى ديوان المحكمة. ب- تبت المحكمة في الاعتراض خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيله. ج- تبلغ المحكمة قرارها إلى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الشعب خلال ثلاثة أيام على الأكثر تلي تاريخ صدوره".

وأوضح النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري في الفصل الثاني من الباب الخامس منه في المادة /110/ ما يأتي:

" أ- لخمسة أعضاء المجلس حق الاعتراض على دستورية مرسوم تشريعي خلال مدة خمسة عشر يوماً من انعقاد دورة المجلس التي يجب عرض المرسوم التشريعي فيها

ب- يسجل الاعتراض في ديوان المجلس بعد أن يتثبت رئيس المجلس من عدد المعترضين وتواقيعهم ويبلغ إلى المحكمة الدستورية العليا وتبلغ صورة عنه إلى رئاسة الجمهورية

ج- يجب على المحكمة الدستورية العليا أن تبت في الاعتراض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها"

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الرقابة على دستورية المراسيم التشريعية التي تمارسها المحكمة الدستورية العليا بموجب المادة /147/ من الدستور تختلف عن حق إلغاء هذه المراسيم أو تعديلها من مجلس الشعب استناداً إلى الفقرة /3/ من المادة /113/ من الدستور - المشار إليها سابقاً - فالإلغاء أو التعديل من جانب مجلس الشعب لا يكون بأثر رجعي ينسحب إلى تاريخ إصدار تلك التشريعات، وإنما بأثر فوري مباشر، أي من تاريخ إصدار مجلس الشعب قانون تعديل تلك المراسيم أو إلغائها بالأكثرية المطلوبة، أما إلغاء المراسيم التشريعية من قبل المحكمة الدستورية العليا عند مخالفتها لنصوص الدستور فيكون بمفعول رجعي ولا يرتب أي أثر، إذ يلغي حكمها جميع الآثار القانونية التي ترتبت قبل الإلغاء، ومعنى ذلك أن الرقابة التي

تمارسها هذه المحكمة هي (رقابة إلغاء) تؤدي إلى إعدام القانون والمرسوم التشريعي بأثر رجعي، إذ يلغي حكمها جميع الآثار القانونية التي ترتبت قبل الإلغاء وتكون قراراتها في هذا الشأن مبرمة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن وعلى جميع السلطات تنفيذها، إلا أنه يجوز للجهة المعارضة على دستورية القانون أو المرسوم التشريعي التراجع عن اعتراضها قبل صدور قرار المحكمة بشأنه وتقوم المحكمة في هذه الحالة بحفظ الاعتراض.

كما نلاحظ الدور الرقابي للمجلس الدستوري في فرنسا من خلال الشروط التي تتطلبها المادة / 16/ من الدستور الفرنسي، فثمة شروط موضوعية وهي وجود خطر جسيم وحال، وأن يعوّق هذا الخطر مؤسسات الدولة الدستورية، وشروط شكلية في الحصول على رأي المجلس الدستوري وأخذ رأي رئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ ورأي الوزير الأول وتوجيه رسالة إلى الأمة، ويظهر من خلال ذلك أن دور المجلس الدستوري بصدد المادة 16 من الدستور الفرنسي يدور في مرحلتين: **المرحلة الأولى** تتعلق بطلب رأي المجلس الدستوري قبل إعلان العمل بالمادة/16/ من الدستور الفرنسي، ودوره في المرحلة الأولى تحقق عندما طلب منه الرأي في 23/ نيسان/ 1961 يوم العمل بالنص المتعلق بالمادة /16/ من توافر الشروط الموضوعية والتحقق من وجود هذه الشروط، بل إن المجلس الدستوري قد تحقق من أن السير المنتظم للسلطات العامة لن يتحقق مع وجود الظروف المتعلقة بالتمرد العسكري في الجزائر، والتي دفعت إلى العمل بالمادة /16/ من الدستور الفرنسي. وأما **المرحلة الثانية** والتي تتعلق بدور المجلس الدستوري من الإجراءات المتخذة بناء على المادة /16/ من الدستور الفرنسي 1958 فإن المادة /16/ تحدد

نطاق رقابة المجلس الدستوري في أن رقابته لا تتعدى الدور الاستشاري فقط لهذه الإجراءات، ونص المادة /16/ أيضاً يضاعف من دور المجلس الدستوري، مع العلم أن دوره لا يتجاوز إبداء الرأي من دون أن يستطيع إلزام رئيس الجمهورية بهذا الرأي⁽¹⁾.

وبالتالي لا يمكن إخضاع هذه الإجراءات لرقابة المجلس الدستوري، لأنها ليست قوانين، إذ إن مصدرها رئيس الجمهورية وليس البرلمان. أما الدور الرقابي للمحكمة الدستورية العليا في مصر فقد جاء أكثر وضوحاً من دور المجلس الدستوري في فرنسا بخصوص المادة /156/ من الدستور المصري لعام 2014 - المشار إليها سابقاً - فكان لها دور في تحديدها لطبيعة الإجراءات المتخذة طبقاً للمادة /156/ من الدستور المصري، وأُتيح لها أن تفصح عن اتجاهها ودورها الرقابي لتقييم شروط الضرورة المسوّغة لممارسة رئيس الجمهورية للسلطات الاستثنائية في المادة نفسها، والرقابة القضائية على الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة /156/، فجاء القانون 48 لعام 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا وورد النص على اختصاصاتها في المادة /25/ منه التي نصت على أن " تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي: أولاً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح... "، وقد أخضعت المحكمة الدستورية العليا القوانين الصادرة من رئيس الجمهورية للرقابة على دستورتها على الرغم من استفتاء الشعب على هذه القوانين، إذ قررت المحكمة الدستورية العليا أن الموافقة الشعبية على مبادئ معينة طرحت

(1) د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة

في الاستفتاء لا ترقى بهذه المبادئ إلى مرتبة النصوص الدستورية، وبالتالي لا تصح هذه الموافقة الشعبية ما قد يشوب النصوص التشريعية المقننة لتلك المبادئ من عيب مخالفة الدستور، وإنما تظل هذه النصوص على طبيعتها كعمل تشريعي أدنى مرتبة من الدستور، فتتقيد بأحكامه وتخضع لرقابته الدستورية من قبل المحكمة الدستورية العليا ⁽¹⁾.

وبمقارنة النصين المصري والفرنسي يتضح أن النص في المادة /16/ من الدستور الفرنسي يتضمن بعض القيود على سلطة رئيس الجمهورية، وهي الالتزام باستشارة جهات معينة، وانعقاد البرلمان بقوة القانون، وعدم جواز حله في أثناء تطبيق المادة /16/، وجاء في المقابل النص في المادة /156/ من الدستور المصري متضمناً ضماناً مهمة هي إخضاع كافة الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية استناداً إلى هذه المادة للاستفتاء.

وأما فيما يتعلق بالرقابة القضائية على الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية استناداً إلى المادة /16/ من الدستور الفرنسي فإن المجلس الدستوري لا يمارس أية رقابة قضائية في هذا المجال، لا يختص برقابة الأعمال الصادرة عن رئيس الجمهورية كما أن هذه المادة لا تمنحه سوى دور استشاري فقط، وهي استشارة مسبقة يطلبها منه رئيس الجمهورية بصدد اللجوء إلى تطبيق المادة /16/ وهذا الرأي لا يعدو أن يكون مجرد رأي غير ملزم ولا تأثير له من الناحية القانونية وذلك على عكس الرقابة التي

(1) د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة

تمارسها المحكمة الدستورية العليا بصدد المادة/156/ من الدستور المصري، فهي رقابة قضائية شاملة ولاحقة على القوانين واللوائح.

ثالثاً - الرقابة الإدارية:

وهي أن تتولى الإدارة بنفسها مراقبة مدى مطابقة تصرفاتها للقانون إما بناءً على طلب الأفراد أو من تلقاء نفسها، وتأخذ هذه الرقابة صوراً ثلاثاً:

التظلم الولائي: وذلك بأن يتقدم ذو المصلحة إلى من صدر منه التصرف المخالف للقانون طالباً منه أن يعيد النظر في تصرفه، إما بسحبه أو بإلغائه أو بتعديله أو باستبدال غيره به، بعد أن يبصره بوجه الخطأ الذي ارتكبه.

التظلم الرئاسي: وهنا يتظلم المضرور إلى رئيس مصدر القرار، فيتولى الرئيس بناءً على سلطته الرئاسية سحب القرار أو إلغائه أو تعديله بما يجعله مطابقاً للقانون، وقد يتولى الرئيس من تلقاء نفسه ممارسة هذه السلطة من دون تظلم.

التظلم إلى لجنة إدارية خاصة: وهذه اللجنة تشكل عادة من موظفين إداريين من طبقة معينة، وتحقق للأفراد بعض الضمانات التي لا تتوفر في الطريقتين السابقتين⁽¹⁾.

(1) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، الكتاب

الواقع أن كلاً من الرقابتين القضائية والإدارية تهدف إلى إلزام الإدارة باحترام مبدأ المشروعية في جميع التصرفات والأعمال التي تجريها، ومنعها من التعدي على حقوق الأفراد وحياتهم، وهذا يعني أن الأساس الذي يستند إليه كل من الرقابتين واحد، ولكن لكل منهما طبيعتها المتميزة عن الأخرى، ويمكن إجمال الفروق فيما يأتي:⁽¹⁾

1- من حيث الجهة التي تتولى الرقابة: فالرقابة القضائية، هي من اختصاص القضاء، وهو هيئة بعيدة عن الإدارة لها ضماناتها واستقلالها، ولا تقتصر ممارسة الرقابة على القضاء الإداري (في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج) وإنما يشترك فيها كذلك القضاء العادي، أما الرقابة الإدارية فهي من اختصاص الإدارة ذاتها، ومن أجل ذلك سميت بالرقابة الذاتية.

2- من حيث الإجراءات والمواعيد: يتوجب في الرقابة القضائية التقيد بإجراءات معينة ومواعيد محددة، وهذا بعكس الرقابة الإدارية التي لا تحتاج إلى التقيد بإجراءات ومواعيد بخصوص التظلمات التي ترفع إليها. ومع ذلك فإن التظلم الإداري لكي ينتج أثره في قطع سريان ميعاد الطعن القضائي يجب أن يتم تقديمه خلال المدة المحددة لرفع هذا الطعن. ويمكن للإدارة أن تمارس الرقابة الإدارية من تلقاء نفسها أو بناءً على تظلم ذوي الشأن، أما بالنسبة إلى الرقابة القضائية فإن القضاء لا يستطيع ممارستها إلا بناءً على دعوى تُرفع إليه من صاحب المصلحة.

(1) د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، المرجع السابق،

3- من حيث مدى الرقابة: إن الرقابة القضائية تتمثل في مشروعية أعمال الإدارة وتصرفاتها لمعرفة مدى اتفاقها مع مبدأ المشروعية، بمعنى أنه لا سلطان للقضاء على تصرف الإدارة المشروع مهما كانت درجة ملاءمته لمقتضى الحال في حدود فكرة الانحراف، أما الرقابة الإدارية فإنها تتناول المشروعية والملاءمة معاً، في حدود القواعد التي تحكم استقرار القرارات الإدارية المشروعة، أي إن الرقابة القضائية تشمل جميع أعمال الإدارة سواء ما يتعلق بالأعمال القانونية أو ما يتعلق بالأعمال المادية، وفي حال مخالفة التصرف لمبدأ المشروعية، فإن مهمة القاضي تقتصر على الإلغاء أو التعويض أو كليهما معاً. في حين أن الإدارة في مجال ممارستها للرقابة على أعمالها تستطيع أن تلغيها أو تسحبها أو تعدلها أو تستبدل بتصرفاً اتخذته بتصرف آخر.

4- من حيث الفصل في النزاع المعروض على الإدارة أو على القضاء: إذا ما لجأ أحد الأفراد إلى رفع دعوى ضد الإدارة أمام القضاء، بقصد إلغاء أحد تصرفاتها المعيبة أو الحصول على التعويضات الموازية للأضرار التي لحقت به، فإن القاضي ملزم بالفصل فيها، ولا يستطيع أن يمتنع عن الحكم فيها وإلا ارتكب جريمة إنكار العدالة وعدم احقاق الحق، أما الإدارة فإنها ليست ملزمة بالرد على التظلمات التي يرفعها الأفراد إليها، ما لم يقرر المشرع خلاف ذلك.

5- من حيث الحجية: تنتهي الرقابة القضائية بحكم يحوز قوة القضية المقضية أو حجية الشئ المقضي فيه، بحيث لا يجوز إثارة النزاع بشأنه من

جديد إذا توافرت فيه الشروط الخاصة، أما الرقابة الإدارية فإنها تنتهي بقرار يخضع لما تخضع له سائر القرارات الإدارية، فيجوز التظلم منه من جديد، وتملك الإدارة أن تعيد النظر فيه، ويمكن رفع دعوى بشأنه أمام القضاء .

ينجم مما تقدم أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحاكم لضمان المشروعية، من أهم أنواع الرقابة التي تمارس على أعمال الإدارة وخاصة في الظروف غير العادية، علماً أن هذه الرقابة لا تتحرك تلقائياً إلا عن طريق الطعون المقدمة من ذوي المصلحة، وتباشرها المحاكم بما لها من ولاية على الأشخاص عامة كانت أو خاصة، فحقوق الأفراد وحياتهم لا يمكن ضمانها بصورة جدية إلا في ظل هذه الرقابة، لأن القضاء نظراً إلى استقلاله وحياده وتخصصه يتمكن من فصل المنازعات بكفاءة ونزاهة، إضافة إلى أن الرقابة القضائية على الإدارة هي الأسلوب الوحيد والفعال لضمان احترام سلطات الإدارة للقانون، فالقضاء هو تلك الجهة التي يجب أن تراقب قرارات وأعمال الإدارة، وتوقع جزاء البطلان أو الإلغاء في حالة خروجها عن القانون.

بعد أن ميزنا بين أنواع الرقابة سننتقل لبيان أنظمة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المطلب التالي.

المطلب الثاني

أنظمة الرقابة القضائية

الرقابة القضائية على الإدارة تعني- كما قلنا سابقاً - أن بحث مشروعية أعمال الإدارة يخضع للمحاكم، التي تتكون من قضاة يتسمون بالاستقلال عن الإدارة بالإضافة إلى سعيهم الطبيعي لتحقيق العدالة ومنع التعسف، وذلك بحكم وظيفتهم القضائية وبحكم ثقافتهم القانونية. إلا أن الدول لم تتبع نظاماً أو مبدأ واحداً، ومن ثم تنوعت النظم القضائية فيما بينها. وبوجه عام يمكن القول إنه يوجد بين الدول نظامان أساسيان للرقابة القضائية على الإدارة:

النظام الأول هو ما يعرف بنظام القضاء الموحد ومعناه أن المنازعات الإدارية التي تثار بين الإدارة والأفراد تدخل في اختصاص الجهة القضائية نفسها التي تتولى، فضلاً عن المنازعات الإدارية، الفصل في منازعات الأفراد فيما بينهم، فالقضاء في ظل هذا النظام موحد للمنازعات كافة، لا فرق بين منازعة بين إدارة وفرد أو منازعة بين فرد وفرد آخر، فكل تلك المنازعات تنظرها المحاكم نفسها التي على قمته محكمة عليا واحدة مثل محكمة النقض أو التمييز. وأخذت بهذا النظام إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية.

وفي مقابل ذلك هناك دول تأخذ بما يسمى بنظام القضاء المزدوج، وفي ظل هذا النظام توجد جهتان قضائيتان منفصلتان ومستقلتان عن بعضهما: هناك من ناحية أولى جهة القضاء العادي وتختص بالفصل في منازعات الأفراد فيما بينهم، وتوجد من ناحية ثانية، جهة قضاء إداري مستقلة عن جهة

القضاء العادي وتتولى الفصل في المنازعات الإدارية التي تثار أساساً بين الإدارة والأفراد. فنظام القضاء المزدوج يقوم على فكرة التخصص، فكل جهة قضائية تتخصص في قطاع متكامل من المنازعات.⁽¹⁾

وهذا ما سنورده شرحاً وبياناً وفقاً لما يأتي:

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 85-

الفرع الأول

نظام القضاء الموحد

المقصود بنظام القضاء الموحد هو وجود قضاء واحد ذي اختصاص شامل للمنازعات كافة، سواء أكان ذلك فيما يتعلق بالأفراد أم بتلك الناجمة عن فاعليات الإدارة المختلفة، ويوجد هذا النظام في كل من إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية، ووفقاً لهذا النظام يتولى القضاء العادي، المتمثل في محاكمه على اختلاف أنواعها ودرجاتها مهمة الفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية والجزائية والإدارية على السواء، وهذا يعني أن اختصاص القضاء العادي شامل لجميع المنازعات الإدارية، بحيث لا يخرج نزاع إداري من دائرة هذا الاختصاص إلا بموجب نص قانوني مكتوب وصريح، فالإدارة في ظل هذا النظام لا تتمتع بامتيازات خاصة في علاقاتها بالأفراد، وإنما تخضع للقواعد ذاتها التي يخضع لها الأفراد وللمحاكم ذاتها فيعدّ هذا النظام خير وسيلة يمكن أن تحمي حقوق الأفراد وحرياتهم من تعسف الإدارة واعتداءاتها، وذلك يتحقق بعدم منحها امتيازات خاصة، وعدم إخضاعها لمحاكم خاصة بها⁽¹⁾.

وتعدّ كل من إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية خير نموذجين لنظام القضاء الموحد، ومعها الدول التي تأثرت في نظمها المختلفة بالأنظمة الإنكليزية، لهذا سمّي بالنظام الأنكلوسكسوني أو الأنكلوأمريكي، إذ يقضي

(1) د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة

النظام القانوني في إنكلترا باختصاص شامل للمحاكم العادية وبالفصل في مختلف صور المنازعة الإدارية، إلا ما استثنى بنص قانوني مكتوب وصريح يعهد إلى لجان خاصة، ولا تقتصر سلطة المحاكم على مراقبة مشروعية الإدارة، وإنما تتناول ملاءمتها وقد تصل أيضاً إلى حد توجيه الأوامر إلى الإدارة وإلزامها بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء أو تعديل قراراتها، أو طلب إلغائها بالإضافة إلى ما لدى القضاء من الوسائل القانونية التي يمكن بوساطتها إجبار الإدارة على احترام إرادتها وتنفيذ أوامرها وأحكامها⁽¹⁾.

مع هذا، فليس للقاضي الإنكليزي الحق في مراقبة القوانين ودستوريتها كنظيره الأمريكي، بل يقتصر على مجرد تفسير القانون الوضعي على ضوء القانون الشائع common law الذي يعدّ القانون العام للبلاد، والذي هو عبارة عن مجموعة العادات العرفية التي تكونت من اضطراد مجموعة إجراءات قضائية مع قواعد الإنصاف والعدالة، إلى جانبها مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي يقررها البرلمان، إضافة إلى حقه في الرقابة على اللوائح التنظيمية والقرارات الإدارية الفردية⁽²⁾.

وفي رقابة محاكم القضاء العادي في إنجلترا والولايات المتحدة لمشروعية الأعمال الإدارية، يجب أن نفرق بين رقابة الإلغاء ورقابة التعويض:

(1) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، ص 186

(2) سلام عبد الحميد محمد زنكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، كلية القانون والسياسة،

- **رقابة الإلغاء:** وهي رقابة واسعة النطاق، فهي تشمل مشروعية قرارات الإدارة وإلغاء ما يخالف منها القانون العرفي أو النصوص المكتوبة، ولا تقف الرقابة عند هذا الحد بل تتوغل رقابة القضاء العادي إلى ميدان الملاءمة، فلها أن تتدخل أحياناً في صميم أعمال الإدارة من حيث ملاءمتها⁽¹⁾

- **رقابة التعويض:** ويقصد بها تقرير مسؤولية الإدارة عن أخطاء موظفيها، والتي ترتب حق الأفراد في التعويض، وقد ظلت مسؤولية الإدارة عن أخطائها غير معترف بها في إنجلترا والولايات المتحدة حتى وقت قريب نسبياً، إذ تقررت نهائياً في إنجلترا بمقتضى قانون صدر عام 1947 وفي الولايات المتحدة بقانون صدر عام 1946، ولكن هناك مجالات قد استبعدت من نطاق هذه المسؤولية، مثل الأعمال المتصلة بالدفاع الوطني، وفي الولايات المتحدة توجد مرافق عامة عدّة لا تسأل الدولة عن أخطائها مثل مرافق البريد والجمارك والضرائب والدفاع، في أثناء الحرب⁽²⁾.

وبالرغم من المزايا التي يتمتع بها هذا النظام إلا أنه لم يحقق الحماية الكافية لحقوق الأفراد وحرياتهم، إذ يفلت من الرقابة القضائية قدر كبير من أعمال الإدارة، وسنوضح من خلال هذه النقاط مزايا وعيوب القضاء الموحد.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007م، ص99.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص101.

أولاً- مزايا نظام القضاء الموحد:

أ- البساطة والوضوح: نظام القضاء الموحد سهل المسالك وإجراءاته واضحة ومألوفة ومعروفة، سواء بالنسبة إلى القضاة أو المتقاضين. فهو عكس القضاء المزدوج لا يعرف العديد من المشكلات والتعقيدات، مثل تحديد معيار الاختصاص، وطبيعة القواعد القانونية المطبقة وإشكالات التنازع⁽¹⁾

ب- يؤكد نظام القضاء الموحد على مبدأ المشروعية الذي يعد الضمانة الجوهرية لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم ضد تعسف الإدارة، ففي نظام القضاء الموحد يخضع الجميع سواء كانوا حكاماً أو محكومين لقانون واحد وجهة قضائية واحدة، ومن ثم تتحقق المساواة بين الحكام والمحكومين أمام القانون، فضلاً عن عدم منح هذا النظام أية امتيازات لجهة الإدارة في مواجهة الأفراد⁽²⁾.

ج- يمتاز هذا النظام بالسهولة والوضوح إذ يسهل على المتقاضين تحديد المحكمة القضائية المختصة بنظر المنازعة، كما أنه يتجنب كافة إشكالات توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري، نظراً إلى وجود جهة قضائية واحدة تختص بالفصل بالمنازعات القضائية كافة⁽³⁾.

(1) د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، 2005، ص 42.

(2) د. طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 141.

(3) د. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، الطبعة الأولى، الجزء الأول، عمان، مؤسسة الوراق، 2008م، ص 108.

د- يمتاز هذا النظام بتوحيد القانون، أي إن القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد هي ذاتها التي تطبق على الإدارة من دون تقرير أية استثناءات لها، ويمتاز كذلك بوجود قضاء موحد، إذ تختص المحاكم العادية بجميع أنواع المنازعات سواء الخاصة منها أو الإدارية، ولهذا فإن المحاكم العادية هي التي تتولى الرقابة على أعمال الإدارة في دول هذا النظام⁽¹⁾.

هـ- إن الأخذ بهذا النظام يحقق مبدأ سيادة القانون، إذ تتساوى الإدارة مع الأفراد في الخضوع لقضاء واحد وقانون واحد من دون إعطاء الإدارة أي مزية في مواجهة الأفراد على عكس ما في القضاء المزدوج⁽²⁾.

ثانياً- عيوب النظام الموحد:

أ- يتجاهل هذا النظام طبيعة المنازعات الإدارية وما تتميز به من غيرها، إذ إن الإدارة كطرف في نزاع تعمل على تحقيق الصالح العام عن طريق أداء وظائفها طبقاً للقواعد التي تناسبها، أما الطرف الآخر فيسعى إلى تحقيق صالحه الخاص في ظل أحكام القانون الذي يحكم النشاط الخاص⁽³⁾.

(1) د. عبد الله عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، ص 72

(2) د. محمد عبده إمام، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، دون عام نشر، ص 69

(3) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2000م، ص 64

ب- لا يحقق هذا النظام حماية كافية لحقوق الأفراد، إذ يفلت من الرقابة القضائية قدر كبير من أعمال الإدارة العامة، ولاسيما القرارات الصادرة تنفيذاً للقانون بوصفها جزءاً منه لا يجوز الطعن فيه.⁽¹⁾

ج- لا جدال في أن مسلك القضاء وتجاهل أعمال الإدارة وتدخله في هذا الميدان بتوجيه الأوامر وتعديل القرارات وسحبها لا يؤدي في حقيقة الأمر إلى الرقابة القضائية فحسب، بل يعمل على إخضاع الإدارة للقضاء.⁽²⁾

د- عدم مسؤولية الدولة وتحمل الموظفين مسؤولية أخطائهم الوظيفية، وهو يؤدي إلى تثبيط المهمة في العمل، كما يعرض المضرور لفقدان حقه في التعويض نظراً إلى ضعف الإمكانيات المالية للموظف مقارنة بالدولة.⁽³⁾

إن الرقابة القضائية على الإدارة في هذا النظام وصلت إلى أبعد مدى، فلم تعد تقتصر على مراقبة مشروعية أعمال الإدارة، وإنما تناولت ملاءمتها والتعويض عنها، إلى حد توجيه أوامر إلى الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه إلى ما يعرف بالسلطة الرئاسية. أما من ناحية نتائج الأخذ بالقضاء الموحد في إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية فنجد أن إنجلترا بدأت فعلياً بالأخذ بنظام القضاء المزدوج في بعض صوره، فنتيجة لتزايد معدل

(1) د. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، مرجع سابق، ص 109

(2) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار

النهضة العربية، 1982م، ص 120

(3) د. محمد عبده إمام، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة

مقارنة، مرجع سابق، ص 70

المنازعات الإدارية بدأت في تكوين لجان إدارية خصها المشرع ببعض المنازعات الإدارية، وأخرجها من ولاية القضاء الموحد، كما أن هناك اتجاهاً فقهيّاً قوياً ينادي بإقامة قضاء إداري متخصص، يكون أكثر دراية بطبيعة المنازعات الإدارية ولو كجهة استئنافية لقرارات اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي سالفه الذكر.⁽¹⁾

بناءً على ما سبق يتضح لنا أن عيوب نظام القضاء الموحد ظهرت بوضوح في كونه يخل بمبدأ الفصل بين السلطات، ويجعل السلطة القضائية بمثابة سلطة رئاسية على السلطة التنفيذية، كما يقرر المسؤولية الشخصية للموظف العام كقاعدة عامة، كما أن القاضي العادي لا يكون متخصصاً وملماً بالمنازعات الإدارية لاختلاف أساسها عن منازعات الأشخاص، فالسلطة التنفيذية تتعامل بوصفها سلطة عليا مرة ذات سيادة في المنازعات الإدارية، مما يختلف معه الحكم والقواعد القانونية واجبة التطبيق في منازعات القانون الخاص.

(1) د. محمد عبد اللطيف، القضاء الموحد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

الفرع الثاني

نظام القضاء المزدوج

تقوم الرقابة القضائية في ظل النظام القضائي المزدوج على وجود جهتين قضائيتين مستقلتين كل منهما عن الأخرى تمام الاستقلال، إذ تختص كل منهما بالفصل في طائفة معينة من المنازعات القضائية وتطبق عليها قواعد قانونية مختلفة ومغايرة، فتوجد من ناحية أولى جهة القضاء العادي التي تتشكل من المحاكم العادية المختلفة تحت رئاسة محكمة عليا مثل محكمة النقض، وتختص هذه الجهة القضائية العادية بالفصل في منازعات الأفراد فيما بينهم، إلى جانب توقيع العقوبات الجنائية. ومن ناحية ثانية توجد جهة قضاء إداري مستقلة تتخصص في الفصل في المنازعات التي تُثار بين الأفراد والإدارة، وتقوم هذه الجهة القضائية من خلال الفصل في تلك المنازعات برقابة أعمال الإدارة من الناحية القانونية⁽¹⁾.

وتعد فرنسا الدولة الأولى التي أخذت بنظام القضاء المزدوج، إذ أرست دعائم القضاء الإداري بوصفه جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي، وقد نشأ القضاء الإداري في فرنسا مع ظهور المبادئ الدستورية التي أعلنت خلال الثورة الفرنسية عام 1789م، إذ فسر رجال الثورة الفرنسية مبدأ الفصل بين السلطات بأنه يعني الفصل المطلق الكامل بين السلطات ضماناً لعدم طغيان سلطة على أخرى، وأنه لا يجوز لسلطة أن تراقب أعمال سلطات أخرى. ويرجع

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص106.

استمرار وديمومة النظام المزدوج في فرنسا إلى استقلالية قواعد القانون الإداري وتميزها، ونتيجةً للصفات الذاتية الخاصة التي يتعين أن تتوفر في القاضي الإداري⁽¹⁾.

وقد مر القضاء المزدوج في فرنسا بثلاث مراحل: مرحلة الإدارة القضائية، ومرحلة تميزها بوجود هيئات استشارية ثم مرحلة القضاء المفوض.

أولاً: مرحلة الإدارة القضائية: نشأت هذه المرحلة نتيجة الأخذ بمبدأ استقلال الهيئات الإدارية عن القضائية طبقاً لقانون 1790م، الذي عهد إلى الإدارة نفسها الفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأفراد، فأصبحت الإدارة خصماً وحكماً في الوقت ذاته في منازعاتها مع الأفراد، ولكن لم يكن متصوراً في ظل ثورة فرنسا الحرة أن يدوم هذا الوضع الشاذ، لهذا بدأ التفكير في إنشاء مجلس الدولة الفرنسي وتحقيق ذلك في السنة الثامنة للثورة على يد نابليون بونابرت⁽²⁾.

ثانياً: مرحلة الهيئات الاستشارية: في هذه المرحلة أنشئت هيئات إدارية استشارية إلى جانب الإدارة، وكان أهمها مجلس الدولة ومجالس الأقاليم، وأُنيط بها النظر في قضاء الإدارة، ولكن لم يكن لمجلس الدولة في بداية نشأته سلطة الفصل في المنازعات الإدارية بمقتضى أحكام نهائية، وإنما كان دوره في شأنها استشارياً محضاً أي مجرد اقتراح الحلول على رئيس الدولة الذي له وحده

(1) د. عبد الله عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري اللبناني مرجع سابق، ص 69.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 111.

سلطة اتخاذ القرار النهائي، ولهذا كان يسمى هذا النظام بنظام "القضاء المقيد"⁽¹⁾.

ثالثاً: مرحلة القضاء المفوض: وبحسب هذا المفهوم يُصدر مجلس الدولة أحكاماً قضائية نهائية ونافذة بمجرد صدورهما، فلا يتوقف نفاذها على تصديق رئيس الدولة⁽²⁾.

وقد أثبتت تجربة مجلس الدولة الفرنسي نجاحها وفعاليتها في رقابة أعمال الإدارة. واستجاب المشرع في مصر، فأصدر القانون رقم 112 لعام 1946م الذي أنشأ مجلس الدولة المصري الذي أصبح من حقه رقابة قرارات الإدارة من حيث قضاء الإلغاء وقضاء التعويض. وبهذا تركت مصر نظام القضاء الموحد وأخذت مثل فرنسا بنظام القضاء المزدوج⁽³⁾.

وعندما قامت الوحدة المباركة بين إقليمي الجمهورية العربية المتحدة صدر القانون رقم 55 لعام 1959م، الذي أحيا نظام القضاء الإداري، ولا يزال هذا القانون هو الناظم لتكوين مجلس الدولة السوري واختصاصاته⁽⁴⁾.

لقد تميز نظام القضاء المزدوج الذي عرف بالنظام اللاتيني بوجود قواعد قانونية خاصة ومميزة عن القانون المدني تطبق على المنازعات الإدارية، مع

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 111.

(2) د. عبد الله طلبة، الرقابة على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب، مرجع سابق، ص 74.

(3) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 118.

(4) د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، جامعة دمشق،

وجود جهة تتخصص في الفصل، تعمل على وضع الحلول المناسبة لما يرفع أمامه من دعاوى، ويطبق فيها من القواعد ما يكفل حماية المصالح المتعارضة⁽¹⁾.

وسنبين فيما يأتي بعض مزايا وعيوب هذا النظام:

أولاً- مزايا نظام القضاء المزدوج:

أ- تكريس مبدأ الفصل بين السلطات، إذ إن القاضي الإداري المتخصص يكون على دراية عالية بحدود هذا المبدأ⁽²⁾.

ب- التخصص ومراعاة مقتضيات الإدارة العامة: إذ يتخصص القاضي الإداري في المسائل التي تتعلق بالقانون العام، فيما يتخصص القاضي العادي بالنزاعات الخاصة بالقانون الخاص، مما يؤدي إلى تحقيق مزايا التخصص، كالفهم العميق للقانون وتخفيف العبء على محاكم القضاء العادي⁽³⁾.

ج- يتسم بسرعة الفصل في المنازعات الإدارية والبساطة في الإجراءات ضماناً لحسن سير المرافق العامة، الأمر الذي تمليه طبيعة المنازعات الإدارية وتعلقها بالمصلحة العامة غالباً⁽⁴⁾.

(1) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال لإدارة، مرجع سابق، ص 246

(2) د. السيد عبد الماجد، نظرة على التنظيمات القضائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.taquadom2030.blogspot.com تاريخ الدخول: 2019/4/14م،

الساعة 11: 30 مساءً

(3) د. السيد عبد الماجد، نظرة على التنظيمات القضائية، المرجع السابق.

(4) نظام القضاء المزدوج، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.startimes.com تاريخ الدخول: 2019/4/17م، الساعة 01:45 صباحاً.

ثانياً- عيوب نظام القضاء المزدوج:

أ- يتمثل العيب الرئيس في نظام القضاء المزدوج فيما يؤدي إليه من تعقيد وتنازع في الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري، سواء أكان هذا التنازع إيجابياً فنتمسك كلتا الجهتين باختصاصها في نظر نزاع معين، أم كان التنازع سلبياً يمتنع فيه القضاء العادي والإداري عن نظر هذا النزاع بحجة عدم الاختصاص، ويرد على ذلك بأن وجود محكمة تنازع الاختصاص يعد مكملاً لنظام القضاء المزدوج، وتقوم هذه المحكمة بفض أحكام التنازع وتحديد جهة الاختصاص⁽¹⁾.

ب- عندما يطبق القضاء الإداري قانوناً يختلف عن القانون الذي يطبق على الأفراد بسبب وجود الإدارة طرفاً في العلاقة القانونية المتنازع فيها، فإنه يحايي الإدارة ويعتدي على مبدأ المساواة، لأن المساواة تقتضي أن يكون القانون الذي يطبق على كل من الإدارة والأفراد واحداً، فهو يحكم العلاقات العامة والعلاقات الخاصة على حدّ سواء، وأن تكون جهة القضاء التي تفصل في جميع المنازعات واحدة، ويستوي فيما إذا كانت منازعة بين الإدارة والأفراد أو بين الأفراد أنفسهم. ويرد الباحثون على هذا الوجه بأن طبيعة العلاقات الإدارية تقتضي قواعد تشريعية معينة يطبق عليها وتتناسب معها، ويستلزم وجود جهة قضائية متخصصة تحيط بظروف المنازعات التي تعرض عليها⁽²⁾.

(1) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 67.

(2) د. إسماعيل البدوي، القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، القاهرة، 1992م،

ونحن نذهب برأينا مع غالبية فقه القانون العام إلى أفضلية نظام القضاء المزدوج على نظام القضاء الموحد في شأن رقابة الإدارة، فالواقع هو أن نظام الرقابة القضائية على الإدارة عن طريق قضاء إداري متخصص ومستقل عن القضاء العادي، هو النظام الذي يفوق كثيراً في فاعليته وإيجابيته نظام القضاء الموحد الذي أعطى الرقابة القضائية على الإدارة القضاء العادي نفسه بجوار وظيفته الأصلية في الفصل في منازعات الأفراد. وسنبين فعالية هذه الرقابة على أعمال الإدارة في ظل حالة الضرورة في المبحث التالي.

المبحث الثاني

رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط الإداري

في حالة الضرورة ووسائله

إن توسيع الإدارة في صلاحياتها من الأمور التي تنتجها حالة الضرورة، لكنها لا تمارس هذه الصلاحيات من دون قيد يقي الأفراد من تعسف السلطات، والذي يتمثل في الرقابة التي تعدّ وسيلة لإنصاف الأفراد من تعسف الإدارة وأخطائها، ولتعويضهم عن الأضرار التي قد تنجم في أثناء مباشرتها لأعمالها، تأكيداً لمبدأ المشروعية وضماناً لحقوقهم وحرياتهم، وهذا يعني أن الرقابة على أعمال الإدارة الاستثنائية تحول دون خروجها عن إطار المشروعية الاستثنائية، مع احترام مبدأ الحرية الشخصية. وهذا ما سيتم توضيحه وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول: دور القضاء الإداري في الرقابة على سلطات الضبط الإداري في حالة الضرورة

المطلب الثاني وسائل رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط الإداري في حالة الضرورة

المطلب الأول

دور القضاء الإداري في الرقابة على سلطات الضبط الإداري في حالة الضرورة

أخضع القضاء الإداري الإجراءات والأعمال المتخذة من جانب الإدارة استناداً إلى سلطتها الواسعة لرقابته من أجل مواجهة أي ظرف غير عادي، وما يعيننا في هذا المطلب حالة الضرورة التي قد تمر بها أي دولة وتهتد أمنها ونظامها العام، إذ يترتب على وقوع حالة الضرورة جملة من الآثار المتعلقة بالضبط الإداري والمتمثلة في خلق أوضاع بالغة الخطورة على الحريات والحقوق الفردية، وسنوضح في هذا المطلب الرقابة على سلطات الضبط الإداري استناداً إلى ممارسة رئيس الجمهورية للصلاحيات التي تخولها له النصوص الدستورية وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري على قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الضرورة

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على القرارات الصادرة في حالة الضرورة

الفرع الأول

رقابة القضاء الإداري على قرار رئيس الجمهورية

بإعلان حالة الضرورة

استحدث الدستور الفرنسي الصادر عام 1958 المادة 16/، والتي تقابلها في الدستور المصري المعدل عام 2014 المادة 156/، وفي الدستور السوري المعدل عام 2012 المادة 113/، والتي منحت كل منها رئيس الجمهورية في حالة الضرورة سلطات واسعة، وقد اتفقت النصوص الدستورية في كل من سورية وفرنسا ومصر على بعض الشروط التي يجب توافرها أولاً قبل أن تلجأ السلطة التنفيذية إلى تطبيق نظرية الضرورة وهي شروط تتعلق بتحديد الظروف التي من شأنها تحريك حالة الضرورة، ومن ثم فهي تعد بمثابة السبب الذي يدفع الإدارة إلى التدخل بقصد إحداث آثار قانونية معينة عن طريق إصدار لوائح الضرورة، وهذه الظروف لا يمكن تحديدها على سبيل الحصر، إذ تختلف باختلاف الزمان والمكان، فالمشرع ترك للسلطة التنفيذية ممثلةً في رئيس الجمهورية تقدير ما إذا كانت هذه الظروف تستوجب اتخاذ إجراءات عاجلة لا تحتمل التأخير لمواجهتها أم لا، على أساس أن السلطة التنفيذية هي السلطة القائمة في هذه الأحوال⁽¹⁾.

(1) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 67

ويعد شرط توافر الظروف الاستثنائية ووجوب قيامها من أهم وأخطر أركان نظرية الضرورة، ولذلك وجب أن يخضع هذا الركن لرقابة جدية وفعالة من أجل التحقق من توافره، ذلك لأنه من الملاحظ أن الحكومات لا تلتزم بهذا الشرط غالباً، مما يؤدي إلى تحول فكرة الضرورة إلى فوضى دستورية تتمتع فيها الحكومات بحرية تامة في التشريع استناداً إلى النص الدستوري⁽¹⁾.

لقد نصت المادة /16/ من الدستور الفرنسي على أنه: " إذا أصبحت الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وحال نشأ عنه انقطاع سير السلطات العامة الدستورية، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف بعد التشاور رسمياً مع الوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، والمجلس الدستوري ويوجه بياناً إلى الشعب، ويجب أن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهامها في أقل مدة ممكنة، ويستشار المجلس الدستوري فيما يختص بهذه الإجراءات ويجتمع البرلمان بحكم القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية في أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية".

معنى ذلك أن تطبيق المادة /16/ مشروط بتحقيق الظرف الموضوعي (الخطر) الذي يهدد مؤسسات الجمهورية واستقلالها، إلى جانب إلزام الرئيس وفقاً لهذا النص بتوجيه بيان إلى الشعب يعلمه نيته باستخدام السلطات التي تمنحها هذه المادة، الأمر الذي يطرح مسألة مدى خضوع قرار الرئيس بتطبيق

(1) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 71.

المادة/16/ لرقابة مجلس الدولة الذي سنحت له الفرصة لبيان موقفه من هذا الموضوع. ولم يلجأ الرئيس الفرنسي إلى تطبيق هذه المادة من تاريخ العمل بالدستور الفرنسي 1958 وحتى الآن إلا مرة واحدة، وكانت هذه المرة التي طبقت فيها المادة/16/ على أرض الجزائر في أثناء الأحداث التي وصفت بالخطيرة إبان الاحتلال الفرنسي للجزائر، والتي تمثلت في عصيان بعض قادة القوات المسلحة الفرنسية وتمردهم واحتجازهم بعض الشخصيات السياسية، مما دفع الرئيس الفرنسي إلى إصدار قرار في 23 نيسان 1961 بتطبيق المادة /16/ من الدستور⁽¹⁾.

واختلف الفقهاء في توافر الشروط الموضوعية التي سوغت اللجوء إلى الإعلان عن تطبيق المادة /16/ إذ اتجه غالبية الفقه الفرنسي إلى أن مؤسسات الجمهورية وسلامة أراضيها كانت بلا شك مهددة بخطر حال وجسيم في ذلك الوقت الذي صدر فيه قرار إعلان تطبيق المادة/16/ ولكن الفقهاء اختلفوا في مدى توافر شروط انقطاع سير الوظائف الأساسية للسلطات العامة، فبعضهم يرى عدم توافر هذه الشروط منذ البداية، إذ لم يكن الانقطاع المادي متحققاً، لقدرة السلطات العامة على اتخاذ القرارات لمواجهة هذه الظروف كما نص عليه الدستور الفرنسي، وبعضهم الآخر يرى أنه إذا كانت هذه الشروط متوافرة عند تطبيق المادة /16/ بتاريخ 1961، فإنه لم تعد هذه الشروط متوافرة بعد القضاء على التمرد في 25 نيسان 1961، بينما يرى الأغلبية الأخذ

(1) د. ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، مرجع سابق، ص

بالتفسير الواسع لشرط الانقطاع، مما يؤكد مشروعية قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى تطبيق المادة/16/ ⁽¹⁾.

وقد أعد مفوض الدولة الفرنسي السيد " Henry " تقريراً لجأ فيه إلى التفرقة بين قرار رئيس الجمهورية إلى تطبيق المادة/ 16/ والقرارات التي تصدر استناداً إلى السلطات التي تخولها هذه المادة، وأخرج القرار الأول من نطاق الرقابة القضائية سواء من حيث فحص المشروعية أو نطاق تطبيقه ونفاذه استناداً إلى كونه يأخذ طابع أعمال السيادة، لاتصاله بالعلاقة بين السلطات العامة، كما جاء في تقريره: "من الصعب أن نسلم باعتبار جميع قرارات المادة/16/ من قبيل أعمال السيادة تأسيساً على نظرية الدافع السياسي التي هجرها قضاء مجلس الدولة، وإنما يمكن أن نعتبر أن قرار اللجوء للمادة/16/ هو فقط عمل من أعمال السيادة لأنه يعدل من اختصاصات السلطات الدستورية في علاقاتها بعضها ببعضها"، وتبنى مجلس الدولة الفرنسي وجهة نظر مفوض الدولة، إذ جاء في قراره الصادر في 2 اذار 1962 أن قرار اللجوء إلى المادة/16/ قد صدر في 23 نيسان 1961 بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيس البرلمان، وبعد أخذ رأي المجلس الدستوري ، له طبيعة عمل الحكومة الذي لا يحق لمجلس الدولة تقدير مشروعيته أو مراقبة مدة

⁽¹⁾ Voissed, L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1985 These, Paris, 1969

نقلا عن د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة

الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 110

تطبيقه. وحرص المجلس على إطلاق مصطلح "أعمال السيادة" على قرار رئيس الجمهورية بإعلان اللجوء إلى المادة 16/ (1). وأما بالنسبة إلى قرار رئيس الجمهورية بإنهاء فترة تطبيق المادة 16/ فقد عمد مجلس الدولة إلى إعلان عدم اختصاصه في فحص شرعيته، ليس لأنه من قبيل أعمال السيادة كما هو قرار اللجوء إليها، وإنما لأنه من طبيعة تشريعية (2).

مما سبق يمكن القول إن سياسة مجلس الدولة الفرنسي القضائية اتجاه قرار اللجوء إلى المادة 16/ تختلف مع ما ذهب إليه بعض الفقه من عدّ المادة 16/ من الدستور الفرنسي تطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية، كما حددها القضاء الإداري، لأن المجلس لو أخذ بهذا الاتجاه لكان من المتعين عليه أن يبسط رقابته للتحقق من توافر شروط اللجوء إلى هذه المادة أولاً، ومن ثم استمرار وجود هذه الظروف حتى لحظة صدور القرار المطعون فيه، في حين يحاول جانب من الفقه عدّ المادة 16/ تطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية استناداً إلى مفهوم نص المادة 16/ ذاتها، وإلى إجازة

(1) J.F.Henry: conclusions.C.E.2 Mars 1962> Rubin de servens R.D.P.1962,P.306 et p.307

نقلا عن: ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، مرجع سابق، ص 355

(2) د. فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.almerja.com تاريخ الدخول للموقع: 2019/12/8 الساعة 11:30 مساءً.

المشرّع الدستوري الفرنسي للسلطة التنفيذية بإصدار لوائح الضرورة واللوائح التفويضية عند قيام الظروف الاستثنائية.

والجدير بالذكر أن اللجوء إلى المادة /16/ ليس من الأمور السهلة التي يمكن أن يمارسها الرئيس الفرنسي، لما يترتب عليه ذلك من أخطار جسيمة، وخاصة في دولة مثل فرنسا على عكس الأمر في مصر التي شهدت تطبيقاً لحالة الضرورة مرات عدة، فكان التطبيق الأول عندما واجهت مصر عام 1977 اضطرابات داخلية شملت جميع أنحاء البلاد تقريباً، فأصدر رئيس الجمهورية في 3 شباط عام 1977 القرار بقانون رقم/2/، وأعلن في مقدمته أنه يستند إلى المادة/74/ من الدستور. والتطبيق الثاني حدث خلال صيف عام 1981 في أعقاب أحدث شغب واضطرابات طائفية، أُنذرت بأخطار جسيمة، وجّه على إثرها الرئيس المصري بياناً للشعب أعلن فيه استناده إلى المادة/74/ من الدستور لمواجهة الإخلال الذي طرأ على النظام العام في الدولة ⁽¹⁾. أما التطبيق الأخير لحالة الضرورة فقد شهدته مصر خلال شهر تشرين الثاني عام 2013 في عهد المستشار عدلي منصور كرئيس مؤقت للجمهورية المصرية⁽²⁾، استناداً إلى المادة/156/ التي نصت على أنه: "إذا حدث في غير

(1) ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، مرجع سابق، ص

(2) د. عاصم خليل، حالة الضرورة من منظور القانون الدستوري المقارن، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.papers.ssrn.com تاريخ الدخول للموقع: 2018/7/12

أدوار انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه، وإذا كان مجلس النواب غير قائم يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش، أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار".

وبدون أن ندخل في تفاصيل المقارنة بين نص المادة/156/، ونص المادة /16/ من الدستور الفرنسي من حيث شروط استخدام هذه السلطات من قبل الرئيس، فإن ما يهمنا هو موقف مجلس الدولة المصري من قرار رئيس الجمهورية وضع المادة/156/ موضع التطبيق، والذي تم التعبير عنه في أعقاب التطبيق الأخير لهذه المادة عندما رفع طعن تضمن إلغاء القرار بقانون رقم/ 107/ لعام 2013، بشأن التظاهر السلمي في مصر وإحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا للنظر في مدى دستورية هذا القانون، وقد تضمن التقرير المقدم في الطعن أن قرار اللجوء إلى المادة/156/ يخضع لرقابة القضاء الإداري وقدم تحليله على النحو الآتي: " المدعى عليه أصدر قرار بقانون رقم /107/ لعام 2013 بتنظيم الحق في التظاهرات السلمية، وحيث أنه لا يجوز أن يكون حق التظاهر محل جدل من حيث ثبوته للمواطنين، حيث إن حق التعبير عن الرأي وما يتفرع عنه من حق الاجتماع والتظاهر السلمي من الحقوق المكفولة دستورياً أو حسب تعبير البعض من الحقوق فوق الدستورية

ينبغي على ذلك أن أي قانون يتصدى لتنظيم حق التظاهر هو من القوانين المكملّة للدستور التي لا يجوز إصدارها إلا من البرلمان المنتخب من الشعب وليس من رئيس جمهورية مؤقتة، وحيث أنه وفقاً لما استقرت عليه أحكام المحاكم والتي لا تأخذ بالمعيار الموضوعي استناداً إلى أن المعيار الشكلي هو المعتبر في أغلب الأحوال إذ أصبحت القاعدة في القانون الوضعي أنه لا يجوز لقرار صادر من هيئة أو سلطة دنيا أن يوقف أو يخالف قراراً صادراً من هيئة أو سلطة عليا، ووفقاً لهذا المعيار الشكلي تكون الأعمال الإدارية هي جملة نشاط السلطة التنفيذية سواء كان ذلك النشاط في صورة أفعال مادية أو كان في صورة تصرفات قانونية. وبذلك يتضح أن القرار بقانون المطعون فيه طبقاً للمعيار الشكلي هو مجرد عمل إداري يدخل في اختصاص القضاء الإداري ويخضع لرقابة المشروعية⁽¹⁾.

وأكدت محكمة القضاء الإداري المصرية عدّ المادة/156/ من تطبيقات نظرية الضرورة وجاء في قرار المحكمة: "وتعد القرارات بقوانين (لوائح الضرورة) هي التصور التقليدي لحالة الضرورة، فإذا كانت حالة الضرورة في القانون الدستوري هي انعكاس لتصور القواعد القانونية وعجزها عن حماية الدولة ونظمها السياسية فإن تغيب السلطة التشريعية الذي تعاصره ظروف تستوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لحماية الدولة هو أبلغ معاني هذا التصور،

(1) د. عمر حماد، مجلس الدولة هيئة مفوضي الدولة المحكمة الإدارية العليا، حكم منشور على الموقع الإلكتروني: www.manshurat.com تاريخ الدخول للموقع 2018/6/15

وقد نظمت الدساتير المصرية المتعاقبة هذه الصورة من صور تشريعات الضرورة بأسلوب نمطي لا يكاد يختلف من دستور إلى آخر، إلا في أضيق الحدود فتنمتع الحكومة بسلطات واسعة لا معقب عليها من القضاء في تقدير الضرورة ومناسبة الإجراءات، إلا أن قرارات الحكومة لا تكتسب خصائص القانون البرلماني منذ صدورهما، وإن رتبت أثارها من حيث معالجة المسائل التي يوجب الدستور تنظيمها بقانون، وقد ورد النص على هذه الصورة من صور الضرورة أول مرة في المادة 41 من دستور 1879، والمادة 41 من دستور 1882، ثم نصت عليه المادة 41 من دستور 1923، والمادة 41 من دستور 1930، والمادة 103 من مشروع لجنة الخمسين، والمادة 135 من دستور 1956، والمادة 53 من دستور 1958، والمادة 119 من دستور 1964، والمادتان 147 و 74 من دستور 1971، والمادة 156 من دستور 2014⁽¹⁾.

وحيث إن سلطة رئيس الجمهورية في اللجوء إلى تطبيق حالة الضرورة ليست سلطة مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة حددها المشرع المصري وضبط حدودها ومداها وتلك القيود تشكل في حقيقتها ركن السبب لإصدار القرارات بقوانين، وهي بعينها حالة الضرورة والتي تتمثل في ما يأتي:

القيد الأول هو قيد الظروف: فيشترط أولاً أن يحدث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير عاجلة، ويجمع الفقه المصري على أن هذه الصياغة تعبر عن

(1) د. عمر حماد، مجلس الدولة هيئة مفوضي الدولة المحكمة الإدارية العليا المرجع السابق.

حالة الضرورة بمعناها الدقيق، أي وجود وضع استثنائي أو حالة مفاجئة تتطلب اتخاذ تدابير عاجلة⁽¹⁾. **والقيد الثاني هو القيد الزمني:** وهذا القيد يتعلق بوقت إصدار رئيس الجمهورية قرارات بقوانين، فلا يمكن لرئيس الجمهورية إصدار لوائح الضرورة إلا في غياب المجلس النيابي لأي سبب من الأسباب، سواء في فترة الحل أو فترة ما بين دور الانعقاد أو حالة تأجيل انعقاد المجلس، **والقيد الثالث هو الرقابة البرلمانية:** فالى جانب الرقابة العادية للبرلمان على سلطات الحكومة هناك رقابة خاصة على سلطات الضرورة، فإما أن يقر البرلمان القرارات بقانون أو يرفضها، أو أن يصمت على الرغم من قيام الحكومة بعرضها على البرلمان خلال المدة المحددة في الدستور⁽²⁾.

واختلف الفقه المصري في نظريته إلى قرار اللجوء إلى المادة/156/ من الدستور، فمنهم من يرى أن هذا القرار من قبيل أعمال السيادة، ولا يخضع لرقابة القضاء، لكونه قراراً سياسياً من ناحية ومن ناحية أخرى فهو يتعلق بالتنظيم الدستوري القائم وبالعلاقة بين السلطات في الدولة، ولا شبهة في أنه أخطر من قرار بتعيين وزير أو قرار بحل البرلمان، وعلى هذا الأساس فإن هذا

⁽¹⁾ حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 1962/3/14، مجموعة المبادئ العامة التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في 10 سنوات، 1955 - 1965 السنة الخامسة، ص 956 منشور على الموقع الإلكتروني: www.manshurat.com تاريخ الدخول للموقع

2018/6/15 الساعة 07:15 مساءً

⁽²⁾ د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار المعارف، الاسكندرية، 1974، ص 171.

القرار يعدّ من أعمال السيادة، ولا يخضع لأي رقابة⁽¹⁾. ومنهم من يرى عكس ذلك من حيث خضوعه للرقابة القضائية لصدوره عن الرئيس بصفته الإدارية وذلك على أساس قاعدة عامة مقتضاها أن رئيس الدولة إذا مارس بعض الاختصاصات ذات الصبغة الإدارية، فإنه يعد في هذه الحالة سلطة إدارية تخضع أعمالها في هذا الصدد للنظام القانوني لأعمال الإدارة، وبالتالي لا يصح في مثل تلك الحالات أن هذه الأعمال ذات طبيعة خاصة⁽²⁾.

و في رأي الباحثة لا يمكن عدّ سلطة الرئيس باللجوء إلى هذه المادة سلطة حكم أو سلطة سياسية، سواء بالنظر إلى أسباب هذا القرار أو بالنظر إلى طبيعته، فأسباب القرار التي هي وجود خطر يهدد النظام العام وأمن الدولة، تفرض على الرئيس بصفته المسؤول دستورياً عن المحافظة على سلامة الدولة والشعب وبصفته رئيساً للسلطة التنفيذية اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الخطر، وأما بالنسبة إلى طبيعة القرار وتعلقه بالتنظيم الدستوري وعلاقة السلطات الدستورية ببعضها، فهو أمر لا يمكن القبول به، فنص المادة /156/ لم يشترط صدور قرار مستقل بإعلان تطبيقها، وبالنظر إلى الحالات التي طبقت فيها هذه المادة لم يصدر قرار مستقل من رئيس الجمهورية باللجوء إلى هذه المادة، وإنما تضمنت هذه القرارات عبارة: "بعد الاطلاع على المادة /156/ من الدستور" وبالتالي الحديث عن الطبيعة

(1) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة،

مرجع سابق، ص 81 وما بعدها

(2) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 147

القانونية لقرار اللجوء إلى تطبيق هذه المادة في غير مكانه، لعدم وجود مثل هذا القرار نصاً وتطبيقاً.

أما الدستور السوري فقد لحظ تقنياً لنظرية الضرورة في نص المادة/114/ منه التي جاء فيها: " لرئيس الجمهورية إذا قام خطر جسيم وحال يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة واستقلال أرض الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن مباشرة مهامها الدستورية، أن يتخذ الإجراءات السريعة التي تقتضيها هذه الظروف لمواجهة الخطر".

وواضح أن هذا النص يعطي رئيس الجمهورية سلطة واسعة، بل ومطلقة في تقدير الحالة التي تستدعي استخدام سلطاته بموجب هذه المادة إذ لم يضع المشرع الدستوري أية شروط شكلية لممارسة رئيس الجمهورية سلطاته بموجبها، ولم يقيد بأية قيود أو ضمانات⁽¹⁾، مقارنةً بالمادة/ 16/ من الدستور الفرنسي والمادة/156/ من الدستور المصري، وبالتالي تختلف الضمانات التي تمنحها هذه المادة للحريات الفردية، وقد أدى إغفال النص عن شرط الإعلان عند تطبيق المادة/114/ إلى استحالة لحظ تطبيق هذه المادة في الواقع العملي، وبالتالي تعثر وجود رقابة قضائية بسبب ذلك، فلم يحدث أن أعلن رئيس الجمهورية استناده إلى المادة/114/ من الدستور أو استخدامه للسلطات التي تمنحها له.

(1) د. جميلة الشرجي، الاختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1973 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد

ومن خلال تحليل المادة 114 من الدستور السوري نلاحظ أنها قد أغفلت الشروط والضمانات التي أتت عليها المادة /16/ من الدستور الفرنسي والمادة /156/ من الدستور المصري، من حيث استشارة الرئيس لهيئات أخرى في الدولة، أو الإعلان عن اللجوء إلى هذه المادة، أو إجراء الاستفتاء حول الإجراءات المتخذة، ويترتب على ذلك إمكانية رئيس الجمهورية استخدام السلطات التي تقرها المادة/114/ من الدستور من دون أن يعلن أنه يستند إلى نص هذه المادة، وهو ما يؤدي إلى عدم لحظ تطبيق هذه المادة من قبل الأفراد أو حتى من قبل بقية سلطات الدولة.

وفي رأي الباحثة أن عدم النص على شرط الإعلان، يجب أن لا يحول دون إعلان رئيس الجمهورية عن استخدامه السلطات التي تمنحها له هذه المادة، لأن هذا الإعلان لابد منه نظراً إلى خطورة السلطات التي تمنحها هذه المادة وإمكانية تأثيرها في عمل كافة مرافق الدولة وسلطاتها الدستورية وفرض قيود على حقوق وحريات الأفراد.

ولكن ما الطبيعة القانونية لهذا الإعلان؟ هل يدخل ضمن طائفة أعمال السيادة؟ أم يعدّ قراراً إدارياً مع ما يترتب على ذلك من فروق من حيث الخضوع للرقابة القضائية؟

إن ما تقدم يدعونا إلى تحديد المقصود بمصطلح أعمال السيادة، ومن هي الجهة التي تطلق على عمل ما بأنه من هذه الأعمال.

لقد لخصت المحكمة الإدارية العليا السورية موقفها من هذه المسألة عندما أعلنت أنه: "من المسلم به فقهاً وقضاء أن معيار تحديد ما يعتبر من

أعمال السيادة متروك تقديره للقضاء" ⁽¹⁾، وجاء في قرار آخر أنه: "إنما يقصد بها تلك الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطات العليا من الدولة والتي يترتئ القضاء الإداري ذاته أنه يجب أن تبقى بمنأى عن الرقابة القضائية"⁽²⁾.

مما تقدم نستطيع القول إن تحديد عمل السيادة في سورية متروك لمطلق تقدير القضاء في ضوء عدم وجود تحديد تشريعي لهذا المفهوم، وإن كانت المحكمة الإدارية العليا قد قررت أن " ممارسة رئيس الدولة لبعض مهامه الدستورية" يدخل في إطار مفهوم أعمال السيادة، إلا أنها لم تذكر معياراً يعتمد عليه في ذلك، وبالتالي يتعين على القضاء الإداري فيما لو عرضت عليه مسألة رقابة قرار رئيس الجمهورية بإعلان تطبيق المادة/114/ من الدستور، أو بحث توافر شروط استخدام هذه المادة من عدمه، أن يعلن شمول هذا القرار ضمن طائفة أعمال السيادة . أما مسألة مدى توافق تصرفات الرئيس مع الدستور فيجب أن تكون من اختصاص المحكمة الدستورية العليا، وأن تتم استشارة هذه المحكمة بموضوع تطبيق المادة/114/ قبل استخدامها، على غرار الوضع في الدستور الفرنسي المادة/16/ وهذا يقتضي تعديلاً في الدستور.

⁽¹⁾ قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 34 في الطعن رقم 100 لعام 1965

⁽²⁾ قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 302 في الطعن رقم 358 لعام 1974، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري لعام 1974، ص 388 وما بعدها

الفرع الثاني

رقابة القضاء الإداري على القرارات الصادرة في حالة الضرورة

إن الرقابة القضائية على الإدارة - كما ذكرنا سابقاً - هي الأسلوب الوحيد والفعال لضمان احترام سلطات الإدارة للقانون، إذ يترتب على وقوع حالة الضرورة أن تتخذ السلطة التنفيذية الإجراءات اللازمة لمواجهة هذه الظروف وتسمى (بأعمال الضرورة) والتي تؤدي إلى جملة من الآثار المتمثلة في خلق أوضاع بالغة الخطورة على الحريات والحقوق الفردية، وتشمل هذه الأعمال ما يأتي:

أولاً- اللوائح التفويضية:

نظمتها المادة /38/ من الدستور الفرنسي التي نصت على أن: "للحكومة - تنفيذاً لبرنامجها - أن تطلب من البرلمان التصريح لها في إصدار أوامر خلال فترة محددة في مواد تدخل أصلاً في مجال القانون وتصدر هذه الأوامر من مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة وتعد قابلة للتنفيذ من تاريخ نشرها ولكن تصبح هذه الأوامر كأن لم تكن إذا لم تقدم الحكومة في الفترة الزمنية التي حددها البرلمان في قانون التفويض مشروعاً بقانون للتصديق عليه، ولا يمكن التصديق عليها إلا بشكل صريح. وبعد انتهاء المدة المشار إليها في الفقرة الأولى فإنه لا يجوز تعديل هذه الأوامر إلا بقانون طالما أنها صدرت في مجال القانون".

أي يمكننا القول إنّ شروط تطبيق اللوائح التفويضية في فرنسا أن تصدر من مجلس الوزراء بعد توقيع رئيس الجمهورية عليها، تطبيقاً لنص المادة 13/ (1) من الدستور الفرنسي التي توجب هذا التوقيع على الأوامر التي تتم المداولة فيها في مجلس الوزراء، وأن تعرض قبل إصدارها على مجلس الدولة، وأخيراً أن يعرض مشروع قانون التصديق عليها في فرنسا على البرلمان قبل انتهاء المدة المحددة في قانون التفويض (2).

أما الدستور المصري لعام 2014 فلم يتضمن أي مادة تتعلق بالتفويض التشريعي، فالحكومة المصرية عدّت قوانين الأحكام العرفية والطوارئ بمثابة تفويض عام. وكذلك في سورية، لا يوجد نص في الدستور يجيز للبرلمان أن يفوض سلطته إلى الحكومة، ولا شك في أن الدستور السوري جسد بذلك ظاهرة طغيان السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية (3).

ثانياً - لوائح الأزمات الخاصة:

التي نصت عليها المادة (16) من الدستور الفرنسي، إذ جمعت سلطتي التشريع والتنفيذ بين يدي رئيس الجمهورية، فله أن يتخذ من الإجراءات التي

(1) نصت المادة 13/ من الدستور الفرنسي على أن: " يقوم رئيس الجمهورية بالتوقيع على المراسيم والأوامر التي تتم المداولة بشأنها في مجلس الوزراء..... "

(2) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 264-265

(3) د. حسن البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان للقاعدة الدستورية، مرجع سابق، ص 947.

تتطلبها الظروف الاستثنائية، والتي يرى أنها تتناسب لمواجهة هذه الظروف. وفي مصر عدّ مجلس الدولة المصري المادة (74)⁽¹⁾ من دستور 1973 الملغى مجرد تطبيق لنظرية الضرورة، وتخضع للضوابط التي استقر عليها القضاء الإداري في هذا الشأن⁽²⁾ ووفقاً للرأي الراجح تعدّ هذه اللوائح أعمالاً إدارية لها قوة القانون، وتبعاً لذلك تخضع للرقابة على مشروعيتها من جانب القضاء الإداري، وللرقابة على دستوريّتها من جانب المحكمة الدستورية العليا⁽³⁾، وقد انتقد الفقه هذه المادة ودعا إلى إلغائها والاكتفاء بالمواد التي تعالج حالة الضرورة⁽⁴⁾، وقد استجاب دستور 2014 لذلك، إذ لا يوجد مادة مقابلة لهذه المادة. أما في سورية فقد منحت المادة (114) من الدستور الحالي - والتي تم ذكرها سابقاً - رئيس الجمهورية سلطات مطلقة دون وجود أي ضمانات مقارنة بالمادة (16) من الدستور الفرنسي، والمادة (74) من الدستور

(1) تنص المادة 74 من الدستور المصري الملغى على أنه: (الرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بياناً للشعب ويجري الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها)

(2) د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، بلا دار نشر،

2009، ص 218

(3) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة (القضاء الإداري) مرجع سابق، ص

285

(4) د. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي قي

فترات إيقاف الحياة النيابية، مرجع سابق، ص 77.

المصري لعام 1973 الملغى، وذهب بعض الفقه إلى أن رئيس الجمهورية في سورية استناداً إلى هذه المادة لا يتصرف بوصفه رئيساً للسلطة التنفيذية، بل يتصرف بوصفه رئيس الدولة المسؤول عن بقائها وسلامة واستقلال أرضها⁽¹⁾.

ثالثاً - لوائح الضرورة:

لم يعرف الدستور الفرنسي الحالي أي تطبيق لهذا النوع من اللوائح. أما الدستور المصري الحالي فقد نظمها في المادة (156) - والتي ذكرناها سابقاً - فقد حصرت إصدار هذه اللوائح في حالة كون مجلس النواب غير قائم.

ويعدّ القرار بقانون في المدة ما بين صدور القرار بقانون وعرضه على مجلس الشعب قراراً إدارياً يجوز الطعن به أمام القضاء الإداري في رأي غالبية الفقه، أما بعد عرضه على مجلس الشعب وموافقة المجلس عليه فيصبح قانوناً ويخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا⁽²⁾. وتخضع لوائح الضرورة سواء قبل عرضها على البرلمان أو بعد عرضها عليه للرقابة على دستورية القوانين من قبل المحكمة الدستورية العليا⁽³⁾.

(1) د. حسن البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، كضمان لنفاذ

القاعدة الدستورية، مرجع سابق، ص 959

(2) د. يسري محمد العصار، قانون القضاء الإداري، دار النهضة العربية، 2011 ص 271.

(3) د. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، 1995، ص 56.

وفي سورية فقد نظمت حالة الضرورة بموجب المادة (113)⁽¹⁾ من الدستور الحالي لعام 2012، إذ تعرض هذه التشريعات على المجلس خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد أول جلسة له، ولكن لم تحدد ما جزاء عدم العرض، كما فعل المشرع المصري، وكذلك أعطت هذه المادة الحق للمجلس في إلغاء هذه التشريعات أو تعديلها بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين للحضور من دون أن يكون لهذا التعديل أو الإلغاء أثر رجعي. وبالنسبة إلى طبيعة هذه المراسيم التشريعية يذهب الفقه السوري إلى أن هذه المراسيم طالما لم تقترن بموافقة مجلس الشعب فهي قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري، أما بعد عرضها على المجلس وموافقة عليها فتصبح بمثابة القانون⁽²⁾.

وواضح لنا مما سبق أن المشرع الدستوري لم يكتف بالأغلبية العادية لتعديل هذه التشريعات (أغلبية الحضور) بل تطلب أغلبية مشددة (ثلثي الحضور) من أجل تعديلها أو إلغائها، الأمر الذي يمنحها مركزاً متفوقاً على

(1) نصت المادة (113) من الدستور السوري لعام 2012 على أنه: (1- يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع خارج دورات انعقاد مجلس الشعب، أو أثناء انعقادها إذا استدعت الضرورة القصوى ذلك، أو خلال الفترة التي يكون فيها المجلس منحللاً. 2- تعرض هذه التشريعات على المجلس خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد أول جلسة له. 3- للمجلس الحق في إلغاء هذه التشريعات أو تعديلها بقانون، وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة، على ألا تقل عن أكثرية أعضائه المطلقة، دون أن يكون لهذا التعديل أو الإلغاء أثر رجعي، وإذا لم يلغها المجلس أو يعدلها عدت مقرة حكماً)

(2) د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة

القوانين العادية التي يمكن إلغاؤها أو تعديلها بسهولة أكبر من المراسيم التشريعية

إن ما يعيننا في هذا المقام هو رصد سياسة القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية بشأن الرقابة على قرارات الضبط الإداري الصادرة استناداً إلى ممارسة رئيس الجمهورية للصلاحيات التي تخولها له هذه النصوص الدستورية، فقد أثارت المادة/16/ من الدستور الفرنسي جدلاً فقهيّاً كبيراً عندما استحدثها دستور 1958، فظهرت اتجاهات عديدة بهذا الشأن، منهم من رأى أن ما يصدر عن رئيس الجمهورية تطبيقاً للمادة/16/ هو طائفة قانونية ذات طبيعة خاصة، فهي غير قابلة للخضوع لرقابة القضاء، وذهب هذا الرأي إلى أن هذه الطائفة تعلو القانون. وقد انتقد معظم الفقه هذا الرأي⁽¹⁾، ويتضح لنا أن هذا الرأي ليس له أساس من القانون أو الواقع. وثمة اتجاه آخر يرى أن ما يصدر عن رئيس الجمهورية تطبيقاً للمادة/16/ ذو طبيعة إدارية وذلك طبقاً للمعيار الشكلي، لكنه لا يخضع للرقابة القضائية لأنه من أعمال السيادة فهو يختص بالعلاقة بين السلطة التنفيذية والتشريعية⁽²⁾، وغني عن القول أن هذا المذهب يؤدي إلى إطلاق يد رئيس الدولة من دون أي رقيب، الأمر الذي يشكل خطورة بالغة على حقوق وحريات الأفراد. وهناك اتجاه آخر أكد أن ما يصدر عن رئيس الجمهورية في معرض تطبيقه للمادة/16/ ذو طبيعة تشريعية

(1) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة) مرجع سابق، ص 61

(2) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 278

مستنداً في ذلك إلى المادة/92/⁽¹⁾ من الدستور الفرنسي لعام 1958، ولكن مجلس الدولة الفرنسي رفض قبول الطعون الموجهة ضد الأوامر الصادرة بموجب هذه المادة على أساس أنها ذات طبيعة تشريعية، فالإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة /92/ من الدستور لا تمت بشبه للإجراءات المتخذة تطبيقاً للمادة/16/، وذلك لأن الأولى اتخذت في فترة دمج السلطات، فلا وجود للسلطات العامة على عكس ما عليه الحال عند تطبيق المادة/16/ إذ إن السلطات قائمة لكن سيرها غير منتظم⁽²⁾. كما أن هناك اتجاهاً أضفى الصفة الإدارية على ما يصدر عن رئيس الجمهورية تطبيقاً للمادة /16/، وبالتالي فهي تخضع لرقابة القضاء الإداري، وذلك استناداً إلى المعيار الشكلي الذي يأخذ به التشريع والفقهاء والقضاء، ويقول أصحاب هذا الرأي إنه طبقاً لنظرية الظروف الاستثنائية، والتي تعد هذه المادة تطبيقاً لها، فإن القرارات التنظيمية الإدارية لها أن تكسب قوة القانون عند الظروف الاستثنائية فتعدل أو تلغي قوانين قائمة، وهذا لا يؤثر في الطبيعة الإدارية لهذه القرارات⁽³⁾.

⁽¹⁾ نصت المادة/92/ من الدستور الفرنسي على أن: " تتخذ في مجلس الوزراء بأوامر لها قوة القانون الإجراءات التشريعية اللازمة لإنشاء المنظمات ولضمان سير السلطات العامة حتى يتم قيام هذه المنظمات..... ويجوز للحكومة أيضاً في خلال نفس المدة وبنفس الشروط أن تتخذ في أي موضوع الإجراء الذي تقدر ضرورته لحماية الوطن وحماية المواطنين وللمحافظة على الحريات)

⁽²⁾ د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 274-275

⁽³⁾ د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 276-278

وتتفق الباحثة مع هذا الرأي في أنّ ما يصدر تطبيقاً للمادة/16/ ذو طبيعة إدارية، وإن تمتع بقوة القانون، وما يترتب على ذلك من خضوع هذه الإجراءات لرقابة القضاء الإداري وهذا بالتأكيد من الضمانات المهمة عند تطبيق هذه المادة.

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عدّ حكم Rubin de servens الصادر في 2 آذار 1962 هو الحكم الأساسي الذي يمكن من خلاله بيان موقفه من قرارات الضبط الصادرة تطبيقاً للمادة/16/ من قبل رئيس الجمهورية، عندما تم الطعن بقرار رئيس الجمهورية الصادر في 3 أيار 1961 المتضمن إنشاء محكمة عسكرية خاصة تتولى محاكمة من يرتكب أو يشارك في جرائم ضد سلامة وأمن الدولة أو تحل بالنظام العسكري، ورفض مجلس الدولة هذا الطعن لأن القرار المطعون فيه يتناول موضوعات تدخل ضمن نطاق المادة/34/ من الدستور الفرنسي⁽¹⁾، فإنها تكتسب الطابع التشريعي، وتصبح بمنجاة عن الرقابة القضائية، والمبدأ نفسه الذي تبناه مجلس الدولة في قضية Rubin، تبناه في أحكام أخرى فقرر عدم اختصاصه بالنظر في الطعون ضد القرارات التي تتناول مسائل تدخل ضمن نطاق المادة/34/ من الدستور، ومن هذه القرارات ما صدر في 1961/4/24 بمنح وزير الداخلية سلطة اتخاذ بعض الإجراءات المقيدة للحريات الفردية، والقرار الصادر بتاريخ 1961/4/27 الذي يخول وزير الداخلية والإعلام سلطة حظر المطبوعات التي تتضمن معلومات سرية،

(1) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص

وقد تعرض موقف مجلس الدولة الفرنسي من القرارات المتخذة تطبيقاً للمادة/16/ للانتقاد، فالمجلس هنا قام بالاستعانة بالمعيار الموضوعي لتمييز القرارات التي تدخل في النطاق التشريعي عن القرارات التي تدخل في النطاق الإداري، بينما يتبنى مجلس الدولة، كما نعلم، المعيار العضوي أو الشكلي في تمييز أعمال السلطات العامة ⁽¹⁾. فمجلس الدولة الفرنسي أخضع لرقابته جميع القرارات التي لها قوة القانون مستنداً إلى المعيار الشكلي الذي تبناه وأخرج القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب المادة/16/ من ولايته، وهو يخضع القرارات التي لها قوة القانون الصادرة بموجب نظرية الظروف الاستثنائية لرقابته، لكنه امتنع عن إخضاع القرارات الصادرة بموجب المادة/16/ بالرغم مما بين نظرية الظروف الاستثنائية والمادة/16/ من شبه، بحيث عُدَّت المادة المذكورة إحدى تطبيقات الظروف الاستثنائية ⁽²⁾.

مما سبق يمكن القول إن مجلس الدولة الفرنسي في رقابته للقرارات المتخذة تطبيقاً للمادة/16/ خالف قضاءه المستقر استناداً إلى نظرية الظروف الاستثنائية والمتضمن عدّ وجود الظرف الاستثنائي شرطاً لمشروعية الإجراء، ويبدو أن هذا الموقف لمجلس الدولة الفرنسي لا يستند إلى تقديرات قانونية، وإنما تحكمه تقديرات سياسية بحتة تتعلق بالمصلحة العليا للدولة الفرنسية.

(1) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة مصر وفرنسا، مرجع سابق، ص 64.

(2) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 200.

أما بالنسبة إلى القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في مصر تطبيقاً لنص المادة/156/، فقد أعلنت محكمة القضاء الإداري في قرار لها: " أنه لتحديد الطبيعة القانونية لما اتخذه رئيس الجمهورية من قرارات في هذه الحالة، فإنه ينبغي في تحديدها الرجوع إلى المعيار السائد قضاءً وفقهاً في التمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة وهو معيار طبيعة العمل، فأعمال السيادة حسب هذا المعيار هي التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فإذا كانت صادرة من السلطة التنفيذية باعتبارها حكومة كانت أعمال سيادة، أما إذا كانت صادرة منها باعتبارها إدارة كانت أعمالاً إدارية، وبالتالي فإنه ينبغي أن نبحث في طبيعة كل قرار اتخذه رئيس الجمهورية استناداً لهذه المادة" ⁽¹⁾. أي أن الحكم أعلن بوضوح أن مرجعية تقرير ما يعتبر من أعمال السيادة هو من صلاحية واختصاص القضاء الإداري فيما يتعلق بقرارات رئيس الجمهورية التي تصدر تطبيقاً إلى المادة/156/. وعلى ذلك استقر القضاء الإداري المصري على إخضاع القرارات الصادرة في حالة الضرورة لرقابته، فمجلس الدولة يكون له النظر فيها قبل إقرار البرلمان لها، أما بعد ذلك فيختص بها القضاء الدستوري، فقضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه:

(1) نسرین طلبه، الرقابة القضائية على السلطات الممنوحة لرئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة بحوث جامعة حلب، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 67، 2010، ص 197.

" وإن كانت السوابق القضائية تؤيد القول بأن القرارات الجمهورية بقوانين هي قرارات إدارية يجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة لحين عرضها على البرلمان إلا أن الرقابة القضائية على هذه القرارات بقوانين تأبى أن تبحث في القرار بقانون من وجهة مطابقته أو عدم مطابقته للقوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية لتتحصّر الرقابة عليه في التأكيد على التزامه بأحكام الدستور"⁽¹⁾.

كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه: " ولما كان من الثابت أن رئيس الجمهورية كان قد أصدر القرار بقانون رقم 107 لسنة 2013 بتنظيم الحق في الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات السلمية، وحيث إن القرار بقانون المطعون فيه قد صدر من رئيس الجمهورية بوصفه سلطة استثنائية، ولما كان القرار بقانون هو في حقيقته قرار إداري له كل مقومات القرارات الإدارية الأمر الذي بموجبه ينعقد الاختصاص بنظره إلى محكمة القضاء الإداري - وإن ذهب الحكم المطعون فيه إلى غير ذلك فإنه يكون خطأ وجدير التقرير بالإلغاء "⁽²⁾.

⁽¹⁾ الرقابة القضائية على اختصاص رئيس الدولة في إصدار لوائح الضرورة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.almerja.com تاريخ الدخول للموقع: 2019 / 12 / 16 الساعة 11:30 مساء

⁽²⁾ د. عمر حماد، مجلس الدولة هيئة مفوضي الدولة المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق،

أما بالنسبة إلى الدستور السوري فقد سبق القول إن صياغة المادة/114/ قد جعلت من المتعذر لحظ تطبيقها، بسبب إغفال النص لشرط الإعلان عن هذا التطبيق كما هو الحال بالنسبة إلى الدستور الفرنسي والمصري، وأدى ذلك بشكل طبيعي إلى غياب الرقابة القضائية بمختلف صورها حول هذا الموضوع.

إن الغاية من المادة/114/ من الدستور السوري هي تركيز السلطة بيد رئيس الجمهورية عندما تتعرض الجمهورية لخطر جسيم وحال يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة واستقلال أرض الوطن، أو يعيق مؤسسات الدولة عن مباشرة مهامها الدستورية، وهذا يؤدي في حد ذاته إلى اثار ونتائج في غاية الأهمية على الدستور في حد ذاته، وعلى علاقة ووظيفة المؤسسات الدستورية خلال مدة تطبيق هذه المادة، وعلى الحريات والحقوق الفردية التي تكون في الغالب محل هذه الإجراءات. وإذا كانت هذه المواد الدستورية قد وضعت الإطار العام لتحرك رئيس الجمهورية لمواجهة الخطر الداهم من دون أن تحدد مدى ونطاق السلطات التي يمكن أن يمارسها، على أساس أن هذه السلطات يختلف نطاقها من حالة إلى أخرى، إلا أن ذلك يجب أن لا يمنع من محاولة تحديد مدى السلطات التي يمكن أن يتمتع بها رئيس الجمهورية، تأسيساً على أن سكوت الدستور مرده إلى استحالة تحديد ذلك بنص دستوري⁽¹⁾.

(1) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص

لقد لاحظنا عند دراسة المادة/16/ من الدستور الفرنسي والمادة/156/ من الدستور المصري أن رئيسي الجمهورية في فرنسا ومصر، عند وضع هذه المواد موضع التنفيذ، مارسا صلاحيات تشريعية بتعديل القوانين النافذة، أو إصدار قوانين جديدة، واعترف الفقهاء الفرنسي والمصري لرئيس الجمهورية بهذه السلطة عندما تتطلب الظروف ذلك وبالقدر الذي تقتضيه⁽¹⁾. أما بالنسبة إلى سلطة رئيس الجمهورية العربية السورية التشريعية استناداً إلى المادة/114/ من الدستور، فلا مجال للمقارنة بنصوص المادتين/16/ فرنسي و/156/ مصري، بسبب وجود نص صريح في الدستور السوري ينظم سلطة رئيس الجمهورية التشريعية في حالات الضرورة هو نص المادة/113/ التي جاء فيها أن: " يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع أثناء انعقاد دورات المجلس إذا استدعت ذلك الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية، أو بمقتضيات الأمن القومي، على أن تعرض هذه التشريعات على المجلس في أول جلسة له".

مما تقدم يقودنا إلى القول أن سلطة رئيس الجمهورية العربية السورية التشريعية في حالات الضرورة تستند إلى نص المادة/113/ من الدستور، وليس له دستورياً أن يمارس التشريع استناداً إلى المادة/114/. وتختلف سلطات رئيس الجمهورية التنفيذية باختلاف الأنظمة القانونية للدول، ففي فرنسا يتقاسم رئيس الجمهورية مسؤولية السلطة التنفيذية مع الوزير الأول، وتتسع

(1) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص

سلطاته عند تطبيق المادة/16/ لتجمع كل الاختصاصات المتعلقة بالحكم والإدارة، أما في سورية فيتولى رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية نيابة عن الشعب ضمن الحدود المنصوص عليها في المادة/83/ ⁽¹⁾ من الدستور الحالي إلى جانب مجلس الوزراء، وتتركز هذه السلطة بيد رئيس الجمهورية عند تطبيق المادة/114/ ليتمكن من مواجهة الخطر بأقصى سرعة وبأقل الخسائر الممكنة، ولا يمكن عدّ هذه السلطات ميزة بقدر ما هي مسؤولية تقع على عاتق الرئيس قوامها المحافظة على أمن البلاد ونظامها.

وترى الباحثة أنه من الضروري منح رئيس الجمهورية سلطات واسعة لمواجهة الحالات الطارئة، على أن يستخدم الرئيس السلطات الواردة في نص المادة/114/ من الدستور السوري الحالي في إطار شروط وضوابط محددة تضمن استخدام المادة/114/ لتحقيق الغاية التي وجدت من أجلها، ويمكن أن تكون هذه الضوابط - كما ذكرت سابقاً - استشارة رئيس المحكمة الدستورية العليا، أو رئيس مجلس الشعب، أو رئيس مجلس الوزراء، أو عرض الإجراءات المتخذة على مجلس الشعب، أو على الاستفتاء الشعبي، إلى جانب إعلان الرئيس عن تطبيقه لهذه المادة.

بالتالي نستبعد إمكانية ممارسة رئيس الجمهورية سلطات تشريعية أو قضائية أو المساس بالدستور استناداً إلى المادة/114/ من الدستور السوري،

⁽¹⁾ نصت المادة/83/ من الدستور السوري الحالي على أن: " يمارس رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء السلطة التنفيذية نيابة عن الشعب ضمن الحدود المنصوص عليها في الدستور".

لأن رئيس الجمهورية يمارس اختصاصاته ضمن الحدود المرسومة في الدستور، ومن غير المنطقي القول بإمكانية الرئيس المساس بالقواعد التي يستمد منها صلاحياته، ولو قصد المشرع الدستوري منح الرئيس سلطات بالنسبة إلى الدستور من هذا القبيل لنصّ على ذلك بشكل صريح. معنى ذلك أن القرارات التي سيتخذها رئيس الجمهورية العربية السورية استناداً إلى هذه المادة قرارات ذات طبيعة إدارية، وبالنسبة إلى إضفاء صفة أعمال السيادة على هذه القرارات لتحسينها من الرقابة القضائية، فإن ذلك يعود أولاً وأخيراً إلى مطلق تقدير القضاء الإداري، وتأسيساً على ما تقدم يكون من غير المقبول القول إن القرارات المتخذة تطبيقاً للمادة/114/ في نطاق وظيفة الضبط الإداري كقرارات الاعتقال والمنع من السفر وغيرها هي من طبيعة أعمال السيادة، لأن هذا النوع من الأعمال يتجه القضاء والفقه إلى حصرها بعلاقة السلطات العامة في الدولة بعضها ببعض، وبالتالي يمكننا القول إن تدابير الضبط الإداري الصادرة عن رئيس الجمهورية العربية السورية في حالة الضرورة، أو تلك التي تصدر تنفيذاً للوائح الصادرة استناداً إلى هذه المادة هي قرارات إدارية يجب أن تخضع لرقابة القضاء الإداري، للتحقق من أن تقييد الحريات لازم وضروري للمحافظة على سلامة أمن الدولة واستقلالها وحسن سير مؤسساتها.

المطلب الثاني

وسائل رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط الإداري في حالة الضرورة

تلجأ الإدارة وهي بصدد مواجهة حالة الضرورة إلى استخدام أساليب متعددة ومتنوعة، تتمثل في الأعمال التي تقوم بها، سواء كانت أعمالاً قانونية أو أعمالاً مادية، على أن هذه الأساليب التي تتمتع بها الإدارة قد تتضمن خطراً كبيراً على حقوق وحریات الأفراد.

فإذا كانت الإجراءات المتخذة في ظل حالة الضرورة يجب أن تخضع للرقابة القضائية - كما بينا سابقاً - فإن معنى ذلك أن نظرية الضرورة لا تشكل استثناءً حقيقياً وارداً على مبدأ المشروعية، مادامت الرقابة القضائية بوصفها أفضل ضمانة لحماية الحقوق والحریات العامة، تبقى قائمة. وبالتالي فإن وسائل الرقابة القضائية - أي دعوى الإلغاء ودعوى التعويض - تبقى قائمة، ومن حق الأفراد استعمالها إذا تضرروا من الإجراءات الاستثنائية.

وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب لمعرفة نطاق رقابة القاضي الإداري على الإجراءات الاستثنائية من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: دعوى الإلغاء

الفرع الثاني: دعوى التعويض

الفرع الأول دعوى الإلغاء

دعوى الإلغاء هي طريق قضائي في مراقبة مشروعية القرارات الإدارية، يمارسها الأشخاص المتضررون من القرارات الإدارية غير المشروعة ليحصلوا بواسطتها على إلغاء القرارات المذكورة، فهي تمثل الطريق القضائي لمراقبة مشروعية القرارات الإدارية التنفيذية، وتعدّ وسيلة لتأمين احترام مبدأ سيادة القانون من قبل الحاكم والمحكوم على السواء. وينحصر حق رافع الدعوى في طلب إلغاء قرار إداري مشوب بعيب من عيوب عدم المشروعية، فالدعوى في حقيقتها ليست موجهة إلى الإدارة بقدر ما هي موجهة إلى القرار المعيب، وهذا ما يعنيه الفقهاء بقولهم (إن دعوى الإلغاء ليست دعوى بين خصوم، ولكنها دعوى ضد قرار) ونتيجةً لهذا المفهوم فإن دور القاضي ينحصر في التحقق من شرعية القرار المطعون فيه، فإذا ما تأكد من عدم مشروعيته فإن الحكم الوحيد الذي يستطيع أن يصدره هو إلغاء القرار المطعون⁽¹⁾.

وتتسم دعوى الإلغاء بأنها دعوى القانون العام لإلغاء القرارات الإدارية عموماً، بمعنى أن دعوى الإلغاء يمكن أن توجه إلى أي قرار إداري من دون حاجة إلى نص صريح في القانون بذلك، بل إن القضاء الإداري قد وصل في هذا الصدد إلى حد عدّ النصوص التي ترد في بعض القوانين لتحسين بعض

(1) د.سام دله، مؤيدات مبدأ مشروعية القرار الإداري، بحث علمي لنيل درجة دبلوم في العلوم الإدارية والمالية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2001م، ص 31.

القرارات الإدارية والتي تنص على أن تلك القرارات غير قابلة للطعن موجهة إلى الطعون الأخرى، ولا تعني دعوى الإلغاء⁽¹⁾.

ويهدف قضاء الإلغاء إلى إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية، وإلى إلغاء القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الإدارية نظراً إلى عدم مشروعيتها (الطعن بالنقض). وقد أحاط المشرع الفرنسي دعوى الإلغاء بعناية خاصة بوصفها تمثل السلاح الفعال في يد الأفراد لمنع تعسف الإدارة في ممارستها لاختصاصاتها وإجبارها على التزام حدود القانون، فقد أسهم المشرع الفرنسي مع مجلس الدولة الفرنسي في تسهيل عملية لجوء الأفراد إلى رفع دعاوى الإلغاء، وتجلّت هذه التسهيلات في عدم اشتراط تقديم عريضة الدعوى عن طريق محام وفي عدم ضرورة دفع الرسوم سلفاً. ولم يأخذ المشرع لدينا بشئ من ذلك فيما يتعلق بدعوى الإلغاء⁽²⁾.

ويمكن إجمال الخصائص الذاتية التي تميز دعوى الإلغاء فيما يأتي:

أولاً- دعوى الإلغاء هي دعوى من صنع قضاء مجلس الدولة الفرنسي:

الحقيقة الأولى في شأن دعوى الإلغاء أن جميع أحكامها تقريباً هي من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على عدم ربط دعوى الإلغاء بقانون من القوانين، بل عدها مجرد أداة لتحقيق المشروعية وفقاً لمبادئ القانون العام ورتب على ذلك نتيجة بالغة الخطورة، وهي قبول دعوى

(1) د. سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 280.

(2) د. عبد الله طلبه، المرجع السابق، ص 186.

الإلغاء ضد قرارات نص المشرع على إعفائها من جميع الطعون الإدارية أو القضائية⁽¹⁾.

ثانياً- دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية بمعنى الكلمة:

إن دعوى الإلغاء حتى سنة 1872 لم تكن دعوى قضائية بل كانت تظلاً إدارياً، وتغيرت طبيعتها منذ أن عهد إلى مجلس الدولة بوظيفة القضاء المفوض بحيث انقلبت من تظلم إداري إلى دعوى قضائية بمعنى الكلمة⁽²⁾.

ثالثاً- دعوى الإلغاء تنتمي إلى قضاء المشروعية:

فإذا ما ألغى القضاء قراراً إدارياً لمجاوزة السلطة، فإن ذلك يعني أن القرار غير مشروع وبهذا يكون اصطلاح "مجاوزة السلطة" مرادفاً لاصطلاح "عدم المشروعية"⁽³⁾.

ويلجأ الفقه الحقوقي إلى معيارين أساسيين لتمييز العمل الإداري عن غيره، المعيار الأول شكلي ومؤداه أن ينظر إلى العمل من حيث السلطة التي أصدرته والإجراءات التي اتبعت في إصداره من دون الأخذ في الحساب موضوع هذا العمل ومضمونه، فإذا كان صادراً من السلطة التشريعية عدّ عملاً تشريعياً، أما إذا صدر عن السلطة القضائية فهو عمل قضائي، والعمل الذي يصدر عن السلطة الإدارية يعد عملاً إدارياً. أما المعيار الثاني فموضوعي

(1) د. سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 282.

(2) د. سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 282.

(3) د. سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 282.

ومؤداه أن ينظر إلى العمل من حيث مضمونه ومحتوياته من دون الأخذ في الحسابان السلطة التي صدر عنها أو الإجراءات التي اتبعتها في إصداراته، واستناداً إلى هذا المفهوم يعد عملاً تشريعياً ذلك الذي يتضمن قواعد عامة مجردة أيا كانت السلطة التي أصدرته، أما الأعمال التي لا تتألف من قواعد عامة مجردة فتعد أعمالاً إدارية سواء أكانت صادرة عن السلطة الإدارية أم عن السلطة التشريعية⁽¹⁾.

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتماد المعيار الشكلي بصورة أصلية ونادراً ما يلجأ إلى اعتماد المعيار الموضوعي، وانطلاقاً من هذا الموقف فإنه يتمتع تماماً عن التعرض للأعمال التي تدخل في نطاق النشاط التشريعي للبرلمان، سواء تمثل هذا النشاط في صورة قوانين أو قرارات أو لوائح داخلية. أما القضاء الإداري في كل من سورية ومصر فتبنى المعيار الشكلي، ولكنه يلجأ في بعض الحالات إلى اعتماد المعيار الموضوعي بقصد بسط اختصاصه على بعض القرارات التي يقتنع بوجود خضوعها لرقابته، وانطلاقاً من هذا الاتجاه فقد امتنع القضاء الإداري المصري عن النظر في دعاوى إلغاء القانون⁽²⁾.

والسؤال الذي ينبغي الإجابة عليه:

هل القرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية كافة يمكن طلب إلغائها

بدعوى إلغاء؟

(1) د. عبد الله طلبية، المرجع السابق، ص 195.

(2) د. عبد الله طلبية، المرجع السابق، ص 195.

الأصل أن كل قرار إداري صادر عن السلطة التنفيذية يجب أن يحترم مجموعة القواعد العامة أيّاً كان مصدرها أو مرتبتها في سلم القواعد القانونية، إلا أن وضع حدود مطلقة للسلطة الإدارية يؤدي حتماً إلى نوع من الجمود، لذلك خوّلت السلطة الإدارية قدراً من الحرية بقصد تمكينها من التوفيق بين الصالح العام ومصالح الأفراد. وتتجلى هذه الحرية في السلطة التقديرية التي قررها المشرع لصالح الإدارة في موضوع معين، بحيث تتمتع بقدر كبير من حرية الاختيار في الطرق والوسائل والوقت في عملية اتخاذ القرار الإداري، فتستطيع الإدارة من أجل مجابهة الظروف الاستثنائية أن تتجاوز في قراراتها مبدأ المشروعية بغية المحافظة على المصلحة العامة المعرضة للخطر نتيجة هذه الظروف غير العادية، ولكن تبقى قرارات الإدارة خاضعة لرقابة القضاء الذي يتحقق من أن الإدارة لم تستخدم حرية الاختيار الممنوحة لها من أجل الخروج عن مبدأ المشروعية، كما يتأكد من توافر الضوابط والشروط الموضوعية للظروف الاستثنائية التي دعت الإدارة لتجاوز مبدأ المشروعية بشكل مؤقت في سبيل الصالح العام (1).

فالإدارة في ظل حالة الضرورة تبقى ملتزمة باحترام عنصر السبب في القرارات الإدارية التي تتخذها أيّاً كانت درجة اتساع سلطات الإدارة في هذه الحالة، وعليه فإن القرارات التي تتخذها لمواجهة حالة الضرورة تبقى خاضعة للرقابة القضائية بوساطة دعوى الإلغاء التي تعدّ من أهم وأكبر الضمانات التي تعتمد عليها الدول اليوم لإقرار مبدأ المشروعية، وبذلك يمكننا القول إنه في ظل

(1) د.سام دلة، مؤيدات مبدأ مشروعية القرار الإداري، مرجع سابق، ص 35.

حالة الضرورة غالباً ما تضيف السلطة التنفيذية وظيفة التشريع إلى وظيفتها الإدارية، وحينئذٍ تختلط الأعمال التشريعية بالقرارات الإدارية. وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عد العمل التشريعي كل ما تطلق عليه السلطة التنفيذية هذه التسمية وبالتالي لا تقبل دعوى الإلغاء ضد هذه التشريعات الصادرة عن السلطة التنفيذية⁽¹⁾. وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي المبدأ ذاته بالنسبة إلى القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية عند تطبيق المادة 16/ من دستور الجمهورية الخامسة لعام 1958م، إذ إن هذه المادة تخوّل رئيس الجمهورية اتخاذ الإجراءات الضرورية كافةً لمواجهة ظروف استثنائية (تهديد خطر وحال للمؤسسات الجمهورية أو الاستقلال الوطني أو للوحدة الإقليمية أو للتعهدات الدولية - اختلال عمل السلطات الدستورية العامة) وذلك وفقاً لشكليات محددة دستورياً. وقد أثارت طبيعة القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية إعمالاً لنص هذه المادة جدلاً فقهيّاً حسمه مجلس الدولة بحكمه الصادر في 1962/3/2م في قضية (Rubin de servins)، وقد ميز مجلس الدولة في هذا الشأن بين حالتين:

الحالة الأولى - أن يتضمن قرار رئيس الجمهورية، الصادر تطبيقاً للمادة 16/ المشار إليها موضوعاً تشريعياً مما يختص به أصلاً البرلمان، وحينئذٍ يخرج مثل هذا القرار عن ميدان دعوى الإلغاء.

(1) د. سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 299

الحالة الثانية- أن يكون قرار رئيس الجمهورية مجرد ممارسة لسلطته التنظيمية المقررة في الدستور، وحينئذٍ يخضع هذا القرار لدعوى الإلغاء⁽¹⁾.

بناءً على هذا المفهوم الذي وضع خطوطه مجلس الدولة الفرنسي يمكننا القول إنَّ القرارات التي سيتخذها رئيس الجمهورية العربية السورية تطبيقاً للمادة 114/ من الدستور السوري الحالي المماثلة للمادة 16/ من الدستور الفرنسي يجب أن تخرج عن ميدان دعوى الإلغاء إذا كان موضوعها تشريعياً، أما إذا كان مضمونها تنظيمياً فتدخل في ميدان دعوى الإلغاء⁽²⁾.

وهكذا نجد أن القرارات الإدارية الصادرة عن رئيس الجمهورية استناداً إلى المادة/114/ من الدستور السوري الحالي قرارات ذات طبيعة إدارية، وبذلك يجب أن تخضع لرقابة القضاء الإداري في الحد الأقصى من الرقابة، للتحقق من أن تقييد الحريات لازم وضروري للمحافظة على سلامة أمن الدولة واستقلالها وحسن سير مؤسساتها.

وبالرجوع إلى قضاء مجلس الدولة المصري نجد أنه قد أخذ بالمبادئ نفسها، ففي قرار لمحكمة القضاء الإداري المصرية يقول: " إن المرسوم بقانون رقم 180 لسنة 1952 الخاص بإلغاء نظام الوقف هو قانون صادر من السلطة التشريعية بالبلاد والتي تركزت بعد سقوط دستور سنة 1923 في مجلس الوزراء، فسيخرج من اختصاص المحكمة النظر في طلب إلغائه أو

(1) د. سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 299.

(2) د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الخامسة، جامعة دمشق، 2004،

بطلانه بصفة أصلية، إذ قصر قانون مجلس الدولة اختصاص هذه المحكمة على إلغاء القرارات الإدارية الصادرة من السلطة التنفيذية في مجالها الإداري⁽¹⁾.

أما القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية تطبيقاً للمادة 113/ من الدستور السوري الحالي والتي تخوله سلطة التشريع خارج انعقاد دورات مجلس الشعب وفي أثناء انعقاده، فهذه القرارات يمكن أن تدخل في نطاق دعوى الإلغاء طالما أنها لم تحظَ بموافقة السلطة التشريعية، وهذا المبدأ اعتنقته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر عام 1954 الذي ينص على أن: (.... لا نزاع في جواز المطالبة بإلغاء المراسيم بالقوانين الصادرة عن السلطة التنفيذية فيما بين دوري الانعقاد أو في فترة الحل باعتبارها قرارات إدارية) آخذاً بالمعيار الشكلي في التفرقة ما بين القانون والقرارات الإدارية⁽²⁾.

ونحن نذهب مع هذا الرأي، لأنه طالما لم توافق السلطة التشريعية على هذه القرارات فتبقى قرارات إدارية خاضعة للطعن بالإلغاء أو التعويض، أما بعد الموافقة عليها فتصبح ذات طبيعة تشريعية لا تقبل الطعن.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بإلغاء نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القرار بقانون رقم 107 لسنة 2013 بتنظيم الحق في الاجتماعات العامة والمواكب والتظاهرات السلمية، لعدم دستوريته، وذلك بعد النظر بالطعن المقدم لها، إذ أعطت هذه المادة الحق لوزير الداخلية ومدير الأمن المختص

(1) د. سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 300

(2) د. عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 200.

بإصدار قرار بمنع الاجتماع أو التظاهرة وبذلك تكون قد خالفت النص الدستوري، وترتب عليها سقوط الفقرة الثانية منها نظراً إلى الارتباط الذي لا يقبل الفصل أو التجزئة بين نصي الفقرتين من المادة العاشرة من القانون السابق ذكره (1).

إذ جاء في قرارها: "ومن حيث أن المستقر عليه أن العمل التشريعي وإصدار القوانين يختلف تماماً عن العمل الإداري، فالأخير وحده هو الذي تدخل منازعاته في اختصاص القضاء الإداري، بينما تخرج منازعات الأول عن دائرة الاختصاص الولائي المنعقد لهذا القضاء سواء صدر العمل من السلطة التشريعية (مجلس النواب) أو من الجهة القائمة بمقتضى الدستور بشؤون التشريع، وذلك بطبيعة الحال بخلاف القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية وإن تناولت ثمة قواعد لائحية أو تنظيمية ذات صفة عامة والتي لا تعدو هذه أن تكون قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي تكون رقابته عليها هي عين رقابته على سائر القرارات الإدارية ويقبل الطعن عليها بجميع الطعون" (2).

وعليه يملك الأفراد الطعن في الإجراءات والتدابير الاستثنائية بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري الذي لم يتردد مطلقاً في إلغاء القرارات غير

(1) ننشر حيثيات حكم الدستورية العليا ببطلان المادة 10 من قانون التظاهر، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.youm7.com تاريخ الدخول للموقع: 2019 /8/20

الساعة 08:15 صباحاً

(2) د. عمر حماد، مجلس الدولة هيئة مفوضي الدولة المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق،

المشروعة، خصوصاً إذا تبين له تخلف أحد شروط تطبيق هذه النظرية. لهذا تعدّ نظرية الضرورة مكملّة لمبدأ المشروعية، وليست استثناءً عليه، وعلة ذلك أن تطبيق هذه النظرية لا يستبعد أو يوقف أو يؤثر في ضرورة احترام الإدارة لمبدأ المشروعية، بل أعطيت بعض القواعد القانونية مفاهيم ومضامين واسعة وفضفاضة لكي تستجيب وتتلاءم مع الظروف الاستثنائية المستجدة، ولكن ذلك يتم تحت رقابة القضاء الإداري وإشرافه، لهذا قيل وبحق، إن مبدأ المشروعية الاستثنائية يحل مكان المشروعية العادية⁽¹⁾.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن القضاء الإداري حاول الحد من سلطات الإدارة التقديرية بما يحقق التوازن بين مصلحة الإدارة وحماية الحقوق والحريات العامة، وأن يكون هناك تناسب بين الإجراء المتخذ من الإدارة والحالة التي تعمل من أجل حمايتها، وإلا كان قرارها معيباً وجديراً بالإلغاء وكل ذلك لحماية الحقوق والحريات العامة مادامت أن فرصة الاعتداء على تلك الحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة أكبر لكون الإدارة تتمتع بسلطات استثنائية خطيرة في مواجهة الأزمة.

(1) د. علي خطار شنتاوي، موسوعة القضاء الإداري، الطبعة الأولى، الجزء الأول، عمان،

الفرع الثاني

دعوى التعويض

إن مسؤولية الإدارة في ظل الظروف العادية مرهون بوجود خطأ من جانبها يترتب عليه ضرر للغير مع وجود علاقة سببية بينهما، ويؤدي ذلك إلى التزام الإدارة بالتعويض، واختلفت نظرة القضاء للمسؤولية في الظروف العادية عنها في الظروف غير العادية وذلك لوجود فرصة للإدارة في الظروف العادية للتروي والتبصر في إصدارها لقراراتها وهذا على عكس الظروف غير العادية فالأخطار الناشئة عن حالات الضرورة قد لا يتوافر فيها وقت للتبصر والرؤية اللازمة لوزن الأمور، ولا يكون هناك مجال لإمعان النظر في إصدار القرارات المتعلقة بهذه الظروف الشاذة⁽¹⁾.

والسؤال الذي يُطرح في هذا الصدد يتمثل في معرفة هل يمكن مساءلة الإدارة العامة عن الأعمال التي تقوم بها في حالة الضرورة؟ وهل يمكن أن تقوم تلك المسؤولية على أساس الخطأ، أم لابد أن تتوافر شروط معينة في الخطأ لإمكانية إثارة مسؤولية الإدارة؟

وإذا كان القضاء يعترف للإدارة بسلطات استثنائية في ظل حالة الضرورة من أجل تحقيق المصلحة العامة، فإن استعمال تلك السلطات قد

(1) د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة

يترتب عليه إلحاق أضرار ببعض الأشخاص، وهنا يثار تساؤل آخر، هل يمكن إثارة مسؤولية الإدارة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ؟

هذا ما سنجيب عليه من خلال ما يأتي:

أولاً- مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ:

لتحديد درجة صعوبة مباشرة النشاط الإداري يمكن الاستعانة بعنصرين يتمثل العنصر الأول في طبيعة النشاط الإداري نفسه كالعلاقات المادية لحفظ النظام وتحصيل الضريبة سواء كان مرفق الإدارة إيجابياً أو سلبياً، فامتناع سلطات الأمن عن اتخاذ إجراءات حفظ النظام لا تنتج مسؤولية الإدارة إلا إذا توافر عنصر الخطأ الجسيم، أما العنصر الثاني فهو ظرف الزمان والمكان، فما يكون خطأ في الظروف العادية لا يمكن عدّه كذلك في الظروف الاستثنائية كحالة الحرب أو الثورات، كما يشدد القضاء الإداري في درجة الخطأ المتطلبة كلما كان المرفق يؤدي خدماته في مكان خالٍ أو مستعمرة بعيدة⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى الأحكام القضائية الصادرة في هذا الصدد، خاصة من القضاء الفرنسي، نجد أن القضاء الإداري قد تشدد في تقرير مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، وإن كان قد أقر بإمكانية مساءلة الإدارة على أساس الخطأ فإنه في الوقت نفسه أكد على أنه ليس أي خطأ يمكن أن يصلح كأساس لإثارة مسؤولية الإدارة في تلك الظروف، وعليه فإنه لا يعتد في هذا الصدد بالخطأ

(1) د. سليمان محمد الطماوي، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن، دار الفكر

البسيط، بل يشترط توافر الخطأ الجسيم، فالعمل الإداري الذي تتخذه الإدارة في حالة الضرورة إذا كان مشوباً بعيب بسيط، فلا يمكن إلغاؤه، وبذلك لا تكون الإدارة قد أخطأت عندما قامت به، ومن ثم فإن دعوى المسؤولية على أساس هذا الخطأ البسيط لا تستقيم في حالة الضرورة، أي أن الخطأ الذي يصلح لمساءلة الإدارة في ظل حالة الضرورة هو الخطأ الجسيم الذي يجب أن يكون بيناً وذا جسامه خاصة، فإذا توافرت هذه الخصائص في عمل الإدارة الصادرة في ظل حالة الضرورة جاز لمن تضرر منه مقاضاة الإدارة للحصول على التعويض⁽¹⁾.

ومن الأحكام التي قرر فيها القضاء الفرنسي مسؤولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية على أساس الخطأ الجسيم، حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Bernand⁽²⁾ فقد رأى أنه نظراً إلى اختلاف الأوضاع في ظل الظروف الاستثنائية عنها في الظروف العادية، فإنه يشترط في الخطأ الذي يثير مسؤولية الإدارة أن يكون خطأ جسيماً، ولقد قرر المجلس بأنه مادامت مصلحة السجون لم تتخذ الإجراءات اللازمة لحماية سلامة المعتقل داخل السجن، وبالنظر إلى غياب الإشراف الفعلي لرجال البوليس في الرقابة على المعتقلين، الشيء الذي ترتب عليه تعرض السيد bernand لاعتداءٍ وحشي،

(1) نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 156

(2) C.E, 30 Janvier 1948, Rec, C.E, p.47. Cite par C. ROIG ,these pricite, pp.56 et.

نقلا عن: نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 158.

فإن ذلك يشكل إهمالاً وتراخياً من طرف مرفق البوليس، وعدم اتخاذهِ للإجراءات الأمنية اللازمة لحماية الشخص المعتقل خلال مدة اعتقاله، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الخطأ الجسيم الذي يسوّغ قيام مسؤولية الإدارة في ظل الظروف غير العادية.

وقد اتبع مجلس الدولة المصري بخصوص الطعون المتعلقة بمسؤولية الإدارة القواعد نفسها التي اتبعتها نظيره مجلس الدولة الفرنسي، فاعتمد فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة وأنه لا يكفي لقيام مسؤولية الإدارة مجرد ارتكاب الخطأ العادي أو البسيط، بل يشترط لإقرار مسؤولية الإدارة عن الخطأ أن يكون هذا الخطأ جسيماً، ويترتب على ذلك أن التعويض عن الخطأ في حالة الضرورة والأضرار الناشئة عن أعمال الضرورة لا يكون إلا في حال ارتكاب الخطأ الجسيم الذي ينم عن عدم المشروعية الشديدة في أعمال الإدارة، وسلك قضاء مجلس الدولة في قضائه مسلك عدّ الخطأ الجسيم الأساس في إقراره مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، فإذا كان هناك خطأ من جانب الإدارة ووُلد هذا الخطأ ضرراً وارتبط هذا الضرر بالخطأ برابطة السببية، فإنه لا يحق للأفراد طلب التعويض عن هذا الضرر المترتب على العمل أو القرار الإداري، في ظل حالة الضرورة، وكان من الثابت مشروعية هذا القرار طبقاً لقواعد المشروعية الاستثنائية المترتبة على قيام حالة الضرورة.⁽¹⁾

(1) د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية عام 1992 قررت فيه محكمة القضاء الإداري أن اعتقال المدعي بقرار من الحاكم العسكري طبقاً للقانون رقم 15 لسنة 1923 وذلك في غير الحالتين المنصوص عليهما في القانون من دون سبب قانوني صحيح، وهما حالة (الاشتباه والخطورة) يضافي على القرار طابع عدم المشروعية، ويتمثل فيه ركن الخطأ الجسيم الذي يثير المسؤولية في ظل هذه الظروف، وذكرت المحكمة بأنه: (لما كان قرار الاعتقال صادراً بناء على القانون رقم 15 لسنة 1923 وأن هذا القانون لا يعطي للحاكم العسكري سلطة القبض إلا على من توافرت فيهم حالة الاشتباه أو الخطورة وأن مجرد انضمام المدعي لجماعة الإخوان المسلمين لا يكفي لأن يوضع الشخص موضع الخطرين والمشتبه فيهم، وإذا جاءت مذكرة الأمن خالية من نسبة وقائع محددة للمعتقل فإن اتهامه يكون بلا سند من القانون ويصبح قراره فاقداً لركن السبب ويتوافر معه ركن الخطأ الجسيم)⁽¹⁾.

وعلى هذا النهج سار القضاء السوري من حيث إمكانية المطالبة بالتعويض عن الأخطاء المرتكبة نتيجة أعمال الإرهاب أو بسببها، وعدت محكمة النقض أن وزارة الداخلية مسؤولة عن الأضرار التي تلحقها حوادث الشغب بأموال الغير، واعتبرت أن هذه المسؤولية تقوم من قبل الوزارة لأن من صلب مهامها الحفاظ على الأمن وقمع هذه الأعمال، ولهذا فإن أي ضرر ينجم عنها تكون الوزارة مسؤولة عنه كونها قصرت في القيام بواجبها وهو ألقى عبء الإثبات على

(1) د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة

الوزارة لإثبات أنها قامت بواجبها كاملاً أو أن الحادث كان مفاجئاً وغير متوقع في الظروف التي وقع بها ويعد هذا الاجتهاد من الاجتهادات النادرة في القضاء السوري، لأنه حمل الإدارة المسؤولية الكاملة عن الأضرار الناجمة عن حوادث الشغب، على اعتبار أنها مسؤولة عن قمع هذه الأعمال، ومسؤولة عن الحفاظ على سلامة المواطنين وممتلكاتهم، فإذا وقعت هذه الأعمال ونجم عنها أضرار للمواطنين وممتلكاتهم تحققت مسؤولية الإدارة، وهذا يؤكد ما جرى عليه القضاء من عدم تطلب الجسامة في الخطأ لتحقيق مسؤولية الإدارة⁽¹⁾. ونورد على سبيل المثال: الدعوى التي أقامها المضرور في ظل الأزمة التي مرت بها سورية، والتي تتلخص وقائعها، حين تعرضت سيارة المدعي للضرر بسبب سقوط قذيفة هاون بقربها كان قد أطلقها الإرهابيون على منطقة الشعلان في دمشق، حيث حضر عناصر الشرطة والإطفاء على الفور ليتم التحقيق بالحادثة بعد إطفاء النيران، ووصف وبيان الأضرار التي لحقت بسيارة المضرور وإجراء خبرة مروورية بتقدير قيمة الأضرار والقطع التالفة بالسيارة ليتم تنظيم الضبط، وقام المضرور باللجوء إلى القضاء للتعويض عن الضرر الذي لحق به، وقد اختصم المدعي نائب رئيس مجلس الوزراء والسيد وزير الداخلية والسيد محافظ دمشق، ليصدر القرار بمواجهة المدعى عليهم بالزامهم بالتكافل

(1) محمد مرعي حسن، مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019، ص 115.

والتضامن فيما بينهم بدفع قيمة الإصلاح والتعويض عن الضرر الذي لحق بالمدعي⁽¹⁾.

من خلال ما سبق لاحظنا إقرار مجلس الدولة نظرية الخطأ كأساس لمسؤولية الإدارة عن الإجراءات والتدابير المتخذة في ظل حالة الضرورة، وقيام مسؤولية الإدارة في هذه الحالة على أساس توافر خطأ جسيم، كما حاولنا تلمس السبل القضائية والقانونية الموجودة في النظام القانوني في سورية والتي تسمح بدرء التعسف في استعمال السلطات الاستثنائية.

ثانياً- مسؤولية الإدارة بدون خطأ (مسؤولية المخاطر):

كانت نظرية الخطأ أساس ومناطق المسؤولية الإدارية، وكان القاضي الإداري لا يقبل المسؤولية من غير خطأ، ومع نهاية الحرب العالمية الأولى ظهرت فكرة المخاطر لسد الثغرات والقصور الذي أثبتته الممارسة لنظرية الخطأ، وأسست فكرة المخاطر لنوع جديد من المسؤولية الإدارية، وهي المسؤولية على أساس المخاطر أو بدون خطأ، فهي تقوم على الضرر والعلاقة السببية بين الضرر وبين نشاط الإدارة. وقد ظهرت مسؤولية المخاطر في نهاية القرن التاسع عشر كميلاد لنظرية المسؤولية الموضوعية القائمة على الضرر، وهي مقابلة لنظرية الشخصية القائمة على الخطأ، وأول من نادى بها هو (سالي) عام 1895م في مؤلفه (حوادث العمل والمسؤولية المدنية)، ثم الفقيه جوسران، وكلاهما من فقهاء القانون المدني، وهذا بهدف إعفاء العمال ضحايا

(1) سعود النزال، مدى ضمان الدولة للتعويض عن الأضرار الناشئة عن الأعمال الإرهابية،

حوادث العمل من إثبات خطأ صاحب العمل والذي يعد مستحيلاً في أغلب الأحيان، كما تبنى القضاء الإداري هذه المسؤولية، وأقامها على أساس فرضيتين، هما المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة⁽¹⁾.

ويرجع الفضل في إرساء المسؤولية بدون خطأ إلى مجلس الدولة الفرنسي، وقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في نظرية المخاطر صفتين أساسيتين يجب أن تتوافرا في الضرر، هما الخصوصية والجسامة غير العادية، على أن هذا النوع من المسؤولية يعفي المضرور من إقامة الدليل على وجود الخطأ طالما أن هذه المسؤولية تقوم بدون خطأ، لذلك على المضرور أن يظهر العلاقة بين عمل الإدارة والضرر الذي أصابه وعلى الإدارة إذا أرادت تجنب قيام مسؤوليتها أن تثبت إما خطأ المضرور أو القوة القاهرة⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن القضاء الإداري المصري يأخذ أغلب المبادئ والنظريات لقواعد القانون الإداري من القضاء الإداري الفرنسي ويسير على خطاه، إلا أنه في الأساس القانوني لنظرية مسؤولية الإدارة عن أعمالها من دون خطأ اتجه اتجاهًا مغايرًا لما اتجه إليه القضاء الفرنسي وتقيّد القضاء المصري بحرفية النصوص القانونية ورفض تأسيس مسؤولية الإدارة على غير أساس فكرة الخطأ أو الخطأ المفترض في الحالات المنصوص عليها قانوناً،

(1) د. شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006م، ص 182.

(2) J. RIVERO, J. WALINE, Droit administrative, 14 eme edition, DALLOZ , Paris , 1999 , p234

كما رفض كل المبادئ التي تأسست عليها نظرية مسؤولية الإدارة بدون خطأ وذهب في حكم له بأن تطاير الشرار من قطارات سكة الحديد وإحداثه حرائق وخسائر للمنازل والحقول المجاورة بما أنه ثبت أن المصلحة قد بذلت كل ما في وسعها من احتياطات فكان سبب الحريق تطاير الشرار من القاطرة ولا مسؤولية على الإدارة لأنها لم تهمل ولم تخطئ في تنظيم مصلحة سكة الحديد، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم: " إذا ثبت عدم إهمال مصلحة سكة الحديد في تسيير قطاراتها وتزويدها بأجهزة مانعة من الشرر، ووجدت الأجهزة السليمة، ولم يمكن إثبات العكس، وحصل حريق بسبب القاطرة فإنه يعتبر من قبيل الحوادث العارضة التي لا تسأل عنها الإدارة..."⁽¹⁾.

إلا أن القضاء المصري وفي بعض أحكامه قد أخذ بنظرية مسؤولية الإدارة بدون خطأ وأسس ذلك على قواعد العدالة، ففي حكم لمجلس الدولة المصري جاء فيه أنه "وإن كان القرار الإداري الصادر بإلغاء تعيين المدعي قد جاء مطابقاً للقانون وغير مشوب بإساءة استعمال السلطة، إلا أن قواعد العدالة وهي من أصول الفقه الإداري توجب في خصوصية هذه المنازعة الإدارية تعويض المدعي عن الأضرار التي لحقته بسبب هذه القرار، لأن القرار المذكور لم يصدر لأسباب قائمة بذات المدعي تبرر إنهاء خدمته بل لتصحيح خطأ وقعت فيه الإدارة من غير أن يكون للمدعي دخل فيه، فليس من العدل

(1) رائد محمد عادل، الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ (دراسة مقارنة) مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، 2016م، ص 293.

أن يكون تصحيح هذا الخطأ على حساب المدعي، فوجب تعويضه عن هذه النتيجة المفاجئة تعويضاً عادلاً".⁽¹⁾

وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي في شأن انعقاد مسؤولية الدولة عن الأضرار الاستثنائية الناجمة عن الخطأ المرفقي في المستشفيات العامة الصادر عام 2015م، رفضت المحكمة الإدارية العليا تعويض ورثة سيدة تعرضت لحادث سير تسبب لها في إصابات بالغة تم نقلها على إثرها لمشفى باريس العام، وفي أثناء التدخل الجراحي لعلاجها وافتها المنية، مما حدا بالورثة المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية الطبية، فصدر حكم المحكمة برفض الدفوع التي دفعت بها الرعاية الاجتماعية بمستشفيات باريس وتعويض ضحايا الحوادث الطبية.⁽²⁾

وفي هذا الحكم يظهر جلياً اختلاف منحنى مجلس الدولة الفرنسي عن نظيره المصري، إذ حكمت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم حديث لها: بأنه " حتى مع عدم ثبوت خطأ جهة الإدارة من واقع التقارير الطبية لحالة الطاعن فإن ذلك لا يعفي الإدارة من التعويض فوفقاً للتقارير الطبية فإن هذه العمليات الخاصة بترقيع القرنية يحتمل أن يرفضها جسم المريض وهذا وارد في مثل هذه العمليات الجراحية وعليه فمخاطر هذه العملية يجب أن تتحملها الهيئة

(1) رائد محمد عادل، المرجع السابق، ص 294

(2) الدعوى رقم 369473، جلسة 27 / نيسان / 2015م

القاضي المستشار: عبد الله تاج الدين، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، العدد الأول، 2017م، ص 76

وتتحمل تعويض المضرور حتى مع غياب الخطأ من جانب جهة الإدارة ومن جانب أطبائها....⁽¹⁾

وفيما يتعلق بالأعمال الصادرة من سلطات الضبط الإداري في ظل حالة الضرورة والتي ترتب أضراراً للأفراد، من دون أن يمكن إثارة مسؤولية الإدارة فيها على أساس الخطأ، يثار التساؤل الآتي: هل تصلح نظرية المخاطر ونظرية الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس قانوني لمساءلة سلطات الضبط الإداري عن أعمالها الصادرة في ظل حالة الضرورة؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال ما يأتي:

أ- المخاطر كأساس لمساءلة سلطات الضبط الإداري عن أعمالها في حالة الضرورة:

يقصد بنظرية المخاطر أن من أنشأ مخاطر ينتفع منها، فعليه تحمل تبعات الأضرار الناتجة عنها، كاستعمال القوات الأمنية للدولة للأسلحة النارية في مواجهة أعمال العنف والإرهاب في أثناء العمليات العسكرية، فمسؤولية الإدارة على أساس المخاطر تثار إذا ما عرضت بعض الأشخاص إلى مخاطر خاصة في أثناء قيامها بوظائفها، أي نتيجة لنشاطاتها وأعمالها المشروعة والخطرة، التي ألحقت أضراراً خاصة وغير عادية بالأفراد، وهي مسؤولية موضوعية تقوم على أساس مختلف عن المسؤولية القائمة على أساس الخطأ،

(1) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 28746 لسنة 54 ق.ع

نقلا عن: د. حمدي ياسين عكاشة، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، المرجع

وبناء على ذلك فإن مسؤولية الإدارة في تعويض المضرورين من أعمال العنف والإرهاب ينبغي أن يُبنى على أساس المسؤولية دون خطأ، فقد أصبحت الدولة مسؤولة وبحكم طبيعتها الحديثة عن رقابة المجتمع من المخاطر الاستثنائية وتأمينه من المخاطر الاجتماعية كافة، فالمرجع السوري لم يتصل من مسؤولياته، خاصة وأنه في هذه الآونة تعرضت البلاد لموجة كبيرة وعارمة من الإرهاب، وفي سبيل تعويض الأضرار التي خلفتها المجموعات الإرهابية في المدن السورية عرض على الحكومة خيارات عدة في سبيل منح تعويض بأسرع الطرق بسبب التدمير الذي طال منازل الكثير من المواطنين وأصبحوا مهجرين داخل البلد، مما دفع الحكومة للموافقة على إنشاء نظام تعويضي خاص بذلك، وتشكيل لجنة مهمتها دراسة طلبات التعويض وصرف التعويض للمتضررين بشكل رسمي وفوري من هذا الصندوق " صندوق إعادة الإعمار " ، واعتمد مجلس الوزراء من أجل ضمان التعويض على تشكيل لجنة، وسميت لجنة إعادة الإعمار، وذلك بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 13732 بتاريخ 2011/9/27، لكن أمام الطلبات العديدة التي قدمت للجنة والتي توالى من مختلف المحافظات والتي تفوق مقدرة اللجنة على دراستها تم اقتراح وضع نظام شامل على مستوى القطر، وبناء عليه تم تعديل تشكيل اللجنة بموجب القرار 13387/م. وتاريخ 2012/9/23، وتم بموجبه تشكيل لجنة موسعة برئاسة نائب مجلس الوزراء لشؤون الخدمات وزير الإدارة المحلية على أن

يكون عملها بشكل سنوي يتم تجديده حتى انتهاء تعويض كافة الأضرار اللاحقة بالمتلكات⁽¹⁾.

فالأساس الذي تقوم عليه أعمال لجنة التعويض الفوري لمتضرري أعمال الإرهاب، هو الضمان أو التضامن، وأن المبالغ التي تدفع للمتضررين لا تعد تعويضاً بالمعنى الدقيق، بل هي مساعدة تقوم بها الدولة تعبيراً عن واجبها الاجتماعي وواجب التضامن.

ومن التطبيقات الحديثة لحالة المساعدة الفعلية للسلطات حالة مخاطر نشاط المعاونين، ما حدث في سورية في مسألة الدفاع الوطني والقوى الرديفة، فقد خرج عدد كبير من أفراد الشعب نلبية لنداء الوطن لمساندة أبناء القوات المسلحة في حربها ضد الإرهاب، وقد أدى ذلك دوراً في دحر الإرهاب وحماية المواطنين من أخطاره ولا شك أن الشهداء والمصابين من هؤلاء المتطوعين يستحقون التعويض نتيجة المساعدة الفعلية لقوات الأمن والشرطة ضد الإرهاب، ففي كل هذه الحالات يستلزم الأمر التعويض لأسباب على فكرة المخاطر، إذ لا وجود لخطأ من جانب الإدارة ومع ذلك تتحمل مسؤولية التعويض، لأن تطلب الخطأ في هذه الحالات يتعارض مع قواعد العدالة، ومن ثم فإنه على الإدارة أن تتحمل مسؤولية التعويض لهؤلاء الأشخاص كونها استفادت من عملهم ومعاونتهم لها، مما يوجب مسؤوليتها الأخلاقية والقانونية، وإن لم يثبت خطأ من جانبها وإنما استناداً إلى قاعدة الغنم بالغرم، فقد استفاد

(1) سعود النزال، مدى ضمان الدولة للتعويض عن الأضرار الناشئة عن الأعمال الإرهابية، مرجع سابق، ص 270.

المجتمع والإدارة من عملهم، وليس من المعقول أن يتحملوا وحدهم الأضرار الناجمة عن عملهم التعاوني، وإنما يجب أن يتحمل الجميع مسؤولية ذلك⁽¹⁾.

وبذلك نجد أن المشرع السوري ألقى بمسؤولية التعويض عن الأعمال الإرهابية على الدولة ليس على أساس الخطأ وإنما على أساس اجتماعي وفقاً لنظرية المخاطر، من خلال جبر ضرر الضرر والمضروور والتعويض عليه بعد حجز أموال مرتكب الأعمال الإرهابية لمصلحة حقوق الدولة والمضروور.

ومن الأحكام التي أسسها القضاء الفرنسي على فكرة المخاطر حكم محكمة التنازع في قضية Dame De la Murette⁽²⁾ حين قامت السلطات الإدارية في إحدى المحافظات بإلقاء القبض على السيدة De la Murette وقامت باعتقالها من دون إذن قضائي أو إداري عام 1944، ولم تحقق معها، واستمر هذا الاعتقال حتى عام 1947 وقد تعرضت المدعية خلال فترة اعتقالها لمعاملة قاسية وإيذاء شديد، لذلك قامت برفع دعاوها أمام القضاء العادي للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقتها من جراء هذا الاعتقال التعسفي، إلا أن السلطة التي قامت بالقبض على المدعية رفعت الأمر إلى محكمة التنازع لكي تقرر ما الجهة المختصة، وقد قضت محكمة التنازع بأن الاعتداء على الحرية الفردية يعد من أعمال التعدي، ولكن نظراً إلى

(1) محمد مرعي حسن، مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية، مرجع سابق، ص171.

(2) C.E,27 MARS 1952, Dame De la Murette, Rec, p626.

صدور هذا الإجراء خلال الحرب، فإنه لا يمكن القول إن أمر اعتقال السيدة De la MURETTE يعد من أعمال التعدي، وعليه فإن الاختصاص بنظر هذه الدعوى يعود إلى القضاء الإداري. وإذا كانت مشكلة الاختصاص هي التي طغت في هذه القضية إلا أن ذلك لم يترتب عليه الإخلال بحق السيدة De la Murette في الحصول على التعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء القبض التعسفي والتعذيب الذي تعرضت له، وذلك استناداً إلى فكرة المخاطر.

الحقيقة أن مفهوم المسؤولية على أساس المخاطر يعد نتيجة من نتائج السياسة القضائية التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي، والتي تستهدف إيجاد نقطة توازن بين المصالح العامة والخاصة، وتوزيع الأعباء العامة على المواطنين جميعاً كلما كان ذلك ممكناً.

ب- الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة:

تثار مسؤولية الإدارة على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة إذا ما اختل التوازن بين الأفراد في تحمل الأعباء العامة المترتبة على نشاط الدولة، فالحقوق والحريات يحكمها مبدأ أساسي هو مبدأ المساواة، لهذا فإن أفراد المجتمع متساوون في التمتع بالحقوق والحريات، وفي مقابل ذلك فإنهم متساوون كذلك في تحمل التكاليف والأعباء العامة التي تفرضها الحياة في المجتمع، إذ إن التوازن بين الأفراد يختل إذا ما تحملت فئة منهم أعباء الدولة دون باقي أفراد المجتمع. وقد رأينا فيما سبق أن الأعمال التي تقوم بها الإدارة في ظل حالة الضرورة تبقى تحت الرقابة، إذ يؤخذ في الحساب الخدمات التي يجب أن تقوم بها من أجل تحقيق المصلحة العامة، فالإجراءات

التي تقوم بها الإدارة يفترض أن ينتفع بها جميع أفراد المجتمع، ولكي تتحقق المساواة بين الفئة التي استفادت من عمل الإدارة والفئة التي تضررت منه، يجب السماح لهؤلاء المتضررين بالمطالبة بالتعويض عما لحقهم من ضرر جراء هذا النشاط، فلا يجوز أن يتحمل بعض أفراد المجتمع وحدهم الأضرار التي تسببها الإدارة من خلال أعمالها حتى ولو عُدت تلك الأعمال مشروعة⁽¹⁾.
والجدير بالذكر أن علاقة السببية إذا توافرت بين عمل الإدارة والضرر عندها تكون الإدارة ملزمة بدفع التعويض، غير أن علاقة السببية قد تنقطع في إطار المسؤولية على أساس المخاطر، وذلك لكون الضرر قد تسبب فيه المضرور أو كان بفعل القوة القاهرة، وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

1- فعل المضرور:

إن خطأ المضرور يعدّ من الحالات التي تعفي الإدارة من المسؤولية كلياً أو جزئياً، فإذا وقع الخطأ من المضرور وحده، فإن جهة الإدارة غير مسؤولة لأن المضرور هو الذي ألحق الضرر بنفسه وكان هذا بفعله ولا توجد علاقة سببية بين الضرر ونشاط الإدارة، أما إذا أسهم خطأ المضرور وخطأ الإدارة في إحداث الضرر، فتقسم المسؤولية بين الإدارة والمضرور حسب إسهام خطأ كل منهما في إحداث الضرر، شريطة أن يكون خطأ كل طرف مستقل

(1) غلاي حياة، مرجع سابق، ص 163-164.

عن الآخر في إحداث الضرر، أما إذا كان خطأ المضرور قد استغرق خطأ الإدارة فإن مسؤولية هذه الأخيرة تنتفي، ولا نكون أمام قاعدة الخطأ المشترك⁽¹⁾.

2- القوة القاهرة:

هي صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل المدعى عليه والضرر الذي لحق بالمدعي، وهي كل حادث خارجي عن الشيء لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه مطلقاً⁽²⁾. ويتعلق الأمر بالكوارث الطبيعية كالفيضانات، والعواصف، والزلازل وحتى إن كانت من فعل الإنسان كإضراب فجائي وقع من عمال خارج إرادة الإدارة من دون إخطارها وهو حادث غير متوقع، ولا يمكن مقاومته أو دفعه وهذا ما يسوّغ انتفاء مسؤولية الإدارة في هذا الشأن. فقد رأى القضاء المصري أن الظروف الاستثنائية التي مرت بها البلاد بسبب الثورة عام 2011م وما لابسها من مخاطر لم تكن متوقعة الحدوث من شأنها أن تعد من حالات القوة القاهرة (5016 لسنة 81 ق)⁽³⁾.

أما الأمور المتوقعة حدوثها فلا يمكن عدها قوة قاهرة وهنا تتحقق مسؤولية الإدارة، فالبلدية مسؤولة بحكم مهامها عن تأمين مرفق تصريف المياه

(1) حميش صافية، الضرر القابل للتعويض في المسؤولية الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012م، ص 43.

(2) القوة القاهرة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.ar-ar.facebook.com تاريخ الدخول: 2019/5/12م الساعة 6 مساء

(3) منتدى قوانين الشرق، بحث منشور على الموقع الإلكتروني

www.eastlawsacademy.com تاريخ الدخول: 2019/5/13م، الساعة 02:30 ظهراً

المالحة لدرء الخطر عن دور المواطنين وإن احتمال هطول الأمطار بكثرة من الأمور المتوقعة في فصل الشتاء، فلا يمكن عدها قوة القاهرة(نقض سوري 1980م، مجلة المحامون ص 343 لعام 1981م)⁽¹⁾.

وهكذا يتضح لنا مما سبق أن مجلس الدولة الفرنسي يقيم مسؤولية الإدارة على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة وضرورة مساواة المواطنين في التكاليف العامة، ومن المعلوم أن نظرية المخاطر تقوم على الاكتفاء بإثبات الضرر من دون الخطأ للحصول على التعويض. أما في مصر فيقيمها مجلس الدولة المصري على أساس الخطأ كقاعدة عامة، وليس على أساس المخاطر وتحمل التبعة كمجلس الدولة الفرنسي، إلا في حالة واحدة فقط هي حالة وجود نص تشريعي خاص يقرها، فقد فرقت المحكمة الإدارية العليا المصرية بين رقابة القضاء على مسؤولية الإدارة في الظروف العادية ومسؤوليتها في الظروف الاستثنائية، إذ " لا تقوم كاملة في الظروف الاستثنائية إلا إذا ارتكبت خطأ استثنائياً جسيماً يرقى إلى مرتبة التعسف المتعمد المصطحب بسوء القصد"، وأما في سورية فقد سار الاجتهاد في مجلس الدولة السوري على ضرورة توافر أركان المسؤولية الثلاثة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية) ليقرر مسؤولية الإدارة، وبالتالي يحكم عليها بالتعويض وهذا ما أكدته في اجتهاد لمحكمة القضاء الإداري بالقرار رقم 1/ 1156 لعام 2003 الذي جاء في حيثياته: " ومن حيث أن نظرية التعويض عن القرارات الإدارية تقوم كما هو

(1) منتدى محامي سوريا، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

معلوم على عنصرين أساسيين هما ثبوت الخطأ في القرار الإداري، وثبوت وقوع الضرر بطالب التعويض جراء القرار الخاطئ، ومن مفاد ذلك أن يحدد طالب التعويض القرار الإداري أو القرارات الإدارية المشكوك منها كي يتم تسليط الرقابة القضائية عليها للوقوف على حقيقة الخطأ المدعى به تمهيداً للانتقال إلى بحث عنصر الضرر ⁽¹⁾. إلا أن المشرع السوري لم يتصل من مسؤوليته في حالة الضرورة فقد اعترف بنظرية المخاطر وتعويض الأفراد عما لحقهم من ضرر استناداً إلى هذه النظرية.

و في رأينا، إن مسؤولية الإدارة تقوم متى حدث أي ضرر سواء كان بخطأ أو بدون خطأ، وعلى الإدارة تعويض المضرور نتيجة أعمالها وأنشطتها المختلفة سواء كانت في الظروف العادية أو في حالة الضرورة، لأنه من العدالة قيام المسؤولية على أساس المخاطر وتعويض المضرور حسب جسامته الخطأ، فإذا كان له يد في إحداث الخطأ تحمل بقدر ما تسبب فيه من خطأ، وتقوم مسؤولية الإدارة فيما أحدثته من خطأ، ومن العدل أيضاً تعويض المضرور عن حالات الضرورة، لأنه لا علاقة له بها، وعلى الإدارة تحمل ذلك وتعويض المضرور، وذلك وفقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، ولكن تختلف مسؤوليتها في حالة الضرورة عنها في الظروف العادية، لأن القاضي قبل تقريره لهذه المسؤولية يأخذ في الحسبان الصعوبات التي اعترضت

(1) مسؤولية الإدارة في الظروف الاستثنائية: بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.facebook.com تم الدخول للموقع: 30/ 9 / 2019 الساعة 03:30 صباحاً.

الإدارة للقيام بعملها، وبذلك فهو يترك للإدارة مجالاً لإعمال سلطتها التقديرية من أجل مواجهة الأزمة.

نستخلص من خلال ما تم دراسته أن الإدارة من خلال أعمالها ونشاطاتها تهدف إلى تحقيق الصالح العام، شريطة عدم الإخلال بحقوق وحريات المواطنين وذلك من خلال احترام مبدأ المشروعية، وكانت الرقابة القضائية هي خير ضمانة لاحترام الإدارة لقواعد المشروعية بوجهيها العادي والاستثنائي أثناء استخدام سلطتها اللائحية، من خلال الدعاوى التي يستطيع أن يتقدم بها المتضررون من أعمال الإدارة، وإمكانية الطعن بالأحكام أيضاً تشكل ضمانة أخرى. فالإدارة بجميع نشاطاتها وأجهزتها وتنظيماتها تبقى دائماً تحت أعين الرقابة القضائية، وهذا من أجل المحافظة على النظام والأمن العام تجسيدا لمبدأ المشروعية وإرساء دولة القانون.

الخاتمة

بعد أن أنهينا دراستنا بعون الله تعالى في كل ما يتعلق بنظرية الضرورة والرقابة القضائية عليها، يمكننا أن نجمل النتائج التي تم التوصل إليها في هذا البحث والمقترحات التي نرى الأخذ بها فيما يأتي:

أولاً- النتائج:

- 1- توجد قاعدة فقهية تقرها جميع الشرائع، هي أن (الضرورات تبيح المحظورات)، وفي حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية التي تستوجب السرعة والحزم في التصرف تملك الدولة الحق بالخروج عن القوانين الصادرة للحكم في الظروف العادية، إذ إنّ استعمال الأساليب والإجراءات الطويلة قد يلحق ضرراً بالغاً بالدولة.
- 2- إن الحاجة الماسة لنظرية الضرورة لا تعني ترك تقدير إعلانها للسلطة التنفيذية من دون قيد أو شرط، وإن أهم شرط يجب أن تلتزم به السلطة التنفيذية في حالة الضرورة هو قيام الخطر الجسيم والحال، وهو الشرط الذي استقر عليه فقهاء القانون، والذي يسوّغ اللجوء إلى ممارسة سلطة الضرورة .
- 3- يجب أن لا نضحى بوجود الدولة واستقلالها من أجل الحفاظ على مبدأ المشروعية وسيادة القانون، لأن مبدأ المشروعية يتطلب أولاً وقبل كل شئ العمل على بقاء الدولة، وإن تحديد الوقائع التي تشكل خطراً على أمن الدولة وسلامتها يعد مسألة تكييف تخضع لرقابة القضاء .

4- إن نظام حالة الطوارئ لا يُعلن إلا استثناءً لدفع الخطر الجسيم الذي تتعرض له سلامة البلاد وأمنها والذي لا يمكن للسلطة التنفيذية مواجهته بالتشريعات والإجراءات العادية، ومن ثمَّ فإنَّ الأساس الذي يسوّغ قيام هذه الحالة وسلطاتها الاستثنائية هو حالة الضرورة.

5- من غير الممكن مواجهة حالة الضرورة بالإجراءات والأساليب التي تنص عليها القواعد القانونية العادية وهو ما يدفع الإدارة على نحو يجعلها تتخذ قرارات وإجراءات غير عادية يجيزها القضاء الإداري وهذا ما حدث في ظلِّ الظروف الصحية الطارئة والتي نعيش فيها الآن لمواجهة جائحة كورونا حيث اضطرت الإدارة لاتخاذ إجراءات لازمة وسريعة لضمان السلامة العامة والأمن والتي يحتمل أن تمنع أو تحدّ من آثار الوباء، وإنَّ تقصير الإدارة عن القيام بها من شأنه أن يؤدي إلى التجاوز على الحق في الحياة الذي أشارت إليه على وجه الخصوص المادة /2/ من الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان.

6- إذا كان مسوّغ العمل بنظرية الضرورة هو حماية المصلحة العامة التي تكون معرّضة للخطر إذا لم تتصرف الإدارة بسرعة فلا يشترط أن يصل الأمر إلى حدّ استحالة تطبيق القوانين التي وُضعت للظروف العادية، بل يكفي أن يكون من المتعذّر أو من الصعب تطبيق هذه القوانين لأنَّ من شأن ذلك تعريض المصلحة العامة للخطر.

7- إن التوسع في فكرة حالة الضرورة يؤدي إلى تعطيل حكم القانون، ورفع يد القضاء عن رقابة الكثير من تصرفات الإدارة تحت ذريعة حالة الضرورة، وهذا يتنافى مع ضمانات الحقوق والحريات الأساسية،

وسيادة القانون، المنصوص عليها في النظام الأساسي للدولة، مع أن الإدارة في جميع الحالات تملك هامشاً من حرية ملاءمة تصرفاتها لمواجهة الظروف، إلا أنه يتعين عليها في هذه الحالة أن تستند إلى حكم القانون، أي يجب أن يكون هناك صلة بين التصرف والقانون، وإلا خرجنا من باب ممارسة السلطة إلى دائرة الاعتداء المادي.

8- وأخيراً بعد أن سلمنا بكون نظرية الضرورة خروجاً على مبدأ المشروعية وسمو الدستور، فإنها أصبحت أيضاً تشكل خطراً كبيراً على أهم المبادئ التي يهدف الدستور إلى تحقيقها، وهي الحقوق والحريات الفردية، لذا فلا بد من إيجاد ضمانات للحفاظ على تلك الحقوق والحريات، وقد كانت الرقابة خير ضمانات في هذا المجال، وتحديداً الرقابة القضائية، فهي الرقابة الفاعلة في هذا الصدد، كونها تمارس من قبل قضاة مختصين يتمتعون باستقلالية تامة عن السلطة التنفيذية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تعدد درجات القضاء وإمكانية الطعن في الأحكام القضائية هو أيضاً الضمانة الأخرى وذلك عند ممارسة سلطة الضرورة.

ثانياً - التوصيات:

1- من الضروري إعادة النظر في صياغة المادة/114/ من الدستور السوري، بحيث يتوقف تطبيقها على توافر مجموعة من الضمانات، كإعلان الرئيس عن نيته تطبيقها، وتحديد مدة تطبيق هذه المادة باستمرار حالة الضرورة، أو استشارة رئيس الجمهورية للمحكمة الدستورية العليا، ورئيس الوزراء، ورئيس مجلس الشعب قبل اللجوء إلى تطبيق هذه المادة، لأن رأي هذه الجهات وإن كان غير ملزم لرئيس الجمهورية، فإنه يؤدي إلى ضمانه عدم تسرع رئيس الجمهورية في تطبيق هذه المادة، ويخفف عبء المسؤولية عن كاهل رئيس الجمهورية أمام الرأي العام.

2- إن تحديد عمل السيادة في سورية متروك لمطلق تقدير القضاء في ضوء عدم وجود تحديد تشريعي لهذا المفهوم، لذلك يتعين على القضاء الإداري فيما لو عُرضت عليه مسألة رقابة قرار رئيس الجمهورية بإعلان تطبيق المادة/114/ من الدستور أن يعلن شمول هذا القرار ضمن طائفة أعمال السيادة. أما التدابير الصادرة عن تطبيق هذه المادة هي قرارات إدارية لذلك يجب أن تخضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من أن تقييد الحريات لازم وضروري للمحافظة على سلامة أمن الدولة واستقلالها وحسن سير مؤسساتها.

3- إن قرار حظر التجول هو تدبير استثنائي لمواجهة ظروف استثنائية نصّ عليه قانون الطوارئ الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /51/ لعام 1962 وحدد شروط فرضه والعقوبات المتخذة على مخالفته، وبالتالي يكون فرضه

بقرار عن مجلس الوزراء إجراء غير دستوري ويجب أن يخضع لرقابة مجلس الدولة السوري لمخالفته مبدأ المشروعية.

4- إعادة النظر في المادة/113/ من الدستور السوري فيما يخص المراسيم التشريعية، والعمل على إيجاد ضمانات إضافية تتمثل في إصدار هذه المراسيم التشريعية بالمشاركة مع أعضاء مجلس الوزراء، وأن يتاح تعديلها وإلغاؤها بأساليب إلغاء وتعديل القوانين العادية نفسها.

5- تقوية دور الأجهزة الرقابية، عن طريق وضع نظام قانوني خاص بحالة الظروف الاستثنائية، يمكن من خلاله حصر حالات الضرورة وبدقة، لعدم تستر الإدارة وراء هذه المصطلحات، ولجئها إلى إعلان هذه الحالة لأسباب تقدرها هي، وبذلك يغلق الباب أمامها لإساءة استخدام السلطة، ويتم توفير ضمانات جدية وناجحة، لحماية الحقوق والحريات العامة في ظل هذه الحالة.

قائمة المراجع

الكتب والمؤلفات العامة:

- (1) د. إسماعيل البدوي، القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- (2) د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.
- (3) د. رأفت فودة، مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- (4) د. سامي جمال الدين، قضايا الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- (5) د. سليمان الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- (6) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2015.
- (7) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006.
- (8) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء) الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

- (9) د. سليمان محمد الطماوي، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.
- (10) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2017.
- (11) د. شريف أحمد الطباخ، التعويض الإداري في ضوء الفقه والقضاء وأحكام المحكمة الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- (12) د. طارق فتح الله خضر، القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- (13) د. طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- (14) د. عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى، عالم الكتب، القاهرة، 1984.
- (15) د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، نظرية الضبط الإداري في النظم الوظيفية المعاصرة، الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008.
- (16) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة حلب، 1997.
- (17) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، مطبوعات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2017.
- (18) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، القضاء الإداري، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، 2003.

- (19) د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، 2000/1999.
- (20) د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الطبعة الخامسة، جامعة دمشق، 2004.
- (21) د. عبد الله، عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري اللبناني، الطبعة الأولى، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- (22) د. عبده إمام، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- (23) د. علي خطار شنطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
- (24) د. عمار بو ضياف، الوسيط في قضاء الإلغاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- (25) د. غازي فيصل مهدي، د. عدنان عاجل عبيد، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، مؤسسة النبراس للطباعة والتوزيع، النجف الأشرف، 2011.
- (26) د. كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة الداودي، دمشق، 1985.
- (27) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
- (28) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

- (29) د. مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، العراق، 2015.
- (30) أ. مايا محمد نزار أبو دان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر ولبنان، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- (31) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982.
- (32) د. محسن خليل، القضاء الإداري اللبناني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت، 1982.
- (33) د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر، عنابة، 2005.
- (34) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005.
- (35) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- (36) د. محمد عبد الحميد أبو زيد، مدى سلطة الحاكم إزاء التشريعات الظنية والوضعية شرعاً وقانوناً، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- (37) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مطابع السعدني، القاهرة، 2005.

- (38) د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- (39) د. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، الطبعة الأولى، الجزء الأول، عمان، مؤسسة الوراق، 2008.
- (40) د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، جامعة دمشق، 2012.
- (41) د. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.
- (42) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- (43) د. هاني عبد الرحمن غانم، القضاء الإداري، الطبعة الثانية، 2015.
- (44) د. يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار المعارف، الاسكندرية، 1974.
- (45) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- (46) د. يسري محمد العصار، قانون القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- (47) د. يوسف حسين محمد البشير، مبدأ المشروعية والمنازعة الإدارية، جامعة النيلين، السودان، 2009.

المؤلفات المتخصصة:

- (1) د. أحمد الموفي، المشروعية الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- (2) د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة القاهرة، 1978.
- (3) د. السيد صبري، اللوائح التشريعية، القاهرة، دون عام نشر.
- (4) د. ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- (5) د. جمعة عبد الفضيل الصادق، فكرة الضرورة في قضاء مجلس الدولة والمحكمة الدستورية العليا، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
- (6) د. حامد التهامي كرات، نظرية سلطات الحرب في الدولتين الحديثة والإسلامية، بدون دار نشر، القاهرة، 1985.
- (7) د. حميد الشاويش، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2011.
- (8) د. سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1992.
- (9) د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، دراسة تحليلية مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.

- (10) د. سمير داوود سليمان، مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الوليد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2015.
- (11) د. طعمية الجرف، مبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
- (12) د. عباس عبد الأمير ابراهيم العامري، إعلان حالة الطوارئ وآثاره على حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
- (13) د. عبد الإله الخاني، نظام الطوارئ والأحكام العرفية، دراسة فقهية وقانونية، نقابة المحامين، دمشق، 1974.
- (14) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، المملكة العربية السعودية، 1993.
- (15) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، الطبعة الثانية، المملكة العربية السعودية، جدة، 2003.
- (16) د. علي نجيب حمزة، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2017.
- (17) د. مجدي المتولي السيد يوسف، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية، جامعة عين شمس، القاهرة، 1993.
- (18) د. محمد أحمد عبد النعيم، شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

- (19) د. محمد جميل مبارك، نظرية الضرورة الشرعية "حدودها وضوابطها"، دار الوفاء للطباعة والتوزيع، كلية العلوم، جامعة القاهرة، 1988، ص19-20.
- (20) د. محمد حسن خليل، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- (21) د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دار الفكر، بيروت، 1970.
- (22) د. محمود أبو السعود، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1990.
- (23) د. محمود محمد عبد العزيز الزيتي، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1993.
- (24) د. محمود محمد عبد العزيز الزيتي، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص25.
- (25) د. نوار بدير وعاصم خليل، حالة الضرورة، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2018.
- (26) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
- (27) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، 1977.

(28) د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.

(29) د. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

الرسائل العلمية:

(1) تونصير إبراهيم، تشريعات الضرورة، دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014

(2) ثائر معين أحمد، الرقابة القضائية على أعمال الضابطة الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 2008

(3) حسن ضياء الخلخالي، نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، دون عام نشر

(4) د. حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2005

(5) حميش صافية، الضرر القابل للتعويض في المسؤولية الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012

(6) سام دله، مؤيدات مبدأ مشروعية القرار الإداري، بحث علمي لنيل درجة دبلوم في العلوم الإدارية والمالية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2001.

- (7) سلام عبد الحميد محمد زنكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، كلية القانون والسياسة، قسم القانون، 2008
- (8) الضاوية بنت موسى عرفة، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2011
- (9) د. عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون " دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية"، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1972.
- (10) محمد بن محمد كامل زين، نظرية التفويض التشريعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دون مكان نشر
- (11) محمد سامر التركاوي، رئيس الدولة في النظام الدستوري السوري، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2011
- (12) محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998
- (13) محمد مرعي حسن، مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الإرهابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019
- (14) نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011
- (15) د. هاني علي إبراهيم الظهراني، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1992.

16) سعود النزال، مدى ضمان الدولة للتعويض عن الأعمال الإرهابية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019

الأنظمة والقوانين:

الداستير:

- 1- دستور الجمهورية العربية السورية لعام 2012.
- 2- دستور الجمهورية العربية السورية لعام 1973.
- 3- دستور جمهورية مصر العربية لعام 2014.
- 4- دستور جمهورية مصر العربية لعام 1971.
- 5- دستور جمهورية مصر العربية لعام 1923.
- 6- الدستور الفرنسي لعام 1958.
- 7- الدستور الأردني لعام 1952.
- 8- الدستور التركي لعام 1982.

القوانين:

- 1- قانون مجلس الدولة السوري رقم/55/ لعام 1959
- 2- قانون الطوارئ السوري رقم/51/ لعام 1962
- 3- قانون الطوارئ الفرنسي لعام 1849.
- 4- قانون الطوارئ الفرنسي رقم /55/ لعام 1956.
- 5- قانون الطوارئ المصري رقم /162/ لعام 1958.
- 6- قانون الأحكام العرفية في فرنسا الصادر عام 1849 والمعدل عام 1878.

7- قانون المحكمة الدستورية العليا السوري لعام 2014.

الأبحاث والدوريات:

- (1) أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14/ العدد 8/ 2007.
- (2) د. جميلة الشرجي، الاختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1973 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013.
- (3) د. حسن مصطفى البحري، رقابة الدستورية في الجمهورية العربية السورية، دراسة تحليلية في ضوء قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 7/ لعام 2014، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 33، العدد الأول، 2017.
- (4) د. خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، 2010.
- (5) رائد محمد عادل، الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ (دراسة مقارنة) مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 1، 2016.

(6) د. عمر العبدالله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد الثاني، 2001.

(7) أ. الفحلة مديحة، نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية، بحث منشور في مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضر بسكرة، العدد الرابع عشر، 2018.

(8) د. ماجد أحمد صالح العدوان، المفهوم القانوني لتطور تطبيقات نظرية الضرورة في القانون الإداري على استقبال اللاجئين السوريين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 16، جانفي 2017.

(9) نسرین طلبه، الرقابة القضائية على السلطات الممنوحة لرئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة بحوث جامعة حلب، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 67، 2010.

(10) د. نغم أحمد محمد، دولت أحمد عبد الله، التنظيم القانوني لحالة الطوارئ في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 4، السنة 2005.

الروابط الإلكترونية:

- (1) باسم أحمد محمد أحمد الهجرسي، نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:
www.jfslt.journals.ekb.eg
- (2) د. حسن البحري، الرقابة البرلمانية، بحث للموسوعة القانونية المتخصصة، منشور على الموقع الإلكتروني: www.parliament.gov.sy
- (3) د. السيد عبد الماجد، نظرة على التنظيمات القضائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.taqadom2030.blogspot.com
- (4) أ. عاصم بن سعود السياط، نظرية الظروف الاستثنائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.AL-JAZIRAH.COM
- (5) د. عاصم خليل، حالة الضرورة من منظور القانون الدستوري المقارن، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.papers.ssrn.com
- (6) د. عمر حماد، مجلس الدولة هيئة مفوضي الدولة المحكمة الإدارية العليا، حكم منشور على الموقع الإلكتروني: www.manshurat.com
- (7) د. فارس عبد الرحيم حاتم، الرقابة القضائية والقرارات بقوانين، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.almerja.com
- (8) د. فارس عبد الرحيم حاتم، حدود رقابة القضاء الإداري على القرارات التي لها قوة القانون، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.almerja.com
- (9) فداء الحوراني، لمحة عن تاريخ حالة الطوارئ في سوريا، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.mokarabat.com

(10) د. محمد عبد اللطيف، القضاء الموحد، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.youm7.com

(11) د. محمد جبر الألفي، تعريف القضاء لغة واصطلاحاً، بحث منشور على

الموقع الإلكتروني: www.alukah.net

(12) الأحكام العرفية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.ahrram.org

(13) تعريف الحرب، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://mawdoo3.com>

(14) حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.almerja.com

(15) حالة الطوارئ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.aljazeera.net

(16) الرقابة القضائية على اختصاص رئيس الدولة في إصدار لوائح الضرورة، بحث

منشور على الموقع الإلكتروني: www.almerja.com

(17) شروط إباحة المحرم عند الضرورة، بحث منشور في الموقع الإلكتروني:

www.islamaqa.info

(18) الضرورة: بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.rb-ency.com

(19) القوة القاهرة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.ar-

[ar.facebook.com](https://www.facebook.com)

(20) ما هو القضاء، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.sotor.com

(21) ماذا تعرف عن الأحكام العرفية؟ بحث منشور على الموقع الإلكتروني

www.maktaba-amma.com

(22) مسؤولية الإدارة في الظروف الاستثنائية: بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.facebook.com

(23) منتدى قوانين الشرق، بحث منشور على الموقع الإلكتروني

www.eastlawsacademy.com

(24) منتدى محامي سوريا، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.damascusbar.org

(25) نشر حيثيات حكم الدستورية العليا ببطلان المادة 10 من قانون التظاهر، بحث

منشور على الموقع الإلكتروني: www.youm7.com

(26) نظام القضاء المزدوج، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

www.startimes.com تاريخ الدخول: 2019/4/17م، الساعة 1: 45

صباحاً.

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1) André de l'aubader, Traite de Droit Administratif, sixième Edition, LGDJ, Paris.
- 2) Compétence administrative: Loquai situe dans L'un centre hospitalier , Recueil Dalloz , 18 Novembre 2010
- 3) J. RIVERO, J. WALINE, Droit administrative, 14 Emme édition , DALLOZ , Paris , 1999
- 4) J. F. Henry: conclusions.C.E.2 Mars 1962> Rubin de servens R.D.P.1962

- 5) Marie Christine Rouait , Droit Administratif , 2eme édition, Gualino édition , Paris , 2004
- 6) Rivero (Jean), Waline (Jean) droit administratif, Dalloz, Paris, 1999
- 7) Voissed, L'article 16 de la constitution du 4 octobre 1985, Thèse, Paris, 1969

فهرس المحتويات

1	المقدمة
3	إشكالية البحث:
3	أهداف البحث:
4	أهمية البحث:
4	أسباب اختيار البحث:
5	مخطط البحث
7	الفصل الأول الجانب التأصيلي لنظرية الضرورة
9	المبحث الأول ماهية نظرية الضرورة
11	المطلب الأول مفهوم نظرية الضرورة
13	الفرع الأول تعريف نظرية الضرورة
	الفرع الثاني تمييز نظرية الضرورة عن بعض النظريات المشابهة لها
24	
24	أولا - نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية:
27	ثانيا: نظرية الضرورة ونظرية أعمال السيادة:
32	ثالثا: نظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية:
35	المطلب الثاني الرؤى العامة لنظرية الضرورة

- الفرع الأول موقف الفقه من نظرية الضرورة..... 37
- أولاً - موقف الفقه الغربي من نظرية الضرورة: 37
- الفرع الثاني موقف المشرع من نظرية الضرورة..... 43
- المبحث الثاني حالات وشروط نظرية الضرورة..... 51
- المطلب الأول حالات الضرورة..... 53
- الفرع الأول حالة الطوارئ..... 55
- أولاً - تعريف حالة الطوارئ:..... 55
- ثانياً - شروط إعلان حالة الطوارئ:..... 59
- الفرع الثاني حالة الحصار أو حالة الأحكام العرفية..... 66
- أولاً - تعريف حالة الأحكام العرفية:..... 66
- ثانياً - شروط إعلان حالة الأحكام العرفية:..... 68
- الفرع الثالث حالة الحرب..... 73
- أولاً - تعريف حالة الحرب:..... 73
- ثانياً - شروط إعلان الحرب:..... 74
- المطلب الثاني شروط حالة الضرورة..... 78
- الفرع الأول شروط تطبيق نظرية الضرورة عند فقهاء القانون..... 79
- أولاً - وجود خطر جسيم وحال يهدد المصلحة العامة: 79
- ثانياً - تعذر اتباع الإدارة لقواعد المشروعية العادية: 84

- ثالثاً - أن يكون الهدف من تطبيق أعمال الضرورة حماية
المصلحة العامة: 86
- رابعاً- تناسب الإجراء الاستثنائي مع الظرف غير العادي: ... 87
- الفرع الثاني شروط تطبيق نظرية الضرورة عند فقهاء الشريعة
الإسلامية 89
- الفصل الثاني الرقابة القضائية على سلطات الضبط الإداري في الظروف غير
العادية..... 97
- المبحث الأول ماهية الرقابة القضائية..... 99
- المطلب الأول مفهوم الرقابة القضائية..... 101
- الفرع الأول تعريف الرقابة القضائية..... 103
- أولاً- الرقابة على تحقق الظرف الاستثنائي: 106
- ثانياً- استحالة مواجهة هذه الظروف بالوسائل العادية: 107
- ثالثاً- ملائمة الإجراء المتخذ من الإدارة للظروف الاستثنائية:
..... 107
- رابعاً- أن يكون الإجراء الاستثنائي مستهدفاً لتحقيق المصلحة
العامة: 108
- الفرع الثاني تمييز الرقابة القضائية عن غيرها من أنواع الرقابة. 111
- أولاً- الرقابة البرلمانية:..... 111

118		ثانياً- الرقابة الدستورية:
125		ثالثاً- الرقابة الإدارية:
129		المطلب الثاني أنظمة الرقابة القضائية
131		الفرع الأول نظام القضاء الموحد.
134		أولاً- مزايا نظام القضاء الموحد:
135		ثانياً- عيوب النظام الموحد:
138		الفرع الثاني نظام القضاء المزدوج.
141		أولاً- مزايا نظام القضاء المزدوج:
142		ثانياً- عيوب نظام القضاء المزدوج:
		المبحث الثاني رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط الإداري في
145		حالة الضرورة ووسائله.
		المطلب الأول دور القضاء الإداري في الرقابة على سلطات الضبط
147		الإداري في حالة الضرورة.
		الفرع الأول رقابة القضاء الإداري على قرار رئيس الجمهورية
149		بإعلان حالة الضرورة.
		الفرع الثاني رقابة القضاء الإداري على القرارات الصادرة في حالة
163		الضرورة.
163		أولاً- اللوائح التفويضية:

164		ثانياً- لوائح الأزمات الخاصة:
166		ثالثاً- لوائح الضرورة:
		المطلب الثاني وسائل رقابة القضاء الإداري على سلطات الضبط
179		الإداري في حالة الضرورة:
181		الفرع الأول دعوى الإلغاء
		أولاً- دعوى الإلغاء هي دعوى من صنع قضاء مجلس الدولة
182		الفرنسي:
183		ثانياً- دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية بمعنى الكلمة:
183		ثالثاً- دعوى الإلغاء تنتمي إلى قضاء المشروعية:
191		الفرع الثاني دعوى التعويض
192		أولاً- مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ:
197		ثانياً- مسؤولية الإدارة بدون خطأ (مسؤولية المخاطر):
211		الخاتمة
211		أولاً- النتائج:
214		ثانياً- التوصيات:
217		قائمة المراجع
217		الكتب والمؤلفات العامة:
222		المؤلفات المتخصصة:

225	الرسائل العلمية:
227	الأنظمة والقوانين:
228	الأبحاث والدوريات:
230	الروابط الالكترونية:
232	المراجع باللغة الفرنسية:
235	فهرس المحتويات: