

التأصيل القانوني لنظرية الضرورة (دراسة مقارنة)

legal rooting of the theory of necessity (a comparative study)

م.م . عدي سمير حليم الحساني
وزارة الداخلية- وكالة شؤون الشرطة
dr.a.alhassany@gmail.com

المستخلص:

العادية القائمة فقد نظمت هذه الدول عدة تطبيقات لهذه النظرية بموجب قواعد محددة سلفاً بالقوانين والنصوص الدستورية ذاتها. ولغرض التعرف بمجال أوسع على تلك النظرية تم بحثها ضمن مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول إلى التعريف بنظرية الضرورة ونشأتها وبيان مبررات اللجوء إليها في مطالب ثلاثة، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا علاقة نظرية الضرورة بمفاهيم مشابهة وتطبيق النظرية في دستور العراق الدائم الصادرة ٢٠٠٥ ضمن مطلبين مستقلين ثم ختمنا بحثنا بأهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا إليها من خلال البحث في نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ .

تعتبر نظرية الضرورة نظرية قانونية عامة تحتمي بنطاقاتها من القانون الدستوري إلى الإداري والمدني والجنائي والدولي العام إضافة إلى انه لا يمكن إثارتها إلا في نطاق الدولة القانونية حيث لا محل لإثارتها في الدولة البوليسية التي لا تلتزم بإحكام القانون فنجد إن نظرية الضرورة فرضت نفسها على حياة الدولة مما لا يعد الأمر مرحباً أو غير مرحباً به وإنما أصبح الأمر واقعاً لا بد من دراسته دراسة متأنية واستجابة لهذا الواقع نجد إن نظرية الضرورة وجدت لها باباً في كثير من دول العالم حيث امتد أثرها خارجاً عن الحدود التي تضعها القوانين الوضعية

The theory of necessity is a general legal theory that protects its scope from constitutional law to the administrative, civil, criminal, and international public, in addition to that it can only be raised within the scope of the legal state, as it has no place in the police state that does not adhere to the provisions of the law, so we find that the theory of necessity has imposed itself on the life of the state, which is not considered acceptable or unacceptable welcome, but the matter has become a reality that must be studied carefully and in response to this reality. We find that the theory of necessity has found a door in many countries of the world, as its impact extends beyond the limits established by the existing ordinary man-made laws. These countries have organized several

applications of this theory according to predetermined rules of the same constitutional laws and texts. For the purpose of introducing a wider field on that theory, it was discussed within two topics. In the first section we dealt with introducing the theory of necessity and its emergence and explaining the justifications for resorting to it in three demands, while in the second topic we dealt with the relationship of the theory of necessity with similar concepts and the application of the theory in the permanent constitution of Iraq issued in within two requirements. Independently, we concluded our research with the most important conclusions and proposals that we reached by researching the theory of necessity as an exception that responds to principle

المقدمة

وفي سبيل مواجهة هذه الأحداث فإن سلطات الدولة تعتمد على آليات وصلاحيات استثنائية تقرها سميت (نظرية الضرورة) وتعد الصلاحيات التشريعات من ابرز هذه الصلاحيات وعلى هذه الأساس يحق للسلطة التنفيذية إصدار قرارات لها قوة القوانين (استثناء على مبدأ الفصل بين السلطات) فضلاً عما تتخذها من إجراءات استثنائية أخرى تقتضيها حالات الضرورة. إلا إن رغم ذلك فإن نظرية الضرورة لم تكن محل قبول - في نطاق الفقه الدستوري- من كل المدارس الدستورية حيث إن بعض الدول تستطيع استغلال الضرورة لاضطهاد مواطنيها ومصادرة حرياتهم وحقوقهم الأساسية وإلغاء الضمانات المقررة لهم مرتدية ثوب المصلحة الوطنية أو الصالح العام وبالأخص إذا أدركنا طبيعة العلاقة العكسية بين الحريات والأمن ، فكلما كانت التشريعات منصبة باتجاه تعزيز الأمن فإن ذلك يكون على حساب الحد من الحريات ولهذا يجب عدم التوسع في استخدام الذريعة الأمنية إذا إن كبت الحريات سرعان ما يتحول في ذاته إلى عنصر مقلق للأمن قد لا يكون اقل خطراً من الانفلات والحرية المطلقة لكن الواقع اقوي من الجانب النظري ، ولذلك نلاحظ إن نظرية الضرورة قد فرضت نفسها على حياة الدول مما لم يعد

بعد التطور الذي مرت به الدولة في العصر الحديث وانتقال دورها من دولة حارسة إلى دولة متدخلة، وخاصة في المرحلة الحالية حيث شهدت الكثير من المستجدات على اثر حصول عدد من الثورات ومحاولة الشعوب والاستقلال والتحرير من التبعية والأزمات الاقتصادية والثقافية والاجتماعية وممارستها للكثير من الاختصاصات التي تبيح لها الحد من حقوق الأفراد وحريتهم وقد تبع ذلك تشعب وظيفية الدولة وهذا كله أظهر حقيقة جديدة وهي إن المشرع وهو يحاول أن ينظم الحياة العامة للمجتمع لا يمكنه أن يتصور كل المستجدات اليومية في ضوء هذا الواقع الجديد وتطور الدور الدولي ، لذلك كان لابد لرجال القانون من أن يفكروا من اجل معالجة تلك المستجدات أو المتغيرات والتي قد تأخذ شكل الأوضاع الشاذة أو الظروف الاستثنائية ، وبالتالي فإن حياة الأمم لا تسير على وتيرة واحد وإنما تتخللها بين الحين والآخر بعض الأزمات والظروف والتي قد تهدر كيان الأمة واستمرار وجودها ، وإذا كان النظام القانوني العادي قد وضع ليحكم حياة الدول في أوضاعها الطبيعية الاعتيادية فإن هذا النظام قد يعجز في فترات الأزمات عن تقديم الحماية اللازمة لاستمرار الأمة واستقرارها

ثانياً : إشكالية البحث

تتجلى مشكلة البحث في نظرية الضرورة وأساسها القانوني كونها حالة استثناء تصدر بقانون خاص لمعالجة الظروف الاستثنائية توسع من صلاحيات السلطات العامة واختصاصاتها في أحوال الضرورة إلا إن السلطات الاستثنائية المستمرة من النظرية القضائية أوسع مدى من السلطات المستمرة من هذا القوانين الخاصة، فضلاً عن إن مشروع القوانين الخاصة لا يمكن إن يتوقع على الظروف الاستثنائية وملابساتها، لذلك كانت النظرية القضائية هي المصدر الأساسي لسلطات الإدارة الاستثنائية تحت مختلف الظروف مع مراعاة الأصل القانوني المتمثل بالإلزام القانوني عند اللجوء إلى الاستثناء والمتمثل بالضرورة ونطاق تطبيقها بما لا يتعارض مع النظام العام والأمن العام.

ثالثاً : خطة البحث

طبيعة البحث تقتضي دراسته على مبحثين ، ففي المبحث الأول سوف نتناول مفهوم نظرية الضرورة من حيث تعريفها ونشأتها وبيان مبررات اللجوء إليها ، ومن ثم شروط اللجوء إلى النظرية وشروط تطبيقها . أما في المبحث الثاني فسوف نتناول فيه دراسة علاقة نظرية الضرورة بمفاهيم مشابهة وتطبيق نظرية الضرورة في دستور العراق

الأمر كفي وإنما أصبح أمراً واقعاً لا بد من دراسته دراسة متأنية واستجابة لهذا الواقع نجد إن نظرية الضرورة قد عبرت عن نفسها في الكثير من بلدان العالم حتى تم عدها نظرية قانونية عامة امتدت خارج الحدود التي تضعها القوانين الوضعية العادية القائمة فعبرت هذه البلدان عنها تعبيراً واضحاً وذلك من خلال نصوصها الدستورية . التي نظمتهما وفقاً للتشريعات القانونية التي وضعت والضوابط والحدود التي تحكم هذه النظرية والتي نظمتهما بموجب قواعد محددة سلفاً بالقوانين والنصوص الدستورية ذاتها.

أولاً : أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث من خلال الوقوف على التأصيل القانوني لنظرية الضرورة ومبررات خروج السلطات العامة على معترضين الشرعية الدستورية في إقصاء الأزمات ، فسلامة الدولة فوق كل اعتبار حيث تقوم نظرية الضرورة على افتراض قيام خطر جسيم وحال يهدد كيان الدولة ومؤسساتها الدستورية بحيث لا تجدي القواعد القانونية التي وصفت للظروف العامة في مواجهته حيث تجد الدولة نفسها مضطرة لمخالفة الدستور والقوانين العام من أجل مواجهة هذا الخطر الذي يهدد الدولة وفق شروط وضوابط تتفق عليها أغلب الدساتير .

ترد الضرورة عن علماء اللغة في باب الضرر، والضرر خلاف النفع فيقال رجل ذو ضرورة أي ذو حاجة، واضطر إلى الشيء أي لجئ إليه^(١) . فالضرورة صيغة مبالغة للضرر أي بلوغ أقصى غايات الضرر^(٢) . وقيل إن الضرورة اسم لمصدر الاضطرار فتقول اضطر فلان إلى كذا وكذا، ويقول عز وجل (فمن اضطر غير باغ ولا عاد)^(٣) . وما يمكن استنتاجه مما تقدم ذكره إن الضرورة تغير الحاجة الملحة وما اضطر إليه الإنسان بحيث لا يوجد لديه المجال للاختيار بين الفعل والتترك للاضطرار .

الفرع الثاني: تعريف الضرورة اصطلاحاً

من الملاحظ إن اغلب الدساتير المقارنة تتضمن نصوصاً تبرر العمل بنظرية الضرورة، كما قد توجد قوانين خاصة تنظم حالات الضرورة غير إن هذه القوانين وهذه الدساتير اقتصرت على بيان تطبيقات نظرية الضرورة وإحكامها دون أن يرد في طياتها تعريف واضح يمكن الاستناد إليه قانوناً، الأمر الذي دعا فقهاء القانون الدستوري إلى وضع جملة من التعريفات نورد بعضاً منها . فقد اتجه مجموعة من الكتاب إلى تعريفها من خلال تلخيص شروطها بأنها: (الحالة التي تجيز للدولة أو لإحدى هيئاتها وغالباً ما تكون الهيئة التنفيذية) . (رئيس الدولة أو الحكومة) ان تعلق كل وبعض نصوص

الدائم الصادر عام ٢٠٠٥ وأخيراً نختم بحثنا بأهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها من خلال البحث في نظرية الضرورة وفي ضوءها نتقدم ببعض المقترحات .

المبحث الأول

مفهوم نظرية الضرورة

إن النظام القانوني العادي قد وضع ليحكم حياة الدول في أوضاعها الطبيعية العادية لكن هذا النظام قد يعجز في فترات الأزمات عن تقديم الحماية اللازمة لاستمرار الأمة واستقرارها ، وفي سبيل مواجهة هذه الإحداث الخطرة فان سلطات الدول تعتمد على آليات وصلاحيات استثنائية تقرها سميت (نظرية الضرورة)^(١) . لذلك فان مفهوم نظرية الضرورة سيكون محور بحثنا في هذا المبحث والذي سنتناوله في ثلاث مطالب، سنبين في المطلب الأول تعريف نظرية الضرورة، وفي المطلب الثاني نشأة نظرية الضرورة ومبررات اللجوء إليها، وفي المطلب الثالث شروط تطبيق نظرية الضرورة وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول: تعريف نظرية الضرورة

لتعريف نظرية الضرورة تعريفاً شاملاً ، فان ذلك يقتضي التطرق إلى المعنوي اللغوي ومن ثم نرجع إلى بيان المعنى الاصطلاحي لها .

الفرع الأول: تعريف الضرورة لغة

يمكن تجاوزها في الأوضاع الاعتيادية^(٨) .
بينما يوجد هناك اتجاه ثالث لدى الكتاب
يعرفها على اعتبار إتباع صفة المشروعية
لإعمال الإدارة في ظل هذه النظرية بأنها:

"النظرية التي تجعل بعض الإجراءات غير
مشروعة في الظروف العادية مشروعة إذا ما
ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام أو
التأمين سير المرفق العام، بسبب حدوث
ظروف استثنائية ومدى تحلل الإدارة من
قيود المشروعية العادية لتنمتع باختصاص
واسع لم يرد به نص" أي إن هذه النظرية
تعطل المشروعية الاعتيادية لتحل محلها في
الظروف الاستثنائية مشروعية جديدة تسمى
(مشروعية الأزمات)^(٩) .

ويعرفها اتجاه رابع بأنها: (نظام قانوني يتقرر
بمقتضى قوانين دستورية عاجلة لحماية
المصالح الوطنية ولا يلجا إليها إلا بصفة
استثنائية ومؤقتة لمواجهة الظروف الطارئة
التي تقصر عنها الإدارة وتنتهي بانتهاء
مسوغاتها).

ومما تقدم نلاحظ إن السلطة التنفيذية هي
التي تتولى العمل واتخاذ الإجراءات اللازمة
للحفاظ على وجود الدولة، ومن ثم فإن ذلك
يؤدي إلى إعادة توزيع الصلاحيات
والاختصاصات الدستورية لصالح السلطة
التنفيذية، ولكونها السلطة الوحيدة القادرة
على إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي.

الدستور أو تجيز للسلطة التنفيذية ممارسة
عملية تشريع القوانين وإصدار المراسيم
خلال مدة من الزمن بينما البرلمان يكون
غير قائم أو متعذراً اجتماعه^(٥) .

بحيث إن الأحكام الدستورية تقب وتخضع
إمام الضرورة العليا لسلامة الدولة إي إن
هذه النظرية تعفي الدولة أو إحدى هيئاتها
من احترام إحكام الدستور أو القوانين إذا
اقتضت تلك الضرورة العليا لسلامة الدولة)
(٦) .

ويجب أن لا يستمر العمل بهذه النظرية إلا
لمدة من الزمن لمواجهة الظروف الاستثنائية
القاهرة التي تمس كيان الدولة أو السلامة
العامة للمجتمع ويجب العودة إلى الحالة
الطبيعية حال زوال تلك الظروف، وذلك لان
الضرورة تقدر بمقدورها^(٧) .

ذهب قسم آخر من الكتاب إلى تعريفها من
خلال بيان طبيعة ونوعية الظروف والإخطار
إذ تقوم نظرية الضرورة في القانون الدستوري
على وجود خطر جسيم وحال يهدد كيان
الدولة وسلامتها بحيث لا تجدي القواعد
القانونية القائمة لمواجهة ويكون هذا الخطر
خارجياً كالحرب أو داخلياً كالثورة أو
العصيان المسلح أو الاضطرابات أو الكوارث
التي لا تجدي التنظيم القانوني القائم في
مواجهتها إلا بالتضحية بالاعتبارات
الدستورية التي لا يمكن أو يفترض انه لا

بنتظيم نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية تنظيمًا تشريعيًا نذكر على سبيل المثال التشريع الفرنسي القانون الصادر في (٩) أغسطس سنة ١٨٤٩ والمعدل في (٣) ابريل سنة ١٨٧٧^(١١) .

ومهما تضاربت آراء الفقهاء واختلفت بصدد نشأة هذه النظرية يظل الرأي الغالب هو ذلك الذي يقول إن نظرية الضرورة هي من وضع مجلس الدولة الفرنسي وإنها ظهرت خلال الحرب العالمية الأولى، وذلك لشد أزر الإدارة في ظروف الحرب عندما تبين لمجلس الدولة عجز النصوص القانونية النافذة آنذاك من تمكين الحكومة الفرنسية من مواجهة متطلبات الحرب القائمة، فعد أعمالها التي تتخذها لحماية البلاد والدفاع عنها أعمالاً مشروعة بالرغم من كونها غير مشروعة فيما لو اتخذت في الظروف العادية ، وعليه فالذين عدوا النظرية من وضع مجلس الدولة الفرنسي وأساسها توسيع سلطة الإدارة بناءً على متطلبات الحرب لم يميزوا بين تسمية سلطات الحرب ونظرية الضرورة وعدوها معنى واحد، وبسبب تواتر تطبيق المبادئ التي صاغها مجلس الدولة إلى ما بعد الحرب على حالات لا علاقة لها بالحرب لفت الانتباه إلى نشوء هذه النظرية المستقلة، وهذا ما يعزز القول بان هذه النظرية لم تُلقت النظر إلى ظهورها، بسبب

لكن ما تجدر الإشارة إليه إن نظرية الضرورة لا تتأثر إلا في الدولة القانونية دون الدولة البوليسية، ذلك إن مع خطورتها لا تخرج عن نطاق مبدأ المشروعية ولا تهدمه من أساسه. كما إن هذه النظرية توسع من نطاق مبدأ المشروعية ومداه بحيث تجعله حاكماً لكل الظروف حتى الاستثنائية وغير المتوقعة.

المطلب الثاني

نشأة نظرية الضرورة ومبرراتها

الفرع الأول : نشأة النظرية

لقد اختلف الفقهاء في تحديد النشأة الأولى لهذه النظرية، فذهب جانب من الفقه إلى القول بان هذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي خلال الحرب العالمية الأولى، ويؤكد ذلك الدكتور يحيى الجمل بقوله (إثناء الحرب العالمية الأولى اخذ مجلس الدولة الفرنسي موقفا مغايرا لموقف محكمة النقض موقفا اعتد بنظرية الضرورة وان أطلق عليها مسميات أخرى فأحياناً يسميها نظرية سلطات الحرب وأحياناً يسميها نظرية الضرورة)^(١٠) .

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بان هذه النظرية كانت معروفة منذ منتصف القرن التاسع عشر ، وقد تبناها المشرع الفرنسي واعتمدها في بعض التشريعات ويبدو هذا في القول الوصفي في كل من فرنسا والجمهورية العربية المتحد

منه لأنه سيؤدي إلى التضحية بالكل من أجل البعض^(١٢) .

المطلب الثالث

شروط اللجوء لنظرية الضرورة وشروط تطبيقها

الفرع الأول : شروط اللجوء لنظرية الضرورة

يكاد يكون الفقه متفقاً على وجوب تحقيق شروط معينة لقيام نظرية الضرورة وتتمثل بالاتي:

أولاً : قيام خطر جسيم وحال من شأن هذا الخطر تهديد المصالح الحيوية للبلاد، فقد يتخذ هذا الخطر شكل تهديد الوحدة الوطنية للبلاد، أو تهديد سلامة واستقلال ارض الوطن، أو يتخذ شكل الاضطرابات الداخلية بحيث يؤدي إلى اضطرابات في سير السلطات العامة للدولة ويمنعها من تنفيذ تعهداتها الدولية^(١٣) .

ويشترك في هذا الخطر أن يكون جسيماً أي يتعدى حدود المخاطر العادية والمتوقعة في حياة الدولة فهو خطر غير مألوف من حيث النوع وكبير من حيث المدى، إما كونه حالاً أي ينبغي أن لا يكون مستقبلاً وإلا يكون قد وقع وانتهى إذ انه في هذه الحالة يعد مجرد واقع له أثاره .

كذلك لا يجب أن يكون مبيناً على الوهم والخيال تتصوره السلطة التنفيذية فالخطر

ارتباط ذلك الظهور بظروف الحرب وبسبب التدرج في تطبيقها ولكن التسمية التي نراها صواباً في نظرية الضرورة.

الفرع الثاني : مبررات نظرية الضرورة

يمكن بصورة عامة تبرير خروج السلطات على مقتضى الشرعية الدستورية في أوقات الأزمات بما يلي:

أولاً : إن سلامة الدولة فوق كل اعتبار وتقوم جوهر نظرية الضرورة على افتراض قيام خطر جسيم، وحال يهدد كيان الدولة ومؤسساتها الدستورية بحيث لا تجدي القواعد القانونية التي وضعت للظروف العادية في مواجهته، فنجد الدولة نفسها مضطرة لمخالفة الدستور والقوانين العادية من أجل مواجهة هذا الخطر الذي يهدد كيان الدولة ووفق شروط وضوابط تكاد تتفق عليها اغلب الدساتير.

ثانياً : لو أجبرت السلطات على تطبيق الدستور والقانون في ظل الإخطار التي تهدد كيان الدولة لأدى ذلك إلى زوال ذاتها. وذلك إن من مقتضى مبدأ المشروعية ذاته الإبقاء على الدولة لأنه يفترض إن هناك قاعدة أساسية تنظم القوانين جميعاً مقتضاها وجوب الإبقاء على الدولة ، لذلك عندما يكون مصير الدولة أو وجودها معرضاً للخطر يصبح إجبار الإدارة على الالتزام بحرفية النصوص القانونية القائمة لا قيمة ولا جدوى

أولاً: إن سلامة الدولة هو الهدف من الإجراءات الاستثنائية، لذا فإن هذه الإجراءات يجب أن تقف عند حد المحافظة على هذا الهدف وهو سلامة الدولة، وهذا الشرط هو من أهم الشروط الضرورية وِبِإجماع الفقهاء لتطبيق نظرية الضرورة وعليه فمن شأن هذا الشرط أن يحد من سلطات الضرورة والحد من تزايدها.

ثانياً: هو عدم جواز أن تتدخل لوائح الضرورة في المجال المحتجز للقانون وهو مجال يحدده الدستور بنفسه أو ينوب عنه أو يكمله القضاء بالاستعانة بالفقه مثل موضوع تنظيم الدستور وتسييره، كما إن إجماع الفقهاء يذهب إلى انه لا يجوز لسلطة الضرورة تعديل الدستور جزئياً أو كلياً مالم ينص الدستور نفسه على ذلك وإلا خرجنا من دائرة الدولة القانونية ومبدأ المشروعية إلى دائرة الانقلابات والثورات واندماج السلطات.

ثالثاً: أخيراً يتعين إنهاء تطبيق نظرية الضرورة بانتهاء الظروف الاستثنائية التي دعت إلى تطبيقها، وهنا يفرق الفقهاء بين نوعين من التشريعات التي تصدر استناداً للضرورة، النوع الأول التشريعات التي تتعلق بسلامة الدولة وحمايتها وهذه تسقط بمجرد اختفاء شروط اللجوء إلى حالة الضرورة.

الحال الذي يكون قد وقع فعلاً وهو وشيك الوقوع دون أن يكون قد انتهى بحيث لا تجد الإدارة أية فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهته .

ثانياً: اللجوء لنظرية الضرورة استحالة الالتجاء إلى الطرق القانونية العادية لدرء ذلك الخطر، أي انه يجب أن تكون إجراءات الضرورة لازمة حتما لمواجهة الخطر الجسيم الحال بمعنى انه يتعين أن تقوم استحالة تجعل من اتخاذ الإجراءات الضرورية الوسيلة الوحيدة الممكنة لدفع الخطر ودرء الضرر.

ثالثاً: أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة مناسبة مع حالة الضرورة فلا تتجاوزها، لان الضرورة تقدر بمقدورها^(٤) .

وبمفهوم المخالفة إذا كانت الوسائل القانونية العادية كافية لمواجهة الأزمة أصبح اللجوء إلى إجراءات الضرورة مفتقراً لشرط من شروط اللزوم.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الضرورة
قلنا سابقاً إن الضرورة تقدر بقدرها ومن مقتضى هذه القاعدة أن يكون هنالك ترابط وتناسب بين حالة الضرورة والإجراءات المتخذة لمواجهتها ، لذا يجد الفقهاء انه هناك جملة من الشروط لغرض تطبيق هذه النظرية ومنها:

الفرع الأول: علاقة النظرية بمبدأ سمو الدستور

في بادئ الأمر لا بد من أن نبين المقصود بمبدأ سمو الدستور، وبعدها نعرض إلى بيان طبيعة العلاقة بين هذا المبدأ والنظرية موضوع البحث ، بات من المسلم به إن الدستور هو الركن الأساسي من أركان الدولة القانونية، فهو يبقى القانون الأعلى في الدولة سواء أكان مكتوباً أم عرفياً فهو يتسم بالعلوية والسيادة سواء نص الدستور أم لم ينص على هذا السمو (١٦) .

حيث لا يتصور قيام الدولة القانونية دون أن يكون لها دستور والمقصود بسمو الدستور هو أن القواعد الدستورية توجد في مكان الصدارة أو على قمة الهرم القانوني، فهذه القواعد تلو على ما سواها من القواعد القانونية داخل الدولة .

فالدستور يسمو على الحكام والمحكومين فهو يسمو على أشخاص الحكام وهؤلاء لا يمارسون اختصاصاتهم إلا بناءً على تفويض الاختصاصات في الدستور (١٧) .

وعليه فان سمو الدستور لا يسود إلا في ظل الأنظمة الديمقراطية، ويتلشى في البلاد التي تخضع لنظام ديكتاتوري حيث لا يعترف الحاكم فيها بالدستور، لان هذه النظم تقوم على وسائل العنف والاستبداد في حين إن سيادة الدستور تفرض وجود القانون

والنوع الثاني من التشريعات تلك التي تستهدف حسن سير الإدارة وهذه تظل سارية لان الباحث عليها ليست الإحداث والظروف ذاتها(١٥) .

المبحث الثاني

علاقة نظرية الضرورة بمفاهيم مشابهة وتطبيق النظرية في دستور العراق الدائم

الصادر عام ٢٠٠٥

عندما تمر حياة الدولة لازمة معينة وتلجأ هذه الدولة إلى نظرية الضرورة وذلك لمواجهة هذه الأزمة ومحاولة إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي ويتم تطبيق هذه النظرية ، فأنتج مجموعة من العلاقات المتنوعة مع باقي المبادئ القانونية والدستورية التي تؤثر هذه النظرية فيها وتتأثر النظرية بها أيضاً، وتختلف طبيعة هذه العلامة من مبدأ إلى آخر .

المطلب الأول

علاقة نظرية الضرورة ببعض المبادئ القانونية والدستورية

سوف نقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع ، تتناول في الفرع الأول علاقة النظرية بمبدأ سمو الدستور، وفي الفرع الثاني علاقتها بمبدأ سلطات الحرب وإعلانها، وفي الثالث علاقة النظرية بالضبط الإداري وعلى النحو الآتي:

وينتج عن ذلك بأن تتوسع سلطات الهيئة التنفيذية وتقع الإحكام الدستورية وتخضع لضرورات الحفاظ على السلامة العليا للأمة، ويتم تعليق إحكام الدستور كلاً أو بعضاً وتعطيلها، وتقوم السلطة التنفيذية بعملية تشريع مستعجلة لمواجهة هذه الظروف بدلاً من السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصلي في تشريع القوانين وتتفاوت الدول في مدى التزامها في حالة تعليق أو تعطيل الدستور، فمنها من تعفي نفسها من مسؤولية مخالفة الدستور، ومنها من لا تعطي نفسها هذا الحق وبالتالي، يمكننا توضيح طبيعة هذه العلاقة بأن هذه النظرية ترد كاستثناء أو قيد على مبدأ سمو الدستور^(١٨).

الفرع الثاني: علاقة النظرية بسلطات الحرب وإعلانها

مما لا شك فيه إن الحرب ظاهرة اجتماعية قديمة تهدف إلى تحقيق أهداف معينة، فكانت هي السائدة في العلاقات بين مختلف الجماعات حيث تمتد أصولها إلى أغوار سحيقة من التاريخ، فكانت الدول ترى فيها الوسيلة المشروعة والناجحة والحاسمة في حل المنازعات مع الغير وما دامت المنازعات قائمة فبقى الحرب قائمة ما استمرت مسبباتها ، ولذلك فقد ظهر للحرب محترفوها في كل زمان ومكان فقد كانت المجتمعات ترى إن الحرب واجب تقتضيه

واحترامه فالدستور هو العمل القانوني الأول الذي تخضع له جميع الأعمال القانونية. وهذا يقودنا إلى القول ببطلان كل عمل يأتيه الحكام مخالفاً للقانون، فمن باب أولى إن تكون نتيجة مماثلة بالنسبة لكل عمل انتهاكاً لأحكام الدستور فإذا كانت القاعدة الدنيا تخضع للقاعدة القانونية الأعلى، هذا يقودنا أيضاً إلى القول بخضوع كل قاعدة دنيا إلى قواعد الدستور.

وإذا كان سمو الدستور هو الأصل فإن هناك استثناءين، أولهما قد يكون لصالح المحكومين كما في حالة الثورات، والاستثناء الثاني قد يكون لصالح الحكام، وذلك بالاستناد إلى نظرية الضرورة حيث إن القواعد الدستورية وجدت لتنظيم ممارسة السلطة في الدولة وهذا التنظيم يرتكز على مبادئ معينة تهدف بالدرجة الأساس إلى تغيير سلطة الحكام وإيجاد نوع من الفصل والتوازن بين هيئات الدولة المختلفة، وذلك من أجل تأمين وحماية مبدأ سيادة القانون وحقوق الإنسان وحرياته الأساسية غير إن هذه المبادئ قد شرعت للظروف الطبيعية أما إذا استجدت ظروف استثنائية قاهرة من شأنها المساس بكيان الدولة أو بالسلامة العامة للمجتمع كحالة التمرد والعصيان لابد من مواجهتها باتخاذ تدابير استثنائية فسلامة الشعب فوق القانون.

أكثر الدول تجري تجارب نووية محتجة بمقولة إن ذلك يعد من أحوال الضرورة ، وهذا مما أدى إلى ظهور تيارات فقهية تسعى إلى إنكار ما يسمى بالضرورة الحربية. ثانياً: استغلال الدول لفكرة الضرورة أسوأ استغلال بحيث جلبت الكثير من المشاكل التي لا طائل لها وهذا ما نحى بجانب فقهي إلى وجوب استخدام هذه الفكرة بحسن نية، هذا بالنسبة للموقف الدولي من العلاقة بين النظرية وحالة الحرب والذي يمنع من تزايد واستمرار العنف الذي أصبح سمة بارزة في المجتمع الدولي في الوقت الراهن. أما بالنسبة للموقف الداخلي من العلاقة بين النظرية وحالة الحرب، فإن ما يقال في القانون الداخلي هو إن حالة الحرب تعد الصورة الأصلية والنموذجية لنظرية الضرورة ، وذلك لما يرافق حالة الحرب إذا ما حدثت من آثار وكوارث ونكبات لكلا الدولتين المتحاربتين، وما يرافقها من تهديم للبنى التحتية، ومن تخريب للمؤسسات التابعة للدولة، وإضرار اقتصادية أخرى. وانتهيات على كافة المستويات الاجتماعية والسياسية هذه كلها ظروف استثنائية تستطيع الدولة تحت هذه الظروف أن تلجأ إلى إحكام الضرورة لتوسع سلطاتها لمواجهة هذه الظروف^(١٩) .

ضرورة بقائها واستمرارها وتجد فيها سر قوتها وضمانة استمرارها وخلودها . وبعد هذا العرض الموجز لمفهوم الحرب فلا بد أن نبين طبيعة العلاقة بينها وبين النظرية، ففيها يتعلق بموقف القانون الدولي مما لاشك فيه إن نظرية الضرورة قد ارتبطت بقانون الحرب، وأجاز القانون الدفع بها وقت الحرب تأسيساً على إن قيام الحرب إنما يعدل بشكل جذري من النظام القانوني المتعلق باستخدام القوة حيث انه لا يخفى إن الدول كانت تتوسل بما يسمى الضرورة الحربية، لإعلان الحرب على دولة معينة وغزوها واحتلال أراضيها، وذلك بحجة إنها في حال دفاع عن أمنها القومي ، وهذا يعد حالة من حالات حق الدفاع الشرعي ، ولذلك كان سابقاً يتم اعتبار إعلان الحرب تطبيقاً لنظريته الضرورة حيث إن الدول تكون في حالة ضرورة تضطرها لإعلان الحرب على دولة أخرى، واحتلالها حماية لمصالحها الجوهرية وهذا ما يؤكد إن هناك الكثير من رجال السياسة يعدون الحرب عملاً مشروعاً دائماً من حق الدولة أن تأتية كلما كانت مصلحتها تقضي ذلك، لكن هذه النظرية قد تعرضت إلى عدة انتقادات لعل من أهمها: أولاً : فيما يتعلق بالتقدم الذي لحق الحياة الحديثة وأضاف هذا التقدم أنواعاً رهيبية من الأسلحة ومنها الأسلحة النووية، والتي أخذت

٠٣ السكنية العامة .
٠٤ وهناك اتجاه حديث لدى القضاء الفرنسي يجعل وظائف الضبط الإداري تامين مقتضيات الأخلاق والآداب العامة .
وعلى أساس ذلك تعد وظيفة الضبط الإداري من أهم الوظائف التي تقوم بها الإدارة وتمس حقوق وحرريات الأفراد تحقيقاً للصالح العام، ولكن قد تطرأ بعض الأحوال التي يكون فيها الخطر على الأمن العام أو الصحة مهدداً بحيث يجب العمل بغاية السرعة لملاقاة ذلك ، وقد يفوت ذلك الغرض لو تمسك رجال الحكم بحرفية القوانين واللوائح فلا حرج عليهم باتخاذ الإجراءات العاجلة بما لهم من سلطة والتي يتحتم عليهم أن يسهروا على تحقيق الأمن وصون الأرواح والأموال، ولا تعد هذه الإجراءات مخالفة للقانون، لان المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة وهذا ما يقصد به تعطيل المشروعية الاعتيادية لتحل محلها المشروعية الاستثنائية^(٢٠) .
من خلال ما تقدم بحثه من توضيح لسلطات الضبط الإداري في الظروف الاعتيادية والاستثنائية تتوضح لنا طبيعة العلاقة التي تربط الضبط الإداري بالنظرية حيث إن سلطات الضبط الإداري ما هي إلا تطبيق لنظرية الضرورة وتوسع هذه السلطات عند

ومن خلال ما تقدم ذكره ، نرى إن علاقة حالة الحرب بنظرية الضرورة تختلف فمن الناحية الدولية رأينا انه يؤكد استبعاد الضرورة الحربية من مفهوم النظرية أما الموقف الداخلي فانه يعد حالة الحرب هي الصورة المثلى والأصلية لتطبيق النظرية لمواجهة آثار الحرب الخطيرة.

الفرع الثالث: علاقة النظرية بالضبط الإداري

ان السلطة الحاكمة تضطلع بمسؤوليات ضخمة في سبيل النهوض ببلدها ورفع مستواها في مختلف النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، والمحافظة على سلامة الوطن ووحدة أراضيه، فبعد أن كانت اختصاصات الحكومة حارسه حيادية أصبحت الآن تدخلية في اغلب الأحيان لتتلائم ومقتضيات الإحداث والظروف. وهذا مما أدى إلى ظهور سلطات الضبط الإداري وأنيطت هذه السلطات بالسلطة التنفيذية.

فالضبط الإداري هو إجراءات الدولة الهادفة لإقامة النظام العام وضمان كيانها سالمًا ومستقرًا وتوفير الخدمات العامة للمجتمع وتحديد الإطار العام للحرريات العامة ، وما استقر عليه القانون إن للضبط الإداري ثلاثة عناصر هي:

٠١ الأمن العام .

٠٢ الصحة العامة .

الظروف القاهرة ما هي إلا نتيجة لقيام نظرية الضرورة .

المطلب الثاني

تطبيق نظرية الضرورة في دستور جمهورية العراق الدائم الصادر عام ٢٠٠٥

بعد إجراءات انتخابات الجمعية الوطنية في ٢٠٠٤/١٢/٣١ والتي أخذت على عاتقها مهمة تشريع دستور العراق الدائم وفعالاً ولأول مرة منذ إعلان النظام الجمهوري لعام ١٩٥٨ نجحت هذه الجمعية بإصدار أول دستور عراقي جمهوري دائم في عام ٢٠٠٥، حيث نص هذا الدستور في بابه الثاني على الحقوق والحريات وقسم الحقوق إلى الحقوق المدنية والسياسية، ونظمها في المواد (١٤- ٢١) والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المواد (٢٢-٣٦) وأكد هذا الدستور ولم يجوز سن أي قانون يتعارض مع الدستور.

وتم تنظيم السلطة التشريعية الاتحادية في الدولة العراقية بموجب المواد (٤٨-٦٥) وتتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد، وتم تحديد اختصاصات مجلس النواب حصرياً بموجب المادة (٦١) من الدستور ومن ضمن هذه الاختصاصات ما ورد في الفقرة تاسعاً من المادة والتي نصت على: (يختص مجلس

النواب بما يأتي تاسعاً: ا- الموافقة على إعلان الحرب وحالة الطوارئ بغالبية الثلثين بناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء.

ومن هذا البند نجد إن إعلان حالة الطوارئ يتم بعد موافقة مجلس النواب وبناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء، وذلك بأغلبية الثلثين والفقرة (ب) من هذا البند " تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتמיד وبموافقة عليها في كل مرة .

ونجد إن هذه الفقرة أكدت الطابع المؤقت لحالة الطوارئ وحددتها ب (٣٠) يوماً ويجوز تمديدتها للمدة نفسها، ولكن يجب أن يكون هذا التمديد بموافقة مجلس النواب في كل مرة، وهذا ما يقوي من الرقابة البرلمانية على حالة الطوارئ، وقد انفرد الدستور العراقي من غيره من الدساتير بتمديد مدة حالة الطوارئ بوحدات زمنية محددة^(٢١) .

وقد نصت الفقرة (ج) على أن " يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد خلال مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ وتنظم هذه الصلاحيات بقانون بما لا يتعارض مع الدستور".

وهذه الفقرة تؤكد ضرورة منح رئيس الوزراء اي اختصاص او سلطة أو صلاحية تمكنه

من خلال ما تقدم ذكره ، نجد إن نظرية الضرورة وجدت تطبيقها في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ، وهي تطبيق حالة الطوارئ على اعتبار إن هذا التطبيق هو الأكثر شيوعاً وخطراً ما لم تتم إحاطته بضمانات كافية تمنع إساءة استغلاله والتعسف فيه .

الخاتمة

تناولنا بالبحث فيما سبق كل ما يتعلق بنظرية الضرورة فقد بينا مفهوم نظرية الضرورة وشروط اللجوء إليها وشروط تطبيقها وصولاً إلى علاقتها ببعض المبادئ القانونية والدستورية حيث تبين لنا إن هذه النظرية هي نظرية قانونية عامة تمتد بنطاقها من القانون الدستوري إلى الإداري والمدني والجنائي والدولي العام إضافة انه لا يمكن أثارها إلا في نطاق الدولة القانونية حيث لا محل لإثارها في الدولة البوليسية التي لا تلتزم بإحكام القانون، وفي ضوء بحثنا في هذه النظرية يمكن أن نجمل الاستنتاجات والمقترحات التي تم التوصل إليها فيما يأتي:

أولاً : الاستنتاجات:

١. إن نظرية الضرورة وإن اعتبرت خروجاً على مبدأ المشروعة إلا إن لهذا الخروج ما يبرره في ظل التطور الذي لحق مجمل الحياة العامة للعديد من دول العالم.

من إدارة شؤون البلاد وإعادة الأمور إلى نصابها الطبيعي خلال مدة إعلان حالة الطوارئ، وأوجب الدستور أن يتم تنظيم هذه الصلاحيات بناءً على قانون وبما انه لم يصدر بعد نفاذ هذه الدستور أي تشريع ينظم حالة الطوارئ فان ذلك يعني إن أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ هو النافذ والواجب التطبيق عند إعلان حالة الطوارئ وأوجز نص هذه الفقرة ضمانات حقيقية وحامية للحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور، وهي ضرورة أن لا يتعارض تشريع حالة الطوارئ وإعلانها مع أحكام الدستور، أي انه لا يجوز أن تتم مخالفة الدستور في إثناء تطبيق حالة الطوارئ.

إما الفقرة (د) فقد نصت " يعرض رئيس مجلس الوزراء على مجلس النواب الإجراءات المتخذة والنتائج في إثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهائها" ونص هذه الفقرة يلقي على عاتق رئيس الوزراء التزاماً بعرض الإجراءات المتخذة من قبله والنتائج المترتبة على هذه الإجراءات في إثناء مدة إعلان حالة الطوارئ على مجلس النواب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهائها وهذا ما يؤكد دور الرقابة البرلمانية على السلطة الممنوحة لرئيس الوزراء بموجب حالة الطوارئ^(٢٢) .

٢. ضرورة تفعيل دور البرلمان الرقابي على حالة الطوارئ حيث إن دور البرلمان مقتصر على الموافقة على إعلانها والموافقة على تمديدها، فلا بد من أن ينتظر البرلمان حتى انتهاء العمل بهذه الحالة كي يفعل دوره الرقابي وكذلك على النتائج التي يوصي إليها رئيس مجلس الوزراء .

٣. يتعين إنهاء حالة الضرورة بانتهاء الظروف الاستثنائية التي دعت إلى تطبيقها وهذا لا بد من التفريق بين نوعين من التشريعات التي تصدر استناداً للضرورة الأول يتعلق بسلامة الدولة وحمايتها وهذا يسقط بمجرد اختفاء شرط اللجوء إلى حالة الضرورة، أما الثاني فتلك التي تستهدف حسن سير الإدارة وهذه تظل مساوية لأن الباحث عليها ليس الأحداث والظروف ذاتها .

٢. إن الحاجة الماسة لهذه النظرية من الناحية العملية، لا يعني ترك تقدير إعلانها للسلطة التنفيذية في حال الضرورة هو قيام الخطر الجسيم والحال وهو شرط استقر عليه فقهاء القانون الدستوري والذي يبرر اللجوء إلى ممارسة سلطة الضرورة.

٣. إن سلطة الضبط الإداري في الظروف الاعتيادية والاستثنائية توضح لنا طبيعة العلاقة التي تربط الضبط الإداري بالنظرية، حيث إن الضبط الإداري ما هي إلا تطبيق لنظرية الضرورة وتوسيع هذه السلطات عند الظروف القاهرة وما هي إلا نتيجة لقيام نظرية الضرورة .

ثانياً : المقترحات

١. نرى من الضروري أن تتضمن الدساتير نصوصاً خاصة تمكن السلطة التنفيذية من اللجوء إلى ممارسة سلطة الضرورة بشكل مباشر لمواجهة الظروف الشاذة.

الهوامش:

- والتشريع الحكومي في فقرات إيقاف الحياة
النيابية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٩ .
(٩) انظر: ماهر صالح علاوي ، مبادئ
القانون الإداري ، بغداد ، دار الكتب
للطباعة والنشر ، ١٩٩٦ ، ص ٨٢ .
(١٠) انظر: د. يحيى الجمل ، نظرية
الضرورة في القانون الدستوري وبعض
تطبيقاتها المعاصرة ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ،
ص ٩٤ .
(١١) انظر: د. محمود محمد حافظ ،
القضاء الادارية ، القاهرة دار النهضة
العربية ، ١٩٦٧ ، ص ٤٤ .
(١٢) انظر فارس حامد عبد الكريم ، مبدأ
الدستور ونظرية الضرورة في الأوقات
العصيبة للدول ، بحث منشور على
الانترنت ، ٢٠٠٨ .
(١٣) انظر: د. حسين ضياء الخلعي ،
نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو
الدستور ، الكوفة ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٠ .
(١٤) انظر: فارس حامد عبد الكريم ،
مصدر سابق ، ص ٦ .
(١٥) انظر: د. سامي جمال الدين ، لوائح
الضرورة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،
١٩٨٢ ، ص ١٥٠ .
(١٦) انظر: زهراء سعد مهدي ، مصدر
سابق ، ص ٢٢ .

- (١) انظر: كاظم علي الجنابي ، سلطات
رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف
الاستثنائية ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد
، كلية القانون ، ١٩٩٥ ، ص ٥ .
(٢) انظر: زهراء سعد مهدي ، نظرية
الضرورة وتطبيقاتها في الدساتير العراقية ،
رسالة ماجستير ، جامعة النهدين ، ٢٠٠٨ ،
ص ١٢ .
(٣) انظر: د. يوسف قاسم ، نظرية
الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون
الجنائي الوصفي ، ١٩٨١ ، ص ٧٥ .
(٤) سورة البقرة الآية ١٧٣ .
(٥) انظر: كاظم علي الجنابي ، مصدر
سابق ، ص ٥ .
(٦) انظر: د. إسماعيل مرزة ، مبادئ
القانون الدستوري والعلم السياسي (النظرية
العامة في الدساتير) بغداد ، دار الملاك
للفنون والآداب والنشر ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣٢ .
(٧) انظر: د. إحسان ألمفرجي وآخرون ،
النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام
الدستوري في العراق ، دار الحكمة ، بغداد ،
١٩٩٠ ، ص ١٦٨ .
(٨) انظر: د. يسرى محمد العصار ،
نظرية الضرورة في القانون الدستوري

(١٧) انظر: فائز عزيز اسعد ، مبدأ علو الدستور ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٠ ، ص١٨ .

(١٨) انظر: د. إحسان حميد ألفرجي وآخرون ، مصدر سابق ، ص١٦٧ .

(١٩) انظر: زهراء سعد مهدي ، مصدر سابق ، ص٣١ .

(٢٠) انظر: رشا خليل عبد ، حرية الصحافة تنظيمها ضماناتها ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، ٢٠٠٧ ، ص٢١ .

(٢١) انظر: زهراء محمد مهدي ، مصدر سابق ، ص٢٠٦ .

(٢٢) انظر: فارس حامد عبد الكريم ، مصدر سابق ، ص٩ .