



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

# İSTİSNAİ DURUMLARDA YASALLIĐIN VE YASALLIĐIN YARGI DENETİMİ

İBRAHİM İDREES BABİR

Yüksek Lisans Tezi

LEFKOĐA  
2021



جامعة الشرق الأدنى  
معهد الدراسات العليا  
كلية الحقوق / قسم القانون العام

## الرقابة القضائية على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية

إبراهيم إدريس بابير

رسالة ماجستير

# **İSTİSNAİ DURUMLARDA YASALLIĞIN VE YASALLIĞIN YARGI DENETİMİ**

**İBRAHİM İDREES BABİR**

**YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI**

**Yüksek Lisans Tezi**

**DANIŞMAN**

**PROF .DR. WEADI SULAIMAN ALI**

**LEFKOŞA  
2021**

# الرقابة القضائية على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية

إبراهيم إدريس بابير

جامعة الشرق الأدنى  
معهد الدراسات العليا  
كلية الحقوق / قسم القانون العام

رسالة ماجستير

بإشراف

الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي

## KABUL VE ONAY

Ibrahim Idrees Babir tarafından hazırlanan "İstisnai durumlarda yasallığın ve yasallığın yargı denetimi" başlıklı bu çalışma, 31/ 01 /2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

### JÜRİ ÜYELERİ



**Prof. Dr. Weadi Sulaiman Ali** (Danışman)  
Yakın Doğu Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



**Yrd.Doç.Dr. Yousif Mostafa Rasul** (Başkan)  
Yakın Doğu Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuk Bölümü



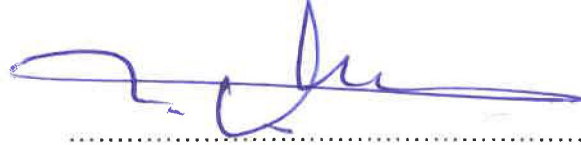
**Yrd.Doç.Dr. Shamal Husain Mustafa**  
Yakın Doğu Üniversitesi  
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü

**Prof. Dr. K. Hüsnü Can Başer**  
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü  
Müdürü

## قرار لجنة المناقشة

نحن كأعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير ابراهيم ادريس بابير في رسالته الموسومة بـ " الرقابة القضائية على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية " نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/01/31، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

### أعضاء لجنة المناقشة



الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي ( المشرف )

جامعة الشرق الادنى  
كلية الحقوق , قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول ( رئيس لجنة المناقشة )

جامعة الشرق الادنى  
كلية الحقوق , قسم القانون العام



الاستاذ المساعد الدكتور شمال حسين مصطفى

جامعة الشرق الادنى  
كلية العلوم الاقتصادية والإدارية، قسم العلاقات الدولية

الاستاذ الدكتور ك. حسنو جان باشير

معهد الدراسات العليا  
المدير

## BİLDİRİM

Ben **IBRAHİM IDREES BABİR** olarak beyan ederim ki **İstisnai durumlarda yasallığın ve yasallığın yargı denetimi**, başlıklı tezi '**Prof .Dr. Weadi Sulaiman Ali**' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih : 31/01/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: IBRAHİM IDREES BABİR

## الاعلان

أنا إبراهيم إدريس بابير، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان الرقابة القضائية على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي، ولقد أعدتها بنفسي تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ: 2021/01/31

التوقيع:

الاسم واللقب: إبراهيم إدريس بابير



## TEŞEKKÜR

Herkese yürekten teşekkür ve şükranlarımı sunuyorum: -

- **Prof .Dr. Weadi Sulaiman Ali Al-Mizori** bu araştırmayı tüm göğüs kapasitesiyle denetlemeyi tercih ettiğiniz ve bu araştırmayı tamamlanana kadar bana verilen tüm rehberlikle tamamlamak için zamanını ve çabasını harcadığınız için.
- Lisansüstü eğitimimin ilk gününden araştırmamın tamamlanmasına kadar bana yardımcı olan, Nyerest Üniversitesi'nde yüksek lisans eğitiminin süpervizörü **Dr. Kwar Muhammad Musa**.

## شكر وتقدير

اتوجه بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان الى كل من: -

- الدكتور البروفسور **وعدي سليمان المزوري** لتفضله بالاشراف على هذا البحث بكل ما خصني من سعة صدره وبذل جهده ووقته في سبيل انجاز هذا البحث بكل ما وفره لي من توجيهات لحين اتمامها.

- الدكتور **كاوار محمد موسى** المشرف على الدراسات العليا في جامعة نيرايسست والذي قدم المساعدة لي منذ اليوم الاول للدراسات العليا ولحين اتمام البحث.

## ÖZ

### İSTİSNAI DURUMLARDA YASALLIĞIN VE YASALLIĞIN YARGI DENETİMİ

Bu çalışma, akademik konu içerisindeki iki önemli konuyu ele almaktadır (prosedürel meşruiyet ve idari meşruiyet). Birincisi, istisnai durumlarda ceza davası çerçevesinde sanığa karşı alınan tedbirlerin hukuka uygunluğuyla, ikincisi ise kişilerin hak ve özgürlüklerini etkileyen istisnai durumlarda hükümetin aldığı tedbirlerle ilgilidir. Bu nedenle, bu çalışma, yargı denetiminin nasıl ve kapsamına ve yargı makamının, bireylerin menfaatleri arasında (ister havuz içinde, ister sıradan kişiler olsun) gerekli dengeyi sağlamak için yürüttüğü mekanizmalara ışık tutmaktadır. Bu koşulların tehlikeleri ve toplumun haklarının ihlal edilmesinin korunmasındaki menfaati. Önceki çalışmaların bu iki konuyu tek bir başlıkta ele aldığına inanmıyoruz, bu da onlara istisnai bir önem veriyor.

Bu çalışma üç bölüme ayrılmıştır: İlk bölüm meşruiyet, yasallık ve istisnai durumların tanımını ele alır ve iki başlık altında ele alınır: Birincisi, meşruiyet ve yasallık kavramlarını açıklığa kavuşturur. İkincisi, istisnai durumlar kavramını göstermektedir. İkinci bölüm, istisnai durumlarda meşruiyet ve yasallık üzerindeki adli gözetimin durumuna ışık tutmaya ayrılmışken, aynı zamanda iki konuyu da içermektedir: ilki usul çalışmaları ve ikincisi idari kararlar. Son olarak, üçüncü bölüm adli gözetim türlerini ve etkilerini tartışır ve iki konu içerir: birincisi hükümsüzlüğü sunanlar ve ikincisi iptali.

**Anahtar kelimeler:** adli gözetim, meşruiyet, istisnai durumlar, usul çalışması, idari karar.

## ABSTRACT

### THE JUDICIAL CONTROL OVER THE LEGALITY AND LEGITIMACY IN THE EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES

This study deals with two important issues within the academic topic (procedural legitimacy and administrative legitimacy). The first concerns the legality of the measures taken against the accused within the framework of the criminal case in exceptional circumstances, and the second concerns the measures taken by the government in exceptional circumstances that affect the rights and freedoms of individuals. Therefore, this study comes to shed light on how and the extent of judicial oversight and its mechanisms that the judicial authority carries out in order to maintain the required balance between the interests of individuals (whether they are inside the dock or ordinary individuals). The dangers of these circumstances and the community's interest in preserving its being violated their rights. We do not believe that previous studies dealt with these two issues in one topic, which gives them an exceptional importance

This study was divided into three chapters: The first chapter deals with the definition of legitimacy, legality and exceptional circumstances, and within two topics: The first is to clarify the concepts of legitimacy and legality. The second illustrates the concept of exceptional circumstances. While the second chapter is devoted to shedding light on the status of judicial oversight over legitimacy and legality in exceptional circumstances, it also includes two topics: the first on procedural work and the second on administrative decisions. Finally, the third chapter discusses the types of judicial oversight and their effects, and it contains two topics: the first to present nullity and the second to annulment.

**Key words:** judicial oversight, legitimacy, exceptional circumstances, procedural work, administrative decision.

## الملخص

### الرقابة القضائية على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية

تتناول هذه الدراسة مسألتين مهمتين ضمن الموضوع الأكاديمي وهي (الشرعية الاجرائية والمشروعية الادارية). الأولى يتعلق بشرعية الإجراءات المتخذة بحق المتهمين في إطار الدعوى الجنائية في ظروف استثنائية، والثانية يتعلق بالإجراءات التي تتخذها الحكومة في ظروف استثنائية تمس حقوق الأفراد وحررياتهم. لذلك تأتي هذه الدراسة لتسليط الضوء على كيفية ومدى الرقابة القضائية وآلياتها التي تقوم بها السلطة القضائية من أجل الحفاظ على التوازن المطلوب بين مصالح الأفراد (سواء كانوا داخل قفص الاتهام أو الأفراد العاديين). من انتهاك حقوقهم ومصصلحة المجتمع في الحفاظ على كيانه من مخاطر هذه الظروف. لا نعتقد أن الدراسات السابقة تناولت هاتين المسألتين في موضوع واحد مما يعطيها أهمية استثنائية

وانقسمت هذه الدراسة إلى ثلاثة أبواب: يتناول الفصل الأول تعريف الشرعية والمشروعية والظروف الاستثنائية، وضمن موضوعين: الأول توضيح مفاهيم الشرعية والمشروعية. والثاني يوضح مفهوم الظروف الاستثنائية. بينما حُصص الفصل الثاني لإلقاء الضوء على مكانة الرقابة القضائية على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية، ويشتمل أيضاً على موضوعين: الأول حول العمل الإجرائي والثاني على القرارات الإدارية. وأخيراً يناقش الفصل الثالث أنواع الرقابة القضائية وآثارها، ويحتوي على موضوعين: الأول تقديم البطلان والثاني للإلغاء.

**الكلمات المفتاحية:** الرقابة القضائية، الشرعية، الظروف الاستثنائية، العمل الاجرائي، القرار الإداري.

## İÇİNDEKİLER

<b>KABUL VE ONAY</b> .....	
<b>BİLDİRİM</b> .....	
<b>TEŞEKKÜR</b> .....	iii
<b>ÖZ</b> .....	iv
<b>ABSTRACT</b> .....	v
<b>İÇİNDEKİLER</b> .....	vi
<b>GİRİŞ</b> .....	1
<b>BÖLÜM 1</b> .....	4
<b>Meşruiyet, meşruiyet ve istisnai durumların tanımlanması</b> .....	4
1.1: Meşruiyet ve yasallık nedir .....	4
1.1.1: Meşruiyet ve meşruiyet tanımı ve önemi .....	5
1.1.1.1: Yasallık ve yasallığın tanımı .....	5
1.1.1.2: Meşruiyet ve yasallığın önemi .....	11
1.1.2: Meşruiyet sütunları ve meşruiyet kaynakları.....	13
1.1.2.1: Meşruiyet sütunları.....	14
1.1.2.2: Meşruiyet kaynakları .....	20
1.2: İstisnai durumlar kavramı .....	22
1.2.1: İstisnai durumlar ve etkileri ile ne kastedilmektedir .....	23
1.2.1.1: İstisnai durumların anlamı .....	23
1.2.1.2: İstisnai koşulların etkileri .....	23
1.2.2: İstisnai durumların temeli .....	25

1.2.2.1: Felsefi temel .....	25
1.2.2.2: Yasal dayanak .....	26
<b>BÖLÜM 2</b> .....	37
İstisnai durumlarda yargı denetimine tabidir .....	37
2.1: Prosedürel çalışma .....	37
2.1.1: Prosedürel çalışmanın tanımı .....	38
2.1.2: Prosedürel işlemlerinin geçerlilik koşulları .....	40
2.1.2.1: Biçimsel koşullar .....	40
2.1.2.2: Amaç koşulları .....	42
2.2: İdari kararlar .....	48
2.2.1: İdari karar ve uyarlaması ile ne kastedilmektedir .....	48
2.2.1.1: İdari kararın anlamı ve uyarlanması .....	48
2.2.1.2: İdari kararın özellikleri .....	49
2.2.2: İdari kararın geçerlilik koşulları .....	53
2.2.2.1: Yargı .....	54
2.2.2.2: Nedeni .....	60
2.2.2.3: Şekil .....	64
2.2.2.4: Mağaza .....	66
2.2.2.5: Amaç (hedef) .....	68
<b>BÖLÜM 3</b> .....	71
İstisnai durumlarda adli gözetim türleri ve etkileri .....	71
3.1: Adli gözetim türleri .....	71

3.1.1: Ceza yargısının denetimi .....	72
3.1.1.1: Irak hukukunun konumu .....	73
3.1.1.2: Mısır hukukunun konumu .....	77
3.1.1.3: Fransız hukukunun konumu .....	79
3.1.2: İdari yargının izlenmesi .....	81
3.2: Adli gözetimin etkileri .....	81
3.2.1: Hükümsüzlük .....	81
3.2.1.1: Hükümsüzlük doktrinleri ve nedenleri .....	81
3.2.1.2: Geçersizlik türleri .....	84
3.2.1.3: Karşılaştırmalı yasaların geçersizliğe ilişkin konumu .....	85
3.2.1.4: Geçersizliğin etkileri .....	88
3.2.2: İptal .....	91
<b>SON</b> .....	94
<b>KAYNAKÇA</b> .....	98
<b>İNTİHAL RAPORU</b> .....	108
<b>BİLİMSEL ARAŞTIRMA ETİK KURULU</b> .....	109



## قائمة المحتويات

.....	قرار لجنة المناقشة
ب.....	الاعلان
ج.....	شكر وتقدير
د.....	الملخص
ه.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
4.....	الفصل الاول
4.....	التعريف بالشرعية والمشروعية والظروف الاستثنائية
4.....	1.1: ماهية الشرعية والمشروعية
5.....	1.1.1: تعريف الشرعية والمشروعية واهميتها
5.....	1.1.1.1: تعريف الشرعية والمشروعية
11.....	2.1.1.1: اهمية الشرعية والمشروعية
13.....	2.1.1: اركان الشرعية ومصادر المشروعية
14.....	1.2.1.1: اركان الشرعية
20.....	2.2.1.1: مصادر المشروعية
22.....	2.1: مفهوم الظروف الاستثنائية
23.....	1.2.1: المقصود بالظروف الاستثنائية واثارها
23.....	1.1.2.1: معنى الظروف الاستثنائية
25.....	2.1.2.1: اثار الظروف الاستثنائية

26.....	2.2.1: اساس الظروف الاستثنائية
26.....	1.2.2.1: الأساس الفلسفي
28.....	2.2.2.1: الأساس القانوني
38.....	الفصل الثاني.....
38.....	محل الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية - (العمل الاجرائي والقرار الاداري)
39.....	1.2: الاعمال الاجرائية
39.....	1.1.2: تعريف العمل الاجرائي
41.....	2.1.2: شروط صحة الاعمال الاجرائية
42.....	1.2.1.2: الشروط الشكلية
43.....	2.2.1.2: الشروط الموضوعية
50.....	2.2: القرارات الادارية
50.....	1.2.2: المقصود بالقرار الاداري وتكييفه
50.....	1.1.2.2: معنى القرار الاداري وتكييفه
51.....	2.1.2.2: خصائص القرار الاداري
55.....	2.2.2: شروط صحة القرار الاداري
55.....	1.2.2.2: الاختصاص
61.....	2.2.2.2: السبب
65.....	3.2.2.2: الشكل
68.....	4.2.2.2: المحل
69.....	5.2.2.2: الغاية (الهدف)

72.....	الفصل الثالث.....
72.....	انواع الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية واثارها
73.....	1.3: انواع الرقابة القضائية.....
73.....	1.1.3: رقابة القضاء الجزائي.....
74.....	1.1.1.3: موقف القانون العراقي.....
78.....	2.1.1.3: موقف القانون المصري.....
81.....	3.1.1.3: موقف القانون الفرنسي.....
82.....	2.1.3: رقابة القضاء الاداري.....
93.....	2.3: آثار الرقابة القضائية.....
94.....	1.2.3: البطلان.....
94.....	1.1.2.3: مذاهب البطلان وأسبابه.....
97.....	2.1.2.3: انواع البطلان.....
98.....	3.1.2.3: موقف القوانين المقارنة من البطلان.....
101.....	4.1.2.3: اثار البطلان.....
104.....	2.2.3: الإلغاء.....
106.....	الخاتمة.....
110.....	قائمة المصادر.....
121.....	تقرير الاستيلاء.....
122.....	لجنة اخلاقيات البحث العلمي.....

## المقدمة

من الطبيعي ان لا تسير حياة الافراد على مسار ونسق واحد طوال حياتهم، اذ قد تعترض فترات من حياة المجتمع ظروفًا استثنائية غير متوقعة تحل وتغير من هذا المسار فيصبح بذلك من المتعذر ان تسير الحياة بشكل طبيعي كما هو عليه الحال في الظروف الطبيعية. وانطلاقاً من ذلك تلجأ الدول والحكومات الى اتباع قواعد وتدابير خاصة لمواجهة هذه الظروف والحفاظ على المجتمع من المخاطر التي تداهمه نتيجة هذه الظروف.

والظروف الاستثنائية قد لا تلغي الحياة بشكل كلي والا انعدمت ولم يبق لها من وجود، بل ان الذي يحصل انه يصبح من المتعذر تطبيق القوانين التي وضعت في الظروف العادية لانها لم تعد تصلح لهذا الامر. لذلك تظهر الى الوجود قوانين استثنائية خاصة لتحل محل القوانين العادية لفترة مؤقتة لا تتجاوز فترة الظروف الاستثنائية، وعلى هذا الاساس نرى السلطة التنفيذية تلجأ الى تطبيق الاجراءات التي تخولها هذه القوانين والتي قد تحد من حقوق الافراد وحررياتهم والتي ما كان من المسموح لها ذلك لولا هذه الظروف استنادا الى مبدأ المشروعية الادارية التي تقضي بخضوع الكافة حكماً ومحكومين لحكم القانون وانه يجب على السلطة التنفيذية وفقاً لذلك، الالتزام بالحدود الدستورية والقانونية لعملها والا كانت مشوبة بعدم المشروعية مما يقتضي الغائها حفاظاً على المشروعية، وكذا الحال بالنسبة لعمل السلطات كافة التي عليها ان لا تخرج في عملها عن نطاق الشرعية الاجرائية المرسومة في القوانين الاجرائية التي ترسم الطريق اللازم سلوكه من اجل تحريك الدعوى الجزائية ضد المتهم الذي ارتكب الجريمة واخل بقواعد المجتمع، مروراً بمحاكمته وانتهاء تطبيق العقوبة بحقه.

الا ان الظروف الاستثنائية لا تلغي الشرعية الاجرائية والمشروعية الادارية بل يجب على سلطات الدولة كافة الالتزام بهذين المبدأين حتى في ظل هذه الظروف، جل ما هنالك انهما تتغيران وتتمحوران حول هدف واحد وهو الحفاظ على كيان المجتمع من مخاطرها ولتحل محلها شرعية مشروعية ومشروعية استثنائية تتناغم مع هذه الظروف وتتماشى معها. ومن هذا المنطلق تأتي الرقابة القضائية لتكون ضماناً فعالة وقوية للحد من التجاوز على الشرعية والمشروعية في ظل الظروف الاستثنائية ولتوازن بين الاعتبارات كافة وتحمي جميع المصالح من خطر الانتهاك والتجاوز عليها.

## اهمية الدراسة

تنبع اهمية الدراسة انها محاولة مهمة من اجل تناول مسألتين مهمين ضمن موضوع اكايمي واحد وهما (الشرعية الاجرائية والمشروعية الادارية) فالاولى كما هو معلوم تدور حول شرعية الاجراءات المتخذة ضد المتهم في اطار الدعوى الجزائية في الظروف الاستثنائية والثانية تتعلق بالاجراءات التي تتخذها الحكومة في ظل هذه الظروف والتي تمس حقوق وحرىات الافراد. لذلك تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على كيفية ومدى الرقابة القضائية والياتها والتي تضطلع بها السلطة القضائية من اجل الحفاظ على التوازن المطلوب بين مصلحة الافراد (سواء اكانوا داخل قفص الاتهام ام افرادا عاديين) من ان تنتهك حقوقهم وبين مصلحة المجتمع في الحفاظ على كيانه من مخاطر هذه الظروف. ولا نعتقد ان الدراسات السابقة تناولت هاتين المسألتين ضمن موضوع واحد مما يضيفي لها اهمية استثنائية اخرى كونها تجمع بين موضوعين معقدين في الوقت ذاته وهو بطبيعة الحال ليس امرا سهلا.

## إشكالية الدراسة

ان اهمية ومضمون هذه الدراسة هي في الوقت ذاته انعكاس لاشكالية الدراسة فاذا كانت الشرعية الاجرائية والمشروعية الادارية موضوعان مختلفين فكيف يمكن جمعهما ضمن موضوع واحد مع الحفاظ على التراتبية العلمية والمنهجية للرسالة؟ وإذا كانت الرقابة القضائية ضمانا مهمة للحفاظ على هاتين المسألتين فما هي مداها ومقوماتها ومحتواها والاثار التي تترتب على ممارستها؟ وهل من الممكن ان تمارس السلطة القضائية هذه الرقابة بشكل فعال وحقيقي حتى في ظل هذه الظروف وماهو موقف القوانين المقارنة من كل ذلك؟ ان هذه الدراسة تأتي لتجيب على مجمل هذه التساؤلات من خلال تسليط الضوء على مختلف جوانب الموضوع.

## فرضية الدراسة

1. الظروف الاستثنائية لا تلغي الرقابة القضائية سواء اكانت تتعلق بحماية الشرعية الاجرائية ام المشروعية الادارية.
2. من الصعب على جهة قضائية واحدة ممارسة الرقابتين معا مما يقتضي معه تنوع هذه الرقابة.
3. يمتلك القضاء مجموعة من الاجراءات التي تمكنه من جعل رقابته فعالة سواء تعلق الامر بالرقابة على الشرعية الاجرائية ام المشروعية الادارية.

## أهداف الدراسة

تهدف الدراسة الى تسليط الضوء على مختلف جوانب هذا الموضوع المهم والسير في اغواره العميقة من اجل الكشف عن جميع تفاصيله بغية الخروج بنتائج علمية تخدم المشرع بكشف جوانب النقص التي قد تعترى النصوص المنظمة لهذا الموضوع، وفي الوقت ذاته نسعى ان تثمر هذه المحاولة عن جهد علمي يسد جزءا من النقص الموجود في المكتبة القانونية خدمة لاهل العلم وطلابه.

## منهجية الدراسة

اعتمدت في إعداد هذا البحث على عدة مناهج علمية، استخدمت المنهج الوصفي والتحليلي لإستعراض مختلف المفاهيم العامة الواردة في الدراسة، وسرد النصوص الدستورية والقانونية وتحليلها، اضافة الى استخدام المنهج المقارن وذلك ببيان موقف القوانين المقارنة من المواضيع المطروحة حيثما كان ذلك ممكنا.

## هيكلية الدراسة

من اجل الاحاطة بموضوع الدراسة فقد تم تقسيم الرسالة الى ثلاثة فصول: يتناول الفصل الاول التعريف بالشرعية والمشروعية والظروف الاستثنائية وضمن مبحثين: الاول لبيان مفهومي الشرعية والمشروعية اما المبحث الثاني فلتوضيح مفهوم الظروف الاستثنائية. بينما الفصل الثاني يخصص لتسليط الضوء على محل الرقابة القضائية على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية وضمن مبحثين ايضا: الاول بعنوان العمل الاجرائي والثاني القرارات الادارية. واخيرا فان الفصل الثالث يبحث في انواع الرقابة القضائية واثارها ويحتوي على مبحثين: الاول لعرض البطلان والثاني للغاء.

## الفصل الاول

### التعريف بالشرعية والمشروعية والظروف الاستثنائية

قد يكون جمع موضوع الشرعية والمشروعية ضمن عنوان واحد غريبا وغير مستساغ بالنسبة لبعض الباحثين، او قد ينتقدنا البعض على ذلك على اعتبار ان هنالك اصلا خلاف فقهي وأكاديمي حول هذين المصطلحين والبعض بالأساس لا يعترف بهذه التفرقة بينهما ويراهما واحدا. الا اننا أثرنا ذلك لإيماننا بوجود اختلاف بين المصطلحين من حيث موضوع كل منهما وان كانا يتفقان من حيث الاثار والنتائج. ومهما يكن من حال فان الشرعية الاجرائية مجالها القانون الاجرائي سواء الجزائي ام المدني ولكن قدر تعلق الامر بهذه الدراسة فان محور دراستنا لها ستكون في القانون الاجرائي الجزائي مع الاشارة الى المدني كلما اقتضى الحال ذلك، وتتعلق هذه الشرعية بضرورة تطابق الاجراءات المتخذة ضد المتهم في إطار الدعوى الجزائية بالقوانين التي تنظمها. وتبرز اهمية الاحاطة بهذين الموضوعين خصوصا خلال الظروف الاستثنائية التي تعصف بحياة المجتمع لتبيان مدى الالتزام بمبدأ الخضوع لحكم القانون حتى في ظل هذه الظروف العصيبة ولكن ما هي هذه الظروف وما هي القواعد التي تحكمها؟

من اجل الاجابة على كل ما تقدم سنخصص هذا الفصل لبحث ماهية الشرعية والمشروعية وكذلك الظروف الاستثنائية من خلال مبحثين: الاول لبيان مفهوم الشرعية والمشروعية والثاني لتسليط الضوء على مفهوم الظروف الاستثنائية وكما يلي:

#### 1.1: ماهية الشرعية والمشروعية

كما سبق القول فان الشرعية تتعلق من حيث المضمون بضرورة مطابقة الاجراءات الجزائية المتخذة ضد المتهم في إطار الدعوى الجزائية للأحكام والقواعد التي نص عليها المشرع الاجرائي حتى يمكن ان تترتب عليها اثارها التي اراد لها المشرع، بينما المشروعية تتعلق بتطابق الاجراءات التي تتخذها السلطة التنفيذية

وهي بصدد تسيير المرافق العامة والعمل الإداري اليومي لحكم القانون المنظم لها حتى تكون صحيحة ومنتجة لأثارها.

ومن أجل الاحاطة بتفاصيل هذين المصطلحين سنقسم هذا المبحث الى مطلبين: الاول لمبحث تعريف الشرعية والمشروعية واهميتها والثاني لبيان اركان الشرعية ومصادر المشروعية:

### 1.1.1: تعريف الشرعية والمشروعية واهميتها

نقسم هذا المطلب الى فرعين: الاول لتعريف الشرعية والمشروعية والثاني لاهميتها:

#### 1.1.1.1: تعريف الشرعية والمشروعية

##### اولا: الشرعية الاجرائية

الشرعية في مجال القانون الجزائري لا تخرج عن التنظيم القانوني للشرعية بوجه عام، من حيث كونها تعني: الخضوع للقانون والاحتكام إلى نصوصه في كل ما يتعلق بحقوق وحرقات الأفراد، بل يمكن القول بأن الميدان الرحب للشرعية يكمن في هذا القانون، لمساسه المباشر بهذه الحقوق والحرقات مما يتطلب معه أن تنقيد السلطة في جميع تصرفاتها بأحكام القانون. فالقانون الجزائري يتتبع بالخطى الواقعة الإجرامية منذ تجريمها، والمعاقبة على ارتكابها إلى ملاحقة المتهم بالإجراءات اللازمة حتى تنفيذ العقوبة، لتقرير حق الدولة في العقاب.

في كافة هذه المراحل يضع هذا القانون النصوص التي تمس حرية الإنسان سواء ما تعلق منها بالتجريم والعقاب، أو بالإجراءات التي تباشر قبل المتهم، مما يقتضي معه أن تخضع تصرفات الأشخاص القائمين على تنفيذ هذا القانون لأحكامه، لضمان عدم الاعتداء على حقوق وحرقات الأفراد بدون مسوغ قانوني<sup>(1)</sup>.

الشرعية الجزائية لها حلقتان رئيسيتان<sup>(2)</sup>. وقد ظهرت الحلقة الأولى منهما في نطاق القانون الجزائي الموضوعي ممثلة بمبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) لكي تحمي الفرد

(1) علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى إلغاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 75.

(2) يرى البعض بأن للشرعية الجنائية حلقة ثالثة، وهي شرعية التنفيذ، بمعنى أن يكون تنفيذ العقوبة على وفق الكيفية التي يحددها القانون، بهدف تقويم المحكوم عليه وتحت إشراف القضاء. ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية (طبعة معدلة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 128؛ د. عصام عفيفي حسني عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 17. ومن الأمثلة على ذلك ضرورة تأجيل تنفيذ العقوبة في حالة المرض، أو الحمل، أو الحرب، أو غير ذلك من الحالات التي ينص عليها بعض القوانين الإجرائية، طالما أن هدف العقوبة هو الإصلاح وليس الانتقام، لذا فإن تنفيذ العقوبة في مثل هذه الحالات يعني خرقاً لشرعية التنفيذ. للمزيد حول هذا الموضوع



من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبرة عن إرادة الشعب، وهي القانون، لذا فهو يعني ضرورة تقيد القاضي بنصوص قانون العقوبات، بحيث لا يستطيع تجريم فعل مباح، أو الإتيان بعقوبة لم ينص عليها القانون، وهو بذلك يعد وسيلة ضرورية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم. ويترتب على هذا المبدأ وجوب حصر مصادر التجريم والعقاب بالتشريع فقط<sup>(3)</sup>، وعدم جواز رجعية القانون الذي يحدد هذا التجريم والعقاب إلى الماضي إلا إذا كان أصلح للمتهم، وكذلك حظر القياس في نطاق القانون العقابي (4).

على أن الشرعية الجزائية بهذا الشق لا تكفي لإسباغ الحماية على حرية الفرد وحقوقه ما لم يكتمل الشق الثاني لها، والذي يحول دون إنتهاكها، وهو ما يعبر عنه بمصطلح (الشرعية الإجرائية)، والذي يعد أصلاً أساسياً في النظام الإجرائي الجزائي، لا يجوز الخروج عنه ويقابل في أهميته مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. فكما أن هذا الأخير هو أساس قانون العقوبات فإن الشرعية الإجرائية تحدد الإطار الذي يجب أن يلتزمه المخاطبون بالقواعد الإجرائية، ويقوم هذا المبدأ على أساس أن كل إجراء يتخذ قبل المتهم لتقييد حريته أو لمحاكمته يجب أن يبنى على إفتراض براءته وأن يعامل على وفق ذلك، والقول بعكس ذلك يؤدي إلى قصور الحماية التي يوفرها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات مادام من الممكن المساس بحرية الفرد بغير طريق القانون، أو كان من الممكن إسناد الجرائم للأفراد ولو لم يثبت ارتكابهم لها بإفتراض إدانتهم<sup>(5)</sup>.

عليه فإذا كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعني ألا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، فإن مبدأ الشرعية الإجرائية يعني لا عقوبة بدون حكم قضائي صادر عن محكمة مختصة وفقاً للقانون<sup>(6)</sup>. ومن البديهي أنه لا يتصور أن يصدر أي حكم قضائي دون أن تسبقه

ينظر: وعدي سليمان علي وعلي عدنان الفيل، تأجيل تنفيذ الجزاء الجنائي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك، المجلد التاسع، ع 1، 2006، ص 309-329.

(3) مع ملاحظة الحالات التي يفوض فيها المشرع السلطة التنفيذية صلاحية تحديد بعض عناصر التجريم والعقاب في بعض الجرائم، كما هو الحال في نطاق الجرائم الاقتصادية للمزيد ينظر: د. نائل عبد الرحمن صالح، الجرائم الاقتصادية في القانون الأردني، ط 1، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 1990، ص 46-47.

(4) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 105؛ د. جميل عبد الباقي الصغير، مصدر سابق، ص 7.

(5) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول، ط 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 79.

(6) نقلاً عن: د. عصام عفيفي حسيني عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)، ط 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2004، ص 33.

دعوى تقام على أساس مجموعة من الإجراءات، تتخذ قبل المتهم إبتداء من لحظة وقوع الجريمة، مرورا بالتحقيق والمحاكمة وإنتهاء بصدور الحكم.

هذه الإجراءات يجب أن تتخذ على أساس إفتراض براءة المتهم وأن يعامل على هذا الأساس في جميع مراحل الدعوى الجزائية حتى تأتي هذه الإجراءات صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية ومن ثم يكون الحكم الصادر في الدعوى صحيحا. ويتأتى ذلك كله من خلال مراعاة الضمانات الأساسية التي ينص عليها القانون، والتي تمثل في الوقت نفسه قيودا من أجل سلامة الإجراءات، على أن يشرف القضاء على هذه الإجراءات لضمان صحتها. ولذلك جاءت التعاريف الموضوعية للشرعية الإجرائية لتؤكد المعاني المتقدمة، فقد عرفها جانب من الفقه أنها: (إحترام الحرية الشخصية للمتهم عن طريق إشتراط أن يكون القانون هو المصدر للتنظيم الإجرائي، وأن تفترض براءته في كل إجراء من الإجراءات التي تتخذ قبله، وأن يتوافر الضمان القضائي في الإجراءات). (7)

كما عرفها آخرون أنها: (الأصل في المتهم البراءة، ولا يجوز اتخاذ إجراء جنائي قبل المتهم إلا بقانون، وتحت إشراف القضاء، في حدود الضمانات المقررة بناء على قرينة البراءة) (8). وقيل أيضا أنها: (افتراض براءة المتهم الذي يقتضي قانونية الإجراءات المتخذة حياله، على أن يكون تحت إشراف قضائي وفي حدود الضمانات التي يحتمها هذا الافتراض) (9)، وأخيرا عرفت أيضا أنها: (القيود التي تقيد المشرع الإجرائي، لكفالة احترام الحرية الشخصية في مواجهة السلطة) (10).

مما تقدم يتضح أن فحوى الشرعية الإجرائية تقوم على أساس مطابقة الإجراءات المتخذة قبل المتهم مع القواعد الإجرائية التي تنظمها، من خلال مراعاة الضمانات التي تنص عليها هذه القواعد لكل إجراء من هذه الإجراءات، والتي تختلف باختلاف الإجراء ذاته، ف ضمانات المتهم في القبض مثلا تختلف عن ضماناته في الاستجواب، أو التفتيش،

(7) نقلا عن: د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 43؛ وبنفس الاتجاه: د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص 30.

(8) نقلا عن: عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1981، ص 153.

(9) نقلا عن: حسن يوسف مقابلة، مصدر سابق، ص 48.

(10) نقلا عن د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 89.

أو التوقيف.... الخ(11)، وذلك استنادا إلى قرينة البراءة، وعلى أن يكون مباشرة وإتخاذ هذه الإجراءات تحت إشراف القضاء حماية للحرية الفردية.

### ثانيا: المشروعية

تكاد التعاريف التي وضعها كتاب وفقهاء القانون الإداري تجمع على أنها تعني الخضوع للقانون، أو خضوع جميع التصرفات والاعمال لاحكام القانون بحيث تكون موافقة للقانون(12). غير أن واضعي التعاريف اختلفوا فيما بينهم بشأن بعض التفاصيل من حيث معنى القانون، ومن حيث أي من التصرفات يجب أن تتقيد بأحكام القانون، أو تخضع له. فيرى بعض بأن كلمة القانون يجب أن تؤخذ بمعناها الضيق، فتشمل وبصورة حصرية القواعد الملزمة التي تصدر عن السلطة التشريعية، وبذلك تخضع السلطة التنفيذية للقوانين الصادرة عن المجالس النيابية، وتلتزم حدودها سواء أكانت تباشرها بوصفها حكومة، أم إدارة. ويستند هذا الرأي إلى أن القانون ماهو إلا تعبير عن الإرادة العامة، فهو السلطة العليا التي تخضع لها جميع السلطات، وهو بهذا المعنى يعد الفكرة الأصلية لفحوى مبدأ المشروعية التي نادى بها فقهاء القرن التاسع عشر، الذين نادوا بمبدأ خضوع الدولة للقانون، حيث كانوا يبعون من إيراد لفظ (القانون): القواعد المجردة، التي ينفرد بإعدادها المجلس النيابي الممثل للأمة، أو يشترك في إعدادها مع رئيس الدولة طبقا للدستور(13).

ويترتب على ذلك أن كل عمل أو تصرف يتطابق مع هذه القواعد هو شرعي وما يخالفه غير شرعي، كما يترتب عليه أيضا أن السلطة التنفيذية لا تستطيع مخالفتها بوصفها قيادا على شرعية أعمالها، في حين تستطيع أن تخالف لوائحها لأنها لا تعد قيادا على هذه

(11) تجدر الإشارة إلى أن هذه الضمانات تعد بمثابة قيود، أو شروط لصحة الأعمال الإجرائية التي تعد أدوات لسير وإدارة الخصومة الجزائية، إذ أن هذه الأعمال هي المحل الذي ترد عليه الشرعية الإجرائية، لذلك ستتضح هذه الضمانات أو الشروط بشكل أكثر وضوحا عند البحث في محل هذه الشرعية.

(12) ينظر على سبيل المثال: د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1976، ص 16؛ د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، ط 3، بدون مكان الطبع، 1978، ص 19؛ د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط 6، مطبعة عين شمس، 1991، ص 14.

(13) ينظر: د. محمد كامل لولة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، بيروت، 1970، ص 16؛ د. أحمد مدحت علي، النظرية العامة للظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 8 وما بعدها.

المشروعية(14). ويذهب الغالب من الفقهاء والكتاب إلى الأخذ بالمدلول الواسع للقانون، بحيث يمتد ليشمل جميع قواعد القانون الوضعي، أيا كان مصدرها وسواء أكانت مكتوبة، أم غير مكتوبة، مع مراعاة التدرج في قوة هذه القواعد فتأتي في قمة الهرم القانوني: المشروعية الدستورية، والمشروعية القانونية، فاللائحية(15).

فالمفهوم السابق للقانون-كما يرى أصحاب هذا الرأي-قد تولد في القرن التاسع عشر، حيث تشكل البرلمان وسط ظروف سياسية معقدة، وعقب ثورات وإنتفاضات شعبية ضد طغيان الحاكم والسلطة التنفيذية، فكان من الطبيعي أن يجعل الشعب تقييد هذه السلطة فقط بالقوانين التي تصدر عنه بواسطة ممثليه في البرلمان دون غيرها من القواعد. ومن ناحية أخرى فإن نطاق عمل الإدارة كان ضيقا ومحصورا في ذلك الوقت، فكان ممكنا تنظيم جميع أوجه النشاط الإداري بواسطة القانون، أما في الوقت الحاضر وبعد إنتشار المبادئ الديمقراطية ورسوخها وظهور مبدأ الفصل بين السلطات، فضلا عن تشعب العمل الإداري وتطور وظيفة الدولة وتعددتها أدى ذلك كله إلى عدم إمكانية القانون الصادر من السلطة التشريعية من مواجهة الأنشطة والأعمال الإدارية وتنظيمها بشكل دقيق ومفصل وخصوصا لو كانت خطيرة ويكتنفها الغموض والتعقيد(16). فالبرلمان بحكم تشكيله، وبطء إجراءاته لا يستطيع أن يتصدى لهذه المهام، لذلك سمح للإدارة بصياغة قواعد تنظيمية عامة لمعالجة الأنشطة التي كان من المفروض أن تعالج بقانون، لاسيما أن السلطة التنفيذية بحكم طبيعة عملها الذي يتسم بالسرعة أقرب على مواجهة الأوضاع الخطيرة من السلطة التشريعية، لذلك وجب الاعتراف بهذه القواعد بمعنى ظهور المشروعية اللائحية كجزء من المشروعية القانونية بوجه عام(17). كما أن القضاء الإداري في مصر من جانبه قد إطرده على إعتبار ما جرت الجهات الإدارية على إتباعه من أعراف في مجال أنشطتها

(14) بهذا المعنى ينظر: د. محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 17.

(15) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 26؛ عبد الهادي عباس، السيادة، ط 1، دار الحصاد للنشر والتوزيع، دمشق، 1994، ص 91؛ د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق، ص 9.

(16) ينظر: د. محمد عبد الحميد أبو زيد، مبادئ الإدارة العامة (دراسة مقارنة)، بلا مكان طبع، 1987، ص 6.

(17) ينظر: د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق، ص 10.

الإدارية جزء من القواعد القانونية، ومن ثم تصبح جزء من مصادر المشروعية إلى جانب القانون أو اللائحة(18).

وأخيرا فإن تطور وظيفة القضاء قد أدى إلى ظهور مبادئ قانونية عامة، وهي جزء من التنظيم القانوني العام وملزمة للجهات الإدارية، إذ أصبح القضاء يمارس دورا إنشائيا بتقرير قواعد قانونية حكمها حكم القواعد المدونة، وهي الأخرى أصبحت مصدرا من مصادر المشروعية. لذلك فقد خلص جانب من مؤيدي فكرة الأخذ بالقانون بمفهومه الواسع في الفقه الغربي إلى أن عناصر المشروعية تتمثل بما يأتي(19):

- 1- الإلتزام بالقانون بمفهومه الواسع، مع مراعاة التدرج في مجال النظام القانوني.
- 2- لا تغل المشروعية يد المشرع من تقرير بعض الرخص للجهات الإدارية بحيث تسمح لها بالتدخل، (ولو بصورة جزئية وبشروط خاصة) من آلية الخضوع للقانون، كما هو الحال بالنسبة لأعمال السيادة.
- 3- قد تلح الضرورة وفي الظروف الإستثنائية على الدولة وهيئاتها العامة بالخروج وقتيا وبشروط خاصة على المشروعية المقررة للظروف العادية لمواجهة الأزمة، وتلافي الخطر الذي قد توقعه به هذه الظروف.

وعلى غرار إختلاف الكتاب والفقهاء في مفهوم القانون الذي يدخل في تعريف المشروعية، وعلى وفق ما تقدم بيانه، فقد إختلفوا أيضا في التصرفات التي يجب أن تخضع للقانون. فذهب جانب إلى أن التصرفات التي تصدر عن أشخاص القانون العام فقط هي التي يجب أن تتقيد بالقانون، أي إعطاء المشروعية معنى خاصا(20)، في حين يذهب جانب آخر إلى إعطاء المشروعية معنى عاما وذلك بضرورة خضوع تصرفات جميع الأشخاص لحكم القانون، إذ لا فرق في ذلك بين أشخاص القانون العام أو الخاص، لأن

(18) ينظر: د. طعيمة الجرف، مصدر سابق، ص 58.

(19) ينظر: د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق، ص 10.

(20) ينظر: د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966، ص 12؛

د. طعيمة الجرف، مصدر سابق، ص 5.

المشروعية واحدة بالنسبة للجميع(21). إن هذا الرأي الأخير هو الذي يبدو سديدا ويتمشى مع مفهوم الدولة القانونية، التي يخضع في كنفها الكافة لحكم القانون دون إستثناء، فلا يمكن قصر المشروعية على الدولة فقط، أو الأفراد، بل يجب أن يطبق القانون على الجميع حكاما ومحكومين، فهذا الأمر أصبح من بديهيات الدولة الديمقراطية.

### 2.1.1.1: اهمية الشرعية والمشروعية

تقوم الشرعية والمشروعية على ركيزة اساسية وهي ضرورة احترام حكم القانون في جميع الإجراءات التي تقوم بها سلطات الدولة بحيث يستوجب ان تكون جميعها مطابقة للقانون من حيث التنظيم والمباشرة حتى تنتج اثارها القانونية. وينبغي على ذلك جملة من الوظائف تقومان بها او تسعيان الى تحقيقها والتي يمكن اجمال اهمها فيما يلي:

اولا/ تتجلى اولى وظائف المشروعية من حيث كفالة الحماية الجدية لحقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة سلطات الدولة. فهذا المبدأ هو ضرورة من ضرورات المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم في الدول التي تحرص على صيانة هذه الحقوق والحرريات.

ثانيا/ من ناحية اخرى تنبع اهمية المشروعية من زاوية ما تتمتع به السلطة العامة في الدولة من قوة جبرية تمكنها ما لم تخضع للقانون، من أن تبطل حقوق الأفراد، وتقضي على حرياتهم العامة. فمن غير هذا الخضوع سيكون في مقدور الدولة أن تخرج دائما -ومن غير أن تتعرض لجزاء ما -من نطاق القانون. وهو ما ينتهي بها إلى حكم القوة المادية وسياسة التحكم والاستبداد، وفي هذه الحالة لا ضمان لحقوق الأفراد وحررياتهم ولا عاصم لها في مواجهة سلطات الدولة(22).

ثالثا/ إذا كانت المشروعية على هذا القدر من الاهمية في الاوقات العادية فانها تكون أكثر ضرورة والحاحا في الظروف الاستثنائية نظرا لامكانية الافتتات على حقوق الافراد وحررياتهم خلالها بسبب طبيعة ما تفرضه هذه الظروف من وقائع وما تتطلبه من اجراءات من جانب السلطة التنفيذية لحماية كيان الدولة والتي قد تكون في نهاية المطاف على حساب هذه الحقوق والحرريات.

(21) ينظر: د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، بلا مكان طبع، 1993، ص 7؛ د. فؤاد العطار، القضاء الإداري (دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص 2؛ د. حكمت موسى سلمان، طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، ط 1، بغداد، 1987، ص 36.

(22) ينظر: د. برهان زريق، نظرية دعوى القضاء الكامل في القانون الإداري، ط 1، بلا مكان طبع، 2017، ص 77.

رابعاً/ ضمان الاحترام الفعال للقواعد الإجرائية: القواعد الإجرائية هي تلك القواعد الواردة في قانون الإجراءات الجزائية أو أي قانون إجرائي آخر مكمل لها. فهذه القواعد شأنها شأن أية قواعد قانونية تخاطب بعض الأشخاص، وتفرض عليهم الإلتزام بالأحكام التي تنص عليها من خلال ضرورة تطابق الإجراءات التي يقوم بها هؤلاء الأشخاص لشروط مباشرتها والمنصوص عليها في هذه القواعد، حتى تنتج هذه الإجراءات آثارها القانونية والتي أَرادها المشرع. فالقاعدة الإجرائية بوصفها قاعدة قانونية تتألف من شقين: تكليف وجزاء، شق التكليف يتولى تنظيم نشاط الأشخاص الذين تتوجه القاعدة الإجرائية بخطابها إليهم وهؤلاء يصطلح على تسميتهم بالأشخاص الإجرائيين<sup>(23)</sup>. فهذا الشق فضلا عن إيضاحه أهلية القاضي، وتشكيل المحكمة وإختصاصاتها، وتحديد حقوق وسلطات أطراف الدعوى والإلتزامات التي تقع عليهم، فإنه يحدد كذلك الشروط الموضوعية والشكلية التي يجب مراعاتها في الإجراءات أو الأعمال الإجرائية التي يباشرها أي شخص في إطار الخصومة الجزائية، كي تكون صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، وفي حالة مخالفة هذه الشروط فإن ذلك يؤدي إلى فرض الجزاء الإجرائي المناسب على هذه الإجراءات، والمتمثل بالبطلان، وهذا هو الشق الثاني للقاعدة الإجرائية (شق الجزاء) و الذي يؤدي إلى حرمان الإجراء المخالف لشق التكليف من إنتاج آثاره، وذلك كله بسبب عدم إحترام القاعدة الإجرائية أثناء مباشرة الإجراء ومن ثم خرق الشرعية الإجرائية.

خامساً/ ضمان الحرية الشخصية للمتهم: أن إستهداف التنظيم الإجرائي تحقيق مصلحة الدولة في الكشف عن الحقيقة لإقرار حقها في العقاب، مضحياً بالحرية الشخصية للمتهم، يعني أن مصلحة المجتمع تكون قد بلغت ذروتها في التفوق ولكن على حساب مصالح الأفراد وحقوقهم، لذلك كان لا بد من إجراء التوازن بين هاتين المصلحتين (المصلحة العامة ومصلحة المتهم)، للحيلولة دون تفوق إحدهما على الأخرى وهنا يبرز دور الشرعية الإجرائية بوصفها الحصن الحصين لضمان الحرية الشخصية للمتهم وصيانة كرامته كإنسان، بحماية هذه الحرية من الإجراءات التعسفية التي قد تتخذ ضده. تتأتى هذه الحماية بطريقتين<sup>(24)</sup>: إحدهما وقائية، والأخرى علاجية. فالأولى تظهر من خلال تقييد هذه الإجراءات بمجموعة من الضمانات، لتلافي خطر التحكم في إتخاذها طبقاً لقرينة البراءة التي تحدد نطاق إي إجراء جزائي من خلال الضمانات المقيدة

(23) الشخص الإجرائي في نطاق الخصومة الجزائية إما يكون عاماً وهو كل شخص يباشر العمل الإجرائي بإسم الدولة ولمصلحتها ويشمل: القاضي وأعوانه وممن يصدق عليهم وصف الموظف العام. أما الشخص الإجرائي الخاص فهو كل من يباشر العمل الإجرائي بإسمه ولمصلحته، أو لمصلحة الغير. ويشمل كل من: المشتكي، المتهم، المجني عليه، المدعي بالحقوق المدنية، المسؤول مدنياً، الخبراء (من غير الموظفين) والمحامي. للمزيد ينظر: أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959، ص 311 وما بعدها.

(24) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 127.

لها. أما الطريقة الثانية فهي علاجية، وتتمثل بفرض جزاء البطلان على الإجراء الذي إتخذ قبل المتهم بالمخالفة للضمانات المقررة قانوناً، ومن ثم عدم قابلية هذا الإجراء من إنتاج آثاره التي كان سينتجها لو جاء متقيداً بهذه الضمانات. فمثلاً ينص القانون على عدم جواز الضغط على إرادة المتهم عند إستجوابه كضمانة من ضماناته.

سادساً/ كفالة تطبيق قانون العقوبات: قد يلتقي هذا الهدف للشرعية الإجرائية مع وظيفة القانون الإجرائي الجزائي. فكما هو معلوم أن هذا الأخير قد وضع بغية ضمان تنفيذ القانون الموضوعي والمتمثل بقانون العقوبات، إذ يظل هذا القانون في حالة سكون ما لم يأت القانون الإجرائي لينقله إلى الواقع والتطبيق<sup>(25)</sup>، ولكن هدف الشرعية يتعدى في هذا المجال، إذ أنه لا يهدف إلى مجرد تطبيق قانون العقوبات بأية كيفية كانت، بل أنه يرمي إلى إعطاء فاعلية و قوة لهذا التطبيق ومن ثم الوصول إلى العدالة الحقة. فالشرعية الإجرائية تفترض وجود دعوى جزائية تنظم الخصومة الجزائية من خلال إجراءات معينة بغية إستيفاء حق الدولة في العقاب. فهذه الدعوى هي الوسط الإجرائي الذي يعيش بداخله مشروع القرار الفاصل في النزاع الجزائي، والذي يعلن عن هذا الحق، إلا أن عملية إستيفاء حق الدولة لن تتأتى ما لم يتم الإلتزام التام بالشروط التي يضعها القانون الإجرائي لمباشرة الإجراءات التي تقوم عليها الدعوى الجزائية، وما لم تقتزن بجزاء يفرض على كل مخالفة تقع عليها تحقيقاً للعدالة. إذ كثيراً ما تتخذ الإجراءات بشكل مخالف للقانون مما يؤدي من ثم إلى وقوع الأبرياء ضحايا لهذه الإجراءات المخالفة. ففي أحيان كثيرة يعترف بالجريمة أشخاص لا علاقة لهم بها وكل ما هنالك أنه إستخدمت ضدّهم وسائل غير مشروعة في الإستجواب والتي حملتهم على الإعراف خلافاً للحقيقة، ففي هذه الحالة والحالات الأخرى التي لا تتبع فيها الإجراءات بشكلها الصحيح لا يمكن معها القول: إن حق الدولة في العقاب قد تم إستيفائه، بل إن هذا الحق قد أصبح لغواً، فالمتهم الحقيقي أصبح طليقاً في حين أن البريء قد وقع أسير الإتهام مما يعد ذلك شرخاً للعدالة وفي مثل هذه الحالات يفترض فرض البطلان على هذه الإجراءات تحقيقاً لهذه العدالة، ولو أن العدالة الحقيقية تظهر بأسمى معانيها من خلال صحة الإجراءات وتطابقها مع القانون.

### 2.1.1: اركان الشرعية ومصادر المشروعية

ينقسم هذا المطلب الى فرعين: الاول لبيان اركان الشرعية الاجرائية والثاني لتوضيح مصادر المشروعية وكما يلي:

(25) ينظر: د. محمد سعيد نمور، مصدر سابق، ص 11.



### 1.2.1.1: اركان الشرعية

اتضح من تعريف الشرعية الاجرائية انها تقوم على ثلاثة اركان وهي: افتراض براءة المتهم، قانونية الاجراءات المتخذة ضده وان يكون ذلك تحت اشراف قضائي. لذلك سنحاول هنا تسليط الضوء على مضمون كل ركن من هذه الاركان بشكل موجز:

#### اولا/ افتراض براءة المتهم

يقصد بمصطلح (افتراض البراءة) أن الإنسان يولد بريئاً، وهذا هو الأصل فيه، ويستمر هذا الأصل مصاحباً له طيلة حياته بحيث لا ينتقص إلا بالحكم القضائي اليقيني بالإدانة عن فعل جرمي بعد أن أُتيحت له فرصة الدفاع عن نفسه في محاكمة عادلة بموجب القانون وهذا يعني أنه إذا نسبت إليه جريمة، وجب اعتباره بريئاً في كل إجراء يتخذ ضده، ضمناً لحريته الشخصية، كما يتعين على الإدعاء إقامة الدليل على هذه الجريمة ولا تثبت إدانته عنها إلا إذا كانت أدلة الإتهام دامغة يقتنع بها القاضي اقتناعاً كاملاً لا شك فيه (26)، فالأصل في الإنسان البراءة يقيناً وعليه فإن إثبات عكسه لا يقوى عليه إلا بيقين مثله أو أقوى منه. وينحدر هذا المبدأ من ذات الصفة الإنسانية، فالأصل أن يولد الإنسان وذمته بريئة، لذا فإن هذه الذمة غير المشغولة تبقى على حالها ما لم يثبت تغير طارئ في جانبها السلبي وذلك بإتيان الشخص فعلاً يخرج من حالته الأولى بعد ثبوت ذلك (27).

وفي هذا المعنى هناك قاعدة فقهية تقول بأن (الأصل في الصفات العارضة العدم)، فإذا نسب إلى شخص ما أنه ارتكب جريمة ما، فإن مجرد هذا الإدعاء لا يلغي الأصل في الإنسان الذي هو عدم إقرار الجريمة إلى أن يثبت إقراره لها على وجه قانوني صحيح وبوسائل قانونية سلمية وهذا مبدأ جوهرى في ضمان الحقوق الفردية ويعد أصلاً من أصول حقوق الإنسان. كما أن هذا الأصل يعد وضعاً واقعياً يتطابق مع طبائع الأشياء، ويتفق مع المصلحة العامة المتمثلة في ضرورة الحفاظ على حريات الأفراد وحقوقهم، فلا يؤخذ الناس بالشبهات ولا يذهبون ضحية إدانة سطحية تستند على الدلائل دون الأدلة، وبالظن دون اليقين، وعلى أساس إجراءات ولو كانت مخالفة للقانون. وإذا كانت المصلحة العامة تقتضي معاقبة المذنبين، فإن

(26) ينظر: د. عمر الفاروق الحسيني، مدى تعبير الحكم بالإدانة الصادر بالإجماع عن الإقتناع اليقيني الجنائي، ط2، بلا مكان طبع، القاهرة، 1995، ص51.

(27) ينظر: حسن جميل، حقوق الإنسان والقانون الجنائي، دار النشر للجامعات المصرية، 1972، ص207.

ذات المصلحة توجب عدم المساس بحريات الأبرياء، لذلك يلاحظ بأن هذا الأصل أصبح أهم ركن من أركان الشرعية الإجرائية.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر المعاني المتقدمة لأصل البراءة، وذلك في أحد أحكامها حيث قضت فيه: (وأصل البراءة يعد قاعدة أساسية أقرتها الشرائع جميعها، لا لتكفل بموجبها حماية المذنبين، وإنما لتندراً بمقتضاها العقوبة عن الفرد إذا كانت التهمة الموجهة إليه قد أحاطتها الشبهات، بما يحول دون التيقن من مقارفة المتهم لها، ذلك أن الإتهام الجنائي لا يزحزح أصل البراءة الذي يلزم الفرد دوماً ولا يزياله، سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو أثنائها وعلّة امتداد حلقاتها وأيا كان الزمن الذي تستغرقه إجراءاتها، ولا سبيل لدحضه بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين، بما لا يدع مجالاً معقولاً لشبهة إنتفاء التهمة، وبشرط أن تكون دلالتها قد إستقرت حقيقتها بحكم قضائي استنفذ طرق الطعن فيه .... ويؤسس إفتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد حراً مبرء من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على إمتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامناً فيه مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض المحكمة بقضاء جازم لا رجعة فيه.... وأصل البراءة يعكس قاعدة مبدئية تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة وضوح الحقيقة ذاتها تقتضيها الشرعية الإجرائية، ويعد إنقاذها مفترضا أولياً لإدارة العدالة الجنائية)<sup>(28)</sup>. ومهما يكن من أمر فإن الثابت أن أصل البراءة يعد من أهم أركان الشرعية الإجرائية، كما أنه أصبح مبدأ ذا بعد دستوري ودولي في هذا الصدد-كما سبق القول-، وذلك للأهمية الكبيرة التي يحتلها فيما يخص حماية حرية الفرد تجاه تعسف السلطة وعدم الإلتزام بالقانون.

### ثانياً/القانون مصدراً للإجراءات الجزائية

قد تقتضي المصلحة الإجتماعية الحد من حريات الأفراد، ويقدر المشرع هذه المصلحة بوصفه السلطة الممثلة لإرادة المجتمع وسيادته، ويعبر عن هذه الحدود قانون العقوبات من خلال مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون)، وعندما تباشر السلطة العامة الإجراءات اللازمة لكشف الحقيقة وتقرير حقها في العقاب، يبدو خطر المساس بالحرية الفردية من خلال مباشرة هذه الإجراءات، ولذلك يتعين على المشرع أن يتدخل في هذه الحالة، لكي يقرر الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية للمساس بهذه الحرية، من خلال الإجراءات الجزائية. فالسلطة التشريعية هي التي تمتلك وحدها تقرير القيم الإجتماعية وجوهر الحرية الشخصية التي لا

(28) ينظر القرار المرقم 12/13 قضائية دستورية في 1992/2/2. أشار إليه: د. عصام زكريا عبد العزيز، حقوق الإنسان في الضبط القضائي، دار النهضة، القاهرة، 2001،

يجوز المساس بها على الإطلاق والشروط اللازمة لتحقيق التوازن بين مصالح المجتمع وحقوق الفرد وذلك من خلال قانون الاجراءات الجزائية.

فهذا القانون ينظم من جانب ما تنظمه التدابير والإجراءات التي تتخذ قبل المتهم منذ لحظة وقوع الجريمة وإلى حين صدور الحكم البات ضده وتنفيذه بحقه، بمعنى انه ينص على تلك الإجراءات التي تمس الحرية الشخصية، في إطار الدعوى الجزائية، وضمن عملية إقتضاء الدولة لحقها في العقاب من الجاني، لذلك كان ضروريا أن تتولى السلطة التشريعية (البرلمان) مهمة تحديد قواعد هذا القانون، لخطورتها على الحقوق والحريات الفردية، فالتشريع بوصفه صادراً من أقدر السلطات على إستجلاء جوانب الصالح العام والتعبير عن مقتضياته - لإرتباط هذه السلطة بإرادة الشعب-، هو الذي يمكن أن يضمن التوازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة، كما أن اشتراط تحديد قواعد الإجراءات الجزائية بواسطة القانون الصادر من السلطة التشريعية، يستند إلى مبدأ عام، وهو الثقة في القانون لتنظيم الحريات العامة.

ويرتكز أساس هذا المبدأ على ما تتمتع به قواعد القانون من صفة العمومية والتجريد وفي أنه يصدر من سلطة تمثل الشعب، وعمومية القانون وتجريده هي بذاتها ضمان اساسي، لأنها تؤكد أن القيود الواردة على الحريات العامة، لا تستند إلى إعتبار شخصي، وتضمن مساواة المواطنين عند ممارسة حرياتهم، كما أن صدور القانون من السلطة التشريعية يكفل تعبيره عن السيطرة الشعبية، فضلا عن أن الموافقة عليه لا تكون إلا بعد مناقشته علناً أمام ممثلي الشعب وفي حضور جميع أصحاب الإتجاهات المختلفة<sup>(29)</sup>. وبذلك يتضح أنه يحرم على أية سلطة أخرى تنظيم الإجراءات الجزائية، بإعتبار ان القانون هو وحده المنظم للحريات الفردية، لما تنطوي عليه هذه الإجراءات من مساس بهذه الحريات، مما يجب معه توكيل هذا الأمر إلى السلطة المعبرة عن إرادة الأفراد، حتى تكتسب شرعية تكون مقبولة من قبل الجميع ، هذا بالإضافة إلى أن قواعد الإجراءات الجزائية في حقيقة الأمر تعد من المبادئ التي تحكم قانون العقوبات، على أساس أنه لا يمكن تطبيق قواعد هذا القانون بغير قانون الإجراءات الجزائية، ولما كانت المبادئ العامة لقانون العقوبات تحكم نطاق الجرائم والعقوبات، فإنها تخضع كذلك حتما لمبدأ الشرعية<sup>(30)</sup>.

وقد كان مجلس الدولة المصري سابقا إلى إعلاء مبدأ إنفراد التشريع في مسائل الحقوق والحريات، إذ قضت محكمة القضاء الإداري في باكورة أحكام مجلس الدولة في حكم شهير لها بأن: (الحريات العامة في

(29) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 235.

(30) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 136.

مصر إذ أجاز الدستور تقييدها، فإنها لا تقيد إلا بتشريع، وهذا هو أيضا المبدأ الذي إنعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستوري، فقد قرروا أن ضمانات الحقوق هي نصوص دستورية تكفل لأبناء البلاد تمتعهم بحقوقهم الفردية، وهي تسمو إلى مرتبة القوانين الدستورية فتكون معصومة لا سلطان للمشرع عليها، إلا إذا أجاز الدستور تنظيمها بنص خاص، وفي هذه الحالة يتعين أن تكون القيود التي ترد عليها قيودا تقررها القوانين (31).

نستنتج مما تقدم بأن منطقة تنظيم الحقوق والحريات في إطار الدعوى الجزائية محرمة على غير المشرع متروكة له وحده، لكي ينفرد بها بوصفه ممثلاً لإرادة الشعب، ويمارس انفراداً هذا على أساس من الدستور وبمعنى آخر فإن جميع الإجراءات التي تتخذ في نطاق هذه الدعوى لكشف الحقيقة منذ وقوع الجريمة وإلى حين صدور الحكم البات ضد المتهم، فإنها ينبغي أن يعالجها المشرع بواسطة القانون حصراً، وبذلك يمتنع على السلطة التنفيذية تحديد هذه الإجراءات بواسطة اللوائح أو الأنظمة وإلا وقع فعلها مخالفاً للدستور. كما أن اختصاص المشرع وحده بتحديد الإجراءات الجزائية بوصفها من الأمور التي تتعلق بالحرية الشخصية يتطلب في الوقت ذاته منحه أيضاً الاختصاص بتحديد الجهات القضائية المختصة بمباشرة هذه الإجراءات، ولا يقتصر الأمر على مجرد إنشاء جهات القضاء بقانون، وإنما يتسع إلى تحديد اختصاصها وطريقة تشكيلها، لأن جوهر الكيان القضائي يعتمد إلى حد كبير على ما يملكه من اختصاص وعلى الأسلوب المتبع في تشكيلها، لما في ذلك من تأثير كبير على الشرعية الإجرائية سلباً وإيجاباً(32).

غير أنه ومن ناحية أخرى فإن إستئثار المشرع وحده بتحديد الإجراءات الجزائية وفقاً للدستور، لا يغفل يد السلطة التنفيذية في تنفيذ القوانين، فالسلطة التشريعية تضع القواعد القانونية المنظمة للمسائل التي تتعلق بهذه الإجراءات، أما السلطة التنفيذية فإنها تنفذ ما حدده التشريع بواسطة الأنظمة (اللوائح) والتعليمات ليس إلا، غير أنه إن وصل الأمر إلى حد تنظيم الإجراءات الجزائية بواسطة هذه الأنظمة والتعليمات، فإن هذه الأخيرة تقع في هوة المخالفة الدستورية. وبذلك يكون مبدأ إنفراد المشرع بتحديد قواعد الإجراءات الجزائية معبراً عن أحد الركائز الأساسية للشرعية الدستورية في هذه الإجراءات، ومن ثم من الأركان المهمة في نطاق الشرعية الإجرائية، فأى إجراء يصدر في إطار الدعوى الجزائية مستنداً إلى لائحة أو نظام فإنه لا

(31) أشار إليه: د. فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص187-188.

(32) حسن يوسف مقابلة، مصدر سابق، ص90.

يكون مخالفا للقانون، لعدم وجود قانون في هذه الحالة أصلا، بل يكون مخالفا لنظام قانوني أكبر وهو الدستور، فيكون بذلك منعدما وليس باطلا فحسب لإنعدام أساسه.

### ثالثا/الإشراف القضائي على الإجراءات الجزائية

لا يكفي مجرد إعلان مبادئ الحرية الشخصية وضماناتها وتنظيم ذلك بقانون، بل لابد أن تكون هناك جهة قادرة على رد الإعتداء الذي يمكن أن يقع على هذه الحرية، عن طريق الإشراف على الإجراءات الجزائية، التي من خلالها قد يحصل هذا الخرق أو الإعتداء. هذه الجهة تتمثل بالقضاء، إذ من خلال تدخله يمكن الإطمئنان إلى إحداث التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية وبه يكفل القانون الإجرائي الجزائي هذه الموازنة وذلك بإجراء محاكمة عادلة أو منصفة، تحترم فيها جميع الضمانات، وعلى رأسها حق الدفاع وهنا يكون الإشراف القضائي حاميا للحرية، ومن ناحية أخرى يكفل بتوقيع الجزاء المترتب على مخالفة الشرعية الإجرائية، التي تقع من المكلفين بتطبيق القانون أو تنفيذه وهكذا يلعب الإشراف القضائي دورا مزدوجا، مرة في أثناء مباشرة الإجراء وذلك بضمان التوازن المشار إليه، ومرة أخرى إذا وقع عيب مخالفة الشرعية الإجرائية وذلك من أجل حماية هذا التوازن(33).

وتتبع أهمية الإشراف القضائي أو الرقابة القضائية على الإجراءات الجزائية، واعتبار القضاء الحارس الطبيعي للحقوق والحرريات الفردية، فهو الذي يسهر على حسن تطبيق القانون وتأكيد سيادته(34)، ويمارس القضاء حمايته للحرية، بكفالة الضمانات التي يقرها القانون لحمايتها، في مواجهة خطر التعسف أو التحكم، ذلك لأن الحماية القانونية للحرية لا تكون بمجرد إصدار القوانين، وإنما بالتعرف على مبادئها وتطبيقها، وهو مالا يتحقق إلا بالسلطة القضائية، لكونها تتمتع بجملة من الخصائص تجعلها مؤهلة للقيام بهذه المهمة، ومن هذه المؤهلات هو الإستقلال التام عن باقي سلطات الدولة، كما أن أحكامها تتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، وتكون واجبة الإحترام من قبل الجميع حكاما ومحكومين على السواء، ولهذا فإن مبدأ الفصل بين السلطات يسبق مبدأ القضاء هو الحارس للحرية الشخصية. ونظرا لأهمية السلطة القضائية في هذا المجال، فقد حرصت الكثير من دساتير وقوانين العالم، على إناطة مهمة الإشراف والرقابة على

(33) بهذا المعنى ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، ع(348)، السنة الثالثة والستين، 1972، ص 47 وما بعدها.

(34) تجدر الإشارة إلى أن مبدأ (القضاء هو الحارس الطبيعي للحرريات)، قد ظهر في فرنسا، وذلك منذ القرن التاسع عشر، حيث كانت المحاكم القضائية وحدها مكلفة بالمعاقبة على الجرائم التي تقع بالمخالفة للقانون العقابي، ولهذا أطلق على القضاة أنهم الحراس الطبيعيون لحقوق الفرد: (Les Gardiens naturels des droits de l'individu). أشار إليه: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحرريات، مصدر سابق، ص 625.

الإجراءات الجزائية، في إطار الخصومة الجزائية، بهذه السلطة، فالمادة (2/6) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 تنص على أن: (السلطة القضائية تحافظ على الحرية الفردية، وتضمن احترام هذا المبدأ، بالشروط المنصوص عليها في القانون) ويستشف من بعض نصوص الدستور العراقي لعام 2005، أن الإشراف على الإجراءات الجزائية، ينبغي أن تكون من قبل السلطة القضائية، فالمادة (15) منه تنص على الحق في الحرية، وأنه لا يجوز الحرمان منها أو تقييدها، إلا وفقا للقانون و بقرار قضائي، ونفس الأمر بالنسبة للمادة (17/ ثانيا)، المتعلقة بعدم جواز الدخول إلى المسكن أو تفتيشه، إلا بقرار قضائي، فمن خلال عبارة (بقرار قضائي)، يمكن أن يستنتج، بأن الدستور يشترط وجوب أن تتم الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية، تحت إشراف قضائي، كما إن هذا الشيء هو مؤكد أيضا، بموجب قانون إصلاح النظام القانوني في العراق رقم (35) لسنة 1977، حيث بين أنه من بين أهم ما تهدف إليه السياسة الجزائية في العراق، هو حماية حرية وأمن وكرامة المواطنين ضد التجاوزات ويقع ذلك على عاتق السلطة القضائية، عن طريق إشرافها على حماية الحريات، ويلاحظ أن إسناد مهمة حماية الحرية الفردية إلى القضاء يؤدي إلى وجوب إشرافه على الإجراءات<sup>(35)</sup>. ويترتب على كون القضاء الحارس الطبيعي لحماية الحريات، وجوب إتساع المجال أمام الأفراد في اللجوء إليه، من أجل إلتماس هذه الحماية، في حال وقوع أي إعتداء على حرياتهم، من خلال الإجراءات الجزائية التي تتخذ ضدهم، وهو ما يعبر عنه بحق النقاضي، الذي كفله الدستور<sup>(36)</sup>.

وبناء على ذلك فإن الإشراف القضائي على الإجراءات الجزائية بكونه، أفضل وسيلة، من أجل التأكد من شرعية هذه الإجراءات، فإنه يتحقق بطريقتين الأولى: يتمثل بالمباشرة الفعلية لبعض الإجراءات، كما هو الحال بالنسبة لقيام الجهات القضائية بإجراءات التحقيق الابتدائي وخاصة تلك التي تمس مساسا مباشرا بالحرية الشخصية، كإجراءات القبض والتوقيف والإستجواب، وهذا من صميم وظيفة القضاء نظرا لخطورة هذه الإجراءات وأهميتها، مما يقتضي معه الا تباشرها إلا الجهة القضائية، والتي تتمتع بالإستقلال الذي يحول دون إنحراف هذه الإجراءات عن الطريق المرسوم لها، ومن ثم ضمان حرية المتهم وعدم الإخلال بأصل البراءة بعده ركننا من أركان الشرعية الإجرائية<sup>(37)</sup>. أما الطريق الثاني: فيتجسد بتدقيق هذه الإجراءات وبيان مدى مطابقتها للقانون، عن طريق الرقابة القضائية على الإجراءات الجزائية، سواء أكانت

(35) بهذا المعنى ينظر: د. محمد علي السالم الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، مطبعة ذات السلاسل، بلا مكان طبع، 1981، ص 214 - 215.

(36) ينظر على سبيل المثال نص المادة (19 / ثالثا) من الدستور العراقي الدائم والذي يقضي بأن: (التقاضي حق مصون ومكفول للجميع).

(37) ينظر على سبيل المثال نصوص المواد (51/ أ، 52، 56، 92، 109، 123) الاصولية العراقي، والمواد (41، 44، 45) إجراءات مصري، والمواد (144، 145، 396) إجراءات فرنسي.

ذاتية، وذلك بمراجعة الجهات القضائية ذاتها للقرارات التي تصدر عنها، بالنسبة للإجراءات التي تمس الحرية الشخصية والمخالفة للقانون المنظم لها، أم عن طريق الطعن من قبل الأفراد أو الجهات ذات العلاقة، لدى الجهات القضائية العليا، بما لها من حق في الإشراف على القرارات والإجراءات الصادرة من الجهات القضائية الدنيا، للتأكد من موافقتها للقانون، ومن ثم مطابقتها للشرعية الإجرائية.

### 2.2.1.1: مصادر المشروعية

تتمثل مصادر المشروعية في نوعين: الأول المصادر المكتوبة والثاني المصادر غير المكتوبة. وستناولهما في فقرتين مستقلتين:

#### أولاً/المصادر المكتوبة

تشمل المصادر المكتوبة الدستور والمعاهدات التشريعية العادي ثم التشريع الفرعي:

أ-الدستور: ويأتي في قمة الهرم القانوني في أي نظام قانوني ولأية دولة كانت. وتتجسد في مجموعة القواعد القانونية التي ترد في صلب الوثيقة الدستورية والتي تنظم سلطات الدولة ومؤسساتها فضلاً عن تنظيم وحماية الحقوق والحرريات العامة. وتختلف هذه القواعد عن قواعد القانون العادي في أنها تسمو عليها وعلى جميع المصادر الأخرى سموا موضوعياً وشكلياً ومن هذا المنطلق فإن طريقة تعديلها تختلف عن تلك المتبعة في تعديل القوانين العادية. وتتضمن الدساتير كما قلنا مجموعة مبادئ عامة تتعلق بتنظيم الحقوق والحرريات والتي تعد أهم مصدر مكتوب من مصادر المشروعية بحيث لا يجوز لسلطات الدولة مخالفتها والا وقع عملها معيباً كأن تأتي الإدارة بتصرفات أو إجراءات أو قرارات تحد من الحرية الشخصية بشكل مخالف للدستور. وإذا كانت القواعد الدستورية لا خلاف على مرتبتها هذه إلا أن الخلاف ثار بالنسبة لمقدمة الدستور وإعلانات حقوق الإنسان، فيرى البعض أنها لا تتمتع بتلك الحجية التي لنصوص الدستور بل هي مبادئ ذات قيمة سياسية وفلسفية بحيث يستطيع المشرع العادي مخالفتها. أما الرأي الراجح في الفقه فيذهب إلى أنها تعد جزءاً من الوثيقة الدستورية وتستمد أهميتها من أهمية الدستور ذاته وتتمتع بذات الحجية المقررة لنصوص الدستور وبالتالي لا يجوز مخالفتها من قبل المشرع العادي أو أية مؤسسة من مؤسسات الدولة(38).

(38) ينظر: عبد القادر الزروقي، ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013، ص14.

ب-المعاهدات: لا تعتبر المعاهدات من مصادر المشروعية ما لم تصادق عليها الجهات المختصة في الدول، وفقا للإجراءات القانونية. إذ انها تصبح بهذا التصديق جزءا من القانون الداخلي للدولة ومن ثم كان على الافراد والسلطات جميعها احترام احكامها. وإذا كانت الدساتير سواء في مصر او في العراق تجعل من المعاهدات في مرتبة التشريع الداخلي. إلا ان الدستور الفرنسي لعام 1958 اعتبر المعاهدة في المادة (55) في مرتبة اعلى من القوانين العادية، حيث ينص على ان المعاهدات والاتفاقات المصدق عليها وفقا للقانون تكون لها اعتبارا من وقت نشرها قوة اعلى من قوة القوانين.

ج-التشريع العادي: هو مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية. وتلتزم الإدارة باحترام ما تضعه السلطة التشريعية من قوانين، لما لهذه السلطة من اهمية خاصة ومركز ممتاز، فهي على الاغلب سلطة ينتخبها الشعب وعلى هذا فان التشريع يشمل القوانين الصادرة عن البرلمان. ويبين الدستور المنطقة المحجوزة للتشريع العادي بحيث لا يجوز للسلطة التنفيذية ان تتجاوز هذه المنطقة في اي اجراء تقوم به والا عدت متجاوزة لمبدأ الفصل بين السلطات على اعتبار ان التشريع العادي يأتي في المرتبة الثالثة من مصادر المشروعية بعد الدستور والمعاهدات، ومن هذا المنطلق نص الدستور العراقي في المادة (61) منه على اختصاص البرلمان بتشريع القوانين الاتحادية كما يستشف من المادة (80) منه على ان اختصاص السلطة التنفيذية (الحكومة) يتجسد بتنفيذ القوانين التي يتم تشريعها من قبل البرلمان.

د-التشريع الفرعي: والسبب في تسميتها بالتشريع الفرعي هو تمييزا لها عن التشريع العادي الذي يصدر من السلطة التشريعية، ويطلق عليها ايضا القرارات التنفيذية او الانظمة وهي القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية. وهي تمثل المجال الرحب لقيام الإدارة بعملها ووظائفها التنفيذية باعتبارها من اهم وسائل الإدارة في القيام بما أنيط بها دستوريا من وظيفة عامة لخدمة المصلحة العامة وتتشعب هذه القرارات او الانظمة الى انواع متعددة منها ما يصدر في الظروف الاستثنائية وهي انظمة الضرورة والانظمة التفويضية. والسبب في كون تلك اللوائح من مصادر المشروعية الواجب احترامها والالتزام بها من قبل الإدارة يعود الى اعتبارات عديدة، منها احترام مبدأ الحقوق المكتسبة المتولدة عن القرارات الإدارية وكذلك احترام مبدأ التدرج الشكلي للقرارات، أي علو القرارات التنظيمية على القرارات الفردية. خلاصة ما تقدم ان مبدأ المشروعية يتحقق عندما يتم احترام مبدأ تدرج القواعد القانونية وفقا للتدرج السالف الذكر وبذلك يكون عمل الادارة مخالفا لهذا المبدأ ان جاءت باي تصرف او قرار بالخلاف لما تقدم.

### ثانيا/ المصادر غير المكتوبة

تشمل المصادر غير المكتوبة لمبدأ المشروعية بالعرف والمبادئ العامة للقانون:



أ-العرف: يقصد بالعرف فيما يتعلق بالوظيفة التنفيذية ما جرت السلطة الإدارية على اتباعه من قواعد في مباشرة وظيفتها بصدد حالة معينة بذاتها دون أن يكون لهذه القواعد أساس أو سند تشريعي، فهذه القواعد تعتبر عرفا ملزما للإدارة، وأية مخالفة له تعتبر مخالفة وخرقا لمبدأ المشروعية مما يؤدي إلى الحكم ببطلان القرار أو العمل المخالف لهذه القاعدة العرفية على أن يثبت أن الإدارة قد خالفت هذه القاعدة العرفية المطبقة في حالة فردية بذاتها مع احتفاظها بهذا العرف واستمرارها في تطبيقه على غير تلك الحالة. بمعنى أن الإدارة لم تقصد تعديل تلك القاعدة أو العدول عنها للمصلحة العامة، لان الإدارة قد تعدل عن عرف سائد أو تستبدله بقاعدة عرفية أخرى جديدة تثبت أفضليتها، هنا قرارها لا يعتبر مخالفا للقانون لان القواعد العرفية بصورة خاصة والقواعد القانونية بصورة عامة غير أبدية بل هي قابلة للتعديل والتطوير(39).

ب-المبادئ العامة للقانون: ويقصد بها تلك المبادئ المستخلصة والمستنبطة من روح النصوص القانونية ومن المبادئ الفلسفية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية من قبل القضاء ويعلنها في أحكامه فتكتسب قوة إلزامية وتصبح بذلك مصدرا من مصادر المشروعية. ويتعين على الإدارة احترامها وعدم الخروج عنها. ونظرية المبادئ العامة للقانون ذات أصل قضائي عمّل مجلس الدولة الفرنسي على إظهارها واستنباطها من خلال أحكام له بشكل أدى إلى ظهور نظرية متكاملة لتحل محل المبادئ الدستورية المنهارة بسبب الاحتلال دفاعا عن الحقوق والحريات العامة وحرصا على استمرار العمل بمبادئ الحرية الفردية. زيادة على ذلك فان للمبادئ العامة للقانون أهمية في تعويض النقص النسبي للقواعد القانونية المكتوبة في مجال القانون الإداري. ومن أمثلة المبادئ القانونية العامة مبدأ المساواة أمام القانون والمساواة أمام الضرائب والمساواة في استعمال الأموال العامة وعدم رجعية القرارات الإدارية ومبدأ تخصيص المؤسسات العامة... الخ(40).

## 2.1: مفهوم الظروف الاستثنائية

تعد نظرية الظروف الاستثنائية من النظريات المهمة في النظام القانوني، وخصوصا في مجال القانونين الدستوري، والإداري، إذ نال هذان القانونان قسطا وافرا من كتابات الفقهاء والشراح عند تناول موضوع صلاحيات وإختصاصات السلطة التنفيذية في ظل هذه الظروف ومدى مشروعيتها. وإذا كانت لهذه النظرية هذه الأهمية في مجال هذين القانونين فإن لها أهمية أكبر في مجال القانون الإجرائي الجزائي، لحساسية هذا القانون وكونه ينظم الإجراءات الماسة بحقوق الأفراد وحررياتهم، إذ كثيرا ما تتخذ هذه الإجراءات بشكل

(39) ينظر: محمد محمد عبده امام، القضاء الاداري-مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، ط1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2008، ص22.

(40) ينظر: حلمي الدقوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1989، ص299.

مخالف للقانون الذي ينظمها مما يثير حفيظة رجال القانون وتعلو مطالب المهتمين بحقوق الإنسان بضرورة حماية هذه الحقوق من التجاوزات، هذا في الظروف العادية، فما بالنسبة في الأحوال الاستثنائية؟ من هنا تتأتى أهمية هذه النظرية بالنسبة لهذا القانون، إذ من خلالها يستطيع المرء الوقوف على أوجه الخلل التي تحكمها، ومن ثم إيجاد الحلول اللازمة لها، للحيلولة دون إنتهاك الشرعية الإجرائية في ظلها فضلا عن المشروعية الادارية، ولكن ما هي الأحكام العامة للظروف الاستثنائية؟

إن الإحاطة بهذا الموضوع يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول لبيان المقصود بالظروف الاستثنائية وآثارها، والثاني لبحث الأساس الذي تقوم عليه الظروف الإستثنائية.

### 1.2.1: المقصود بالظروف الاستثنائية واثارها

ينقسم هذا المطلب الى فرعين: الاول لبيان معنى الظروف الاستثنائية، والثاني لتسليط الضوء على اثارها:

#### 1.1.2.1: معنى الظروف الاستثنائية

عرفت هذه الظروف بأنها: (مجموعة الحالات الواقعية التي تنطوي على أثر مزدوج يتمثل أولها في وقف سلطات القواعد القانونية العادية بمواجهة الإدارة، ويتمثل ثانيها في بدء خضوع قرارات الإدارة لمشروعية إستثنائية خاصة، يحدد القضاء الإداري فحواها ومضمونها)<sup>(41)</sup>. كما عرفت كذلك بأنها: (تعبير واقعي يقصد به وصف وتوضيح الظروف والأوضاع غير العادية التي تؤدي إلى خلق المناخ الذي تقوم فيه حالة الضرورة، بوصفها وصفا قانونيا)<sup>(42)</sup>. كما قيل فيها أيضا بأنها: (التعبير القانوني للسلطات في حالة أزمة مرتبطة بوضع قائم هو الظروف الاستثنائية، هذه الظروف يمكن أن تعني بدورها: حالة أزمة تمس كل السكان، وتشكل خطرا على الوجود المنظم للجماعة التي تكون منها أساس الدولة)<sup>(43)</sup>. وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنها: (حالة من الواقع تتطلب – بالنظر إلى خصوصيتها غير العادية – الإفلات من تطبيق قواعد القانون العادي، فالطابع غير العادي أو الاستثنائي لهذه الحالة من الواقع لا تتلائم معها القواعد المطبقة في الظروف العادية)<sup>(44)</sup>. وأخيرا عرفت أيضا بأنها: (إضفاء المشروعية على الإجراءات المخالفة للقانون،

(41) نقلا عن: د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط 1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2003،

(42) نقلا عن: د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 101.

(43) نقلا عن: د. هيثم مناع، الدستور والحالات الاستثنائية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على العنوان التالي: [www.achr.nu](http://www.achr.nu) تاريخ الزيارة 2020/7/25.

(44) نقلا عن: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص 574.

حتى يتسنى للدولة مواجهة الظروف العصبية على هدي من نظرية تمثل الأساس القانوني لسلطاتها الاستثنائية (45).

يلاحظ على التعاريف المتقدمة أنها جاءت ناقصة، إذ لم تنص على الشروط الواجب توافرها حتى يمكن القول إننا أمام ظروف إستثنائية يجوز على أساسها للسلطة التنفيذية التحلل من القوانين العادية، والبدء بإجراءات إستثنائية قد تكون مخالفة أصلا لهذه القوانين من أجل مواجهة هذه الظروف. فالبعض منها ركز على البعض من الآثار التي قد تترتب على توافر الظروف الإستثنائية والمتمثل بالإفلات من تطبيق قواعد القانون العادي، والبعض الآخر ذكر قسما من شروط هذا الطرف، وهو ضرورة توافر حالة من الواقع كحدوث (أزمة تمس كل السكان) أو (خطرا على الوجود المنظم للجماعة)، في حين أن التعاريف الأخرى لم تذكر شيئا من ذلك. لذا ينبغي أن يكون تعريف الظروف الإستثنائية جامعا بحيث يمكن من خلاله إستخلاص شروطه، فهذه الاخيرة من الاهمية بحيث لايمكن الحديث عن هذه الظروف بدونها، ومن ثم لا يمكن اللجوء إلى القوانين الإستثنائية، لذا فهي تمثل قيودا على اللجوء إلى هذه القوانين، ولاسيما لو علمنا مدى خطورة هذه القوانين من حيث السلطات الواسعة التي تنص عليها ومساسها المباشر بحقوق الأفراد وحررياتهم ومن ثم تهدد الشرعية الإجرائية.

لذا نرى بأن التعريف الملائم للظروف الإستثنائية يتمثل بكونه: مجموعة من الحالات الواقعية الداخلية أو الخارجية غير المتوقعة، التي تتمثل بوقوع خطر جسيم على الدولة أو تنذر بوقوعه، إذ لا تستطيع القوانين العادية من مواجهتها مما يسوغ لجوء الدولة إلى إتخاذ إجراءات واسعة و لازمة، لصد هذه الحالات تحقيقا للمصلحة العامة، وذلك إستنادا إلى قوانين استثنائية، على أن تنتهي هذه الإجراءات بإنهاء الحالات الواقعية، وأن تخضع لرقابة القضاء حماية لمصالح الأفراد.

عليه والملاحظ على هذا التعريف انه يحوي الشروط التي ينبغي توافرها حتى يمكن إعمال القواعد الخاصة بالظروف الاستثنائية وهي: ضرورة توافر الحالة الواقعية المتمثلة بالمخاطر، تعذر مواجهتها بالوسائل العادية، التناسب، استهداف المصلحة العامة، واخيرا الرقابة القضائية.

(45) نقلا عن: د. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقا للمادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص

### 2.1.2.1: آثار الظروف الاستثنائية

أولى هذه الآثار تتمثل في إتساع الإختصاصات المنوط بالسلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، من أجل مواجهة الأخطار الناجمة عن الظروف الاستثنائية<sup>(46)</sup>. وتزداد هذه الآثار حدة في حالة ضالة الضمانات التي ترد في القوانين المعالجة لهذه الظروف، أو عند عدم التقيد بهذه الضمانات أصلاً. ويمكن ملاحظة هذا الشيء في قانون الطوارئ المصري مثلاً، إذ تعطي المادة الثالثة منه لسلطة الطوارئ الحق في وضع القيود على جملة من الحقوق والحريات العامة للأفراد، ولم يكتف بذلك بل أنه وبعد تعديل هذا القانون أضاف عبارة (وعلى وجه الخصوص) إلى صدر المادة الثالثة وقبل تعداد هذه الحقوق والحريات، الأمر الذي يفسر أن هذه الأخيرة قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، بمعنى إعطاء الصلاحية لسلطة الطوارئ في وضع القيود على حقوق وحريات أخرى غير تلك الواردة في هذه المادة. وهذا يعني إحلال السلطة التنفيذية (سلطة الطوارئ) محل السلطة التشريعية. بل وأكثر من ذلك نص المشرع المصري على منح سلطة الطوارئ إمكانية إتخاذ أية تدابير من أجل الحفاظ على الأمن أو النظام العام، حتى ولو كانت غير واردة في المادة الثالثة منه<sup>(47)</sup>.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فالظروف الإستثنائية قد تؤدي أيضاً إلى سلب ولاية القضاء في إختصاصه بالنظر في الجرائم وهو ما يشكل إعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(48)</sup>.

ويزداد الأمر تعقيداً من حيث حدة الآثار السلبية التي تنجم عن الظروف الإستثنائية عند إعلان العمل بالقانون المعالج لها، والتي ترجع أسبابها إلى حدوث أعمال إرهابية، أو صراعات دينية، أو قبلية، أو سياسية. إذ أنها تشكل خطراً واضحاً على أركان الشرعية الإجرائية، إذ تتسع في ظلها ظاهرة الإحتجاز أو الإعتقال التعسفي، فضلاً عن التعذيب والتحفظ على الأشخاص المشتبه بهم لفترات طويلة، وغيرها من الإجراءات التي تطل الحرية الشخصية<sup>(49)</sup>. والمثال البارز في هذا الصدد الولايات المتحدة الأمريكية، فبعد إحدث الحادي عشر من أيلول 2001 أصدرت قانون بأسم (Patriot Act) في 2001/10/26، منحت بموجبه السلطات الفدرالية صلاحيات واسعة في الأمن والقضاء، بحيث يسهل بموجبه إعتقال أي شخص أو

(46) ينظر: د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري (دراسة ومقارنة)، ط 2، دار النهضة للطباعة، القاهرة، 2003، ص 369.

(47) ينظر: د. محمد الوكيل، المصدر السابق والصفحة ذاتها.

(48) ينظر: د. عمر رضا بيومي، أحكام القضاء المصري بين التعطيل والإهدار، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: [www.eohr.org](http://www.eohr.org) تاريخ الزيارة 2020/7/20

(49) ينظر التقرير الصادر من المجلس الإقتصادي والإجتماعي للأمم المتحدة في 1955/6/20 بعنوان:

( The administration of justice and the human rights of detainees : question of human rights and State of emergency )

التنصت على مكالماته، كما يسمح بالاحتفاظ بكل أجنبي يشتبه في قيامه بنشاطات إرهابية قيد الإعتقال دون توجيه الإتهام له. وعلى أثر ذلك ألقى مكتب المباحث الفيدرالي القبض على حوالي 1200 شخص وحجزتهم لفترة طويلة دون أي اتهام، كما لم يسمح لهم بالإتصال بمحام(50). كما أصدر الرئيس الأمريكي في 2001/10/13 مرسوما يقضي بإنشاء محاكم عسكرية لمحاكمة أجنبى يحتمل أنهم إرهابيون، ويسمح بإجراء محاكمات في جلسات سرية، كل ذلك بداعي حماية أمن الولايات المتحدة(51).

في هذا المثال وغيره من الأمثلة العديدة بهذا الصدد يظهر مدى خطورة الآثار السلبية التي تفرزها الظروف الإستثنائية، نتيجة سطوة الإجراءات التي تتخذ في ظلها، وصرامة القوانين التي تعالجها. وقد يأتي التصحيح والإصلاح بعد الفراغ من الأزمة، ولكن بعد أن تضع هذه الأخيرة بذورا للإفساد القانوني والقضائي في المجتمع، وحتى بعد هذا التصحيح والإصلاح فإن المرء لا يمكن أن ينسى التصرفات السيئة التي شابت التشريعية الإجرائية خلال فترة الظروف الاستثنائية. حاصل القول إنه إذا كان من الطبيعي أن ينتج عن هذه الظروف توسيع صلاحيات السلطة الإدارية بغية مواجهة الأخطار الناجمة عنها حماية للمجتمع، فإنه ليس من المقبول أن يترتب عليها خرقا للقانون وإنتهاكا للتشريعية الإجرائية، ومن ثم الإفتئات على حقوق وحرىات الأفراد.

### 2.2.1: اساس الظروف الاستثنائية

تقوم الظروف الاستثنائية على اساسين أحدهما فلسفي والآخر قانوني، لذا سنتناولهما في فرعين مستقلين:

#### 1.2.2.1: الأساس الفلسفي

يتمثل الأساس الفلسفي في حالة الضرورة، التي تقضي بأن هناك ضرورات عاجلة تستلزم من جانب الإدارة التصرف السريع لمواجهة أخطار داهمة، ويكون هذا التصرف مما لا يجيزه القانون، ولكنه الوسيلة الوحيدة لدرء هذه الأخطار ومن ثم الحفاظ على كيان الدولة(52). لذلك فهي توجد كلما وجدت الدولة نفسها في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطارا معينة، سواء أكان مصدرها داخليا أم خارجيا، إلا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية التي لا يمكن تجاوزها في الأوضاع العادية والتي تتمثل في ضرورة التوازن بين

(50) ينظر: International council of human rights policy ,(I.C.H.R.P),human rights after September 11,Geneva,Suisse,2002,p25.

(51) ينظر: Amnesty international ,report2002, p 11

(52) ينظر: د. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995،

سلطات الدولة الثلاث، بحيث لا تطغى إحداها على الأخرى<sup>(53)</sup>. فجوهر الفلسفة التي تركز عليها الضرورة تتجسد في تمكين السلطة التنفيذية من زيادة نفوذها في ظل الظروف الإستثنائية حتى تستطيع إنفاذ المجتمع من الأضرار الناجمة عنها. إلا أن الضرورة من جانب آخر لا تعني إنقلاباً على المفاهيم الدستورية، ومن ثم هدم الشرعية أو التجاوز عليها تجاوزاً كلياً، إذ أن هذا المبدأ يظل قائماً بصفة دائمة وفي كافة الظروف. غاية الأمر أن وضعه يتغير في الظروف الاستثنائية، إذ يتسم بالمرونة ويتسع نطاقه بحيث يتلاءم مع الأوضاع الطارئة التي تواجه الدولة وتضطرها إلى سلوك سبيل غير عادي، للتغلب عليها، والتخلص من مخاطرها وحماية نفسها، إذ أن هذه الحماية تعد هي الأخرى مصلحة جوهرية تحميها النصوص الدستورية<sup>(54)</sup>. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الضرورة التي تؤدي إلى تمكين الإدارة من توسيع نفوذها لا تعني التمكين المطلق وغير المحدود، لأن الضرورة تقدر بقدرها، فهي ضرورة مشروطة ومحدودة وليست مطلقة غير محدودة، كما أنها ضرورة تقع تحت رقابة القضاء<sup>(55)</sup>. والقول بخلاف ذلك يعني أن الحكومة هي حكومة بوليسية، لذا فالضرورة بوصفها الأساس الفلسفي للظروف الإستثنائية تقوم بالتوفيق بين متعارضين، الأول: قانوني، ويتمثل بالحفاظ على حد أدنى من الشرعية التي يجب التمسك بها في جميع الأوقات، أما الثاني فهو واقعي ويتجسد في ضرورة مواجهة الأخطار التي تهدد المصالح الحيوية للدولة، وحققها في الأمن، وصيانة الذات، ويكون هذا التوفيق عن طريق إضفاء الشرعية على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة بالمخالفة للقوانين العادية في بعض جوانبها والتي لا تسعفها في هذا الصدد لصد هذه الاخطار، فالشرعية الناجمة عن الضرورة هي شرعية إستثنائية<sup>(56)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الضرورة تعد أساس الظروف الإستثنائية وذلك فقط في الحالات التي تنعدم فيها النصوص القانونية التي توسع من سلطات الإدارة في هذه الظروف، سواء كانت نصوصاً دستورية أم قانونية. أما إذا وجدت هذه النصوص فإنها تصبح الأساس المباشر لها، فهي التي تمد الإجراءات المتخذة في ظلها بالشرعية. وقد تعد الضرورة في مثل هذه الأحوال الأساس غير المباشر لها، لذلك فإن الضرورة تعد الركيزة الوحيدة للقضاء في تسوية شرعية التدابير الاستثنائية إذا لم تستند في القيام بها إلى سند من الدستور، أو القانون<sup>(57)</sup>. وبناء على هذا الأساس الفلسفي وحده أضيف مجلس الدولة الفرنسي الشرعية على الإجراءات

(53) ينظر: د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة (دراسة ومقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

(54) ينظر: د. محمد كامل ليلة، مصدر سابق، ص 89، د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 57.

(55) ينظر: د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 285.

(56) ينظر: د. يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص 8، د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 162.

(57) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 282.

الواسعة التي إتخذتها الحكومة الفرنسية خلال الحرب العالمية الأولى، إذ لم تكن هناك نصوص قانونية تسعف الحكومة في الاعتماد عليها، إلا أنها كانت ضرورية من وجهة نظر مجلس الدولة لحماية النظام العام وكفالة سير المرافق العامة، وذلك كله إلى حين ظهور القوانين التي تعالج الظروف الإستثنائية في فرنسا، كما سيتضح ذلك من خلال الفرع الآتي:

### 2.2.2.1: الأساس القانوني

يتمثل هذا الأساس بالقوانين التي تعالج الظروف الاستثنائية والتي تتجسد: إما بالدستور، أو بالقوانين الأدنى، أو بهما معا وسنبينهما في فقرتين متتاليتين:

أولاً: الدستور

يعد الدستور المصدر الرئيسي لتنظيم الظروف، الإستثنائية إذا ما تمت معالجة هذه الأخيرة بواسطة مباشرة دون الإحالة إلى قانون معين<sup>(58)</sup>.

فينظم الدستور الأحكام الخاصة لهذه الظروف من حيث شروطها، وحالاتها، وكذلك صلاحيات السلطة التنفيذية في ظلها، فضلا عن الآثار التي تترتب على ذلك. والدستور في تنظيمه هذا قد يتخذ أسلوبا واحدا أو أسلوبين<sup>(59)</sup>، الأول منهما يتضمن إيراد نص يمنح فيها الحكومة صلاحيات إستثنائية لا تملكها في الأوقات العادية، كأن ينص الدستور على أنه إذا طرأت ظروف إستثنائية في غياب السلطة التشريعية أو قامت ظروف جعلت من المتعذر على السلطة أن تباشر وظيفتها، في الوقت الذي تتطلب فيه مواجهة المخاطر الناجمة عن هذه الظروف إتخاذ تدابير عاجلة يختص بها المشرع أصلا، فإن للحكومة أن تباشر الوظيفة التشريعية بنفسها لتتخذ من الإجراءات ما تتطلبه الظروف القائمة، ويطلق على هذه الإجراءات إسم (لوائح الضرورة).

أما الأسلوب الثاني فيتمثل بالنص في الدستور على أنه يجوز للحكومة أن تطلب من السلطة التشريعية تفويضها في إتخاذ إجراءات تدخل أصلا في إختصاص هذه السلطة، وذلك إذا قامت ظروف إستثنائية أوجبت

(58) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 283.

(59) بهذا المعنى ينظر: د. أحمد منحت علي، مصدر سابق، ص 4.

إتخاذ هذه الإجراءات، ويطلق على الإجراءات التي تتخذها الحكومة بناء على تفويض من البرلمان أسم (اللوائح التفويضية) (60).

وباستعراض الدساتير التي صدرت في تاريخ العراق، يلاحظ أن دستورين فقط من هذه الدساتير كانا ينظمان الظروف الإستثنائية على النحو المتقدم، وهما دستور 1925، ودستور 1964 وكلاهما اتخذ نهج لوائح الضرورة في هذا التنظيم. فالأول كان يقضي بأنه لو ظهرت ضرورة أثناء عطلة المجلس النيابي لإتخاذ تدابير مستعجلة لحفظ النظام والأمن العام، أو لدفع خطر عام..... فللملك الحق بإصدار مراسيم بموافقة هيئة الوزارة يكون لها قوة قانونية. وينبغي عرضها على مجلس الأمة في أول إجتماع، فإن لم يصادق عليها فعلى الحكومة أن تعلن إنتهاء حكمها (م 3/12). أما الثاني فكان ينص على أن لرئيس الجمهورية في حالة خطر عام أو إحتمال حدوثه بشكل يهدد سلامة البلاد وأمنها، أن يصدر قرارات لها قوة القانون بقصد حماية كيان الجمهورية وأمنها، بعد موافقة مجلس الوزراء (م 5). ورغم أن دساتير 1968 و 1970 و 2005 لم تتضمن نصوصا خاصة بالظروف الإستثنائية كتلك التي جاءت في دستور 1925 و 1964، إلا أنها أجازت وبصورة صريحة إصدار تشريع خاص بهذه الظروف كحالة الطوارئ(61)، والتي تعد إحدى أهم الأسس القانونية للظروف الاستثنائية كما سيتضح لاحقا، في حين أجاز قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية لسنة 2003 ذلك بصورة ضمنية(62).

بينما يلاحظ أن الدستور المصري قد نظم الأحكام الخاصة بالظروف الإستثنائية وبصورتها (لوائح الضرورة، واللوائح التفويضية) بشكل واضح وصريح في دستور 1971 فالمادة (74) منه تكلمت عن لوائح الضرورة بقولها: (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 بيانا إلى الشعب ويجري الإستفتاء على ما إتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من إتخاذها) يتضح من مفهوم هذا النص أنه يتطلب شروطا موضوعية وأخرى شكلية لإمكان اللجوء إلى الإجراءات الإستثنائية. فالشرط الموضوعي الأول يتعلق بقيام الخطر، وعلى الرغم أن النص لم يحدد الخطر بضرورة كونه (جسيما) وفقا

(60) للمزيد حول لوائح الضرورة واللوائح التفويضية ينظر: نفا المطيري، اللوائح التفويضية، بحث منشور

على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: [www.majlesalommah.net](http://www.majlesalommah.net) تاريخ الزياره 2020/5/3

(61) ينظر: نصوص المواد (50/ب) من دستور 1968 والمادة (62 / ز) من دستور 1970 والمادة (58 / تاسعا) من الدستور الحالي لسنة 2005. في حين لم ينظم دستور 1958 هذه الظروف مطلقا، سواء في صلبه أم بالإحالة إلى قوانين أخرى.

(62) ينظر المادة (25 / 5) من القانون أعلاه والتي تنص على أن من ضمن اختصاصات الحكومة العراقية الانتقالية هي (وضع وتنفيذ سياسة الأمن الوطني..... الخ)، والتي على أساسها صدر التشريع الخاص بحالة الطوارئ، إذ نص في ديباجته على أنه: (استنادا إلى القسم الثاني من ملحق قانون إدارة الدولة العراقية للفترة الإنتقالية وأحكام المادة (259) من القانون أعلاه، وبالتوافق مع أحكام الباب الثاني من هذا القانون أصدرنا هذا الأمر..... الخ).



لشروط الظروف الاستثنائية، إلا أن الفقه المصري يرى بأن صفة الجسامة يجب ألا تفرق الخطر المنصوص عليه في هذه المادة، بوصفها تطبيقاً من تطبيقات الظروف الإستثنائية التي تشترط هذه الجسامة، فالأخطار العادية يمكن مواجهتها بالإجراءات العادية دون الاستثنائية<sup>(63)</sup>. أما الشرط الثاني فيتعلق بموضوع الخطر الجسيم والذي يجب أن يكون تهديداً إما للوحدة الوطنية، أو سلامة الوطن، أو إعاقة مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري، وقد ربط النص الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية بغاية معينة وهي مواجهة الخطر الذي يهدد أحد هذه الموضوعات، وبمعنى آخر أن يكون هدف هذه الإجراءات هو مواجهة الخطر<sup>(64)</sup>. أما الشروط الشكلية فهما شرطان أيضاً: الأول يتعلق بتوجيه رئيس الجمهورية بيانا إلى الشعب حول الإجراءات التي إتخذها، والثاني يقوم على أساس إجراء إستفتاء شعبي حول هذه الإجراءات خلال ستين يوماً من إتخاذها. هذا كله فيما يخص لوائح الضرورة<sup>(65)</sup>. بينما يلاحظ ان الدستور المصري الجديد لعام 2014 نظم هذه الحالة بصورة مغايرة تقريبا لما جاء في المادة (74) من دستور 1971، فبموجب المادة (156) من دستور 2014 فإنه إذا حدث في غير دور 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 اصدار 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، أما فيما يتعلق بلوائح التفويض فقد نصت المادة (108) من دستور مصر لعام 1971 على أنه: (لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الإستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد إنتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها زال ماكان لها من قوة القانون).

إن اللجوء إلى الإجراءات الإستثنائية بموجب هذه المادة أكثر صعوبة من سابقتها، ويظهر ذلك جليا من الشروط الكثيرة التي تطلبها المادة حتى يتمكن لرئيس الجمهورية إصدار اللوائح التفويضية، وذلك من حيث

(63) بهذا المعنى ينظر: د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 189 وما بعدها.

(64) ينظر: د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص 126.

(65) ينظر: د. وجدي ثابت غبريال، مصدر سابق، ص 141.

وجوب توافر الضرورة أو الأحوال الإستثنائية، وكذلك صدور التفويض من البرلمان بذلك، وأن يكون هذا التفويض محددًا من حيث الزمان والموضوع، فضلا عن ضرورة موافقة البرلمان على هذه اللوائح، مما يجعل من ثم هذه المادة أقل خطورة من المادة (74) على حقوق الأفراد وحررياتهم. إلا ان الامر تغير كلياً بصدور دستور عام 2014 اذ لم ينظم هذا الدستور مسألة لوائح التفويض كما كان عليه العمل في الدستور السابق وهو ما يدل على تراجع المشرع الدستوري عن اقرار هذه الرخصة للبرلمان وبالتالي لم يعد بالإمكان للبرلمان ان يتنازل عن جزء من اختصاصه التشريعي لرئيس الجمهورية مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات والانفراد التشريعي(66).

سار الدستور الفرنسي لسنة 1958 على نهج الدستور المصري لعام 1971 في تنظيمه للقواعد الخاصة بالظروف الإستثنائية بصورتها (لوائح الضرورة واللوائح التفويضية) مع اختلاف في شروط التنظيم. فالمادة (16) منه حولت رئيس الجمهورية إتخاذ إجراءات إستثنائية واسعة عندما تصبح مؤسسات الجمهورية، أو إستقلال الوطن، أو سلامة أراضيها، أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم حال، وينشأ عن ذلك إنقطاع في سير السلطات العامة الدستورية. ويلاحظ هنا بأن الدستور الفرنسي قد حدد الخطر بكونه جسيماً وحالاً وبصورة صريحة، عكس الحال بالنسبة للمادة (74) من الدستور المصري لعام 1971- كما سبق بيانها- ، ولا يكفي في الخطر أن يهدد إستقلال الوطن أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداته الدولية لإمكان اللجوء إلى الإجراءات الإستثنائية، بل ينبغي أن ينشأ عن ذلك إنقطاع في سير السلطات العامة، في حين لم يتطلب ذلك الدستور المصري، بل جاء بعبارات مطاطة وغير منضبطة، إذ لم يشترط بلوغ التهديد حداً معيناً ولا حدوث الإعاقة للسلطات العامة، مما قد يؤدي ذلك إلى إساءة استخدام السلطات الإستثنائية(67).  
وفضلاً عن ذلك إشترتت المادة(16) بأن يراعي رئيس الجمهورية في إتخاذ الإجراءات الإستثنائية ضرورة إعادة التوازن إلى أجهزة الدولة، وذلك بتمكين السلطات العامة الدستورية من مباشرة مهامها في أقرب وقت، بوصفها هدفاً لهذه الإجراءات، بمعنى أن تتغيا هذه الأخيرة إعادة السلطات إلى أداء مهامها، ويترتب على ذلك أنه بمجرد تحقيق هذا الهدف يجب على الرئيس أن يكف عن تطبيق المادة(16) (68). وقد إشترتت هذه المادة كذلك على رئيس الجمهورية التشاور بصفة رسمية مع الوزير الأول، ورئيس البرلمان

(66) ينظر: على عبد الله العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والساتير المقارنة)، ط1، معهد بحرين للتنمية السياسية، 2019، ص72.  
(67) جدير بالذكر أن المادة (74) لم تكن المادة الوحيدة المنظمة للظروف الإستثنائية بطريق لوائح الضرورة، بل كانت هناك مادة أخرى بهذا الصدد وهي المادة (147) التي أعطت لرئيس الجمهورية صلاحية إصدار قرارات لها قوة القانون، في حال حدوث ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير وبموافقة أغلبية البرلمان. للمزيد ينظر: د. يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص54 وما بعدها.

(68) يرى البعض أن هذه الشروط تكاد تكون الضمانة الحقيقية الوحيدة والأكثر فعالية فيما تضمنتها المادة (16) من ضمانات، فكل إجراء لا يقصد به تحقيق هذا الهدف يعد انحرافاً عن هذه المادة. للمزيد ينظر: Duverge, droit constitutionnel et Institutionnel Politiques 1982, p218

والمجلس الدستوري قبل اتخاذ هذه الإجراءات<sup>(69)</sup>. وتتفق المادة (16) مع المادة (74) من الدستور المصري في ضرورة قيام رئيس الجمهورية بتوجيه رسالة إلى الشعب حول هذه الإجراءات، غير أنها لم تتطلب إجراء الاستفتاء كما تتطلبها المادة (74)، وأخيراً اشترطت المادة (16) إنعقاد البرلمان بقوة القانون، وعدم جواز حل الجمعية الوطنية أثناء اتخاذ هذه الإجراءات.

أما فيما يتعلق باللوائح التفويضية فيلاحظ أن الدستور الفرنسي قد نظم هذه المسألة بصورة مختلفة عما نظمه الدستور المصري، فالمادة (38) من الدستور الفرنسي نصت على الأحكام الخاصة باللوائح التفويضية، إلا أنها لم تفيدها بالظروف الاستثنائية، بل جاءت عبارات النص مطلقة إذ تشمل إمكانية صدور هذه اللوائح في الظروف العادية والإستثنائية على حد سواء<sup>(70)</sup>، إذ نصت هذه المادة على أنه: (يجوز للحكومة في سبيل تنفيذ برنامجها أن تطلب من البرلمان أن يأذن لها في أن تتخذ بواسطة أوامر خلال مدة محددة إجراءات تدخل في نطاق القانون). ولكن يلاحظ بأن هذه الإجراءات يتخذها مجلس الوزراء، وأن دور رئيس الجمهورية يقتصر في مثل هذه الأحوال على التوقيع على هذه الإجراءات، في حين إن الإجراءات الإستثنائية سواء أكانت على شكل لوائح ضرورة أم لوائح تفويضية. يتخذها رئيس الجمهورية<sup>(71)</sup>، بموجب الدستور المصري السابق، كما سبق بيانه.

ثانياً: القوانين

تعد القوانين مصدراً آخر للظروف الإستثنائية، بل المصدر الأكثر تطبيقاً وشيوعاً في حياة الدول المعاصرة التي تنظم هذه الظروف. ويفترض هذا المصدر وجود قانون صادر عن الجهة المختصة بذلك يعالج الظروف الإستثنائية بشكل أكثر تفصيلاً من الدستور، ولكن يجب أن يكون له سند من الدستور بوجود نص فيه يجيز هذه المعالجة وإلا فقدت هذه المعالجة مشروعيتها<sup>(72)</sup>.

وقد عرفت الدول نوعين رئيسيين من القوانين التي تنظم الظروف الإستثنائية، وهما الأحكام العرفية والطوارئ. والأولى تعد أقدم مصدر قانوني لهذه الظروف، وتقوم على أساس وجود قانون يفرض النظام العسكري على إدارة البلاد بسبب عدوان خارجي أو خطر يهدد الأمن الداخلي، وتؤدي إلى حلول السلطات

(69) للعلم أن الرئيس غير ملزم بنتيجة هذا التشاور. للمزيد ينظر: Duverge, Op.cit,p225 et.s

(70) ينظر: د. أحمد منحت علي، مصدر سابق، ص 95.

(71) د. يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص 40. ولكن لو علمنا بأن رئيس الجمهورية في فرنسا هو الذي يرأس مجلس الوزراء، لأدركنا حقيقة بأنه هو الذي يتخذ هذه الإجراءات أيضاً وفقاً لهذه المادة.

(72) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 284.

العسكرية محل السلطات المدنية في مباشرة إختصاصاتها العادية المتعلقة بالإجراءات البوليسية، ومنحها حق إتخاذ إجراءات واسعة جداً، وخطرة على حقوق وحريات الأفراد، وتشكيل محاكم عسكرية يخضع أمامها المدنيون والعسكريون على حد سواء. ومن الأمثلة على قوانين الأحكام العرفية هو مرسوم الإدارة العرفية العراقي رقم (18) لسنة 1935، ومرسوم الإدارة العرفية المصري رقم (15) لسنة 1923، ومرسوم الإدارة العرفية الفرنسي لسنة 1849. وبسبب كون قوانين الأحكام العرفية الشكل القانوني البدائي لتنظيم الظروف الإستثنائية، وإحتوائها على نصوص لا تأتلف مع الأسس المتفق عليها بالنسبة للعمل بنظرية الظروف الاستثنائية، سواء أكان ذلك من حيث ضرورة صيانة حقوق الأفراد وحرياتهم، أم من حيث التحديد الدقيق للحالات الموجبة للعمل بأحكامها<sup>(73)</sup> فضلاً عن ظهور حالات جديدة غير الحرب والأمن الداخلي تسوغ اللجوء إلى الإجراءات الإستثنائية ولم تكن هذه القوانين تستوعبها، إن هذه الأسباب وغيرها أدت إلى تخلي معظم الدول عن هذه القوانين وأصدرت قوانين جديدة تفرض قيوداً أكثر على الإجراءات التي يمكن اللجوء إليها في الظروف الإستثنائية، وتتطوي على ضمانات للأفراد أوفر من سابقتها، فضلاً عن شمولية الحالات التي تطبق عليها هذه القوانين، وتسمى بقوانين الطوارئ التي أصبحت أكثر قبولاً لدى الدول الديمقراطية وأخذت تحل محل قوانين الأحكام العرفية<sup>(74)</sup>. ففي العراق مثلاً ألغي مرسوم الإدارة العرفية بصدور قانون الطوارئ لسنة 1958<sup>(75)</sup>. ويحتل قانون الطوارئ أهمية كبيرة في الوقت الحاضر، بإعتباره أهم تطبيق من تطبيقات الظروف الاستثنائية، والشائع لدى الكثير من دول العالم.

وفي هذا الصدد فإن الدول في معالجتها للحالات الناجمة عن الظروف الإستثنائية تأخذ بأحد الأسلوبين الآتيين: الأول هو عدم التنظيم المسبق لقانون الطوارئ، بل ترك الأمر لحين حصول الظروف الإستثنائية وعندئذ تستطيع السلطة التنفيذية أن تلجأ إلى البرلمان لكي يرخص لها إتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهة المخاطر الناجمة عن هذه الظروف، وذلك إستناداً إلى قانون يصدر من البرلمان بهذا الخصوص. مثال على

(73) مرسوم الإدارة العرفية العراقي مثلاً كان يخول القائد العسكري صلاحية إعتبار بعض الأفعال جرائم، في حين أنها ليست كذلك كالمعروف في وقت أو مكان معينين، وكذلك صلاحية إتخاذ تدابير واسعة جداً، أو بإعلان شفوي سواء من أجل القبض أم التفتيش أم مراقبة الرسائل، أم غيرها فضلاً عن التنفيذ الفوري للأحكام. من ناحية أخرى فإن المادة (120) من القانون الأساسي العراقي كانت تمنح حق إعلان الأحكام العرفية في حالة (حوادث قلاقل .. أو حدوث خطر من غارة عدائية)، فكثير من الحالات يمكن أن تنطوي تحت مضمون القلاقل، وكذا بخصوص الغارة العدائية مما يؤدي ذلك إلى فتح باب الإجتهد والتفسير الواسعين.

(74) ينظر: خالد الزعبي، قانون الدفاع والأحكام العرفية في التشريعات الأردنية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اليرموك، المجلد الثامن، ع1، 1992، ص9.

(75) ينظر: من المستغرب في هذا الصدد ملاحظة أن قانون الأحكام العرفية في فرنسا مازال سارياً لحد الان، على الرغم من صدور قانون الطوارئ سنة 1955، بل أن الأول قد تم تعديله سنة 1996، في حين أنها تدعي بكونها من الدول الديمقراطية الرائدة في مجال حقوق الإنسان. للمزيد ينظر: د. أحمد عودة الغوييري، إعلان العمل بقانون الدفاع الأردني (قانون الطوارئ) رقم (13) لسنة 1992 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ع2، 2000، ص5 وما بعدها.

ذلك بريطانيا إذ لا يوجد فيها قانون خاص بالطوارئ، بل إن ما يجري عليه العمل هناك أنه في أوقات الأزمات يصدر البرلمان قوانين تعرف بإسم (Emergency Acts)، بموجبها يمنح السلطة التنفيذية صلاحية اتخاذ الإجراءات الضرورية لمواجهة أخطار هذه الأزمات<sup>(76)</sup>. ويسوغ هذا الاتجاه بكون التنظيم المسبق قد يؤدي إلى نوع من الدكتاتورية تحت ستار النصوص الدستورية، مما يؤدي من ثم إلى تركيز السلطة والخروج على المشروعية، كما إن هذا التنظيم يتناقض مع الظروف الإستثنائية نفسها إذ أنه يؤدي إلى توقع مالا يمكن توقعه وتنظيم مالا يمكن تنظيمه<sup>(77)</sup>.

أما الأسلوب الثاني فهو الذي يذهب إلى ضرورة صدور قانون سابق من السلطة التشريعية، لدرء الأخطار الناجمة عن الظروف الإستثنائية يعرف بإسم (قانون الطوارئ)، والذي هو عبارة عن نظام يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية تضعها هذه السلطة لمواجهة ما قد يطرأ من حوادث للبلاد لا يمكن مواجهتها وفقا لقواعد القانون الموضوعية لمواجهة الحوادث العادية<sup>(78)</sup>. ويتضمن قانون الطوارئ مختلف الأحكام الخاصة بهذه الظروف، كالحالات التي تنجم عنها والتي تسوغ العمل بهذا القانون ومدة العمل به والإجراءات التي يمكن أن تتخذها السلطة القائمة على تطبيقه وغير ذلك من الأحكام، ومن الأمثلة على ذلك قانون الطوارئ العراقي لسنة 2004، والمصري لسنة 1958 وغيرهما<sup>(79)</sup>. والحجة التي يقوم عليها هذا الأسلوب هو أن هذا التنظيم المسبق يجنب الدولة من الوقوع في الإرتباك في أوقات الخطر، إذ أنه يضع في يدها تنظيماً أعد بهدوء وبغير انفعال لمواجهة الأزمات، ومن ناحية أخرى فإن هذا التنظيم يجعل سلطات الدولة ملزمة به، ويحول بينها وبين المغالاة والتحكم<sup>(80)</sup>.

ونذهب إلى تأييد الإتجاه الثاني، فمع أن التنظيم المسبق قد لا يغطي جميع الحالات الناجمة عن الظروف الإستثنائية لكونها غير متوقعة، إلا أنه بإمكان المشرع أن ينتقي الألفاظ المناسبة بحيث تشمل معظم هذه الحالات، على أن ينص بجانب ذلك على أفضل الضمانات اللازمة، لتأمين حقوق الأفراد وحررياتهم تحقيقاً لمبدأ الشرعية. كما أن فترة الأزمات تحتاج إلى إجراءات حاسمة وسريعة لمواجهةها ولا وقت فيها للتروي، واللجوء إلى إصدار القوانين الخاصة بها، لصعوبة ذلك، إذ قد لا يكون البرلمان منعقداً مثلاً، بل حتى لو كان

(76) ينظر: S.A.de . Smith K Constitutional and adminiattriv Law ,2ed ,1973 ,p52.

(77) ينظر: د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 109-110.

(78) ينظر: تجدر الإشارة إلى أن حالة الطوارئ بمفهومها القانوني هذا تختلف عن مفهومها الواقعي والذي يتمثل بالقواعد القانونية التي يعمل بها لمواجهة الكوارث العادية، وهي بهذا المفهوم تلتقي مع مفهوم نظرية الظروف الاستثنائية بوصفها إحدى تطبيقاتها. للمزيد ينظر: د. عبد الحميد الشواربي وشريف جاد الله، شائبة عدم مشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 63 وما بعدها.

(79) ينظر كذلك قانون الطوارئ السوري لسنة 1962 والاردني لسنة 1992.

(80) ينظر: د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 113.

منعقدًا فمن يضمن أن تأتي هذه القوانين ملبية لمتطلبات الظرف الاستثنائي بالموازنة بينها وبين حقوق الأفراد؟، خصوصاً أن عملية صدور القانون ستسودها حتماً الكثير من المناقشات العنيفة والمجادلات، في الوقت الذي تكون فيه البلاد أحوج ما تكون إلى التصرف لا إلى الجدل، وإلى الفعل لا إلى القول، لذا فإن سن قانون معالج للظروف الإستثنائية في زمن يسود فيه الترويح والهدوء يكون له النصيب الأوفر من الرؤية والتمحيص، إذ يخرج هذا القانون محققاً للأغراض المستهدفة منه، وهو فضلاً عن ذلك كله يشعر الأفراد سلفاً بالتضحيات التي سيدعون إلى تحملها عند حلول هذه الظروف، مما يؤدي إلى التقليل من الآثار السلبية لهذا القانون على حقوق الأفراد وحياتهم. لذلك فإن أغلب الدول أخذت بهذا النهج كالعراق ومصر وفرنسا كما سبق ذكره. فبالنسبة للعراق يلاحظ بأن قانون الطوارئ رقم (1) لسنة 2004 ، والذي جاء ناسخاً للكثير من الأحكام التي وردت في قانون الطوارئ رقم (4) لسنة 1965<sup>(81)</sup>، نظم الأحكام الخاصة بالظروف الإستثنائية، فجاءت المادة الأولى منه لتبين مسوغات إعلان حالة الطوارئ بقولها: (لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع إعلان حالة الطوارئ في أي منطقة من العراق، عند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، وناشئ عن حملة مستمرة للعنف من أي عدد من الأشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق، أو تعطيل المشاركة السياسية السليمة لكل العراقيين، أو أي غرض آخر). لكن يبدو أن هذه المادة جاءت قاصرة بالنسبة لحالات أو أسباب إعلان حالة الطوارئ، إذ حصرتها بحملات العنف فقط، في حين أن الظرف الاستثنائي لا يتمثل بهذا الخطر فحسب، فهو يشمل الكثير من الحالات الأخرى كالحرب، أو الكوارث، أو الاضطرابات .... الخ، لذلك فإن تطبيق هذا القانون يكون مقتصر على الحالة التي وردت فيها فقط. كما يلاحظ أن الشرط الأخير من هذه المادة والذي حدد بموجبه حملة العنف — (منع تشكيل حكومة أو تعطيل المشاركة السياسية لكل العراقيين) أنه زائد ولاداعي له، ولاسيما أن العبارة الأخيرة جاءت شاملة لأية أهداف عندما ذكرت (أو أي غرض آخر)، فكان من المفروض أن تأتي صياغة هذه المادة بالشكل الآتي: ( يهدد الأفراد في حياتهم أو يؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة، سواء أكان الخطر ناشئاً من حملات مستمرة للعنف من أي عدد من الأشخاص أو من حالات العصيان المسلح أو الاضطرابات الداخلية أو الحروب أو الاوبئة أو الكوارث ولأي غرض

(81) ينظر: جدير بالذكر أن أول قانون للطوارئ في العراق كان برقم (56) لسنة 1940 (مرسوم صيانة الأمن العام وسلامة الدولة)، إلا أنه ألغي بصدور مرسوم الطوارئ رقم (1) لسنة 1956 ، وهذا بدوره ألغي بصدور قانون السلامة الوطنية رقم (4) لسنة 1965 . للمزيد حول هذه القوانين ينظر: سعدون عنتر الجنابي، مصدر سابق، ص143 وما بعدها.

كان). والظاهر من نص هذه المادة أيضا أن إعلان حالة الطوارئ يكون بيد رئيس الوزراء بعد إجماع هيئة الرئاسة على ذلك(82).

كما أن المادة الثانية من هذا القانون بينت أنه يجوز تمديد هذه الحالة ببيان تحريري من رئيس الوزراء، أو هيئة الرئاسة، وبموجبها أيضا تنتهي حالة الطوارئ بزوال الخطر أو الظرف الذي أستخدمه قيامها، أو عند عدم التمديد التحريري لهذه الحالة. وطبقا للمادة (58) من الدستور الدائم فإنه ينبغي أيضا موافقة البرلمان على إعلان حالة الطوارئ، ويجب على رئيس الوزراء أن يعرض على البرلمان الإجراءات المتخذة والنتائج خلال مدة إعلان الطوارئ وذلك بعد (15) يوما من الإنتهاء، إلا أن النص لم يبين الغرض من هذا العرض، فهل هو عرض شكلي، أم أنه يجب الموافقة على هذه الإجراءات؟

ولكن يلاحظ أن قانون الطوارئ المصري والفرنسي كانا أكثر دقة في هذا الصدد. فالمادة الأولى من القانون المصري حددت أسباب إعلان حالة الطوارئ بـ (وقوع حرب، أو قيام حالة تهدد بوقوعها، حدوث اضطرابات في الداخل، كوارث عامة، أو إنتشار وباء)، فكلما تعرض النظام أو الأمن العام للخطر بسبب إحدى هذه الحالات جاز عندها إعلان الطوارئ، في حين أن المادة الأولى من القانون الفرنسي حددت حالتين فقط هما: الخطر الحال الناشئ عن مساس خطر بالنظام العام، وحالة وقوع أحداث تشكل بطبيعتها وخطورتها كارثة. فهذه العبارات وإن كانت عامة وفضفاضة بحيث يمكن أن تفتح باب الإجتهد للتوسع فيها وإستنباط أسباب جديدة منها خصوصا في القانون المصري (83)، إلا أنه لامناص من ذلك من أجل التهيؤ لجميع المخاطر الناجمة عن الظروف الإستثنائية التي قد تحدث بالبلاد، كما أنه لا خوف من هذه العمومية في الألفاظ إذا ما نص القانون على ضمانات قوية وكافية لحقوق الأفراد وحررياتهم من الإجراءات التي يمكن أن تتخذها سلطات الطوارئ، لمواجهة هذه المخاطر، فيها تتحقق الموازنة المطلوبة بين متطلبات حماية المجتمع وحقوق الأفراد ومن ثم حماية التشريعية. أما فيما يتعلق بالسلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ ورفعها فإن المادة الثانية من القانون المصري أوضحت بأن ذلك يكون بقرار جمهوري، على أن يعرض قرار الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية، ليقرر ما يراه بشأنه، فإذا كان المجلس منحلا عرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، أما إذا لم يعرض خلال الميعاد

(82) ينظر: هيئة الرئاسة أو مجلس الرئاسة كان بموجب قانون إدارة الدولة يتألف من رئيس الجمهورية، ونائبين (م/أ)، وكذلك الحال بالنسبة للدستور الدائم لسنة 2005 (م 134 / ثانيا ..... أ).

(83) ينظر: د. أحمد عودة الغوييري، مصدر سابق، ص9؛ د. أحمد منحت علي، مصدر سابق، ص 137.

المذكور، أو عرض ولم يقره المجلس إعتبرت حالة الطوارئ منتهية، كما أنه لا يجوز مد حالة الطوارئ إلا بموافقة المجلس.

في حين بينت المادة الثانية من القانون الفرنسي بأن سلطة إعلان حالة الطوارئ تكون بمرسوم يصدر عن مجلس الوزراء لمدة لا تزيد عن (12) يوماً، ولا يجوز مدّها إلا بصدر قانون صادر عن السلطة التشريعية<sup>(84)</sup>. وأوضحت المادة الثالثة منه بأن حالة الطوارئ تنتهي بقوة القانون في حال حل البرلمان، أو استقالة الحكومة أثناء تطبيق الحالة، وذلك بعد مرور (15) يوماً من تاريخ الحل أو الإستقالة، وتعد جميع الإجراءات المتخذة بناء على هذا النظام الإستثنائي بعد هذا التاريخ باطلة، كما أن هذه الحالة تنتهي عند إنتهاء مدة التمديد ولم تمدد مرة أخرى بقانون<sup>(85)</sup>.

إن ما تقدم بيانه من أحكام تتعلق بحالة الطوارئ في ظل قوانين الدول المشار إليها في الحقيقة لا تشمل جميع الأحكام الخاصة بها، فهناك قواعد أخرى متعلقة بالإجراءات المخولة للسلطة القائمة على تطبيق قانون الطوارئ وضماداتها، لذا سيتم بيانها في مواضع لاحقة من هذه الدراسة. وقبل ختام الكلام عن قانون الطوارئ لابد من الإشارة إلى أن هذا القانون لا يعد المصدر القانوني الوحيد للظروف الإستثنائية، فهناك قوانين أخرى تعالج هذه الظروف كقوانين التعبئة العامة والدفاع المدني والصحة العامة وغيرها<sup>(86)</sup>، إلا أنها ليست بذات الأهمية التي لقانون الطوارئ، نظراً لسعة تطبيقاته عالمياً، وكثرة الحالات التي يعالجها، بحيث يمكن أن تشمل حتى تلك الحالات التي تعالجها هذه القوانين.

(84) ينظر: ينظر: د. أحمد منحت علي، مصدر سابق، ص 123.

(85) ينظر: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 306.

(86) ينظر: ينظر مثلاً قانون الدفاع المدني المصري لسنة 1959 والعراقي لسنة 1978، وقانون التعبئة المصري لسنة 1960 والعراقي لسنة 1971، وأخيراً قانون الإستعانة الإضطرارية العراقي لسنة 1960 وقانون الصحة العامة العراقي رقم (89) لسنة 1981.



## الفصل الثاني

### محل الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية - (العمل الاجرائي والقرار الاداري)

يقصد بمحل الرقابة القضائية الشيء الذي ترد عليه هذه الرقابة، ومن خلال مراجعة القوانين المعالجة لهذا الموضوع سواء في الظروف العادية او الإستثنائية وكذلك أحكام القضاء بهذا الصدد يمكن الإستنتاج

بأن هذا المحل اما يأخذ شكل الإجراءات (الأعمال الإجرائية) بالنسبة للشرعية، أو القرارات الإدارية (الأعمال الإدارية) فيما يتعلق بالمشروعية. عليه سنتناول ذلك في مبحثين: يخصص الاول للكلام عن الاعمال الاجرائية والثاني لتوضيح القرارات الادارية:

## 1.2: الاعمال الاجرائية

ينظم المشرع الخصومة الجزائية – سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية – بواسطة مجموعة من الإجراءات التي تشكل الإطار القانوني لهذه الخصومة والتي تسمى بالأعمال الإجرائية. فالنظام الإجرائي للخصومة يبدأ بتحريك الدعوى الجزائية ضد الجاني الذي عرض مصالح المجتمع للخطر وصولاً إلى إقرار حق الدولة في العقاب، وبتحريك هذه الدعوى تنشأ الرابطة الإجرائية من أجل تنظيم العلاقة الإجرائية داخل الخصومة الجزائية ويتم التعبير عن حركة هذه العلاقة عن طريق الأعمال الإجرائية، لذلك فان هذه الخصومة ماهي الا عبارة عن رابطة إجرائية تبدأ بتحريك الدعوى الجزائية بغية الوصول إلى إثبات الجريمة ، ومعاقبة الجاني ويتم ذلك من خلال مجموعة من الأعمال الإجرائية بقصد تنظيم هذه الخصومة، غير أن مباشرة هذه الأعمال لا يكون بشكل كفي بل لابد ان يتم ذلك من خلال التقيد بالشروط التي تضعها القاعدة الإجرائية لمباشرتها بوصفها شروطاً لصحة ونفاذ هذه الأعمال . ومن أجل الوصول إلى فهم أدق لماهية العمل الإجرائي سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول منهما تعريف العمل الإجرائي، وفي الثاني منه نبحت في شروط صحة هذا العمل:

### 1.1.2: تعريف العمل الاجرائي

تعددت التعاريف التي وضعت للعمل الإجرائي، ومرد ذلك إلى إختلاف وجهات النظر حول هذا العمل، والزاوية التي ينظر من خلالها إليه. فمن الكتاب من يبحثه من زاوية العلاقة بينه وبين الخصومة فيعرفه بأنه: (العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة أثراً إجرائياً، ويكون جزءاً من الخصومة) (87)، وبذات المعنى يعرف بأنه: (المسلك الإيجابي الذي يكون جزء من الخصومة ويرتب أثراً إجرائياً فيها) (88). يلاحظ على هذين التعريفين أنهما حصرا العمل الإجرائي بذلك الشيء الذي يكون داخل الخصومة فقط، في حين أن هناك أعمالاً أخرى، وإن كانت خارج نطاق الخصومة إلا أنها تعد أعمالاً إجرائية أيضاً لأهميتها من حيث

(87) نقلا عن: د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959، ص 70.

(88) نقلا عن: د. وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، ط1، القاهرة، 1977، ص232.

الآثار التي تترتب عليها، فضلا عن ذلك يتضح من هذين التعريفين أنهما لا يشتملان على كافة خصائص العمل الإجرائي.

ومن الفقهاء من ينظر إلى هذا العمل من زاوية النشاط فيعرفه بأنه: (تعبير عن حركة الرابطة الإجرائية، أو بعبارة أخرى تعبیر عن سلوك الأشخاص الإجرائيين)<sup>(89)</sup>، وهذا التعريف بدوره ناقص، إذ أنه يتناول العمل الإجرائي فقط من حيث كونه السلوك الذي يقوم به الشخص الإجرائي، أو من حيث كونه المعبر عن نشاط الرابطة الإجرائية، في حين أن لهذا العمل مقومات أو خصائص عديدة أخرى غير هذه. وعلى نفس الشاكلة يعرف أيضا بأنه: (عمل قانوني يتمثل في حركة إرادية صادرة عن ذي أهلية إجرائية، تتولى قاعدة إجرائية لتحديد مضمونه وتعيين شكله، ويترتب عليه مباشرة إنشاء مركز إجرائي أو التأثير على سيره، أو تعديله أو إنهائه)<sup>(90)</sup>، والشيء الجديد الذي أتى به هذا التعريف هو إشارته وبصورة غير مباشرة إلى ضرورة أن يكون العمل الإجرائي مشتملا على شروطه المنصوص عليها في القاعدة الإجرائية، فضلا عن الآثار المترتبة على هذا العمل.

وهناك من ينظر إلى العمل الإجرائي من حيث الآثار التي تترتب عليه فيقول بأنه: (العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة إنشاء، أو تعديل، أو إنهاء الخصومة كرابطة قانونية)<sup>(91)</sup>. والشيء نفسه الذي قيل عن التعريفين الأول والثاني السالفي الذكر ينطبق على هذا التعريف أيضا، من حيث قصرهما العمل الإجرائي فقط على الذي يكون جزء من الخصومة (ولو بصورة ضمنية) وعدم إشماله على جميع خصائص هذا العمل سوى الآثار التي يمكن أن يرتبها.

وأخيرا هناك من عرفه أيضا بأنه: ( العمل القانوني الذي يرتب القانون عليه مباشرة أثرا في إنشاء الخصومة، أو تعديلها، أو إنقضائها، سواء أكان خارج أم داخل الخصومة، أم ممهدها)<sup>(92)</sup>، ويلاحظ على هذا التعريف أنه وإن لم يتضمن كافة خصائص العمل الإجرائي، إلا أنه أرجح التعاريف المتقدمة، على الأقل لكونه قد تضمن أحد أهم هذه الخصائص ألا وهو إعتبار العمل الخارج عن الخصومة الإجرائية عملا إجرائيا أيضا، فإذا كانت هذه الخصومة تبدأ بتحريك الدعوى الجزائية- كما سبق القول- وما يستتبع ذلك من ضرورة إتخاذ الإجراءات اللازمة للتثبت من وقوع الجريمة ومعاقبة مرتكبها، إلا أنه ينبغي ألا يغفل

(89) أشار إليه: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مصدر سابق، ص100.

(90) نقلا عن: المصدر ذاته والصفحة ذاتها.

(91) أشار إليه: د. فتحي والي، مصدر سابق، ص69.

(92) نقلا عن: د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص45.

الإجراءات الأخرى السابقة على الخصومة أو الممهدة لها، والتي تعد ضرورية كونها تؤثر في الخصومة تأثيراً مباشراً، مما يقتضي التسليم بكونها أعمالاً إجرائية أيضاً. مثال ذلك الإجراءات التي ترمي إلى التحري عن الجريمة بقصد جمع الأدلة التي يتولاها أعضاء الضبط القضائي بموجب الصلاحيات التي خولها لهم القانون(93).

من ذلك يتضح ان العمل الإجرائي بمعناه الواسع يتضمن نوعين من الأعمال: الأول هي تلك التي يباشرها أحد الأشخاص الإجرائيين داخل الخصومة الجزائية منذ لحظة نشأة هذه الخصومة وإلى حين انتهائها، وتؤثر فيها تأثيراً مباشراً من حيث الإنشاء، أو السير، أو التعديل، أو الإنقضاء ويسمى بأعمال الخصومة، أما الثاني فهو كل عمل يتم مباشرته خارج نطاق هذه الخصومة وقبل نشأتها ابتداء من لحظة وقوع الجريمة وإلى حين نشأة الخصومة، وتؤثر فيها أيضاً تأثيراً مباشراً من ناحية الإنشاء، أو السير، أو التعديل، أو الإنقضاء وتسمى بالأعمال الخارجة عن الخصومة. وبناء على المعطيات المتقدمة يمكن تعريف العمل الإجرائي بأنه: كل عمل قانوني يباشره أحد الأشخاص الإجرائيين منذ لحظة وقوع الجريمة وإلى حين تحريك الدعوى الجزائية ونشأة الخصومة (العمل الخارج عن الخصومة)، وبعد نشأتها ولحين إنتهائها (العمل الداخل في الخصومة)، ويؤدي قانوننا إلى التأثير مباشرة في تطور رابطة الخصومة إنشاءً، أو تعديلاً، أو إنقضاءً، على أن يكون مباشرة هذا العمل وفقاً للشروط الشكلية والموضوعية له والمنصوص عليه في القانون الذي ينظمه(94).

يظهر من التعريف المتقدم للعمل الإجرائي بأن له خصائص تتمثل بـ: عمل قانوني، العمل الإجرائي يقوم به أحد الأشخاص الإجرائيين، العمل الإجرائي جزء من الخصومة أو متعلق بها، العمل الإجرائي يؤدي إلى التأثير في الخصومة سيراً، أو تعديلاً، أو إنقضاءً، وأخيراً للعمل الإجرائي شروط شكلية وموضوعية والتي سيتم بيانها في المطلب الآتي:

## 2.1.2: شروط صحة الاعمال الاجرائية

تخضع جميع الأعمال الإجرائية لتنظيم القانون، إذ وضع المشرع شروطاً معينة ينبغي مراعاتها عند إتخاذ هذه الأعمال، بحيث لا تعد صحيحة كقاعدة عامة – مالم تكن متطابقة مع هذه الشروط، والتي تعد بمثابة ضمانات للحد من التعسف في إتخاذها وضمانة للشرعية الإجرائية، فمن الخطورة بمكان أن تسير

(93) بخصوص ذلك ينظر مثلاً نصوص المواد (41، 42، 43، 44، 49/أ) الاصولية العراقي.

(94) بهذا المعنى ينظر: د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1959، ص45.

الخصومة الجزائية دون ضوابط محددة سلفا تلزم الشخص الإجرائي بمراعاتها عند إتيانه لأي عمل، كي تمضي هذه الخصومة وفقا للخطة التي رسمها المشرع وصولا إلى تحقيق هدفها النهائي. وعلى أية حال فإن الشروط الخاصة بصحة العمل الإجرائي إما تتعلق بالمقتضيات الخارجية له وتسمى بالشروط الشكلية، وإما تنصب على المقتضيات الداخلية له ويطلق عليها بالشروط الموضوعية. وهو ما سيتم بيانه في فرعين:

### 1.2.1.2: الشروط الشكلية

فالعمل الإجرائي هو عمل شكلي بحسب الأصل، بمعنى أن القانون يشترط إفراغه في الشكل الذي يقرره، فهو الوعاء أو القالب الذي ينصب فيه هذا العمل، وبعبارة أخرى هو الوسيلة التي يتم بها العمل الإجرائي. وتختلف الشروط الشكلية للعمل الإجرائي باختلاف العمل ذاته. ومهما يكن من أمر فإن من المقرر أن للشكلية أهمية بالغة في نطاق القانون الإجرائي، فهذا القانون ينظم الخصومة الجزائية بسلسلة من الأعمال الإجرائية التي يجب أن تباشر وفق الصيغة المرسومة لها في هذا القانون، لأنه من الخطورة ترك هذا العمل وفقا لرغبات الشخص القائم بمباشرته، فيأمر القاضي مثلا بتقييد حرية المتهم دون ضابط معين ويستبيح عضو الضبط القضائي حرمته مسكنه دون التقييد بالشكل الذي يقرره القانون وهكذا(95). وبذلك فإن الشكلية تعد ضمانا ضد التعسف في مباشرة الأعمال الإجرائية، كما أنها أداة لتحقيق العدالة وحسن سير الخصومة، فهي تدعو إلى التروي والتفكير في كل عمل إجرائي قبل الإقدام عليه، ومن ناحية أخرى تطمأن الشخص مقدا إلى الآثار القانونية المترتبة على مباشرته للعمل وهذا يؤدي إلى عدم قيام الشخص بإتخاذ العمل إلا بعد مراعاة الأوضاع القانونية، وفي ذلك تطبيق سليم للقانون. والشكل كشرط لصحة العمل الإجرائي يتخذ مظاهر شتى في هذا العمل، فقد يكون بمثابة عنصر فيه أي طريقة للتعبير عنه ويطلق عليه في هذه الحالة الشكل بالمعنى الضيق(96). مثال ذلك قيام المحقق أو المحكمة بإجراء الكشف على محل الحادث وتحديد تحديد عينا، فهذا العمل الإجرائي يعد الشكل عنصرا فيه لأن القانون يحدد وسيلة القيام به، فلا يستطيع المحقق أو المحكمة من إجراء الكشف دون أتباع الطريقة التي يحددها القانون. كما أن هذا الشكل قد يكون ظرفا في هذا العمل، سواء أكان مكانيا، أم زمانيا كوجوب تبليغ ورقة التكليف بالحضور في مسكن الشخص أو عمله، وكعدم جواز زيادة مجموع مدد التوقيف عن ربع الحد الأقصى للعقوبة فيما عدا الجرائم المعاقب عليها بالإعدام(97).

(95) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص362.

(96) ينظر: د. جمال مولود ذبيان، ضوابط عدالة وصحة الحكم القضائي، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 1992، ص 76.

(97) ينظر نص المادتين (89 و109/ج) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971 المعدل.

ولكن الرأي الراجح يذهب إلى وجوب التفرقة بين الشكل الجوهري وغير الجوهري والقول بعدم صحة العمل الإجرائي الذي يخالف فيه الشكل الجوهري وعدم المساس بصحة هذا العمل في حال إغفال الشكل غير الجوهري، وأساس ذلك لدى أصحاب هذا الرأي أن الشكلية في العمل الإجرائي يجب ألا يغالى فيها وتتجاوز حد المعقول، إذ تصبح وسيلة للمماطلة وتؤدي إلى البطء في حسم الدعوى، الأمر الذي يتعارض مع قصد المشرع نفسه. وقد أورد أصحاب هذا الرأي معايير كثيرة ومتنوعة للتمييز بين الشكل الجوهري وغير الجوهري، إلا أن أفضل هذه المعايير هو ذلك الذي يذهب إلى القول بأن الشكل يكون جوهريا إذا كانت الغاية منه تحقيق إحدى المصالح الآتية: المصلحة العامة التي تتمثل في حسن سير الجهاز القضائي، مصلحة الخصوم في الدعوى الجزائية ومصلحة المتهم في ضمان حقه في الدفاع عن نفسه بدفع التهمة عنه . ومن الأمثلة على ذلك هو الرد على طلبات ودفع المتهم، إذ أنه يعد شكلا جوهريا لأن الغاية منه هو ضمان حقه في الدفاع، وكذلك تحليف الشاهد اليمين القانونية قبل سماع أقواله فهو شكل جوهري قصد منه الاشتياق من أقوال الشاهد وعدم التشكيك في قيمة الشهادة، لذا فالغاية منه هو تحقيق المصلحة العامة التي توجب أن تكون هذه الأقوال صحيحة ومصلحة الخصوم أيضا التي تتأثر بهذه الأقوال، وغير ذلك من الأمثلة الأخرى. أما إذا لم تكن الغاية هي تحقيق إحدى المصالح المشار إليها، بل كان الغرض منه هو التنظيم المجرد لأعمال الخصومة بقصد التوجيه والإرشاد فقط فإنه يعد شكلا غير جوهري ولا يترتب على تخلفه أن يصبح العمل الإجرائي معيبا، ومن الأمثلة على ذلك في القانون المصري هو عدم ذكر مادة القانون المنطبقة على الواقعة في قرار التوقيف، فهو يعد شكلا غير جوهري، لأن الغاية منه هو إحاطة مأمور السجن علما بالتهمة التي حبس المتهم على ذمتها وهذه لا يتوقف تحقيقها على هذا البيان، وكذلك إغفال ذكر مهنة أو صناعة المتهم في مذكرة القبض فهو ليس بالشكل الوحيد الذي يتكفل تحديد شخصيته، لذا لا يعد العمل الإجرائي في مثل هذه الأحوال معيبا بسبب عدم مراعاة هذه الشكلية لأن الغاية منها هو توجيهه والإرشاد فقط(98).

### 2.2.1.2: الشروط الموضوعية

لا يكفي لصحة العمل الاجرائي توافر شروطه الشكلية، بل لابد من اكتمال الشروط الموضوعية حتى ينشأ صحيحا ومولدا لآثاره، فقد يكون هذا العمل صحيحا من الناحية الشكلية ولكن يحدث فيه خلل من الناحية الموضوعية مما يوجب بطلانه. والشروط الموضوعية تنحصر بأربعة شروط منها ما تتعلق

(98) ينظر نص المادة (1/4/127) إجراءات مصري) وينظر كذلك: د.أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص256-257.

بالشخص الإجرائي الذي يباشر العمل الإجرائي وهي (الإرادة والأهلية) وأخرى تخص العمل ذاته وهي (المحل والسبب) (99).

#### اولا/الارادة

العمل الإجرائي هو عمل إرادي من حيث نشأته كواقعة فلا بد أن يكون صادرا عن إرادة يعتد بها القانون هي إرادة القائم به<sup>(100)</sup>، متى انعدمت هذه الإرادة أصبح العمل الإجرائي غير صحيح بل أنه لا يمكن الكلام عن عمل إجرائي موجود في هذه الحالة، لذلك فإن من مقتضيات وجود الإرادة هو تمتع الشخص الذي يباشر العمل بالقدرة على التمييز والإختيار<sup>(101)</sup>. ويرى جانب من الفقه أن شكلية العمل الإجرائي تتكفل بتوافر الإرادة في مباشرته، إذ متى توافرت هذه الشكلية توافرت الإرادة أيضا وأمتنع الحديث عن حصول خلل في هذه الإرادة<sup>(102)</sup>. غير أن هذا الأمر إذا كان يصدق في بعض الحالات فإنه لا يصدق في أحوال أخرى كثيرة، إذ من الممكن أن تتوافر الشكلية دون الإرادة كالإعتراف الصادر أمام مجلس القضاء ولكن بالإكراه، بالمقابل قد لا تتوافر الشكلية في حين أن الإرادة كاملة ومتوافرة كإعتراف المتهم الحر ولكن خارج مجلس القضاء، فهذا الإعتراف ينبغي أن يصدر أمام جهة قضائية محددة قانونا، وذلك كشرط شكلي لازم لصحته فصدوره خارج هذا المجلس يعيبه بعيب شكلي مع أنه قد صدر عن إرادة حرة<sup>(103)</sup>. لذا لا يكفي وجود إرادة حقيقية بل لا بد أن تكون هذه الإرادة خالية من عيب الإكراه لانه يقطع الرابطة بينها وبين الآثار التي يمكن أن ينتجها العمل الإجرائي ومن ثم يكون هذا العمل عديم الأثر.

#### ثانيا/ الاهلية

يقصد بها في نطاق القانون الإجرائي صلاحية الشخص الإجرائي لمباشرة الأعمال الإجرائية، إذ ليس جميع الأشخاص الإجرائيين سواء من حيث صلاحيتهم لمباشرة هذه الأعمال. والذي يهمنا هو بيان الأهلية الإجرائية للشخص الإجرائي العام وليس الخاص، لأن الشرعية الإجرائية وخصوصا في الظروف الاستثنائية تتأثر بتصرفات وأعمال الأول دون الثاني. وبعبارة أخرى فإن البحث في الأهلية كشرط من شروط العمل الإجرائي يوجب توضيح هذه الأهلية بالنسبة للشخص الإجرائي العام فقط.

(99) د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وإحكام النقص، ج2، ط2، بلا مكان الطبع، 2005، ص1118.

(100) ينظر: د. جمال مولود ذيبان، مصدر سابق، ص81.

(101) والإرادة بصورة عامة تعد منعدمة إذا صدرت من غير مميز أو من مجنون أو فاقد الوعي بسبب السكر أو المرض. للمزيد ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح

القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج2، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 1968، ص153.

(102) ينظر: د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، الإسكندرية، 1974 ص675.

(103) ينظر نص المادة (217) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

والأهلية محل البحث<sup>(104)</sup> تنقسم إلى نوعين: أهلية عامة وأخرى خاصة، فالأولى هي الصلاحية اللازمة لإعتبار الشخص الذي يباشر العمل شخصاً إجرائياً وهي الأهلية المطلوبة لصحة إنعقاد الخصومة الجزائية، أما الثانية فهي الصلاحية اللازم توافرها لإمكانية مباشرة الشخص الإجرائي لأحد الأعمال الإجرائية<sup>(105)</sup>. والأهلية العامة للشخص الإجرائي العام تعني أن يكون هذا الشخص متمتعاً بصفة الموظف العام ومن الفئة التي ينسب إليها العمل، فالأحكام والقرارات القضائية مثلا لا يجوز أن تصدر إلا من قاض ويجب أن يكون المرسوم الجمهوري الخاص بتعيينه قد صدر لكي يكتسب صفة الموظف، وإذا كان العمل مما ينبغي صدوره من المحقق فلا بد أن يكون قرار تعيينه صادرا أيضاً، فهذا القرار هو سند وجوده في وظيفته والذي يضيف على أعماله صفة الشرعية في هذا المجال، وهكذا الحال بالنسبة للأشخاص الآخرين، فيجب أن يكون كل منهم متمتعاً بصفة الموظف العام أثناء مباشرته لأي عمل إجرائي وبخلافه يكون هذا العمل معيباً بل منعماً لصدوره من غير ذي صفة<sup>(106)</sup>.

أما بالنسبة للأهلية الإجرائية الخاصة فتعني أن يكون الشخص الإجرائي العام صالحاً لممارسة وظيفته في الحالة المعينة، سواء ما تعلق منها بالإختصاص، أم بالشروط الواجب توافرها في هذا الشخص بالنسبة لأعمال معينة. فقد لا يكفي لصحة العمل الإجرائي الصادر من الشخص الإجرائي العام أن يكون هذا الأخير متمتعاً بصفة الموظف العام على النحو المتقدم، بل لابد أن يكون مختصاً بهذا العمل طبقاً لقواعد الاختصاص التي يحددها المشرع والتي تنحصر بالاختصاص النوعي والشخصي والمكاني<sup>(107)</sup>. ويتحدد الاختصاص النوعي بالنسبة للقاضي أو المحكمة بنوع الجريمة المرتكبة فيما إذا كانت مخالفة أو جنحة أو جناية<sup>(108)</sup>،

(104) تجدر الإشارة إلى أن الأهلية الإجرائية تختلف عن الأهلية في نطاق التصرفات القانونية، فالثانية تعني صلاحية الشخص لمباشرة هذه التصرفات على وجه يعتد به شرعاً (أهلية الأداء)، أو صلاحيته لثبوت الحقوق له ولوجوب الالتزامات عليه (أهلية الوجوب). ومناطق هذه الأهلية هي العقل والتمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ومن فقدتها كان عديم الأهلية. لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج2، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980، ص63 وما بعدها. وهذه الأهلية خاصة بالمصلحة الفردية لأنها شرعت لمصلحة ناقص الأهلية. في حين أن الأهلية الإجرائية ونظراً لإرتباطها بالخصومة الجزائية فإن الغرض منها بشكل عام هو تحقيق المصلحة العامة، كما أنها لا تتعلق بسن التمييز إلا بالنسبة لبعض الأعمال الإجرائية.

(105) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، نظرية بطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص361.

(106) وينبغي الإشارة إلى أن فترات الإجازة التي تتخللها الوظيفة العامة لا تنفي عن الشخص صفة الموظف، إذ يستطيع أن يقطع هذه الإجازة ويباشر أعماله دون أن تكون معيبة. بهذا المعنى ينظر: د. شهاب توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط10، بلا مكان طبع، 1980، ص347 وما بعدها.

(107) ينظر: د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية نظرياً وعملياً، ط4، مطبعة ته باي، اربيل، جامعة الموصل، 2019، ص55. ويضيف البعض نوعاً آخر إلى أنواع الإختصاص وهو الإختصاص الوظيفي ويتحدد إما بحسب مراحل الخصومة التي تقتضي الفصل بين مرحلتَي التحقيق الابتدائي والقضائي. فالأول يختص به قاضي التحقيق، أما الثاني فهو من اختصاص محكمة الموضوع، أو بحسب أعمال إجرائية معينة وهو يستوجب الفصل بين الأعمال التمهيدية وأعمال المحاكمة، فالأولى من اختصاص رئيس المحكمة، أما الثانية فتكون من اختصاص المحكمة بأسرها. للمزيد من التفصيل ينظر: د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، ج1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص395 وما بعدها.

(108) وقد يتحدد تبعاً لطبيعة الأعمال الإجرائية التي تملك المحكمة مباشرتها، إذ تختص المحكمة بمحاكمة المتهم المحال عليها إلا أن اختصاصها لا يمتد إلى غير هذا الشخص إذا لم يكن محالاً عليها بحسب الأصول (م 155/الأصولية العراقي)، وهو ما يعرف بشخصية الدعوى الجزائية. كما أنها لا تملك إختصاصاً بالفصل في الوقائع الأخرى التي تظهر لها والتي لم تحال إليها وفقاً للقانون، وهو ما يطلق عليه بعينية الدعوى الجزائية.



أما الاختصاص الشخصي فيحدد وفقا لشخص المتهم من حيث كونه بالغاً أو حدثاً(109)، في حين أن الاختصاص المكاني يتحدد بمكان ارتكاب الجريمة أو المكان الذي وجد فيه المجني عليه أو وجد فيه المال(110). عليه فلا يستطيع قاضي الجرح مثلاً أن يباشر أي عمل يتعلق بجريمة من نوع الجنايات لعدم إختصاصه في النظر في هذه الجرائم، بل هو من إختصاص محكمة الجنايات، كما لايجوز لمحكمة الجرح أو الجنايات اتخاذ أي إجراء ضد متهم حدث إذ أن ذلك من اختصاص محكمة الأحداث، وأخيراً يجب على القاضي أو المحكمة التقيد بالضوابط المحددة قانوناً للاختصاص المكاني عند مباشرة أي عمل من الأعمال الإجرائية.

### ثالثاً/ المحل

أما شرط المحل فيقصد به أن يتم مباشرة العمل الاجرائي في مواجهة شخص معين أو على شيء معين، لذا فمحل هذا العمل هو الموضوع الذي يرد عليه وهو إما أن يكون شخصاً من الأشخاص، أو شيئاً من الأشياء، فالتفتيش لا يرد إلا على شخص، أو مكان معين(111)، وبما أن الأعمال الإجرائية كثيرة ومتنوعة لذا فالمحل بدوره يختلف باختلاف هذه الأعمال، إلا أنه لا يخرج عن وجوب كونه شخصاً من الأشخاص أو شيئاً من الأشياء. ولكن يجب أن يتوافر في المحل شرطان: الأول هو أن يكون محددًا أو على الأقل قابلاً للتحديد، فالتفتيش مثلاً إذا ورد على مسكن فلا بد أن يكون معيناً معيناً نافعاً للجهة إلا أنه يكون صحيحاً حتى لو لم يذكر جميع التفاصيل المتعلقة بهذا المسكن إذا أمكن التعرف عليه من الظروف المحيطة بأمر التفتيش فيكفي أن يكون قابلاً للتحديد وإن لم يحدد بدقة، وأمر التوقيف يكون صحيحاً أيضاً وإن لم يذكر إسم الشخص الموقوف إذا كان بالإستطاعة التعرف عليه كما لو كان هو المتهم الوحيد في الدعوى. غير أن العمل الإجرائي يكون معيباً إذا لم يحدد محله ولم يكن قابلاً للتحديد، مثل إصدار أمر القبض ضد مجموعة غير محددة من الأشخاص، أو صدور قرار من المحكمة بإنبابة محكمة أخرى للقيام ببعض الإجراءات دون تحديد هذه الإجراءات في قرار الإنابة(112). أما الشرط الثاني لصحة محل العمل الإجرائي فهو وجوب أن يكون مطابقاً للقانون ( مشروعاً)، فينبغي أن يكون مما يجيزه القانون، إذ قد يكون هذا العمل محددًا إلا أنه مخالف للقانون فيؤدي ذلك إلى الإخلال بصحته لعدم مشروعية محله كصدور قرار من قاضي التحقيق أو المحكمة

(109) وقد يتحدد بحسب ما إذا كان المتهم فرداً عادياً أو ذو حصانة فلا يجوز محاكمة رؤساء الدول الأجنبية مثلاً أمام المحاكم الوطنية (م11/عقوبات عراقية).

(110) ينظر نص المادة (53/ الاصولية العراقية). كما قد يتحدد هذا الاختصاص حسب محل إقامة المتهم، أو المكان الذي يقبض عليه فيه (م217/إجراءات مصري).

(111) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص361.

(112) ينظر نص المادة (56/ب) الاصولية العراقية.

بحجز أموال المتهم التي لا يجوز حجزها قانوناً، فالعمل الإجرائي هنا (الحجز) معيب لعدم صحة محله (أموال المتهم)، إذ ليست جميع هذه الأموال قابلة للحجز<sup>(113)</sup>، كما أن صدور أمر من قاضي التحقيق بانتداب أحد أعضاء الضبط القضائي للتحقيق في قضية برمتها يعد معيباً لعدم مشروعية المحل، فالقانون يشترط لصحة الندب أن يرد على عمل معين وليس على قضية برمتها<sup>(114)</sup>.

وقد يثار تساؤل عن مدى صحة الحكم الذي يقضي بعقوبة مستحيلة لم ينظمها القانون، كالحكم بعقوبة ألغيت بالطرق القانونية؟ هناك من يرى أن هذا الحكم يعد معيباً ويحكم ببطلانه لعدم صحة محله<sup>(115)</sup>. في حين يذهب رأي آخر-والذي نؤيده-إلى أن الخطأ في العقوبة لا يعد عيباً في المحل بل خطأ في تقدير العقوبة<sup>(116)</sup>، بمعنى أنه مجرد مخالفة للقانون ولكن ليس جزءاً هذه المخالفة البطلان وإنما قابليته للطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً<sup>(117)</sup>، فإذا استنفذت أصبح الحكم نهائياً وأمتنع تنفيذه، كما يمنع ذلك من محاكمة المتهم مجدداً عن ذات التهمة.

#### رابعاً/ السبب

الأعمال الإجرائية تعد أعمالاً قانونية ليس للإرادة دور فيها سوى بالإتجاه نحو الواقعة المكونة للعمل دون الآثار التي يتولاها القانون، لذلك أصبح السبب في نطاق هذه الأعمال محل خلاف، فيرى جانب من الفقه بأنه ليس للسبب أي اعتبار قانوني للعمل الإجرائي، فلا أثر له في صحته فالغرض الذي يرمي إليه الشخص من قيامه بالعمل الإجرائي لا أثر له من هذه الناحية لأن شكلية العمل الإجرائي هي التي تضمن تحقيق هذه الغاية<sup>(118)</sup>. في حين يذهب جانب آخر إلى القول بأن السبب شرط لازم لصحة العمل الإجرائي وبدونه يبطل هذا العمل، إذ أنه يبين الحالات التي يجوز فيها مباشرة الأعمال الإجرائية، فهذه الأخيرة ذا صور متنوعة وهي لا تتمتع باستقلال ذاتي، بل أنها جميعها تتصافر نحو غاية واحدة هي الغاية من الخصومة، لذا فالسبب

(113) ينظر نص المادة (183/أ) الاصولية العراقي.

(114) ينظر نص المادة (52/أ) الاصولية العراقي.

(115) ينظر د. فتحي والي، نظرية البطلان في القانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959، ص 422

(116) ينظر د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 308.

(117) ينظر نص المادة (249/أ) الاصولية العراقي). كما يلاحظ بأن محل الحكم ليست العقوبة بل هو شخص المتهم، ويمكن القول بأن الحكم بعقوبة مستحيلة هي من الحالات النادرة في الواقع العملي لوجود محكمة التمييز، بوصفها أعلى هيئة قضائية في البلاد وهي لا تقبل لنفسها التصديق على حكم مبني على مخالفة صارخة للقانون.

(118) ينظر: د. فتحي والي، مصدر سابق ص 429.

يعد بمثابة القيد القانوني الذي يجب مراعاته في العمل الإجرائي تحقيقاً لهذه الغاية<sup>(119)</sup>. وبشكل عام يمكن القول بأن المنطق القانوني السليم يقضي بأن يكون السبب شرط لصحة العمل الإجرائي ولكن في الوقت ذاته قد يكون من الصعب إثبات عدم مشروعية السبب بالنسبة لبعض هذه الأعمال فيما يتعلق بمضمون السبب الشخصي بشكل خاص. إذا فالسبب في نطاق العمل الإجرائي قد يكون هو الآخر ذا مضمون شخصي فهو الباعث الدافع الذي يدفع الشخص الإجرائي إلى مباشرة العمل<sup>(120)</sup> فيلزم أن يكون مشروعاً، وهو بهذا المعنى له أهمية كبيرة بالنسبة للأعمال الإجرائية وبالذات العامة التي يباشرها الموظف العام وبصورة خاصة في الظروف الإستثنائية، بالنظر لسعتها مما قد تشكل مساساً بحريات الأفراد وحقوقهم إذا ما بوشرت دون أن يكون دافعها مشروعاً. فهذه الأعمال يجب أن تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهي الغاية النهائية للخصومة الجزائية فإذا ما إنحرف الموظف بالسلطة الممنوحة له لمباشرة هذه الأعمال نحو تحقيق غايات لا يقرها القانون فإنه يقتضي الحكم بعدم صحة هذه الأعمال لعدم مشروعية سببها، إذ يمتنع عليها توليد الآثار القانونية المفترضة لها في حال صحتها. وبذلك يمثل شرط السبب قيداً على سلطة مباشر هذه الأعمال. ويمكن القول بأن هذا القيد تظهر أهميته بشكل خاص في الحالات التي يكون فيها للموظف سلطة تقديرية في اتخاذ العمل الإجرائي من عدمه، فمن خلالها قد ينحرف الموظف ويسيء استخدام سلطته كالحالات التي يعطي فيها المشرع لعضو الضبط القضائي صلاحية القبض على الأشخاص دون صدور مذكرة القبض وفي غير حالة الجرم المشهود إذا ظن لأسباب معقولة بأن الشخص قد ارتكب جناية أو جنحة عمدية، ولم يكن له محل إقامة معين<sup>(121)</sup> وكذلك الصلاحية الممنوحة للقائم بالتفتيش بتفتيش أي شخص في المكان الذي يجري فيه التفتيش إذا اشتبه أنه يخفي مما يجري التفتيش من أجله<sup>(122)</sup>، وصلاحية قاضي التحقيق في توقيف المتهم في الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات فأقل وفي المخالفات إذا خيف هروبه أو إضراره بسير التحقيق أو لم يكن له محل إقامة معين<sup>(123)</sup>.

ففي مثل هذه الحالات يكون للقائم بالعمل الإجرائي سلطة تقديرية في القيام به من عدمه، إلا أنها ليست سلطة تحكمية بل مقيدة بحدود المصلحة العامة فإذا لم يراع هذا القيد يبطل هذا العمل لإستناده إلى سبب غير مشروع، كأن يكون التفتيش مثلاً لغرض الحصول على منافع شخصية أو أن يكون التوقيف بسبب عدم

(119) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطالان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 310 .

(120) ينظر د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطالان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 313.

(121) ينظر نص المادة (3/103) الاصولية العراقي.

(122) ينظر نص المادة (77) الاصولية العراقي.

(123) ينظر نص المادة (110) الاصولية العراقي.

إعتراف المتهم بإقتراه الجريمة. ولكن ينبغي القول بأن إثبات عدم مشروعية السبب في مثل هذه الأحوال يكون صعباً لأنه يتعلق ببواعث ونوايا الشخص وهو أمر ليس من السهولة إثباته، ولا سيما في الحالات التي يقترب فيها بالعمل سببان أحدهما صحيح شرعي، وآخر معيب غير شرعي (124).

إن ما تقدم بيانه كان متعلقاً بالسبب في مضمونه الشخصي، أما المضمون الموضوعي لسبب العمل الإجرائي فيراد به مجموعة المعطيات أو المقدمات الضرورية التي تسبق هذا العمل فتبرره (125)، فالعمل الإجرائي ينبغي أن يتم بناءه على حالة قانونية أو واقعية تحدث وتكون الأساس الذي يستند إليه. والسبب بهذا المعنى يعد شرطاً عاماً في جميع الأعمال الإجرائية، فالشخص الإجرائي عند اتخاذ عمله ما يجب أن يرسيه على أساس من حالة قانونية أو واقعية تكون بمثابة السند الذي يعلّل القيام بالعمل وبخلافه يكون عمله باطلاً لعدم صحة سببه فحالة التلبس بالجرم المشهود في جنابة أو جنحة تعد سبباً للقبض على المتهم (126)، وعدم حضور الشاهد أو تعذر سماع شهادته يعد سبباً يجيز للمحكمة أن تقرر تلاوة شهادته المؤداة أمام قاضي التحقيق (127) وهكذا. وتجدر الإشارة إلى أن سبب العمل الإجرائي يختلف عن تسببيه، إذ لا يعني اتحادهما في الاشتقاق اللغوي ترادفهما في المعنى (128)، فالسبب هو شرط مستقل ينبغي توافره في العمل الإجرائي على وفق ما تقدم حتى يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره، في حين أن التسبب يدخل ضمن شرط مستقل آخر، وهو الشرط الشكلي الذي سبق بيانه. كما أن سبب العمل يتوافر قبل القيام به والذي يتمثل بالحالة القانونية أو الواقعية التي تدفع الشخص الإجرائي إلى القيام به، في حين أن مسألة تسبب العمل هي لاحقة على القيام به أو لاحقة على وجود سببه، وتعني قيام مباشر العمل بذكر الأسباب التي دفعته إلى إتخاذ العمل الإجرائي. فوفقاً لقانون الطوارئ المصري الملغي مثلاً يجوز القبض على أي شخص أو إعتقاله إذا توافرت حالة من الحالات التي نص عليها القانون كسبب لهذا العمل الإجرائي، ولكن يجب أن يتم تسبب هذا القبض أو الإعتقال باعتباره شرطاً شكلياً لصحته، وذلك بذكر أسبابه وتبليغ الشخص المقبوض أو المعتقل بهذه الأسباب كتابة (129).

(124) في الحالة أعلاه لا يكون العمل الإجرائي معيباً ما دام أن سببه المشروع قد تحقق وإن توافر فيه سبب آخر غير مشروع. ينظر: د. أحمد فتحي سرور نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 326.

(125) بهذا المعنى ينظر: آدم وهيب الندوي، فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ط1، مطبعة التعليم العالي، بغداد، 1988. ص 37.

(126) ينظر نص المادة (1/102) الاصولية العراقي.

(127) ينظر نص المادة (172) الاصولية العراقي.

(128) ينظر: د. خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، بلا مكان الطبع، 2002، ص 555.

(129) ينظر نص المادة (3) من قانون الطوارئ المصري الملغي. ومن الأمثلة الأخرى ينظر نص المادة (2/91) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والتي أوجبت تسبب القرار الصادر بالتفتيش كشرط شكلي لصحة هذا القرار.

وخلاصة ما تقدم أن السبب يعد شرطاً لصحة العمل الإجرائي وهو ذو مضمونين: شخصي وموضوعي، فالأول هو الباعث الذي دفع الشخص الإجرائي للقيام بالعمل فينبغي أن يكون مشروعاً وهو يعد أمراً داخلياً يتعلق بنوايا وبواعث هذا الشخص لذا قد يكون من الصعب إثبات عدم مشروعيته، أما الثاني فهو الحالة القانونية أو الواقعية التي تسبق العمل الإجرائي فتبرره وتعطي للشخص الإجرائي إمكانية إتخاذها، وهو أمر من السهل بيانه وإثباته لتعلقه بنصوص القانون.

## 2.2:القرارات الادارية

نقسم هذا المبحث الى مطلبين: الاول لبيان مفهوم القرار الاداري، والثاني لتوضيح شروط صحته:

### 1.2.2: المقصود بالقرار الاداري وتكييفه

ينقسم هذا المطلب الى فرعين: الاول لبيان معنى القرار الاداري وتكييفه، والثاني لتوضيح خصائصه:

#### 1.1.2.2: معنى القرار الاداري وتكييفه

إن بيان تكييف القرار الإداري له أهمية خاصة عند دراسة هذا القرار، بإعتباره المحل الثاني للشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية وذلك من أجل الوقوف على ماهية هذا القرار وتمييزه عن صور النشاط الإداري الأخرى. ولإن كان القرار الإداري يعد من أبرز صور هذا النشاط وأهم إمتياز يمكن أن يمنح للإدارة، بغية قيامها بوظائفها المختلفة، إلا أن النشاط الإداري لا يتمثل بهذا القرار وحده، بل أن هناك صوراً أخرى لهذا النشاط، لذا لا بد من توضيح هذا التكييف بغية التمييز بين القرار الإداري وغيره من صور النشاط الإداري الأخرى. ويمكن الوقوف على تكييف القرار الإداري من خلال التعاريف الموضوعية لهذا القرار، فالفقه يكاد يجمع على أن القرار الإداري هو: (عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث أثراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم)<sup>(130)</sup>. ويمكن أن نضيف إلى ذلك (متى ما كان مستوفياً لشروط صحته الشكلية والموضوعية) إلى نهاية التعريف حتى يأتي متكاملًا، إذ أن القرار الإداري إذا لم يصدر وفقاً للأوضاع القانونية، فلا يمكن عده قراراً إدارياً<sup>(131)</sup>.

(130) ينظر على سبيل المثال: د.علي بدير ود.عصام البرزنجي و د. مهدي السلامي، مبادئ القانون الإداري، بغداد، 1993، ص415، د.إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت، 1988، ص286.

(131) وعلى هذا الأساس يلاحظ أن التعاريف التي وضعها القضاء الإداري جاءت مشتملة على ضرورة توافر هذه الشروط في القرار الإداري، من ذلك قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر والصادر في 1979/6/27، والقرار الصادر في 1969/5/3. أشار إليهما: د.محمد صلاح عبد البديع السيد، الوسيط في القانون الإداري، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص442.

## 2.1.2.2: خصائص القرار الإداري

من تعريف القرار الإداري يتضح ان عناصره تتمثل بكونه: عمل قانوني، يصدر عن جهة إدارية عامة، ويصدر بالإرادة المنفردة للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني معين يتضمن تغييراً في المراكز القانونية:

اولاً/القرار الإداري عمل قانوني

يقصد بقانونية القرار الإداري أن الإدارة عندما تتخذ القرار فإنها تبغي إحداث آثار قانونية معينة عليه. وهذا العنصر هو الذي يميز القرار الإداري كعمل قانوني عن الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة، فهذه الأعمال لا تقصد الإدارة من ورائها إحداث أي أثر معين، سواء بإنشاء مركز قانوني، أم تعديله، أم إلغائه، وتندرج تحتها جميع الأعمال المادية التي تقع من الإدارة، سواء في صورة العمد، أم الإهمال وتحدث أضراراً بالأفراد، كحوادث السيارات التي تقع من موظفي الدولة مثلاً. وقد ميزت المحكمة الإدارية العليا بمصر بين القرار الإداري والعمل المادي بقولها: (وبافتراق القرار الإداري بذلك عن العمل المادي الذي لا تتجه فيه الإدارة بإرادتها الذاتية إلى إحداث آثار قانونية، وإن رتب القانون عليها آثاراً معينة، لأن مثل هذه الآثار تعد وليدة الإرادة المباشرة للمشرع وليس وليدة إرادة الإدارة الذاتية)<sup>(132)</sup>. وعلى ذلك فإن عمليات القبض أو الإعتقال أو التفتيش أو أي عمل جزائي آخر يقوم به أعضاء الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية فإنها لا تشكل قرارات إدارية، لذلك فهي أعمال مادية تنفيذية لقرارات إدارية متخذة مسبقاً<sup>(133)</sup>.

وإذا كانت قانونية القرار الإداري تعني أن الإدارة تهدف من وراء قرارها إلى إحداث آثار قانونية معينة، فليس معنى ذلك أن هذا القرار يعد عملاً إرادياً محضاً، فهذا القرار يمكن أن يعد عملاً إرادياً من ناحية المباشرة فقط، أي من حيث إتخاذ القرار من عدمه فلا بد أن يصدر القرار بإرادة السلطة الإدارية. أما من حيث النتيجة فلا يمكن أن يعد كذلك لأنه وإن كان من الضروري أن تتجه إرادة الإدارة إلى ترتيب الآثار القانونية المترتبة على قرارها إلا أن نشأة هذه الآثار من الناحية الفعلية ليس رهناً بإرادة الإدارة، لأن أمر ذلك متروك لحكم القانون، فهو الذي يقرر هل أن هذه الآثار ستترتب فعلاً أم لا، بمعنى آخر أن إحداث التغيير في المراكز القانونية (إنشاء وتعديل وانقضاء) مسألة يفصل فيها القانون سلباً أم إيجاباً ولادخل لإرادة الإدارة من هذه الناحية. بل أبعد من ذلك إذ يمكن القول أن الإدارة قد لا تمتلك هذه الإرادة في بعض الأحيان حتى من حيث إتخاذ القرار من عدمه وخصوصاً في الظروف الاستثنائية، فإذا تحقق سبب القرار وجب على

(132) ينظر القرار المرقم 930 لسنة 11 قضائية. أشار إليه: فهد العنزي، القرار الإداري: تعريفه وأركانه، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الآتي:

www.majlesalommah.net/run.asp?id=530 تاريخ الزيارة 2020/8/1

(133) بهذا المعنى ينظر: د. محمد صلاح عبدالديع السيد، مصدر سابق، ص452.

الإدارة إتخاذه بموجب القانون تحقيقاً للمصلحة العامة وليس لإرادة الإدارة الحرة في ذلك فإذا ما تم إتخاذ القرار أمتنع الحديث عن الإرادة حتى وإن لم تكن الإدارة مريدة فعلاً لهذا القرار، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى تعريض مصالح المجتمع للخطر. وهذا كله يعد نتيجة منطقية لاعتبار القرار الإداري عملاً قانونياً، إذ أن دور الإرادة يكاد يكون ضعيفاً فيه(134).

#### ثانياً/ القرار الإداري يصدر عن جهة إدارية عامة

يصدر القرار الإداري كما تشير إليه صفته من الإدارة العامة وبذلك فإن العمل القانوني لكي يكون قراراً إدارياً يجب أن يصدر من شخص من الأشخاص الإدارية العامة(135). بمعنى آخر فإن القرارات الإدارية تصدر عن السلطة التنفيذية للدولة وبغض النظر عن أي جهة من الجهات التي تتبع هذه السلطة. وترتيباً على ذلك فإن الأعمال التي تصدر من أية سلطة عامة أخرى في الدولة فإنها لا تعد من قبيل القرارات الإدارية، سواء أكانت سلطة تشريعية، أم قضائية، بل حتى الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية لكي تأخذ صفة القرارات الإدارية فلا بد أن تصدر عنها بصفتها سلطة إدارية وليست سلطة حكم(136).

وبالنسبة للتدابير المتخذة في ظل الظروف الاستثنائية والتي تأخذ طابع القرارات الإدارية فإنها تصدر من جهة إدارية معينة تعرف بـ (الضبط الإداري)، بوصفها الجهة التي تتكفل بالحفاظ على النظام العام، وتتألف هذه الجهة من مجموعة من الهيئات ينظمها القانون ويتولى تحديد اختصاصاتها. إلا أن هيئات الضبط الإداري في الظروف العادية تختلف عنها في الظروف الاستثنائية، ففي الأوقات العادية يتألف الضبط الإداري من: (السلطة المركزية، جهاز الشرطة، المحافظ، القائمقام، مدير الناحية والمختار)، وتمارس السلطة المركزية إختصاصات الضبط الإداري بالنسبة لكافة أراضي الدولة بقرارات عامة (أنظمة وتعليمات)، وكذلك الحال فيما يتعلق بجهاز الشرطة عندما يمارس وظيفته بإعتباره جزء من السلطة المركزية (ممثلة بوزارة الداخلية).

أما بالنسبة لباقي الهيئات فإنها تمارس وظيفة الضبط الإداري كل في حدود المنطقة الإدارية التي تقع ضمن إختصاصها(137). في حين أن الأمر يختلف في الظروف الاستثنائية، إذ أن هيئات الضبط الإداري

(134) وهذا عكس الحال بالنسبة للتصرف القانوني الذي يحكمه مبدأ سلطان الإدارة، فهذه الأخيرة تلعب دوراً كبيراً في إنشاء هذا التصرف وفي ترتيب الآثار التي يمكن أن تنشأ عنه.

(135) ينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1996، ص 152.

(136) ينظر د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الوسيط في القانون الإداري، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 450.

(137) ينظر: زين العابدين بركات، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمفارقة، دار الفكر، دمشق، 1974، ص 446. وتجدر الإشارة إلى أنه في مثل هذه الأحوال فإن إختصاصات هذه الهيئات ترد في ذات القوانين المنظمة لها، فعلى سبيل المثال ينظر قانون وزارة الداخلية العراقي رقم (183) لسنة 1980 والذي حدد مهام وأهداف الوزارة في المادة الأولى منه وكذلك قانون الصحة العامة العراقي رقم (89) لسنة 1981 وغيرها.

تكاد تنحصر في السلطة المركزية، ممثلة برئيس الدولة، أو رئيس الحكومة باتخاذ تدابير تأخذ طابع القرارات الإدارية بالنسبة لعموم المناطق المشمولة بتطبيق أحكام الظرف الاستثنائي، وتقوم الأجهزة الأمنية بتنفيذ هذه القرارات(138).

وهنا يجب التفرقة وعدم الخلط بين الهيئة القائمة على إجراء سلطات الضبط الإداري وبين الأشخاص القائمين على تنفيذ تدابير الضبط الإداري. فسلطة الضبط تمنح إتخاذ القرارات للمحافظة على النظام العام، في حين أن الهيئة القائمة على التنفيذ ليست لديها مثل هذه الصلاحية، بل أن وظيفتها تنحصر في تنفيذ القرارات التي تصدر من الهيئات التي تمتلك إصدارها، وهذا هو حال الأجهزة الأمنية (الشرطة، الأمن، الاستخبارات وغيرها). وعلى ذلك فإن التدابير التي تقوم بها هذه الأجهزة إن هي إلا أعمالاً مادية، وليست قانونية، لأنها تتخذ لتنفيذ القرارات الإدارية الصادرة من الجهة المخولة بذلك، فهذه القرارات هي التي تعد أعمالاً قانونية، كمسابقة الإشارة إلى ذلك. وتبرير هذا الأمر يكمن في أن القرارات الإدارية التي تتخذ في مجال الضبط الإداري، خصوصاً في الظروف الاستثنائية، تنطوي على خرق ومساس بحقوق وحرريات الأفراد، لذا ينبغي حصر جهات إصدارها بهيئات عليا، وفي أضيق الحدود حماية لهذه الحقوق والحرريات. ومن هذا المنطلق وجبت التفرقة بين سلطة الأمر والنهي والسلطة التنفيذية في مجال القرارات الإدارية المتعلقة بالضبط الإداري(139). وتطبيقاً لذلك فإن قانون الطوارئ العراقي مثلاً وبعد أن حدد صلاحيات وإختصاصات رئيس مجلس الوزراء خلال فترة إعلان حالة الطوارئ في الفقرات (أولاً – ثامناً) من المادة (3) منه، جاء لينص في الفقرة (تاسعاً) من نفس المادة على إمكانية تكليف القوات العسكرية العراقية ببعض الواجبات التي يحددها رئيس مجلس الوزراء ، كما أن المادة (6) من القانون نصت على أنه : (ترتبط القوات المسلحة وقوات الطوارئ، والقوات الخاصة، والدفاع المدني، وقوات الأمن الداخلي، والأجهزة الأمنية ، والاستخباراتية، والمخابراتية في المنطقة، محل الطوارئ برئيس الوزراء، وله بالتنسيق مع مسؤولي هذه القوات والأجهزة تكليفها بأي مهام تتناسب مع طبيعتها وإختصاصاتها، وحاجة الظرف الطارئ لها).

(138) في هذه الحالة فإن القوانين الإستثنائية هي التي تحدد هذه الهيئات وصلاحياتها، ينظر على سبيل المثال المادة (3) من قانون الطوارئ العراقي النافذ، والمادة (2) من قانون الطوارئ المصري والمادة (2) من قانون الطوارئ الفرنسي.

(139) ينظر: د. محمد السناري، أصول القانون الإداري (ينظر دراسة مقارنة)، بلا مكان وسنة طبع، ص369؛ د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص87. ولكن عملياً يلاحظ بأن سلطة الأمر والنهي في ظل الظروف الاستثنائية (رئيس الدولة أو رئيس الوزراء) تقوم ببعض إختصاصاتها لإعلان العمل بالقوانين الإستثنائية وبعض الصلاحيات الأخرى، فيما تقوم بتحويل بعض الجهات لإختصاصاتها الأخرى. لذلك جاءت هذه القوانين مؤكدة هذا الأمر، فالفقرة (أولاً) من المادة (3) من قانون الطوارئ العراقي أجازت لرئيس الوزراء تحويل صلاحياته إلى من يختاره من القيايين العسكريين، أو المدنيين.



ثالثاً/ القرار الإداري يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة بقصد إحداث تغيير في المراكز القانونية

يتميز القرار الإداري بأنه عمل أحادي الجانب، بمعنى أنه يتخذ بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية صاحبة الإختصاص في إتخاذها، فلا إعتداد برضا الأفراد المخاطين به من عدمه<sup>(140)</sup>. وصدور القرار الإداري بالإرادة يعد أمراً طبيعياً وخصوصاً في الظروف الإستثنائية، فطالما كان هذا القرار من طبيعة جزائية فلا بد أن يصدر بإرادة منفردة للسلطة الإدارية، فليس من المعقول مثلاً أن تتوقف صحة القرار الصادر بالإعتقال أو تنفيذه على رضا الشخص محل الاعتقال.

وجدير بالذكر أن تعدد جهات الإختصاص وإزدواجيتها لا تتنافى إطلاقاً مع عد القرار تعبيراً عن إرادة منفردة، فضلاً عن ذلك قد يأتي القرار الإداري ثمرة ونتيجة لاستيفاء سلسلة من الإجراءات، كالمشاوره، والتوصية، والاقترح مثلاً، ولكن القرار الإداري النهائي يأتي مع ذلك وليد إرادة واحدة هي إرادة صاحب الإختصاص الأصيل<sup>(141)</sup>.

فقد يتطلب قانون الطوارئ مثلاً في بعض الأحيان قيام رئيس الوزراء بإستشارة رئيس الجمهورية قبل إصداره للقرارات اللازمة في ظل الظروف الإستثنائية بموجب هذا القانون، فحصول الإستشارة في هذه الحالة لا يعني أن هذه القرارات قد صدرت بإرادتين (رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء)، بل تظل محتفظة بصفتها كونها صادرة بإرادة منفردة هي إرادة صاحب الإختصاص الأصيل (رئيس الوزراء).

وفضلاً عن صدور القرار الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة فإنها تقوم بتنفيذ هذا القرار بإستعمال القوة المادية عن طريق أجهزة التنفيذ التي سبقت الإشارة إليها، وذلك من أجل دفع الأخطار التي تنجم عن الظرف الاستثنائي – حتى وإن كان القانون لا يجيز إستعمال هذه الوسيلة في الأوقات العادية –، وذلك كله دون حاجة إلى الالتجاء مقدماً إلى القضاء لاستحصال الأمر بذلك الإستعمال<sup>(142)</sup>.

وأخيراً فإن القرار الإداري يصدر من الإدارة بقصد إحداث تغيير في المراكز القانونية للأفراد (إنشاء وتعديل وإلغاء)، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام عن قانونية القرار الإداري، ونضيف إلى ذلك بأن هذا التغيير إنما يتمثل بالتبديل الحاصل في أوضاع الأفراد الذين يصدر القرار في مواجهتهم وهي نتيجة قانونية، بمعنى أن القانون هو الذي يترتب هذا الأثر بمجرد صدور القرار وفق شروطه القانونية. فمثلاً يترتب على صدور

(140) ينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري، المرجع السابق، ص 155؛ د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مصدر سابق، ص 451.

(141) ينظر: د. علي خاطر شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط 1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2003، ص 609.

(142) ينظر د. محمد السناري، مصدر سابق، ص 376.

القرار الخاص بالقبض أو بالإعتقال وتنفيذه وضع الشخص موضع الإتهام وتقييد حريته، والقرار الصادر بالإفراج عنه يترتب عليه محو صفة الإتهام عنه وإطلاق سراحه وهكذا، فالتغيير الذي يحصل في المركز القانوني للفرد يختلف باختلاف ماهية القرار الإداري أو مضمونه.

## 2.2.2: شروط صحة القرار الإداري

ورد في التعريف الذي سبق بيانه بشأن القرار الإداري أن هذا القرار ينبغي أن يكون مشتملاً على الشروط اللازمة لصحته حتى يمكن أن تترتب عليه آثاره القانونية ، وتنحصر هذه الشروط بـ (الاختصاص، السبب، الشكل، المحل، الغاية أو الهدف)، ولا تختلف هذه الشروط في الظروف العادية عنها في الظروف الاستثنائية، ولكن القضاء وهو في سبيل رقابته على تدابير هيئات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، يوازن بين اعتبارين – كما سيتضح ذلك في موضع لاحق من هذه الدراسة – فالاعتبار الأول يتعلق بضرورة تأمين أكبر قدر ممكن من الحماية للحقوق والحريات الفردية في ظل هذه الظروف، ومن ثم حماية الشرعية الإجرائية ، والثاني ينبع من ضرورة عدم إغفال ما تتطلبه الظروف الإستثنائية من إتخاذ تدابير تؤمن سلامة الدولة و أمنها، ولو صدرت مخالفة بعض الشيء لشروطها القانونية، على إعتبار أن هذه الظروف تحجب أوجه عدم المشروعية التي شابتها. وعلى أي حال فإن القرار الإداري بشكل عام يجب أن تتوفر فيه هذه الشروط، وإلا جاء مخالفا للقانون فيكون حريا بالإلغاء والتعويض عنه إن كان له مقتضى. ولكن ما هو مضمون هذه الشروط؟، هذا ما سيتم بيانه في الفروع الآتية:

### 1.2.2.2: الاختصاص

يعد الإختصاص من أهم شروط صحة القرار الإداري، فعيب عدم الاختصاص الذي يصيب هذا القرار كان من أولى الأسباب التي تبناها القضاء، بقصد إلغاء القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ الشرعية<sup>(143)</sup>. والإختصاص في نطاق القرار الإداري هو السلطة أو الصلاحية القانونية التي يتمتع بها متخذ القرار في إصدار قراره من الناحية الموضوعية، والزمانية، والمكانية<sup>(144)</sup>، وهو بهذا المفهوم يقابل شرط الأهلية بالنسبة للأعمال الإجرائية، كما سبق بيانها. والقانون هو الذي يتولى تحديد إختصاصات كل جهة من الجهات الإدارية، فيحدد أعضاء السلطة الإدارية الذين يجوز لهم دون غيرهم أن يباشروا الأعمال الإدارية،

(143) ينظر: د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، مطبعة الإسراء، بلا مكان وسنة طبع، ص345.

(144) ينظر: د. محمد السناري، أصول القانون الإداري، مصدر سابق، ص 397.

ويحدد الأعمال التي يجوز أن يباشرها كل عضو، والزمان، والمكان اللذين يباشر فيهما هذه الأعمال، والقواعد القانونية التي تحدد أحكام الإختصاص تتعلق بالنظام العام، لأنها شرعت تحقيقا للمصالح العام(145).

ويترتب على ذلك أنه يجوز إبداء الدفع بعدم الإختصاص في أية مرحلة من مراحل الدعوى، كما أن للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها، ولو لم يثيره الخصم، بل حتى ولو تنازل الخصم عن التمسك به. لذلك فإن القاعدة العامة أن القرار الإداري لا يعد مشروعاً أو مطابقاً للقانون، إلا إذا صدر في الحدود الموضوعية، والمكانية، والزمانية التي ترسمها قواعد الإختصاص، فإن خالف القرار هذه القواعد عد معيباً، وحرماً بالإلغاء، لصدوره مشوباً بعيب عدم الإختصاص.

ويقصد بالعنصر الموضوعي للاختصاص أن يصدر القرار الإداري ضمن المواضيع المحددة للجهة الإدارية بموجب القانون ، ويعد من أهم عناصر الإختصاص، إذ أنه يرسم الإطار الموضوعي لهذا القرار، بحيث يجب على الإدارة ألا تتعداه ليس في نطاق الهيئات الإدارية فحسب، بل على مستوى السلطات الثلاث في الدولة أيضاً. فاستناداً إلى هذا العنصر يمكن معرفة مدى تطابق القرار الإداري مع الموضوعات الإدارية المحدد للإدارة، أو تجاوز هذه الأخيرة على اختصاصات السلطة التشريعية أو القضائية، من خلال تنظيم القرار لموضوع من الموضوعات التي تدخل في اختصاص هاتين السلطتين. ومن أمثلة هذا العنصر فيما يخص القوانين الإستثنائية هو نص المادة (3) من قانون الطوارئ الفرنسي، والتي حددت الموضوعات التي تدخل ضمن صلاحيات سلطة الطوارئ (رئيس الجمهورية أو من يخولهم في ذلك)، لذلك ينبغي أن تكون القرارات الصادرة من هذه السلطة ضمن هذه المواضيع، وبخلافه فإن هذه القرارات ستكون معيبة ومعرضة للإلغاء. من هنا يتضح بأن موضوع القرار الإداري إنما يحدده القانون، كما يتحدد هذا الموضوع بالدستور أيضاً، كتحديد صلاحيات رئيس الجمهورية، أو رئيس الوزراء عند إعلان العمل بالقوانين الإستثنائية، وفضلاً عن ذلك قد يرد هذا التحديد في القرارات أو اللوائح الإدارية ذاتها، كأن يصدر رئيس الوزراء قراراً بتفويض وزير الداخلية، أو الدفاع، للقيام ببعض الإختصاصات خلال فترة الظرف الاستثنائي، والتي يتم تحديدها في قرار التفويض، لذا ينبغي الالتزام بهذه الإختصاصات المحددة، وإلا فإن كل قرار إداري يصدر خارج نطاق هذه الإختصاصات يكون مشوباً بعيب عدم الإختصاص الموضوعي.

(145) تجدر الإشارة إلى أن فكرة الإختصاص هي من الأفكار الرئيسية في القانون العام بل أساسه، وهي مشروطة لمصلحة الإدارة نفسها، حتى يستطيع رجل الإدارة أن يفرغ لنوع من الأعمال يجيده بمضي الزمن. وهي مشروطة أيضاً لمصلحة الأفراد لتحديد المسؤولية، فضلاً عن سهولة توجيه الأفراد في أقسام الإدارة المتعددة. ينظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مصدر سابق، ص 457.

والعيوب التي تلحق العنصر الموضوعي للقرار الإداري ليست على درجة واحدة، بل تنقسم إلى قسمين (146)، الأول: يهدم بنين هذا القرار ويهوي به إلى درجة العدم، ويسمى بعييب عدم الاختصاص الجسيم، أو (اغتصاب السلطة)، أما الثاني فهو أقل جسامة، ولا يؤدي إلى إنعدام القرار الإداري، بل يجعله قابلاً للإلغاء ويسمى بعييب عدم الإختصاص البسيط (147).

ولا بد من الإشارة إلى أنه لا يوجد معيار متفق عليه للفرقة بين نوعي عدم الإختصاص (148)، إلا أن غالبية الفقه ومع القضاء الإداريين قد درجا على تحديد حالات كل منهما. ففيما يتعلق بعييب اغتصاب السلطة، يمكن القول بأن حالاته تتمثل بما يأتي:

#### أولاً/ اعتداء الإدارة على اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية

وهذا الفرض يحصل عندما يصدر القرار الإداري من جهة الإدارة، لتنظيم أمر جعله المشرع من اختصاص إحدى هاتين السلطتين، كصدور حكم بالعقوبة على شخص إتهم بإرتكاب جريمة ما خلال فترة الظرف الاستثنائي، وذلك من قبل هيئة إدارية، أو إصدار قرار إداري بتنظيم عقوبات على الجرائم المرتكبة خلال هذا الظرف غير منصوص عليها في أي قانون، فالقرار الإداري في هذين المثالين يعد منعماً، لاعتدائه على اختصاص السلطتين التشريعية والقضائية، فالفصل في الجرائم يكون من اختصاص السلطة القضائية وحدها، كما أن السلطة التشريعية هي وحدها صاحبة الاختصاص في تقرير العقوبات.

ثانياً/ اعتداء جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى لا تمت بصلة للجهة مصدرة القرار

في هذه الحالة تقوم إحدى الجهات الإدارية بإصدار قرار في موضوع لا يتصل باختصاصها مطلقاً، بل يدخل في اختصاص جهة إدارية أخرى، كأن يصدر وزير الصحة مثلاً قراراً بفرض الأحكام العرفية العسكرية على منطقة ما، في حين أن ذلك من اختصاص وزير الدفاع.

ثالثاً/ اغتصاب السلطة نتيجة لاعتداء المرؤوس على اختصاصات الرئيس

(146) تجدر الإشارة إلى أن هذا التقسيم ليس تقسيماً قانونياً، بل هو ما إتفق عليه الفقه، وسار عليه القضاء في أغلب أحكامه، ويعتمد هذا التقسيم على درجة مخالفة القرار لمبدأ الشرعية. ينظر: د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 350.

(147) ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 597.

(148) يرى الدكتور ماجد راغب الحلو بأن هناك معيار لهذه التفرقة، ويتمثل في وجود شبهة الإختصاص السليم، فتكون أمام اغتصاب السلطة، إذا انعدمت هذه الشبهة، كما إذا صدر القرار من غير موظف، أما إذا وجدت هذه الشبهة، وثار الشك حول الاختصاص، فإن الأمر يتصل بعييب الاختصاص البسيط. ينظر: مؤلفه، القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 359. ولكننا لم نجد رأياً فقهياً يساند هذا الرأي.

مثال ذلك قيام أحد الوزراء بممارسة إختصاصات رئيس الوزراء المنصوص عليها في قانون الطوارئ، ودون تفويض بذلك.

#### رابعاً/ صدور القرار الإداري من فرد عادي

هذه الحالة تفترض أن يقم شخص عادي ليس موظفاً نفسه في الاختصاصات الإدارية، فيكون عمله منبث الصلة بالأعمال الإدارية، ولا أثر له (149)، وهنا يبرز الحديث عن الموظف الفعلي إذ يُجمع الفقه والقضاء الإداريين على عده إستثناءً من هذه الحالة، ومن ثم يعد القرار الصادر من هذا الشخص صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية رغم إنتفاء الرابطة القانونية بينه وبين الوظيفة العامة، إذ المفروض في هذه الحالة أن يعد عمله هذا منعدماً، لقيامه على اغتصاب السلطة، إلا أن الفقه والقضاء يعدانه صحيحاً، ضمناً لانتظام المرافق العامة (150). إلا أننا لا نتفق مع هذا الإتجاه مطلقاً، فالأعمال القانونية سواء أكانت أعمالاً إجرائية، أم قرارات إدارية طالما أنها تحمل طبيعة جزائية، فإنه لا يمكن التساهل فيها، إذ لا بد أن تصدر هذه الأعمال من مختص، وإلا عدت باطلة، أو منعدمة حسب الأحوال، إذ لا يمكن التذرع بالظروف الاستثنائية، وانتظام المرافق العامة من أجل تبرير الإفتئات الصارخ على حقوق الأفراد وحررياتهم، فكيف يجوز مثلاً لشخص عادي ليست له دراية بالقضاء بتاتا، أن يحكم على الأفراد بأحكام قد تصل إلى الإعدام؟، أو كيف يباح لفرد عادي أن يقبض على الأشخاص، أو يوقفهم دون أن يعلم ما هو حكم القانون في مثل هذه الأحوال؟ وذلك كله بحجة الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد؟ أليس في ذلك مدعاة لخرق الشرعية وتعطيل أحكام القوانين ومن ثم مصادرة حقوق وحرريات الأفراد؟

لذلك نرى بأنه إذا كان في الظروف الاستثنائية ما يمكن أن يبرر أعمال الموظف الفعلي، حفاظاً على سير المرافق العامة، وتقديم الخدمات للأفراد، فإن هذا التبرير يجب ألا يطال بأي حال من الأحوال القرارات التي تصدر من فرد عادي في مسألة جزائية وبعبارة أخرى فإنه ينبغي عدم الإعتداد مطلقاً بالقرارات التي تصدر من فرد عادي، والتي تنطوي على تدابير جزائية بحق الأفراد في الظروف الاستثنائية حمايةً للشرعية

(149) بنظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصدر سابق، ص 605.

(150) تجدر الإشارة إلى أن القضاء المصري يقصر تطبيق نظرية الموظف الفعلي على الظروف الاستثنائية، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في أحد أحكامها: (إن نظرية الموظف الفعلي كما جرى قضاء هذه المحكمة لا تقوم إلا في الأحوال الاستثنائية البحة تحت إلحاح الحاجة إلى الإستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف، ضمناً لانتظام المرافق العامة، وحرصاً على تأدية خدماتها للمتفعين بها بإطراد دون توقف) بنظر القرار المؤرخ في 1964/11/29 أشار إليه: د. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة بلا مكان طبع، 2004، ص 229.

الإجرائية، أما القرارات الأخرى التي لا تكون ذات طبيعة جزائية، فلا بأس من إعمال نظرية الموظف الفعلي بشأنها، إذا قرر القضاء ذلك، حفاظا على السير المنتظم للمرافق العامة.

خامسا/ اغتصاب السلطة نتيجة التفويض الباطل

لقد إعتبر القضاء الإداري في فرنسا ومصر أن إصدار القرار الإداري بناء على تفويض باطل يكون بمثابة اغتصاب السلطة(151).

ففي الحالات التي يجيز فيها القانون لجهة إدارية معينة تفويض اختصاصاتها لجهة إدارية أخرى، كما هو الحال بالنسبة للمادة (3 / أولا) من قانون الطوارئ العراقي، التي أجازت لرئيس الوزراء تخويل بعض صلاحياته إلى أي من القادة العسكريين أو المدنيين الذين يختارهم، فإنه يضع شروطا معينة لصحة هذا التفويض، فإذا حدث خلل في هذه الشروط عد التفويض باطلا، ومن ثم تصبح القرارات التي تصدر من الجهة المفوض لها قرارات منعدمة لا أثر لها، لعدم صحة أساسها القانوني. هذا بالنسبة لحالات اغتصاب السلطة، أما فيما يتعلق بعيب عدم الإختصاص البسيط فإنه يتمثل بما يأتي:

1. اعتداء جهة إدارية على جهة إدارية موازية: قد يحصل أحيانا أن تصدر جهة إدارية قرارا يدخل في اختصاص إدارة أخرى مساوية معها، في هذه الحالة يكون هذا القرار معيبا بعيب عدم الاختصاص البسيط، ومن ثم قابلا للإلغاء، مثال ذلك أن يفوض رئيس الجمهورية بعض صلاحياته بموجب قانون الطوارئ إلى وزير الداخلية، والبعض الآخر إلى وزير الدفاع، فيصدر الأول قرارا يدخل في اختصاص الثاني، أو بالعكس.

2. اعتداء الرئيس على اختصاصات المرؤوسين : القاعدة أن الرئيس يملك الهيمنة على أعمال مرؤوسيه، ومن ثم يستطيع أن يمارس اختصاصاته، إن أقتضى الأمر ذلك، وخصوصا في الظروف الاستثنائية، لذلك فإن احتمال التجاوز على اختصاصهم قد يكون نادرا في مثل هذه الأحوال، مع هذا قد يحصل ذلك في بعض الأحيان، ففي فرنسا مثلا ينيط القانون في الظروف الاستثنائية بعض الاختصاصات برئيس البلدية أو العمدة، وذلك في حدود المناطق التي يمارسان فيها سلطاتهما الأخرى، فضلا عن اختصاصات رئيس مجلس الوزراء، لذلك فإن احتمالية تجاوز الرئيس قد يكون واردا في هذه الحالة(152). وتجدر الإشارة إلى أن عيب عدم

(151) ينظر: د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص354-355.

(152) بهذا المعنى ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مرجع سابق، ص 612. وهناك حالة أخرى من حالات العيب البسيط قد تتشابه مع هذه الحالة، وتتعلق باعتداء الهيئة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية، إلا أن حصولها في الظروف العادية أكثر من الظروف الاستثنائية، نظرا لاختلاف النظام القانوني لتوزيع الاختصاصات في كلتا الحالتين، ففي الظروف العادية تكون أكثر إتساعا وتعقيدا من الظروف الاستثنائية، مما يجعل أمر حصول هذا الاعتداء واردا في الحالة الأولى أكثر من الثانية.

الاختصاص البسيط يمتد ليشمل أيضا حالة عدم الاختصاص الزمني، والمكاني(153)، واللذين سيتم بيانهما لاحقاً.

إن فائدة التقسيم المتقدم لنوعي العيب ( الجسيم و البسيط ) تظهر من حيث النتائج التي تترتب عليه، فالعيب الجسيم يؤدي إلى فقدان القرار لوجوده وذاته كقرار إداري، ومن ثم يجب إزالته بأي طريق كان، وفي أي وقت، وبدون أي تحصن بأي ميعاد، كما أن الإدارة ذاتها تستطيع سحب هذا القرار في أي وقت(154)، في حين أن العيب البسيط لا يؤدي إلى هدم القرار، فهو موجود، وإنما قابل للإلغاء إذا طعن فيه في الميعاد المعين، وذلك بحسبان أن القرار رغم عيوبه فإنه لا يزال قائماً في مجال اختصاص الوظيفة الإدارية، كما أن الإدارة لا تستطيع سحب قرارها في هذه الحالة إلا خلال سنتين يوماً من تاريخ نشره، أو إعلانه، أو العلم به علماً يقينياً وحسب الأحوال، إلى غير ذلك من النتائج الأخرى(155).

أما بالنسبة للعنصر المكاني لشرط الاختصاص فيقصد به صدور القرار ضمن الرقعة الجغرافية المحددة للجهة الإدارية ، ويرى الفقه بأن مخالفة الاختصاص المكاني نادرة الوقوع في التطبيق، وذلك لمعرفة كل جهة إدارية حدود اختصاصها المكاني، وأن مجالها الخصب هي المناطق المتنازع على تبعيتها(156) ومع ذلك فقد تحدث مثل هذه المخالفة في الظروف الاستثنائية، فمن المعلوم أن العمل بالقوانين الاستثنائية كقانون الطوارئ قد لا يمتد إلى كافة أقاليم الدولة، بل يشمل فقط المناطق التي ظهرت فيها أخطارا معينة، إستوجب إعلان العمل بهذا القانون، عليه ففي مثل هذه الأحوال فإن ممارسة الصلاحيات الإستثنائية خارج نطاق هذه المناطق تكون غير صحيحة، لكونها مشوبة بعيب عدم الاختصاص المكاني. وأخيراً فإن العنصر الزمني للإختصاص يعني ضرورة صدور القرار ضمن القيود الزمنية الموضوعية لذلك، فالنشاط الإداري للهيئات، ولرجال الإدارة محدود بحقبة زمنية معينة، وبعد إنتهاء هذه المدة لا يجوز لهم مزاولة الأعمال الإدارية(157).

ويظهر هذا العنصر للإختصاص في الظروف الإستثنائية بصورة واضحة وجليّة، فالقوانين الاستثنائية، كما تدل عليها طبيعتها، هي قوانين محددة الفترة، ومن ثم فإن الاختصاصات التي تخولها للإدارة هي بطبيعة الحال محددة بهذه الفترة، فمثلاً إذا إنتهت الفترة الزمنية المحددة للعمل بقانون الطوارئ، دون أن تجدد مرة

(153) ينظر: د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص358.

(154) سحب القرار يعني إبهانه بالنسبة للماضي والمستقبل، وذلك بتجريد من قوته القانونية، فتزول بذلك آثاره ويعد كأن لم يكن، ويأثر رجعي. ينظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مصدر سابق، ص 509.

(155) للمزيد حول هذه النتائج ينظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري (التعريف والمقومات، النفاذ والانقضاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص130.

(156) ينظر: د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص 224؛ د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص169.

(157) ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصدر سابق، ص 631.

أخرى، امتنع اتخاذ أي تدبير في هذه الحالة، وبخلاف ذلك فإن القرارات التي تتخذ تكون مشوبة بعيب عدم الاختصاص الزمني ومعرضة للإلغاء.

وجدير بالذكر أن جانباً من الشراح<sup>(158)</sup> يرى أن عيب عدم الاختصاصي من حيث الزمان يتخذ صورتين، هما مزاولة النشاط الإداري من قبل هيئة إنتهت ولايتها في ممارسة النشاط واتخاذ قرار معين بعد المدة المحددة لاتخاذها طبقاً للقانون. إلا أننا نرى أنه في الصورة الأولى لا يكون القرار مشوباً بعيب الإختصاص الزمني فحسب، بل بعيب أشد جسامة ينحدر بالقرار إلى درجة الانعدام، فمزاولة النشاط الإداري من قبل هيئة منتهية الولاية، يعد بمثابة القرار الصادر من فرد عادي، فانتهاه فترة الولاية تجعل من الهيئة الإدارية جهة غريبة عن الإدارة، فلا ينهض لها الاختصاص مطلقاً، فإن هي مارست هذا الإختصاص كانت مغتصبة للسلطة ومن ثم كان قرارها منعدماً.

وقبل الإنتقال إلى شرط السبب ينبغي الإشارة إلى أن الاختصاص يعد مسألة شخصية لصيقة بالجهة الإدارية التي يحددها القانون، فإذا توافرت شروطها وجب على هذه الجهة القيام به بذاتها ولا يجوز لها أن تقيم جهة أخرى مقامها للقيام باختصاصها، إلا إذا أجاز القانون ذلك بنص صريح، كما هو الحال بالنسبة للتحويل أو التفويض<sup>(159)</sup> وفق القيود التي يضعها المشرع، لأن الاختصاص الذي يتحدد بقانون لايجوز النزول عنه، أو الإنابة فيه، إلا في الحدود وعلى الوجه المبين في القانون، وفضلاً عن ذلك فإن الجهة المفوض إليها الاختصاص لا تستطيع إعادة تفويض هذا الإختصاص مرة أخرى إلى جهة أخرى، بل يجب عليها القيام بذلك استناداً إلى مبدأ (عدم جواز ورود تفويض على تفويض)<sup>(160)</sup>، و بخلافه فإن القضاء الإداري يعد القرارات التي تصدر من الجهة الإدارية في مثل هذه الأحوال منعدمة لأنها تستند إلى تفويض باطل والتفويض الباطل يعد حالة من حالات اغتصاب السلطة، كما سبق بيان ذلك.

### 2.2.2.2: السبب

علاوة على الاختصاص، يجب أن يتوافر للقرار الإداري سبب صحيح، حتى يمكن القول بصحته، هذا السبب إما يكون حالة واقعية، أو قانونية، تتم بعيداً عن الإدارة، وتوحي إليها باتخاذ القرار<sup>(161)</sup>. فالإدارة لاتملك الحرية المطلقة في إصدار القرارات الإدارية المنظمة لسلوك الأفراد والجماعات، لأن سلطتها في

(158) ينظر: د. محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص 362.

(159) ينظر مثلاً نص المادة (3/ أ) من قانون الطوارئ العراقي.

(160) ينظر قرار لمحكمة القضاء الإداري المصري في 2000/8/15. أشار إليه د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص 230.

(161) ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصدر سابق، ص 792.



هذا الشأن مقيدة بضرورة وجود سبب يبرر القرار، ويقيمه على أساس صحيح، الأمر الذي يدفع بالإدارة إلى التأمي والفحص قبل إصداره، فيأتي بذلك قرارها صحيحاً ومنتجاً لآثاره، لذا فالقرار الذي يخلو من سبب قانوني، يكون معيباً ومعرضاً للإلغاء. ومن الأمثلة على السبب هو وجود وقائع تدل على خطورة الشخص على الأمن العام، لتسويغ إصدار القرار بالقبض عليه، أو إعتقاله، أو إنتشار وباء في منطقة معينة سبباً لاتخاذ القرار الخاص بتقييد حريتهم، أو حجزهم، أو وجود أدلة كافية قبل المتهم لتبرير صدور قرار بإحالتة إلى المحكمة المختصة، إلى غير ذلك من الأمثلة الأخرى. إن سلامة السبب كشرط من الشروط اللازمة لصحة القرار الإداري تنبع من ثلاثة جوانب: صحة الوجود المادي للوقائع، صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع وأخيراً ملائمة السبب وتناسبه، ومن ثم فإن رقابة القضاء على هذا الشرط يتناول هذه الأمور الثلاثة(162).

فبالنسبة للجانب الأول، فإن السبب يجب أن يقوم على وقائع صحيحة وثابتة، وإلا إنعدم أساسه وكان مخالفاً للقانون، فالوقائع الوهمية أو الصورية تعيب القرار من حيث عدم الوجود المادي لسببه، لذا يجب أن تكون الحالة الواقعية والقانونية المكونة للقرار محققة الوجود، وقائمة قبل صدور القرار وإلى حين صدوره، بحيث ينبغي أن يصدر القرار قائماً على هذه الحالة، بوصفها أساساً صادقاً ولها قوام في الواقع(163).

ولهذا الجانب أهمية خاصة في الظروف الاستثنائية، لمساس القرارات التي تتخذ في ظلها بالحرية الشخصية، مما يجب معه التشدد على وجوب الوجود المادي للوقائع، حتى تكون دافعاً صحيحاً لإصدار القرار، لذلك يلاحظ بأن محكمة القضاء الإداري في مصر تقرر في الكثير من أحكامها أن القبض والإعتقال يعدان من التدابير الماسة بالحرية الشخصية، والتي نظمها قانون الطوارئ، لذلك فإنه ينبغي عدم اللجوء إليها، إلا عند الضرورة القصوى وتوافر وقائع جدية وقائمة وقت صدور القرار بذلك. ومن ذلك حكمها في أحد الدعاوى والتي قررت فيها أنه: (... لذا فإنه في مجال الإشتباه في خطورة الشخص على الأمن والنظام العام، لا يعتد بالحكم الجنائي إذا كان الشخص قد رد إليه إعتباره، وفي مجال خطورة الشخص على الأمن والنظام العام، فإنه لا يفترض هذه الصفة من جريمة أدين فيها شخص نفذ العقوبة المحكوم عليه فيها، لأن من المفروض أن العقوبة قد حقت غايتها في ردعه وزجره، وإنما يستشف من وقائع جديدة منسوبة إليه يكون قد ارتكبها بعد تنفيذ العقوبة) (164).

(162) ينظر: د. عادل أبو الخير، مصدر سابق، ص 417، د. محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص 429.

(163) ينظر: د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص 257.

(164) ينظر القرار المرقم 1210 في 1985/3/12 لسنة 28 قضائية. أشار إليه: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص 184.

ولا يكفي في الوقائع أن تكون موجودة، وسليمة في ذاتها، بل يجب أن تتضمن الخصائص التي يطلبها القانون، وهو الجانب الثاني لصحة سبب القرار، ويعني أن هذا القرار إذا لم تراعى فيه الشروط والتكييف القانوني لهذه الوقائع، فإنه يكون معيبا وقابلا للإلغاء، نتيجة التكييف القانوني غير الصحيح للوقائع، فالقانون يحدد بصفة عامة وصفا معيناً في الوقائع التي يجب أن يستند إليها القرار، وعندئذ يجب أن تكون تلك الوقائع متفقة مع الوصف الذي أراد لها المشرع، وإلا كان القرار غير مشروع. فماديات الوقائع ليست موضع خلاف هنا، فهي موجودة فعلا، ولكن المسألة هي معرفة ما إذا كانت تلك الوقائع مما يطالب المشرع بها لإضفاء الشرعية على القرار (165). فلو إعتبرنا مثلا صدور حكم جنائي سابق قبل المتهم، كما ورد في قرار المحكمة أعلاه، من الوقائع المادية الصحيحة، فإن ذلك لا يكفي لتبرير القبض أو الاعتقال، بل لابد أن يكون تكييف هذه الواقعة على أنها تشكل خطورة على الأمن أو النظام العام، كما يتطلب ذلك، حتى يمكن عد قرار القبض أو الإعتقال صحيحا، فيجب أن تأتي هذه النتيجة مستخلصة استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا أو قانونيا، فإذا كان تكييف الوقائع القائمة ماديا لا ينتج النتيجة التي يطلبها القانون، كان القرار فاقدا لشروط من شروط صحته، وهو السبب (166).

لذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرار اخر لها: (إن خطورة الشخص على الأمن والنظام العام يقتضي أن تكون ثمة وقائع جديّة ثابتة في حق الشخص منتجة في الدلالة على هذا المعنى .... ، ومن حيث أن ما نسب إلى المدعي من أن له نشاط وصلة بالحركة الشيوعية، أو من انتمائه لتنظيم سياسي سري مناهض لنظام الدولة قد جاء مرسلا غير مستند إلى أية وقائع تكشف عن مظاهر هذا النشاط، وتدعمه على نحو يؤدي إلى القول بخطورة المدعي على الأمن والنظام العام، بل أن الثابت من أوراق الدعوى على العكس من ذلك، أنه قد تم الإفراج عنه في 22 فبراير سنة 1961 ، وأنه أعيد إلى الخدمة في 7 يناير سنة 1964 ، وسويت حالته طبقا لأحكام القرار الجمهوري رقم 3602 لسنة 1966 بشأن حساب مدد الفصل، لمن يعادون إلى الخدمة بعد صدور قرار العفو عنهم الأمر الذي يكشف عن إقتناع الجهة الإدارية بسلامة

(165) ينظر: محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة والعشرون، ع 4، 1984، ص 114.

(166) تجدر الإشارة إلى أن البعض يرى بأن التكييف القانوني للوقائع في مجال القرار الإداري يختلف عنه في مجال القانون الجنائي، إذ لا يشترط التطابق بينهما بمعنى أن الفعل أو الواقعة قد يكون معاقبا عليها جنائيا ولكنها لا تمثل خطرا داهما على النظام العام ومن ثم لا يجوز لسلطة الضبط الإداري الزعم بأنها يمكن أن تغني المجتمع عن مباشرة سلطة التحقيق والمحاكمة التي تختص بها المحاكم الجنائية وذلك بالاختصاصات التي يمنحها قانون الطوارئ لها، إذ أن هذا القانون ليس بديل عن قانون العقوبات أو الإجراءات الجنائية وإن السلطة القائمة عليه لا يجوز لها أن تزعم بذلك. للمزيد ينظر: د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 94 وما بعدها.

موقف المدعي وبأنه ليس ثمة خطورة منه على الأمن العام أو النظام ومتى كان ذلك فإن القرار الصادر بإعتقال المدعي، يكون قد قام على غير سبب صحيح يبرره، وجاء من ثم مخالفا للقانون (167).

أما الجانب الأخير لصحة سبب القرار الإداري، فيتعلق بمدى أهمية هذا السبب وتناسبه مع القرار المتخذ، إذ لا يكفي لصحة السبب أن تكون وقائعه موجودة حقيقة وأن يكون تكيف هذه الوقائع متطابقاً مع وصف القانون لها، بل يجب علاوة على ذلك أن يتلائم، أو يتناسب هذا السبب مع التدبير المتخذ. ولأهمية هذا الجانب، يذهب جانب من الشراح (168) إلى أنه أكثر لزوماً في ظل الظروف الاستثنائية عنه في الظروف العادية، بحيث يلزم لمشروعية القرار في الحالة الأولى أن يثبت حسن تقدير الإدارة لأهمية وخطورة الوقائع التي بررت تدخلها، وأن القرار الصادر كان هو وحده الذي يكفل مواجهة الخطر الذي يهدد النظام العام وهذا ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها بقولها: (جهة الإدارة وإن جاز لها في الظروف الاستثنائية أن تتخذ من التدابير السريعة ما من شأنه المساس بتلك الحريات، على وجه لا يجوز لها مباشرته في الظروف العادية، إلا أن التصرف، أو التدبير الذي تتخذه في هذا الشأن، يلزم أن يكون ضرورياً، لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام العام، بإعتبار أن هذا التدبير هو الوسيلة الوحيدة لمنع الخطر .....)(169).

وفي حكم آخر تذهب فيه إلى أن: (إجراءات الإعتقال وتحديد الإقامة يجب ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى، التي يستعصي فيها اللجوء إلى الإجراءات العادية، لما في ذلك من مساس بالحرية الشخصية، وأن يكون ذلك بالقدر الضروري اللازم للمحافظة على الأمن والنظام العام ...) (170). عليه يجب أن يكون السبب من الأهمية بمكان بحيث يترتب عليه أن يكون القرار المتخذه هو يمثل الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الناجم عن الظروف الاستثنائية، والذي يهدد الأمن أو النظام العام وبذلك يتوافر التناسب بين السبب والقرار، والقول بخلاف ذلك يجعل هذا القرار مشوباً بعيب إنعدام السبب، ويكون قابلاً للإلغاء(171).

والأصل أن الجهة التي أصدرت القرار غير ملزمة بتسببها إلا إذا ألزمتها القانون بذلك وعندئذ يصبح التسبب شرطاً شكلياً يجب مراعاته ضماناً لحقوق الأفراد(172)، على أنه إذا تم ذكر السبب في ذات القرار،

(167) ينظر القرار المرقم 734 لسنة 23 قضائية في 26\11\1983 أشار إليه: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص 186.

(168) ينظر: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 495.

(169) ينظر القرار المرقم 14 لسنة 14 قضائية في 18/4/1961. أشار إليه: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 495.

(170) ينظر القرار المرقم 5024 لسنة 7 قضائية في 3/1/1956. أشار إليه: د. عادل أبو الخير، مصدر سابق، ص 421.

(171) بهذا المعنى ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2002، ص 255.

(172) مثال ذلك نص المادة (3 مكرراً) من قانون الطوارئ المصري الملغى، والتي ألزمت سلطة الطوارئ بإبلاغ الشخص المقيوض عليه أو المعتقل بأسباب القبض أو الاعتقال.

مع عدم لزومه قانونا، فيفترض هنا أن يكون صحيحا، وقد يحدث أن يتم ذكر أسباب عديدة للقرار، أو أن يبني القرار على عدة أسباب، فهنا نكون أمام فرضين(173) : الأول، أن يتبين عدم صحة بعض الأسباب وصحة البعض الآخر، وفي هذه الحالة يظل القرار صحيحا، إذا ثبت أن السبب الذي ثبت صحته كاف في ذاته لأن يسخلص منه النتيجة التي أنهى إليها القرار إستخلاصا سائغا، إذ تعد الأسباب الأخرى التي لم تثبت صحتها بمثابة أسباب ثانوية، أو زائدة لا تؤثر على سلامة القرار، بناءً على السبب الصحيح باعتباره سببا دافعا وكافيا. الفرض الثاني: أن يتبين أن الأسباب جميعها دافعة، أي النظر إليها كوحدة واحدة، وفي هذه الحالة يكون القرار معيبا، إذا تم إثبات عدم صحة أحد أسبابه على الرغم من ثبوت صحة بقية الأسباب، إذ أن القرار في هذه الحالة لا يكون قائما على كامل سببه(174).

ومن ناحية أخرى فإن التسبب الملزم قانونا، يوجب أن يتم ذكر السبب بصورة واضحة وجليّة، بحيث يتمكن صاحب الشأن من تحديد موقفه تجاهه قبولا أو اللجوء إلى القضاء لاستجلاء مشروعيته، بيد أنه إذا لم يتم تسبب القرار، مع وجوبه قانونا، فإن القرار يكون معيبا هنا بعيب الشكل وليس السبب، وإذا لم يكن للقرار سبب أصلا وفي ذات الوقت خلا من تسبب لازم بنص القانون تعلق الأمر بعيين مستقلين كل منهما عن الآخر: الأول عيب السبب والثاني عيب الشكل(175). وأخيرا إذا لم تفصح الجهة التي إتخذت القرار عن السبب ولم يكن هناك نص يلزمها بالإفصاح عنه، فإنه يفترض فيه صحة السبب -كما وسبق القول-، ومن ثم ينشأ القرار صحيحا ما لم يتم إثبات عدم صحة الغاية التي دفعت هذه الجهة إلى إصدار هذا القرار، فعندئذ يشوب هذا الأخير عيب الغاية أو الإنحراف عن السلطة ومن ثم يكون جديرا بالإلغاء(176).

### 3.2.2.2: الشكل

يعد الشكل من الشروط المهمة لصحة القرار الإداري، فهو يحقق المصلحة العامة للجهة مصدرة القرار، وكذلك المصلحة الخاصة للأفراد على حد سواء. فإتباع هذه الجهة للأشكال القانونية يحول دون إتخاذ قرارات إرتجالية، مما يعمل على حسن إصدارها وقلة الأخطاء التي ترافق هذا الإصدار، كما أن قواعد الشكل كثيرا ما تكون في صالح الأفراد، مما يمكن معه القول بأن تقريرها يعد ضمانا للأفراد في مواجهة

(173) ينظر: د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص 270.

(174) ينظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص 205.

(175) بهذا المعنى ينظر: د. عادل أبو الخير، مصدر سابق، 455، د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص 210.

(176) ينظر: د. محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص 207.

سلطات الإدارة الواسعة<sup>(177)</sup>. ولذلك يجب على الإدارة إتباع الشكليات التي نص عليها القانون عند إصدارها لقراراتها وإلا كانت معيبة، إلا أن الفقه والقضاء الإداريين يميزان في هذا الصدد بين نوعين من الشكليات: الأولى هي الشكليات الجوهرية، والثاني الشكليات غير الجوهرية، ومن ثم يختلف الأثر المترتب على تخلف شكلية القرار وفقا لذلك<sup>(178)</sup>، ولكن معيار التمييز بين هذين النوعين من الشكليات موضع خلاف، وقبل بيان هذا الخلاف ينبغي الإشارة إلى أنه من المتفق عليه أن الشكل يعد جوهريا، إذا نص القانون على ضرورة استيفاء شكليات معينة في القرار، مقررًا إلى جانب ذلك عدم صحة القرار الصادر على خلاف ما تقتضي به هذه الشكليات<sup>(179)</sup>، وفيما عدا ذلك يرى جانب من الشراح أن الشكل يعد جوهريا إذا كان مقررًا لمصلحة الأفراد، وغير جوهريا إذا كان مقررًا للمصلحة العامة، ومن ثم يترتب على مخالفة الأول إلغاء القرار الصادر بالمخالفة له، دون الثاني، إذ لا يحق للفرد المطالبة بإلغاء قرار إداري لم يستوف هذه الشكلية لأنها -أي هذه الشكلية- إنما قررت لمصلحة الإدارة وليس لمصلحته هو، وإذا لم تنقيد الإدارة بهذه الشكلية فهذا يعني أنها ترى بأن مصلحتها إنما تتحقق بهذا الأمر<sup>(180)</sup>.

في حين يرى جانب آخر أنه ينبغي التفريق بين حالتين : حالة إسقاط الشكل، وحالة أدائه على نحو مخالف لما هو مقرر ، فإسقاط الشكل يعد مخالفة جوهرية لا فرق في ذلك بين إسقاط الشكليات المقررة لمصلحة العامة أو مصلحة الأفراد، إذ يستوي الأمر بينهما في ضرورة إلغاء القرار ، أما في حالة أداء الشكل على نحو مخالف لما هو مقرر، فإنه يتعين البحث عما إذا كانت المخالفة قد غيرت من طبيعة الشكليات المقررة أم لا، فإن كانت هذه الأخيرة على الرغم من ذلك قد حققت الهدف منها، كان الشكل غير جوهريا ولايستوجب إلغاء القرار، أما إذا لم تحقق هذا الهدف فإن هذا يعني أن الشكل جوهريا، مما يستوجب الحكم بإلغاء القرار المخالف له<sup>(181)</sup>. وأخيرا يذهب رأي ثالث إلى أن معيار التمييز بين هذين النوعين من الشكليات يكمن في درجة جسامة عيب الشكل، فإن كان العيب جسيما كان الشكل جوهريا يقتضي معه إلغاء

(177) ينظر: د. ماهر صالح علوي الجبوري، مصدر سابق، ص 181. وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أهمية الشكل من هذه الناحية، إلا أن القضاء-كما سيظهر ذلك في موضع لاحق من هذه الدراسة -لا يولي أهمية ذاتها التي يوليها للشروط الأخرى، وذلك في الظروف الاستثنائية، فهو يتساهل كثيرا في القرارات التي لا يتبع فيها الشكلية المطلوبة قانونا استنادا إلى أن طبيعة هذه الظروف تستوجب عدم إجبار الإدارة على الإغراق في الشكليات.

(178) ينظر: د. محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص 377.

(179) ينظر: D. Slimane, Droit administratif, 9<sup>e</sup> édition, 1985, p460.

(180) ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصدر سابق، ص 674 وما بعدها، د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص 520.

(181) ينظر: د. محمد عبد العال السناري، قضاء التعويض وقضاء الإلغاء، مصدر سابق، ص 383.

القرار، أما إذا لم يكن جسيما فهذا يعني أن الشكل الذي تم إغفاله يعد شكلا ثانويا لا يفترض معه إلغاء القرار (182).

وقدر تعلق الأمر بالظروف الإستثنائية فإننا نرى بأن أيا من هذه المعايير لا يصلح أساسا لتمييز الشكل الجوهرى عن الشكل غير الجوهرى، ونعتقد بأن الشكل يكون جوهريا إذا كان المشرع قد نص عليه لحماية المصلحة العامة والخاصة على حد سواء، ومن ثم يترتب على تخلفه أن يكون القرار مشوبا بعيب الشكل وقابلا للإلغاء، فلا ينبغي قصر هذا الأمر على مصلحة الأفراد لوحدهم كما ذهب إلى ذلك الرأي الأول، إذ يفترض عدم السماح بتمرير القرارات التي تخالف الشكلية المقررة لمصلحة الإدارة، بحجة أن الإدارة هي التي تقدر مدى تحقق مصلحتها عند إتخاذ القرار، باتباع الشكل المقرر من عدمه، فلماذا إذا نص عليها المشرع؟ ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان هدف القرارات التي تصدر في ظل الظروف الإستثنائية هو حماية الأمن والنظام العام، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة، فإن المشرع هو الذي يقدر كيفية تحقيق هذه الأخيرة عندما ينص على وجوب مراعاة شكلية معينة في القرار، حتى تستطيع جهة إتخاذها من إختيار أنسب الحلول التي يراها المشرع لازمة لتحقيق هذه المصلحة. لذلك فإن وزن مدى تحقق المصلحة العامة، ينبغي ألا تكون من الملائيم المتروك تقديرها للإدارة، بحيث يترتب على ذلك السماح لها بمخالفة الشكل الذي يقره المشرع لتحقيق هذه المصلحة، ومن ثم عدم إلغاء القرار الذي يخالف فيه هذه الشكلية، فهذه المصلحة ليست شخصية لصيقة بالجهة الإدارية فحسب، حتى تستطيع التحكم بها، بل هي متعلقة بعموم المجتمع، و تتجسد في حالة الشكل الجوهرى بأفضل الطرق اللازمة، لحماية الأمن أو النظام العام، وعلى ذلك فإن هذا الشكل هو الذي يتقرر حماية للمصلحة العامة والفردية على حد سواء بحيث يترتب على مخالفته إلغاء القرار، لكونه معيب بعيب الشكل، أما إذا كانت غاية هذا الأخير ليست المصلحة العامة، أو مصلحة الأفراد، بل التوجيه و الإرشاد فقط، فإنه يعد غير جوهرى، أو ثانويا، ولا يترتب على تخلفه إلغاء القرار.

وأخيرا فإن مما يؤخذ على المعيارين الثاني والثالث أيضا، أنهما يدمغان بالغموض ولا يصلحان لتمييز الأشكال الجوهرية وغير الجوهرية، فهما بدورهما بحاجة إلى تفسير، فمثلا ماهو المعيار الذي يمكن أن نستهدي به للقول بأن الشكل قد حقق الهدف منه من عدمه بالنسبة للمعيار الثاني؟، أو لمعرفة درجة جسامة عيب الشكل، فيما يتعلق بالمعيار الثالث؟ وبذلك فإن المعيار الذي ذكرناه، يعد الأفضل للتمييز بين الشكل الجوهرى والشكل غير الجوهرى بالنسبة للقرارات المتخذة في ظل الظروف لإستثنائية، ومن الأمثلة على

الشكل الجوهرى المتعلق بالمصلحة العامة (التسبيب و الكتابة)، فقد يتطلب القانون أحيانا تسبيب القرار حتى يتمكن القضاء من بسط رقابته عليه، لذلك فإن إغفال الشكل يترتب عليه وصم لقرار بعيب الشكل ويكون معرضا للإلغاء<sup>(183)</sup>. أما بالنسبة للشكل الجوهرى المتعلق بمصلحة الأفراد فمثاله حق الشخص المعتقل بالدفاع عن نفسه، والإستعانة بمحام<sup>(184)</sup>، فكل قرار يصدر دون مراعاة هذه الشكلية يكون معيبا، لعدم إستيفائه الشكلية المطلوبة، والمقررة قانونا لمصلحة الأفراد<sup>(185)</sup>.

أما فيما يخص الشكل غير الجوهرى فلا يترتب على إغفاله إلغاء القرار لأن الغرض منه الإرشاد والتوجيه فقط، مثال ذلك ميعاد الثمانية أيام التي حددها المشرع المصرى في المادة (3) من قانون الطوارئ، لكي تعزز كتابة التدابير التي تتخذ بمقتضى أوامر شفوية في الحالات العاجلة، فهذا شكل ثانوي أريد به ضرورة الاسراع بإصدار قرار مكتوب بالتدابير التي إتخذت بناء على أوامر شفوية من سلطة الطوارئ، وعدم التمهل في ذلك، عليه فلا يؤدي إهمال هذا الشكل إلى إلغاء القرار الصادر بعد هذا الميعاد.

#### 4.2.2.2: المحل

محل القرار الإدارى هو الأثر المترتب عليه حالا ومباشرة، والذي يتمثل بإنشاء مركز قانونى أو تعديله أو الغائه، كما سبق بيان ذلك عند الكلام عن عناصر هذا القرار. ويطلق على العيب الذي يشوب محل القرار الإدارى بعيب مخالفة القانون<sup>(186)</sup>، على أن يؤخذ مفهوم القانون هنا بمعناه الضيق من ناحيتين، الأولى: من حيث نطاق شموله، إذ يقتصر على محل القرار فقط، ذلك أن مصطلح (مخالفة القانون) من الوسع بمكان، بحيث يغطي العيوب التي تشوب جميع شروط القرار، لذا فهو هنا يشمل العيب الذي يصيب المحل فقط. أما الناحية الثانية فهي من حيث مصادره، إذ لا يتضمن جميع المصادر المعروفة في القانون الإدارى<sup>(187)</sup>.

فهذه المصادر تحكم الظروف العادية، أما بخصوص الظروف الاستثنائية فتتخصص هذه المصادر بالقوانين التي تحكم هذه الظروف كالدستور، وقانون الطوارئ، لذلك فإن مخالفة القانون تنصب على هذه المصادر،

(183) ينظر مثلا نص المادة (3/ مكررا) من قانون الطوارئ المصرى الذي أشتراط تسبيب قرار القبض أو الإعتقال كما سبق ذكر ذلك، والمادة (5/ أولا) من قانون الطوارئ العراقى التي إشتترطت أن يكون ممارسة رئيس وزراء لإختصاصاته الواردة في هذا القانون بأوامر مكتوبة.

(184) ينظر نص المادة (3/ مكررا) من قانون الطوارئ المصرى الملغى.

(185) مع ملاحظة أن رضاء صاحب الشأن بالعيب الذي يشوب القرار، بسبب عدم مراعاة الشكلية التي تتعلق بمصلحته، تؤدي إلى تصحيح هذا القرار. للمزيد ينظر: د. فتحي فكرى، مصدر سابق، ص249، د. محمود عبد العال السنارى، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص405.

(186) ينظر: د. فتحي فكرى، مصدر سابق، ص252.

(187) وهذه المصادر تتدرج من حيث قوتها حسب الترتيب الآتى: الدستور، التشريع، اللوائح، العرف الإدارى، المبادئ العامة للقانون، أحكام القضاء المتمتعة بقوة الشيء المقضى فيه، وأخيرا القرارات الإدارية السابقة. فهذه المصادر غريبة عن الشرعية الإجرائية الجزائية في الظروف الاستثنائية، فيفترض عدم علاقتها بهذه الشرعية، بالنظر للطبيعة الجزائية للتدابير المتخذة في ظل هذه الظروف، لذلك فإن القرارات الإدارية يجب أن تنقيد بالقوانين المنظمة لهذه الظروف فحسب، ضمانة للشرعية الإجرائية.

فمخالفة القرار للقانون من حيث محله تشمل فقط هذه المصادر (188). وترتيباً على ذلك يشترط في محل القرار الإداري أن يكون ممكناً تنفيذه من الناحية الواقعية، فإذا كان مستحيلًا عد القرار في هذه الحالة معدوماً، لاستحالة محله (189)، كصدور قرار اعتقال شخص، أو بأحاله إلى المحكمة المختصة، ثم يظهر بعد ذلك وفاة هذا الشخص، فالقرار هنا معدوم لاستحالة تنفيذ محله. وفضلاً عن ذلك يشترط أن يكون جائزاً قانوناً، بمعنى ألا يكون مخالفاً للقانون، وتتخذ هذه المخالفة صوراً عديدة، فإما تكون مخالفة مباشرة للقانون، وفيها تتجاهل الجهة التي تصدر القرار القاعدة القانونية التي تنظم اختصاصها، بأن تصدر قراراً تمنعه تلك القاعدة، وإما تكون في صورة خطأ في تفسير القانون، وفي هذه الصورة لا تنتكر هذه الجهة للقاعدة القانونية، أو تتجاهلها كما في الصورة الأولى، بل أنها تعطي القاعدة معنى مغايراً عن المعنى المقصود قانوناً، وأخيراً قد تأتي مخالفة القانون في صورة الخطأ في تطبيقه، وتحقق عندما تقوم الإدارة بتطبيق القانون على حالة غير التي قصد المشرع تطبيقها عليها، أو تطبيق النص القانوني على حالة معينة على الرغم من عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيقه (190). ومن الأمثلة على مخالفة القرار للقانون صدور قرار بحجز شخص، أو توقيفه بناءً على حالة معينة، في حين أن القانون لم ينص على هذه الحالة، أو صدور قرار باعتقال أحد الأشخاص، واستناده إلى نصوص غير تلك التي تتعلق بالطرف الاستثنائي، ففي مثل هذه الحالات يكون محل القرار غير جائز قانوناً، لذلك يأتي القرار مشوباً بعيب مخالفة القانون، ويكون جديراً بالإلغاء.

### 5.2.2.2: الغاية (الهدف)

(191)

يعد شرط الغاية من الشروط المهمة في مجال القرار الإداري وخصوصاً في الظروف الاستثنائية، إذ أن مخالفته متوقعة الحصول في ظل هذه الظروف، فمجالها يكاد يكون واسعاً فيها نظراً لسعة الصلاحيات الممنوحة للإدارة خلالها، والتي تعد أكثرها صلاحيات تقديرية، مما يجعل إمكانية صدور قراراتها بصورة مجانية للغايات التي يحددها القانون، والغاية هي الهدف النهائي الذي يستهدفه مصدر القرار من إصداره للقرار، والذي يجب أن يتطابق مع الهدف الذي يقرره القانون في هذا الصدد، فإذا ما حاد مصدر القرار عن

(188) مع ملاحظة ما قد درج عليه القضاء من إعطاء الإدارة بعض السلطات في الظروف الاستثنائية خارج نطاق هذه المصادر، ومن ثم يعد قراراتها صحيحة حتى وإن إتخذت دون التقيد بهذه المصادر، كما سيوضح ذلك عند البحث في الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية.

(189) ينظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مصدر سابق، ص 464.

(190) ينظر: سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصدر سابق، ص 718 وما بعدها، د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص 407.

(191) يلاحظ بأن شرط الغاية يقابل شرط السبب بالنسبة للأعمال الإجرائية، إذ سبق القول بأن هذا السبب قد يعني في أحد صورته الباعث الدافع للقيام بهذه الأعمال.



هذا الهدف، فهذا يعني أنه إنحرف عن الغاية المقررة قانوناً للقرار، فاستعمل سلطته لتحقيق غايات لا يعترف بها القانون، مما يجعل هذا القرار مشوباً بعيب الإنحراف عن السلطة، ولهذا يسمى العيب الذي يلحق بغاية القرار عند صدوره من الإدارة بعيب إساءة استعمال السلطة(192). فالغاية كما يراها البعض هي الحد الفاصل بين ما يعد سلطة تقديرية مشروعة، وبين ما يعد سلطة إستبدادية غير مشروعة، أي تعسفاً في استخدام السلطة، فهي المقياس الحقيقي والدقيق لوجود ذلك العيب في القرار الإداري وعليه يعد القرار معيباً بعيب إساءة استعمال السلطة، إذا كان يستهدف غرضاً غير الغرض الذي من أجله منحت الإدارة سلطة إصداره(193).

وغاية القرار الإداري تتحدد بطريقتين، ومن ثم فإن هذا القرار يمكن أن ينحرف عن هذه الغاية تبعاً لذلك(194). فالطريقة الأولى عامة، ومضمونها أن كل قرار يجب أن يكون هدفه تحقيق المصلحة العامة، فمما لا شك فيه أن جميع الأعمال الإدارية، ومنها بطبيعة الحال القرارات الإدارية، يجب أن **تتغيا** المصلحة العامة وذلك لأن السلطة التي تمنح للإدارة ليست امتيازاً أو حقاً مصاحباً للوظيفة، وإنما اختصاص يمارس على مقتضى أحكام القانون، تحقيقاً لهذه المصلحة، وعلى ذلك ينبغي للقرار أن يسعى إلى تحقيق هذا الهدف، وبخلافه يكون مشوباً بعيب الإنحراف ومعرضاً للإلغاء، مثال ذلك صدور القرار بهدف الانتقام أو لأسباب سياسية، أو طائفية، أو لغرض تحقيق منافع شخصية، أو لأي غرض آخر غير المصلحة العامة(195)، ففي مثل هذه الأحوال تسيئ الإدارة سلطتها فتصدر قرارات تبغي فيها تحقيق أهداف بعيدة عن الصالح العام، لذلك فإن العيب الذي يلحق بهذه القرارات يسمى بعيب إساءة استعمال السلطة بالمعنى الدقيق(196).

أما الطريقة الثانية فهي خاصة وتتخلص بأن المشرع وفي بعض الأحيان قد يرى وجوب تخصيص أهداف معينة للقرار، على اعتبار أن مصطلح (المصلحة العامة) يعد واسعاً وفضفاضاً، فينبغي ألا يترك للإدارة مطلق الحرية في نطاق هذه المصلحة، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تسعى إلى تحقيق هدف آخر غير الهدف المخصص قانوناً، حتى لو كان الهدف الذي تسعى الإدارة إليه متعلقاً بالمصلحة العامة ويطلق على هذه الحالة بقاعدة (تخصيص الأهداف)(197). فالقرارات التي ينبغي أن تتخذ في إطار قانون الطوارئ مثلاً،

(192) ينظر: د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص274.

(193) بهذا المعنى ينظر:

Trotobas(L.)et Isoart(P.),Droit public,Paris ,L.G.J.,1988,P230,Waline,op.cit,P486

(194) ينظر: د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مصدر سابق، ص468.

(195) في تفاصيل ذلك ينظر: د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، مصدر سابق، ص738 وما بعدها.

(196) ينظر: د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص450.

(197) ينظر: د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص278.

يجب أن تستهدف تحقيق غاية معينة، ألا وهي المحافظة على الأمن أو النظام العام، أما إذا جانبت القرارات هذه الغاية، فإنها تكون معيبة بعبء الانحراف عن الغاية<sup>(198)</sup>. لذلك يلاحظ بأن المحكمة الإدارية العليا بمصر تقرر أن: (أوامر الطوارئ يجب أن تقتصر على تحقيق الغرض الذي من أجله تعلن هذه الحالة، فلئن كانت الطوارئ تعلن عادة بسبب تعرض الأمن والنظام العام للخطر، فإن كل تدبير يتخذ في هذا الشأن، يتعين أن يرتبط بهذا الهدف، ويتعين إعادة الأمن أو النظام العام إلى صحيح نصابه، فإذا ما شاءت الجهة القائمة على تطبيق الحكم العرفي تحقيق غرض آخر، فسيبيلها إلى ذلك استنهاض سلطات القانون العام، وتحريك اختصاصاته، والنزاع ما تفرضه من القيود والإجراءات والا وقع إجراؤها المستند للحكم العرفي منتكباً غايته، وأهدافه مشوبة بعبء الانحراف... الخ)<sup>(199)</sup>.

ولكن من ناحية أخرى لا بد من القول بأن عملية إثبات إنحراف القرار عن غايته تكتنفها الصعوبة والتعقيد، ذلك لأن الغاية هي من الأمور التي تتعلق بكوامن النفس وبواعثه، لذا فإن من الصعوبة بمكان الوقوف عليها بشكل دقيق، ويمكن القول إن عملية الإثبات هذه تتطلب إثبات سوء نية الإدارة أولاً، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى قيام مسؤوليتها في مثل هذه الأحوال. لذلك يرى جانب من الشراح أن عيب الإنحراف عن الغاية، يعد عيباً احتياطياً ومعنى ذلك أن القاضي لا يلجأ إليه إلا إذا لم يظهر الخلل في الشروط الأخرى لصحة القرار، أما إذا تمكن القاضي من بناء حكمه بالإلغاء استناداً إلى أي شرط آخر، خلاف شرط الغاية، فإنه يقضي بالإلغاء، دون أن يتصدى لبحث عيب الإنحراف<sup>(200)</sup>. كما أنه من ناحية أخرى ونظراً للصلة الوثيقة بين شرطي السبب والغاية، فإن القضاء يتعرض في رقابته على شرط الغرض من القرار والإنحراف بالسلطة، من خلال رقابته على شرط السبب، لهذا فإن عدم توافر السبب يعني في أغلب الأحوال توافر الإنحراف بالسلطة<sup>(201)</sup>.

(198) تجدر الإشارة إلى أن تحديد هذا الهدف قد يأتي بصورة صريحة، كما هو الحال بالنسبة للمادة الأولى من قانون الطوارئ المصري والفرنسي، وقد لا يأتي بصورة صريحة، ولكنه يستشف ضمناً من نصوص هذا القانون وعباراته، كما في قانون الطوارئ العراقي مثلاً.

(199) ينظر القرار المرقم 830 في 1979/12/29. أشار إليه: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 469.

(200) ينظر: د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص 283، د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، مصدر سابق، ص 448.

(201) وذلك باستثناء حالة واحدة لا يتوافر فيها شرط السبب، ومع ذلك لا يتوافر الإنحراف بالسلطة، وهي حالة توهم مصدر القرار بوجود السبب الصحيح. ينظر: د. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1971، ص 362 وما بعدها. أشار إليه: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 468.

### الفصل الثالث

#### انواع الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية واثارها

تعد الرقابة القضائية سواء اكانت رقابة القضاء الجزائي ام رقابة القضاء الاداري أهم شكل من أشكال الرقابة على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية، بكون القضاء الحصن الحصين الذي يلجأ إليه في أية منازعة، من أجل إعلاء كلمة القانون وتحقيق العدالة، لما يتميز به القضاء من حياد وموضوعية،

فضلا عن الاستقلالية، وغيرها من المميزات الأخرى التي تؤهلها للقيام بهذه المهمة، أكثر من أية جهة أخرى. وفضلا عن ذلك هناك ضمانات أخرى تتعلق بإهدار كل إجراء أو قرار اتخذ بالمخالفة للشرعية الإجرائية من إنتاج آثاره التي كان سينتجها لو نشأ صحيحاً خالياً من كل عيب، وتتمثل هذه الضمانة بجزائي (البطلان والإلغاء)، بكونهما من الوسائل التي يملكها القضاء لتطبيق وحماية الشرعية والمشروعية من خطر الانتهاك، كما أنهما يعدان في ذات الوقت من الآثار التي تترتب على الرقابة التي يمارسها القضاء في هذا الصدد، فالإجراء أو القرار الذي لا تتوافر فيه الشروط القانونية اللازمة لصحته، لا بد أن يقرر القضاء بطلانه أو إلغائه(202) ومن أجل الإحاطة بانواع الرقابة على الشرعية والمشروعية في الظروف الاستثنائية والآثار المترتبة عليها نقسم هذا الفصل الى مبحثين: نتناول في الأول انواع الرقابة القضائية وفي الثاني اثار الرقابة:

### 1.3: انواع الرقابة القضائية

رسم المشرع الطريق الذي يجب أن يتم سلوكه خلال فترة الظروف الاستثنائية، وفي ذات الوقت أوجد آلية معينة، للتأكد من عدم مخالفته من قبل السلطة القائمة على تطبيق القانون الاستثنائي، وتتمثل هذه الآلية بالرقابة القضائية على التدابير التي تتخذ في ظل هذا الظرف، حمايةً لحقوق وحريات الأفراد.

إذاً لا يمكن لهذه السلطة اتخاذ الإجراءات أو القرارات بدون رقابة تمارسها جهة أو سلطة أخرى، حماية للشرعية والمشروعية. وتنقسم الرقابة القضائية الى نوعين: رقابة القضاء الجزائي ورقابة القضاء الاداري، وفي إطار هذه الرقابة تتم الموازنة بين مصلحة المجتمع في الحفاظ على أمنه ونظامه، وبين مصلحة الأفراد في حماية حرياتهم من الإنتهاك حتى لا تطغى إحداها على الأخرى. ومن أجل الإحاطة بنوعي الرقابة القضائية يتوجب تقسيم هذا المبحث على مطلبين: الأول لبيان رقابة القضاء الجزائي، والثاني لتوضيح رقابة القضاء الاداري:

#### 1.1.3: رقابة القضاء الجزائي

الرقابة الجزائية على الشرعية الإجرائية في الظروف الإستثنائية تتخذ صورتين رئيسين كأصل عام، كما هو الحال فيما يتعلق بالظروف العادية. فالصورة الأولى تظهر من خلال المباشرة الفعلية للإجراءات التي

(202) هذه هي الآثار المباشرة للرقابة، وتضاف إلى هذه الآثار، مسألة أخرى تتعلق بإمكانية قيام مسؤولية الشخص الذي إتخذ الإجراء أو القرار بصورة مخالفة للشرعية او المشروعية، سواء أكانت مسؤولية جزائية، أم مدنية، أم تأديبية بحيث توقع عليه عقوبة جزائية أو مدنية أو انضباطية، وقد تفرض عليه جميعها، وحسب الأحوال. وبما ان هذه تعد اثارا غير مباشرة فاننا لن نبحثها في هذه الدراسة.

تتخذ بناء على القانون الذي ينظم حالة الظروف الاستثنائية كالقبض، والتوقيف، والاستجواب... الخ، وهو أمر مهم جداً، نظراً لخطورة هذه الإجراءات على حقوق المتهم وحرية، مما يقتضي معه عدم السماح للسلطة القائمة على تنفيذ هذا القانون في القيام بهذه الإجراءات، بل ينبغي أن يترك ذلك للقضاء الجزائي ممثلاً بقاضي التحقيق، حمايةً للشرعية الإجرائية، لذلك فإن الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية والمنصوص عليها في قانون الطوارئ، يجب أن يكون تنفيذها بواسطة قاضي التحقيق عن طريق الأوامر والقرارات التي يصدرها بهذا الصدد وفي نطاق الخصومة الجزائية. أما الصورة الثانية فتتجلى في مراقبة القضاء الجزائي بدرجاته المختلفة للإجراءات الجزائية المتخذة، بغية التأكد من مدى توافقها مع الشروط أو الضمانات القانونية الموضوعية والشكلية المقررة لهذه الإجراءات وهذا الإشراف إما يتم تلقائياً عن طريق مراجعة الجهات القضائية الجزائية العليا للإجراءات والقرارات التي إتخذتها الجهات الأدنى منها من تلقاء نفسها، أو عن طريق الطعن من قبل ذوي العلاقة في شرعية الإجراء الذي تم من قبل الجهة القضائية الأدنى وذلك أمام القضاء الأعلى درجة منها، فضلاً عن ذلك قد يتحقق هذا الإشراف عن طريق التظلمات التي تقدم لنفس الجهة التي حصل الإجراء المطعون في شرعيته أمامها، ومن ذلك يتضح أن الرقابة الجزائية على الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية إنما تتم بشكل عام أثناء قيام القضاء الجزائي بالتحقيق والنظر في إحدى الجرائم المرتكبة خلال هذه الظروف ومن خلال الدعوى الجزائية، وهو في ذلك يتحرى وينفحص العمل الإجرائي المشكوك في شرعيته وذلك من ناحية مدى توافر شروطه القانونية، إذ يقرر الحكم ببطلانه ومن ثم عدم إمكانية إنتاج آثاره، في حال مخالفته لهذه الشروط وبغية التعرف بشكل مفصل على هذه الرقابة في ظل القوانين الاستثنائية المقارنة، فإنه سيتم بحثها في ثلاث فروع متتالية:

### 1.1.1.3: موقف القانون العراقي

لو تصفحنا قانون الطوارئ، لوجدنا بأنه قد نص على ضمانات رقابة المحاكم الجزائية على الإجراءات التي تتخذ إستناداً إلى هذا القانون، ويتضح ذلك من خلال جعله محاكم التحقيق والمحاكم الجزائية (جنح، جنابات، المحكمة الجنائية المركزية)، هي التي تتولى مسألة التحقيق في الجرائم المرتكبة خلال فترة الطوارئ، والفصل فيها (م7)، فضلاً عن إقراره خضوع هذه الإجراءات لرقابة محكمة التمييز وإعطائها الحق في بطلان أي إجراء يتبين عدم مشروعيته، بل أن المشرع العراقي قد زاد هذه الضمانة فعالية، من خلال تنظيمه لنوع آخر من أنواع الرقابة والإشراف على الإجراءات المتخذة وفقاً لقانون الطوارئ، وتتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا، والتي أعطاهما هذا القانون أيضاً صلاحية ممارسة هذه الرقابة إلى جانب محكمة التمييز، وذلك طبقاً لما جاء في المادة (9 / ثانياً) من هذا القانون، والتي بينت أنه: (تخضع قرارات

وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز في إقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم، وانتهاء بالمحكمة الاتحادية العليا، وللمحاكم المذكورة تقرير إلغاء تلك القرارات والإجراءات، وتقرير بطلانها، وعدم مشروعيتها، أو إقرارها، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات والإجراءات (203).

ولكن لا بد من الإشارة إلى أن أمر الرقابة والإشراف لا يقتصر على هاتين المحكمتين فقط، بل إن محاكم التحقيق والمحاكم الجزائية الأخرى، هي أيضاً تمارس هذه الرقابة، والدليل على ذلك هو إقرار هذا القانون بسريان قانون أصول المحاكمات الجزائية على الجرائم التي تختص هذه المحاكم بالتحقيق والنظر فيها (م7/ رابعا) وما دام الأمر كذلك فإنه من خلال مراجعة قانون أصول المحاكمات الجزائية، يتضح فيما يتعلق بقاضي التحقيق أنه يتولى التحقيق الابتدائي بنفسه، أو بواسطة محققين، ولكن تحت إشرافه (204)، كما أن القانون أوجب على قاضي التحقيق أن يباشر بنفسه بعض الإجراءات المهمة، كضرورة استجواب المتهم، وتدوين إفادته ولاسيما لو تضمن اعترافا منه بالجريمة المسندة إليه (205)، فضلا عن ذلك فإن الإجراءات الخطيرة الأخرى لا يجوز مباشرتها الا بقرار من قاضي التحقيق كالتفتيش والقبض والتوقيف (206)، فيما عدا الحالات الاستثنائية (207). كما أن القانون جعل قاضي التحقيق الجهة التي تتولى الرقابة على إجراءات التفتيش التي يقوم بها أعضاء الضبط القضائي، وذلك من خلال نظره في الاعتراضات التي تقدم إليه بهذا الصدد (208)، من ذلك يتضح أن قاضي التحقيق يمارس مهمة الرقابة إما من خلال المباشرة الفعلية لبعض من الإجراءات الجزائية، أو من خلال الإشراف على البعض الآخر. أما بخصوص محاكم الموضوع (جنايات، جنح)، فهي الأخرى تستطيع ممارسة الرقابة على الإجراءات التي تم إتخاذها في مرحلة التحقيق الابتدائي من جانبين: أحدهما يخص كلتا المحكمتين، والأخرى يتعلق بمحكمة الجنايات فقط، فالجانب الأول للرقابة يظهر من خلال إمكانية محكمة الجنايات والجنح من عدم الإعتداد بالإجراء غير المشروع الذي حصل في مرحلة التحقيق الابتدائي، وما يسفر عنه من أدلة، حماية للشرعية الإجرائية.

(203) ويبدو أن هذه الأمر جاء متسقاً مع حكم المادة (90) من الدستور العراقي والذي بين أنه من ضمن صلاحيات المحكمة الاتحادية العليا، هو: (الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية، والأنظمة، والتعليمات، والإجراءات الصادرة عن السلطة الإتحادية).

(204) ينظر نصوص المواد (51 - 57 / الاصولية العراقي)، ولكن هناك حالات استثنائية، يقوم فيها عضو الادعاء العام وأعضاء الضبط القضائي بالتحقيق في بعض الأمور، وفقاً للمادة (3) من قانون الادعاء العام والمواد (40-50/ الاصولية العراقي) وحتى في هذه الحالات الاستثنائية يجب أن يعرض ما تم إجرائه في النهاية على قاضي التحقيق، لكي يقرر ما يراه بشأنه.

(205) ينظر نص المادتين (123، 128 / ب الاصولية العراقي).

(206) ينظر نصوص المواد (72/ب، 92، 109 - 110 / الاصولية العراقي) وقد تأكد هذا الامر أيضاً بالمادة (3) من قانون الطوارئ والتي اوجبت الحصول على مذكرة قضائية بالتفتيش والتوقيف وغيرها الا في الحالات الملحة للغاية.

(207) ينظر مثلاً نصوص المواد (73/ب، 102 - 103، 112 / الاصولية العراقي).

(208) ينظر نص المادتين (123، 128 / ب الاصولية العراقي).

أما الجانب الثاني الذي يتعلق بمحكمة الجنايات، فيتضح عند إنعقادها بصفة تمييزية للنظر في الطعون المقدمة ضد الإجراءات المعيبة التي حصلت أثناء التحقيق الابتدائي<sup>(209)</sup>، إذ يكون لها السلطة في تقرير بطلان أي إجراء من هذه الإجراءات إذا ما تبين لها وجود مخالفة للقانون، والأمر نفسه ينطبق على المحكمة الجنائية المركزية التي تعد المرجع في الطعون المقدمة ضد القرارات التي تصدرها محكمة التحقيق التابعة للمحكمة الجنائية المركزية<sup>(210)</sup>، كما تمارس المحاكم العليا (الاستئناف بصفتها التمييزية، التمييز)، الرقابة والإشراف أيضاً، إذ تبسط محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية هذه الرقابة على الإجراءات والقرارات الصادرة من محكمة الجناح ومن ثم فإن لها الصلاحية في تقرير بطلانها إذا ما تبين لها وجوب ذلك<sup>(211)</sup>، وتستطيع محكمة التمييز من خلال إشرافها على الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الجنايات، أن تبطل أي إجراء معيب، سواء أحصل في مرحلة التحقيق الابتدائي أم القضائي، وتهدر الدليل الناتج عنه وتقرر براءة المتهم أو الإفراج عنه، ولاسيما لو كان هذا الدليل هو الوحيد في الدعوى، وذلك بما لها من ولاية عامة على الدعوى الجزائية<sup>(212)</sup>. وإذا كان قانون الطوارئ العراقي قد جعل أمر الرقابة القضائية على الشرعية الإجرائية على وفق ما تقدم فإنه - كما قلنا- أضاف إلى ذلك رقابة المحكمة الاتحادية العليا، إذ تستطيع هي الأخرى من فرض هذه الرقابة على جميع الإجراءات والقرارات التي تصدر عن سلطة الطوارئ، وأن تقرر بطلانها أو إلغائها إذا تبين لها عدم مشروعيتها، ولكن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا، هو كيف تمارس هذه المحكمة رقابتها في هذا الصدد؟، فهل هي رقابة مستقلة عن رقابة المحاكم الجزائية، ومن ثم لا علاقة لها بالرقابة على شرعية الإجراءات التي تباشر في إطار الدعوى الجزائية عموماً من قبل هذه المحاكم؟، أم أنها رقابة تندمج مع تلك التي تمارسها هذه المحاكم؟. نعتقد أن الفرض الأول هو الصحيح، فهذه الرقابة تعد مستقلة تمام الاستقلال عن رقابة المحاكم الجزائية، إذ تمارس المحكمة الاتحادية رقابتها على القرارات التي يتخذها رئيس الوزراء أو من يخوله في ذلك إستناداً إلى قانون الطوارئ، بغية التأكد من شرعية هذه القرارات، لذلك فهي رقابة على شرعية القرارات، ولا علاقة لها بالرقابة على الشرعية الإجرائية في نطاق الدعوى الجزائية<sup>(213)</sup>.

(209) سواء أكان انعقادها بناءً على طعن، أم من تلقاء نفسها. ينظر نص المادة (265 / أ، ب) أصول عراقي.

(210) ينظر القسم (21) من قانون تشكيل المحكمة.

(211) أصبحت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية هي المحكمة المختصة بنظر الطعون الخاصة بالأحكام أو القرارات الصادرة من محاكم الجناح، بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل، ذي الرقم (104) لسنة 1988، والمنشور في الوقائع العراقية، العدد (3188) في 1988/2/8 والمعدل بالقرار (98) لسنة 1992، والمنشور أيضاً في الوقائع العراقية، العدد (3401) في 1992/4/13.

(212) كما يتضح ذلك من نص المادة (259 / 6) أصول عراقي.

(213) هذه الرقابة تشبه إلى حد ما رقابة القضاء الإداري في مصر وفرنسا، والتي سبق بيانها.

ونعتقد أيضا في هذا الصدد أن صلاحية فرض جزاء (الإلغاء) الوارد ذكره في المادة (9) من قانون الطوارئ، السالف الذكر، تتعلق بالمحكمة الاتحادية العليا، والتي لها السلطة في فرض هذا الجزاء على القرارات المخالفة للمشروعية. في حين أن سلطة المحاكم الجزائية، ومن ضمنها محكمة التمييز، هو فرض جزاء (البطلان) على الإجراءات غير المشروعة، لذلك فإنه مع ورود أسم المحكمة الاتحادية العليا وجزاء (الإلغاء) في المادة أعلاه، ورد أيضا ذكر أسم محكمة التمييز مع جزاء (البطلان) وإن لم تربط هذه المادة صراحة الإلغاء بالقرارات، والبطلان بالإجراءات. ويلاحظ أن القول بخلاف ما تقدم قد يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة، ذلك لأن جعل رقابة المحكمة الاتحادية العليا ضمن رقابة المحاكم الجزائية يؤدي إلى أن تكون المحكمة الاتحادية سلطة تمارس الرقابة على محكمة التمييز وهذا خلاف ما هو منصوص عليه في الدستور، إذ لم يرد هذا الأمر ضمن صلاحيات المحكمة الاتحادية في المادة (90) من الدستور.

وتماشيا مع الرأي الذي إنتهينا إليه حول إختصاص المحكمة الاتحادية بالرقابة على القرارات، ومحكمة التمييز بالرقابة على الإجراءات الجزائية ضمن رقابة المحاكم الجزائية بشكل عام على الدعوى الجزائية، فإننا نرى بأن نص المادة (9/ثانيا) من قانون الطوارئ معيب من حيث الصياغة، لأن عباراته توحي بأن كلتا المحكمتين (الإتحادية والتمييز) تمارسان الرقابة على قرارات سلطة الطوارئ. وهذا الأمر من الصعب تقبله لأن تطبيقه على هذا النحو قد يلاقي صعوبات منها: من هي المحكمة التي ينبغي أن تمارس هذه الرقابة أولا؟ وأحكام أي منها تكون قطعية في هذا المجال؟ ثم ما هو الحل لو مارست كلتاها هذه الرقابة في الوقت ذاته، ألا يؤدي ذلك إلى تضارب الأحكام؟ إلى غير ذلك من الصعوبات الأخرى. عليه فإن من المستحسن بالمشروع العراقي صياغة هذه المادة بشكل أفضل، وعلى نحو يفصل فيه رقابة المحكمة الاتحادية عن رقابة محكمة التمييز، وأن يخص الأولى بالقرارات التي تصدر من سلطة الطوارئ، والثانية بالإجراءات التي تتخذ في إطار الدعوى الجزائية فيما يخص الجرائم التي ترتكب خلال فترة الطوارئ وذلك حسما لكل خلاف أو صعوبة يمكن أن تثار في مثل هذه الأحوال.

ويلاحظ على الرقابة التي نص عليها المشروع العراقي أنه أوجب على المحكمة الاتحادية ومحكمة التمييز مراعاة الظروف الإستثنائية التي صدرت في ظلها القرارات والإجراءات عند ممارسة رقابتها عليها، ويكون ذلك عن طريق إعمال نظرية الظروف الاستثنائية القضائية في هذه الرقابة، وذلك بإجراء الموازنة بين مصلحة المجتمع في الحفاظ على أمنه ونظامه، وبين مصلحة الفرد في حماية حريته الشخصية على نحو ما سبق ذكره عند الحديث عن رقابة القضاء الإداري. وأخيرا يظهر أن المشروع العراقي لم يوفق أيضا في صياغة المادة (7/أولا) من قانون الطوارئ، والتي حددت الجرائم التي تدخل في إختصاص



المحكمة الجنائية المركزية، إذ يتضح بأن هذا التحديد جاء على سبيل المثال لا الحصر، الأمر الذي قد يثير إشكالا فيما يتعلق باختصاص محاكم الجنايات الأخرى، وقد يؤدي ذلك إلى حصول تنازع في الاختصاص بين هذه المحاكم والمحكمة المذكورة. فضلا عن ذلك فقد ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة (تتولى المحكمة الجنائية المركزية في العراق النظر في الجرائم الكبرى....الخ)، والسؤال هنا ما هو المعيار الذي يمكن أن يعول عليه في معرفة كون الجريمة كبرى من عدمها؟، فمما لاشك فيه أن ذلك سيفتح باب الإجتهد والإختلاف، ومن ثم سيخضع هذا المعيار للتقدير التحكيمي، ولاسيما أن المشرع لم يحدد هذا المعيار، بل أورد أمثلة على ذلك . ومن ناحية أخرى يلاحظ أن هناك تناقضا بين هذه الفقرة والفقرة الثانية من المادة نفسها، والتي جاء فيها: (تختص المحاكم الجزائية بالنظر في الجرائم الأخرى غير الواردة في الفقرة أعلاه، أو ما يحيله عليها القاضي المختص ضمن إختصاصه المكاني)، فهذه الفقرة توحى بأن الجرائم المحددة في الفقرة الأولى هي محددة على سبيل الحصر لا المثال، في حين أن عباراتها تقطع الشك حول كونها قد جاءت على سبيل المثال، إذ أن المشرع إستهل في هذا التحديد بعبارة (كجرائم ... الخ) ، لذلك كله نرى وجوب إعادة صياغة هاتين الفقرتين، بالشكل الذي يؤدي إلى التحديد الدقيق للجرائم الداخلة في إختصاص المحكمة الجنائية المركزية وفي الوقت ذاته يرفع التناقض الحاصل بينهما، بل يلاحظ أنه لو تم تدقيق العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية والتي تفيد أنه (..... أو ما يحيله عليها القاضي المختص ضمن إختصاصه المكاني) لأمكن الإستنتاج أنها تجيز مخالفة الفقرة الأولى من المادة نفسها، إذ يجوز لقاضي التحقيق بمقتضى هذه العبارة أن يحيل إلى المحاكم الجزائية الأخرى أيا من الجرائم المرتكبة، حتى لو كانت من الجرائم الواردة في الفقرة الأولى، لذلك يصبح أمر تعديل هذه المادة لا بد منه.

### 2.1.1.3: موقف القانون المصري

أما فيما يتعلق بـ رقابة القضاء الجزائي في ظل القانون المصري، فإنه يمكن القول بأن هناك نوعين من المحاكم الجزائية التي تبسط هذه الرقابة: محاكم أمن الدولة التي كانت قائمة عند نفاذ قانون الطوارئ، والمحاكم الجزائية العادية. فالأولى تمارس الرقابة من خلال نظرها لبعض من الجرائم التي ترتكب أثناء حالة الطوارئ، وهي الجرائم التي تقع بالمخالفة لاوامر رئيس الجمهورية والوارد عقوباتها في تلك الأوامر، وكذلك بعض اخر من الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات، إذ تختص محاكم أمن الدولة الجزئية بالفصل في الجرائم المعاقب عليها بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، في حين تتولى محاكم أمن الدولة العليا مهمة الفصل في الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة الجناية، وبالجرائم التي يعينها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه، أيا كانت العقوبة المقررة لها، فأثناء النظر في هذه الجرائم تستطيع هذه

المحاكم ممارسة رقابتها على شرعية الإجراءات المتخذة ومن ثم ابطال أي إجراء لا يتوافر فيه شروطه القانونية، كما أن بإمكان النيابة العامة عند لتحقيق أن تمارس هذه الرقابة، من خلال إشرافها على الإجراءات التي يتم إتخاذها في مرحلة التحقيق الابتدائي<sup>(214)</sup>. ولكن يلاحظ على الرقابة التي تمارسها محاكم أمن الدولة الجزئية والعليا أنها قد لا تكون بالمستوى المطلوب لحماية الشرعية الإجرائية، نظرا لإفتقارها إلى بعض عناصر القضاء الطبيعي اللازمة لهذه الحماية، ومن أهمها عدم قابلية أحكامها للطعن، بل أنها تخضع للتصديق المباشر من قبل رئيس الجمهورية، وبذلك تحول دون تحقيق رقابة فعالة لضمان تطبيق هذه الشرعية على أتم وجه، عليه فهو يعد قضاءً استثنائياً لا يتوافر في إجراءاته وأحكامه ضمانات رقابة المحاكم العليا<sup>(215)</sup>.

لذلك ومن أجل الحيلولة دون خرق الشرعية الإجرائية في ظل قانون الطوارئ، وبغية عدم إهدار هذه الدرجة من درجات الرقابة أثناء تطبيق هذا القانون، يلاحظ أن محكمة النقض المصرية تذهب في كثير من أحكامها إلى أن اختصاص محاكم أمن الدولة بالجرائم التي تقع بالمخالفة لأوامر رئيس الجمهورية أو غيرها من جرائم القانون العام، لا يسلب المحاكم الجزائية العادية اختصاصها المتعلقة بها ومن ثم لا يحول دون فرض الرقابة عليها من قبل محكمة النقض، من ذلك حكمها الصادر في 1982/10/27، إذ جاء فيه: (اختصاص محاكم أمن الدولة بالجرائم الواردة بالأوامر العسكرية والقانون العام عن الوقائع الجنائية، غير ممتنع على المحاكم العادية، بل هو من واجبه، ذلك لأن قانون الطوارئ الصادر بالقرار بالقانون رقم 162 لسنة 1958، قد حصر اختصاص محاكم أمن الدولة، وما هي إلا محاكم استثنائية، في الفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه، ولو كانت في الأصل غير مؤثمة بالقوانين المعمول بها، وكذلك في الجرائم المعاقب عليها بالقانون العام، التي تحال إليها من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه، في حين لم يسلب المحاكم صاحبة الولاية العامة شيئاً البتة من اختصاصها الأصلي الذي أطلقته الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972 ليشمل الفصل في كافة الجرائم إلا ما استثني بنص خاص، ومن ثم يشمل هذا الإختصاص الفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه، عملاً بأحكام قانون حالة الطوارئ، حتى لو لم تكن في الأصل مؤثمة بالقوانين المعمول بها)

(214) إذ أن المادة (10) من قانون الطوارئ كانت تعطي للنسابة العامة عند التحقيق، كافة السلطات المخولة لها، ولقاضي التحقيق، بمقتضى القوانين المعمول بها.

(215) للمزيد ينظر: د.خيري أحمد الكباش، مصدر سابق، ص678 وما بعدها.

أما فيما يتعلق بالرقابة على الشرعية الإجرائية التي تمارسها المحاكم الجزائية العادية خلال فترة الطوارئ، فظهر من خلال الولاية العامة التي تمارسها هذه المحاكم على الدعوى الجزائية، وذلك فيما يخص الجرائم المرتكبة في هذه الفترة والتي لا تدخل ضمن إختصاص محاكم أمن الدولة التي نصت عليه المادتان (7،9) من قانون الطوارئ، وابتداء من قاضي التحقيق وسلطة الإحالة، وغرفة المشورة، مروراً بمحاكم الموضوع وانتهاءً بمحكمة النقض. فقاضي التحقيق يمارس مهمة الإشراف والرقابة على الإجراءات التي تمت من قبل أعضاء الضبط القضائي، وله في سبيل ذلك تقرير بطلانها إذا ما اتضح أنها مخالفة للقانون<sup>(217)</sup>، كما أن سلطة الإحالة (والمتمثلة بالمحامي العام)، تمارس الرقابة على جميع الإجراءات المتخذة خلال مرحلة التحقيق الابتدائي<sup>(218)</sup>، فضلا عن ذلك تستطيع غرفة المنشورة إبطال اي إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي المخالفة للقانون، وذلك في الحالات التي أجاز فيها القانون للنيابة العامة حصراً استئناف قرارات قاضي التحقيق أمام هذه الغرفة وفقاً، لأحكام المادة (161) من قانون الإجراءات الجنائية المصري. وإذا دخلت الدعوى الجزائية في حوزة محكمة الموضوع (الجنح والمخالفات ، الجنايات) أصبح أمر الرقابة والإشراف منوطاً بها، فلها الحق في تقرير بطلان أي عمل إجرائي معيب وإستبعاد الدليل الناتج عنه، كما أن المحكمة الإستئنافية تمارس وظيفة الرقابة على الإجراءات التي تمت في مرحلة التحقيق القضائي، وذلك عند استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الجنح والمخالفات ، و أخيراً فإن محكمة النقض أيضاً تبسط رقابتها على جميع الإجراءات التي تم إتخاذها في إطار الدعوى الجزائية بمراحلها كافة، وذلك بغية التأكد من مشروعيتها وعدم مخالفتها للقانون، وإذا ما ظهر لها بأن أياً من هذه الإجراءات قد وقع معيباً، فإن لها السلطة في فرض جزاء البطلان عليه، ومن ثم منعه من إنتاج آثاره القانونية، حماية للشرعية الإجرائية<sup>(219)</sup>.

(216) ينظر القرار المرقم 2734 في 1982/10/27، وفي حكم آخر ذهبت فيه إلى أن: (من المقرر أن المحاكم العادية هي صاحبة الولاية العامة، في حين أن محاكم أمن الدولة ليست إلا محاكم إستثنائية، ولما كان القانون رقم 162 لسنة 1958، بشأن حالة الطوارئ وإن أجاز في المادة التاسعة منه إحالة الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام إلى محاكم أمن الدولة، إلا أنه ليس فيه أو في أي تشريع آخر أي نص على انفرادها في هذه الحالة باختصاص الفصل فيها) ينظر القرار المرقم 4209 لسنة 54 ق في 1986/3/28 وبنفس الإتجاه ينظر القرار المرقم 4433 لسنة 51 ق في 1982/2/8 ، والقرار المرقم 2120 لسنة 51 ق في 1981/12/15 . أشار إليها: عدلي خليل، النفوع الجهرية في المواد الجنائية، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2000، ص679 وما بعدها.

(217) يستنتج ذلك من المادتين (81/82/إجراءات مصري)، واللتين أجازتا لجميع الخصوم تقديم دفعهم وطلباتهم إلى قاضي التحقيق، وأوجبنا على القاضي الفصل فيها.

(218) كان مستشار الإحالة هو السلطة المختصة بالإحالة، إلا أنه ألغي بموجب القانون رقم (107) لسنة 1981، وبموجبه أصبح المحامي العام هو المختص بذلك. ينظر: د. محمود محمود مصطفى، مصدر سابق، ص21.

(219) تكون وسيلة التوصل إلى تقرير هذا البطلان عن طريق الطعن في الحكم الصادر من محكمة الموضوع بطريق النقض أمام محكمة النقض، بموجب المادة (30) من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض. ينظر: د.محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص623.

### 3.1.1.3: موقف القانون الفرنسي

إذا كانت الرقابة القضائية في القانون الفرنسي قبل تاريخ 1981/8/4 لا تختلف عن نظيرتها في القانون المصري، من حيث إضطلاع محاكم أمن الدولة بالقيام بها، وما ترتب على ذلك من عدم فاعلية هذه الرقابة بالنظر لعدم توافر عناصر القضاء الطبيعي في هذه المحاكم، إذا كانت دوائر التحقيق والمحاكم التي تكونت فيها هذه المحاكم والمؤلفة من قضاة بعضهم مهنيين، وبعض آخر من الضباط العسكريين، تتولى مهمة الرقابة عند نظرها للجرائم المرتكبة خلال فترة الطوارئ، إلا أنه بعد هذا التاريخ أصبحت المحاكم الجزائية العادية هي المسؤولة عن هذه الرقابة والإشراف على جميع الإجراءات التي تتخذ في إطار الدعوى الجزائية المقامة خلال هذه الفترة، بعد أن ألغى المشرع الفرنسي محاكم أمن الدولة.

وعلى أساس ذلك فإن هذه الإجراءات يتم اتخاذها تحت إشراف قاضي التحقيق، إلا أنه لا يستطيع إبطال أي منها إذا ما كانت غير موافقة للقانون، بل إن هذا الأمر معقودٌ لغرفة الإتهام التي لها سلطة الإشراف والرقابة على سير التحقيق الابتدائي، فإذا إكتشفت أن هناك إجراء ما شابه عيب يؤدي إلى بطلانه فإنها تقرر إبطاله<sup>(220)</sup>، وغرفة الإتهام تقوم بمهمتها في هذا المجال إما بعد إحالة الدعوى إليها من قاضي التحقيق، بغية إحالتها إلى محكمة الموضوع، فمن واجبها أن تقوم بتدقيق جميع إجراءات التحقيق والتأكد من صحتها وموافقتها للقانون، أو قبل إحالة الدعوى إليها وذلك في حالة إكتشاف قاضي التحقيق لعيب في الإجراء،

إذ يقوم بعرض الدعوى إلى غرفة الاتهام لتقرير بطلانه وبعد إخطار المدعي العام بذلك، كما تقوم غرفة الإتهام بذلك عند تدقيقها لقرارات قاضي التحقيق المستأنفة من قبل المدعي العام<sup>(221)</sup>.

كما تقوم محكمة الموضوع أيضا بممارسة رقابتها على هذه الإجراءات، إلا أن صلاحيتها في تقرير بطلانها ليست واحدة، إذ يلاحظ أن محكمة الجنح تملك الحق في إقرار هذا البطلان لأي إجراء معيب حصل أثناء التحقيق الابتدائي، وذلك عند إحالة الدعوى إليها مباشرة من قبل قاضي التحقيق، وكذلك الحال فيما يتعلق بمحكمة الاستئناف، وفي هذه الأحوال تقرر هاتين المحكمتين إعادة أوراق الدعوى إلى جهتها من أجل إعادة الإجراء الباطل، أما محكمة الجنايات فإنها عند نظر الدعوى المحالة إليها لا تملك الحق في إبطال الإجراء المعيب، إذ لا تمارس رقابة في هذا الشأن، بل أن بإمكانها عدم الاعتماد على الدليل الناتج عنه،

edition· pari 1962,p635 - 636 Gaston Stefani et Georges Levassur.·procedural penal, (220)

(221) ينظر نص المادة (206/ إجراءات فرنسي) والذي أعطى للدعاء العام حصراً الحق في الطعن استئنافاً بقرارات قاضي التحقيق دون بقية أطراف الدعوى الجزائية.

ولاسيما لو كانت هناك أدلة أخرى افرزتها وقائع الدعوى، والسبب في ذلك يعود إلى أن أمر الإحالة الصادر من غرفة الاتهام وصيرورته نهائيا فإنه يؤدي إلى تطهير جميع الأعمال الإجرائية التي بوشرت أثناء التحقيق الابتدائي من العيوب، فلا يجوز لمحكمة الجنايات بعد ذلك أن تراقب وتتفحص هذه الأعمال وأن تقرر بطلانها، لأن ذلك يؤدي إلى إعادة أوراق الدعوى إلى سلطة التحقيق من أجل إعادة هذه الأعمال أو الإجراءات، وهو أمر لا يقره القانون الفرنسي في مثل هذه الأحوال(222). وأخيرا فإن محكمة النقض لها رقابة كاملة على الدعوى الجزائية، إذ تبسط هذه الرقابة على جميع الإجراءات التي بوشرت في هذه الدعوى، سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أم القضائي، ولكن فيما يخص الجنايات فقط، لأن الجهة التي تراقب إجراءات دعاوى الجناح هي محكمة الاستئناف ومحكمة النقض في سبيل رقابتها صلاحية فرض البطلان على كل إجراء يتضح لها أنه مخالف للقانون، من أجل الحفاظ على شرعية الإجراءات المتخذة في إطار الدعوى الجزائية(223).

### 2.1.3: رقابة القضاء الإداري

أدى تكليف بعض التدابير التي تتخذ بموجب القوانين الإستثنائية في مصر وفرنسا، كما سبق بيان ذلك، بكونها قرارات إدارية، إلى فرض القضاء الإداري رقابته عليها، كون ذلك يدخل ضمن اختصاصه في الإشراف والرقابة على شرعية هذه القرارات، فكل ما يتعلق بحالات: الإعتقال، الحجز، القبض، وغير ذلك من التدابير التي حددتها هذه القوانين، أصبحت تخضع لرقابة هذا القضاء، لصدورها من جهة إدارية، وهي السلطة التنفيذية القائمة على تطبيق القانون الاستثنائي(224)، وفي هذا الصدد يقرر القضاء الإداري المصري أن التدابير المنصوص عليها في قانون الطوارئ يجب أن تتخذ في إطار ما يرسمه هذا القانون من ضوابط وحدود، ووفق الأصول القانونية، لذلك تنبسط الرقابة القضائية على هذه التدابير للتأكد من عدم مخالفتها للقانون، فكل نظام أرسى الدستور أساسه، ووضع القانون قواعده، هو نظام يخضع بطبيعته، مهما يكن نظاما استثنائيا، لمبدأ سيادة القانون ثم لرقابة القضاء(225). والقضاء الإداري في مهمته هذه إنما يراقب

(222) وهنا يلاحظ مدى غرابة القانون الفرنسي في هذه الحالة، إذ أن حجية أمر الإحالة وكما يرى ذلك جانب من الشراح، قاصر على دخول القضية في حوزة المحكمة، فهو يكسب فقط أمر الإحالة الحصانة ضد البطلان، أما إجراءات التحقيق الابتدائي السابقة على أمر الإحالة، فلا يصح بطلانها هذه الحجية، ومن ثم كان منع محكمة الجنايات من فرض رقابتها وتقرير هذا البطلان أمر لا يسوغ له، لاسيما وأن محكمة النقض بدورها تستطيع أن تقرر بطلان الإجراءات، إذا كان الخصم قد تمسك به أمام محكمة الموضوع بنظر: د.توفيق الشاوي، فقه الإجراءات الجنائية، ج 1، ط 2، دار الكتاب العربي، مصر، 1954، ص 450، د.أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 362.

(223) بنظر: Pierre Bouzat et Jean Pinatel, op.cit, P1251.

(224) لن نتعرض لموقف القضاء الإداري العراقي في هذا المجال وذلك لكون قانون الطوارئ العراقي نص وبصورة صريحة على أن تتولى المحاكم الجزائية العادية مهمة الفصل في الجرائم التي تقع خلال فترة الطوارئ، ومن ثم فإن هذه المحاكم هي التي تقوم بواجب الرقابة على الإجراءات التي تتخذ بموجب هذا القانون.

(225) بنظر قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر في 1988/3/6. أشار إليه: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص 595.

مدى تحقق شرعية هذه القرارات، باعتبار الأخيرة محل الشرعية وذلك بفحص شروط صحة هذه القرارات (الاختصاص، الغاية، السبب، المحل، والشكل) ومدى توافرها في القرار الإداري من عدمه، إذ يحكم بإلغاء كل قرار لا يتضمن هذه الشروط كأصل عام، حماية لحريات الأفراد، غير أنه وبسبب طبيعة الظرف الاستثنائي، فإن هذا القضاء يوازن أيضا بين اعتبار هذه الحماية من ناحية واعتبار مصلحة المجتمع في الحفاظ على أمنه ونظامه من مخاطر هذا الظرف من ناحية أخرى إذ يتساهل في بعض القرارات التي لا تتوافر فيها شروطا معينة، ومن ثم لا يحكم بإلغائها تماشيا مع الشرعية الإستثنائية التي ينبغي أن تتناسب مع الظروف الاستثنائية، وقد سلك القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا هذا المسلك في رقابتهما على شرعية قرارات الضبط المتخذة استنادا إلى قانون الطوارئ<sup>(226)</sup>.

ففيما يتعلق بشرط الاختصاص يلاحظ أن القضاء الإداري في هذين البلدين يشددان في الرقابة عليه، وفي ضرورة تحققه في القرارات التي تصدر من سلطة الطوارئ، والسبب في ذلك يعود إلى أن قوانين الطوارئ في هذين البلدين، تمنح سلطة الطوارئ صلاحيات واسعة لمواجهة الأخطار الناجمة عن الظروف الاستثنائية، إذ تستطيع بموجبها أن تتخذ الكثير من التدابير اللازمة لهذه المواجهة، وقد تنحرف هذه التدابير عن الاختصاص الذي رسمتها لها هذه القوانين، الأمر الذي قد ينشأ عنه اعتداء خطير على الحرية الفردية ومن ثم خرق لمبدأ الشرعية، لذلك نرى أن هذا القضاء ينتهي في أحيان كثيرة من رقابته على شرط الإختصاص إلى الحكم لا بإلغاء القرار الإداري المخالف لهذا الشرط، بل بانعدامه نظرا لجسامة هذه المخالفة<sup>(227)</sup>. أما إذا كانت هذه المخالفة بسيطة فإنه يكفي بإلغاء القرار. من الأمثلة على ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في إحدى قراراتها، التي قضت بانعدام قرار رئيس الجمهورية الصادر بناء على إعلان حالة الطوارئ، إذ جاء في حيثيات هذا القرار أنه: (... القرارات التي أصدرها رئيس الجمهورية بفرض الحراسة على أشخاص طبيعيين، مبررا ذلك بما تخوله نصوص الطوارئ، يعد إعتداء على الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها إلا بقانون، ولذا فإن هذه المخالفة تعتبر اغتصابا للسلطة التشريعية، مما تجعل قرار رئيس الجمهورية في هذا الشأن بمرتبة الفعل المادي، معدوم الأثر قانونا، فهو قرار ينحدر إلى

(226) تجدر الإشارة إلى أنه رغم إنفاق القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا، على وجوب بسط رقابتهما على كافة القرارات التي تتخذها سلطة الطوارئ، بموجب السلطات الممنوحة لها بقوانين الطوارئ، إلا أنهما اختلفا في مدى خضوع قرار إعلان حالة الطوارئ لهذه الرقابة من عدمه، إذ اتجه القضاء الإداري الفرنسي لفرض رقابته على هذا القرار، في حين إتجه نظيره على عكس ذلك وعد هذا القرار عملاً من أعمال السيادة فلا يخضع لأية رقابة. للمزيد حول ذلك ينظر: دسامي جمال الدين، لوائح الضرورة و ضمانات الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص 339 وما بعدها.

(227) سبق القول بأن العيب الذي يلحق بشرط الاختصاص، إما يكون جسما ويسمى بعيب الاختصاص الجسيم أو اغتصاب السلطة، فيؤدي إلى إنعدام القرار الإداري، وإما يكون أقل جسامة ويسمى بعيب الاختصاص البسيط، وهو يجعل القرار قابلاً للإلغاء.

مرتبة العدم... الخ) (228)، في ذات الإتجاه ذهب مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه إلى عد قرار مدير الأمن بتقييد حرية الأشخاص واعتقالهم، قراراً مشوباً بعدم المشروعية، ويهوي به إلى درجة الانعدام، لعدم اختصاصه باتخاذ هذه التدابير بموجب قانون الطوارئ(229).

من جانب اخر، وطالما أن سلطات الطوارئ تتمتع بصلاحيات تقديرية واسعة لإتخاذ التدابير في ظل قوانين الطوارئ في هذين البلدين، فإن القضاء الإداري بدوره يتشدد في فرض رقابته على شرطي الغاية والسبب أيضا. ففيما يتعلق بالغاية يلاحظ أنه وبسبب كون سلطة الطوارئ تتمتع بصلاحيات تقديرية واسعة، فإن هذا القضاء يفرض رقابة واسعة ومتشدة على هذا الشرط، على الرغم من الصعوبات التي قد يواجهها في سبيل رقابته هذه، لكون الغاية من الأمور التي تدور في خوالج النفس مما يصعب الوقوف عليها بشكل دقيق، لذلك فهو يلزم أن تستخدم هذه السلطة صلاحياتها التقديرية بطريقة موضوعية خالصة، وبما يتفق مع روح القانون، وبالشكل الذي يؤدي إلى تحقيق الهدف الذي حدده قانون الطوارئ من وراء منح هذه الصلاحيات وهو الحفاظ على النظام أو الأمن العام والحيلولة دون إنحرافها عن هذا الهدف، لذلك فهو يقوم بصدد رقابته بدراسة الظروف والملابسات التي أحاطت بإستخدام هذه السلطة لصلاحياتها التقديرية، من أجل التحقق من أنها إستخدمت في موضعها الصحيح، وذلك بالبحث عن مقاصد سلطة الطوارئ ومطابقتها مع الغرض أو الهدف الحقيقي الذي حدده القانون، فهي إن مارست صلاحياتها من أجل تحقيق غاية مغايرة لحفظ النظام أو الأمن العام، فإن القضاء يقرر إلغائها لعدم مشروعيتها(230)، فقرارات الإعتقال أو القبض مثلا، التي تلجأ إليها سلطة الطوارئ، ينبغي أن يكون الهدف منها هو حماية المجتمع من خطورة الشخص قيد الإعتقال أو القبض، على الأمن أو النظام العام. أما إذا كان الدافع الحقيقي لإصدار مثل هذه القرارات هو بهدف الإنتقام، أو لأسباب سياسية، أو مكاسب شخصية مثلا، أو أي هدف آخر بعيد عن هدف الحفاظ على النظام أو الأمن العام، فإن القضاء لا بد أن يقرر الحكم بإلغائها بسبب إنحرافها عن الغاية، حماية لحرية الأفراد، ومن ثم للشرعية الإجرائية(231). ولا يختلف الأمر فيما يتعلق بشرط السبب أيضا، فالقضاء الإداري سواء في مصر أم فرنسا يؤكد على بسط رقابته على هذا الشرط، على أساس أن هذه الرقابة تشكل ضمانا هامة وأساسية، للتحقق من شرعية تصرفات سلطة الطوارئ وخضوعها لحكم القانون، فهذه السلطة فـي

(228) ينظر القرار المرقم 830 في 29/ 1979. أشار إليه: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص457.

(229) بنظر: Gabriel Vught, op.cit, P399

(230) للمزيد حول ذلك بنظر: د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 107 – 108، د. عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص353 وما بعدها.

(231) يلاحظ أنه وبسبب صعوبة إثبات عيب الانحراف عن الغاية في أحيان كثيرة، فإن القضاء يبسط رقابته على شرط الغاية من خلال رقابته على شرط السبب، إذ ينتهي إلى الحكم بصحة القرار من حيث غايته إذا ما ثبت لديه صحته من حيث سببه وذلك في أغلب الأحوال، وقد تمت الإشارة إلى ذلك أيضاً عند بحث شرط الغاية في القرار الإداري.

ممارستها، لاختصاصاتها المنوطة بها بموجب قانون الطوارئ يجب ألا تخضع لما تمليه عليها الأهواء والميول، وإنما يلزم أن تستند في كل ما تصدره من قرارات إلى أسباب واقعية تسوغ لها ذلك، ولقد أقام هذا القضاء مبدأً عاماً، مقتضاه ضرورة استناد هذه السلطة في قراراتها إلى دواع موضوعية مستمدة من الحالات الواقعية أو القانونية السابقة على قراراتها، والتي تمثل سبب إصدارها، ولذا فإن عدم قيام هذه الحالات في الواقع أو القانون يكفي لإلغاء تلك القرارات، وذلك بغض النظر عن الحالة النفسية لمصدرها، ويتبين من إستعراض أحكام القضاء الإداري بخصوص الرقابة على هذه القرارات، أن هذه الرقابة تتمثل في التحقيق من وجود حالة التهديد أو الإخلال بالنظام أو الامن العام من الناحية الواقعية، وذلك بالتحقق من صحة الوجود المادي للوقائع ثم بعد ذلك فحص سلامة التكييف القانوني لها، وكذلك يتطلب فحص مدى التناسب بين الخطر الذي يهدد النظام العام وبين القرار المتخذ، وذلك كله على نحو يكفل تقييد سلطة الطوارئ بتحقيق غاية القرار كما يحددها القانون، والتي تتمثل في القضاء على كل ما يهدد أمن وسلامة المجتمع وبذلك تتحقق شرعية عمل هذه السلطة<sup>(232)</sup>. ويزخر القضاء الإداري المصري والفرنسي بالأحكام التي يظهر فيها سلطته في فرض رقابة مشددة في هذا الصدد، واتجاهه إلى إلغاء القرار الذي يتبين أنه معيب من ناحية سببه، وإذا كنا قد أشرنا إلى البعض من هذه الأحكام عند دراسة شرط السبب في موضع سابق من هذه الدراسة، فإننا نضيف إليها هنا البعض الآخر منها، فالقضاء المصري تمسك منذ نشأته بإلغاء أي قرار إداري لا يتوافر فيه الوقائع المبررة لصدوره، خصوصاً إذا تعلق الأمر بالحرية الشخصية، كما هو الحال فيما يخص قرارات الحجز والاعتقال، ففي أحد أحكامه ذهب إلى أن: (خطورة الشخص على الأمن والنظام لكي تكون سبباً جدياً يبرر مثل هذه الإجراءات المقيد للحرية، يجب أن تستمد من وقائع حقيقية منتجة في الدلالة على هذا المعنى، وأن تكون هذه الوقائع أفعالاً معينة، ليثبت ارتكاب الشخص لها ومرتبطة إرتباطاً مباشراً بما يراد الإستدلال عليه بها، ومن ثم فإن ما أثارته مذكرة المباحث العامة من شكوك في هذا السبيل، لا يسوغ إستعمال السلطة الإستثنائية في الإعتقال، إذ أن الإجراءات التي رسمها القانون – إن كان ثمة جريمة – كغيلة بذلك، ولم تمنح هذه السلطة للحاكم العسكري العام لمثل هذه الأمور وبالتالي فإن الأسباب التي قام عليها القرار المطعون فيه لا تستند إلى وقائع تكونت من أفعال تثبت في حق المدعي تستوجب صدوره، ومن ثم يكون قد صدر مخالفاً للقانون متعين الإلغاء، وتكون الدعوى على أساس سليم حقيقة جديرة

(232) ينظر: د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص 91 وما بعدها، د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، مصدر سابق، ص 106، د. عمر محمد الشويكي، مصدر سابق، ص 343 وما بعدها.



بالقبول) (233).

ولا يكتفي القضاء الإداري المصري برقابة الحد الأدنى لأسباب القرار الإداري، بل أنه يفرض رقابته على سلامة التكييف القانوني الذي أسبغته سلطة الطوارئ على الوقائع، إذ يتطلب في هذه الوقائع أن تكون مستخلصة استخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة وقانونية، وتتوافر فيها الشروط القانونية من حيث كونها تشكل إخلالاً أو تهديداً بالإخلال بالنظام أو الأمن العام، وذلك كله من أجل إضفاء حماية أكبر للحريات الشخصية، لذا تقرر المحكمة الإدارية في حكم آخر لها أن: (كل قرار إداري يجب أن يقوم على سبب يبرر إصداره، ويدفع الجهة الإدارية إلى التدخل والعمل، وهذا الشرط أكثر لزوماً للقرارات التي تمس الحريات الشخصية، ويتمثل ركن السبب فيها في أن يكون حقيقياً لا وهمياً ولا صورياً وصحيحاً مستخلصاً استخلاصاً سائغاً من أصول ثابتة ومنتجة وقانونية، بأن تتحقق فيه الشروط والصفات الواجب توافرها قانوناً) (234)، وأخيراً فإن القضاء الإداري في مصر يضيف إلى ما تقدم رقابة أخرى على سبب القرار الإداري وهي رقابة الملاءمة، إذ يراقب في هذا الصدد مدى ملاءمة القرار المتخذ لأهمية وخطورة السبب، إذ أنه إذا لم يتوافر تناسب بينهما، فإنه يقرر إلغاء هذا القرار، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية في حكم لها: (إن قرار الاعتقال ينبغي أن يكون له سبب، بأن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وأن هذا السبب يخضع لرقابة المحكمة.... على أنه وإن كانت الإدارة في الأصل تملك حرية وزن مناسبات العمل وتقدير النتائج التي تترتب على الوقائع الثابت قيامها، والتي من أجلها تتدخل لإصدار قرارها، إلا أنه حينما تختلط مناسبة العمل الإداري بشرعيته، ومتى كانت هذه الشرعية تتوقف على حسن تقدير الأمور، خصوصاً فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره، فلا يكون العمل الإداري عندئذ مشروع إلا إذا كان لازماً،

وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة، فإذا ثبت جدية الأسباب التي بررت التدخل، كان القرار بمنجاة من أي طعن، أما إذا اتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ولم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد

(233) ينظر قرار المحكمة الإدارية المرقم 1026 لسنة 6 ق في 1956/6/30. أشار إليه: د.محمد الوكيل، مصدر سابق، ص477.

(234) ينظر القرار المرقم 689 لسنة 14 ق في 1961/4/18. أشار إليه: د.عادل أبو الخير، مصدر سابق، ص436.

الحريات العامة، القرار غير صحيح ..... الخ (235).

وعلى الشاكلة نفسها يسير القضاء الفرنسي في بسط رقابته على جميع النواحي المتعلقة بسبب القرار الإداري في ظل قوانين الطوارئ والأحكام العرفية ، فمن ناحية الوجود المادي للوقائع يلاحظ بأن هذا القضاء بعد أن كان يمنح السلطات القائمة على تطبيق هذه القوانين صلاحيات واسعة في إتخاذ القرارات المقيدة للحرية دون مراقبة الوقائع التي أدت إلى اتخاذها، أصبح فيما بعد يفرض رقابة شديدة في هذا المجال إذ أصبحت رقابة الوجود المادي للوقائع التي يمارسها القضاء الإداري كما يقول البعض (شيئاً مبتدلاً وقاعدة مطلقاً لا يرد عليها في فرنسا أي إستثناء) (236).

وتطبيقاً لذلك جرى هذا القضاء على إلغاء كل القرارات المتعلقة بإعتقال الأشخاص أو القبض عليهم، والتي لا تستند إلى أية وقائع، من ذلك حكمه في قضية (GRANGE) والتي قرر فيها إلغاء القرار الخاص بإعتقال السيد (كرانج) وتحديد إقامته لعدم صحة الوقائع التي استند إليها (وهو مجرد انتماء هذا الشخص لتنظيم سري هدفه الإخلال بالأمن)، وانتهى في هذا الحكم إلى أنه لا يكفي في قرارات الإعتقال مجرد ذكر سلطات الضبط لأقوال مرسلة أو غامضة دون تحديد دقيق لها، لتعلق ذلك بحريات الأفراد (237). وإذا انتقلنا إلى مسألتى التكييف القانوني للوقائع التي تستند إليها سلطة الطوارئ أو الأحكام العرفية، والملاءمة بين القرار المتخذ وخطورة السبب ، لوجدنا أن القضاء الإداري الفرنسي يكاد لا يمارس رقابة تذكر فيما يخص مسألة التكييف، إذ يتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى إعطاء هذه السلطة بعض الحرية في تفسير نصوص قوانين الطوارئ والأحكام العرفية لتشمل اختصاصات استثنائية غير واردة في صريح نصوص هذه القوانين، من أجل مواجهة الأحداث التي يمكن أن تنشأ عن الظروف الإستثنائية، وذلك إعمالاً لنظرية الظروف الاستثنائية القضائية، والتي يوازن فيها القضاء بين مصلحة المجتمع في دفع الأخطار الناجمة عن هذه الظروف، وبين مصلحة الأفراد في حماية حرياتهم الشخصية (238)، كما سيتضح ذلك فيما بعد. أما فيما يتعلق بالرقابة على التناسب بين القرار المتخذ وخطورة السبب، فيمكن القول أن القضاء الفرنسي وبعد قضية السيد (كرانج) السالفة الذكر أصبح يفرض جزاء الإلغاء على كل قرار لا يتوافق فيه التناسب مع خطورة السبب، إذ يقرر في هذا الصدد، أن الصلاحيات التي أناطها المشرع بسلطة الطوارئ فيها مساس

(235) ينظر القرار المرقم 3127 لسنة 7 في 1956/3/25. أشار إليه: د.محمد الوكيل، مصدر سابق، ص495.

(236) ينظر: TROTOBAS (L.) et ISOART (P), op.cit,p240.

(237) أشار إليه: TROTOBAS (L.) et ISOART (P.), p 239 op.cit.p239.

(238) تجدر الإشارة إلى أن هذا الموقف من قبل القضاء الإداري الفرنسي كان محل نقد من قبل الفقه الفرنسي، الذي يرى بأن امتناع القضاء عن رقابة التكييف لا يستند إلى أية اعتبارات قانونية تنكر. ينظر: د.عادل ابو الخير، مصدر سابق، ص434.

واضح بالحريات الشخصية، لذلك ينبغي ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى، وعلى أساس ذلك ينبغي أن يكون القرار المتخذ إستناداً إلى قانون الطوارئ متلائماً مع خطورة الحالة التي استدعت اتخاذه، وبخلافه يكون هذا القرار مفقوداً إلى سبب بيبوره، ومن ثم حرياً بالإلغاء(239).

ولا تقتصر رقابة القضاء الإداري في مصر وفرنسا على الشروط السالف ذكرها فيما يخص القرار الإداري في ظل الظروف الاستثنائية، بل إنه يعمل هذه الرقابة فيما يتعلق بالشرطين الآخرين أيضاً وهما الشكل والمحل، ففيما يتعلق بالشكل والإجراءات يلاحظ أن هذا القضاء لا يقرر في جميع الحالات إلغاء القرار الإداري غير المستوفي لهذا الشرط، بل أنه يفرق بين الشكل الجوهري وغير الجوهري ومن ثم يرتب الإلغاء جزاء في حال مخالفة القرار للشكل الأول دون الثاني، وقد سبق بيان المعايير التي يستخلصها القضاء في التمييز بين الشكلين، كما أن القضاء يراقب محل القرار من حيث ضرورة كونه ممكناً وجائزاً، فاستحالة تنفيذ هذا المحل أو مخالفته للقانون، يكون سبباً لكي يقرر القضاء إلغاء القرار عند ممارسته للرقابة عليه.

غير أنه من ناحية أخرى يتضح من أحكام القضاء الإداري، سواء في مصر أم فرنسا، أن الرقابة القضائية على هذين الشرطين ليست بالدرجة نفسها والفعالية ذاتها التي على الشروط الأخرى، التي تم بيانها، إذ يقر هذا القضاء في حالات كثيرة بشرعية قرارات سلطة الطوارئ التي تخالف الشكل والإجراءات المقررة قانوناً، فضلاً عن تلك التي تخالف المحل، وذلك إعمالاً لنظريته المتعلقة بالظروف الاستثنائية(240). فعلى صعيد لا يتشدد القضاء في الرقابة على شرط الشكل والإجراءات في قرارات الضبط الإداري المتخذة في ظل إعلان حالة الطوارئ، كي تتمكن سلطة الطوارئ من مواجهة الظروف التي أعلنت من أجلها هذه الحالة، وما تستدعيه من الترخيص لهذه السلطة باتخاذ تدابير سريعة وحاسمة لا تتبع فيها الشكليات التي يجب إتباعها في الظروف العادية.

فالقضاء يعامل هذه القرارات معاملة القرارات السليمة، تأسيساً على الظروف الاستثنائية التي صاحبت صدورها. ففي حكم للقضاء الإداري المصري ذهب فيه إلى أنه: (لا يطلب من الإدارة وهي مأخوذة بظروف مفاجئة وأحوال خاطئة تحوطها ضرورة عاجلة ملحة تضطرها إلى العمل السريع الحاسم، لضمان مصلحة

(239) يلاحظ أن القضاء الإداري الفرنسي قد مارس سلطة الرقابة بشكل واسع على عنصر الملاءمة في سبب القرار، ومن ثم ألغى الكثير من القرارات المخالفة لهذا العنصر، وذلك عند إعلان حالة الطوارئ في إقليم كاليدونيا الجديدة سنة 1985. ينظر: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 494.

(240) بهذا المعنى ينظر: د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق، ص 211-216.

عليا تتصل بسلامة البلاد أن تدقق وتتحرى وتتفحص على النحو الذي عليها إتباعه في ظروف هادئة ومألوفة... الخ) (241)، وفي حكم آخر رفض فيه وقف تنفيذ أمر اعتقال أصدره الحاكم العسكري العام، وقد جاء في حيثيات الحكم أن: (النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذا طرأت ظروفًا استثنائية ثم اجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية، فإن ذلك سوف يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة تتعارض ونية واضعي تلك النصوص، فالقوانين تنص على ما يجب إجرائه في حالة الظروف العادية، أما في حالة الخطر العاجل فيتعين عندئذ تمكين السلطة الإدارية من إتخاذ الإجراءات العاجلة التي لا تعمل لغاية سوى المصلحة العامة دون غيرها... الخ) (242). وعلى صعيد آخر يلاحظ أنه إذا كان القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا يراقب محل القرار الضبطي المتخذ تطبيقاً لقانون الطوارئ، وذلك للتأكد من مطابقة القرار للقانون، فإنه وفي الوقت نفسه عندما تواجه سلطة الطوارئ ظروفًا استثنائية، لا تستطيع حتى الصلاحيات الاستثنائية المقررة بموجب هذا القانون مواجهتها، فإن هذا القضاء يجيز لهذه السلطة اتخاذ تدابير لا نجد لها سندا في قانون الطوارئ ذاته، أي بمعنى تبرير مخالفة محل القرار الضبطي بهدف مواجهة تلك الظروف، وذلك أيضا إعمالاً بالنظرية القضائية للظروف الاستثنائية (243).

والملاحظ أن مرونة الرقابة القضائية تمتد حتى إلى شرط الاختصاص أيضاً، ولكن في أحوال قليلة جداً، إذ يرخص القضاء في بعض الأحيان لسلطة الطوارئ مخالفة بعض قواعد الاختصاص، إذا ما وجد أن الظروف الاستثنائية تتطلب هذا الأمر، من ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه بتاريخ 1951/6/16 من رفض إلغاء قرار اعتقال أحد الأشخاص، والذي تم إيداعه السجن بقرار من المحافظ ودون إذن من النيابة العامة أو حكم من القضاء، تأسيساً على أن الظروف الاستثنائية التي كانت قائمة وقت صدور هذا القرار تسوغ اعتقال هذا الشخص، بعد أن ثبت أن بقاءه حراً طليقاً فيه خطورة على مصالح الدفاع القومي والأمن العام (244). ومن الأمثلة على ذلك في قضاء مجلس الدولة المصري حكم المحكمة الإدارية العليا في إحدى القضايا والتي أقرت فيها لسلطة الطوارئ بمباشرة اختصاصات تدخل في ولاية السلطة التشريعية، إذ جاء فيه أنه: (... ولئن كان القرار الصادر لا يجوز في الأصل أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي، وإلا كان مخالفاً للقانون – إذ لا يجوز تعطيل الأحكام القضائية إلا بقانون – إلا أنه إذا ترتب

(241) ينظر القرار المرقم 1880 لسنة 6ق والصادر بتاريخ 1956/3/18. أشار إليه: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 464.

(242) ينظر القرار المرقم 956 لسنة 5ق والصادر بتاريخ 1962/6/30. أشار إليه: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 464. وينظر أيضاً نص المادة (3) من قانون الطوارئ المصري، والذي أجاز أصلاً لسلطة الطوارئ الحجر على الحريات دون التقيد بقانون الإجراءات الجنائية.

(243) ينظر: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 467.

(244) أشار إليه: د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق، ص 209.

على تنفيذ هذا الحكم إخلالا بالصالح العام يتعذر تداركه، كحدوث فتنه أو تعطيل سير مرفق عام، فيجوز تعطيله ترجيحاً للصالح العام على الصالح الفردي .... الخ) (245).

إن ما يمكن أن يستنتج من كل ما تقدم أنه ورغم طبيعة الظروف الاستثنائية التي توجب إعطاء الحرية للسلطة القائمة عليه من إتخاذ التدابير والقرارات الواسعة، من أجل مواجهة الأخطار الناجمة عن هذه الظروف ومن ثم حماية مصلحة المجتمع في أمنه ونظامه ، ورغم أن قوانين الطوارئ قد منحت في الأصل صلاحيات واسعة لهذه السلطة بغية تحقيق هذا الهدف، إلا أن ممارسة هذه الصلاحيات ليست بمنأى عن رقابة القضاء، إذ يمارس القضاء الإداري، كما رأينا، رقابته بهذا الشأن على القرارات التي تقيد الحرية الشخصية خلال فترة الطوارئ سواء في مصر أم فرنسا، تطبيقاً لمبدأ الشرعية الإجرائية التي تقررت حماية لهذه الحرية، بل أن هذا القضاء ينتشد في فرض هذه الرقابة بفحص شروط صحة القرار الإداري المتخذ من قبل سلطات الطوارئ، ومن ثم يفرض جزاء الإلغاء على هذا القرار في حالة عدم اشتماله على شروطه القانونية. وهذا أمر طبيعي، ذلك لأنه بقدر ما تتسع صلاحيات السلطة القائمة على تطبيق قانون الطوارئ، فإنه يتعين أن تتسع وبالقدر نفسه مساحة الرقابة القضائية عليها، لكي لا تخرج هذه السلطة عن حدود الشرعية، وحتى لا يتحول قانون الطوارئ وهو في حقيقته ومرماه نظام دستوري يقيد القانون، إلى نظام مطلق لا عاصم له وليست له حدود أو ضوابط، فالرقابة القضائية بهذا الصدد تؤمن للفرد حرية وتفرض سيادة القانون، ومن ثم تحقق الشرعية الإجرائية.

إلا أنه من ناحية أخرى وحتى لا تقف نصوص قانون الطوارئ حجر عثرة أمام سلطة الطوارئ في القيام بمهامها في الحفاظ على كيان الدولة وإستتباب الأمن والنظام العام ، فإن القضاء في رقابته هذه يرخص لهذه السلطة بعض الاختصاصات الأخرى غير المنصوص عليها في قانون الطوارئ، إذا كانت صلاحياتها الواردة في هذا القانون لا تكفي لمواجهة ما يستجد من ظروف استثنائية غير متوقعة ، كما أنه يسمح لهذه السلطة في بعض الأحيان باتخاذ قرارات لا تتوافر فيها جميع شروطها القانونية، ومن ثم يعدها صحيحة ولا يفرض عليها جزاء الإلغاء، إعمالاً بالنظرية القضائية للظروف الاستثنائية، والتي على أساسها يحقق القضاء التوازن بين ممارسة الحرية الفردية وبين حفظ الأمن والنظام العام ، ومن هذا المنطلق أيضاً تعد هذه القرارات مكتسبة لصفة الشرعية، إلا أنها شرعية استثنائية لأنها خاصة بالظروف الاستثنائية فلا يعتد بها في الظروف العادية، وفي هذا الصدد يمكن أن نستنتج بأن الشرعية في الظروف الاستثنائية والتي يطلق

عليها بالشرعية الاستثنائية، هي من نتاج القانون والقضاء.

وينبغي الإشارة إلى أنه على الرغم من صدور قانون رقم (50) لسنة 1982، والذي بموجبه تم تعديل نص المادة (3/ مكررا) من قانون الطوارئ المصري، إذ أصبحت محاكم أمن الدولة هي المختصة بالرقابة على القرارات الصادرة من سلطة الطوارئ والخاصة بالاعتقال والقبض، وذلك بدلا من محاكم القضاء الإداري، إلا أن هذا الأخير متمسك بأن هذه الرقابة لا تزال ضمن ولايته، ويظهر ذلك واضحا من خلال طعنه بعدم دستورية هذا التعديل أمام المحكمة الدستورية العليا، فضلا عن تأييد الفقه المصري لموقفه هذا. ويظهر بأن أهم الحجج التي يستند إليها هذا القضاء بأحقيته واختصاصه في هذا المجال، هو أن محاكم أمن الدولة لا تعد من القضاء الطبيعي لإفتقارها إلى الضمانات الخاصة بهذا القضاء، كما إن اختصاصها في شأن التظلمات التي ترفع إليها طعنا في قرارات القبض والاعتقال، لا يعد اختصاصا قضائيا، فضلا عن أن ما تصدره من قرارات بصدد هذه التظلمات لا يعد من قبيل الأحكام القضائية، بمراعاة أنه لا يجوز رفع التظلم إليها قبل إنقضاء فترة معينة لا تتاح فيها للمعتقل أو المقبوض عليه أية فرصة لمراجعة جهة الإدارة في قرارها، وأيضا فإن قرار المحكمة بالإفراج عن المعتقل مرهونٌ بتنفيذه بإرادة وزير الداخلية، وإن هذا القرار لا يحقق ميزة الأثر الرجعي لحكم الإلغاء، إذ لا تلتزم المحكمة بالتصدي لمشروعية القبض أو الإعتقال من تاريخ صدوره، لذلك فإن التظلم من قرارات الاعتقال أو القبض أمام محكمة أمن الدولة لا يعد طريق طعن مقابل مانع من اختصاص مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية، لأنه لا يحقق مزايا قضاء الإلغاء بكونه الوسيلة الفعالة لاحترام الشرعية بحكم الضمانات المقررة له والآثار المترتبة عليه<sup>(246)</sup>. يضاف إلى كل ما تقدم رقابة القضاء الإداري في مصر وفرنسا على التدابير المتخذة استنادا إلى أحكام المواد (74/ الدستور المصري) و (16/ الدستور الفرنسي)، والتي يتخذها رئيس الجمهورية في هذه الظروف، كما مر سابقا في الفصل الأول من هذه الدراسة، وإن اختلف مدى هذه الرقابة في كل من هذين البلدين. فالقضاء الإداري في مصر يعد جميع هذه التدابير قرارات إدارية تخضع لرقابته للتأكد من مشروعيتها، لا فرق في ذلك بين قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى هذه المادة، أو التدابير التي تتخذ إستنادا إليها، لذلك فهو من ناحية ييسر رقابته على قرار رئيس الجمهورية بإعلان العمل بالمادة (74) من حيث ضرورة توافر حالة الخطر الجسيم الحال التي تبرر ذلك، وكذلك عجز الوسائل العادية الأخرى

(246) للمزيد حول ذلك ينظر: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 442 - 443.

عن مواجهة تلك الحالة، ولزوم إتخاذ تلك التدابير بكونها الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر (247)، من ذلك ما قضى به مجلس الدولة المصري في أحد أحكامه بأن: (قرار رئيس الجمهورية بإعلان العمل بهذه المادة، غير صحيح، لكونه قد صدر في 1981/9/2، وهو تاريخ لاحق على وقوع الأحداث في منطقة الزاوية الحمراء، حيث استتب الأمن فيها في هذا التاريخ بسيطرة الشرطة على الموقف وصيانة الأمن العام، لذلك فهذا القرار قد صدر في وقت لم تكن فيه الأمور تستلزم صدوره.... الخ) (248).

ومن ناحية أخرى يفرض هذه الرقابة أيضا على جميع القرارات التي تتخذ استنادا إلى المادة (74)، من حيث مدى توافر شروطها ومن ثم إلغاء تلك القرارات التي تتعارض مع هذه الشروط، بل أبعد من ذلك يذهب هذا القضاء إلى النظر في هذه القرارات بصفة مستعجلة وإمكانية وقف تنفيذها إلى حين نتيجة دعوى الإلغاء، وخصوصا في مجال القرارات التي تمس الحريات العامة، ففي حكم آخر ذهب فيه إلى إلغاء قرار رئيس الجمهورية بشأن إعتقال مجموعة من الأشخاص والتحفظ عليهم لعدم توافر حالة الضرورة، وتخلف سببه، معتبرا أن الإعتداء على الحرية الشخصية هو اعتداء على المجتمع بأكمله، نظرا للنتائج السلبية الكثيرة التي تترتب على هذا الإعتداء والذي يتعذر معه تداركها، لذلك إنتهت المحكمة في هذا الحكم إلى أن: (الحرية الشخصية حق أصيل للإنسان يجب حمايته، وأن القرارات التي اتخذت استنادا للمادة (74) لا يمكن اعتبارها أعمال ضرورية، لعدم توافر شروطها وسببها،

وكذلك مخالفتها للمادة (41) من الدستور التي تقن الحرية الشخصية للمواطن تقنيا يفيد عدم جواز القبض عليه أو تقييد حريته إلا بأمر من القاضي المختص وفي حالة الضرورة) (249).

أما بشأن القضاء الإداري الفرنسي فإنه مستقر – ومعه الفقه الفرنسي – على عد قرار رئيس الجمهورية إعلان العمل بالمادة (16) من قبيل أعمال السيادة، لذا فهو لا يفرض رقابته عليه (250)، أما التدابير التي

(247) والامر نفسه ينطبق فيما يتعلق بالمادة (147) من الدستور المصري، فالقضاء الإداري المصري يقرر اختصاصه بفحص مدى مشروعية قرار رئيس الجمهورية في اللجوء إليها، من ذلك قراره المرقم 2230 لسنة 34 في 1991/3/2، والذي أشار إليه: د. رأفت فودة، مصدر سابق، ص470.

(248) ينظر القرار المرقم 3132 لسنة 35 في 1982/2/11. أشار إليه: د.جورجي شفيق ساري، الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناء على المادة (74) من الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص30 – 31.

(249) ينظر القرار المرقم 9 لسنة 9 في 1981/12/22. أشار إليه: د. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، مصدر سابق، ص479. وتجدر الإشارة بصدد رقابة القضاء الإداري على مشروعية قرارات رئيس الجمهورية المتخذة إستناداً إلى المادة (74) من الدستور، أن المشرع المصري قد أحل محكمة القيم محل محكمة القضاء الإداري في هذه الرقابة، وهي تتألف من عنصرين أحدهما قضائي ذو خبرة وتجارب في مجال القضاء، والآخر يمثل ذو خبرة بشؤون الحياة وإتصال وثيق بأمر الناس، وهي تجد سندها الدستوري في المادة (170) من الدستور التي تقضي بأن (يساهم الشعب في إقامة العدالة على الوجه وفي الحدود المبينة في القانون)، علماً أن أحكامها تخضع للطعن أمام مجلس الدولة أيضاً. للمزيد ينظر: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص259 وما بعدها.

(250) ومع ذلك فإن القضاء الإداري يفرض رقابة شكلية في هذا الصدد عن طريق التأكد من مدى قيام رئيس الجمهورية بأخذ رأي الجهات التي حددتها المادة (16) وتوجيه الخطاب إلى الأمة بهذا الخصوص.

تتخذ استنادا لهذه المادة فإنه يعدها قرارات إدارية لذلك يبسط رقابته عليها للتأكد من مشروعيتها ومن ثم يقضي بإلغاء أي قرار يكون مخالفا لمبدأ المشروعية، والملاحظ على الأحكام الصادرة من القضاء الإداري الفرنسي في مجال الحريات العامة أنه يركز دائما على شرط السبب في القرارات الإدارية من حيث ضرورة وجوده في هذه القرارات، لذلك فهو ينتهي إلى إلغاء القرار الذي يفتقد إلى الوقائع المادية الصحيحة، ففي أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي قرر فيه تأييد حكم المحكمة الإدارية بإلغاء قرار وزير الداخلية الخاص باعتقال أحد الأشخاص، وقد استند في ذلك إلى أنه:

(1)-القرار الصادر بالاعتقال المستند إلى قرار رئيس الجمهورية في 1961/4/24، والمتخذ استنادا إلى المادة 16 من الدستور، لم يكن مستندا إلى سبب يبرره، فيحق للقاضي الإداري مراقبته طالما كانت الوقائع التي ساققتها الإدارة ليست صحيحة ومحلا للجدل. 2-القرار المطعون فيه يشير إلى وجود إتصال بين المطعون عليه والمتمردين المسؤولين عن أحداث الجزائر، ولكنه لم يقدم أي تحديد لطبيعة هذا الإتصال على فرض قيامه. 3-في وضع كهذا تغدو الأسباب التي يستند إليها القرار من الناحية المادية غير صحيحة، مما يتعين معه تأييد الحكم الصادر بالإلغاء ورفض طعن وزير الداخلية (251). وفي حكم آخر قرر نقض حكم المحكمة الإدارية الذي أيد قرار وزير الداخلية بالاعتقال، وأنتهى إلى نفس النتيجة السابقة، إذ جاء فيه: (على القاضي الإداري أن يراقب الأسباب التي تعطيها الإدارة لقراراتها، فإذا كان القرار خاليا من الأسباب فإنه يتعين القضاء بإلغائه، لقيامه على وقائع مادية غير صحيحة، أما إذا كان قرار وزير الداخلية المطعون فيه لم يعم الدليل على صحة الوقائع المنسوبة للطاعن، والتي على عاتقه إثباتها، فإن الطعن في هذه الحالة يغدو مؤسسا على خطأ المحكمة الإدارية التي أيدت قرار وزير الداخلية، ورفضت طلبات الطاعن ومن ثم يتعين قبول الطعن وإلغاء القرار المطعون فيه، مع تحميل الدولة مصاريف الدرجتين) (252).

### 2.3: آثار الرقابة القضائية

سبق القول ان القضاء يمتلك بيده ادوات لرد الهيبة والاحترام للقواعد القانونية التي تنتهك وبالتالي حماية للشرعية والمشروعية وهو بصدد الرقابة على الاجراءات والقرارات التي تتخذ في ظل الظروف الاستثنائية. هذه الادوات تتجسد جزائي البطلان والالغاء باعتبارها اثارا مباشرة للرقابة القضائية، والاول يفرض على

(251) ينظر الحكم الصادر في 1964/11/25. أشار إليه: د. وجدي ثابت غيريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، مصدر سابق، ص506.

(252) ينظر الحكم الصادر في 1962. أشار إليه: د. وجدي ثابت غيريال، نفس المرجع اعلاه، ص512.



العمل الاجرائي المخالف لأصوله القانونية اما الثاني فيرد على القرارات الادارية التي جاءت بالمخالفة لشروط صحتها. ومن اجل الاحاطة بشكل أكثر بهذه الاثار سنقسم هذا المبحث الى مطلبين: الاول لبيان جزاء البطلان والثاني لمبحث جزاء الالغاء:

### 1.2.3: البطلان

يعد البطلان الجزاء الإجرائي المتمثل بالبطلان، كما يعد وسيلة فعالة بيد القضاء الجزائي لضمان وحماية هذه الشرعية، عن طريق إهدار العمل الإجرائي الذي حصل بصورة مخالفة للقانون من إنتاج آثاره. من هذه الناحية قد يلتقي البطلان مع جزاء الإلغاء، إذ يترتب على فرض أن لكلاهما عدم قابلية القرار أو الإجراء من إنتاج آثارهما، غير أنهما يختلفان من نواح كثيرة، والتي ستتضح من خلال بحث جزاء البطلان في الفروع الآتية:

#### 1.1.2.3: مذاهب البطلان وأسبابه

البطلان: هو الجزاء الذي يفرض على العمل الإجرائي نتيجة تخلف كل أو بعض شروط صحته المنصوص عليها في القاعدة الإجرائية، ويترتب عليه عدم قابلية هذا العمل أو الإجراء من إنتاج آثاره المقررة في القانون، حماية للشرعية الإجرائية<sup>(253)</sup>. وفيما يخص مذاهب البطلان يلاحظ أنه تتنازع السياسة التشريعية التي تتناول بالتنظيم موضوع البطلان مذهبان رئيسيان، الأول: يذهب إلى تقرير البطلان فقط في الاحوال التي ينص عليها القانون فلا بطلان بغير نص، وهذا يقتضي أن يحصر المشرع كل حالات البطلان، إذ يمتنع على القاضي أن يحكم به في غير هذه الحالات، ويسمى مذهب البطلان القانوني، أما الثاني: فيذهب إلى التفرقة بين ما هو جوهري وغير جوهري من النصوص القانونية والقول بفرض البطلان على العمل الإجرائي عند مخالفة النصوص الجوهرية دون غير الجوهرية، ويسمى مذهب البطلان الذاتي<sup>(254)</sup>. وقد استقر الفقه على جملة من الضوابط لتحديد جوهرية القاعدة التي يترتب على مخالفتها البطلان، وهذه الضوابط منها ما يتعلق بالمصلحة العامة أو مصلحة الخصوم، ومنها ما يتعلق باحترام حقوق

(253) ينظر: منحت محمد الحسيني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص15، حامد الشريف، مصدر سابق، ص261.

(254) تقتضي الإشارة إلى أن هذين المذهبين ليسا بالوحيدين في هذا الصدد، بل توجد هناك مذاهب ونظريات أخرى نادى بها فقهاء القانون الجزائي والمدني وهي: نظرية البطلان الشكلي، نظرية البطلان الإجباري، نظرية البطلان الاختياري، نظرية لا بطلان بدون ضرر، وأخيراً نظرية الشك القانوني. إلا أن هذين المذهبين هما اللذان استقرا في القوانين الحديثة. ومن أجل الوقوف على تفاصيل هذه المذاهب او النظريات ينظر: د. أحمد فتحي سرور ، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص118 – 123، د. عبد المهيمن بكر، إجراءات الأدلة الجنائية، ج1، ط1، مكتب الرسالة الولية، بلا مكان طبع، 1997، ص432 – 445، د. عباس العبودي، التبليغ القضائي بواسطة الرسائل الالكترونية ودوره في حسم الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الراافدين للحقوق، العدد الثالث، تصدرها كلية القانون-جامعة الموصل، 1997، ص35 – 37، د.لوي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، ط1، عمان، 2000، ص293 وما بعدها.

الدفاع، فضلا عن ضابط الغاية من القاعدة الإجرائية<sup>(255)</sup>. فالضوابط التي تتعلق بالمصلحة العامة تتمثل بحسن سير الجهاز القضائي وتدعيم فاعليته، كالقواعد الخاصة بتشكيل المحكمة واختصاصها، أما الضوابط التي تخص مصلحة الخصوم فهي التي تراعي مصالح الخصوم في نطاق الدعوى الجزائية ومن أمثلتها القواعد الخاصة بضرورة تبليغ الخصوم بمواعيد تأجيل جلسات المحاكمة، وتمكينهم من الحضور أثناء الكشف<sup>(256)</sup>.

أما الضوابط المتعلقة بحقوق الدفاع فتتجسد بكل قاعدة تتولى تنظيم حقوق الدفاع، كذلك التي تنظم إستجواب المتهم، وحقه في حضور محام عنه في الجنايات، وكذلك القواعد الخاصة بالتفتيش والتكليف بالحضور<sup>(257)</sup>..... الخ وأخيرا فإن ضابط الغاية يعني ان القاعدة تعد جوهرية إذا كان المشرع قد نص عليه لإنتاج أثر قانوني يتعلق بسير الدعوى والفصل فيها، كجميع القواعد المتعلقة بتحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها وكذلك القواعد الخاصة بالتحري والتحقق<sup>(258)</sup>.

عليه فإذا كانت القاعدة الإجرائية تتعلق بإحدى المصالح السالفة الذكر كنا أمام قاعدة جوهرية يترتب على مخالفتها البطلان، أما إذا لم تتعلق بهذه المصالح فهي قاعدة تنظيمية لا يترتب على مخالفتها البطلان، ونرى أن المعيار المميز في هذا المجال يكون بالجمع بين ضابط الغاية من جهة والضوابط الأخرى من جهة أخرى للخروج بمعيار سليم، ووفقا له تكون القاعدة جوهرية إذا كانت الغاية منها تحقيق إحدى المصالح المذكورة، فكل عمل إجرائي يأتي مخالفاً لها يكون مصيره البطلان، أما إذا لم تكن غايتها هذه المصالح فهذا يعني أنها قاعدة إرشادية أو توجيهية لا يترتب على مخالفة العمل لها بطلان هذا الأخير<sup>(259)</sup>.

أما عن سبب البطلان، فيمكن القول في عبارة موجزة أنه يتمثل بافتقار العمل الإجرائي لشروطه الشكلية الجوهرية، أما الشروط الموضوعية (الإرادة، الأهلية، المحل والسبب) فهي تحصيل حاصل، إذ ليس

(255) ينظر: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص33، د. مأمون محمد سلامة، مصدر سابق، ص338، محمد كامل إبراهيم، النظرية العامة للبطلان في قانون الإجراءات الجنائية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص37، د. حامد راشد، أحكام تفتيش المسكن في التشريعات الإجرائية العربية (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص227، د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ط2، مكتبة مكوي، بيروت، 1979، ص448.

(256) ينظر مثلاً نص المادتين (165، 162) الاصولية العراقي.

(257) ينظر مثلاً نصوص المواد (123-144، 129، 87-72، 86-91) أصول عراقي، وفي هذا الصدد يلاحظ أن بعضاً من هذه القواعد تقع تحت الضوابط المتعلقة بالمصلحة العامة، كوجوب حضور محام عن المتهم في الجنايات فهي تأخذ حكمها، في حين أن بعضاً آخر منها تخص مصلحة المتهم الشخصية في تنظيم حقه في الدفاع، كالقواعد الخاصة بالقبض والتفتيش، لذلك يترتب على مخالفتها نفس النتائج المترتبة على مخالفة القواعد الخاصة بمصلحة المتهم. ينظر: د. مأمون محمد سلامة، مصدر سابق، ص340.

(258) ينظر: محمد كامل إبراهيم، مصدر سابق، ص44.

(259) لابد من القول بأن أفضل مذهب للبطلان يكون بالجمع بين المذهبين السابقين والخروج بمذهب مختلط، يجمع بين محاسن كلا المذهبين ويتلافى الإنتقادات الموجهة إلى كل منهما لوحده، ويكون ذلك بقيام المشرع بالنص بصورة صريحة على بطلان حالات محددة عند مخالفتها للقاعدة الإجرائية بالنظر لأهميتها، وهذا هو مضمون مذهب البطلان القانوني، ومن ناحية أخرى ينظم قاعدة عامة توجب بطلان كل عمل إجرائي يراه القاضي أنه يخرق قاعدة إجرائية جوهرية تحمي إحدى المصالح المنقمة، وهذا هو منطق مذهب البطلان الذاتي.

من بينها ما هو غير جوهري، فتعد جميعها جوهرية وتخلف ايا منها تؤدي بهذا العمل إلى البطلان(260). لذا فهي لا تثير صعوبة عند بحث سبب البطلان، في حين الشروط الشكلية منها ما هو جوهري، ومنها ما ليست كذلك، والبطلان يتقرر عند مخالفة العمل للشروط الشكلية الجوهرية فقط. وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول إيجاد معيار التفرقة بين الشكل الجوهري وغير الجوهري، فيرى جانب من الفقه أن الشكل الجوهري هو الشكل الضروري لصحة العمل الإجرائي الذي بدونه لا يمكن تصور العمل صحيحاً(261)، ويؤخذ على هذا الرأي غموضه، إذ متى يعد الشكل ضروريا لصحة هذا العمل، ومتى لا يعد كذلك، ومن الفقهاء من يرى أن الشكل الجوهري هو الذي يتعلق بالنظام العام(262)، ويعاب عليه إهداره لمصالح الخصوم في الدعوى، فمن المقرر ان الكثير من الاعمال الإجرائية ينبغي أن تتوفر فيها شروط شكلية لا علاقة لها بالنظام العام، بل بمصلحة أحد الخصوم، كما هو الحال بالنسبة لتفتيش مكان معين فلا بد من حضور المتهم أو صاحب المكان المراد تفتيشه إن كان ممكناً، إضافة إلى شاهدين مع المختار أو من يقوم مقامه(263)، وهي أشكال جوهرية لا علاقة لها بالنظام العام، بل بمصلحة المتهم، ومع ذلك يعد شكلاً جوهرياً، ومن ناحية أخرى فإن المشكلة مدار البحث هو التمييز بين الشكل الجوهري وغير الجوهري، وليس البطلان المتعلق بالنظام العام وذلك المتعلق بمصلحة الخصوم . ويذهب رأي آخر إلى أن الشكل الجوهري هو الشرط اللازم لوجود العمل الإجرائي، إذ يترتب على تخلفه عدم وجود العمل(264)، ويعاب عليه عدم تحديده متى يكون الشكل جوهرياً أو غير جوهري، إضافة إلى ذلك أننا هنا أمام حالة تتعلق بالصحة والبطلان وليس الصحة والانعدام.

وأخيراً هناك من يرى أن الشكل الجوهري هو الشكل اللازم لتحقيق غاية العمل الإجرائي، ويبدو ان هذا الرأي هو الآخر لا يمكن الأخذ به، لأن تطبيقه لا يصدق في جميع الاحوال، فإذا كانت غاية الشكل تتفق مع غاية العمل في بعض الأحيان، إلا أنه في أحيان أخرى كثيرة قد تكون للشكل غاية مختلفة عن غاية العمل، فإذا لم تتحقق غاية الشكل هذه ينبغي فرض جـزاء البطلان على العمل رغم تحقق الغاية منه، كتسبب الأحكام فهو شرطٌ شكلي قصد منه الاشتياق من أن الحكم بني على أسس صحيحة وسليمة، أما الغرض من الحكم نفسه فهو الفصل في موضوع الدعوى، عليه فإذا جاء قرار الحكم خالياً من التسبب وجب

(260) فيما عدا الإرادة، لأن تخلفها يؤدي إلى انعدام العمل وليس بطلانه، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند بحث شرط الإرادة في العمل الإجرائي.

(261) ينظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مصدر سابق، ص147.

(262) بهذا المعنى ينظر: د.محمد عبد الغريب، النظام العام الإجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، بلا مكان طبع، 2000، ص169 وما بعدها، د.أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص246.

(263) ينظر مثلاً نص المادة (82/أصول عراقي). وللمزيد حول ذلك ينظر: د. صالح عبد الزهرة الحسون، أحكام التفتيش وأثاره في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة الاديبي البغدادية، 1979، ص292 وما بعدها، د.عبد الحميد الشواربي، إذن التفتيش في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص78 وما بعدها.

(264) ينظر: د. فتحي والي، مصدر سابق، ص242.

الحكم ببطلانه، رغم تحقق الغاية منه<sup>(265)</sup>. ونرى أنه لغرض التمييز بين الشكل الجوهرى وغير الجوهرى، فإنه ينبغي النظر إلى الغاية من الشكل ذاته وهذه الغاية تحدد وفق نفس الضوابط التي سبق بيانها بشأن التمييز بين القاعدة الجوهرية وغير الجوهرية، عليه فالشكل يكون جوهرياً إذا كانت الغاية منه تحقيق إحدى المصالح المشار إليها سابقاً ويؤدي تخلفها إلى بطلان العمل، أما إذا كانت هذه الغاية مجرد التنظيم والإرشاد فيعد شكلاً غير جوهرى ولا يترتب على تخلفه البطلان<sup>(266)</sup>.

### 2.1.2.3: أنواع البطلان

ينقسم البطلان بشكل عام إلى نوعين، بطلان مطلق وآخر نسبي، فالأول: هو ذلك البطلان المتعلق بالنظام العام، أي الذي يتقرر جزاء لمخالفة قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام، لذلك فهي مقررّة حمايةً للمصلحة العامة، أما الثاني: فهو الذي يتقرر من أجل حماية مصلحة الخصوم<sup>(267)</sup>. ومن أجل منع الخلط بين هذين النوعين بسبب كون النظام العام فكرة مرنة وغير منضبطة مما قد يؤدي إلى صعوبة التمييز بينهما، فإنه ينبغي الإهتمام بأهمية المصلحة المحمية من القاعدة الإجرائية التي تمت مخالفتها، فإن كانت تحمي المصلحة العامة بالدرجة الأولى والمتمثلة بحسن سير الجهاز القضائي فإن هذه المخالفة تؤدي إلى بطلان العمل بطلاناً مطلقاً، كالقواعد التي تنظم سرية التحقيق الابتدائي، وعلانية جلسات المحاكمة، والقواعد الأخرى للمحاكمة، فضلاً عن تلك التي تخص شروط صحة الأحكام، وأحوال رد القضاء ومخاصمتهم، وغير ذلك من القواعد المتعلقة بحسن التنظيم القضائي، كما تدرج تحتها كل قاعدة تحمي في ظاهرها المصلحة العامة بالدرجة الأولى وإن كانت في الوقت ذاته تتعلق بحقوق الدفاع، وذلك باتصالها بالمبادئ العليا الواجب مراعاتها، كعدم جواز تحليف المتهم اليمين، ووجوب إستجوابه قبل توقيفه<sup>(268)</sup>. ومن منطلق المعيار المتقدم يتضح بأن البطلان يكون نسبياً، إذا كانت القواعد الإجرائية التي تمت مخالفتها تهدف إلى حماية حقوق الخصوم، أي تتصل إتصالاً مباشراً بمصلحة الخصوم، وهذه القواعد كثيرة ومثالها تلك التي تنظم حق المتهم في القبض، أو التوقيف، أو التفتيش، أو الاستجواب... الخ. وتكمن أهمية التمييز بين هذين النوعين في نواح كثيرة منها: البطلان المطلق يجوز لأي خصم التمسك به ولو لم تكن له مصلحة في ذلك، في حين أن البطلان النسبي لا

(265) ومن الأمثلة على الشكل الجوهرى هو تحليف الشاهد اليمين القانوني، لأن الغرض منه حمل الشخص على قول الحقيقة وبث الطمأنينة في النفس من أن أقواله صحيحة لأنها أدليت تحت القسم، وبذلك فإن الغاية منها تحقيق المصلحة العامة والخاصة أيضاً، أما الشكل غير الجوهرى فمثاله نص المادة (49/ب أصول عراقى)، والذي يلزم المسؤول في مركز الشرطة عند وصول إخبار إليه عن جريمة من نوع المخالفات، أن يقدم تقريراً موجزاً عنها إلى قاضي التحقيق، يتضمن أسم المتهم واسماء الشهود، والمادة القانونية المنطبقة على الواقعة، فخلو التقرير من الإشارة إلى المادة القانونية لا يبطل التقرير لأنه شكل غير جوهرى غايته تنظيم عمل المسؤول في مركز الشرطة في مثل هذه الأحوال، وتوجيهه إلى كيفية تنفيذ واجباته ليس إلا.

(266) ينظر: د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، مصدر سابق، ص147.

(267) ينظر: د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص34،40، د.محدث محمد الحسيني، مصدر سابق، ص106.

(268) ينظر: د.مأمون محمد سلامة، مصدر سابق، ص346، د. فوزية عبد الستار، مصدر سابق، ص35.

يجوز إثارته إلا من المتضرر من العمل الإجرائي المخالف، كما تجوز إثارة الدفع المتعلق بالبطلان المطلق في اية مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز على ألا يحتاج إلى تحقيق موضوعي، في حين لا يجوز ذلك بالنسبة للبطلان النسبي بل يجب أن يتمسك به أمام أول جهة تلي الجهة التي حصل البطلان أمامها (فيما يخص بطلان أعمال التحقيق الابتدائي)، أو أمام الجهة نفسها (فيما يتعلق ببطلان أعمال التحقيق القضائي)، فضلا عن ذلك لا يقبل البطلان المطلق التصحيح عن طريق رضا الخصم بالعمل المعيب، في حين يجوز تصحيح البطلان النسبي بهذا الرضاء، وعلى ذلك لا يجوز التنازل عن البطلان المطلق، في حين يجوز ذلك بالنسبة للبطلان النسبي، وأخيرا فإن البطلان المطلق تستطيع أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، في حين يجب أن يحتج بالبطلان النسبي من شرع لمصلحته حتى يمكن للمحكمة أن تقرر ذلك(269).

### 3.1.2.3: موقف القوانين المقارنة من البطلان

لم تتضمن القوانين الإستثنائية المقارنة الإشارة إلى البطلان سوى القانون العراقي، والذي نص فقط على كلمة البطلان في المادة (9/ثانيا) من قانون الطوارئ التي عدتها من صلاحيات محكمة التمييز، عند قيامها بالرقابة على الإجراءات المتخذة خلال فترة الطوارئ. ولكن بما أن هذه القوانين قد قررت تطبيق قواعد القانون الإجرائي العام عند النظر في هذه الجرائم أو التحقيق فيها، لذلك فإن هذا الموقف يتجلى من خلال مراجعة القوانين الإجرائية الجزائية لكل من العراق ومصر وفرنسا.

ففيما يتعلق بالمشروع العراقي يلاحظ أن قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ لم ينص على بطلان العمل الإجرائي المخالف لنصوصه، وذلك في نظرية عامة تعطي لهذا النظام أهميته التي يستحقها، ومع ذلك يمكن القول وكما ذهب جانب من الشراح(270)، أن المشروع العراقي قد أخذ بنظرية البطلان الذاتي، استنادا إلى المادة (249/أصول) والتي تنص على أنه: (لكل من الادعاء العام، والمتهم، والمشتكي، والمدعي المدني، والمسؤول مدنيا، أن يطعن لدى محكمة التمييز في الاحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجرح ومحكمة الجنايات في جنحة أو جنائية، إذا كانت قد بنيت على مخالفة للقانون، أو خطأ في تطبيقه، أو تأويله، أو إذا وقع خطأ جوهري في الإجراءات الأصولية، أو في تقدير الأدلة، أو تقدير العقوبة،

(269) بنظر: د.ادوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص347، د. عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق، ص39-42. وتجدر الإشارة أنه حتى يمكن للخصم أن يتمسك بالبطلان النسبي، فإنه ينبغي أن تكون له مصلحة في ذلك، مع عدم تسببه في حصول البطلان، كعدم جواز الطعن ببطلان الإجراءات إذا لم يكن ضارا بدفاع المتهم (م 249/ب أصول عراقي)، وكعدم جواز الدفع ببطلان التفتيش لعدم حضور المتهم إذا كان قد تبلى ولم يحضر عمداً، أو عدم جواز الدفع ببطلان ورقة التكليف بالحضور إذا كان المتهم هو الذي أعطى عنوانه بصورة خاطئة. بنظر: شريف بوي، أسباب بطلان الضبط والتفتيش، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1989، ص284.

(270) بنظر: د. صالح عبد الزهرة الحسون، أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي، مصدر سابق، ص351.

وكان الخطأ مؤثراً في الحكم، فمن خلال عبارة (خطأ جوهري في الإجراءات)، يستدل أن المشرع العراقي قد أخذ بهذه النظرية، والدليل على ذلك حجتان: الأولى قانونية وتتمثل بما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في معرض تعليقها على نص المادة (53/هـ-)، فقد ورد فيها أنه: (وحددت المادة 53 الاختصاص المكاني للتحقيق في الجرائم، وهو نص تنظيمي ليس إلا، لا ينبغي على مخالفته بطلان الإجراءات) (271). ومفهوم المخالفة لهذا الكلام أن النص إذا كان جوهرياً فإنه يبنى على مخالفته بطلان الإجراءات، وهذا ما تقضي به نظرية البطلان الذاتي، أما الحجة الثانية فهي منطوقية، تتجسد بأن المنطق يقضي ببطلان العمل الإجرائي إذا خالف قاعدة جوهريّة أو أساسية، إذ ما الفائدة من النص الجوهري إذا لم يترتب البطلان جزاء على مخالفته؟، فضلاً عما تقدم فيما يتعلق بالطرف الاستثنائي نص المادة (9/ثانياً) من قانون الطوارئ التي أجازت بطلان الإجراءات المخالف للقانون (272).

أما المشرع المصري فيلاحظ أنه قد نظم البطلان في نظرية عامة بموجب المواد (331-337 / الإجراءات الجنائية)، معتقاً بذلك مذهب البطلان الذاتي، حسب المادة (331) منه، والتي نصت على أنه: (يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري). وحددت المادة (332) بعض حالات البطلان المطلق، وكيفية التمسك به إذ قضت بأنه: (إذا كان البطلان راجعاً إلى عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة، أو بولايتها بالحكم في الدعوى، أو بإختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها، أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام، جاز التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، و تقضي به المحكمة ولو بغير طلب)، وبين المشرع في المادة (333) أنه في غير الحالات المشار إليها في المادة (332) منه يسقط الحق في الدفع بالبطلان، بعدم الاعتراض أو عدم التمسك به، ونظمت المادة (334) منه حالة خاصة بورقة التكاليف بالحضور، إذ لم تجز التمسك ببطلان هذه الورقة إذا كانت الغاية منها قد تحققت بحضور المتهم أو وكيله، وقد أجاز القانون في المادة (335) منه للقاضي أن يعيد ولو من تلقاء نفسه كل إجراء يتبين له بطلانه، أما المادة (336) منه فقد أوضحت بأنه إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي

(271) كما يستدل من ذلك أيضاً بأن المشرع يأخذ بالمعيار المختلط، والذي يجمع بين معيار الغاية من جهة، والمعايير المتعلقة بالمصلحة العامة، ومصالحه الخصوم، وحق الدفاع من جهة أخرى من أجل التمييز بين القاعدة الجوهريّة وغير الجوهريّة.

(272) تجدر الإشارة إلى أنه إذا لم يكن المشرع قد أورد كلمة البطلان صراحة في المادة (53/أصول)، والمادة (9/ثانياً) من قانون الطوارئ، فضلاً عن عبارة ((الخطأ الجوهري في الإجراءات في المادة (249/أصول)) لما أمكن إستنتاج كل ما تقدم، عكس ما يرى جانب من الشراح أن النص الناهي، أو النافي يرادف البطلان في معناه، حتى وإن لم يذكر المشرع صراحة كلمة البطلان، أو الإبطل: للمزيد ينظر: عبد المجيد عبدالهادي السعدون، استجواب المتهم (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1992، ص238. إلا أننا لا نتفق مع وجهة النظر هذه، لأنها تؤدي إلى التفرقة التحكيمية بين النص الناهي والأمر في هذا المجال، كما أنها تجعل النص الناهي أكثر أهمية من النص الأمر، مع أن هذا الأخير قد يبغى المشرع من ورائه تنظيم حالة معينة لا تقل أهمية عن الأول وإن مخالفتها توجب البطلان أيضاً، إضافة إلى ذلك فإن هذا الرأي فيه تفسير لإرادة المشرع بما لا يريد، إذ لا يعقل أن يكون المشرع قد أوجب الإلتزام بالنص الناهي دون الأمر.

تترتب عليه مباشرة، ويلزم إعادته متى أمكن ذلك، وأخيراً أوضحت المادة (337) إجراءات تصحيح الأخطاء المادية التي تقع في الأحكام والأوامر ولا يترتب عليها البطلان<sup>(273)</sup>. وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم يشر في قانون الطوارئ بصورة صريحة إلى إمكانية تطبيق أحكام البطلان هذه، فيما يتعلق بالإجراءات المتخذة في ظل هذا القانون<sup>(274)</sup>. إلا أننا نرى أنه لا يوجد مانع قانوني من هذا التطبيق لسببين رئيسيين: أحدهما يتعلق بكون هذه الأحكام هي من الأحكام العامة التي يمكن تطبيقها في مجال أي قانون إجرائي جزائي، ما لم يرد نص صريح يمنع ذلك، ولم نجد في قانون الطوارئ المصري نصاً صريحاً بهذا المنع. أما الثاني فيظهر من خلال إحالة المشرع المصري في قانون الطوارئ إلى إمكانية تطبيق قانون الإجراءات الجزائية على الجرائم الواقعة أثناء سريان قانون الطوارئ، وذلك باستثناء الحالات التي نص فيها المشرع على أحكام إجرائية خاصة في هذا القانون الأخير. فهذه الإحالة تقضي بجواز تطبيق جميع الأحكام الواردة في قانون الإجراءات الجزائية في مثل هذه الأحوال، وغني عن البيان أن من ضمن هذه الأحكام هي تلك المتعلقة بالبطلان.

يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أخذ هو أيضاً بنظرية البطلان وأسس لها دعائم قوية، جامعاً بين نظريتي البطلان الذاتي والقانوني، إذ نص على بطلان حالات معينة نظراً لأهميتها، كما هو الحال فيما يتعلق بالتفتيش والاستجواب إذ نصت المادة (170 / إجراءات فرنسي) على أن: (الإجراءات المنصوص عليها في المواد 114-118 يجب أن تراعى وجزاء عدم مراعاتها بطلان الإجراءات نفسه والإجراءات اللاحقة)، وجاءت المادة (172) لتقضي ببطلان كل إجراء يقع بالمخالفة لقاعدة جوهرية، وخاصة تلك التي تنظم حقوق الدفاع، سواءً في مرحلة التحقيق الابتدائي أم النهائي، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص، أما بشأن التنازل عن البطلان وكيفية الدفع به، والنتائج المترتبة عليه فقد نظمته المواد (172 / 2، 3/174) إجراءات فرنسي، وبذلك يكون القانون الفرنسي قد أخذ بالمذهب المختلط للبطلان. إن ما قيل بشأن القانون المصري من حيث إمكانية تطبيق قواعد البطلان الواردة في قانون الإجراءات الجزائية على ما يقع من جرائم خلال فترة الظرف الاستثنائي، ينطبق على القانون الفرنسي أيضاً ولنفس السببين اللذين ذكرناهما سابقاً، لذلك نحيل إلى ما سبق منعا للتكرار.

(273) تجدر الإشارة إلى القانون المصري لم يشر إلى البطلان القانوني بنص صريح، باستثناء حالة واحدة أتى بها المشرع في المادة (312/إجراءات جنائية)، والتي قررت صراحة بطلان الحكم إذا لم يتم التوقيع عليه خلال ثلاثين يوماً.

(274) يلاحظ أن المشرع العراقي في قانون الطوارئ قد نص بشكل صريح إلى إمكانية الحكم ببطلان الإجراءات المخالفة للقانون، كما سبق بيان ذلك (م9/ثانياً) منه، رغم أنه لم يأخذ بنظرية عامة للبطلان في قانون الإجراءات الجزائية.

### 4.1.2.3: اثار البطلان

إذا قررت الجهات القضائية المختصة بطلان أي عمل إجرائي فإنه يؤدي إلى إزالة كل قيمة له، فيصبح غير صالح لإنتاج اثاره القانونية، ولا يصح الإعتماد على ما نتج عنه من أدلة ويسري البطلان بأثر رجعي من اللحظة التي تمت فيها مباشرة العمل، فيعد وكأنه لم يكن، معنى ذلك أن للبطلان أثراً كاشفاً وليس منشئاً، حيث أن البطلان موجود من لحظة القيام بالعمل، وما قضاء المحكمة بالبطلان إلا كشف عن حالة الوجود هذه، عليه فالتفتيش الباطل يترتب عليه عدم نسبة الأشياء المضبوطة إلى المتهم، والإعتراف الباطل لا يجوز التعويل عليه للحكم بالإدانة<sup>(275)</sup>. وبطلان العمل الإجرائي يمتد أثره إلى جميع الاعمال التالية له والمرتبة عليه، لذا فهي الأخرى باطلة استناداً إلى القاعدة التي تقرر بأن ما بني على الباطل فهو باطل مثله، فبطلان استجواب المتهم يؤدي إلى بطلان اعترافه، وبطلان تشكيل المحكمة يؤدي إلى بطلان الحكم وهكذا، بشكل عام يمكن القول بأنه كلما كان العمل الباطل مفترضا لصحة الأعمال التالية له، فإنه يفضي إلى بطلانها أيضاً لأنها تصبح والحالة هذه جزء من بناء قانوني يقوم فيه العمل الباطل بدور أساس<sup>(276)</sup>. أما إذا لم يكن هناك إرتباط بينهما فإن تأثير البطلان لا يمتد إليها، فإذا صدر الإعتراف مثلاً بشكل مستقل عن الإستجواب أو القبض الباطلين مثلاً فلا شائبة عليه، كما أنه لا تأثير للعمل الباطل على ما سبقه من أعمال، لعدم وجود علاقة بينهما، فهي تمت بمنأى عن هذا العمل<sup>(277)</sup>. وفيما يتعلق بالمحاضر التي تتضمن العمل الباطل فإن القانون الفرنسي في المادة (1/173 إجراءات جنائية) أوجب أن تسحب من إضبارة الدعوى، وتعطى إلى كاتب محكمة الاستئناف ويمنع تسرب أية معلومة ضد الأطراف في المحاكمة، في حين خلا القانونين المصري والعراقي من نص مماثل<sup>(278)</sup>. ولكن من ناحية أخرى فإن بطلان العمل الإجرائي لا يمنع من إعادته مرة أخرى، إذ يجوز للمحكمة إذا رأت أن هناك ثمة إجراءات شابتها عيوب يمكن أن تؤدي بها إلى البطلان، أن تقوم بإعادتها من أجل الحيلولة دون تقرير بطلانها ولتلافي هذه العيوب، بل إن هذه الإعادة تكون وجوبية إذا قررت الجهة المختصة بطلانها وعهدت إلى الجهة الأدنى منها إعادتها وفق توجيهاتها،

(275) ينظر: د.صلاح الدين جمال الدين، الطعن في الحريات وإجراءات الضبط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص339، د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون

الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص367.

(276) ينظر نصوص المواد (336/إجراءات مصري) و (1/172، 1/174 إجراءات فرنسي) وينظر أيضاً: د.حسام الدين محمد أحمد، سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص176، د. صلاح الدين جمال الدين، بطلان القبض، بلا مكان طبع، 1996، ص65، د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية (دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء والنقض)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص446.

(277) ينظر: د.عبد المهيم بكر، مصدر سابق، ص500. ويمكن أن نستنتج هذا الأمر أيضاً من نص المادة (262/أصول عراقي).

(278) إلا أن محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر برقم 33 في 1951/12/31، أشارت إلى أن نزع هذه المحاضر من أوراق الدعوى، أمر تقتضيه العدالة. أشار إليه: عبد الستار سالم الكبيسي، مصدر سابق، ص47. هامش رقم (2) ونحن أيضاً نؤيد هذا الإتجاه لعدم فائدة هذه المحاضر من ناحية، ولكي لا يؤدي تراكمها إلى عرقلة عمل القضاء من ناحية أخرى.



ولكن في جميع الأحوال ينبغي أن تكون الإعادة ممكنة، إذ لا تكليف بمستحيل(279).

وفضلاً عن ذلك يلاحظ أن كثرة تقرير حالات البطلان، قد تؤدي إلى عرقلة سير الدعوى، وضياع الجهد والوقت، وخصوصاً في ظل الظروف الاستثنائية. لذلك أوجد الفقه ما يسمى بتحول العمل الإجرائي الباطل إلى عمل صحيح على غرار تحول التصرف القانوني الباطل إلى تصرف صحيح، والمعروف في القانون المدني، وذلك إذا توافر شرطان: الأول أن يكون العمل الإجرائي الأصلي باطلاً، وثانياً أن يتضمن هذا العمل عناصر عمل آخر صحيح، ومن الأمثلة على ذلك هو أن محاضر التحقيق الابتدائي تكون باطلة، إذا فقدت شروط صحتها، إلا أنها قد تتحول إلى محاضر جمع استدلالات صحيحة(280). وعلى نفس المنوال فإنه قد يتم تصحيح البطلان في بعض الحالات وقبل تقريره، فيغدو على أساس ذلك العمل الإجرائي الباطل صحيحاً، وهذه الحالات على نوعين: حالات عامة تسري على البطلان بنوعيه المطلق والنسبي، وأخرى خاصة بالبطلان النسبي دون المطلق. فالأولى تتمثل بتحقيق الغاية من الشكل وحجية الأمر المقضي فيه، فالحضور بناء على ورقة تكليف بالحضور باطلة، لتخالف الشروط الشكلية الجوهرية فيها، يصح بطلانها لتحقق الغاية من هذه الشروط وهي إحاطة الشخص المراد حضوره علماً بمكان وزمان الحضور(281). كما أن الحكم متى ما حاز على درجة البتات أصبح عنواناً للحقيقة، فلا يجوز التضحية بحجية هذا الحكم عن طريق قبول الإدعاء بخطئه أو بطلانه، سواء أكان البطلان في ذات الحكم أو في الإجراءات التي بني عليها(282). أما الثانية فتتجسد بالتنازل والسقوط، إذ أن تنازل الخصم عن البطلان المقرر لمصلحته صراحة أو ضمناً بعدم إثارة الدفع به على الرغم من علمه بذلك، يفضي إلى تصحيح هذا البطلان، إذ يمتنع عليه التمسك بالبطلان مرة أخرى، لأن التنازل هو إسقاطٌ والساقط لا يعود. كما أن مرور الفترة الزمنية التي يحددها القانون للخصم لإمكانية الدفع بالبطلان دون أن يستعمل حقه، يؤدي إلى سقوط هذا الحق، ومن ثم

(279) كهلاك الشيء المراد معاينته وخروج الدعوى من حوزة محكمة الموضوع (فيما يتعلق بالتجديد الجوازي)، وبشأن الإعادة الجوازي والوجوبي ينظر نصوص المواد (335-336/إجراءات مصري) و(171/إجراءات فرنسي). علماً أن إعادة العمل الباطل لا تصحح بطلانه، فلا يعني ذلك زوال عيبه وأنه أصبح صحيحاً، لأن التجديد ليس له أثر رجعي. ينظر:

د. مأمون سلامة، مصدر سابق، ص 357.

(280) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه: (إذا انتفت عن محضر التحقيق بعض شروط صحته كحضور كاتب الضبط أو تحليف الشهود اليمين، فترتب على ذلك بطلانه، فإن ذلك لا يحول دون اعتباره محضر استدلال صحيح، إذ أن شروط صحة هذا المحضر متوافرة) أشار إليه: د. منحت محمد الحسيني، مصدر سابق، ص 186. وبشأن نظرية تحول التصرف القانوني الباطل ينظر: د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط3، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999، ص 345 وما بعدها.

( ) ينظر: أحمد حسوني جاسم، التكليف بالحضور (الإستقدام) في الدعوى الجزائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1995، ص 300. وينظر نص المادة (3/73) مرافعات عراقي).

(282) ينظر: حسين جميل، مصدر سابق، ص 279.

تصحيح البطلان، وعدم جواز معاودة التمسك به مرة أخرى (283).

إن الأحكام العامة للبطلان على وفق ما تقدم يمكن تطبيقها، سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية، حتى وإن لم يرد نص صريح بذلك في القوانين الاستثنائية، طالما أن هذه الأخيرة أشارت-سواء بشكل صريح أم ضمني- إلى تطبيق القانون الإجرائي العام على كل أو بعض ما يقع من الجرائم خلال فترة الظرف الاستثنائي. وعلى ذلك فكل إجراء يتخذ بالمخالفة لشروطه المنصوص عليها في القانون الإجرائي، يمكن أن يترتب عليه البطلان، سواء أكان بطلاناً مطلقاً أم متعلقاً بمصلحة الخصوم، بل نرى ان الحاجة أدعى إلى فرض البطلان في مثل هذه الظروف، بسبب سعة الصلاحيات المناطة بالسلطة القائمة على تطبيق القانون الاستثنائي، وما يستتبع ذلك من إمكانية مخالفة هذه السلطة لشروط صحة العمل الإجرائي، عن طريق خرق ضمانات المتهم في أي إجراء من إجراءات الدعوى الجزائية. غير أنه من ناحية أخرى، وبسبب كون الظروف الاستثنائية تهدد حياة المجتمع بالخطر، مما يستدعي في كثير من الأحيان قيام السلطة بالتصرف بشكل سريع لمواجهة الأخطار الناجمة عن هذه الظروف، حتى وإن كانت على حساب حقوق المتهم وحرية الشخصية، لذلك يلاحظ - وكما سبق القول- أن القضاء في مصر وفرنسا، يعمد إلى إعمال نظريته في هذا الصدد، والتي تقوم من ناحية على أساس منح السلطة القائمة على تطبيق القانون الاستثنائي بعض الصلاحيات إضافة إلى ما ورد منها في القانون من أجل مواجهة الأخطار الناجمة عن الظروف الاستثنائية مواجهة كافية، ومن ناحية أخرى الاعتراف بصحة بعض الإجراءات المخالفة لشروطها القانونية، أي دون أن يفرض عليها أي جزاء، مراعاةً للظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها هذه الإجراءات، وهذه النظرية هي ما تسمى بالنظرية القضائية للظروف الاستثنائية، والتي من خلالها أيضا يوازن القضاء بين إعتبار مصلحة المجتمع في دفع الأخطار الناجمة عن هذه الظروف وبين مصلحة الجاني في حماية حرية الشخصية، في كل إجراء يتخذ ضده ويمس فيه هذه الحرية. ومن هذا المنطلق أيضا يلاحظ أن المشرع العراقي ذكر في المادة (9/ ثانيا) من قانون الطوارئ بأن تتولى محكمتي التمييز والمحكمة الجنائية المركزية، صلاحية تدقيق ما صدر من إجراءات عن سلطة الطوارئ خلال فترة نفاذه، للتأكد من مدى مطابقتها للشرعية من عدمه، مع ضرورة مراعاة هذه الظروف والتي صدرت هذه الإجراءات في ظلها، ويستنتج من ذلك أن المشرع بنفسه يوعز ضمنيا للسلطة القضائية للعمل بنظرية القضاء للظروف

(283) ينظر: د. أحمد فتحى سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مصدر سابق، ص 428-429. وتجدر الإشارة إلى أنه قد يعلق المشرع سقوط هذا الحق على حصول واقعة معينة، كواقعة عدم الاعتراض على الإجراء الباطل من قبل الخصم أو وكيله والذي حصل بحضورهما (م333/إجراءات جنائية مصري). د. الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، ط1، بلا مكان طبع، 1999، ص263 وما بعدها.

الاستثنائية، من أجل الموازنة بين الاعتبارين المشاريين آنفاً.

### 2.2.3: الإلغاء

الإلغاء هو الجزء الذي نص عليه المشرع لوضع حد لآثار القرار الإداري غير المشروع، الذي خالفت فيه الإدارة الشروط اللازمة لصحته، بمعنى وقف القرار عن إنتاج آثاره القانونية، ويكون هذا الوقف بأثر رجعي للماضي تارة، أو بالنسبة للمستقبل فقط دون المساس بآثاره التي رتبها في الماضي أحياناً أخرى (284). وتعرف الدعوى التي نص عليها القانون للوصول إلى هذا الإلغاء بدعوى الإلغاء، والتي هي عبارة عن دعوى قضائية ترفع للمطالبة بإنهاء قرار إداري صدر مخالفاً للقانون، ومن أهم وسائل حماية المشروعية، إذ تؤدي إلى ترتيب الإلغاء جزاء على القرار المخالف للقانون، وإلغاء القرار من قبل القضاء الإداري يكون دائماً بأثر رجعي، أي من تاريخ صدوره من قبل جهة الإدارة، إذ يعد هذا القرار وكأنه لم يصدر مطلقاً (285).

وتشترط القوانين عادة في الدعاوى التي يطالب فيها بإنزال جزاء الإلغاء بعض الشروط، منها: أن يكون القرار المطعون فيه قراراً إدارياً، وأن يكون لصاحب الدعوى مصلحة شخصية مباشرة، سواءً أكانت مادية أم أدبية، كأن يكون القرار قد مس حالة قانونية خاصة به، فضلاً عن وجوب رفع الدعوى خلال ميعاد معين وهي عادة ستون يوماً من تاريخ نشر القرار أو إعلانه لصاحب الشأن، تُستثنى من ذلك القرارات التي يلحقها عيب جسيم يهوي بها إلى درجة الانعدام، إذ أن هذا العيب يُفقد هذه القرارات صفتها الإدارية ويجوز الطعن بها في أي وقت دون التقيد بمدة معينة (286)، والمفهوم المخالف لهذا القول يعني أن مضي المدة دون طعن يؤدي إلى استقرار القرار الإداري إذ سيغدو صحيحاً ومحصناً من الإلغاء. إلا أنه يلاحظ أن التطبيق الحرفي لهذه الشروط فيما يتعلق بالتدابير الماسة بالحرية الشخصية والمتخذة خلال الظروف الاستثنائية، هو أمر تاباه العدالة، بل لا يستقيم مع المنطق، بسبب الطبيعة الجزائية لهذه التدابير ومساسها بحريات الأفراد مما يصعب معه تقبل فكرة تحصن هذه القرارات أو التدابير المعيبة ضد الإلغاء لمجرد فوات ميعاد الطعن لذلك، يلاحظ أن قانون الطوارئ المصري مثلاً قد جاء بميعاد خاص من أجل رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الخاصة بالاعتقال والقبض وهي ثلاثون يوماً وفقاً للمادتين (3،6) منه، إلا أن هذه المدة ليست مدة سقوط، كما هو الحال بالنسبة لمدة الستون يوماً التي سبق بيانها، بل هي بمثابة شرط

(284) ينظر: د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري مصدر سابق، ص 680.

(285) ينظر: د. ماجد راغب الحلوم، الدعاوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 29.

(286) للوقوف تفصيلاً على هذه الشروط ينظر: إبراهيم محمد غنيم المرشد في الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 86 وما بعدها، د. عمر محمد الشويكي مصدر سابق، ص 189 وما بعدها.

معلق على حدوث واقعة معينة وهي عدم الإفراج عن المعتقل أو المقبوض عليه خلال ثلاثين يوماً من إعتقاله أو القبض عليه، بمعنى عدم جواز الطعن في هذين القرارين ما لم تمضي هذه الفترة دون حصول الإفراج، لذلك فهي ليست مدة سقوط هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فقد أجازت هاتان المادتان للمقبوض عليه أو المعتقل تكرار رفع الطعن بشأن قرارات القبض والاعتقال، كلما انقضى ثلاثون يوماً من تاريخ رفض الطعن.

فضلا عن ذلك يقرر القضاء الإداري بأن قرارات الاعتقال والقبض وغيرها من القرارات المقيدة للحرية والتي تتخذ خلال فترة الطوارئ، تعد من قبيل القرارات المستمرة التي لا ينتهي أثرها بانتهاء ميعاد معين، وإنما تظل سارية المفعول إلى أن تنتهي بنفسها، أو تزول عنها قوتها القانونية بعمل إداري أو تشريعي أو قضائي، أي لا تتحصن هذه القرارات من الإلغاء بسبب المدد، فيجوز رفع الدعوى بشأن إلغائها في أي وقت، وبذلك فإذا كان الاصل في القرار الإداري المعيب أنه يمكن أن يتحول إلى قرار صحيح بفوات ميعاد الطعن بالإلغاء دون حصول هذا الطعن، إلا أن القضاء يستثني من ذلك القرارات التي تتخذ خلال حالة الطوارئ حماية لحيات الأفراد.

وفضلا عن الإلغاء القضائي يتضح أيضا أن القضاء الإداري يسمح للجهة الإدارية ذاتها التي أصدرت القرار غير المشروع، أو الأعلى منها، في محو هذا القرار إذا تبين لها حقيقة عدم مشروعيته، وهو ما يعرف بسحب القرار الإداري غير المشروع ومحو آثاره بالنسبة للماضي والمستقبل كجزء تفرضه الإدارة على القرار الذي تخالف به القانون، ويلاحظ أن هذا الأمر لا يعد فقط حقا للإدارة تمارسها متى ما تبين لها وجود هذه المخالفة، بل هو واجب عليها لإزالة كل عيب لحق بقراراتها، نتيجة عدم تطبيق القانون بالشكل الصحيح، ولاسيما لو تعلق الأمر بقرارات تمس حريات الأفراد وتقيدها<sup>(287)</sup>. وفضلا عن ذلك تملك الإدارة صلاحية وقف قراراتها من إنتاج آثارها القانونية فيما يتعلق بالمستقبل فقط، ويتم ذلك عن طريق إصدارها قرارات جديدة تلغي بموجبها قراراتها السابقة وهو ما يسمى بالإلغاء الإداري، تمييزا له عن الإلغاء القضائي<sup>(288)</sup>، وبما أن الإلغاء الإداري ينصرف أثره للمستقبل فقط دون الماضي، ولتعارض هذا الأمر مع الطبيعة الجزائية للقرارات المقيدة للحرية الفردية التي تتخذ خلال الظروف الاستثنائية والتي توجب أن يكون الإلغاء

(287) يلاحظ أنه إذا كان القضاء الإداري يقيد استعمال الإدارة لسلطانها في سحب القرار الإداري خلال فترة معينة، وهي مدة الستين يوماً اللازمة لرفع دعوى الإلغاء، إلا أنه يستثني من ذلك القرارات المعنوية، فطالما أنها لا تستقيم بفوات هذه المدة، فيجوز للإدارة تبعاً لذلك سحبها في أي وقت، كما أنه يجوز أن يتم السحب حتى أثناء نظر دعوى الإلغاء من قبل القضاء الإداري. للمزيد ينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مصدر سابق، ص 218، وتجدر الإشارة إلى أن السحب لا يقتصر على القرارات غير المشروعة، بل يشمل أيضاً تلك التي تكون مشروعة، ولعدم تعلق هذا الموضوع بهذه الدراسة، لذا لم يتم بحثه.

(288) ينظر: د. علي خاطر شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، مصدر سابق، ص 281 - 282.

بأثر رجعي، حتى يكون بإمكان صاحب الشأن طلب التعويض عن فترة نفاذ القرار غير المشروع بحقه، لذلك نرى أن هذا النوع من الإلغاء لا يمكن تطبيقه على القرارات غير المشروعة الصادرة خلال هذه الظروف<sup>(289)</sup>. وأخيراً يترتب على الحكم القضائي الصادر بالإلغاء وقرار الإدارة بالسحب إنهاء القرار محل الإلغاء أو السحب وعده كأن لم يكن، ومقتضى ذلك زوال جميع آثاره القانونية التي رتبها في الماضي، وكل ما بني عليه من أعمال أخرى، فتلتزم الإدارة بإزالة هذه الآثار والإمتناع عن تنفيذ هذا القرار. ولكن يلاحظ أنه إذا كان بإمكان الإدارة الإمتناع عن هذا التنفيذ فيما يخص المستقبل، إلا أن إزالة مظاهر التنفيذ السابق يبدو مستحيلاً في بعض الأحيان، ومنها: حالة قرارات القبض أو الإعتقال التي تصدر خلال حالة الطوارئ، إذ أن تنفيذها قد إقترن مع الزمن وانطوت معه ويستحيل إزالتها نهائياً، فهي أمور قد حدثت بالفعل ولا يمكن إنكارها. والخروج من هذا المأزق لا يكون إلا عن الطريق التنفيذ بمقابل، وذلك باللجوء إلى التعويض النقدي بإعطاء الحق للمضروور من هذه القرارات بالالتجاء إلى القضاء لطلب التعويض<sup>(290)</sup>.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة توصلنا الى اهم الاستنتاجات والمقترحات والتي سنتناولها في فقرتين:

### اولاً: الاستنتاجات

1. الشرعية الإجرائية تعني: افتراض براءة المتهم والذي يقتضي قانونية الإجراءات المتخذة ضده على أن يكون تحت إشراف قضائي.

(289) يضاف إلى ذلك أن هذا الإلغاء يستعمل عادة فيما يتعلق بالقرارات المشروعة والتي ليست لها طبيعة جزائية، بل بتلك التي تخص الأمور المدنية كالقرارات الخاصة بالتعيين والترقية والإحالة على التقاعد .... الخ.

(290) فضلاً عن ذلك فإن الحكم القضائي الصادر بالإلغاء يتمتع بحجية عامة ومطلقة في مواجهة الكافة، إذ يستطيع كل صاحب مصلحة أن يستفيد من هذا الحكم حتى وإن لم يكن هو الذي رفع دعوى الإلغاء، طالما أن القرار الملغى يمس مركزه أو يضر بمصالحه. للمزيد ينظر: د. محمد بن عبد العزيز، مصدر سابق، ص 376 وما بعدها. وبناءً على ذلك فإذا صدر قرار بالاعتقال ضد مجموعة من الأشخاص بناءً على أسباب غير صحيحة، فطعن أحد هؤلاء الأشخاص فقط بهذا القرار وحكم القضاء بإلغائه، فإن جميع الأشخاص سيستفيدون من هذا الحكم، وليس طالب الإلغاء فقط.

2. المشروعية في صورتها المبسطة تعني ضرورة خضوع الكافة حكماً ومحكومين لحكم القانون ومراعاة التدرج القانوني في أي تصرف أو إجراء يتم اتخاذه وفي أي ظرف كان وفي الوقت ذاته الاعتراف بان هذا المفهوم للمشروعية في الظروف العادية قد لا يتم تطبيقه في الظروف الاستثنائية بل ان هذه المشروعية تتمحور وفقاً لهذه الظروف كي تتماشى معها وبالتالي تظهر المشروعية الاستثنائية او مشروعية الازمات.
3. إن أهم أهداف الشرعية الإجرائية هو ضمان الحرية الشخصية للمتهم، ويأتي هذا الضمان عن طريق تقييد الإجراءات التي ينص عليها المشرع بجملة من الشروط اللازمة لصحتها بكونها ضمانات لهذه الحرية، وذلك إستناداً إلى أصل البراءة بكونه ركناً من أركان هذه الشرعية. فضلاً عن ذلك يتأكد هذا الضمان بطريق آخر وهو فرض جزاء البطلان على كل إجراء إتخذ بالمخالفة لهذه الشروط أو الضمانات، على أساس أن هذا الجزاء هو وسيلة هذه الشرعية لضمان الحرية الشخصية للمتهم ومن ثم الحفاظ على الشرعية ذاتها.
4. تتجلى اهم وظائف المشروعية من حيث كفالة الحماية الجدية لحقوق الأفراد وحررياتهم في مواجهة سلطات الدولة. فهذا المبدأ هو ضرورة من ضرورات المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم في الدول التي تحرص على صيانة هذه الحقوق والحرريات.
5. للشرعية الاجرائية ثلاثة اركان وهي: افتراض براءة المتهم، قانونية الاجراءات المتخذة ضده مع الاشراف القضائي على هذه الاجراءات.
6. للمشروعية مصدرين اساسيين: أحدهما مكتوب ويتمثل بالدستور والمعاهدات والقوانين العادية والفرعية، والاخر غير مكتوب ويتجسد بالعرف والمبادئ العامة للقانون.
7. مجموعة من الحالات الواقعية الداخلية أو الخارجية غير المتوقعة، التي تتمثل بوقوع خطر جسيم على الدولة أو تندر بوقوعه، إذ لا تستطيع القوانين العادية مواجهتها مما يسوغ لجوء الدولة إلى إتخاذ إجراءات واسعة و لازمة، لصد هذه الحالات تحقيقاً للمصلحة العامة، وذلك استناداً إلى قوانين استثنائية، على أن تنتهي هذه الإجراءات بإنهاء الحالات الواقعية، وأن تخضع لرقابة القضاء حماية لمصالح الأفراد.
8. اهم الآثار المترتبة على الظروف الاستثنائية تتمثل في اتساع الاختصاصات المناطة بالسلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية من أجل مواجهة الأخطار الناجمة عن هذه الظروف. وايضاً في بعض الاحيان على حساب السلطة التشريعية.
9. تلعب الضرورة بكونها الأساس الفلسفي للظروف الاستثنائية دوراً بارزاً في توسيع صلاحيات السلطة القائمة على تطبيق القانون الاستثنائي، إذا لم تسعفها تلك الصلاحيات الواردة في القانون من مواجهة الأخطار الناجمة عن هذه الظروف، ومن ثم إضفاء الشرعية على هذه الصلاحيات.
10. إن قانون الطوارئ يعد من أهم تطبيقات الظروف الاستثنائية، وذلك لوسع الحالات التي تنص عليها،

إذ تشمل معظم الأسباب التي تستدعي عادة اللجوء إلى القوانين الاستثنائية. ويلاحظ أن قانون الطوارئ العراقي يشذ عن هذه الحالة، إذ أن الحالات التي توجب العمل به كما حددتها المادة (1) منه، تنحصر في الخطر الناشئ عن حملة مستمرة للعنف من أي عدد من الأشخاص، لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق، أو تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين، أو أي غرض آخر. كما يلاحظ أن الدستور العراقي الدائم لم ينظم الأحكام الخاصة بالظروف الإستثنائية بشكل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية، عكس الحال بالنسبة للدستور الفرنسي.

11. إن التنظيم المسبق لقانون الطوارئ أفضل من ترك هذا الأمر إلى حين حصول الطرف الاستثنائي، لأن ذلك أدهى إلى حماية حقوق الأفراد، وتقييد سلطة الطوارئ بالصلاحيات الواردة فيها حصراً، ولكن بشرط أن يستعمل المشرع عبارات واسعة، إذ يمكن أن يشمل قانون الطوارئ جميع الحالات الاستثنائية الممكنة الحصول مع النص على أفضل الضمانات لحماية الحرية الشخصية من الإتهاك والتجاوز.

12. محل الرقابة القضائية في الظروف الاستثنائية يتمثل اما بالأعمال الإجرائية فيما يخص الشرعية الاجرائية، او بالقرارات الادارية فيما يخص المشروعية الادارية.

13. العمل الاجرائي هو كل عمل قانوني يبائسره أحد الأشخاص الاجرائيين منذ لحظة وقوع الجريمة وإلى حين تحريك الدعوى الجزائية ونشأة الخصومة (العمل الخارج عن الخصومة)، وبعد نشأتها ولحين إنتهائها (العمل الداخل في الخصومة)، ويؤدي قانوناً إلى التأثير مباشرة في تطور رابطة الخصومة إنشأء، أو تعديلاً، أو انقضاءً، على أن تكون مباشرة هذا العمل وفقاً للشروط الشكلية والموضوعية له والمنصوص عليه في القانون الذي ينظمه.

14. يشترط لصحة العمل الاجرائي ان يتوافر فيه الشروط الموضوعية المتمثلة بالإرادة، الاهلية، المحل والسبب، وكذلك الشروط الشكلية باعتبارها الوسيلة التي يتم بها العمل الإجرائي والتي تختلف باختلاف العمل ذاته.

15. القرار الاداري هو المحل الثاني للرقابة القضائية، وهو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة، ويحدث أثراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم، متى ما كان مستوفياً لشروط صحته الشكلية والموضوعية.

16. يشترط لصحة القرارات الادارية ان تحوي الشروط التي ينص عليها القانون والتي تتجسد بـ: الاختصاص، السبب، الشكل، المحل والغاية او الهدف.

17. تعد الرقابة القضائية في ظل الظروف الاستثنائية من أهم صور الرقابة على الشرعية والمشروعية، نظراً للمكانة البارزة للقضاء والخصائص التي يتمتع بها من استقلالية وحيادية وموضوعية والتي تمكنه من

اداء مهامه في حماية الحقوق والحريات على اتم وجه.

18. تتخذ الرقابة القضائية صورتين فهي اما رقابة قضاء جزائي او رقابة قضاء اداري.
19. رقابة القضاء الإداري تكون عن طريق الطعن بدعوى مستقلة، في حين أن رقابة القضاء الجزائي تكون بواسطة الدفع بالبطلان.
20. اهم الاثار التي تترتب على الرقابة القضائية تتمثل بفرض جزاء البطلان على الاعمال الاجرائية المخالفة للنصوص التي تنظمها، وكذلك جزاء الالغاء على القرارات الادارية المتخذة بصورة غير صحيحة.
21. على الرغم من أن المشرع العراقي لم ينص على نظرية عامة للبطلان بصورة صريحة في قانون أصول المحاكمات الجزائية كما فعل ذلك المشرعان المصري والفرنسي، إلا أنه يمكن الاستنتاج بأنه أخذ بنظرية البطلان الذاتي، وذلك استدلالاً بالمادة (249/1 أصول عراقي) والمذكرة الإيضاحية لهذا القانون في معرض تعليقها على نص المادة (53/هـ) منه، فضلاً عن نص المادة (9/ثانياً-طوارئ).
22. يخرج القضاء الإداري في مصر وفرنسا قرار إعلان حالة الطوارئ من رقابته بكونه من أعمال السيادة، في حين يخضع للرقابة البرلمانية وإن كانت ضعيفة.

### ثانياً: المقترحات

نقترح على المشرع العراقي مايلي آملين الأخذ بها:

1. نأمل من المشرع أن ينص على البطلان بصورة صريحة، وأن ينظم أحكامه وقواعده بشكل متكامل على غرار القوانين المقارنة. ويا حبذا لو تم الجمع بين نظريتي البطلان القانوني والذاتي كما فعل ذلك المشرع الفرنسي، إذ يحدد بعض الحالات الأساسية والمهمة وينص على بطلانها بشكل صريح، وبذلك لا يدع مجالاً للتحكم والتضارب في الأحكام، وفي الوقت نفسه يضع قاعدة عامة ينص فيها على بطلان كل عمل إجرائي يرى فيه القاضي أنه يخرق قاعدة جوهرية، وبذلك يكون المشرع قد تلافى ما فاتته من تغطية لكل الحالات الأساسية عندما قام بتحديد عدد منها ورتب البطلان بصورة صريحة كجزء على مخالفتها.
2. نقترح أن يكون نص المادة (1/طوارئ) بالشكل الآتي: لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع إعلان حالة الطوارئ في أي منطقة من العراق عند تعرض الشعب لخطر حال جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، أو يؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة. وسواء أكان هذا الخطر ناشئاً من حملات مستمرة للعنف من أي عدد من الأشخاص، أو في حالات العصيان المسلح، أو الاضطرابات الداخلية أو الحروب أو الأوبئة، أو الكوارث، وذلك على غرار ما موجود في القوانين المقارنة.



3. حذف الفقرة (ثامناً) من المادة(3/طوارئ) حمايةً للشرعية الإجرائية في ركنها المتعلق بكون القانون مصدر الإجراءات الجزائية، أو على الأقل تعديلها بما يتناسب والغاية المذكورة.
4. إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (9/طوارئ) يكون مضمونها الآتي: (إذا رأى مجلس النواب أن الحكومة قد تجاوزت على القانون في القرارات والإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها، فلها أن تستعمل صلاحياتها في استجواب ومساءلة المسؤولين عن هذا التجاوز أو حتى اعطاء الأذن بإحالتهم إلى المحاكم المختصة، إن رأت لذلك موجباً). كما ينبغي أيضاً حذف كلمة (الاستشارية المؤقتة) من الفقرة الأولى من نفس المادة تماشياً مع حال البرلمان الحالي.
5. نقترح أن تكون صياغة الفقرة (ثانياً/طوارئ) بالشكل الآتي:(1-تخضع القرارات والإجراءات المتخذة خلال فترة الطوارئ لرقابة المحاكم المختصة وإنهاءً بمحكمة التمييز ومحكمة التمييز في إقليم كوردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم. 2-للمحاكم المذكورة تقرير إلغاء هذه القرارات أو إبطال هذه الإجراءات -حسب اختصاصها-إذا ما رأتها مخالفةً للقانون، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات أو الإجراءات)، لأن الفقرة المذكورة بصياغتها الحالية مبهمة وغير واضحة.
6. نأمل من المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الفرنسي بتدعيم قرينة البراءة، وذلك بإيراد نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية يقرر فيه المسؤولية المدنية للشخص الذي ينتهك هذه القرينة، من أجل توفير حماية إضافية للشرعية الاجرائية.
7. نقترح أيضاً إيراد نص في قانون الطوارئ يقرر فيه مسؤولية الدولة المدنية وبصورة أصلية تحقيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وذلك على النحو الآتي: (1-تتحمل الدولة تعويض الأشخاص الذين تضرروا من الإجراءات الاستثنائية المعيبة المتخذة ضدهم. 2-على المحكمة أن تأخذ في إعتبارها عند تقدير التعويض الظروف التي صدرت في ظلها هذه الإجراءات).

## قائمة المصادر

### اولا/ الكتب

1. د. الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، ط1، بلا مكان طبع،

2. د. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت، 1988.
3. إبراهيم محمد غنيم، المرشد في الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
4. د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، الإسكندرية، 1974.
5. د. إدوار غالي الذهبي، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
6. د. أحمد أبو الوفا، اصول المحاكمات المدنية، ط2، مكتبة مكاوي، بيروت، 1979.
7. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية (طبعة معدلة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
8. د. أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1959.
9. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
10. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
11. د. أحمد مدحت على، النظرية العامة للظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
12. آدم وهيب النداوي، فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ط1، مطبعة التعليم العالي، بغداد، 1988.
13. د. برهان زريق، نظرية دعوى القضاء الكامل في القانون الإداري، ط1، بلا مكان طبع، 2017.
14. د. توفيق الشاوي، فقه الإجراءات الجنائية، ج1، ط2، دار الكتاب العربي، مصر، 1954.
15. د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية، ج1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982.
16. د. جمال مولود ذبيان، ضوابط عدالة وصحة الحكم القضائي، دار الشؤون الثقافية، بغداد، 1992.

17. د. جورج شفيق ساري، الحماية القضائية في مواجهة الإجراءات والتدابير المتخذة بناءً على المادة (74) من الدستور، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
18. د. حامد راشد، أحكام تفتيش المسكن في التشريعات الإجرائية العربية (دراسة مقارنة)، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.
19. د. حسام الدين محمد أحمد، سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
20. حسن جميل، حقوق الإنسان والقانون الجنائي، دار النشر للجامعات المصرية، 1972.
21. د. حكمت موسى سلمان، طاعة الأوامر وأثرها في المسؤولية الجزائية (دراسة مقارنة)، ط1، بغداد، 1987.
22. حلمي الدقوفي، رقابة القضاء على المشروعات الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1989.
23. د. خيرى أحمد الكباش، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، بلا مكان الطبع، 2002.
24. زين العابدين بركات، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن، دار الفكر، دمشق، 1974.
25. د. سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
26. د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ورقابته لإعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.
27. د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، ط6، مطبعة عين شمس، 1991.
28. د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول (قضاء الإلغاء)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
29. د. شاب توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط10، بلا مكان طبع، 1980.

30. شريف بدوي، أسباب بطلان الضبط والتفتيش، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، 1989.
31. د. صالح عبد الزهرة الحسون، أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، ط1، مطبعة الاديب البغدادية، 1979.
32. د. صلاح الدين جمال الدين، بطلان القبض، بلا مكان طبع، 1996.
33. د. صلاح الدين جمال الدين، الطعن في الحريات وإجراءات الضبط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
34. د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1976.
35. د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط3، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999.
36. د. عبد الحكيم فودة، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية (دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء والنقض)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
37. د. عبد الحميد الشواربي، إذن التفتيش في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع.
38. د. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع.
39. د. عبد الحميد الشواربي وشريف جاد الله، شائبة عدم مشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
40. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج2، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، 1968.
41. د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، ج2، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980.
42. د. عبد المهيمن بكر، إجراءات الأدلة الجنائية، ج1، ط1، مكتب الرسالة الدولية، بلا مكان طبع، 1997.

43. عبد الهادي عباس، السيادة، ط1، دار الحصاد للنشر والتوزيع، دمشق، 1994.
44. د. عصام عفيفي حسني عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
45. د. عصام عفيفي حسيني عبد البصير، أزمة الشرعية الجنائية ووسائل علاجها (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الإسلامي)، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2004.
46. د. علي بدير و د. عصام البرزنجي و د. مهدي السلامي، مبادئ القانون الإداري، بغداد، 1993.
47. د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2003.
48. علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
49. علي عبدالله العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والدساتير المقارنة)، ط1، معهد بحرين للتنمية السياسية، 2019.
50. د. عمر الفاروق الحسيني، مدى تعبير الحكم بالإدانة الصادر بالإجماع عن الإقتناع اليقيني الجنائي، ط2، بلا مكان طبع، القاهرة، 1995.
51. د. عمر محمد الشوبكي، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
52. د. فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
53. د. فتحي فكري، وجيز دعوى الإلغاء طبقاً لأحكام القضاء، شركة ناس للطباعة، بلا مكان طبع، 2004.
54. د. فتحي والي، نظرية البطالان في قانون المرافعات، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959.
55. د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

56. د. فؤاد العطار، القضاء الإداري (دراسة مقارنة لأصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.
57. د. لوي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، ط1، عمان، 2000.
58. د. ماجد راغب الحلو، دعاوى الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
59. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1996.
60. د. مأمون محمد سلامة، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وإحكام النقض، ج2، ط2، بلا مكان الطبع، 2005.
61. د. محسن خليل، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري، بلا مكان طبع، 1993.
62. د. محمد السناري، أصول القانون الإداري (ينظر دراسة مقارنة)، بلا مكان وسنة طبع.
63. د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري (دراسة ومقارنة)، ط2، دار النهضة للطباعة، القاهرة، 2003.
64. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، دمشق، 2002.
65. د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984.
66. د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
67. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الوسيط في القانون الإداري، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
68. د. محمد عبد الحميد أبو زيد، مبادئ الإدارة العامة (دراسة مقارنة)، بلا مكان طبع، 1987.

69. د. محمد عبد الغريب، النظام العام الإجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، بلا مكان طبع، 2000.
70. د. محمد عبدالعال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، مطبعة الإسراء، بلا مكان وسنة طبع.
71. د. محمد علي السالم الحلبي، ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والإستدلال، مطبعة ذات السلاسل، بلا مكان طبع، 1981.
72. د. محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري (التعريف والمقومات، النفاذ والانقضاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
73. محمد كامل إبراهيم، النظرية العامة للبطلان في قانون الإجراءات الجنائية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
74. د. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، بيروت، 1970.
75. د. محمد محمد بدران، رقابة القضاء على الأعمال الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
76. محمد محمد عبده امام، القضاء الاداري-مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، ط1، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2008.
77. د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، ط3، بدون مكان الطبع، 1978.
78. د. نائل عبد الرحمن صالح، الجرائم الاقتصادية في القانون الأردني، ط1، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 1990.
79. د. وجدي ثابت غبريال، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
80. د. وجدي راغب فهمي، الموجز في مبادئ القضاء المدني، ط1، القاهرة، 1977.
81. د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية نظرياً وعملياً، ط4، مطبعة ته بايي، اربيل، جامعة الموصل، 2019.
82. د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة (دراسة

ومقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

83. د. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

### ثانياً/البحوث

1. د. أحمد عودة الغويري، إعلان العمل بقانون الدفاع الأردني (قانون الطوارئ) رقم (13) لسنة 1992 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ع2، 2000.

2. د. أحمد فتحي سرور، الضمانات الدستورية للحرية الشخصية في الخصومة الجنائية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، ع(348)، السنة الثالثة والستين، 1972.

3. د. صالح عبد الزهرة الحسون، جزاء الإجراءات الجزائية الباطلة (دراسة في ضوء أحكام المادة 218 من قانون الأصول الجزائية)، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد(1-4)، 1997.

4. د. عباس العبودي، التبليغ القضائي بواسطة الرسائل الالكترونية ودوره في حسم الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الرافين للحقوق، العدد الثالث، تصدرها كلية القانون -جامعة الموصل، 1997.

5. محمود سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثامنة والعشرون، ع 4، 1984.

6. وعدي سليمان علي وعلي عدنان الفيل، تأجيل تنفيذ الجزاء الجنائي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دهوك، المجلد التاسع، ع 1، 2006.

### ثالثاً/ الرسائل والاطاريح الجامعية

1. أحمد حسوني جاسم، التكاليف بالحضور (الاستقدام) في الدعوى الجزائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1995.

2. خالد الزعبي، قانون الدفاع والأحكام العرفية في التشريعات الأردنية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة اليرموك، المجلد الثامن، ع1، 1992.

3. عبد المجيد عبد الهادي السعدون، إستجواب المتهم (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد، 1992.



4. عبد الستار سالم الكبيسي، ضمانات المتهم قبل وأثناء المحاكمة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1981.
5. عبد القادر الزروقي، ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية، رسالة ماجستير جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013.
6. د. محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1971.

#### خامسا/ الدساتير والقوانين والقرارات

1. الدستور العراقي المؤقت لعام 1968.
2. الدستور العراقي الدائم لعام 2005.
3. الدستور المصري، لعام، 2014.
4. الدستور الفرنسي لعام 1958.
5. قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لعام 1971 المعدل.
6. قانون الطوارئ العراقي رقم 1 لعام 2004.
7. قانون وزارة الداخلية العراقي رقم (183) لعام 1980.
8. قانون الصحة العامة العراقي رقم (89) لعام 1981.
9. قانون الدفاع المدني العراقي لعام 1978.
10. قانون الاستعانة الاضطرارية العراقي لعام 1960.
11. قانون الدفاع المدني المصري لعام 1959.
12. قانون التعبئة العامة المصري لعام 1960.
13. قانون الطوارئ المصري الملغي.
14. قانون الطوارئ السوري لعام 1962.
15. قانون الطوارئ الاردني لعام 1992.

16. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل، ذي الرقم (104) لعام 1988، والمنشور في الوقائع العراقية، العدد (3188) في 1988/2/8 والمعدل بالقرار (98) لعام 1992، والمنشور أيضاً في الوقائع العراقية، العدد (3401) في 1992/4/13.

#### سادسا/المصادر الالكترونية

1. د. عمر رضا بيومي، أحكام القضاء المصري بين التعطيل والإهدار، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: [www.eohr.org](http://www.eohr.org) تاريخ الزيارة 2020/7/20.

2. فهد العنزي، القرار الإداري: تعريفه وأركانه، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: [www.majlesalommah.net/run.asp?id=530](http://www.majlesalommah.net/run.asp?id=530) تاريخ الزيارة 2020/8/1

3. نقا المطيري، اللوائح التفويضية، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: [www.majlesalommah.net](http://www.majlesalommah.net) تاريخ الزيارة 2020/5/3

4. د. هيثم مناع، الدستور والحالات الاستثنائية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على العنوان التالي: [www.achr.nu](http://www.achr.nu). تاريخ الزيارة 2020/7/25.

#### سابعا/ المصادر الاجنبية.

1. Albert, le controle juridictionnel de l'administration ,p244

2. Amnesty international ,report2002, p 11

3. Gabriel Vught,op.cit,P399

4. International council of human rights policy ,(I.C.H.R.P),human rights after September 11,Geneva,Suisse,2002,p25

5.op.cit,p240 TROTOBAS (L.) et ISOART

6.op.cit.p239 TROTOBAS (L.) et ISOART (P.), p 239

7.Pierre Bouzat et Jean Pinatel,op.cit,P1251

8.procedural penal, 'Gaston Stefani et Georges Levassur.636 - 6351962,p pari  
'edition 2

9.S.A.de . Smith K Constitutional and adminiatrativ Law ,2<sup>nd</sup> ,1973 ,p52

التقرير الصادر من المجلس الإقتصادي والإجتماعي للأمم المتحدة في 1955/6/20 بعنوان

10.The administration of justice and the human rights of detainees : question of  
human rights and State of emergency

11.Trotobas(L.)et Isoart(P.),Droit public,Paris ,L.G.J,1988,P230, Waline, op.cit,  
P486

12.waline , Droit administratife , 9 edition , 1985,p460

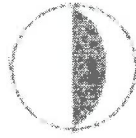
## The Judicial control over the legality and legitimacy in the exception circumstances

### ORIGINALITY REPORT

<b>8%</b>	<b>4%</b>	<b>6%</b>	<b>2%</b>
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

### PRIMARY SOURCES

<b>1</b>	النفس ، يوسف شحدة. "صدام حسين : شهادات حية و حقائق مخفية", Dar Al-Khaleej for Publishing & Distribution, 2008. Publication	<b>3%</b>
<b>2</b>	ozone.unep.org Internet Source	<b>1%</b>
<b>3</b>	الحسيناوي ، محمد حسن كاظم. "ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة التحري وجمع الأدلة : دراسة مقارنة", Arab Center for Scientific Studies and Research for Publishing and Distributing, 2018 Publication	<b>&lt;1%</b>
<b>4</b>	www.basel.int Internet Source	<b>&lt;1%</b>
<b>5</b>	almerja.com Internet Source	<b>&lt;1%</b>
<b>6</b>	www.unep.ch Internet Source	<b>&lt;1%</b>
<b>7</b>	www.wdac-cn.com Internet Source	



NEAR EAST UNIVERSITY  
INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES  
PUBLIC LAW PROGRAMS / ARABIC

To the Institute of Graduate Studies

Mr. Ibrahim Idrees Babir (20186093), studying in Public law Arabic Program has finished the master thesis titled "**The Judicial control over the legality and legitimacy in the exception circumstances**" and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research.

Sincerely,

**Prof.Dr. Weadi Sulaiman Ali**