



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĐİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

İSTİSNAİ DURUMLARIN YASAL DÜZENLEMESİ VE İNSAN HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

DILGASH MOHAMMED ALI TAHA

Yüksek Lisans Tezi

NICOSIA
2021



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

التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية واثره على حقوق الانسان

دلکش محمد علي طه

رسالة ماجستير

İSTİSNAİ DURUMLARIN YASAL DÜZENLEMESİ VE İNSAN HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

DILGASH MOHAMMED ALI TAHA

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU / ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

DANIŞMAN

PROF .DR. WEADI SULAIMAN ALI

NICOSIA
2021

التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية واثره على حقوق الانسان

دلکش محمد علي طه

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

رسالة ماجستير

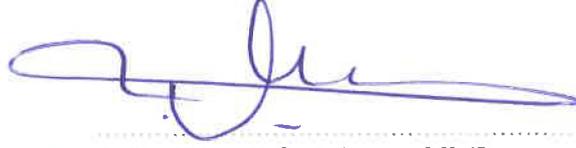
بإشراف

الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي

KABUL VE ONAY

Dilgash Mohammed Ali Taha tarafından hazırlanan "İstisnai durumların yasal düzenlemesi ve insan hakları üzerindeki etkisi" başlıklı bu çalışma, 31/ 01 /2021 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

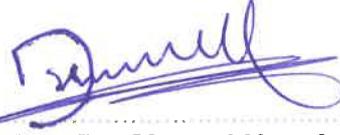
JÜRİ ÜYELERİ



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 دلکش محمد علي طه في رسالته الموسومة بـ " التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية واثره على حقوق الانسان" نشهد بأننا اطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 2021/01/20، 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 **DILGASH MOHAMMED ALI TAHA** olarak beyan ederim ki **İstisnai durumların yasal düzenlemesi ve insan hakları üzerindeki etkisi**, 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 : 20/01/2021

İmza :

Adı ve Soyadı: DILGASH MOHAMMED ALI TAHA

الاعلان

أنا دلکش محمد علي طه ، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية واثره على حقوق الانسان، كانت تحت إشراف وتوجيهات الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي، ولقد أعددتها بنفسني 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: 2021/01/20

التوقيع:

الاسم واللقب: دلکش محمد علي طه

TEŞEKKÜR

Çok müteşekkirim ve çok minnettarım: -

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.

شكر وتقدير

اتوجه بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان: -

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.

ÖZ

İSTİSNAİ DURUMLARIN YASAL DÜZENLEMESİ VE İNSAN HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Devlet, varlığını ve güvenliğini tehdit eden istisnai iç veya dış koşullardan geçtiğinde, olağanüstü hal kanunu da dahil olmak üzere istisnai kanunlarla temsil edilen istisnai kanunilik kurallarına tabidir. ve bu hak ve özgürlüklerin vatandaşın hayatındaki önemine rağmen uygulanan işlemler. Bu koşullarda yürütme makamlarının yetkilerinin genişletilmesi nedeniyle haklarının ihlal edilmesinin yanı sıra.

Bu araştırma, istisnai haller teorisini anlamını ele alarak, tanımlarını hukuki açıdan sunarak ele alıyor ve ardından olağanüstü hallerin uluslararası düzenlemesini ele alıyor ve ardından istisnai durumlarda yargı denetimine ve etkilerine maruz kalıyoruz.

Bu araştırmayla, olağanüstü halin insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerini sınırlamak için anayasal ve yasal metinler aracılığıyla düzenlendiği, ancak yürütme makamının yasal metinlerden yararlanabileceği şeklinde bir takım sonuçlara ulaştık. sıkı bir şekilde düzenlenmediği ve yasa koyucunun hak ve özgürlükler arasındaki dengeye uymadığı durumlarda kişi ve yürütme organına verilen yetkiler.

Anahtar Kelimeler: istisnai durumlar, acil durum, sağlığın korunması, kontrol.

ABSTRACT

LEGAL REGULATION OF EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES AND ITS IMPACT ON HUMAN RIGHTS

When the state is going through exceptional internal or external circumstances that threaten its entity and safety, it is subject to the rules of exceptional legality represented by exceptional laws, including the state of emergency law. From restrictions to prohibition or deprivation, due to the conditions and procedures imposed despite the importance of these rights and freedoms in the life of the citizen. As well as the violation of their rights due to the expansion of the powers of the executive authorities in these circumstances.

This research deals with the theory of exceptional circumstances by addressing its meaning, presenting its definitions from a legal point of view, and then we address the international organization of emergency situations, and then we are exposed to judicial oversight during exceptional circumstances and their effects.

Through this research, we reached a number of results, the most important of which is that the state of emergency was organized through constitutional and legal texts to limit its negative effects on human rights, but the executive authority may exploit the legal texts if they are not strictly regulated and in the event that the legislator does not observe the balance between rights and freedoms Persons and powers given to the executive authority.

Keywords: exceptional circumstances, emergency, health protection, control.

الملخص

التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية وأثره على حقوق الانسان

عندما تمر الدولة بظروف استثنائية داخلية أم خارجية تهدد كيانها وسلامتها فإنها تخضع لقواعد المشروعية الاستثنائية متمثلة بقوانين استثنائية ومنها قانون حالة الطوارئ إذن أن القواعد القانونية العادية تعجز عن مواجهة تلك الظروف لذا يتم العمل بقوانين استثنائية حيث تتخذ السلطة جملة من التدابير التي تمس بدرجة متفاوتة الحقوق والحريات بدء من القيود ووصولاً إلى المنع أو الحرمان، بسبب الشروط والإجراءات المفروضة رغم ما لهذه الحقوق والحريات من أهمية في حياة المواطن. وكذلك انتهاك حقوقهم بسبب اتساع صلاحيات السلطات التنفيذية في هذه الظروف.

ويعالج هذا البحث نظرية الظروف الاستثنائية من خلال التطرق إلى مدلولها، بعرض تعاريفها من الناحية القانونية وبعد ذلك نتطرق إلى التنظيم الدولي لحالات الطوارئ ومن ثم نتعرض إلى الرقابة القضائية خلال الظروف الاستثنائية وأثارها.

وتوصلنا من خلال هذا البحث الى جملة من النتائج أهمها أن حالة الطوارئ نظمت من خلال النصوص الدستورية والقانونية للحد من أثارها السلبية على حقوق الانسان، إلا أن السلطة التنفيذية قد تستغل النصوص القانونية إن لم تكن منظمة بشكل دقيق وفي حالة عدم مراعاة المشرع للتوازن بين حقوق وحريات الافراد والصلاحيات التي تعطى للسلطة التنفيذية.

الكلمات المفتاحية: الظروف الاستثنائية، حالة الطوارئ، حماية الصحة، الرقابة.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	
BİLDİRİM	
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	4
İstisnai durumlar nelerdir?	4
1.1: İstisnai durumlar kavramı	5
1.1.1: İstisnai durumları tanımlayın	5
1.1.2: İstisnai durumların özneliği ve etkileri	9
1.2: İstisnai durumların temeli	15
1.2.1: felsefi temel.....	15
1.2.2: yasal dayanak	16
BÖLÜM 2	27
İstisnai durumları düzenleme yöntemi	27
2.1: olağanüstü hal kanunu	28
2.1.1: acil durum ne demek?.....	28
2.1.2: Olağanüstü halin uluslararası düzenlemesi	37
2.2: özel yasalar.....	40
2.2.1: Halk Sağlığının Korunması Kanunu	41
2.2.2: Terörle mücadele yasaları.....	44
2.3: İstisnai durumlarda insan haklarına ilişkin kısıtlamalar	47
2.3.1: Yasak Kısıtlamalar	48
2.3.2: İzin Verilen Kısıtlamalar	51

BÖLÜM 3	52
İstisnai durumlarda yargı denetimi ve etkileri	52
3.1: yargı denetimi	53
3.1.1: İdari Yargı Denetimi	53
3.1.2: Ceza Yargı Denetimi	64
3.2: Yargı dışı gözetim	83
3.2.1: Parlamenter gözetim	83
3.2.2: popüler sansür	90
SON	93
KAYNAKÇA	97
İNTİHAL RAPORU	105

قائمة المحتويات

6.....	قرار لجنة المناقشة
8.....	الاعلان
ج.....	شكر وتقدير
v.....	الملخص
٥.....	قائمة المحتويات
1.....	المقدمة
4.....	الفصل الاول
4.....	ماهية الظروف الاستثنائية
5.....	1.1: مفهوم الظروف الاستثنائية
5.....	1.1.1: تعريف الظروف الاستثنائية
9.....	2.1.1: ذاتية الظروف الاستثنائية واثارها
15.....	2.1: اساس الظروف الاستثنائية
15.....	1.2.1: الاساس الفلسفي
16.....	2.2.1: الاساس القانوني
27.....	الفصل الثاني
27.....	اسلوب تنظيم الظروف الاستثنائية
28.....	1.2: قانون الطوارئ
28.....	1.1.2: المقصود بحالة الطوارئ
37.....	2.1.2: التنظيم الدولي لحالة الطوارئ

40.....	2.2: قوانين خاصة
41.....	1.2.2: قانون حماية الصحة العامة
44.....	2.2.2: قوانين مكافحة الإرهاب
47.....	3.2: القيود المتعلقة بحقوق الانسان خلال الظروف الاستثنائية
48.....	1.3.2: القيود الممنوعة
48.....	2.3.2: القيود المباحة
52.....	الفصل الثالث
52.....	الرقابة القضائية خلال الظروف الاستثنائية وآثارها
53.....	1.3: الرقابة القضائية
53.....	1.1.3: رقابة القضاء الاداري
64.....	2.1.3: رقابة القضاء الجزائي
83.....	2.3: الرقابة غير القضائية
83.....	1.2.3: الرقابة البرلمانية
90.....	2.2.3: الرقابة الشعبية
93.....	الخاتمة
97.....	المصادر
105.....	تقرير الاستيلاء

المقدمة

الأصل في الدولة أن تعيش في حالة من الاستقرار العام تنظمها وتحكم علاقاتها في هذه الظروف العادية مجموعة من القواعد الدستورية والقانونية، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي تتلاءم مع الظروف العادية التي يعيشها المجتمع، واستثناءً على هذا الأصل فقد تتعرض الدولة في بعض الاوقات لأخطار جسيمة تهدد أمن المجتمع واستقراره وحينها تصبح الدولة في ظروف استثنائية، وعندها تصبح القواعد القانونية التي كانت سارية في الظروف العادية عاجزة عن مواجهة هذه الظروف، ويصبح من الضروري مواجهة الظروف الاستثنائية بقواعد استثنائية تعطي للسلطة الإدارية صلاحيات وامتيازات تفوق صلاحياتها وامتيازاتها في الظروف العادية من أجل إعادة الأمن والاستقرار للبلاد، ولكن للأسف أصبحت هذه القواعد الاستثنائية غطاءً يستخدمه بعض الحكومات في التغطية على الانتهاكات والتعديت على الحقوق والحريات العامة، ولتحقيق مصالحهم الشخصية بعيداً عن مصلحة الدولة ورعاياها. وتعد نظرية الظروف الاستثنائية استثناءً أو قيوداً يرد على مبدأ سمو الدستور، وقد استعملت مصطلحات عدة لهذا المفهوم فنجد تارة يستخدم مصطلح الظروف الاستثنائية وتارة مصطلح الضرورة. وقد جاءت هذه النظرية كضرورة لتنظيم ممارسة السلطة في الدولة وهذا التنظيم يركز على مبادئ تهدف بالدرجة الأساسية إلى تقييد سلطة الحكام وإيجاد ذلك التوازن والفصل بين مؤسساته المختلفة وذلك من أجل حماية مبدأ سيادة القانون وحقوق الإنسان وحرياته. وتختلف حالات الظروف الاستثنائية باختلاف طبيعتها ودرجة تأثيرها على الحياة الدستورية للدولة، وهذا ما يستلزم تنوعاً وتعددًا للظروف الاستثنائية، وجاء ذكرها في المواثيق الدولية والداستير وفي التشريعات الداخلية للدول، فجاءت حالات الظروف الاستثنائية لتشمل عدة أنواع منها: حالة الطوارئ، وحالة الحرب، وحالات أخرى، إلا أن هاتان الحالتان هما الأكثر زعزعة لكيان الدولة ومساساً بالحريات العامة فيها، ونتيجة لهذه الظروف تضطر الدولة إلى الخروج عن مبدأ المشروعية عن طريق تحللها من بعض قواعد القانون العادي إلى القوانين الاستثنائية تستطيع بموجبها اتخاذ التدابير اللازمة للسيطرة على زمام الأمور والحفاظ على كيانها وأمنها. لكن من شأن هذه التدابير الاستثنائية تعطيل العمل ببعض ضمانات حقوق الانسان، حيث ينتج عن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية اتساع صلاحيات السلطة التنفيذية في مواجهة هذه الظروف على حساب الحقوق والحريات التي يتم التضييق منها. بهدف المحافظة على النظام العام وضمان السير المنتظم لمرافق الدولة.

اهمية الدراسة

تكمن أهمية البحث في كون دول العالم وخاصة العراق قد شهدت مؤخراً ظروفاً استثنائية تم الاعلان عن حالة الطوارئ خلالها، وتوسعت فيها صلاحيات السلطة التنفيذية، وخلال هذه الظروف انتهكت العديد

من حقوق الانسان، مما يؤكد أهمية وضع حد لإنتهاكات السلطة التنفيذية على الحقوق والحريات العامة في الظروف الاستثنائية. لهذا تم تخصيص هذا البحث لدراسة الظروف الاستثنائية ومدى أثرها على حقوق الانسان في العديد من الدول في الوقت الراهن.

إشكالية الدراسة

تتمثل مشكلة البحث في إتساع صلاحيات السلطة التنفيذية والادارة وما تملكه من سلطات إستثنائية في الحالات غير العادية والتي تؤثر على أعمالها القانونية جعل موضوع الدراسة في البحث حول تأثير نظرية الظروف الاستثنائية على حقوق الانسان وبناء على ما سبق طرحت الاشكاليات التالية:

كيف واجه الدستور والقوانين الظروف الاستثنائية وما مدى تأثيرها على حقوق الانسان ؟

ولتسهيل الاشكالية سنحاول الاجابة على الاسئلة الفرعية التالية :

- 1- ماذا يقصد بنظرية الظروف الاستثنائية؟
- 2- وما هي آثار تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على الاعمال القانونية للإدارة؟
- 3- وما هي شروط الظروف الاستثنائية؟
- 4- وما هي صلاحيات السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية وفقاً للتشريع العراقي؟
- 5- وما هي القيود المفروضة على حقوق الانسان في الظروف الاستثنائية؟

فرضية الدراسة

- 1- يعترف القانون الدولي بالظروف الاستثنائية ويعالجها.
- 2- لقد كان لمنح السلطة التنفيذية صلاحيات إضافية في الظروف الاستثنائية أثر سلبي على الحقوق والحريات.

أهداف الدراسة

يهدف هذا البحث إلى بيان مدى تأثير المواجهة الدستورية للظروف الاستثنائية على حقوق الانسان، فضلاً عن البحث في الصلاحيات المناطة بالسلطة التنفيذية لمواجهة الظروف الاستثنائية ومدى فاعلية الرقابة القضائية خلال هذه الظروف والاثار المترتبة عليها. كما يهدف البحث إلى إيجاد حدود قانونية تقف بوجه تعسف السلطات (التنفيذية) وتماديها احياناً في ممارستها لصلاحيات اكثر من تلك التي منحها القوانين لها بحيث يتم تقييدها حماية لحقوق الانسان في الظروف الاستثنائية.

منهجية الدراسة

اعتمدت في إعداد هذا البحث على عدة مناهج علمية، استخدمت المنهج الوصفي لإستعراض مختلف المفاهيم العامة الواردة في الدراسة، وسرد النصوص الدستورية ونصوص القوانين، إلا أنه في نهاية كل فقرة فرض المنهج المقارن والمنهج التحليلي نفسه، فاستخدم المنهج التحليلي لإستقراء الأحكام الواردة في النصوص القانونية والخروج بنتائج تقرب بحثي من الوصول لأهدافه ، وكذلك استخدمت المنهج المقارن حيث حاضراً في أغلب النقاط التي وردت في هذا البحث، والهدف الجوهرى لإستخدام هذا المنهج المقارن هو الخروج بنتيجة أن الظروف الاستثنائية لا تختلف في تطبيقها ونتائجها من دولة لأخرى، ولكن الاختلاف يكمن في الضمانات الممنوحة للفرد في رد الاعتداء الواقع على حقوقه.

الفصل الاول

ماهية الظروف الاستثنائية

إن من طبيعة الحياة أنها لا تسري على وتيرة واحدة، فهي دائماً بني عسر ويسر، وذلك على مستوى الفرد والجماعة والدولة ككيان إجتماعي معرضة للظروف العصيبة والأزمات الطارئة التي تسبب بلا شك لأجهزتها المختلفة نوعاً من الإضطراب والبلبلة التي من شأنها التأثير على حياة الأمة ومستقبلها، ومن أجل هذا ولدت نظرية الظروف الاستثنائية لمواجهة هذه الظروف.

ومن المعروف أن القوانين والانظمة وضعت لكي تواجه وتطبق في الظروف العادية للجماعة وفي مثل تلك الظروف تلتزم الإدارة بتطبيق القوانين واللوائح القائمة، ولا تملك الخروج عليها في تصرفاتها وأفعالها، والإعمالها المخالفة للقانون تعتبر باطلة، غير أنه قد تطرأ ظروف إستثنائية طارئة كالحرب والزلازل والبراكين والفيضانات والكوارث... هذه الظروف لا تستطيع الإدارة مواجهتها وفقاً لأحكام التشريع العادي وإتباع أساليبه وإجراءاته الطويلة، فمن شأن ذلك تعطيل المصالح وتوقف عمل المرافق العامة وانتشار الفوضى مما قد يتعرض معه وجود الدولة للخطر، ولذا فإنه يسمح للإدارة في مثل تلك الظروف الخروج على قواعد القانون السارية، ويتم توسيع نطاق قواعد المشروعية بحيث تصبح الأفعال غير المشروعة في الظروف العادية تصرفات مشروعة في الظروف الاستثنائية (1).

ومن أجل الإحاطة بماهية الظروف الاستثنائية ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نوضح في المبحث الاول مفهوم الظروف الاستثنائية وفي المبحث الثاني نوضح اساس الظروف الاستثنائية وكما يلي :

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

1.1: مفهوم الظروف الاستثنائية

لاتفسير حياة الأمم والشعوب على وتيرة واحدة، وإنما قد تتخلل تلك الحياة بين وقت وآخر فترات من الأزمات قد تشتد لدرجة قد تهدد كيان الأمة وإستمرار وجودها تهديداً خطيراً، هذه الأزمات هي ما يعبر عنها بالظروف الاستثنائية . وإذا كان النظام القانوني قد وضع ليحكم حياة الدول في أوضاعها العادية، فإن هذا النظام قد يعجز في فترات هذه الظروف عن تقديم الحماية اللازمة لإستمرار كيان الأمة وإستقرارها، لذلك وجدت نظرية الظروف الاستثنائية، لتواجه تلك الحالات الشاذة في حياة الدول . إذن فجوهر هذه الظروف يقوم على أساس توافر حالات، أو وقائع استثنائية في حياة الدولة تهدد وجودها، مما يجيز لها التحلل مؤقتاً من القوانين العادية، واللجوء إلى قواعد أخرى بغية مواجهة هذه الحالات أو الوقائع. لكن لجوء الدولة إلى هذه القواعد ينبغي ألا يكون بشكل كفي، بل لابد من توافر مجموعة من الشروط الأساسية في الظروف الاستثنائية حتى يمكن تطبيق هذه القواعد، والتي ستوضح فيما بعد. ولبيان مفهوم الظروف الاستثنائية نقسم هذا المبحث الى مطلبين: الأول لبيان تعريف الظروف الاستثنائية والثاني لعرض ذاتية هذه الظروف وكما يلي:

1.1.1: تعريف الظروف الاستثنائية

نقسم هذا المطلب الى فرعين: نستعرض في الأول مدلول الظروف الاستثنائية وفي الثاني نوضح شروط هذه الظروف:

الفرع الأول: مدلول الظروف الاستثنائية

تتحقق الظروف الاستثنائية إذا ما طرأ على الدولة ظروف تجعل السلطة التنفيذية فيها عاجزة وغير قادرة على إعادة فرض الأمن والاستقرار، إلا من خلال لجوئها إلى فرض إجراءات وأوامر وقرارات خطيرة تكون في الغالب ماسة بحقوق الإنسان الأساسية، ونظراً لما تتمتع به نظرية الظروف الاستثنائية من أهمية بالغة من خلال إستناد الإدارة عليها في مواجهتها للظروف غير العادية وذلك بهدف حماية كيان الدولة والحفاظ على الصالح العام. ومن هذا المنطلق

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) (2) . كما عرفت كذلك بأنها: (تعبير واقعي يقصد

(2) نقلا عن: د. علي خاطر شطناوي، الوجيز في القانون الإداري ، ط 1 ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، 2003 ، ص 99 .

به وصف وتوضيح الظروف والأوضاع غير العادية التي تؤدي إلى خلق المناخ الذي تقوم فيه حالة الضرورة، بوصفها وصفاً قانونياً (3). كما قيل فيها أيضاً 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 خطراً على الوجود المنظم للجماعة التي تكون منها أساس الدولة) (4). 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) (5). كما عرفت أيضاً بأنها: (إضفاء المشروعية على الإجراءات المخالفة للقانون، حتى يتسنى للدولة مواجهة الظروف العصيبة على هدي من نظرية تمثل الأساس القانوني لسلطاتها الاستثنائية) (6). وأخيراً عرفها أحد الفقهاء (أن الظروف الاستثنائية هي الظروف الشاذة، الخارقة التي تهدد السلامة العامة والأمن العام والنظام في البلاد وتعرض كيان الأمة للزول) (7)

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 أصلاً لهذه القوانين من أجل مواجهة هذه الظروف. فالبعض منها ركز على البعض من الآثار التي قد تترتب على توافر الظروف الاستثنائية والمتمثل بالإفلات من تطبيق قواعد القانون العادي، والبعض الآخر ذكر قسماً من شروط هذا الظرف، وهو ضرورة توافر حالة من الواقع كحدوث (أزمة تمس كل السكان) أو (خطراً على الوجود المنظم للجماعة)، في حين أن التعاريف الأخرى لم تذكر شيئاً من ذلك. لذا ينبغي أن يكون تعريف الظروف الاستثنائية جامعاً بحيث يمكن من خلاله إستخلاص شروطه، فهذه الأخيرة من الأهمية بمكان بحيث لا يمكن الحديث عن هذه الظروف بدونها، ومن ثم لا يمكن اللجوء إلى القوانين الاستثنائية، لذا فهي تمثل قيوداً على اللجوء إلى هذه القوانين، ولاسيما لو علمنا مدى خطورة هذه القوانين من حيث السلطات الواسعة التي تنص عليها ومساسها المباشر بحقوق الأفراد وحياتهم وبالتالي تهديد الشرعية.

(3) نقلا عن: د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 110..

(4) نقلا عن: د. هيثم مناع، الدستور والحالات الإستثنائية، بحث منشور على شبكة الإنترنت على العنوان التالي:

www.achr.no تاريخ الزيارة 20 / 8 / 2020.

(5) نقلا عن: د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة 4، دار الشروق، مصر، 2006، ص 574.

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

13.

(7) د. رأفت سوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 187.

لذا نرى بأن التعريف الملائم للظروف الاستثنائية 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 ولازمة، لصد هذه الحالات تحقيقاً للمصلحة العامة، وذلك إستناداً إلى قوانين إستثنائية، على أن تنتهي هذه الإجراءات بإنهاء الحالات الواقعية، وأن تخضع لرقابة القضاء حمايةً لمصالح الأفراد.

الفرع الثاني: شروط الظروف الاستثنائية

من خلال التعريف الذي انتهينا اليه بالنسبة للظروف الاستثنائية في الفرع الاول، يمكن القول ان هنالك عدة شروط ينبغي ان تتوافر في هذه الظروف حتى يمكن اللجوء الى تطبيق احكامها، هذه الشروط تتجسد بما يلي: أولاً: توافر الحالة الواقعية.

تتمثل الحالة الواقعية بوجود الخطر أو التهديد به، فهو المسوغ الأساسي لهجر القانون العادي أو اللجوء إلى توسيع سلطات الإدارة⁽⁸⁾. ويستوي في الخطر أن يكون قد وقع فعلاً أو لم يقع ولكنه وشيك الوقوع كالتهديد بالحرب، ولكن يجب أن يكون على درجة من الجسامه إذ ينذر بأضرار يتعذر تداركها بالأساليب العادية⁽⁹⁾. كما أن الخطر الجسيم قد يوجه إلى الدولة ككل إذا إنطوى على مساس بسلامتها، وإستقلالها، وسيادتها، وقد يكون موجهاً إلى شعب الدولة، أو إحدى مؤسساتها الدستورية، أو إقتصادها القومي .

والخطر بهذا المفهوم يكون من الوسع بحيث يصعب وضعه تحت حصر، فقد يكون طبيعياً كالزلازل والبراكين، وقد يتعلق بأمن الدولة الداخلي كالخطر الناجم عن الإضطرابات الداخلية، أو بأمن الدولة الخارجي كالحروب أو التهديد بها⁽¹⁰⁾.

لذلك يلاحظ بأن قانون الطوارئ العراقي الصادر بالأمر رقم(1) لسنة 2004⁽¹¹⁾ قد نص في مادته الأولى على وجوب أن يكون الخطر جسيماً، لإمكان إعلان حالة الطوارئ، وكذلك فعل المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 1955/4/3 بشأن حالة الطوارئ، في حين أن المشرع المصري إكتفى بعبارة (الخطر) مع تحديد موضوعاته وذلك في قانون الطوارئ الصادر سنة 1958، غير أن الفقه ومعه القضاء المصري قد

(8) ينظر: ينظر: سعدون عنتر الجنابي، الأحكام العامة للظروف الإستثنائية في التشريع العراقي، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1981، ص68 .

(9) ينظر: د. وجدي ثابت غريبال، مصدر سابق، ص 37.

(10) ينظر: ينظر: د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري (دراسة مقارنة)، ط 2، دار النهضة للطباعة، القاهرة، 2003، ص 164 .

(11) صدر هذا القانون تحت اسم (أمر الدفاع عن السلامة الوطنية) في 2004/7/3، ونشر في الوقائع العراقية العدد 3987، أيلول 2004. وتجدر الإشارة إلى أن قانون الطوارئ يعد أحد أهم القوانين المعالجة للظروف الإستثنائية، كما سيوضح ذلك لاحقاً.

درجا على وجوب أن يكون الخطر جسيماً (12) ، ولكن السؤال الذي يمكن أن يثار هنا هو: ما معيار الجسامة ؟ في الحقيقة لا يوجد معيار مادي يقاس به درجة الجسامة، ولكن يمكن القول إن الخطر يكون جسيماً عندما يكون موضوعه جهازاً أو مؤسسة، أو سلطةً في الدولة، أو حقاً، وأن يكون على درجة بحيث لا يمكن مواجهته في إطار الأوضاع الدستورية العادية، ويجب أن يكون غير متوقع لأن التوقع يعني سبق العلم به ،مما يجعل إمكانية صدده بالوسائل العادية أمراً ممكناً، (13) وهذا ما يقودنا إلى الشرط الثاني :

ثانياً : تعذر (14) مواجهة الخطر بالوسائل العادية .

إذا كان الشرط الأول (الخطر) يشكل بمثابة الفعل في الظروف الاستثنائية ،فإن هذا الشرط يعني ردة الفعل تجاه هذا الخطر، ويقتضي لزوم الإجراءات التي تتخذ لمواجهة الخطر الناجم عن هذه الظروف . إذن ليس للإدارة إتخاذ إجراءات ووسائل إستثنائية، إلا إذا تعذر عليها دفع الخطر بالطرق القانونية العادية، وعليها إثبات قصور الوسائل المتاحة لها وعجزها عن مواجهة الموقف، حينئذ يمكن تخطي النصوص وإتخاذ التدبير المناسب قبل فلتان زمام الأمور،عليه فإذا كان الخطر يمكن التغلب عليه بتطبيق قواعد القانون المتاحة في الظروف العادية ، كما لو كان الخطر متوقعاً فإن اللجوء إلى الإجراءات الاستثنائية يصبح مفنقراً إلى شرط من شروطه، وهو اللزوم (15).ولهذا يلاحظ أن قانون الطوارئ العراقي قد جعل أمر إعلان حالة الطوارئ جوازياً، وليس وجوبياً عند تحقق أسبابه، إذ قد تجد الإدارة أن السلطات التي تملكها بموجب القوانين العادية كافية لمواجهة الحالة وعندئذ فلا داعي لإعلانها. وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر في أحد أحكامها إلى أن : (إجراءات الإعتقال يجب ألا يلجأ إليها إلا عند الضرورة القصوى التي يتعذر فيها اللجوء إلى الإجراءات العادية، لما لذلك من مساس بالحرية الشخصية) (16) .

(12) ينظر: د. يحيى الجمل ، مصدر سابق، ص15 .

(13) بهذ المعنى ينظر:

Lucien Nizard, La Jurisprudence Administrative dcircumstances exceptionnelles
et Legalite, L.G.J, 1962, P64

(14) لا يكتفي البعض بشرط التعذر، بل يتطلب الإستحالة أي إستحالة الإدارة من مواجهة الظرف بالطرق العادية. للمزيد ينظر: د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 ، ص 24 وما بعدها.

(15) ينظر: سعدون عنتر الجنابي ، مصدر سابق، ص 71.

(16) ينظر القرار المرقم 5024 لسنة 8 القضائية، أشار إليها: د. أحمد مدحت علي، النظرية العامة للظرف الاستثنائية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978، ص 200.

ثالثاً: ضرورة التناسب.

إذا كانت الظروف الاستثنائية – كما سيتضح فيما بعد – تقوم على أساس الضرورة، فإن هذه الأخيرة تقدر بقدرها من حيث الزمان والإجراءات، بمعنى أن تمارس الإدارة السلطات الاستثنائية في حدود الفترة الزمنية التي يستغرقها الخطر وأن تعود بعد زوالها إلى تطبيق القواعد العادية (17)، والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى أن تنقلب السلطات الاستثنائية إلى سلطات أصلية في الواقع، وما في ذلك من مخاطر على حقوق وحرريات الأفراد (18).

ومن ناحية أخرى يجب أن يكون هناك تناسب بين حجم الخطر والإجراءات المتخذة، بحيث لا يكون هناك تقييد للحريات العامة دون مسوغ يستحق ذلك، فإذا ما تيسر مثلاً أكثر من إجراء إستثنائي فإنه ينبغي أن يختار من بينه أقل ضرراً بالأفراد، طالما أنه يحقق الهدف المنشود في صد الخطر.

رابعاً: إستهداف المصلحة العامة.

يعني هذا الشرط بأن الإدارة يجب أن تبغي من وراء لجوئها إلى الإجراءات الاستثنائية تحقيق المصلحة العامة في جميع صورها، سواء تمثلت في حماية الأمن، أم النظام العام، أم في ضمان إستمرار المرافق العامة أو غيرها (19). أما إذا كانت الإدارة قد تسترت وراء الظرف الإستثنائي، لتحقيق غايات خاصة، فإنها تكون بذلك قد خرجت عن الغاية التي من أجلها أعطيت صلاحيات إستثنائية، وهي تحقيق المصلحة العامة، فيكون إجراؤها مشوباً بعيب الإنحراف عن الغرض (20)، مما يستوجب إبطال هذا الإجراء أو الغاية من قبل القضاء من خلال ممارسته للرقابة على الإجراءات التي تتخذ في ظل الظروف الاستثنائية.

2.1.1: ذاتية الظروف الاستثنائية واثارها

نقسم هذا المطلب الى فرعين: نستعرض في الفرع الاول ذاتية الظروف الاستثنائية وفي الفرع الثاني نبحث في اثارها:

(17) ينظر: د. علي خطار الشطنواوي، موسوعة القضاء الإداري، ج 1، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 107.
 (18) وهذا ما يمكن ملاحظته في سوريا التي رزخت تحت وطأة قانون الطوارئ للفترة من 1962-2011، ومصر منذ 1958-2011، إذ أصبح هذا القانون هو الأساس في تنظيم الحريات العامة في هذين البلدين والسلاح الذي تحارب به هذه الحريات. للمزيد حول هذا الموضوع ينظر: جمال هيثم نعال، حقوق الإنسان وأزمة القضاء في الدستور السوري، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الآتي: www.edfsyr.de/cdfsyr.de وكذلك رد المنظمة المصرية لحقوق الإنسان على تقرير مصر النوري، المقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، والمنشور على الموقع الآتي: www.eohr.org تاريخ الزيارة 2020/ 8 / 22.
 (19) ينظر: د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق، ص 199 وما بعدها، د. وجدي ثابت غريبال، مصدر سابق، ص 141، وما بعدها.
 (20) ينظر: سعدون عنتر الجنابي، مصدر سابق، ص 72.

الفرع الاول: تمييز الظروف الاستثنائية عما يشابهها من اوضاع

قد تختلط بعض المفاهيم والمصطلحات مع مدلول الظروف الاستثنائية لذلك وبعد بيان المقصود بالظروف الاستثنائية وشروطها ينبغي بيان الحدود الفاصلة لهذه المفاهيم منعا من الخلط واللبس بينها وبين هذه الظروف. وفي هذا الصدد يبرز مفهومي السلطة التقديرية للإدارة واعمال السيادة، عليه سنحاول بيان مضمون كل منهما:

اولا-الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية للإدارة

قد يمنح المشرع للإدارة الحرية في التصرف ازاء عمل معين فيعطئها فسحة من الحرية في اتخاذ القرار من عدمه في بعض الحالات وضمن نطاق تطبيق القانون وهو ما يسمى بالسلطة التقديرية للإدارة. عليه فان هذه السلطة تقتضي اعطاء الإدارة هامشا او فسحة من الحرية في اتخاذ القرار ازاء الحالة المعروضة امامها. صحيح ان مبدأ المشروعية تقتضي خضوع اعمال الإدارة للشروط التي رسمها المشرع لممارستها حتى تكون صحيحة ومنتجة لاثارها والا عدت باطلة، الا ان ذلك لايعني ان يكون هذا الخضوع مطلقا بحيث تكون الإدارة بمثابة الآلة في تنفيذ ارادة المشرع بل لابد من منحها بعض الحرية في بعض الاحيان في اتخاذ القرار من عدمه وفقا لما تراه محققا للمصلحة العامة باعتبار ان الإدارة اقرب من المشرع للحالة او الواقعة المعروضة وهي بهذا الصدد تستطيع ان تقرر مدى ملائمة القيام باتخاذ القرار او التصرف من عدمه والمشرع في موقفه هذا يرى ان المصلحة العامة تتحقق اكثر من حالة فرض القيام بالعمل او عدم القيام به من قبل الإدارة، اذ يستحيل على المشرع التنبؤ سلفا بالوقائع التي تعرض على الإدارة لذلك يصعب عليه ان يضع منهاجا موحدًا تسير عليه الإدارة بالنسبة لجميع الوقائع لذا يرى انه من الاجدى والانفع ان تكون الإدارة حرة في تقرير ما يجب تقريره في مثل هذه الاحوال. ويرى البعض ان اساس منح السلطة التقديرية للإدارة يعود الى اعتبارين احدهما قانوني والاخر عملي، فالاول ياخذ من مبدأ الفصل بين السلطات اساسا له اذ ان اخضاع ملائمة عمل الإدارة لرقابة السلطة القضائية يجعل هذا الاخير بمثابة السلطة الرئاسية للإدارة وهذا الامر محظور وممنوع بحكم الدستور لانه يعد خروجا على مبدأ الفصل بين السلطات. اما الاعتبار العملي فمرده الى عدم المام القاضي بملايسات العمل الإداري واحواله وبالتالي يتعذر والحال هذه ممارسة الرقابة على ملائمة هذه الاعمال الامر الذي يستدعي الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة من اجل تمكينها من النهوض باعباء وظيفتها على اتم وجه⁽²¹⁾. ويترتب على الاعتراف بالسلطة التقديرية للإدارة خروج القرارات التي

(21) ينظر: سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 59.

تتخذها في هذا السياق من رقابة القضاء كمبدأ عام من حيث الملائمة باعتبارها سلطة ممنوحة للإدارة من قبل المشرع للاعتبارات اعلاه، الا ان عدم الرقابة ليست مطلقة بمعنى ان الرقابة يمكن ان تمتد على بعض جوانب او عناصر القرار الاداري حتى في حالة السلطة التقديرية ويتفق الفقه في هذا الصدد على ان عنصري الشكل والاختصاص يجب على الإدارة مراعاتهما سواء اكانت السلطة التي تتمتع بها الإدارة مقيدة ام تقديرية اما عناصر القرار الاداري الاخرى فتكون النطاق الذي يمكن فيه اعمال السلطة التقديرية او المقيدة حسب الاحوال وبالتالي كلما تمتعت الإدارة بسلطة تقديرية في نطاق عناصر السبب والمحل والغاية كلما ادى ذلك الى امتناع الرقابة القضائية على قرار الإدارة المتخذ في اطارها(22).

من ذلك يتضح ان الظروف الاستثنائية اذا كان من شأنها توسيع سلطة الإدارة في ظلها بحيث تستطيع اتخاذ قرارات لم يكن بإمكانها اتخاذها في ظل الظروف العادية وبالتالي تكون مشروعة استنادا الى هذه الظروف ودواعيها حفاظا على المصلحة العامة الا ان ذلك لا يعني افلات القرارات المتخذة في ظل هذه الاوضاع من الرقابة القضائية، كما سيأتي بيان ذلك في موضع اخر من هذه الدراسة، جل ما هنالك ان المشروعية تتمحور في مثل هذه الحالات لتأخذ شكلا اخر عما هو عليه في الظروف العادية بمعنى احلال المشروعية الاستثنائية محل المشروعية العادية لتتلائم مع الظروف التي اتخذ في ظلها. اما السلطة التقديرية فتعني تمتع الإدارة بصلاحيه القيام بالعمل من عدمه في بعض الحالات التي يقرها المشرع تحقيقا للمصلحة العامة واستنادا الى كون الإدارة اقرب من المشرع للوقائع والظروف التي تعرض على ادارة لتتصرف وفقا لتقديراتها التي تملئها هذه المصلحة وبالتالي يتمتع على القضاء اعمال رقابته على هذه الملائمة.

ثانيا-الظروف الاستثنائية واعمال السيادة

اذا كانت الاعمال الصادرة من السلطة التنفيذية لا تفلت من الرقابة القضائية حتى تلك التي تصدر خلال الظروف الاستثنائية اعمالا لمبدأ المشروعية الا ان الامر على خلاف بالنسبة لاعمال السيادة والتي تعد افتئاتا واضحا على مبدأ المشروعية وخروجا عليه حيث يقتضي هذا الاخير خضوع الكافة حكاما ومحكومين لحكم القانون. ان اعمال السيادة او كما يطلق عليها اعمال الحكومة تعني في مفهومها المبسط عدم خضوع طائفة من القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية لرقابة القضاء بنوعيه العادي والاداري فهي لا تكون محلا لرقابة الالغاء او وقف التنفيذ او التعويض او التفسير او فحص الشرعية(23).

(22) ينظر: محمد ابو العمارة، القانون الاداري (نشاط الإدارة العامة في فلسطين)، ج2، ط2، غزة، جامعة الازهر، 1998، ص 77.
(23) ينظر: عبد علي الشخابنة، القرارات الادارية ومبدأ المشروعية، رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الاردنية، 1988، ص120-121.

تعد اعمال السيادة قرارات ادارية حسب موضوعها الا انها تخرج من نطاق الرقابة القضائية وبالتالي لا يمكن اثاره عدم مشروعيتها امام القضاء بأي شكل من الاشكال فهي محصنة من الطعن والنظر امام اية جهة. واعمال السيادة ظهرت كمنظريه من خلق مجلس الدولة الفرنسي ونتيجة السياسة القضائية المرنة للمجلس بعد عودة الملكية الى فرنسا عام 1841 حيث اراد المجلس تثبيت نفسه بعد بيان نية الحكومة من الغاء المجلس اثر هذه العودة للتخلص من رقابته، فقبل المجلس غض النظر عن الطعون المقدمة من قبل الافراد ضد البعض من الاعمال الملكية والابقاء على حقه في نظر الطعون الادارية الاخرى⁽²⁴⁾. ويثير تطبيق هذه النظرية بعض الصعوبات فيما يتعلق بتحديد معيار التمييز بين اعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء وبين الاعمال الادارية التي تقبل هذا الطعن، وفي هذا الصدد قيلت باربعة معايير للتمييز⁽²⁵⁾: الاول هو معيار الباعث الدافع وبموجبه يكون العمل من اعمال السيادة اذا كان الباعث عليه هو سياسيا بمعنى متعلقا بالسياسة العليا للدولة ويستهدف حماية الدولة داخليا او خارجيا، اما اذا لم الباعث سياسيا عد القرار اداريا وبالتالي خضع لرقابة القضاء. اما المعيار الثاني فهو المعيار الموضوعي والذي يستند في تمييزه بين اعمال السيادة والاعمال الادارية الى طبيعة العمل ذاته، فاذا صدر العمل من الحكومة باعتبارها سلطة حكم كان من اعمال السيادة وبالتالي خرج عن رقابة القضاء اما اذا صدر باعتبارها ادارة فنكون ازاء قرارات ادارية ويكون خاضعا للرقابة القضائية. اما المعيار الثالث فهو معيار العمل المشترك وبموجبه نكون امام عمل من اعمال السيادة اذا صدر من الحكومة بمناسبة علاقتها بسلطة اخرى ولا تخضع لرقابة القضاء مثال على ذلك قرار حل البرلمان والقرارات ذات الطابع الدبلوماسي وغير ذلك. واخيرا قيل بمعيار القائمة القضائية وهذا المعيار ظهر بعد الانتقادات المختلفة التي وجهت للمعايير الاخرى وبموجبه يترك الامر للقضاء بترتيب ما يعد من قبيل اعمال السيادة وما يعد من القرارات الادارية بمناسبة تصديه للطعون المقدمة ضد مختلف الاعمال⁽²⁶⁾.

حاصل القول في هذا المقام ان التمييز بين الظروف الاستثنائية واعمال السيادة يكمن في خضوع القرارات والاجراءات المتخذة من قبل السلطة التنفيذية خلال الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء بمعنى خضوعها لمبدأ

(24) ينظر: د. رمضان محمد بطيخ، مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، مطبعة الرباط، عين الشمس، 2005، ص 33 .

(25) ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، مطبعة الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص 229 ؛ د. محمد محمد عبده، القضاء الاداري (مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة) -

دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون سنة طبع، ص 46 ؛ د. رمضان محمد بطيخ، مصدر سابق، ص 36.

(26) ينظر: د. رمضان محمد بطيخ، الرقابة على اداء الجهاز الاداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 139 .

المشروعية وان كانت مشروعية استثنائية، بينما اعمال السيادة فهي قرارات ادارية في الاصل تصدر من السلطة التنفيذية الا انها مستبعدة من نطاق اية رقابة لتعلقها بسيادة الدولة(27).

الفرع الثاني: اثار الظروف الاستثنائية

يترتب على توافر الظروف الاستثنائية وعلى الإجراءات الاستثنائية في ظلها نتائج بالغة الخطورة قد تنعكس البعض منها على المشروعية فأولى هذه الآثار تتمثل في إتساع الإختصاصات المنوط بالسلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، من أجل مواجهة الأخطار الناجمة عن الظروف الاستثنائية(28). 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 (29).

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فالظروف الاستثنائية قد تؤدي أيضاً إلى سلب ولاية القضاء في إختصاصه بالنظر في الجرائم وهو ما يشكل إعتداءً على مبدأ الفصل بين السلطات (30). فالمادة (5/57) من قانون الطوارئ المصري مثلاً تجيز لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيل دائرة أمن جزئية تتألف من قاض، أو اثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب أو ما يعادله للنظر في الجرائم التي يحيلها عليها. فهذا النص فيه

(27) تجدر الإشارة الى اننا ركزنا هنا على النقطة الاساسية في التفرقة بين الامرين وهي مسألة الرقابة القضائية، الا ان هنالك العديد من اوجه الاختلاف بين الظروف الاستثنائية واعمال السيادة سواء من حيث الاختصاص الزمني او الطبيعية او ضمانات الافراد او اساس كل منهما. للمزيد حول ذلك ينظر: نجاة تميمي، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الادارية- جامعة الجزائر-2003، ص25 وما بعدها .

(28) ينظر: Lucien Nizard-op cit, P70 .

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

(30) ينظر: د. عمر رضا بيومي، أحكام القضاء المصري بين التعطيل والإهدار، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي:

www.eohr.org

وينظر كذلك مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء، (سلب ولاية السلطة القضائية وإسنادها إلى محاكم إستثنائية أو خاصة) وعلى الموقع الاتي:

www.hrcap.org/areports.28

تاريخ الزيارة 6 / 2020/6.

خرق واضح لمبدأ الشرعية الإجرائية من حيث إعتدائه على إختصاص السلطة القضائية، كما أنه يشكل تجاوزاً على إختصاص السلطة التشريعية بوصفها صاحبة الإختصاص الحصري في تشكيل المحاكم .

ويزداد الأمر تعقيداً من حيث حدة الآثار السلبية التي تنجم عن الظروف الاستثنائية 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 والتحفيز على الأشخاص المشتبه بهم لفترات طويلة، وغيرها من الإجراءات التي تطل الحرية الشخصية (31). والمثال البارز في هذا الصدد الولايات المتحدة الأمريكية، فبعد إحداث 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 التنصت على مكالماته، ويسمح بالإحتفاظ 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 إتهام، كما لم يسمح لهم بالإتصال بمحام (32). كما أصدر الرئيس الأمريكي في 2001/10/13 مرسوماً يقضي بإنشاء محاكم عسكرية لمحاكمة أجناب يحتمل أنهم إرهابيون، ويسمح بإجراء محاكمات في جلسات سرية، كل ذلك بداعي حماية أمن الولايات المتحدة(33).

في هذا المثال وغيره من الأمثلة العديدة بهذا الصدد يظهر مدى خطورة الآثار السلبية التي تفرزها الظروف الاستثنائية، 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 بذوراً للإفساد القانوني والقضائي في المجتمع، وحتى بعد هذا التصحيح والإصلاح فإن المرء لا يمكن أن ينسى التصرفات السيئة التي شابته الشرعية الإجرائية خلال فترة الظروف الاستثنائية . حاصل القول أنه إذا كان من الطبيعي أن ينتج عن هذه الظروف توسيع صلاحيات السلطة الإدارية بغية مواجهة الأخطار الناجمة عنها حماية للمجتمع، فإنه ليس من

(31) ينظر: تقرير المنظمة المصرية عن ظاهرة الإحتجاز التعسفي في ظل قانون الطوارئ بعنوان (معاً لوقف العمل بقانون الطوارئ) والمنشور على شبكة الإنترنت على الموقع الاتي:

www.eohr.org/ar/report/thm

وينظر كذلك 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) .

(32) ينظر:

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

(33) ينظر:

Amnesty international , report 2002, p 11

المقبول أن يترتب عليها خرقاً للقانون وإنتهاكاً للشرعية الإجرائية، ومن ثم الإفتئات على حقوق وحرريات الأفراد .

2.1: اساس الظروف الاستثنائية

تقوم نظرية الظروف الاستثنائية على اساسين مهمين احدهما فلسفي والاخر قانوني،سنحاول في هذا المبحث بيانهما بالتفصيل وذلك في مطلبين:يخصص الاول لبيان الاساس الفلسفي والثاني لعرض الاساس القانوني:

1.2.1: الاساس 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⁽³⁴⁾. لذلك فهي توجد كلما وجدت الدولة نفسها في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطاراً معينة، سواء أكان مصدرها داخلياً أم خارجياً، إلا بالتضحية بالإعتبارات الدستورية التي لا يمكن تجاوزها في الأوضاع العادية والتي تتمثل في ضرورة التوازن بين سلطات الدولة الثلاث، بحيث لا تطغى إحداها على الأخرى⁽³⁵⁾.

فجوهر الفلسفة التي تركز عليها الضرورة تتجسد في تمكين السلطة التنفيذية من زيادة نفوذها في ظل الظروف الاستثنائية حتى تستطيع إنقاذ 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⁽³⁶⁾. 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⁽³⁷⁾.

(34) ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، الطبعة 1، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 399.

(35) ينظر د. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 8.

(36) ينظر د. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 14.

(37) ينظر: د. محمد كامل ليلية، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، بيروت، 1970، ص 89؛ د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 57.

والقول بخلاف ذلك يعني أن الحكومة هي حكومة بوليسية ، لذا فالضرورة بوصفها الأساس الفلسفي للظروف الاستثنائية 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 (38).

وتجدر الإشارة إلى أن الضرورة تعد أساس الظروف الاستثنائية وذلك فقط في الحالات التي تنعدم فيها النصوص القانونية التي توسع من سلطات الإدارة في هذه الظروف، سواء كانت نصوصا 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 نسويغ شرعية التدابير الاستثنائية إذا لم تستند في القيام بها إلى سند من الدستور، أو القانون(39).

وبناء على هذا الأساس الفلسفي وحده أضفى مجلس الدولة الفرنسي الشرعية على الإجراءات الواسعة التي إتخذتها الحكومة الفرنسية خلال الحرب العالمية الأولى ، إذ لم تكن هناك نصوص قانونية تسعف الحكومة في الإعتماد عليها ، إلا أنها كانت ضرورية من وجهة نظر مجلس الدولة لحماية النظام العام وكفالة سير المرافق العامة (40) ، وذلك كله إلى حين ظهور القوانين التي تعالج الظروف الاستثنائية في فرنسا، كما سيتضح ذلك من خلال المطلب الآتي:

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 فرعين مستقلين:

(38) ينظر: د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982، ص285.

(39) ينظر: د. يسري محمد العصار ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 162

(40) ينظر: د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية والإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بيروت، 1977، ص282 .

الفرع الاول: الدستور.

يعد الدستور المصدر الرئيسي لتنظيم الظروف، الاستثنائية إذا ما تمت معالجة هذه الأخيرة بواسطة مباشرة دون الإحالة إلى قانون معين (41). 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 (42)، الأول منهما يتضمن إيراد نص يمنح فيها الحكومة صلاحيات استثنائية لا تملكها في الأوقات العادية، كأن ينص الدستور على أنه إذا طرأت ظروف استثنائية 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 استثنائية أوجبت إتخاذ هذه الإجراءات، ويطلق على الإجراءات التي تتخذها الحكومة بناء على تفويض من البرلمان أسم (اللوائح التفويضية) (43).

وباستعراض الدساتير التي صدرت في تاريخ العراق، يلاحظ أن دستورين فقط من هذه الدساتير كانا ينظمان الظروف الاستثنائية على النحو المتقدم، وهما دستور 1925، ودستور 1964 وكلاهما إتخذ 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

(41) مع ملاحظة أنه على الرغم وجود القانون الصادر في 1849/8/9 بشأن الأحكام العرفية، إلا أنه كان قاصرا عن مواجهة جميع الحالات الناشئة عن الظروف الاستثنائية. للمزيد ينظر:

. Mathiot, Theori des circomstances excpionnels, mélanges mestre, 1956, p413 et.s, Lucien Nizard, op. cit, p60 et.s

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

(43) بهذا المعنى ينظر: د. أحمد مدحت علي، مصدر سابق، ص 4.

نصوصا خاصة بالظروف الاستثنائية كتلك التي جاءت في دستور 1925 و 1964، إلا أنها أجازت وبصورة صريحة إصدار تشريع خاص بهذه الظروف كحالة الطوارئ (44)، والتي تعد إحدى أهم التطبيقات القانونية للظروف الاستثنائية- كما سيوضح لاحقا- ، في حين أجاز قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية لسنة 2003 ذلك بصورة ضمنية (45).

بينما يلاحظ أن الدستور المصري قد نظم الأحكام الخاصة بالظروف الاستثنائية وبصورتيها (لوائح الضرورة، واللوائح التفويضية) بشكل واضح وصريح في دستور 1971 فالمادة (74) منه تكلمت عن لوائح الضرورة بقولها: (لرئيس 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 الاستثنائية (46). فالشرط الموضوعي الأول يتعلق بقيام الخطر، وعلى الرغم أن النص لم يحدد الخطر بضرورة كونه (جسيما) وفقا لشروط الظروف الاستثنائية، إلا أن الفقه المصري يرى بأن صفة الجسامة يجب ألا تفارق الخطر المنصوص عليه في هذه المادة، بوصفها تطبيقا من تطبيقات الظروف الاستثنائية التي تشترط هذه الجسامة، فالأخطار العادية يمكن مواجهتها بالإجراءات العادية دون الاستثنائية (47). أما الشرط الثاني فيتعلق بموضوع الخطر الجسيم والذي يجب أن يكون تهديدا 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 (48). أما الشروط الشكلية فهما شرطان أيضا : الأول يتعلق بتوجيه رئيس الجمهورية بيانا إلى الشعب حول الإجراءات التي إتخذها، والثاني يقوم على أساس إجراء إستفتاء شعبي حول هذه الإجراءات خلال ستين يوما من إتخاذها. هذا

(44) ينظر: للمزيد حول لوائح الضرورة و اللوائح التفويضية ينظر : نفا المطيري ، اللوائح التفويضية ، بحث منشور

على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: www.maialesalommah.net

تاريخ الزيارة 21 / 7 / 2020.

(45) ينظر: نصوص المواد (50/ط) 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.

(46) ينظر نص المادة (5 / 25) من القانون أعلاه والتي تنص على أن من ضمن اختصاصات الحكومة العراقية الإنتقالية هي (وضع وتنفيذ سياسة الأمن الوطني..... الخ) ، والتي على أساسها صدر التشريع الخاص بحالة الطوارئ، إذ نص في ديباجته على أنه : (إستنادا 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).

(47) بهذا المعنى ينظر : د. يحيى الجمل، مصدر سابق، ص 189 ومابعدها .

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

كله فيما يخص لوائح الضرورة (49). 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 فانه اذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لإنعقاد 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 اذا 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 الاستثنائية، 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 الاستثنائية 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 وجوب توافر الضرورة أو الأحوال الاستثنائية، 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 بصور 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 بالامكان للبرلمان ان يتنازل عن جزء من اختصاصه التشريعي لرئيس الجمهورية مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات والانفراد التشريعي(50).

(49) ينظر: د. وجدي ثابت غريبال، مصدر سابق، ص 141.

(50) ينظر: علي عبدالله العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي (دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والساتير المقارنة)، ط1، معهد بحرين للتنمية السياسية، 2019، ص 72.

سار الدستور الفرنسي لسنة 1958 على نهج الدستور المصري لعام 1971 في تنظيمه للقواعد الخاصة بالظروف الاستثنائية بصورتها (لوائح الضرورة واللوائح التفويضية) مع إختلاف في شروط التنظيم. فالمادة (16) منه خولت رئيس الجمهورية إتخاذ إجراءات إستثنائية واسعة عندما تصبح مؤسسات الجمهورية، أو إستقلال الوطن، أو سلامة أراضيه، 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 جسيما وحالا 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 أراضيه أو تنفيذ تعهداته الدولية لإمكان اللجوء إلى الإجراءات الاستثنائية، بل ينبغي أن ينشأ عن ذلك إنقطاع في سير السلطات العامة، في حين لم يتطلب ذلك الدستور المصري، بل جاء بعبارة مطاطة وغير منضبطة، إذ لم يشترط بلوغ التهديد حدا معينا ولا حدوث الإعاقة للسلطات العامة، مما قد يؤدي ذلك إلى إساءة استخدام السلطات الاستثنائية⁽⁵¹⁾. فضلا عن ذلك إشتطت المادة(16) بأن يراعي رئيس الجمهورية في إتخاذ الإجراءات الاستثنائية ضرورة إعادة التوازن إلى أجهزة الدولة، وذلك بتمكين السلطات العامة الدستورية من مباشرة مهامها في أقرب وقت، بوصفها هدفا 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)⁽⁵²⁾. وقد إشتطت هذه المادة كذلك على رئيس الجمهورية التشاور بصفة رسمية مع الوزير الأول، ورئيس البرلمان والمجلس الدستوري قبل إتخاذ هذه الإجراءات⁽⁵³⁾. 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 الإستفتاء كما تتطلبها المادة (74)، وأخيرا إشتطت المادة (16) إنعقاد البرلمان بقوة القانون، وعدم جواز حل الجمعية الوطنية أثناء إتخاذ هذه الإجراءات.

(51) جدير بالذكر أن المادة (74) لم تكن المادة الوحيدة المنظمة للظروف الإستثنائية بطريق لوائح الضرورة، بل كانت هنالك 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 لاحتمل التأخير وبموافقة أغلبية البرلمان. للمزيد ينظر: د. يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص54 وما بعدها.

(52) 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 إنحرافا عن هذه المادة. للمزيد ينظر:

Duverge, droit constitutionnel et Institutionnel Politiques 1982, p218

(53) للعلم أن الرئيس غير ملزم بنتيجة هذا التشاور. للمزيد ينظر:

Duverge, Op.cit, p225 et.s

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 والاستثنائية على حد سواء (54)، 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 الاستثنائية سواء أكانت على شكل لوائح ضرورة أم لوائح تفويضية . يتخذها رئيس الجمهورية (55)، بموجب الدستور المصري السابق، كما سبق بيانه .

الفرع الثاني: القوانين

تعد القوانين مصدرا آخر للظروف الاستثنائية، بل المصدر الأكثر تطبيقا وشيوعا في حياة الدول المعاصرة التي تنظم هذه الظروف . ويفترض هذا المصدر وجود قانون صادر عن الجهة المختصة بذلك يعالج الظروف الاستثنائية بشكل أكثر تفصيل من الدستور، ولكن يجب أن يكون له سند من الدستور بوجود نص فيه يجيز هذه المعالجة وإلا فقدت هذه المعالجة مشروعيتها (56).

وقد عرفت الدول نوعين رئيسيين من القوانين التي تنظم الظروف الاستثنائية، 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 العسكرية محل السلطات المدنية في مباشرة اختصاصاتها العادية المتعلقة بالإجراءات البوليسية، ومنحها حق اتخاذ إجراءات واسعة جدا، وخطرة على حقوق وحرية الأفراد، وتشكيل محاكم عسكرية يخضع أمامها المدنيون والعسكريون على حد سواء (57). 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

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

(55) د. بسري 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 أيضا وفقا لهذه المادة.

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

(57) ينظر: د. أحمد منحت علي ، مصدر سابق، ص 120.

الظروف الاستثنائية، وإحتوائها على نصوص لا تأتلف مع الأسس المتفق عليها بالنسبة للعمل بنظرية الظروف الاستثنائية، سواء أكان ذلك من حيث ضرورة صيانة حقوق الأفراد وحررياتهم، أم من حيث التحديد الدقيق للحالات الموجبة للعمل بأحكامها(58) فضلا عن ظهور حالات جديدة غير الحرب والأمن الداخلي تسوغ اللجوء إلى الإجراءات الاستثنائية ولم تكن هذه القوانين تستوعبها، إن هذه الأسباب وغيرها أدت إلى تخلي معظم الدول عن هذه القوانين وأصدرت قوانين جديدة تفرض قيودا أكثر على الإجراءات التي يمكن اللجوء إليها في الظروف الاستثنائية، وتنطوي على ضمانات للأفراد أوفر من سابقتها، فضلا عن شمولية الحالات التي تطبق عليها هذه القوانين، وتسمى بقوانين الطوارئ التي أصبحت أكثر قبولا لدى الدول الديمقراطية وأخذت محل قوانين الأحكام العرفية (59). ففي العراق مثلا ألغي مرسوم الإدارة العرفية بصدور قانون الطوارئ لسنة 1965، وفي مصر أيضا ألغي قانون الأحكام العرفية بصدور قانون الطوارئ لسنة 1958(60). 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 الاستثنائية تأخذ بأحد الأسلوبين الاتيين : الأول هو عدم التنظيم المسبق لقانون الطوارئ، بل ترك الأمر لحين حصول الظروف الاستثنائية وعندئذ تستطيع السلطة التنفيذية أن تلجأ إلى البرلمان لكي يرخص لها إتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهة المخاطر الناجمة عن هذه الظروف، وذلك إستنادا إلى قانون يصدر من البرلمان بهذا الخصوص . مثال على 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 إتخاذ الإجراءات الضرورية لمواجهة أخطار هذه الأزمات (61). ويسوغ هذا الإتجاه بكون التنظيم المسبق قد يؤدي إلى نوع من الدكتاتورية تحت ستار النصوص الدستورية، مما يؤدي من ثم إلى تركيز السلطة والخروج على

(58) مرسوم الإدارة العرفية العراقي مثلا 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 جدا، أو بإعلان شغوي سواء من أجل القبض أم التفتيش أم مراقبة الرسائل، أم غيرها فضلا عن التنفيذ الفوري للأحكام . ومن ناحية أخرى فإن المادة (120) من القانون الأساسي العراقي كانت تمنح حق إعلان الأحكام العرفية في حالة (حدوث 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 .

(59) ينظر: خالد الزعبي، قانون الدفاع والأحكام العرفية في التشريعات الأردنية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البرموك، المجلد الثامن، ع 1، 1992، ص 9 .

(60) ينظر: من المستغرب في هذا الصدد ملاحظة أن قانون الأحكام العرفية في فرنسا مازال ساريا 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 الغويري، إعلان العمل بقانون الدفاع الأردني (قانون الطوارئ) رقم (13) لسنة 1992 (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، ع 2، 2000، ص 5 وما بعدها .

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

المشروعية ، كما إن هذا التنظيم يتناقض مع الظروف الاستثنائية نفسها إذ أنه يؤدي إلى توقع مالا يمكن توقعه وتنظيم مالا يمكن تنظيمه (62).

أما الأسلوب الثاني فهو الذي يذهب إلى ضرورة صدور قانون سابق من السلطة التشريعية، لدرء الأخطار الناجمة عن الظروف الاستثنائية 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 (63) . 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(64). 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 تنظيما أعد بهدوء وبغير إنفعال لمواجهة الأزمات ، ومن ناحية أخرى فإن هذا التنظيم يجعل سلطات الدولة ملزمة به، ويحول بينها وبين المغالاة والتحكم(65).

ونذهب إلى تأييد الإتجاه الثاني، فمع أن التنظيم المسبق قد لا يغطي جميع الحالات الناجمة عن الظروف الاستثنائية 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 تحقيقا 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 منعقدا مثلا ، بل حتى لو كان منعقدا فمن يضمن أن تأتي هذه القوانين ملبية لمتطلبات الظرف الاستثنائي بالموازنة بينها وبين حقوق الأفراد؟، خصوصا أن عملية صدور القانون ستسودها حتما 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 الاستثنائية في زمن يسود فيه التروي والهدوء يكون له النصيب الأوفر من الرؤية والتمحيص، إذ

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

(63) 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 الإستثنائية 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.

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

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

يخرج هذا القانون محققاً للأغراض المستهدفة منه، وهو فضلا عن ذلك كله يشعر الأفراد سلفاً بالتضحيات التي سيدعون إلى تحملها عند حلول هذه الظروف، مما يؤدي إلى التقليل من الاثار السلبية لهذا القانون على حقوق الافراد 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 الاحكام التي وردت في قانون الطوارئ رقم (4) لسنة 1965 (66)، نظم الأحكام الخاصة بالظروف الاستثنائية، 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 السلمية لكل العراقيين، أو أي غرض اخر) . لكن يبدو أن هذه المادة جاءت قاصرة بالنسبة لحالات أو أسباب إعلان حالة الطوارئ، إذ حصرتها بحملات العنف فقط ،في حين أن الظرف الإستثنائي لا يتمثل بهذا الخطر فحسب ،فهو يشمل الكثير من الحالات الأخرى كالحرب، أو الكوارث، أو الإضطرابات الخ ،لذلك فإن تطبيق هذا القانون يكون مقتصر على الحالة التي وردت فيها فقط . كما يلاحظ أن الشطر الأخير من هذه المادة والذي حدد بموجبه حملة العنف بـ (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 اخر)، فكان من المفروض أن تأتي صياغة هذه المادة بالشكل الاتي : (..... يهدد الأفراد في حياتهم أو يؤدي الى تعطيل سير المرافق العامة،سواء أكان الخطر ناشئاً من حملات مستمرة للعنف من أي عدد من الاشخاص أو من حالات العصيان المسلح أو الاضطرابات الداخلية أو الحروب أو الاوبئة أو الكوارث ولأي غرض كان) . وظاهر من نص هذه المادة أيضا أن إعلان حالة الطوارئ يكون بيد رئيس الوزراء بعد إجماع هيئة الرئاسة على ذلك (67) .

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 أستدعى قيامها، أو عند عدم التمديد التحريري لهذه الحالة . وطبقا للمادة (58تاسعا) من الدستور الدائم فإنه ينبغي أيضا موافقة البرلمان على إعلان حالة الطوارئ، ويجب على رئيس الوزراء أن يعرض على البرلمان الإجراءات المتخذة

(66)ينظر: جدير بالذكر أن أول قانون للطوارئ في العراق كان برقم (56) لسنة 1940 (مرسوم صيانة الأمن العام وسلامة الدولة)، إلا أنه ألغي بصور مرسوم الطوارئ رقم (1) لسنة 1956 ،وهذا بدوره ألغي بصور قانون السلامة الوطنية رقم (4) لسنة 1965 . للمزيد حول هذه القوانين ينظر : سعدون عنتر الجنابي ، مصدر سابق، ص143 وما بعدها .
(67)ينظر: هيئة الرئاسة أو مجلس الرئاسة كان بموجب قانون إدارة الدولة يتألف من رئيس الجمهورية، ونايين (م /أ)، وكذلك الحال بالنسبة للدستور الدائم لسنة 2005 (م 134 / ثانيا أ).

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 و الفرنسي 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 (68)، إلا أنه لامناص من ذلك من أجل التهيو لجميع المخاطر الناجمة عن الظروف الاستثنائية 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، فبها 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 مايراه بشأنه، فإذا كان المجلس منحلا عرض الأمر على المجلس الجديد في أول إجتماع له ، أما إذا لم يعرض خلال الميعاد المذكور، أو عرض ولم يقره المجلس إعتبرت حالة الطوارئ منتهية ، كما أنه لا يجوز مد حالة الطوارئ إلا بموافقة المجلس (69).

في حين بينت المادة الثانية من القانون الفرنسي بأن سلطة إعلان حالة الطوارئ تكون بمرسوم يصدر عن مجلس الوزراء لمدة لا تزيد عن (12) يوما، ولا يجوز مدها إلا بصدر قانون صادر عن السلطة التشريعية(70). وأوضحت المادة الثالثة منه بأن حالة الطوارئ تنتهي بقوة القانون في حال حل البرلمان ،أو إستقالة الحكومة أثناء تطبيق الحالة، وذلك بعد مرور (15) يوما من تاريخ الحل أو الإستقالة، وتعد جميع

(68) ينظر: د. أحمد عودة الغويري ، مصدر سابق، ص9 ؛ د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق، ص 137.

(69) ينظر: ولكن عمليا يلاحظ بأنه اذا كان الحزب الحاكم هو المسيطر على المجلس فان ذلك يؤدي في الواقع إلى سهولة الحصول على الإقرار بإعلان حالة الطوارئ ، وكذلك تمديدتها أطول فترة ممكنة . للمزيد ينظر : د. عمر رضا بيومي ، مصدر سابق. من الجدير بالذكر أن المادة الثانية قبل تعديلها سنة 1960 كانت تقتضي إعلان الطوارئ أيضا بقانون ..

(70) ينظر: ينظر : د. أحمد مدحت علي ، مصدر سابق، ص 123.

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 (71).

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 الاستثنائية، فهناك قوانين أخرى تعالج هذه الظروف كقوانين التعبئة العامة والدفاع المدني والصحة العامة وغيرها(72) ، إلا أنها ليست بذات الأهمية التي لقانون الطوارئ، نظرا لسعة تطبيقاته عالميا، وكثرة الحالات التي يعالجها، بحيث يمكن أن تشمل حتى تلك الحالات التي تعالجها هذه القوانين.

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

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

الفصل الثاني

اسلوب تنظيم الظروف الاستثنائية

كما سبق القول في الفصل السابق من هذه الدراسة فان احكام الظروف الاستثنائية ورد تنظيمها في اكثر من موضع قانوني فتارة نرى الدستور يتدخل بشكل مباشر في تنظيم هذه الاحكام، واهيانا يترك الامر الى التشريعات الصادرة من البرلمان لكي يتولى هذا الاخير تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالظروف الاستثنائية بقوانين تصدر سلفا وقبل وقوع الظرف الاستثنائي. ان القوانين التي تنظم الظروف الاستثنائية تأتي بانماط مختلفة فهي اما تكون قوانين متعلقة بهذه الظروف تحديدا فيتولى عندها المشرع ادراج كل المسائل المتعلقة بها من حيث الاعلان والشروط والضمانات والاثار وغير ذلك من الامور التي لها علاقة بالظروف الاستثنائية، وهذه القوانين تسمى بقوانين الطوارئ. وقد يأتي تنظيم هذه الظروف في قوانين لا تتعلق بالاصل بالظروف الاستثنائية بل بتنظيم امور اخرى بجانب من الجوانب الاجتماعية او الاقتصادية او السياسية للمجتمع الا ان المشرع يتنبه الى امكانية حدوث امر او ظرف قهري طارئ بحيث يكون ذا تأثير على مجمل او بعض جوانب الحياة فيتولى عندئذ تنظيمها حماية للمجتمع من المخاطر التي يتهدهده بسبب هذا الظرف وذلك بنص او عدة نصوص يضمنها في القانون المعني مثال على ذلك قوانين الصحة العامة وقوانين الدفاع المدني ومكافحة الارهاب وغير ذلك. عليه سنحاول في هذا الفصل تسليط الضوء على هذه القوانين وسنركز في هذا المقام على قانون الطوارئ باعتباره اهم القوانين المنظمة للظروف الاستثنائية بكافة تفاصيلها على مستوى الدول كافة تقريبا، كما سنختار قانون الصحة العامة وقانون مكافحة الارهاب باعتبارهما قانونين خاصين بتنظيم امور اخرى ولكن فيها بعض الجوانب المتعلقة بالظروف الاستثنائية، اضافة الى بيان القيود التي يمكن ان تفرض بموجب كل هذه القوانين على حقوق الانسان وفقا للمعايير الدولية في هذا الصدد. لذلك سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث: نخصص المبحث الاول منه للحديث عن قانون الطوارئ والثاني لتسليط الضوء على القوانين الخاصة اما المبحث الثالث فسنبحث فيه القيود المفروضة على حقوق الانسان خلال الظروف الاستثنائية

1.2: قانون الطوارئ

قبل كل شيء يجب الاعتراف بحقيقة كون قانون الطوارئ ليس قانونا عاديا بل هو قانون استثنائي بكل ما تحمله الكلمة من معنى، وهذا الامر نابع من التسمية التي يحملها ومن مضمونه ايضا، فهذا القانون يحمل اسم (طوارئ) والشيء الطارئ بكل تأكيد ليس شيئا عاديا يحدث بشكل معتاد بل هو استثناء على الاصل العام من سير الحياة بشكل منتظم ومضطرد. اما من ناحية المضمون فهذا القانون ينظم حالة استثنائية يمر بها المجتمع يهدد كيانه بالخطر الذي يحدق به فيكون والحال هذه طبيعيا ان يأتي هذا القانون باحكام استثنائية قد تكون فيها تجاوزات واضحة وملموسة على حقوق الانسان سواء اكان متهما ام حتى غير متهم وذلك حماية لمصلحة المجتمع من هذه المخاطر. لذلك يأتي متوقعا النصوص التي تخرق ضمانات المتهم في اطار الدعوى الجزائية خلال الظروف الاستثنائية وان لم يكن مستساغا كما هو الحال بالنسبة لمسائل القبض والتوقيف والتفتيش وتوجيه التهمة وغير ذلك، مع ان المعايير الدولية بهذا الصدد تؤكد على ضرورة الالتزام بالحدود الدنيا لهذه الحقوق والحريات حتى خلال فترة نفاذ قانون الطوارئ، كما سأتي بيان ذلك فيما بعد. سنحاول في هذا المبحث بيان مختلف المسائل المتعلقة بهذا القانون ولاجل ذلك نقسمه الى ثلاثة مطالب: الاول لبيان المقصود بحالة الطوارئ والثاني لتوضيح التنظيم الدولي لها اما الثالث فليبين هذا التنظيم على المستوى الوطني:

1.1.2: المقصود بحالة الطوارئ

نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع: نتناول في الاول تعريف الطوارئ وذاتيتها والثاني لشروطها واعلانها اما الفرع الثالث فسيكون مخصصا لتسليط الضوء على الاثار المترتبة على اعلان حالة الطوارئ:

الفرع الاول: تعريف حالة الطوارئ

اختلفت الآراء الفقهية بخصوص حالة الطوارئ من حيث تعريفها، وعلى هذا الاساس ظهر اتجاهين احدهما ينظر اليها كمفهوم واقعي والاخر كمفهوم قانوني. فالمفهوم الواقعي لحالة الطوارئ يعني: تلك الأحداث أو الظروف أو الوقائع التي تحل بالبلاد أو تحرق بها و يتعذر مواجهتها بالقواعد القانونية العادية، أما المفهوم القانوني فهو النظام القانوني الذي يشتمل على قواعد تضعها السلطة التشريعية لمواجهة ما قد يطرأ من حوادث وهي تختلف عن تلك التي توضع لمواجهة الحوادث العادية⁽⁷³⁾. لذلك يرى البعض بان حالة الطوارئ هي (نظام استثنائي شرطي مبرر بفكرة الخطر المحدق بالكيان الوطني، او هو تدبير قانوني مخصص لحماية كل او

(73) ينظر: عبد الحميد الشواربي، شريف جاد الله، مصدر سابق، ص 41.

بعض اجزاء البلاد ضد الاخطار الناجمة عن عدوان مسلح (74). او هي (مجموعة تدابير استثنائية الغرض منها المحافظة على سلامة البلاد عند احتمال وقوع اعتداء مسلح عليها او خطر قيام الاضطرابات او الثورات الداخلية فيها بواسطة انشاء نظام اداري يجري تطبيقه في البلاد كلها او بعضها ويكون قوامه بوجه خاص بتركيز مباشرة السلطات لتحقيق استقرار الامن بأوجز الوسائل او اقواها) (75). ويعرفها اخرون بانها: مجموعة من الإجراءات والتدابير التي تتخذها سلطات دولة معينة على المستوى الوطني أو في جزء محدد من الدولة، ويتم تطبيق هذه الحالة بهدف الحفاظ على النظام العام وضبط الأمان إبان وقوع أحداثٍ استثنائية تهدد الأمن والسلامة العامة، كأعمال الشغب، أو المظاهرات العارمة، أو هجمات واسعة، أو كوارث (76). ويرى اخرون بأنها: (حالة تضطر فيها السلطات الشرعية داخل الدولة على فرضها حسب القانون لمواجهة اوضاع استثنائية تعرض الشعب لخطر جسيم بسبب حروب داخلية او خارجية او حتى كوارث طبيعية بحيث تعجز الادارة المدنية عن معالجتها لوحدها لذا يتم منح الاجهزة الامنية والعسكرية للدولة صلاحيات لفترة مؤقتة يحددها القانون ولمناطق معينة حسب الضرورة لمعالجة الوضع الاستثنائي) (77).

من كل ماتقدم يتضح بان حالة الطوارئ نظام قانوني يخول السلطة المختصة بموجب القانون صلاحيات استثنائية خاصة لمواجهة الاخطار الناجمة عن حرب او كارثة او وباء او اي امر اخر طارئ بحيث يهدد كيان المجتمع ككل او جزء منه او يعرض مصالحه للخطر او يندر بذلك، وبموجبه تتمتع السلطات القانونية صلاحيات واسعة من اجل درء هذه المخاطر حماية للمجتمع.

فحالة الطوارئ نظام قانوني اجازه الدستور حماية للمجتمع كلما تحققت اسبابه ومبرراته لذلك ينبغي ان تكون الاجراءات المتخذة خلال نفاذ حالة الطوارئ متفقة مع احكام الدستور والقانون الذي ينظمه والا كانت مشوية بعيب عدم المشروعية وبالتالي تنبسط رقابة القضاء عليها من اجل اعلان عدم المشروعية هذه وقرار التعويض ان كان موجبا. وحالة الطوارئ اما تكون كلية او جزئية حسب الرقعة الجغرافية التي يطبق فيها

(74) ينظر: رديف مصطفى، حالة الطوارئ (مببرراتها، مشروعيها القانونية والدستورية واثارها ووابط اعمالها)، بحث منشور على العنوان الالكتروني الاتي: www.efrin.net

تاريخ الزيارة 2020/ 6 / 3.

(75) ينظر: ابراهيم الشربيني، حراسات الطوارئ، مطبعة دار المعارف، القاهرة، 1964، ص37-38.

(76) بهذا المعنى ينظر: محمود أبوصوي، حالة الطوارئ في الوطن العربي وتقييد حقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي: www.dustour.org

تاريخ الزيارة 2020 / 7 / 10

(77) ينظر: كمال سيد قادر، حالة الطوارئ في القانون الدولي، بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:

www.elaph.com/elaphweb/asda

تاريخ الزيارة 2020/ 8 / 29

احكامها، كما انها قد تكون حالة طوارئ صحية او عسكرية او امنية او مالية حسب نوع الخطر الذي برر اعلان حالة الطوارئ.

جدير بالذكر ان هنالك فرقا بين حالة الطوارئ والاحكام العرفية فهذه الاخيرة تعد الصورة التشريعية الاولى للظروف الاستثنائية تطورت فيما بعد واصبحت ضمن حالات الطوارئ، وهي تفرض في حالة الحروب وبموجبها تنتقل كافة الصلاحيات من السلطة الادارية الى السلطة العسكرية، بينما حالة الطوارئ تعتبر مرحلة متطورة بالنسبة للاحكام القانونية المنظمة للظروف الاستثنائية مقارنة بنظام الاحكام العرفية وقد حل الان محل الاحكام العرفية في معظم تشريعات الدول وتحت مظلة قانون الطوارئ تتوسع صلاحيات السلطة الادارية لمواجهة الظروف الاستثنائية مع كفالة الضمانات التي يوجبها الدستور والقانون في مثل هكذا احوال، بينما لا نرى مثل هكذا ضمانات في ظل قانون الاحكام العرفية وبالتالي فهي لا تتسجم مع المعايير الدولية لحقوق الانسان ولهذا السبب بدأت الدول المتقدمة بهجرها والاستعاضة عنها بقانون الطوارئ. من هذا المنطلق يميز المشرع الفرنسي مثلا بين الاحكام العرفية و حالة الطوارئ ، فهما عبارة عن نظام قانوني استثنائي للضبط الاداري يبرر التوسع في سلطات الادارة لمجابهة الظروف الخطيرة التي تهدد كيان الدولة . فتعلن الاحكام العرفية في حالة وقوع حرب او التهديد بها ، بينما تعلن حالة الطوارئ لمواجهة اضطرابات داخلية تؤدي الى اختلال النظام العام . ويتضح من ذلك ان حالة الطوارئ لا تبلغ في شدتها تلك التي تستلزم اعلان الاحكام العرفية⁽⁷⁸⁾. ولا يطبق نظام الاحكام العرفية العسكرية الا في حالة الحرب سواء اكانت دفاعية ام هجومية وعلى اماكن الحرب التي يحاصرها العدو . فقد أكد القانون الامريكي الصادر سنة 1863 على ان الاحكام العرفية العسكرية لا تفرض الا بمناطق الاحتلال التي يحدق بها العدو باعتبارها اثرا من اثار النصر الحربي وانها تعمل لذلك على احلال القوانين العسكرية التي يعمل بها وقت الحرب والتي تمارسها السلطة العسكرية محل القوانين العادية⁽⁷⁹⁾.

الفرع الثاني: شروط اعلان حالة الطوارئ

من المعلوم ان انظمة الظروف الاستثنائية قد تقرر اصلا لمواجهة حالات قهرية ومخاطر تحدى بالمجتمع بحيث لا تكون القوانين النافذة ، بما تتضمنه من اجراءات وصلاحيات، كافية لمواجهة هذه المخاطر والكوارث فتتوسع على اثر ذلك صلاحيات الجهة القائمة على تطبيق احكام هذه الظروف من اجل التصدي للمخاطر

(78) ينظر: د. علي محمد بدير ، ود. مهدي ياسين سلامة ، و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي -مبادئ وأحكام القانون الاداري -دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد، 1993، ص227.

(79) ينظر: د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، مصدر سابق، ص25.

وحماية المجتمع. وباعتبار قانون الطوارئ اهم القوانين الاستثنائية في هذا المجال فان الدساتير والقوانين المنظمة لها عادة ما تنص على جملة من الشروط لكي يكون بالامكان اعلانها واللجوء الى تطبيق الاحكام التي تتضمنها، هذه الشروط لاتخرج عادة عن تلك الشروط العامة المتطلبة للظروف الاستثنائية والتي سبق الحديث عنها، غير ان هنالك شروطا اخرى تتعلق ببعض المسائل التفصيلية لحالة الطوارئ لابد ان تتحقق حتى يكون اصدار القرار الخاص باعلان حالة الطوارئ صحيحا تطبيقا لمبدأ المشروعية. ومن ملاحظة الدساتير وقوانين الطوارئ في هذا الصدد نستطيع الاستنتاج بان هذه الشروط اما تكون شكلية او موضوعية وهي بشكل عام اما تكون معاصرة سابقة على اعلان حالة الطوارئ او معاصرة كما قد تكون لاحقة له، يضاف الى ذلك ما تقرره الصكوك الدولية من شروط او قيود في هذا المقام، ولكن سنرجأ الحديث عن هذه الاخيرة الى موضع لاحق من هذه الدراسة. ومهما يكن من امر فان هذه الشروط تتجسد فيما يلي (80):

اولا-ينبغي قبل كل شيء ان يحدق بالمجتمع خطر نتيجة حرب او غزو او التهديد بهما او اضطرابات او تهديد بالامن او النظام العام او كوارث او اوبئة او غير ذلك من انواع المخاطر. وفي هذا السياق نصت المادة (1) من قانون السلامة الوطنية العراقي رقم (4) لسنة 1965 المعدل على ذلك بالقول: (يجوز اعلان حالة الطوارئ في العراق او في اية منطقة منه الاحوال الاتية: اولاً: اذا حدث خطر في غارة عدائية او اعلنت الحرب او قامت حالة حرب او اية حالة تهدد بوقوعها. ثانياً: اذا حدث اضطراب خطير في الامن العام او تهديد خطير له .

ثالثاً: اذا حدث وباء عام او كارثة عامة) كما نصت المادة (1) من امر الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي رقم (1) لسنة 2004 على ما يلي: (لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالاجماع , اعلان حالة الطوارئ في اية منطقة من العراق , عند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد الافراد في حياتهم , وناشئ من حملة مستمرة للعنف , من اي عدد من الاشخاص لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق او تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين او اي غرض اخر) (81). وعلى ذات الشاكلة نصت المادة الاولى من قانون الطوارئ المصري ايضا على جواز اعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الامن او النظام العام للخطر

(80) للمزيد حول ذلك ينظر: محمد احمد ابراهيم، ضمانات الافراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والاداري (دراسة مقارنة)، 2008، ص 47. وينظر: د. خالد رشيد النديمي، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة ، محاضرات مطبوعة، بدون سنة نشر، ص 48.

(81) جدير بالذكر انه وعلى الرغم من صدور هذا القانون الا انه لم ينص بين موادها على الغاء قانون السلامة الوطنية رقم (4) لسنة 1965 مما يعني بطبيعة الحال ان هذا الاخير لا يزال سارياً لحد الان من الناحية القانونية. غير ان هذا السريان يقتصر فقط على الحالات الاخرى التي لم يرد النص عليها في قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 فهذا القانون صدر فقط لمواجهة موجة العنف الكبيرة التي تعرض لها الشعب العراقي بعد تحرير العراق وهي ذات الحالة المنصوص عليها في الفقرة (ثانياً) من المادة (1) من قانون السلامة الوطنية لسنة 1965، اما اذا تحققت حالة اخرى من حالات الظروف الاستثنائية كالابوة والأمراض والعدوان من غارة او حرب فان هذا القانون هو الواجب التطبيق في هذه الحالة دون القانون رقم (1) لسنة 2004.

سواء اكان ذلك بسبب وقوع حرب او قيام حالة تهدد بوقوعها او حدوث اضطرابات في الداخل او كوارث عامة او انتشار وباء. وجدير بالذكر انه ينبغي بالخطر ان يبلغ درجة الجسامة التي تجعل من السلطة العامة بما لها من اختصاصات عادية عاجزة عن مواجهة هذا الخطر او توقيه(82).

ثانياً-وجوب وجود طلب باعلان حالة الطوارئ من قبل جهة محددة.وفي هذا الصدد تنص المادة (61/تاسعا) من الدستور العراقي لعام 2005 على ان طلب اعلان حالة الطوارئ يقدم بشكل مشترك من قبل رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء الى البرلمان للموافقة عليه باغلبية الثلثين.ولكن يلاحظ ان قانون الدفاع عن السلامة الوطنية لعام 2004 نص في المادة الاولى منه على ان لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالاجماع اعلان حالة الطوارئ في اي منطقة من العراق، كما نصت المادة (2) من قانون السلامة الوطنية لعام 1965 على ان اعلان حالة الطوارئ تكون بمرسوم جمهوري بموافقة مجلس الوزراء.وامام هذا التخبط في تنظيم الجهة التي تعلن حالة الطوارئ فانه و وفقاً لمبدأ سمو الدستور فان نص المادة (61/تاسعا) اعلاه من الدستور هي الواجبة التطبيق بان يكون الاعلان بشكل مشترك بين السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء) والسلطة التشريعية.بينما يلاحظ ان الدستور المصري نص على ان يعلن رئيس الجمهورية، بعد اخذ رأى مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون(83).

ثالثاً-وجوب اشمال قرار اعلان حالة الطوارئ على جملة من الامور.من اجل تحقيق الضمانات المتعلقة بحماية حقوق وحرية الافراد من تعسف السلطة المختصة بالاعلان تنص القوانين المنظمة لحالة الطوارئ على ان يشتمل قرار اعلان حالة الطوارئ على بعض البيانات المهمة كبيان الحالة التي اعلنت بسببها الطوارئ وتحديد المنطقة التي يشملها فضلا عن بيان تاريخ بدء سريانها.وعلى هذا الاساس قررت المادة (2) من قانون الدفاع عن السلامة الوطنية على وجوب تضمين قرار اعلان الطوارئ على الحالة التي اعلنت حالة الطوارئ بسببها وتحديد المنطقة التي تشملها وتحديد بدء سريانها ومدتها على ان لا تمتد حالة الطوارئ الى اكثر من (60) ستون يوماً او تنتهي بعد زوال الخطر او الظرف الذي استدعى قيامها او ايها اقل ويجوز تمديدتها بصورة دورية كل (30) ثلاثون يوماً ببيان تحريري من رئيس الوزراء وهيئة الرئاسة اذا استدعت الضرورة ذلك وينتهي العمل به تلقائياً اذا لم تمدد تحريريا في نهاية اية فترة تحديد (84).

(82) ينظر: د. سعدون عنتر الجنابي، مصدر سابق، ص125.

(83) ينظر نص المادة 154 من الدستور المصري لعام 2014.

(84) وعلى ذات المنوال سارت المادة (2) من قانون السلامة الوطنية العراقي لعام 1965 فيما يتعلق بضرورة تحديد هذه البيانات في امر الاعلان وكذلك المادة (2) من قانون الطوارئ المصري.

رابعاً-من الشروط المعاصرة لاعلان حالة الطوارئ هو وجوب الاشراف القضائي على الاجراءات المتخذة خلال فترة سريانه.وفي هذا الصدد يختلف مدى والية هذا الاشراف باختلاف القوانين المنظمة لحالة الطوارئ،فقانون الدفاع عن السلامة الوطنية لعام 2004 يوجب ان تخضع قرارات واجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز , ومحكمة التمييز في اقليم كردستان فيما يتعلق باجراءات الطوارئ في نطاق الاقليم , وانتهاءً بالمحكمة الاتحادية العليا , وللمحاكم المذكورة تقرير الغاء تلك القرارات والاجراءات وتقرير بطلانها وعدم مشروعيتها او اقرارها , مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات والاجراءات(85). كما نص على ان المحاكم الجزائية تبقى صاحبة الاختصاص في النظر في الجرائم المرتكبة خلال فترة سريان القانون(86). بينما يلاحظ ان قانون السلامة الوطنية لعام 1965 اناط مهمة النظر في الجرائم المرتكبة خلال فترة سريانه الى محكمة امن الدولة وفق ما جاء في المادة (9) منه،وتشكل محكمة امن الدولة من خمسة اعضاء يكون ثلاثة منهم من ضباط الجيش من رتبة مقدم على الاقل والاثنان الاخران من قضاة الصنف الثالث على الاقل من صنوف قانون السلطة القضائية. كما تشكل محكمة تمييز امن الدولة من خمسة اعضاء يكون ثلاثة منهم من قضاة محكمة التمييز والاثنان الاخران من ضباط الجيش من رتبة عقيد على الاقل. وتتعقد محكمة امن الدولة برئاسة اقدم الاعضاء من العسكريين عدا محكمة تمييز امن الدولة فتتعقد برئاسة اقدم الاعضاء من الحكام المدنيين(87) .

خامساً-يضاف الى ما تقدم بعض الشروط اللاحقة كوجوب عرض الاجراءات والقرارات المتخذة خلال فترة سريان القانون على السلطة التشريعية للنظر في اقرارها او ابطالها حسب الاحوال،وغير ذلك من الشروط الاخرى على اختلاف الدساتير والقوانين المنظمة لحالة الطوارئ(88).

الفرع الثالث: الاثار المترتبة على اعلان حالة الطوارئ

يترتب على اعلان حالة الطوارئ توسيع سلطة الادارة،فقانون الطوارئ تعد ابلغ التشريعات الاستثنائية حيث تتجسد فيها معالم نظرية الظروف الاستثنائية في القوانين الوضعية ومن خلالها تستطيع السلطة التنفيذية القيام

(85) ينظر نص المادة (9/ثانيا) من القانون.

(86) ينظر نص المادة (7) من القانون ولكن يستثنى من ذلك بعض الجرائم التي وردت في الفقرة (اولا) من هذه المادة حيث جعلت المحكمة الجنائية المركزية في العراق هي المختصة بالنظر في هذه الجرائم،اذ نصت هذه الفقرة على انه:(تتولى المحكمة الجنائية المركزية في العراق النظر في الجرائم الكبرى المرتكبة خلال مدة سريان حالة الطوارئ التي يحيل قضاياها القاضى المختص كجرائم القتل والتسليب والاعتصاب والخطف وتخريب او تفجير او احراق او اتلاف الاموال العامة والخاصة وحيازة الاسلحة الحربية وعتادها او صنعها او نقلها او تهريبها او المتاجرة بها)

(87) ينظر نص المادة (10) من القانون.

(88) تجدر الاشارة الى ان هنالك شروطا اخرى تمثل قيودا على اعلان حالة الطوارئ بموجب الصكوك والمواثيق الدولية،الا انه لن يتم تناولها هنا بل في موضع لاحق من هذه الدراسة عند استعراض القيود المفروضة على حقوق الانسان خلال فترة الظروف الاستثنائية منعا للتكرار.

بجملة من الاجراءات وتكتسب الكثير من الصلاحيات التي تتمكن من خلال وضع القيود على حقوق الانسان من قبض واعتقال وتحديد الإقامة وفرض قيود على حرية الانتقال ومنع المرور في اوقات معينة وتفتيش وغير ذلك من الصلاحيات الاخرى الكثيرة. ولا يسعنا المجال هنا ان نذكر هذه الصلاحيات في كافة قوانين الطوارئ المقارنة لذلك سنركز على القانون العراقي فقط. ومن خلال مراجعة المادة (4) من قانون السلامة الوطنية العراقي لعام 1965 يلاحظ ان هذه الصلاحيات تتجسد بما يلي:

- 1- فرض قيود على حرية الاشخاص في الانتقال والمرور والتجول في اماكن معينة او اوقات معينة.
- 2- اعتقال الاشخاص المشتبه في سلوكهم الاجرامي وحجزهم في المحلات المخصصة لذلك فرض الإقامة الجبرية عليهم في بيوتهم او في اية مدينة يختارونها ويوافق عليها رئيس الوزراء ويعتبر الشخص المعتقل بموجب هذه الفقرة موقوفا قانونا .
- 3- الامر بتفتيش الاشخاص والاماكن ايا كانت على ان يحدد في الامر الشخص والمكان المقتضى تفتيشه .
- 4- حظر الدخول في بعض الاماكن حظرا مطلقا او مقيدا بشرط او باذن .
- 5- فرض قيود على حرية الاشخاص في الاجتماع وتفريق الاجتماعات والتجمعات بالقوة اذا كان يخشى منها الاخلال بالامن العام على انه لا يجوز استعمال السلاح الناري في ذلك الا بامر من رئيس الوزراء . على ان يكون لهذا الامر اصل ثابت بالكتابة .
- 6- حل الجمعيات والنوادي والنقابات اذا ثبت انها تمارس نشاطا من شأنه الاخلال بالامن العام او انها تعمل لصالح دولة اجنبية او تعتمد ماليا عليها او تقوم ببث روح التفرقة بين صفوف الشعب واثارة الفتن والعصيان في البلاد .
- 7- اخلاء بعض الجهات او عزلها ومنع السفر منها واليها وذلك عند حدوث وباء عام او كارثة عامة او عند قيام تمرد او عصيان مسلح او احتمال قيامهما .
- 8- فرض قيود على السفر الى خارج البلاد او القدوم اليها .
- 9- ابعاد الاجانب عن البلاد ومنع دخولهم فيها متى كان دخولهم فيها يشكل خطرا على الامن العام .
- 10- فرض الرقابة على الصحف والمجلات والكتب والنشرات وكافة المحررات والرسوم والرقوق الضوئية والاشرطة الصوتية قبل نشرها او اذاعتها وضبطها ومصادرتها ومنع نشرها او اذاعتها واغلاق اماكن طبعتها اذا كان ما تحتويه من شأنه الاخلال بالامن العام او الاداب العامة او بث الرعب وروح التفرقة بين المواطنين او تقويض النظم الدستورية والاجتماعية في البلاد .

- 11- فرض الرقابة على الصحف الاجنبية وغيرها مما ذكر في الفقرة السابقة وضبطها ومنع تداولها في البلاد اذا حوت شيئا مما اشير اليه في الفقرة المذكورة .
- 12- مراقبة الرسائل البريدية والبرقية وكافة وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية وتفتيشها وضبطها .
- 13- تنظيم وسائل النقل البرية والجوية والمائية ووضع اليد عليها وعلى المنشآت الصناعية والتجارية وعلى المباني والاراضي الزراعية اذا حل وباء عام او وقعت كارثة عامة او اقتضت مصلحة الامن العام ذلك بشرط تعويض اصحابها او مستغليها تعويضا عادلا .
- 14- فرض الرقابة على تداول السلع الضرورية وتحديد اسعارها والاستيلاء عليها اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك بشرط تعويض اصحابها تعويضا عادلا .
- 15- الامر بتشغيل الاشخاص للعمل على دفع وباء عام او كارثة عامة مع دفع اجور مناسبة لهم
- 16- تحديد مواعيد فتح واغلاق المحال العامة والامر باغلاق هذه المحال كلها او بعضها كلما اقتضت مصلحة الامن العام ذلك .
- 17- سحب اجازات الاسلحة والذخائر والمواد المفرقة والحارقة وفرض التدابير الضرورية على حيازتها واحرازها وصناعتها والاتجار بها والامر بضبطها وتسليمها الى السلطات العامة واغلاق المخازن المودعة فيها .
- 18- فرض الحراسة على الشركات والمؤسسات وتاجيل اداء الديون والالتزامات المستحقة والتي تستحق على ما يستولى عليه او على ما تفرض عليه الحراسة.
- بينما نصت المادة (3) من قانون الدفاع عن السلامة الوطنية لعام 2004 على تخويل رئيس الوزراء في حالة الطوارئ وفي حدود منطقة إعلانها بالسلطات الاستثنائية المؤقتة التالية: أولا - بعد استحصال مذكرة قضائية للتوقيف أو التفتيش إلا في حالات ملحة للغاية، توضع قيود على حرية المواطنين أو الأجانب في العراق، في الجرائم المشهودة أو التهم الثابتة بأدلة أو قرائن كافية فيما يخص الانتقال والتجوال والتجمع والتجمهر والمرور والسفر من وإلى العراق، وحمل أو استخدام الأسلحة والذخائر والمواد الخطرة، ويمكن احتجاز المشتبه في سلوكهم وتفتيشهم أو تفتيش منازلهم وأماكن عملهم، ولرئيس الوزراء تخويل هذه الصلاحيات أو غيرها إلى من يختاره من قياديين عسكريين أو مدنيين
- ثانيا - فرض حظر التجوال لفترة قصيرة محددة على المنطقة التي تشهد تهديدا خطيرا للأمن أو تشهد تفجيرات أو اضطرابات وعمليات مسلحة واسعة معادية، وله (الحق في) عزل تلك المنطقة وتطويقها بقوات مناسبة وتفتيشها إذا ثبت أو اشتبه حيازة بعض سكانها أسلحة متوسطة أو ثقيلة أو متفجرات أو تحصن بها خارجون على القانون، وذلك بعد استحصال مذكرة قضائية للتفتيش إلا في حالات ملحة للغاية.

ثالثا - فرض قيود على الأموال وعلى حيازة الأشياء الممنوعة، ووضع الحجز الاحتياطي على أموال المتهمين بالتآمر والتمرد والعصيان المسلح والاضطرابات المسلحة وعمليات الاغتيال والتفجير، وعلى أموال من يشترك أو يتعاون معهم بأية كيفية كانت على ارتكاب هذه الجرائم أو يحرضهم على ارتكابها وتقع بناء على ذلك التحريض، أو من يقدم لهم مساكن أو محلات يأوون إليها أو يجتمعون فيها مع علمهم التام بنواياهم، وله توقيف المتهمين بهذه الجرائم ممن توفرت أدلة كافية قانونيا لاتهامه.

رابعا- اتخاذ إجراءات احترازية على الطرود والرسائل والبرقيات ووسائل وأجهزة الاتصال السلكية واللاسلكية كافة، إذا ثبت استخدامها في الجرائم المشار إليها أعلاه، ويمكن فرض المراقبة على هذه الوسائل والأجهزة وتفتيشها وضبطها إذا كان ذلك يفضي إلى كشف الجرائم المذكورة أو يمنع وقوعها، وذلك بعد استحصال مذكرة من الجهات القضائية المعنية لفترة زمنية محددة.

خامسا- فرض قيود على وسائل النقل والمواصلات البرية والجوية والمائية في مناطق محددة ولفترة محددة. سادسا- فرض قيود على المحال العامة والتجارية والنوادي والجمعيات والنقابات والشركات والمؤسسات والدوائر، بحيث تحدد مواعيد فتحها وغلقها ومراقبة أعمالها ووضع الحراسة عليها بعد استحصال قرار قضائي، وحلها أو إيقافها مؤقتا إذا ثبت صلتها بالجرائم المذكورة في الفقرة (أولا) من المادة (7).

سابعا- إيقاف العمل مؤقتا أو بصورة دائمة بإجازات الأسلحة والذخيرة والمواد الخطيرة والمفرقة والمتفجرة وحيازتها أو الاتجار بها، إذا ثبت استخدامها أو محاولة استخدامها في الجرائم المذكورة في أعلاه، أو إذا كانت تمثل تهديدا للأمن والاستقرار في المنطقة أو كانت حيازتها غير جائزة قانونا.

ثامنا- اتخاذ قرارات وإجراءات عسكرية وأمنية سريعة تكون محدودة ومناسبة في المناطق التي أعلنت فيها حالة الطوارئ بالتنسيق مع وزير الدفاع والداخلية أو أي وزير آخر ومستشار الأمن الوطني أو أي جهة ذات اختصاص.

تاسعا - في العمليات الواسعة التي تنفذ في مناطق كبيرة لمواجهة أخطار مسلحة واسعة، فيمكن الاستعانة بالقوات متعددة الجنسيات وفقا لقرار الأمم المتحدة ذي الرقم (1546) لعام 2004 وتكليف القوات العسكرية العراقية بواجبات واضحة ومحددة تتناسب مع وضعها وإمكاناتها بعد موافقة الرئاسة بالإجماع، وفي إقليم كردستان يتم تنفيذ الإجراءات الاستثنائية بالتنسيق مع حكومتها.

وواضح ان هذه الصلاحيات وان كانت بالاصل واسعة الا انها لا تمنع السلطات القائمة على تنفيذ قانون الطوارئ من توسيع نطاقها اذا ما تطلب الامر ذلك ووفقا للمصلحة الاجتماعية التي تمليها الحالة التي استدعت اعلان الطوارئ، وتقوم القوات المسلحة وقوى الامن بتنفيذ اوامر ومقررات سلطات الطوارئ ويقع على عاتق كل موظف او مستخدم واجب مساعدة هذه القوات ضمن نطاق مسؤوليته الوظيفية والا تعرض للعقوبة المنصوص عليها في هذا القانون(89).

غير انه يلاحظ من جهة اخرى ان وسع هذه الصلاحيات يجعل امر التعسف والتجاوز على حقوق الانسان وحرياته امرا واردا جدا خصوصا ان الظرف الطارئ بطبيعته تجعل من هذا التجاوز مسألة من الممكن الاقبال عليها من قبل هذا السلطات. وعلى هذا الاساس تسعى القوانين المنظمة لحالة الطوارئ ومن قبلها الدساتير الى توفير بعض الضمانات التي تخفف من وقع هذا التجاوز من اجل تحقيق نوع من التوازن بين متطلبات حماية المجتمع ككل من مخاطر الظرف الاستثنائي وبين ضرورات حماية حقوق الافراد وحرياتهم الدستورية، كما يسعى القضاء من جانبه الى توفير هذه الحماية عمليا من خلال اليات رقابته على الاعمال المتخذة خلال فترة سريان قانون الطوارئ. حاصل القول في هذا المقام ان اهم اثر يترتب على اعلان حالة الطوارئ هو توسيع صلاحيات السلطة القائمة على تنفيذه من اجل مجابهة المخاطر الناجمة عنها حماية للمجتمع، وسنوضح بشكل اكثر تفصيل ماهية هذه الصلاحيات في موضع اخر من هذه الرسالة.

2.1.2: التنظيم الدولي لحالة الطوارئ

يبدو ان لقانون الطوارئ اثار سلبية كثيرة على حقوق الانسان وهذا الامر متأتي من الصلاحيات الواسعة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية المختصة بتطبيق احكامه والتي قد لا تكفي بما ورد في هذه الاحكام من صلاحيات فتعمل جاهدة للتوسيع من هذه الصلاحيات من اجل غايات اخرى بعيدة عن حماية المجتمع من المخاطر التي تحملها حالة الطوارئ خصوصا في بعض البلدان التي لا تأبه بحقوق الانسان وحرياته، الامر الذي جعل حالة الطوارئ بمثابة المرض الذي سرى بجسد الديمقراطية في العديد من الدول فاضحت اداة قانونية لتغييب حقوق الانسان وقمع اية معارضة سياسية تحت مظلة ما يسمى بـ(الامن القومي) (90). ان هذا الامر شجع المجتمع الدولي على الاهتمام بتنظيم حالة الطوارئ دوليا من اجل ايجاد قيود واليات للحد من التجاوز على حقوق الانسان فظهرت الصكوك والوثائق الدولية التي ركزت في بعض جوانبها على الاهتمام

(89) ينظر: سعدون عنتر الجنابي، مصدر سابق، ص90.

(90) ينظر: سعدون عنتر الجنابي، مصدر سابق، ص90.

بهذا الموضوع، كما سعت الدول الى الدخول في اتفاقات اقليمية لترتيب حال حقوق الانسان خلال فترة الطوارئ. عليه سنسلط الضوء بشكل مبسط في هذا المطلب على الجهود الدولية والاقليمية في تنظيم حالة الطوارئ من خلال فرعين: يخصص الاول لبيان تنظيم حالة الطوارئ في الصكوك الدولية بينما يكون الفرع الثاني خاصا ببيان هذا التنظيم على المستوى الاقليمي:

الفرع الاول: على مستوى الصكوك الدولية

كان لتنظيم حالة الطوارئ مكانة مهمة ضمن مواد وبنود بعض المعاهدات الدولية ومن اهمها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واتفاقيات جنيف مع بروتوكولاتها. وفي الواقع فان هذه الجهود الدولية هي محاولات على المستوى العالمي من اجل الترقية بحقوق الانسان واظهار للجميع بان هذه الحقوق ينبغي ان لا تتأثر -خصوصا في بعض جوانبها المهمة- مهما كانت الظروف وبالتالي هي حلقة تضاف الى حلقات الجهود الدولية لاجرا ح حقوق الانسان من مضمونها المحلي او الداخلي الى الاطار الدولي. والسبب انه رغم تدوين هذه الحقوق في دساتير الدول الا ان ذلك لم يمنع من انتهاكها من قبل بعض مؤسسات هذه الدول الامر الذي حدا بالمجتمع الدول الى وضع الاطر الخاصة بحقوق الانسان في ظل حالة الطوارئ خصوصا فهي اكثر عرضة للانتهاك خلال سريان هذه الحالة. ورغم المنهج المتكامل الذي جاء به هذين الصكين الدوليين فيما يتعلق بتنظيم حقوق الانسان في حالة الطوارئ من حيث القيود والشروط التي جاءت بها ضمن بنودها- والتي سنأتي على ذكرها فيما بعد-.

الا ان المجتمع الدولي لم يكتف بتحديد مصادر حقوق الانسان في ظل حالة الطوارئ مع تحديد ضوابطها لان الكثير من الدول قد لا تلتزم بهذه القيود والمعايير فما تعلنه في هذا الشأن قد يكون هو غير ما تطبقه على ارض الواقع خصوصا اثناء حالة الطوارئ التي تشمل الكثير من البلدان فما تعلنه حكومات هذه الدول للمجتمع الدول هو غير ما تفعله بمواطنيها في الواقع، لذلك رأى المجتمع الدولي انه ولضمان الزام احترام قواعد الحماية الدولية لحقوق الانسان في ظل حالة الطوارئ توافر ضمانات تراقب عن كثب مدى صدق هذه الدول في نفاذ وتطبيق قواعد الحماية هذه وتضع لها من التوجيهات ما يجعلها على الطريق الصحيح لنفاذ هذه القواعد وترصد اولا باول ما يثار بصدها من انتهاكات لحقوق الانسان وتسارع في منع هذه الانتهاكات وجبر الاضرار التي حصلت لمن صار ضحية لها وتعلن للعالم حقيقة فاعلية مثل هذه الدول. ومن هذا المنطلق عمد المجتمع الدولي الى ايجاد اجهزة اشراف ورقابة لها من الصلاحيات ما يخولها اداء دورها الاشرافي والرقابي

اثناء حالات الطوارئ، وقد تجلى ذلك من خلال لجنة الامم المتحدة لحقوق الانسان واللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الاقليات وكذلك من خلال اللجان والمحاكم الدولية لحقوق الانسان المنبثقة من الاتفاقيات الدولية. (91)

لذلك لم يكتف المجتمع الدولي بتحديد معايير حالة الطوارئ وقيودها ضمن الصكوك الدولية بل زاد من فعالية تنظيمها لهذا الحالة بانشاء الاجهزة المتخصصة للمراقبة والاشراف على حسن تطبيق هذه المعايير من قبل الدول المعنية حماية لحقوق الانسان على المستوى العالمي ولا يكفي المقام هنا لسرد اعمال هذه الاجهزة من نشأتها فيما يتعلق بحماية حقوق الانسان اثناء حالة الطوارئ ولكن حسبنا هنا ان نذكر انها لعبت دورا محوريا في فاعلية هذه الحماية من خلال انشطتها المختلفة.

الفرع الثاني: على الصعيد الاقليمي

نقصد بالجهود الاقليمية لتنظيم حالة الطوارئ هو جهود الدول فيما بينها في هذا المجال. فحالة الطوارئ وما قد ينشأ عنها من تجاوزات على حقوق الانسان بسبب سعة لاصلاحيات المناطة بالجهات التنفيذية القائمة على تطبيق قانون الطوارئ انما هي حالة تتعلق بهذه الدول فرادى قبل ان تأخذها بعدها الدولي، بل ان هذا الاخير هو صدى للتنظيم غير المنتظم وغير الصحيح لحقوق الانسان في حالة الطوارئ على مستوى الدول. وفي هذا المعرض لن نتطرق الى المعايير الاقليمية لتنظيم حالة الطوارئ كما هو الحال بالنسبة للتنظيم الدولي بل سنترك ذلك لموضع لاحق من هذه الدراسة. وسنحاول هنا فقط تبيان الاليات الاقليمية لحماية حقوق الانسان في حالة الطوارئ باعتبارها من اهم جوانب تنظيم هذه الحالة.

وفي هذا الصدد يرى البعض ان من اهم الصعوبات التي قد تعترض توفير حماية كافية لحقوق الانسان عموما في مختلف الظروف انما يعود الى التفاوت الهائل في فهم هذه الحقوق وان هذا الامر يمكن التغلب عليه بطريقتين: الاولى بقصر الاشتراك في نظام فعال لحقوق الانسان على تلك الاقلية من الدول الاعضاء في الامم المتحدة التي تمكنها تقاليدنا السياسية وتركيبها الاقتصادي ونظامها الدستوري من ان تفعل ذلك، اما الطريقة الثانية فهي طريقة النظم الاقليمية التي تكفل حماية دولية لحقوق الانسان كما هو حال الاتفاقية الاوربية لحقوق الانسان، وهو ما يتصوره الفقه حيث يرى ان الاسهل على الدول ذات القيم والمصالح المشتركة ان تحقق الحماية على مستوى اقليمي (92).

(91) ينظر: د. عباس عبد الامير ابراهيم العامري، اعلان حالة الطوارئ واثاره على حقوق الانسان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016، ص 217 وما بعدها..

(92) ينظر: افين خالد عبدالرحمن، ضمانات حقوق الانسان في ظل قانون الطوارئ، ط 1، دار الحامد للنشر، عمان، 2009، ص 99.

وعلى هذا الاساس ظهرت جهود اقليمية كثيرة لتنظيم حالة الطوارئ ومن اهم الجهود المبذولة في مجال حماية حقوق الانسان اثناء حالة الطوارئ ما اثمرت عنه الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان ووالاتفاقية الامريكية لحقوق الانسان وكذلك الاتفاقية العربية لحماية حقوق الانسان. حيث جاءت هذه الاتفاقيات بتنظيم اكثر دقة من تلك التي انتهى اليها المجتمع الدولي بتنظيم حقوق الانسان في حالة الطوارئ سواء من حيث المعايير او من حيث الحماية نظرا للتقارب الفكري والتقاليدي بين الدول التي وقعت وانتجت هذه الاتفاقيات مما جعل هذا التنظيم اكثر تعبيراً عن واقع ومستلزمات حقوق الانسان في هذه الدول واكثر مدعاة للالتزام بها من قبل الدول التي تقع تحت مظلتها. وعلى غرار الجهود الدولية لم تكفي الدول الموقعة على هذه الاتفاقيات بالتنظيم النظري لحالة الطوارئ وحقوق الانسان في ظلها بل انتقلت الى الجانب العملي المتمثل بتشكيل اجهزة رقابية للاشراف على حسن وفاعلية اداء الدول لالتزاماتها الاقليمية في مجال حماية حقوق الانسان اثناء حالة الطوارئ، هذا اضافة الى انشاء المحكمة الاوربية لحقوق الانسان والتي لعبت ولا تزال دوراً محورياً في هذا الصدد.

2.2: قوانين خاصة

اذا كانت قوانين الطوارئ تعد اهم اشكال التنظيم التشريعي للظروف الاستثنائية الا انها ليس الوحيدة في هذا الصدد، بل هنالك قوانين اخرى خاصة تنظم جانب من جوانب المخاطر التي قد تحدث بالمجتمع ويتعين في هذه الحالة اللجوء الى الاحكام التي تتضمنها هذه القوانين في مثل هذه الاحوال. اذ ان ما يميز قوانين الطوارئ انها تصدر بالاساس لمعالجة كافة المخاطر التي قد تنشأ وتهدد حياة الافراد والمجتمع لذلك فان كل النصوص التي تتضمنها هذه القوانين تنظم كافة المسائل المتعلقة بالظروف الاستثنائية، بينما ليس الامر كذلك فيما يتعلق بالقوانين الخاصة اذ ان المشرع في هذه الاخيرة ينظم امورا اخرى الا انه يستدرك امكانية حصول حالة طارئة او استثنائية متعلقة بالموضوع الذي ينظمه وتهدد المجتمع بالمخاطر التي تحملها لذلك يتصدى لتنظيم هذه الحالة بالمعالجة وعلى هذا الاساس تكون هذه القوانين كذلك ضمن القوانين المعالجة للظروف الاستثنائية ولكن ليس من منظورها الكلي كما هو الحال بالنسبة لقوانين الطوارئ بل بالتركيز على حالة واحدة فقط. ويبرز في هذا الصدد الكثير من القوانين الخاصة الا اننا سنركز على قانونين منها وهما قانون الصحة العامة وقانون مكافحة الارهاب لاهمتهما العملية، عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين: الاول لمبحث التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية من خلال قانون الصحة العامة والثاني لعرض هذا التنظيم من خلال قانون مكافحة الارهاب :

1.2.2: قانون حماية الصحة العامة

اثرنا قانون حماية الصحة العامة كاحد القوانين الخاصة بالمعالجة للظروف الاستثنائية تماشياً مع الظروف الاستثنائية الراهنة التي تمر بها كل دول العالم بسبب ظهور جائحة او فايروس كورونا المستجد (Covid 19) الذي تسبب في تعطيل وشلل في الحياة على مستوى العالم ولا يزال الى ساعة كتابة هذه الرسالة، الامر الذي دفع بهذه الدول الى اعلان حال الطوارئ الصحية في البلاد وقد استندت الكثير منها على قوانين حماية الصحة العامة الخاصة بها ومنها العراق والذي اعتمد على قانون حماية الصحة العامة رقم (89) لسنة 1981 المعدل والذي نظم الصلاحيات التي تمنح للسلطة الصحية وغيرها ممن تطبق حالة الطوارئ الصحية صلاحيات واسعة من اجل مواجهة اية حالة تنشأ من مرض او وباء معد كما انه نظم عقوبات على الاخلال بهذا القانون والوامر التي تصدر من اجل تطبيقه، عليه سنسلط الضوء على هذين الجانبين من هذا القانون وذلك بتقسيم هذا المطلب الى فرعين: الاول لبحث الصلاحيات المناطة بالسلطة التنفيذية بموجب قوانين حماية الصحة خلال الظروف الاستثنائية والثاني لاستعراض العقوبات المقررة للاخلال بقوانين حماية الصحة خلال الظروف الاستثنائية:

الفرع الاول: الصلاحيات المناطة بالسلطة التنفيذية بموجب قوانين حماية الصحة خلال الظروف الاستثنائية

بعد ان عرف المشرع العراقي المرض المعد او الانتقالي بانه المرض الناجم عن الاصابة بعامل معد او السموم المولدة عنه والذي ينتج عن انتقال ذلك العامل من المصدر الى المضيف بطريقة مباشرة او غير مباشرة على ان تحدد الامراض الانتقالية والمتوطنة المشمولة باحكام هذا القانون بتعليمات يصدرها وزير الصحة او من يخوله(93)، جاء ونص في المادة (46/اولا) على اجازة وزير الصحة او من يخوله ان يعلن ببيان يصدره اية مدينة او ايا جزء منها منطقة موبوءة باحد الامراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية. واذ ما تم ذلك فان السلطة الصحية القائمة على تطبيق القانون تتخذ الاجراءات الكفيلة بمنع انتشار المرض، وهي في هذا الصدد تتمتع بالصلاحيات الاتية(94):

1. تقييد حركة تنقل المواطنين داخل المنطقة الموبوءة والدخول اليها او الخروج منها.

(93) ينظر نص المادتين (44،45) من القانون.

(94) ينظر نص المادتين (44،45) من القانون.

2. غلق المحلات العامة كدور السينما والمقاهي والملاهي والمطاعم والفنادق والحمامات واي محل عام آخر خاضع للاجازة والرقابة الصحية وكذلك المؤسسات التعليمية والمعامل والمشاريع ودوائر الدولة والقطاع العام والمختلط والخاص .

3. منع بيع الاغذية والمشروبات والمرطبات والتلج ونقلها من منطقة الى اخرى واتلاف الملوث منها.

4. عزل ومراقبة ونقل الحيوانات والبضائع .

يضاف الى ما تقدم فان الجهات الصحية والجهات الساندة الاخرى يحق لها ما يلي :

1. لوزير الصحة ان من يخوله ان يعلن ببيان يصدره عند انتشار احد الامراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية, وضع اليد على اية واسطة نقل واي مبنى رسمي ودعوة اي شخص للمساهمة في حملة مكافحة الصحية على ان يحدد البيان مدة سريانه ويدفع لاصحاب وسائل النقل الخاصة والاشخاص اجورا تحدها الجهة الصحية استنادا الى تعريفه تحديد الاجور المعمول بها في المنطقة الموبوءة .

2. لوزير الصحة اصدار تعليمات بشأن التدابير الواجب اتخاذها لمكافحة الامراض الانتقالية والمتوطنة التي تصيب الانسان او الانسان والحيوان معا او الحد من انتشار او منع دخولها الى القطر حسب طبيعتها بالتعاون مع السلطات المختصة الاخرى .

3. للجهة الصحية المختصة وضع اليد على النباتات والحيوانات والمواد التي يشتبه بكونها خازنا للامراض الانتقالية او المتوطنة او ناقلا لمسبباتها او لها دور في انتشارها وبعد ثبوت الحالة المشتبه بها يتم اتلافها باشراف لجنة تشكلها الوزارة لهذا الغرض .

4. على الطبيب المعالج او المشرح وكل مواطن يشتبه بوجود حالة مرضية من الامراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية او حدوث وفاة بسببها اخبار اقرب مؤسسة صحية تابعة للدولة فورا بذلك وعلى هذه المؤسسة اتخاذ الاجراءات الفورية اللازمة بما في ذلك اخبار الجهة الصحية المختصة في الوزارة.

5. للجهة الصحية بموافقة الوزير او من يخوله, عند علمها بوجود اي مرض انتقالي او متوطن او الاشتباه بوجوده, الحق في دخول دور السكن والمحلات العامة او اي مكان اخر لغرض التفتيش الصحي والكشف على الاشخاص للتأكد من خلوهم من المرض ولها الحق في اخذ نماذج للتحليل المختبري من الملامسين للمريض او امشبه بهم ورش مبيدات الافات والمواد الكيماوية بانواعها داخل الدور والشقق والعمارات السكنية وخارجها واي محل عام آخر .

6. عند الاشتباه باي شخص كونه حاملا لمسبب مرض او انه في دور حضانة احد الامراض الانتقالية بما فيها الامراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية فللجهة الصحية الحق في اتخاذ التدابير الكفيلة لمراقبته او

عزله او حجره لغرض فحصه للتأكد من خلوه من الميكروبات المرضية ومعالجته عند ثبوت كونه حاملا لهذه الميكروبات او مصابا بالمرض لحين سلامته منه.

7. يمنع الاشخاص المحاملون للجراثيم المعوية المرضية من العمل او الاستمرار فيه وذلك في اماكن تصنيع الاغذية والمشروبات والمرطبات وتحضيرها وتعبئتها و تخزينها ونقلها وبيعها وكذلك العاملون في مشاريع الماء والمسابع ومعامل الثلج .

8. منع المصاب من العمل ولا يجوز لهذا الاخير مزاوله عمله الا بعد ثبوت خلوه من تلك المكروبات ويكون كل من العامل ورب العمل مسؤولا قانونا عن تنفيذ ذلك .

9. اذا توفي شخص بمرض انتقالي خاضع للوائح الصحية الدولية فلا يجوز بيع مفروشاتة وملابسه التي استعملها اثناء مرضه وتتلف من قبل الجهة الصحية المختصة(95) .

الفرع الثاني: العقوبات المقررة للإخلال بقوانين حماية الصحة خلال الظروف الاستثنائية

نصت المواد (96-100) من القانون على العقوبات التي يمكن ان تفرض عند الاخلال باحكامه وكذلك بالوامر الصادرة لتنفيذ القانون من السلطة المختصة، كما نص على تشكيل لجان استئنافية في كل محافظة تتولى مهمة تنفيذ قرار غلق المحلات التي تخالف احكام القانون وكذلك النظر في الطعون الخاصة بذلك.ومن مجمل هذه النصوص يلاحظ ان هذه العقوبات والياتها تتجسد فيما يلي:

1. عند مخالفة احكام هذا القانون والانظمة والتعليمات الصادرة بموجبه, لوزير الصحة او من يخوله غلق اي من المحلات الخاضعة للاجازة او الرقابة الصحية لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما وفرض غرامة فورية لا تزيد على خمسين ديناراً .

2. يمنع المشمول بقرار الغلق من ممارسته لمهنته في محله لحين زوال الاسباب التي ادت الى غلقه.

3. لصاحب المحل حق الاعتراض على قرار الغلق لدى اللجنة الاستئنافية التي يؤلفها وزير الصحة لهذا الغرض ويقدم الاعتراض عن طريق الجهة الصحية التي اصدرت قرارا بالغلق وعلى هذه الاخيرة ان ترسل الاعتراض مشفوعا باوليات القضية خلال خمسة ايام من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها ويكون قرار اللجنة نهائياً .

4. يعتبر التقرير المقدم من قبل الفرقة الصحية التي قامت بالكشف الصحي الموقعي دليلاً كافياً للإدانة ما لم يقدم دليل اخر على خلاف ذلك .

5. تمتنع المحاكم من سماع الدعاوي الناشئة عن الاوامر الصادرة بموجب احكام هذا القانون بغلق المحلات الخاضعة للاجازة او الرقابة الصحية او باتلاف المواد الغذائية وذلك لاسباب تتعلق بالصحة العامة(96).
6. كل من يخالف احكام هذا القانون او الانظمة او التعليمات او البيانات الصادرة بموجبه يعاقب بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ثلاثة الاف دينار او بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على سنتين او بكلا العقوبتين وعند ارتكابه عملا يخالف احكام هذا القانون مرة اخرى تكون العقوبة الحبس وتلغى اجازته الصحية نهائيا .
7. تتم احالة الموظف المخالف لاحكام هذا القانون الى المحاكم دون اذن من الوزير المختص
8. لوزير الصحة حق الغاء الاجازة الصحية وغلق المحل العام ممفورا عند ثبوت وجود تلوث في البيئة يهدد سلامة وصحة المواطنين في ذلك المحل دون التقيد باحكام قانون العمل او اي قانون آخر .
9. تُولف في مركز محافظة بغداد لجنة استئنافية برئاسة معاون مدير الوقاية الصحية العام الفني وعضوية اثنين من العاملين في المؤسسات الوقائية والبيئية يختارهما وزير الصحة . كما تُولف في مركز كل محافظة لجنة استئنافية برئاسة معاون رئيس صحة المحافظة الفني وعضوية اثنين من المعاملين في المؤسسات الوقائية والبيئية يختارهما وزير الصحة .
10. تمارس الجهة الصحية صلاحية غلق المحلات الخاضعة للرقابة الصحية دون التقيد باحكام قانون العمل او اي قانون اخر ولا يخل غلق المحل بموجب احكام هذا القانون بالالتزامات القانونية بحق صاحب المحل ازاء عماله المنصوص عليها في القوانين والانظمة والتعليمات .

2.2.2: قوانين مكافحة الإرهاب

قد يتبادر الى الذهن لأول وهلة انه ليست ثمة علاقة تذكر بين قانون مكافحة الارهاب والظروف الاستثنائية، ولكن عند التدقيق في حقيقة هذا القانون نراه في الحقيقة ينظم بعض جوانب الظروف الاستثنائية وان هنالك علاقة وطيدة بين هذه الظروف وهذا القانون ويتجسد ذلك من خلال معرفة مضمون قانون مكافحة الارهاب. فمن المعلوم ان ظاهرة الارهاب اخذت بالتزايد في الاونة الاخيرة خصوصا بعد احداث ايلول 2001 كما ان المجتمعات التي تشهد توترات مبنية على اسس عرقية ومذهبية وطائفية هي الاخرى اضحت منبعاً

(96) يلاحظ ان الفقرة (خامسا) من المادة (96) من قانون حماية الصحة العامة اصبح غير دستوري بعد صدور دستور عام 2005، والذي حظر تحصين أي قرار اداري من الطعن بموجب المادة (100) منه.

لنمو وتزايد هذه الظاهرة الامر الذي اثر بشكل كبير على مجمل الحياة وجعل السلطات في هذه الدول والمجتمعات تخصص جانبا كبيرا من مواردها لمحاربة الارهاب الذي اصبح يتكرر بشكل شبه يومي فيها ولا ادل على ذلك من العراق الذي شهد ولايزال بروزا ملحوظا لهذا الظاهرة منذ عام 2004 ولحد الان مما دفع بالسلطات الى استصدار قانونين مهمين في هذا الصدد وهما قانون الطوارئ او امر الدفاع عن السلامة الوطنية بالتفصيل الذي ذكرنها سابق وكذلك قانون مكافحة الارهاب رقم (13) لسنة 2005 وتزامن صدور هذين القانونين دلالة واضحة على ان الارهاب اصبح ظرفا استثنائيا يمر به المجتمع العراقي وان الحلول القائمة على القوانين النافذة لاتكفي للقضاء عليها رغم صدور قانون الدفاع عن السلامة الوطنية عام 2004 اي قبل صدور قانون مكافحة الارهاب باشهر قليلة. يتضح من ذلك ان قانون مكافحة الارهاب يعد احدي القوانين الخاصة التي تعالج ظاهرة او حالة استثنائية يمر بها المجتمع الا وهي ظاهرة الارهاب وبذلك يكون جليا مدى العلاقة بين القانونين من حيث الاساس الذي يقومان عليه وهو مواجهة الحالة او الظرف الذي تسبب بخطر على المجتمع او يهدده به بل ان السلطات عند اعلانها لحالة الطوارئ فان معظم الاجراءات التي اتخذت اثناء سريانه انما كانت بالاستناد الى قانون مكافحة الارهاب.

وبالرجوع الى هذا القانون نراه ينص في المادة (2) على جملة من الافعال التي عدتها جرائم ارهابية ومن بينها العمل بالعنف والتهديد على تخريب او هدم او اتلاف او اضرار عن عمد مبان او املاك عامة او مصالح حكومية او مؤسسات او هيئات حكومية او دوائر الدولة والقطاع الخاص او المرافق العامة والاماكن العامة المعدة للاستخدام العام او الاجتماعات العامة لارتداد الجمهور او مال عام ومحاولة احتلال او الاستيلاء عليه او تعريضه للخطر او الحيلولة دون استعماله للغرض المعد له بباعث زعزعة الامن والاستقرار، وكذلك العمل بالعنف والتهديد على اثاره فتنه طائفية او حرب اهلية او اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين او حملهم على تسليح بعضهم بعضا وبالتحريض او التمويل، وايضا خطف او تقييد حريات الافراد او احتجازهم او للابتزاز المالي لاغراض ذات طابع سياسي او طائفي او قومي او ديني او عنصر نفعي من شأنه تهديد الامن والوحدة الوطنية والتشجيع على الارهاب (97). وفي الوقت ذاته يلاحظ ان المادة (3) من القانون نصت على اعتبار البعض من الافعال جرائم امن الدولة ومنها كل فعل ذو دوافع ارهابية من شأنه تهديد الوحدة الوطنية وسلامة المجتمع ويمس امن الدولة واستقرارها او يضعف من قدرة الاجهزة الامنية في الدفاع والحفاظ على امن المواطنين وممتلكاتهم وحدود الدولة ومؤسساتها سواء بالاصطدام المسلح مع قوات الدولة او اي شكل من

الاشكال التي تخرج عن حرية التعبير التي يكفلها القانون، وايضا كل من شرع في اثاره عصيان مسلح ضد السلطة القائمة بالدستور او اشتراك في مؤامرة او عصابة تكوّنت لهذا الغرض(98).

وبتحليل هذه الحالات التي تشكل جرائم ارهابية نستطيع ان نستنتج انها يمكن ان تندرج ضمن الحالات التي تكون ظروفها استثنائية وبالتالي العمل باحكامها.ولكن مما يؤسف له ان الارهاب اصبح الذريعة التي تتمسك بها العديد من بلدان الشرق الاوسط وافريقيا وحتى الغربية من اجل الانتقاص من الحقوق والحريات الاساسية للانسان في هذه البلدان واحيانا خارج هذه البلدان ايضا بحجة الدفاع عن (الامن القومي) تحت مظلة الظروف الاستثنائية وحالة الطوارئ الامر الذي يولد المزيد من الارهاب والعنف في هذه البلدان كرد فعل على التطبيق والتفسير غير المبررين لمسالة الارهاب والظروف الاستثنائية(99).

اما بالنسبة للعقوبات المقررة للاخلال بقوانين مكافحة الارهاب خلال الظروف الاستثنائية فان المادة(4) من قانون مكافحة الارهاب في العراق تنص على عقوبة الاعدام لكل من يرتكب - بصفته فاعلا اصليا او شريك عمل ايا من الاعمال الارهابية الواردة بالمادة (2 و3) من هذا القانون، كما يعاقب المحرض والمخطط والممول وكل من مكن الارهابيين من القيام بالجرائم الواردة في هذا القانون بعقوبة الفاعل الاصلي. وفي الوقت ذاته يعاقب بالسجن المؤبد من اخفى عن عمد اي عمل ارهابي او اوى شخص ارهابي بهدف التستر. كما نص على الاعفاء من العقوبات الواردة في هذا القانون كل من قام باخبار السلطات المختصة قبل اكتشاف الجريمة او عند التخطيط لها وساهم اخباره في القبض على الجناة او حال دون تنفيذ العمل(100).

واعتبر عذرا مخففا من العقوبة للجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون للشخص اذا قدم معلومات بصورة طوعية للسلطات المختصة بعد وقوع او اكتشاف الجريمة من قبل السلطات وقبل القبض عليه وادت المعلومات الى التمكن من القبض على المساهمين الاخرين وتكون العقوبة بالسجن. واخيرا عد الجرائم الواردة في هذا القانون من الجرائم العادية المخلة بالشر. كما نص على وجوب مصادرة كافة الاموال

(98) ينظر الفقرتين (1،4) من المادة (3) من القانون.

(99) وفي هذا السياق شدد المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية على أنه على الرغم من أن النزاع المسلح لا يبرر بشكل تلقائي اللجوء الى حالة الطوارئ إلا أن توابع ما بعد 11 سبتمبر لمحاربة الإرهاب جعلت بعض البلدان تستخدم القوة ومجموعة من الإجراءات واسعة النطاق خارج الإقليم استنادا إلى التهديد العالمي للإرهاب، بما جعل الوضع اشبه بحالة حرب "طوال الوقت" ولكن أيضاً في كل مكان. ينظر مضمون تقريره على شبكة الانترنت بعنوان: قوانين مكافحة الإرهاب في الشرق الاوسط في ضوء تقرير المقرر الخاص، منشور على الموقع الالكتروني الاتي:

www.cfjustice.org

تاريخ زيارة الموقع 2020/8/20.

(100) ينظر نص المادة (5) من القانون.

والمواد المضبوطة والمبرزات الجرمية او المهينة لتنفيذ العمل الاجرامي .وفيما عدا هذه العقوبات تطبق احكام قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل على كل ما لم يرد به نص في هذا القانون(101) .

3.2: القيود المتعلقة بحقوق الانسان خلال الظروف الاستثنائية

من المعلوم ان القوانين الاستثنائية بما تتضمنه من احكام تقرر صلاحيات واسعة للسلطة التنفيذية من اجل مواجهة المخاطر الناجمة عن هذه الظروف، هذه الصلاحيات في واقع الامر تتضمن قيودا واضحة المعالم ومساسا بحقوق الانسان وحرياته الاساسية ولكن هذه القيود وضعت حماية لمصلحة المجتمع من اخطار التي تتضمنها الظروف الاستثنائية، الا ان ذلك لا يعني عدم التعسف بما يزيد عن الحد اللازم لهذه الحماية. من هذا المنطلق سعت الدول عبر الوثائق والصكوك الدولية الى تحديد هذه القيود بحيث ينبغي على الدول الالتزام بما تضمنته هذه الصكوك الدولية من احكام عند اصدار تشريعاتها الداخلية المعالجة للظروف الاستثنائية. ومن هذا المنطلق نصت المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966 على ما يلي: (1- في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ، في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد، شريطة عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي. 2- لا يجوز هذا النص أي مخالفة لأحكام المواد 6 و 7 و 8 (الفقرتين 1 و 2) و 11 و 15 و 16 و 18...3- على أية دولة طرف في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فوراً، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تنقيد بها وبالسبب التي دفعتها إلى ذلك. وعليها، في التاريخ الذي تنهى فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته). كما ان المادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الرابع لعام 1949 نصت على وجوب معاملة الاشخاص الوارد ذكرهم فيها معاملة انسانية في جميع الاوقات والاماكن مع حظر الافعال الوارد فيها.

من تحليل موقف العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وكذلك اتفاقيات جنيف الرابع نستطيع القول بأن القيود المتعلقة بحقوق الانسان خلال الظروف الاستثنائية على نوعين احداها ممنوعة واخرى مباحة، لذلك سنتناول هذين النوعين من خلال مطلبين: الاول يخصص للقيود الممنوعة والثاني للقيود المباحة:

1.3.2: القيود الممنوعة

نقسم هذا المطلب الى فرعين: نتناول في الفرع الاول القيود الممنوعة بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية اما الثاني فنخصصه لبحث القيود الممنوعة بموجب اتفاقيات جنيف الرابع:

الفرع الاول: القيود الممنوعة بموجب العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

بادئ ذي بدء يلاحظ على نص المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية السالفة الذكر انها اوجبت بعض الشروط لامكانية اعلان حالة الطوارئ والتي تتجسد فيما يلي:

- 1- يجب ان تكون حالة الطوارئ المحلية ذا تأثير كبير بحيث يعم الامة بأسرها، ووفق هذا المعيار فان حدة الظروف الاستثنائية مهما كانت فانها لا تبرر اعلان حالة الطوارئ ما لم (تهدد حياة الامة). ولكن لا يشترط ان تكون هذه الحالة مهددة بقاء الامة بل يكفي ان تكون ذا تأثير كبير على الحياة المنتظمة بحيث يكون من شأنها ان تؤدي الى انهيار النظام او الاتصالات الى درجة يصعب معها استمرارية الحياة المنتظمة.
- 2- ينبغي على الدولة ان تعلن بشكل رسمي حالة الظرف الاستثنائي وفق الاجراءات المرسومة في قوانينها من اجل اعلام الناس بذلك ويجب ان يتضمن الاعلان كافة البيانات اللازمة من الاسباب التي ادت الى اعلان حالة الطوارئ والمنطقة التي سيطبق فيها والفترة التي ستستغرقها.
- 3- ينبغي على الدولة ان تخطر الدول الاطراف في العهد بوقوع الظرف الاستثنائي ولجوءها الى احكامها، ويجب ان يكون هذا الاخطار مشتملا على الاحكام التي ترغب الدولة بعدم التقيد بها والاسباب التي دفعتها لذلك ومدة بدء الحالة الاستثنائية وانتهائها. ويكون الاخطار عن طريق الامين العام للأمم المتحدة، ويترتب على اغفال الاخطار حرمان الدولة من التمتع برخصة التحلل من الالتزامات وبالتالي تصبح الاجراءات التي تقوم بها غير مشروعة لانتهاكها المباشر لاحكام العهد الدولي (102).
- 4- يجب ان تكون الاجراءات المتخذة من قبل الدولة اثناء الظروف الاستثنائية متناسبة مع جسامة وشدة الخطر الناجم عنها أي عدم وجود بدائل عن تلك التي اتخذتها الدولة. كما ينبغي ان لا تفرض الدولة بموجب هذه الاجراءات قيودا على حقوق الافراد تنطوي على تمييز بسبب العرق او الجنس او اللون او اللغة او الدين او الاصل الاجتماعي. كما ينبغي اخيرا ان تكون هذه الاجراءات مخالفة لالتزامات الدولة بموجب احكام القانون الدولي أي عدم مخالفتها لمعاهدة او قانون متعارف عليه دوليا.

وبالرجوع الى القيود التي منعتها المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية نراها موزعة بين المواد (6،7،8،11،15،16،18) من العهد نفسه وهي بطبيعتها لا تقبل التقييد او المساس بها تحت أي ظرف كان وتتجسد بما يلي:

- 1- الحق في الحياة.
- 2- الحق في عدم التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية او غير الانسانية او المهينة.
- 3- الحق في التحرر من العبودية.
- 4- الحق في عدم السجن لمجرد العجز عن الوفاء بالتزام تعاقدى.
- 5- الحق في حظر سرعان القانون الجنائي بأثر رجعي.
- 6- الحق في الشخصية القانونية.
- 7- الحق في حرية الفكر والوجدان والدين.

الفرع الثاني: القيود الممنوعة بموجب اتفاقيات جنيف الاربع وبروتوكولاتها.

نصت المادة (3) المشتركة لاتفاقيات جنيف الاربع على ما يلي: (في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة، يلتزم كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية: 1- الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم، والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر، يعاملون في جميع الأحوال معاملة إنسانية، دون أي تمييز ضار يقوم علي العنصر أو اللون، أو الدين أو المعتقد، أو الجنس، أو المولد أو الثروة، أو أي معيار مماثل آخر. ولهذا الغرض، تحظر الأفعال التالية فيما يتعلق بالأشخاص المذكورين أعلاه، وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن: أ/الاعتداء علي الحياة والسلامة البدنية، وبخاصة القتل بجميع أشكاله، والتشويه، والمعاملة القاسية، والتعذيب، ب/أخذ الرهائن، ج/الاعتداء علي الكرامة الشخصية، وعلي الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة، د/إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلا قانونيا. وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب المتمدنة. 2- يجمع الجرحى والمرضى ويعتني بهم. يجوز لهيئة إنسانية غير متحيزة، كاللجنة الدولية للصليب الأحمر، أن تعرض خدماتها علي أطراف النزاع. وعلى أطراف النزاع أن تعمل فوق ذلك، عن طريق اتفاقات خاصة، علي تنفيذ كل الأحكام الأخرى من هذه الاتفاقية أو بعضها. وليس في تطبيق الأحكام المتقدمة ما يؤثر علي الوضع القانوني لأطراف النزاع).

من ذلك يتضح ان هذه المادة اتت ببعض الشروط لامكان تطبيقها، وتتجسد فيما يلي:

- 1- ان يكون هنالك نزاع مسلح غير ذات طابع دولي بمعنى ان يكون النزاع المسلح واقعا على اراضي دولة طرف في الاتفاقية.
- 2- عدم جواز التمييز بين الافراد على اساس العنصر او اللون او الجنس او الدين او اللغة او المعتقد او المولد او الثروة او أي سبب اخر.
- 3- معاملة الاشخاص الذين لا يشتركون في الاعمال العدائية او العاجزين عن القتال بسبب المرض او الجرح او الاحتجاز او لاي سبب اخر معاملة انسانية تليق بالانسان وكرامته
- 4- تطبيق القيود التي انتت بها المادة يكون في كل الاوقات وكل الاماكن،بمعنى حتى في حالة الظروف الاستثنائية،لذلك لا يجوز قبول معايير ادنى منها حتى في حالات الطوارئ.
- 5- يحظر الافعال الاتية على الاشخاص المشار اليهم في اعلاه وفي أي وقت ومكان كان:
 - الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية.
 - اخذ الرهائن.
 - الاعتداء على الكرامة الشخصية.
 - اصدار احكام دون اجراء محاكمة امام محكمة مختصة.

اما البروتوكولين الاضافيين فقد صدرا عام 1977،والاول يتضمن احكاما معينة خاصة بتحسين حالة الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار عن نشوب نزاع مسلح دولي ويحظر استعمال اساليب ووسائل الحرب ان تتسبب باصابات غير ضرورية.اما البروتوكول الثاني فيطبق في حالة النزاعات الداخلية أي بين القوات المسلحة لاحدى الحكومات وقوات مسلحة منشقة او جماعات مسلحة نظامية اخرى تمارس السيطرة على جزء من اراضيها دون الاضطرابات الداخلية،ويؤكد البروتوكول على ضرورة المعاملة الانسانية دون تمييز مجحف لجميع الاشخاص الذين لا يشتركون بصورة مباشرة او الذين يكفون عن الاشتراك في الاعمال الحربية ويورد عددا من الافعال المحظورة حظرا تاما مثل الاغتيال والتعذيب والتشويه وغير ذلك.

حاصل ما تقدم عندما تعلن دولة ما اللجوء الى الاحكام المتعلقة بالظروف الاستثنائية وعلان حالة الطوارئ فيجب عليها ان تعلنها وفقا لما تقدم وبذلك تكون حقوق الافراد اقل مساسا او انتهاكا خصوصا اذا ما روعيت الشروط والقيود التي تنص عليها دستورها وقوانينها كما اتضح سابقا خلال هذه الدراسة.اما اذا لم تراع هذه القيود او الشروط فان هذه الحقوق تكون عرضة للانتهاك،مع التذكير ان ما جاءت بها الاتفاقيات الدولية بصدد القيود التي لا يجوز فرضها على حقوق الانسان اثناء الظروف الاستثنائية تمثل الحد الادنى اذ لا يجوز للدول

ان تنزل عن هذا الحد والا تعرضت للمساءلة الدولية،وبذلك تعتبر هذه القيود ضمانة دولية مهمة لحماية حقوق الانسان في ظل الظروف الاستثنائية(103).

2.3.2: القيود المباحة

نقصد بالقيود المباحة تلك التي يمكن ان تفرض على حقوق الانسان اثناء الظروف الاستثنائية والتي لا تتعارض مع الدستور والقوانين الدولية.ومن منطق المفهوم المعاكس لما تقدم بشأن القيود الممنوعة دوليا يكون تقييد حقوق الانسان مبررا ومباحا بل يفرضه واجب حماية المجتمع من مخاطر الظروف الاستثنائية.

عليه فقد استقرت سوابق هيئات رصد المعاهدات الدولية على اسباب طابع عدم جواز التقييد بهذه الحقوق لذلك يجوز للدول متى ما اعلنت حالة الطوارئ رسميا بسبب ظرف استثنائي اتخاذ تدابير(في اضيق نطاق) تدابير استثنائية تمس طائفة من الحقوق المدنية والسياسية الاخرى غير تلك الواردة في المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الي قد يكون تقييدها بحكم طبيعة الاشياء ضرورية للتغلب على المخاطر والتهديدات الطارئة او الاستثنائية لحياة الدول.ولكن ينبغي التأكيد على ان الحدود على الحقوق هو الاستثناء وليست القاعدة وهذه الحدود محددة بنصوص مختلف معاهدات حقوق الانسان لذا ينبغي على القانون المنظم للظرف الاستثنائي التقييد بها وان تكون ضرورية من اجل احترام حقوق الاخرين وحماية الامن الوطني او النظام العام او الصحة العامة او الاداب العامة(104).

تشمل طائفة الحقوق التي يجوز تقييدها خلال الظروف الاستثنائية ما يلي:

- 1- حرية التنقل والسفر.
- 2- حرمة الحياة الخاصة والمراسلات.
- 3- حرية الرأي والتعبير.
- 4- الحق في التجمع السلمي.
- 5- حرية تكوين الجمعيات وانشاء النقابات.
- 6- الحق في المشاركة في الشؤون العامة.

(103)ينظر:افين خالد عبد الرحمن،مصدر سابق،ص 128 وما بعدها.

(104)ينظر:علي الدين هلال وغسان سلامة،الديمقراطية وحقوق الانسان في الوطن العربي،مركز الدراسات الوحدة العربية،1983،ص288.

الفصل الثالث

الرقابة القضائية خلال الظروف الاستثنائية وآثارها

قد يتبادر إلى الذهن بأن الظروف الاستثنائية يمكنها أن تمحو كل العيوب التي قد تشوب محل الشرعية سواء تمثل بالقرار الإداري أو الإجراءات الجزائية، على أساس أن مصلحة المجتمع في الحفاظ على نظامه وأمنه، يستوجبان عدم إلزام سلطات الدولة التقيد بشروط هذا المحل، كما ينبغي ذلك في الظروف العادية، وعلى أساس ذلك فلا موجب لفرض أية رقابة على أعمال هذه السلطات. ولكن هذا الإعتقاد سرعان ما يزول، إذا ما علمنا بأن ذات المصلحة تقتضي بعدم السماح بالتصرف الكيفي من قبل هذه السلطات، إذ تقوم بتقييد حريات الأفراد مع إستباحة حرمان مساكنهم، إلى غير ذلك من الإجراءات الأخرى، ودون ضوابط معينة، وذلك من واقع أن الظروف الاستثنائية هي التي تسوغ ذلك. ومن هذا المنطلق رسم المشرع الطريق الذي يجب أن يتم سلوكه خلال فترة الظروف الاستثنائية كما سبق بيانه في الفصل السابق، وفي ذات الوقت أوجد آلية معينة، للتأكد من عدم مخالفته من قبل السلطة القائمة على تطبيق القانون الإستثنائي، وتتمثل هذه الآلية بالرقابة على التدابير التي تتخذ في ظل هذا الظرف، حمايةً لحقوق وحريات الأفراد، إذن لا يمكن لهذه السلطة إتخاذ الإجراءات أو القرارات بدون رقابة تمارسها جهة أو سلطة أخرى، تحقيقاً للشرعية، وتختلف هذه الرقابة باختلاف النظام القانوني الذي يحكم الظروف الاستثنائية، فيما لو كان دستورياً أو قانوناً عادياً، إلا أنها على العموم تندرج تحت نوعين: رقابة قضائية، وأخرى غير قضائية، وفي إطار هذه الرقابة ولاسيما القضائية منها تتم الموازنة بين مصلحة المجتمع في الحفاظ على أمنه ونظامه، وبين مصلحة الأفراد في حماية حرياتهم من الإنتهاك إذ لا تطغى إحداها على الأخرى، ويملك القضاء وسائل معينة لضمان رقابته على الشرعية الإجرائية، وحمايتها، والحد من هذا الإنتهاك، وتتمثل بجزائي البطلان والإلغاء، واللذين يفرضان على كل إجراء أو قرار إتخذ بالمخالفة لهذه الشرعية. ومن أجل الإحاطة بنوعي الرقابة يتوجب تقسيم هذا الفصل على مبحثين: الأول لبيان الرقابة القضائية، والثاني لتوضيح الرقابة غير القضائية.

1.3: الرقابة القضائية

تعد الرقابة القضائية من أهم صور الرقابة على الشرعية سواء في الظروف العادية أم الاستثنائية، بالنظر للخصائص التي يتمتع بها القضاء، والتي تجعله جديراً لتولي هذه المهمة. ومن خلال مراجعة القوانين الاستثنائية المقارنة يظهر أن هذه الرقابة تنقسم بدورها على نوعين: رقابة القضاء الإداري، ورقابة القضاء الجزائي، وتترتب على هذه الرقابة اثار معينة تصب في حماية الشرعية ولكن كثيرة ولكن اهمها الإلغاء والبطالان بمعنى الغاء القرار الاداري المعيب او الذي اتخذ خلافا لشروطه القانونية وبطالان العمل الاجرائي الجزائي اذا كان مخالفا لشروط صحته. عليه سنقسم هذا المبحث إلى الى مطلبين:الأول لرقابة القضاء الإداري، والثاني لرقابة القضاء الجزائي:

1.1.3: رقابة القضاء الاداري

نقسم هذا المطلب الى فرعين:نبحث في الفرع الاول مضمون القضاء الاداري وفي الفرع الثاني نسلط الضوء على نتائج هذه الرقابة:

الفرع الاول: مضمون رقابة القضاء الاداري

أدى تكييف بعض التدابير التي تتخذ بموجب القوانين الاستثنائية في مصر وفرنسا بكونها قرارات إدارية، إلى فرض القضاء الإداري رقابته عليها باعتبار ان ذلك يدخل ضمن إختصاصه 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 الإستثنائي⁽¹⁰⁵⁾. 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 نظاماً إستثنائياً ، لمبدأ سيادة القانون ثم لرقابة القضاء⁽¹⁰⁶⁾. والقضاء الإداري في مهمته هذه إنما يراقب مدى تحقق شرعية هذه القرارات، باعتبار الأخيرة محل الشرعية وذلك بفحص شروط صحة هذه القرارات (الإختصاص ، الغاية ، السبب ،

(105) إن نتعرض لموقف القضاء الإداري العراقي في هذا المجال لأنه لم يصدر عن هذا القضاء بعد عام 2005 قرارات تخص الظروف الاستثنائية، ولكن يمكن تلمس احكام الظروف الاستثنائية في قراراتين للقضاء العادي والمحكمة الاتحادية سنشير الى ذلك فيما بعد.

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

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 أيضاً بين إعتبار هذه الحماية من ناحية وإعتبار مصلحة المجتمع في الحفاظ على أمنه ونظامه من مخاطر هذا الظرف من ناحية أخرى إذ يتساهل في بعض القرارات التي لا تتوافر فيها شروطاً معينة، ومن ثم لا يحكم بإلغائها تماشياً مع المشروعية الاستثنائية 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 إستناداً إلى قانون الطوارئ⁽¹⁰⁷⁾.

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 الإختصاص الذي رسمتها لها هذه القوانين الأمر الذي قد ينشأ عنه إعتداء خطير على الحرية الفردية ومن ثم خرق لمبدأ المشروعية لذلك نرى أن هذا القضاء ينتهي في أحيان كثيرة من رقابته على شرط الإختصاص إلى الحكم لا بإلغاء القرار الإداري المخالف لهذا الشرط بل بإنعدامه نظراً لجسامة هذه المخالفة⁽¹⁰⁸⁾. أما إذا كانت هذه المخالفة بسيطة فإنه يكفي بإلغاء القرار. ومن الأمثلة على ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا بمصر في إحدى قراراتها التي قضت بإنعدام قرار رئيس الجمهورية الصادر بناءً على إعلان حالة الطوارئ إذ جاء في حيثيات هذا القرار أنه: (... القرارات التي أصدرها رئيس الجمهورية بفرض الحراسة على أشخاص طبيعيين مبرراً ذلك بما تخوله نصوص الطوارئ يعد إعتداءً على الحرية الشخصية التي لا يجوز تقييدها إلا بقانون ولذا فإن هذه المخالفة تعتبر إغتصاباً للسلطة التشريعية مما تجعل قرار رئيس الجمهورية في هذا الشأن بمرتبة الفعل المادي معدوم الأثر قانوناً فهو قرار ينحدر إلى مرتبة العدم... الخ)⁽¹⁰⁹⁾ وفي ذات الإتجاه ذهب مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه إلى عد قرار مدير الأمن بتقييد حرية الأشخاص وإعتقالهم قراراً مشوباً

(107) تجدر الإشارة إلى أنه رغم إتفاق 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 انهما اختلفا في مدى خضوع قرار إعلان حالة الطوارئ لهذه الرقابة من عدمه، إذ إتجه 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: د.سامي جمال الدين ، مصدر سابق، ص339 وما بعدها.

(108) تجدر الإشارة إلى ان العيب الذي يلحق بشرط الإختصاص ،إما يكون جسيماً ويسمى بعيب الإختصاص الجسيم أو إغتصاب السلطة، فيؤدي إلى إنعدام القرار الإداري ، وإما يكون أقل جسامة ويسمى بعيب الإختصاص البسيط، وهو يجعل القرار قابلاً للإلغاء.

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

بعدم المشروعية ويهوي به إلى درجة الإنعدام لعدم إختصاصه بإتخاذ هذه التدابير بموجب قانون الطوارئ⁽¹¹⁰⁾.

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 أيضاً ويوجب توافر هذين الشرطين في أي قرار إداري يصدر بشأن الضبط الإداري في حالة الطوارئ. ف فيما 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 وهو 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 ينفق 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 إستخدام 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 إلغاءها لعدم مشروعيتها⁽¹¹¹⁾ فقرارات الإعتقال أو القبض مثلاً التي تلجأ اليها 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 مثلاً أو أي هدف آخر بعيد عن هدف الحفاظ على النظام أو الأمن العام فإن القضاء لابد أن يقرر الحكم بإلغائها بسبب إنحرافها عن الغاية حماية لحرريات الأفراد ومن ثم للمشرعية⁽¹¹²⁾.

ولا يختلف الأمر فيما يتعلق بشرط السبب أيضاً فالقضاء الإداري سواء في مصر أم فرنسا يؤكد على بسط رقابته على هذا الشرط على أساس أن هذه الرقابة تشكل ضمانة هامة وأساسية للتحقق من شرعية تصرفات

(110) ينظر: Gabriel Vught, op.cit, P399.

(111) للمزيد حول ذلك ينظر: د. علي خنجر شطناوي، مصدر سابق، ص 107 - 108، د. عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 353 وما بعدها، وينظر أيضاً:

TROTABAS (L.) et ISOART (P.), op.cit, p230-231

(112) ومن ناحية أخرى يلاحظ أنه وبسبب صعوبة إثبات عيب الإنحراف 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.

سلطة الطوارئ وخضوعها لحكم القانون فهذه السلطة فـي ممارستها لإختصاصاتها المنوطة بها بموجب قانون الطوارئ يجب ألا تخضع لما تملية عليها الأهواء والميول وإنما يلزم أن تستند في كل ما تصدره من قرارات إلى أسباب واقعية تسوغ لها ذلك ولقد أقام هذا القضاء مبدءا عاما مقتضاه ضرورة إستناد 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⁽¹¹³⁾. ويزخر القضاء الإداري المصري والفرنسي بالأحكام التي يظهر فيها سلطته في فرض رقابة مشددة في هذا الصدد وإتجاهه إلى إلغاء القرار الذي يتبين أنه معيب من ناحية سببه، فالقضاء المصري تمسك منذ نشأته بإلغاء أي قرار إداري لا يتوافر فيه الوقائع المبررة لصدوره خصوصا إذا تعلق الأمر بالحرية الشخصية كما هو الحال فيما يخص قرارات الحجز والإعتقال ففي أحد أحكامه ذهب إلى أن: (خطورة الشخص على الأمن والنظام لكي تكون سببا جديا يبرر مثل هذه الإجراء المقيد للحرية يجب أن تستمد من وقائع حقيقية منتجة في الدلالة على هذا المعنى وأن تكون هذه الوقائع أفعالا معينة ليثبت إرتكاب الشخص لها ومرتبطة إرتباطا مباشرا بما يراد الإستدلال عليه بها ومن ثم فإن ما أثارته مذكرة المباحث العامة من شكوك في هذا السبيل لا يسوغ إستعمال السلطة الاستثنائية في الإعتقال إذ أن الإجراءات التي رسمها القانون – إن كان ثمة جريمة – كفيلا 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 مخالفا للقانون متعين الإلغاء وتكون الدعوى على أساس سليم حقيقة جديرة بالقبول)⁽¹¹⁴⁾.

ولا يكتفي القضاء الإداري المصري برقابة الحد الأدنى لأسباب القرار الإداري، بل أنه يفرض رقابته على

(113) ينظر: د. محمد محمد بدران ، مصدر سابق، ص91 وما بعدها ، د.علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، مصدر سابق، ص106 ، د.عمر محمد الشوبكي ، مصدر سابق، ص343 وما بعدها.

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

سلامة التكليف القانوني الذي أسبغته سلطة الطوارئ على الوقائع، إذ يتطلب في هذه الوقائع أن تكون مستخلصةً إستخلاصاً سائعاً 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 وصحياً مستخلصاً إستخلاصاً سائعاً من أصول ثابتة ومنتجة وقانونية، بأن تتحقق فيه الشروط والصفات الواجب توافرها قانوناً) (115)، 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 يختلط 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 إتضح أن هذه الأسباب لم تكن جدية ولم تكن لها من الأهمية الحقيقية ما يسوغ التدخل لتقييد الحريات العامة، كان القرار غير صحيح الخ) (116).

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 إتخاذها أصبح فيما بعد يفرض رقابة شديدة في هذا المجال إذ أصبحت رقابة الوجود المادي للوقائع التي يمارسها القضاء الإداري كما يقول البعض (شياً مبتدلاً وقاعدةً مطلقةً لا يرد عليها

(115) ينظر القرار المرقم 689 لسنة 14 ق في 1961/4/18. أشار إليه: د. عادل أبو الخير، مصدر سابق، ص 436.

(116) ينظر القرار المرقم 3127 لسنة 7 ق في 1956/3/25. أشار إليه: د. محمد الوكيل، مصدر سابق، ص 495.

في فرنسا أي إستثناء) (117).

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 إستند إليها (وهو مجرد إنتماء هذا الشخص لتنظيم سري هدفه الإخلال بالأمن) وإنتهى 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(118). وإذا إنتقلنا إلى مسألتنا التكيف القانوني للوقائع التي تستند إليها سلطة الطوارئ أو الاحكام العرفية والملاءمة بين القرار المتخذ وخطورة السبب لوجدنا أن القضاء الإداري الفرنسي يكاد لا يمارس رقابة تذكر فيما يخص مسألة التكيف إذ يتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى إعطاء هذه السلطة بعض الحرية في تفسير نصوص قوانين الطوارئ والأحكام العرفية لتشمل إختصاصات إستثنائية غير واردة في صريح نصوص هذه القوانين من أجل مواجهة الأحداث التي يمكن أن تنشأ عن الظروف الاستثنائية 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(119). 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 يتوافر فيه التناسب مع خطورة السبب إذ يقرر في هذا الصدد أن الصلاحيات التي أناطها المشرع بسلطة الطوارئ فيها مساس 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 إستدعت إتخاذها وبخلافه يكون هذا القرار مفتقداً إلى سبب يبرره ومن ثم حرياً بالإلغاء(120).

ولا تقتصر رقابة القضاء الإداري في مصر وفرنسا على الشروط السالف ذكرها فيما يخص للقرار الإداري في ظل الظروف الاستثنائية بل إنه يعمل هذه الرقابة فيما يتعلق بالشرطين الآخرين أيضاً وهما الشكل والمحل فففيما 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 جزاءً في حال

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

(118) أشار إليه: TROTOBAS (L.) et ISOART (P.), op.cit, p239.

(119) تجدر الإشارة إلى أن هذا الموقف من قبل القضاء الإداري الفرنسي كان محل نقد من قبل الفقه الفرنسي، الذي يرى بأن إمتناع القضاء عن رقابة التكيف لا يستند إلى أية إعتبارات قانونية تذكر. ينظر: د. عادل أبو الخير، مصدر سابق، ص 434.

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

مخالفة القرار للشكل الأول دون الثاني ، كما أن القضاء يراقب محل القرار من حيث ضرورة كونه ممكناً وجائزاً فإستحالة 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⁽¹²¹⁾. 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 بإتخاذ 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 عليا تتصل بسلامة البلاد أن تدقق وتتحرى وتتفحص على النحو الذي عليها إتباعه في ظروف هادئة ومألوفة... الخ) (122) وفي حكم آخر رفض فيه وقف تنفيذ أمر إعتقال أصدره الحاكم العسكري العام وقد جاء في حيثيات الحكم أن: (النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية فإذا طرأت ظروفًا إستثنائية ثم اجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية فإن ذلك سوف يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة تتعارض ونية واضعي تلك النصوص بالقوانين 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) (123). 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

(121)نظر القرار المرقم 1880 لسنة 6ق والصادر بتاريخ 1956/3/18. أشار إليه : د.محمد الوكيل ، مصدر سابق، ص464.

(122) 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، ص494.

(123) ينظر القرار المرقم 956 لسنة 5ق والصادر بتاريخ 1962/6/30. أشار إليه : د.محمد الوكيل ، مصدر سابق، ص464. وينظر أيضاً نص المادة (3) من قانون الطوارئ المصري، والذي أجاز أصلاً لسلطة الطوارئ الحجر على الحريات دون التقيد بقانون الإجراءات الجنائية .

فإنه وفي الوقت نفسه عندما تواجه سلطة الطوارئ ظروفاً إستثنائية لا تستطيع حتى الصلاحيات الاستثنائية المقررة بموجب هذا القانون مواجهتها فإن هذا القضاء يجيز لهذه السلطة إتخاذ تدابير لانجد لها سنداً في قانون الطوارئ ذاته أي بمعنى تبرير مخالفة محل القرار الضبطي بهدف مواجهة تلك الظروف وذلك أيضاً إعمالاً بالنظرية القضائية للظروف الاستثنائية (124).

والملاحظ أن مرونة الرقابة القضائية تمتد حتى إلى شرط الإختصاص أيضاً ولكن في أحوال قليلة جداً إذ يرخص القضاء في بعض الأحيان لسلطة الطوارئ مخالفة بعض قواعد الإختصاص 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 (125) . ومن الأمثلة على ذلك في قضاء مجلس الدولة المصري حكم المحكمة الإدارية العليا في إحدى القضايا والتي أقرت فيها لسلطة الطوارئ بمباشرة إختصاصات تدخل في ولاية السلطة التشريعية إذ جاء فيه أنه : (... ولنن 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 على تنفيذ هذا الحكم إخلالاً بالصالح العام يتعذر تداركه كحدوث فتنه أو تعطيل سير مرفق عام فيجوز تعطيله ترجيحاً للصالح العام على الصالح الفردي الخ) (126).

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 وسواء في مصر أم فرنسا تطبيقاً لمبدأ المشروعية التي تقررت حماية لهذه الحرية بل أن هذا القضاء يتشدد في فرض هذه الرقابة بفحص شروط صحة القرار الإداري المتخذ من قبل سلطات الطوارئ ومن ثم يفرض

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

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

(126) ينظر القرار المرقم 234 لسنة 4ق والصادر بتاريخ 1960/5/8 . أشار إليه : د. محمد الوكيل ، مصدر سابق، ص 461 .

جزاء الإلغاء على هذا القرار في حالة عدم إشتماله 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 ليست له حدود أو ضوابط فالرقابة القضائية بهذا الصدد تؤمن للفرد حريته وتفرض سيادة القانون ومن ثم تحقق المشروعية.

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 الإختصاصات الأخرى غير المنصوص عليها في قانون الطوارئ إذا كانت صلاحياتها الواردة في هذا القانون لا تكفي لمواجهة ما يستجد من ظروف إستثنائية غير متوقعة كما أنه يسمح لهذه السلطة في بعض الأحيان بإتخاذ قرارات لا يتوافر 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 إستثنائية 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.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على الرقابة

الإلغاء هو الجزاء 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⁽¹²⁷⁾. 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 جزاءً على القرار المخالف للقانون وإلغاء القرار من قبل القضاء يكون الإداري يكون دائماً بأثر رجعي أي من تاريخ صدوره من قبل جهة الإدارة إذ يعد هذا القرار وكأنه لم يصدر مطلقاً⁽¹²⁸⁾.

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

(128) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، الدعوى الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 29.

وتشترط القوانين عادةً 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 سواء 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 تأريخ نشر القرار أو إعلانه لصاحب الشأن ويستثنى من ذلك القرارات التي يلحقها عيب جسيم يهوي بها إلى درجة الإنعدام إذ أن هذا العيب تفقد هذه القرارات صفتها الإدارية ويجوز الطعن بها في أي وقت دون التقيد بمدة معينة⁽¹²⁹⁾ والمفهوم المخالف لهذا القول يعني أن مضي المدة دون طعن يؤدي إلى إستقرار 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 تأباه العدالة لايستقيم 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 بالإعتقال 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 معلق على حدوث واقعة معينة وهي عدم الإفراج عن المعتقل أو المقبوض عليه خلال ثلاثون 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 والإعتقال كلما إنقضى ثلاثون يوماً من تاريخ رفض الطعن .

فضلاً 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 تنتهي أثرها بإنهاء 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

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

حصول هذا الطعن إلا أن القضاء يستثني من ذلك القرارات التي تتخذ خلال حالة الطوارئ حماية لحرريات الأفراد(130).

وفضلاً عن الإلغاء القضائي يتضح أيضاً 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 كجزاء تفرضه الإدارة على القرار الذي تخالف به القانون ويلاحظ أن هذا الأمر لا يعد فقط حفاً 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 (131). فضلاً 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 تمييزاً له عن الإلغاء القضائي(132). 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 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 (133). 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 فنلتزم 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 مستحيلًا في بعض الأحيان ومنها: حالة قرارات القبض أو الإعتقال التي تصدر خلال حالة الطوارئ إذ أن تنفيذها قد إقترن مع الزمن

(130) في هذا الصدد يلاحظ بأن المادة (57) من الدستور المصري لعام 1971 كانت تعد كل إعتداء على الحرية الشخصية التي كفلها الدستور، جريمة لا يسقط الدعوى الجزائية ولا المدنية الناشئة عنهما بالتقادم، والمشرع، كما يرى بعض، لم يقصد قصر عدم السقوط على الدعيين الجزائية والمدنية دون الدعوى الإدارية، وإنما قصد عدم سقوط الدعوى الجزائية وغير الجزائية، أي كافة الدعوى المتعلقة بالإعتداء على الحريات العامة، وعلى ذلك فإنه يجوز الطعن بالقرارات الإدارية التي تحمل هذا الإعتداء أمام القضاء الإداري بواسطة دعوى الإلغاء وفي أي وقت من أجل الوصول إلى إغائها، إذ لا تخضع هذه الدعوى لأي تقادم. ينظر: د. ماجد راغب الحلو، دعاوي الإدارية، مصدر سابق، ص 108.

(131) يلاحظ أنه إذا كان القضاء الإداري يقيد إستعمال الإدارة لسلطتها في سحب القرار الإداري خلال فترة معينة، وهي مدة الستون يوماً اللازمة لرفع دعوى الإلغاء، إلا أنه يستثني من ذلك القرارات المدعومة، 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.

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

(133) 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.

وإنطوت معه إذ يستحيل 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 للمضروب من هذه القرارات بالإلتجاء إلى القضاء لطلب التعويض(134).

2.1.3: رقابة القضاء الجزائي

على غرار المطلب الأول سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول منه مضمون الرقابة الجزائية، وفي الفرع الثاني نبحث في نتائج هذه الرقابة:

الفرع الأول: مضمون الرقابة

إذا كان القضاء الإداري يبسط رقابته على جزء من التدابير المتخذة في ظل الظروف الاستثنائية ، فإن القضاء الجزائي يفرض رقابته على الجزء الآخر من هذه التدابير كي يتحقق من مشروعيتها ومدى موافقتها للقانون، وتبرز هذه الرقابة في نطاق الدعوى الجزائية أي في إطار الخصومة الجزائية حيث يبسط هذا القضاء رقابته على الأعمال الاجرائية الجزائية المتخذة في هذا الإطار للتأكد من مطابقتها للقانون تحقيقاً للشرعية الاجرائية.

والرقابة الجزائية على الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية تتخذ صورتين رئيسيتين كأصل عام، كما هو الحال فيما يتعلق بالظروف العادية . فالصورة الأولى تظهر من خلال المباشرة الفعلية للإجراءات التي تتخذ بناءً على القانون الذي ينظم حالة الظروف الاستثنائية كالقبض، والتوقيف، والإستجواب الخ، وهو أمرٌ 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، حماية 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، وذلك بمراجعة الجهات القضائية الجزائية العليا للإجراءات والقرارات التي إتخذتها الجهات الأدنى منها من تلقاء نفسها ، وإما عن طريق

(134)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، ص376 وما بعدها. وبناءً على ذلك فإذا صدر قرارٌ بالإعتقال 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..

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 ويتفحص 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 فقرات متتالية:

أ-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 (جج ، جنج ، جنجات ، 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 مشروعيتها ، 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 أعطاها 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: (يخضع قرارات وإجراءات رئيس الوزراء لرقابة محكمة التمييز ومحكمة التمييز في إقليم كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم، وإنهاء 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) (135).

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

(135) ويبدو أن هذه الأمر جاء متسقاً مع حكم المادة (90) من الدستور العراقي الدائم ، 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 الاتحادية).

بسريران قانون أصول المحاكمات الجزائية على الجرائم التي تختص هذه المحاكم بالتحقيق والنظر فيها (م7/ رابعاً) ، 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(136) ، كما أن القانون أوجب على قاضي التحقيق أن يباشر بنفسه بعض الإجراءات المهمة، كضرورة إستجواب المتهم، وتدوين إفادته، ولا سيما لو تضمن إقراراً منه بالجريمة المسندة إليه (137) ، فضلاً عن ذلك فإن الإجراءات الخطيرة الأخرى لا يجوز مباشرتها الا بقرار من قاضي التحقيق كالتفتيش والقبض والتوقيف(138)، فيما عدا الحالات الاستثنائية (139). 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 (140)، ومن 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 تتعلق 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 .

أما الجانب الثاني الذي يتعلق بمحكمة الجنايات فيتضح عند إنعقادها بصفة تمييزية للنظر في الطعون المقدمة ضد الإجراءات المعيبة التي حصلت أثناء التحقيق الابتدائي(141) 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 (142) كما تمارس المحاكم العليا (الإستئناف بصفتها التمييزية التمييز) الرقابة والإشراف أيضاً إذ تبسط محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية هذه الرقابة على الإجراءات والقرارات الصادرة من محكمة

(136) ينظر نصوص المواد (51 – 57 /أصول عراقي) ولكن هناك حالات إستثنائية يقوم فيها عضو الإدعاء العام وأعضاء الضبط القضائي بالتحقيق في بعض الأمور وفقاً للمادة (3) من قانون الإدعاء العام والمواد (40-50/أصول عراقي) وحتى في هذه الحالات الإستثنائية يجب أن يعرض ما تم إجرائه في النهاية على قاضي التحقيق لكي يقرر ما يراه بشأنه.

(137) ينظر نص المادتين (123 128 / ب أصول عراقي).

(138) ينظر نصوص المواد (72/ب 109 92 – 110 /أصول عراقي) وقد تؤكد هذا الأمر أيضاً بالمادة (3) من قانون الطوارئ والتي أوجبت الحصول على مذكرة قضائية بالتفتيش والتوقيف وغيرها الا في الحالات الملحة للغاية.

(139) ينظر مثلاً نصوص المواد (73/ب 102 – 103 112 /أصول عراقي).

(140) ينظر نص المادة (86 /أصول عراقي).

(141) سواءً أكان إنعقادها بناءً على طعن أم من تلقاء نفسها. ينظر نص المادة (265 / أب) أصول عراقي.

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

الجنح ومن ثم فإن لها الصلاحية في تقرير بطلانها إذا ما تبين لها وجوب ذلك (143) وتستطيع محكمة التمييز من خلال إشرافها على الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الجنايات أن تبطل أي إجراء معيب سواءً أُحصل 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 (144). 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 هل 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 (145).

ونعتقد أيضاً 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 أيضاً ذكر أسم محكمة التمييز مع جزاء (البطلان) وإن لم تربط هذه المادة صراحة بالإلغاء 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

(143) أصبحت محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية هي المحكمة المختصة بنظر الطعون الخاصة بالأحكام أو القرارات الصادرة من محاكم الجنح 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.

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

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

صلاحيات المحكمة الاتحادية في المادة (90) من الدستور.

وتماشياً 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/ثانياً) من قانون الطوارئ معيبٌ من حيث الصياغة لأن عباراته توحى 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 أولاً؟ 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؟ وإلى 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 حسماً 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 الاستثنائية التي صدرت في ظلها القرارات والإجراءات عند ممارسة رقابتها عليها ويكون ذلك عن طريق أعمال 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. وأخيراً يظهر أن المشروع العراقي لم يوفق أيضاً في صياغة المادة (7/أولاً) 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 إشكالاً فيما يتعلق بإختصاص محاكم الجنايات الأخرى وقد يؤدي ذلك إلى حصول تنازع في الإختصاص بين هذه المحاكم والمحكمة المذكورة وفضلاً 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 المشروع لم يحدد هذا المعيار بل أورد أمثلة على ذلك. ومن ناحية أخرى يلاحظ أن هناك تناقضاً 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 أياً من الجرائم المرتكبة حتى لو كانت من الجرائم الواردة في الفقرة الأولى لذلك يصبح أمر تعديل هذه المادة لا بد منه.

ب-موقف القانون المصري.

أما فيما يتعلق ب رقابة القضاء الجزائي في ظل القانون المصري فإنه يمكن القول بأن هناك نوعين من المحاكم الجزائية التي تبسط هذه الرقابة: محاكم أمن الدولة والمحاكم الجزائية العادية . فالأولى تمارس الرقابة من خلال نظرها لبعض من الجرائم التي ترتكب أثناء حالة الطوارئ وفقاً لقانون الطوارئ الملغى وهي الجرائم التي تقع بالمخالفة لأوامر 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 الجنائية وبالجرائم التي يعينها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أياً كانت العقوبة المقررة لها (146). فأتثناء النظر في هذه الجرائم تستطيع هذه المحاكم من 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 (147). ولكن يلاحظ على الرقابة التي تمارسها محاكم أمن الدولة الجزئية والعليا أنها قد لا تكون بالمستوى المطلوب لحماية الشرعية الإجرائية نظراً 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 إستثنائياً لا يتوافر في

(146) وذلك على التفصيل الواردة في المادتين (7 ، 9) من قانون الطوارئ المصري الملغى.

(147) إذ أن المادة (10) من قانون الطوارئ، أعطت للنياحة العامة عند التحقيق، كافة السلطات المخولة لها، ولقاضي التحقيق، بمقتضى القوانين المعمول بها.

إجراءاته وأحكامه ضماناً رقابة المحاكم العليا (148).

لذلك ومن أجل الحيلولة دون خرق الشرعية الإجرائية في ظل قانون الطوارئ وبغية عدم إهدار هذه الدرجة من درجات الرقابة اثناء 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 حكما الصادر في 1982/10/27 إذ جاء فيه: (إختصاص محاكم أمن الدولة بالجرائم الواردة بالأوامر العسكرية والقانون العام عن الوقائع الجنائية غير ممتنع على المحاكم العادية بل هو من واجبها ذلك لأن قانون الطوارئ الصادر بالقرار بالقانون رقم 162 لسنة 1958 قد حصر إختصاص محاكم أمن الدولة وما هي إلا محاكم إستثنائية 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 إختصاصها الأصيل الذي أطلقته الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم 46 لسنة 1972 ليشمل الفصل في كافة الجرائم إلا ما إستثنى 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) (149).

أما فيما يتعلق بالرقابة على الشرعية الإجرائية التي تمارسها المحاكم الجزائية العادية خلال فترة الطوارئ فتظهر 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 و 9) من قانون الطوارئ وإبتداءً من قاضي التحقيق وسلطة الإحالة وغرفة المشورة ومروراً بمحاكم الموضوع وإنهاءً بمحكمة النقض. فقاضي التحقيق يمارس مهمة الإشراف والرقابة على الإجراءات التي تمت من قبل

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

(149) 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 إنفرادها في هذه الحالة بإختصاص 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، الدفوع الجوهريّة في المواد الجنائية، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2000، ص679 وما بعدها.

أعضاء الضبط القضائي وله في سبيل ذلك تقرير بطلانها إذا ما اتضح أنها مخالفة للقانون (150) كما أن سلطة الإحالة (والمتمثلة بالمحامي العام) تمارس الرقابة على جميع الإجراءات المتخذة خلال مرحلة التحقيق الابتدائي (151) وفضلاً عن ذلك تستطيع غرفة المنشورة إبطال أي إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي المخالفة للقانون وذلك في الحالات التي أجاز فيها القانون للنيابة العامة حصراً إستئناف قرارات قاضي التحقيق أمام هذه الغرفة وفقاً لأحكام المادة (161) من قانون الإجراءات الجنائية المصري . وإذا دخلت الدعوى الجزائية في حوزة محكمة الموضوع (الجنح، المخالفات و الجنایات) 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 إستئناف الأحكام الصادرة من محكمة الجنح والمخالفات واخيراً 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 أيّاً من هذه الإجراءات قد وقع معيباً فإن لها السلطة في فرض جزاء البطلان عليه ومن ثم منعه من إنتاج آثاره القانونية حماية للشرعية الإجرائية (152).

ج-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، إذ 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 إتخاذها تحت إشراف قاضي التحقيق، إلا أنه لا يستطيع إبطال أيّاً منها إذا ما كانت غير موافقة للقانون، بل إن هذا الأمر معقود لغرفة الإتهام التي لها سلطة الإشراف والرقابة

(150)يستنتج ذلك من المادتين (81، 82/إجراءات مصري) ،واللتين أجازتا لجميع الخصوم تقديم دفعهم وطلباتهم إلى قاضي التحقيق ،وأوجبنا على القاضي الفصل فيها..
(151)كان مستشار الإحالة هو السلطة المختصة بالإحالة، إلا أنه ألغى بموجب القانون رقم (107) لسنة 1981، وبموجبه أصبح المحامي العام هو المختص بذلك. ينظر : د.محمود محمود مصطفى ، مصدر سابق، ص21.

(152)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.

على سير التحقيق الابتدائي، فإذا اكتشفت أن هناك إجراءً ما شابه عيب يؤدي إلى بطلانه فإنها تقرر إبطاله (153) ، 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 ، وأما 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 (154) .

كما تقوم محكمة الموضوع أيضاً بممارسة رقابتها على هذه الإجراءات ،إلا أن صلاحيتها في تقرير بطلانها ليست واحدة ، إذ يلاحظ ان محكمة الجرح 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 ، اما 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 الإعتماد على الدليل الناتج عنه، ولاسيما لو كانت هناك أدلة أخرى افرزتها وقائع الدعوى ، والسبب في ذلك يعود إلى أن أمر الإحالة الصادر من غرفة الاتهام وصيرورته نهائياً 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 منطق 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(155).وأخيراً 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 الجرح هي محكمة الاستئناف ، ولمحكمة النقض في سبيل رقابتها صلاحية فرض البطلان على كل إجراء يتضح لها أنه

(153)ينظر: Gaston Stefani et Georges Levassur, procedural penal,

2 edition, paris, 1962,p635 - 636.

(154)ينظر نص المادة (206/ إجراءات فرنسي) ،والذي أعطى للإدعاء العام حصراً الحق في الطعن إستئنافاً بقرارات قاضي التحقيق دون بقية أطراف الدعوى الجزائية.

(155)ينظر: Pierre Bouzat et Jean Pinatel, Traite de Droit Penal et de Criminologie.

TomII,Librairie,Dalloz,Paris,1970,P1250. وهنا يلاحظ مدى غرابة القانون الفرنسي في هذه الحالة، إذ أن حجبة أمر الإحالة، وكما يرى ذلك جانباً من الشراح، قاصرٌ 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 الحجبة، ومن ثم كان

منع محكمة الجنايات من فرض رقابتها وتقرير هذا البطلان أمرٌ لا يسوغ له ،ولا سيما وأن محكمة النقض بدورها تستطيع أن تقرر بطلان الإجراءات، إذا كان الخصم قد تمسك به أمام محكمة

الموضوع ينظر : 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.

مخالف للقانون، من أجل الحفاظ على شرعية الإجراءات المتخذة في إطار الدعوى الجزائية(156).

الفرع الثاني: نتائج الرقابة

إذا كان الإلغاء وسيلة القضاء الإداري لضمان تطبيق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، فإن الجزاء الإجرائي المتمثل بالبطلان، يعد وسيلة فعالة بيد القضاء الجزائي لضمان وحماية هذه الشرعية، عن طريق إهدار العمل الإجرائي الذي حصل بصورة مخالفة للقانون من إنتاج آثاره. ومن هذه الناحية قد يلتقي البطلان مع الإلغاء، إذ يترتب على فرض كلاهما عدم قابلية القرار أو الإجراء من إنتاج آثارهما، غير أنهما يختلفان من نواح كثيرة، والتي ستتضح من خلال بحث جزاء البطلان في الفقرات الآتية:

1. 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 (157).

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 جوهرى وغير جوهرى من النصوص القانونية والقول بفرض البطلان على العمل الإجرائي عند مخالفة النصوص الجوهرية دون غير الجوهرية، ويسمى مذهب البطلان الذاتي(158). 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،

(156) ينظر : Pierre Bouzat et Jean Pinatel, op.cit, P1251

(157) ينظر: محنت محمد الحسيني، البطلان في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص15، حامد الشريف، مصدر سابق، ص261.
(158) تقتضي الإشارة إلى أن هذين المذهبين ليسا بالوحيدين في هذا الصدد، بل توجد هناك مذاهب ونظريات أخرى نادى بها فقهاء القانون الإجرائي والمدني وهي: نظرية البطلان الشكلى، نظرية البطلان الإجبارى، نظرية البطلان الإختبارى، نظرية لا بطلان بدون ضرر، وأخيراً نظرية الشك القانونى. 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 الألة الجنائية، ج1، ط1، مكتب الرسالة الدولية، 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.لؤي جميل حدادين، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة)، ط1، عمان، 2000، ص293 وما بعدها.

ومنها ما يتعلق بإحترام حقوق الدفاع، فضلاً عن ضابط الغاية من القاعدة الإجرائية (159). فالضوابط التي تتعلق بالمصلحة العامة تتمثل بحسن سير الجهاز القضائي وتدعيم فاعليته، كالقواعد الخاصة بتشكيل المحكمة وإختصاصها، 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 (160).

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 (161). الخ وأخيراً 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 (162).

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، ووفقاً 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 (163).

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

(159) 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 مكاري، بيروت، 1979، ص448.

(160) ينظر مثلاً نص المادتين (162، 165) أصول عراقي.

(161) ينظر مثلاً نصوص المواد (123-129، 144-145، 86-87، 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.

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

(163) لا بد من القول أن 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.

بينها ما هو غير جوهري ،فتعد جميعها جوهريّة وتختلف ايّاً منها تؤدي بهذا العمل إلى البطلان(164). 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، فيرجانب من الفقه أن الشكل الجوهري هو الشكل الضروري لصحة العمل الإجرائي الذي بدونه لا يمكن تصور العمل صحيحاً (165) ، ويؤخذ على هذا الرأي غموضه، إذ متى يعد الشكل ضرورياً لصحة هذا العمل، ومتى لا يعد كذلك ، ومن الفقهاء من يرى أن الشكل الجوهري هو الذي يتعلق بالنظام العام (166)، 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(167)، وهي أشكال جوهريّة 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 (168)، ويعاب عليه عدم تحديده متى يكون الشكل جوهرياً أو غير جوهري، إضافة إلى ذلك أننا هنا أمام حالة تتعلق بالصحة والبطلان وليس الصحة والإنعدام .

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 جزاء البطلان على العمل رغم تحقق الغاية منه، كتسبيب الأحكام فهو شرط شكلي قصد منه الإستيثاق 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 التسبيب وجب الحكم

(164) فيما عدا الإرادة، لأن تخلفها يؤدي إلى إنعدام العمل وليس بطلانه.

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

(166) 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.

(167) 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 الاديب البغدادية ، 1979 ، ص292 وما بعدها ، د.عبد الحميد الشواربي ، إذن التفتيش في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص78 وما بعدها.

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

ببطلانه، رغم تحقق الغاية منه (169).

ونرى أنه لغرض التمييز بين الشكل الجوهري وغير الجوهري، 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 جوهري ولا يترتب على تخلفه البطلان (170).

2- أنواع البطلان

ينقسم البطلان بشكل عام إلى نوعين، بطلان مطلق وآخر نسبي. فالأول: هو ذلك البطلان المتعلق بالنظام العام، أي الذي يتقرر جزاءً لمخالفة قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام، لذلك فهي مقررة لحماية للمصلحة العامة، أما الثاني: فهو الذي يتقرر من أجل حماية مصلحة الخصوم (171). 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 وقت ذاته تتعلق بحقوق الدفاع، وذلك بإتصالها بالمبادئ العليا الواجب مراعاتها، كعدم جواز تحليف المتهم اليمين، ووجوب إستجوابه قبل توقيفه (172). ومن منطلق المعيار المتقدم يكون واضحاً أن البطلان يكون نسبياً، إذا كانت القواعد الإجرائية التي تمت مخالفتها تهدف إلى حماية حقوق الخصوم، أي تتصل إتصلاً مباشراً بمصلحة الخصوم، وهذه القواعد كثيرة ومثالها تلك التي تنظم حق المتهم في القبض،

(169) ينظر: دفتحي والي، مصدر سابق، ص242.

(170) ومن الأمثلة على الشكل الجوهري 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 الجوهري فمثاله نص المادة (49/بأصول عراقي)، والذي يلزم المسؤول في مركز الشرطة عند وصول إخبار إليه عن جريمة من نوع المخالفات، أن يقدم تقريراً موجزاً عنها إلى قاضي التحقيق، يتضمن اسم المتهم واسماء الشهود، والمادة القانونية المنطبقة على الواقعة، فخلو التقرير من الإشارة إلى المادة القانونية لا يبطل التقرير لأنه شكلي غير جوهري غايته تنظيم عمل المسؤول في مركز الشرطة في مثل هذه الأحوال، وتوجيهه إلى كيفية تنفيذ واجباته ليس إلا.

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

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

أو التوقيف، أو التفتيش، أو الإستجواب... 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 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 المحكمة 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 امام الجهة نفسها (فيما يتعلق ببطلان اعمال التحقيق القضائي)، وفضلاً 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، وأخيراً 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 (173).

3- موقف القوانين المقارنة من البطلان

لم تتضمن القوانين الاستثنائية المقارنة الإشارة إلى البطلان سوى القانون العراقي، والذي نص فقط على كلمة البطلان في المادة (9/ثانياً) 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.

أ- موقف القانون العراقي

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 (174)، أن المشروع العراقي قد أخذ بنظرية البطلان الذاتي، إستناداً إلى المادة (249/أصول) والتي تنص على أنه : (لكل من الإدعاء العام، والمتهم، والمشتكي، والمدعي المدني،

(173) ينظر: د.إدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ط 1 ، 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 ضاراً بدفاع المتهم (م 249/ب أصول عراقي)، وعدم 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. ينظر: شريف بوي ، أسباب بطلان الضبط والتفتيش ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1989 ، ص284.

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

والمسؤول مدنياً، أن يطعن لدى محكمة التمييز في الاحكام والقرارات والتدابير الصادرة من محكمة الجرح ومحكمة الجنائيات في جنحة أو جناية، 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، 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 الإختصاص المكاني للتحقيق في الجرائم ، وهو نص تنظيمي ليس إلا ، لا ينبغي على مخالفته بطلان الإجراءات) (175). ومفهوم المخالفة لهذا الكلام أن النص إذا كان جوهرياً فإنه يبني على مخالفته بطلان الإجراءات، وهذا ما تقضي به نظرية البطلان الذاتي ، أما الحجة الثانية فهي منطقية، وتتجسد بأن المنطق يقضي ببطلان العمل الإجرائي إذا خالف قاعدة جوهريّة أو أساسية، إذ ما الفائدة من النص الجوهري إذا لم يترتب البطلان جزاءً على مخالفته؟ فضلاً عما تقدم فيما يتعلق بالطرف الإستثنائي نص المادة (9/ثانياً) من قانون الطوارئ التي أجازت بطلان الإجراءات المخالف للقانون (176).

موقف القانون المصري

أما المشرع المصري فيلاحظ أنه قد نظم البطلان في نظرية عامة بموجب المواد (331-337 / الإجراءات الجنائية)، ومعتقاً 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

(175) كما يستدل من ذلك أيضاً بأن المشرع يأخذ بالمعيار المختلط، والذي يجمع بين معيار الغاية من جهة، والمعايير المتعلقة بالمصلحة العامة، ومصصلحة الخصوم، وحق الدفاع من جهة أخرى من أجل التمييز بين القاعدة الجوهريّة وغير الجوهريّة. وقد سبق بيان هذا المعيار عند الكلام عن نظرية البطلان الذاتي.

(176) تجدر الإشارة إلى أنه إذا لم يكن المشرع قد أورد كلمة البطلان صراحة في المادة (53/هـ 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 جانباً من الشراح أن النص الناهي، أو النافي يرادف البطلان في معناه، حتى وإن لم يذكر المشرع صراحة كلمة البطلان، أو الإبطلان : للمزيد ينظر: عبد المجيد عبد الهادي السعدون ، إستجواب 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.

(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 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 (177). وعلى الرغم من أن المشرع المصري لم يشير في قانون الطوارئ بصورة صريحة إلى إمكانية تطبيق أحكام البطلان هذه، فيما يتعلق بالإجراءات المتخذة في ظل هذا القانون (178). 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.

ج- موقف القانون الفرنسي

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 بالتنفيذ والإستجواب إذ نصت المادة (170 / إجراءات فرنسي) على أن : (الإجراءات المنصوص عليها في المواد 114- 118، يجب أن تراعى، وجزاء عدم مراعاتها بطلان الإجراء نفسه والإجراءات اللاحقة)، وجاءت المادة (172) لتقضي ببطلان كل إجراء يقع بالمخالفة لقاعدة جوهرية، وخاصة تلك التي تنظم حقوق الدفاع، سواء في مرحلة التحقيق الابتدائي أم النهائي، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص ، أما بشأن التنازل عن

(177) تجدر الإشارة إلى القانون المصري لم يشير 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.

(178) يلاحظ أن المشرع العراقي في قانون الطوارئ قد نص بشكل صريح إلى إمكانية الحكم ببطلان الإجراءات المخالفة للقانون، كما سبق بيان ذلك (9/ثانياً)منه، رغم أنه لم يأخذ بنظرية عامة للبطلان في قانون الإجراءات الجزائية.

البطلان وكيفية الدفع به، والنتائج المترتبة عليه فقد نظمتها المواد (172 / 2 ، 3/174/إجراءات فرنسي)، وبذلك يكون القانون الفرنسي قد أخذ بالمذهب المختلط للبطلان⁽¹⁷⁹⁾. 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 منعاً للتكرار.

4- اثار البطلان.

إذا قررت الجهات القضائية المختصة بطلان أي عمل إجرائي⁽¹⁸⁰⁾ فإنه يؤدي إلى إزالة كل قيمة له، فيصبح غير صالح لإنتاج اثاره القانونية، ولا يصح الاعتماد 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، إذ 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 التحويل عليه للحكم بالإدانة⁽¹⁸¹⁾.

وبطلان العمل الإجرائي يمتد أثره إلى جميع الاعمال التالية له والمترتبة عليه، لذا فهي الأخرى باطلة إستناداً إلى القاعدة التي تقر بأن ما بني على الباطل فهو باطل مثله، فبطلان إستجواب المتهم يؤدي إلى بطلان إعترافه، وبطلان تشكيل المحكمة يؤدي إلى بطلان الحكم وهكذا، وبشكل عام يمكن القول بأنه كلما كان العمل الباطل مفترضاً لصحة الأعمال التالية له، فإنه يفضي إلى بطلانها أيضاً لأنها تصبح والحالة هذه جزء من بناء قانوني يقوم فيه العمل الباطل بدور أساس⁽¹⁸²⁾. 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⁽¹⁸³⁾. وفيما يتعلق بالمحاضر التي تتضمن العمل الباطل فإن القانون الفرنسي في المادة (1/173)

(179) للمزيد ينظر : Pierre Bouzat et Jean Pinatel, op.cit, p1244.

(180) سبق وأن تم بيان هذه الجهات عند البحث في رقابة القضاء الجزائي في القوانين المقارنة محل البحث، لذلك نحيل بشأنها إلى ما سبق منعاً للتكرار.

(181) 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.

(182) 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.

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

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 (184). ولكن من ناحية أخرى فإن بطلان العمل الإجرائي لا يمنع من إعادته مرة أخرى، إذ يجوز للمحكمة إذا رأت أنه 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، ولكن في جميع الأحوال ينبغي أن تكون الإعادة ممكنة، إذ لا تكليف بمستحيل(185).

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 إستدلالات صحيحة(186). 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 بناءً على ورقة تكليف بالحضور باطلة، لتخلف الشروط الشكلية الجوهرية فيها، يصح بطلانها لتحقيق الغاية من هذه الشروط وهي إحاطة الشخص المراد حضوره علماً بمكان وزمان الحضور(187). كما أن الحكم متى ما حاز على درجة البتات أصبح عنواناً للحقيقة، فلا يجوز التضحية بحجية هذا الحكم عن طريق قبول الإدعاء

(184) إلا أن محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر برقم 33 في 1951/12/31 ، أشارت إلى أن نزع هذه المحاضر من أوراق الدعوى، أمرٌ 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. (185) كهلاك الشيء المراد معابته و خروج 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، ص357.

(186) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه: (إذا إنتفت عن محضر التحقيق بعض شروط صحته كحضور كاتب الضبط أو تحليف الشهود اليمين، فترتب على ذلك بطلانه، فإن ذلك لا يحول دون إعتبره محضر إستدلال صحيح، إذ أن شروط صحة هذا المحضر متوافرة) أشار إليه : د.مدحت محمد الحسيني ، مصدر سابق، ص186. وبشأن نظرية تحول التصرف القانوني الباطل ينظر: د.عبد الحكيم فودة ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط3، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 1999 ، ص345 وما بعدها. (187) ينظر: أحمد حسوني جاسم ، التكليف بالحضور (الإستخدام) في الدعوى الجزائية ، أطروحة دكتوراه مقمنة إلى كلية القانون بجامعة بغداد ، 1995 ، ص300. وينظر نص المادة (3/73) مرافعات عراقي .).

بخطئه أو بطلانه، سواء أكان البطلان في ذات الحكم أو في الإجراءات التي بني عليها(188). أما الثانية فتتجسد بالتنازل والسقوط، إذ أن تنازل الخصم عن البطلان المقرر لمصلحته صراحة أو ضمناً بعدم إثارته الدفع به على الرغم من علمه بذلك، يفضي إلى تصحيح هذا البطلان، إذ يمتنع عليه التمسك بالبطلان مرة أخرى، لأن التنازل هو إسقاط 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 تصحيح البطلان، وعدم جواز معاودة التمسك به مرةً أخرى(189).

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 أن 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، مراعاة للظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها هذه الإجراءات، وهذه النظرية هي ما تسمى بالنظرية القضائية للظروف الاستثنائية، والتي من خلالها أيضاً يوازن القضاء بين اعتبار مصلحة المجتمع في دفع الأخطار الناجمة عن هذه الظروف وبين مصلحة الجاني في حماية حرية الشخصية، في كل إجراء يتخذ ضده ويمس

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

(189) ينظر: د. أحمد فتحي 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، ص 263 وما بعدها.

فيه هذه الحرية. ومن هذا المنطلق أيضاً يلاحظ أن المشرع العراقي ذكر في المادة (9/ ثانياً) 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 ضمناً للسلطة القضائية للعمل بنظرية القضاء للظروف الاستثنائية، من أجل الموازنة بين الإعتبارين المشارين انفاً.

2.3: الرقابة غير القضائية

من خلال مراجعة القوانين الاستثنائية في الدول محل المقارنة، وكذلك دساتيرها، يتضح أن الرقابة غير القضائية التي يمكن أن تمارس خلال الظروف الاستثنائية، إما أن تكون رقابة برلمانية، أو شعبية، أو كليهما، وهذا ما سيتم بيانه في مطلبين: يخصص الأول للرقابة البرلمانية، والثاني للرقابة الشعبية وكما يلي:

1.2.3: الرقابة البرلمانية

من المعلوم أن التدابير التي تتخذ في ظل الظروف الاستثنائية من الأمور الخطيرة، لكونها تنطوي على الحد من الحريات الشخصية، والحقوق العامة، وإبعاد القوانين والنظم العادية عن مسرح الحياة. ولكن ينبغي أن تكون ممارسة هذه التدابير بموافقة السلطة التشريعية التي تمثل الأمة، والتي تستطيع مزاوله إختصاصاتها بهذا الصدد، في نطاق دورها الرقابي العادي على أعمال الحكومة بصفة عامة، عن طريق الأساليب البرلمانية المعتادة، مثل الأسئلة، والإستجابات، وطرح الثقة ولجان التحقيق البرلمانية، إلى غير ذلك من الأساليب الأخرى. وتتخذ الرقابة البرلمانية على هذه التدابير صوراً مختلفة، وهذا ما سيظهر من خلال بحث هذه الرقابة وعلى مستوى القوانين المقارنة في ثلاث فقرات:

أولاً: موقف القانون العراقي

ففيما يتعلق بقانون الطوارئ، يلاحظ أن المادة (58/تاسعاً) من الدستور العراقي، في معرض كلامها عن إختصاصات مجلس النواب نصت على أنه: (أ- الموافقة على إعلان الحرب وحالة الطوارئ بأغلبية الثلثين... الخ. ب- تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتديد، وبموافقة عليها في كل مرة. د- يعرض رئيس مجلس الوزراء على مجلس النواب، الإجراءات المتخذة والنتائج خلال مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنتهائها). كما أن المادة (9/أولاً) من قانون الطوارئ تنص على أنه: (تصادق هيئة الرئاسة بالإجماع على القرارات والإجراءات الاستثنائية، وللجمعية الوطنية الإستشارية المؤقتة الحق في مراقبة تنفيذ هذه الإجراءات).

ومن ذلك يتضح أن قرار إعلان العمل بقانون الطوارئ الصادر من رئيس الوزراء إنما يخضع لرقابة البرلمان، والذي يستطيع في هذه الحالة عدم الموافقة عليها، إذا وجد أن مبررات حالة الطوارئ غير متوافرة، وعندئذ لا يجوز العمل بهذا القانون، بل أن الدستور أوجب حصول موافقة البرلمان على كل تمديد لحالة الطوارئ، وفي حال حصول موافقة البرلمان، سواء على إعلان العمل بقانون الطوارئ أم على تمديد مدتها، فإن للبرلمان الحق في مراجعة كيفية تنفيذ القرارات والإجراءات المتخذة خلاله. وبعد إنتهاء حالة الطوارئ يجب على رئيس الوزراء أن يعرض على البرلمان ما إتخذ من إجراءات في ظل سريان هذا القانون، وخلال خمسة عشر يوماً من هذا الإنتهاء، ولكن يؤخذ على القانون العراقي انه لم يحدد آلية المراقبة والآثار المترتبة على ذلك، فهذه الرقابة الغاية منها التأكد من مشروعية الإجراءات المتخذة، وعلى أساس ذلك فهل يحق للبرلمان إلغائها أو إبطالها إذا إتضح له مخالفتها للقانون، أم لا يحق له ذلك؟ وإذا كان الجواب نفيًا، فما هي القيمة القانونية لهذه الرقابة إذاً؟ .

ومن ناحية أخرى لم يبين الدستور الغرض من عرض الإجراءات المتخذة على البرلمان، فهل ذلك من أجل حصول تصديق البرلمان عليها أم أن هذا العرض هو شكلي فقط؟ نعتقد أنه وفقاً لنصوص القانون العراقي فإن البرلمان لا يملك حق التصديق على هذه الإجراءات من عدمه، وإنما الغرض منها هنا هو شكلي بحت، الغاية منها معرفة فيما إذا كان الأداء الحكومي في هذا الصدد كان موافقاً للقانون أم لا (190)، وعلى هذا الأساس لا يحق للبرلمان إلغاء هذه الإجراءات أو إبطالها وكل ما هنالك إذا تبين له أنها قد إتخذت بالمخالفة للقانون، أن يستعمل حقه الدستوري بشأن إستجواب الحكومة، وسحب الثقة منها، فضلاً عن تضمينها للأضرار التي حصلت للأفراد بسبب ذلك (191). والدليل على ذلك أن القضاء هو الذي يتولى مهمة إلغاء القرارات والإجراءات الصادرة من سلطة الطوارئ بصورة مخالفة للقانون، لذلك فقيام البرلمان بهذه الوظيفة أيضاً يؤدي إلى حصول تضارب وتعارض بين أحكام القضاء وبين ما يقرره في هذا الصدد، وهو ما قد يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ويتأكد هذا الشيء إذا ما علمنا أن عرض رئيس الوزراء للإجراءات التي إتخذها يكون في نهاية الأمر، أي بعد الإنتهاء من حالة الطوارئ، وقد تكون هناك دعاوى كثيرة قد أقيمت أمام القضاء بصدد الطعن في مشروعية إجراءه، وقبل هذا العرض، بل قد يكون القضاء قد حسم أمر كثير من هذه الدعاوى، فضلاً عن ذلك كله أن المشرع لم يصرح بإمكانية قيام البرلمان بهذا الأمر، سواء في الدستور أم في قانون الطوارئ، في حين أنه أقر بحق القضاء في إلغاء أو إبطال هذه القرارات والإجراءات، صراحة في

(190) تنص المادة (58) من الدستور العراقي على أنه: يختص مجلس النواب بما يلي: ثانياً- الرقابة على أداء السلطة التنفيذية .

(191) بصدد عملية الإستجواب ينظر نص المادة (58/ثامناًب) من الدستور العراقي.

المادة (9/ثانيا) من قانون الطوارئ .

حاصل القول أن الرقابة البرلمانية على الشرعية الإجرائية خلال حالة الطوارئ بموجب القانون العراقي تكون على نوعين ، الأول: رقابة سابقة، وتتمثل في موافقة البرلمان على لجوء رئيس الوزراء إلى إعلان حالة الطوارئ من عدمها ، والثاني: رقابة لاحقة وتتجسد في فحص الإجراءات المتخذة من قبل الحكومة إستناداً إلى قانون الطوارئ، بعد العمل به للتأكد من مشروعيتها، وله صلاحية مساءلة الحكومة سياسياً حول خرق القانون ، لذا فالرقابة اللاحقة تعد رقابة سياسية صرفة.

ثانياً: موقف القانون المصري

أما فيما يتعلق بالرقابة البرلمانية في مصر، فيلاحظ بأن المادة (154) من الدستور المصري الحالي تنص على أنه: (... وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ) ، وهو ذات النهج الذي كانت المادة (2) من قانون الطوارئ المصري الملغي تسيير عليه حيث نصت على أنه: (... ويجب عرض قرار إعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية، ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا كان مجلس الشعب منحلًا، يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، وإذا لم يعرض القرار على مجلس الشعب في الميعاد المشار إليه، أو عرض ولم يقره المجلس، إعتبرت حالة الطوارئ منتهية، ولا يجوز مد المدة التي يحددها قرار إعلان حالة الطوارئ، إلا بموافقة مجلس الشعب، وتعتبر حالة الطوارئ منتهية من تلقاء نفسها، إذا لم تتم هذه الموافقة قبل نهاية المدة) كما نصت المادة (156) من الدستور المصري على انه: (... على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو اذا 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). ويتضح من ذلك أن الرقابة البرلمانية على الإجراءات الاستثنائية في مصر ، وكما هو الحال في العراق ، تبدأ بضرورة موافقة البرلمان على قرار إعلان حالة الطوارئ والمتخذ من قبل رئيس الجمهورية، ويتبين أن هذا القرار يجب أن يعرض على البرلمان خلال فترة محددة، وهي (15) يوماً التالية لتاريخ الإعلان

(192). في حين أن الدستور العراقي، وكذلك قانون الطوارئ، لم يحدد هذه الفترة، كما أن تمديد حالة الطوارئ لا بد أن يخضع لموافقة البرلمان أيضاً، والبرلمان في رقابته هذه إنما يدقق في الشروط اللازمة لإعلان حالة الطوارئ ومبرراتها، وكذلك تلك التي تستلزم لتمديدتها، إذ أنه إذا لم يرى مبرراً لهذا الإعلان، فإنه من الممكن أن يقرر رفض قرار الإعلان أو التمديد، ولكن ما هو الحل لو رفض البرلمان إقرار إعلان العمل بقانون الطوارئ بموجب قرار رئيس الجمهورية، فهل أن هذا الرفض يسري بأثر رجعي؟ أم من تاريخ النطق به؟ يرى جانب من الشراح أن هذا الرفض يسري من تاريخ النطق به، مستنداً إلى عبارة (... ولم يقره المجلس إعتبرت حالة الطوارئ منتهية....)، الواردة في المادة الثانية من قانون الطوارئ، إذ فسرت هذه العبارة أنها تنفيذ عدم سريان قرار الرفض بأثر رجعي، بل من تاريخ النطق به، وعلى ذلك فإن آثار هذا الإعلان تبقى قائمة وصحيحة في الفترة التي سرى فيها هذا القانون في الماضي (193). في حين يرى جانب آخر أن الأصل في هذا القرار أنه يقتصر على المستقبل دون أن ينسحب إلى الماضي ودون أن يؤثر في سلامة إعلان رئيس الجمهورية لحالة الطوارئ عن المدة السابقة على صدور قرار البرلمان، ومع ذلك فإن للبرلمان أن يقرر سريان هذا الرفض بأثر رجعي، وفي هذه الحالة يعد ذلك الإعلان باطلاً، وتكون جميع الإجراءات التي إتخذت بناءً عليه حتى صدور قرار البرلمان باطلاً هي الأخرى، وتكون السلطة التنفيذية مسؤولة عن ذلك وفقاً لقواعد المسؤولية التي تخضع لها عادة (194).

ويبدو أن الرأي الأول هو الأرجح، ذلك لأنه إضافةً إلى أن صاحب الرأي الثاني لم يسند رأيه بسند مقبول، فإن من المتعارف عليه فقهاً وقضاً أن مصطلح (الإنهاء) الوارد في المادة (2) من قانون الطوارئ المصري، يفيد صحة قيام حالة الطوارئ في الفترة التي سرت من إعلانها حتى إنهائها، في حين أن المشرع لو إستخدم مصطلح (الإلغاء) بدلاً من المصطلح السابق، لكان الأمر مختلفاً، لأن الإلغاء يفيد الأثر الرجعي (195)، وعلى ذلك تبقى جميع القرارات والإجراءات التي إتخذت في الفترة السابقة على قرار البرلمان بالرفض صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية، على الرغم مما في ذلك من مخاطر على حقوق الأفراد وحررياتهم. وأخيراً يلاحظ أن

(192) ولكن يلاحظ أن هذين النصين أباحا إعلان حالة الطوارئ، حتى في غياب البرلمان، وطالما كان الأمر كذلك، فإن مدة (15) يوماً اللازمة لعرض هذا الإعلان على البرلمان الجديد، تصبح في واقع الأمر أكثر من ذلك بكثير، ولا سيما أن عملية إنتخاب برلمان جديد وبداية إنعقاد جلساته، قد تستغرق شهراً واحداً، وبذلك تبقى البلاد خلالها تعيش حالة الطوارئ بمجرد قرار رئيس الجمهورية، ومن غير موافقة البرلمان وما في ذلك من مخاطر على حقوق الأفراد وحررياتهم، علماً أن احتمالية حصول هذا الغرض واردة جداً، خصوصاً لو كان إعلان الطوارئ لأسباب غير قانونية، فتبين رئيس الجمهورية أن البرلمان سوف لن يوافق عليه، لذلك يلجأ إلى حله، وبعد ذلك تعلن حالة الطوارئ. للمزيد ينظر: درافت فودة، مصدر سابق، ص 495-496.

(193) ينظر: درافت فودة، مصدر سابق، ص 497.

(194) ينظر: د.سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص 355.

(195) ينظر: زكريا محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، 1966، ص 362.

أشار إليه: د.سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص 352.

الرقابة البرلمانية في مصر تقف عند حد إعلان الرئيس لقراره بالعمل بقانون الطوارئ، فلا تمتد إلى القرارات والإجراءات التي تتخذ بناءً على هذا القرار، إذ تبقى بمنأى عن هذه الرقابة، لذلك فهي رقابة سابقة فقط (196)، عكس الحال فيما يتعلق بالرقابة التي يمارسها البرلمان العراقي، كما سبق القول.

ثالثاً: موقف القانون الفرنسي.

أما فيما يتعلق بالرقابة البرلمانية في فرنسا، فيلاحظ أنها تختلف نوعاً ما عن تلك الرقابة المقررة في كل من العراق ومصر، إذ أنه بموجب المادة (36) من الدستور الفرنسي والمادة (3) من قانون الطوارئ الفرنسي، فإن رئيس الجمهورية يستقل بقرار إعلان حالة الطوارئ، ودون أن يكون للبرلمان أي دور سواء أكان بالموافقة أم بالرفض لهذا القرار، ولكن سلطة الرئيس محصورة فقط بمدة (12) يوماً، أي أنه يستطيع أن يعلن -ودون موافقة البرلمان- حالة الطوارئ لهذه المدة فقط، أما إذا رأى بأن الأسباب الموجبة لهذا الإعلان ما زالت قائمة حتى بعد هذه المدة، فعليه أن يعرض الأمر على البرلمان من أجل الحصول على الموافقة بهذا الصدد، وإذا ترائى للبرلمان جدية هذه الأسباب فإنه يصدر قانوناً بالموافقة على مد حالة الطوارئ، أما إذا ظهر عكس ذلك فإنه يقرر رفض هذا التمديد، ولا يكون لهذا الرفض أثر رجعي، بل من تاريخ نطق البرلمان به (197). ومن جانب آخر لا يملك البرلمان وفق القانون الفرنسي حق الرقابة على الإجراءات والقرارات التي تتخذ إستناداً إلى قانون الطوارئ، كما هو الحال فيما يتعلق بالبرلمان المصري، لكون هذا الأمر يدخل في وظيفة القضاء حصراً (198).

هذا فيما يتعلق بالرقابة البرلمانية في ظل قوانين الطوارئ أما فيما يخص الحالات الأخرى للظروف الاستثنائية والناشئة عن تطبيق لوائح الضرورة واللوائح التفويضية فإن البرلمان يمارس هذه الرقابة في ظلها أيضاً وفي هذا الصدد سنركز بالنسبة للدستور المصري لعام 1971 باعتبار أن الدستور الحالي لم يأخذ باللوائح التفويضية كما سبق القول. ولكن يبدو لأول وهلة أن المادة (74/الدستور المصري) لم توجب هذه الرقابة لكونها لم تتكلم عن ضرورة إجتماع البرلمان بقوة القانون إذا كان خارج نطاق دوراته الإعتيادية، كما

(196) هنا يلاحظ عدم إمكانية البرلمان من إثارة مسؤولية الرئيس أو السلطة التنفيذية، فيما إذا ظهر أن قرار الإعلان في حالة الطوارئ غير صحيح، ومن ثم الإجراءات التي إتخذتها هذه السلطة بناءً عليه. وذلك بسبب عدم وجود نص خاص بذلك. ينظر: درأفت فودة، مصدر سابق، ص 496.

(197) يستدل على ذلك من إستخدام المشرع الفرنسي مصطلح (الإنهاء) في المادة (5) من قانون الطوارئ، وذلك في معرض الحديث عن إنتهاء حالة الطوارئ بقوة القانون، إذا اختلف البرلمان حول سريانها، وكما سبق القول فإن هذا المصطلح لا يفيد السريان بأثر رجعي، بل من تاريخ النطق به.

(198) تجدر الإشارة إلى أنه رغم عدم إمكانية مساءلة الرئيس سياسياً عن عدم صحة قراره بإعلان حالة الطوارئ وعدم إقرار البرلمان لهذا القرار، وذلك لعدم وجود نص خاص بذلك، إلا أن جانباً من الشراح يرى أنه قياساً على حالة المادة (16)، فإنه يجوز إثارة مسألة الخيانة العظمى للرئيس أمام المحكمة العليا، إذا ثبت إنحرافه عن سلطاته الدستورية، وخرقه للدستور. ينظر:

د.سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص 351.

نصت على ذلك المادة (16/الدستور الفرنسي)، والتي ستتضح فيما بعد ، إلا أنه بالرجوع إلى المادة (102/الدستور المصري)، نرى أنها أوجبت إنعقاد البرلمان لكي يمارس دورة الرقابي في هذا الصدد، إذ نصت هذه المادة على أنه: (يدعو رئيس الجمهورية مجلس الشعب لإجتماع غير عادي، وذلك في حالة الضرورة ، أو بناءً على طلب بذلك موقع من أغلبية أعضاء مجلس الشعب، ويعلن رئيس الجمهورية فض الإجتماع غير العادي)، ولكن الدستور المصري لم يبين الآثار المترتبة على هذا الإجتماع، بمعنى ماهية الرقابة التي يمارسها البرلمان في هذه الحالة . إلا أن الفقه يرى بأن هذه الرقابة هي سياسية صرفة تتعلق بإمكانية توجيه الإتهام بالخيانة العظمى ، غير أن إحتمال ذلك ضعيف، لكون هذه الرقابة لا تقع على أعمال الرئيس بل على شخصه، لذلك فهي ليست فعالة في مواجهة لوائح الضرورة التي يصدرها الرئيس(199). كما أنه من غير المتصور أن يتمكن البرلمان من مناقشة اعمال الرئيس المستندة إلى المادة (74) من الدستور، مالم يدل الرئيس ببيان أمام البرلمان بهذه الأعمال، إعمالاً للمادة (132) من الدستور، وهو امر متروك لرئيس الجمهورية والغالب أن يتجنبه، إذا تضمنت إعماله مخالفة للدستور أو تعسفاً في استخدام المادة (74) انفة الذكر، وحتى لو ألقى الرئيس بهذا البيان ،فليس للمجلس سوى مناقشته دون إصدار قرار بشأنه حسب نص المادة (132) من الدستور، لذلك فهذه الرقابة ليست سوى رقابة سياسية شكلية(200).

والحال نفسه ينطبق على الرقابة البرلمانية في فرنسا على قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى المادة (16) من الدستور، فهذه المادة وإن أوجبت إنعقاد البرلمان بقوة القانون حتى لو لم يكن في دورة الإنعقاد لمجرد هذا اللجوء، وعدم إمكانية رئيس الجمهورية من حله طوال فترة تطبيق هذه المادة، فضلاً عن ضمانات أخرى لكي يتمكن من ممارسة إختصاصه في الرقابة على سلطات رئيس الجمهورية(201). إلا أنه مع ذلك لا يملك سوى الحق في مناقشة إجراءات الرئيس دون أن يكون له إصدار قرار بشأنها، ولكنه من جانب اخر يستطيع تحريك مسؤولية رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى وفق أحكام المادة (68) من الدستور أمام المحكمة العليا، إذا اتضح أنه أساء استخدام سلطاته الاستثنائية، وذلك بالمخالفة لما تقتضيه المادة (16) انفة

(199)ينظر: د.سامي جمال الدين ، المرجع السابق، ص211. وتجدر الإشارة إلى أن المادة (85) من الدستور المصري تنص على أنه (يكون إتهام رئيس الجمهورية بالخيانة العظمى، أو بارتكاب جريمة جنائية بناءً على إقتراح مقدم من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل، ولا يصدر قرار الإتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس، ويتوقف رئيس الجمهورية عن عمله بمجرد صدور قرار الإتهام، ويتولى نائب رئيس الجمهورية الرئاسة مؤقتاً لحين الفصل في الإتهام، وتكون محاكمة رئيس الجمهورية أمام محكمة خاصة ينظم القانون تشكيلها وإجراءات المحاكمة أمامها ويحدد العقاب، وإذا حكم بإدانته أعفي من منصبه، مع عدم الإخلال بالعقوبات الأخرى) .

(200)بل أنه حتى فيما يتعلق بمسؤولية رئيس الجمهورية وإتهامه بالخيانة العظمى، يلاحظ أن إحتتمالية هذه الأمر قليلة جداً، وإن ارتكب أفعالاً تتضمن إعتداء على مؤسسات الدولة الدستورية، أو تنكياً بالإفراد، أو أية إساءة أخرى لإستخدام السلطات الإستثنائية ، لأنه- وكما يرى جانب من الشراح- أن الظروف الموضوعية، والمناخ السياسي في مصر، فضلاً عن التلاحم العضوي والمصلحة بين البرلمان ورئيس الجمهورية بسبب سيطرة الحزب الذي يديره الرئيس على البرلمان ، امور تجعل من الصعوبة دفع الرئيس موضع الإتهام بتهمة الخيانة العظمى مهما كانت الأسباب. ينظر: د.رافت فودة ، مصدر سابق، ص494 .

(201)كضرورة إستشارة الوزير الأول، ورئيس الجمعية الوطنية، ومجلس الشيوخ، والمجلس الدستوري، قبل اللجوء إلى المادة (16).

الذكر، فضلاً عن إمكانية إثارة مسؤولية الحكومة في هذا الصدد، بكونها تشارك الرئيس في تنفيذ قراراته في ظل هذه المادة، مما يعني بالتالي أن هذه الرقابة لا تتعدى النطاق السياسي حصراً (202). ومع ذلك فإنه ينبغي عدم الإستهانة بهذه الرقابة، سواء في مصر أم فرنسا، إذ أن وجود البرلمان أثناء ممارسة الرئيس لسلطاته الاستثنائية في حد ذاته أمر إيجابي لأنه يشعر الرئيس بوجود جهة تراقب تصرفاته، والتي تستطيع تحريك الرأي العام ضده إذا انحرف عن الدستور، ومن ثم التأثير في رأي الشعب أيضاً، والذي يمارس رقابته في هذا الصدد، كما سيتضح ذلك لاحقاً، فضلاً عن أن وقوف الرقابة البرلمانية عند حد الرقابة السياسية دون أن تتعدى إلى إلغاء أو إبطال الإجراءات التي يقوم بها رئيس الجمهورية، أمر يتماشى مع المنطق والقانون، إذ ليس من المعقول أن يقوم البرلمان أيضاً بهذه الوظيفة الأخيرة مع أنها من إختصاص القضاء، يمارسه عند بسط رقابته على القرارات المتخذة في ظل الظروف الاستثنائية، فهذا الأمر يتعارض مع الدستور نفسه، لأنه سوف يؤدي إلى حصول تضارب بين أحكام القضاء وقرارات البرلمان في هذا الصدد، فضلاً عن كونه قد يعد تعدياً على مبدأ الفصل بين السلطات (203).

وأخيراً إذا إنتقلنا إلى اللوائح التفويضية التي تصدر وفق أحكام المادتين (108/الدستور المصري) و (38/الدستور الفرنسي)، لرأينا أن الرقابة البرلمانية عليها تكون على نوعين: سابقة أو وقائية وتمارس عند إقرار البرلمان لقانون التفويض، وذلك بأن يحدد موضوعات التفويض والأسس التي ينبغي أن تقوم عليها اللوائح التفويضية وهدفها، فضلاً عن تحديد مدته وكذلك رقابة لاحقة أو علاجية للحد من أية مخالفة للمشروعية أو أي تعسف في إستخدام هذه السلطة اللائحية الاستثنائية، ويكون ذلك عن طريق عدم إقرار اللوائح التي صدرت بالمخالفة لقانون التفويض عند عرضها عليه بعد إنتهاء مدة التفويض (204).

وهنا تكمن مشكلة أساسية تتعلق بمصير القرارات والإجراءات التي إتخذتها الحكومة بناءً على اللائحة التي لم يتم إقرارها، وقد يكون القضاء قد أقر بصحة الكثير من هذه القرارات والإجراءات، بمناسبة الطعون المقدمة إليها من قبل الأفراد؟ وتظهر هذه المشكلة خصوصاً فيما يخص الدستور المصري والذي نص في

(202) مع ذلك هنالك من يرى أنه طالما لا يستطيع الرئيس حل البرلمان فإن لهذا الأخير الحق في مناقشة قرارات الرئيس، بل حتى في إلغائها. ينظر :

HENRY, Cone.Sous, C.E.mars 1962, P621 أشار إليه: دسامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص206.

(203) ومع ذلك يلاحظ بأن الدستور المصري أجاز للبرلمان إلغاء التدابير التي أصدرها رئيس الجمهورية بناءً على المادة (147) منه، وبأثر رجعي، إذ نصت هذه المادة على أنه: (إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحمل التأخير، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول إجتماع له في حالة الحل، أو وفق جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر). للمزيد ينظر: درأفت فودة، مصدر سابق، ص433 وما بعدها.

(204) ينظر: دسامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص308-309.

المادة (108) منه على أنه في حالة عدم موافقة البرلمان على اللوائح التفويضية، زال ما كان لها من قوة القانون ، والزوال قد يكون بأثر رجعي إذا قرر البرلمان ذلك تطبيقاً للمادة (187) من الدستور، أو إذا كان قانون التفويض ينص على ذلك، وفي مثل هذه الأحوال وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح حول هذا الأمر، إلا أننا نتفق مع من ذهب إلى أن زوال القوة القانونية لهذه اللوائح يمتد إلى زوال أو إلغاء ما يترتب عليها من آثار (205). وفي هذا الصدد ينبغي إلغاء القرارات أو الإجراءات الصادرة على أساسها، وكذلك إلغاء جميع الأحكام القضائية في هذا الصدد دون أن يصطدم ذلك مع مبدأ حجية الأحكام، إذ أن هذه الأخيرة تعد بحكم عدم لإنعدام أساسها القانوني، ومن المعلوم أن الإنعدام لا يتحصن من الإلغاء مطلقاً، وهذا الحل يتفق مع قواعد العدالة، لأنه في مثل هذه الأحوال سيتمكن المتضرر من هذه القرارات والأحكام من المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء عدم مشروعيتها، ولا سيما لو تعلق الأمر بحريته الشخصية التي سلبت نتيجة ذلك.

2.2.3: الرقابة الشعبية

تكون الرقابة الشعبية على الشرعية في ظل الظروف الاستثنائية من خلال نوعين من الإجراءات، نصت عليها المادتين (74/الدستور المصري) و (16/الدستور الفرنسي) (206). فالنوع الأول يتمثل بضرورة قيام رئيس الجمهورية بتوجيه رسالة إلى الشعب أو بيان إلى الأمة، يوضح فيها ما إتخذ من تدابير مع تبيان الهدف منها، وهو إجراء مهم، لأنه يعد نوعاً من المشاركة السياسية الشعبية التي لا بد منها، لإعطاء الرأي العام فرصة كافية لممارسة الرقابة على أعمال وقرارات رئيس الجمهورية، إذ قد يترتب على هذه الأعمال أو القرارات ردود فعل معينة في الأوساط الحزبية والسياسية، مما يستدعي مشاركة كل القوى السياسية، على الأقل بالعلم بتلك القرارات ودوافعها .

ومن ناحية أخرى فإن هذه الرسالة تمثل فاصلاً بين مرحلتين زمنييتين، ونظامين قانونيين، فإذا كان رئيس الجمهورية في جميع الظروف يلتزم بالقانون والمشروعية، فإن قرارات الضرورة التي تتناولها الرسالة، عادة ما تمثل خرقاً جائزاً لبعض قواعد المشروعية، مما يوجب على الأقل علم الشعب بالقواعد التي تحكم الأوضاع والظروف الجديدة، خصوصاً في مجال الحقوق والحريات العامة (207).

(205) ينظر: دسامي جمال الدين ، نفس المرجع أعلاه ، ص 275.

(206) لم نشر إلى الموقف في العراق بشأن الرقابة الشعبية، لأن الدستور العراقي الدائم لم يأخذ أصلاً بالأحكام العامة للظروف الإستثنائية بشكل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية، وعلى هذا الأساس لم ينص على هذه الرقابة، ونفس الحال بالنسبة لقانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية .

(207) ينظر: دوجدي ثابت غريبال ، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية ، مصدر سابق، ص 151 .

أما النوع الثاني فيتجسد في إجراء الإستفتاء على ما إتخذ رئيس الجمهورية من إجراءات، وقد نصت على هذا النوع من الرقابة المادة (74/الدستور المصري) ،في حين لم يستلزم الدستور الفرنسي ذلك في المادة (16) منه ، وهذا الإستفتاء ينبغي أن يجري خلال ستين يوماً من تاريخ أول إجراء يتخذ، وتشمل عرض جميع التدابير التي إتخذها رئيس الجمهورية للإستفتاء الشعبي، سواء أكانت ذات طابع عام أم فردي(208). وفي هذه الحالة يمارس الشعب دوره الرقابي عن طريق رفض أو إقرار الإجراءات التي قام بها الرئيس وفقاً للمادة (74) ، انفة الذكر، وذلك حسبما يراه متفقاً أو متعارضاً مع الدستور ومع مصلحته، ويرى جانب من الشراح أن إقرار الشعب لهذه الإجراءات يضفي المشروعية عليها، حتى وإن كانت غير كذلك قبل الإستفتاء عليها ، أما لو كانت في الأصل مشروعة فإن هذا الإقرار هو إستمرار لمشروعيتها بقوة جديدة ، وينطلق هذا الرأي من كون الإستفتاء له قيمة دستورية، وعلى أساس ذلك فإن إقرار الشعب لهذه الإجراءات هي بمثابة تحصين لها من الإلغاء بطريق آخر غير الطريق المضاد، أي بإستفتاء شعبي آخر، إستناداً إلى قاعدة توازي الإجراءات(209).

إلا أن هذا الرأي ، وكما يذهب إلى ذلك بحق جانب آخر من الشراح ، تعوزه الدقة، إذ أن ما يوافق عليه الشعب في رقابته التي يمارسها عن طريق الإستفتاء ليست له سوى قيمة سياسية، ولا يتعدى الموافقة على السياسة العامة التي إتبعها رئيس الجمهورية في مواجهة الظروف الاستثنائية، فهو لا يضيف شيئاً إلى الإجراءات الصادرة في إطار المادة (74) انفة الذكر. وليس من شأنه أن يغير من الطبيعة القانونية لها، فلا تتحول إلى إجراءات مشروعة إذا كانت في الأصل غير مشروعة، ومن ثم لا يسلب ولاية القضاء في إقرار عدم المشروعية هذه إذا تبين له ذلك، طالما أنه إستفتاء سياسي هدفه وجوهره إبداء الثقة في شخص رئيس الجمهورية ومدى الموافقة على سياسته ليس إلا(210).

ويبدو أنه قد أتيح للقضاء الإداري في مصر أن يقرر هذا المفهوم ، إذ قضى في أحد أحكامه أنه : (لا يغير من الطبيعة الإدارية للقرار المطعون فيه عرضه على الشعب في الإستفتاء على مثل هذا القرار وغيره من

(208)ينظر: د.سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مصدر سابق، ص164. مع أن هناك من يذهب إلى أنه ينبغي أن تعرض فقط القرارات ذات الطابع العام دون الفردي، على أساس أنه لا يتصور أن يعرض على الإستفتاء مثلاً قرار القبض على شخص أو إعتقاله، إذ ليس من المقبول أن يطلب من الملايين أن يبلوا برأيهم حول هذا القرار الفردي. ينظر: د.احمد محنت علي ، مصدر سابق، ص76. إلا أننا نرى بأن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، نظراً لعمومية نص المادة (74)، إذ لم تميز في هذا الشأن بين القرارات العامة او الخاصة. ومن ناحية أخرى يلاحظ أن من الإجراءات الفردية ما هو أشد تأثيراً على الرأي العام من الإجراءات ذات الطابع العام، بل إن من الإجراءات الفردية ما يمكن أن تمس مصالح عدد كبير من أفراد الشعب، ويمكن أن تهدد الحقوق والحريات الفردية، وهذا ادعى لمعرفة رأي الشعب في تلك الإجراءات .

(209)ينظر: د.يحيى الجمل ، مصدر سابق، ص210 .

(210)من ناحية أخرى فإن عدم إقرار الشعب لهذه الإجراءات يؤدي إلى عدم إمكانية توليدها لأثارها فيما يتعلق بالمستقبل ، أما الأثار التي أنتجت قبل نتيجة الإستفتاء ، فالمفروض أن القضاء هو الذي يتولى إزالتها. ينظر: د.مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1985 ، ص422 .

الإجراءات التي أخذت، ولا يعدو أن يكون إلا دوراً سياسياً من شأنه التعبير عن طبيعتها القانونية ومدى مشروعيتها، فإذا كانت لها الطبيعة اللائحية قبل الإستفتاء، ظلت لها هذه الطبيعة بعده، وإذا كانت قد صدرت مشروعاً ظلت بعد الإستفتاء كذلك، أما إذا كانت قد صدرت غير مشروعاً ظلت بعد الإستفتاء مشوبة بذات العيوب، فلا يظهرها من هذه العيوب موافقة الشعب عليها، ذلك أن الدور السياسي للشعب والذي يمارسه بالإستفتاء لا ينقلب إلى دور تشريعي مؤدي إلى التغيير من طبيعة الأعمال (211).

إن ما يمكن أن يستنتج مما تقدم كله بشأن الرقابة غير القضائية أنه على الرغم من أهمية هذه الرقابة، لكونها تجعل من الشعب ونوابه رقيباً على التدابير الخطيرة التي تتخذ في أحلك الظروف، مما يضيف ذلك ضماناً أخرى على تطبيق الشرعية في هذه الظروف، ومع ذلك فهي رقابة ضعيفة ولا يمكن مقارنتها بالرقابة القضائية التي تعد المجال الطبيعي لحماية هذه الشرعية في جميع الظروف، لما يتميز به القضاء من خصائص تجعله مؤهلاً لهذه المهمة، وأهمها إستقلاليته التي تضفي على رقابته القوة والمصدقية، فضلاً عن أن القضاء في رقابته هذه إنما يتفحص وبدقة الشروط اللازم توافرها في كل قرار أو إجراء، ومن ثم لا يتردد في إلغائه أو إبطاله، إذا ثبت لديه مخالفته لهذه الشروط لحماية للشرعية. يعكس الحال فيما يخص الرقابة البرلمانية فهي رقابة شكلية في معظم الأحوال، بالنظر لطبيعتها، إذ يبدو أنها تراقب مدى توافر شروط اللجوء إلى القوانين الاستثنائية من قبل السلطة التنفيذية، دون أن تتعدى إلى فحص الإجراءات المتخذة على أساس هذه القوانين، من حيث توافر شروطها من عدمه، على أساس أن ذلك من وظيفة القضاء أصلاً، بل أن البرلمان حتى في رقابته الشكلية هذه قد يتردد كثيراً في أعمال رقابة حقيقية تنطوي على فرض الجزاءات التي نص عليها الدستور ضد السلطة التنفيذية، في حال مخالفتها لضوابط اللجوء إلى هذه القوانين، نظراً لعدم إستقلالية البرلمان في كثير من الأحيان، وسيطرة الإتجاهات الحزبية والسياسية عليه، الأمر الذي قد يضعف رقابته في هذا الصدد. ومع ذلك فإنه ينبغي عدم التقليل من شأن الرقابة البرلمانية في جميع الأحوال، فهي على الأقل قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى تأليب الرأي العام ضد تصرفات السلطة التنفيذية الخاطئة، الأمر الذي قد يجبر هذه السلطة على الإلتزام بالشرعية.

(211) ينظر قرار المحكمة الإدارية العليا المرقم 1657 لسنة 36 ق في 1982/6/29. أشار إليه: د.وجدي ثابت غريبال، مصدر سابق، ص160.

الخاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات كالتالي:

أولاً: الاستنتاجات

1. قد تتعرض الدولة في بعض الاوقات لأخطار جسيمة تهدد أمن المجتمع واستقراره وحينها تصبح الدولة في ظروف استثنائية، وعندها تصبح القواعد القانونية التي كانت سارية في الظروف العادية عاجزة عن مواجهة هذه الظروف، ويصبح من الضروري مواجهة الظروف الاستثنائية بقواعد استثنائية تعطي للسلطة الإدارية صلاحيات وامتيازات تفوق صلاحياتها وامتيازاتها في الظروف العادية من أجل إعادة الأمن والاستقرار للبلاد.

2. تعد نظرية الظروف الاستثنائية استثناء أو قيوداً يرد على مبدأ سمو الدستور، وقد استعملت مصطلحات عدة لهذا المفهوم فنجد تارة يستخدم مصطلح الظروف الاستثنائية وتارة مصطلح الضرورة. وقد جاءت هذه النظرية كضرورة لتنظيم ممارسة السلطة في الدولة وهذا التنظيم يرتكز على مبادئ تهدف بالدرجة الأساسية إلى تقييد سلطة الحكام وإيجاد ذلك التوازن والفصل بين مؤسساته المختلفة وذلك من أجل حماية مبدأ سيادة القانون وحقوق الإنسان وحياته.

3. تختلف حالات الظروف الاستثنائية باختلاف طبيعتها ودرجة تأثيرها على الحياة الدستورية للدولة، وهذا ما يستلزم تنوعاً وتعددًا للظروف الاستثنائية، وجاء ذكرها في المواثيق الدولية والداستير وفي التشريعات الداخلية للدول، فجاءت حالات الظروف الاستثنائية لتشمل عدة أنواع منها: حالة الطوارئ، وحالة الحرب، وحالات اخرى، إلا أن هاتان الحالتان هما الأكثر زعزعة لكيان الدولة ومساساً بالحريات العامة فيها، ونتيجة لهذه الظروف تضطر الدولة إلى الخروج عن مبدأ المشروعية عن طريق تحللها من بعض قواعد القانون العادي إلى القوانين الاستثنائية تستطيع بموجبها اتخاذ التدابير اللازمة للسيطرة على زمام الأمور والحفاظ على كيانها وأمنها.

4. تلعبُ الضرورةُ بكونها الأساس الفلسفي للظروف الاستثنائية دوراً بارزاً في توسيع صلاحيات السلطة القائمة على تطبيق القانون الإستثنائي، إذا لم تسعفها تلك الصلاحيات الواردة في القانون من مواجهة الأخطار الناجمة عن هذه الظروف ، ومن ثمّ إضفاء الشرعية على هذه الصلاحيات.

5. إتضح من هذه الدراسة بأنّ الظروف الاستثنائية لا تلغ الشرعية الإجرائية وإلّا كنّا أمام حكومة بوليسية لا تعير للقانون أية أهمية، بل أنّ هذه الظروف تجعل من هذه الشرعية تتلاءم معها، وأن القضاء يقوم بدورٍ بارزٍ في هذا الصدد ، طريق توسيع صلاحيات الإدارة من أجل تمكينها من مواجهة مخاطر هذه الظروف

،إذا لم تسعفها صلاحياتها الواردة في القانون الاستثنائي، ويكون ذلك بتمرير عددٍ من القرارات المتخذة والمخالفة لشروطها القانونية في البعض من جوانبها ومن ثمّ إضفاء الشرعية عليها لتظهر في نهاية المطاف شرعية خاصة هي الشرعية الاستثنائية.

6. إنّ قانون الطوارئ يعدُّ من أهم تطبيقات الظروف الاستثنائية، وذلك لوسع الحالات التي تنص عليها، إذ تشمل معظم الأسباب التي تستدعي عادةً اللجوء إلى القوانين الاستثنائية. ويلاحظ أنّ قانون الطوارئ العراقي يشدُّ عن هذه الحالة، إذ أنّ الحالات التي توجب العمل به كما حددتها المادة (1) منه، تنحصر في الخطر الناشئ عن حملة مستمرة للعنف من أيّ عددٍ من الأشخاص، لمنع تشكيل حكومة واسعة التمثيل في العراق، أو تعطيل المشاركة السياسية السلمية لكل العراقيين، أو أيّ غرضٍ آخر. كما يلاحظ أنّ الدستور العراقي الدائم لم ينظم الأحكام الخاصة بالظروف الاستثنائية بشكل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية، عكس الحال بالنسبة للدستورين المصري والفرنسي.

7. إنّ التنظيم المسبق لقانون الطوارئ أفضلٌ من ترك هذا الأمر إلى حين حصول الظرف الاستثنائي، لأنّ ذلك أدعى إلى حماية حقوق الانسان، وتقيد سلطة الطوارئ بالصلاحيات الواردة فيها حصراً، ولكن بشرط أن يستعمل المشرع عباراتٍ واسعة، إذ يمكن أن يشمل قانون الطوارئ جميع الحالات الاستثنائية الممكنة الحصول مع النص على أفضل الضمانات لحماية الحرية الشخصية من الإنتهاك والتجاوز.

8. إن ضمانات حريات الأفراد في ظل حالة الطوارئ المتمثلة بمبدأ المشروعية، والرقابة القضائية، والرقابة على دستورية القوانين من حيث المبدأ وبشكل نظري هي ضمانات حقيقية ولكنها في النتيجة الفعلية هي غير فعالة لما تحويه من استثناءات وقيود عليها.

9. على الرغم من أهمية الرقابة غير القضائية على الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية بكونها ضمانات أخرى من الضمانات التي تحول دون إنتهاك هذه الشرعية- قدر الإمكان- وأنها قد تألب الرأي العام ضد تصرفات السلطات القائمة على تطبيق القوانين الاستثنائية، إلا أنّها رقابة غير فعالة لكونها رقابة شكلية.

10. لم ينص الدستور العراقي على الرقابة الشعبية للإجراءات الاستثنائية، لأنّه لم ينظم أصلاً -وكما سبق القول- حالة الظروف الاستثنائية بشكل لوائح الضرورة أو اللوائح التفويضية.

11. تعدّد جهات الرقابة القضائية على التدابير المتخذة في ظلّ الظروف الاستثنائية بالنسبة للقانونين المصري والفرنسي(رقابة القضاء الإداري على القرارات الإدارية ورقابة القضاء الجزائي على الأعمال الإجرائية)، وهذا الأمر مخالف للطبيعة الجزائية للقرارات الإدارية مما يفترض معه أن يتولى القضاء الجزائي هذه الرقابة في جميع الأحوال، كما مرّ سابقاً.

12. يُخرج القضاء الإداري في مصر وفرنسا قرار إعلان حالة الطوارئ من رقابته بكونه من أعمال السيادة، في حين يخضع للرقابة البرلمانية وإن كانت ضعيفة.
13. رقابة القضاء الإداري تكون عن طريق الطعن بدعوى مستقلة، في حين أنّ القضاء الجزائري بواسطة الدفع بالبطلان.
14. القضاء الإداري في مصر وفرنسا قد إستقرا على إقرار مسؤولية الدولة المدنية عن إنتهاك الشرعية في الظروف الاستثنائية، في حين لم تستطع هذه الدراسة التعرف على موقف القضاء العراقي في هذا الصدد. ويبدو أنّ السبب الرئيسي في ذلك يعود إلى عدم وجود نص صريح يقرر هذه المسؤولية أصلاً في القانون العراقي، أو عدم وجود تطبيقات قضائية بهذا الشأن.

ثانياً: التوصيات

1. نقترح أن يكون نص المادة (1/طوارئ) بالشكل الآتي : لرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع إعلان حالة الطوارئ في أيّ منطقة من العراق عند تعرّض الشعب لخطرٍ حالٍ جسيم يهدد الأفراد في حياتهم، أو يؤدي إلى تعطيل سير المرافق العامة. وسواء أكان هذا الخطر ناشئاً من حملاتٍ مستمرةٍ للعنف من أيّ عددٍ من الأشخاص، أو في حالات العصيان المسلح، أو الإضطرابات الداخلية، أو الحروب، أو الأوبئة، أو الكوارث، وذلك على غرار ما موجود في القوانين المقارنة.
2. حذف الفقرة (ثامناً) من المادة (3/طوارئ) حمايةً للشرعية ، أو على الأقل تعديلها بما يتناسب والغاية المذكورة.
3. تعديل الفقرة (رابعاً) من المادة (7/طوارئ) بزيادة العبارة التالية إلى نهاية هذه الفقرة: (وعلى التحقيق الذي يجري وفق الفقرة ثالثاً أعلاه).
4. إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (9/ طوارئ) يكون مضمونها الآتي: (إذا رأى مجلس النواب أنّ الحكومة قد تجاوزت على القانون في القرارات والإجراءات الاستثنائية التي إتخذتها، فلها أن تستعمل صلاحيّاتها في إستجواب ومساءلة المسؤولين عن هذا التجاوز أو حتى اعطاء الأذن بإحالتهم إلى المحاكم المختصة، إن رأت لذلك موجباً). كما ينبغي أيضاً حذف كلمة (الإستشارية 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 كردستان فيما يتعلق بإجراءات الطوارئ في نطاق الإقليم. 2- للمحاكم المذكورة تقرير إلغاء هذه القرارات

أو إبطال هذه الإجراءات -حسب إختصاصها- إذا ما رأتها مخالفةً للقانون، مع مراعاة الظروف الاستثنائية التي صدرت في ظلها تلك القرارات أو الإجراءات.)، لأنّ الفقرة المذكورة بصياغتها الحالية مبهمة وغير واضحة.

6. كما نقترح أيضاً إيراد نصّ في قانون الطوارئ يقرر فيه مسؤوليّة الدولة المدنيّة وبصورة أصليّة تحقيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وذلك على النحو الآتي: (1- تتحمل الدولة تعويض الأشخاص الذين تضرروا من الإجراءات الاستثنائية المعيبة المتخذة ضدّهم . 2- على المحكمة أن تأخذ في إعتبارها عند تقدير التعويض الظروف التي صدرت في ظلّها هذه الإجراءات.) .

7. تعديل المادة (2) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 في التشريع العراقي وينص فيها على أن يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلةً للتمديد لنفس الفترة بعد موافقة مجلس النواب، وبذلك يكون أكثر توافقاً مع نص الفقرة (تاسعاً/2) من المادة (61) من دستور العراق لسنة 2005.

8. وضع قيود كافية في القوانين الخاصة بالظروف الاستثنائية تحد من تغول السلطة التنفيذية أثناء هذه الظروف.

9. ياحبذا لو تم تضمين القوانين الخاصة بالظروف الاستثنائية في التشريع العراقي ضمانات أكثر وضوحاً وشمولاً لضمان حفظ حقوق الانسان في الاتفاقيات والاعلانات الدولية .

المصادر

أولاً:- الكتب

1. ابراهيم الشربيني، حراسات الطوارئ، مطبعة دار المعارف، القاهرة، 1964
2. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة 4، دار الشروق، مصر، 2006.
3. د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، الطبعة 1، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1995.
4. د.أحمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، مكتبة نهضة المصرية ، القاهرة، 1959.
5. د. أحمد فتحي سرور ، الشرعية والإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بيروت، 1977.
6. د.أحمد مدحت علي ،النظرية العامة للظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة في فرنسا ومصر)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1978.
7. د.أحمد أبو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، ط2 ، مكتبة مكاوي ، بيروت ، 1979 .
8. افين خالد عبدالرحمن، ضمانات حقوق الانسان في ظل قانون الطوارئ، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، 2009.
9. د.إدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1980.
10. د. الأنصاري حسن النيداني ، القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات ، ط1 ، بلا مكان طبع ، 1999 ،
11. د.حامد راشد ، أحكام تفتيش المسكن في التشريعات الإجرائية العربية (دراسة مقارنة) ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 .
12. د.جسام الدين محمد أحمد ، سلطات القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة (دراسة مقارنة) ، ط2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995.

13. د. خالد رشيد الدليمي، مبدأ المشروعات والرقابة على أعمال الإدارة ، محاضرات مطبوعة، بدون سنة نشر.
14. د.توفيق الشاوي ، فقه الإجراءات الجنائية ، ج 1 ، ط 2 ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1954 .
15. د. رأفت دسوقي، هيمنة السلطة التنفيذية على أعمال البرلمان ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
16. د.رمضان محمد بطيخ،مبدأ المشروعات وعناصر موازنته،مطبعة الرباط،عين الشمس،2005 .
17. د.رمضان محمد بطيخ،الرقابة على اداء الجهاز الاداري،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة .
18. سعدون عنتر الجنابي ، الأحكام العامة للظروف الاستثنائية في التشريع العراقي ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1981 .
19. د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003 .
20. د. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982.
21. سالم بن راشد العلوي،القضاء الاداري(دراسة مقارنة)،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان،2009.
22. شريف بدوي ، أسباب بطلان الضبط والتفتيش ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، 1989 .
23. د.صالح عبد الزهرة الحسون ، أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي (دراسة مقارنة) ، ط 1 ، مطبعة الاديب البغدادية ، 1979 .
24. د.صلاح الدين جمال الدين، الطعن في الحريات وإجراءات الضبط ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2005 .
25. د.صلاح الدين جمال الدين ، بطلان القبض ، بلا مكان طبع ، 1996
26. د.عبد الحكيم فودة ، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية (دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء والنقض) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004.

27. د. عبد الحكيم فودة ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط3، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 1999.
28. د. عبد الحميد الشواربي وشريف جاد الله ، شائبة عدم مشروعية قراري إعلان ومد حالة الطوارئ والأوامر العسكرية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000.
29. د. عبد المهيم بكر ، إجراءات الأدلة الجنائية ، ج 1 ، ط 1 ، مكتب الرسالة الدولية ، بلا مكان طبع ، 1997 .
30. د. عبد الحميد الشواربي ، إذن التفتيش في ضوء القضاء والفقهاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع
31. د. عباس عبد الامير ابراهيم العامري، اعلان حالة الطوارئ واثاره على حقوق الانسان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2016 .
32. عدلي خليل ، الدفوع الجوهرية في المواد الجنائية ، ط 1 ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2000.
33. د. علي خطر الشطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج 1، ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2004 .
34. د. علي خطر شطناوي، الوجيز في القانون الإداري ، ط 1 ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، 2003.
35. علي عبد الفتاح محمد ، القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الالغاء ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2009
36. علي عبدالله العرادي، تفويض الاختصاص التشريعي(دراسة تأصيلية تحليلية في الدستور البحريني والدساتير المقارنة)، ط1، معهد بحرين للتنمية السياسية، 2019.
37. د. علي محمد بدير ، ود. مهدي ياسين سلامة ، ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي –مبادئ وأحكام القانون الإداري – دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد، 1993.
38. علي الدين هلال وغسان سلامة، الديمقراطية وحقوق الانسان في الوطن العربي، مركز الدراسات الوحدة العربية، 1983

39. د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري (دراسة مقارنة) ، ط1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 .
40. د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 .
41. د. لؤي جميل حدادين ، نظرية البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية (دراسة مقارنة) ، ط1 ، عمان ، 2000.
42. د. مأمون محمد سلامة ، مصدر سابق، ص338، محمد كامل إبراهيم ، النظرية العامة للبطلان في قانون الإجراءات الجنائية ، ط1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989 ، .
43. محمد ابو العمارة، القانون الإداري (نشاط الادارة العامة في فلسطين)، ج2، ط2، غزة، جامعة الازهر، 1998.
44. د. محمد عبد الغريب ، النظام العام الإجرائي ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي ، بلا مكان طبع ، 2000.
45. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، مطبعة الاسكندرية، بدون سنة طبع..
46. د. محمد محمد عبده امام، القضاء الإداري (مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة)-دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون سنة طبع.
47. د. محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري (دراسة مقارنة)، ط 2، دار النهضة للطباعة، القاهرة، 2003.
48. محمد أحمد ابراهيم، ضمانات الافراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والاداري (دراسة مقارنة)، 2008،
49. مدحت محمد الحسيني ، البطلان في المواد الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006.
50. د. مصطفى أبو زيد فهمي ، الدستور المصري، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1985
51. د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 .

52. د. يسري محمد العصار ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995
53. د. يسري محمد العصار ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995.
54. د. يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
55. د. وجدي ثابت غبريال ، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1988 .

ثانياً:- الاطاريح و رسائل جامعية

1. أحمد حسوني جاسم ، التكاليف بالحضور (الإستخدام) في الدعوى الجزائية ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد
2. زكريا محفوظ ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، 1966.
3. عبد المجيد عبد الهادي السعدون ، إستجواب المتهم (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد ، 1992.
4. عبد علي الشخابنة،القرارات الادارية ومبدأ المشروعية،رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الاردنية،1988.
5. حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري،رسالة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم الادارية- جامعة الجزائر،2003-2002.

ثالثاً:- بحوث و تقارير

1. خالد الزعبي ، قانون الدفاع والأحكام العرفية في التشريعات الأردنية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة اليرموك ، المجلد الثامن ، ع 1 ، 1992 .
2. 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).

3. د.عباس العبودي، التبليغ القضائي بواسطة الرسائل الالكترونية ودوره في حسم الدعوى المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، العدد الثالث ، تصدرها كلية القانون -جامعة الموصل ، 1997.
4. 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.
5. تقرير المنظمة المصرية عن ظاهرة الإحتجاز التعسفي في ظل قانون الطوارئ بعنوان (معاً لوقف العمل بقانون الطوارئ)

6. Amnesty international ,report2002 .

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

رابعاً:- الدساتير والقوانين

1. الدستور العراقي الدائم لسنة 2005.
2. الدستور المصري لعام 2014.
3. قانون السلامة الوطنية العراقي رقم (4) لسنة 1965
4. قانون الدفاع المدني المصري لسنة 1959
5. قانون الدفاع المدني العراقي لسنة 1978 .
6. قانون التعبئة المصري لسنة1960 والعراقي لسنة 1971.
7. قانون الإستعانة بالإضطرابية العراقي لسنة 1960.
8. قانون الصحة العامة العراقي رقم (89) لسنة 1981
9. قانون الطوارئ السوري لسنة 1962
10. قانون الطوارئ الاردني لسنة 1992
11. القانون الإدعاء العام رقم (156) لسنة 1979
12. القانون مرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.
13. القانون الطوارئ العراقي الرقم (1) لسنة 2004.
14. القانون أمر الدفاع عن السلامة الوطنية 2004
15. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971.

خامساً:- القرارات

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.

سادساً: المصادر الانكليزية

1. Duverge, droit constitutionnel et Institutionnl Politigues 1982.
2. HENRY, Cone. Sous, C.E. mars 1962
3. Mathiot, Theori des circomstances excptionnells, mélanges .3
.mestre, 1956, . et.s, Lucien Nizard, op.cit, p60 et.s
4. S.A.de . Smith K Constitutional and adminiatrativ Law ,2ed ,1973 .
5. Lucien Nizard, La Jurisprudence Administrative dcircumstances
exceptionnelles et Legalite, L.G.J, 1962.
6. Gaston Stefani et Georges Levassur, procedural penal .6
1962, p paris.
7. TROTABAS (L.) et ISOART (P.), op.cit.
8. Pierre Bouzat et Jean Pinatel, Traite de Droit Penal et de Criminologie,
TomII, Librairie, Dalloz, Paris, 1970.

سابعاً:- مواقع الانترنت

د. هيثم مناع ، الدستور والحالات الاستثنائية ، بحث منشور على شبكة الإنترنت على العنوان التالي:-

www.achr.no تاريخ الزيارة 20 / 8 / 2020 .

جمال هيثم نعال ، حقوق الإنسان وأزمة القضاء في الدستور السوري ، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الآتي:

www.edfsyr.de/cdfsyr.de

رد المنظمة المصرية لحقوق الإنسان على تقرير مصر الدوري، المقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، والمنشور على الموقع الآتي : تاريخ الزيارة 22 / 8 / 2020 www.eohr.org

د. عمر رضا بيومي ، أحكام القضاء المصري بين التعطيل والإهدار ، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: www.eohr.org

كذلك مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء ، (سلب ولاية السلطة القضائية وإسنادها إلى محاكم إستثنائية أو خاصة) وعلى الموقع الاتي:

تاريخ الزيارة 6 / 6 / 2020. www.hrcap.org/areports

تقرير المنظمة المصرية عن ظاهرة الإحتجاز التعسفي في ظل قانون الطوارئ بعنوان (معاً لوقف العمل بقانون الطوارئ) والمنشور على شبكة الإنترنت على الموقع الاتي:

www.eohr.org/ar/report/thm

نقا المطيري ، اللوائح التفويضية ، بحث منشور على شبكة الإنترنت وعلى الموقع الاتي: تاريخ الزيارة 21 / 7 / 2020.

www.majlesalommah.net

رديف مصطفى، حالة الطوارئ(مببراتها،مشروعيتها القانونية والدستورية واثارها روابط اعمالها)،بحث منشور على العنوان الالكتروني الاتي: تاريخ الزيارة 3 / 6 / 2020 www.efrin.net

مكافحة الإرهاب في الشرق الاوسط في ضوء تقرير المقرر الخاص، منشور على الموقع الالكتروني الاتي: تاريخ زيارة الموقع 20/8/2020.

www.cfjustice.org

محمود أبوصوي، حالة الطوارئ في الوطن العربي وتقييد حقوق الإنسان(دراسة مقارنة) ،بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي

www.dustour.org تاريخ الزيارة 10 / 7 / 2020

ينظر:كمال سيد قادر، حالة الطوارئ في القانون الدولي،بحث منشور على الموقع الالكتروني الاتي:

www.elaph.com/elaphweb/asda تاريخ الزيارة 29 / 8 / 2020

İSTİSNAİ DURUMLARIN YASAL DÜZENLEMESİ VE İNSAN HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

ORIGINALITY REPORT

18%

SIMILARITY INDEX

17%

INTERNET SOURCES

0%

PUBLICATIONS

9%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	www.ebaa.net Internet Source	1%
2	www.mobt3ath.com Internet Source	1%
3	egylawyer.net Internet Source	1%
4	parliament.gov.sy Internet Source	1%
5	aliraqnet.net Internet Source	1%
6	archive.aawsat.com Internet Source	1%
7	www.cihlhr.org Internet Source	<1%
8	www.mriraq.com Internet Source	<1%
9	tantanews.wordpress.com Internet Source	<1%