

تأثير الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية دراسة مقارنة

The impact of exceptional circumstances on the principle of legality A Comparative study

Mohammad Abdul Ali Ibrahim Al-Maamouri
Qom University - Faculty of Law

محمد عبد علي إبراهيم المعموري
طالب دكتوراه / جامعة قم - كلية القانون
Mohammediq755@gmail.com

Asst. Prof. Dr. Dawood Mohebbi
Qom University - Faculty of Law

أ.م.د. داوود محبي
جامعة قم - كلية القانون
D.mohbbi@qom.ac.ir

تاريخ النشر: ٢٠٢٦ / ٩ / ٣٠

تاريخ القبول: ٢٠٢٦ / ٧ / ١

تاريخ التقديم: ٢٠٢٦ / ٦ / ٨

ملخص

إن قيام الدولة ونظامها القانوني يعتمد على الدستور الذي تكون قواعده ملزمة لجميع السلطات وتتميز قواعده بالسمو والعلو على غيره من القوانين في الظروف العادية، لذا تقوم الدولة الحديثة على أساس وجود مجموعة من المؤسسات الدستورية التي تتعاون فيما بينها لتحقيق أهداف الدولة وخدمة مصالحها العليا، ويعتمد في التقسيم التقليدي لسلطات الدولة على ثلاث سلطات رئيسية: السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، والسلطة القضائية، وذلك استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، ومع تفاوت العلاقة بينها بحسب النظام السياسي المعتمد في كل دولة، أن النظام القانوني يتحقق في الدولة من خلال التشريع الدستوري الذي يجسد مبدأ الفصل بين السلطات ويكرس الفصل العضوي بينهما بحيث تكون كل سلطة مستقلة ومتساوية في المكان لا تابعة ولا ثانوية مع المحافظة على قدر من التعاون والتنسيق في ممارسة الاختصاصات.

تنص الدساتير غالباً على آليات للتعامل مع الظروف الاستثنائية غير الاعتيادية وذلك لغرض درء أضرارها بأقل الخسائر الممكنة مع الحفاظ على مبدأ المشروعية لأقصر مدة زمنية ممكنة، من أهم آليات مواجهة الظروف الاستثنائية تعليق العمل ببعض النصوص الدستورية والقانونية لمدة محددة أو عدم الالتزام بها مؤقتاً إلى حين زوال تلك الظروف، مما ينعكس مسار أداء المؤسسات الدستورية وقد يؤدي ذلك إلى أحداث تغيير في طبيعة النظام السياسي القائم، تبرر نظرية الظروف الاستثنائية فرض حالة الطوارئ وتفعيل أنظمة الاستثناء بمنح السلطة التنفيذية صلاحيات واسعة لمواجهة الأزمات التي تعيق تطبيق مبدأ المشروعية الاعتيادي، مستندي في ذلك إجراءات وشروط، لذا تعتبر المشروعية حجر الزاوية في ضمان حقوق وحريات المواطنين في جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، حيث لا يمكن للهيئات الحاكمة فرض قيود على هذه الحريات إلا عبر الالتزام بالقواعد القانونية السرية.

الكلمات المفتاحية: الظروف الاستثنائية، مبدأ المشروعية، احترام الحقوق، السلطة الحاكمة، النصوص الدستورية

أيلول ٢٠٢٦ م / ربيع الأول ١٤٤٨ هـ

السنة: الحادية والعشرون

العدد: ٥٦ / المجلد: ٢

DOI: <https://doi.org/10.36324/fqhj.v2i56.24490>



Journal of Jurisprudence Faculty by University of Kufa is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
مجلة كلية الفقه - جامعة الكوفة مرخصة بموجب ترخيص المشاع الإبداعي ٤.٠ الدولي

Abstract

The establishment of the state and its legal system depends on the constitution, whose rules are binding on all authorities and whose rules are distinguished by their supremacy and superiority over other laws in normal circumstances. Therefore, the modern state is based on the existence of a group of constitutional institutions that cooperate among themselves to achieve the state's goals and serve its highest interests, and is based in the traditional division of state powers on three main powers: the legislative power, the executive power, and the judicial power, based on the principle of separation of powers, and with the difference in the relationship between them according to the political system adopted in each state, that the legal system is achieved in the state through the constitutional legislation that embodies the principle of separation of powers and establishes the organic separation between them so that each authority is independent and equal in place, neither subordinate nor secondary while maintaining a degree of cooperation and coordination in the exercise of powers.

Constitutions often provide for mechanisms to deal with unusual extraordinary circumstances in order to prevent their damage with the least possible losses while maintaining the principle of legitimacy for the shortest possible period of time. One of the most important mechanisms for dealing with extraordinary circumstances is the suspension of work on certain constitutional and legal texts for a specified period or the temporary non-compliance with them until the end of those circumstances. The state of emergency and the activation of the exception systems by granting the executive authority broad powers to confront the crises that hinder the application of the principle of regular legality, document procedures and conditions, therefore legality is considered the cornerstone in guaranteeing the rights and freedoms of citizens in aspects of social, economic and political life, as the governing bodies can only impose restrictions on these freedoms by adhering to the applicable legal rules.

Keywords: exceptional circumstances, principle of legitimacy, respect for rights, ruling authority, constitutional texts.

مقدمة

غالباً ما تعيش الدولة حالة من الاستقرار في الاحوال الطبيعية، ولكن قد تتعرض لأخطار جسيمة في بعض الأحيان فتكون الدولة عاجزة في ظل تلك الظروف تطبيق القواعد القانونية العادية، ويحتم عليها الخروج استثناء عن القواعد العامة لمواجهة تلك الظروف الاستثنائية، وكانت تلك الظروف في أمس الحاجة لنظرية الظروف الاستثنائية، والتي تمثل أحدي الأسس القانونية المصاغة لفرض حالة الطوارئ وأنظمة الاستثناء عبر منح الإدارة الوسائل المناسبة لمواجهة تلك الظروف التي يعجز مبدأ الشرعية عن مواجهتها بسياقه الاعتيادي.

مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في تحديد ماهية الظروف الاستثنائية وبيان مفهوم مبدأ المشروعية، ومن ثم الكشف عن الآثار التي تتركها الظروف الاستثنائية على المبدأ، ومدى مشروعية ما تتخذه السلطات العامة من تدابير استثنائية قد تؤدي إلى تعطيل بعض الضمانات الدستورية أو الحد من الحقوق والحريات العامة تحت ذريعة المحافظة على النظام العام وأمن الدولة.

هدف البحث: يسعى الباحث إلى بيان أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية، وتوضيح حدود السلطات الاستثنائية في تعطيل بعض النصوص الدستورية أثناء حالات الطوارئ والأحكام العرفية، وذلك بما ينسجم مع أحكام الدستور ويحافظ على التنظيم الدستوري للدولة.

أهمية البحث: تنبع أهمية هذا البحث من كونه يسلط الضوء على تأثير الظروف الاستثنائية في تقييد مبدأ المشروعية، وبيان حدود سلطة الدولة في اتخاذ اجراءات استثنائية من دون الإخلال بسيادة الدستور وضمن عدم التعسف في استعمال السلطة.

منهجية البحث: اعتمد هذا البحث على المنهج المقارن بين التشريع العراقي والتشريع التونسي، واعتمد المنهج التحليلي للنصوص الدستورية لكلا الدولتين.

ومن الجدير بالذكر بأنه حرصت الدراسة على الإفادة من المراجع الفقهية الكلاسيكية بوصفها تمثل الأساس النظري لموضوع الظروف الاستثنائية ومبدأ المشروعية، غير أن ذلك لا يغني عن الاستناد إلى النصوص الدستورية والتشريعية الحديثة والاجتهادات القضائية المعاصرة، ولا سيما بعد التطورات الدستورية التي شهدتها العراق وتونس. لذلك تستند الدراسة، إلى جانب المراجع الفقهية، إلى دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥، ودستور الجمهورية التونسية لسنة ٢٠١٤، ودستور الجمهورية التونسية لسنة ٢٠٢٢، فضلاً عن التطبيقات الحديثة المرتبطة بحالة الطوارئ والأزمات الصحية، ومنها الإجراءات المتخذة أثناء جائحة كوفيد-١٩، باعتبارها نموذجاً معاصراً لاختبار مدى قدرة مبدأ المشروعية على الصمود في مواجهة الظروف الاستثنائية.

خطة البحث: سعينا لإدراك هدف البحث الموسوم "تأثير الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية" تم تقسيم البحث على: المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للظروف الاستثنائية ومبدأ المشروعية، وتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين؛ المطلب الأول: ماهية الظروف الاستثنائية، أما المطلب الثاني فهو: ماهية مبدأ المشروعية. والمبحث الثاني: تعطيل الضمانات الدستورية لمبدأ المشروعية تم تقسيم هذا المبحث على مطلبين؛ المطلب الأول: التعطيل الرسمي للضمانات الدستورية، المطلب الثاني: التعطيل غير الرسمي للضمانات الدستورية.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الاستثنائية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ماهية الظروف الاستثنائية.

تعد نظرية الظروف الاستثنائية من النظريات القانونية التي برزت لمواجهة الأوضاع غير الاعتيادية التي قد تتعرض لها الدولة، كالحرب والكوارث والازمات العامة، إذ تقتضي هذا الظروف منح السلطات العامة صلاحيات أوسع لضمان استمرار سير المرافق العامة وحماية النظام العام. غير أن التوسع في هذه السلطات يثير إشكالية مدى انسجامه مع مبدأ المشروعية الذي يعد أساس خضوع الدولة للقانون. سوف أتناول هذا المبحث على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول: مفهوم الظروف الاستثنائية

أولاً: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية لغةً واصطلاحاً:

أ_ الظروف الاستثنائية في اللغة: هي مركب اضافي يتكون من كلمتين هما: الظروف؛ الاستثنائية. والظروف لغة جمع ظرف والظروف هو المبهم والمؤقت ويسمى المحدود، واتفق القوم على أن المبهم من الزمان مالم يعتب له ولا نهاية كالحين؛ والمحدود منه ما اعتبر فيه ذلك كالיום والشهر (التهانوي ، ١٩٩٦ ص ١١٤٧)، والظروف من الظرفية أي حلول الشيء في غيره حقيقته والظروف هو وعاء كل شيء (الرازي، ١٩٧٩ ص ٤٧)، والخليل يسميها ظروفًا، والكسائي يسميها المحال، والفراء يسميها الصفات والمعنى واحد، والحالات الاستثنائية لا تؤخذ كمقياس للحكم العام لكونها حالة نادرة تخرج عن الإطار العام المتعارف عليه لشيء ما، فهي غير عادية. (عبد الحميد ، ٢٠٠٨ ص ٣٣٢)

ب تعريف الظروف الاستثنائية اصطلاحاً: يقصد بالظروف الاستثنائية هي "أحداث الحرب أو الفتن والبلاء والثورات والانقلاب المدبرة وكل الحالات الخطيرة التي من شأنها المساس بالنظام العام وتهديده" (الغياي ، ١٩٨٤)

وقد تكون هذه الظروف خارجية كأن تقع حرب عالمية أو عامة أو عامة أو اقليمية وقد ينشر وباء في المنطقة التي تحيط بالدولة أو تتدخل إحدى الدول الأجنبية في السيادة الداخلية لدولة ما أو تثير فيها بعض الفتن، تكون داخلية كحدوث أزمة اقتصادية أو سياسية أو ثورة أو تدابير انقلاب أو انتشار فتنة أو وباء إلى غيرها من الحالات المساس الخطير بالنظام العام (عمار ، ٢٠١١). أما بالنسبة لنظرية الظروف الاستثنائية فهي "مجموعة تدابير استثنائية، الغرض منها المحافظة على سلامة البلاد عند احتمال وقوع اعتداء مسلح عليها أو خطر قيام الاضطرابات أو الثورات الداخلية فيها بواسطة إنشاء نظام إداري يجري تطبيقه في البلاد كلها أو بعضها ويكون قوامه بوجه خاص تركيز مباشرة السلطات لتحقيق استقرار الأمن بأوجز الوسائل" (بطيخ ، بدون سنة نشر ص ٨٥). يتضح مما سبق أن الظروف الاستثنائية لا تمثل خروجاً كلياً على مبدأ المشروعية، وإنما تفرض إعادة تنظيم كيفية تطبيقه بما يتلاءم مع طبيعة الأخطار التي تهدد كيان الدولة. فالمشروعية في الظروف الاستثنائية لا تقوم على إطلاق سلطة الإدارة، وإنما على منحها صلاحيات أوسع لمواجهة الخطر في إطار مبدئي الضرورة والتناسب، وبما يحقق التوازن بين متطلبات حماية النظام العام وضمان الحقوق والحريات. ومن ثم فإن الظروف الاستثنائية تؤثر في نطاق تطبيق مبدأ المشروعية دون أن تنال من وجوده أو من إلزاميته.

الفرع الثاني: تعريف الظروف الاستثنائية تشريعاً وقضائياً:

أولاً: التعريف التشريعي للظروف الاستثنائية: تحرص الدول للمحافظة على الاستقرار والأمن العام على أن يتضمن دستورهما نصاً أو أكثر يمنح الحكومة في أوقات الأزمات سلطات استثنائية لا تتمتع بها في الظروف العادية تمكنها من أحكام السيطرة على الأوضاع في البلاد وتساعد على صون كيانها ووحدتها ترابها، ففي مثل هذه الحالات تلجأ الدولة إلى اتخاذ تدابير استثنائية تتصف بالسرعة والصرامة في تطبيق الإجراءات

وتنفيذ الأحكام كما يميزها أنها تؤدي بدرجة معينة إلى تقييد الحريات العامة وتعطيل بعض الضمانات الدستورية والتشريعية والقضائية المقررة للأوقات الطبيعية. (دخيل ، ٢٠٠٩ ص ٤٥).

شهدت الدساتير العراقية منذ تأسيس الدولة الحديثة تعدداً في نصوصها وتنوعت الأحكام التي احتوتها تلك الدساتير واختلفت تبعاً لاختلاف كل دستور عن الآخر وعليه سنتناول ما تضمنه الدستور العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٥ وما ورد في الدستور التونسي لسنة ٢٠١٤ ودستور ٢٠٢٢ فضلاً عما اشتملت عليه الدساتير المقارنة.

١- التشريع العراقي: لم يتناول التشريع العراقي حالة الاستثناء في الدساتير السابقة ولا الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥، بل أشار إلى نظم الاستثناء والمتضمنة حالة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، وذلك متضمنه في المادة (٦١/ تاسعاً) الخاصة باختصاصات مجلس النواب، ومنها أكد الدستور على أن إعلان حالة الطوارئ أو حالة الحرب يلزم أن يكون عبر طلب مشترك يقدم من قبل رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء وبعد استحصال موافقة مجلس النواب عبر ما فرضه الدستور؛ أي موافقة ثلثي أعضائه ويصدر الإعلان بأمر من رئيس الوزراء لإعلان حالة الطوارئ؛ استناداً إلى قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤. (حاتم و طالب ، ٢٠٠٨)

٢- التشريعي التونسي: تضمن الدستور التونسي لسنة ٢٠٢٢ الظروف الاستثنائية، حيث أنه نص على أن: "لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد واستقلالها يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة اتخاذ ما تحتمه الظروف من تدابير استثنائية بعد استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب ورئيس المجلس الوطني للجهات والأقاليم وفي حالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس نواب الشعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم، كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضد الحكومة وتزول هذه التدابير بزوال أسبابها ويوجه رئيس الجمهورية بياناً في ذلك إلى مجلس الشعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم" (التونسي، ٢٠٢٢ الفصل

٩٦). ويقابلها الفصل ٨٠ من الدستور التونسي لسنة ٢٠١٤، الذي جاء أكثر وضوحاً إذ نص على أن: "الرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة، أن يتخذ التدابير التي تحتمها حالة الاستثناء، وذلك بعد استشارة رئيس الحكومة، ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام المحكمة الدستورية، ويعلن عن التدابير في بيان إلى الشعب" (عزميت م، ٢٠٢٥ ص ١٦). يمكننا القول في ما تضمنته التشريعات السابقة إن الظروف الاستثنائية هي فكرة يتم عبرها الترخيص لإحدى السلطات وبالأغلب السلطة التنفيذية بعض الاختصاصات في إصدار قرارات ولوائح لها قوة قانونية وذلك في حال حدوث خطر يهدد أمن الدولة مع إمكانية خضوع ما يتم اتخاذه من قرارات في هذه المدة للرقابة القضائية والبرلمانية.

ثانياً: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية في القضاء:

تمثل نظرية الظروف الاستثنائية استثناء على مبدأ سمو الدستور، حيث أنها مستمدة من القاعدة الرومانية التي تنادي بأن: "سلامة الشعب فوق القانون"، لذا فهي من قبيل النظريات القضائية أنشأت لسد القصور الذي تعترى النصوص الدستورية في مواجهة الظروف غير العادية المستجدة، فهي من صنع القضاء الفرنسي الذي أقرها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وعبرها يجيز القضاء للإدارة أن تتحلل مؤقتاً من قيود المشروعية العادية لتخضع لمشروعية خاصة يحددها القاضي وهي التي تمثل المشروعية الاستثنائية. (العاور، ٢٠١٣ ص ٧٧). ومقتضى النظرية أنها: نظرية قضائية صنعها وكونها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، من مقتضاها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تعد غير مشروعة في الأوقات العادية يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف، إذا كانت ضرورية لحماية النظام العام أو استمرار سير المرفق العامة.. وهكذا؛ فان في ظل هذه الظروف الاستثنائية تستبدل المشروعية العادية بالمشروعية

الاستثنائية التي من مقتضاها تمنح السلطة الإدارية باختصاص واسع لم يورده القانون.
إضافة المصدر

يرز أثر التنظيم التشريعي والقضائي للظروف الاستثنائية في تكريس مبدأ المشروعية
عبر وضع إطار قانوني يحدد شروط إعلان الحالة الاستثنائية والجهة المختصة
بممارستها وحدود السلطات الممنوحة فيها، فضلاً عن إخضاعها للرقابة البرلمانية
والقضائية. ويؤكد ذلك أن المشروعية لا تتوقف أثناء الظروف الاستثنائية، وإنما تتحول
إلى مشروعية استثنائية تحكمها ضوابط قانونية ودستورية تحول دون تعسف السلطة
التنفيذية أو تحول التدابير المؤقتة إلى أوضاع دائمة.

المطلب الثاني: مفهوم مبدأ المشروعية ونطاق تطبيقه:

سندرس في هذا المطلب فرعين؛ الفرع الأول تعريف مبدأ المشروعية لغاً
واصطلاحاً والفرع الثاني تميز مبدأ المشروعية عن مبدأ الشرعية.

الفرع الأول مفهوم مبدأ المشروعية

أولاً: مدلول مبدأ المشروعية في اللغة:

"مبدأ المشروعية" عبارة مركبة من جزأين؛ الأول منهما تمثله كلمة "مبدأ"، ويراد
بها أول الشيء ومادته التي يتكون منها كالنواة مبدأ النخل، أو يتركب منها كالحروف مبدأ
الكلام. ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون قواعده الأساسية التي يقوم
عليها ولا يخرج عنها (العربية ، ٢٠٠٤ ص ٤٢). فمبدأ الشيء هو أساسه الذي يقوم
عليه ويستند إليه ومادته التي يتكون منها. والجزء الثاني يتمثل بالشرعية والمشروعية
لفضآن مشتقان من أصل واحد هو _الشرعية أو الشرع أو الشرعة _ وهي العادة أو السنة
أو المنهاج (البستاني ب.، بدون سنة نشر ص ١٠٢٩) يقول الله سبحانه وتعالى في القرآن
الكريم ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ (المائدة: ٤٨) فالشرعي ما وافق الشرع ونسب
إليه، والشرعية ما شرع الله لعباده من السنن والأحكام، وهي الطريقة التي يجب على

أساسها تنظيم السلوك الإنساني، ويؤكد ذلك في الآية القرآنية ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (البجائية: ١٨)، وتأتي بمعنى فتح وأنفذ، شرع الطريق إذا فتحه أنفذه والشروع جعل طريق لليسر ومنه سمي النهج شرعاً تسمية له المصدر وتأتي شرع بمعنى ورد الماء وتمكن منه، من ذلك قولهم: شرعت الإبل، إذا أمكنتها من الماء، وتأتي بمعنى دخل في الماء فيقال: شرعت الدواب شروعا في الماء إذا دخلت فيه. والشريعة حسب هذا المعنى، هي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها وقد اعتبر الفقهاء لفظة المشروعية أدق وأشمل من لفظة الشرعية لأن الأخيرة تعني موافقة الشرع (العتار و ليلة ، ١٩٦٨ ص ١٦) أما المشروعية فمعناها محاولة موافقة الشرع وأحكام القانون. فالمشروعية وضعية وهذا خلاف على مستوى الفقه (كاظم و عبود ، بدون سنة نشر ص ٣٦١)

ثانياً: التعريف بمبدأ المشروعية اصطلاحاً:

يقصد بمبدأ المشروعية اصطلاحاً هو خضوع الحاكم والمحكوم على حد سواء لسيادة القانون أو لسيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية. فالدولة القانونية تتألف من ثلاث سلطات تشريعية تعمل في حدود الدستور، وتنفيذية تنفذ أحكام القانون التي يرسمها الدستور، وقضائية مهمتها تطبيق القانون في المنازعات المعروضة عليها (جورج ، ٢٠٠٦ ص ٩٥) ولمبدأ المشروعية معنيان رئيسان في القانون العام

١_ المعنى الواسع لمبدأ المشروعية: عندما تلتزم الإدارة في مباشرتها لأعمالها تحت مظلة القانون يؤدي ذلك من دون شك إلى نتائج إيجابية في مجال حقوق الأفراد وحررياتهم أي أن هذا الالتزام يجنب الإدارة في علاقاتها مع الأفراد من التعسف ويجعلها تعمل في إطار القانون دوماً. يقصد بالمعنى الواسع لمبدأ المشروعية أن الإدارة تتحرر في بعض الأحيان في تصرفاتها وتتخذ قرارات تقديرية بحيث تخرج من أحكام القانون في الظروف الاستثنائية وذلك عندما تلتزم الإدارة في مبدأ المشروعية في بعض الظروف يؤدي إلى عرقلة النشاط الإداري والتضحية بالصالح العام من أجل الصالح الفردي أو

الخاص بل يجب أن تمنح الإدارة قسط من الحرية في العمل لأجل ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ويبعدها عن الأعمال الروتينية والنمطية ليعث روح التطور والابتكار (ليلة ، ١٩٦٨ ص ٢٠٩). فالقضاء مع ذلك يقر بمشروعية هذا الخروج عن مبدأ المشروعية الواجب احترامه والالتزام به، إلا أن بعض هذه الأعمال لا تخضع لرقابة القضاء بكافة صورها وأشكالها، وهذا يظهر بصورة جلية في أعمال السيادة (جواد ، البرزنجي ، البدوي ، و السلامي ، ١٩٩٦) القانون كميّار للمشروعية أصبح عنصراً أساسياً في بناء الدولة القانونية الحديثة بصرف النظر عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تتبناها الدولة.

٢_ **المعنى الضيق لمبدأ المشروعية:** إن المعنى الضيق لمبدأ المشروعية هو أن تلتزم الإدارة بكل تصرفاتها بحدود القانون بمعناه الواسع الذي يتضمن جميع القواعد العامة الملزمة أيّاً كان شكلها، مكتوبة أم غير مكتوبة، وكذلك أيّاً كان مصدرها في حدود تدرجها كان تكون قانون دستوري أو قانون عادي أو أنظمة وأياً كان تصرف الإدارة وعملها قانونياً أم مادياً. وبعد التعرف على المعنى الواسع والضيق لمبدأ المشروعية يتضح لنا أن المشروعية تعني خضوع هيئات وأفراد الدولة جميعهم لحكم القانون وأن تعمل الإدارة في حدوده ولا تخرج عنه ومن مقتضيات هذا المبدأ أن الإدارة تحترم بتصرفاتها أحكام القانون وإلا عدت أعمال الإدارة غير مشروعة وتعرضت للبطلان وأن أساس مبدأ المشروعية الذي يقوم عليه مرتبط باختلاف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدول وأن الدول غالباً ما تتفق على أن هذا الخضوع يمنح طابع الشرعية لتصرفاتها برفعها إلى مصاف الدول التي تحكمها سيادة القانون وبخروجها تصبح دولة بوليسية حيث أن لا بد من مقومات وعناصر طبيعية جوهرية للدولة القانونية وأن من أهم هذه العناصر هو وجود الدستور الذي يحدد شكل النظام في الدولة ويقرر القواعد الأساسية لممارسة السلطة في الدولة وكذلك يبين العلاقة بين سلطات الدولة الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية (الطحاوي ، ١٩٩٦ ص ٣٥)

يتبين أن الظروف الاستثنائية تؤثر في نطاق تطبيق مبدأ المشروعية أكثر من تأثيرها في جوهره، إذ يظل خضوع الإدارة للقانون قائماً، غير أن المشرع يمنحها سلطات استثنائية تبررها اعتبارات الضرورة وحماية المصلحة العامة. وبذلك تنتقل الإدارة من تطبيق قواعد المشروعية العادية إلى قواعد المشروعية الاستثنائية التي تستلزم بقاء الرقابة القضائية والدستورية ضماناً لعدم الانحراف في استعمال السلطة.

الفرع الثاني: التمييز بين مبدأ الشرعية مبدأ المشروعية.

ذهب بعض فقهاء القانون إلى المساواة بين الاصطلاحين الشرعية والمشروعية على ترادفهما في المعنى بحيث يشمل كل منهما الآخر في مضمونه وفحواه. ولكن غالبية الفقه لم يسلموا بالتطابق في المعنى بين الاصطلاحين (خليفة ، بدون سنة نشر ص ١٦) الرأي الاول: يرى جانب من الفقه أن مصطلح المشروعية، أعم وأوسع من مصطلح الشرعية فالمشروعية تمثل الأساس الذي يجعل أمراً من الأمور مشروعاً، أما مصطلح الشرعية فيتمثل في أن يكون الشيء مشروعاً على أساس من المشروعية بأن يوجد دليل على مشروعيته وأن يكون هنالك تنظيم مسبق ينظمه، ويفهم أن هذا الرأي يستند في التفرقة بين المصطلحين إلى نوع النظام السائد بحيث أن المشروعية في النظم الليبرالية تتمثل في سيادة القانون استناداً إلى التدرج الشكلي للقواعد القانونية أما المشروعية في النظم الشمولية تعني علوية المشروعية وهي مشروعية فوق الدستور ذاته وفوق القوانين واللوائح (الشواني ، ٢٠١٥ ص ٨٣)

الرأي الثاني: هو الرأي الذي يرى أن الشرعية والمشروعية يتطابقان في المعنى نفسه وأن المشروعية تعني خضوع الدولة للقانون والتزام القائمين على السلطة بأحكام القانون وبالدستور مسبقاً فضلاً عن الالتزام بقواعد المشروعية الوضعية وطالما كان هذا المبدأ يدل على احترام المبادئ المثالية التي تتضمن في مضمونها فكرة العدالة والالتزام بقواعد المشروعية الوضعية. ومن ثم لا يبقى مجال للتمييز بين المبدأين (رسالن ، ٢٠٠٨ ص ٢١)

(وتبين أن أصحاب هذا الاتجاه يساوون بين المصطلحين ، وعبر استعمالهم اصطلاح الشرعية أحياناً واصطلاح المشروعية أحياناً أخرى للدلالة على المعنى ذاته وأن الاستقرار هو على تغليب المشروعية (ابراهيم و، ٢٠١٥ ص ١٠٩)

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أن مصطلح المشروعية و الشرعية لفظان مشتقان من أصل واحد، لكنهما من حيث المفهوم الدقيق يختلفان لكل منهما، فالمشروعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية وتفيد محاولة موافقة الشرع، بينما الشرعية مشتقة من الشرع بالصيغة الفعلية ومعناها موافقة الشرع، وتأسيساً على ذلك فإن الفرق بين المشروعية والشرعية يشابه الفرق بين الصورة الفعلية على وزن (الشرعية) والصورة المفعولة على وزن (المشروع) للشيء نفسه تعبر الصورة الفعلية عن تصور الشيء على حقيقته وواقعه، في حين تمثل الصورة المفعولة تصوراً نابغاً من رؤية فاعلها، لذلك قد تختلف عن الأصل ضمن حدود معينة، واستناداً لهذا الرأي فإن المشروعية تعني احترام والتزام الحكام والمحكومين لقواعد القانونية القائمة في المجتمع (بوزيان ، ٢٠٠٩ ص ١٣٠) أما الشرعية فهي فكرة مثالية تتضمن معنى العدالة وتعبر عما ينبغي أن يكون عليه القانون، وتعلو في مرتبتها على القواعد القانونية العادية (الحلو ، ١٩٨٨ ص ١٣)

لم تتوفق الآراء الثلاثة في إيجاد معيار دقيق ومقبول للتمييز بين الشرعية والمشروعية فالشرعية هي أشمل وأوسع من المشروعية وإن كان أصحاب الرأي الثالث قد أخذوا بهذا الاتجاه لتغلب الشرعية على المشروعية عن طريق إخضاع السلطة لقيم وأهداف سابقة على وجودها مثل المساواة والحرية والعدالة وهي قيم تعد من القواعد التي يقرها القانون الطبيعي ثم ينعكس ذلك في القانون الوضعي بما يضمن اكتساب السلطة ومؤسساتها الشرعية ومع ذلك فإن هذا التمييز لا يمنع بالضرورة استبداد السلطة إذ إن الضمانات التي يقرها مبدأ المشروعية تظل داخل الإطار القانوني للدولة

مما يثير التساؤل حول مدى قدراتها على ان تكون رقيبة حقيقية على شرعيته ؟ (الشواني ، ٢٠١٥ ص ٨٣)

الأصل أن الفكرة الأقرب الى مبدأ المشروعية هي فكرة الشرعية، اذ يدور محلها حول السلطة، وبوجه أدق حول مصدرها في المجتمع وكيفية ممارستها وانتقالها. ففي كل مجتمع وفي كل زمان تتبنى الأغلبية من الأفراد تصوراً عاماً حول مصدر السلطة واليات ممارستها وتداولها وينشأ عن ذلك وجود فكرة سائدة ومقبولة اجتماعياً مفادها أن السلطة تعد شرعية متى كان القائم عليها وطريقة ممارستها متوافقين مع هذا التصور الغالب في المجتمع (توفيق ، ١٩٧٨ ص ٩٠) إن الشرعية يترتب عليها فكرة سياسية ترتبط بقياس تصرفات الحكام اتجاه المحكومين عبر مدى تقبل المحكومين لسلطة الحكام عبر المطابقة بين أعمال الحكام القانونية أو المادية من جهة، والرأي السائد لدى المحكومين بشأن كيفية مباشرة تلك الأعمال وممارستها من جهة أخرى (محمد ، بدون سنة نشر) ان المشروعية تتعلق بالإطار القانوني الذي تمارس ضمنه سلطة الدولة وفقاً للقواعد الدستورية والتشريعية النافذة، في حين تعبر الشرعية عن مدى قبول السلطة وتوافقها مع الرأي العام السائد ومدى رضا المحكومين عنها.

تظهر أهمية التمييز بين الشرعية والمشروعية بصورة أوضح في ظل الظروف الاستثنائية، إذ قد تستند بعض السلطات إلى مبررات سياسية أو واقعية لتوسيع صلاحياتها، إلا أن ذلك لا يغني عن ضرورة احترام قواعد المشروعية الدستورية والقانونية. فحتى إذا توافرت الشرعية السياسية لاتخاذ تدابير استثنائية، فإن مشروعيتها تبقى رهناً بالتقيد بالضوابط الدستورية، واحترام مبدأ الضرورة والتناسب، وخضوعها للرقابة القضائية، بما يمنع تحويل الاستثناء إلى قاعدة دائمة.

المبحث الثاني: تعطيل الضمانات الدستورية لمبدأ المشروعية

ويأخذ تعطيل الضمانات الدستورية لمبدأ المشروعية صورتين أساسيتين، هما التعطيل الرسمي والتعطيل غير الرسمي، الأمر الذي يثير إشكالية مدى توافق هذه التدابير مع مبدأ سيادة القانون وضمان الحقوق والحريات. يتناول هذا المبحث صور التعطيل الرسمي وغير الرسمي للضمانات الدستورية وأثرها في مبدأ المشروعية.

المطلب الأول: التعطيل الرسمي للضمانات الدستورية

التعطيل الرسمي: هو وقف العمل بأحكام الدستور جزئياً أو كلياً، وذلك بالإعلان عنه رسمياً وفقاً للإجراءات والشكليات التي أقرها الدستور في متن الوثيقة الدستورية. الفرع الأول: التعطيل الرسمي بسبب الأحكام العرفية أو حالة الطوارئ: ذهبت بعض الدساتير إلى تنظيم حالات تعطيل الدستور في نطاق الظروف الاستثنائية، وبناءً على ما جاء بنصوص الدستورية التي نظمت حالة التعطيل الرسمي تتطلب توافر أمران ألا وهما: إعلان الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ: وأحكام العرفية " هي نظام يقصد به تقوية السلطة التنفيذية نظراً للظروف الاستثنائية التي تهدد سلامة الدولة وأمنها، سواء أكانت هذه الظروف خارجية كالحرب أم داخلية كاضطراب الأمن العام أو حدوث فيضان، أو غير ذلك من الحالات الطارئة (الجرف ، ١٩٧٦ ص ١٤٦).

أما حالة الطوارئ: "نظام قانوني يتقرر بمقتضى قوانين دستورية عاجلة لحماية المصالح الوطنية، ولا يلجأ إليه إلا بصفة استثنائية ومؤقتة لمواجهة الظروف الطارئة التي تقتصر عليها الأداة الحكومية الشرعية وينتهي بانتهاء مسوغاتها (محفوظ ، ١٩٦٦ ص ١١).

الأحكام العرفية تمثل تدابير استثنائية تلجأ إليها السلطة التنفيذية فقط في حالة الضرورة القصوى، ولذلك لعجز القوانين العادية مواجهة تلك الظروف ومعالجتها، فتعجز الدولة ونظمها الاعتيادية مواجهة وتنفيذ الأحكام الدستورية كما في الظروف العادية تنقسم الأحكام العرفية في القانون المقارن على قسمين، الأحكام العرفية

العسكرية وهو نظام تحكم سلطات واسعة جداً مقارنة مع سلطتها في ظل الظروف العادية، حيث يتولد منه نظام قانوني استثنائي تحت إلحاح الضرورة يستمد سلطات واسعة جداً مقارنة مع سلطتها في ظل الظروف العادية، حيث يتولد منه نظام قانوني استثنائي تحت إلحاح الضرورة يستمد طبيعته من الظروف الاستثنائية المحيطة وهذا هو مغزى دراستنا (البستاني ع، ١٩٦٢ ص ١٦٢).

وعلى ما سبق نستطيع إعلان تعطيل الدستور وفقاً للأحكام العرفية أو حالة الطوارئ، وأنه يستمد مشروعيته من الأحكام العرفية ذاتها، ولكن يكون التعطيل جزئياً لا كلياً في نطاق الأحكام العرفية، وفي هذا الصدد قد أشار السيد سيدني بابلي في معرض كلامه عن قوانين السلطات الكاملة التي يفرضها البرلمان للسلطة التنفيذية في بريطانيا في الظروف الطارئة إلا أن هذه الصلاحيات قد تستخدم لتعطيل الدستور جزئياً (بابلي، ١٩٧٠ ص ٢٢٧).

ثانياً - الإجازة الصريحة لتعطيل الدستور: قد أقرت بعض الدساتير بشكل صريح إجازة تعطيل الدستور عند قيام الأحكام العرفية أو إعلان حالة الطوارئ وذلك في حالة الظروف الاستثنائية، لقد تناول التشريع العراقي العديد من الأحكام العرفية وحالة الطوارئ ومنها ما جاء في مشروع الدستور العراقي لعام ١٩٩٠ على جواز وقف العمل بأحكام الدستور مخول صلاحية ذلك لرئيس الدولة، كما عمل على تقوية مركز رئيس الدولة وتوسيع وتدعيم وتضخم صلاحياته وترجيح كفته على باقي كفة المؤسسات الأخرى، وذلك ما تتضمنه نص المادة (٩٩/٢) من هذا المشروع حيث نصت على أن: "خلال فترة إعلان حالة الطوارئ، وفي حدود المنطقة المشمولة بها يجوز بمرسوم يصدره رئيس الجمهورية إيقاف العمل مؤقتاً بأحكام المواد ٤٣، ٤٧، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٦، ٥٧، ٦٧ من الدستور".

من هذا النص يتبين أن مشروع الدستور قد منح لرئيس الجمهورية صلاحية واسعة تمكنه من المساس بأحكام الدستور، وذلك عبر إصدار إعلان يعطل أحكامه ويوقف

العمل بالمواد التي تتعلق بجوانب متعددة ولا سيما تلك المتعلقة بالحقوق والحريات العامة (البستاني ع، ١٩٦١ ص ١٦٣). كما تم إصدار أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ في تاريخ ٣ تموز ٢٠٠٤ الذي استند إلى أحكام القسم الثاني من ملحق قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وأيضا أحكام المادة (٢٥) من نفس القانون، فعند تعرض الشعب العراقي لخطر حال جسيم يهدد كيان الدولة، في هذه الحالة منح رئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع بإعلان حالة الطوارئ في منطقة المهدة بالخطر (العراقي، ٢٠٠٤ رقم ١)

واشترط في المادة (٢) من أمر الدفاع عن السلامة الوطنية على: "أن تعلن حالة الطوارئ بأمر يتضمن بيان سبب إعلان حالة الطوارئ، وتحديد الإقليم التي تشملها، مع تحديد بدء سريانها وأيضا المدة بشرط أن لا تتجاوز ستين يوماً أو تنتهي بعد زوال الخطر، مع جواز تمديدها بصورة دورية كل ثلاثين يوماً".

وفي مادة (٣) من هذا القانون خول رئيس الوزراء في حالة الطوارئ بعض السلطات الاستثنائية المؤقتة على النحو الآتي: "١- بعد استحصال مذكرة قضائية للتوقيات أو التفتيش إلا في حالات ملحة للغاية، توضع قيود على حرية المواطنين أو الأجانب في العراق، في الجرائم المشهودة أو التهم الثابتة بادلته أو قرائن كافية فيما يخص الانتقال والتجوال والتجمع والتجمهر والمرور والسفر من وإلى العراق وحمل أو استخدام الأسلحة والذخائر والمواد الخطرة، ويمكن احتجاج المشتبه في سلوكهم وتفتيشهم أو تفتيش منازلهم وأماكن عملهم، ولرئيس الوزراء تخويل هذه الصلاحيات وغيرها إلى من يختار من قياديين عسكريين أو مدنيين، ٢- فرض حظر التجول لمدة قصيرة محددة على المنطقة التي تشهد تهديداً خطيراً 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....."

يمارس رئيس الوزراء السلطات الاستثنائية التي تم منحه إياها بهذا النص بموجب أوامر أو بلاغات أو بيانات تحريرية تنشر في وجريدة رسمية أو بوسائل الأعلام المرئية المسموعة مع تحديد تاريخ سريانها، وتنتهي حالة الطوارئ وعودة الأمر إلى حالته الطبيعية بأمر يتم موافقة الرئاسة عليه بالإجماع وتنتهي صلاحيته في إصدار القرارات والإجراءات والمظاهر الاستثنائية الواردة في هذا القانون.

ونص الدستور التونسي لسنة ٢٠١٤ على أن: "لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الوطن وأمن البلاد واستقلالها يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة، أن يتخذ التدابير التي تحتملها حالة الاستثناء..."، كما نص الدستور ذاته عبر بيان صلاحيات رئيس الجمهورية وفق الفصل ٧٧ منه على أن: "...اتخاذ التدابير التي تحتملها حالة الاستثناء والإعلان عنها طبق الفصل ٨٠". ولحق به الدستور التونسي لسنة ٢٠٢٢ نص على أن: "لرئيس الجمهورية في حالة خطر داهم مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد واستقلالها يتعذر معه السير العادي لدواليب الدولة اتخاذ ما تحتمل الظروف من تدابير استثنائية بعد استشارة رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب الشعب ورئيس المجلس الوطني للجهات والأقاليم وفي هذه الحالة لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس نواب الشعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم، كما لا يجوز تقديم لائحة لوم ضد الحكومة وتزول هذه التدابير بزوال أسبابه ويوجه رئيس الجمهورية بياناً في ذلك إلى مجلس نواب الشعب والمجلس الوطني للجهات والأقاليم". مما سبق؛ نجد أن النصوص السابقة بالدستور التونسي أعطت الحق لرئيس الجمهورية حق اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة حالة الخطر الداهم الذي يهدد كيان الدولة، ومن ضمن هذه التدابير إعلان حالة الطوارئ.

ومن تطبيقات ذلك؛ ما جرى في تونس في أحداث الخميس الأسود الذي وافقت ٢٦ يناير ١٩٨٧ و ٢٤ فبراير ١٩٧٨، التي كانت قبل انتهاء أحداث الخبز بأيام، حيث تم إعلان حالة الطوارئ بدءاً من ٣ يناير ١٩٨٤ إلى ٢٥ يناير ١٩٨٤، كما فرض الرئيس زين العابدين حالة الطوارئ في ١٤ يناير ٢٠١١ في أحداث الثورة وذلك كان قبل رحيله.

ثالثاً: موقف القضاء العراقي من التدابير الاستثنائية: يمثل القضاء الدستوري في العراق ضماناً أساسية لحماية مبدأ المشروعية في مواجهة ما قد يصدر عن السلطات العامة من إجراءات استثنائية، إذ لا يؤدي قيام الظروف الاستثنائية إلى تعطيل مبدأ سمو الدستور أو إقصاء الرقابة القضائية، وإنما يقتصر أثرها على توسيع نطاق السلطة التقديرية للإدارة في حدود الضرورة. ويستند ذلك إلى المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي قررت أن الدستور هو القانون الأسمى والأعلى في العراق، وأنه ملزم في أنحائه كافة بدون استثناء، كما أن المادة (٩٣) من الدستور منحت المحكمة الاتحادية العليا اختصاص الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة.

وبناءً على ذلك، فإن التدابير المتخذة أثناء حالة الطوارئ أو الظروف الاستثنائية لا تخرج عن نطاق المشروعية الدستورية، بل تبقى قابلة للرقابة متى تعلقت بمخالفة الدستور أو المساس غير المبرر بالحقوق والحريات. وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا هذا الاتجاه في قرارها التفسيري رقم (١٢٢/اتحادية/٢٠٢٢) الصادر في ٢٩/٥/٢٠٢٢، إذ قررت أن ممارسة السلطات لاختصاصاتها يجب أن تكون وفق الآليات التي رسمها الدستور، وبما لا يتعارض مع أحكامه، وهو ما يفيد أن السلطة التنفيذية، حتى عند ممارستها لاختصاصات استثنائية، تظل مقيدة بحدود الدستور والقانون.

وعليه، فإن موقف القضاء العراقي يقوم على فكرة جوهرية مؤداها أن الظروف الاستثنائية لا تنشئ سلطة مطلقة، وإنما تنشئ مشروعية استثنائية مقيدة بضوابط الضرورة والتناسب والرقابة الدستورية، وبذلك تبقى المحكمة الاتحادية العليا أداة مهمة

لمنع تحول الإجراءات الاستثنائية إلى وسيلة لتعطيل الضمانات الدستورية أو المساس الدائم بالحقوق والحريات.

رابعاً: موقف القضاء التونسي من التدابير الاستثنائية

أما في تونس، فقد نظم دستور سنة ٢٠١٤ حالة الاستثناء في الفصل (٨٠)، ومنح رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ التدابير التي تقتضيها حالة الخطر الداهم، مع اشتراط استشارة رئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب وإعلام المحكمة الدستورية. غير أن عدم إرساء المحكمة الدستورية في ظل دستور ٢٠١٤ خلق فراغاً رقابياً واضحاً عند تطبيق حالة الاستثناء، ولاسيما بعد اللجوء إلى الفصل (٨٠)، الأمر الذي أثار نقاشاً واسعاً حول مدى كفاية الضمانات الدستورية في مواجهة السلطات الاستثنائية.

ومع صدور دستور سنة ٢٠٢٢، أعيد تنظيم حالة الاستثناء في الفصل (٩٦)، إذ أجاز لرئيس الجمهورية، في حالة خطر داهم مهدد لكيان الجمهورية وأمن البلاد واستقلالها، اتخاذ ما تحتمه الظروف من تدابير استثنائية بعد استشارة الجهات المحددة دستورياً، مع النص على زوال هذه التدابير بزوال أسبابها. ومع ذلك، فإن هذا التنظيم يظل محل نقاش فقهي وقانوني من حيث مدى كفاية الرقابة القضائية والدستورية على التدابير الاستثنائية، وبخاصة إذا مست الحقوق والحريات أو أدت إلى إضعاف مبدأ الفصل بين السلطات.

وقد اتجه القضاء الإداري التونسي، بوصفه قاضي المشروعية، إلى قبول مبدأ الطعن في بعض القرارات الإدارية المتخذة في ظل حالة الطوارئ، مثل القرارات المتعلقة بتقييد حرية التنقل أو الإقامة الجبرية، بما يؤكد أن التدابير الاستثنائية لا تعد أعمالاً محصنة بصورة مطلقة من الرقابة القضائية، بل يجوز إخضاعها للفحص القضائي للتحقق من مدى مشروعيتها وملاءمتها للضرورة التي اقتضتها.

الموازنة بين الموقفين العراقي والتونسي

يتضح من المقارنة بين الموقفين العراقي والتونسي أن القضاء في كلا النظامين يمثل ضماناً جوهرياً لحماية مبدأ المشروعية أثناء الظروف الاستثنائية، إلا أن طبيعة هذه الضمانة تختلف من حيث البناء الدستوري والمؤسسي. ففي العراق، تستند الرقابة أساساً إلى مبدأ سمو الدستور واختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة، مما يجعل التدابير الاستثنائية خاضعة من حيث الأصل للرقابة الدستورية متى خالفت النصوص الدستورية. أما في تونس، فإن غياب المحكمة الدستورية في ظل دستور ٢٠١٤ أضعف الرقابة على حالة الاستثناء، بينما ظلّ القضاء الإداري أداة مهمة للرقابة على القرارات الإدارية الفردية الصادرة في ظل الطوارئ. وبذلك، فإن القضاء في التجريبتين لا يلغي سلطة الدولة في مواجهة الخطر، لكنه يمنح تحول هذه السلطة إلى اختصاص مطلق أو دائم، ويؤكد أن المشروعية الاستثنائية يجب أن تظل محكومة بضوابط الضرورة والتناسب والرقابة القضائية.

الفرع الثاني: التعطيل الرسمي بسبب الأزمات الخاصة.

قد تتعرض الدول لأزمات خاصة تعمل على تهديد الأمن العام، وعليه تواترت الوثائق الدستورية لبعض الدول على عدم الإقرار صراحة بصلاحية تعطيل أحكام الدستور في حالة الظروف الاستثنائية، على الرغم من منحها لرئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ كافة التدابير الاستثنائية، ولكن تم صياغتها في نطاق العام لا تتضمن شيئاً عن مدي ونطاق سلطة الرئيس في المجال الدستوري. وعلى ذلك اجتهد الفقه الدستوري لتفسير النصوص الواردة في هذه الدساتير، وتوصلوا إلى أن النصوص الدستورية تجيز وبشكل ضمني وقف العمل بالأحكام الواردة فيها، وذلك عبر توافر الحالتين:

١- تعرض الدولة لأزمة خاصة: لا تخلو الحياة من تعرض للأزمات والمخاطر التي تشكل تهديد لكيان الدولة وأراضيها وشعبها، حيث تتميز تلك الأزمات بأنها لا تمنح الوقت الكافي للجوء إلى التشريعات والنصوص الدستورية، وعليه لا يكون التراخي أمر محمود العواقب، لذا حاول المشرع الدستوري على تنظيم الأوضاع في ظل الظروف الحرجة التي تعترض سبيل الدولة، لأن طبيعتها تعجز التنظيم العادي معالجها، كما أنها لا يمكن التنبؤ بها ومعرفة أبعادها وحدودها الموضوعية أو الزمنية مقدراً أن من الأجدى والأولى وضع تنظيم لها (الدين، ١٩٨٢ ص ١١٤).

٢- الاجازة الضمنية لتعطيل الدستور: حيث إن الدستور العراقي الذي يشير دستور ٢٩ نيسان لسنة ١٩٦٤ في مادته (٥٥) منه على أن: "لرئيس الجمهورية في حالة الخطر عام أو احتمال حدوثه بشكل يهدد سلامة البلاد وأمنها، أن يصدر قرارات لها قوة القانون بقصد حماية كيان الجمهورية وسلامتها وأمنها بعد موافقة مجلس الوزراء (الجدة ر.)، ١٩٨٨ ص ٨٩). وكذلك تبعه المشرع الدستوري لمشروع دستور العراق لعام ١٩٩٠، حيث جاء في نص المادة (٩٩) على أن: "لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد أمن البلاد واستقلالها وسلامتها أو وحدتها الوطنية أن يصدر في مدة لا تتجاوز ستة أشهر من قيام الخطر أوامر وقرارات لها قوة القانون لتلافي هذا الخطر وله أن يعلن حالة الطوارئ في العراق أو في أي منطقة منه"، كما نصت المادة (١٠٠) على أن: "لرئيس الجمهورية في ظل الحرب والتي هي أقصى وأشهر الظروف الاستثنائية باتخاذ قرارات وتدابير عسكرية وطنية (الجمال، بدون تاريخ نشر ص ١٩٠). وبانتشار جائحة كورونا التي تعد من الحالات الاستثنائية، التي أوجبت على جميع الدول التدخل للمحافظة على سلامة البلاد، فعلى عملت الحكومة العراقية لمواجهة فايروس كورونا على تطبيق حالة الطوارئ الصحية، وبموجب الأمر الديواني رقم ٥٥ لسنة ٢٠٢٠ تم تشكيل اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية برئاسة رئيس الوزراء، وتكون هذه اللجنة معنية بتعزيز

الإجراءات الحكومية في مجال الوقاية والتوعية من مرض كوفيد_١٩ (عريمط ، ٢٠٢٥ ، ص ٢٤٠)

المطلب الثاني: التعطيل غير الرسمي للدستور

الفرع الأول: التعطيل السياسي للدستور:

هو صدور قرار أو تصريح من القابضين على السلطة بتعطيل الدستور تعطيلاً كلياً أو جزئياً، لا يستند إلى نصوص دستورية أو دراسات دستورية ليبر بها مشروعيتها، إلا أنه يستند إلى القوة التي يعتمد عليها من جهة ومن جهة أخرى إمكانية استمرار القابضين على السلطة الذين بأيديهم قرار التعطيل (الشاوي م.، ١٩٨١ ص ١٦٧)

أولاً: أساسه: يستند إلى أساس سياسي بحت، حيث أنه ليس هناك نص دستوري ينظمه ويجيزه، ولذا يخرج عن مبدأ المشروعية ويمثل في حقيقته حالة سياسية أو واقعية (الجرف ، نظرية الدولة والأسس العامة في التنظيم السياسي، ١٩٦٦ ص ٣٨٧) ثانياً: مجال تطبيقه: دائماً ما يجد له مجال في تطبيق في حال حصول انقلاب عسكري أو سياسي، فيضطر القابضون على السلطة إلى اللجوء إلى تعطيل أحكام الدستور لتأمين استقرارهم وتثبيت جذورهم، وذلك لخوفهم من قيام ثورة أو حركة انقلابية مضادة من جانب خصومهم في سياسة (بسيوني ، ١٩٨٥ ص ١٠٦). وعلى ذلك؛ نرى أن الظروف التي تحيط بالقائمين على السلطة هي التي تقودهم إلى جنوحهم نحو نظام ذا طابع دكتاتوري في مدة انتقالية محددة، وعلى سبيل التمثيل، عطلت كثير من الدول الدستور في حال الانقلاب العسكري.

وبالعروج إلى ساحة التعطيل السياسي نجد الكثير من التطبيقات ومنها ما حدث في دستور العراقي لسنة ١٩٥٨ المؤقت، كانت أغلب أحكامه معطلة فعلاً وخصوصاً في مدة انفراد رئيس الوزراء بالسلطة فالواقع السياسي والدستوري في هذه المدة كان معطلاً فعلياً.

الفرع الثاني: التعطيل الفعلي للدستور:

التعطيل الفعلي للدستور يحدث عندما يتغاضى القابضون على السلطة عن تطبيق نصوص الدستور أو يتعمدون إهمال تطبيقه، لذا أطلق عليه الإلغاء الضمني للدستور، حيث تظل أحكام الدستور قائمة من الناحية الشكلية فقط من دون الناحية الموضوعية ويصبح بعض الأفراد فوق القانون. (الساعدي ، ١٩٩٠ ص ١٢٨)

خصائصه:

- ١_ لا يتم الإعلان صراحة عن تعطيل الدستور
- ٢_ يترك تنفيذ أحكامه أو إهمال تطبيقه لمدة قد تطول أو تقصر.
- ٣_ يطبق في حالة استقرار الواقع السياسي للدولة ومقارنته بالواقع الدستوري، ففي حال وجود اختلاف بينهم فهنا يكون فعلي لنصوص الدستور.
- ٤_ إهدار لمبدأ المشروعية.

في العراق ذهب الفقه الدستوري إبان الحكم الملكي بها وبدايات العهد الجمهوري كانت العراق في هذه المدة تعاني من تعطيل فعلي بائن، حيث تم تعطيل كثير من أحكام الدستور ١٩٢٥، على الرغم مما تضمنته المادة (٢) منه على أن: "العراق دولة ذات سيادة وهي مستقلة حرة وملكها لا يتجزأ ولا يتنازل عن شيء منه وحكومته ملكية وراثية وشكلها نيابي"، وكان في الواقع السياسي نقيض ما نص عليه الدستور، حيث اتسم النظام السياسي بانحراف بعيداً كل البعد عن ما نص عليه الدستور (حمادي ، ١٩٦٤ ص ١٣٧) قرر جانب من الفقه، عند صدور دستور ١٩٨٥ في العهد الجمهوري أنه تم تعطيله تعطيلاً فعلياً، وكان ذلك عبر انفراد رئيس الوزراء بالحكم، حيث أصبحت السلطة الفعلية في يد رئيس الوزراء فاصبح النظام السياسي إلى نظام فردي تتركز جميع السلطات بيد شخص واحد وأصبحت إرادته هي القانون، فكان تقليدياً يصادق على قراراته، حيث كان الشغل الشاغل لمجلس الوزراء تأييد رئيس الوزراء حيث كانت اجتماعاته تقليدية وغير فعالة (الطيف ، ١٩٧٦ ص ١٩٢).

وأخيراً نشير إلى دستور ١٩٦٤ الذي كان على الواقع العملي معطلاً تعطيلاً فعلياً، حيث أن السلطة كانت في يد رئيس الجمهورية وقد جاءت نصوص هذا الدستور مصدقة على هذه الهيمنة، كما أن نصوص المادة (٦١) كانت معطلة فعلياً، ومثلها بعض المواد المتعلقة بالحقوق والحريات (الكاظم والعاني، ١٩٩١ ص ٦٦).

الفرع الثالث: التعطيل الثوري للعمل بالدستور:

يكون التعطيل نتيجة قيام ثورة في البلاد وتعد الثورة عمل شعبي يسعى للتغيير الجذري للنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة مع البقاء على بنائها الأساسي (ابراهيم م.، ١٩٩٧ ص ٩٤)

أساسه: ذهب جانب من الفقهاء المصريين، أن بقيام الثورة يتم تعطيل أحكام الدستور بصورة كلية، لهدف وضع دستور جديد يتناسب مع متطلبات الثورة، وذلك بنجاح الثورة يسقط تلقائياً الدستور، لأن هدف الثورة القضاء على معالم النظام السياسي القائم (العتار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ١٩٦٥ ص ٣١٩).

فالثورة "تعد عملاً من أعمال العنف يتخذ صورة النضال المسلح يقوم به جانب من الشعب في وجه حكومتهم خروجاً على قوانينها مما يعرقل ممارستها لسيادتها، وقد يمتد هذا النزاع المسلح وتوسع مداه لتصبح الثورة حرباً أهلية عندما تكون قوات الطرفين متكافئة نوعاً ما (عطية الله، ١٩٦٨ ص ٣٠).

قد شهد العالم العربي أحداثاً وثورات انقلب بها نظام سياسي، ومن أبرزها الثورة الشعبية التونسية، التي بدأت أحداثها بتضامن مع الشاب التونسي الذي أضرم النيران في جسده احتجاجاً على البطالة ومصادرة الشرطة للعربة التي يعمل عليها، لقي حتفه في ١١ يناير ٢٠١١، فكانت بداية لشرارة الثورة وخروج آلاف التونسيين لاحتجاج على الوضع السائد في الدولة وصحب ذلك تعطيل أحكام الدستور وإعلان حالة الطوارئ

وحظر التجول ونجحت الثورة في تغيير الحكم برمته وتنحي رئيس الجمهورية ومغادرته البلاد في ١١ يناير ٢٠١١.

وبشأن العراق حدثت عدة انقلابات على الحكم، منها ما حدث في ١٤ تموز ١٩٨٥، التي عرفت بثورة ١٤ تموز، تلك الثورة التي أطاحت بالمملكة العراقية الهاشمية، ولقي حتفهم جميع أفراد العائلة الحاكمة، منهم الملك فيصل الثاني عن عمر يناهز ٣٣ عام، وولي العهد عبد الإله ورئيس الوزراء نوري السعيد (النصيري، ١٩٨٨ ص ٩).
فالحالة الاستثنائية التي قد تحدث نتيجة الثورات والانقلابات والأحداث التي تتبعها التي في الغالب تكون غير اعتيادية، وتمس أمن وكيان الدولة، فإنها تكون مؤقتة ولا تتسم بصفة الدوام، ولكنها تمثل خطر داهم على الدولة وهنا تتطلب السرعة والشدة في اتخاذ جميع التدابير الاحترازية لمواجهة هذه الأحداث.

العدد: ٥٦
المجلد: ٢
السنة: ٢١
١٤٤٨ هـ / ٢٠٢٦ م

تأثير الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية
دراسة مقارنة

الخاتمة والنتائج:

وختاماً إن مبدأ المشروعية يسود الدولة ليحكم علاقتها مع مواطنيها، فيسعى إلى إقامة التوازن بين حقوق وحريات هؤلاء الأفراد، وصلاحيات الدولة وقدراتها، عبر دراستنا لمبدأ المشروعية وأثر الظروف الاستثنائية عليه توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

١_ وجود أكثر من صورة لتعطيل ضمانات مبدأ المشروعية، ومنها التعطيل المشروع والتعطيل غير المشروع.

٢_ يتسع نطاق مبدأ المشروعية في ظل الظروف الاستثنائية من أجل سير المرفق العام والمحافظة على الدولة ونظامها.

٣_ إن المشرع الدستوري في كل من العراق وتونس قد نظم حالة الظروف الاستثنائية عبر منح السلطة التنفيذية صلاحيات استثنائية لمواجهة الأزمات، إلا أن نطاق هذه الصلاحيات يختلف من حيث الضوابط والقيود الدستورية.

التوصيات

١. نقترح على المشرع العراقي بالإسراع في تشريع قانون متكامل ينظم حالة الطوارئ والظروف الاستثنائية، يحدد بدقة شروط إعلانها ومدتها وسلطات الجهات المختصة وضمانات إنهاؤها، بما ينسجم مع أحكام دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٢. يجب تعزيز الرقابة الدستورية والقضائية والبرلمانية على الإجراءات الاستثنائية، لضمان خضوع جميع التدابير المتخذة أثناء الظروف الاستثنائية لمبدأ المشروعية ومنع التعسف في استعمال السلطة.

٣. العمل على إعادة النظر في النصوص الدستورية المنظمة لحالة الاستثناء في كل من العراق وتونس، بما يحقق وضوحاً أكبر في تحديد حالات إعلانها، ويقيّد السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية، ويكفل حماية الحقوق والحريات العامة.

٤. يوصي الباحث باعتماد مبدأي الضرورة والتناسب أساساً لممارسة السلطات الاستثنائية، بحيث تكون التدابير المتخذة مؤقتة ومرتبطة بوجود الخطر، وتنتهي آثارها القانونية فور زوال الأسباب التي استوجبت اتخاذها.
٥. نقترح على المشرع العراقي معالجة النقص التشريعي في إصدار قانون طوارئ ينظم صلاحيات رئيس الوزراء وفق المادة ٦١ | تاسعاً | ج من الدستور الذي أشارت اليه المادة ٦١ / تاسعاً / ا، ولاحظ غياب النص التشريعي لحالة الطوارئ في التشريع التونسي لم يعد يلائم الأحكام الدستورية الحديثة، مما تضطر الإدارة عند الحاجة لفرض حالة الطوارئ إلى العودة لاستخدام الفصل المتعلق بحالة الاستثناء ولغرض حماية الحقوق والحريات التي أشار إليها الدستور التونسي ٢٠١٤ في الفصل ٤٩.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

١. أحمد عطية الله. (١٩٦٨). القاموس السياسي. القاهرة: دار النهضة العربية.
٢. أحمد مختار عبد الحميد. (٢٠٠٨). معجم اللغة العربية المعاصرة. القاهرة: عالم الكتاب.
٣. الدستور التونسي. (٢٠٢٢ الفصل ٩٦). الأمر الرئاسي المتعلق بنشر مشروع الدستور الجديد للجمهورية التونسية موضوع الاستفتاء. الجمهورية التونسية: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية.
٤. أنور أحمد رسلان. (٢٠٠٨). وسيط القضاء الإداري، مبدأ المشروعية. القاهرة: دار النهضة العربية.

٥. بشير صلاح العاورو. (٢٠١٣). سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني. غزة _ فلسطين: جامعة الازهر.
٦. بطرس البستاني. (بدون سنة نشر). قطر المحيط. بيروت، لبنان: مكتبة لبنان ناشرون.
٧. بكر الغياي، الحريات والحقوق في ظل الطوارئ (١٩٨٤) مجلة المحاماة، العدد الاول والثاني، السنة ٦٤.
٨. حميد الساعدي. (١٩٩٠). مبادئ القانون الدستوري وتطوير النظام السياسي في العراق. الموصل: مطابع دار الحكمة.
٩. رامز عمار. (٢٠١١). حقوق الإنسان والحريات العامة. بيروت: دار المنهل.
١٠. رزكار جرجيس الشواني. (٢٠١٥). الشرعية الدستورية في العراق بين النظرية والتطبيق. لندن: دار الحكمة.
١١. رعد الجدة. (١٩٨٨). التشريعات الدستورية في العراق. بغداد: مطابع دار الشؤون الثقافية العامة.
١٢. رعد ناجي الجدة. (٢٠٠٤). التطورات الدستورية في العراق. بغداد _ العراق: بيت الحكمة.
١٣. رمضان محمد بطيخ. (بدون سنة نشر). مبدأ المشروعية وضمانات احترامه. القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الادارية.
١٤. رياض عزيز هادي. (١٩٨٩). المشكلات السياسية في العالم الثالث. بغداد: مطابع التعليم المالي.
١٥. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ. (١٩٦٦). حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة. الاسكندرية: منشأة المعارف.
١٦. سامي جمال الدين. (١٩٨٢). الرقابة على أعمال الادارة. الاسكندرية: منشأة المعارف.

١٧. سامي جمال الدين. (١٩٨٢). لوائح الضرورة وضمانه الرقابة القضائية. الاسكندرية: منشأة المعارف
١٨. سعد جورج. (٢٠٠٦). القضاء الإداري والمنازعات الإدارية. بيروت: مطبعة بيروت.
١٩. سليمان محمد الطحاوي. (١٩٩٦). القضاء الإداري، الكتاب الاول، قضاء الالغاء. القاهرة: دار الفكر العربي.
٢٠. سمير خيرى توفيق. (١٩٧٨). دراسة في الفلسفة القانونية. بغداد _ العراق: منشورات الثقافة والفنون.
٢١. سيدني بابلي. (١٩٧٠). الديمقراطية البرلمانية الانكليزية. القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية.
٢٢. شمران حمادي. (١٩٦٤). النظم السياسية والدستورية في الشرق الأوسط. بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية _ بغداد.
٢٣. صالح جواد الكاظم، وعلي غالب العاني. (١٩٩١). الأنظمة السياسية. بغداد: مطبعة دار الحكمة.
٢٤. طعيمة الجرف. (١٩٧٦). مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. القاهرة: مكتبة القاهرة.
٢٥. طعيمة الجرف. (١٩٦٦). نظرية الدولة والأسس العامة في التنظيم السياسي. القاهرة: مكتبة القاهرة الحديثة.
٢٦. عبد العزيز عبد المنعم خليفة. (بدون سنة نشر). الإجراءات التأديبية، مبدأ المشروعية في تأديب الموظف العام. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.
٢٧. عبد الغني بسيوني. (١٩٨٥). مبادئ القانون الدستوري. القاهرة: الدار الجامعية.
٢٨. عبد الله إسماعيل البستاني. (١٩٦١). مساهمة في إعداد الدستور الدائم وقانون الانتخابات. بغداد: بدون نشر.

٢٩. عبدالغني بسيوني عبدالله. (١٩٩٥). سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني. بيروت: المؤسسة العربية للدراسات والنشر والتوزيع.
٣٠. عبيد عبد الرزاق أحمد النصيري. (١٩٨٨). نوري سعيد ودوره في السياسة العراقية حتى عام ١٩٣٢. بغداد: مكتبة اليقظة العربية.
٣١. علي سبتي محمد. (بدون سنة نشر). وسائل حماية المشروعية دراسة مقارنة. لندن: دار واسط
٣٢. عليان بوزيان. (٢٠٠٩). دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
٣٣. فارس عبدالرحيم حاتم، وعبدالشهيد سنان طالب. (٣١ يوليو، ٢٠٠٨). حالة الطوارئ بموجب أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ والرقابة القضائية عليها. مجلة كلية القانون، جامعة الكوفة، صفحة ١٧٨.
٣٤. فؤاد العطار، ومحمد كامل ليلة. (١٩٦٨). القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة. القاهرة: دار الفكر العربي.
٣٥. ماجد راغب الحلو. (١٩٨٨). القضاء الإداري، دراسة مقارنة. الاسكندرية: الدار الجامعية.
٣٦. مجلس الحكم العراقي. (٢٠٠٤ رقم ١). قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية. بغداد: الوقائع العراقية.
٣٧. مجمع اللغة العربية. (٢٠٠٤). المعجم الوسيط. مصر: مكتبة الشروق الدولية.
٣٨. محمد بن علي التهانوي. (١٩٩٦). كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. لبنان: مكتبة لبنان ناشرون.
٣٩. محمد سالم إبراهيم. (١٩٩٧). تعطيل العمل بأحكام الدستور: دراسة مقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية.

٤٠. محمد علي جواد، عصام عبد الوهاب البرزنجي، علي البدوي، و مهدي السلاحي. (١٩٩٦). القضاء الإداري، مبادئ وأحكام القانون الإداري. بغداد: مذكرات المكتبة القانونية.
٤١. محمد كامل ليلة. (١٩٦٨). مبادئ القانون الإداري، الكتاب الأول، مقدمة القانون الإداري. بيروت: مطبعة بيروت.
٤٢. محمد كامل ليلة. (١٩٧٠). الرقابة على أعمال الإدارة. القاهرة: دار النهضة العربية..
٤٣. منذر إبراهيم الشاوي. (١٩٦٦). القانون الدستوري والمؤسسات الدستورية العراقية. بغداد _ العراق: مطبعة شفيق.
٤٤. منذر الشاوي. (١٩٨١). نظرية الدولة. بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية _وزارة العدل _.
٤٥. مهدي عبد عرميط. (٢٠٢٥). حالة الاستثناء ومبدأ المشروعية. القاهرة: دروب المعرفة.
٤٦. نوري لطيف. (١٩٧٦). القانون الدستوري. بغداد: دار الحرية.
٤٧. هناء عباس كاظم، و صعب ناجي عبود. (بدون سنة نشر). السلطة التنفيذية للإدارة ومبدأ المشروعية. بغداد: بدون نشر.
٤٨. يحيى الجميل. (بدون سنة نشر). نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة. القاهرة: دار النهضة العربية.