

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العقيد الحاج لخضر - جامعة باتنة-1-



نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة وقانون

مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون

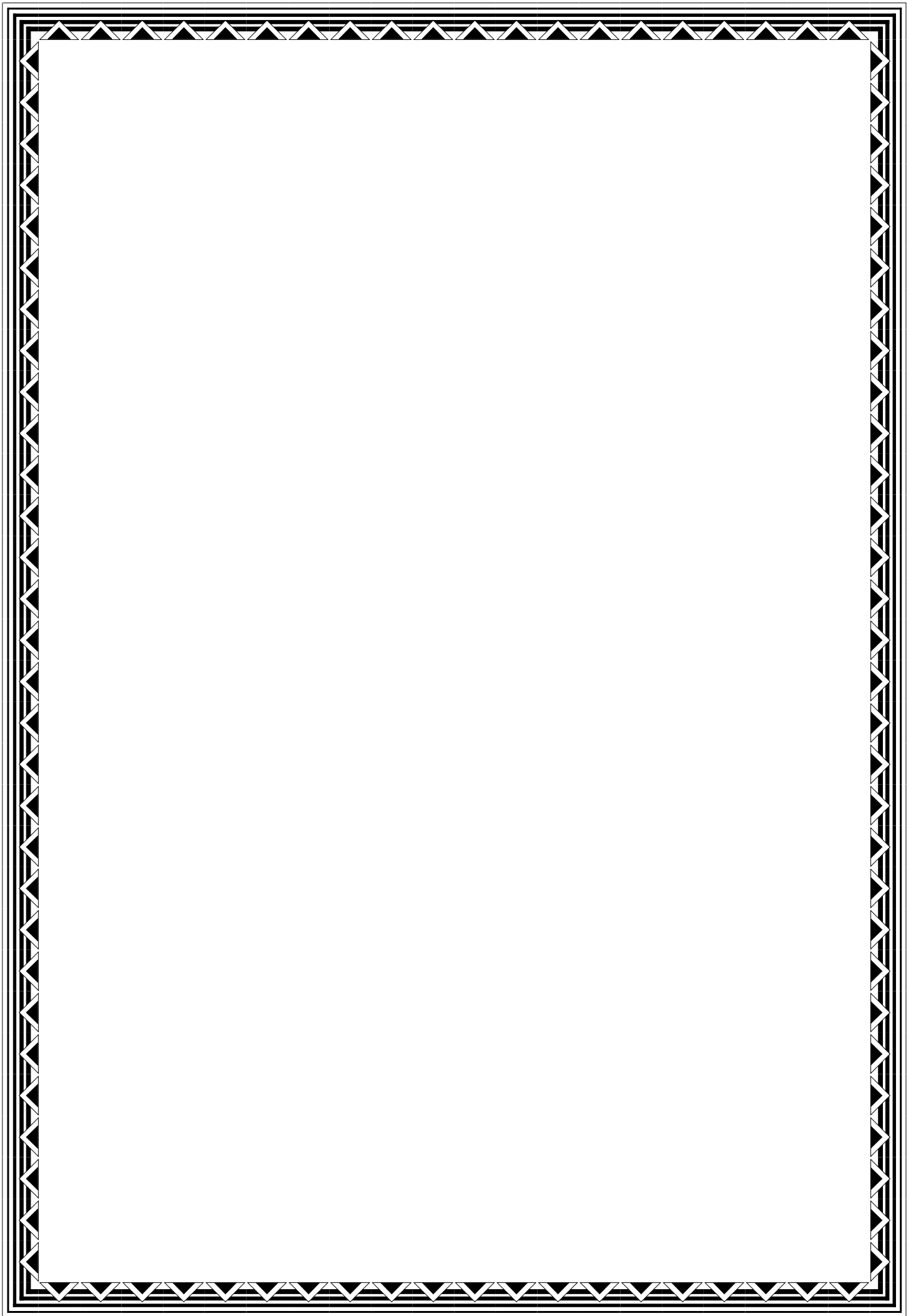
إشراف الأستاذ الدكتور:
مسعود فلوسي

إعداد الطالب:
عبد المجيد طيبي

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الدرجة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة باتنة 1	أستاذ	صالح بوبشيش
مقررا	جامعة باتنة 1	أستاذ	مسعود فلوسي
عضوا	جامعة باتنة 1	أستاذ محاضر (أ)	محمد العايب
عضوا	جامعة أدرار	أستاذ	محمد جرادي
عضوا	جامعة خنشلة	أستاذ	الطاهر زواقري
عضوا	جامعة خنشلة	أستاذ	محمد بوكماش

السنة الجامعية 2019 - 2020 م 1440 - 1441 هـ



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العقيد الحاج لخضر - جامعة باتنة-1-



نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة وقانون

مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:
مسعود فلوسي

إعداد الطالب:
عبد المجيد طيبي

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الدرجة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة باتنة 1	أستاذ	صالح بوبشيش
مقررا	جامعة باتنة 1	أستاذ	مسعود فلوسي
عضوا	جامعة باتنة 1	أستاذ محاضر(أ)	محمد العايب
عضوا	جامعة أدرار	أستاذ	محمد جرادي
عضوا	جامعة خنشلة	أستاذ	الطاهر زواقري
عضوا	جامعة خنشلة	أستاذ	محمد بوكماش

السنة الجامعية 2019-2020 م 1440-1441هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

﴿وَاتَّبِعُوا يَوْمًا تَرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا

كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ ﴿٢٨﴾

سورة البقرة: الآية 280

شكر وتقدير

«وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ حَمِيدٌ»

الآية 12

هريرة عنه عليه :

«لا يشكر الله من لا يشكر الناس»

العين جزيل فضله وتوفيقه،

الحبيب به

والتقدير، وجزيل شياخي

«تفضله هذه ووقفه وموجها، طيلة كبير

سهره يكون هذا عظيم له عظيم كبير

يد عليه

كلية الإسلامية 1 كلية الإسلامية الإسلامية

الذين لهم هذا منهم

سيدي مدير الدينية لولاية

التاريخ القديم جيلالي ماينو،

سمير ميلود العزيز

والتقدير كلية الإسلامية 1 مقدمتها عميد الكلية،

ونوابه، الهيئات العلمية.

الجامعية

جميعهم مدين لأنهم والمعين

لهم والتقدير

الباحث: عبد المجيد طيبي

إهداء

إلى الذي كان ولا يزال نور دربي نحو علو الهمة، والسير على خطى العظماء
ذلك الذي صبر وكابد المشاق والعناء في سبيل راحتي وإسعادي
الذي أطلق موهبتي في طلب العلم..... و جمع خصال القدوة فكان الأب،
والمعلم والمربي

والذي الغالي أطال الله عمره وأعاننا على بره

إلى التي أرضعتني لبان الطهر، ومعاني الإباء

التي جاعت لناكل، وسهرت لنام، وحرصت ليشتد عودنا سويا
التي كان حلمها الدائم أن يكون أولادها حملة لكتاب الله تعالى وعاملين به

قرة عيني أمي الغالية

إلى التي قدمت كل وقتها للاهتمام بإسعادي، ومشاركتي متاعب ومصاعب
الحياة بحب زوجتي الغالية.

إلى شموع البيت اولادي وبناتي؛ قدس، إسراء، محمد عبد الله، المعتصم بالله،
سالم.

إلى إخوتي جميعهم ، وزملائي في قسم العلوم الإسلامية بجامعة أدرار،
ورفقاء الإمامة والدعوة في قطاع الشؤون الدينية والأوقاف، إلى رموز الأسرة
الجامعية في عاصمة الأوراس باتنة، على رأسهم المرحوم المجاهد والأب المؤسس
العقيد الحاج لخضر

إليهم جميعا أهدي صالح جهدي في هذا العمل المتواضع.

الباحث: عبد المجيد طيبي

المقدمة



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم وبعد:

تعتبر الضرورة من أكثر الموضوعات إثارة لانشغال البحث عن تبرير ما يقتضيه الواقع المتغير من أحكام لأسباب استثنائية، وما يخلفه من آثار؛ ذلك أن منظومة المشروعية في أي دولة، قد تجعلها الظروف الاستثنائية عاجزة عن تحقيق الهدف الذي وضعت من أجله، مما يدفع بالسلطات العامة إلى البحث عن إطار تضي فيه الشرعية على أعمالها الاضطرارية، التي تخالف منطوق النصوص السارية.

وإزاء الحاجة إلى أحكام استثنائية تبرر ما تقتضيه الضرورة من أحكام، وضعت الشريعة الإسلامية إطارا عاما لمراعاة أسباب وآثار تغير الحكم الشرعي، استجابة لمقتضى الضرورة، منطلقا من "الاضطرار" كمدلول اصطلاحي.

كما اتجهت التشريعات الوضعية المعاصرة إلى الاهتمام بأحوال الضرورة في مختلف نواحي الحياة، وجعلتها مانعة من المسؤولية وأسباب الإباحة في باب الجنایات، ومعدلة للمسؤولية العقدية في باب المعاملات والعقود، ومغيرة لأحكام أصلية في نطاق قانون الأسرة، إلى غير ذلك من أبواب وفروع القانون.

ومن أخطر مجالات الضرورة في كل من الشريعة والقانون؛ نطاق العلاقات الدستورية بين السلطات، حيث يفتح الباب لتتدخل سلطة في ممارسة اختصاص الأخرى. ذلك أن توزيع السلطات في الدولة المعاصرة، يقتضي تفرغ السلطة التشريعية لوضع القوانين، والتزام السلطة التنفيذية بتنفيذها، واستقلال السلطة القضائية بتطبيقها ومراقبة تنفيذها، لكن قد يحدث من الظروف ما لا يسمح بتنفيذ القوانين المعدة لأحوال العادية إن كانت موجودة، أو لا يسمح بانتظار انعقاد جهة التشريع ودراساتها لمشروع قانون بالطرق العادية؛ إن لم يكن هناك نص في القانون يتعلق بالموضوع، لكون ذلك يفوت المصلحة العامة المهددة بالخطر نتيجة الظرف الاضطراري الذي يقتضي سرعة



التدخل، كما هو الشأن في الطوارئ الأمنية، والاضطرابات الداخلية، والحروب الخارجية وغيرها.

فإذا كان الأصل في التشريع أن يتم عن طريق السلطة المختصة في ذلك وهي البرلمان، فإن الضرورة قد لا تسمح بذلك، الأمر الذي يحول الاختصاص إلى السلطة التنفيذية باعتبارها دائمة الحضور، ومنوط بها حفظ الأمن والنظام العام، واستقرار مؤسسات الدولة، والسهر على الدفاع الوطني.

كثيرا ما تواجه الدول هذا الواقع؛ إما في فترات غياب البرلمان، سواء كان البرلمان مُحلا، أو في عطلة بين دورتين، وإما أثناء انعقاده مع تعذر إعداده للقانون، سواء بسبب خلاف خطير بين أعضائه، يستعصي في ضوئه أداء البرلمان لمهامه الدستورية، أو بسبب ظرف اضطراري لا يسمح بانتظار إعداد مشروع القانون والتصويت عليه.

وكما واجهت الدولة المعاصرة هذا الإشكال، وبدأت رحلة البحث عن مخرج دستوري منه، تحت عنوان "نظرية الظروف الاستثنائية"، واجهت الدولة الإسلامية حالات استثنائية تعذر معها تطبيق أحكام التشريع تبعا لظروف استثنائية، الأمر الذي تولد عنه الانشغال بطرح الموضوع للدراسة، بهدف معرفة مدى مراعاة كل من الشريعة والقانون للظروف الاستثنائية، وما يتبع ذلك من آثار، وفيما يلي إظهار انشغالنا بالبحث من خلال طرح الإشكال التالي:

1. إشكالية البحث:

لقد أصبح من المسلمات الدستورية، توقع المؤسس مرور الدولة بأحوال اضطرارية، يتعذر معها التزام تطبيق القوانين والتشريعات المعدة للحياة العادية، ذلك لأن أحوال الدولة بطبيعتها تنقسم إلى قسمين أساسيين هما أحوال حياة اعتيادية مستقرة، وأحوال حياة استثنائية مضطربة، وإهمال قسم منها يعتبر إهمالا لشطر الحياة.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن مشكلة البحث تدور أساسا حول كيفية مراعاة الظروف الاستثنائية في كل من الشريعة والقانون، من حيث الجهة المختصة بها، وأساليب مواجهتها، والآثار الناجمة عنها، ذلك أن الانشغال الأساس بشأن الموضوع يتركز على مدى احتكار البرلمان لسلطة التشريع في جميع الأحوال، بما فيها الظروف الاستثنائية،



مما يجعل تصرفات السلطة التنفيذية المخالفة للقانون توهم بعدم المشروعية؟ أو تتمتع السلطة التنفيذية إزاء ذلك بسلطات استثنائية يقرها الدستور، ويضع لها الإطار الذي تتم فيه؟

وإذا كانت بعض الدساتير تنص على تمكين رئيس الدولة من اتخاذ التدابير الاستثنائية اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية، فما هي المعالم التي ترسم حدود سلطاته؟ إن دراسة هذه الإشكالية تدفعنا إلى البحث عن الظروف الاستثنائية في بعدها المفاهيمي من حيث هي تنزيل للضرورة في نطاق التشريع، كما تقودنا للبحث في الظروف الاستثنائية باعتبارها نظرية متكاملة الجوانب نشأت على يد مجلس الدولة الفرنسي، بصدد تبريره لأعمال السلطة التنفيذية، تحت عنوان "سلطات الحرب"، وتقودنا كذلك للبحث عن الأبعاد التطبيقية لهذه النظرية، في الواقع القانوني ومقابلتها بتطبيقات الضرورة في التشريع الإسلامي.

2. حدود الدراسة:

إن تناول الإشكالات التي يطرحها البحث، تجعل من الموضوع حقلاً واسعاً، وبحراً خضماً، الأمر الذي يستلزم رسم حدود دراسته، وتحديد نطاقها، وعملاً لتحقيق ذلك التزمت ضبط معالم الموضوع على النحو الآتي:

أ- تناول جانب مفاهيمي في الموضوع، يستوعب مصطلحي الضرورة، والظروف الاستثنائية، والعلاقة بينهما، وتمييزهما عن ما يشته بهما من المصطلحات، من الزاويتين القانونية والشرعية.

ب- تناول الجوانب الفقهية للموضوع، التي تتجلى من خلالها معرفة أساس كل من الضرورة والظروف الاستثنائية، ومظاهرها وحدودهما، وربط ذلك بحدود الضرورة في التشريع الإسلامي من خلال القواعد الفقهية.

ج- التطرق للبعد التطبيقي للظروف الاستثنائية، في ظل التطور الدستوري الذي عرفته الجزائر، منذ استقلالها إلى غاية كتابة هذه الأسطر.



د- الاستفادة من تجارب المنظومات القانونية الكبرى في العالم، لا سيما التجربة الفرنسية باعتبارها الرافد الذي استلهمت منه المنظومة القانونية الجزائرية كثيرا من القواعد والنصوص.

هـ- الأخذ بعين الاعتبار للفوارق بين الفقه الإسلامي والقانون عند المقارنة بين أحكامهما، بحكم تراكم التجارب القانونية، التي أثرت قدرا عاليا من التنظيم والتنظير، وتوقف الشريعة الإسلامية عن التطبيق منذ أمد بعيد، وخاصة منذ نشأة نظرية الظروف الاستثنائية وتطور مفاهيمها على يد قضاة مجلس الدولة الفرنسي، والفقه الألماني، وتطبيق مبدأ سيادة البرلمان في القانون الأنجلوسكسوني، ذلك أن مراعاة هذه الفوارق هو الذي يبرر ربط الموضوع في الناحية الشرعية بقواعد النظرية العامة للضرورة، وتطبيقاتها المختلفة، التي لا تعدم أمثلة لتصرفات الحاكم الاضطرارية، بشكل مخالف للتشريع.

و- وأمهـد للموضوع بدراسة مبدأ المشروعية باعتباره المتأثر الرئيس بالظروف الاستثنائية، وضحيـتها الأولى.

3. أهمية الموضوع:

إن موضوع مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع يكتسي أهمية بالغة، تبعا لما يشتمل عليه من مسائل وقضايا، وما يترتب عليه من نتائج وآثار عملية، وأهميته تلك تظهر في ناحيتين؛ أولاهما علمية وأخرى عملية؛ أما الأهمية العلمية؛ فتتجلى فيما يتناوله من الكشف عن أساليب مواجهة الظروف الاستثنائية، وانعكاس ذلك على مبدأ المشروعية واتساع نطاق صلاحيات السلطة التنفيذية.

وأما من الناحية العملية؛ فتتجلى في كشف واقع العلاقة بين السلطات عند حدوث ظرف استثنائي يهدد أمن الدولة ومؤسساتها أو سلامة أراضيها، حيث تقوى السلطة التنفيذية على حساب نظيرتها التشريعية، كما تكشف واقع التدخل في الحقوق والحريات الفردية والجماعية، تنظيما وتقييدا، منعا ومصادرة، بذريعة حفظ النظام العام.

إذ بقدر ما يجب على السلطة أن تحافظ على الأمن والنظام العام، بقدر ما يُخشى أن تمارس المساس بالحريات، الأمر الذي يفرض بحث القيود العملية التي توازن



اختصاصات السلطة التنفيذية، حتى لا تتحول إلى سلطة استبدادية تحت مظلة قوانين تصنعها.

وموضوع بهذه الخطورة، يكتسي أهمية بالغة وجدير بالدراسة.

4. أهداف دراسة الموضوع:

وأنا أبحث عن موضوع لأطروحتي في الدكتوراه سنة 2006م، ظهر لي الاشتغال على موضوع الظروف الاستثنائية، انطلاقا من الواقع الذي كان سائدا، وهو بقاء حالة الطوارئ، وعزوف الإدارة عن تنفيذ أحكام قضائية لصالح أفراد تعرضت حقوقهم للمصادرة بمناسبة مواجهة الظروف الاستثنائية، وعجز البرلمان عن وضع قانون حالة الطوارئ والحصار طبقا لما جاء في دستور 1996م، ما دفعني لطرق الموضوع لتحقيق جملة من الأهداف أهمها:

أ- رصد أسلوب النظام السياسي الجزائري في مواجهة الظروف الاستثنائية، وحدود الصلاحيات الاستثنائية التي يمارس بها رئيس الجمهورية سلطة التشريع، حفاظا على مؤسسات الدولة وأمنها وسلامة ترابها.

ب- المقاربة بين أسلوب مواجهة الظروف الاستثنائية في كل من نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، ونظرية الضرورة في القانون الدستوري.

ج- إضافة لبنة لصرح الدراسات المتعلقة بتطبيقات الضرورة في نطاق القانون الدستوري والسياسة الشرعية.

د- رصد التجارب العملية الواقعية في الجزائر، من خلال حالة الطوارئ وحالة الحصار، التي أطرت الحياة العامة مدة زمنية طويلة.

5. أسباب اختيار الموضوع:

زيادة على ما تم إبرازه من أهمية الموضوع، وأهداف البحث فيه، دفعني لاختياره عنوانا لأطروحة الدكتوراه، عدد من الدوافع الشخصية والمبررات الموضوعية.

أما الأسباب الشخصية؛ فتتمثل في اهتمامي الخاص بحقل القانون الدستوري والسياسة الشرعية، باعتباره مجالا لم يوف حقه من الدراسة، في ضوء التجربة الجزائرية المعاصرة، التي امتازت باستمرار الوضع الاستثنائي مدة طويلة، صار فيها الاستثناء هو الأصل.



وقد كان اعتماد هذا الموضوع في فترة زمنية (سنة 2006م) كثرت فيها المواخذة على السلطات السياسية في البلاد، بسبب بقاء حالة الطوارئ، وطول انتظار عودة المشروعية العادية للحياة اليومية للمواطن، وفي ضوء سريان دستور يشتمل في نصوصه على ضرورة التزام اتخاذ التدابير الاستثنائية في مدة زمنية محددة، لا يتم تمديدها إلا في حدود وضوابط ضيقة.

أما المبررات الموضوعية للبحث، فتتمثل في واقع العلاقة بين السلطات، الذي يثير كثيرا من النقاش، حيث يشتهه تماما والتطورات الدستورية الفرنسية في فترة ما بعد الثورة، إلى غاية دستور 1958م، إذ كان البرلمان يقوى حيناً، فيمنع حاكم الدولة من سلطة الاستقلال بالتدابير الاستثنائية، ويضعف حيناً آخر، فيسترجع رئيس الدولة زمام المبادرة، وينفرد بالسلطات الاستثنائية عند الضرورة بما فيها سلطة التشريع، إلى أن استقر الأمر على المادة 16 من دستور 1958، وهذا الواقع في تفسير العلاقة بين السلطات عند الظروف الاستثنائية، تأثرت به مختلف التجارب الدستورية الجزائرية، ويبرر الاهتمام به ما تطرحه الشريعة من حلول، في ضوء مرونة نصوصها، واتساع قواعدها.

6. الدراسات السابقة في الموضوع:

إن هذا البحث يعتبر - إن شاء الله - لبنة تضاف لصرح الدراسات المتعلقة بموضوع الظروف الاستثنائية، الذي أعترف بفضل سبق فيه لعدد من الباحثين، سواء في الشريعة أوفي القانون، أو فيهما معا، والتزاما بمقتضى ذلك الاعتراف أذكر ما وقعت عليه يدي من دراسات سابقة في الآتي:

أ- نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة، ليحي الجمل، وهي دراسة متخصصة في موضوع الظروف الاستثنائية، نشرت سنة 1973 من قبل دار النهضة العربية في القاهرة، عمل فيها على التأصيل لنظرية الضرورة من التشريع الإسلامي، وتحديد أساسها القانوني والقضائي، من خلال أفكار المدارس القانونية المختلفة، وتعمق في الدراسة التطبيقية للتجربتين الفرنسية والمصرية، مما يجعل منها مصدرا أساسيا للموضوع في أبعاده الفقهية والقضائية، والإمام بالتجربة الفرنسية.



ب- نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، وهي أطروحة دكتوراه للباحث أحمد مدحت علي نوقشت في كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1977م، وقد استفدت كثيرا من هذه الرسالة في الأبعاد القانونية المقارنة للموضوع، لكنها تقتصر على الزاوية القانونية للموضوع، ولا تلامس فيه واقع التجربة الجزائرية.

ج- نظرية الضرورة الشرعية، لوهبة الزحيلي، وهي كتاب من منشورات مؤسسة الرسالة، في عدة طبعات، من بينها الطبعة الرابعة الصادرة سنة 1985م، وتحت يدي نسخة منها، وقد عمل المؤلف من خلال الكتاب، على بيان حالات الضرورة العامة، وضوابطها، وقواعد الفقهاء فيها، وجمع أشتماتها من مختلف كتب الشريعة، فأفاد جزاه الله خيرا، لكنه غلب عليه التناول الفقهي للموضوع في غير نطاق السياسة الشرعية.

د- نظرية الضرورة حدودها وضوابطها، وهي رسالة ماجستير أعدها محمد جميل بن مبارك، نوقشت في قسم العلوم الإسلامية بكلية دار العلوم في جامعة القاهرة سنة 1985م، وهي دراسة لنظرية الضرورة بشكل عام من منظور إسلامي، استفدت منها فيما يخص المضامين العامة لنظرية الضرورة فقط.

هـ- الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها أحكامها آثارها دراسة مقارنة، لمحمد عبد العزيز الزيني، وهي كتاب نشر في عدة طبعات، من طرف مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، وقفت منها على طبعتي 1991، 1993م، استفدت من دراسته لنظرية الضرورة بوجه عام، لكن في البعد التطبيقي انجذب نحو الضرورة الجنائية، ولم يعط مفهوم الظروف الاستثنائية أهمية في الناحية التطبيقية.

و- نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه للباحث هاني علي إبراهيم الطهراوي، نوقشت بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1992م، وهي دراسة قانونية صرفة، متجهة نحو إبراز التجربة الأردنية في نطاق القانونين الإداري والدستوري، وهي دراسة متميزة من حيث تحديد نطاق الظروف الاستثنائية "إداري ودستوري"، لكن في حقيقة ما جاء فيها بعيدة عن التجربة الجزائرية، ورؤية التشريع الإسلامي.



ز- الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ دراسة مقارنة، وهي أطروحة دكتوراه في الحقوق، أعدها حسين حامد محمود عمر نوقشت في جامعة القاهرة سنة 1996م، استهلها برؤية الشريعة الإسلامية للضرورة تأصيلاً وتطبيقاً، ثم ركز على بيان أحكام حالة الطوارئ في التجريبتين الفرنسية والمصرية، ولم يخصص اهتمامه بمسائل التشريع والتنظيم فقط وإنما وسعه ليشمل بقية الآثار والحدود، ولنا عليه مآخذ بخصوص توظيف بعض المصطلحات، وما يترتب على ذلك من آثار.

ح- مدى سلطة الحاكم في تغيير التشريع دراسة مقارنة بالفكر السياسي الإسلامي، وهي رسالة دكتوراه في الحقوق، للباحث ثروت عبد الهادي خالد محمد، نوقشت في كلية الحقوق بجامعة أسيوط، سنة 1998م، تناول فيها الظروف الاستثنائية، والضرورة، من حيث المفهوم والأساس والآثار، في كل من الشريعة والقانون، مع الاعتناء بالتجربة الفرنسية والمصرية في الناحية العملية.

ط- أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية دراسة مقارنة، وهي رسالة دكتوراه لمجدي المتولي السيد يوسف، نوقشت في كلية الحقوق بجامعة عين شمس، أولى الباحث من خلالها أهمية لنظرية الظروف الاستثنائية، باعتبارها تشكل خطورة على مبدأ المشروعية، فتناول أساسها، وشروطها، وحدودها والرقابة القضائية عليها، وواقع ذلك من خلال التجربة الفرنسية، لكن بعد دراسة هذه الرسالة، تبين أنها لم تحد عن ما جاء به يحي الجمل في دراسته السابقة.

ي- السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة دراسة مقارنة، للباحث نصر الدين بن طيفور، وهي رسالة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون العام، نوقشت في جامعة سيدي بلعباس سنة 2003، التزم الباحث فيها طرح موضوع السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية عامة، ومن بينها سلطة التشريع، من الزاوية القانونية الصرفة.

وعطفاً على هذه الدراسات وقفت على كثير من المقالات العلمية، ورسائل الماجستير والدكتوراه يسعها فهرس المصادر والمراجع، لكن الميزة التي تمتاز به هذه



الإضافة التي نحن بصددّها، هي الاهتمام بوضع التشريع عند حدوث الظروف الاستثنائية وآثار ذلك، من الناحية الشرعية، والمنظومة القانونية الجزائرية.

7. منهج الدراسة:

إن دراسة الموضوع بإشكاليته وحدوده وأهدافه السالفة الذكر، تقتضي توظيف المنهج المقارن مع الاستعانة بالمنهج الاستقرائي، والمنهج الوصفي المناسب لبعض جوانب الموضوع ذات البعد التاريخي.

ويحسن هنا بيان طريقة التوظيف لهذه المناهج، خاصة المنهج الرئيس "المقارن" ذلك أن طبيعة الموضوع، وتفاصيل مسائله في كل من الشريعة والقانون لا تتماشى والمقارنة الداخلية، في كل الجزئيات والتفاصيل، بحكم أن المعالجة القانونية لمسائل الموضوع مفصلة ومكتملة بالنصوص القانونية، والأحكام القضائية، والنظريات الفقهية، بينما في جانب التشريع الإسلامي، لم نجد أمامنا سوى تكييف الموضوع في ضوء القواعد الفقهية، المؤسسة على نصوص الضرورة العامة، ولذلك سيجد القارئ للبحث أن هناك أجزاء من الدراسة، يتم فيها التطويل في تفاصيل مسائل الموضوع من الناحية الوضعية، مقابل إسقاط عام لقواعد الضرورة في التشريع الإسلامي.

8. صعوبات إنجاز البحث:

وأنا أحاول سبر أغوار الموضوع واجهت جملة من الصعوبات، أذكر منها:

- أ- تتأثر الأحكام الشرعية المتعلقة بالموضوع في مصادر الضرورة العامة، ونقص فادح في الدراسات المتخصصة بالموضوع تحت مصطلح "الظروف الاستثنائية".
- ب- في الناحية القانونية نشأت النظرية، وتبلورت أحكامها في الغرب على يد القضاء والفقه، وتراكم التجارب الواقعية لدى الفرنسيين والألمان والإنجليز، الأمر الذي يصعب معه الرجوع إلى لغات هؤلاء ومصادرهم، ما حتم علينا الأخذ عنهم بواسطة الدراسات الناقلة عنهم، مع الاجتهاد في تحري الوسائط الموثوقة.
- ج- تتأثر أحكام الموضوع من الناحية التطبيقية في أعداد الجريدة الرسمية، وأحكام القضاء، وأحياناً في نصوص غير منشورة، الأمر الذي يصعب معه استيفاء التفاصيل التطبيقية للموضوع.



د- عدم تقنين الأحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية، مما يشكل عائقاً أمام الوقوف على إطار عملي منسجمة أحكامه، في حقبة زمنية محددة، تصلح كتجربة واقعية تجري مقارنتها مع التجارب الوضعية، باستثناء مجلة الأحكام العدلية التي تناولت قواعد الضرورة في نطاق العلاقات المدنية.

مصادر الدراسة:

لقد تنوعت مصادر المادة العلمية للموضوع في الناحيتين الشرعية والقانونية، يجد القارئ ذلك جلياً من خلال فهرس المصادر والمراجع، وننوه في هذا المقام بالمصادر الأساسية التي استمد منها الموضوع وجوده، من الناحيتين الشرعية والقانونية. ففي الجانب الشرعي يشكل الوحي أول مصادر الموضوع، من خلال آيات باب الضرورة وأحاديثها، وبعد الوحيين تأتي جملة من الدراسات الشرعية في شكل كتب ورسائل علمية، من أهمها أذكر:

- أ- غياث الأمم في التياث الظلم: للإمام الجويني، الذي أثار فعلاً قضية الضرورة في باب السياسة الشرعية، من خلال كثير من المسائل.
- ب- النظريات السياسية، لضياء الدين الريس، الذي يعتبر من المصادر المعاصرة في عرض قضايا السياسة الشرعية في ضوء النظريات الدستورية المعاصرة.
- ج- فقه الشورى والاستشارة، لتوفيق الشاوي، الذي عقد فصلاً منه لبيان أهمية الشورى في التشريع والتنظيم، وواقع الشورى عند الضرورة، ومهمة الأمة في التشريع.
- د- نظرية الضرورة الشرعية، للشيخ وهبة الزحيلي رحمه الله. وفي الجانب القانوني يعتبر كتاب "نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاته المعاصرة دراسة مقارنة" ليحي الجمل، من أهم المصادر التي اعتمدها واستفدت منها، وخلفه تأتي بقية المصادر القانونية منها:
- أ- خصائص التطور الدستوري في الجزائر، رسالة دكتوراه للباحث لمين شريط، من جامعة قسنطينة سنة 1991م.



ب- الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة لمراد بدران، من منشورات دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية سنة 2008، ركز فيها على الواقع الجزائري مقارنا بالتشريع الفرنسي.

ج- السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة دراسة مقارنة، وهي أطروحة دكتوراه لنصر الدين بن طيفور، نوقشت سنة 2003 في جامعة بلعباس.

إضافة إلى كتب السياسة الشرعية والنظم السياسية، والدراسات الأكاديمية والمقالات العلمية ذات العلاقة.

خطة البحث:

إنطلاقاً من إشكالية البحث التي سبق طرحها، حاولت ترتيب أفكار الموضوع بما يضمن تسلسلها، وتتابعها، واعتمدت في البداية فكرة الثنائية في تناول الموضوع عبر جزء نظري (الباب الأول) وآخر تطبيقي (الباب الثاني)، ثم عملت في الباب الأول على التدرج بداية من المفهوم العام لنظرية الضرورة ومظاهرها (الفصل الأول)، ثم مفهوم الظروف الاستثنائية ومظاهرها وحدودها (الفصل الثاني).

وعملت في الباب الثاني على بيان أسلوب مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع في كل من الشريعة والقانون (الفصل الأول)، ثم بيان آثار مراعاة الظروف الاستثنائية، في تخويل السلطة التنفيذية سلطات تشريعية استثنائية (الفصل الثاني)، وقسم كل فصل إلى مباحث حسب ما تقتضي الدراسة، وقدمت بين يدي الموضوع فصلاً تمهيدياً حول مبدأ المشروعية باعتباره الضحية الأولى للظروف الاستثنائية، والمتأثر بحلولها، على أن تفتتح الدراسة بمقدمة وتنتهي بخاتمة.

الفصل التمهيدي

مبدأ المشروعية في الشريعة

والقانون



توطئة

يتم استهلال الدراسة بفصل تمهيدي حول مبدأ المشروعية، **يضع** أرضية لفهم عملية التشريع، من حيث هي مصدر لتنظيم مختلف العلاقات في المجتمع، لاسيما بين الإدارة والمواطن، ذلك أن الحقوق والحريات التي تتأثر بتغيير التشريع في الظروف الاستثنائية، محمية أصالة بمبدأ المشروعية.

والتشريع الواجب التطبيق في الظروف العادية والذي يحكم من خلاله بصحة تصرفات الإدارة من عدمها، يتأثر بالظروف الاستثنائية وقفا وتعديلا وإلغاء.

وكذلك الظروف الاستثنائية تأتي عاملا من عوامل استجابة التشريع لمزيد من المستجدات والنوازل، بما يطور المنظومة القانونية في المجتمع، وهو أمر من شأنه أن يبين مدى كون التشريع هو المتأثر الأول بالظروف الاستثنائية.



المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

نتناول في هذا المبحث مسألة تحديد مفهوم المشروعية في كل من الشريعة والقانون من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهومه في القانون

نقف في هذا التعريف على المدلول اللغوي لكلمة شرع وما يشتق منها، ثم نعرض على التعريف الاصطلاحي للمشروعية في القانون والشريعة وفقاً للطريقة التالية:

الفرع الأول: مبدأ المشروعية لغة

الشرع لغة؛ مصدر شرع بتخفيف الراء، والتشريع مصدر شرع بالتشديد، وتستعمل اشتقاقاً مادة شرع في عدة معانٍ، منها مورد الماء الذي يقصد للشرب، كما قال في اللسان: "والشرعة والشريعة في كلام العرب مشرعة الماء، وهي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون ويستقون، ويشترط لاعتبار مورد الماء شريعة أن يكون الماء عداً وافراً لا انقطاع له"، ومنها المواضع التي ينحدر منها إلى الماء والشريعة موضع على شاطئ البحر تشرع فيه الدواب، والشرع البيان والإيضاح تقول شرع فلان إذا أظهر الحق وقمع الباطل والشارع الطريق الأعظم الذي يشرع فيه الناس عامة، وشرع الرمح أو السيف تسديده نحو الهدف المراد قنصه¹، يقال شرع الوارد يشرع شرعاً وشرعاً إذا تناول الماء بفيه، وربما شرعوها دوابهم، يقال: شرع إبله وشرعها بشد الراء، إذا أوردها شريعة الماء فشربت ولم يستق لها²، واستعملها العرب بمعنى الطريقة المستقيمة التي تهدي الناس إلى الخير، باعتبار أن مورد الماء سبيل إلى الحياة وسلامة البدن، والطريق المستقيمة الهادية إلى الخير سبيل إلى حياة النفوس وسلامة العقول³، ومنه ما سن الله من الدين وأمر به، كالصوم والحج والزكاة وسائر أعمال البر، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٧﴾﴾⁴ ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا...﴾⁴

1 - ابن منظور: لسان العرب، ط دار المعارف، ج 24، ص 2238.

2 - المصدر نفسه.

3 - الزبيدي: تاج العروس، مطبعة حكومة الكويت، 1984، ج 21، ص 260.

4 - سورة الجاثية: الآية (17).



وقوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا...﴾¹، وقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾²، والشرعة والمنهاج؛ السبيل والسنة، قال بن عباس رضي الله عنهما: "﴿شرعة ومنهاجا﴾؛ سبيلا وسنة"³.

الفرع الثاني: المشروعية في الاصطلاح القانوني

يدور معناها عند فقهاء القانون حول فكرة خضوع الدولة بجميع سلطاتها وهيئاتها العامة والأفراد للقانون⁴ وقد أطلقت عدة اصطلاحات للتدليل عليه وفق المدارس القانونية المختلفة أهمها المدرسة الأنجلوسكسونية والمدرسة الفرنسية.

أولاً: مبدأ المشروعية في القانون الإنجليزي

يستعمل القانون الإنجليزي كلمة سيادة القانون (Rule of law)، التي تعني: " أن القانون هو السيد الأعلى في الدولة، يعلو على الجميع، وتلتزم به جميع السلطات، ويخضع له جميع الأفراد حكماً ومحكومين "⁵ وبعبارة أخرى أن السلطة التنفيذية يجب أن تقيم تصرفاتها على أسس من القانون المتمثل في التشريع والقانون القضائي⁶ وسنتناول هذا المبدأ وفق المفهوم التقليدي ثم المفهوم المعاصر.

أ - المفهوم التقليدي لمبدأ السيادة:

تعود الجذور التاريخية لفكرة سيادة القانون كمبدأ دستوري إلى العصور الوسطى ثم تطور تدريجياً بتطور الكفاح السياسي للشعب الإنجليزي من أجل الحقوق والحريات.

1 - سورة الشورى: الآية (11).

2 - سورة المائدة: الآية (50).

3 - إين كثير: تفسير القرآن العظيم، ط1، 2000م، مؤسسة قرطبة للطبع والنشر والتوزيع، ج5، ص248.

4 - مجدي المتولي السيد يوسف: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص11

5 - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ط2، دار أبو المجد للطباعة، المطبعة الهرم، 2009، 2008م، ص17.

6 - عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة - دراسة مقارنة، ط1، 1984، عالم الكتب، القاهرة، ص55.



وليس المقصود بالسيادة هنا ذلك المصطلح الذي يحمل البعد السياسي لأن هذا المدلول ضارب في أعماق تاريخ الدولة ويرتبط بها مفهومه ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يمكن وجود دولة دون السيادة التي تعطي حق الشرعية في الحكم وفرض السيطرة على السكان، ولذلك يرى أرسطو أنها السلطة العليا في الدولة¹ وسنرى فيما بعد نظرية أعمال السيادة كفكرة في الاتجاه المعاكس لسيادة القانون ومبدأ المشروعية.

وإنما المقصود المعنى الأول الذي يرادف مبدأ المشروعية في القانون الفرنسي، وقد أثمر كفاح الشعب الإنجليزي بإقرار أول وثيقة للحقوق أقرها البرلمان وصادق عليها الملك الجديد وليم أورنج william of orange عام 1689م والتي يطلق عليها بالإنجليزية إسم: Bill of Rights 1689، وذلك عقب تفجير ما يصطلح عليه بالثورة المجيدة سنة 1688م في وجه الملك جيمس الثاني الذي كان متمسكاً بنظرية الحق الإلهي والحكم المطلق ووضع القوانين الجائرة وتعطيل العمل بالقوانين القائمة².

من أهم بنودها مبدأ سيادة القانون ومبدأ سيادة البرلمان، وكان للفقيه دايسي dicey دور مهم في صياغة نظرية سيادة القانون معتبراً أياها أحد المبادئ الأساسية للدستور الإنجليزي.

يؤسس ديسي مبدأ سيادة القانون على ثلاثة عناصر يجب توافرها وهي³:

1 - لا يمكن القبض على أي إنسان أو معاقبته أو إذابته في جسمه أو ماله إلا بسبب انتهاك القانون المشروع بالطريقة القانونية المعتادة وتثبت المخالفة أمام القضاء العادي للدولة.

2 - ليس هناك شخص فوق القانون، وينعقد الاختصاص للمحاكم العادية في تحديد المخالفات وتطبيق الجزاءات على الجميع دون أي استثناء، بغض النظر عن المراكز القانونية للأشخاص، الأمر الذي يعني أن ديسي يرفض الازدواج القانوني والقضائي

1 - ياسر قطيشات: الشرعية وسيادة القانون، مقال منشور بالموقع الإلكتروني:

<http://www.dahsha.com/viewarticle.php?id=32245>
شاهد بتاريخ 2010/07/22

2 - حسن البحري: دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (24)، العدد الأول 2008، ص 427.

3 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 56، 57.



الذي ينبثق عنه قضاء مستقل يتولى الفصل في منازعات القانون الإداري كما هو الشأن في النظام الفرنسي.

3- أن مبادئ الدستور الإنجليزي تتضمن الحقوق والحريات الفردية التي تستمد وجودها وحمايتها عن وضعها موضع التنفيذ بواسطة المحاكم القضائية.

ومن خلال هذه العناصر نجد أن سيادة القانون عند دايسي يصادر السلطة التقديرية للإدارة ويعامل أفراد الحكومة كما يعامل الأفراد العاديين دون امتيازات السلطة العامة في وجه الأفراد، ومن ثم وجهت له انتقادات أهمها:

1- ليس بالضرورة مصادرة السلطة التقديرية للإدارة، ورفض القانون الإداري حتى تتحقق سيادة القانون، وليس هناك تعارض يفرض ذلك، ولعل السبب في ذلك يعود إلى تأثر دايسي بالفلسفة الليبرالية المزدهرة في عصره لما أراد إصدار كتابه في القانون الدستوري عام 1885م، تلك الفلسفة المبنية على ترك الأفراد يفعلون ما يشاءون ما داموا لم يتدخلوا في حريات الآخرين، لتقتصر وظيفة الدولة على حفظ النظام والدفاع والعلاقات الخارجية، ونتيجة لذلك ناهض السلطة التقديرية للإدارة التي يرحح إساءة استخدامها لتكون وسيلة للاستبداد والاعتداء على الحريات.

إن هذه الظروف التي أثرت في فكر " دايسي " أعقبها تغيير ولم يعد لها مبرر بعد انتهاج الدول لسياسة التدخل في مختلف المجالات، خاصة بعد الحرب العالمية الأولى أين أصبح من الضروري أن يكون اختصاص السلطة التنفيذية تقديريا حتى تستطيع تلبية احتياجات المجتمع بما يتلاءم والمصلحة العامة¹ بل الواقع نفسه أثبت استحالة إنكار السلطة التقديرية، فمشروعات الخدمة الاجتماعية التي تقوم عليها الدولة لا يمكن تنفيذها بشكل مثالي إذا لم تكن لإدارة القدرة على تفاصيل تسييرها، على أن السلطة التقديرية لا تعني السلطة التعسفية، فالشخص الذي يتضرر نتيجة إساءة استعمال السلطة يمكنه الدفع بتجاوز السلطة أو إساءة استعمالها ويحصل على التعويض.

1 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص59، 60.



2 - حماية الحقوق والحريات العامة تعتمد على الضوابط السياسية لا على حماية المحاكم والقانون القضائي، بمعنى أن القول بضمان سيادة القانون للحريات عن طريق القضاء أمر غير مسلم به، لأن البرلمان صاحب السلطة التشريعية العليا يمكنه إصدار أي قانون وبالكيفية التي يراها، بغض النظر عن مساندة المصلحة العامة، والمحاكم ملزمة بتطبيق ما يصدر من قوانين وتجب الأفراد على طاعتها ولو كان فيها تقييد للحريات¹.

ب - المفهوم المعاصر لسيادة القانون.

بناء على اقتراحات الفقيه "دايسي" السالفة الذكر أخذ مفهوم السيادة يتطور ويكثر النقاش حوله، خاصة بعد الحرب العالمية الأولى، أين ظهرت أفكار جديدة أدت إلى تغيير في مفاهيم وظائف الدولة، مما نتج عنه تطور حتمي لمفهوم سيادة القانون، الذي لم يعد يحتمل التطبيق الحرفي لأفكار هذا الفقيه.

فقد ثبت العنصر الأول من النظرية في جوهره الذي يتضمن عدم معاقبة الإنسان إلا بعد تأكد مخالفته لقانون موضوع بطريقة مشروعة... ولا يزال سائدا إلى يومنا هذا حيث يبقى القضاء الواحد هو جهة الفصل في جميع المنازعات؛ ليطبق عليها القانون الواحد، لكن هناك استثناءات لا تضر بجوهر هذا العنصر وهي:

- الاعتراف للإدارة بالسلطة التقديرية وفق ما تقتضيه ضرورة المصلحة العامة ولكن تحت مراقبة القضاء.

- وجود بعض المحاكم الخاصة بالطوائف المهنية مثل طائفة العسكريين ورجال الكنيسة.

وتمت إعادة تقييم العنصر الثاني الذي يتضمن دخول جميع التصرفات محل المساءلة في نطاق اختصاص المحاكم العادية ليطبق عليها القانون بالتساوي، تبعا لتغيير الظروف، وأدى ذلك إلى منح بعض الامتيازات المحدودة للتاج حتى يكون في مستوى أرفع من الأفراد، كما أدى إلى تقرير بعض الاستثناءات استجابة لدواعي تسيير الدولة العصرية، مثل تزويد السلطات العامة بسلطات استثنائية يقتضيها عملها، يأتي

1 - المرجع السابق، ص 63، 64.



في مقدمتها دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية من خلال اقتراح القوانين، والموافقة والاعتراض على مشروعات القوانين التي يقرها البرلمان وإصدار اللوائح التفويضية، على أن لا تتصف هذه الأعمال بالمشروعية إلا بقدر مطابقتها للقانون. وبعد مراجعة عدد من النقاط التي كان "دايسي" قد أقرها، نتجت الصورة المعاصرة لسيادة القانون والقائمة على التزام السلطة التنفيذية بحكم القانون من جهة، واعتبار الشعب والقضاء هما الحاميان للحريات الفردية².

ج- العلاقة بين سيادة القانون وسيادة البرلمان

سبق وأن ذكرنا أن "دايسي" يعتبر سيادة القانون وسيادة البرلمان هما المبدآن الرئيسان للدستور الإنجليزي، الأمر الذي يستدعي معرفة العلاقة بينهما، حتى تكتمل صورة المشروعية في هذا النظام، وقد وجدت هذه العلاقة تتحدد في أمرين اثنين هما؛ كون السيادة البرلمانية تؤكد وتدعم سيادة القانون، وكون سيادة القانون بحاجة إلى تطبيق السيادة البرلمانية.

1- سيادة البرلمان داعمة لسيادة القانون:

من الأقوال الشائعة في بريطانيا: "أن البرلمان يستطيع فعل كل شيء ماعدا أن يجعل المرأة رجلاً والرجل امرأة"³ هذا القول في حقيقته تأكيد بالغ لمبدأ سيادة البرلمان في مجال التشريع، يظهر هذا التأكيد في المبادئ التي يقوم عليها وهي أمور ثلاثة:

أولها: لا يوجد قانون لا يستطيع البرلمان تغييره بما في ذلك القوانين الأساسية أو الدستورية وبنفس الأسلوب المتبع في تعديل القوانين العادية.

ثانيها: لا يوجد فاصل في ظل الدستور الإنجليزي بين القوانين الأساسية والقوانين العادية.

1 - حسن البحري: دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 24، العدد الأول 2008، ص 411.

2 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 66، 67.

3 - حسن البحري: المرجع السابق، ص 426.



ثالثها: لا توجد جهة في بريطانيا تستطيع إلغاء أي قانون وافق عليه البرلمان بحجة مخالفته للدستور أو لأي سبب آخر، لأن دستور بريطانيا من الدساتير المرنة يمكن تعديله عن طريق البرلمان وبالتالي هو في حل من أي رقابة على دستورية القوانين¹. ويقف البرلمان حارسا لسيادة القانون من زاويتين:

الأولى: زاوية محاربة العوامل المؤدية إلى عودة الحكم المطلق للتاج الذي كان مشرعا وقاضيا ومتربعا على كرسي السلطة التنفيذية، ومصدر كل السلطات، وبناء على ما جاء في وثيقة الحقوق تقرر أن الملك حينما يمارس سلطته في وضع القوانين إنما يكون مفوضا من قبل البرلمان، يصدر اللوائح والإعلانات في حدود ضيقة، علاوة على ذلك لا يمكنه تعطيل أو وقف تنفيذ القوانين أو الإعفاء من تطبيقها، وأصبح البرلمان يراقب السلطة التنفيذية في مدى مطابقة جميع تصرفاتها للقانون.

الثانية: الاعتناء باستقلال القضاء لأن القضاء تحت مساندة البرلمان يستطيع تحديد اختصاصات السلطات المختلفة في الدولة.

2- سيادة القانون في حاجة إلى تطبيق سيادة البرلمان

مضمون هذه الفكرة أن التزام الحكومة بمطابقة جميع تصرفاتها للقانون وفي جميع الأحوال قد يعوق المصلحة العامة أثناء الظروف الاستثنائية، مثل الفتن والحروب والنكبات، وتفوت المصلحة العامة بذلك، والقانون الأصل فيه خدمة المصلحة العامة لا إعاقته، ويتدخل مبدأ سيادة البرلمان ليمد السلطة التنفيذية بالتشريعات اللازمة لمثل تلك الظروف دعما لسيادة القانون، بمنحها سلطات استثنائية واسعة بشرط عدم المساس بالحرية الشخصية للأفراد وممارسة الاستبداد²، ثم يأتي تفسير القضاء ليكشف غاية المشرع، وقد تتصرف السلطة التنفيذية باستعمال سلطات اضطرارية لم يقرها لها القانون، أو تتجاوز السلطات الاستثنائية الممنوحة لها تبعا للظروف الصعبة التي تمر بها البلاد، ففي مثل هذه الحالة أيضا يكون تدخل مبدأ سيادة البرلمان بعديا، يصدر قانونا يسري إلى الماضي، ليضفي الشرعية على أعمال

1 - المرجع نفسه.

2 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 72، 73.



السلطة التنفيذية التي اتخذتها¹، وهكذا نجد سيادة البرلمان يمكنها نجدة سيادة القانون في الأوقات العصيبة التي تكون الشرعية بحاجة إلى سند، الأمر الذي يؤكد الصلة الوثيقة بينهما.

وخلاصة القول؛ أن سيادة القانون بمفهومها القديم، والتحسينات التي أدخلها المفهوم المعاصر الذي أفضى إلى سيادة البرلمان، يتبلور المعنى الكامل للمشروعية في القانون الإنجليزي.

ثانياً: مبدأ المشروعية في القانون الفرنسي

لم يتفق الفقهاء على تعريف محدد لمبدأ المشروعية، بل اختلفوا في التسمية ذاتها هل يطلقون عليه مبدأ المشروعية أم مبدأ الشرعية le principe de la légalité ou le principe de la légitimité فالبعض يتصور أن هذا الخلاف نابع من الترجمة إلى العربية فقط تجنباً للغوص في المفاهيم المجردة حوله، لكن الصواب أنه خلاف حقيقي حتى داخل الأوساط الفقهية الفرنسية، حيث يتم التعبير عن المشروعية بمصطلح la légalité، والتعبير عن الشرعية بمصطلح la légitimité ومن هذا الأصل تمت الترجمة إلى العربية وسرى نفس الخلاف، وسنعرف المشروعية أولاً باعتبارها رأي أغلبية الفقهاء ثم نعرض على الشرعية فيما يلي:

أ- المشروعية (la légalité):

من التعاريف التي وقفنا عليها:

1- أنها "احترام القواعد القانونية القائمة فعلاً في المجتمع"²، صيغة هذا التعريف جاءت معمة ولم تحدد الجهة المطالبة باحترام القانون هل هي الإدارة أو جميع السلطات العمومية أو الأفراد؟ الأمر الذي يجعلنا نحمله على التعميم ليشمل خضوع نشاط السلطات العامة والأفراد للنظام القانوني القائم، إضافة إلى اشتماله على نوع القواعد القانونية المطلوب احترامها وهي الموضوعية والموجودة فعلاً.

1 - المرجع السابق، ص 74.

2 - مجدي المتولي: المرجع السابق، ص 12.



2- التعريف الذي أورده "رأفت فودة" في سياق قوله: "أما مبدأ المشروعية فهو تعبير قانوني بحث قصد به أن أعمال السلطة الشرعية ليست بالضرورة كلها مشروعة مقابلة بالنصوص القانونية المطبقة بالفعل وعلى ذلك جاء المبدأ ليفرض على السلطات العامة التزاما قانونيا محددًا مفاده " ضرورة الخضوع للقانون في أوسع معانيه وتوافق أعمالها وأحكام هذا القانون"¹ وهذا التعريف يجعل الخطاب بالخضوع للقانون موجهًا للسلطات الإدارية فقط مما يدل على أن المراد هنا هو لمشروعية الإدارية، التي تشمل أعمال السلطة التنفيذية بمختلف مستوياتها، ويخرج من مدلول التعريف علاقات الأفراد.

3- " أن يسود حكم القانون في العلاقات التي تقوم بين الأفراد والإدارة مع وجود مجلس دستوري مهمته التحقق من مدى مطابقة التشريع العادي للدستور"² من خلال المصطلحات والصيغة التي يتكون منها التعريف تظهر حداثة هذا التعريف وتأثره بالنقاش الذي دار حول فكرة سيادة القانون والرقابة على هذا القانون ذاته من قبل المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية حسب ما تأخذ به كل دولة، ونسجل لهذا التعريف كونه شاملاً، حيث يعمم سيادة القانون على مختلف النشاطات والعلاقات داخل الدولة سواء أعمال السلطة أو أعمال الأفراد، مع مراعاة سمو الدستور الذي يفرض رقابة المشروعية على القوانين بمختلف درجاتها.

ولم تكن فكرة الرقابة على دستورية القوانين معروفة في القانون الفرنسي في مرحلة ما قبل 1946م، وإنما كان الاعتقاد السائد وقتها أن عمومية القاعدة القانونية وتجريدها تكفي لإبعاد السلطة عن التعسف والاستبداد، كما تكفي لتحقيق المساواة بين الأفراد أمام القانون وتنظيم علاقتهم بالدولة، مما يعني الاكتفاء بسيادة القانون الصادر عن البرلمان كمعيار للمشروعية، ثم جاءت مرحلة ما بعد 1946م لتجسد التطور

1 - رأفت فودة: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتهما - دراسة مقارنة - ط دار النهضة العربية 1994، ص 29،30.

2 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص101.



القانوني والدستوري نحو الرقابة على دستورية القوانين وموازنة مبدأ المشروعية حتى لا يعرقل عمل الإدارة.¹

وخلاصة القول بشأن تعريف المشروعية أنها تحمل معنى سيادة القانون بمعناه العام على جميع العلاقات القانونية في الدولة سواء علاقات الأفراد بالدولة أو تنفيذ السلطة للقانون، ويبقى هذا المفهوم يأخذ بعدا قانونيا بحتا بعيدا عن المفاهيم والنظرات السياسية.

ب- الشرعية (la légitimité)

يعبر عنها بلفظ la légitimité وتعني "الفكرة المثالية الأخلاقية التي تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون"²، عرفتھا الموسوعة الدولية الاجتماعية بأنها "الأسس التي تعتمد عليها السلطة الحاكمة في ممارستها للسلطة"³، وعرفتھا الموسوعة السياسية بأنها "مفهوم سياسي يرمز إلى العلاقة بين الحاكم والمحكوم المتضمنة توافق العمل أو النهج السياسي للحكم مع المصالح و القيم الاجتماعية للمواطنين بما يؤدي إلى القبول الطوعي من قبل الشعب بقوانين وتشريعات النظام السياسي"⁴ ومن تعاريفها أيضا أنها: "التعبير عن حالة الرضا والقبول التي يبديها المواطنون إزاء النظام السياسي وممارسة السلطة، وتمثل قاعدة قانونية للسلطة، تفترض وحدة فعلية بين السلطة والمجتمع، وممارسة فعلية للأهداف المشتركة بينهما، وترتبط بالسيادة، والمساواة، والشعور بالوطنية، والعدالة الاجتماعية، فهي صفة للسلطة القائمة على إجماع عام"⁵. يدور مفهومها مع اختلاف في التعاريف حول الأسس التي

1 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص101، 102.

2 - محمد أبو زيد محمد علي: المرجع السابق، ص17، وأحمد حداد علي حسين عافية: مبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق قسم الشريعة الإسلامي، جامعة طنطا، جمهورية مصر العربية، ص544.

3 - رأفت فوده: المرجع السابق، ص29.

4 - عبد الوهاب الكيالي: موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، ج3، ص 451.

5 - خميس حزام: إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية، ط1، 2003، الموقع الإلكتروني الجزيرة. نت: <http://www.aljazeera.net/NR/exeres/23DEC82C-595B-46C6-9168-15CAF0DC589D.htm>

شاهد بتاريخ 26،07،2010م.



يتقبل عليها أفراد المجتمع للنظام السياسي ويخضعون له طواعية، مما يعني أن الشرعية مفهوم سياسي ينعكس على مدى قانونية السلطة التي تحكم المجتمع فإذا خرجت السلطة إلى الوجود بشكل شرعي كانت شرعية وإلا كانت غير ذلك. ويعتبر "جون لوك¹ John Locke" أول من استخدم مفهوم الشرعية كأساس لتحليل ظاهرة السلطة²، ثم تطور المفهوم في العصور الحديثة وأصبح يعبر عن الاختيار والرضا كعناصر أساسية لمفهوم شرعية السلطة، ومن القائلين باستعمال هذا المصطلح محمود حافظ في كتابه القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، ومحمد كامل ليلة في كتابه الرقابة على أعمال الإدارة، و"زكي محمد النجار" في كتابه مبادئ القضاء الإداري ومحمود عاطف البنا في كتابه الوسيط في النظم السياسية³.

وقد طرحت عدة تعاريف للشرعية يمكن رصد مضمونها من ثلاث اتجاهات:
الاتجاه الأول: اتجاه قانوني يجعل من سيادة القانون معياراً لشرعية عمل السلطة.
الاتجاه الثاني: اتجاه ديني ينظر إلى الشرعية بأنها تنفيذ أحكام الدين والتزام تطبيق قواعد القانون الإلهي كحقيقة منزلة.

1 - هو مفكر إنجليزي عاش في الفترة ما بين [1632-1704م]، ولد في إنجلترا وعاش خلال حكم ملوك آل ستيورت، الذين شهدت فترة حكمهم اضطرابات وصراعا حادا بين البرلمان والسلطة الملكية، بالرغم من أن لوك كان من محبي الملك شارل الثاني ومؤيديه إلا أنه سئم من فكرة الحق الإلهي التي يستند إليها آل ستيورت في حكمهم المطلق، ووجه إليه نقدا صارما، بالإضافة إلى تأييده ثورة 1688 التي أنتجت أفكارا هامة منها سيادة القانون وسيادة البرلمان التي فرضت قيودا على سلطة الملك، تجسدت فلسفته السياسية في كتابه الشهير: مقالاتان في الحكم المدني، الذي أصدره عام 1690م، الذي أودعه جميع أفكاره السياسية عن الدولة التي يبتغيها.

2 - عدي حسن مزعل: الموقع الإلكتروني لصحيفة الأمة العراقية:
<http://ummaiqa.com/old/modules.php?name=News&file=article&sid=14741wpdtm>

شوهد بتاريخ 2010/07/25م.

3 - ثروت هبد الهادي خالد الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دراسة مقارنة بالقانون الدستوري الفرنسي، ط 2005، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 10.



الاتجاه الثالث: اتجاه اجتماعي سياسي يعرف الشرعية على أنها: " تقبل غالبية أفراد المجتمع للنظام السياسي وخضوعهم له طواعية، لكونه يسعى إلى تحقيق أهداف الجماعة ويعبر عن قيمها، ويتفق مع تصورها عن السلطة وممارستها"¹.

فالاتجاه القانوني يجنح بالشرعية إلى مفهوم حكم القانون الذي يتطابق مع المشروعية، بينما الاتجاه الديني والسياسي يمثلان إضافة إلى ذلك، ما يتوافق مع معاني المشروعية و ما يتنافى معها، لأن الشرعية الدينية تحكم على كثير من الأعمال القانونية بعدم الشرعية، والشرعية الاجتماعية تحكم على كثير من الأعمال بالخروج عن نطاق الأخلاق، والشرعية السياسية أيضا قد تحكم بصحة عمل يبدو من الناحية القانونية غير مشروع، كما يتم الحكم على كثير من الثورات المناهضة للأنظمة الفاسدة بالشرعية، وهي في نظر المنظومة القانونية الموضوعة السارية المفعول تصنف في خانة الخروج عن القانون، والأمثلة على ذلك كثيرة في مقدمتها الثورة على الحكم كما حدث في بريطانيا سنة 1688م، وفي فرنسا 1789م، الاعتراف السريع بالأنظمة الانقلابية وإضفاء الشرعية عليها.

و بناء على هذه الآراء يمكن القول أن الشرعية أوسع نطاقا من المشروعية، لكون الأخيرة ليست سوى احترام للقانون القائم فعلا في المجتمع، بينما الشرعية أوسع منها مدى، بسبب الصورة المثالية التي تحملها عن السلطة وعلاقتها بالشعب.

ج- موقف المشرع الجزائري:

على الرغم من ذهاب جل الفقهاء والباحثين في القانون العام إلى أفضلية استعمال مصطلح المشروعية، وهو ما وصلت إليه هذه الدراسة، إلا أننا نجد المشرع الجزائري، من خلال نصوص الدستور، يميل إلى الأخذ بعدم التفرقة بينهما، ولذلك وظف ضمن مواده كلا من مصطلح سيادة القانون، والشرعية والمشروعية، نذكر من ذلك على سبيل المثال:

<http://www.dahsha.com/viewarticle.php?id=32245>

1 - ياسر قطيشات: الشرعية وسيادة القانون،

شوهده بتاريخ 2010/07/22م.



- 1 - ما جاء في ديباجة الدستور الجزائري: " إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي المشروعية على ممارسة السلطات".
- 2- نصت المادة(1/12) من الدستور على أن: "تستمد الدولة مشروعيتها وسبب وجودها من إرادة الشعب".
- 3 - نصت المادة (158) منه على أن: " أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة".
- 4 - نصت المادة (160) منه على أن: " تخضع العقوبات الجزائية إلى مبادئ الشرعية و الشخصية".

وبناء على هذه النصوص نستطيع القول أن الهيئة التأسيسية للدستور الجزائري رغم تأثرها بالمنظومة الفرنسية، لم تحدد موقفا واضحا من المفهومين، الأمر الذي يفتح المجال أمام التفسيرات، بل واقع الدستور نفسه يعتبر ما جاء فيه نسبيا وقابلا للتعديل والتطوير كلما دعت الضرورة، وقنن لذلك الأحكام الخاصة بإجراءات التعديل في الباب الرابع ابتداء من المادة (208) إلى (212)، ولو كان ما جاء فيه مثاليا بمفهوم الشرعية لغابت هذه الفكرة.

المطلب الثاني: المدلول الواسع والضيق لمبدأ المشروعية

يحمل مبدأ المشروعية في الفقه تبعا لنطاق سريانه على معنيين الأول بمعناه الواسع والثاني بمعناه الضيق، ونورد المعنيين والسبب في هذا الاختلاف في ما يلي:

الفرع الأول: مبدأ المشروعية بمعناه الضيق

كان النظام الفرنسي في المرحلة الأولى بعد الثورة الفرنسية يفسر المشروعية تفسيراً ضيقاً مفاده وجوب احترام القانون بمعناه الشكلي وهو القواعد القانونية الصادرة عن البرلمان، تأثراً بمبدأ الفصل بين السلطات بمعناه العضوي الذي يقتضي تفرد السلطة التشريعية بوضع القانون، والسلطة التنفيذية مهمتها تنفيذ هذا القانون وعدم الخروج عنه، ولم يكن فقه الثورة الفرنسية يفرق بين القانون الشكلي والقانون الموضوعي أي أن القانون بمعناه العام *le droit* يطابق القانون بمعناه الخاص *la loi*¹،

¹ - ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ط 1، 2007، دار النهضة العربية، ص12.



وكانت هذه الفكرة عند الفقيه مونتيسكيو¹ الذي ينسب إليه مبدأ الفصل بين السلطات، وعند الفقيه جون جاك روسو، وترتب عليها احتكار السلطة التشريعية لإصدار القواعد العامة والمجردة ومنع السلطة التنفيذية من إصدار اللوائح التنظيمية مما يؤخذ على هذا المفهوم مصادرتة السلطة التقديرية للإدارة وتجريدها من الإبداع في أداء وظيفتها² ولعل ما يبرر ذلك هو الخوف من التعسف في استعمال السلطة والانحراف بها، وعودة الحكم المطلق الذي قامت الثورة الفرنسية لمحاربهته وناضلت الشعوب الأوروبية قبلها لنفس الهدف، وقد برر هؤلاء فكرتهم هذه بأن عمومية القاعدة القانونية وتجريدها كافيان لمنع الإدارة من التعسف من جهة، وقديسية الإرادة العامة المتمثلة في البرلمان التي يمارس الشعب من خلالها سيادته العليا بالنيابة، ولا يمكن لإرادة أخرى أن تعلوها من جهة أخرى وتصب هذه الحيثية في خدمة سيادة الأمة³.

الفرع الثاني: مبدأ المشروعية بمعناه الواسع

يقصد بذلك الاكتفاء باستناد عمل الإدارة إلى أساس قانوني، ومنحها السلطة التقديرية في حق إصدار التشريعات التنظيمية على شكل قواعد عامة مجردة، الأمر الذي يعني اتساع نطاق المشروعية، وكسر احتكار البرلمان لعملية وضع القوانين، ولعل السبب يعود إلى جملة من العوامل أهمها:

1 - إدراك الفقهاء أن تلك النظرة الضيقة لم يعد لها مبرر أمام الوظائف الحديثة للدولة التي تجسد تدخلها في المجالات الاجتماعية والاقتصادية لإشباع حاجات المجتمع في مجال الخدمات المرفقية المختلفة، بعد التحول الذي حدث عقب الحرب العالمية الأولى.

1 - شارل لوي دي سيكوندا المعروف باسم "مونتيسكيو" عاش في الفترة ما بين [1689-1755]؛ ولد في جنوب غرب فرنسا قرب مدينة بوردو تخرج من كلية الحقوق، وتولى عضوية البرلمان سنة 1714 كان فيلسوفا فرنسيا من فلاسفة عصر التنوير، طالب بنظام فصل السلطات وإليه ينسب مبدأ الفصل بين السلطات المعروف في جميع الأنظمة الديمقراطية، أفكاره ألهمت دستور أمريكا وإعلان حقوق الإنسان والمواطن ودستور فرنسا بعد الثورة و اغلب دساتير الدول الديموقراطية أشهر كتبه "روح القوانين" الذي نشره في جنيف ويتكون من 31 جزءا.

2 - رأفت فودة: المرجع السابق، ص32.

3 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص101،102.



2 - عجز البرلمان عن الحضور الدائم ومواجهة الكثير من الأمور، إذ قد تحدث ظروف استثنائية تقتضي تنظيماً سريعاً لا يحتمل التأخير ولو ترك الأمر حتى ينعقد البرلمان لفاتت المصلحة العامة¹.

3- اتخاذ مبدأ الفصل بين السلطات مفهوماً جديداً أكثر مرونة لم تعد في ضوئه السلطة التنفيذية مجرد آلة لتنفيذ القوانين الموضوعية، بل أصبح لها دور فاعل في توجيه التشريع، تقترح مشاريع القوانين، وتصدرها بعد مصادقة البرلمان عليها، وقد لا تصادق عليها وتعيدها إلى المداولة مرة أخرى، بل يمكنها التشريع بموجب تفويض يحدد الدستور معالمه².

4 - التقدم الهائل في شتى فروع العلوم والمعارف والأخذ بالأساليب المعقدة في تنظيم بعض الأمور التي تحتاج إلى خبرة. ومن إيجابيات هذا الرأي؛ اعترافه بالسلطة التقديرية للإدارة لتحديد نوع العمل المطلوب ووقت ومكان تدخله.

تقدير هذا الرأي: ينقسم الفقه إزاء هذا التطور إلى قسمين:

الأول يرى في ذلك انهياراً لمبدأ الفصل بين السلطات يفتح الطريق أمام السلطة التنفيذية كي توسع من سلطاتها اللائحية، ويحشد هؤلاء كل أساليب تدخل السلطة التنفيذية للتأثير على السلطة التشريعية بداية من التأثير في توجيه العملية الانتخابية لتفرض مجلساً تشريعياً على المقاس، ومروراً بسحب الصلاحيات والتدخل في شؤون العمل وانتهاء بالرقابة حيث يمثل رئيس الجمهورية جهة إصدار القانون المصادق عليه يمكنه أن يعيده للمداولة مرة أخرى، وقد يعلن حل البرلمان³.

أما القسم الثاني فيرى لهذه السعة تبريراً مفاده أن الأنظمة القديمة كان فيها البرلمان وحده المتمتع بالصفة الشعبية أي أعضاؤه منتخبون ليمثلوا الشعب، أم بعد

1 - ثروت بدوي: المرجع السابق، ص 14، 15.

2 - وقد جسد المشرع الجزائري كل هذه المظاهر في الدستور الحالي.

3 - موسى بودهان: الفصل بين السلطات في النظام الجزائري، مجلة النائب، العدد الثاني، المحور التشريعي، ص 34 وما بعدها.



التطور الديمقراطي الذي حصل فقد أصبحت السلطات كلها في أيدي الشعب أي أن السلطة التنفيذية باتت تمثل امتدادا لإرادة الشعب كونها منبثقة عن البرلمان وبرنامجها مصادق عليه من قبل البرلمان وما دام الأمر كذلك فلا مانع من الاعتراف لها ببعض الاختصاصات التشريعية التي تتلاءم مع ظروفها¹.

الخلاصة: نتيجة للآراء السالف ذكرها نستخلص أن مدلول المشروعية بمعناه الواسع هو الرأي الذي انتهت إليه الممارسات الديمقراطية المعاصرة وجسدته الدساتير المختلفة من بينها الدستور الجزائري، لكن لا بد من صمام أمان يقف في وجه السلطة إن أرادت ممارسة الاستبداد والتعسف في استعمال السلطة، ومن ثم تقتضي المشروعية مايلي:

- 1 - أن تكون تصرفات الإدارة في نطاق القانون وعلى أساس منه.
- 2 - أن لا يقتصر مبدأ المشروعية على أعمال السلطة التنفيذية، بل يسري على السلطات الأخرى في الدولة التشريعية والقضائية.
- 3 - تجسيد الرقابة على أعمال الإدارة بمختلف مظاهرها وتجسيد الرقابة على دستورية القوانين والتزام القضاء بالشرعية والمساواة في تطبيق القانون.
- 4 - أن يأخذ القانون معناه الواسع ليشمل جميع القواعد المكونة للنظام القانوني في الدولة، مع مراعاة تدرجها وسمو الدستور فوقها.
- 5 - أن يحمي مبدأ المشروعية نوعين من العلاقات، أولها تلك المتكافئة بين الإدارة والأفراد ويصطلح عليها بعلاقات القانون الخاص، وثانيها تلك التي تحتل فيها الدولة مركزا ممتازا في مواجهة الأفراد ويخشى منها على الحقوق والحريات العامة. وسيأتي تفصيل ما يتعلق بهذه المسائل في ضمانات المشروعية.

المطلب الثالث: مفهوم الشرعية في الفقه الإسلامي

ولخصوصية الشريعة الإسلامية بما تحوزه من مميزات سنتناول مفهوم الشرعية فيها انطلاقا من اصطلاحات الفقهاء، ثم مفهوم الشريعة والسيادة لنخلص في الأخير إلى نتائج.

1 - ثروت بدوي: المرجع السابق، ص17؛ رأفت فودة: المرجع السابق ص32.



الفرع الأول: تعريف الشرعية

لمّا نأتي لكتب السياسة الشرعية نجد البعض يحاكي الفقه الغربي ويقع في خلاف التفريق بين الشرعية والمشروعية، هذا الخلاف الذي لا أساس له في الفكر الإسلامي، لأصالة الإسلام في توظيف هذا المصطلح بمعنى واحد يصب في موافقة الشرع، وعليه فالشرعية والشرعية والتشريع والمشروعية كلها بمعنى واحد مرادف للشرعية التي هي ما شرع الله لعباده من الأحكام¹، ويظن البعض أن الشرعية تعبير مستورد من أنظمة أجنبية لكن حقيقته لفظ إسلامي مبنى ومعنى، فمن حيث المبنى هو اشتقاق من فعل شرع، ومن حيث المعنى نجد بين الشرعية والشرعية جناس من ناحية اللفظ ومن ناحية المعنى، يؤيد ذلك في واقع الفقه الإسلامي أنه لا شرعية بغير شريعة². وقد وردت في اصطلاحات الفقهاء تعريفات عدة نذكر منها:

- 1 - أن تكون شريعة الله هي الحاكمة، وأن يكون الدين كله لله بلا تجزئة³.
- 2 - أن تكون شريعة الله حاكمة بأن يرد الشرع إلى الله ابتداءً، فتكون شريعته هي العليا⁴.
- 3 - التزام كل من الحاكم والمحكوم بالمصدرين الأساسيين في الشريعة الإسلامية، وهما القرآن والسنة، وكذلك القوانين التي تصدر بناء على إرادة الأمة فيما لم يرد فيه نص، والمقيدة في ذلك بروح الإسلام ومبادئه العليا⁵.

هذه التعريفات يميز الأوليين منها طابع التعميم لأنها لم تتضمن الآليات التي تجسد بها الشرعية، واكتفت بجعل المرجعية الوحيدة هي مصادر التشريع، ولكن في طياتها معان دستورية عدة؛ إذ تشير إلى مبدأ سيادة القانون، ومبدأ سمو الدستور

1 - ياسر قطيشات: المرجع السابق، ص3.

2 - علي محمد جريشة: دين ودولة، ط دار البحوث العلمية 1979، ص72.

3 - علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا: ط2، 1986، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، جمهورية مصر العربية، ص27.

4 - علي جريشة: مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة، جامعة القاهرة، ص502.

5 - أحمد حداد علي حسين عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة، جامعة طنطا، ص531، 532.



المتمثل في التشريع السماوي، يضيف التعريف الثالث سيادة إرادة الأمة في مجال الاجتهاد التي تعبر عنها الهيئة التشريعية (أهل الشورى)، بالإضافة إلى الرقابة على إرادة الهيئة التشريعية التي يشير لها التعريف الثالث بقوله (والمقيدة بروح الإسلام ومبادئه العليا)، وتغفل هذه التعريفات الإشارة إلى الركن الثاني للشرعية بعد إقامة شريعة الله نصا ومقصدا، وهو إقامة الدولة المسلمة بأركانها المتمثلة في الأمة، ودار الإسلام، والسلطة المسلمة التي تنتخب بطريقة شرعية لتقيم شريعة الله¹.

الفرع الثاني: الشرعية والسيادة

يتناول هذا الفرع تحديد مفهوم السيادة، ثم تحديد مالکها، وفق ما يلي:

أولا: مفهوم السيادة

السيادة مفهوم سياسي حديث يعود إلى الإسهامات الغربية في عصور التنوير ظهرت الفكرة على لسان القانونيين الذين كانوا يدافعون عن سلطات الملك في فرنسا ضد البابا والإمبراطور، مؤكدين أن الملك يتمتع بالسيادة الكاملة في ممتلكاته، وهي سلطة عليا لا يناقشه فيها أحد، وبعد قيام الثورة الفرنسية بقيت فكرة السيادة كمفهوم، ولكن انتقلت من الملك إلى الأمة كوحدة مجردة ترمز إلى جميع أفرادها، ومن أشهر النظريات التي قيل بها لتفسير سيادة الأمة نظرية العقد الاجتماعي عند الفيلسوف الفرنسي "جان جاك روسو" (1712-1778)²، وعن طريقه أضحي المبدأ عالميا لا يجرؤ على إنكاره أحد³ ويقصد بالسيد (الممارس للإرادة والمسير لها)⁴، فالفرد إذا كان هو الذي يسير إرادته ويمارسها كانت سيادته له، وإن كانت إرادته بيد غيره كان عبدا، والأمة كذلك، ومن تعاريف السيادة أنها: "الحاكمة العليا، أو السلطة العليا الأمرة

1 - علي جريشة: المرجع السابق، ص252.

2 - للترجمة وموجز عن العقد الاجتماعي تراجع موسوعة السياسة: ص844 وما بعدها.

3 - جمال احمد السيد جاد المراكبي: الخلافة الإسلامية بين نكح الحكم المعاصرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة انصار السنة المحمدية، ص236.

4 - عبد القديم زلوم: نظام الحكم في الإسلام، كتاب موسع ومنقح مبني على كتاب نظام الحكم في الإسلام لمؤلفه تقي الدين النبهاني، الطبعة السادسة 2002م، من منشورات حزب التحرير، ص40، (دون ذكر مكان الطبع).



التي تستأثر بالحق في توجيه الخطاب الملزم إلى الكافة، والتي لا تعرف فيما تنظمه من علاقات سلطة أخرى تساويها أو تسامئها¹. وهناك تعريفات أخرى تتفاوت في درجة قربها أو بعدها عن هذا التعريف، ولكن غالبيتها تفضي إلى الخصائص التالية:

- 1- التفرد: بمعنى أن إرادة جهة السيادة هي القانون الملزم.
- 2- السمو: أي أنها إرادة تعلو جميع الإرادات
- 3- الأصالة: أي قائمة بذاتها بحيث لم تتلق العلو من إرادة سابقة عليها
- 4- العصمة من الخطأ: بمعنى أنها هي الصواب المطلق، وكل ما يصدر عنها مشروع لمجرد صدوره².

واتجه الفقه الإسلامي حديثاً إلى البحث في صياغة مفهوم السيادة، وبلورة موقف واضح من المفاهيم الغربية، نورد ما وقفنا عليه في الآتي:

اختلفت آراء الفقهاء حول من يكون صاحب السيادة؛ ففريق ينطلق من موضوع الحاكمية ويقرر أن السيادة للتشريع الإلهي، وفريق يرى سيادة الأمة، وآخر يحصر السيادة في الخليفة (رئيس الدولة).

أ - سيادة التشريع الإلهي:

ينطلق أنصار هذا الرأي من كون القانون الذي يجب أن يسود في الدولة هو الشريعة الإسلامية، ولما كانت هذه الشريعة ذات طابع سماوي فإن ذلك يؤدي تلقائياً إلى القول أن سيادة الشريعة تعني السيادة الإلهية أو حاكمية الله³، ويستندون على جملة من الأدلة، أهمها: قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿

1 - صلاح الصاوي: التعددية السياسية في الدولة الإسلامية، دار الإعلام الدولي، ص8. (دون ذكر بيقية البيانات).

2 - المرجع السابق، ص9.

3 - توفيق الشاوي: المرجع السابق، ص577.

4 - سورة يوسف: الآية(40).



وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴿٤٦﴾ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٧﴾ فَأُولَئِكَ.. الْقَبَسُفُونَ ﴿٤٨﴾ هُمُ فَأُولَئِكَ ﴿٤٩﴾، وقوله تعالى: ﴿يَقُولُونَ هَلْ لَنَا مِنَ الْأَمْرِ مِنْ شَيْءٍ قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ﴾¹، وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾² معنى رده إلى الله والرسول هو رده إلى حكم الشرع⁴.

إضافة إلى النصوص هناك بعض الاستدلالات من الواقع، منها:

- أ- أن الحاكم لا يبايع كأجير عند الأمة لينفذ لها ما تريد، كما هو الشأن في السياسات الوضعية، وإنما يبايع على مهمة واحدة، هي تنفيذ شرع الله ومراعاة مصالح العباد، بحيث لو خرج الذين بايعوه عن الشرع حاربهم⁵.
- ب- أن الذي يسير إرادة الفرد شرعاً، ليس الفرد نفسه كما يشاء، بل هو محكوم بأوامر الله ونواهيه، والأمة كذلك محكومة بأوامر الله ونواهيه، فلا يجوز لها أن تخرج عنها، حتى في الأمور التي لم يرد فيها نص.
- ج- رفض الإسلام لسيادة الدولة كشخص معنوي، يتكلم الحكام على لسانه، ويقولونه ما يريدون، يقتضي رفض نسبة السيادة لأي جهة إنسانية أخرى، لأنها تترتب عليها نفس المخاطر⁶.

1 - سورة المائدة: الآيات (46،47،49).

2 - سورة آل عمران: الآية (154).

3 - سورة النساء: الآية (58).

4 - عبد القديم زلوم: المرجع السابق، ص 41.

5 - المرجع نفسه.

6 - توفيق الشاوي: المرجع السابق، ص 574.



و الحكم الشرعي بهذا المفهوم لا يتطابق مع نظيره في الفكر النيوثقراطي¹ الغربي، يقول الدكتور "مصطفى حلمي": "فالخطأ في القول بتطبيق مذهب الحق الإلهي على الحكم في عصره عليه الصلاة والسلام، كالخطأ الذي وقع فيه أصحاب السلطة من رؤساء القبائل، حيث عرضوا عليه -صلوات الله عليه الملك-، فأطلق قوله الشهير: «والله لو وضعوا الشمس في يميني والقمر في يساري على أن أترك هذا الأمر ما تركته حتى يظهره الله أو أهلك دونه»²، ويبدو أن إطلاق مذهب الحق الإلهي جزافاً على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، جاء نتيجة الخلط بين فكرة الحق الإلهي المطلق، وبين الوحي الإلهي الذي هو رسالة من الله للبشر عن طريق الأنبياء والرسل»³.

ب- سيادة الخليفة:

الخلافة هي الرئاسة العظمى والولاية العامة الجامعة القائمة بحراسة الدين وسياسة الدنيا، والقائم بها يسمى الخليفة، لأنه خليفة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويسمى الإمام⁵، لأن الإمامة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم لازمة له، ويسمى أمير المؤمنين⁶، ويسمى ملكاً¹.

1 قسمت الفلاسفة النظرية النيوثقراطية على ثلاث صور أولها نظرية الطبيعة الإلهية للحاكم يدعي فيها صفة الألوهية، والثانية نظرية الحق الإلهي المباشر التي يختار فيها الحاكم من قبل الإله مباشرة بعيداً عن إرادة الأفراد من آخر أمثلتها نظام غليوم الثاني إمبراطور ألمانيا عام 1910م الذي ادعى أنه يستمد سلطته من الله مباشرة ولم يعط نتيجة لذلك قيمة لا للبرلمان ولا للرأي العام، الثالثة نظرية الحق الإلهي غير المباشر التي يختار الله فيها الحاكم بطريقة غير مباشرة من خلال قيام مجموعة بذلك مسيرة من قبل الإله ن يقول هؤلاء أن الله قد هيا له الظروف الملائمة كي يتولى الحكم.

2 - رواه ابن إسحاق من حديث يعقوب بن عتبة بن المغيرة بن الأخنس ، وضعفه الألباني.

3 - مصطفى حلمي: نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، ط1، 2004، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص27.

4 - محمد عبد الحي الكتاني: نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية، ط2، ج1، دار الأرقم، ص79، الماوردي: الأحكام السلطانية، ط دار الحديث القاهرة، ص15.

5 - إين خلدون: المقدمة، دار العلم للجميع، بيروت لبنان، ص191.

6 - أول من سمي أمير المؤمنين من الخلفاء هو عمر بن الخطاب، وذلك بسبب أن أبا بكر كانوا يسمونه خليفة رسول الله فلما بويع عمر استنقلوا تسميته خليفة خليفة رسول الله، فدعاه بعض الصحابة أمير المؤمنين فاستحسنه الناس واستصوبوه، أما من غير الخلفاء فقد أطلقه صلى الله عليه وسلم على عبد الله بن جحش حين بعثه في



تعتمد السلطة التنفيذية في الإسلام على نظرية الخلافة كنظام متميز يتمتع فيه الرئيس بصلاحيات دستورية قوية، لكنه ليس نظاما رئاسيا محضا، ولا نظاما برلمانيا خالصا، أهم مؤسسة فيه هي مؤسسة الرئاسة، مكانها من الأمة بمنزلة الرأس من الجسد، يجب على الأمة إقامتها وجوب إقامة الشريعة².

وقد نالت هذه المؤسسة من الاهتمام والتقدير ما جعل البعض يعتقد أنها صاحب السيادة في الأمة، يبايع على حراسة الدين وسياسة الدنيا، للحاكم فيها السلطة المطلقة في رعاية المصلحة وحدود الشريعة، تجب له الطاعة والنصرة، ما لم يجاهر بالعصيان أو يخرج عن الدين، لا يلزمه الأخذ بالشورى ولو استشار³.

نقد هذا الرأي: انتقد هذا الرأي من وجوه عدة، منها:

- 1- أن الخليفة يمارس السلطة نيابة عن الأمة، ولا يمارس السيادة.
- 2- المستشرقون الذين حاولوا إصاق هذه الصورة بالإسلام، لم ينظروا لطبيعة نظام الحكم في الإسلام من أصلها، وإنما نظروا لها من خلال الممارسات الواقعية المستبدة في فترات معينة من تاريخ الدولة الإسلامية، وذلك لا يعتبر حجة ولا دليلا.
- 3- الطبيعة الرضائية التي يعين بها الخليفة حيث يبايع بعد مشورة المسلمين⁴ ويبقى للأمة حق مراقبته، ولا يطاع في معصية الله بل إذا خرج عن المشروعية يمكن عزله.

سرية، وأطلقه الصحابة على أسامة حين بعثه الخليفة أبوبكر الصديق على رأس جيش إلى الشام، ثم توارث الخلفاء هذا اللقب لا يشاركون فيه غيرهم، ذكره الكتاني في التراتيب الإدارية ج1 ص71، 72.

1- بناء على الحديث " خلافة النبوة ثلاثون سنة ؛ ثم يوتي الله ملكه من يشاء " الذي رواه أبو داود من حديث عبد الوارث، وأول الملوك معاوية

2- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص16.

3- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، ص 66، ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم استشار في غير موضع ولم يأخذ برأي المستشارين، ومثله فعل الخلفاء في غير موضع، مثل ما فعل أبوبكر الصديق في حروب الردة، إضافة إلى ذلك فقد ذهب كثير من أهل العلم إلى القول بأن النصوص الآمرة بالشورى لاتدل على الوجوب وإنما تدل على الاستحباب، يراجع لتفاصيل أكثر: أزمة الشرعية في مؤسسة الخلافة الإسلامية للدكتور أماني عبد الرحمان صالح، ص291 وما بعدها.

4- تعتبر مسألة الرضائية في تعيين الخليفة أو الحاكم مسألة من الخطورة بمكان لا بد من النزول فيها عند ما تقتضيه إرادة الأمة، وقد بدأ الاهتمام بهذا الرأي منذ خلافة علي رضي الله عنه بعد مقتل الخليفة عثمان رضي الله عنه، حيث رفض كثير من الصحابة الحاضرين مبايعة علي وطالبوا بالتوقف حتى يجتمع الناس المتفرقون في



4 - ضرورة التفريق بين أمرين أساسيين هما؛ وجوب نصب الخليفة ومبايعته على السمع والطاعة كمسألة دستورية محمية بجملة من النصوص رعاية للمصالح العليا في الأمة من جهة، والطبيعة البشرية لمنصب الخلافة والصلاحيات الدستورية التي يمنحها والحدود التي تضبطه من جهة أخرى، إذ في نظر الإسلام ليس مقدسا ولا معصوما، بل هو رجل وثقت الأمة بدينه وعدالته فولته أمورها يدبرها بأمر الله ومقتضى شريعته¹.

ج- السيادة للأمة:

تمثل الأمة² وعاء الشرعية ومصدر السيادة³، ومنها يستمد الخليفة سلطانه عن رضا واختيار⁴، ولها عليه حق الرقابة، قد يصل إلى درجة العزل عن المنصب، تقوم

الأمصار على رأسهم عبد الله بن عمر وسعد وسعيد وأسامة بن زيد والمغيرة بن شعبة وأبو سعيد الخدري والنعمان بن بشير وحسان بن ثابت وغيرهم من أكابر الصحابة (ابن خلدون: المقدمة، ط دار العلم للجميع، بيروت لبنان، ص214 وما بعدها.

1 - محمد يوسف موسى: المرجع السابق، ص106.

2 - ورد لفظ الأمة بعدة معان منها الدين (ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة)سورة النحل الآية 39، أي على دين واحد، ومنها الإمام (إن إبراهيم كان أمة فانتا الله حنيفا)سورة النحل الآية 120، أي إمام الحنفاء، ومنها الزمن(و اذكر بعد أمة)سورة يوسف الآية 45، أي تذكر بعد زمن، وتأتي بمعنى عصابة أو مجموعة من الناس (ولما ورد ماء مدين وجد عليه أمة من الناس يسقون)سورة القصص الآية 23، أي جماعة من الناس يسقون، ومنها قوم (أن تكون أمة هي أرى من أمة)سورة النحل الآية 92، بمعنى أن يكون قوم أكثر من قوم، وتعني عموم المجتمع الإسلامي وهو المقصود هنا، يشهد له قول الله تعالى (وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس .. .) سورة البقرة الآية 143، وقوله تعالى(كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله)سورة آل عمران الآية 110، وينقسم هذا المفهوم إلى مستويين: الأول يشمل الأمة بمعناها الضيق وهي مجموع المسلمين المقيمين في دار الإسلام، الذين وصفتهم الآية (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ..) ووصفتهم الوثيقة المدنية بأنهم "أمة واحدة من دون الناس"، أما المستوى الثاني فهو ذو دلالة يشمل جميع رعايا الدولة من المسلمين وغيرهم مثل ما ورد في وثيقة المدينة "إن يهود بني عوف أمة مع المسلمين"، وأساس إلحاق أهل الذمة والمسلمين من غير المسلمين بمفهوم الأمة المواطنة التعايش السلمي والتحالف ضد العدو.

3 - معنى سيادة الأمة أن إرادة الأمة لها السلطة العليا التي لا تضارعها سلطة أخرى، وتظهر تلك الإرادة في صورة قانون (محمد ميرغني، الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة، ص287).

4 - يقول الشيخ علي جريشة: والسلطة تستمد شرعيتها من أمرين، إقامتها لشريعة الله.. ورضا الناس عنها ومن هنا ناقش العلماء مدى شرعية سلطة المتغلب الذي يغصب السلطة من دون بيعة واعتبروها غير قانونية تجب



هذه النظرية على أن السيادة للجماعة بوصفها مكونة من جميع الأفراد، على أنها وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين لها، ينسب الدكتور يوسف موسى هذا الرأي إلى الجمهور بقوله (وهذا ما قال به جمهور الفقهاء والعلماء بالفقه السياسي من المسلمين القدامى والمحدثين)¹.

أدلة هذا الرأي:

- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾²
- قوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾³
- قوله تعالى: ﴿... وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۗ اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴾⁴
- قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾⁵ قالوا المقصود بأولي الأمر جماعة أهل الحل والعقد الذين يمثلون سلطة الأمة.
- حديث: « لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَىٰ ضَلَالَةٍ »⁶.
- الخليفة ما هو إلا نائب أو وكيل في ممارسة السيادة نيابة عن الأمة وليس بمالك لها وعليه سياسة الرعية بما يتوافق والتعاليم الإلهية وليس له أن يفصل في الأمر دون مشورة⁷.
- السيادة للأمة مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الواردة في القرآن والسنة⁸.

إزالتها قدر الإمكان. ذكره في رسالته للدكتوراه مبدأ المشروعية في الفقه الدستوري الإسلامي، ص236، 237، 242.

1 - يوسف موسى: نظام الحكم في الإسلام، دار الفكر العربي، ص100، دون ذكر بقية المعلومات.

2 - سورة النساء: الآية (135).

3 - سورة المائدة: الآية (02).

4 - سورة المائدة : الآية (08).

5 - سورة النساء: الآية رقم(59).

6 - أخرجه الترمذي في السنن، كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة، وأخرجه الحاكم في المستدرک.

7 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص219.

8 - أحمد محمد أمين: المرجع السابق، ص31.



ويأخذ تعبير الأمة عن سيادتها صوراً عدة تشتهب إلى حد كبير بمظاهر سيادة الشعب في الدساتير المعاصرة، وهي:

1- التعبير الجماعي:

حيث يطلب من الأمة عموماً التعبير عن رأيها، من خلال ممارسة جملة من الأعمال مثل مبايعة الخليفة، وطاعته بالمعروف، وعزله ومبايعة غيره إن خرج عن الشرع¹، واحتراماً لهذا الحق، لا يعترف بشرعية الحاكم المتسلط الذي يفرض نفسه بالقوة²، كما لا يعترف بشرعية ولاية العهد التي ابتدعت بعد الخلفاء الراشدين، واتخذها الحكام سبيلاً لتوريث الحكم.

2- قيام الرئيس مقام الأمة في ممارسة سلطة السيادة نيابة عنها:

حيث يتمتع بسلطات واسعة في تبني التشريع، واستدعاء هيئة الشورى للاجتماع، وتعيين الولاة وأجهزة الإدارة، والقضاة، بل هو القاضي الأكبر، واتخاذ القرارات بما يرى فيه المصلحة ولو كان خلاف الشورى.

3- نواب الأمة:

أن تتولى هيئة مؤهلة، التعبير عن إرادة الأمة، في الأمور الاجتهادية التي تحتاج إلى مشورة واجتهاد، وهي مهمة أهل الشورى من أهل الحل والعقد، والفقهاء والعلماء، والوجهاء، يقول أحمد محمد أمين: "اكتسب الفقهاء سلطة التشريع دون تولية من الخليفة أو انتخاب الأمة، وإنما اكتسبوها بالعلم بالقرآن والسنة"³ ويقول الشيخ علي جريشة "إنما تقوم شرعية الإسلام و شوراها على أهل العلم والفضل"⁴.

قال تعالى: ﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾⁵.

1 - عبد القديم زلوم: المرجع السابق، ص 42، 41.

2 - شيخ الإسلام بن تيمية: الخلافة والملك، ص 15، 14.

3 - أحمد محمد أمين: المرجع السابق، ص 60، 59.

4 - علي محمد جريشة: مبدأ المشروعية في افقه الدستوري الإسلامي، ص 245.

5- سورة النساء: الآية (83).



ولكن هذا التعبير متى يكون قانوناً رسمياً، ومتى يبقى في دائرة الإنتاج الفقهي كمصدر مساعد للأحكام؟

يأخذ تعبير الأمة عن سيادتها طريقه نحو النفاذ حسب الحالة، فإذا تعلق الأمر بالممارسة الفعلية مثل مبايعة الخليفة أو إعلان الحرب، سرى قرارها بأثر فوري، أما إذا تعلق الأمر بتشريع فهناك خطوتان أولاهما الإجماع، وثانيهما تبني الخليفة (الحاكم) للتشريع، فبالنسبة للإجماع نعني به إجماع أهل الشورى الذين يصطح عليهم بأهل الحل والعقد، سواء ممثلين في مجموعة دائمة محيطة بولي الأمر مثل المجالس النيابية، أو إجماع فقهاء الأمة على حكم الشرع في مسألة ما، أو أشخاص فرادى لهم مكانتهم وفضلهم وخبرتهم¹، أما تبني الحاكم للتشريع فيقصد به اعتماد الرأي الذي أجمعت عليه الأمة ليصبح قراراً نافذاً، أو ترجيح أحد الرأيين عند الاختلاف، أو استحداث حل لمشكلة نازلة، وقد أجمع الصحابة على هذه الصلاحية، وعن إجماعهم انبثقت القاعدة "أمر الإمام يرفع الخلاف"، وقاعدة "أمر الإمام نافذ" وقاعدة "للسلطان أن يحدث من الأفضية بقدر ما يحدث من مشكلات"²، هذا الاختصاص ينبغي التعاطي معه في ضوء القيود الشرعية من جهة والموقف من قضية إلزامية الشورى كتعبير عن إرادة الأمة من جهة ثانية، وإلا نفع في مشكلة التداخل بين وظيفة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية.

يقابل هاتين الخطوتين في العمل الديمقراطي المعاصر التصويت على القانون في البرلمان والمصادقة عليه من قبل رئيس الجمهورية وإصداره.

نقد نظرية سيادة الأمة: انتقدت نظرية سيادة الأمة بالآخذ التالية

1 - السيادة تعني الإطلاق والسمو على كافة السلطات السياسية في المجتمع، وهذا ما لا يمكن أن يوصف به نظام الحكم في الإسلام، لأن السلطان المطلق لله وحده³.

1 - أماني عبد الرحمن صالح: أزمة الشرعية في مؤسسة الخلافة الإسلامية، دراسة تحليلية لركائز وآليات الشرعية في نظام الخلافة، رسالة دكتوراه في العلوم السياسية، كلية الإقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة 1998، 202، 203.

2 - عبد القديم زلوم: المرجع السابق، ص 44.

3 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 220.



- 2 - الأمة في النظام الإسلامي لا يمكن أن تكون صاحبة السيادة، لأن تقييدها بعدم مخالفة الشرع يؤدي حتما إلى سيادة الشرع¹.
- 3 - الذين ذهبوا إلى القول بسيادة الأمة في الدولة الإسلامية تأثروا بسلطات الأمة في مجال اختيار الخليفة ومراقبته وعزله، وذلك غير سليم، لأن الشعب لا يملك حق مبايعة الخليفة وعزله استنادا لقانون يضعه هو بنفسه، بل اعتمادا على الشريعة الربانية، إذ لا يصح اختيار رئيس لا تتوفر فيه الشروط الشرعية، كما لا يجوز للأمة عزله وفقا للهوى، بل لابد من ثبوت تغير حاله وعدم صلاحيته شرعا².
- 4 - القول بسيادة الأمة ليس محل إجماع، بل هناك خلاف يتعلق بجملة من القضايا، مثل القول بعدم القدرة على عزل الخليفة إذا ارتكب ظلما أو عصيانا، وعدم تحديد مدة الرئاسة ضمانا لمبدأ التداول على السلطة، والقول بعدم إلزامية الشورى³.
- 6 - التميز بالطابع الشخصي في تحديد الجهة صاحبة السيادة، تراوح بين أشخاص طبيعيين حينما مثل الملوك في الحكم المطلق، وأشخاص اعتباريين مثل الدولة والأمة والشعب والسلطة التأسيسية والسلطة التشريعية حينما آخر، ولم يتطرق الفقه الإسلامي القديم لهذا المفهوم.
- 5 - الفلسفة الغربية التي ابتدعت مفهوم السيادة تحولت من سيادة الأمة إلى سيادة الشعب تفاديا للانعكاسات السلبية التي تتجر عنها، خاصة ما تؤدي إليه من تواجد

1 - جمال أحمد السيد جاد المراكبي: الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة، رسالة دكتوراه في الحقوق جماعة أنصار السنة المحمدية، ص288.

2 - جمال أحمد السيد جاد المراكبي: الرجوع السابق، ص289.

3 - اختلف المفسرون حول دلالة الأمر بالشورى الواردة في سورة آل عمران في قوله تعالى (وشاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله) هل يجب على الإمام التقيد برأي من استشار...؟ وهل يجب عليه أن يستشير في كل الأمور؟ ذكر القرطبي أقوالا يفيد بعضها أن الاستشارة أمر يخص الحروب تطيبها لخواطر الجيش رفعا لمعنوياتهم وهو قول قتادة والربيع وابن إسحاق والشافعي، ويفيد بعضها استحباب ذلك في كل الأمور إتباعا لعادة العرب قبل الإسلام، ويفيد بعضها أن ذلك يخص الأمور التي ليس فيها وحي، وروى ابن كثير القولين معا بالندب والوجوب.



شخصين معنويين يمارسان السيادة على إقليم احد هما الدولة والأمة¹، ومن باب أولى أن نتفادى نحن تلك السلبيات لأن بيدنا بديل أفضل هو التشريع السماوي
الردود:

- 1 - إذا كانت السيادة تعني الإطلاق دون قيد فإن ميزة التشريع الإسلامي تقيدها بأحكام الشريعة الإسلامية الواردة في القرآن والسنة، فإن تجاوزت هذا النطاق فقدت أساس مشروعيتها، وهذا التقييد لا يتنافى مع السيادة في المجال المتاح للاجتهااد.
- 2 - لا مجال للطابع الشخصي في تحديد جهة السيادة إلا في الفلسفة الوضعية، أما في النظام الإسلامي فهناك مشرع واحد هو الله عز وجل .
- 3 - القول بأن سيادة الأمة ليست محل إجماع غير مسلم به، إذ يمكن القول أن حكم الشورى في حق النبي صلى الله عليه وسلم هو الندب، لكن في حق الأمة هي واجبة² ولذلك قال صلى الله عليه وسلم لما نزل قوله تعالى: (فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ)³؛ «أما إن الله ورسوله لغنيان عنها، ولكن جعلها الله رحمة لأمتي، فمن استشار منهم لم يعدم رشداً، ومن تركها لم يعدم غيا»⁴.

د- نظرية ازدواج السيادة

إذا كان أنصار الرأيين السابقين يتنافسان الشرعية، فإن هناك فريقاً ثالثاً يرى أن السيادة في النظام الإسلامي مزدوجة، لأن نصوص الشرع محدودة متناهية وحوادث الزمان غير متناهية⁵، كما لا يمكن أن تكون للأمة وحدها كمجموعة لأنها مخلوقة من الله لأداء وظيفة العبادة، وطابع العبودية لا يسمح لها بامتلاك السيادة التي تقتضي

1 - للتفريق بين نظرية سيادة الأمة ونظرية سيادة الشعب، والآثار المترتبة على هذا التفريق، يراجع محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، ص 213 وما بعدها.

2 - أماني عبد الرحمان صالح: المرجع السابق، ص 297.

3 - سورة آل عمران : الآية (159).

4 - رواه البيهقي في شعب الإيمان من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

5 - جمال أحمد السيد جاد المراكبي: الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جماعة أنصار السنة المحمدية، ص 139.



التحرر الكامل، وأمام هذا الواقع برزت فكرة القول أن السيادة مزدوجة، بمعنى أنها تمارس على محورين هما:

الأول: مجال النصوص القطعية من الكتاب والسنة

وتكون السيادة فيه مطلقة للتشريع الإلهي، امتثالاً للنصوص القطعية الدالة على ذلك.

الثاني: ما دون الأحكام الإلهية القطعية

حيث تكون النصوص ظنية على مستوى الثبوت أو على مستوى الدلالة، أو حيث لا يكون نص، فإن السيادة للأمة في ضوء السيادة العليا للشريعة الربانية.

ومن هذه الطبيعة الازدواجية للسيادة، يتضح الفرق جلياً بين نظام الحكم في الإسلام و التشريعات الوضعية في الديمقراطية الغربية، المبنية على السيادة المطلقة للشعوب والتي تعاني صعوبات كبيرة في طريق إسعاد أهلها.

- فالأمة في الديمقراطيات الغربية لها الحق في أن تصدر ما تشاء من قوانين، سواء كانت سواء كانت دستورية أم عادية، لا يحد من إرادتها شيء، سواء في النظام الإنجليزي الذي تعتبر سلطة البرلمان مطلقة لا يحدها أي قيد، أو في النظام الفرنسي الذي تعتبر إرادة الشعب أعلى سلطة وعنها تنبثق بقية السلطات، ولها حق الرقابة السياسية على أعمال الإدارة، أما في النظام الإسلامي فلا بد للأمة من التقيد بأحكام الشريعة، وليس لها الحق في مخالفة نص قطعي من الكتاب أو السنة، بل حتى في مجال الاجتهاد لا يحل لها الخروج عن روح الشريعة¹، ولا يكفي الانطلاق من نقاط التشابه للقول بأن النظام الإسلامي ديمقراطي، صحيح هناك حاكميه مقيدة للشعب من خلالها تتمكن الأمة من اختيار حكامها وعزلهم، وهناك قدرة الأمة على التشريع في المسائل التي لا يوجد فيها نص واعتمدت لذلك حجية الإجماع، لكن هناك أيضاً انتقادات وجهت للديمقراطية لا يسع الإسلام أن تنسب له نظرية تشتمل على مثلها، من ذلك ما كشفته تجارب الشعوب من الاستبداد باسم الديمقراطية، وتمكين الطبقات

1 - المرجع السابق، ص 288.



البورجوازية من استغلال الطبقات الضعيفة¹، واعتماد مبدأ الأغلبية الذي فتح الباب للفلسفات الجماعية المتطرفة لإقامة أنظمة ديكتاتورية تحمل اسم الديمقراطية بحجة قيامها على الحكم المطلق للأغلبية، والفراغ العقدي والجفاف الأخلاقي الذي يؤدي إلى عدم ثبات الآليات حيث تقع حيناً في التسبب الليبرالي وحيناً آخر في الدكتاتورية الاشتراكية... إلى غير ذلك من الانتقادات².

الخلاصة:

تتفق مجمل الآراء السابقة على أن السيادة للأحكام الإلهية الواردة في القرآن والسنة أصالة، وهذا ليس محل جدال، وإن كان محل انتقاد من قبل من لا يؤمنون بالمرجعية الإسلامية، وتختلف الآراء حول سيادة الأمة في مجال الاجتهاد حيث ينتصر البعض للتشريع الإلهي ويقول لا سيادة للأمة مطلقاً، ويحشد لذلك جميع النصوص التي تعلن حاكمية الله المطلقة لعباده، و يعترف البعض بسيادة الأمة ولكن بشكل مقيد حتى لا تكون مطلقة، مثل ما عليه الأمر في الديمقراطية الغربية، ويرى بعض آخر التوفيق بين الرأيين بالقول أن السيادة لله والسلطة للأمة³.

ويذهب غالب الفقهاء إلى رجحان الرأي الثاني الذي يعترف بسيادة محدودة للأمة وهو ما يصب في حساب أرجحية السيادة المزدوجة، ولا يفضي هذا إلى تعدد جهة السيادة كما قد يثير البعض تأثيراً بفقهاء القانون الدستوري، لأن هذا مجال لتمييز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الأنظمة والنظريات⁴.

1 - نرى الواقع من هذه الزاوية تباع فيه أصوات الشعب وتشتري بالمال ويصعد الأفراد إلى السلطة دون الشروط الموضوعية الكفيلة بوضع الرجل المناسب في المكان المناسب، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى ديمقراطية الواجهة أو الديمقراطية الشكلية الفارغة من المحتوى.

2 - يراجع للتفصيل أكثر توفيق الشاوي: المرجع السابق، ص 608 وما بعدها.

3 - يرى هذا الرأي الدكتور صلاح الصاوي في كتابه التعددية السياسية في الدولة الإسلامية تحت عنوان الأصول الكلية في سياسة الحكم الإسلامية ص 29 وما بعدها، وعبد القديم زلوم في كتابه نظام الحكم في الإسلام الذي بناه على كتاب نظام الحكم في الإسلام لنقي الدين النبهاني حيث يعد قواعد الحكم بقوله: يقوم نظام الحكم على أربع قواعد هي 1 السيادة للشرع لا للأمة 2- السلطان للأمة 3- نصب خليفة واحد فرض على المسلمين 4- لخليفة وحده حق تبني الأحكام الشرعية.. ص 40 وما بعدها.

4 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 223، 224.



المبحث الثاني: مصادر المشروعية

يشخص هذا المبحث مصادر المشروعية في الظروف العادية، خدمة لمعرفة تغير هذه المصادر بصدد الظروف الاستثنائية، وتتنوع مصادر المشروعية تبعا لطبيعة المصادر ومكانتها، نبين ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: المصادر القانونية

لقد وضع الفقهاء معايير مختلفة لتحديد أنواع مصادر التشريع في القانون، فالبعض ينظر من زاوية مدى قدرة الإدارة على سن القواعد القانونية، فيقسمها إلى قسمين مصادر خارجية عن الإدارة، ومصادر إدارية، والبعض يفصل أنواع القاعدة القانونية بناء على تنوع الجهة المصدرة لها فيقسمها إلى تشريع أساسي صادر عن الهيئة التأسيسية، وتشريع عادي صادرة عن البرلمان، وتشريع فرعي صادر عن السلطة التنفيذية، والبعض يعتمد معيار التدوين فيقسمها إلى مصادر مكتوبة ومصادر غير مكتوبة، والبعض ينظر من زاوية الرسمية وعدمها، فيقسمها إلى مصادر رسمية ومصادر احتياطية، وكل هذه التقسيمات تؤدي نفس الغرض، ولا ينبغي عليها كبير عمل ما عدا القدرة على التحكم في العرض المتوازن لهذه المصادر، ولذلك ارتأينا اعتماد هذا التقسيم الأخير، على الفروع التالية:

الفرع الأول: المصادر الرسمية

في القانون القديم كان العرف هو المصدر الأول والأساسي للقاعدة القانونية، لكن مع مرور الزمن تطورت الأمور، وانتقلت التشريعات من تقاليد عرفية، إلى قوانين مكتوبة، وأصبح التشريع الذي يعني وضع القانون من طرف هيئة مختصة، ونشره في وثيقة مكتوبة، هو المصدر الرسمي الوحيد، وهناك من الدول من لازالت تحفظ للتقاليد العرفية مكانتها وتجعلها مصدرا رسميا.

أولاً: التشريع

وينقسم تبعا لتدرج قواعده إلى تشريع أساسي هو الدستور، وتشريع عادي وهو القانون، وتشريع فرعي وهو الأنظمة واللوائح.



أ - التشريع الأساسي: (الدستور La constitution)

1 - تعريفه:

يعتبر الدستور أسمى القوانين في الدولة وأهمها في الحياة السياسية للمجتمع¹، وهو "مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بشكل الدولة و نظام الحكم فيها والسلطات الأساسية وكيفية مباشرة هذه السلطات لاختصاصها، وحقوق الأفراد وحررياتهم"²، أو هو "مجموعة القواعد القانونية الرئيسية، التي تحدد وضع الدولة وتبين شكل الحكومة، وتنظم السلطات المختلفة فيها، من حيث التكوين والاختصاص، مع بيان العلاقة بينها، وموقف الأفراد منها، وتقريرها ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات"³.

عناصر التعريف: يرى فقهاء القانون الدستوري ضرورة اشتماله على ثلاثة عناصر وهي:

العنصر الأول: البعد القانوني

الذي يجعل منه القواعد الأساسية في الدولة، تتولى تحديد السلطات، وتنظيم العلاقات بينها، وكيفية مباشرة اختصاصاتها، وتحمي الحقوق والحرريات العامة.

العنصر الثاني: البعد السياسي

وهو الذي ينعكس على شكل الدولة ونظامها وفلسفتها تجاه الحقوق والحرريات، بمعنى جعل الحكومة ديمقراطية.

العنصر الثالث: البعد الاجتماعي والاقتصادي

الذي يوجه النصوص القانونية للدستور نحو تحقيق رفاهية الشعب⁴.

1 - عبد الوهاب الكيالي: موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، ج2، ص679،680.

2 - رقية مصدق: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط2، 1990م، دار توفيق للنشر، الدار البيضاء، المغرب، ج1، ص74. - رمضان محمد بطيخ: مبدأ المشروعية وعاصر موازنته، عمل مقدم لندوة القضاء الإداري أيام 14، 11، يوليو 2005، الرباط، المملكة المغربية،

3 - مجدي المتولي: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية، ص15؛ - مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، معجم القانون، ط199، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ص17.

4 - رقية مصدق: الرجوع السابق، ص74،75.



وقد توافر هذان التعريفان على العنصرين السياسي والقانوني، وتركت البعد الاقتصادي والاجتماعي مبهما في حقوق المواطن وواجباته، بما يحتمل التفسير تبعا لتوجه الدولة بشأن التدخل في الحياة الاجتماعية والاقتصادية. ويلاحظ على هذين التعريفين استبعاد وصف الدستور بالوثيقة المكتوبة الموضوعة من قبل الهيئة التأسيسية، ليتسع بذلك مدلوله للدساتير المكتوبة وغير المكتوبة.

ب - التشريع العادي (القانون):

وهو "القواعد القانونية الصادرة عن البرلمان¹ في حدود اختصاصاته الدستورية، قصد تنظيم العلاقات بين الأفراد، أو بينهم وبين الدولة"، و التشريع العادي قد يأخذ صورة تقنين (Codes) تشتمل على تنظيم كامل لفرع معين من فروع القانون، مثل القانون المدني (Code Civile) و قانون العقوبات (Code Pénale)، وقد يتخذ صورة تشريعات متفرقة (Lois) مثل قانون مكافحة الفساد وقانون الجنسية وقانون المرور. ويحتل المرتبة الثانية في سلم التدرج القانوني، بعد الدستور، في الدول الآخذة بالدساتير المكتوبة مثل فرنسا والجزائر²، وعليه فكل قانون يصدر مخالفا للدستور يعتبر لاغيا، وقد أعدت آليات الرقابة الدستورية لهذا الغرض.

1 - البرلمان: اصطلاح استعمل في اللغتين الفرنسية والإنجليزية في القرن الثالث عشر للإشارة إلى أي اجتماع للمناقشة، وهو مشتق من كلمة parler بالفرنسية بمعنى يتكلم، ثم أطلق على المكان الذي يعقد فيه الاجتماع، وأطلق في اللغة الإنجليزية على الهيئة التشريعية العليا التي تتكون من مجلس العموم ومجلس اللوردات، ويحكم نفوذ الإنجليز في القرن التاسع عشر ومنتصف القرن العشرين انتقلت التسمية إلى مناطق كثيرة من العالم (أنظر موسوعة السياسة، ج1، ص519، كلمة برلمان).

2- هذا كقاعدة عامة لكن لما نستحضر النقاش الدائر بين الدساتير حول مكان المعاهدات الدولية بين المنظومة القانونية الداخلية نجد كثيرا من الدول تنزل مرتبة التشريع إلى المرتبة الثالثة بعد الدستور والمعاهدات الدولية وه الأمر الذي كرسه الدستور الجزائري الصادر سنة 1996م ، المعدل في 2016، بموجب المادة 150 منه والتي تنص على أن " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسموا على القانون"، وهو نفس موقف الدستور الفرنسي، وخالف المشرع المصري الذي جعل القانون و المعاهدات الدولية في مرتبة واحدة.



أما الدول الآخذة بالدستور العرفي، فإن مرتبة القانون أعلى من مرتبة الدستور، وأي قانون يصدر مخالفا للدستور يعتبر تعديلا له مباشرة وهو مدلول سيادة القانون عند الإنجليز.

ج - التشريع الفرعي:

وهو القواعد والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية، بمقتضى الاختصاص المحدد لها في الدستور كسلطة تنفيذية، وينقسم إلى قسمين لوائح تنظيمية، وقرارات فردية.

القواعد تنظيمية:

وهي تلك القرارات التي تضع قواعد عامة موضوعية، تسري على جميع الأفراد الذين تنطبق عليهم الشروط التي وردت فيها¹، وهي نوعان أساسيان.

1- لوائح الظروف العادية:

في الأحوال العادية تحتاج السلطة التنفيذية إلى إصدار فئتين من القواعد التنظيمية الفئة الأولى ترتبط بالقانون من حيث وضع الأحكام التفصيلية اللازمة لتطبيقه، والفئة الثانية هي اللوائح المستقلة عن تطبيق القانون، وتصدرها السلطة التنفيذية بغرض تنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة

2- لوائح الظروف الاستثنائية:

وهي التي تصدر بمناسبة ظروف غير عادية، سواء كان السبب هو غياب البرلمان، أو حدوث ظرف استعجالي لا يسمح بالنظر حتى ينعقد البرلمان ليضع التدابير القانونية اللازمة وهي تبعا لأسبابها قسما لوائح الضرورة والاستعجال، ولوائح التفويض.

3- القرارات الفردية:

وهي القواعد القانونية المتعلقة بتنظيم أوضاع خاصة بفرد أو أفراد معينين²، بشرط صدورهما في حدود القواعد السابقة، ويعتبر القرار الإداري الفردي من المواضيع الهامة بالنسبة لمبدأ المشروعية، لأنها تمس مراكز الأشخاص وحقوقهم مباشرة، وكل

1 - ثروت بدوي: تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ط1، 2007، دار النهضة العربية، القاهرة، ص61.

2 - المرجع نفسه.



مخالفة للقانون قد تشكل مساساً خطيراً بالحقوق والحريات، ولذلك يشترط فيها أن تكون مشروعة ومطابقة للقانون، وبإمكان الشخص المتضرر تحريك دعوى الإلغاء ضد القرار الظالم، وتشكل الرقابة القضائية على مشروعية القرار الإداري ضماناً أساسية في الدولة المعاصرة.

الفرع الثاني: المصادر الاحتياطية

يتكلم فقهاء القانون عن مصدر احتياطي واحد هو العرف، يلجأ إليه القاضي، وتلجأ إليه الإدارة، عندما يغيب المصدر الأصلي الذي هو التشريع، ثم يأتي التشريع الإسلامي والفقهاء والقضاء.

أولاً: العرف

يعتبر العرف من الناحية التاريخية أقدم مصدر للقانون والحق¹، ويتطور البشرية ظهر التشريع، واحتل مكانه ليتدرج هو إلى المرتبة التي تليه، بل بعض التشريعات المعاصرة تنزل العرف إلى المرتبة الثالثة، كما في بعض التشريعات العربية التي تقدم الشريعة الإسلامية إلى جانب التشريع، من بينها التشريع الجزائري بموجب المادة الأولى من القانون المدني²، وبهذا يكون العرف مصدراً تكميلياً للقاعدة القانونية المكتوبة، بعد مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويتمثل العرف في "مجموعة التقاليد التي كانت تستعمل من قبل الأجداد وتقل بين الناس شفها في وقت لم تكن الكتابة موجودة، أو كانت ولكن غير منتشرة"³، وهذا المفهوم يخص العرف في مفهوم القانون القديم، ثم تطور ليصبح "السلوك المتكرر حتى ألفه المجتمع واستشعر لزومه، ولو لم يستعمل من قبل الأجداد"⁴، وعرفه معجم

1 - معروف الدواليبي: المدخل إلى التاريخ العام للقانون، جزيرة العرب مهد الحضارة الإنسانية، مهد نشأة فكرة الحق والقانون، ط2، 1995م، دار الشواف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ص287.

2 - الأمر (75 - 58) مؤرخ في (20) رمضان 1395 الموافق (26) سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، إصدار الأمانة العامة للحكومة 2007. ونص المادة الأولى منه " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فيمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

3 - معروف الدواليبي: المصدر السابق، ص289.

4 - المصدر السابق، ص291.



القانون بأنه: "اعتياد الناس على سلوك معين يشعرون بضرورة اتباعه مما يجعل هذا السلوك قاعدة ملزمة"¹

وهو أنواع: عرف إداري، وعرف دستوري، وعرف اجتماعي، وعرف أخلاقي، إلى غير ذلك من محاور الحياة التي تتكرر فيها سلوكيات غير مقننة، يألفها الناس ويستشعرون لزومها، والذي يهمنها منها هو العرف الإداري والقانوني، الذي يمثل أحد مصادر المشروعية ويجب على الإدارة والأفراد أن يحترموه.

أ- العرف الإداري:

مجموعة القواعد التي درجت الإدارة على اتباعها في مباشرة وظيفتها بصدد حالة معينة دون أن يكون لها سند أو أساس من النصوص التشريعية، بحيث تصبح هذه القواعد ملزمة²، وتعد مخالفتها مخالفة للمشروعية وتؤدي إلى إبطال تصرفاتها بالطرق المقررة قانوناً.

ويأتي العرف الإداري في مرتبة أدنى من مرتبة القواعد القانونية المكتوبة، مما يستلزم أن لا يخالف نصاً من نصوص القانون، فهو مصدر تكميلي للقانون، يفسر ويكمل ما نقص منه.

ب- أركان العرف:

يجب أن يتوافر فيه ركنان، ركن مادي و ركن معنوي.

الركن المادي: ويتمثل في اتباع سلوك محدد في نشاط معين، سواء كان إيجابياً مثل القيام بعمل، أو كان سلبياً مثل الامتناع عن القيام بعمل، على أن يكون هذا العمل أو الامتناع بشكل ثابت ومستقر ويتكرر في الحالات المماثلة مع مضي الزمن الكافي لاستقراره³، وتقدير ما إذا كانت هذه المدة كافية لوجود العرف من عدمه أمر مرجعه إلى القضاء.

1 - معجم القانون: إعداد مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، ص 113.

2 - مجدي المتولي: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الرعية، ص 23.

3 - صاحب عبيد الفتلاوي: تاريخ القانون، ط 1، 1998م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 61.



الركن المعنوي: أما الركن المعنوي فهو استشعار الإدارة والأفراد إلزامية القاعدة المتبعة وضرورة احترامها وعدم مخالفتها، واعتبار ذلك إن حصل، مخالفة قانونية تتطلب الجزاء، وبهذا المعنى تكون القرارات الإدارية التي تصدر مخالفة للعرف الإداري غير مشروعة وعرضه للإلغاء إذا طعن في مشروعيتها أمام القضاء، إلى جانب ذلك يجب أن يكون العرف الإداري عاماً تطبقه الإدارة بشكل منتظم ومستمر بلا انقطاع في جميع الحالات المماثلة وإن يكون مشروعاً وغير مخالف لنص قانوني أو تنظيمي.

ثانياً: الشريعة الإسلامية

بدراستنا لمواد الدستور الجزائري ومكانة الشريعة الإسلامية فيها، إلى جانب بعض القوانين الأساسية في الدولة، وجدنا أن هناك فرقا بين مجالي كل من القانون العام والقانون الخاص، فبالنسبة للقانون الخاص تعتبر الشريعة الإسلامية مصدره الاحتياطي الأول بعد التشريع، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني، والمادة (222) من قانون الأسرة، أما القانون العام فلا وجود للشريعة الإسلامية بين مصادره، على الرغم من وجود نصوص تقس الشريعة الإسلامية باعتبارها دين الدولة، مثل ما جاء في ديباجة الدستور الجزائري أن الجزائر أرض الإسلام، وما قرره في المادة (02) من أن "الإسلام دين الدولة"، وما ضمنه المادة (09) من أنه: " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بالسلوك المخالف للخلق الإسلامي وقيم ثورة نوفمبر".

وما جاء في شروط المترشح للرئاسة أن يدين بالإسلام، ثم بعد انتخابه يفرض عليه أداء اليمين التي يقسم فيها على احترام الدين الإسلامي و تمجيده.

وفي قيود التعديل الدستوري نص على أنه لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس الإسلام باعتباره دين الدولة.

كما نجد العديد من القوانين الهامة في الدولة مثل قانون الأحزاب¹، وقانون الإدارة المحلية -الولاية والبلدية- تفرض احترام الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها، إضافة إلى

1 - الأمر رقم (97-09) مؤرخ في (27) شوال عام 1417 هـ الموافق (06) مارس سنة 1997، يتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية العدد (12)، بتاريخ (06) مارس 1997م، ص30. لاسيما المادة (05) منه والتي تنص على أنه: " لا يجوز لأي حزب سياسي أن يبني تأسيسه و/أو عمله على قاعدة و/أو



هذه النصوص يكرس الواقع مخالفة الشريعة الإسلامية في العديد من المجالات¹، الأمر الذي يجعلنا نجزم بأن الشريعة الإسلامية لا تصنف ضمن مصادر القانون العام في الجزائر، أو على الأقل لا تعتبر قيда على سيادة البرلمان في التشريع. ولكن بالرغم من هذا يمكن تصنيفها كمرجعية عليا في الدولة، مثلها مثل باقي النظم العقائدية أو المذهبية التي توجه سياسة الدولة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية، وتسمو على الدستور باعتبارها المرجعية الدينية للدولة، ويمكن للسلطتين التشريعية والقضائية التشبث بها، وفرض مبادئها، والدفع بعدم مشروعية أي نص يخالف قواعدها، وعلى هذه الفكرة استند القضاء المصري في معاقبة المرتدين عن الإسلام، بالرغم من أن الدستور ينص على حرية العقيدة².

ثالثا: الفقه

الفقه لغة: هو الفهم والفتنة والعلم بالشيء³.

واصطلاحا: عرفه معجم القانون بأنه: "استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية"⁴، وعليه يكون الفقيه هو من يقوم باستنباط تلك الأحكام من مصادرها. وقد برز الفقه كمصدر للقانون عند الرومان حوالي 312 قبل الميلاد، لما حل الفقهاء محل الكهنة في معرفة القانون وتفسيره⁵، كانت بدايته عن طريق التعليم والتأليف والإفتاء، ثم تطور نحو إرشاد الأفراد إلى كيفية تحرير صيغ التصرفات القانونية وتوثيقها، تفاديا للوقوع في الأخطاء التي تبطل تلك التصرفات، ثم تطور نحو

أهداف تتضمن ما يأتي: - الممارسات الطائفية والجهوية والإقطاعية والمحسوية. - الممارسات المخالفة للخلق الإسلامي والهوية الوطنية وكذا قيم ثورة أول نوفمبر 1954 والمخلة برموز الجمهورية

1 - المجالات التي يخالف فيها التشريع الجزائري أحكاما لشريعة أكثر من أن تحصى، فهناك مثلا مجال التشريع الجنائي، ومجال المعاملات المالية ومجال السماح بالدعارة وتنظيمها ومجال التشريع الذي تعتبر فيه إرادة المة فوق إرادة الله... الى غير ذلك، باستثناء قانون الأسرة الذي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدره الثاني في المسائل التي لا يوجد بها نص

2 - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ص 47.

3 - الزبيدي: تاج العروس، ج 36، ص 456؛ - ابن منظور لسان العرب: ج 5، ص 2450.

4 - معجم القانون، ص 121.

5 - المرجع نفسه.



الاجتهاد في وضع مبادئ قانونية يمكن تطبيقها على ما يستجد من المسائل، استنادا إلى القواعد العرفية القديمة وتطويرها مع مراعاة الاعتبارات العلمية وقواعد العدالة، التي تقرب بين القانون والواقع، وظل الفقه زمنا طويلا مصدرا أساسيا للتشريع في القوانين اللاتينية الجرمانية حتى عصر تدوين القانون أين انتقلت السيادة من الفقه إلى التشريع، وانحسر دوره بشكل لافت بحيث بقي مصدرا تفسيريا للقاعدة القانونية من خلال شرح كلياته وعرض جزئياته، وانتقاد ما يستوجب النقد، والقيام بالدراسات المقارنة إلى غير ذلك¹، وكانت لجهود الفقه هذه نتائج تمثل أهمها في صياغة ووضع العديد من النظريات والمبادئ القانونية.

رابعاً: القضاء

يقصد بالقضاء: "مجموعة الأحكام غير المقننة، التي يستتبطها القاضي من ضمير الجماعة، وروح التشريع، ومبادئ العدالة، عندما تعوزه القواعد التشريعية أو العرفية التي تحكم المنازعة المعروضة أمامه"².

والأصل في وظيفة القضاء هو تطبيق القانون على ما يثار أمامه من نزاعات، لكن التطورات التي حصلت على مستوى تفسير مبدأ الفصل بين السلطات أحدثت تغييرا على هذه الوظيفة، فأصبح للقضاء دور إنشائي للقاعدة القانونية، إضافة إلى احتفاظه بدور التفسير والتوجيه، ذلك أن الأحكام القضائية النهائية الحائزة لحجية الشيء المقضي به، تعتبر قرينة قانونية قاطعة، على أن ما انتهى إليه الحكم، يعتبر صحيحا ومعبرا عن الحقيقة القانونية، كما يدل على سلامة الإجراءات التي اتبعت في إصداره³.

لكن ليست كل الأحكام مصدرا للقاعدة القانونية، ذلك أن الفقهاء فرقوا بين الأحكام القضائية ذات الطابع الشخصي والأحكام غير الشخصية، وبينوا أن الأحكام الشخصية مثل الأحكام المدنية المقصورة على طرفي الخصومة، لا تعتبر مصدرا

1 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 128.

2 - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ط2، 2009، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ص 77.

3 - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، دراسة مقارنة بالفقه الدستوري الفرنسي، ط2005، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 36.



للمشروعية، لكونها لا ترسي مبادئ عامة، ومثلها الأحكام غير الشخصية التي تكون تطبيقاً لقاعدة قانونية مكتوبة أو عرفية.

أما إن كانت أحكاماً قضائية غير شخصية كأحكام القضاء الدستوري والقضاء الإداري، التي تحتوي مبادئ عامة، وقواعد تساهم في البناء القانوني بالقدر الذي يلبي حاجات الأفراد في الحفاظ على حرياتهم، وحاجة الإدارة في الوفاء بالتزاماتها الوظيفية تجاه النظام العام، وتحقيق المرافق العامة، وإيجاد الحلول القانونية لما يواجهها من أزمات، فإن هذا النوع من الأحكام له حجية مطلقة، ويعتبر من مصادر المشروعية في نطاقه¹، وبناء على هذا فإن دور القضاء تجاه القانون يتمثل في:

1- الدور التفسيري للقانون:

وهو الدور التقليدي المقرون بتطبيق القانون.

2- الدور المنشئ للقانون:

وهو خلق القضاء للقواعد القانونية بالاجتهاد عند غياب النص أو العرف، ويبرز هذا الدور في القانون الإنجليزي عن طريق آلية السوابق القضائية، وفي القانون الفرنسي من خلال الدور الذي يلعبه القضاء في إنشاء القواعد الإدارية²، و منه المنظومة القانونية الجزائرية التي أخذت بالازدواج القانوني والقضائي بموجب دستور 1996.

3- دور حماية القاعدة القانونية:

وهو الدور الرقابي الذي تمارسه السلطة القضائية في إطار حماية المشروعية، وينصب عملها أساساً على مراقبة أعمال الإدارة التي تمثل دعوى الإلغاء أهم مظاهرها.

1 - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة

عليها، دراسة مقارنة بالفقه الدستوري الفرنسي، ط2005، دار النهضة العربية، القاهرة، ص37.

2 - ثروت بدوي: القانون الإداري، ط2008، دار النهضة العربية، القاهرة، ص97.



خامساً: المبادئ العامة للقانون

أ- مفهومها:

هي "مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستخلصها القضاء من واقع النظام القانوني في الدولة ويقرها في أحكامه"¹، أو هي "مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستتبطها القضاء من النظام القانوني للدولة، ويقرها في أحكامه في بلد معين وفي زمن معين"².

وهي من المصادر التكميلية للقانون التي أبدع فقهاء مجلس الدولة الفرنسي في وضعها تحت تأثير الضرورة، بعد انهيار الجمهورية الفرنسية الثالثة، سنة 1940 على يد الألمان، وانهارت معها النظم والمبادئ الدستورية بما فيها مبادئ الحريات العامة. ب- قيمتها القانونية:

اختلف الفقهاء بشأن القوة القانونية التي تتمتع بها المبادئ القانونية العامة على ثلاثة آراء.

الرأي الأول: المبادئ القانونية العامة تعادل القانون العادي

يعطي هذا الاتجاه المبادئ العامة للقانون قوة القانون العادي، وبالتالي يكون مصدرها يقوم بعمل تشريعي، وحسب هذا الرأي فإن المبادئ العامة للقانون أعلى درجة من اللوائح وتلزم الإدارة في التشريع الفرعي الذي تتولى القيام به³.

الرأي الثاني: المبادئ القانونية العامة في مرتبة أدنى من القانون

يرى أنصار هذا الرأي أن المبادئ العامة تحتل مرتبة وسطا بين القانون والقرارات الإدارية لأنها نتاج عمل القاضي الإداري، والقاضي لا يمكنه إجبار المشرع على تقنين قاعدة قضائية، بينما يمكنه إلزام الإدارة باحترام المبادئ العامة للقانون، وكل تصرف بخلافها يعتبر لاغيا⁴.

الرأي الثالث: المبادئ القانونية العامة تابعة لمرتبة مصدرها

1 - مجدي المتولي: المرجع السابق، ص 26.

2 - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ص 69.

3 - المرجع السابق، ص 73.

4 - رأفت فوده: المرجع السابق، ص 117، 118.



يرى هؤلاء أن المبادئ العامة للقانون تختلف درجة قوتها باختلاف المصدر الذي ترجع إليه، فإذا كانت مستمدة من الدستور كانت قيمتها القانونية مساوية لقوة الدستور، وإذا كانت مستمدة من القانون كانت قيمتها القانونية مساوية لقوة القانون العادي¹.

المطلب الثاني: المصادر الشرعية

تتنوع مصادر التشريع الإسلامي تبعا لحجيتها إلى مصادر أساسية، وأخرى غير أساسية، نبينها فيما يلي:

الفرع الأول: المصادر الأساسية

تتمثل المصادر الأساسية للتشريع الإسلامي، في تلك المتفق عليها من طرف علماء الأمة، ولم يذكر خلاف معتبر في حجية الاستدلال بها على الأحكام، نوردها في الآتي:

أولاً: القرآن الكريم

يمثل القرآن الكريم التشريع الأساسي، الذي ترجع إليه جميع الأحكام في المجتمع المسلم، نبين فيما يلي مفهومه، وخصائصه، ومنهجه في الدلالة على الأحكام.

أ- مفهوم القرآن الكريم

القرآن في اللغة من الجمع والضم، لأنه يجمع السور ويضمها، ويأتي بمعنى القراءة، كقول أحدهم قرأت الكتاب قراءة وقرآنا².

أما في الاصطلاح "هو كلام الله تعالى المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم بواسطة جبريل المدون بين دفتي المصحف المتعبد بتلاوته المتحدى بأقصر سورة منه المنقول إلينا بالتواتر"³.

1 - محمد أبو زيد محمد علي: المرجع السابق، ص73.

2 - عارف بن عوض الركابي: نسخ وتخصيص وتقييد السنة النبوية للقرآن الكريم دراسة نظرية تطبيقية، ط1، 2006، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص22.

3 - عباس شومان: سلسلة الدراسات الفقهية، مصادر التشريع الإسلامي، ط1، سنة 1420هـ، 2000 م، الدار الثقافية للنشر القاهرة، ص35.



ب- خصائص القرآن الكريم

يمتاز القرآن الكريم كمصدر للتشريع بجملة من الخصائص، منها ما هو مستخرج من التعريف السالف الذكر، مثل كونه كلام الله باللفظ والمعنى، وكونه الرسالة الخاتمة المنزلة على محمد صلى الله عليه وسلم، وكونه باللسان العربي، وكونه منقولاً إلينا بالتواتر¹، ومنها ما لم يشر إليه التعريف بشكل مباشر لكن استنبطه العلماء بطرق مختلفة، مثل مقارنته بغيره من مصادر التشريع في الأنظمة المختلفة، والتمعن في كيفية نزوله وطبيعة نصوصه، وتفادياً للتطويل نكتفي بالخصائص التالية:

1- نزوله منجماً حسب الوقائع والأحداث:

لم ينزل القرآن الكريم دفعة واحدة، وإنما نزل منجماً حسب الوقائع والأحداث على طول ثلاث وعشرين سنة، ابتداءً من نزول الآيات الأولى من الوحي، إلى أن أتم الله هذا الدين، والحكمة من ذلك ما ذكره العلماء، من أن الله سبحانه وتعالى بينها بنفسه في قوله تعالى: ﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْلَا نُزِّلَ عَلَيْهِ الْفُرْقَانُ جُمْلَةً وَاحِدَةً كَذَلِكَ لِنُثَبِّتَ بِهِ فُؤَادَكَ وَرَتَّلْنَاهُ تَرْتِيلاً﴾²، أي لنقوي به قلبك من خلال الاتصال بخالقك عن طريق الوحي بين الفينة والأخرى³، ومن الحكم الربانية في نزول القرآن منجماً تجسيد مبدأ التدرج في التشريع ليتجاوب مع وقائع الصحابة وأسئلتهم تلبية لحاجاتهم الاجتماعية المتجددة كل يوم، وتحريكا للمنطق التشريعي في عقولهم⁴، ورحمة بهم حتى لا يقعوا في الانتقال من الشيء إلى نقيضه دفعة واحدة، وهو الأمر الذي لا يألوه الإنسان بطبعه⁵، ويتضح ذلك جلياً من خلال التدرج في

1 - محمد سليمان عبد الله الأشقر: الواضح في أصول الفقه، ط2، 2004، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الفاهرة، ص79، 80.

2 - سورة الفرقان: الآية رقم (32).

3 - سامي زين العابدين حماد: موسوعة الإدارة في الإسلام، الجزء الأول مصادر التشريع ونظم الحكم والإدارة في الإسلام، دراسة مقارنة تطبيقية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، ط، 1988، دار العلم للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية، ص25.

4 - صبحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، ص12.

5 - عباس شومان: المرجع السابق، ص10؛ ويرجى للراغب في التفصيل مراجعة أمهات الكتب المتخصصة في علوم القرآن.



الدعوة إلى الإسلام، بداية من مرحلة الدعوة السرية ودعوة الأقربين، وانتهاء بالأمر بإعلان الدعوة وهو نفس المنهج في القتال و تحريم الخمر والربا¹.

2- اقتصاره على أمهات المسائل والمبادئ العامة:

يقصد بذلك أن القرآن يهدف أساساً إلى بيان أصول الدين والمعاني الجامعة للشريعة، حيث يجمع الأحكام الكثيرة في اللفظ اليسير، يقول الخضري بك: "تعريف القرآن بالأحكام، أكثره كلي لا جزئي، كما دل عليه الاستقراء"².

ويدل على مقصوده بأساليب متعددة فيوظف في ذلك المنطوق والمفهوم، والعموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، والإشارة والاقتضاء وغير ذلك من الأساليب التي يتناولها الأصوليون بمناسبة دلالة الألفاظ على الأحكام³.

3- آيات الأحكام محدودة:

حيث تعتبر آيات الأحكام الأساس الأول في التشريع الإسلامي، وعددها لا يزيد عن المائتين من بين مجموع آي القرآن، التي تزيد عن ستة آلاف آية، وأكثرها نزل بعد الهجرة إلى المدينة علاجاً للوقائع وإجابة على أسئلة المستفتين⁴.

ويبين عبد الوهاب خلاف أموراً تتعلق بآيات الأحكام، من حيث عددها، وأسلوبها، والحكمة من ذلك، فيما يلي:

1- كثير من تلك الآيات تبين الحكمة من التشريع مقرونة بالحكم، كما في قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ بَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَفْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ

1 - المرجع السابق، الصفحات من 10 إلى 15.

2 - محمد الخضري بك: أصول الفقه، ط6، 1969، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص 213.

3 - محمد سليمان عبد الله الأشقر: المرجع السابق، ص 80.

4 - عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، التشريع القضاء التنفيذ، ط2، 1985، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ص7



يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴿٢٠٠﴾¹، وفي ذلك إرشاد لمن يشرع، أن يبين للناس المصلحة التي يريد تحقيقها، والمضرة التي يريد دفعها².

2- أكثر هذه الآيات جاء مجملاً، والحكمة من ذلك أن تتسع لما يستجد من جزئيات في المستقبل، وعدم التضيق على الناس بنصوص جامدة³.

3- قلة عدد الآيات يرجع إلى قلة حاجات المسلمين في بداية الإسلام، تبعاً لقلّة معاملاتهم، وبساطة حياتهم التي كانت أقرب إلى البداوة، شرع الله لهم على قدر حاجتهم وما تقتضيه مصالحهم، وأتم ذلك بأصول عامة، تضمنت للشريعة السعة التي تتعاطى بها مع مقتضيات مصالح البشر مهما تغيرت حياتهم وأحوالهم، مثل أصول المصلحة، ورفع الحرج، وإرادة اليسر، وغيرها من الأصول التي أصبحت قواعد يبنى عليها التشريع، وفي هذا إرشاد كما يقول الشيخ خلاف إلى أن يكون التشريع على قدر الحاجة في المكان والزمان، تقريباً له من الواقع، واستغناء عن التشريع الافتراضي الممل بأصول عامة تساعد على استيعاب المستجدات⁴.

ج- دلالة القرآن الكريم على الأحكام:

يعتبر القرآن الكريم الأصل الأول في التشريع الإسلامي، الذي بين أسس النظام ومعالمه إجمالاً، سواء في العبادات والمعاملات، وتناول استثناء من القاعدة بعض الأحكام لأهميتها بالتفصيل، كما في المواريث و الحدود، والمحارم، ويعتبر الإجمال مزية عظيمة تمكّن من تطبيق النص بصور مختلفة، تبعاً لتغير المصالح بتغير الزمان والمكان⁵، يقول صبحي الصالح: "جزم فقهاء الإسلام في كل زمان ومكان، بأنه يفيد القطع من ناحية ثبوته ووجوب العمل به، وحكموا بكفر من أنكره كله أو بعضه، فهو عند جميع الفرق والمذاهب المصدر النقلي الأساسي الأول في جميع القضايا والأحكام، غير أنه من ناحية دلالاته على تلك الأحكام، قد يكون لفظه نصاً لا

1 - سورة البقرة: الآية (220).

2 - عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 8

3 - المرجع السابق، ص 9.

4 - عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 10.

5 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 226.



يحتمل إلا معنى واحدا فهو حينئذ قطعي في إفادة العلم بالشيء، وقد يكون لفظه محتملا عدة معان، فالمعنى الذي يفيد في تلك الحال ظني غير مقطوع به، وهو محل اجتهاد المجتهدين الذين وفقهم الله في كتابه المبين¹

وبناء على هذا فالقرآن الكريم تتنوع نصوصه، من حيث طريقة دلالتها على الأحكام، إلى ما هو قطعي في دلالاته لا يحتمل إلا معنى واحدا، مثل قوله تعالى: ﴿مَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ

أَيَّامٍ آخَرَ﴾²، وهي السمة الغالبة على النصوص المتعلقة بأحكام العقيدة، وقدر

من النصوص المتعلقة بالعبادات والمعاملات، ومنها ما هو ظني في دلالاته محتمل لعدة معان، وهو الغالب في مجال العبادات والمعاملات، يأتي الاجتهاد ليبين المراد منه، في مقدمة المجتهدين رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صحابته الذين تعلموا على يده بعده.

ثانيا: السنة النبوية

لما كان القرآن قد نزل منجما، ومقتصرا في آيات التشريع على عدد محدود، تناول فيه أمهات المسائل والمبادئ العامة، كان من الضروري اعتماد السنة النبوية إلى جانب القرآن الكريم³

وسنوجز أهم ما يعرف القارئ بالسنة النبوية فيما يلي:

أ- نتعرض لمفهوم مصطلح السنة في اللغة أولا، ثم في الاصطلاح على النحو الآتي:
السنة في اللغة:

يطلق لفظ السنة لغة ويراد به معان، منها؛ الطريقة، سواء كانت حسنة أو سيئة، بهذا المعنى ورد قوله صلى الله عليه وسلم «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة، لا ينقص ذلك من أجورهم شيئا، ومن سن سنة سيئة فعليه

1 - صبحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، ط1، 1975، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ص16.

2 - سورة البقرة: الآية (184).

3 - سليمان الطماوي: المرجع السابق، ص149.



وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة»¹. وقوله صلى الله عليه وسلم: «لتتبعن سنن من كان قبلكم شبرا بشبر وذراعا بذراع حتى لو دخلوا جحر ضب لدخلتموه»². ومنها العادة المتبعة، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا مَنَعَ النَّاسَ أَنْ يُؤْمِنُوا إِذْ جَاءَهُمُ الْهُدَىٰ وَيَسْتَغْفِرُوا رَبَّهُمْ إِلَّا أَنْ تَأْتِيَهُمْ سُنَّةٌ الْأَوَّلِينَ أَوْ يَأْتِيَهُمُ الْعَذَابُ فُبُلًّا

﴿٥٤﴾³.

السنة في الاصطلاح:

بما أننا في باب التشريع، نكتفي بالتعريف الذي يناسب المقام، وهو تعريف أهل الأصول، الذي يبين مدلول السنة بأنها: "كل ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم، من قول أو فعل أو تقرير، مما يصلح أن يكون دليلا شرعيا"⁴.

ب- حجية السنة:

السنة هي وحي، أو اجتهاد من النبي صلى الله عليه وسلم، والمصدر الثاني من مصادر التشريع، أوجب الله اتباعها بالكتاب والسنة والإجماع.

1- حجيتها من الكتاب:

يشهد لحجية السنة من القرآن الكريم نصوص عديدة، نذكر منها قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَا بِكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾⁵ وقوله تعالى: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ

1 - أخرجه مسلم في صحيحه.

2 - متفق عليه.

3 - سورة الكهف: الآية رقم (54).

4 - تعريف أهل الأصول مغاير لمدلولها الفقهاء وأهل الحديث، حيث يعرف الفقهاء السنة بأنها مقابل الفرض وهي ما يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه مثل النوافل وسائر المستحبات، ويعرفها المحدثون بأنها كل ما أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خلقية أو خلقية أو سيرة سواء كان ذلك قبل البعثة أبعدها، وبهذا يعتبر تعريف المحدثين أوسع تعاريف السن النبوية بينما الأصوليين يأخذون من ذلك ما يستعمل في الوصول إلى حكم الشرع؛ عارف بن عوض الركابي: المرجع السابق، ص25.

5 - سورة الحشر: الآية (07).



تَوَلَّيْ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَمِيظًا ﴿٧١﴾¹، وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِيهِمْ حَرَجًا مِّمَّا فَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾².

2- حجيتها من السنة:

وردت من السنة أحاديث كثيرة، تشهد لحجيتها، نذكر منها قوله صلى الله عليه وسلم: «ألا إني أوتيت الكتاب ومثله معه، ألا يوشك رجل شبعان على أريكته يقول: عليكم بهذا القرآن فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه وما وجدتم فيه من حرام فحرموه»³، وقوله صلى الله عليه وسلم: «دعوني ما تركتكم، فإنما أهلك من كان قبلكم كثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»⁴.

3- حجيتها من الإجماع:

لقد أجمعت الأمة سلفاً وخلفاً على أن سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم حجة⁵، لارتباط ذلك بمقتضى الإيمان برسالته، قال الشافعي: "لم أسمع أحداً نسبه للناس، أو نسب نفسه إلى علم، يخالف في أن فرض الله عز وجل اتباع أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم والتسليم لحكمه، لأن الله عز وجل لم يجعل لأحد بعده إلا اتباعه، وأنه لا يلزم قول بكل حال إلا بكتاب الله أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأن ما سواهما تبع لهما وأن فرض الله علينا وعلى من بعدنا وقبلنا في قبول الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واحد"⁶.

1 - سورة النساء: الآية (79).

2 - سورة النساء: الآية (64).

3 - أخرجه أبو داود كتاب السنة، باب لزوم السنة رقم 4604.

4 - أخرجه البخاري، كتاب الاعتصام، باب الاقتداء بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

5 - محمد الخضري بك: المرجع السابق، ص 238.

6 - الشافعي: الأم، كتاب جماع العلم، ط 1990، دار المعرفة بيروت لبنان، ج 7، ص 287.



ج- مكانة السنة من القرآن الكريم:

السنة من حيث هي مصدر للتشريع تتحدد علاقتها بالقرآن الكريم في أربعة أنواع

هي:

1- سنة موافقة ومؤكدة لما في القرآن الكريم:

دون أن تزيد عليه تفصيلاً، وهي كثير جداً، ومن أمثلتها قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»¹، فهو حديث مؤكد لمضمون قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝﴾².
ومنه قوله صلى الله عليه وسلم «اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمات الله»³. فهو مؤكد لمضمون قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَبِمَا كَرِهْتُمُوهُنَّ فَبِعَاسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۝﴾⁴.

2 - السنة مبينة للقرآن:

في القرآن الكريم نصوص كثيرة، وبأساليب مختلفة تحتاج إلى تفسير وإيضاح، وقد تكفل الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك امتثالاً لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ ۝﴾⁵ ومن هذه الزاوية تكون السنة السنة إما بياناً لمجمل، أو تخصيصاً لعام، أو تقييداً لمطلق⁶. فمن بيان المجمل قوله

1- رواه أحمد : المسند، 5، ص 72.

2 - سورة النساء: الآية (29).

3 - أخرجه مسلم (1218)، وابن ماجه (3074) ، وأبو داود (1905) واللفظ له، والنسائي (656).

4 - سورة النساء: الآية (19).

5 - سورة النحل : الآية (44).

6 - محمد ناصر الدين الألباني: منزلة السنة في الإسلام وبيان أنه لا يستغنى عنها بالقرآن، ط4، 1984، الدار

الدار السلفية، الكويت، ص7.



صلى الله عليه وسلم: «صلوا كما رأيتموني أصلي»¹ في بيان الصلاة، وقوله صلى الله عليه وسلم: «خذوا عني مناسككم»² في بيان مناسك الحج³.
ومن تخصيص العموم، نهيه صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، تخصيصاً للعموم الوارد في قوله تعالى بعد ذكر المحرمات: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ﴾⁴ إلى قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾⁴.

ومن تقييد المطلق، بيان السنة أن الحج واجب مرة في العمر، تقييداً للإطلاق الوارد في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حَجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾⁵، بعد ما سأله بعض الصحابة بقوله: «أفي كل عام يا رسول الله؟»⁶.

3 - سنة معارضة لما في القرآن

وقع خلاف بين العلماء حول السنة المتواترة التي تأتي معارضة للقرآن، هل تكون ناسخة له أم لا؟ مثال ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «لَا وَصِيَّةَ لِي وَارِثٍ»⁷، الذي يعارض قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ

1 - أخرجه البخاري وغيره.

2 - رَوَاهُ أَحْمَدُ وَمُسْلِمٌ وَالنَّسَائِيُّ.

3 - علي بن محمد الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ط1، 2003، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، ج1، ص257.

4 - سورة النساء: الآيتان (23،24).

5 - سورة آل عمران: الآية (97).

6 - الحديث: (أيها الناس قد فرض عليكم الحج فحجوا، فقام رجل يدعى الأقرع بن حابس فقال: أفي كل عام يا رسول الله؟ قال: لو قلتها لوجب، ولو وجبت لم تعملوا بها ولم تستطيعوا، الحج مرة، فمن زاد فهو تطوع) رواه ابو داود والنسائي وأحمد.

7 - صحيح البخاري: كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث.



تَرَكَ خَيْرًا لِّلْوَصِيَّةِ لِّلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالمَعْرُوفِ حَفًّا عَلَى المَتَّفِينِ ﴿١٧٦﴾¹.

ذهب جمع من العلماء إلى منع ذلك، وهو قول الشافعي، وإحدى الروايتين عن أحمد، الذي قال: "لا ينسخ القرآن إلا قرآن يجيء بعده"²، واستدل هؤلاء بقوله تعالى: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾³، والسنة لا تكون خيرا من القرآن ولا مثله، وأجابوا على الآية السالفة الذكر بأنها منسوخة بآية المواريث، والحديث يعتبر تأكيدا لذلك⁴.

وذهب فريق آخر إلى القول بجواز وقوع نسخ القرآن بالسنة المتواترة⁵، وهو رأي رأي جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، ورواية عن الإمام أحمد وكثير من الحنابلة⁶، يقول الشنقيطي في مذكرة أصول الفقه: "التحقيق جواز نسخ القرآن بالسنة المتواترة ووقوعه، ومثاله نسخ آية خمس رضعات بالسنة المتواترة، ونسخ سورة الخلع، وسورة الحفد، بالسنة المتواترة"⁷، وأجابوا عن استدلال المانعين بقوله تعالى: ﴿مَا

1 - سورة البقرة: الآية (179).

2 - محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي: مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ص101.

3 - سورة البقرة: الآية (105).

4 - محمد سليمان عبد الله الأشقر: المرجع السابق، ص96.

5 - احترازاً من النسخ بخبر الأحاد الذي يذهب إليه ابن حزم بقوله "وسواء عندنا السنة المنقولة بالتواتر والسنة المنقولة بأخبار الأحاد، كل ذلك ينسخ بعضه بعضاً وينسخ الآيات من القرآن وينسخه الآيات من القرآن، وبرهان ذلك ما بيناه في باب الخبر من هذا الكتاب من وجوب الطاعة لما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم كوجوب الطاعة لما جاء في القرآن ولا فرق، وأن كل ذلك من عند الله بقوله تعالى (وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى)، فإذا كان كلامه وحي من عند الله عز وجل، والقرآن وحي فنسخ الوحي بالوحي جائز لأن كل ذلك سواء في أنه وحي". انظر كتاب الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم المتوفى سنة 456هـ هجرية، ط4، منشورات دار الآفاق، بيروت لبنان، ج4، ص107.

6 - عارف بن عوض الركابي: المرجع السابق، ص 130

7 - محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي: مذكرة أصول الفقه، ص101.



تَنْسَخُ مِنْ - آيَةٍ أَوْ نُنْسِهَا نَاتٍ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا¹؛ بأن كلا من النسخ والمنسوخ من عند الله تعالى، وهو وحده القادر على النسخ، كما بين في قوله تعالى: ﴿... قَالَ الَّذِينَ لَا يَرْجُونَ لِقَاءَنَا آيَاتِ بِفَرْءٍ غَيْرِ هَذَا أَوْ بَدَّلَهُ فَلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أَبَدِّلَهُ مِنْ تَلْفَاءٍ نَفْسِي إِنْ أَتَّبَعُ إِلَّا مَا يُوَجِّئُ إِلَيَّ إِنِّي أَخَافُ إِنْ عَصَيْتُ رَبِّي عَذَابٌ يَوْمٍ عَظِيمٍ ﴿١٥﴾﴾²، ولكن هذا النسخ يظهر على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم، كما أجابوا بأن المقصود من قوله تعالى: ﴿نَاتٍ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا﴾ نأتي بعمل خير من العمل الذي دلت عليه الأولى، منفعة وتخفيفاً ورحمة³.

4- السنة المستقلة:

هي ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، فيه بيان لحكم حادثة، أو جواب عن مسألة، قال الشوكاني في إرشاد الفحول: "اعلم أنه قد اتفق من يُعتد به من أهل العلم، أن السنة المطهرة مستقلة بتشريع الأحكام، وأنها كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام، وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أَلَا إِنِّي أُوتِيتُ الْقُرْآنَ وَمِثْلَهُ مَعَهُ»⁴ أي أُوتِيتُ الْقُرْآنَ، ومثله من السنة التي لم ينطق بها القرآن⁵، ومن أمثلة ذلك؛ تحريم الحمر الأهلية، وكل ذي ناب من السباع، أو مخلب من الطير، وفرض زكاة الفطر، والنهي عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، إلى

1 - سورة البقرة: الآية (105).

2- سورة يونس: الآية (15).

3 - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (242 - 310هـ): تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق محمود محمد شاكر، ط2، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ج2، ص481.

4 - هو مقطع من حديث تمامه: « أَلَا إِنِّي أُوتِيتُ الْكِتَابَ وَمِثْلَهُ مَعَهُ، أَلَا إِنِّي أُوتِيتُ الْقُرْآنَ وَمِثْلَهُ مَعَهُ، أَلَا يُوشِكُ رَجُلٌ يَنْتَشِي شُبْعَانًا عَلَى أَرِيكْتِهِ يَقُولُ: عَلَيْكُمْ بِالْقُرْآنِ، فَمَا وَجَدْتُمْ فِيهِ مِنْ حَلَالٍ فَأَجْلُوهُ، وَمَا وَجَدْتُمْ فِيهِ مِنْ حَرَامٍ فَحَرِّمُوهُ، أَلَا لَا يَجِلُّ لَكُمْ لَحْمُ الْحِمَارِ الْأَهْلِيِّ، وَلَا كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ، أَلَا وَلَا لُقْطَةٌ مِنْ مَالٍ مُعَاهَدٍ إِلَّا أَنْ يَسْتَعْنِيَ عَنْهَا صَاحِبُهَا، وَمَنْ نَزَلَ بِقَوْمٍ، فَعَلَيْهِمْ أَنْ يَفْرُوهُمْ، فَإِنْ لَمْ يَفْرُوهُمْ، فَلَهُمْ أَنْ يُعْبُوهُمْ بِمِثْلِ قَرَاهُمْ » صحيح رواه أحمد في المسند (28 / 410) (17173) وأبو داود في سننه (4 / 200) (4604) وغيرهما.

5 - محمد بن علي الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط1، 2000، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، ج1، ص187.



غير ذلك من الأمثلة التي يتعذر حصرها، ولكن هذا التشريع للأحكام باستقلالية يرجع إلى الأصول العامة في القرآن الكريم، بمعنى أنه ليس استقلالاً كلياً، يقول "صبحي الصالح": "ويلاحظ أحياناً أن السنة قد تثبت أحكاماً لم يعرض لها القرآن بنفي ولا إثبات، وإن وردت فيه جميع أصولها الأولى، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِيناً لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾¹، وقوله تعالى: ﴿إِلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيناً﴾²، فما تثبته السنة حينئذ من الأحكام لا بد أن يكون أصله في كتاب الله³.

الفرع الثاني: المصادر التبعية

من مصادر التشريع الإسلامي، الإجماع والقياس، وهما مصدران مكملان للمصادر الأساسية، يعبران عن دور الأمة في الاجتهاد للوصول إلى الحكم الشرعي في ضوء الكتاب والسنة، نبين أساسيات ما تعلق بهما من أحكام فيما يلي:

أولاً: الإجماع

أهم مسائل الإجماع مفهومه وحجتيه، نبينهما في الآتي:

أ - مفهوم الإجماع:

يطلق الإجماع في اللغة على معان، منها العزم، قال تعالى: ﴿بِأَجْمَعٍ وَأَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ﴾⁴، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل»⁵، ومنها الاتفاق يقال أجمعوا على كذا إذا اتفقوا عليه⁶.

1 - سورة النحل: الآية (89).

2 - سورة المائدة: الآية (03).

3 - صبحي الصالح: معالم الشريعة الإسلامية، ص17.

4 - سورة يونس: الآية (71).

5 - أخرجه الترمذي وأبو داود والنسائي من حديث حفصة بنت عمر رضي الله عنها.

6 - محمد بن علي الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ج1، ص348.



أما في الاصطلاح فقد وضعت له عدة تعريفات منها: "اتفاق مجتهدى أمة محمد صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته، في حادثة على أمر من الأمور، في عصر من الأعصار"¹.

ومنها أنه: "اتفاق مجتهدى أمة محمد صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته، في عصر من الأعصار، على أمر من الأمور"².

ومنها: "اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم، في عصر من العصور، من بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور الشرعية"³.

وقد اختلفت صيغ التعريف في مصادر الأصول، مع اتفاقها في العناصر التي تخرج بها محترزات التعريف، حيث يخرج باتفاق المجتهدين رأي الواحد، فلا يقال عنه إجماع؛ لأن الاتفاق يقتضى مشاركة أكثر من واحد⁴، ويخرج به أيضا اتفاق بعض المجتهدين لأن العصمة لكل لا للبعض، ولا تضر مخالفة الواحد والاثنين⁵، ويخرج به به اتفاق العوام إذ لا عبرة باتفاقهم ولا خلافهم⁶، ويقصد بالمجتهدين أهل الحل والعقد من العلماء.

ويخرج بكونهم "من أمة محمد صلى الله عليه وسلم" المجتهدون من غير المسلمين، فلا يعتبر إجماعهم، و"بعد وفاته" قيد يخرج به الإجماع في عصره صلى الله عليه وسلم فإنه لا اعتبار له، ويخرج بقيد "في حادثة" الإجماع على الحكم الثابت بالنص والعمل به⁷؛ لأن دليل المشروعية حينئذ يكون الدليل، ولا يكون الإجماع إلا معضدا للنص ومؤكدا له⁸.

1 - الزركشي [745-794هـ]: البحر المحيط في أصول الفقه، ط2، 1992م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، ج4، ص436.

2 - الشوكاني: المرجع السابق، ج1، ص348.

3 - عباس شومان: مصادر التشريع الإسلامي، ص63.

4 - المرجع نفسه.

5 - الشنقيطي: المرجع السابق، ص182.

6 - الشوكاني: المرجع السابق، ج1، ص348.

7 - الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، ج4، ص436.

8 - الأمدي: الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص266.



وخرج بقيد: "في عصر من الأعصار" اتفاق المجتهدين في جميع العصور، لأن ذلك مستحيل، ويخرج به قول الظاهرية أن الإجماع المعتبر هو إجماع الصحابة فقط¹، والمراد بالعصر من كان أهلاً للاجتهد وقت وقوع الحادثة وظهور الكلام فيها².

ب - حجية الإجماع:

اتفق أكثر المسلمين على أن الإجماع مصدر من مصادر التشريع، وحجة يجب العمل بها على كل مسلم، واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة، فمن الكتاب قال تعالى: ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۖ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ۝ ﴾³ ووجه الاستدلال أن الإجماع سبيل المؤمنين، ومن يخالفه يستحق الوعيد الوارد في الآية، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «من فارق الجماعة مات ميتة جاهلية»، و ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب الناس بالجابية من الشام فقال: "إن رسول الله قام فينا كمقامي فيكم فقال: أكرموا أصحابي ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، ثم يظهر الكذب، حتى إن الرجل ليحلف ولا يستحلف، ويشهد ولا يستشهد، ألا فمن سره بحبوة الجنة فليلزم الجماعة، فإن الشيطان مع الفذ وهو من الاثنين أبعد"⁴ وهناك أحاديث كثيرة تحض على لزوم الجماعة ونبذ الشذوذ عنها، ليس هذا محل التطويل فيها.

ويعتبر الإجماع تأكيداً لمبدأ سيادة الأمة الموحدة، لأنه يجسد الشورى في أرقى صورها، وأول سابقة تاريخية لهذا المصدر كانت يوم السقيفة فور وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، ولم تتم إلا بعد أخذ ورد وصل إلى حد التخاصم والشجار، انتهى في الأخير إلى الإجماع على اختيار حاكم يتولى شؤون الأمة نيابة عنها، ومن هنا نتبين

1 - الشنقيطي: المذكرة في أصول الفقه، ص 184.

2 - المرجع نفسه.

3 - سورة النساء: الآية (114).

4 - سنن الترمذي: ما جاء في لزوم الجماعة.



كون الإجماع شورى في ميدان التشريع¹، ولم يخالف في هذا إلا الإمامية الذين يعتدون بقول الإمام دون الأمة²، وكان النظام³ أول من قال برد الإجماع ثم تبعه الرافضة.

كما يعتبر الإجماع نقطة القوة في الأمة ومن خصائصها، لأنه يجعلها معصومة من الخطأ، ولذلك ألزمت بالشورى كوسيلة لتحقيقه، يأثم بتركها الحاكم إن استأثر برأيه، وتأنم الأمة إن تخلت عن واجب إبداء رأيها والسعي من أجل ذلك، وتعبير الفقه الدستوري الحديث لا يمكن للأمة أن تفوض سلطتها في الإجماع للسلطة التنفيذية.

ثانياً: القياس

هو المصدر الرابع من مصادر التشريع، نتناول في هذا المقام مفهومه، ثم حجيته.

أ - مفهومه: يتحدد مفهوم القياس من خلال المعنى اللغوي والاصطلاحي على النحو الآتي:

1- **تعريفه لغة:** هو التقدير والمساواة، يقال قاس الشيء بغيره بمعنى قدره على مثله⁴، وفلان لا يقاس بفلان بمعنى لا يساويه.

2- تعريفه اصطلاحاً:

يعرفه الأصوليون تعريفات عديدة ، تدور كلها حول دلالة واحدة، هي إعطاء حكم لمسألة فرعية، إلحاقاً لها بحكم مسألة أصلية سابقة عليها، بجامع علة مشتركة، نذكر منها ما يلي:

1- "حمل معلوم على معلوم، في إثبات حكم لهما، أو نفيه عنهما، بأمر جامع بينهما، من حكم أو صفة، أو نفيهما عنهما"⁵

1 - توفيق الشاوي: المرجع السابق، ص 620.

2 - الزركشي : البحر المحيط في أصول الفقه، ج4، ص 440.

3 - هو إبراهيم بن سيار أبو إسحاق، شيخ النظامية من المعتزلة، توفي سنة بضع وعشرين وائتين (البرهان في أصول الفقه، الجويني، طبعة قطر المحققة في جزئين، ط1، 1399هجرية، ص675).

4 - الزبيدي: تاج العروس، ط المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، 2004، ج16، ص416.

5 - الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص840.



هذا التعريف نسبه الآمدي إلى القاضي الباقلاني، وأكثر الحنابلة، ويشتمل على أربعة قيود هي:

القيد الأول: "حمل معلوم على معلوم"

معنى الحمل مشاركة أحد المعلومين للآخر في حكمه، وفائدة توظيف مصطلح المعلوم ليشمل الموجود والمعدوم، والنفي والإثبات¹، ولو قال: حمل فرع على أصل، لانصرف إلى الموجود فقط²، وقال حمل معلوم على معلوم؛ لأن القياس يستدعي المقايسة، وذلك لا يكون إلا بين شيئين³.

القيد الثاني: "في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما"

قيد فسر به الإجمال في القيد السابق، وقصد به التشريك في حكم الأصل، الذي قد يكون إثباتاً أو نفيًا⁴.

القيد الثالث: "بناء على جامع بينهما"

ذكره لأن القياس لا يتم إلا بالجامع بين الأصل والفرع، وإلا كان تحكماً وبعداً عن القياس وحمل من غير دليل⁵.

القيد الرابع: "من إثبات حكم أو صفة لهما أو نفيه عنهما"

ذكره لأن الجامع بين الأصل والفرع قد يكون حكماً شرعياً مثل القول في تحريم بيع الكلب نجس، وقد يكون وصفاً مثل القول في النبيذ مسكر وقد يكون نفيًا أو إثباتًا⁶.

2- "مساواة فرع لأصل في علة الحكم، أو زيادته عليه في المعنى المعترف في الحكم"⁷

1 - الجويني: البرهان في أصول الفقه، ط1، 1399هجريّة، تحقيق عبد العظيم الديب، كلية الشريعة، جامعة قطر، ج2، ص746.

2 - الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص232.

3 - المصدر نفسه.

4 - المصدر نفسه.

5 - الجويني: المصدر السابق، ص746.

6 - الآمدي: المصدر السابق.

7 - الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، ج5، ص7.



هو تعريف ذكره الزركشي في البحر المحيط، ونسبه إلى المحققين، ثم علله بقوله: "وذلك لأنه من أدلة الأحكام، فلا بد من حكم مطلوب به، ولا بد له من محل يقوم به وهو الفرع، وذلك لثبوته في محل آخر وهو الأصل، ولا يمكن ذلك بين كل شيئين، بل إذا كان بينهما أمر يوجب الاشتراك في الحكم، وهو المراد بالمساواة في نفس الأمر"، وقد ركز في هذا التعريف على تجلية أركان القياس المتمثلة في: الأصل، وحكم الأصل، والفرع، والعلة¹.

وهناك تعريفات كثيرة، ونقاشات حادة في المطولات من مصادر الأصول، تدور حول الدقة في التعبير عن نفس القيود.

ب - حجية القياس

يعتبر القياس حجة ومصدراً للأحكام الشرعية، ذهب إلى ذلك الجمهور من الصحابة والتابعين والفقهاء والمتكلمين، وشهدت لذلك أدلة كثيرة: منها قوله تعالى: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾² والاعتبار أن يعقل الإنسان الشيء فيعقل مثله³، لأن الآية تقص ما أنزل الله تعالى بيهود بني النضير، من إخراجهم من بيوتهم وإجلائهم عن المدينة، بسبب نقضهم للعهد والمواثيق التي كانت بينهم وبين المسلمين، وبعد ذلك جاء الأمر لأولي الأبصار، أن يعتبروا ويتعظوا بحال هؤلاء، حتى لا يرتكبوا مثل ما ارتكبوا، وإلا استحقوا ما حل بهم من عذاب وتكليف لأنهم حينئذ مثلهم، وما جرى على المثل يجري على مثيله، وهذا هو معنى القياس⁴، قال الرازي: "وجه الاستدلال أن الاعتبار مشتق من العبور وهو المرور يقال عبرت عليه وعبرت النهر. .. والقياس عبور من حكم الأصل إلى حكم الفرع فكان داخلاً تحت الأمر"⁵

1- أنظر ماهية الأصل وشروطه في كتاب لباب المحصول في علم الأصول، لابن رشيقي المالكي [ت 632 هـ]، ط1، 2001، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ج2، ص663، وقد ذكر بعد ذلك كل ركن وشروطه مع المناقشة المستفيضة فليرجع إليها من أراد التفاصيل.

2 - سورة الحشر: الآية (02)

3 - الزركشي: البحر المحيط، ج5، ص22.

4 - طارق عبد الموجود الزمر: أهداف ومجالات السلطة وأثرها على الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 2005 م، ص207.

5 - فخر الدين الرازي [544 - 606هـ]: المحصول في علم أصول الفقه، ط مؤسسة الرسالة، ج5، ص26.



واستدل الشافعي بقوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِّثْلَ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَعْبَرَةَ طَعَامٍ مَسْكِينٍ أَوْ عَدْلَ ذَلِكَ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ عَنِ اللَّهِ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَفِمُ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو بِنْتِقَامٍ ﴿٧٧﴾¹ فقال هذا تمثيل الشيء بعدله²، وأوكل ذلك إلى الرأي والاجتهاد من قبل خبراء عدول.

أما من السنة فقد استعمل النبي صلى الله عليه وسلم القياس في العديد من المسائل، كقوله لمن سألت عن قضاء دين العباداة عن أمها: «أَرَأَيْتِ لَوْ كَانَ عَلَيْهَا دِينَ أَكُنْتُ تَقْضِيهِ، قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: فَدَيْنَ اللَّهِ أَحَقُّ بِالْقَضَاءِ»³، وقوله لمن سأله عن الأجر في قضاء الوطر من الزوجة: «أَرَأَيْتِ إِنْ وَضَعَهَا فِي الْحَرَامِ أَكَانَ عَلَيْهِ فِيهَا وَزُرٌّ؟ فَكَذَلِكَ إِذَا وَضَعَهَا فِي الْحَلَالِ كَانَ لَهُ فِيهَا أَجْرٌ»⁴، ومن ذلك إقراره لمعاذ رضي الله عنه على استعمال الرأي، في المسائل التي لم يجد فيها نصاً من كتاب الله، أو سنة رسوله، والقياس ضرب من الرأي⁵، والأمثلة كثيرة في السنة لا يسع المجال لحصرها.

ومن الإجماع؛ فقد اتفق الصحابة، وبعدهم جمهور الأمة، على حجية القياس في الأحكام الاجتهادية، قال "ابن رشيقي المالكي" في لباب المحصول: "إن الصحابة رضي الله عنهم حكموا وأفتوا، مستندين إلى الأقيسة الظنية في وقائع يفوق الحصر عددها، وهم وإن اختلفوا في آحاد أحكام الوقائع بالنفي والإثبات والتفصيل، فما نُقل عن أحد منهم رد الحكم بالاجتهاد والقياس، ولا الإنكار على من حكم به..."⁶، ولم

1 - سورة المائدة: الآية (97).

2 - الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، 851، 852.

3 - أخرجه مسلم في الصحيح، من حديث عائشة رضي الله عنها، ط1، 1929م، المطبعة المصرية بالأزهر، ج8، ص23، 24.

4 - مسند الإمام أحمد، وصحيح ابن حبان، من حديث جندب بن عبد الله.

5 - محمد سليمان الأشقر: الواضح في أصول الفقه للمبتدئين، ص240.

6 - ابن رشيقي: لباب المحصول في علم الأصول، ج2، ص649.



ينكر حجية العمل بالقياس إلا أهل الظاهر، ومن وافقهم الرأي كالنظام من المعتزلة¹. ولأهميته قال عنه "الجويني" في البرهان: "هو مناط الاجتهاد وأصل الرأي، ومنه يتشعب الفقه وأساليب الشريعة، وهو المفضي إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع، مع انتفاء الغاية والنهاية، فإن نصوص الكتاب محصورة، ومواقع الإجماع معدودة مأثورة، فما ينقل منها تواترا فهو المستند إلى القطع وهو معوز قليل، وما ينقله الآحاد عن علماء الأعصار ينزل منزلة أخبار الآحاد وهي على الجملة متناهية، ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لانهاية لها، والرأي المبتوت المقطوع به عندنا أنه لا تخلو واقعة من حكم الله تعالى متلقى من قاعدة الشرع والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال، فهو إذن أحق الأصول باعتماد الطالب، ومن عرف مأخذه وتقاسيمه، و صحح و فاسده، وما يصح من الاعتراضات عليها وما يفسد منها، وأحاط بمراتبه جلاء وخفاء، وعرف مجاريها ومواقعها، فقد احتوى على مجامع الفقه"².

الفرع الثالث: المصادر المختلف فيها

بعد أن تناولنا مصادر التشريع المنفق عليها وقسمناها إلى مصادر أصلية ومصادر تبعية، ننتهي إلى المصادر المختلف فيها ومدى أهميتها في المشروعية الإسلامية، بإيجاز يتناسب والدراسة التمهيدية، وأهمها ثمانية أصول نذكرها في الآتي:

أولاً: الاستحسان

هو لغة من الحسن بمعنى عد الشيء حسنا، أو طلب ما هو أحسن، والحسن ما يعمل به الإنسان ويهواه من الصور والمعاني، أما في الاصطلاح فقد اختلفت عبارات الأصوليين في تعريفه، منها أنه: "العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه"³، أو هو "العمل بأقوى الدليلين" كما أثر عن الإمام مالك، وعرفه الأحناف بأنه: "

1 - الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص847.

2 - الجويني: المصدر السابق، ص743.

3 - علال الفاسي: مقاصد الشريعة ومكارمها، ص137.



دليل ينقدح في نفس المجتهد، لا يقدر على إظهاره، لعدم مساعدة العبارة عنه¹، و من تعاريفه: "العدول بحكم المسألة عن حكم نظائرها؛ لدليل شرعي خاص بتلك المسألة"²، ناقش "البرديسي" جملة التعاريف المختلفة، وبين عدم دقتها، وانتهى بموجب ذلك إلى تعريف يراه جامعاً، وهو: "عدول المجتهد عن قياس جلي إلى قياس خفي، أو عدول المجتهد عن حكم كلي إلى حكم استثنائي، لدليل انقدح في عقله، رجح لديه هذا العدول"³.

اختلف العلماء قديماً في الأخذ به، فرفضه الشافعي رفضاً قاطعاً حتى قال: "من استحسّن فقد شرع"⁴، ووافق على ذلك الظاهرية والمعتزلة والشيعة⁵، وأجازته الحنفية والحنابلة والمالكية، ورأوا ذلك ضرورياً لترجيح المصالح، فقد روى ابن القاسم عن مالك قوله: "الاستحسان تسعة أعشار العلم"⁶، واستدلوا عليه بالقرآن والسنة⁷، ويعتبر المحققون أن الاختلاف لفظي فقط، وإلا فالجميع متفق على الاستحسان الأصولي، وبيان ذلك أنّ كلام العلماء في الاستحسان لا يخرج عن أحد معنيين:

الأول: الاستحسان بمعنى، ما يستحسنه الإنسان بعقله، أو تشتهيه نفسه، من غير مستند شرعي معتبر؛ وهذا باطل بالإجماع.

والثاني: الاستحسان الأصولي، المبني على مستند معتبر من الشرع؛ فهذا الذي يعنيه العلماء عند التعليل به⁸، وقد نصّ غير واحد من العلماء على أنّ هذا مما لا ينكره

1 - الأمدى: الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص192.

2 - سعد بن مطر العتيبي: أسس السياسة الشرعية³، الاستحسان، الموقع الإلكتروني صيد الفوائد، <http://saaid.net/Doat/otibi> شوهد بتاريخ 2010/08/23

3 - محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ص305. [دون ذكر بقية البيانات]

4 - الزركشي: البحر المحيط، ج6، ص87.

5 - وهبة الزحيلي: أصول الفقه، ط 1، 1986، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، ج2، ص748.

6 - القرافي(ت784هـ): فائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ج9، ص4024.

7 - المصدر السابق، ص4026 وما بعدها.

8 - المصدر نفسه.



أحد¹، وهو أنواع متعددة، مثل الاستحسان بالأثر، والاستحسان بالإجماع، واستحسان العرف والعادة، واستحسان الضرورة، والاستحسان بالقياس، استفاض الشيخ مصطفى ديب البغا في ذكرها مصحوبة بالأمثلة التطبيقية فليرجع لها من أراد التفاصيل².

ثانياً: الاستصحاب

هو لغة من الصحبة وهي الملازمة، تقول استصحب الرجل إذا دعاه إلى الصحبة³.

أما اصطلاحاً فهو "الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم، أو بقاء ما هو ثابت بالدليل"⁴، أي "الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال، أو "اعتبار الحكم الذي ثبت في الماضي بدليل مصاحباً لواقعه وملازماً لها حتى يوجد دليل آخر يدل على زوال هذه المصاحبة"⁵، وعرفه ابن ابن رشد بأنه: "دليل العقل في استصحاب براءة الذمة عن الواجبات، وسقوط الحرج عن الخلق فيما لم يأت فيه أمر ولا نهي"⁶، وهذا يعني استدامة نفي ما كان منفيًا، حتى يثبت دليل صحيح، واستدامة إثبات ما كان ثابتاً حتى ينتفي بدليل صحيح.

ويعتبر الاستصحاب من الأصول المهمة في التشريع الإسلامي عند غياب النقل والقياس، وردت بشأن حجيته عدة أقوال، حيث قال بحجيته المالكية⁷ والحنابلة وأكثر الشافعية⁸، ونفاه أكثر الحنفية، واعتبره الخوارزمي في الكافي بأنه آخر مدار الفتوى⁹، وقال عنه ابن حزم "وهو المختار"¹، واعتبر في قول ثالث حجة على

1 - محمد زكريا البرديسي: المرجع السابق، ص304.

2 - مصطفى ديب البغا: أثر الأدلة المختلف فيها في التشريع الإسلامي، الصفحات من 140 إلى 150.

3 - ابن منظور: لسان العرب، مجلد4، ص2401. - الزبيدي: تاج العروس، ج3، ص186.

4 - مصطفى ديب البغا: المرجع السابق، ص186.

5 - علاء الفاسي: مصادر الشريعة ومكارمها، ص131.

6 - ابن رشد [ت 595هـ] الحفيد: الضروري في أصول الفقه، أو مختصر المستصفي، ط1994، ص1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ص96.

7 - القرافي [ت 684هـ]: نفائس الأصول في شرح المحصول، ج9 ص4002.

8 - الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص974.

9 - الزحيلي: أصول الفقه، ج2، ص860؛ الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص975.



المجتهد فيما بينه وبين الله عز وجل، لأنه لم يكلف إلا ما يدخل تحت مقدوره فإذا لم يجد دليلاً سواه جاز له التمسك به، ولا يكون حجة على الخصم عند المناظرة²، والقول الرابع أنه يصلح للدفع فقط لا للإثبات وهو قول أكثر متأخري الحنفية³، القول الخامس أنه يجوز به الترجيح لا غير وهو منقول عن الشافعي⁴.

صور الاستصحاب:

تتعدد صور الاستصحاب، فمنها استصحاب البراءة الأصلية، ومنها استصحاب العموم حتى يرد التخصيص، واستصحاب النص حتى يرد النسخ، واستصحاب حكم عند أمر قرنه الشرع به لتكرر ذلك الأمر، واستصحاب الإجماع والحكم الشرعي الثابت بالنقل⁵.

ثالثاً: المصالح المرسلّة

الفقه الإسلامي مبني على اعتبار مصالح الناس ودفع الضرر عنهم، والمصلحة هي "المنفعة التي قصدتها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها"⁶، وترتيب المصالح يقسمها إلى مصالح ضرورية؛ وهي تلك التصرفات أو الأعمال التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا وصيانة مقاصد الشريعة، ومصالح حاجية؛ وهي التي تتحقق الضروريات معها، ولكن مع مشقة وضيق، ومصالح تحسينية؛ وهي التي لا تتحرج الحياة بتركها⁷.

ومن حيث اعتبار الشارع لها فتتقسم إلى ثلاثة أقسام هي⁸:

- 1 - ابن حزم الظاهري: الإحكام في أصول الأحكام، ج4، ص155.
- 2 - الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص975.
- 3 - المرجع السابق، ص976.
- 4 - المرجع نفسه.
- 5 - إين رشد [ت 595هـ]: المصدر السابق، ص 96.
- 6 - مصطفى ديب البغا: أثر الأدلة المختلف فيها في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، منشورات دار الإمام البخاري، دمشق، ص29.
- 7 - مصطفى ديب البغا: المرجع السابق، ص31،30.
- 8 - المرجع السابق، ص31،30.



أ - مصالح معتبرة:

وهي التي اعتبرها الشارع وقام الدليل منه على رعايتها، وهي حجة لا إشكال في صحتها ولا خلاف في العمل بها.

ب - مصالح ملغاة:

وهي التي شهد الشرع بردها وإلغائها، وهي متفق على عدم قبولها، مثل التسوية بين الذكور والإناث في الميراث، فهي مصلحة متوهمة ملغاة شرعاً، ومثلها الانتحار الذي يتوهم صاحبه أن يحقق له مصلحة الراحة من ألم المرض أو الحرمان.

ج - مصالح مرسلة:

وهي التي لم يقم دليل من الشارع باعتبارها ولا إلغائها، أو هي: "كل منفعة داخلية في مقاصد الشارع، دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء" بمعنى أن تكون مصلحة تخدم المقاصد الشرعية، واختلف العلماء في اعتبار المصالح المرسلة مصدراً لأحكام الشرع على قولين؛ بالجواز وهو قول مالك وأحمد، والمنع وهو قول الشافعي والظاهرية¹.

والذين أجازوها وضعوا لذلك جملة ثلاثة شروط هي²:

- 1- لا تخالف دليلاً شرعياً قطعي الثبوت والدلالة فإذا خالفته يترك العمل بها.
- 2- أن تكون عامة بحيث تحقق منفعة أكبر عدد من الناس، وعلى هذا لا يصح العمل بالمصلحة التي يترتب عليها تحقيق مصلحة خاصة.
- 3- أن تكون معقولة في ذاتها، بحيث لو عرضت على أهل العقول السليمة تلقوها بالقبول.

رابعاً: العرف

العرف لغة ما يتعارفه الناس ويسيروا عليه غالباً من قول أو فعل، ويطلق في اصطلاح التشريع على مجموعة القواعد التي تنشأ من مضي الناس عليها، يتوارثونها

1 - عبد الله محمد صالح: المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة دمشق، المجلد 16، العدد الأول، 2000، ص309؛ محمد سليمان الأشقر: الواضح في أصول الفقه، ص150.

2 - عبد الله محمد صالح: المرجع السابق، ص359.



خلفا عن سلف، ويستشعرون إلزاميتها بشرط أن يكون لها جزء كالتشريع سواء بسواء"¹.

وقع اختلاف حول التفريق بينه وبين العادة، فقال البعض أنهما بمعنى واحد، وقال البعض الآخر بالتفريق بينهما، والذين قالوا باختلافهما تعددت آراؤهم حول مدلول كل منهما، خلص "علال الفاسي" من ذلك إلى أن العادة هي: "ما تعارف الناس وتوافقوا على اتباعه في معاملاتهم فأصبح صالحا لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة"، أما العرف فهو: "مجموعة القواعد التي تنشأ من مضي الناس عليها والاستمرار على اتباعها عصرا بعد عصر مع الشعور بإلزاميتها"²، وهذه التفرقة هي التي تسيّر عليها التشريعات الوضعية عندما تعتبر الشعور بالإلزام ركنا معنويا للعرف.

ويشأن العرف المعتبر قرر العلماء أن العرف الفاسد لا يراعى، وكذلك العرف الصالح إذا خالف نصا أو إجماعا، إلا ما كان منه تخصيصا لعام أو تقييدا لمطلق بأربعة شروط هي:

أ- الاطراد والغلبة: فإذا اختلفت عادات الناس وكان الذين يفعلون أقل أو مساوين لمن لا يفعلون لم يلزم³.

ب- عدم مخالفته لنص شرعي: فإذا ألف الناس تقديم الخمر في حفلات الزفاف، وتبرج المرأة أمام الناس لا يلزم ذلك الزوج ولا الزوجة، ولو طلب أحدهما من الآخر ذلك⁴.

ج- عدم معارضة العرف لتصريح يخالفه: كالشرط مثلا، لأن النص مقدم على السكوت.

1 - علال الفاسي: مقاصد الشريعة ومكارمها، ط5، 1993، دار الغرب الإسلامي، ص156.

2 - المرجع نفسه.

3 - محمد سليمان الأشقر: الواضح في أصول الفقه، ص107.

4 - المرجع نفسه.



د- أن يكون العرف عاما عند جميع المسلمين: لأن ذلك يضمنه معنى الإجماع، أما إذا كان عرفا خاصا فقد اختلف في الأخذ به.

هـ - أن يكون العرف سابقا على الواقعة ومقارنا لها، فإن سبقها ثم زال، أو تأخر عنها لم يعتد به¹.

خامسا: شرع من قبلنا

اختلفت الأمة في مدى اعتبار شرع من قبلنا شرعا لنا فيما لم يرد به نص، على ثلاثة آراء:

الأول: يمنع الاحتجاج به، استنادا لقوله تعالى:

﴿شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ° لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ﴾²، وإقراره صلى الله عليه وسلم معاذا لما

أرسله إلى اليمن، على الرجوع إلى الكتاب والسنة واجتهاد الرأي، دون غير ذلك.

الثاني: يجيز التعبد بما لم ينسخ منه، وهو قول أكثر الشافعية وأكثر الحنفية، وهو الذي تقتضيه أصول مالك³، واستدلوا بقوله تعالى:

﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ

بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ° فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ

الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدْيِهِمْ بُفْتَدِيهِ فُلٌ لَّا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِنْ هُوَ إِلَّا

ذِكْرٌ لِّلْعَالَمِينَ ﴿٥٦﴾⁵ وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ

إِبْرَاهِيمَ حَنِيبًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ﴿١٢٣﴾⁶، وقوله صلى الله عليه وسلم:

1 - المرجع نفسه.

2 - سورة المائدة : الآية (50).

3 - الشوكاني: إرشاد الفحول، ج2، ص983.

4 - سورة المائدة: الآية(47).

5 - سورة الأنعام: الآية (91).

6 - سورة النحل: الآية (123).



« مَنْ نَامَ عَن صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَكَفَّارَتُهَا أَنْ يُصَلِّيَهَا إِذَا ذَكَرَهَا »¹ استنادا لقوله تعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾².

الثالث: التوقف

وهو قول حكاة ابن القشيري وابن برهان³.

وقد أورد البرديسي تقسيما جميلا لمواقف العلماء من أحكام الشرائع السابقة، وخلص منها إلى القول بأن الحق الذي ينبغي الوقوف عنده، هو أن شرع من قبلنا لا يعتبر دليلا مستقلا للأحكام، لأنه يرجع إلى الكتاب والسنة⁴.

سادسا: سد الذرائع

الذريعة في اللغة هي الوسيلة، تقول تذرع فلان بذريعة أي توسل، وتطلق على السبب إلى الشيء⁵، وفي الاصطلاح هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور⁶، ومعنى سدها رفعها.

يذهب الأصوليون إلى الأخذ بمبدأ سد الذريعة، باعتبارها وسيلة تأخذ حكم ما أفضت إليه، حراما كان أو حلالا أو فرضا أو مندوبا⁷، بمعنى أن سد الذرائع الأصل فيه النظر إلى مآلات الأفعال وما تنتهي إليه في جملتها، فإن كانت تتجه نحو المصالح كانت مطلوبة، وإن كانت تتجه نحو المفساد، فإنها تكون محرمة بالقدر الذي يتناسب ومنع المفسدة، فالنظر إلى عورة الأجنبية حرام؛ لأنه يؤدي إلى الفاحشة، وترك البيع وقت الجمعة فرض؛ لأنه ذريعة لترك الجمعة، وتزيين المتوفى عنها ممنوع؛ لأنه يؤدي

1 - صحيح البخاري: كتاب مواقيت الصلاة.

2 - سورة طه: الآية (13).

3 - الشوكاني: المرجع السابق، ص 985.

4 - محمد زكريا البرديسي: أصول الفقه، ص 375.

5 - ابن منظور ك لسان العرب، ج 3، ص 1498.

6 - الشوكاني: إرشاد الفحول، ج 2، ص 1007.

7 - أبو زهرة: الإمام مالك، ص 374.



إلى المفسدة، والنظر إلى المخطوبة والمشهود عليها مشروع؛ لما يؤدي إليه من المصلحة¹.

ويعتبر هذا الأصل من الأصول التي تميز بها مذهب مالك، ومن بعده مذهب الإمام أحمد، وهذا الاتجاه يعتمد على سد الذرائع كأصل يرجع إليه ويتعاون مع أصول أخرى وقواعد في المذهبين ليكون توجهها فقهيًا يجعل الشريعة معللة ومعقولة المعنى ينظر فيها إلى المآلات وتصان فيها مرامي الأحكام².

فالمالكية أخذوا بها في أكثر أبواب الفقه، فمنها في العبادات، عدم وضع اليد اليمنى على اليد اليسرى في الصلاة خيفة اعتقاد الوجوب³، ومنها النهي عن صيام ستة أيام من شوال للجاهل⁴، ومنها النهي عن تعمد قراءة سورة فيها سجدة ليسجد⁵؛ ومنها في المعاملات بيوع الآجال وهي بيوع ظاهرها الجواز لكنها تؤدي إلى ممنوع.

سابعاً: عمل أهل المدينة

يطلق عمل أهل المدينة ويقصد به أحد ثلاثة أنواع⁶، هي:

- 1 - نقل شرع عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، أو ترك شيء قام سبب وجوده في زمنه ولم يفعله، وهذا النوع مرده إلى تقديم رواية رواة المدينة عن غيرهم، وهو قول مالك وأبو يوسف.
- 2 - نقل الأعيان وتعيين الأماكن مثل موضع قبره صلى الله عليه وسلم وهذا مجمع عليه.

1 - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج4، ص 554، 555.
 2 - عبد الله بن بيه: سد الذرائع وتطبيقاته في مجال المعاملات، سلسلة محاضرات العلماء البارزين، رقم 23، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
 3 - قال خليل بن إسحاق في المختصر: " وهل كراهته في الفرض للاعتماد، أو خيفة اعتقاد وجوبه، أو إظهار خشوع، تأويلات" وهي خمس تأويلات كلها تصب في خدمة أصل سد الذرائع.
 4 - لحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، قسم العبادات، ط4، 2005م، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان ج2، ص104.

5 - لحبيب بن طاهر: المرجع السابق، ج1، ص276.

6 - علال الفاسي: مقاصد الشريعة ومكارمها، ص153.



3 - نقل العمل المستمر المتصل زمنا بعد زمنه صلى الله عليه وسلم وهو الذي عناه الإمام مالك كأصل من أصول الاستدلال في مذهبه.

وألق به بعضهم دراسة إجماع الخلفاء الراشدين وإجماع أهل الكوفة.

واستدل أئمة المالكية على حجية عمل أهل المدينة بعدة أدلة منها:

1- الحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ الْإِيمَانَ لَيَأْرُزُ إِلَى الْمَدِينَةِ كَمَا تَأْرُزُ الْحَيَّةُ إِلَى جُحْرِهَا»¹، أي أنها كما تنتشر من جحرها في طلب ما تعيش به، فإذا راعها شيء رجعت إلى جحرها، كذلك الإيمان ينتشر في المدينة.

2- الحديث المروي عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إِنَّمَا الْمَدِينَةُ كَالْكَبِيرِ تَنْفِي الْخَبَثِ كَمَا يَنْفِي الْكَبِيرُ خَبَثَ الْحَدِيدِ»² قال المالكية بناء على هذا لا يمكن نسبة الخطأ لإجماع أهل المدينة لأنه خبث يجب نفيه عنهم.

3- إن المدينة هي دار الهجرة، وبها نزل القرآن وأقام الرسول صلى الله عليه وسلم، وصحابته، وأهل المدينة أعرف الناس بالتنزيل وبما كان من بيان النبي صلى الله عليه وسلم للوحي، وهذه مميزات ليست لغيرهم، وعلى هذا فمذهبهم مرجح على مذهب غيرهم وعملهم حجة، وفي هذا قال مالك في كتابه إلى الليث بن سعد: "إن الناس تبع لأهل المدينة، التي إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن وأحل الحلال وحرم الحرام، إذ رسول الله بين أظهرهم، يحضرون الوحي والتنزيل، ويأمرهم فيطيعونه ويسن لهم فيتبعونه... ثم قام من بعده أتبع الناس له من أمته ممن ولي الأمر بعده.... ثم كان التابعون يسلكون ذلك السبيل ويتبعون تلك السنن"³.

1 - أخرجه الإمام البخاري والإمام أحمد في المسند

2 - رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي من طريق مالك عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، ورواه البخاري والنسائي من رواية سفيان الثوري عن ابن المنكدر.

3 - القاضي عياض السبتي[544هـ]: ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ط2، 1983م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، ج1، ص 41، 42، 43.



ثامنا: قول الصحابي

اتفق العلماء على أن قول أو مذهب الصحابي ليس حجة على صحابي مثله، واختلفوا في ذلك بالنسبة لغيره على أقوال:

الأول: أنه ليس حجة مطلقاً، وهو قول الجمهور من شافعية وحنابلة و أشاعرة ومعتزلة، حجتهم في ذلك أنه لا دليل من الشرع على اعتباره حجة وأنهم ليسوا معصومين من الخطأ، إضافة إلى أنهم كانوا يختلفون فيما بينهم، فإذا لم نعتبر قول بعضهم حجة على بعض، فمن باب أولى أن لا يكون قولهم حجة على غيرهم¹.

الثاني: أنه حجة يعمل بها، وهو قول مالك والشافعي، والبردعي من الحنفية²، لكن هل يقدم على القياس، أو يشترط فيه أن لا يخالف القياس قولان للحنفية³.

الثالث: أن قول أبي بكر وعمر فقط حجة، استناداً إلى الحديث «اقتدوا بالذنين من بعدي أبي بكر وعمر»⁴.

الرابع: قول الخلفاء الأربعة إذا اتفقوا حجة⁵، استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم: «...عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين، عَضُّوا عليها بالنواجذِ . وإياكم ومحدثاتِ الأمور ؛ فإنَّ كلَّ بدعةٍ ضلالةٌ»⁶.

1 - الجويني: البرهان، ص 1359.

2 - القرافي: المصدر السابق، ص 4045.

3 - محمد الخضري بك: أصول الفقه، ط6، 1969، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص 357.

4 - أخرجه الترمذي وقال حديث حسن، (سنن الترمذي - 5 / 609)

5 - القرافي [ت 684هـ]: نفائس الأصول في شرح المحصول، ج9، ص 4038.

6 - أخرجه أبو داود (4607) واللفظ له، والترمذي (2676)، وابن ماجه (43)، وأحمد (17144)



المبحث الثالث: نطاق مبدأ المشروعية

الأصل العام في الأنظمة المعاصرة أن يخضع الجميع للقانون حكماً ومحكومين، حتى تتحقق السيادة الكاملة للقانون، وتحترم جميع أحكامه، بما يحقق ضمان احترام حقوق المواطنين وحرياتهم، لكن هل يجب الخضوع بشكل مطلق للقانون في جميع الحالات، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة؟ أم هناك قدر من المرونة يمكن من الخروج عن القانون عندما تقتضي ذلك مصالح المجتمع؟ لحل هذا الإشكال برز عدد من الاستثناءات على شكل نظريات تمثل قيوداً على مبدأ المشروعية وتحديد نطاقه، هدفها التخفيف من حدته حتى لا تفوت المصالح العامة بسبب الالتزام بالتشريع، أهم ذلك أعمال السيادة، والسلطة التقديرية، والظروف الاستثنائية.

المطلب الأول: المشروعية وأعمال السيادة

تمثل أعمال السيادة إطاراً تتحرر فيه السلطات العامة من الرقابة على أعمالها، وذلك يقف عائقاً أمام التأكد من مشروعية أعمالها، وفيما يلي أهم أحكام نظرية أعمال السيادة.

الفرع الأول: مفهوم أعمال السيادة

هي نظرية قضائية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، بهدف تحصين أعمال الحكومة من الخضوع لرقابة القضاء¹، ولذلك أسباب تاريخية تتعلق بالصراع بين نظام الحكم، والرقابة التي تمارسها السلطة القضائية، نتيجة التفسير العضوي لمبدأ الفصل بين السلطات، والتغييرات التي طرأت عليه، ويعبر عنها في الفقه الدستوري الإنجليزي بمصطلح أعمال الدولة، وفي الولايات المتحدة الأمريكية يعبر عنها بالأعمال السياسية²، وفي الفقه الفرنسي يعبر عنها بأعمال الحكومة أو أعمال

1 - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء اfdاري، ص91.

2 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1977م، ص330.



السيادة، وردت لها عدة تعاريف، منها أنها: "القرارات والتصرفات الصادرة عن السلطات العامة، والتي تتصل باعتبارات سياسية عليا، تحول بينها وبين الخضوع للرقابة القضائية"¹.

وعرفها بعض الفقهاء بأنها: "طائفة من أعمال السلطة التنفيذية، لا تخضع لرقابة القضاء، فلا تكون محلا لإلغاء، أو تعويض، أو وقف تنفيذ، أو فحص مشروعية"². ويتضمن التعريف فكرتين أساسيتين:

الأولى: مفادها تمتع جملة من أعمال الإدارة بالحصانة المطلقة ضد الرقابة القضائية، ويترتب على ذلك امتناع القضاء من التعرض لهذه الفئة من الأعمال سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، بطريق الدعوى أو الدفع³.

الثانية: الإشارة إلى طبيعة أعمال السيادة، من حيث كونها تتصل باعتبارات سياسية عليا ومصالح عليا تحول دون خضوعها للرقابة.

وبصد هاتين الفكرتين تثار جملة من النقاط أهمها:

1 صعوبة إنزال مفهوم أعمال السيادة للواقع تبعا لصعوبة التحديد الدقيق لمفهومها، واستحالة إحصاء عددها بشكل نهائي ومحصور، الأمر الذي يستدعي تحديد معيار يميز أعمال السيادة عن غيرها من باقي أعمال الإدارة.

2 بيان الحكمة من استبعاد هذا النوع من النشاط عن نطاق رقابة القضاء.

الفرع الثاني: معيار تحديد أعمال السيادة

اهتم رجال الفقه والقضاء بالعمل على وضع معيار يميز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة التنفيذية، ونتيجة لذلك ظهرت عدة معايير أوصلها البعض إلى ستة معايير¹، والبعض يردها إجمالا إلى ثلاثة معايير، وعليها نقتصر فيما يلي:

1 - موسوعة السياسة: ج3، ص361.

2 - رأفت فوده: المشروعية الإدارية ومنحنياتها، ص194، 195. - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ص91.

3 - رأفت فوده: المرجع السابق، ص195.



أولاً: معيار الباعث السياسي

يعد هذا المعيار أول المعايير التي استعملت في هذا الصدد، أخذ به مجلس الدولة الفرنسي عند ظهور أعمال السيادة لأول مرة، ويقضي هذا المعيار بأن العمل الصادر من السلطة التنفيذية يعتبر سيادياً، متى كان الباعث على إصداره تحقيق مقصد سياسي يرمي لحماية الدولة من أعدائها في الداخل والخارج².

وقد عرف الواقع الجزائري فكرة الباعث السياسي، من خلال قرارات الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، والتي من أهمها القرار الصادر بتاريخ 07/01/1984 في قضية ي.ب ضد وزير المالية، المتعلق بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج، الذي ذهبت فيه الغرفة إلى القول: "متى ثبت أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج وكذا القرار الوزاري المحدد لقواعد الترخيص والتبديل خارج الآجال، هما قراران سياسيان يكتسيان طابع أعمال الحكومة، فإنه ليس من اختصاص المجلس الأعلى فحص مدى شرعيتها، أو مباشرة رقابة على مدة التطبيق..." ثم أضافت الغرفة قولها: "وحيث إن إصدار وتداول وسحب العمل، تعدّ إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة، حيث أن القرار المستوحى بالتالي من باعث سياسي؛ غير قابل للطعن بأي من طرق الطعن"³.

تقدير هذا المعيار:

بحكم سبق الذي حازه هذا المعيار، لقي قبولاً واسعاً، خاصة من الدول الأنجلوسكسونية على رأسها إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية⁴، ولم تقع يدي على دليل يثبت تراجع الفقه أو القضاء في هذه الدول عن اعتماده، أما على مستوى الفقه

1 - ذكر ذلك على التفصيل: تركي سطات المطيري في بحثه المنشور على الموقع الإلكتروني لمجلس الأمة الكويتي، في نوفمبر 2008 م، تحت عنوان أعمال السيادة، وهي معيار الباعث السياسي، و معيار طبيعة العمل ذاته، معيار النصوص القانونية المطبقة ومعيار العمل المختلط، ومعيار القائمة القضائية، ومعيار النظرية السلبية.

2 - محمد أبو زيد محمد علي: المرجع السابق، ص94،93.

3 - عمار بوضيف: القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، ط1، 2007، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، ص73،72. (نقلا عن المجلة القضائية، العدد الثاني، 1985، ص143).

4 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، ص329 وما بعدها.



والقضاء الفرنسيين فقد انتقد هذا المعيار بأنه غامض وغير محدد، يوسع من نطاق أعمال السيادة، ويضيق من مدى رقابة القضاء لأعمال السلطة التنفيذية، لأنه يعتمد على باعث إصدار هذا العمل، وهو أمر موكول للسلطة التنفيذية ذاتها، فمتى ما أعلنت أن الباعث على إصدار قرار ما سياسياً، امتنع على القضاء من نظره، لأنه من أعمال السيادة، إضافة إلى كونه معياراً تحكيمياً، يمكن الإدارة من وصف العمل بالسيادي متى شاءت، وتركه على الأصل عملاً إدارياً متى شاءت و سرعان ما تتبه الفقه والقضاء إلى هذه الخطورة وهجر هذا المعيار إلى معيار بديل¹.

ثانياً: معيار طبيعة العمل

ويعبر عنه بالمعيار الموضوعي المستند إلى طبيعة العمل ذاته، دون النظر إلى الباعث على إصدار القرار، أو الجهة التي أصدرت القرار، وبناء على ذلك؛ يكون العمل إدارياً إذا تضمن موضوعاً مما تقوم به الإدارة في تطبيق القانون على الأفراد، أو علاقة الإدارات مع بعضها، أما الأعمال التي تمارسها بصفتها سلطة حكم، فإنها تعتبر أعمالاً حكومية مثل القرارات المتعلقة بالمصالح العليا للدولة، أو تطبيق أحكام الدستور، أو تنظيم عمل السلطات العمومية وعلاقاتها².

ومن أنصار هذا المعيار الفقيه "هوريو Hauriou"، والفقيه "لافيرير Laferriere"، حيث يرى الأول أن أعمال السيادة تنحصر في وضع الحلول للأمور الاستثنائية، والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية، وبإقي أعمال السلطة المتعلقة بتسيير المصالح الموجهة للجمهور، كلها تدخل ضمن الأعمال الإدارية وتخضع للرقابة³، أما الثاني فيرى أن تنحصر أعمال الإدارة في مجال التطبيق اليومي للقوانين، والإشراف على علاقات الأفراد بالإدارة، وعلاقة الإدارات مع

1 - عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة، ص120.

2 - محمد أبو زيد محمد علي: المرجع السابق، ص95.

3 - سلام عبد الحميد محمد زكنة: الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الإداري، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، كلية الحقوق والسياسة، قسم القانون، 2008، ص57.



بعضها، بينما يبقى للأعمال السيادية مجال تحقيق المصالح السياسية للدولة، والسهر على احترام الدستور، وسير المرافق العامة، والإشراف على العلاقات الخارجية، وحماية الأمن الداخلي¹.

تقدير هذا المعيار:

لم ينجح الفقه في الاتفاق على ضوابط موضوعية، أو شكلية، تسمح بتحديد الطبيعة الذاتية للأعمال، الأمر الذي وجهت بسببه انتقادات لهذا المعيار أهمها أنه لم يستطع إقامة حد فاصل بين ما يدخل في الوظيفة الحكومية وما يدخل في الوظيفة الإدارية بسبب غموضه وعدم وضوحه، ومن ثم بقاء البحث مستمرا عن معيار لتحقيق ذلك².

ثالثا: معيار القائمة القضائية

بسقوط المعيارين السابقين اتجه الفقه اتجاهات مختلفة للبحث عن معيار سليم لتمييز أعمال السيادة عن أعمال الإدارة، ومر بمحطات مختلفة وقف فيها عند عدد من الأفكار³، لكن جميعها لم تستطع تلبية الغرض.

1 - سلام عبد الحميد محمد زنكنة: المرجع السابق، ص 58، 57.

2 - محمد أبو زيد محمد علي: المرجع السابق، ص 96.

3 - مثل فكرة الأعمال المختلطة التي نادى بها مفوض الحكومة الفرنسي "سيليه celier"، وفكرة النصوص القانونية المطبقة التي تستند في تحديدها لأعمال السيادة على التفرقة بين النصوص الدستورية والنصوص القانونية، وفكرة النظرية السلبية التي تنكر وجود أعمال سيادة بجانب الأعمال الإدارية، وترى أن ولاية القضاء تتسع لكل نزاع يتعلق بالحقوق والحريات، وعلاقات الحاكم بالمحكوم، وعلاقات الأفراد والجماعات فيما بينها، وكل ما يتعلق بالعدل والإنصاف، ولا تنقيد ولاية القضاء إلا بالقدر الذي يقضي به نص صريح في الدستور أو في القانون، وفكرة أسلوب التحديد التشريعي التي تبناها المشرع المصري في قانون مجلس الدولة رقم 112 لسنة 1946م، الذي نص في المادة السادسة منه على أن " لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلسي البرلمان، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية، أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة"، وهذه الفكرة لم تعمر طويلا حتى تراجع عنها المشرع لصالح القائمة القضائية بسبب الانتقادات التي لم تصمد في وجهها، وذلك بموجب القانون رقم 165 لسنة 1955م، والقانون رقم 55 لسنة 1959 م، والتعديلات التي أدخلت عليه، مع بعض التردد على أسلوب الإحصاء القانوني بين الفينة والأخرى. وقد فصل فقهاء وكتاب القانون الإداري مضامين هذه الأفكار، والانتقادات التي وجهت إليها، وكيف فشلت في الوصول إلى ضبط مفهوم أعمال السيادة فليُرجع لذلك.



وتم الرجوع في النهاية إلى القضاء باعتباره مهد النظرية الأول، ليواصل تحمل مسؤوليته تجاه تحديد المفهوم الدقيق لنظرية كان هو من ابتداعها وبالتالي أعمال السيادة أو الحكومة لا يجمعها معيار واحد، وإنما يحددها القضاء¹، ولذلك قال العميد "هوريو" في الأخير بأن " العمل الحكومي هو كل عمل يقرر له القضاء الإداري وعلى رأسه محكمة التنازع هذه الصفة"².

وبالرجوع إلى جهود القضاء خاصة مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع، نجد قائمة طويلة من الأعمال التي وصفت بأنها سيادية، ومن أبرزها³:

- الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان.
- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والنشاط الدبلوماسي.
- بعض الأعمال المتعلقة بحفظ الأمن والنظام العام.
- بعض الأعمال الحربية.
- النشاط المعلق بالسيادة الإقليمية.
- بعض الإجراءات المتخذة في حق الأجانب أثناء الحرب.
- العفو الرئاسي.

تقدير هذا المعيار:

يعتبر هذا المعيار عند غالبية الفقهاء أنجح وسيلة في تحديد أعمال السيادة، رغم الانتقادات التي وجهت له، وسنبين بإيجاز ما له وما عليه فيما يلي:

مزايا هذا المعيار:

1- واقعيته في بحث القرارات بعد صدورها عن السلطة التنفيذية، مع مراعاة الظروف والملابسات التي دعت إلى إصدارها، ثم تقرير ما إذا كانت من أعمال السيادة أم لا¹.

1 - مراد بدران: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، ط2008، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص80.

2 - سلام عبد الحميد محمد زكنة: الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، ص59، 60.

3 - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ص97، 98، 99؛ سلام عبد الحميد محمد زكنة: المرجع السابق، ص60؛ عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص122.



2- مرونته وقابليته للتعديل استجابة للتطور السياسي للمجتمع، الأمر الذي يحفظ الطابع الاجتهادي للقضاء بهذا الخصوص، وعليه قد يعتبر عمل ما من أعمال السيادة في ظرف معين، وتقتضي المصلحة أن لا يعتبر كذلك في ظروف أخرى.

3- إتاحتها الفرصة للقضاء كي يقلص من مجال أعمال السيادة كلما لاحت الفرصة، وقد ضيق مجلس الدولة الفرنسي دائرة أعمال السيادة بإخراج أعمال كان يعترف لها بصفة السيادة، وبسط عليها رقابته تبعا لتغير الظروف².

وعلى الرغم من هذه الإيجابيات، فقد وجهت لهذا المعيار جملة من الانتقادات، أهمها:

1- أن هذه القائمة غير متفق عليها، وغير موحدة بين الجميع، بل هي محل خلاف مستمر وقد يعتبر قاض عملا ما من أعمال السيادة، وينكر عليه آخر هذه الصفة³.

2- توقف نجاحه على مدى فاعلية السلطة القضائية من حيث الاستقلالية وعدم هيمنة السلطة التنفيذية على أعمالها.

3- القائمة القضائية لا تضع معيارا بالمعنى الفني الدقيق الذي يؤخذ به ويقاس عليه.

4- يؤدي إلى تحكم القضاء بدل الإدارة في إضفاء صفة السيادة على أعمال الإدارة⁴.

وبالرغم من هذه الانتقادات فإن الفقه لم يجد بديلا عن القائمة القضائية، وتمت الإجابة على الانتقادات بأن طبيعة الاجتهاد القضائي تقتضي بقاء الاختلاف والمرونة التي تستجيب لحفظ المصالح العليا للبلاد حسب الزمان والمكان، وليس بالضرورة أن تكون هناك قائمة نهائية محصورة لا رجعة عنها.

وخلاصة الموضوع؛ أن الفقه فشل في العثور على معيار يقوم بتمييز أعمال السيادة عن غيرها من أعمال السلطة التنفيذية، ومرد ذلك إلى غموض نظرية أعمال السيادة نفسها، وعدم توافقها مع المنطق القانوني السليم، وأنها أحد تدخلات السياسة

1 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 123.

2 - سلام عبد الحميد محمد زنكنة: المرجع السابق، ص 60. وينظر كذلك -مراد بدران، ص 84 وما بعدها.

3 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1977م، ص 329.

4 - محمد أبو زيد محمد علي: المرجع السابق، ص 97.



في عالم القانون، بالإضافة إلى مخالفتها لمبدأ المشروعية وسيادة القانون واعتدائها على حقوق الأفراد وحيرياتهم، فإذا كانت الفكرة غامضة وغير متوافقة مع المنطق القانوني فإنه يصعب تحديدها ووضع معيار واضح لها.

المطلب الثاني: المشروعية والسلطة التقديرية

يتناول هذا المطلب مفهوم السلطة التقديرية، وأثرها على مبدأ المشروعية، وموقف الفقه والقضاء منها.

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية

هي من العوارض المضيق لنطاق المشروعية، يعبر عنها بعض الفقه بمصطلح السلطة التقديرية، وبعضهم بالسلطة الاستثنائية، وهي مأخوذة عن المصطلح الفرنسي *le pouvoir discrétionnaire* الذي يعني سلطة الحكم على أمر من الأمور بالنظر إلى ظروفه، بما يجعله غير قابل للتعقيب عليه، أو رقابته¹.

وقد وردت بشأن تحديد مفهومها عدة تعريفات، نذكر منها:

1- " هي حق إعمال الإرادة وحرية الاختيار في ممارسة الاختصاص"²، بمعنى أن يترك القانون للإدارة حرية التصرف في شأن من الشؤون.

يؤخذ على هذا التعريف عموميته وعدم دقته، مما يجعله غير مانع من دخول غير الإدارة في مدلوله.

2- " هي أن يترك المشرع للإدارة حرية تقدير الظروف الواقعية التي تواجهها، وحرية مسلكها، ونوعية قراراتها، وملاءمتها وتوقيتها"³.

ومدلول هذا التعريف أن الأصل في وظيفة الإدارة هو التقييد، سواء بتدخل من المشرع، أو من الإدارة نفسها.

واستثناء يمكن أن يترك المشرع للإدارة حرية التصرف، بهدف تحقيق المصلحة العامة، يقول عبد الغني بسيوني: " فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية عندما يكون لها حرية تقدير الظروف التي تبرر تدخلها من عدمه، أو حينما تملك حق اختيار

1 - معجم القانون، ص103.

2 - ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، ط 2002، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص50.

3 - محمد فؤاد عبد الباسط: القضاء الإداري، ط2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص30.



التصرف الذي تراه ملائماً لمواجهة هذه الظروف إذا قررت التدخل، وكذلك عندما يكون في مقدورها تحديد الوقت المناسب للتدخل"¹.

3 - وعرفها مجلس شورى الدولة اللبناني بأنها: "هي التي تتيح للإدارة اتخاذ التدابير بحرية مطلقة من كل قيد قانوني، وتنشأ إما عن نص صريح في القانون والأنظمة التي توليها هذه السلطة، وإما عن انتفاء القواعد والأحكام القانونية التي تحد من سلطتها التقديرية في ممارسة عملها الإداري"².

ويؤخذ من هذا التعريف اعتبار السلطة التقديرية مطلقة من كل قيد، وهذا غير مقبول، بل لا بد كما سنرى فيما يأتي؛ أن السلطة التقديرية تمارسها الإدارة تحت رقابة القضاء.

الفرع الثاني: موقف الفقه من السلطة التقديرية

تتنازع أمر السلطة التقديرية ثلاثة آراء، اثنان منها على طرفي نقيض، والثالث

توفيق بينهما، نوردتها فيما يلي:

الرأي الأول: رفضها حماية للحقوق الفردية والحريات.

لأن ضمان تلك الحقوق يتم عندما تكون سلطة الإدارة مقيدة، وخاضعة للقانون الذي يحكم سلوكها بطريقة دقيقة، حتى ينجو الأفراد من تعسفها وسوء استخدامها لسلطاتها³.

الرأي الثاني: قبولها على أنها ضرورة

ويدعم ذلك بجملة من المبررات أهمها:

أ - اقتضاء المصلحة العامة الاعتراف بالسلطة التقديرية، حتى لا تكون الإدارة مجرد آلة صماء للتنفيذ الحرفي للقانون، وحتى تتاح لها فرصة الابتكار والتجديد، بما يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام، ويجسد مرونة القانون الإداري¹.

1 - عبد الغني بسيوني عبد الله: القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، ط 1999م، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص 39.

2 - المرجع السابق، ص 40.

3 - ماجد راغب الحلو: المرجع السابق، ص 51.



ب - خبرة الإدارة وتجاربها العملية، تبرر إعطاءها قدرا من الحرية في التصرف، تحقيقا للصالح العام.²

ج - هي الوسيلة الفعالة التي تساعد الإدارة على القيام بواجبها في مواجهة الاحتياجات العامة، وبمقتضى ذلك تستطيع اختيار أنسب الوسائل وأفضل الأوقات، للقيام أو الامتناع عن عمل بشكل ملائم.³

د - استحالة افتراض المشرع لجميع ملاسبات وظروف الوظيفة الإدارية، ورصد الحلول لها بشكل دقيق.⁴

الرأي الثالث: التوفيق بين الرأيين

تأسيسا على استحالة تحديد جميع تحركات الإدارة وتقنينها من جهة، وضرورة حماية الحقوق والحرريات، وصيانة المشروعية عبر رقابة القضاء من جهة أخرى، برز رأي يوفق بين الرأيين السابقين، مؤداه أن يسمح القانون للإدارة بقدر من السلطة التقديرية، يختلف مستواه من مجال إلى آخر، على أن لا تكون مطلقة، وفي مقابل ذلك يوجب القانون على الإدارة حماية الحقوق والحرريات تحت أعين الرقابة القضائية، لأن المشروعية لا تتطلب الاستغناء عن السلطة التقديرية، وإنما تتطلب القدرة على ممارستها، وإبقائها ضمن الحدود المقررة قانونا، واستعمالها لتحقيق الغايات التي حددها القانون.⁵

1 - عمر محمد الشوبكي: القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط1، 1996م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ج1، ص69.

2 - أحمد مدحت علي: المرجع السابق، ص317.

3 - عمر محمد الشوبكي: المرجع السابق، ص 71.

4 - المرجع نفسه.

5 - المرجع نفسه، ص71،72؛ وينظر كذلك: محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 31،32.



وتتبنى معظم التشريعات المعاصرة هذا الرأي، انطلاقاً من الصلاحيات الدستورية للسلطة التنفيذية في التنظيم، وتحميلها واجب السهر على سير المرافق العامة بانتظام، والعمل على تحسين الخدمة العمومية، وحفظ النظام العام.

الباب الأول:

ماهية الظروف الاستثنائية

مظاهرها وضوابطها

توطئة

يعتبر تحديد ماهية الظروف الاستثنائية، كمنظرية قائمة بذاتها في نطاق الأحكام الدستورية والإدارية، أمرا في غاية الصعوبة، لا ينفك عن المفاهيم المتعلقة بالمنظرية العامة للضرورة، التي تعتبر الأصل في كل الأحكام الاستثنائية التي تعترض حياة الإنسان والدول، وتذليلا لتلك الصعوبة ارتأينا أنه من الضروري تناول المفهوم العام لمنظرية الضرورة، في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، (الفصل الأول)، ثم إتباعها ببيان مفهوم منظرية الظروف الاستثنائية باعتبارها أحد مجالات تطبيق منظرية الضرورة(الفصل الثاني).

الفصل الأول

مفهوم الظروف الاستثنائية

توطئة

قد تمر الدولة بظروف استثنائية لا تمكن مواجهتها بالقواعد القانونية المعدة للحياة العادية المستقرة، وحينها تستطيع مجاوزة تلك الظروف، إعمالاً للضرورة، واستجابة لمقتضياتها.

يأتي هذا الفصل لبيان ماهية الظروف الاستثنائية من حيث مفهومها، وعناصر قيامها، وتمييزها عن ما يشبهها من النظريات، وأساسها، ومصدرها، وطبيعتها، وتحديد نطاق سريانها، نستهل ذلك ببيان فكرة الضرورة بوجه عام باعتبارها الأساس في الموضوع، وذلك في المباحث التالية

المبحث الأول: المفهوم العام لنظرية الضرورة

الضرورة مصطلح عام يستعمل في مجالات مختلفة ليأخذ معناه حسب الفن الذي يوظف فيه، حيث هناك الضرورة الشرعية التي يرتكب فيها ما لا يرتكب في النثر، كرفع المجرور ونصب الفاعل وغيره، وهناك الضرورة العقلية عند أهل الكلام التي هي ما يقابل النظري من ما لا يفتقر إلى نظر واستدلال؛ فيقال: هذا معلوم بالضرورة، أي: بالبديهية، وهناك الضرورة التشريعية؛ عندما يستدعي الأمر ضرورة خرق قواعد سائدة حفاظا على مصلحة معتبرة، وهي ما يهمننا في هذا المقام.

وتعتبر نظرية الضرورة من النظريات السائدة على مستوى كل من الفكر القانوني والتشريع الإسلامي، حيث نجد لها تطبيقا في فروع القانون المختلفة، العام منها والخاص، الوطني منها والدولي، كما في سائر الأحكام الشرعية من عبادات ومعاملات، وهي نظرية قديمة¹ يرجع تاريخها كما يرى العديد من الفقهاء إلى تاريخ أول فرع من فروع القانون وجودا، وهو القانون الجنائي، باعتبار أن الحق في الحياة أسبق الحقوق إلى التمتع بالحماية، ويمكن صاحب الحق الحفاظ على حياته بشتى الوسائل عندما لا تستطيع القواعد القانونية العادية درء الخطر عنه، وهذا هو جوهر نظرية الضرورة².

كما يرجع بعض الفقه أصل النظرية إلى العصر الروماني حيث كان يتم تفويض مسؤول بسلطات كاملة عند ظروف الضرورة، المتمثلة في هجوم خارجي، أو ثورة داخلية، وكان يطلق على هذا المسؤول لقب (دكتاتور)³*

1 - مراد بدران: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق، الإسكندرية، 2008م، ص22،23.

2 - يحي الجمل: نظرية الضرورة في الفقه الدستوري، وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، ط1، 1973م، دار النهضة العربية، القاهرة، ص09، 10.

3 - عبد الحميد أحمد محمد المنشاوي: حماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مكتبة جامعة القاهرة تحت رقم 12/99، ص97.

*الدكتاتور: "لقب كان يمنح لقاوض يعينه مجلس الأعيان في روما القديمة ليحكم الدولة في أوقات الطوارئ والأزمات، على أن تكون فترة حكمه محددة بستة أشهر، ولم تكن له السلطة على أموال المواطنين، لكن بعضهم

وستتعرف من خلال هذا المبحث على فكرة الضرورة لدى كل من الفقه الغربي والفقه الإسلامي، بعد تحديد مدلولها اللغوي، وفق الآتي.

المطلب الأول: تعريف الضرورة في الشريعة والقانون

نتناول من خلال هذا المطلب تحديد مدلول الضرورة في كل من الشريعة والقانون، من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريفها في اللغة

هي مشتقة من الضر بفتح الضاد الذي هو ضد النفع¹، قال الأزهري: كل ما كان سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضرر، وما كان ضد النفع فهو ضرر² يقال: ضره يضره ضراً، وضره إضراراً، والاسم الضرر إذا كان فعل واحد، والضرار فعل اثنين، وبه فسر الحديث: "لا ضرر ولا ضرار" أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، ولا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه³ ولا يقصد بها هنا الضر بالضم لأن المقصود به سوء الحال والفقر والشدة في البدن، ومنه قوله تعالى على لسان نبيه أيوب عليه السلام ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾⁴، قال الرازي: "والضر بالفتح الضرر في كل شيء، وبالضم الضرر

تجاوز وحكم دون هذه الضوابط، وقد تولى الرومان عن شكل الدكتاتورية المؤسساتية بعد مقتل يوليوس حوالي 4 ق م.

وفي الاستخدام الحديث للكلمة يشار بها إلى الحكم الفردي أو الحاكم المطلق الذي لديه القرار والحكم الشامل في دولة ما، ومن مميزات الدكتاتورية إقصاء العامة عن الحكم، الأمر الذي يترتب عليه فقد الناس للاهتمام بشؤون الدولة، ولا يؤدون واجباتهم العامة إلا مكرهين، وقد حدث هذا في الإمبراطورية الرومانية، حينما كان أبناء الأسر الكريمة يكرهون إكراها على الاضطلاع بأعباء الحكم والاشتراك في إدارة الإمبراطورية، وكانوا حين يشتركون يمتقون عملهم ويتطلعون إلى ذلك اليوم يخلصون فيه من الوظيفة إلى الحياة الاجتماعية الحرة، ينسب بعض المؤرخين إلى هذه الظاهرة أهم أسباب سقوط الإمبراطورية الرومانية.

1 - ابن فارس : معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج3 ، ص360.

2 - محمد العدناني: معجم الأغلاط، ط1، 1984م، معادة سنة 1989م، مكتبة لبنان، ساحة رياض الصلح، بيروت، ص392.

3 - الزبيدي: تاج العروس، ج12 ، ص384،385.

4 - سورة الأنبياء: الآية رقم(82).

في النفس من مرض وهزال"¹، وللضرر معان عدة أهمها أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه، أو ماله، أو عاطفته، أو كرامته، أو شرفه، أو أي معنى آخر من الحقوق التي يحميها القانون والمصالح المشروعة التي يحرص الناس عليها"².

ومن مادة الضرر بمعنى الضيق اشتقت الضرورة، قال في لسان العرب: والضرورة؛ كالضرة، والضرار؛ المضارة، وقد اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه، والضرورة اسم لمصدر الاضطرار تقول حملتني الضرورة على كذا وكذا، واضطر فلان إلى كذا وكذا، بناؤه افتعل فجعلت التاء طاء لأن التاء لم يحسن نطقه مع الضاد، ومنه قوله تعالى:

﴿بِمَسْءَلِ ضُطْرٍّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³، أي

فمن ألجئ إلى أكل الميتة وما حرم، وضيق عليه الأمر بالجوع؛ وأصله من الضرر وهو الضيق، تقول مكان ضرر أي ضيق⁴، والضرورة تجمع على الضرورات والضرائر، لها إطلاقات عدة أهمها⁵:

1- الضروري كل ما تمس الحاجة إليه، وبهذا الاستعمال تشمل معنى الحاجة، ومعنى الضرورة، وبهذا التوظيف تشمل جميع الحاجات ذات المنافع الأساسية في مقابل الكماليات.

2- تستعمل ويراد بها الشدة التي لا مدفع لها، وهي التي تبيح المحظور، وهو الاستعمال المطابق للتعريف الاصطلاحي في كل من الفقه والأصول.

3- تستعمل بمعنى المشقة التي تجلب التيسير، بدرجة أقل من أن تبيح المحظور، ويطلق عليه بهذا الاستعمال مصطلح الحاجة.

1 - الرازي[544-604هـ]: تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ط1، 1401هـ، 1981م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج22، ص 209. - الزمخشري [467- 538]: الكشاف، ط1، 1418هـ، 1998م، مكتبة العبيكان، الرياض، ج4، ص160.

2 - بلحاج العربي: أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996م، ج1، ص68.

3 - سورة البقرة: الآية (172)

4 - ابن منظور: لسان العرب، ج28، ص2574.

5 - المصدر نفسه.

4- بمعنى الحالة التي يرتكب فيها في الشعر ما لا يرتكب في النثر من خرق للقواعد اللغوية نحواً وصرفاً، وهي رخصة منحت للشعراء حين ينظمون، قال سيبويه: "إعلم أنه يجوز في الشعر ما لا يجوز في الكلام"¹.

5- ويستدل على الضرورة القصوى باستعمال مصطلح الاضطرار، ومنه قوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾².

الفرع الثاني: مفهوم الضرورة في الشريعة

يتم تعريف الضرورة في التشريع الإسلامي من زاويتين؛ إحداهما في اصطلاح الفقهاء، وثانيهما اصطلاح الأصوليين.

أولاً: الضرورة في الاصطلاح الفقهي

يطلق الفقهاء الضرورة، ويريدون بها أحد المستويين؛ الضرورة القصوى التي تبيح المحرم، والضرورة دون القصوى، المعبر عنها بالحاجة، وأطلقت عليها الضرورة من باب التوسع في الاستعمال.

أ - الضرورة الفقهية القصوى:

وهي التي يكون لها أثر في تغيير وصف الفعل الممنوع وحكمه، لينتقل بذلك إلى الإباحة ما دامت الضرورة قائمة، كأكل الميتة عند الاضطرار، أو يكون لها أثر في تغيير الحكم فقط دون الوصف، وهنا يبقى الفعل محرماً، لكن يرخص في فعله استجابة لمقتضى الضرورة³.

أما الضرورة التي لا تأثير لها في الفعل على النحو السابق، فإنها لا تكون سبباً في الترخيص، كالإكراه على القتل أو الزنا أو القذف⁴.

1 - سامي عوض: مفهوم الضرورة الشرعية عند أهم علماء العربية حتى نهاية القرن الرابع الهجري، مجلة دراسات في اللغة العربية وآدابها، العدد السادس، 2011، ص42.

2 - سورة البقرة: الآية (172).

3- محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، ط4، 1416هـ، 1996م، ص235، 236، 237.

4- المرجع نفسه.

تعريفها: وردت بشأنها تعريفات عدة، متقاربة من حيث المعنى، وإن كان بينها بعض الاختلاف في المبنى، نذكر منها: ما جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي أنها: " بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب، وهي التي تبيح الحرام"¹، وبقية ما وقفنا عليه من تعريفات الشافعية يدور حول نفس المضمون؛ وإن تغايرت الصيغة من تعريف لآخر، كقول القاضي زكريا الأنصاري²: "الضرورة ما نزل بالعبد مما لا بد من وقوعه"³. وقول شهاب الدين أحمد القليوبي⁴: "الضرورة ما لا يحتمل عادة". ويقرب من هذا التعريف قول الجصاص⁵ من الحنفية "الضرورة هي خوف الضرر بترك الأكل، إما على نفسه، أو على عضو من أعضائه"⁶، وقول علي حيدر⁷: "هي العذر الذي يجوز

1 - جلال الدين عبد الرحمن السيوطي [ت 911هـ]: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، 1983م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ص 85.

2 - هو زين الدين أو يحيى زكريا بن محمد أحمد الأنصاري الخزرقي الأزهرى الشافعي، ولد سنة 824هـ على التقريب، وتوفي في شوال عام 926هـ على التقريب كذلك، بسبب الاختلاف في ميلاده ووفاته، خلف ما يربو عن خمسين مصنفا في شتى فنون المعرفة، في التصوف، والأدب والنحو، والأصول، والفقه، والحديث، والخطابة، وعلوم القرآن، والتجويد والإقراء، والمنطق وغيرها، ترجم له الدكتور مازن المبارك في مقدمة التحقيق لكتابه الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة.

3- زكريا بن محمد الأنصاري: الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق وتقديم مازن المبارك، مطبوعات مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث بدبي، دار الفكر المعاصر - بيروت - لبنان، ط 1، 1991م، ص 70.

4- هو الفقيه أحمد بن سلامة المصري، القليوبي نسبة إلى قليب في مصر، الشافعي، [ت 69هـ] ترجم له المحبي في كتابه خلاصة الأثر في معرفة أعيان القرن الحادي عشر، الجزء الأول ص 175، حيث وصفه بالعالم العامل الفقيه المحدث وأحد رؤساء العلماء المجمع على نباهته وعلو شأنه، توفي أواخر شوال من عام تسعة وستين للهجرة عن عمر أناف ثمانين سنة، خلفا وراءه أثارا علمية وتلاميذ كثيرين.

5 - هو حجة الإسلام الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي [370-305هـ]، الملقب بالجصاص، نسبة إلى عمله بالجص، إمام الحنفية في عصره، تفقه على أبي سهل الزجاج، وأبي الحسن الكرخي، من مصنفاته: أحكام القرآن، وشرح مختصر الكرخي، وشرح مختصر الطحاوي، وشرح الجامع لمحمد بن الحسن، وشرح الأسماء الحسنی، وكتاب في أدب القضاء، وآخر في أصول الفقه، يرجع في تفاصيل ترجمته لكتاب الفوائد البهية في تراجم الحنفية.

6 - الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1412هـ، 1992م، ج1، ص 160.

7 - علي حيدر خواجه أمين أفندي، فقيه حنفي شهير [ت 1353هـ]، إشتهر بمصنفه: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، كما عرف برئاسته لمحكمة التمييز وأمانة الفتيا، ووزارة العدل في الدولة العثمانية، وتدرسه لمجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة.

بسببه إجراء الشيء الممنوع"¹، وقوله كذلك " هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا"² و في المذهب المالكي ورد تعريفها بأنها: "خوف الهلاك على النفس، أو الضرر الشديد علما أو ظنا"³، قال الشيخ زروق في شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني: "المضطر هو الذي بلغ الغاية في الحاجة إلى الطعام، أو الشراب، أو لهما، بحيث يخاف على نفسه الهلاك، فهذا الذي تباح له الميتة، ولا يلزمه الصبر إلى الإشراف، لأن الأكل لا ينفعه إذ ذاك"⁴ هذا النوع من الضرورة، لا يثبت حكما كليا في الجنس، وإنما يعتبر تحقيقها في كل شخص، كأكل الميتة وطعام الغير⁵.

ومن هذا نلاحظ أن تعريفات الفقهاء للضرورة مقاربة، وتدور حول فكرة دفع الضرر عن النفس وما دونها، ولعل سبب هذا التقارب، هو تأثرها بمفهوم الضرورة الغذائية المستفاد من النصوص القرآنية التي دلت على الضرورة بشكل مباشر، لدرجة أن هناك من حاول قصر مفهوم الضرورة وتطبيقاتها، على الضرورة الغذائية بسبب ذلك⁶، ولذلك نرى أن التعريف لا يكتمل إلا بمراعاة الأصول العامة لرفع المشقة والحرص، وحفظ المصالح، وهي الالتفاتة التي أضافها الفقهاء المعاصرون.

وبهذا الصدد يرى الشيخ وهبة الزحيلي رحمه الله أن هذه التعريفات قاصرة لكونها تجسد فكرة الضرورة في مجالات محددة، كالضرورة الغذائية، التي تبيح الانتفاع بمال الغير، والقيام بشيء تحت الإكراه، والدفاع الشرعي، وترك الواجبات الشرعية، وغير ذلك من الأمثلة المتفرعة في فروع الفقه، وبناء على هذا يقترح تعريفا آخر، يرى

1 - درر الحكام في مجلة الأحكام: تعريب المحامي فهمي الحسيني، ط دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1423هـ - 2003م، ج1، ص37.

2 - المصدر نفسه، ص38.

3 - الحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلتها، ط3، 2005م، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، ج3، ص87.

4 - أحمد زروق [ت899هـ] شرح الرسالة، ط دار الفكر 1402هـ، 1982م، ج1، ص383.

5- عبد الله بن بيه : الفرق بين الضرورة والحاجة تطبيقا على بعض أحوال الأقليات المسلمة ، بحث مقدم لمجمع علماء الشريعة بأمريكا، منشور في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ، العدد الأول، رجب 1421هـ . 2000م ص 124، جدة، المملكة العربية السعودية.

6- ينظر: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، منشورات البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط2، 2003، ص31.

أنه جامع بقوله: " هي أن يطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال، وتوابعها، ويتعين عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع"¹.

وعلى الرغم من أن الشيخ وهبة الزحيلي قدم هذا التعريف على أنه جامع لكل أنواع الضرورة، من غذائية ودوائية، وانتفاع بمال الغير، ومحافظة على مبدأ التوازن في العقود، والقيام بالفعل تحت تأثير الإكراه والخوف والدفاع عن النفس، وترك الواجبات الشرعية المفروضة، إلا أنه تبين أن عليه مآخذ وملاحظات لخصها د. جميل محمد بن مبارك فيما يلي:

1- أدخل في التعريف ما ليس منه وذلك بقوله: " ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام..الخ"، وهذا الأمر ليس عنصرا في التعريف وإنما هو من نتائج الضرورة التي هي معنى يتحقق ولو لم يرتكب الحرام أو يترك الواجب.

2- عبارته في التعريف غير دقيقة "أن يطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر، أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها"، لأن ما ذكره قد يحصل للمكلف دون أن يضطر إلى أمر ممنوع فعلا أو تركا.

3- كي ينطبق التعريف على الضرورة لا بد من إدخال تعديل على صيغته إضافة وحذفا فيضيف بعد قوله "وتوابعها": "إن لم يرتكب الحرام أو يترك الواجب أو يؤخره عن وقته"، ويحذف قوله: " ويتعين عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع".

4- ويؤخذ عليه كذلك أنه غير جامع، كونه قصر معنى الضرورة على الإنسان وحده، الأمر الذي يبقي الدولة، والأشخاص المعنوية، غير مشمولة في التعريف، اللهم إلا أن يؤول بقصد التغليب وأن الأشخاص المعنوية تلحق بالأشخاص الطبيعية بواسطة

1 - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية ، ص68،67.

القياس، إضافة إلى أنه لا يشمل بعض صور الإكراه، كالإكراه على البيع، الذي لا يؤدي إلى ارتكاب محرم، أو ترك واجب¹.

ويمكن أن نخلص إلى تعريف مختار للضرورة بأنها: "خوف الهلاك، أو الضرر الشديد، على أحد الضروريات، للنفس، أو الغير، يقينا أو ظنا، إن لم يفعل ما يدفع به الهلاك أو الضرر الشديد" وهو التعريف الذي اختاره الدكتور جميل محمد بن مبارك، ونحسب أنه أكثر دقة وانضباطا.

ب - الضرورة الفقهية غير القصوى:

يقصد بها معنيان؛ أولهما استعمال مصطلح الضرورة من باب المجاز، وإرادة معنى الحاجة²، وثانيهما تنزيل الحاجة منزلة الضرورة بضوابطها. فمن المعنى الأول: قول خليل في المختصر: "وصح قبله (أي بدو الصلاح) مع أصله أو ألحق به، أو على شرط قطعه إن نفع واضطر أي احتيج". ومنه اغتفار الغرر اليسير في المعاملات للضرورة أي الحاجة، قال زروق في شرح الرسالة نقلا عن الباجي: "ويسير الغرر عفو، إذ لا يكاد يفارق"³، أضاف المازري كون متعلق اليسير غير مقصود والضرورة إلى ارتكابه أي الحاجة⁴، ومن تطبيقات ذلك؛ الإجماع على جواز الكراء بالشهر مع احتمال نقصه وتاممه، وجواز دخول الحمام مع اختلاف قدر ما يكفي الناس ولبثهم فيه⁵.

ومن المعنى الثاني: اشتباه الحاجة في بعض صورها بالضرورة، من حيث كونها سببا لتشريع الأحكام الاستثنائية، كالمريض الذي يغلب على ظنه عدم القدرة على الصيام،

1 - جميل محمد بن مبارك: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، رسالة ماجستير، كلية العلوم جامعة القاهرة، 1405هـ، 1985م، ص 8،9.

2 - محمد بن حسين الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، الرياض 1428هـ، ط 1، ص 29،30.

3 - أحمد زروق: شرح رسالة بن أبي زيد القيرواني، ط دار الفكر، 1402هـ، 1982م، ج 2 ص 113.

4 - المصدر نفسه.

5 - المصدر نفسه، ص 112.

فيجوز له الإفطار للحاجة، وإجازة البعض ربا القرض في بعض الحالات من أجل تلبية حاجة عامة¹، والتداوي بالكحول والمواد المشتعلة عليه. ويستند في هذه الأحكام إلى قاعدة تنزيل الحاجة منزلة الضرورة، عامة² كانت أو خاصة، التي قال ابن نجيم الحنفي تعليقا عليها: "ولهذا جوزت الإجازة على خلاف القياس للحاجة...ومن ذلك جواز السلم على خلاف القياس، لكونه بيع المعدوم دفعا لحاجة المفاليس، ومنها جواز الاستصناع للحاجة، ودخول الحمام مع جهالة مكثه فيها وما يستعمله من مائها..."³

ثانيا: الضرورة في اصطلاح الأصوليين

في الاصطلاح الأصولي تطلق على الضرورة العامة بالجنس، كعقد السلم الذي يجوز لكل الناس بغض النظر عن الشخص ومدى حاجته إليه، يمكن تعريفها بأنها: "هي التي يؤدي فقدها إلى اختلال أحوال العالم، واضطراب أحواله، أو هي ما عرف التفات الشرع إليه كحفظ الدين بقتل المرتد، وحفظ العقل بحد السكر، وحفظ النفس بالقصاص، وحفظ النسب والعرض بحد الزنا والقذف، وحفظ المال بقطع يد السارق⁴. أو هي: "الكلي المعبر عنه بالضروري، لأنه من ضرورات سياسة العالم وبقائه وانتظام أحواله"⁵، والمقصود بالكلي: أن يعم جميع المسلمين، لا يخص بعضهم دون بعض، أو أو حالة دون حالة¹.

1 - أفتى بهذا كل من الشيخ شلتوت ، وسيد طنطاوي ومحمد شحات الجندي ، ينظر : ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة ، وليد صلاح الدين الزير ، مرجع سابق، ص 683 وما بعدها.

2 - الحاجة العامة هي الحاجة الأصولية، التي تنزل منزلة الضرورة بسبب أن الناس لو منعوا عما تظهر الحاجة فيه إلى للجنس لنال آحاد الجنس ضرر. (ينظر البرهان في أصول الفقه للجويني، ج2، ص 602).

3 - ابن نجيم الحنفي [ت970هـ]: الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، ط دار الفكر دمشق، 199، ص 100.

4 - سعد بن ناصر عبد العزيز الشثري: شرح مختصر روضة الناظر للطوفي [ت716هـ] ، ط1، 1431 هـ ، 2010 م ، دار التدمرية ، ج1، ص756.

5 - وليد صلاح الدين الزير: ضوابط الحاجة التي تنزل مكنزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 26 ، لعدد الأول 2010م، ص680.

أو هي: "ما لا بد منه لصالح العباد في المعاش والمعاد، بحيث إذا فاتت شقوا شقاوة أبدية في الدنيا والآخرة، وتلاشى دينهم، وفسدت أبدانهم، وانقطع نسلهم"².

قال الشاطبي بصدد تعريف المقاصد: "فأما الضرورية فمعناها؛ أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل هي على فساد، وتهارج، وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين"³.

من خلال هذه التعريفات يتبين أن الضرورة عند الأصوليين؛ وصف يلحق بالمصلحة التي تصل درجة الاحتياج فيها إلى أشد المراتب، بحيث يصبح المجتمع في خطر بدونها، ومن الأمثلة على ذلك ضرورة الصلاة لحفظ الدين، وضرورة الطعام لحفظ النفس.

ثالثاً: الفرق بين الضرورة الفقهية والضرورة الأصولية

يكمن الفرق بين اصطلاح الفقهاء وبين اصطلاح الأصوليين في الضرورة، في أن الفقهاء يقصدون بها الحالة الفردية أو الخاصة، التي يهلك فيها المكلف إذا استمر على تطبيق الحكم الأصلي ولم يأخذ بالرخصة، كالمضطر إلى أكل الميتة، وتكون على هذا النحو بالمعنى الخاص، الذي يتم النزول به إلى الحكم على الجزئيات الفرعية، وقد يقصدون بها الحاجة العامة، وأما أهل الأصول فيقصدون بها المصلحة الضرورية العامة، التي لا بد من تحققها لحفظ النظام العام واستقامة أمور الدين والدنيا، كالكليات الخمس، والبيع والنكاح والحدود⁴.

ومن الفروق الجوهرية بينهما أن الضرورة الأصولية تستند إما إلى الرخصة، أو الاستحسان، أو المصالح المرسلية، أو القواعد المرتبطة بمدى تكليف المكره، بينما

1 - عبد الله بن بية: المرجع السابق، ص 127.

2 - يوسف أحمد محمد البدوي: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، رسالة دكتوراه، في الفقه والأصول، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 1999م، ط دار النفائس للنشر والتوزيع، ص 445.

3 - الشاطبي [ت790هـ]: الموافقات، ط1، 1997م، دار بن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ج2، ص17، 18.

4 - وليد صلاح الدين الزير: المرجع السابق.

الضرورة الفقهية تستند إلى القاعدتين العظيمتين، "المشقة تجلب التيسير"، و"الضرر يزال" وما تفرع عنهما.

وقد أبرز "محمد بن حسن الجيزاني" هذا الأمر بقوله: "وذلك أن الضرورة سبب قوي من أسباب الترخص، وهي تصلح أن تكون سببا للاستحسان، وقد تكون الضرورة قسما من أقسام المصلحة المرسله، كما أن الإكراه يعتبر سببا من أسباب الوقوع في الضرورة".

الفرع الثالث: تعريف الضرورة في القانون.

لقد أورد فقهاء القانون عدة تعريفات لتحديد مدلول الضرورة سواء من حيث مدلولها العام، أو بيان مدلولها الخاص في، ثم عملوا على استخراج العناصر التي يبنى عليها التعريف، التي تساعد على التمييز بينها وبين ما يشبهها من مصطلحات، نحاول بيان ذلك من خلال تعريفات الفقهاء التالية:

التعريف الأول: "أن يجد الإنسان نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم، على وشك الوقوع، فلا يرى سبيلا للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة"¹.

هذا التعريف وإن أوردته الباحثون بصدد تحديد المفهوم العام للضرورة، إلا أن واضعه تأثر بنظرية الدفاع الشرعي في القانون الجنائي، التي تدفع الإنسان المهدد بالضرر لارتكاب فعل مخالف للقانون، كما حدد محل وقوع الضرر بنفس الإنسان، وبذلك تخرج بقية الأشخاص القانونية، كما يخرج التهديد الواقع على غير النفس، وبهذا يكون غير جامع، ومن جهة أخرى يكتفه غموض، من حيث عدم تحديده لمصدر الضرر الذي يهدد الإنسان وطبيعة التهديد ما يجعله يشمل الضرورة إلى جانب غيرها مثل الإكراه المعنوي، وبالتالي غير مانع كذلك.

التعريف الثاني: "وجود الإنسان في ظروف تهدده بخطر لا سبيل إلى تلافيه إلا بارتكاب جريمة، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمدا بقصد إيجائه إلى ارتكابها"².

1- محمود عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص21.

2- المرجع نفسه.

هذا التعريف وإن التقى مع سابقه في كون الإنسان موضع التهديد بالخطر، وخلفيته الجنائية؛ إلا أن واضعه تلافى بعض الانتقادات السابقة، حيث لم يقصر التهديد على نفس الإنسان، وبين أن الخطر في الضرورة لا يكون قد وجه للإنسان عمدا بقصد إلجائه لارتكاب المحذور وإلا فهو إكراه معنوي.

التعريف الثالث: " هي وضع مادي للأمر، ينشأ بفعل الطبيعة، أو بفعل إنساني موجه إلى الغير، وينذر بضرر جسيم على النفس، يتطلب دفعه ارتكاب جريمة على إنسان برئ"¹.

هذا التعريف تميز عن سابقه بجملة من العناصر أهمها:

أ- النص على مصدر الخطر، الذي هو فعل الطبيعة، أو الفعل الإنساني الموجه إلى الغير.

ب- تحديد نوع الضرر المحقق بكونه جسيما، يتهدد النفس.

ج- الإشارة إلى أن المتدخل لإزالة الخطر، مضطر لارتكاب جريمة على شخص برئ.

ومع ذلك يبقى هذا الاصطلاح غير دقيق، يغلب عليه جانب تشخيص الضرورة في القانون الجنائي، إضافة إلى قصر المصلحة المهددة على النفس، دون بقية المصالح الجسمانية والمالية، ولو عبر بالاضطرار إلى الخروج عن القانون، درء للخطر الذي يتهدد مصلحة جوهرية محمية قانونا، لكان التعريف أعم وأشمل، ولذلك فضل بعض الفقهاء تعريفها بالقول: " هي حلول خطر لا سبيل لدفعه إلا بارتكاب محذور"².

وبناء على هذا يمكن استخلاص تعريف للضرورة بمعناها العام وهو: "الاضطرار إلى القيام بفعل أو أفعال، ممنوعة في الأصل، بهدف درء خطر جسيم، يتهدد مصلحة جوهرية محمية قانونا، دون أن يكون لصاحب المصلحة دور في حدوث هذا الخطر".

1- المرجع نفسه.

2- المرجع نفسه ، ص22.

وفي ضوء هذا التعريف قد يكون المضطر إلى القيام بالفعل هو الفرد؛ دفاعاً عن النفس أو الغير وفق تطبيقات الضرورة في القانون الجنائي، وقد يكون المضطر هو الفرد؛ دفاعاً للضرر بما يوافق تطبيقات النظرية في القانون المدني والقوانين الدائرة في فلكه، مثل قانون الأسرة والقانون التجاري، وقد يكون المضطر لارتكاب الفعل غير المشروع هو الدولة؛ دفاعاً عن مصالحها الجوهرية في وجه المخاطر الداخلية والخارجية، طبقاً لقواعد القانون الدستوري والقانون الإداري وقواعد القانون الدولي.

المطلب الثاني: إطلاقات الضرورة

نقصد بإطلاقات الضرورة هنا تلك المصطلحات التي يعبر بها عن مدلول الضرورة، بحيث إذا أطلقت عرف المعنى المقصود، وحدد المجال الذي يطلق فيه هذا الاصطلاح، نورد أهم تلك المصطلحات (الفرع الأول)، ثم نحد نطاق تطبيقها في أهم الأحكام الشرعية و فروع القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مصطلحات الضرورة

يعبر عن الضرورة في كل من الشريعة والقانون بمصطلحات عدة، يمثل كل منها مظهراً من مظاهرها، وتتفوق الشريعة على القانون في تعدد المباني ووحدة المعاني، تبعاً لتعدد مصادر التشريع، وثناء اللغة العربية بألفاظها وأساليبها، وأهم ذلك ما يلي:

أولاً: مصطلحات الضرورة في الشريعة الإسلامية

يعبر عن الضرورة بمصطلحات عدة، نذكر أهمها في الآتي:

أ- الضرورة: ويقصد بها " الحاجة الشديدة الملجئة إلى مخالفة الحكم الشرعي"¹، و هي التي تبيح المحظور من أكل الميتة، وإساعة اللقمة بالخمير، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وغير ذلك، وقد صيغت جملة من القواعد تحمل عنوان الضرورة، مثل "الضرورات تبيح المحظورات"، و "الضرورة تقدر بقدرها".

1 - أحمد تيجاني هارون عبد الكريم: اثر الضرورة والحاجة وعموم البلوى فيما يحل ويحرم من المهن والوظائف خارج ديار الإسلام، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المؤتمر السنوي الخامس، نوفمبر 2007، المنامة، ص 4.

ب - الاضطرار: وهو الاحتياج إلى الشيء، يقال اضطره إليه؛ أوجه وأجأه فاضطر¹، ورد التعبير عن الضرورة بهذا الاصطلاح في القرآن الكريم في غير ما آية، قال تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾²، وقال تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³، وقال تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ بِكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ..﴾⁴.

وصاغ الفقهاء قاعدة فقهية تحكم المسؤولية عن المال المتلف بسبب الاضطرار، مؤداها أن "الاضطرار لا يبطل حق الغير"⁵،

ج - الحاجة: لكل من الضرورة والحاجة معنى تستقل به عن الأخرى، وقد تلتقيان في نفس الاستعمال، فمن حيث استقلال كل منهما نورد الفروق التي تميز بينهما، ومن حيث الالتقاء نورد أساس استعمال كل منهما بمعنى الآخر.

الفرق بين الضرورة والحاجة:

يفرق بين الضرورة والحاجة من حيث كون كل منها مصلحة مرعية شرعا، بقدر مستوى تأثيرها في حياة الناس، فما تتوقف عليه استقامة حياة الناس في دينهم ودنياهم، يعتبر ضروريا، على النحو السالف في مفهوم الضرورة الأصولية، وما لا تتوقف عليه

1 - محمد بن حسين الجيزاني: الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، 1428هـ، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع بالرياض، المملكة العربية السعودية، ص 23.

2 - سورة النحل: الآية (115).

3 - سورة البقرة: الآية (172).

4 - سورة الأنعام: الآية (120).

5 - هذه القاعدة بمثابة قيد على لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، ولها صلة كذلك بقاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، ومعناها "أن الاضطرار وإن كان سببا من أسباب إباحة الفعل كما في حال الميتة وتناول الدم والخمر ونحوها، أو كان سببا من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية مع بقاء الفعل محرما، كالتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه؛ فإنه لا يسقط حق إنسان آخر من الناحية المادية، وإن كان يسقط حق الله تعالى ويرفع الإثم والمؤاخذه من المضطر أو المكره، إذ لا ضرورة لإبطال حقوق الناس". (ينظر: صالح غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ص300؛ وكذا وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، ص 305).

استقامة حياة الناس، يدخل في مفهوم الحاجة التي يفتقر إليها، من حيث رفع الضيق والحرَج والتوسعة على النفس، دون أن يؤثر فقدانها على حياة الناس وجوداً وهدماً كما في الضرورة¹، قال "الشاطبي" معرفاً الحاجة: "ما يفتقر لها من حيث التوسعة، ودفع الضيق، المؤدي في الغالب إلى الحرَج، والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب"². ومن هنا يمكن القول أن الضرورة والحاجة تلتقيان في أصل المشقة، ولكن تختلفان عن بعضهما من عدد من الوجوه أهمها³:

1- المشقة في الحاجة أقل منها في الضرورة:

حيث يعتبر حجم المشقة في الضرورة كبيراً يفضي إلى الهلاك، أو خرم واحدة من الكليات الخمسة، بينما حجم المشقة في الحاجة لا يصل إلى حد تهديد واحدة من الكليات الضرورية، ولكن يقع الضيق والحرَج عند عدم إتيانها.

2- الضرورة تتعلق بالاستفادة من المحرم لذاته:

بخلاف الحاجة التي تتعلق بالاستفادة من المحرم لغيره، ومن ثم فالاضطرار يصير المحرم مباحاً مهما كانت درجته، لقوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁴، أما الاحتياج فلا يبيح المحرم لذاته، وإنما يبيح الإقدام على المحرم لغيره، وتجسيدا لمضمون هذا الفرق صيغت القاعدة المشهورة: "ما حرم لذاته يباح للضرورة، وما حرم لغيره يباح للحاجة"، وقاعدة: "ما حرم سدا للذريعة أبيع للمصلحة الراجحة"، اللتان تعتبران من أهم النتائج المترتبة على التفريق بين الحرام لذاته والحرام لغيره⁵.

3- باعث الضرورة الإلجاء:

- 1- الريسوني: محاضرات في مقاصد الشريعة، ص 192، 193، دار الكلمة للنشر والتوزيع القاهرة، ط2، 2013م
- 2- الموافقات: ج2، ص 10.
- 3- أحمد كافي: الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 2004م، ص 39، 40.
- 4- سورة النحل: الآية (115).
- 5- محمد الوكيل: فقه الأولويات دراسة في الضوابط، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندن- فيرجينيا، ط1، 1416هـ، 1997م، ص 148.

أي المشقة الشديدة، حيث لا خيار أمام المكلف إلا ارتكاب المحذور، بينما باعث الحاجة، هو التيسير ورفع الحرج، بمعنى أن المشقة في باب الحاجة مشقة محتملة عادية، يحصل معها ضيق وحرج، لكن لا يترتب عليها الهلاك والتلف، بينما المشقة في باب الضرورة مشقة فادحة، تستدعي ارتكاب الممنوع لدفع الهلاك¹.

4- أحكام الضرورة مؤقتة، بينما أحكام الحاجة مستمرة:

ولعل السبب في هذا الفرق أن الحاجة إنما تعتبر في موضع لا نص فيه غالباً، بخلاف الضرورة التي تعتبر في موضع النص، وبناء عليه فالترخيص لأجل الضرورة مؤقت بزمان محدد، وهو مدة قيام العذر، وحال بقاء الاضطرار في حق المضطر وحده، بينما الترخيص لأجل الحاجة يأخذ غالباً صفة الدوام والاستمرار، وينتفع بالحكم المحتاج وغيره².

5- الضرورة شخصية لا ينتفع بحكمها غير المضطر: بينما الحاجة يعم حكمها جميع الأفراد.

6- الضرورة تبيح الكثير واليسير: بينما الحاجة تبيح اليسير لا الكثير.

7- الضرورة يقدرها صاحبها: أما الحاجة فيقدرها المجتهد.

8- المصالح الضرورية هي الأصل لكل من الحاجية والتحسينية: بحيث يلزم من اختلال الضروري اختلال كل من الحاجي والتحسيني³.

أ- التقاؤهما في المعنى:

استعمل الفقهاء وأهل الأصول مصطلح الحاجة للتعبير عن الضرورة، كما نزلوا الحاجة منزلة الضرورة وإعطائها حكمها، متى توفرت شروط وروعيات ضوابط، وصاغوا لذلك قاعدة فقهية نصها: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"⁴، وبالإستقراء يثبت أن لكل من الحاجة والضرورة معنى أصيلاً، معياره التفريق

1- محمد بن حسين الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية، بحث مقدم لمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ص 8،9.

2- محمد بن حسين الجيزاني: المرجع السابق، ص 11.

3- الموافقات ، ج2، ص 16.

4- السيوطي: الشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ط1، 1983م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص

بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية، لكن قد يستعمل كل منهما في معنى الآخر، من ذلك إطلاق الضرورة بمعنى الحاجة في جواز بعض عقود المعاملات مع ما فيها من ما يفسدها¹، و من ذلك إطلاق مصطلح الحاجة وإرادة معنى الضرورة، جاء في معجم مقاييس اللغة مادة "حوج": "الحاء والواو والجيم أصل واحد وهو الاضطرار إلى الشيء"².

د- العذر:

تطبيقاً للضرورة أورد الفقهاء مصطلح العذر بمعنى الضرورة، وتناولوا أثره في الأحكام، فعرفوا على أساسه الرخصة بقولهم: " ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم"³، وجعلوا السفر عذراً لقصر الصلاة والفطر في السفر، والإكراه والمخمصة عذراً لأكل الميتة ومال الغير، وصاغوا قاعدة: " ما جاز لعذر بطل بزواله"⁴، وهي المادة (23) من مجلة الأحكام العدلية، والقاعدة الثانية والعشرون من شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا⁵، مثل بطلان التيمم بالقدرة على استعمال الماء.

هـ- الضرر:

من المصطلحات التي تؤدي معنى الضرورة "الضرر"، وهو مصطلح أساس في الباب، صيغت على أساسه قاعدة من القواعد الكبرى تحت اسم "الضرر يزال"⁶، والقواعد المتفرعة عنها مثل قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"⁷، وقاعدة: " يتحمل

1 - عبد الله بن بيه: الفرق بين الضرورة والحاجة تطبيقاً على بعض أحوال الأقليات المسلمة، (بحث منشور في الشبكة العنكبوتية على صيغة pdf مصورة)، ص 127.

2 - ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا): معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1979. ج2، ص114.

3 - محمد رأفت سعيد: الرخصة في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، 2002م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ص8.

4 - ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، 1999م، ص 95.

5 - أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية ط2، 1989، دار القلم دمشق، ص189.

6 - ابن نجيم الحنفي: المرجع السابق، ص 96.

7 - المرجع نفسه.

الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام"¹، وقاعدة: " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما"².

و- المشقة:

تعتبر المشقة من أهم أسباب التيسير ورفع الحرج في الإسلام، تترجم ذلك القاعدة الفقهية الكبرى "المشقة تجلب التيسير"، التي تتدرج تحتها قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"، والقواعد المتفرعة عنها، ما يدل على أن الضرورة تعتبر أعلى أنواع المشقة، يقول الباحثين: "وعلى هذا فالضرورة هي أعلى أنواع المشاق، بل أعلى أنواع الضرر، فكل ضرورة مشقة تجلب التيسير، ولكن لا يلزم أن تكون المشقة الجالبة للتيسير قد وصلت مرحلة الضرر، أو الضرورة، فالعلاقة بينهما هي العموم والخصوص المطلق"³.

ز- العسر:

العسر من موجبات التخفيف عند الفقهاء، لاشتماله على معنى المشقة، بمعنى الضرر أو الضرورة، من ذلك قول خليل المالكي في المختصر: "وعفي عما يعسر، كحدث مستنكح، وبلل بأسور في يد إن كثر الرد أو ثوب، وثوب مرضعة تجتهد، وندب لها ثوب للصلاة، ودون درهم من دم مطلقاً، وقيح وصديد، وبول فرس لغاز بأرض حرب، وأثر ذباب من عذرة وموضع حجامه مسح فإذا برئ غسل وإلا أعاد في الوقت".

ح- عموم البلوى:

يعرف عموم البلوى عند أهل الأصول بأنه: "الحادثة التي تقع شاملة لجميع المكلفين، أو كثير منهم، مع تعلق التكليف بها، فيحتاجون إلى معرفة حكمها، مما

1 - المرجع نفسه.

2 - المرجع السابق، ص 98.

3 - يعقوب بن عبد الوهاب الباحثين: قاعدة المشقة تجلب التيسير، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ط1، 2003م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ص31.

يقتضي كثرة السؤال عنها واشتهاره¹، وعند الفقهاء هو: "شمول وقوع الحادثة للمكلفين، أو لأحوال المكلف مع تعلق التكليف بها، بحيث يعسر الاحتراز منها، أو الاستغناء عن العمل بها، إلا بمشقة زائدة تقتضي التيسير والتخفيف"².
ومن خلال هذا المفهوم، فإن عموم البلوى له صلة بقاعدة "المشقة تجلب التيسير"، من حيث كونه أحد الأسباب الجالبة للتيسير والتخفيف، بل جعله البعض قاعدة فرعية مندرجة تحتها، وصاغوها بقولهم: "ما عمت بليته خفت قضيته"، وقولهم: "إن ما عم وإن خف، ينزل منزلة ما يتقل إذا اختص".

ثانياً: مصطلحات الضرورة في القانون

ويعبر كذلك عن الضرورة في القانون بمصطلحات متعددة وقفنا منها:

أ - الدفاع المشروع:

وهو مصطلح يعبر به عن الضرورة في القانون الجنائي، عندما يدفع الإنسان خطر الاعتداء عليه أو على غيره، أو ماله أو مال الغير، نص المشرع الجزائي على ذلك في المادتين (39،40) من قانون العقوبات، تحت عنوان الأفعال المبررة، وبين أنه: " لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو الغير، أو عن مال مملوك للشخص، أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامه الاعتداء، كما بين الحالات التي تدخل ضمن الضرورة الحالة للدفاع المشروع، والمتمثلة في القتل، أو الجرح، أو الضرب، الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص، أو سلامة جسمه، أو لمنع تسلق الحواجز، أو الحيطان، أو مداخل المنازل، أو الأماكن المسكونة، أو توابعها، أو كسر شئ منها أثناء الليل، وكذا الأفعال التي ترتكب للدفاع عن النفس، أو عن الغير، ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة.

1 - مسلم بن محمد بن ماجد الدوسري: عموم البلوى دراسة نظرية تطبيقية، ط1، 2000م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص55.

2 - المرجع السابق، ص 61.

ويعتبر هذا المدلول للدفاع المشروع محل اتفاق مبدئي بين الشريعة والقانون، حيث تعتبر الضرورة سببا من أسباب الإباحة، مع تميز الشريعة بمرونتها، ورسم حدود للإباحة، كي لا تمتد إلى كل الجرائم¹.

ب - الظروف الطارئة:

وهو مصطلح يعبر به عن مضمون نظرية الضرورة في مجال الالتزامات العقدية، ولها مظاهر متعددة، منها حدوث ظروف جعلت المضي في تنفيذ العقد أمرا عسيرا، تجد هذه النظرية أساسها في الفقه الإسلامي، بناء على قواعد إزالة الضرر، ودفع المشقة، كما تجد أساسها القانوني، في نصوص القانون المدني، وقواعد القانون الإداري لاسيما قانون الصفقات العمومية.

ج - الظروف الاستثنائية:

وهو الاصطلاح المعبر به عن الضرورة في مجال القانون الدستوري، والإداري، والقانون الدولي، حيث تتسع صلاحيات السلطة العامة للتصرف بشكل مخالف للقانون، من أجل درء المخاطر المحدقة بالنظام العام والمصالح العليا للدولة².

د - القوة القاهرة:

أو القوة الظاهرة، وهي "القوة الخارجية الطبيعية التي يخضع لها الإنسان، ولا يمكنه دفعها أو مقاومتها، وتسخره في ارتكاب فعل أو امتناع غير مشروعين"³ ويفهم من هذا التعريف أن القوة القاهرة تمثل مظهرا من مظاهر الضرورة، يطبق في مجال المسؤولية العقدية، عند انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، نتيجة تدخل عامل خارجي، ينشأ باستقلال عن إرادة المدين ولا يكون باستطاعته توقعه أو منعه، ويترتب عليه استحالة الوفاء بالالتزام⁴، كالفيضانات، والحرائق، والزلازل، وغارات العدو وغيرها

1 - يوسف قاسم: المرجع السابق، ص 272، 273.

2 - المخاطر المحدقة بالمصالح العليا في الدولة تشمل التهديدات الداخلية والخارجية، المستهدفة لبقاء الدولة ومؤسساتها، أو تعرض النظام العام داخل المجتمع للخطر.

3 . محمود عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 23.

4 - مجموعة من الباحثين: القوة القاهرة بين التشريع والقضاء المغربي والمقارن، موقع العلوم القانونية

www.marocdroit.com شوهد بتاريخ 08،08،2015، في الساعة 22:00 مساء.

مما لا يد للملتزم فيه، نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة (307) ق م ج بأنه: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته) والمادة (127) ق م ج: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك).

كما تطبق القوة القاهرة في مجال المسؤولية الجزائية، حيث نص المشرع الجزائري بموجب المادة (49) من قانون العقوبات بأنه: "لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

هـ - الإكراه المادي:

قريب من القوة القاهرة، حيث يكون العامل فيه قوة إنسانية سالبة للإرادة تدفع الشخص مرغما إلى إتيان عمل غير مشروع إيجابا أو سلبا، ومن ثم يعد سببا عاما لنفي المسؤولية عن من مورس ضده الإكراه في مختلف الجرائم، استنادا لنص المادة (49) ق ع ج أعلاه، ويتميز الإكراه المادي عن القوة القاهرة بقرنين أساسيين هما:

1- من حيث مصدر القوة الدافعة إلى ارتكاب المحذور:

فإذا كانت قوة إنسانية كان ذلك إكراها، أما إذا كان غير الإنسان فهو قوة قاهرة.

2- من حيث آثار كل منهما:

حيث في الإكراه تبقى آثار التصرف موجودة، لكن يتحمل مسؤوليتها من صدر

عنه الإكراه، بينما في القوة القاهرة تنتفي المسؤولية من أساسها.

و - الإكراه المعنوي:

يكون الشخص في حال إكراه معنوي أو أدبي، إذا ارتكب فعلا ضارا بالغير قصد درء الخطر عن نفسه أو غيره¹، وكان الخطر قد وجه إليه عمدا بقصد إرغامه على الفعل المكون للجريمة؛ ويحمل معنى الضرورة من حيث كون الجاني لا يجد سبيلا لتخليص نفسه من الشر المحقق به إلا بسلوك الجريمة، ومن هذه الزاوية اعتبر من صور الضرورة بمعناها العام².

ونص المشرع الجزائري على أثر الإكراه في المسؤولية المدنية، بموجب نص المادة (88) الفقرتين 1، 2، 3 ق م ج، والتي تنص على أنه: "وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس، أو في الجسم، أو الشرف، أو المال. ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامه الإكراه".

ز - الحادث المفاجئ:

من الاصطلاحات التي يعبر بها عن حالة الضرورة "الحادث المفاجئ"³، وهو ذلك العامل أو تلك القوة التي تتصف بالمفاجأة، وتتميز بعدم التوقع وعدم التصور، ومن ثم تتجاوز إمكانيات الحذر والانتباه الإنساني⁴، ويعتبر الحادث المفاجئ مانعا من المسؤولية المدنية، طبقا لنص المادة (127) ق م ج التي نصت على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة

1 - جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، الجلد الأول، ص 489.

2 - محمود محمد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 21.

3- يستعمل الفقهاء عبارة الحادث المفاجئ، بينما التزم المشرع الجزائري بنص المواد (127، 178، 138)، استعمال عبارة الحادث المفاجئ، ولعل العبارتين سلیمتان من الناحية اللغوية، ورد ذلك في كل من تاج العروس، ولسان العرب، ومختار الصحاح، وقاموس المعاني، وغير ذلك من المعاجم اللغوية، قال في اللسان: " فَجْئُهُ الْأَمْرُ وَفَجْأَهُ بِالْكَسْرِ وَالنَّصْبِ، يُفَجِّئُهُ فَجْأً وَفَجْأَةً بِالضَّمِّ وَالْمَدِّ، وَافْتَجَّأَهُ وَفَجَّأَهُ يُفَجِّئُهُ مُفَجِّئَةً وَفَجْأَةً هَجَمَ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَشْعُرَ بِهِ، وَقِيلَ إِذَا جَاءَهُ بَعْتَةً مِنْ غَيْرِ تَقَدَّمَ سَبَبٌ، وَفِي قَامُوسِ الْمَعَانِي: " فَجْأِيٌّ: اسْمٌ مَنْسُوبٌ إِلَى فُجْأَةٍ، مَفْجَأٌ غَيْرٌ مَتَوَقَّعٌ، ضَرْبَاتٌ فَجْأِيَّةٌ، هُجُومٌ فَجْأِيٌّ، كَانَ وَصُولُهُ فَجْأِيًّا". وَمِنْ الْأَدْوَاتِ اللَّغْوِيَّةِ إِذَا الْفَجْأِيَّةُ الدَّالَّةُ عَلَى الْمَفْجَأَةِ وَتَخْتَصُّ بِالْجَمَلِ الْإِسْمِيَّةِ، وَالاسْمُ بَعْدَهَا مَرْفُوعٌ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ.

4. محمود عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 23.

قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.)
وفي هذا النص إشارة إلى ما نصت عليه المادة (1/178) ق م ج من أنه: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة".
الفرق بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة:

بحكم التقارب الكبير بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، طرح الفقهاء إشكالية جدوى التفريق بينهما، ومدى أثر ذلك في التشريع، على النحو الآتي.

1- **موقف الفقه:** اختلف الفقهاء حول مدى وجود فرق جوهري بينهما على رأيين¹

الرأي الأول: يرى وجود فروق بينهما ولخصها فيما يلي:

1- الحدث الفجائي أمر داخلي كامن في الشيء ذاته، وامتصل بنشاط المدين، كانحراف القطار عن السكة، وانفجار عجلة الآلة، بينما القوة القاهرة أمر خارجي لا يد للمدين فيه، كالظواهر الطبيعية، تبنى هذا الرأي عدد من الفقهاء، بزعامة الفقيه الفرنسي جوسران².

2- القوة القاهرة حادث يستحيل دفعه، بينما الحادث المفاجئ حادث غير متوقع.

3- القوة القاهرة تمتد استحالتها لتشمل الكافة، بينما الحادث المفاجئ تمتد استحالة توقعه ودفعه للبعض دون الآخرين.

الرأي الثاني: يرى أنه لا جدوى من التفريق بينهما، وأنها مصطلحان مترادفان يؤديان نفس المعنى ويرتبان نفس الآثار، حيث لا بد أن يتوافر كل منهما على عنصر

1- <http://www.marocdroit.com%D8%A8%D9%8A%D9%86-.html> شوهد بتاريخ 20 سبتمبر

2015 في العاشرة صباحا.

2- هو العميد Louis Josserand ولد في 31، 01، 1868- وتوفي في 08، 11، 1941، فرنسي الجنسية، فقيه قانوني ومحامي شهير، من أهم إنجازاته التأسيس لنظرية التعسف في استعمال الحق، وصياغة مشروع قانون الموجبات والعقود اللبناني، شغل وظائف عدة من بينها رئاسة معهد الحقوق في ليون، ومستشار محكمة التمييز، من أهم مؤلفاته: كتاب التعسف في استعمال الحقوق الصادر سنة 1905، وكتاب روح الحقوق ونسبيتها، الذي ألفه عام 1927.

استحالة مواجهته للإعفاء من المسؤولية، وعنصر عدم التوقع المشار إليه في الحادث المفاجئ مجرد عامل لتحقيق استحالة مواجهته.

موقف التشريع:

بالرجوع إلى نصوص القانون خاصة القانون المدني الجزائري وجدنا أنه كلما ذكر حكماً للحادث المفاجئ عطف عليه القوة القاهرة بحرف الواو، أو حرف " أو"، دون التصريح بتطابقهما أو مغايرتهما، إضافة إلى أن الفروق التي ذكرها الفقهاء ليس هناك في التشريع ما يدل عليها، بل ربما يستفاد من التشريع ما ينفىها، من ذلك ما يلي:

- 1- المساواة بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة في الحكم من حيث جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعيتهما طبقاً للمادة (1/178) ق م ج.
- 2- المساواة بينهما من حيث كون كل منهما سبباً أجنبياً لا يد للمدين فيه طبقاً للمادة (2/138) ق م ج.
- 3- عدم التوقع يعتبره المشرع عنصراً في كل الحوادث الاستثنائية، بما في ذلك الظروف الطارئة، المنصوص عليها في المادة (3/107) ق م ج، وبالتالي يستبعد أن يكون عنصراً فارقاً بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.
- 4- كون القوة القاهرة مصدرها خارجي بينما الحادث المفاجئ صادر عن الشيء نفسه، فرق شكلي فقط لا يبنى عليه أي عمل أو أثر.
- 5- ومع ذلك هناك أمران يمكن أن يجسدا قصد المشرع وأساس التفريق بينهما، أولهما التماشي بحسن نية مع ظاهر النص القانوني من حيث اعتبار ذكره للحادث المفاجئ والقوة القاهرة ليس عبثاً، أو ركافة في الأسلوب¹، وإنما لغاية مقصودة، وثانيهما هو أن القوة القاهرة تعفي من المسؤولية عن التعويض بسهولة تبعاً لسهولة إثباتها، بينما الحادث المفاجئ يحتاج إلى إعمال سلطة القاضي في تقدير مدى انعدام المسؤولية كلياً أو جزئياً، يظهر هذا الفرق من نص المادة (2/138) ق م ج، ومؤداه

1- من الركافة في الأسلوب، عدم حسن انتقاء الألفاظ، وعدم إتقان استخدام الأدوات، ما يؤدي إلى غموض المعنى.

أنه: " يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".
الفرع الثاني: نطاق إطلاقات الضرورة:

يرجع في تحديد مجال تطبيق الضرورة بمعناها الخاص إلى استقراء محاور الأحكام الشرعية من عبادات ومعاملات، وأحكام الأسرة، والحدود والجنايات، وإلى استقراء فروع القانون، كالقانون المدني والقانون الجنائي والقانون الإداري والدستوري وغيرها، وسنحاول بيان ذلك في ما يلي:

أولاً: نطاق الضرورة في الأحكام الشرعية

تعتبر الشريعة الإسلامية أكمل التشريعات في مراعاة الظروف الاضطرارية التي يتعرض لها الإنسان في حياته، سواء في إطار الحياة العامة، أو حياته الخاصة في عباداته و معاملاته، وعلاقاته الأسرية، ومسؤوليته الجنائية، وتبعاً للتفريق بين الضرورة الأصولية (العامة) والضرورة الفقهية (الخاصة)، نتناول في هذا البند تحديد الأبعاد التطبيقية للضرورة في كليهما، فيما يلي:

أ- النطاق الأصولي للضرورة:

نالت الضرورة حظها من الاهتمام في القواعد الأصولية النازمة للمصالح، خاصة الضرورية منها، حتى قيل بأن "الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس"¹، وتتجلى العلاقة بين الضرورة والضروريات؛ عندما تتعرض تلك المصالح إلى خطر يهددها، إما بالفقدان أو النقص، ومعلوم أن الضروريات الخمس المتمثلة في الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال؛ متى تعرضت للخطر وجبت حمايتها، ولو بارتكاب محرم، ومن ثم وجبت إقامة الحدود والجهاد لحماية الدين، مع ما فيها من تعريض النفوس للخطر إعمالاً للضرورة، ووجب إنقاذ النفس من الخطر ولو بأكل الميتة أو شرب الخمر، أو أكل طعام الغير أو قتل المعتدي دفاعاً، وهكذا في سائر الضروريات، يقول يوسف قاسم: " وهكذا فإن أحكام حالات الضرورة لم تنشأ ولم تنقح

1 - يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، ص26.

إلا حماية للمصالح الجوهرية للعباد، التي تتركز في الضروريات الخمس، ذلك أن الشارع الحكيم قد كفل حفظ الضروريات كلها، بأن أباح المحظورات للضرورات¹. كما يمكن للضرورة أن تمتد للمصالح الحاجية التي تنزل منزلة الضرورة بضوابط ذلك وشروطه²، وتبعاً لذلك جوزوا الحوالة مع ما فيها من بيع الدين بالدين للحاجة العامة، وعقد السلم مع ما فيه من بيع المعدوم، وعقد الإجارة والكراء، وأجرة الحمام، مع ما فيها من الجهالة. وعند تعارض المصالح وتعذر الجمع بينها، يعمل بالموازانات لتقديم الأكثر ضرورة، على النحو الذي بينه العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام³، وتضمنته تفريعات قاعدة "الضرر يزال"⁴.

ب- النطاق الفقهي للضرورة:

يعتبر النطاق الفقهي للضرورة واسعاً جداً باعتباره ينقل الضرورة من معناها العام إلى بعدها التطبيقي الخاص، ولا يخلوا مجال من فروع الأحكام من مراعاة حال الضرورة، الأمر الذي يضفي مرونة منقطعة النظير على الشريعة الإسلامية، في استجابتها لمقتضيات الأحوال، وتحديدًا لهذا النطاق سلك الفقهاء مسالك مختلفة، فمنهم من عمم بالقول أن الضرورة معتبرة في كل المحرمات، أخذاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَقَدْ بَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾⁵، فيقاس ما لم يرد فيه نص على ما فيه نص، ما عدا الأمور التي لا تبيحها الضرورة، وهو رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية، ومنهم من التزم النص وأنكر القياس فيها، مثل الظاهرية،

1 - المرجع السابق، ص 28.

2 - وليد صلاح الدين الزير: ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول 2010، ص 682.

3 - عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام: القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار القلم دمشق، ج1، ص 41، 40 (دون ذكر بقية البيانات).

4 - أهم القواعد: "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً"، "يختار أهون الشرين"، "درء المفساد مقدم على جلب المصالح".

5 - الأنعام: الآية (120).

وبعض الروايات عن مالك في إنكاره شرب الخمر للعطش¹، وإعمالاً للمسلكين اختلف الفقهاء في تحديد ما لا تبيحها الضرورة، فذهب ابن حزم إلى أن الضرورة تبيح كل ممنوع ما عدا لحوم بني آدم، وما يقتل من تناوله، وذهب الشافعية إلى إباحة كل المحرمات للضرورة ما عدا ما فيه إتلاف للنفس، والخمر للعطش والتداوي لأن فيها ضرراً أكبر، واستثنى الحنفية مسائل كذلك منها عدم الترخيص للمكره بقتل النفس، ونبش قبر الذي دفن بلا تكفين لما فيه من مفسدة هتك حرمة²، ولعل السبب في هذا الخلاف هو تباين الرؤى حول المعيار الأصولي في المقارنة بين الضرر الناجم عن الأخذ بالضرورة وعدم الأخذ بها³.

و نتيجة لذلك النقاش العلمي المستفيض ألفت الضرورة بضوئها على سائر فروع الأحكام، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

1. مراعاة الضرورة في باب العقيدة:

الأصل في قضايا الاعتقاد عدم تقديم ضرورة حفظ النفس على ضرورة حفظ الدين، تشهد لهذا نصوص عديدة منها قوله صلى الله عليه وسلم: « كان الرجل فيمن قبلكم يحفر له في الأرض فيجعل فيه فيجاء بالمنشار فيوضع على رأسه فيشق باثنين، وما يصده ذلك عن دينه، ويمشط بأمشاط الحديد ما دون لحمه من عظم أو عصب، وما يصده ذلك عن دينه»⁴، تعتبر هذه المسألة أصلاً في إعمال الضرورة في مجال قضايا الاعتقاد، يشهد لذلك ما نزل في عمار بن ياسر لما أرغمه المشركون على الكفر، قال تعالى: ﴿ مَسْ كَبَّرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ رَءُوسٌ مَتَّوَسَّدَةٌ لُهُ فِي ظِلِّ الْكَعْبَةِ، قُلْنَا لَهُ: أَلَا تَسْتَنْصِرُ لَنَا، أَلَا تَدْعُو اللَّهَ لَنَا؟ قَالَ: "كَانَ الرَّجُلُ فِيمَنْ قَبْلَكُمْ يُحْفَرُ لَهُ فِي الْأَرْضِ، فَيُجْعَلُ فِيهِ، فَيُجَاءُ بِالْمِنْشَارِ فَيُوضَعُ عَلَى رَأْسِهِ فَيُشَقُّ بِأَثْنَيْنِ، وَمَا يَصُدُّهُ ذَلِكَ عَنْ دِينِهِ، وَيُمَشَطُ بِأَمْشَاطِ الْحَدِيدِ مَا دُونَ لَحْمِهِ مِنْ عَظْمٍ أَوْ عَصَبٍ، وَمَا يَصُدُّهُ ذَلِكَ عَنْ دِينِهِ، وَاللَّهُ لِيُبَيِّنَنَّ هَذَا الْأَمْرَ، حَتَّى يَسِيرَ الرَّاكِبُ مِنْ صَنْعَاءَ إِلَى حَضْرَمَوْتٍ، لَا يَخَافُ إِلَّا اللَّهَ، أَوْ الذَّنْبَ عَلَى غَنَمِهِ، وَلِكِنَّكُمْ تَسْتَعْجِلُونَ".

1 - جميل محمد بن مبارك: المرجع السابق، ص 116.

2 - ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر، ص 95.

3 - جميل محمد بن مبارك: المرجع السابق، ص 127.

4 - الحديث رواه البخاري من حديث خَبَابِ بْنِ الْأَرْتِ، وتمامه، قَالَ: شَكَّوْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَهُوَ مُتَوَسَّدٌ بُرْدَةً لَهُ فِي ظِلِّ الْكَعْبَةِ، قُلْنَا لَهُ: أَلَا تَسْتَنْصِرُ لَنَا، أَلَا تَدْعُو اللَّهَ لَنَا؟ قَالَ: "كَانَ الرَّجُلُ فِيمَنْ قَبْلَكُمْ يُحْفَرُ لَهُ فِي الْأَرْضِ، فَيُجْعَلُ فِيهِ، فَيُجَاءُ بِالْمِنْشَارِ فَيُوضَعُ عَلَى رَأْسِهِ فَيُشَقُّ بِأَثْنَيْنِ، وَمَا يَصُدُّهُ ذَلِكَ عَنْ دِينِهِ، وَيُمَشَطُ بِأَمْشَاطِ الْحَدِيدِ مَا دُونَ لَحْمِهِ مِنْ عَظْمٍ أَوْ عَصَبٍ، وَمَا يَصُدُّهُ ذَلِكَ عَنْ دِينِهِ، وَاللَّهُ لِيُبَيِّنَنَّ هَذَا الْأَمْرَ، حَتَّى يَسِيرَ الرَّاكِبُ مِنْ صَنْعَاءَ إِلَى حَضْرَمَوْتٍ، لَا يَخَافُ إِلَّا اللَّهَ، أَوْ الذَّنْبَ عَلَى غَنَمِهِ، وَلِكِنَّكُمْ تَسْتَعْجِلُونَ".

مُطْمَئِنِّينَ بِالْإِيمَانِ وَالْوَكْرِ وَالْحَمْدِ لِلَّهِ الَّذِي أَنزَلَ عَلَىكَ الْكِتَابَ وَالَّذِي أُولَىٰ لَهُ السُّلْطَانُ الْعَظِيمُ ﴿١٠٦﴾¹.

ولاعتبار الضرورة في هذا الباب ضابطان:

الضابط الأول: مراعاة الضرورة على سبيل الجواز فقط.

الإيمان هو أساس حفظ الدين، الذي يتم تحمل كل المشاق دونه، ولذلك روعيت الضرورة على سبيل الترخيص فقط، لمن لم يقدر على التحمل، أما من استطاع الصبر فالعزيمة أولى له، طبقاً لأولوية ضرورة حفظ الدين على حفظ النفس².
الضابط الثاني: عدم سريان الضرورة للأعمال القلبية.

ورد هذا الضابط في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَالْوَكْرِ وَالْحَمْدِ لِلَّهِ الَّذِي أَنزَلَ عَلَىكَ الْكِتَابَ وَالَّذِي أُولَىٰ لَهُ السُّلْطَانُ الْعَظِيمُ ﴿١٠٦﴾³، ذلك أن الإيمان قول باللسان واعتقاد بالقلب وعمل بالجوارح، والاضطرار يرد فقط على الأعمال الظاهرة، دون الأعمال القلبية⁴، قال العز بن عبد السلام: " التلطف بكلمة الكفر مفسدة محرمة، لكنه جائز بالحكاية والإكراه، إذا كان قلب المرء مطمئناً بالإيمان، لأن حفظ المهج والأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلطف بكلمة لا يعتقدونها الجنان، ولو صبر عليها لكان أفضل، لما فيه من إعزاز الدين وإجلال رب العالمين"⁵.

2. مراعاة الضرورة في باب العبادات:

1 - سورة النحل: الآية (106).

2 - عبد الكريم زيدان: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط1، 2001، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ص 69.

3 - سورة النحل: الآية (106).

4 - محمد بن حسين الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ص91.

5 - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، ج1، ص 137.

راعت الشريعة الإسلامية ما تفرضه الضرورة من أحكام في نطاق العبادات دفعا للمثقة والحرَج والضرر، ولا يكاد يخلوا باب من أبواب العبادات من أحكام الضرورة، ومن أمثلة ذلك:

في أحكام الطهارة: عفي عما يعسر التحرز منه من النجاسات دفعا للمثقة¹، وشرع التيمم دفعا للضرر، بل يجب التيمم إذا خيف الضرر من استعمال الماء، وشرع المسح على الجائر كذلك².

في أحكام الصلاة:

في نطاق أحكام الصلاة توجد تطبيقات كثيرة للضرورة، منها جواز تأخير الصلاة للوقت الضروري من غير إثم، مع أن الأصل أداء كل صلاة لوقتها، وقصر الصلاة في السفر، وجواز جمع صلاة لأخرى لمرض أو سفر، ومنها كيفية أداء صلاة الخوف، وصلاة المريض على الحالة المتيسرة من جلوس أو على جنب أو إيماء، أو من دون طهارة لمن لم يجد ماء ولا ما يتيمم به، أو لغير القبلة، قال خليل: "وإن لم يقدر إلا على نية أو مع إيماء بطرف فقال وغيره لا نص ومقتضى المذهب الوجوب".

في أحكام الصوم:

من مجالات الضرورة في العبادات أحكام الصوم، حيث يباح الفطر لضرورة سفر أو خوف الهلاك على النفس أو العضو، قال تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ

1 - قال خليل في المختصر: "وعفي عما يعسر كحدث مستنكح، وبلل بأسور في يد إن كثر الرد، أو ثوب، أو ثوب مرضعة تجتهد، وندب لها ثوب للصلاة، ودون درهم من دم مطلقا، وقيح وصيد، وبول فرس لغاز بأرض حرب، وأثر ذباب من عذرة، وموضع حجامه مسح...".

2 - إستنادا إلى أحاديث الباب، التي رواها أبو داود، من بينها حديث ثوبان رضي الله عنه قال: "بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية فأصابهم البرد، فلما قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرهم أن يمسحوا على العصائب والتساخين" (سنن أبي داود، 1، 1997، دار ابن حزم، ج1، ص 78، رقم 146)، وحديث جابر رضي الله عنه قال: خرجنا في سفر فأصاب رجلا منا حجر فشجه في رأسه، فاحتلم فسأل أصحابه هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ قالوا: ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء، فاغتسل فمات، فلما قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبر بذلك قال: "قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذا لم يعلموا؟ وإنما شفاء العي السؤال، إنما كان يكفيه أن يتيمم ويعصر على جرحه خرقة، ثم يمسح عليها ويغسل سائر جسده" (سنن أبي داود، ط1، 1997، دار ابن حزم، ج1، ص 172، رقم 127).

فِيهِ الْفُرْعَانُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيَّنَّتْ مِّنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَيْكُمُ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿١٤٤﴾¹ بل الفطر يصير واجبا حينئذ، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴿١٤٥﴾²، وقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿١٤٦﴾³.

ويشتمل الصوم على الضرورة بمعنيها العام والخاص معا، فبالنسبة للمعنى العام رخص في الفطر لكل مسافر، أخذا بالتيسير ودفعا للمشقة، ويبقى هذا الترخيص على عمومه لكل مسافر، أما المعنى الخاص فيتعلق بحال المرض، والشيخوخة، والحمل والإرضاع، لمراعاة حالة الفرد الشخصية فيها، إذ ليس كل مريض يباح له الفطر كما في السفر، وليست كل حامل أو مرضع كذلك، وإنما يشترط أن تكون خائفة على نفسها، أو ما في بطنها أو رضيعها، ونفس الكلام يرد في حق الشيخ الكبير⁴.

في أحكام الحج:

مجال أحكام الحج يعد نطاقا حيويا لإعمال الضرورة، خاصة في عصرنا، حيث المتغيرات الكثيرة، التي تقتضي مراعاة أحوال الحجاج والتيسير عليهم، ورد أصل إعمال الضرورة في الحج بقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُخْصِرْتُمْ

1 - سورة البقرة: الآية(184).

2 - سورة البقرة: الآية(194)

3 - سورة النساء: الآية(29).

4 - ينظر: يوسف قاسم، الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، ص 45،46،47.

فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَخْلِفُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ، فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ، فَبِعْدِيَّةٍ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ¹، وقد تحلل النبي صلى الله عليه وسلم اضطرارا عام الحديبية دون إتمام نسك العمرة، قال في تفسير المنار: "وحال الإحصار حال ضرورة، ولاسيما إحصار السنة التي أنزلت فيها الآية"².

وتطبيقات هذه النظرية في الحج كثيرة جدا، مثل الترخيص بعدم المبيت في منى لمن اضطر إلى الرحيل، والترخيص في تقلد السيف للضرورة، والاضطرار إلى صيد الحرم³، والإحرام من جدة دون لزوم الهدى، إلى غير ذلك مما يبين أن للضرورة والحاجة التي تنزل منزلتها حضورا تلقي به ضوؤها على قدر واسع من أحكام الحج.

3.مراعاة الضرورة في باب المعاملات:

يشكل باب المعاملات كذلك مجالا فسيحا لمراعاة أحوال الضرورة، تخفيفا على الناس ومراعاة لأحوالهم، وقد سبق لنا بيان حضور الضرورة العامة (الأصولية) في تجويز كثير من العقود والمعاملات خلافا للقياس، كما تسجل الأحكام الفقهية الاعتداد بآثر نظرية الضرورة في العقود والتصرفات المختلفة، من عدة وجوه.

أولها: إنشاء العقود والتصرفات القانونية:

فيقر الفقه معاملات الأصل فيها عدم الجواز للحاجة الماسة، ك شراء الحيوان المأكول اللحم ليلا للضرورة⁴، وعقد أجرة الحجام، وصاحب الحمام، مما كان المنع منه حرج في الدين وغلو فيه⁵.

ومن ذلك: التعامل بالنجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها.

1 - سورة البقرة : الآية (195).

2 - محمد رشيد رضا: تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، ط2، 1947م، دار المنار القاهرة، ج2، ص 221.

3 - يوسف قاسم: المرجع السابق، ص 48،49،50،51.

4 - أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق: شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر 1982، ج2، ص144،145.

5 - المرجع السابق، ص146.

ثانيها: تنفيذ العقود والتصرفات القانونية

أما بالنسبة لتنفيذ العقود فقد تحدث طوارئ تجعل تنفيذ العقد شاقا على أحد المتعاقدين دون الآخر، ومن ثم يوضع من الثمن بقدر ما أنقصت الجائحة إن كان بيعا، وزاد الضرر على الثلث، ما لم يكن الضياع بسبب نقصان السقي فيوضع قليله وكثيره¹، يشهد لذلك قوله صلى الله عليه وسلم في حديث جابر رضي الله عنه: « لو بعث من أخيك تمرا فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»²، وحديث جابر رضي الله عنه أنه قال: «أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح»³.

ويشهد لاعتبار ضرورة الظرف الطارئ، حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثرت دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»⁴، وحديث كعب بن مالك: «أنه تقاضى ابن أبي حردد دينا كان له عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كشف سجف حجرته ونادى كعب بن مالك فقال: يا كعب فقال لبيك يا رسول الله، فأشار إليه بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قم فاقضه»⁵.

ثالثها: مسؤولية المضطر عن ما يتلفه أو يستهلكه من أموال

إختلف الفقهاء في ضمان المضطر لما أخذه مال الغير أو طعامه على رأيين، أولهما وجوب الضمان، تأسيسا على ان أموال الناس مصونة، والضرر لا يزال

1 - ابن الجلاب أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن [ت 378هـ]: التفریح، ط1، 1987م، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ج2، ص151.
2 - مسلم: الجامع الصحيح، ج5، ص29.
3 - المصدر نفسه.
4 - المصدر السابق، ص30.
5 - المصدر نفسه.

بالضرر، واستنادا إلى قاعدة: "الاضطرار لا يبطل حق الغير"¹، وهو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة² و مشهور المذهب المالكي³، يقابله الرأي الثاني بعدم وجوب الضمان، وهو مقابل مشهور المذهب المالكي، وفي رواية للحنابلة، ورأي بعض الظاهرية، تأسيسا على أن صاحب المال ملزم شرعا بمواساة المضطر اختيارا أو جبرا⁴.

كما اختلفوا فيما أتلفه المضطر من مال الغير لسبب خارج عن دوافعه الذاتية، مثل الإكراه الملجئ، هل يضمنه؟ أم تقع مسؤولية الضمان على الذي ألجأه؟ عرض الدكتور غانم السدلان أقوال الفقهاء في المسألة وخلص بشأنها إلى أن المكروه-بفتح الراء- إكراها ملجئا يعفى من الضمان، لانعدام رضاه، وفساد اختياره، ويقع عبء الضمان على الذي ألجأه لأنه المتسبب في الإلتاف⁵.

4. في باب الأحوال الشخصية:

تعتبر الأسرة من أهم المؤسسات الاجتماعية التي تنشأ بموجب عقد الزواج، وتتعرض لأحكام استثنائية وفق ما تمليه الضرورة، ومن الأمثلة على ذلك:

- نكاح الكتابية للضرورة:

وإن كان الأصل في الزواج من الكتابية جائز بنص القرآن الكريم، إلا أن واقع المنتسبات إلى اليهودية والنصرانية ليس على الحال التي وصفها القرآن الكريم في الآية: ﴿الْيَوْمَ اجْعَلْ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَطَعَامَ الَّذِينَ ءُوتُوا الْكِتَابَ جِلًّا لَكُمْ وَطَعَامَكُمْ جِلًّا لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ ءُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَلِّحِينَ وَلَا

1 - صالح غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، 1417هـ، دار بنسنية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض ص300.

2 - الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص305.

3 - الشيخ زروق: المصدر السابق، ج1، ص383.

4 - المصدر السابق، ج1، ص383.

5 - صالح غانم السدلان: المرجع السابق، ص 306.

مُتَّخِذِيَّ أَخْدَانٍ وَمَنْ يَّكَفِّرْ بِالْإِيْمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ، وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنْ
 الْخَسِرِينَ ﴿١﴾¹، بل قد تكون الكتابية عينا للعدو على المسلمين، زيادة على أن
 هناك واقعا حقوقيا في عصرنا يجعل الولد يحمل جنسية أمه، مما يشكل خطرا على
 دينه وانتمائه، ومثل هذه المحاذير دفعت كثيرا من العلماء إلى كراهة أو تحريم الزواج
 من الكتابية لغير ضرورة².

- منع الحمل للضرورة:

قد يكون الداعي للعزل ومنع الحمل ضرورة صحية تتعلق بصحة المرأة، أو
 رضيعها، أو ظروف خاصة تمر بها الأسرة، كالسفر والحرب، ومثل العزل غيره من
 الوسائل التي لا تشكل خطرا صحيا، ولا تقطع الحمل كلية³، وقد عالج الفقهاء مسائل
 كثيرة تتعلق بمنع الحمل من حيث تعارضه مع مقصد الشرع في التكاثر، وأحقية المرأة
 في ماء زوجها، وغير ذلك، يرجع إليه من أراد في مطولات الكتب، والأبحاث
 المتخصصة.

- الإجهاض للضرورة:

اتفق الفقهاء على جواز الإجهاض للضرورة، تغليباً لمصلحة المحافظة على
 حياة الأم، وارتكاباً لأخف الضررين، شريطة أن تكون الضرورة حقيقية لا وهمية، ومن
 الضرورة الحقيقية أن يكون في بقاء الولد بطن أمه خطر يفضي إلى وفاتها.
 أما الضرورة الوهمية فلا اعتبار لها، كأن تخاف المرأة على جمالها، أو من ضعف
 جسدها، أو من الولادة غير الطبيعية، أو تقع في زنا وتخاف الفضيحة.

5. في باب الجنائيات:

تعتبر المسؤولية الجنائية من أهم المجالات التي تتأثر بأحوال الضرورة، فإذا
 حدثت مجاعة مثلا؛ واضطر الناس لما يأكلون، فإن ذلك ظرف استثنائي يمنع
 مسؤولية المرتكبين لجريمة السرقة، ويبرر عدم قطع يد السارق، ومثله الإكراه على الزنا

1 - سورة المائدة: الآية (06).

2 - جميل محمد بن مبارك: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، الصفحات من: 325 إلى 335.

3 - جميل محمد بن مبارك: المرجع السابق، ص 341 وما بعدها.

في عدم تنفيذ الحد¹، وإذا تعرض إنسان لعدوان ودافع عن نفسه؛ فإن ذلك سبب يُرفع به التجريم عن أفعاله الدفاعية، فلا قصاص ولا دية، لما روي عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: قاتل يعلى بن منية أو ابن أمية رجلا، فعض أحدهما صاحبه، فانترع يده من فمه، فنزع ثيبيه(وقال ابن المثنى ثيبيه)، فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «أيعض أحدكم كما يعض الفحل؟ لا دية له»²، ومثل هذا ما روي من وجوب دفع الظلم عن المظلوم³.

حدود الضرورة الجنائية:

إن الضرورة الجنائية وإن كانت تبيح المحظور دفاعا عن النفس، إلا أن هناك قيودا لا بد أن تتضبط بها، من أهمها:

القيد الأول: اللزوم

يعني هذا القيد أن المعتدى عليه لم يجد أمامه سوى رد الاعتداء بالاعتداء، فإذا قدر على دفع الأذى بوسيلة مشروعة لا يحق له دفعه بارتكاب محظور، مثل الذي لم يجد أمامه حلا غير جذب يده بالقوة من فم الذي قضمها، وأدى ذلك غلى إسقاط أسنانه.

القيد الثاني: التناسب

حيث ضبقت الشريعة الدفاع المشروع بالقدر الضروري منه لرد الاعتداء، واعتبرت الزيادة على ذلك اعتداء، تفاديا للتعسف في استعمال هذا الحق، وجعله ذريعة للانتقام وإشفاء الغليل، ومن ثم فإذا أمكنه الدفع بالكلام لا يحق له مد يده بالضرب، وإذا أمكنه الدفع بالضرب لا يحق له الجرح أو الكسر، وهذه تقدم على الدفع بالقتل، وتسقط مراعاة هذا الترتيب إذا تعذرت، كما لو التحم المدافع عن نفسه مع المهاجم،

1 - الألباني : مختصر صحيح البخاري، ط1، دار المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ج4، ص 243.

2 - مسلم: الجامع الصحيح، ج5، ص104.

3 - ترجم الألباني لهذا الأمر بقوله : باب يمين الرجل لصاحبه أنه أخوه إذا خاف عليه القتل أو نحوه، وكذلك كل مكره يخاف فإنه يذب عنه الظالم ويقاتل دونه ولا يخذله، فإن قاتل دون المظلوم فلا قود عليه ولا قصاص.الألباني محمد ناصر الدين: مختصر صحيح الإمام البخاري، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض، ج4، ص 243،244.

واشتد الأمر وخرج عن الضبط¹، ويجد هذا الضابط أساسه في القاعدة الفقهية: "الضرورة تقدر بقدرها"، وقاعدة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان".
6. في باب الضرورة الصحية:

تعتبر الضرورة الصحية من أوسع الأبواب التي نالت حظاً وافراً من المراعاة، لارتباطها المباشر بحياة الإنسان وسلامته، وتتنوع إلى صور متعددة نذكر منها:
الصورة الأولى: الضرورة الغذائية

وهي راعية لحفظ النفوس من الهلاك، والأصل في الطعام والشراب التزام أكل الحلال الحرام، لكن إذا تعرضت حياة الإنسان لخطر الموت جوعاً، جاز له دفع المخمصة بما تيسر له، وهذه المسألة من أمهات مسائل الضرورة، التي ورد ذكرها في أي القرآن الكريم ونصوص السنة النبوية، وبنى عليها العلماء كل ما يدخل تحت معناها من فروع، واستنبطوا منها قواعد فقهية عامة، ومن الأمثلة: تحريم أكل الميتة وما عطف عليها في قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِفَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَفْسِمُوا بِالْأَزْلَمِ ذَٰلِكُمْ يَسْئُورُ الْيَوْمَ يَبْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِيناً فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾، وجواز أكلها لضرورة المخمصة، ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾

1 - علاء الدين إبراهيم محمود الشرفي: الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، ص 196.

2 - سورة المائدة: الآية (04).

3 - سورة المائدة: الآية (04).

قال ابن أبي زيد القيرواني في الرسالة: "ولا بأس للمضطر أن يأكل الميتة ويشبع ويتزود، فإن استغنى عنها طرحها".

ومنها أن أكل مال الغير دون رضاه محرم بنصوص الشرع، لكن يجوز للمضطر أكله تقديمًا لضرورة حفظ النفس، وإن بقتال.

وفي الشراب قد يضطر الإنسان إلى تناول محرم مثل الخمر، فيرتفع الإثم للضرورة، فالذي حبست اللقمة في حلقة، ولم يجد ما يزيل به الغصة إلا الخمر فلا إثم عليه، لكن عليه أن يلتزم بالقدر الذي يزول به الاضطرار، تقديرًا للضرورة بقدرها، ومن القيود التي يجب أن تتضبط بها ضرورة حفظ النفس:

الصورة الثانية: حصانة النفوس

التي تعتبر خطأ أحمر في وجه الضرورة، ومن ثم لا يجوز للمضطر بحال من الأحوال أن ينقذ نفسه بقتل غيره، كأن يخضع للتهديد بالتصفية إن لم يقتل شخصًا آخر، أو يأخذ طعام غيره وشرابه لينقذ نفسه من الهلاك، ويتركه هو ليموت جوعًا أو عطشًا، أو يقتل غيره ليأكل من لحمه سدا لضرورة المخمصة، أو يشرف قاربهما على الغرق فيرمي بصاحبه للماء لينجو هو من الهلاك.

الصورة الثالثة: ضرورة التداوي

تقتضي المحافظة على صحة الإنسان مدافعة المرض باستعمال أدوية غير محرمة، لكن قد تفرض الضرورة استعمال مواد محرمة في العلاج، كاستعمال المخدر في الجراحة¹، والأنسولين المأخوذ من الخنزير لمرضى السكري²، ومثل ذلك كشف العورة من أجل العلاج أو إجراء عملية جراحية، وبتز العضو الميئوس منه لضرورة السلامة وغيرها من الأمثلة:

الصورة الرابعة: في أحكام الزكاة

1 - أحمد بن محمد السراح: القواعد الفقهية المتعلقة بأحكام التداوي وتطبيقاتها المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1431هـ، المجلد الأول، ص 379.

2 - المرجع السابق، ص 382.

ذبح الحيوان المأكول اللحم مفسدة في حق الحيوان، ولكن جاز ذلك تغليباً لضرورة بقاء الإنسان، وكذلك الأصل عدم جواز أكل الميتة، لكن جاز أكل الحيوان الوحشي المقتول بآلة الصيد مراعاة لمصلحة الإنسان، والأصل تحريم الصيد في حال الإحرام، لكن إذا لحقت بالمحرم ضرورة جاز له ذلك، تقديماً لحرمة الإنسان على حرمة الحيوان¹، بل الحيوان المأكول اللحم إذا تعذر ذبحه بسقوطه في مهواة، جاز فيه ما أمكن من النحر أو الذبح أو الطعن في غير محلّهما²، والأصل كذلك ذبح الحيوان في حالة يتأكد الذابح فيها أنه مات بالذبح، لكن جاز للضرورة ذبحه غارقاً ورأسه في جوف الماء³، وغيرها من الأمثلة التي تبين أن للضرورة حضوراً قوياً في أحكام الذبائح.

الصورة الخامسة: في التداوي بالمحرمات

قد تدعوا الضرورة إلى التداوي بشيء نجس، أو محرم الاستعمال، شريطة الالتزام بالضوابط التالية⁴:

- عدم وجود دواء مباح الاستعمال.
- أن يوصف له الدواء من طبيب.
- أن يلتزم بالقدر الضروري الذي قدره الطبيب، تقديراً للضرورة بقدرها.

الصورة السادسة: في زراعة الأعضاء

قد تدعوا الضرورة الصحية لاستبدال بعض أعضاء الجسم، أو التبرع بها لمن تتوقف حياته عليها، وهو أمر جائز لضرورة حفظ النفوس، يقول الزحيلي: "حالة الضرورة عامة وشاملة، فلا تقتصر على المطعم والمشروب، وتدرأ المفسدة إذا ثبت

1 - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام ، ص 141.

2 - أحمد زروق: شرح الشيخ زروق على متن الرسالة، ج 1 ، ص 381.

3 - ابن رشد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، ط2، 1988م، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ج3، ص 269.

4 - جميل محمد بن مبارك: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، ص 372.

وقوعها، والمصلحة غالبية بنقل العضو إلى آخر دون إضرار، لاسيما إذا كان المنقول منه تحقق موته بتقرير الأطباء الثقات"¹.

ولهذا الغرض جاز التبرع من الحي ببعض أعضائه لآخر، بشرط التأكد طبيا من عدم تضرر الشخص المتبرع²، كما جاز تشريح الجثة ونقل الأعضاء منها³.

7. في باب السياسة وإدارة الشأن العام:

في هذا الباب حضور لنظرية الضرورة، من زوايا متعددة، فقد يتعذر وجود العدل فيمن يترشح للولايات العامة، فيولى أقلهم فسقا، دفعا لأشد المفسدتين بارتكاب أخفهما⁴، قال العز بن عبد السلام: " ومبنى هذه المسائل كلها على الضرورات الخمس ومسيس الحاجات، فقد يجوز في حال الاضطرار ما لا يجوز في حال الاختيار"⁵.

وقد يتم الاستيلاء على السلطة بالغضب والقوة، والضرورة تقتضي التعامل مع المستولي، في حدود ما يضمن المصالح العامة، قال العز بن عبد السلام: "قد ينفذ التصرف العام من غير ولاية، كما في تصرف الأئمة البغاة، فإنه ينفذ مع القطع بانه لا ولاية لهم، وإنما نفذت تصرفاتهم وتوليتهم لضرورة الرعايا"⁶، وتعيش الدولة المعاصرة المعاصرة مفاهيم شرعية السلطة وتصرفاتها بمقاييس متعددة، وتصم الحكم الذي لا يؤسس على اختيار الشعوب بغير الشرعي، مثل الحكم الانقلابي، والوراثي، ومن المعروف في تاريخ السياسة الشرعية الاعتراف بحكم المتغلب تحت ظرف الضرورة.

ونعيش في واقع الدولة المعاصرة تحت أنظمة حكم، لا تستند سواء في شرعية وجودها أو تصرفاتها، أو بقائها إلى الشرعية الإسلامية، مع كون القائمين عليها من بين أبناء المجتمع المسلم يدينون بدينه، ويحملون هويته، ما يستحيل معه استحلال

1 - وهبة مصطفى الزحيلي: زراعة ونقل الأعضاء، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، مارس 2009م، ص4.

2 - محمد سيد طنطاوي: الحكم الشرعي في نقل الأعضاء من شخص لآخر، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، مارس 2009، ص5،4.

3- المرجع السابق، ص6.

4 - المصدر السابق، ص 121.

5- المصدر السابق، ص 123.

6 - ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، ج1، ص111.

دمائهم، أو إيجاب الخروج عليهم، الأمر الذي يجعل الأمة الإسلامية تعيش ضرورة مرحلة انتقالية، تلقي بظلالها على وقف العمل بالشرعية في جميع قضايا الحكم والسياسة، يقول توفيق الشاوي: "لقد استفاد الفقه من مرونة مبدأ الشرعية في القول بجواز اعتراف الأفراد بشرعية الحكومات الناقصة في حالة الضرورة، وخاصة منها تلك التي تعطل الشورى في مجال اختيار الحكام ومحاسبتهم، وأصبح مبدأ الضرورة أساس نظرية متكاملة لهذا النوع وغيره من الحكومات غير الصحيحة"¹.

ومسائل الضرورة في النطاق الدستوري عديدة، منها موضوع هذه الدراسة المتمثل في مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع.

ثانياً: نطاق إطلاق الضرورة في فروع القانون

ولئن كانت الضرورة في الشريعة الإسلامية كاملة البنيان، شاملة عبر مرونتها لتقدير المصلحة في كل مناحي الحياة، تبعاً لاطراد تطبيق القواعد الفقهية، فإنها في القانون على خلاف ذلك، حيث لا زالت في طور البناء، ظهرت في القانون الجنائي، والقانون الدولي، ثم شقت طريقها نحو القانون المدني والدستوري والإداري، وبدأت بوادر مراعاتها في باقي فروع القانون، تبعاً للتطور المستمر للظروف المحيطة بعلاقات الإنسان، نظهر من خلال هذا العنصر الملامح العامة لنطاق تطبيق الضرورة في القانون.

الضرورة في قانون العقوبات:

تطلق الضرورة في نطاق القانون الجنائي ويراد بها إباحة الفعل المجرم، أو عدم ترتب المسؤولية على ارتكابه، واستبعاد تطبيق العقوبة، استناداً إلى مبرر قانوني، ومراعاة لذلك عرف الفقهاء الضرورة الجنائية تعريفات مختلفة، منها: "هي وجود الإنسان نفسه في ظروف تهدده بخطر، لا سبيل إلى تلافيه إلا بارتكاب جريمة، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمداً بقصد إيجائه إلى ارتكابها"².

1 - توفيق الشاوي: فقه الشورى والاستشارة، ط2، 1992م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ش.م.م، ص489.

2 - محمود محمد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص21.

أو هي: "وضع مادي للأمر ينشأ عنه بفعل الطبيعة أو بفعل إنساني موجه إلى الغير وينذر بضرر جسيم على النفس يتطلب دفعه ارتكاب جريمة على إنسان بريء".
وتعتبر القوانين الجنائية المعاصرة أفعال الضرورة مبررة؛ إما على أساس كونها من موانع المسؤولية، أو كونها من أسباب الإباحة¹، وقد سار المشرع الجزائري في نفس الاتجاه، حيث نص على أسباب الإباحة بموجب المادة (39) من قانون العقوبات بالقول " لا جريمة:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

2- إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء.
وبين بموجب المادة(40) منه حالات الدفاع المشروع، دفعا للتفسيرات غير السليمة، بالقول: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2 - الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

ونص على منع المسؤولية والعقوبة بموجب نص المادة (48) من قانون العقوبات الجزائري: " لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

أ- **الضرورة في القانون المدني:**

تستمد أحكام الضرورة أصل مراعاتها في القانون المدني الجزائري من الاستثناءات التي أدخلها المشرع على موجبات المسؤولية التقصيرية، والمسؤولية العقدية، على النحو التالي:

1 - هشام عبد المنعم حسين عكاشة: مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة ، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة 1998، مكتبة جامعة القاهرة تحت رقم(8070).

1. **المسؤولية المدنية:** أساسها الفعل الضار الموجب للتعويض طبقاً للمادة (124)¹، والمادة (124) مكرر ق م ج²، حيث تنتفي المسؤولية عن الفعل الضار الواقع تحت تأثير الضرورة، في حالتين، أولاهما أوردتها المادة (127) ق م ج بقولها: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضروب، أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

أما الحالة الثانية: فتتعلق بانتفاء المسؤولية المدنية عن الأضرار الواقعة في حال الدفاع الشرعي، طبقاً للمادة (128) ق م ج، التي تنص على أن: " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله، أو عن نفس الغير أو عن ماله، كان غير مسئول، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

2. المسؤولية العقدية:

تقتضي المسؤولية العقدية أن يلتزم أطراف العقد بواجب تنفيذه، لكن قد تقتضي الضرورة عدم وفاء أحد الأطراف بالتزامه، إذا طرأت حوادث استثنائية بعد إبرام العقد، وفي هذه الحالة فرق المشرع بين حالتين:

الحالة الأولى: استحالة تنفيذ العقد

إذا كانت استحالة تنفيذ العقد من أسباب انقضاء الالتزام³؛ فإن المشرع الجزائري قضى أنه: " في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة

1 - نصها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

2 - نصها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

3 - المادة (307) ق م ج : " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه، لسبب أجنبي عن إرادته".

تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون¹، ويترتب على ذلك تطبيق المادة 122 ق م ج، القاضية بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض².

الحالة الثانية: أن يصير تنفيذ العقد مرهقا للمدين:

إذا لم يكن تنفيذ العقد مستحيلا، ولكن يحمل الطرف الملتزم تبعات إضافية مرهقة، تطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة، المنصوص عليها بموجب المادة (3/107) من القانون المدني الجزائري بقولها: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"³.

ويتضح من خلال المادة (3/107) من ق م ج أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توافر ثلاثة شروط وهي:

1- أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه عقدا متراخيا:

سواء كان من عقود المدة (كعقد الإيجار)، أو العقود المستمرة، أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل، أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها، فلا يتصور فيها وجود هذه النظرية، بل يؤخذ فيها بنظرية الاستغلال⁴، كما لا تنطبق هذه النظرية على العقود الاحتمالية لأنها بطبيعتها تعرض المتعاقد إلى كسب كبير أو لخسارة جسيمة.

1 - المادة (121) ق م ج.

2 - المادة (122) ق م ج : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

3 - تمام المادة (107) ق م ج: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها.....".

4- نظرية الاستغلال ترتبط أحكامها بموضوع الغبن في التعاقد.

ب- أن يطرأ حادث استثنائي عام ومفاجئ:

أي خارج عن المألوف بحيث لا يمكن للرجل العادي أن يتوقعه عند إبرام العقد، ومثاله الحرب أو الزلزال، أو إضراب مفاجئ، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاءها، أو ارتفاع باهض في الأسعار أو نزول فاحش فيها، أو وباء أو جراد يزحف أسراباً، ويجب ألا تكون هذه الحوادث خاصة بالمدين، بل يجب أن تكون عامة، شاملة لطائفة من الناس.

ج- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين:

أي ليس مستحيلا كما في القوة القاهرة، التي تجعل الالتزام ينقضي لاستحالة التنفيذ، وإنما يمكن تنفيذه لكن مع إلحاق ضرر فادح بالمدين، يحمله تبعات إضافية مضرة، تستلزم رد الالتزام إلى الحد المعقول، بتوزيع عبء الخسارة بين المدين والدائن.

ب- **الضرورة في قانون الأسرة:**

تعتبر أحكام الأسرة من المجالات التي تراعى فيها الضرورة، وبحكم تأسيس قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية، فإن نظرية الضرورة حاضرة في حكم كثير من العلاقات، سواء العلاقات الزوجية وما ترتب عليها من أبوة وأمومة، أو العلاقات الحقوقية المترتبة على الرابطة الأسرية، ومن الأمثلة على ذلك؛ جواز طلب المرأة التطليق لضرورة، طبقا لما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، ومخالعة زوجها طبقا للمادة(54)، والمرور أمام القضاء الاستعجالي في قضايا النفقة والحضانة والزيارة والمسكن طبقا للمادة (57مكرر) منه، جواز الإجهاض لضرورة الحفاظ على حياة الأم، وجواز التلقيح الاصطناعي استجابة لضرورة حفظ النسل، طبقا للشروط الواردة في المادة (45) مكرر من قانون الأسرة، والأمثلة عديدة، مما يدل على أن نطاق الضرورة يمتد ليشمل أحكام الأسرة.

1 - طبقا للمادة (308) من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على أن: " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الم من الخطر، متى أجراه طبيب أو جراح، في غير خفاء، وبعد إبلاغه السلطة الإدارية".

ج- الضرورة في القانون الدولي:

عرف القانون الدولي فكرة الضرورة كما عرفت أحكام القانون الداخلي، وكان لتطوره أثره الواضح على الفكرة، لكن في إطار نفس الأسس الفكرية التي بنى عليها الألمان والفرنسيون والأنجليز النظرية، ولنفس الأسباب أيضاً، حيث كانت الدول تتذرع لتبرير عدم احترامها لالتزاماتها الدولية بمواجهة ظروف قاهرة، أو بغرض الدفاع الشرعي، أو التمسك بحالة الضرورة، لاسيما في حالات الحروب، ولذلك يقال: أن "حالة الضرورة توجد إذا قدرت الدولة أنها لن تستطيع حماية مصالحها الجوهرية إلا بالاعتداء على حقوق دولة أخرى"¹.

وقد اعترفت لجنة القانون الدولي بهذه الأعدار بصدد بحثها لموضوع المسؤولية الدولية، كما بدأ تقنين بعض الأحكام العامة المتعلقة بأثر الضرورة على وقف المعاهدات الدولية في اتفاقية فيينا المتعلقة بقانون المعاهدات سنة 1969م حيث خصص الجزء الخامس منها لموضوع بطلان المعاهدات وانقضائها وإيقاف العمل بها.

د- الضرورة في القانون الإداري:

يمثل القانون الإداري مساحة واسعة لتطبيق فكرة الضرورة باعتبار أن الإدارة هي المسؤولة عن تجسيد كثير من المبادئ القانونية التي تهدف إلى حفظ النظام العام في الدولة واستمرار المرافق العامة في خدمتها للمواطن، ولما تطرأ عليها ظروف غير مألوفة تجعل التزامها بالمشروعية يفوت عليها القيام بوظيفتها؛ ما يضطرها إلى اتخاذ حلول استثنائية تطبيقاً لما تمليه فكرة الضرورة، وتمثل القرارات الإدارية وسيلة التدخل التي تستعملها الإدارة، مع اختلاف مجالات اتخاذ هذه القرارات والآثار الناجمة عنها، وفي هذا الإطار يتم تناول كثير من المفاهيم التي أصبحت تؤسس لنظريات قائمة بذاتها، مثل القوة القاهرة، والظروف الطارئة، والموظف الفعلي، والاستعجال، والظروف الاستثنائية، وغيرها مما يجسد التطبيق العملي لفكرة الضرورة، وبموجب هذه المفاهيم

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص12.

تلائم الإدارة بين تطبيقها للقانون وحفظها للصالح العام، على أن تلتزم الضمانات القانونية للحقوق والحريات العامة ما أمكن.

د- الضرورة في القانون الدستوري:

يتمثل المفهوم الدستوري لنظرية الضرورة في: "إعادة توزيع الاختصاصات التي رسمها الدستور لصالح السلطة التنفيذية"¹، على اعتبار أن الضرورة عند قيامها تؤدي إلى تعطيل أحكام الدستور، كلاً أو بعضاً، وزيادة اختصاصات السلطة التنفيذية من جهة، ووضع قيود على الحريات العامة المقررة في الدستور من جهة أخرى². وفي هذا الإطار يتناول الفقه والتشريع الطول الدستورية لأوضاع الضرورة وبيان أنواعها انطلاقاً من درجة الخطورة المحدقة بالدولة أو إحدى مصالحها الحيوية، ويميزوا بذلك بين لوائح الضرورة، ونظام الأحكام العرفية، وقوانين السلطة الكاملة، التي تؤثر وبدرجات متفاوتة في توسيع سلطات الإدارة على حساب السلطة التشريعية من خلال ممارستها للتشريع بما يلائم حال الضرورة.

وتتميز الضرورة في القانون الدستوري عنها في باقي القوانين؛ بأهدافها المرتبطة ببقاء الدولة ومؤسساتها، وحفظ الأمن والنظام العام فيها، وبأساليب تطبيقها، والمصطلحات المعبر بها عن تطبيقاتها، حيث تأخذ النظرية عنوان الظروف الاستثنائية، ويتفرع إلى عناوين جزئية أهمها حالة الطوارئ، وحالة الحصار (الأحكام العرفية)، والحالة الاستثنائية، وحالة الحرب.

ويعتبر اللجوء إلى نظرية الظروف الاستثنائية آخر حبل تتشبث به السلطة للمحافظة على بقاء الدولة، أو النظام، في وجه الاضطرابات والثورات الداخلية، أو الاعتداءات الخارجية، والحيلولة دون انهيارها، وبموجبها تستعمل كل الوسائل التي تراها مناسبة؛ أخطرها المساس بالحقوق والحريات العامة، ووقف العمل بالدستور، وجمع سائر السلطات في قبضة رئيس الدولة.

1 - هاني علي إبراهيم الطهراوي: نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني، دراسة مقارنة، ص 60.

2 - المرجع نفسه.

وإن فشلت السلطة في استعادة زمام الأمور، ينفلت الأمر من بين أيديها إلى الشرعية الثورية إذا كان الحراك داخليا، وإلى سقوط الدولة وإهدار سيادتها إذا كان الاعتداء خارجيا.

المطلب الثالث: عناصر قيام الضرورة.

تقوم فكرة الضرورة على جملة من العناصر، وبدونها لا تستحق أن تكون نظرية قائمة بذاتها، ويمكن إجمالها في الأركان والشروط والضوابط، نتناولها على التوالي فيما يلي:

الفرع الأول: أركانها

للضرورة أركان وعناصر تقوم عليها، في كل من القانون والشريعة، نوردتها تباعا في الآتي.

أولا : أركانها في القانون

من تعريفات النظرية ما رآه الفقيه فيدل *videl* من أنها: "وضع غير عادي وخطير، يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة، من أجل الحفاظ على المصلحة العامة، نظرا لعدم إمكان القواعد العادية"¹.

- ينطوي هذا التعريف على عدة عناصر، بالتأمل ترجع إلى عنصرين أساسيين هما:
- وجود أوضاع غير عادية: غير مألوفة، تتسم بالخطورة على إحدى المصالح المحمية قانونا، لا يمكن معها أعمال قواعد المشروعية العادية.
 - ضرورة التصرف السريع: باتخاذ إجراءات عاجلة لحماية المصلحة العامة من الخطر المحدق.

وانطلاقا من عناصر التعريف يمكن إجمال أركان الضرورة في الآتي:

1- نقلا عن مراد بدران ، المرجع السابق ، ص29.

الركن الأول: الركن الموضوعي (الضرر الجسيم الواقع أو الوشيك الوقوع)

ويتمثل في وجود فعل أو مجموعة أفعال، تشكل خطراً، يتهدد مصلحة جوهرية معتبرة قانوناً¹، بحيث لا يكون لإرادة صاحب المصلحة المهتدة دخل في وقوع هذا الفعل أو تلك الأفعال²، ومن هنا يشترط في هذا الخطر:

1 - أن يكون جسيماً وحالاً:

مضمون هذا الشرط أن هناك أخطاراً عادية لا تخلوا منها الحياة في أي دولة، ومن أجلها وجدت القوانين وأجهزة حفظ النظام، وهناك أخطار غير عادية، توصف بأنها جسيمة وغير متوقعة، ولا يمكن دفعها أو التغلب عليها بمراعاة القوانين العادية، ولغياب معيار دقيق تقاس به جسامة الخطر المؤدي لحالة الضرورة، يجب أن يكون خارجاً عن حدود الخطر المعتاد الذي يحدث من حين لآخر، بأن يكون ذا طبيعة استثنائية، لأن الخطر المعتاد المتوقع حدوثه يمكن أن يحسب له حسابه ويواجه بالطرق والأنظمة العادية المعمول بها.

ويقصد بحلول الخطر؛ أن يكون واقعا أو على وشك الوقوع، بحيث لا يكفي مجرد توهم حدوثه، وقد أبدع الفقه الإسلامي في هذا الباب لما فرق بين الحاجة والضرورة، وجعل من معايير الضرورة نزول الضرر بالفعل أو غلبة الظن على حدوثه، دون الاكتفاء بمجرد التوهم³.

2 - أن يكون مهدداً لمصلحة جوهرية:

المصالح الجوهرية على مستوى القانون شاملة لجميع المصالح والحقوق المحمية بقواعد النظام العام، وتختلف من مجال إلى آخر، كحق الحياة في التشريع

1 - ومفهوم المصلحة الجوهرية يختلف من مجال من نطاق قانوني إلى آخر ، ففي نطاق التشريع الجنائي مثلاً تتعلق المصلحة الجوهرية بحق الحياة ، وفي القانون المدني تتمثل في الحقوق المالية الأساسية، وفي نطاق القانون الدولي العام تتمثل في سلامة الدولة وفي نطاق القانون الدستوري تتمثل في الاختصاص الدستوري لكل جهاز من أجهزة الدولة أو سلطة من سلطاتها وهكذا يتطلب الأمر التفريق بين المصالح الجوهرية والمصالح الشكلية والثانوية في كل فرع من فروع القانون

2 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 10 ، 15.

3 - عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان: فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة ، آفاق وأبعاد ، البنك الإسلامي للتنمية ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، ، جدة 1423هـ.

الجنائي، والحقوق المالية في القانون المدني، وسلامة الدولة في القانون الدستوري والقانون الدولي العام وغير ذلك، وبناء على هذا فإن مجال المصالح الجوهرية في القانون الوضعي أو سع منه في الفقه الإسلامي، باعتبار اتساع مجال قواعد النظام العام في القانون الوضعي ليشمل جميع القواعد التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهي الصفة الغالبة على جميع فروع القانون العام، إضافة إلى مجال واسع من فروع القانون الخاص، في حين تقسم الشريعة المصالح إلى ضرورية وحاجية وتحسينية، والمصالح الضرورية وحدها هي التي تبيح المحظور بقدر ما يلائمها، تلحق بها الحاجات التي تنزل منزلة الضرورة.

والمصالح الجوهرية في الشريعة الإسلامية ترتبط بالكليات الخمس، التي يعبر عنها بالمصالح أو المقاصد الضرورية، قال الشاطبي: "فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين"¹، وعددها خمسة، وهي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ النسل، وحفظ المال، وحفظ العقل، يضيف البعض حفظ العرض، وحفظ النسب، كما فعل اللقاني في جوهرة التوحيد:

وحفظ دين ثم نفس مال نسب ومثلها عقل وعرض قد وجب

لكن الذي عليه الجمهور هو أن المصلحتين التين أضافهما فروع عن ضرورة حفظ النسل.

الركن الثاني: الركن الشخصي

التمثل في رد الفعل من طرف صاحب المصلحة، الذي يجد نفسه في وضع إما أن يخرق معه القانون حتى يحمي حقه، أو يحافظ على تطبيق القانون ويترك حقه للضياح، بمعنى أنه يقوم بموازنة الأمرين وتحديد أيهما أولى بالرعاية، وعندما تكون المصلحة جوهرية تكون الموازنة لصالح اختيار مقتضى الضرورة، ويختلف رد الفعل هذا باختلاف نوع الخطر ودرجته وما يقتضيه من سلوك، تبعا لقاعدة "الضرورة تقدر

1 - الموافقات: ج2، ص 08.

بقدرها"¹، التي هي في الأصل قاعدة فقهية إسلامية، استعارها الفقه الوضعي وضبط بها هذا الركن.

وبناء عليه فإن طريقة معالجة الضرورة تختلف من فرع قانوني لآخر، ففي القانون الجنائي هناك أحكام الدفاع الشرعي وأسباب الإباحة وموانع المسؤولية، وفي القانون الإداري والقانون المدني هناك الظروف الطارئة وأحكامها، وفي القانون الدستوري والقانون الدولي هناك الظروف الاستثنائية وأحكامها، وفي كل هذه المجالات يختلف السلوك الذي يتخذ إزاء مقتضى الضرورة بما يتناسب ودرء الخطر المحقق بالمصلحة، وبالضوابط التي تكفل عدم التعسف في استعمال السلطة، أو الانحراف بها.

وتبعاً لهذا لا يمكن أن تثار نظرية الضرورة إلا في دولة القانون حيث يوجد نظام قانوني واجب الاحترام والطاعة، أما الدولة البوليسية فلا يكاد يوجد فيها عائق أمام السلطة ويحد من تجاوزاتها، ما يجعلها تتذرع بالضرورة لتفعل ما تشاء².

ثانياً: أركانها في التشريع الإسلامي

بالرجوع إلى استقراء الدراسات الفقهية، وقفنا على فكرة مؤداها أن الفقه الإسلامي كان سابقاً إلى تقنين العناصر التي تقوم عليها نظرية الضرورة، لكن بمسميات قد تختلف عن العناوين التي يعتمدها الفقه القانوني، وعموماً تبنى الضرورة على جملة من العناصر هي جزء من ماهيتها وتتعدم بعدمها، وهي فكرة الاضطرار والشخص الذي يحصل له ذلك، والتصرف الذي يقوم به بناء على ذلك، حماية لمصلحة معتبرة شرعاً، نبين ذلك في الآتي:

1 - السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ط 1، 1403هـ، 1983م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 84 وذلك تحت قاعدة الضرر يزال بصيغة: "ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها".

2 - تونصير ابراهيم: تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، مذكرة ما جستير في الحقوق تخصص القانون الدستوري، جامعة بسكرة، 2013-2014، ص 16.

ا- حصول الاضطرار:

وهو حمل الإنسان على ما فيه ضرورة¹، قال تعالى : ﴿وَمَا لَكُمْ إِلَّا أَنْ تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِّرَ إِلَيْكُمْ عَلَيْهِ وَفَدَّ بِقَوْلِ كَلِمَاتٍ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيَضِلُّونَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾²، ويمكن التعبير عنه بالمشقة، وهو المصطلح الذي اعتمده الفقهاء في وضع القاعدة الفقهية الكبرى:(المشقة تجلب التيسير)، وإذا نظرنا إلى حصولها من الناحية الأصولية نجدها سببا لحكم شرعي وهو إما الإباحة أو الندب أو الوجوب أو المنع، ككون الاضطرار سببا في إباحة الميتة³، لكن عندما ننظر لها من الناحية الفقهية نجدها الحالة التي تستدعي المعالجة فتكون عنصرا أساسيا في الماهية.

ب- المضطر:

وهو من وقعت عليه الضرورة، أو من حصلت له المشقة، أصل الكلمة "مضطرر" على وزن مفتعل، فأدغمت الراء في الراء، وقلبت التاء طاء لوقوعها بعد الضاد، والمضطر هو من يحمل على ما فيه ضرر، أو من يدفع الضرر، قال الطبري: فمن اضطر إفتعل من الضرورة⁴، وورد النص على المضطر في القرآن الكريم في غير ما آية، منها قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ

1 - جميل محمد بن مبارك: نظرية الضرورة الشرعية، حدودها وضوابطها، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1985م، ص6.

2 - الأنعام: الآية (120).

3 - الشاطبي: الموافقات، ج1، ص 187.

4 - تفسير الطبري: مجلد 3، ص322.

رَحِيمٌ ﴿١٧٢﴾¹، وقوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ فِي مَحْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾².

ج- التصرف بمقتضى الضرورة:

ويقصد بذلك استلزام الاضطرار لردة فعل حتمية، تخالف القواعد السائدة، مثل دفع الضرر بارتكاب جريمة، ودفع الجوع بأكل الحرام، ودفع الغصة بشرب الخمر، وغيرها، ويشترط الفقهاء في التصرف بمقتضى الضرورة أن يكون مناسباً لدفع الضرر دون زيادة، بحيث لو أمكن درء الضرر بالمباح امتنع ارتكاب الحرام، كالجائع الذي وجد الطعام للبيع، أو للهبة، أو للقرض، فلا يحل له التذرع بالضرورة للغصب، أو السرقة، أو أكل الخنزير، أو الميتة.

والقواعد المطردة في هذه الباب أن "الضرورات تبيح المحظورات"، وأن "الضرر يزال"، لكن الضوابط الشرعية لذلك تقتضي أن لا يزال بضرر مثله أو أكبر منه³، ويعتبر التصرف الاضطراري محور سائر الأحكام المتعلقة بنظرية الضرورة، ولذلك ارتبطت به كثير من القواعد، واختلفت في فروعه المذاهب⁴.

الفرع الثاني : شروطها

لتحقق الضرورة لابد من توافر عدد من الشروط، سواء في ذلك الشريعة والقانون، نوردتها في الآتي:

أولاً شروطها في القانون:

بما أن الضرورة منوطة بوجود الخطر، فإن مطلق الخطر لا يكفي لإعمالها، وإنما يلزم أن تتوفر فيه جملة من الشروط، حصرها فقهاء القانون في أربعة شروط وهي:

1 - البقرة: الآية (172).

2 - سورة المائدة: الآية (4).

3 - من القواعد الضابطة لتصرفات الضرورة: "الضرورة تقدر بقدرها"، و"الضرر لا يزال بالضرر"، و"يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، و"إذا اجتمع ضرران ارتكب أخفهما"، و"درء المفسد مقدم على جلب المصالح"، ينظر: ابن نجيم الحنفي، الأشباه والنظائر ص 94 وما بعدها.

4 - محمود محمد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 96.

أ- وجود خطر يهدد مصلحة من المصالح:

سواء كانت عامة أو خاصة، كالخطر الذي يتهدد الانسان في حياته، أو يتهدد حقا دستوريا جوهريا، أو مصلحة أخرى جوهرية، ويمثل وجود الخطر العمود الفقري لقيام الركن الموضوعي من أركان وجود الضرورة¹.

ب- أن يكون الخطر جسيما:

بحيث يؤثر في توجيه إرادة الشخص نحو التصرف على نحو يخالف القانون أو يرتكب جريمة، لأن الأخطار العادية تتم مواجهتها بواسطة التنظيمات العادية، والحياة عموما لا تخلو من الأخطار، ولذلك أوجدت الدول كثيرا من الأجهزة ورصدت كثيرا من الإمكانيات المادية والبشرية والتقنية لمواجهتها²، على أن جسامه الخطر ليست أمرا مطلقا يقدر بمعيار مادي بحت، وإنما هي أمر نسبي تدخل في تقديره قناعة الشخص الواقع تحت ضغط الاضطرار نفسه، وتبقى للقضاء سلطته التقديرية في ممارسة الرقابة على تقدير مدى جسامه الخطر الذي كان محققا بالشخص المتصرف³.

ج- حلول الخطر:

أي أن يكون الخطر واقعا، أو وشيك الوقوع، والضابط في ذلك أن يكون السير العادي للأمر مهددا على سبيل اليقين، ووضع هذا الشرط ضمانا لاحترام القانون وصونا للحريات والحقوق من التدخلات الضارة لمجرد التوهم أو التنبؤ بحدوث الخطر، أو يكون الخطر قد وقع بالفعل وانتهى، لأنه حينها لا جدوى أصلا من التدخل⁴، وقد بين الدكتور يحيى الجمل هذا المعنى قائلا: " يكون حالا إذا كان على وشك الوقوع على نحو مؤكد، أو أن يكون قد بدأ فعلا ولكنه لم ينته بعد"⁵.

1 - يحيى الجمل: المصدر السابق، ص 14، 15.

2 - المصدر نفسه.

3 - محمود عبد العزيز الزيني: المصدر السابق، ص 109، 110.

4 - يحيى الجمل: المصدر السابق، ص 17.

5 - المصدر نفسه.

د- أن لا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر:

وبناء على تقرير هذا الشرط لا تتوفر الضرورة إذا كان الخطر المراد توقيه قد تدخل المضطر في إحداثه عمداً، ذلك أن الانتقاص من حرية الاختيار الذي يفرضه واقع الضرورة، يقتضي أن يكون المضطر قد فوجئ بحلول الخطر، ولم تتح له فرصة إتيان سلوك آخر غير ضار¹.

ثانياً: شروطها في التشريع الإسلامي

تعتبر شروط تحقق الضرورة أمراً من الأهمية بمكان في التشريع الإسلامي، ولذلك أولى الفقهاء والأصوليون والباحثون، عناية فائقة للعمل على ضبط مفهوم الضرورة والتفريق بين المصالح المختلفة ومراتبها والموازنة بينها، وتحديد متى ترتقي الحاجة إلى مرتبة الضرورة، يقول الدكتور وهبة الزحيلي: " ليس كل من ادعى وجود الضرورة يسلم له ادعاؤه أو يباح فعله"² الأمر الذي استلزم الكلام عن تحديد الشروط التي يجب توافرها حتى تتحقق الضرورة، ومن المعاصرين الذين تناولوا موضوع الشروط بشيء من الجمع والترتيب، كل من الشيخ وهبة الزحيلي، والدكتور يوسف قاسم، ومحمود محمد عبد العزيز الزيني، مع اختلاف في طريقة الدراسة والعرض، نلخصها في الآتي:

أ- شروط الضرورة عند الزحيلي:

باعتباره من السابقين إلى تجلية الضرورة كمنظية قائمة بذاتها، دمج بين الضوابط والشروط واعتبرهما شيئاً واحداً، حيث عنون لها بضوابط الضرورة، إضافة إلى جمعه بين الشروط العامة والخاصة، وبرر ذلك بقوله: "يفهم من التعريف الذي وضعناه للضرورة أنه لا بد من تحقق ضوابط لها، أو شروط فيها، حتى يصح الأخذ بحكمها وتخطي القواعد العامة في التحريم والإيجاب بسببها"³.

1 - عبد العزيز الزيني: المصدر السابق، ص 113.

2 - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ط 4، 1985م، مؤسسة الرسالة، ص 69.

3 - المرجع السابق، ص 68.

وحصرها في تسعة شروط وهي¹:

1- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة:

بمعنى أن يحص واقعا خوف الهلاك على النفس أو تلف المال، أو التأكد من وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس، وهذا الشرط في حقيقته يقابله شرط كون الخطر حالا الوارد في الشروط القانونية.

2- أن لا تكون هناك وسيلة أخرى لدفع الضرر:

ومؤدى هذا الشرط أن يتعين على المضطر مخالفة التشريع أو ارتكاب عمل هو في الأصل جريمة، كالمضطر الذي لا يجد ما يسد به رمقه غير الميتة.

3- أن تكون الضرورة ملجئة:

وهذا شرط أو قيد أورد به زيادة تفصيل على ما ورد في الشرطين السابقين، خاصة في الحال التي يوجد إلى جانب التصرف المحظور بعض الخيارات الأخرى لتجاوز الاضطرار، كأن يكون الأكل الحلال موجودا ويرغم الإنسان على أكل الميتة. ولئن كان أغلب الفقهاء يوردون كون الضرورة ملجئة على أنه ضابط، فإن كلام الزحيلي يحتمل الأمرين معا، لكونه لم يفرق بين الضوابط والشروط، وسواء اعتبرناه شرطا أو ضابطا؛ فإن ذلك يحترز به من استغلال أحكام الضرورة للترخص غير المبرر رغبة في التنزه أو الترفه، أو الاحتيال هروبا من بعض أحكام الشريعة، لكن يبقى إشكال تقدير مدى كون الضرورة ملجئة؟ مجالا فسيحا يفصل فيه الكلام باختلاف مجال التطبيق، وعلى العموم منها ما يوكل فيه الأمر إلى المكلف باعتباره فقيه نفسه، ومنها ما يوكل فيه الأمر إلى أهل الفتيا والفقهاء، ومنها ما يرجع أمره إلى الحاكم أو القاضي.

4- مراعاة المضطر لمبادئ الشريعة وعدم مخالفتها:

يشير بهذا الشرط إلى قيد من القيود الواردة على النظرية وهو أن هناك مبادئ تتعلق بموازنة مقتضى الضرورة، طبقا لقاعدة "الضرر لا يزال بالضرر"، وقاعدة: " يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام"، وعلى هذا الشرط لا يجوز الصلح

1 - المرجع السابق: ص 68،69،70،71،72.

الدائم مع الأعداء، لإقرار المحتل على البقاء في البلد مغتصباً لأرضها، وإن في المقاومة ضرراً محققاً يتعلق بإزهاق للأرواح، ومثل ذلك منع ارتكاب جريمة القتل تحت التهديد بالقتل، ومنع الإفراض بالربا للضرورة.

5- أن يقتصر على الحد الأدنى اللازم لدفع الضرورة:

لأن الضرورة تقدر بقدرها، ويثر هذا الشرط إشكالية من له الحق في تحديد حجم الضرورة، ومقدار التدخل الذي تندفع به، ومعالجة له فرق الفقهاء بين الضرورة العامة المتصلة بشؤون الجماعة، حيث تقع مسؤولية تقديرها على الحاكم¹، والأمور المتصلة بخصوصيات الأفراد، فيوكل أمرها إليهم، يختبر فيه صدق ديانتهم وضميرهم².

6- في حال الاضطرار إلى التداوي بالحرام لا بد أن يصف ذلك طبيب عدل ثقة:

وهذا ضابط ذو علاقة بالضرورة الخاصة وكان الأولى به الاقتصار هنا على الشروط العامة.

7- في الضرورة الغذائية لا بد أن تمر على الجائع مدة محددة:

واستند في تقرير هذا الشرط إلى رأي ابن حزم الظاهري الذي يرى أن يبقى المضطر يوماً وليلة لا يجد فيها ما يأكل أو ما يشرب³، وعلى الرغم من عد هذا الأمر كشرط أساسي إلا أنه تراجع عنه إلى ما قال أنه القول الأصح، وهو أن لا يتقيد الاضطرار بزمن مخصوص لاختلاف الأشخاص في ذلك.

1 - ثبت أن الخليفة أبابكر الصديق رضي الله عنه قدر المخاطر المحدقة بالدين بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعلن الحرب على أهل الردة، كما قدر الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ضرورة الناس عام المجاعة فأوقف تطبيق حد السرقة لمدة معينة، ولنفس الغرض تدخل عثمان رضي الله عنه فقرر جمع القرآن الكريم في مصحف واحد، والأمثلة مطردة في نطاق الضرورة العامة.

2 - عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان: فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، ص 63.

3 - أورد الدكتور يوسف قاسم أن هذا الشرط عرفته بعض الشرائع السابقة من ذلك أن شريعة مانو الهندية تعتبر أن الضرورة الغذائية تحتم على الذي لم يجد ما يأكل لمدة ثلاثة أيام أن يأكل من طعام غيره ما ينفذ به حياته.

8- تحقق ولي الأمر من وجود الخطر في حال الضرورة العامة:

بأن يتأكد من وجود ظلم فاحش، أو ضرر واضح، أو تعرض الدولة للخطر، وهذا أيضا شرط خاص يتعلق بالضرورة المتعلقة بالمصلحة العامة والتي تتصرف السلطة إزاءها، وهي المسؤولة عن تقدير الضرورة بقدرها.

9- التزام تحقيق العدالة، وعدم الإخلال بمبدأ التوازن العقدي:

وهذا أيضا شرط أو ضابط خاص يرتبط بتطبيقات نظرية الظروف الطارئة.

ب- شروط الضرورة عند محمود محمد عبد العزيز الزيني:

بعد الزحيلي؛ جاء عبد العزيز الزيني في كتابه: الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها، أحكامها، آثارها- دراسة مقارنة¹، حيث بذل الوسع في التزم ذكر الشروط العامة وحصرها في خمسة وهي²:

الشرط الأول: أن تكون الضرورة ملجئة

يلتقي مع سابقه في اعتبار الإلجاء شرط جوهرى في الاستفادة مما تقرره الضرورة من تخفيف، ويحدد مفهوم الضرورة الملجئة بأنها الحاجة الشديدة، أو الحالة التي يخشى معها تلف النفس أو الأعضاء استنادا إلى قول الشاطبي: " ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه".

الشرط الثاني: أن تكون الضرورة قائمة.

ومعنى ذلك أن يحصل الاضطراب واقعا، أو بغلبة الظن، متمثلا في خوف الهلاك على إحدى الضروريات الخمس، ولا يكفي مجرد توقع حصول الضرر، وعليه فليس للجائع أكل الميتة حتى يجوع، ولا للأكل شرب الخمر حتى تحصل الغصة، ومثل هذا في الحكم أن ن يكون الضرر وشيك الحصول، كأن يدرك الحاكم قرب حصول تهديدات جدية لأمن المجتمع واستقراره، فيعلن حالة الاستنفار، أو يتيقن المسافر عدم إدراكه للماء قبل خروج وقت الصلاة فيتيمم مع أول الوقت ويصلي.

1 - طبع هذا الكتاب سنة 1991م، وجدت نسخة منه في مكتبة جامعة القاهرة تحت رقم: 111.25، ثم أعيد طبعه مرة أخرى ونشر سنة 1993م.

2 - ينظر: محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

الشرط الثالث: أن تكون الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر.

بحيث يتعذر على المضطر تفادي الخطر بتصرف مشروع، ويعتبر هذا الشرط قيداً للإطلاق الوارد في قاعدتي "الضرر يزال" و"الضرورات تبيح المحظورات"، إذ لا يجوز مثلاً سرقة الطعام أو أخذه بالقوة مع إمكان الحصول عليه بالشراء أو السلف أو الهبة، لأن الضرر لا يزال بمثله إلا إذا تحتم، وبشرط أن لا يكون بإحداث ضرر مثله أو أكبر منه، ومثل ذلك عدم جواز أخذ المحتاج للطعام مضطراً مثله.

الشرط الرابع: أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها.

يشترط الفقهاء بموجب هذا القيد أن يتم دفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها، ومن ثم يرخص للجائع أن يأخذ قدر ما يكفيه من الطعام دون زيادة، وأن يأكل فقط قدر ما يسد رمقه من الميتة، وأن لا يزيد في شرب الخمر على ما يزيل به الغصة، ويرخص للطبيب النظر إلى محل المرض فقط من جسد المرأة، واصل هذا القيد قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹، وإعمالاً له صاغ الفقهاء عدداً من القواعد، منها: "الضرورة تقدر بقدرها" أو "ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها"²، وقاعدة: "ما جاز لعذر بطل بزواله"³، وقاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر"⁴، وقاعدة: "يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام"⁵ وقاعدة: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"⁶، وقاعدة: "درء المفسد أولى من جلب المصالح"⁷.

1 - البقرة: الآية (172).

2 - ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر، ص 95.

3 - المصدر نفسه.

4 - المصدر السابق، ص 96.

5 - المصدر نفسه.

6 - المصدر السابق، ص 98.

7 - المصدر السابق، ص 99.

الشرط الخامس: أن لا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر.

مضمون هذا الشرط؛ أن لا يكون المضطر متعمدا إحداث الخطر، حتى يتذرع به لارتكاب المحظور، من ذلك عدم جواز أكل المضطر العاصي بسفره من الميئة، كقاطع الطريق، او صاحب الحرابة.

ويستند في تأصيل هذا الشرط على قوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلِلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ بِمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾، وإعمالا لهذا الشرط وضع الفقهاء قاعدة مؤداها أن:

" الرخص لا تناط بالمعاصي"¹.

ج- شروط الضرورة عند د. محمد يوسف قاسم:

تناولها بتفصيل ضمن كتابه نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، الذي نشر سنة 1993، في الباب الثالث منه تحت عنوان أركان الضرورة، سلك فيه منهجا مغايرا لسابقه، حيث ذكر أربعة أركان للضرورة²، ثم أعقبها بذكر شروط كل ركن، وأدخل تحت كل ركن شرطين، إضافة إلى أنه تناول الشروط في الشريعة الإسلامية من حيث التأصيل والأحكام، ثم عقب بالموقف القانوني من هذه الشروط مع بيان موضع اختلافهما إن وجد، وهذه إضافة علمية في السيطرة

1 - محمد بن حسن الجيزاني: حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ص 68. راضي بن صياف الحربي: قاعدة الرخص لا تناط بالمعاصي دراسة تأصيلية تطبيقية، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، السنة الثانية، العدد 3، 1435هـ، الصفحات من 327 إلى 381. وفاء رياض حمد: قاعدتا الرخص لا تناط بالمعاصي ولا بالشك وتطبيقاتهما الفقهية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، الجامعة الإسلامية غزة 2012م.

2 - لم يتطرق الزحيلي كلية إلى تناول أركان الضرورة واكتفى بذكر الضوابط والشروط، وسلك جميل محمد بن مبارك وعبد العزيز الزيني نفس المسلك، ولعل السبب يرجع إلى أمرين؛ أولهما أن التسليم بإباحة الضرورة للمحظور قاعدة فقهية تستلزم فقط شروطا وضوابط، ثانيهما أن الركن والشرط يختلفان اصطلاحا؛ من حيث إن الركن داخل في ماهية الشيء، والشرط خارج عنها، ومن الصعوبة ضبط هذا التفريق.

على عناصر الضرورة كنظرية متكاملة العناصر، وتبعا لإيراد أركان نظرية الضرورة، وجدناه ركز على بيان الشروط في ثلاثة أكان، وهي: وجود الخطر، والفعل اللازم لدفع هذا الخطر، والشخص المضطر، نورد الشروط التي ذكرها في الآتي:

أولا: شروط الخطر: وهي شرطان تتمثل في كونه خطرا جسيما، وكونه خطرا حالا.

1- أن يكون خطرا جسيما:

لأن التكاليف الشرعية وأحكامها لا تتفك عادة عن وجود خطر ومشقة¹، لكن الذي يعتبر ضرورة ويسوغ إباحة المحظور أو التصرف على نحو يخالف الحكم الشرعي هو المشقة الفادحة الخارجة عن المعتاد، التي تلحق فسادا بإحدى الضروريات الخمسة²، وقد وردت بذلك النصوص في القرآن والسنة، والاجتهاد، وأهم مسألة أثارها هنا هي التساؤل عن معيار الضرورة الذي تحدد به جسامه الخطر، وخلص بشأنها إلى أن العبرة بالاعتقاد المبني على أسس معقولة، والظن الراجح، استدلالا بتعريف المالكية للضرورة بأنها: "الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا"³، يقول محمد جميل بن مبارك: " ويبدوا أن ما ذهب إليه الإمام الشاطبي هو الأقرب إلى الاعتبار، وهو أن المشقة يسند أمرها إلى المكلف نفسه فينظر إلى العمل الشاق، فإذا أدى إلى خلل واضطراب في أحواله فالمشقة خارجة عن المعتاد وإلا فهي معتادة"⁴.

2- حلول الخطر:

بمعنى أن يكون الخطر حالا واقعا، أو على وشك الوقوع، كالذي يجوع أو يعطش ويشتد به ذلك، ويخشى على نفسه الهلاك، وبهذا الشرط أخرج الخطر المتوهم وقوعه أو المشكوك فيه، كما أثار مسألة الخطر المستقبلي وأورد بشأنها آراء الفقهاء ثم

1 - بل بعض المشقة مقصود للشرع وهو متضمن في معنى التكليف، كما رجحه الدكتور جميل محمد بن مبارك في رسالته للماجستير، نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، والتي نوقشت بكلية العلوم جامعة القاهرة، سنة 1985، الصفحات 46،47،48،49،50.

2 - محمد جميل بن مبارك: المصدر السابق، ص 28 وما بعدها.

3- يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية - القاهرة، 1993م، ص 185.

4 - محمد جميل بن مبارك: المصدر السابق، ص 34.

خلص بشأنها إلى أنه لا يعتبر ضرورة، ولا يبيح محرماً، ولا يرفع إثماً، لأنه قد يقع وُدلاً يقع¹.

ثانياً: شروط الفعل الذي يدفع به الخطر

حددها في شرطين هما:

1- أن يكون الفعل لازماً لدفع الخطر:

بأن يكون الفعل أو التصرف المجرم هو المنفذ الوحيد أمام المضطر للتخلص من الخطر، وهو شرط أساسي يدل عليه معنى الاضطرار الوارد في نصوص القرآن الكريم².

وإلا بأن كان الفعل مستحيلاً، بسبب العجز عنه فإن التكليف يسقط، ولهذا يفرق بين الضرورة والعجز: طبقاً للقاعدة الفقهية: " لا واجب مع العجز، ولا محرم مع الضرورة"³،

2- تناسب الفعل مع الخطر:

وهو كذلك شرط عام يدل عليه قوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ

فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁴، وتدل عليه عدد من القواعد في مقدمتها قاعدة:

"الضرورة تقدر بقدرها"⁵، ويورد محمد جميل بن مبارك قاعدتين عظيمتين تحكمان الموضوع كلية بتطبيقاتهما وهما، قاعدة: "إذا اجتمعت مفسدتان ولم يمكن دفعهما معا دفعا أعظمهما بارتكاب أخفهما". وقاعدة: "الضرر لا يزال بمثله أو أكثر"⁶.

ثالثاً: شروط المضطر

يشترط في المضطر ما يلي:

1 - المرجع السابق : ص 191، 190.

2 - المرجع السابق ، ص 204.

3 - فوزي عثمان: القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها في السياسة الشرعية، ط 1، 2011م، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ص 113.

4 - النحل: الآية(115).

5 - ابن نجيم الحنفي(ت 970هـ): الأشباه والنظائر، دار الفكر دمشق، 1999م، ص 95.

6 - المرجع السابق ص 96.

1- أن يكون غير ملزم شرعا بتحمل الخطر:

بهذا الشرط يتم إخراج الأشخاص الملزمين شرعا بتحمل الضرر، وهم الأشخاص المشار إليهم في قوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹، وقوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾²، وبموجبه يتحمل المذنب الجزاء نتيجة تصرف قام به، ففقط يد السارق، ويجلد أو يرحم الزاني، ويقنص من القاتل، ومن ثم فلا يمكن بحجة الضرورة هؤلاء على الإفلات من العقاب لأنهم شرعا ملزمون بتحمل تبعات تصرفاتهم، ومثل ذلك تحريم الفرار من القتال في الجهاد حفاظا على النفس من المخاطر³.

2- أن لا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر:

أصل هذا الشرط قوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁴، وضرب لذلك عدة أمثلة منها الذي لا يعمل ثم يسرق بحجة الضرورة، والعاصي بسفره⁵، وقد وافقه "الزيني" في إقرار هذا الشرط، معتبرا إياه سدا للذريعة أمام ارتكاب المحرمات، فالذي يسافر سفر معصية، كأن يخرج لقطع الطريق، أو لقتل إنسان، أو ارتكاب فاحشة، أو للتجارة بالممنوعات، مثل تهريب المخدرات والسلاح، قد يجد نفسه أمام ضرورة الجوع أو العطش، ونسب هذا الرأي إلى جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية⁶.

1 - سورة البقرة: الآية (172).

2 - سورة المائدة: الآية (4).

3 - يوسف قاسم : المرجع السابق، ص 165 وما بعدها.

4 - سورة المائدة: الآية (4).

5 - يوسف قاسم: المرجع السابق ، ص 174، 173، 173، 171، 170.

6 - محمود محمد عبد العزيز الزيني: المصدر السابق، ص 101.

الفرع الثالث: أساس مراعاة الضرورة

تتأسس الضرورة في القانون على أساسين فلسفي وتشريعي، كما تقوم في الشريعة على أساسين، نقلي واجتهادي، نحاول من خلال هذا الفرع بيان ذلك في الآتي:

أولاً: في القانون الوضعي:

لم يتفق فقهاء وفلاسفة القانون على أساس واحد لتبرير أعمال الضرورة، تبعاً لتغير العوامل حسب النطاق القانوني الذي تطبق فيه، إذ نطاق القانون الدستوري يختلف عن مجال القانون الجنائي، كما أن نطاق المعاملات المدنية يختلف عن مجال العلاقات الإدارية، ونطاق القانون الداخلي يختلف عن مجال القانون الدولي، بل داخل المجال الواحد لم يتم الاتفاق على أساس واحد، الأمر الذي فتح بسببه نقاش حاد لم ينته الكلام فيه إلى غاية اليوم، وجرياً على واقع الفقه القانوني في الموضوع، نحاول تشخيص الأمر في أهم المجالات لتطبيق الضرورة، انطلاقاً من القانون الجنائي، ثم القانون الدستوري، وانتهاءً بالقانون الدولي.

أ- أساس الضرورة في القانون الجنائي:

للضرورة في القانون الجنائي أساس فلسفي، وأساس تشريعي، يأتي بيانها فيما يلي:

1. الأساس الفلسفي:

يعتبر حقل القانون الجنائي من أقدم فروع القانون مراعاة لأحكام الضرورة، بداية من القانون الروماني، وانتهاءً بالقانون الفرنسي، مروراً بمراحل التطور الفقهي، وقد صيغت عدة نظريات في ذلك، ذكر الدكتور يوسف قاسم منها خمسة ملخصها:

- تأسيسها على نظرية القانون الطبيعي:

مؤدى هذه النظرية أن القانون الوضعي حل محل القانون الطبيعي لقدرته على تنظيم حياة الناس بشكل أفضل، لكن لم يلغها تماماً، بحيث إذا عجز القانون الوضعي عن تحقيق الغاية من وضعه، يسترجع القانون الطبيعي قوته، ويبرر هذا الأساس تصرفات الضرورة بأن القانون الطبيعي يسمح لكل شخص أن يحمي حقوقه ومصالحه

في حالات الخطر، ولو على حساب حقوق الغير ومصالحهم، لكن هذا الأساس وجهت له انتقادات مختلفة، خلصت في النهاية إلى أنه أساس غير سليم¹.

- تأسيسها على عيوب الإرادة:

يرجع هذا الأساس إلى فلاسفة القرن السادس عشر، على رأسهم: (أندريه تيراكو)، الذي رأى أن الضرورة من عيوب الإرادة، التي تخفف من العقوبة، بسبب تأثيرها على القصد الجنائي، واستثنى حالة الضرورة الملحة، واعتبرها عيبا يعفي الجاني من المسؤولية كلية، وسرعان ما استغنى عنها الفقه وتوجه نحو فكرة الإكراه المعنوي التي طرحها بعض فلاسفة القانون الجنائي بديلا عن الإكراه المادي، معللين ذلك بالقول أن الخوف على النفس أو المال، يؤثر على الإرادة ولا تمكن مقاومته، لكن هذه الفكرة أيضا هجرت في عصرنا بسبب المآخذ الكبيرة التي سجلت عليها².

- تأسيسها على انتفاء القصد الجنائي:

يرى بعض الفقه أن عدم العقاب في الضرورة أساسه انتفاء القصد الجنائي لدى الفاعل، كالشخص الذي يكاد يهلك جوعا ويسرق ما يبلغ به، فليس له من قصد هنا سوى حماية نفسه من التلف، وقد وجدت هذه الفكرة حتى عند الرومان³، لكن انتقدت بأنها تخلط بين القصد الجنائي والباعث على الجريمة الذي لا عبرة به، ومن ثم يسقط اعتبارها أساسا للضرورة⁴.

1 - يوسف قاسم: المرجع السابق، ص 128، 129.

2 - وجهت للإكراه المعنوي انتقادات عدة، فصلها الدكتور يوسف قاسم في كتابه، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، ملخصها: كون هذه النظرية غير منطقية لأنها لا تفرض على المضطر عملا معينا، وتتركه بنفسه حائرا ليختار الحل الذي يناسبه، وتؤدي إلى وضع القاضي أمام صعوبة معرفة الحالة النفسية لدى الفاعل وقت ارتكاب الفعل، وأن الضرورة نظرية عامة لا يمثل الإكراه المعنوي سوى واحدة من صورها، زيادة على أن فكرة الإكراه المعنوي هي بذاتها تحتاج إلى أساس قانوني يميزها (تنظر الصفحات؛ من 131 إلى 136).

3 - جميل يوسف قدورة كنتكت: نطاق الشرعية الاستثنائية في الظروف الاستثنائية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1986، 1987، ص 24.

4 - يوسف قاسم: المرجع السابق، ص 137، 138.

- تأسيسها على عدم المنفعة من العقاب:

مؤدى هذه النظرية أن جريمة الضرورة لا تستوجب أي عقاب، لأنه لا فائدة ترجى منه، في تحقيق أي من أهداف السياسة الجنائية، سواء في الجانب الوقائي، أو في الجانب العلاجي المتمثل في تحقيق الردع، وإصلاح الجاني، وانتقدت من عدة وجوه، بما يسقط اعتمادها أساسا لنظرية الضرورة، من ذلك تركيزها على فائدة توقيع العقاب، على حساب تحقيق العدالة، الأمر الذي يؤدي إلى الإفلات من العقاب في كثير من الأحيان، ومن ذلك تركيز هذا الأساس على الفائدة من العقوبة، بدل البحث في ذات الفعل المرتكب وشخصية الفاعل المضطر، ومن ذلك أنه ليس كل فعل لا يستفيد المجتمع من العقاب عليه يعد أساسا للضرورة، وهذا فيه نوع من السطحية، وإنما هناك أفعال لا تظهر أية فائدة من توقيع العقاب على مرتكبها، ومع ذلك تعتبر جريمة¹.

- تأسيسها على التنازع بين الحقوق:

اقتبس هذا الأساس من تطبيق الضرورة في القانون الخاص، حيث يمكن إهدار بعض الحقوق ضمانا للمصلحة العامة، أو ضمانا لمصلحة خاصة أكثر أهمية، وقياسا على ذلك لا يعاقب من ساقته الضرورة إلى ارتكاب جريمة وقاية لنفسه، وقد نجح هذا الأساس إلى حد معتبر في تبرير أفعال الضرورة دفاعا عن النفس، لكنه لم يسلم من النقد، من وجوه متعددة، منها؛ أن هذه النظرية تصلح أساسا للضرورة عندما يظهر الفرق بين الحقوق المتعارضة، لتعطي الأولوية للمصلحة الأكثر أهمية، أما عندما تتساوى الحقوق والمصالح فإنها تعجز عن التبرير. ومنها أن مجارات منطق النظرية يؤدي إلى حلول غير مقبولة، فمثلا الموازنة بحق المريض والسليم في الحياة تعطي الأولوية للسليم، وكذلك بين العالم والجاهل، والعاطل والعامل المجد، إلى غير ذلك، ومنها أن تأسيس الضرورة على فكرة التنازع بين المصالح قد يؤدي إلى اعتبار الضرورة سبب للإباحة².

1 - ينظر: يوسف قاسم، المرجع السابق، الصفحات 141، 142، 143، 144، 145.

2 - المرجع السابق، ص 150، 151، 152، 153، 154، 155.

وزاد الدكتور "جميل يوسف قدورة كتكت"؛ أساسا آخر، وهو أن "الضرورة لا تعرف قانونا"، وهي فكرة عللت بها تصرفات الضرورة في القانون الجرماني، وكذا القانون الفرنسي، الذي عبر عنها بالقول: "الضرورة لا يحكمها قانون"، وبرر الفقه بهذا الأساس السرقة في زمن القحط والمجاعة، معتبرا المال شائعا بين الناس في ظروف الضرورة¹.

ورغم كثرة النظريات في تحديد أساس نظرية الضرورة في القانون الجنائي، فإن الخلاف لم يحسم لصالح أي من تلك النظريات، الأمر الذي ترك بصمته إلى غاية اليوم في

النقاش الدائر حول طبيعة أعمال الضرورة من حيث كونها سببا للإباحة، أو مانعا من المسؤولية فقط.

2. الأساس التشريعي:

يعتبر الأساس الفلسفي أساسا وخلفية فكرية تتطرق منها التشريعات، وتترجم مقتضاه إلى نصوص تشريعية، ومنه وجدت الضرورة طريقا سلكت منه إلى مختلف القوانين، ومن بينها القانون الجزائري للعقوبات²، وبالرجوع إلى نصوصه نجده قسم أفعال الضرورة إلى قسمين؛ قسم يكون سببا للإباحة، وقسم يمنع من توقيع العقوبة وبقاء أصل المسؤولية³، فبالنسبة لأسباب الإباحة فقد نص عليها في المادتين (39،40) منه.

حيث جاء في المادة (2/ 39) من قانون العقوبات الجزائري: " لا جريمة: . . إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامته الاعتداء". ثم فصل المشرع في المادة (40) الأفعال التي تدخل ضمن حالات ضرورة الدفاع المشروع عن النفس، بالقول: " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1 - قدورة كتكت: المرجع السابق، ص 24.

2 - الأمر (66، 156) المؤرخ في (18) صفر عام 1386هـ، الموافق (8) يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

3 - يرى بعض الفقهاء أن عدم توقيع العقوبة أساسه عدم وجود فائدة للمجتمع من توقيع العقوبة عليه.

- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه، أو لمنع تسلق الحواجز، أو الحيطان، أو مداخل المنازل، أو الأماكن المسكونة أو توابعها، أو كسر شيء منها أثناء الليل.
- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس، أو عن الغير، ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة".

أما بالنسبة لموانع العقوبة فقد نص عليها في المادة (48) بالقول: " لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، وهذا يعني أن المشرع راعى حالة القوة القاهرة، والإكراه المادي واعتبرها أعدارا مسقطا للعقوبة¹.

ب- أساسها في القانون الدستوري:

1. الأساس الفلسفي:

مضمون هذا الأساس يدور حول المبرر الذي تستند عليه الدولة في الخروج على قواعد المشروعية العادية، الملزمة لها تجاه الأفراد والدول، وقد انقسم الفقه الدستوري إلى اتجاهين، أحدهما يرى عدم الاعتداد أصلا بالضرورة كأساس لوقف العمل بالقوانين، وهو اتجاه القانون الأنجلوسكسوني، وبعض الفقه الفرنسي، الذي يسلم باحتكار البرلمان لسلطة التشريع في جميع الأحوال، انتصارا للديمقراطية، ولا تملك السلطة التنفيذية سوى اللجوء إلى البرلمان لاستمداد تفويض قانوني منه، لمواجهة الظرف الاستثنائي الذي لا تستطيع القوانين العادية مواجهته²، والاتجاه الثاني يرى أن الضرورة ظرف يبرر وقف العمل بالقوانين، وقيام السلطة التنفيذية محل البرلمان في مواجهته، واختلف أنصار هذا الاتجاه في الأساس الذي تقوم عليه الضرورة، إلى رأيين يستند أولهما على فكرة السيادة، حيث تعتبر الدولة أسمى الأشخاص القانونية في المجتمع، توجهت إرادتها إلى وضع الدستور والقانون الملزم لها ولأفراد، ولكن إذا

1 - قسمت المادة (52) من قانون العقوبات الجزائري الأعدار إلى نوعين أعذر معفية من العقوبة وأعدار مخففة للعقوبة، ونصها: " الأعدار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية؛ إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعدارا معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة.

ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفي عنه".

2 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 22، 21.

تعارض تطبيق تلك القواعد مع مصالحها، كان لها أن تخرج عنها، بل يمكن السلطة في هذه الحالة أن تعطل النصوص القانونية المختلفة تحت هذا المبرر، وقد اعتمد الألمان هذه الفكرة في وضعهم لنظرية الضرورة الألمانية، ومكنوا السلطة التنفيذية من وقف العمل بالقوانين والتضحية بالحقوق والحريات العامة، إذا كان تطبيقها يفوت مصلحة للدولة¹.

واتجه رأي آخر تبناه الفقه الفرنسي²، إلى بناء نظرية الضرورة على أساس استقلال السلطة التنفيذية بسلطة لإصدار لوائح الضرورة، لكن بضوابط وشروط محددة³.

وفي ضوء أفكار هذه المدارس الفقهية، حدث جدل كبير لا تزال تداعياته تظهر في توجهات النظم السياسية المعاصرة لمواجهة الأزمات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، تبعا لمدى قرب أو ابتعاد النظام عن الديمقراطية، واحترامه للحقوق والحريات.

2. الأساس التشريعي:

يرجع في بيان الأساس التشريعي لمراعاة الضرورة إلى نصوص الدستور، والقوانين الأساسية، ولكل دولة دستورها، وتاريخها السياسي الذي يكشف من خلاله مدى اعتبارها للضرورة من عدمه، حيث نجد المادة (16) من الدستور الفرنسي 1958، هي المرجع للقانون الفرنسي في مواجهة الأزمات، وفي الواقع الجزائري بدأت ملامح مراعاة أحوال الضرورة منذ أول دستور للجزائر المستقلة سنة 1963م، وخلصت بعد التطور الدستوري المتلاحق إلى مراعاة الضرورة بمستويات مختلفة، طبقا

1 - يوسف قدورة كنتكت: المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

2 - على رأس من تبني هذه الفكرة كل من؛ الفقيه ديجي duguit، عميد مدرسة المرفق العام في جامعة بوردو في القانون العام، والفقيه هوريو hauriou، عميد مدرسة السلطة العامة في جامعة تولوز.

3 - الفارق الجوهرى بين النظرية الألمانية والنظرية الفرنسية كما رآها ديجي duguit، هو أن النظرية الألمانية أساسها السيادة، وبالتالي تبرر سلطة مطلقة، متحررة من كل أنواع الرقابة، بينما النظرية الفرنسية بإدخالها للقيود والشروط، تضع السلطات الاستثنائية تحت أعين الرقابة بما فيها الرقابة القضائية، (ينظر: يحيى الجمل، المصدر السابق، ص من 36 إلى 42).

لنصوص الدستور المعدل في 2016م، ممثلة في المواد: (105،106،107،108،109،110)، وقد تضمنت خمس صور للضرورة هي؛ حالة الطوارئ، وحالة الحصار، والحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وحالة الحرب، يرباً التفصيل بشأن هذه الصور إلى الجزء التطبيقي من هذه الدراسة.

ج- أساسها في القانون الدولي:

يعتبر القانون الدولي العام من أهم الحقول التي تمت فيها مراعاة أحوال الضرورة، باعتبار انعكاسها المباشر على التزامات الدولة الخارجية، فقد تواجه الدولة خطر عدوان خارجي، يبرر لها حق الدفاع المشروع عن حدودها ومواطنيها، ومختلف مصالحها السيادية، كما قد تواجه أخطارا واضطرابات داخلية، تستدعي التدخل بما يمس الحقوق والحريات، وقد تواجه أخطار كارثة طبيعية تعيق تنفيذ التزاماتها الدولية، وقد كانت للقانون والعرف الدوليين كلمتهما في بيان كيفية مراعاة ذلك، بالاستناد إلى وجود قوة قاهرة، أو حالة الدفاع الشرعي، أو حالة الضرورة¹.

ومن أمثلة مراعاة ظروف الدولة في التحلل من التزاماتها بموجب المعاهدات الدولية؛ ما ورد في اتفاقية فيينا 1969م المتعلقة بقانون المعاهدات²، من أن التغيير الجوهري وغير المتوقع في الظروف، الذي يبطل بصورة جذرية في مدى الالتزامات التي ما زال من الواجب القيام بها بموجب المعاهدة، يجوز الدفع به للانسحاب من المعاهدة أو وقف العمل بها(المادة62)³، وما ورد في المادة الرابعة من العهد الدولي

1 - سعيد فهم خليل: الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط 1998م، منشورات أمديست مصر، ص43،42.

2- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2166) المؤرخ في (5) كانون الأول، ديسمبر 1966، ورقم (2287) المؤرخ في (6) كانون الأول، ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من (26) آذار، مارس إلى (24) أيار، مايو 1968 وخلال الفترة من (9) نيسان، أبريل إلى (22) أيار، مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في (22) أيار، مايو 1969، وعرضت للتوقيع في (23) أيار، مايو 1969، ودخلت حيز النفاذ في (27) كانون الثاني، يناير 1980.

3 - المادة (62): التغيير الجوهري في الظروف

للحقوق المدنية والسياسية، من إمكانية اتخاذ الدولة للتدابير الضرورية التي يفرضها وضع الظروف الاستثنائية¹، وما ورد في المادة (15) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان من إمكانية التحلل من الالتزامات للأطراف، بسبب التعامل مع ضرورة حرب أو طوارئ تهدد حياة الأمة²، وكذلك فعلت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، بموجب المادة (27) منها¹.

1- لا يجوز الاحتجاج بالتغيير الجوهرى غير المتوقع في الظروف التي كانت سائدة عند عقد المعاهدة كأساس لانقضائها أو الانسحاب منها إلا بتحقق الشرطين الآتيين:

(أ) أن يكون وجود هذه الظروف مثل سبباً رئيسياً لرضا الأطراف بالالتزام بالمعاهدة؛ و
(ب) أن يكون من شأن التغيير أن يبدل بصورة جذرية في مدى الالتزامات التي ما زال من الواجب القيام بها بموجب المعاهدة.

2- لا يجوز الاحتجاج بالتغيير الجوهرى في الظروف كأساس لانقضاء المعاهدة أو الانسحاب منها في إحدى الحالتين الآتيتين:

(أ) إذا كانت المعاهدة تنشئ حدوداً.
(ب) إذا كان التغيير الجوهرى في الظروف ناتجاً عن إخلال الطرف الذي يتمسك به إما بالتزام يقع عليه في ظل المعاهدة أو بأي التزام دولي آخر مستحق لطرف آخر في المعاهدة.
3- إذا كان للطرف، طبقاً للفقرات السابقة، أن يتمسك بالتغيير الجوهرى في الظروف كأساس لانقضاء المعاهدة أو الانسحاب منها فيجوز له أيضاً التمسك بالتغيير كأساس لإيقاف العمل بالمعاهدة.

1 - المادة (4) : "1. في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، 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 يجيز 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 وبأسباب التي دفعتها إلى ذلك. وعليها، في التاريخ الذي تنهى فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته.

2 - المادة (15) : 1. في وقت الحرب أو الطوارئ العامة الأخرى التي تهدد حياة الأمة، يجوز لأي طرف سام متعاقد أن يتخذ تدابير تخالف التزاماته الموضحة بالاتفاقية في أضيق حدود تحتمها مقتضيات الحال، وبشرط ألا تتعارض هذه التدابير مع التزاماته الأخرى في إطار القانون الدولي

2- الفقرة السابقة لا تجيز مخالفة المادة الثانية، إلا فيما يتعلق بالفوات الناتجة عن أعمال حربية مشروعة، كما لا تجيز مخالفة المواد الثالثة والرابعة (فقرة أ) والسابعة .

3. على كل طرف سام متعاقد يستخدم حق المخالفة سالف الذكر أن يخطر السكرتير العام لمجلس أوروبا

والذي يلاحظ على هذه النصوص رغم أنها لم تخل من الضوابط والقيود التي يجب الالتزام بها بدقة، حفاظاً على المشروعية العادية ما أمكن، ومنعاً لانتهاك الحقوق والحريات باسم الضرورة، إلا أنها سببت في انقسام الفقه إلى مؤيد لها ومعرض، حيث يرى المعارضون لها، أن وضع هذه النصوص زج بها في نصوص القانون الدولي لمجرد الهروب من الالتزامات المتعلقة بحقوق الإنسان باسم الضرورة، في حين رأى المؤيدون لها أن إدراجها أمر منطقي، يفرضه واقع كون الحقوق والحريات ليست مطلقة حتى في الظروف العادية، ناهيك عن ظروف الضرورة².

ثانياً: أساس الضرورة في التشريع الإسلامي

بحث الفقهاء الأسس التي تبنى عليها نظرية الضرورة في التشريع الإسلامي، وأرجعوها إلى أساسين³، أحدهما مراعاة الضرورة في صريح النصوص الشرعية، و

بمعلومات كاملة عن التدابير التي اتخذها والأسباب التي دعت إليها. كما يخطر السكرتير العام لمجلس أوروبا أيضاً عند وقف هذه التدابير واستئناف التنفيذ الكامل لأحكام المعاهدة.

1 - جاءت المادة (27)، في الفصل الرابع تحت عنوان تعليق الضمانات.. التفسير والتطبيق، ونصها: " تعليق الضمانات

1. يمكن للدولة الطرف، في أوقات الحرب أو الخطر العام أو سواهما من الحالات الطارئة التي تهدد استقلال الدولة أو أمنها، أن تتخذ إجراءات تحد من التزاماتها بموجب الاتفاقية الحالية، ولكن فقط بالقدر وخلال المدة اللذين تقتضيهما ضرورات الوضع الطارئ، شريطة ألا تتعارض تلك الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بمقتضى القانون الدولي وألا تنطوي على تمييز بسبب العرق، أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي.

2. إن الفقرة السابقة لا تجيز تعليق أي من المواد التالية: المادة (3) الحق في الشخصية القانونية. المادة (4) الحق في الحياة. المادة (5) تحريم التعذيب. المادة (6) تحريم الرق والعبودية. المادة (9) تحريم القوانين الرجعية. المادة (12) حرية الضمير والدين. المادة (18) الحق في اسم. المادة (19) حقوق الطفل. المادة (20) حق الجنسية. المادة (17) حقوق الأسرة. والمادة (23) حق المشاركة في الحكم. كما لا تجيز تعليق الضمانات القضائية اللازمة لحماية تلك الحقوق.

3. على كل دولة طرف تستفيد من حق التعليق أن تعلم فوراً سائر الدول الأطراف بواسطة الأمين العام لمنظمة الدول الأمريكية بالأحكام التي علقت تطبيقها، وأسباب ذلك التعليق، والتاريخ المحدد لانتهاؤه.

2 - سعيد فهم خليل: المرجع السابق، ص 44، 43.

3 - يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، ص 109 وما بعدها.

ثانيهما قابلية أحكام الشريعة للتغير بتغير الزمان، تبعاً لموجبات التغير¹، وتحت هذين الأساسين تم تشييد بناء نظرية الضرورة، بمختلف أبعادها، النظرية والتطبيقية، نبين ذلك فيما يلي

أ- أساسها في النصوص الشرعية:

عنون الشيخ وهبة الزحيلي لهذا الأساس بأدلة مشروعية مبدأ الضرورة²، وأصل لها من الكتاب والسنة، على النحو الآتي بيانه.

1. في القرآن الكريم: يرجع أساس الضرورة في القرآن الكريم إلى خمس آيات، منها قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³، هذه الآية تضمنت استثناء من حكم التحريم المتعلق بالأشياء المذكورة للضرورة، ووضعت له شروطاً (غير باغ، ولا عاد)، وأشارت إلى طبيعة الفعل من حيث الترخيص بإتيان المحرم ورفع الإثم عن إتيانه، حفاظاً على النفس، لأن الإلقاء بالنفس إلى التهلكة بالموت جوعاً، أشد ضرراً من أكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير⁴.

وقوله تعالى: ﴿عَلَيْكَ حُرْمَتُ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَفْسِمُوا بِالْأَزْلَمِ ذَلِكَمْ يَسْئُؤُ الْيَوْمَ يَبْسُؤُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ

1 - ذكر الدكتور إسماعيل كوكسال ضمن كتابه "تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية"، جملة من العوامل توجب تغير الحكم في الشريعة الإسلامية، وقسمها إلى نوعين؛ عوامل ذاتية، وعوامل موضوعية؛ أما العوامل الذاتية فهي المرونة، والتيسير، واعتبار المقاصد، وعالمية الشريعة. وأما العوامل الموضوعية فهي الزمان والمكان، والنية، وتغير ماهية الأشياء، والعلوم والتكنولوجيا، والأخلاق.

2 - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص 57.

3 - سورة البقرة: الآية (172).

4 - محمد رشيد رضا: تفسير القرآن الحكيم، المشتهر باسم تفسير المنار، ط2، 1947م، دار المنار، ج2، ص98.

لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١﴾ هذه الآية صريحة بخصوص ضرورة المخرصة، قال ابن كثير في معناها: " أي فمن احتاج إلى تناول شيء من المحرمات التي ذكرها الله تعالى لضرورة ألجأته إلى ذلك؛ فله تناول ذلك، والله غفور رحيم له، لأنه تعالى يعلم حاجة عبده المضطر وافتقاره إلى ذلك، فيتجاوز عنه ويغفر له"².

وقوله تعالى: ﴿فَلَا أُجِدُّ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁴.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ إِلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ بِكُمْ اللَّهُ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيَضِلُّونَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾⁵.

ذكرت هذه الآيات أطعمة يحرم تناولها، ثم استثنت من الحكم حالة الضرورة، حفاظا على النفس من الهلاك، والاستثناء من التحريم إباحة⁶، والذي جعلها أصلا لبناء لبناء نظرية الضرورة التصريح ببناء الإباحة على حال الاضطرار¹.

1 - سورة المائدة : الآية (04)

2 - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ط 1، 2000م، مؤسسة قرطبة للطبع والنشر والتوزيع، ج5، ص 54.

3 - سورة الأنعام: الآية (146).

4 - سورة النحل: الآية (115).

5 - سورة الأنعام: الآية (119).

6 - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية ، ص 59.

وإلى جانب الأطعمة، بين القرآن الكريم أن الشريعة عمدت إلى إسقاط واجبات شرعية، أو التخفيف عن المكلف بتأخيرها، أو أداء بعضها، استجابة لمقتضى الضرورة، وإحلالاً للتيسير، ورفعاً للمشقة والحر، ما يفيد أن مراعاة القرآن الكريم للضرورة لا يقتصر على ناحية من النواحي التشريعية، ولا طائفة محددة من الناس، وإنما هي مراعاة عامة في كل الأحكام التي تتصور فيها الضرورة شرعاً، وكذلك الفرد والأسرة والمجتمع²، يقول عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي، بعد عرض الآيات السابقة: "فهذه الآيات المباركة وإن كانت تبين أن الشارع الحكيم قد أباح تناول الأطعمة المحرم تناولها في الشريعة الإسلامية، فإن لذلك سبباً ظاهراً، هو أن معظم حالات الاضطرار وبصفة خاصة في المجتمعات البدائية، تنشأ عن نقص في المواد الغذائية، أو فقدانها، فجاءت آيات الله تخاطب الناس على قدر فهمهم، وبما يتناسب مع أحوالهم، وهذا لا يستفاد منه تقييد الحكم بالحالات المذكورة، بل إن النص الخاص بالضرورة في كثير من الآيات السابقة، جاء مستقلاً عن غيره؛ ﴿بِمَنْ ضُطِرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾، الأمر الذي يدل على حكم عام مستقل عن غيره؛ هو أن الاضطرار يبيح المحظور سواء أكان من المحرمات الواردة في السياق، أم كان من غيرها"³.

2- أساس مراعاة الضرورة في السنة:

زيادة على نصوص القرآن الكريم، بينت السنة في نصوص عدة مراعاة الشريعة لأحكام الضرورة، منها قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁴، وقوله صلى الله عليه وسلم:

1 - جاء لفظ (فمن اضطر) في أربع آيات الأولى في كل من؛ البقرة والمائدة والأنعام والنحل، بينما جاء التعبير بلفظ الاضطرار استثناءً بإلا، في سورة الأنعام، الآية (119).

2 - جميل محمد بن مبارك: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، ص13، 12.

3 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: حماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 150، 151.

4- أخرجه مالك في الموطأ، وابن ماجه في الأحكام، والبيهقي في السنن، والحاكم في المستدرک، بلفظ " لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه" برقم 2400، وأحمد في المسند.

«إذا لم تصطبحو ولم تغتبقوا، ولم تحنقوا بها بقلا، فشأنكم بها»¹، وقوله صلى الله عليه وسلم: «إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا»²، وقوله صلى الله عليه وسلم: «يجزئ من الضرورة - أو الضارورة- غبوق، أو صبح»³، وقوله صلى الله عليه وسلم:

« من قاتل دون ماله فهو شهيد، ومن قاتل دون أهله فهو شهيد، ومن قاتل دون دينه فهو شهيد، ومن قاتل دون دمه فهو شهيد»⁴.

ولئن كانت الأحاديث السابقة صريحة في مراعاة الضرورة، فإن وجه الاستدلال بهذا الحديث؛ هو أن الأصل عدم تعريض النفس للتهلكة، لكن إذا تعلق الأمر بمدافعة الاعتداء يصير الأمر مشروعاً، مراعاة لضرورة الدفاع عن الكليات الخمس.

ب - أساس الضرورة في القواعد الفقهية:

وبعد ظهور علم القواعد الفقهية، عمد العلماء إلى استقراء هذه النصوص، لاستخراج الأساس، أو المبدأ الذي ترجع إليه جميع أحكام الضرورة، وخلصوا إلى أن الشريعة راعت مبدأ إزالة الضرر، كما راعت مقتضى الضرورة، برفع الحرج، ودفع المشقة جلباً للتيسير، وتحت هذين العنوانين؛ إزالة الضرر ودفع الضرورة، أوردوا كل ما يتعلق بالضرورة وفتنوا لكل ما يتعلق بها من أحكام، ولعل هذا المسلك هو ما دفع ببعض الباحثين إلى الاعتماد في دراسة النظرية وتأسيسها بشكل مباشر على القواعد الفقهية، مثل ما فعل إسماعيل كوكسال، حينما اعتبر القواعد الفقهية من عناصر

1 - رواه أحمد والحاكم، من حديث أبي واقد الليثي قال: قلت يا رسول الله، إنا بأرض تصيبنا مخمصة، فما يحل لنا من الميتة، فقال: إذا لم تصطبحو... الحديث.

2 - هو من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر، فند بعير من إبل القوم، ولم يكن معهم خيل، فرماه رجل بسهم فحبسه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ... الحديث، أخرجه الإمام أحمد في المسند، ج25، ص 111، تحت رقم: 15806، وأخرجه البخاري في الصحيح، ج3، ص 458، برقم 5503. ومسلم، في كتاب الصيد، باب: الذبح بما أنهر الدم والنهي عن السن والظفر.

3 - الحاكم: المستدرک على الصحيحين، ط1، 1997م، دار الحرمین للطباعة والنشر والتوزيع، ج4 ص230، رقم 7238.

4 - رواه النسائي في السنن، من حديث سعيد بن زيد، مجلد 4، دار المعرفة، بيروت لبنان، ج7، ص133، رقم 4106.

المرونة التي تجعل الفقه الإسلامي يساير تطور الحياة، ويحقق مصالح المجتمع في كل زمان ومكان، وذكر منها قواعد: "الضرورات تبيح المحظورات"، "المشقة تجلب التيسير"، "الأمر إذا ضاق اتسع"، "الضرر يزال" التي تفيد جميعها تغيير الحكم بسبب المشقة ورفع الضرر¹.

المطلب الرابع: طبيعة أحكام الضرورة:

يعتبر تحديد الطبيعة الشرعية والقانونية للضرورة، من المسائل المهمة لكل باحث، أو فقيه يريد تنزيل الأحكام تنزيلاً صائباً، ذلك أن الشريعة الإسلامية يدور فيها حكم الضرورة بين الإباحة والندب، والوجوب والمنع، كما يدور في القانون بين اعتبار الضرورة نظرية قانونية، وسبباً من أسباب الإباحة، أو نظرية واقعية سياسية، تمنع المسؤولية حيناً كما تمنع العقاب حيناً آخر، يأتي هذا المطلب لبيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: طبيعتها في التشريع الإسلامي

تناول الأصوليون طبيعة ما ينجر عن الضرورة من أحكام، واختلفوا في تحديدها تبعاً لأثرها في الحكم الأصلي، ومجمل آرائهم دارت حول مدى اعتبار حكم الضرورة مفيداً للإباحة أو الندب، أو الوجوب، ثم اختلفوا حول مفهوم الإباحة هل هو مجرد التخيير بين الفعل والترك؟ أم هو بمعنى رفع الحرج والإثم، مع بقاء وصف الفعل الأصلي بالحرمة؟ وقد عقد الدكتور جميل محمد بن مبارك في دراسته حول نظرية الضرورة الشرعية، مبحثاً كاملاً في الموضوع، تحت عنوان حكم الضرورة، جمع فيه آراء الفقهاء والأصوليين، وخلص من ذلك إلى نتائج، موجزها²:

1- كلام الأصوليين والفقهاء يفيد أن حكم الضرورة هو مطلق الإباحة، وذلك ما تفيدته النصوص التي تحدثت عن الضرورة، في مقدمتها قوله تعالى:

1 - إسماعيل كوكسال: المرجع السابق، ص 67، 68، 69.

2 - محمد جميل بن مبارك: نرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، ص 144 وما بعدها.

﴿بِمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹

وقوله تعالى: ﴿بِمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾².

2- الإشكال الوارد بأن إقدام المضطر على ما اضطر إليه قد يكون واجبا، يجاب عليه من جهتين:

الأولى: ينظر منها إلى أن الأصل هو عدم الإقدام على ما يخالف عزائم الشريعة، ومن خالفها تحت ضغط الضرورة لا إثم عليه ولا حرج، طبقا لمقتضى ذلك الأصل، وهذا يعني بقاء الأمر في دائرة الإباحة.

الثانية: وجوب الاستجابة للضرورة بإنقاذ نفس من هلاك محقق أو مظنون ظنا قويا، أو من ضرر شديد يؤدي إلى الهلاك، ليس مأخوذا من دليل الضرورة، وإنما هو ثابت في قواعد الشرع، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنْفُسُكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾³. وبالتالي يبقى حكم الضرورة هو الإباحة، وما يعرض من صور الوجوب أو الندب؛ يستند فيه إلى دليل آخر خارج نصوص الضرورة.

وقد عالج جميل محمد بن مبارك سؤالا خاصا؛ ضمنه انشغالا حول متى تجب الاستجابة للضرورة ومتى لا تجب؟ وأبرز من خلاله الأدلة والقواعد التي توجب ذلك والتي تنفيه؛ تبعا لاختلاف الفقهاء وعدم اتفاقهم على ضابط لجميع الحالات، فمن ذلك اختلاف الشافعية حول أكل الميتة للمضطر، هل يجب استنادا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَفْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁴، أم يباح فقط، استنادا إلى

1 - سورة البقرة: الآية (172).

2 - سورة المائدة: الآية (04).

3 - سورة البقرة: الآية (194).

4 - سورة النساء: الآية (29).

أن المضطر حين الامتناع يكون ممثلاً للشرع في اجتناب ما حرم؟، وبنوا على هذه المسألة اختلافهم في وجوب أخذ المضطر المال قهراً من مالكة ولو بقتال¹، ومن ذلك أيضاً اختلاف الحنابلة في أكل الحرام للضرورة، هل هو واجب لقوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾²، أم هو مباح فقط³؟ استناداً لما رواه في حديث عبد الله بن حذافة؛ أنه أسره الروم فحبسه طاغيتهم في بيت فيه ماء ممزوج بخرم، ولحم خنزير مشوي، ليأكله ويشرب الخمر، وتركه ثلاثة أيام فلم يفعل، ثم أخرجوه حين خشوا موته، فقال: "والله لقد كان الله أحله لي، فإني مضطر، ولكن لم أكن لأشمتكم بدين الإسلام"⁴

3- إذا تقررت الإباحة فهل هي بمعنى التخيير بين الفعل والترك؟ أم هي بمعنى مجرد رفع الحرج والإثم؟ خلص بشأن المسألة إلى أن الإباحة في الضرورة من قبيل رفع الحرج وعدم المؤاخظة، وذلك اعتماداً على ما قرره الشاطبي في الأمر⁵، واستدللاً بالنصوص التي تحدثت عن الضرورة ونصت على رفع الإثم ونفي الحرج، وليس فيها ما يدل على التخيير أو الترك، واستثناساً بنص جمهور الفقهاء⁶ على أن من أكره على

1 - الشريبي شمس الدين محمد بن الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين، للإمام النووي، ط1، 1997م، ج4، ص 415، 414.

2 - سورة البقرة: الآية (194).

3 - ابن قدامة: المغني، ط3، 1997، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ج13، ص331، 332.

4 - المرجع السابق، ج12، ص500. وقد خرج المحقق هذا النص على أنه أورده ابن حجر في الإصابة، لكن بالرجوع إلى المصدر وجدت رواية أخرى مروية عن البيهقي من حديث ضرار بن عمرو عن أبي رافع، وهي أن ملك الروم قال له: تنصر أشركك في ملكي فأبى، فأمر به فصلب، وأمر بضربه بالسهم فلم يجزع، فأنزل، وأمر بقدر فصب فيه الماء وأغلي فيه، وأمر بإلقاء أسير فيه، فإذا عظامه تلوح، فأمر بإلقائه إن لم ينتصر، فلما ذهبوا به بكى، قال ردوه، فقال: لم بكيت؟ قال: تمنيت أن لي مائة نفس تلقى هكذا في الله، فعجب، فقال: قبل رأسي وأنا أخلي عنك، فقال: وعن جميع أسارى المسلمين، قال نعم، فقبل رأسه فخلى بينهم، فقدم بهم على عمر، فقام عمر فقبل رأسه.

5 - الموافقات، ج2، ص227.

6 - الشاطبي: الموافقات، ضبط النص والتقديم له والتعليق عليه وتخريج أحاديثه أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار بن عفان، ج1، ص 492،

الكفر فرفض حتى قتل فهو مأجور مثاب، ولو كان في الأمر معنى التخيير لاستوى فيه الطرفان.

4- التفريق بين الإباحة التي تفيد التخيير بين الفعل والترك، ونظيرتها التي تفيد رفع الحرج والإثم، يرتكز على أن الأولى تتعلق بما هو مباح أصالة، والثانية تتعلق بالمباح العارض للضرورة، وفائدة التفريق بينهما كما قال الشاطبي: " إن قلنا أن الرخصة مخير فيها حقيقة لزم أن تكون مع مقتضى العزيمة من الواجب المخير، وليس كذلك إذا قلنا أنها مباحة، بمعنى رفع الحرج عن فاعلها، إذ رفع الحرج لا يستلزم التخيير...."¹

وخلاصة الأمر؛ أن الضرورة أو الحاجة الشديدة التي تنزل منزلتها، تتجلى طبيعتها في أنها وضع يقتضي التمكين من إتيان مقتضى الضرورة رفعا للمشقة والحرج، إما على سبيل الإباحة والمنع من المسؤولية، وإما على سبيل الترخيص في القيام بالفعل، ما يعني أنها مانع من العقاب، مع بقاء الوصف الأصلي للفعل، وهما فكرتان تلتقي حولهما الشريعة الإسلامية مع القانون، وتتميز الشريعة زيادة على ذلك بنقل مقتضى الضرورة في بعض الأحيان إلى مرتبة الوجوب، أو الحرمة، حفاظا على النفس، كما سيأتي.

الفرع الثاني: طبيعتها القانونية

على غرار ما رأينا في التشريع الإسلامي، اختلف أهل القانون في تكييف الضرورة إلى آراء متعددة أهمها:

أولا: الضرورة سبب للإباحة

قد تعتبر الضرورة من أسباب الإباحة التي تضيء المشروعية على إتيان أمر كان ممنوعا قبله، وهو رأي في الفقه وافقته التشريعات الجنائية، ومنها التشريع الجزائري في نص في المادة (39 / 2) من قانون العقوبات: "لا جريمة...إذا كان الفعل قد

1 - المصدر السابق، ص 493.

دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير، أو عن مال مملوك للشخص أو للغير، بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء". وانتقد هذا التكييف؛ من حيث كون السبب المبيح يرفع صفة التجريم عن السلوك، ويجعله مشروعاً في نظر فروع القانون على اختلافها، وهو ما لم يحدث في ضرورة الدفاع المشروع، حيث يبقى الجزء المدني المتمثل في التعويض باق¹، ورد هذا الانتقاد بأن القانون المدني أيضاً يعترف بكون الضرورة من أسباب الإباحة، جاء ذلك في المادة (128) منه بالقول: "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسئول، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

وقياساً على الضرورة الجنائية والدفاع الشرعي، بررت المدرسة الألمانية التصرفات القانونية الاستثنائية، التي تتخذها السلطة التنفيذية بشكل مخالف للقانون، بحجة دفاع الدولة عن نفسها لحماية سلامتها ووقاية أمنها ونظامها العام²، وكان نفس التبرير عند الفرنسيين بعد الثورة، ووجد طريقه نحو التقنين بموجب المادة (92) من دستور السنة الثامنة، التي نصت على أنه: "في حالة قيام تمرد أو عصيان مسلح، أو اضطرابات تهدد أمن الدولة، يجوز للحكومة بقرار منها أن توقف سريان الدستور، علاوة على إيقاف القوانين، ولها أن تتولى إصدار لوائح الضرورة لمواجهة الموقف، على أن يكون ذلك لمدة مؤقتة وبقرار من الحكومة". ويعتبر الفقيه هوريو من أشد المتحمسين لتكييف الضرورة على أساس الدفاع الشرعي، لأن الدولة في حال الحرب وغيرها من الأزمات تجد نفسها مضطرة للدفاع عن كيانها ومصالحها، الأمر الذي يبرر اتخاذها للوائح الضرورة، ووقف تنفيذ القوانين، وتجاوز قواعد الاختصاص³. وانتقد هذا التكييف للضرورة، بسبب إطلاقه يد السلطة التنفيذية دون قيود أو ضوابط عند الأزمات، الأمر الذي يجعل حقوق وحرريات الأفراد عرضة للانتهاك.

1 - محمود محمد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 79.

2 - هاني على إبراهيم الطهراوي: نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني دراسة مقارنة، ص 142.

3 - المرجع السابق، ص 151.

- وممن شدد في هذا الانتقاد الفقيه "Duguit ديغي"، الذي رأى أن الضرورة وإن حصلت واقعا، فيجب أن لا تكون السبب في إطلاق يد السلطة التنفيذية في فعل ما تشاء، وإنما يجب أن تجبر على القيام بذلك في أضيق نطاق، وبشروط ثلاث هي¹:
- أن تحدث حرب، أو ثورة، أو إضراب عام.
 - تعذر انعقاد البرلمان.
 - أن تعتزم الحكومة عرض ما اتخذته من لوائح على البرلمان بمجرد إمكان انعقاده للتصديق عليها.

ثانيا: الضرورة مانع من المسؤولية

أساس هذا التكيف ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون الفرنسي، من الرفض لنظرية الضرورة الألمانية، والإصرار على السمو المطلق للقاعدة القانونية في جميع الظروف، في مقدمتهم "بارتيليمي Barthélemy" و "دويز Duez"، وتتلخص فكرتهما في أن مبدأ الشرعية يجب أن يسود حتى في أوقات الأزمات، وليس هناك شيء يسمى "حق الضرورة"، وإنما هناك ظروف الواقع التي تفرض نفسها بشكل مؤقت على حكم القانون، ومن غير المقبول اعتبار الضرورة سببا للإباحة يضيف المشروعية على تصرفات السلطة المخالفة للقانون، وإنما المقبول الإبقاء على تلك التصرفات مخالفة للقانون وغير مشروعة، اضطرت الحكومة إلى القيام بها تحت ضغط الواقع الاضطراري، وعليها أن تتقدم للبرلمان بطلب الإعفاء من المسؤولية عن هذا التصرف غير المشروع، ويكون الإعفاء من البرلمان في صورة ما يعرف بقانون التضمينات².

ويجد هذا الرأي أساسه في القانون الجنائي، حيث اعتبرت الضرورة مانعا من موانع المسؤولية بحجة أنها تؤثر على حرية الاختيار لدى الإنسان فتضعفها إلى حد العدم،

1 - المرجع السابق، ص 148، 149.

2 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 28.

ومن ثم تمتنع مساءلة الجاني لا لكون الفعل مباحا قانونا؛ وإنما لأن أحد شروط المسؤولية المتمثل في حرية الاختيار اعتراه خلل¹.

ثالثا: الضرورة مانع من العقاب

وقد تكون الضرورة مانعا من العقوبة، يرفع استحقاق الجزاء عند حدوث الاضطرار لارتكاب العمل الممنوع، وهو ما خلص إليه الدكتور يوسف قاسم بعد استقرائه مجمل التشريعات الغربية، بصدد تناوله لآثار الضرورة في القانون المقارن²، ويفهم ذلك مما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (48) ق ع ج من نفي العقوبة بقوله: "لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها"، وهذا يعني أن المشرع راعى حالة القوة القاهرة، والإكراه المادي واعتبرها أعدارا مسقطا للعقوبة³. وتفاعل القانون المدني في نفس الاتجاه مسقطا وجوب التعويض، بنص المادة (127)، التي نصت على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

رابعا: الضرورة إكراه معنوي على الفعل الممنوع

قيل إن الضرورة إكراه معنوي⁴، يتعرض الشخص بموجبه لضرر شديد، يرتكب بهدف النجاة منه أمرا يجرمه القانون، وذلك لكون كل منهما إرادة خارجية تدفع

1 - أمينة زاوي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، القانون الجزائري نموذجاً، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2006، ص 230.

2 - يوسف قاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، ص 248 وما بعدها.

3 - قسمت المادة (52) من قانون العقوبات الجزائري الأعدار إلى نوعين أعذر معفية من العقوبة وأعدار مخففة للعقوبة، ونصها: "الأعدار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية؛ إما عدم عقاب المتهم إذا كانت أعدارا معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة.

ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفي عنه".

4 - يفرق بين الإكراه المعنوي والإكراه المادي من حيث مصدره، وأثره على الإرادة، فالإكراه المادي مصدره قوة مادية لا يستطيع الإنسان مقاومتها، سواء كان ذلك بفعل إنسان، كان يتم مسك يد إنسان بالقوة ليوقع على محرر بيانات مخالفة للحقيقة، أو بفعل حادث طبيعي، مثل الحوادث الفجائية والقوة القاهرة، كالزلازل والرياح والفيضانات، وهذا النوع من الإكراه يعدم إرادة من تعرض له ويمنع مسؤوليته عما فعل، أما الإكراه المعنوي فمصدره قوة إنسانية

الشخص وتلجئه لارتكاب أفعال مخالفة للقانون¹، فالجوع الدافع إلى أكل الميتة، والمرض الدافع إلى التداوي بمحرم، والتهديد الذي يرغم على ارتكاب الفعل بقوة، كلها تلتقي في عنصر الإلجاء، وسلب إرادة الشخص المتعرض لها، لكن ينبغي بيان أن الضرورة ليست كالإكراه من كل جانب، وإنما تختلف عنه من نواح عدة أهمها مصدر الخطر، الذي يكون في حال الضرورة ظروفًا طبيعية لا دخل للإنسان فيها، بينما في الإكراه المعنوي مصدر الخطر تدخل مباشر من شخص، ليكره غيره على إتيان تصرف غير مشروع².

ويرى بعض الفقهاء³ أن الإكراه المعنوي أساس للضرورة، لكونه يؤثر على الإرادة بقوة ليس في الإمكان مقاومتها، ويحمل على معناه الواسع ليشمل كل صور الاضطرار⁴.

لكن هذا التأسيس لنظرية الضرورة على الإكراه المعنوي تم هجره في العصر الحديث، بسبب المآخذ التي سجلت عليه أهمها⁵:

- هذه النظرية غير منطقية لأن الضرورة لا تفرض على المضطر عملاً معيناً بخلاف الإكراه المعنوي.

تجبر الشخص على القيام بفعل ممنوع تحت تأثير الخوف، بمعنى أنه موجه إلى إرادة الإنسان وقدرته على توجيهها، كأن يهاجم قطاع الطرق شاحنة محملة بالبضائع ويهددون سائقها بالقتل إن لم يسلم محتوياتها؛ فيسلمها لهم لينجو من الموت، ففي هذه الحالة تبقى المسؤولية على ما حدث قائمة لكن الفاعل تحت التهديد بشروطه القانونية يعفى من العقاب، ما يعني أن الإكراه المعنوي مانع من العقاب لا من المسؤولية.

1 - صبرنة العيفاوي: القصد الجنائي الخاص كسبب لقيام المسؤولية الجنائية الدولية في جريمة الإبادة الجماعية، مذكرة ماجستير جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012، ص 96.

2 - دلال تفكير مراد العارضي: الإكراه الملجئ في القانون المدني العراقي، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 32، 2014، ص 104.

3 - نقل هذا عن بعض الشراح الألمان في القرن السادس عشر، وبعض الشراح الإيطاليين في القرن الثامن عشر، وبعض الشراح البلجيكين، نقله الدكتور يوسف قاسم في كتابه "نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي" ص 133.

4 - يوسف قاسم: المرجع السابق، ص 134، 133.

5- المرجع السابق، ص 136، 135.

- صعوبة قياس الحالة النفسية للمكروه وقت حلول الخطر، لإدراك مدى ما وصلت إليه حرите وإرادته، الأمر الذي يشكل صعوبة على القاضي في تحدي مدى تعرض الشخص فعلا للإكراه، أم مجرد ظرف يمكن أن يكون من عوامل تخفيف العقاب.
- لا يصلح الإكراه المعنوي أساسا للضرورة في كثير من الحالات، مثل الضرورة المتعلقة بالمال، أو الغير، لأن لإنقاذ المال من الخطر، وإنقاذ الغير لا يتضح فيه معنى الإكراه.
- نظرية الضرورة أعم من الإكراه المعنوي، بحيث يعتبر واحدة من صورها، الأمر الذي يجرّد تأسيسها عليه من أية ثمرة.

خامسا: الضرورة مزج مركب بين اسباب الإباحة وموانع المسؤولية.

سبب تبني هذا الرأي؛ استمرار اختلاف الفقهاء في تكيف أعمال الضرورة تبعا لما ينجر عنها من آثار، حيث اعتبروها سببا من أسباب الإباحة حيناً، ومانعا من موانع المسؤولية، أو من موانع العقاب، أو من قبيل الإكراه المعنوي حيناً آخر، ولم يتم التوافق على واحد من هذه التكييفات ولا ترجيح أحدها، بسبب العجز عن استيعاب جميع مظاهر الضرورة، الأمر الذي يدفع إلى القول بأن طبيعة الضرورة مركبة، حيث تكون من أسباب الإباحة في حالات معينة، ومانعا من موانع المسؤولية في حالات أخرى.

المطلب الخامس: حدود نظرية الضرورة

ما دامت الضرورة حالة استثنائية، يتم الخروج فيها اضطرارا على قواعد المشروعية العادية، متى توفرت أسباب وتحققت شروط وأعملت ضوابط على النحو الذي سلف بيانه، فإن الاستفادة من مما تقتضيه من المخالفة لمبدأ المشروعية ليس على إطلاقه سواء في الشريعة أو القانون، وإنما ترسم له حدود، لا يمكن تجاوزها، وذلك ما نبينه في الآتي:

الفرع الأول: حدودها في الشريعة الإسلامية.

أولاً: حدودها العامة

هناك حدود عامة لإعمال الضرورة، يتم بيانها من خلال القواعد الفقهية الآتية.

أ- الاختيار لا يتحقق في موضع الاضطرار:

هذه قاعدة فقهية تفيد أن الضرورة دافعة إلى التصرف بشكل لا يترك فيه مجال لحرية الاختيار والتزام الأحكام، بمعنى أنها تلجئ الفرد وتجبره على مخالفة الحكم الأصلي في التصرفات، ولهذا كان مما يميز قواعد الفقه أنها أغلبية في عمومها¹، يشذ عنها كثير من الاستثناءات بما فيها أحوال الاضطرار، وإذا كانت الضرورة ظرفاً استثنائياً يبرر مخالفة الحكم الأصلي، طبقاً لما تضمنته نصوص الشرع من قواعد التيسير ورفع الحرج، ودفع المشقة، وما نص عليه الفقهاء من أن "الأمر إذا ضاق اتسع"، وان "الضرر يدفع بقدر الإمكان"، فإن أثرها في الحكم لا بد أن يحاط بحدود يقف عندها، نوردتها فيما يلي من القواعد.

ب- الضرورة تقدر بقدرها:

هذا قيد عام للضرورة، استخلصه العلماء من استقراء نصوص الشريعة، يبين مقدار الضرورة، حتى يتم رفعها بالقدر الأدنى من ارتكاب المحظور الذي تندفع، تفادياً لاتخاذها ذريعة للتوسع في استباحة المحظورات، والخروج عن أحكام الشريعة استجابة للهوى²، يعبر الفقهاء عن هذه القاعدة بالفاظ عدة، منها: "الضرورة إذا اندفعت لم يبح له ما وراءها"³، ومنها: "ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها"⁴، ويندرج تحت هذا الحد أمران هما:

1 - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص 195.

2 - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 73.

3 - البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، ج6، ص 264.

4 - الرجوع نفسه.

1. الإقتصار على أقل قدر ممكن من ارتكاب المحظور:

بمعنى أن لا يأتي المضطر من التصرفات إلا ما كان لازماً لدفع الضرر، ومن الأمثلة على ذلك؛ الجبيرة، حيث يجب أن لا تستر من العضو أكثر مما لا بد منه، ونظر الطبيب إلى العورة بقدر ما تستوجبه ضرورة المعالجة، وعدم أكل المضطر من الميتة أكثر مما يسد به الرمق¹، ومن ذلك أيضاً: أن من اضطر إلى أكل مال الغير وجب عليه الإقتصار على أكل ما تتدفع به الضرورة، مع التزام الضمان، ومنها أيضاً الإقتصار على ما تتدفع به الضرورة في الإكراه على اليمين الكاذبة، حيث يباح له التلفظ مع وجوب التورية² والتعريض³.

2. التقيد في ارتكاب المحظور بمدة بقاء العذر:

إعمالاً للقاعدة الفقهية: "ما جاز لعذر بطل بزواله"، أي أن إباحة المحظور مقيدة بمدة قيام الضرورة⁴، حيث يصار إلى الحكم الأصلي بمجرد زوال دواعي الاضطرار، فيبطل التيمم مثلاً بمجرد الحصول على الماء بالنسبة لفاقده، كما يمنع الأكل من الميتة بمجرد بلوغ الطعام، ويمنع شرب الخمر بمجرد زوال الغصة، ويرجع إلى تطبيق الأحكام العادية بمجرد زوال الظرف الاستثنائي.

1 - المرجع نفسه.

2 - التورية مصدر من الفعل "ورّى" بتشديد الراء، تقول ورّيت الخبر أي جعلته ورّائي، وسترته وأظهرت غيره، ومدلولها الاصطلاحي: "أن يذكر المتكلم لفظاً مفرداً له معنيان؛ قريب ظاهر غير مراد، وبعيد خفي هو المراد"، ورد في السيرة أن رجلاً لقي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وهما مهاجران من مكة إلى المدينة، فعرف الرجل أبا بكر رضي الله عنه ولم يعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأله من هذا؟ فأجابه أبو بكر الصديق رضي الله عنه موزياً: "هاد يهديني السبيل" وفهم الرجل من كلامه أنه دليله في الصحراء، وهو يقصد الهادي إلى سبيل الخير. (ينظر: صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلى المدينة) وهو من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

3 - التعريض خلاف التصريح، وهو التورية عن الشيء بالشيء، ومنه قوله تعالى: "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم.."، ومنه ما أورده البخاري في الأدب المفرد من طريق قتادة عن مطرف بن عبد الله قال: صحبت عمران بن حصين من الكوفة إلى البصرة، فما أتى عليه يوم إلا أنشدنا فيه شعراً وقال: إن في معاريض الكلام مندوحة عن الكذب.

4 - أحمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، ص 189.



ج- الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها:

هذا قيد وضعه الشافعية، مرادهم منه أن لا تكون مفسدة استباحة المحظور أعظم من مفسدة حالة الضرورة المراد دفعها به، كالإكراه على القتل أو الزنا، فإذا كان الأمر كذلك امتنع ارتكاب المحظور¹، تحت وقع الإكراه، قال أحمد الزرقا: "وأما المنهيات التي لا تباح عند الضرورة، وهي جناية على الغير كما تقدم فإنها لا تحل ولو بالملجئ"² أي أن تكون الضرورة أكثر من المحظور، كأكل المضطر لميتة آدمي لم يجد غيرها، ما لم يكن الميت نبيا، لأن مقامه أعلى من مقام المضطر، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه³، وذلك بعد استيفاء الجهد في العمل على رفع الضرورة بالوسائل المباحة.

يقابل هذا القيد في القانون الوضعي ما اصطلح عليه بشرط التناسب⁴ بين حجم الخطر والفعل المجرم قانونا، والذي يعني أن تكون المصلحة المدافع عنها أكثر قيمة، أو على الأقل مساوية للجريمة المراد ارتكابها⁵.

د- الضرر لا يزال بالضرر:

يعتبر هذا قييدا على الإطلاق الوارد في قاعدة "الضرر يزال"، ذلك أن إزالة الضرر ينبغي أن تكون بلا إحداث ضرر للغير، أو حدوث ضرر أخف منه، ولا تكون بإحداث ضرر مثله أو أكثر منه، قال السبكي في الأشباه والنظائر: " ويدخل فيها: الضرر لا يزال بالضرر، وهو كعائد لعود على قولهم: الضرر يزال أي يزال ولكن لا

1 - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص71

2 - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا [ت1938م]: شرح القواعد الفقهية، ط2، 1989م، دار القلم دمشق، ص169.

3 - تاج الدين السبكي: [ت741هـ]، الأشباه والنظائر، ط1، 1991م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج1، ص45.

4 - ينظر: أنس جميل اللوزي، مفهوم الضرورة العسكرية في القانون الدولي الإنساني، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص79 وما بعدها.

5 - حباس عبد القادر: الإكراه على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الجنائي الجزائري، دراسة نماذج للإكراه، ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2006، 2007م، ص63.

بضرر، فشانهما شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة، بل هم سواء، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال¹. ومن ثم لا يجوز للمضطر على سبيل المثال دفع الهلاك عن نفسه بأخذ مال مضطر مثله، كما لا يجوز للمكره بالقتل على القتل أن يفعل²، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّذِينَ حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّيْهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾³، ولأن كونه مضطراً إلى إتلاف نفس الغير إبقاء لحياته، لا يبرر له ارتكاب الجريمة، وقد صاغوا في ذلك قاعدة فرعية مؤداها أن "الاضطرار لا يبطل حق الغير"⁴.

هـ- الرخص لا تناط بالمعاصي:

من القواعد الضابطة لنطاق الضرورة، هذه القاعدة؛ التي تدل في معناها العام على أن المعاصي لا تكون أسباباً للرخص، كالسفر المعصية، ونشوز المرأة من زوجها، أصل هذه القاعدة يرجع إلى القيود الواردة في آيات الضرورة من القرآن الكريم، منها قوله تعالى: ﴿بِمَنْ ضُطِّرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁵، ومحل الاستدلال قوله سبحانه: ﴿غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ﴾، أي غير عاص بسفره، قال ابن كثير: "وقد استدل بهذه الآية من يقول بأن العاصي بسفره لا يترخص بشيء من رخص السفر، لأن الرخص لا تناط بالمعاصي"⁶.

1 - تاج الدين السبكي: [ت 741هـ]، الأشباه والنظائر، ط1، 1991م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج1، ص 41.

2 - عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 96.

3 - سورة الإسراء : الآية (33).

4 - عبد الكريم زيدان: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط1، 2001م، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ص 70.

5 - سورة المائدة: الآية (04).

6 - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ج5، ص60.

ومنها قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹ ووجه الاستدلال من الآية؛ أن الله تعالى حرم حرم هذه الأشياء على الكل، ثم رخص فيها للمضطر، غير العاصي، يشهد لهذا المعنى قول مجاهد: "فمن اضطر غير باغ ولا عاد، قاطعا للسبيل، أو مفارقا للأئمة، أو خارجا في معصية الله، فله الرخصة، ومن خرج باغيا، أو عاديا، أو في معصية الله فلا رخصة له وإن اضطر إليه"².

و- إختيار أهون الضررين:

هذا حد يضبط تصرفات الضرورة من وجوه عدة، يذكره الفقهاء تحت قاعدة "الضرر يزال"، بضيق متعددة، جمعها "أحمد البورنو" في موسوعة القواعد الفقهية، وأوصلها إلى ثمان صيغ، هي³:

- أ- إذا اجتمع للمضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة، وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضررا، لأن الزيادة لا ضرورة إليها فلا تباح.
- ب- الأصل أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء، وإذا اختلفتا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا لضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة.
- ج- إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما.
- د- إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما.

و- إحتمال أخف المفسدتين لأجل أعظمهما هو المعتبر في قياس الشرع.

و- إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر للأكبر.

ز- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

ح- يختار أهون الشرين أو أخف الضررين.

1 - سورة البقرة : الآية (172).

2 - ابن كثير: المصدر السابق، ج2، ص150.

3 - محمد صدقي بن أحمد البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، ج1، ص 229، 230.

ثم عقب بأن هذه الصيغ كلها تحمل مدلولاً واحداً، وهو أن الضرر ليس على درجة واحدة، وإنما ينفات في ذاته وفي آثاره، وقد يجتمع ضرران ولا بد من ارتكاب أحدهما، وفي هذه الحالة، إما أن يكونا متساويين فيرخص له بارتكاب أحدهما على سبيل التخبير أو متفاوتين، أحدهما أشد من الآخر، فيأتي تطبيق هذه القاعدة، " الضرر الأشد يزال ويرفع بارتكاب الضرر الأخف"، لأن في ذلك تقديراً للضرورة بقدرها، ما دامت تندفع بالأخف¹.

ومن التطبيقات المندرجة تحت هذه القاعدة "تحمل الضرر الخاص لأجل رفع الضرر العام"، باعتبار أن الضرر الخاص يصنف ضرراً خفيفاً، مقارنة بالضرر العام الذي يندرج ضمن الضرر الأشد، من أمثلتها؛ جواز الرمي إلى أعداء تترسوا بأسرى المسلمين، أو النساء والصبيان، دفعا للضرر عن عموم المسلمين، وجواز الحجر على الطبيب الجاهل حرصاً على أرواح الناس، والحجر على المفتي الجاهل حرصاً على دين الناس².

ثانياً: حدودها الخاصة

يختلف حد الضرورة تبعاً لاختلاف مجالات تطبيقها، وأحوال المضطرين والأشياء المضطر إليها، ونذكر من ذلك:

1- حد الضرورة في الجوع والعطش:

ليس كل جوع أو عطش يبيح الحرام، وإنما يشترط أن تبلغ الضرورة بالشخص مبلغاً يخاف معه الهلاك، أو حدوث الضرر الشديد، وان لا يتعدى فوق ما لا بد منه، على ما بينه المفسرون³ في قوله تعالى: ﴿بِمَسْءُ ضُطْرٍّ غَيْرِ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ

1 - المرجع السابق، القسم السادس، ص253؛ وينظر أيضاً، محمد الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ص 219.

2- المرجع السابق، ص 254.

3 - ينظر: تفسير الطبري، ج3، ص324 وما بعدها. وكذا ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، مؤسسة قرطبة، ج2، ص150.

عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ¹، وقوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ²، وما بينه النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي أخرجه الحاكم، على شرط البخاري ومسلم، عن أبي واقد الليثي قال: قلنا يا رسول الله إنا بأرض تصيبنا فيها مخمصة، فما يصلح لنا من الميتة؟ قال: «إذا لم تصطبحو ولم تغتبقوا ولم تحتفوا فشانكم بها»³. والمعنى: إذا لم تجدوا ما تقتاتون صباحا أو مساء، ولم تجدوا ما تحفونه مما يقلع من جذوره كالعشب، فلکم أن تأكلوا مما حرم الله عليكم، وهذا بيان للحد الأدنى للضرورة الغذائية التي يحل معها الحرام، أما حدها بعد جواز الاستعمال فاختلف الفقهاء هل له أن يأكل من غير حد حتى يشبع ويتزود منها، أم يقتصر على ما يسد خلته، ومشهور مذهب مالك رحمه الله أن المشقة تجلب التيسير في الأمر، ومن ثم له أن يأكل ويشبع ويتزود حتى يجد غيرها، فإن استغنى عنها طرحها⁴، قال الشيخ زروق "إباحة الشبع والتزود على الإطلاق وهو المشهور، وقال ابن حبيب وابن عبد الملك لا يشبع ويتزود إلا في المخمصة، لأنها مظنة الدوام"⁵.

وعطفا ضرورة الجوع والعطش، تتحقق الضرورة الغذائية لأسباب أخرى مثل المرض، الذي يبيح الفطر في رمضان، ومعيار ذلك أن يخاف من المرض على النفس أو حدوث ضرر كبير على النحو الذي سلف ذكره⁶.

ب- حد الضرورة الصحية:

الحالة الصحية التي قد يعيشها الإنسان تتعكس على جوانب مختلفة من حياته، فتكون سببا لرخص متعددة، مثل التداوي بالحرام، والفطر في رمضان، والتميم للصلاة،

1 - سورة البقرة : الآية (173).

2 - سورة المائدة : الآية (04).

3 - الحاكم: المستدرک على الصحيحين، کتاب الأَطعمة، ج4، ص230.

4 - ذكره ابن أبي زيد القيرواني في الرسالة قاتلا: "ولا بأس للمضطر أن يأكل الميتة ويشبع ويتزود، فإن استغنى عنها طرحها".

5 - زروق أحمد بن محمد البرنسي الفاسي : شرح الرسالة، ج1، ص 383.

6 - جميل محمد بن مبارك: المرجع السابق، ص147.

وعدم الإتيان ببعض فرائض الصلاة، كالصلاة جالسا أو الصلاة بالإيماء، وهذا النوع من الضرورات، ينقسم إلى قسمين، أحدها يمكن وضع حد له بواسطة الطبيب، كالمرض المبيح للفطر في رمضان، واستعمال الماء في الوضوء لمرض جلدي أو جرح يتمثل تدريجيا للشفاء، وثانيها، يلتزم فيه المريض ديانة بالقدر الذي يدفع عنه المشقة قدر استطاعته، ولا سبيل لوضع معيار دقيق يتم معه وضع حد ظاهر، لتقدير الضرورة بقدرها، كالصلاة بالاعتماد أو الجلوس أو الإيماء.

ج- حد الضرورة في الإكراه:

الإكراه صور متعددة، ليست كلها مبيحة للمحذور، والتي يترتب عليها ذلك ليست مستوى واحدا، الأمر الذي بسببه تناول الفقهاء إشكالية أنواع الإكراه، وتحديد ما يباح به وما لا يباح، فبالنسبة لأنواع الإكراه، تنقسم إلى قسمين؛ إكراه ملجئ كالقتل والقطع والضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو، ويسمى بالإكراه التام، وإكراه غير ملجئ كالحبس والقيود والضرب الذي لا يخشى منه التلف، ويسمى بالإكراه الناقص¹، واتفق العلماء على أن الإلجاء عنصر يتوقف عليه أثر الإكراه في رفع التكليف، يقول القرافي: "المشهور أن الإكراه إما أن ينتهي إلى حد الإلجاء، أو لا ينتهي إليه، فإن انتهى إلى حد الإلجاء امتنع التكليف، لأن المكروه عليه يعتبر واجب الوقوع، والتكليف بالواجب والممتنع غير جائز، وإن لم ينته إلى حد الإلجاء صح التكليف به"².

وهذا الحد يعتبر بمثابة شرط في إعفاء المكروه من مسؤولية مخالفة حكم الشريعة، تضاف له ضوابط أخرى ترسم حدوده، وهي:

1 - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1974م، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ج7، ص175.

2 - القرافي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي [ت684هـ]: نفائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة مزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ج4، ص1633.

- أن يكون المكره - بكسر الراء- قادرا على تحقيق ما هدد به، كأن يكون سلطانا، أو عصابة اختطاف، أو ما شابه ذلك¹.
- أن لا يظهر من المكره - بفتح الراء- ما يدل على اختياره، فإن قدر على اختيار سلوك غير الذي أكره عليه لا يعتبر مكرها، كأن يستعمل التورية، أو يرتكب سلوكا أخف.
- إن كان المكره به قولاً فلا شيء عليه، أما إن كان فعلاً فيقف فيه عند شروط الضرورة المعتبرة، بحيث إذا هدد بالقتل على القتل مثلاً، صبر هو على ذلك، ولا يقتل غيره مقابل النجاة بنفسه.

الفرع الثاني: حدودها في القانون

تتضبط الضرورة في القانون بجملة من القيود التشريعية والفقهية والقضائية، نوردتها في الآتي:

أولاً: القيود التشريعية.

تعتبر الضرورة مقيدة بجملة من الضوابط التشريعية، تختلف عن التشريع الإسلامي في كونها قيوداً تطبيقية، متناثرة في فروع القانون، يأخذ قانون العقوبات حيزاً منها، فيضع القيود على سلطة المعتدى عليه في الدفاع المشروع، ويأخذ القانون المدني منها حيزاً آخر، فيضع القيود على أحكام الضرورة المعفية من المسؤولية عن الفعل الضار والضمان فيه، وما تفرضه الضرورة في نطاق المسؤولية العقدية، ويأخذ القانون الإداري منها حيزاً، فيضع قيوداً على تطبيق نظرية الظروف الطارئة، والظروف الاستثنائية، حماية للنظام العام وحفاظاً قدر الإمكان على الحقوق والحريات، ونفس الأمر يقال بالنسبة للقانون الدستوري ونظرية الظروف الاستثنائية، والقانون الدولي ونظرية الضرورة، وقانون الأسرة ونظرية الضرورة، وقانون حماية الصحة ونظرية الضرورة إلى غير ذلك، وفي كل فرع نجد المشرع يصنف القيود إلى قسمين؛

1 - إياد إبراهيم محمد عودة: أثر الإكراه على المعاملات المالية دراسة فقهية مقارنة، ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر غزة، 2012م، ص30.

أحدهما يهتم بالجوانب الشكلية والإجرائية، والآخر يعتني بالقيود الموضوعية، وقد استخلصت هذا التقييد التشريعي للضرورة من ما سلف ذكره، بصدد دراسة نطاق الضرورة.

ثانياً: القيود الفقهية

لقد نظر فقهاء القانون إلى نظرية الضرورة من زوايا متعددة، ووضعوا جملة من الضوابط والقيود المتعلقة بإعمالها، حتى لا تكون مطية للتجاوزات السلطوية تحت ذريعة الضرورة، وعلى غرار الفقه الإسلامي قسموها إلى قسمين؛ ضوابط عامة، وضوابط خاصة.

أ- الضوابط العامة:

وتتعلق بمدى وجود الضرورة، وآلية تقديرها، وحدود التصرف الذي تبيحه، وقد وجدنا توافقاً كبيراً بين الشريعة القانون، بخصوص هذه الضوابط العامة، بل وجدنا توظيفاً مباشراً للقواعد الفقهية الضابطة لنظرية الضرورة في التشريع الإسلامي، من طرف فقهاء القانون¹، وأهم الضوابط العامة:

1. حصول الاضطرار الفعلي:

بسبب وجود خطر يهدد مصلحة جوهرية من مصالح المجتمع، ولا يتم تفاديه إلا بتجاوز المشروعية، طبقاً لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة"، وقاعدة: "الضرر يزال".

1 - وجدنا رواد الفقه الدستوري مثل الدكتور يحيى الجمل، في رسالته للدكتوراه المعنونة ب: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة (نشرت من طرف دار النهضة العربية سنة 1973)؛ وأحمد مدحت علي، في رسالته للدكتوراه الموسومة: نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة في فرنسا، وإنجلترا، والولايات المتحدة الأمريكية، والجمهورية العربية المتحدة (نوقشت سنة 1977م)؛ وسعيد فهيم خليل، في رسالته للدكتوراه تحت عنوان: الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان (نوقشت سنة 1993م، ونشرت سنة 1998م)؛ ومحمود محمد عبد العزيز الزيني في كتابه: "الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها - أحكامها - آثارها - دراسة مقارنة، وغيرهم ممن كتبوا في نظرية الضرورة يوظفون قواعد الفقه الإسلامي في تقييد تصرفات الضرورة.

ويشترط أن يكون الخطر حالاً، أو على وشك الحلول بشكل مؤكد، احترازاً من الخطر المتوهم أو المشكوك فيه، أو الذي مر سببه وانتهى، كما يشترط أن يكون الخطر، يهدد مصلحة جوهرية مادية، واختلف في الاعتداد بالخطر الواقع على مصلحة معنوية، كالشرف أو السمعة، هل يبرر ارتكاب المحظور أم لا، ومثلوا لذلك بإقدام الفتاة التي تحمل سفاحا على الإجهاض¹.

ويشترط في الخطر المسوغ لإعمال الضرورة أن يكون جسيماً، أي ملجئاً، احترازاً من الخطر اليسير الذي يمكن التعامل معه بالتشريعات العادية، ويختلف معيار الجسامة باختلاف مجالات تطبيق الضرورة، إذ الجسامة في القانون الجنائي، التي تبيح الدفاع المشروع، غير الجسامة في العقود المبيحة لإعمال الظروف الطارئة، وهذه غير الجسامة في القانون الإداري والدستوري؛ التي تبيح للسلطة التنفيذية مخالفة القوانين السارية تحت ضغط الضرورة حفاظاً على النظام العام².

2. عدم تسبب المضطر في حصول الاضطراب:

من ضوابط إعمال الضرورة أن لا يكون لإرادة المضطر دخل في حصول الخطر، يتحقق هذا الضابط عندما يحصل الخطر بشكل مفاجئ، احترازاً من الأخطار التي يمكن التنبؤ بها قبل وقوعها بفترة طويلة، حيث يقع على عاتق المعني بها الإعداد الجيد لمواجهتها³.

3. الالتزام بالقدر الضروري من التصرف:

طبقاً لقاعدة تقدير الضرورة بقدرها، وتحقق هذا القيد بشرطين أساسيين؛ أولهما: إتيان ما تندفع به الضرورة فقط، سواء كان تقييداً للحريات أو استعمال القوة، أو الدفاع

1 - خلص محمود محمد عبد العزيز الزيني بشأن هذا الخلاف إلى أنه؛ ينبغي الاعتداد بالضرورة في نطاق السمعة والشرف، لكن في حالة الحمل من الزنا ينبغي التفريق بين الحمل الإرادي وغير الإرادي، حيث لا يعتد بالضرورة في الأول، لأن إرادة المرأة لها دخل في إيجاد الخطر على شرفها، وعلى هذا الأساس جرمت التشريعات الإجهاض، ويعتد بها في الحمل غير الإرادي، الناتج عن الاغتصاب أو الإكراه، وتعفى من العقاب إن هي أقدمت على إجهاض الجنين أو قتله. (الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 105، 104).

2 - المرجع السابق، ص 109، 108.

3 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 16.

المشروع، أو جبر الخلل في العقود، وثانيهما: تأقيت إباحة الممنوع بمدة بقاء الضرورة، ولا يسمح باستمرار الخروج عن التشريع واستباحة الممنوع بعد زوال العذر، وقد أقر الفقه الإسلامي في هذه الناحية قاعدة فقهية مؤداها أن "ما جاز لعذر بطل بزواله"¹.

4. تعذر دفع الضرورة بوسيلة أخرى غير ارتكاب المحظور:

ويعتبر هذا القيد معياراً لتقدير مدى جسامه الخطر، ذلك أن الأخطار على نوعين، أحدهما يتمثل في الأخطار العادية التي لا تنفك الحياة عنها غالباً، ويمكن أن يعد لمواجهتها في إطار أنظمة المشروعية العادية، وثانيهما يتمثل في الأخطار غير المعتادة، التي تكون من الجسامه بحيث لا تمكن مواجهتها بالأنظمة القانونية المعدة للظروف العادية، ويكون لعنصر المفاجأة دور مهم فيها².

5. الموازنة بين المصالح والمفاسد:

ذلك أن التصرف بمقتضى الضرورة وارتكاب المحظور مفسدة، تترتب عليها آثارها، والهدف من ذلك حماية مصلحة محددة، قد تكون النظام العام كما في القانون الدستوري والإداري، وقد تكون مصلحة شخصية كما في الدفاع الشرعي، ومعروف شرعاً وقانوناً أمر تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، كما هو معروف بتقديم درء المفاسد على جلب المصالح، وارتكاب أخف الضررين وتقديم أهون الشرين، ويدخل كل هذا تحت القاعدة الفقهية: "الضرورة تقدر بقدرها".

ب- الضوابط الخاصة:

يعتبر موضوع الضوابط الخاصة لنظرية الضرورة من المواضيع التطبيقية التي تكشف حدود الضرورة، بمختلف أبعادها الإجرائية والموضوعية، حسب نطاق تطبيقها.

1. حدود الضرورة المتعلقة بالأشخاص:

تتقيد حسب الشخص وظروفه، فالضرورة الغذائية، المرتبطة بحفظ الحق في الحياة لها ضوابطها، من حيث قدر ما يجوز استعماله من الحرام، و ضرورة التداوي،

1 - حسن السيد خطاب: قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني، رجب 1430هـ، ص 182، 180.

2 - يحيى الجمل: المصدر السابق، ص 15؛ حسن السيد خطاب: المرجع السابق، ص 183.

المتعلقة بحفظ صحة الإنسان وحياته، كذلك لها حدودها، فقد أجازت التشريعات مثلاً استعمال بعض الممنوعات في العلاج كالتخدير، لكنها منعت أموراً أخرى، مثل الاتجار بالأعضاء، وضرورة النظر إلى الأجنبية أحيط بجملته من القيود، مثل التعرف إلى المخطوبة فهو حق تفره القوانين والشرائع، لكن له حدود وضوابط، ونظر الطبيب والممرض لجسد المرأة بغرض العلاج، أمر تقتضيه الضرورة، لكن له حدود كذلك، وضرورة الدفاع المشروع عن النفس أو المال، أمر تقتضيه ضرورة حفظ النفس أو المال أو العرض، لكنه مقيد بحدود قانونية خاصة، وهكذا.

2. حدود الضرورة المتعلقة بالعقود:

يصلح على الضرورة الحاصلة بسبب صعوبة تنفيذ العقود بـ: "نظرية الظروف الطارئة"، ويدور مدلولها حول الحوادث العامة، النادرة الوقوع، كالزلازل أو الحرب، أو الوباء، أو الارتفاع الباهض، أو النزول الفاحش في الأسعار، وغيرها مما يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه، لا يمكن توقعه أو التحرز منه، يجعل تنفيذ العقد مرهقاً ويهدد المدين بخسارة فادحة، دون أن يبلغ حد الاستحالة، وقد وضعت لها حدود، بما يضمن حماية المصالح التي أبرم العقد من أجلها، وتمنع إلحاق الضرر بالمدين، سواء تعلق الأمر بمصلحة الأفراد، أو تعلق بالمصلحة العامة¹.

ويرجع فقهاء الشريعة الإسلامية الحدود الضابطة لنظرية الظروف الطارئة، إلى عدد من القواعد الفقهية، الضابطة للضرورة بشكل عام، وهي قاعدة: "المشقة تجلب التيسير"، التي تعتبر أساس وضع الجوائح، وقاعدة: "الضرر يزال"، وقاعدة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان".

3. حدود الضرورة المتعلقة بحفظ النظام العام:

تعتبر حدود الضرورة المتعلقة بحفظ النظام العام من أكثر المواضيع إثارة للقلق، بحكم العلاقة غير المتكافئة بين الحكام والمحكومين، حيث يلجأ الحكام إلى القمع، والتكثيف بحجة الحفاظ على مؤسسات الدولة، ويعتبر مبدأ المشروعية، وضمانات

1 - ينظر: محمد رشيد قباني: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، ص131، 142 وما بعدها.

الحقوق والحريات، والخضوع للرقابة القضائية، من أهم الضوابط التي ترسم حدود توظيف الضرورة بمناسبة العمل على حفظ النظام العام، خاصة في عصرنا حيث أحكام الضرورة مقننة، ووضع لها إطارها الشكلي والموضوعي، وسيأتي في الدراسة التطبيقية بيان ذلك.

4. حدود الضرورة في نطاق القانون الدولي الإنساني:

اهتم القانون الدولي الإنساني بضرورة الحرب وما تفرضه من مساس بحقوق الإنسان، ووضع لها ضوابط وحدودا لا يسمح بتجاوزها، منها ما يعتبر شرطا في شرعية الأعمال الحربية من أساسها، ومنها ما يعتبر قييدا على ممارسة الأعمال الحربية، وهي¹:

- ارتباط الضرورة بحال سير الأعمال الحربية، المتمثلة في أحوال الاشتباك واستمرار القتال فقط، ولا يمكن التذرع بالحرب لاستمرار الانتهاكات في حال الهدوء وتوقف القتال.

- أن لا يكون أمام القوات المتحاربة خيار آخر غير ما تقتضيه الضرورة.

- أن لا تكون الإجراءات المستخدمة لتنفيذ حالة الضرورة ممنوعة بموجب القواعد الآمرة للقانون الدولي، بما في ذلك ضبط وسائل الضرر المبين في المادة 22 من لائحة لاهاي التي تنص على أنه: "ليس للمحاربين حق مطلق في اختيار وسائل إلحاق الضرر بالعدو"، وفي ظل هذا القيد لا يحق للأطراف المتحاربين ممارسة الغدر، أو استعمال الأسلحة المحرمة دوليا، أو استخدام المدنيين دروعا بشرية.

- التزام التناسب بين مقتضى الضرورة والإجراءات الحربية المتخذة لإلحاق الضرر بالخصم، تفاديا للإفراط في استعمال القوة والإمعان في انتهاك حقوق الإنسان.

1 - أنس جميل اللوزي: مفهوم الضرورة في القانون الدولي الإنساني، ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2014م، عمان الأردن، ص27 وما بعدها.

المبحث الثاني: مفهوم الظروف الاستثنائية

الظروف الاستثنائية عنوان نظرية اصطلح عليها الفقه والقضاء، في نطاق القانون الإداري والدستوري، نتناول في هذا المبحث ما يتعلق بضبط مفهومها من الناحية الفقهية والقضائية، ثم نثنت بالمفهوم القانوني.

المطلب الأول: تعريفها

لقد عرف مفهوم الظروف الاستثنائية نقاشا واسعا على مستوى فقه القانون العام والقضاء الإداري، كان محوره مدى تبرير القرارات الإدارية وتصرفات الحكام التي تعتبر غير مشروعة من منظور مبدأ المشروعية، استجابة لما تقتضيه ضرورة حفظ النظام العام، وتأمين سير المرافق العامة بانتظام. ولبيان ذلك نحدد مفهوم الظروف الاستثنائية، ثم نتبعه ببلورة نظامها كنظرية قائمة.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للظروف الاستثنائية

ينظر فقه القانون العام إلى تحديد مدلول النظرية، انطلاقا من عنصرين أساسيين، أولهما تحديد معنى الظرف الاستثنائي، وثانيهما استدعاء ذلك الظرف للتدخل بوسائل قانونية غير اعتيادية، وأغلب ما وقفنا عليه من التعريفات؛ يخدم أحد البعدين الأساسيين للضرورة؛ إما البعد القانوني وفقا لنظرية الضرورة الألمانية، أو البعد الواقعي السياسي وفقا للنظرية الفرنسية الأنجلوسكسونية. فالتعريفات ذات البعد القانوني تربط بين مفهوم الضرورة ومفهوم القانون، من حيث كون هذا الأخير وسيلة وضعت لتحقيق غاية، تتمثل في المحافظة على كيان الدولة ووجودها وإدارة مصالحها، فإذا تعارضت هذه الوسيلة مع هذا الكيان تجب التضحية بها والاستعانة على حفظ بقاء الدولة بوسائل أخرى¹، ما يعني أن الظروف الاستثنائية توجد مشروعية جديدة فوق المشروعية العادية، تجعل جميع الإجراءات التي تتخذ من أجل الحفاظ على بقاء الدولة سليمة ومشروعة.

1 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: حماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 99، 100. (مكتبة جامعة القاهرة تحت رقم 99/12).

أما التعريفات ذات البعد الواقعي السياسي، فإنها ركزت على رفض اعتبار الضرورة مبرراً للخروج عن القواعد القانونية، وإنما الواقع الذي تعيشه الدولة، هو الذي يفرض عليها اللجوء إلى اتخاذ إجراءات استثنائية، وتسمى تلك التصرفات بالحلول الواقعية، لا التصرفات القانونية، وواضح أن أثر ذلك يتجلى في مدى مسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن تصرفاتها تلك، كما سيأتي عند التفريق بين الضرورة الألمانية والضرورة الفرنسية.

ونورد عددا من التعريفات ما يلي:

1- هي "مركز موضوعي تواجه بمقتضاه الدولة خطرا حقيقيا، حالا أو وشيك الوقوع، يهدد كيانها ووجودها الإقليمي والشخصي، أو نظام الحكم فيها، وترى أنه في الحفاظ على استقلالها وأهليتها الدولية ما يبرر انتهاك المصالح التي يحميها القانون الدولي"¹، هذ التعريف يخدم النزعة القانونية للظروف الاستثنائية، حيث يفيد أن هناك نظام قانوني في الدولة،

2- يقصد بها "تلك الحالات الواقعية التي توقف سلطان القواعد القانونية العادية في مواجهة الإدارة، وتخضع القرارات المتعلقة بها لمشروعية استثنائية خاصة، يحدد القضاء الإداري مضمونها وفحواها"². هذا تعريف أتى من زاوية الرؤية الفقهية المعتمدة على القضاء الإداري باعتباره واضع النظرية والمحدد لمعالمها، ذلك أن القضاء الإداري الفرنسي لما بلور أسس النظرية اعتبر أن مبدأ المشروعية هو الإطار العام الذي تقع ضمن دائرته كل التصرفات في الدولة، إلا ما كان من قبيل الاستثناء، واعتبر الحالات الواقعية التي تواجه السلطة الإدارية، ولا تستجيب التشريعات العادية لمقتضياتها تخضع لمشروعية خاصة تسمى المشروعية الاستثنائية، على أن يرجع الأمر إلى السلطة القضائية في تحديد مضمونها ونطاق تطبيقها والرقابة على ذلك.

1 - المرجع السابق ، ص 100.

2 - علي خطار شطناوي: موسوعة القضاء الإداري ، ط1، 2004، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ج 1 ، ص 99.

وبناء على هذا فإن الظرف الاستثنائي المقتضي لشرعية استثنائية له ماهية وأساس؛ أما الماهية فهي كونه ظرفاً واقعياً أو حالة واقعية تعجز الإدارة عن مواجهتها بقواعد المشروعية العادية، وأما أساسها فهو القضاء الإداري الذي يحدد فحواها وضوابطها ونطاق سريانها.

3- "هي ظروف تؤدي إلى توسيع نطاق قواعد المشروعية العادية"¹. هذا التعريف منطلقه أن الشرعية واحدة، هي الشرعية العادية، ولا مجال لإيجاد شرعية جديدة، والظروف الاستثنائية ما هي إلا حالة تجبر الشرعية على أن تأخذ بعين الاعتبار ما تقتضيه تلك الظروف الواقعية، وتستجيب لها من خلال توسيع نطاق المشروعية. ولعل هذا التعريف يترجم وجهة نظر الرافضين لاستقلالية الظروف الاستثنائية عن نظرية الضرورة، ما يعني أن ذلك تطبيق خاص لها في إطار الشرعية العادية التي ترصد حلولاً مناسبة لحالة الضرورة.

وهذا يفتح الباب أمام النقاش الفقهي الحاد حول أساس نظرية الظروف الاستثنائية وعلاقتها بالضرورة، وهو نقاش لم يتم حسمه، ما يفسح المجال أمام السلطات التشريعية والقضائية كي تعتمد منه ما يناسب أحوال بلدانها.

4- "الظروف الاستثنائية هي التي تجعل التصرفات غير المشروعة للإدارة في الظروف العادية مشروعة"² بمعنى أن الظروف الاستثنائية لما تحدث وتعجز قواعد المشروعية العادية عن مواجهتها، يكون لها أثر في إضفاء الشرعية على ما تقوم به الإدارة من تصرفات وقرارات. بغض النظر عن الخلفية التي قد تكون الشرعية الاستثنائية، أو توسيع مدلول الشرعية العادية.

5- "هي نظرية قضائية صاغها مجلس الدولة الفرنسي، بمقتضاها يحكم بالمشروعية على بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية، بسبب كونها ضرورية لحفظ النظام العام، أو استمرارية المرافق العامة بانتظام، ويتسع بذلك نطاق المشروعية العادية ليتكون ما يسمى بالمشروعية الاستثنائية، التي تتمتع السلطة

1 - سليمان الطماوي : القضاء الإداري ، ط7 ، 1996م، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ج1 ، ص32.

2 - مجدي المتولي السيد يوسف: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية، ص47.

الإدارية إزاءها باختصاصات استثنائية لم يوردها القانون"¹، وهذا التعريف بسبب طوله؛ يعتبر شرحاً لمدلول الظروف الاستثنائية أكثر مما هو تعريف، ولم يأت بجديد على ما سبق، حيث ركز على عنصر اتساع مبدأ المشروعية تحت غطاء المشروعية الاستثنائية، لكن دون تفصيل أو بيان للعناصر المكونة للظرف الاستثنائي.

6- "هي ظروف مفاجئة، تحمل في طياتها أخطاراً جسيمة، حالة ومؤكدة، استثنائية و شاذة، غير مألوفة، تهدد النظام العام في عناصره كلها أو بعضها، أو تهدد المصلحة العامة، أو سير المرافق العامة، يستوي أن تكون هذه المصالح هي المقصودة بذاتها، أو يكون المقصود هو الأوضاع الشاذة التي يترتب على تهديدها خطر جسيم، حقيقي ومؤكد، فعلي غير محتمل"².

ركز هذا التعريف بجلاء على ملامح وصفات الظرف الاستثنائي، من حيث كونه خطيراً خطورة جسيمة، مؤكدة الوقوع، واقعة على النظام العام؛ بمفهومه الواسع، أو أحد عناصره، أو المرافق العامة، كما يبين الهدف من الإجراءات الاستثنائية، وهو حماية المصالح العامة المهددة، وإزالة الأوضاع الشاذة الناجمة عن وجودها.

7- "استبدال قواعد المشروعية الاستثنائية بقواعد المشروعية العادية، التي لا تمكن الإدارة من القيام

8- بمهامها في ظل الظروف الاستثنائية"³. هذا التعريف توقف عند الظرف الاستثنائي باعتباره مبرراً لإحلال الشرعية الاستثنائية محل الشرعية العادية، أين تتسع صلاحيات السلطات الإدارية في معالجة الظرف وفق تقديرها لما يكفل حفظ النظام العام والمصلحة العامة، وواضح من خلال الصياغة تأثير واضح للتعريف بالمفهوم القانوني للنظرية.

9- "هي وضع غير عادي وخطير، يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة، للمحافظة على المصلحة العامة، مع عدم إمكان إعمال القواعد العادية".

1 - مدي المتولي : المرجع السابق ، ص51.

2 - مجدي المتولي: المرجع السابق، ص52.

3 - محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ط2 ، 2009، 2008، ص123.

وهو رأي الفقيه "فيدل" ومن وافقه من فقهاء القانون الفرنسي، وبخلاف التعريفات السابقة يركز هذا الأخير على العناصر الأساسية للظروف الاستثنائية والمتمثلة في:

- وجود أوضاع غير عادية محققة.
- خطورة هذه الأوضاع على المصلحة العامة.
- عدم قدرة قواعد الشرعية العادية على مواجهتها.
- ضرورة التصرف السريع لدرء ذلك الخطر¹.

ونحسب أن هذا التعريف من خلال اشتماله للعناصر الأساسية للظرف الاستثنائي يمثل التعريف الأفضل من بين باقي التعريفات.

الفرع الثاني: التعريف القانوني

باعتبار أن التشريعات بمستوياتها المختلفة قننت للظروف الاستثنائية وعالجتها، تجسيدا لخيارات محددة من بين آراء الفقه والقضاء، فإنه يجدر بنا بيان الرؤية التشريعية في تحديد مفهومها، والتشريع مستويان، تشريع داخلي يخص نظام كل دولة ورؤيتها في الموضوع، وتشريع دولي يجسد رؤية المجتمع الدولي بعمومه، من خلال المواثيق والاتفاقيات الدولية، نبين ذلك في الآتي:

أولاً: مفهومها في التشريع الدولي:

هناك مواثيق عدة تناولت مفهوم الظروف الاستثنائية، منها:

1- العهد الدولي لحقوق الإنسان²:

بموجب مادته الرابعة فقرة أولى، التي نص من خلالها على أنه: "في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسمياً، 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

1 - مجدي المتولي : المرجع السابق، ص 49.

2 - اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (2200 ألف. د-21) المؤرخ في (16) كانون/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: (23) آذار/مارس 1976، وفقاً لأحكام المادة (49)

يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي".

تضمن هذا النص تحديد مفهوم الظروف الاستثنائية، مرفقا بالقيود والشروط التي تحكم تطبيقها، وبيانا لذلك؛ نستخرج التعريف، ثم نردفه بالشروط اللازمة، فبالنسبة للتعريف، وبناء على العناصر التي أقرها النص، يمكننا القول أن الظروف الاستثنائية هي: " حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة، والتي يجوز بمقتضاها للدول الأطراف في هذا في هذا العهد أن تتخذ، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد"، ويشكل من هذا التعريف عدم بيان حالات الطوارئ الاستثنائية، وتركها للنظم السياسية في الدول الأطراف، تعمل سلطتها التقديرية في ذلك، وهو أمر غير محمود، وفعلا أثار الفقهاء والشرح هذه المشكلة، وحاولوا ضبط تلك الحالات وفق ما سنبينه لاحقا.

أما الشروط والضوابط الواردة في النص فهي كما يلي:

1. أن تعلن رسميا:

طبقا لما ورد في الفقرة الثالثة من النص نفسه، والتي تنص أنه: " على أية دولة طرف في هذا العهد، استخدمت حق عدم التقيد؛ أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فورا، 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.

2. إتخاذ الإجراءات الاستثنائية في أضيق الحدود:

بناء على التقدير الحقيقي لما يتطلبه الوضع، دون مبالغة، تقديرا للضرورة بقدرها.

3. عدم منافاة هذه التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي:

مثل منع الاختفاء القسري، الوارد في الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري المعتمدة من طرف مجلس حقوق الإنسان في جوان 2006.

4. عدم انطوائها على تمييز:

يكون مبرره الوحيد هو العرف أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الأصل الاجتماعي.

5. عدم مخالفة أحكام جوهرية في هذا العهد:

لاسيما أحكام المواد 6،7،8(الفقرتين 1،2)، 11،15،16،18.

ب- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان¹:

نصت هذه الاتفاقية في المادة (1/15) منها على أنه: "في حالة الحرب أو أي خطر عام آخر يهدد حياة الأمة، يجوز لأي طرف متعاقد سام اتخاذ تدابير خارجة عن الالتزامات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، و فقط بالقدر الذي يتطلبه الوضع، و شرط ألا تكون هذه التدابير متناقضة مع سائر الالتزامات القائمة بموجب القانون الدولي"

جاء هذا النص متقاربا من حيث الصياغة ومن حيث المضمون، مع ما جاء في العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية، السالف الذكر، وتميز عنه بجزئيات قليلة تتمثل في:

- التصريح بحالة الحرب كحالة من الظروف الاستثنائية التي تجيز للطرف المتعاقد مخالفة الالتزامات التي تفرضها هذه الاتفاقية.

- وصف الطرف المتعاقد بكونه سام، وهو وصف تميزت به هذه الاتفاقية في وصف أعضائها، انطلاقا من المادة الأولى منها والتي نصت على أن: "تضمن الأطراف

1 - الصادرة في روما، في (04) نوفمبر تشرين الثاني 1950، والمعدلة بالبروتوكولين رقم (11) و (14)، والمتنمة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم (4 و 6 و 7 و 12 و 13).

السامية المتعاقدة لكل إنسان يخضع لنظامها القانوني الحقوق والحريات المحددة في القسم الأول من هذه المعاهدة".

- عدم الإشارة في الفقرة إلى عنصر الإعلان الرسمي عن اتخاذ الإجراءات الاستثنائية، كعنصر في تحديد المفهوم، اكتفاء بذكر ذلك في الشروط والضوابط، وقد ذكرها في الفقرة الثالثة بالقول: "على كل طرف سام متعاقد، يستخدم حق المخالفة سالف الذكر، أن يخطر السكرتير العام لمجلس أوروبا بمعلومات كاملة عن التدابير التي اتخذها، والأسباب التي دعت إليها. كما يخطر السكرتير العام لمجلس أوروبا أيضاً، عند وقف هذه التدابير، واستئناف التنفيذ الكامل لأحكام المعاهدة".

واعتماداً على هذا النص، بذلت كل من اللجنة الأوروبية، والمحكمة الأوروبية، دوراً فاعلاً في ضبط مفهوم الظروف الاستثنائية، من خلال تعاملها مع مشكلات التطبيق العملي للنص على القضايا المعروضة للفصل فيها، خاصة قضية (لوليس lawless) ضد إيرلندا عام 1960، 1961م، وقضية الطعون الإسكندنافية ضد اليونان عام 1969م، وبموجب الفصل في هاتين القضيتين تعرضت اللجنة والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لتحديد مفهوم الظروف الاستثنائية فعرفتها بأنها: " حالة أزمة أو خطر استثنائي وداهم يؤثر على الجميع، ويشكل تهديداً لحياة المجتمع الذي يكون الدولة"¹. ومن خلال ضبط هذا التعريف توصلت اللجنة الأوروبية إلى أن مفهوم الظروف الاستثنائية، طبقاً للمادة خمسة عشر (15) من الاتفاقية لا بد أن يشتمل على العناصر التالية:²

- وجود أزمة أو موقف استثنائي خطير، حال، أو وشيك الوقوع.
- أن تؤثر على مجموع شعب الدولة.
- أن تهدد استمرار الحياة العادية وإيقاعها المنتظم داخل المجتمع الذي تتكون منه الدولة.

1 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: المرجع السابق، ص 108.

2 - سعيد فهم خليل: الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، ط 1998، ص 52.

- أن لا يكفي في مواجهتها تطبيق الإجراءات أو القيود العادية التي تجيزها الاتفاقية للمحافظة على السلامة العامة أو الصحة العامة أو النظام العام.

ج- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان¹:

جاء في المادة (1/27) من الاتفاقية الأمريكية أنه: " يمكن للدولة الطرف، في أوقات الحرب أو الخطر العام أو سواهما من الحالات الطارئة التي تهدد استقلال الدولة أو أمنها، أن تتخذ إجراءات تحد من التزاماتها بموجب الاتفاقية الحالية، ولكن فقط بالقدر وخلال المدة اللذين تقتضيهما ضرورات الوضع الطارئ، شريطة ألا تتعارض تلك الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بمقتضى القانون الدولي، وألا تتطوي على تمييز بسبب العرق، أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي."

وجاءت هذه الاتفاقية بمفهوم لا تختلف فيه عن الاتفاقيتين السابقتين إلا في بعض الجزئيات، حيث ذهبت إلى تشخيص الأوضاع الاستثنائية بأوقات الحرب أو الخطر العام أو سواهما من الحالات الطارئة التي تهدد استقلال الدولة أو أمنها، بينما لم تجمع الاتفاقيتان السابقتان العناصر الثلاث المذكورة (الحرب، الخطر العام، الحالات الطارئة)، كما أن هناك اختلافاً أعتقده لفظياً لا غير، وهو أن الاتفاقيتين السابقتين نصتا على أن الأوضاع الاستثنائية تهدد حياة الأمة أو الجميع، بينما هذه نصت على تهديد استقلال الدولة أو أمنها.

تقدير مفهوم الظروف الاستثنائية في التشريع الدولي:

على الرغم من أن النصوص الدولية سألقة الذكر تعرضت بشكل مباشر إلى تشخيص مفهوم الظروف الاستثنائية، لكنها لم تفلح في تحديد ذلك بالدقة المطلوبة، لأن الأسئلة تبقى تطرح حول المقصود بالخطر العام، والطوارئ العامة، هل هو الأزمات السياسية الخطيرة؟ سواء اتخذت شكل حرب دولية أو أهلية، أو اضطرابات داخلية، أو تهديدات جسيمة محدقة بالنظام العام مثل أعمال التخريب والإرهاب وغيرها؟ أم يقصد بها الكوارث الطبيعية والأزمات الاقتصادية؟ أم يكفي وصف الأمر

1 - سان خوسيه في 22 / 11 / 1969 (أعد النص في إطار منظمة الدول الأمريكية).

بالخطر العام الذي يهدد بقاء الأمة، استعدادا للتعامل مع أي ظرف يؤدي إلى نفس النتيجة؟

هذا التعميم في التشخيص فتح الباب أمام الفقه والقضاء الدوليين للتفسير، وإبداء وجهات النظر المختلفة، كما فتح الباب أمام الدول والحكومات للتوسع في مفهوم الظروف الاستثنائية، والالتجاء إلى إعلان التحلل من التزاماتها الناشئة بموجب هذه الاتفاقيات، وتعطيل حقوق الإنسان، بل قد يتم افتعال بعض الأحداث، ثم يتم اتخاذها ذريعة لإعلان الطوارئ، والدخول في دوامة الأحكام الاستثنائية¹.

ثانيا: مفهومها في التشريع الداخلي:

نكتفي هنا بالنموذج الفرنسي في تحديد مدلول الظروف الاستثنائية، باعتبار الثراء الذي عرفه الفقه والقضاء الفرنسي، وهو يطور أحكام هذه النظرية.

1- النموذج الفرنسي:

لقد تعاقبت على الدولة الفرنسية دساتير وتشريعات عدة، منذ الثورة الفرنسية 1789م، إلى غاية اليوم، وباستقرار هذه الدساتير، ومدى تعرضها للفكرة وصياغة مفهوم لها، نجد أن الدساتير الفرنسية تتوزع على مرحلتين

المرحلة الأولى: دساتير ما قبل 1958

وهي سبعة دساتير²، جسدت مراحل التطور الدستوري والسياسي للجمهورية الفرنسية عقب الثورة، أهمها من حيث الاعتداد بالظروف الاستثنائية؛ دستور السنة الثامنة للثورة، الصادر في 13 ديسمبر³ 1799، الذي نص في المادة (92) منه على أنه: "إذا حدثت ثورة مسلحة أو اضطراب يهدد سلامة الدولة، وكان البرلمان في

1 - سعيد فهم خليل: المرجع السابق، ص56،55.

2 - وهي على التوالي: دستور سبتمبر 1791، ودستور سبتمبر 1792، ودستور نابليون في 15 ديسمبر 1799، ودستور 1814، ودستور 1830، ودستور الجمهورية الثانية في 4 نوفمبر 1848، ودستور الجمهورية الثالثة 1875، ودستور الجمهورية الرابعة في 27 أكتوبر 1946.

3 - يعرف بدستور نابليون بونابرت، لأن هذا الأخير استولى على الحكم في هذا العام، بمعاونة القوات المسلحة، وأسقط الجمهورية الأولى.

عطلة، جاز للحكومة أن تصدر قرارا بإيقاف تطبيق الدستور والقانون في النواحي وفي المدة التي تحتم الظروف فيها ذلك، على أن تدعو البرلمان للانعقاد في أقرب وقت ممكن".

والمؤسس الفرنسي بموجب هذا النص حدد الظرف الاستثنائي بمظهرين أساسيين هما: الثورة المسلحة، و الاضطراب الذي يهدد سلامة الدولة، واشترط لذلك أن يكون البرلمان في عطلة، حتى تتمكن الحكومة من وقف العمل بالدستور والقانون بهدف اتخاذ إجراءات استثنائية لمعالجة الوضع، ثم وضع لذلك ضوابط وهي: أن يكون ذلك مؤقتا، ومحددا بموضوع الظرف الاستثنائي، وأن تتم دعوة البرلمان للانعقاد في أقرب وقت ممكن.

من خلال هذا نتبين أن ما قرره الدستور الفرنسي كان ضيقا ومحدودا للغاية، حيث اقتصر على لوائح الضرورة، تغليباً للشرعية العادية، والتزاما بقواعد المسؤولية¹، ومع ذلك حول الحكومة سلطات خطيرة في قضت مضاجع القضاة والفقهاء ممن يريدون تكليل الثورة الفرنسية بإعلاء سلطة القانون، وتمثلت تلك خطورتها تلك في اشتغالها على وقف العمل بالدستور، زيادة على وقف العمل بالقانون، ما جعل الفقه الدستوري يبحث عن الحلول التي تخرج الدولة من هذه المشكلة، بما يرجع الأمر إلى السلطة التشريعية اعتبارها في الاستثناء بوضع القوانين²، أو توكل الأمر إلى السلطة التنفيذية في حدود تفويض مدروس³، بما يقيد الإدارة عن التصرف خارج إطار القانون، أو تجاوز المشروعية، ولعل هذا السبب هو الذي أدى إلى إسقاط مثل هذا النص كلية من الدستور الفرنسي بعد انهيار إمبراطورية نابليون، ووضع دستور 1814م، وكذلك

1 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، ص126.

2 - ومن تدخلات السلطة التشريعية لمعالجة الظروف الاستثنائية بقوانين وقفنا على إصدار المشرع الفرنسي لقانون الأحكام العرفية في أغسطس 1849، والقانون الخاص بتنظيم البلاد وقت الحرب، الصادر في 11 يوليو 1938.

3 - كما حدث بموجب القانون الصادر في 8 ديسمبر 1939، الذي منح الحكومة صلاحيات استثنائية للقيام بالإجراءات الضرورية للدفاع عن البلاد خلال الحرب العالمية الثانية.

دستور 1830 المعروف بدستور الجمهورية الثانية، الذي نص صراحة على رفض العمل بنظرية الظروف الاستثنائية في المادة (12) منه، حيث نصت على أنه: " ..ولا يحق له أن يوقف العمل بالقوانين، أو أن يعفى من تنفيذها". واستمرت دساتير الجمهوريتين الثالثة والرابعة في نفس التوجه، حيث لم تعترف بالظروف الاستثنائية كمبرر للخروج عن القانون، ناهيك عن وضع أسس لمفهوم دقيق لها، رغم مرور فرنسا بأزمات خطيرة، على المستويين المحلي والدولي، أهمها الحرب العالمية الأولى، والأزمة الاقتصادية 1930، والحرب العالمية الثانية¹، وبقي البرلمان هو السيد في وضع التشريعات الاستثنائية، أو تفويض السلطة التنفيذية بمواجهتها.

المرحلة الثانية: فترة ما بعد دستور 1958

صدر دستور الجمهورية الخامسة في 4 أكتوبر 1958، وتبنى من خلال المادة 16 منه فكرة الظروف الاستثنائية، محددًا مفهومها وشروطها وضوابطها، حيث جاء في فقرتها الأولى: " إذا أصبحت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وعاجل، ترتب عليه توقف السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية، كان لرئيس الجمهورية أن يتخذ من الإجراءات ما تتطلبه هذه الظروف، بعد استشارة كل من رئيس الوزراء، ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ والمجلس الدستوري. "

وفي الفقرتين الثانية والثالثة حدد الهدف الذي هو تأمين الوسائل الفعالة لإنجاز السلطات الدستورية مهام وظائفها، والخطوات الإجرائية التي يتخذها الرئيس والمتمثلة في استشارة المؤسسات الدستورية الحيوية، ودعوة البرلمان للانعقاد، والقيود على سلطة الرئيس أثناءها.

ولأهمية المادة 16 من الدستور الفرنسي فقد أثارت الكثير من الحبر شرحًا وتحليلًا، وإثراء وانتقادًا، بالبعدين القانوني والسياسي.

1 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، سيادة القانون - حالة الضرورة - القوانين الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1978.

وبالرجوع إلى الدستور الجزائري، في المواد من (91 إلى 96) منه نجد أنه تناول الظروف الاستثنائية وحدد لها مستويات، نوردتها كالآتي:

المستوى الأول: يعتبر تطبيقا عاديا لنظرية الضرورة، ووصف ذلك بالضرورة الملحة، في المادة 91 التي بموجبها مكن رئيس الجمهورية من إعلان حالتها الطوارئ والحصار.

المستوى الثاني: عبر عنه بموجب المادة 93 بالحالة الاستثنائية، التي تخول رئيس الجمهورية اتخاذ الإجراءات الاستثنائية، التي يستوجبها المحافظة على استقلال الأمة، والمؤسسات الدستورية للجمهورية، وذلك عندما تكون البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها.

المستوى الثالث: وهو المستوى الأخطر حسب المادتين 95، 96، حيث يقع عدوان فعلي على البلاد أو على وشك أن يقع، أين يتم إعلان الحرب من طرف رئيس الجمهورية، ويتوقف العمل بالدستور، ويفسح المجال أمام الشرعية الاستثنائية التي تحل محل الشرعية العادية، وتجتمع جميع السلطات بيد الرئيس، بما فيها سلطة التشريع.

وبناء على هذا يتضح أن السلطة التأسيسية في الجزائر استفادت من النقاش الفقهي العميق بشأن بلورة مفهوم عملي واسع للظروف الاستثنائية، ينطلق من الضرورة في بعدها السياسي الواقعي، وينتهي إلى تطبيق الضرورة القانونية بالمفهوم الألماني، وهو أقصى مدى للنظرية.

الفرع الثالث: مفهومها القضائي

لم تنصب الجهود القضائية لمجلس الدولة الفرنسي باعتباره واضع النظرية، على وضع تعريف واضح ودقيق يشخص مفهوم الظروف الاستثنائية، مبررا ذلك بأن اصطلاح الظروف الاستثنائية لا يحتاج إلى تعريف، وإنما يعتبر كاف وحده للدلالة

على معناه¹، وذلك تفاديا لما قد ينجر عن وضع تعريف بمعيار محدد، من إعاقه تطور القضاء في التصدي للحالات الاستثنائية الواقعية بأسبابها وظروفها. وقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه النظرية مسميات عدة، منها نظرية سلطات الحرب " Théorie des pouvoirs de guerre " ونظرية سلطات الأزمة "Théorie des pouvoirs de crise"، ونظرية الضرورة "Théorie de nécessité" وكل تلك الاصطلاحات لم تكن تسعى لبلورة معنى مجرد، وإنما كان يسعى من ورائها لإثبات عدم جمود نطاق الشرعية، وأنه يتسع في أوقات الأزمات ليصحح ما لا تصححه الظروف العادية من تصرفات السلطة، ويعتبر الحكم في قضية heyriés هيريبي²، من بواكير أحكامه بهذا الشأن، ثم توالى الأحكام في هذا الاتجاه، مبرزة قيام فكرة الظروف الاستثنائية على أساس حق السلطة التنفيذية في تخطي الحدود العادية للمشروعية، لمواجهة أزمات الضرورة، تحت رقابة القضاء الإداري³.

المطلب الثاني : عناصر قيام الظروف الاستثنائية

يرى فقهاء القانون كما بينه يحي الجمل أن بناء النظرية يقوم على ركنين أساسيين، أحدهما موضوعي، وهو قيام حالة شاذة، بوجود فعل أو مجموعة أفعال تشكل تهديدا وخطورة على مصلحة عامة حيوية، والآخر شخصي، يتمثل في رد الفعل من قبل صاحب المصلحة المهددة بالخطر تجاه ذلك الطرف.

1- أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، سيادة القانون، حالة الضرورة، الظروف الاستثنائية، ص 191.

2 - ملخص هذه القضية أن المشروعية العادية تقيد قرارات السلطة التنفيذية تجاه الموظفين، بمنع اتخاذ إجراءات تأديبية ضدهم دون علمهم واطلاعهم على ملفهم التأديبي، لكن ظروف الحرب آنذاك، أدت بالحكومة إلى فصل هذا الموظف دون تمكينه من الاطلاع على ملفه التأديبي، ما دفعه إلى مجلس الدولة طاعنا في القرار، بحجة تعطيله لنص قانوني، فأصدر مجلس الدولة حكمه في القضية بتاريخ 28 يونيو 1918م، أقر فيه الحكومة على موقفها، معتبرا إيقاف ضمانات اطلاع الموظف على ملفه في فترة الحرب، صحيحا ومشروعا، بحجة وجوب السهر على سير المرافق العامة بانتظام، وأن لا تؤدي الحرب إلى عرقلتها، طبقا لما يلزم به الدستور رئيس الجمهورية.

3 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 73 وما بعدها.

الفرع الأول: تحقق الظرف الاستثنائي

يتحقق بقيام حالة استثنائية، غير عادية، وغير مألوفة، تخرج عن نطاق ما يمكن توقعه¹، وتمثل خطراً يهدد مصلحة عامة، لا يمكن تفاديه إلا بمخالفة القواعد القانونية العادية، كالخطر الجسيم المفاجئ، الذي يهدد النظام العام². وقد واجه الفقهاء صعوبة وهم يحاولون ضبط مفهوم الظرف الاستثنائي، الذي يستلزم تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، فسلخوا عدة طرق منها:

أولاً: محاولة وضع قائمة بالحالات الشاذة:

تفادياً للتفسير الواسع من طرف الإدارة لمفهوم الظرف الاستثنائي، عمد جانب من الفقه إلى محاولة تحرير قائمة تشمل الظروف المعتبرة حالات شاذة، تبرر خروج السلطة عن القانون، تغليباً للمصلحة العليا، فاتفقوا على أن حالة الحرب، وحالة الثورة، وحالة نشوب أزمة عصبية إثر انتهاء الحرب، وحالة التهديد بإضراب عام، ووقوع اضطرابات ماسة بالأمن؛ تعتبر ظروفًا استثنائية، معتمدين على جهود مجلس الدولة الفرنسي، باعتباره واضع النظرية، والمؤسس لتطبيقها، لكنهم واجهوا مشكلات تتعلق بطبيعة أعمال مجلس الدولة نفسه وأهمها:

أ- مجلس الدولة جهة اجتهاد وفتيا:

والاجتهاد والفتوى يرتبطان بالواقع زمانا ومكانا، وتبعا لطبيعة الأحداث، وما تقتضيه من حلول، وما قد يعتبره في وقت ما حالة شاذة، قد لا يعتبره كذلك في وقت آخر، الأمر الذي يكاد يستحيل معه وضع قائمة بالظروف الاستثنائية³.

فالحرب مثلا تعد ظرفا استثنائيا وحالة غير مألوفة، لكنها قد لا تستلزم دائما اتخاذ إجراءات لا ترخص بها القوانين العادية، ويرجع الأمر أولا وأخيرا لتقدير القاضي الإداري في ضوء الظروف الزمانية والمكانية التي تحيط بها، وهو ما أكدته مجلس

1 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 257، رأفت فوده: مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها - دراسة مقارنة، ط دار النهضة العربية 1994م، ص 257.

2 - الفحلة مديحة: نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأسيية، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، ص 8.

3 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 36.

الدولة في العديد من أحكامه¹، ومن أشهرها الحكم في قضية Veuve Goguet الصادر بتاريخ 03 ماي 1946، القاضي بإلغاء القرار الصادر عن عمدة مدينة Nantes بتاريخ 29 نوفمبر 1944م، المتضمن الاستيلاء على شقة مملوكة للأرملة Veuve Goguet، بهدف إسكان إحدى العائلات النازحة من مناطق الحرب خلال الحرب العالمية الثانية، وقد أسس مجلس الدولة حكمه على أن قدرة الإدارة على الخروج عن اختصاصاتها القانونية العادية لمواجهة الضرورات الحربية، والمصاعب التي واجهتها في المدينة من أجل إيجاد أماكن للمكويين، واللاجئين بسبب الحرب، لا تبرر إصدار عمدة المدينة قراره بالاستيلاء على الشقة المملوكة لصاحبته.

وما قيل في زمن الحرب يمكن قوله بصدد الأحداث التي تقع في وقت السلم، إذ يمكن أن تحدث ثورة داخلية، أو فيضانات، أو غيرها، فقد يؤدي ذلك إلى تبرير مخالفة الإدارة للقانون، وقد لا يؤدي إلى ذلك، وفي أحكام مجلس الدولة ما يشهد لهذا².

ب- غياب معيار لتحديد الظرف الاستثنائي:

حاول بعض الفقهاء تعداد الظروف الاستثنائية المتفق عليها، والتي لا يثور شك في اعتبارها غير عادية، نسبت هذه المحاولة للأستاذ³ Mathiot، لكن رأيه هذا لم يكن مبنيا على أساس معيار موضوعي صالح للتطبيق، الأمر الذي أدى إلى عدم الاعتداد بهذا الرأي، والعدول عنه إلى القول بأن مسألة تحديد الظروف الاستثنائية يطغى عليها التقدير الذاتي، لا طبيعة الأحداث، وأن القاضي لا يقدر مضمون الأحداث، بقدر ما ينظر إلى الوسائل التي تتمتع بها الإدارة، والمهام الملقاة على عاتقها في حفظ النظام العام والمصالح الجوهرية⁴.

ثانيا: الاعتداد بالحالات العامة المهددة للأمة:

رأى بعض الفقه ضرورة الالتفات إلى عنصر هام يجب أن يتوافر عليه الظرف الاستثنائي، وهو كونه خطيرا وعاما، مثل الحروب والأزمات العامة، لكن هذا الرأي

1 - أحمد مدحت علي: المرجع السابق، ص 193.

2 - أحمد مدحت علي: المرجع السابق، ص 194.

3 - نقلا عن: مراد بدران، المرجع السابق، ص 37.

4 - المرجع نفسه.

وجد صعوبة أيضا في تحديد مدلول الظرف الاستثنائي، لأن كون الحادث عاما يقتضي امتداد الخطر لعموم الدولة، وهو قيد يخرج الأحداث الإقليمية والمحلية من الظروف الاستثنائية، كالمظاهرات والمسيرات والإضرابات التي تتم في بعض الجهات من الدولة دون الجهات الأخرى، إضافة إلى أن الحادث قد يتسم بالعمومية، ومع ذلك لا يتطلب اتخاذ تدابير استثنائية، أو يتطلب اتخاذها في بعض أنحاء البلاد فقط¹.

الفرع الثاني: تعذر التزام القوانين وتعرض المصلحة العامة للخطر

من خلال هذا الفرع نتعرف على اثنين من أهم عناصر الظروف الاستثنائية، ويتعلق الأمر باستعصاء تطبيق القوانين المعدة للتطبيق في الحياة العادية، وتعرض المصلحة العامة للتهديد، الذي يكون بسبب داخلي أو خارجي.

أولا: تعذر اتباع القوانين المعدة للظروف العادية

بسبب ما تتضمنه من قيود على تصرفات السلطة العامة الأمر الذي يلزم الإدارة أن تتصرف حسبما يمليه عليها حفظ الأمن وحماية النظام العام² بمعنى أن يكون تطبيق القانون العادي منافيا لنية المشرع في تحقيق الصالح العام بشكل دائم ومستمر³.

ثانيا: تعرض المصلحة العامة للخطر

بمعنى أن تكون هناك مصلحة عامة حيوية وهامة جدا تتعرض للخطر⁴، حينها تتم التضحية بمبدأ المشروعية من أجل حمايتها، مثل الأمن وحفظ النظام العام، والدفاع الوطني، وسير المرافق العامة بانتظام⁵.

1 - المرجع السابق، ص 38.

2 - ثروت عبد الهادي خالق الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، ط2005، دار النهضة العربية، ص45.

3 - رأفت فوده: المرجع السابق، ص257.

4 - أحمد مدحت علي: المرجع السابق، ص127.

5 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص258، رأفت فوده: المرجع السابق، ص258.

وقد شخص الدستور الجزائري نوع المصلحة العامة التي تتعرض للخطر في الظروف الاستثنائية، بموجب المادة (107) منه، وهي تهديد البلاد بخطر يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها.

المطلب الثالث: تمييزها عما يشبهها من النظريات والقواعد

نتناول في هذا المطلب تمييز الظروف الاستثنائية عن ما يشبهها من الأوضاع القانونية، التي يتأثر بها مبدأ المشروعية، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تمييزها عن الضرورة العامة.

لقد تباينت آراء الفقهاء حول مدى وجود تطابق أو عدمه بين الظروف الاستثنائية والضرورة، رغم أن القضاء الإداري الفرنسي فضل توظيف مصطلح الظروف الاستثنائية، ومن خلال ما وقفنا عليه من آراء تبين لنا أن هناك اتجاهين أحدهما يرى وجود اختلاف بينهما، وراح يستقصي جوانب الاختلاف ويستخرج الفروق بينهما، والآخر يرى أن بينهما تطابقاً، من حيث تعبيرهما عن مدلول واحد.

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أن نظرية الضرورة تختلف عن نظرية الظروف الاستثنائية، من زوايا متعددة، منها:

أولاً: الضرورة حالة مؤقتة بينما الظروف الاستثنائية تأخذ عادة وقتاً أطول

يرى أنصار هذا الرأي أن الضرورة هي حالة تؤدي إلى مخالفة القانون في ظرف طارئ وقاهر، ولا يدوم طويلاً، بينما الظروف غير العادية التي تحتاج وقتاً طويلاً في معالجتها كالحروب، والاضطرابات الداخلية تسمى الظروف الاستثنائية.

ولعل السبب في إطلاق التمييز على هذا النحو هو كون الظروف الاستثنائية نشأت أساساً في ظل حالة الحرب، على يد مجلس الدولة الفرنسي الذي أطلق عليها في البداية نظرية سلطات الحرب¹.

1 - هاني علي إبراهيم الطهراوي: المرجع السابق، ص 68.

ثانيا: يختلفان من حيث النطاق القانوني لتطبيق كل منهما

قالوا تطبق الضرورة على مستوى القانون الدستوري، بينما نظرية الظروف الاستثنائية تطبق على مستوى القانون الإداري¹، والفرق جلي بين الأمرين، إذ الضرورة في نطاق القانون الدستوري، تمكن رئيس الجمهورية من إعلان حالة الطوارئ أو حالة الحصار أو الحالة الاستثنائية، أو حالة الحرب، وهي أعمال حكومية، أي سيادية، بينما الظروف الاستثنائية، تمكن السلطات الإدارية من القيام بما يلزم لحفظ النظام العام، في أبعاده المختلفة، وتطبيقا للقرارات المعلنة بموجب الدستور من طرف رئيس الجمهورية.

غير أن هذا التفريق لا نراه دقيقا، لأن هناك تلازما في العلاقة بين ما يقوم به رئيس الدولة، وما تقوم به السلطات الإدارية، حيث لا تتصرف هذه الأخيرة إلا وهي تنفذ ما أمر به رئيس الدولة، الأمر الذي يقتضي دخول ما يقوم به تحت عنوان واحد، سواء بالاصطلاح على نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية.

ثالثا: التفريق بينهما من حيث نطاق مدلول كل منهما

ذلك أن الفقهاء اختلفوا في مدى اتساع مدلول كل من الضرورة والظروف الاستثنائية، لاستيعاب الآخر، فذهب بعضهم إلى القول بأن حالة الظروف الاستثنائية أوسع من حالات الضرورة، لكونها تؤدي إلى التوسيع من مبدأ المشروعية، بما يتيح للإدارة مواجهة الأزمات تحت رقابة القضاء، بينما تقتصر أحكام الضرورة على توسيع سلطات البوليس الإداري².

وذهب بعض الفقه إلى العكس من ذلك، فقالوا بسعة مدلول الضرورة ليستوعب ضمن جزئياته مصطلح الظروف الاستثنائية.

1 - أحمد عبد المالك سويلم أبو درابي: الظروف الاستثنائية وأثرها على الحقوق والحريات العامة في فلسطين، ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة 2017، ص12.

2 - تونصير ابراهيم: تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، ماجستير في القانون الدستوري، جامعة محمد خيدر بسكرة، 201-2014، ص18.

الفرع الثاني: تمييزها عن الظروف الطارئة

الظروف الطارئة هي: " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين للالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا، ويتهدهد بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار"¹.

تفترض النظرية انطلاقا من هذا التعريف، وجود عقد متراخ في تنفيذه، ومع حلول أجل التنفيذ تتغير الأوضاع الاقتصادية التي قام عليه توازن العقد، بشكل مفاجئ وغير متوقع، يصبح معه تنفيذ المدين للعقد مهددا بخسارة فادحة، وتبعاً لهذا الافتراض لا وجود للنظرية في العقود الحالية، كما لا توجد إذا صار تنفيذ العقد مستحيلا، لأن ذلك يترتب انقضاء الالتزام، كما في حال القوة القاهرة².

تتميز نظرية الظروف الطارئة بأنها تطبيق لنظرية الضرورة في نطاق عقود القانون الخاص، يعاد بها التوازن للالتزامات العقدية، تفاديا لوقوع العبء على احد طرفي العقد وحده، الذي قد تفرضه نظرية القوة الملزمة للعقد.

وقد عرفت النظرية نقاشا حادا بين فقهاء وقضاة القانون المدني، ما بين قابل لها ورافض، سببه تعارض النظرية مع القوة الملزمة للعقد، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أفضى إلى تكريسها في التشريعات الحديثة التي من بينها القانون المدني الجزائري بنص المادة (107) منه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث

1 - محمد رشيد قباني: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، ص131.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، 2011، نهضة مصر ج1، ص632،631.

يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويرجع فضل اعتماد تطبيق مضمون هذه النظرية في حقل القانون الإداري لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، خلال الحرب العالمية الأولى، بسبب تغير الظروف الاقتصادية، وتأثيرها في تنفيذ العقود المتعلقة بالتزام المرافق العامة، استجابة لضرورة تأمين النظام العام وسير المرافق العامة بانتظام، ومن الأمثلة التي أوردها السنهوري بهذا الصدد؛ قضية شركة الغاز في مدينة بوردو، التي كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع السعر عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنك للطن في سنة 1913، إلى ثلاثة وسبعين فرنك في سنة 1915، ولما رفع الأمر لمجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد¹.

ولئن كان القضاء الإداري الفرنسي بذل جهوداً في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نطاق القانون الإداري خدمة للصالح العام، وتأميناً لسير المرافق العامة، فإن هناك تساؤلاً يطرح حول مدى تميز هذه النظرية عن نظرية الظروف الاستثنائية، جوابه أن هناك نقاط التقاء بين النظريتين، هي كونهما من تطبيقات نظرية الضرورة، وكونهما تطبقان بسبب أحداث استثنائية مفاجئة، غير متوقعة، وغير مألوفة، وكونهما من تطبيق القضاء الإداري على الأحداث الاستثنائية التي واجهتها فرنسا في ظل ظروف استثنائية.

لكن هذا الالتقاء لا يعني تطابقهما، بل هناك من الفروق ما يجعلهما بعيدتين عن بعضهما من الناحية التطبيقية، وأهم ذلك:

1- اختلاف نطاق تطبيقهما: الذي هو العقود الإدارية بالنسبة للظروف الطارئة، والقرارات الإدارية، وأعمال السلطة بالنسبة للظروف الاستثنائية.

2- اختلاف طبيعة كل منهما: حيث طبقت نظرية الظروف الطارئة بهدف الحفاظ على مصالح المدين باعتباره الطرف الضعيف أمام الدائن، بينما الظروف الاستثنائية تهدر

1 - عبد الرزاق احمد السنهوري: المصدر السابق، ص 639.

مصالح الأفراد وتؤثر على حقوقهم وحررياتهم بشكل سلبي مخالف للقانون، تغليباً للصالح العام.

الفرع الثالث: تمييزها عن حالة الاستعجال

يعتبر التفريق بين الظروف الاستثنائية والاستعجال من المسائل المهمة، وغاية في الدقة، لأن كلاهما يستدعي التصرف وفق قواعد استثنائية تحت ظرف الاستعجال، ولذلك اختلف الفقهاء في التمييز بينهما على ثلاثة آراء.

الرأي الأول: هما فكرتان متطابقتان

مستند هذا الرأي كما بينه مراد بدران أن الفقهاء المدافعين على تطابق النظريتين¹ ذهبوا إلى تفسير موقف القضاء ولا حظوا أن القاضي لا يتردد في استعمال أي من الفكرتين دون تمييز بينهما، للتدليل على إمكانية مخالفة القواعد القانونية في أوضاع متشابهة، وإضفاء المشروعية على الإجراءات المتعلقة بذلك، سواء تحت اسم الظروف الاستثنائية أو الاستعجال.

ويتجلى ذلك التطابق كذلك في عدم تمييز القضاء بينهما من حيث التعريف، ما يعني أن الظروف الاستثنائية هي حالة استعجالية، تستدعي التدخل لحماية الصالح العام، والحالة الاستعجالية تلك ما هي إلا حالة خاصة للضرورة².

الرأي الثاني: هما فكرتان متميزتان

ينطلق هذا الرأي من فكرة أن الظروف الاستثنائية نظرية يتحقق تطبيقها إذا توافرت شروط محددة، وهي حصول أوضاع غير عادية أو أزمة غير مألوفة، تتسم بالخطورة على مصلحة عامة، ويستحيل التعامل معها وفق قواعد المشروعية العادية، بينما الاستعجال يتعلق باستحالة التصرف من طرف الإدارة على نحو معين خدمة للمصلحة العامة، سواء كانت بصدد أمر بسيط، أو جسيم، إذ الاستعجال قد يتفق مع وضعيات بسيطة وقريبة من الحياة اليومية، ولذلك تثار القضايا الاستعجالية أمام

1 - نسب هذا الرأي لكل من Mathiot، وRoig، و Nizard.

2 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 64،65.

القضاء تقريبا بشكل يومي، ويتصدى لها بالتشريعات العادية، بينما لا يمكن إثارة قضايا الظروف الاستثنائية إلا بصدد حصول أوضاع وأزمات كبيرة، تبرر للإدارة التصرف بإجراءات مخالفة للقانون، مثل اضطرابات داخلية كبيرة، تنذر بثورة عامة أو عصيان مدني، يهدد أمن الدولة ومؤسساتها، أو حصول حرب عدوانية على البلاد¹.

الرأي الثالث: إحداهما استيعاب إحداهما للأخرى

يمثل هذا الرأي خلاصة ما استنتجه مراد بدران من دراسته لمشكلة مدى وجود فرق بين الظروف الاستثنائية والاستعجال، حيث بين أن الرأيين السابقين يتوصل من خلالهما إلى أن هناك تمايزا بينهما من زوايا متعددة، وقد تحتوي إحداهما الأخرى، ومن الفروق بينهما²:

- 1- تقسيم حالة الاستعجال إلى بسيطة وقصوى، وأن الاستعجال البسيط بعيد كل البعد عن الظروف الاستثنائية، غاية ما يفرضه هو التصرف على وجه السرعة، بينما صورته القصوى المعبرة عن أزمة حادة، هي التي لها علاقة بالظرف الاستثنائي.
- 2- بينهما علاقة سببية، تتجلى في كون الحوادث الاستثنائية سبب يؤدي إلى الاستعجال، في صورته القصوى، وهناك من قال عكس ذلك فجعل الاستعجال أساسا للظروف الاستثنائية، يبرر التصرف استثناء على نحو مخالف للقانون المعد للأحوال العادية³.

ورغم هذه المحاولات لتشخيص الفرق بينهما، إلا أن ذلك بقي نقاشا نظريا، لم يفض إلى نتيجة عملية، ليبقى ما قام به مجلس الدولة الفرنسي من عدم الخوض في مسألة التفريق بينهما له وجاهته.

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 66،67.

2 - المرجع نفسه.

3 - كاظم علي الجنابي: سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، ط1، 2015، المركز القومي لإصدارات القانونية، القاهرة، ص22.

الفرع الرابع: تمييزها عن القوة القاهرة

القوة القاهرة من نظريات القانون المدني، التي اعتد بها القضاء الإداري الفرنسي، ومضمونها: "واقعة مستقلة، خارجة عن إرادة المتعاقدين، أو حدث مفاجئ يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، ويترتب عليه إعفاء الملتزم من تنفيذ التزامه"¹. تقوم نظرية القوة القاهرة على توافر ثلاثة شروط، هي عدم إمكان التوقع، واستحالة الدفع، واستحالة تنفذ الالتزام استحالة مطلقة². تلتقي القوة القاهرة مع نظرية الظروف الاستثنائية في أن كلا منهما يجسد تطبيقا لأحكام الضرورة، في نطاق وبشروط معينة، ويختلفان في: **أولاً: من حيث شروط تطبيقهما:**

نظرية الظروف الاستثنائية لا تتطلب شروطا قاسية كالتي تتطلبها القوة القاهرة، والمتمثلة في استحالة الدفع، واستحالة التنفيذ، ذلك بسبب اختلاف موضوعهما، ونطاق تطبيقهما، حيث تهتم الظروف الاستثنائية بحفظ الأمن والنظام العام، بينما تهتم القوة القاهرة بسلامة تنفيذ العقود، ووضع حد لها عند استحالة تطبيقها، ولا يشترط في الظروف الاستثنائية الانتظار لحين استحالة حفظ النظام بالقوانين العادية، إذ من غير المعقول كما يقول هاني علي إبراهيم الطهراوي: "أن تنتظر الإدارة لحين توقف كل أو بعض مرافق الدولة عن سيرها حتى تثبت فعلا استحالة التصرف طبقا لقواعد المشروعية العادية"³.

ثانياً: من حيث نطاق تطبيقهما

تختلف نظرية الظروف الاستثنائية مع القوة القاهرة، من حيث مجال تطبيقهما، حيث تطبق الأولى في مجال القرارات الإدارية، الهادفة لحفظ الدولة ومؤسساتها، والحقوق والحريات العامة، بينما تتعلق القوة القاهرة بالعقود الإدارية عندما يصبح تنفيذها مستحيلا، وبناء على هذا يمكن القول أن الظروف الاستثنائية أوسع نطاقا من

1 - هاني علي إبراهيم الطهراوي: المرجع السابق، ص 89.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ص 879، 878.

3 - هاني علي إبراهيم الطهراوي: المرجع السابق، ص 92.

حالة القوة القاهرة، لتعلق هذه الأخيرة بالعقود وهي مسألة جزئية فقط، وتعلق الأولى بكل ما يهدد كيان الدولة ونظامها من أخطار وأزمات.

ثالثاً: من حيث آثار كل منهما

تختلف الظروف الاستثنائية والقوة القاهرة من حيث آثار كل منهما على النحو الآتي:

أ- آثار الظروف الاستثنائية:

تتعدد آثار الظروف الاستثنائية لتشمل نواح متعددة، فيكون لها تأثير على قواعد الشرعية العادية بإحداث مشروعية استثنائية وفق ما تقتضيه الضرورة، كما يكون لها تأثير على الحقوق والحريات باعتبار موضوعها، ويكون لها أثر من حيث الهدف وهو حفظ الأمن والنظام العام، ودفع الأخطار المحدقة بهما، كما يكون لها أثر على مستوى الفصل بين السلطات، حيث تتيح للسلطة التنفيذية التدخل في صلاحيات هي في الأصل من اختصاص سلطات أخرى، كممارسة الاعتقال الإداري، الذي يمثل في الأصل اختصاصاً قضائياً، وممارسة التشريع وتقييد الحريات، الذي هو في الأصل من اختصاص البرلمان، ويكون لها الأثر في مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها¹.

ب- آثار القوة القاهرة:

للقوة القاهرة أثر مباشر مترتب على استحالة تنفيذ العقد، وهو انقضاء الالتزام، بقوة القانون دون ما حاجة إلى حكم قضائي، نصت عليه المادة (121) ق م ج، كما يلي: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينسخ العقد بحكم القانون".

وانقضاء الالتزام يترتب الأحكام الواردة في المادة (122) من ق م ج، وهي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ما لم يكن ذلك مستحيلاً، فيجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض للطرف المتضرر².

1- مجدي المتولي السيد يوسف: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية دراسة مقارنة، ص 148 وما بعدها.

2 - نصت المادة (122) ق م ج على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان على الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

كما أن من آثار القوة القاهرة انتفاء مسؤولية التعويض عن عدم تنفيذ العقد، طبقاً للمادة (127) ق م ج، ونصها: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني، أو اتفاق يخالف ذلك".

وقد نصت المادة 178 ق م ج، على جواز الاتفاق على تحمل المدين لتبعية الحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة.

الفرع الخامس: تمييزها عن أعمال السيادة

نتطرق في هذا الفرع لتحديد مفهوم أعمال السيادة، وتحديد طبيعتها، ثم نعرض على أوجه الاختلاف بينها وبين الظروف الاستثنائية.

أولاً: مفهوم أعمال السيادة

يعبر عن أعمال السيادة بأعمال الحكومة، وهي نظرية من إبداع مجلس الدولة الفرنسي، مضمونها كما عرفها محمود حافظ: "طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء، بجميع صورها ومذاهبها"¹، نشأت في فرنسا، إثر سقوطه²، الغرض منها إضفاء الصبغة السياسية على بعض الأعمال التي تقوم بها السلطة العليا في البلاد، في جملة من المواضيع الدستورية.

1 - محمد واصل: أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006، ص 386.

2 - بعد سقوط نابليون وعودة الملكية، أراد مجلس الدولة الحفاظ على وجوده، فقرر الحد من التوسع في ممارسة السلطة الرقابية، أضفى بذلك حصانة على بعض أعمال الحكومة، (ذكر هذا كل من سمير داوود، وعلي مجيد العيكلي، في كتابهما المشترك "مدى تأثير الظروف الاستثنائية على الشرعية الدستورية، دراسة مقارنة"، ص 24). وذكر هاني علي إبراهيم الطهراوي، أن نشأة النظرية تعود إلى حكم مجلس الدولة في قضية لاهيب بنبك، الذي طالب وزير المالية بصرف مرتبات استحققت لأحد أفراد أسرة نابليون بونابرت، لكن الحكومة رفضت صرفها، وطعن البنك في قرارها أمام مجلس الدولة، الذي رفض اختصاصه بنظر الدعوى، لأن الأمر يتعلق بمسألة سياسية، يعود الحكم فيها أولاً وأخيراً للحكومة.

وعن المنظومة الفرنسية أخذ القضاء الجزائري النظرية، وجسدها في واقع أحكامه، وحدد لها نطاقها طبقا لمعيار الباعث السياسي¹.

ثانيا: طبيعة أعمال السيادة

إذا كان القضاء هو من أسس النظرية وأوجد لها المبررات، فإن الفقه اتفق على أنها وصمة في جبين المشروعية، وشن بسبب ذلك حملة شعواء ضدها، لكونها تمكن الإدارة من سلطة مطلقة بعيدا عن أعين الرقابة القضائية، ولصعوبة تحديد طبيعتها بواسطة معيار علمي دقيق صالح لتمييزها عن الأعمال الإدارية، الخاضعة للمشروعية، نبين طبيعتها القانونية، ثم موقف الفقه الإسلامي منها.

1- طبيعتها القانونية:

حاول الفقه تحديد طبيعة أعمال السيادة، فوضع جملة من المعايير أهمها:

1- معيار الباعث السياسي:

الذي بموجبه يعتبر العمل سياديا متى كان الدافع له سياسيا، لكن سرعان ما تم انتقاد هذا المعيار بسبب وضعه للحقوق والحريات في خطر متى ما رأت السلطة التنفيذية أن التضحية بها تخدم غاية سياسية².

2- المعيار الموضوعي:

قام هذا المعيار على فكرة طبيعة العمل ذاته، من خلال التمييز بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة، حيث تعتبر الأولى سيادية، والثانية إدارية، لكن هذا المعيار جاء غامضا وغير واضح، رغم محاولات عدة لبيان مضمونه³، الأمر الذي أدى إلى

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 80.

2 - محمد مفرح حمود العتيبي: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، ماجستير في العدالة الجنائية، تخصص السياسة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011م، ص 65.

3 - حاول الفقيه لافريير تحديد معنى العمل الحكومي بناء على الغاية المتوخاة منه، وهي تحقيق مصلحة الجماعة السياسية والسهر على احترام دستورها وسير هيئاتها العامة والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية، وعلى أمنها الداخلي.

انتقاده بسيل من الانتقادات، صب مجملها في عجزه عن التفريق بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة، لكونهما يصدران من نفس السلطة، قد تحتاج إلى استهداف غاية سياسية وإدارية بمناسبة العمل الواحد.

3- معيار النصوص القانونية المطبقة:

حدد هذا المعيار أعمال السيادة على أساس النصوص القانونية المطبقة، وهي النصوص الدستورية، وما عدا ذلك من نصوص ولوائح يشكل أرضية للأعمال الإدارية، وبناء على هذا تكون كل القرارات التي تصدرها الإدارة تطبيقاً لنصوص دستورية عملاً سيادياً غير خاضع لرقابة القضاء، وقد نادى بهذه الفكرة كل من ديكروك Ducrocq، وكاري دي مالبرج Carré de malberg، وانتقد هذا المعيار كذلك بأنه يوسع كثيراً من نطاق أعمال السيادة، بإدخال أعمال إدارية بحتة فيها، مثل تعيين الموظفين، كما يؤدي إلى الخلط بينهما من باب كون بعض الأعمال السيادية ليست تنفيذاً لنصوص دستورية، وبعض الأعمال الإدارية تنفيذاً لنصوص في الدستور، وأخطر الانتقادات هو جعل الحقوق والحريات في مهب الريح بسبب استنادها لنصوص دستورية¹.

4- معيار الأعمال المختلطة:

يقوم هذا المعيار على أن أعمال السيادة هي أعمال تقوم بها السلطة التنفيذية بمناسبة علاقتها بسلطات أخرى، سواء على المستوى الداخلي، مثل علاقة الحكومة بالبرلمان، كالدعوة لانتخابه، أو انعقاده، أو وقف جلساته، أو حله. أو على المستوى الخارجي، مثل الاعتراف بدولة، أو إقامة علاقات معها، أو قطعها، أو تبادل السفراء، أو سحبهم، أو إعلان الحرب، أو عقد الصلح، أو المعاهدات.

كما حاول الفقيه هوريو حصر العمل الحكومي في وضع الحلول للأمور الاستثنائية، والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية.

وذهب الفقيه سيليه إلى أن الأعمال الحكومية هي التي تصدر عن السلطة التنفيذية، بخصوص علاقاتها بسلطة أخرى، كالسلطة التشريعية أو سلطة دولة أخرى. (ينظر: محمد مفرح حمود العتيبي، المرجع السابق، ص 66).

1 - محمد مفرح حمود العتيبي: المرجع السابق، ص 68.

وانتقد هذا المعيار كذلك لأسباب، ورفض القضاء الأخذ به، ليتم البحث هن معيار آخر.

5- معيار القائمة القضائية:

بعد أن فشلت المحاولات الفقهية في تحديد طبيعتها، أرجع الأمر إلى القضاء باعتباره واضح النظرية¹، ليتم البحث على سبيل الحصر ضمن أحكامه، بهدف تحرير قائمة بأعمال السيادة، وبالرجوع لأحكام القضاء تم تحرير قائمة قضائية تحوي سبعة مجموعات من الأعمال.

الأولى: هي الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان.

الثانية: تحتوي على الأعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية، والدبلوماسية.

الثالثة: بعض الأعمال المتصلة بالعمليات الحربية، مثل إعلان الحرب، او عقد هدنة وما أشبهها.

الرابعة: أعمال متعلقة بسلامة الدولة وتدابير أمنها الداخلي، من بينها أحكام الضرورة والظروف الاستثنائية.

الخامسة: الأحكام المتعلقة بالجنسية.

السادسة: إبعاد الأجانب وترحيلهم.

السابعة: تتعلق ببعض المنازعات الناشئة عن قانون النشر والإعلام.

وعلى الرغم من أن هذا المعيار من أفضل المعايير، إلا أنه عيب عليه الطول في تعداد أعمال السيادة، وإغفال تحديد معيار بالمعنى الفني، الأمر الذي جعل أعمال السيادة عرضة للتوسع أو الانحسار، تبعا لطبيعة العلاقة القائمة بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية².

6- معيار النظرية السلبية:

بعد النقد الموجه لمعيار القائمة القضائية ظهرت فكرة مفادها إنكار أعمال السيادة من أساسها، خاصة من زاوية القائمة القضائية، وأن ما يسمى أعمال السيادة لا

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 80.

2 - محمد مفرح حمود العتيبي: المرجع السابق، ص من 69 إلى 78.

يختلف عن باقي أعمال الإدارة، من حيث المصدر، والطبيعة، والهدف، وولاية القضاء تتسع لكافة المنازعات بين الأفراد والحكومة، تقيدا بالعدل والإنصاف، وإن كان لا بد من تحصين بعض أعمال السلطة ضد الرقابة القضائية، فيجب أن يكون من واقع التشريع لا من واقع القضاء.

لكن هذا المعيار كسابقيه لم يلق قبولا، الأمر الذي يجعل معيار القائمة القضائية أقرب إلى الحقيقة، خاصة وأن الدساتير لم تحسم النقاش ببيان أعمال السيادة وتمييزها عن غيرها.

ب- موقف الفقه الإسلامي منها:

بحكم خصوصية الفقه الإسلامي في وحدة مصادر التشريع فيه، لم يكن يعرف نظرية تحت مسمى أعمال السيادة، لكن بحكم معاشة الواقع القانوني في البلدان الإسلامية، المتأثرة بالقوانين الغربية، كان لزاما على الفقهاء أن يدلوا بدلوه في البحث عن الموقف من هذا النوع من الأعمال.

فمن حيث المبدأ لا تقر الشريعة الإسلامية أي خروج عن المشروعية، إلا ما أملت الضرورة، التي تقدر بقدرها تطبيقا للنصوص الضابطة لها، وهو أساس رأي المانعين لأعمال السيادة المحصنة ضد أي رقابة، إلا أن هناك جانبا من الفقه يرى إمكانية إقرار أعمال السيادة، تمكينا للحاكم من جلب المصالح ودرء المفساد، ومثلوا بما فعله أبو بكر الصديق رضي الله عنه لما أنفذ جيش أسامة¹.

والذي نراه ان التشريع الإسلامي فيه من المرونة ما يجعله غنيا عن هذه النظرية، ذلك أن المركز القانوني للحاكم في السياسة الشرعية، يجعله من أهل الاجتهاد، وصوته مرجح، يرتفع به الخلاف، وقراره نافذ لوجوب طاعته، لكن ليس محصنا من اعتراض تصرفاته غير المشروعة.

ثالثا: أوجه الاختلاف بين أعمال السيادة والظروف الاستثنائية

تلتقي أعمال السيادة مع نظرية الظروف الاستثنائية في كون كل منهما عملا تباشره السلطة التنفيذية في الدولة، بهدف الحفاظ على كيان الدولة ومصالحها الكبرى،

1 - محمد مفرح حمود العتيبي: المرجع السابق، ص 92.

في وجه الأخطار الداخلية والخارجية، وأنهما تعدان قيда على مبدأ المشروعية، وتختلفان في جملة من النقاط أهمها:

أ- من حيث مخالفتها لمبدأ المشروعية:

سبق وأن قلنا أن النظريتين تمثلان تقييدا لمبدأ المشروعية، لكنهما يختلفان عن بعضهما في كيفية ذلك، حيث إن الظروف الاستثنائية لا تخالف مبدأ المشروعية إلا من الناحية الشكلية، لأن الإجراءات الاستثنائية تظل خاضعة لرقابة القضاء، بينما أعمال السيادة تخالف مبدأ المشروعية من ناحيتي الشكل والموضوع معا¹.

ب- من حيث الخضوع لرقابة القضاء:

أعمال الظروف الاستثنائية تخضع لرقابة القضاء، إلغاء وتعويضاً، بينما نظرية أعمال السيادة محصنة ضد رقابة القضاء، إلغاء وتعويضاً.

ج- من حيث زمن التطبيق:

نظرية لظروف الاستثنائية تطبق في الظروف غير العادية، ولمدة محددة، بينما أعمال السيادة تطبق في جميع الظروف الزمنية، ولمدة غير محددة².

د- من حيث الأسباب:

الظروف الاستثنائية ترجع إلى أسباب عملية، واقعية، تفرض التدخل اضطراراً، بينما أعمال السيادة ترجع إلى أسباب سياسية غالباً³.

ه- من حيث ضمانات حقوق وحرريات الأفراد:

بصدد الظروف الاستثنائية، تكون ضمانات الحقوق والحرريات أقوى منها في ظل أعمال الحكومة، ذلك أن القاضي عندما يسمح بمخالفة القانون في ظل الظروف الاستثنائية، يربط ذلك بمدة محددة، تقتصر على فترة الظرف الاستثنائي، مع ضمان

1 - سمير داوود وعلي مجيد العيكي: المرجع السابق، ص 24.

2 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 83.

3 - المرجع نفسه.

حق الطعن للأفراد، أما بصدد أعمال الحكومة، فلا يتعدى دور القاضي تكييف العمل¹.

الفرع السادس: تمييزها عن أعمال السلطة التقديرية

تعتبر السلطة التقديرية² أداة تتم بها موازنة مبدأ المشروعية، ذلك أننا إذا تصورنا خضوع الإدارة في جميع تصرفاتها لقواعد أمر، فإنها ستتحول إلى آلة صماء، تعمل بشكل ميكانيكي، وفق ما خطط لها سلفاً، دون تمكينها من أي مجال للمبادرة، وهذا وضع يتنافى والحياة العملية، التي تقتضي أن يكون للإدارة قدر من السلطة، التي تقدر الإقدام على اتخاذ القرار من عدمه، وتحديد موعد ذلك، ونوعه من حيث الملاءمة.

وإذا كانت طبيعة الحياة الإدارية والسياسية تقتضي أن يكون إلى جانب الشرعية القانونية، سلطة تقديرية تستطيع الإدارة من خلالها تحديد مضمون القرار، الذي تريد الإقدام على اتخاذه، ما يعني تمتع الإدارة بنوعين من الاختصاص أحدهما مقيد بالمشروعية، وثانيهما مقدر³، فإن هذا الأخير طرح أسئلة عديدة بشأن مدى اختلافه عن الظروف الاستثنائية، أو وجود نقاط شبه بينهما، وبالرجوع إلى مصادر القانون الإداري والقضاء الإداري، نجد أن هناك تشابهاً بينهما من وجوه، واختلافاً بينهما كذلك، نبينه في الآتي:

أولاً: أوجه الشبه

تتفق نظرية السلطة التقديرية مع نظرية الظروف الاستثنائية فيما يلي:

1- كلاهما يعطي الإدارة قدراً كبيراً من الحرية في ممارسة اختصاصها.

1 - محمد مفرح حمود العتيبي: المرجع السابق، ص 61.

2 - لقد حصل خلاف فقهي كبير حول طبيعة أعمال السلطة التقديرية، حيث صنفها بعضهم في خانة الأعمال المحصنة بطبيعتها عن الرقابة القضائية، كما هو الشأن بالنسبة لأعمال السيادة، وذهب فريق آخر إلى أنها من قبيل الأعمال العادية التي تدخل ضمن نطاق تناول الرقابة القضائية، حيث يمكن الطعن في القرارات الصادرة على أساسها لعيب عدم الاختصاص، أو عيب في الشكل، و الانحراف في استعمال السلطة

3 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص 107، 108.

2- كلاهما يخضع للرقابة القضائية، في ناحية المسؤولية عن آثار تصرفاتها على الحقوق.

3- كلاهما اختصاص مقدر، من زاوية أن تصرفات الإدارة في الظروف الاستثنائية، تعد أعمالاً تقديرية، غير خاضعة لرقابة المشروعية.

ثانياً: أوجه الاختلاف

1- السلطة التقديرية تتعلق بسلطة الإدارة في الظروف العادية، بينما الظروف الاستثنائية تتعلق بسلطتها في الظروف غير العادية¹.

2- الإدارة عند استعمالها للسلطة التقديرية، لا يمكنها تجاوز قواعد الشرعية العادية، بينما في الظروف تلجأ إلى تطبيق قواعد استثنائية، بما يتلاءم والضرورة الواقعة².

3- مجال السلطة التقديرية محدود، لارتباطه ببعض عناصر القرار الإداري، بينما مجال الظروف الاستثنائية واسع، ومتدرج، قد يصل إلى حد وقف العمل بالدستور.

4- الظروف الاستثنائية مرتبطة بتوافر شروط محددة، بينما السلطة التقديرية هي مكنة للإدارة، عند غياب القواعد الآمرة التي تقيدها، وليس فيها مثل تلك الشروط.

5- العمل التقديري لا يخضع للرقابة القضائية، إلا إذا اعتدى على حق من الحقوق، بينما أعمال الظروف الاستثنائية، تخضع دائماً للرقابة القضائية، لتعلقها بالحقوق والحريات دائماً³.

6- تختلفان في ناحية المسؤولية الناجمة عن كليهما، من حيث استناد دعوى المسؤولية إلى الخطأ العادي في السلطة التقديرية، وإلى الخطأ الجسيم في الظروف الاستثنائية.

1 - هاني علي إبراهيم الطهراوي: المرجع السابق، ص 99.

2 - أحمد مدحت علي: المرجع السابق، ص 318.

3 - المرجع السابق، ص 308.

المبحث الثالث: أساس الظروف الاستثنائية وتحديد طبيعتها

يقصد بأساس نظرية الظروف الاستثنائية، ذلك المبدأ، أو القاعدة التي يركن إليها القاضي، وهو يجتهد لإضفاء المشروعية، على أعمال إدارية، غير مشروعة في الأصل، سواء أخذها من نص تشريعي، أو من القواعد العامة، كما يقصد بطبيعتها القانونية، كيفية الحكم على تصرفات الضرورة، بالصحة، أو البطلان، تبعا لإضفاء الشرعية عليه من عدم ذلك.

المطلب الأول: أساس الظروف الاستثنائية

تبنى نظرية الظروف الاستثنائية على أساس فلسفي، وأساس تشريعي، تولى الفقه والقضاء العمل على إبرازه، نبرز أولا الأساس الفلسفي (الفرع الأول)، ثم ننثني بالأساس القانوني وعلاقته بالأساس الفلسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساسها الفلسفي

اختلف الفقهاء في تحديد أساس الظروف الاستثنائية، بسبب كثرة الأفكار المتواردة على هذا التأسيس، تبعا للاختلاف في تكييفها، تدور في مجملها حول المبرر الذي تضيء به الشرعية على تصرفات الضرورة، نبين ما وقفنا عليه من وجهات النظر في الآتي:

أولاً: تأسيسها على فكرة الضرورة

استند بعض الفقه في التأسيس للظروف الاستثنائية على حالة الضرورة، التي تتواجد فيها الإدارة، باعتبارها نظاماً قانونياً نشأ لمواجهة وقائع غير عادية،

تستدعي لزوم اتخاذ تدابير اضطرارية¹، وتوظيف الوسائل القانونية الاستثنائية، تزعم هذه الفكرة كل من هوريو، وديجي².

ولئن كان هذا الرأي من أهم الآراء في التأسيس لنظرية الظروف الاستثنائية، فإن هناك اختلافاً حول انعكاسه على العلاقة بين الظروف الاستثنائية ومبدأ المشروعية، أفضى إلى رأيين؛ أحدهما يرى اتساع مبدأ المشروعية ليستوعب مقتضيات الضرورة، تحت عنوان المشروعية الاستثنائية، وثانيهما يرى تأثير الضرورة على مبدأ المشروعية.

أ - اتساع مبدأ المشروعية

يرى أصحاب هذا الرأي أن الظروف الاستثنائية لا تمس بمبدأ المشروعية من حيث وجوده، وإنما تؤدي إلى تطبيقه على نحو استثنائي، تظل فيه السلطة التشريعية هي المهيمنة على سلطة التشريع، والسلطة التنفيذية ملتزمة بتنفيذ القانون، وما تقوم به السلطة التنفيذية على نحو يبدوا مخالفاً للتشريع، هو في حقيقته تطبيق للقانون نفسه، وفي هذا الإطار عرف الفقه نظريتين، أولهما تسمى نظرية الفراغ القانوني، والثانية نظرية دستورية الإجراءات المخالفة للقانون³.

ثانياً: تأسيسها على نظرية الفراغ القانوني:

وهي نظرية نادى بتطبيقها الفقيه ماثيو Mathiot، مؤداها أن النصوص العادية عندما تكون عاجزة أمام الظروف الاستثنائية، ويقوم القاضي بإضفاء المشروعية على تصرفات السلطة، لا يعد مخالفاً للقانون، وإنما يكون منفذاً له، وسادا للفراغ فيه، وهي نظرية تأسست على مبدأ المشروعية الذي يفرض على السلطات واجب الحفاظ على المصلحة العامة، واستمرار المرافق العمومية في تحقيقها⁴.

1 - أحمد عبد المالك سويلم أبو درابي: الظروف الاستثنائية وأثرها على الحقوق والحريات العامة في فلسطين، دراسة تحليلية مقارنة، ص 22.

2 - سمير شعبان وأحمد غراب: مجال التشريع بالأوامر في ضوء المادة (124) من الدستور، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر 2015، ص 102.

3 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 88 وما بعدها.

4 - المرجع السابق، ص 90، 91.

تعرضت هذه النظرية لانتقادات شديدة، أهمها أن القاضي لا يتدخل فقط ليملاً الفراغ التشريعي، وإنما يتدخل أيضاً عند وجود غموض في النص، زيادة على أن مشكلة الظروف الاستثنائية لا تتعلق بفراغ قانوني، بقدر ما تتعلق بعدم صلاحية تشريع موجود لظرف استثنائي.

ثالثاً: تأسيسها على نظرية دستورية الإجراءات الاستثنائية:

مؤدى هذه النظرية أن الدستور¹، هو الذي يسمح للإدارة بالتدخل لمواجهة الظروف الاستثنائية، والقضاء ليس له إزاء ذلك سوى دور المراقبة، وحتى في الحالات التي وضع فيها المشرع نصوصاً للظروف الاستثنائية، يمكن الإدارة أن تخالفها؛ إذا استجبت أزمة بمتطلبات جديدة لم يراعها التشريع.

رابعاً: إنتهاء المشروعية العادية بحلول شرعية جديدة خاصة

يتمثل في حق الدولة في الدفاع عن نفسها، مثل ما يحق للفرد الدفاع المشروع عن النفس في القانون الجنائي، وذلك يمنح السلطة الإدارية في الدولة اختصاصات جديدة، وقد نادى الفقيه Nizard بهذه الفكرة، مبيناً أن الظروف الاستثنائية تظهر كمانع من تطبيق القانون العادي، ينشأ بموجبه اختصاص جديد للموظف المعنى بحفظ الأمن والنظام العام.

و يثار بموجب هذه الرؤية إشكالان؛ يتعلق أولهما بحكم تعذر قيام الموظف المختص بممارسة اختصاصه، وثانيهما بعدم كفاية الإجراءات المنصوص عليها في القانون لمواجهة الوضع، عالجها مراد بدران، وبين أن في الحالة الأولى يجب قيام سلطة أخرى بممارسة الاختصاص، وفي الحالة الثانية، يحق للسلطة أن تتصرف

1 - يفسر مصطلح الدستور عند هوريو بمعناه الواسع الذي يشمل المبادئ غير المكتوبة التي تعد قواعد سامية على النصوص العادية، وبمثابة الشروط الضرورية لوجود الدولة، أما فيدل فيرى أن المقصود بالدستور النص المكتوب، لأن المؤسس لم يكن يفكر في أن يأتي يوم تتعارض فيه النصوص مع سير المرافق العامة بانتظام.

بالقدر الكافي من الإجراءات، التي تتحقق بها المصلحة العامة، كاختصاص جديد ينشأ لها بموجب الضرورة¹.

خامسا: تأسيسها على فكرة أعمال السيادة

تلتقي نظرية الظروف الاستثنائية مع نظرية أعمال السيادة في جملة من النقاط، ما جعل بعض الفقهاء يرون أن الإجراءات الاستثنائية المتخذة لمواجهة الظروف الاستثنائية ترتبط بفكرة أعمال السيادة كأساس تبنى عليه، ذلك أن الأعمال الصادرة عن الحكومة وهي تحافظ على سلامة الدولة تعتبر أعمالا سيادية²، لكن هذا الرأي تعرض للنقد من عدة زوايا، بسبب ما يضيفه من حصانة على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية، على غرار نظرية الضرورة الألمانية³، أهمها أن لوائح الضرورة وإن كانت لها قوة القانون إلا أنها ليست قانونا، وإنما هي قرارات إدارية خاضعة لرقابة القضاء الإداري.

سادسا: تأسيسها على فكرة واجبات السلطة الإدارية

يرى جانب من الفقه، أن الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية، هو واجبات السلطة الإدارية في الحفاظ على النظام العام، وتأمين سير المرافق العامة بانتظام، ذلك أن تطبيق قواعد القانون المعدة للأحوال العادية، قد تحول دون أداء الإدارة لواجباتها، ومن ثم تتحول تلك الواجبات الضرورية إلى مبرر يؤسس لمشروعية استثنائية، تستند إليه الإدارة في التصرف بشكل مخالف للقانون، وبناء عليه يعتبر ما تتخذه الإدارة من الإجراءات غير القانونية في حال الأزمات مشروعا⁴، ومن الذي انتصروا لهذه الفكرة كل من العميد هوريو، والفقير بونار، ودي لوبادير⁵، يقول سليمان الطماوي، مستثمرا بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي المؤسسة للظروف الاستثنائية

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 102، 103.

2 - تميمي نجاة: المرجع السابق، ص 51.

3 - سليمان الطماوي: النظرية العامة لقرارات الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي 1957، ص 362.

4 - مجدي المتولي السيد يوسف: المرجع السابق، ص 75، 76.

5- تميمي نجاة: حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، ماجستير في القانون فرع الإدارة والمالية، تحت إشراف عوابدي عمار، جامعة الجزائر، 2003، 2002، ص 49، 50.

على "واجبات السلطة الإدارية"، في الحفاظ على النظام العام وسير المرافق العامة بانتظام" فالإدارة ملزمة بأن تعمل على حفظ النظام العام وسير المرافق العامة سيراً منتظماً، فإذا ما تبين لها أن تطبيق قواعد المشروعية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا الواجب، فلها أن تتحرر مؤقتاً من تلك القواعد بالقدر الي يمكنها من أداء واجباتها"¹.

الفرع الثاني: أساسها القانوني

بدأت التشريعات تهتم بالتأسيس التشريعي لتنظيم الظروف الاستثنائية، توسيعاً لنطاق المشروعية، ووضعاً لضوابط، يجب على الإدارة التقيد بها خلال الظروف الاستثنائية، وقد أثار موضوع تنظيم الظروف الاستثنائية بنصوص قانونية جدلاً فقهيًا واسعاً، ذلك أن جانباً من الفقه ينتصر لمبدأ المشروعية في الظروف الاستثنائية، كما في الظروف العادية، إعلاء لسيادة القانون²، وجانباً آخر يرى عدم جدوى تنظيمها قانونياً، لتغير مظاهر الحالات الاستثنائية وظروفها الزمانية والمكانية، ما يجعل تقنينها تقييداً للإدارة عن اتخاذ الإجراءات الملائمة.

نبين أولاً مدى ملاءمة التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية، ثم نعرض على التأصيل لها من نصوص التشريع

أولاً: مدى ملاءمة التنظيم الدستوري للظروف الاستثنائية

لبيان ذلك لابد من القول أن الفقه القانوني أسفر عن رأيين، أحدهما مع، والآخر ضد التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية، نبين الرأي الراض ومبرراته أولاً، ثم نعرض على الرأي المؤيد، ومبرراته كذلك.

أ- رفض التنظيم التشريعي للظروف الاستثنائية:

رأى أنصار هذه الفكرة أن الظروف الاستثنائية وإجراءات مواجهتها، ينبغي أن تبقى خاضعة للشرعية الاستثنائية التي يفرضها الواقع، تقدر السلطة التنفيذية حجم ما

1 - المرجع نفسه.

2 - حمزة نقاش: الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011، 2010، ص48.

تثيره من مخاطر وترصد لها إجراءات بقدرها، ومن غير المجدي أن يتصدى المشرع لتنظيمها مسبقاً، وتقييد السلطة التنفيذية بتطبيق نفس الإجراءات على جميع الحالات، لأن ذلك يؤدي إلى سلبيات كثيرة من بينها¹:

1. وضع النظام الديمقراطي في خطر:

ذلك أن اللجوء إلى تنظيم الظروف الاستثنائية، يؤدي لقيام نوع من الدكتاتورية تحت ستار نصوص دستورية، تغري بالسلطة، وتجعلها عاجزة عن حماية الدولة.

2. إمكانية استغلال السلطة لما يتيح التشريعات الاستثنائية من سلطات:

حيث يمكن أن يتم تطبيق التشريعات الاستثنائية على حالات لا ينطبق عليها وصف الضرورة، بهدف حماية نفسها بدلا من حماية الدولة.

وقد يحدث من الظروف غير المعتادة ما لا يستدعي بالفعل تطبيق التشريعات الاستثنائية، لكن وجود تلك التشريعات يغري السلطة باللجوء إليها، والخروج على الأحكام الدستورية المعتادة، ولعل من الأمثلة على ذلك، ما قام به الرئيس الجزائري أحمد بن بلة، عندما قام بتجميد الدستور الجزائري أياما قليلة بعد سريان مفعوله، إثر التمرد العسكري الذي قاده كل من أيت أحمد، ومحمد أولحاج²، استنادا إلى نص المادة 59 من دستور 1963³.

3. يتنافى وطبيعة الظروف الاضطرارية:

لأن من خصائص الظروف الاستثنائية عدم إمكان التنبؤ بها، على نحو واضح والشيء الذي لا يمكن التنبؤ به لا يمكن الإعداد لمواجهة بشكل فعال، الأمر الذي يقتضي ترك الظروف الواقعية هي التي تستدعي الحلول المناسبة لها.

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص106؛ نصر الدين بن طيفور: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجبيلي اليايس، سيدي بلعباس، 2002، 2003، ص11.

2 - سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، ط2، 1993، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، ص57.

3 - ونصها: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع، يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية. ويجتمع المجلس الوطني وجوبا.

4. التنظيم المسبق يخرجها عن طابع الضرورة:

ذلك أن تنظيمها فرع عن توقعها، وقد سبق بيان أن مجرد توقعها، أو القدرة على التنبؤ بها، يخرجها عن طابع الضرورة، الأمر الذي يحولها إلى المشروعية العادية، التي تلتزم فيها الإدارة بتطبيق القانون.

5. عدم الجدوى تبعاً لطبيعة التنظيم:

يقول يحي الجمل بيانا لهذا الأمر: "وبعض الذين يذهبون إلى عدم جدوى تنظيم حالة الضرورة في الدستور، يقولون: إن هذا التنظيم إما أن يحاول أن يكون تفصيليا دقيقا محددًا، وإما أن يكون بالمقابل عاما وغامضا، وفي الحالة الأولى فإن ذلك التنظيم إذا لم تصادفه حالة تطابق نصوصه تماما، فإنه يصبح ولا جدوى منه...، كذلك فإنه في الحالة الثانية يكون ذلك التنظيم الغامض هو وعده سواء، طالما أننا نسلم بأن الضرورة في حد ذاتها تبيح الخروج على القواعد العادية للمشروعية"¹.

ب- قبول التنظيم التشريعي المسبق للظروف الاستثنائية:

هناك جملة من الفقهاء ذهبوا إلى ضرورة تنظيم الظروف الاستثنائية سلفا، في مقدمتهم الفقهاء الألمان؛ أنصار نظرية الضرورة القانونية، وبعض فقهاء القانون الفرنسي، مثل بارتيليمي Barthélémy، وريتشارد دوبوا Dubois- Richard ، ودابين Dabin، وغيرهم ممن يرون أن تنظيمها مسبقا يجنب الدولة وسلطاتها الوقوع في الارتباك في أوقات الخطر واشتداد الأزمات، كما يفرض على سلطات الدولة إطارا قانونيا تتحرك فيه، الأمر الذي يحول بينها وبين التحكم والمغالاة²، كما يجنبها الاجتهادات الفردية التي قد تشتت إلى مدى لا يمكن معرفته³.

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 109.

2 - المصدر السابق، ص 113، 112.

3 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص 12.

وقد وجد هذا الرأي قبولاً أكثر من سابقه، وشق طريقه نحو التجسيد القانوني في وقت مبكر، من طرف واضعي الدساتير والتشريعات في مختلف الدول، حيث اقتنعت بضرورة مراعاة الضرورة والظروف الاستثنائية، من حيث كونها وضعاً مستقلاً، يحتاج أحكاماً خاصة به، في مقدمتها المشرع الفرنسي، الذي اهتم بالموضوع منذ دستور السنة الثامنة، الصادر في 13 ديسمبر 1799م، حيث نصت المادة (92) منه¹، وقانون (9) أوت 1849، الذي نظم أحكام حالة الحصار²، وقانون الطوارئ الصادر في (03) أبريل 1955، ودستور 1958م، الذي جسد بموجب المادة (16) منه، تحويل رئيس الجمهورية اتخاذ كافة الإجراءات التي تقتضيها الضرورة، أو تفرضا أزمة استثنائية تمر بها البلاد³.

والدستور الإيطالي 1948م، بموجب المادة (77) منه، والتي نصت على تمكين الحكومة من اتخاذ إجراءات لها قوة القانون، في حالة الضرورة الاستثنائية والاستعجال⁴.

« Article 92. - Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. - Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté ».

الموقع الإلكتروني:

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>

شاهد بتاريخ 2018/04/18، في السابعة صباحاً.

2 - عدل في (3) أبريل 1878م، ثم في (17) أبريل 1916م.

3 - يرجع السبب إلى تداعيات قيام الثورة الجزائرية ضد الاحتلال الفرنسي، حيث أدى ذلك إلى إصدار قانون الطوارئ في الثالث أبريل 1955، ثم تعديله في (7) أوت من نفس السنة، ثم تعديله في ضوء المادة (16) من دستور 58، في (15) أبريل 1960م.

4 - نص المادة (77) في الدستور الإيطالي الحالي: " لا يمكن للحكومة إصدار مراسيم لها قوة القانون العادي، دون تفويض من المجلسين.

عندما تتخذ الحكومة على مسؤوليتها الخاصة في الأحوال الاستثنائية الاضطرارية الطارئة، إجراءات مؤقتة لها قوة القانون، عليها أن تطرحها للمناقشة في اليوم نفسه، في المجلسين اللذين وإن كانا منحلين يدعون للانعقاد لهذا الغرض خلال خمسة أيام.

لا تصبح المراسيم سارية منذ البداية ما لم يتم تحويلها إلى قوانين في خلال ستين يوماً من نشرها.

رغم ذلك يمكن المجلسين أن ينظما بموجب قانون، العلاقات القضائية المترتبة على المراسيم غير المحولة".

وقد راعى المؤسس الجزائري حالة الظروف الاستثنائية، ووضع ملامح تنظيمها تشريعياً، بداية من دستور 1976م، وانتهاء بدستور 1996 المعدل، حيث مكن رئيس الجمهورية من سلطة اتخاذ كل الإجراءات التي تفرضها ضرورة حفظ النظام العام وأمن الدولة ومؤسساتها، ونوع في مظاهرها بما يستجيب لدرجة الخطر المحقق بها، من حالة الطوارئ والحصار، إلى الحالة الاستثنائية وحالة الحرب، وسيأتي في الدراسة التطبيقية بيان أساليب المراعاة التشريعية، والفرق بين التأسيس لها في الدستور، وتنظيمها المفصل في القوانين الاستثنائية.

ثانياً: العلاقة بين الأساس الفلسفي والأساس القانوني

يثار هنا تساؤل حول العلاقة بين الأساسين التشريعي والفلسفي؛ من حيث تأثير أحدهما في الآخر، وما دام أن التأسيس التشريعي جاء متأخراً، فإنه من الطبيعي أن تتجه بوصلة البحث نحو تأثيره بالنقاش الذي دار طويلاً حول الأساس الفلسفي، فهل تأثر المشرعون بفكرة الضرورة؟ أم بفكرة الخطر المحقق بالصالح العام، كشرط موضوعي تتحقق بموجبه حالة الضرورة؟

بالرجوع لأحكام الظروف الاستثنائية في الدساتير نجد حضوراً واضحاً لفكرتي الضرورة والخطر، ذلك أن المؤسس راعى حالة الأحداث المستجدة، التي تتسم بالخطورة الاستثنائية على كيان الدولة ومصالحها العليا، مما تجد الدولة نفسها إزاءه مضطرة لتجاوز القواعد والمبادئ الدستورية السارية في تنظيم الحياة العدية.

فالدستور الجزائري بنى أحكام الظروف الاستثنائية على الأساسين معاً، دون أن يبرز ما إذا كان مفهومهما واحداً، أم يحملان مفهومين مغايرين، فأسس قيام حالتها الطوارئ والحصار على الضرورة الملحة، في نص المادة (105) من الدستور، وأسس قيام الحالة الاستثنائية على الخطر الدايم الوشيك الوقوع، في نص المادة (107) من الدستور، ثم أفرد حالة العدوان الخارجي على البلاد، كأساس مستقل لحالة الحرب، في نص المادة (109) من الدستور، وما دام أساس الخطر أسس عليه جزءاً من أحكام الظروف الاستثنائية، فإن أساس الضرورة يبقى هو الأعم، ليشمل تغطية كل المظاهر، ولعله نفس مسلك الدستور الفرنسي بموجب المادة (16) منه، حيث قسم أسباب اتخاذ

رئيس الجمهورية للتدابير التي تقتضيها الظروف الاستثنائية إلى قسمين، أحدهما؛ فكرة الخطر الجسيم والداهم، الذي تتعرض له مؤسسات الجمهورية أو استقلال الدولة، أو وحدة أراضيها، أو تنفيذ التزاماتها الدولية، وثانيهما؛ توقف السلطة الدستورية العامة عن حسن سير عملها المنتظم، وبهذا التقسيم يتبين تأسيس النظرية على أساس الضرورة، الذي يتحقق بتوافر جملة من الأسباب، وتحقق عدد من الشروط.

المطلب الثاني: تحديد طبيعتها القانونية

يختلف تكييف طبيعة الظروف الاستثنائية تبعاً لاختلاف المدارس القانونية في التعامل مع نظرية الضرورة، وأشهر الآراء في الباب موقف القانون الألماني، والفرنسي، والإنجليزي، نوردها على النحو الآتي:

الفرع الأول: طبيعتها في القانون الألماني

يبين هذا الفرع كيفية تعامل الألمان مع الاعتداد بالظروف الاستثنائية، ومدى تقديمهم لمقتضى الضرورة ومصالح الدولة على القانون.

أولاً: مفهوم نظرية الضرورة الألمانية

ينطلق الفقه الألماني من فكرة أن الدولة هي التشخيص القانوني للشعب، وأنها أسمى الأشخاص القانونية في المجتمع، وهي وحدها صاحبة السيادة العليا داخليا وخارجيا، وبمقتضى تلك السيادة تقوم بإصدار القانون، على أنه تعبير عن إرادتها الملزمة، تقف عند احترامه هي والأشخاص الذين يتبعونها ويخضعون لسلطاتها، وامتلاكها لتلك السيادة يعطيها الحق في سلطة تقديرية كاملة، تلائم بها المصالح مع القانون، بحيث لو حدث عدم انسجام بين القانون المكتوب ومصالح الدولة بسبب قيام ظروف غير عادية، كان لها حق تحقيق المصلحة بشتى الوسائل، طبقا للقانون غير المكتوب الذي يعطيها الحق في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على سلامتها، ولو أدى هذا إلى مخالفة القوانين القائمة¹، كأن تحدث ثورة داخلية، أو اعتداء خارجي، أو كارثة طبيعية، أو غير ذلك من الوقائع التي تشكل خطرا على أمن

1 - فيصل شطناوي: الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 8، 2007، ص 332.

الدولة ونظامها العام، أين تجد الدولة نفسها في موقف الدفاع عن مصالحها وحماية نظامها العام، وحقها في البقاء، بكل ما تراه ضروريا من إجراءات¹ . وعلى هذا تمثل النظرية الألمانية للضرورة في نظر كانت، وهيجل، وإهرنج، (حق الدولة في الدفاع الشرعي، يباح بموجبه كل ما يتخذ من إجراءات غير مشروعة في الأصل تغليباً لمقتضى الضرورة)، استناداً إلى أنه يوجد إلى جوار القانون المكتوب قانون آخر غير مكتوب، يعطي للدولة الحق في اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على سلامتها، ولو أدى هذا إلى مخالفة القوانين القائمة²، وبرر هيجل خروج الدولة على القانون في هذه الحالة بأن الدولة هي التي أوجدت القانون وهي تخضع له لتحقيق مصالحها، وعلى ذلك فلا خضوع عليها إذا كان تحقيق مصالحها في عدم الخضوع للقانون الذي يعد وسيلة لغاية هي حماية الجماعة، فإذا لم تؤد هذه القواعد إلى هذه الغاية فلا يجب الخضوع إلى القانون، وعلى الدولة أن تضحي به في سبيل الجماعة³.

وتوارثت النظم في ألمانيا هذه القاعدة، وجعلت منها مبدأ هاماً وخطيراً يعطي الدولة إلى جانب حقها في الدفاع عن نفسها ومصالحها، حقاً آخر يبيح لها باسم الضرورة إتيان أي عمل ولو كان فيه اعتداء على دولة أخرى بريئة لا دخل لها في العمل العدواني ضدها، وقد طبق الألمان هذه النظرية أثناء الحرب العالمية الأولى فاقترحت جيوشهم دولتي بلجيكا ولكسمبورج المحاذيتين على زعم أن سلامة ألمانيا كانت تقتضي احتلالهما عسكرياً.

1 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977، ص 123، 122.

2 - فيصل شطناوي: المرجع السابق، ص 332.

3 - أمير حسن جاسم: نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 8، أيلول 2007، ص 241.

ثانياً: تقديرها

بالرغم من أن هذه النظرية تغلب بقاء الدولة كشخص قانوني سام، إلا أن التطورات التي حصلت على مستوى الفقه الدستوري والمجتمع الدولي المعاصر جعلت نظرية الضرورة بهذا المفهوم محل انتقاد، خاصة من طرف هيئات حقوق الإنسان وفقهاء الحقوق والحريات العامة وذلك بسبب ما أدت إليه من إهدار للدماء، إضافة إلى أنها شكلت ملاذاً تحتمي وراءه الأنظمة الدكتاتورية لما تنتفض عليها الشعوب.

الفرع الثاني: موقف الفقه الأنجلوسكسوني

وهو موقف سلبي يرى في الاعتداد بنظرية الظروف الاستثنائية تعدياً صريحاً على اختصاص البرلمان، باعتبار أن سيادة القانون في بريطانيا قاعدة لا يمكن الخروج عليها سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية¹ ومن ثم لا يمكن للإدارة أن تجعل النظرية مصدراً للسلطات الاستثنائية، لكن إذا واجهتها ضرورة ملحة عليها أن تطلب من البرلمان تفويضها بالسلطات التي تحتاجها، ما يعني أن الفقه الأنجلوسكسوني لم يهمل الظروف الاستثنائية وإنما راعاها لكن ليس على حساب سيادة القانون، بل يجب على الإدارة أن ترجع إلى المشرع ليوفر لها الإطار القانوني الذي تواجهه به الظروف الاستثنائية، وقد تمكنت بريطانيا وفق هذه الآلية من مواجهة عدة ظروف استثنائية حيث وظفتها في ظروف الحربين العالميتين، وفي مواجهة موجة الإضرابات عام 1966م، وعام 1972م².

و على خطى الإنجليز سار الأمريكيان حيث تطبيق الفصل شبه المطلق بين السلطات، على الرغم من أن الدستور الأمريكي لم يمكن صراحة الكونغرس من تفويض اختصاصاته للسلطة التنفيذية إلا أن التجربة العملية تبين مدى التوظيف الواسع لهذه الآلية بهدف مواجهة الظروف الاستثنائية، فقد أصدر الكونغرس العديد من التشريعات ذات العلاقة بمواجهة الأزمات من أهمها:

1 - هاني علي إبراهيم الطهراوي: نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق جامعة القاهرة، 1992، مكتبة جامعة القاهرة تحت رقم 6056، ص 117.

2 - المرجع السابق، ص 118.

- القانون رقم (332) الصادر في 10 أغسطس 1956 الذي يخول الرئيس الأمريكي حق استخدام القوة العسكرية لقمع حركات العصيان والمؤامرات والتمرد على السلطة. واستنادا إلى هذا النص قام الرئيس الأمريكي بإصدار عدة أوامر تنفيذية تخول وزير الدفاع استخدام القوة في بعض الولايات لتنفيذ قوانين الاتحاد، حدث ذلك عام 1957م في ولاية ميسيسيبي، وعام 1962 في ولاية أركانساس، وعام 1963 في ولاية ألاباما¹. ولعل هذا الجانب العملي هو الذي يبرر رأي الفقه الأمريكي بالقول أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمنع بحال من الأحوال تعاونها، وأن يكون بينها من المشاركة والتعاون الإيجابي ما يجعلها تقوم بواجباتها بشرط أن لا يكون التفويض مطلقا.

الفرع الثالث: نظرية الظروف الاستثنائية الفرنسية

نحدد فيما يلي طبيعة النظرية من منظور الفقه الفرنسي، ثم نعقد مقارنة بينها وبين النظرية الألمانية

أولا: طبيعتها في القانون الفرنسي

يختلف الفقه الفرنسي في تحديد الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية، على رأيين:

الرأي الأول: ويمثل رأي غالبية الفقه الفرنسي وإليه ينصرف المعنى عند الإطلاق، يرى أنصاره أنها مجرد نظرية سياسية واقعية، لا تخلق قواعد قانونية ولا تحل محل القوانين القائمة، ومن ثم فالحكومة التي تتخذ إجراءات مخالفة للأنظمة السائدة في ظروف معينة يوصف عملها على الأصل بأنه باطل وغير مشروع²، وعليه يجب على الدولة احترام مبدأ المشروعية في جميع الأحوال ولا تصير الضرورة ما كان ممنوعا إلى مباح، يرى الفقيه Esmien أن الضرورة ليست نظرية قانونية تجيز الخروج على المشروعية عندما يتهدد الدولة خطر داهم لا يكون له دفع بغير هذا الخروج وإنما المحافظة على سلامة الدولة واجب وطني يمليه الواقع على الجميع، ولا يستلزم التضحية بالشرعية القانونية، وكل ما في الأمر أنه يمكن للحكومة أن تتجنب المسؤولية

1 - هاني علي إبراهيم الطهراوي: المصدد صدر السابق، ص 121.

2- فيصل شطناوي : المرجع السابق ، ص333.

الناشئة عن مخالفتها للقانون بأن تعرض على البرلمان الإجراءات التي اتخذتها، وتطلب منه أن يعفيها من المسؤولية بواسطة قانون التضمينات.

كما يرفض الفقهاء Parttielemy وDuez و Carre de malberg الاعتراف بنظرية الضرورة كنظرية قانونية، وأكدوا على أن مبدأ المشروعية هو الذي يجب أن يسود حتى في ظل الظروف الشاذة.

ويترتب على هذا المفهوم السياسي للنظرية عدة آثار:

أولها: إخضاع نظرية الضرورة لعدد من الشروط والضوابط، نوردتها فيما يلي:

الشرط الأول: أن يكون هناك ظرف استثنائي حقيقي يتولد عنه خطر جسيم وحال يهدد سلامة وأمن الدولة أو النظام العام، كالحرب أو العصيان المسلح أو الإضراب العام، بحيث لا تجد الإدارة أي فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهته.

الشرط الثاني: أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة ضرورية لمواجهة هذا الخطر بحيث تستحيل مواجهة هذا الخطر بالطرق العادية بواسطة المؤسسات الدستورية المختصة، ومدلول هذا الضابط أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية عادية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدد سلامة الدولة فإنه يجب الرجوع إليها، أما إذا كانت المخاطر قوية بحيث تعجز أمامها هذه الوسائل فإن الرجوع إلى نظرية الضرورة وتطبيقاتها يكون أمراً لا مناص منه.

الشرط الثالث: تناسب الإجراءات التي تتخذها الإدارة مع حالة الضرورة دون أن تتجاوزها، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

ثانيها: خضوع إجراءات وأعمال الإدارة الاستثنائية لرقابة القضاء.

ولكل ذي مصلحة ان يطعن في الإجراءات الاستثنائية أمام القضاء، ويضفي مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة من أجل التغلب على الظروف الاستثنائية بعد التأكد من تقيدها بالضوابط والشروط اللازمة.

ثالثها: ان تتوقف السلطات عن هذه الإجراءات بمجرد انتهاء الظروف الاستثنائية.

رابعها: لكل متضرر من جراء أعمال الضرورة الحق في الحصول على تعويض.

استناداً لمبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة.

الرأي الثاني: اعتبار نظرية الضرورة نظرية قانونية مقيدة:

يشكل هذا الرأي موقفا وسطا بين الرأيين السابقين، من خلال بعده عن التعصب للمشروعية العادية وإهمال ما تمليه الضرورة من تدخل سريع لحماية المصالح الحيوية في الدولة من جهة، ورفض مغالاة الألمان في إطلاق العنان للسلطة في فعل ما تشاء بحجة حماية الدولة ودرء الأخطار المحدقة بها، لما يؤدي إليه من إهدار للحقوق والحريات من جهة أخرى، تبنى هذا الرأي عدد من فقهاء القانون العام في فرنسا، منهم الفقيه ديجي Duguit، الذي يقر بحق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح لها قوة القانون في الظروف الاستثنائية دون اشتراط كون البرلمان مجتمعا، لأنه من الضروري اتخاذ إجراءات سريعة لمواجهة هذه الظروف دون انتظار دعوة البرلمان للانعقاد، وأن تقوم الحكومة بعرض اللوائح التي تصدرها على البرلمان لمجرد أن يكون ذلك ممكنا. ومنهم الفقيه هوريو الذي اقترب كثيرا من وجهة النظر الألمانية استنادا على فكرة الدفاع الشرعي التي تبيح اتخاذ إجراءات ما كانت الدولة تستطيع اتخاذها في الأحوال العادية، مثل مواجهة الدولة لحالة حرب، أو اضطرابات خاصة مهددة لكيان الدولة ووجودها.

ثانيا: مدى التقارب بين الضرورة الألمانية والفرنسية

ليس هناك تطابق كلي بين ما ذهب إليه هذا الفريق من الفقه الفرنسي والفقه الألماني، يتجلى ذلك فيما يلي:

1- الطرح الألماني يحرر السلطة التنفيذية عند الضرورة من كل قيد، لتتخذ ما تراه مناسبا لمواجهةها، سواء تعلق الأمر بالقواعد الدستورية، أو قواعد القانون الدولي، وهو الأمر الذي استند إليه هتلر لما قام بغزو الدول المجاورة لألمانيا، لأن سياستها في تقديره كانت تهدد سلامة ألمانيا، بخلاف الطرح الفرنسي الذي يفرض على السلطة في استصدار لوائح الضرورة جملة من القيود، وهي أن لا يكون البرلمان مجتمعا، وأن يكون من الضروري اتخاذ إجراءات سريعة لمواجهة الطوارئ، وأن تقوم الحكومة بالرجوع إلى المشروعية في أقرب وقت ممكن بعرض ما سنته من قوانين على البرلمان فور اجتماعه.

2- كل ما تقوم به السلطات في ظل الأزمة والخطر يعتبر سليماً وقانونياً ومشروعاً حسب الفقه الألماني ولو خالف الدستور، بينما في الفقه الفرنسي يوصف العمل بعدم المشروعية من حيث الأصل، وأجازته الضرورة في حدود ضيقة، ولذلك يجب عرض اللوائح على البرلمان للتصديق في أقرب اجتماع له، وهو قيد جوهري يوصف بأنه هو الكاشف عن حسن نية الحكومة في التعامل مع ظرف الضرورة وعدم الاعتداء على اختصاص البرلمان¹

3- بناء على الطرح الألماني ليس لأحد الحق في التعويض عن الأضرار التي تلحقه جراء أعمال الضرورة، بخلاف رأي الفقه الفرنسي.

ما مصير نظرية الضرورة في حال الثورات الشعبية التي تفرض شرعية من نوع آخر؟
ثالثاً: دور التشريع في تنشيطها

وإن كان غالب الفقه يرى أن النظرية من إنشاء القضاء إلا أن البعض يرى امتداد ظهورها إلى مراحل ما قبل ظهور مجلس الدولة الفرنسي، عن طريق وضع التشريعات الاستثنائية المختلفة، مثل قوانين التعبئة العامة والأحكام العرفية، وقوانين أمن الدولة. هل هي نظرية غربية محضة؟ الأمر الذي يقتضي دراسة تاريخها في التشريعات الغربية؟ أم يوجد لها مقابل أصيل في الشريعة الإسلامية لا بد من إيفائه حقه؟ وتعتبر نظرية الظروف الاستثنائية من أهم النظريات التي أولاها التشريع الدستوري والعادي والتنظيمي اهتماماً بالغاً،

رابعاً: إيجابيات التقنين للظروف الاستثنائية

ينطوي تقنين الظروف الاستثنائية على إيجابيات عديدة، نذكر منها:

1- تفادي سلبيات عدم التقنين، التي تجعل أمر مواجهة الظروف الاستثنائية رهن إرادة السلطة التنفيذية وحدها....

2- تمكين السلطات المختصة من مواجهة الأزمات في ضوءها².

1 - يحي الجمل: المصدر السابق ، ص37.

2 - هشام عبد المنعم حسين عكاشة:مسئولية الإدارة عن أعمال الضرورة، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998م، ص3، 4.

- 3- ويرى المؤيدون للفكرة أن من الأفضل التقنين للظروف الاستثنائية المتوقعة دستوريا، حتى لا يترك الأمر للاجتهاد في الأوقات العصيبة والأزمات التي تتطلب حلا عاجلة¹.
- 4- يؤدي إلى المحافظة على الشرعية حتى في أوقات الأزمات والظروف العصيبة التي تمر بها الدولة، ما من شأنه أن يمكن الإدارة من أداء واجباتها بصورة مشروعة² ويسد الطريق أمام عودة الأنظمة البوليسية وانتهاك الحريات³.
- 5- يجعل الظروف الاستثنائية تحمل في طياتها الأمان للأفراد، والحفاظ على الصالح العام؛ بما يحدده المشرع من شروط وضوابط لتوسيع السلطات الاستثنائية، الأمر الذي يجعل الإدارة خاضعة لرقابة مشددة من قبل القضاء، وهنا يرى بعض الفقه أن اختصاص الإدارة يكون مقيدا أكثر مما يكون تقديريا بناء على أن عناصر التحديد التي يجلبها النص المنظم للسلطات لاستثنائية تمثل مظهرا من مظاهر تقييد الإدارة ولو تضمنت سلطات أوسع من المعتاد، فهي سلطات واسعة لكنها مقننة، والتقنين في النظم الديمقراطية هو الدرع الواقي للحقوق والحريات والمصالح⁴.
- 6- التقنين لأحكامها يعتبر مانعا من تحويلها إلى آلية من آليات الحكم المطلق، تستغلها السلطة التنفيذية على الوجه الذي تريد؛ فمثلا شتان بين تنظيم الطوارئ بقانون مسبق، وتنظيمها عبر قرار إعلانها، لأن قانون الطوارئ يحدد الحالات التي تعلن فيها، والجهة صاحبة الاختصاص في إعلانها، والقيود التي يمكن فرضها عند إعلان حالة الطوارئ... وغير ذلك.

1- نصر الدين بن طيفور: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة- دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002، 2003م ، ص12

2 - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، ص67.

3 - تميمي نجات: حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، بحث للحصول على الماجستير في القانون فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2002، 2003، ص11.

4 - رأفت فوده: المرجع السابق، ص259.

بينما قرار إعلان حالة الطوارئ هو بمثابة تقرير لوضع محدد، في زمن معين، ولأسباب مبررة، وفق رؤية السلطة التنفيذية، وإذا غاب الإطار القانوني لعملها ستكون مطلقة اليد في تعريض الحقوق والحريات للخطر.

خامسا: سلبيات التقنين للظروف الاستثنائية

أ- خشية انقلابها إلى تشريعات جامدة¹، تتحول السلطة التنفيذية تحت غطاءها إلى ديكتاتورية تهدر الحقوق والحريات العامة للأفراد²، ووقعت أنظمة الدول النامية خاصة العربية منها في هذه السلبية وفرضت قوانين الطوارئ لعقود من الزمن، وانقلبت القوانين الاستثنائية إلى جزء ثابت من النسيج القانوني العام³.

ب- سهولة استغلال تلك النصوص من السلطة التنفيذية بهدف تطبيقها على حالات لا تندرج حقيقة تحت وضعية الظروف الاستثنائية⁴.

ت- وجود القوانين الاستثنائية بكثرة يدل على عدم استقرار المنظومة القانونية والسياسية في الدولة.

سادسا: الموازنة بين الإيجابيات والسلبيات

1- بعد التطورات المستمرة التي حصلت على مستوى الفقه الدستوري والإداري، وكذا التدخل التشريعي في الظروف الاستثنائية، لا بد من القول بضرورة تقنين الحالات المتوقعة للظروف الاستثنائية حتى تعمل الإدارة تحت غطاء قانوني واضح ورقابة قضائية دقيقة، وفي نفس الوقت لا بد من الإبقاء على قدر من الطابع الاجتهادي للنظرية وإعطاء الفرصة للسلطة العامة كي تتدخل بما يناسب حفظ النظام العام وبقاء الدولة إذا حدثت ظروف استثنائية لم يتوقع التشريع حدوثها، بشرط فرض الضمانات الكافية لحماية الحقوق والحريات.

1 - عبد الجليل محمد علي: المرجع السابق، ص258.

2 - رأفت فوده: المرجع السابق ، ص258.

3 - رأفت فوده: المرجع السابق ، ص258.

4- نصر الدين بن طيفور : المرجع السابق، ص11.

وهنا يجب التنبيه إلى ضرورة موازنة الأمر بالقول أن التنظيم التشريعي للظروف الاستثنائية وإن تم استحسانه ينبغي على الدولة التي تحترم نفسها أن لا تكثر من ذلك، وإلا اعتبر نظامها غير مستقر وغير مرغوب فيه.

المطلب الثالث: تمييزها عما يشبهها من النظريات والقواعد الشرعية

على غرار القانون الوضعي، هناك في الفقه الإسلامي أنظمة تشتهب بنظرية الضرورة والظروف الاستثنائية، نذكرها فيما يلي

الفرع الأول: الضرورة والرخصة

الرخصة بضم الراء وتسكين الخاء، هي في اللغة بمعان مختلفة، منها؛ التيسير والتسهيل، تقول رخص السعر إذا تيسر وسهل الشراء، والجمع رخص¹، ومنها النعومة واللين، على حد قول عمرو بن كلثوم:

(وئديا مثل حق العاج رخصا * حصانا من أكف اللامسين)

وفي الاصطلاح هي قرينة العزيمة في التعريف والتناول، ترجع في أساسها إلى أن الشارع جعل الأحوال الطارئة غير الاعتيادية سببا للتخفيف عن المكلفين، جاء في معجم أصول الفقه أن الرخصة حكم مبني على عارض وعذر مشروع، في أحوال خاصة، للتخفيف عن العباد؛ أصحاب العوارض والأعذار² عرفها الشنقيطي في المذكرة³ الحكم الشرعي الذي غير من صعوبة إلى سهولة لعذر اقتضى ذلك مع قيام سبب الحكم الأصلي³. وعرفها الآمدي بقوله: "ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم"⁴. وعرفها الغزالي بقوله: "عبارة عما وسع للمكلف في فعله، لعذر وعجز

1 - الزبيدي : تاج العروس ، ج 17، ص594.

2 - خالد رمضان حسن: معجم أصول الفقه، الروضة للنشر والتوزيع، ط1، 1998م، ص 139.

3 - محمد الأمين الشنقيطي[ت1393هـ]: مذكرة في أصول الفقه، ط5، 2001م، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ص60.

4 - الآمدي علي بن محمد: الإحكام في أصول الأحكام، ط1، 2003م، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، ج1، ص176.

عنه، مع قيام السبب المحرم¹. و التعريفات كثيرة من حيث صياغتها، لكنها جميعا تلتقي عند أمر واحد خلاصته؛ أن الرخصة حكم شرعي سهل، شرع استثناء من حكم شرعي صعب، بسبب قيام عذر يجعل التكليف بالحكم الأصلي شاقا، على أن يلتزم المرخص له بالاعتصار على موضع الرخصة.

الفرع الثاني: أسباب الرخصة

جمعها محمد سليمان الأشقر في جملة أمور هي: السفر، المرض، والإكراه، والجهل، والنقص الحكمي كالرق، والنقص العقلي أو البدني، والعسر والمشقة كترخص المستحاضة ومن به السلس، وعموم البلوى كالترخيص بالحكم بطهارة طين الشوارع وطهارة الهرة ونحوها².

وبالنظر لمجموع هذه الأسباب، نجد أن منها ما يكون سببا اختياريا كالسفر، ومنها ما يكون اضطراريا كالاغتصاص باللقمة المبيح لشرب الخمر.

ونجد لهذا التنوع أثرا في تقسيم الرخص إلى عدة أقسام، حسب زاوية النظر التي روعيت في ذلك، حيث غلب الشافعية والحنابلة³ زاوية الحكم الشرعي وقسموها أربعة وهي؛ الرخصة الواجبة كأكل الميتة للمضطر، والرخصة المستحبة كالقصر بالنسبة للصلاة، والرخصة المباحة كبيع السلم، والرخصة خلاف الأولى، كفطر المسافر الذي لا يجهد الصوم⁴، وإن كان الإمام الشاطبي قال بأن حكم الرخصة عموما هو الإباحة من حيث رخصة، مستدلا بآيات الرخص التي تنفي الإثم والجناح والحر، ورفض صيرورة الرخصة من الإباحة إلى الوجوب أو المنع، إلا ونظر إليها بعضهم من حيث طبيعتها، وقسمها إلى رخصة كاملة ورخصة ناقصة، فالرخصة

1 - الغزالي : المستصفي من علم الأصول، ج1، ص 330.

2 - محمد سليمان الأشقر: الواضح في أصول الفقه للمبتدئين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط2، 2004م، ص 57.

3 - الجيلالي المريني: القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة في كتابه المغني، دار ابن القيم للنشر والتوزيع الدمام، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2002م، ج1، ص 339.

4 - الجيلالي المريني: القواعد الأصولية عند الشاطبي من خلال كتابه الموافقات، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع، ط1، 2002، ص 229.

الكاملة هي التي لا شيء معها، كالمسح على الخف، والتيمم لعدم الماء، بينما الناقصة هي التي يبقى معها من الأمر المرخص فيه شيء، كقضاء الصوم للمسافر والمرضح والحامل إذا أفطروا¹.

والقسم الذي له علاقة بموضوع البحث هنا هو الرخصة الواجبة، التي قرر أكثر الأصوليين بمناسبة أن إباحة الميتة رخصة، وإن وجب على الإنسان الأكل لإحياء نفسه، وسميت رخصة لما فيها من التسهيل عليه بالإذن في أكل الميتة، وعدم التضيق عليه بحرمة الكل منها حتى يموت، وقيل هو رخصة من جهة التوسيع، وعزيمة من حيث وجوب الأكل².

الفرع الثالث: علاقة الرخصة بالضرورة

تتضح علاقة الرخصة بالضرورة، ببيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

أولاً: تشابه الرخصة مع الضرورة

أ- كل منهما شرعية استثنائية، روعي بسببه ظرف استثنائي يسوغ الخروج عن التشريع الأصلي، حيث الرخصة استثناء من أصل عام يقتضي الوجوب أو المنع، كفطر المسافر الذي رخص فيه للمسافر والمريض استثناء من أصل الوجوب دفعا للمشقة، واكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر للمضطر استثناء من أصل المنع، دفعا للهلاك.

والضرورة كذلك شرعية استثنائية من حيث الخروج عن الحكم الأصلي اضطراراً، لحماية مصلحة معتبرة شرعاً، قال تعالى: ﴿ وَمَا لَكُمْ إِلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا دُكِرَ بِكُمْ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾³.

ب- كل منهما مرتبط بسببه وجوداً وعدمًا.

1 - الزركشي: البحر المحيط ، ص 331،332.

2 - محمد الأمين بن المختار الشنقيطي: مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط5، 2001، ص 61

3 - سورة الأنعام: الآية (120).

ث- كل منهما يقتصر فيه على موضع الحاجة، بصفة مؤقتة، حيث الضرورة تقدر بقدرها، والرخصة كذلك حكم جزئي يقتصر فيه على قدر الحاجة، كنظر الطبيب لجسد المرأة، وشرب المضطر الخمر بقدر إزالة الغصة وغيرها.

ثانيا: أوجه الاختلاف بينهما

أ- الضرورة سبب للرخصة الواجبة:

كضرورة حفظ النفس التي تسوغ النطق بكلمة الكفر تحت التهديد بالقتل، و شرب الخمر للغصة، وأكل لحم الخنزير أو الميتة أو طعام الغير للمخمصة¹، قال الزركشي: "قد يكون سبب الرخصة اختياريا كالسفر، واضطراريا كالاغتصاص باللقمة المبيح لشرب الخمر"².

من الأمثلة على ذلك رخصة الإسقاط عند الحنفية، التي يسقط فيها الحكم عن بعض الأفراد لعذر، وبقاء أصل العزيمة لغير أصحاب الأعدار، كسقوط حرمة الميتة، ولحم الخنزير، وشرب الخمر، للمضطر والمكروه³، يشهد لذلك قوله تعالى: ﴿بِمَسْئَلِ ضَاطِرٍّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁴، ومن هذا القبيل عرفت الرخصة بأنها: اسم لما أباحه الشارع عند الضرورة، تخفيفا عن المكلفين، ودفعا للحرج عنهم⁵.

ب- الرخصة أعم من الضرورة:

لارتباطها بالمشقة والتيسير والتخفيف، ولذلك تعددت أحكامها، بينما الضرورة خاصة، نطاق سريانها مواضع الاضطرار، التي هي أحد مجالات الرخصة.

1 - محود محمد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص76،75،74،73.

2 - الزركشي: البحرالمحيط في أصول الفقه، ط2، 1992م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج1، ص 328، 331.

3 - أحمد فراج حسين و عبد الودود محمد السريتي: أصول الفقه الإسلامي، ط 1990م، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، ص 443.

4 - سورة المائدة: الآية(04)

5 - خالد رمضان حسن: المرجع السابق، ص 139.

الفصل الثاني

مظاهر الظروف الاستثنائية وضوابطها

توطئة:

عندما تقع البلاد تحت ضغط الظروف الاستثنائية، تلجأ إلى اتخاذ جملة من الإجراءات بهدف حماية مصالحها الحيوية، وفق ما يقرره نظامها الدستوري، ومن ثم تترجم حالة الظروف الاستثنائية إلى واقع قانوني، يتدرج في مستوى تحرره من قيود المشروعية والرقابة عليها، كما يتدرج في خطورته على الحقوق والحريات، تبعا لجسامة الخطر المحدق بالدولة من حيث سلامة أمنها، واستقلالها ومؤسساتها، بما يستجيب لتحقيق الهدف، تحت عناوين وأسماء مختلفة، أهمها: حالة الطوارئ، و الحصار (الأحكام العرفية)، والحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وحالة الحرب، وبغض النظر عن مدى قصد المؤسس الدستوري الجزائري للتدرج بين هذه المظاهر¹، فإنه أوردها على هذا الترتيب²، عكس المؤسس الفرنسي في دستور 1958 المعدل، الذي خالف هذا الترتيب، و ذكر حالة الطوارئ بموجب المادة (16)، ثم إعلان الحرب في المادة (35)، ثم حالة الحصار (الأحكام العرفية) في المادة (36)، ونعمد من خلال هذا المبحث إلى تحديد تلك المفاهيم كمظاهر لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.

1 - حيث يرى بعض الباحثين ومنهم الدكتور لمين شريط أن هذا التدرج مقصود ضمن هذا الترتيب، في حين يرى مراد بدران أن هذا الترتيب غير مقصود، لأن ذكر الدستور لمظهري الطوارئ والحصار في نص المادتين 91،92، والعطف بأو التي تفيد التنويع ليس فيه ما يدل على مراعاة التدرج. (أنظر مراد بدران: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العادة في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، ص124،125- وكذا لمين شريط: خصائص التطور الدستوري في الجزائر، ص559).

2- المواد 91،92،93،94،95 من الدستور الجزائري 1996 المعدل.

المبحث الأول: حالة الطوارئ (l'état d'urgence)

بالنظر إلى تاريخ السوابق الدستورية، نجد أن التشريع الفرنسي تعاطى مبكراً مع نظرية الظروف الاستثنائية، بداية من دستور السنة الثامنة، الصادر في 13 ديسمبر 1799م، في المادة (92) منه¹، التي بموجبها أمكن للحكومة أن تطلب من البرلمان الوقف المؤقت كلياً أو جزئياً لأحكام الدستور، في كل البلاد أو بعضها، كما يمكنها أن تفعل ذلك بموجب قرار؛ إذا كان البرلمان غير منعقد، بشرط أن تدعوه في نفس القرار للانعقاد.

ومروراً بدستور 4 جوان 1814²، الذي كان دستور منحة، احتفظ الملك بموجبه لنفسه من خلال المادة³(14) منه، بسلطة اتخاذ القرارات التي تقتضيها ضرورة السلامة العامة " la sûreté de l'Etat"، وقد اعتبرها الملك شارل العاشر سنداً في إصدار مراسيم استثنائية، نتج عنها إلغاء حرية الصحافة، وحل البرلمان حديث النشأة قبل أن يجتمع، وحرمان بعض الطوائف من حق الانتخاب، الأمر الذي أدى إلى تجدد الثورة سنة 1830م، وتمت إثرها الإطاحة بدستور 1814 كلية⁴، وبصدور الميثاق الدستوري (14) أوت 1830م، تم منع الملك من ممارسة أي اعتداء على المشروعية بوقف تطبيق القانون

1 - Article 92. - Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. - Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté.

2 - قيل بشأنه أنه اتسم بالرجعية، والعودة إلى النظام الملكي بعد هزيمة نابليون ونفيه، وصدوره على شكل منحة، يشيد الملك لويس الثامن عشر بعد عودته بنفسه وأنه تكرم على شعبه بهذا الدستور وما فيه من الحقوق والحريات، تدل على ذلك الفقرة الأخيرة من مقدمة ذلك الدستور ونصها:

" A CES CAUSES - NOUS AVONS volontairement, et par le libre exercice de notre autorité royale, ACCORDÉ ET ACCORDONS. FAIT CONCESSION ET OCTROI à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit :"

3 -Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 ; Article 14. - Le roi est le chef suprême de l'Etat, il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat.

4 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 119، 118.

جزئيا أو كلياً، ليتولى البرلمان وحده التصدي لأحوال الضرورة، كرس ذلك صراحة بموجب المادة (13) منه¹، وهكذا استمر الجذب بين السلطتين التنفيذية والتشريعية تبعا للتطورات الدستورية المتعاقبة في فرنسا إلى غاية إعلان دستور الجمهورية الخامسة 1958م، حيث حسم الأمر لصالح تمكين السلطة التنفيذية من التدخل لمواجهة ظروف الضرورة، وعلى منوالها نسج المشرع الدستوري الجزائري في اقتباسه لنسخة النظام شبه الرئاسي الفرنسية، وتمكينه لرئيس الجمهورية من صلاحيات واسعة بينها الاختصاصات التشريعية لحالة الضرورة.

المطلب الأول: مفهوم حالة الطوارئ.

نتناول في هذا المطلب تعريف حالة الطوارئ، من حيث مدلولها اللغوي، ومعناها

الاصطلاحي الفقهي والقانوني، وذلك من خلال الفروع التالية

الفرع الأول: تعريف حالة الطوارئ

أولاً: الطوارئ لغة

كلمة طوارئ في اللغة جمع طارئ، وهو ما يحدث فجأة على نحو غير متوقع، من طراً يطرأ طرءاً وطرءاً وطرءوا، بمعنى فجأ، تقول طرأ على القوم إذا طلع عليهم فجأة، ويقال للغريب الذي يأتي من مكان بعيد فجأة الطارئ، ومنه الطرأ أي الغريب²، وتطلق الطوارئ على الأوضاع والأحداث المستجدة وغير المنتظرة، ومنه سمي قسم الطوارئ في المستشفى، ووضعت فرق الطوارئ في الشرطة والإسعاف والنجدة تحسباً للمفاجآت، ووضعت قوانين الطوارئ تحسباً للأحوال والظروف الاستثنائية التي لا تستوعبها تشريعات الأحوال العادية.

ثانياً: التعريف الفقهي لحالة الطوارئ

1- Charte constitutionnelle du 14 août 1830. -Article 13. - Le roi est le chef suprême de l'Etat ; il commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois d'administration publique, et fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution. - Toutefois aucune troupe étrangère ne pourra être admise au service de l'Etat qu'en vertu d'une loi.

2 - ابن منظور: لسان العرب، ص 2649.

تعتبر حالة الطوارئ مظهرا من مظاهر الظروف الاستثنائية، وقد اختلف الفقه في تحديد مفهومها تبعا لاختلاف زوايا النظر، حيث عرفها الفقيه "دي لوبادير" بأنها: " نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الوطني"¹، ويؤخذ عليه التعميم وعدم الدقة، لأن أنظمة البوليس أو الضبط الاستثنائية المبررة على أساس فكرة الخطر تشمل كل مظاهر الظروف الاستثنائية ولا تخص حالة الطوارئ وحدها.

وعرفها "جون ريفيرو" بانها: "نظام استثنائي، يمكن تطبيقه على كل أو جزء من الإقليم المههد، أو الذي يوجد في أزمة، ومن آثاره أنه يمنح سلطات معتبرة لرجال البوليس المشكلين للسلطة المدنية؛ إذ تتمتع هذه الأخيرة في مجال تقييد الحريات العامة بسلطات أوسع من التي تتمتع بها السلطات العسكرية في حالة الحصار"².

تضمن هذا التعريف أربعة عناصر؛ أولها: كون حالة الطوارئ مظهرا من مظاهر الظروف الاستثنائية، ثانيها: تحديد نطاق سريانها، المتمثل في كل الإقليم الوطني أو جزء منه، ثالثها: بيان آثارها على المشروعية، وهو منح السلطة الإدارية صلاحيات واسعة، تفوق صلاحيات السلطة العسكرية في حالة الحصار، رابعها: الإشارة إلى الفرق الجوهرية بينها وبين حالة الحصار، وهو أن الأخيرة تتدخل فيها السلطة العسكرية لتحل محل السلطة المدنية في ضبط الحريات العامة ومواجهة المخاطر المحدقة بالدولة ومؤسساتها. ومع ذلك يبقى هذا التعريف غير جامع، من حيث إهماله لبعض العناصر، في مقدمتها عدم ذكر القيود الواجب الخضوع لها سواء القيود التشريعية، أو الإجرائية أو الرقابية، الأمر الذي ينجر عنه إطلاق يد السلطة الإدارية في انتهاك الحريات دون ضوابط ولا رقابة.

وعرفها الفرنسي "drago" بانها: "تلك الظروف الاستثنائية المحددة بقانون سابق، والذي يمنح عند تحقق هذه الظروف لسلطات الضبط الإداري اتخاذ تدابير شاذة محددة لمواجهة هذه الظروف، وتخضع في ذلك لرقابة القضاء".

1 - حبشي لزرق: أثر التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2012، 2013م، ص 129.

2 - المرجع نفسه.

هذا التعريف يحمل رؤية معاصرة لمفهوم حالة الطوارئ، التي أصبح للتشريع دور أساسي في ضبط مفهومها وشروط إعلانها، والإطار الذي تمارس فيه تحت أعين الرقابة القضائية، وعلى الرغم من عدم توسعه في تحديد عناصر حالة الطوارئ إلا أنه يحمل من المرونة ما يجعله تعريفا كاملا.

وعرفها الإنجليزي "wade philips" بأنها: "تلك الحالة التي يمكن خلالها مجاوزة المبادئ الدستورية الاعتيادية لمواجهة الظروف الاستثنائية"¹، كما عرفها الأمريكي "edward corwin" بأنها: "حالة أعدت لمواجهة ظروف غير مستقرة وغير متكررة لا يمكن مواجهتها بالسلطات التي تمنحها التشريعات العادية"².

وهذا التعريفان يطبق عليهما ما قيل عن التعريف الأول من العموم والإيجاز، بما يجعلهما غير مانعين من دخول غير حالة الطوارئ من أنظمة الطوارئ في هذا المفهوم.

التعريف المختار:

بعد انتقاد عمومية هذه التعريفات نرى أن تعريف الفقيه الفرنسي "drago" هو أفضلها، لكونه راعى جل العناصر الضرورية التي يتكون منها مفهوم حالة الطوارئ، تأسيسا على البعد التشريعي الذي ذهبت إليه الدساتير المعاصرة ومنها الدستور الجزائري، وهو أن تكون محددة بقانون سابق، يبين شروط توفرها وإجراءات إعلانها، والسلطات التي تخولها عند تحققها لهيئات الضبط الإداري، وأن يعلن عنها بشكل رسمي، وأن تتخذ تدابير شاذة مخالفة للقانون العادي، وأن تحترم الحقوق والحريات الأساسية تحت رقابة القضاء³.

ثالثا: مفهومها في التشريع

ويشمل تحديد مفهومها من ناحيتين أولاها ناحية القانون الداخلي، وثانيها ناحية القانون الدولي.

1 - علي هادي حميدي الشكراوي: التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء دراسة مقارنة، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السادسة، ص18.

2 - المرجع نفسه.

3 - محمود أبو صوي: حالة الطوارئ في الوطن العربي وتقبيد حقوق الإنسان دراسة مقارنة، ص 7. (بحث منشور على شبكة الأنترنت)

1- حالة الطوارئ في التشريع الداخلي

تعرضت القوانين الداخلية في الدول لتناول حالة الطوارئ من حيث مراعاتها كظرف استثنائي، يشكل خطرا على الأمن والنظام العام، لكنها لم تتعرض لتحديد مفهومها وتمييزها عن ما يشبهها من نظم، ذلك ما يكشف عنه استقراء النصوص التي تعرضت لها، ونقتصر هنا على التشريع الجزائري كنموذج باعتباره مجال الدراسة، مع الاستئناس بما تيسر الوقوف عليه من نصوص التشريعات الأخرى، فبالنسبة للمؤسس الدستوري الجزائري تناول الظروف الاستثنائية مبكرا من خلال المادة (59) من دستور 1963م¹، لكن لم يتعرض لمدلول حالة الطوارئ على وجه التخصيص، إلا في دستور 1976م بنص المادة (119) منه، حيث نص على أنه: " في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة، حالة الطوارئ أو الحصار، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع".

ذكرها مقرونة بحالة الحصار، ولم يورد لهما تعريفا، ولا تفاصيل تميز بينهما، اعتمادا على ما هو معهود في الفقه من فروق، ثم أضاف دستور 23 فيفري 1989م بنص المادة (86) منه قيودا إجرائية يمر عبرها إعلان حالة الطوارئ، دون التعرض للمفهوم، ونصها: " يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع".

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني".

1 - نصت المادة (59) من دستور 1963م على ما يلي: " في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني وجوبا".

ثم جاء دستور 1996 ليخصص المادتين (91،92)، الأولى يتطابق محتواها¹ مع نص المادة 86 من دستور 89 السالف الذكر، والثانية أضافت قيودا موضوعيا، يتعلق بتنظيم حالتها الطوارئ والحصار بموجب قانون عضوي².

ويعتبر ما جاء به دستور 96 في هذا الشأن؛ آخر ما تعرض له المؤسس الدستوري الجزائري مما يتعلق بحالة الطوارئ، وإن كانت هناك حاجة ماسة لقيود موضوعية تكبح الإطلاق الوارد في عبارة: "ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع"، الأمر الذي يطلق يد السلطة التنفيذية في إقرار ما يروق لها من تدابير خاصة وأن البرلمان لغاية كتابة هذه الأسطر، لم يصدر القانون العضوي المتعلق بتنظيم حالتها الطوارئ والحصار، بمعنى أن السلطة التنفيذية وهي تعلن حالة الطوارئ لا تلتزم بقيود موضوعية طبقا لقانون أصدره البرلمان، وإنما تجد السند في توسيع سلطاتها في النصوص الدستورية المطلقة، وقد حدث أن أعلنت حالة الطوارئ في ظل دستور 89، بموجب المرسوم الرئاسي (92.44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ³، تأسيسا على اعتبار المساس الخطير والمستمر للنظام العام، المسجل في العديد من نقاط التراب الوطني، والتهديدات التي تستهدف استقرار المؤسسات، والمساس الخطير والمتكرر بأمن المواطنين، والسلم المدني، والجلي من ذلك النص التنظيمي أنه لم يتعرض لمفهوم حالة الطوارئ، وإنما ركز على مبررات إعلانها في المقدمة، ثم حدد أهدافها بنص المادة الثانية⁴، ثم عرج في بقية النصوص على ما ينجم عنها من آثار وأحكام، والذي يثير

1 - نصت المادة (91) من دستور 1996م على أن "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة، بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا".

2 - نص المادة (92) من دستور 1996: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي".

3 - مؤرخ في (5) شعبان عام 1412هـ، الموافق (9) فبراير سنة 1992م، يتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد (10)، (5) شعبان 1412هـ، ص 285.

4 - اعتبر الدكتور مراد بدران أن مبررات إعلانها، كما هو في فرنسا، وكذا تحديد السلطة المختصة في في تولي تنفيذها هي الفوارق الجوهرية بين حالتها الطوارئ والحصار، ينظر كتابه: "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، ص 158".

الانتباه فيه هو ما جاء في المادتين التاسعة(09) والعاشر(10) منه، من إتاحة الفرصة للسلطة العسكرية في قيادة عمليات استتباب الأمن، وقمع الجرائم الماسة بأمن الدولة¹، وهي خاصة من ميزات حالة الحصار، ما يعني أن إشكالية تحديد مفهوم حالة الطوارئ لم يتم حسمها، في ظل الجمع بينها وبين حالة الحصار في نص واحد.

ب- حالة الطوارئ في القانون الدولي:

هناك عدد من النصوص في القانون الدولي تعرضت لمفهوم حالة الطوارئ، وصورها نتناول ما جاء فيها في الآتي:

1- تعريفها في النصوص الدولية

هناك نصوص دولية عديدة تعرضت لمفهوم حالة الطوارئ، نذكر أهمها في الآتي:

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية:

جاء في المادة الرابعة(04) منه أنه: "في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة والمعلن عن قيامها رسمياً، 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".

الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان:

جاء في المادة(27) منها أنه: "يمكن للدولة الطرف في أوقات الحرب أو الخطر العام أو سواهما من الحالات الطارئة التي تهدد استقلال الدولة وأمنها أن تتخذ إجراءات تحد من التزاماتها بموجب الاتفاقية الحالية، ولكن فقط بالقدر وخلال المدة اللذين تقتضيهما ضرورات الوضع الطارئ، شريطة ألا تتعارض تلك الإجراءات مع التزاماتها

1- تنص المادتان التاسعة والعاشر على ما يلي:

المادة (09) : "يمكن وزير الداخلية والجماعات المحلية أن يعهد عن طريق التفويض إلى السلطة العسكرية قيادة عمليات استتباب الأمن على المستوى المحلي، أو على مستوى دوائر إقليمية محددة".

المادة(10): "يمكن تبليغ المحاكم العسكرية بالجرائم والجنح الجسيمة، المرتكبة ضد أمن الدولة مهما كانت صفة المحرضين على ارتكابها، أو فاعليها أو شركاء فيها".

الأخرى بمقتضى القانون الدولي، وإن لا تتطوي على تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الأصل الاجتماعي¹.

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

جاء في المادة (15) فقرة أولى منها أن: " في وقت الحرب أو الطوارئ العامة الأخرى التي تهدد حياة الأمة يجوز لأي طرف سام متعاقد أن يتخذ تدابير تخالف التزاماته الموضحة بالاتفاقية في أضيق حدود تحتمها مقتضيات الحال، وبشرط ألا تتعارض هذه التدابير مع التزاماته الأخرى في إطار القانون الدولي"².

من خلال هذه النصوص ندرك أن التشريعات الدولية تعرضت لمدلول الطوارئ العامة، أو الخطر العام، باعتباره مبرراً لمخالفة الدولة لالتزاماتها بموجب المواثيق والمعاهدات التي تعتبر طرفاً فيها، خاصة تلك المتعلقة بضمانات حقوق الإنسان وحرياته، لكنها لم تتعرض لمفهوم دقيق لحالة الطوارئ، يميز بينها وبين ما يشبهها من نظم، وهذا يثير إشكالات عدة، أهمها مدى الأخذ بالمفهوم الواسع الذي يخدم رغبة الأنظمة في قمع الحريات وهدر الحقوق، أو المفهوم الضيق الذي يسمح بانتهاك الحقوق على مستوى ضيق، وفق ما تقتضيه مصالح الدولة وبقاء مؤسساتها، وقد اتفق الفقه الدولي على أن الاستعداد لمواجهة حرب بالمفهوم القانوني طبقاً للمادة الثانية من اتفاقية جنيف لعام 1949م³، يشكل حالة طوارئ عامة، واختلف حول الأزمات السياسية والكوارث الطبيعية، والأزمات الاقتصادية، التي تشكل حالة طوارئ عامة، على النحو الآتي:

1 - الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، سان خوسيه في 22/11/1969م، ينظر: محمود شريف بسيوني: الوثائق الدولية لحقوق الإنسان، المجلد الثاني، الوثائق الإسلامية والإقليمية، ط1، 2003، دار الشروق، القاهرة، ص213.
2 - الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، روما 04 نوفمبر 1950م، محمود شريف بسيوني: المرجع السابق، ص58.

3 - المقصود بها اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار، المؤرخة في 12 أغسطس 1949م، وتنص المادة (02) المذكور أعلاه أنه: " علاوة على الأحكام التي تسري في وقت السلم، تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة، أو أي اشتباك آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى ولو لم يعترف أحدها بالحرب.

تنطبق الاتفاقية أيضاً في جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة.

1- الأزمات السياسية: لاحظ الفقهاء أن الأزمات السياسية منها ما يشكل خطرا عاما، يتم لأجله التحلل من الالتزامات القانونية المتعلقة بالحقوق والحريات، ومنها ما لا يرقى إلى ذلك، وبينوه كما يلي:

أ- الأزمات التي تعتبر حالة طوارئ عامة:

وتتمثل في الاضطرابات الداخلية الخطيرة، وأعمال العنف المسلح، التي نبين مفهومها فيما يلي:

1- الاضطرابات الداخلية الخطيرة: عرفتها لجنة الصليب الأحمر بأنها: " تلك الأحداث التي يمتزج فيها الصراع السياسي، أو الاجتماعي، أو الطائفي، بأعمال الشغب والفضوى، أو تلك الأحداث الشبيهة التي تقع قبل أو بعد محاولة تغيير نظم الحكم عن طريق القوة، كالثورات أو الانقلابات العسكرية"¹.

2- أعمال العنف المسلح: ويقصد بها" تلك الحالات التي تشكل نزاعا مسلحا غير دولي"

كأن يكون بين جماعتين أو أكثر داخل إقليم الدولة، أو بين جماعة مناهضة أو معارضة وبين قوات الأمن أو الجيش التابعة للحكومة الرسمية².

ب- الأزمات التي لا تعتبر حالة طوارئ عامة:

أورد الفقهاء مظاهر عدة من الأزمات السياسية التي لا تعتبر حالة طوارئ عامة، ولا يمكن للإدارة أن تعلن بموجبها تطبيق التدابير الاستثنائية، أهمها ما يلي:

1- الاضطرابات الداخلية الناتجة عن انتهاك الحكومة لحقوق الإنسان:

مثل تجسيد التفرقة العنصرية، أو اضطهاد الأقليات العرقية، أو الدينية، بالسعي للقضاء عليها، وإبادتها، كليا أو جزئيا، لأن الحكومة في هذه الحالة هي المنتهكة لمواثيق حقوق الإنسان التي يجب احترامها حتى في الظروف الاستثنائية، طبقا للمبادئ التوجيهية

وإذا لم تكن إحدى دول النزاع طرفا في هذه الاتفاقية، فإن دول النزاع الأطراف فيها تبقى مع ذلك ملتزمة بها في علاقاتها المتبادلة، كما أنها تلتزم بالاتفاقية إزاء الدولة المذكورة إذا قبلت هذه الأخيرة أحكام الاتفاقية وطبقها".

1 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: حماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ص 116.

2 - المرجع السابق، ص 117.

لوضع التشريعات بشأن حالة الطوارئ، وتجميد الحقوق السياسية والاجتماعية، الواردة في التقرير الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي 1991م¹.

2-المظاهرات العمالية: التي يقوم بها العمال بهدف تحقيق مطالب ذات بعد اجتماعي، مثل الأجور وأحوال المعيشة.

3-الاضطرابات السياسية: التي تصاحب الانتخابات العامة، والمنافسة الحزبية، مما يقع عادة في أجواء الممارسة الديمقراطية، وكذا التي لم تبلغ درجة خطورتها تهديد الحياة العامة بالتوقف.

4-الكوارث الطبيعية:

وأما الكوارث الطبيعية مثل الفيضانات والزلازل، والبراكين، والأعاصير، والجفاف، والحرائق، وانتشار الأوبئة والأمراض المعدية، والمجاعات، وغيرها من الكوارث، فعلى الرغم من أنها لا تمثل تهديدا داخليا خارجيا، طبقا لنصوص القانون الدولي السالفة الذكر، إلا أنها تمثل ظرفا استثنائيا، مشمولا بفكرة الخطر العام، الذي لا يمكن للتدابير المعدة للحياة العادية مواجهته، وقد عطفها المادة الرابعة(04) من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على حالة الطوارئ بحرف أو، بقولها: "أي خدمة تطلب في حالة الطوارئ أو الكوارث التي تهدد حياة المجتمع أو رخاءه"².

لكن المشرع الجزائري ومن خلال الماد الثالثة(03) من القانون (91-23) المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، المعدل والمتمم، أخرج النكبات العمومية والكوارث الطبيعية، والكوارث ذات الخطورة الاستثنائية، من مبررات إعلان حالة الطوارئ، وأدرجها ضمن نطاق تدخل الجيش خارج نطاق الظروف الاستثنائية، إذ تنص المادة السالفة الذكر على أنه: "يمكن تجنيد وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته في الحالات التالية:

أ- النكبات العمومية والكوارث الطبيعية أو الكوارث ذات الخطورة الاستثنائية.

1 - محمود شريف بسيوني: الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الثاني، الوثائق الإسلامية والإقليمية ، ج2، ص110.

2 - محمود شريف بسيوني: المرجع السابق، ص55.

ب- عندما يكون حفظ الأمن العمومي وصيانتته وإعادته خارجا عن نطاق السلطات والمصالح المختصة عادة.

ج- بسبب المخاطر الجسيمة أو توقعها: التي قد يتعرض لها أمن الأشخاص والممتلكات.
د- في حالة المساس المستمر بالحريات الجماعية أو الفردية¹.

وهذا أمر نراه غاية في الخطورة على الحقوق والحريات، رغم ما قد يحققه من غايات حسنة على مستوى مواجهة الكوارث، لأن الظروف الاستثنائية تمر عبر آلية الإعلان عنها كضمانة من ضمانات حماية الحريات، ومعرفة جميع الهيئات الرقابية الداخلية والدولية، وبإخراج هذه السلطات من نطاق الظروف الاستثنائية، تتمكن السلطة التنفيذية من المساس الصارخ بالحقوق والحريات دون رقيب، كما هو جار في كثير من البلدان، الأمر الذي يجعل المجتمعات تعيش أحكام حالة الطوارئ في ثوب الظروف العادية.

5- الأزمات الاقتصادية:

وأما الأزمات الاقتصادية فقد اختلف فقهاء القانون الدولي بشأنها على رأيين؛ الأول يرفض اعتبار الأوضاع الاقتصادية المتردية سببا لإعلان حالة الطوارئ، والتضحية بالحقوق المدنية والسياسية، لكون تأمينها غير مرتبط بالرفاه الاقتصادي، بل يكفي امتناع الدولة عن انتهاكها، خاصة وأن بعض الدول تعاني من أزمات اقتصادية مزمنة، وإن تم قبول اعتبارها ظرفا استثنائيا يبرر انتهاك الحقوق والحريات؛ فستكون تلك الحقوق والحريات محل انتهاك وإهدار دائم².

والرأي الثاني ينطلق من فكرة سائدة في الفقه الدولي، مفادها أن الأزمات الاقتصادية الحادة والمفاجئة، التي تتعرض لها الدولة، يمكن اعتبارها ظرفا استثنائيا، مبررا لإعلان حالة الطوارئ، حماية للاستقرار الاقتصادي والمالي من التدهور، وهو ما استقر عليه

1 - القانون رقم (91 . 23)، مؤرخ في (29) جمادى الأولى عام 1412هـ، الموافق (06) ديسمبر سنة 1991م، يتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، الجريدة الرسمية العدد (63)، الصادر في 7 ديسمبر 1991، المعدل بموجب الأمر (11 - 03) مؤرخ في (20) ربيع الأول عام 1432هـ، الموافق (23) فبراير 2011م، الجريدة الرسمية، العدد (12)، الصادر في (23) فبراير 2011م.

2 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: لمرجع السابق، ص 120، 121.

الرأي في مؤتمر سيراكوزا سنة 1984م، المنعقد لدراسة مشكلات تطبيق المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية، والسياسية، بحجة أن الأزمات الاقتصادية الحادة والمفاجئة تقضي إلى حالة من الفوضى والاضطرابات الداخلية الشديدة، والأزمات السياسية المهددة للحياة العامة بالخطر، ويتوافق هذا الرأي مع ما رآه الخليفة عمر بن الخطاب عام الرمادة¹ من كون الوضع الاقتصادي المتردي يفرض وضعاً استثنائياً، يتوقف بسببه التزام الدولة بحماية الحقوق المدنية والسياسية، ولذلك عطل بشكل مؤقت تطبيق حد السرقة الذي تحمى به الحقوق المالية للأفراد.

لكن ينبغي هنا أن يتم التمييز بين الأزمة الاقتصادية الحادة المفاجئة، وغيرها من الأوضاع الاقتصادية، المتردية، التي قد تمر بها الدولة، ولا يصل الأمر بشأنها إلى حد إعلان حالة الطوارئ، وقد عايشنا كثيراً من الأزمات كان لها تأثير على التزامات الدولة، لكنها تعاملت معها بإجراءات غير إجراءات حالة الطوارئ العامة.

ج- مفهوم حالة الطوارئ في التشريع الإسلامي

هذا المصطلح لم يعرف له ورود في التشريع الإسلامي، لكن مدلوله يدخل في النطاق العام لنظرية الضرورة²، وقد حدثت في تاريخ الدولة الإسلامية، تصرفات رسمية كثيرة في مواجهة أحوال الضرورة والأزمات، تشبه نظام حالة الطوارئ، من ذلك استشعار الخليفة أبي بكر الصديق رضي الله عنه الخطر على القرآن الكريم، بعد موت كثير من الحفاظ في موقعة اليمامة، واتخذ تدبيراً استثنائياً، لم يرد في النصوص الشرعية ما يدل عليه، تمثل في جمع وتدوين القرآن الكريم، كما استشعر عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطر تهديد الحياة العامة بالمجاعة عام الرمادة، وقام باتخاذ تدابير استثنائية، منها: تأخير الزكاة، وتعطيل حد السرقة، والتزام تخفيض الإنفاق، وطلب الإمداد من الأقاليم

1 - اختلف في تسميته عام الرمادة، فقيل سمي بذلك لشدة الجفاف والقحط حتى إن الريح تأتي على الأرض فلا تسفي إلا تراباً كالرماد، وقيل أصبحت الأرض سوداء كالرماد من قلة المطر، وقيل تغيرت ألوان أجساد الناس فكانت شبيهة بالرماد، حتى نحل جسم عمر واسود لونه رضي الله عنه. (ينظر: سلمان بن يحيى المالكي، فقه الأزمات عام الرمادة أنموذجاً، موقع صيد الفوائد، www.saaaid.net/doat/slman/163.html شوهد بتاريخ 01 مارس 2018م، الثامنة مساءً).

2 - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص311.

الميسورة¹، ما يعني أن مدلول مصطلح حالة الطوارئ بمفهومه في القانون العام، يمكن اعتباره مظهرا من مظاهر الضرورة، يحكم عليه من منظور شروطها وضوابطها قبولا ورفضاً، بغض النظر عن كونه نظاما خاصا يعالج حالة خاصة في القانون العام، فإذا كانت التطورات القانونية المعاصرة خلصت إلى أن الظروف الاستثنائية - ومنها حالة الطوارئ- تستلزم وضع أطر قانونية ترسم أبعادها، وتحدد ضوابطها، وتقيد السلطات الإدارية في اتخاذ تدابيرها، تقديرا للضرورة بقدرها، وحماية للصالح العام²، فإن التشريع الإسلامي فصل ما يوافق هذا ويفوقه في قواعد الضرورة، وسلطة الحاكم في تغيير الأحكام، على النحو الذي سبق بيانه³.

الفرع الثاني: صور حالة الطوارئ في القانون الدولي

ينظر فقهاء القانون الدولي لهذه المسألة من زاوية مدى التزام الدولة في إعلانها لحالة الطوارئ بمبدأ الشرعية والتزام المعايير الدولية في اتخاذ التدابير الاستثنائية، وقد خلص الدكتور سعيد فهيم خليل إلى خمس صور، هي⁴:

الصورة الأولى: حالة الطوارئ المعلننة وغير المخطر عنها دوليا

مضمون هذه الصورة أن تعلن الدولة حالة الطوارئ طبقا لقوانينها الداخلية، دون الالتزام بالإخطار الدولي الذي يعتبر عنصرا جوهريا طبقا للنصوص الدولية التي سبق ذكرها لاسيما المادة الرابعة من الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية⁵ في فقرتها الثالثة التي تنص أنه: "على أية دولة طرف في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد، أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فورا، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تتقيد بها، والأسباب التي دفعتها إلى ذلك، وعليها في التاريخ الذي تنهي فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته".

- 1 - سوسن سالم الشيخ: إدارة ومعالجة الأزمات في الإسلام، ط1، 2003م، دار النشر للجامعات مصر، ص122.
- 2 - من ذلك ما قرره الدستور الجزائري في المادة (106) من أن: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ، وحالة الحصار، بموجب قانون عضوي"
- 3 - وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 311.
- 4 - سعيد فهيم خليل: الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، ص 194 وما بعدها.
- 5 - تم اعتماد هذا العهد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، بتاريخ 16 ديسمبر 1966م، وبدأ سريان مفعوله في 23 مارس 1976.

وبناء على هذا الشرط كمعيار للمشروعية، فإذا لم تخطر الدولة المعنية بإقرار حالة الطوارئ، كان قرارها معيباً، وغير مشروع، ومثل عدم الإخطار؛ الإخطار المبهم¹، أو المشوب بالتجهيل، أو المتأخر بدون سبب مقبول، وقد أثبت الواقع أن الدول التي لم تلتزم بالإخطار طبقاً لقواعد القانون الدولي إنما تتبغى من وراء ذلك الإفلات من الرقابة الدولية على انتهاكها لحقوق الإنسان²، وهو ما أثبتته اللجنة الدولية لحقوق الإنسان في حق كثير من الدول، ما دفع بمؤتمر سيراكوزا 1984م، اعتماد ورقة العمل المتضمنة بيانات أساسية يجب أن يتضمنها الإخطار الدولي، وخلص المؤتمر بشأنها إلى توصيات ملخصها³:

- 1- على كل دولة طرف في الاتفاقية تستعمل حقها في التحلل من التزاماتها، أن تبلغ فوراً الدول الأطراف الأخرى، عن طريق السكرتير العام للأمم المتحدة، بالنصوص التي أحلت نفسها منها، وبالسبب التي دفعتها إلى ذلك.
- 2- يجب أن يتضمن هذا الإخطار بيانات كافية، خاصة نصوص الاتفاقية المتحلل منها، ونسخة من قرار إعلان حالة الطوارئ، والنصوص الدستورية والتشريعية التي تحكم حالة الطوارئ، وتاريخ بدء سريان حالة الطوارئ، ومدة سريانها، والأسباب التي دعت الدولة إلى إعلان حالة الطوارئ، وبيان موجز لأثر تطبيق حالة الطوارئ على الحقوق والحريات المضمونة بموجب الاتفاقية الدولية.
- 3- موافاة الأطراف الأخرى بمعلومات وبيانات ضرورية إضافية عند الطلب، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة.

1 - وهو الذي يتضمن إخطار شكلياً خال من البيانات التفصيلية بدقة، كأن يشتمل على مجرد قائمة للنصوص التي يتم إيقاف تنفيذها، دون بيان طبيعة الإجراءات المتخذة، أو نوعها، أو مدتها الزمنية، أو يكون بصيغة مقتضبة بهدف تعميم التحلل من كل الالتزامات.

2 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: حماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ص 186، وما بعدها.

3- ينظر: سعيد فهم خليل، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.

الصورة الثانية: حالة الطوارئ المعننة طويلة الأمد

تتحقق هذه الصورة عندما يستمر التمديد لحالة الطوارئ لفترات طويلة، طبقاً للتشريعات الداخلية في الدولة، أو استغلالاً للفراغ التشريعي بشأن تحديد مدة سريان حالة الطوارئ، ويعتبر القانون الدولي هذا النمط من الطوارئ غير مشروع؛ لتنافيه مع مبدأ التآقيت، الذي هو الأساس في كافة الظروف الاستثنائية.

وقد دأب المقرر الخاص للأمم المتحدة المكلف برصد حالات الطوارئ في مختلف الدول، على إعداد تقارير سنوية يكشف فيها الدول المطبقة لحالة طوارئ مزمنة، ومما تم استنتاجه أن هذا النوع من أحكام الطوارئ يشكل ظاهرة خطيرة تسود دول العالم الثالث، كانت الباراجواي أخطر نموذج لها، حيث أشارت اللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان في تقريرها عام 1978م، إلى أنها لم تتمكن من تحديد عدد السنوات التي قضتها هذه الدولة تحت حكم حالة الطوارئ، وكذا جنوب إفريقيا التي استمرت فيها من 1962م، إلى غاية 1986م، ومثلها مصر من ديسمبر 1939م، إلى غاية ما بعد أحداث 2012م¹، وسوريا من مارس 1963 إلى ما بعد أحداث 2011، والجزائر من فبراير 1992م إلى غاية فبراير 2011م.

1 - خصص الدكتور مجدي المتولي في أطروحته للدكتوراه مطلباً للتطبيق العملي لقانون الطوارئ في مصر، خلص من خلاله إلى أن حالة الطوارئ لازمت مصر بشكل مزمّن، منذ صدور أول قانون للطوارئ في أول ديسمبر 1939م، الذي استمر العمل به حتى الرابع من أكتوبر 1945م، ثم أعلنت مرة أخرى في الرابع عشر ماي 1948م، واستمرت حتى تم رفعها في 29 أبريل 1950، وطبقت مرة ثالثة في الفترة من يناير 1952، إلى غاية 1956، ثم في نفس السنة تجدد إعلانها بمناسبة العدوان الثلاثي على مصر، حتى 1964، ثم تجددت للمرة الخامسة في الخامس يونيو 1967، ثم للمرة السادسة منذ أكتوبر 1981، حتى 2012م. (ينظر: مجدي المتولي، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، ص360؛ حسين حامد محمود عمر، الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، دراسة مقارنة، ص77، 78).

الصورة الثالثة: حالة الطوارئ المعننة رغم انتفاء الظروف الاستثنائية

يتمثل هذا النمط من الانحراف في الإبقاء على حالة الطوارئ بعد زوال مبرراتها، وقد بحث الفقهاء عن أهداف هذا السلوك، فوجدوها لا تكاد تخرج عن إحدى الغايات التالية¹:

- فرض الاستقرار لحكومة تفنقر إلى التأييد الشعبي.
- تقوية نظام حكم غير ديمقراطي، بطريق العنف أو الانقلاب.
- قد تستخدم حالة الطوارئ بغرض دعم سياسة محددة، والتمكين لها، مثل نظام الفصل العنصري.

- تكريس حالة الطوارئ المزمدة من طن طرف دولة الاحتلال، في المناطق المستعمرة.
- الصورة الرابعة: حالة الطوارئ الفعلية (غير المعننة)

مدلول هذه الصورة أن تلجأ دولة إلى تطبيق الإجراءات الاستثنائية، وفرض القيود على حقوق وحريات الأفراد، دون إعلان رسمي لحالة الطوارئ، طبقاً للدستور وما تفرضه قواعد القانون الدولي، وقد تم رصد المجتمع الدولي لكثير من الدول عاشت هذا الانحراف، منها أنجولا عام 1967، وناميبيا أعوام 1967، 1962م، وأفغانستان وإيران والعراق، وغيرها من الدول التي تعيش مواجهات مسلحة داخلية دون إعلان رسمي لحالة الطوارئ.

وتعتبر هذه الصورة أكثر سفورا، وتحدياً للشرعية وحقوق الإنسان، تلجأ إليها الدول التي لا تريد الرقابة الدولية أن ترافقها في إجراءاتها، بل من الدول من تعلن ظاهراً انتهاء حالة الطوارئ، مع الاستمرار في تطبيقها، كما فعلت بريطانيا عندما ألغت قانون الطوارئ سنة 1984م، في إيرلندا الشمالية، واستمرت في تطبيق محاربة الجيش الجمهوري الإيرلندي، بالقبض على الأشخاص وممارسة التفتيش والاعتقال، وتقديم المتهمين إلى محاكم خاصة².

1 - سعيد فهم خليل: الحماية الدولية لحقوق الإنسان في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، ص 126، 127.

2 - سعيد فهم خليل: المرجع السابق، ص 131، 132.

الصورة الخامسة: حالة الطوارئ المدسترة (المقننة كنظام حكم)

يتم اللجوء إلى هذا النمط من طرف النظم المستبدة، عند التغيير العنيف، في دولة غير ديمقراطية، عن طريق الثورة أو الانقلاب، أين يتم إلغاء النظام الدستوري وجمع السلطات في يد القيادة الجديدة، ثم يصاغ دستور جديد يكرس الأحكام الاستثنائية كواقع قانوني تقتضيه المرحلة الانتقالية، ثم يتدرج بذلك للاستمرار على نفس آليات الحكم، لفترات طويلة.

وسميت بحالة الطوارئ المدسترة، أو المقننة، لظهور نية الإبقاء على هذا النوع من الأنظمة مدة طويلة، وذلك يتنافى مع فكرة الظروف الاستثنائية المؤسدة على التأكيد، وقد ناقشت اللجنة الدولية للقانونيين هذه الحالة، وخلصت بشأنها إلى أن أحكام الطوارئ التي تفرض كنظام انتقالي، قد تكون الغاية من ورائها تهيئة الأجواء لقيام نظام ديمقراطي، وقد يكون الهدف غير ذلك، وهو الغالب¹.

المطلب الثاني: شروط قيام حالة الطوارئ.

يتوقف إعلان حالة الطوارئ على توافر جملة من الشروط، التي منها ما هو موضوعي، ومنها ما هو إجرائي، وفقا لما يتم بيانه في الآتي:

الفرع الأول: الشروط القانونية

تنقسم شروط إعلان حالة الطوارئ من المنظور القانوني؛ إلى نوعين، أحدهما موضوعي، والآخر إجرائي.

أولا: الشروط الموضوعية

1. سبب إعلان حالة الطوارئ: وهو الخطر العام الدايم المحقق بالنظام العام، والجسيم الذي لا تمكن مواجهته بالوسائل المعدة للظروف العادية، يمكن أن يتحقق هذا الخطر نتيجة حرب خارجية، أو ثورة مسلحة داخلية، أو وقائع تتسم بالخطورة بطبيعتها، مثل الكوارث العامة، وتبعاً لهذا التنوع في الأسباب، قسم الفقهاء صور الخطر تبعاً لمصدرها إلى ثلاثة أنواع هي:

1 - المرجع السابق، ص 136، 135.

الخطر الخارجي: ويطلق عليه الخطر الماس بأمن الدولة الخارجي، المتمثل في عدوان أو حرب أجنبية، ماسة بسيادة الدولة، أو سلامة أراضيها، أو حقها في البقاء¹.

الخطر الداخلي: الذي يكون مصدره اضطرابات جسيمة، تتعذر مواجهتها بالوسائل القانونية المعدة لحفظ النظام في الظروف العادية، وبالرجوع للنصوص القانونية المختلفة نجد أنها تعطي الجهة المختصة بإعلان حالة الطوارئ سلطة تقديرية، تحدد بها حجم الخطورة المترتبة بالدولة ومؤسساتها.

الكوارث العامة: التي تخرج بحكم طبيعتها عن كونها داخلية أو خارجية، ويرتبط حدوثها بأسباب موضوعية أخرى مثل الأوبئة، والحرائق، والزلازل، وغيرها، وقد أوردنا فيما سبق. وقد بدأت التشريعات المعاصرة المتعلقة بالطوارئ، تستجيب لتحديد مضمون الخطر وفقا لهذه المظاهر، باستثناء المشرع الجزائري الذي لا يزال يكتفي بالنص على ذلك في الدستور، في انتظار قيام البرلمان بوضع القانون العضوي المتعلق بتنظيم حالة الطوارئ²، وعلى سبيل المثال نذكر النموذج المصري، والنموذج السوري باعتبارهما على رأس أطول الدول العربية عمرا تحت نظام الطوارئ.

فبالنسبة للقانون المصري نصت المادة الأولى من القانون رقم 162 لسنة 1958م المعدل، أنه: "يجوز إعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن والنظام العام في أراضي الجمهورية أو منطقة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها، أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء"³.

1- هاني علي إبراهيم الطهراوي: المرجع السابق، ص168.

2 - ينتظر من البرلمان القيام بواجبه في تفعيل نص المادة 106 من الدستور التي تنص على أن "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي".

3 - القانون رقم (162) لسنة 1958 هو قانون الطوارئ في مصر أصدره الرئيس جمال عبد الناصر، في الخامس من يونيو عام 1967. استمر بعده الرئيس أنور السادات يمارس حكمه انطلاقا من هذا القانون، حتى رفع حالة الطوارئ في ماي عام 1980، ليعود العمل به بعد فترة وجيزة، من طرف الرئيس مبارك الذي تولى الحكم عقب اغتيال السادات وأعلن حالة الطوارئ، و استمر العمل به إلى غاية إلى ما بعد أحداث 2011م، وأدخل عليه تعديل في حكم الرئيس السيسي، بموجب القانون رقم 12 لسنة 2017.

أما في القانون السوري فإن حالة الطوارئ تخضع للقانون رقم (51) لسنة 1962م، الذي جاء في مادته الأولى أنه: "يجوز إعلان حالة الطوارئ في حالة الحرب، أو قيام حالة شاذة تهدد بوقوعها، أو في حالة تعرض الأمن أو النظام العام في أراضي الجمهورية أو جزء منها للخطر، بسبب حدوث اضطرابات داخلية، أو وقوع كارثة عامة".

وبناء على هذين النصين فإن سبب إعلان حالة الطوارئ هو الخطر المحقق بالنظام العام، بمفهومه الواسع، الذي يشمل الاعتداء الخارجي، والاضطرابات الداخلية، والكوارث الطبيعية العامة.

فبالنسبة للاعتداء الخارجي يتمثل مظهره في الحرب الفعلية أو التهديد الفعلي بها، على النحو الذي تبينه نصوص الدستور في الدولة، أما الاضطرابات الداخلية؛ فتشمل كل حراك يضر بالصالح العام، أو يستهدف مؤسسات الدولة وأمنها سواء كان ذا بعد سياسي مثل استهداف المؤسسات الدستورية، والمظاهرات حول قضايا سياسية، أو ذا بعد اجتماعي، مثل المظاهرات، والاحتجاجات، أو الإضرابات العمالية أو ذا بعد أمني، مثل أعمال الشغب والتمرد، والإرهاب، إلى غير ذلك.

وأما حدوث كوارث عامة أو انتشار وباء؛ فقد تضمنت التشريعات هذا المصطلح، وتركته على عمومته، دون بيان للمقصود بها على وجه الدقة، تيسيراً على السلطة التنفيذية في مواجهة كل الأخطار التي لا تسمح التشريعات العادية بالتحكم فيها، مثل الزلازل، والفيضانات، أو الحرائق، أو ارتفاع درجات الحرارة، أو انتشار الأمراض أو الأوبئة التي تفتك عدواها بالسلامة العامة، إلا أن ذلك تكتنفه خطورة استغلال السلطة التنفيذية لسلطتها التقديرية، في اتخاذ الإجراءات الاستثنائية، لأسباب قد لا تكون دقيقة.

2. تعذر التصرف وفقاً لقواعد المشروعية العادية:

تعتبر الجسامة من الشروط التي يبرر بها إعلان حالة الطوارئ، ومعيار ذلك أن يتعذر ضبط الأوضاع بالنصوص القانونية المعدة للظروف العادية، ويترجح هنا مشكل تقدير جسامة الخطر، وضمان عدم تعسف الإدارة في إعلان حالة الطوارئ والمساس

1 - بموجب هذا القانون أعلنت في سوريا حالة الطوارئ وذلك إثر انقلاب عسكري قاده حزب البعث العربي الاشتراكي في 8 مارس 1963 ومنه أعلنت الأحكام العرفية بالأمر العسكري رقم 2، ولا تزال نافذة حتى اليوم.

بالحريات، عبر المبالغة في تقدير الأخطار، خاصة وأن النصوص الدستورية جاءت بصيغة مبهمة، يسودها التعميم وعدم الوضوح، فمثلا الدستور الجزائري بنص المادة (105) منه؛ ينص على أن: " يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار..."، ويبقى المجال مفتوحا أمام السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية في معالجة ما تقتضيه الضرورة.

وقد كان هذا الإشكال محل اهتمام المجتمع الدولي في محطات عدة، خلص من خلالها إلى إقرار مبدأ اللزوم والتناسب¹.

ثانيا: الشروط الإجرائية

تتنوع الشروط الإجرائية إلى نوعين، شروط إجرائية عامة، وشروط إجرائية خاصة، نعني بالشروط الإجرائية العامة تلك الشروط المشتركة بين جميع الدول، وعليها احترامها، كما نعني بالشروط الإجرائية الخاصة، ما تقرره الدساتير والقوانين الداخلية من شروط أو قيود تخص الدولة بعينها.

أ- الشروط الإجرائية العامة:

يعتبر القانون الدولي أهم مصدر للشروط الإجرائية العامة، وبالرجوع للاتفاقيات الدولية ذات العلاقة خاصة اتفاقيات حقوق الإنسان، نجد تلك الشروط تتمثل فيما يلي:

الشرط الأول: إعلان حالة الطوارئ:

يعتبر الإعلان عن حالة الطوارئ شرط قانوني إجرائي، تفرضه الدساتير الداخلية والقوانين الدولية، لما له من أهمية في إعلان التحول من المشروعية العادية إلى الشرعية الاستثنائية، لمن يهمل الأمر؛ وهم الأفراد الذين يطبق عليهم القانون والمعرضة لحقوقهم وحياتهم للخطر، والهيئات الرقابية على المستويين الداخلي والدولي، وتختلف إجراءات إعلان حالة الطوارئ تبعا لاختلاف الجهة المعنية بهذا الإعلان، على النحو الآتي.

1- إعلان حالة الطوارئ في القانون الدولي:

إشترطت المادة الرابعة فقرة أولى¹ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، أن يعلن رسميا عن حالات الطوارئ الاستثنائية، قبل التحلل من الالتزامات الحقوقية الواردة

1 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: المرجع السابق، ص 195، 196، 197.

في الاتفاقية، وفي نفس الاتجاه سارت الاتفاقيتان الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان، واعتبرته قيادا جوهريا يمنع عدم القيام به تطبيق ما تضمنته من التحلل المؤقت من الالتزامات الحقوقية²، والغرض منه إعلام أطراف المجتمع الدولي بما تقوم به الدولة من إجراءات بخصوص التضييق على الحريات، والخروج عن القانون.

2- إعلان حالة الطوارئ في القانون الداخلي:

تبعاً لأهمية إعلان حالة الطوارئ والتزاما بالتشريعات الدولية، اعتمدت الدول في قوانينها الداخلية الإعلان كآلية قانونية، لميلاد حالة الطوارئ، تختص به السلطة التنفيذية وفق ما تقننه الدساتير، وغالبيتها تجعل ذلك من اختصاص رئيس الدولة، فالدستور الجزائري يخول ذلك لرئيس الجمهورية، طبقاً للمادة (105) منه، والدستور الأردني طبقاً للمادتين (124،125) منه، والدستور المصري طبقاً للمادة 154 منه، والدستور الفرنسي طبقاً للمادة 16 منه، والدستور التونسي طبقاً للفصل (80) منه، والأمثلة كثيرة جداً في واقع هذه الصلاحية الدستورية.

ويمكن أن تعود هذه الصلاحية للحكومة كما في إيطاليا مثلاً؛ وطبقاً للمادة (77) من الدستور يمكن الحكومة، في الأحوال الاستثنائية والاضطرارية الطارئة، أن تتخذ إجراءات على مسؤوليتها الخاصة، وتطرحها للمناقشة في نفس اليوم على غرفتي البرلمان، وإن كانتا منحلّتين تتم دعوتهما للانعقاد لهذا الغرض خلال خمسة أيام.

ومثلها ما كرسه قانون الدفاع عن السلامة الوطنية العراقي بموجب المادة الأولى منه، أن "الرئيس الوزراء بعد موافقة هيئة الرئاسة بالإجماع عن إعلان حالة الطوارئ في أي منطقة من مناطق العراق"³، كما يمكن أن يعود الاختصاص للبرلمان، خاصة في الدول شديدة الفصل بين السلطات، والتي لا تسمح للسلطة التنفيذية بالتدخل في نطاق التشريع، وقد

1 - نصها: "في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة، والمعلن عنها رسمياً، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد، أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تتقيد 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 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: المرجع السابق، ص 174، 175.

3 - كان هذا القانون قبل التوافق على صياغة الدستور بعد سقوط نظام الرئيس صدام حسين سنة 2003م، ثم ألغي بوضع الدستور سنة 2005، ودخله حيز التنفيذ عام 2006.

يكون ذلك بالاشتراك بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، كما عليه الأمر في الدستور العراقي، حيث جاء في المادة (61) منه، في فقرتها التاسعة، أن من اختصاصات مجلس النواب؛ الموافقة على إعلان حالة الطوارئ بأغلبية الثلثين، بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء.

الشرط الثاني: إتباع إجراءات إعلان حالة الطوارئ:

يُمر إعلان حالة الطوارئ بجملة من الإجراءات والخطوات الشكلية، منها ما يتعلق بتطبيق الدستور والقوانين الداخلية، ومنها ما يجسد الالتزامات الدولية.

1- الإجراءات الدستورية:

تتبع كل دولة من خلال دستورها إجراءات شكلية، لإعلان حالة الطوارئ، ففي فرنسا بناء على المادة (16) من الدستور يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها الظروف الاستثنائية بعد استشارة رئيس الوزراء، ورئيسي غرفتي البرلمان، والمجلس الدستوري، ويوجه خطاباً للأمة يعلمها بهذه الإجراءات، وقريباً منه نجد الدستور الجزائري بنص المادة (105) منه، يلزم رئيس الجمهورية باتخاذ جملة من الإجراءات وهي: اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، وأن يكون الإعلان مؤقتاً بمدة محددة لا يمكن تمديدها إلا بموافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه معاً.

وهكذا كل دولة، وطبقاً لتشريعها الداخلي، تقرر إجراءات شكلية، يمر عبرها إعلان حالة الطوارئ، وفق ما يرصده المؤسس وراء هذه الإجراءات من أهداف.

الشرط الثالث: إخطار المجتمع الدولي

يستمد إجراء الإخطار وجوبه من نصوص القانون الدولي التي أقرت للدول التحلل المؤقت من بعض التزاماتها الحقوقية، في مقدمتها المادة الرابعة (04) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، في فقرتها الثالثة، حيث نصت أن: " على كل دولة طرف في هذا العهد استخدمت حق عدم التقيد، أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فوراً، عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تتقيد بها، وبالأسباب التي دفعتها إلى ذلك، وعليها في التاريخ الذي تنهي فيه عدم التقيد، أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطريق ذاته".

والهدف من هذا الإخطار، هو إحاطة المجتمع الدولي بما أقدمت عليه الدولة، من إجراءات وتدابير استثنائية، والأسباب التي دفعتها لذلك، حتى تستطيع ممارسة حقها في الرقابة، وكشف التجاوزات التي قد ترتكبها.

وترتبط بالأخطار جملة من الأحكام تتعلق بمضمونه، وتوقيته، والجهة التي يوجه إليها، وما يترتب على عدم مراعاته من أحكام، فبالنسبة للمضمون، والتوقيت، والجهة الموجه إليها، تستفاد من النص مباشرة، أما ما يترتب على عدم التزام مراعاته من أحكام، فلم يصرح به النص، والفقهاء الدولي تبينت آراؤه بشأن المسألة، حيث يرى فريق أن الإخطار ما هو إلا إجراء تنظيمي غير ملزم، ولا يترتب على مخالفته أي جزاء، وإن أظهر سوء النية تجاه حقوق الإنسان، بينما يرى فريق آخر أن الإخطار عنصر جوهري، يترتب على مخالفته انتهاك اتفاقيات حقوق الإنسان، وتثار بسبب ذلك مسؤولية الدولة أمام أجهزة الرقابة الدولية، ومثل عدم الإخطار؛ الإخطار المقتضب وغير الصريح¹.

الشرط الرابع: بيان مبررات إعلان حالة الطوارئ

تتشرط النصوص القانونية المختلفة بيان الدولة المعلنة لحالة الطوارئ، للمبررات التي جعلتها تلجأ إلى إعلانها، على غرار المادة الرابعة فقرة³، من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، التي جعلت بيان الأسباب والمبررات عنصراً من عناصر الإخطار. وقد وضعت الدساتير الداخلية مبررات محددة على سبيل الحصر، تعلن بموجب حدوثها حالة الطوارئ، تتمثل في حالة الخطر الداهم الناتج عن المساس الخطير بالنظام العام، سواء كان ذلك تصرفاً بشرياً، أو بفعل كارثة طبيعية، مع الاختلاف في صياغة التعبير عن ذلك، ففي النظام الفرنسي تم تحديد سببين هما؛ الخطر الداهم الناتج عن المساس الخطير بالنظام العام، وحالة الأحداث التي تشكل بطبيعتها كارثة عامة²، وفي الدستور

1 - عبد الجيد محمد أحمد المنشاوي: المرجع السابق، ص 191.

2 - نص المشرع الفرنسي على هذا في نص المادة الأولى من قانون الطوارئ لسنة 1955، المعدل بالقانون رقم (525-2011)، مؤرخ في 17 ماي 2011، ونصها:

" L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article⁷⁴ de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique".

المصري، وبموجب المادة (154) منه، تمت الإحالة على قانون الطوارئ لتحديد المبررات، وبالرجوع إلى القانون رقم (162) لسنة 1958، المتعلق بحالة الطوارئ، في مادته الأولى نجده يحدد خمسة أسباب على التفصيل، وهي¹:

- وقوع حرب.
- قيام تهديد فعلي بوقوعها.
- حدوث اضطرابات في الداخل.
- حدوث كوارث عامة.
- انتشار وباء.

وفي الجزائر نص الدستور بصفة مجملية على مبرر واحد يتمثل في الضرورة الملحة، طبقاً للمادة (105) منه، وهو تعبير غير دقيق، لما تحمله كلمة "الضرورة الملحة" من غموض، وي طرح التساؤل بشأن هذا التعميم هل هو مقصود، بهدف تمكين الجهة المختصة من سلطة تقديرية واسعة؟ أم أن واضع الدستور ترك أمر التفاصيل للبرلمان في القانون العضوي الذي ينظم حالة الطوارئ؟ هذا القانون الذي لم ير النور بعد؟ وهكذا نجد أن التشريع الجزائري متأخر جدا في تحديد أسباب ومبررات إعلان حالة الطوارئ مقارنة بغيره من التشريعات².

الشرط الخامس: عدم المساس بالحقوق والحريات الأساسية

تعتبر الحقوق والحريات الأساسية قيما أو شرطا إجرائيا عند إقرار حالة الطوارئ، ذلك أن القانون الدولي لما مكن الدول من التحلل من التزاماتها بشكل مؤقت، وتعطيل بعض الحقوق والحريات، قيدها بالنص على عدم تجاوز الحقوق والحريات الأساسية، في مقدمتها؛ الحق في الحياة، الحق في التحرر من التعذيب أو المعاملات أو العقوبات اللا

كما نص عليها في دستور 1958 بموجب المادة (16) منه.

1 - ينظر: مجدي المتولي السيد يوسف، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية دراسة مقارنة، ص 343 وما بعدها.

2 - مراد بدران: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، ص 136 وما بعدها.

إنسانية، أو المهينة، أو الحاطة بالكرامة، الحق في التحرر من الرق والعبودية وأعمال السخرة، مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية¹.

وقد استند المجتمع الدولي في إقراره لقائمة الحقوق الأساسية المحصنة ضد الانتهاك الطوارئ، إلى أن هذه الحقوق تعتبر أساسية ولا غنى للإنسان عنها تحت أي ظرف، ولأنها لا تؤثر على أحكام الطوارئ، وتحت هذين المبررين تمت مواصلة الاجتهاد الدولي في تحديد الحقوق الأساسية أو صلتها للجنة المعنية بحقوق الإنسان المنبثقة عن مجمع القانون الدولي إلى ستة عشر (16) حقاً، وهي "الحق في الحياة، الحق في التحرر من التعذيب، الحق في التحرر من الرق والعبودية، عدم جواز تطبيق القوانين الجنائية بأثر رجعي، الحق في الاعتراف بالشخص أمام القانون، حرية الفكر والضمير والدين، الحق في عدم جواز السجن بسبب التزام تعاقدي، حقوق الأسرة، الحق في الإسم، حقوق الطفل، حق الجنسية، الحقوق السياسية، حقوق الأقليات، ضمانات المحاكمة العادلة، الحق في الالتجاء إلى القضاء، الحق في عدم التمييز"².

الشرط السادس: عدم مخالفة الدولة التزاماتها الأخرى

مضمون هذا الشرط أن إقرار حالة الطوارئ والتحلل مؤقتاً من بعض الالتزامات الحقوقية، لا يبرر مخالفة الالتزامات الدولية غير المشمولة بالإخطار عن حالة الطوارئ طبقاً لقواعد القانون الدولي، مثل أحكام الاتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على التمييز العنصري 1956م، والاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة جريمة الأبرتايدي³ سنة 1973م، والاتفاقية الدولية الخاصة بمناهضة التعذيب سنة 1958، والاتفاقية الدولية الخاصة بحماية أوضاع اللاجئين سنة 1951، والاتفاقيات الدولية الإقليمية ذات العلاقة بحقوق الإنسان.

1 - ينظر لذلك: نصوص الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، المواد (2،3،4،7). والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966، المواد: (16،11،7،18). والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، المواد: (23،20،19،18،17،5).

2 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: المرجع السابق، ص 208.

3 - كلمة الأبرتايدي أو الأبارتهايد Apartheid هي كلمة عالمية ترمز إلى نظام التفرقة العنصرية الذي كان يحكم جنوب إفريقيا، من عام 1948م، حتى إلغاء النظام بين الأعوام 1993 - 1990.

ب - الشروط الإجرائية الخاصة:

الشروط الإجرائية الخاصة، يقصد بها تلك الشروط التي ترتبط بها صحة إعلان حالة الطوارئ، من منظور دستور دولة محددة، طبقاً لقوانينها الداخلية، على رأسها الدستور والتشريع المنظم لحالة الطوارئ، ومن ذلك ما اشترطه الدستور الجزائري في المادة (105) من الدستور، من ضرورة تحديد المدة الزمنية، واجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري.

الفرع الثاني: شروط حالة الطوارئ من المنظور الإسلامي

غير بعيد عن القانون الوضعي يشترط التشريع الإسلامي شروطاً لتحقيق حالة الطوارئ، منها ما يتعلق بالجانب الموضوعي، ومنها ما يرتبط بالجوانب الإجرائية والشكلية.

أولاً: الشروط الموضوعية

تعتبر حالة الطوارئ من مظاهر تطبيق نظرية الضرورة، في نطاق الأحكام السياسية، المرتبطة بالتشريع، وقد بررها الفقهاء بجملة من المسوغات، منها سلطة الحاكم في تقييد المباح، وعموم قواعد الضرورة والرخص، الذي يشمل الحكام كما يشمل الأفراد، وغير بعيد عن الشروط الموضوعية لهذه الحالة في القانون الوضعي، يمكن الاعتداد بالشروط التالية:

1- توافر حالة الضرورة:

ويقصد بهذا الشرط أن تحل بالدولة ضرورة، تمثل خطراً يهدد أمنها وسلامتها واستقلالها، لا تجدي معه قواعد المشروعية العادية، كأن تتعرض لاعتداء خارجي، أو تحدث بها فتنة داخلية، أو تصيبها أزمة اقتصادية حادة، أو كارثة طبيعية.

وقد تناول الفقهاء هذه الضرورة ببيان عناصرها، المتمثلة في الجسامة والواقعية، فبالنسبة للجسامة ينبغي أن يكون الخطر الذي تتعرض له الدولة يستعصي التغلب عليه بواسطة قواعد المشروعية العادية، وعلامته أن يكون فجائياً، غير مألوف، ويهدد

1 - وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص 310 وما بعدها.

المصلحة العامة، وتخرج بهذه القيود الأخطار غير الفجائية المتوقع حدوثها، والأخطار المألوفة التي تواجه بالتدابير المعدة لحماية النظام العام في الظروف العادية، والأخطار التي تهدد مصلحة شخصية للحكام والمسؤولين، كأن يكون هناك خطر على سلامة الحاكم¹.

أما واقعية الخطر فتتمثل في أن يكون الخطر حالاً، أي واقعا بالفعل ولم ينته بعد، أو على وشك الوقوع، يقينا أو ظنا غالبا، ذلك أن الأحكام الشرعية تبنى بحسب الأصل على الحقيقة المؤكدة، لا على مجرد التخمين والوهم.

ب- استحالة التصرف وفقا لقواعد المشروعية العادية:

مضمون هذا الشرط أن يكون انتهاك مبدأ الشرعية، هو السبيل الوحيد لدفع الخطر، بحيث لو أمكن دفع الضرورة بفعل مباح، امتنع ارتكاب المحظور، ويعتبر هذا الشرط تقييدا للإطلاق في القاعدتين الفقهييتين: "الضرورات تبيح المحظورات"، و"الضرر يزال"، ولذلك أسهب الفقهاء في بيان ذلك من خلال القواعد الفقهية المتفرعة عن قواعد الضرورة الأساسية، ومنها: "الضرر لا يزال بالضرر"، و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"

ج- تناسب التدابير الاستثنائية مع جسامه الخطر:

يعتبر تقدير الضرورة بقدرها، والتزام الحد الأدنى مما تفرضه الضرورة من الحرام ومخالفة التشريع، أمر في غاية الأهمية، ولذلك اشترط الفقهاء أن تكون التدابير الاستثنائية المتخذة بمناسبة إعلان حالة الطوارئ، تتناسب مع حجم الخطر المحدق بالمصلحة العامة.

ويعتبر مبدأ التناسب من شروط تطبيق مبدأ تغير الأحكام، استنادا لقوله تعالى:

﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾²، وتجسيدها

1 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: المرجع السابق، ص124، 125، 126.

2 - سورة البقرة الآية (172).

للقاعدة الفقهية: "الضرورة تقدر بقدرها"، وقاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"¹.

وفي ضوء هذه القواعد، يعتبر التناسب بين الخطر والإجراء المتخذ لنفاذيه، أساساً يعتمد عليه الحكام لملاءمة التدابير الاستثنائية، بهدف الحفاظ على الدولة ونظامها العام، و يحكم على تصرفاتهم بأنها مشوبة بعيب إساءة استخدام السلطة، أو تجاوز المشروعية، إن هم تجاوزوا المبدأ.

ففي مجال المحافظة على الدولة وسلطانها روعيت الضرورة، وشرع إعلان الحرب على البغاة، ومواجهة الأعداء.

د- التزام احترام الحقوق والحريات:

يجب على الحاكم التقيد باحترام حقوق الأفراد وحرياتهم عند حدوث ظروف استثنائية، قدر الإمكان، استناداً إلى ما قام به الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه من عدم المساس بحرية أبي لؤلؤة المجوسي رغم تهديده له بالقتل، وتركه حراً طليقاً، حتى نفذ تهديده²، ونفس السلوك قام به الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنه، لما هددته الخوارج بالقتل؛ الأمر الذي يجعل الشريعة الإسلامية توافق الرؤية القانونية في وضع ضوابط وقيود على سلطات الطوارئ، ومنها الحقوق والحريات، لكن هذا ليس على إطلاقه في جميع الحالات، إذ الحاكم من مهامه حماية الأمة ومصالحها العليا، وهو ملزم بإقامة الحسبة ضد من يمس بتلك المصالح، ما يعني أنه عند تعارض مصلحة الفرد مع المصلحة العامة يجد نفسه مضطراً للتضحية بالمصلحة الفردية، بشرط التزام العدل وتقدير الضرورة بقدرها.

ثانياً: الشروط الإجرائية

أ- تقدير الضرورة بقدرها: هذا قيد إجرائي أوكل أمر الالتزام به إلى الحاكم، نتيجة ما يملكه من سلطة اجتهادية في تقدير الحد الأدنى من الخروج على المشروعية العادية،

1 - ناصر بن محمد بن مشري الغامدي: قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، دراسة تأصيلية تطبيقية فقهية، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (46)، محرم 1430هـ.

2 - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري: الحاكم ومدى سلطته في تغيير التشريع في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 373.

الذي تندفع به الضرورة، معياره في ذلك العدل وتحقيق الصالح العام، يشهد لهذا الضابط قوله تعالى: ﴿بِمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹، وهو مضمون قاعدة فرعية منبثقة عن القاعدة الفقهية؛ "الضرورات تبيح المحظورات"، المندرجة تحت قاعدتي "الضرر يزال"، و"المشقة تجلب التيسير"².

ب- تقييد الإجراء بفترة زمنية مؤقتة:

ما دامت حالة الطوارئ إجراء استثنائياً فيه تضيق على أطر الحياة العامة، فإن من شروطها الإجرائية، أن يتم إعلانها على أنه إجراء مؤقت، يزول بزوال الداعي إليها، يشهد لهذا الضابط قوله تعالى: ﴿وَإِذَا فَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ بَادُكُرُوا اللَّهَ فِيمَا وَفَعُوداً وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ فَإِذَا اطْمَأْنَنْتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْفُوتاً﴾³، ويجسده منطوق القاعدة الفقهية: "ما جاز لعذر بطل بزواله"⁴، إذ بزوال الحرب تزول صلاة الخوف، كما أن بزوال الاضطرابات الداخلية أو الأخطار المحدقة بالنظام العام يزول مبرر بقاء حالة الطوارئ، ومن الأمثلة التي تذكر في سياق التأقيت ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه من إسقاط سهم المؤلفه قلوبهم، لما تأكد من زوال ضرورة إعطائهما، بعد أن أظهر الله الإسلام⁵.

المطلب الثالث: موقف الفقه والقضاء من حالة الطوارئ

يعتبر موقف الفقه والقضاء من الأهمية بمكان، حيث تستعين به السلطة التنفيذية في تكييف أعمالها، وسنبين موقفهما فيما يلي

1 - سورة البقرة : الآية (172).

2 - حسن السيد خطاب: قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، مركز دارس البحثي للاستشارات والتدريب، العدد الثاني، رجب 1430 هـ، ص 148 وما بعدها.

3 - سورة النساء: الآية (102).

4 - صالح غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، دار بلنسية للنشر والتوزيع، 1417هـ، ص 281.

5 - عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي: حماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة بين أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، ص 246.

الفرع الأول: موقف الفقه

تختلف مواقف الفقهاء من حالة الطوارئ تبعاً لاختلاف زوايا النظر، ومجملها يتردد بين تحديد طبيعتها، وتحديد صور تطبيقها، وآثارها السلبية على المشروعية والحريات العامة، وتعرض لهذه المواقف فيما يلي:

أولاً: من حيث طبيعتها.

عرف موضوع تحديد طبيعة حالة الطوارئ جدلاً فقهيًا، بين فريقين، أحدهما يرى أنها من قبيل أعمال السيادة، وثانيهما يراها قراراً إدارياً.

أ- إعلان حالة الطوارئ عمل سيادي:

بما أن رئيس الجمهورية هو المخول دستورياً بإعلان حالة الطوارئ، تبعاً لكونه يجسد الدولة، ويحمي استقلالها، ويسهر على أمن مؤسساتها ومواطنيها، يعتبر جانب من الفقه أن هذه سلطة سيادية، ليس بإمكان جهة رقابية إلغاؤها، ولا مراقبة مدى دستورتها، إلى غاية اجتماع البرلمان والنظر في التدابير الملائمة، خاصة عندما يكون الباعث السياسي فيها جلياً، ويتلاءم هذا الرأي مع أفكار نظرية الضرورة الألمانية التي تعتبر تصرفات السلطة الخارجة عن القانون تحت ضغط الضرورة، مبررة بحق الدولة في الدفاع عن النفس¹.

ب- إعلان حالة الطوارئ قرار إداري:

يجسد هذا الرأي ما رآته المدرسة الفرنسية من إدراج حالة الطوارئ ضمن لوائح الضرورة، التي فرضها الواقع المرتبط باستحالة انعقاد البرلمان، لوجود ظرف لا يمكن معه انتظار دعوته للاجتماع، لكنها تبقى ذات طبيعة إدارية، يسري عليها ما يسري على القرار الإداري من أحكام، خاصة خضوعها للرقابة، لصدوره عن سلطة إدارية²، وممن قال بهذا التكييف العميد دي جي، الذي حذر من العواقب الوخيمة لربطها بأعمال السيادة، المحصنة ضد الرقابة القضائية، قال يحي الجمل: "يجوز الطعن في هذه اللوائح بدعوى

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 34.

2 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 230.

تجاوز السلطة، ذلك لأن هذه اللوائح تظل بمثابة قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية إلى أن يقرها البرلمان"¹.

ثانيا: من حيث صورها.

تنقسم من هذه الزاوية إلى عدة صور، فمن حيث الوسائل القانونية التي تستعملها تنقسم إلى حالة طوارئ سياسية، و حالة طوارئ عسكرية، ومن حيث نطاقها تنقسم إلى حالة طوارئ كاملة، وحالة طوارئ جزئية، ومن حيث خطورتها تنقسم إلى حالة طوارئ قصوى وحالة طوارئ غير القصوى.

حالة الطوارئ السياسية:

وهي حالة الطوارئ التي يتم إعلانها طبقا للنصوص القانونية، بهدف استتباب الأمن، وتأمين السير الحسن للمصالح العمومية، تطبق أحكامها من طرف السلطة المدنية، التي يتمتعها القانون بسلطات استثنائية، تتخذ من خلالها كل الإجراءات الضرورية، قصد تحقيق الهدف الذي أعلنت من أجله حالة الطوارئ.

وقد بينت المواد (6،7،8) من المرسوم الرئاسي رقم (92-44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ في الجزائر سنة 1992، الصلاحيات المنوطة بالسلطات المدنية ممثلة في وزير الداخلية، والوالي كل في نطاق اختصاصه، وهي:

- تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة.
- تنظيم نقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى وتوزيعها.
- إنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين.
- المنع من الإقامة أو الوضع تحت الإقامة الجبرية؛ لكل شخص راشد يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام، أو بسير المصالح العمومية.
- تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حال إضراب غير مرخص به، أو غير شرعي.
- الأمر استثنائيا بالتفتيش ليلا ونهارا.
- الغلق المؤقت لقاعات العروض الترفيهية، وأماكن الاجتماعات مهما كانت طبيعتها.

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 38.

- منع المظاهرات التي يحتمل فيها الإخلال بالنظام العام.
 ا- حالة الطوارئ العسكرية:

وهي حالة الطوارئ التي تفوض فيها السلطة العسكرية لقيادة عمليات استتباب الأمن، وتتدخل المحاكم العسكرية للحكم في الجرائم والجرح الجسيمة المرتكبة ضد أمن الدولة¹، وتمثل هذه الصورة أقدم مظاهر حالة الطوارئ، نشأت من أجل مواجهة مخاطر الحروب واحتلال المدن ومحاصرتها من قبل الأعداء، وتترتب عليها جملة من النتائج أهمها²:

- إخلال السلطة العسكرية محل السلطة المدنية في مباشرة سلطات الضبط الإداري.
 - سلطات البوليس الإداري للسلطة العسكرية أكثر اتساعا وأكثر صرامة مقارنة بالسلطة المدنية، حيث يمكنها القبض على الأفراد وتفنيش منازلهم في أي وقت، وسحب الأسلحة من الأهالي والبحث عنها، ومنع الاجتماعات، والمواد الإعلامية التي من شأنها أن تؤدي إلى توسيع دائرة الاضطرابات، إبعاد الأشخاص.

ب- حالة الطوارئ الكاملة والجزئية:

الغرض من هذا التقسيم تحديد المنطقة التي يطبق فيها قانون الطوارئ، حيث تلزم التشريعات عادة السلطة المعلنة لحالة الطوارئ أن تحدد المنطقة المشمولة بتطبيق قوانين الطوارئ، سواء كانت جميع التراب الوطني، أو جردا منه، تأسيسا على السبب أو المبرر الذي طبقت لأجله إجراءات الطوارئ³، فالحرب الأجنبية تهدد كامل التراب الوطني، بينما تمرد جهوي إذا حصل، لا يبرر المساس بالحقوق في جميع أنحاء الوطن

ج- حالة الطوارئ القصوى:

هي ليست حالة طوارئ بالمدلول الاصطلاحي في الظروف الاستثنائية، وإنما تمثل وضعاً طارئاً استعجالياً تعجز فيه قدرات السلطة المدنية عن حماية المواطنين، الأمر

1 - المادة (09) من المرسوم الرئاسي رقم (92-44) المتضمن حالة الطوارئ

2 - هشام عبد المنعم حسين عكاشة : مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، ص 76، 77.

3 - جغلول زغودود: حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، ماجستير في الحقوق، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة بومرداس 2005، ص 46، 47.

الذي يستدعي تدخل وحدات الجيش وتشكيلاته في مهام حماية الأمن العمومي، تحت مسؤولية السلطة المدنية ومراقبتها، طبقاً لأحكام القانون (91-23) المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، لا سيما المادة الثانية منه، التي تحدد غايات هذه الحالة في: حماية السكان ونجدتهم، والمحافظة على الأمن الإقليمي، وحفظ الأمن، مما قد يمس به، لا سيما في الحالات المنصوص عليها في المادة (3) من نفس القانون، وهي:

- أ- النكبات العمومية والكوارث الطبيعية أو الكوارث ذات الخطورة الاستثنائية.
- ب- عندما يكون حفظ الأمن العمومي وصيانته وإعادته خارجاً عن نطاق السلطات والمصالح المختصة عادة.
- ج- بسبب المخاطر الجسيمة، أو توقعها التي قد يتعرض لها أمن الأشخاص والممتلكات.

د- في حالة المساس المستمر بالحريات الجماعية أو الفردية. وجاءت تسمية هذه الصورة بحالة "الطوارئ القصوى" في المادة الثانية (02) من المرسوم الرئاسي (91 - 488)، المتضمن تطبيق القانون (91 - 23)، المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، وقد جاء فيها أنه: "مراعاة لأحكام المادتين (11 و 12) أدناه المتعلقة بحالات الطوارئ القصوى، يكون قرار استخدام وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته للمساهمة في مهام حماية الأمن العمومي من اختصاص رئيس الحكومة.

ويتخذ هذا القرار في أعقاب استشارة مسبقة للسلطات المدنية والعسكرية المعنية"¹.

ثالثاً: من حيث آثارها

عندما تحدث ظروف استثنائية يتعارض خياران؛ أحدهما الإبقاء على الدولة، وثانيهما المحافظة على الحقوق والحريات، وقد خلص بحث هذا التعارض إلى الموازنة،

1 - الجريدة الرسمية: العدد (66)، الصادر بتاريخ (22) ديسمبر 1991م.

وتقديم الإبقاء الدولة¹، ومن ثم ظهرت لنظام حالة الطوارئ جملة من الآثار، سواء على السلطات العامة، أو على الحقوق والحريات العامة، وذلك ما نتناوله فيما يلي:

أ - آثارها على السلطات العامة

الأصل أن في الدولة ثلاث سلطات مستقل بعضها عن بعض، وتنظم العلاقة بينها حسب طريقة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، تبعا للنظام السياسي السائد في الدولة، لكن إعلان حالة الطوارئ يحدث تغييرا في تنظيم تلك العلاقة، وفيما يلي نبين أثر حالة الطوارئ على كل سلطة.

1. أثر حالة الطوارئ في اختصاص السلطة التنفيذية:

لقد عاشت الحياة الدستورية في مراحل ما بعد الثورة الفرنسية، صراعا مريرا بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في تنظيم الظروف الاستثنائية، أسفر في نهايته عن حسم الأمر لصالح السلطة التنفيذية، باعتبارها السلطة الدائمة، التي تصل الليل بالنهار في حماية سيادة البلاد ومؤسساتها، والمالكة للسلطة التقديرية التي بها تقدر ما يكفل الصالح العام، ويزيل المخاطر التي قد تحدق به، وقد كان للمادة (16) من الدستور الفرنسي للجمهورية الخامسة، الصادر في 4 أكتوبر 1958م، الدور الفاصل في تبوء السلطة التنفيذية مكانة مرموقة، تتيح لها الاستئثار بالسلطة كلها عند الأزمات الشديدة، وكان الرئيس ديغول يهدف من خلال هذا النص؛ إلى أن يجعل السلطة التنفيذية وفي قمتها رئيس الجمهورية؛ قوية بما يؤهلها للمحافظة على استمرار الدولة وسلامتها عند العواصف والأزمات².

ومن خلال التجربة الفرنسية، نتبين اتساع صلاحيات السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، خاصة حالة الطوارئ، ومن ذلك:

أ- التمتع دستوريا بسلطة إعلان حالة الطوارئ.

1 - فيصل كامل علي إسماعيل: سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مصر وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية دراسة مقارنة، ص 381، 382.

2 - يحي الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة، ص 123.

ب- استئنار رئيس الدولة بجميع أعمال السلطة التنفيذية، بما فيها الصلاحيات الإدارية التي تعود من حيث الأصل لأعضاء الحكومة ورئيسها¹.

ج- تدخل الرئيس في التشريع، باتخاذ ما يراه مناسباً من قرارات تعود في الأصل لنطاق اختصاص البرلمان، سواء تعلق الأمر بتعديل نص قانوني، أو تعليق تطبيقه والعمل به.

د- تأثر دور البرلمان في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية.

وقد تأثرت دساتير كثيرة بالتوجه الفرنسي في تقوية السلطة التنفيذية عند أحوال الضرورة والظروف الاستثنائية، التي تعتبر حالة الطوارئ إحدى صورها، ومن بينها الدستور الجزائري.

2. أثر حالة الطوارئ في اختصاص السلطة التشريعية:

كانت نظرية الضرورة منذ تبرير أعمالها، من طرف مجلس الدولة الفرنسي، تقر تدخل السلطة التنفيذية في اختصاص نظيرتها؛ السلطة التشريعية، وتضفي عليه المشروعية، وازداد الأمر تكريماً بعد دسترة الظروف الاستثنائية، وتحديد مظاهرها، التي منها حالة الطوارئ.

وتتجلى آثار حالة الطوارئ على اختصاص السلطة التشريعية فيما يلي:

أ- سلطة البرلمان في تنظيم حالة الطوارئ:

الأصل أن موضوع التدخل في الحقوق والحريات من اختصاص السلطة التشريعية، سواء في تأسيسها وتنظيمها، أو تقييدها، وهو ما تقره الدساتير المعاصرة، ومن بينها الدستور الجزائري المعدل سنة 2016.

فمن حيث الاعتراف بالحقوق وتنظيمها وضع المؤسس نصوصاً عدة، كرس فيها سلطة القانون في تنظيم وحماية الحقوق والحريات²، و جعل ذلك على رأس اختصاصات السلطة التشريعية، الواردة في صلب المادة (140) المعدلة¹.

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 141.

2 - خصص لها فصلاً كاملاً، وهو الفصل الرابع، الذي يشمل المواد من (32 إلى 73)، منها مواد تتضمن الاعتراف بحقوق لأول مرة، على غرار حق التنافس بين الرجال والنساء في الشغل (م36)، حق الشباب في تنمية قدراته وتفعيل طاقاته (م37)، وضمان الحق في الثقافة للمواطن (م45)، وضمان حرية التظاهر السلمي (م49)، وتحرير الصحافة من جميع أشكال الرقابة القبلية (م50)، والحق في الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها للمواطن (م51)،

ومن حيث تقييد الحقوق والحريات أو منعها؛ أناط المؤسس بالبرلمان جملة من السلطات، منها ما جاء في المادة (106) منه، التي تنص على أن: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ، وحالة الحصار، بموجب قانون عضوي".

وهذا يعني أن تدخل رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ؛ يجب أن يكون مطابقاً للقانون، وإلا وصم بعدم المشروعية، لكن ورغم مرور أزيد من عقدين على وضع هذا النص، لم يقيم البرلمان بدوره في إصدار هذا القانون، الأمر الذي يفسح المجال أمام السلطة التنفيذية للقيام مقام المشرع بهذا الخصوص، في حال طرأت ظروف استثنائية تشكل خطورة على أمن الدولة ومؤسساتها.

ب- عدم إعلان حالة الطوارئ بدون علم البرلمان:

يكون ذلك عن طريق الاستشارة الملزمة لرئيسي غرفتي البرلمان، طبقاً للمادة 105 من الدستور.

ج- عدم تمديد حالة الطوارئ إلا بموافقة البرلمان:

وقد أورد المؤسس الدستوري هذا الشرط في الفقرة الثانية من المادة (105) السالفة الذكر، والتي تنص على أنه: "لا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة البرلمان بغرفتيه المجتمعين معاً".

د- رقابة السلطة التشريعية على حالة الطوارئ:

يتفق الفقهاء على أن أعمال حالة الطوارئ ليست محصنة ضد الرقابة، ضماناً لحقوق الأفراد وحرياتهم، وتتمثل مظاهر الرقابة البرلمانية عليها فيما يلي:

1- الرقابة القبليّة: وتتمثل في أمرين؛ أحدهما: تشريع قانون عضوي تلتزم السلطة التنفيذية تطبيقه، ولا تخرج عنه، وقد أشرنا إلى أن الإغفال التشريعي يطال هذه المسألة ويتحمل البرلمان بغرفتيه تبعات ذلك أمام الدستور.

وحق الأحزاب السياسية في حرية التعبير والاجتماع، واستغلال وسائل الإعلام العمومية، والتمويل العمومي، وممارسة السلطة من خلال التداول الديمقراطي (م53)، وحق المعوزين في المساعدة القضائية (م57)، والحق في بيئة سليمة (م68).

1 - المادة (140) تشتمل على (29) بنداً، يمثل كل منها اختصاصاً للبرلمان، في مقدمتها: حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين.

وثانيهما: استشارة رئيس الجمهورية لرئيسي غرفتي البرلمان قبل اتخاذ قرار إعلان حالة الطوارئ، وقد كان أصل هذا النص وضع في دستور (89)، بنص المادة (86) منه، وقد كان البرلمان آنذاك بغرفة واحدة، لكن الذي حدث هو إعلان حالة الطوارئ دون إجراء هذه الاستشارة، لتزامن الوضع مع شغور البرلمان، بسبب إقدام رئيس الجمهورية "الشاذلي بن جديد" على حله قبل أن يستقيل¹.

2- الرقابة البعدية:

تختلف الدول في تقنين رقابة البرلمان على أعمال الإدارة أثناء سريان حالة الطوارئ، بعضها يتجه إلى أن تتولى السلطة التنفيذية إعلانها بناء على تفويض من البرلمان، وتحت مراقبته، وبعضها

3. أثر حالة الطوارئ على السلطة القضائية:

الأصل أن تخضع الجرائم المرتكبة أثناء حالة الطوارئ لنظر القضاء العادي، تماشياً مع ضمانات حقوق الإنسان وحرياته، لكن قد يفسح المجال للقضاء العسكري بديلاً عنه، ليتولى النظر في بعض الجرائم الجسيمة المرتكبة ضد أمن الدولة

ب - آثارها على الحقوق والحرريات العامة.

يعتبر الإطلاق في نص تكليف السلطة التنفيذية باتخاذ ما تراه مناسباً من التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، بعد إعلان حالة الطوارئ، مصدراً لسلطة تقديرية واسعة، وتؤثر في الحقوق والحرريات، تقييداً ومنعاً ومصادرة²، ومن خلال التطبيق العملي لما جاء في المرسوم الرئاسي (92 - 44)، نجد أن لحالة الطوارئ آثاراً متعددة على

الحرريات، نذكر منها³:

أ- الاعتقال الإداري.

ب- إنشاء مراكز الأمن.

1 - عبد المنعم نعيمي: قراءة في المرسوم الرئاسي (92 - 44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ ومدى مطابقته للدستور والواقع، المجلة الإلكترونية: "القانونية"، الموقع الإلكتروني: <http://www.alkanounia.com> شوهد بتاريخ 2018/01/18.

2 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 171 وما بعدها.

3- المادتان (6،7)، من المرسوم الرئاسي (92-44).

- ج- تحديد أو منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة.
- د- تنظيم نقل المواد الغذائية والسلع.
- هـ- إنشاء مناطق الإقامة المنظمة لغير المقيمين.
- و- المنع من الإقامة.
- ز- الوضع تحت الإقامة الجبرية.
- ح- الأمر بالتفتيش في جميع الأوقات.
- ط- الغلق لقاعات العروض الترفيهية، وأماكن الاجتماعات.
- ي- منع المظاهرات.

وهذه الآثار غالبتها سلبي يفتح الباب أمام عودة الدولة البوليسية، ومن هذا المنظور أردنا سألنا موقف المدرسة الأمريكية في منع هذا النوع من السلطات تقديسا واحتراما للحرية.

الفرع الثاني: موقف القضاء

إنقسم في موقفه من نظرية الضرورة عموما، ومنها حالة الطوارئ إلى رأيين، أحدهما رافض للنظرية من أساسها، ويمثل رؤية القضاء الأنجلوسكسوني، وثانيهما قابل للنظرية بما يجعلها تترتب عليها آثارها.

أولا: موقف القضاء الأنجلوسكسوني

معروف عن القضاء في البلاد الأنجلوسكسونية تميزه عن غيره في باقي البلاد الأوروبية بخصوص الموضوع، فالقضاء الأمريكي مثلا يتمسك بعدم الاعتداد بنظرية الضرورة في مجال القانون الدستوري، وقد بررت المحكمة العليا في أمريكا هذا الموقف بأن: "الدستور هو قانون الحاكمين والمحكومين في الحرب والسلام على سواء، وأنه يرمى بحمايته الناس من كل طبقة وفي كل الأوقات، وتحت كل الظروف، ولا يوجد هناك ما يبرر إيقاف نصوص ذلك الدستور حتى في أشد حالات الاقتضاء بالنسبة للحكومة... إن القول بوجود مثل ذلك المبرر يؤدي إما إلى الفوضى، أو إلى الاستبداد"¹. وهذا خوف من المحكمة على الحرية، من تجاوزات السلطة، لأن هناك كثيرا من الطامحين للوصول إلى السلطة يشكلون خطرا على الحرية، وتمكينهم من سلطات الضرورة يجعل تلك الحرية

1 - يحي الجمل : المصدر السابق، ص 61.

في خطر، وقد قرر القضاء الأمريكي هذا الموقف بصدد تعرضه للفصل في دعاوى بهذا الشأن، خاصة القضية المعروفة باسم «Ex Parte Milligan» في 10 أبريل 1866م، في عهد الرئيس ابراهام لنكولن، الذي قرر وقف العمل ببعض القوانين المتعلقة بضمانات الحريات العامة للمواطنين، تحت ذريعة الضرورة، وقضية إضراب عمال مصانع الصلب سنة 1952م¹.

أما القضاء البريطاني فسلك مسلكا آخر، يتعلق برفض الاستناد إلى الضرورة في التعامل مع الظروف الاستثنائية، مستغنيا بالغطاء القانوني الذي يضيفه البرلمان على تصرفات السلطة التنفيذية، ما يعني أن مبدأ المشروعية يتسع في هذا النظام ليستوعب حتى حالات الأزمات، وغير وارد فيه تصرف السلطة خارج القانون، ذلك أن البرلمان اعتاد أن يعطي الحكومة السلطات الكاملة لمواجهة الأزمات، والمحافظة على سلامة الدولة، من خلال قوانين يصطلح عليها «Emergency act»².

ثانيا: موقف القضاء الفرنسي

تتميز المدرسة الفرنسية بمرافقة القضاء لتطور كثير من النظريات، ومن أهمها نظرية الظروف الاستثنائية، والمتتبع لموقف القضاء في فرنسا من لوائح الضرورة التي من بينها حالة الطوارئ، يجده يتناغم مع وسطية تحاول البعد عن إطلاق يد السلطة التنفيذية في الدفاع عن الدولة وبقائها، كما عليه الحال في نظرية الضرورة الألمانية، والبعد كذلك عن الرفض المطلق لنظرية الظروف الاستثنائية، كما فعل القضاء الأمريكي، ولعل السبب في ذلك رؤية مجلس الدولة الفرنسي المعاكسة لرؤية بلدان وحدة القضاء، والتي انطلق فيها من أن المشروعية في نطاق الأوقات غير العادية تتسع لتصحح ما لا تصححه الشرعية العادية، لكن بقيود وضوابط، على رأسها الخضوع لرقابة القضاء، للتأكد من مدى توافر منظومة الضوابط الموضوعية والشروط الإجرائية.

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 59 وما بعدها.

2 - المصدر نفسه.

فمن جهة يتم السماح للسلطة التنفيذية بإصدار لوائح الضرورة عند الاقتضاء، ومن جهة أخرى عليها أن لا تكون مطلقة الأيدي، بل لابد من التزام ضوابط تقربها من مجال المشروعية¹.

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 236 وما بعدها.

المبحث الثاني: حالة الحصار (l'état de siège).

عنونها المشرع الجزائري بحالة الحصار، ويطلق عليها بعض الفقه تسمية الأحكام العرفية، ولعل السبب يعود إلى الاختلاف الحاصل في صيغة التسمية بين القوانين اللاتينية والقانون الأنجلوسكسوني، حيث استعمل المشرع الفرنسي مصطلح "l'état de siège"، بينما تطلق عليها الدول ذات النظام الأنجلوسكسوني قوانين الأحكام العرفية¹ "Martial Law"، وتعتبر هذه الحالة أقدم مظاهر الظروف الاستثنائية، حيث كان المصطلح الوحيد للتعبير عن الظروف الاستثنائية، قبل ظهور مصطلحات أخرى ضمنت تعدد مظاهر التعاطي مع الظروف الاستثنائية، تبعا لتدرج مستوياتها أهمها؛ حالة الطوارئ، والحالة الاستثنائية، وحالة الحرب.

ومن بواكير التشريعات بهذا الخصوص، صدور أول قانون للأحكام العرفية في فرنسا بتاريخ (09) أوت 1849².

المطلب الأول: تعريف حالة الحصار والأحكام العرفية.

بحكم أن الفقه تناولها تحت عنوان الأحكام العرفية، فإننا سنحاول تحديد المفهوم انطلاقا من المصطلحين في اللغة، ثم نعرض على التعريف الاصطلاحي.

الفرع الأول: الحصار والأحكام العرفية لغة:

أولا: الحصار لغة.

جاء في تاج العروس أن مادته (ح ص ر) من باب ضرب ونصر، يقال حصره يحصره حصرا فهو محصور، ومعناه التضيق والتشديد، ومنه قوله تعالى: (وَخَذُوهُمْ وَاحْضُرُوهُمْ وَأَفْعُدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ)³ أي ضيقوا عليهم، ومنه قوله تعالى:

1 - سعيد فهم خليل: الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان، ط 1998، ص 101.

2 - أدخلت عليه تعديلات عديدة، في سنوات 1878، 1916، 1944، وآخرها التعديل بموجب الأمر رقم (2004-1374)، الصادر في (20) ديسمبر 2004، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد (21)، ديسمبر 2004.

3 - سورة التوبة: الآية (05)

(حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَنْ يُفْتَلُوكُمْ أَوْ يُفْتَلُوا فَوَمَّهُمْ)¹ أي ضاقت، ومنه محاصرة العدو، تقول حاصرهم العدو حصارا ومحاصرة، وبقينا في الحصار أياما، وحوصروا محاصرة شديدة²، ومن معانيه الحبس والمنع، كالإحصار في بلوغ المناسك، لمرض أو عدو، ويطلق الحصار على الموضع الذي يحصر فيه الإنسان، يقال حاصروه حصرا³، واستعمل هنا للدلالة على القيام بالتضييق على الحريات، لمنع الخطر المحدق بالدولة وأمنها وسلامة مؤسساتها.

ثانيا: الأحكام العرفية لغة

المصطلح مركب من صفة وموصوف، أي الأحكام الموصوفة بأنها عرفية، والحكم مصدر بمعنى القضاء، جمعه أحكام، تقول حكم عليه بالأمر يحكم حكما وحكومة، والحاكم منفذ الحكم، والجمع حكام، وأصل الحكومة رد الرجل عن الظلم، ومنه سميت حكمة اللجام لأنها ترد الدابة⁴.

و العرف في اللغة مفرد يجمع على أعراف، وهو كل عال مرتفع، ومنه عرف الرمل والجبل وكل عال مرتفع⁵، والعرفي ما نسب إلى العرف، تقول الزواج العرفي، والعقد العرفي، والقانون العرفي، والمحكمة العرفية، ومنه الحكم العرفي، الذي يجمع على الأحكام العرفية، أي الأحكام المنسوبة إلى العرف، وهي التي اشتهرت وعرفت أيام الحكم الفردي، من إطلاق صلاحيات الحاكم في كبت الحريات، واتخاذ ما يراه كفيلا من التصرفات لقمع مناوئيه.

الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي لحالة الحصار والأحكام العرفية.

وردت في تحديد مفهوم الأحكام العرفية تعريفات مختلفة، منطلقها مما كرسه القانون الفرنسي، من اللجوء إلى نقل السلطة من الحكم المدني إلى الحكم العسكري؛ تنفيذا وقضاء، بسبب مقتضيات الضرورة لدفع الأخطار المحدقة بالدولة.

1 - سورة النساء: الآية (89)

2 - الزبيدي: تاج العروس، مطبعة حكومة الكويت، 2004، ج11، ص 23...36.

3 - ابن منظور: لسان العرب، ط دار المعارف، القاهرة، ص 896.

4 - ابن منظور: المصدر السابق، ص 952.

5 - المصدر السابق: ص 2901.

جاء في الموسوعة العربية¹: أنها: "نظام دستوري استثنائي، قائم على فكرة الخطر المحيق بالكيان الوطني، يسيغ اتخاذ السلطات المختصة، لكل التدابير المنصوص عليها في القانون، والمخصصة لحماية أراضي الدولة وبحارها وأجوائها، كلاً أو جزءاً، ضد الأخطار الناجمة من عدوان مسلح، داخلي أو خارجي، ويمكن التوصل لإقامته بنقل صلاحيات السلطات المدنية إلى السلطات العسكرية"².

يؤخذ على هذا التعريف توسيعه لنطاق الحصار بحيث يشمل التدابير التي تواجه بها الأخطار المحدقة بالدولة، سواء تلك التي تتخذتها السلطات المدنية، أو التي تتولاها السلطة العسكرية.

ولعل السبب في هذه المرونة مراعاة شمول التعريف لصورتها الأحكام العرفية السياسية، والأحكام العرفية العسكرية، والإشارة إلى التفريق بينهما، لكن ذلك أدى بوضع التعريف إلى جعل تعريفه يتسع ليشمل حالة الطوارئ أيضاً.

وعرفت موسوعة السياسة³ بأنها: "لوائح استثنائية تلجأ إليها السلطة التنفيذية تحت ظروف حالة الطوارئ، إذ تسمح لها بتعطيل بعض أحكام الدستور حتى تستطيع تلافي بعض الأخطار التي تتعرض لها البلاد، كنشوب ثورة داخلية أو وقوع غزو خارجي"⁴.

ركز هذا التعريف على بيان الأسباب الملجئة إلى تطبيق الأحكام العرفية، وهي الظروف الطارئة الحادة، مثل الثورة الداخلية، والغزو الخارجي، وأهم بيان عناصرها،

1 - الموسوعة العربية هي:

2 - البحوث/الأحكام-العرفية- /http://www.arab-ency.com/ar/

3 - موسوعة السياسة عمل بحثي من إنجاز فريق علمي تحت رئاسة الدكتور عبد الوهاب الكيالي (1981 - 1939) ، بتكليف من المؤسسة العربية للدراسات والنشر، توفي عبد الوهاب الكيالي قبل تمام العمل في بيروت يوم 12/7/1981م، وقاد العمل بعده أخوه ماهر الكيالي، استغرق العمل على إعدادها عدة سنوات، واشتملت على أكثر من (5000) بند، موزعة بين أهم الشخصيات السياسية والفكرية في التاريخ والعالم والوطن العربي، وبين المصطلحات والمفاهيم والمذاهب والحركات السياسية والدولية والاقتصادية، التي تهم القارئ المعني بالسياسة، كما تحتوي بنودها على المواقع والمدن التي ارتبطت بها أشهر المعاهدات والاتفاقيات والأحلاف، والتكتلات والثورات والمؤتمرات والأحداث السياسية والعسكرية الهامة، رتب فريق التحرير بنودها حسب التسلسل الأبجدي مع إسقاط أُل التعريف أينما وجدت، وتم إخراجها في سبعة مجلدات.

4 - عبد الوهاب الكيالي وآخرون : موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت لبنان، ج1، ص

التي تتمثل أساسا في قيام حالة استثنائية تؤدي إلى عجز السلطة المدنية عن مواجهتها، ونقل السلطة إلى الجيش، ما جعله غير دقيق، يطابق حالة الطوارئ.

ووردت في الفقه جملة من التعريفات، نذكر منها:

1- "إجراء من إجراءات الأمن العام، تعطل بمقتضاه القوانين ويحل محلها النظام العسكري"¹.

هذا تعريف اشتمل عنصرين، أولهما: يتمثل في الهدف منه وهو حفظ الأمن العام، وثانيهما: يتعلق باستبدال المشروعية العادية بمشروعية استثنائية، يتحول فيها من النظام المدني إلى النظام العسكري، وهو تعريف نراه غير مانع، لأن النظام العسكري يمكن التحول إليه أيضا بصدد حالة الطوارئ، وحالة الحرب.

2- " حالة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ كافة الإجراءات، بهدف الحفاظ على استقرار مؤسسات الدولة واستعادة النظام، والسير العادي للمرافق العمومية"².

وهذا التعريف أكثر غموضا من الأول، لكونه فضفاضا، يمكن إطلاقه على جميع مظاهر الظروف الاستثنائية، فلا هو مانع، ولا هو جامع للعناصر المكونة لحالة الحصار.

وجميع التعريفات التي وقفنا عليها تقع في هذا الإشكال، بسبب صعوبة التفريق بين حالتي الحصار والطوارئ، خاصة في حالتها التي يمكن فيها نقل مهام حفظ الأمن للسلطة العسكرية، والمخرج من هذا ليس في البحث المستمر عن مفهوم أكاديمي لحالة الحصار، وإنما هو في اللجوء إلى المشرع في تحرير هذا المفهوم، وفي واقعنا جمع المؤسس بين حالة الطوارئ والحصار في نص دستوري واحد، وربطهما بسبب واحد هو الضرورة الملحة، وأحال على قانون عضوي لم يصدر بعد، الأمر الذي يجعل هذا النقاش بعيدا عن الحسم.

1 - حبشي لزرق: أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماداتها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2013، ص127. [نقلا عن محمد أحمد فتح الباب السيد، من رسالته بعنوان : سلطات الضبط الإداري إزاء ممارسة حرية الاجتماعات العامة].

2 - المرجع السابق، ص 128.

المطلب الثاني: السلطة المختصة بإعلان حالة الحصار والأحكام العرفية

يشير موضوع السلطة المختصة بإعلان حالة الطوارئ عدة إشكالات، أهمها طبيعة القرار المتعلق بها، من حيث كونه متعلقا بضبط الحقوق والحريات، مما يستدعي أن يكون قانونا، أو قرارا إداريا يوكل أمره للسلطة التنفيذية، بحجة أن حفظ النظام العام يتلاءم ووظيفة السلطة التنفيذية الحاضرة والمتفاعلة بشكل دائم مع المستجدات، وفيما يلي نبرز رؤية القانون الفرنسي، ثم نعقبه برؤية التشريع الجزائري.

الفرع الأول: السلطة المختصة بإعلان حالة الحصار في القانون الفرنسي

كان للتطور الذي عرفته سلطات الضبط التشريعي والإداري في فرنسا بعد قيام الثورة سنة 1789م، أثر واضح في الوقوف ضد عودة السلطة المطلقة لانتهاك الحقوق والحريات، الأمر الذي فرض تجارب في تحديد الجهة المختصة بذلك، حيث يرجع بعض الفقهاء¹ أول ظهور لتنظيم هذه الحالة إلى صدور قانون (10) جويلية 1791، والقرار بقانون المؤرخ في (24) ديسمبر 1811، ودستور الإمبراطورية الصادر في (22) أبريل 1815 بينما يرجعها البعض الآخر إلى قانون (09) أوت 1849، وقانون (04) أبريل 1878².

وعموما مر هذا التطور بثلاثة مراحل؛ الأولى كان فيها لرئيس الجمهورية الاختصاص في إعلانها، وتشمل الفترة ما قبل التعديل القانوني لسنة 1878، ويقوم مقامه كل من؛ حاكم المستعمرة في الأقاليم المحتلة، والقائد العسكري في مواقع المواجهات الحربية، والمواقع العسكرية والمناطق الحدودية³.

1 - مدحت مرعبي: شبكة المحامين العرب:

<http://www.mohamoon-montada.com/default.aspx?action=Display&id=1541&Type=3>

شوهد بتاريخ 18 فبراير 2017.

2 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 130.

3 -Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège، Article 5 : Dans les places de guerre et postes militaires soit de la frontière, soit de l'intérieur, la déclaration de l'état de siège peut être faite par le commandant militaire, dans les cas prévus par la loi du 10 juillet 1791 et par le décret du 24 décembre 1811.

Le commandant en rend compte immédiatement au Gouvernement.

أما المرحلة الثانية، فتبدأ مع التعديل القانوني 1878م، حيث أوكل أمر إعلان حالة الحصار إلى البرلمان، ولا يمكن رئيس الجمهورية تولي الأمر إلا في حالتين؛ الأولى أن يكون البرلمان غير منعقد، وحينها يجتمع البرلمان وجوبا في حدود يومين ليقرر بقاءها أو إلغائها، والثانية في حال كون البرلمان منحلا وحينها يمكنه إعلانها في حدود ضيقة وهي؛ أن تحدث حرب أجنبية على البلاد، وتتم استشارة المجلس الدستوري في ذلك، ويستدعى الناخبون لتشكيل البرلمان كي يجتمع في أقرب الآجال.

وأما المرحلة الثالثة؛ فقد بدأت بصدور دستور الجمهورية الخامسة 1958م، حيث أصبح الأمر من اختصاص مجلس الوزراء، وتكون مؤقتة لمدة لا تزيد عن اثني عشر يوما، ولا يجوز تمديدها إلا بإذن من البرلمان¹

الفرع الثاني: السلطة المختصة بإعلان حالة الحصار في القانون الجزائري

عرفت الجزائر في نظامها الدستوري مراعاة الظروف الاستثنائية، ووضعت إطارا تشريعيا يحدد السلطة التي تتاطب بها مهمة اتخاذ التدابير الضرورية، التي قد تكون حالة الحصار، فدستور 1963 راعى الظروف الاستثنائية بشكل عام دون تحديد لصورها، ومكن رئيس الجمهورية من سلطة اتخاذ التدابير الضرورية لمواجهتها، بشرط اجتماع البرلمان وجوبا، إذ نص في المادة (59) منه على أنه: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة و مؤسسات الجمهورية. و يجتمع المجلس الوطني وجوبا".

بينما دستور 1976 بموجب المادة (119) منه، جمع بين حالة الطوارئ وحالة الحصار، وأسند مهمة إعلانهما لرئيس الجمهورية، حيث جاء فيها: "في حالة الضرورة الملحة، يقرر رئيس الجمهورية، في اجتماع لهيئات الحزب العليا و الحكومة، حالة الطوارئ أو الحصار، و يتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع".

أما دستور 1989 فقد مكن هو الآخر رئيس الجمهورية من سلطة إعلان الحصار، لكن بضوابط وشروط أوردها المادة (86) منه كآلآتي: "يقرر رئيس

1 - المادة (63) من الدستور الفرنسي 1958 المعدل

« L'état de siège est décrété en Conseil des ministres Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement ».

الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع. ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني".
و جاء التعديل الدستوري 1996م، ليبقي على اختصاص رئيس الجمهورية في مباشرة إعلان حالة الحصار، لكن في إطار تنظيمي بموجب قانون عضوي يصدر عن البرلمان¹، وبضوابط وشروط إجرائية، وفق ما قرره المادة (91) منه وهي أن تكون الضرورة ملحة، وأن تكون مؤقتة، أن يجتمع المجلس الأعلى للأمن، ويستشار رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري².

وبعد التعديل الدستوري الأخير تحول نفس مضمون هذا النص إلى المادة (105)، مع إضافة بعض الشروط الشكلية الطفيفة³، ما يعني أن الدساتير الجزائرية المتعاقبة اتفقت كلها على أن يختص رئيس الجمهورية بإعلان حالة الحصار، لكن دستوري 1963، و 1976، حررا رئيس الجمهورية من أي ضابط أو قيد، بينما بقية الدساتير تدرجت في وضع الضوابط والقيود، انتهت إلى وضع ضابط موضوعي تشريعي، يتمثل في تنظيم حالتها الطوارئ والحصار بموجب قانون عضوي، زيادة على الضوابط الإجرائية، المنصوص عليه في المادة (105) السالفة الذكر، وهي ارتباطها بالضرورة الملحة، وأن

1 - المادة (92) من دستور 1996، ونصها: "يحدّد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي". لم يتم تفعيل هذا النص إلى غاية كتابة هذه الأسطر، الأمر الذي يحتمل تفسيرات مختلفة، يرى بعضها أن ذلك إغفالا كليا واضحا وتخلياً من البرلمان عن اختصاص منوط به من طرف الدستور.

2 - المادة (91) : يقرّر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

3 - المادة (105) : يقرّر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا".

تعلن لمدة محددة، أن تعلن بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، وبعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، وأن لا تمدد إلا بعد موافقة غرفتي البرلمان المجتمعين معا.

المطلب الثالث: صور الحصار (الأحكام العرفية).

تأخذ حالة الحصار، أو الأحكام العرفية صورتين، أحدهما تحت مسمى الأحكام العرفية العسكرية، وثانيهما الأحكام العرفية السياسية، نبين مضمون كل منهما في الآتي:
الفرع الأول: حالة الحصار العسكرية ونتائجها (l'état de siège militaire).
أولا مفهومها:

هي الأحكام العرفية الحقيقية، التي تنتقل فيها سلطة الضبط الإداري إلى قيادة الجيش بدل الحكومة المدنية، وتعلن عادة في المناطق التي تكون ساحة حرب، أو في إقليم دولة محتلة¹، ومن خلالها تتمكن السلطة القائمة على إعلانها من تعطيل الدستور والقوانين في البلاد أو المناطق المعلنة فيها²، والمساس بحقوق وحرقات الأفراد تقييدا ومصادرة، بالقدر الذي يحقق غاية السلطات العسكرية المستلمة لزام السلطة³. وترتبط الأحكام العرفية العسكرية بالضرورة القصوى، حيث تعجز السلطات المدنية التنفيذية والقضائية عن القيام بمهامها، ما يبرر نقل الحكم إلى السلطات العسكرية، وحلول القانون العسكري محل القانون العادي، و تعريض الحقوق والحريات العامة لمخاطر صارخة⁴.

- 1 - مثل إعلان الأحكام العرفية التي أعلنتها بريطانيا في مصر في 2 نوفمبر 1914، كرد فعل على انضمام تركيا إلى صف الألمان إثر نشوب الحرب العالمية الأولى، بهدف تأمين سلامة الجيوش البريطانية، وإخماد روح المقاومة (ينظر: عبد الهادي خالد الجوهري، المرجع السابق، ص 378).
- 2 - حسين حامد محمود عمر: الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1996م، ص 73.
- 3 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، ص 117.
- 4 - ثروت عبد الهادي خالد الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها، ص 379.

ولهذه الطبيعة عرف الفقه الأحكام العرفية، أو القانون العرفي بأنه؛ هو الذي يخضع بموجبه أشخاص معينون للمحاكمة الجزائية أمام المحاكم العسكرية¹. تعتبر الأحكام العرفية دليلاً على التحول إلى الديكتاتورية العسكرية، وتشكل مصدر قلق ونفور، بسبب ما تؤدي إليه من نتائج، خاصة الخروج عن المشروعية العادية، وإحلال السلطة المطلقة على للأوامر عسكرية.

ثانياً: نتائج إعلان الأحكام العرفية العسكرية

- عندما تطبق حالة الأحكام العرفية بهذه الصورة؛ تترتب عليها جملة من النتائج، تؤثر على حياة المواطن بشكل مباشر، ففي القانون الفرنسي قضت المواد (7،8،9) من قانون الأحكام العرفية 1849م²، أن الإعلان عن حالة الحصار يترتب ما يلي³:
- 1- نقل سلطة الضبط الإداري إلى الجيش، بقوة القانون دون حاجة إلى تفويض من السلطة المدنية.
 - 2- استبدال القضاء المدني بالقضاء العسكري، مهما كانت صفة مرتكبي الجرائم.
 - 3- القيام بتفتيش مساكن المواطنين سواء بالليل أو النهار.
 - 4- إبعاد ذوي السوابق العدلية، والأشخاص الذين ليس لهم محال إقامة ثابتة في الأماكن الخاضعة لنظام حالة الحصار.
 - 5- المر بتسليم الأسلحة والذخيرة الموجودة بحوزة الأفراد، والقيام بالبحث عنها ومصادرتها.
 - 6- منع المنشورات والمطبوعات والاجتماعات التي من شأنها إثارة الفوضى أو تقويتها.
- أما في القانون الجزائري؛ فإن الدستور، وبموجب المادة (105) منه¹، أناط برئيس الجمهورية مهمة إعلان حالتها الطوارئ والحصار، ومكنه من اتخاذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

1 - جميل يوسف قدوره كنتكت: نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، 1986م، ص 58.

2 - Abrogé par Ordonnance n°2004-1374 du 20 décembre . Créé par Loi 1849-08-09 Bulletin des lois n° 186 p 146 - 2004 - art. 5 (V) JORF 21 décembre 2004

3 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 141.

لكن عبارة "اتخاذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع" جاءت مجملة، وغير واضحة، الأمر الذي يجعل السلطة التنفيذية تفسرها بشكل واسع، لتمارس في ضوءها سلطات مطلقة، والمؤسس لما وضع تلك العبارة، لم يقع في إغفال ما يجب بيانه، وإنما كان يقصد إتاحة الفرصة للبرلمان في بيان التفاصيل بواسطة قانون عضوي، وهو ما بينه بنص المادة (106) من الدستور، لكن مشكلة عدم قيام البرلمان بإصدار القانون تبقى قائمة إلى غاية كتابة هذه الأسطر، الأمر الذي يجعلنا نستأنس بالنصوص التنظيمية التي تعرضت لتنظيم حالة الحصار سابقا، في مقدمتها المرسوم الرئاسي رقم (91-196) المتضمن تقرير حالة الحصار سنة 1991م²، وبالرجوع إليه نجده يرتب النتائج التالية:

- 1- إسناد مهام السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة إلى السلطة العسكرية عن طريق التفويض.
- 2- إلحاق مصالح الشرطة بالقيادة العليا للسلطات العسكرية.
- 3- إتخاذ تدابير الاعتقال الإداري، أو الإخضاع للإقامة الجبرية ضد كل شخص راشد يتبين أن نشاطه خطير على النظام العام وعلى الأمن العمومي أو السير العادي للمرافق العمومية.
- 4- التفتيش بالليل وبالنهـار للمحال العمومية والخاصة، والمسكن.
- 5- منع إصدار المنشورات أو الاجتماعات والنداءات العمومية التي من شأنها إثارة الفوضى وانعدام الأمن، أو استمرارهما.
- 6- الأمر بتسليم الأسلحة والذخائر قصد إيداعها.
- 7- التضييق على مرور الأشخاص، أو منعه، أو منع تجمعهم في الطرق والأماكن العمومية.

1 - القانون رقم (16 - 01) مؤرخ في (26) جمادى الأولى عام 1437، الموافق (06) مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (14، 27) جمادى الأولى عام 1437هـ، لموافق (07) مارس سنة 2016.

2 - المرسوم الرئاسي (91 - 196) مؤرخ في (21) ذي القعدة عام 1411هـ، الموافق (04) يونيو سنة 1991 يتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (29)، بتاريخ الأربعاء (29) ذي القعدة عام 1411هـ، الموافق (12) يونيو سنة 1991م.

- 8- إنشاء مناطق ذات إقامة مقننة لغير المقيمين.
 - 9- منع الإقامة بالنسبة للأشخاص الراشدين الذين يتبين أن نشاطاتهم مضرّة بالنظام العام، وبالسير العادي للمرافق العمومية.
 - 10- تنظيم مرور المواد الغذائية، أو بعض المعدات المعينة وتوزيعها.
 - 11- منع الإضرابات التي يمكن أن تعرقل استعادة النظام العام العادي للمرافق العمومية.
 - 12- الأمر بتسخير المستخدمين للقيام بنشاطاتهم المهنية المعتادة في منصب عملهم.
 - 13- الأمر عن طريق التسخير في حالة الاستعجال والضرورة، كل مرفق عام، أو مؤسسة عمومية أو خاصة بأداء خدماتها.
 - 14- توقيف الجمعيات التي يقوم قادتها أو أعضاؤها بأعمال مخالفة للقوانين لاسيما التشريع المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، والتنظيم المتعلق بحالة الحصار.
 - 15- اتخاذ التدابير الكفيلة بتوقيف أو حل مجالس محلية، إذا حصلت منها مواقف في مجال النظام العام، أو سير المرافق العامة، من شأنها إفشال عمل السلطات العمومية القانوني، أو عرقلته، وتعين بدلها مندوبيات تنفيذية من بين الموظفين، إلى غاية إلغاء التوقيف أو إجراء انتخابات.
 - 16- انعقاد الاختصاص للقضاء العسكري، طوال مدة الحصار، بشأن الجرائم الخطيرة المرتكبة ضد أمن الدولة، مهما كانت صفة مرتكبيها، أو المتواطئين معهم.
- الفرع الثاني: حالة الحصار السياسية l'état de siège politique.**

أولاً: مفهومها

يعبر عنها بالأحكام العرفية الصورية، وهي التي تعلن بواسطة السلطة التنفيذية المدنية، في كل أرجاء الدولة أو جزء منها لأسباب يحددها الدستور، أو القانون المنظم لها داخل هذه الدولة، تسمح للسلطة التنفيذية بممارسة سلطات أوسع مما تمارسه في الظروف العادية، بسبب خطر يهدد سلامة الدولة وأمنها¹.

1 - أحمد مدحت علي، المرجع السابق، صفحة 117.

ومن خلال هذا المفهوم يتبين للقارئ أن نظام الأحكام العرفية السياسية، أخف وطأة من نظيره العسكري، ويستند في تطبيقه على مبادئ وقواعد المشروعية العادية، ولا تصادر بموجبه الحقوق والحريات.

ولذلك تطرح الأحكام العرفية السياسية بهذا المفهوم تساؤلا حول مدى التطابق بينها وبين حالة الطوارئ، فاعتبرتها بعض الدراسات مجرد تسمية لحالة الطوارئ في مرحلة ما قبل الدستور الفرنسي لعام 1958، حيث كان مسمى الأحكام العرفية يطلق على الإجراءات الاستثنائية المتبعة لمواجهة الحالة غير العادية التي تمر بها البلاد، ثم استبدلت بعد ذلك بمصطلح حالة الطوارئ¹، بينما ترى دراسات أخرى أن الأحكام العرفية لها خصوصيتها ومدلولها، وواقعها التطبيقي، وتتميز عن غيرها من مظاهر الظروف الاستثنائية.

ولا وجود لهذه الصورة في التشريع الجزائري، لأن المؤسس الدستوري كما أسلفنا تناول صلاحية رئيس الجمهورية في إعلان حالة الحصار، وما عرفته البلاد في بداية التسعينيات من القرن الماضي، يبين الأخذ بمفهومها العسكري على النحو الذي سلف في الفرع السابق.

ثانيا: تمييزها عن حالة الطوارئ

تلتقي الأحكام العرفية مع حالة الطوارئ في الهدف؛ الذي هو معالجة المخاطر التي تهدد أمن البلاد وسلامتها والنظام العام فيها، ويتميزان بجملة من الفروق أهمها:

أ - عند ذكر الأحكام العرفية مطلقة تنصرف الدلالة إلى معناها الكامل، وهو الأحكام العرفية العسكرية، حيث تتحول سلطة حفظ النظام والدفاع عن الدولة ومؤسساتها إلى الجيش تنفيذًا وقضاء، وفي هذه الحالة تظهر فروق عدة بينها وبين حالة الطوارئ، سواء من حيث ممارسة السلطة، أو من حيث القانون الواجب التطبيق، أو من حيث نطاق صلاحيات السلطة ومدى خضوع أعمالها للرقابة.

1 - مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، الطوارئ في سؤال وجواب، الموقع الإلكتروني : http://www.cihrs.org/?page_id=2481 شوهد بتاريخ 07 يانير 2017م، في الساعة 22:00 مساء.

ب- الأحكام العرفية تعتبر المظهر الأقدم للتعبير عن مواجهة الظروف الاستثنائية، من الناحية التاريخية، ما يعني أنه أكثر شدة على الحقوق والحريات، وبقية المظاهر ما هي إلا امتداد لتحسين وتطوير آليات سلوك الدولة في الظروف الاستثنائية، وهي تحافظ على أمنها وسلامة وحدتها وبقائها، بمعنى أن الأحكام العرفية هي بمثابة الأصل الذي تولدت عنه بقية المظاهر، ولذلك أصبحت الأحكام العرفية في الدولة المعاصرة جزءاً من مظاهر الدولة البوليسية، يتنافى وجودها وشرعية السلطة وتصرفاتها، وترتبط فقط بالضرورة القصوى المتمثلة في مواجهة عدو خارجي أو تمرد مسلح داخلي، بينما حالة الطوارئ تعتبر تطبيقاً لمقتضى الضرورة في ظل القوانين الضابطة للحريات عند الضرورة.

ج - الأحكام العرفية نظام مستهجن أصبح علامة على الحكم العسكري وممارسة الدكتاتورية، بسبب تغلب الطابع العسكري عليه، ولذلك هجرته معظم الدول.

د- في نظام الأحكام العرفية الكاملة تستبدل قواعد المشروعية العادية بقواعد القانون العسكري.

هـ - الأحكام العرفية السياسية يصعب التفريق بينها وبين حالة الطوارئ، ذلك أن بعض الفقه يرى أنهما مترادفان، من حيث وحدة المضمون فيهما، وهو قيام السلطة التنفيذية المدنية، بدفع الأخطار المحدقة بالنظام العام في الدولة بسبب تهديد خارجي أو اضطراب داخلي، تتحرر بموجبه من القيود التي تلتزم بها في حال المشروعية العادية¹، ويختلفان فقط من حيث نطاق كل منهما، إذ يسع مجال الطوارئ، كل تهديد للنظام العام، سواء كان تهديداً داخلياً أو خارجياً، أو كارثة طبيعية أو وباء²، بينما يقتصر الحكم العرفي السياسي على مجال الطوارئ التي قد تستخدم فيها القوة العسكرية، أو تلك التي يرجع سببها إلى اضطرابات سياسية وأمنية، ومن هذه الزاوية يكون بين حالة الطوارئ والأحكام العرفية هذه عموم وخصوص، حيث تتسم الأولى بالعموم والثانية بالخصوص³، ويرى

1 - حسين حامد محمود عمر: الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996م، ص 93.

2 - جميل يوسف قدوره كنتكت: المرجع السابق، ص 76.

3 - جغلول زغود: حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2005، ص 25، 26.

البعض الآخر أن الأحكام العرفية السياسية درجة تتوسط حالة الطوارئ وحالة الأحكام العرفية العسكرية، إذ هي من جهة مظهر تتمكن السلطة التنفيذية بموجبه من التحرر من قواعد المشروعية بشكل أكبر منها في حالة الطوارئ، ومن جهة أخرى لا تنتقل السلطة بسببها إلى السلطة العسكرية، ومن ثم فهي شبيهة بحالة الطوارئ من وجه، وبالأحكام العرفية العسكرية من وجه آخر¹.

و- تعلن الأحكام العرفية عند عجز قواعد المشروعية العادية عن مواجهتها للظرف الاستثنائي، بينما حالة الطوارئ تتأسس على قواعد المشروعية العادية نفسها، بل هناك قوانين الطوارئ معدة بشكل عادي من طرف السلطة التشريعية تحسبا لهذا ظروف. نظام الطوارئ يخضع للقيود التشريعية والرقابية، الأمر الذي يجعله مجرد تخويل السلطة التنفيذية بعض السلطات أكثر من تلك التي تتمتع بها في الأحوال العادية، بهدف حفظ النظام العام والسلامة العامة، ومن ثم لا يقيم حكما دكتاتوريا، بخلاف الحكم العرفي الذي تحل فيه السلطة العسكرية محل السلطة المدنية².

المطلب الرابع: موقف التشريع الإسلامي منها.

يعتبر الحصار في التشريع الإسلامي مظهرا من مظاهر الضرورة والظروف الاستثنائية، له اعتباره في التشريع، تأسيسا على تميز الشريعة الإسلامية، برفع الحرج، وإزالة الضرر، وتحقيق العدل، وحماية النظام العام، وقد تعرض له التشريع الإسلامي من حيث مفهومه، ومجالات وضوابط تطبيقه.

الفرع الأول: مفهوم الحصار في النصوص الشرعية

ورد في القرآن الكريم بمعان عدة منها:

أولا: معنى التضييق والمنع

من ذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ أَوْ

جَاءَكُمْ حَصْرَتْ صُدُورُهُمْ أَنْ يُفْتَلُواكُمْ أَوْ يُفْتَلُوا قَوْمَهُمْ﴾³، ومن ذلك

1- جميل يوسف قدوره كتكت: المرجع السابق.

2- المرجع نفسه.

3- سورة النساء: الآية (89).

قوله تعالى: ﴿بِإِذَا أَنْسَلَخَ الْأَشْهُرَ الْحُرْمَ بَأْفْتَلُوا الْمَشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخَذُوهُمْ وَاحْصُرُوهُمْ وَافْعَدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصَدٍ فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلَوْا سَبِيلَهُمْ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹، يقول الطبري: واحصروهم؛ وامنعوهم التصرف في بلاد الإسلام ودخول مكة².

ثانياً: معنى الحبس

ومنه قوله تعالى: ﴿عَسَى رَبُّكُمْ أَنْ يَرْحَمَكُمْ وَإِنْ عُدتُمْ عُدتْنَا وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَافِرِينَ حَصِيرًا﴾³ أي مستقراً ومحصراً وسجناً لا محيد لهم عنه، قال ابن عباس رضي الله عنهما: حصيراً أي سجنًا⁴.

من خلال هذه المعاني؛ يتبين أن الحصار موضوعه التضييق والتشديد على الحريات وممارسة الحقوق، الأمر الذي يصنفه في خانة العمل غير المشروع باستثناء ما اقتضته الضرورة، وقد تعاملت الشريعة الإسلامية مع الحصار كظرف استثنائي، إما بمناسبة حرب خارجية، يتم من خلالها التضييق على العدو بهدف دفعه نحو الاستسلام، أو لسبب ضرورة داخلية تقتضي الإقدام على هذا التدبير، في حدود ما تستلزمه الضرورة، ومن ذلك إطباق الحصار على البلد الذي حل به الطاعون، حماية للصحة العمومية، وتضييقاً لمساحة انتشار الوباء، ويمنع لذلك الخروج منها والدخول إليها، كما وردت بذلك الأحاديث، فقد روى البخاري ومسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه»⁵.

1 - سورة التوبة : الآية (05).

2 - الطبري ابوجعفر محمد بن جرير (310،224هـ): تفسير الطبري، ج14، ص 134.

3 - سورة الإسراء الآية (08).

4 - ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ط1، 2000م، مؤسسة قرطبة للطبع والنشر والتوزيع، ج8، ص 439.

5 - أخرجه البخاري، في الصحيح، كتاب الطب، باب ما يذكر في الطاعون، من حديث أسامة بن زيد. وأخرجه مسلم في الصحيح مرفوعاً، كتاب السلام، باب الطاعون والطيرة والكهانة ونحوها، من حديث عبد الرحمان بن عوف.

وما دامت الشريعة الإسلامية جاءت نصوصها مقرة لمبادئ عامة، تبرر أعمال الضرورة، فإنه من اللازم البيان أن ذلك يجب أن لا يتخذ ذريعة للتضحية بالمشروعية وحقوق الإنسان دون قيود؛ كما تقر النظرية الألمانية، لأن هذا إن حدث فسيجعل من الإدارة ديكتاتورية باسم الإسلام، تصادر حريات الناس كلما اضطرت الأوضاع ولو بقدر بسيط، وفي نفس الوقت لا بد من تمكين الحاكم من السلطات الضرورية التي يحمي بها حوزة الإسلام، ويقضي على الفتن، ويواجه المستجدات الاستثنائية، وقد عقد الجويني باباً تحت عنوان " تفصيل ما إلى الأئمة والولاة"، بين فيه سلطات الحاكم، في الحالتين العادية والاستثنائية، واعتبر أن درء المخاطر المحدقة بالنظام العام في المجتمع المسلم يسوغ للحاكم محاصرة زارعي الفتن، واضطرارهم إلى أضييق المعابر والمصائر، والحرص على أن يستأصل رؤساءهم ويجتث كبراءهم، ويقطع عددهم، ويبدد في الأقطار المتباينة عددهم، ويحسم عنهم على حسب الإمكان مددهم¹.

ومثل هذه التدابير يتوافق ومفهوم حالة الحصار، التي يتم فيها اللجوء إلى القوة المسلحة في بسط الأمن واستتباب الوضع، ودرء المخاطر.

الفرع الثاني: صور الحصار من منظور إسلامي

الحصار من زاوية الفقه الإسلامي يأخذ صوراً عديدة، تبعا للزاوية المنظور منها، فمن حيث معيار الشرعية ينقسم إلى قسمين ؛ حصار مشروع، وآخر غير مشروع، ومن الأول؛ الحصار الذي يعلنه الحاكم الشرعي باسم دولة الإسلام حماية لمصالحها، وهو الذي ينصرف إليه المعنى هنا عند الإطلاق، ومن الثاني؛ الحصار غير المشروع، أو الجائر الذي تستعمله سلطة ظالمة أو قوة معادية، ومن أمثله حصار قريش للنبي صلى الله عليه وسلم وصحابته في شعب بني هاشم لعدة سنوات، وحصار الكيان الصهيوني لسكان غزة والمقاومة الفلسطينية.

ومن حيث نطاق تطبيق الحصار، ينقسم إلى حصار بري، وحصار جوي، وحصار بحري.

1 - الجويني أبو المعالي [ت 478هـ]: غياث الأمم في التياث الظلم، ط3، 1979م، دار الدعوة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ص151.

ومن حيث تحديد الهدف منه ينقسم إلى حصار اقتصادي، وحصار اجتماعي، وحصار سياسي¹.

ومن حيث الوسائل المستعملة في تنفيذه ينقسم إلى حصار عسكري، وحصار سياسي، وهذا التقسيم يلتقي مع التقسيم القانوني لصور الحصار.

1 - سعيد العابد: الحصار وأثره على حقوق الإنسان دراسة مقارنة بين الفكر الإسلامي والقانون الدولي الإنساني غزة أنموذجاً، مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010، 2009، ص 6، 5.

المبحث الثالث: الحالة الاستثنائية (L'état d'exception).

يتناول هذا المبحث تحديد ماهية الحالة الاستثنائية، من حيث كونها مظهر من مظاهر الظروف الاستثنائية، مرتبط بموضوع محدد، والتميز بينها وبين بقية مظاهر الظروف الاستثنائية في مقدمتها حالتها الطوارئ والحصار، ثم يتعرض لبيان شروط إعلان الحالة الاستثنائية، وضوابطها.

المطلب الأول: مفهومها.

من خلال هذا المطلب يتم تحديد المراد من مصطلح الحالة الاستثنائية، المقتبس من المصطلح الفرنسي L'état d'exception (الفرع الأول)، ثم نميز بينها وبين حالتها الطوارئ والحصار من وجوه متعددة، (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريفها

تعتبر الحالة الاستثنائية وضعاً دستورياً ونظاماً استثنائياً يتم اللجوء إليه من طرف رئيس الدولة عندما يكون هناك خطر داهم وشيك الوقوع، يهدد المؤسسات الدستورية، أو استقلال الدولة وسلامة ترابها¹، وهذا المفهوم أتينا به من منظور قانوني، تأسيساً على النصوص الدستورية، حيث لم نقف على تعريف فقهي محدد يخص الحالة الاستثنائية، بسبب عدم انبراء الفقهاء للتمييز بين حالة الظروف الاستثنائية بشكل عام، والحالة الاستثنائية بوجه خاص باعتبارها وجهاً تطبيقياً لها.

ويرجع أصل تقرير هذه الحالة إلى الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958، في المادة (16) منه²، التي أعطت سلطات واسعة لرئيس الجمهورية باعتباره الحامي

1- أنظر المادة (107) من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016.

2- نصها: « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante

للدستور والمؤسسات الدستورية واستقلال الأمة، وأناطت به مهمة اتخاذ كافة الإجراءات التي تتطلبها مواجهة الأزمة واستعادة النظام، ذلك أن الرئيس "شارل ديغول" اعتبر حالة الضعف التي أصابت فرنسا، وأدت بها إلى التعرض للغزو الألماني، سببها تفتيت السلطة وتوزيعها على عدة هيئات دستورية، الأمر الذي يستوجب تجميع السلطات في يد رأس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية)، كحل وحيد لتجاوز الأزمة¹، ما يعني أن مبدأ الفصل بين السلطات الذي كان وقود الديمقراطية في فرنسا، أصبح في هذه الحالة عائقا للسيطرة على الأزمة، وتمت الاستجابة لطلبه بعد مناقشات عسيرة، وجسد ذلك في نص المادة (16) من دستور 1958.

وقد أسالت هذه المادة كثيرا من الحبر، خاصة من جهة ما تمثله من خطورة على الحريات، بسبب تركيز سلطات استثنائية واسعة، وغير مقيدة، بيد رئيس الجمهورية، الأمر الذي يمكنه من أن يصبح الأمر النهائي دون رقيب²، وقد يتحول بذلك إلى دكتاتور مستبد بحجة حماية استقلال البلاد.

ونفس الوضع يواجه نصوص الدستور الجزائري، حيث إطلاق يد رئيس الجمهورية دون رقيب، لامتلاك هذا الأخير سلطة تقديرية كاملة يشخص بها طبيعة الخطر الداهم ومستوى خطورته، والإجراء الملائم لدرئه إلى غير ذلك، خاصة وأن النصوص التطبيقية غائبة كلية في الموضوع³.

وعلى نفس المنوال سار المؤسس الدستوري الجزائري فأفرد للحالة الاستثنائية نصا خاصا بها، راعى بموجبه الظرف الاستثنائي الذي قد تمر به الدولة على طول مراحل التطور الدستوري، منذ 1963م، إلى غاية اليوم، حيث أسس لها بموجب المادة (59)

sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. »

1 - ابراهيم تونصير: المرجع السابق، ص 110.

2 - إسماعيل جابو ربي: نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري دراسة مقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، جانفي 2016، ص38.

3 - لمين شريط: خصائص التطور الدستوري في الجزائر، ص 558.

من دستور 1963م¹، مروراً بالمادة 120 ققرة أولى من دستور 1976²، والمادة 87 من دستور 1989³، وانتهاءً بالمادة 93 من دستور 1996، التي صارت بعد تعديل 2016⁴ تحت رقم 107⁵.

الفرع الثاني: تمييزها عن حالتها الطوارئ والحصار

على الرغم من أن كلا من حالة الطوارئ والحصار والحالة الاستثنائية، يمثل مظهراً من مظاهر الظروف الاستثنائية وتنطبق عليه قواعد الضرورة، إلا أن هناك تمايزاً بينها، من زوايا نظر متعددة نذكرها في الآتي:

أولاً: من حيث سبب إعلانها

تختلف الحالة الاستثنائية عن حالتها الطوارئ والحصار، من حيث سبب إعلان كل منها، ذلك أن الحالة الاستثنائية تتفق الدساتير التي رجعنا إليها⁶، على أن سببها هو خطر داهم وشيك الوقوع يستهدف استقلال الدولة أو مؤسساتها الدستورية، أو سلامتها الترابية، سواء كان خطراً داخلياً أو خارجياً، ومن المرجح كما يقول لمين شريط، أن يكون

- 1 - نصها: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية. ويجتمع المجلس الوطني وجوباً".
- 2 - نصها: "إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها أو على استقلالها، أو سلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية".
- 3 - نص فقرتها الأولى: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها".
- 4 - عدل بموجب عدل بموجب القانون رقم (01-16) المؤرخ (26) جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، وصدر بالجريدة الرسمية رقم (14) المؤرخة في 7 مارس 2016.
- 5 - ونصها: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء. تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. ويجتمع البرلمان وجوباً تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها".
- 6 - أهمها؛ الدستور الفرنسي في نص المادة 116، والدستور الجزائري في نص المادة 107.

الخطر المقصود هنا ذو الطبيعة السياسية، ليخرج به الخطر الطبيعي¹، والخطر الذي لا يرقى إلى مستوى تهديد استقلال الدولة أو مؤسساتها الدستورية، أو سلامتها الترابية، مثل الاضطرابات السياسية الداخلية التي تهدد الاستقرار الداخلي، والإضرابات العمالية، وبعض مظاهر العصيان المدني والمظاهرات، وغيرها مما يمكن أن يندرج تحت مفهوم الضرورة الملحة، كسبب لحالات الطوارئ والحصار، طبقاً للمادة (105) من الدستور الجزائري.

ثانياً: من حيث الجهة المختصة بتنظيمها

من حيث الجهة المختصة بتنظيم كل منهما يفرق بينهما بما يلي:

1- الحالة الاستثنائية اختصاص صرف لرئيس الجمهورية، يقرره إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها أو سلامة ترابها، بينما حالتا الطوارئ والحصار يعود للبرلمان اختصاص تنظيمهما، والرقابة على إعلانهما، والرئيس يملك فقط قرار إعلانهما بشروط محددة دستورياً.

2- يحدد تنظيم حالة الطوارئ والحصار بموجب قانون عضوي، طبقاً للمادة (106) من الدستور الجزائري، ويملك رئيس الجمهورية اتخاذ قرار إعلانها لمدة معينة، ولا يمكن تمديدها إلا بإذن من البرلمان، طبقاً للمادة (105) منه، يأتي هذا الدور للبرلمان من زاوية كونه صاحب الاختصاص الأصيل في تنظيم الحقوق والحريات وتحديد ضماناتها، ويعتبر هذا الموقف من الدستور الجزائري، قريباً من ما انتهى إليه المؤسس الفرنسي بعد تجارب قانونية عدة - إن لم نقل هو اقتباس مباشر للتجربة الفرنسية- حيث نص القانون الصادر في (03) أبريل 1955م²، على أن حالة الطوارئ يجب أن تعلن بقانون، ثم بعد أن جاء الأمر (60-372)، المؤرخ في (15) أبريل 1960، أصبح إعلانها من صلاحيات رئيس الجمهورية بموجب مرسوم رئاسي يصدر في مجلس الوزراء، لمدة لا تزيد عن اثني عشر (12) يوماً³، ولا يمكن تمديدها دون موافقة البرلمان¹.

1 - لمين شريط: المرجع السابق، ص558.

2 - القانون رقم (55-385)، مؤرخ في (03) أبريل 1955، المتعلق بحالة الطوارئ، معدل بالأمر رقم (60-372)، مؤرخ في (15) أبريل 1960، الصادر في الجريدة الرسمية الفرنسية، في (17) أبريل 1960.

3 - انظر المادتين (2،3) من الأمر (60 - 372) السالف الذكر.

3- تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ كافة الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية، طبقاً للمادة (3/107)، ولا يكتفى باستشارة رئيسي غرفتي البرلمان كإجراء شكلي، وإنما يجتمع البرلمان وجوباً، وتستمر مادام الخطر باق، وتنتهي طبقاً لقاعدة توازي الأشكال حسب الأشكال والإجراءات التي مر بها إعلانها، وزوال الدواعي التي أوجبت إعلانها. بينما حالتا الطوارئ والحصار تخول رئيس الجمهورية أن يتخذ كافة التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، لكن لمدة مؤقتة، ولا يمكن تمديدها إلا بموافقة البرلمان، المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معاً، طبقاً للمادة (105) من الدستور، وفي إطار قانوني منظم سلفاً بموجب قانون عضوي طبقاً للمادة (106) من الدستور.

ثالثاً: من حيث مدة سريانها

تختلف حالة الطوارئ والحصار عن الحالة الاستثنائية، من حيث مدة سريانها، طبقاً لما هو وارد في المادتين (105،107) من الدستور، حيث ترتبط الطوارئ والحصار بمدة زمنية محددة، ثم ينظر البرلمان في بقاء دواعي تمديدها، وبأغلبية استثنائية تتمثل في أغلبية أعضاء غرفتيه المجتمعتين معاً، يضيف الدستور الفرنسي تحديد المدة باثني عشر يوماً على الأكثر، طبقاً للمادة (36) منه².

بينما في الحالة الاستثنائية ليس هناك تحديد للمدة بالنسبة للتشريع الجزائري، وإنما هناك ربط لبقائها بأسبابها³، خلاف الدستور الفرنسي، الذي تناول مسألة تحديد المدة الزمنية بموجب المادة (16) الفقرة الرابعة، التي جاء فيها: "بعد مرور ثلاثين يوماً من العمل بالسلط الاستثنائية يجوز لرئيس الجمعية الوطنية، أو رئيس مجلس الشيوخ، أو ستين نائباً، أو ستين عضواً في مجلس الشيوخ، إشعار المجلس الدستوري بغرض النظر فيما إذا كانت الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى ما زالت قائمة ويفصل المجلس الدستوري في ذلك علناً وبسرعة".

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 161،162.

2 - نصها: "يكون فرض الأحكام العرفية بأمر من مجلس الوزراء.

ولا يجوز تمديدها لأكثر من اثني عشر يوماً إلا بإذن من البرلمان"

3 - المادة (107) من الدستور فقرة أخيرة.

المطلب الثاني: عناصر قيامها.

هناك جملة من العناصر يتوقف تحقق الحالة الاستثنائية على توافرها، وتنقسم من حيث طبيعتها إلى قسمين، أولهما يتعلق بالجانب الموضوعي، وثانيهما متعلق بشروط إجرائية وشكلية.

الفرع الأول: العناصر الموضوعية.

تنقسم العناصر الموضوعية إلى ثلاثة عناصر، يتمثل أولها في وجود خطر داهم وشيك الوقوع، وثانيها يتمثل في المصلحة العليا المعرضة للإصابة بهذا الخطر، وثالثها في الهدف المبتغى من ورائها، نتناولها تباعا فيما يلي:

أولاً: وجود خطر داهم

الخطر بمفهومه القانوني ينسحب على الحالة الواقعية التي تنذر بضرر يصيب مصلحة جوهرية، فيهددها بالزوال أو الانتقاص¹، ويشترط فيه هنا أن يكون جسيماً، كما صرح بذلك الدستور الفرنسي في المادة (16)²، وهذا يعني أنه تجاوز الضرورة الملحة المبررة لقرار الطوارئ والحصار، إلى مستوى الخطر الوشيك الوقوع، الذي يهدد مؤسسات البلاد واستقلاله أو سلامة أراضيه³، وما دام أن الدستور أناط برئيس الجمهورية مهمة اتخاذ قرار إعلانها، فإنه المالك الوحيد لسلطة تقدير جسامه الخطر وكونه داهماً أو وشيك الوقوع، وكون المؤسسات الدستورية مهددة بالتوقف عن أداء مهامها، أو عاجزة فعلاً عن ذلك⁴، بعد إجراء عدد من الاستشارات، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

1- مراد بدران: المرجع السابق، ص 189.

2- الدستور الجزائري في نص المادة (107)، لم يحدد طبيعة الخطر من حيث الجسامه، لكن كما يقول مراد بدران؛ القواعد العامة لنظرية الظروف الاستثنائية تشترط لتقرير الحالة الاستثنائية أن يكون الخطر جسيماً، يتجاوز من حيث شدته حدود المخاطر العادية (مراد بدران: المرجع السابق، ص 189).

3 - سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، ص 274.

4 - لمين شريط: المرجع السابق، ص 558.

وقد اختلف الفقه في تحديد جسامة الخطر، حيث ذهب رأي إلى أن الخطر الجسيم هو الذي من شأنه أن يحدث ضررا لا يمكن إصلاحه، وذهب رأي آخر إلى أنه الخطر غير المألوف الذي يخرج عن إطار المخاطر المتوقعة¹.

ثانيا: تعرض المؤسسات الدستورية أو الاستقلال أو السلامة الترابية للخطر

العنصر الموضوعي الثاني الذي يبرر اتخاذ قرار الحالة الاستثنائية؛ هو أن تكون تداعيات الخطر مصوبة نحو مصلحة حيوية عليا للوطن، هي مؤسسات الجمهورية واستقلالها وسلامة ترابها، طبقا للمادة (107) من الدستور الجزائري، مع إضافة تعرض الالتزامات الدولية للخطر، وتوقف السلطات العمومية الدستورية عن سيرها المنتظم، طبقا للمادة (16) من الدستور الفرنسي.

والملاحظ هنا أن المواضيع التي يعتبر تعرضها للخطر مبررا لتقرير الحالة الاستثنائية، جاءت على سبيل الحصر، سواء في الدستور الجزائري، أو الدستور الفرنسي، إلا أن مصطلح المؤسسات الدستورية، يتأرجح بين المفهومين الضيق والواسع، الذي يرى الأخذ بالمفهوم الواسع استند إلى التعبير الفرنسي "مؤسسات الجمهورية"، والذي يرى الأخذ بالمفهوم الضيق استند إلى تعبير الدستور الجزائري بـ "المؤسسات الدستورية"، فيقصر على المؤسسات الواردة في صلب الدستور، ولا تشمل أكثر من السلطات الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية².

ثالثا: الهدف المبتغى تحقيقه

يشترط لإعلان الحالة الاستثنائية وضوح الهدف من إعلانها، وهو الحفاظ على استقلال البلاد، وسلامة ترابها، وحماية المؤسسات الدستورية، في أقصر وقت ممكن، ذلك أن الدستور الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة (16)، نص على أنه: "يجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الرغبة في منح السلط العمومية الدستورية؛ الوسائل التي تمكنها من أداء مهامها في أقرب وقت ممكن..."، والدستور الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة (107) نص على أنه: "تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ

1 - عقل عقل: الظروف الاستثنائية والقانون الدستوري، المجلس الدستوري اللبناني، الكتاب السنوي 2013، المجلد 7، ص 216.

2 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 191.

الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية".

وعليه فلا يمكن إعلان الحالة الاستثنائية بسبب تعرض حياة مسؤول في الدولة للخطر، مثل رئيس الجمهورية، أو الوزير الأول، أو وجود مظاهرات واحتجاجات لا تستهدف استقلال الأمة أو سلامتها الترابية، ولذلك اشترط المؤسس الدستوري المرور عبر جملة من الخطوات الشكلية مراعاة لهذا الهدف، حتى لا يتم استغلال تدابير الحالة الاستثنائية من طرف السلطة التنفيذية لحماية نفسها.

ومن زاوية الفقه الإسلامي تعتبر هذه العناصر الموضوعية مشمولة بالضوابط العامة لنظرية الضرورة، تأسيسا على القواعد الفقهية المرعية في هذا الباب؛ "الضرر يزال"، "الضرورات تبيح المحظورات"، "الضرورة تقدر بقدرها"، "ما جاز لعذر بطل بزواله"، "تصرف الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة".

الفرع الثاني: الشروط الإجرائية

تتشرط الدساتير على السلطة المخولة بإعلان الحالة الاستثنائية، المرور عبر جملة من الإجراءات، تختلف من دولة إلى أخرى، حصرتها المادة (107) من الدستور الجزائري في استشارة عدد من الشخصيات، والسماع لهيئات أخرى، واجتماع البرلمان، وفي نفس الاتجاه حصرها الدستور الفرنسي في الاستشارة لعدد من الشخصيات السياسية، والمجلس الدستوري، وإعلام الأمة بذلك من خلال توجيه خطاب، نبين ذلك فيما يلي:

أولا: استشارة شخصيات سياسية

يستشير رئيس الجمهورية طبقا للمادة (107) من الدستور كلا من رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والملاحظ على هذه الاستشارات أنها تقرر نتيجة التطور الدستوري الذي مرت به الجزائر، ففي دستور 1963م، ومن خلال المادة (59) منه، لم يكن هناك أي قيد إجرائي على سلطة رئيس الجمهورية في اتخاذ التدابير الاستثنائية المتعلقة بحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ما عدا اجتماع البرلمان (المجلس الوطني)، وغير بعيد عن هذا جاء دستور 1976، بنص المادة (120) منه، التي نصت على أن يتخذ قرار إعلان الحالة

الاستثنائية أثناء اجتماع الهيئات العليا للحزب والحكومة، ويجتمع المجلس الوطني وجوبا، باستدعاء من رئيس الجمهورية، ثم بدأت بوادر هذه الاستشارات مع أول دستور تعددي سنة 1989م، والذي نص في المادة (2/87) منه على أن: "لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء". والملاحظ على هذه المبادرة اقتصارها على المجلس الدستوري كهيئة رقابة، ثم الاسترشاد بالاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء، وهي أول مرة يفرق فيها الدستور الجزائري بين الاستشارة والاستماع¹.

ثم حصل التطور الذي نعيشه اليوم من إلزام الرئيس بتوسيع الاستشارة لعدد من الشخصيات والهيئات، والسماع لهيئات أخرى، من خلال التعديل الدستوري سنة 1996م، الذي كرس بموجب المادة (93) منه في فقرتها الثانية، والتي نصت على أن: "لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء". وكان هذا التعديل قد أبقى على استشارة المجلس الدستوري كهيئة، مثل ما عليه الأمر في الدستور الفرنسي، وهو أمر من شأنه أن يستغرق بعض الوقت، ليجتمع المجلس ويتداول بشأن الاستشارة ثم يدلي فيها برأي، وفق تقاليد الدستورية في الرقابة على دستورية القوانين والتنظيمات، وربما كانت السلطة التنفيذية ترى أن هذا الإجراء يعيق تدخلها الاستعجالي، للدفاع عن مؤسسات الجمهورية واستقلالها، وسلامة وحدتها الترابية، خاصة إذا تم استلها من التجربة الفرنسية في بيان القيمة القانونية لهذه الاستشارة، حيث تشترط أن يكون رأي المجلس الدستوري مسببا ومكتوبا ومنشورا²، مما يجعل رئيس الدولة مجبرا على الأخذ برأي المجلس الدستوري، وإلا واجه مشكلة سياسية أمام الرأي العام³.

1 - حاول الدكتور مراد بدران بيان الفرق بين مصطلحي الاستشارة والاستماع، بناء على النتيجة التي يفرضها كل منهما، حيث الاستشارة يترتب عليها الوصول إلى نتيجة أو اتفاق على حل معين بشأن الحالة الاستثنائية، أما الاستماع فليس بالضرورة أن يترتب عليه الوصول إلى نتائج معينة، أو اتفاق ما حو إعلان الحالة الاستثنائية.(الرقابة على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، ص 199).

2 - عقل عقل: المرجع السابق، ص 217.

3 - مراد بدران : المرجع السابق، ص 19، 199.

وتفاديا لذلك الحرج أفلحت السلطة التنفيذية بالجزائر في تمرير تعديل دستوري سنة 2016م، تضمن المادة(107)، التي عدلت بموجبها المادة (93) السالفة الذكر، أين تم قصر الاستشارة على شخصيات سياسية، هي رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري.

وإذا ما قارنا بين التجربة الجزائرية، وما قرره المؤسس الفرنسي في المادة (16)،

نجد ما يلي:

- 1- ورود الاستشارة مطلقة في الدستور الجزائري، بينما قيدها المؤسس الفرنسي بوجوب كونها رسمية¹، وإغفال المؤسس الجزائري للرسمية في الاستشارة يمكن أن يستغل من طرف الرئاسة بعدم الاهتمام بجانب الرسمية، خاصة وأن الاستشارة في أصلها ليس هناك ما يدل على لزومها، إن أجريت، فما بالك عندما لا ينص على إعطائها الطابع الرسمي.
- 2- أدرج الدستور الفرنسي في مقدمة الشخصيات الواجبة استشارتها رسمياً، اسم الوزير الأول، وهو ما لم ينص عليه في الدستور الجزائري، حيث اكتفى بالاستماع لمجلس الوزراء، وهو أمر منطقي من الناحية السياسية، حيث تعتبر الحكومة الفرنسية مؤسسة دستورية بصلاحيات كاملة، تتحمل مسؤوليتها أمام الأغلبية البرلمانية.
- 3- لاستشارة رئيسي غرفتي البرلمان أهمية من قانونية وسياسية، ومن خلالهما يستطيع معرفة رأي الشعب، سواء تعلق الأمر بالموالات، أو المعارضة².
- 4- استطاع المؤسس الجزائري أن يقلل من دور المجلس الدستوري في الرقابة على قرار إعلان الحالة الاستثنائية، باللجوء إلى استشارة رئيسه كشخص، وينفس الأسلوب الذي تتم به استشارة كل من رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، وهو أسلوب غامض وغير واضح المعالم، لغياب عنصر الرسمية كما أسلفنا، في حين لا زال الاستقرار التشريعي في الدستور الفرنسي مستمرا من خلال المادة(16) التي تكرر الاستشارة الرسمية للمجلس الدستوري كهيئة رقابة قبلية.

1 - جاء في المادة (16) فقرة أولى من الدستور الفرنسي 1958، "...يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول، ورئيسي المجلسين، وكذا المجلس الدستوري".

2 - غلاي حياة: حدود سلطات الضبط الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام المعقم، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015، 2014، ص 119.

ثانيا: الاستماع لهيئات مختصة

على الرغم من أن الاستماع هو لمجرد تنوير الرئيس بوجهات نظر أعضاء كل من المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، فإنه شرط إجرائي حديث، أفضت إليه التجربة الدستورية في الجزائر، بفضل أول دستور تعددي سنة 1989م، من خلال المادة (2/87)، وقد اتفقت التعديلات الدستورية المتعاقبة على إبقاء السماع للمجلسين، بحكم كونهما يمثلان الخلفية المساعدة لرئيس الجمهورية على اتخاذ قراره بهذا الخصوص وتنفيذه، فالمجلس الأعلى للأمن طبقا للمادة (197) من الدستور الجزائري¹، يرأسه رئيس الجمهورية، ومهمته الأساسية تقديم الآراء له، في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني.

أما مجلس الوزراء، فهو الإطار القانوني الذي يجتمع فيه رئيس الجمهورية بالحكومة، يضطلع رئيس الجمهورية برئاسته طبقا للمادة (91) من الدستور، يوقع فيه المراسيم الرئاسية، ويجري فيه جملة من التعيينات، ويستمع فيه طبقا للمادة (107) السالفة الذكر لآراء أعضاء الحكومة بخصوص الحالة الاستثنائية.

والذي يتمايز به التشريع الفرنسي عن التشريع الجزائري، هو غياب فكرة الاستماع لدى المؤسس الفرنسي، بناء على ما نصت عليه المادة (16) من الدستور، التي وسعت من مستوى الاستشارة لتشمل كلا من الوزير الأول، ورئيسي المجلسين، والمجلس الدستوري.

ثالثا: اجتماع البرلمان

ينفق الدستور الجزائري مع نظيره الفرنسي بشأن اجتماع البرلمان وجوبا، جاء في المادة (16) من الدستور الفرنسي: "... ويعقد البرلمان اجتماعه قانونيا ورسميا"، ونص الدستور الجزائري في المادة (4/107) على أن: "يجتمع البرلمان وجوبا".

ويعتبر الاجتماع الوجوبي للبرلمان أقدم إجراء شكلي للحالة الاستثنائية، نص عليه دستور 1963، بموجب المادة (59) منه، ودستور 1976 بنص المادة (120) منه،

1 - نص المادة (197) من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016: "يؤسس مجلس أعلى للأمن يرأسه رئيس الجمهورية، مهمته تقديم الآراء إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني. يحدد رئيس الجمهورية كليات تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله".

ودستور 1989 بموجب المادة (87) منه، ودستور 1996، بنص المادة (93) منه، ثم التعديل الدستوري 2016 في المادة (107) منه.

ويثير هذا الإجراء عدة إشكالات قانونية، يتعلق بعضها بالغرض من هذا الاجتماع، هل هو التشريع، أم ممارسة الرقابة؟ أم مجرد إجراء شكلي، الغرض منه إضفاء الشرعية على تصرفات الرئيس لا غير¹.

ويتعلق بعضها بافتراض غياب البرلمان أو تعذر انعقاده، وهو موضع فراغ دستوري يحتاج إلى تغطية²، ذلك أننا لو افترضنا غياب البرلمان سقطت الاستشارة وسقط الاجتماع، ولو افترضنا تعذر انعقاده مع وجوده، نجد أنفسنا أمام تطبيق هذه المادة في بعض الظروف دون البعض الآخر، وكان لزاما على المؤسس الدستوري أن يبين ذلك.

رابعا : توجيه خطاب للأمة

وهو إجراء يخص المشرع الفرنسي، طبقا للمادة (16) السالفة الذكر، ولم يلتزمه الدستور الجزائري، في أي مرحلة من مراحل التطور الدستوري، ما عدا في حالة إعلان الحرب طبقا للمادة (109) من الدستور.

المبحث الرابع: التعبئة العامة وحالة الحرب

نتناول في هذا المبحث كلا من التعبئة العامة وحالة الحرب، باعتبارهما من أخطر مظاهر الظروف الاستثنائية، التي تستتفر فيها كافة القوى، بهدف الدفاع عن الوطن، نتناولهما من حيث تحديد مدلولهما، وشروط إعلانهما، على النحو الآتي:

1 - سديرة محمد علي: الحالات الاستثنائية في القانون الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، 2013، 2014، ص 57.

2 - المرجع نفسه.

المطلب الأول: التعبئة العامة

تعتبر التعبئة العامة مظهرا من مظاهر الظروف الاستثنائية الحادة، التي تعلن استعدادا لمواجهة خطر محقق بالوطن، من جراء تهديد خارجي، نص الدستور الجزائري عليها أول مرة في دستور 1976، بموجب المادة (121) منه، ولم يضع لها شروطا، ولا مفهوما، ولم يحدد لها أسبابا، باستثناء القول: "يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة"، وهو نفس المنحى الذي سلكه دستور 1989م، في المادة (88) منه، ثم بعد التعديل الدستوري سنة 1996م، وضع لها شروطا إجرائية، جاءت في نص المادة (94) منه، والتي أصبحت بعد تعديل 2016م، تحت رقم (108) دون تعديل، ونصها: " يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء، بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني".

الفرع الأول: مفهوم التعبئة العامة.

جاء في المعجم العسكري أن التعبئة العامة هي: "تهيئة وتعبئة جميع قوى الدولة ومواردها البشرية والمادية والفكرية والمعنوية، وإعدادها إعدادا صحيحا، لتحويلها من حالتها السلمية إلى الحرب بالنسبة لمقتضيات الظروف"¹.

و لم يتعرض التشريع الجزائري لتحديد مفهوم التعبئة العامة، ولا للأسباب والأوضاع المؤدية إلى إعلانها، لكن بالرجوع إلى السوابق العملية ندرك أنها تحمل مفهوم "إجراءات تستهدف الاستعداد للحرب"²، ومن شأن إعلانها تمكين السلطات من تجنيد الأشخاص، واستغلال الممتلكات والخدمات، والاستحواذ على مصادر الطاقة والتموين. وهو مفهوم يتطابق ومدلول التعبئة العامة في بعض القوانين، العربية التي وقفنا عليه، فالقانون السوري مثلا يعرفها بأنها: "وضع جميع مواد البلاد البشرية والمادية في خدمة المجهود الحربي، وفقا لمقتضيات مصلحة البلاد"³.

1 - سامي عوض: معجم المصطلحات العسكرية، ط1، 2008، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن عمان، ص 117.

2 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص35.

3 - المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم (104)، المتضمن أسس التعبئة العامة والاستعداد للحرب، الصادر عن الرئيس السوري سنة 2011.

والقانون الإماراتي يعرفها بأنها: "مجموعة من الإجراءات تتهياً من خلالها القوات المسلحة وجميع قوى الدولة ومواردها، لتحويلها من حالة السلم إلى حالة الحرب، لمواجهة خطر شديد حال أو متوقع على الدولة خارجي أو داخلي"¹.

ومن خلال التجربة التي عرفتتها الجزائر سنة 1967م²، بصدد الاستعداد للمشاركة في الحرب العربية ضد الاحتلال الصهيوني، نجد أن مفهوم التعبئة العامة التي أعلنت، اتسع لعدة خطوات عملية، أهمها:

أ- يشرع في تعبئة جميع المواطنين، ويتم إحصاء خاص بذلك، طبقاً للمادتين الأولى والثانية من الأمر رقم (67-124)، المتضمن إعلان التعبئة العامة.

ب- تطبق إجراءات التعبئة بالأسبقية وحسب الترتيب؛ قدماء المجاهدين، ثم العسكريون الذين خدموا في الجيش الوطني الشعبي، ثم العسكريون الذين خدموا في جيش أجنبي³.

ج- التدريب العسكري إجباري بالنسبة للطلبة وتلامذة الثانويات، ومدارس التعليم العام، ومدارس التكوين المهني (المادة 04).

د- يعبأ الأشخاص غير الداخلين في الأصناف المحددة في المادتين الثالثة والرابعة السالفتي الذكر، ويمكن طلبهم في كل حين (المادة 05).

هـ- تأجيل جميع الامتحانات الجامعية والمدرسية، المقرر إجراؤها في دورة سبتمبر - أكتوبر 1967م، إلى تاريخ لاحق، تفرغاً للتدريب العسكري، الذي شمل حتى النساء والفتيات، ضمن مراكز خاصة⁴.

1 - المادة الأولى من القانون الاتحادي، رقم (06) لسنة 2014م، في شأن الخدمة الوطنية والاحتياطية، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة السنة الرابعة والأربعون، العدد خمسمائة وخمسة وستون، (28) رجب 1435هـ، (29) مايو 2014.

2 - أعلنت بموجب الأمر رقم (76-124)، مؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387هـ، الموافق (08) يوليو سنة 1967، يتضمن إعلان التعبئة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الرابعة، العدد (60)، بتاريخ (25) يوليو 1967م.

3 - المادة (03) من الأمر السالف الذكر.

4 - المرسوم رقم (67-125)، مؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387هـ، الموافق (08) يوليو سنة 1967م، يتضمن تطبيق الأمر رقم (67-124)، المؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387هـ، الموافق (08) يوليو سنة 1967م، والمتضمن الإعلان عن التعبئة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الرابعة، العدد (60)، بتاريخ (25) يوليو 1967م.

وتعتبر التعبئة العامة حالة استنفار قصوى، استعدادا للدخول في حرب، تعلنها كل الدول، تستدعي فيها الجيش الاحتياطي، وتسخر الإمكانيات الضرورية، وتضع الخطط اللازمة، يعلنها رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة، طبقا لمقتضيات مسؤولياته في الدفاع عن الوطن، ولذلك لم يفصل الدستور في موضوعها أو أسبابها، ليفسح المجال أمام قيادة القوات المسلحة، كي تستعد للحرب بما تراه مناسبا من إجراءات. والتعبئة صورتان أساسيتان، تتمثلان في:

أ- التعبئة العامة للأمة:

وهي المقصودة هنا، بغرض وضع الأمة في الصورة، وتجنيد مقدراتها بشكل كامل، استعدادا للدفاع عن الوطن، وقد سماها المشرع الفرنسي بالتنظيم العام للدفاع "organisation générale de la défense" لما تم إصدار الأمر رقم (59-147) بتاريخ (07) يناير 1959م، تحت هذا العنوان، وسماها المشرع الجزائري بتعبئة جميع المواطنين، في نص المادة الأولى من الأمر (67-134) الآنف الذكر.

ب- التعبئة الجزئية:

وهي "مجموعة من الإجراءات، تنتهياً من خلالها بعض قوى الدولة، ومواردها، لمواجهة خطر حال أو متوقع على الدولة، خارجي أو داخلي أقل شدة من ذلك المشار إليه بشأن التعبئة العامة"¹، أو هي: "وضع جزء من موارد البلاد البشرية والمادية، في خدمة المجهود الحربي، في منطقة محددة أو أكثر، وحسب الحالة التي تستدعي ذلك"². وقد أعطى النظام السياسي السوري أهمية بالغة لموضوع التعبئة، فنظم أسسها وأحكامها مسبقاً، من حيث بيان حالات إعلانها³، وبيان مهام السلطات التشريعية والتنفيذية، في مجال الإعداد لها وتنفيذها، وكذا المؤسسات والشركات، والمواطنين⁴، وهو ما لم يحدث في الجزائر حيث نجد الأمر متروكا لرئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى للقوات

1 - المادة الأولى من المرسوم بقانون اتحادي رقم (03) لسنة 2009، دولة الإمارات العربية المتحدة.

2 - المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم (104)، الصادر سنة 2011، عن الرئيس السوري.

3 - المرجع السابق، المادة (03).

4 - المرجع السابق، المواد (4،5،6،7،8،9،10).

المسلحة، يتولى أمرها في حينه على النحو الذي يراه، وما تفضي إليه الاستشارات التي يجريها.

ومن المنظور الإسلامي تعتبر التعبئة نشاطا هدفه خلق حالة نفسية مؤهلة للقتال، ومن تعريفاتها: "إيجاد الروح العالية لدى الأفراد على جميع الأصعدة والمحاور، وعلى مدار الأزمنة والدهور، لبقاء الأمة في أعلى درجات التأهب إذا ما حصل حاصل ضدها"¹. ولا تختلف مع المفاهيم القانونية السالف ذكرها إلا في الأسس والأبعاد، المبنية على العقيدة، والجهاد، وإرضاء الخالق تبارك وتعالى.

الفرع الثاني: شروط إعلان التعبئة العامة.

نصت المادة (108) من الدستور الجزائري على أن: " يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء، بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني"، وفي صلب هذا النص وردت جملة من الشروط كلها إجرائية، ما يعني أن المؤسس الدستوري لم يقيد رئيس الجمهورية بأي شرط موضوعي، وحتى هذه الشروط الإجرائية لم تدرج سوى في دستور 1996م، وقبله لم يكن لها وجود، وتلك الشروط هي:

الشرط الأول: أن يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء

مجلس الوزراء، جهاز يشكل الإطار الأمثل لمناقشة المواضيع الهامة، التي تهم الأمة، واتخاذ القرارات المعتمدة على التفكير الجماعي، بقيادة رئيس الجمهورية²، وتعتبر المادة (58) من دستور 1963، أول نص يخول رئيس الجمهورية التدخل في نطاق التشريع بناء على تفويض من البرلمان(المجلس الوطني)، بواسطة أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، ثم جاء دستور 1976م، ليغيب هذه الآلية، ولم ينص سوى على كون رئيس الجمهورية يترأس مجلس الوزراء بموجب المادة (111)، ثم جاء التعديل الدستوري 1989، وأرجع دورا معتبرا لمجلس الوزراء في اتخاذ القرارات المتعلقة بالظروف الاستثنائية، لاسيما إعلان الحالة الاستثنائية، طبقا للمادة (87) من الدستور، وإعلان

1 - علام عبد القادر محمود النعنع: التعبئة المعنوية في القرآن الكريم، ماجستير في أصول الدين، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2007م، ص32.

2 - سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، ص 242.

الحرب طبقا للمادة (89) منه، ولم يشر إلى ضرورة اشتراطه او انعقاده بصدد اتخاذ قرار التعبئة العامة.

ثم حصل التعديل الدستوري 1996، وجاء في المادة (94) منه أن : "يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء..."، وهو نفس المضمون الذي أبقى عليه التعديل الدستوري سنة 2016.

ويثير هذا الشرط إشكالا يتعلق بقيمته القانونية، من حيث مدى كون لجوء رئيس الجمهورية لمجلس الوزراء هو عمل ذو طابع استشاري، بحكم أن مجلس الوزراء تتم فيه مناقشة المواضيع المطروحة عليه وتقديم الاقتراحات واتخاذ المواقف، وهو ما رجحه سعيد بو الشعير¹، وكونه عملا ذا طابع إداري، لكون الوزراء يخضعون للسلطة السلمية لرئيس الجمهورية، وينفذون مخطط عمل الحكومة المستمد من برنامجه السياسي، ولكل من هذين الرأيين وجاهته تبعا لمستوى النفوذ السياسي لرئيس الجمهورية.

الشرط الثاني: الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن

يعتبر المجلس الأعلى للأمن من أهم الهيئات الاستشارية التي تقدم الآراء لرئيس الجمهورية، فيما يتعلق بقضايا الأمن الوطني، طبقا للمادة (197) من الدستور الجزائري، ولذلك ألزمه الدستور بموجب المادة (108) منه، أن يستمع له، قبل إعلان حالة التعبئة العامة، لأنه يملك في الميدان الأمني كثيرا من المعلومات والتقارير، والحقائق والمعطيات، والقدرة على تحليل الظروف ونتائجها الأمنية والعسكرية وغيرها مما ينبئ الطريق أمام رئيس الجمهورية ليكون قراره ملائما².

ولخطورة عمل هذا المجلس وسرية ما يحيط به من معلومات، فضل المؤسس ترك التفاصيل المتعلقة بتشكيله، وتنظيم عمله لرئيس الجمهورية.

الشرط الثالث: إستشارة رئيسي غرفتي البرلمان

ألزم المؤسس رئيس الجمهورية بموجب المادة (108) من الدستور، أن يستشير كلا من رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، باعتبارهما يمثلان السلطة

1 - سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 244، 245.

2 - سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 276.

التشريعية، والإدلاء برأيهما المؤيد لرئيس الجمهورية في مسعاه، يضيفي الشرعية على قراره، ويجعل السلطة التشريعية شريكة فيه، زيادة على أن ذلك يقرب وجهة نظر الرئيس، بمعطياتها الكاملة من أعضاء البرلمان.

الملاحظ أن المؤسس لم يفرض اجتماع البرلمان، كما هو الشأن في الحالة الاستثنائية، لأن اجتماعه بعد الإعلان عنها يأخذ منحى الرقابة، لا منحى الاستشارة.

المطلب الثاني: حالة الحرب

تعتبر حالة الحرب من أشد مظاهر الظروف الاستثنائية، وأخطرها على الحقوق والحريات العامة في كافة الشرائع، ذلك أنها وضع اضطراري يتم بسببه انتهاء الحياة السلمية، وتحل قوانين الحرب محل قوانين السلم، وتسود قوة السلاح على حساب قوة القانون، حيث تصبح القيادة العامة للقوات المسلحة هي السلطة الفعلية التي تستحوذ على ممارسة كافة مظاهر السلطة، ويبعدا عن الإطراب في تناول الأحكام المتعلقة بأدبيات الحرب، في التشريعات الوطنية والدولية، تقتصر على تناول بعدها الدستوري كمظهر من مظاهر الظروف الاستثنائية، في كل من الشريعة والقانون الجزائري، وفي هذا الإطار نتطرق لمبرراتها، ثم نعرض على الشروط الإجرائية لإعلانها.

الفرع الأول: مبرر إعلانها.

نصت المادة (109) من الدستور على مبرر واحد لإعلان الحرب، وهو وقوع عدوان فعلي على البلاد، أو كونه على وشك الوقوع، وقد تعاطى المؤسس الدستوري مع هذا المبرر على أنه شرط موضوعي، لا يصح إعلان الحرب بدونه، لكن وقوع العدوان، أو كونه وشيك الوقوع، يرجع أمر تقديره لرئيس الجمهورية بعد أن يجري جملة من الاستشارات القانونية.

نص المادة (109): "إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملزمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري. ويجتمع البرلمان وجوبا.

ويوجه رئيس الجمهورية خطاباً للأمة يعلمها بذلك".

وكما يعتبر القانون الحرب حالة استثنائية حادة، فإن الشريعة الإسلامية كذلك، اعتبرت من مقتضيات الضرورة، التي يزال بها الضرر ويدفع بها العدوان، ارتكاباً لأخف الضررين، وارتكاباً لمحظور بهدف دفع خطر أعظم منه¹.

والحرب على أساس هذا المبرر تعتبر في أصلها دفاعية، فقد أذن بها في الإسلام على هذا الأساس في قوله تعالى: ﴿اذنَ لِلَّذِينَ يُفْتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَيَّ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُفْتَلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾³، وقوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ فِصَاصٌ مِمَّنْ إعتدَى عَلَيْكُمْ فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إعتدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾⁴، وأذن بها في القانون الدولي في نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة بالقول: "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم، إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء المم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالا لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فورا، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمرة من أحكام هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي، أو إعادته إلى نصابه".

1 - نائل غازي مصران: مبدأ التمييز والضرورة الحربية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، 2012م، ص 119 وما بعدها.

2 - سورة الحج : الآية (37).

3 - سورة البقرة: الآية (189).

4 - سورة البقرة: الآية (193).

وتنفيذا لفسلفة الأمم المتحدة تجاه الحروب، أقر المؤسس الجزائري إمكانية إعلان رئيس الجمهورية الحرب حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، انطلاقاً من فكرة حق الدولة في الدفاع عن نفسها¹.

وقد ورد مصطلح العدوان مطلقاً عن أي تقييد، وبذلك يشمل الاعتداء الخارجي، كما يشمل العدوان الداخلي، رغم أن الحرب تتصرف أصالة في مدلولها لدى فقهاء القانون الدولي، إلى صراع مسلح أطرافه الدول²، وأثير نقاش في الفقه القانوني حول طبيعة هذا العدوان، هل يشترط أن يكون مادياً؟ وذلك ما يظهر من نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، التي بررت الدفاع عن النفس باعتداء قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، أم يمكن الدفاع عن النفس دفعا لاعتداء معنوي؟ وذلك ما رجحه الدكتور لمين شريط وغيره، تأسيساً على أنه من الصعب انتظار وقوع الاعتداء المادي في ظل المساس المعنوي بكرامة الدولة، وتهديدها بالعدوان عليها، خاصة في عصرنا حيث تطور الأسلحة الفتاكة³.

وإذا كانت التشريعات الوضعية تميل كما مال الدستور الجزائري إلى قصر الدفاع المشروع للدولة على الاعتداء المادي (الاعتداء المسلح)، فإن التشريع الإسلامي وسع من نطاق الدفاع ليشمل حماية جملة من المصالح والأهداف، تأسيساً على توسيع مفهوم الاعتداء، فقد تكون الحرب لدفع العدوان المادي على النحو الذي أسلفنا بيانه، وقد تكون لحماية الحرية الدينية للناس، قال تعالى: ﴿وَفَتِيلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنِ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾⁴، كما قد تكون لدفع الظلم عن الغير، قال تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تَقْتُلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ

1 - لمين شريط: المرجع السابق، ص 560، 559.

2 - مراد فردي: مشروعية إعلان الحرب في فض النزاعات بين الدول في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة باتنة، 2009-2010، ص 24.

3 - لمين شريط: المرجع السابق، ص 560.

4 - سورة البقرة: الآية (192).

مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ
الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا ﴿٧٤﴾¹.

الفرع الثاني: شروط إعلانها.

إضافة إلى وجود المبرر الموضوعي السالف الذكر، فإن المؤسس الدستوري قيد
رئيس الجمهورية بالمرور عبر خطوات إجرائية لإعلان الحرب، تناولتها المادة (109)
من الدستور الجزائري وهي:

الشرط الأول: الاجتماع المسبق لمجلس الوزراء

نصت المادة (109) من الدستور السالفة الذكر على أن إعلان رئيس الجمهورية
عن حالة الحرب، يكون بعد اجتماع مجلس الوزراء، الذي هو جهاز سياسي يتكون من
الحكومة مجتمعة تحت رئاسة رئيس الجمهورية، وكان دستور 1989م، أول دستور جزائري
يعبر عن اجتماع الحكومة برئيس الجمهورية بمجلس الوزراء، بعد أن كان دستور 1976،
يعبر عنها باجتماع الحكومة في المادة (122) منه، حيث آنذاك لا فرق بين الحكومة
ومجلس الوزراء لأن الرئيس هو نفسه رئيس الحكومة، طبقا لنص المادة (114) من
الدستور²، وإن كانت المادتان (112، 113) خولتاه إمكانية تعيين نائب له، أو وزير
أول³.

ويعتبر مجلس الوزراء نقطة التقاء بين الحكومة ورئيس الجمهورية، يتم فيه التداول
بشأن اتخاذ جملة من القرارات الهامة، وقد رأينا فيما سبق أن على رئيس الجمهورية أن
يسمّع لمجلس الوزراء بمناسبة إعلان الحالة الاستثنائية، ويقرر في مجلس الوزراء إعلان
التعبئة العامة، وفي حال إعلان الحرب ألزمته المادة (109) من الدستور، أن يجتمع

1 - سورة النساء: الآية (74).

2 - تنص المادة (114) على أن: " تمارس الحكومة الوظيفة التنفيذية بقيادة رئيس الجمهورية".

3 - نصهما على التوالي:

المادة (112): " يمكن لرئيس الجمهورية أن يعين نائبا لرئيس الجمهورية يساعده ويعينه في مهامه".
المادة (113): " يعين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة. يمكن لرئيس الجمهورية أن يعين وزيرا أول".

بمجلس الوزراء قبل اتخاذ قراره، والغاية من هذا الاجتماع غير منصوص عليها، لكن لا تخرج عن إطار المشورة أو الإعلام، والتجديد للتنفيذ.

الشرط الثاني: الاستماع المسبق إلى المجلس الأعلى للأمن

الخطوة الإجرائية الثانية التي اشترطها الدستور لإعلان الحرب تتمثل في الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، الذي بحكم اختصاصه يقدم الاستشارة الأمنية والعسكرية لرئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة.

وبالرجوع للنصوص المنظمة لعمل المجلس الأعلى للأمن، لا سيما المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم (89-196)¹، نجد انه: يدلي المجلس الأعلى للأمن برأيه لرئيس الجمهورية في كل مسألة تتعلق بالأمن، وتشمل ميادين النشاط الوطني، أو الدولي، لا سيما ما يتعلق بما يأتي:

- تحديد الأهداف في مجال أمن الدولة.
 - تقدير الوسائل والشروط العامة لاستخدامها.
 - تدابير التنسيق العام في اختيار الموارد والوسائل في هذا الميدان".
- ويطرح إشكال بشأن مدى استقلالية أعضاء المجلس في إبداء رأيهم بخصوص هذا الاستماع، بحكم كون رئيس الجمهورية هو رئيس المجلس، والمعين لتشكيلته²، والمنظم لعمله وتحديد اختصاصاته³، مما يجعل أعضاءه رجال الرئيس بامتياز، يغلب

1- المرسوم الرئاسي رقم (89 - 196)، مؤرخ في (24) ربيع الأول عام 1410هـ، الموافق (24) أكتوبر سنة 1989م، يتضمن تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد (45)، مؤرخ في الأربعاء (25) ربيع الأول عام 1410هـ، الموافق (25) أكتوبر سنة 1989م، ص 1201.

2 - جاء في المادة الأولى من المرسوم الرئاسي رقم (89 - 196)، السالف الذكر أنه: "يتكون المجلس الأعلى للأمن الذي يرأسه رئيس الجمهورية من: - رئيس المجلس الشعبي الوطني. - رئيس الحكومة. - وزير الدفاع الوطني. - وزير الشؤون الخارجية. - وزير الداخلية. - وزير العدل. - وزير الاقتصاد. - رئيس أركان الجيش الوطني الشعبي".

3- نصت المادة (197/ 2) من الدستور الجزائري، المعدل سنة 2016 على أن: "يحدد رئيس الجمهورية كفاءات وتنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله".

عليهم الطابع السياسي، يوافقونه في كل ما يراه، ومن هذه الزاوية أبدى باحثون تحفظات قانونية على مصداقية هذا الجهاز، وأعماله¹.

وليس هناك في التشريع الإسلامي ما يمنع تشكيل مثل هذه الهيئات لأداء مهام الاستشارة المتخصصة للقيادة العليا في الجهاد، خاصة وأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع كبار صحابته للتباحث معهم بشأن قضايا الجهاد، قبل أن يوسع الاستشارة لمجموع الصحابة، فقد استشار صلى الله عليه وسلم في غزوة بدر، وأحد، والخندق، والفتح، وغيرها، وفي ذلك أمثلة للتباحث مع قادة الجيش وكبار الصحابة، للاستئناس برأيهم.

الشرط الثالث: الاستشارة المسبقة لرئيسي غرفتي البرلمان

يستشار كل من رئيسي غرفتي البرلمان بصفتهما ممثلين للبرلمان، لا بصفتهما الشخصية، بدليل شمولهما بالاستماع كأعضاء في المجلس الأعلى للأمن، ومن ثم تأتي القيمة القانونية لهذه الاستشارة، في بعدها السياسي، حيث البرلمان هو المسؤول عن توفير الحماية القانونية للحقوق والحريات الفردية والجماعية استنادا إلى الدستور، وكان الأولى أن يستشار البرلمان كاملا، أو يعطى سلطة الإذن بإعلان الحرب كما في الدستور الفرنسي (المادة 35).

ويبدو أن واضع النص في الدستور الجزائري، قنن الشروط الشكلية لحالة الحرب، تأثرا بما وجدته في المادة (16) من الدستور الفرنسي، المتعلقة بالحالة الاستثنائية، وهي حالة تختلف جذريا مع إعلان الحرب.

الشرط الرابع: اجتماع البرلمان وجوبا

جاء في المادة (2/109) من الدستور الجزائري: "يجتمع البرلمان وجوبا". كشرط شكلي لإعلان الحرب، لكن ما هو دور البرلمان إزاء قرار إعلان الحرب بموجب هذا النص؟ هل يتوقف إعلان الحرب على إذن البرلمان؟ أم اجتماعه مجرد إجراء شكلي لا قيمة له من الناحية القانونية؟ وهل ينعقد البرلمان بغرفتيه المجتمعين معا؟ إذا كان

1 - محمد بورايو: السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة والثنائية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 1، سنة 2012، ص 170، 169.

البرلمان سينعقد فما فائدة الاستشارة المسبقة لرئيسي غرفتي البرلمان؟ إشكالات متعددة يثيرها هذا النص في الدستور الجزائري، بسبب سيطرة مدلول المادة (16) من الدستور الفرنسي على واضع هذا النص، وكأنه لم ينتبه إلى ما قننه المؤسس الفرنسي في المادة (35) السالفة الذكر، التي أعطت البرلمان دورا حيويا في إعلان حالة الحرب، تمثل في:

1- يكون إعلان الحرب بإذن من البرلمان.
2- يحتفظ البرلمان بدوره الرقابي على الحكومة بعد اتخاذها قرار تدخل القوات المسلحة في الخارج.

3- يمكن البرلمان فتح مناقشة حول قرار الحكومة بهذا الصدد دون أن يتبعه تصويت.

4- لا يمكن تجاوز مدة الحرب أربعة أشهر إلا بإذن من البرلمان.

وهناك فرق كبير بين هذه الأحكام التي تضمن حماية الشرعية حتى في الظروف الاستثنائية، وما كرسه المؤسس الجزائري في نص المادة (110) فقرة أولى من الدستور، التي نصت على أن: " يوقف العمل بالدستور مدة الحرب، ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات".

الشرط الخامس: توجيه خطاب للأمة.

يعتبر توجيه الخطاب للأمة، شرطا إجرائيا، الغرض منه إعلامها بالتدابير الضرورية التي يفرضها الدفاع الوطني، وأسبابها ومبرراتها، والملاحظ للنص الدستوري (المادة 109)، يجد انه عطف بالواو التي لا تقتضي ترتيبا، بين الشروط الإجرائية، مما يجعل موعد توجيه الخطاب غير محدد، لكن المنطق يقر اعتقاد أن الخطاب مادام للإعلام يعتبر آخر خطوة في هذه الشروط.

ويكتسي هذا الخطاب أهميته من حيث إعلام الأمة بما يترتب على الحرب من نتائج، خاصة ما يتعلق بتقييد الحريات، وتجميد الدستور والعمل بالقوانين، وتركيز جميع السلطات بيد رئيس الجمهورية باعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة.

الباب الثاني

التنظيم التشريعي للظروف الاستثنائية وآثارها



توطئة:

تبنت معظم الدساتير الوسائل القانونية التي تجسد تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، وقرنتها في تشريعات معدة للحالات غير العادية، سواء تحت مسمى حالة الطوارئ أو الحصار (الأحكام العرفية) أو الحالة الاستثنائية، أو حالة الحرب، أو تحت تسمية عامة، عنوانها؛ لوائح الضرورة والاستعجال، من بين تلك الدساتير؛ الدستور الجزائري، الذي قسم مستويات تطبيق النظرية إلى عدة مراتب، تبعا لدرجة ما يحدث بالدولة من مخاطر، وهي حالة الطوارئ، وحالة الحصار، والحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وحالة الحرب.

كما راعت الشريعة الإسلامية أحوال الضرورة، وطبقته بأساليب تختلف عنها في القانون الوضعي، يأتي هذا الباب لبيان ذلك (الفصل الأول)، ومختلف ما يترتب عليه من آثار (الفصل الثاني)، على النحو الذي سنبينه في الآتي.



الفصل الأول

التنظيم التشريعي للظروف الاستثنائية



توطئة:

يتناول هذا الفصل الجانب التطبيقي من مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع، من خلال دراسة مدى وكيفية مراعاة الظروف الاستثنائية، وأساليبها وآلياتها في القانون الجزائري (المبحث الأول)، ثم مدى وكيفية مراعاتها وأساليبها في التشريع الإسلامي (المبحث الثاني)، إنطلاقاً من إشكالية مدى جدوى تقنين الأحكام استثنائية توقعها للظروف غير العادية على اختلاف مستويات حدتها وانعكاساتها، ورأي الفقه في ذلك، مع الخيار التشريعي الذي كرسه كل من القانون الجزائري والشريعة.

المبحث الأول: مراعاة التشريع الوضعي للظروف الاستثنائية

يعالج هذا المبحث مراعاة القانون الوضعي للظروف الاستثنائية، كواقع تعجز فيها التشريعات المعدة للحياة العادية عن استيعاب ما تطرحه المستجدات تحت ضغط الضرورة، ويفرض شرعية استثنائية، تجنب الدولة تعطيل المؤسسات، وإضاعة المصالح المهمات، وتقلل بها المخاطر عن الحقوق والحريات. وقد تباينت آراء الفقه والتشريع في طريقة مراعاة تلك الظروف، ما بين مؤيد لافتراض أحوال اضطرارية وتنظيم أحكام مسبقة تخصصها، وبين رافض لذلك وراغب في تمتيع السلطة التنفيذية بقدر كاف من الحرية والسلطة التقديرية، ليكون تدخلها مناسباً للزمان والمكان والحال، وذلك ما يعالجه هذا المبحث من زاويتي الفقه والتشريع.

المطلب الأول: ظهور تشريع الظروف الاستثنائية

كان أصل بسط سلطان القانون ومواجهة المخاطر، يرجع إلى سلطة الحاكم الفرد، حتى قيام دولة المشروعية والقانون، حيث بدأ التشريع يحل محل إرادة الحاكم كمصدر للقانون، وبدأ القضاء يراقب تصرفات الحكام، ويحكم بمدى تمتعها بالمشروعية، تبعاً لمدى مطابقتها للقانون، وبدأت الدولة تقف أمام الموازنة بين احترام تطبيق القانون، وحماية المصالح العليا للدولة، عندما تعجز النصوص الموجودة عن التكفل بذلك، فكان للفقهاء آراؤهم المختلفة إزاء ذلك، كما كان للتشريع واقعه وتوجهاته، تبعاً للتطور الدستوري للدولة.

يأتي هذا المطلب ليشخص دور الفقه والتشريع في ظهور مراعاة الظروف الاستثنائية، على النحو الآتي:

الفرع الأول: مدى جدوى تنظيمها بتشريع مسبق

اختلف فقهاء القانون العام حول مدى إمكانية وضع إطار دستوري وتشريعي مسبق للظروف الاستثنائية المتوقعة على رأيين؛ أحدهما رافض لفكرة التنظيم المسبق، لما في ذلك من تقييد بحالات معينة قد لا تستوعب المستجدات، وثانيهما مؤيد لفكرة



تدخل التقنين في مراعاة الأحوال الاستثنائية، احتراماً للمشروعية، وتفادياً لسلبيات الاجتهاد الفردي الذي يلجأ إليه الحاكم عند الضرورة، خاصة والسلطة تتطلع إلى البقاء في الحكم ولو على حساب حقوق وحرّيات الأفراد، وفيما يلي نفضل بعض القول حول هذين الرأيين، من حيث أساسهما، والأحكام المترتبة على كل منهما.

أولاً: رفض التنظيم التشريعي المسبق

بنى أنصار هذا الرأي موقفهم بالاستناد إلى أحد أمرين، أولهما؛ اعتبار ذلك مصدر خطورة على الدولة والديمقراطية والحقوق والحرّيات، وثانيهما؛ أن الأمر لا جدوى منه، كونه لا يخدم الضرورة، ونورد الأمرين فيما يلي¹:

أ- كونه مصدر خطورة على الدولة والحرّيات:

يشكل التنظيم المسبق للظروف الاستثنائية في نظر هؤلاء، مصدر خطر على الدولة نفسها، وعلى الحقوق والحرّيات العامة فيها، يتجلى ذلك من خلال الأمور التالية:

1- خطورته على النظام الديمقراطي:

لأن ذلك يدعم الديكتاتورية تحت سلاح النصوص الدستورية، وينقلب الأمر من حماية الدولة إلى وسيلة للديكتاتورية والاستبداد.

2- تستر الإدارة وراء النظرية لحماية نفسها:

من سلبيات التنظيم المسبق للظروف الاستثنائية، حماية النظام القائم لنفسه، بدلاً من حماية الدولة، استغلال لامتيازات السلطة العامة، في تحقيق الرغبات الشخصية، على حساب حقوق وحرّيات الأفراد، وما تقتضيه المصلحة الوطنية العليا.

3- التساهل في تقرير الحالة الاستثنائية:

حيث يمكن لتقنين الظروف الاستثنائية أن يغري السلطة التنفيذية، باستغلال تلك النصوص وتطبيقها على حالات لا تدرج فعلاً ضمن حالات الضرورة التي قصدها الدستور¹.

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 106 وما بعدها.

4- يقوي فكرة السلطة الشخصية:

أي يجعل من يمارس السلطة يعمل على أن يظهر في الناس بالزعامة والبطولة، الأمر الذي يؤدي به إلى الخروج عن القانون، والمبالغة في تقدير جسامة المخاطر.

ب- كونه عديم الفائدة:

ويتجلى ذلك في أن تفاصيل ما تمليه الضرورة من إجراءات، لا يمكن التنبؤ بها بدقة، ومن ثم تقييد الدولة بنموذج افتراضي، يشكل جمودا على تشريع استثنائي، قد لا يحل الإشكال، إضافة إلى أن توقع حالة الضرورة وإدراجها في التشريع، يفقدها صفة الضرورة، ويدرجها ضمن قواعد المشروعية العادية.

ثانيا: قبول التنظيم التشريعي المسبق للظروف الاستثنائية

يؤسس هؤلاء رأيهم انطلاقا من أن تنظيمها دستوريا وقانونيا، أفضل من تركها لمجرد الاجتهادات الفردية التي قد تحيد عن الحل المناسب، ودعم أنصار هذا الرأي موقفهم ببيان إيجابياته المتمثلة في²:

- 1- أن مثل هذا التنظيم المسبق يجنب الدولة الوقوع في الارتباك عند حلول الخطر، ويجعل تصرفات السلطة مشمولة بمبدأ المشروعية.
- 2- يعطي الفرصة للسلطات أن تفكر بهدوء في المخاطر المتوقعة ورصد الحلول لها، بعيدا عن الضغوط والاستعجال.
- 3- يجعل سلطات الدولة ملزمة باتباعه، ومن ثم يحول بينها وبين التجاوزات غير المقبولة.
- 4- غيابه يؤدي إلى فتح النقاش والجدل الفقهي حول سبل مواجهة الأزمة، في وقت تكون البلاد أحوج ما تكون إلى العمل في هدوء، بعيدا عن الجدل والأخذ والرد.

1 - نصر الدين بن طيفور: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2002، ص11.

2 - يحي الجميل: المصدر السابق، ص 111 وما بعدها؛ نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق ص 12.



ثالثا: موقف الشريعة الإسلامية من هذه الآراء

من المسلم به في التشريع الإسلامي، من حيث المبدأ؛ أن الرأي الثاني، القائل بضرورة مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع أكثر توفيقا، وقد أسست لذلك فعلا، بموجب نصوص القرآن والسنة، التي هي التشريع الأساسي في النظام الدستوري الإسلامي، لكن بحكم تدرج مصادر التشريع، واعتبار الاجتهاد مصدرا حيويا منها، فقد تحقق للتشريع الإسلامي تميز عظيم، أكسبه مرونة، وجمعا بين محاسن الرأيين، حيث لم يترك الأمر لما يمليه الواقع وحده دون ضوابط، ولم يتناول بالتقنين كل كبيرة وصغيرة، تفاديا للجمود وحفاظا على المرونة التي تكفل مراعاة الواقع، ومستجدات الأحوال، بل قرر إباحة المحذور، الممنوع بنص قطعي الثبوت قطعي الدلالة، عند اقتضاء الضرورة ذلك، شريطة الالتزام بضوابط التطبيق لنظرية الضرورة، كما فعل الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه العمل عام المجاعة، حيث علق تنفيذ حد السرقة للضرورة.

الفرع الثاني: ظهور أحكامها في الدساتير الوضعية

بعد التنظير الفقهي، والإقرار القضائي لنظرية الظروف الاستثنائية، أخذت طريقها إلى التشريعات الدستورية، والتي من بينها الدستور الجزائري؛ محل هذه الدراسة، ويعتبر الألمان والفرنسيون، من السابقين إلى تأييد تقنين الظروف الاستثنائية دستوريا، حيث ظهرت النظرية في الدساتير الألمانية مبكرا، بداية من دساتير الولايات الألمانية، ثم الدستور الألماني الاتحادي¹، ووجدت مناخ تطورها في التشريع الدستوري الفرنسي، حيث يرجع الباحثون في تاريخ التطور السياسي الفرنسي ظهور مراعاة الظروف الاستثنائية لديهم إلى دستور السنة الثامنة الذي أصدره نابليون في (15) ديسمبر من سنة 1799م، حيث ضمنه المادة (92) منه²، التي مكنته من وقف

1 - وهو الدستور الحالي الصادر سنة 1949، والمعدل على مراحل مختلفة.

2 - Article (92). - Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. - Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans



العمل بالدستور والقانون بغرض المحافظة على بقاء النظام الذي أنشأه¹، في حال حدوث ثورة مسلحة، أو اضطرابات تهدد سلامة الدولة. أما بالنسبة للدستور الجزائري، فإن افتراض أو توقع حدوث ظروف استثنائية، تستدعي حلولاً اضطرارية، ظهر اعتباره مع أول دستور للجزائر المستقلة 1963م²، في نص المواد (57)، (58)، (59) منه، حيث نص في الأولى على أحكام ما قد تمليه الضرورة من شغور منصب الرئاسة بسبب استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته، أين تسند السلطة مؤقتاً لرئيس المجلس الوطني، أما المادة (58) فتضمنت إمكانية طلب رئيس الجمهورية تفويضاً من البرلمان، يمتعه بسلطة اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية، عن طريق أوامر تشريعية، تتخذ في مجلس الوزراء، وتعرض على مصادقة المجلس في آجال ثلاثة أشهر.

وتوجت المادة (59) أحكام الضرورة، حيث أعطت الرئيس صلاحية اتخاذ تدابير استثنائية، دون اللجوء المسبق إلى البرلمان، في حال الخطر الوشيك الوقوع، بهدف حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية³.

ثم توالى الأحكام المتعلقة بتقنين الظروف الاستثنائية المتوقعة، تبعا للتعديلات الدستورية المتعاقبة، خاصة المحطات الكبرى التي تمثل مراجعة شاملة لأحكام

les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté.

1 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر، ص 46.

2 - أعد مشروع الدستور من طرف لجنة مختصة، و أقره المجلس الوطني التأسيسي في (28) أوت 1963، ثم قدم للإستفتاء الشعبي في 08/09/1963، و صدر في الجريدة الرسمية في 10/09/1963.

3 - لعل هذه المادة رغم كونها مبهمه وغامضة إلا أنها أكثر المواد سرعة إلى التطبيق، حيث استند إليها رئيس الجمهورية آنذاك أحمد بن بلة في وقف العمل بهذا الدستور بعد (23) يوماً فقط من إقراره، بحجة ضرورة المحافظة على استقلال البلاد ومؤسسات الجمهورية، استهدافاً للسيطرة على حركة التمرد التي قادها حسين آيت احمد، والعقيد محند أولحاج، في منطقة القبائل، لكن أهم ما يؤاخذ على الرئيس في هذه المرحلة، أنه استمر على العمل بمقتضى المادة (59) إلى غاية (19) جوان 1956 لما أُطيح به.

الدستور، والتي كان أولها في (22) نوفمبر 1976¹، وثانيها في (28) نوفمبر 1989م²، وثالثها في (28) نوفمبر 1996م³، وبديل كل منها على مرحلة مفصلية في تطور النظام الدستوري الجزائري، وتميزت معالجة الظروف الاستثنائية عبر هذه المراحل بتكريس تطور تدريجي حسب ما يقتضيه الواقع على النحو الذي سنراه لاحقا.

الفرع الثالث: دور البرلمان في إقرار أحكام الظروف الاستثنائية

ساهمت التشريعات العادية في التصدي لتنظيم أحكام النظرية، باعتبار البرلمان نائبا عن الشعب في ممارسة سلطته في التشريع⁴، خاصة في مرحلة ما بعد الثورة الفرنسية، التي ساد فيها شعور، مؤداه أن تمكين السلطة التنفيذية دستوريا من استخدام السلطات الاستثنائية، أمر يتنافى والفصل بين السلطات، ويؤدي إلى الاستبداد والتعسف، وبالرجوع لتاريخ التشريع الدستوري الفرنسي كمثل؛ نجد أن الدساتير ثلاثة أقسام؛ قسم صدر على خلفية محاربة الاستبداد وقصر سلطة التشريع على البرلمان فقط⁵، وقسم راعى الظروف الاستثنائية ومكن السلطة التنفيذية من التصرف ولو اقتضى الأمر وقف العمل بالدستور والقانون⁶، وبعضها تضمن تكليف البرلمان

1 - تم تعديله جزئيا ثلاث مرات، أولها جاء طبقا لأحكام الفصل السادس المواد: (191)، (192)، (196) عن طريق القانون رقم (76-6) في (7) جويلية 1979، وثانيها تم طبقا لأحكام الفصل السادس من الدستور عن طريق القانون (80-01) المؤرخ في (12) جانفي 1980 و شمل المادة (190) حيث تتعلق بإنشاء مجلس محاسبة لمراقبة جميع النفقات العمومية للدولة و الحزب و المجموعات المحلية و الجهوية و المؤسسات الاشتراكية بجميع أنواعها، وثالثها تم بواسطة استفتاء نوفمبر 1988، حيث تم بموجبه إحداث نظام الثنائية في الجهاز التنفيذي.

2 - الذي عدل جزئيا مرة واحدة عن طريق الاستفتاء الذي صدر في 28 فيفري 1989 و نشر في الجريدة الرسمية يوم 1 مارس 1989م.

3 - والذي أدخلت عليه ثلاث تعديلات جزئية في كل من 2002م، 2008، 2016م، ومرت جميعها عن طريق البرلمان.

4 - أحمد مدحت علي : المرجع السابق ، ص 173.

5 - منها ميثاق (1814م)، الذي جاء كردة فعل على الدكتاتورية التي أقامها نابليون، وميثاق (15) أوت 1830م، الذي منع بموجب المادة الرابعة منه الملك من إيقاف العمل بالقوانين، أو الإعفاء من تنفيذها. وكذلك دستور الجمهورية الرابعة الصادر في 1946/10/27.

6- في مقدمتها دستور الجمهورية الثامنة الذي أصدره نابليون سنة (1799)، بموجب المادة (92) منه.



بتفويض السلطة التنفيذية من أجل مواجهة حالة الأزمة التي تمر بها البلاد¹، في وقت كان العالم يمر بظروف وأزمات غاية في الصعوبة، داخليا وخارجيا، الواقع الذي أفرز اجتماع البرلمان، وإقراره اللجوء إلى الإجراءات الاستثنائية، وإصدار لوائح التفويض، ووضع تشريعات الطوارئ، والرقابة على لوائح الضرورة، كأهم مظاهر دور البرلمان في التصدي للظروف الاستثنائية، ما يعني أن فكرة إفساح الطريق أمام البرلمان، باعتباره ممثلا للأمة في ممارسة سيادتها في التشريع، أتت أكلها، ومكنت مبدأ المشروعية من بسط هيمنته على جميع الأحكام والقرارات التي تتناول أحوال الأمة. وبالرجوع إلى الدساتير الجزائرية، نجد تفاوتاً في تمكين البرلمان من هذه الأدوار من مرحلة إلى أخرى.

أولاً: في دستور 1963

قد أقر دستور 1963 تمكين البرلمان من القيام بدور فاعل في التعامل مع الظروف الاستثنائية عبر إقراره لوائح التفويض والضرورة، إذ نصت المادة (58) منه على أنه: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له، لمدة محدودة، حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية، تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، أو تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر". ونص في المادة (59): "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة و مؤسسات الجمهورية، و يجتمع المجلس الوطني وجوبا.

وبما أن هذا الدستور لم يعمر طويلا، وتم توقيف العمل به، فإن المجلس الوطني في هذه الفترة لم تعط له الفرصة في القيام بأي دور تجاه الظروف الاستثنائية الصعبة التي مرت بها البلاد.

1 - جاء هذا في دستور الجمهورية الثالثة 1875.

ثانيا: دستور 1976

الذي جاء في ظروف كانت للحزب المكانة الأولى في اتخاذ القرار، الأمر الذي أسهم في إضعاف البرلمان بشكل كبير، خاصة عندما يتعلق الأمر بالظروف الاستثنائية، حيث جاءت المواد من (119) إلى غاية (124)، متناولة بالتفصيل أحكام الظروف الاستثنائية وإجراءاتها، وجعلت من رئيس الجمهورية محور السلطة، بمساعدة الحكومة والهيئات العليا للحزب، وتركت للبرلمان جزءا يسيرا من الأدوار الشكلية تمثلت في الآتي:

أ- الموافقة المسبقة:

جاءت بذلك المادة (3/118) التي نصت بأنه: "كما لا يمكن تطبيق أحكام المواد (120) و (121) و (122) و (124)¹ من الدستور إلا بموافقة المجلس الشعبي الوطني، مع الاستشارة المسبقة لقيادة الحزب".

1 - ونصوص هذه المواد :

المادة (120) : إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها، أو على استقلالها، أو سلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية.

يتدخل مثل هذا الإجراء أثناء اجتماع الهيئات العليا للحزب و الحكومة.

تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الخاصة التي تتطلبها المحافظة على استقلال الأمة و مؤسسات الجمهورية.

يجتمع المجلس الشعبي الوطني، وجوبا، باستدعاء من رئيسه.

تنتهي الحالة الاستثنائية حسب نفس الأشكال، و بناء على نفس الإجراءات المذكورة أعلاه التي أدت إلى تقريرها.

المادة (121) : يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة.

المادة (122) : في حالة وقوع عدوان فعلي أو وشيك الحصول، حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد استشارة هيئة الحزب القيادية و اجتماع الحكومة و الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن.

يجتمع المجلس الشعبي الوطني، بحكم القانون.

يوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك.

المادة (123) : يوقف العمل بالدستور مدة حالة الحرب و يتولى رئيس الدولة جميع السلطات.

المادة (124) : يوافق رئيس الجمهورية على الهدنة و السلم.

تقدم اتفاقيات الهدنة و معاهدات السلم، فورا، إلى الموافقة الصريحة للهيئة القيادية للحزب طبقا لقانونه الأساسي. كما تعرض على المجلس الشعبي الوطني، طبقا لأحكام المادة 158 من الدستور.



- ب- الاجتماع الوجوبي باستدعاء من رئيسه، أو بحكم القانون:
طبقا للمواد (120،122،124) التي تتعلق على التوالي بالحالة الاستثنائية، وإعلان الحرب، وإبرام اتفاقيات الهدنة.
- ج- الموافقة البعدية على التشريع بالأوامر الرئاسية فيما بين دورتي البرلمان:
طبقا لما نصت عليه المادة (153)، من أن: "الرئيس الجمهورية أن يشرع، فيما بين دورة و أخرى للمجلس الشعبي الوطني، عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة".
- د- الاجتماع الوجوبي لإقرار شغور منصب الرئاسة:
وذلك في حال تطبيق المادة من (117) من الدستور، التي تتعلق بوفاة رئيس الجمهورية، أو استقالته.
- هـ- تمديد فترته النيابية في الظروف الاستثنائية :
طبقا للمادة (2/129) التي جاء فيها: " لا يمكن تمديد فترة هذه النيابة إلا في ظروف خطيرة للغاية، لا تسمح بإجراء انتخابات عادية. و تثبت هذه الحالة بمقتضى قرار من المجلس الشعبي الوطني، بناء على اقتراح من رئيس الجمهورية".
- و- تغيب دور البرلمان عند إعلان حالة الطوارئ، أو حالة الحصار:
طبقا للمادة (119) التي جاء فيها: " في حالة الضرورة الملحة، يقرر رئيس الجمهورية، في اجتماع لهيئات الحزب العليا والحكومة، حالة الطوارئ أو الحصار، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع".
- حيث اكتفى المؤسس باجتماع الهيئات العليا للحزب والحكومة، ويتجلى ذلك أكثر لما نرجع إلى المادة (118) ونجدها، لم تشر إلى ضرورة موافقة البرلمان على هذه الإجراءات، وإنما اشترطت الموافقة على تطبيق المواد (120،122،124)، كما أسلفنا ذلك.
- وشكلت هذه المادة مصدر خطر على الحقوق والحريات، كونها أعطت اختصاصا استثنائيا لرئيس الجمهورية، بعيدا عن البرلمان، إضافة إلى أنها جاءت ناقصة، وخالية

من بعض الأحكام الجوهرية، التي ألغت الدساتير التزامها، وهي ربط إجراءات الطوارئ والحصار بمدة مؤقتة، واشتراط موافقة البرلمان على تمديدتها، ولم يتم تدارك هذا الخلل إلا بعد صدور دستور 1989.

ز- تغييب آلية التفويض المسبق للسلطة التنفيذية بهدف إصدار لوائح الضرورة: اكتفاء بالرقابة البعدية عليها طبقا لما أسلفناه مما نصت عليه المادة (153)، ولعل هذا الإجراء يجسد نوعا من إعادة النظر في العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، لصالح الأولى¹، مقارنة بدستور 1963، تأثرا بجملة من العوامل، أهمها توسيع مجال السلطة التنظيمية التي يتمتع بها الرئيس، وهيمنة الحزب الواحد على الحكم ومؤسساته، إضافة إلى حداثة التجربة الجزائرية بعد الاستقلال على طريق الحكم المدني، بفعل الظروف الاستثنائية الواقعية التي فرضت نفسها، وأفرزت نوعا من التحاكم إلى تقوية السلطة التنفيذية، على حساب باقي السلطات.

ثالثا: في دستور 1989.

بعد خروج الجزائر من هيمنة الحزب الواحد إلى التعددية السياسية بدأت فكرة تقريب النظام الدستوري الجزائري من الديمقراطية الليبرالية، وتجسيد فكرة السيادة للشعب، تأخذ طريقها نحو التطبيق، الأمر الذي أعاد للبرلمان باعتباره مؤسسة التشريع في الدولة، بعض دوره في القرار و الاستشارة والرقابة، وذلك في المواد من (86 إلى غاية 91) ، ومنها تتجلى مظاهر دور المجلس الشعبي الوطني إزاء الظروف الاستثنائية فيما يلي:

أ- دوره بخصوص إعلان حالتها الطوارئ، والحصار:

من خلال نص المادة (86)²، نتبين أن البرلمان لم يعد دوره سلبيّا كلية تجاه هاتين الحالتين، حيث أصبح له دور في الاستشارة والرقابة، ذلك أن رئيس الجمهورية

1 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص 39.

2 - المادة (86) : يقرر رئيس الجمهورية ، إذا دعت الضرورة الملحة ، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن ، واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري ، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.



هو صاحب اتخاذ القرار، باعتبار ذلك من لوائح الضرورة، لكن يجب عليه مراعاة الآتي:

1. **التأقيت:** من خلال ربط ذلك بمدة معينة، حتى لا يكون ذلك ذريعة تستبدل السلطة التنفيذية من خلالها الشرعية العادية بشرعية استثنائية لا رقيب فيها ولا مسؤولية، وعدم السماح بتمديد هذه الحالة إلا بإذن من البرلمان.

2. **إستشارة البرلمان:** من خلال اعتبار الاستشارة المسبقة لرئيسه، واعتبار ذلك إجراء شكليا إلى جانب المجلس الأعلى للأمن ورئيس الحكومة، ورئيس المجلس الدستوري.
ب- دوره بخصوص الحالة الاستثنائية:

باعتبار أن الحالة الاستثنائية أشد خطرا من حالتها الطوارئ والحصار، فقد جاءت المادة (87) بالنص على أن يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا، وهو دور شكلي لا غير، ما يعني أن هذه المادة أطلقت يد رئيس الدولة في اتخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية¹.

ج- دوره بخصوص إعلان حالة الحرب:

من خلال نص المادة (89) فقد أبقى المشرع الدستوري على الدور المحوري لرئيس الجمهورية بشأن إعلان الحرب، ولم يترك لممثلي الشعب في البرلمان سوى دور

ولا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا بعد موافقة المجلس الشعبي الوطني.

1 - نص المادة (87): يقرر رئيس الجمهورية، الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية.

يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا.

تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها.



شكلي تمثل في اجتماع البرلمان ليوجه الرئيس خطابا إلى الأمة، ولم يشترط لا موافقته ولا استشارة رئيسه¹.

د- دوره بخصوص توقيع اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم:

باعتبار أن قرار وقف الحرب قد يكون بناء على عقد هدنة، أو معاهدة سلام، فإن المؤسس الدستوري فرض على رئيس الدولة قيودا شكلية هامة، ضمانا لسيادة الدولة، وفرضا لاحترامها، احتياطا من توقيع الرئيس على اتفاقية مجحفة في حق المصالح الوطنية، وأهم هذه القيود خضوعها لرقابة المجلس الدستوري، وعرضها على المجلس الشعبي الوطني ليوافق عليها صراحة².

ه- دوره في تمديد الفترة النيابية:

وطبقا للمادة (96) أعطى الدستور للبرلمان صلاحية تمديد فترته النيابية، إذا حدثت ظروف استثنائية خطيرة، لا تسمح بإجراء انتخابات عادية، على أن يثبت المجلس الشعبي الوطني هذه الحالة بقرار، بناء على اقتراح رئيس الجمهورية، واستشارة المجلس الدستوري³.

رابعا: في دستور 1996.

جاء دستور 96 فأحدث تغييرا في طبيعة تركيبة البرلمان، حيث تحول به من أحادية الغرفة إلى نظام الثنائية، كما أحدث تغييرا في طبيعة اختصاصاته، حيث تم

1 - المادة (89) : إذا وقع عدوان فعلي على البلاد، أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة ، يعلن رئيس الجمهورية الحرب ، بعد اجتماع مجلس الوزراء ، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن.

يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا.

ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك.

2 - ينظر نص المادة (91) : " يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم، ويتلقى رأي المجلس الدستوري في الاتفاقيات المتعلقة بهما.

ويعرضها فوراً على المجلس الشعبي الوطني ليوافق عليها صراحة".

3 - المادة (96): ينتخب المجلس الشعبي الوطني لمدة خمس سنوات.

ولا يمكن تمديد الفترة النيابية إلا في ظروف خطيرة جدا لا تسمح بإجراء انتخابات عادية.

ويثبت المجلس الشعبي الوطني هذه الحالة بقرار، بناء على اقتراح رئيس الجمهورية ، واستشارة المجلس الدستوري.



التفريق بين القانون، والقانون العضوي، إضافة إلى تكريس مزيد من الضمانات للحقوق والحريات، الأمر الذي مكن البرلمان من دور أكثر فاعلية إزاء الظروف الاستثنائية، وأهم أدواره تتمثل في:

أ- دوره في الرقابة على تشريع الرئيس بأوامر¹:

وذلك في حال شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان، طبقاً لما نصت عليه المادة (124)، حيث يعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. وتعدّ لاجية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان².

ب- دوره بخصوص إعلان حالتها الطوارئ والحصار:

تمثل دور البرلمان تجاه إعلان حالتها الطوارئ والحصار، في مظاهر ثلاث، وهي:

المظهر الأول: الدور الاستشاري كإجراء شكلي لرئيسي غرفتي البرلمان، طبقاً للمادة (91) منه.

المظهر الثاني: في حال الاضطرار إلى تمديد حالة الطوارئ أو الحصار، لا يمكن ذلك إلا بعد موافقة غرفتي البرلمان المجتمعين معاً، طبقاً للمادة (2/91).

المظهر الثالث: الاعتراف للبرلمان بدور موضوعي من خلال المادة (92) منه، التي نصت على أن: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي"، وهو اختصاص أعاد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار إلى السلطة التشريعية باعتبارها ممثلة للأمة، وصاحبة الشأن بخصوص تنظيم الحقوق والحريات وتقيدهما.

1 - أضاف تعديل 2016 قيماً على مضمون هذه المادة، وهو أن يكون ذلك في مسائل عاجلة.

2 - نص المادة (124): "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان.

ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعدّ لاجية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".



ج- دوره بخصوص إعلان الحالة الاستثنائية:

يتجلى دور البرلمان تجاه الحالة الاستثنائية من خلال جملة من الاختصاصات

هي:

أ- من خلال المادة (93) يقوم البرلمان ممثلاً في رئيسي الغرفتين، بتقديم الاستشارة، حيث لا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري.

ب- إجتماع البرلمان وجوباً.

ت- يكون له نفس الدور في إنهاء الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات نفسها.

د- دوره بخصوص إعلان التعبئة العامة:

إذا كان رئيس الجمهورية هو المهيمن في الدساتير السابقة على إعلان التعبئة

العامة، فإن دستور 1996، ومن خلال نص المادة (94)، ألزمه باستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة.

هـ- دوره بخصوص إعلان الحرب:

طبقاً لنص المادة (95) يستشار رئيسا الغرفتين قبل إعلان الحرب، ثم يجتمع

البرلمان وجوباً، ليتم إعلان الحرب ويوجه الرئيس خطاباً للأمة.

وإذا استقال رئيس الجمهورية، أو مات، أو حدث له مانع آخر، يتسلم رئيس مجلس الأمة مهام رئاسة الجمهورية، طبقاً للمادة (96).

و- دوره بخصوص اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم.

اشترطت المادة (97) من دستور 96، أن يوافق البرلمان صراحة على اتفاقيات

الهدنة ومعاهدات السلم، التي يوقعها رئيس الجمهورية، حتى تحوز الشرعية، ذلك ضماناً لمصادقية وقف أعمال الحرب، واستناداً في قرارات مصيرية بهذا الحجم إلى الإرادة الشعبية.

وأخيراً كخلاصة لما قيل سابقاً؛ فإن دور البرلمان في الظروف الاستثنائية، لا يزال نظرياً على مستوى ما تدل عليه النصوص الدستورية، أما الجانب العملي فهو لا يكاد يذكر، لعدد من الأسباب، منها:



أ- السبب الأول: عدم بروز قيمة قانونية أو سياسية للاستشارة التي تقدم باسم البرلمان لرئيس الجمهورية، فهي وإن كانت واجبة من الناحية الإجرائية، إلا أنه ليس هناك ما يدل على أنها ملزمة أو غير ملزمة، ما يرجح أنها لمجرد الإعلام لا غير.

ب- السبب الثاني: الواقع السياسي الذي عاشته الجزائر وتعيشه، لا يسمح للبرلمان أن يقف في وجه السلطة التنفيذية، بسبب هيمنة الرئيس عليه عبر الأغلبية البرلمانية التي يحوز عليها.

ج- السبب الثالث: عدم تمكين الدستور للبرلمان من دوره الفعلي في تفويض السلطة التنفيذية، عند اقتضاء الظروف الاستثنائية ذلك، باعتبار أن ذلك يشكل نوعا من الرقابة القبلية، تريد السلطة التنفيذية أن تتحرر منه.

د- السبب الرابع: عدم قدرة البرلمان إلى غاية كتابة هذه الأسطر على إصدار القانون العضوي، المتعلق بتنظيم حالي الطوارئ والحصار، الذي نصت عليه المادة (106) من دستور 96 المعدل في 2016، رغم رفع حالة الطوارئ¹، التي تقرر منذ 1992م، بموجب المرسوم الرئاسي (92- 44) المؤرخ في (09) فبراير 1992، الأمر الذي يطلق يد السلطة التنفيذية لمواصلة احتكار الرؤية في مواجهة الظروف الاستثنائية كما تشاء، ولعل هذا من تقصير البرلمان الذي يمكن وصفه بالإغفال التشريعي²، لموضوع من أهم وأقدس اختصاصاته، ألا وهو تنظيم وحماية الحقوق والحريات.

المطلب الثاني: دور السلطة التنفيذية في التنظيم للظروف الاستثنائية

بعد بيان مدى مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع، من خلال النصوص الدستورية، وصلاحيات البرلمان تجاه ذلك، نسلط الضوء على نطاق التشريع الفرعي، ودوره في التنظيم للظروف الاستثنائية، ذلك أن السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيس

1 - رفعت بالأمر رقم (01-11)، مؤرخ في (20) ربيع الأول 1432هـ، الموافق (23) فبراير 2011م، المتعلق برفع حالة الطوارئ، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد(12)، بتاريخ 2011/02/23، ص4.

2 - الإغفال قد يكون كليا لموضوع من المواضيع التي تدخل في نطاق اختصاص البرلمان، كما قد يكون جزئيا، بإصدار قوانين ناقصة وغير مستجيبة لما تقتضيه المصلحة الوطنية، ويرجع الأمر إلى المجلس الدستوري كهيئة رقابية في اكتشاف هذا الخلل أو التقصير.



الجمهورية، لا زالت تتمتع بقدر كبير من السلطات الاستثنائية، بل هي المحرك والفاعل الحيوي الأساسي في التعاطي مع الظروف الاستثنائية، بفعل ما تملكه من أدوات التنفيذ، وما أناطه بها الدستور من سلطة حفظ النظام وتطبيق القانون، وحماية استقلال الوطن ومؤسساته، وبفعل احتكاك هذه السلطات بحريات المواطن وحقوقه من حيث التقييد والضبط، أسال هذا الموضوع كثيرا من الحبر ولا يزال، نتناول أهم ما تعلق به من أحكام فيما يلي:

الفرع الأول: أساس تدخل السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية.

على غرار مختلف دساتير العالم، منح الدستور الجزائري رئيس الجمهورية صلاحية اتخاذ الإجراءات الاستثنائية، اللازمة لاستتباب الوضع، وحفظ الأمن، وسلامة الوطن، وذلك لما توقع حدوث ظروف استثنائية، لا تسمح بانعقاد البرلمان، وإصدار التشريعات اللازمة، وبالرجوع لنصوص الدستور الجزائري عبر مراحل تطوره، نجده قد استند في منح هذه السلطات، التي هي في الأصل من اختصاص المشرع، على جملة من المبررات والأسس، أهمها: التفويض، والضرورة، والاستعجال، يتضح ذلك من خلال المصطلحات الذي تم التبرير بها لاتخاذ الإجراءات الاستثنائية، بداية من دستور 1963، إلى غاية آخر نسخة من دستور 1996. ولبيان ذلك قمنا بتقسيم الدساتير الجزائرية بشأن التعاطي مع الموضوع إلى قسمين، في القسم الأول دستور 1963، وفي القسم الثاني دساتير كل من 1976، 1989، 1996.

أولا: أساس تدخل رئيس الجمهورية في التشريع من خلال دستور 1963:

باستقراء نصوص دستور 1963، نجده التزم التأسيس الثنائي، المتعارف عليه في الفقه الدستوري، وهو الذي يقوم على فكرتي التفويض¹، والضرورة¹، حيث نص في

1- تطلق عليها أسماء عدة من بينها : المراسيم بقوانين، أوردها معجم القانون ص 475، بأنها: "قرارات لها قوة القانون، تصدرها نئالسلطة التنفيذية، بناء على إذن خاص يصدر من البرلمان، يحدد فيه موضوع الإذن ومدته". وأوردها كذلك في الصفحة 24، بأنها التي تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من البرلمان ، وطبقا لأحكام هذا التفويض، لتنظيم موضوعات تدخل في مجال القانون أصلا".

المادة (58) على التأسيس للوائح² التفويض، وفي المادة (59) على التأسيس للوائح الضرورة.

أ- لوائح التفويض: les règlements de délégation

نتعرض هنا إيجازاً لتحديد مفهومها، ثم نعرض على واقع التجربة الجزائرية في دستور 1963م، وذلك فيما يلي:

1. **مفهومها:** هي تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بشأن مسألة من المسائل الداخلة في نطاق اختصاص البرلمان، بناء على تفويض منه، عرفها معجم القانون بأنها: "قرارات لها قوة القانون تصدرها السلطة التنفيذية، بناء على إذن خاص يصدر من البرلمان يحدد فيه موضوع الإذن ومدته"³.

من خلال هذا المفهوم يتضح أن اللوائح التفويضية تتسم بما يلي⁴:

1- هي قرارات لها قوة القانون: الأمر الذي يمكن السلطة التنفيذية من وضع تشريع في أمر مستجد، طبقاً لما تملية الظروف الطارئة، أو تعديل قانون قائم صادر عن البرلمان، أو إلغائه واستبداله كلية بتشريع⁵.

2- تصدرها السلطة التنفيذية بإذن من البرلمان: وهو قيد وضابط جوهري في تحديد طبيعة تلك اللوائح، وشرط شكلي في الوقت نفسه، حيث لا يمكن أن يصدر هذا النوع من اللوائح دون تفويض مسبق من البرلمان.

3- أن يكون التفويض مؤقتاً: أي مرتبطاً بمدة زمنية محددة، يحددها البرلمان في إذن التفويض.

1 - لها تعريفات عدة، من بينها ما جاء في معجم القانون صفحة 476، أنها: "لوائح لها قوة القانون، تدعو الضرورة إلى إصدارها، في عطلة البرلمان، إلى أن تعرض عليه عند انعقاده كي يوافق عليها". وما جاء في الصفحة 24 من أنها: "هي التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة".

2 - اللوائح جمع لائحة، وهي "مجموعة من القواعد القانونية، تقرر قواعد عامة ومجردة، يكون لها صفة القانون من الناحية الموضوعية، بينما تأخذ صفة القرار الإداري من الناحية الشكلية". (معجم القانون ص 23)

3 - معجم القانون، ص 475.

4 - أحمد مدحت علي: المرجع السابق، ص 42.

5 - وهي الخاصية التي تميزها عن القرارات التنظيمية التي يمتلك الرئيس سلطة اتخاذها.

2. تمييزها عن ما يشبهها من لوائح:

هناك جملة من اللوائح يمكن أن تلتبس بلوائح الضرورة، ولذلك كان لزاما بيان الفوارق الأساسية بينها، من خلال الآتي:

تمييزها عن لوائح الضرورة:

تلتقيان في أن كلا منهما يصدر عن السلطة التنفيذية، وفي أمر من اختصاص التشريع، وفي ظرف لا يسمح للبرلمان بالانعقاد، إما بسبب غيابه عن العمل، أو لاستعجال الظرف وعدم القدرة على الالتزام بالإجراءات المعقدة لاستصدار القوانين، ويفرق بينهما من زوايا عدة أهمها:

الفرق الأول: لوائح التفويض تصدر بإذن مسبق من البرلمان، بينما لوائح الضرورة تصدر بإرادة منفردة من السلطة استجابة لما تمليه الضرورة، لكن تعرض على البرلمان للموافقة في أول اجتماع له.

الفرق الثاني: لوائح التفويض تصدر في وجود البرلمان، بينما لوائح الضرورة تصدر والبرلمان غائب، إما بسبب عطلة، أو عدم وجوده كلية كأن يكون منحلا.

التفرق بينها وبين المراسيم بقوانين:

تعتبر المراسيم بقوانين (décret – loi) "عملا تشريعيا يصدر من رئيس الدولة، وتكون له قوة القانون، وذلك في الحالات وطبقا للشروط التي يحددها الدستور"¹، ونظرا لالتقائها مع لوائح التفويض في المصدر، واختلاف الصيغ المعبر بها، فإن بعض الفقه يرى أن لوائح التفويض هي التي يعبر عنها بمصطلح المراسيم بقوانين، بينما يرى جانب آخر من الفقه ضرورة التفريق بين لوائح التفويض والمراسيم بقوانين، ولتجلية الأمر وفقا لما ناقشه أحمد مدحت علي؛ فإن بعض شراح القانون هم من استعملوا تسمية المراسيم بقوانين لإطلاقها على اللوائح التفويضية، لكن غالبية الفقهاء يرون ضرورة التفريق بين الأنظمة السياسية حسب طبيعتها، إذ هناك أنظمة ديمقراطية تحوز رضا شعوبها، وأنظمة غير ديمقراطية وصلت إلى السلطة بطرق غير ديمقراطية مثل

1 - معجم القانون، ص 25.



الانقلابات العسكرية، والثورات، وبناء على هذا التفريق فإن تسمية المراسيم بقوانين؛ تطلق على اللوائح التي تصدر عن الحكومات غير الديمقراطية، أو الحكومات الاستبدادية، التي لا تؤمن بالفصل بين السلطات ولا تلتزم قواعد الديمقراطية، بسبب اعتدائها على صلاحيات السلطة التشريعية، بينما اللوائح التفويضية تصدر عن الحكومات المنتخبة ديمقراطياً، بإذن من البرلمان المنتخب، باعتباره مالك سلطة الشريع.

2- لوائح التفويض في التشريع الجزائري:

نص عليها في المادة (58)، السالفة الذكر بالقول: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له، لمدة محددة، حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية، تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، و تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر".

وقد اشتمل هذا النص على ما يلي:

أ- يمكن الرئيس أن يطلب تفويضا من المشرع، بهدف إصدار أوامر تشريعية¹، قد يكون ذلك بحضور البرلمان، من أجل المواجهة العاجلة لظروف اضطرارية تمر بها البلاد، كما قد يكون بسبب غياب البرلمان في عطلة.

ب- تمتع الرئيس بالحق في اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية:

وذلك بناء على هذا النص، الذي يخوله طلب التفويض بذلك من البرلمان،

باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع.

ج- وضع شروط للتفويض التشريعي:

الشرط الأول: أن تكون هذه الأوامر مرتبطة بمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

الشرط الثاني: أن تتخذ في مجلس الوزراء.

الشرط الثالث: أن تعرض على السلطة التشريعية في غضون ثلاثة أشهر.

1 - جمع مفردة أمر تشريعي، وهو كما في معجم القانون ص7 : "اصطلاح يطلق للدلالة على إجراء يصدر بتنظيم موضوع معين ، تشريعيا بقرار من رئيس الدولة".



ملاحظة: ولئن كان الدستور قد حدد نوع العمل الذي يتخذه الرئيس، على أساس تفويض البرلمان، وهو الأوامر التشريعية، ووضع له شروطا إجرائية، فإنه أغفل الشروط الموضوعية، وذكر السبب الذي يدفع إلى مثل هذا الإجراء، حيث لم يبين هل هو ظرف استعجالي لا يسمح بانتظار انعقاد اجتماع البرلمان، على حد رأي سعيد بو الشعير¹؟ أم هو أمر اضطراري آخر، الأمر الذي يترك موضوع اللوائح التفويضية في ضوء هذا النص مبهما وغامضا، خاصة وأنها لم تر طريقها نحو التطبيق العملي، بسبب وقف العمل بهذا الدستور سريعا².

ب - لوائح الضرورة (les règlements nécessaires)

هي أوامر قائمة على درء الخطر الجسيم، الوشيك الوقوع، على استقلال الأمة، ومؤسسات الجمهورية، طبقا لما نصت عليه المادة (59) من أنه: " في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة و مؤسسات الجمهورية. و يجتمع المجلس الوطني وجوبا".

وتأسيسا على فكرة الضرورة يمكن رئيس الجمهورية اتخاذ أي تدبير استثنائي، يراه كفيلا بحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، وقد جاء هذا النص بسلطات هامة وخطيرة، لا تحدها أي قيود، ما عدا وصف الخطر الدافع بالوشيك الوقوع، يمتلك رئيس الجمهورية سلطة تقدير ذلك، ولعل هذا ما جعل تلك الحالة الاستثنائية التي أعلنت من قبل الرئيس بن بلة آنذاك، تستمر إلى غاية الإطاحة به في 19 جوان 1965.

والذي يؤخذ على هذه النص أمور عدة نذكر منها:

1- سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، ط2، 1993، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص56.
2 - بسبب لجوء الرئيس إلى تطبيق المادة (59) في (03) أكتوبر 1963، على إثر التمرد العسكري الذي قاده كل من آيت احمد، ومحمد أولحاج، والنزاع على الحدود الغربية مع المغرب، وانتهت بذلك فترة الحكم العادي في ظل هذا الدستور بعد 23يوما فقط من إصداره.(ينظر: سعيد بو الشعير، النظام السياسي، ص 57).

1- التعميم في تمكين الرئيس من اتخاذ تدابير استثنائية:

وذلك دون تفصيل أو بيان للمظهر الذي تتخذه، والفقهاء الدستوري يفرق بين جملة من الإجراءات والتدابير، حسب درجة خطورتها على حقوق الإنسان وحياته، وحسب طبيعة الخطر المحدق بالأمة، وما يقتضيه من إجراءات، ومن ثم لم يعر المؤسس اهتماما للتفريق بين حالة الطوارئ، و الحصار، و الحالة الاستثنائية، و حالة الحرب، مكثفيا بالاستناد إلى أساس الضرورة في إطلاق يد الرئيس ليتخذ ما يراه مناسباً من تدابير.

2- تأثر النص بالمادة (16) من دستور فرنسا 1958:

وذلك في ناحية عدم تحديد المظهر الذي تتخذه التدابير الاستثنائية، تبعا لما تقتضيه الضرورة، لكنه ابتعد عن منهجها في ناحية القيود والضمانات، التي تكفل عدم الانحراف باستعمال السلطة واستغلالها، لهدر الحقوق والحريات، ولذلك جاء هذا النص خال من أي قيد أو شرط، ماعدا اجتماع المجلس الوطني، في حين جاءت المادة (16) من الدستور الفرنسي 1958 بترساة من الشروط والقيود، في الشكل وفي الموضوع¹.

1 - ونصها: " إذا تعرضت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الوطن ، أو وحدة أراضيه ، أو تنفيذ التزاماته الدولية لخطر جسيم، وفي حال توقفت السلط العمومية الدستورية عن سيرها المنتظم، يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيهما هذه الظروف، بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول، ورئيسي المجلسين، وكذا المجلس الدستوري. ويخبر الأمة بذلك في خطاب يوجهه إليها.

ويجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الرغبة في منح السلطة العمومية الدستورية الوسائل التي تمكنها من أداء مهامها في أقرب وقت ممكن، ويستشار المجلس الدستوري بشأن هذه التدابير، ويعقد البرلمان اجتماعه قانونيا ورسميا.

لا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلط الاستثنائية.

بد مرور ثلاثين يوما من العمل بالسلط الاستثنائية يجوز لرئيس الجمعية الوطنية، أو رئيس مجلس الشيوخ، أو ستين نائبا، أو ستين عضوا في مجلس الشيوخ، إشعار المجلس الدستوري بغرض النظر فيما إذا كانت الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى ما زالت قائمة. ويفصل المجلس الدستوري في ذلك علنا وبسرعة".



ثانيا: أساس تدخل رئيس الجمهورية في التشريع من خلال دستور 76.

بعد دخول الجزائر في دوامة المرحلة الانتقالية، واستمرار عيشها تحت ظل التدابير الاستثنائية لفترة طويلة، جاء دستور 1976، ليعيد البلاد إلى الشرعية الدستورية، والقانونية، مع الإبقاء على آلية الحزب الواحد، وخيار التوجه الاشتراكي، في إطار مرجعية الميثاق الوطني، وتعامل بطريقة مغايرة مع تدخل رئيس الجمهورية في التشريع، ووضع لذلك نوعين من اللوائح، هي لوائح الحالة العادية، المتمثلة في التشريع بالأوامر، وبين دوتي البرلمان¹، ولوائح الظروف الاستثنائية، المتمثلة في معالجة الحالة الاستثنائية، وإعلان حالة الطوارئ وحالة الحصار، والتعبئة العامة، وحالة الحرب²، حيث يتدرج دور الرئيس في الاستيلاء التدريجي على التشريع إلى أن يصل إلى إعلان الحرب، حيث يتوقف العمل بالدستور، ويصير مالكا لجميع السلطات، وفيما يلي تجلية لأساس تدخل الرئيس في هذين النوعين من اللوائح.

أ- أساس التشريع بالأوامر بين دورتي البرلمان:

أوردها دستور 1976 بنص المادة (153) منه، على النحو الآتي: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بين دورتي البرلمان عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني، في أول دورة مقبلة"³. وإذا قارنا مضمون هذه المادة بما يقابلها من دستور 63، وهو المادة (58)، نجد ما يلي:

أ- في دستور 63 كان بإمكان الرئيس أن يطلب تفويضا من البرلمان، ليشرع بدلا عنه، لمدة محدودة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، دون تحديد كون البرلمان حاضرا، أو بين دورتين، ما يعني أن التفسير الواسع للنص يشمل الحالتين معا، بينما دستور 76

1 - ورد ذلك في المادة (153) " لرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني، عن طريق إصدار

2 - المواد (119،120،121،122،123) من دستور 1976.

3 - عدلت هذه المادة بموجب التعديل الدستوري 1988، الذي أعقب أحداث أكتوبر 88، كما يلي: "رئيس الجمهورية فيما بين دورتي المجلس الشعبي الوطني، أن يشرع بأمر بناء على اقتراح من رئيس الحكومة. وتعرض الحكومة النصوص الصادرة بهذه الكيفية على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة لاحقة ليوافق عليها".



صرح بتقييد استعمال هذه السلطة بين دورتي البرلمان فقط، ولعل هذه هي الإيجابية الوحيدة التي حازها هذا النص.

ب- يشتركان في عدم تمكين البرلمان صراحة من سلطة إلغاء الأوامر، ما يجعل عرضها على البرلمان للموافقة مجرد إجراء لتكريس الأمر الواقع.

ت- سجل تراجعاً خطيراً، من حيث الضوابط والقيود، لصالح إطلاق يد رئيس الجمهورية في التشريع، حيث أسقطت المادة (153) شرط التفويض من البرلمان، و شرط تحديد المدة، و شرط اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء.

ب- أساس التشريع بالأوامر في الظروف الاستثنائية:

لما اعتمد المؤسس في دستور 76 على أساس الضرورة، واستبعد لوائح التفويض، أطلق على آلية الإجراءات الاستثنائية مصطلح الأوامر الرئاسية¹، وقسم تلك الإجراءات الاستثنائية إلى مستويات متدرجة، أولها حالة الضرورة الملحة التي يعلن بموجبها عن حالتها الطوارئ والحصار، وثانيها: مستوى الخطر الوشيك الوقوع على استقلال الدولة ومؤسساتها الدستورية، الذي تعلن بموجبه الحالة الاستثنائية²، وثالثها: مستوى إعلان التعبئة العامة³، الذي تستنفر به جميع القوى الوطنية استعداداً لإعلان الحرب، ورابعها: مستوى وقوع عدوان فعلي أو وشيك الحصول الذي يستلزم إعلان حالة الحرب.

1 - جاء في نص المادة (153): " لرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة".

2 - نصت المادة (120) من دستور 1976، على أنه: "إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها، أو على استقلالها، أو سلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية". توافقت المادة (87) من دستور 1989، والمادة (93) من دستور 1996، مع بعض التقديم والتأخير في الصياغة.

3 - التعبئة العامة هو المستوى الوحيد من مستويات الظروف الاستثنائية، الذي لم يحدد الدستور له مفهوماً ولا شروطاً، كما لم يبين الأسباب والأوضاع التي توجب إعلانها، ولا الإجراءات التي تتبع في ذلك، وقد أعلنت في الجزائر مرة واحدة في ظل دستور 63، الذي لم يتضمن أصلاً نصاً دستورياً واضحاً بشأنها، وذلك بالأمر: (6-124)، المؤرخ في (08) يوليو 1967، بعد نكسة العرب في حرب 67. (يراجع: نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 35).



وقد جرى العمل في التفريق بين هذه المستويات، بالاعتماد على القدر المسموح به من التجاوز في حق الشرعية، والحقوق والحريات العامة، فمثلا: يفرق بين حالة الطوارئ وحالة الحصار، اللتين جمع بينهما في نص واحد؛ من زاوية الجهة المخولة بالحفاظ على النظام العام في كل منهما، وما تتمتع به من سلطات، والمتمثلة في السلطة المدنية بالنسبة للطوارئ، والسلطة العسكرية بالنسبة للحصار¹، ومعروف الفرق الشاسع بين السلطة المدنية والسلطة العسكرية، كما هو معروف الفرق بين أن يمثل الفرد في قضايا النظام العام أما القضاء العسكري أو المدني.

وبناء على هذا فأساس تدخل رئيس الجمهورية في التشريع وفقا لدستور 1976 يرجع إلى أحد مبررين، إما كون البرلمان في عطلة بين دورتين، أو حدوث أحد مبررات تطبيق نظرية الضرورة على النحو الذي أسلفنا.

ثالثا: أساس تدخل الرئيس في التشريع ابتداء من دستور 1989.

يعتبر دستور 89 في الجزائر، بوابة لعهد التعددية السياسية، واسترجاع دولة المؤسسات، وأعقبته تعديلات ومراجعات مختلفة، كان لها دور في تناول مدى السماح لرئيس الجمهورية بالتدخل في ممارسة وظيفة التشريع، سنعمل من خلال هذا الفرع على بيان الأساس الذي تعاطت من خلاله دساتير التعددية السياسية، مع سلطة رئيس الجمهورية في التشريع.

أ- أساس تدخل رئيس الجمهورية في التشريع من خلال دستور 89.

إن دستور 89 جاء في ظرف تاريخي استثنائي، عقب أحداث صنفنا ضمن خانة نضال الشعب الجزائري في سبيل بناء دولة المؤسسات²، التي يسمو فيها القانون على الجميع حكاما ومحكومين³.

1 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص 30.

2 - سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 191، 192.

3 - ديباجة الدستور الجزائري 1989.



ومن الوظائف السيادية للدولة، التي حاول جعلها مستقلة، وظيفة التشريع، حيث أناطها بالمجلس الشعبي الوطني، الذي يحتكر السيادة في وضع القانون والتصويت عليه بموجب المادة (92) من هذا الدستور¹.

وتكريسا للفلسفة السياسية الجديدة، التي جاء بها هذا الدستور، تم العمل على تنظيم السلطات في الدولة، على نحو تلتزم فيه كل سلطة باختصاصها، الأمر الذي جعل المؤسس أمام تحد صعب، ليختار من نماذج النظم السياسية المعاصرة ما يلائم المجتمع الثائر ضد الأحادية، وتغيب استقلال المؤسسات، ونجح أخيرا في الجمع بين بعض المحاسن من عدة نظم سياسية، حيث استقدم من عناصر النظام البرلماني ما نظم به العلاقة بين الحكومة و البرلمان، واستقدم من النظام الرئاسي ما نظم به العلاقة بين البرلمان والرئاسة، ومن بين المسائل التي كانت محل نقاش ومطالبات سياسية، منع رئيس الجمهورية من مشاركة البرلمان في التشريع²، وإلغاء سلطته في التشريع بالأوامر³، انتصارا لمبدأ المشروعية وسيادة البرلمان في وضع القانون، وفي ضوء ذلك منع من ممارسة التشريع في الأحوال العادية، ما عدا دوره في إصدار القوانين ونشرها، وأعطيت له السلطة كاملة، في إصدار لوائح الضرورة وفق مقتضيات نظرية الظروف الاستثنائية، بموجب المواد: (86،87،88،89،90)، التي تتعلق تباعا بإعلان حالات الطوارئ، والحصار، والحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وإعلان الحرب، ووقف العمل بالدستور مدة الحرب، ما يستفاد منه أن الشرعية الاستثنائية، هي الأساس الذي يستند إليه رئيس الجمهورية في الاستيلاء على وظيفة التشريع⁴.

1 - تنص المادة (92) من دستور 96 على أن: " يمارس السلطة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني.

وله السيادة في وضع القانون والتصويت عليه".

2 - سعيد بو الشعير : المرجع السابق، ص 193.

3 - تم إلغاء المادة (153) من دستور 76، التي كانت تسمح لرئيس الجمهورية بالحلول محل البرلمان في الظروف العادية، بين دورتي البرلمان.

4- لمين شريط: خصائص التطور الدستوري في الجزائر، ص 546 ، 547.

ب - أساس تدخل رئيس الجمهورية في التشريع من خلال دستور 96

وإذا كان أساس تدخل السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية بناء على ما استقر عليه التشريع الدستوري الجزائري يرجع إلى أحد أمرين هما: كون البرلمان بين دورتين، أو الضرورة، فإن دستور 1996، في تعديله الأخير سنة 2016 أحدث تغييرا بعدم الاكتفاء بغيب البرلمان في عطلة، وإنما ربط ذلك بظرف الاستعجال الذي لا يسمح بانتظار التناوب البرلمان، مع الإبقاء على أساس الضرورة، وقد فصلت المادة (142) منه في ذلك، ونصها: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية، بعد أخذ رأي مجلس الدولة.

ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها.

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة (107) من الدستور.

تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".

وبناء على هذا النص أصبح التشريع بالأوامر مقيدا بعدد من الضوابط، والشروط، الموضوعية والإجرائية، فبالنسبة للشروط الموضوعية، تتعلق بكون المسائل موضوع التشريع عاجلة، أو ترتبط بالضرورة طبقا للمادة (107) المتعلقة بالحالة الاستثنائية.

أما الشروط الإجرائية فهي: الاستشارة المسبقة لمجلس الدولة، وارتباطها بمدة محددة هي مدة غياب البرلمان، واتخاذها في مجلس الوزراء.

الفرع الثاني: مظاهر تدخل رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية

يأخذ تدخل رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية مظهرين أساسيين، يتعلق أولهما بتدخله في أمور هي في الأصل من اختصاص المشرع، عن طريق التشريع بأوامر، وثانيهما يتعلق بسلطته التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون، طبقا للمادة (143) من الدستور، وفيما يلي ندرس ما تعلق بهذين المظهرين.

أولاً: التشريع بالأوامر

يجد التشريع بالأوامر¹ في الدستور الجزائري 1996 المعدل، أساسه في ثلاث مبررات، جاءت بها المادتان (138،142) منه، أحدها مرتبط بالمسائل العاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني²، أو بين دورتي البرلمان، وثانيها؛ التشريع بالأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة (93).

وثالثها هو ما جاءت به المادة (138) في فقرتها التاسعة التي مكنت رئيس الجمهورية من إصدار قانون المالية بأمر في حال عدم المصادقة عليه من طرف البرلمان في أجل خمسة وسبعين يوماً³.

وبالرجوع إلى طبيعة هذه المبررات، نجد أولها مرتبطاً بالاستعجال في حال شغور الغرفة السفلى من البرلمان، أو غياب البرلمان في عطلة، وثانيها يرتبط بالظروف الاستثنائية، وما تمليه الضرورة، وثالثها يرجع في حقيقته كذلك إلى ظرف استثنائي نجم عن عجز البرلمان لطارئ ما عن إخراج قانون المالية في الأجل القانوني، وقد سجل إدراج هذه المبررات إسترجاع رئيس الجمهورية لمكانته في الهيمنة على السلطة، التي فقد جزءاً منها في دستور 89، الأمر الذي يعتبره بعض الفقه انتكاسة وتراجعا على مكتسبات في طريق تحقيق الديمقراطية والفصل بين السلطات.

1 - يقصد بالأوامر "تلك الأداة الدستورية التي يملكها رئيس الجمهورية عن طريق آلية الأوامر، لممارسة الوظيفة التشريعية، التي تعود أصلاً للبرلمان، وفي نفس المجالات المحددة دستورياً له"، ومصطلح التشريع بالأوامر في حد ذاته ليس جديداً في النظام القانوني الجزائري، وإنما الجديد هنا هو تأسيسه على فكرة الاستعجال، بدل تأسيسه على فكرة التفويض من البرلمان التي كانت موجودة في دستور 1963.

2 - تكلم عن شغور المجلس الشعبي الوطني فقط، لأن مجلس الأمة طبقاً لهذا الدستور لا تطله سلطة رئيس الجمهورية في الحل، المنصوص عليها في المادة (129)، كما لا يطله الحل الوجوبي المنصوص عليه في المادة (82)، الأمر الذي يجعل منه في الظروف مؤسسة دائمة، يستعصي فيها شغوره، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى بذل الوسع في تقادي الفراغات الدستورية الموصلة إلى الانسداد، على غرار ما حصل في 1992، عندما تزامن حل البرلمان مع استقالة رئيس الجمهورية.

3 - جاءت هذه الفقرة متممة للفقرة الثامنة قبلها ونصهما كما يلي: "يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون يوماً (75) من تاريخ إيداعه، طبقاً لل فقرات السابقة.

وفي حال عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقاً، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر".

وفي ضوء هذين النصين نحدد طبيعة الأوامر الرئاسية، ونبين نطاق تطبيقها وفق الآتي:

أ- طبيعة الأوامر الرئاسية:

تعتبر الأوامر الرئاسية آلية يسهم من خلالها رئيس الجمهورية في القيام بوظيفة التشريع، التي هي في الأصل من اختصاص البرلمان، لكن يثار نقاش فقهي حاد حول طبيعة هذه الأعمال ذات الطابع التشريعي لرئيس الجمهورية، هل عمل قانوني يدخل ضمن اختصاصاته الدستورية الأصلية، يمارسه متى شاء؟ أم تمتع الرئيس بهذه الصلاحية يعتبر وضعاً غير مقبول لما فيه من استباحة لحمى السلطة التشريعية ويتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات؟ أم هي رخصة استثنائية مرتبطة بوضع غير عادي بضوابط وشروط محددة؟

فبالنسبة للرأي الأول؛ يرى أنصاره أن سلطة التشريع، في مرحلتها الأولى حيث الحكم المطلق كانت من اختصاص الرئيس أو الملك، يملكها إما على أساس ديني ثيوقراطي، أو على أساس القوة، لكن بسبب ما آل إليه الأمر بعد النهضة الأوروبية خاصة في بريطانيا وفرنسا، حيث تقلصت الملكية من مطلقة إلى مقيدة، وأصبح البرلمان يزاحم الرئيس في ممارسة السلطة، وأنيقت به مهمة التشريع، على أن يبقى للسلطة التنفيذية دور حيوي فيها، ما يعني أن تمتع الرئيس باختصاصات تشريعية ليس عيباً بل هو الأصل¹.

أما الرأي الثاني؛ فينطلق من أساس تجسيد السلطة التشريعية في شخص البرلمان، وذلك إنجاز تحقق بعد كفاح طويل خاضته البرلمانات ضد الحكام والملوك المستبدين بالسلطة، والعودة إلى الاعتراف للسلطة التنفيذية بالحق في ممارسة التشريع ولو على سبيل الاستثناء يعد تراجعاً عن مكتسبات كافحت الشعوب من أجلها طويلاً، تم تبني هذا الموقف في إنجلترا سنة 1782م، وتعصب له رجال الثورة الفرنسية بصدد تطبيقهم

1 - أنظر: ميمونة سعاد، الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، 2015، الصفحات من 15 إلى 22.



لمبدأ الفصل بين السلطات، وعرفت مرحلة سيادة هذه الفكرة بمرحلة الملكية البرلمانية، أي أن البرلمان أصبح هو الوحيد المالك لسلطة التشريع¹، كما تبناه المؤسس الدستوري الجزائري في دستور 1989م، حيث تم تغييب آلية التشريع بالأوامر، كردة فعل تستهدف استبعاد رئيس الجمهورية من الهيمنة على وظيفة التشريع²، وفسح المجال أمام الشعب لممارسة سيادته في وضع القانون بواسطة ممثليه في البرلمان.

أما الرأي الثالث فقد اتخذ موقفا وسطا بين الرأيين، حيث اعتبر وظيفة التشريع اختصاصا أصيلا للبرلمان من جهة، وراعى الظروف الاستثنائية التي تبرر تدخل السلطة التنفيذية في التشريع بضوابط وقيود شكلية وموضوعية يبينها الدستور من جهة أخرى، خاصة عندما تحدث ظروف استثنائية تستدعي التدخل العاجل، ولا تحتل انتظار التثام البرلمان لمناقشة القانون والمصادقة عليه، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي مضمون هذا الرأي وأسس عليه نظرية سلطات الحرب، بسبب ما تعرضت له الدولة من أزمات خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية، التي سميت فيما بعد بنظرية الظروف الاستثنائية، ومن هذا المنطلق يمكن القول أن التشريع بالأوامر يعتبر من لوائح الضرورة، التي لا يلجأ إليها الرئيس إلا بتوافر ظرف استثنائي لا يسمح بانتظار إعداد القانون، وهو غياب البرلمان في عطلة³، ولعل وجاهة هذا الرأي هي ما دفع بالمؤسس الدستوري في الجزائر أثناء تعديله للدستور سنة 2016، لربط التشريع بالأوامر بظرف الاستعجال بموجب المادة (142) السالفة الذكر.

ومن جهة أخرى نظر بعض الفقه من زاوية أخرى، وحدد طبيعة هذه الأوامر في المرحلة ما بين إصدارها وعرضها على البرلمان للموافقة على أنها قرارات إدارية

1 - المرجع السابق، ص 23.

2 - وقد استولت الرئاسة على التشريع في وقت مبكر بعد الاستقلال، وبسبب تلك الهيمنة تم تجميد أول دستور جزائري بعد فترة وجيزة من إصداره، واستمر العمل واقعيا إلى غاية دستور 1989م، حيث حدث تغيير بمظهر ثوري، تأثر في توجهه بما حدث إثر الثورة الفرنسية الفرنسية، لكن سرعان ما تم الاصطدام بواقع آخر أفرز الدخول في مرحلة انتقالية حتى صدور دستور 1996م، حيث استعادت السلطة التنفيذية زمام الأمر في التشريع بالأوامر في الظروف العادية والاستثنائية معا.

3 - نصر الدين بن طيفور: المصدر السابق، ص 156.

تخضع لرقابة القضاء، ويمكن إخطار المجلس الدستور بشأنها على أنها قرارات تنظيمية، أما بعد عرضها على البرلمان والموافقة عليها فتتحول من عمل إداري إلى عمل تشريعي، يخضع للرقابة الدستورية فقط¹.

ب - نطاق التشريع بالأوامر:

بناء على نص المادة (142) السالفة الذكر، والفقرة التاسعة من المادة (138)، حدد المؤسس الدستوري صراحة نطاق التشريع بالأوامر في ثلاث حالات هي:

1- المسائل العاجلة المترامنة مع غياب البرلمان:

إما بسبب شغوره، أو كونه غائبا في عطلة بين دورتين، ولم تتضح فكرة الاستعجال كقيد على سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بالأوامر إلا في التعديل الدستوري سنة 2016م، وكان الأمر في دستور 96 قبل هذا التعديل يرتكز على مجرد غياب البرلمان كمبرر للتشريع بالأوامر، الأمر الذي جعل السلطة التنفيذية تتمتع به كاختصاص أصيل تنتظر مواعيد غياب البرلمان فيما بين دورتيه لتمرير القوانين التي تراها، حتى تريح الوقت وتتفادى مناقشة البرلمان للمشروع²، لكن بفعل الظروف السياسية المتغيرة

1 - محمد أومايوف: المرجع السابق، ص 274، 275.

2 - وقد أجريت قراءة خاصة في قوائم النصوص التشريعية المنشورة في موقع الأمانة العامة للحكومة وتبين لي أن من بين الفترات التشريعية التي نشطت فيها الرئاسة في توظيف التشريع عن طريق الأوامر بشكل ملفت، هي الفترة التشريعية 2002، 2007م، حيث صدر على سبيل المثال في 2006 وحدها ثمانية عشر (18) أمرا رئاسيا، تعلقت بمواضيع حساسة ومن الأهمية بمكان، منها الوظيفة العامة، والمستخدمين العسكريين، وتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، وشروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، ومكافحة التهريب، وقانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات، والتأمينات، وقانون المالية التكميلي، وشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الراضي التابعة لأملاك الدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، تعديل قانون المحروقات، وكذا قانون تطوير الاستثمار، وقانون المناطق الحرة، وقانون حماية بعض الحيوانات المهددة بالانقراض، والقانون المحدد للقواعد العامة التي تحكم التعليم في مؤسسات التربية والتعليم الخاصة، وتعديل قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا تعديل القانون المتعلق بالخدمة الوطنية.

وقوانين بهذه الأهمية ما كان ينبغي توفيت فرصة مناقشتها على البرلمان، لأنها تعرض عليه بعد انعقاده للموافقة فقط دون مناقشة، وليس ظاهرا في كثير من هذه النصوص ما يدل على الاستعجال في إصداره، الأمر الذي يدل على أن السلطة التنفيذية اختارت هذه الطريقة تفاديا لما قد يثيره النقاش العام في البرلمان حولها من تداعيات على الرأي العام.



وارتفاع أصوات الباحثين والفقهاء بضرورة اعتبار التشريع بالأوامر اختصاصا استثنائيا يرتبط بالحالات غير العادية، وتبني النخب المعارضة هذا الرأي كمطلب سياسي؛ جاء تعديل 2016 ليربط الأمر فعلا بحال الاستعجال فقط، والرجوع إلى البرلمان في أقرب فرصة بعد انعقاده مباشرة لعرض الأمر عليه للموافقة، باعتباره صاحب الاختصاص الأصلي، وهو الأمر الذي أتى بنتائج حميدة حيث مرت سنة 2016 دون تسجيل إصدار أي قانون بواسطة الأمر الرئاسي¹.

يبقى التساؤل مطروحا حول مدى انسحاب ظرف الاستعجال على جميع المواضيع التي تدخل ضمن نطاق اختصاص البرلمان بما فيها القوانين العضوية؟ أم تخص مسائل القانون فقط؟ ناقش الدكتور نصر الدين بن طيفور هذه المسألة في ضوء المادة (124) من دستور 1996، وخلص بشأنها إلى أن نطاق التشريع بالأوامر من حيث نوع القوانين التي يصدرها بأمر، يجب أن لا تتعدى نطاق القوانين العادية، وساق لذلك جملة من المبررات القانونية والمنطقية²، لكن واقع إغفال البرلمان لإصدار تشريعات في مرتبة القوانين العضوية مثل قانون تنظيم حالة الطوارئ والحصار مثلا³، قد يتيح الفرصة للرئيس في مواصلة تنظيم حالة الطوارئ أو الحصار بأمر، رغم خطورة ذلك على الحريات العامة، بل حدث وأن أصدر الرئيس أوامر في نطاق القوانين العضوية، وعرضت على البرلمان للمصادقة، وخضعت للرقابة الدستورية قبل صدورها⁴.

2- حالة عدم المصادقة على قانون المالية في الآجال القانونية

هذه المسألة جاءت حديثة بموجب التعديل الدستوري سنة 1996، حيث اتجهت الجزائر نحو ازدواجية السلطة التشريعية، الأمر الذي أدى بالمؤسس إلى توقع حالة استثنائية تتمثل في الخلاف بين الغرفتين، الذي يحول دون إخراج نص قانوني، وقن

1 - تصفحت قوائم النصوص التشريعية المنشورة في موقع الأمانة العامة للحكومة فلم أعثر على أي أمر رغم أن البرلمان الجزائري يمر بأحوال ضعف شديدة.

2 - نصر الدين بن طيفور: المصدر السابق ص 106، 107، 108، 109.

3- المادة (106) من الدستور الجزائري "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي".

4 - أومايوف محمد: عن الطبيعة الرئاسيوية للنظام السياسي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت في 07 ديسمبر 2013، ص 273.

جملة من الإجراءات بموجب المادة (120) من الدستور، التي أصبحت بعد التعديل الدستوري سنة 2016م، تحت رقم (138)، مضمون تلك الإجراءات ان تطلب الحكومة تشكيل لجنة متساوية الأعضاء، من أعضاء كلتا الغرفتين، ثم تعرض الحكومة النص على الغرفتين للمصادقة عليه، وفي حال استمرار الخلاف يسحب النص، وفي نفس المادة انتبه المؤسس إلى أن قانون المالية قد يكون محل خلاف، ومن غير المقبول سحبه، وهنا أدرج حلا خاصة لمشكلة الخلاف حول قانون المالية، بتمكين رئيس الجمهورية من إصداره بأمر رئاسي.

3- الحالة الاستثنائية في المادة (107) من الدستور.

على غرار مختلف النظم السياسية، وفي مقدمتها النظام الفرنسي، نظم الدستور الجزائري صلاحية رئيس الجمهورية في التشريع بالأوامر، عند مرور البلاد بحالة استثنائية يتهدها خطر داهم، يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها.

ونظرا لكون هذه الأوامر من لوائح الضرورة، كان لزاما على المؤسس أن يحيطها بجملة من القيود والضوابط تفاديا للتحكم والاستعمال التعسفي، وفيما يلي سنبين الفرق بين أوامر الحالة الاستثنائية وبقية الأوامر.

أ - تمييز أوامر الحالة الاستثنائية عن المسائل العاجلة:

بعد ذكر الضوابط الموضوعية والإجرائية للتشريع بالأوامر، لإعلان الحالة الاستثنائية، يثار السؤال حول مدى وجود فروق جوهرية واضحة، تترتب عليها نتائج عملية بينها وسابقتها، أي التشريع بالأوامر في غياب البرلمان، وبعد استقراء ما تدل عليه المادتان (107،142) من أحكام، خلصنا إلى جملة من الفروق نبيها فيما يلي:

الفرق الأول: كلاهما تشريع بأمر رئاسي في ظرف استثنائي، لكن يختلفان من حيث طبيعة كل منهما، حيث أوامر الظروف الاستثنائية تدخل في نطاق اختصاص التشريع تحت ضغط الضرورة القصوى، لحفظ الأمن والنظام العام، والمؤسسات الدستورية، وسلامة الاستقلال والتراب الوطني، بينما الأوامر في المسائل العاجلة، طبيعتها أقل حدة من الأخرى، ولذلك لا تتخذ إلا عند غياب البرلمان إما في عطلة أو شغور.



الفرق الثاني: من حيث موضوعهما والأسباب المؤدية إلى اتخاذهما. موضوع كل منهما المسائل العاجلة، لكن يختلفان من حيث الدافع إلى الاستعجال، ففي أوامر المادة (142) يكون الدافع الحاجة الاستعجالية إلى تنظيم أمور هي في الأصل تخضع للتشريع العادي، بسبب غياب البرلمان، أما في الحالة الاستثنائية طبقاً للمادة (107) من الدستور فإن الموضوع يتعلق بحماية مؤسسات الدولة واستقلالها وسلامة ترابها، بسبب خطر داهم وجسيم.

الفرق الثالث: يختلفان من حيث شروط اتخاذهما

ذلك أن الأوامر المتعلقة بالمسائل العاجلة، يشترط فيها شرط موضوعي واحد، وهو أن تكون المسألة عاجلة، وأربعة شروط شكلية، وهي:

1. أن يكون البرلمان غائبا، في حالة شغور أو عطلة.
2. أن تعرض على الرقابة القبلية لمجلس الدولة.
3. أن تتخذ في مجلس الوزراء.
4. أن تعرض على الرقابة البعدية للبرلمان في أول انعقاد له للمصادقة عليها أو إلغائها¹.

بينما أوامر الحالة الاستثنائية طبقاً للمادة (107) من الدستور، يشترط فيها شرطان موضوعيان يتعلقان بوجود خطر جسيم وداهم، يهدد البلاد في مؤسساتها الدستورية كلها أو بعضها، أو في استقلالها وسلامة ترابها، بالإضافة إلى ستة شروط إجرائية، تتمثل في استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع للمجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء، وأن ينعقد البرلمان وجوبا.

ومن خلال هذه الشروط يظهر لنا جليا أن التشريع بالأوامر في المسائل العاجلة، قريب من التشريع في الأوضاع العادية، ولذلك نجده يعرض على الرقابة القبلية لمجلس الدولة، والرقابة البعدية للبرلمان، بينما التشريع بها في الحالة الاستثنائية

1 - المادة (142) من الدستور.



تفرضه أوضاع استثنائية خطيرة تستلزم التدخل للحفاظ على الدولة ومؤسساتها، الأمر الذي أدى إلى استبعاد الرقابة القبلية تفادياً للمخاطرة بمؤسسات الدولة وبقائها، وأدى كذلك إلى استبعاد أي دور للبرلمان تجاهها، سواء في تقريرها أو رفعها، مما يعني أن الرئيس بصدور أوامر الحالة الاستثنائية أكثر قوة منه في الأوامر الاستثنائية المقرونة بغياب البرلمان.

الفرق الرابع: أوامر المسائل العاجلة تتحول إلى قانون بعد موافقة البرلمان عليها، بينما الحالة الاستثنائية، وضع ينتهي بزوال مسبباته، حسب الأشكال والإجراءات التي أوجبت إعلانها.

الفرق الخامس: في أوامر الحالة الاستثنائية يكون البرلمان حاضراً، ويجتمع بقوة القانون، بينما أوامر المسائل العاجلة يكون البرلمان غائباً لشغور أو بين دورتين.

الفرق السادس: يختلفان من حيث أثر كل منهما على مبدأ المشروعية، ذلك أن التشريع بالأوامر في المسائل العاجلة لا يعدوا أن يكون إجراء استثنائياً، في حدود المشروعية العادية، حيث يرجع الأمر إلى البرلمان في أول اجتماع له ليوافق على الأمر ويضفي عليه المشروعية، أو يلغيه ويرجع الأمر إلى ما كان عليه قبل صدوره، بينما الأوامر المتعلقة بالحالة الاستثنائية تؤدي إلى تغييب البرلمان، وإحلال المشروعية الاستثنائية محل المشروعية العادية، ولذلك يتدخل الرئيس بموجبها في ضبط الحريات العامة، ووقف العمل بالقوانين، وبسط إجراءات أمنية استثنائية.

ج - ضوابط التشريع بالأوامر في الحالة الاستثنائية:

تلك الضوابط هي جملة من الشروط الموضوعية والإجرائية، أوردها المؤسس في صلب المادة (107)، نبيها فيما يلي:

1 - الضوابط الموضوعية:

وهي شرطان أساسيان نصت عليهما المادة (107) في فقرتها الأولى بالقول: "...إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها"

الشرط الأول: وجود خطر داهم

ويقصد به "تلك الحالة الواقعية التي تنذر بضرر يصيب مصلحة حيوية فيتهدها إما بالانتقاص أو الزوال"¹، ويستفاد من هذا المدلول أن الخطر يجب أن يكون على وشك الوقوع، في المستقبل القريب جدا، يقدر الرئيس ذلك من خلال الملابس والظروف الأمنية التي تطبع الحياة العامة في الدولة، حيث لا يجد أمامه إلا ضرورة إعلانها².

والذي يؤخذ على صياغة هذا النص أنه لم يضبط بشكل دقيق صفة الخطر، ولا الآلية التي تحدد بها جسامته، ولا مصدره داخلي أم خارجي، ولا نطاقه الزمني من حيث متى يبدأ ومتى ينتهي، الأمر الذي قد يؤدي برئيس الجمهورية إلى سوء استخدام هذا النص، إما بالمبالغة في تقدير جسامة الخطر وتعريض الحريات العامة للانتهاك، أو التقليل من شأنه وتعريض مصالح الدولة للخطر³، أثار الدكتور مراد بدران هذا الانتقاد وخلص بشأنه في إطار القواعد العامة التي تحكم نظرية الظروف الاستثنائية إلى إجابة جزئية تتعلق بصفة الخطر، الذي يشترط فيه أن يكون جسيما يتجاوز في شدته الحدود العادية، بحيث لا يمكن دفعه أو مواجهته إلا بتقرير الحالة الاستثنائية⁴، وكي يكون الخطر على هذا النحو لا بد أن يتوفر على أمرين هما: الجسامة⁵ والحلول.

1 - مراد بدران: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، ص 189. - رداة نور الدين: التشريع عن طريق الأوامر وأثره على السلطة التشريعية في ظل دستور 1996، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2006، 2005، ص 78.

2 - سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، ص 274، 275.

3 - رداة نور الدين: المرجع السابق.

4 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 190، 189.

5- الأخطار تنقسم إلى عدة أنواع، منها الخطر الجسيم الذي يتجاوز في شدته المخاطر العادية والمألوفة التي تتم مواجهتها بالتشريعات العادية، ومنها الخطر غير الجسيم الذي تتم مواجهته بالقوانين العادية، ومنها الخطر المحتمل الوقوع، فلا اعتبار له كذلك في تقرير الحالة الاستثنائية، ومنها الخطر الحال الذي يكون قد بدا ولم ينته بعد، أو على وشك الحدوث حقيقة، فإذا اتسم بالجسامة كان مبررا لإعلان الحالة الاستثنائية، وإلا فلا. (أنظر: مراد بدران المرجع السابق، ص 190).



ولئن اتفق الباحثون على أن المؤسس الدستوري الجزائري تأثر بالمادة (16) من الدستور الفرنسي 1958، وهو يصوغ أحكام الحالة الاستثنائية، فإن حيوية الفقه الفرنسي أثارت نقاشا حادا حول ما يؤدي إليه تطبيق نص المادة (16)، من تركيز كافة السلطات في يد رئيس الدولة، ما ألجم السلطة التنفيذية عن التوظيف السيء لهذه المادة¹، فهل تملك الجزائر فقهاء فاعلين يسهمون في إثارة الرقابة على هكذا نص خطر؟، خاصة وأن الرئيس الفرنسي ديغول لما صاغ دستوره ووضع فيه هذه المادة، كان يهدف إلى تقوية السلطة التنفيذية على حساب بقية السلطات، ويقصد البرلمان بالأساس، في إطار ما اصطلح عليه بعقلنة النظام البرلماني، الأمر الذي جعله يواجه معارضة قوية، اضطرته إلى القيام بعدد من المرافعات أمام هيئات رسمية متعددة²، إلى أن نجح في تمريرها³.

الشرط الثاني: تهديد الخطر للمؤسسات الدستورية أو استقلال الدولة وسلامة ترابها.

ورد اعتبار هذا الشرط في صريح المادة (107) من الدستور الجزائري التي كانت قبل التعديل الأخير تحمل الرقم (93)، لكن عبارة النص يعترتها نوع من الغموض، الذي يفسح المجال أمام تفسيرات وتساؤلات مختلفة، مؤداها؛ هل يقصد بإصابة المؤسسات الدستورية الشلل التام، أم يشمل أيضا إعاقة السير المنتظم لها؟ وقد أثير النقاش نفسه حول مضمون نص المادة (16) من الدستور الفرنسي 1958،

1 - ميمونة سعاد: المصدر السابق، ص 86.

2 - دافع ديغول عن النص الأصلي لهذه المادة أمام اللجنة الدستورية الاستشارية، بتاريخ 8 أوت 1958، مستغلا الأزمات التي مرت بها فرنسا في بداية الحرب العالمية الثانية، وما نتج من فوضى دستورية، وكذا أزمة ماي 1958 التي أطاحت بالجمهورية الرابعة.

كما رافع زير العدل آنذاك ميشال دوبريه مدافعا عن وجهة نظر الجنرال ديغول أمام الجمعية العمومية لمجلس الدولة أثناء مراجعتها لصياغة مشروع الدستور، وكرر نفس النقاط التي تبناها ديغول. (نقلا عن يحي الجمل، المرجع أسفله).

3 - يحي الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، ص 123، 124.

وذهب بشأنها أغلب الفقه إلى اعتناق التفسير الواسع الذي يجعل مجرد انقطاع السير المنتظم للمؤسسات الدستورية مبرر إعلان الحالة الاستثنائية¹.

ويعتبر هذا الشرط وصفا ضابطا، ومحددا لنطاق التشريع بالأوامر في الحالة الاستثنائية، لم يدرجه ديغول في النص الأصلي للمادة (16) السالفة الذكر، وإنما أدرجته اللجنة الاستشارية الدستورية محاولة منها لتحديد نطاق تطبيق المادة².

2 - الضوابط الشكلية:

لإعلان الحالة الاستثنائية لابد من اتباع جملة من الإجراءات الشكلية، تحت طائلة البطلان³، طبقا لما حددته المادة (107) من الدستور الجزائري، بعد تقدير رئيس الجمهورية لتوافر الشروط الموضوعية المبررة للجوء إلى أحكام الحالة الاستثنائية، على النحو الذي سلف ذكره، وتتلخص الإجراءات الواجب إتباعها في ثلاثة شروط أساسية وهي:

الشرط الأول: استشارة عدد من الشخصيات

ويتعلق الأمر بكل من رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، ذلك أن رئيسي غرفتي البرلمان يمثلان رأس السلطة التشريعية، وهما يعبران عن رأي أعضاء البرلمان، ورمزية استشارتهما تأكيد على تعاون السلطتين التنفيذية والتشريعية حتى عند الظروف الاستثنائية، بينما استشارة رئيس المجلس الدستوري فإن لها دلالة تتعلق بكون الهيئة التي يرأسها وظيفتها السهر على احترام الدستور، واستشارته ضمانا لسلامة قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية.

1 - رداة نور الدين: المرجع السابق، ص 80.

2 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 131، 130.

3 - ذلك أن نص المادة (2/107) عبر عن ضرورة هذه الشروط الشكلية بالقول: "ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء". وعن شرط اجتماع البرلمان جاء في الفقرة الرابعة " ويجتمع البرلمان وجوبا".



وقد كان دستور 96 بموجب المادة (93) منه يشترط استشارة المجلس الدستوري كهيئة مجتمعة، لكن التعديل الأخير في 2016، أقصر الاستشارة على رئيس المجلس فقط.

إن هذا الشرط يثير عددا من الإشكالات تدور حول طريقة الاستشارة والمغزى من إبعاد المجلس الدستوري مجتمعا، ومدى التزام الرئيس برأي الشخصيات المستشارة في حال ما إذا خالفوه في الرأي.

فبالنسبة لطريقة الاستشارة لم يحدد النص مظهرها، وسكوته عن ذلك أضفى عليها مرونة تتماشى وما يسمح به الظرف¹، حيث يمكن التواصل في لقاء رسمي، أو المراسلة بالكتابة، أو أخذ الرأي عن بعد عبر وسائل التواصل المختلفة، أما بالنسبة للمغزى من استبعاد المجلس الدستوري كهيئة، فلكون الاستشارة لمجرد استطلاع الرأي، في ظرف استثنائي يتسم بالخطورة ويقتضي التدخل العاجل، بينما اجتماع المجلس الدستوري لإبداء رأيه، من شأنه أن يأخذ وقتا للمناقشة والتوافق على رأي، يضاف إلى ذلك أن حق المجلس الدستوري في إضفاء الرقابة على هذه الحالة مكفول دستوريا بحكم المواد (181²، 1/186³، 1/191)⁴.

أما ما يتعلق بمدى التزام الرئيس برأي الشخصيات المستشارة، فيكاد الفقه الدستوري يجمع على أن الرأي الذي تشير به هذه الشخصيات غير ملزم⁵، ما عدا الحالة التي يستشير فيها المجلس الدستوري مجتمعا، باعتباره جهة رقابة، فإن الرئيس

1 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 133.

2 - نصها: " المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وفي ظروف استخدام الوسائل المادية، والأموال العمومية وتسييرها".

3 - نصها: " بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات".

4 - ونصها: " إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس".

5 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، ص 52. - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 134.



لا تسعه مخالفته، لأن آراءه طبقا للمادة (3/191) نهائية، وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية، فلا يتصور أن يستشير رئيس الجمهورية المجلس الدستوري ويكون رأيه سلبيا، ثم بعد ذلك يخالفه، خاصة إذا نشر رأي المجلس الدستوري، ولعل هذا مما دفع بالمؤسس في التعديل الدستوري الأخير إلى التراجع عن استشارة المجلس كهيئة مجتمعة، وقصر الأمر على رئيسه فقط¹، بعد أن كان قد تأثر بالمؤسس الفرنسي في مضمون نص المادة (16) من دستور 258.

الشرط الثاني: الاستماع إلى عدد من الهيئات

إشترطت المادة (07) من الدستور الجزائري في نسخته الأخيرة أن يستمع الرئيس لرأي المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء³، لكن الاستماع لهما باعتبارهما جهازين يرأسهما رئيس الجمهورية نفسه⁴، يأتمران بأمره في تنفيذ قراراته، لا يعدوا أن يكون الغرض منه سوى الإعلام والتحسيس، بالمخاطر المحدقة بالدولة في ظل الظرف الاستثنائي الخطير الذي تواجهه، وبحكم قربهما من الواقع، سيكون رأيهما مفيدا في التنفيذ ومواجهة الظرف الاستثنائي بشكل فاعل، يجلي مراد بدران هذه المسألة من خلال تفريقه بين مصطلحي الاستشارة والسماع، الواردين في المادة، مبرزا أن الاستشارة تقتضي إبداء الرأي، ويمكن ذلك أن يقود إلى نتيجة توافقية بين الرئيس والجهات التي استشارها، بينما الاستماع ليس من الضروري أن يترتب عليه الوصول إلى نتيجة تخص القبول أو الرفض⁵.

1 - المادة (93) عدلت في 2016، وتحولت إلى المادة (107).

2 - نصت المادة (16) من دستور فرنسا 1958 في الفقرة الأولى منها على ما يلي:

« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel. »

3 - كان نفس الإجراء موجودا في دستور 96.

4 - طبقا للمادة (91)، البند الرابع، والمادة (197) من دستور 96 المعدل في 2016م.

5 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 199، 200.

الشرط الثالث: إجتماع البرلمان وجوبا.

من الشروط الإجرائية لإعلان الحالة الاستثنائية، والتي اتفقت عليها جميع الدساتير التي مرت بالجزائر منذ (63) إلى غاية اليوم؛ الاجتماع الوجوبي للبرلمان¹، لكن هذا الإجراء يثير نقاشا من ناحية القيمة السياسية والقانونية التي يكتسيها، ذلك أن المؤسس الفرنسي الذي حاكاه واضع الدستور الجزائري، في صياغة هذه المادة، مكن البرلمان من سلطة توجيه الاتهام للرئيس بالإخلال بواجباته (الخيانة العظمى) بموجب المادة (68)، ومن ثم تكون لاجتماع البرلمان قيمة سياسية وقيمة قانونية، تؤدي الأولى إلى إثارة الرقابة السياسية، بينما تجسد الثانية المتابعة القضائية ضد الرئيس في حال ثبت تعسفه في استعمال السلطات الاستثنائية، أو استغل سلطته التقديرية لانتهاك مبدأ المشروعية دون مبرر صحيح.

أما في الدستور الجزائري فليس للبرلمان مثل هذا التأثير على رئيس الجمهورية لا من حيث الرقابة السياسية، ولا من حيث الرقابة القضائية، الأمر الذي يجعل هذا الإجراء أمرا عديم الفائدة²، ومن جهة أخرى الانعقاد الوجوبي، ليس غرضه عرض الأمر على البرلمان للموافقة أو الإلغاء، وقد حسم المجلس الدستوري ذلك برأي صريح قائلا: "...واعتبارا بالنتيجة أنه إذا كان قصد المشرع أن يعرض رئيس الجمهورية الأوامر المذكورة في المادة (124) من الدستور، بما في ذلك الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية، في هذه الحالة يكون قد خالف أحكام المادة (124) من الدستور"³.

1 - نصت عليها المادة (59) من دستور 63، والمادة (120) من دستور 76، والمادة (87) من دستور 89، والمادة (93) من دستور 96، والمادة (107) من دستور 2016.

2 - نصر الدين بن طيفور: المصدر السابق، ص114.

3 - الرأي رقم (08 ر.ق.م.د/99) مؤرخ في (05) ذي القعدة عام 1419هـ، الموافق (21) فبراير سنة 1999م، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي، الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور، الجريدة الرسمية، العدد (15)، الصادر بتاريخ (21) ذو القعدة عام 1419هـ، الموافق (09) مارس، سنة 1999م، ص 6،7.



وبناء عليه ليس هناك من قيمة، إلا في الحالة حيث يكون البرلمان مساندا للرئيس، ليضفي نوعا من التزكية، والدعم السياسي لقراراته¹.

د - سبب إلغاء التشريع بالأوامر في دستور 89:

لعل السبب في سحب سلطة التشريع بالأوامر من الرئيس مرده إلى جملة من الأسباب، نبرز ما وقفنا عليه منها في الآتي:

السبب الأول: تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات

إذا كان دستور 89 يمثل دخول الجزائر في المرحلة الفعلية للانتقال نحو التعددية ودولة القانون، فإنه عمل على استرجاع مهمة التشريع كوظيفة سيادية² من يد السلطة التنفيذية إلى البرلمان، بالتوجه نحو الفصل شبه الجامد³ في ممارسة كل سلطة لاختصاصها الأصيل، وهو التشريع بالنسبة للبرلمان، والتنفيذ بالنسبة للسلطة التنفيذية⁴، مع الإبقاء على المعالم الأخرى للفصل المرن من تعاون، وتكامل، وتوازن، وذلك على خلفية وضع هذا الدستور في ظل نشوة انتصار الشعب بأسلوب ثوري في كسر قيود هيمنة السلطة التنفيذية باعتبارها ظل الحزب الواحد، والانتقال بالبلاد إلى التعددية السياسية والديمقراطية.

السبب الثاني: اعتبار دستور 89 نواة الديمقراطية التعددية

ذلك أن ظرف إعدادة يشبه الحالة التي كان عليها الأمر في فرنسا عقب الثورة، أين استرجع البرلمان كافة صلاحياته في التشريع، ومنعت السلطة التنفيذية من

1 - سعيد بو الشعير: المصدر السابق، ص 277.

2 - نص على ذلك في المادة 92 منه ، حيث جاء فيها: "يمارس السلطة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني.

وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

3 - منيرة بلورغي: المركز القانوني لرئيس الجمهورية في الجزائر بعد التعديل الدستوري لسنة 1996، وأثره على النظام السياسي، مذكرة ماجستير ، تخصص القانون الدستوري، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، 2014، ص 201.

4 - لم ينجح المؤسس الدستوري في ضبط هذه المهمة حيث بقيت الأمور غير واضحة، بسبب الإبقاء على معالم كثيرة من تفوق السلطة التنفيذية على البرلمان.

مباشرتها بأي طريقة كانت، ومعلوم أن هذا التوجه هو ردة فعل مباشرة تستهدف حرمان السلطة التنفيذية من العودة إلى ممارسة الاستبداد تحت غطاء اختصاصها في التشريع.

السبب الثالث: التسرع في صياغة نصوص الدستور

الأمر الذي كان السبب في حدوث الفراغ التشريعي، في الفترات ما بين الدورتين، وفي الفترة التي تم فيها حل البرلمان¹.

ثانيا: اللوائح التنظيمية

زيادة على سلطة التشريع بالأوامر، يتمتع رئيس الجمهورية بسلطة إصدار اللوائح التنظيمية، في شكل مراسيم رئاسية، طبقا لصلاحياته الدستورية في التنظيم، وفيما يلي نبين أسا شرعية اللوائح التنظيمية للضرورة، ثم نبين أنواعها.

أ- شرعية لوائح الضرورة التنظيمية

رغم سيادة مبدأ المشروعية في الدولة المعاصرة، إلا أن رئيس الجمهورية لا يزال يتمتع بسلطات استثنائية متميزة، تعطيه الحق وحده في اتخاذ ما يراه مناسبا من الإجراءات لاستتباب الوضع واستعادة النظام العام، ويرجع السبق للدستور الفرنسي في المادة (16) التي مكنت رئيس الجمهورية من سلطة اتخاذ التدابير الضرورية لمواجهة الحالات الاستثنائية²، وعلى منوالها سار المؤسس الجزائري، ومكن رئيس الجمهورية من سلطات تنظيمية واسعة في الظروف الاستثنائية، ويقصد بها هنا؛ ذلك التدخل التنظيمي الذي من خلاله يتخذ رئيس الجمهورية قرارات تتعلق بمعالجة الظروف الاستثنائية، كاختصاص دستوري، يدخل ضمن صلاحياته في التنظيم، يرجع الفقه نشأتها إلى الفقه الألماني في القرن التاسع عشر، وذلك بسبب تعرض الدولة وأمنها ونظامها لاضطرابات اتسمت بالخطورة، حيث خرج رجال الفقه بفكرة مؤداها؛ أن الدولة إذا أحاطت بها المخاطر وأصبحت مهددة في بقائها، كان لها أن تتخذ من الإجراءات ما تراه ضروريا، للمحافظة على كيانها وسلامتها، ولو أدى ذلك إلى مخالفة القوانين

1 - المرجع نفسه.

2 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص 15.



القائمة، وعنهم أخذ فقهاء القانون الفرنسي هذه الفكرة خاصة كبار المنظرين منهم، مثل العميد ديجي، الذي رأى ضرورة الترخيص للحكومة بسلطة إصدار لوائح تعدل أو تلغي بها القوانين القائمة، متى توافرت ثلاثة شروط وهي¹:

- 1- أن تحدث حرب أو ثورة أو إضراب عام.
- 2- أن يتعذر اجتماع البرلمان، أو على الأقل لا يتسع الوقت لدعوته للانعقاد.
- 3- أن تعزم الحكومة على عرض اللوائح التي تصدرها على البرلمان في أول اجتماع له لأخذ موافقته عليها.

ب- أنواع لوائح الضرورة

تتخذ أنواع لوائح الضرورة مظاهر متعددة، ومن زاوية معايير متعددة، فإذا نظرنا إليها من حيث مصدرها نجدتها تنقسم إلى لوائح تفويض، ولوائح ضرورة، وإذا نظرنا إليها من حيث طبيعة القرارات المتخذة بمناسبةها، نجدتها تنقسم حسب ما يقرره دستور كل دولة، و الدستور الجزائري قسمها حسب درجة الخطر المحدق بالنظام العام إلى حالة الطوارئ، وحالة الحصار، والحالة الاستثنائية، وحالة التعبئة العامة، وحالة الحرب، وإذا نظرنا إليه من حيث الشكل الذي تتخذه، نجدتها تنقسم إلى مراسيم رئاسية، ومراسيم تتخذ في مجلس الوزراء، وفي بعض التشريعات نجد مراسيم بقوانين. ويعتبر التدخل اللائحي من الضرورات التي لا غنى عنها، بحكم صعوبة إن لم نقل استحالة تفريد الإجراءات الاستثنائية حسب كل حالة².

1 - أحمد مدحت علي: المرجع السابق، ص 42.

2 - محمد عبيد الحساوي القحطاني: الضبط الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة التزام الحدود وحيادية التنفيذ، دار الكتب المصرية 2005، ص 193 وما بعدها.

المبحث الثاني: مراعاة التشريع الإسلامي للظروف الاستثنائية

لقد راعت الشريعة الإسلامية الظروف الاستثنائية التي قد تقع فيها البلاد، وذلك راجع إلى كونها شريعة تهتم بالواقع البشري من جهة، ومصالح الخلق من جهة أخرى، واعتبرت الظروف الاستثنائية في تشريعها حتى تبقى جميع التصرفات في الدولة منضبطة بنطاق الشرعية، ويعتبر ذلك جزءاً من الاعتراف العام للشريعة بأحكام الضرورة¹، على أن هذه المراعاة لا تمثل اعترافاً بالضرورة كواقع ثابت ليس على المجتمع أن يسعى لتغييره، وإنما تبقية واقعا استثنائياً استجلب فيه معنى اليسر ورفع الحرج، يزول بزوال أسبابه، ونحاول من خلال هذا المبحث بيان أصل مراعاة الشريعة للظروف الاستثنائية، والأسس والضوابط الشرعية التي تضمن المحافظة على بقاء سلامة الدولة وحماية الحقوق والحريات في المجتمع.

المطلب الأول: التأصيل لها.

ترجع أحكام الضرورة والظروف الاستثنائية، في أصلها إلى نصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية، واجتهاد الفقهاء في تفعيد القواعد، نورد ذلك في الآتي:

الفرع الأول: أصلها في الكتاب

وردت في القرآن الكريم آيات متعددة، تدل على أن التشريع الإسلامي الأساسي ممثلاً في القرآن الكريم، راعى الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها البلاد والحياة العامة فيها، من ذلك:

- 1- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ بَمَنْ ضُطِرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾².
- 2- قوله تعالى: ﴿عَلَيْكُمُ حُرْمَتُ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَاللَّحْمِ الْخَنِزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَفَةُ وَالْمَوْفُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا

1 - جميل محمد بن مبارك: المرجع السابق، ص 12.

2 - سورة البقرة: الآية (172).

ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَفْسِمُوا بِالْأَزْهِمِ ذَالِكُمْ يَسْئُرُ الْيَوْمَ
يَبْسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ
لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ
اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١﴾

3- ﴿فَلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ
مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ
فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٢﴾﴾

4- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾³.

وجه الاستدلال بهذه الآيات وما يشبهها أن الأصل هو الأحكام المعدة للحياة
العادية، في الحكم على التصرفات منعا وجوازا، ووجوبا واستحبابا، لكن حدوث ظرف
استثنائي يترتب على التشبث بالحكم الأصلي فيه مشقة كبيرة، أو حدوث خطر يهدد
الحياة أو يمس بوحدة من الضرورات، يؤدي إلى تغيير الحكم من الحرمة إلى الحل،
تحت مبرر الاضطرار.

5- قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا تَخَابَسٌ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةٌ فَاُذِمْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا
يُحِبُّ الْخَائِنِينَ﴾⁴.

وجه الاستدلال من الآية، أن الأصل هو التزام العهود والمواثيق، بين المجتمع
المسلم وغيره من المجتمعات، لكن إذا حدث ظرف استثنائي يجعل الالتزام بذلك يفوت

1 - سورة المائدة: الآية (04).

2 - سورة الأنعام : الآية (146).

3 - سورة الحج : الآية (76).

4 - سورة الأنفال: الآية (59).



مصلحة ضرورية للأمة، فإن ذلك يكون مسوغاً للتحلل من الاتفاق أو العهد، خاصة إذا كان الطرف المتفق معه عدواً.

6- قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾¹.

الفرع الثاني: أصلها في السنة.

من أصول مراعاة السنة النبوية للظروف الاستثنائية وأحوال الضرورة قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»².

وقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا لم تصطبحو ولم تغتبقوا ولم تحتفئوا بها بقلا، فشانكم بها»³.

ومعناه إذا لم تجدوا ألبنة تصطبحوها، أو شراباً تغتبقونه، ولا بقلة تأكلونها، حلت لكم الميتة⁴.

ويؤخذ من هذا النص أمران، أحدهما هو جواز أكل الميتة للمضطر، وثانيهما معيار تقدير الضرورة، الذي هو خوف الهلاك على النفس، بالبقاء مدة طويلة دون أكل، لتخرج بذلك الحالات غير الضرورية.

وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه»⁵.

1 - سورة النحل: الآية (106).

2 - صحيح مسلم: ج1، ص 296، مرجع سابق.

3 - سبق تخريجه.

4 - وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، ص 59، 60.

5 - أخرجه أبو داوود.



وهناك نصوص عامة في السنة النبوية، تشرع للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم، مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه»¹.

وقوله صلى الله عليه وسلم: «بعثت بالحنيفية السمحة»²، وقوله صلى الله عليه وسلم: «وُضِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»³.

وكل هذه النصوص تشير إلى أن الحياة العادية، تختلف عن الحالة الاستثنائية، التي تتطلب نوعاً من التيسير، قد يصل إلى حد تغيير الحكم الأصلي تخفيفاً وتيسيراً.

المطلب الثاني: أساس مراعاة الظروف الاستثنائية

بين يدي هذه الأسس لا بد من الإشارة إلى أن فقه القانون العام ناقش مطولاً طبيعة الظروف الاستثنائية، وأساسها، وبقي منقسماً على مذهبين أحدهما يرى أن الظروف الاستثنائية لها بعد قانوني يتسع به مبدأ المشروعية وتطلق به يد السلطة في التصرف، بينما يرى الثاني أنها مجرد نظرية واقعية توضع لها حلول استثنائية، ويتم العمل على عودة الأمور إلى المشروعية العادية ما أمكن، ولعل هذا الرأي الثاني يلتقي مع الطرح الإسلامي الذي يرى أن منظومة قواعد المشروعية العادية هي النطاق المنضبط الذي يحقق الاستقرار وتستقيم معه الحياة، وما الظروف الاستثنائية إلا استثناء من ذلك الأصل.

الفرع الأول: أساسها عند الأصوليين

بعد التأصيل الشرعي الذي يأخذنا إلى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، لا بد من البحث عن المبادئ والقواعد العامة، التي تبنى عليها نظرية الظروف الاستثنائية، ونطاق البحث عنها يشمل جهود كل من علماء الأصول والفقهاء، فبالنسبة لعلماء الأصول نجدهم قد وقفوا على جملة من المبادئ نتيجة جهدهم الاستنباطي من النصوص، ومنها:

1 - البخاري: صحيح البخاري، ج1، ص 16.

2 - رواه أحمد في المسند، 266/5، والطبراني في المعجم الكبير 170/8، 216.

3 - أخرجه الطبراني في الأوسط، 8 / 161 رقم 8274، والبيهقي في السنن، 6 / 84.

أولاً: تقسيم الحكم إلى رخصة وعزيمة

وتمثل العزيمة الحكم الأصلي، الذي يتم استبداله بحكم آخر ترخيصاً، ورفعاً للحرَج والمشقة، عندما تتعرض الحياة لضرورة، ومن تعريفات العزيمة: "هي الأحكام التي شرعها الله تعالى ابتداءً، لتكون قانوناً عاماً لكل المكلفين، في جميع الأحوال"¹. جاء في القواعد الأصولية عند الشاطبي أن: "العزائم مطردة مع العادات الجارية، والرخص جارية عند انخراق تلك العوائد"²، ومعنى ذلك أن أحكام العزيمة تسير إلى جنب الأحكام المعتادة، حتى إذا انخرقت تلك العادات حلت محلها الرخصة. وما دامت الرخصة تحل محل العزيمة عند الاقتضاء بفعل المشقة والضرورة، فإن هناك قواعد أخرى ضابطة لنوع المشقة الجالبة للتيسير فيها، منها قاعدة: "الرخص فيما لا يصبر عليه من المشاق مطلوبة، وفي المقدور عليه عزيمة، أو مباح"³. ومن هذه القاعدة ندرك أن الرخصة إضافية لا أصلية، يختلف حكمها، على نحو ما رآه الشافعية إلى واجبة ومندوبة ومباحة⁴.

ومن هذا المنطلق تعتبر الضرورة عند الأصوليين دليلاً تشريعياً، يكتسب حجيته وقوته من النصوص التي يستند إليها في الكتاب والسنة، وعلى أساسها تبنى كثير من القواعد الفقهية، وقد سبق بيانها.

ثانياً: علاقة الضرورة بالاستحسان

معروف أن الاستحسان هو "ترجيح مقتضى أحد الدليلين"⁵، أو "العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو تخصيص قياس بدليل أقوى منه"⁶، وهو أنواع،

1 - أحمد حداد علي حسين عافية: مبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية، ص 641.
 2 - الجيلالي المريني: القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات، ط1، 2002م، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع، ص 226.
 3 - المرجع السابق، ص 227.
 4 - المرجع السابق، ص 229، 230.
 5 - عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان: فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة، سلسلة محاضرات لعلماء بارزين، منشورات البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة 1423هـ، ص 38.
 6 - وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، ص 737.



منها ما يسميه الأحناف الاستحسان بالضرورة، وهو: ترك القياس بما هو أوفق للناس"، أو طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام"، ومن تطبيقات ذلك؛ ترك العسر لليسر، ومنه النظر إلى جسد المرأة للعلاج¹.

ومراعاة للظروف الاستثنائية يقدم الأصوليون مقتضى أدلة إعمال الضرورة، على أدلة الحكم الأصلي في الحالات الاستثنائية، استحسانا لتحقيق مصلحة ودفع مفسدة.

ثالثا: علاقة الضرورة بالاستصلاح

المصلحة في اصطلاح الأصوليين هي: "المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم"².

قسمها الإمام الغزالي، باعتبارين أولهما باعتبار قوتها، وفيه ثلاثة أقسام مرتبة الضروريات، ورتبة الحاجيات، وما يتعلق بالتحسينيات والترسينيات، وثانيهما باعتبار شهادة الشرع لها ثلاثة أقسام، وهي مصلحة معتبرة، ومصلحة ملغاة، ومصلحة لم يشهد الشرع باعتبارها أو إلغائها³.

تعتبر المصالح من أسس مراعاة الظروف الاستثنائية في نطاق علم الأصول، ذلك أن الضرورة يرجع أمرها إلى توارد مصلحتين ومفسدتين متعارضتين على أمر واحد، فترجح أكبر المصلحتين ويتم تحصيلها، كما ترجح أكبر المفسدتين ويتم دفعها، ومن ثم فإذا أمر الشرع بأمر فيه مصلحة، ثم يستثنى حالة يسمح فيها للمكلف بترك الفعل نهائيا أو مؤقتا، مراعاة لمصلحة أخرى كان ذلك استثناء للضرورة، ومثله النهي عن أمر لأن في اجتنابه مصلحة، ثم يستثنى حالة يبيح فيها إتيان الفعل مراعاة لمصلحة أخرى⁴.

1 - جميل محمد بن مبارك: المرجع السابق، ص 190.

2 - الغزالي أبو حامد: المستصفى من علم الأصول، ج2، ص 482.

3 - الغزالي: المصدر السابق، ص 478، 481.

4 - جميل محمد بن مبارك: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، ص 165، 166.

ولو تم إدراك أولوية التزام الحكم الأصلي، لا يعمل بهذه الضرورة، كمن أكره على قتل غيره، وعلى هذا المنوال يعتبر أصل الاستصلاح أساساً للضرورة والظروف الاستثنائية.

الفرع الثاني: أساسها من القواعد الفقهية.

لمراعاة الظروف الاستثنائية أساس في القواعد الفقهية، خاصة تلك التي لها تطبيقات في السياسة الشرعية، وقد وقفنا منها على ما يلي:

أولاً: قاعدة "الضرر يزال"

التي تستند إلى نصوص من القرآن والسنة وتلقتها الأمة بالقبول، ومن أدلتها:

1- من القرآن الكريم: جميع الآيات التي تنهى عن الضرر والمضارة، والذي يستقروا نصوص القرآن الكريم يجد أن آياته سلكت طريقين في النهي عن الأفعال الضارة

الطريق الأول: يتمثل في النهي صراحة عن إلحاق الضرر، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجْلَهُنَّ بِأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ¹، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْهِيهُنَّ عَنْ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاعْتُمُوهُنَّ وَاتَّمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ² وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَابْنٌ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ، يُولَدُ لَهُ³، وقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا

1 - سورة البقرة: الآية (229).

2 - سورة الطلاق: الآية (06).

3 - سورة البقرة: (231).

أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴿١٢﴾¹، ومنه قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيفًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِّن قَبْلُ وَلَيَخْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْبَيْنِ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ﴾².
 ووجه الاستدلال بجميع هذه الآيات هو إزالة الضرر، والنهي عن إتيانه، في النفس أو الغير.

الطريق الثاني: النهي عن التصرفات التي تكون نتيجتها إلحاق الأذى والضرر بمصالح الغير، وهي كثيرة جداً تبعا لكثرة المصالح التي يحميها الشرع، وقد نهى الشرع الإنسان عن إلحاق الضرر بنفسه كما في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾³، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾⁵.

ب- من السنة النبوية

أنت في السنة النبوية أحاديث عدة، تأمر بإزالة الضرر، ودفعه عن النفس، وعن الغير، وتحرم الاعتداء، وإلحاق الأذى بالناس ومصالحهم، من ذلك :

- 1 - سورة النساء: الآية (12).
- 2 - سورة التوبة: الآية (108).
- 3 - سورة النساء: الآية (29).
- 4 - سورة البقرة: الآية (194).
- 5 - سورة الأعراف: الآية (55).



قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»¹. ويعتبر هذا الحديث أصلاً أصيلاً، وأساساً متيناً لقاعدة "الضرر يزال"، التي لها تطبيقات متعددة ومختلفة في الفقه الإسلامي، من بينها مجال الظروف الاستثنائية، ومما يدل على قوة مكانته روايته بصيغ وروايات متعددة، من بينها رواية مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا بلفظ "لا ضرر ولا ضرار"، ورواية الحاكم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه».

ولمكانته تلك أوردته مجلة الأحكام العدلية بلفظه في نص المادة (19).

وحديث النبي صلى الله عليه وسلم « عن سمرة بن جندب أنه كانت له عضد من نخل، في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه له ولك كذا وكذا... أمراً رغبة فيه، فأبى، فقال: أنت مضار. فقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصاري: إذهب فاقلع نخله»².

من تطبيقات هذه القاعدة:

- وجوب تعيين الحاكم حتى يستقيم حال الناس في دينهم ودنياهم، وجواز إمامة المفضول، وقتال العدو خلف البر والفاجر³، لضرورة درء المفسد، والاعتراف بإمامة المتغلب الذي يتم اختياره بالمبايعة الاختيارية، وقد أسهب الإمام الجويني في تناول هذه المسألة، تحت عنوان إمامة المفضول⁴.

1 - أخرجه مالك في الموطأ، باب القضاء في المرافق؛ وابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره؛ والبيهقي في السنن كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار.

2 - أخرجه أبو داود في السنن، كتاب الأقضية.

3 - قال ابن أبي زياد القيرواني في الرسالة: "ويقاتل العدو مع كل بر وفاجر من الولاة" باب الجهاد.

4 - الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص 121 وما بعدها.

- اتخاذ الحاكم للتدابير الضرورية التي توفر للناس البضائع في الأسواق، مثل التسعير، ومنع الاحتكار¹.

- مشروعية قتال البغاة والكفار، والممتنعين عن إتيان الشعائر²، وفي هذا ما فيه من ضبط الحريات وتنظيمها، بما يتماشى وحفظ النظام العام.

وتحت هذه القاعدة تدرج عدد من القواعد الفقهية، التي تعتبر بمثابة قيود، تضبط سلطة الحاكم حتى لا يتجاوز حدود المشروعية، منها قاعدة: "إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر"³، وقاعدة: "إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران، ولم يمكن الخروج عنهما، وجب ارتكاب أخفهما"⁴. وقاعدة: "يرتكب الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، وقاعدة: "يقدم عند التزاحم خير الخيرين، ويدفع شر الشرين"⁵، التي لها من التطبيقات الكثير في نطاق النظام العام والسياسة الشرعية، مثل وجوب الجهاد خلف الحاكم، براً كان أو فاجراً، وترك تنفيذ الحدود في الجهاد خشية الدفع بالمسلمين للانضمام إلى العدو⁶.

ثانياً: قاعدة "الشريعة منضبطة والأهواء غير منضبطة".

أ - مضمون القاعدة:

هي من القواعد المهمة التي تضبط تصرفات الحاكم، وهو يعامل الرعية، برهم وفاجرهم، صحيحهم وسقيمهم، حيث يجب عليه أن يراقب الله تعالى في تصرفاته، حتى

1 - فوزي عثمان صالح: القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها في السياسة الشرعية، ط1، 2011، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 122.

2 - المرجع السابق، ص 123.

3 - الونشريسي[ت914هـ]: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، دراسة وتحقيق الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، ط1، 2006م، دار ابن حزم، ص 158، القاعدة رقم 107.

4 - الونشريسي: المصدر السابق، ص95، القاعدة 45.

5 - تعد القاعدة من القواعد العظيمة، التي لها تطبيقات جد جليلة في السياسة الشرعية، أساس استمدادها يرجع على نصوص شرعية، توازن بين المصالح والمفاسد في سياسة المجتمع، منها قوله تعالى: " والفتنة أكبر من القتل"(البقرة، 217)، وقوله تعالى: "والفتنة أشد من القتل (البقرة: الآية 191)،، وقوله تعالى: "...فإن بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله"(الحجرات، الآية 9).

6 - فوزي عثمان صالح: المرجع السابق، ص 136 وما بعدها.

لا يظلم الرعية اتباعا لهواه، والله تعالى ينهى عن التباع الهوى في غير ما آية، مثل قوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ بِأَحْكَمِ بَيِّنَاتِ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾¹.

ب - تطبيقات القاعدة

ومن تطبيقاتها في نطاق السياسة الشرعية، الدالة على مراعاة الشريعة الإسلامية لأحوال الظروف الاستثنائية ما يلي:

1. بغض الكافر يجب أن لا يمنع من حسن معاملته

امتنالا لقول الله تعالى: ﴿لَا يَنْهِيكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفْتَلَوْكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ؛ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ؛ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾².

2. العلاقة مع غير المسلمين قائمة على احترام العهود والمواثيق

ويجب الوفاء بها في جميع الحالات، ما لم تقتض الضرورة ذلك، فيحلل من العهد علانية دون غدر.

3. العلاقة مع غير المسلمين قائمة على احترام الحقوق والحريات

فلا تجوز الإبادة، والاعتداء على غير المقاتلين³، وحرق المعابد والممتلكات ما لم تقتض الضرورة ذلك، فإذا تترس جيش العدو بنسائهم وأطفالهم، ولم يتمكن من

1 - سورة ص: الآية (25).

2 - سورة الممتحنة : الآية (08).

3 - زروق: شرح زروق على متن الرسالة، ج2، ص5.



الوصول إليهم إلا بقتل النساء والأطفال جاز قتلهم، وكذلك لو تترسوا بأسرى المسلمين¹.
ثالثاً: قاعدة "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

وردت هذه القاعدة عند علماء القواعد الفقهية، بألفاظ تختلف في المبنى مع اتحادها في المعنى، صاغها السيوطي بقوله: "من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه"²، وعبر عنها ابن نجيم الحنفي بقوله: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"³.

من تطبيقاتها في السياسة الشرعية، ضرورة رجوع الحاكم لأهل الشورى من علماء، ووجهاء، وذوي الرأي، عند حدوث ظرف استثنائي مربك للحياة العامة، قال تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْرِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعَوْا بِهٖءَ وَكَوَّ رُدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَتَبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾⁴.

رابعاً: قاعدة "المشقة تجلب التيسير"

هذه من القواعد الكلية الكبرى في الفقه الإسلامي، تستند عليها جميع الرخص والتخفيفات التي أتت بها شريعة الإسلام⁵، ومن ذلك مراعاة أحوال الظروف الاستثنائية، ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك:

- الأصل تحريم التخلف عن الجهاد عند النفير العام، لكن الضرورة تسمح للعاجزين والضعفاء بذلك.

- 1 - الفراء القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين الحنبلي [ت 458هـ]: الأحكام السلطانية، منشورات محمد علي بيضون، 2000م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 43.
- 2 - السيوطي جلال الدين عبد الرحمان [ت 911هـ]: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، 1983م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 152.
- 3 - ابن نجيم الحنفي [ت 970هـ]: الأشباه والنظائر، دار الفكر دمشق، 1999، ص 184.
- 4 - سورة النساء: الآية (82).
- 5 - فوزي عثمان صالح: المرجع السابق، ص 302.



- الأصل اجتماع المسلمين تحت حكم سلطان واحد، ومنع نصب إمامين، لكن الظروف الاستثنائية التي يتعذر معها جمع كل أقطار العالم الإسلامي تسمح للأقاليم البعيدة، أو الأقاليم التي يستولي على الحكم فيها متغلبون، أن تقيم حكما محليا، يلتزم الناس بالسمع والطاعة له، قال الجويني: "إذا كان الغرض من الإمامة استصلاح العامة، وتمهيد الأمور، وسد الثغور؛ فإذا تيسر نصب إمام واحد نافذ الأمر، فهو أصلح لا محالة في مقتضى السياسة والإيالة، وإن عسر ذلك ولا سبيل إلى ترك الذين لا يبلغهم نظر الإمام مهملين، لا يجمعهم وازع، ولا يردعهم رادع، فالوجه أن ينصبوا في ناحيتهم وزرا يلوذون به"¹.

- ومن تطبيقاتها أيضا؛ أن الجهاد يشترط في إعلانه أن يقرره الحاكم باعتباره القائد الأعلى للجيش، لكن إذا حدث ظرف استثنائي، وباغت العدو بلاد المسلمين، لم يعد هناك مكان لانتظار قرار الحاكم، ولا لاستئذان الأبوين، بل يصبح الدفاع عن النفس والدين فرضا عينيا على كل فرد، إعمالا للضرورة².

خامسا: قاعدة "لا واجب مع العجز ولا محرم مع الضرورة"

وهي من القواعد المتفرعة عن القاعدة السابقة، "المشقة تجلب التيسير"، تشتمل على أمرين أولهما: سقوط الواجبات عن المكلف في حال العجز عنها، كلا أو بعضا، مع إقرار بدل أو بدونه، إذ لا تكليف إلا بمقدور. وثانيهما: أن الاضطرار إلى المحرم يبيح فعله.

تطبيقاتها في الظروف الاستثنائية:

أ- سقوط حد القطع في السرقة زمن المجاعة

لعموم ضرورة حاجة الناس إلى ما يسدون به رمقهم، وقد جعل الفقهاء عدم الاضطرار شرطا في تطبيق حد السرقة³.

ب- أن الفرار من العدو محرم

1 - الجويني: المصدر السابق، ص 129.

2 - فوزي عثمان صالح: المرجع السابق، ص 311.

3 - ابن جزى [741.693هـ]: القوانين الفقهية، ص 535.



بل هو من كبائر الذنوب لما فيه من تعريض الدين والوطن والحرمان للخطر، لكن إذا واجه المسلمون قوة لا يستطيعون مواجهتها، يجوز لهم أن يتراجعوا استثناءً، بل من الفقهاء المعاصرين من قالوا بجواز الفرار وإن كان المسلمون أضعف من عددهم للضرورة، خاصة في زماننا حيث لا يعتد في الحروب بكثرة عدد أفراد الجيش، وإنما بالعدة من حيث نوعية السلاح وقوته¹.

سادساً: قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"²

وهي قاعدة متفرعة عن القاعدتين؛ "المشقة تجلب التيسير" و"الضرر يزال"³، تجد أساسها في القرآن والسنة، كما تجد لها تطبيقاً واسعاً في مختلف فروع الفقه، وبموجبها أصبح بإمكان المضطر أن ينال من المحرم بقدر ما يدفع ضرورته، غير باغ في أكله، ولا عاد في استعمال المحرم دون وجه مشروع.

ومنه يمكن للحكام تقييد حريات الأفراد، أو مخالفة بعض النصوص المعدة للأحوال العادية دفعا للضرورة، بقيود وضوابط، ذكرها الفقهاء، من بينها ما أضافه الشافعية لنص القاعدة من قولهم: "بشرط عدم نقصانها"، ومرادهم بذلك أن لا تكون مفسدة إباحة المحظور أعظم من مفسدة الضرورة المراد دفعها به، مثل الإكراه على القتل أو الزنا، أو نبش قبر الميت الذي دفن من غير تكفين، لأن المفسدة في هذه

1 - صاهد عمر بن عقيل: جريمة الفرار من الزحف وعقوبتها دراسة مقارنة، ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، الرياض 2015م، ص 58، وما بعدها.

2 - الونشريسي [ت914هـ]، المصدر السابق، ص155، القاعدة رقم 103.

3 - ذلك أنهما قاعدتان متداخلتان، وتتحدان في كثير من القواعد التطبيقية المتعلقة بهما، (قاله ابن نجيم الحنفي في الأشباه والنظائر ص94).



الأمثلة أعظم من حالة الضرورة المراد دفعها¹، وليخرج ما لو كان الميت نبياً²، فإنه لا يحل أكله للمضطر، لأن حرمة أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر³.

من تطبيقاتها في مراعاة الظروف الاستثنائية:

- أ- جواز وضع الدولة يدها على مال الشخص بالاستيلاء، أو نزع الملكية، للضرورة⁴.
 - ب- جواز هدم البيوت المجاورة للحريق منعا لسريانه، ومنع المصاب بالأمراض الوبائية من مخالطة الناس خوفاً من فشو المرض فيهم⁵.
- سابعاً: قاعدة "الأمر إذا ضاق اتسع"⁶.

هذه من القواعد الفقهية التي لها صلة بتطبيق قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وتلققتها الأمة بالقبول، وأردتها مجلة الأحكام العدلية بنص المادة الثامنة عشرة (18)⁷، ومعناها العام أنه إذا طرأت مشقة، وتضايق الناس من حكم شرعي في الأحوال العادية،

- 1 - عبد الكريم زيدان: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط1، 2000، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص 71.
- 2 - أجاز الشافعية أكل المضطر لميتة الأدمي، وقتل الحي غير المعصوم الدم وأكله للضرورة، مثل الكافر والجاني، على خلاف ما رآه الجمهور من عدم جواز أكل ميتة الأدمي للضرورة.
- 3 - جلال الدين السيوطي [ت: 911هـ]: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ط1، 1983م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 84.
- 4 - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص 70.
- 5 - المرجع السابق، ص 71.
- 6 - ينسب وضع هذه القاعدة للإمام الشافعي، وهي تتضمن شطرين، وهما: "إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق". (ينظر: - السيوطي: المرجع السابق، ص 83؛ - إبراهيم محمد محمود الحريزي: المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، تعريفها نشأتها وتطورها، تصنيفها، وقواعد أصولية لها صلة بها، ط1، 1998، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 102).
- 7 - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة 2003م، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ج1، ص 36.

جاز لهم عدم التزام القواعد المطردة، وتمكنوا من الأخذ بالرخصة بدل العزيمة¹، لكن إذا اندفعت الضرورة، عاد الأمر إلى ما كان عليه².

ولهذه القاعدة صلة وثيقة كذلك بالقاعدة السابقة "الضرورات تبيح المحظورات"، ذلك أنه إذا طرأ ظرف استثنائي، وأصبح الحكم الأصلي المقتضي للمنع في للحالات العادية مرهقا، يخفف ويصار إلى الإباحة، توسيعا وتسهيلا، وفق وبقدر ما تقتضي الضرورة، دليل ذلك آيات قصر الصلاة، وصلاة الخوف، قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكُفْرَانَ كَبِيرٌ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا ١١٠﴾ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَذَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَدَى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرَضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا ١١١﴾ فَإِذَا قُضِيَتْ الصَّلَاةُ فَادْكُرُوا اللَّهَ فِيمَا وَفَعُودًا وَعَلَى جُنُوبِكُمْ فَإِذَا ابْتِغَيْتُمُ الصَّلَاةَ إِنْ الصَّلَاةُ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْفُوتًا ١١٢﴾³.

من أمثلتها التطبيقية:

1. وجوب إنظار المعسر إلى ميسرة.
2. جواز الإجارة على الطاعات: كتعليم القرآن والأذان والإمامة، حفظا لشعائر الإسلام من الضياع.
3. جواز دفع السارق أو الصائل أو الباغي ما أمكن.
4. مبادرة الحاكم بقمع البغاة: حفظا للنظام العام في المجتمع، ودرءا للفتن.

1 - صالح غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، 1417 هـ، دار بنسنية للنشر والتوزيع، الرياض، ص 266.

2 - أحمد الزرقا [ت 1938]: شرح القواعد الفقهية، ط2، 1989م، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ص 163.

3 - سورة النساء: الآيات (100، 102، 101).

5. وقف تطبيق الحدود في الحرب ضد العدو: حفاظا على وحدة الصف.

ثامنا: قاعدة "تصرفات الحاكم منوطة بالمصلحة"¹.

من بين أهم وأشهر القواعد الفقهية التي روعيت بها الظروف الاستثنائية المبررة لتدخل الحاكم في الحريات والحقوق، وتطبيق النصوص، أو وقف تطبيقها حماية للأمة ومصالحها، ودرءا للمفاسد والأخطار عنها، قاعدة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"²، التي مكنت ولي الأمر من سلطة تقديرية كافية لاتخاذ التدابير التي تكفل تحقيق المصلحة العامة، بحيث إذا تغيرت وجهة المصلحة العامة ومقتضيات الحال، تغيرت الأحكام تبعا لذلك³.

أ - معنى القاعدة:

تبين هذه القاعدة أن تصرفات الحكام، يجب أن ترتبط بالمصلحة العامة من حيث جلب المنافع ودرء المفاسد، وإلا كانت عارية عن الشرعية، فهي تضبط نطاق تصرف الحاكم في الأمور العامة، باعتباره وكيلًا عن الأمة في إدارة شؤونها تحقيقًا للمصالح ودرءًا للمفاسد⁴، وهو مقتضى الأمانة المنوطة بالحكام في قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا أَلْأَمْنَ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾⁵.

ب - من تطبيقاتها في الظروف الاستثنائية:

من أهم تطبيقاتها في نطاق الأحكام الدستورية، وبصدد حدوث ظروف استثنائية، الالتزام بمراعاة تحقيق الصالح العام، مثل مواجهة النكبات والكوارث

1 - ابن نجيم الحنفي: المصدر السابق، ص 137.

2 - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ص 57.

3 - خالد علي بني أحمد، حمد فخري عزلم: تغيير أحكام السياسة الشرعية مفهومه وتأصيله وضوابطه، نماذج تطبيقية معاصرة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، ملحق 2، 2014م، ص 667.

4 - ياسر بن علي بن مسعود آل شوية القحطاني: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام بن دقيق العيد [ت 702هـ]، من خلال كتابه إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، جمعا ودراسة، ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1430هـ، ص 164، 165.

5 - سورة النساء: الآية (57).

الطبيعية، والأزمات الداخلية، والحروب الخارجية، فلا يجوز للسلطان اتخاذ تدابير قمعية، لحماية شخصه ونظامه، على حساب الأرواح، وإهدار الحقوق والحرمان والممتلكات، كما يحصل في واقع الناس اليوم، حيث نجد كثيرا من الحكام يعلنون عن أنظمة الطوارئ لمجرد قيام معارضة سياسية ببعض الاحتجاج، وربما أهدروا المبالغ الضخمة من المال العام لتحقيق المآرب الشخصية، ومثل هذا قد حدث في حقب تاريخية من حكم الإسلام، لكنها تعود إلى انحراف من الحكام عن الحق، لا إلى خلل في الشريعة.

تاسعا: قاعدة "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والأحوال".

إنطلاقا من خاصية مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان، ذهب الفقهاء إلى تأسيس نظرية الظروف الاستثنائية على أساس مبدأ تغير الأحكام تبعا لتغير الظروف، ذلك أن أحكام السياسة الشرعية مرتبطة ارتباطا وثيقا بفقهاء الواقع، الذي يساير تدبير شؤون المجتمع في الدولة، ومعالجة المستجدات الطارئة على الحياة¹.

مبررات أعمال القاعدة:

تتغير الأحكام مع تغير الأزمان والأمكنة، إما لتغير العرف، أو لفساد الزمان، أو لحدوث ضرورة؛ وقد أشاد الإمام ابن القيم رحمه الله بأهمية مسايرة الأحكام لواقع حياة الناس بقوله: "هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي هي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به..."².

وقد فقه الصحابة أهمية هذه القاعدة، فتنوع اجتهادهم تبعا لمقتضى الحال، وقد كان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه إسهام كبير في إقرار هذه القاعدة وتطبيقها، فقد جمع رضي الله عنه كبار فقهاء الصحابة، وطلب إليهم عدم مغادرة المدينة المنورة

1 - خالد علي بني أحمد، حمد فخري عزام: المرجع السابق، ص 668.

2 - ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، 1423هـ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ج1، ص 41.



باعتبارها عاصمة الدولة، استثناء من أصل عام هو حریتهم في التنقل والحل والترحال، وذلك حفاظاً على بقاء أهل الشوری قریبین من مؤسسة الحكم، وأمر رضي الله عنه بعدم تطبيق بعض الحدود تماشياً مع تغير الحال، مثل إسقاطه حد السرقة عام الرمادة¹.

وتغير الأحكام من مظاهر التخفيف، الذي رفع به الحرج، ودفعت به المشقة، ورد من من أمثله في القرآن الكريم آية صلاة الخوف، قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْضُوا مِنْ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكُفَّيرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُبِينًا ۗ وَإِذَا كُنْتُمْ فِيهِمْ بِأَقَمْتُمْ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكُمْ وَلْيَاخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكُمْ وَلْيَاخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَذَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذًى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَابًا مُهِينًا ۗ﴾².

1 - حسين حامد محمود عمر: الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ دراسة مقارنة، ص 28،29.

2 - سورة النساء: الآيتان (100، 101).

الفصل الثاني
مظاهر الظروف الاستثنائية
وضوابطها

الفصل الثاني

آثار مراعاة الظروف الاستثنائية

توطئة:

تترتب على مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع، جملة من النتائج والآثار العملية، تتمثل في أحكام قانونية وسياسية، اضطرارية، تختلف في طبيعتها عن ما تقتضيه تشريعات الحياة العادية، ويمكن القول أنها تمتد إلى التشريع على اختلاف مراتبه، وتعدد مصادره، فتحدث فيه تغييرا، يشمل وقف العمل بالنصوص، وتغيير آلية تطبيقها، والتوسع في تفسيرها، (المبحث الأول)، كما تمتد إلى الحقوق والحريات على اختلاف أنواعها، فتجعلها عرضة للتقييد والمنع والمصادرة، تبعا لمقتضى حال الظروف الاستثنائية (المبحث الثاني)، يأتي هذا الفصل لبيان ودراسة هذه الآثار في إطار أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الأول: آثارها في نطاق التشريع

من المتفق عليه أن للضرورة والظروف الاستثنائية تأثيراً على التشريع، من حيث جعله غير قابل للتطبيق، أو تفويت المصلحة العامة إن تم التثبت بتطبيقه، وقد سبق لنا القول أن فقهاء القانون اختلفوا حول الناحية العملية تجاه تطبيق التشريع أو تعطيله بمناسبة الظروف الاستثنائية، ما بين موسّع يرى أن التشريع العادي وضع للظروف العادية، والظروف الاستثنائية بحكم استثنائيتها يجب أن تخضع لشرعية استثنائية من نوع آخر، مخالفة لتراتبية التشريع العادي، ومضيق يرى أن التشريع يجب أن يسود في جميع الأوقات والظروف، كي يتم تفويت الفرصة على السلطة التنفيذية في استغلال الظروف الاستثنائية لانتهاك الحقوق والحريات واستحلال الحرمات.

كما أن فقهاء الشريعة اعتبروا أن للضرورة والظروف الاستثنائية أثراً على الأحكام الشرعية المعدة للحياة العادية، تختلف باختلاف المصلحة المرعية، على وفق ما بينته النصوص الشرعية نفسها، و ما يقدره أهل الاجتهاد ومن بيدهم الأمر.

وفيما يلي نبين أثر الظروف الاستثنائية على التشريع تبعاً لاختلاف نوعية القواعد التشريعية، ومستوى تأثيرها بأحكام الضرورة.

المطلب الأول: أثرها على القواعد الدستورية

القواعد الدستورية يعنى بها تلك القواعد الأساسية في الدولة، التي تسموا على بقية التشريعات، وهي في الدولة المعاصرة تشتمل على القواعد القانونية العليا، سواء كانت عرفية أو مكتوبة، والمتعلقة بالدولة من حيث شكلها ونظام الحكم فيها، وتنظيم السلطات العامة، وبيان الحقوق والحريات العامة، وضمانات حمايتها، بمعنى أنها تتميز عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى بموضوعها، وقيمتها القانونية، وفي النظام الإسلامي يقصد بها تلك القواعد والأحكام التشريعية التي يرجع مصدرها إلى الوحي، وتكون قطعية الثبوت في القرآن الكريم أو السنة النبوية، سواء نظمت العلاقات الدستورية، أو غيرها من الأحكام، وهي أو سع نطاقاً ومعنى منها في القانون الوضعي.

وقد انقسم الفقه الوضعي بشأن أثر الظروف الاستثنائية على القواعد الدستورية إلى رأيين؛ أحدهما يرى تأثيرها على الدستور، قد يصل إلى حد وقف العمل بنصوصه أو تعديلها أو إلغائها، والآخر يرى عدم تأثيرها إلى حد تعطيل العمل بها، وإنما يتم وقف العمل بشكل مؤقت، وبشروط وضوابط دقيقة، بينما اعتبرها التشريع الإسلامي مبررا للاستثناء من الحكم الأصلي، بإقرار حكم بديل.

الفرع الأول: مدى تأثير الظروف الاستثنائية في القواعد الدستورية.

رأى فقهاء القانون الدستوري الفرنسي، وتبعهم فقهاء القانون الدستوري الجزائري، أن الظروف الاستثنائية يمتد أثرها إلى المساس بالقواعد الدستورية استنادا إلى أنه، في حالة الأخطار والأزمات التي تهدد أمن الدولة أو سلامة كيانها، أو السير المنتظم لمؤسساتها ومرافقها العامة، يمكن لرئيس الدولة التصرف خلاف الدستور، صيانة للمصالح العليا في الدولة التي تعلوا مصالح الأفراد وحررياتهم، استثمارا لأسس اعتبار الظروف الاستثنائية، التي من بينها واجبات السلطة الإدارية في حفظ النظام العام، واستمرار سير المرافق العامة بانتظام¹، وتأسيسا على ما كرسته المادة (16) من دستور فرنسا 1958، من تمكين رئيس الجمهورية من سلطة اتخاذ التدابير التي تقتضيها الظروف الاستثنائية، المتمثلة في تعرض مؤسسات الجمهورية أو استقلال الدولة، أو وحدة أراضيها أو تنفيذها لالتزاماتها الدولية لخطر داهم وجسيم، أو توقف السلطات الدستورية العامة عن حسن سير عملها المنتظم.

ذلك أن الحاكم عند الضرورة لا يمكنه الحفاظ على الدولة، ما لم يتخذ إجراءات تتعارض والنصوص الدستورية، بل التثبت بتطبيق نصوص الدستور في هذه الحالة يتنافى ومقتضيات الدفاع عن الوطن².

ويتوافق مضمونها مع ما ذهب إليه المؤسس الجزائري في المواد من (105) إلى غاية (110) من الدستور، التي تتدرج في مظاهر الظروف الاستثنائية بدءا من

1 - فيصل كامل علي إسماعيل: سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مصر وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا، 2006م، ص 378.

2 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص 98.

حالتى الطوارئ والحصار، ومرورا بالحالة الاستثنائية، ثم التعبئة العامة، و انتهاء بحالة الحرب.

وعلى الرغم من أن المادة (16) من الدستور الفرنسي، لم تصرح بنوع التأثير الذي يقع على القواعد الدستورية، وذهب المؤسس الجزائري إلى نفس الموقف، حيث لم يحدد مظاهر تأثير القواعد الدستورية، باستثناء ما أورده في المادة (110) من وقف العمل بالدستور بمناسبة إعلان حالة الحرب، فإن الفقهاء تكلموا عن المظاهر الممكنة الحدوث¹ وهي:

أولاً: وقف العمل بنصوص الدستور

ويقصد به تجميد العمل بنصوص الدستور بشكل مؤقت، كلاً أو جزءاً، واتخاذ تدابير استثنائية، تخالف منطوق الدستور المعد للأحوال العادية، على أن تعود الشرعية إلى التنفيذ فور انتهاء الظرف الداعي لها.

ثانياً: إلغاء العمل بنصوص الدستور

الإلغاء هو إعدام النص وإنهاء وجوده كلية، عن طريق استبداله بنصوص أخرى تحل محله بشكل دائم.

ثالثاً: تعديل نصوص الدستور

التعديل الدستوري عملية فنية سياسية، يقصد بها مراجعة نصوص الدستور كلها أو بعضها، بالإضافة، أو الحذف، أو التغيير، يختلف في أساليبه، وأدواته من نظام إلى آخر.

وفي حين اتفق الفقه الفرنسي على عدم جواز قيام رئيس الدولة بإلغاء الدستور أو تعديله²، لما في ذلك من المساس بالاختصاص الأصيل للسلطة التأسيسية، اتفق كذلك على جواز قيام رئيس الدولة تحت ضغط الضرورة، بالوقف المؤقت للعمل بنصوص الدستور كلاً أو بعضاً، وعنصر التأقيت لهذه السلطة يخرجها عن كونها اعتداء على صلاحيات السلطة التأسيسية، إلى الاستجابة لروح الدستور في ضرورة تجسيد الرئيس

1 - مجدي المتولي السيد يوسف: المرجع السابق، ص 238، 239.

2 - يحيى الجمل: المصدر السابق، ص 106، 105.

لوحدة الدولة، والسهر على استتباب الأمن فيها، وسلامة وحدتها الترابية، واستقرار مؤسساتها الدستورية¹.

على أن الفقه لم يترك هذه السلطة مطلقة دون قيود، وإنما أحاطها بضابط التزام الحد الأدنى الذي يكفل صيانة الدولة، تقديرا للضرورة بقدرها، وتحقيقا لقاعدة التناسب بين ما تقتضيه الضرورة، والقدر الذي يكفي للتغلب على الأزمة²، والابتعاد عن الاستغلال الواسع للسلطة التقديرية، الذي قد يؤثر سلبا في تحويل رئيس الدولة إلى دكتاتور بمجرد حدوث ظرف استثنائي ولو كان بسيطا، ويترجم هذا القيد من خلال صدور قرار صريح بهذا الشأن، يبين النصوص الموقوف العمل بها، ومدة ذلك، والهدف المبتغى منها، وما يترتب على ذلك من إجراءات، بعد سلوك عدد من الخطوات يشترطها الدستور.

وتتنوع القرارات التي تتخذ بهذا الصدد من دستور إلى آخر، ففي الدستور الفرنسي وطبقا للمادة (16) منه، أوكل لرئيس الجمهورية اتخاذ ما يراه مناسبا من التدابير التي تقتضيها الظروف، دون تحديد نوع القرار، وعلى منواله سار المؤسس الجزائري في المادة (59) من دستور 1963، لكنه عاد ابتداء من دستور 1976 ليخصص لوائح الضرورة بمسميات دستورية محددة، تدخل ضمن صلاحيات رئيس الجمهورية في مواجهة الظروف الاستثنائية، وهي إعلان حالة الطوارئ، وإعلان حالة الحصار، وإعلان الحالة الاستثنائية، وإعلان التعبئة العامة، وإعلان حالة الحرب، ولكل واحد من هذه القرارات شروط شكلية وموضوعية، وأهداف يكفل تحقيقها، وضوابط في التطبيق يجب الالتزام بها.

وصرح بأن حالة الحرب هي أخطر قرارات الظروف الاستثنائية، حيث يوقف العمل بالدستور كلية، وتجتمع كل السلطات في يد رئيس الجمهورية.

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 204.

2 - يحي الجمل: المصدر السابق، ص 153، 152.

الفرع الثاني: أثر الظروف الاستثنائية في نصوص التشريع الإسلامي.

كانت الشريعة الإسلامية سباقة لتقنين الظروف الاستثنائية، وجعلها تحت غطاء المشروعية، لكونها شريعة منزلة، تتسم بالشمول والتوازن، شاملة لجميع العلائق الرابطة للإنسان، وفاقت بذلك على جميع الشرائع، بما فيها شرائع الدول الحديثة¹، وفي هذا الإطار بينت وقع تأثير الظروف الاستثنائية على نمط الحياة العادية والأحكام المتعلقة به، وأقرت أن الضرورة والظروف الاستثنائية؛ أوضاع تبرر مخالفة ما تم تقريره من الأحكام للحياة العادية، بغض النظر عن نوع الحكم ومجال تطبيقه، باعتبار أن الضرورة سالبة للإرادة والقدرة على التصرف.

وقد سبق لنا القول بصدد معالجة نطاق تطبيق الضرورة، أن جميع الأحكام يطالها الاستثناء بسبب الضرورة، بدءاً من باب العقيدة، ومروراً بالعبادات، وانتهاء بالمعاملات والأسرة والجنايات والآداب.

يقول الدكتور محمد جميل بن مبارك: " واعتراف الشريعة بالضرورة، لا يقتصر على ناحية من نواحيها التشريعية، ولا على طائفة معينة من الناس، بل هو اعتراف عام في كل ما شرعته من أحكام تُتصور فيها الضرورة شرعاً، وعام أيضاً للفرد والأسرة والمجتمع كله"².

فبالنسبة للعقيدة تعتبر كلمة التوحيد من أكد الواجبات التي يجب الإقرار بها والامتناع عن الإتيان بما ينافيها قولاً كان أو فعلاً، كي يتحقق الانتماء للأمة، ومع ذلك يباح التلفظ بكلمة الكفر (بظاهر اللسان فقط، مع المحافظة على الإيمان القلبي)، مراعاة لضرورة حماية النفس، قال الله تعالى: ﴿ مَسْ كُفْرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَٰكِنْ مَسَّ شَرْحَ بِالْكَفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾³.

1 - فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ط2، 2013م، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ص223، 224.

2 - محمد جميل بن مبارك: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، ص 12.

3 - سورة النحل: الآية (106).

وبالنسبة للعبادات شرعت رخص كثيرة جداً، استثناء من العزائم والأحكام الأصلية، منها رخص الصلاة ورخص الصوم، ورخص الحج، ففي الصلاة تجب الصلاة لوقتها، قال تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَّوْفُوتًا﴾¹، و مراعاة للضرورة، أجاز تقديم الصلاة عنه أو تأخيرها، واشترط سبحانه استقبال القبلة بقوله سبحانه: ﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾²، ثم أجاز الصلاة لغير القبلة مراعاة للضرورة، كما في صلاة الخوف، وصلاة المريض.

وهكذا تتنوع رخص الصلاة إلى رخص في الطهارة، ورخص في السفر، ورخص في حال المرض، ورخص في زمن الحرب، ورد تفصيلها في المطولات من كتب الفقه. وتتنوع كذلك رخص الصوم إلى إسقاط التكليف بالحكم، كما في الهرم والمرض المزمّن، وما يتعلق بالإعفاء المؤقت، مع المطالبة بالقضاء بعد زوال العذر، كما في المرض والحمل والإرضاع والسفر.

وفي باب المعاملات والحلال والحرام، والجنايات، روعيت الضرورة وظهر تأثيرها في الأحكام الأصلية، انطلاقاً من القرآن الكريم نفسه، وقد أوردنا من ذلك نصوصاً عديدة بصدد التأصيل للضرورة والظروف الاستثنائية، تبين أن الضرورة توقف الحكم الأصلي، من ذلك قوله تعالى: ﴿بِمَنْ ضُطِرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³، وقوله تعالى: ﴿بِمَنْ ضُطِرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ

1 - سورة النساء: الآية (102).

2 - سورة البقرة: الآية (143).

3 - سورة النحل: الآية (115).

4 - سورة البقرة: الآية (172).

إِسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ¹ ... ﴿٥٠﴾^١، وقوله تعالى:
﴿بِمَنْ أَضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾².

واستثماراً لمراعاة الضرورة بالنص، عمم علماء الأمة أثر الظروف الاستثنائية على كل حالات الضرورة، فقد تتعرض الحياة العامة لخطر من الأخطار، فيناط بالحاكم أمر مواجهتها حماية للمصلحة العامة ولو اقتضى منه الأمر عدم تطبيق نص شرعي، حصل تفعيل ذلك في اجتهاد عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما أوقف تطبيق آية السرقة أيام المجاعة، ومنع المسلمين من الزواج بالكتابات، على الرغم من إباحته بنص الكتاب، دفعا لأضرار عامة عن المجتمع³، قال تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَلِّحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾⁴، وتباح المحرمات، إما قياساً، أو أخذاً بعموم الآية في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا أَضْطُرِرْتُمْ بِهِ..﴾⁵، مع استثناء ما لا تبيحه الضرورة، كشرب الخمر للعطش عند مالك، لأنها لا تزيده إلا شراً⁶، وللعطش والتداوي عند الشافعي، لأنها تغيب العقل⁷، ومنع الكفر باللسان والقلب للإكراه، لأنه يصبح ردة حينئذ، ومنع الإقدام على ارتكاب القتل تحت تهديد الإكراه، وغيرها من الأمثلة التي يوردها الفقهاء تحت القاعدتين الفقهييتين العظيمتين: "إذا اجتمعت مفسدتان ولم يمكن دفعهما معاً، دفع أعظمهما، بارتكاب أخفهما" و"الضرر لا يزال بمثله أو أكثر منه".

1 - سورة الأنعام: الآية (120).

2 - سورة المائدة: الآية (04).

3 - فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص 376.

4 - سورة المائدة : الآية (06).

5 - سورة الأنعام: الآية (120).

6 - ابن الجلاب البصري أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن [ت 378هـ]: التفريع، دار الغرب الإسلامي،

ط1، 1987م، ج1، ص 408.

7 - جميل محمد بن مبارك: المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

الفرع الثالث: أوجه الالتقاء والاختلاف بين القانون والشريعة

إذا علمنا من خلال ما أوردناه في الفرعين السابقين أن للظروف الاستثنائية أثرا واضحا على القواعد الدستورية في كل من القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، فإنه من اللازم بيان أن بين النظامين نقاط التقاء ونقاط افتراق، نوردها فيما يلي:

أولا: أوجه الالتقاء

بحكم وحدة الموضوع، وهو الظروف الاستثنائية، أو الضرورة في نطاق الأحكام الدستورية، فإن هناك نقاطا يلتقي فيها كل من القانون الدستوري والتشريع الإسلامي، وقفنا منها على ما يلي:

أ- التفريق بين القوانين المعدة للحياة العادية، وما تقتضيه الظروف الاستثنائية: كل من القانون الدستوري والشريعة الإسلامية، يفرق بين الأوضاع العادية والأوضاع الاستثنائية التي تمر بها الدولة، الأمر الذي يستلزم مراعاة الإطار القانوني والشرعي الذي يصلح لكل حالة، فقد اتجهت الدساتير الوضعية المعاصرة، إلى توقع حدوث اضطرابات في الحياة العامة نتيجة أوضاع غير مستقرة داخليا، أو وشك حدوث اعتداء خارجي، تهدد الدولة في أمنها، أو وحدة ترابها، أو استقرار مؤسساتها، وأطلقت على ذلك نظرية الظروف الاستثنائية¹، كما أقرت الشريعة الإسلامية قبلها النظرية العامة للضرورة، بمنهج قابل للتطبيق في جميع مناحي الحياة، بما فيها الأحكام الدستورية، والعلاقات الخارجية، وأنطت بالحكام مواجهة تداعياتها، ولو اقتضى الأمر مخالفة القواعد الدستورية الصريحة، تجسيدا لرفع المشقة والحر، الذي يعتبر من الأصول العامة التي أكسبت التشريع الإسلامي مرونته، قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَبْدَكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾²، وقال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ

1 - ينظر: أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، ص 172 وما بعدها.

2 - سورة البقرة: الآية (184).

عَنْكُمْ وَخَلِقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا ﴿١﴾، وقال تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ ﴿٢﴾، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ﴿٣﴾. وقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ ﴿٤﴾.

والعمل على رفع الحرج والمشقة قد يستلزم مخالفة التشريعات العادية، بإقرار أحكام استثنائية، تتماشى والوضع الاضطراري الذي يمر به المجتمع.

ب - تقنين الظروف الاستثنائية

نقطة الالتقاء الثانية تتعلق بتقنين الظروف الاستثنائية، حيث كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى إقرار أحكام الضرورة، منذ نزول الوحي، وفي مختلف مجالات الحياة، مع اعتماد أدوات المرونة التي تأتي في مقدمتها القواعد والمبادئ العامة، القابلة للتطبيق حسب المكان والزمان، بينما التحقت التشريعات الوضعية بركب تقنين الظروف الاستثنائية خلال القرن التاسع عشر فقط، تجسيدا لأفكار بعض فلاسفة القانون في كل من ألمانيا، وإيطاليا، وفرنسا، مع اختلاف التجارب، وطرق التقنين، الأمر الذي جعل هذا التقنين بحد ذاته يواجه نظريات متناقضة فيما بينها، بعضها يرى أن الأصل في السلطات هي سلطة التشريع، وبالتالي يجب عليها أن تضيي المشروعية على قرارات السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية، وبعضها الآخر يستصحب حال الدولة أيام الحكم الفردي المطلق، ويقرر أن السلطة التنفيذية هي الأصل، ولها أولوية استرجاع

1 - سورة النساء: الآية (28).

2 - سورة المائدة: الآية (07)

3 - سورة الحج : الآية (76).

4- سورة البقرة : الآية(285).

زمام الأمور والسيطرة على الأوضاع، وتقدير ما تراه مناسبا في مواجهة الظروف الاستثنائية¹.

وبعد أخذ ورد طويلي المدى، هدأت المعركة أخيرا لصالح تقنين الظروف الاستثنائية، فأصبحت لكل دولة قوانينها المتعلقة بالظروف الاستثنائية، لكن بشكل مغاير لما عليه الأمر في الشريعة الإسلامية، سيأتي بيانه.

ج - الاعتراف بالسلطة التقديرية المقيدة للحاكم

مما اتفقت عليه الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي إناطة مهمة معالجة الظروف الاستثنائية بالحاكم، وتمكينه من أعمال سلطته التقديرية، في موازنة المخاطر، وتحقيق المصالح، مع اختلاف في أساس هذه السلطة ومداها.

د - السلطات التقديرية لرئيس الدولة في القانون:

من المسلمات القانونية أن اختصاص الإدارة يدور بين التقييد والتقدير، حيث يكون مقيدا؛ عندما يبين القانون صلاحيات السلطة الإدارية وينظمها بقواعد أمره ليس بوسعها أن تحيد عنها، وإلا وصم عملها بعدم المشروعية²، ويكون مقدرا؛ عندما يترك لها القانون حرية تقدير ما يفعل وما يترك، وكيفيته وفحواه، تبعا لظروف الزمان والمكان³، وتعتبر السلطة التقديرية هذه من الأهمية والخطورة بمكان في الوقت نفسه، ذلك أنه من جهة يستحيل ضبط تفاصيل الحياة العامة كلها، والقرارات المتعلقة بها، بقواعد أمره، ما أدى إلى إجماع الفقه والقضاء على ضرورة ترك مجال لتقدير الإدارة في إصدار قراراتها، كي يكون عملها ملائما لتحقيق الصالح العام.

ومن جهة أخرى تتسم السلطة التقديرية بنوع من الخطورة، كونها من العناصر الموازنة لمبدأ المشروعية، تفسح المجال أمام السلطة الإدارية في تطبيق القانون بناء على ما تراه ملائما لتحقيق الصالح العام، مما قد يعرض القانون والحقوق والحريات في

1 - سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، ص 265.

2 - عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة دراسة مقارنة، ص 107.

3 - حمد عمر حمد: السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، ط1، 2003م، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ص 95.

المجتمع للخطر، فالخطر المحقق بالنظام العام مثلا يناط برئيس الدولة تقديره، وتقدير ما يراه مناسباً من إجراءات، وقد يكون ذلك مصحوباً بالتهويل والمبالغة، أو التهوين والتقليل من شأنه، وكلاهما خطر، إما على الحقوق والحريات، أو على أمن الدولة واستقرارها، وقد يتخذ ذلك ذريعة لانتهاك القانون باسم الدستور.

وفي نطاق الظروف الاستثنائية راعت الدساتير المعاصرة الأمرين معاً، فاعترفت لرئيس الدولة بسلطته في تقدير الخطر، واتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات استثنائية بشأنه، وضبطت ذلك بضوابط تشريعية ورقابية، فالدستور الجزائري نص في المادة (105) منه على أن: "يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو حالة الحصار... ويتخذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع"، ولم يحدد مفهومها للضرورة الملحة، ولا نوع الخطر، ولا طبيعته، ولا آلية تقديره، ولا نوع التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، وترك كل ذلك لتقدير رئيس الجمهورية، بعد استشارة الهيئات الدستورية الواردة في المادة، وهي المجلس الأعلى للأمن، ورئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري.

وبنفس المنهج تعامل مع الحالة الاستثنائية، الواردة في صلب المادة (107) من الدستور، التي نصت على أن: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها....".

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجب المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية...".

ويجد رئيس الجمهورية نفسه بموجب هذه المادة أمام مسؤولية جسيمة في الحفاظ على استقلال الدولة وسلامة سير مؤسساتها، ويناط بسلطته التقديرية تحديد ما إذا كان الخطر الداهم يهدد أحد العناصر الواردة في النص، كما يناط به تقدير الإجراءات الاستثنائية المناسب بعد إجراء الاستشارات الدستورية الواردة في الفقرة الثانية من نفس المادة وهي رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري والاستماع للمجلس الأعلى للأمن.

هـ - السلطة التقديرية للحاكم في الشريعة الإسلامية:

تعتبر السلطة التقديرية للحاكم في الفقه السياسي الإسلامي واسعة، إذا ما قارناها بالمنظومات الدستورية المعاصرة، بحكم خاصية المرونة، التي تتميز بها الشريعة الإسلامية، المؤسسة على الاكتفاء بالقواعد العامة في التشريع، وترك التفاصيل تعالج من طرف أولياء الأمور حسب الزمان والمكان، وهي من صميم السياسة الشرعية التي تقتضي التوسعة على ولاة الأمور في أعمال ما تقتضيه المصلحة، مما لا يخالف أصول الدين¹.

وفي نطاق الظروف الاستثنائية، يعتبر الحاكم هو المسؤول عن قيادة بلده وأمته إلى ما فيه صلاحها واجتناب المخاطر المحدقة بها، ومن ثم يدخل ضمن واجباته أمر استتباب الأمن واستقرار حياة الناس، بحملهم على ما يحفظ لهم ذلك من تدابير، حتى لا يؤل أمرهم إلى الفوضى، وأمنهم إلى الاضطراب، وقد بين الإمام الجويني أهمية هذا الأمر قائلا: " ولا تصفوا نعمة عن الأعداء، ما لم يأمن أهل الإقامة والأسفار من الأخطار والأغرار، فإذا اضطربت الطرق وانقطعت الرفاق، وانحصر الناس في البلاد، وظهرت دواعي الفساد، ترتب عليه غلاء الأسعار، وخراب الديار، وهواجس الخطوب الكبار، فالأمن والعافية قاعدتا النعم كلها، ولا يتهدنا بشيء منها دونها، فلينتهض الإمام لهذا المهم، وليوكل بذلك الذين يخفون، وإذا جرى خطب لا يتواكلون ولا يتخاذلون..."².

ويتحدد نطاق السلطة التقديرية للحاكم بناء على هذا في نوعين من الوقائع هي:

النوع الأول: ما جاء بشأنه نص شرعي

وهو اختصاص مقيد في أصله، لكنه بحاجة إلى سلطة تقديرية، يتولى في ضوئها فهم النص وتنزيله على الواقعة، من حيث توافر شروط تنفيذه، أو وجود موانع تحول دون ذلك، والتميز بين النصوص من حيث العموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، وغير ذلك مما يؤثر في الحكم تبعا لظروف الزمان والمكان، ولعل ما فعله

1- عبد الله محمد ربابعة: السياسة الشرعية وأهميتها في تحقيق الأمن المجتمعي، المجلة العربية للدراسات الأمنية

والترتيب، المجلد (30)، العدد(59)، الرياض 2014م، ص 24.

2 - الجويني : غياث الأمم في التياث الظلم، ص 157، 158.

الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه تجاه تطبيق حد السرقة عام المجاعة، من هذا القبيل.

النوع الثاني: ما لم يرد فيه نص

وهي أحكام تشكل نطاق الاجتهاد، على سعة مجاله، حيث يناط بالحاكم أن يجتهد لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تواجهها البلاد، عملاً على تحقيق المصالح، ودرءاً للمفاسد، في ضوء مقاصد الشريعة، وضوابط القواعد العامة، منها:

قاعدة " تصرف الحاكم على الرعية منوط بالمصلحة"¹:

وهي أساس تتضبط به سلطة الحاكم في المصالح المرسلّة التي تؤطر بها الأمور المباحة، تبعاً للمتغيرات، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الشيء لمصلحة تقتضيه، ثم يبيحه إذا تغيرت الحال، بحكم كون المصلحة هي غاية التشريع².

وبناء عليه فقد يقتضي ظرف استثنائي من الحاكم أن يوقف العمل بأمر مباح، إذا أدى استعماله إلى ضرر راجح يمس مصلحة المجتمع، أو يوجبه إذا كان في ذلك تحقيق للمصالح العام، خاصة إذا رأى أن الناس يتخذون هذا المباح ذريعة إلى مفسدة³.

- قاعدة: "الضرر يزال"⁴.

التي تعتبر أساساً للقاعدة السابقة، وأصلاً لمنع الفعل الضار.

- قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات":

وهي قاعدة كلية مشهورة تلقنتها الأمة بالقبول، يستند إليها الإمام عند الظروف الاستثنائية في اتخاذ قرارات هي في الأصل محظورة، إعمالاً للضرورة، المتعلقة بحماية الأمة في دينها أو دنياها، فيمنع السفر، ويصادر الأموال، ويقتل دفاعاً للمصالح

1 - السبكي تاج الدين بن علي [ت771هـ]: الأشباه والنظائر، ج 1، ص310؛ ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر، ص137.

2 - فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص233.

3 - المرجع السابق، ص234.

4 - يرجع أصل القاعدة، للحديث الذي أخرجه مالك في الموطأ، عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار"، أوردها كل من ابن نجيم، والسيوطي، في كتابيهما: "الأشباه والنظائر".

والمعتدي، شريطة الالتزام بالقواعد المقيدة لإطلاق هذه القاعدة¹، وتحلها بذلك أعلن الخليفة أبو بكر الصديق رضي الله عنه الحرب على مانعي الزكاة، صيانة للدين الذي يعتبر أكد الضرورات، وأعلى قواعد النظام العام.

قاعدة "المشقة تجلب التيسير":

التي تعتبر أصلا شرعيا عاما، لدى الأصوليين والفقهاء، تنبثق عنه معظم الرخص²، ومن مقتضياتها عمل الحاكم على رفع الحرج والمشقة عن الناس، والتيسير عليهم، خاصة في أحوال الضرورة والظروف الاستثنائية، وقد اجتهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه في مسائل عديدة، منها عدم تنفيذ الحد على المرأة التي زني بها تحت الإكراه³، ووقف تطبيق حد السرقة لضرورة الناس لما يأكلون⁴.

اعتبار رئيس الدولة هو المسؤول عن استتباب الأمن:

من نقاط الالتقاء وأوجه التشابه بين الشريعة والقانون، إناطة واجب تأمين المجتمع بالحاكم أو رئيس الدولة، وذلك نظرا لاتفاقهما حول ضرورة وجود حاكم واحد، يعترف له المجتمع بشرعية سلطته، ويلتزم بطاعته، حتى تتحقق دولة المشروعية، فبالنسبة للشريعة الإسلامية تناول فقهاء السياسة الشرعية سلطات الحاكم وواجباته تجاه حماية الشريعة، والدود عن حمى الدولة، ونشر العدل فيها في جميع الظروف، بما فيها الظروف الاستثنائية، وبالنسبة للقوانين الوضعية، فإن الدساتير تعين بالإسم رئيس الدولة على رأس سلطات الضبط الإداري، حيث يتمكن من إعلان حالة الطوارئ، أو الحصار، أو الحالة الاستثنائية، أو حالة الحرب، حسب درجة الخطر المحدق بالنظام العام في الدولة ونوعه.

1 - ابن نجيم الحنفي: المصدر السابق، ص 94.

2 - محمود محمّد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 51.

3 - محمد الرضا عبد الرحمان الأغيش: السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعا المعاصر، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1996م، ص 235.

4 - المرجع السابق، ص 311.

ثانياً: أو جه الاختلاف بين القانون الدستوري والشريعة الإسلامية

ولئن كانت الشريعة الإسلامية تلتقي مع القانون الوضعي في مسائل من آثار الظروف الاستثنائية في القواعد الدستورية، فإن ذلك لا يعني التطابق الكلي بينهما، وإنما بينهما من الاختلاف ما يحفظ لكل تشريع ميزته، نبين ملامح ذلك في الآتي:

أ - اختلافهما من حيث مصدر سلطة الحاكم

الحاكم في الشريعة الإسلامية يستمد اختصاصاته من نصوص الوحي، القرآن والسنة، وهما مصدران منزلان، معصومان عن الخطأ، ومتصفان بالكمال، بينما رئيس الدولة في الأنظمة الدستورية المعاصرة، يستمد اختصاصاته من دساتير وضعية، من صنع البشر، عبر التجارب المتراكمة، رؤيتها في استيعاب احتياجات الدولة محدودة، مهما علت القدرة التنظيرية للمؤسس، الأمر الذي يجعلها متسمة بالنقص، والحاجة إلى التطوير المستمر، وفي كثير من الأحيان، تصطدم الدولة بفراغات دستورية تكاد تسقط بسببها، وقد عشنا في الجزائر أوائل التسعينيات من القرن الماضي تداعيات فراغ دستوري قاتل، جاءت به صياغة المادة 84 من دستور 1989م¹، أغرق البلاد في برك من الدماء لما يزيد عن عشر سنوات، ومرحلة انتقالية خارج نطاق الشرعية الدستورية ودولة المؤسسات، لما يزيد عن خمسة عشر سنة، واختلاف المصدر يثمر الاختلاف في التعاطي مع الظروف أيضاً، خاصة الاستثنائية منها، وبحكم مرونة الشريعة الإسلامية وكمالها؛ لم نسمع يوماً أن نظام الحكم الإسلامي في فترة من فتراته واجه أزمة فراغ تشريعي، أو عجزاً عن تشكيل مؤسسات الدولة، فقد توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم، وترك أمر تعيين الحاكم شورى بين الناس، دون أن يفرض نمطاً محدداً على شاكلة الدساتير الجامدة في عصرنا، واجتهد الصحابة إعمالاً للشورى فانتخبوا أبا بكر الصديق رضي الله عنه، لكن حينما جاءت وفاة الخليفة، ووجد أن الدولة تعيش

1 - ذلك أن المادة (84) أنطت بالمجلس الدستوري تثبيت الشغور لمنصب الرئاسة، وبالمجلس الشعبي الوطني تكليف رئيسه بتولي رئاسة الدولة بالنيابة لمدة أقصاها 45 يوماً، تنظم فيها الانتخابات الرئاسية، لكن حدث وأن استقال رئيس الجمهورية الشاذلي بن جديد، في 11 يناير 1992م، واقترن ذلك بشغور المجلس الشعبي الوطني بسبب حله، وغياب المجلس الدستوري، الأمر الذي ترك البلاد في وضع دستوري استثنائي.

أوضاعاً استثنائية في علاقاتها الخارجية، قرر أن يسلم المشعل بالاستخلاف لمن يراه كفيلاً بقيادة المرحلة، ووقع اختياره على عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهكذا

ب - اختلافهما من حيث طريقة مراعاة الظروف الاستثنائية

الطابع الغالب على أحكام الشريعة الإسلامية هو المرونة، مما يستلزم قدراً كافياً من المرونة في مراعاتها للظروف الاستثنائية، حيث يكفي أن يقول المولى تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾¹، ليتم تعامل الأمة في ظل ذلك بالشورى مع أي ظرف طارئ، بينما يغلب على الدساتير الوضعية طابع الجمود في التعامل مع الظروف الاستثنائية، حيث يعمد المؤسس إلى توظيف الفقه الافتراضي، في توقع صور بعينها من الحالات الاستثنائية، ويقننها بمفاهيمها، وأهدافها، وإجراءاتها، وشروطها، وأي ظرف واقعي تصطدم به الدولة خارج ما تم افتراضه من المؤسس الدستوري، يؤدي إلى انسداد في صيرورة المؤسسات الدستورية.

ج - إختلافهما من حيث مدى ثبات نصوصهما في وجه الظروف الاستثنائية

نصوص الشريعة الإسلامية أكثر ثباتاً من نصوص القانون الوضعي في الحالات الطارئة، لجملة من العوامل، أهمها:

1- غلبة المرونة على أحكام التشريع الإسلامي:

يقابل ذلك غلبة الجمود على نصوص القواعد الدستورية، ذلك أن طبيعة النصوص الشرعية حملت من القواعد والمبادئ العامة ما يجعلها خالدة، وصالحة للتطبيق زماناً ومكاناً، وتحمل بنفسها الإطار التشريعي الذي يصلح للظروف الاستثنائية، في مقدمته قواعد الضرورة، بينما القواعد الدستورية توضع على سبيل التفصيل، تقييداً للسلطات عن انتهاك المشروعية من جهة، ومن جهة أخرى تنص بنفسها على صلاحية رئيس الدولة في تجاوزها والتحرر منها إذا اقتضت ضرورة ملحة ذلك.

1 - سورة الشورى: الآية (35).

2- خضوع القواعد الدستورية لفلسفة النظام السياسي القائم:

يصنعها للدفاع عن بقائه والتمكين لخياراته السياسية والاجتماعية، وتنتهي بانتهائه، وقد يقوم بتعديلها جذريا مرات متعددة، للبحث عن الاستقرار السياسي، وإطالة أمد بقائه، يثبت ذلك ما يفرزه واقع التغيير السياسي في مختلف الدول التي تواجه ظروفًا استثنائية، من الثورة على الأنظمة القائمة، واستبدال نظمها الدستورية، ومن الأمثلة الحية على ذلك ما يشهد به التاريخ السياسي الفرنسي بعد ثورة 1789م، حيث تعاقب سقوط الدساتير إثر كل تجديد للثورة، حتى قيام الجمهورية الخامسة 1958، على الرغم من أن تلك الدساتير كانت تنص في غالبيتها على سلطة رئيس الدولة في مواجهة الظروف الاستثنائية¹.

ونفس الأمر حدث في الدولة الجزائرية بعد الاستقلال، بدءًا بلائحة لجنة التنسيق والتنفيذ لجبهة التحرير الوطني، بتاريخ 19 سبتمبر 1958، التي قررت إنشاء الحكومة المؤقتة، ثم برنامج طرابلس، ثم إعلان المجلس الوطني التأسيسي في (25) سبتمبر 1962، الذي وضع أرضية دولة المشروعية والمؤسسات والحريات.

1 - نصت المادة الأولى من دستور (03) سبتمبر 1791 على أن: "يباشر الملك السلطة التنفيذية، وبصفته الرئيس الأعلى للدولة يتولى مهمة وقاية النظام العام والسكينة العامة، كما أنه يحافظ على الأمن الخارجي ويحمي الحقوق والأموال".

كما نصت المادة (92) من دستور السنة الثامنة على أنه: "إذا حدثت ثورة مسلحة أو اضطراب يهدد سلامة الدولة، وكان البرلمان في عطلة، جاز للحكومة أن تصدر قرارًا بإيقاف تطبيق الدستور والقانون في النواحي وفي المدة التي تحتم الظروف فيها ذلك، على أن تدعو البرلمان للانعقاد في أقرب وقت ممكن". وألغى هذا المضمون بنص المادة (13) من ميثاق (14) أوت 1830م الذي نص على أن: "للملك أن يصدر اللوائح والأوامر اللازمة لتنفيذ القوانين، دون أن يكون في استطاعته إيقاف العمل بالقوانين أو الإعفاء من تنفيذها". ثم أعيدت تجربة أخرى في دستور الجمهورية الثالثة، عام 1875، بتنظيم حالة الأزمة عبر آلية التفويض التشريعي.

وجاء دستور الجمهورية الرابعة سنة 1946 خاليًا من تنظيم حالة الأزمة، مما كون ظروفًا استغلها ديغول في إعلانه دستور الجمهورية الخامسة سنة 1958، وضمنه المادة (16) منه، التي مكنت رئيس الجمهورية من سلطات استثنائية واسعة على النحو الذي تك بيانه سالفًا. (ينظر: أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، ص 173 وما بعدها).

ثم دستور 1963¹، الذي كان تجربة قصيرة المدى، لم تعمر طويلا، حيث تم تجميده بعد (23) يوما من إصداره، ودخوله حيز التنفيذ، نتيجة استغلال رئيس الجمهورية للمادة (59) منه. والتي نصت على أنه: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية، ويجتمع المجلس الوطني وجوبا".

إذ قام الرئيس بن بلة بتطبيق هذه المادة في (03) أكتوبر 1963، وجمد العمل بالدستور، إثر ما يطلق عليه التمرد العسكري الذي قاده آيت احمد ومحمد أولحاج². ثم سقط هذا الدستور كلية بموجب الأمر رقم (65.182)، بتاريخ 10 جويلية 1965، الذي أرجع الجزائر من الشرعية الدستورية الفتية، إلى الشرعية الثورية ووحدة السلطة، وتمتع الحكومة بالتفويض الدائم من مجلس الثورة للقيام بالسلطات الضرورية لسير أجهزة الدولة وحياة الأمة³، وهذا من أخطر آثار الظروف الاستثنائية على الدساتير أين توضع قواعدها في مهب الريح، بمجرد تغير مزاج أو فلسفة السلطة.

ونفس الأمر حدث مع دستور 1976، الذي مكن رئيس الجمهورية من خلال مواده (119،120،121،122)، على التوالي من إعلان حالة الطوارئ أو الحصار، والحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وحالة الحرب، إذا حدثت ضرورة ملحة، أو خطر وشيك الوقوع على مؤسسات الدولة، أو استقلالها، أو سلامة ترابها، أو وقوع عدوان على البلاد.

1 - تم إعداده من طرف المكتب السياسي بإيعاز من الحكومة، طرح للمناقشة على مستوى الندوات الجهوية لإطارات الحزب، ثم تمت الموافقة عليه من الندوة الوطنية لإطارات الحزب في (31) جويلية، ثم قدم للمجلس التأسيسي للمصادقة دون مناقشة، مما أثار هزة سياسية عنيفة بين المجلس التأسيسي والحكومة، انتهت باستقالة رئيس المجلس، والموافقة على مسودة الدستور في (29) أوت 1963، بموافقة (139) نائبا، مقابل اعتراض (23)، وامتناع (8)، وغياب (22)، وعرض على الشعب للاستفتاء في (8) سبتمبر، ليوافق عليه ب: 5.166.185 من مجموع 5.270.597 صوتا معبرا عنه، ومن مجموع 6.391.818 مسجلا، وبلغ عدد الأصوات الراضية له 105017 صوتا، وألغى 13377 صوتا. (ينظر: سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، ص 48)

2 - سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 57.

3 - المواد من (1 إلى 6) من الأمر رقم (65-182)، مؤرخ في 10 جويلية 1965م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثانية، العدد (58)، مؤرخ في (13) جويلية 1965، ص 831، 832.

ومع ذلك لم تكن هذه النصوص لتقدر على الصمود أمام الظروف الاستثنائية التي حدثت في الخامس أكتوبر سنة 1988¹، حيث حاول رئيس الجمهورية جاهدا استعادة السيطرة على الأوضاع، من خلال تطبيق المادة (119) من الدستور، بإعلان حالة الحصار، وإنزال الجيش للشارع، لكن سرعان ما أفرز ذلك فلسفة جديدة أعلن الرئيس بموجبها تعديل الدستور، والإعداد لدستور جديد على قيم التعددية والديمقراطية، والتحرر من فلسفة النظام الاشتراكي، فكان دستور 1989، الذي سقط هو الآخر أمام ظرف استثنائي سنة 1992، سببه الفراغ الدستوري الذي أحدثته استقالة الرئيس في غياب البرلمان، ما دعى إلى تعديل الدستور بشكل جذري مرة أخرى سنة 1996، وتحديث مواده من حين لآخر، إلى غاية آخر تعديل سنة 2016.

بينما قواعد الحكم في الإسلام تنسم بالاستقرار والثبات في وجه العواصف الاستثنائية، والكل يسلم بعظمتها وقديستها، ويسعى لحسن تطبيقها، سواء في ذلك النظام الحاكم أو المعارضة، وهي قواعد فوق النظام السياسي الحاكم، وفوق المعارضة، وما عرف في التاريخ السياسي الإسلامي عن أحد ادعاء عجز الشريعة عن إيجاد حلول لقضايا واقعية، في الظروف العادية أو الاستثنائية.

المطلب الثاني: أثرها على قواعد القانون العادي

تتمثل قواعد القانون العادي في تلك النصوص المكتوبة، التي تتوفر فيها سمات القاعدة القانونية، التي تضعها السلطة التشريعية (البرلمان)، تجسيدا لاختصاصاتها الدستورية، وطبقا للإجراءات المنصوص عليها فيه².

الأصل أن تحدد الدساتير مجالات تعتبر حكرا على القانون، ولا يمكن لغير المشرع وضع الأحكام المتعلقة بها، ويقتصر دور السلطة التنفيذية على تنفيذها، لكن قد تحدث ظروف استثنائية تستدعي التدخل السريع، بالتزامن مع عدم انعقاد البرلمان،

1 - موجز هذه الأحداث اتساع رقعة الإضرابات، والاحتجاجات على الأوضاع الاجتماعية، ثم تحولت إلى مظاهرات عارمة ضد النظام، استعملت قوة القمع ضد المتظاهرين، فأودت حسب الإحصائيات الرسمية، بحياة (189) قتيلا، و 1442 جريحا. (سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 178).

2 - محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، ط1، 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ص 115.

إما لكونه في عطلة، أو لكونه منحلا، أو يكون البرلمان موجودا لكن استعجالية الظرف لا تسمح باجتماعه وإعداده لمسودة قانون، إنشاء أو تعديلا، ومناقشتها والمصادقة عليها، وقد يفرض الظرف وقف العمل بقوانين قائمة لتتأفي تطبيقها والصالح العام، ومن هنا يأتي هذا المطلب لبيان آثار الظروف الاستثنائية على القانون، وضعا وتطبيقا، ثم مقارنة ذلك مع الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: آثار الظروف الاستثنائية في وضع القانون.

تعتبر آثار الظروف الاستثنائية من الأسباب التي تؤثر على مبدأ الفصل بين السلطات، حيث يحدث تداخل بين وظائفها، خاصة اتساع نطاق تدخل السلطة التنفيذية في وظيفة التشريع، من ذلك حلولها محل المشرع في وضع القانون.

أولا: ضرورة احتكار البرلمان لسلطة التشريع.

عملا بمقتضيات مبدأ المشروعية، لكل سلطة اختصاصها، ويتمتع البرلمان بسيادة وضع القانون باعتباره منتخبا من الشعب لهذا الغرض، وهو مبدأ كرسته الدساتير الجزائرية على اختلاف مناهجها وفلسفتها السياسية، نص عليه دستور 1963 في المادتين (27،28)¹، ودستور 1976 في المادة (126)²، ودستور 1989 في المادتين (92،94)³، ودستور 1996 في المادتين (99،100)¹، التي صارتا بعد التعديل الأخير في سنة 2016 تحت أرقام (112، 115)².

1 - نصت المادة (27) من دستور 63 على أن: "السيادة الوطنية للشعب، يمارسها بواسطة ممثلين له في مجلس وطني، ترشحهم جبهة التحرير الوطني، وينتخبون باقتراع عام مباشر وسري لمدة خمسة سنين".
ونصت المادة (28) منه كذلك على أن: "يعبر المجلس الوطني عن الإرادة الشعبية، ويتولى التصويت على القوانين، ويراقب النشاط الحكومي".

2 - نصت المادة (126) من دستور 76 على أن: "يمارس الوظيفة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني. للمجلس الوطني في نطاق اختصاصاته سلطة التشريع بكامل السيادة. يعد المجلس الشعبي الوطني القوانين ويصوت عليها".

3 - نصت المادة (92) من دستور 1989 على أن: "يمارس السلطة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".
ونصت المادة (94) منه على أن: "واجب المجلس الشعبي الوطني في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيما ثقة الشعب، ويظل يتحسس تطلعاته".

وانطلاقاً من ذلك يجب على البرلمان الالتزام بتوفير الغطاء القانوني لتحقيق وظائف الدولة في مختلف المجالات طبقاً للدستور، الذي تولى تنظيم السلطات وتحديد اختصاصاتها، في ضوء طريقة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات.

ثانياً: مساهمة رئيس الجمهورية في التشريع

بالنظر لواقع العلاقة بين السلطات في الدستور الجزائري، ندرك أن هناك تعاوناً بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، يتيح لرئيس الجمهورية المساهمة في التشريع، من خلال المظاهر التالية:

أ - مساهمته في اقتراح مشاريع القوانين

تعتبر مساهمة السلطة التنفيذية في اقتراح القوانين خياراً استراتيجياً، لدى النظم البرلمانية تكريساً لمرونة العلاقة بين السلطات³، أخذ به المؤسس الجزائري منذ دستور 1963، بموجب المادة (36) منه⁴، ودستور 1976 بموجب المادة (148)⁵، ودستور 1989 بموجب المادة (113)⁶، ودستور 1996 بموجب المادة (119)¹، التي أصبحت بعد التعديل الدستوري سنة 2016 تحت رقم (136).

1 - نصت المادة (98) من دستور 96 على أن: "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه". ونصت المادة (100) منه على أن: "واجب المجلس الشعبي الوطني في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيما لثقة الشعب، ويظل يتحسس تطلعاته".

2- لم يحدث هذا التعديل الدستوري أي تغيير في نص المادتين باستثناء تغيير الترقيم بسبب إضافة مواد جديدة قبلهما.

3 - عادل ثابت: النظم السياسية دراسة للنماذج الرئيسية الحديثة ونظم الحكم في البلدان العربية وللنظام السياسي الإسلامي، ط 2007، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 104؛ نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط 7، 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ص 381.

4 - نصها: "الرئيس الجمهورية وللنواب حق المبادرة بتقديم القوانين"

5 - نصها: "المبادرة بالقوانين حق لرئيس الجمهورية، كما أنها حق لأعضاء المجلس الشعبي الوطني. تكون اقتراحات القوانين قابلة للنقاش إذا قدمها عشرون نائباً. تقدم مشاريع القوانين من الحكومة إلى مكتب المجلس الشعبي الوطني".

6 - نصها: " لكل من رئيس الحكومة وأعضاء المجلس الشعبي الوطني حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للنقاش إذا قدمها عشرون نائباً. تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني"

وقد كانت دساتير فترة الأحادية تعتبر رئيس الجمهورية صاحب حق مباشر في اقتراح القوانين، لكن بداية من دستور 1989، ثم تعديل 1996، أنيطت المهمة برئيس الحكومة، على أن يعرض المشروع على مجلس الوزراء الذي يرأسه رئيس الجمهورية، ما يعني أن دوره لا يزال سيّدا في الموضوع، خاصة بعد تعديل الدستور سنتي 2008، و2016 حيث وضع حد لاستقلال الحكومة عن الرئيس، واستبدل منصب رئيس الحكومة بالوزير الأول، واستبدل برنامج الحكومة بمخطط عمل الحكومة.

ب - إصداره للقوانين

من مظاهر مساهمة رئيس الجمهورية في التشريع، إصداره للقانون، وإخراجه إلى حيز الوجود، وهو من الاختصاصات التقليدية التي تتفق الدساتير عليها، نكتفي بموقف الدستور الجزائري على اختلاف مراحل تطوره، ففي دستور 1963، نصت المادة (49) منه على تكليف رئيس الجمهورية بإصدار القوانين ونشرها³، وورد الحكم نفسه في المادة (154) من دستور 1976⁴، والمادة (117) من دستور 1989⁵،

1 - نصها: "لكل من رئيس الحكومة والنواب حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها عشرون نائبا. تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب المجلس الشعبي الوطني". تم تحديث بعض التفاصيل فيها بموجب التعديل الدستوري سنة 2016، على النحو التالي: " لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها عشرون (20) نائبا، أو عشرون (20) عضوا من مجلس الأمة في المسائل المنصوص عليها في المادة (137) أدناه. تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني، أو مكتب مجلس الأمة".

2 - منيرة بلورغي: المركز القانوني لرئيس الجمهورية بعد التعديل الدستوري لسنة 1996 وأثره على النظام السياسي، مذكرة ماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013. 2014، ص210،211.

3 - نص المادة: "يكلف رئيس الجمهورية بإصدار القوانين ونشرها. يصدر القوانين خلال الأيام العشرة (10) ، الموالية لإحالتها عليه من طرف المجلس الوطني، ويوقع مرسومات التطبيق، ويمكن التخفيض من الأيام العشرة عندما يطلب المجلس الوطني الاستعجال".

4 - نصها: "يصدر رئيس الجمهورية القوانين في أجل ثلاثين يوما(30) ابتداء من تاريخ تسليمها له".

5 - نصها: "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ تسلمه إياه".

والمادة (126) من دستور 1996¹، المتطابقة في مضمونها مع نص المادة (144) في تعديل 2016، باستثناء التعديل في أرقام المواد المحال عليها.

والملاحظ على هذه النصوص ما يلي:

أ- تميز نص المادة (49) من دستور (63) بالنص تفصيلا على عدد من المسائل، وسكت عن مسائل أخرى، نذكر ذلك في الآتي:

المسألة الأولى: تكليف رئيس الجمهورية بإصدار القانون ونشره، في حين اكتفت بقية الدساتير بذكر سلطة الإصدار، والتكليف هنا يعني الوجوب، الأمر الذي يجعل تأخر الرئيس في إصدار القانون تعطيلًا لتنفيذ القانون².

ولعل ذكر مهمة النشر إلى جانب الإصدار ليس لمجرد التكرار، وإنما للتفريق بين المصطلحين، من حيث أثرهما القانوني، وقد بين سعيد بو الشعير أن الإصدار مرحلة تكميلية ضرورية للقانون، تعطيه قوته الإلزامية، بموجبه يضيفي رئيس الدولة صفة النص على القانون الذي صادق عليه البرلمان، وبدونه لا تلزم المحاكم بتطبيقه، ولا الإدارة بتنفيذه، ولا المواطنون باحترامه³.

بينما عملية النشر إجراء أو عمل مادي، يقصد به إخطار الجمهور بأحكام القانون، ونفاذه في تاريخ محدد، وهو في العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ النشر، وفي غير العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة، ويشهد ختم الدائرة على تاريخ الوصول⁴، طبقا لنص المادة الرابعة (04) من القانون المدني الجزائري⁵.

1 - نصها: "يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ تسلمه إياه. غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 166 الآتية؛ المجلس الدستوري قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 167 الآتية".

2 - محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 117، 118.

3 - سعيد بو الشعير: المرجع السابق، ص 225.

4 - المرجع السابق، ص 229، 230.

5 - الأمر رقم 58.75 المؤرخ في عشرين (20) رمضان عام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

المسألة الثانية: تحديد مدة زمنية قصيرة، لا تتعدى عشرة (10) أيام الموالية لإحالتها عليه، يتولى فيها رئيس الجمهورية إصدار القوانين، لا يسمح له بالتأخر عنها، وإلا طبقت المادة (51) من هذا الدستور، التي تنص على أنه: "إذا لم يصدر رئيس الجمهورية القوانين في الآجال المنصوص عليها، فإن رئيس المجلس الوطني يتولى إصدارها".

المسألة الثالثة: التفريق بين الأحوال العادية والأحوال الاستثنائية، حيث حدد عشرة (10) أيام لإصدار القانون، ونص في الوقت نفسه على إمكانية إقرار المجلس تخفيضا في المدة، نظرف استعجالي، نص على ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة (49) السالفة الذكر، بالقول: "ويمكن التخفيض من أجل الأيام العشرة عندما يطلب المجلس الوطني الاستعجال".

المسألة الرابعة: السكوت عن مدى بقاء نفس المدة أو تغييرها، إذا أثرت رقابة الدستورية أمام المجلس الدستوري، طبقا للمادة (64) من نفس الدستور¹، وقد تم تدارك الفراغ في الفقرة الثانية من المادة (126) من التعديل الدستوري 1996، بسريان المدة ابتداء من تاريخ فصل المجلس الدستوري في مدى دستورية القانون.

ب- ربط واجب الإصدار بمدة زمنية محددة، كافية لاستكمال الإجراءات المتعلقة بالإصدار والنشر، حددها دستور 1963 بعشرة أيام، بينما غيرتها بقية الدساتير إلى ثلاثين (30) يوما، وقد أثرت بشأن هذه السلطة إشكالات مختلفة، تتعلق بمدى قيمتها القانونية والسياسية، ومدى تحديد طبيعتها من حيث كونها سلطة سيادية مطلقة، أو سلطة سياسية مقيدة، أو مجرد صلاحية إدارية، لا أثر لها في سيادة البرلمان على التشريع².

1 - نصها: "يفصل المجلس الدستوري في دستورية القوانين والأوامر التشريعية، بطلب من رئيس الجمهورية، أو رئيس المجلس الوطني".

2 - سعودي باديس: حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2005، ص 122 وما بعدها.

والمتمأمل للنصوص الدستورية المتعاقبة في الموضوع ابتداء من دستور 1976، يدرك أن المؤسس تراجع عن كونها سلطة سياسية مقيدة يساهم من خلالها رئيس الجمهورية في إخراج النص القانوني للوجود¹، وحولها إلى سلطة سيادية مطلقة، لا جزاء يحميها سياسيا أو جنائيا، بل وسيلة اعتراض غير مصرح به على القانون الصادر من البرلمان، خاصة وأن الوقائع العملية الكثيرة جدا؛ أثبتت أن رئيس الجمهورية توقف عن إصدار كثير من القوانين، دون أن يسجل عليها اعتراضه².

ج - سلطته في الاعتراض على القوانين

من مظاهر تدخل رئيس الجمهورية في التشريع، والمكملة لسلطته في إصدار القانون؛ تمتعه بسلطة الاعتراض على القوانين، وهي وظيفة يوازن بها سيادة البرلمان في وضع القوانين، باعتباره المهيم على تنفيذ سياسة الدولة، والأعلم بالخلل الذي يمكن أن يحمله القانون.

يعبر عن هذه السلطة بعدد من الاصطلاحات، منها: الاعتراض، القراءة الثانية، المداولة الثانية، الفيتو، النقض، وكلها تدل على معنى واحد هو: "سلطة رئيس الدولة في إيقاف القانون الذي وافق عليه البرلمان"³

وقد كرس الدستور الأمريكي هذه التقنية، في البند الثاني من الفقرة السابعة من المادة الأولى من الدستور، حيث جاء فيها أن: " كل مشروع قانون ينال موافقة مجلس النواب ومجلس الشيوخ، يجب قبل أن يصبح قانونا أن يقدم إلى رئيس الولايات المتحدة، فإذا وافق عليه وقعه، وإذا لم يوافق عليه أعاده مقرونا باعتراضاته إلى المجلس الذي طرح فيه...".

وهو نفس الحكم الذي كرسه الدستور الفرنسي في المادة العاشرة (10) منه، والدستور الجزائري لسنة 1963، بموجب المادة خمسين (50) منه¹، ودستور 1976 بموجب

1- ذلك أن المادة 51 من دستور 1963 نصت على أنه: "إذا لم يصدر رئيس الجمهورية القوانين في الآجال المنصوص عليها، فإن رئيس المجلس الوطني يتولى إصدارها". ثم ألغي هذا النص في 1976، وأصبح إصدار القانون حكرا على رئيس الجمهورية، دون إقرار آلية لرقابة عدم الالتزام.

2 - سعودي باديس: المرجع السابق، ص 126.

3 - سعودي باديس: المرجع السابق، ص 9.

المادة مائة وخمسة وخمسين (155) منه²، ودستور 1989 بموجب المادة مائة وثمانية عشر (118) منه³، ودستور 1996 بموجب المادة مائة وسبعة وعشرين (127) منه، التي أصبحت بعد التعديل الدستوري 2016 برقم مائة وخمسة وأربعين (145)⁴. ويمثل هذا الاختصاص نقطة تبادل للتأثير بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، على نحو تراقب مل منهما الأخرى، تطبيقاً لتوصية الفقيه مونتيسكيو: "لا توقف السلطة إلا السلطة"، تفادياً للاستبداد⁵.

يعتبر الاعتراض على القوانين نمطا من الرقابة التي يمارسها رئيس الدولة على البرلمان، في إطار الرقابة المتبادلة بين المؤسستين، يمتد نطاقها ليشمل رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة، فبالنسبة للملاءمة يمكن رئيس الجمهورية باعترابه المهيم على السلطة التنفيذية، والأقرب من الواقع، أن يكتشف عيبا من عيوب النص التي تجعله غير صالح للتطبيق، كأن يجد تناقضا في محتواه، أو يجد فيه بنودا صعبة التطبيق، أو لا تخدم أغراضا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية محددة، ويمكنه كذلك أن يرى عدم ملاءمته بناء على بواعثه السياسية، أو عدم مناسبته للظرف الذي يطرح فيه، فيطلب للبرلمان إجراء مداولة ثانية لتصويب النص. ومن ناحية المشروعية، قد يكتشف الرئيس مخالفة القانون لمبدأ من مبادئ الدستور، أو نص قانوني ساري المفعول، فينبه البرلمان عليه احتراماً للدستور وللقانون.

1 - نصها: "يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني برسالة مبينة الأسباب خلال الأجل المحدد لإصدار القوانين، للتداول في شأنها مرة ثانية، ولا يمكن رفض طلبه هذا".

2 - نصها: "لرئيس الجمهورية سلطة طلب إجراء مداولة ثانية حول قانون تم التصويت عليه، وذلك في ظرف ثلاثين (30) يوما من تاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني".

3 - نصها: "يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الشعبي الوطني إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه، ويكون هذا الطلب خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني".

4 - نصها: "يمكن رئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه، في غضون الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة".

5 - سعودي باديس: المرجع السابق، ص 23.

فهو من هذه الزاوية عامل مرونة يهدف إلى تحقيق التعاون والتكامل بين السلطات، ويراه البعض الآخر من وجهة نظر أخرى، أداة من أدوات التأثير على سيادة البرلمان في التشريع، وتقييده بالخضوع لما تراه السلطة من خيارات.

ثالثا: الاستقلال بالتشريع (الأوامر الرئاسية)

من آثار الظروف الاستثنائية في التشريع، فسح المجال أمام السلطة التنفيذية كي تحل محل البرلمان في وضع القوانين، بواسطة آلية الأوامر الرئاسية¹. والتشريع بالأوامر آلية سياسية، كرسها كثير من الدساتير، وتباينت مواقف الفقه منها، بالنظر إلى أن التشريع وظيفة سيادية للبرلمان، والسماح بامتداد يد السلطة التنفيذية إليه، محفوف بمخاطر جمة، من بينها هيمنة سلطة واحدة على الوظيفة السياسية في الدولة، بدل فصل السلطات، وفيما يلي بيان موقف كل من القانون والفقه، ثم تحديد مظاهر التشريع بالأوامر وضوابطها.

أ- موقف الفقه والتشريع

من خلال هذا العنصر، سنتعرف على الموقف من التشريع بالأوامر فقها وقانونا، وذلك من خلال الخطوات التالية:

1. الأساس الدستوري للتشريع بالأوامر:

تبنى المؤسس الدستوري الجزائري آلية التشريع بالأوامر مع أول نشأة للدولة الجزائرية الحديثة غداة الاستقلال، وبالرجوع إلى نصوص أول دستور جزائري سنة 1963م، لاسيما المادتين (27،28) منه، وكذا المادة (58)، ندرك أن المؤسس قد سلم باحتكار البرلمان للسيادة في التشريع، ولكنه راعى ظرفا استثنائيا قد تمر به الدولة، سمح بموجبه لرئيسها أن يطلب من البرلمان تفويضا، باتخاذ قرارات ذات صبغة تشريعية، جاء في المادة (58) السالفة الذكر ما يلي: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محددة، حق اتخاذ تدابير ذات صبغة

1 - تطلق على تسميتها عدة مصطلحات منها؛ الأوامر التشريعية، المراسيم التشريعية، الأوامر الرئاسية، المراسيم بقوانين، وكلها بنفس المعنى، لكونها مترجمة عن المصطلح الفرنسي « ordonnance »، للدلالة على إجراء يصدر بتنظيم موضوع معين تشريعا، بقرار من رئيس الدولة.

تشريعية، عن طريق أوامر تشريعية، تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر".

ولعل المؤسس قد استعار هذه الآلية من الدستور الفرنسي 1958، في المادة (38) منه¹، لكنه لم يلتزم بجميع الضوابط والشروط التي وضعها، ذلك أن الدستور الفرنسي التزم ببيان الهدف من طلب التفويض، وهو تمكين الحكومة من تنفيذ برنامجها، وفرض شرطاً إجرائياً رقابياً، تمثل في التشاور المسبق مع مجلس الدولة، بينما اكتفى الدستور الجزائري باقتباس أربعة شروط، هي طلب التفويض من البرلمان، وأن مرتباً بمدة محددة، واتخاذ الأوامر في نطاق مجلس الوزراء، وأن تعرض على البرلمان للمصادقة خلال ثلاثة أشهر.

وبناء على هذه الشروط؛ فإن المؤسس الجزائري في دستور 1963 أقر سلطة مقيدة لرئيس الجمهورية في التشريع بالأوامر عن طريق لوائح التفويض، وهو مكسب سياسي في طريق تأسيس دولة القانون، لكن سرعان ما تم التراجع عنه، بموجب المادة (153) من دستور 1976، التي مكنت رئيس الجمهورية من سلطة مطلقة في التشريع بالأوامر (لوائح الضرورة)، بين دورات البرلمان (المجلس الشعبي الوطني)، دون قيد أو شرط، باستثناء عرضها على البرلمان في أول دورة مقبلة².

ومن الطبيعي أن يحدث هذا من طرف سلطة سياسية فرضت نفسها بالقوة، عبر انقلاب عسكري، تحت شعار الشرعية الثورية والتصحيح الثوري، وبعيدا عن الشرعية الدستورية والقانونية، بل قضت أكبر فترة انتقالية (1965-1976)، وهي تفوض نفسها بالتشريع بالأوامر، استنادا إلى لوائح الضرورة، واعتمادا على الأمر

1 - نصها: " يجوز للحكومة أن تطلب تفويضا من البرلمان لمدة محددة، لاتخاذ الإجراءات بموجب المرسوم، والتي تدخل عادة في نطاق اختصاص القانون، وذلك من أجل تنفيذ برنامجها. تصدر المراسيم في مجلس الوزراء بعد التشاور مع مجلس الدولة، وسوف تدخل حيز التنفيذ فور نشرها. ولكنها تسقط في حال الفشل في عرض مشروع القانون أمام البرلمان للتصديق عليها بحلول الموعد الذي حدده قانون التمكين، يتم التصديق عليها فقط بعبارة واضحة...".

2 - نص المادة (153): " لرئيس الجمهورية أن يشرع في بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني عن طريق أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة".

182/65، لا سيما المادتين (5،6) منه¹، يقول لمين شريط: "وبالنظر إلى أن دستور 1976 كان دسترة في حدود كبيرة لنظام 19 جوان، فقد كرس أسلوب التشريع عن طريق بالأوامر، بشكل يسمح بالقول أن هذا التكريس أبقى صلاحيات رئيس الدولة السابقة في التشريع، مستترة في ظل دستور 1976، إلى جانب المجلس الشعبي الوطني، مما يجعل هذا الأخير مجرد إضافة لتحسين المظهر السياسي للنظام أكثر مما يدل على انتقال سلطة التشريع إلى الشعب عن طريق ممثليه"².

ونتيجة لهذه المبالغة في إعطاء الأولوية للتشريع بالأوامر، حدثت ردة فعل سياسية عنيفة بموجب التعديل الدستوري 1989م، حيث جاء خاليا من أي نص يتعلق بالتشريع بواسطة الأوامر الرئاسية، بعد محاولة التهذيب لهذا التدخل في التعديل الجزئي للدستور، الذي أعقب أحداث أكتوبر 1988 مباشرة، أي في 3 نوفمبر 1988، لكن دون جدوى³.

ثم بعد أن دخلت البلاد في أزمتها السياسية، وحلول المؤسسات الانتقالية، محل المؤسسات الدستورية، تم التفكير في إعادة غلق قواعد اللعبة الديمقراطية، وعقلنتها بما يتماشى والإبقاء على السلطة التنفيذية أقوى المؤسسات، وتجسد ذلك في التعديل الدستوري 1996، الذي أعاد من جديد سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر، بموجب المادة (124) منه⁴، والتي أصبحت بعد التعديل الدستوري 2016 تحت رقم (142).

1 - نصهما على التوالي:

المادة (05): "تحوز الحكومة بموجب تفويض مجلس الثورة السلطات الضرورية لسير أجهزة الدولة وكيان الأمة".

المادة (06): "الاجراءات التي تتخذها الحكومة تصدر حسب الكيفية على شكل أوامر أو مراسيم".

2 - لمين شريط: المرجع السابق، ص 453، 452.

3 - نص المادة (153) من دستور 1976 المعدلة في 03 نوفمبر 1988: "لرئيس الجمهورية فيما بين دورتي المجلس الشعبي الوطني أن يشرع بأمر، بناء على اقتراح من رئيس الحكومة. وتعرض الحكومة النصوص بهذه الكيفية على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة لاحقة ليوافق عليها".

4 - نصها: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة ليوافق عليها. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان".

2. التكييف الفقهي للتشريع بالأوامر:

يتناول الفقهاء الأوامر التشريعية من باب أنها رخصة استثنائية، منحت من قبل المؤسس لرئيس الدولة، في حالات وبشروط محددة، وفي تكييفهم لها تباينت وجهات نظرهم، ما بين ناظر لأهميتها من باب التعاون بين السلطات، والمحافظة على استمرار مصالح الدولة أثناء غياب البرلمان، أو عند الضرورة، وناظر لآثارها السلبية أهمها ما تفضي إليه من تدخل سافر للسلطة التنفيذية في ممارسة الوظيفة التشريعية، على حساب صاحب الاختصاص الأصيل وهو البرلمان، ومبرر لها على أنها من أعمال السيادة المحصنة ضد أنواع الرقابة¹.

ومن جهة أخرى اختلفوا وهم يحددون طبيعة الأوامر الرئاسية، هل هي عمل تشريعي يدخل ضمن نطاق القواعد القانونية، أم هي عمل إداري يدخل ضمن القرارات الإدارية؟ وقد كان لتوظيف المعيارين الشكلي والموضوعي أثر بارز في تحديد هذه الطبيعة، ففي حين رأى أنصار المعيار الشكلي أن طبيعة العمل تتحد حسب طبيعة السلطة التي قامت به، فإذا كانت السلطة التشريعية كان قانونا، وإن كانت السلطة التنفيذية اعتبر قرارا إداريا، رأى أنصار المعيار الموضوعي أن أساس تحديد طبيعة العمل يرتكز على النظر إلى الموضوع ذاته، فإذا كان العمل قاعدة عامة ومجردة أدت إلى إنشاء مركز قانوني عام كانت عملا تشريعيًا، أما إذا كان العمل يخص فردا، أو أفرادا بذواتهم، أو تعلق بحالات معينة كإنشاء مركز قانوني خاص اعتبر عملا إداريا².

وفي ضوء هذين المعيارين اختلف فقهاء القانون الجزائري، خاصة في ظل الترتيبات التي أحدثتها المادة (142) من الدستور في تعديلها الأخير، وهي ضبط نطاق الأوامر الرئاسية في حالتين، أولاهما تتعلق بالمسائل العاجلة؛ في حال شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية، وثانيهما تتعلق بأوامر الحالة الاستثنائية، طبقا للمادة (107) من الدستور، وفي ذلك ضبط وتقييد للإطلاق الذي أورده دستور 96 بالنسبة للحالة الأولى، حيث اتسعت بسبب ذلك ظاهرة التشريع

1 - مراد بدران: المرجع السابق، ص 265.

2 - ميمونة سعاد: الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016م، ص 165، 164.

بالأوامر لدرجة وصفت بالإفراط، إذ في سنة 2003 وحدها أصدر رئيس الجمهورية إثني عشر (12) أمراً¹.

وبعد الدراسة المستفيضة للموضوع خلصت الباحثة "ميمونة سعاد" إلى أن الأوامر الاستعجالية، الصادرة في غياب البرلمان طبقاً للمادة (142) من الدستور هي قرارات إدارية، تخضع لرقابة القضاء الإداري بالإلغاء والتعويض، كما تخضع لرقابة المجلس الدستوري، وتصير قوانين بعد موافقة البرلمان عليها، أما الأوامر الصادرة بموجب الحالة الاستثنائية فإنها تبقى قرارات إدارية، بسبب عدم نص الدستور على ضرورة عرضها على البرلمان للمصادقة².

ولعل هذا الترويج يخدم موازنة مؤداها أن صاحب الاختصاص الأصيل في التشريع بسيادة هو البرلمان، وقد سمح الدستور لرئيس الجمهورية بإصدار قرارات بقوانين، في حال غياب البرلمان أو عند حدوث ضرورة، على سبيل الاستثناء، ولا ينبغي التوسع في تفسير ذلك التمكين، إذ لا يمكن للحل الاستثنائي أن يرقى إلى مستوى الأصيل، ولذلك اشترط الدستور العودة إلى البرلمان في أقرب فرصة ممكنة، ليستعيد القانون ما أخذ منه وسُحب إلى نطاق القرارات الإدارية، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات³.

ب- صور التشريع بالأوامر:

يستقر العمل دستورياً على أن يساهم رئيس الدولة في ممارسة وظيفة التشريع في إحدى صورتين، الأولى هي حالة قيام البرلمان بتفويضه ليقوم مقامه عند غيابه، والثانية تتعلق بحالة التشريع بالأوامر استناداً إلى نص دستوري، وفيما يلي بيان مدلول الصورتين.

1 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص 49، 50.

2 - ميمونة سعاد: المرجع السابق، ص 182.

3 - رأفت فودة: الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971 دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص 456.

1. لوائح التفويض¹:

يعتبر التفويض التشريعي أسلوباً دستورياً تنتهجه دساتير مختلفة، بهدف تمكين رئيس الدولة من مواجهة الظروف الاستثنائية، وهو وليد التطورات الواقعية، في ظل الأزمات التي فرضتها الحروب والاضطرابات، عبر فترات زمنية متعاقبة، عملت به الدول الأنجلوسكسونية، وكثير من الدول اللاتينية، ففي إنجلترا مثلاً، فوض البرلمان الحكومة عدة مرات، منها تفويض 1914 بغرض تمكينها من وقاية الأمن والدفاع عن البلاد، وتفويض 1939 الذي لنفس الغرض، وتفويض 1940، و1945، وتكرر الأمر حتى أصبح تقليداً عرفياً معمولاً به من طرف البرلمان الإنجليزي، إذ في عام 1972 وحدها كررت الحكومة طلب التفويض من البرلمان ثماني مرات²، وفي الولايات المتحدة الأمريكية حصل رؤساء الجمهورية مرات عديدة على التفويض من الكونجرس لمواجهة الظروف الاستثنائية، منها تفويض 1917، الذي فوض الكونجرس بموجبه رئيس الجمهورية في اتخاذ الإجراءات اللازمة للدفاع الوطني، وتفويض 1941 المتعلق بتفويض رئيس الجمهورية في اتخاذ التدابير اللازمة لإعادة التنظيم الإداري ومراقبة الاتصالات الخارجية وإبرام العقود التي تتطلبها الحرب³، وقد دخلت هذه التقنية للدستور الأمريكي بموجب البند الثالث من الفقرة الثانية من المادة الثانية، حيث نصت على أن: "الرئيس سلطة ملء جميع المناصب الشاغرة، التي قد تحدث أثناء عطلة مجلس الشيوخ، وذلك عن طريق تفويضات ينتهي أجلها بنهاية الدورة التالية للمجلس".

وفي فرنسا كانت البرلمانات التي أعقبت الثورة ترفض تفويض اختصاصها في التشريع للسلطة التنفيذية، لكن سرعان ما فرض عليها الواقع ذلك، إذ منذ 1918 بدأ تغيير الموقف، حيث فوض البرلمان الحكومة لاتخاذ ما يلزم لضمان الدفاع القومي، ثم

1 - التفويض التشريعي مصطلح أخذ من الفرنسية «délégation législative»، ومعناه موافقة البرلمان على أن يعهد للسلطة التنفيذية بمهمة إصدار قرارات لها قوة القانون، تدخل في المجال المحدد للتشريع. (معجم القانون، ص 10).

2 - أحمد مدحت علي: نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة في فرنسا وفي مصر سيادة القانون . حالة الضرورة القوانين الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1978م، ص 33، 32.

3 - المرجع السابق، ص 34.

تكررت التجربة سنوات 1923¹، 1926²، 1953³، 1958⁴، حتى جاء دستور 1958، ونص على تمكين السلطة التنفيذية من التفويض في حالتين هما؛ إعلان حالة الحرب، الواردة في المادة 35⁵، وحالة احتياج الحكومة إلى اتخاذ قرارات تسمح لها بتنفيذ برنامجها وفق ما ورد في المادة 38 منه⁶.

وعلى غرار دساتير العالم كان للنظام الدستوري الجزائري تعامل مع موضوع التفويض التشريعي، حيث تبناه أول دستور في عهد الجزائر المستقلة، وهو دستور 1963 بموجب المادة (58) منه، حيث نصت على أنه: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محددة قصد اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية، تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، وتعرض على مصادقة البرلمان في أجل ثلاثة أشهر".

- 1 - وافق البرلمان في هذه السنة على تفويض الحكومة لاتخاذ ما يلزم من إجراءات يقتضيها الدفاع القومي، على أعقاب تبعات الحرب العالمية الأولى 1914، 1918.
- 2 - في هذه السنة حصلت أزمة اقتصادية مست قيمة الفرنك الفرنسي بشكل مخيف، حتى أشرفت الخزينة على الإفلاس، وتقدمت الحكومة إلى البرلمان طالبة منه سلطات استثنائية لمواجهة الأزمة، فوافق على طلبها بمنحها تفويضا تشريعيًا.
- 3 - في هذه السنة وبتاريخ 17 يوليو وافق البرلمان على منح الحكومة تفويضا تشريعيًا، لإصدار مراسيم تتضمن الإجراءات اللازمة لتحسين الأوضاع المالية والاقتصادية.
- 4 - تم تفويض البرلمان للجنرال ديغول، بصفته رئيسا للوزراء، ليتخذ الإجراءات اللازمة لإصلاح الأوضاع الإدارية والاقتصادية بواسطة مراسيم.
- 5 - نص المادة (35) : "يكون إعلان الحرب بتفويض من البرلمان. تقوم الحكومة بإبلاغ البرلمان بقرارها أن تقوم القوات المسلحة بالتدخل في الخارج، لى الأكثر خلال ثلاثة أيام، بعد بداية التدخل المذكور، وتقوم بالتفصيل حول أهداف التدخل المذكور. قد تفقد هذه المعلومات إلى نقاش لا يتبعه تصويت. وحين يتجاوز التدخل المذكور أربعة أشهر تقدم الحكومة طلب التمديد للبرلمان للحصول على تفويض، وقد تطلب من الجمعية الوطنية اتخاذ القرار النهائي. إذا لم يكن البرلمان منعقدا عند انقضاء مدة الأربعة أشهر فإنه يفص في الطلب عند افتتاح دورته التالية".
- 6 - نصها: "يجوز للحكومة أن تطلب تفويضا من البرلمان لمدة محددة، لاتخاذ الإجراءات بموجب المرسوم، والتي تدخل عادة في نطاق اختصاص القانون، وذلك من أجل تنفيذ برنامجها. تصدر المراسيم في مجلس الوزراء بعد التشاور مع مجلس الدولة، وسوف تدخل حيز التنفيذ فور نشرها. ولكنها تسقط في حال الفشل في عرض مشروع القانون أمام البرلمان للتصديق عليها بحلول الموعد الذي حدده قانون التمكين، يتم التصديق عليها فقط بعبارات واضحة...".

كانت هذه تجربة تأسيسية - على الرغم من بعض النقائص المسجلة عليها - لم تعمر طويلا لتتطور مع التجارب العملية، حيث سقط الدستور بكامله بعد ثلاثة وعشرين يوما من سريان مفعوله كما أسلفنا، لكن الذي يفهم منه أن المؤسس فرق بين حالتين تتعلق أولاهما بالظروف العادية التي تقتضي الاستعجال، وعالجها في المادة (58)، وتتعلق ثانيتهما بالظروف الاستثنائية التي تقتضي التدخل المباشر من الرئيس طبقا لما أورده في المادة (59)¹.

وعلى الرغم من أن دستور 1963 رحل سريعا، إلا أن ما كرسه من ربط التشريع بالأوامر بآلية التفويض من البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل، كان خيارا صائبا لو كتب له البقاء.

ومن هذه التجربة لم يعد هناك تفويض تشريعي بناء على طلب من السلطة التنفيذية ولكن الفترة الانتقالية الطويلة في المرحلة ما بين إسقاط الرئيس بن بلة، وإصدار دستور 1976 أديرت بالأوامر والمراسيم الرئاسية، المفوضة تفويضا عاما من مجلس الثورة، لكنها أوامر لم تكن تتضبط بأي من شروط أو عناصر التفويض التشريعي²، وكل ما اعتمدت عليه هو نص المادة الخامسة (5) من الأمر رقم (182-65)، المؤرخ في 10 جويلية 1965، التي نصت على أن: "تحوز الحكومة بموجب تفويض مجلس الثورة السلطات الضرورية لسير أجهزة الدولة وكيان الأمة".

2. التشريع بالأوامر استنادا إلى نص دستوري:

لقد لجأت الدساتير المعاصرة إلى تقنين حالات يتمتع فيها رئيس الدولة بسلطة التشريع بالأوامر، وبالاستقراء وجدنا أن هذا النوع من الأوامر ينقسم إلى نوعين، أحدهما يطلق عليه أوامر تتعلق بحالة غياب البرلمان، ويطلق على الآخر أوامر الحالة الاستثنائية، أو لوائح الضرورة.

وبغض النظر عن التجارب الدستورية المقارنة، فإن المؤسس الجزائري ابتداء من دستور 1976 سلك هذا النهج على النحو الآتي:

1 - ميمونة سعاد: المرجع السابق، ص 70.

2 - وقد وصل عدد الأوامر الرئاسية في ظل هذا الأمر، في الفترة ما بين جوان 1965 و نوفمبر 1976 إلى 940 أمرا.

1- أوامر حالة غياب البرلمان:

ويقصد بها تلك الحالات التي يسمح فيها الدستور لرئيس الجمهورية بإصدار الأوامر فيما بين دورات البرلمان، أو حالة شغوره، ويطلق عليها البعض "أوامر الحالة العادية تمييزا لها عن أوامر الضرورة، وقد نص الدستور الجزائري 1976 بموجب المادة (153) منه على أن: "الرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني، عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة".

والملاحظ أن هذا النص يتمتع رئيس الجمهورية بسلطة التشريع بأوامر، باعتبار ذلك حقا شخصيا، تدل على ذلك صياغة المادة في عبارة "لرئيس الجمهورية أن يشرع" واللام للملك أو الاستحقاق، وكلاهما يدل على أصالة تمتع الرئيس دستوريا بهذا الحق، وقوته في استعماله دون قيود أو شروط، باستثناء غياب البرلمان، ولعل هذا من بقايا المرحلة الانتقالية (1965-1976)، التي ألفت فيها السلطة التنفيذية أن تشرع بأوامر، لما يزيد عن عشر سنوات، يظهر ذلك جليا من خلال الإحصائيات الرسمية، التي تناولها الباحثون، حيث بلغ عدد الأوامر في الفترة ما بين جوان 1965 و نوفمبر 1976، (940) أمرا، وبلغ عددها في فترة دستور 1976 من ديسمبر 1976 إلى جانفي 1989، (57) أمرا¹.

ثم جاء التعديل الدستوري، الذي فرضته أحداث أكتوبر 1988، حاولت السلطة التنفيذية من خلاله الإعراب عن تقييد سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بالأوامر، وأقحمت الحكومة كطرف أساسي، يتخذ الرئيس الأوامر بناء على اقتراحها²، وهي ردة فعل في الحقيقة لم تكن سوى واحدة من المناورات التي كان النظام السياسي الأحادي المغلق يراهن عليها للمحافظة على بقائه، ولذلك كانت هذه القضية من أهم القضايا في الموازنة بين السلطات، ما دفع بقوة إلى حسمها في التعديل الدستوري 1989، حيث تم

1 - ميمونة سعاد: المرجع السابق، ص 80.

2 - عدلت المادة (153) بموجب التعديل الدستوري في (03) نوفمبر 1988 كما يلي: "لرئيس الجمهورية فيما بين دورتي المجلس الشعبي الوطني، أن يشرع بأوامر بناء على اقتراح من رئيس الحكومة. وتعرض الحكومة للنصوص الصادرة بهذه الكيفية على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة لاحقة ليوافق عليها".

إلغاؤها كلية، في خطوة شبيهة بما حدث في الدستور الفرنسي 1946، الذي نص في المادة (13) منه على عدم جواز تفويض البرلمان اختصاصه لغيره من السلطات¹، ليتحقق فعلا استحواذ البرلمان على السيادة في ممارسة وظيفة التشريع. وفي إطار صراع السلطات حاولت السلطة التنفيذية استرجاع نفوذها في التشريع بواسطة الأوامر، واستطاعت تمرير ذلك في التعديل الدستوري 1996، بموجب المادة (124) منه.

وقد تضمنت هذه المادة دسترة التشريع بالأوامر بنوعيه، حيث خصصت شقها الأول للأوامر بسبب غياب البرلمان، وشقها الثاني للأوامر بسبب الظروف الاستثنائية.

حالات التشريع بأوامر لغياب البرلمان:

استحدثت المادة (124) من دستور 1996 السالفة الذكر، تفصيلا لحالات التشريع بالأوامر عند غياب البرلمان، وحددته بصورتين؛ الأولى تتعلق بشغور المجلس الشعبي الوطني، والثانية تتعلق بفترة العطل البرلمانية². أما شغور المجلس الشعبي الوطني فيقصد به انعدام البرلمان أصلا، بسبب حله من طرف رئيس الجمهورية، طبقا للمادة (129) من الدستور³، أو بسبب انحلاله حكما طبقا للمادة (82) منه⁴، وأما غياب البرلمان بسبب العطلة فيقصد به كون البرلمان بين دورتيه العاديتين، وعدم انعقاده في دورة استثنائية، وقد حدد دستور 1996 بموجب المادة (118) منه أن: "يجتمع البرلمان في دورتين عاديتين في السنة، ومدة كل دورة أربعة (04) أشهر على الأقل.

1 - مجدي المتولي السيد يوسف: المرجع السابق، ص 204.

2 - جاء في الفقرة الأولى من المادة (124) من دستور 1996 أن: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له ليوافق عليها. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان".

3 - نص المادة (129): "يمكن رئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني، أو إجراء انتخابات تشريعية قبل أوانها، بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة ورئيس الحكومة".

4 - نص المادة (82): "إذا لم تحصل الحكومة من جديد موافقة المجلس الشعبي الوطني، ينحل وجوبا".

يمكن أن يجتمع البرلمان في دورة غير عادية بمبادرة من رئيس الجمهورية. ويمكن كذلك أن يجتمع باستدعاء من رئيس الجمهورية بطلب من رئيس الحكومة، أو بطلب من ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني. تختتم الدورة غير العادية بمجرد ما يستتفد البرلمان جدول الأعمال الذي استدعي من أجله¹.

وتمتع رئيس الجمهورية بسلطة التشريع بالأوامر في هاتين الحالتين، يمكن أن يكون مبررا في حال عدم وجود البرلمان بسبب انحلاله، لكن فيما بين الدورتين يثير إشكالا حول ما يبرر اللجوء إليه مع إمكان دعوة البرلمان للانعقاد في دورة غير عادية، هل هو الضرورة والاستعجال، أم هو مجرد غياب البرلمان، وله السلطة التقديرية في استعمال الطريقة الأنسب؟، وقد انقسم شراح القانون الدستوري في هذه المسألة²، لم يحسم خلافهم إلا بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، في نص المادة (142) التي حددت نطاق التشريع بالأوامر في المسائل العاجلة، في حال شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية، بعد أخذ رأي مجلس الدولة. وهذا يستلزم أن تحل المسائل غير العاجلة إما باستدعاء البرلمان في دورة غير عادية، أو انتظار انعقاده في دورته العادية.

أوامر الحالة الاستثنائية:

من آثار مراعاة الدساتير للتشريع في الظروف الاستثنائية، تمكين رئيس الدولة من اتخاذ ما يراه ملائما من إجراءات استثنائية، بواسطة الأوامر الرئاسية، عندما تقتضي الضرورة ذلك، ويعتمد فقهاء القانون الدستوري على التجربة الفرنسية التي أدخلت أحكام الضرورة مبكرا للدستور، عبر جملة من السوابق الدستورية، لخصها الدكتور يحيى الجمل في ثلاثة سوابق³، تتعلق الأولى بالمادة (92) من دستور السنة

1 - يتوافق مدلول هذه المادة مع ما نص عليه دستور 1976 في المادتين (146،147)، المعدلتين سنة 1988،

ودستور 1989 في المادة (112)، ودستور 1996 في المادة (118) مع بعض التعديلات المتعلقة بأحكام جزئية.

2 - نصر الدين بن طيفور: المرجع السابق، ص 49.

3 - يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، ص 116 وما بعدها.

الثامنة الصادر في 13 ديسمبر 1799م¹، والسابقة الثانية تتمثل في ما جاءت به المادة (14) من دستور 1814، التي استند إليها الملك شارل العاشر في يوليو 1830 لإصدار المراسيم الأربعة المشهورة، التي ألغت حرية الصحافة، وحلت مجلسا حديث الانتخاب قبل أن يجتمع، وحرمت بعض الطوائف من حقها الانتخابي، الأمر الذي أدى إلى انسداد سياسي، واندلاع ثورة 1830 التي أطاحت بهذا الدستور.

أما السابقة الثالثة فهي الأكثر شهرة، وهي التنظيم الحالي للظروف الاستثنائية، من خلال الماد 16 من دستور 1958²، مؤداها كما ترجمها يحي الجمل أنه: "عندما تكون المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وحال، وعندما يعاق السير العادي للسلطات الدستورية العامة فإن رئيس الجمهورية يتخذ الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف، بعد المشاورة الرسمية مع رئيس الوزراء ورئيسي المجلسين، الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، و المجلس الدستوري. ويوجه بيانا للشعب.

1 - ملخص ترجمة هذه المادة: " في حال الثورة المسلحة أو الاضطرابات التي تهدد سلامة الدولة، وكان البرلمان في عطلا ، يجوز للحكومة أن توقف سريان الدستور والقانون في الأماكن وخلال المدة التي تتطلب فيها الظروف ذلك، على أن يتضمن قرار وقف العمل بالدستور والقانون دعوة البرلمان إلى الانعقاد في أقرب وقت ممكن".

2 - نصها الأصلي باللغة الفرنسية:

« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. »

(<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>)

حمل بتاريخ 14 أوت 2018.

وهذه الإجراءات يجب أن تحركها الرغبة في تمكين السلطات الدستورية في أقصر وقت ممكن من مباشرة مهامها. ويستشار المجلس الدستوري بخصوص هذه الإجراءات، ويجتمع البرلمان بقوة القانون. ولا يمكن حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية".

وإذا كانت فرنسا من خلال نص هذه المادة، استطاعت أن تشخص الأوضاع الاستثنائية التي تستدعي التدخل السريع، بعيدا عن المناقشات داخل البرلمان، فإن هذه التجربة اقتبست من المؤسس الجزائري مع أول دستور للجزائر المستقلة سنة 1961، ثم توالى اعتمادها في بقية التعديلات الدستورية التي أطرت النظام السياسي الجزائري. وتطورت هذه التجربة مع تعاقب السوابق الدستورية المختلفة، ففي دستور 1963 نصت المادة (59) منه على أنه: "في حالة الخطر الوشيك الوقوع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية. ويجتمع المجلس الوطني وجوبا".

وهي المادة التي لجأ إليها رئيس الجمهورية بعد ثلاثة وعشرين يوما فقط من تطبيق هذا الدستور، على النحو الذي بيناه سالفا. وفي دستور 1976 نصت المادة (120) منه على أنه: "إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها، أو على استقلالها، أو سلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية..."¹

وفي دستور 1989 من خلال المادة (87) منه أضاف المؤسس قيودا شكلية، واستبعد ملامح مرحلة الأحادية الحزبية، حيث نص على أن: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء.

1 - تمامها: "...يتدخل مثل هذا الإجراء أثناء اجتماع الهيئات العليا للحزب والحكومة. تخول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الخاصة التي تتطلبها المحافظة على استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية. يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا باستدعاء من رئيسه. تنتهي الحالة الاستثنائية حسب نفس الأشكال، وبناء على نفس الإجراءات المذكورة أعلاه، التي أدت إلى تقريرها".

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. يجتمع المجلس الوطني وجوبا. تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها".

وغير بعيد عن صياغة هذه النص، جاءت المادة (93) من دستور 1996، مضافة فقط ضرورة استشارة كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، إلى جانب المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء¹. وهو نفسه النص الذي تمت المحافظة عليه في التعديل الدستوري الأخير سنة 2016، مع إضافة تعديل آخر في الفقرة الثانية، وهو قصر الاستشارة على رئيس المجلس الدستوري، بدلا من المجلس الدستوري مجتمعا².

ج - موقف التشريع الإسلامي من التشريع بالأوامر

لقد أدرکنا من خلال دراستنا لهذا الفرع أن للسلطة التنفيذية دورا حاسما في وضع القوانين والتشريعات في النطاق الذي يعود أصالة لاختصاص البرلمان، سواء تعلق الأمر بالتدخل إلى جانب البرلمان؛ بالاقترح، أو الاعتراض، أو الإصدار، أو التفرد والاستقلال بوضع القانون، عن طريق الأوامر التشريعية المفوضة أو غير المفوضة، فالإلى أي مدى تتوافق هذه التجارب الدستورية الوضعية مع ما جاء به التشريع الإسلامي؟

من المسلم به في التشريع الإسلامي أن التشريع الابتدائي تفرد به الباري سبحانه وتعالى، وخصه بنفسه، وأنزله على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، عن طريق

1 - صيغت الفقرة الثانية من المادة (93) المذكورة كما يلي: "ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء".

2 - عدلت الفقرة الثانية من المادة (93)، التي أصبحت تحت رقم (107) في تعديل 2016 على النحو الآتي: "ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء".

الوحي، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾¹، وقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ؛ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَبِعَلْمِ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَلْفٰسِقُونَ﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَٰفِرُونَ﴾³.

وبناء على هذه المسلمة، فلا يمكن القول بأن السيادة المطلقة يمتلكها الشعب يمارسها من خلال المؤسسات الدستورية التي ينتخبها، تشرع باسمه، وتضع قواعد الدستور التي هي أعلى القواعد في الدولة، وبإمكانها إعمالاً لتلك السيادة أن تقوم بتعديلها أو إلغائها⁴. تلك نقطة فارقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لتمييز الشريعة الإسلامية برابانية مصدرها، وكمال نصوصها، وشمول أحكامها، وأبدية تشريعاتها، ومرونة تعاليمها⁵.

وتتميز الدساتير الوضعية ببشرية مصدرها، وقصور نظرتها، ومرحلية نصوصها، وقابليتها للتعديل والتغيير والاستبدال على الدوام.

1 - سورة يوسف: الآية (40).

2 - سورة المائدة: الآيتان (51،52).

3 - سورة المائدة: الآية (46).

4 - تصدق هذه الحالة في حق المنظومات الدستورية القانونية على اختلاف مدارسها، إذ دول القوانين العرفية تجد نفسها أمام برلمانات بسلطات مطلقة لا تحدها قيود، ومجرد مخالفتها للدستور يعتبر تعديلاً له، أما دول القانون اللاتيني فعلى الرغم من أخذها بمبدأ سمو الدساتير وجمودها، إلا أن ذلك أمر نسبي، حيث تطال يد التعديل والتغيير الدساتير من حين لآخر، تبعاً لما يمليه الواقع السياسي المتغير في الدولة.

5 - إسماعيل كوكسال: المرجع السابق، ص 36 وما بعدها.

ولما كان من خصائص الشريعة الإسلامية ما ذكرناه، كان لزاما البحث في سلطات الحاكم الاستثنائية، التي تفرضها الضرورة من حيث أساسها ومداهها، ثم المقارنة بينها وبين ما يقابلها في التشريع الوضعي الجزائري.

رابعاً: أساس ومدى سلطات الحاكم الاستثنائية في الفقه الإسلامي
أ- التشريع لله تعالى ابتداء

يقصد بهذا الأساس أن الحاكم في الإسلام لا يتمتع بسلطة مطلقة في التشريع، تمكنه من التطاول على الدستور، والمساس بأحكامه تعديلاً وإلغاءً، كما عليه الأمر في الدساتير الوضعية، وإنما واجبه اتباع القواعد الأساسية التي شرعها الخالق¹، يقابله التشريع ابتداءً، وهو بيان الأحكام التفصيلية للوقائع، وفق ما تقتضيه الشريعة القائمة.

ب - التشريع للأمة بالاجتهاد ابتداءً:

تناول التشريع الإسلامي صنفين من الأحكام، أولهما هو الأصول والثوابت التي لا يعترىها تعديل أو تغيير، وثانيهما الأحكام المتغيرة، التي تشكل نطاق الاجتهاد، أو التشريع ابتداءً، ذلك أن الشريعة الإسلامية بنيت على الاستجابة لحاجات الناس عبر تعاقب الأزمنة والأمكنة، بحكم تناهي النصوص، واستمرار الوقائع وتجدد الحوادث على مدى الأزمان²، على أن يلتزم الاجتهاد بضابط عدم الخروج عن النص، والعمل على إرجاع الفروع إلى أصولها.

وهذا النوع من التشريع يخص العلماء، فإذا كان الحاكم عالماً مجتهداً، كما اشترط عدد من العلماء والمتكلمين³، كان من أهل الحل والعقد وأهل الشورى الذين يتولون إقرار الأحكام، على نحو ما تقتضيه قواعد التشريع الابتدائي، وإن لم يكن مجتهداً اقتصر دوره على تنفيذ الأحكام⁴.

ج - الحاكم نائب عن الأمة في تدبير شؤونها

1 - توفيق الشاوي: فقه الشورى والاستشارة، ص 366.

2 - جمال جاد المراكبي: المرجع السابق، ص 139.

3 - الفراء: الأحكام السلطانية، ص 20؛ الماوردي: الأحكام السلطانية، ص 5؛ عبد الكريم محمد مطيع الحمداوي: في النظام السياسي الإسلامي ثلاثية الأحكام السلطانية رؤية نقدية للتأصيل والتطوير، ط 3، 2003، ص 201، 202. (نسخة إلكترونية لم تذكر فيها بقية البيانات)

4 - الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم: ص 215، 227.

يستمد منها اختصاصاته، ويسأل أمامها عن حسن تدبير شؤونها، تنفيذاً لقواعد الشريعة ونصوصها، إذ الحكم المطلق لله، والسيادة في تنفيذه للأمة، والحاكم مفوض من الأمة للنيابة عنها في تحقيق ما تقتضيه سيادتها من اختصاصات، وبمقتضى ذلك تجب طاعة الحكام وهم يؤدون واجب تمثيلهم للأمة في تنفيذ الشريعة، وحماية الدين، وتنظيم مصالح الدنيا¹.

د - عدم الحصانة لقرارات الحاكم

إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد في تنزيل النصوص على النوازل، وإلحاق ما ليس فيه نص بأصله، فإن التشريع الإسلامي ليس فيه ما يجعل تلك الاجتهادات والقرارات محصنة ضد الرقابة، وإنما هي ذات طبيعة بشرية تحتمل الصواب والخطأ، ولذلك وضع لوجوب طاعة أولي الأمر حد، وهو التزام الطاعة في المعروف، قال صلى الله عليه وسلم: «سيلي اموركم من بعدي رجال يعرفونكم ما تتكرون، وينكرون عليكم ما تعرفون، فلا طاعة لمن عصى الله»²، وهذا النص تقييد للإطلاق الوارد في نصوص أخرى، تتضمن وجوب طاعة الحاكم في المنشط والمكروه³. قال ضياء الدين الريس: "وهذا تقييد لكل الأحاديث التي وردت حائثة على الطاعة"⁴.

وفي هذا الأساس رد على الشبهة التي يطرحها خصوم الشريعة، من أن الحكم الإسلامي ثيوقراطي، يضيف القدسية على قرارات الحكام⁵، كما فيه رفض لتوسع الدساتير المعاصرة في توظيف أعمال السيادة، والسلطة التقديرية، بهدف تحصين جملة من قرارات الحكام وجعلها فوق القانون.

هـ - من واجب الحاكم حفظ المصالح الضرورية

1 - توفيق الشاوي: المرجع السابق، ص 360.

2 - مسند الإمام أحمد، رقم 22156؛ ابن حجر العسقلاني: فتح الباري، ج 13، ص 10.

3 - منها ما رواه البخاري ومسلم، أن عبادة بن الصامت رضي الله عنه سأله بعض الصحابة يحدثهم بحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "دعانا النبي صلى الله عليه وسلم فبايعناه، فقال فيما أخذ علينا، ان بايعنا على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا، وعسرنا ويسرنا، وأثرة علينا، وان لا ننازع الأمر أهله إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم فيه من الله برهان"

4 - محمد ضياء الدين الريس: النظريات السياسية الإسلامية، ط7، 1976، مكتبة دار التراث القاهرة، ص 358.

5 - توفيق الشاوي: المرجع السابق، ص 363.

باعتباره رأس السلطة تجب عليه حماية المصالح الضرورية، التي يتحقق بها النظام العام وحياة الأمة واستقرارها، وبموجب ذلك تجب عليه جملة من الأمور¹، وهي حفظ الدين، وحماية البيضة والذب عن الأمة، ليأمن الناس وينصرفوا لأعمالهم، والاهتمام بعمارة المدن من خلال اعتماد مصالحها، وتهذيب سبلها ومسالكها، وإقامة الحدود، وتنفيذ الأحكام لدفع المظالم وتحقيق العدل، وتحصين الثغور، ورفع علم الجهاد، وجباية الفيء والصدقات، وتقدير العطايا وما يستحق من بيت المال، واستكفاء الأمناء، ومباشرة الإشراف على الأمور للنهوض بسياسة الأمة وحراسة الدين²، والتصدي لكل الطوارئ التي تمس بالمصالح العام، مستعملا ما تتيحه نصوص الشرع وقواعد الفقه، من سبل تكفل جلب المصالح ودرء المفاسد.

يقول الماوردي: " فإذا فعل من أفضى إليه سلطان الأمة ما ذكرناه من الأشياء السبعة، كان مؤديا حق الله تعالى فيهم، مستوجبا طاعتهم ومناصحتهم، مستحقا صدق ميلهم ومحبتهم، وإن قصر عنها ولم يقم بحققها وواجبها؛ كان بها مؤاخذا، وعليها معاقبا، ثم هو من الرعية على استبطن معصية ومقت، يتربصون الفرص لإظهارها، ويتوقعون الدوائر لإعلانها"³.

ومن لازم هذا الواجب أن يتحمل الحاكم مسؤوليته أمام الأمة عن التقصير في تحقيق مصالحها، يقول الجويني عاطفا على الجنون الطارئ على الحاكم: " وكذلك لو ظهر خبل في عقله، وعته في رأي بين، واضطرب نظره اضطرابا لا يخفى دركه، ولا يحتاج في الوقوف عليه إلى فضل نظر، وعسر بهذا السبب استقلاله بالأمور، وسقطت نجدته وكفايته، فإنه يعزل كما يعزل المجنون"⁴.

و - سلطات الحاكم الاستثنائية ليست مطلقة

1 - عدها الماوردي سبعة، وفصلها ضياء الدين الرئيس في عشرة أمور، ينظر: الماوردي أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصري [ت 450 هـ]: أدب الدنيا والدين، ط1، 1987م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 114.

2 - ضياء الدين الرئيس: المرجع السابق، ص322.

3 - الماوردي: أدب الدنيا والدين، ص 114.

4 - الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص 103.

إن ما يقوم به الحاكم من منطلق واجبه في تنفيذ الشريعة، لا يمنحه السلطان المطلق في تغيير الأحكام، وإنما يلزمه الرجوع إلى ضوابط الشريعة، باعتبارها قواعد دستورية عليا، ومنه فلا يسعه إتيان ما يخالف حكما شرعيا ثابتا بالنص، أو بإجماع الأمة، كما لا يسعه تعديل نص أو حكم قطعي، ذلك أن الحاكم وهو يجتهد، ويعمل الوسع في الوصول إلى حكم أو اتخاذ قرار، لا بد أن ينضبط بأصول الأحكام، بداية من العلم بكتاب الله محكما ومتشابهها، وعموما وخصوصا، وناسخا ومنسوخا، ومجملا ومفصلا، ثم العلم بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم العلم بأقوال السلف فيما أجمعوا عليه، وتمييز ذلك مما اختلفوا فيه، ثم العمل بالقياس مع الإلمام بلغة العرب وأصول الفقه، الذين يشكلان آلة الاجتهاد¹، والعلم بهذه الأصول وإعمالها، يشكل إطارا منهجيا، ومنظومة فكرية مرجعية، تحكم تصرفات الحاكم، وإن لم يكن متمكنا من شيء من ذلك لزمه الرجوع إلى أهل العلم والمشورة، وعدم مراعاة هذه الأصول؛ إما إهمالا، أو تعمدا لتجاوزها والالتفاف عليها، يؤدي إلى أحكام وقرارات عارية عن الشرعية، نقل عن ابن تيمية رحمه الله قوله: "لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية ترد إليها الجزئيات، ليتكلم بعلم وعدل، ثم يعرف الجزئيات كيف وقعت، وإلا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات، وجهل وظلم في الكليات، فيتولد فساد عظيم"².

والضرورة تفرض واقعا استثنائيا، يستدعي الاجتهاد في تنزيل النصوص، على ضوء فقه الضرورة، مما يوجب إعمال التيسير والمقاصد، والرخص، بقدر ما تقتضي الضرورة³.

الفرع الثاني: آثار مراعاة الظروف الاستثنائية في تطبيق القانون.

الأصل في مراعاة الظروف الاستثنائية، أن يكون هناك إطار قانوني تتحرك فيه السلطة التنفيذية لتطبيق القوانين، ومواجهة المستجدات الاضطرارية، لكن الدساتير تتفاوت في وضع هذا الإطار، فمنها ما أولاه ما يستحق من الأهمية، ومنها ما ترك

1 - محي الدين إبراهيم أحمد عيسى: الضرورة الشرعية والأصولية لإعمال ضوابط الاجتهاد، مجلة الجزيرة للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة الجزيرة، السودان، مجلد 12، العدد 1، 2015، ص 230.

2 - المرجع نفسه.

3 - إسماعيل كوكسال: المرجع السابق، ص 72، 73.

الأمر مبهما دون بيان، ليبرر تدخل السلطة التنفيذية على النحو الذي تريد، وفي هذا المقام نبين انعكاس الظروف الاستثنائية على تطبيق القانون، في النظام الدستوري الجزائري والشريعة الإسلامية،

أولاً: السلطة المنوط بها تطبيق القانون

تختلف دساتير الدول في تحديد السلطة المنوط بها تنفيذ القانون، فالدستور الفرنسي جعلها من اختصاص رئيس الوزراء¹، بينما الدستور الأمريكي جعلها من صلاحيات رئيس الجمهورية²، والدستور المصري الصادر سنة 2014م جعلها من اختصاص الحكومة طبقاً للمادة 167 منه، وجعلها الدستور الجزائري من اختصاص الوزير الأول، طبقاً لنص المادة 99 منه³، ولعل السبب في هذا الاختلاف هو طبيعة النظام السياسي، من حيث كونه برلمانياً أو رئاسياً، أو شبه رئاسياً، فإذا كان برلمانياً أو شبه رئاسياً كانت الحكومة هي المعنية بتنفيذ القانون، لتتحمل المسؤولية السياسية أمام البرلمان، أما إذا كان رئاسياً فإن رئيس الجمهورية هو الذي يسهر على تنفيذ القانون، باعتباره رأس السلطة التنفيذية كما رأينا في نموذج النظام الأمريكي.

وبموجب هذه الوظيفة يسهر الوزير الأول في القانون الجزائري على ممارسة السلطة التنظيمية، بإصدار المراسيم التنفيذية، التي تكفل تطبيق القوانين، والتنظيمات الصادرة عن رئيس الجمهورية، طبقاً للمادتين (99 و 2/143) من الدستور⁴، ويسهر على حسن سير الإدارة العمومية، بهدف تحقيق استمرارية المرافق العامة في أداء

1 - جاء ذلك في نص المادة (1/21) من الدستور الفرنسي، ونصها: " يتولى رئيس مجلس الوزراء توجيه أعمال الحكومة، ويكون مسؤولاً عن الدفاع الوطني، ويضمن تنفيذ التشريعات...".

2 - جاء في آخر الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الدستور الأمريكي: "...كما عليه أن يراعي بأن تنفذ القوانين بإخلاص، وأن يشمل بتكليفه جميع موظفي الولايات المتحدة".

3 - نصت المادة (99) من الدستور على أن: "يمارس الوزير الأول زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات الآتية: - يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة مع احترام الأحكام الدستورية. - يسهر على تنفيذ القوانين والتنظيمات. - يرأس اجتماعات الحكومة. - يوقع المراسيم التنفيذية. - يعين في وظائف الدولة بعد موافقة رئيس الجمهورية، ودون المساس بأحكام المادتين (91 و 92) السابقتي الذكر. - يسهر على حسن سير الإدارة العمومية".

4 - نصها: "يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

خدماتها، سواء في الظروف العادية، أو الظروف الاستثنائية، ويشرف على الرقابة الإدارية، والضبط الإداري، بما يكفل تلك الاستمرارية.

والذي ينبغي ملاحظته هنا أن تنفيذ الوزير الأول للقانون من خلال وزرائه، يشمل حالتين؛ أولاهما تتعلق بالظروف العادية، حيث ينزل القانون إلى ميدان التنفيذ بعد المصادقة عليه من طرف البرلمان، وإصداره من طرف رئيس الجمهورية، وتندرج تحت هذه الحالة ظروف استثنائية، ارتأى المشرع اعتبارها ظروفًا عادية، تعالج بآلية الضبط الإداري، وتحت هذه المظلة تمارس الحكومة مواجهة كل ما يضر بالنظام العام، في أبعاده المختلفة، فتفرق المظاهرات غير المرخصة، وتواجه الأزمات الاقتصادية، والاضطرابات الاجتماعية، وتقمع الجريمة الماسة بأمن الدولة، وتسخر القوات المسلحة لحماية الأمن العمومي، خاصة وأن المشرع الجزائري توجه بعد رفع حالة الطوارئ سنة 2011، نحو فسخ المجال للسلطات العسكرية كي تتولى حماية الأمن والتصدي للإرهاب والتخريب¹.

والحالة الثانية تتعلق بالظروف الاستثنائية بمفهومها القانوني، حيث يكون خاضعا لرئيس الجمهورية، طبقا للتشريع المتعلق بحالة الطوارئ، أو الحصار، أو الحالة الاستثنائية، أو التعبئة العامة، أو حالة الحرب، على النحو الذي سيأتي.

ويثار هنا إشكال يتعلق بالتفريق بين الحالتين، فإذا كان بالإمكان اللجوء إلى وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته، طبقا للمادة الثانية (02) من الأمر رقم (11-03)، المتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، وطبقا للمرسوم الرئاسي رقم (11-90)، المتعلق باستخدام وتجنيد الجيش الوطني الشعبي، في إطار مكافحة الإرهاب²، فما جدوى الخروج عن

1 - الأمر (11-03) مؤرخ في (20) ربيع الأول عام 1432هـ، الموافق (23) فبراير سنة 2011م، يعدل ويتم القانون رقم (91-23) المؤرخ في (29) جمادى الأولى عام 1412هـ، الموافق (06) ديسمبر سنة 1991، والمتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، الجريدة الرسمية، العدد (12)، الصادر في (23) فبراير 2011م، ص5.

2 - المرسوم الرئاسي رقم (11-90) مؤرخ في (20) ربيع الأول عام 1432هـ، الموافق (23) فبراير سنة 2011م، يتعلق باستخدام وتجنيد الجيش الوطني الشعبي في إطار مكافحة الإرهاب والتخريب، الجريدة الرسمية، العدد (12) الصادر في (23) فبراير 2011م، ص6.

المشروعية العادية وتقرير التدابير الاستثنائية، بإعلان حالة الطوارئ، أو الحصار، أو الحالة الاستثنائية؟ وهل هناك فروق جوهرية واضحة بين الأمرين؟

فعلا لقد حول المشرع عددا من مبررات التدابير الاستثنائية¹، إلى نطاق المشروعية العادية، عبر هذه الخطوات التشريعية والتنظيمية، ما يعني أن هناك توجهها جديدا نحو توسيع نطاق المشروعية العادية، وسحبها على ما أمكن من صور المساس بالأمن والنظام العام، سببه المباشر ما حدث في ربيع سنة 2011 من مطالبات بتحسين الأوضاع الحقوقية، وترشيد الحكم، أدت إلى جعل السلطة ترفع حالة الطوارئ، وتضع محلها نصوصا قارة تتكفل بمواجهة الظروف الاستثنائية المزمدة²، من بينها ما ذهب إليه المشرع في القانون (91-23) المتعلق بمساهمة الجيش في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية³، الذي كان في حد ذاته من إملاءات الضرورة، وإلا فإن مهمة الجيش الوطني الشعبي، طبقا للمادة (28) من الدستور هي تجسيد الدفاع الوطني، بالمحافظة على الاستقلال وحماية السيادة الوطنية، والدفاع عن وحدة البلاد وسلامتها الترابية، وحماية مجالها البري والجوي، ومنطقتها البحرية⁴.

- 1 - من مبررات التدابير الاستثنائية، الخطر الداهم الوشيك الوقوع على مؤسسات الدولة أو سلامة ترابها، أو أمنها، طبقا للمواد (105، 107، 106) من الدستور، أصبح من الممكن معالجة هذه المخاطر دون اللجوء إلى إعلان حالة الطوارئ، أو الحصار أو الحالة الاستثنائية، بفعل تطبيق القانون رقم (91-23) المعدل، والمتعلق بمساهمة الجيش في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية.
- 2 - أقصد بالظروف الاستثنائية المزمدة، تلك الحالة التي تعيشها البلاد، المتسمة بعدم الاستقرار السياسي، والتردي الأمني، والإشراف المستمر على أجواء الاضطرابات، مما يجعل التعامل معها بالتدابير الاستثنائية طويلة الأمد، يثير الانتقادات على المستويين الداخلي والخارجي، وتقاديا لذلك بعد أحداث ربيع 2011، وضعت لها قوانين عادية، فأصبحت البلاد مؤطرة بقوانين في المجال الأمني، مظهرها عادي، وحقيقتها العملية استثنائية.
- 3 - القانون (91-23) مؤرخ في (02) جمادى الأولى عام 1412، الموافق (06) ديسمبر سنة 1991م، يتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية؛ الجريدة الرسمية، العدد (63) مؤرخ في (07) ديسمبر سنة 1991، ص 2396.
- 4 - جاء هذا في المادة (24) من دستور 89، والمادة (25) من دستور 96، ثم تحولت بعد التعديل الدستوري 2016 إلى الرقم (28). وكان دستور 1976 قد خصص لموضوع الجيش فصلا خاصا، هو الفصل السادس، ونص في المادتين 82، 83 على نفس المهام، مع إضافة المساهمة في تنمية البلاد وتشبيد الاشتراكية.

وهذه الاستجابة العملية للضرورة أحدثت نوعاً من المزج بين سلطات الحالة العادية، وسلطات الحالة الاستثنائية، ذلك أن القانون (91-23) السالف الذكر، وضع في ظل الظروف الاستثنائية سنة 1991م، وألقت تلك الظروف بظلالها على نصوصه، خاصة المادتين الثانية والثالثة منه، وقد تضمنت المادة الثانية النص على إمكانية اللجوء إلى وحدات الجيش الوطني الشعبي وتشكيلاته بهدف حماية السكان ونجدهم، وتحقيق الأمن الإقليمي، وحفظ الأمن؛ بينما نصت المادة الثالثة على الحالات التي يتم فيها تجنيد وحدات الجيش خارج الحالات الاستثنائية، وهي:

أ- النكبات العمومية، والكوارث الطبيعية، أو الكوارث ذات الخطورة الاستثنائية.
ب- عندما يكون حفظ الأمن العمومي وصيانته وإعادة خارجه عن نطاق السلطات والمصالح المختصة عادة.

ج- بسبب المخاطر الجسيمة أو توقعها، التي قد يتعرض لها أمن الأشخاص والممتلكات.

د- في حالة المساس المستمر بالحريات الجماعية أو الفردية.

وإضافة إلى ذلك، حدث تعديل على هذا القانون سنة 2011، إثر رفع حالة الطوارئ، أدرج بموجبه ضمن المادة الثانية هدف رابع هو مكافحة الإرهاب والتخريب¹. وبهذه الإضافة يفتح الباب أمام تطبيق نصوص وضعت في عز الظروف الاستثنائية، أهمها التشريعات والتنظيمات المتعلقة بمكافحة الإرهاب والتخريب، بموجب المرسوم التشريعي رقم 92 - 03 المتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب²، المعدل والمتمم

1 - الأمر رقم 11-03 مؤرخ في 20 ربيع الأول عام 1432، الموافق 23 فبراير 2011، يعدل ويتم القانون رقم 91 - 23 المؤرخ في 29 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 06 ديسمبر 1991، والمتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية؛ الجريدة الرسمية العدد 12، الصادر في 23 فبراير 2011، ص 5.

2 - المرسوم التشريعي رقم 92-03 مؤرخ في 03 ربيع الثاني عام 1413 الموافق 30 سبتمبر سنة 1992، يتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب؛ الجريدة الرسمية، العدد 70، مؤرخ في 01 أكتوبر 1992م، ص 1817 وما بعدها.

بالمرسوم التشريعي رقم 93-05¹، ثم المرسوم الرئاسي رقم 11-90 المتعلق باستخدام وتجنيد الجيش الوطني الشعبي في إطار مكافحة الإرهاب والتخريب²، والتشريعات المتعلقة بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية على رأسها القانون رقم 91-23، المعدل بموجب الأمر رقم 11-03 السالف الذكر³.

ثانيا: السلطة المختصة في اتخاذ التدابير الاستثنائية

إذا كان الدستور الجزائري كما رأينا في العنصر السابق، أناط مهمة تطبيق القوانين العادية بالحكومة على رأسها الوزير الأول، وسخر لها كافة الإمكانيات، بما فيها وضع القوات المسلحة في الخدمة عند الاقتضاء، فإنه مكن رئيس الجمهورية من الاختصاص في مواجهة الظروف الاستثنائية، وبالرجوع إلى الدستور الجزائري، والنصوص القانونية المنبثقة عنه نجد تمتع رئيس الجمهورية بجملة من الاختصاصات ذات الطابع الاستثنائي وهي:

أ- الاختصاصات التشريعية:

يتولى رئيس الجمهورية بصدد الظروف الاستثنائية مهمة التشريع في المسائل الآتية:

1. التشريع بالأوامر في الحالة الاستثنائية:

- 1 - المرسوم التشريعي رقم (93-05) مؤرخ في (27) شوال عام 1413، الموافق (19) أبريل سنة 1993، يعدل ويتم المرسوم التشريعي رقم (92-03) المؤرخ في (30) سبتمبر سنة 1992، والمتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب؛ الجريدة الرسمية، العدد (25) مؤرخ في (25) أبريل سنة 1993، ص 04 وما بعدها.
- 2 - المرسوم الرئاسي (11-90)، مؤرخ في (20) ربيع الأول، عام 1432، الموافق (23) فبراير سنة 2011، يتعلق باستخدام وتجنيد الجيش الوطني الشعبي في إطار مكافحة الإرهاب والتخريب؛ الجريدة الرسمية، العدد (12) مؤرخ في (23) فبراير 2011، ص 06.
- 3 - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العددان: (63)، مؤرخ في 07 ديسمبر 1991، ص 2396، و (12) مؤرخ في (23) فبراير 2011، ص 5.

جاء في المادة (142) من الدستور أنه: "يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة (107) من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء".

وبالرجوع إلى المادة (107)، نجدها تنص على أنه:

"يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. ويجتمع البرلمان وجوبا.

تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أو جبت إعلانها".

لقد تناولنا فيما سبق مساهمة رئيس الجمهورية في التشريع عن طريق الأوامر الرئاسية، طبقاً للمادة (142) من الدستور، وبيننا أن هذا الاختصاص لم يعد مطلقاً، وإنما أصبح مقيداً بحالتي الاستعجال والحالة الاستثنائية، وهذه الأخيرة تعتبر من أخطر مظاهر الضرورة، التي يتمتع رئيس الجمهورية بتفويض دستوري في اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهتها، عن طريق الأوامر الرئاسية التي تدخل ضمن صلاحيات الرئيس في التشريع، بعد أن كانت اختصاصاً تنظيمياً، ذلك أن دستور 1963 لم يخصص الحالة الاستثنائية ك نطاق للتشريع بالأوامر، وإنما سمح لرئيس الجمهورية بشكل عام، أن يطلب تفويضاً من المجلس الوطني، يمكنه من اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية، لمدة محددة، على أن تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر¹، ودستور

1 - جاء في المادة (58) من دستور 1963 أنه: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محددة، حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية، تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر".

1976 حدد نطاق التشريع بالأوامر فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني¹، ثم جاء دستور 1989 واستبعد كلية التشريع بالأوامر، من خلال عدم النص على سلطة الرئيس في التشريع بالأوامر، لكنه نص في المادة (87) منه على أن: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن أم يصيب مؤسساتها الدستورية، أو استقلالها، أو سلامة ترابها...."²، ما يعني أنه أدرجها ضمن صلاحيات الرئيس في التنظيم، إلى أن جاء دستور 1996، وأعاد لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بالأوامر، واعتبر اتخاذ تدابير الحالة الاستثنائية جزءا من هذا الاختصاص، بموجب نص المادة (124) منه، والتي أدرجت تحت رقم (142) بعد التعديل الدستوري سنة 2016، وقد أحسن المؤسس صنعا فيما اعتقد، لما أدرج صراحة تدابير الحالة الاستثنائية ضمن نطاق الأوامر الرئاسية، باعتبارها عملا تشريعيا، لأن التدابير الاستثنائية تمس موضوع الحقوق والحريات، الذي يعتبر مجالا للقانون طبقا للمادة (140) من الدستور³، والسلطة التنظيمية يرتبط نطاقها بالمسائل غير المخصصة للقانون، طبقا للمادة (1/143) من الدستور⁴.

2. الاستثناء بالتشريع في حال الحرب

- 1 - جاء في المادة (153) من دستور 1976 أن: "الرئيس الجمهورية أن يشرع، فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني، عن طريق إصدار أوامر، تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة".
- 2 - تمام نص المادة (87): "...ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد استشارة المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء. تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية. يجتمع المجلس الشعبي الوطني وجوبا. تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها".
- 3- جاء فيها ما يلي: " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:(1)- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين....."
- 4 - نص المادة (143) من الدستور: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون...."

الأصل في اتخاذ قرار إعلان الحرب، أنه سلطة تنظيمية لرئيس الجمهورية، طبقا لما قرره المادة (109) من الدستور الجزائري¹، ذلك لأن قواعد ومبادئ الحرب باعتبارها نزاعا ذا طابع دولي، مقننة سلفا ضمن قواعد القانون الدولي، يجب على الدولة أن تحترمها عند ما تمارس حقها في الدفاع عن نفسها، الذي هو واجب مقدس منوط بالجيش الوطني الشعبي طبقا للمادة (28) من الدستور، التي نصت على أن: "تنتظم الطاقة الدفاعية للأمة ودعمها وتطويرها حول الجيش الوطني الشعبي. تتمثل المهمة الدائمة للجيش الوطني الشعبي في المحافظة على الاستقلال الوطني، والدفاع عن السيادة الوطنية. كما يضطلع بالدفاع عن وحدة البلاد، وسلامتها الترابية، وحماية مجالها البري والجوي، ومختلف مناطق أملاكها البحرية".

وباعتبار رئيس الجمهورية وزيرا للدفاع الوطني، والقائد الأعلى للقوات المسلحة، أناط به الدستور مهمة تقدير المخاطر المحدقة بسيادة الدولة، والامتثال لواجب الدفاع الوطني، بصريح المادة (91) من الدستور²، ووفق ما تمليه المادة (109) من الشروط

1- نصها: " إذا وقع عدوان فعلي على البلاد، أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب، بعد اجتماع مجلس الوزراء، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري. ويجتمع البرلمان وجوبا. ويوجه رئيس الجمهورية خطابا إلى الأمة يعلمها بذلك".

2- نصت المادة (91) على أن: " يضطلع رئيس الجمهورية بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية:

- 1- هو القائد الأعلى للقوات المسلحة للجمهورية.
- 2- يتولى مسؤولية الدفاع الوطني.
- 3- يقرر السياسة الخارجية للأمة ويوجهها.
- 4- يرأس مجلس الوزراء.
- 5- يعين الوزير الأول بعد استشارة الأغلبية البرلمانية، وينهي مهامه.
- 6- يوقع المراسيم الرئاسية.
- 7- له حق إصدار العفو، وحق تخفيض العقوبات، أو استبدالها.
- 8- يمكنه انب ستشير الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية عن طريق الاستفتاء.
- 9- يبرم المعاهدات الدولية ويصادق عليها.
- 10- يسلم أوسمة الدولة ونياشينها وشهادتها التشريعية".

الشكلية والموضوعية، ولكن بمجرد إعلان الحرب، يوقف العمل بالدستور، وتركز جميع السلطات بيد رئيس الجمهورية، طبقاً للمادة (110) من الدستور، فيتحول بذلك إلى حاكم فرد تأخذ قراراته الصبغة التشريعية والتنفيذية في آن واحد، مراعاة لهذا النوع من الحالات الاستثنائية، التي تفرض جمع السلطة في قائد واحد، يجسد وحدة البلاد ويحميها، وهو رئيس الجمهورية، طبقاً لما للمادة (84) من الدستور¹.

الغريب في هذا المظهر هو تبوء الرئيس مدة الحرب مكانة سامية، يحل بموجبها مكان صاحب السيادة نفسه، وهو الشعب، كما تحل إرادته وسلطته التقديرية محل الدستور، فيصير بذلك مشرعاً وأمرًا بالتنفيذ، بعيداً عن أية قيود قانونية أو دستورية، وهو موقف يخالف التشريع الإسلامي، الذي لا يعرف استبعاداً للشريعة على هذا النحو، أو تجميداً لقواعدها، إلا في نطاق محدود، وبقيود واضحة وصارمة، بل رئيس الدولة باعتباره القائد العام في الحرب، ملزم باتباع قواعد الشريعة في التعامل مع العدو، وفي التعامل مع التداعيات الاجتماعية لحالة الحرب، والسلطة الاجتهادية التي يدبر بها شؤون الحرب لا تجعل منه ديكتاتوراً فوق الشريعة، ولا المصدر الوحيد للتشريع.

ب- الاختصاصات التنظيمية:

زيادة على الصلاحيات التشريعية، يتمتع رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، بجملة من الاختصاصات التنظيمية، أهمها:

أ- إعلان حالة الطوارئ والحصار:

الأصل أن الاختصاص التنظيمي المتعلق بمواجهة الظروف الاستثنائية يسند لرئيس الجمهورية، ولذلك أناط به الدستور بموجب نص المادة (105) منه أن يقرر إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة، بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، ولا

1 - المادة (84) من الدستور الجزائري: " يجسد رئيس الجمهورية رئيس الدولة، وحدة الأمة. وهو حامي الدستور. ويجسد الدولة داخل البلاد وخارجها. له أن يخاطب الأمة مباشرة".

يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا.

ذلك أن المؤسس منذ التعديل الدستوري 1996، تبني فكرة تنظيم حالتها الطوارئ والحصار بموجب قانون عضوي¹، بموجب المادة (92)، التي أصبحت بعد التعديل الدستوري 2016، تحت رقم (106)².

وقد كان الأمر قبل ذلك يدخل ضمن المسائل غير المخصصة للقانون، التي تدخل ضمن نطاق السلطة التنظيمية العادية لرئيس الجمهورية، ورد ذلك في المادة (119) من دستور 1976، والمادة 86 من دستور 1989.

وقد حدثت تجارب صعبة مرت بها الجزائر، أعلنت فيها حالة الطوارئ وحالة الحصار، بقرار من رئيس الجمهورية، وكانت لها تداعيات وآثار متعددة، لاسيما على الحقوق والحريات، فقد أعلنت حالة الحصار لمدة أربعة أشهر، بموجب المرسوم الرئاسي 91-196 مؤرخ في 04 يونيو 1991، واستمرت إلى غاية 22 سبتمبر من نفس السنة، حيث رفعت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-336³، كما أعلنت حالة الطوارئ بموجب المرسوم الرئاسي رقم (92-44) المؤرخ في (09) فبراير سنة 1992⁴، المتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم (92-320)⁵، تم تمديدها مرة واحدة في يناير 1993، واستمرت إلى غاية رفعها سنة 2011، بعد أحداث ما أطلق عليه الربيع العربي.

1 - أحدث دستور 96 تفريقاً بين القانون والقانون العضوي، بعد الأخذ بثنائية السلطة التشريعية (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)، بناء على نوعية المواضيع التي ينفرد بها القانون العضوي، في القضايا الأساسية، وقد فرق بينهما دستور 96 في المادة (123)، بالقول: "تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب، وبأغلبية ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة. يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص للدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره". ثم جاء التعديل الدستوري 2016 وألغى أغلبية ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة، واكتفى بالأغلبية المطلقة للنواب، وذلك في المادة (141).

2 - نصها: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي".

3- الجريدة الرسمية، العدد (44)، 1991، ص 1684.

4 - الجريدة الرسمية، العدد (10)، مؤرخ في (09) فبراير سنة 1992.

5 - الجريدة الرسمية، العدد (61)، 1992، ص 1609.

ب. التعبئة العامة

التعبئة في اللغة مصدر من الفعل عبأ، بتشديد الباء وبدونه، بمعنى هياً، ومنه عبأ الخيل والجيش إذا جهزه، قال الزبيدي: "يقال عبأت الجيش عبأً، وعبأتهم تعبئةً، وقد يترك الهمز فيقال عبيتهم تعبئةً، أي رتبتهم في مواضعهم، وهياتهم للحرب"¹.

والتعبئة العامة بمفهومها الاصطلاحي هي "حالة عامة يعلنها رئيس الدولة تستتفر فيها كافة إمكانات الدولة البشرية والمادية، وترفع فيها الروح المعنوية، استعداداً للحرب دفاعاً عن الوطن"، هذا التعريف لم يتعرض له المشرع الجزائري في نصوصه القانونية، ولكن تمكنا من صياغته بناء على ما أورده من تفاصيل تتعلق باستدعاء المواطنين كي يتأهبوا للدفاع عن الوطن، واستثناساً بالتعريف السوري من خلال المرسوم التشريعي رقم (104) الخاص بالتعبئة العامة سنة 2011، في مادته الأولى، التي تنص على أن التعبئة العامة تتمثل في: "تحويل البلاد بشكل عام والقوات المسلحة بشكل خاص، من زمن السلم إلى زمن الحرب، استعداداً للدفاع عن سيادة الوطن، ومواجهة الأخطار الداخلية والخارجية، بما فيها الكوارث الطبيعية وغير الطبيعية".

وقسمها إلى صورتين تتمثلان في التعبئة العامة والتعبئة الجزئية، أما التعبئة العامة فهي: " وضع جميع مواد البلاد البشرية والمادية، في خدمة المجهود الحربي، وفقاً لمقتضيات مصلحة البلاد".

وأما التعبئة الجزئية فهي: " وضع جميع مواد البلاد البشرية والمادية، في خدمة المجهود الحربي، في منطقة محددة أو أكثر، وحسب الحالة التي تستدعي ذلك".

وقد جعلها الدستور الجزائري نطاقاً لسلطة لرئيس الجمهورية في اتخاذ التدابير الاستثنائية، حيث نصت عليها جميع الدساتير الجزائرية، ما عدا دستور 1963، الذي اكتفى بسحب مدلول الحالة الاستثنائية على جميع صور الضرورة، وقد أحاطتها المادة (108) من الدستور الحالي، بإطار من الشروط الشكلية²، بعد أن كانت سلطة مطلقة

1 - الزبيدي محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، 1965، ج1، ص 338.

2 - نصها: "يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء، بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني".

لا يضبطها أي قيد¹، وقد أعلنت التعبئة العامة في الجزائر سنة 1967، من طرف الرئيس الراحل هواري بومدين، بموجب الأمر رقم (67-124)²، في ظل غياب العمل بالدستور، بسبب استمرار الحالة الاستثنائية التي أعلنها سلفه الرئيس أحمد بن بلة، وبالرجوع إلى الأمر السالف الذكر والنصوص التطبيقية له، خاصة المرسوم رقم (67-125)³، ندرك أن التعبئة العامة هي الاستعداد العملي للدخول في الحرب، من خلال استنفار جميع القوى، وإعدادها للدفاع عن الوطن ومصالحه، ذلك ما تضمنه الأمر السالف الذكر في المواد (من 1 إلى 5)، حيث تضمنت ضرورة تعبئة جميع المواطنين، بوضع إحصاء للأشخاص المعنيين بالتعبئة، وترتيبهم حسب الأسبقية، بداية من قدماء المجاهدين، ثم العسكريين الذين خدموا في الجيش الوطني، ثم العسكريين الذين خدموا في جيش أجنبي، ثم طلبة وتلاميذ الثانويات ومدارس التعليم العام، والتكوين المهني، ثم بقية الأشخاص، بما فيهم النساء والفتيات.

كما ندرك أن الرئيس هواري بومدين ارتقى بقرار إعلانها لمستوى العمل التشريعي، بواسطة التشريع بأمر رئاسي، ثم أرفقها بقرار ذي طابع تنظيمي مطبق له، وذلك أمر لا يمكن وضعه في إطار دستوري محدد، لأنه أدار هذه الفترة بالقوانين الاستثنائية، بعيدا عن الدستور.

ويتوافق مدلول التعبئة العامة بهذا المفهوم مع أدبيات الاستنفار والاستعداد للحرب في التشريع الإسلامي، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَّا اسْتَطَعْتُمْ مِّنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَعَآخِرِينَ مِّنْ دُونِهِمْ لَا

1 - جاء في المادة (121) من دستور 1976: "يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة".

2 - الأمر رقم (67-124) مؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387، الموافق (08) يوليو سنة 1967، يتضمن الإعلان عن التعبئة العامة؛ الجريدة الرسمية، العدد (60)، الصادر بتاريخ (25) يوليو 1967، ص 850.

3 - المرسوم رقم (67-125)، مؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387، الموافق (08) يوليو سنة 1967، يتضمن تطبيق الأمر رقم (67-124)، المؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387، الموافق (08) يوليو سنة 1967، يتضمن الإعلان عن التعبئة العامة؛ الجريدة الرسمية، العدد (60)، الصادر بتاريخ (25) يوليو 1967، ص 850.

تَعْلَمُونَهُمْ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا
تُظْلَمُونَ ﴿٦١﴾¹.

وقوله تعالى: ﴿ إِنهْرُوا خِبَابًا وَثِفَالًا وَجَهْدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ
اللَّهِ ذَالِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾².

وقد عرفت الدولة الإسلامية ممارسة التعبئة العامة، استعدادا للحرب دفاعا عن الوطن، منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم، بعد أن أذن الله لنبيه بقتال أعدائه، حماية لدينه وللمستضعفين من أمته، وبالرجوع للناحية العملية في الاستعداد الإسلامي للحروب نجد التعبئة تنقسم إلى قسمين، أحدهما مادي والآخر معنوي، أما التعبئة المادية، فيما يتعلق بالتجنيد، والتسليح، واكتساب مختلف المهارات والخطط القتالية، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ
الْحَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَءَاخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ
يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ ﴾³،
أما التعبئة المعنوية فقد أخذت حظا وافرا من الاهتمام في نصوص الشريعة، من الكتاب والسنة، باعتبارها من أهم مقومات الانتصار، وشملت الحض على الثبات وعدم التولي يوم الزحف، والتحريض على الجهاد في سبيل الله، والحض على الإقدام والشهادة في سبيل الله، ووضع الحوافز جزاء للمقبلين، والبشارة بأن الملائكة تقاتل مع المؤمنين.

1 - سورة الأنفال: الآية (91).

2 - سورة التوبة: الآية (41).

المبحث الثاني: أثر الظروف الاستثنائية على الحقوق والحريات

في هذا المبحث، سيتم تناول مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع، من حيث آثارها على الحقوق والحريات، في الواقع القانوني الجزائري، ومقارنته مع التشريع الإسلامي، ذلك أن تدابير الظروف الاستثنائية تستهدف الحرية، التي يعتبر من حيث الأصل مجالاً للقانون، وبالنظر لواقع التجارب العملية، وجدنا امتدادها قد شمل مختلف مظاهر التأثير على الحريات تقييداً، ومنعاً، وذلك ما نكشفه فيما يلي.

المطلب الأول: مراعاة آثارها في تقييد الحريات.

لقد فرض الدستور حماية قانونية للحقوق والحريات، واعتبر ذلك من قيم دولة القانون والمجتمع المتحضر¹، وضمن حق الدفاع عنها، فردياً وجماعياً²، وأناط بالبرلمان حصرياً سلطة التشريع لوضع نظامها، وحمايتها³، ومنع السلطة الإدارية من التدخل التعسفي بشأنها⁴، ثم راعى الظروف الاستثنائية التي قد تمر بها الدولة ومكن السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيس الجمهورية، من إعلان حالتها الطوارئ والحصار، في ضوء ما يشرعه البرلمان بموجب قانون عضوي⁵، كما مكنه من اتخاذ

1 - نصت المادة (38) من الدستور الجزائري على أن: "الحريات الأساسية، وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة. وتكون تراثاً مشتركاً بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبهم أن ينقلوه من جيل إلى جيل، كي يحافظوا على سلامته، وعدم انتهاك حرمة".

2 - نصت المادة (39) من الدستور الجزائري على أن: "الدفاع الفردي، أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان، وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون".

3 - نصت المادة (1/140) من الدستور الجزائري على أن: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين.."

4 - نصت المادة (24) من الدستور على أن: "يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة"؛ ونصت المادة (41) منه على أن: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

5 - المادتان: (105) (106) من الدستور.

التدابير التي تقتضيها الضرورة، طبقا لسلطته التنظيمية في إعلان الحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وحالة الحرب¹.

وقد عرفت الجزائر عبر مراحل مختلفة من تاريخها السياسي، تجارب عملية اتخذت فيها التدابير الاستثنائية، كان لها أثر مباشر في تقييد الحقوق والحريات، نذكر منها ما يلي:

الفرع الأول: الاعتقال الإداري (الوضع في مراكز الأمن).

نتناول في هذا الفرع مفهوم الاعتقال الإداري، ومبرراته في التشريع الجزائري، ثم نعرض على الموقف منه بين الشريعة والقانون.

أولاً: مفهوم الاعتقال الإداري: نعرفه فقهيًا ثم قانونيًا في ما يلي

1- المفهوم الفقهي:

وردت لهذا المصطلح تعريفًا متعددة، منها أنه "تدبير تتخذه الجهات الأمنية بحبس الشخص الذي ترى فيه أنه من الخطرين، أو المشتبه فيهم، وذلك لمدة غير محددة، بقرار يصدر من الجهة المختصة، بهدف المحافظة على النظام العام"². وقيل أنه "تقييد الحرية الشخصية بمقتضى قرار من السلطة الإدارية المختصة، بقصد وقاية الأمن والنظام العام من الخطورة النابعة من الشخص المعتقل، وفقا لأحكام القانون"³.

من خلال التعريفين يتبين لنا أن الاعتقال الإداري تدبير ضبطي وقائي، يتم بموجبه تقييد حرية الأشخاص الخطرين على النظام العام، تعتبره القوانين المعاصرة مساسا بالحريات الفردية، ومظهرًا من مظاهر الاستبداد، لا يجوز الإقدام عليه إلا عند الضرورة القصوى، ووفقا لضوابط التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

1- المواد: (107)(108)(109)(110) من الدستور.

2 - فيصل كامل علي إسماعيل: سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مصر وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا، 2007، ص 391.

3 - المرجع نفسه.

2- المفهوم القانوني:

بحكم خصوصية هذا التدبير الاستثنائي في التشريع الجزائري، الذي يعتبره نطاقا للسلطة التنظيمية التي تتمتع بها السلطات الإدارية، نجد تعريفه في القواعد التنظيمية لحالتي الطوارئ والحصار، فقد عرفه المرسوم التنفيذي رقم (91-201) الذي يضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطه في حالة الحصار، الصادر سنة 1991، بنص المادة الثانية(02) منه بأنه: "يتمثل الوضع في مركز للأمن لأي شخص يكون سلوكه خطرا على النظام العام، أو على أمن الأشخاص، أو على حسن سير المرافق العامة، في حرمانه من حرية الذهاب والإياب، ووضعه في أحد المراكز التي تحددها بمقرر القيادة العليا للسلطات العسكرية المخولة قانونا بصلاحيات الشرطة".

وعرفه المرسوم التنفيذي رقم (92-75) الذي يحدد شروط تطبيق حالة الطوارئ¹، بموجب المادة الثانية منه، بأنه: "يعتبر الوضع في مركز أمن تدبيرا إداريا ذا طابع وقائي، يتمثل في حرمان كل شخص راشد يعرض سلوكه للخطر النظام والأمن العموميين، وكذا حسن سير المصالح العمومية من حريته في الذهاب والإياب، بوضعه في أحد المراكز المحدثة بقرار وزير الداخلية والجماعات المحلية"

وبناء على هذا يمكن القول أن التعريفين الفقهي والقانوني يلتقيان في كون الاعتقال تدبير يتم بموجبه وقاية النظام العام من الخطورة المترتبة على سلوك الأشخاص، بتقييد حريته في مكان محدد، ويختلفان من حيث إضافة القانون للتفاصيل المتعلقة بالأهداف وهي حفظ النظام العام والأمن العام، وحسن سير المصالح العمومية.

وقد تم تقييد حريات الأفراد في الجزائر، تنفيذاً لأحكام حالتي الطوارئ والحصار، في مرحلة التسعينيات من القرن الماضي، طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي (91-196) المتضمن تقرير حالة الحصار²، والمرسوم الرئاسي (92-44) المتعلق

1 - الجريدة الرسمية : العدد(14)، 1992، ص 388.

2 - المرسوم الرئاسي رقم (91-196) مؤرخ في (21) ذي القعدة عام 1411هـ، الموافق(04) يونيو سنة 1991م، يتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد(29) الصادر بتاريخ (29) ذو القعدة عام 1411هـ، الموافق 12 يونيو 1991، ص 1087.

بإعلان حالة الطوارئ سنة 1992، الذي نص في المادة الخامسة (05) منه، أنه: "يمكن وزير الداخلية والجماعات المحلية أن يأمر بوضع أي شخص راشد يتضح أن نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العموميين، أو على السير الحسن للمصالح العمومية، في مركز أمن في مكان محدد. تنشأ مراكز الأمن بقرار من وزير الداخلية والجماعات المحلية"¹.

واستنادا إلى المرسومين السالفي الذكر، أصدر رئيس الحكومة حينها سيد احمد غزالي المراسيم التنفيذية المطبقة لهما، لاسيما المرسوم التنفيذي رقم (91-201) الذي تضمن ضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطه في حالة الحصار²، والرسوم التنفيذية رقم (92-75)³، المتضمن شروط تطبيق حالة الطوارئ، الذي حدد فيه طبيعة الوضع في مراكز الأمن، وبعض الضمانات القانونية لصالح الأشخاص المعتقلين. فبالنسبة لطبيعة الوضع في مراكز الأمن، يعتبر في حالة الطوارئ تدبيرا إداريا ذا طابع وقائي، نصت عليه المادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي (92-75) السالف الذكر، بينما لم تبين القواعد التنظيمية لحالة الحصار تحديدا صريحا مماثلا، مما يدل على إمكانية أخذه للطابع القمعي أثناء حالة الحصار.

وتنفذا لهذه النصوص قررت وزارة الداخلية إنشاء عدد من مراكز الأمن في مناطق مختلفة من الوطن، نذكر منها مركز أمن في (الحر) ولاية أدرار⁴، ومركز

1- الجريدة الرسمية: العدد (10)، مؤرخ في (05) شعبان 1412هـ، الموافق (09) فبراير 1992م، ص 285.
2 - المرسوم التنفيذي رقم (91-201)، مؤرخ في (13) ذي الحجة عام 1411هـ، الموافق 25 يونيو سنة 1991، يضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطه، تطبيقا للمادة الرابعة (04) من المرسوم الرئاسي (91-196) المؤرخ في (04) يونيو سنة 1991، الجريدة الرسمية، العدد (31) الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991، ص 1121.

3 - المرسوم التنفيذي رقم (92-75)، مؤرخ في (16) شعبان عام 1412هـ، الموافق (20) فبراير سنة 1992م، يحدد شروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي (92-44)، المتضمن حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية، العدد (14)، مؤرخ في (19) شعبان عام 1412هـ، الموافق (23) فبراير سنة 1992م، ص 388.

4- قرار مؤرخ في (11) شعبان عام 1412هـ، (15) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في الحر، ولاية أدرار، بالناحية العسكرية الثالثة، الجريدة الرسمية، العدد (14)، مؤرخ في (23) فبراير 1992، ص 390.

أمن (برج عمر إدريس) في ولاية إيليزي¹، ومركز أمن (ورقلة)²، ومركز أمن (رقان) ولاية أدرار³، ومركز أمن (عين صالح) في ولاية تمنراست⁴، وتداولت المنظمات الحقوقية أرقاماً من المعتقلين الذين وضعوا في هذه المراكز، تقارب ثمانية عشر (18) ألف معتقل.

ثانياً: مبررات اتخاذ قرار الاعتقال

بالرجوع إلى النصوص التنظيمية المتعلقة بتنظيم حالات الطوارئ والحصار في الجزائر، والتي سلف ذكرها، نجد أن قرار الاعتقال، وضعت له جملة من الأسباب، نبينها فيما يلي:

1- المبررات العامة:

اتفقت القواعد التنظيمية لحالات الطوارئ والحصار على مبرر عام واحد، هو خطورة سلوك الشخص على الأمن والنظام العام، وحسن سير المصالح العمومية⁵. والخطورة على النظام والأمن العام، تعتبر عبارة مطاطة، تخضع للسلطة التقديرية للإدارة، مما يجعل طعن المشتبه فيهم في القرار غير ذي جدوى، خاصة وأن السلطة

1 - قرار مؤرخ في (11) شعبان عام 1412هـ، (15) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن برج عمر إدريس ولاية إيليزي، بالناحية العسكرية الرابعة، الجريدة الرسمية، العدد (14)، مؤرخ في (23) فبراير 1992، ص 390.

2 - قرار مؤرخ في (06) شعبان عام 1412هـ، (10) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في ورقلة، ولاية ورقلة، بالناحية العسكرية الرابعة، الجريدة الرسمية، العدد (11)، مؤرخ في (02) ديسمبر 1992، ص 300.

3 - قرار مؤرخ في (06) شعبان عام 1412هـ، (10) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في رقان، ولاية أدرار، بالناحية العسكرية الثالثة، الجريدة الرسمية، العدد (11)، مؤرخ في (02) ديسمبر 1992، ص 299.

4 - قرار مؤرخ في (06) شعبان عام 1412هـ، (10) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في عين صالح، ولاية تامنغست، بالناحية العسكرية السادسة، الجريدة الرسمية، العدد (11)، مؤرخ في (02) ديسمبر 1992، ص 299.

5 - المادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم (91-201) المتعلق بضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه في حالة الحصار، والمادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم (92-75) المحدد لشروط تطبيق أحكام الطوارئ.

المحلية ممثلة في والي الولاية بالنسبة لحالة الطوارئ¹، والسلطة العسكرية بالنسبة لحالة الحصار²، هي المفوضة باتخاذ قرار الوضع في مركز الأمن.

2- المبررات التفصيلية:

جاءت في المادة الرابعة(04) من المرسوم التنفيذي رقم(91-201) الضابط لحدود الوضع في مركز الأمن وشروطه أثناء حالة الحصار، محددة بسبعة(07) مبررات، هي:

- أ- التحريض على الفوضى وعلى ارتكاب جنایات أو جنح ضد أشخاص وأملاك.
- ب- النداء بأية وسيلة للعصيان المدني وإلى الإضراب.
- ج- حمل أي سلاح من أجل ارتكاب مخالفات.
- د- التحريض على التجمعات لغرض واضح يثير الاضطراب في النظام العام، وفي طمأنينة المواطنين.
- هـ- رفض الامتثال للتسخير الكتابي الذي تصدره السلطة المخولة صلاحيات الشرطة وحفظ النظام العام، ذلك الرفض الذي يعرقل سير الاقتصاد الوطني عرقلة خطيرة.
- و- معارضة تنفيذ التسخير الذي أعد بسبب الاستعجال والضرورة، بغية الحصول على خدمات يؤديها مرفق عام، او مؤسسة عمومية أو خاصة.
- ز- الأشخاص الذين يخالفون التنظيم الإداري المتعلق بالمرور، وبتوزيع المواد الغذائية، بقصد إثارة اضطرابات في النظام العام.

ثالثاً: الموقف من الاعتقال الإداري

يتفق الفقه والقانون على أن الاعتقال مساس خطير بالحرية الشخصية، التي تعتبر من أهم الحقوق الطبيعية للإنسان، كما اتفق الفقه والقانون على أن الضرورة الأمنية قد تقتضي تقييد هذه الحرية، لكن يجب أن تقدر بقدرها، وبضمانات قانونية

1 - قرار مؤرخ في (07) شعبان عام 1412هـ الموافق (11) فبراير سنة 1992م، يتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاية فيما يخص الوضع في مركز الأمن، الجريدة الرسمية، العدد(11)، الصادر بتاريخ (02) ديسمبر 1992، ص 300.

2 - المادة الثالثة(03) من المرسوم التنفيذي رقم(91-201)، المتعلق بضبط حدود الوضع في مركز الأمن وشروطه في حالة الحصار.

وقضائية، تحفظ للشخص الموقوف كرامته، وتكفل له إثبات براءته، لكن غالبية الممارسات العملية لهذه الآلية، وجهت لها انتقادات لاذعة، لانتهاكها حقوق الإنسان، ذلك أن حالة الطوارئ، أو الحصار، تديرها إما سلطات عسكرية، أو مدنية بتدابير أمنية عسكرية، الأمر الذي يستبعد معه الالتزام باحترام حقوق الإنسان.

فقد منعت القوانين الدولية لحقوق الإنسان التحديد من حرية الإنسان دون وجه حق، من ذلك ما جاء في المادة التاسعة (09) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ان "لكل فرد حقا في الحرية، وفي الأمان على شخصه، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفا، ولا يجوز الحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون، وطبقا للإجراءات المقررة فيه". وجاءت نصوص مماثلة في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، والميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وقد وضعت في الممارسة العملية في الجزائر بعض الضمانات القانونية، منها ما ورد بمناسبة تطبيق حالة الطوارئ، بموجب المادة الرابعة (04) من المرسوم التنفيذي رقم (92-75)، وهو ضمان واحد يتعلق بإمكانية الطعن في قرار الاعتقال، لدى والي ولاية مكان إقامة الشخص الموضوع في مركز الأمن، الذي يحوله بعد دراسته وإعداد تقرير بشأنه، إلى المجلس الجهوي للطعن، طبقا لما نصت عليه المادة الخامسة (05) من نفس المرسوم.

والملاحظ على هذا المجلس أنه هيئة إدارية أمنية، لا هيئة قضائية مختصة بمراجعة قرارات الإدارة، يتضح ذلك من خلال تشكيلته الواردة في المادة السادسة (06) من نفس المرسوم، والتي نصت على أنه يتكون من:

- 1- رئيس يعينه وزير الداخلية والجماعات المحلية.
- 2- ممثل لوزير الداخلية والجماعات المحلية.
- 3- ممثل لوزير الدفاع الوطني.
- 4- ثلاث شخصيات مستقلة يعينها وزير حقوق الإنسان مختارة بسبب تعلقها بالمصلحة العامة.

وهو نفس الضمان الذي تقرر قبل ذلك بمناسبة إعلان حالة الحصار في 1991، حيث نصت المادة السادسة (06) من المرسوم التنفيذي رقم (91-201) الضابط لحدود وشروط الاعتقال، أثناء الحصار، أنه: "يمكن أن يكون الوضع في مركز للأمن موضوع طعن يرفع خلال العشرة (10) أيام من تقريره، لدى المجلس الجهوي لحفظ النظام المنصوص عليه في المادة السابعة أدناه"¹.

وبالرجوع لتشكيلة المجلس الجهوي لحفظ النظام، في المادة التاسعة (09) من نفس المرسوم نجد أنه هيئة استثنائية ذات طابع أمني عسكري، حيث تتشكل من والي الولاية رئيسا، ورئيس القطاع العسكري أو قائد مجموعة الدرك الوطني عضوا، ومحافظ الشرطة للولاية عضوا، وثلاث شخصيات تختار نظرا لتمسكها بالمصلحة العامة. وتطرح بشأن هذه الهيئات غير القضائية كثير من الأسئلة، تتعلق بمدى قدرتها على مراجعة قرارات الاعتقال، خاصة إذا علمنا أن رئيسها هو والي الولاية، الذي هو صاحب السلطة الذي يتخذ قرار الاعتقال.

وقد سُبقت التجربة الجزائرية بتجارب مختلفة، عبر مناطق مختلفة من العالم، من أهمها: الاعتقالات العسكرية التي مارستها النازية في أعقاب سيطرتها على ألمانيا، بهدف القضاء على شوكة خصوماتها، والاعتقالات التي مارسها الاستعمار الفرنسي على الجزائريين المشتبه في تمويلهم للمجاهدين أثناء حرب التحرير، كما أعقبتها تجارب من أهمها في التاريخ المعاصر، معتقلات أمريكا للأشخاص الذين تراهم خطرين على أمنها وتشتبه في تورطهم بالإرهاب².

وارتبط عنوان الاعتقال بالاحتجاز خارج ضمانات المحاكمة العادلة، الأمر الذي يجعله من أخطر مظاهر الظروف الاستثنائية، التي يمكن أن تتخذ ذريعة للانتقام من المعارضين لنظام الحكم، الأمر الذي يجعل مفسده أكبر من ما قد يظهر فيه من مصلحة حفظ الأمن والنظام العام، وفي نفس السياق سجل الدستور الجزائري في تعديله الأخير موقفا سلبيا منه، حيث نص في المادة (3/59) على أنه: "يعاقب

1 - الجريدة الرسمية: العدد (31)، الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991.

2 - من أشهر المعتقلات الأمريكية، ما يعرف بغوانتانامو، في جنوب شرق كوبا، الذي جعلت منه محتشدا خارج إطار القانون بعد أحداث 11 سبتمبر 2001.

القانون على أعمال وأفعال الاعتقال التعسفي". ولذلك لم نجد في الفقه الإسلامي حكماً يبرر انتهاك حرمة الإنسان، وتقييد حريته بدون تهمة واضحة.

الفرع الثاني: الوضع تحت الإقامة الجبرية.

من التدابير الاستثنائية التي طبقت في الجزائر بمناسبة دخولها في الظروف الاستثنائية، الوضع تحت الإقامة الجبرية، وهي إجراء يتخذ عند حالة الطوارئ وحالة الحصار، فقد ورد في المرسوم الرئاسي رقم (92-44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ، أنه يوضع تحت الإقامة الجبرية كل شخص راشد، يتضح أن نشاطه مضر بالنظام العام، ويسير المصالح العمومية، وذلك بموجب المادة السادسة (06) منه، وكذلك في المرسوم الرئاسي (91-196) المتعلق بتقرير حالة الحصار، بموجب المادة الرابعة (04) منه.

وتطبيقاً لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم (91-202)، الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية¹، وفي ضوءه يمكن كشف التجربة الجزائرية بهذا الخصوص، من خلال بيان مفهوم الإقامة الجبرية، وما يترتب عليه من آثار.

أولاً: مفهوم الإقامة الجبرية

في ضوء النصوص السابقة، يمكن تعريف الإقامة الجبرية بأنها "تدبير إداري استثنائي، يوضع فيه الأشخاص بمناسبة حالتها الطوارئ والحصار، يفرض على الشخص الخاضع له، أن يقيم في مكان محدد، متى كان نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العموميين، والسير العادي للمرافق العمومية".

وبناء على هذا التعريف يمكننا القول أن الوضع تحت الإقامة الجبرية في حالة الحصار يخول إلى السلطة العسكرية، باعتبارها صاحبة الاختصاص، طبقاً للمادة

1- المرسوم التنفيذي رقم (91-202)، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1411هـ، الموافق (25) يونيو سنة 1991، يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، تطبيقاً للمرسوم الرئاسي رقم (91-196)، المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد (31)، الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991، ص 1122.

الثالثة (03) من المرسوم الرئاسي (91-196) المتضمن تقرير حالة الحصار¹، من خلال اللجنة المكلفة برعاية النظام العام، طبقاً للمادة الخامسة (05) من المرسوم نفسه².

بينما تبقى السلطة المختصة في حالة الطوارئ هي السلطة المدنية ممثلة في وزير الداخلية، ووالي الولاية، طبقاً لأحكام المرسوم الرئاسي (92-44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ، الذي ينص في المادة الرابعة (04) منه على أن: " يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني، أو جزء منه، والوالي في دائرته الإقليمية، لاتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام، أو باستتبابه، عن طريق قرارات، وفقاً للأحكام الآتية، وفي إطار احترام التوجيهات الحكومية"³.

ثانياً: آثار الوضع تحت الإقامة الجبرية

تترتب على الوضع تحت الإقامة الجبرية جملة من النتائج أو الآثار، نوردها كما جاءت في المرسوم التنفيذي السابق، وهي:

1- تبليغ القرار وتنفيذه:

طبقاً للمادة الرابعة من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، التي نصت على أن: "يبلغ تدبير الوضع تحت الإقامة الجبرية، ويطبقه قائد فرقة الدرك الوطني، أو محافظ الشرطة، في مكان الإقامة المعتاد".

2- الحق في الطعن:

باعتبار أن القرار إداري، فإن من حق المتضرر منه، تحريك الرقابة عليه، لكن بحكم استثنائية الوضع، خاصة في حالة الحصار، التي تتولى فيها السلطات العسكرية زمام الأمور، فقد سُمح للموضوع تحت الإقامة الجبرية، أن يطعن لدى هيئة مختصة،

1 - نص المادة: "تفوض إلى السلطة العسكرية الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة. وبهذه الصفة تلحق مصالح الشرطة بالقيادة العليا للسلطات العسكرية، التي تخول قانوناً صلاحيات الشرطة. وتمارس السلطة المدنية الصلاحيات التي لم تنتزع منها".

2 - نصها: "تتشأ لجنة لرعاية النظام العام في مستوى كل ولاية، وهذه اللجنة ترأسها السلطة العسكرية المعينة قانوناً، وتتكون من : الوالي، محافظ الشرطة الولائية، قائد مجموعة الدرك الوطني، رئيس القطاع العسكري إن اقتضى الأمر، شخصيتان معروفتان يتمسكهما بالمصلحة العامة".

3 - الجريدة الرسمية: العدد (10)، 1992.

وهي المجلس الجهوي لحفظ النظام، الوارد في المادتين (7،8) من المرسوم التنفيذي رقم (91-201)¹، والذي بدوره يبيت في اتخاذ قراراته خلال عشرة (10) أيام بأغلبية الأصوات، ويكون صوت الرئيس مرجحا في حال التساوي.

3- مكان الإقامة:

إقامة الشخص المعني في المكان الذي يحدده القرار، ولا يتنقل منه إلا بإذن مؤقت، يمنح من طرف السلطة العسكرية المختصة لمدة خمسة عشر (15) يوما، بناء على طلب منه لأمر تقتضيه الضرورة.

4- استلام بطاقة معلومات:

يتسلم المعني بطاقة معلومات من السلطات المختصة، بغرض استظهارها كلما طلبت منه، تحتوي على صورته، ومعلومات حالته المدنية، وبيان ملامحه، والعلامات الخاصة التي تميزه، وبصمات أصابعه، وعدد كاف من الخانات لعمليات الرقابة (المواد 6،7،8) من المرسوم التنفيذي السالف الذكر.

5- التوقيع على سجل التأشير:

يوقع الشخص الموضوع تحت الإقامة الجبرية بشكل دوري، على سجل يوضع لهذا الغرض لدى محافظ الشرطة، أو قائد فرقة الدرك الوطني، وفي حال تغييره بناء على إذن قانوني، يجب عليه التوقيع خلال أربعة وعشرين (24) ساعة (المادتان 09،11) من نفس المرسوم.

الفرع الثالث: التفتيش.

يعتبر التفتيش، إجراء يتم به الاعتداء على حرمة المساكن، والحياة الخاصة، الأصل فيه أن يكون إجراء فضائيا، طبقا للدستور، وما ينص عليه قانون الإجراءات الجزائية، لكن الاستثنائية، والحالات الاستعجالية قد تفرض القيام به على أساس أوامر إدارية، ذلك ما ورد في البند الأول (01) من المادة السابعة (07) من المرسوم الرئاسي رقم (91-196)، المتضمن تقرير حالة الحصار، أنه يمكن للسلطات العسكرية: " أن

1 - الجريدة الرسمية: العدد (31)، 1991.

تجري أو تكلف من يجري تفتيشات ليلية، أو نهائية، في المحال العمومية أو الخاصة، وكذلك داخل المنازل"¹.

وجاء كذلك في البند السادس(06)، من المادة السادسة(06)، من المرسوم رقم(92-44)، المتعلق بإعلان حالة الطوارئ، أنه يمكن: "الأمر استثنائيا بالتفتيش، نهارا أو ليلا".

وباعتبار أن حالة الحصار كانت أول مظاهر الظروف الاستثنائية التي أعلنت في الجزائر في بداية الأزمة السياسية والأمنية في الجزائر سنة 1991، فقد صدر مرسوم تنفيذي²، تناول جملة من القضايا، ومن بينها أحكام التفتيش ونذكرها فيما يلي:

أولاً: مبررات التفتيش

لقد راعت جميع الدساتير الجزائرية خطورة التفتيش على حرمة المسكن والحياة الخاصة، فنصت على أن لا يتم ذلك إلا بمقتضى القانون وفي حدوده، ولا يتم إلا بأمر قضائي مكتوب³، لكن الضرورة قد تفرض وقوعه خارج هذه الضوابط الدستورية، فتدخله ضمن التدابير الاستثنائية التي يقتضيها حفظ الأمن والنظام العام.

ولذلك مبررات أمنية غير محدودة، أورد التنظيم بعضها لا على سبيل الحصر، في المادة الثالثة(03) من المرسوم التنفيذي رقم(91-204) السالف الذكر، ونصها:

"تقرر التفتيشات في حالات المس بأمن الدولة، وبسبب الجنايات والجرح الخطيرة التي ترتكب ضد الأشخاص والأماكن، وكذلك في الحالات غير الحصرية الآتي ذكرها:

- مخابئ الأسلحة والذخائر والمتفجرات.
- ملاجئ الأشرار المسلحين الذين شاركوا في تجمهر تمرد.
- البحث عن أفراد حرضوا على التمرد.

1 - الجريدة الرسمية: العدد(29)، 1991، ص1088.

2 - المرسوم التنفيذي رقم (91-204)، مؤرخ في (13) ذي الحجة عام 1411، الموافق (25) يونيو سنة 1991، يحدد شروط تطبيق المادة (07) من المرسوم الرئاسي رقم (91-169)، المؤرخ في (04) يونيو سنة 1991، والمتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد(31)، الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991، ص1126.

3 - ينظر: المادة (50) من دستور 1976؛ والمادة (38) من دستور 1189؛ والمادة (40) من دستور 1996؛ والمادة(47) من تعديل 2016.

- أفعال تمردية ضد السلطة.
 - أفعال مناهضة وجوسسة.
 - أفعال التخريب.
 - حجز المنشورات المناهضة، أو التي تدعو إلى الفوضى، أو تعرض عليها".
- والملاحظ على هذه الأسباب، أن واضعها حدد لها هدفاً؛ وهو حفظ أمن الدولة، ومحاربة الجريمة ضد الأشخاص والممتلكات، من خلال البحث عن الأشخاص الخطرين، وضبط أدوات ووسائل ومخططات الإجرام، في الأماكن العامة والخاصة، كما صرح أنها غير محصورة من حيث العدد، ما يتمتع السلطات في الحالات الاستثنائية من سلطة تقديرية غير محدودة، ترتكب في ضوءها مدهامات وتفتيشات لمجرد الاشتباه.

إن التفتيش في حد ذاته ضرورة لضبط وكشف مخططات الإجرام، وقمع مرتكبيها، وهي من صميم واجب السلطة في بسط الأمن، وحماية المجتمع، ولا يعقل أن يقول أحد بحصانة المساكن والمحلات على الإطلاق، لكن في نفس الوقت ينبغي أن تكون شرطة حفظ النظام مقيدة بضوابط تضمن للإنسان كرمته، وتحفظ له خصوصيته، وهذا ما يصعب التزاه في الظروف الاستثنائية.

ثانياً: صور التفتيش

إن لظروف التفتيش وحالاته أثراً في تحديد أنواعه، ذلك ما بينه المرسوم التنفيذي رقم (91-204) المتعلق بشروط تطبيق حالة الحصار، حيث جعله نوعين أحدهما يتمثل في التفتيش في الحالات الاستعجالية، وثانيهما يعلق بالحالات غير الاستعجالية.

1- التفتيش في الحالات الاستعجالية:

يقوم ضباط الشرطة القضائية والمستخدمون المؤهلون¹ طبقاً للمادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم (91-204)، بالتفتيش على سبيل الاستعجال، في كل

1 - وهم: ضباط الشرطة القضائية في الدرك الوطني، وضباط الشرطة القضائية الذين ينتمون للقسم المعني في وزارة الدفاع الوطني، وضباط الشرطة القضائية في الأمن الوطني، والمستخدمون الذين تؤهلهم قانونا السلطات العسكرية المخولة بصلاحيات الشرطة.

الحالات التي يكون فيها الأمن مهدداً، ومنها الحالات الواردة في المادة الثالثة (03)، وهي البحث عن مخابئ الأسلحة والذخائر، أو المتفجرات، وملاجئ الأشرار المسلحين، والبحث عن الأفراد المتمردين والذين حرضوا على التمرد، والقائمين بأفعال مناهضة للسلطة، وكشف الجواسيس وأفعال التخريب، والبحث عن المنشورات المناهضة التي تدعو إلى الفوضى أو تحرض عليها.

2- التفتيش في الحالات غير الاستعجالية:

يمكن السلطة المخولة بحفظ النظام أن تقوم بأعمال التفتيش الدوري، طبقاً للتعليمات الكتابية الصادرة عن السلطات المنوط بها حفظ الأمن، وهي السلطة العسكرية في حال الحصار، والسلطة المدنية في حالة الطوارئ، فبالنسبة لحالة الحصار تتولى لجنة رعاية النظام العام إصدار التعليمات الكتابية بذلك، وتتولى الوحدات العسكرية تنفيذها، أما بالنسبة لحالة الطوارئ فإن وزير الداخلية ووالي الولاية، يتوليان تسخير قوات الأمن، للقيام بكل الأعمال الوقائية، ومن بينها التفتيشات، حيث نصت المادة الرابعة (04) من المرسوم الرئاسي (92-44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ، أنه: "يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني أو جزء منه، والوالي في دائرته الإقليمية، لاتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام أو باستتبابه، عن طريق قرارات، وفقاً للأحكام الآتية، وفي إطار احترام التوجيهات الحكومية"¹.

ويمكن وزير الداخلية طبقاً للمادة التاسعة (09) من نفس المرسوم أن يعهد عن طريق التفويض إلى السلطة العسكرية، قيادة عمليات استتباب الأمن على المستوى المحلي، أو على مستوى دوائر إقليمية محددة.

ثالثاً: إجراءات التفتيش.

يعتبر التفتيش للأماكن الخاصة والعامة إجراء استثنائياً، تفرضه الضرورة الأمنية، وقد أوجب التنظيم بناء على ذلك أن يتم وفقاً لإجراءات محددة، طبقاً للمادتين (4،5) من المرسوم التنفيذي (91-204)، ومجمل ذلك ما يلي:

1 - الجريدة الرسمية : العدد (10)، الصادر بتاريخ (09) فبراير 1992.

1- التفتيش بحضور مالك المحل أو رب الدار:

تنص المادة الرابعة (04) من المرسوم السالف الذكر، أن التفتيش في حالة الحصار يتم بحضور مالك المحل، أو رب الدار، بناء على استظهار أوراق الهوية، التي تثبت صفة العون إذا كانت حالة استعجال، وبناء على إظهار الأمر الكتابي الصادر عن السلطة العسكرية المكلفة برعاية النظام العام، خار الأوضاع الاستعجالية. ومن خلال هذا نتبين أن حملات المداهمة والتفتيش في الحالات الاستعجالية، يكفي فيها عناصر القوة العمومية بإظهار صفتهم القانونية للقيام بمهامهم، وهو وضع ربما يتماشى والظرف الاستعجالي، لكن قد تكون وراءه تبعات أخرى سلبية خاصة التجاوز في ناحية انتهاك الحرمات، وغياب قواعد للمسؤولية عن ذلك.

2- التفتيش في غياب مالك المحل أو رب الدار:

قد يكون صاحب المحل، أو رب البيت غائبا، لسبب من الأسباب، مثل كونه فارا، أو مسافرا، وفي هذه الحالة يتم التفتيش بحضور شاهدين (02)، يطلبان لهذا الغرض. ولم يبين النص كيفية تعيين الشهود، ولا ما يتعلق بهويتهم، أيكونون من أقاربه، أم من سكان حيه، أم غير ذلك.

3- جرد المحجوزات:

بعد التفتيش، سواء بحضور المالك أو الشهود، يتم الجرد لجميع المحجوزات، ويحرر محضر بذلك، يختم بحضور المالك، أو رب الدار، أو الشاهدين، (المادة 04)، ثم يعقبها المحضر النهائي لعملية التفتيش، من أجل الشفافية في إثبات التهمة على مرتكبها، لتقدم أمام العدالة، التي هي القضاء المدني في حالة الطوارئ، والقضاء العسكري في حالة الحصار، وبعض حالات الطوارئ، التي تفوض فيها السلطة العسكرية بقيادة عمليات استتباب الأمن، طبقا للمادة التاسعة (09) من المرسوم الرئاسي (92-44).

4- إيداع المحجوزات لدى القضاء:

نصت المادة الخامسة (2/05) من المرسوم التنفيذي رقم (91-204) السالف الذكر على أن: "تودع الأشياء المحجوزة في إطار التفتيش، لدى النيابة العسكرية، أو لدى كتابة الضبط في المحكمة، حسب الحالة، مصحوبة بأوراق الملف"¹. وفي ضوء هذا النص، تقدم المحجوزات وأوراق الملف كاملة إلى القضاء، الذي هو القضاء العسكري في حالة الحصار، طبقاً للمادة (11) من المرسوم الرئاسي رقم (91-196) المتضمن تقرير حالة الحصار²، والمادة الخامسة (05) من المرسوم التنفيذي رقم (91-204) السابق ذكره، وبعض حالات الطوارئ؛ طبقاً للمادة (10) من المرسوم الرئاسي رقم (92-44)³، المتضمن إعلان حالة الطوارئ، والقضاء المدني في حالة الطوارئ.

المطلب الثاني: مراعاة آثارها في المنع من الحقوق والحريات

زيادة على تقييد الحرية، يمكن أن تفرض الظروف الاستثنائية المنع منها، تبعاً لما تقتضيه الضرورة، وتقدره السلطات المنوط بها حفظ الأمن والنظام العام، وقد حاولت استقراء مظاهر المنع في لوائح الظروف الاستثنائية، فوجدت لها صوراً كثيرة، منها ما يتعلق بالمنع من حرية النشاط والتواصل مع الغير، ومنها ما يتعلق بالمنع من التنقل، ومنها ما يتعلق بالمنع من حرية التقاضي، نورد هذه الصور على التوالي في الفروع التالية.

الفرع الأول: المنع من النشاط

للمنع من النشاط الذي يشكل خطراً على النظام العام والأمن في الظروف الاستثنائية مظاهر متعددة، نذكر ما وقفنا عليه بعد استقراء النصوص التنظيمية في الواقع الجزائري، فيما يلي:

- 1 - الجريدة الرسمية: العدد (31)، الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991.
- 2 - الجريدة الرسمية: العدد (29)، الصادر بتاريخ (12) يونيو 1991.
- 3 - المرسوم الرئاسي رقم (92-44)، المؤرخ في (05) شعبان عام 1412هـ، الموافق (09) فبراير سنة 1992، يتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية: العدد (10)، الصادر بتاريخ (09) فبراير 1992، ص 285.

أولاً: منع الاجتماعات والمظاهرات العمومية.

تعرض القانون رقم (89-28) المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية المعدل والمتمم¹، لتحديد مفهوم كل من الاجتماعات العمومية، والمظاهرات العمومية، وحدد لكل منها أحكاماً قانونية، فبالنسبة للاجتماع العمومي عرفه في المادة الثانية(02) منه بأنه: "الاجتماع العمومي تجمهر مؤقت لأشخاص، متفق عليه، ومنظم، في كل مكان مفتوح لعموم الناس، قصد تبادل أفكار، أو الدفاع عن مصالح مشتركة".

أما المظاهرات العمومية، فعرفها بنص المادة(1/15) بأنها: "المظاهرات العمومية هي المواكب والاستعراضات، أو تجمهرات الأشخاص، وبصورة عامة جميع المظاهرات التي تجري على الطريق العمومي، ويجب أن يصرح بها". والأصل في الاجتماع والتظاهر أنه حق دستوري، اعترفت به الدساتير والمواثيق الدولية، وضمنته جميع الدساتير الجزائرية، بداية من دستور 1963، بموجب المادة (19) منه، ومروراً بدستور 1976، بنص المادة(55) منه، ثم دستور 1989 بموجب المادة (39) منه، وانتهاءً بدستور 1996 المعدل، بموجب المادتين (48،49)² منه، وقد فعّل المشرع الجزائري سنة 1989 هذه النصوص الدستورية، بوضع القانون رقم (89-28) المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات³، السالف الذكر، وكرس من خلاله الحرية في الاجتماع والتظاهر، ما لم تتحول إلى تجمهر⁴ ممنوع بموجب نصوص قانون العقوبات، ووضع لذلك ضوابط قانونية، موضوعية وإجرائية.

1 - عدل بموجب القانون رقم(91-19)، مؤرخ في (25) جمادى الأولى عام 1412، الموافق (02) ديسمبر سنة 1991؛ الجريدة الرسمية، العددان (62، 63) الصادران على التوالي في (04)، (07) ديسمبر 1991.

2 - نصت المادة (48): "حريات التعبير، وإنشاء الجمعيات، والاجتماع، مضمونة للمواطن"؛ ونصت المادة (49) على أن: " حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطن ، في إطار القانون الذي يحدد كيفية ممارستها".

3 - قانون رقم (89-28) مؤرخ في (03) جمادى الثانية 1410، الموافق (31) ديسمبر سنة 1989م، يتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية؛ الجريدة الرسمية، العدد(04) الصادر في (25) يناير 1989، ص 163.

4 جاء في المادة (1/16) من هذا القانون أنه: "يمنع التجمهر في الطريق العمومي، إذا كان من شأن احتلاله في أي اجتماع أن يتسبب في عرقلة استعماله"؛ وجاء في المادة (19) منه أن: "كل مظاهرة تجري بدون تصريح تعتبر تجمهراً".

وقد تقتضي الضرورة استثناء المنع من ممارسة هذه الحرية، تغليباً للمصلحة العامة إذا طرأ ظرف استثنائي حاد، وذلك ما كرسته التدابير الواقعية في فترات الظروف الاستثنائية، التي مرت بها الجزائر، أثناء حالة الطوارئ وحالة الحصار في التسعينيات من القرن الماضي.

وقد جعلت المادة الثامنة(08) من المرسوم الرئاسي رقم(91-196) المتعلق بتقرير حالة الحصار هذا الأمر في مقدمة الممنوعات، حيث نصت على أنه يمكن السلطات العسكرية المخولة بصلاحيات الشرطة أن تقوم بمنع مرور أشخاص أو تجمعهم في الطرق والأماكن العمومية، وتطبيقاً لذلك جاءت المادة السادسة(06) من المرسوم التنفيذي رقم (91-204)، المتعلق بتحديد شروط تطبيق المادة السابعة (07) من المرسوم المتعلق بتقرير حالة الحصار، مبيّنة أنه: "يمكن السلطات العسكرية المخولة بصلاحيات الشرطة، أن تمنع أي نشر، أو اجتماع، أو نداءات عمومية، يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفوضى وانعدام الأمن أو استمرارهما، وذلك بناء على اقتراح لجنة رعاية النظام العام..."¹.

وسار على منوالها المرسوم الرئاسي رقم (92-44) المتعلق بإعلان حالة الطوارئ سنة 1992، في المادة السابعة(07) منه، التي مكنت وزير الداخلية والجماعات المحلية من منع كل مظاهرة يحتمل فيها الإخلال بالنظام والأمن العامة العمومية². والملاحظ أن هذا المنع حصل بموجب مراسيم تنظيمية، صدرت عن السلطة التنفيذية، استغلالاً لما تتيحه الظروف الاستثنائية من سلطات، وتأسيساً على واجبها في حفظ الأمن والنظام العام، وقد تذرعت بذلك طويلاً، ومنعت المواطنين من حقهم في التظاهر، برفضها الترخيص للمسيرات والتجمعات العمومية، طيلة مدة امتداد حالة الطوارئ، التي استمرت حوالي ثمانية عشر (18) سنة.

والفارق الذي يميز التشريع الإسلامي بخصوص هذه المسألة هو ثبات القواعد والضوابط المنزلة، بما يجعل السلطة مقيدة في منع الحريات، وقد سبق لنا بيان القواعد

1 - الجريدة الرسمية: العدد(31)، الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991، ص1126.

2 - الجريدة الرسمية: العدد(10)، الصادر بتاريخ (09) فبراير 1992، ص 285.

الفقهية التي تحكم نظرية الضرورة، وما تفرع عنها، في حين رأينا مراعاة التشريع الوضعي قاصرة، ترمي بثقل المشكلات الاضطرارية في يد السلطة التنفيذية، وتكتفي بذلك.

ثانيا: المنع من الإقامة

عطا على المنع من السفر والوضع تحت الإقامة الجبرية، تم خلال الظروف الاستثنائية التي مرت بها الجزائر، اتخاذ تدابير المنع من الإقامة، بموجب النصوص التنظيمية التي أعلنت حالتها الحصار والطوارئ، بموجب المرسومين الرئاسيين (91-196) المتضمن تقرير حالة الحصار، لاسيما المادة الثامنة(08) منه، و(92-44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ، لاسيما المادة السادسة (06) منه.

وقد أعطي الموضوع بعدا تنظيميا بمناسبة إعلان حالة الحصار سنة 1991، من خلال المرسوم التنفيذي رقم (91-203)¹، الذي بين الجهة المخولة باتخاذ القرار، والإجراءات المتبعة في ذلك(المادة الثانية)، وحق الشخص في الطعن لدى المجلس الجهوي لحفظ النظام العام(المادة الثالثة)، تحديد الأماكن الممنوعة من الإقامة، ونظام الرقابة والحراسة الذي يخضع له الممنوع من الإقامة(المادتان الرابعة والخامسة).

ثالثا: منع نشاط الجمعيات.

سبق بيان الحق في الاجتماع وإنشاء الجمعيات، تأسيسا على الدستور، والمواثيق الدولية، لكن قد يتعرض هذا الحق للمنع، تبعا لمقتضى الضرورة، ولذلك كان من بين التدابير الاستثنائية التي تم اتخاذها أثناء تعرض الأمن والنظام العام في الجزائر للخطر خلال التسعينيات، حل الجمعيات، طبقا لما أورده المادة التاسعة(09) من المرسوم الرئاسي (91-196) المتعلق بإقرار حالة الحصار، ونصها: "تتعرض للتوقيف عن كل النشاطات بواسطة مرسوم تنفيذي، الجمعيات، مهما كان قانونها الأساسي، أو وجهتها، التي يقوم أعضاؤها بأعمال مخالفة للقوانين، لاسيما القانون

1 - مرسوم تنفيذي رقم(91-203)، مؤرخ في في (13) ذي الحجة عام 1411، الموافق (25) يونيو سنة 1991، يضبط كليات تطبيق تدابير المنع من الإقامة، الجريدة الرسمية، العدد (31)، الصادر في (26) يونيو 1991، ص 1124.

رقم(89-11) المؤرخ في (05) يوليو سنة 1989 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي¹، أو أحكام هذا المرسوم.

وفي هذه الحالة تطبق قانونا أحكام المادة 34 من القانون السالف الذكر، إذا تعلق الأمر بجمعية ذات طابع سياسي".

وقد جاء هذا النص عاما ليشمل كل الجمعيات، مع التأكيد بشكل واضح على الجمعيات ذات الطابع السياسي، وبالرجوع إلى القانون المتعلق بالجمعيات السياسية آنذاك المحال عليه في هذا النص، نجده قد نص في المواد (33) وما بعدها، على الأحكام الجزائية التي يمكن أن يتعرض لها الحزب السياسي، وهي:

1- وقف النشاط قضائيا:

وذلك في حال ارتكاب خرق فادح للقوانين السارية، وفي حالة استعجال أو خطر يوشك أن يحل بالنظام العام، ويستتبع هذا الإجراء الأمر القضائي بالغلق المؤقت لجميع محلات الجمعية المعنية، ويتم ذلك بناء على طلب من وزير الداخلية².

2- الحل القضائي: ويمكن للوزير المكلف بالداخلية، أن يطلب من السلطة القضائية ممثلة في الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر، حل الجمعية، أو الحزب السياسي.

ألغيت أحكام هذا القانون بالأمر رقد (97-09)، المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية³، في إطار مطابقة النصوص القانونية مع التعديل الدستوري الصادر سنة 1996، واستبدلت بالمادتين (36،37) منه، واللتين نصتا على التفريق بين حالتين، تتعلق الأولى بمرحلة ما قبل استكمال إجراءات التأسيس، وثانيهما بمرحلة ما بعد استكمال إجراءات التأسيس، حيث يرجع اختصاص منع الأنشطة وغلق

1 - قانون رقم (89-11)، المؤرخ في (02) ذي الحجة عام 1409هـ، الموافق (05) يوليو سنة 1989، يتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، الجريد الرسمية، العدد (27)، الصادر في (05) يوليو 1989.

2 - المادة (33) من القانون (89-11) المتعلق بالجمعيات السياسية.

3 - أمر رقم(97-09) مؤرخ في (27) شوال عام 1417 هـ، الموافق (06) مارس سنة 1997، يتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية، العدد (12)، الصادر في (06) مارس 1997.

المقار إلى وزير الداخلية في المرحلة الأولى، بينما يرجع الاختصاص في توقيف أو حل حزب معتمد إلى السلطة القضائية ممثلة في المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر، بناء على دعوى مقدمة من طرف الوزير المكلف بالداخلية.

ثم ألغي هذا الأخير بموجب القانون عضوي رقم (12-04)، المتعلق بالأحزاب السياسية¹، الذي توافق مع سابقه في مسألة توقيف نشاط الحزب وحله، طبقا للمادتين (64،65) منه، المتعلقتين بالتفريق بين الحزب في مرحلة ما قبل الاعتماد، وما بعده، وكان له الأثر كسابقه في ضبط حرية إنشاء الأحزاب السياسية ونشاطها، والانضمام إليها، مراعاة للظروف الاستثنائية، التي تسببت في المأساة الوطنية، وما أفرزته من تداعيات.

رابعاً: غلق القاعات والمقرات ومصادرة الممتلكات

من مظاهر الظروف الاستثنائية، التي راعاها المشرع، منع الوسائل المستعملة في الأنشطة الضارة بالأمن، والاستقرار، في مقدمتها، قاعات وأماكن التجمعات، لممارسة الدعاية، وغلق مقرات الأحزاب والجمعيات، والمنظمات، ومصادرة الأموال والممتلكات، وذلك ما نبينه في الآتي

1- غلق القاعات:

جاء في المادة السابعة من المرسوم الرئاسي رقم (92-44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ، أن للسلطات القائمة على حفظ الأمن والنظام العام، ممثلة في وزير الداخلية والجماعات المحلية، والوالي على مستوى إقليم ولايته، أن يقرر الغلق بشكل مؤقت، لقاعات العروض الترفيهية، وأماكن الاجتماعات، مهما كانت طبيعتها.

2- غلق المقرات ومصادرة الأملاك:

من السلطات الاستثنائية التي مارستها الجهات المخولة بحفظ النظام العام، خلال مراحل تطبيق أحكام الطوارئ والحصار، غلق مقرات الجمعيات والأحزاب التي يعتبر نشاطها مصدر خطر على أمن المجتمع واستقراره.

1 - قانون عضوي (04-12) مؤرخ في (18) صفر عام 1433 الموافق (12) يناير سنة 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية، العدد (02) الصادر في (15) يناير 2012، ص 09.

الفرع الثاني: المنع من حرية التنقل

المنع من حرية التنقل تدبير أمني، يقرره القضاء في الظروف العادية، لكن إذا حدث ظرف استثنائي يمكن أن تمارسه السلطة التنفيذية المكلفة بالسهر على حماية الأمن والنظام العام، وهناك مظاهر مختلفة يمكن أن يتم من خلالها منع التنقل، سواء على المستوى العام، أو على المستوى الخاص.

أولاً: منع حرية التنقل على المستوى العام

يمكن السلطات الإدارية أن تتخذ التدابير المناسبة لحفظ الأمن والنظام العام، تبعاً للظرف الاستثنائي الذي تواجهه، وتبعاً للحالة الاستثنائية المعلنة، فقد تقرر منع الخروج من البلد تطويقاً لوباء انتشر بها، وقد تقرر إطباق حصار على من فيها ومنعهم من المغادرة إذا كان هناك ما يقتضي ذلك، لاسيما في علاقة الحرب.

وقد كان لإعلان حالة الحصار سنة 1991، أثراً في إعلان حظر التجول، بقرار من السلطات العسكرية، ابتداء من تاريخ (06) جوان 1991، من الساعة الحادية عشرة ليلاً، إلى الثالثة صباحاً، في ولايات الجزائر والبلدية، وبومرداس وتيبازة¹. وتأسيساً على إعلان حالة الطوارئ سنة 1992، صدر قرار وزير الداخلية المتضمن حظر التجول في تراب بعض الولايات²، وبموجبه تم المنع من التجول في الطرقات والساحات العمومية، من الساعة العاشرة والنصف ليلاً، إلى غاية الساعة الخامسة صباحاً، على تراب ولايات الجزائر والبلدية وبومرداس وتيبازة والبويرة والمدينة وعين الدفلى.

ويعتبر حظر التجول من التدابير الخطيرة المانعة لحرية التنقل، بهدف استتباب الأمن في الأوقات التي يخلد فيها المواطنون للراحة، ومنع الجماعات الإجرامية من التحرك، لكن خنق الحركة في هذه الأوقات يعيق المصالح العمومية نفسها، ولذلك أورد القرار استثناء بعض الفئات التي تقتضي الضرورة تنقلها ليلاً، بشرط أن تحمل

1 - سحنين أحمد: الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، ماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر كلية الحقوق بين عكنون، 2004، 2005، ص 58.

2 - قرار مؤرخ في (05) جمادى الثانية عام 1413هـ، الموافق (30) نوفمبر سنة 1992، يتضمن إعلان حظر التجول في تراب بعض الولايات؛ الجريدة الرسمية، العدد (85) الصادر في (02) ديسمبر 1992، ص 2175.

ترخيصاً، وأمرًا بمهمة، وبطاقة مهنية، وهم مستخدموا التكليف الإلزامي للجمارك الوطنية، والصحة العمومية، وفرق الترميم والتصلّيح للمصالح التابعة للشركة الوطنية للكهرباء والغاز، ومصالح الطرق، ومصالحة المياه، وشركات الطيران، ومصالح استغلال الطيران، ومصالح البريد والمواصلات، ومصالح قطاع النقل، والحاملين لرخص استثنائية الذين يطلبون ذلك¹.

لكن رغم هذه الاستثناءات، فقد عانى كثير من المرضى، والمسافرين وممتهني بعض المهن الحرة، من منع الحركة، بسبب عدم مناسبة الظرف لاستصدار رخصة استثنائية بذلك.

ويقر فقه الضرورة في الإسلام، تقييد الحريات العامة أو منعها، إذا ارتبط بذلك تحقيق مصلحة راجحة، ومن الأمثلة على ذلك، نهيه صلى الله عليه وسلم عن الخروج من الأرض التي وقع بها الطاعون أو الدخول إليها، لما في ذلك من تعريض الصحة العامة للخطر.

وليس هناك ما يمنع تنزيل قواعد الضرورة في نطاق حظر التجول، بهدف تحقيق استتباب الأمن، بشرط التزام ضوابطها.

ثانياً: منع حرية التنقل على المستوى الفردي

إذا كانت الضرورة تبرر المساس بالحريات العامة، فإن المساس بالحريات الفردية يكون مبرراً من باب أولى، تقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ودفعاً للضرر العام بارتكاب الضرر الخاص، ودرءاً للمفسدة الأشد بارتكاب الأخف.

ويدخل في هذا الإطار مظاهر منع متعددة، من أهمها منع السفر، وإعداد لائحة بأسماء الممنوعين من مغادرة البلاد، تسهيلاً لمراقبتهم، وقد تنوعت أغراض هذا المنع تبعاً للدوافع الأمنية والسياسية والجنائية.

1 - المادتان: الثانية(02) والثالثة (03)، من قرار إعلان حظر التجول سنة 1992؛ الجريدة الرسمية، العدد (85)، الصادر في (02) ديسمبر 1992، ص 2175.

ويعتبر هذا المنع وسيلة لاتخاذ التدابير الاستثنائية المقررة بموجب النصوص المنظمة لحالة الطوارئ وحالة الحصار، مثل تحديد الإقامة، والوضع في مراكز أمن، أو الوضع تحت الإقامة الجبرية.

وقد تبرره مصلحة عامة راجحة، من وجهة نظر التشريع الإسلامي، مثل منع عمر بن الخطاب رضي الله عنه لكثير من الصحابة من مغادرة المدينة، تغليباً للمصلحة الراجحة في بقائهم إلى جانبه يستشيرهم.

وبعد انتهاء الظروف الاستثنائية، وعودة الشرعية القانونية بالتدرج، تمت مراعاة خطورة هذا التدبير على الحريات الفردية والجماعية، وأدرج ضمن العقوبات التكميلية التي يوقعها القاضي الجزائي حصرياً، طبقاً لنصوص قانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجزائية.

الفرع الثالث: مدى مراعاة هذه الآثار في التشريع

كلما عاشت الدولة ظرفاً استثنائياً، ظهر أثره في تنوير واضع القانون، بجوانب تشريعية لا بد من تقنينها، وقد كانت للتجربة الجزائرية، آثارها الواضحة في تحديث المنظومة القانونية، وأصبحت كثير من الحلول الاستثنائية التي اتخذتها السلطة التنفيذية في وقت الضرورة، قوانين تشريعية ثابتة، ما يدل على أن مراعاة المشرع للظروف الاستثنائية أمر واقع، ونقف على نماذج عملية من ذلك فيما يلي:

أولاً: تطور النصوص الدستورية

لقد كانت النصوص الدستورية في قلب عواصف الظروف الاستثنائية التي مرت بها البلاد، بداية من الاستقلال إلى غاية دستور 1996 المعدل، ذلك أن الأحداث الاستثنائية كانت دائماً السبب في إيقاف العمل بالدستور، أو تعديله، أو إلغائه.

وقد سبق لنا بيان سبب وقف العمل بدستور 1963، أياماً قليلة بعد دخوله حيز التنفيذ، كما سبق لنا بيان أثر أحداث أكتوبر 1988، في دستور 1976، أياماً قليلة بعد نزول الشعب إلى الشارع، حيث تم تعديله سريعاً في نوفمبر 1988م، للاستجابة لبعض مطالب المتظاهرين، ثم سقوط هذا الدستور كلية سنة 1989، ليستبدل بأول دستور تعددي، وفي ضوئه حدثت تحولات سياسية استثنائية، كشفت ثغرات في

نصوصه، أشهرها الفراغ الدستوري المتمثل في تزامن حل المجلس الشعبي الوطني مع استقالة رئيس الجمهورية، حيث أشرفت بسببه مؤسسات الدولة على السقوط، الأمر الذي فرض إدارة الدولة بمؤسسات دستورية استثنائية لا وجود لها في الدستور، بدءا بالمجلس الأعلى للدولة الذي حل محل رئيس الجمهورية المستقيل، والمجلس الاستشاري¹، ثم المجلس الوطني الانتقالي، بدل المجلس الشعبي الوطني المنحل.

إن الظروف الاستثنائية التي عاشتها الجزائر في ظل دستور التعددية السياسية 1989م، أدت إلى تطور نصوص الدستور باتجاه العقلنة البرلمانية، من خلال دستور 1996م، وروعية مخاطر الفراغات الدستورية التي قد تتجم عن حل البرلمان، وأنشئ برلمان بغرفتين، وروعية سلبيات التعددية السياسية المفرطة، باستبعاد رموز الهوية والثوابت الوطنية، عن التوظيف السياسي.

وروعيت ضرورة مساهمة السلطة التنفيذية في التشريع، من خلال تمكينها من التشريع بالأوامر عند غياب البرلمان.

وروعيت مسألة التوافق السياسي بين البرلمان والسلطة التنفيذية، من خلال جعل الغرفة الثانية من البرلمان أكثر استقرارا وانسجاما مع رئاسة الجمهورية، عبر آلية تعيين ثلث أعضائها.

والأمثلة التطبيقية، والقضايا التي تمت دسترة أحكام فيها، تبرز مدى استجابة نصوص الدستور لما تمليه الظروف الاستثنائية، ومن الأمثلة على ذلك:

- 1- تعديل الدستور في 2002، لتلبية مطلب اعتبار اللغة الأمازيغية لغة وطنية²، بعد أحداث عنف في بعض مناطق البلاد.
- 2- رفع حالة الطوارئ بعد أحداث 2011، امتثالا للشرعية الدستورية التي تفرض عدم تأقيت الأحكام الاستثنائية.

1 - مرسوم رئاسي رقم (92-39) مؤرخ في (30 رجب 1412هـ، الموافق (04 فبراير سنة 1992)، يعلق بصلاحيات المجلس الاستشاري الوطني، وطرق تنظيمه وعمله؛ الجريدة الرسمية، العدد (10) الموافق (09) فبراير 1992، ص 282.

2 - قانون رقم (02-03) مؤرخ في (27) محرم عام 1423 الموافق (10) أبريل سنة 2002، يتضمن تعديل الدستور.

3- تعديل الدستور سنة 2016، وحماية جملة من الحقوق والحريات عبر تعديل نصوصه وإضافة مواد جديدة بذلك، مست فئات مختلفة من المجتمع، منها المرأة، والشباب، والصحافة، والمعارضة السياسية.

ثانياً: عدم صدور قانون الطوارئ والحصار

على الرغم من أن دستور 1996 المعدل، راعى الظروف الاستثنائية، التي قد تحدث لسبب أو لآخر، فتعرض أمن الدولة أو مؤسساتها للخطر، مما يستدعي إعلان حالة الطوارئ، أو حالة الحصار، أو الحالة الاستثنائية، أو التعبئة العامة، أو حالة الحرب، إلا أن نصوصه لم تفعل بشكل قانوني، ذلك أن الدستور من خلال نص المادة (107) منه، نص على أن: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي"، لكن البرلمان لم يستطع منذ تأسيسه سنة 1997، أن يمارس دوره في تقنين أحكام هاتين الحالتين.

ثالثاً: توسع قانون العقوبات في الجرائم الماسة بالأمن

من مظاهر مراعاة الظروف الاستثنائية، تحديث قائمة الجرائم الماسة بالدولة، استجابة لمقتضى مبدأ الشرعية الجنائية، وسبب ذلك ظهور الجريمة الإرهابية، واستعمال العنف كوسيلة للوصول إلى السلطة أو البقاء فيها.

وقد سعى المشرع للتوسع في توقع السلوكات الإجرامية استلهاماً من الواقع، ونوعها إلى جنح وجنایات ضد أمن الدولة، مثل الخيانة والتجسس، والتعدي على الدفاع الوطني، أو الاقتصاد الوطني، والاعتداءات والمؤامرات والجرائم الأخرى ضد سلطة الدولة، وسلامة أرض الوطن، وجنایات التقتيل والتخريب المخلة بالدولة، والجرائم الموصوفة بأعمال إرهابية أو تخريبية، وجنایات المساهمة في حركات التمرد، وجريمة التجمهر.

والجريمة الواحدة من هذه الجرائم، قد تتطوي على سلوكات جرمية متعددة، تختلف في مظهرها، وفي العقوبة المرصدة لها، ومن أمثلة ذلك؛ التوسع في تحديد مظاهر الجريمة الإرهابية من خلال المادة (87)، المكررة عشر (10) مرات.

رابعاً: تجديد قانون الأحزاب

من مظاهر تأثر التطور القانوني والدستوري بالظروف الاستثنائية، إعادة الصياغة لقانون الأحزاب السياسية، لضبط العمل السياسي بقيود صارمة، تقي المجتمع من تكرار ما حدث في تسعينيات القرن الماضي، وتستبعد من تسببوا في المأساة الوطنية من تأسيس الأحزاب، والانخراط في صفوفها، وبالرجوع لنصوص قانون الأحزاب لا سيما المواد (05،06،09) منه، نجد ما يلي:

1- منع المتسببين في المأساة الوطنية من النشاط الحزبي

ورد ذلك في المادة الخامسة (05) من قانون الأحزاب السياسية رقم (12-04)¹ ونصها: "يمنع تأسيس حزب سياسي أو المشاركة في تأسيسه أو في هيئاته المسيرة على كل شخص مسؤول عن استغلال الدين الذي أفضى إلى المأساة الوطنية. كما يمنع من هذا الحق كل من شارك في أعمال إرهابية ويرفض الاعتراف بمسؤوليته في المشاركة في تصور وانتهاج وتنفيذ سياسة تدعو للعنف والتخريب ضد الأمة ومؤسسات الدولة."

2- منع توظيف أسماء ورموز من أساءوا للوطن

نص عليها في المادة السادسة (06) من نفس القانون بالقول: "لا يجوز لأي حزب سياسي أن يختار لنفسه اسماً، أو رمزا كاملاً، أو علامة كاملة أخرى مميزة، يملكها حزب أو منظمة وجداً من قبله، أو سبق أن ملكتها حركة مهما تكن طبيعتها، وكان موقفها أو عملها مخالفين لمصالح الأمة ومبادئ ثورة أول نوفمبر 1954 ومثلها."

3- منع استعمال العنف في العمل الحزبي:

طبقاً لما ورد في المادة 9 من نفس القانون: "لا يمكن الحزب السياسي أن يلجأ إلى العنف أو الإكراه مهما تكن طبيعتها أو شكلها. كما لا يمكنه أن يستلهم من برنامج عمل حزب سياسي محل قضائياً."

1 - قانون عضوي رقم (12-04) مؤرخ في (18) صفر عام 1433، الموافق (12) يناير سنة 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية.

الخاتمة



الحمد لله أولا وآخرا.

بفضل الله سبحانه أتينا على نهاية هذه الدراسة التي قادتنا إلى موضوع الظروف الاستثنائية والأحوال الاضطرارية التي تواجه فيها الدولة مشكلة في التشريع، إما لعجز القوانين العادية عن حماية الصالح العام، وتأطير الظرف الاستثنائي، أو لعدم وجود نص والظرف لا يسمح باتباع الخطوات المعتادة في إعداد القانون من طرف السلطة التشريعية ومن خلال الخطوات العملية التي مرت بها دراسة الموضوع، في ضوء الإشكالية المطروحة، والأهداف المرسومة، وما أتاحتها المصادر من مادة علمية، ووفرتة التجربة العملية من ممارسات تطبيقية، يمكن استخلاص ما يلي:

أولا: بخصوص طبيعة المشروعية في الظروف الاستثنائية

لقد قادتنا دراسة الموضوع إلى أن الظروف الاستثنائية تؤثر على المشروعية، فتحدث مشروعية استثنائية، تتماشى ومقتضى الضرورة، إما على منهج الضرورة الألمانية، أو منهج الواقعية السياسية الفرنسية، أو على منهج سيادة البرلمان وقانون التضمينات والإعفاء من المسؤولية الإنجليزي، أو وفق نظرية الضرورة الإسلامية.

ذلك لأن الظرف الاستثنائي تتفق جميع هذه المنظومات على أنه يفرض واقعا لاحتتمل قواعد التشريع العادي تأطيره، لكنها تختلف في أسلوب الحكم على التصرفات الرسمية إزاءه، ففي حين قررت مدرسة الضرورة الألمانية إضفاء المشروعية الكاملة على تصرفات السلطات المخالفة للقوانين العادية تحت ظرف الضرورة، استنادا لفرضية أن الدولة أعلى من القانون، عندما يكون تطبيقه مهددا لبقائها؛ رأت المدرسة الفرنسية الاعتراف بصحة التصرفات التي تخدم المصلحة العليا للدولة، في ضوء الضوابط العامة للضرورة الدستورية، تحت رقابة القضاء، وقيود حماية الحريات، وبخلاف ذلك رأت المدرسة الانجليزية أن القانون لا تعلو سيادته أية سلطة أخرى، وأن تصرفات السلطة التنفيذية بخلاف القانون تبقى مشوبة بعيب عدم المشروعية، لكن قانون التضمينات يعفي السلطة من المسؤولية على مخالفتها للقانون، إلى أن يتدخل البرلمان.



وبين هذه الرؤى، تأتي الشريعة الإسلامية بوسطيتها، مقرة بأن الضرورة قد تبيح المحظور، لكن ليس على شاكلة الألمان، الذين يبررون الممارسات القمعية، والتدابير البوليسية، والمصادرة الكاملة للحريات الجماعية والفردية، بحجة الدفاع عن الدولة، وإنما يجب أن تقدر بقدرها.

ولا على شاكلة الإنجليز الذين يتركون تصرفات السلطة عارية عن الشرعية، ويعفونها فقط من المسؤولية، مما يوحي بنوع من عدم الانسجام بين عدم شرعية تصرف، ورفض المساءلة عنه في الوقت نفسه.

ولا على شاكلة الفرنسيين الذين اختلفت تجاربهم وتضاربت قوانينهم، إلى أن استقر أمرهم على اعتبار رئيس الدولة هو صاحب السلطة في اتخاذ التدابير الاستثنائية، ويتمتع بالسلطة التقديرية الكاملة في ذلك دفاعاً عن الدولة، كما يتمتع بالسيادة الكاملة في اتخاذ قرار اللجوء إلى تدابير محددة من بين مجموعة تدابير ممكنة لمواجهة الظروف الاستثنائية.

لأن التشريع الإسلامي لا يعرف تصرفات مطلقة للحكام خارج نطاق الرقابة، مثل ما عليه الأمر بالنسبة للسلطة التقديرية وأعمال السيادة، وإنما يراعي أحوال الضرورة، ويرخص للتصرف بمقتضاها، في ضوء قواعد واضحة المعالم، دور الحاكم فيها هو دور المطبق لا غير.

ثانياً: بخصوص أسلوب مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع

قادتنا الدراسة إلى التوافق المبدئي بين جميع الشرائع على مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع، وتبين أن الاختلاف بينها يكمن في الأسلوب والطريقة، ففي حين يرى البعض ترك الحرية الكاملة للحكام في اتخاذ التدابير المناسبة لمواجهة الظروف الاستثنائية، بعيداً عن القيود التشريعية التي قد تعيق الوصول إلى قرارات ملائمة؛ يرى البعض الآخر ضرورة التنظيم التشريعي للظروف الاستثنائية، باستغلال المنهج الافتراضي في تغطية ما أمكن من الفراغات القانونية، بحجة أن السلطة التنفيذية غير مأمونة الجانب من دوس الحريات والحقوق، واستغلال الظروف الاستثنائية للانحراف بالسلطة.



ومعلوم أن كلا الرأيين يمثل تطرفا باتجاه معين، وقد توسط التشريع الإسلامي من خلال نظرية الضرورة بنصوصها وقواعدها الفقهية، في مراعاة التوفيق بين ما يقتضيه منصب حاكم الدولة من قوة وسلطات من جهة، وماتستلزمه السلطة من الضبط التشريعي حتى لاتصير سلطة تحكُّمية، يحكمها الهوى، فأسس للضرورة بنصوص من الكتاب والسنة، وأتاح الفرصة للاجتهاد الفقهي الذي واصل التقييد لقواعد النظرية، وضبط أحكامها، وأتاح هامشا من الاجتهاد للحاكم في تنزيل أحكام الضرورة على الظروف الاستثنائية.

إذ الحاكم في التشريع الإسلامي يمكن أن يكون مجتهدا، لكن اجتهاده لا يمكنه تجاوز نص أو إجماع، وإذا اقتضى الأمر أن يتجاوز نصا للضرورة، فإن ذلك لا يخوله إسقاط النص، وإنما الاجتهاد فقط في ظروف وكيفية تطبيقه، كما فعل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إزاء حد السرقة.

وقد تبين من خلال الدراسة أن المشرع الجزائري سار في ركب أسلوب التجربة الفرنسية من حيث إناطة مهمة مواجهة الظروف الاستثنائية في بعدها التشريعي والتنظيمي برئيس الجمهورية، فهو الذي يمكنه تقدير المخاطر المحدقة بالدولة، وإعلان حالة الطوارئ، أو الحصار، أو الحالة الاستثنائية، أو حالة الحرب، على الرغم من التأسيس لأسلوب التنظيم التشريعي في دستور 1996م، بالنسبة لحالتي الطوارئ والحصار، الذي لم ير النور إلى غاية كتابة هذه الأسطر.

ثالثا: بخصوص مفهوم الظروف الاستثنائية في الشريعة والقانون

يدافع فقهاء في القانون عن استقلال نظرية الظروف الاستثنائية بمفهومها عن الضرورة العامة، ويثيرون بالمناسبة كثيرا من الأسئلة عن طبيعة علاقتها بالضرورة، هل هي علاقة فرع بأصله؟ وبالتالي تكون الضرورة أساسا لتبرير أعمال الظروف الاستثنائية؟ أم هي علاقة للفكرة بواحد من مجالات تطبيقها؟ وبالتالي تكون الظروف الاستثنائية هي بمثابة مظهر تطبيقي للضرورة في نطاق العلاقات الدستورية؟

وبناء على هذا الاختلاف أوردت الدراسة المفهوم العام للضرورة، وإطلاقاتها وأساسها، ثم مفهوم الظروف الاستثنائية وفق طروحات القانونيين الدولي والقانون



الداخلي ثم عرجت على أساسها، ببعديه الفلسفي والتشريعي، وخلصت إلى أن مراعاتها المسبقة في التشريع يجنب الدولة كثيرا من الارتباك عند الخطر واشتداد الأزمات، والاجتهادات الفردية التي قد تقع في الشطط والانحرافات، كما يخرجها من دوامة النقاش الفلسفي حول أساسها، الذي لم يتجاوز غاية واحدة، هي تبرير التصرفات غير القانونية للسلطة، سواء للضرورة، أو للشرعية الاستثنائية، أو لأعمال السيادة، أو لواجبات الإدارة في حفظ النظام العام.

ولعل السبب وراء كل هذا النقاش والدفاع عن النظرية بمفهومها المستقل، هو تبرير أعمال السلطات الدستورية والإدارية غير المطابقة للقانون عند الظروف الاستثنائية، وتمكينها من بسط سيطرتها على حفظ النظام العام.

رابعاً: بخصوص آثار الظروف الاستثنائية على التشريع

تعرضت الدراسة لمختلف آثار الظروف الاستثنائية على التشريع، سواء من الناحية السلبية أو من الناحية الإيجابية، وبينت أن التشريع الوضعي يتأثر سريعا بالظروف الاستثنائية، وبمستويات متدرجة، ساعدت التجربة العملية على ترتيبها، تبعا لدرجة الخطورة المحدقة بالأمة ومصالحها الحيوية، يبدأ هذا التأثير من تفسير النص، ويمر إلى الوقف المؤقت للعمل بالقانون، وقد ينتهي بالوقف الكلي للعمل بالقانون، تستوي في ذلك جميع النصوص القانونية بما فيها النصوص الدستورية.

وقد ترجمت الدساتير المختلفة لمضمون هذه الآثار، مع مراعاة الفروق الخاصة من دولة لأخرى، وقد رأينا في التجربة الجزائرية أن الدستور يكفل صلاحيات السلطة التنفيذية في اتخاذ التدابير الاستثنائية، بالذهاب إما إلى حالة الطوارئ أو حالة الحصار أو إعلان الحالة الاستثنائية، وقد يقتضي الأمر إعلان الحرب ووقف العمل بالدستور، وتعطيل جميع المؤسسات الدستورية لصالح استئثار رئيس الجمهورية بها.

وبينت الدراسة كذلك، أن التشريع الإسلامي يراعي الظروف الاستثنائية، من حيث هي مظهر من مظاهر الضرورة، ويبرر ما تقتضيه من أحكام انطلاقا من النصوص نفسها، الأمر الذي جعلنا نخلص إلى أن الظروف الاستثنائية لا يرقى أثرها لمستوى التأثير الذي تحظى به في القانون الوضعي، إذ الضرورة لا تمكن الحاكم من



سلطة إلغاء نص شرعي أو وقف العمل به، وإنما تضع بين يديه قواعد تشريعية بديلة، تناسب الوضع الاستثنائي، وتتماشى معه، وتجعل له قدرا من الاجتهاد في تحديد مدى توافر شروط تطبيق النصوص من عدمه.

خامسا: بخصوص تقدير كفاءة مراعاة الظروف الاستثنائية في كل من الشريعة والقانون

قادتنا الدراسة إلى رؤية نقدية لمنهج مراعاة الظروف الاستثنائية فيهما، وكشفت أن في القانون الوضعي يؤدي الواقع دورا أساسيا في فرض التدابير الاستثنائية، الأمر الذي يجعل المنظومة القانونية عرضة للانتهاك، والزوال، وفي ذلك تشخيص لطبيعة النصوص القانونية من حيث كونها وليدة تفكير بشري، رؤيتها قاصرة على نطاق تفكير واضعها، الذي يستحيل عليه توقع كل ما قد يستجد من الحالات.

كما كشفت الدراسة أن التشريع الإسلامي نظر للضرورة بشكل مرن، مما جعلها بمنأى عن الخضوع للواقع، تعطيلًا، أو تعديلا، أو إلغاء، بل الواقع يجد إطار معالجته في قواعد الشرع نصا أو اجتهادا.

ولعل الفارق بين الشريعة والقانون يرجع إلى عوامل القوة والضعف، إذ القواعد الوضعية تتسم مصادرها بالقلّة، والجمود، والظرفية، مما يجعلها ضعيفة أمام الظروف الاستثنائية.

بينما القواعد الشرعية تتسم مصادرها بالكثرة والقوة والمرونة، والصلاحية لاستيعاب كل الظروف، وضعت من قبل الخالق لتكون خالدة، تستجيب للمستجدات زمانا ومكانا.

ولذلك تضافرت جهود عدة على خدمتها وإثراء أحكامها، فاهتم بها أهل التفسير باعتبارهم مبينين لمراد الله في التشريع، وأهل الحديث باعتبارهم خادمين للسنة رواية ودراية، وأهل الفقه باعتبار اهتمامهم بالأحكام الشرعية التفصيلية، للأحوال التي تتعرض فيها مصلحة ما للخطر، وما يقتضيه دفع الضرورة، وأهل أصول الفقه باعتبارهم مستبطين للأحكام، وباحثين في دلالة النصوص عليها، وأهل مقاصد الشريعة باعتبار اهتمامهم بروح التشريع، من حيث ماتراعيه من مصالح، بجلب

المنافع، ودرء المفساد، والموازنة بين المصالح والمفاسد عند اجتماعها، والنظر في ملاءمة الأحكام لقضايا الواقع الذي تؤطره.

وقد بذل الفقه الغربي أضعاف ما بذله الفقهاء المسلمون في التنظير لقواعد الضرورة، واختلفوا إلى مدارس ومذاهب، لكنهم لم يصلوا إلا إلى حلول ظرفية تخص الحادثة التي يعيشونها، بل لم يجدوا بدا من توظيف القواعد الضابطة لأحكام الضرورة في الإسلام، مثل "الضرر يزال"، و"الضرورات تبيح المحظورات"، و"الضرورة تقدر بقدرها"، و"الضرر يدفع بقدر الإمكان"، وغيرها.

سادسا: بخصوص الجوانب التطبيقية في الموضوع

أبرزت الدراسة التجارب القانونية بوضع أنظمة استثنائية مستقلة عن الضرورة العامة، وكيفية تمكينها للسلطة التنفيذية من صلاحيات خطيرة تتجاوز بها احترام القانون.

وكشفت إقرار المؤسس الجزائري لخمسة مظاهر من هذه الأنظمة، وهي حالة الطوارئ، وحالة الحصار، والحالة الاستثنائية، والتعبئة العامة، وحالة الحرب.

وكشفت الدراسة كذلك، أن ما قننه الدستور الجزائري على اختلاف مراحل تطوره، كانت غايته الأساسية هي الحفاظ على الدولة في أمنها ومؤسساتها، وهي غاية تبرر بها الوسائل المنتهجة لتحقيقها، مع التقيد بضوابط وقيود موضوعية وإجرائية، لكن من الناحية العملية توضع هذه الضوابط والقيود على المحك، الأمر الذي جعل الأنظمة السياسية المتعاقبة ترتكب كثيرا من التجاوزات، وتتعرض لكثير من الانتقادات.

إذ مع وجود النص الدستوري الذي ربط حالة الطوارئ بمدة محددة، لا يمكن تمديدها إلا بموافقة البرلمان، وجدنا الجزائر عاشت تحت حالة الطوارئ لما يربوا عن ثمانية عشر (18) سنة (1992-2011) حتى صارت أمرا واقعا ومستمرا، وترتبت عنه حصيلة حقوقية ثقيلة بسبب تلك الأخطاء، لازالت بعض ملفاتها لم تفتح؛ رغم المرور نحو المصالحة الوطنية، كما ترتبت تبعات سياسية واقتصادية، أفقدت البلاد شرعية مؤسساتها مدة طويلة.



وبينّ الواقع العملي كذلك عجز المنظومة القانونية الوضعية عن الاستمرارية أمام الظروف الاستثنائية، رغم ما تنص عليه من أحكام استثنائية، فقد عجز الدستور الجزائري عن البقاء سنة 1963، عندما استعمل رئيس الدولة صلاحياته الاستثنائية، وعجز دستور 1976 عن الاستمرار بعد أحداث أكتوبر 1988، وعجز دستور 1989 بنفس الطريقة، وهي نفسها النتيجة التي كانت تعقب الأحداث الاستثنائية في فرنسا، منذ ثورة 1789م، حتى دستور 1958، ما يعني أن تداعيات الظروف الاستثنائية الحادة، غالبا ما تنصب على المنظومة القانونية فتسقطها كلية، وهو أثر خطير، تختص به النظرية في القانون الوضعي، لأن الشريعة الإسلامية تمتاز بثبات نصوصها، وقدرتها على إدارة جميع الأزمات دون أن تتعرض للانهايار، أو تنهم بالقصور والعجز، والعامل في ذلك مرونة نطاق الاجتهاد، الذي يجعل نظرية الضرورة مستوعبة لكافة العلاقات، وجميع المتغيرات في المجتمع.

وتعتبر نظرية الضرورة في الإسلام كنزا تمتلكه الأمة، لمواجهة جميع الطوارئ والأزمات، بتوجيه الوحي الذي لا يخطئ، واجتهاد الأمة الذي يشكل قيدا على الحاكم. ولعل من أهم نقاط الفرق بين الشريعة والقانون أن الاجتهاد في الشريعة ملك للأمة، ممثلة في علمائها وفقهائها، والحاكم ملزم بعدم تجاوز ما انفقت عليه الأمة، ولا يملك شيئا من احتكار الاجتهاد في اتخاذ التدابير الاستثنائية، إلا ما يتاح له باعتباره واحدا من المجتهدين إن كان مجتهدا، أو الترجيح من آراء الفقهاء في المسائل غير المتفق عليها، وفقا لما يراه من مصلحة الأمة رفعا للخلاف، وتوحيدا للأحكام في المجتمع.

بينما في القانون الوضعي، يؤول الأمر إلى رئيس الدولة عند الظروف الاستثنائية، تشريعا وتنظيما وتنفيذا، بهدف توحيد البلاد في مواجهة الأزمة التي تتعرض لها، يصل الأمر إلى حد تسخير الجيش، ووقف العمل بالدستور، وإعادة رسم رؤية تشريعية جديدة، خاصة وأن مرجعية الأحكام العرفية تفتح المجال أمام عودة الحكم الفردي، وتصدر السلطة العسكرية لحكم البلاد.



وقد مورس هذا الاختصاص فعلا في الجزائر بعد الاستقلال، من طرف رئيس الدولة حيث رجع له الأمر بعد تجميد العمل بدستور 1963، إلى غاية 1976م، ورجع له الأمر بعد أحداث أكتوبر 1988، إلى غاية وضع دستور 1989، ثم سرعان ما استعاد الأمر منذ سنة 1991، إلى غاية رفع حالة الطوارئ سنة 2011، رغم تعديل الدستور في 1996، مايعني أن الدولة الجزائرية أصيبت بحالة استثنائية مزمنة، لم تفارقها إلا لتعود مرة أخرى، وهو واقع يثبت قصور المنظومة القانونية والمؤسسات التي تقوم عليها.

ولم يرو في التاريخ السياسي الإسلامي، تبني نظام الخلافة لفكرة إسقاط العمل بالتشريعات الأساسية ممثلة في القرآن الكريم والسنة النبوية، أو تجميد العمل بها والرجوع إلى الأحكام العرفية، على النحو الذي سبق بيانه في المنظومة الوضعية. هذا والغاية المثلى في أي عمل، لا يتم إدراكها على التمام، لتأصل النقص في الجهد البشري، والله أسأل المثوبة على ما كان في هذا العمل من الصواب، وأسأله العفو والصفح على مافيه من الزلات والهفوات، وصلى الله على سيدنا محمد نبيه وعلى آله وصحابه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين



فهرس المصادر والمراجع

أ- القرآن الكريم: رواية ورش عن نافع

ب- المعاجم

- 1- الزبيدي محمد مرتضى الحسيني: تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة حكومة الكويت، 1965؛ ط المجلس الوطني للثقافة والفنون، الكويت، 2004.
- 2- عدناني محمد: معجم الأغلاط، ط1، 1984م، معادة سنة 1989م، مكتبة لبنان، ساحة رياض الصلح، بيروت.
- 3- ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا): معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1979.
- 4- معجم القانون: إعداد مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية.
- 5- ابن منظور: لسان العرب، ط دار المعارف .

ج- كتب التفسير

- 6- الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1412هـ، 1992م.
- 7- الرازي [544-604هـ]: تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ط1، 1401هـ، 1981م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- 8- رضا محمد رشيد: تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، ط2، 1947م، دار المنار القاهرة.
- 9- الزمخشري [467- 538]: الكشاف، ط1، 1418هـ، 1998م، مكتبة العبيكان، الرياض.
- 10- الطبري أبو جعفر محمد بن جرير [242 - 310هـ]: تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق محمود محمد شاكر، ط2، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- 11- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، ط 1، 2000م، مؤسسة قرطبة للطبع والنشر والتوزيع.

د- كتب الحديث

- 12- أبوداود: سنن أبي داود، ط1، 1997، دار ابن حزم.
- 13- الألباني محمد ناصر الدين: مختصر صحيح الإمام البخاري، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض.
- 14- الترمذي: سنن الترمذي



- 15- الحاكم: المستدرك على الصحيحين، ط1، 1997م، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع.
- 16- النسائي: السنن، دار المعرفة، بيروت لبنان.
- هـ- كتب الأصول:**
- 17- ابن رشد [ت 595هـ] الحفيد: الضروري في أصول الفقه، أو مختصر المستصفي، ط1، 1994 دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 18- أبو زهرة محمد : مالك حياته وعصره، آراؤه وفقهه، مكتبة الأنجلوا المصرية ، القاهرة.
- 19- الأشقر محمد سليمان عبد الله: الواضح في أصول الفقه، ط2، 2004، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة.
- 20- الألباني محمد ناصر الدين: منزلة السنة في الإسلام وبيان أنه لا يستغنى عنها بالقرآن، ط4، 1984، الدار السلفية، الكويت.
- 21- الأمدي علي بن محمد: الأحكام في أصول الأحكام، ط1، 2003م، دار الصميعة للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية.
- 22- البرديسي محمد زكريا : أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، ص305. [دون ذكر بقية البيانات]
- 23- البغا مصطفى ديب: أثر الأدلة المختلف فيها في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، منشورات دار الإمام البخاري، دمشق.
- 24- بن بيه عبد الله : سد الذرائع وتطبيقاته في مجال المعاملات، سلسلة محاضرات العلماء البارزين، رقم 23، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
- 25- الجويني: البرهان في أصول الفقه، ط1، 1399هجريه، تحقيق عبد العظيم الديب، كلية الشريعة، جامعة قطر
- 26- الحبيلاي المريني: القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات، ط1، 2002م، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع.
- 27- حسين أحمد فراج و عبد الودود محمد السريتي: أصول الفقه الإسلامي، ط 1990م، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية.
- 28- الخضري بك محمد: أصول الفقه، ط6، 1969، المكتبة التجارية الكبرى، مصر .
- 29- الرازي فخر الدين [544- 606هـ]: المحصول في علم أصول الفقه، ط مؤسسة الرسالة.
- 30- الركابي عارف بن عوض: نسخ وتخصيص وتقييد السنة النبوية للقرآن الكريم دراسة نظرية تطبيقية، ط1، 2006، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- 31- رمضان حسن خالد: معجم أصول الفقه، الروضة للنشر والتوزيع، ط1، 1998م.



- 32- الريسوني: محاضرات في مقاصد الشريعة، ص 192، 193، دار الكلمة للنشر والتوزيع القاهرة، ط2، 2013م.
- 33- الزحيلي وهبة : أصول الفقه، ط1، 1986، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق.
- 34- الزركشي(745-794هـ) : البحر المحيط في أصول الفقه، ط2، 1992م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت.
- 35- الشاطبي [ت790هـ]: الموافقات، ط1، 1997م، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
- 36- الشنقيطي محمد الأمين [ت1393هـ]: مذكرة في أصول الفقه، ط2001، 5 مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.
- 37- الشوكاني محمد بن علي: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط1، 2000، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض .
- 38- صالح عبد الله محمد: المصلحة المرسله وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة دمشق، المجلد 16، العدد الأول، 2000.
- 39- عياض القاضي السبتي[ت544هـ] : ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، ط2، 1983م، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية .
- 40- الفاسي علال : مقاصد الشريعة ومكارمها، ط1993، 5، دار الغرب الإسلامي .
- 41- القرافي [ت 684 هـ] : نفائس الأصول في شرح المحصول، ط مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة .
- 42- ابن قيم الجوزية [751 هـ] : إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، 1423، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
- 43- كرو الهادي : أصول التشريع الإسلامي، ط3، الدار العربية للكتاب.
- 44- لحبيب بن طاهر : الفقه المالكي وأدلته، قسم العبادات، ط4، 2005م، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان .
- 45- مريني الجبالي: القواعد الأصولية عند الشاطبي من خلال كتابه الموافقات، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع، ط1، 2002.
- 46- مريني الجبالي: القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة في كتابه المغني، دار ابن القيم للنشر والتوزيع الدمام، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2002م.
- و- كتب الفقه



- 47- إبراهيم محمد محمود الحريري: المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية، تعريفها نشأتها وتطورها، تصنيفها، وقواعد أصولية لها صلة بها، ط1، 1998، دار عمار للنشر والتوزيع، عمان الأردن.
- 48- إين الجلاب البصري [ت378هـ]: التفرع، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1987م، ج1، ص 408.
- 49- إين رشد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، ط2، 1988م، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان.
- 50- إين قدامة: المغني، ط3، 1997، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.
- 51- إين قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، 1423هـ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
- 52- إين نجيم الحنفي [ت970هـ]: الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، ط دار الفكر دمشق، 1999.
- 53- ابن نجيم الحنفي (ت970هـ): الأشباه والنظائر، دار الفكر دمشق، 1999م.
- 54- أحمد الزرقا [ت1938]: شرح القواعد الفقهية، ط2، 1989م، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق.
- 55- باحسين يعقوب بن عبد الوهاب: قاعدة المشقة تجلب التيسير، دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ط1، 2003م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
- 56- بورنو محمد صدقي بن أحمد بن محمد: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، ط4، 1416هـ، 1996م.
- 57- توفيق الشاوي: فقه الشورى والاستشارة، ط2، 1992، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة ش.م.م.
- 58- الجلاب (أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ت378هـ): التفرع، ط1، 1987م، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان.
- 59- جوهري ثروت عبد الهادي خالد: الحاكم ومدى سلطته في تغيير التشريع في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 373.
- 60- الجويني أبو المعالي [ت478هـ]: غياث الأمم في التياث الظلم، ط3، 1979م، دار الدعوة للنشر والتوزيع، الإسكندرية.
- 61- الجيزاني محمد بن حسين: الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، 1428هـ، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع بالرياض، المملكة العربية السعودية.



- 62- خلاف عبد الوهاب: السلطات الثلاث في الإسلام، التشريع والقضاء والتنفيذ، ط2، 1985، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت .
- 63- درر الحكام في مجلة الأحكام: تعريب المحامي فهمي الحسيني، ط دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1423هـ - 2003م.
- 64- الدوسري(مسلم بن محمد بن ماجد): عموم البلوى دراسة نظرية تطبيقية، ط1، 2000م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- 65- الزحيلي وهبة مصطفى: زراعة ونقل الأعضاء، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، مارس 2009م.
- 66- الزحيلي وهبة: نظرية الضرورة الشرعية، ط4، 1985م، مؤسسة الرسالة.
- 67- الزرقا أحمد بن الشيخ محمد [ت 1938م]: شرح القواعد الفقهية، ط2، 1989م، دار القلم دمشق.
- 68- زروق أحمد (899هـ) شرح الرسالة، ط دار الفكر 1402هـ، 1982م.
- 69- زيدان عبد الكريم: الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط1، 2001، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان.
- 70- السبكي تاج الدين: [ت 741هـ]، الأشباه والنظائر، ط1، 1991م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- 71- السدلان صالح غانم: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، 1417هـ، دار بلنسية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض .
- 72- سراح أحمد بن محمد: القواعد الفقهية المتعلقة بأحكام التداوي وتطبيقاتها المعاصرة، السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي الثاني، قضايا طبية معاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1431هـ.
- 73- سعيد محمد رأفت: الرخصة في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، 2002م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة.
- 74- سليمان عبد الوهاب إبراهيم، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، منشورات البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط2، 2003.
- 75- السيد سابق: خصائص الشريعة ومميزاتها، ط1، 1988، الفتح للإعلام العربي.
- 76- السيوطي جلال الدين عبد الرحمن [ت 911هـ]: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط1، 1983م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان.



- 77- الشاوي توفيق: فقه الشورى والاستشارة، ط2، 1992م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ش.م.م.
- 78- الشتري سعد بن ناصر عبد العزيز: شرح مختصر روضة الناظر للطوفي [ت716هـ]، ط1، 1431هـ، 2010م، دار التدمرية.
- 79- شربيني شمس الدين محمد بن الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبين، للإمام النووي، ط1، 1997م.
- 80- شومان عباس: سلسلة الدراسات الفقهية، مصادر التشريع الإسلامي، ط1، سنة 1420هـ، 2000م، الدار الثقافية للنشر القاهرة.
- 81- الشيخ سوسن سالم: إدارة ومعالجة الأزمات في الإسلام، ط1، 2003م، دار النشر للجامعات مصر.
- 82- الصالح صبحي: معالم الشريعة الإسلامية، ط1، 1975، دار العلم للملايين، بيروت لبنان.
- 83- صالح غانم السدلان: القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، 1417هـ، دار بلنسية للنشر والتوزيع، ص 281.
- 84- صلاح الصاوي: التعددية السياسية في الدولة الإسلامية، دار الإعلام الدولي، ص8. (دون ذكر ببقية البيانات).
- 85- الطاهر الحبيب: الفقه المالكي وأدلته، ط3، 2005م، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان.
- 86- طنطاوي محمد سيد: الحكم الشرعي في نقل الأعضاء من شخص لآخر، بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية الثالث عشر، مارس 2009.
- 87- عبد السلام عز الدين عبد العزيز: القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار القلم دمشق.
- 88- عبد القديم زلوم: نظام الحكم في الإسلام، كتاب موسع ومنقح مبني على كتاب نظام الحكم في الإسلام لمؤلفه تقي الدين النبهاني، الطبعة السادسة 2002م، من منشورات حزب التحرير.
- 89- عبد الكريم أحمد تيجاني هارون: اثر الضرورة والحاجة وعموم البلوى فيما يحل ويحرم من المهن والوظائف خارج ديار الإسلام، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، المؤتمر السنوي الخامس، نوفمبر 2007، المنامة.
- 90- عبد الكريم محمد مطيع الحمدوي: في النظام السياسي الإسلامي ثلاثية الأحكام السلطانية رؤية نقدية للتأصيل والتطوير، ط3، 2003.
- 91- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، التشريع القضاء التنفيذ، ط2 1985 دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت.



- 92- علي جريشة : المشروعية الإسلامية العليا : ط2، 1986، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، جمهورية مصر العربية.
- 93- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة 2003م، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.
- 94- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ط2، 2013م، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان.
- 95- فوزي عثمان صالح: القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها في السياسة الشرعية، ط1، 2011، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- 96- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1974م، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان.
- 97- كافي أحمد: الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، ط1، 2004م.
- 98- الماوردي [ت 450 هـ]: أدب الدنيا والدين، ط1، 1987م، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- 99- الماوردي: الأحكام السلطانية، ط دار الحديث القاهرة .
- 100- محمد الدسوقي وأمينة الجابر :مقدمة في دراسة الفقه الإسلامي، دار الثقافة للطباعة والنشر والتوزيع، قطر.
- 101- محمد الرضا عبد الرحمان الأغيش: السياسة القضائية في عهد عمر بن الخطاب وصلتها بواقعا المعاصر، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1996م.
- 102- محمد ضياء الدين الريس: النظريات السياسية الإسلامية، ط7، 1976، مكتبة دار التراث القاهرة.
- 103- محمد عبد الحي الكتاني: نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدارية، ط2، دار الأرقم.
- 104- مصطفى حلمي: نظام الخلافة في الفكر الإسلامي، ط1، 2004، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.
- 105- الوكيل محمد: فقه الأولويات دراسة في الضوابط، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندن - فيرجينيا، ط1، 1416هـ، 1997م.
- 106- الونشريسي(ت 914هـ): إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، دراسة وتحقيق الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، ط1، 2006م، دار ابن حزم.



- 122- خميس حزام : إشكالية الشرعية في الأنظمة السياسية العربية، ط1، 2003
- 123- الدواليبي معروف: المدخل إلى التاريخ العام للقانون، جزيرة العرب مهد الحضارة الإنسانية، مهد نشأة فكرة الحق والقانون، ط2، 1995م، دار الشواف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
- 124- رأفت فودة : مصادر المشروعية الإدارية ومنحنياتها - دراسة مقارنة - ط دار النهضة العربية 1994.
- 125- رأفت فودة: الموازنات الدستورية لسلطات رئيس الجمهورية الاستثنائية في دستور 1971 دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- 126- رمضان محمد بطيخ : مبدأ المشروعية وعناصر موازنته، ندوة القضاء الإداري (قضاء الإلغاء)، 11-14 يوليو 2005م، الرباط المملكة المغربية.
- 127- سامي عوض: معجم المصطلحات العسكرية، ط1، 2008، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن عمان.
- 128- ساير داير عبد الفتاح: القانون الدستوري، ط2، 2004، مطابع دار الكتب العربي بمصر.
- 129- سعيد بو الشعير: النظام السياسي الجزائري، ط2، 1993، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- 130- سنهوري عبد الرزاق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، 2011، نهضة مصر .
- 131- شطناوي علي خطار: موسوعة القضاء الإداري، ط2004، 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 132- الشوبكي عمر محمد: القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ط1، 1996م، مكتبة دار الثقافي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 133- الطماوي سليمان : النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط2006، 7م، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 134- الطماوي سليمان: القضاء الإداري، ط7، 1996م، دار الفكر العربي، القاهرة .
- 135- الطماوي سليمان: النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي 1957.
- 136- عادل ثابت: النظم السياسية دراسة للنماذج الرئيسية الحديثة ونظم الحكم في البلدان العربية وللنظام السياسي الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.
- 137- عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة - دراسة مقارنة-، ط1، 1984، عالم الكتب، القاهرة .



- 138- عبد الله عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري ومجلس شورى الدولة اللبناني، ط 1999م، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .
- 139- عقل عقل: الظروف الاستثنائية والقانون الدستوري، المجلس الدستوري اللبناني، الكتاب السنوي 2013، المجلد 7
- 140- علي أحمد مدحت: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، ط 1978، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- 141- الفتلاوي صاحب عبيد: تاريخ القانون، ط 1، 1998م، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 142- فيصل كامل علي إسماعيل: سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مصر وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية دراسة مقارنة.
- 143- كاظم علي الجنابي: سلطات رئيس الدولة التشريعية في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، ط 1، 1015، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة.
- 144- الكيالي عبد الوهاب وآخرون: موسوعة السياسة، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت لبنان.
- 145- محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ط 2، 2009، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة.
- 146- محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، ط 1، 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان.
- 147- محمد فؤاد عبد الباسط : القضاء الإداري، ط 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- 148- مصدق رقية: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، ط 2، 1990م، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، المغرب.
- 149- نعمان أحمد الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط 7، 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن.
- ح- الدراسات المقارنة
- 150- أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، دراسة لأهم مبادئ الديمقراطية الغربية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ط 2005، 1، مكتبة الشروق الدولية .
- 151- بلحاج العربي: أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996م.



152- حماد سامي زين العابدين: موسوعة الإدارة في الإسلام، الجزء الأول مصادر التشريع ونظم الحكم والإدارة في الإسلام، دراسة مقارنة تطبيقية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، ط، 1988، دار العلم للطباعة والنشر، المملكة العربية السعودية.

153- سالم البهنساوي: الخلافة والخلفاء الراشدون بين الشورى والديمقراطية، ط1، 1991م، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة.

154- الطماوي سليمان: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة دراسة مقارنة، ط2، 1972، دار الفكر العربي.

155- علي عبد الجليل محمد: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، دراسة مقارنة.

ط- أطروحات الدكتوراه:

156- أحمد حداد علي حسين عافية: مبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق قسم الشريعة الإسلامي، جامعة طنطا، جمهورية مصر العربية.

157- أماني عبد الرحمان صالح: أزمة الشرعية في مؤسسة الخلافة الإسلامية، دراسة تحليلية لركائز وآليات الشرعية في نظام الخلافة، رسالة دكتوراه في العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة 1998.

158- أومايوف محمد: عن الطبيعة الرئاسوية للنظام السياسي الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت في 07 ديسمبر 2013.

159- بدوي يوسف أحمد محمد: مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، رسالة دكتوراه، في الفقه والأصول، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، 1999م، ط دار النفائس للنشر والتوزيع.

160- جمال أحمد السيد جاد المراكبي: الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أنصار السنة.

161- حبشي لزرق: أثر التشريع على الحريات العامة وضمائنها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2013، 2012م.

162- زمر طارق عبد الموجود: أهداف ومجالات السلطة وأثرها على الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 2005 م.

163- الطهراوي هاني علي إبراهيم: نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق جامعة القاهرة، 1992، مكتبة جامعة القاهرة تحت رقم 6056.



- 164- علي أحمد مدحت: نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية العربية المتحدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977 .
- 165- علي جريشة: مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة، جامعة القاهرة.
- 166- عمر حسين حامد محمود: الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996م.
- 167- عمر حسين حامد محمود: الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية في ظل حالة الطوارئ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1996م.
- 168- فيصل كامل علي إسماعيل: سلطات الضبط الإداري أثناء حالة الطوارئ في مصر وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة طنطا، 2006م.
- 169- كتكت جميل يوسف قدورة: نطاق الشرعية الإجرائية في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1987، 1986م.
- 170- لمين شريط: خصائص التطور الدستوري في الجزائر
- 171- محمد بورايو: السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة والثنائية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر 1، سنة 2012.
- 172- المراكبي جمال أحمد السيد جاد: الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة أنصار السنة.
- 173- المنشاوي عبد الجيد أحمد محمد: حماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة بين أحكام القانون الدولي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- 174- ميمونة سعاد: الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016م.
- 175- نصر الدين بن طيفور: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2002، 2003.



176- هشام عبد المنعم حسين عكاشة: مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998.

ي - مذكرات الماجستير:

177- تيمي نجاة: حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور الجزائري، ماجستير في القانون فرع الإدارة والمالية، تحت إشراف عوابدي عمار، جامعة الجزائر، 2003، 2002.

178- تونصير ابراهيم: تشريعات الضرورة دراسة مقارنة بين الدستور الجزائري والمصري، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص القانون الدستوري، جامعة بسكرة، 2013-2014.

179- الحباس عبد القادر: الإكراه على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الجنائي الجزائري، دراسة نماذج للإكراه، ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2007، 2006م.

180- درابي أحمد عبد المالك سويلم: الظروف الاستثنائية وأثرها على الحقوق والحريات العامة في فلسطين، ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة 2017.

181- رداة نور الدين: التشريع عن طريق الأوامر وأثره على السلطة التشريعية في ظل دستور 1996، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2005، 2006

182- زغودو جملول: حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، ماجستير في الحقوق، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة بومرداس 2005.

183- زنكنة سلام عبد الحميد محمد: الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الإداري، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، كلية الحقوق والسياسة، قسم القانون، 2008 .

184- زواوي أمينة: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، القانون الجزائري نموذجا، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2006.

185- سحنين أحمد: الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، ماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر كلية الحقوق بين عكنون، 2005، 2004.

186- سديرة محمد علي: الحالات الاستثنائية في القانون الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، 2013، 2014.



- 187- سعودي باديس: حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2005.2006.
- 188- سعيد العابد: الحصار وأثره على حقوق الإنسان دراسة مقارنة بين الفكر الإسلامي والقانون الدولي الإنساني غزة أنموذجا، مذكرة ماجستير تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010، 2009.
- 189- شرفي علاء الدين إبراهيم محمود: الدفاع الشرعي العام في التشريع الجنائي الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين.
- 190- صاهد عمر بن عقيل: جريمة الفرار من الزحف وعقوبتها دراسة مقارنة، ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، الرياض 2015م.
- 191- عتيبي محمد مفرح حمود: حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري دراسة مقارنة تطبيقية، ماجستير في العدالة الجنائية، تخصص السياسة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2011م.
- 192- علام عبد القادر محمود النعنع: التعبئة المعنوية في القرآن الكريم، ماجستير في أصول الدين، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين 2007م.
- 193- عودة إياد إبراهيم محمد: أثر الإكراه على المعاملات المالية دراسة فقهية مقارنة، ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر غزة، 2012م.
- 194- العيفاوي صبرنة: القصد الجنائي الخاص كسبب لقيام المسؤولية الجنائية الدولية في جريمة الإبادة الجماعية، مذكرة ماجستير جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2012.
- 195- غداوية رشيد: مبدأ خضوع الدولة للقانون وتطبيقاته في النظام الدستوري الإسلامي، مذكرة لنيل الماجستير فرع الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون الجزائر.
- 196- غلاي حياة: حدود سلطات الضبط الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام المعمق، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، 2015، 2014.
- 197- لوزي أنس جميل، مفهوم الضرورة العسكرية في القانون الدولي الإنساني، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2014.



- 198- مبارك جميل محمد: نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، رسالة ماجستير، كلية العلوم جامعة القاهرة، 1405هـ، 1985م.
- 199- مراد فردي: مشروعية إعلان الحرب في فض النزاعات بين الدول في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة باتنة، 2009-2010.
- 200- منيرة بلورغي: المركز القانوني لرئيس الجمهورية بعد التعديل الدستوري لسنة 1996 وأثره على النظام السياسي، مذكرة ماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013. 2014.
- 201- نائل غازي مصران: مبدأ التمييز والضرورة الحربية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية غزة، 2012م
- 202- نقاش حمزة: الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، 2011.
- 203- ياسر بن علي بن مسعود آل شوية القحطاني: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام بن دقيق العيد [ت 702هـ]، من خلال كتابه أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، جمعا ودراسة، ماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1430هـ.
- ك - الدوريات**
- 204- أحسن غربي: نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار عنابة، عدد (29).
- 205- إسماعيل جابو ربي: نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري دراسة مقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع عشر، جانفي 2016.
- 206- بن بيه عبد الله: الفرق بين الضرورة والحاجة تطبيقا على بعض أحوال الأقليات المسلمة، بحث مقدم لمجمع علماء الشريعة بأمريكا، منشور في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، العدد الأول، رجب 1421هـ . 2000م، جدة، المملكة العربية السعودية.
- 207- جاسم أمير حسن: نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد (14)، العدد (8) .
- 208- حسن البحري: دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (24)، العدد الأول 2008.



- 209- حسن السيد خطاب: قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، مركز دارس البحثي للاستشارات والتدريب، العدد الثاني، رجب 1430 هـ.
- 210- خالد علي بني أحمد، حمد فخري عزام: تغير أحكام السياسة الشرعية مفهومه وتأصيله وضوابطه، نماذج تطبيقية معاصرة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (41)، ملحق (2)، 2014م.
- 211- زير وليد صلاح الدين: ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (26)، العدد الأول 2010م.
- 212- سامي عوض: مفهوم الضرورة الشرعية عند أهم علماء العربية حتى نهاية القرن الرابع الهجري، مجلة دراسات في اللغة العربية وآدابها، العدد السادس.
- 213- شطناوي فيصل: الرقابة على مشروعية القوانين المؤقتة في الأردن، مجلة المنارة، المجلد (13)، (العدد 8)، 2007.
- 214- شعبان سمير وأحمد غراب: مجال التشريع بالأوامر في ضوء المادة 124 من الدستور، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر 2015.
- 215- شكاروي علي هادي حميدي: التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء دراسة مقارنة، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السادسة.
- 216- عارضي دلال تفكير مراد: الإكراه الملجئ في القانون المدني العراقي، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد (32)، 2014.
- 217- عبد الله محمد ربابعة: السياسة الشرعية وأهميتها في تحقيق الأمن المجتمعي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد (30)، العدد (59)، الرياض 2014م.
- 218- الفحلة مديحة: نظرية الظروف الاستثنائية بين مقتضيات الحفاظ على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر.
- 219- قباني محمد رشيد: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بحث مقارن، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني.
- 220- محي الدين إبراهيم أحمد عيسى: الضرورة الشرعية والأصولية لإعمال ضوابط الاجتهاد، مجلة الجزيرة للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة الجزيرة، السودان، مجلد (12)، العدد (1)، 2015.



221- موسى بودهان : الفصل بين السلطات في النظام الجزائري، مجلة النائب، العدد الثاني، المحور التشريعي.

222- ناصر بن محمد بن مشري الغامدي: قاعدة التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، دراسة تأصيلية تطبيقية فقهية، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (46)، محرم 1430هـ.

223- نعيمة عبد المنعم: قراءة في المرسوم الرئاسي (92 - 44) المتضمن إعلان حالة الطوارئ ومدى

224- واصل محمد: أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (22)، العدد الثاني، 2006.

ل- النصوص القانونية:

225- اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2166) المؤرخ في (05) كانون الأول، ديسمبر 1966، ورقم (2287) المؤرخ في (06) كانون الأول، ديسمبر 1967.

226- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، سان خوسيه في 22/11/1969م.

227- اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، روما 04 نوفمبر 1950م.

228- قانون رقم (89-11)، المؤرخ في (02) ذي الحجة عام 1409هـ، الموافق (05) يوليو سنة 1989، يتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، الجريد الرسمية، العدد (27)، الصادر في (05) يوليو 1989.

229- قانون رقم (89-28) مؤرخ في (03) جمادى الثانية 1410، الموافق (31) ديسمبر سنة 1989م، يتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية؛ الجريدة الرسمية، العدد (04) الصادر في (25) يناير 1989.

230- قانون رقم (91-19)، مؤرخ في (25) جمادى الأولى عام 1412، الموافق (02) ديسمبر سنة 1991؛ الجريدة الرسمية، العددان (62، 63) الصادران على التوالي في (04)، (07) ديسمبر 1991

231- قانون (91-23) مؤرخ في (02) جمادى الأولى عام 1412، الموافق (06) ديسمبر سنة 1991م، يتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية؛ الجريدة الرسمية، العدد (63) مؤرخ في (07) ديسمبر سنة 1991،



- المعدل بموجب الأمر رقم (11-03) مؤرخ في (20) ربيع الأول عام 1432هـ، الموافق (23) فبراير 2011م، الجريدة الرسمية، العدد (12)، الصادر في (23) فبراير 2011م.
- 232- قانون رقم (02-03) مؤرخ في (27) محرم عام 1423 الموافق (10) أبريل سنة 2002، يتضمن تعديل الدستور.
- 233- قانون عضوي (12-04) مؤرخ في (18) صفر عام 1433 الموافق (12) يناير سنة 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية، العدد (02) الصادر في (15) يناير 2012.
- 234- قانون رقم (16 - 01) مؤرخ في (26) جمادى الأولى عام 1437، الموافق (06) مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (14)، الصادر في (27) جمادى الأولى عام 1437هـ، لموافق (07) مارس سنة 2016.
- 235- قانون رقم (55-385)، مؤرخ في (03) أبريل 1955، المتعلق بحالة الطوارئ، معدل بالأمر رقم (60-372)، مؤرخ في (15) أبريل 1960، الصادر في الجريدة الرسمية الفرنسية، في (17) أبريل 1960 .
- 236- قانون الأحكام العرفية الفرنسي:
Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège Dernière modification 21 décembre 2004.
- 237- قانون رقم 162 لسنة 1958 هو قانون الطوارئ في مصر أصدره الرئيس جمال عبد الناصر، في الخامس من يونيو عام 1967.
- 238- أمر (66، 156) المؤرخ في (18) صفر عام 1386هـ، الموافق (08) يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 239- أمر (75- 58) مؤرخ في (20) رمضان 1395 الموافق (26) سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .
- 240- أمر رقم (67-124) مؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387، الموافق (08) يوليو سنة 1967، يتضمن الإعلان عن التعبئة العامة؛ الجريدة الرسمية، العدد (60)، الصادر بتاريخ (25) يوليو 1967.
- 241- أمر رقم (11-01)، مؤرخ في (20) ربيع الأول 1432هـ، الموافق (23) فبراير 2011م، المتعلق برفع حالة الطوارئ، الصادر في الجريدة الرسمية، عدد (12)، بتاريخ (23) فبراير 2011.



- 242- أمر رقم (76-124)، مؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387هـ، الموافق (08) يوليو سنة 1967، يتضمن إعلان التعبئة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الرابعة، العدد (60)، بتاريخ (25) يوليو 1967م.
- 243- أمر رقم (97-09) مؤرخ في (27) شوال عام 1417 هـ، الموافق (06) مارس سنة 1997، يتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، الجريدة الرسمية، العدد (12)، الصادر في (06) مارس 1997.
- 244- أمر رقم (11-03) مؤرخ في (20) ربيع الأول عام 1432هـ، الموافق (23) فبراير سنة 2011م، يعدل ويتمم القانون رقم (91-23) المؤرخ في (29) جمادى الأولى عام 1412هـ، الموافق (06) ديسمبر سنة 1991، والمتعلق بمساهمة الجيش الوطني الشعبي في مهام حماية الأمن العمومي خارج الحالات الاستثنائية، الجريدة الرسمية، العدد (12)، الصادر في (23) فبراير 2011م.
- 245- مرسوم رئاسي رقم (91-196) مؤرخ في (21) ذي القعدة عام 1411هـ، الموافق (04) يونيو سنة 1991 يتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (29)، بتاريخ الأربعاء (29) ذي القعدة عام 1411هـ، الموافق (12) يونيو سنة 1991م.
- 246- مرسوم رئاسي رقم (92-44)، المؤرخ في (05) شعبان عام 1412هـ، الموافق (09) فبراير سنة 1992، يتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية: العدد (10)، الصادر بتاريخ (09) فبراير 1992.
- 247- مرسوم تشريعي رقم (92-03) مؤرخ في (03) ربيع الثاني عام 1413 الموافق (30) سبتمبر سنة 1992، يتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب؛ الجريدة الرسمية، العدد (70)، مؤرخ في (01) أكتوبر 1992م.
- 248- مرسوم رئاسي رقم (92-39) مؤرخ في (30) رجب 1412هـ، الموافق (04) فبراير سنة 1992، يعلق بصلاحيات المجلس الاستشاري الوطني، وطرق تنظيمه وعمله؛ الجريدة الرسمية، العدد (10) الموافق (09) فبراير 1992.
- 249- مرسوم تشريعي رقم (93-05) مؤرخ في (27) شوال عام 1413، الموافق (19) أبريل سنة 1993، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم (92-03) المؤرخ في (30) سبتمبر سنة 1992، والمتعلق بمكافحة التخريب والإرهاب؛ الجريدة الرسمية، العدد (25) مؤرخ في (25) أبريل سنة 1993.



- 250- مرسوم رئاسي رقم (11- 90) مؤرخ في (20) ربيع الأول عام 1432هـ، الموافق (23) فبراير سنة 2011، يتعلق باستخدام وتجنيد الجيش الوطني الشعبي في إطار مكافحة الإرهاب والتخريب، الجريدة الرسمية، العدد (12)، الصادر في (23) فبراير 2011.
- 251- الدستور الفرنسي 1958.
- 252- مرسوم تنفيذي رقم (67- 125)، مؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387هـ، الموافق (08) يوليو سنة 1967م، يتضمن تطبيق الأمر رقم (67- 124)، المؤرخ في (30) ربيع الأول عام 1387هـ، الموافق (08) يوليو سنة 1967م، والمتضمن الإعلان عن التعبئة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الرابعة، العدد (60) بتاريخ (25) يوليو 1967م.
- 253- مرسوم تنفيذي رقم (91-201)، مؤرخ في (13) ذي الحجة عام 1411هـ، الموافق 25 يونيو سنة 1991، يضبط حدود الوضع في مركز للأمن وشروطه، تطبيقا للمادة الرابعة (04) من المرسوم الرئاسي (91-196) المؤرخ في (04) يونيو سنة 1991، الجريدة الرسمية، العدد (31) الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991.
- 254- مرسوم تنفيذي رقم (91-203)، مؤرخ في (13) ذي الحجة عام 1411هـ، الموافق (25) يونيو سنة 1991، يضبط كفاءات تطبيق تدابير المنع من الإقامة، الجريدة الرسمية، العدد (31)، الصادر في (26) يونيو 1991.
- 255- مرسوم تشريعي رقم (104)، المتضمن أسس التعبئة العامة والاستعداد للحرب، الصادر عن الرئيس السوري سنة 2011.
- 256- مرسوم تنفيذي رقم (91-202)، مؤرخ في (13) ذي الحجة عام 1411هـ، الموافق (25) يونيو سنة 1991، يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، تطبيقا للمرسوم الرئاسي رقم (91-196)، المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد (31)، الصادر بتاريخ (26) يونيو 1991.
- 257- مرسوم بقانون اتحادي، في شأن التعبئة العامة، رقم (03) لسنة 2009م، الإمارات العربية المتحدة.
- 258- مرسوم رئاسي رقم (89 - 196)، مؤرخ في (24) ربيع الأول عام 1410هـ، الموافق (24) أكتوبر سنة 1989م، يتضمن تنظيم المجلس الأعلى للأمن وعمله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد (45)، مؤرخ في الأربعاء (25) ربيع الأول عام 1410هـ، الموافق (25) أكتوبر سنة 1989م.



259- المرسوم التنفيذي رقم (91-204)، مؤرخ في (13) ذي الحجة عام 1411، الموافق (25) يونيو سنة 1991، يحدد شروط تطبيق المادة (07) من المرسوم الرئاسي رقم (91-169)، المؤرخ في (04) يونيو سنة 1991، والمتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد (31)، الصادر بتاريخ (26) يونيو.

260- الرأي رقم (08 ر.ق.م.د/99) مؤرخ في 5 ذي القعدة عام 1419هـ، الموافق (21) فبراير سنة 1999م، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي، الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة.

261- قرار مؤرخ في (11) شعبان عام 1412هـ، (15) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في الحمر، ولاية أدرار، بالناحية العسكرية الثالثة، الجريدة الرسمية، العدد (14)، مؤرخ في (23) فبراير 1992.

262- قرار مؤرخ في (11) شعبان عام 1412هـ، (15) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن برج عمر إدريس ولاية إيليزي، بالناحية العسكرية الرابعة، الجريدة الرسمية، العدد (14)، مؤرخ في (23) فبراير 1992.

263- قرار مؤرخ في (06) شعبان عام 1412هـ، (10) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في ورقلة، ولاية ورقلة، بالناحية العسكرية الرابعة، الجريدة الرسمية، العدد (11)، مؤرخ في (02) ديسمبر 1992.

264- قرار مؤرخ في (06) شعبان عام 1412هـ، (10) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في رقان، ولاية أدرار، بالناحية العسكرية الثالثة، الجريدة الرسمية، العدد (11)، مؤرخ في (02) ديسمبر 1992.

265- قرار مؤرخ في (06) شعبان عام 1412هـ، (10) فبراير 1992، يتضمن إنشاء مركز أمن في عين صالح، ولاية تامنغست، بالناحية العسكرية السادسة، الجريدة الرسمية، العدد (11)، مؤرخ في (02) ديسمبر 1992.

266- قرار مؤرخ في (07) شعبان عام 1412هـ الموافق (11) فبراير سنة 1992م، يتضمن تفويض الإمضاء إلى الولاية فيما يخص الوضع في مركز الأمن، الجريدة الرسمية، العدد (11)، الصادر بتاريخ (02) ديسمبر 1992.

م- المواقع الإلكترونية:

267- مطابقته للدستور والواقع، المجلة الإلكترونية "القانونية" الموقع الإلكتروني:

<http://www.alkanounia.com>



- 268- الموسوعة العربية:**
http://www.arabency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func=display_term&id=8081
- 269- الموقع الإلكتروني صيد الفوائد:**
<http://saaaid.net/Doat/otibi>
 شوهد بتاريخ 2010/08/23
- 270- الاقتصادية الإلكترونية الكويت**
http://www.aleqt.com/2010/06/26/article_411538.html
www.marocdroit.com
- 271- الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري الفرنسي:**
<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>
 شوهد بتاريخ 2018/04/18، في الساعة صباحاً.
- 272- مرعي مدحت: شبكة المحامين العرب:**
<http://www.mohamoonmontada.com/default.aspx?action=Display&id=1541&Type=3>
 موقع صيد الفوائد:
www.saaaid.net/doat/slman/163.html
 شوهد بتاريخ 01 مارس 2018م، الثامنة مساءً .
- مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان:**
http://www.cihrs.org/?page_id=2481



فهرس الآيات:

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
-1	﴿مَا نَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾	البقرة	105	69،70
-2	﴿وَأْتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِفُوا.....﴾	البقرة	109	133
-3	﴿قَوْلٍ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ بَوُّؤُوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾	البقرة	143	415
-4	﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾	البقرة	172	106،107، 117،154، 161،164 175،179 191،193 287،288 390،415
-5	﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا.....﴾	البقرة	179	69
-6	﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْبُرْهَانِ.....﴾	البقرة	184	65،132 417
-7	﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ ابْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾	البقرة	192	337
-8	﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ.....﴾	البقرة	193	335
-9	﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾	البقرة	194	133،180 397



64	220	البقرة	﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ مِمَّا بَاعْتَرَلُوا فِي النِّسَاءِ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ...﴾ (١١)	-10
396	229	البقرة	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...﴾ (١١)	-11
418	285	البقرة	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾	-12
69	97	آل عمران	﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾ (٩٧)	-13
39	154	آل عمران	﴿يَقُولُونَ هَلْ لَنَا مِنَ الْأَمْرِ مِنْ شَيْءٍ قُلْ إِنْ الْأَمْرُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾	-14
47	159	آل عمران	﴿الْأَمْرِ فِي وُشَاوِرِهِمْ لَهُمْ وَاسْتَعْبِرْ عَنْهُمْ بِاعْفُ﴾	-15
396	12	النساء	﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ (١٢)	-16
68	19	النساء	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَبِعِيسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ (١٩)	-17
69	23	النساء	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ...﴾ (٢٣)	-18
417،418	28	النساء	﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخَلِقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا﴾ (٢٨)	-19
68،133 180،397	29	النساء	﴿يَتَأْتِيهَا الْدِينَءُ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنِ تَرَاضٍ...﴾ (٢٩)	-20
406	57	النساء	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾	-21



391	59	الأطفال	﴿وَأَمَّا تَخَابَسَ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً بَأْنِيدِ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِبِينَ﴾	-43
467	61	الأطفال	﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْحَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ...﴾	-44
300,314	05	التوبة	﴿فَإِذَا بِنِسْلَخِ الْأَشْهُرِ الْحُرْمِ بَأْفْتَلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَآخِضْرُوهُمْ...﴾	-45
467	41	التوبة	﴿إِنْهَرُوا خِيبَابًا وَثِقَالًا وَجْهَدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ...﴾	-46
396	108	التوبة	﴿الَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيفًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ...﴾	-47
70	15	يونس	﴿...قَالَ الَّذِينَ لَا يَرْجُونَ لِقَاءَنَا إِيَّتِ بِفِرْعَانَ عَيْرٍ هَذَا أَوْ بَدِّلَهُ فُلٌ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أَبْدِلَهُ...﴾	-48
450,38	40	يوسف	﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الَّذِينَ الْفَيْمِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾	-49
71	89	النحل	﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ﴾	-50
130,131	106	النحل	﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ اضْكَرَّ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنَّ...﴾	-51
117,118 164,176 415	115	النحل	﴿فَمَنْ اضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾	-52
85	123	النحل	﴿ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾	-53



314	08	الإسراء	﴿عَسَىٰ رَبُّكُمْ أَن يَرْحَمَكُمْ وَإِنْ عُدتُّمْ عُدْنَا وَجَعَلْنَا جَهَنَّمَ لِلْكَافِرِينَ حَصِيرًا﴾	54-
190	33	الإسراء	﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَن فَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّيْهِ سُلْطٰنًا...﴾	55-
66	54	الكهف	﴿وَمَا مَنَعَ النَّاسَ أَن يُؤْمِنُوا إِذْ جَاءَهُمُ الْهُدَىٰ وَيَسْتَغْفِرُوا رَبَّهُمْ إِلَّا أَن تَأْتِيَهُمْ...﴾	56-
85	13	طه	﴿وَأَفِمْ الصَّلٰوةَ لِذِكْرِي﴾	57-
105	82	الأنبياء	﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾	58-
335	37	الحج	﴿إِذِٰنَ لِلذِّينِ يُفْتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ﴾	59-
391,418	76	الحج	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	60-
62	32	الفرقان	﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْلَا نُزِّلَ عَلَيْهِ الْفُرْقَانُ جُمْلَةً وَاحِدَةً كَذٰلِكَ لِنُشِيتَ بِهِ فُؤَادَكَ...﴾	61-
399	25	ص	﴿يٰٓأُدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ بِأَحْكَمِ بَيِّنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ...﴾	62-
21	11	الشورى	﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ﴾	63-
425	35	الشورى	﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ﴾	64-
20	17	الجنائفة	﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾	65-
77	02	الحشر	﴿فَاعْتَبِرُوا يٰٓأُولِيَ الْأَبْصَارِ﴾	66-



66	7	الحشر	﴿وَمَا آتَيْكُمُ الرَّسُولُ بِحَدُوءِهِ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ ﴿٦٧﴾	-67
400	08	المتحنة	﴿لَا يَنْهَيْكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفْتَلِكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ...﴾ ﴿٦٨﴾	-68
396	06	الطلاق	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارَّوهُنَّ...﴾ ﴿٦٩﴾	-69



فهرس الأحاديث:

الرقم	طرف الحديث	راوي الحديث	الصفحة
1	«لا تجتمع أمتي على ضلالة»	الترمذي	43،74
2	«من سن سنة حسنة فله أجرها»	مسلم	66
3	«أما إن الله ورسوله لغنيان عنها، ولكن جعلها الله رحمة لأمتي، فمن استشار منهم لم يعدم رشدا...»	البيهقي	47
4	«والله لو وضعوا الشمس في يميني والقمر في يساري على أن أترك هذا الأمر ما تركته...»	ابن إسحاق	40
5	«لتتبعن سنن من كان قبلكم شبرا بشبر وذراعا بذراع حتى لو دخلوا جحر ضب لدخلتموه»	متفق عليه	66
6	«أَلَا إِنِّي أُوتِيْتُ الْقُرْآنَ وَمِثْلَهُ مَعَهُ»	أحمد، وأبو داود	71،
7	«لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل»	أحمد، الترمذي أبو داود، النسائي	72
8	«لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»	أحمد	68
9	«اتقوا الله في النساء، فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمات الله»	مسلم، ابن ماجه، أبو داود، النسائي	68
10	«صلوا كما رأتموني أصلي»	البخاري	68
11	«خذوا عني مناسككم»	أحمد، مسلم، النسائي	69
12	أفي كل عام يا رسول الله	ابو داود، النسائي، أحمد	69
13	«لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»	البخاري	69
14	«لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل»	الترمذي، ابو داود، النسائي	72
15	«من فارق الجماعة مات ميتة جاهلية»		74
16	«أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ عَلَيْهَا دِينَ أَكُنْتَ تَقْضِيهِ، قَالَتْ: نَعَمْ، قَالَ: فَدِينَ اللَّهِ أَحَقُّ بِالْقَضَاءِ»	مسلم	78
17	«أَرَأَيْتَ إِنْ وَضَعَهَا فِي الْحَرَامِ أَكَانَ عَلَيْهِ فِيهَا وَزْرٌ؟ فَكَذَلِكَ إِذَا وَضَعَهَا فِي الْحَلَالِ كَانَ لَهُ فِيهَا أَجْرٌ»	أحمد، ابن حبان	78
18	«مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَكَفَّارَتُهَا أَنْ يُصَلِّيَهَا إِذَا ذَكَرَهَا»	البخاري	86



88	البخاري، أحمد	«إِنَّ الْإِيمَانَ لِيَأْرُزُ إِلَى الْمَدِينَةِ كَمَا تَأْرُزُ الْحَيَّةُ إِلَى جُحْرِهَا»	19
88	البخاري، مسلم، الترمذي، النسائي	«إِنَّمَا الْمَدِينَةُ كَالْكَبِيرِ تَنْفِي الْحَبَثَ كَمَا يَنْفِي الْكَبِيرُ حَبَثَ الْحَدِيدِ»	20
89	الترمذي	«اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر»	21
89	أبوداود، الترمذي، ابن ماجه، أحمد	«عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين ، عصوا عليها بالتواجد. وإياكم ومحدثات الأمور ... »	22
130	البخاري	« كان الرجل فيمن قبلكم يحفر له في الأرض فيجعل فيه فيجاء بالمنشار فيوضع على رأسه»	23
136	مسلم	« لو بعث من أخيك تمرا فأصابته جائحة، فلا يجلب لك أن تأخذ منه شيئاً....»	24
136	مسلم	«أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح»	25
136	مسلم	«أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه،»	26
136	مسلم	« تقاضى ابن أبي حردر ديناً كان له عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، في المسجد فارتفعت أصواتهما»	27
139	مسلم	«أيعض أحدكم كما يعض الفحل؟ لا دية له»	28
178 ، 105 397 ، 392	مالك، ابن ماجه، الحاكم، البيهقي	"لا ضرر ولا ضرار"	29
194 ، 179 392	أحمد، والحاكم	«إذا لم تصطبحو ولم تغتبقوا، ولم تحتفؤوا بها بقلًا، فشانكم بها»	30
179	البخاري، مسلم، أحمد	«إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا»	31
179	الحاكم	«يجزئ من الضرورة - أو الضرورة- غبوق، أو صبح»	32
179	النسائي	« من قاتل دون ماله فهو شهيد، ومن قاتل دون أهله فهو شهيد،»	33
315	البخاري	«إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع وأتم بها فلا تخرجوا فراراً منه»	34
398 ، 391	أبوداود	«لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه»	35



391	البخاري	«لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه»	36
392	أحمد، الطبراني	«بعثت بالحنيفية السمحة»	37
392	الطبراني، البيهقي	«وُضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»	38
398	أبو داود	« عن سمرة بن جندب أنه كانت له عضد من نخل، في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرجل...»	39
452	أحمد	«سيلي اموركم من بعدي رجال يعرفونكم ما تنكرون، وينكرون عليكم ما تعرفون، ...»	40



فهرس الأعلام

أ- أعلام التشرع الإسلامى

الصفحة	الإسم
152	ابراهيم اللقانى
109،139	ابن أبى زىد القىروانى
80	ابن القاسم
86	ابن القشبرى
86	ابن برهان
81	ابن رشذ
78	ابن رشىق المالكى
176،191	إبن كثر
192	أحمد البورنو
120،190	أحمد الزرقا
69،87	أحمد بن حنبل
194 ،109،111	أحمد زروق
105	الأزهرى
76،253	الأمدى
76	الباقلانى
88	البخارى
89	البردى
80،86	البرىسى
142	توفىق الشاوى
108	الجصاص



111.163.164.179.180	جميل محمد بن مبارك
79.134.397.400.421.453	الجويني
63	الخضري بك
63.64	خلاف عبد الوهاب
111.121	خليل بن إسحاق المالكي
406	الخوارزمي
77.106	الرازي
77	الزركشي
108	زكريا الأنصاري القاضي
190	السبكي
108	السيوطي
113.118.152.160.163.181.182.392	الشاطبي
78.80.82.67.69	الشافعي
70.253	الشنقيطي
108	شهاب الدين احمد القليوبي
71	الشوكاني
64.72	صبيح الصالح
154	الطبري
177	عبد الجيد أحمد محمد المنشاوي
141	العزبن عبد السلام
84	علال الفاسي
44	علي جريشة
108	علي حيدر



253.394	الغزالي
195	القرافي
111	المازري
80.85.87.88.89.396	مالك
453	الماوردي
192	مجاهد
114	محمد بن حسن الجيزاني
254	محمد سليمان الأشقر
157.160.165	محمود عبد العزيز الزيني
81	مصطفى ديب البغا
74.79	النظام
109.110.157	وهبة الزحيلي

ب- أعلام القانون الوضعي

الصفحة	الإسم
44	أحمد محمد أمين
363	أحمد مدحت علي
264	إدوار كوروين
22	أرسطو
167	أندريه تيراكو
247	إيزمن (Esmien)
184.241.247	بارتيليمي (Barthélemy)
169	جميل يوسف قدورة كتكت
126	جوسران
33.37	جون جاك روسو
263	جون ريفيرو
30	جون لوك (John Lock)



241	داين(Dabin)
22.23.24.25	دايسي(Dacey)
263.264	دراجو(Drago)
184.247	دويز(Duez)
238	دي لوبادير
184.249	ديجي(Duguit)
229	ديكروك(Ducrocq)
28	رأفت فودة
241	ريتشارد دوبوا
30	زكي محمد النجار
273	سعيد فهيم خليل
238	سليمان الطماوي
150.206	فيدل(Videl)
229.247	كاري دي مالبيرغ
30	كامل ليلة
93	لافيريير(Laferriere)
437	لمين شريط
217.236	ماتيو(Mathiot)
30.227	محمود حافظ
284	مراد بدران
40	مصطفى حلي
32.435	مونتيسكيو
237	نيزارد(Nizard)
225	هاني علي إبراهيم الطهراوي
93.95.238	هوريو(Hourou)
245	هيجل
264	واد فيليس
240.290	يحي الجمل
128.157.162.166	يوسف قاسم



فهرس الموضوعات:

أ.....	المقدمة.....
	الفصل التمهيدي: مبدأ المشروعية في الشريعة
18.....	والقانون.....
20.....	المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية.....
20.....	المطلب الأول: مفهومه في القانون.....
20.....	الفرع الأول: مبدأ المشروعية لغة.....
21.....	الفرع الثاني: المشروعية في الاصطلاح القانوني.....
21.....	أولاً: مبدأ المشروعية في القانون الإنجليزية.....
21.....	أ- المفهوم التقليدي لمبدأ السيادة
24.....	ب- المفهوم المعاصر لسيادة القانون.....
25.....	ج- العلاقات بين سيادة القانون وسيادة البرلمان.....
25.....	1- سيادة البرلمان داعمة لسيادة القانون.....
26.....	2- سيادة القانون في حاجة الى تطبيق سيادة البرلمان.....
27.....	ثانياً: مبدأ المشروعية في القانون الفرنسي.....
27.....	أ- المشروعية.....
29.....	ب- الشرعية.....
31.....	ج- موقف المشرع الجزائري.....
32.....	المطلب الثاني: المدلول الواسع والضيق لمبدأ المشروعية:.....
32.....	الفرع الأول: مبدأ المشروعية بمعناه الضيق:.....
33.....	الفرع الثاني: مبدأ المشروعية بمعناه الواسع
35.....	المطلب الثالث: مفهوم الشرعية في الفقه الإسلامي.....
35.....	الفرع الأول: تعريف الشرعية:.....
37.....	الفرع الثاني: الشرعية والسيادة:.....
37.....	أولاً مفهوم السيادة
38.....	أ- سيادة التشريع الإلهي:.....
40.....	ب- سيادة الخليفة:.....



- ج- السيادة للأمة:..... 42
- 1- التعبير الجماعي:..... 44
- 2- قيام الرئيس مقام الأمة في ممارسة سلطة السيادة نيابة عنها .. 44
- 3- نواب الأمة:..... 44
- د- نظرية ازدواج السيادة:..... 47
- المبحث الثاني: مصدر المشروعية..... 50
- المطلب الأول: المصادر القانونية..... 50
- الفرع الأول: المصادر الرسمية..... 50
- أولاً: التشريع 50
- أ- التشريع الأساسي (الدستور):..... 51
- ب- التشريع العادي (القانون):..... 52
- ج- التشريع الفرعي:..... 53
- القواعد التنظيمية:..... 53
- 1- لوائح الظروف العادية:..... 53
- 2- لوائح الظروف الاستثنائية:..... 53
- 3- القرارات الفردية:..... 53
- الفرع الثاني: المصادر الاحتياطية:..... 54
- أولاً: العرف..... 54
- أ- العرف الإداري:..... 55
- ب- أركان العرف:..... 55
- ثانياً: الشريعة الإسلامية..... 56
- ثالثاً: الفقه..... 57
- رابعاً: القضاء..... 58
- خامساً: المبادئ العامة للقانون..... 60
- أ- مفهومها:..... 60
- ب- قيمتها القانونية..... 60
- المطلب الثاني: المصادر الشرعية..... 61
- الفرع الأول: المصادر الأساسية..... 61
- أولاً: القرآن الكريم..... 61



65.....	ثانيا:السنة النبوية
72.....	الفرع الثاني: المصادر التبعية.....
72.....	أولا: الإجماع.....
75.....	ثانيا:القياس:.....
79.....	الفرع الثالث:المصادر المختلف فيها
79.....	أولا:الاستحسان
81.....	ثانيا:الاستصحاب
82.....	ثالثا:المصالح المرسلة.....
83.....	رابعا:العرف.....
85.....	خامسا:شرع من قبلنا.....
86.....	سادسا:سد الذرائع.....
87.....	سابعا:عمل أهل المدينة.....
88.....	ثامنا:قول الصحابي.....
90.....	المبحث الثالث:نطاق مبدأ المشروعية.....
90.....	المطلب الأول:المشروعية وأعمال السيادة.....
90.....	الفرع الأول: مفهوم أعمال السيادة.....
91.....	الفرع الثاني: معيار تحديد أعمال السيادة.....
92.....	أولا: معيار الباعث السياسي.....
93.....	ثانيا: معيار طبيعة العمل.....
94.....	ثالثا: معيار القائمة القضائية.....
97.....	المطلب الثاني: المشروعية والسلطة التقديرية.....
97.....	الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية.....
98.....	الفرع الثاني: موقف الفقه من السلطة التقديرية
101.....	الباب الأول: ماهية الظروف الاستثنائية مظاهرها وضوابطها
103.....	الفصل الأول: مفهوم الظروف الاستثنائية.....
105.....	المبحث الأول:المفهوم العام لنظرية الضرورة.....
106	المطلب الأول: تعريف الضرورة في الشريعة والقانون.....
106.....	الفرع الأول: تعريفها في اللغة.....
108.....	الفرع الثاني: مفهوم الضرورة في الشريعة.....



108.....	أولاً: الاصطلاح الفقهي.....
108	أ- الضرورة الفقهية القصوى.....
112.....	ب- الضرورة الفقهية غير القصوى.....
113.....	ثانياً: الضرورة في اصطلاح الأصوليين.....
114.....	ثالثاً: الفرق بين الضرورة الفقهية والضرورة الأصولية.....
115.....	الفرع الثالث: تعريفها في القانون.....
117.....	المطلب الثاني: إطلاقات الضرورة.....
117.....	الفرع الأول: مصطلحات الضرورة.....
117.....	أولاً: مصطلحات الضرورة في الشريعة الإسلامية.....
123.....	ثانياً: مصطلحات الضرورة في القانون.....
128.....	الفرع الثاني: نطاق إطلاقات الضرورة.....
129.....	أولاً: نطاق الضرورة في أحكام الشريعة.....
129.....	أ- النطاق الأصولي للضرورة.....
130.....	ب- النطاق الفقهي للضرورة.....
131.....	1- مراعاة الضرورة في باب :.....
132	2- مراعاة الضرورة في باب العبادات:.....
135.....	3- مراعاة الضرورة في باب المعاملات.....
137.....	4- مراعاة الضرورة في باب الأحوال الشخصية :.....
138.....	5- مراعاة الضرورة في باب الجنايات:.....
140.....	6- مراعاة الضرورة الصحية:.....
143.....	7- الضرورة في باب السياسة وإدارة الشأن العام:.....
144.....	ثانياً: نطاق إطلاق الضرورة في فروع القانون:.....
144.....	أ- الضرورة في قانون العقوبات:.....
145.....	ب- الضرورة في القانون المدني:.....
148.....	ج- الضرورة في قانون الأسرة:.....
149.....	د- الضرورة في القانون الدولي:.....
149.....	هـ - الضرورة في القانون الإداري:.....
150.....	و- الضرورة في القانون الدستوري:.....
151.....	المطلب الثالث: عناصر قيام الضرورة.....



- 219.....ثانيا: تعرض المصلحة العامة للخطر.
- 220.....المطلب الثالث: تمييزها عما يشبهها من النظريات والقواعد.
- 220.....الفرع الاول: تمييزها عن الضرورة العامة.
- 220.....أولا: الضرورة حالة مؤقتة بينما الظروف الاستثنائية تأخذ عادة وقتا أطول.
- 221.....ثانيا: يختلفان من حيث النطاق القانوني لتطبيق كل منهما.
- 221.....ثالثا: التفريق بينهما من حيث نطاق مدلول كل منهما.
- 222.....الفرع الثاني: تمييزها عن الظروف الطارئة.
- 224.....الفرع الثالث: تمييزها عن حالة الاستعجال.
- 226.....الفرع الرابع: تمييزها عن القوة القاهرة.
- 226.....أولا: من حيث شروط تطبيقهما.
- 226.....ثانيا: من حيث نطاق تطبيقهما.
- 227.....ثالثا: من حيث آثار كل منهما.
- 228.....الفرع الخامس: تمييزها عن أعمال السيادة.
- 228.....أولا: مفهوم أعمال السيادة.
- 229.....ثانيا: طبيعة أعمال السيادة.
- 232.....ثالثا: أوجه الاختلاف بين أعمال السيادة والظروف الاستثنائية.
- 234.....الفرع السادس: تمييزها عن أعمال السلطة التقديرية.
- 234.....أولا: أوجه الشبه.
- 235.....ثانيا: أوجه الاختلاف.
- 236.....المبحث الثالث: أساس الظروف الاستثنائية وتحديد طبيعتها.
- 236.....المطلب الأول: أساسها.
- 236.....الفرع الأول: أساسها الفلسفي.
- 236.....أولا: تأسيسها على فكرة الضرورة.
- 237.....ثانيا: تأسيسها على نظرية الفراغ القانوني.
- 238.....ثالثا: تأسيسها على نظرية دستورية الإجراءات الاستثنائية.
- 238.....رابعا: تأسيسها على انتهاء المشروعية العادية بحلول شرعية استثنائية خاصة.
- 238.....خامسا: تأسيسها على فكرة أعمال السيادة.
- 239.....سادسا: تأسيسها على فكرة واجبات السلطة الإدارية.
- 240.....الفرع الثاني: أساسها القانوني.



- 273..... الصورة الأولى: حالة الطوارئ المعلنة وغير المختر عنها دوليا.
- 275..... الصورة الثانية: حالة الطوارئ المعلنة طويلة الأمد.
- 276..... الصورة الثالثة: حالة الطوارئ المعلنة رغم انتفاء الظروف الاستثنائية.
- 276..... الصورة الرابعة: حالة الطوارئ الفعلية (غير المعلنة).
- 277..... الصورة الخامسة: حالة الطوارئ المدسرة.
- 277..... المطلب الثاني: شروط قيام حالة الطوارئ.
- 277..... الفرع الأول: الشروط القانونية.
- 277..... أولا: الشروط الموضوعية.
- 280..... ثانيا: الشروط الإجرائية.
- 280..... أ- الشروط الإجرائية العامة.
- 286..... ب- الشروط الإجرائية الخاصة.
- 286..... الفرع الثاني: شروط حالة الطوارئ من المنظور الإسلامي.
- 286..... أولا: الشروط الموضوعية.
- 288..... ثانيا: الشروط الإجرائية.
- 289..... المطلب الثالث: موقف الفقه والقضاء من حالة الطوارئ.
- 290..... الفرع الأول: موقف الفقه.
- 290..... أولا: من حيث طبيعتها.
- 291..... ثانيا: من حيث صورها.
- 293..... ثالثا: من حيث أثارها.
- 298..... الفرع الثاني: موقف القضاء.
- 298..... أولا: موقف القضاء الأنجلوسكسوني.
- 299..... ثانيا: موقف القضاء الفرنسي.
- 301..... المبحث الثاني: حالة الحصار.
- 301..... المطلب الأول: تعريف حالة الحصار والأحكام العرفية.
- 301..... الفرع الأول: مدلولهما اللغوي.
- 301..... أولا: الحصار لغة.
- 302..... ثانيا: الأحكام العرفية لغة.
- 302..... الفرع الثاني: مدلولهما الاصطلاحي.
- 305..... المطلب الثاني: السلطة المختصة بإعلان حالة الحصار والأحكام العرفية.



- 355.....1989 في دستور ثالثا: في دستور
- 357.....1996 في دستور رابعا: في دستور
- 360.....المطلب الثاني: دور السلطة التنفيذية في تنظيم الظروف الاستثنائية.
- 361.....الفرع الأول: أساس تدخل السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية.
- 361.....أولا: أساس تدخل رئيس الجمهورية في التشريع من خلال دستور 1963
- 362.....أ- لوائح التفويض:
- 365.....ب- لوائح الضرورة:
- 367.....ثانيا: أساس تدخل رئيس الجمهورية في التشريع من خلال دستور 1976
- 367.....أ- أساس التشريع بالأوامر بين دورتي البرلمان.
- 368.....ب- أساس التشريع بالأوامر في الظروف الاستثنائية.
- 369.....ثالثا: أساس تدخل الرئيس في التشريع ابتداء من دستور 1989
- 369.....أ- أساس تدخل الرئيس في التشريع من خلال دستور 1989
- 371.....ب- أساس تدخل الرئيس في التشريع من خلال دستور 1996
- 371.....الفرع الثاني: مظاهر تدخل الرئيس في الظروف الاستثنائية.
- 372.....أولا: التشريع بالأوامر
- 373.....أ- طبيعة الأوامر الرئاسية.
- 375.....ب- نطاق التشريع بالأوامر
- 379.....ج- ضوابط التشريع بالأوامر في حالة الاستثناء
- 379.....- الضوابط الموضوعية.
- 382.....- الضوابط الشكلية.
- 386.....د- سبب إلغاء التشريع بالأوامر في دستور 1989
- 386.....السبب الأول: تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات.
- 386.....السبب الثاني: اعتبار دستور 89 نواة الديمقراطية التعددية.
- 387.....السبب الثالث: التسرع في صياغة نصوص الدستور.
- 387.....ثانيا: اللوائح التنظيمية.
- 387.....أ- شرعية لوائح الضرورة التنظيمية.
- 388.....ب- أنواع لوائح الضرورة.
- 389.....المبحث الثاني: مراعاة التشريع الإسلامي للظروف الاستثنائية.
- 389.....المطلب الأول: التأصيل لها.



472.....	ثانيا: مبررات اتخاذ قرار الاعتقال.....
473.....	ثالثا: الموقف من الاعتقال الإداري.....
476.....	الفرع الثاني: الوضع تحت الإقامة الجبرية.....
476.....	أولا: مفهوم الإقامة الجبرية.....
477.....	ثانيا: آثار الوضع تحت الإقامة الجبرية.....
478.....	الفرع الثالث: التفتيش.....
479.....	أولا: مبررات التفتيش.....
480.....	ثانيا: صور التفتيش.....
481.....	ثالثا: إجراءات التفتيش.....
483.....	المطلب الثاني: مراعاة آثارها في المنع من الحقوق والحريات.....
483.....	الفرع الأول: المنع من النشاط.....
484.....	أولا: منع الاجتماعات والمظاهرات العمومية.....
486.....	ثانيا: المنع من الإقامة.....
486.....	ثالثا: منع نشاط الجمعيات.....
488.....	رابعا: غلق القاعات والمقرات ومصادرة الممتلكات.....
489.....	الفرع الثاني: المنع من حرية التنقل.....
489.....	أولا: منع حرية التنقل على المستوى العام.....
490.....	ثانيا: منع حرية التنقل على المستوى الفردي.....
491.....	الفرع الثالث: مدى مراعاة هذه الآثار في التشريع.....
491.....	أولا: تطور النصوص الدستورية.....
493.....	ثانيا: عدم صدور قانون الطوارئ والحصار.....
493.....	ثالثا: توسع قانون العقوبات في الجرائم الماسة بالأمن.....
493.....	رابعا: تجديد قانون الأحزاب.....
495.....	الخاتمة.....
505.....	فهرس المصادر والمراجع.....
527.....	فهرس الآيات.....
534.....	فهرس الأحاديث.....
537.....	فهرس الأعلام.....
541.....	فهرس الموضوعات.....

مراعاة الظروف الاستثنائية في التشريع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ملخص البحث

لقد أصبح من المسلمات الدستورية، توقع المؤسس الدستوري مرور الدولة بأحوال اضطرارية، يتعذر معها التزام تطبيق التشريعات المعدة للحياة العادية، ذلك لأن الدولة تعيش إما حياة اعتيادية مستقرة، أو حياة استثنائية مضطربة، وإهمال التدخل التشريعي في قسم منها يعتبر إهمالا لشطر الحياة.

وقد جاء هذا البحث ليعالج مدى مراعاة الظروف الاستثنائية في كل من الشريعة والقانون، سواء من حيث الإطار التشريعي المنظم لها، أو أساليب مواجهتها، أو الآثار الناجمة عنها.

كما رصد البحث جملة من الأهداف، أهمها؛ رصد أسلوب النظام الدستوري الجزائري في مواجهة الظروف الاستثنائية، وحدود الصلاحيات الاستثنائية التي يزاول بها رئيس الجمهورية مهمة التشريع، ومقارنة ذلك بأسلوب مواجهة أحوال الضرورة في الشريعة الإسلامية.

ومن خلال الدراسة تبين أن المشرع الجزائري سار في ركب أسلوب التجربة الفرنسية من حيث إسناد مهمة مواجهة الظروف الاستثنائية في بعدها التشريعي والتنظيمي للسلطة التنفيذية، فهي التي يمكنها تقدير المخاطر المحدقة بالدولة، وإعلان حالة الطوارئ، أو الحصار، أو الحالة الاستثنائية، أو حالة الحرب.

وقادتنا الدراسة كذلك إلى رؤية نقدية لمنهج مراعاة الظروف الاستثنائية، كشفت أن للواقع دورا أساسيا في فرض التدابير الاستثنائية، مما يجعل المنظومة القانونية عرضة للانتهاك، والزوال، وفي ذلك تشخيص لطبيعة النصوص القانونية من حيث كونها وليدة تفكير بشري، رؤيتها قاصرة على نطاق تفكير واضعها، الذي يستحيل عليه توقع كل ما قد يستجد من الحالات.

كما كشفت الدراسة أن التشريع الإسلامي نظر للضرورة بشكل مرن، ما جعله بمنأى عن الخضوع للواقع، تعطّيلا، أو تعديلا، أو إلغاء، بل الواقع يجد إطار معالجته في قواعد الشرع نصا أو اجتهادا.

Abstract

Considering Exceptional Circumstances in Legislation A Comparative Study between Islamic Jurisprudence and Algerian Law

It has become a constitutional self-evident that the legislator predicts facing cases when the state goes under forced circumstances where it becomes difficult to implement the legislation conceived for the ordinary life because the State is either in either in a stable situation or an exceptional troublesome one, therefore, the legislative non-intervention is considered as a neglect of a part of life. This research examines the extent to which exceptional circumstances are observed in both *Shari'a*, the Islamic law, and the Algerian law, in terms of the legislative framework that regulates it, the manners to face it or its resulting consequences.

The study has also set some objectives, the most important of which are: Observing the method of the Algerian constitutional system in dealing with the exceptional circumstances and the limits of the exceptional prerogatives through which the President of the Republic exercises legislation. Then, we compare it with the method by which the Islamic legislation deals with cases of absolute necessity.

The study shows that the Algerian legislator has followed the French experience in terms of assigning the task of dealing with exceptional circumstances in its legislative and regulatory dimensions to the executive authority, which can assess the dangers facing the state and declare a state of emergency, siege, exceptional situations or declaring war.

The study also led us to a critical view of the method of observing exceptional circumstances, and revealed that reality has an important role in imposing exceptional circumstances, which makes the legal system vulnerable to violations and loss. This is a diagnosis that the nature of legal texts are born of human thoughts characterized by a short vision incapable to predict and anticipate all the new situations. Finally, the study shows that the Islamic legislation deals with the absolute necessity cases in a flexible manner, which made it free from submission to reality, disabling, amending or cancelling, but real cases find solutions within the framework of the Sharia text or diligence.

تاريخ المناقشة:

نوقشت الأطروحة يوم الخميس 05 جمادى الأخيرة عام 1441هـ، الموافق 30 جانفي 2020م، وأجيزت بتقدير مشرف جدا.