

عاصم خليل*

حالة الضرورة من منظور دستوري مقارن**

1. المقدمة

تُستخدم حالة "الضرورة" في القانون الدولي - لتجنب الدولة المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة، والتي يمكن اعتبارها-للوهلة الأولى- انتهاكاً للقانون الدولي. ولحالة الضرورة هذه حضور لافت في القانون الجنائي، والقانون المدني، كما أنها حاضرة في أعراف النظام القانوني "الأنجلوسكسوني"، وفي النظام اللاتيني (15 Irizarry)، حيث يواجه فيه "الشخص" خيارين، ليختار الأقل ضرراً حتى وإن كان في ذلك انتهاكاً للقانون (22 Irizarry; 184 Ferzan).

في القانون الدستوري، غالباً ما يتم إثارة قضية حالة الضرورة أو الضرورة العامة؛ في حالتين: من أجل الدفاع عن الموظفين الحكوميين والذين، أثناء ممارسة مهامهم، ينتهكون حقاً أساسياً مكفولاً دستورياً؛ كالحق في عدم التعرض للتعذيب، بغرض حماية مصلحة عليا (كحماية الأمن القومي مثلاً - وهو ما يطلق عليه أحيانا الضرورة الصغرى) أو عندما يكون "الانتهاك"، أو التقييد للحقوق الأساسية والحريات "تالياً" لإجراء تنفيذي استثنائي، يمكن اعتباره إجراءً غير دستوري في الأحوال العادية؛ لأن ذلك يناقض مبدأ الفصل بين السلطات، على سبيل المثال؛ إلا أن هذا الإجراء يعد ضرورياً للحفاظ على أهداف قيّمة أخرى (وهو ما يطلق عليه الضرورة الكبرى) (239 Kuts). وكمبدأ، فإن حالة الضرورة تعمل على جسر "الفجوة بين ما يجيزه القانون للحكومة لتقوم به، وبين استجابة الحكومة الفعلية للطوارئ" (343 Stavsky).

* أستاذ القانون العام، شاغل كرسي الشيخ حمد بن خليفة آل ثاني للقانون الدستوري والدولي، جامعة بيرزيت.

** ظهرت النسخة الأصلية لهذا البحث باللغة الإنكليزية ضمن [موسوعة ماكس بلانك للقانون الدستوري المقارن](#). وقد ترجم اللغة العربية لإتاحته لجمهور الباحثين وطلبة القانون الدستوري المتحدثين بالعربية، ولا يهدف لأية أرباح مادية. حقوق الملكية الفكرية للمؤلف، وحقوق التوزيع لجامعة أكسفورد للنص الأصلي باللغة الإنكليزية. في حال ظهور اختلاف في المعنى بين النص الأصلي والترجمة، يعتمد النص الأصلي.

سواء كان ذلك للمحاجة مع أو ضد "حالة الضرورة" هو ما فعله الرئيس الأمريكي "أبراهام لنكولن" خلال الحرب الأهلية الأمريكية (Paulsen 1257; Crocker 221; Curtis 1; Kuts 235)؛ إذ علق امتياز أمر الإحضار إلى المحكمة، متحدياً بذلك قرار المحكمة الفيديريالية الأمريكية في قضية "Ex Parte Merryman" لعام 1861، الذي يرمي إلى إبطال هذا الامتياز (Crocker 233) استناداً إلى حقيقة أن الدستور الأمريكي يعترف بالاختصاص الممنوح للكونجرس (Article I, Section 9, Paulsen 1277-8). وفي هذه القضية، حافظت المحكمة العليا للولايات المتحدة على رفضها لاغتصاب الرئيس للسلطة التشريعية خلال حالة الطوارئ الوطنية (Stavsky 353, n54).

لقد عبرت كلمات لنكولن -بأفضل طريقة- عن منهجه العقلاني والذي استندت إليه منه أفعاله، حيث قال: "إن قسماً للحفاظ على الدستور بكل ما أوتيت من قدرة، يفرض عليّ واجب المحافظة -بكل الوسائل- على هذه الحكومة، وهذه الأمة، التي كان الدستور فيها قانونها الأساسي... لقد شعرت بأن الإجراءات - التي تعد إجراءات غير دستورية في غير هذه الحالة- يمكن أن تصبح إجراءات قانونية لا غنى

تركز هذه الدراسة على "الضرورة الكبرى"، وسيشار إلى الحجج المتعلقة "بالضرورة الصغرى" حينما ترتبط بحالة الضرورة الكبرى، وسنضع جانباً التزايد في القوانين المقيدة لها، والتي اعتمدها البرلمانات، سواء أكان ذلك بسبب تهديد حقيقي أو متخيل، كالإرهاب مثلاً، ومتجاوزين للدور التقريبي للهيئة القضائية أينما كان ذلك ضرورياً، للحفاظ على قيمة أعلى -كالعدالة- التي ستنتفي بخلاف ذلك (Nwapi 211).

بالنظر إلى التشابه بين القانونين: الدولي والجنائي، فإن هذا الفصل يهتم بالتحقق ممّ إذا كانت حالة "الضرورة" تخدم في القانون الدستوري كمفهوم مستقل، من شأنه أن يسمح للمسؤولين في الدولة والسلطة التنفيذية الفرار من العواقب "الضارة" المترتبة على الالتزام "الجامد" بسيادة القانون في الظروف كافة، ومهما كان الثمن (Johnstone 339)، وممّ إذا كان بالإمكان الاحتجاج "بحالة الضرورة" لمنع لا مشروعية أفعالهم؛ ليتجنب المسؤولون الملاحقة الجنائية، ولتجنب السلطة التنفيذية "عيب" عدم الدستورية.

2. التطور التاريخي

إن المثال الذي يستحضر غالباً لدى الحديث عن "حالة الضرورة" في التاريخ الحديث،

عنها للمحافظة على الدستور، من خلال المحافظة على الأمة" (Paulsen 1283).

إن استخدام "نكولن" لحالة الضرورة يثير ثلاثة تفسيرات مختلفة، تفتح بدورها مداخل للمقاربات الحديثة لحالة الضرورة، وهي: (1) أنه يجب تأويل الدستور بتجنب النتائج الدستورية الهادمة لنفسها؛ (2) إن القواعد الدستورية تطبق بشكل مختلف في الحالات العادية عن طريقة تطبيقها في حالات الضرورة؛ (3) إن المحافظة على عمل الدستور -ككل- له أولوية على الأحكام المحددة (Paulsen 1267).

إن التفسير الأول مشابه للطريقة التي تُستخدم فيها "حالة الدفاع" في القانون الجنائي، ويمكن تطبيقه على حالات الحد من الحقوق الأساسية غالباً، من خلال الإشارة إلى قصة "القنبلة الموقوتة" الافتراضية (Kutz 274-5; Lee)؛ ففي أحداث ما بعد 11 أيلول، استُخدمت حالة الضرورة في الولايات المتحدة الأمريكية لتبرير الإجراءات الحكومية الرسمية، بما في ذلك التعذيب، على الرغم من أن حظر التعذيب في الولايات المتحدة الأمريكية يعد أحد القواعد "الأمرة" (Filártiga v Peña-Irala (1980) (US)). تناولت "مذكرات

التعذيب" المشهورة تعريف "التعذيب" وأنواع "الدفاع" التي يمكن استخدامها، في حالة تبين أن مسؤولاً حكومياً قام بانتهاك الالتزامات المنصوص عليها في اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة، أو العقوبة: القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة (نفذت في الولايات المتحدة من خلال المادة 18 من الدستور). حيث يجيز الجزء (A2340) الحكم بالسجن لمدة تصل إلى 20 عاماً على أي شخص يرتكب أو يحاول ارتكاب جريمة التعذيب خارج الولايات المتحدة، مع إجازة الحكم بعقوبة الإعدام في حال أسفرت الجريمة عن الموت (Kutz 240)؛ وبالتحديد، المذكرة الأولى، والموقعة من "Jay Bybee" في 1 آب 2002، والتي اقترحت فيها مجموعة كاملة من "الدفع" الجنائية التي تمكن الموظفين في الولايات المتحدة من استخدامها في حال اتهامهم بموجب القانون، حيث سعت إلى إقرارها على كونها مبدأً دستورياً ينص على أن المادة (A2340) لا يمكن تفسيرها دستورياً بأنها "ملزمة" للرئيس، خلال قيامه بمهامه الحربية بصفته القائد الأعلى للقوات المسلحة" (Kutz 240).

ويلقى التفسير الثاني صدًى في القانون الدولي الحديث، وفي التمييز بين القانون الدولي في أوقات السلم والحرب، أو بين القانون الدولي

استخدام القوات المسلحة (Khakee 20; Curtis)
32). وبذلك أصبح الحكم في جمهورية "فايمار"
بالكامل تقريباً وفقاً للمادة المذكورة (Kutz 274).

يستخدم بعض الباحثين في يومنا هذا
أعمال "شميت" وتجربة جمهورية "فايمار" للتحذير
من استخدام حالة الضرورة كمصدر من مصادر
السلطة، خارج الإطار الدستوري، فعلى سبيل
المثال: خلال الحرب على الإرهاب (Crocker
268-71 Kutz ; 229-30)، أشار القاضي
"جاكسون" إلى موافقته في قضية
"Youngstown Sheet & Tube Co. v.
Sawyer" عام 1952، تجربة جمهورية "فايمار"،
وإلى التناقض ما بين مشروع الدستور الذي يهدف
إلى تأمين الحريات في التقاليد الغربية، وبين
تمكين الرئيس -دون موافقة من البرلمان- من
تعليق كلٍّ أو أيٍّ من الحقوق الفردية بشكل مؤقت،
إلا إذا هدد ذلك النظام والسلامة العامة بشكل
حقيقي (Khakee 32; Stavsky 352-4).

مع تجربة جمهورية "فايمار" والإفراط في
استغلال النفوذ والسلطات الرئاسية من قبل
النازيين، أبدت ألمانيا والعديد من الدول الأوروبية
الأخرى استعدادها لتقنين القضايا ذات العلاقة
بحالتي الطوارئ والتهديدات في "متن" الدستور،
بدلاً من تركها للقضاء ليطورها (11 Irizay)،

الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان
(Johnstone 337). وتتوفر الأمثلة الدستورية
على ذلك؛ فعقب الهجوم على "بيرل هاربر" أصدر
الرئيس "روزفلت" الأمر التنفيذي رقم (9066)،
الذي أجاز استبعاد الأشخاص من الأصول
اليابانية من الساحل الغربي، وقد اعترفت المحكمة
في قضية " Korematsu v. United States "
(1944) "بأن ذلك لم يكن ضمن حدود صلاحيات
الرئيس وفقاً للدستور، وأن إصداره للقرار كان في
ظل حالة طوارئ مباشرة وخطرة: "في ظل ظروف
الحرب الحديثة التي تكون فيها شواطئنا مهددة من
قوات معادية، فإن قوة الحماية يجب أن تكون
متناسبة مع الخطر المهدد" (Crocker 233-4;
Stavsky 349-50).

أما التفسير الأخير فيعود إلى توسيع
نظرية الضرورة كتلك الحالة التي طبقت في
جمهورية (فايمار) من خلال المادة المعروفة رقم
(48) من دستورها، والتي تم الاستناد إليها أكثر
من 250 مرة خلال الفترة ما بين الحربين
العالميتين (20 Khakee)، وبالطريقة التي دافع
عنها و"نظر لها" "كارل شميت" (Kutz 274;
229-30 Crocker)، بحيث يُمنح الرئيس
سلطات مطلقة -تقريباً- بما في ذلك سلطة تقييد
بعض الحقوق الأساسية أو إلغائها، وسلطة

أو تركها للسلطات غير الدستورية بناءً على "حالة الضرورة". هذا وتعتمد حالة الطوارئ في العديد من الدساتير على الإذن القانوني والدستوري الذي يجعل من "مبدأ الضرورة" مبدأً غير ذات صلة (Stavsky 343).

إلا أن هناك استثناءات قليلة لقبول حالة الضرورة خارج الإطار الدستوري، كما هو الحال في سويسرا، حيث لا تزال "حالة الضرورة" (بقرار حكومي) غير منظمة دستورياً، على الرغم من أنها تشكل أساساً لرد فعل الحكومة إزاء الأزمات الحادة، كالحرب أو الكوارث الطبيعية -واسعة الانتشار- والتي يستحيل على الأجهزة العليا -ولا سيما البرلمان-، أن تعمل في ظلها بشكل طبيعي (Khakee 19).

في العديد من دول العالم، غالباً ما يثار استخدام "مبدأ الضرورة" في حالات الاضطرابات السياسية غير الدستورية (Stavsky 355)؛ ففي قبرص على سبيل المثال، وفي قضية "Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Others" لسنة 1964، رأت المحكمة العليا أن "مبدأ الضرورة" يضيف شرعية على المراجعة الواسعة لأحكام الدستور التي لا يمكن تعديلها. وكان من إحدى هذه المراجعات إنشاء المحكمة العليا التي عرضت

أمامها هذه القضية (Stavsky 356). واستناداً إلى المحكمة، فإن الشروط التالية تعد الشروط الأساسية لمبدأ الضرورة لكي يصبح قابلاً للتطبيق: (أ) في حال ضرورة حتمية لا مفر منها أو ظروف استثنائية؛ (ب) عدم وجود أي طريقة أخرى لمعالجة هذه الظروف؛ (ج) أن تكون الإجراءات المتخذة متناسبة مع الضرورة؛ (د) يجب أن تكون هذه الإجراءات ذات طابع مؤقت؛ أي أنها محددة ومقتصرة على فترة الظروف الاستثنائية.

وفي نيجيريا، استخدمت المحكمة العليا مبدأ الضرورة في قضية "Lakanmi v. Attorney-General (1970)" في التعامل مع الانقلاب العسكري لعام 1966 (-Stavsky 359) وفي قضية "Bhutto v. Chief of Army (1977)"، نظرت المحكمة العليا الباكستانية في شرعية الحكومة الجديدة، ووصلت إلى رأي بالإجماع مفاده أن الانقلاب كان عملاً عسكرياً مشروعاً... مُصدرةً حكماً بأن الدستور ما زال قيد التطبيق وساري المفعول، حيث وجدت المحكمة أن أيّاً من الخروقات الأخيرة كانت مبررة تماماً وفقاً لمبدأ الضرورة في النظام القانوني "الأنجلوسكسوني"، باستثناء القيود المفروضة على المراجعة القضائية (Stavsky 379).

هذا وأكدت المحكمة هذا المفهوم في قضية "Hamdi" حين قالت: "منذ فترة طويلة، أوضحنا أن حالة الحرب ليست بمثابة "شيك على بياض" للرئيس، حين يتعلق الأمر بحقوق مواطني الأمة" (Crocker 241). وتعرضت القضية -في الواقع- إلى سلطة الرئيس في سجن مواطن أمريكي لسنوات دون محاكمة، أو دون الوصول إلى المحكمة، أو دون عملية قانونية ذات مغزى لتحديد وضعه، (5 Curtis). إلا أن دور المحكمة محدود في إطار الفصل بين السلطات، حيث تعني المراجعة القضائية ببساطة-: التخمين مرة ثانية، حيث جاء حكم المحكمة العسكرية الأساسي كتخمين أولي، فيما إذا كان المواطن مقاتلاً عدواً (9, 8, 6 Curtis).

وفي قضية "Rasul v Bush"، توصلت المحكمة العليا الأمريكية إلى الولاية القضائية على معتقلي "غوانتينامو"، وفي قضية "Hamdan v. Rumsfeld"، خلصت المحكمة إلى أن المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف تنطبق على المعتقلين (243 Crocker). إلا أن دور المحكمة كان "ضحلاً" فيما يتعلق بمواجهة تحديات السلطة التنفيذية في أوقات الحرب، والتي يمكن إرجاعها

هذا وتُعرف فرنسا بتنظيمها "سلطات الطوارئ" المختلفة بثلاثة أنماط مختلفة تشمل كل من: حالة الطوارئ الموجودة في العديد من الدساتير المعاصرة، وحالة الحصار، وأخيراً الصلاحيات الرئاسية الاستثنائية؛ ويعد النمط الأخير الأقرب إلى "حالة الضرورة" التي تعد غير موجودة بالمعنى الدقيق كمبرر مستقل لصلاحيات تنفيذية استثنائية خارج حالات الطوارئ الثلاث (4-22 Khakee). وتنهج العديد من الدساتير المعاصرة النهج الفرنسي في تضمين "الضرورة" في "متن" الدستور، لتفويض السلطة التنفيذية بتشريع القوانين بدلاً من البرلمان (أي تفويضها في وضع ما يسمى مراسيم أو قرارات بقوانين خاضعة للموافقة البرلمانية كما في مصر).

3. الحالات الدراسية

أ- الولايات المتحدة الأمريكية

خلال ما سُمي "بالحرب على الإرهاب"، عالجت المحكمة الأمريكية العليا في حالات مختلفة حقوق المعتقلين باعتبارهم مقاتلين أعداء، ولا سيما حقهم في المثل أمام المحكمة، والحقوق الأساسية الأخرى.¹

Rasul v. Bush (2004); Hamdi v. Rumsfeld (2004); Hamdan v. Rumsfeld (2006); Rumsfeld v. Padilla (2006); Boumediene v. Bush (2008).

¹ انظر القضايا:

محكمة العدل العليا الإسرائيلية، وبوصفها محكمة عدل عليا، قد قبلت التحدي بعد سنوات من الصمت ومئات من الالتماسات (Cohan 1628). ففي الواقع، وقبل ثلاث سنوات من مذكرة "Bybee"، وقبل سنتين من اعتداءات 11 أيلول 2001، قررت المحكمة العليا الإسرائيلية عام 1999 (H.C. 5100/94, → *Public Committee against Torture in Israel v State of Israel Case (Isr)*) أن دفاع الضرورة يكون متاحاً في وقت لاحق- للمسؤولين في حالة الملاحقات الجنائية، فيما يتعلق بنشر تقنيات الاستجواب الجسدي المسيئة واللاإنسانية في ظروف معرفة إدارياً بما يسمى "القنبلة الموقوتة" (Lee 135; Kutz 244, n36). وفي هذه النقطة الأخيرة، يتضح أن قرار المحكمة يتفق مع النتائج الواردة في تقرير لجنة "لاندوا" (Cohan 1627-8). إلا أن المحكمة -وخلافاً للتقرير الذي أذن صراحة لأجهزة الأمن العام استخدام القوة البدنية والنفسية (Cohan 1627)- رأت أن تعميم دفاع الضرورة لا ينبغي أن يستخدم كوسيلة تجيز للمسؤولين الحكوميين استخدام التعذيب في حالات مماثلة (Lee 135).

بالنسبة للمحكمة، فإن الضرورة تشكل نوعاً من "الدفاع" للمحققين، إذا كانت شروط

إلى حالات سابقة، كما في قضية " Ex parte Quirin (1942) على وجه الخصوص، حيث أيدت المحكمة الاحتجاز والمحاكمة أمام اللجان العسكرية لستة مخربين نازيين كمقاتلين للعدو، وكان من بينهم مواطنٌ أمريكي" (Crocker 240).

كما وأوضحت محكمة "بومدين": "الأمن يبقى قائماً، حتى عند الإخلاء لمبادئ الحرية الأولى، ومن بينها التحرر من القيود التعسفية وغير القانونية، والحرية الشخصية، المستمدة من الالتزام بفصل السلطات (Crocker 241)، بالاتفاق مع ما جاء في قضية Hamdan v. Ramsfeld، حيث ناقش القاضي "Kennedy" أن "احترام القانون النابع من نفاذ فروع التنفيذ والتشريعية -كما جرت العادة- يمنح نوعاً من الأمان لاستقراره وثباته في أوقات الأزمات. وإن أفضل ما يمكن أن يحفظ الدستور هو اعتماده على مقاييس فحصت عبر الزمن، وعزلت عن ضغوطات اللحظة" (Crocker 254).

ب- إسرائيل

في سلسلة من القضايا التي تتناول شرعية أساليب استجواب جهاز الأمن العام الإسرائيلي، والتي تنطوي على استخدام وسائل مادية، نجد أن

1981، وذلك لأنه لم يكن هناك دليل على "حالة الضرورة" وفقاً للطريقة التي حددها النص الدستوري آنذاك (مادة 147 من الدستور): "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون بها قوة القانون.

ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون الحاجة إلى إصدار قرار بذلك وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان بها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما يترتب على آثارها بوجه آخر.³

قبل الإشارة إلى الحكم الدستوري، أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى تبنيها -طويل الأمد- لنظرية "الضرورة"، التي تعود إلى دستور عام 1923، "تمكيناً للسلطة التنفيذية - حال غيبة

القانون الوضعي لحالة الضرورة مستوفية، إضافة لوجوب حاجة فورية إلى ارتكاب الفعل غير القانوني، كما يجب أن يكون الخطر المراد تجنبه وشيكاً (Cohan 1629). وبناء على ذلك، قررت المحكمة أن استثناءات "حالة الضرورة" قد تنشأ في حالات "تفجير القنابل الموقوتة"، و"أن متطلبات "الحاجة الفورية" تقوم على الطبيعة الوشيكة للفعل بدلاً من الخطر" (Isr H.C. 5100/94, 34). وبكلمات المحكمة، فإن الدفاع في "حالة الضرورة" هو مسعى وجد لهذا الغرض، كرد على حدث. وهي نتيجة "للارتجال"، مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة غير المتوقعة لهذه الأحداث (Isr H.C. 5100/94, 36; Lee136).

ج- مصر

إن حالة الضرورة موجودة في الدستور المصري، وتتجسد بالسماح للرئيس -بشكل استثنائي- بأن يحل البرلمان من خلال سلطة صنع القانون؛ ففي قضية رقم 15 لسنة 18 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية" (حكم بتاريخ 2009/1/2)² قررت المحكمة الدستورية العليا عدم دستورية المرسوم رقم (154) لسنة

³ دستور مصر للعام 1971، متاح عبر الرابط التالي:

http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/constitution_of_1971-arabic.pdf

² متاح عبر الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-15-Y18.html>

"إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئٍ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، علي أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلي إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار."⁴

د- فرنسا

عُرفت فرنسا بأنها ضمّنت دستورها طرماً مختلفة تستعمل من خلالها سلطات الطوارئ، للتعامل مع أنواع مختلفة من الأحداث أو الظروف الاستثنائية - سلطات استثنائية تمنح للرئيس (Khakee 22-4; Feldman 1027; Irizarry 214; Ferejohn&Pasquino 10):

⁴ دستور مصر للعام 2014، متاح عبر الرابط التالي:

https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf?lang=ar

السلطة التشريعية - من مواجهة أوضاع قاهرة أو ملحة تطراً خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير في شأنها، ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير، وتطبيقاً لها، مبرراً بحالة الضرورة ومستندا إليها، وبالقدر الذي يكون متناسباً مع متطلباتها، بوصفها تدابير من طبيعة استثنائية. "وفي الوقت الذي يُتجنب فيه البت فيما إذا كان من الممكن اعتبارها "حالة ضرورة" أم لا -ويترك تقديرها للرئيس- فإن المحكمة الدستورية العليا قد استبعدت حقيقة أن قرار الرئيس بحد ذاته غير كاف، وذلك في حالة الإفتقار إلى الدعم الكافي للمزاعم التي تقول بأن هناك وجوداً لحالة ضرورة.

من الصعوبة بمكان أن يتم الحفاظ على هذا الاجتهاد والنشاط القضائي للمحكمة الدستورية العليا في مصر مثلما حصل في القضية سالفة الذكر. ففي عام 2013، حُل البرلمان المصري بعد الإطاحة بالرئيس محمد مرسي. هذا وقد أصدر عدلي منصور (رئيس المحكمة الدستورية العليا ورئيس الجمهورية المؤقت) وعبد الفتاح السيسي (المنتخب كرئيس) مئات المراسيم، التي كان من المفترض أن يقوم البرلمان بعد انتخابه بمراجعتها خلال 15 يوماً، وذلك استناداً للمادة (156) من الدستور الجديد لعام 2014:

بأسرع ما يمكن مع الوسائل اللازمة للقيام بواجباتها"، وذلك في الحالات التي تكون فيها مؤسسات الجمهورية، أو استقلال الأمة، أو سلامة أراضيها، أو الوفاء بالتزاماتها الدولية معرضة لخطر فوري وجسيم.

3. لقد تم تقديم "حالة الاستعجال" -لأول مرة-

كرد على الإضرابات في الجزائر، إبان الاستعمار الفرنسي لها. وتُمكن حالة الاستعجال الحكومة من التعامل مع "الخطر الوشيك" الناجم عن الإخلال الخطير بالنظام العام، أو الأحداث التي يمكن وصفها بأنها "كارثة عامة". وعلى الرغم من أصلها القانوني الذي يسبق تاريخيا الدستور الفرنسي الحالي (Loi n° 55-385 du 3 avril 1955) بقيت "حالة الاستعجال" سارية المفعول على الرغم من نقص توفر المرجعية الدستورية لها - وهو موقف تم الموافقة عليه لاحقاً من قبل المجلس الدستوري - (Décision n° 85-187 DC - du 25 janvier 1985). وخلافاً لسلطات الطوارئ الرئاسية، وحالة الحصار في المادتين (16) و (36) من الدستور الفرنسي على التوالي، فإن قانون 1955 لحالة الاستعجال غالباً ما يستخدم في فرنسا. وقد تم تعديل هذا القانون، وإعادة صياغته، ومد أمده عدة مرات

1. إن أقدم نظام للتعامل مع التهديدات في فرنسا كان في "حالة الحصار" التي تشير إليها المادة (36) من الدستور. حيث تم التعبير عن "حالة الحصار" لأول مرة في نظام قانوني بعد الثورة الفرنسية، وذلك في قانون 10 تموز 1791، على الرغم من أن "حالة الحصار" كانت موجودة قبل ذلك، وتطبيقها كان مسألة عرفية (Feldman 1024). وتعطي "حالة الحصار" السيطرة الكاملة للجيش، وتتضمن فكرة الضرورة العسكرية، التي تتناسب مع ما يقتضيه اختلاف الحال مع ما تشير إليه الدول التي تتبع النظام "الأنجلوسكسوني" كالولايات المتحدة الأمريكية (يشار إليها بقانون الأحكام العرفية)، وتعرف على أنها "قانون الضرورة العسكرية" في حالة الوجود الفعلي للحرب. وفي هذه الحالة، فإنها تدار من قبل جنرال الجيش وتعبّر عن إرادته، وبالرغم من أن ذلك يعتبر تعسفاً إلا أن الجنرال يجب أن يُطاع (United States v. Diekelman, 92 W.S. 520, 526 (1876) (Feldman 1022)).

2. صلاحيات الطوارئ بموجب المادة (16) التي تمكن الرئيس من اتخاذ إجراءات تهدف إلى "تمكين السلطات العامة الدستورية من العمل

4. الخلاصة

إن الاختلاف الفقهي حول طبيعة "حالة الضرورة" في القانون الدولي، كما في القانون الدستوري، لا يزال قائماً؛ ومؤكداً أن الأمر ليس محسوماً، فيما إذا كانت "حالة الضرورة" تشكل مبرراً لاستثناء التطبيق المعتاد للدستور، أم أنها -في الحقيقة- تحافظ على الدستور، ولكنها تعفي الفاعل من المسؤولية عن الانتهاك الذي ارتكبه (Ferzan) (184-5; Johnstone 339; Irizarry 21-22). ونتيجة لذلك، يرى البعض "حالة الضرورة" على أنها قانون (Paulsen 1258)، في حين يصر آخرون على أن حالة الضرورة هي مجرد واقع (Kutz 266) من الممكن أن يؤثر على طريقة تطبيق القانون وإنفاذه، وعليه لا ينبغي الخلط بين ذلك الواقع وبين القانون. إلا أن حالة الضرورة تبقى -على الرغم من ذلك- مفيدة في الفقه كمبرر يقدم لدعم الإجراءات الحكومية، أو ضدها، والتي تعد بخلاف ذلك غير دستورية.

تدرك العديد من الدساتير المعاصرة -في يومنا هذا- وجود لحظات دستورية غير عادية في بعض الأحيان، تكون مؤطرة دستورياً تحت اسم حالة الطوارئ، أو حالة الحصار؛ حيث إن

décembre 2016 (M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]).

بسهولة نسبياً؛ فعلى سبيل المثال، استخدم في العام 2005 من أجل التعامل مع الإضرابات في الضواحي، وفي 2015-2017، استخدم كرد فعل على الهجمات الإرهابية التي طالت المدن الفرنسية.

وحيث إن قانون 1955 قد سبق الدستور الفرنسي، وسبق إنشاء المجلس الدستوري، وبما أن المجلس كان قادراً -فقط- على فرض الرقابة الدستورية السابقة، فإنه لم يكن قادراً على "مراجعة" دستورية هذا القانون. وحيث إن الرقابة الدستورية اللاحقة أدخلت من خلال ما يسمى "Question Prioritaire de Constitutionnalité" في عام 2008 (والتي دخلت حيز النفاذ في الأول من آذار 2010)، أصبح للمجلس الدستوري سلطة مراجعة القوانين كافة، بما فيها تلك القوانين التي اعتمدت قبل بدء نفاذ الدستور. وفي حالات حديثة، عالج المجلس الدستوري قضايا ارتبطت بالقانون في "حالة الطوارئ".⁵

⁵ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 (M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]); Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016 (Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]); Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016 (M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]); Décision n° 2016-600 QPC du 2

الظروف. إلى جانب ذلك، فإذا كانت الشروط مستوفاة -في الحالات السابقة- فإن الإجراءات المتخذة تكون دستورية استناداً إلى الأمر الدستوري ذاته، وليس بالرجوع إلى الظروف نفسها. وعلى العكس من ذلك فإن حالة الضرورة تشير إلى الظروف المقدمة على أنها: إما لتوفير شرعية واقعية لما يمكن اعتباره على وجه التحديد انتهاكاً للدستور، وإما من أجل تقاضي التداعيات والانعكاسات على المسؤولين الحكوميين، الذين يرتكبون انتهاكاً للحقوق الأساسية المحمية وفقاً للدستور.

هذا، ويمكن القول أن الدول -ذات الدساتير التي توطر تلك الأشكال المختلفة من اللحظات الاستثنائية- تحرص على الحد من لجوء السلطة التنفيذية إلى "حالة الضرورة" خارج الإطار الدستوري، وستجد المحاكم صعوبة في تقبل ادعاءات السلطة التنفيذية بامتلاكها صلاحيات بناءً على "حالة الضرورة"، التي تعد في الأحوال الطبيعية غير دستورية؛ وذلك لأنها تتناقض مع مبدأ الفصل ما بين السلطات (أي "الضرورة الكبرى" بالطريقة المعروفة في هذه الورقة). وحتى عندما يشار إلى "حالة الضرورة" في الدساتير الحديثة، فإنها تستخدم غالباً لوصف الحالات التي تحل فيها السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية

التطبيق العادي للدستور يعد بمثابة الشر الذي على الدولة تجنبه، ليس فقط لأن ذلك يمثل "الفعل الصحيح"، وإنما لأن واجبها تجنبه. ولقد صممت قوى الطوارئ الحديثة على غرار نموذج الدكتاتورية الرومانية القديم (Ferejohn & Pasquino 211).

هذه اللحظات الاستثنائية تتطلب ترتيبات دستورية غير اعتيادية (بهذا المعنى تتداخل مع حالة الضرورة). وعلى الرغم من ذلك، إلا أن هذه اللحظات الدستورية غير الاعتيادية يمكن تمييزها عن "حالة الضرورة" (حالة الطوارئ، حالة الحصار وغيرها من المسميات) في أنها حالات استثنائية منظمة دستورياً، سواءً أكان ذلك التنظيم جزءاً من الدستور المكتوب أو من خارجه. في حين أن حالة الضرورة هي بحكم التعريف خارج الدستور، ولا يمكن لها أن تكون حالة نص عليها الدستور وتبقى حالة ضرورة؛ وذلك لأنه في هذه الحالة سيكون فيه تعارض من حيث المفهوم (أي توقع ما هو مستحيل توقعه دستورياً)؛ ولهذا السبب، فإن الاستناد إلى حالة الضرورة يكون بالرجوع إلى الحقائق واستناداً إليها، وإلى الوقائع وليس بناء على القواعد الدستورية؛ وذلك لحل قيود الحكومة من القيود الدستورية التي من شأنها أن تكون بخلاف ذلك ضارة للتطبيق في مثل هذه

في وضع القوانين، وتعد في هذه الحالة دستورية فقط عندما تستوفي جميع الشروط الدستورية الأخرى. هذا ويكون دور المحكمة في مراجعة استخدام السلطة التنفيذية لحالة الضرورة -في تلك الحالات- كإعادة التخمين في أحسن الأحوال (بعد أن خمنت السلطة التنفيذية وجود حالة الضرورة بالأساس)، أو يكون دور المحكمة هو مراجعة رسمية تقيّم وجود حالة الضرورة كمبرر للإجراءات الاستثنائية في أسوأ الأحوال.

وهكذا، لا تستثني حجة الضرورة الصغرى دعم أعمال المسؤولين التي من الممكن اعتبارها في الحالات الاعتيادية انتهاكاً، أو تقييداً جسيماً للحقوق المدنية؛ الأمر الذي يمكن اعتباره -لا يزال- دستورياً، أو أنها على الأقل تجعل من هؤلاء المسؤولين غير خاضعين للمساءلة عن هذه الانتهاكات. في بعض الدساتير يعكس تنظيم حالة الطوارئ بحد ذاته هذه الازدواجية من خلال الحد من إمكانيات حل البرلمان المنتخب (كلما كان ذلك ممكناً في الأحوال العادية)، مع الاعتراف في الوقت نفسه -ضمناً أو صراحةً- بأن بعض الحقوق الأساسية قد تنتهك أو تقيد.

استناداً إلى المادة (16) من الدستور الفرنسي: "أينما تكون مؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها، أو الوفاء بالتزاماتها الدولية

معرضة لخطر جسيم وفوري، وحيثما ينقطع العمل السليم للسلطات العامة الدستورية، على رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات التي تتطلبها هذه الظروف...". إلا أن المادة ذاتها تحظر وبشكل صريح حل الجمعية الوطنية خلال ممارسة مثل هذه الصلاحيات الطارئة. هذا وتعطي المادة (36) البرلمان الصلاحية لتمديد حالة الحصار (والتي يمكن أن يتم إعلانها من خلال مجلس الوزراء). وتشير المادة (81) من القانون الأساسي الألماني إلى تشريع حالة الطوارئ، وذلك من خلال الإجراءات التي تمكّن الحكومة من تبني قانون -بغير الطرق العادية-، لوضع القوانين وبالتغلب على رفض البرلمان، وأشارت إلى أنها تنطبق في الحالات التي يكون فيها حل الجمعية العامة غير ممكن في الظروف المبيّنة في المادة (68). ويمكن إيجاد تجارب مماثلة لما سبق في الدستور البرازيلي عندما نظم "حالة الدفاع" (المواد 136-139)، وفي الدستور الكولومبي (المادة 215)، والدستور المصري (المادة 154) التي تنظم "حالة الطوارئ".

وحتى إذا كانت إمكانية انتهاك الحقوق الأساسية أو تقييدها باسم حالة الضرورة (الضرورة الصغرى) غير معترف بها صراحة، أو أن مثل هذه الاحتمالية موجودة ولكن "حالة الضرورة" بحد

المنظمة دستورياً (مثل حالة الطوارئ، وحالة الحصار وغيرها)، ويمكن استخدامها أيضاً خارج ذلك، وإن نطاق الانتهاكات التي يمكن للمحكمة أن تتغاضى عنها، قد يختلف بناء على اللحظات الدستورية التي يحدث فيها هذا الانتهاك.

أما في البلدان التي تفتقر إلى وجود دستور مكتوب، أو عندما يكون للدولة دستور مكتوب ولكنه يفتقد اعترافاً صريحاً بحالة الضرورة، فإن بعض المحاكم أو الباحثين يفسرون الدستور بطريقة ليكون مرناً لأنه لا يمكن أن يكون الدستور بمثابة انتحار للدولة (Paulsen 1257) (الضرورة الصغرى والضرورة الكبرى)، هذا وقد بينت الأمثلة التاريخية المذكورة أعلاه أنه عندما يفتقد "متن" الدستور إلى إطار قانوني صريح ينظم الحالات الاستثنائية وغير المتوقعة، التي تستلزم من الدولة إجراءات غير اعتيادية، فإن المحاكم والبرلمانات قد أجازت في بعض الأحيان أعمال السلطة التنفيذية باعتبارها ضرورية حتى وإن كانت تنتهك بشكل صريح أحكاماً دستورية معينة (الضرورة الكبرى).

في كلتا الحالتين، فإن ذلك لا ينبع -في حقيقة الأمر- من أن "حالة الضرورة" توفر نوعاً من المرونة للطريقة التي يطبق فيها المسؤولون - أو ينتهكون بها- القانون الذي توجده، والذي يمنح

ذاتها غير موجودة، أو أنها لم تعد موجودة بعد الآن؛ فإن الطريقة التي تشير فيها الدساتير إلى الحقوق والحريات الأساسية، وكذلك الطريقة التي يشير فيها القانون الدولي لحقوق الإنسان إلى حقوق الإنسان عادة تؤكد هذه الاحتمالية - أي أن هذه الحقوق والحريات يمكن أن يتم تقييدها- (باستثناء بعض الحقوق التي غالباً ما تتم الإشارة إليها بشكل صريح، أو يشار إليها على أنها حقوق مطلقة) كلما تقتضي حالة الضرورة ذلك (أو أياً كانت المسميات لهذه الظروف الاستثنائية).

هذا وفي بعض البلدان التي تطبق فيها الرقابة على دستورية القوانين، فإن اختبار دستورية الأعمال الحكومية التي تسعى إلى تقييد، أو الحد من الحقوق الأساسية المحمية بالدستور، غالباً ما يكون بناءً على مبدأ التناسب، ففي مثل هذه الحالات، تكون حالة الضرورة (جنباً إلى جنب مع مناسبة الإجراء والتناسب بالمعنى الدقيق للكلمة) هي واحدة من شروط ثلاثية الأجزاء لانطباق مبدأ التناسب (Nguyen 450)، وذلك بالمعنى المحدد من قبل المحكمة الفيدرالية الألمانية في 11 حزيران 1958 (Apothekenurteil, BverfGE7, 377 cited in: Ondřejek 454). وبكلمات أخرى، إن "الضرورة الصغرى" يمكن أن تستخدم خلال الظروف الاستثنائية

المحدودة - والتي يمكن تسميتها "الدسترة" - حتى وإن كان في ذلك تعارضٌ واضح مع مبدأ سيادة القانون.

سلطة غير محدودة، أو غير مقيدة للدولة، أو للسلطة التنفيذية، أو إلى ما يتزايد بالإشارة إليه على أنها حالة الاستثناء (Agamben; Schmitt)؛ ما يجعل من الممكن المحافظة على حالة الضرورة ضمن إطار نظرية الحكومة

Bibliography

Agamben, G, *State of Exception* (Kevin Attell, trans. The University of Chicago Press 2005).

Cohan, JA, 'Torture and the Necessity Doctrine,' (2007) 41 *Valparaiso University Law Review* 1587.

Crocker, TP, 'Overcoming Necessity: Torture and the State of Constitutional Culture,' (2008) 61 *SMU Law Review* 221.

Curtis, MK, 'Lincoln, the Constitution of Necessity, and the Necessity of Constitutions: A Reply to Professor Paulsen,' (2007) 59 *Maine Law Review* 1.

Feldman, W, 'Theories of Emergency Powers: A Comparative Analysis of American Martial Law and the French State of Siege,' (2005) 38 *Cornell International Law Journal* 1021.

Ferejohn, J, & Pasquino, P, 'The law of the exception: A typology of emergency powers,' (2004) 2 *I.CON* 210.

Ferzan, KK, 'Torture, Necessity, and the Union of Law and Philosophy,' (2004) 36 *Rutgers Law Journal* 183.

Irizarry, WV, 'Exception and Necessity: The Possibility of a General Theory Of Emergency,' (2010) https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/.../VazquezIrizarry_Eng_CV.pdf. (accessed June 25, 2016).

Johnstone, I, 'The Plea of "Necessity" in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-terrorism,' (2005) 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 337.

Khakee, A, *Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe* (Policy Paper No. 30, Geneva

Centre for the Democratic Control of Armed Forces 2009).

Kutz, C, 'Torture, Necessity and Existential Politics,' (2007) 95 *California Law Review* 235.

Lee, Y, 'The Defense of Necessity and Powers of the Government,' (2009) 3 *Crim Law and Philos* 133.

Levinson, S, (ed), *Torture: A Collection* (Oxford University Press 2004).

Nguyen, TH, *La Notion d'Exception en Droit Constitutionnel Français (Thèse de Doctorat, Université Paris I Panthéon – Faculté de Droit 2013)*.

Nwapi, C, 'A Necessary Look at Necessity Jurisdiction,' (2014) 47 *UBC Law Review* 211.

Ondřejek, P, 'Limitations of Fundamental Rights in the Czech Republic and the Role of the Principle of Proportionality,' (2014) 20 *European Public Law* 451.

Paulsen, MS, 'The Constitution of Necessity,' (2004) 79 *Notre Dame Law Review* 1257.

Prakash, S, 'The Constitution as Suicide Pact.' *Notre Dame L. Rev.* 79 (2004): 1299.

Schmitt, C, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (George Schwab, trans. The University of Chicago Press 2005 (1985)).

Stavsky, MM, 'The Doctrine of State Necessity in Pakistan,' (1983) 16 *Cornell International Law Journal* 341.

Tenny, D, 'There Is Always a Need: The "Necessity Doctrine" and Class Certification Against Government Agencies,' (2005) 103 *Michigan Law Review* 1018.

A. Constitutions

Constitution of the United States: 1787 (US).

The Weimar Constitution: 1919 (Germany).

The Constitution of France: 1958 (Fr)

The Constitution of the Arab Republic of Egypt: 1971 (Egypt).

The Constitution of the Arab Republic of Egypt: 2014 (Egypt).

B. Cases

Ex Parte Merryman, U.S. Federal Court (1861)

Ex Parte Milligan, US Supreme Court (1866),

Ex parte Quirin, US Supreme Court (1942)

Korematsu v. United States, US Supreme Court (1944)

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, US Supreme Court (1952)

Attorney General of the Republic v. Mustafa Ibrahim and Ibrahim and Others, The Supreme Court of Cyprus (1964)

Lakanmi v. Attorney-General, the Supreme Court of Nigeria (1970)

Bhutto v. Chief of Army Staff, the Pakistan Supreme Court (1977)

Filártiga v. Peña-Irala, US 2nd Cir. (1980)

Décision n° 85-187 DC du 25 janvier, Constitutional Council, France (1985)

H.C. 5100/94, Pub. Comm. against Torture in *Isr. v. Gov't of Israel* 53(4), Israeli Supreme Court (ISC) – acting as High Court of Justice (1999)

Rasul v. Bush, US Supreme Court (2004)

Hamdi v. Rumsfeld, US Supreme Court (2004)

Hamdan v. Rumsfeld, US Supreme Court (2006)

Rumsfeld v. Padilla, US Supreme Court (2006)

Boumediene v. Bush, US Supreme Court (2008)

Case n.15/18, The Supreme Constitutional Court of Egypt (2009)

Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, Constitutional Council, France

Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, Constitutional Council, France

Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, Constitutional Council, France

Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, Constitutional Council, France