

المبحث التمهيدي

نظرية الظروف الاستثنائية نظرية قانونية من أصل قضائي

يتوجب على الإدارة الالتزام بالقانون في كل الأوقات وكافة الظروف، وذلك على أساس احترام مبدأ المشروعية، إلا أن هذا المفهوم لمبدأ المشروعية ليس صالحاً في كل الأوقات والازمنة خاصة في الظروف غير الطبيعية عند حدوث الاضطرابات والأزمات التي لا تخلو فيها حياة أية دولة، حيث يترتب على استمرار الدولة السير وفقاً لمبدأ المشروعية في هذه الظروف إلى انهيار الدولة ذاتها وتعرض سلامتها لمخاطر شديدة قد تصل إلى فناء وجود كل ما حرصت عليه الدولة وفقاً لمبدأ المشروعية لذلك يتوجب على السلطة الإدارية اللجوء إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية^(١).

وقد أجمع فقهاء القانون الإداري على أن مجلس الدولة الفرنسي هو من خلق نظرية الظروف الاستثنائية في القانون الإداري وذلك أثناء الحرب العالمية الأولى، بسبب عجز القواعد القانونية العادية في مواجهة هذه الظروف الصعبة التي كانت تمرُّ بها البلاد بسبب الحرب.

فحق الأمن هو المقدمة لكافة الحقوق والحريات العامة، فلكي يتمكن الانسان من أن يعمل ما يريد أو أن يُعبر عن إرادته السياسية وأن يمارس عبادته ينبغي له أن يتمكن من التحرك تحت حماية الدولة، وهذا لا يعني أن يترك كل فرد ليفعل ما يشاء بغير قيود، لأن النتيجة المنطقية لذلك هي حرمان كل الافراد من التمتع بحرياتهم ومن ثم يكون حق الأمن سبباً للفوضى، فحق الأمن لا تتحد معالمه بمعزل عن حماية النظام العام بمعناه الواسع، وفي الظروف الاستثنائية ينتج عنه فقدان هذا الحق وكان من اللازم على الدولة التدخل لحمايتها^(٢).

لذلك ولكي تتمكن الإدارة من مواجهة هذه الظروف الصعبة وجد مجلس الدولة الفرنسي أنه من الصعب على الإدارة السير وفقاً للمشروعية العادية، لأن المشروعية العادية تتطلب اتباع إجراءات وشروط معينة، وإن هذه الشروط والإجراءات تتطلب مدة زمنية، مما يكون سبباً في عدم تمكن الإدارة من التصرف السريع الذي يلزمها لمواجهة الظروف الصعبة، ذلك فضلاً عن أن القوانين مهما كانت دقيقة، فإنه ليس بإمكانها أن تجمع كل الأمور الصعبة التي تمرُّ بها البلاد، وبالتالي فإن القاضي الإداري قد اعتبر الإجراءات الاستثنائية التي قامت بها الإدارة خلال تلك الظروف مشروعة رغم مخالفتها الواضحة للتشريعات السارية في الدولة، ومن هنا نشأت نظرية الظروف الاستثنائية، وذلك من أجل حماية النظام العام وضمان استمرار سير المرافق العامة بقصد تحقيق المصلحة العامة.

ففي البداية كانت هذه النظرية تطبق على إجراءات الضبط الإداري، حيث جعل مجلس الدولة الفرنسي - بغرض مواجهة الظروف الخطيرة التي كانت تمرُّ بها فرنسا - الأعمال غير المشروعة والمخالفة للقانون، بمثابة إجراءات شرعية، إلا أن الأمر قد تطور فيما بعد بحيث جعل مجلس الدولة الفرنسي نطاق تطبيق هذه النظرية أعم من فكرة البوليس (الضبط الإداري)، وهي فكرة (المشروعية) ذاتها، وواجبات الإدارة حينئذ هي ضرورة سير المرافق العامة في الدولة^(٣).

وعلى الرغم من أن موضوع مخالفة القانون موجود في كل الأزمنة وفي كافة مجالات القانون [القانون الجنائي والقانون الدولي القانون الخاص] وحتى في الشرائع السماوية ومنها ديننا الإسلامي الحنيف^(٤)،

(١) الدكتور سامي جمال الدين، القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة تنظيم القضاء الإداري وفقاً لدستور ٢٠١٤ في مصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٤، ص ٢٠٧.

(٢) الدكتور محمد محمد بدران، الحماية القانونية لحق الأمن ضد اعتداءات الإدارة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩١، ص ٨، ٩.

(٣) الدكتور محسن خليل، القضاء الإداري، المطبعة بلا ١٩٩١، ص ١٠٥.

(٤) "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر"، سورة البقرة، الآية ١٨٥. وكذلك "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج"، سورة المائدة الآية ٦. وكذلك "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور الرحيم"، سورة البقرة، الآية ١٧٢.

والتشريعات الرومانية^(١)، إلا أن الفضل يعود إلى مجلس الدولة الفرنسي في تأصيل هذه النظرية في شكلها الحالي في القانون الإداري.

وعلى الرغم من تشابه الفكرة في كافة فروع القانون، إلا أن أهميته تكمن في مجال القانون العام، وذلك لوجود خطر جسيم يهدد مصلحة جوهرية يحميها القانون، فيسمح بمخالفة النص القانوني لحماية المصلحة المهددة بالخطر في محاولة لاجراء التوازن بين حماية المصلحة المهددة بالخطر وحماية النص القانوني^(٢).

وسوف نعالج في هذا المبحث التمهيدي مضمون هذه النظرية ومن ثم نحاول أن نميز بين هذه النظرية التي تسمح بمخالفة القانون والنظريات الأخرى (نظرية السلطة التقديرية ونظرية اعمال السيادة)، وفي المطلب الأخير سوف نبحت في أساس هذه النظرية.

المطلب الأول

مضمون نظرية الظروف الاستثنائية

لمعرفة مضمون نظرية الظروف الاستثنائية، يتطلب الأمر منا في البداية معرفة محاولات، القضاء والفقه في تعريفه لنظرية الظروف الاستثنائية، وكذلك تحديد الشروط أو العناصر التي يجب توافرها لتطبيق هذه النظرية.

أولاً: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية: الظروف: جمع ظرف والظرف: لغة هو وضع أو حال، والظرف نوعان للمكان وللزمان^(٣)، أما الاستثناء، فهو غير المعتاد أو الشاذ أو الطارئ^(٤)، لذلك فالظرف الاستثنائي، هو وضع شاذ، أو حالة طارئة، في زمان أو مكان ما.

أما لبيان المقصود (بالظروف الاستثنائية) اصطلاحاً، وجب أن نبين أنه كان لمجلس الدولة الفرنسي دور بارز في وضع هذه النظرية وذلك بهدف مساندة السلطة الإدارية في هذه الظروف الاستثنائية تحقيقاً للمصالح العام^(٥)، إلا أنه لم يحاول أن يضع تعريفاً محدداً للظرف الاستثنائي، أو أن يضع معياراً عاماً له، وإنما اكتفى بوضع الشروط والضوابط لتنظيم كيفية الخروج على القوانين من قبل الإدارة^(٦)، وهذه الضوابط هي، تخويل أو تفويض الإدارة بممارسة ما تشاء من سلطات ولكن بالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف تحقيقاً للمصالح العام، والتي تعني استبدال قواعد المشروعية العادية وتوسيعها بقواعد المشروعية الاستثنائية^(٧).

وبذلك أكد الفقيه لوبادير "أن اية أزمة تمر بها البلاد، يؤدي تطبيق القواعد العادية فيها إلى تهديد خطير للنظام العام تعتبر ظرفاً استثنائياً، كما أن القضاء الإداري لم يقف عند هذا الحد بل ذهب الى أنه لا يشترط أن تكون الظروف الاستثنائية شاملة الدولة كلها، بل يجوز يكون الظروف خاصة بحالة معينة، ومن

(١) يقول الفيلسوف " شيشرون بأن سلامة الشعب فوق القانون ". الدكتور سامي جمال الدين، القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة، المنشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية ٢٠٠٢، ص ٢٣٣.

(٢) الدكتور احمد الموافي، المشروعية الاستثنائية، ص ٤٤.

(٣) الإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد ٩، الطبعة ٦، بيروت ٢٠٠٦، دار صادر بيروت، ص ١٨٤.

(٤) <http://www.almaany.com>

(٥) الدكتور ممدوح عبد الحميد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية وسلطات البوليس في قوانين الطوارئ دراسة مقارنة، ١٩٩٢، ص ٣٨.

(٦) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ٢٣٣.

(٧) الدكتور ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠، ص ٤٦.

الأمثلة على ذلك حالة عدم تنفيذ الإدارة لحكم قضائي إذا كان تنفيذ هذا الحكم سوف يؤدي إلى تهديد خطير للأمن العام^(١).

لاحظنا أن الفقه لم يضع تعريفاً للظرف الاستثنائي شأنه في ذلك شأن القضاء الإداري، وإنما اكتفى ببيان شروط وعناصر الظرف الاستثنائي، والسبب في ذلك هو صعوبة العثور على صيغة توصل وتجمع كل الظروف الاستثنائية، لأنه لا توجد حالة واحدة للظروف الاستثنائية وإنما هناك حالات كثيرة ينطبق عليها وصف (ظروف استثنائية) رغم اختلافها^(٢)، وربما تكون بسبب الواقعة التي تشكل ظرفاً استثنائياً بحيث تكون هذه الواقعة مرتبطة بما يحيط بها من ظروف زمانية ومكانية، فما يعد منها ظرفاً استثنائياً في أحوال وظروف معينة لا يعد كذلك في حالات أخرى^(٣)، وقد يكون السبب في عدم التعريف هو، مرونة الفكرة التي تستوعب الكثير من الحالات، مما يتطلب تكيف كل حالة وفقاً لظروفها^(٤)، وقد يكون السبب هو أن الظرف الاستثنائي لا يحتاج إلى تعريف لأنه كافٍ في حد ذاته للدلالة على معناه^(٥).

لذلك ولفهم نظرية الظروف الاستثنائية يتوجب بيان عناصر وشروط الظروف الاستثنائية:-

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية: إذا كان القضاء الإداري لم يضع تعريفاً للظرف الاستثنائي، فإنه قد وضع الشروط التي يجب توافرها عند تطبيق الظرف الاستثنائي، وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا "...الحالة الثانية: وهي حالة الضرورة ومقتضاها أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم، يقتضي أن تتدخل فوراً للمحافظة على الأمن والسكينة أو الصحة العامة، بحيث لو تريثت إلى حين صدور حكم القضاء لترتب على ذلك أخطار جسيمة ومن ثم فقد جرى القضاء الإداري في مصر على أنه لا تقوم حالة الضرورة إلا بتوافر أركان أربعة، أولاً: أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن. ثانياً: أن يكون عمل الضرورة الصادر من الإدارة، هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر. ثالثاً: أن يكون العمل لازماً حتماً فلا يزيد على ما تقتضيه الضرورة. رابعاً: أن يقوم بهذا العمل الموظف المختص فيما يقوم به من أعمال وظيفته. وهذه الأركان جميعاً ترجع إلى أصليين معروفين من أن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها"^(٦).

وبالتالي فإن الفقه حاول من خلال دراسة الأحكام القضائية استخلاص هذه الشروط:

١: قيام أو وجود وضع غير عادي (الوضع الاستثنائي): ويقصد به حدوث أو توقع حدوث وضع غير عادي من جانب الإدارة^(٧) كما يفترض أن يكون هذا الوضع غير متوقع عند المشرع^(٨)، وأن تكون لهذا الوضع

(١) نقلاً عن الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه إلى جامعة عين شمس، سنة ١٩٧٩، ص ٣٢٥؛ كذلك الدكتورة ناهد أحمد فرحات، أثر تغير الظروف الواقعية والقانونية على مشروعيات القرارات الإدارية وتطبيقاتها العملية، رسالة دكتوراه إلى جامعة عين شمس، ص ٢٨٣.

(٢) الدكتورة سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣، ص ٤٧.

(٣) الدكتور أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة ١٩٧٨، ص ١٩١.

(٤) الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة ٧، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٦، ص ١٢٤؛ كذلك الدكتورة ناهد أحمد فرحات، المصدر السابق، ص ٢٨٣.

(٥) الدكتور أحمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٩١.

(٦) طعن رقم ٤٤٤ و ٧٣٠ لسنة ٨٧ قضائية عليا جلسة ١٩٦٦/٣/٢٦، الدكتور مجدي محمود محب حافظ، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمسين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠٠٥، الجزء الرابع، القاهرة ٢٠٠٧-٢٠٠٨، دار محمود للنشر والتوزيع، ص ٢٣٨٥، ٢٣٨٦.

(٧) مدى توقع وعدم توقع الأحداث الخطيرة، التي تسمح بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية -وعلى الرغم من أن نظرية الظروف الاستثنائية تتضمن في حد ذاتها طابع عدم التوقع -إلا أنه في الواقع العملي وتطبيقاته، تسمح بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية في الأحداث الخطيرة سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة.

(٨) "أن فكرة التوقع في ذاته فكرة غامضة يصعب التعرف عليها ولا يصلح البحث في الأفكار الغامضة، فكل ما يحدث من القاضي في حالة الظروف الاستثنائية هو البحث عما إذا كان النص التشريعي يصلح تطبيقه على الواقع المعروض عليه أم لا؟ فإذا كان لا يصلح أيد خروج هيئات الضبط عن الحدود القانون في الظروف الاستثنائية، وذلك بصرف النظر عما إذا كان المشرع يتوقع الحدث الاستثنائي أو لا، كما أن عدم توقع المشرع للأحداث الاستثنائية مفترض، لأن المشرع لو توقعها لكانت النصوص صالحة لمواجهةها"؛ الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٢٩.

تأثير سلبي ومباشر على حفظ النظام العام وسير المرافق العامة في الدولة كلها أو على جزء منها، مما يبرر الإجراءات الاستثنائية التي تسمح بمخالفة القواعد القانونية.

أن الدستور في أغلب الدول سكت عن بيان نوع الخطر أو مصدره بذلك يستوي أن يكون خطراً خارجياً كحرب أو تهديد بها، أو خطراً داخلياً كأزمة اقتصادية أو إضراب كما يستوي أن يكون مصدر الخطر كارثة طبيعية، ويُشترط أن يكون الخطر قد بدأ فعلاً أو هو وشيك الوقوع، وإذا كان قد بدأ فعلاً يتعين ألا يكون قد انتهى، حيث لا يكفي ادعاء الإدارة بوجود ظروف استثنائية، وإنما القاضي الإداري هو الذي يكشف عن وجود هذه الوقائع، إلا أن هذا ليس بأمر سهل بالنسبة للقاضي والسبب هو -كما ذكرنا- مرونة فكرة نظرية الظروف الاستثنائية، بحيث يصعب حصرها في إطار محدود، لذلك يعتمد القاضي الإداري على مجموعة من القرائن المحيطة بالواقع في حال عدم وجود النص على النزاع المعروض عليه كقوانين إعلان حالة الطوارئ، فالقاضي يبحث عندما تُعرض أمامه وقائع، يُحدد أن الإدارة تخالف القوانين وذلك على أساس وجود ظروف استثنائية مما اضطررتها إلى تلك المخالفة، بالتالي فإن القاضي يبحث عن الحالة الشاذة التي لم يتناولها المشرع ونتج عنها تعطيل سير المرفق العام، أما الوسيلة التي يمكن للقاضي الإداري الاعتماد عليها للتعرف على وجود وضع استثنائي هو عدم ملائمة النصوص التشريعية للوضع المعروض عليه^(١).

وقد حاول بعض الفقهاء، تحديد وجود الظروف الاستثنائية باعتبارها تتمثل في الأحداث الخطيرة والتي تكون شاذة وغير طبيعية وتخرج عن المألوف وتفترض تغييب السلطات النظامية، فالحرب والكوارث -مثلاً- حالة استثنائية لا لذاتها وإنما لأنها تخلق وضعاً شاذاً غير مألوف وغير طبيعي^(٢).

وإن هذه المحاولات لتحديد هذا الوضع غير العادي، هي محاولات غير ناجحة، والسبب هو أن نظرية الظروف الاستثنائية أساساً فكرة مرنة وغير واضحة، بحيث أنها أصبحت تطبق في الظروف العادية والاستثنائية على حد سواء، كما أن موقف القضاء قد يتغير بالنسبة لنفس الظروف، إذ قد يعتبرها في حالات معينة ظرفاً استثنائياً، وفي حالات أخرى ظرفاً عادياً، بمعنى أن وجود الحرب أو الوباء أو الكوارث الطبيعية لم تعد وحدها أساساً لتطبيق النظرية، كما كان الحال في بداية بروزها وإنما أصبحت تطبق حتى في الظروف العادية دون وجود أي خطر^(٣).

بل أصبحت وجوباً على الإدارة مخالفة القوانين وعدم تنفيذ أحكام القضاء، إذا كان من شأنها خلق ظرف استثنائي، ومثال على ذلك قضية (Couiteas) وقضية (Goguet).

تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (Couiteas)، قد حكم له في إن محكمة (Sousse)، بثبوت ملكيته في قطعة أرض كبيرة المساحة، كان قد اشتراها في تونس إبان الاحتلال الفرنسي عليها، في منطقة طابية "الهوبير"، وطالب هذا المالك جهة الإدارة، بتنفيذ هذا الحكم فرفضت طلبه، بحجة أن إحدى القبائل التونسية تقم في الأرض المحكوم له بملكيتها ويستغلونها كمورد للرزق منذ فترة طويلة، ومن شأن تنفيذ هذا الحكم إثارة اضطرابات تخل بالأمن.

إزاء ذلك طلب السيد (Couiteas)، من السلطات دعمه بالقوة الجبرية العامة لتنفيذ الحكم جبراً، غير أن السلطات رفضت تزويده بالقوة العامة واستندت السلطات في رفضها لتنفيذ الحكم إلى أن وضع أيدي العرب على الأرض وحيازتها ثم طردهم منها سوف يثير الفتن والثورات من جانب الأهالي على نحو يعرض الأمن والنظام العام لخطر مؤكد، فقدم السيد (Couiteas) طلباً إلى وزير الخارجية يطلب منه تعويضه عن هذا الإجراء، فرفض طلبه، مما دفعه إلى الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي وقضى المجلس في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠ على "الإدارة أن تختص بالمحافظة على النظام والأمن العام، ولها

(١) الدكتور محمد عطية فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١، ص ١٩٠؛ كذلك الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٢٩.

(٢) الدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٠، ص ٨١، ٨٢.

(٣) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١، ص ٢١١.

الرخصة في تقدير ظروف تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، فيحق لها أن تمتنع عن هذا التنفيذ إذ رأت أنه قد يثير اضطرابات تهدد النظام والأمن" (١).

أما قضية (Goguet) فتتلخص في أن عمدة احد المدن الفرنسية أصدر أمراً بالاستيلاء على شقة تملكها السيدة (Goguet) دون أن يلتزم العمدة بالإجراءات التي نصت عليها القوانين الصادرة في هذا الشأن "هو القانون الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩٣٨"، وذلك ليتخذ مأوى لأحد العائلات النازحة من المناطق التي نشبت فيها المعارك الحربية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قضى بإلغاء القرار الذي أصدره العمدة وبنى حكمه على "إن كانت الظروف غير العادية تسوغ للإدارة أن تتخذ إجراءات استثنائية لتواجه على الفور الموقف قبل أن يفلت من يدها الزمام إلا أن الصعوبات التي واجهتها الإدارة في تلك المدينة لتدبير أماكن لمكوبي الحرب لا تبرر لعمدتها أن يصدر قراراً بالاستيلاء على تلك الشقة بالمخالفة لأحكام القانون الصادر في هذا الشأن" (٢).

يتضح من خلال هاتين القضيتين بأنه، رغم عدم وجود حالة حرب في تونس إلا أن مجلس الدولة الفرنسي، اعتبر قرار الإدارة صحيحاً بشأن عدم تنفيذ الحكم القضائي النهائي، لأن تطبيقه قد يؤدي إلى خلق وضع غير عادي (استثنائي) في المنطقة، أما في القضية الثانية فقد وجد مجلس الدولة الفرنسي، أنه وعلى الرغم من قيام حالة حرب في المنطقة إلا أن ذلك لا يستوجب تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، لأن القواعد القانونية العادية كافية لمواجهة هذه الحالة.

والمواقع أن موضوع الخطر هو الدولة ذاتها والمساس بأي ركن من أركانها سواء تمثل هذا الخطر على انتفاص من إقليم الدولة أو فقده، أو التعدي على السلطات العامة في الدولة (التشريعية أو التنفيذية أو القضائية)، أو تمثلت في تهديد مرافق الدولة حيث كلها مسائل تبرر اللجوء إلى إعلان الحالة الاستثنائية في الدولة (٣).

٢: تعذر دفع الخطر بالقواعد القانونية العادية: في حالة قيام الظرف الاستثنائي -كما ذكرنا- تجب مواجهة هذا الظرف من قبل الإدارة، ولتبرير الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها الإدارة لمعالجة هذه الظروف، والتي تكون في الغالب إجراءات مخالفة للقانون "المشروعية العادية"، يجب أن تكون تلك الأحداث خطيرة لدرجة تمنع الإدارة من احترام وتطبيق القوانين القائمة في الدولة أو تجعل من احترامها أمراً صعباً.

ويجب ألا يفهم من عدم احترام قواعد الشريعة، بأن الإدارة لها سلطة تقديرية في هذا الشأن، وذلك لأن القضاء الإداري لا يسمح للإدارة بالتدخل لمواجهة وضع غير عادي إذا كان بإمكان الإدارة إيقاف هذا الوضع بالقواعد القانونية العادية (٤)، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا على "يختلف الأمر في الظروف الاستثنائية عنه في الظروف العادية حيث تتمتع الإدارة بسلطات واسعة تضاف إلى سلطاتها العادية ويصبح كل إجراء تتخذه الجهات الإدارية في مثل هذه الظروف أو الحروب أو الازمات أو الأوقات العصيبة، من شأنه تأمين سير المرافق العامة أو حماية النظام العام ولو كان هذا الإجراء باطلاً لتجاوز الاختصاص أو مخالفة القوانين، سليماً مادام ضرورياً وذلك تأسيساً على واجبات السلطة فإذا تبين للجهة الإدارية أن المشروعية تحول بينها وبين اتخاذ قرار يفرضه تأمين المرافق العامة أو حماية النظام العام

(١) نفلا عن احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ١٨٣؛ وكذلك الدكتور محمد سعيد إبراهيم محمد الليثي، امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادر ضدها دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ٢٠٠٨، ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(٢) نفلا عن الدكتور ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٥، ص ١١٥، ١١٦.

(٣) الدكتور محمد عطية فودة، المصدر السابق، ص ١٩١.

(٤) الدكتور نجيب خلف احمد والدكتور محمد على جواد كاظم، القضاء الإداري، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي جامعة المستنصرية، بغداد ٢٠١٠، ص ٣٣، ٣٤.

تحرر عنه بالقدر الذي يمكنها من أداء واجباتها الملقة على عاتقها، وبناء على ذلك فإن القبض على المدعي في الظروف التي فيها تواطنه لاستصدار أمر من الحاكم العسكري بأعتقاله كان له ما يبرره^(١).

وقد اختلفت آراء الفقه حول أسباب خروج الإدارة عن المشروعية العادية في الظروف الاستثنائية، إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنه من الاستحالة مواجهة التهديد المشار إليه بالطرق القانونية العادية في الظروف الاستثنائية، ولا تعني أن يكون دفع الخطر بالقواعد القانونية قد أصبح مستحيلاً استحالة مطلقة، وإنما يقصد به تعذر مواجهة الظروف طبقاً للقواعد التي وضعت للظروف العادية، وأن الإدارة إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدد سلامة الدولة، فإنه يجب الرجوع إلى تلك الوسيلة^(٢).

الاتجاه الثاني: أن اللجوء إلى نظرية الظروف الاستثنائية لا يشترط استحالة مواجهته، إنما يكفي بالقول بالتعذر أو بصعوبة إتباع الإدارة للمشروعية العادية^(٣).

وقد يبدو أن الاتجاه الثاني، أكثر توافقاً مع نظرية الظروف الاستثنائية وذلك للأسباب التالية:

أولاً: إن الإدارة عندما تجد أن تطبيق القواعد القانونية العادية أصبح أمراً مستحيلاً لمواجهة الخطر -الحال التي تهدد النظام العام وتوقف سير المرافق العامة- فإنها تلجأ إلى تطبيق نظرية القوة القاهرة^(٤) بدلاً من نظرية الظروف الاستثنائية، أما القول بأن الاستحالة لا يقصد بها الاستحالة المطلقة فهو يعني صعوبة الامر^(٥).

ثانياً: إن مبررات الإدارة عند العمل بنظرية الظروف الاستثنائية هي، تنفيذ واجباتها الدستورية والتي تتمثل في حفظ الأمن والنظام وحماية المصالح العامة وعودة سير المرافق العامة في الدولة، وكذلك عودة المؤسسات الدستورية للعمل بشكل منتظم، مما يستوجب من الإدارة التدخل على وجه السرعة، لأن تصرفها وفقاً للقواعد القانونية العادية أمر صعب^(٦).

ثالثاً: إن مبرر الإدارة في العادة عند اللجوء إلى العمل بنظرية الظروف الاستثنائية هو حماية المصلحة العامة التي تكون معرضة للخطر (كإعادة سير مرفق عام أو حفظ الأمن والنظام العام أو مواجهة لحوادث والحروب والثورات.... وغيرها)، والذي يتطلب من الإدارة التصرف وبسرعة لمواجهة هذا الخطر، مما يوجب الابتعاد عن الشرعية العادية التي قد تستغرق وقتاً طويلاً، حيث صدور التشريع لمواجهة خطر من البرلمان يتطلب إجراءات في العادة تتميز بالبطء وقتاً طويلاً، مما يجعل من الغرض من تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية منتفية، وهذا لا يعني بأن الإدارة لا يستطيع انتظار البرلمان لإصدار التشريع حيث أن نتائجه لا تكون ذات الأهمية إذا أصدرت الإدارة قراراً يعالج الطرف، لذا يكفي لتطبيق هذه النظرية أن يكون من المتعذر أو من الصعب تطبيق القوانين.

(١) مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٣ إبريل ١٩٥٧، في الطعن رقم ١٥١٥، السنة ٢، ص ٨٨٦؛ نقلاً عن الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٥٠٥.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ٢٣٧، كذلك الدكتور حسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٥٨.

(٣) الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ٢٢٩-٢٣٠، وكذلك دكتور ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، المصدر السابق، ص ١٢٤.

(٤) عرفت القوة القاهرة بأنها: حادث أو مانع لا يمكن للخصم أن يتوقعه وليس في إمكان أن يدفعه وخارج تماماً عن إرادته يضعه في حالة استحالة مطلقة تمنعه من الالتزام بما قرره القانون"، الدكتور محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ٤٦.

(٥) الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٢٨؛ وكذلك الدكتور عدنان عمرو، المصدر السابق، ص ٧٤.

(٦) الدكتور ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، المصدر السابق، ص ١٢٤.

ومثال على ذلك، في العراق تحصل تهديدات للموظفين بترك الوظيفة ونزوحهم من محل سكنهم وهجرتهم إلى منطقة أخرى "و غالباً ما يكون ذلك لأسباب طائفية"، وهنا يتوجب على الإدارة التدخل لمواجهة هذه الحالة، ولذلك فقد صدر قرار من الأمانة العامة لمجلس الوزراء المرقم (٧٢٣) بتاريخ (٢٠٠٨/١/١٥) بإعادة الموظف النازح إلى وظيفته وتنزيل مدة تركه الوظيفة من إجازاته المتراكمة وعند نفاذها تعد مدة الترك إجازة بدون راتب، فنرى هنا أن هذا القرار رغم مخالفته لقانون الخدمة المدنية إلا أن الهيئة العامة لمجلس الشورى اعتبرته مشروعاً^(١)، وعلى الرغم من أن الإدارة كان باستطاعتها ألا تُصدر هذا القرار، وتنتظر تشريعاً من مجلس النواب (البرلمان) لمعالجته إلا أن هذا الأمر قد يستغرق وقتاً طويلاً، إذاً: تدخل الإدارة هنا لمعالجة وضع صعب وليس أمراً مستحيلاً.

وبما أن الإدارة مضطرة لمخالفة القانون العادي لأنها لو طبقت القواعد القانونية القائمة فسوف يؤدي ذلك إلى الاخلال بالنظام العام وسير المرافق العامة، وكذلك من واجبها التدخل لمعالجة هذا الوضع الصعب، إلا أن هذا لا يعني بأن الإدارة لها حرية التقدير في اتخاذ ما تراه مناسباً، وإنما يراقب القضاء تناسب الإجراءات التي اتخذتها الإدارة في الظروف الاستثنائية، لمواجهة الخطر الذي يهدد المصلحة العامة، فإذا كانت إجراءاتها تزيد عن القدر اللازم فإن عملها في هذه الحالة يوصم بغير المشروع^(٢).

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر: "لئن كان الأصل أنه لا يجوز للقرار الإداري أن يعطل تنفيذ حكم قضائي، وإلا كان مخالفاً للقانون، إلا أنه إذا كان يترتب على تنفيذه فوراً إخلال خطير بالصالح العام يتعذر تداركه -كحدوث فتنة، أو تعطيل سير مرفق عام -فيرجح عندئذ الصالح العام على الصالح الفردي الخاص، ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها، وأن يعرض صاحب الشأن، إن كان لذلك وجه"^(٣).

وفي قضية مماثلة تماماً رفضت محكمة القضاء الإداري إلغاء قرار استيلاء وزارة التربية والتعليم على عقار صدر بحقه حكم نهائي بإخلائه لتأخر بلدية الإسكندرية في أداء الاجر، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا في حكمها حكم محكمة القضاء الإداري وذلك لأن قرار الاستيلاء كان مستوفياً للظروف الاستثنائية ولم يكن متجاوزاً ما يتطلبه الموقف من الوزير من اسعاف الصالح العام وتغليبه على كل اعتبار آخر وجاء فيه "إن كان القرار الإداري لا يجوز أن يعطل تنفيذ حكم قضائي نهائي وإلا كان مخالفاً للقانون، إلا إذا كان سيترتب على تنفيذ المحكمة فوراً إخلال خطير بالصالح العام على الصالح الفردي ولكن بمراعاة أن تقدر الضرورة بقدرها"^(٤).

٣: أن يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي تحقيق المصلحة العامة: بالإضافة إلى ضرورة توفير الشرطين السابقين، لابد أن تهدف الإدارة من إجراءاتها الاستثنائية المخالفة للقانون إلى تحقيق المصلحة العامة، ولا نقصد بذلك أنه إذا تعرضت الدولة لخطر جسيم (سواء كان هذا الخطر يتعلق بنظامها أو أمنها أو مؤسساتها الدستورية)، بأنه يسمح للإدارة بالتجاوز فيما تتخذه من الإجراءات المخالفة للقواعد القانونية النافذة، مادامت تهدف إلى حماية المصلحة العامة من هذه الأخطار، إنما ينبغي أن تربط بين الإجراءات الإدارية، والهدف منها، فإذا استهدفت الإدارة من هذه الإجراءات المحافظة على سلامة الدولة ونظامها ومؤسساتها الدستورية وإعادة الاوضاع إلى طبيعتها في اقل وقت ممكن، تكن هذه الإجراءات صحيحة

(١) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٩، ص ٣٥٠، ٣٥١.

(٢) الدكتور عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري مبدأ المشروعية، الطبعة الرابعة، طبع في مطابع السعدني، ٢٠٠٨، ص ٥٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته ١٩٥٩/١/١٠ في قضية رقم ٧٢٤ لسنة ٣ ق، نقلا عن الدكتور حسام مرسى، التنظيم القانوني للضبط الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١، ص ١٨٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته ١٩٦١/١٢/٢٣، في الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤ ق س ٧، ص ١١٢؛ نقلاً عن الدكتور احمد موافي، المصدر السابق، ص ٦٢.

وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة المعتمدة فوجود ظروف استثنائية لا يعني وجوب اتخاذ إجراءات استثنائية خارج الحدود التشريعية، بل يتوجب توافر شروط المصلحة التي تبرر اتخاذ هذه الإجراءات^(١).

وعلى هذا يجب على الإدارة أن تقدم ما لديها من الدلائل لتثبت أنها كانت تهدف من إجراءاتها الاستثنائية تحقيق المصلحة العامة، وقد قضت المحكمة الإدارية في حكم لها على أن "منح المشرع للإدارة في - بعض الحالات التي تتصل اتصالاً مباشراً بحقوق الأفراد وحريتهم - بعض الاختصاصات التقديرية ومنها الحالات التي تستلزم الاعتبارات الأمنية وممارسة الحق على غير وجه تحققه فعلى الإدارة حال مباشرة الاختصاص التقديرى ألا تلتحف برداء السلطة المطلقة مستهدفة أن تكون بمنأى عن رقابة القضاء لما في ذلك من مساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، ولا يغير هذا الاتجاه من قيام حالة الطوارئ بحسبان أن المبادئ الدستورية التي وضع القانون أساسها وبين حدوده وضوابطها، ويلحق عدم المشروعية كل إجراء يصدر متجاوزاً الحقوق والضوابط التي وضعها القانون المنظم له"^(٢).

إذن لا بد من تقديم الإدارة دلائل للقضاء لتثبت أن إجراءاتها المخالفة للقانون، تستوجبها ضرورات عملية وهذا يتوافق مع أمر مهم وهو، أن الإدارة في كل أعمالها -سواء كانت في الظروف العادية أو الاستثنائية -تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وهذا أمر ثابت، إلا أن المصلحة العامة أساساً فكرة مطاطية^(٣).

حيث أن الإدارة ملتزمة في كافة الظروف بتحقيق المصلحة العامة، كما أننا لا نستطيع إيجاد قاعدة قانونية في القانون الإداري لا تتعلق بالمصلحة العامة أو لا تكون لها علاقة مع النظام العام واستمرار خدمات المرافق العامة، وهذا قد يحدث خلطاً على فكرة المصلحة العامة، لأن الهدف من الإجراءات الإدارية في ظل الظروف الاستثنائية والعادية لا يختلف -سوف نذكرها بالتفصيل في الفصل الثاني -والتي تكون دائماً تحقيق المصلحة العامة، فإذا حدد المشرع بالنص في القانون المصلحة الجدية والمحقة^(٤) فلا تكون هناك أية مشكلة كقانون السلامة الوطنية، ولكن المشكلة هي وجود حالة استثنائية ولم يتناولها التشريع بالتنظيم، وفي هذه الحالة يقع العبء على الإدارة لإثبات المصلحة التي دفعتها لاتخاذ القرار^(٥).

لذلك لا بد على القاضي الإداري أن يسلك طريقة للتأكد من توافر المصلحة العامة في عمل الإدارة، وذلك بعد البحث والتأكد من توافر الشرطين السابقين في ضوء الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة عليه، فإذا ثبت للقاضي توافر هذا الشرط مع الشرطين السابقين فإنه سيحكم بمشروعية إجراءات الإدارة، أما إذا تبين عدم توافر هذا الشرط مع وجود الشرطين السابقين أو أن هذا الشرط موجود إلا أنه غير كافٍ لتبرير إجراءات الإدارة، فإنه سيحكم بإلغاء تلك الإجراءات أو الأعمال الإدارية.

في جميع الأحوال ينتج عن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ضرر استثنائي للفرد، وقد تتمثل في التدابير المقيدة للحرية أو في حجز أمواله وغيرها، ومن خلال هذا الضرر الخاص الاستثنائي يمكن إيضاح الأساس القانوني للتعويض عن الأضرار الناتجة عن تدابير الضرورة، إذ يمثل هذا الأساس في مبدأ المساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة، فإذا كانت المصلحة العامة تفرض اتخاذ إجراءات

(١) الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٥٩.

(٢) الدعوى رقم ٣١٧٢٤ لسنة ٥٧ق -جلسة ٢٠٠٤/٥/١٨، نقلاً عن الدكتور محمد ماهر أبو العنينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وإفتاء مجلس الدولة، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠١٣، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ٢٩١.

(٣) في أحكام القضائية ذكرت المصلحة العامة، باصطلاحات مختلفة، منها على سبيل المثال -"مصالح الدفاع القومي"، "السير المنتظم للمرافق العامة"، "عدم الإخلال بالأمن والنظام العام" وغيرها من المصطلحات، وهذا التعداد يدل في الحقيقة على مطاطية الفكرة وهشاشته.

(٤) يقصد بالمصلحة الجدية هنا أن الإدارة تعتمد على أسباب جوهرية في تبير تصرفها، بحيث لو لم تتصرف على هذا النحو الذي اتخذته لاختل النظام العام لتوقف سير المرفق العام أما المقصود بالمصلحة المحقة أن تكون الأسباب التي اعتمدت عليها الإدارة لتبرير الإجراءات الاستثنائية التي اتخذتها حقيقية وليست وهمية.

(٥) الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٥٠١، ٥٠٢.

استثنائية لحماية الأمن العام فإنه من غير العدل أن يتحمل فرد بذاته أو مجموعة قليلة من الافراد هذه الإجراءات المقيدة للحريات^(١).

من خلال ما تقدم يمكن القول بأنه لا يمكن الاعتماد على شرط واحد لتحديد نظرية الظروف الاستثنائية، وإن هذه النظرية لا توجد إلا باجتماع هذه الشروط، فاجتماعها يؤدي إلى تطبيق نظام قانوني استثنائي، وإن عملية جمع العناصر إنما هي نتاج عمل القاضي، لذلك يعتبر القاضي هو المنشئ للشرعية الجديدة، لأنه يبحث في ملائمة مخالفة القانون للظروف الاستثنائية.

والطريقة التي يستعملها القضاء الإداري، تتمثل في معرفة مدى مطابقة العمل المخالف للقانون مع الهدف منه، ومن ثم البحث عما إذا كان بإمكان الإدارة استخدام وسائل مشروعة أخرى تؤدي إلى نفس النتيجة التي وصلت إليها من خلال المخالفة، وبالتالي نصل إلى مرحلة تحويل الملائمة إلى ضرورة وهنا فالقاضي الإداري يخلق الشرعية الاستثنائية.

وفي عقيدة القضاء أن نظرية الظروف الاستثنائية بمثابة تحجيم وتوظيف في آن واحد لفكرة المشروعية بل تسخيرها فيما يحقق المصلحة العامة،^(٢) وأن الطريقة التي يستعملها القاضي لتغيير الملائمة إلى حالة الضرورة (الاستثنائية) مسألة مهمة، والسبب في ذلك أن الملائمة تترك مجالاً للتقدير، أما الضرورة فلا تترك مجالاً للتقدير.

لذلك يمكن القول بأنه لا يوجد معيار محدد للقاضي لكي يعتمد عليه وكيف تلك الظروف، وهذا هو السبب الذي أدى إلى ظهور تفسيرات عديدة لفكرة الظروف الاستثنائية، مما يوجب علينا تمييزها عن الأفكار القريبة منها أو المتشابهة معها.

المطلب الثاني

التمييز بين الظروف الاستثنائية والأفكار المتشابهة

(السلطة التقديرية وأعمال السيادة)

إن مفهوم الشرعية يقصد به احترام القواعد القانونية القائمة في الدولة، وهي في الحقيقة من المبادئ الأساسية المتفق عليها في جميع الدول الحديثة، إلا أن تطبيق هذه المبادئ بشكل مطلق قد يعرض المصالح العامة في الدولة للخطر كأمن المواطنين وسلامتهم على الحياة (الاقتصادية والاجتماعية)، لذلك فإن القضاء قد سمح للإدارة بالخروج عن هذا المبدأ، وذلك لمواجهة الخطر في حالة الأزمة وهذا ما يطلق عليه (نظرية الظروف الاستثنائية).

حيث يعتبر نظرية الظروف الاستثنائية هي الأصل العام والمرجع الأكثر أهمية، لأنها قادرة على إنقاذ البلاد في حالة خطر حقيقي حتى بدون إعلان عنه، حيث يعترف القضاء بالسلطة التقديرية الواسعة في ظل الظروف الاستثنائية لتتخذ من التدابير السريعة الحاسمة ما يعينها على مواجهة هذه الاخطار لإنقاذ البلاد والعودة للأوضاع العادية^(٣).

غير أن هذه النظرية ليست هي الحالة الوحيدة التي تخرج فيها الإدارة عن مبدأ المشروعية، إذ أن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة وكبيرة في حالات أخرى، مما يؤدي إلى تداخل نظرية الظروف الاستثنائية، مع نظريات أخرى منها نظرية السلطة التقديرية ونظرية أعمال السيادة، فلذلك كان من الضروري التمييز بينهم وبين نظرية الظروف الاستثنائية.

(١) الدكتور وجدي ثابت غبريال، مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ١١٢.

(٢) الدكتور يعقوب يوسف عبد الرحمن الحمادي، القضاء ومراقبة السلطة التقديرية للإدارة دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية ٢٠١٢، ص ٤٦.

(٣) الدكتور حسام مرسى، المصدر السابق، ص ١٨١.

أولاً: التمييز بين نظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الاستثنائية

السلطة التقديرية، يراد بها "ترك المشرع للإدارة قسطاً من الحرية في مباشرة نشاطها فلا يفرض عليها سلوكاً مُعيناً تلزمه في تصرفاتها فلا تحيد عنه"^(١)، "وأن المعنى اللغوي لكلمة التقدير؛ هو أن يكون التصرف بمحض إرادة صاحبه، والمعنى القانوني لها هو أن تكون الإدارة بصدد سلطة تقديرية حينما يترك لها القانون مجالاً حراً للتصرف، وأن تختار (من بين عدة قرارات) القرار الملائم لكل حالة على حدة"^(٢).

إن السلطة المطلقة هي مفسدة مطلقة، أما السلطة المقيدة فتعني شلل تام لحركة الحياة، لذلك حرص المشرع على ضرورة إيجاد التوازن في السلطة بحيث تكون بعيدة عن أن تكون مطلقة، أو أن تكون مقيدة وفي العادة تكون السلطة التي تمنحها المشرع لتحديد اختصاصات الإدارة متفاوتة، بحيث أنه إذا صاغ المشرع اختصاصات الإدارة بصورة جامدة فسوف تكون سلطة الإدارة مقيدة، أما إذا صاغ المشرع اختصاصات الإدارة بصورة مرنة، فسوف يكون لها سلطة واسعة ويطلق عليها الاختصاص التقديرية^(٣).

فالسلطة التقديرية هي الأصل العام في كثير من مجالات القانون الإداري، ومنها إصدار القرار الإداري، حيث إن الإدارة تتمتع بقدر من الحرية في الإقدام على التصرف أو الامتناع عنه، أو في اختيار الوقت المناسب للعمل أو في تقدير أسباب قراراتها وكذلك حرية التقدير في تصرفاتها، سواء بعدم التصرف أو كيفية التصرف، أو في تحديد محله أو شكله أو غايته الخاصة، هذا كله على حسب متطلبات الوضع تبعاً لاختلاف الظروف الواقعية والقانونية الداعية لإصدار قرارها، إلا أن الإدارة يجب أن تتوخى في كافة تصرفاتها وأعمالها تحقيق المصلحة العامة فإذا انحرفت عن هذه الغاية يوصم تصرفها بعيب الانحراف بالسلطة^(٤).

وقد أكد المجلس الانضباطي العام على هذا الأمر، في حكمه المرقم (٤٢٥/انضباط/٢٠٠٦) في (٢٠٠٦/١٢/٣)، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن موظفاً من شركة نفط الجنوب قد تعاون مع لجنة النزاهة في مجلس النواب بموجب الأمر (م/ن/٧٩/٢) بتاريخ (٢٠٠٦/٨/٢٤)، مما تسبب عنه اكتشاف قضايا الفساد الإداري والمالي، إلا أنه جرى نقله بدون إجراء تحقيق أو ذكر لأسباب النقل إلى شركة نفط الشمال، وكان قرار المحكمة كالاتي "....إن المدعى عليه يشير إلى أن النقل كان بناءً على توجيه الوزير ولم يتضمن أمره الإداري أي سبب آخر، وحيث أن النقل قد جاء على خلفية كتاب لجنة النزاهة في مجلس النواب المعلنون إلى وزير النفط فقد خول المدعي بمتابعة قضايا الفساد المالي والإداري فيكون الأمر بذلك خارج نطاق السلطة الإدارية والتقديرية للإدارة ويدخل ضمن باب التعسف باستعمال الحق لغرض مصلحة العمل التي يخولها القانون للسلطة الإدارية وحيث إن المدعي عليه لم يشير إلى ما يدل على تقاعس أو إهمال المدعي في عمله بدلالة إشارته في الأمر الإداري المطعون فيه ما يدل على نقل المدعي بناءً على توجيه الوزير وعلى ذلك قرر المجلس بالاتفاق إلغاء الأمر الإداري المرقم (٢٥٨٣٨) في (٢٠٠٦/١٠/٣) لكونه نقلاً تعسفياً"^(٥).

(١) الدكتور محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص ٧٠.

(٢) الدكتور حسام مرسى، المصدر السابق، ص ١٨، ١٩.

(٣) السلطة التقديرية يشير أساساً إلى دور جهة الإدارة في مباشرة اختصاصاتها، أما الاختصاص التقديرية ينصرف إلى دور المشرع بصدد تحديد الاختصاصات لجهة الإدارة فهي إما أن تكون مقيدة أو تقديرية بحسب موقف المشرع فيها، مع جواز الفصل بين الاصطلاحين إلا إنهما مرتبطان بصورة وثيقة حيث لن يكون للإدارة سلطة تقديرية ما لم يكن المشرع قد خولها اختصاصاً تقديرية. الدكتور سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠، ص ١٥-٢١.

(٤) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٢، ص ٢٣١؛ كذلك الدكتور محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص ٧١.

(٥) قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٦، ص ٣٤٢، ٣٤٣.

إذن فالرقابة القضائية على السلطة التقديرية أمر ضروري، وتكون هذه الرقابة على قيد واحد ويتمثل في عنصر الهدف الذي أرادت الإدارة تحقيقه عند إصدارها للقرار حتى في حدها الأقصى، فإذا لم تتحقق للقرار المصلحة العامة فيوصم بالانحراف بالسلطة، وبمقتضى الحكمة يجب أن تتطابق المشروعية مع الملاءمة فيكون القرار موافقاً للقانون من الناحية وتحقيقاً للمصلحة العامة من ناحية أخرى^(١).

وقد قضت الهيئة العامة لمجلس الشورى في إقليم كردستان-العراق، في حكمها المرقم (٤٣)/الهيئة العامة/انضباطية/٢٠١٢، في (٢٠١٢/٦/١٢) على إن "... تغيير عنوانه الوظيفي من معلم إلى موظف حقوقي على أساس الشهادة الجامعية (بكالوريوس في القانون) الحاصل عليها مؤخراً وحيث أن تغيير العنوان الوظيفي يدخل ضمن السلطة التقديرية التي تملكها الإدارة وتستخدمها في ضوء حاجتها دون أن يمس ذلك بحقه في تعديل راتبه حسب الشهادة الجديدة..."^(٢).

إذاً... فالقول بأن السلطة التقديرية المطلقة للإدارة يقرّبها من السلطة التحكيمية أو التعسفية، لم يعد له وجود، لأن اختصاصات الإدارة التقديرية والمقيد منها يخضع لقيدين أساسيين وهما:

أولاً: يجب أن يصدر القرار الإداري من سلطة ذات اختصاص.

ثانياً: كما يجب أن يكون الهدف من القرار هو تحقيق المصلحة العامة (عدم التعسف في استخدام السلطة)، بمعنى أنه يجب أن يقوم على أسباب مقبولة^(٣).

وتوجد السلطة التقديرية للإدارة بدرجات ثلاث:

- السلطة التقديرية في حدها الأقصى: وفي هذه الدرجة تكون للإدارة سلطة تقديرية واسعة بحيث لها الحق في أن تتصرف أو تمتنع عن التصرف دون أية قيود، فالقانون لا يلزمها بإصدار القرار ولا يلزمها في البيان بأسباب محددة بالذات في حالة صدوره القرار، بحيث تقف الرقابة القضائية للسبب عند حد رقابة الوقائع من الناحية المادية فقط دون تطرق القاضي الإداري لرقابة التكيف أو الوصف القانوني.
- السلطة التقديرية في حدها المتوسط: وهنا تكون سلطة الإدارة حرة في أن تتصرف أو لا تتصرف، بأن تصدر القرار أو لا تصدره، ولكن إذا اختارت أن تتصرف فيجب أن تبني قرارها على أسباب معينة، وهذا يعني بأن الإدارة ليست حرة في أن تبني قراراتها على أية أسباب شاءت.
- السلطة التقديرية في حدها الأدنى: وفي هذه الحالة، لا تترك للموظف مجالاً كبيراً للاختيار، فإذا وجدت أسباباً معينة وجب عليها التصرف، ولكنها مع ذلك تتمتع بحرية اختيار الوقت الذي تصدر فيه قرارها^(٤).

أن إلزام الإدارة بضرورة تحديد جميع تصرفاتها هو في حقيقة الأمر حبس للإدارة، بل إنه نزع لحرية التقدير من الإدارة، ويؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة وذلك لسببين:

١: إنه ليس من الممكن للمشرع بأن يضع قاعدة قانونية شاملة لكافة الحالات التطبيقية، بل إن هذا مستحيلاً من الناحية الواقعية.

٢: إنه ليس من المصلحة العامة أن تصبح الإدارة آلة تقوم بالتنفيذ الحرفي والتلقائي للقوانين، مما يؤدي أيضاً إلى قتل روح الخلق والابتكار لدى الجهاز الإداري^(٥).

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، قضاء الإلغاء شروط القبول أوجه الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١، ص ١٥٥، الدكتور ماجد راغب الحلو، القرارات الإدارية، ص ١٥١.

(٢) المبادئ القانونية في قرارات مجلس شورى إقليم كردستان-العراق لعام ٢٠١٢، ص ٣٢٨.

(٣) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ٢٥. وكذلك الدكتور مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، مطبعة جامعة، دهوك ٢٠١٠، ص ٢٧، ٢٨.

(٤) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، الطبعة العاشرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩، ٣٩٢-٣٩٤.

(٥) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ص ٢٠١، ٢٠٢.

• أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الاستثنائية

تتفق نظرية الظروف الاستثنائية مع نظرية السلطة التقديرية في أن أعمال كل من النظريتين تقوم على أساس التوسع في سلطات الإدارة، وأن أعمال وتصرفات السلطة الإدارية تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري^(١)، هذا فضلاً عن أن كلا من النظريتين يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

أما أوجه الاختلاف فتتمثل في أن السلطة الممنوحة للإدارة بمقتضى نظرية الظروف الاستثنائية أوسع من السلطة التي تتمتع بها الإدارة على أساس نظرية السلطة التقديرية، لذلك فالإدارة لها أن تخرج عن القواعد القانونية (المشروعية) ومخالفتها في حالة نظرية الظروف الاستثنائية، أما في حالة السلطة التقديرية، فإن أعمال الإدارة تبقى خاضعة للشرعية، وتجاوزها يجعل العمل الإداري غير مشروع، وهذه سلطة واسعة في الظروف الاستثنائية في العادة تكون مؤقتة ومرتبطة بالظرف الاستثنائي من حيث المكان والزمان، أما سلطة الإدارة التقديرية، فهي غير مرتبطة بظرف معين، ويتطلب للظروف الاستثنائية شروط معينة -كما ذكرنا - وهذه الشروط غير مطلوبة بالنسبة للسلطة التقديرية^(٢).

ثانياً: التمييز بين نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية

يقصد بأعمال السيادة "أن هناك طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تخرج عن اختصاص المحاكم بصفه عامة بحيث لا يمكن الطعن فيها أمام أية جهة من جهات القضاء، الأمر الذي يستتبع عدم خضوع هذه الأعمال لأية رقابة قضائية سواء كان ذلك في ظل الظروف العادية أو في ظل الظروف الاستثنائية"^(٣)، أو يقصد به "طائفة من أعمال السلطة التنفيذية أخرجها القضاء الإداري الفرنسي من ولايته لأسباب يغلب عليها الطابع التاريخي"^(٤).

إن أول من أوجد نظرية أعمال السيادة هو مجلس الدولة الفرنسي، وذلك خوفاً على وجوده وكيانه في فترة ما بعد سقوط نابليون بونابرت، حيث -كما هو معلوم أن مجلس الدولة الفرنسي قد قام نابليون بإنشائه وبعد سقوط نابليون وعودة الملكية لحكم فرنسا مرة ثانية كان النظام الجديد ينظر بريبة وشك إلى مجلس الدولة باعتباره خلقاً غريباً عنهم وهو من غريمهم، فأدرك المجلس ذلك واتبع سياسة قضائية حكيمة وهي عدم مواجهة السلطة الجديدة، حيث رفض أن يختص برقابة وإلغاء بعض القرارات الصادرة عن الحكومة أو التعويض عنها واستبعادها من اختصاصه كالأعمال والقرارات المتصلة بجوهر الحكم وأعتبرها من أعمال السيادة أي أنها لا تقبل طعناً أمامه^(٥).

ومن أهم ما يميز نظرية أعمال السيادة، عن نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية السلطة التقديرية هو تمتعها بالحصانة القضائية من حيث الإلغاء والتعويض، وعدم خضوع هذه الأعمال للرقابة القضائية، جعل الفقهاء يختلفون حول وجودها وكونها من الأعمال القانونية، وهل هي من الأعمال الإدارية أم من الأعمال السياسية، بل أكثر من ذلك فقد أنكرها البعض الآخر:

١: فالذين أنكروا وجودها، ذهبوا إلى أن أعمال السيادة تمثل خروجاً صريحاً على مبدأ الشرعية وتجاهلاً لأحكامه يستوجب زوالها من عالم القانون بما لها من أثر على الحقوق والحريات العامة فهو يمثل نقطة سوداء في جبين المشروعية خاصة وأنه لا يجوز للقضاء النظر فيها، وعلى الرغم من أن هذه الأعمال هي بطبيعتها أعمال إدارية^(٦).

(١) الدكتور مازن ليلو راضي، المصدر السابق، ص ٢٨.

(٢) الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣٢٤، ٣٢٥.

(٣) الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ص ١١٣.

(٤) الدكتور ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص ٣٩.

(٥) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٢٩.

(٦) الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري قضاء إلغاء، الكتاب الأول، الطبعة ٧، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٦، ص ٣٢٦؛ كذلك الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٢٤.

٢: والذين وجدوا أن أعمال السيادة هي من الأعمال السياسية ذهبوا الى القول بأن أعمال السيادة لا تُمثل استثناءً حقيقياً على مبدأ الشرعية لأن أعمال السيادة ليست من الأعمال الإدارية من حيث الموضوع على الرغم من صدورها من السلطة التنفيذية^(١).

٣: إن أعمال السيادة هي عمل إداري ولكنها تتميز في كثير من الأحيان باشتداد الصبغة السياسية فيها، الأمر الذي يجعل الحكومة تحتاج في شأنها إلى سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً^(٢).

أما المحكمة الإدارية فقد ذهبت الى القول بأن "أعمال السيادة هي تلك التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة عامة وفي نطاق وظيفتها الإدارية، إلا أنه بالرغم من ذلك لم يتيسر وضع تعريف حاسم أو حصر دقيق لأعمال السيادة، إذ أن ما يعتبر عادة عملاً إدارياً قد يرقى في ظروف وملايسات سياسية في دولة ما الى مرتبة أعمال السيادة كما أن ما يعتبر عملاً من أعمال السيادة قد يهبط في ظروف أخرى الى مستوى الأعمال الإدارية"^(٣)، وبما أن هذه الأعمال ذات طبيعة خاصة فهي تستوجب إيجاد معيار يميزها عن غيرها من الأعمال الإدارية:

أ: معيار الباعث السياسي: هذا المعيار هو أول المعايير، ولقد ظهر في فرنسا وذلك لتمييزه بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية وبمقتضاهُ يعتبر العمل الذي تقوم به الحكومة سيادياً إذا كان الهدف أو الباعث منه سياسياً، فموجبه أعتبر الهدف أو الباعث من العمل هو النقطة التي تفصل بين أعمال السيادة وأعمال الحكومة وبالتالي يخرجها من تحت الرقابة القضائية.

وانتقد هذا المعيار لأنه يجعل للسلطة التنفيذية مطلق الحرية في تقدير أعمالها مما يجعل تحت يد السلطة التنفيذية سلاحاً خطيراً -تهدد به حقوق الافراد وحررياتهم، بحيث يمكنها أن تُضفي الصفة السيادية على الأعمال الإدارية العادية، لذلك يجب تحديدها لأن عدم تحديدها يؤدي إلى توسع نطاق أعمال السيادة وبشكل كبير وخطير مما يؤدي إلى جعل الرقابة القضائية على هذا النوع من الأعمال لغواً في كثير من الحالات الهامة، وهذا ما جعل القضاء يعدل عنه^(٤).

ب: المعيار المستمد من طبيعة العمل ذاته (المعيار الموضوعي): اختلف رأي الفقهاء الموافقين حول هذا المعيار إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن الأعمال التي تتخذها الإدارة أو السلطة التنفيذية لإداء وظيفتها الحكومية تعتبر من أعمال السيادة، فهي تهدف في العادة إلى تحقيق المصلحة الجماعية السياسية، والسهر على احترام الدستور، وسير المرافق العامة، وعلاقة الدولة بالدول الأجنبية وحماية أمنها، أما الأعمال الإدارية فهي التي تباشرها الإدارة بسبب وظيفتها الإدارية، وهي تتعلق بالتطبيق اليومي للقوانين والسهر على العلاقة بين المواطنين والإدارة المركزية أو المحلية أو بين مختلف الإدارات بعضها ببعض^(٥).

الاتجاه الثاني: فقد اعتمد على النصوص الدستورية للتمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة، وعليه فإن كل ما يتعلق بتنفيذ الدستور يعتبر من أعمال السيادة، أما ما يتعلق بالقوانين واللوائح يعتبر من الأعمال الإدارية^(٦).

(١) الدكتور سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص ٧٥.

(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة عشرة، المطبعة بلا ٢٠١٢، ص ٣٤١.

(٣) القضية رقم ١٣ لسنة ٧ القضائية، المجموعة السنة العاشرة، ص ١٥٧؛ نقلاً عن الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٢١.

(٤) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٣٤٢؛ وكذلك الدكتور ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٠؛ وكذلك الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب المصدر السابق، ص ٢٣٣، ٢٣٤؛ وكذلك الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ص ١١٩، ١٢٠.

(٥) الدكتور سليمان محمد الطماوي، المصدر السابق، ص ٣٣٠.

(٦) الدكتور أنور أحمد رسلان، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩، ص ١٥٦.

ورغم الوضوح الظاهر الذي يتميز به هذا المعيار، إلا أن الفقه وجه له انتقادات وهي، عدم وجود الأساس أو معيار دقيق يعتمد عليه لتحديد مضمون كل من الوظيفة الإدارية والوظيفة الحكومية والتمييز بينهما، مما يجعل هذا المعيار مفتقراً إلى الدقة التي يجب أن يتسم بها كل معيار بالإضافة إلى الغموض بالنسبة للتحديد الدقيق للأعمال الحكومية، هذا فضلاً عن أنه من الصعوبة معرفة مقومات، الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية، ومن الصعب أيضاً أن نعلم متى تبدأ الهيئة التنفيذية (السلطة التنفيذية)، بالعمل الحكومي والعمل الإداري، ويصعب أيضاً تطبيق هذا المعيار^(١).

ج: القائمة القضائية لأعمال السيادة: بسبب الانتقادات التي وجهت للمعايير السابقة، (بغرض إيجاد معيار تحدد فيه الأعمال السيادية وبشكل دقيق)، وجد الفقه ضرورة ترك أعمال السيادة إلى الأحكام القضائية.

وبذلك صنف هذه الأحكام إلى مجموعات محددة وهي على سبيل الحصر:

١. الأعمال المنظمة للعلاقات بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية (البرلمان).
٢. الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالدول والهيئات الأجنبية.
٣. الأعمال والعمليات المتعلقة بالحرب.
٤. بعض الأعمال المتعلقة بأمن الدولة الداخلي^(٢).

قد يبدو أن هذا المعيار أرجح من المعايير السابقة لأنه أكثر واقعية، إلا أنه ينتقد أيضاً إذا تمسك به القضاء بشكل تقليدي، ومثال على ذلك، عندما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر وقف تنفيذ حكم محكمة القضاء الإداري بشأن تصدير الفائض من الغاز الطبيعي المصري إلى إسرائيل بسعر مدعم أكثر من ٤٠%، في حكمها بتاريخ ٢٠٠٩/٢/٢، وقالت المحكمة في أسباب حكمها الصادر "إن هذا القرار الذي أصدره وزير البترول -بناء على قرار رئيس مجلس الوزراء- يعد من الأعمال التي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية، مما يدخل في أعمال السيادة التي أُنشئت القضاء الدستوري والإداري والعادي على استبعادها من رقابته، وإخراجها من نطاق اختصاصه الولائي"^(٣).

• أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية:

إن التشابه الكبير بين النظريتين قد جعل القضاء يخلط بينهما، حيث نرى في كثير من الأحكام القضائية - سواء كانت في العراق أو في مصر -وصف بعض القرارات الإدارية التي تتعلق بالظروف الاستثنائية بأنها من أعمال السيادة، منها على سبيل المثال قرار (إعلان حالة الطوارئ)، حيث قضت المحكمة الإدارية في مصر على "أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تصدر من السلطة العليا لتنظيم علاقاتها بالسلطات العامة الأخرى داخلية كانت أم خارجية، أو التي تتخذها اضطراراً للمحافظة على كيان الدولة في الداخل أو للذود عن سيادتها في الخارج، ومن ثم يغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو النطاق الخارجي، إما لتنظيم علاقات الحكومة بالسلطات العامة الداخلية أو الخارجية في حالتي الهدوء والسلام، وإما لدفع الأذى والشر عن الدولة في الداخل أو الخارج في حالتي الاضطراب والحرب، فهي تارة تكون أعمالاً منظمة لعلاقات الحكومة بمجلس البرلمان، أو منظمة للعلاقات السياسية بالدول الأجنبية، وهي طوراً تكون تدابير تتخذ للدفاع عن الأمن العام من

(١) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٣٦؛ وكذلك الدكتور طعيمة الجرف، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري، الطبعة الأولى، الناشر مكتبة القاهرة الحديثة، ص ١٦٦، وكذلك الدكتور أنور أحمد رسلان، المصدر السابق، ص ١٥٦.

(٢) لمزيد عن هذا مراجعة، الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المصدر السابق، ص ٢٣٩-٢٥٢؛ وكذلك الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ١٢٧-١٣٤.

(٣) الدكتور ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ٤٠-٤٤.

إضطراب داخلي، أو لتأمين سلامة الدولة من عدو خارجي، وذلك كإعلان لأحكام العرفية أو إعلان الحرب....^(١)

كما أن كلتا النظريتين عبارة عن إجراءات صادرة من السلطة التنفيذية، ويترتب عليها توسيع سلطات الإدارة، هذا بالإضافة إلى أن كلتا النظريتين قضائية ومن خلق مجلس الدولة الفرنسي.

إلا أن بين النظريتين أوجه الخلاف واضحة بشكل يسمح بالتميز بينهما:

- ١- فمن حيث الظرف: فقيام حالة استثنائية أو ظرف استثنائي هو أهم شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية ولا يجوز أن تمتد الإجراءات التي تتخذها الإدارة وفي هذا الظرف وقد يمتد الظرف الاستثنائي حسب الزمن، أما نظرية أعمال السيادة فتطبق في كافة الظروف فهي دائمة ولا ترتبط بالإجراءات التي تتخذها الإدارة بظروف معينة.
- ٢- ومن حيث الطابع: فنظرية الظروف الاستثنائية لها طابع قانوني، بحيث تتمتع الإدارة بقدر واسع في تقدير أعمالها لمواجهة الحالة الاستثنائية، أما نظرية أعمال السيادة فلها طابع سياسي.
- ٣- من حيث الغرض: فالهدف من وجود نظرية الظروف الاستثنائية هو حماية المصلحة العامة، بسبب أحداث الحرب العالمية الأولى، أما الغرض من وجود نظرية أعمال السيادة، فهي المحافظة على امتيازات السلطة وكذلك المحافظة على وجود مجلس الدولة الفرنسي من النظام الملكي بعد سقوط نابليون بونابرت.
- ٤- ومن حيث الموضوع: فالقضاء الإداري يبدأ بالبحث في موضوع الدعوى المقام أمامه بعد توافر الشروط الشكلية للدعوى في نظرية الظروف الاستثنائية، وهذا غير وارد في نظرية أعمال السيادة لأن مجلس الدولة يعتبرها من الأعمال الخارجة عن اختصاصه.
- ٥- ومن حيث الإلغاء والتعويض: فيجوز طلب الإلغاء والتعويض عن القرارات الإدارية الصادرة في الظروف الاستثنائية، وهذا أمر غير وارد في نظرية أعمال السيادة لأنه لا يسمح للقضاء أساساً بالنظر في موضوع الدعوى شكلاً وموضوعاً (لأن أعمالها محصنة تماماً من الرقابة القضائية).
- ٦- ومن حيث الشرعية: فلا تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية خروجاً على مبدأ الشرعية، إنما هي توسيع لنطاق مبدأ المشروعية أو الشرعية الاستثنائية، أما نظرية أعمال السيادة فهي خروج على مبدأ الشرعية^(٢).

المطلب الثالث

الأساس القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية

إن من الواجبات الأساسية للسلطة التنفيذية في الدولة الحديثة، السهر على حماية الدولة وتطبيق القانون على الكل، وذلك بهدف حفظ النظام العام في الدولة، وسير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، مما يترتب عليه في النهاية تحقيق المصلحة العامة، وهذا المفهوم يطلق عليه (مبدأ المشروعية أو سيادة القانون)^(٣)، ولكي تتمكن الإدارة من تحقيق ذلك فلا بد وأن تتمتع بمجموعة من الامتيازات عند مواجهة الأفراد وهذه الامتيازات يطلق عليها (السلطة العامة).

إذا ما طرأت على الدولة بأسرها أو على إقليم معين منها ظروف استثنائية كالقوارث، سواء كانت طبيعية كالبراكين والفيضانات والعواصف والزلازل وغيرها، أو بفعل الإنسان نفسه كالحروب والثورات والإضرابات أو بأي سبب آخر يترتب عليه توقف المصالح العامة للدولة بحيث إذا لم تتدخل الدولة قد يؤدي الأمر إلى نسف مبدأ المشروعية - وبما أن من الواجبات الأساسية للحكومة (السلطة العامة) إعادة

(١) القضية رقم ٥٨٧ لسنة ٥ القضائية، المجموعة السنة الخامسة، ص ١٠٩٩؛ نقلاً عن الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٢٤.

(٢) الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٣١٩، ٣٢٠.

(٣) المشروعية، "يعني سيادة القانون، أي احترام أحكامه وسريانها على كل من الحاكم والمحكوم". الدكتور ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص ١٥.

الوضع إلى طبيعته - فلا بد أن تتحرر ولو بشكل مؤقت من القواعد القانونية القائمة (المشروعية)، وهذا الوضع الجديد يطلق عليه نظرية الظروف الاستثنائية^(١).

وقد حاول الفقه إيجاد السند القانوني لهذه النظرية، حيث ذهب فريق منهم إلى أن هذه النظرية تقوم على أساس فكرة أو نظرية الضرورة، أما الفريق الآخر فقد ذهب إلى القول بأن هذه النظرية تقوم على أساس واجبات السلطة الإدارية في المحافظة على النظام العام وضمان سير المرافق العامة، في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول بأن مبدأ عدم تغير الظروف هو أساس هذه النظرية، على الرغم من أهمية هذه النظرية في مجال القانون الإداري، إلا أن الفقه اختلف حول أساس هذه النظرية وذلك باتجاهات مختلفة سوف نذكرها فيما يلي: -

الاتجاه الأول: فكرة الضرورة هي أساس نظرية الظروف الاستثنائية

إن فكرة أو نظرية الضرورة لها أساس تاريخي، حيث يمثل هذه النظرية التضارب بين اعتبارين وهما، "المحافظة على كيان الدولة وسلامتها" و "وجوب احترام القواعد القانونية"، لذلك وضع القانون الروماني مبدأ "إن المحافظة على سلامة الدولة أهم من القانون ذاته"، وقد عرفه الإسلام أيضاً ونص عليه القرآن الكريم والأحاديث النبوية، كما وضع الفقهاء المسلمون أصولاً وقواعد كلية له^(٢).

فنظرية الضرورة من النظريات العامة، فهي موجودة في القانون الجنائي والقانون الدولي والقانون الخاص، وكما هو معلوم فإن القانون الإداري أساساً هو قانون قضائي، والقضاء الإداري قضاء حديث لذلك، فإن نظرية الضرورة أخذت بها حديثاً في القانون الإداري مقارنة بالقضاء العادي.

والرأي السائد في الفقه يذهب إلى إن فكرة الضرورة هي أساس نظرية الظروف الاستثنائية، ويقصد بالضرورة تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال التي يتعذر تداركها بالوسائل العادية مما يدفع السلطات القائمة على حالة الضرورة أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع هذا الخطر ولمواجهة الأزمات^(٣).

إلا أن مفاهيم نظرية الضرورة اختلفت وأصبح هناك لفيف من المفاهيم لنظرية الضرورة منها:

أولاً: فهم الفقه الإسلامي لنظرية الضرورة: أنقسم الفقهاء الأصوليون في فقه الشريعة الإسلامية في الحكم التكليفي إلى عزيمة ورخصة، ويقصد بالعزيمة، الأحكام التي شرعها الله تعالى ابتداء لتكون قانوناً عاماً للكل في جميع الأحوال كالصلاة والصيام والزكاة والحج وسائر شعائر الإسلام.

أما الرخصة، فيقصد بها الأحكام التي شرعها الله تعالى بناء على الأعذار ورعاية لحاجات المسلمين، كإباحة التلطف بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان عند الإكراه، أي إباحة الفعل الحرام عند الضرورة^(٤).

أما تعريف فكرة الضرورة في الفقه الإسلامي فهو "خوف الهلاك على النفس أو المال سواء أكان هذا الخوف علماً أي أمراً متيقناً أو ظناً ويراد به الظن الراجح، وهو المبني على أسباب معقولة"^(٥).

بل وضع فقهاء المسلمين القواعد العامة (الفقهية) لفكرة الضرورة منها "المشقة تجلب التيسير"، و"لا ضرر ولا ضرار" و "الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها"، والضرورات جمع ضرورة والضرورة هي بلوغ المرء حداً إن لم يتناول الممنوع هلك، أما المحظورات فجمع محظور وهو

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، ص ٣٩٠.

(٢) الدكتور يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥، ص ٨.

(٣) الدكتور أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد ٨، أيلول ٢٠٠٧، ص ٢٤٠.

(٤) الدكتور طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ص ٩٠.

(٥) الدكتور يسري محمد العصار، المصدر السابق، ص ١١.

الحرام المنهى عن فعله، ومعنى تبيح المحظورات أي تجعل المحظور يعني الحرام حلالاً، ومعنى بشرط عدم نقصانها عنها أي بشرط عدم نقصان الضرورة عن المحظور فإذا أنقصت فإنه لا يباح المحظور^(١).

ثانياً: فهم الفقه الألماني لنظرية الضرورة: برزت هذه النظرية في ألمانيا في القرن التاسع عشر، ومضمونها أنه يوجد إلى جانب القانون المكتوب قانون آخر غير مكتوب، فإذا واجهت الدولة أية مخاطر بشكل يهدد وجودها أو كيانها، فإنه يجوز لها اتخاذ ما تراه مناسباً من الإجراءات في سبيل بقائها وحماية سلامتها وسلامة مواطنيها^(٢).

إن أساسيات نظرية الضرورة الألمانية تكمن في:

١. أن الإجراءات المخالفة للدستور والقانون التي تتخذها الدولة في حالة الضرورة تعتبر مشروعة، وذلك لأن كيان الدولة يجب أن يُحفظ، كما أن للدولة حق الدفاع عن نفسها، وهذا يختلف عن حق الدفاع الشرعي الذي يتضمنه القانون الجنائي، لأن نظرية الضرورة الألمانية تعطي حقاً مطلقاً للدولة في الدفاع ولا تحكمه أية شروط أو ضوابط ولا تُخضع ممارسات الدولة لأية رقابة قضائية.
٢. عدم مساءلة المسؤولين (الموظفين)، الذين يتخذون القرارات والإجراءات المخالفة للقانون ولا تتصور مساءلتهم عنها مهما سببت للغير من أضرار، لذلك لا تُعتبر هذه القرارات المخالفة للقانون غير مشروعة حتى وإن لم تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة أو كان فيها تعسف في استخدام السلطة.
٣. لا تجوز مطالبة الإدارة بالتعويض -أيضاً- عن قراراتها المخالفة للقانون لأن الإدارة لا ترتكب خطأ يستوجب التعويض^(٣).

ومن أنصار هذه النظرية "Hegel" و"Jellemek" من ألمانيا، أما من الفقهاء الفرنسيين المتحمسين لهذه النظرية فهو العميد هوريو حيث قال عنها، "إن التزام الحكومة بالقانون والعمل بمقتضاه في علاقتها مع الأفراد إنما هو في الظروف العادية حيث يسود السلام والأمن والهدوء، أما حيث تتغير الظروف وتطرا الحوادث المفاجئة التي تهدد الأمن والنظام كالقتل والثورات والحروب فإن للدولة أن تدافع عن نفسها وأن تواجه الأزمات بإجراءات استثنائية تتلاءم مع الظروف التي تمر بها، وهي حين تضطر في مثل هذه الظروف إلى الخروج عن القانون فإن ذلك يكون أمراً مبرراً ومشروعاً"^(٤).

ثالثاً: فهم الفقه الفرنسي لنظرية الضرورة: تختلف نظرية الضرورة الفرنسية عن نظرية الضرورة الألمانية، وذلك لأن السلطة التنفيذية تخضع في أوقات الأزمات للرقابة القضائية، بحيث لو كانت غاية السلطة التنفيذية في قراراتها مخالفة للقانون، أو تحقيق المصلحة الخاصة أو كان يقصد بإصدار القرارات المخالفة النيل من المخالفين له (التعسف في استخدام السلطة)، يستطيع المتضرر من هذه القرارات المطالبة بالإلغاء والتعويض عنها^(٥).

لأن الدول الديمقراطية لا تعترف إلا بالحكومات الشرعية، التي تخضع في جميع تصرفاتها وفي كافة الظروف لسيادة القانون، إلا أن حالة الضرورة تمثل عذراً سياسياً للهيئة التنفيذية لكي تبرر تصرفاتها المخالفة للقانون، وتتلخص هذه النظرية في وجود خطر يستوجب التدخل السريع من السلطة التنفيذية لوقفها ويكون هذا التدخل مخالفاً للقانون وهو أيضاً الوسيلة الوحيدة لوقفه، كما أن نظرية الضرورة لها صورتان معروفتان وهما حالة الاستعجال وحالة القوة القاهرة، وهذا ما يجعل دائماً -نظرية الضرورة مقيدة بالمحافظة على النظام العام^(٦).

(١) الدكتور طلعت عبد الغفار حجاج، الوجيز في قواعد الفقهية الكلية، مطبعة الفتح للطباعة والنشر بالاسكندرية، ص ١٨٨.

(٢) الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ٤١. الدكتور يسري محمد العصار، المصدر السابق، ص ١٤، ١٥.

(٣) الدكتور طعيمة الجرف، المصدر السابق، ص ٩٥؛ وكذلك الدكتور عدنان عمرو، المصدر السابق، ص ٦٤.

(٤) نقلاً عن الدكتور عدنان عمرو، المصدر السابق، ص ٦٥.

(٥) الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ٢٣٧، وكذلك محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٢٩٧.

(٦) الدكتور احمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

وعلى الرغم من أهمية نظرية الضرورة في كافة مجالات القانون، إلا أنه ليس أساساً لنظرية الظروف الاستثنائية، لذلك فقد أنتقدت هذه الفكرة (بحيث لا تكون نظرية الضرورة هي أساس نظرية الظروف الاستثنائية)، والسبب في اقتصار تطبيق هذه النظرية (الضرورة) على نطاق البوليس الإداري لذلك فهي تقتصر على توسيع سلطات البوليس في ظل هذه الظروف^(١)، وقد يؤدي ذلك بالسلطة التنفيذية تحت ضغط الضرورة - إلى الرجوع لنظام الدولة البوليسية، في حين يرتبط نطاق نظرية الظروف الاستثنائية بفكرة أعم من فكرة الضرورة والضبط الإداري، فهي فكرة المشروعية ذاتها، مما يجعل من وضعها الطبيعي ميدان المشروعية دون سواء^(٢)، كما تقوم حالة الضرورة على وجود خطر جسيم داهم ومؤقت وتجد سلطات الضبط الإداري أن من واجبها مواجهته، أما الظروف الاستثنائية قد تستمر لفترة طويلة من الزمن نسبياً، هذا بالإضافة إلى أن حالة الضرورة تتم مواجهتها والتدخل فيها من هيئات الضبط الإداري أساساً، بينما الظروف الاستثنائية قد تستدعي مواجهتها من السلطات الإدارية كافٍ، في حالة الضرورة لا تكون هناك تشريعات تنظمها، وهذا الأمر غير وارد في حالة الظروف الاستثنائية^(٣).

أما القول بأن الضرورة لا تلغي مبدأ المشروعية وإنما توسع من نطاقه، فإنه يجافي الواقع لأن الضرورة تقوم على فكرة "أن الضرورات تبيح المحظورات" فهي تعتبر خروجاً على الأصل واستثناءً من هذا الأصل^(٤).

الاتجاه الثاني: (المشروعية الاستثنائية) هي أساس لنظرية الظروف الاستثنائية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن نظرية الظروف الاستثنائية لا تمثل خروجاً على مبدأ المشروعية، بل هي تطبيق لشرعية استثنائية، وعلى الرغم من ذلك فإنهم ينقسمون إلى عدد من الفرق، فالفريق الأول يرى - رغم اعترافهم بوجود المخالفة القانونية لأعمال الإدارة - أن هذه المخالفة لا تمس مبدأ الشرعية، لأن الإدارة بالضرورة ستجد إما نصاً دستورياً أو قاعدة قانونية تبرر هذه الأعمال المخالفة، أما الفريق الثاني فيرى، أن أساس نظرية الظروف الاستثنائية هي الواجبات العامة للإدارة، في حين يرى الفريق الثالث أن أساس نظرية الظروف الاستثنائية هي قاعدة عدم تغير الظروف.

أولاً: (دستورية الإجراءات المخالفة للقانون) هي أساس لنظرية الظروف الاستثنائية: يرى أنصار هذا الفريق بأن أساس نظرية الظروف الاستثنائية هو مبدأ المشروعية، وعلى الرغم من أن القواعد القانونية لن تسعف الإدارة في مواجهة الظروف الاستثنائية (كالحروب والكوارث والأزمات)، والتي تقتضي سرعة مواجهتها، لذلك يجب اتساع مبدأ المشروعية ومنح الإدارة قدرأً من الحرية ومنحها بعض السلطات رغم تعارض ذلك مع مبدأ المشروعية العادية، إلا أنه يظل مع ذلك أمراً قانونياً ومشروعاً خاصة إذا أقرت ذلك نصوص دستورية، وعليه فإن هذه التصرفات تدخل في إطار المشروعية الاستثنائية، لأن سلامة الشعب هي القانون الأعلى^(٥).

وعلى الرغم من منطقية هذا الاتجاه وأن الأمر لا يتعلق بالمرفق العام وإنما يتعلق بالنظام العام، إلا أنه تؤخذ عليه ملاحظة وهي أنه جعل من قرارات السلطة التنفيذية سلطة تنفيذية أسمى من التي تصدرها السلطة التشريعية.

(١) الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٠٥.

(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، المصدر السابق، ص ٣٩١.

(٣) عميد مفتاح سالم علي قريصية، التنفيذ الجبري لقرارات الضبط الإداري دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه مقدمة إلى أكاديمية مبارك للأمن ٢٠٠٩، ص ١٢٦.

(٤) الدكتورة ناهد أحمد فرحات، المصدر السابق، ص ٢٩٠.

(٥) الدكتور سامي جمال الدين، القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة تنظيم القضاء الإداري وفقاً لدستور ٢٠١٤ في مصر، ص ٢٠٧-٢٠٩؛ يرى أيضاً استاذنا الدكتور سامي جمال الدين بأنه يفضل، "اصطلاح" "الضرورة" باعتباره نظاماً قانونياً نشأ لمواجهة وقائع غير عادية أطلق عليها "الظروف الاستثنائية" وذلك في معظم الأحوال، بحيث يشترط لتطبيق النظام القانوني لنظرية الضرورة، توافر هذه الحالة الواقعية التي تتمثل غالباً في إحد "الظروف الاستثنائية" التي تتنوع كثيراً مثل حالة الحرب وحالة الاستعجال وحالة الطوارئ.

ثانياً: (واجبات السلطة الإدارية) هي أساس لنظرية الظروف الاستثنائية: إذا كان من المسموح به للإدارة أن تتحرر من قواعد المشروعية بالقدر اللازم لمواجهة الظروف الاستثنائية، نتيجة لقوانين قد صدرت خصيصاً لهذا الأمر، فإن ذلك يجعل هذا الخروج على القواعد العادية مشروعاً في ذاته، إذا ما تم وفقاً لأحكام تلك التشريعات، إلا أن الإدارة قد تتحرر من قواعد المشروعية العادية بموافقة القضاء الإداري، أي بخلاف النصوص التشريعية المعمول بها، حيث يُعتبر هذا استثناءً من قواعد المشروعية العادية، ويُرتب القضاء الإداري حكمه على الواجبات الأساسية للإدارة في المحافظة على سير المرافق العامة بشكل منتظم، إذا رتب الإدارة على تطبيق القواعد القانونية العادية، دون أدائها لواجباتها فلها أن تتحرر منها بالقدر الكافي لكي تتمكن من أداء واجبها بمعنى (أن هناك صراعاً بين القانون العادي وبين المصلحة العليا للدولة)، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يكفي لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، إذاً كان هناك خطر يهدد الأمن والنظام العام ويوقف السير المنتظم للمرافق العامة، فعندئذ يجب على الإدارة التخلي عن تطبيق القواعد القانونية العادية^(١).

ولا يشترط أن يكون هناك حالة استثنائية في الدولة كي تطبق نظرية الظروف الاستثنائية وإنما يكفي أن يكون هناك احتمال خلق ظرف غير عادي ومثالاً على ذلك: امتناع الإدارة عن تطبيق الأحكام القضائية واجبة النفاذ إذا كان من شأن تنفيذها الإخلال بالنظام العام أو تهديده، كما أن وجود الحالة الاستثنائية أو ظرف الطارئ ليس سبباً أيضاً في -مخالفة القواعد القانونية، إن لم يكن هناك مبرر لتطبيقها، ويراقب القاضي الإداري ما إذا كان خروج الإدارة لغرض المحافظة على النظام العام وضمان سير المرافق العامة بانتظام أم لا، إذاً فأساس نظرية الظروف الاستثنائية هو واجب السلطة الإدارية في المحافظة على النظام العام وسير المرافق العامة، مما يعني أنه لا يقتصر على إجراءات البوليس الإداري فقط بل تتجاوز ذلك بالعمل على ضمان سير المرافق العامة والمحافظة على النظام العام^(٢)، وهذا ما نتفق معه.

إلا أن هذه الفكرة انتقدت أيضاً، حيث أن المحافظة على الأمن والنظام وضمان السير المنتظم والمطرد لا يقتصر على الظروف الاستثنائية فقط، لأنه التزام عام يلاحق الإدارة في الظروف العادية والاستثنائية^(٣)، كما أن إبرازة لأحكام القضاء، لا يعني أنه أساس نظرية قديمة مثل نظرية الظروف الاستثنائية، بل إن إشارة القضاء إلى هذه الأسباب هي في حد ذاتها لا تعد إقراراً لها^(٤).

ثالثاً: قاعدة عدم تغير الظروف هو أساس لنظرية الظروف الاستثنائية: بموجبها فإن المشرع يضع القواعد القانونية في الظروف العادية، وإن هذه القواعد تتضمن شرطاً ضمناً وجوهياً وهو وجوب تطبيقها مادامت الظروف التي وضعت فيها باقية ولم تتغير، أما إذا تغيرت الظروف بشكل يجعل من تطبيق القواعد القانونية العادية غير ملائمة للأوضاع الجديدة، فإنه يتوجب على الإدارة الخروج على هذه القواعد والتي تعرف بالشرعية الاستثنائية، حيث أن قاعدة عدم تغير الظروف ترتبط بمبدأ الشرعية.

أما إذا نص المشرع على بعض حالات للظروف الاستثنائية، فإن هذه النصوص أيضاً تتضمن شرطاً ضمناً وهو عدم ظهور حالات أخرى غير الحالات المنصوص عليها في التشريعات الاستثنائية، أما إذا ظهرت حالات أخرى فإن الشرعية الاستثنائية تتسع لتشمل الحالات الجديدة أيضاً.

لذلك فإن هذه القاعدة (عدم تغير الظروف) لا تعتبر خروجاً على الأصل (مبدأ المشروعية)، وإنما هي ترتبط بها بل هي مبدأ الشرعية ذاته، وأن الأساس الأول لنظرية الظروف الاستثنائية ينبع من جذورها التاريخية وهي قاعدة عدم تغير الظروف، حيث كانت في السابق ترتبط بالشرعية الاتفاقية، وأصبحت الآن ترتبط بالشرعية النصية^(٥).

(١) الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة، ص ١٠٩-١٢٣.

(٢) الدكتور محسن خليل، المصدر السابق، ص ١٠٦.

(٣) الدكتور أحمد مدحت علي، المصدر السابق، ص ٢٣٩.

(٤) محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٤٧١.

(٥) الدكتورة ناهد أحمد أحمد فرحات، المصدر السابق، ص ٢٨٩-٢٩١.

الاتجاه الثالث: (زوال مبدأ المشروعية) هو أساس لنظرية الظروف الاستثنائية

يرى أنصار هذا الاتجاه، بأن أساس نظرية الظروف الاستثنائية، هو زوال مبدأ المشروعية لأن القواعد القانونية العادية، والتي تلتزم الإدارة بها في أداء واجباتها العامة، تكون عاجزة لمواجهة هذه الظروف فيلجأ القاضي الإداري إلى تطبيق روح النصوص القانونية أو مبادئ القانون، لأن القانون ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية سامية وهي المحافظة على مصالح الجماعة وأمنهم، فإذا استدعت هذه الغاية الخروج على بعض القواعد القانونية أو تجاهل بعض الحريات فلا جناح على الدولة ولا حرج، ويكون من قبيل التزييف والمخالفة لروح النصوص والقواعد القانونية إذا تمسكت الإدارة بتطبيق مبدأ الشرعية في الظروف الاستثنائية، لأن هذه القواعد إنما وضعت لكي تطبق في الظروف العادية، بل إن الشرعية أساساً ليست من المبادئ الثابتة فهي قابلة للتغير بتغير الظروف، ولا يمكن تطبيقها إلا بوجود الدولة، وبذلك يكون أول أساس لمبدأ الشرعية هو وجود الدولة واستمرارها، فإنه في هذه الحالة يكون بقاء الدولة وسلامتها في المحل الأول، ويجب أن يفسر مبدأ الشرعية على هذا الأساس^(١).

وأهمية هذا التصور تكمن في أن السلطة التشريعية لا يمكنها توقع كافة أنواع الظروف الاستثنائية، وبالتالي وجب إعطاء السلطة التنفيذية قدراً من السلطة لكي تتمكن من معالجة هذا الوضع بسبب احتكاكها اليومي بالحياة العامة^(٢).

وعلى الرغم من ذلك فقد انتقد هذا الاتجاه وذلك لأن المشرع قد وضع نصوصاً بغرض تنظيم السلطات العامة خلال الظروف الاستثنائية (كقانون الطوارئ وقانون الأحكام العرفية وأمر الدفاع عن السلامة الوطنية وغيرها)، فبالتالي لا يجوز القول بعجز القواعد القانونية في الظروف العادية، لأن المشرع في هذه التشريعات قد حدد شروط اتساع سلطات الإدارة وحدودها، وعليه فإن مخالفة هذه القواعد القانونية ليس فقط خروجاً حرفياً، وإنما هو خروج عن روح النص، وبالتالي يجب على القاضي وفقاً لهذا التصور أن يحكم بعدم الشرعية لعمل الإدارة، فإذا لم يرق بذلك فإنه يكون قد خالف إرادة المشرع إلا أن الواقع غير ذلك، بل لا نستطيع تفسير -وفقاً لهذه النظرية- امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية النهائية (واجبة التنفيذ)، إذا كان من شأن تنفيذ هذه الأحكام تعرض النظام العام للخطر.

(١) الدكتور محمد كامل ليلة، المصدر السابق، ص ٧٩-٨١.

(٢) الدكتور محمد شريف إسماعيل عبد المجيد، المصدر السابق، ص ٤٦٨.