

Term of Circumstance in issuing laws by decision in the Palestinian constitutional system

Abdelmalik Taleb Remawi

Alquds University

Hasan Jamil Saleem

Abstract: The President's authority and technique of legislating laws during the absence / recess of the legislature is an exceptional and a restricted tool. Perhaps the term of circumstance which is widely defined as the state of necessity is the most important restriction in this context. This issue has been the focus of this study which aimed at clarifying how ostensible versus how ambiguous the state of necessity ought to be. The study also aimed at clarifying the limits of the President's discretion authority in determining the existence of a state of necessity in addition to whether this is a sole authority for the President and how expansive this authority is and whether it replaces and equalizes the original authority of the legislature. These objectives were achieved by analyzing the relevant provisions of the Palestinian Basic Law and a number of comparative constitutional systems in addition to national and comparative legal jurisprudence.

In this work, the concept of the circumstance of necessity and its conditions were defined. The theory of necessity was distinguished from other similar theories and concepts, most notably the theory of exceptional circumstances, which are often confused.

However, the problem raised in the study was the extent of clarity of the legal texts regulating the term of the circumstance as a basic determinant of the President's authority to legislate. In conclusion, it became clear that defining the state of necessity is a basic determinant of whether the President's authority to legislate is compatible with the legislative organization of the state of necessity.

Throughout the research it was revealed that there is a state of legislative omission/ shortcoming in terms of defining the term of circumstance including vagueness of relevant expressions. Consequently, this has unduly opened the doors for unlimited discretion authority of the President in this regard. The study concluded that this ought not be the first option for the executive authority to use. Therefore, it is necessary to determine in a constitutional text the cases in which the term of circumstance of necessity is realized. This would turn the President's choice of exercising legislative authority into an exception that would be resorted to after calling the Legislative Council to convene in an extraordinary session as a first option.

Keywords: The theory of necessity, the legislative authority, the executive authority, the validity of legislation as an exception, exceptional circumstances.

قيد الظرف لإصدار القرار بقانون في النظام الدستوري الفلسطيني

عبد الملك طالب الريماوي

جامعة القدس

حسن جميل سليم

المستخلص: تشكل تقنية القرار بقانون كصلاحية تشريعية يمتلكها الرئيس في صورة عطلة البرلمان إحدى الأدوات الاستثنائية التشريعية المقيدة بشروط، لعل من أهمها شرط الظرف أو ما يعرف بحالة الضرورة، التي شكلت محوراً للبحث الذي يهدف إلى تبين مدى وضوح أو غموض هذا الظرف، وإلى تبين حدود السلطة التقديرية للرئيس في إقرار وجود هذا الظرف، وإلى تحديد مدى تأثير الانفراد في تقدير وجود الظرف على اتساع الصلاحية التشريعية وعلى الحلول مكان صاحب السلطة الأصلية في التشريع وهو البرلمان. وقد تم التوصل إلى هذه الأهداف من خلال تحليل ما جاء النص عليه في القانون الأساسي الفلسطيني وبعض الأنظمة الدستورية المقارنة ومن خلال فقه القضاء الوطني والمقارن.

وتم في هذا العمل تحديد مفهوم الظرف المتمثل في الضرورة وشروطها كما تم تمييز نظرية الضرورة عن غيرها من النظريات والمفاهيم المشابهة وأبرزها نظرية الظروف الاستثنائية، التي غالباً ما يحدث الخلط بينهما. على أن الإشكالية التي طرحت في الدراسة تمثلت في مدى وضوح النصوص القانونية الناظمة لقيود الظرف كمحدد أساسي لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع؟ واتضح في الإجابة أن حالة الضرورة محدد أساسي لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع تم على أساسه تبين التنظيم التشريعي لحالة الضرورة.

وتبين من خلال البحث القصور التشريعي بشأن تحديد الظرف وعمومية الألفاظ الواردة بشأنه التي جاءت فيها، الأمر الذي ترك الباب مشرعاً لتقديرها من قبل الرئيس وأنه لا يجب أن تكون الخيار الأول للسلطة التنفيذية لاستخدامها. لذا وجب تحديد حالات تحقق الظرف في نص الدستور جعل خيار لجوء الرئيس لممارس صلاحية التشريع استثناءً بعد العودة للمجلس التشريعي من خلال دعوته للانعقاد في جلسة استثنائية.

الكلمات المفتاحية: نظرية الضرورة، السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية، صلاحية التشريع استثناءً، الظروف الاستثنائية.

المقدمة.

تمثل الضرورة التي تباينت الآراء بشأن نشأتها، وبداية ظهورها، شرطاً أساسياً لقيام الصلاحية للسلطة التنفيذية بالتشريع في الظروف الاستثنائية، وفق ما تنص عليه مختلف الدساتير التي تأخذ بنظرية الضرورة، ومنها القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته، طبقاً لنص المادة (43)، والتي تنص على: "الرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

جاء الأخذ بنظرية الضرورة في مختلف الأنظمة الدستورية نظراً لكون حياة الدول لا تسير دوماً مستقرة، وقد يعترضها ما يعرضها للأخطار، أو عدم الاستقرار، الأمر الذي جعل المشرع الدستوري فيها يعترف بما يُسمى بالضرورة التي تستوجب تدخلاً استثنائياً من قبل الدولة على غير ما هو مُعتاد في الظروف الطبيعية.

بيد أن الملاحظ بالاطلاع على مختلف الدساتير، أن الاعتراف بنظرية الضرورة لم يأت موحداً فيما جاء عليه التنصيص فيها، فكان تارة مفصلاً فيما أورد من شروط لتطبيقها، فيما جاء تارة أخرى على نحو من العمومية والضبائية في النصوص، الأمر الذي فسح المجال للتأويل، ولم يمنع التحايل عليهما، ليكون من السهولة بمكان الاستناد لنصوص على غير مقصد المشرع الدستوري، وهذا ما يمثل مكمناً الخطورة.

ونظراً لعدم الوضوح بشأن ما ورد من تنصيص بخصوص قيد الظرف (الضرورة) بكل ما يمثل الأخذ بها من استثناءً على الاصل العام، وأساساً لاتخاذ تدابير وقيام صلاحيات تمارس لمواجهتها، قام الجدل بشأنها في أروقة الفقه القانوني والقضاء، بين الباحثين، الأمر الذي استوجب البحث فيه.

الإشكالية:

تتمحور إشكالية الدراسة حول مدى وضوح النصوص القانونية الناظمة لقيود الظرف كمحدد أساسي لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع، وللإجابة على إشكالية الدراسة فقد تم تقسيمها إلى مبحثين: حالة الضرورة محدد أساسي لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع (المبحث الأول)، التنظيم التشريعي لحالة الضرورة (المبحث الثاني)

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان مفهوم الضرورة وتمييزها على المفاهيم المشابهة الأخرى، وكذلك إلى التنظيم القانوني لحالة الضرورة من حيث الشروط الموضوعية والشروط الشكلية وكذلك من حيث النتائج التي تترتب على الأخذ بها.

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية دراسة حول قيد الظرف لإصدار القرار بقانون في النظام الدستوري الفلسطيني، وكيف أثر أسلوب التنصيص على الاستناد إليه أثناء عملية التشريع الممتدة من أكثر من عقد ونصف من الزمن، في ظل غيبة المجلس التشريعي، وحالة الانقسام السياسي المعاشة.

منهجية البحث:

اعتمد الباحثان المنهج الوصفي والتحليلي للنصوص القانونية، اللذان يعتبران من أهم أدوات البحوث القانونية والأكثر ملاءمة لطبيعة الدراسة، والتوصل إلى النتائج المتوخاة منه بطريقة كاملة شاملة لمختلف جوانب الدراسة، لهذا تم مراجعة النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث كأدوات للبحث مع الاستعانة بالقرارات والأحكام القضائية والشروحات الفقهية كأدوات تتوافق والمنهج المعتمد بالإضافة إلى آراء الباحثين ومناقشتها لآراء الفقه وفقه القضاء.

المبحث الأول- الضرورة محدد أساسي لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع.

لما كان من المتفق عليه، أن التشريع هو اختصاص أصيل للسلطة التشريعية، باعتبارها الجهة المنتخبة لهذه الوظيفة، والمؤتمنة من الشعب عليها، فإن الاستثناء من الطبيعي أن يكون مقيداً، وهذا ما درجت عليه مختلف الدساتير، فالمشروع الدستوري الذي أجاز للسلطة التنفيذية ممارسة صلاحية التشريع، اشترط أساساً وجود حاجة ماسة، لا تنتظر عودة المجلس التشريعي من غيبته، وذلك ما عُرف بالضرورة التي لا تحتل التأخير كما هو مقرر في القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته بنص المادة (43)، التي جاء فيها: "لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون".
وبذلك، فإن قيام الظرف الموصوف بالضرورة التي لا تحتل التأخير يُعد شرطاً أساسياً لقيام الصلاحية للرئيس لممارسة صلاحية التشريع بإصدار قرارات لها قوة القانون، إلى جانب قيد آخر يتمثل بأن يكون المجلس التشريعي في غير أدوار الانعقاد.

غير أن القانون الأساسي الفلسطيني وخلافاً لعدد الدساتير في الدول، لم يأت موضحاً مقصده بالضرورة التي لا تحتل التأخير، أو الحالات التي يمكن تصنيفها كحالات ضرورة لا تحتل التأخير، الأمر جعل من الأهمية دراستها من خلال هذا المطلب باعتبارها شرطاً أساسياً لقيام الصلاحية للسلطة التنفيذية بالتشريع من خلال آلية إصدار القرار بقانون، وذلك بما يشمل التعرض للمفهوم والطبيعة القانونية للضرورة (المطلب الأول)، وكذلك دراسة التنظيم التشريعي لحالة الضرورة (المطلب الثاني).

المطلب الأول- مفهوم نظرية الضرورة

تعود نظرية الضرورة إلى ما قبل الحرب العالمية الأولى، عندما تبناها المشرع الفرنسي، واستعملها مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة في فبراير 1990، وذلك لشد أزر السلطة التنفيذية أثناء الحرب في ظل عجز النصوص التشريعية على مواجهة التطورات الناشئة أثناء الحرب، ولهذا كان يتم تسمية نظرية الضرورة بنظرية سلطات الحرب. تباينت الآراء بشأن نشأة نظرية الضرورة، بين من اعتبر بداية ظهورها من نطاق القانون الدولي قبل أن تنتقل إلى نطاق القانون الخاص، فيما قال فريق ثالث أن نشأتها كانت في القانون الروماني، وفريق آخر يقول أن أصلها من القانون الكنسي، أما الفضل في نشوء نظرية الضرورة، فيقال أنه يعود للعسكريين عندما طالبوا بإعفائهم من المسؤولية عن تصرفاته أثناء العمليات الحربية (جمال الدين، 2003، ص13).

تمثل الضرورة (خليل، 1982، ص115) شرطاً أساسياً لقيام الصلاحية للسلطة التنفيذية بالتشريع في الظروف الاستثنائية، وفق ما تنص عليه مختلف الدساتير التي تأخذ بنظرية الضرورة، ومنها القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003 وتعديلاته، طبقاً لنص المادة (43).

وبالاطلاع على ما جاء من تنصيب بشأن الضرورة كشرط أساسي لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع، يتضح أنه لم يأت بالوضوح الكافي لعدم التأويل بشأنها، بل جاءت بصيغة عامة تجعل من السهولة الاستناد إليها على غير مقصد المشرع الدستوري، الأمر الذي يتطلب بدايةً التثبيت من مفهومها قبل دراستها كقيد لقيام صلاحية التشريع استثناءً للرئيس.

ولأن حياة الدول، لا تسير دوماً مستقرة، وقد يعترضها ما يعرضها للأخطار، أو عدم الاستقرار، جعلت المشرع الدستوري فيها يعترف بما يُسمى بالضرورة التي تستوجب تدخلاً استثنائياً من قبل الدولة على غير ما هو مُعتاد في الظروف الطبيعية.

ولكون الضرورة وبكل ما تمثل من استثناءً، وأساس لاتخاذ تدابير وقيام صلاحيات تمارس لمواجهةها، فقد شكلت ولا زالت كمفهوم، وشروط توافرها، حالة من الجدل الكبير الذي تسبب بالعديد من الإشكاليات، الأمر الذي جعلها محل اهتمام الفقه القانوني والقضاء، ولا سيما في الحالة الفلسطينية على وجه الخصوص، لكونها تمثل أساساً لصلاحية التشريع التي يمارسها الرئيس منذ عقد ونصف، مما جعلها محل جدل بشأن التكييف القانوني لها، ولمدى توفرها (ابو علي، 2015، ص173).

غير أنه وعلى أهمية اعتراف المشرع في مختلف الأنظمة الدستورية بنظرية الضرورة كأساس لقيام صلاحية التشريع للسلطة التنفيذية، ومنهم الفلسطيني الذي اعترف بها طبقاً لنص المادة (43) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003، إلا أن الطريق التي سلكها المشرع الدستوري بالتصدي لها، لم يعالجها على النحو الكافي الذي يحدد مفهومها، أو المعايير التي يمكن الاستناد إليها، للتثبيت إن كان ما نشأ يشكل فعلاً حالة ضرورة من عدمها وبالتالي تقوم الصلاحية للرئيس بالتشريع إذا لم تكن التشريعات السارية كافية لمواجهةها في ظل غياب المجلس التشريعي.

وبالاطلاع على النصوص الناظمة لحالة الضرورة في عديد الدساتير، يتضح أنها جاءت متنوعة في تنظيمها، بين تنظيم دستوري وبرلماني وحكومي لها، كما يتضح أنه على الرغم مما حظيت به من مكانة متصدره في دراسات فقهاء القانون الدستوري، إلا أنه لم يتم تبنى مفهوم، أو تعريف موحد لحالة الضرورة، بل جاءت متعددة وأحياناً مختلفة، لكنها تلتقي على أنها حالة تنتج عن وضع استثنائي، بسبب خطر وشيك يتعدى دفعه بالإجراءات العادية، وفقاً للقوانين القائمة، أو الإجراءات والتدابير العادية، مما يضطر السلطات إلى اللجوء لتدابير استثنائية بشكل مؤقت لمواجهةها (بدير، و خليل، 2018، ص3)

واستناداً لموقف جمهور فقهاء القانون الدستوري في غير موضع، وفي إطار تصديهم لمفهوم حالة الضرورة، فقد أبانوا أنها تمثل الخطر الجسيم الذي لا يمكن تداركه بالوسائل العادية، مما يجعل السلطات العامة في الدولة تُقدم على التضحية باعتبارها المشروعية (طوقان، 2008، ص 39)

يرى أنصار نظرية الضرورة فإن الدساتير والقوانين وجدت أصلاً لحماية النظام العام وحقوق ومصالح الشعوب ولتنظيم العلاقة بين السلطات، لكن في حال قيام ما يهددها، ولا تتوفر وسائل قانونية لمواجهة ذلك التهديد فإن الضرورة تقوم كأساس لرخصة إصدار السلطة التنفيذية للتشريعات اللازمة لمواجهة، باعتبارها أولى بالحماية، وهذا ما قضت به القاعدة الرومانية القديمة بأن سلامة الشعوب فوق القانون (الجرف، 1963، 157). من خلال تركيز السلطات بيد السلطة التنفيذية كغاية لسرعة التصرف، لكن بشرط أن تكون تلك الوسائل لازمة لمواجهة الخطر (غبريال، 1988، ص 23).

وبالإطلاع على كيفما وردت نظرية الضرورة في النظام الدستوري الفلسطيني كأساس لممارسة الرئيس لصلاحيته التشريعية بشكل استثنائي، وبالرغم مما رافقها من غموض بشأن مفهومها، إلا أنه يمكن القول أن المشرع الدستوري الفلسطيني قد جاء متشدداً بشأنها عندما استخدم عبارة "لا تحتتمل التأخير" في وصفه للضرورة، كأساس لقيام الاختصاص للرئيس لممارسة اختصاص التشريع بشكل استثنائي طبقاً لنص المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، دون أن يمنع ذلك القول أنه لم يعكس تشدده بالتحديد صراحة للحالات التي تمثل الضرورة، أو على الأقل في بيان مجالاتها لضمان عدم التوسع للسلطة التنفيذية بالتشريع.

كانت نظرية الضرورة قد نُظمت في فلسطين في زمن لانتداب البريطاني وفقاً للدستور الأصلي بموجب المادة (3) التي الغت المادة (17) من دستور 1922، بأنه يكون للمندوب السامي السلطة التامة لوضع القوانين الضرورية لتوطين الأمن والنظام وانتظام الحكم في فلسطين بدون إخلال بالسلطات المستقرة في جلالته أو المحتفظ بها لجلالته بمقتضى هذا المرسوم مع مراعاة الشروط والقيود التي تنص عليها التعليمات التي قد يصدرها له لجلالته مختومة بختمه وتوقيعه أو بواسطة الوزير ويشترط في ذلك أن لا يصدر قانون قيد الحرية التامة في العقيدة ويحول دون حرية القيام بالشعائر الدينية على اختلاف أنواعها إلا بالقدر الذي يكون ضرورياً لحفظ النظام العام والآداب العامة، ولا يصدر أي قانون من شأنه أن يميز بين أهالي فلسطين على أي وجه كان على أساس العنصر أو المعتقد أو اللغة..."

وبموجب المادة (21) من القانون الأساسي لسنة 1955 الذي كان مُطبّقاً في قطاع غزة زمن الحكم المصري فقد جاء النص فيها تحت عنوان صلاحيات المجلس في الأحوال غير العادية على أنه "إذا طرأت أحوال غير عادية تتعلق بالأمن العام أو النظام وتتطلب اتخاذ تدابير عاجلة فللمجلس التنفيذي أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون على ألا تكون مخالفة لهذا القانون الأساسي وينتهي العمل بهذه القرارات بقرار يصدر من المجلس التنفيذي" وكذلك ما نصت عليه المادة (28) من دستور 1962 بأنه "إذا اقتضت الأحوال اتخاذ تدابير عاجلة لا تحتتمل التأخير فالمجلس التنفيذي ان يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرضها على المجلس التشريعي عند انعقاده وتظل نافذة ما لم يقرر المجلس التشريعي إلغائها".

أما بموجب الدستور الأردني لسنة 1952، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد (1093) ص (3-15)، والذي كان مطبقاً في الضفة الغربية فقد نصت المادة (94) على أنه "عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحللاً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتتمل التأخير..."

في حين كان قائد المنطقة العسكرية بعد احتلال إسرائيل لمنطق الضفة الغربية وقطاع غزة يجمع في يده السلطات الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية، استناداً إلى المناشير العسكرية الصادرة عنه في 5/حزيران من عام

1967، وإلى القوانين والأنظمة التي كانت سارية قبل إعلان الدولة العبرية (جامعة بير زيت، المراحل الانتقالية لنقل السلطات والصلاحيات وتغيير المسميات وأثرها على التشريعات السارية، 2008) وبموجب الاستناد إلى حالة الضرورة لممارسة السلطة التنفيذية لصلاحيات التشريع، فإنه يتم تركيز الاختصاصات في الدولة في يد شخص أو جهاز واحد، وعادة تكون السلطة التنفيذية (الرئيس أو الحكومة) وفقاً لنظام نظام الحكم، بما يجعلها تتحكم بشكل واسع وهي تمارس اختصاصات السلطات الأخرى بما تراه مناسباً للدفاع عن المصالح الحيوية ومواجهة الأخطار التي تهدد الدولة (غبريال، 1988، ص 28).

وتماهياً مع عدم الاتفاق على مفهوم واضح للضرورة، جاء عدم الاتفاق بشأن جعل صلاحية تقديرها بيد السلطة التنفيذية بشكل مطلق، وهذا ما يُستدل عليه من خلال تناقض الأحكام الصادرة عن القضاء الدستوري بشأنها، سواء في مدى إطلاق السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية، أو في امتداد الرقابة القضائية للتحقق من توافرها. ففي الوقت الذي قالت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، بشأن مسألة تقدير حالة الضرورة أن "تقدير حالة الضرورة أمر متروك لرئيس السلطة الوطنية، وله الحرية الكاملة في مباشرة سلطته الاستثنائية دون أدنى قيد، إذا تحققت شروط انعقادها، وأن تخويل رئيس السلطة الوطنية الإجراءات التي تقتضيها الظروف الاستثنائية - أي حق اتخاذ جميع الإجراءات لمواجهة الظروف غير محدد". الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 3/2007، والصادر بتاريخ 2009/5/26، الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد (117)، الصادر في 2016/1/24، ص (66-69). فيما يلاحظ أن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية بمناسبة نظرها لطعن معروض عليها أنها مدت رقابتها للتحقق من مدى توافر شرط الضرورة كأساس لممارسة السلطة التنفيذية لصلاحيات التشريع، حيث جاء في حكمها أن "مبررات إصدار القرار بقانون محل الطعن المائل ارتكزت على التنسيب الصادر من محافظة سلطة النقد وهيئة سوق رأس المال بحيث جاء القرار بقانون لتنظيم المعاملات المالية في البورصة الأجنبية بهدف حماية الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين على حد سواء في ظل ظروف أزمة مالية هددت النظام المالي، وبالتالي الاقتصادي بالانهيار وفي ظل ظروف أحاطت المتعاملين في البورصة الأجنبية وعرضتهم لعمليات النصب (الاحتيال)، وتسريب أموال المواطنين إلى الخارج لانعدام الرقابة المالية على نشاطاتها. وحيث أن الظروف التي تمسك بها المطعون ضده ارتقت إلى حالة الضرورة التي لا تحتمل التأخير واستدعت إصدار القرار بقانون محل الطعن تحصيناً لاقتصاد بلادنا بنشاطاته المختلفة المتصلة حلقاته ببعضها البعض وسهل التأثر أمام أية أزمة اقليمية ودولية، يغدو الطعن للسبب البين أعلاه غير وارد ويتعين رده". كما جاء في الحكم الصادر عن المحكمة العليا الفلسطينية بصفتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 3/2009، الصادر بتاريخ 2010/4/13.

فيما بينت المحكمة الدستورية المصرية العليا أنه: "وان كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقاً للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب، إلا أن ذلك لا يعني إطلاق هذه السلطة في إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور". أنظر، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية، بشأن نظرها للقرار بقانون رقم (44) لسنة 1979 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية الصادر عن رئيس الجمهورية في غيبة مجلس الشعب، الصادر بتاريخ 1985/5/4، المنشور في المجموعة، الجزء الثالث، ص 195. (الشريف، 1998، ص 81).

المطلب الثاني- تمييز نظرية الضرورة عن نظرية الظروف الاستثنائية

كثيراً ما يختلط الأمر بشأن نظرية الضرورة، والعديد من المفاهيم المشابهة، لتبدو وكأنها مصطلح واحد، فيما ذلك مخالف للحقيقة، بغض النظر عن مدى التشابه، أو قيامها لذات الأسس والأسباب، ومنها نظرية الظروف الاستثنائية، ونظريات أخرى كنظرية السلطة التقديرية، وحالة الطوارئ، وأعمال السيادة، والاستعجال، فيما الصحيح أنه رغم تعدد القواسم المشتركة التي تجمع نظرية الضرورة مع تلك المفاهيم المشابهة، إلا أن التمييز بينهم يبقى قائم، وبشكل واسع أحياناً.

فنظرية الظروف الاستثنائية الأكثر قرباً من نظرية الضرورة، تعد من النظريات الأكثر خلطاً من حيث المفهوم، ولا سيما عندما يتم توصيف الحالة غير العادية التي تكون الدولة تمر به، وتمارس فيها السلطة التنفيذية سلطات واسعة بذريعة حماية البلاد.

يعرف الفقيه (ريفرو) الظروف الاستثنائية بأنها الأوضاع المادية التي تؤدي إلى وقف العمل بالقواعد العادية التي تطبقها الإدارة لتطبيق قواعد المشروعية الخاصة بالأزمات (الطماوي، 2014، ص70).، فيما يعرفها الفقيه (VEDEL) بأنها وضع غير عادي، وخطر يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة للمحافظة على المصلحة العامة مع عدم إمكانية إعمال القواعد العادية (Georges. V, 1976, P1996)

وكان الفقه قد ذهب في مجال التمييز بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة إلى العديد من المعايير، من بينها ما يتعلق بالمدة الزمنية التي قد تمتد كل منها إليها، والتي قد تطول أو تقصر (الجوهري، 2005، ص52). ومنهم من ذهب بالتمييز بينها على أساس مدى اتساع النطاق، ومجال التطبيق، والشمول والاتساع (خليل، 1982، ص155). وحسب الفقه الفرنسي فإن حالة الضرورة هي حالة مؤقتة تستند إلى ظرف طارئ، أو قوة القاهرة، في حين أن الحالة الاستثنائية كالحروب قد تدوم لفترات طويلة، وذلك ما استدعى التمييز بين الضرورة التي قد تكون فترتها عابرة وقصيرة، وبين الحالة الاستثنائية التي قد تمتد لفترة طويلة، الأمر الذي يؤدي عملياً إلى استبعاد قواعد المشروعية بالقدر الذي يمكن السلطة التنفيذية من مواجهة تلك الظروف (فريتخ، 2006، ص13).

وبالمقابل، فقد كان من يرفض التمييز بين حالة الضرورة والظروف الاستثنائية، ويرى بأن المصطلحين يعبران عن حالة واحدة، وأن التمييز بينهما غير مبرر، ولهذا يأتي في كثير من الأحيان استخدام المصطلحين كمترادفين لمفهوم واحد، سواء كان ذلك بسبب الشروط المتطلبة، أو الغاية المراد تحقيقها منها (البناء، 1992، ص93)، وهذا ما يتضح عندما يُقال أن الدولة لا تملك الخروج عن القوانين واللوائح العادية، بينما تستطيع في حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية، بما يشير وكأنهما حالة واحدة أو متطابقتين (عبد الحافظ، 1979، ص210).، وكما يلاحظ أيضاً أن الفقه كثيراً ما استخدم مصطلحي الضرورة والظروف الاستثنائية لذات المفهوم (بدر، 2016، ص157)، (جاسم، 2007، ص237).

ويشير رأي الغالبية من فقهاء القانون الدستوري أن الضرورة تمثل أحد أهم الأسس القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية غير أن الرأي بشأن أساس نظرية الظروف الاستثنائية لم يستقر، لا في الفقه ولا القضاء، لعدم الاتفاق على تكييف طبيعتها، وبقي باتجاهين، الأول يقول أنها نظرية قانونية وقد حمل لواءها المدرسة الألمانية التي برأها أن الدولة من حقها إقرار السيادة، وهذا يتطلب إصدار التشريعات، كشكل من أشكال السيادة، والتعبير عن الإرادة، غير أنها تمارس سلطاتها في إطار القانون التي تقره، ولهذا قيل انها تقيد نفسها، ومن هنا اشتهرت الفلسفة الألمانية بالتمييز الذاتي للدولة. إلا أنه رغم خضوع الدولة للقانون إلا أنها تمتلك سلطة تقديرية في الملازمة بين مصالحها وبين القانون، في حال تضاربت، ويكون لها الحق في تجاوز القانون والتضحية به في سبيلها، وذلك على قاعدة ان القانون ليس إلا وسيلة لغاية حماية الجماعة، وفي حال لم يؤدي هذه الغاية أو تضارب معها وجب التضحية بها في سبيل سلامة الدولة وحماية مصالح

الجماعة، ويخلص الفقه الألماني إلى أن نظرية الضرورة تعتبر حق دفاع شرعي يبيح للدولة الخروج على الحدود التي رسمها القانون المكتوب، ولكونه حق دفاع شرعي بالتالي مانع مسؤولية، وتبعاً لذلك لا يحق للأفراد المطالبة بتعويضهم عما يلحق بهم من أضرار. والرأي الثاني للمدرسة الفرنسية التي تقول أن الدولة تخضع للقانون حتى في ظل الأزمات والظروف الاستثنائية (هبة، 1973، ص32)، ومنهم الفقيه (هوريو) الذي ذهب إلى القول في معرض تعليقه على بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي قام بوضع الضوابط الخاصة بها بتحديد شروطها، وإضفاء مشروعيتها من نوع خاص على أعمال الإدارة الصادرة في ظلها إلى القول بأن نظرية الظروف الاستثنائية تقوم على أساس فكرة الضرورة (نجاح، 2018، ص50)، وهذا ما اتفق معه د. أحمد فتحي سرور بأن حالة الضرورة هي الأساس الفلسفي للظروف الاستثنائية وللسلطة التنفيذية فيما تتخذ من تدابير استثنائية، كما تمثل مجموعة من المعايير في ممارستها كمعيار وحيد للشرعية الدستورية، ومعيار في الموازنة بين المصلحة العامة من جهة، وحقوق الأفراد وحرّياتهم من جهة أخرى (سرور، 2000، ص787)..

في حين كان جانب من الفقه يرى أن هذه النظرية موجودة في الفقه الإسلامي، مستندين في ذلك إلى قاعدتي (الضرورات تبيح المحظورات)، و (الضرورات تُقدر بقدرها)، لكن بالمقابل كان هناك من يرى أنها معروفة ومقررة قبل الإسلام من خلال تطبيقات وردت في الشريعة اليهودية والمسيحية (جاسم، 2007، ص240).. وفي إطار الموقف من التشابه بين نظريتي الضرورة والظروف الاستثنائية، وبأنهما وجهان لعملة واحدة لكثرة التداخل بينهما، أو أنهما مختلفتان، فقد ظهر في ذلك اتجاهان:

■ الاتجاه الأول يرى من حيث العنصر الزمني أن حالة الضرورة تعتبر مؤقتة من حيث محدودية الزمن وقصره، وفي حالة استمرت فإنها تصبح ظرفاً استثنائياً، أما من حيث النطاق فإن الظروف الاستثنائية تُعد أوسع وأشمل من نظرية الضرورة، لكون الأولى تؤدي إلى توسيع مبدأ المشروعية بما يسمح للسلطة التنفيذية من مواجهة الأزمات (الطماوي، 1991، ص121).

■ الاتجاه الثاني فإنه لا يميز بين النظريتين، حيث يعتبر نظرية الضرورة ونظرية الظروف الاستثنائية تعبران عن ذات المعنى، ولا خلاف بينهما (غبريال، 1988، ص24)..

غير أن ما سلف من تأصيل وتوضيح لنظرية الظروف الاستثنائية، وتمييز لها عن نظرية الضرورة، يفتح الباب أمام سؤال كبير يخص الحالة الفلسطينية الاستثنائية التي تم الاستناد إليها كحالة ضرورة منذ حزيران 2007، ليمارس الرئيس لصلاحيته التشريعية، استناداً إلى نص المادة (43) من القانون الأساسي، الناظمة لحالات الضرورة، ورافقها الجدل القائم على سؤال مفاده: إلى أي مدى تصلح المادة (43) الناظمة لحالة الضرورة لاستمرار الاستناد إليها في إصدار التشريعات؟

وفي محاولة للإجابة على ذلك التساؤل، فإنه يمكن القول أن حالة الضرورة والمتفق على مفهومها من قبل جمهور واسع من الفقه، فإنها تتمثل بالخطر الجسيم الحال، والتي تقوم بموجها للرئيس وفقاً للنظام الدستوري الفلسطيني بممارسة صلاحيته التشريعية لدفعه، ليس من المنطقي أن يستمر تكييف ظروف نشأت، وتحولت إلى واقع معاش، واستمرت منذ ما يقارب العقد والنصف إلى أنها "ضرورة لا تحتل التأخير"، لأسباب عديدة أهمها أن الخطر قد بدأ واستقر كحالة معاشة، وتم التأقلم والتعامل معه كأمر واقع، وذلك يختلف عن المقصود بالضرورة التي لا تحتل التأخير.

المبحث الثاني: التنظيم التشريعي لحالة الضرورة

إن المشرع الدستوري الفلسطيني، وعلى أهمية اعترافه بنظرية الضرورة كأساس لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع، طبقاً لنص المادة (43)، إلا أنه لم يأت على تنظيمها، بالتنصيص على ضوابط وشروط ممارستها بشكل واضح، باستثناء وصفها بأنها "لا تحتل التأخير".

وفي ظل سكوت المشرع الفلسطيني عن التنصيص الواضح بشأن الضوابط التي يمكن الاستناد إليها في تحديد حالات الضرورة، يثور السؤال إن كان المقصود من عدم التحديد هو إطلاق سلطة الرئيس في تقديرها، بغض النظر عن ما يمكن أن يترتب على ممارستها لصلاحية التشريع وفقاً لسلطته التقديرية.

المطلب الأول- شروط قيام حالة الضرورة:

لم تتفق الدساتير في إطار اعترافها بنظرية الضرورة على تحديد الشروط الواجب توفرها ليُقَال أن الحالة التي نشأت تمثل ضرورة، لتقوم استناداً لها للسلطة التنفيذية ممارسة صلاحية التشريع، بل جاءت متباينة رغم ذلك الاعتراف بها، فيما يتعلق بشأن التنصيص على شروطها، ومنها من غيبتها، كما المشرع الدستوري الفلسطيني. ولذلك، فإنه من الأهمية البحث فيما هو واجب من شروط، ضماناً للشرعية الدستورية، سواء كانت تلك الشروط، شروط الموضوعية، أو شروط الشكلية.

أولاً- شروط موضوعية

سكت المشرع الفلسطيني عن تحديد الشروط الموضوعية لحالة الضرورة في حين كان قد جاء التنصيص في دستور فلسطين المعدل سنة 1923 في المادة (17-1-أ) على أنه " يكون للمندوب السامي السلطة التامة لوضع القوانين الضرورية لتوطيد الأمن والنظام وانتظام الحكم في فلسطين بدون إخلال بالسلطات المستقرة في جلالته أو المحتفظ بها لجلالته بمقتضى هذا المرسوم، مع مراعاة الشروط والقيود التي تنص عليها التعليمات التي قد يصدرها له جلالته مختومة بختمه وتوقيعه أو بواسطة الوزير (حروب، 2018، ص88). على خلاف اهتمامه بتحديد شروط حالة الطوارئ، تاركاً سلطة تقديرها للرئيس، وذلك ما أكده القضاء الدستوري الفلسطيني، في غير حكم صدر عنه.

وبالمراجعة لما نصت عليه المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني، بشأن توصيف حالة الضرورة، نجد أن المشرع قد استخدم عبارة "التي لا تحتل التأخير" كشرط ملازم لحالات الضرورة للاعتراف بصلاحية ممارسة التشريع من قبل الرئيس في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، والتي تفيد بحكم معناها الاستعجال والسرعة للمعالجة، نظراً لما يمكن أن يترتب في حال عدم التدخل، أو التراخي بالتدخل.

غير أن عبارة " لا تحتل التأخير" التي أقرها المشرع الدستوري بشرط الضرورة لتوفرها كشرط أول لقيام الصلاحية للرئيس بالتشريع، تشير بوضوح لمقصد المشرع بالتحديد، وعدم تركه للباب مُشرعاً للرئيس لممارسة صلاحية التشريع، على الرغم من منحه سلطة تقدير الضرورة، ومدى الحاجة لمواجهتها بالتشريع.

ومن الأهمية الإشارة هنا إلى أن التشريع المراد إحداثه، يُشترط أن لا يتوفر ما يقابله من تشريعات قائمة كافية لمواجهة الأوضاع الاستثنائية التي ظهرت، وإلا فإن تدخل الرئيس في مجال السلطة التشريعية بإصدار قرارات بقانون لا يجد مبرراً لها، طالما أن التشريعات السارية تؤدي الغرض المطلوب منها (ميمونة، 2016، ص128)..

وبالنظر للتجارب الدستورية في عديد الدول بشأن تنظيم حال الضرورة، وعلى وجه الخصوص بالشروط الموضوعية، نجد أن المشرع الدستوري الفلسطيني ليس وحده من أتى بالنص الفضيض والعام بشأنها، حيث نجد ما

يقابله على سبيل المثال، ما قرره الدستور المصري لسنة 2014 طبقاً لما جاء بنص المادة (156): "إذا حدث في غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير (...)" ونجد كذلك الدستوري الكويتي وفقاً لسنة 1962 وتعديلاته، بأنه قد جاء متفقاً تماماً مع ما جاء في الدستور المصري لسنة 2014، وفقاً لما جاء بنص المادة (71) بأنه: "إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو في فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز للأمر أن يصدر في شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون (...)"، والتي يظهر من خلال ما رسمه من ضوابط لممارسة السلطة التنفيذية لصلاحيته التشريعية، أنه قد تم الاكتفاء بإضفاء صفة الاستعجال على الحالة التي يجوز في التشريع، دون النص على محددات واضحة لتلك الحالة.

لكن بالمقابل، نجد أن الدستور المغربي لسنة 2011 لم يأت بأي نص يتعلق بالضرورة، أو حتى لذكرها كأساس لقيام الصلاحية للحكومة بالتشريع، سواء كان ذلك في الفترة الفاصلة بين الدورات، أو ما يصدر بموجب إذن عن البرلمان. وبالاطلاع على النصوص الدستورية التي وردت بشأن حالة الضرورة، فقد لوحظ غياب المحددات والضوابط لمجابهة احتمالية هيمنة السلطة التنفيذية، وهو ما تنبه له المشرع الدستوري الأردني الذي جاء أكثر توفيقاً من بين أقرانه المشرعين فيما جاء به من تنصيب بشأن ممارسة صلاحية التشريع من قبل السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان عند نشوء حالة ضرورة، وذلك بتحديدته أن القوانين المؤقتة التي تصدر عن مجلس الوزراء بموافقة الملك، تكون في حالات الكوارث العامة، والحرب والطوارئ، وعند الحاجة إلى نفقات ضرورية ومستعجلة لا تحتمل التأجيل.

وبالاستناد إلى ما سبق وأوردناه من تعريفات لرجال الفقه وفقه القضاء والفقه الدولي لحالة الضرورة، فإنه يتبين أن ثمة معايير كان من المفترض الاستناد إليها لممارسة صلاحية التشريع من قبل السلطة التنفيذية في ظل غياب نص بشأنها، تتمثل بما يلي (عوض، 1965، ص 673).

- 1- وجود خطر.
- 2- أن يكون الخطر جسيم.
- 3- أن الخطر الجسيم حال، أو على وشيك الوقوع.
- 4- أن يكون وقوع الخطر يهدد بقاء الدولة.
- 5- أن لا يكون الخطر قد نشأ بفعل من قبل الدولة.
- 6- أن لا يكون للدولة وسائل عادية لمواجهة، ولا يتحقق دفعه إلا بالتضحية بمصالح محمية بمقتضى القانون.

ثانياً- شروط شكلية:

تماهياً مع توجه المشرع الدستوري بشأن أسلوبه بالتنصيب العام، وما غلب عليها من غموض أحياناً في عديد المسائل، نلاحظ أن المشرع قد سلك بشأن الشروط الموضوعية لحالة الضرورة، ذات الطريق فيما يتعلق بالشروط الشكلية.

وبالنظر إلى ما أورده المشرع الدستوري الفلسطيني ليكون الاستناد إلى ما يسمى حالة الضرورة التي تقوم فيها الصلاحية للرئيس بالتشريع، يتضح أنه لم يأت النص طبقاً لنص المادة (43) إلا على أن يكون المجلس التشريعي في غير أدوار الانعقاد، وشرط لاحق لضمان مشروعية القرارات بقانون يتمثل بالعرض لها على المجلس التشريعي في أول جلسة له.

وبالبحث في الشروط الواجبة الإتيان من قبل الرئيس بمناسبة ممارسته لصلاحية التشريع، يتضح أنه لا يوجد شروط محددة لقيامها باستثناء شرط أن يكون المجلس التشريعي في غير أدوار الانعقاد، وأن الحديث عن شروط أخرى هي مجرد اجتهادات وتفسيرات من قبل رجال الفقه والقانون، وهي غير ملزمة له، ولا يمكن الاحتجاج بها لإبطالها.

ولخطورة ممارسة صلاحية التشريع من قبل السلطة التنفيذية دون شروط واضحة ومحددة تمنع خروجه عن الضوابط المقررة لها، تقوم الأهمية لمعالجة هذا القصور التشريعي بالتنصيص على تلك الشروط، بشكل أكثر تحديداً ووضوحاً، سواء كان ذلك فيما يتعلق بالشروط الموضوعية أو بالشروط الشكلية أسوة بعدديد من المشرعين. ونشير هنا إلى أنه من المشرعين الدستوريين الذين حرصوا على التنصيص على شروط ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحية التشريع، نجد أن المشرع الدستوري المصري قد جاء مشروطاً على الرئيس قبل أن يمارس صلاحية التشريع في حال كان مجلس النواب قائم (غير منحل) أن يوجه الدعوة لمجلس النواب لاجتماع طارئ لعرض الأمر عليه، وبالتالي يكون الحق لمجلس النواب أن يقرر بأن يصدر ما يلزم من تشريعات، أو يترك الأمر للرئيس ليتصرف. أما المشرع الدستوري المغربي فقد جاء بالتنصيص بشأن الشروط الشكلية لممارسة الحكومة لصلاحية بأن إصدار مراسيم قوانين تكون باتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في كلا المجلسين، والتي يرى جانب من الفقه أن دورها محدود، وأن موافقتها ليست مطلوبة بالنسبة لمحتوى مشروع المرسوم، كما أنها لا توافق بضرورة إصداره، وإنما هو اتفاق بتدخل السلطة التنفيذية في اختصاص العملية التشريعية، فيما الأهم في أصحاب ذلك الرأي أن اللجنة لا تمثل المجلس، ولا تتصرف باسمه، ولا تلزمه قراراتها (كعنة، 2013، ص 151)..

في حين نجد أن الدستور الفرنسي قد جاء بالنص في المادة (16) من دستور 1958، على الشروط الشكلية بشأن أعمال نظرية الضرورة، والمتمثلة بإجراء رئيس الجمهورية استشارات رسمية مع رئيس الوزراء، ورؤساء مجلس البرلمان والمجلس الدستوري، وتوجيه بيان إلى الأمة يعلن فيه أنه اتخذ القرار بإعمال المادة (16) من الدستور لمواجهة الظروف عن طريق رسالة يوجهها إليها عند اتخاذ الإجراءات الاستثنائية، وإن كانت بالرغم من أنها تعتبر مجرد إحاطة للأمة بالأوضاع الخطيرة التي تمر فيها البلاد، وتوضيح الأسباب التي دعت إلى استخدام هذه الإجراءات، إلا أنها تخلق نوعاً من المشاركة والتماسك بين رئيس الجمهورية وأفراد الأمة في وقت تتعرض فيه البلاد لأزمة حادة، كما أنه إجراء ضروري يمكن للأمة العلم بقرارات رئيس الجمهورية، باعتبار أن هذا البيان، أو الرسالة، وسيله قانونيه لتبرير تصرف رئيس الجمهورية في نظر الرأي العام (جمال الدين، 2003، ص 161)..

المطلب الثاني: نتائج الأخذ بنظرية الضرورة

تفرض ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحية التشريع استناداً لحالة الضرورة نتائج عديدة، سواء ما كان منها السلطات أو على الأفراد، لا يمكن حصرها في وجهة واحدة، تأخذ الوجه إيجابي، ويمكن أن تأخذ الوجه السلبي، وذلك ما يمكن أن تحدده الظروف التي تُمارس فيها، ومدى الانضباط للضوابط المحددة لها:

أولاً: نتائج إيجابية

لما كان الأصل العام بأن اختصاص التشريع يعود للمجلس التشريعي كاختصاص أصيل، فإن قيام الصلاحية بالتشريع للسلطة التنفيذية تكون نتيجة وليس سبباً (ابو علي، 2015، ص 190). أهمها غياب المجلس التشريعي، وقيام أسباب موجبة محددة من قبل المشرع الدستوري لتدخلها، ومحاطة بضوابط وقيود، وإلا غدا تدخل السلطة التنفيذية اغتصاباً لسلطة التشريع.

وبالاطلاع ضوابط ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحية التشريع، في النظام الدستوري الفلسطيني، ومنها توفر الضرورة، يتضح أنها جاءت في صيغة نص عام، لم تأت محددة لمعايير محددة، كما هو الحال في عديد الدساتير، كما أوضحنا سابقاً، تحسباً لاستغلال السلطة التنفيذية لرخصة التشريع، بل تركت أمر تقديرها للرئيس.

غير أن العمومية التي جاء التنصيص بها على شرط الضرورة، يرى فيها جانب من الفقه أمراً إيجابياً، لكون تلك العمومية تجعل الصلاحية مفتوحة بيد السلطة التنفيذية لممارسة صلاحية التشريع بما يمكنها من مواجهة أي ظرف

يشكل خطراً على الدولة، أو يهدد استقرارها، وأن ذلك لا يجب أن يكون مدعاةً للخوف من استغلالها من قبل السلطة التنفيذية، لكون ممارسة صلاحية التشريع تبقى مقيدة بشروط وضوابط أخرى، ولكون مآلها سيكون للخضوع للرقابة البرلمانية، لتتأمل إن كانت قد صدرت فعلاً لضرورة أم لا (ابو علي، 2015، ص182)..

بيد أنه وعلى أهمية الرقابة البرلمانية على ما يصدر عن السلطة التنفيذية من تشريعات، فإن ذلك لا يعني اعتبار التنصيب العام بشأن شرط الضرورة بالصورة التي خرج بها أمراً إيجابياً، وبأن ذلك لا يجب اعتباره مصدر قلق لاحتية خضوعها للرقابة البرلمانية، وهي رقابة لاحقة، لكون الرقابة قد يتأخر موعد قيامها، كما حدث في الحالة الفلسطينية، وذلك ما قد يؤدي إلى استغلال تأخر انعقاد المجلس التشريعي لفترة طويلة، وبالتالي سريان القرارات بقانون لفترة زمنية تمتد لسنوات.

كما أن انعقاد المجلس التشريعي وممارسة رقابته على ما صدر من قرارات بقانون، ليس بالضرورة أن يكون ضماناً لإلغائها لكونها صدرت في غير ضرورة، ولا سيما إذا ما كانت السلطة التنفيذية تتمتع بأغلبية نيابية. ولذلك، فإننا نرى أن التنصيب على قيود أكثر تحديد وصرامة بشأن ممارسة صلاحية إصدار قرارات بقانون من قبل السلطة التنفيذية، لا يجب أن يتعارض مع إتاحة المجال للسلطة التنفيذية بالقيام بواجبها في حماية الدولة ومجاهاة المخاطر، لكن شريطة أن تبقى منضبطة للقواعد الدستورية على الوجه الصحيح، وأهمها أن تكون متعلقة بالضرورة التي لا تحتمل التأخير، بمعنى أن ما يصدر من قرارات بقانون يجب أن يكون متعلقاً بالظرف الاستثنائي محل الضرورة، وأن تكون معالجته بالتصدي له بالقدر الضروري لمواجهته، وفقاً لمبدأ "الضرورة تقدر بقدرها"، وهذا ما أراده المشرع الدستوري، الذي لم يكن تتجه إرادته حتماً من تلك الإجازة لتوسيع نطاق النفوذ للسلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية الأصلية (بشناق، واللحام، 2017، ص23).

وقد أحسن المشرع صنعاً بأن جعل التنظيم الدستوري للضرورة سابقاً لحدوثها، تجنباً لأن تأخذ السلطة التنفيذية على عاتقها التصدي وفقاً لسلطة تقديرية قد يغلب عليها التغول والهيمنة والمساس بحقوق الأفراد. ونشير هنا إلى ما كان قد أبان عنه الفقيه (Jellinek) في تبرير نظرية الضرورة بأنه: "من الأمور الطبيعية أن تواجه الدولة والحكم حالات تفرض اتخاذ تدابير فورية، يجب في الأحوال العادية أن تصدر عن طريق التشريع، فإذا أنكر الدستور على الحكومة أن تحل محل السلطة التشريعية، فإنما يعمل بذلك على إيجاد حالة يجب تجنبها، ذلك أن القوى الطبيعية للدولة تميل إلى ملئ الفراغ في التنظيم القانوني، وتجد الحكومة نفسها مضطرة تحت ضغط الحوادث إلى مواجهة الضرورة على مسؤوليتها بكل الوسائل المتاحة لها، وعلى المشرع فيما بعد أن يرتب الأمور، بحيث يسبغ على تلك التدابير المتخذة صفة المشروعية التي تزيل انتهاك القانون الشكلي (الغالي، 1998، ص134).

ثانياً- نتائج سلبية

في مقابل الموقف الذي يعتبر الإبقاء على شرط الضرورة بصيغة عامة فضفاضة، والذي اعتبره جانب من الفقه ما يؤدي إلى نتائج إيجابية، فإننا واذ نتفق مع تمكين السلطة التنفيذية من مواجهة حالة الضرورة بما فيها من أخطار تعصف بالدولة، وما يلزم لها من توسيع لصلاحياتها لإنجاح مهمتها في التصدي لها، إلا أن ذلك لا يجب أن يؤدي بأي حال من الأحوال لتكون معول هدم للقواعد الدستورية، وإطلاقاً ليد السلطة التنفيذية دون ضوابط، بل يجب التأكد دوماً أن ما يصدر عنها لا يخرج عن قواعد المشروعية، وإلا عدت باطلة.

وبالمطالعة لما جاء التنصيب عليه في المادة (43) من القانون الأساسي الفلسطيني بشأن ضوابط ممارسة السلطة التنفيذية لصلاحية التشريع، فإن العمومية التي جاءت عليها توفر مساحة واسعة للسلطة التنفيذية لممارسة

صلاحيه التشريع في مجالات قد لا تكون ضرورية للتشريع بشأنها، بل يمكن القول إنها جاءت كسلطة مطلقة في تقديرها، في ظل ترك مسألة تقديرها للسلطة التنفيذية ممثلة بالرئيس.

كما ويساعد السلطة التنفيذية بالتشريع متجاوزة الحدود المقررة لها دون رادع، والهيمنة على اختصاصات مقررة للسلطة التشريعية، هو عدم خوفها من هدم ما ترتب عن ما تصدره من قرارات بقانون، وما ترتب من أوضاع وعلاقات ومراكز قانونية خلال الفترة السابقة لتاريخ صدور قرار برفضها حين عرضها، طبقاً لنص المادة (43) التي تنص على أنه " (...) أما إذا عُرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

كما يسهم امتناع المحكمة الدستورية العليا عن مد رقابتها بشأن شرط الضرورة لما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات بقانون، في تصرف السلطة التنفيذية وكأنها مشرع أصيل، لا يناقشها أحد فيما تقرر من صوابية تشريع بشأنه، حيث جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، بشأن شرط الضرورة وتقديره: " أن إصدار تشريعات لمواجهة هذه الظروف والمجلس التشريعي غير موجود لغيبته بسبب العطلة أو لحل أو توقف الجلسات، هنا يكون لرئيس الجمهورية أو لرئيس السلطة الوطنية أن يحل محل البرلمان أو المجلس التشريعي، ويصدر التشريعات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية لحين عرضها على المجلس التشريعي صاحب الاختصاص بأمر التشريع وأن تقدير قيام حالة الضرورة أمر متروك لرئيس السلطة الوطنية وله الحرية الكاملة في مباشرة سلطته الاستثنائية دون أدنى قيد إذا تحققت شروط انعقادها، وأن تخويل رئيس السلطة الوطنية الإجراءات التي تقضيها الظروف الاستثنائية - أي حق اتخاذ جميع الإجراءات لمواجهة الظروف - غير محدد، ويكون نطاق هذه الإجراءات في جميع المجالات دون تحديد في ميدان معين.

ورداً على القول بأن مسألة ممارسة الهيمنة من قبل السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في ظل غياب الضوابط الضيقة لممارستها صلاحيتها التشريع أمراً مُبالغ فيه، وذلك لقصر الفترة التي تمارس فيها السلطة التنفيذية صلاحية التشريع، وأن العلاقات والمراكز القانونية التي يمكن أن تترتب ستكون في حدود ضيقة ومحدودة، فإن الحالة الفلسطينية التي بدأت في حزيران 2007، تشير بوضوح إلى أهمية وجود الضوابط والقيود على ممارسة هذه الصلاحية، والتي انقلبت إلى حلول كامل محل السلطة التشريعية، دون أن يتم إخضاع ما يصدر من قرارات بقانون لرقابة السلطة الأصلية للتأكد من مدى ملاءمتها.

النتائج:

بعد دراسة شرط الظرف المتمثل بالضرورة التي لا تحتتمل التأخير لقيام الصلاحية للرئيس بإصدار القرار بقانون، وفقاً للتنظيم الدستوري الفلسطيني، من حيث مفهوم الضرورة كيف جاء التنصيص عليها، وما اختلط عليها من مفاهيم فإنه:

- 1- يتضح بشكل جلي القصور التشريعي بشأن تحديد الظرف وعمومية الألفاظ الواردة بشأنه التي جاءت فيها، الأمر الذي ترك الباب مشرعاً لتقديرها من قبل الرئيس.
- 2- تبين أن صلاحية التشريع الاستثنائية التي أجازها المشرع الدستوري للرئيس، لا يتم اللجوء إليها إلا في أوقات الضرورة القصوى، والتي تم وصفها بأنها "لا تحتتمل التأخير"، ولا يجب أن تكون الخيار الأول للرئيس لاستخدامها، كما هو الحال في أنظمة دستورية أخرى كالمصري، الذي جعل الخيار السابق لاستخدامها هو العودة للمجلس التشريعي.
- 3- بيد أنه وعلى الرغم من خطورة اللجوء إلى استخدام صلاحية التشريع من قبل الرئيس، فإنه لا يعني بالضرورة أن نتائج استخدامها دوماً سلبية، بل يمكن ان يكون لاستخدام تلك الصلاحية نتائج إيجابية.

التوصيات والمقترحات.

- 1- التنصيص في القانون الأساسي على حالات الضرورة بشكل محدد، وكذلك شروط قيامها بما لا ييقمها سلطة تقديرية بيد الرئيس، وذلك ما يسهل التعرف على تعسف السلطة بمناسبة ممارستها لصلاحيات التشريع في حالات الضرورة.
- 2- على المشرع الفلسطيني تحديد حالات تحقق الظرف في نص الدستوري بشكل واضح دون غموض أو قابل للتفسير.
- 3- ترشيد استخدام صلاحية إصدار القرارات بقانون الواردة في المادة (43) من القانون الأساسي لسنة 2003 وتعديلاته، بحيث يتم مراعاة الشروط الواردة في هذه المادة، والتحقق من قيام حالة الضرورة الحقيقية لممارسة هذه الصلاحية.
- 4- التنصيص في متن القانون الأساسي بما يجعل خيار لجوء الرئيس لممارسة صلاحية التشريع استثناءً بعد العودة للمجلس التشريعي من خلال دعوته للانعقاد في جلسة استثنائية.

المصادر والمراجع.

المصادر

- الدستور الأردني لسنة 1952 وتعديلاته. المنشور في الجريدة الرسمية. العدد (1093).
- الدستور الكويتي، لسنة 1962 والذي أعيد العمل به سنة 1992.
- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003. الصادر بتاريخ 2003/3/18. الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع). العدد ممتاز2
- الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بموجب ظهير شريف رقم 1.11.91 بتاريخ 29 يوليو 2011. المنشور في الجريدة الرسمية في بتاريخ 2011/7/30. في السنة المائة. عدد 5964.
- الدستور المصري لسنة 2014. صادر بتاريخ 2014/1/18. المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع المصرية). عدد 3 (أ)

أحكام قضائية:

- الحكم الصادر عن المحكمة العليا بصفحتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 3 / 2007، والصادر بتاريخ 2009/5/26، الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد (117)، الصادر في 2016/1/24، ص (66-69).
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا الفلسطينية بصفحتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 3 / 2009، الصادر بتاريخ 2010/4/13، الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، في العدد (117)، الصادر بتاريخ 2016/1/24، ص (72-74).
- الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية، بشأن نظرها للقرار بقانون رقم (44) لسنة 1979 بشأن تعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية الصادر عن رئيس الجمهورية في غيبة مجلس الشعب، الصادر بتاريخ 1985/5/4، المنشور في المجموعة، الجزء الثالث، ص 195.
- الحكم الصادر عن المحكمة العليا الفلسطينية بصفحتها الدستورية في الطعن الدستوري رقم 3 / 2007، والصادر بتاريخ 2009/5/26، الجريدة الرسمية الفلسطينية (الوقائع)، العدد (117)، الصادر في 2016/1/24، ص (66-69).

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

- بدر، أحمد (2016). دور المحكمة الدستورية في تفسير النصوص القانونية. دار النهضة العربية. القاهرة.
- سرور، أحمد (2000). الحماية الدستورية للحقوق والحريات. الطبعة الثالثة. دار الشروق. القاهرة.
- هبه، أحمد (1973). القرار الجمهوري ووسائل رقابته. الطبعة الأولى. دار الكتب. القاهرة.
- الجوهري، خالد (2005). مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها. دار النهضة العربية. القاهرة.
- جمال الدين، سامي (2003). لوائح الضرورة وضمانه الرقابة القضائية (دراسة تحليلية للقرارات بقانون والأوامر العسكرية ومدى سلطة القضاء في الرقابة عليها بالمقارنة مع النظم المماثلة في فرنسا). منشأة المعارف. الإسكندرية.
- أبو علي، سعيد (2015). إشكاليات الرؤى الفلسطينية في تأسيس المحكمة الدستورية. الطبعة الثانية. منشورات دار الأمان. الرباط.
- الطماوي، سليمان محمد (1991). النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة). الطبعة السادسة. دار الفكر العربي. القاهرة.
- الطماوي، سليمان محمد (1979). مبادئ القانون الإداري. الطبعة الأولى. دار الفكر العربي. القاهرة.
- الجرف، طعيمة (1963). مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. مكتبة القاهرة الحديثة. القاهرة. مصر.
- الغالي، كمال (1997). مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية. الطبعة 8. منشورات جامعة دمشق. دمشق.
- خليل، محسن (1982). القضاء الإداري اللبناني ورقابته لآعمال الإدارة (دراسة مقارنة). دار النهضة العربية للطباعة والنشر. بيروت.
- ليلة، محمد كامل (1954). النظم السياسية. دار الفكر العربي، القاهرة.
- البنا، محمود عاطف (1981). الوسيط في القضاء الإداري، الجزء الأول. دار النهضة العربية. القاهرة.
- عبد الحافظ، محمود محمد (1979). القضاء الإداري. الطبعة السابعة. دار النهضة العربية. القاهرة.
- غبريال، وجدي ثابت (1988). السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة 74 من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها (دراسة تحليلية مقارنة) بالمادة 16 من الدستور الفرنسي. منشأة المعارف. الإسكندرية.
- Georges. V (1976) Dorit Administratif, ème de, P.U.F.

مقالات قانونية و أبحاث منشورة:

- جاسم، أمير حسن (2007)، نظرية الظروف، الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة. العدد (8). المجلد (14). مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية. العراق.
- بشناق، باسم، واللحام، محمد (2017)، القرارات بقانون في النظام الدستوري الفلسطيني ومشروعية إصدارها فترة الانقسام السياسي (دراسة تحليلية)، المجلد 25. العدد 1. مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية. غزة/ فلسطين.
- الشريف، عزيزة حامد (1998) الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، ورقة قدمت في المؤتمر العلمي السنوي الثالث/ المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على الصعيدين الوطني والدولي. جامعة المنصورة، القاهرة.
- عوض، محيي الدين (1965). دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والإقتصاد. العدد (2).

اطروحات ورسائل جامعية:

- نجاح، غربي (2018). حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة بين الرقابة الدستورية ورقابة القاضي الإداري. أطروحة دكتوراة. جامعة محمد لمين دباغين. سطيف 2. الجزائر.
- ميمونة، سعاد (2016). الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية ورقابتها في ظل الدستور الجزائري. أطروحة دكتوراة. جامعة أبو بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر.
- كعنة، حسناء (2013). إشكالية توازن السلط في النظام الدستوري المغربي. رسالة ماجستير. جامعة عبد المالك السعدي. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة/المغرب.
- حروب، عبير (2018). السلطات التشريعية للرئيس في النظام الفلسطيني (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير. جامعة القدس. فلسطين.
- فريتح، ناهد (2006). الرقابة القضائية على دستورية لوائح الضرورة (دراسة مقارنة) مصر- الأردن- فلسطين، رسالة ماجستير. جامعة القدس. فلسطين.

منشورات وتقارير:

- طوقان، زاهي (2008). القرارات بقانون الصادرة عن الرئيس وفقاً لحالات الضرورة. سلسلة إصدارات (3). الطبعة الأولى. مؤسسة مفتاح. فلسطين.
- جامعة بيرزيت. (2008). المراحل الانتقالية لنقل السلطات والصلاحيات وتغيير المسميات وأثرها على التشريعات السارية (لغايات عملية دمج التشريعات)..
- بدير، نوار، وخليل، عاصم (2018). حالة الضرورة. سلسلة دراسات القانونية. جامعة بيرزيت، فلسطين.