

مبدأ المشروعية

وضوابط خضوع الدولة للقانون

الدكتور
طعمه الجرف

مسمو إسمائيل في مصر

مبدأ المشرعية

وَضَوَائِبُ خُضُوعِ الدَّوْلَةِ لِلْقَانُونِ

٧٥ - ٧٤ هـ
مصادر في التاريخ

الدكتور

طعيمة الجبرف

أستاذ كرسي القانون العام
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

ملتزم الطبع والنشر
مكتبة القاهرة الحديثة

موضوعات الكتاب

الفصل الأول : الدولة القانونية وأساس خضوع السلطة للقانون .

- ١ - نشأة الدولة القانونية .
- ٢ - علاقة السلطة بالقانون وأثرها على مبدأ المشروعية .
- ٣ - تدرج النظام القانوني ومصادر المشروعية .

الفصل الثاني : تغير أحكام المشروعية بتغير الظروف .

- ١ - الظروف العامة والتمييز بين الاختصاص المقيد والسلطة التقديرية .
- ٢ - الضرورة ومدى نفاذ المشروعية في الظروف الاستثنائية .
- ٣ - تنظيم حالة الطوارئ في القانون المصري .

الفصل الثالث : مخالفة مبدأ المشروعية ، أثرها وأحكامها .

- ١ - بطلان أعمال السلطات العامة .
- ٢ - تنظيم الرقابة على أعمال السلطات العامة .
- ٣ - حجية الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة السلطات العامة .

تصدير

١ - أهمية مبدأ المشروعية :

يسود الدولة المعاصرة مبدأ ذو أهمية خاصة هو (مبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون) ومن مقتضاه (أن أعمال الهيئات العامة وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية ، في مواجهة المخاطبين بها ، إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها ، فإذا هي صدرت بالمخالفة لهذه القواعد ، فإنها تكون غير مشروعة ، ويكون لذوى المصلحة طلب إلغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة .

غاية الأمر أن القرارات النهائية للسلطات العامة تتمتع دائماً بقربة الصحة ، وعلى من يدعى العكس إثبات دعواه . بحيث إذا لم يصدر قرار بسحبها أو إلغائها في المواعيد المقررة ، أو لم يقض القاضي المختص بإلغائها فإنها تبقى ملزمة ونافذة المفعول شرعاً .

ولا خلاف في أن تقرير مبدأ المشروعية يمثل ضماناً جدياً للأفراد في مواجهة السلطة العامة حيث يكون هؤلاء بمقتضاه في مأمن من أن تعتدى عليهم الهيئات الحاكمة على خلاف ما قرره القانون .

فقد أصبح من المسلمات الآن ، أنه لا يكفي لحماية حقوق الأفراد وحياتهم العامة ، أن تتأكد سيادة القانون في شأن علاقاتهم بعضهم ببعض ، بل أصبح يلزم لتوكيد هذه الحماية أن يسود القانون علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عنها من هيئات عامة ، خصوصاً متى روعي ازدياد هذا النوع من العلاقات بعد انكماش فكرة الدولة الحارسة ، واندفاع الدولة المعاصرة في سياسة التدخل في مختلف أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي .

ضرورة خضوع الدولة للقانون ، يعتبر من عناصر دولة المذهب الفردى
الحر ، التى تجعل من حقوق الأفراد وحرىاتهم العامة أساساً لنظامها السياسى
والقانونى (٢) .

ومع صحة الملاحظة فإن مبدأ المشروعية فى تقديرنا ، ليس وفقاً على
دولة المذهب الفردى الحر وحدها . بالعكس فهو مبدأ عام ينطبق حكمه
باستمرار لدى كل مجتمع وفى مواجهة كل سلطة ، أياً كانت الفلسفة الاجتماعية
للنظام السياسى السائد . فالقانون وهو فى تقديرنا ينشأ تلقائياً مع نشأ الحياة
ذاتها ويعيش فى ضمير المجتمع تصويراً لمعنى العدل والصالح العام إنما يتطور
بتطور هذا المجتمع ليتسع دائماً لكل التغيرات التى تطرأ على معنى العدل
والصالح العام . وتبقى السلطة العامة محكومة به وخاضعة له دائماً ، إلا إذا
أرادت لنفسها أن تنحدر إلى التعسف والاستبداد .

وبعيداً عن كل تصور أن الدولة الاشتراكية يجب أن تكون حتماً دولة

وتطوير هذه الأهداف . إن مضمون قاعدة القانون هو الذى يتغير ، ولكن مكانها بالنسبة لمرجع النظام القانونى فى الدولة ، لا يتغير ولا يصح أن يتغير لأنها لا بد وأن تبقى دائماً فوق إرادة الحكام وأعلى من سلطات الدولة . وبعبارة أخرى فإذا كان لا بد من أن تعاد صياغة التشريعات واللوائح بما يسمح بمواكبة التحول الاشتراكى فإنه من اللازم كذلك ، أن هذا التحول الاشتراكى لا يصح أن يتم إلا طبقاً للقانون أو بناء عليه .

وهو ما يحفظ لمبدأ المشروعية نفاذه واحترامه فى الدولة الاشتراكية بما لا يقل عنه فى دولة المذهب الفردى . بل إنه مبدأ قديم يرجع فى التاريخ إلى ما قبل ظهور دولة المذهب الفردى الحر بكثير . إنه يرجع فى الماضى إلى التاريخ الذى أحس فيه الإنسان أن الحماية الجدية لحقوقه وحرياته إنما تركز على ما يقدمه القانون بحكم ثباته وخاصيته فى العموم والتجريد ، من ضمانات^(١) . وكان أول كسب أحرزته الشعوب فى هذا الشأن قديماً ، هو تدوين القواعد القانونية المستمدة من العرف ومن التعاليم الدينية . فقد ضمن الناس بهذا التدوين عموم العلم بالقانون ، مما أبعد عنه أن يكون امتيازاً قاصراً على طبقة الكهان أو الأشراف ومحاولاتهم الانفراد بتفسيره طبقاً لمصالحهم الخاصة على حساب مصالح المجموع^(٢) . ثم أضافت إليه الديمقراطيات القديمة أبعاداً جديدة ، كما أثرته التعاليم الدينية المسيحية والإسلامية بما ركزت عليه فى شأن حرية العقيدة ، والمساواة بين البشر كافة ، وسيادة الشرع فى مواجهة الحكام والمحكومين على السواء .

غاية الأمر فإن الحلول التفصيلية لمبدأ المشروعية ، تتشكل دائماً اتساعاً

(١) A, Bosc. les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre. R. D. P. 1926, 188.

(٢) الدكتور صوفى أبو طالب — مبادئ تاريخ القانون — سنة ١٩٦٧ — ص ١٦٧

وضيقاً ، مع ما تقدمه النظم السياسية المختلفة من حلول في شأن موضوع العلاقة بين السلطة *autorite* والحرية *liberté* ، لذلك تعرض لهذا المبدأ على طول التاريخ الحضارى ، لكثير من أسباب الازدهار من ناحية ولعوامل النكسة والانكماش من ناحية أخرى حسبما تتسع له مفهومات النظم السياسية المطبقة ، إلى أن استقر المبدأ ، في التاريخ الحديث كملازم حتمى لبزوغ الديمقراطية وانتشارها . فالديمقراطية وهى تنزع السيادة من الحكام والهيئات العامة العاملة فى الدولة ، وتردها إلى الشعب صاحبها الوحيد ، تقدم الأساس والركيزة لعلو القانون وسيادة المشروعية . حتى لقد استقر فى ذهن الفقه أنه ليس من الممكن تصور الدولة القانونية مهما حسنت نوايا الحكام إلا إذا نظم الحكم بطريقة الديمقراطية (١) .

ومع إقرارنا لهذه الحقيقة الجوهرية ، فلا بد لنا من أن نلاحظ أن الديمقراطية كغيرها من النظم السياسية ، لا تقيم بذاتها ضماناً ضد الاستبداد . ولكنها تغير من شكله فقط . فتقيم استبداد الأغلبية الحزبية داخل البرلمان مكان استبداد الملوك والقيصرة والزعماء . ولذلك نرى مع جانب من الفكر السياسى أنه لا ضمان للحقوق والحريات العامة ، حتى فى نظام يقوم على مبدأ السيادة الشعبية — طالما كانت محاولات الحد من سلطان الحكام لصالح البرلمانات لا توفر فى ذات الوقت الضمانات الجدية لتحقيق خضوع ممثلى الأمة أنفسهم للقانون (٢) .

٢ - الحقيقة فى مشكلة خضوع الدولة للقانون :

قامت فى وجه تحقيق مبدأ المشروعية ، عدة صعوبات يمكن حصر أهمها

فيما يلى :

(١) J. Raciú-Thèse-op. cit. p. 19.

(٢) A. Esmein-Elements de droit constitutionnel-2 edit 1927.

T.I.P. 28. L. Duguit-Lécons de droit public-op. cit, p 276.

أولاً : أننا لا نحس الدولة ، ولا نراها في واقع حياتنا اليومية إلا من خلال الحكام . فهؤلاء هم الذين يملكون السلطة ويتولون حق الأمر والنهي في الجماعة . ومن المسلمات ، أنه مهما يكن استعداد الإنسان لتقبل حكم القانون ومهما تكن درجة الدقة في التنظيم السياسي والقانوني للدولة ، فإن الحكام قد تخربهم السلطة وقد ينزع بهم حجبهم للسيطرة إلى محاولة الزيف من أحكام القانون ، دون أن تقوم لدى جمهور المحكومين وسيلة حاسمة لردهم عن التحكم والاستبداد .

ثانياً : أن الدولة في الفقه الدستوري التقليدي تعتبر شخصاً معنوياً عاماً ، وأنها على هذا التصور تملك وحدها حق السيادة الذي يرفض الخضوع ولا يقبل المسؤولية . وأن القانون بمقتضى هذا المنطق هو إرادة الدولة العليا صاحبة السيادة التي تفرضها بطريق القوة الجبرية عند الاقتضاء^(١) . فكيف يستقيم إذا القول بخضوع الدولة للقانون الذي تصدره ، ثم كيف يمكن أن يتوفر عنصر الجزاء لهذا القانون في مواجهة الدولة وهي التي تحتكر توجيه هذا الجزاء وتحريك القوة المادية ؟

والحقيقة ، فإن نقطة البدء في فهم فكرة الدولة القانونية وصحة تصورها ، تتمثل في ضرورة التمييز ابتداء بين فكرة السلطة السياسية Pouvoir Politique وأشخاص الحكام gouvernants . فإذا كنا لا نحس بالسلطة في واقع حياتنا العملية إلا من خلال الحكام ، وما يملكونه في مواجهتنا من قدرة الأمر والنهي ، إلا أن هؤلاء الحكام لا يمارسون السلطة ، باعتبارها امتيازاً أو حقاً شخصياً لهم ، ولكنهم بدءاً ، بالبرلمان ورئيس الدولة ومن دونهما من الهيئات العامة العاملة لا يظهرون على مسرح

(١) P. Roubier-Theorie générale du droit-1951. p. 59.

الحياة السياسية إلا من خلال وظائفهم وإختصاصاتهم المحدودة لهم سلفاً في قاعدة القانون المنظمة لتوليهم السلطة.

وعلى هذا التصور يتأكد مبدأ المشروعية باعتباره حداً على سلطة الحكام والهيئات العامة في الدولة مصدره قاعدة القانون الأعلى المنظمة للاختصاص. ويمثل الدستور قاعدة الأساس في هذا المجال. لأنه حين يحدد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية العامة التي يجب أن تعيش في ظلها جميع أوجه النشاط الفردي والحكومي على السواء، وحين يعين الأشخاص والهيئات العامة التي يكون لها حق التصرف باسم الدولة في نطاق هذه الاتجاهات العامة، فإنه يحدد فكرة القانون واجبة الاتباع التي يجب أن يلتزم بها الحكام إذا أرادوا لتصرفاتهم أن تكون مشروعة ونافذة (١).

وهكذا فإن مبدأ المشروعية لا يعنى في النهاية غير تأكيد ضرورة احترام الشخص العام أو الهيئة العامة لكل القواعد القانونية المنظمة لتوليهم السلطة والضابطة لصحة تصرفاته وقراراته. وذلك أيأما كان مصدر هذه القواعد (٢).

والقضاء الإداري في مصر وفرنسا مستقر على ذلك. ولكن هذا الخضوع لا يجبر ما يلزم أن تتمتع به الهيئات العامة من سلطة التقدير الحر لتصرفاتها حتى تتمكن من حسن أدائها لوظائفها على مقتضى الظروف وحتى لا ينقلب نشاطها آلياً يعطل سير المرافق العامة ويصم القانون بالجمود والتخلف عن مقتضيات الحياة اليومية السريعة التطور.

G. Burdeau Traite de science politique. T. III-1950 p. (١) 192 ets.

مؤلفنا « موجز القانون الدستوري » القاهرة سنة ١٩٥٩ - ص ١٣٧ - ١٣٨.
G. Vedel, Précis de droit Constitutionnel. 1940.

وذلك لأن القواعد القانونية وهي بطبيعتها قواعد عامة ومجردة يتعذر عليها في الغالب أن تواجه جميع الحالات الجزئية التي تنطبق عليها في المستقبل وأن تحدد بالتفصيل ما يجب اتخاذه في شأنها من قرارات . إنها تقف غالباً عند حد رسم البرامج وبيان الاتجاهات العامة تاركة للهيئات المنصرفة قدراً من حرية التقدير والملاءمة تعالج به الحالات الجزئية العملية على ضوء ظروف كل منها وملاساتها .

ومن ناحية أخرى فقد يطرأ على حياة الدولة من الظروف الاستثنائية (كأن تقوم حرب أو تندلع ثورة أهلية) ما يقتضي اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأمن والنظام العام وقد تلج الضرورة العاجلة في مثل هذه الظروف على خروج الدولة وقتياً وطبقاً لشروط خاصة على مبدأ المشروعية المقرر للظروف العادية حتى تتمكن من مواجهة الأزمة وتتلافى الخطر .

والخلاصة ، أن مبدأ المشروعية وإن كان مطاق النفاذ دائماً فإنه ترد عليه سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية بعض الضوابط التي تحدد مداه ونطاقه .

٣ - ضمانات نفاذ مبدأ المشروعية : ^{٢٤}

إلا أن مبدأ المشروعية في الحدود التي ينطبق فيها ، لا يزال في حاجة إلى حماية جدية تكفل نفاذه وتفرض احترامه على السلطات العامة .

وإذا كان من المعتذر حماية المشروعية في مواجهة السلطات العامة بالجزاءات المباشرة التي يحققها تحريك القوة الجبرية ، فإنه لا أقل من تقرير بعض الضمانات التي تسمح بكفالة نوع من الجزاءات غير المباشرة حتى يستقيم القول باحترام الدولة لمبدأ سيادة القانون (١) .

L Duguit — leçons de droit public op. cit. p. 174/175. (١)

فبدأ سيادة الدستور وما يؤكده - خصوصاً في إطار فكرة جمود الدستور من تقرير سمو القواعد الدستورية في مواجهة السلطات العامة عموماً والسلطة التشريعية خصوصاً يعتبر الركيزة الأولى لهذه الضمانات وذلك متى كفل النظام الدستوري تنظيم هيئة عليا للرقابة على دستورية القوانين .

ومبدأ الفصل بين السلطات ، وما يدور في فلكه من رقابة سياسية مباشرها الهيئات العامة كل على الأخرى ، هو كذلك أحد هذه الضمانات . فقد أثبت التاريخ دائماً ، أن كل إنسان يتمتع بسلطة معينة ، يقوم لديه ميل طبيعي لإساءة استعمال هذه السلطة والاستبداد فيها ، حتى يقوم في وجهه من يستطيع أن يوقفه عند حذره ، وذلك حسبما قرره Montesquieu مونتسكيو من أن « السلطة تحت السلطة » ، Le pouvoir arrete Le pouvoir .

وانتشار الوعي الديمقراطي وتأصل نظرية الحقوق والحريات العامة في ضمير الجماعات الحديثة مع انتشار الثقافة ونمو الوعي العام له أثره الضخم في زيادة الدور الذي يمكن أن يؤديه الرأي العام كضمانة أخرى لمبدأ المشروعية . فالحكام وقد بات يهددهم سخط الرأي العام وما عسى يولده خروجهم على القانون من رد الفعل لدى المحكومين ، يجدون أنفسهم في الكثير الغالب مضطرين إلى إحترام حكم القانون والنزول على مقتضاه .

ولعل أقوى هذه الضمانات جميعاً ، ما تقدمه النظم القانونية المعاصرة من حلول مختلفة في شأن تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الهيئات العامة . إذ لا شك في أن مناصرة الهيئات العامة أمام قاض متخصص يملك أن يناقشها تصرفاتها وأن يراجعها الحساب في مشروعية هذه التصرفات ، سوف يكون من أهم عوامل إرساء مبدأ المشروعية وفرض احترامه على الجميع .

٤ - خطة البحث :

ويبين من كل ما تقدم أن المشاكل التي يثيرها البحث في مبدأ المشروعية يمكن أن تتجمع حول ثلاثة موضوعات نعالجها على التوالي وفقا للتقسيم الآتي :

١ - الدولة القانونية وأساس خضوع السلطة للقانون .

٢ - تغير أحكام المشروعية بتغير الظروف .

٣ - مخالفة مبدأ المشروعية ، أثرها وأحكامها .

١ - تنظيم هيئتي عليا للقوانين والسياسة العامة

٢ - مبدأ الفصل بين السلطات .

٣ - انتشار الوعي الديمقراطي

٤ - تنظيم الرقابة القضائية على أعمال الهيئات العامة

الفصل الأول

الدولة القانونية وأساس خضوع السلطة للقانون

المبحث الأول

نشأة الدولة القانونية

أولاً : التطور التاريخي في اتجاه دولة القانون :

١ - في العصور القديمة :

يؤكد الباحثون في أصول الشرائع أن الوحدات البشرية البدائية (وهي الأسرة في رأى ، والقبيلة في رأى آخر ، والعشيرة في رأى ثالث) (١) . كانت - من وجهة النظر القانونية - تعتمد في تنظيم علاقاتها مع أفرادها على الدين والتقاليد . فقد كان رب الأسرة أو شيخ القبيلة يستمد من صفته كرئيس للديانة العائلية Culte Familial السلطة الكاملة على أفراد الجماعة بحكم ما ترسب في ضمير الإنسان البدائي من أن تقاليد الآباء والأجداد ، هي ما تريده له الآلهة من سلوك . أما في الخارج وفي محيط العلاقات مع الوحدات الأخرى ، فلم يكن مكان لغير القوة تحسم كل نزاع وترد كل إغارة بحيث من كانت له الغلبة ، كان الحق في جانبه (٢) .

وحين قام نظام المدن السياسية على أنقاض النظام البدائي ، لم تتغير

(١) الدكتور صوفي حسن أبو طالب - المرجع السابق - ص ٤٢ وما بعدها .
(٢) العميد علي بدوي - أبحاث في أصول الشرائع - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الخامسة من ١٧٦ وما بعدها .

M. Haurion-Précis de droit constitutionnel-1923-P. 257.
L. Duguit-Droit Constitutionnel T. I. op cit. p. 303.

القاعدة كثيراً ، فقد بقيت أحكام القانون تستند - كما كانت - إلى العرف والتقاليد ، وتأخذ من المعتقدات الدينية مصدراً للإلزام^(١) .

ومن ناحية أخرى ، فقد كان القانون في هذه العصور وفقاً على قلة من زعماء الكهنة أو الأشراف ، مما كان يؤدي إلى إنفراد هذه القلة بالعلم بالقانون ، وبتفسيره دائماً لصالح طبقتهم . وبعد صراع طويل ، أحس عامة الشعب أن جدية الحماية التي يمكن أن يحققها لهم القانون ، لا تتحقق إلا بتدوين العرف وبصياغته في نصوص ثابتة ومعلنة يعلمها الجميع ويعرف ماله فيها من حقوق وما عليه من واجبات^(٢) .

وبهذا بدأت المدن السياسية القديمة تعرف صورة بدائية ولكنها جوهرية من المشروعية . لأنه بتدوين العرف وبشروع العلم بالقانون بين طبقات العامة لم يعد للسلطات الحاكمة ولا لزعماء الكهنة والأشراف أن تتعامل معهم إلا وفقاً لما تقتضيه القواعد القانونية المقررة سلفاً على أساس من العمومية والتجريد والثبات .

ومن بين الأمثلة التي يقدمها التاريخ القديم لحركة الكتابة والتدوين للقواعد العرفية ، يمكن أن نذكر قانون (دراكون) سنة ٦١٠ ق.م وقانون (صولون) سنة ٥٩٤ ق.م في أثينا . كما يمكن أن نضرب المثل من قانون (حمورابي) في بابل وقانون (مانو) في الهند وقانون (جو) في الصين .

وشهدت روما مثل هذه التطورات . فقد بدأت حياتها السياسية منذ تأسيسها سنة ٧٥٤ ق.م بنظام ملكي مطلق ، حيث كان الملك هو رئيس الديانات ، يقرر القواعد القانونية ويفسرها تبعاً لما يراه مطابقاً لإرادة

(١) قصة الحضارة - تأليف ول ديورانت - الجزء الأول في أصل نشأة الحضارة - ترجمة

الدكتور زكي نجيب محمود - ص ٥٣ .

(٢) الدكتور صوفي حسن أبو طالب - المرجع السابق - ص ١٦٧ .

ودفعت الفلسفة الإغريقية القديمة مبدأ المشروعية خطوة جديدة إلى الأمام فمن خلال إيمانها المطلق بالعقل البشرى وبقدرته اللامحدودة في معرفة الحقيقة كاملة ، ومن خلال تجربتها في الحرية والديمقراطية أكدت خضوع السلطة لقانون العقل ولبادئ الحرية والمساواة على الأقل فيما بين المواطنين الأحرار. وكذلك وضع بعض مفكرى الرومان الأساس السياسى لدعم المبدأ وتوكيده . فقد انتهوا إلى أن السلطة العامة ، وما تنطوى عليه من حق الأمر والنهى ، يملكها الشعب الرومانى . ولكنه لا يمارسها بنفسه ، بل يفوض في ممارستها الحكام بموجب عقد سياسى Lex Regia وبذلك تحققت مقدمات الفصل بين حق السلطة وأشخاص الحكام الذين لا يملكون في شأنها غير اختصاص ممارستها Potestas ، ولا يظهرون فيها إلا من خلال وظائفهم المحددة لهم في عقد التفويض .

وعلى الرغم من ذلك ، بقى مبدأ المشروعية في العصور القديمة دون الحد الذى يؤكد خضوع السلطات الحاكمة لقيود قانونية خارجية مفروضة عليها وملزمة لها . وكان ذلك لسببين :

أولهما : أنه في مجتمع يعترف بنظام العبيد كظاهرة طبيعية مسلمة (اخذاً عن فلسفة أرسطو) فإن أكثر من نصف سكان المدينة السياسية كانوا خارج

للدفاع عنها ، ثروته لها ونحت تصرفها ، بل وحياته الخاصة ليست على أى وضع بمنجاة من هيمنتها المطلقة . وذلك باعتبار أن انضمام الإنسان إلى مجتمع المدينة ، هو ضرورة طبيعية يفرضها الطبع الإنسانى ، ثم هو فوق ذلك شرط الوجود الأحسن للإنسان ، باعتبار أن المدينة السياسية هى مركز هذا الوجود الأفضل ، ثم هى الغاية النهائية من تطور الإنسان الحضارى فى اتجاه السكال .

ولكن هذا المثل الأعلى لدولة المدينة، تعرض للاهتزاز من عدة نواح^(١) وبالفعل قامت محاولات كثيرة لتوحيد العالم اليونانى تحت زعامة (أثينا) كان أشهرها محاولة (بركليز) باسم حلف المدن الحرة ، التى تصدت له (اسبرطة) مما فتح الباب لحروب ممتدة بين المدينتين ، حتى كان الاسكندر المقدونى بكل ما ارتبط باسمه وبعبصره من محاولات فذة لتوحيد العالم اليونانى . ولقد ولدت كل هذه الأحداث ، لوناً جديداً من التفكير السياسى ، يبحث عن الوجود المثالى للإنسان فى مجتمع أوسع من مجتمع المدينة ، وتمثل الفكر الجديد فى المدرسة الأبيقورية ، ثم من بعدها فى المدرسة الرواقية . وأقامت الأبيقورية تفسيرها للدولة على أساس مبدأ المنفعة المبنية على التعاقد ، باعتبارها (عند أبيقرس) ليست شيئاً من عند الله الخدرة عقائد الإنسان وتوجيهه إلى الحقائق السرمدية ، ولا هى اكتشاف بالعقل ، مطلق وبمجرد ، ولكنها مجرد تنظيم وضعى صنعه الإنسان بيده . بقصد ترتيب حياته على أساس المنفعة ، بما يوافق بين مطالبه ومطالب الغير ، وبين حقوقه وحقوقهم وواجباته وواجباتهم .

وكذلك حاولت الرواقية ، الخروج بالإنسان من إطار عضوية دولة المدينة ، لتدخل به إطار عضوية المجتمع الانسانى الأوسع والأشمل على أساس [وحدة الطبيعة والله وأن الانسان جزء من الطبيعة والله ، وأن الناس جميعاً متساوون] .

(١) المدينة الفاضلة - مؤلفنا - القاهرة سنة ١٩٦٨ - ص ١٣١/١٣٢ .

وبالرغم من نزعها العالمية ، التي مهدت ، لكل ما سوف يأتي بعهدا في عصر الامبراطورية الرومانية ، ثم في إطار المسيحية ، فإن الرواقية غاصرت بقايا نظام دولة المدينة . ولذلك حاولت التنسيق بينها وبين تصورها العالمي . فأتجهت إلى أن للإنسان قانونان .

الأول هو قانون المدينة أى قانون العادات المحلية التي تختلف من مدينة إلى أخرى .

والثاني ، هو قانون المدينة العالمية وهو قانون العقل المنزه عن الخطأ الذي يجب أن يسمو وأن تكون له اليد العليا على العادات المحلية باعتباره المقياس الثابت لكل ما هو عدل وحق .

وبهذا التصور لقانون المدينة العالمية ، وضعت الرواقية نقطة بدء في محاولة تعريف القانون الطبيعي .
٢ - في العصور الوسطى :

يقول المسيح عليه السلام (إن ملكوت الله قدحان أو انهما) واختافت التفسير حول ما يعنيه [ملكوت الله - أو ملكة السماء] فقد رآها البعض مجتمعاً سعيداً يأتي في مستقبل الأيام ، حكماء هم الرسل ، يأخذ فيه من أعطى أو من أودى في سبيل المسيح مائة ضعف - وفهمها كثيرون على أنها طوبى شيعية ، والراجح في معنى ملكوت الله أنها ملكة أرضية ، أخلاقية مثالية تقوم على أساس الأخوة في الله ، وتصدر في عبادته واليقين به عن صفاء روحى حقيقى وعن صدق كامل يطهر ماتلوث به الناس من الشهوات والآنانية والفسوة . فالمسيح لم يكن يبشر بدولة جديدة ، بقدر ما كان يدعو إلى طام أخلاقي مثالي .

وفي الحق ، فإن المسيحية فيما نادت به من أفكار ومثل ، لم تأت في

أمام الله .

وكذلك ، بشر (سينيكا) بالمفهوم المسيحي للدولة على الأرض ، باعتبارها صنع الله ، تحوطها عنايته لتدبير شئون البشر ، ولتنير أمامهم طريق الخلاص من الشر المتأصل فيهم . بعد أن تردوا في الخطيئة ، وفقدوا برامتهم الفطرية .

ولكن المسيحية أضافت إلى هذا التراث الفكري القديم ، إيمانها الجديد بالوحي الإلهي والبعث والحساب . ثم أنها بتعاليمها ومثالياتها ، قد أوجدت مناخاً روحياً عميقاً لم يكن معروفاً في المجتمع الوثني .

وهي وإن سلمت بالفكرة القديمة للقانون الطبيعي ، إلا أنها أضافت إليها صياغة جديدة استمدتها من فكرتها عن الألوهية . فهي تجعل الله القادر ، فوق الطبيعة ، وتفهم القانون الطبيعي على أنه القانون الإلهي ، الصادر عن إرادة الله الواحد ، القادر والمسيطر .

والجديد الذي استحدثته المسيحية ، وكان بمثابة الثورة الحقيقية في المجال السياسي ، أنها أعطت لفكرة الوحدة الإنسانية مدلولاً جديداً تعتمد فيه على وحدة الطبيعة الإنسانية لدى كل البشر ، فالكل أبناء الله مهما اختلفوا في الحرفة أو القومية أو الجنس أو الثروة . ولذلك أنكرت المسيحية التمييز

من روح وجسد . وهو ما أدى بها إلى تصور وجود عالمين منفصلين هما عالم الروح وعالم الجسد ، وبالتالي وجود مراقبة مزدوجة تشرف على الحياة البشرية واحدة لعالم الروح والثانية لعالم الجسد ، وهو ما أدى إلى مجموعة من النتائج السياسية والدستورية ذات الاتصال الوثيق بفكرة الدولة وشرعية أعمال الحكام والباطرة .

١ - فالمسيحية دعوة إلى عبادة الله وحده ورفض الشرك به ، فهي ترفض فكرة تأليه الامبراطور وعبادته .

٢ - وهي إذ تأخذ بازدواجية طبيعة الانسان ، تصدر عن قاعدة ((ما لقيصر لقيصر وما لله لله)) ، ومن ثم رفضت فكرة الدولة ذات السلطان الكلي والشمولي الذي يتصل بأمور الحياة والموت والجسد والروح . فقد خرجت بكل ما يتصل بالروح والعقيدة والايمان بالله وبالعالم غير الفاني بعد الموت والبعث والحساب عن سلطان الدولة وسيطرتها .

خيرية العقيدة إذن منطقة محجوزة لا تمتد إليها سلطة الدولة وقانونها الوضعي .

٣ - والدولة تفريعاً على ذلك وإن كانت ظاهرة طبيعية وضرورية إلا أنها في المسيحية ليست ظاهرة تفرضها القوى التي تدفع الإنسان إلى الاجتماع وإنما هي من صنع العناية الإلهية لتدير حاجات البشر من الأرض ولإصلاح ما اعوج من أمورهم بسبب .

— على حد تعبير د سانت بول ، — بالعقيدة أيضا ، فالحكام هم أداة الله
Instrument de Dieu المنفذون لارادته على الأرض لفعل الخير ومنع الشر
ولكن سلطتها ليست حقاً لهم بل هي وظيفة Autorité fonction عليهم أدائها
بغير تعسف أو استبداد أو أنانية ، ولكن بموجب القوانين العادلة وللصالح
العام . وهم مسئولون عن ذلك أمام الله .

٤ — المسيحية ترى الدولة مجرد وجود مؤقت وتحضيرى للوجود الأساسى
الدائم وهو عالم الأرواح بعد الموت. ومن ثم فليس لسلطانها أن يمتد إلى حق
من حقوق الله ، ولا أن تحاول أن تحمل المحكومين على ما ينافى الأخلاق
المسيحية أو أن تجرى فى تدبير شؤونهم الدنيوية على غير قاعدة العدل
ومراعاة الصالح العام — فإن هى فعلت كانت سلطة غير شرعية .
ويمكن فى هذا الشأن أن نميز فى تاريخ المسيحية بين مرحلتين أو عهدين .

١ — عهد آباء الكنيسة ، : من تاريخ ظهور المسيحية حتى نهاية حكم
شرلمان. ويتميز هذا العهد بالدعوة إلى فكرة الحق الإلهى المقدس للامبراطور
الذى صاغها سانت بيير ، ومن بعده سانت بول . وخلاصتها أن الله يتدخل
بإرادته المباشرة ليصطفى الحكام ويودعهم أمر السلطة باعتبارهم وزرائه فى
أرضه ومفوضيه من لدنه فى حكم رعاياه Omnis potestas a Deo^(١) .
ومن ثم فهم لا يكونون مسئولين إلا أمام ضميرهم والله .

L Le fur — La Souveraineté et le droit — R.D.P. 1908 (١)
p. 412 Berthelemy et — fondement de l'autorité politique
R.D.P. 1915-p. 670.

الالهى Droit Divin Providentiel وخلصتها حسماً قرر سانت توماس Saint Thomas (أن السلطة العامة تأتي من عند الله ، ولكن الله لا يختار الحكام بإرادته ، وإنما يوجه الحوادث التي يسترشد بها الناس في اختيار نظام الحكم وأشخاص الحكام) وهكذا فالسلطة تأتي من الله ولكن بواسطة الشعب وباختياره Omnis Potestas a Deo per populum (١) .

ومن هنا ، ومنذ اعتنق قسطنطين المسيحية ، بدأ ينظر إلى الامبراطور باعتباره داخل الكنيسة وليس خارجها ولا فوقها ، فإذا تعسف في سلطته أو خرج بها عما تقضى به القوانين العادلة كان للأساقفة أن يحاكموه .
ومرت فكرة محاكمة الامبراطور بمرحلتين ، كان الأساس في المرحلة الأولى أن تجري محاسبته بالوسائل الروحية فقط ، وليس بالوسائل المادية .
وكذلك رفض (أمبروزو) فكرة الثورة ضد الامبراطور أو عصيانه ، ثم تعدل الموقف في مرحلة أخرى حين ميز توماس الأكويني Saint Thomas d'Acquin بين الدولة العادلة والدولة غير العادلة ، على أساس أن الدولة غير العادلة هي التي يلجأ فيها الأمير إلى اغتصاب السلطة عنوة دون وساطة الشعب أو قبوله (٢) . وانتهى إلى الدعوة إلى حق مقاومة الامبراطور والتمرد على طاعته ، ولكن المتأخرين من رجال الكنيسة لم يقفوا بحق المقاومة عند هذا المدلول السلبي ، فقد ذهب بون أفانتير إلى إقرار حق الشعب في أن يعزل الحاكم المستبد بالقوة كما قرر توماس كانتربولي حق قتله .

غير أن هذه الأفكار ، سريعا ما تراجعت أمام ضغط الحوادث ، لأنه
بانهيار الامبراطورية الرومانية المقدسة سنة ٩١١ م ، وتقلص نفوذ السلطة
السياسية المركزية قام على أنقاضها نظام الاقطاع .

ويرى فريق من الباحثين أن سلطان أمراء الاقطاع لم يكن يعتمد على
حق في السيادة ، بقدر ما كان يعتمد على نوع من التعاقد Concordia بين
الأمير والتابعين ، تنشأ به رابطة شخصية تتمثل في التزامات متبادلة هي الخضوع
للأمير مقابل التزامه بصيانة الأمن وحماية أرواح الناس في المقاطعة (١) .

غير أن الحقيقة التاريخية ، تؤكد أن السلطة السياسية عادت مع نظام
الإقطاع إلى مظاهرها في التاريخ القديم . فقد سيطر الأمراء على أتباعهم
بموجب ملكيتهم لأراضي الأقاليم والمقاطعات . وبذلك اختلطت السلطة بحق
الملكية العقارية ، وأصبح أمير الاقطاع هو صاحب السلطة الوحيد لأنه
صاحب الأرض ومالكها الوحيد .

وفي مثل هذا النظام القائم على رقيق الأرض وملكية أمير الاقطاع
لأراضي الأقاليم ولحق السلطة السياسية فيه ، كان حتما أن تختفى فكرة الدولة
القانونية .

٣ - عصر النهضة ونظام الملكيات المطلقة :

وفرازا من مساوىء الاقطاع بدأت أوروبا حركتها في سبيل توحيد
الامارات الممزقة وجمعها في صورة الدولة القادرة على إقامة النظام وكفالة
الأمن وتحرير الانسان من التبعية للأرض ومن الخضوع للانسان . وبذلك
بدأ عصر النهضة ، تغذيه الحركات السياسية القومية التي انتهت في القرن
السادس عشر بقيام الدولة الحديثة على أساس ملكي مطلق .
وكان للظروف التي نشأت فيها الدولة الحديثة لمصلحة الملوك الصاعدين

(١) L, Duguit-Droit Constitutionnel — T. I, — op, cit, p. 445.

إلى الحكم على حساب امتيازات أمراء الاقطاع وسلطات البابا ورجال الكنيسة، أثرها في صياغة نظرية السيادة . فقد كان لا بد ، حتى تتحقق حركة التوحيد السياسية من أن تتركز السلطة في شخص الملك ، بحيث لا توجد سلطة أخرى في مملكته تعلوه أو توازيه .

ووجدت هذه الفكرة صداها في الفقه ، فكان ميكافيللي Machiaval سنة ١٥١٣ من دعائها في إيطاليا . فنادى في كتابه (الأمير Le Prince) بنظريته في الأمير المستبد الذي يحكم بالقوة حتى يحقق وحدة الدولة ويكفل لها الرخاء ورسوخ السلطان (١) .

وشايعه جيهان بودان Bodin سنة ١٥٧٦ في فرنسا ، فدافع عن سيادة الدولة ومجد سلطانها ، فهي تسمو على الأفراد وتعلو على القانون (٢) .

وكان توماس هوبز Hobbes ، رسول هذه الدعوة ونصير السلطان المطلق للملوك في إنجلترا . ونقطة البدء عنده أن الانسان حركة ، ومن الحركة يتولد الاحساس والشهوة والرغبة . وهي صفات عامة مشتركة عند كل الأفراد ، تتولد بينهم بسببها المنافسة ويثور فيهم عدم الثقة المتبادلة والغرور والطمع ، مما يدفع بهم إلى الحرب الدائمة .

ورغبة في حماية أنفسهم من شرور هذه الحياة (البدائية) ، لا يجد الأفراد مخرجا إلا في النزول نهائيا عن حقوقهم وسياداتهم بين يدي إرادة قوية تستطيع بما تتمتع به من سلطة عليا لا تقاوم ، وبما تتسلح به من أجهزة حازمة للعقاب ، أن تقيم القانون وتوفر الحماية والأمن لرعاياها . وهكذا تنشأ الدولة عن عقد اجتماعي ينقل به مجموعة الأفراد إلى (الأمير)

الذى لم يكن طرفا فى العقد ، السلطة القادرة التى نزل عنها الجميع بالاتفاق .
وبموجب هذا النزول النهائى يفقد الأفراد قدرة التمييز بين ما هو عادل وغير
عادل . ويصبح تقدير ذلك متروكا للأمير ، دون أن يكون لأحد حق مناقشته
أو تقدير شرعية أوامره (١) .

وفى وسط هذه الموجة الفكرية تجددت نظرية الكنيسة فى الحق الإلهى
المباشر . وراحت هذه النظرية تساند فكرة « هوبز » ، فى العقد الاجتماعى ،
بأنه يمكن للملكيات المطلقة على أساس أن الملوك هم وحدهم أصحاب السلطة
وهم وحدهم المصادر الرسمية للقانون لا يسألون أمام أحد ولا يخضعون
لقيد وضعى من صنع الناس . وإن كانوا مسئولين أمام الله .

وكان بوسيه Bossuet من أشد دعاة الملكية المقدسة فى فرنسا فهى
تمثل عنده نظام الحكم الأكثر قدما وشيوعا ، واتفاقا مع طبيعة
الأشياء . وهى تقوم فوق ذلك على خاصية القداسة . لأن الملوك هم وزراء
الله فى أرضه ، ولذلك كانت طاعتهم واجبة ، وكان عصيانهم عصيانا للرب
Sacrilège (٢) .

وإذا تتبعنا آثار هذا الفكر فى القانون العام الفرنسى فيما قبل الثورة
١٧٨٩ ، فسنرى كيف كان من شأنه أن تقررت منذ أوائل القرن الرابع عشر
الميلادى القاعدة التى تصور الملك إمبراطورا فى مملكته . وكان هذا القول
مقصودا به فى البداية الدفاع عن استقلال ملوك فرنسا فى مواجهة
الامبراطور . ثم تطور الأمر حتى انتهى بالمملكة الفرنسية إلى حد

G, Burdeau — Science politique — T, H-op, cit, p. 46, (١)
J, J chevallier — op, cit, p. 58.

J. J. chevallier, op, cit, P. 78/79, (٢)

اعتبارها نوعاً من الدومين الخاص للتاج ، فاندجحت الدولة في شخص الملك الذى يتمتع فيها بسلطات مطلقة غير محدودة ويملك فيها وحده حق السيادة على الصورة التى كان عليها الامبراطور الرومانى فى التاريخ القديم .

٤ — ثانيا : الدولة الحديثة والفصل بين حق السيادة وأشخاص الحكام :

(١) المصادر الفلسفية للدولة الحديثة :

ومع أوائل القرن الثامن عشر حدث تحول حاسم فى الأفكار والنظم السياسية والقانونية . فقد أثمرت دراسات القانون الطبيعى فى ميدانين :

الأول : أنها مهدت لانتشار تعاليم المذهب الفردى بما يقوم عليه من إيمان مطلق بالفرد وبقدرته على صنع حياته وتطوير هذه الحياة بما فيه سعادته وخيره ، ومن ثم سعادة وخير المجتمع كله باعتبار أن المجتمع لا يعدو أن يكون مجموعة أفراد . وعلى هذا الأساس يجب النظر إلى الفرد باعتباره أساس النظام الجماعى وغايته . وهو ما انتهى فى النطاق السياسى العام إلى مفهومات خاصة عن أهداف السلطة ووظائف الدولة ، فالدولة شر لا بد منه ، يجب أن تحدد سلطتها عند أضيق الحدود الممكنة ، وبما هو ضرورى فقط لحفظ الوجود الجماعى وحمايته ، وهو ما يعبر عنه بالدولة الحارسة التى تلتزم باحترام الحقوق والحريات العامة وبالعامل على صيانتها ومنع التعدى عليها باعتبار أن هذه الحقوق والحريات مناطق محجوزة للأفراد .

الثانى : أنها دفعت الفكر السياسى فى بحثه عن أصل الدولة إلى اتجاهات جديدة تجعل من حرية الفرد وبالتالي من حرية المجموع وهو ما يعبر عنه بمبدأ سيادة الشعوب قاعدة الأساس فى التنظيم الدستورى . ومنه تأكدت القاعدة أن الملوك ليسوا أصحاب حق شخصى فى السيادة . فالسيادة للأمة ،

شرعياً بممارسة وظيفة الحكم طبقاً لما تقرره الدساتير الصادرة عنها من شروط .

وكانت نظرية العقد الاجتماعي في صيغتها الجديدة عند «لوك» و «روسو» هي المحور الفكري والفلسفي لهذا الاتجاه الجديد .

ولتفصيل ما أوجزناه تسوق الآتي :

(١) القانون الطبيعي ونظرية الحقوق والحريات العامة (١) :

لا يكون فلاسفة القانون الطبيعي وحدة متجانسة ، متفقة في جميع الحلول ، وإنما تفصل بينهم كثير من الخلافات في التفاصيل والتفريعات . ولكنهم رغم ذلك يجتمعون حول نقطة بدء واحدة ، فهم جميعاً يستلزمون بوجود قانون طبيعي للحقوق والحريات العامة ينبع من طبيعة الإنسان ، يسبق الجماعة ويسمو على الدولة . فالطبيعة خلقت كل الأفراد أحراراً ومتساوين في هذه الحرية ، لم تفرق بينهم بسبب الجنس أو اللغة أو القومية أو الدين . كما لم تميز بينهم على عكس ما ذهب إليه أرسطو بين السادة والعبيد ، وإذا كان إحساس الأفراد بالضعف أمام الطبيعة ، قد ولد فيهم غريزة الحياة الجماعية ، فإنهم لم ينزلوا على مقتضى هذا الإحساس إلا رغبة منهم في تأكيد حقوقهم وصيانة حرياتهم الطبيعية . ومن ثم لم أن يهدف النظام الجماعي والقانون الصادر عنه

(١) ليست فكرة القانون الطبيعي من خلق فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر . فقد عرفها التاريخ القديم منذ نهاية القانون الروماني بمناسبة قانون الشعوب jus gentium وعرفه « شيشرون » بأنه القانون الثابت عند كل الأمم في جميع العصور . واشتهرت المدرسة الوسطى بتقسيمات توماس الأكويني للقوانين . هذه التقسيمات التي يميز فيها القوانين الإلهية ، والقوانين الطبيعية والقوانين البشرية . ثم تجددت دراسات القانون الطبيعي في أوائل القرن الثامن عشر وسيطرت على جميع اتجاهات الفكر الإنساني ويعتبر « جروسبيوس و « دودورف » من زعماء هذه المدرسة في صدر التاريخ الحديث .

إلى التسليم بهذه الحقوق والحريات ، وتنظيم ممارستها لأصحابها بما ليس فيه اعتداد عليها أو إهدارها . وكذلك لزم أن يقوم التنظيم الدستوري في الجماعة على أساس تحقيق هذا كله ورصد كافة الضمانات المحتمة لكفالاته .

وتفريعاً على ذلك استقرت فكرة الدولة الحارسة التي تتحدد أهداف سلطتها العامة في كفالة الأمن وإقامة القانون والنظام والعمل على الدفاع عن الإقليم وأداء العدالة وفض المنازعات بين الأفراد ومنع اعتداء بعضهم على بعض . أما بعد ذلك فيجب أن يتوقف نشاط الدولة وأن تلتزم سلطتها العامة الحياد بالنسبة لمختلف أوجه النشاط الاجتماعي والاقتصادي والثقافي والصحي . بحيث يترك كل هذا النشاط حراً للأفراد يمارسونه على أساس الحرية والمساواة وفقاً لقاعدة المنافسة الكاملة .

وتدور نظرية الحقوق والحريات العامة في الديمقراطيات التقليدية حول محورين أساسيين (١) .

الأول : المساواة ، ويقصد بها المساواة القانونية وليست المساواة الفعلية . ومعناها أن يتمتع جميع الأفراد بقدر متساو من الحماية القانونية وبما يخوله القانون للجميع من مكنات متساوية في التملك والتصرف والعمل وممارسة أنواع النشاط المختلفة وهي على نوعين :

- ١ - المساواة في المنافع (أمام القانون - وأمام القضاء - وفي التوظيف) .
- ٢ - المساواة في التكاليف والأعباء (أمام الضرائب وفي الخدمة العسكرية) .

(١) الدكتور السيد صبرى - القانون الدستوري - المرجع السابق ص ٢٤١ وما بعدها .
الدكتور عثمان خليل عثمان - « الاتجاهات الدستورية الحديثة » - دروس لطلبة دبلوم القانون العام وللسنة الأولى بمعهد العلوم المالية والإدارية سنة ١٩٥٦/١٩٥٧ ص ١١٠ وما بعدها .

على نحو يمنع الإسراف فيها على أن يكون تنظيمها بقانون أو بناء على قانون
وهي على ثلاثة أنواع :

١ - حريات تتعلق بالمصالح المادية للإنسان (الحرية الشخصية وحرية
المسكن وحرية التملك وحرية العمل وحرية التجارة والصناعة) .

٢ - وحريات تتعلق بالمصالح المعنوية للإنسان (حرية العقيدة
وحرية الفكر وحرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية تكوين الجمعيات
وحرية التعليم) .

٣ - ثم الحريات السياسية التي صنعت الديمقراطية على أساس من مبدأ
سيادة الأمة (حرية الترشيح والانتخاب وحرية تكوين الأحزاب السياسية
وحرية معارضة الأغلبية) .

(ب) مبدأ سيادة الأمة وميلاد الديمقراطية :

ومن الدعوة إلى القانون الطبيعي وحقوق الإنسان وحياته العامة، اتجه
الفكر السياسي في بحثه عن أصل نشأة الدولة اتجهاً جديداً يجعل فيه لإرادة
الأفراد دوراً أساسياً . فالإنسان قد اندفع إلى حياة الجماعة بإرادته وعلى
أساس الاتفاق مع الأفراد الآخرين بهدف إنهاء الحياة البدائية وتقبل
حكم القانون والنظام ، وبذلك تغيرت الفكرة الموروثة عن الدولة ولم تعد
من ثمرات القوة أو التفويض الإلهي . ولكنها أداة يخلقها الأفراد

البداية وارتضوا حياة النظام الجماعي (١).

ولكن فلاسفة العقد الاجتماعي ، وإن أجمعوا على أصل نشأة الدولة لم يصلوا رغم ذلك إلى نتائج موحدة .

ومرجع الخلاف أن فريقاً من هؤلاء الفلاسفة (هوز) على رأسهم فهم السيادة الشعبية على أنها قابلة بطبيعتها للتصرف فيها ، وأن الأفراد حين اختاروا حياة الجماعة نزلوا بالعقد عن سيادتهم وعن جميع حقوقهم وحررياتهم نزولاً كاملاً ونهايياً للأمير الذي لم يكن طرفاً في العقد الذي أصبح بموجبه صاحب الحق الوحيد في السيادة .

ولكن ، فريقاً آخر أمثال (هوتمان Hotmann) وهربرت لانجويه Hurbert Languet من فقهاء القرن السادس عشر . و (جوريو Jurieu) ولوك J. Locke من فقهاء القرن السابع عشر) انتهوا إلى تصوير السيادة الشعبية على أنها من الخصائص الطبيعية للأفراد ، لا تقبل بطبيعتها التصرف فيها أو النزول عنها ، ومن ثم فإن العقد الذي تم بين الشعب والأمير لانتهاء حياة الفطرة البدائية لم ينتقل السيادة إلى الأمير ، ولكنه فوضه فقط في ممارسة مظاهرها باسم صاحبها الأصيل وهو الشعب (١) .

(١) وفكرة العقد الاجتماعي فكرة قديمة عرفها الفسك الروماني حين فهم السلطة السياسية على أنها من حق الشعب الذي فوض الملك في ممارستها بموجب عقد سياسي . وعاشت الفكرة في القرون الوسطى . إذ بنى توماس الأكويني نظريته في التفويض الإلهي على أساسها كما اتخذت في العهد الانطاقي دلالة خاصة خلاصتها تموير العقد على أنه نوع من عين الولاء يؤدبه الناس لأمراء المناطعات وكان Marsile de padoue من دعاة العقد الاجتماعي في القرن الرابع عشر الميلادي ثم ازداد الحماس للفكرة في القرن السادس عشر والسابع عشر والثامن عشر على التفصيل الوارد بالمتن .

G. Burdeau science politique — T. II. — op. cit. p. (٢)
41 , M. Waline L'individualisme et le droit — Paris — 1949 p. 75.

وأضاف جان جاك روسو إلى النظرية إضافات جديدة جعلته بحق أبو الفكر الديمقراطي الحديث. ومحور تفكيره أن العقد الاجتماعي لم ينشأ بين شعب وأمير، ولكنه تم بين جماعة أفراد أحرار ومتساوين بالطبيعة، وليس بينهم سيد ومسود، وبالعقد نزل الأفراد جميعاً وبصفة نهائية وباتة عن مظاهر سيادتهم الفردية إلى كائن معنوي جديد، هو مجموعهم الذي تنفى فيه ذواتهم، والذي يصبح له، وهو المالك الوحيد للسيادة أن يتحكم وأن يجعل من إرادته القانون الأعلى الواجب الاتباع^(١). وينحصر حق السيادة عند «روسو»، في مهمة التعبير عن الإرادة العامة للمجموع، أى في أعمال التشريع وحدها دون أعمال التنفيذ أو القضاء. فهذه وتلك لا تتعلق بالإدارة العامة ولا تتصل بمضمون فكرة السيادة. ولذلك ينتهى «روسو» إلى أنه إذا كان التشريع لا يمارس إلا عن طريق الشعب صاحب السيادة، فإنه لا مانع من أن ينبىء الشعب عنه أعمال السلطة التنفيذية وأعمال السلطة القضائية ليمارسوا وظائفهم فى حدود ما تقرره القوانين وما تعلنه الإرادة العامة. وهو ما يفيد سيادة القانون على أعمال الهيئات الحاكمة التى لا تملك أن تخالفه وأن تخرج عليه^(٢).

٢ - أثر هذا الفكر فى بناء الدولة القانونية الحديثة :

بتأثير هذا الفكر تحركت الثورة ضد الدولة القومية الحديثة القائمة على مبدأ سيادة الملوك بهدف تطويرها ديمقراطياً والقضاء على القاعدة الدستورية

L, Duguit — Droit constitutionnel - T, I - op, cit - p, 430 (١)
et 5. J. J. Rousseau, Kant et Hegel — R.D P. 1018 — p, 178
et 5, G, Burdeau-science — politique - T, II—op, cit-p, 58 et 5
L. Lefur — la souverainete et le droit-op, cit, p. 39.

M. Duverger-Droit constitutionnel et institutions politiques
1956-p. 191.

(٢) الدكتور السيد مبرى القانون الدستوري - المرجع السابق - ص ١٧٠ - ١٧١.

مؤلفنا « موجز القانون الدستوري » - المرجع السابق - ص ٨٤ بند رقم ٦٢.

القديمة التي سادت في ظل هذه الدولة والتي أعلنها لويس الرابع عشر في قوله المشهورة «الدولة هي أنا L'état c'est moi»، فقد كانت هذه القاعدة هي الحجر الذي تتحطم عليه كل محاولة إخضاع الدولة للقانون (١).
ولكن التطور لم يأخذ ذات الطريق ولم يصل إلى نفس المدى في الدول المختلفة.

(١) ففي إنجلترا:

كانت الملكية التي تكونت منذ القرن الحادى عشر تحكم حكماً استبدادياً على مقتضى نظرية الحق الإلهى المقدس. فالملوك وحدهم هم أصحاب السيادة وإرادتهم هي القانون، وتحت ضغط الحوادث وثورة الأساقفة والبارونات اضطر الملك Jean، إلى إصدار العهد الأعظم Magna Charta سنة ١٢١٥. لينزل فيه عن حقه في الانفراد بإصدار القوانين، حيث أصبح ضرورياً أن يعرضها على مجلس يدعو إليه الأساقفة ورجال الأشراف التابعين للتاج. ومنه تكونت مع الزمن قاعدة تقضى بحرمان الملك من حق إلغاء قانون وافق عليه هذا المجلس.

وحين أراد أحد ملوك أسرة «استيوارت»، الانقضاض على العهد الأعظم والعودة إلى نظام الحكم المطلق، قامت ثورة سنة ١٦٨٨ التي انتهت بإعلان وثيقة الحقوق Bill of Rights وبها تحدت سلطات الملك، حيث حرم من حق إلغاء القوانين أو الإعفاء منها، كما حرم من حق فرض ضريبة بغير موافقة البرلمان.

وهكذا تطور نظام الحكم في إنجلترا من ملكى مطلق إلى ملكى دستورى يجعل السيادة شراكة بين الملك والشعب.
وظهر ذلك في ناحيتين.

(١) J. Raclu-Légalité et nécessité-op, cit, p. 41 et 5.

باعتباره النظام الذى يجعل أمر التوجيه السياسى للشئون العامة نتيجة تعاون بين البرلمان والملك .

الثانى : الملك وهو شريك فى السيادة لا يخطئ . لذلك فهو غير مسئول عن أفعاله سياسياً وجنائياً . فذاته مصونة لا تمس وهو فوق القانون .
(ب) فى الولايات المتحدة الأمريكية :

استلهم رجال حركة التحرير فى أمريكا الفكر السياسى الحر الذى نادى به مونتسكيو وروسو وغيرهم من مفكرى القرنين السابع عشر والثامن عشر ، كما كانوا يحكم علاقاتهم بالمملكة المتحدة يستهدفون إقامة نظام ديمقراطى تتحقق لهم فى ظله كل الضمانات والحريات التى قررتها وثيقة الحقوق المعلنة فى إنجلترا سنة ١٦٨٨ . وبتأثير هذا كله جاء إعلان الاستقلال فى الرابع عشر من يوليو سنة ١٧٧٦ وثيقة تاريخية تؤكد السيادة الشعبية وتقيم من فلسفة (المذهب الفردى الحر) ومن (نظرية الحقوق والحريات العامة) قاعدة الأساس للنظام الدستورى . فقد أكد فيه الثوار أنهم يسلّمون بالحقائق الثابتة التى تقضى بأن جميع الناس قد خلقوا أحراراً ومتساوين وأن الخالق قد وهبهم حقوقاً لا تبدل فيها ولا تحويل كحق الحياة والحرية والتماس السعادة والبحث عن الهناء . ولم تنشأ الحكومات إلا لى تضمن هذه الحقوق . فإذا قام نظام سياسى لا يحترم هذه الحقوق أو ينحرف عن الغاية فى ضمانها ، كان حقاً للناس هدم هذا النظام وتغييره^(١) .

(١) G. Vedel-Cours de droit public Licence 3 année-Faculté (١)
de droit de Paris-1949-50-p. 24.

(م ٣ - المشرعية)

الاستقلال والدستور الاتحادي فدبجت دساتيرها بإعلانات مشابهة تأخذ
فيها بفلسفة العقد الاجتماعي كقاعدة يصدر عنها نظامها السياسي وتقوم عليها
نظرية الحقوق والحريات العامة كهدف نهائي للسلطة العامة ، ولا تملك
الانحراف عنه (١) .

(ج) في فرنسا :

أخذ رجال الثورة سنة ١٧٨٩ كثيراً عن فلسفة « روسو » في حقوق
الإنسان وفي السيادة الشعبية ، فأكدت إعلانات الحقوق الصادرة إبان
الثورة وما أعقبها من دساتير أن السيادة للأمة ، وأنها واحدة لا تقبل الانقسام
ولا تسقط بعدم الاستعمال ، وأنه ليس لفرد أو لفئة من الأفراد أن تدعى
لنفسها حقاً فيها أو في ممارستها (المادة الأولى من دستور سنة ١٨٩١) ،
وأعلن الثوار أنهم بإعلانات الحقوق لا ينشئون حقوقاً جديدة ولكنهم
يعلنون الحقوق الطبيعية للإنسان التي جر تجاهلها ونسيانها في الماضي على الشعب
مساوياً كثيرة. لذلك وجب التذكير بها حتى تبقى ماثلة في المستقبل أمام السلطات
الحاكمة لتقارن تصرفاتها على أساسها تحقيقاً للغرض النهائي من كل تنظيم سياسي
وهو حماية الحقوق لأصحابها وكفالة حرية استمتاعهم بها. لأن هذه الحقوق
وهي تنبع من العقل ومن طبيعة الأشياء تسبق الجماعة وتعلو على القانون
وتسود أعمال السلطة العامة ، وعليه فإن ثورة الشعب المسلحة كما قرر إعلان
الحقوق الصادر سنة ١٧٩٣ تمثل أقدم واجبات الإنسان الطبيعية في وجه
الحكومة التي تغتصب الحقوق والحريات العامة .

وكذلك انتزعت الثورة الفرنسية حق السيادة من الملوك ووردته إلى الشعب

فحققت الفصل بين السيادة وأشخاص الحكام الذين لم يعد لهم من صفة أكثر من كونهم عمالاً لصاحب السيادة يعملون باسمه وحسابه طبقاً للقواعد التي تحكم اختصاصاتهم.

* * *

وعن هذه المصادر الفكرية والتاريخية بدأت الحركة الدستورية الحديثة على أساس ديمقراطي تحت دعوى التخلص من الماضي الثقيل بأهواله وحكمه الاستبدادي . فوضع على شاكلتها دستور بلجيكا سنة ١٨٣٠ ودستور إيطاليا سنة ١٨٤٨ . ثم ازداد النداء لهذه الدولة القانونية خلال القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، وعلى وجه الخصوص في أعقاب الحرب العالمية الأولى بعد أن خرجت الديمقراطية منتصرة على معاقل الحكم الاستبدادي في ألمانيا وتركيا . فوضع على أساسها دستور جمهورية ألمانيا (فبراير سنة ١٩١٩) ودستور يوغوسلافيا سنة ١٩٢١ ودستور بولونيا ورومانيا وتشيكوسلوفاكيا سنة ١٩٢٣ ، كما صدر الدستور المصري في أبريل سنة ١٩٢٣ مؤكداً أن الأمة مصدر السلطات ، ومقرراً باباً كاملاً في حقوق المصريين وواجباتهم . وانطلاقاً من مبدأ سيادة الأمة ذهب الفقه التقليدي في فرنسا إلى حد الاعتراف للأمة بالشخصية القانونية المستقلة عن الحكام والمحكومين على السواء ، وأن عضو البرلمان لا يمثل بالتالي دائرته الانتخابية ، وإنما هو مع غيره من الأعضاء وكلاء عن الأمة كلها (١) .

والفقه الحديث ينسكرك هذا النظر فليس للأمة عنده وجود قانوني متميز داخل الدولة التي تعتبر التشخيص القانوني للأمة ، وتميز عن الحكام

G. Burdeau—manuel de droit Constitutionnel-1947-p. (١)

18/19 L. Michoud—La Théorie de la personnalité morale. T.I—1932—P. 322-323. L. Duguit—Droit constitutionnel I—T. I—op. cit—P. 453 et 5.

والمحكومين على السواء وتملك وحدها حق السيادة ، وكان الفقيه الألماني جيرير Girber أول من صاغ هذه النظرية (ما بين سنة ١٨٦٥ ، سنة ١٨٨٠) وانضم إليه أغلب الفقه الألماني وعلى الخصوص Ibring, jellinek (١) وعندهم أخذ الفقه الحديث حتى أصبح بمثابة النظرية التقليدية في فرنسا ومصر على السواء . فقد قال بها من الفقهاء الفرنسيين كثيرون منهم Bremond, Esmein. Hauriou Carré de malberg. Michoud, Ribert أما في مصر فقد قال بها كل شراح القانون العام على الإطلاق (٢) .

والجدير بالذكر أن نقل التشخيص القانوني ومعه حق السيادة من الأمة إلى الدولة لا يغير شيئاً من حقيقة دور الحكام في الدولة المعاصرة . فهم على الحالين لا يمارسون الحكم على أنه من حقوقهم الشخصية إذ ما دامت السيادة للدولة وهم مجرد عمال في خدمتها يعملون باسمها ، فإنهم لا يزالون خاضعين للقواعد وللأحكام المنظمة لوظائفهم واختصاصاتهم ، الأمر الذي يدعم مبدأ المشروعية ويؤكدده .

(١) L. Duguit—La doctrine allemande de l'Auto-limitation de l'Etat C. D. P. 1919-H. 161-162.
H. Berthelemy—Le fondement de l'autorité politique — op. cit. P. 371. J. Raciou—légalité et nécessité — op. cit. P. 31.

(٢) الدكتور عثمان خليل عثمان والدكتور سليمان الطماوى - القانون الدستورى - سنة ١٩٥٤/١٩٥٣ - ١٠ ، الدكتور عبد الحميد متولى - الوسيط فى القانون الدستورى سنة ١٩٥٦ - ١١ ، الدكتور توفيق شحاته - مبادئ القانون الادارى - الجزء الأول - سنة ١٩٥٤/١٩٥٥ - ١٥٠ والدكتور محمد فؤاد مهنا - دروس القانون الادارى - ١ - السلطة الادارية - سنة ١٩٥٦ - ١٢٩ ، الدكتور سليمان محمد الطماوى - مبادئ الادارى المصرى المقارن - سنة ١٩٥٩ - ٤٣ .

وشارك المشرع المصرى هذا الاتجاه . فقررت المادة ٥٢ من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الصادر بالقانون المدنى الجديد « الأشخاص الاعتبارية هي :
١ - الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى ... » .

المبحث الثاني

علاقة السلطة بالقانون وأثرها على مبدأ المشروعية

أولاً : السلطة ضرورة اجتماعية :

الله الذى خلق الناس أحراراً ، لم يسو بينهم مساواة حسائية فى الملكات والمواهب والقوى والاستعدادات ، ومع الممارسة والتجربة تعمقت هذه الخلافات الطبيعية . وامتدت إلى نطاق الثروة ، فكان الغنى والفقر ، وإلى نطاق المعرفة فكان العلم والجهل ، وأصبح واقعاً فى حياة الناس أنهم ينقسمون إلى فقراء وأغنياء ، إلى جهال وعلماء . وبالجملة إلى ضعفاء وأقوياء ، ومن طبيعة الإنسان — ما لم يقم وأزع من دين أو رادع من سلطة — أن يتغول على الآخرين . مما يجعل الجماعة مسرحاً للصراع ، الصراع بين الأقواء والضعفاء من ناحية ، ثم بين الأقوياء بعضهم وبعض ، كل منهم يود أن يكون هو المتفرد بالقوة وبالسطوة .

ولئن كانت الجماعات البدائية فى عصور ما قبل التاريخ لم تعرف من هذا الصراع شيئاً إلا بمقدار ما كان يقوم بينها من إغارات وحروب استثنائية بالمرعى والكلا والماء ، فلأنها كانت تعيش فى داخلها وفيما بين أفرادها على مبدأ الشيوعية الكاملة حيث كل شئ للمجموع ، وحيث لا مجال للملكية أحد لشيء ، ولا مجال لاستئثار أحد منها بشئ ، ولكن حين تقدم التاريخ بالإنسان فحجر الرعى وصيد الحيوان على سفوح الجبال وانطلق إلى الوديان الخصبة يزرع ويستأنس الحيوان ويبنى القرى والمدن ، ويقم حضارة بدأت تظهر نوازع الاستئثار والملكية لحيازة الأرض والمرأة والعبيد ، وبدأت عوامل الصراع بين الأفراد تطفو للزود عن المبال والعرض والمسكن . وكان لابد من وازع يهدى الصراع ويقضى على الفوضى ويحيط بالنظام الجماعى بحميه ويصونه ، فظهرت فكرة الدين والعبادات ، كما ظهرت فكرة السلطة العامة .

وبغض النظر عن التفسير الذي قدمه ماركس لنشأة الدولة تاريخياً باعتبارها ظاهرة طبقية خلقتها طبقة الأقوياء لحماية أوضاعها ولضمان تسلطها واستغلالها للجماعات الضعفاء ، فإن السلطة العامة نشأت تاريخياً تحت إلحاح ضرورات النظام الجماعي لتوازن بين القوى المتصارعة ولتحقق بين جماعات الأفراد قدراً من التصالح يكفل لهم جميعاً حداً أدنى من الأمن يجبس نوازع الغرائز الفردية الأنانية وينمى فيهم الإحساس بالتضامن الاجتماعي ، حتى قيل بأنه حيث تنعدم السلطة (الحكومة) فإن الجماعة لا تلبث أن تتفكك وتنهار .

La ou il n'ya pas de gouvernement, le peuple se dispersera.

ومع التسليم بأن السلطة ضرورة اجتماعية ، فلا يزال السؤال المطروح هو كيف تسوس السلطة شؤون الجماعة والفرد على السواء. هل هي في خدمة الفرد أساساً ولحسابه لا تشغلها الجماعة إلا بالقدر الضروري الكفيل بتوفير الحماية والأمن وأداء العدالة لا أكثر ، أم هي في خدمة المجموع ولحسابه ، ولا يشغلها الفرد إلا بالقدر الذي ينمى قدراته لخدمة المجموع ويحوله إلى خلية لا حياة لها بغير هذا المجموع ، أم هي بين النقيضين لا تحابي أحدهما ولا تفرط في الآخر في محاولة دائبة لتحقيق التوازن المقبول بين الفرد والجماعة معاً . والحق ؟ هذه مسألة خلافية تعددت فيها النظريات والمذاهب السياسية بين اتجاهات فردية بحتة واتجاهات جماعية بحتة واتجاهات أخرى تضع السلطة في خدمة الوجود الجماعي من غير أن تصل إلى حد التضحية بالفرد وتقديمه قرباناً على مذهب الصالح العام .

ومهما تكن الغاية من أعمال السلطة العامة (صالح الفرد أو صالح الجماعة أو التوازن بينهما) فلا يزال السؤال ، وكيف يخضع الأفراد لأوامر السلطة ؟ هل بالخوف وحده ؟ أم بالاقتناع والرضا ؟ والحقيقة أن السلطة إذ تعتبر إطار الوجود الجماعي في صورته الحالية ، فإنها كذلك تمثل إطار هذا الوجود

في صورته المأمولة غداً. إنها إطار آمال الأفراد في المستقبل ، ومن هنا فإنها لا تستطيع أن تعتمد على القوة المادية وحدها لفرض الخضوع ، فالخوف مهما تكن أساليب الردع حاسمة وعنيفة لا يمكن أن يضمن هذا الخضوع أو يفرض استمراره . ولذلك قيل بأن السلطة لا تنشأ بالخضوع ، ولكنه الهدف الاجتماعي الذي تمثله السلطة ويتقبله الأفراد هو الذي يضمن هذا الخضوع ويؤكدده^(١) .

وإذا كانت السلطة تستند على رضا الأفراد بها وتقبلهم لحكمها ، فإنها لا تملك تدبير أمورهم بغير القانون الذي ينشأ مع الجماعة ويعيش في ضميرها تجسيدا لمثلها الأعلى في العدل وضبطا لحركتها في اتجاه هدفها الاجتماعي العام تحوطه وتحميه كل أنواع الجزاءات اللازمة كلها حاول البعض الخروج عليه أو الزينغ من أحكامه .

ومن هنا كان التلازم بين السلطة والقانون ، فهي لا تأمر ولا تنهى إلا بمقتضاء ، ثم هي كذلك ضرورة يفرضها وجوده ، حتى لقد قيل بأن السلطة ليست إلا القانون في وجوده الواقعي المتحرك ، فهي إذ تقوم على معنى تنظيم الحياة الجماعية في اتجاه الهدف العام والمشارك^(٢) ، لا تخرج في شيء عن معنى القانون ذاته . ورغم التسليم بهذه الحقيقة فلا يزال السؤال المطروح كيف ينشأ القانون ؟ هل السلطة هي التي تنشئه باعتباره صنع إرادتها ، وأحد أدواتها في تحقيق سياستها وفرض الخضوع لها ، أم أنه يسبقها فينشأ من مصادره الذاتية تلقائيا خارج إرادتها بحيث لا يبقى لها إلا أن

G. Burdeau-Science politique T. I. op. cit p. 238. (١)

G. Burdeau - Science Politique T. I. op. cit p. 221 (٢)

M. Duverger-Droit constitutionnel et institutions politiques-op. cit-P. 40.

تكون في خدمته ومن أدوات نفاذه . واختلفت وجهات النظر هنا مما كان له أكبر الأثر على الحلول المقترحة لمشكلة الجماعة والسلطة . وهو ما نوجزه فيما يلي :

ثانياً — السلطة والقانون في المدارس المثالية (مدارس القانون الطبيعي) :

رغم سيادة النزعة الوضعية في القانون في الوقت الحاضر ، فلا يزال لمدرسة القانون الطبيعي أنصار ومريدون^(١) كما لا يزال لهذه المدرسة انعكاسات كثيرة على الفكر والتشريع والتنظيم السياسى والاجتماعى في كثير من الدول المعاصرة^(٢) .

وتعتبر فكرة القانون الطبيعي ميدانا لفلسفة الإغريق القديمة التى اتخذت مدخلها العام فى التفكير (فى البحث عن الحقيقة) النظر إلى الكون الخارجى (إلى العالم الطبيعى) وانتقلت من البحث فى الموجودات ذاتها ، إلى البحث فى الوجود الكلى . حتى كان (سقراط) فانتقل بالفلسفة الإغريقية من العالم الخارجى إلى العالم الداخلى ، إلى الإنسان ونفسه وعقله ، بحثاً فى الطبيعة الإنسانية ، فى الأخلاق والسياسة .

والتزمت فلسفة اليونان فى المجالين ذات المنهج ، وهو محاولة رد كل المتغيرات العارضة فى الوجود الظاهرى إلى أصل واحد ، ثابت ، دائم ، لا يتبدل ولا يتغير ، فى محاولة للتفتيش وإكتشاف قانون الطبيعة الأزلى فى الحياة الإنسانية ، وفى النظم الاجتماعية والسياسية على السواء . وانتهى (سقراط) من كل بحثه إلى إقرار حقيقة أن [القوانين التى يلتزم بها المواطن الصالح ليست هى ما تضعه المدينة من أوامر فحسب ، ولكنها كذلك مجموعة القوانين العليا غير المكتوبة التى لا يرجع مصدرها إلى عمل

البشر، والتي هي خيرة لأنها نافعة، لأنها تساعد على تحقيق فكرة العدل، باعتبار أن العدل هو مقياس الفضيلة [١].

وانتقلت الفكرة إلى (شيشيرون) الفقيه الروماني الشهير ليزيدها إيضاحاً مقررًا أن [القانون الطبيعي هو قانون العقل مطابق للطبيعة ومسجل في القلوب، واحد أبدى لا يتغير ولا يتبدل، ولا يملك مجلس الشيوخ (السيناتور) حتى ولا الشعب مخالفته، كما لا يستطيع أحد أن يخرج عليه إلا إذا تجرد من طبيعته، وهو عندئذ يعرض نفسه لأشد العقاب، وأنه قانون للفضيلة والعدالة وإعطاء كل ذي حق حقه] [٢].

ثم تلقاها فلاسفة الكنيسة الكاثوليكية على العهدين (عهد أباء الكنيسة سانت أمبرواز - سانت بيزر، وعهد المدرسين توماس الأكويني) حتى اشتهر عن الفيلسوف الإكويني أن (القانون جزء لا يتجزأ من نظام الحكم الإلهي الذي يسيطر على كل شيء في السماء والأرض، وأنه قبس من حكمة الله التي ينظم بها العلاقات بين جميع المخلوقات، وأنه على مراتب:

الأولى - القانون الأزلي، وهو الوضع الأزلي للحكمة الإلهية التي تنظم الخليقة كلها. والذي يسمو على الطبيعة البشرية ويعلو عن مستوى فهم الإنسان، وإن كان غير غريب عن إدراكه.

الثانية - القانون الطبيعي، وهو انعكاس الحكمة الإلهية في المخلوقات، وهو يظهر فيما تغرسه الطبيعة في كل الكائنات الحية من خصائص مميزة. وهي في الإنسان الميل إلى الحياة الجماعية والرغبة في البحث عن الحقيقة وإنماء قدرة الإنسان في الإدراك.

(١) مؤلفنا في (المدينة الفاضلة بين المثالية والواقعية في الفلاسفة اليونانية) . القاهرة

سنة ١٩٦٨ - ص ٥٢ .

(٢) Jean Brethe de la Gressaye-et-Marcel Laborde la coste- Introduction générale à l'étude de droit-1942 p. 26,

الثالثة - القانون الوضعي أو القانون الإنساني ، وهو الذي يوضع خصيصا لبشر معينين . وهو لا يأتي بمبادئ جديدة ولكنه مجرد تطبيق للمبادئ العامة السائدة في القانون الطبيعي ، يضعه العقل ويستهدف الخير العام ويصوره من يرى شئون الجماعة .

ومن فلاسفة المسيحية أخذ (فيتور ياوسواريس في القرن السادس عشر ، ثم جروسوس وبفندورف في القرن السابع عشر) ثم من بعدهم فلاسفة حياة الفطرة البدائية والعقد الاجتماعي وفي مقدمتهم (لوك وجان جاك روسو) وما يزال الفيلسوف الألماني (كانت) على رأس القائمة من المفكرين الحديثين الذين انضموا إلى فكرة القانون الطبيعي وقدموا إليها إضافات هامة .

والخلاصة لدى كل هؤلاء ، أنه من الطبيعة ينشأ قانون يسبق السلطة ويعلو عليها وعلى قانونها الوضعي ، وأنه ثابت دائم لدى كل الشعوب وفي كل العصور لا يتبدل ولا يتغير ، يكتشفه الإنسان بالعقل . وطالما كان الأساس في السلطة العامة أنها لا تقوم على محض القوة المادية ولكنها تدير أمور الجماعة بالقانون ، فإنها تلتزم بالقانون الطبيعي ولا تستطيع الزيف على أحكامه ، وإلا انفصل قانونها الرسمي عن فكرة القانون ذاتها وما تحتضنه من معنى العدل ، مما يجرح الشعور العام ويهدد بردود فعل عنيفة قد تصل إلى حد الثورة . وهكذا فإن السلطة لا تقف من القانون موقف السبب من النتيجة ، فهي لا تنشئه ولكنها تعلنه لا أكثر .

ومع التقاء هؤلاء حول هذه الفكرة العامة ، فإنهم تشعبوا بعد ذلك حين تصدوا بالبحث لقاعدة القانون الطبيعي محاولين تحديد مضمونها وجوهرها .

ونميز في هذا الصدد بين اتجاهين :

١ - مدرسة القانون الطبيعي الفردي :

وتلقت مدرسة العقد الاجتماعي في القرن السابع عشر وعلى رأسها ((لوك ، وجان جاك روسو)) نظرية القانون الطبيعي واتخذتها مدخلا لفلسفتها وتأملاتها الفكرية عن مرحلة الوجود الطبيعي للإنسان في حياة الفطرة البدائية السابقة على نشأة المجتمع المنظم ، وانتهت إلى أنه بالقانون الطبيعي التابع عن ذات الانسان وخاصيته الآمية يبين أنه توجد لدى كل البشر طبيعة إنسانية عامة ومشتركة ، وأن الانسان بما ركب فيه بالطبيعة من عقل وتميز ، يتصرف دائماً مدركاً لغاياته قادراً على أن يحدد بنفسه الوسائل الكفيلة بتحقيق هذه الغايات ، ومن ثم فإن الفرد - بالقانون الطبيعي - يمثل كيانا ذاتيا ومستقلا ، يملك بالطبيعة حق الحرية وأن الأفراد جميعاً متساوون في حيازة هذا الحق .

فالأفراد جميعاً ، يولدون أحراراً ومتساوين بالطبيعة .

وإذا كان الإحساس بالضعف أمام قوى الطبيعة المادية من ناحية ، والغريزة الاجتماعية لدى الإنسان من ناحية أخرى ، قد ولد فيه حب الجماعة والسعى إليها ، فإنه لم يسع إلى الجماعة بحثاً عن حقوق جديدة أو حريات جديدة ، ولكن دعماً لحقوقه الطبيعية وتوكيداً لحرية كيانه . ومن ثم لزم أن يهدف القانون إلى حماية هذه الحقوق وهذه الحريات . ولزم أن يقوم التنظيم الدستوري في الجماعة السياسية على أساس تحقيق هذه الحماية . فالطبيعة قد ولدت في الإنسان غريزة الدفاع عن النفس والمصالح . ولما كان الإنسان هو الأقدر على تحقيق خيره ومعرفة ما ينفعه مما يضره ، وعلى تحرى أسباب هذا النفع والاختيار بين وسائله ، كان لزاماً على السلطة العامة ألا تقف منه عند مجرد احترام ذاته وضمان حقوقه ، بل عليها - فضلاً عن ذلك - أن تترك له الحرية في استغلال قدراته وفي البحث عن أسباب الخير الذي يطلبه لنفسه ، بحيث لا تتدخل في نشاطه إلا بالقدر

اللازم لمنع التعارض بينه وبين غيره من الأفراد ، حتى تضمن بين الجميع التوافق اللازم لتحقيق الأمن والسلام الجماعيين .

وكانت هذه الاتجاهات هي المقدمة الفلسفية للمذهب الفردي ، وما يقوم عليه من تقديس الإنسان الفرد ومنحه قيمة في ذاته ، والنظر إليه باعتباره محور النظام الجماعي وغايته . وهو ما انتهى في النطاق السياسي العام إلى مبدأ مسلم به في النزعة الفردية الحرة خلاصته إنه إذا كان لا بد من التسليم بالسلطة العامة كضرورة اجتماعية تحمي الإنسان من السقوط في عبودية المجتمع البدائي ، فلا بد وأن يكون ذلك على أساس إقرار أن السلطة ليست إلا ضرراً محضاً ولكنها ضرر ضروري ، ومن ثم فلا يجوز لها أن تتدخل إلا استثنائياً وحيث تقوم ضرورة ملجئة .

وعلى هذا النظر كانت الدولة في المذهب الفردي الحر دولة حارسة لا أكثر ، محورها الأساسي نظرية الحقوق والحريات العامة على أساس أن هذه الحقوق والحريات العامة تمثل الضمير القانوني للجماعة ، وتأخذ مكانها على قمة التنظيم الجماعي باعتبارها القاعدة الأم التي تصدر عنها السلطة العامة في كل ما تأخذ وما تدع من أمور الناس ، ومن ثم لزم أن يشكل القانون الوضعي على أساسها ، بحيث لا يكون مستطاعاً للسلطة العامة ولا للقانون الوضعي أن يمتد إلى هذه الحقوق والحريات أو أن يعتدي عليها ، حتى ولو تعدل الدستور . فهي قانون فوق الدولة وأعلى من سلطانها ، ومن قانونها الوضعي^(١) . ثم هي قبل هذا وبعده مناطق محجوزة للأفراد لا تملك سلطة الدولة أن تتغول عليها .

٢ - مدارس القانون الطبيعي الاجتماعي :

والرأى عند هؤلاء أن القانون ظاهرة اجتماعية طبيعية لا ينشأ إلا في ظل

(١) A. Esmein-Droit constitutionnel-op. cit-p. 39. 40.

الاجتماع البشرى وثمره من ثمراته . وهو في ظل الاجتماع البشرى ينشأ تلقائياً تحت إلحاح الضرورة لصيانة الوجود الجماعى وتطويره ، ويستمد جوهره ومضمونه من مقتضيات هذه الضرورة . وما تتمثله في مرحلة من مراحل التطور لمعنى العدل . فكأنه لا يعتمد في وجوده على السلطة العامة ، ولا يرتبط بإرادتها ارتباط النتيجة بالسبب . ولكنها على العكس هي التي تلزم به حين تتولى مهمة إعلانه رسمياً وحين يكون عليها ضمان نفاذه برصد القوة الجبرية التي تحوزها لحماية - بالجزاءات المقررة - ضد محاولات الخروج عليه ومخالفة أحكامه .

ولكن ماهى المنابع الرئيسية لهذا القانون (الاجتماعى والطبيعى) ؟ لقد تشعبت الاتجاهات في هذا الصدد . على الوجه الآتى :

(١) (دوجى) ونظرية التضامن الاجتماعى :

لم يقبل (دوجى) أن يكون أساس القانون وموضوعه ثابتاً في كل العصور ، وعند كل الشعوب ، سنة واحدة لا تتبدل ولا تتغير ، فذلك مما يناقض فكرة القانون من أساسها باعتبارها ظاهرة اجتماعية تنبع من واقع حياة الجماعة ومن متطلبات هذه الحياة في بلد معين في زمن معين .

فالمجتمع البشرى هو وحدة الحقيقة الثابتة ينشأ تلقائياً كظاهرة طبيعية إذ توجبه الطبيعة البشرية بفطرتها . فكل إنسان يجد نفسه مندمجاً منذ مولده في جماعة بشرية تتسع أو تضيق من غير أن يكون لإرادته دخل في وجود هذه الجماعة وتكوينها .

وفي ظل حياة الجماعة ، ما يزال الإنسان الفرد يشعر بذاته تلح عليه وتشكل له مجموعة من المطالب الأنانية الخاصة . ولكنه يدرك في أعاقه أنه منفرداً لا يستطيع إشباع شئ من هذه المطالب ، فهو مضطر دائماً إلى التعاون مع الآخرين يعطيهم حسب قدراته ومواهبه واستعداداته ، ويأخذ منهم في عملية دائمة من تبادل المنافع والخدمات .

تضامن اجتماعي [تضامن بالتشابه ، وتضامن بتقسيم العمل] يحدد لهم فكرة الدولة والقانون والحرية . لأنه لفرض احترام هذا التضامن الاجتماعي ، سريعاً ما ينشأ نوع من الاختلاف السياسي يجعل لفئة من الأفراد سلطة حكم الآخرين . ولكن هؤلاء الحكام لا يختلفون في شيء عن بقية الأفراد المحكومين ، وليس لإرادتهم طبيعة مميزة . وهم لا يملكون سلطة الحكم باعتبارها حقاً لهم يخولهم الإدعاء بحق السيادة . إنهم بما يحوزون من قوة مادية ، يتلمسون شرعيتهم في الأمر والنهي في ضرورات التضامن الاجتماعي الذي يقومون على خدمته .

وكذلك في إطار التضامن الاجتماعي ، تتولد مجموعة من قواعد السلوك التي تنظم علاقات الأفراد وتشكل حقوقهم وواجباتهم المتبادلة ، وتكون ملزمة لهم جميعاً حكماً ومحكومين على السواء . ولا تكتسب هذه القواعد قوتها الإلزامية لكونها صادرة عن الحكام ولكن باعتبارها انعكاساً لفكرة التضامن الاجتماعي وتصويراً لها . ولذلك فإن القانون يحمل معه خصائص التضامن الاجتماعي باعتباره مزيجاً من الإحساسات الفردية والجماعية . فهو جماعي بحكم استهدافه تنظيم الجماعة ، وهو فردي بحكم أن الأفراد - حكماً ومحكومين - وعاءه وموضع نفاذه وإلزامه ، لأنهم بما يملكون من إرادات يكونون محلاً للإلزام والمسئولية . ثم هو كالتضامن الاجتماعي ، لا يكون ثابتاً ولا أبدياً ، ولكنه مرناً قابلاً للتعديل

مهمة إعلانه وفرض احترامه . فهم لا يخلقونه ، وبالتالي لا يملكون
الفكاك من أحكامه وإلا تحولوا إلى قوة استبدادية غير قانونية^(١) .

(ب) . سافيني ، والمدرسة التاريخية :

والفقيه الألماني (سافيني) يذهب إلى أن المنظمات والقوانين ليست خلقاً
أو ابتكاراً من فعل إرادة الإنسان ، ولكنها خلق الزمن ونتاج التاريخ .
فواقع حياة الجماعات يدفع إلى تبني اتجاهات قومية تأخذ في النمو والتطور
بفعل القوى المؤثرة في الحياة ذاتها ، والمشكلة لها ، كالأخلاق واللغة
والعقيدة . وسريعاً ما تفرض هذه الاتجاهات والقوى المؤثرة نظاماً سلوكياً
تفرع عنه مجموعة من القواعد القانونية الملزمة التي يفرضها واقع حياة الجماعة
ذاتها ، ولا دخل فيها لإراد الأفراد .

ولذلك شايع (سافيني) العرف بشدة ، إلى حد اعتباره الصورة المثالية
للقانون ، بل هو صورته الوحيدة المعقولة . فالعرف إذ ينشأ تلقائياً من واقع
الحياة وما اعتاده الأفراد ودرجوا عليه ، يكون أصدق في التعبير عن حقيقة
متطلبات واقع الناس وما يفرضه من نظام سلوكي عام . ثم هو إذ يتطور
تلقائياً بتطور الحياة ، يكون قادراً بذاته على أن يحتوي الضمير القانوني
العام ويتشكل معه . أما التشريع - وهو إرادة السلطة العامة - فتقتصر
مهمته على مجرد مراقبة تطور الحياة وتسجيل هذا التطور في نصوص مكتوبة
مع مداومة الرقابة ومتابعة التسجيل بتعديل النصوص المكتوبة باستمرار ،
حتى لا يتخلف عن الواقع المتطور ويحكم عليه بالجمود . وحرصاً على ذلك
كان (سافيني) من أشد المعارضين لدعوى (تقنين القوانين) ، لأنها دعوى
إلى تجميد القانون ، وهو ما لا يجوز^(٢) .

L. Duguit - Droit Constitutionnel - *Op-cit*-p. 513 ets. (١)

Ch. Beudant - Le droit individuel et l'Etat-*op-cit*-p. 190. (٢)

وتبنى (هيجل) في نظريته عن التطور الحتمى للتاريخ بعض هذه الأفكار، مؤكداً أن قاعدة القانون هي نتاج تلقائى لواقع حياة الجماعة، تنشأ بها ومعها وتتطور بها ومعها كذلك. وكان ذلك هو اتجاه [كارل ماركس] فى ماديته الجدلية حين رد كل المنظمات والقوانين، والأفكار والفلسفات والعقائد إلى ظاهرة الانقسام الطبقي. فالدولة والقانون، والفلسفة والدين، كلها ظواهر طبقية شكلها وفرضها الواقع المادى للجماعة وما يتحكم فيه من علاقات إنتاج تفرض سيطرة طبقة على أخرى مقهورة ومستغلة.

(ج) الاتجاهات الاشتراكية وإعلاء قانون الجماعة :

وتبلغ فكرة القانون الطبيعى الاجتماعى قمتها عند دعاة الاشتراكية. فرغم كل الخلافات التى تفصل بين هؤلاء (أنصار مدرسة برودو فى فرنسا - الاشتراكية النسائية - الماركسية والاشتراكية العلمية) فإنهم يلتقون جميعاً عند نقطة، يؤكدون فيها أن الجماعة - وليس الفرد - هي الظاهرة الطبيعية الأولى وأنها هي الأساس وهي الغاية من كل تنظيم سياسى وقانونى واجتماعى. وأن قانونها الأعلى واجب الاتباع هو سيطرتها الكاملة ليس على مصادر الثروة وقوى الإنتاج وحدها، بل وعلى جميع مكونات الوجود الجماعى فكرية كانت أم دينية أم اقتصادية.

والجماعة بموجب قانونها الأعلى تسعى حيثما لخلق الوجود الأفضل للأفراد، الوجود الذى يكفـل ويحمى وينمى المساواة القانونية والفعلية بينهم جميعاً. وأنه من خلال هذا القانون الأعلى والهدف النهائى تنكشف فكرة الحقوق الطبيعية والحريات العامة للأفراد، لتتحول إلى مجرد مراكز أو وظائف قانونية يتحدد وجودها ومداها وشروط ممارستها وحمايتها من خلال قانون الجماعة الأعلى. فالسلطة إذن ومعها قانونها الوضعى يجب أن تكون فى خدمة هذا القانون الجماعى الأعلى وهدفه النهائى. والأفراد

الخاصة ، وفي تنظيم الأسرة ، والمهنة وفي توجيه التعليم والتربية والثقافة .
بما يقيد - عند الحدود الضرورية - مبدأ الحرية الفردية - ويكفل حشد كل
الطاقات الفردية في اتجاه الغاية الجماعية الأعلى وهي إقامة مجتمع المساواة الكاملة
ثم هي في المجال الاقتصادي ، ترفض مبدأ المنافسة الحرة ، لأنها ترفض أساساً
فكرة المشروع الخاص وتضع مصادر الثروة وقوى الإنتاج جميعاً في قبضة
الدولة توجهها في إطار خطة مركزية بما يكفل وضع حد للاستغلالات
الفردية وبما ينمي ويصون حركة التنمية تحقيقاً للرفاهية ولعدالة التوزيع بين
جماعة الأفراد .

ثانياً - مدارس القانون الوضعي :

أما المدارس الوضعية ، فهي - على عكس ماتقدم - تربط القانون
والسلطة برابطة النتيجة بالسبب ، فهي التي تخلقه وتعلنه وتفرض احترامه .
وهي فيما تفعل لا تقتصر على مجرد استكشاف الضمير القانوني وتسجيله
فليس قبلها قانون يسبقها وتلتزم به . بل هي والقانون وجهان لعملة واحدة ،
تقوم بينهما على حد تعبير (هوريو) علاقات وثيقة ومتبادلة ، فهي التي
تخلقه ولا سلطان له إلا من خلال سلطاتها^(١) . ومن ثم فهي لا تخضع له
ولا تلتزم به قهراً ، وإنما يكون خضوعها له - إذا ما تصورنا هذا الخضوع -
من قبيل المبدأ القائل [احترام القانون الذي وضعته بنفسك] أي على مقتضى
التحديد الذاتي لا أكثر .

مرادفاً لحق السيادة ، بكل ما يرتبط بهذا الحق من علو في الداخل والخارج ،
يرفض تصور خضوعه لقانون أعلى ^(١) ، إذ لا يتسع حق السيادة لفكرة
الخضوع ^(٢) .

وبقيت هذه الأفكار زمنياً ليس بالقصير تعطل كل المحاولات المبذولة
لإقرار مسئولية السلطات العامة عن أعمالها التي تسبب ضرراً للغير ، إلى أن
تراجعت بفضل مجهودات القضاء والفقه .

وفيما يلي عرض موجز لأهم اتجاهات المدارس الوضعية :

١ - (هوبز) والمدرسة الوضعية الانجليزية :

ذهب (هوبز) دفاعاً عن السلطان المطلق لملوك إنجلترا إلى تصور
أن العقد الاجتماعي الذي أنهى حياة الفطرة البدائية ، تم على أساس نزول
الأفراد جميعاً عن حقوقهم للأمير الذي لم يكن طرفاً في العقد . وأنه
بموجب هذا النزول فقد الأفراد تماماً قدرة التمييز بين ما هو عادل وغير
عادل وتركوا تقدير ذلك للأمير الذي لا يسأل عن تقديره أمام أحد .
وهكذا تصبح إرادة الأمير هي القانون الأعلى واجب التطبيق ، ويصبح
القانون - بناء على ذلك - لا مجرد نصيحة ولا مجرد أمر صادر من شخص
إلى آخر ، ولكنه أمر صادر من صاحب السيادة إلى المدينين له بواجب
الطاعة . ولا يكون - والحالة هذه - ثمة مجال للحكم على القانون الوضعي في
ضوء قواعد عليا مستمدة من القانون الطبيعي أو القانون العقلي ، لأن هذه
القواعد العليا تتجرد من كل معنى قانوني ملزم . وإذا أريد القول بخضوع

(١) R.D.P. 1908 - droit et la Souveraineté - L. Fur
p. 289.

(٢) 1951-p. 59 - Theorie generale du droit - P. Roubier

صاحب السيادة للقانون ، فإن ذلك سوف يتحدد بحدين أولهما : ألا يكون خضوعه لغير القانون الذى يصدره وليس لقانون سابق عليه أو أعلى منه ، وثانيهما : ألا يكون الخضوع للقانون قهراً ، وإنما على أساس فكرة التحديد الذاتى لا أكثر^(١) .

وكان (أوستن) من أكثر المتحمسين لمذهب (هوبز) ، فهو ينتهى إلى وجوب إخراج القواعد الإلهية وقواعد الأخلاق والمجاملات من مجال البحث القانونى التزاماً بالتعريف الذى قدمه (هوبز) للقانون ، باعتباره أمراً يصدره صاحب السلطان إلى كل المدينين له بالطاعة ، من غير أن يلتزم فى وضعه بقواعد عليا تفرضها فكرة العدالة أو القانون الطبيعى ، ومن غير أن يلتزم بما قرر إلا على مقتضى التحديد الذاتى .

والتزاماً لمنطقه العام ، أنكر (أوستن) أن يكون القانون الدستورى قانوناً بالمعنى الفنى . فهو عنده ليس أكثر من مجرد قواعد آداب سياسية عامة تحميها جزاءات أدبية من طبيعتها^(٢) .

٢ - المدرسة الوضعية الفرنسية ومبدأ سيادة التشريع

يعتبر (جوريو) المصدر الأول لاتجاهات المدرسة الفرنسية فى سيادة التشريع . فقد قرر فيما قرر أنه (لا بد فى كل جماعة سياسية ، من سلطة عليا مطلقة التقدير ، لا تلتزم بشئ فيما تقرره ، وأن هذه السلطة العليا لا يجب أن تكون لغير الشعب صاحب السيادة)^(٣) .

J. J. Chevallier — Oeuvres politiques — op-cit-p. 60 G. (١)

Burdeau — Sciences politiques — T. II-op-cit-p. 54.

(٢) دكتور عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت — المدخل لدراسة القانون -

سنة ١٩٤١ ، ص ٣١ .

L. Duguit . J. J. Rousseau . Kant-et . Hegel - op. cit (٣)

p. 189,

الإرادة العامة للمجموع باعتبار أن المجموع أصبح بالعقد صاحب السيادة
الوحيد ، وأصبحت إرادته هي القانون الأعلى واجب الاتباع (١) .

ولكن دعوة (روسو) إلى السلطان الكلى للإرادة العامة ، لا يصل
إلى أحد. رفض فكرة الدولة القانونية بصورة قاطعة . ولكنه يقف بهذه
الدولة عند حدها الأدنى المتمثل في إقرار مبدأ سيادة التشريع لا أكثر .
وذلك على أساس أن السيادة لا تعنى أكثر من مجرد التعبير عن الإرادة العامة
في شكل قواعد عامة ، أما أعمال التنفيذ والقضاء فهي ليست من السيادة في
شيء . بحكم كونها أعمالاً فردية أو تطبيقية لا أكثر ، تخضع للقانون
وتلتزم به .

وأخذ رجال الثورة الفرنسية كثيراً من (روسو) . فأعلنوا أن القانون
هو التعبير الحقيقي لإرادة الشعب العامة . ومع استقرار النظام النيابي
في النظرية الدستورية الحديثة ، أصبحت السيادة للأمة ممثلة في البرلمان .
وأصبح التشريع الذي يصدره البرلمان القانون الأعلى واجب الاتباع
تخضع له وتلتزم به كافة الهيئات العامة العاملة في الدولة دون أن يخضع هو
لقيد أعلى يحده .

صحيح أن مبادئ القانون العامة تقضى - جرياً على ما قررتة مقدمة دستور
سنة ١٧٩١ - بأن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تضع من القوانين ما تعتدى به
على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة ، أو ما تقيم به العراقيل في وجهها (٢) .
ولكنه من المسلمات أنه حتى في نظام يقوم على مبدأ السيادة الشعبية

(١) 58 - T. II-op-cit-p. 39.
G. Burdeau - science politique -
Lefur - La souveraineté et le droit-op-cit-p. 39.
J. Berthelemy et p. Duez - Traité de droit constitut. (٢)
- 1923 1ne partie - p. 194/195.

وينطلق من سلطان البرلمان الممثل الشرعى للشعب فإن نظرية الحقوق والحريات العامة سوف تبقى دائماً تحت رحمة الأغلبية الحزبية ، ولن يكفي استقرارها فى المبادئ العامة للقانون لتحديد سلطان البرلمان . وهو ما عبر عنه بعض الفقه الانجليزى فيما قرر من أن البرلمان يملك أن يفعل كل شىء إلا أن يحول المرأة إلى رجل أو الرجل إلى امرأة .

ولذلك فلن يتحقق خضوع البرلمان لقانون أعلى ما لم يتقرر مبدأ سيادة الدستور وما يرتبط به من التسليم بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين . وهو ما لا تزال ترفضه المحاكم الفرنسية ويشاركها فيه جانب كبير من الفقه .

وبذلك تميز التشريع - فى النظرية الفرنسية - بمكانة خاصة جعلته لدى جماعة من الشراح المصدر الوحيد للقانون واجب التطبيق (١) بغض النظر عن مطابقته لقانون طبيعى أعلى أو لمبادئ قانونية عامة . بل لقد انتهت مدرسة الشرح على المتون من واقعة تسليمها بمبدأ سيادة التشريع - إلى حد إنكار مصادر القانون الأخرى إلا حيث يحيزها المشرع وبالقدر الذى يحيزها فيه . فالعرف مثلاً لا يعتبر مصدراً للقانون إلا على أساس اجازة المشرع له ضمناً ، باعتبار أن ما لم ينه عنه المشرع صراحة فهو يحيزه .

٣ - المدرسة الوضعية فى ألمانيا (نظرية التحديد الذاتى) :

يسلم أغلب الفقه الألمانى - منذ (كانت Kant وهيجل Hegel) بسياسة القوة ، وينظر إلى الدولة على أنها شىء مقدس . فالإنسان الفرد عند (هيجل) ليس الغاية النهائية للكون . وإنما تتمثل هذه الغاية فى المجموع ، باعتباره الكائن المطلق الذى يتحكم فى كل شىء . والدولة - وهى إرادة هذا الكائن المطلق ، وعقله المطلق كذلك - توجد بذاتها من غير أن يكون لإرادات الأفراد دخل

(١) Garré de Mallerg - la loi expression de la volonté générale - 1931 - p. 90. no 38.

في وجودها. ولذلك فهي تملك الحرية المطلقة في أن تفعل ما تشاء. وإذا جاز التسليم بأن للفرد قيمة في ذاته ففي مجال علاقاته مع الأفراد الآخرين فحسب، أما في مواجهة الدولة، فإنه يجب أن يخضع، لأنه يفنى في المجموع ويدوب فيه^(١).

وتولد عن هذا التصور مبدأ أساسي في فقه القانون العام الألماني خلاصته أن الدولة هي أعلى الأشخاص القانونية، بإرادتها هي الأعلى دائماً، لأنها موضع وأساس السيادة. ومن ثم فهي لا تتلقى أوامر من سلطة خارجية، ولكنها تتلمس قيودها من داخلها^(٢).

والدولة على هذا الأساس تحوز قوة القهر المادي التي تصنع القانون وتفرض احترامه، وهي حين تضع القانون وتصدره، فلن يكون في خدمتها تحقق به مهمتها الأساسية في صيانة الوجود الجماعي. ولكنها من غير أن تكون ملتزمة به قهراً، تقدر أهمية احترامها له، فتخضع له من قبل ضبط النفس وعلى أساس التحديد الذاتي لسلطانها وهي تفعل ذلك نزولاً على عدة اعتبارات.

فهي تحاول باحترامها للقانون أن تبدأ بنفسها فتضرب المثل حتى تحمل الرعايا على احترامه اقتناعاً به، وليس لمجرد الخوف من الجزاء فقط. ثم أنها بخضوعها للقانون تحميه من مظنة أن يكون غير ملزم، وتؤكد بالتالي حرصها على التزامه وسيلة ضرورية لصيانة الوجود الجماعي وتطويره.

٤ - المدرسة الوضعية النسائية - هانس كلسن^(٣) :

نقطة الارتكاز عند (كلسن) أن القانون - وهو أحد العلوم السلوكية -

(١) op.cit. - le droit individuel et le droit - Ch. Beudant - p. 200.

(٢) L. Duguet - la doctrine allemande de l'auto-limitation (٣) de l'Etat p. 163.

H. Kelsen - theorie pure du droit - traduit par H. Thevernay - Paris 1263.

P. Roublier - Theorie général du droit - op.cit.-p. 61.

يتميز عن مجموعة العلوم الوصفية كالتاريخ وعلوم الطبيعة بأنه لا يقتصر على مجرد تفسير الظواهر القائمة وربط أسبابها بنتائجها لاستخلاص المبادئ التي تحكمها ، ولكنه يدور حول قواعد السلوك التي تنظم الروابط والعلاقات المتبادلة بين الأفراد . ولكنه يتميز عن بقية العلوم السلوكية (كالأخلاق والقانون الطبيعي والدين) بخاصيتين :

(١) أن أوامره الملزمة لا تنبع من ضمير الشخص المخاطب بها ولا تتوقف على إرادته ، ولكنها أوامر خارجية مفروضة عليه من سلطات أخرى .

(ب) وأنها - لذلك - تعتمد في نفاذها على عنصر الجزاء المادى الخارجى الذى تمارسه السلطات الخارجية ، فنفرض به احترامها على المخاطبين بها - بالقوة المادية عند الاقتضاء .

ولذلك يجب - عند (كلسن) تخلص القانون من كافة العناصر التي تختلط به والتي تدخل في بعض العلوم المجاورة له كالسياسة والأخلاق وغيرها . بحيث لا تشغل في شأنه بغير قواعد السلوك كما قررتها السلطة العامة والتي رصدت قوتها المادية لفرض احترامها . أما محاولة تقييم هذه القواعد في ضوء بعض الأفكار العامة كفسكرة العدل أو القانون الطبيعى أو نظرية الحقوق والحريات العامة ، فإنه يخرج تماماً من مجال البحث القانونى والبحث . وهكذا يفهم (كلسن) القانون فهماً وضعياً بحتاً .

ثالثاً : تقديرنا لهذه الاتجاهات :

تبين أن دعاء القانون الطبيعى ، وإن اجتمعوا حول التسليم بقانون أعلى سابق على السلطة العامة ومفروض عليها احترامه ، فإنهم يختلفون حول الأساس الذى يبنون عليه القانون . فهو عند البعض قانون الفرد ، وهو عند الآخرين قانون الجماعة ، بكل ما يفصل بين الفرد والجماعة من تناقض في المصلحة والوسيلة والهدف .

وفيما يبدو فإن دعاء القانون الطبيعي الفردي يصدر عن فلسفة خلاصتها أنه حين تتعارض الجماعة مع الفرد، فالأصل هو الفرد وإلى الحدود التي لا تهدد الوجود الجماعي بالانهيار . فالسلطة لديهم شر ، ولكنه شر ضروري . وما دامت الضرورة تقدر بقدرها فإن السلطة يجب أن تقف عند ضرورات الأمن الجماعي لا أكثر ، بحيث لا تملك التغول على حقوق الفرد وحياته .

ونميل إلى رفض هذا التصور ، فالجماعة والفرد ليسا قطبين متناقضين في الأساس ، ولكنهما في الحقيقة عنصرا الوجود الإنساني يكمل كل منهما الآخر . فالجماعة لا تفهم بغير الفرد ، والفرد لا ينمو ولا يزدهر خارج الجماعة . وكذلك فالقول بأن السلطة شر ضروري ، يعني أنها أداة الجماعة وملازم حتمي لها . وهو قول لا يستقيم إلا في مجتمعات الديمقراطية المثالية التي تصورها (روسو) بين أفراد متساوين تماماً وإرادة عامة للمجموع هي حصيلة الانضمام الجماعي لكل الأفراد . أو في مجتمعات الشيوعية الكاملة التي تصورها (كارل ماركس) حين تكون قد صفيت كل عوامل الانقسام الطبقي ، أسبابه ونتائجه . أما في غير هذه المجتمعات فالسلطة ليست إرادة الجماعة في صراعها ضد الفرد .

وهو ما يدفعنا إلى رفض تصور مدرسة القانون الطبيعي الاجتماعي ، فيما تصدر عنه من أن إعلاء قانون الجماعة ، يوجب الترخيص للسلطة العامة العاملة باسم الجماعة والملازم الحتمي لها ولمصالحها ، بأن تتدخل في جميع المجالات مما يؤدي إلى إهدار الفرد وتهديد ذاتيته المستقلة .

وأياً ما كان رأينا في دعوة القانون الطبيعي الفردي والاجتماعي ، فلا يزال لهذه الدعوة بشقيها فضل القول بأن السلطة العامة لا تخلق القانون ولا تنشئه حين تعلنه وتفرض احترامه . ولكنها تستكشفه وتسجله ، فهو موجود قبلها خارج إرادتها ، أعلى منها يلزمها ويحدد انطلاقاتها وبقيدتها . أما دعاء المذهب الوضعي ، وهو من القانون أداة السلطة العامة ، تخلقه حين تعلنه ،

فهم يؤيدون انطلاق السلطة إلى غير حدود ، ويررون عدم التزامها بالقانون إلا أن يكون ذلك على مقتضى التحديد الذاتي لا أكثر .

والحقيقة كما قرر الأستاذ (بيردو) أن الازدواج بين السلطة والقانون أمر حادث في نطاق الواقع ، ولكنه ليس كذلك في نطاق الأفكار . فالسلطة كفكرة تختلط بالقانون كفكرة باعتبارهما ظاهرتين اجتماعيتين يفرضهما الوجود الجماعي ذاته . وفي هذا المجال فإن السلطة ليست إلا امتداداً لفكرة القانون ومظهراً لها . وأساس الفكرتين واحد هو الضمير الجماعي وما يخزنه من تصور خاص عن العدل والصالح العام .

أما في النطاق الوضعي وبعيداً عن الأفكار المجردة ، فإن السلطة العامة تختلط بأشخاص الحكام ، كما يختلط القانون بالأوامر والنواهي التي يصدرها الحكام . وثابت أن السلطة العامة في مظهرها الواقعي ممثلة في الحكام لا تستطيع أن تعزل نفسها عن سندها الاجتماعي والقانوني ، وإلا تحولت إلى قوة قهر مادية غير شرعية . وثابت كذلك أن الحكام في الدولة الحديثة لا يمارسون السلطة باعتبارها حقاً شخصياً لهم . فقد انقضى الزمن الذي كانت فيه السلطة العامة ظاهرة شخصية ، وتطور بها الأمر لكي تصبح ظاهرة نظامية لها أشكالها ومضامينها القانونية المحددة .

ومن ثم ، فإن ما يتخذ الحكام من إجراءات بهدف تحقيق الصالح العام (الذي هو أساس السلطة والقانون) يجب أن يكون ترجمة أمينة لفكرتي السلطة والقانون ذاتهما . وبعبارة أخرى فإن القانون الوضعي وإن ظهر لنا في المجال الواقعي على أنه عمل من أعمال الحكام ، فهو ليس في معزل عن القانون الطبيعي ، (أي فكرة العدل والقانون في تصورهما المثالي) . ولكنه مجرد

ترجمة وامتداد له لا أكثر . وهكذا يزول التعارض ويختفى بين القانونين الطبيعي والوضعي .

وذلك لا يعنى أن السلطة العامة لا تملك حرية التصرف والتقدير ، وأنها دائماً حبيسة القيود التي يفرضها القانون الطبيعي الأعلى . فالحكام ، وقد تملكوا - دستورياً - السند الشرعي لتصريف شئون الجماعة ، يتمتعون فعلاً بقدر من الاستقلال في اختيار الوسائل الملائمة لتطوير حياة الجماعة ولتحقيق فكرتها السائدة من العدل والقانون . وبالتالي فإن أعمال الحكام ليس دائماً مجرد تسجيل مادي أو تنفيذ حرفي لتعاليم قانونية سابقة ، ولكنها ، وهي انعكاس وضعي للقانون الطبيعي الأعلى - لا تزال تملك قدراً من حرية التصرف يجعلها بحق القوة المحركة للنظام الجماعي .

المبحث الثالث

تدرج النظام القانوني ومصادر المشروعية

أولاً : الأسس التي يستند إليها تدرج النظام القانوني :

١ - الأسس الدستورية :

الدولة الجديدة هي في الأساس دولة دستورية تجعل من الدستور قاعدة القانون الأعلى واجبة الاتباع في مواجهة السيادة حكماً ومحكومين على السواء منه تستمد السلطات العامة سندها الشرعي في الحكم ، كما تتحدد في ضوئه النظرية العامة للقانون التي تنظم كافة علاقات المحكومين السياسية والاقتصادية وتحدد بالتالي مجالات السلطة والحرية معا .

ولذلك يأتي مبدأ سيادة الدساتير في القمة من تدرج النظام القانوني في الدولة الجديدة .

وتحدد وظيفة الدولة أساساً في العمل على تحقيق القانون (١) . وهي تفعل ذلك بما تملكه من وظائف قانونية معروفة ، هي الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية (٢) .

ومن المبادئ الدستورية المسلمة منذ كتابات (مونتسكو) وإعلانات الحقوق في الثورة الفرنسية سنة ١٨٧٩ أن الدولة تؤدي هذه الوظائف على أساس مبدأ الفصل بين السلطات ، بما يفيد من تخصص وظيفي للهيئات العامة الحاكمة ، واستقلال عضوي لكل منها في مواجهة الأخرى . الأمر الذي يجعل الفصل بين السلطات من أهم الركائز التي يعتمد عليها تدرج النظام القانوني في الدولة الحديثة .

(فالتخصص الوظيفي للهيئات العامة الحاكمة) يعني أن تتعدد هذه الهيئات بقدر تعدد وظائف الدولة بحيث تخصص كل هيئة منها في أعمال وظيفة بعينها لا تتعدها إلا استثناء وبإجازة خاصة من الدستور . فالهيئة التشريعية لأعمال التشريع ، والهيئة التنفيذية لأعمال التنفيذ ، والهيئة القضائية لأعمال القضاء .

ولا يجادل أحد في أن الوظيفة التشريعية — تعتبر بعد الدستور — الأداة الحكومية الأساسية ، التي يتم بها رسم السياسة العامة للدولة وتحديد إطار السلوك القانوني العام للجماعة حكماً ومحكوماً على السواء . ثم أنها في المنطق النهائي للديمقراطية كما تصورها (روسو) (التعبير الوحيد للإرادة العامة) صاحبة السيادة ، بعكس أعمال الوظيفتين التنفيذية والقضائية ، التي لا تتعلق بالإرادة العامة ولا تتصل بحق السيادة بسبب ، اللهم إلا باعتبارها وسيطاً بين التشريع والمحكومين (١) .

(١) G. Burdeau - Science - Politiques - T. IV 1952 - p. 301

(٢) رسالتنا في شروط قبول الدعوى - المرجع السابق - ص ٩٧ .

وينتج عن ذلك والتزاماً بمنطق المعيار العضوى السائد الآن في التمييز بين أعمال
الوظائف الثلاث طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، تصبح أعمال الهيئة التشريعية التي
تصدرها على مقتضى الإجراءات الدستورية المقررة لإصدار التشريع ، في درجة
من التدرج أعلى من أعمال الهيئتين التنفيذية والقضائية ، بحيث لا تملك أى
منهما أن تخالفه أو أن تخرج عليه. ولذلك تجرى الدساتير في الوقت الحاضر
على منح الهيئة التنفيذية سلطة تنفيذ القوانين بما لا يكون من شأنه تعديل هذه
القوانين أو تعطيل نفاذها أو وقفها أو إلغاؤها ، وأن السلطة القضائية مستقلة
وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون ،
وأن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون .

(ويمثل الاستقلال العضوى للهيئات الحاكمة) قيدا على مبدأ خضوع
الهيئات التنفيذية والقضائية للهيئة التشريعية ، بحيث يحدده في مجرد الخضوع
الوظيفي لا أكثر ، ومعناه أنه في النظم الدستورية الحديثة (النظام البرلماني
والنظام الرئاسي) ورغم أن التشريع يسود أعمال التنفيذ والقضاء ، لأنه هو
الذي يحدد طريقة العمل التنفيذي والعمل القضائي على السواء ، فإن الهيئات
التنفيذية والقضائية لا تزال كل منها مستقلة استقلالاً عضوياً ، فيما بينها من ناحية
ثم فيما بينها وبين الهيئة التشريعية من ناحية أخرى (وفي النظام البرلماني ، وحين
تحتوز الهيئة التنفيذية ثقة الأغلبية داخل البرلمان ، فإنها تستقل عنه وتمارس
وظيفتها التنفيذية دون أن تكون خاضعة له خضوعاً رياسياً من أى نوع .
ولذلك فهي لا تلتزم بغير القانون) بمعنى أنها لا تلتزم بما يصدره إليها البرلمان
من أوامر في شأن حاله بذاتها معروضة عليها . كما لا تلتزم بالرغبات التي تبديها
اللجان البرلمانية في تقاريرها في شأن أحوال هي من اختصاصها . اللهم إلا إذا
قررت هي التزامها بها فضمنتها لائحة عامة واجبة الاتباع في التطبيق

اليومى ما لم تغيرها بقاعدة عامة مخالفة (١).

٤ هذه المبادئ جميعها مسام بها في النظام الرياني لما اشتهر به من أنه نظام الفصل شبه المطلق بين السلطات العامة ، أما في نظام (حكومة الجمعية) حيث تتجمع السلطات في المجلس التشريعي ، فإن الصورة تتغير وتصبح الهيئات التنفيذية والقضائية مجرد لجان متفرعة عن الجمعية التشريعية ، تشكلها هذه من بين أعضائها أو من خارجها ، وتكون تابعة لها رياسيا ، خاضعة لقراراتها وتعليماتها الملزمة ، خضوعا وظيفيا وعضويا كذلك .

٢ - الأسس الإدارية :

(١) التدرج العضوي والمشرعية الشكلية :

تركز الدساتير - عادة - الوظيفة التنفيذية والإدارية - في يد رئيس الدولة ، ولكنه لا يمارسها وحده بل يوجد بجانبه جهاز حكومي وإداري ضخم يبدأ في القمة بمجلس الوزراء والوزراء ، ويتدرج تنازليا إلى وكلاء الوزارة ومديري المصالح ورؤساء الأقسام والادارات الفرعية ، وهكذا . فضلا عن العدد الضخم الذي يتزايد يوميا من الهيئات والمؤسسات العامة ، ووحدات الادارة المحلية أو وحدات الحكم المحلي المستقلة :

وليس من شأن التعدد في الأجهزة والمؤسسات الإدارية أن يسحب الوظيفة الإدارية من يد الحكومة المركزية . فلا زال رئيس الدولة ومجلس الوزراء والوزراء - كل فيما هو من اختصاصه - مسؤولا عن متابعة العمل التنفيذي والإداري على جميع المستويات بما يحوزه بموجب القوانين واللوائح

(١) محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١١/١١/١٩٥٣ في الدعوى رقم (٨٤٦ -

٨٧٦) السنة الخامسة القضائية بمجلة مجلس الدولة السنة الثامنة - ص ٢٢ .

Ch. Eisenmann - Centralisation et decentralisation - paris 1948. P. 72.

فالأساس في النظام المركزي أن علاقة من التدرج الهرمي والعضوي [السلم الإداري] تربط بين كافة أجهزة الإدارة العامة وعملها على جميع المستويات ، بحيث تبقى سلطة الأمر والمتابعة من أعلى ، وسلطة الطاعة والخضوع [عضوياً ووظيفياً] من أسفل . ومنه فإن الموظف في الجهاز الإداري المركزي لا يكون خاضعاً للقانون وحده ، بل ولكافة ما يصدره إليه رؤساؤه من أوامر وتعليمات ، وما يمارسونه في مواجهته شخصياً أو في مواجهة ما يجريه من تصرفات من سلطات ، إلا ما استثنى بقانون أو لائحة . فإذا هو قصر أو أهمل في واجب الطاعة المفروض عليه ، عرض نفسه للمساءلة التأديبية ، إلا أن تكون تعليمات الرئيس متضمنة الأمر بارتكاب جريمة من جرائم قانون العقوبات ، أو أن تكون قائمة على مخالفة جسيمة للقانون .

ولكن الأساس في النظام اللامركزي مختلف . فالأصل في هذا النظام هو استقلال الشخص الإداري ، بحيث لا يخضع لرقابة السلطات المركزية إلا استثناءً وبنص صريح . وحتى في هذا المجال الضيق للرقابة ، فإن الشخص الإداري المستقل يملك حق مخاصمة هيئة الرقابة أمام القضاء ، إذا خالفت القانون أو تجاوزت حدود ما هو مقرر لها فيه ، وهو ما لا يملكه المردوس في مواجهة رئيسه الأعلى .

وأياً ما كان الأمر ، فإن علاقة - ما - من التدرج العضوي تنظم وحدات الجهاز الإداري العامل في الدولة ، بما يترتب عليه نتائج بالغة الأهمية في مجال المشروعية . وذلك حيث يصبح التصرف الصادر من هيئة عليا - فيما هو من اختصاصها - بمثابة القانون واجب الاتباع في مواجهة الهيئات الأدنى .

وبهذا تتحقق المشروعية ، في جانبها العضوى أو الشكلى ، أى فيما بين تصرفات الهيئات العامة ، وبالقيااس إلى مصدر هذه التصرفات دون اعتبار لطبيعتها .

وكانت المدرسة النسائية (هانس كاس) صاحبة فضل ظاهر في صياغة هذه الفكرة عن المشروعية الشكلىة . وخلاصة ما انتهت إليه أن مبدأ الفصل بين السلطات ، لا يعنى أكثر من مجرد الفصل بين هيئات عامة ينظمها جميعاً مبدأ (وحدة سيادة الدولة) وأن هذه الهيئات العامة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) لا تمارس — فيما تخصصت فيه — جزءاً من هذه السيادة ، وإنما هى تمارس بعضاً من مظاهر السيادة لا أكثر — وهى ليست جميعاً على قدم المساواة فيما بينها ، وإنما ينظمها مبدأ التدرج بحيث تكون الهيئة التشريعية فى القمة ، ثم تتلوها الهيئات التنفيذية والقضائية ، باعتبار أن كلا منهما يشرف على تنفيذ القانون وتطبيقه (١) .

وتأسيساً على ذلك ، فإن النظام القانونى فى الدولة يتكون من مجموعة القواعد التى تدرج فيما بينها فى شكل هرمى باعتبار مصدر كل منها ومكانه فى سلم تدرج الهيئات العامة . وأنه فى ضوء هذا التدرج فإن كلا من هذه القواعد لا يكون صحيحاً إلا بالقدر الذى تلتزم فيه الضوابط والحدود التى تقررها القواعد الأعلى ، علماً بأنها تبقى — فى ذات الوقت — ملزمة للقواعد التى تدونها ومقيدة لها . وهكذا كلما انحدرنا فى اتجاه قاعدة الهرم التى تتكون من مجموعة القرارات الفردية وإجراءات التنفيذ المسادية . وأنه لا اعتبار فى هذا التدرج إلا لمصدر التصرفات القانونية ، دون طبيعتها الذاتية . فكل القواعد القانونية [التى يتكون منها النظام القانونى] من طبيعة واحدة ، فهى دائماً من أعمال التشريع ومن أعمال التنفيذ فى ذات الوقت . فهى حين تحدد

ما يدنوها وتقيدده فهي من أعمال التشريع ، وهي حين تخصص ما يعلوها وتنفذه ، فهي من أعمال التنفيذ^(١) .

(ب) التدرج الموضوعي والمشروعية المادية :

وللمشروعية وجه آخر ، يتمثل في المبدأ [احترام القانون الذي وضعته بنفسك] ومعناه أن الهيئة العامة - وهي تلزم المبادئ التي تتضمنها قرارات الهيئات الأعلى - تلزم كذلك المبادئ العامة التي تتضمنها القرارات التي تصدرها هي ، فيما تتخذه من قرارات فردية وإجراءات تنفيذية . وهو ما يفيد أن علاقة من التدرج سوف تنظم قرارات الهيئات العامة لأعلى أساس النظر العضوي والشكلي فحسب ، بل وعلى أساس النظر الموضوعي المرتبط بطبيعة هذه القرارات . وعليه فإن القرارات الفردية وإجراءات التنفيذ ، تبقى خاضعة وملزمة بالمبادئ العامة التي تتضمنها القرارات التنظيمية العامة . وذلك بغض النظر عن جهة صدور هذه القرارات أو تلك أو إجراءات صدورها .

وكان لمدرسة [بيردو] في فرنسا [دوجي - جيز - بونارد] ، فضل ظاهر في صياغة هذه الفكرة . وخلاصة الرأي عندهم ، أنه في تقسيم الأعمال القانونية وتحديد علاقاتها المتبادلة فيما بينها ، يجب النظر إليها في ذاتها من زاوية ما تحدثه في التنظيم القانوني من آثار تتصل بإنشاء أو تعديل أو إنهاء المراكز القانونية ، وفي ضوء تقسيم المراكز القانونية بين تنظيمية عامة وفردية فإن الأعمال القانونية يمكن أن تكون (١) أعمالاً مشرعة وهي التي تقرر قواعد تنظيمية عامة يكون من شأنها التأثير على المراكز التنظيمية العامة . (٢) أعمالاً شخصية أو ذاتية ، وهي التي تتصل بالمراكز القانونية الذاتية

أو الفردية. (٣) أعمالاً شرطية، وهي لا تنشئ مراكز قانونية خاصة، بل يقتصر أثرها على إسناد مركز قانوني عام إلى شخص معين دون أن تضيف شيئاً إلى مضمون المركز القانوني أو تعدل فيه (١).

وفي ضوء هذا التقسيم، فإن الأعمال الشخصية الذاتية، والأعمال الشرطية على السواء، لا تكون صحيحة ولا مشروعة إلا إذا صدرت مطابقة للمبادئ العامة التي تقرها الأعمال المشروعة التي تحكمها، بغض النظر عن مصدر هذه الأعمال أو تلك (٢).

وإقرار هذا الوجه من أوجه المشروعية، هو الذي يميز عند دوجي - بين الدولة القانونية والدولة الاستبدادية. ثم هو مبدأ عام مطلق النفاذ دائماً، لا يقبل الاستثناء أو التقييد مهما تكن الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها الدولة وتبرر الخروج على مقتضيات المشروعية الشكلية (٣).

ثانياً - مصادر المشروعية في القانون الوضعي:

١ - المبادئ العامة للقانون:

(يؤكد شراح القانون العام) أن مبدأ المشروعية لا يعني مجرد خضوع الدولة للقانون بمعناه الضيق، ولكنه يعني خضوعها لكل قاعدة قانونية ملزمة أيا كان مصدرها (٤). واستناداً إلى ذلك، فإن القضاء والفقه كلاهما مستقر على أنه يوجد بجانب القانون الوضعي المتمثل في الدستور والتشريع

اسم الكتاب للأب جيه

A-De Laubadère-Droit administratif-op-uit-p. 16-17 (١)

(٢) الدكتور توفيق شحاتة مبادئ القانون الإداري المرحم السابق ص ٤٩.

كذلك L. Duguit - leçons de droit public général - op-cit-p. (٣)

275-282.

G. Vedel - Précis de droit constitutionnel - paris-1949 (٤)

p. 118.

(م - المشروعية)

واللوائح (قانون آخر غير مكتوب مصدره المبادئ العامة للقانون) وقواعد
العدالة، تلتزم به السلطات العامة، (طالما لم يرد في القانون الوضعي ما يلغيه)
(أو يعطل نفاذه).

بهذا اطردت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ظل النظام المؤقت الذي
أعقب تحرير فرنسا من الغزو النازي وإلى حين الاستفتاء على دستور أكتوبر
سنة ١٩٤٦ . وعلى أساسه قرر المجلس (بغير الاعتماد على نصوص الدستور)
(١) (حق النساء في التوظيف) بالمساواة بينهن وبين الرجال ، كما قرر عدم جواز فصل
(٢) الموظفين (بغير الطريق التأديبي) جملة ، وبغير أسباب جديدة تكشف عنها
الدراسة الخاصة لحالة كل موظف (١) .

والتزمت محكمة القضاء الإداري المصرية ذات المنهج ، فقررت اعتماداً
على المبادئ العامة للقانون حق المرأة في المساواة بالرجل في تولي الوظائف
العامة (٢) ، وأنه لا تجوز مصادرة الحقوق وحرمان أربابها في الوقت ذاته
من تعويض عادل أو من القضاء به عند عدم التعويض (٣) .

والتزام السلطات العامة بالمبادئ العامة للقانون ، لا يكون إلا من خلال
حكم القاضي الإداري الذي يعمل سلطته في استنباط الأحكام القانونية واجبة
التطبيق على المنازعات من مصادرها المختلفة . بمعنى أن المبادئ العامة للقانون
لا تعتبر مصدراً للمشرعية إلا حين تدخل مجال القانون الوضعي من
خلال سلطة القاضي واجتهاده .

(١) Etudes et documents de conseil d'Etat français - fasc - 1
p. 23-Fasc-5-p. 16.

(٢) حكم بتاريخ ١٢/١١/١٩٥٣ في الدعوى رقم ٤٣ السنة الثانية قضائية - مجموعة
أحكام المجلس السنة الثالثة م ٢٠٤ وحكم بتاريخ ٢٣/١١/١٩٥٤ الدعوى رقم ٢٥٤ السنة
السابعة قضائية - مجموعة أحكام المجلس - السنة التاسعة - م ٤٢ .

٢ - الدستور أساس الدولة القانونية

الدولة الحديثة دولة دستورية تقوم على قانون، وأعلى من سلطة الحاكم، حيث
الهيئات العامة وبين طريقة إسناد سلطة الدولة إليها، ويحدد اختصاصات
كأجهزة الضمانات الأساسية للحكومة، ولذلك فإن وجود الدستور يخلق
حجر الأساس في بناء الدولة القانونية، لأن السلطة التي يحكم بها الدستور هي
بالضرورة سلطة مقيدة.

ولكن هذا القيد قد يكون نظريا، إذ لا يزال يمكن تصور دستور يعطي
للهيئات الحاكمة سلطات واسعة دون قيد حقيقي، ولكن ذلك لا يخدم لأصل
العام، لأنه طالما كان الحاكم لا يمارس سلطاته إلا من خلال الدستور وعلى
مقتضاه وفي حدوده، فمعنى ذلك أن الدولة لا تختلط بشئ من شأنه، وأن القانون
لا يختلط بإرادته، فهو ما يزال سلطة تابعة أو منشأة، لا تلك بإرادتها تعديل
شروط ممارستها لما به من اختصاصات، وإلا افتقدت تميزها كعنصر
الشرعية، وتحولت إلى مجرد إجراءات قهر مادية غير قانونية.

ومبدأ خضوع الهيئات العامة للدستور، مبدأ عام يجري حكمه
باستمرار في مواجهة جميع الهيئات العامة في الدولة [التشريعية، والقضائية،
والقضائية].

(١) وخضوع السلطة التشريعية للدستور، وإن كان لا شك فيه من
حيث المبدأ، فإنه في التطبيق يرتبط ارتباطا وثيقا بالتقسيم التقليدي للسلطات
بين جامدة ومرنة.

فالدساتير (الجامدة)، وهي الدساتير المكتوبة التي تحيط بإجراءات إصدارها
وتعديلها وإلغائها ضمانات شكلية تعمد على يد السلطة التشريعية العادية، ولذلك
فهي التي تسمح بالتمييز بوضوح بين القوانين الدستورية والقوانين العادية،
وتجعل الثانية ملزمة بالاولى خاضعة لأحكامها، وهو ما لا يتحقق للدساتير

هذا السبب

المرنة ، مكتوبة كانت أم عرفية .. حيث تبقى أحكام هذه الدساتير في يد الهيئة التشريعية العادية تعدل فيها وتخالفها بالقوانين العادية كيف تشاء دون أن تتصف أعمالها بعدم الدستورية . وخضوع الهيئة التشريعية للدستور خضوع شكلي وموضوعي معاً .

§ - (فهو خضوع شكلي) بمعنى أنه يلزم لوجود القانون العادي أن تصدره الهيئة المختصة دستورياً بالتشريع ، وأن تلتزم في إصداره بالإجراءات المقررة دستورياً لذلك . ومن الواضح وبغير عناء ، أن تشريعاً يصدر من جهة غير مختصة أو دون مراعاة الأوضاع الدستورية ، لا يستطيع القضاء أن يصبر عليه ولا يستسبح لنفسه أن يطبقه فيما يعرض له من الأقضية (١) . إنه قانون غير موجود وغير قابل للتنفيذ أصلاً (٢) .

§ - وهو خضوع موضوعي ، بمعنى أن يكون القانون العادي فيما يقرر من أحكام غير مخالف لمبدأ أو لحكم مقرر في الدستور . غير أن خضوع القانون العادي للدستور موضوعياً يبقى في المجال النظري المجرد - حتى في ظل الدساتير الجامدة - ما لم يصاحبه ترتيب ما يسمح لهيئة عامة متخصصة بأن تراجع الهيئة التشريعية فيما تقرر من قوانين .

وهذه هي مشكلة الرقابة على دستورية القوانين . وسوف نعرض لها بالتفصيل في باب نفاذ مبدأ المشروعية .

(١) دكتور عبد الرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور ، والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مجلة ، مجلس الدولة السنة الثالثة - ص ٨ .

(٢) Paris - Cours de droit administratif - Ch. Eisenmann - 1949/50 p. 53.

P. Duez - le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France - Melanges Hauriou - p. 536.

دكتور عثمان خليل - دروس للدكتوراه - المرجع السابق ، ص ٤٨ .

(ب) وخضوع الهيئة التنفيذية للدستور ، قد يكون مباشراً وقد يكون غير مباشر .

§ - ويكون خضوعها للدستور مباشراً ، حين يتضمن الدستور أمراً أو نهياً يمكن تنفيذه مباشرة والالتزام به من جانب الهيئة التنفيذية دون اشتراط سبق صدور قانون عاوى بتنظيم هذا الأمر أو النهى . كأن يقرر الدستور عدم جواز إبعاد المواطن عن بلده أو منعه من العودة إليه . وعدم تنفيذ القوانين أو تطبيقها بأثر رجعى على الحوادث السابقة لتاريخ صدورها إلا بموجب نص خاص ، وعدم جواز المصادرة العامة للأموال . والدستور فيما يقرر فى مثل هذه الأحكام إنما يتوجه بخطابه إلى كافة الهيئات العامة العاملة فى الدولة ، ولكنه لا يزال يتوجه إلى الهيئة التنفيذية - بوجه خاص - فيجرمها فى غيبة القوانين العادية المنظمة لأمثال هذه الأمور ، من اتخاذ الإجراءات الإدارية المحظورة ، وإلا ارتكبت مخالفة لمبدأ المشروعية لخروجها على الدستور . ولذلك قضت محكمة القضاء الإدارى المصرية بأنه إذا كان القرار المطعون فيه إذ قرر إبعاد المدعى وهو مصرى الجنسية ، قد جاء على خلاف المادة (٧ من دستور سنة ١٩٢٣) ، فإنه يكون حقيقياً بالإلغاء (١) .

وكثيراً ما تجرى الدساتير على موضوعات تعتبرها محجوزة للهيئة التشريعية بحيث لا تستطيع الهيئة التنفيذية أن تمتد بسلطانها إليها ، ما لم يكن قد سبقها القانون العاوى بالتنظيم . فإذا هى تصرفت فى غيبة القانون العاوى ، كان ذلك منها اعتداء مباشراً على الدستور لتجاوزها حدود ما تقرر لها من اختصاص . ومثل ذلك موضوعات الجنسية وتنظيم الانتخابات وتحديد الجرائم والعقوبات وإنشاء الضرائب والرسوم والأحكام المقيدة أو المنظمة

(١) حكم بتاريخ ٢٧/١/١٩٤٨ - فى الدعوى رقم ٦٤٢ - السنة الأولى القضائية - مجموعة أحكام مجلس الدولة السنة الثانية - ص ٢٦٣ .

للحريات العامة . ولذلك ، فإن إلغاء الصحف بالطريق الإداري لا يجوز دستورياً قبل أن يصدر القانون الذي ينظم هذا الإجراء (١) .

§ — ويكون خضوعها للدستور (غير مباشر) — وهو الأصل — بسبب التزامها دستورياً بالسهر على تنفيذ القوانين والإشراف على تطبيقها بما ليس فيه تعطيل لها أو إعفاء منها أو تعديل لأحكامها . ومعناه أن الهيئة التنفيذية تخضع للدستور ، ولكن من خلال التزامها بتنفيذ القانون العادي . فهي لا تملك وإلا تجاوزت اختصاصها الدستوري — أن تتولى عملاً تشريعياً ، إلا أن يكون ذلك استثناءً وبتصريح خاص من الدستور (٢) .

٣ — القانون العادي مصدراً للمشرعية :

استقر في النظرية الدستورية الحديثة ، أن القوانين التي تصدرها الهيئة التشريعية المختصة تعتبر الأداة الحكومية الأساسية التي تحدد ضوابط السلوك القانوني العام — في إطار الدستور — (للحكام والمحكومين على السواء) . وهو ما يعني أن جميع الهيئات العامة التي يناط بها دستورياً مهمة تنفيذ القوانين وتطبيقها تكون خاضعة لها ملتزمة بها في كل ما تجريه من أعمال أو تتخذه من قرارات . وذلك ما لم تلغ هذه القوانين أو تعدل بذات الطريقة والإجراءات المقررة لإصدارها . وبالتطبيق لهذا المبدأ تقرر :

(١) أن الهيئة التنفيذية ، وهي مكلفة دستورياً بتنفيذ القوانين ، تملك سلطة إصدار كل ما يقتضيه ذلك من قرارات (بما ليس فيه تعديل لهذه القوانين أو تعطيل لها أو وقفها والإعفاء منها) .

- (١) حكم بتاريخ ١٩٥١/١/٢٦ — في الدعوى رقم ٥٨٧ — السنة الخامسة القضائية — مجموعة أحكام مجلس الدولة السنة الخامسة ص ١٠٩٩ .
- (٢) حكم بتاريخ ١٩٥٠/٤/١٨ — في الدعوى رقم ١٦٦ — السنة الثانية القضائية — مجموعة أحكام مجلس الدولة — السنة الرابعة — ص ٥٩٤ . وحكم بتاريخ ١٩٥٤/١٢/٢٠ في الدعوى رقم ٤٠٨١ — السنة السابعة القضائية — مجموعة أحكام مجلس الدولة — السنة السابعة — ص ١٥٢ .

(ب) أن السلطة القضائية وهي مكلفة دستورياً بتطبيق القوانين مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون ، وأن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم لغير القانون .
(والخضوع للقانون العادي) وهو دائماً خضوع وظيفي لا أكثر ، يأخذ إحدى صورتين :

الأولى - أن تكون أعمال الهيئات العامة (بالفعل أو بالامتناع) بناء على قانون يجيزها أو يمنعها . بمعنى أن تكون أعمال الهيئات العامة مستندة دائماً إلى قانون .

الثانية - أن تكون أعمال الهيئات العامة (بالفعل أو بالامتناع) مطابقة للقانون الذي يجيزها أو يمنعها والتي تصدر بناء عليه . بمعنى ألا تكون أعمال الهيئات العامة مخالفة لما يقضى به القانون فيأمر به ، أو ينهى عنه .

٤ - قرارات الهيئة التنفيذية وأحكام المحاكم :

(١) قرارات الهيئات التنفيذية :

على أساس التدرج الهرمي الذي ينتظم عمال الجهاز الإداري في الدولة استقرت القاعدتين التاليتين :

الأولى - أن (تعليمات) وأوامر وقرارات السلطات الرئاسية تعتبر قانوناً واجب الاتباع تخضع له كافة السلطات الدنيا المرعوسة .

وبناء عليه فإن قرار وزير التربية والتعليم باشتراط تمضية حامل المؤهل العالي في الدراسة مدة ٤ سنوات بعد البكالوريا ، لإمكان تطبيق قواعد الإنصاف عليه ، يعتبر باطلاً باعتباره صدر مخالفاً لقاعدة المساواة بين حملة المؤهلات المتماثلة ، والتي قررتها قواعد الانصاف الصادر بها قرار مجلس الوزراء في ٣٠ يناير سنة ١٩٤٣^(١) .

(١) محكمة القضاء الإداري - حكم بتاريخ ١٤/٥/١٩٥٢ - في الدعوى رقم ٤٧٣ للجنة الخامسة قضائية - مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة ص ٩٨٤ .

وقرار وكيل وزارة المالية بتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٦ بوقف العمل بأحكام قرار مجلس الوزراء الصادر بقواعد الإنصاف ، لا يؤثر على وجوب العمل بهذا القرار ، إذ لا تملك سلطة دنيا وقف تنفيذ قرار صادر من سلطة أعلى منها (١) .

والثانية : أنه لا يجوز للهيئات التي تنحصر في إصدار الأعمال الفردية أو الشرطية اللازمة لتنفيذ قواعد عامة ، أن توقف أو تعطل نفاذ أو تلغى أو تخالف أحكام هذه القواعد العامة فالقواعد العامة التي تصدر من يملكها تعتبر بمثابة اللائحة واجبة الإلتباع في صدد ما صدرت بشأنه فيلتزم بمراجعاتها لا المراءوسون وحدهم ، بل الرئيس هو نفسه كذلك في التطبيق على الحالات الفردية ، طالما لم يصدر منه تعديل أو إلغاء لها بنفس الأداة ، أى بقرار تنظيمي كامل مماثل ، لا في تطبيق فردى قصر أ عليه (٢) .

ويعتبر بمثابة القاعدة العامة أو اللائحة - واجبة الإلتباع - (العرف) أى النظام الذى تقرره جهة الإدارة في صدد أمر معين وتسير على سنته ، إلى أن يحصل تغييره بإجراء عام ، بحيث تكون مخالفته في الوقت الذى يكون

(٢) حكم بتاريخ ١٩٤٧/١/٢١ - فى الدعوى رقم ١٩٧ لسنة الأولى قضائية - مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة الثانية من ٢٤٩ .

(١) فتوى لقسم الرأى مجتمعاً بمجلس الدولة المصرى - ٣٣٠ - بتاريخ ٢١ مايو سنة ١٩٥١ - مجموعة فتاوى قسم الرأى - السنتان الرابعة والخامسة - سنة ١٩٤٩ ، سنة ١٩٥١ من ٦٩ .

حكم مجلس الدولة الفرنسى - فى الدعوى Ville de Callant - بتاريخ ٣ يوليو سنة ١٩٣١ .

المحكمة الإدارية العليا فى مصر - حكم فى الطعن رقم ٣٨٧ لسنة الثانية قضائية - بتاريخ ١٠/١١/١٩٥٦ - مجموعة مبادئ المحكمة العليا - السنة الثانية - من ٧٨ .

مجموعة مبادئ المحكمة العليا - السنة الرابعة قضائية - بتاريخ ٤ أبريل سنة ١٩٥٩ - السنة الرابعة ، من ١١١٩ .

ساريا فيه ، مخالفة للقانون (١) ، فعيب مخالفة القانون - حسبما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر - ليس مقصوداً على مخالفة نص في قانون أو لائحة (بل هو يصدق على مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة) واتخذتها شرعة لها ومنهاجا (٢) .

ويشترط هنا شرطان :

الأول - أن يكون العرف ثابتاً ومستقراً ، كأن تكون الإدارة قد سارت على سنن معين باطراد المدة الكافية ، والتزمت به دائماً (وطبقته في جميع الحالات الفردية. أما إذا كانت الإدارة قد أخذت نفسها ببعض الحلول في تطبيقات فردية متباعدة دون استقرار أو إطراد ، فإن ذلك لا ينهض دليلاً على قيام عرف إداري ملزم (٣) .

الثاني - ألا يجرى سنن الإدارة على خلاف القانون المكتوب لأن الاطراد على منهاج معين على خلاف القانون لا يمكن أن يرفع عن عمل الإدارة صفة أنه غير مشروع (مهما استمر واستقر). ولا يستساغ أن يتولد عن العمل غير المشروع قاعدة قانونية ملزمة ، مهما تكررت الحوادث المتماثلة أو تكررت الحلول المتماثلة لهذه الحوادث (٤) .

(١) محكمة القضاء الإداري - حكم في الدعوى رقم ١٩٦ لسنة الأولى القضائية - مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة الثانية ، ص ٣٥٦ وحكمها في الدعوى رقم ٤٥١ لسنة الثالثة القضائية - مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة الرابعة ، ص ٦٩٧ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - حكم في الطعن رقم ٧٥٤ لسنة الرابعة القضائية بتاريخ ٢٦ مارس سنة ١٩٦٠ - مجموعة مبادئ المحكمة العليا - السنة الخامسة ، ص ٥٧ .

(٣) محكمة القضاء الإداري - بتاريخ ١٩٥٣/٦/٢٤ ، في الدعوى رقم ١٥٤٠ لسنة السادسة القضائية - مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السابعة - ص ١٧٨١ .

(٤) محكمة القضاء الإداري ، حكم بتاريخ ١٩٤٧/١١/١٤ ، في الدعوى رقم ٢٦٨ لسنة الأولى القضائية ، مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الثانية ، ص ٢٩ .

(ب) أحكام القضاء :

الأصل أن القاضي حين يصدر حكمه ، لا يصدر لأثرة عامة ولا يخلق قاعدة قانونية جديدة . وبالتالي فإن الحكم القضائي لا يتمتع بالحجية الشرعية التي هي من خصائص القاعدة القانونية العامة ، ولكنه فيما صدر فيه وبين نفس الخصوم ، يعتبر عنوان الحقيقة القانونية الملزمة .

ومعنى ذلك :

أولاً : أنه متى أصبح الحكم القضائي نهائياً لا يستفاد طرق الطعن فيه أو لفوات مواعيد الطعن المقررة ، فإنه يعتبر فيما صدر فيه ، قاعدة القانون واجبة الاتباع . يلتزم به من صدر في مواجهته ، فإذا امتنع عن تنفيذه اختياراً التزمت السلطة العامة بتنفيذه جبراً ، ويكون امتناعها عن هذا التنفيذ الجبري ، متى طلب منها ، مخالفة قانونية صارخة تستوجب مساءلتها ، لما يترتب على هذه المخالفة الخطيرة من إشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون (١) .

ثانياً : أنه إذا كان الحكم القضائي قد صدر في مواجهة السلطة العامة ، فإنها بالتطبيق لما تقدم - ورغم أنها لا تتعرض لإجراءات التنفيذ الجبري - تلزم بتنفيذ الحكم ، بحيث يكون امتناعها عن التنفيذ مخالفة للقانون ، تصيب تصرفها بعدم المشروعية ، وتعرضها للمساءلة ، كما قد تترتب عليه المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ .

ثالثاً : أنه خارج الالتزام بتنفيذ الحكم القضائي فيما صدر فيه ، فإنه

(١) L'inertie des pouvoirs - P. Montane de la Roche -
publics- these Paris-1950 p. 480.
Etudes et Documents de C. E. Fasc. No 4 P. 40 et fasc.
No 7 p. 50.
حكمة القضاء الإداري ، حكم بتاريخ ١٩٥٢/٦/١٩ في الدعوى رقم ١٦٨٦ للسنة الخامسة القضائية ، مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة السادسة ، ص ٣٣٨ .

ليس واجب الاتباع مستقبلا في الحالات التي تتماثل مع الحالة التي صدر فيها، فهو ليس عملا مشرعا يقرر لائحة أو يضع قاعدة قانونية عامة ملزمة .

غير أن هذه القاعدة تعرضت للمناقشة (في خصوص القضاء الإداري). حتى لقد شاع في الفقه والقضاء أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما ، بل هو في الأغلب (قضاء إنشائي) يعتبر بمصدراً رسمياً لأغلب القواعد القانونية الملزمة للهيئات العامة . بل إن النظرية العامة للقانون الإداري وما يدخل فيها من حلول وأحكام إنما تتألف في الواقع من جملة المبادئ التي قررها القضاء الإداري في أحكامه^(١) . وانضم المشرع المصري لوجهة النظر هذه حيث قرر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة ، أن من بين أسباب الطعن في الأحكام النهائية الصادرة من دوائر محكمة القضاء الإداري أو من المحاكم الإدارية ، مخالفتها لحكم سابق حائز لقوة الشيء المقضي به .

ومعناه أن الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به ، أصبح في حكم القاعدة القانونية العامة واجبة التطبيق في الحالات المتماثلة مستقبلا ، بحيث تكون مخالفته ، مخالفة للقانون تجعل الحكم القضائي الجديد معرضا للطعن فيه لدى المحكمة الإدارية العليا .

(١) دكتور توفيق شحاته - القانون الإداري - الجزء الأول سني ١٩٥٥/٥٤ - ص ٨٨/٨٧ ، المحكمة الإدارية العليا ، حكم بتاريخ ٢ يونيو ١٩٥٦ ، في الطعن رقم ١٥٧ لسنة الثالثة القضائية ، مجموعة مبادئ المحكمة العليا ، السنة الأولى ، ص ٨٠٧ .

الفصل الثاني

تغير أحكام المشروعية بتغير الظروف

المبحث الأول

الظروف العادية

(التمييز بين الاختصاص المقيّد والسلطة التقديرية)

أولاً : مبدأ المشروعية تطبيق لقواعد الاختصاص :

١ - ضوابط تحديد الاختصاص :

الدولة المعاصرة ، تقوم حسبنا بينا ، على أساس عزل الحكم عن حق السيادة ، والنظر إليهم بصفتهم سلطات مفوضة تعمل باسم الدولة ولحسابها طبقاً لقواعد الاختصاص المحددة لما فوضت فيه من موضوعات وعلى مقتضى ما تقرّر لها من اجراءات وأشكال وأغراض . ولذلك يمكن القول بأن مبدأ المشروعية يتبلور في النهاية حول وجوب احترام القواعد المحددة لسلطات الهيئات العامة ، والمنظمة لاختصاصاتها . بحيث تدور قدرات الهيئات العامة على التصرف اتساعاً وضيقاً مع الضوابط التي تحددها لها قواعد اختصاصها فتتسع هذه القدرات كلما كانت الهيئات العامة تمارس اختصاصها حراً على أساس سلطتها التقديرية ، بينما تضيق وتقتيد حين تمارس سلطتها على أساس الاختصاص المقيّد حيث تتحدد سلطاتها حينئذ في مجرد تنفيذ القواعد العليا التي ترسم لها نشاطها وتبين لها سلفاً القرارات التي يتعين عليها إصدارها أو الامتناع عنها .

وارتباط مبدأ المشروعية بالقواعد المنظمة للاختصاص يستمد تفسيره من مفهوم قاعدة الاختصاص باعتبار أنها هي التي تقرر منح الرخصة القانونية (لشخص معين أو هيئة معينة) لكي يمارس (نشاطا معيناً أو يجرى تصرفاً معيناً) على صورة تضمن شرعية هذا التصرف وتؤكد صحته القانونية^(١) . فكان قاعدة الاختصاص تقوم على أساس الجمع بين عنصرين أحدهما موضوعي والآخر شخصي ، وأن محورها في النهاية هو تحقيق الارتباط بين تصرف معين وشخص معين .

(١) - وتحديد الاختصاص على أساس العنصر الموضوعي : يفيد تحديد العمل أو التصرف موضوع قاعدة الاختصاص وهو ما يوجب تحديد أمرين متابعين ولكنهما متلازمين .

أولهما : بيان طبيعة النشاط ، أي نوع الموضوعات التي يمكن أن يندرج فيها التصرف موضوع الاختصاص . وتكفل المبادئ الدستورية ، وفي مقدمتها مبدأ الفصل بين السلطات بجانب كبير في هذا المجال . فقد قام التمييز بين هيئات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس التمييز بين وظائف الدولة في التشريع والتنفيذ والقضاء . وإذا كانت التقاليد الدستورية تجرى على الاعتراف للهيئة التنفيذية بممارسة بعض مظاهر الوظيفة التشريعية استثناء وفي حدود القوانين (السلطة اللائحية) فإن هذا الاختصاص اللائحي لا يزال محكوماً بالأصل العام لمبدأ الفصل بين السلطات ، محدوداً بمقتضاه . وتأسيساً على ذلك استقر في فقه القانون العام أن الهيئة التشريعية لا تزال صاحبة الاختصاص الأصلي في الوظيفة التشريعية ، وأن سلطتها في وضع القوانين لا حدود لها . فهي تملك تحديد ولاية الهيئة التنفيذية ، ولا يتصور وجود عمل إداري يمكن أن يخرج عن ولايتها . والعكس غير صحيح . فالهيئة التنفيذية

C. E. 31 Janvier 1902 M. Haurion - La jurisprudence (١)
administrative - T. II - p. 128.

لا تملك إصدار لوائح أو غيرها من القرارات الإدارية في الموضوعات (المحجوزة للشرع) أى التى لا بد فى شأنها من صدور قانون . كما لا تستطيع فيما تصدر من لوائح ، أن تخالف ما يكون القانون قد سبق تنظيمه . ومن حق المشرع دائما استرداد أى موضوع يرى تنظيمه ولو كانت الإدارة قد سبقته إليه فأصدرت فيه لائحة - فالقانون يملك دائما تعديل اللوائح وإلغاءها (١) .
وثانيتها : تحديد أى أنواع التصرفات - من بين جملة النشاط -
يمكن لهيئة ما أو لشخص ما أن يباشره .

فإذا قيل مثلا بأن للهيئة التنفيذية حق إصدار اللوائح البوليسية فإنه لا يزال يلزم تحديد ما تملكه هذه الهيئات من حقوق فى خصوص هذا النوع من اللوائح ، ومدى ما تستطيع فرضه عن طريقها من التزامات أو قيود على حريات الأفراد .

وكذلك ، فلئن كان الأصل العام يقضى بأن تكون الهيئة التشريعية ذات اختصاص مطلق ، من حيث الموضوعات التى تملك أن تتناولها بالتنظيم ، فإن هذا الأصل العام لا يزال محكوما بقاعدة أن (القانون أدنى مرتبة من الدستور) ومن ثم فإنه يجب الرجوع دائما إلى الدستور لتحديد مدى ما يملكه المشرع - حين يصدر القوانين - من سلطات ومدى ما يستطيع أن يحمل به الأفراد من التزامات أو يفرضه على حرياتهم من قيود .

(ب) أما تحديد الاختصاص على أساس العنصر الشخصى ، فيفيد تحديد أى الأشخاص (أو الهيئات) تكون له الصفة القانونية فى ممارسة التصرف مع بيان أى الأفراد يمكن أن يتجه إليهم هذا التصرف فيخولهم حقوقاً أو يحملهم بالتزامات . والواقع فإن تحديد جماعة الأفراد الذين يمكن أن

العنصر الشخصي الذي تجرى عليه قواعد الاختصاص في القانون العام .

فإذا كان اختصاص الدولة الداخلي [التشريعي والتنفيذي والقضائي] يتحدد أساساً بمحدود إقليمها المعترف به دولياً ، فلأن هذا الإقليم يمثل الوعاء المادي الذي تتحدد به وفي داخله جماعات الأفراد — مواطنين وأجانب — من تمارس الدولة سلطاتها في مواجعتهم .

وفي هذا الصدد ، فلقد جرى التمييز بين القوانين الشخصية والقوانين الإقليمية .

فإذا كانت (قاعدة شخصية القوانين) تسمح للتشريعات الوطنية بأن تلاحق أبناء الدولة والحاملين لجنسيتها خارج حدودها الإقليمية ، فإن (قاعدة إقليمية القوانين) هي التي تؤكد سريان التشريعات القومية على كل المقيمين على إقليم الدولة مواطنين وأجانب ممن يمارسون على أرضها أنواعاً من النشاط أو يملكون فيها عقارات . ومفاد ذلك أن نطاق نفاذ قانون الدولة يتحدد في النهاية في ضوء عنصر شخصي قوامه جماعة الأفراد ممن يرتبطون بالدولة برابطة معينة ، وأن المشرع الوطني لا يملك أن يمتد بقوانينه إلى من يشاء من الأفراد ممن لا تربطهم بدولته علاقة من أي نوع . والأمر كذلك بالنسبة للسلطة التنفيذية القومية والسلطة القضائية القومية ، فكلاهما في خدمة القانون القومي ، ولا يمتد سلطاتهما لغير جماعة الأفراد الخاضعين لهذا القانون القومي .

ومن ناحية أخرى ، فإنه في داخل الدولة ذاتها ، تعتبر طوائف الأفراد الذين تتجه إليهم أعمال هيئاتها العامة معياراً أساسياً للتمييز بين اختصاص هذه الهيئات .

(فتى دول الاتحادات المركزية مثلاً) فإن السلطة التشريعية الاتحادية تملك أن تشرع لعموم شعوب الاتحاد ولكن، دويلات الاتحاد لا تستطيع

أما في الدول الموحدة، فلئن كانت سلطة التشريع مركزية وموحدة بالنسبة لعموم إقليم الدولة ولعموم شعبها، فإن النظام الإداري اللامركزي يجعل من الهيئات الإدارية المحلية سلطات عامة تمارس جزءاً من الوظيفة الإدارية على أساس تخصص كل منها بالعمل في مواجهة ومصالحه وواجبات محددة من الأفراد معينين على أساس إقليمي.

٢ - تنظيم أركان التصرف يدخل في معنى ترتيب الاختصاص :

قاعدة الاختصاص إذن هي التي تقرر منح الرخصة القانونية لشخص معين لكي يمارس نشاطاً معيناً على وجه يعتد به شرعاً. ولكنه لا يكفي لتحديد هذا النشاط وما ينطوي عليه من تصرفات أن نقف عند موضوعه أو فوائده. فلكل تصرف قانوني أركان أساسية يكون اكتمالها وتخلصها من العيوب شرطاً لقيام التصرف صحيحاً ولترتيب آثاره القانونية. بحيث إذا تخلفت هذه الأركان (كلها أو بعضها) أو أصاب أحدها عيب يؤثر على صحته وسلامته، وقع التصرف باطلاً (غير مشروع)، وغير منتج لآثاره القانونية.

وتنظيم هذه الأركان الأساسية للتصرف القانوني وما يرتبط بها من شروط انعقاد أو شروط صحة، تدخل في معنى ترتيب الاختصاص فالقانون حين يحدد الهيئة التي تملك ممارسة التصرف القانوني إنما يجري في تحديده لهذا الاختصاص عن طريق بيان موضوع التصرف وسببه وشكله وغايته، بحيث أن الهيئة المعينة لا تملك الاختصاص بممارسة التصرف المعين إلا إذا أخذت نفسها عند إصداره بالالتزام بالموضوع والسبب والشكل والغاية كما حددتها قاعده الاختصاص.

ويمكن حصر الأركان الأساسية للتصرفات القانونية المختلفة في قائمة

التصرف في ضوء نوع النشاط وجنس العمل الذي يندرج التصرف في مجاله .

٢ - شكل التصرف ، وما يدور في نطاق هذا الشكل من إجراءات خاصة يتعين مراعاتها عند ممارسة التصرف وإصداره .

٣ - مكان التصرف وزمانه ، وذلك حين يحدد القانون في شأن تصرف بذاته وقتا معيناً لا تكون ممارسته جائزه قبله أو بعده أو حين يحدد القانون مكاناً أو نطاقاً إقليمياً لا تجوز ممارسة التصرف - على وجه يعتد به شرعاً - إلا في حدوده .

٤ - سبب التصرف وذلك حين يجعل القانون ممارسة التصرف رهيناً بقيام ظروف خاصة وشروط معينة . تسبق التصرف فتبرره وتكون سبباً له .

٥ - الغاية من التصرف . فالقاعدة أن الهيئات العامة - لا تمارس أعمالها لأغراض ذاتية لحسابها ، وإنما بقصد تحقيق هدف أساسي هو الصالح العام . ومن ثم كان من عناصر شرعية أعمال الهيئات العامة أن تتجه هذه الأعمال دائماً لتحقيق المصالح العامة وألا تنحرف عنها . وقد يحدد القانون لتصرفات بذاتها أهدافاً بذاتها . وحينئذ يجب على الهيئة العامة أن تراعى هذا الهدف المحدد ، وإلا كان تصرفها غير مشروع حتى ولو استهدف تحقيق مصالح عامة . فمن المسلمات أن إجراءات الضبط الإداري تصدر باطلة متى استهدفت غرضاً آخر غير حماية النظام العام حتى ولو كان هذا الغرض هو تحقيق مصلحة عامة .

ويمكن تجميع هذه الأركان والشروط في طائفتين :

§ - تتمثل الأولى في كل ما يلزم قانوناً لتحديد مادة التصرف وموضوعه أو ما يمكن أن نسميه بشروط انعقاد التصرف ويندرج في هذه الطائفة شرط المحل وشرط السبب وشرط الغاية .

٤ - وتتمثل الطائفة الثانية في كل ما يوجب القانون مراعاته من شروط

(م ٦ - المشروعية)

والإجراءات تتعلق بطريقة ممارسة التصرف وكيفية إصداره أو ما يمكن أن نسميه بشروط صحة التصرف ويندرج في هذه الطائفة كل ما يتعلق بشرط الشكل والإجراءات وشرط الزمان والمكان .

ثانياً - الاختصاص بين التقييد والتقدير وأثره على المشروعية :

١ - مسلك القانون في تنظيمه للاختصاص :

مادامت القاعدة العليا - وفقاً لتدرج القواعد القانونية - هي التي تحدد نشاط الهيئات الدنيا وتحكم اختصاصها ، فإنه يكون من المتعين أن تصدر أعمال الهيئات الدنيا معتمدة على القاعدة العليا ومطابقة لها . وذلك هو القدر المتيقن منه دائماً في مبدأ المشروعية . بحيث لا يكون لهيئة عامة أن تمارس تصرفاً لم يقرره لها القانون الأعلى الذي يحكم نشاطها أو يكون قد منعها من ممارسته صراحة ، بحيث يتعين عليها دائماً أن تثبت الأساس القانوني الذي أجاز لها التصرف الذي تمارسه .

وقاعدة القانون العليا - وهي بصدد تنظيمها لاختصاصات الهيئات الدنيا - تسلك أحد طريقتين :

(أ) فهي قد تكون قاعدة أمرة أو ناهية تلزم أو تنهى عن عمل معين متى توافرت ظروف أو شروط معينة تحددها . وفي هذه الحالة فإنه لا يمكن لمشروعية التصرف أن يصدر معتمداً على قاعدة القانون العليا التي تجيزه وتقرره ، وأن يكون مطابقاً لها فحسب ، بل يجب كذلك أن يكون تطبيقاً صحيحاً لهذه القاعدة باعتباره عملاً من أعمال التنفيذ بالنسبة لها . فالقاعدة العليا في هذه الحالة تكون قد حددت الاختصاص في شأن هذا التصرف على صورة لا تترك معها للهيئة المتصرفة فرصة للتقدير الذاتي . وإنما يصبح عمل الهيئة المتصرفة آلياً يتحدد في مجرد تنفيذ القاعدة العليا بما لا يضيف إليها أو يعدل فيها ، وهو ما يعرف (ب) بالاختصاص المقيّد .

(ب) ولكن القاعدة العليا قد تقف من تصرفات الهيئات الدنيا موقفاً

أقل من ذلك تشدداً . فتقتصر على مجرد الإذن بممارسته أو الامتناع عنه وفقاً لما تراه ملائماً للصالح العام ، بناء على سلطتها التقديرية . وفي مثل هذه الحالة فإن سلوك الهيئة المتصرفة لا يتحدد سلفاً على صور ملزمة ، ومن ثم فإن المشروعية سوف تقف عند الحد الذي يوجب صدور التصرف مطابقاً للقاعدة الأعلى ومعتمداً عليها فقط دون أن يلتزم بأن يكون تطبيقاً لها . إذ لا تكون الهيئة المتصرفة حينئذ مجرد سلطة متخصصة في أعمال التنفيذ ، بقدر ما تكون بصدد ممارستها لسلطة خاصة ولاختصاص ذاتي . فغالباً ما يتعذر على قاعدة القانون العليا أن تواجه جميع الحالات التي يمكن أن تنطبق عليها في المستقبل وأن ترسم للهيئات الدنيا ما يجب عليها اتخاذه من قرارات في شأن هذه الحالات . فتكتفي بوضع التوجيهات العامة للسلطات الدنيا ثم تترك لهذه السلطات بعد ذلك قسطاً من حرية التقدير تعالج به الحالات والمناسبات المختلفة وتزن ظروفها وملايساتها وتصدر في شأنها ما تراه ملائماً لها من قرارات (١) .

وجدير بالملاحظة أن هذا هو ما يجري غالباً كلما كان التصرف الأدنى من الأعمال المشروعة . لأن العلاقة التي تقوم بين قاعدة عامة وقاعدة أدنى منها ، لا يمكن أن تكون علاقة تنفيذ . وإنما ينصرف مدلول التنفيذ إلى القرارات الفردية أو الأعمال التنفيذية المادية وحدها (٢) . وهو ما يظهر في مجال السلطة اللائحية التي تمارسها الهيئات التنفيذية . (فاللائحة) وهي في مرتبة أدنى من القانون يجب أن تكون خاضعة له بمعنى أن تصدر مطابقة له معتمدة عليه دون أن تحاول إلغائه أو وقف نفاذه

(١) مثل ذلك حالة الترخيص بقيادة السيارات ، إذ تملك الإدارة في شأنه سلطة تقدير

ملائمة منجح الترخيص .

Cb. Eisenmann-Cours de droit administratif-op. cit. (٢)
P. 429.

أو تعديل أو مخالفة أحكامه . أى أن خضوع اللائحة للقانون لا يصل إلى الحد الذى يجعل منها مجرد تنفيذ حرفى للقانون . بل كثيراً ما تصدر اللوائح المستقلة (أو القائمة بذاتها) خارج القانون ومن ورائه حين تجد سندها فى نصوص الدستور أو فيما جرى به العرف^(١) واللوائح التنفيذية (أو المكملة) لا تشذ رغم تسميتها ، عن هذه القاعدة . فهذه اللوائح وهى تستمد سندها من القانون (فى رأى) ومن الدستور (فى رأى آخر) ليست فى واقع الأمر إلا إجراء من الإجراءات التى يقصد بها تخصيص القانون وتضييق عمومته وتجريده وتحديد شروط انطباقه مما يسمح بدخوله عن طريقها فى دور التنفيذ ويجعله قابلاً للتطبيق على الحالات الفردية التى يحكمها . ولكنها فى ذاتها لا تعتبر تنفيذاً للقانون الذى لا يزال ينتظر الإجراءات التنفيذية الفردية التى تسحب أحكامه طبقاً لما حددته اللوائح من شروط على الأفراد المخاطبين به .

وتصدق هذه القاعدة على التشريع الصادر من البرلمان فى علاقته بالدستور . فالتشريع وإن كان يخضع للدستور يجد مصدره فيه ، ويستمد سنداً منه يجب أن يصدر معتمداً عليه غير مخالف له . ولكنه لا يعتبر تنفيذاً للدستور ، بقدر ما يكون تحديداً لشروط هذا التنفيذ واقترباً بالدستور من التخصيص وعدم الإغراق فى العمومية والتجريد .

والخلاصة أن السلطة التقديرية ليست سوى سلطة التصرف الحر الذى تتمتع به الهيئات العامة فى شأن ما تصدره من قرارات ، بحيث يكون لها قدرة الاختيار بين أن تتدخل وأن تمتنع عن التدخل . وإذا هى قدرت ملامة التدخل فإنه يكون لها كذلك قدرة الاختيار الحر فى شأن

(١) الدكتور توفيق شحاته - القانون الإدارى - المرجع السابق - ص ٦٦٥ - الدكتور سليمان الطماوى - النظرية العامة لقرارات الإدارة

تحديد وقت التدخل ، وطريقته مما يرخص لها في أن تختار بين عدة قرارات كل منها مشروع مادام لا يقوم على عيب الانحراف في السلطة .

وجدير بالتنبيه أن أعمال الهيئات العامة لا تتجمع في طائفتين اثنتين ، تضم الأولى الأعمال التي أحكمت القواعد العليا تنظيمها وجعلت الاختصاص في شأنها مقيداً وتضم الثانية الأعمال التي لم تتناولها القواعد العليا بالتنظيم بل أطلقت فيها للهيئات العامة مباشرها بما لها من سلطة التقدير .

ولقد وقع الفقه والقضاء في هذا الوهم زمناً . وعاشت نظرية الأعمال التقديرية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فترة طويلة ، واطردت أحكامه حتى عام ١٩٠٢ على أن ثمة أعمال من أعمال الإدارة ، لم يشترط المشرع بالنسبة لها إلا ضرورة صدورها من الجهة المختصة على مقتضى القوانين المرخصة بها ، دون أن يحيطها بقيود دقيقة أو محددة وإنما ترك الإدارة تتمتع في شأنها بحرية تقدير مطلقة سواء فيما يتصل بتحديد موضوعها أو أسبابها ودواعيها . وأن أمثال هذه التصرفات لا تخضع للضوابط المقررة لمبدأ المشروعية خارج قاعدة الاختصاص ، ولا تقبل بالتالي طعون الإلغاء الموجهة ضدها .

ولكنه اعتباراً من (سنة ١٩٠٢ اختفت نظرية الأعمال التقديرية نهائياً من الفقه والقضاء حيث ثبت أن الهيئات العامة يمكن أن تتمتع بسلطة تقديرية) يختلف مداها ليس باختلاف التصرفات بل باختلاف مدى ما تكون القواعد العليا قد تركته لها من حرية التقدير في شأن عنصر أو أكثر من عناصر التصرف (دون أن يكون التصرف برمته عملاً تقديرياً بعيداً بطبيعته عن أن تكون موضوعاً لطعون الإلغاء^(١) .

(١) La -- M. Heuriou - 21 Janvier - 1902 - جرازني C. E.
Jurisprudence administrative T. 11 P. 182.

٢ - مصادر التقدير ومداه :

(١) مصادر التقدير :

يرتكز التمييز بين (الاختصاص المقيّد) و(السلطة التقديرية) أساساً على التمييز بين ما هو ملزم وما هو غير ملزم من قواعد القانون العليا . ولذلك فإن التصرف القانوني يكون خالياً من كل عناصر التقدير ، متى كان قد تحدد سلفاً وبطريقة أمرة وملزمة في القاعدة العليا من حيث موضوعه وغايته وأسبابه وأشكاله . أما حين يتخلف هذا التحديد الأمر الملزم لركن أو لشرط من أركان أو شروط التصرف القانوني ، فنكون أمام سلطة تقديرية تتسع وتطبق ^{بضيق} بالقدر الذي يكون فيه هذا التحديد الملزم قد تخلف دون أن يتعداه .

وهكذا يكون المصدر الأساسي للسلطة التقديرية هو تخلف التنظيم القانوني الملزم في شأن تصرف معين أو في شأن عنصر أو أكثر من العناصر المكونة لهذا التصرف أو لشروط انعقاده وصحته (١) .

وبالتالي فإن السلطة التقديرية تستمد وجودها من جميع المصادر المقررة التي يمكن أن يستمد التنظيم القانوني لسلطات الهيئات العامة مصادر إلزامه منها . فهي توجد في القانون المكتوب (الدستور والقانون والوائح) كما توجد في المصادر التكميلية والتفسيرية التي تقوم بجانب القانون المكتوب كالعرف وأحكام القضاء والمبادئ العامة للقانون .

وإذا كان القضاء الإداري يعتبر - فيما استقر عليه من أحكام - من أهم مصادر القانون الإداري فقد تقرر أنه يعتبر المصدر النهائي لسلطات الإدارة

لا يحدد عنه ، ولكنها مع كل ذلك التحديد الدقيق لجميع عناصر التصرف وشروطه لم تلزم صاحب الاختصاص به في ممارسته حين تقوم دواعيه . فوقفت عند مجرد إجازته والترخيص بإصداره . ومن ثم تملك الهيئة صاحبة الاختصاص سلطة التقدير في شأن إصدار التصرف أو عدم إصداره . إذ لا إلزام عليها في شيء من ذلك . ولكنها حين تقدر ملاءمة إصدار التصرف ، فإنها تفقد حينئذ كل سلطاتها التقديرية ، إذ يتعين عليها إصدار القرار حسبما تقرر في شأنه سلفا على وجه الإلزام فيما يتعلق بموضوعه وشكله وأسبابه وغايته . وهو ما يعرف بسلطة الإدارة التقديرية في تحديد ملاءمات إصدار التصرف .

§ - وقد تترك قاعدة الاختصاص موضوع القرار الذي توجب إصداره في ظروف معينة من غير تحديد كامل . وفي مثل هذه الحالة تكون الهيئة العامة ملزمة بإصدار قرار متى توفرت الظروف المحددة في القانون ، ولكنها لا تزال تملك سلطة التقدير في أن تحدد مضمون قرارها مما تراه أكثر ملاءمة

وتكون هذه السلطة التقديرية على أوسع نطاقها لدى السلطة التأسيسية وهي تضع الدستور ثم تضيق لدى الهيئة التشريعية بحكم ما يفرضه الدستور من قيود . ثم يشترك الدستور والقانون في زيادة التضيق على الهيئة التنفيذية والقضائية عند ممارسة كل منهما لمثل هذه السلطة التقديرية .

٢ § - وقد تلزم القاعدة القانونية بقرار معين تحدد موضوعه وتوجب إصداره حين تقوم دواعيه . وحينئذ تنعدم سلطة التقدير في شأن ملامة الإصدار ، وفي شأن اختيار موضوع القرار كذلك . ولكنها قد لا تلزم بشيء فيما يتعلق بشكل القرار أو بإجراءاته ، أو مواعيد ممارسته . ومن ثم يبقى للهيئة العامة صاحبة الاختصاص ، قدر من سلطة التقدير فيما يتعلق بهذه العناصر .

§ - وحين نعرض لدواعي التصرف أو أسبابه ، فإن الأمر لا يخرج عن واحدة من الصور الآتية : /

١- • قد يلزم القانون بممارسة تصرف محدد متى قام في شأنه سبب محدد . ونكون إذن في مجال الاختصاص المقيد ، حيث لم يترك القانون للهيئة صاحبة الاختصاص أي مجال للتقدير لا من حيث ملامة الإصدار ولا من حيث موضوع التصرف ولا سببه .

٢- • وقد يلزم القانون بممارسة تصرف محدد متى قام في شأنه واحد من عدة أسباب عددها القانون . وهنا فإن الهيئة العامة صاحبة الاختصاص تملك ممارسة التصرف بسلطة تقدير أوسع مما هي عليه في الحالة الأولى ، إذ يكون لها أن تختار بين أحد الأسباب المحددة لتبرر تصرفها على أساسه . ولكنها

٤. • وقد يحيز القانون إصدار قرار معين متى قام في شأنه سبب محدد وهنا تملك الهيئة العامة صاحبة الاختصاص سلطة تقدير ملاءمة الإصدار بأكثر مما تملك في شأن سبب القرار . فهي ليست ملزمة بممارسة التصرف متى قامت دواعيه ، ولكنها - حين تقدر ملاءمة اتخاذ التصرف فإنها تفقد سلطتها التقديرية من حيث السبب ، ويتعين عليها الاستناد على الأسباب المحددة سلفا . أى أنها لا تزال في نطاق الاختصاص المقيد فيما يتعلق بركن السبب .

٤- • وقد يحيز القانون للهيئة العامة ممارسة تصرف معين بذاته متى توفرت في شأنه أحد أسباب معينة ومحددة سلفا . فإذا ما قدرت الهيئة صاحبة الاختصاص ملاءمة إصدار التصرف كان لزاما عليها أن تعتمد في قرارها على أحد الأسباب الواردة على سنبل الحصر في القانون . فكأنها لا تزال ذات اختصاص مقيد فيما يتعلق بركن السبب ، وإن كانت لا تزال تمارس سلطتها التقديرية في الاختيار بين جملة الأسباب الواردة في القانون .

٥. • وقد يحيز القانون التصرف دون أن يلزم في شأنه أن يستند إلى سبب محدد أو إلى واحد من جملة أسباب معلومة سلفا . وفي هذه الصورة وحدها تمارس الهيئة صاحبة الاختصاص ، سلطة التقدير الكاملة فيما يتعلق بالسبب . إذ لا تكون ملزمة بسبب معين بل ولا تكون ملزمة بتسبب تصرفها أصلا ما لم يلزمها القانون صراحة بذكر السبب (١) .

٥ - أما بالنسبة لركن الغاية في التصرفات القانونية فلا يخرج الوضع عن أحد أمرين فإما أن تحدد القاعدة القانونية للتصرف غاية معينة وعلى سبيل

(١) محكمة القضاء الإدارى المصرية - حكم بتاريخ ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة الأحكام - السنة السابعة ص ٥٥ ، وحكم بتاريخ ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٤ - مجموعة الأحكام - السنة التاسعة - ص ١٨ .

الإلزام وإما أن تترك الغاية دون تحديد . فإذا كانت الهيئة العامة لا تملك في الحالة الأولى الفكك من قاعدة الاختصاص المقيد والغاية الملزمة . فإنها في الحالة الثانية تستطيع أن تمارس التصرف لأية غاية تقصدها دون التزام غاية بذاتها . غير أن الإدارة العامة لا تزال تلتزم رغم ذلك بفكرة تحقيق الصالح العام . فإذا هي جاوزت هذا الغرض ^(١) ولم يكن الباعث على تصرفاتها ابتغاء مصلحة عامة ، فإنه يشوب تصرفاتها عيب إساءة استعمال السلطة (أو الانحراف بالسلطة) مما يجعلها حقيقة بالإلغاء .

المبحث الثاني

الضرورة ومدى نفاذ المشروعية في الظروف الاستثنائية

أولا : نظرية الضرورة في فقه القانون العام :

من الأصول المقررة في جميع الشرائع أن الضرورات تبيح المحظورات فيذهب الأصوليون في فقه الشريعة الإسلامية إلى تقسيم الحكم التكليفي باعتبار عمومته وعدم عمومته إلى عزيمة ورخصة . ويريدون بالعزيمة الأحكام التي شرعها الله تعالى ابتداء لتكون قانونا عاما لكل المكلفين في جميع الأحوال كالصلاة والصيام والزكاة والحج وسائر شعائر الإسلام .

أما الرخصة فيراد بها الأحكام التي شرعها الله تعالى بناء على أعذار العباد ورعاية لحاجاتهم . كإباحة الفعل المحرم عند الضرورة والحاجة ، ومثاله إباحة التلفظ بالكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان عند الإكراه على ذلك بالقتل أو قطع بعض الأعضاء ، وإباحة الفطر في رمضان أو إتلاف مال الغير أو

(١) Ch. Eisenmann - Cours de droit administratif-op. cit P. 447.

أكل الميتة أو شرب الخمر عند الإكراه على شيء من ذلك (١) وتجري قواعد القانون الجنائي على أنه لا جناح على شخص خالف أحكام قانون العقوبات لضرورة وقاية نفسه أو ماله من خطر جسيم على وشك الوقوع به (٢) ، نزولا على المبدأ الروماني القديم Solus Papuli Suprema Lex .

وقام التساؤل في القانون العام في شأن ما يكون عليه التزام الدولة بالقانون حين تهدد حياتها المخاطر وحين يكون نظامها الاجتماعي معرضا لأزمة حادة تقتضى عملا سريعا وشاذا . هل تلزم الدولة في هذه الظروف باحترام القانون المقرر للظروف العادية ، أم يسمح لها - وإلى أى حد - في أن تتحلل من التزاماتها وتتصرف بما يلائم الظروف الشاذة التي تتعرض لها مع إعفائها من المسؤولية عما تسببه للغير من أضرار (٣) .

وسلم فقه القانون العام بنظرية الضرورة تأسيسا على حق الدولة الشرعي في الدفاع عن النفس .

ولكن حق الدفاع الشرعي عن النفس يقوم على إحدى فكرتين (٤) :

١ - الأولى : أن الدفاع الشرعي حق من شأنه إباحة ما يرتكب بسببه من أفعال ، فلا توصف بأنها جرائم ، وإن كانت كذلك في الظروف العادية ،

(١) فضيلة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة - أصول الفقه - سنة ١٩٥٨ - ص ٤٩ وما بعدها . والأستاذ زكي الدين - أصول الفقه الإسلامي ص ١٦٢ - ١٦٥ .
(٢) وهو ما يعرف بحق الدفاع الشرعي باعتباره سبباً من أسباب الإباحة وعذرا مانعاً من العقاب في رأى آخر .

راجع الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة في قانون العقوبات - الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٣ - ص ١٨٦ .

(٣) M. Mouskheli-la loi et le Règlement - le Caire 1943. P. 160/161.

(٤) راجع في عرض الفكرتين ومناقشتهما الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة في قانون العقوبات - المرجع السابق - ص ١٨٦/١٨٧ .
والأستاذ الدكتور علي راشد - موجز القانون الجنائي ص ٣٢٣ رقم ٣١٢ .

ذلك هو مسلك القانون الرومانى والتشريع الفرنسى الصادر سنة ١٨١٠ ، وهو كذلك مسلك التشريع المصرى .

٢ - والثانية : أنه مجرد عذر مانع من المسؤولية الجنائية . فهو لا يمحى الجريمة عن الفعل وان أسقط المسؤولية عن الفاعل . ذلك هو مسلك القانون الكهنسى والتشريع الفرنسى السابق على الثورة .

وامتد هذا الخلاف إلى القانون العام ، ودارت مناقشات طويلة حول الأساس الذى يجوز بسببه تبرير خروج الدولة على القانون فى بعض الظروف . وتبلورت المناقشات فى اتجاهين . ١ -

(أولهما) يصدر عن التسليم بحق الدولة فى السيادة . باعتبارها أسمى الأشخاص القانونية فى المجتمع وهى بحكم حقها فى السيادة تصدر القانون على أنه تعبير لإرادتها الملزمة للغير . ولكنها وإن كانت لا تخضع للقانون قهراً إلا أنها تقدر ضرورة احترامها له وإلزامها به على مقتضى التحديد الذاتى لسلطانها / ولكنها لا تزال بحكم حقها فى السيادة ، تملك سلطة التقدير فى أن تلائم بين مصالحها العليا والقانون . بحيث إذا قام بينهما تناقض أو عدم انسجام أو قدرت الدولة أن القانون لم يعد كفيلاً وحده بتحقيق هذه المصالح كان لها الحق فى أن تترك القانون جانباً وأن تسعى فى سبيل تحقيق مصالحها بكل الوسائل الممكنة . ومن باب أولى حين تقوم حرب أو ثورة أو انتشار وباء أو تهدد الدولة الكوارث ، وباختصار حين يضطرب الأمن والنظام العام فإنه يكون للدولة بموجب حقها فى البقاء ، أن تحمى كيانها وأن تدافع عن نفسها بكل ما تقدره ضرورياً من إجراءات حتى ولو خالفت القانون .

وهذا هو اتجاه الفقه الألمانى الذى جعل من الضرورة نظرية قانونية تبيح ما يتخذ تحت إلحاحها من إجراءات غير مشروعة على أساس أن الدولة تمارس فى ظلها حقاً قانونياً (١) . حتى لقد ذهب « جيلينيك » ، إلى أن من

(١) = J. Bartbélemy-Droit constitutionnel-op. cit-P. 242.

طبيعة فكرة الدولة أنه تعرض لها حالات وظروف تقتضى عملاً سريعاً وشاذاً مما يدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية ، فإذا كان الدستور يرفض أو لا يصرح بإحلال الحكومة محل البرلمان في اتخاذ مثل هذه الأعمال ، فإنه يخلق بذلك حالة شاذة تقتضى العلاج . وعلى هذا الأساس ، وحين تبرر ذلك الظروف القهرية المحيطة بالدولة ، يكون للحكومة أن تتصرف على مسؤوليتها بكل ما تملك من وسائل ، على أن يكون من حق السلطة التشريعية بعد ذلك أن تصدق على تصرفاتها (١) .

وانتقلت نظرية الضرورة من الفقه إلى النصوص الدستورية ، حيث جرت كل دساتير الولايات الألمانية في أوائل القرن التاسع عشر على التصريح للأمراء بحق الاحتجاج بالضرورة حتى يكون لهم سلطة تعطيل الدستور والقانون (٢) . ولم يكن ذلك يمثل شذوذاً حيث لم تكن الديمقراطية قد تقدمت بعد في هذه الولايات بشكل يحذف من سلطان الأمراء وحقوقهم في السيادة . بل على النقيض كانت كل هذه الدساتير تقوم على قاعدة المنحة من الملك . ولذلك كان طبيعياً متى تغيرت الظروف وتهددت الدولة المخاطر المفاجئة ، أن يسترد الملك المنحة فيخرج على التزامه بالدستور والقانون .

= والدكتور عبد الحميد متولى — الوسيط في القانون الدستوري . سنة ١٩٥٦ ، ص ٣٤٤ و ٣٤٥ وللمؤلف — الوجيز في النظريات السياسية العيسابية — سنة ١٩٥٩ ، ص ٣٢٨ .

(١) L. Duguit-Traite de droit constitutionnel - T.111-1928
P. 697-M. Mouskheli la loi et le reglement-op. cit-P. 161-162.
(٢) بهذا جرت المادة ٦٣ من دستور بلغاريا الصادر سنة ١٨٧١ ، والمادة ٨٨ من دستور سكسونيا الصادر سنة ١٨٣١ والمادة ٨٩ من دستور روتنبرج الصادر سنة ١٨١٩ . ثم جرى المبدأ إلى النمسا فقررت المادة ١٤ من دستور سنة ١٨٦٧ وإلى الدانمرك فقررت المادة ٢٥ من دستور سنة ١٨٦١ وإلى بلغاريا فقررت المادة ٤٧ من دستور سنة ١٨٧٩ وإلى بلجيكا فقررت المادة ٢٥ من دستور سنة ١٨٦٦ .

راجع في هذا :

A. Farnet-Droit Constitutionnel T. 11 op. cit. P. 89.

واستقرت نظرية الضرورة قاعدة أساسية في القانون العام الألماني، حتى أنه حين قامت الأمبراطورية وصدر دستورها سنة ١٨٧١، لم يستشعر القائمون بالأمر وقتذاك بضرورة النص الصريح فيه على لوائح الضرورة. وتأكد بجملة الفقه الألماني، أنه على الرغم من صمت الدستور، فليس مما يقبل الشك في أن للإمبراطور - وهو صاحب السيادة الوحيد في الأمبراطورية - الحق في أن يعطل الدستور والقانون كلما وجد ذلك ضرورياً للدفاع عن أمن الدولة وصيانة نظامها وأمنها العام.

وورثت النظم الجمهورية في ألمانيا هذه القاعدة. فقررت المادة ٤٨ من دستور فيمر سنة ١٩١٩، لرئيس الجمهورية - متى كان الأمن أو النظام العام مهدداً بالخطر - حق اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية للدفاع عن الدولة ولو اضطر إلى استخدام القوة العسكرية (١).

ثم توسع الألمان في فهم نظرية الضرورة فخرجوا بها إلى نطاق القانون الدولي العام، وأقاموا منها مبدأ قانونياً يبيح لهم، فوق حقهم في الدفاع ضد الدول المعتدية عليهم، حقاً آخر يسمح لهم (باسم المحافظة على أمنهم وسلامتهم) في اتخاذ الأعمال العدوانية ضد الدول البريئة التي لم يصدر منها لهم تهديد أو اعتداء.

وعلى أساس هذا التفسير الواسع، خرق الألمان حياد الدولة البلجيكية ودولة لكسمبرج سنة ١٩١٤، وقاموا بحملتهم العسكرية لغزو الدانمرك

(١) بذات الحكم جاءت المادة ٦١ من دستور فيمر سنة ١٩١٩ والمادة ٥٠ من دستور بروسيا سنة ١٩٢٨.

وامتدت سياسة النمس على لوائح الضرورة في أكثر الدساتير الأوروبية الصادرة بعد الحرب العالمية الأولى. ومثال ذلك المادة ٧٧ من دستور اليونان الصادر سنة ١٩٢٧ والمادة ٥٣ من دستور ليتوانيا الصادر سنة ١٩٤٨. راجع الدكتور السيد صبرى - اللوائح التشريعية - سنة ١٩٤٤ ص ٣٩.

والزويج وهولاندا وبلجيكا سنة ١٩٤٠ ، كما برروا على أساسه نقضهم لمعاهدة التحالف المبرمة بينهم وبين روسيا سنة ١٩٢٩ ، وغزوهم للأراضي الروسية دون إنذار سابق في غضون الحرب العالمية الثانية سنة ١٩٤١ (١) .

وتأسيساً على هذا الفهم لنظرية الضرورة ينتهى فقهاء القانون العام الألمانى إلى النتائج الآتية :

١ - أن ماتتخذة الدولة من إجراءات نزولا على حكم الضرورة ، يعتبر إجراءات مشروعة مهما كانت مخالفتها للدستور والقانون .

٢ - وعمال الحكومة الذين يمارسون هذه الإجراءات لا يرتكبون أية مخالفة قانونية ولا يتصور مساءلتهم عنها مهما سببت للغير من أضرار .

٣ - ولا مجال للقول بقيام خطأ فى جانب الدولة لاتخاذها هذه الإجراءات . ومن ثم تنففى مسؤولية الدولة ولا يحق للأفراد من أضررت بهم هذه الإجراءات أن يطالبوها بالتعويض (٢) .

وثانيهما يصدر عن قاعدة عكسية تؤكد أن الدول الديمقراطية ذات الثقافة اللاتينية الأنجلوسكسونية لا تعترف بغير الحكومة الشرعية التى تخضع للقانون حتى فى أوقات الأزمات وأحوال الضرورة العاجلة (٣) . فلا يحتمل مفهوم

(١) ورداً على سياسة ألمانيا جاء فى مشروع إعلان حقوق الدول وواجباتها المقدم إلى مجمع القانون الدولى سنة ١٩٢١ بأنه « ليس لأية دولة ، ولو لإتخاذ كيانها ، أن تقوم بأى عمل عدوانى ضد عدوانى ضد كيان دولة أخرى لا تهددها » .

راجع فى ذلك الدكتور على صادق أبو هيف — موجز القانون الدولى المراجع السابق ، ص ٢٠٣ و ٢٠٤ بند رقم ١٤٩ والدكتور السيد صبرى — الاوائج التشريعية — المراجع السابق — ص ٧٦ .

(١) الدكتور عبد الحميد متولى — القانون الدستورى — المراجع السابق — ص ٣٤٥ والمؤلف الوجيز فى النظريات والأنظمة السياسية . المراجع السابق — ص ٣٢٨ .
وبلاحظ أن المحكمة الاتحادية السوفيسرية قد تأثرت بالاتجاه الألمانى .

(٢) A. Esmein-Droit Constitutionnel T. 11. op. cit. P. 98 (٢)

الديمقراطية التسليم بأن تساس أمور شعوبها على غير مقتضى الدستور والقانون
أيما كانت الدوافع ومهما كانت الظروف .

وتأسيساً على هذه القاعدة العامة خلت الدساتير الفرنسية المتعاقبة منذ ثورة
سنة ١٧٨٩ حتى الآن من أى نص يخول للسلطة التنفيذية أن تخرج على
القانون أو أن تشرع بدل البرلمان مهما تكن الظروف الاستثنائية المحيطة
الليهم إلا حين تخرجت الديمقراطية في ظل الحكم القيصري الذي أقامه
نابليون الأول ثم نابليون الثالث فقد أصبحت الأرض مهيأة لمثل هذا النص .
فقرر في المادة ٩٢ من دستور السنة الثامنة للثورة في ١٣ ديسمبر
عام ١٧٩٩ أنه : إذا حدثت ثورة مسلحة أو اضطراب يهدد سلامة الدولة
وكان البرلمان في عطلة ، جاز للحكومة أن تصدر قراراً بإيقاف تطبيق الدستور
والقانون في النواحي وفي المدة التي تحتم الظروف فيها ذلك ، على أن تدعو
البرلمان للانعقاد في أقرب وقت ممكن .

وبمثل هذا الحكم جاء دستور ١٤ يناير سنة ١٨٥٢ الذي أصدره لويس
نابليون .

غير أن هذه النصوص لا تزال تمثل الاستثناء الذي يؤكد القاعدة بأنه
ليس للحكومة أن تصدر لوائح الضرورة في أية حال .

ولكن الفقه الفرنسي لم يقف جامداً أمام الضرورات العملية التي كانت
تدفع الحكومة إلى التصرف على غير مقتضى الدستور والقانون . فأنهى
إلى أنه وإن كانت الضرورة لا تمثل حقاً للسلطة التنفيذية فيما تتخذه بسببها
من إجراءات غير مشروعة ، إلا أنها قد تنهض عذراً سياسياً تعلق به الحكومة
سلوكها أمام البرلمان لتستصدر منه قانون التضمينات بقصد إعفائها من
المسئولية . أى أن الضرورة لا تمثل نظرية قانونية ولكنها محض تبرير
سياسي عملي . وهي لذلك ليست من أسباب الإباحة وإن كانت من مرائع

العقاب . ومعنى ذلك أن كل تصرف تجريه السلطة التنفيذية على خلاف الدستور والقانون باسم الضرورة ، إنما تجريه على مسؤوليتها لأنه لا يزال بحكم الأصل تصرفاً غير مشروع^(١) .

وكان (دوجي) أول من صاغ هذه المحاولة في الفقه الفرنسي ، فأجاز خروج الحكومة على الدستور والقانون بشروط :

- ١ - أن تحدث ثورة أو إضراب عام .
- ٢ - أن يتعذر انعقاد البرلمان أو لا يسمح الظرف الطارئ بانعقاده .
- ٣ - أن تكون الحكومة معترضة عرض الأمر على البرلمان في أول اجتماع له للموافقة على تصرفاتها^(٢) .

وشارك أغلب الفقه الفرنسي وجهة نظر (دوجي)^(٣) .

وأمام إلحاح الضرورات العملية وصل فريق من الفقه الفرنسي ، في تصويره لنظرية الضرورة إلى حد اقتراب فيه كثيراً من المدرسة الألمانية ، فجعل منها نظرية قانونية تأسيساً على حق الدولة في الدفاع الشرعي . وكان «هوريو» من أشد المتحمسين لهذا الاتجاه . وحثه أنه إذا كان يجب بحسب الأصل أن تلتزم الإدارة بحكم القانون وأن تنزل على مقتضاه في علاقاتها مع الأفراد ، فإن ذلك (في رأيه) رهين بالظروف العادية حيث يسود الأمن والسلام والهدوء . أما حين تتغير الظروف وتطراً الحوادث المفاجئة التي تهدد نظام الدولة وأمنها بالأخطار الداهمة ، كأن تقوم حرب أو تندلع نيران فتنة قومية أو ثورة مسلحة ، فإن للدولة الحق في أن تدافع عن نفسها وأن

J. BarthéLemy-Droit Constitutionnel. op. cit. P. 243. (١)

الأستاذ الفونس الألفي - المرجع السابق - ص ٨٢٩ .

L. Duguit-Droit Constitutionnel T 11. dp: cit. P. 700. (٢)

J. BarthéLemy-Droit Constitutionnel op. cit. P. 244. (٣)
(م ٧ - التشريعية)

تواجه الأزمات بإجراءات استثنائية من نفس طبيعة الظروف التي تعيش فيها. وهي حين تضطر في مثل هذه الظروف إلى الخروج على القانون ، فإن ذلك منها يكون أمراً مبرراً ومشروعاً^(١).

ويبدو أن ، أسمان ، يشارك وجهة النظر هذه ، فيجيز للدولة باسم الضرورة وفي أحوال الاضطرابات الداهية ، الخروج على القوانين بحجة أن أمن الدولة وسلامتها يجب أن يكون لهما الغلبة على حقوق الأفراد وحررياتهم العامة ، لأنه مهما قيل بوجوب احترام النظام الدستوري ، فإن حق الدولة في تعطيل الدستور وفي إيقاف الضمانات الدستورية وإقامة حكم استثنائي يمثل هو الآخر حقاً قديماً ، يلزم في قدمه النظام الدستوري ذاته حيث يلزم الاستثناء القاعدة دائماً^(٢).

٢ - نظرية الضرورة في القانون الوضعي :

(١) في التشريع :

وأيما كان أمر الخلاف النظري فإن الحلول التشريعية لأحوال الضرورة قد تعددت . ويمكن في ضوء الدراسات المقارنة للدساتير وللتشريعات المختلفة أن نميز في هذا الشأن بين : نظام لوائح الضرورة ونظام الأحكام العرفية ونظام قوانين السلطات الكاملة .

وتؤدي هذه النظم التشريعية الاستثنائية في الغالب إلى تعديل قواعد توزيع الاختصاص التي تكفل الدستور بها فيما بين السلطات العامة لصالح السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية . لأنه في فترات الأزمات تثار عدة مشاكل تقتضي حلولاً سريعة وشاذة مما لا تساعد عليه الإجراءات البرلمانية لطولها وتعقيدها .

(١) 1923 - droit Constitutionnel . M. Hauriou - Précis de droit Constitutionnel .

(٢) 1928 P 184 T. 11. A. Esmein - Droit Constitutionnel .

P. 452.

وهذا هو الجانب الدستوري لنظرية الضرورة .

(١) نظام لوائح الضرورة :

وبمقتضاه يقرر الدستور - في نص منه - الترخيص للسلطة التنفيذية في أحوال الخطر الداهم أو الحالات العاجلة التي لا تحتل الإبطاء أو التأخير، في أن تصدر مراسيم لها قوة القانون. وهو تقليد جرت عليه حسبما سبق بيانه الدساتير الألمانية المتعاقبة بينما خلت منه الدساتير الفرنسية باستثناء دساتير العهد القنصلي الذي أقامه نابليون الأول والثالث . والدساتير المصرية فيما قبل ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ وما بعدها ، تجرى جميعها - حسبما سنبينه تفصيلاً فيما بعد - على تبني نظام لوائح الضرورة .

(ب) نظام الأحكام العرفية :

تعرف كل الدول نظام الأحكام العرفية لتواجه به أزمات الحرب ، فقيم بمقتضاه نوعاً من الحكومة الدكتاتورية المدنية بالقدر الذي يسمح بمواجهة ضرورات الدفاع القومي . أما في غير حالة الحرب فقد اختلفت الدول فيما إذا كان من الممكن تطبيق هذا النظام أم لا . ففي بلجيكا مثلاً ، يحظر طبقاً للمادة ١٣٠ من الدستور وقف أو تعطيل كل أو بعض نصوص الدستور لأي سبب كان ، وانتهى إجماع الفقه البلجيكي على أنه لا يجوز للحكومة ولا للبرلمان ، عملاً بهذا الحظر المطلق ، إعلان الأحكام العرفية في غير حالة الحرب (١) .

على أن ذلك لم يمنع أغلبية الدول المعاصرة من التسليم بنظام الأحكام العرفية في غير حالة الحرب . وهو ما أخذ به التشريع المصري .

(١) وقد صدر في ١١ أكتوبر سنة ١٩١٦ القانون المظم الأحكام العرفية في حالة الحرب .

الأحكام العرفية العسكرية ، والأحكام العرفية السياسية .

§ - الأحكام العرفية العسكرية :

الإصل في نظام الأحكام العرفية العسكرية أنه نظام لحكم الأقاليم المحتلة احتلالاً عسكرياً أجنبياً وهو يقوم على تركيز السلطات في يد قائد الحملة العسكرية ، وعلى توسيع نطاق هذه السلطات بشكل يسمح لقوات الاحتلال بتعطيل الدستور والقانون في الأراضي المحتلة وبتضييق حقوق الأفراد بالفدر الذي تستلزمه ضرورات حماية أغراض الحملة وأمن قواتها .

ويختلف فقه القانون الدولي العام في الأساس الذي تستند إليه سلطات الاحتلال في العمل بالقانون العسكري . وانقسم الرأي في هذا الشأن إلى شعبتين :

الأولى : ترى أنه بموجب الاحتلال وتأسيساً على حق الفتح ينتقل حق السيادة مطلقاً . . . وكاملاً على الأقاليم المحتلة لسلطات الاحتلال ، وهو ما يكفل لهذه السلطات حقها الشرعي في تعطيل بل وفي إلغاء الدستور والقانون المعمول بهما في هذه الأقاليم .

الثانية : ترى أن الاحتلال العسكري لا ينقل حق السيادة في الأقاليم المحتلة لسلطات الاحتلال . ولكنه تحت إلحاح الضرورة العسكرية يبيع لهذه السلطات ممارسة مظاهر هذه السيادة فعلاً لا قانوناً . وهو ما يؤدي عندئذٍ إلى إلزام سلطات الاحتلال باحترام الدستور والقانون المعمول بهما في الأقاليم المحتلة ما لم تمنع من ذلك متقاضيات الضرورة العسكرية (١) .

(١) الدكتور محمود سامي جنيبة - وجيز القانون الدولي العام - ١٩٤٤ ص ٢٦٨ وهو ما قرره المادة ٤٣ من اتفاقية لاهاي .

§ - الأحكام العرفية السياسية :

أما نظام الأحكام العرفية السياسية فيقوم على مجرد السماح للهيئة التنفيذية بسلطات أكثر اتساعاً مما لها في الظروف العادية نظراً لما يهدد سلامة الدولة وأمنها . فهو بذلك لا يقيم حكماً دكتاتورياً عسكرياً بالرغم من انتقال السلطات من يد الهيئات المدنية إلى الهيئات العسكرية ، لأن هذه السلطات لا تزال خاضعة للدستور والقانون . غاية الأمر أنه تحت إلحاح الضرورة يتخلى النظام القانوني العادي لنظام قانوني استثنائي يستمد طبيعته من طبيعة الظروف الاستثنائية المحيطة بالدولة .

وتأسس على ذلك قررت المادة ١١ من القانون الفرنسي الصادر في ٩ أغسطس عام ١٨٤٩ ، أن يظل للمواطنين رغم قيام الأحكام العرفية الحق في ممارسة حقوقهم التي كفلها لهم الدستور والتي لم تعطها نصوص قانون الأحكام العرفية .

وتختلف النظم القانونية في تنظيمها للأحكام العرفية السياسية ويمكن أن نميز بين اتجاهين :

• الاتجاه الانجليزي :

وهو لا ينظم حالة الطوارئ بقانون سابق يعرف بقانون الأحكام العرفية . ولكنه يرخص - كلما دعت الظروف إلى ذلك - السلطة التنفيذية في أن تلجأ إلى البرلمان لتصدر منه قانون الظروف . ويتكفل هذا القانون بتحديد حالة الطوارئ والمناطق التي يسرى فيها مفعولها والزمن الذي يمكن العمل فيه بها ، كما يبين طبيعة الاختصاصات ونطاق السلطات التي يمكن أن تتسلح بها الحكومة بمناسبتها .

ولقد عرفت إنجلترا هذا النظام منذ تاريخ قديم ، واستقرت عليه حتى الآن . وهو يختلط كثيراً بنظام التفويض ، في السلطة أو نظام قوانين السلطة .

الكاملة الذى يرخص به البرلمان للسلطة التنفيذية في حالات الضرورة في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتحقيق الدفاع عن الأمن والنظام.

وقد كثرت الالتجاء في إنجلترا إلى (نظام التفويض في السلطة) مع الحرب العالمية الأولى (١). ففي ١٩ أغسطس سنة ١٩١٤ قرر البرلمان منح التاج، أثناء فترة الحرب، سلطة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحماية أمن الدولة وكفالة الدفاع عن المملكة. وكذلك كان للآزمة الاقتصادية والاجتماعية التي خلفتها الحرب، والتي مهدت لحركات الإضراب العام التي نظمتها نقابات العمال سنة ١٩٢١، سنة ١٩٢٤، سنة ١٩٢٦، أثرها في حمل البرلمان على التصريح من جديد بسلطات استثنائية للحكومة، لصيانة الأمن والنظام، بشرط ألا يصل الأمر إلى حد الاستيلاء على الأشخاص أو تعديل قانون الإجراءات الجنائية أو قانون العقوبات. وحين اشتدت الآزمة الاقتصادية العالمية في سنة ١٩٣٠ أصدر البرلمان الانجليزي قانونه الخاص بحماية الاقتصاد القومي في أوائل سنة ١٩٣١ ليرخص به للحكومة في اتخاذ الإجراءات الضرورية لمواجهة الآزمة.

ومع شبح الحرب العالمية الثانية منح البرلمان في ٢٤ أغسطس سنة ١٩٣٩ للحكومة عدة سلطات واسعة، على ألا تستعملها إلا إذا أعلنت الحرب. وحين اتسعت رقعة الحرب أصدر البرلمان في ٢٣ يوليو سنة ١٩٤٠ قانوناً للتطوير مد به سلطات الحكومة الاستثنائية إلى مناطق خارج خطوط القتال، وأباح لها الاستيلاء على الأشخاص والأموال، كما أباح لها تعديل مآثره ضرورياً من إجراءات التقاضى وضوابط الاتهام. وكذلك وبسبب ما تخلف عن الحرب من المشاكل الاقتصادية

(١) يرجع تاريخ هذا النظام في إنجلترا إلى حوالي منتصف القرن السادس عشر. في سنة ١٥٣٩ أصدر البرلمان قراراً يمنح به الملك « هنرى الثامن » سلطة التصريح استثنائياً بدلاً من البرلمان.

والاجتماعية رخص البرلمان لحكومة العمال سنة ١٩٤٥ في سلطات استثنائية وصلت سنة ١٩٤٧ إلى حد الإقرار للحكومة بسلطة التوجيه الكامل لشؤون الإنتاج والتصدير والإستيراد.

• اتجاه القارة (فرنسا وإيطاليا) :

وهو يقوم على عكس الاتجاه الانجليزي بتنظيم حالة الطوارئ بقانون سابق يعرف بقانون الأحكام العرفية أو قانون حالة الطوارئ. فإذا ما قام سبب من الأسباب التي يقررها هذا القانون لم يكن على الحكومة إلا أن تعلن بقرار منها الأحكام العرفية - وهو ما يؤدي في حينه - ودون حاجة إلى الرجوع إلى البرلمان في كل حالة - إلى تعطيل العمل بالقانون العادي والترخيص للحكومة بالعمل بموجب السلطات الاستثنائية التي يقررها قانون الأحكام العرفية .

ويرجع هذا النظام في فرنسا إلى أحداث ثورة سنة ١٧٨٩ ، فبالرغم من سيطرة الاتجاه النظري نحو الديمقراطية في غضون هذه الثورة ، فقد كانت السياسة العملية مطبوعة بالدم والإرهاب وهو ما دفع الجمعية التأسيسية إلى أن تقرر في ٢١ أكتوبر سنة ١٧٨٩ منح السلطة التنفيذية ممثلة في لجنة الأمن العام كل السلطات الاستثنائية اللازمة لحماية الثورة ولو وصل الأمر إلى حد استخدام القوة العسكرية . واستمر نظام الأحكام العرفية على هذه الصورة في عهد نابليون الأول ونابليون الثالث وإن كانت قد خفت حدته في ظل ملكية يوليو سنة ١٨١٤ .

وكانت محكمة النقض قد قررت سنة ١٨٣٢ ، أن إعلان الأحكام العرفية وإن كان من شأنه توسيع سلطات الحكومة ، وإحلال الهيئات العسكرية محل السلطات المدنية ، فإنه لا يعني تعطيل الدستور أو وقف العمل بالقانون.

وهو ما حرص قانون الاحكام العرفية الصادر في ٩ أغسطس سنة ١٨٤٩
والذى بقى معمولاً به حتى الآن على توكيده .

ويقضى هذا القانون بأن يكون إعلان الاحكام العرفية بمرسوم فى
حالة الخطر الدائم الذى تسببه الحرب أو الثورة المسلحة . على أن يجتمع
البرلمان بقوة القانون فى ميعاد لا يتجاوز اليومين من تاريخ هذا الإعلان
ليقرر فى شأنه ما يراه . بحيث لا يمنع إعلان الاحكام العرفية استمرار
تمتع الأفراد بحقوقهم التى يكفلها الدستور ولا يعطلها قانون الاحكام
العرفية .

ولكن ظروف الحرب العالمية الثانية سنة ١٩٣٩ وما توالى بعدها من
أزمات كانت ثورة الجزائر على رأسها دفعت بالمشروع فى باريس إلى أن
يصدر فى ٣ أبريل سنة ١٩٥٥ قانوناً جديداً باسم قانون حالة الاستعجال ،
نصت المادة على ١٥ منه إعلان هذه الحالة فى الجزائر .

وتدور أحكام قانون حالة الاستعجال حول الأسس الآتية :

١ - يكون إعلان حالة الاستعجال بقانون :

٢ - لا يجرى إعلان حالة الاستعجال إلا فى أحوال الخطر الدائم الذى
يسببه الاعتداء الجسيم على النظام العام والأمن .

٣ - تمتد السلطات الاستثنائية بسبب إعلان حالة الاستعجال إلى كثير
من اختصاصات سلطات البوليس الإدارى فى الظروف العادية . فىكون لها حظر
الإقامة فى بعض المناطق ، وتحديد التجول أو حظره فى بعض الآخر .
كما يكون لها حق الاستيلاء على الأشخاص والأموال ووقف الانتخابات
المحلية وحظر الاجتماعات ، فضلاً عن ممارسة التفتيش الإدارى ليلاً ونهاراً .

٤ - يجوز للحكومة فى حالة الاستعجال أن تقرر بمرسوم نقل اختصاص

المحاكم الجنائية العادية في كل أو في بعض جرائم القانون العام إلى المحاكم العسكرية^(١).

(ج) قوانين السلطات الكاملة وسياسة التفويض التشريعي :

وازدادت أزمة مبدأ المشروعية في أثناء الحربين العالميتين الأخيرتين وفي أعقابهما بسبب ما تولد عنهما من أزمات مالية واقتصادية حادة .

وأحست البرلمانات ، بسبب بطء الإجراءات التشريعية من ناحية ، ولرفضها أن تتحمل مسؤولية سياسية التدخل أمام هيئة الناخبين من ناحية أخرى ، أنها عاجزة عن أن تواجه الأزمة عن طريق القوانين العادية وفقا للدستور^(٢) فأينها منذ بداية الحرب العالمية في بلاد كثيرة مثل فرنسا وبلجيكا وإيطاليا وإنجلترا وسويسرا ومصر والولايات المتحدة ، تفوض الحكومة في أن تنظم بمراسيم بقوانين موضوعات كثيرة مما يدخل في اختصاصها دستوريا^(٣).

١ - ففي سويسرا استجاب البرلمان الاتحادي لظروف الحرب ، فأصدر بتاريخ ٣ أغسطس سنة ١٩١٤ قانونا يفوض به المجلس الاتحادي في اتخاذ

(١) R, Drago-L'Etat d'urgence et les libertés publiques (١)
R, D, P, 1955 P, 670,

(٢) M. Mouskheli-la loi le reglemen cit P. 21/218
الدكتور توفيق شحاته - القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٧٣٧ و ٧٣٨
والدكتور عثمان خليل عثمان - القانون الإداري - سنة ١٩٥٧ - ص ٣١٣ .
(٣) راجع في ذلك :

M. Mouskheli-la loi et le reglement op. cit P. 222
M. Hauriou-Droit Constitutionnel op. cit P. 499
M. Duverger-Droit Constitutionnel et Institutions Politiques
1956 P. 535
G. Burdeau - Science Politique T. 111. op. cit P. 190
A. Esmein - Droit Constitutionnel T. 11 1928 P. 88

جميع الإجراءات الضرورية لحماية الأمن وصيانة حياد الاتحاد السويسري
مع رعاية متطلبات الاقتصاد القومي .

وتحدد العمل بسياسة التفويض التشريعي فيما بعد الحرب . فأصدر البرلمان
السويسري عدة قوانين في ٥ أبريل سنة ١٩١٩ وفي ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٣
وفي ٣١ يناير سنة ١٩٣٦ يرخص فيها للمجلس الاتحادي في اتخاذ جميع
الإجراءات الضرورية لحماية الاقتصاد القومي .

٢ - وفي بلجيكا ، أصدر البرلمان بتاريخ ٤ أغسطس سنة ١٩١٤ قانونا
يفوض فيه الحكومة في اتخاذ جميع ما تتطلبه أزمة الحرب من إجراءات .
ولعلاج ما خلفته الحرب من مشكلات امتد العمل بسياسة التفويض
التشريعي ، وصدرت قوانين ماثلة في سنة ١٩٢٩ وسنة ١٩٣٢ وسنة
١٩٣٤ وسنة ١٩٣٦ .

٣ - وفي ألمانيا ، فوض البرلمان المجلس الاتحادي بتاريخ ٤ أغسطس
سنة ١٩١٤ في اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحماية الدولة والنظام خلال
الحرب ، وكذلك رخصت الجمعية التأسيسية المنعقدة بعد الحرب سنة ١٩١٩
للحكومة في كل السلطات اللازمة للانتقال باقتصاديات البلاد من القطاع
الحربي إلى القطاع المدني .

ثم استصدر هتلر ، بتاريخ ٤ مارس سنة ١٩٣٣ قانونا يخوله وحده
حق ممارسة جميع مظاهر السطة في الدولة .

٤ - وفي إيطاليا ، أصدر البرلمان في ٢٢ مايو سنة ١٩١٥ قانونا يفوض
به الحكومة في ممارسة جميع السلطات التي تقتضيها ضرورات الحرب ثم تكرر
العمل بهذه السياسة فيما بعد الحرب .

٥ - أما في إنجلترا ، فقد اختلطت سياسة التفويض التشريعي بما يعرف
بقوانين الظروف حسبما سبق بيانه .

٦ - وفي الولايات المتحدة الأمريكية طبقت سياسة التفويض التشريعي في أثناء الحرب العالمية الأولى وفيما بعدها مع فارق بسيط . فقد حرص الكونجرس على أن يحدد موضوع التفويض ومداه . بل لقد ذهب في أغلب الأحيان إلى حد بيان المبادئ الأساسية العامة التي يجب أن تدور فيها سلطات الحكومة حين تمارس بحقها فيما فوضت فيه .

٨ - أما في فرنسا ، فقد رفض البرلمان في السنوات الأولى للحرب أن يأخذ بسياسة التفويض التشريعي . ولذلك اضطرت الحكومة تحت إلحاح الحاجة إلى إصدار لوائح الضرورة رغم عدم النص على جوازها في الدستور . ولما ازدادت الحالة سوءا في أثناء الحرب عدل البرلمان عن موقفه ، وفوض الحكومة في فبراير سنة ١٩١٨ في اتخاذ كل ما يلزم لضمان الدفاع القومي وحماية التكوين من التلاعب . ثم تكررت هذه السياسة بعد الحرب فسمح البرلمان في ٣ يوليو سنة ١٩٢٣ للحكومة بإصدار مراسيم بقوانين في فترة تنتهي في ٣١ ديسمبر من ذات السنة لإيقاف بعض أحكام قوانين كانت قد صدرت سنة ١٩١٨ وسنة ١٩٢١ وسنة ١٩٢٢ خاصة بمنع تسرب رؤوس الأموال إلى الخارج . ثم رخص للحكومة بالقانون الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٤ في العمل على مقاومة انخفاض قيمة الفرنك وتحقيق التوازن في الميزانية . وتكررت هذه التراخيص خلال السنوات ١٩٢٦ ، ١٩٣٤ ، ١٩٣٥ ، ١٩٣٧ وكان من شأن أطراف هذه السياسة أن انفردت الحكومة الفرنسية بتنظيم مسائل هامة عن طريق المراسيم بقوانين كتعديل الأنظمة القضائية خصوصا القضاء الإداري ، وتعديل القانون التجاري والقوانين الخاصة بنزع الملكية .

وبتاريخ ١٩ مارس أول ديسمبر سنة ١٩٣٩ رخص البرلمان للحكومة في اتخاذ كل ما تراه ضروريا لمواجهة مشكلات الدفاع القومي ، في فترة

ورغم ما تقرّر في (المادة ١٣) من الدستور الفرنسي الصادر في أكتوبر ١٩٤٦ بأن (الجمعية الوطنية هي وحدها التي تصوت على القوانين وأنها لا تملك تفويض غيرهما من السلطات في ممارسة هذا الحق) فإن الجمعية الوطنية أصدرت خلال السنوات ١٩٤٨ ، ١٩٥٣ ، ١٩٥٤ مجموعة قوانين لتفويض السلطة وأكد الفقه الغالب مشروعية هذه السياسة بحجة أن المادة (١٣) من الدستور لا تحرم ذلك حيث أن التفويض التشريعي الذي ينقل به البرلمان إلى الحكومة سلطة إصدار المراسيم بقوانين ليس تفويضا في مهمة التصويت على القوانين. إذ لا تزال هذه المهمة رغم التفويض من حق الجمعية الوطنية وحدها. ثم أن المراسيم بقوانين التي تصدرها الحكومة بناء على التفويض لا تزال رغم قوتها التشريعية أعمالا إدارية تخضع لرقابة القضاء لحين تصديق البرلمان عليها فينقلها بهذا التصديق من النطاق التنفيذي إلى النطاق التشريعي (١).

وفي فتواه بتاريخ ٦ فبراير سنة ١٩٥٣ ، أيد مجلس الدولة الفرنسي هذا الفقه الغالب. ولكنه أحاط التفويض التشريعي بشرطين أساسيين : أولها أنه لا يجوز التفويض في الموضوعات التشريعية بطبيعتها بحكم نص أو عرف دستوري كموضوعات الحريات العامة والضرائب ، إلا أن يكون الأمر خاصا بطالب تكملة المبادئ التي يكون المشرع قد أقرها وأمر بتنفيذها. وثانيهما أنه حيث يجوز التفويض التشريعي فإنه يجب أن يكون في موضوعات محددة تحديدا دقيقا ولمدة معلومة سلفا ، حتى لا يكون التفويض تنازلا من البرلمان عن ممارسة وظائفه الأساسية في التشريع وهو مالا يجوز دستوريا (٢).

(١) M. Mouskheli la loi le reglement op. cit P. 217/218

(٢) الدكتور توفيق شحاته - القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٧٤٩ و ٧٤٢ .
M. Duverger Droit Constitutionnel et institutions politiques
op. cit P. 538

أقرره من ضوابط لتوزيع الاختصاص بين المجالس التشريعية والحكومية وهو ما يمثل اعتداء صارخاً على مبدأ سيادة الدستور ، خصوصاً إذا علم أن السلطة التشريعية وهي سلطة أنشأها الدستور وحدد لها اختصاصها ، لا تمارس في الوظيفة التشريعية حقاً ذاتياً ، ولكنها تمارس وظيفة فوضت فيها من الدستور . وحيث أن من فوض في ممارسة تصرف ، لا يملك التفويض فيما فوض فيه ، فكذلك لا تستطيع السلطة التشريعية أن تفوض الحكومة في ممارسة بعض مظاهر وظيفتها ، لأن فاقده الشيء لا يعطيه (٢) .

ثانياً : وعملية التفويض التشريعي حين تسمح للحكومة بممارسة التشريع ، فتخولها سلطة تعديل القوانين وإلغائها ، تهدر مبدأ تدرج النظام القانوني وما يؤدي إليه من خضوع الإدارة للقانون .

ولذلك لم تتردد المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في أن تقضي بعدم دستورية القوانين التي أصدرها الكونغرس سنة ١٩٣٣ بتفويض الحكومة في ممارسة السلطات الكاملة .

ولقد ثار خلاف حول التكييف الصحيح للبراسيم بقوانين التي تصدرها الحكومة بناء على التفويض التشريعي . فذهب رأى أقره مجلس الدولة الفرنسي إلى أن العبرة دائماً في تحديد ما هو الشيء وما هو إداري هو النظر

ومن ثم فإن المراسيم بقوانين وهي تصدر عن السلطة التنفيذية ليست إلا أعمالاً إدارية مهما تكن طبيعتها المشرعة وقوتها في تعديل القوانين وإلغائها ، ولا يمكن والحال هذه تقرير حصاتها ضد رقابة القضاء (١) .

وهو ما دافع عنه بشدة (كاري دى ملبرج) بحجة أن المراسيم بقوانين لا تعدو أن تكون لوائح تنفيذية عادية تستمد الحكومة سلطة إصدارها من الدستور مباشرة وليس من القانون . وهو ما تبناه في مصر الأستاذ الدكتور عثمان خليل عثمان (٢) .

وعارض دوجي ، هذا الرأي بحجة أن الأمر لا يزال يحتاج إلى تبرير مقبول لما تتمتع به المراسيم بقوانين من قوة تشريعية تمكنها من تعديل القوانين وإلغائها ومن التعرض لموضوعات تشريعية بطبيعتها كمواد العقوبات والضرائب . ولا يتصور القول بفسكرة اللوائح التنفيذية حين يكون القانون قد فوض الحكومة في مثل هذه السلطات ، التي لا تجوز ممارستها إلا بالقانون (٣) .

- (١) C. E. 6 Decembre 1907 Ch. de fer de l'Est et note
M. Hauriou.
La jurisprudence administrative de M. Hauriou T. III. 1929
P. 18.
A. de laubadere Traité de droit administratif 1953 P. 197-198
M. mouskheli la loi et le règlement cit 260.
(٢) الدكتور عثمان خليل عثمان — النظام الدستوري المصري — المرجع السابق — ص ٢٠٦ .
(٣) L. Duguit-Droit Constitutionnel T. IV. op. cit P. 747
et son article "des reglements faits en vertu d'une Competence
donnée au gouvernement par le Législateur" R D. P. 1924.
P. 314/316.

واقترح دوجي ، نظرية جديدة ، انضم إليه فيها أغلب الفقه الفرنسي الحديث ، وخلاصتها أن التفويض التشريعي لا يمثل تفويضا في سلطة ، لأن الاختصاص الدستوري ليس حقا قابلا للنقل ، ولكنه نوع من تحديد الاختصاص الحكومي في بعض المسائل . فالبرلمان حين يدعو السلطة التنفيذية - تحت إلحاح الضرورة - إلى معالجة بعض المسائل عن طريق المراسيم بقوانين فكأنه مجرد هذه المسائل من طابعها التشريعي ويدخلها في نطاق التنفيذ العادي . لأنه حيث لا يحدد الدستور الضوابط النهائية للتمييز بين القانون واللائحة بل يجعل من القانون الأداة الأساسية التي تحدد ضوابط السلوك القانوني للحكام والمحكومين على السواء ، فإنه يدخل في سلطة البرلمان أن يحدد بالقانون موضوع اللوائح الإدارية ونطاقها^(١) .

وتأسيسا على ذلك يلزم في التفويض التشريعي :

• أن يتحدد في مسائل معينة وموضوعات محددة بذاتها على سبيل الحصر . لأن التفويض العام غير المحدد لا يمكن فهمه إلا على اعتبار أنه تنازل - غير دستوري - من البرلمان عن سلطاته للحكومة .

• ألا يرد التفويض على موضوعات مما جرى نص أو عرف دستوري على أنها من المواد المحجوزة للمشرع والتي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون ، كواد العقوبات والضرائب وحقوق الأفراد وحرياتهم العامة .

(١) راجع فضلا عن دوجي في المراجع المشار إليها في الهامش السابق .

J. Barthelemy-Droit Constitutionnel op. cit P. 201.

G. Burdeau-Science Politique T. III. op. cit P. 196/197.

M. Waline-Traite de droit administratif 6 edit. 1951.

P. 25. L. Rolland, le projet du 17 Janvier 1924 et la question "des decret-lois" R, D, P, 1924 P. 52.

وقد انضم مجلس الدولة الفرنسي صراحة إلى هذه النظرية في حكمه بتاريخ ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٢ "Epoux Sigalas" مع تعليق Hauriou .

M. Hauriou la jurisprudence administrative T. III, op, cit P, 760.

ثانياً: نظرية الضرورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي :

١ - مجلس الدولة الفرنسي يسلم بنظرية الضرورة :

وختلاصة ما تقدم أن النصوص الدستورية والتشريعية قد تتوقع سلفاً ما تعرض له الدولة من ظروف مفاجئة فتتظم لها القوانين الاستثنائية التي تحكمها ، وتكون مصدراً لمشروعية أعمال الحكومة بالقياس إليها . ولكن توقعات النصوص قد لا تكون كافية فقد تتعرض حياة الدولة لظروف طارئة ، ليست مما يندرج تحت أحكام القوانين الاستثنائية أو مما يتجاوز توقعات هذه القوانين . وعندها يثور التساؤل حول الضوابط القانونية التي تحكم أعمال الإدارة . لأنه لو قيل باستمرار العمل بالقوانين القائمة على حالها وأخذاً بالتفسير الحرفي للنصوص ، لم تكن واقعيتين حيث نقضى على القانون بالجمود . ولكننا لا نستطيع أيضاً أن نقول مع الفقه الألماني بحق الضرورة ، فقد يؤدي ذلك إلى إطلاق يد السلطات الحاكمة بما يسمح لها بالطغيان والاستبداد تحت ستار حماية أمن الدولة ونظامها العام ، وهو ما يهدد فكرة الدولة القانونية ويؤدي إلى تغليب حكم القوة على حكم القانون (١) .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي ، وقد اشتهر بروحه الواقعية فيما صاغ من مبادئ ، وقرر من أحكام ، وقف من هذه المشكلة موقفاً واقعياً كذلك . ولكنه فيما انتهى إليه في شأنها قد اقترب إلى حد بعيد من منطق الفقه الألماني مما أثار بعض الاعتراضات في الفقه الفرنسي .

وختلاصة مذهب مجلس الدولة الفرنسي ، أنه لم ينكر - في الظروف الاستثنائية - قواعد المشروعية المقررة في الظروف العادية . ولكنه لم يغفل كذلك ما توجبه الظروف الطارئة من سلطات أكثر اتساعاً ، فوازن بين

(١) - *André Mathiod-la theorie des circonstances excepti- onnelles l'evolution du droit public - Etudes en l'honneur d'Achille mestre 1956 P, 415.*

الأميرين ، متقرباً أن واجبات الإدارة في تطبيق القانون وإن كانت تقتضي التسليم لها بقدر من سلطة التقدير في الظروف العادية ، فإنه يكون أولى في الظروف غير العادية ، إطلاقاً من قاعدة أن القوانين تخضع في تفسيرها للظروف المحيطة . ولذلك استقر منذ أوائل القرن العشرين ، على أنه في الظروف الطارئة التي لم يسبق توقعها من المشرع ، أو التي يتضح فيها قصور توقعات المصوغ ، يجب تفسير قواعد المشروعية تفسيراً واسعاً يسمح للإدارة بسلطات العمل السريع الذي تقتضيه مهمتها في صيانة أمن الدولة وحسن سير مرافقها العامة ، بأكثر مما يوافقها به القانون في الأحوال العادية . وانتهى من ذلك إلى رفض كثير من الدعاوى التي حاول أصحاب الشأن فيها النعي على مشروعية أعمال الإدارة رغم ثبوت مخالفتها للضوابط القانونية المقررة للظروف العادية (١) .

وتأكد اتجاه مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة ظروف الحرب العالمية الأولى . حيث قرر في حكمه الصادر بتاريخ ٣٠ يوليو سنة ١٩١٥ (٢) رفض طلب الجنرال Verrier إلغاء القرار الصادر بإحالة إلى الاستيداع بالمخالفة للإجراءات المقررة في شأن إحالة ضباط القوات العسكرية إلى الاستيداع تأسيساً على أن ظروف الحرب جعلت من المستحيل استيفاء هذه الإجراءات ، فضلاً عما توجبه هذه الظروف من ضرورة التخلص من الضباط الذين تقرر الحكومة عدم صلاحيتهم لمقتضيات الدفاع القومي .

(١) C, E, 29 Mars 1901 Casanova S. 1991-3-113. et note

Hauriou C, E, 13 juillet 1928 Burgeat R, 897.

C, E, 24 Mars 1934 Genest R, 347.

(٢) C. E. General de division Verrier, et note G. Jeze
R. D. P. 1915 P. 479.

(م ٨ - المشروعية)

كما قرر في حكمه الصادر بتاريخ ٢٨ يونيو سنة ١٩١٨^(١) رفض الطلب الذي تقدم به Heyries بإلغاء قرار فصله الصادر على خلاف ماقررت المادة ٦٥ من القانون الصادر في ٢٢ أبريل سنة ١٩٠٥ في شأن تأديب الموظفين تأسيساً على أنه من حق رئيس الجمهورية في ظروف الحرب أن يقرر كالة الإجراءات اللازمة لضمان سير المرافق العامة الضرورية للحياة القومية.

كما قرر في حكمه الصادر بتاريخ ٢٨ فبراير سنة ١٩١٩^(٢) أن سلطات البوليس التي تجاوزها الهيئات العامة لصيانة الأمن والنظام ليست في زمن الحرب كما هي في زمن السلم وأن مطالب الدفاع القومي تعطى لفكرة النظام العام امتداداً واتساعاً، كما تبرر اتخاذ إجراءات أشد لحمايته، مما يسمح للإدارة بسبب ظروف الحرب أن تتجبر على الحريات العامة بقدر أكبر مما يكون لها في الظروف العادية.

وهكذا نشأت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي نظرية «سلطات الحرب»، وهي ليست سوى تطبيق للنظرية العامة للظروف الاستثنائية^(٣).

ومجلس الدولة فيما ذهب إليه يستعمل سلطاته المقررة باعتباره مصدراً تفسيرياً للقانون. فالقاضي وهو يطبق القانون، يلتزم باستنباط القواعد الملزمة من مصادرها المختلفة. وهو يفعل ذلك في الظروف العادية، ويفعله كذلك في الظروف الاستثنائية. لأنه حيث ينعدم التشريع الاستثنائي الخاص

(١) C. E. Heyries 28 Juin 1918 S. 1913-3-49 et note M. Hauriou.

(٢) C. E. Dames Dol et Laurent 20 fevrier 1919 S. 1918/ 19-3-33 et note M. Hauriou.

(٣) A. De laubadere Droit administratif op. cit P. 22

A. Mathiod — la théorie des circonstances exceptionnelles op. cit P. 314.

هذه الظروف ، أو حيث يوجد هذا التشريع الاستثنائي ويتكشف للقاضي نقصه وقصوره ، وحيث لا يكون من الملائم إنزال حكم القانون العادي وهو غير معد لمواجهة مثل هذه الظروف ، فالقاضي - وهو لا يزال في إطار مهمته التقليدية في البحث عن إرادة المشرع - يجد نفسه ملزماً بالبحث عن قاعدة القانون التي تكفل التوافق بين ضرورات النظام العام والمرافق الجوهرية ، وبين مستلزمات قاعدة المشروعية ومبدأ سيادة القانون .

وعلى هذا الأساس كانت نظرية الظروف الاستثنائية نظرية قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي . ولكنها لا تزال بناء قانونياً لا يعارض مبدأ المشروعية ولا يهدمه . ذلك أن مجلس الدولة لا يأخذ فيها بنظرية حق الضرورة الذي يتيح التصرف الخارج على القانون بحجة الدفاع عن أمن الدولة ونظامها العام . فالمسألة عنده ليست إلا مجرد توسيع لنطاق المشروعية العادية وتعديل حدودها يجرىه القاضي بحكم قوامته على تفسير القانون بما يلائم ظروف تطبيقه وبما يرخص للإدارة في ممارسة السلطات اللازمة للوفاء بالتزاماتها الجوهرية حيال نظام الدولة العام ومرافقها الأساسية .

واتخذ مجلس الدولة الفرنسي لقضائه سنداً من المادة ٣ من القانون الدستوري الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٨٧٥ فيما كانت تنص عليه من أن (رئيس الجمهورية يصدر القوانين ويشرف على تنفيذها ويولي ويعزل الموظفين العسكريين والمدنيين ، وفهم مجلس الدولة من هذا النص أن رئيس الدولة مكلف من الدستور بضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد فإذا ما تعرضت هذه المرافق للتعطيل أو التوقف بسبب ما يطرأ على حياة الدولة من ظروف استثنائية ، وكان لامفر لتحقيق انتظام سيرها من مخالفة القوانين ، رخص لرئيس الجمهورية في هذه المخالفة .

ولا يشترط في الظرف الشاذ أن يكون عاما ، فقد يكون محليا ووقائيا كذلك . المهم فيه أن يكون من شأنه تعذر العمل بالقانون العادي إذا أريد صيانة الأمن وضمان سير المرافق العامة .

ومن أمثلة الظرف الشاذ المحلي ، ما يؤدي إليه تنفيذ الأحكام القضائية النهائية في بعض الأحيان من اضطرابات أو فتن محلية . وهو ما انتهى مجلس الدولة بسببه إلى الترخيص للسلطة العامة في الامتناع عن تنفيذ هذه الأحكام^(٢) .

ويرى بعض الفقه أن تعديل الالتزامات في العقود الإدارية طبقا لما تقضى به نظرية الظروف الطارئة ، ليس هو الآخر إلا إحدى تطبيقات النظرية العامة للظروف الاستثنائية^(٣) .

٢ - أن تتوافر لدى السلطات العامة مصلحة جديدة ومحقة في أن تنصرف أثناء قيام الظرف الشاذ . بمعنى أن تكون الإدارة مضطرة تحقيقا لهذه المصلحة الجديدة أن تنصرف لأنه إذا كان في مقدورها أن تؤجل تدخلها أثناء قيام الظرف الشاذ دون أن يتعرض الأمن العام للخطر أو تعطل المرافق الجوهرية عن السير بانتظام ، فإنه لا يقوم مبرر للسماح بإبعاد عمل الإدارة من دائرة القانون العادي والمشروعية العادية .

C. E. 20 Novembre 1923 Couétias, la conclusion de (١)
M. Rivet et la note de M. Hauriou S. 1923-3-57, et note G. Jeze
R, D, P, 1924, P. 108.

حيث قضى مجلس الدولة بمشروعية امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر بملكية الدمي للأرض نظراً لما يؤدي إليه طرد الأهالي المقيمين على هذه الأرض من تهديد خطير بالثورة في جنوب تونس .

C. E. 3 Juin 1938 Soc. Saint Charles.
حيث قضى مجلس الدولة بمشروعية امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر بطرد العمال المضربين والمتصمين بالمصانع ، بسبب ما قد يؤدي إليه هذا الطرد من تهديد خطير للأمن العام .

M. Mathied la théorie des circonstances exception- (٢)
elles, op, cit, P. 420 M. Waline note R. D. P. op, cit P. 713.

وهو ما يحمل على الاعتقاد بأن نظرية الظروف الاستثنائية -- في قضاء مجلس الدولة الفرنسي -- ليست إلا تطبيقاً عادياً لنظرية الضرورة .

٣ - أن تكون السلطة العامة ملزمة حين تتصرف ، بأن تمارس أعمالها على الصورة التي مارسها فيها . بحيث لا يكون لها أن تخالف القانون العادي إلا إذا كان من شأن العمل به في الظروف الشاذة ، تهديد للأمن وتعطيل لسير المرافق العامة . لأنه مهما يكن حق الإدارة في أن تتخذ من الإجراءات ما تتجاوز به حدود اختصاصاتها العادية ، فإنه لا بد من أن يشفع لها في ذلك أن تكون الصعوبات المحيطة بها من طبيعة تبرر مخالفتها لأحكام المشروعية العادية . وفي هذه الحالة وحدها يعتبر عمل الإدارة الذي أجرته على خلاف القانون ، عملاً مشروعاً بحكم الضرورة .

وفيد هذا الشرط إقرار حق القاضي في أن يراقب مدى الملاءمة بين واجبات الإدارة في الظروف الاستثنائية وضرورة احترام القانون العادي أو التخلي عنه .

٢ - أثر حالة الضرورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي :

ويمكن إجمال النتائج التي يؤدي إليها قيام حالة الضرورة حسبما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي - في أنها تحدث تعديلات جوهرية فيما يتصل بقواعد (١) الفصل بين السلطات (٢) تدرج النظام القانوني وخضوع الإدارة للقانون (٣) توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي .

(١) من حيث مبدأ الفصل بين السلطات :

أجاز مجلس الدولة وبمحجة الظروف الاستثنائية للإدارة في :
١ - أن تتجاوز الحدود المقررة للاختصاص في الظروف العادية

تتمارس أعمالاً تشريعية تدخل بحسب الأصل في ولاية البرلمان ، كأن تعدل القوانين القائمة أو تلغيها أو تعطل نفاذها^(١).

٢ - وأن تعدي على الاختصاص الطبيعي المقرر للسلطات القضائية ، كأن تأمر بالحبس أو السجن تنفيذاً لأمر اعتقال إداري من غير سبق صدور حكم قضائي^(٢).

(ب) من حيث تدرج النظام القانوني :

يظهر أثر الظروف الاستثنائية في ناحيتين :

١ - فهي تتيح - بإذن القاضي - للسلطة الإدارية أن تمارس كافة الأعمال والتصرفات التي تقتضيها هذه الظروف لصيانة الأمن وضمان سير المرافق العامة دون أن تلزم بحرفية الخضوع للقانون العادي . ويظهر ذلك حين يرخص القاضي للإدارة في أن تمارس أعمالها دون مراعاة للإجراءات الشكلية المقررة لممارستها^(٣) . وحين يجوز لها أن تضمن لوائح الضبط الإداري قيوداً أكثر على حريات الأفراد كالخجوز والاستيلاء والطرده بالجملة على خلاف ما توافيها به سلطاتها المقررة في الظروف العادية^(٤) .

٢ - والقول بمشروعية القرار الإداري في الظروف الاستثنائية رغم مخالفته للقانون العادي أدى إلى تغيير أساس المسؤولية الإدارية . لأن متى

E. E. General de devision verrier op, cit C. E. (١)
Heyries op, cit.

C. E, Audriamineza op, cit. (٢)

C, E, 19 Février 1947 Bosquain R. 63,
C, E, 16 Mai 1941 Courrent R, D, P, 1941 (٣)

C, E, 17 Avril 1945 et not de M. J. Donnedieu de Vabres.
D, 1945-190.

C, E, 6 Août 1915 Delmotte Saint Martin et la (٤)
Conclusion de M. Corneille S. 1916-3-9 avec la note de
M. Hauricu. C, E, 5 Mars 1948 Morion D, 1949 - 145.

كان القرار مشروعاً لا يمكن إلغاؤه ، فإنه لن تستقيم دعوى المسؤولية على أساس الخطأ . ولكن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يشفع سنداً لتقرير مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة لأنه لو جاز الإضرار بفرد معين أو بأفراد معينين في سبيل المصلحة العامة ، فإنه لا يكون عادلاً أن يتحمل هؤلاء الأفراد وحدهم دون سائر أفراد الجماعة عبء صيانة الصالح العام . بل يتعين توزيع هذا العبء على أفراد الجماعة عن طريق تحميل الخزانة العامة مبلغ التعويض الزائد عن القدر الذي يجب أن يتحمله هؤلاء بالمساواة مع جماعة الأفراد الآخرين . ولذلك تعدل الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية الإدارية في الظروف الاستثنائية ، فأصبحت تقوم على أساس المخاطر (تحمل النبتة) وليس على أساس الخطأ ، وحينئذ يكون مبلغ التعويض نوع من التصالح العادل بين حتمية تغطية الضرر ومقتضى مشروعية التصرف في الظروف الاستثنائية (١) .

ولذلك استقر في قضاء مجلس الدولة أن المسؤولية الإدارية ليست عامة ولا مطلقة ، إنما يملك القاضي فيها سلطة تقديرية واسعة حين يبحث عن ركن الخطأ وحين يقدر جسامة وحين يبنى على هذا التقدير رأيه في رفض الدعوى أو في الحكم بالتعويض وفي تحديد مقدار التعويض المستحق . أي أن المسؤولية الإدارية لا بد وأن تتكيف بظروف كل حالة على حدة وفقاً لطبيعة نشاط الإدارة وتقدير الموجهات أحوال سير المرفق العام . وإذا فهم ذلك في الظروف العادية ، فهو أولى بالنظر في الظروف الاستثنائية حيث يدخل مجلس الدولة في تقديره للخطأ وللتعويض مدى جسامة هذه الظروف وما عسى أن تؤدي إليه سواء من حيث الإعفاء نهائياً من المسؤولية ، أو من حيث تحديد

والقضاء العادى :

وللظروف الاستثنائية أثرها فى إبعاد الجزاء الطبيعى المقرر لنظرية أعمال النصب « Voie de fait » ، (الاعتداء المادى) الذى يؤدى إلى فقدان الإجراء الإدارى خاصيته الإدارية ويهبط إلى مستوى الأعمال المادية التى تدخل فى ولاية القضاء العادى (٢) .

إلا أن هذه القاعدة تعدلت فى قضاء مجالس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص فى أحوال الظروف الاستثنائية . لأنه إذا كانت مخالفة القانون تغطى عيب عدم المشروعية البسيطة فإنها - فى القضاء المستقر - لاتصل بعدم المشروعية الجسم إلى حد الانعدام والاعتداء المادى .

وتأسيسا على ذلك فإن إجراءات الاعتقال والحبس الإدارى ، وإن كانت تدخل بحسب الأصل فى ولاية جهة القضاء العادى بحكم كونها من قبيل أعمال الاعتداء المادية إلا أن مناط هذا القول هو الظروف العادية وحدها . أما فى أحوال الضرورة وحيث تتعرض الدولة لظروف استثنائية تهدد الأمن والنظام العام بالخطر ، فإنه لا يثور شك فى وجوب الخروج على مقتضى هذه القواعد لأنه . لا يمكن لأعمال الإدارة المتخذة بحكم

(١) C. E. 20 Décembre 1944 — Finidori. R. 254.

C. E. 9 Novembre 1948. Dme de Tassencourt — R. 419.

حيث قرر مجلس الدولة إعفاء الإدارة من المسئولية عن ضياع ١٠ عهد به إليها الأفراد من متاع خلال فترات المهجره التى أعقبت الاحتلال النازى سنة ١٩٤٠ .

(٢) M. Waline — Traité élémentaire de droit administratif (٢)
5 édit. — p. 62-63.

إلحاق هذه الظروف أن تصل إلى حد الاعتداء المادى . وهو ما يبقى ولاية النظر فيما تثيره من منازعات لجهة القضاء الإدارى ولذلك فإن حكم محكمة Issoire ، المدنية فيما قضت به من اختصاصها بدعوى التعويض باطلا (١) .

٣ - ضمانات الظروف الاستثنائية :

ومهما تكن النتائج التى تؤدى إليها الظروف الاستثنائية ، فليس من شأنها أن تبيح للسلطة العامة فى أن تستبد بأموال الأفراد وأن تتحكم فيهم دون ضوابط أو حدود . وضماناً لذلك أحاطها القضاء بمجموعة من الضمانات الجوهرية من أهمها :

١ - أن الظروف الاستثنائية تخضع للقيود العام الذى تفرضه قاعدة الضرورة تقدر بقدرها ، فلا يقاس عليها ولا يتوسع فيها .

٢ - أن تقدير قيام حالة الضرورة وما تؤدى إليه من إعفاء الإدارة من مبدأ الالتزام بالمشروعية العادية يخضع لرقابة القضاء .

٣ - أن الإعفاء من المسؤولية بسبب الضرورة ، لا يتعدى المسؤولية على أساس الخطأ ، الأمر الذى يحجز مساءلة الإدارة على أساس المخاطر وتحمل التبعة (٢) .

(١) Alexis et Wolff - D. 1947 - C. E. 7 Novembre 1947 - p. 472 - note Ch. Eisenmann.
(٢) Dme de la Murette - R. D. P. 1952 - T, C. 17 Mars 1952 - p. 757 - note M. Waline.
A. de laubadere - Droit administratif op. cit. p. 232 - 233.

المبحث الثالث

تنظيم حالة الطوارئ في القانون المصري

أولاً - الحلول التشريعية لحالة الطوارئ :

١ - لوائح الضرورة :

تقديراً من المشرع الدستوري في مصر لمقتضيات الظروف الاستثنائية وما توجبه - في أحوال خاصة - من الترخيص للسلطة التنفيذية في ممارسة التشريع بدلاً من البرلمان ، قررت الدساتير المصرية المتعاقبة ، فيما قبل الثورة وبعدها ، منح الحكومة إصدار مراسيم لها قوة القانون ، على أن يخضع ذلك لمجموعة من الضوابط والحدود التي تكفل تأكيد مبدأ سيادة القانون .

والدساتير المصرية فيما اطردت عليه ، لا تعتبر حالة الضرورة سبباً قانونياً يبيح العمل غير المشروع ، بل مجرد عذر سياسي تدافع به الحكومة عن مسلكها أمام البرلمان . وتأسيساً على ذلك فإن لوائح الضرورة في التشريع المصري - ورغم قوتها التشريعية المقررة - تبقى أعمالاً إدارية عادية تخضع لرقابة القضاء ، إلغاء وتعويضاً على حد سواء (١) .

فإن المادة ٤١ من دستور إبريل سنة ١٩٢٣ ، مروراً بالمادة ٣٥ من دستور يناير سنة ١٩٥٦ ، وإلى المادة ٥٣ من دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت الصادر سنة ١٩٥٨ ، والمبدأ الدستوري مقرر على أنه [إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد البرلمان وفي فترة حله ، ما يوجب الإسراع إلى اتخاذ تدابير

(١) الدكتور السيد صبرى - اللوائح التشريعية - المرجع السابق - ص ٣٠ .
ومؤلفه في « القانون الدستوري » - المرجع السابق - ص ٤٧٤/٤٧٥ .
الدكتور محمد فؤاد مهنا - دروس في القانون الإداري - المرجع السابق ، ص ٣٤١ .

عاجلة لا تحتتمل التأخير ، فلرئيس الدولة [الملك أو رئيس الجمهورية] أن يصدر في شأنها [مراسيم - قرارات] يكون لها قوة القانون [، على أن يكون ذلك بشروط ثلاثة :

(أ) شرط زمني ، حددته الدساتير في (فترة ما بين أدوار انعقاد البرلمان وفقا للمادة ٤١ من دستور سنة ١٩٣٣^(١) وفي فترة حل البرلمان وفقا للمادة ١٣٥ من دستور سنة ١٩٥٦ وفي أحوال غياب المجلس على إطلاقه وفقا للمادة ٥٣ من دستور سنة ١٩٥٨ .

(ب) شرط موضوعي ، يقوم على ركنين :

• الأول ، أن تقوم حالة الضرورة بمثلة فيما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتتمل التأخير . وتقدير ذلك لرئيس الدولة باتفاق . به قضت محكمة جنابات الإسكندرية^(٢) حين ذهبت . إلى أن السلطة التنفيذية لها الحق في تقرير ما إذا كانت الظروف الطارئة تستدعي استعمال حقها في استصدار مراسيم فيما بين أدوار الانعقاد ، وإذا كان من الممكن إساءة استعمال هذا الحق . . . وكان ثمة سلطة أخرى تستطيع مراقبة السلطة التنفيذية في خصوص ما تقدم ، فلن تكون هذه السلطة غير البرلمان .

وعليه درجت محكمة القضاء الإداري فيما قضت به^(٣) من أن المراحل التشريعية التي مرت بها المادة ٤١ من الدستور سنة ١٩٣٣ واضحة الدلالة في أنه قد أريد عند وضع هذه المادة أن يترك للسلطة التنفيذية تقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة استعمالها تحت رقابة البرلمان .

(١) الدكتور السيد صبري - اللوائح التشريعية - المرجع السابق - ص ٣٧ و ٣٨ .
(٢) محكمة جنابات الإسكندرية - حكم بتاريخ ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ - مجلة المحاماه السنة الثلاثون - رقم ١٧٢ - ص ٥٧٧ .
(٣) محكمة القضاء الإداري . حكم في القضية رقم ٦٥ لسنة ١ ق - بتاريخ ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ - مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة الثانية ص ٣١٥ .

القانون بترخيص من الدستور .

ومرجع ذلك أن الحكومة حين تصدر لوائح الضرورة ، فإنها تشرع
بدل البرلمان وبالتالي فإنها لا تملك أكثر مما يملكه القانون العادى .

(ج) شرط رقابة ، حدده دستور سنة ١٩٢٣ فى وجوب دعوة البرلمان
إلى اجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له ، فإذا
لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون .

كما حددته المادة ١٣٥ من دستور سنة ١٩٥٦ فى وجوب عرض هذه
اللوائح على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها ، وفى أول
اجتماع له فى حالة الحل . بينما حددته المادة ٥٣ من دستور سنة ١٩٥٨ فى
وجوب عرضها على مجلس الأمة فور انعقاده بحيث تسقط إذا اعترض عليها
المجلس بأغلبية الثلثين .

ورقابة البرلمان هنا ليست مجرد رقابة سياسية ، ولكنها رقابة ذات طابع
قانونى حيث يملك البرلمان أن يصدق على لوائح الضرورة فيحولها إلى قوانين
بالمعنى الفنى ، وأن يرفض التصديق عليها فيزول كل ما كان لها من قوة
القانون .

وكذلك فإن رقابة البرلمان لا تحجب رقابة القضاء الإدارى باعتبار أن
لوائح الضرورة ماتزال من حيث مصدرها مجرد قرارات إدارية تخضع مع
سائر القرارات الإدارية الأخرى للتنظيمة ، الفددة للرقابة القضائية بحيث

على مشروعية اللائحة التشريعية من حيث استيفائها لشروطها الدستورية
فيحكم بصحتها ، أو لم تستوفها فيقضى بإلغائها منذ صدورها .

وجدير بالذكر أن دستور جمهورية مصر العربية الصادر في ١١ سبتمبر
سنة ١٩٧١ قرر الأخذ - مع كل التقاليد الدستورية المصرية - بنظرية
الضرورة والظروف الاستثنائية وإن كان قد عدل كثيراً من هذه التقاليد .
فهو من ناحية قد جمع لوائح الضرورة واللوائح التفويضية في حكم واحد
قررت المادة ١٠٨ فيما نصت عليه من أن ((لرئيس الجمهورية عند الضرورة
وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي
أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون . . .)) ومقتضى هذا الحكم أنه
ليس لرئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح الضرورة في غيبة مجلس الشعب ،
وبغير تفويض منه .

ولكنه نلاحظ لما قد يؤدي إليه هذا الحكم من صعوبات ، حين
تعرض الدولة لأخطار حادة لا تغطيها قوانين تفويض ، قرر لرئيس
الجمهورية في المادة ٧٤ (إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة
الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري ، أن يتخذ
الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ، ويوجه بياناً إلى الشعب ، ويجري
الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخاذها) .

(١) محكمة القضاء الإداري ، حكم بتاريخ ١٩٥٢/٦/٣٠ و الدعوى رقم ٥٦٨ لسنة الثالثة
القضائية - مجموعة أحكام مجلس الدولة - السنة السادسة - ص ١٢٦٦ .

ويشير هذا النص - في تقديرنا - بمجموعة الملاحظات الآتية :

(أ) أن يعطى أحوال لوائح الضرورة العادية المعروفة في التقاليد الدستورية ، حين تعرض في غياب مجلس الشعب أمور لا تحتمل التأخير ، ولا يكون ثمة تفويض منه لرئيس الجمهورية يستند إليه في مواجهة مثل هذه الأمور .

(ب) أنه يرخص لرئيس الجمهورية - وفي حالة انعقاد مجلس الشعب وبغير تفويض منه كذلك في أن يواجه أحوال الخطر التي تهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري .

(ج) أنه لا يحدد نوع الإجراءات السريعة والتي يملك رئيس الجمهورية سلطة اتخاذها في مثل هذه الظروف . وهو بذلك يترك لرئيس الجمهورية مطلق السلطة التقديرية في تحديد حجم الخطر ونوع الإجراءات الكفيلة بمواجهته .

(د) أن رئيس الجمهورية يمارس هذه السلطة التقديرية الواسعة بحكم مسؤوليته الدستورية طبقاً للمادة ٧٣ في السهر على تأكيد سيادة الشعب وعلى احترام الدستور وسيادة القانون وحماية الوحدة الوطنية والمكاسب الاشتراكية ويرعى الحدود بين السلطات لضمان تأدية دورها في العمل الوطني .

(هـ) أن ما يتخذه رئيس الجمهورية من إجراءات في هذا الشأن ، يمثل في تقديرنا نموذجاً لا شبه فيه لأعمال السيادة العليا ومن ثم لا يخضع في ممارسته لرقابة القضاء أو مجلس الشعب ذاته ، وإنما يخضع لرقابة شعبية مباشرة تتمثل في الاستفتاء الذي يجب - وفقاً للمادة ٧٤ سالف الذكر - أن يجرى خلال ستين يوماً من اتخاذ هذه الإجراءات .

٢ - اللوائح التفويضية :

لم يكن في دستور سنة ١٩٣٠ نص يميز التفويض التشريعي . وهو ما أشار خلافاً فقهياً حاراً حول مشروعيته .

التعريف الجبركية وشروط تطبيقها ، كما هو منصوص بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٣٠
في اتخاذ ما يلزم لتعديل رسم الإنتاج على الحاصلات الزراعية أو المنتجات
الصناعية المحلية .

ومع ذلك ، يبدو أن البرلمان المصري كان يتمثل فكرة أنه لا يجوز
التفويض فيما هو من الأمور المحجوزة للمشرع بالنص أو العرف أو طبيعة
الأمور . ودليل ذلك أن مجلس الشيوخ رفض سنة ١٩٣٨ الطلب الذي
تقدمت به الحكومة إلى البرلمان لتفويضها في إصدار مراسيم بقوانين لتنظيم
بعض الضرائب الجديدة ، كالضريبة العقارية والضريبة على إيراد رهوس
الأموال المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل ورسم الدمغة
ورسم الأيلولة على التركات . وذلك بحجة أن الدستور إذ يجعل القانون
وحده أداة إنشاء وتعديل الضرائب ، فإن هذه الأمور تكون — بحكم
الدستور من صميم الاختصاص الدستوري للبرلمان — بحيث لا يملك النزول
عنها أو التفويض فيها لغيره من السلطات .

ثم تغير الوضع في دساتير ما بعد ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ . فقد حرص
دستور يناير سنة ١٩٥٦ على أن يقرر في المادة ١٣٦ [لرئيس الجمهورية في
الظروف الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات
لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن يعين موضوعات
هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها] .
وبذلك أصبح لسلطة الرئيس سندها الدستوري في مصر ،

وفي ضوء النصوص الدستورية وعلى أساسها ، تأكد أنه يلزم لصحة التفويض وسلامته أن تتوفر له الشروط الآتية :

- • أن يجرى في ظل ظروف استثنائية تشفع له وتبرره .
- • أن تحدد الموضوعات التي يجرى فيها ، والأسس التي يقوم عليها .
- • أن يكون لمدة محددة .
- • أن يصدر (طبقاً لحكم المادة ١٠٨ من دستور سنة ١٩٧١) بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس الشعب .

— • أن تعرض قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بناء عليه (طبقاً لحكم المادة ١٠٨ من دستور سنة ١٩٧١) على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون .

وجدير بالتنبيه أنه استناداً إلى دستور سنة ١٩٦٤ ، أصدر مجلس الأمة بتاريخ ٣١ مايو سنة ١٩٦٧ القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ [يفوض به رئيس الجمهورية في إصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة في جميع الموضوعات التي تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني وبصفة عامة في كل ما يراه ضرورياً لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية] .

ويشير هذا التفويض — لدينا — عدة ملاحظات :

(أ) فهو أولاً لا مطلق عليه دستورياً من حيث استناده إلى الظروف الاستثنائية التي كانت قائمة وقتها والتي تعرضت لها البلاد منذ بدايات صيف سنة ١٩٦٧ والتي انتهت بهزيمة يونيو من ذات العام .

(ب) ولكنه من ناحية أخرى لم يحدد الموضوعات التي يجرى فيها التفويض تحديداً واضحاً ، فاكتمت بالإشارة إلى كل ما يتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة

كل إمكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربي والاقتصاد الوطني ،
ثم أردف - بعبارة عامة غير محددة - حين قرر (وبصفة عامة في كل
ما يراه رئيس الجمهورية ضروريا) الأمر الذي يجعلنا نفهم أن مجلس الأمة
قد حاول - متجاوزاً سلطاته الدستورية في التفويض - أن ينزل لرئيس
الجمهورية عن كل سلطاته التشريعية لمواجهة الظروف الاستثنائية .

(ح) وكذلك فإن مجلس الأمة اكتفى - في مقام تحديد المدنى الزمنى
للتفويض - بعبارة مبهمـة وشاملة حين رخص لرئيس الجمهورية في إصدار
قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة ، وفي كل ما يراه
هو (أى رئيس الجمهورية) ضروريا لمواجهة هذه الظروف .

وهو مسلك مطعون عليه في تقديرنا .

(د) وبالإضافة إلى الشك في سلامة التفويض ذاته ، فإنه قد حدث
تجاوز واضح في التطبيقات الكثيرة والمتعددة التي صدرت على أساسه . فلقد
صدرت مجموعة ضخمة من القرارات الجمهورية بقوانين ، في غير الموضوعات
وعلى غير الأسس التي حاول قانون التفويض تحديدها في عباراته العامة والشاملة .
حتى أن المتتبع لحركة التشريع في مصر منذ تاريخ صدور قانون التفويض
هذا ، سوف يلاحظ أن مهمة إصدار القوانين قد انتقلت في أغلبها - على
خلاف قانون التفويض ذاته - إلى رئيس الجمهورية - رغم وجود مجلس
الأمة ، ومن غير أن تشفع لأغلبها اعتبارات أمن الدولة وسلامتها أو مواجهة
الظروف الاستثنائية القائمة .

فلسنا نجد - وذلك من قبيل ضرب المثل وليس في محاولة للحصر
الشامل - ما يمكن أن يبرر - في ظل الظروف الاستثنائية التي بررت التفويض
المشار إليه .

- قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢١ لسنة ١٩٦٧ بإنشاء نظام ادخار للعاملين وقراره بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦٧ بتعديل مواعيد استحقاق العلاوات الدورية . وقراره بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٦١ بتحسين معاشات بعض العاملين . وقراره بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٨ بشأن العاملين بهيئة قناة السويس المعينين قبل ٢٦ يوليو سنة ١٩٥٦ .

- وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٧ ، ورقم ٧٧ لسنة ١٩٦٨ في شأن تعديل الرسوم على أجهزة استقبال الإذاعة والتليفزيون .
- وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٧ بتعديل بعض أحكام قانون إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها ، وقراره بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٨ في شأن جواز مد خدمة أعضاء التدريس بجامعة الأزهر والمعاهد الأزهرية على اختلاف أنواعها ودرجاتها إلى نهاية العام الدراسي الذي يبلغون السن المقررة لترك الخدمة أثناءه .

- وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٨ بتعديل قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن إلحاق المجلس بوزير العدل - وقراره بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٨ بإلحاق النيابة الإدارية بوزير العدل .

- قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٨ بشأن قواعد نقل القائمين بالتدريس بكليات المعلمين التي كانت تتبع وزارة التعليم العالي إلى وظائف هيئة التدريس والمعيرين بكلية المعلمين بجامعة عين شمس وأسيوط .
- وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٨ بشأن تطبيق المادة ٢٢ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ (قانون العاملين المدنيين بالدولة) على الذين كانوا يخضعون لكادر عمال اليومية اعتباراً من أول يوليو سنة ١٩٦٦ .

- وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٨ بتعديل بعض أحكام قانون نظام الإدارة المحلية (رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠) .

تاريخ ٧ يناير سنة ١٩٦٩ في إصدار إعلان دستوري بإضافته
إلى المادة ٩٤ من الإعلان الدستوري الصادر في ٢٤ مارس
. فليس من مقتضى التفويض أن تنتقل به السلطة التأسيسية كلها
لرئيس الجمهورية ، فذلك مما لا يملكه مجلس الأمة أصلا .

نظام الأحكام العرفية (١) :

قانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ .

من أهم ما عرفت به بريطانيا بعد إعلان استقلال مصر [تصريح
سنة ١٩٢٢] هو تنظيم الأحكام العرفية . فمهدت لها في الدستور ثم
صدر القانون الخاص بها رقم ١٥ في ٢٦ يوليو سنة ١٩٢٣ .

ويقوم النظام العرفي حسبما قرره هذا القانون على القاعدتين الآتيتين:
 - أنه يأخذ بأسلوب القارة (فرنسا وإيطاليا) فيقيم لتنظيم الأحكام العرفية قانوناً سابقاً على حدوث ما يبرر إعلان هذه الأحكام والعمل بقانونها. وكانت إنجلترا وراء هذا الاتجاه. فقد قدرت أنه لو كان في استطاعتها أن تتدخل بمناسبة هذا القانون وتفرض إرادتها فتضمنه من الأحكام الشاذة والاستثنائية ما تضمن به حماية مصالحها، فإنه قد يتعذر عليها في المستقبل أن تتدخل لدى البرلمان المضرى في كل مرة تلجأ إليها الحكومة لاستصدار قانون الظروف.

- أنه كان أقرب إلى القانون العسكري منه إلى نظام الأحكام العرفية السياسية. وكانت بريطانيا كذلك وراء هذا الاتجاه: فقد دفعها حرصها على حماية مصالحها في ظل الاستقلال إلى تنظيم الأحكام العرفية بما لا يختلف عما كان عليه الأمر في ظل الحماية لتجعل من نظام الأحكام العرفية قيدا ثقيلا على الاستقلال من ناحية، وتحول مصر وأراضيها وموانئها ووسائل النقل فيها وكل مقدرات شعبها إلى مرفق يخدم مصالحها العالمية في فترات الحرب من ناحية أخرى.

ولذلك قررت المادة ٥٥ من الدستور أنه لا يجوز بأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية على الوجه المبين في القانون... وهكذا لم يكن نظام الأحكام العرفية في مصر مجرد وسيلة لتقوية نفوذ السلطة التنفيذية عند قيام دواعيه، ولكنه كان أكثر من ذلك، سبباً من أسباب تعطيل الدستور ووقف العمل بما فيه من ضمانات.

وكذلك وصل القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ بالسلطات الاستثنائية التي يرخص بها للسلطات العسكرية إلى حد جعل من نظام الأحكام العرفية في النهاية إحدى صور الحكم الديكتاتوري العسكري.

§ - فهو بمنح للهيئة القائمة على تنفيذ الحكم العرفي اختصاصات لا تدخل في ولاية البوليس الإداري عادة في الظروف العادية ولا تعرفها القوانين المقارنة في نظم الأحكام العرفية السياسية . ومنه ماقررتة الفقرة (١٢) من المادة (٣) للحاكم العسكري العام من حق الاستيلاء على الأموال والأشخاص ووسائل النقل ودور الصناعة والمرافق والمنشآت وغيرها .

§ - وهو لم يحدد الإجراءات التي تملكها سلطات الحكم العرفي تحديداً نهائياً ، ولكنه أجاز لمجلس الوزراء أن يفوض الحاكم العسكري العام في اتخاذ كل إجراء آخر يراه لازماً لصيانة الأمن وإقرار النظام .

§ - ثم هو يخالف المستقر في القانون المقارن في شأن اختصاص الحاكم العسكرية . فالقاعدة أنه إذا ترتب على قانون الأحكام العرفية نقل الاختصاص إلى الحاكم العسكرية ، فلا يكون ذلك إلا استثناء وفي خصوص الجرائم المقررة في قانون الأحكام العرفية وحدها مع استمرار رقابة محكمة النقض .

أما في مصر فقد أجاز لمجلس الوزراء أن يرخص للحاكم العسكري العام في منح المحاكم العسكرية ولاية النظر في جرائم القانون العام . كما تقرر منع الطعن نهائياً في أحكام المحاكم العسكرية أمام أية جهة أخرى على أن يكون للحاكم العسكري العام حق التصديق على هذه الأحكام .

§ - وأخيراً اطرد العمل في مصر على تنصيب رئيس مجلس الوزراء حاكماً عسكرياً عاماً ، مما أهدر كل الضمانات المقررة لحماية نظام الأحكام العرفية . فقد تمكن رئيس مجلس الوزراء بحكم هيئته الحزبية على أعضاء الوزارة من أن يتحكم في سياسة المجلس وأن يخضعه لسلطوته وأن ينقل لحسابه جميع سلطاته المقررة في قانون الأحكام العرفية . وبذلك انقلبت القاعدة وأصبحت السلطة المدنية في قبضة السلطة

العسكرية ممثلة في رئيس مجلس الوزراء ، مما مال بنظام الأحكام العرفية في مصر في اتجاه الدكتاتورية الفردية . وكذلك كان الحاكم العسكري وهو في نفس الوقت رئيس الحزب صاحب الأغلبية في البرلمان يملك عن طريق توجيهه لسياسة الحزب أن يتحكم في اتجاهات البرلمان ويحولها لحسابه مما أضعف كثيراً من قيمة الرقابة المقررة للبرلمان على نظام الأحكام العرفية .

§ - لم يكن النظام القضائي المصري حتى إنشاء مجلس الدولة يسمح للمحاكم بغير ولاية التعويض عن القرارات الإدارية النهائية . وهكذا كانت أعمال الحاكم العسكري في مصر بعيدة من حيث مناقشة مشروعيتها عن رقابة القضاء . وحتى ذلك القدر الضيق من رقابة التضمين لم يكن في مأمن هو الآخر من الحذف أو التعديل . فقد صدر القانون رقم ١١٤ بتاريخ ٦ أكتوبر سنة ١٩٤٥ والقانون رقم ٥٠ بتاريخ ٢٨ إبريل سنة ١٩٤٥ ليحظر على المحاكم المدنية والجنائية سماع أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي إعلان أو تصرف أو قرار أو تدبير أو بوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها عملاً بالسلطات المخولة لهم بمقتضى قانون الأحكام العرفية .

(ب) قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ :

وبعد يوليو سنة ١٩٥٢ ألغى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ وصدر بدلا منه القانون رقم ٥٢٣ لسنة ١٩٥٤ ثم قرر دستور يناير سنة ١٩٥٦ في المادة ١١٤ د يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين بالقانون ، ويجب عرض هذا الإعلان على المجلس خلال الخمسة عشر يوماً التالية لهذا الإعلان ، ليقرر في شأنه ما يراه . فإذا كان مجلس الأمة منحلاً ، ع. ض. الامر.

وتطبيقاً لهذا النص صدر في ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٥٨ قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٨ مقررأ في مادته الأولى أنه يجوز إعلان حالة الطوارئ كلها تعرض الامن أو النظام العام في أراضي الجمهورية أو في منطقة منها للخطر سواء أ كان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء . ويكون إعلان حالة الطوارئ وإنهاءها (المادة الثانية) بقرار من رئيس الجمهورية بحيث يتضمن قرار إعلانها .

- ١ - بيان الحالة التي أعلنت بسببها . ٢ - تحديد المناطق التي تشملها .
- ٣ - تاريخ بدء سريانها .

ويشير هذا القانون الملاحظات الآتية :

• حددت المادة الثالثة الإجراءات والتدابير التي يملكها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه^(١) تحديدا نهائيا على سبيل الحصر ، فقد رخصت له في أن يتخذ بأمر كتابي أو شفوي التدابير الآتية :

- ١ - وضع قيود على حرية الاشخاص في الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور في أماكن أو أوقات معينة والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الامن والنظام العام واعتقالهم والترخيص بتفتيش الاشخاص والاماكن

(١) فقد أجازت المادة ١٧ لرئيس الجمهورية أن ينيب عنه من يقوم مقامه في اختصاصاته النصوص عليها في هذا القانون كلها أو بعضها وفي كل أراضي الجمهورية أو في منطقة أو مناطق معينة منها .

دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية ، وكذلك تكليف أى شخص بتأدية أى عمل من الاعمال .

٢ - الامر بمراقبة الرسائل أياً كان نوعها ومراقبة الصحف والنشرات والمطبوعات والمحركات والرسوم وكافة وسائل التعبير والدعاية والإعلان قبل نشرها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها وإغلاقها أما كن طبعها .

٣ - تحديد مواعيد فتح المحال العامة وإغلاقها ، وكذلك الامر بإغلاق هذه المحال كلها أو بعضها .

٤ - الاستيلاء على أى منقول أو عقار والامر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات وكذلك تأجيل الديون والالتزامات المستحقة والتي تستحق على ماتستولى عليه أو على ماتفرض عليه الحراسة .

٥ - سحب التراخيص بالأسلحة أو الذخائر أو المواد القابلة للانفجار أو المفرعات على اختلاف أنواعها والامر بتسليمها وضبطها وإغلاق مخازن الأسلحة .

٦ - إخلاء بعض المناطق أو عزلها وتنظيم وسائل النقل وحصر المواصلات وتحديداتها في المناطق المختلفة .

ويجوز لرئيس الجمهورية بقرار منه أن يوسع من دائرة حقوقه كسلطة مشرفة على تنفيذ حالة الطوارئ بشرط عرض هذا القرار على مجلس الأمة في أول اجتماع له .

- قرر القانون انتقال السلطة من يد الهيئات المدنية إلى الهيئات العسكرية بمجرد إعلان حالة الطوارئ بحيث تتولى (المادة الرابعة) قوات الأمن أو القوات المسلحة تنفيذ الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه . وتفصل عما كم أمن الدولة الجزئية والعليا في الجرائم التي تقع بالمخالفة للأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (المادة ٧) .

(المادة ١٢) .

ويجوز لرئيس الجمهورية حفظ الدعوى قبل تقديمها إلى المحكمة (م ١٣) كما يجوز له عند عرض الحكم عليه أن يخفف العقوبة المحكوم بها وأن يبدل بها عقوبة أقل منها وأن يلغى كل العقوبات أو بعضها أياً كان نوعها أصلية أو تكميلية أو تبعية ، أو أن يوقف تنفيذ العقوبات كلها أو بعضها ، كما يجوز له إلغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو مع الأمر بإعادة المحاكمة أمام دائرة أخرى ويجب في هذه الحالة أن يكون القرار مسبباً ، فإذا صدر الحكم بعد إعادة المحاكمة بالبراءة وجب التصديق عليه في جميع الحالات ، وإذا كان الحكم بالإدانة كان لرئيس الجمهورية كل سلطاته المشار إليه سلفاً (م ٥٤) ويجوز لرئيس الجمهورية بعد التصديق على الحكم بالإدانة أن يلغى الحكم مع حفظ الدعوى وأن يخفف العقوبة وأن يوقف تنفيذها وذلك ما لم تكن الجريمة الصادرة فيها الحكم جنائية قتل عمد أو اشتراك فيها (م ١٥) .

(٣) القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٩ في شأن التدابير الخاصة بأمن الدولة:

السياسي والاجتماعي للبلاد ، أن يأمر بالقبض على أى شخص من الفئات الآتية واعتقاله متى توافرت - عند صدور هذا الأمر - أسباب جدية تنبئ بمخطورته.

• الذين كانوا معتقلين أو كانت إقامتهم محددة في ٢٦ يوليو سنة ١٩٦١ أو اعتقلوا أو حددت إقامتهم من هذا التاريخ حتى تاريخ العمل بهذا القانون.

• الذين طبقت عليهم قواعد تحديد الملكية الواردة في قوانين الإصلاح الزراعي .

• الذين سبق الحكم عليهم في إحدى الجنايات الماسة بأمن الدولة الخارجي أو الداخلي أو من سبق الحكم عليهم من إحدى محاكم الثورة أو المحاكم أو المجالس العسكرية .

• الذين سبق لسلطات الضبط والتحقيق ضبطهم أو التحفظ عليهم وذلك في جرائم التآمر ضد أمن الدولة والجرائم المرتبطة بها والتي تم اكتشافها في الفترة ما بين أول مايو سنة ١٩٦٥ وآخر سبتمبر سنة ١٩٦٥ .

على أن يبين في كل أمر بالاعتقال الأسباب التي بنى عليها .

— ويكون للشخص المعتقل أن يتظلم من أمر الاعتقال إذا انقضت ستون يوماً من تاريخ صدوره دون أن يفرج عنه .

ويكون التظلم بطلب يقدم بدون رسوم إلى محكمة أمن الدولة العليا المشكلة طبقاً لهذا القانون ، وتفصل المحكمة في التظلم على وجه السرعة . ولا يكون قرار المحكمة بالإفراج نافذاً ، إلا بعد التصديق عليه من رئيس الجمهورية .

ويجوز لمن رفض تظلمه أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضت ستون يوماً من تاريخ رفض التظلم .

— وتشكل محكمة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين من مستشاري محاكم الاستئناف ويجوز لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيلها من ثلاثة من مستشاري

محاكم الاستئناف ومن ضابطين من الضباط القادة ، كما يجوز له تشكيلها من ثلاثة من الضباط القادة . وتطبق المحكمة في هذه الحالة الإجراءات التي ينص عليها رئيس الجمهورية في أمر التشكيل . ويباشِر الدعوى أمام المحكمة عضو من أعضاء النيابة العامة .

ولا يجوز الطعن بأى وجه من الوجوه فى الأحكام الصادرة من هذه المحكمة . ولا تكون هذه الأحكام نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية .

— يجوز بقرار من رئيس الجمهورية فرض الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص الذين يأتون أعمالاً بقصد إيقاف العمل بالمنشآت أو الإضرار بمصالح العمال أو تتعارض مع المصالح القومية للدولة — كما يجوز اتخاذ ذات الإجراءات فى شأن الأشخاص الذين سبق لسلطات الضبط والتحقيق ضبطهم أو التحفظ عليهم وذلك فى جرائم التآمر ضد أمن الدولة والجرائم المرتبطة بها والتي تم اكتشافها فى الفترة ما بين أول مايو سنة ١٩٦٥ وآخر سبتمبر سنة ١٩٦٥ .

(هـ) ويجوز لمن فرضت الحراسة على أمواله ولائكل ذى شأن ، أن يتظلم ضد قرار فرض الحراسة أو أن يتظلم من إجراءات تنفيذه . ويكون التظلم بغير رسوم إلى محكمة أمن الدولة العليا . ويجب أن يتختم فيه الجهة الإدارية التى تتولى تنفيذ القرار الصادر بفرض الحراسة ، كما يجب أن يتختم فيه من فرضت الحراسة على أمواله إذا كان الطلب قد رفع من غيره .

وتفصل المحكمة فى التظلم بتأييد القرار أو الإجراء أو إلغائه أو تعديله . ولا يكون قرارها بإلغاء قرار فرض الحراسة نافذاً إلا بعد التصديق عليه من رئيس الجمهورية .

ويجوز لمن رفض تظلمه أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضت ستة أشهر

ثانياً - نظرية الضرورة في القضاء المصرى :

١ - مسلك المحاكم المدنية :

أطرد القضاء في مصر - فيما قبل إنشاء مجلس الدولة - على أنه لا فرق بين الدولة والأفراد في وجوب احترام القوانين واللوائح وعدم تعدى حدودها ، بحيث إذا تعدت مصلحة من مصالح الحكومة حدود القوانين والأوامر العالية كانت ^{مسؤولية} مسئولية عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن اعتدائها (١) .

ومع إقرار مبدأ المشروعية على هذه الصورة الكاملة ، فقد سنحت الفرصة لقضائنا المدنى لىكى يكشف عن اتجاهه فى مدى موافقته على نظرية الضرورة فى مدلولها القضائى .

فهو يسلم فى الكثير من أحكامه ، بإطلاق يد الإدارة وبالترخيص لها فى سلطة تقديرية أوسع عند قيام حالة شاذة تمس الأمن والنظام ، لتتخذ من التدابير والإجراءات المستعجلة ما تواجه به الموقف الخطير دون أن تنقيد فى ذلك بحرفية القوانين واللوائح .

فطبقاً لما أكرته الأحكام - قد تطرأ بعض الأحوال التى يكون فيها الخطر على الأمن العام أو الصحة محققاً ومهدداً بحيث يجب العمل بغاية السرعة لملافاة ذلك الخطر . وقد يفوت ذلك الغرض لو اتخذ رجال الإدارة الطريق القانونى . فلا حرج عليهم - والضرورات تبيح المحظورات - أن يتلافوا ذلك الخطر باتخاذ الإجراءات العاجلة بما لهم من السلطة بل بما عليهم من الواجبات التى تحتم عليهم أن يسهروا على استئباب الأمن وصون الأرواح

(١) حكمة الاستئناف الأهلية بتاريخ ٤ / ٢ / ١٩٢٤ - مجلة المحاماة السنة الرابعة - رقم ٦٢٧ ص ٨٢٩ .

والأموال . ولا تعد هذه الإجراءات مخالفة للقوانين واللوائح لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة . ولأن القوانين واللوائح قد نصت على الإجراءات التي يجب أن تتخذ في الأحوال العادية ، وما دام أنه لم يوجد نص فيها على ما يجب إجراؤه في حالة الخطر العاجل ، فحينئذ لا يعد مخالفاً للقوانين ما يتخذه رجال الإدارة والبوليس من الإجراءات العاجلة النزيهة التي لم تعمل لغاية سوى مصلحة الجمهور دون غيرها ، والتي لم يشبها سوء استعمال السلطة أو التعسف أو عدم العناية والحرص في تنفيذها^(١) .

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض أن لرجال الضبطية الإدارية في سبيل منع ارتكاب الجرائم أن يتخذوا ما تقضى به الضرورة من الإجراءات والوسائل ، ولهم أن يقيدوا حرية الأفراد إذا كان لذلك مسوغ شرعي تقتضيه ظروف الحال^(٢) .

وهذا الذي انتهت إليه أغلب المحاكم المدنية في مصر يمثل مذهباً وسطاً بين مذهبين متعارضين تردد بينهما الرأي في شأن إجراءات الضرورة التي تتخذها سلطات البوليس الإداري .

(١) فقد كان رأي أصحاب الشأن من الأفراد ممن أضرت بهم هذه الإجراءات أنه لا يجوز التعدي على حقوق الأفراد وحياتهم العامة إلا طبقاً للقوانين واللوائح ، وأن كل إجراء - مهما تكن أسبابه ودواعيه - يتعدى على واحدة أو أكثر من هذه الحريات على خلاف القانون ، إنما هو

(١) محكمة مصر السكينة الأهلية بتاريخ ٦ فبراير سنة ١٩٣٤ - مجلة المحاماة السنة ١٥ - رقم ٢٣٦ - ص ٥٠٥ - وحكمها بتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٣٥ المرجع السابق - رقم ٢٩٩ ص ٦٤٠ - وبه قضت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ - مجلة النشرية والقضاء المختلط - السنة العاشرة - ص ٣١٦ .
(٢) محكمة النقض والإبرام - بتاريخ ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ - المحاماة السنة ١٤ - رقم ١٥٥ - ص ٣٧٠ .

عمل غير قانوني لا يتمتع بالحصانة الادارية وينقلب إلى عمل شخصي من أعمال الاعتداء المادية مما يجوز للمحاكم عدم الأخذ به وإلغاؤه .

وأجمعت المحاكم المصرية على رفض وجهة النظر هذه . وكانت حجتها أن القول بأن الأمر الاداري الذي يمس الحرية الشخصية يفقد الصفة الادارية وينقلب إلى عمل شخصي من أعمال الاعتداء في جميع الأحوال مهما كان سببه أو الغرض منه ومهما كانت وظيفة الصادر منه هذا الأمر ، هو قول يخالف للمنطق وروح القانون والنظام العام ، إذ يترتب عليه غل يد رجال الضبطية الادارية عن القيام بأعمالهم ويمنعهم من اتخاذ الوسائل التي يرونها ضرورية ولازمة ، فيضطرب جبل الأمن والنظام وترتكب الجرائم ، وتضحي الحالة فوضى لا رادع لها . ومن ثم فلا يمكن القول بأن جميع الأعمال والاجراءات التي تصدر عن رجال الضبطية الادارية في سبيل الأمن والنظام تعتبر باطلة وكأن لم تكن إذا مست الحرية الشخصية عن قرب أو بعد ، متى كانت هناك ضرورة تقتضي ذلك وكان الاجراء الذي يمس الحرية هو الوسيلة الوحيدة لمنع الضرر الذي يهدد كيان النظام (١) .

(ب) أما الحكومة فقد ذهبت في دفاعها ضد دعاوى الأفراد إلى أن لاجراءات البوليس الاداري المقيدة للحريات العامة كالأمر بإغلاق جمعية أو بتعطيل صحيفة أو بإطفاء قنبلة طوب ، وغيرها وإن كانت تعتبر من الأعمال الادارية في الظروف العادية ، فإنها حين تتخذ في ظروف استثنائية دفاعاً عن كيان الدولة ضد خطر محقق ، فإنها تعتبر من أعمال السيادة مما يخرجها نهائياً عن رقابة القضاء ولو وقعت مخالفة للقانون .

ووقعت بعض الأحكام في هذا الخلط بين أعمال السيادة وأعمال الضرورة مستندة إلى النظرية التقليدية التي ترجع أعمال السيادة

(١) محكمة مصر الكلية الأهلية - قاضي الأمور المستعجلة - بتاريخ ٢٩ أغسطس سنة ١٩٣٦ - سبقت الإشارة إليه .

إلى فكرة القوة القاهرة . بحيث تكون أعمال الدولة في الظروف الاستثنائية من أعمال السيادة . ومن ذلك حكم محكمة مصر السكرية الأهلية^(١) التي قررت فيه أن أعمال السلطة والسيادة تشمل الأعمال التي تأتينا الحكومة في سبيل توطيد سلامة الرعايا خارج الدولة وداخلها ، ومثل هذه الأعمال لا يطلب عنها تعويض ، ومن ثم فإنه لا محل لمطالبة الحكومة بتعويضات عن إطفائها قبينة الطوب لأن إحراقها كان خطراً مهدداً لسلامة الجمهور .

وكذلك^(٢) فإن تعطيل جريدة المدعى إذ يعتبر من الأعمال الإدارية في الظروف العادية ، فإنه وقد حصل في الظروف الاستثنائية فيعتبر من أعمال السيادة ويخرج بذلك عن سلطة القضاء ولو وقع مخالفاً للقانون .

وجدير بالذكر أن محكمة الاستئناف الأهلية كانت قد سبقت إلى إقرار هذه المبادئ منذ سنة ١٩٣٢^(٣) .

ولكن هذا الاتجاه لا يمثل وجهة النظر الغالبة في قضائنا المدني التي تعتبر إجراءات البوليس الإداري العاجلة التي تلجأ إليها ضرورات الدفاع عن أمن الدولة ونظامها العام في الظروف الاستثنائية مجرد أوامر إدارية لا حرج على رجال الإدارة والبوليس ، من أن يتخذوها بما لهم من السلطة بل بما عليهم من الواجبات التي تحتم عليهم أن يسهروا على استتباب الأمن وصون الأرواح والأموال . أي أن هذه الإجراءات لا تزال رغم الظروف الاستثنائية أعمالاً إدارية عادية فلا هي ترقى إلى درجة أعمال السيادة ،

(١) محكمة مصر الأهلية السكرية - بتاريخ ٦ فبراير سنة ١٩٣٤ - سبقت الإشارة إليه .

(٢) محكمة مصر الأهلية السكرية - بتاريخ ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ - المحاماة السنة ١٥ -

رقم ٢٠٣ - ص ٤٢٥ .

(٣) محكمة الاستئناف الأهلية بتاريخ ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - المحاماة السنة العاشرة -

ص ٨٦٦ .

(م ١٠ - المعروية)

ولا هي تهبط الى مستوى أعمال الاعتداء المادية ولكنها تجدد من حالة الخطر العاجل سنداً لمشروعيتها ولا عفاة الدولة من مسئولية تعويض الأضرار المترتبة عليها .

وقد جاء في حكم محكمة النقض^(١) ما يقطع بصحة هذا النظر ، فيما قضت به : من أن محكمة الاستئناف لم تخطئ في عدم اعتبار ما أجراه البوليس من حجز المدعى عليه في الطعن ثلاثين ساعة في الظروف المتقدم ذكرها عملاً من أعمال القضاء معفياً من المسئولية ، ولا في عدم اعتباره عملاً من أعمال السيادة ولا في عدم اعتباره من أعمال السلطة الادارية تجاوزت فيه حدود القانون دون مبرر

وأخذاً بمفهوم المحكمة العليا حاول القضاء المصري أن يميز في شأن أعمال البوليس بين ما هو من أعمال السيادة وما ليس منها . وفي هذا الشأن قررت محكمة القاهرة الابتدائية (القضاء المستعجل) أنه اذا صح أن تنظيم الأمن وترتيبه وتوزيع قواته وتسليحها هو من أعمال السيادة ، فإن ما عدا ذلك مما يتعلق بقيام البوليس بواجباته والتدابير والاجراءات التي يتخذها لذلك في تنفيذ القوانين ، إنما هي اجراءات ادارية .

وحددت محكمة النقض الشروط اللازمة لصحة أعمال الضرورة بأنه يلزم قيام مسوغ شرعى تقتضيه ظروف الأحوال ، ويعتبر المسوغ متوافراً حينما يكون الموظف قائماً بإجراء وظيفته وأن يكون ماعمله أو اجراءه لازماً حتماً للقيام بمهامها من منع ضرر جسيم يهدد النظام والأمن باعتبار هذا الاجراء الوسيلة الوحيدة لمنع الضرر . على أن يكون لمحكمة النقض أن تراقب قيام هذا المسوغ وعدم قيامه .

(١) محكمة النقض والابرار - بتاريخ ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ - سبقت الاشارة إليه .

استقرت محكمة القضاء الإداري ودوائرها المجتمعة على أن نظام الأحكام العرفية في مصر وإن كان نظاماً إستثنائياً ، إلا أنه ليس بالنظام المطلق . بل هو نظام خاضع للقانون وضع الدستور أساسه وبين القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه ، فوجب لذلك أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق هذه الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزاً لهذه الحدود أو منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون تنبسط عليه رقابة المحكمة . ذلك لأن كل نظام للحكم أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاماً إستثنائياً ، لمبدأ سيادة القانون ومن ثم لرقابة القضاء . ومهما كان المصدر التاريخي الذي استقى منه المشرع هذا النظام ، فليس من شك في أن الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية مصدرها الرسمي هو القانون الذي تولى تحديد نطاقها ، فلا يجوز بحال أن تخرج عن حدود هذا النطاق . وإذا كانت اختصاصات القائم على إجراء الأحكام العرفية في مصر بالغة السعة ، فإن ذلك أدعى إلى أن تبسط عليها الرقابة القضائية حتى لا يتحول من نظام هو في حقيقته ومرماه نظام دستوري يقيد القانون إلى نظام مطلق لا غاصم منه وليست له حدود^(١) .

(١) محكمة القضاء الإداري . حكم في القضية رقم ٦٨ هـ لسنة ٣ ق سبقت الإشارة إليه . وحكم في القضية رقم ١٤٣١ لسنة ٦ ق بتاريخ ٤ يناير سنة ١٩٥٤ - مجموعة الأحكام السنة الثامنة ص ٣٦٢ . وحكم في القضية رقم ١٤٠٤٥ لسنة ٨ ق بتاريخ ٣ أبريل سنة ١٩٥٦ - المجموعة - السنة العاشرة - ص ٢٨١ الدائرة المجتمعة لمحكمة القضاء الإداري - حكم في القضاء رقم ٦٩٤ لسنة ٦ ق - سبقت الإشارة إليه . وحكم في القضية رقم ١٠٩٠ لسنة ٦ ق - سبقت الإشارة إليه .

وإذا كان القانون نظراً إلى طبيعة الأحكام العرفية والظروف الدقيقة التي تلابسها عادة ، يخول الحاكم العسكري سلطة تقديرية واسعة يواجه بها ما تقتضيه الحالات الاستثنائية التي تعرض له من ضرورة إتخاذ تدابير سرية وحاسمة ، إلا أنه ينبغي ألا تتجاوز سلطة الحاكم العسكري التقديرية الحدود الدستورية المرسومة والألا تخل بالتزاماته القانونية وألا تتغول بوجه خاص على الحريات العامة بدون مبرر قانوني^(١) وإلا شابها عدم المشروعية وانبسطت عليها رقابة هذه المحكمة إلغاء وتعويضاً .

وفي هذا الصدد أرست محكمة القضاء الإداري المبادئ الأساسية الآتية :

- لا تنصرف أعمال السيادة الواردة في نصوص قوانين مجلس الدولة إلا إلى الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بما لها من السلطة العليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج . ولا يعتبر من هذا القبيل ما تصدره الحكومة من قرارات تنفيذاً للقوانين واللوائح إذ أن مثل هذه القرارات تندرج في دائرة أعمال الحكومة العادية وليس لها من الشأن والأهمية الخطيرة ما يرفعها إلى مرتبة الأعمال المتعلقة بالسياسة العليا . فإدام هناك نص في القوانين واللوائح يتضمن ما يجب اتخاذه من الإجراءات أو ما يلزم توافره من الشروط لإتمام عمل من أعمال الإدارة ، فالقرار الإداري الذي يصدر بالتطبيق

(١) الدائرة المجتمعة لمحكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ١٠٢٦ لسنة ٦ ق - بتاريخ ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٢ - المجموعة السنة السادسة - ص ١٣٨١ . وحكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٠٢٦ لسنة ٦ ق بتاريخ ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٣ المجموعة - السنة السابقة ص ١٠٢٧ - وحكم في القضية رقم ٣١٢٧ لسنة ٢ ق - بتاريخ مارس سنة ١٩٥٦ - المجموعة السنة العاشرة - ص ٢٥٨ .

من أعمال السيادة ، ولكن التدابير التي يتخذها القائم على إجراء النظام العرفي سواء أكانت تدابير فردية أو تنظيمية ليست لإجراءات إدارية يجب أن تتخذ في حدود القانون ويتعين أن تخضع لرقابة القضاء بالطريق المباشر (قضاء الإلغاء) وغير المباشر (قضاء التعويض) (٢) .

ومن ثم فإن قرار قائد الثورة الخاص باعتقال أحد الأشخاص لخطورته على الأمن العام ، والذي صدر منه باعتباره الحاكم العسكري إستناداً إلى القوانين الخاصة بالأحكام العرفية ، ليس من أعمال السيادة بل يعتبر قراراً إدارياً عادياً مما يدخل في اختصاص القضاء الإداري (٣) .

— أن المشروعية النافذة في ظل الأحكام العرفية ليست هي المشروعية العادية التي تحكم أعمال الإدارة في الظروف المألوفة . ولكنها مشروعية إستثنائية وضع الدستور أساسها وبين قانون الأحكام العرفية أصولها

(١) محكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ٤٩٥ لسنة ٢ ق بتاريخ ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المجموعة السنة الرابعة ص ٣٢ - وحكمها في القضية رقم ١٣٩ لسنة ٢ ق - بتاريخ ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ - المجموعة الرابعة ص ٢ ٤ - وفي القضية رقم ٣٧٦ لسنة ٣ ق بتاريخ ٦ يونيو سنة ١٩٥٠ - المجموعة الرابعة ص ٨٦٥ - وفي القضية رقم ٢٨٨ لسنة ٥ ق - بتاريخ ٥ فبراير سنة ١٩٥٢ المجموعة السادسة ص ٤١٦ - وفي القضية رقم ١٣ لسنة ٧ ق - بتاريخ ١٩ يناير سنة ١٩٥٦ - المجموعة العاشرة - ص ١٥٧

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٥٦٨ لسنة ٣ ق سبقت الإشارة إليه . وحكم الدوائر المجتمعة لمحكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٩٤ لسنة ٦ ق - سبقت الإشارة إليه .

(٣) محكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ٥٦٨ لسنة ٣ ق سبقت الإشارة إليه . وحكم الدوائر المجتمعة لمحكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٦٩٤ لسنة ٦ ق - سبقت الإشارة إليه .

وأحكامها ورسم حدودها وضوابطها . ومن ثم يجب أن يكون إجراء الأحكام العرفية على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق هذه الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزاً لهذه الحدود أو منحرفاً عنها عملاً مخالفاً للقانون تبسط عليه المحاكم رقابتها (١) .

نظام الأحكام العرفية يسمح بأن تتمتع الحكومة بقدر من السلطة التقديرية أوسع مما توافيه بها القوانين واللوائح في الظروف العادية المألوفة . لأنه - إذا كان للحكومة بصفتها المسؤولة عن حفظ الأمن وسلامة البلاد وصيانة الأرواح والأموال وحماية النظام في المجتمع أن تمارس إجراءات البوليس الإداري فتعدي على حريات الأفراد العامة ، فإن هذا الحق أوسع ما يكون لها عندما تواجه ظرفاً استثنائية خطيرة تعمل فيها على دفع خطر محقق اقتضاها إعلان الأحكام العرفية . وبقدر ما تدق هذه الظروف ويعظم الخطر بقدر ما يتسع لإطلاق حريتها في تقدير ما يجب إتخاذ من الإجراءات والتدابير . لأنه لا يطلب من الإدارة وهي مأخوذة بظروف مفاجئة وأحوال خاطفة تحوطها ضرورة عاجلة ملحة تضطرها إلى العمل السريع الحاسم لضمان مصلحة عليا تتصل بسلامة البلاد ، أن تدقق وتتحرى وتفحص على النحو الذي عليها إتباعه في ظروف هادئة مألوفة (٢) .

ولذلك وجبت التفرقة في شأن مسئولية الدولة بين ما يصدر من السلطة العامة من أوامر وتصرفات وهي تعمل في ظروف عادية مستقرة تتاح لها فيها الفرصة الكافية للفحص والتبصر والأنانة مع الروية ، وبين ما قد تضطر إلى

(١) محكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ٧ لسنة ٧ ق - بتاريخ ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٤ - المجموعة التاسعة - ص ١٣٤ .
(٢) محكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ١٨٨٠ لسنة ٦ ق - بتاريخ ١٨ مارس سنة ١٩٥٦ - المجموعة العاشرة - ص ٢٥١ .

والكوارث الماحقة . ففي الحالة الأولى تقوم مسؤولية الدولة متى وقع ثمة خطأ من جانبها ترتب عليه إحداث الضرر للغير وربطت بينهما علاقة سببية . على أن تتراوح هذه المسؤولية تبعاً لجسامة الخطأ والضرر . أما في الحالة الثانية فالأمر مختلف ، إذ يقدر الخطأ بمعايير مغاير ، وبالمثل تقدر المسؤولية . فما يعد خطأ في الأوقات العادية قد يكون سلوكاً مباحاً في أحوال الضرورة القصوى والظروف الاستثنائية وتتدرج المسؤولية تبعاً على هذا المنوال ، فلا تقوم كاملة إلا إذا ارتكبت الإدارة خطأ استثنائياً جسيماً يرقى إلى مرتبة التعسف المتعمد والشطط المقصود المقترن بسوء القصد . وتخف هذه المسؤولية في حالة الخطأ الظاهر غير المألوف الذي يجاوز الخطأ العادي المتجرد من التعسف في استعمال السلطة الذي تحمل الإدارة على الوقوع فيه لظروف غير عادية تنشد فيها مصلحة عامة تسمو على المصالح الفردية . وليس يسوغ أن تقوم الخشية من المسؤولية عائقاً للسلطة العامة عن القيام بمهمتها في إقرار الأمن واستتباب

أفعالا معينة يثبت ارتكاب الشخص لها ومرتبطة ارتباطا مباشرا بما يراد الاستدلال عليه بها . فجرد انتماء الشخص - لو صح - الى جماعة ذات مبادئ متطرفة أو منحرفة عن النظام الاجتماعي لا يعنى حتما وبذاته اعتباره من الخطرين على الأمن بالمعنى المقصود من هذا اللفظ على مقتضى قانون الأحكام العرفية ، مادام لم يرتكب فعلا وشخصيا أمورا من شأنها أن تصفه بهذا الوصف (١) . كما أن مجرد اثره المدعى وما أثارته مذكورة المباحث العامة من شكوك في هذا الشأن لا يسوغ استعمال السلطة الاستثنائية في التدابير المقيدة للحرية ، اذ أن الاجراءات التي رسمها القانون العام إن كان ثمة جريمة ، كفيلا بذلك . ولم تمنح السلطة الاستثنائية للحاكم العسكري العام لمثل هذه الأمور (٢) .

- وكانت السياسة التشريعية في مصر قد اطردت على اصدار القوانين التي تنص على ألا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطات القائمة على اجراء الأحكام العرفية عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية وذلك سواء أ كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو سحبه أو تعديله ، أو كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بالتعويض .

غير أن محكمة القضاء الإداري استقرت من ناحيتها على تقرير بطلان هذا الحظر وعلى عدم الأخذ به ، إلا أن يكون الأمر أو الاجراء الذي اتخذ عملا بالسلطة المخولة للحاكم العسكري بمقتضى نظام الأحكام العرفية قد صدر

(١) محكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ٣١٢٧ لسنة ٧ ق بتاريخ ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ - المجموعة السنية المباشرة ص ٢٥٨ .

(٢) محكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ٥٠٣٤ لسنة ٨ ق - بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٥٦ - المجموعة المباشرة ص ١٢٨ .

تصرفاتها حتى تلك المخالفة لقانون الأحكام العرفية ذاته وحرمان الناس
حرماناً مطلقاً من اللجوء إلى القضاء . ولا شك أن هذا من شأنه الإخلال
بحقوق الناس في الحرية والمساواة في التكاليف والواجبات . وإحترام
المشروعية هو حق للمواطنين وبالتالي يجب على الإدارة أن تعاملهم على مقتضى
مبادئ المشروعية . ومن ثم فإن إغلاق سبل الطعن هو بمثابة منح الإدارة
حق التحرر من قيود القانون ^(٢) . ولا يصح الاحتجاج في هذا الصدد عن
طريق تفسير هذه القوانين أخذاً بمفهومات قوانين التضمينات . فالقول بأن
قانون التضمينات يعنى الحاكم العسكرى من المسؤولية عن أعمال جاوز فيها
اختصاصه أو ارتكبها بسوء نية يهدم رأساً على عقب ما أراده الدستور من
حصر الأحكام العرفية في حدود لا تصح مجاوزتها . ومتى رسم المشرع هذه
الحدود وفرض على الحاكم العسكرى ألا يتجاوزها بطريق مباشر فلا يصح

ويبين من استعراض المناسبات التي قررت فيها محكمة القضاء الإداري التسليم بالمشروعية الاستثنائية ، فضلا عما قضت به صراحة في مناسبات أخرى أنها ترفض التسليم بفكرة الضرورة خارج إطار نظام الأحكام العرفية (١) وتأسيساً على منطقها حكمت بالزام الحكومة بأن تدفع للمدعي مبلغ مائة جنيه والمصروفات المناسبة تأسيساً على أن القبض عليه وحبسه من يوم ١٧ من فبراير سنة ١٩٤٩ إلى أن صدر أمر الحاكم العسكري العام في ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٩ باعتقاله قد وقع من رجال البوليس بصفته من رجال الضبطية الإدارية . والقرار الصادر في هذا الشأن من حكمداية بوليس القاهرة أو من يمثله يعتبر قراراً إدارياً يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري من حيث طلب إلغائه أو التعويض عنه . . . ومن حيث أن القرار سالف الذكر صدر بغير سند من القانون يخول اتخاذ هذا الإجراء المقيد للحرية وفي غير الحالات المبينة على سبيل الحصر في المادة ١٥ من قانون تحقيق الجنايات ، والفقرة السابعة من المادة الثالثة من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ بنظام الأحكام العرفية التي لا تجيز (سلطات الضبط الإداري) الأمر بالقبض إلا على المشردين والمشتبه فيهم وليس المدعي من هؤلاء ، فإن القرار المذكور يكون قد جاء مخالفاً للقانون .

رأى المحكمون في حق المدعي
أنه لا يملك التمسك بالقرار
الصادر من قبله من قبل
المفوضين (مفتي)
١٥٨

٧٢ - (ب) المحكمة الإدارية العليا تسلم بالنظرية العامة للضرورة :

وحين عرض الأمر على المحكمة الإدارية العليا أقرت كل ما انتهت إليه محكمة القضاء الإداري في شأن اتساع سلطات الإدارة في ظل النظام العرفي (٢) .
غير أن المحكمة العليا عارضت ما كانت قد استقرت عليه محكمة القضاء الإداري في مسألتين تتعلق الأولى بما قرره في شأن

(١) محكمة القضاء الإداري - حكم في القضية رقم ٣١٢٧ لسنة ٧ ق سبقت الإشارة إليه .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - حكم في الطعن رقم ١٥١٧ لسنة ٢ ق بتاريخ ١٣ أبريل

سنة ١٩٥٧ - مجموعة المبادئ التي قررتتها المحكمة العليا - السنة الثانية - ص ٨٨٦ .

(مشروعية القوانين المانعة من سماع الدعاوى ضد الاجراءات التي تمارسها السلطات المشرفة على تنفيذ الأحكام العرفية) وتعلق الثانية بما اتجهت إليه من (تعميم نظرية الضرورة والظروف الاستثنائية والعمل بها خارج اطار النظام العرفي).

وتفصيل ذلك :

§ - فقد قررت المحكمة العليا (١) أن القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بإلغاء الأحكام العرفية التي كانت قد فرضت على البلاد من قبل بموجب المرسوم الصادر في ٢٦ من يناير سنة ١٩٥٢ قد تضمن في مادته الثالثة النص على أنه لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أى إعلان أو عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية . والنص المذكور جاء تضييقاً لاختصاص القضاء مانعاً إياه من نظر المنازعات المشار إليها بالطريق المباشر أو بالطريق غير المباشر أى سواء بإلغاء أو بالتعويض وما إليهما ، وقد جرى قضاء هذه المحكمة في مثل هذه الحالة على أنه لا وجه للنعي بعدم الدستورية بدعوى مصادرة حق التقاضى ، إذ تجب التفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضى عموماً وبين تحديد دائرة اختصاص القضاء . وإذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء إلى القضاء لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضى وهو حق كفل الدستور أصله إذ تكون مثل هذه المصادرة بمثابة تعطيل لوظيفة السلطة القضائية ، وهى سلطة أنشأها الدستور لمارس وظيفتها في أداء العدالة مستقلة عن السلطات الأخرى ، لئن كان ذلك على ما تقدم

(١) المحكمة الادارية العليا حكم فى الطعن رقم ٣٩٢٥ ق - بتاريخ ١٢ يوليو سنة

١٩٥٦ - مجموعة المبادئ السنة الثالثة - ص ١٦٩١ .

بالتوسيع أو التضيق إذ النصوص الدستورية تقضى بأن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصاتها . وينبئ على ذلك أن كل ما يخرج القانون من اختصاص القضاء يصبح معزولا عن نظره . وهذا أصل من الأصول الدستورية المسلمة .. وعلى هذا الأصل الدستورى صدرت التشريعات الموسعة أو المضيقة لولاية القضاء فى جميع العهود وفى شتى المناسبات وفى ظل جميع الدساتير . كما لا وجه - فى نظر المحكمة - للنعى على هذا النص بأنه ينطوى على إخلال بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء ، لأن المقصود بالمساواة فى هذا الشأن من الناحية الدستورية هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مرا كزهم القانونية ، ولم يتضمن القانون المشار إليه أى تمييز من هذا القبيل بين من تنطبق عليهم أحكامه ، إذ المنع من سماع الدعوى عام بالنسبة إلى الناس كافة .

ثم تنتهى المحكمة العليا إلى أنه لا ريب فى دستورية الحكم الذى تضمنته المادة الثالثة من القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٤٦ من الناحية الموضوعية . وأكدت ما انتهت إليه بالاستشهاد بما كان قد ورد فى تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ فى شأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ المشابه للقانون المعروف وقد جاء فى هذا التقرير ، أن لهذا الحظر من سماع أية دعوى شبه بقوانين التضمينات التى جرى العمل فى البرلمان الانجليزى على وضعها لجعل من أعمال كانت غير مشروعة حين صدورها أعمالا مشروعة ومن أعمال معاقب عليها لا يتناولها العقاب ، وذلك رغبة للمصلحة العامة التى تقتضيه .

ونحن نشكك فى صحة حكم المحكمة الادارية العليا ونعتقد فى رجحان وجهة نظر محكمة القضاء الادارى . فنرى معها أن شرط عدم سماع الدعوى بالظن فى الاجراءات التى تتخذها السلطات القائمة على اجراء الأحكام العرفية ، هو أن يكون الأمر قد صدر منها عملا بالسلطة المخولة

جاوز فيها اختصاصه أو ارتكبها بسوء نية ، فإن ذلك يهدم كل ما أراده
الدستور من حصر الأحكام العرفية في حدود لا تصح مجاوزتها ، كما يقاب
النظام العرفي من نظام قانوني إلى نظام استبدادي .

صحيح أنه لا يجوز الخلط بين المصادرة المطلقة لحق التقاضى عموماً
وبين تحديد دائرة إختصاص القضاء بالتوسيع أو التضيق . فالأصول
الدستورية المسئلة تقضى بأن كل ما أخرجه القانون من إختصاص القضاء
يصبح معزولاً عن نظره ، ذلك لأن القانون هو الذى يرتب جهات القضاء
ويعين اختصاصاتها . غير أنه قد فات على المحكمة العليا أن توضح لنا
الحدود التى تقرها بين المصادرة المطلقة لحق التقاضى وبين تحديد دائرة
إختصاص القضاء بالتوسيع أو التضيق . إذ المفهوم من سياق حديثها أنه
لا ريب عندها فى دستورية قانون يصدر ليحظر على الناس كافة الإلتجاء
إلى أية جهة قضائية فى نوع معين من المنازعات يحدده ، فإذا صح ذلك
فهل نكون بعيدين كثيراً عن معنى المصادرة المطلقة لحق التقاضى ؟

إن الذى نفهمه لمعنى ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها الأمر
الذى يملكه القانون دون منازع ، هو أن القانون حين يسلب جهة قضائية
معينة ولاية النظر فى بعض المنازعات ، لا بد له وإلا كان قانوناً غير دستوري
أن يحدد فى نفس الوقت الجهة القضائية الجديدة التى تملك ولاية النظر فى هذه

§ - ومن ناحية أخرى اتجهت المحكمة الإدارية العليا - على عكس ما قرره محكمة القضاء الإداري - إلى تعميم نظرية الضرورة والظروف الاستثنائية بما يسمح لسلطات البوليس الإداري بأن تمارس سلطاتها الاستثنائية خارج إطار النظام العرفي لمواجهة الظروف العصيبة التي تهدد أمن الدولة، ونظامها العام.

فقد أودع رئيس هيئة المفوضين بتاريخ ٢٤ مايو سنة ١٩٥٦ طعنًا في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري (الهيئة الخامسة) بتاريخ ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ في الدعوى رقم ٣١٢٧ لسنة ٧ ق (١). وطلب رئيس هيئة المفوضين للأسباب التي استند إليها في صحيفة الطعن الحكم: د بقبول الطعن شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء الشق (أولاً) ... وإلغاء الشق (ثانياً) من الحكم، والقضاء برفض طلب التعويض، والزام المدعي بمصروفات هذا الطلب ... وجاء في أسباب الطعن أن القبض على المدعي الأول في الفترة من ١٧ من فبراير سنة ١٩٤٩ إلى ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٩ كان وقائياً بقصد المحافظة على الأمن العام في الظروف الاستثنائية التي صدر فيها القرار . وقد يكون هناك وجه لما ذهب إليه الحكم المطعون فيه في الظروف العادية، على اعتبار أن القبض على المدعي جاء مجحفاً بالحرية الفردية التي إرتأى الحكم أنها أولى بالرعاية .. إلا أن الأمر لا بد وأن يكون له وجه آخر يختلف في الظروف الاستثنائية عنه في الظروف العادية، حيث تتمتع سلطات البوليس الإداري بسلطات واسعة تضاف إلى سلطاتها العادية، ويصير كل إجراء تتخذه الجهات الإدارية في مثل هذه الظروف أو الحرب أو الأزمات والأوقات العصيبة من شأنه تأمين سير المرافق العامة أو حماية النظام العام، ولو كان هذا الإجراء باطلاً... فإنه يصبح سليماً ما دام هو ضروري لهذا التأمين أو لهذه الحماية، وليس ذلك

(١) صهبت الإشارة إليه .

به في حكمها في الطعن رقم ١٥١٧ لسنة ٢ ق (١) ، ومن حيث أنه على أثر قيام
نفر من جماعة الإخوان المسلمين المنحلة في أواخر سنة ١٩٤٨ باغتيال رئيس
الحكومة القائمة وقتذاك ، وما لابس هذه الجريمة من وقوع حوادث معينة
قام بها أفراد هذه الجماعة ، رأت الحكومة أن مسئوليتها عن حفظ الأمن
وسلامة البلاد وصيانة الأرواح تقتضيها - في سبيل القيام بهذا الواجب -
القبض على كل من توسمت أن له نشاطاً خطراً من أفراد هذه الجماعة درءاً
لما عساه أن يكون قد بيته طائفة من أفرادها ، وكان هذا الإجراء أمراً لا بد
منه حفظاً للأمن ومنعاً لوقوع الجرائم تسوغه ظروف الحال وملايساته
وقتذاك . وليس من شك في أن للحكومة في مثل هذه الحالة الاستثنائية سلطة
تقديرية واسعة لتتخذ من التدابير السريعة الحاسمة ما تواجه به الموقف

ويبين من هذا الحكم أن المحكمة الإدارية العليا اتجهت إلى التسليم
بنظرية الظروف الاستثنائية كفكرة عامة تسمح للإدارة باتخاذ كافة
الاجراءات والتدابير العاجلة التي تملها عليها ظروف قهرية لا تمهل للتدبر
ولا تحتمل التردد كالحرب والفتنة والوباء والكوارث ، دون أن تلزم
دائماً بأن تعمل في إطار النظام العرفي . والمحكمة العليا فيما قررتة تكاد تجدد
ما سبقت إليه المحاكم المدنية المصرية قبل إنشاء مجلس الدولة ، كما تكاد
تقترب من النظرية القضائية للضرورة في الصورة التي سبقت إليها أحكام مجلس
الدولة الفرنسي .

وتطبيقاً لمفهومها الواسع لنظرية الضرورة ، قررت المحكمة العليا
أنه ولئن كان الأصل أنه لا يجوز للقرار الإداري أن يعطل تنفيذ حكم
قضائي ، وإلا كان مخالفاً للقانون ، إلا إنه 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 الخاص ، ولكن بمراعاة أن
الضرورة تقدر بقدرها وأن يعرض صاحب الشأن إذا كان لذلك وجه (١) .

(١) المحكمة الإدارية العليا - في الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٣ ق - بتاريخ ١٠/١/١٩٥٩
مجموعة الأحكام - السنة الرابعة ص ٥٣٣ .

الفصل الثالث

في

مخالفة مبدأ المشروعية أثرها وأحكامها

المبحث الأول

فكرة البطلان وتقسيماته

أولاً - التقسيم التقليدي للبطلان :

• يؤدي خضوع الدولة للقانون إلى أن كل تصرف تجريه السلطة العامة ، وتخالف به قواعد القانون الملزمة يقع باطلاً وغير نافذ شرعاً وبطلاناً حسبما قرر الفقهاء [أوبري ورو Aubry, Rau] يعني عدم الصحة أو عدم النفاذ الذي يلحق تصرفاً لمخالفته لأمر أو نهى في القانون ^(١) ومعناه عند الشراح : أنه متى صدر التصرف القانوني على غير ما قرره الضوابط القانونية التي تحكمه فعنه أن التصرف باطل . أي أنه في حالة لا تسمح له بأن يرتب عليه القانون الأثر المقصود به ، ^(٢) .

غير أنه لا يجب المغالاة في تقدير آثار البطلان من زاوية عدم نفاذ التصرف الباطل كلية ووجوب زوال جميع آثاره المترتبة عليه بأثر رجعي . فقد تقع بعض التصرفات الباطلة ، ورغم الحكم بباطلها وإلغائها ، يكون في حكم المستحيل عملاً إرجاع الحال إلى ما كانت عليه بافتراض عدم صدور

(١) Aubry et Rau - Cours de Droit Civil Français - 5ème édit. Paris 1897-1922 - T. 1-No. 37.

(٢) الدكتور جيل الشرفاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري .

طبوعات جامعة القاهرة - ١٩٥٦ - ص ١٩٥٣ وما بعدها .

(م ١١ - المشروعية)

هذه التصرفات أصلاً ، ذلك أنه لا بد وأن ينقضى بعض الوقت بين تاريخ صدور هذه التصرفات وتاريخ الحكم بإلغائها . ثم يحدث أن تقترب عدة نتائج عملية ترتبط في وجودها وسندها بوجود هذه التصرفات ، مما يقتضى عدم المساس بكل أو ببعض هذه النتائج طبقاً لما يقدره قاضى الموضوع نزولاً على مقتضيات العدالة والضرورات العملية . ومعنى ذلك أنه قد تبقى للتصرف الباطل بعض آثاره المترتبة عليه رغم الحكم بإلغائه بأثر رجعى .

ونسوق مثلاً على ذلك من فقه القانون الإدارى ، فقد تقرر فى الفقه والقضاء أن إلغاء قرار فصل الموظف ، وإن ترتب عليه ضرورة إرجاع الموظف المرفصول إلى وظيفته مع تسوية حالته فى الدرجة وفى الأقدمية بافتراض أنه لم يفصل من الخدمة أصلاً فإنه لا يتصور مع ذلك الاعتراف بحقه فى صرف متجمد مرتبه عن المدة من تاريخ الفصل إلى تاريخ صدور حكم الإلغاء ، وحيث ذلك أن مثل هذا الموظف لم يؤد عملاً للدولة خلال هذه المدة يمكن أن يتقاضى عنه مرتباً من الخزنة العامة ، ومثله كذلك حالة الموظف الذى عين تعييناً باطلاً ، ولكنه فى الفترة ما بين تاريخ التعيين وتاريخ الحكم بالإلغاء يكون قد مارس بعض التصرفات وأصدر بعض القرارات ، فقد استقر الأمر على ضرورة التسليم بمشروعية مثل هذه التصرفات والقرارات ، رغم أن المنطق المجرد يقتضى باعتبار هذه التصرفات والقرارات باطلة لصدورها من لا يملك سنداً شرعياً لإجرائها .

ومهما يكن الأمر فى هذا الشأن فإن جمهور الفقه يؤكد ، أنه لا خلاف من حيث فكرة البطلان بين القانون العام والقانون الخاص (١) .

(١) A. de Laubadere - Traité élémentaire de droit administratif - 1953 - P. 213 No. 386.

J. M. Auby - L'inexistence des actes administratifs - Thèse Paris 1951 - P. 111.

غير أن ذلك لا يعنى عند القائلين به ، أن نظرية البطلان يجب أن تنطبق في القانون العام في كليتها وجزئياتها ، على ذات الصورة وطبقاً لذات الشروط التي تحكمها في القانون الخاص . ففي كل مرة تنتقل نظريات القانون الخاص إلى القانون العام ، فإنها تأخذ عند التطبيق شكلاً آخر وتخضع لشروط خاصة تلائم الطبيعة المميزة للقانون العام ، وإلا فكيف يستقيم العمل في مجال القانون العام وهو يقوم أساساً على ظاهرة السلطة العامة بأحكام ونظريات وضوابط وضعت بحسب الأصل لتنظيم علاقات أفراد متكافئين في الصفة والمصلحة وتقوم روابطهم وعلاقاتهم القانونية في الغالب على أساس قاعدة الرضائية وحرية التعاقد .

وبجري فقه القانون الخاص على تقسيم البطلان إلى ثلاثة أنواع تختلف فيما بينها من حيث الآثار وهي : الانعدام ، البطلان المطلق ، و البطلان النسبي .
أما الانعدام *inexistence* فهو جزء مختلف ركن من أركان التصرف القانوني الذي لا يتصور له وجود بدونها ، بحيث يكون من شأن تخلف هذا الركن الجوهرى أن يقع التصرف غير مطابق لتصوير القانون له فيكون لذلك منعدماً ، لا تلحقه الإجازة أو التصحيح كما لا يتقدم ، فضلاً عن حق كل صاحب مصلحة في عدم الاعتراف بالتصرف وعدم تنفيذه تلقائياً ^(١) .
أما البطلان المطلق *Nullité absolue* ، فهو يلحق التصرف القانوني الذي

G. Ripert et J. Boulanger-Traité élémentaire de droit (١)
civil de Planiol - 5ème édit. T. 1 - 1950 P. 150 No. 338. "Un acte est inexistant lorsqu'il lui manque un élément essentiel à sa formation de telle sorte qu'on ne peut concevoir l'acte en l'absence de cet élément."

Josserand - Les mobiles dans les actes Juridiques en droit Privé - Paris 1928 - T. 1 - No. 240.

والدكتور السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام - ١٩٥٢
س ٤٨٩ بند رقم ٣٠٠ .

يقررها القانون لهذه الأركان على صورة تجعل هذه المخالفة وإن لم تؤثر في وجود التصرف فإنها تكون ذات مساس باكتماله قانونياً .

أما البطلان النسبي Nullité relative ، فهو جزء يلحق التصرف القانوني الذي تصيبه بعض العيوب الخاصة بالأهلية أو الرضا . ومن طبيعته أنه لا يؤدي إلى بطلان التصرف تلقائياً وبقوة القانون وإنما يبقى التصرف صحيحاً متبجاً لآثاره المقررة حتى يقضى بالبطلان (١) .

ويجمع الفقه على أن فكرة الانعدام حديثة نسبياً لم تظهر إلا بعد صدور مجموعة نابليون في فرنسا ، أما قبل ذلك فكان البطلان يقسم تأسيساً على تقاليد القانون الروماني إلى نوعين ، مطلق ونسبي (٢) وكان الفقيه الألماني Zachariae أول من أدخل اصطلاح الانعدام كنوع ثالث من أنواع البطلان بمناسبة التمييز بين شروط انعقاد الزواج وشروط صحته ، ثم أخذ عنه Demolombe هذا التقسيم الثلاثي . ودافع عنه من بعده الفقيهان « أوبري ، ورو Aubry et Rau » ، وهكذا استقرت النظرية التقليدية في تقسيم أنواع البطلان تقسماً ثلاثياً .

إلا أنه قام في الفقه نقد شديد لهذا التقسيم تزعمه الفقيهان Capitant et Planiol ثم من بعدهما الفقيه Esmein ، وتركز الهجوم على فكرة الانعدام باعتبارها لا تنفق مع تقاليد القانون الروماني ، فضاغن

(١) الدكتور جميل الشرفاوي - نظرية بطلان التصرف القانوني - المرجع السابق - ٢٢٤

بند رقم ١١٨ .

G. Ripert et J. Boulanger - Traité de droit civil - op. cit - T. 1 - P. 151 No. 339.

J. M. Auby - L'inexistence des actes administratifs - op. cit - P. 6.

(٢) الدكتور السهموري - مصادر الالتزام ، والمرجع السابق - ص ٤٨٩ بند

رقم ٣٠٠ .

صعوبة الاتفاق على معيار صحيح للتمييز بين الانعدام والبطلان المطلق ، مما أدى في النهاية إلى أن أصبحت فكرة الانعدام مجرد تصور شخصي لكل فقيه على حدة خصوصاً بعد أن تأكد لدى الفقه الحديث أن أحكام الانعدام وآثاره لا تختلف في شيء عن أحكام البطلان المطلق وآثاره . فالنصرف على الحاليين لا ينتج أثراً ولا تلحقه الإجازة ولا يرد عليه التقادم .

ولذلك اتجهت أغلبية الفقه الحديث إلى إنكار التقسيم الثلاثي وإلى تفضيل العودة إلى تقسيم القانون الروماني للبطلان بين مطلق نسبي ^(١) .

• ويعرف فقه القانون العام التقسيم الثلاثي للبطلان وإن كانت فكرة البطلان المطلق تحتل عنده مكاناً أوضح مما هي عليه في القانون الخاص الذي ترجح فيه فكرة البطلان النسبي ^(٢) وعلة ذلك أن القواعد المقررة لمشروعية أعمال الإدارة في القانون العام تهدف في أغلبها إلى حماية المصالح العامة المرتبطة بمبدأ سيادة القانون وهو ما يجعل مخالفتها سبباً في البطلان المطلق ، غير أن ذلك لا يعني أن فقه القانون العام لا يعرف فكرة البطلان النسبي . فهو معروف لا شك في نطاق التصرفات الاتفاقية كالعقود الإدارية حين يصبها أحد عيوب الرضا ، وهو معروف كذلك في نطاق

(١) والأستاذ السهوري (ص ٤٩٠ المرجع السابق) يرى هذا التقسيم الثلاثي للبطلان خيراً من التقسيم الثلاثي . ولكنه وقد قرر (ص ٤٨٩) أنه لما كان البطلان يعدم العقد فإن المنطق يقضي بأن يكون البطلان على درجة واحدة لا تقبل التدرج ، إذ عدم لا تفاوت فيه . ومن ثم فإن المنطق الصحيح يقضي بجعل البطلان درجة واحدة ، يدخل فيها الانعدام والبطلان النسبي فالواقع أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين فيشول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق .

(١) J. Jeze - Sanction des irrégularités des actes juridiques - R.D.P. 1913 - P. 311

• راجع تعليق De Soto منشور في 118 D.C. 1491 .

القرارات الإدارية متى كانت القاعدة المدعى بمخالفتها قد تقررت لحماية مصلحة الإدارة أو المرفق العام ذاته (١).

غير أنه لا يزال صحيحاً أن مجالات البطلان النسبي وحالاته في القانون العام تعتبر أضيق كثيراً من مثيلاتها في القانون الخاص .

وجدير بالذكر أن فكرة الانعدام تحتل مكاناً هاماً في دراسات القانون العام ، وذلك بسبب عمق النتائج التي ترتبط في الفقه وفي القضاء بفكرة القرارات المنعقدة . فإنه فضلاً عن تجرد هذه القرارات من قوتها الملزمة في مواجهة المخاطبين بها مما يكون لهم بسببه حق مقاومة تنفيذها عليهم قهراً فإن فكرة الانعدام تلعب دوراً آخر لا يقل عن ذلك خطورة ، حين يؤدي تطبيقها في العمل إلى هدم الحواجز التي تفصل بين القضاء العادي ورقابة أعمال الإدارة ، لأنه إذا كانت القاعدة في توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري تجري على أساس منزع المحاكم العادية من ولاية تأويل القرارات الإدارية ، أو إلغائها أو تعطيل نفاذها ، فإن هذا المنع تسقط مبرراته حيث يكون موضوع الطعن قراراً إدارياً منعقدماً .

وكذلك فإن من شأن فكرة الانعدام ، أن تتعدّل قواعد الإجراءات التي تحكم رفع طعون الإلغاء لدى القضاء الإداري ، فقد أطردت الأحكام على أن الطعن في القرار المنعقد لا يتقدم وأن مثل هذا القرار لا يمكن أن ينقلب بمضي المدة ليصبح قراراً صحيحاً أو في حكم القرار الصحيح .

وبالرغم من كل هذه النتائج والآثار التي يرتبها الفقه على فكرة الانعدام ، فإن معيار تحديد أسباب الانعدام وشرائطه لا يزال غير واضح في القضاء

الإداري (١) لأن الانعدام كغيره من أسباب الإلغاء العادية كلاهما صورة من صور عدم مشروعية القرارات الإدارية . صحيح أن العيب الذي يصبغ القرار الإداري قد يكون على درجة من الجسامة تهدد الصفة الإدارية فيه وتسبب انعدامه ، غير أن ذلك لا يقدم كثيراً في حل المشكلة ، إذ لا يزال يلزم تحديد المعيار الذي يمكن أن يتحدد في ضوءه التمييز بين العيب اليسير والعيب الجسيم . وقد يكون منطقياً أن نقرر -- أخذاً عن بعض شراح القانون المدني (٢) -- أن القرار الإداري ككل تصرف قانوني يكون منعدماً إذا وصل العيب فيه إلى حد إهدار واحد من أركانه الأساسية التي لا يتصور له وجود بدونها ، وهي السبب والمحل والاختصاص والغاية ، بينما يكون قراراً غير مشروع ومحلاً للإلغاء إذا وقف العيب فيه عند حد التأثير على أحد الشروط القانونية المقررة لصحة أحد أركانه ، وبعبارة أخرى يكون الانعدام جزاء لتخلف أحد شروط الانعقاد ، بينما يكون عدم المشروعية جزاء لتخلف أحد شروط الصحة .

إلا أن هذا القول لا يصلح لتفسير أحكام القضاء ، حيث تكاد تجمع الأحكام على أن كل عيب يصبغ القرار في سببه أو شكله أو عنصر الإرادة فيه أو محله لا يعدمه وإنما يجعل منه فقط قراراً غير مشروع حقيقة بالظن فيه بالإلغاء ، وكذلك فإن معظم تطبيقات فكرة الانعدام في القضاء تكاد تتحدد بموضوع الاختصاص في أحوال اغتصاب السلطة ، أو متى وصل عيب المحل إلى درجة من الجسامة تهدد القرار بالخروج الصارخ على القانون حين يحمل إعتداء على الحريات الفردية أو على الملكيات الخاصة على غير مقتضى الإجراءات المقررة لذلك .

A De Laubaders-Traité de droit administratif. op. cit. p. 215. (١)
G. Ripert et J. Boulanger - Traité de droit civil de Planiol (٢)
op. cit. - p. 150, No. 338.

ومرجع ذلك أن المحاكم وإن اعترفت بفكرة الانعدام في بعض تطبيقاتها إلا أنها قد خالفت كثيراً من أسسها ونتائجها التي قال بها الفقه . فقد حاول الفقه أن يجعل من فكرة الانعدام نظرية علمية ترتبط ارتباطاً كاملاً ومنطقياً بشروط مشروعية القرارات الإدارية وتأخذ مكانها الطبيعي في النظرية العامة للبطلان باعتبارها إحدى الحالات الثلاثة لهذا البطلان وهي الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي . أما القضاء فقد وقف موقفاً آخر من فكرة الانعدام باعتبارها مجرد بناء عملي فني تقضي به الضرورة في بعض الأحوال لتبرير بعض الحلول النافعة كأن يقيم أساساً لادعاء المحاكم العادية النقص لبعض قرارات الإدارة الباطلة بطلاناً جوهرياً (١) .

ثانياً : التصور النظري لفكرة الانعدام

(١) فقه القانون الخاص

جرى فقه القانون الخاص منذ Pothier وجرياً وراء تقاليد القانون الروماني على تقسيم البطلان إلى نوعين هما : البطلان المطلق ، والبطلان النسبي غير أن بعض حالات الانعدام كانت معروفة ، ولكنها كانت نوعاً من البطلان المطلق وتختلط به بحجة أنه لا بطلان بقوة القانون أي لا بطلان بدون نص . وهو ما انضم إليه الشراح الأوائل للمجموعة المدنية الفرنسية .

غير أنه سريعا ما ظهرت النظرية الثلاثية للبطلان ، على أساس النظر إلى الانعدام كحالة خاصة ومستقلة عن حالات البطلان تقوم بجانب البطلان المطلق والبطلان النسبي . وكان البحث في شروط إنعقاد الزواج وصحته هو مصدر الانبجاء الجديد . فقد ذهب الفقيه الألماني Zachariae أول من صاغ هذه النظرية إلى أنه توجد خارج الشروط المقررة في القانون لصحة الزواج ، عدة

(١) op. cit. - D. V. J. M. Auby - L'inexistence des actes administratifs .

والموضوع والسبب المشروع ، وذهب فريق من الشراح إلى التمييز بين عناصر
الرضا والموضوع والسبب المشروع باعتبارها شروط وجود ، وبين عنصر
الآهلية باعتباره شرط صحة ، ورتبوا على ذلك النتيجة بأن تخلف الرضاء
أو السبب المشروع يؤدي إلى عدم انعقاد التصرف الذي يقع منهما (١) .

متى تختلف فيه عنصر تقتضيه طبيعته ، بحيث لا يمكن تصور قيامه قانوناً بدونه (١) وهو ما دفع الشراح إلى محاولات التمييز بين العناصر الطبيعية والعناصر الاضافية المكملة .

غير أن الوقوف عند فكرة العناصر الطبيعية للتصرف لا يفيد كثيراً في حل مشكلة الانعدام ويظهر ذلك للسببين الآتين :

(١) أن المشرع كثيراً ما يتدخل فيفرض بنفسه شروطاً وعناصر ليست من طبيعة التصرف ولكنها تصبح لازمة في تقدير المشرع لوجود التصرف . وهو ما يعني أن الوقوف عند الطبيعة الذاتية للتصرف ، ليس كافياً وحده في تحديد شروط وجوده المقررة قانوناً .

(ب) لأنه ليس يسيراً في جميع الأحوال الاتفاق على العناصر الطبيعية لكل تصرف قانوني .

ولذلك اختلف الفقه في شرط الرسمية في العقود وكذلك في شرط السبب وشرط المحل مما انتهى بنظرية الانعدام إلى أن تفقد قيمتها كنظرية عليية موضوعية لتأخذ في النهاية عدداً من التصورات التي تختلف باختلاف التقديرات الشخصية لكل فقيه .

(١) الدكتور جيل الشرفاوى - نظرية بطلان التصرف القانوني - المرجع السابق ص ٣٣٢ بند رقم ١١٧ حث بقوله - قلا عن الذمة التقليدية أنه يفترض في الركن المختلف والذي يستتبع أشد أنواع المزاو (الانعدام) أن يكون ذا صفة خاصة ككونه جوهرياً essentiel أو عنصراً حيوياً organe vital يصبح التصرف بدونه غير مطابق لتصور القانون له sa définition

الانعدام في القانون العام^(١) ثم انتشرت هذه الفكرة في تقارير مفوضي الدولة لدى مجلس الدولة وفي أحكام محكمة تنازع الاختصاص ثم تجمعت خيوطها عند لا فيريير Laferriere حين أكد أن الخطأ الفاحش والاعتصاب المكشوف والاعتداء غير المبرر على الحقوق الخاصة مجرد القرار من صفته الإدارية وتربط به إلى مجرد عمل من أعمال الغصب المادية Voie de fait

(١) لقد كان الفقه السابق ممثلاً في كتابات Dufour و Oucoc سنة ١٨٦٩ يرى كل حالات عدم الاختصاص تكون تجاوزاً للسلطة سواء في ذلك عدم الاختصاص البسيط أو حالة اغتصاب السلطة كان يمتد إلى الموظف إلى سلطة المشرع أو القاضي أو على سلطة هيئة إدارية أعلى أو أدى منه في مدارج السلم الإداري .

راجع
J. M. Auby . L'inexistence des actes administratifs . op. cit.
p. 11-12.

وينتق اغتصاب السلطة حين يصل عيب عدم الاختصاص إلى الحد الذي يمتد فيه مصدر القرار على سلطة عامة ليست من طبيعة اختصاصه كأن يمتد موظف على اختصاص مجوز المشرع أو القضاء .

١- ويكون ذلك في الغالب حين تعتدى الإدارة على سلطات التشريع أو القضاء كأن تصدر مراسيم تقرر قواعد تشريعية من حق البرلمان ، أو تعلن الأحكام العرفية في حالات لا يجوز فيها إعلانها إلا بقانون ، أو تفصل في نزاع حول الملكية الخاصة أو تصدر تجارة أو صناعة ، وكذلك كل قرار يصدر عن شخص لا يملك سلطة إصدار القرارات لأنه لا يتمتع أصلاً بصفه الموظف العام ، أو لأنه يكون قد فقد هذه الصفة بسبب الفصل أو الاستقالة (١).

وصادفت نظرية د لا فيريير ، قبولاً لدى جمهرة الفقه الفرنسي . فأخذ بها د هوريو Hauriou مؤكداً أنه ينطوي على اغتصاب للسلطة مما يجعله منعماً وباطلاً بطلاناً مطلقاً لا يقبل التصحيح ، كل تصرف يقوم على الاعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات أو يصدر من شخص ليست له سلطة إصدار القرارات الإدارية أصلاً . ومن ثم يفقد القرار صفته الإدارية ويصبح مجرد عمل من أعمال الغصب المادية د Voie de fait ، (٢).

و د ليون دوجي L. Duguit ، يأخذ بدوره نظرية اغتصاب السلطة ويجعل منها أساساً لانعدام القرارات الإدارية ، ولكنه لا يقف باغتصاب السلطة عند الأسباب التي سبقه إليها د لا فيريير ، و د هوريو ، بل يضيف إليها سبباً جديداً يستمد من الغرض الأساسي الذي يجب أن تستهدفه القرارات الإدارية . وناسباً على ذلك يقرر د دوجي ، أنه لا يكفي لاكتساب القرار صفته العامة أن يصدر عن موظف عام ، بل يجب كذلك أن يستهدف هذا القرار غرضاً مستمداً من فكرة المرفق العام . وأنه بدون هذا الغرض فإن القرار وإن اتخذ الشكل الإداري إلا أنه في موضوعه يكون قائماً على اغتصاب السلطة (٣).

(١) - Laferrier - Conc. an C.E. sur l'arrêt Loumonnier Carriol

S. 1878 - 2 - 93. (٢)

M. Hauriou - Précis de droit administratif - 1897 p. 287. (٣)

L. Duguit - Trait élémentaire de droit constitutionnel - 1928, T. II - p. 381.

أما د بيرتلمى H. Berthelemy^(١) ، ومن بعده رولاند Rolland^(٢) ،
فيلزمان الخطوط العامة للنظرية كما رسمها « لافيرير » ، عن أساس أن عدم
الاختصاص يرتفع إلى اغتصاب للسلطة متى صدر التصرف ممن ليست له
أصلاً سلطة إصدار تصرفات قانونية وعندها لا يكون التصرف باطلاً ولكنه
يقع منعماً .

وفي رسالته عن بطلان الأعمال الإدارية ذهب Alcindor ، إلى محاولة
بناء كامل لنظرية انعدام القرارات الإدارية معتمداً على تحليل عناصر انعقاد
القرار الإداري ، وانتهى به تحليله إلى أنه يلزم لانعقاد القرار الإداري أن
تتوافر فيه ثلاثة عناصر أساسية هي الإرادة والاختصاص والمركز القانوني .
ومن ثم فإن القرار يصبح منعماً حين تتخلف الإرادة أو حين تقصد الإدارة
به ترتيب أثر غير قانوني وكذلك حين يكون الخروج على قواعد الاختصاص
جسماً وواضحاً^(٣) .

وفي رسالته عن فكرة أعمال الغصب المادية يذهب Desgranges إلى أن
القرار الإداري يكون منعماً متى تخلف ركن الإرادة وركن المحل ويتحقق
ذلك إذا لم تكن الإدارة قد تصرفت أصلاً وكذلك في كل مرة يكون موضوع
القرار خارجاً عن نطاق الوظيفة الإدارية كأن يعتدى على اختصاص المشرع
أو على اختصاص المحاكم ، أما أسباب القرار ، فإنها لا تؤدي إلى الانعدام
إلا حيث يكون من شأنها حمل الإدارة على إصدار قرار يخرج به عن نطاق
الوظيفة الإدارية ، وبها ترد مشكلة الانعدام تأسيساً على أسباب القرار إلى

(١) H. Berthelemy - Traité élémentaire de droit administratif - 2ème édit. 1902 - p. 890.

(٢) L. Rolland - Précis de droit administratif . 9eme édit. (٢) 1947 - p. 347, No. 396.

(٣) Alcindor - Des différences especes de nullités des actes administratifs . Th. Paris . 1912 - p 17 et s.

مشكلة انعدام تأسيساً على موضوعه وكذلك الشأن بالنسبة إلى ركن الغرض في القرار ، فإذا خرج الموظف بقراره نهائياً عن أغراض الصالح العام كان القرار منعماً ، أما حين يكون الغرض مخالفاً لما قرره القانون للقرار ، ولكنه ليس غريباً بصفة نهائية عن مقتضيات الصالح العام ، كان القرار معيباً بعبب الانحراف في السلطة حقيقةً بالالغاء (١) .

وقد حاول بعض الفقه أن يوسع عن دائرة الانعدام عن طريق ربطها بفكرة العيوب الجسيمة والواضحة التي تصيب بعض القرارات الإدارية (٢) غير أن هذه المحاولة لم تقدم كثيراً في حل المشكلة بل لعلمها قد زادت غموضاً على غموضها التقليدي . ذلك أنه في الوقت الذي تعذر فيه التمييز بصفة نهائية بين اغتصاب السلطة ومجرد عدم الاختصاص البسيط فإنه يبدو في حكم المستحيل التمييز بين العيب الجسيم والعيب البسيط .

وأياً كان الأمر فإنه من الممكن مع ذلك تجميع كل محاولات الفقه التقليدية السالف الذكر حول تعريف مشترك لفكرة الانعدام ، خلاصة (أنه في كل مرة يصاب القرار الإداري بعيب جسيم وواضح تخرج بسببه الإدارة بصفة نهائية عن نطاق وظيفتها المخصصة لها بحكم الدستور والقانون ، فإنه لا بد وأن يتجرد القرار من صفته الإدارية

(١) E. Desgranges - La notion de voie de fait en droit administratif français - Th. Poitiers - 1937 P. 103 et 5.

(٢) P. Darest - Voies des recours contre les actes de la puissance publique - 1914 - p 103.

R. Bonnard - Précis de droit administratif - 4ème édit. - 1953 - p. 237.

M. Waline - Traité élémentaire de droit administratif - op. cit. - p. 434.

Ch. Eisenmann - Cours de droit administratif - op. cit. - p. 92 et s.

ويخرج بالتالي من نطاق القانون الإداري أى أن يكون بمثابة التصرف المنعقد في مفهوم أحكام هذا القانون.

وتأسيسا على ذلك فإن القرار المنعقد لا يكون محتاجا إلى تقرير رسمي من سلطة مختصة بإعلان بطلانه، كما أنه لا يمكن أن يتمتع بقرينة الصحة ولو بصفة مؤقتة. وإنما يجب أخذه منذ صدوره مأخذ العمل الباطل الذي لا يمكن أن ترتبط به أية نتيجة أو أثر قانوني.

وتفريعا عن هذه الفكرة الأساسية ينتهي الفقه التقابلي إلى تقرير النتائج الآتية عن القرار المنعقد :

- (أ) القرار المنعقد لا ينتج أثرا ما في القانون .
 - (ب) ولكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالانعدام دائما .
 - (ج) وأنه لا يجوز تصحيح العمل المنعقد .
 - (د) ويكون تنفيذه عملا من أعمال الغصب (أو الاعتداء) المادية Voie de fait بكل ما يرتبط بذلك من آثار سواء من حيث تعديل قواعد الاختصاص أو إقرار المسؤولية الشخصية للوظف (١).
- لأنه إذا كان القرار غير المشروع يقوم على قرينة الصحة إلى حين يقضى القضاء المختص في شأنه بحكم نهائي مما يجعله قابلا للتنفيذ المباشر (المشروع) في فترة الانتظار ، فإن القرارات المنعقدة وقد تجردت نهائيا

P. Daresté - Les voies des recours - op. cit. - p. 153 - (١)
155, No. 44.

J. Jeze - Sanction des irrégularités des actes juridiques.
R.D.P. 1919 - p. 302-303.

J. M. Auby - L'inexistence des actes administratifs - op. cit.
- p. 273 et s.

Ch. Eisenmann - Cours de droit administratif - Paris 1949
1950 - p. 100 et s.

J. Jeze - Sanctions des irrégularités des actes juridiques.
R.D.P. 1919 - p. 302-303.

من صفتها الادارية وأصبحت ولا محل لتصحيحها مستقبلا ، لا تقوم - منذ صدورها - على مثل هذه القرينة . ولذلك فلا يجوز للادارة تنفيذها بالطريق المباشر . فإذا هي فعلت ذلك ، فإنها تكون قد قامت بإجراءات التنفيذ المادية دون ما سند شرعي تعتمد عليه في هذا التنفيذ مما يجعل إجراءات التنفيذ هذه من قبيل أعمال الغصب المادية ، ويكون الانعدام هو أساس هذا الغصب (١) .

وتأسيسا على ذلك فإن القرار المنعدم لا يعتبر في أية لحظة من لحظات حياته ، موجوداً بالنسبة للمخاطبين به ولا يصح لأحد أن يدعيه سنداً لترتيب حقوق له ، أو مصدراً للإلزامه . ومن ثم فإنه لا تجب له الطاعة مطلقاً غير أن ذلك وإن كان يبرر للأفراد حق الامتناع عن تنفيذ القرار المنعدم فإنه لا يمكن أن يصل بهم - في ظل قانون العقوبات - إلى حد مقاومة تنفيذه بالقوة حيث تعتبر أعمال المقاومة جريمة يعاقب عليها القانون دون خلاف .

وكذلك فليس على الأفراد واجب المبادرة بالطعن قضاء في القرار المنعدم . وإنما يكون من حقهم أن ينتظروا حتى تحاول السلطة العامة تنفيذه في مواجهتهم قهراً ليطعنوا في إجراءات التنفيذ . ولأنه على فرض الترخيص لصاحب الشأن برفع طعن قضائي في القرار المنعدم ، فإنه لا يكون ثمة محل للقول بخضوع هذا الطعن لقيد الميعاد المقرر اطعون الالغاء ضد القرارات غير المشروعة . لأن الانعدام لا يمكن تصحيحه مستقبلاً بفوات الميعاد : وتميزاً لهذه الدعوى عن طعون الالغاء التقليدية ، يجرى الفقه على تسميتها بدعوى تقرير البطلان

Action en déclaration de nullité

(١) - op. cit. - L. Duguit . Traité de droit Constitutionnel - op. cit. -
T. III p. 487-785.
Delbez - La révocation des actes administratifs. R.D.P.
1928 - p. 462.

بالتأويل والالغاء والتعويض .



٣ - اتجاهات الفقه الحديث :

وانتهت محاولات الفقه الحديث في شأن الانعدام إلى وجهتي نظر مختلفتين تذهب إحداهما إلى التشكيك في وجود نظرية مستقلة للانعدام في القانون العام ، بينما تذهب الثانية إلى مجرد التشكيك في صحة إطلاق هذه النظرية إلى الحد الذي يصل بها إلى ترتيب كل النتائج المترتبة عليها في الفقه التقليدي .

وكان Mestre ، هو يمثل الاتجاه الأول ، بينما كان De Soto هو

يمثل الاتجاه الثاني .

وخلاصة الرأي في الاتجاه الأول حسبما قرر Mestre ، ^(١) أنه لا يصح القياس في مجال فكرة لانعدام على الوضع في القانون الخاص لأن فقه القانون الخاص قد وجد في هذه الفكرة الحلول الملائمة لأحوال البطلان اللازمة في بعض الأحوال التي لم تصرح بها النصوص القانونية ، كما كان الأمر بالنسبة لعقد الزواج . أما في القانون العام فالأصل في أحوال البطلان أنها في أغلبها إن لم تكن في جملتها من خلق القضاء الإداري . ومن ثم تقررت كل حالات عدم المشروعية أو أغلبها من غير نص قانوني ، وإذا كانت بعض أحكام مجلس الدولة قد جرت على اعتبار بعض القرارات منعقدة بحكم قيامها

- ٢ -

على إغتصاب السلطة ، فإنه لا محل - مع ذلك لمحاولة التمييز بين الانعدام
وبمجرد عدم المشروعية - تأسيساً على الملاحظات الآتية :

- أنه ليس صحيحاً ما يقال بأن الانعدام يختلف عن عدم المشروعية العادية
في أنه على عكسها لا يتقادم ، فالثابت أنه كثيراً ما أخضع مجلس الدولة دعوى
تقرير البطلان لقيود الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء ، كما أنه لا ينكر أحد أن
تخصيص القرار غير المشروع ضد الإلغاء لفوات الميعاد ، لا يمكن أن يمنع
إمكان مناقشة مشروعية هذا القرار في المستقبل عن طريق دفع فرعى
يتقدم به صاحب المصلحة في أثناء نظر دعوى مباشرة مرفوعة ضد إجراءات
تنفيذ القرار .

- أنه في الحالات التي قرر فيها مجلس الدولة وجود حالة من حالات
الانعدام ، كثيراً ما انتهى مع ذلك إلى الحكم بإلغاء القرار محل الطعن ، وهو
ما يؤكد القول بأن مجلس الدولة لا ينظر إلى دعوى تقرير البطلان نظرة
مغايرة لنظرته إلى طعون الإلغاء وهو ما يسمح بتفسير قضاء مجلس الدولة على
أنه جعل من أحوال اغتصاب السلطة باعتبارها الأساس الجوهرى لفكرة
الانعدام سبباً جديداً - يضاف إلى الأسباب التقليدية المقررة لطعون
الإلغاء العادية .

- ثم أنه من ناحية ثالثة ، ليس صحيحاً على الإطلاق ما يقال في الفقه
من أن للأفراد المخاطبين بالقرارات المنعقدة ، الحق في الامتناع عن تنفيذ
هذه القرارات . فنظام الدولة المعاصرة لا يسمح للأفراد بإرادتهم وتلقائياً
أن يحولوا دون تنفيذ أوامر السلطة العامة التي تتمتع باستمرار بقرينة
الصحة إلى أن يقرر القاضي المختص في شأنها رأياً بحكم نهائى .

ب - و خلاصة الرأى فى الاتجاه الثانى - حسبما ذهب إليه De Soto (١)

المختص رأيا فيه بحكم نهائي .

ويعتمد [دى سوتو] في بناء نظريته على فكرة (المظاهر) Appearance بحيث يتحقق الانعدام المطلق في كل مرة لا تتوافر فيها للقرار الإداري جميع المظاهر المقررة لوجوده باعتباره تصرفا قانونيا من جانب واحد تصدره هيئة إدارية بقصد أداء وظيفة عامة وهو ما يفهم منه أن دى سوتو ، لا يتصور الانعدام إلا حيث يصدر القرار عن شخص لا يشغل وظيفة من الوظائف

لا يمكن أن تستقيم في العمل وفي المنطق القانوني ما لم يراعى في التمييز بين أنواع
البطلان المختلفة ضرورة الملاءمة بين مجموع المصالح التي يمسها التصرف موضوع
البحث ، سواء في ذلك المصلحة العامة والمصالح الذاتية لطرفي العلاقة فيه ،
ثم مصالح الغير . وتفريعا على ذلك فإن جسامته درجة البطلان أن تصيب
التصرف القانوني لا ترتبط بجسامته العيب فيه ، بقدر ما ترتبط بأهمية
المصالح المتعلقة به طبقا لظروف الزمان والمكان ، وللقضاء الإداري - في
هذا الشأن - سلطة إنشائية واسعة بحكم أنه لا يتقيد كزميله المدني
بالقاعدة المقررة من أنه لا بطلان بغير نص .

وقياسا على ذلك ، يرى [جيز] أنه إذا كان الأصل هو إنعدام القرار
الإداري كلما تخلف فيه ركن جوهري لا يقوم بدونه ، ومثاله صدور القرار
من لا يملك السند الشرعي لإجرائه ، إلا أن هذا لا ينضبط في الواقع بصورة
مطلقة . فكثيرا ما لا تؤخذ قرارات الموظفين الفعليين الذين يتصرفون بغير
سند شرعي ، مأخذ القرارات المنعدمة . ويقال ذات الشيء فيما يتصل بكافة
العيوب الأخرى التي يمكن أن تصيب القرار الإداري كعيب الشكل أو
الاجراءات أو المواعيد أو الموضوع . وهكذا ، يهبط [جيز] بفكرة
الإنعدام إلى الحد الذي لا يجعلها فيه نظرية منطقية متكاملة تنطبق في حالات
معلومة سلفا دون الحالات الأخرى ، ولكنها تخضع في كل حالة لتقدير القاضي
حسب ما تراه عليه ضرورة المحافظة على المصالح المختلفة التي ترتبط بالقرار
موضوع البحث ^(١) .

وقريب من هذا ما ذهب إليه ، أوبي J. Auby ، في رسالته عن إنعدام

القرارات الإدارية (١). فهي في صورته ليست بناء علميا ، بقدر ما هي بناء
فني عملي نزولا على مقتضى ضرورات عملية ، تتحدد في أكثرها في محاولة
المحاكم الادعاء بالانعدام لتبرير تخطيها للحواجز المقررة بينها وبين رقابة
أعمال الإدارة .

ومن نقطة البدء هذه يشكك [أوبى] في صحة النظرية في تصويرها الفقهى
المنطقي . ففي اعتقاده ، أنه إذا كانت فكرة الانعدام صحيحة فسيكون من
مقتضاها أن يرفض مجلس الدولة كل دعوى تقصد إلى إلغاء القرار
المنعدم . والحادث عملا في قضاء مجلس الدولة ينكر ذلك حيث كثيراً
ما قبلت طعون الإلغاء ضد القرارات المنعقدة . وكذلك فإن الاختلاف في
المعاملة بين القرار المنعدم والقرار غير المشروع ليس إلا مجرد خلاف
ظاهري . حيث لا مجال في القانون الوضعي لحق يدعيه الفقه التقليدي يبيح
للأفراد المخاطبين بالقرار المنعدم الامتناع تلقائيا عن تنفيذه . وإنما مرجع
الأمر كله في النهاية وفي جميع صور عدم المشروعية ، إلى الماضي . فهو الذي
يكيف القرار المطعون فيه ويحكم في موضوع مشروعيته ويرتب النتائج
الحتمية لما ينتهي إليه بحثه في الشأن .

وبخلاص [أوبى] من دراسته الأحكام أن مجلس الدولة يعترف بنظرية
الانعدام في حدود ضيقة تتجمع في صورتين الآتيتين :
(١) - الحالات التي لا يوجد فيها القرار المدعى به فعلا ، أو التي لا يمكن نسبة
القرار فيها إلى موظف إداري .

- الحالات التي يصدر فيها القرار من ليس له سند شرعي للتصرف
في الوظيفة العامة . وهي حالات إغتصاب السلطة الإدارية من جانب الأفراد

هـ وخلاصة الأمر ، فإن الفقه الحديث يؤكد - في ضوء تحاييله للنظرية التقليدية الانعدام في فقه القانون العام - أن هذه النظرية تخضع في القانون الوضعي لعدد من التوجيهات والمبادئ الرئيسية التي تتجمع حول النقاط الآتية (١) :

١- (أنه في غير حالة صدور القرار بمن لا يملك في شأنه صفة الموظف العام) لا يترتب على مخالفة المشروعية تجريد القرار من صفته الإدارية ولمعتبره في حكم التصرف المنعدم . وإنما يلزم في هذا الشأن التمييز بين أحوال عدم المشروعية الجسمية وأحوال عدم المشروعية العادية التي لا تعدم القرار وإن جعلته قابلاً للإلغاء .

٢- أنه ليس في القضاء معيار واضح ومنضبط ، يمكن أن تتحدد على أساسه أحوال عدم المشروعية الجسمية التي تصل بالقرار إلى حد الانعدام وإنما يخضع الأمر في كل حالة لتقدير القاضي لقاعدة المشروعية ونوع المصالح التي تحميها .

٣- أنه في الحالات القليلة التي يأخذ فيها القضاء بفكرة الانعدام ، فهو لا يطبقها في مفهومها النظري الذي قال به الفقه التقليدي ، إلا حيث يرتبط الانعدام بحالة إغتصاب صفة الموظف العام ، أما في غير هذه الصورة فإن أحكام المحاكم لا ترتب باستمرار جميع النتائج المرتبطة في الفقه بفكرة الانعدام ولكنها تأخذ ببعض هذه النتائج دون البعض الآخر . وعلة ذلك أن القاضي لا يضع نظريات عامة ولكنه يقضي في حالات واقعة في ضوء ظروف النزاع المعروض أمامه .

٤- ومن أهم ما يرتبط في القضاء بفكرة الانعدام هو تجريد القرار

المادة ويصبح لهذا السبب من مواد القانون الخاص ومن اختصاص
المحاكم العادية .

هـ - يبقى مع ذلك تحفظ أساسي مناطه أنه رغم دخول القرار
المنعقد في نطاق القانون الخاص وفي ولاية المحاكم العادية ، فإنه لا يترتب
على ذلك - طبقاً لاستقرار أحكام مجلس الدولة - حرمان القضاء الإداري -
صاحب الولاية العامة في بحث مشروعية القرارات الإدارية - من نظر
دعوى تقرير البطلان بل ودعوى تجاوز السلطة ضد القرارات المقول
بانعدامها .

وسياسة قضائية كهذه ، تؤكد أن فكرة الإعدام في بنائها النظرية
المتكامل الذي قال بها الفقه التقليدي ، لا تجد صداها في القانون الوضعي .
ولكنها تخضع لسياسة التوسع من جانب المحاكم العادية والتضييق من جانب
مجلس الدولة ، حرصاً من كل من الجهتين القضائيتين على وضع الفكرة
الموضع الذي يفتح أمامها باب الولاية لنظر القرارات الإدارية المدعى
بانعدامها ، ولكن محكمة تنازع الاختصاص وقتت ، وفقاً وسطاً بين

المبحث الثاني

التطبيق القضائي لفكرة الإعدام

١ - في القضاء الفرنسي :

(١) قضاء مجلس الدولة :

يبين من استعراض أحكام مجلس الدولة أنه لم يسلم بفكرة القرارات الإدارية المنعقدة إلا في حدود ضيقة واستثنائية ، يمكن ردها إلى حالتين اثنتين لا أكثر :

الأولى - حيث يدعى بوجود قرار لم يصدر فعلاً ، إذ لم تجر في شأنه أية مناقشات كما لم تتخذ بصده أية إجراءات أو أعمال تحضيرية وهنا يحتلط الانعدام المادي بالانعدام القانوني للقرارات المدعى بها .

الثانية - حيث يكون ثمة قرار صدر فعلاً ولكنه في الظروف التي صدر فيها لا يمكن أن يتمتع بالخاصية الإدارية بسبب تجرد من أصدره من صفة الموظف العام وقت ممارسة التصرف ، إما لأنه يمارس أعمال الوظيفة دون أن تسند إليه شرعاً أو لأنه يمارسها في وقت تكون صفته كموظف عام قد زالت عنه لسبب من الأسباب .

وتأسيساً على ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يعترف بالانعدام حين يصدر القرار عن شخص يمارس أعمال الوظيفة العامة بموجب سند غير مشروع ، لأن الموظف الذي عين تعييناً باطلاً في وظيفة ، أو فوض في ممارستها تفويضاً مخالفاً للقانون ، يجب النظر إليه باعتباره موظفاً شرعياً لحين إلغاء تعيينه أو إلغاء القرارات الصادرة منه بموجب تفويضه غير المشروع^(١) .

(١) C. E. Associations des fonctionnaires de l'administration
Centrale des Postes et Télégraphes - 2-11-1923 - R. 699.

لا يعلم بالانعدام ، حتى لو كان القرار المطعون فيه يقوم على اغتصاب من جهة الإدارة لسلطات المشرع أو لسلطات القاضي على خلاف مبدأ الفصل بين السلطات (١) أو حين يكون القرار المطعون فيه مهيأ بالتعدي على اختصاص سلطة إدارية أخرى . لأن اعتبار أمثال هذه القرارات من قبيل القرارات المنعقدة . يهدد في النهاية باختفاء عيب عدم الاختصاص نهائياً من قضاء الإلغاء ، وهو ما رفض مجلس الدولة التسليم به (٢) .

وتطرد أحكام مجلس الدولة كذلك على أنه لا مجال لفكرة الانعدام في خصوص قرارات الإدارة التي تعتدى على الحريات العامة أو على حق الملكية الخاصة على خلاف القانون (٣) .

ولكن اعتداء الإدارة على الملكية الخاصة يأخذ صورة من أربع صور مختلفة :

١ - فهو يتمثل أولاً في مخالفة الشروط والاجراءات المقررة قانوناً للمساس بحق الملكية الخاصة . والمجال الخصب لهذه الصورة هو القرارات الصادرة في شأن نزع الملكية للمنفعة العامة . ويطرد مجلس الدولة على

C. E. Union Nationale des associations Parents d'élèves (١)
- 1-2-1979 - S. 1939-3-32.

C. E. Dubois - 20 Avril 1949 - R. D. P. 1950 - P. 197.
M. Waline - Traité élémentaire de droit administratif (٢)
- op. cit. - P. 434.

J. M. Aubry - L'inexistence des actes administratifs - (٣)
op. cit. - P. 119.

أن أمثال هذه القرارات غير المشروعة لا تتجرد من صفتها الإدارية ولا تهبط إلى حد الانعدام .

٢ - وهو يتمثل ثانياً فيما تحمله إجراءات الضبط الإداري من قيود على الملكية الخاصة باعتبارها إحدى الحريات العامة الجوهرية ، وهنا يطرد مجلس الدولة على تطبيق القواعد العامة المقررة لإجراءات الضبط الإداري باعتبارها من القرارات الإدارية التي تخضع لولاية الإلغاء في كل مرة تعتدى فيها - على خلاف القانون على الحريات العامة - فكأنه يرفض هنا التسليم بفكرة الانعدام .

٣ - وهو يتمثل ثالثاً في إجراءات التنفيذ المباشر التي تتخذها الإدارة لتنفيذ قراراتها تهرأ في مواجهة الأفراد. ولقد أقر لها القضاء بحق التنفيذ المباشر خارج دائرة النصوص القانونية ، في أحوال الاستعجال والخطر الدائم . على أنه في كل مرة تخالف فيها الإدارة الشروط المقررة لممارسة سلطات التنفيذ المباشر ، فتعتدى على الملكيات الخاصة ، يقضى مجلس الدولة باعتبار القرار محل الطعن من قبيل القرارات الإدارية غير المشروعة التي تقبل الطعن فيها بالإلغاء لتجاوز السلطة . وهو ما يفيد أنه لا مكان هنا كذلك لفكرة الانعدام في قضاء مجلس الدولة (١) .

٤ - وهو يتمثل أخيراً في الاعتداء الصارخ على الملكية الخاصة من غير سند من القوانين أو اللوائح ، ومن غير ما سند كذلك من سلطات البوليس الإداري ، أو من شروط نزع الملكية . وصورة ذلك حسبما قرره مجلس الدولة في حكم Bresson سنة ١٩٤٤ أن يصدر قرار إداري بإلزام صاحب

(١) 7-11-1913 - chique - Société Française d'industrie
C. E. Dame David - 8-11-1932
S. 1919. 3-4 et note Hauriou

الملك بالنزاع عن ملكه للغير قهراً لاعتبارات اقتصادية . وبالرغم من
جسامة الاعتداء الواقع ومن جسامة المخالفة ، فإن مجلس الدولة يقضى بأن
أمثال هذا القرار المخالف للمشروعية ، لا يزال من القرارات الإدارية القابلة
للإلغاء لتجاوز السلطة (١) .

وكذلك تؤكد الأحكام المستقرة في قضاء مجلس الدولة أن إنعدام
السبب أو عدم كفايته ، وأن الانحراف في استعمال السلطة عن الغرض
المرسوم لها في القانون ، كل أولئك ليست إلا أسباباً لعدم مشروعية القرار
تجعله قابلاً للإلغاء لتجاوز السلطة دون أن تنتهي إلى الحكم على القرار
بالإنعدام .

ويطبق مجلس الدولة ذات القواعد باطراد فيما يتعلق بركن الشكل .
وجدير بالذكر أنه رغم تسليم مجلس الدولة بكثير من النتائج التي
رتبها الفقه على الإنعدام سواء من حيث جواز سحب القرار المنعدم دون
قيد الميعاد ، أو من حيث عدم قابلية مثل هذا القرار للتصحيح بالإجازة
أو التصديق ، أو عدم تقدم الدعوى في شأنه (فإنه لا يزال يقرر لنفسه
بحق نظر المنازعات التي يثيرها هذا القرار) تأسيساً على (أنه صاحب الولاية
العامة في منازعات القانون الإداري عامة) والقرارات الإدارية بصفة خاصة .
وتقطع هذه السياسة القضائية بأن مجلس الدولة لا يزال يسلم بأن أمثال
هذه (القرارات المنعقدة ، لا تزال تحتفظ على الرغم من ذلك بصفاتها
الإدارية) باعتبار أن هذه الصفة وحدها هي مناط اختصاص المجلس بنظر
الطعون ضد هذه القرارات (٢) .

C. E. Bresson. 18-7-1944 - R. P. 220. R. P. 923. (١)

J. M. Auby - L'ineistance des actes administratifs - (٢)
op. cit. - P. 60.

Ch Eisenmann - Cours de droit administratif - op. cit. -
P. 127.

(ب) قضاء المحاكم العادية :

جاءت تشريعات الثورة الفرنسية منذ المرسوم الصادر في ٢٢ ديسمبر سنة ١٧٨٩ مدفوعة بالرغبة في حماية الإدارة من أن تعتدى عليها المحاكم القضائية . وتأكيذاً لهذه الرغبة تقرر في قوانين ١٦/٢٤ أغسطس ١٩٧٠ أنه إذا كان يحظر على الإدارة أن تتدخل في أعمال القضاء أو أن تمارس اختصاصاً قضائياً مما هو من ولاية المحاكم ، فإن المحاكم بدورها ممنوعة من أن تتدخل في أعمال الإدارة فهي لا تمارس الأعمال الإدارية ولا توجه أوامر أو تعليمات إلى رجال الإدارة كما يعتبر كل عمل تقوم به ويأتى معارضاً أو معطلاً لأعمال الإدارة أو مانعاً من تنفيذها ، عملاً غير دستوري وعديم الأثر . ومن ثم كان على القضاة أن يمتنعوا عن رقابة أعمال الإدارة أو أن يتعرضوا لها بالتأويل أو الإلغاء أو وقف التنفيذ^(١) .

غير أن هذا المنع الكلي ، تعدل في بعض جزئياته بسبب الاستثناءات التي دخلت عليه في القانون الوضعي . وتعتمد هذه الاستثناءات في جملتها على المادة ٤٧١ من قانون العقوبات التي تجيز لقاضي المخالفات أن يتصدى لمشروعية اللوائح المدعى بمخالفتها متى دفع أمامه بذلك تمهيداً للفصل في المخالفة المعروضة . وكذلك فكثيراً ما أكدت محكمة التنازع حق المحاكم العادية في تفسير اللوائح^(٢) بل وفي التصدي لبحث مشروعيتها هي والقرارات الفردية كلما كانت هذه القرارات تمثل اعتداء جسيماً على حرمة المسكن أو على إحدى الحريات العامة أو على الاحترام الواجب لحق الملكية الخاصة^(٣) .

(١) M. Waline - Traité élémentaire de droit administratif - op. cit. P. 64.

(٢) T. C. Septeponds - 16 Juin 1923 - La jurisprudence administrative - T. I. - de 1892 à 1929 - Par M. Haurion - 1929 - F. 50 et s.

(٣) T. C. Barinstein - 30 Octobre 1947 - D. 1947 J-476 - note : P.-L. J. ; R.D.P. 1948 - 86 note Waline.

وكذلك فإن المحاكم العادية - رغبة منها في مد ولايتها إلى ما وراء هذه الحدود - ذهبت تبحث لها عن أسانيد في نظرية الانعدام . وهو ما يفسر اتجاه هذه المحاكم إلى التوسع في مجالات تطبيق هذه النظرية وفي ترتيب الآثار المرتبطة بها إلى حد يتجاوز بكثير موقف مجلس الدولة .

وكان مدخلها إلى ذلك ، القواعد الضابطة لاختصاصها والتي تجعلها القاضى الأصل في منازعات الملكية الخاصة والحريات والحقوق الفردية ، باعتبارها حصن هذه الحريات والحقوق . ولذلك فهي تسترد ، حسبما أكدت محكمة النقض سنة ١٩٣٠ ، كامل سلطاتها في التصدى بالبحث لمشروعية القرارات الإدارية وتأويلها كلما كانت هذه القرارات تعبدى على الحريات العامة أو على حق الملكية الخاصة ، لأن كل إجراء تتخذه الإدارة في مواجهة هذه الحقوق والحريات ويأتى بالمخالفة للشروط المحددة له في القانون ، يخرج نهائياً عن نطاق الاختصاصات المرخص بها للإدارة العامة ، مما لا يبقى معه سبب يحرم المحاكم العادية من ولاية النظر فيه والتصدى لمشروعيته (١) .

ويتحقق ذلك حين يكون القرار قد صدر (على غير أساس من القوانين واللوائح) (٢) حتى ولو كان العيب الذى يشوب القرار ليس ظاهراً أو واضحاً لأن القرار الذى يعبدى على الملكية الخاصة ، تتعلق به في منطق محكمة النقض قرينة الانعدام بحيث يصبح وليس في حاجة إلى بحث في شأن مشروعيته .

Ch. Eisenmann - Cours de droit administratif - op. (١)
cit. - P. 179.

C. Cass. Ch. des Requêtes - 11 Décembre 1876 - D. 1877 (٢)
- 1.9.

(ب) وكذلك فإن القرار الإداري وإن صدر مستنداً إلى نص قانوني أو لأنحى بجزئه ، فإنه لا يزال يلزم فيه أن يصدر بالمطابقة للشروط الشكلية والإجرائية التي يكون القانون قد قررها له . بحيث إذا صدر بالمخالفة لهذه الشروط فإنه يخرج نهائياً عن سلطات الإدارة كلها كان يحمل إعتداء على الملكية الخاصة أو على الحريات العامة وعندئذ يقع القرار منهوماً وتسترد المحاكم العادية كامل ولايتها في شأنه . ومثاله قرار المدير بتحديد الدومين العام على خلاف الأوضاع المقررة في القانون لممارسة هذا الاختصاص^(١) وكل قرار إداري بتقرير حقوق ارتفاق على الملكيات الخاصة لصالح ملتزمي المرافق العامة أو مقاولي الأشغال العامة ، على غير الإجراءات والشروط المقررة لذلك في القانون الصادر في يونيو ١٩٠٦^(٢) .

وكذلك انتهت المحاكم العادية إلى أن قرار رجل الإدارة الذي يعتدى على حرية فردية كقبض أو حبس أو اعتقال لا يمكن أن يكون بطبيعته قراراً إدارياً يخرج عن ولايتها الكاملة^(٣) .

وكذلك فإن المحاكم المدنية والجنائية اطردت - على خلاف المستقر في قضاء مجلس الدولة - على الاعتراف في بعض المناسبات بحقوق التصدي للقرار الإداري وعدم الاعتداد به وإهداره ، بحجة انعدامه بسبب ما يشوبه من عيوب في الشكل^(٤) .

(١) Cours de Paris - 2 Avril 1899 - D. 1900-2-223.

(٢) Cours de Cassation - Chambre Civil - 12 Juillet 1921 - D. 1921-1-185 - note B. 11 Juillet 1922 - D. 1924-1-289 - 11 Mai 1937 - note Mestre - Mars 1931 - S. 1931-1-163.

(٣) S. 1937-1-227. C. Cass. 7 Mars 1864 - S. 1864-1-141 et Février 1876.

(٤) D. 1876-1-289 et note Labbé. T. C. Dufeuille 28 Mars 1891 - Juillet 1874 - S. 1874-1-198.

Tribunal Civil de Marseille 10 S. 1876-1-183. J. M. Auby - L'inexistence des actes administratifs - (٤) op. cit - P. 212-213.

(ح) اتجاهات محكمة التنازع :

ولقد اجتهدت محكمة التنازع منذ أحكامها القديمة التي تصدت لمشكلة الإلغاء حتى الآن على أن تأخذ من المشكلة موقفاً وسطاً بين مجلس الدولة والمحاكم العادية . وكان مما دفعها إلى ذلك محاولاتها الدائمة للتوفيق بين مبدئين ترأسا أساسيين في توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري . فهي من ناحية ترى أن مبدأ الفصل بين السلطات ، وهو مقرر بحكم مصدره ومقاصده لحماية الإدارة وتخصيصها ضد تدخل القاضى العادى ، يتصل بالنظام العام ، بحيث لا يجب مخالفته ، ومقتضى هذا - أنه لا اختصاص للقاضى العادى في نظر المنازعات الإدارية . وهو ما يعنى على وجه الخصوص - حرمان هذا القاضى من سلطة تأويل القرارات الادارية أو التصدى لبحث مشروعيتها أو إلغائها أو تعطيل تنفيذها ، ما لم يقرر له ذلك صراحة بالقانون . وفي الحالات التي تقرر فيها هذا الاستثناء من القاعدة فإنه لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه .

والمحكمة ترى من ناحية أخرى ، أن تقليد القانون الفرنسى واستقرار نظامه القضائى جرى على أن القاضى العادى ، يعتبر - كبدأ عام - حصن الحماية الأخير للأفراد ، كلما كانت حقوقهم وحررياتهم العامة وملاكياتهم الخاصة محل اعتداء غير مشروع من الغير .

ونزولا على ضرورة التوفيق بين هذين المبدئين ، اتخذت محكمة التنازع لنفسها منهاجا في تصور فكرة الإلغاء ، لم تعارض به كثيراً منهاج القضاء العادى . وخلاصة ما انتهت إليه في أحكامها القديمة أن كل قرار يعتدى - على خلاف القانون - على الملكية الخاصة للأفراد أو على حررياتهم العامة - يكون حالة من حالات أعمال الغصب المادية ،

تأسيساً على أنه لا يجوز للسلطات الادارية الاعتداء على الحقوق والحريات
بغير رخصة من القانون ، وإلا تجردت أعمالها في هذا الشأن من صفتها
الادارية^(١).

ورغم ذلك فإن محكمة التنازع ، قد أوردت على هذا الاتجاه الذى تبنته
عدة تحفظات في مناسبات مختلفة ، كان من شأنها التضييق بعض الشيء من
هذا المفهوم المطلق لفكرة الانعدام.

ويمكن رد هذه التحفظات إلى المبدئين الآتين :

(١) لقد تراجعت المحكمة في قضائها الجديد عن الخلط الذى وقعت فيه
سلفاً بين الانعدام وأعمال الغصب المادية. فميزت في كثير من أحكامها بين
القرار الادارى المتنازع عليه ، وإجراءات تنفيذ هذا القرار . وقررت أنه
إذا كان من الممكن تصور حالة الغصب المادية في كل مرة تكون إجراءات
التنفيذ فيها غير مشروعة بسبب بطلان السند أو بسبب بطلان الاجراءات ،
فإن القرار الادارى الذى تنفذه الادارة لا يكون منعدياً ، مهما تكن
ضخامة المخالفة للقانون - إلا إذا كان من غير الممكن رده في الظروف التى
صدر فيها إلى نص في القوانين والوائح يرخص به ويجيزه . وتأسيساً على
ذلك فإن قرار المدير باحتلال ملك المدعى احتلالاً مؤقتاً ، وقد
صدر بالتطبيق للقانون الصادر في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ، لا يزال - رغم

(١) T. C. Labribis. 14 Juin 1879 S. 1881 - 35. T. C. 13 Dé-
cembre 1884 Neveu. S. 1886 - 3 - 62.
Desgrages. La notion de voie de fait - These - op. cit. - P.
131.

جسامة المخالفة لهذا القانون - قراراً إدارياً يخرج عن ولاية المحاكم العادية (١).

(ب) وبمناسبة إجراءات الضبط الإداري، تطرد المحكمة على أنه من المبادئ العامة المقررة أن لسلطات الضبط الإداري أن تتخذ من الإجراءات ما يكون كفيلاً بحماية النظام العام، وإن أعتدت بسبب ذلك على الحريات العامة وحق الملكية الخاصة للأفراد. وسيتأتى أن الأحكام المنظمة لسلطات الضبط الإداري لم تحدد تفصيلاً الإجراءات التي يمكن إتخاذها، فإنه يتعين لذلك إقرار الإدارة على ما تتخذه من الإجراءات مادامت جميعها في حدود الغرض الأساسي منها وهو حماية النظام العام، وما دام قد قام من الظروف التي صدرت فيها ما يبرر إتخاذها.

وتأسيساً على ذلك لا تتجه محكمة التنازع إلى إقرار انعدام أمثال هذه الإجراءات إلا حيث تخرج بها سلطات الضبط الإداري نهائياً عن حدود فكرة النظام العام، أو حيث لا تجدد الإجراءات التي اتخذت ما يبررها من ظروف الحال التي صدرت فيها وبمناسبتها وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة أن القرار الصادر بتوقيع الحجز التحفظي على جريدة معينة في جميع أماكن بيعها في باريس وفي الأقاليم لا يدخل في نطاق وظيفة أو سلطات البوليس الإداري، ومن ثم فإنه يكون إجراءً منمداً، إلا إذا قام من الظروف التي صدر فيها - وهذه مسألة موضوعية يقدرها القاضي - ما يقطع بأن مثل هذا الإجراء كان ضرورياً نزولاً على مقتضيات النظام العام (٢).

T. C. 17 Février 1947. J. B. 4. Note P. L. J. T. C. 5 Juin (١)
1947 - Barrat et Vve Couroux D. 1947 - J. P. 306 - Note P.
L. J. T. C. Barinstein - 30 Octobre 1949.

T. C. Société du Journal "L'action Française" 8 Avril (٢)
1934 D. 1935 - 3 - 76 - Conclusions Josse.

(م ١٣ - مبروعة)

٢ - في القضاء المصري :

(١) قضاء المحاكم المدنية :

لم تكن نصوص القوانين التي تنظم ولاية المحاكم المصرية (أهلية ومختلطة) حتى سنة ١٩٤٦ - تاريخ إنشاء مجلس الدولة - تعطي لهذه المحاكم في شأن منازعات الهيئات العامة سوى ولاية قاصرة/تمتد لغير رقابة تعويض الأضرار التي تحدثها القرارات الإدارية بشرط أن يكون القرار غير مشروع وأن يعتدى على حق مكتسب .

وليس في نصوص لوائح ترتيب المحاكم إشارة للتمييز بين حالات عدم المشروعية المختلفة . ومعنى ذلك أنه يكفي في القرار أن يخالف القانون ، حتى تتحقق به فكرة الخطأ كأساس للتعويض . يستوى في ذلك أن تصل عدم المشروعية إلى حد الجسامة السلبية التي تفقد القرار صفته الإدارية وتربط به إلى مستوى الانعدام وأعمال الغصب المادية ، أو أن تقف عدم المشروعية عند الحد العادي الذي يجعل القرار قابلاً للإلغاء لتجاوز السلطة . وهكذا ، وفيما يتصل بولاية التعويض ، لم تكن ثمة حاجة بالمحاكم المدنية المصرية ، لأن تتصدى لمشكلة الانعدام . فالقرار المنعدم كالقرار غير المشروع كلاهما يصلح مصدراً للتعويض ، حين تتكامل بقية الشروط المقررة لمسئولية الإدارة .

ولكن الأمر كان لابد أن يأخذ صورة أخرى ، في شأن تحديد ولاية المحاكم المدنية فيما يتعلق بتأويل القرارات الإدارية وإلغائها أو وقف وتعطيل نفاذها . لأن لوائح ترتيب المحاكم وإن كانت قد حرمت هذه المحاكم من مثل هذه الولاية ، نزولاً على مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات ، إلا أن المحاكم اجتهدت وهي في مقام تفسير النصوص ، بقصد

وضع المنع المقرر فيها في أضيق حدوده الممكنة . واعتمدت المحاكم فيها اتجهت إليه على فكرتين :

أولاهما : التسليم - دون خلاف - للمحاكم بولاية التصدي للقرارات الادارية بقصد تكييفها وبمحت مشروعاتها

فقد قررت محكمة النقض في هذا الشأن أن المحاكم هي المختصة بتقرير الوصف القانوني للعمل الصادر من السلطات العامة ، وساحبة القول الفصل في أنه من أعمال السيادة ، وحينئذ لا يكون لها أى اختصاص بالنظر فيه ، أو أنه أمر إداري وحينئذ يكون اختصاصها في شأنه مقصوراً على التضمينات في حالة مخالفته للقانون ، أو أنه ليس عملاً إدارياً ، وحينئذ يكون لها كامل الاختصاص بالنظر في جميع الدعاوى التي ترفع عنه . وتكييف قضية الموضوع للأعمال الصادرة من السلطات العامة خاضع لرقابة محكمة النقض (١) ذلك أن الشارع عند ما وضع المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات ، لم يعرف الأوامر الادارية ، ولم يبين لها مميزات يهتدى بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولخصائصها وصيغاتها من تعرض السلطة القضائية لها بتعطيل أو تأويل ، فأصبح من وظيفة المحاكم والحالة هذه أن تعطى الاجراء الادارى ، وصفه القانونى على هدى حكمة التشريع ومبدأ الفصل بين السلطات وحماية الأفراد وحقوقهم (٢) .

وثانيهما : عدم حصانة القرارات المنعقدة ضد ولاية الإلغاء والتأويل ووقف التنفيذ حيث تكاد المحاكم المدنية تجمع على أن الحصانة المقررة

(١) محكمة النقض (مدنى) - بتاريخ ١١/٢٣/١٩٤٤ - المجموعة الرسمية - السنة ٤٥ من ٧ رقم ٣٥ . وهو ما قضت به محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة - بتاريخ ١٠/٢٢/١٩٤٩ - المجامعة - السنة ٣٠ عدد أكتوبر سنة ١٩٥٠ .

(٢) محكمة النقض (مدنى) - بتاريخ ١٢/٢٨/١٩٤٤ - المجامعة - السنة ٢٥ ص ٨٧٣ حكم رقم ٣٦٤ .

للقرارات الادارية في لوائح ترتيبها لا تنه يجب الى الاوامر التي تكون مخالفتها للقانون قد وصلت الى درجة من الجسامة أفقدتها الصفة الادارية ، وهبطت بها الى مستوى الاعمال المنعدمة أو أعمال الاعتداء المادية أو الأعمال الاستبدادية حسبما جرت به بعض المحاكم^(١) . لأنه لا يجوز أن تغل يد القضاء عن الوقوف في سبيل أمثال هذه الأعمال ، فالبداية ترفض التسليم بذلك^(٢) .

غير أنه لم يرد في لوائح ترتيب المحاكم تحديد واضح للمعيار الذي يمكن الاعتماد عليه للتمييز بين أحوال الانعدام وأحوال عدم المشروعية العادية ، ومن ثم كان طبيعياً أن يجتهد المحاكم في هذا الشأن ، وهو ما اختلفت فيه وجهات النظر على التفصيل الآتي :

(١) ذهبت بعض الأحكام إلى أن الانعدام لا يجب جميع أحوال عدم المشروعية . لأن الأمر الادارى سواء أ كان مخالفاً للقوانين واللوائح أو تعدت به السلطة الادارية حدود اختصاصها ... فإن هذه المخالفة لا تؤثر على كيانه الادارى ولا تفقده الصفة الادارية ، بل يبقى بالرغم من ذلك حافظاً لطبيعته الادارية متمتعاً بالحصانة التي أوجبها القانون ... وذلك بخلاف أعمال الاعتداء المادى أو ما يسمونه اغتصاب السلطة التي تجريها السلطة الادارية في مسائل لا تدخل في وظائفها أصلاً وبعيدة كل البعد عنها وكذلك الأعمال الاستبدادية التي تكون مخالفة للقانون مخالفة صارخة في جميع

نواحيه ، نصا وروحا ، فإنها تعتبر في هذه الحالة مجرد أعمال شخصية من الموظف الذي باشرها دون أن تتعلق بموضوع إداري وتخلق باطلة بقوة القانون ولا وجود لها إطلاقا . وهو ما يجيز للمحاكم عدم اعتبارها أو الأخذ بها أو إلغائها (١) .

وباستقرار الأحكام يبين أن ثمة اتجاه كان يقم الاندماج على أساس النظر إلى جسامه المخالفة للقانون ، بحيث إذا كانت مخالفة صارخة للقانون في روحه ونصه لمحدد القرار الإداري إلى مستوى الأعمال الاستبدادية . إلا أن مثل هذا المعيار لا يزال يحتاج إلى ضوابط كثيرة لتحد من مرونته وعدم وضوحه . لأنه يجعل الأمر في النهاية رهن التقدير المطلق للقاضي في كل حالة على حدة .

ومن ثم إنجحت أحكام أخرى إلى ربط التمييز بين الاندماج وعدم المشروعية العادية بوجه النظر التقليدية إلى تمييز بين شروط الانقضاء وشروط الصحة . فقررت بعض المحاكم أن اختصاصها بمناسبة الأوامر الإدارية مقيد بعدم توافر الأركان اللازمة لهذه الأوامر ، بخلاف ما إذا توافرت هذه الأركان ، وكان الأمر الإداري مستكملا لشرائطه الصحيحة اللازمة لصيرورته تصرفا قانونيا يذبح الآثار التي رتبها عليه القانون ومن بينها عدم اختصاص المحاكم بوقف تنفيذه أو تأويله . وتأسيسا على ذلك قضى بأن الأعمال التي تجريها السلطة الإدارية في مسائل لا تدخل في اختصاصها إطلاقا والتي تكون بعيدة كل البعد عن هذا

(١) محكمة مصر الكلية الأهلية (قاضي الأمور المستعجلة) - بتاريخ ٢٩ أغسطس سنة ١٩٣٦ - المحاماة السنة ٣٦ - ص ٢٣٣ .
محكمة مصر الابتدائية الأهلية (قاضي الأمور المستعجلة) - بتاريخ ٧ مارس سنة ١٩٣٨ - المحاماة عدد يناير سنة ١٩٢٩ - ص ٧٠٩ - حكم رقم ٢٩٣ . وحكم بتاريخ ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٣٨ - المحاماة - عدد فبراير سنة ١٩٢٩ - ص ٨٥٦ - حكم رقم ٢٥١ .

الاختصاص تعتبر من قبيل اغتصاب السلطة ، تتجرد بسببه من صفتها الإدارية^(١) . ومن ثم فإنه يتعين على المحاكم أن تتأكد من صدور الأمر الإداري من جهة مختصة بإصداره وفقاً للإجراءات التي يقضى بها القانون ، فإذا فقد الأمر شرطاً من هذه الشروط بطل التمسك بنص المادة ١٥ من لائحة الترتيب^(٢) .

(ب) وعلى العكس من ذلك لم تجتهد بعض المحاكم إلى دمج الانعدام في مجرد المخالفة للقانون أو عدم المشروعية العادية أياً كان العيب الذي يصيب القرار المتنازع عليه . وانتهت إلى أنه لا محل للعمل بالحصانة المقررة في المادة ١٥ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية إلا حيث يكون القرار المتنازع فيه قد صدر صحيحاً من جميع جوانبه ونواحيه . بحيث إذا أصابه عيب في أحد شرائطه المقررة ، فإن الإدارة تكون قد خرجت به عن الحدود المرسومة قانوناً لممارسة سلطاتها ، فلا تملحه حصانة ، ويكون من حق السلطة القضائية حينئذ أن تتدخل لحماية مصالح الأفراد مما يكون قد ترتب عليه من آثار^(٣) . لأن الأوامر الإدارية التي تقع مخالفة لأسس القوانين هي في نظر القانون لا وجود لها ، وإن كان لها وجود

(١) محكمة الاستئناف المختلطة - بتاريخ ٢١ مارس ١٩٣٨ - المحاماة عدد ١ أكتوبر ١٩٣٨ ، ص ٣٠٥ حكم رقم ٢٥١ .

دوائر الاستئناف المختلطة - بتاريخ أول مارس سنة ١٩٢٨ - المحاماة - السنة الثامنة ص ٧٥٠ - حكم رقم ٤٥٩ - محكمة مصر الابتدائية الأهلية - ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٨ - المحاماة السنة التاسعة - ٨٧٣ حكم رقم ٤٨١ - محكمة الكلية الأهلية وقاضى الأمور المستعجلة - بتاريخ ١٢/٣/١٩٣٢ - المحاماة السنة ١٥ ص ١٢٢ حكم رقم ٥٧ . وحكم بتاريخ ٢ مارس سنة ١٩٣٥ - المحاماة - السنة ١٥ - ص ٦٥٢ - وبتاريخ ٢٩ أغسطس سنة ١٩٣٦ المحاماة السنة ٣٦ ص ٢٣٣ صبقت الإشارة إليه .

(٢) محكمة المطارين الجزئية - بتاريخ ١٥ فبراير سنة ١٩٣٣ - المحاماة - عدد فبراير ١٩٣٤ ص ٣٨٧ رقم ١٦٢ .

(٣) محكمة القضا (مدني) بتاريخ ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ .

فهي من أعمال . التمدى وليس من الحكمة ولا من النظام أن تقف المحاكم ،
وهي دعامة العدالة والعدالة دعامة النظام ، عاجزة عن إبطالها ، وهي ليست في
الواقع أوامر إدارية بطبيعتها ، بل هي موصوفة بذلك خطأ . ولا تكون
المحاكم في نظرها وتقديرها لصحة هذه الأعمال مفتاة على السلطة الإدارية .
بل هي في ذلك مانعة للسلطة الإدارية فقط من تجاوز اختصاصها ، وليس من
الحق في مثل هذا المقام أن يعترض بأن في سلطة القضاء تعويض المضرور
عن العمل الإداري الباطل مما يغني عن إبطاله ، فإن التعويض الصحيح العادل
لن يتظلم من أمر باطل إنما هو إزالته وإبطاله . أما بقاء الفعل الضار وهو
باطل قائماً ومستمراً إلى جانب تعويض مالي لمن يصبه هذا الضرر فجمع
للتقيضين في صعيد واحد (١) .

وأيدت محكمة استئناف القاهرة هذا الاتجاه ، ثم انضمت إليه محكمة
النقض (٢) .

وجدير بالذكر ، أن هذا الاتجاه المتطرف ، قد أوقع المحاكم الذي
أخذت به في تناقض صارخ مع التطبيق الصحيح للقواعد التي تحكم
اختصاصها . لأن محاولة دمج الإعدام في جميع صور المخالفة للقانون ،
اتهمت بالمحاكم إلى عدم الاعتراف بالحصانة المقررة في المادة ١٥ من
لائحة الترتيب ضد التأويل والإلغاء وتعطيل النفاذ ، لغير القرارات

-
- (١) محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية - بتاريخ ١١ فبراير سنة ١١٣١ - الهامة
السنة ١٢ عدد أبريل سنة ١٩٣٢ ص ٦٤٣ حكم رقم ٣٢٨ .
وعلمة مصر الكلية الأهلية (قاضي الأمور الاستعجالية) - بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٨
الهامة السنة ١٩ ص ٤٧ .
(٢) محكمة استئناف القاهرة - بتاريخ ١٥/٢١/١٩٤٣ - المجموعة الرسمية سنة ١٩٤٤
ص ١٢١ حكم رقم ٦٣ وعلمة القاض (مدني) - بتاريخ ٢٨/١٢/١٩٤٤

قانونية وعملية للمادة سالفة الذكر . فالقرار المشروع - وهو لا يجوز
بطبيعة الأحوال - أن يكون موضوعاً للإلغاء ووقف النفاذ ، ليس في
حاجة من النصوص لتقريب حصانته في مواجهة القاضى ، وهو ما يعنى أن
المشرع قد قصد في المادة ١٥ شيئاً آخر غير هذه القرارات المشروعة .
وحجة ذلك أن هذه المادة قد أوردت استثناء على الاختصاص الطبيعى
للقاضى فى خصوص إلغاء القرارات الإدارية وتأويلها ووقف نفاذها .
وواضح أنه لا محل لأعمال هذا الاستثناء إلا حيث يكون من الجائز - طبقاً
لطبيعة الأمور - للقاضى أن يتدخل ليمارس هذه السلطات المختلفة .
وهو لا يملك أن يمارس هذه السلطات ضد القرارات المشروعة .

إن التفسير الصحيح للمادة ١٥ من لائحة ترقب المحاكم تقضى بأقرار
حصانة القرارات الإدارية غير المشروعة دون حذو الانعدام . وهو ما يجعل
أنجاه المحاكم السالف الذكر معارضاً للغانون ومخالفاً للقصد الحقيقى الذى

القانون الإداري . ولذلك بقيت أحكام مجلس الدولة أهم ما يمثل هذه النظرية في قانوننا الإداري الوضعي . غير أن ذلك لا يقلل من أهمية ما حاوله الفقه المصري وما زال يحاوله لتأصيل هذه النظرية ولرسم خطوطها .

• ويمكن إرجاع هذه المحاولات الفقهية إلى ما يأتي :

رأى (١) يدخل حالة الانعدام في إطار عيب عدم الاختصاص باعتباره أحد أسباب الطعن بالانقضاء . على أساس أن نطاق عيب الاختصاص هو حيث توجد إختصاصات ممنوحة لجهة معينة فتباشرها جهة أخرى . وهنا تنفاوت جسامته هذا التعدي ويتفاوت بالتالي حكمه القانوني : فقد يكون الاعتداء على الاختصاص جسيماً فيسمى « غصباً » أعني اغتصاباً للوظيفة أو السلطة وهنا يكون القرار الإداري المزعوم منعدياً أو على حد قول Rolland يفقد القرار مبدأ وجوده . وإنعدام القرار يتضمن بالطبع إنعدام صفته الإدارية .

أما إذا لم يكن العيب جسيماً كما في الصورة السابقة فيكون القرار الإداري منعدياً ولكنه يكون معيباً .

ثم حاول أصحاب هذا الرأي ألا يقضوا بفكرة الانعدام في نطاق ركن الاختصاص وحده . ولكنهم نظروا إليها نظرة عامة يمكن أن تترتب على مخالفة القرار لشرط الاختصاص كما تترتب على مخالفته لغيره من الشروط ، فقرروا أنه يعتبر من حالات الغصب بصفة أعم ، حالة المخالفة المبيدنة للقانون . وهو أمر إعتباري تقدره المحكمة . ومخالفة القانون في صورتها العامة ، تشمل جميع صور عدم المشروعية ، متى وصلت إلى درجة الجسامته التي تقررها المحكمة سبباً من أسباب الانعدام .

(١) الدكتور عثمان خليل عثمان - مجلس الدولة - دراسة مقارنة - القاهرة سنة ١٩٥٦ ص ٣٥٣ وما بعدها .

وفي مجال تحديد النتائج التي تؤدي إليها فكرة الانعدام يتجه أصحاب هذا الرأي إلى ما قرره الفقه الغالب في هذا الشأن . فالقرار يتجرد من صفته الإدارية ، ويختص به لهذا السبب المحاكم العادية وأنه بحكم عدم وجوده القانوني لا يكون محلاً لطلب الإلغاء ، ولكنه قد يكون موضوعاً لطلب تقرير الانعدام . وأن هذا الطلب لا يتقدم وأن القرار الإداري المنعقد إذا لا يصلح سنداً قانونياً صحيحاً ، فإن جهة الإدارة لا تملك تنفيذه قهراً ، فإن هي فعلت ذلك ، فإنها ترتكب عملاً من أعمال الغصب (أو الاعتداء المادي) .

وفي إطار هذا الاتجاه العام ، ذهب بعض الشراح (١) إلى تصوير فكرة الانعدام باعتبارها تطبيقاً لفكرة اغتصاب السلطة . مع تضيق نطاق فكرة اغتصاب السلطة هذه بحيث لا تشمل سوى ، حالة قيام فرد عادي باتخاذ قرار ، وحالة إعتداء السلطة التنفيذية على إختصاصات السلطة التشريعية أو القضائية .

• وفي محاولة ثانية ، ذهب بعض الشراح (٢) إلى أن الفارق بين العمل الإداري المعدوم والعمل الإداري الباطل مرجه إلى فكرة الوظيفة . فبكل عمل منبت الصلة بالوظيفة الإدارية ، كما يحددها القضاء على ضوء المبادئ الدستورية العامة في الدولة بحيث لا يمكن اعتباره تنفيذاً مباشراً أو غير مباشر للوظيفة الإدارية ، هو عمل معدوم . أما إذا أمكن إرجاع عمل الإدارة إلى وظيفة إدارية ، سواء أكانت قد مارست تلك الوظيفة في حدودها المشروعة أو تجاوزت تلك الحدود ، فهو عمل إداري يحتفظ بصفته الإدارية ، وما تستتبعه تلك الصفة من أحكام .

(١) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري ومجلس الدولة - ١٩٦٥ - ص ٣٥٦ بند رقم ٣٠٢ .

(٢) الدكتور محمد سليمان الطماوي - النظرية العامة لقرارات الإدارية - المرجع السابق - ص ٢٨٤ وما بعدها .

هيبته . ومن ثم ... القرارات الإدارية .

وركن « الوظيفة الإدارية » ، الثاني أن تقتصر « السلطة الإدارية » ، على ممارسة اختصاص يتعلق « بموضوع إداري » ، ورغم الصعوبة هنا ، فإن مقتضى أخذ الدولة بنظام فصل السلطات ... ألا يكون للإدارة أن تتناول موضوعاً لا يملك الفصل فيه إلا المشرع أو القضاء .

ويضاف إلى ما سبق ، حالة عدم الوجود المادي للقرار الإداري ويكون ذلك في صورتين ، صورة توهم الإدارة وجود قرار لم يوجد قط ، كأن تكون السلطة الإدارية لم تفصح قط عن إرادتها ونسب إليها القرار خطأ . أو أن يكون القرار في مراحل التكوين ولم يتعمد الخطوات التمهيدية . والصورة الثانية للانعدام المادي أن يصدر قرار إداري مشروع أو غير مشروع ، ثم يصدر قرار بسحبه أو إلغائه من السلطة التي تملك ذلك .

وتأسيساً على ذلك ، ينتهي أصحاب هذا الرأي إلى معارضة اتجاه مجلس الدولة المصري إلى التوسع في تطبيق فكرة الانعدام . فالحقيقة عندهم ، أن صدور القرار الإداري من سلطة إدارية تملك إصدار قرارات إدارية على

القرارات الإدارية فإنها لا تزال تدور في نطاق فكرة إغتياب السلطة مما لا يبتعد كثيراً عن المحاولة الأولى .

• وفي محاولة حديثة نسبياً ، ذهب بعض الشراح^(١) إلى أنه يجب في العيب الذي ينتهي بالقرار إلى حالة الانعدام أن يكون مادياً عينياً يرجع إلى مادة العمل ذاته ويستشف من جوهر التصرف ، ويتنافى مع أن يكون تقديراً شخصياً يتوقف على النظرة الشخصية للقاضي أو بالنظر إلى المحتج بالانعدام ، وأن يكون عينياً في مواجهة الكافة وليس بالنسبة لفرد دون الآخر حسب ظروفه وحالته . ولذلك يجب أن نبحث في تكوين التصرف ، وفي أركانه لتقدير انعدامه ، فكما أن البحث في الصحة والبطالان إنما يجريان بالنظر إلى تكوين التصرف فكذلك يكون البحث في الانعدام من تلك الزاوية دون غيرها .

وتفريعاً على ذلك ، فإن الانعدام ينشأ في القانون العام كما نشأ في القانون الخاص عن تهم أحد أركان القرار . ذلك أن هذا التهم هو الذي يستتبع النزول بالقرار إلى حيز الأعمال المادية وتجريده من آثاره كتصرف قانوني وذلك لعجزه عن أحداث تلك الآثار . صحيح أن أركان القرار الإداري ليست محل اتفاق بين الفقهاء غير أنه اتفاقاً مع النظرية التقليدية ، فإن الأركان الأساسية للقرار الإداري هي الإرادة والمحل والسبب ، وأما الشكل والاختصاص فهما من شروط صحة الإرادة .

وتأسيساً على ذلك يكون تخلف أحد الأركان الثلاثة ، الإرادة والمحل والسبب ، هو الذي يؤدي إلى انعدام القرار . أما إذا توافرت الأركان الثلاثة ولكن اختلفت شروط صحتها ، هو الشك والاختصاص

القرار باطلاً بحسب . ومن هنا يتضح تماماً أن عيوب مخالفة الشكل أو عدم الاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة ، إنما هي مراجع للطعن بالبطلان وأوجه له وليست أسباباً للانعدام . ولا يجدر التعويل على مدى جسامته هذه العيوب ولا ظهورها للخارج إلى القول بالانعدام ، لأن ذلك يؤدي إلى الخلط بين أحوال البطلان وأحوال الانعدام مع بعد الشقة ما بين آثارهما وضرورة الفصل التام تبعاً لذلك بينهما .

(وعلى ذلك يمكن تحليل أسباب الانعدام إلى ما يأتي :

١ - أن مصدر التعبير الإداري لا يمكنه قانوناً أن يأتي بتصرف قانوني كان يكون مجنوناً . أو يمكنه ذلك ولكن ليس بالنسبة للدولة كأن لا يكون من رجال السلطة أو كان من رجال السلطة ولكن السلطة المنوطة به ليست لاصدار هذا التصرف .

٢ - إذا انعدم محل القرار من أحد أوجهة الثلاثة وهي موضوعه المقصود به أو المركز القانوني الذي اتجه إليه ، أو الانتقال من وضع إلى وضع . كتميين موظف متوفي ، أو ترقية موظف إلى وظيفة لا وجود لها ، أو ترقية من سبق ترقيته .

٣ - أما السبب فإنه لا يؤدي إلى انعدام القرار إلا لانعدام الإرادة كلية ، أما حين يتصرف مصدر القرار عن وعي ، فإنه مهما يكن السبب - وهو لا بد من وجوده - وهمياً أو كاذباً أو غير متفق مع الصالح العام ، فإنه لا يؤدي إلا إلى البطلان وليس إلى الانعدام .

رأينا في الموضوع :

ليس ثمة شك في أن القرار الإداري ، ككل تصرف قانوني ، لا يوجد في المحيط القانوني ما لم تتوافر فيه العناصر الأساسية اللازمة لانعقاده . وأنه حين تتكامل له هذه العناصر الأساسية ، فإنه يعتبر موجوداً في نظر القانون ولكن يجب حتى يكون صحيحاً شرعاً ومنتجاً لآثاره المقررة عليه ، أن تتوافر فيه كافة الشرائط المقررة لصحته في القانون . وإذا كانت أركان وجود القرار الإداري وانعقاده ليست محل اتفاق بين الفقهاء فنحن نميل إلى الاعتقاد ، تأسيساً على التعريف المستقر للقرار الإداري بأن (إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بموجب ما لها من سلطة عامة بقصد أحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً وجائزاً شرعاً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة) أن ركن الانعقاد الوحيد في القرارات الإدارية يمكن في التعبير ، إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة ، وأما ما عدا ذلك مما يجري به التعريف السالف الذكر ، فإنه لا يتصل بغير شروط صحة القرار . ومعنى ذلك أن تخلف ركن المحل أو مخالفته للقانون ، وتخلف ركن السبب أو مخالفته للقانون ، وتخلف ركن الباعث أو مخالفته للقانون وتخلف ركن الاختصاص والشكل أو مخالفتها للقانون ، كل أولئك لا يؤدي إلى غير بطلان القرار الإداري وليس انعدامه . لأن الأصل الدستوري العام الذي ينظم السلطات العامة في الدولة يقوم على أنها قد رخصت من القانون (بمعناه العام) ، في أن تعبر عن إرادة الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام . ثم وضعت شروط لصحة هذا التعبير عن الإرادة يتصل بعضها بالاختصاص ويتصل بعضها الآخر بالمحل والشكل أو السبب أو الغاية : بل لعنا لأنغالي إذا قلنا أن الشروط المقررة في القانون للمحل والشكل والسبب والغاية ، ليست في واقع الأمر إلا شروطاً للاختصاص بمعنى أن الهيئات العامة لا تملك الاختصاص في شأن من الشؤون إلا طبقاً للشروط المقررة

لمحل التصرف وشكله وسببه وغايته فإن هي خالفت أحد هذه الشروط فإنها تتجاوز الحدود المرسومة لاختصاصها في ممارسة التصرف .

والقول بأن عنصر الاختصاص - شاملاً بقية شروط القرار الأخرى التي تتصل بموضوعه وشكله وسببه وغايته - ليس من شروط الانعقاد ، بل من شروط الصحة ، مرجعه في اعتقادنا إلى حقيقة الوضع الذي تشغله الإدارة العامة في التنظيم الدستوري للدولة . فالإدارة العامة ، إحدى سلطات الدولة العامة ، بل لعلها السلطة العامة الوحيدة التي تتمثل من خلالها الدولة في علاقاتها اليومية والمباشرة مع الأفراد . فهي إذن تملك التعبير عن إرادة الدولة ، فيما هو من اختصاص الدولة قانوناً . وأما ما يأتي بعد ذلك من محاولة تحديد دائرة هذه الإرادة - بموجب الدستور طبقاً للفصل بين السلطات ، أو بموجب القوانين واللوائح ، طبقاً لتدرج التشكيلات المختلفة للجهاز الإداري ، فإنه لا يتصل بوجود هذه الإرادة ، بقدر ما يتصل بصحتها وفاعلية ما تنتجه من آثار في محيط العلاقات القانونية ، ومن ثم فهو لا يصيب وجود القرار الإداري الذي تتجه هذه الإرادة إلى إصداره ، ولكنه ينتظم صحة هذا القرار أو بطلانه .

ونفرياً على ذلك فلا يتحقق الإنعدام للقرارات الإدارية إلا حيث يدعى بصدور قرار ويثبت أن الشخص المفروض فيه أنه يعبر عن إرادة السلطة العامة لم يتصرف بصورة قاطعة . وهنا يختلط الإنعدام المادي بالإنعدام القانوني . وكذلك يتحقق الإنعدام حين يتصرف شخص مدعياً أنه يعبر عن إرادة السلطة العامة ويثبت من ظروف الحال أنه لا يمكن إسناد تصرفه إلى الدولة . ويحدث ذلك حين لا يكون هذا الشخص قد أسندت إليه أعمال الوظيفة العامة أصلاً أو أن تكون قد أسندت إليه سلطات استشارية أو تنفيذية أو مجرد سلطات تحقيق دون أن يكون من اختصاصه سلطة التقرير النهائي في شئون الوظيفة العامة . أما أن يعتمد الموظف في تصرفه على سند

يخوله سلطة التقرير النهائي ، فإنه لا يقوم شك في وجوب نسبة تصرفاته إلى الإدارة حتى ولو كان السند غير مشروع . وكذلك حين يتصرف الشخص في أعمال الوظيفة العامة من غير ما سند يخوله هذا التصرف ثم يقوم من ظروف الحال ما يمكن معه إسناد تصرفاته إلى السلطة العامة فإن التصرف لا يصاب كذلك بالانعدام ، وإن تقرر فيه بعض أسباب البطلان والقابلية للإلغاء . والأمثلة على ذلك كثيرة من تطبيقات القضاء لنظرية الموظفين الفعليين .

ورأى كالذى نقول به ، يتفق في كثير من نواحيه مع التصور الذى أخذ به مجلس الدولة الفرنسى لنظرية الانعدام كما يستمد من قضاء مجلس الدولة المصرى أسانيد أخرى لتدعيمه .

فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أن القرار الإدارى يتم بمجرد إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها .

وكذلك قررت محكمة القضاء الإدارى أنه إذا كان قرار حرمان المطعون ضده من مرتبه عن مدة الوقف لم يصدر من السلطة التأديبية وإنما صدر من مدير التحقيقات فإنه يكون قراراً منعزلاً لصدوره من سلطة غير مختصة ، إذ لا اختصاص لمدير التحقيقات بإصداره^(١) وتفسيرنا لمثل هذا الحكم - على الرغم مما قد تثيره العبارات المستعملة فيه من لبس - أن محكمة القضاء الإدارى وقد ثبت لها أن مدير التحقيقات لم تسند إليه وظيفة التأديب . فإنه يكون بمناسبة القرارات التأديبية في مركز الفرد العادى وأنه لا يمكن لهذا السبب أن يحمل القرار الصادر منه معنى إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها في توقيع الجزاء التأديبى مما ينتهى دون شك إلى تقرير لانعدام هذا القرار .

(١) محكمة القضاء الإدارى - بتاريخ ٢٠ مايو سنة ١٩٥٧ - في القضية رقم ٦٠٨٧ لسنة ٨ في مجموعة أحكام مجلس الدولة - المادة الخامسة عشرة - ص ٤٧٥ .

في قضاء مجلس الدولة المصري :

أولاً : جرت محكمة القضاء الإداري في مناهبات مختلفة - على تطبيق بعض الحلول الجزئية لفكرة الانعدام ، دون محاولة تعريف عام لهذه الفكرة ، يمكن أن يكشف عن اتجاهها في تحديد المعيار الذي تعتمد له ، إلى أن كان حكمها في الدعوى رقم ١١١٣ لسنة ٥ قضائية بتاريخ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٣ حيث حاولت وضع قاعدة عامة تحكم على أساسها أحوال الانعدام . فقررت أن العمل الإداري لا يفقد صفته الإدارية (ولا يكون منعدماً إلا إذا كان مشوباً بمخالفة جسيمة) ومن صورها أن يصدر القرار من فرد عادي أو من سلطة في شأن اختصاص سلطة أخرى. كان تتولى السلطة التنفيذية عملاً من أعمال السلطة القضائية أو السلطة التشريعية. ذلك أن انعدام الاختصاص إما أن يكون جوهرياً أو في صورة مبسطة. ومن صور عدم الاختصاص المبسطة إعتداء الرئيس على إختصاصات المرسوم والعكس أي إعتداء المرسوم على سلطة الرئيس (١) .

وهكذا حاولت محكمة القضاء الإداري أن تربط الإنعدام بفكرة إغتصاب السلطة في صورتها التقليدية ، وهما إغتصاب صفة الموظف العام والتعدي بالقرار على موضوعات من شأن السلطات العامة الأخرى .

وإذا كان لاشك في سلامة وجهة النظر هذه فيما يتصل بالصورة الأولى باعتبارها تطبيقاً لفكرة أن الإرادة تمثل ركن الإنعقاد الوحيد للقرارات الإدارية ، فإن شكاً كبيراً يمكن أن يثور فيما يتصل بالصورة الثانية لأن القول بإنعدام القرار الإداري لصدوره من سلطة في شأن من اختصاص سلطة أخرى يهدد بانهايار كل تفرقة ممكنة بين أحوال الإنعدام وأحوال

إلى إنعدام القرار الإدارى إلا حيث يقوم على إعتداء صارخ من جانب السلطة التنفيذية على أعمال السلطة القضائية أو السلطة التشريعية. ولكن عدم الاختصاص البسيط ومن صوره إعتداء الرئيس على اختصاص المرسوم أو العكس فإنه لا يصل بالقرار المعيب إلى حد الإنعدام.

ولذلك فإن قرار وزير التربية والتعليم بنقل مدرس بأحد المعاهد العليا إلى جامعة عين شمس لا يكون منعزلاً ، لأن الوزير هو رئيس الجامعة الأعلى وله في مثل هذه الشئون أصل سلطة حسب قانون الجامعة ، ولذلك فكل ما قد ينسب إليه هو تجاوزه لاختصاصه (١).

وتأييداً لذلك قررت المحكمة الإدارية العليا (٢) ، أنه إذا كان الثابت أن المطعون في ترقيته أصبح في عداد موظفي ديوان الموظفين منذ أول يولية سنة ١٩٥٢ فما كان يجوز أن تشمله حركة الترقيات التي أجراها السلاح البحرى في أبريل سنة ١٩٥٣ بحسبانه تابعا له ، ويكون القرار الصادر من وزير الحربى في ٢٩ من أبريل سنة ١٩٥٣ بترقية المطعون في ترقيته إلى الدرجة الخامسة المخصصة لموظفى السلاح البحرى قد شابته عيب عدم الاختصاص ومن ثم يكون باطلا لفقدانه أحد مقوماته ، ويتعين من أجل ذلك القضاء بإلغائه إلغاء كاملاً .

وكذلك فإن القرار الإدارى الذى يتضمن قواعد عامة تشتمل على قيود تحد من نشاط الأفراد وحرىاتهم فى التعامل ، وهو ما لا يجوز لإلحاقه بقانون

أو في القليل بناء على قانون ، يكون باطلا في موضوعه (١) . وكذلك القرار الذي يقضى بإلزام المدعى (الموظف) بأداء المبلغ الذي تعذر تحصيله أو سقط الحق في المطالبة به نتيجة تقصيره ، يكون قد جاوز حدود السلطة لأنه يفصل في مسألة مدنية تخرج عن حدود اختصاص من أصدره ولا يحسمها إلا حكم قضائي (٢) .

غير أن القضاء الإداري أصدر في مناسبات أخرى عدة أحكام يميل فيها إلى التوسع في فكرة إغتصاب السلطة حيث أدخل فيها بعض الصور التقليدية لعيب عدم الاختصاص البسيط .

١ - فقد اتجهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن عيب عدم الاختصاص المبني على تفويض باطل ينطوي على نوع من إغتصاب السلطة وينتهي بالقرار إلى الانعدام . وكذلك إذا كان نقل المدعى قد صدر من السكرتير العام للمصلحة - بينما هو من الموظفين الذين لا يجوز نقلهم إلا بقرار من المدير العام - فإن هذا القرار يكون صادراً من موظف غير مختص ، وهو بهذه المثابة مشوب بعيب اغتصاب السلطة مما يجعله منعماً ولا أثر له .

٢ - كما اتجهت المحكمة الإدارية العليا إلى أن اعتداء هيئة تأديبية على اختصاص هيئة تأديبية أخرى ، لا يجعل القرار مشوباً بمجرد عيب من عيوب عدم الاختصاص بل هو عيب ينهض إلى حد اغتصاب السلطة الذي ينزل بالقرار إلى حد جعله مجرد فعل مادي عديم الأثر قانوناً (٣) .

(١) محكمة القضاء الإداري ، حكم بتاريخ ١٢/٢١/١٩٥٣ في الدعوى رقم ١٤٢٢ لسنة ق مجموعة أحكام مجلس الدولة السنة الثالثة ، ص ٢٩٣ ، وحكم بتاريخ ٥ يناير ١٩٥٤ ، في الدعوى رقم ١٣١٨ لسنة ق ، المرجع السابق ، ص ٣٨٣ .

(٢) محكمة القضاء الإداري ، بتاريخ ٩ يوليو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة التاسعة ص ٤ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ١٤ يناير ١٩٥٦ ، في الطعن رقم ٣٦/٢٥ لسنة ق مجموعة مبادئ المحكمة العليا السنة الأولى ص ٣٨٠ .

المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٦٠ ، في الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ق ، مجموعة مبادئ المحكمة العليا السنة الخامسة ، ص ١٢٥ .

ثانياً - وسلم القضاء الإدارى المصرى بكثير من النتائج التى رتبها
الفقه على الانعدام . ويمكن حصر هذه النتائج حسبما قررتها الأحكام
فيما يلي :

(أ) العمل الإدارى يفقد صفته الإدارية إذا كان منعدا ومشوبا
بمخالفة جسيمة (١) .

(ب) والقرار إذا نزل إلى حد غصب السلطة، فإنه ينحدر إلى مجرد الفعل
المعدوم الأثر قانونا (٢) .

(ج) والفعل المعدوم الأثر قانونا ، لا تلحقه حصانة ولا يزيل عيبه
فوات ميعاد الطعن فيه (٣) .

(د) وباعتباره عملا معدوم الأثر قانونا ، فإنه لا يكون قابلا للتنفيذ
المباشر. ومن ثم فإن الأفراد المخاطبين به لا يكونون ملزمين باحترامه، ويكون
لهم تخطيه كلما كان فى وسعهم ذلك . لأن القرار فى هذه الحالة لا يعدو
أن يكون مجرد عقبة مادية فى سبيل استعمال ذوى الشأن لمراكزهم القانونية
المشروعة ، ومن حقهم التخلص من هذه العقبة المادية بوسائلهم الخاصة
وللا لجأوا إلى القضاء (٤) .

(هـ) والقرار المعدوم ، إذ لا تلحقه إجازة ولا حصانة مهما تقادم الزمن
فإنه يجوز سحبه إداريا دون التقيد بالمواعيد المقررة للطعن بالالغاء .

(١) محكمة القضاء الإدارى ، بتاريخ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٣ فى الدعوى رقم ١١١٣
لسنة ٥ ق ، سبقت الإشارة إليه .

(٢) محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ٥ يناير سنة ١٩٥٤ ، فى الدعوى رقم ٧١٨ لسنة ٥ ق
سبقت الإشارة إليه .

(٣) محكمة القضاء الإدارى ، بتاريخ ١٢/٢١/١٩٥٣ ، فى الدعوى رقم ١٤٢٢ لسنة ٣ ق
سبقت الإشارة إليه .

(٤) المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٤/١/١٩٥٦ ، فى الطعن رقم ٣٦/٣٥ لسنة ٢ ق
سبقت الإشارة إليه .

(و) وحيث أن القرار المعدوم يكون ولا أثر له قانوناً فلا يلتزم الأفراد باحترامه ، ولا يكون قابلاً للتنفيذ المباشر ، فإن لجأت الإدارة إلى هذا التنفيذ المباشر فإنها ترتكب عملاً من أعمال الإعتداء (الغصب) المادية Voie de fait واستناداً إلى ذلك قررت محكمة القضاء الإدارى أنه لا يعد عملاً مادياً إلا (١) أفعال الإعتداء المادية التى تقع من موظف غير مختص (٢) الأفعال التنفيذية الجبرية التى لا تستند إلى قرار إدارى سابق (١) .

وبالرغم من ذلك فإن مجلس الدولة المصرى كثيراً ما طبق على القرارات المشوبة بعيب إغتصاب السلطة الأحكام الخاصة بالقرارات القابلة للإلغاء .. قبل فى شأنها طعون الإلغاء كما قضى بإلغائها فى ذات الظروف وطبقاً لذات الشروط والأسباب التى يلغى فيها القرارات غير المشروعة .

وهو ما يؤكده أن مجلس الدولة المصرى كزميله مجلس الدولة الفرنسى لا يأخذ فكرة الانعدام مأخذ الفقه لها . فهو لا يطبقها باعتبارها نظرية علمية منطقية ومتكاملة ، ولكنه تقديرأ لظروف النزاع ولجسامة العيب الذى يصيب القرار المطعون فيه ، ومدى التأثير الذى يترتب عليه بالنسبة للمصالح المختلفة المرتبطة بهذا القرار ، يقرر قيام الانعدام أو يرفضه ، وهو حين يقرر قيام الانعدام ، يرتب هذه النتيجة أو تلك طبقاً لما يراه أقرب إلى تحقيق التوافق بين المصالح المتقابلة فى النزاع على ضوء الاعتبارات العملية المحيطة به .

انتهى بعون الله وتوفيقه .

المؤلف

د . طعيمة الجبرف

(١) محكمة القضاء الإدارى ، بتاريخ ١٩ مايو سنة ١٩٥٠ ، فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ من مجموعة أحكام مجلس الدولة ، الصفحة الرابعة من ٧٣٧ .

الفهرس

صفحة

٥

تصميم - مدير

١٥٠ الفصل الأول : الدولة القانونية وأساس خضوع السلطة للقانون

١٥٠ المبحث الأول : نشأة الدولة القانونية

١٥٠ أولاً : التطور التاريخي في اتجاه دولة القانون

١٥٠ ١ - في العصور القديمة

١٩٩ ٢ - في العصور الوسطى

٢٣ ٣ - عصر النهضة ونظام الملكيات المطلقة

ثانياً : الدولة الحديثة والفصل بين حق السيادة وأشخاص

٢٦ الحكم

٢٦ ١ - المصادر الفلسفية للدولة الحديثة

٣٤ ٢ - أثر الفكر في بناء الدولة القانونية الحديثة

٣٧ المبحث الثاني : علاقة السلطة بالقانون وأثرها على مبدأ المشروعية

٣٧ أولاً : السلطة ضرورة اجتماعية

٤ ثانياً : السلطة القانونية في المدارس المثالية

٤٩ ثالثاً : مدارس القانون الوضعي

٥٥ رابعاً : تقديرنا لهذه الاتجاهات

المبحث الثالث : تدرج النظام القانوني ومصادر المشروعية

٥٨ أولاً : الأسس التي يستند إليها تدرج النظام القانوني

٥٨ ١ - الأسس الدستورية

٦١ ٢ - الأسس الإدارية

٦٥ ثانياً : مصادر المشروعية في القانون الوضعي

١ - المبادئ العامة للقانون

٢ - الدستور

٣ - القانون العادي

٤ - قرارات الهيئة التنفيذية وأحكام المحاكم

الفصل الثاني : تغير أحكام المشروعية بتغير الظروف

المبحث الأول : الظروف العادية

أولاً : مبدأ المشروعية تطبيق لقواعد الاختصاص

١ - ضوابط تحديد الاختصاص

٢ - تنظيم أركان التصرف يدخل في معنى ترتيب

الاختصاص

ثانياً - الاختصاص بين التقدير والتقدير

١ - مسالك القانون في تنظيم الاختصاص

٢ - مصادر التقدير ومداه

المبحث الثاني : الضرورة والمشروعية في الظروف الاستثنائية

أولاً : نظرية الضرورة في فقه القانون العام

ثانياً : نظرية الضرورة في القانون الوضعي

١ - في التشريع

٢ - في قضاء مجلس الدولة الفرنسي

المبحث الثالث : تنظيم حالة الضرورة في القانون المصري

أولاً : الحلول التشريعية لحالة الطوارئ

١ - لوائح الضرورة

٢ - نظام الأحكام العرفية

ثالثاً - نظرية الضرورة في القضاء المصري

١٤٢	١ - مسلك المحاكم المدنية
١٤٧	٢ - مسلك القضاء الإداري
١٦١	الفصل الثالث : مخالفة مبدأ المشروعية وأثرها وأحكامها
١٦١	المبحث الأول : فكرة البطلان وتقسيماته
١٦١	أولاً : التقسيم التقليدي للبطلان
١٦٨	ثانياً : التصوري النظري لفكرة الانعدام
١٦٨	١ - فقه القانون الخاص
١٧١	٢ - فقه القانون العام
١٧٧	٣ - اتجاهات الفقه الحديث
١٨٤	المبحث الثاني : التطبيق القضائي لفكرة الإنعدام
١٨٤	أولاً : في القضاء الفرنسي
١٨٤	١ - قضاء مجلس الدولة
١٨٨	٢ - قضاء المحاكم العادية
١٩١	٣ - اتجاهات محكمة التنازع
١٩٤	ثانياً : في القضاء المصري
١٩٤	١ - قضاء المحاكم المدنية
٢٠٠	٢ - فقه وقضاء القانون الإداري
٢١٤	الفهرس