

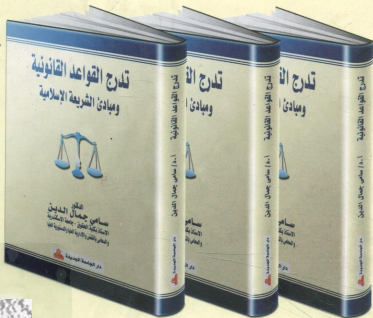
# تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية



الدكتور  
**سامي جمال الدين**  
الاستاذ بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
والمحامي بالنقض والإدارية العليا والدستورية العليا



دار الجامعة الجديدة



**دار الجامعة الجديدة**

٤٠٠٢٨ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٢ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

Email: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com



 **دار الجامعة الجديدة للنشر**

٣٨ شارع سنوثير - الأزليطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail : [darelgamaaelgadida@hotmail.com](mailto:darelgamaaelgadida@hotmail.com)

[www.darggalex.com](http://www.darggalex.com) [info@darggalex.com](mailto:info@darggalex.com)



# تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية

الدكتور

سامي جمال الدين

الاستاذ بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية  
والمحامي بالنقض والادارية العليا والدستورية العليا

2013



دار الجامعة الجديدة

٢٨-٤٠ ش سوثير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamajelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ  
مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ  
بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء - آية ٥٩)





## مقدمة

إن انسانية الإنسان وعزته هي الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى... إن سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت.

والواقع أن مبدأ المشروعية وسيادة القانون يمثل فى الوقت الراهن، قمة الضمانات الأساسية – الجدية والحاسمة – لحقوق الشعوب، إذ يبلور هذا المبدأ كافة ما استطاعت الشعوب أن تحرزها من مكاسب فى صراعها مع السلطات الحاكمة، لإجبارها على التنازل عن كل مظاهر الحكم المطلق، وذلك عبر أجيال متعاقبة مرت على الإنسانية حتى عصرنا الحالى، فبدون سيادة القانون سيحل ظلام الظلم.

ولذلك فقد غدا هذا المبدأ من المبادئ الأساسية لقيام الدولة القانونية، والممول الرئيسى فى تمييزها عن الدولة البوليسية أو الاستبدادية، حيث تغدو السيادة للقانون، وليست لأشخاص الحكام أو لبعض التقاليد والأعراف المتوارثة، فالمجتمعات المتحضرة تقوم على قيم ومبادئ أساسية تتولى تثبيت دعائمها الضوابط القانونية سواء كانت تتعلق بالنشاط الخاص بالأفراد أو النشاط العام الإدارى أو الاجتماعى أو السياسى، ولذلك تسعى كل دولة فى العالم جاهدة لأن تكون دولة قانونية بمعنى الكلمة وذلك من خلال تجسيدها ل ضمانات رئيسية تحافظ على استقرار المجتمع وتماسكه عن طريق توفير العدالة والأمن والحرية عبر الإلتزام بالنظام والقواعد التى تحددها القواعد العليا الهادفة إلى إقامة التوازن بين الحريات المتعارضة والمصالح المتضاربة والحاجيات المتداخلة.

ولا ينفى ذلك أن القانون فى واقع الأمر، هو عمل إرادى من صنع السلطات العامة الحاكمة فى الدولة، فمن ناحية تخضع إرادة السلطات الحاكمة

العديد من الاعتبارات والأسس التي تقيد لها لدى إقرارها للقواعد القانونية، ومن ناحية أخرى فإنه يصدر القانون فإنه ينفصل عن إرادة من وضعه ويصبح قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك كل من في الدولة من أفراد وسلطات عامة بما في ذلك من شارك في إقرار هذه القاعدة.

فيمقتضى مبدأ المشروعية، فإن القانون وإن كان عملاً إرادياً، إلا أنه يسمو على إرادة جميع أفراد المجتمع والسلطات العامة في الدولة مهما بلغ دورها في وضعه أو إقراره أو إصداره.

ويكاد الفقه يجمع على أن مبدأ المشروعية يعنى "سيادة حكم القانون"<sup>(١)</sup> وهو في الحقيقة تعريف مناسب لمبدأ المشروعية، خاصة وأن

---

(١) الأستاذ الدكتور محسن خليل: القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة - ١٩٦٨ -

ص ٥.

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى: النظرية العامة للقرارات الإدارية - الطبعة الرابعة - ١٩٧٦ - ص ١٤.

الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية) - طبعة ١٩٧٠ - ص ١٦.

وقد انفرد الدكتور ثروت بدوى فى مقالته عن "الدولة القانونية" بمجلة إدارة قضائياً للحكومة - السنة ٣ عدد ٣ ص ٢٨ : ٦٨ بالرأى فى التفرقة بين مبدأ "سيادة القانون" ومبدأ "خضوع الدولة للقانون"، وهذا الأخير يعنى فى نظره خضوع السلطات فى الدولة للقانون، وهو يعتبره مبدأ قانونياً قصد به صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تحكم السلطة. وأنه باستهدافه خضوع جميع السلطات العامة للقانون وتقييد الإدارة على الأخص بالقانون واللوائح، يعد أكثر اتساعاً من مبدأ سيادة القانون الذى ينبع - حسب رأيه - عن فكرة سياسية تتعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة وتهدف إلى وضع الجهاز التنفيذي فى مركز أدنى بالتمعية للجهاز التشريعى، وهو بذلك يعد ضيقاً لاستهدافه تقييد السلطة الإدارية فى الدولة فقط، وذلك بخضوعها للقوانين الشكلية، ومع ذلك فإن مبدأ سيادة القانون يعد أوسع نطاقاً من حيث أنه يشمل تقييد جميع أنواع أعمال الإدارة، بينما يستهدف مبدأ خضوع الدولة للقانون تقييد الإجراءات التى تمس مصالح الأفراد فقط، ومن ثم فإن المبدأ الأخير يصلح لكل أنظمة الحكم بما فيها النظم الديكتاتورية، على العكس من المبدأ الأول الذى لا يصلح إلا للنظم الديمقراطية (ص ٥٦).

المشروع الدستوري قد اعتنقه لأول مرة في دستور ١٩٧١ في مصر، حيث نصت المادة ٦٤ منه على أنه "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة" ومن ثم أصبح مبدأ "سيادة القانون" مرادفاً لمبدأ "المشروعية"<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك فإنه يمكن التمييز بين المبدأين دون الإخلال بتكاملهما معاً نظراً للارتباط الوثيق بينهما، فمبدأ المشروعية يضمن شرعية الدولة وتولي السلطات العامة فيها لولاية كل منها، بينما يضمن مبدأ سيادة القانون قيام الدولة الدستورية أو القانونية وليست فقط الدولة الشرعية، وأهم ما يميز الدولة القانونية أنها تكفل حماية حقوق الإنسان والأقليات والمتفق عليها في الدساتير والاتفاقيات الدولية، حيث تكون السلطة التشريعية -لزمة باحترام هذه الحقوق، لأن التشريع لا يمكن أن يعبر عن إرادة الأمة إلا في حالة احترامه لحقوق الإنسان والأقليات في ظل وجود جهاز قضائي مستقل ومحايدين ونزيه، قادر على فرض الالتزام بالقواعد القانونية بغض النظر عن مدى اتفاقه مع هذه الحقوق،

(١) يكاد الفقه المصري أن يجمع على استخدام اصطلاح "مبدأ المشروعية" وإن كان البعض يستعمل اصطلاح "مبدأ الشرعية" وهو الترجمة الحرفية للاصطلاح الفرنسي المقابل وهو Le principe de légalité دون أن يقصد بذلك تفصيل هذا الاصطلاح لأسباب موضوعية.

الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق - ص ١٦.  
الأستاذ الدكتور محمد مرسى خيرى: مبدأ الشرعية وقضاء الإلغاء - ١٩٧٥ / ٧٤ - ص ٧.

وينتقد الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى هذا الاصطلاح (أى سيادة القانون) موضوعياً، ويفضل عليه تسمية "مبدأ سيطرة أحكام القانون" - راجع مقالته المصطلحات المقترحة تعديلها في ميدان القانون العلم - مجلة العلوم الإدارية السنة ٧ عدد ٣ ص ٢٢٣ - العدد الخاص. وفي حين ينتقد الأستاذ الدكتور ماجد الحلو (القضاء الإداري ١٩٨٥ ص ١٨ و ١٩) اصطلاح "الشرعية" لما تعنيه كفكرة مثالية تحمل في طبيعتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، وهو مفهوم واسع للمصطلح، ومن ثم يفضل اصطلاح "المشروعية" الذى يفيد احترام قواعد القانون القائمة فعلاً، يذهب الدكتور كمال أبو العيد في مقالته: الشرعية والمشروعية وحكم القانون - المحاماة السنة ٥٩ - عدد ٥ و ٦ - ص ٦٥ : ٧٥، إلى عكس ذلك تماماً حيث يزيد ما ورد في قاموس "Littre" من أن الشرعى هو ما يتفق مع التشريع أما المشروع فهو ما يتفق مع العدل.

مع ملاحظة أن هناك من الحقوق ما لا يسوغ المساس بها حتى في حالات الطوارئ والأزمات والظروف الاستثنائية كالحق في السلامة من التعذيب والمعاملة المهينة أو الحاطة بالكرامة الإنسانية، والاختفاء القسري والقتل غير القضائي والاعتقال التعسفي.

وعليه فمن المستقر في صدد تفسير مدى سيادة القانون، أن هذه السيادة تتحقق بخضوع كل من في الدولة من حكام ومحكومين، سلطات عامة وأفراد، للقانون بحيث تكون تصرفاتهم الإيجابية والسلبية في دائرة وحدود النظام القانوني المقرر في الدولة.

ويشمل هذا النظام القانوني كافة القواعد القانونية النافذة والمبارية أو المطبقة أيا كان مصدرها وشكلها، إذ تمثل هذه القواعد التي تشكل التنظيم القانوني للدولة، عناصر المشروعية، أي القواعد التي تتكون منها هذه المشروعية، بحيث يمكن القول أن مخالفة أي من هذه القواعد، مخالفة للمشروعية، أو في قول آخر تعتبر غير مشروعة.

ويرى بعض الفقهاء بحق أن سيادة القانون لن تتحقق ما لم تفرض هذه السيادة على كافة السلطات في الدولة، وأولاها السلطات التي تملك التشريع، وأن يقوم النظام كله على اعتراف وتسليم بأن هناك من المبادئ والقيم ما يستعصى على أية سلطة المساس بها في جميع الظروف، لا فرق بين ظروف عادية أو استثنائية، وأن ما يخضع له المحكومون من قواعد هي تلك التي يضعها الشعب ونوابه المنتخبون انتخاباً صحيحاً<sup>(1)</sup>.

ولا شك أنه صحيحاً ضرورة إخضاع الدولة بسلطاتها الثلاثة للقانون، بما في ذلك السلطة التشريعية، حيث إنه لو تركت لواضعي القوانين الحرية الكاملة في أن يحددوا وفق مشيئتهم مضمون القاعدة القانونية دون أي ضابط لأدى ذلك إلى أن تكون سيادة القانون فرضاً للطاعة على المحكومين دون الحاكمين، فيتحقق الاستبداد باسم القانون وسيادته.

(1) الدكتور محمد صغور: في الحرية والسلطة .... سيادة القانون ... الصراع بين القانون والسلطة في الشرق والغرب - 1967 - ص 101 وما بعدها.

كما أنه صحيحاً وجود مبادئ وقيم لا يجوز لأية سلطة في الدولة المساس بها في جميع الظروف، بمعنى أن تنقيدها سلطات الحكم كلها أمام الأفراد، وهذه المبادئ وتلك القيم إنما تتمثل - في تقديرنا - في المبادئ العامة للقانون، وهي من عناصر مبدأ المشروعية التي يعترف بها الفقه والقضاء الفرنسي والمصري بأجمعه مع اختلاف بينهم حول قوتها القانونية<sup>(١)</sup>، والتي تضم، كما سنبين فيما بعد، قواعد الشريعة الإسلامية بين ما تضمه من قواعد قانونية وذلك بالنسبة إلى مصر، ولذلك فإننا نرى أن هذا العنصر يندمج في سابقه الذي يتعلق بخضوع سلطات الدولة للقانون بمعناه الواسع الذي يشمل تلك المبادئ العامة للقانون.

غير أننا لا نوافق على ما خلص إليه هذا الرأي من أن ما يخضع له المحكومين من قواعد قانونية هي فقط تلك القواعد التي يضعها الشعب ونوابه، أو بمعنى أدق القوانين التي يقرها البرلمان، وهو ما يؤدي عنى استبعاد العرف من عناصر المشروعية إلى جانب إخراج اللوائح التي تصدرها السلطة الإدارية من نطاق القواعد القانونية<sup>(٢)</sup>، حيث أنها لم توضع بواسطة "الشعب أو نوابه المنتخبين انتخاباً صحيحاً"، وذلك رغم تماثل القانون واللائحة في كونهما

(١) وتؤكد المحكمة الدستورية العليا في مصر على ذلك بوصفها عديد من الحقوق والحريات بأنها من "الحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مقترضاً أولياً لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان، بما مزاده وفقاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون عدم جواز أن تخل تشريعات الدولة بهذه الحقوق" - أحكامها في ١٩٩٢/١/٤ القضية ٢٢ لسنة ٨ق. دستورية، وفي ١٩٩٥/٨/٥ القضية ٨ لسنة ١٦ ق. دستورية، وفي ٢٠٠٠/٦/٣ القضية ٢١ لسنة ٢٠ق. دستورية.

(2) EISENMANN, Le droit administrative et le principe de légalité, E. D. C. E. 1957. 26.

DUBISSON, La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir, thèse, Paris 1958, p. 36.

وهم ممن دافعوا عن هذا الرأي. وللمزيد من التفاصيل أنظر كذلك: الدكتور عصام عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - رسالة القاهرة ١٩٧١ ص ١٢٧ - ١٢٩. الدكتور كمال أبو العيد: مصادر الشرعية - مجلة المحللة السنة ٥٩ - ١٩٧٩ عدد ١، ص ٤٠٠.

قواعد عامة مجردة ملزمة للمخاطبين بأحكامهما، وحيث أن الفارق الوحيد بينهما إنما يترتب على صفة مصدر كل منهما، مما يجعل القانون أسمى من اللائحة من حيث المرتبة الإلزامية.

ومن ناحية أخرى، فإن مقتضى هذا الرأي إخراج المبادئ العامة للقانون أيضاً بما تضمنه من قواعد الشريعة الإسلامية في مصر، من نطاق القواعد القانونية، لأنها لم توضع من قبل الشعب أو نوابه، وذلك على خلاف المستقر فقهاً وقضاءً من اعتبارها أحد مصادر القانون الرسمية.

وعليه فإننا نرى إسقاط هذا العنصر الذي يعود بنا مرة أخرى إلى الفكر الذي ساد في مطلع الثورة الفرنسية، حيث كان القانون - بمعناه الضيق - هو التعبير الوحيد عن الإرادة العامة ومن ثم فإنه لا يخضع لأية رقابة، وهو الأمر الذي يمثل أشد الخطر على حريات الأفراد ويتيح الفرصة كاملة لاستبداد الإدارة وتصرفها، مما يحقق عكس المبتغى من مبدأ المشروعية تماماً.

والواقع أن القانون بمعناه الواسع، هو في جوهره تعبير عن إرادة الدولة، فهذه الإرادة - دون غيرها - تمثل المصدر الوحيد الرسمي للقواعد القانونية، ولكن الدولة لا تعبر عن إرادتها بأسلوب واحد بعينه، وإنما تختلف طرق التعبير عن إرادة الدولة باختلاف السلطة العامة الموكول إليها التعبير عن هذه الإرادة، ومن هنا تتعدد مصادر القواعد القانونية بتعدد السلطات العامة التي تعبر عن إرادة الدولة.

وإذ لا يقتصر انشاء القواعد القانونية على سلطة أو هيئة عامة واحدة في الدولة، فإنه يكون محتملاً وقوع التعارض أو التناقض بين هذه القواعد، ومن ثم التنازع بين السلطات أو الهيئات التي تولت تقريرها.

ولذلك بدت ضرورة التوصل إلى قاعدة ما تحقق في أن واحد الترابط بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، وحل إشكالات واحتمالات وقوع التعارض أو التناقض فيما بين هذه القواعد،

ضرورة حتمية. وقد تحقق ذلك فعلاً عن طريق تقرير قاعدة "تدرج القواعد القانونية"، وهي من أهم القواعد أو المبادئ التي أسفر عنها الأخذ بمبدأ المشروعية في الدول القانونية.

وعليه يلزم علينا في بداية هذا البحث أن نحدد أولاً مصادر القواعد القانونية ومدلول تدرج هذه القواعد ومضمونه وأسمه، وهو ما نعالجه في المبحث التمهيدي التالي.





## المبحث التمهيدي مصادر القاعدة القانونية ومدلول تدرجها

### أولاً - مصادر القاعدة القانونية:

يتجه الرأي الراجح فقهاً إلى أن القاعدة القانونية لها - على الأقل - مصدران<sup>(١)</sup>:

١- مصدر مادي أو موضوعي ويقصد به الحقائق الموضوعية التي تقدم جوهر القاعدة القانونية ومداتها الأولية، وهي قد تكون حقائق

### (١) راجع في ذلك:

الأستاذ الدكتور حسن كيرة: أصول القانون - الطبعة الثانية - ١٩٦٠ - ص ١٧٢ وما بعدها.

الأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية - ١٩٧٦ - ص ١٨٤ وما بعدها.

الأستاذ الدكتور مصطفى محمد الجمال: النظرية العامة للقانون - الطبعة الثانية - ١٩٨٣ - ص ١٤٨.

الأستاذ الدكتور عبد المنعم البدرابي: المدخل للعلوم القانونية - ١٩٦٠ - ص ١٥٦ وما بعدها.

وعلى خلاف ذلك راجع الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغور: النظرية العامة للقانون - ١٩٨٥ - ص ٢٢٧، حيث يذهب إلى أن اصطلاح المصدر ليس له إلا معنى واحد وهو المصدر الرسمي أي السبب المنشئ للقاعدة القانونية كالتشريع والعرف والقضاء، أما المعاني الأخرى التي استخدم فيها اصطلاح المصدر فهي معان غير معبرة عن هذا الاصطلاح ويؤدي استخدامه في التعبير عنها إلى خلط لا مبرر له، ومن ذلك اصطلاح المصدر الموضوعي أو المادي للقاعدة القانونية، فهو يؤدي إلى الخلط بين المصدر والمضمون، وهو ما يتحقق بصدد اصطلاح المصدر التاريخي الذي ينتج ضمن المصادر الموضوعية، وكذلك اصطلاح المصدر التفسيري، حيث أن تفسيره يرد على قاعدة سبق وجودها في حين أن المصدر يتعلق بالخلق والإنشاء.

والواقع أننا لا نجد في استخدام اصطلاح "المصدر" لأكثر من معنى أي وجهه -تعد، فالمصدر الرسمي هو مصدر الإلزام في القاعدة القانونية، والمصدر الموضوعي هو مصدر مضمون هذه القاعدة، أما السبب المنشئ للقاعدة القانونية فهو مجموعة الوقائع التي تعبر عن حاجة أفراد المجتمع لتنظيم معين، ومن ثم تدفع المشرع - أو الأفراد عن طريق العرف - إلى التدخل بوضع القاعدة القانونية الملزمة لمواجهة هذه الوقائع وتنظيم الموضوع وسد حاجة الأفراد إلى مثل هذا التنظيم، وهو أمر لا ينطبق عليه - في تقديرنا - اصطلاح المصدر الرسمي.

تاريخية أو اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو ثقافية أو دينية ...  
وغير ذلك من الحقائق التي تكون مضمون أو موضوع القاعدة.

٢- مصدر رسمي وهو الذى يحدد شكل القاعدة القانونية ويضفى عليها صفة الوضعية أو الشرعية، ومن ثم يصيب على القاعدة قوة الإلزام.

ويمكن القول بأن المصادر الرسمية للقواعد القانونية فى مصر تتمثل أولاً فى التشريع، ثم فى العرف، وأخيراً القضاء أو بالأحرى المبادئ العامة للقانون التى يستنبطها القضاء ويقرها فى أحكامه.

والحقيقة أن التشريع أو العرف أو القضاء لا يودى إلى خلق القاعدة القانونية من العدم، فالقانون إنما يتكون من بعض الحقائق والمعطيات التى تشكل المادة الأولية للقاعدة القانونية، ولكن القانون لا يخرج إلى عالم الوجود بمجرد تكوين مادته الأولية<sup>(١)</sup>، إذ يلزم أن تصاغ هذه المادة الأولية فى شكل قواعد قانونية قابلة للتطبيق العملى، وهنا يبدأ دور مصادر القانون الرسمية من تشريع أو عرف أو قضاء حيث تتحول المادة الأولية للقانون إلى قواعد قانونية وضعية، وهو ما يودى إلى خلق القواعد القانونية بالمعنى الفنى الدقيق.

والتشريع هو المصدر الرسمى الأول للقانون فى مصر، حيث يتضمن معظم القواعد القانونية التى يتكون منها النظام القانونى فى المجتمع، والتى تصدر عن سلطة عامة مختصة بإصدار التشريع، هى السلطة التشريعية (البرلمان) عادة، ومع ذلك فإن هناك سلطات أخرى تختص كذلك بإصدار بعض التشريعات، فالمستور وهو التشريع الأساسى فى الدولة إنما يصدر عن السلطة التأسيسية، واللوائح وهى فى جوهرها تشريعات إنما تصدر عن السلطة

(١) استخدم اصطلاح "الحقائق" أو "المعطيات" أى "Donnés" بالفرنسية، الفقيه "جيني" للدلالة على المصادر الموضوعية للقانون أى تلك التى تقدم المادة الأولية للقواعد القانونية.

F. GENY, Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1924, Sirey, T. 2, p. 351 et s.

التنفيذية بوصفها - أى اللوائح - من القرارات الإدارية التى تختص تلك السلطة بإصدارها.

والخصيصة البارزة التى تميز التشريع عن غيره من المصادر الأخرى للقانون، هى صدور التشريع فى وثيقة مكتوبة يطلق عليها فقهاً التقنين، وهو الأمر الذى يحقق للتشريع مزايا كثيرة تجعله يتفوق على غيره من مصادر القانون وخاصة العرف<sup>(١)</sup>.

فالعرف قانون غير مكتوب أو بمعنى أدق لم يشرع فى وثيقة مكتوبة بصورة رسمية، إذ أنه من المتصور كتابة العرف بعد نشأته، سواء فى الأحكام القضائية التى تقره وتطبقه، أو فى المؤلفات الفقهية التى تشير إليه أو تحرص على تجميع ما يوجد منه ومع ذلك فإنه لا يعد مقتناً.

أما القضاء فالأصل أن وظيفته الأصلية تطبيق القانون وليس إنشائه، فالقاضى عليه بحكم وظيفته أن يتحقق أولاً من وجود القاعدة القانونية الوضعية أياً كان مصدرها ثم يطبقها بعد ذلك. وعندما يحاول القاضى العلم بالقانون فإنه لا يخلق هذا القانون، بل على العكس من ذلك فإن محاولة العلم بالقاعدة القانونية هو فى ذاته تسليم بوجودها واعتراف بقوتها الملزمة فى مواجهة القاضى الذى يقوم بتطبيقها.

غير أنه لما كان من المعلم به أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً لا يشوبه أى نقص، بحيث يقدم لكل نزاع يعرض أمام القضاء الحل القانونى الواجب الاتباع، بل لا بد أن يشوبه النقص حتماً، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن فى طبيعة الإنسان، حيث أن التشريع ليس سوى عمل إنسانى مشوب بالقصور بطبيعته، فإنه من المستقر عليه أن للقاضى أن يكمل النقص فى التشريع والتوصل إلى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التى كان المشرع سيرا عليها لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع.

(١) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية - ١٩٦٧ - ص ١١٦ وما بعدها.

ومع ذلك فإن القاضي في مثل هذه الأحوال لا يخلق هذا الحل العادل للنزاع، وإنما يستوحيه من المبادئ العامة التي يكشف عنها أو يكتشفها، ومن ثم فإن تكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات المتشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية<sup>(١)</sup>، تتمثل في القاعدة أو المبدأ الذي اكتشفه أو كشف عنه وتم تطبيقه في الحكم الأول.

ومن هنا يمكن القول بأن القضاء – في مجموعه وليس كأحد الأحكام بالذات – هو أحد مصادر القانون الرسمية، بما يقرره من مبادئ عامة للقانون، يكشف عنها في أحكامه، وهو في هذا الصدد مصدر رسمي من مصادر القانون الأصلية كالتشريع والعرف، أي أنه مصدر مستقل لا يختلط بالتشريع ولا بالعرف<sup>(٢)</sup>.

#### ثانياً: مدلول تدرج القواعد القانونية:

أوضحنا سلفاً أن مقتضى مبدأ المشروعية احترام كل من في الدولة من أفراد وسلطات عامة أحكام القانون بمعناه الواسع الذي يشمل كافة القواعد القانونية التي يضمها التنظيم القانوني للدولة.

واحترام الأفراد للقانون بكافة قواعده، أمر تكفله السلطة العامة المختصة بما تملكه من وسائل قانونية مقررة لكل فروع هذه السلطات، ومن ثم يبقى السؤال حول مدى احترام السلطات العامة نفسها لأحكام القانون، وكيفية ضمان التزامها بتلك الأحكام. وإذ تتولى فروع هذه السلطة العامة – في معظم الدول – وضع القواعد القانونية في مختلف صورها، فإنه تثار مشكلة تحديد القواعد القانونية التي تلتزم كل سلطة عامة باحترامها وهي بصدد تقرير القواعد القانونية أو التصرف بمقتضاها، حتى تكون هذه التصرفات متفقة مع مبدأ المشروعية، وحتى يتحقق فعلاً خضوع هذه السلطات العامة لأحكام القانون.

(١) الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق – ص ٥٠٢.

(٢) الأستاذ الدكتور سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق – ص ٥٠٩.

ولذلك فإنه تأسيساً على مقتضيات مبدأ المشروعية، ولكفالة احترام السلطات العامة للقانون والالتزام بأحكامه، استقر الأمر على ضرورة ترتيب القواعد القانونية التي تكون عناصر المشروعية في مراتب إلزامية متعددة متتالية، بحيث تعلق بعضها على البعض الآخر، في تدرج يشمل كافة هذه القواعد القانونية التي تمثل التنظيم القانوني للدولة، فتخضع القاعدة الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها مرتبة فلا تمتطيع مخالفتها وإلا غدت غير مشروعة.

وعليه فإن تدرج القواعد القانونية إنما يعني أن بعض هذه القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التي تليها في المرتبة، وبالتالي يجب على كل سلطة عامة عند قيامها بإنشاء القواعد القانونية، أن تراعي أحكام القواعد القانونية الأعلى، حيث لا يجوز للقاعدة الأدنى مرتبة تعديل أو إلغاء القاعدة الأعلى مرتبة وإلا كانت مخالفة للمشروعية، فإذا تعارضت بعض هذه القواعد القانونية فيما بينها فإنه يمكن تغليب القاعدة القانونية الأعلى مرتبة.

ويرى الفقه أن تدرج القواعد القانونية هو أحد مقومات الدولة القانونية، حيث لا يمكن تصور النظام القانوني للدولة القانونية بدون هذا التدرج الذي يظهر في سمو بعض القواعد القانونية على بعض، وتبعية بعضها للبعض الآخر، وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلاً وموضوعاً، فأما خضوعها شكلاً فيصنورها من السلطة التي حددتها القاعدة الأسمى ويتباعد الإجراءات التي بينتها، وأما خضوعها موضوعاً فذلك بأن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى<sup>(١)</sup>، إذ لا يصح أن

(١) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون - الطبعة ٣ - ١٩٧٦ - ص ٦٢ وما بعدها.

الأستاذ الدكتور ثروت بدوي: الدولة القانونية - مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ٣ عدد ٣ ص ٦٢.

الدكتور منير حميد البياتي: الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي - جامعة بغداد - ١٩٧٨/٧٧ - ص ٤٢.

تتعارض قاعدة قانونية دنيا مع أخرى تعلوها في مرتبة التدرج حتى لا يحدث خلل في انسجام البناء القانوني للدولة<sup>(١)</sup>.

وفي تقدير بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> أن المدرسة النمساوية وعلى رأسها "هانز كلسن" كان لها الفضل في استخلاص مبدأ تدرج القواعد القانونية، حيث تقوم نظريته الشهيرة في القانون على أسس وحدة النظم القانوني في تدرج هرمي بحيث تتخذ القواعد القانونية في البناء القانوني شكل طبقات أو درجات بعضها فوق بعض، وتتماسك هذه الدرجات فيما بينها نظراً لأن صحة القواعد الموجودة في كل طباق فيها تعتمد على القواعد الموجودة في الطباق الأعلى، بمعنى أن القاعدة القانونية تستمد أسس وجودها وصحتها من القاعدة القانونية التي تعلوها والتي أنشأتها في ذات الوقت، ومن ثم فإن الصلة بين القاعدة القانونية وتلك التي أنشأتها هي صلة تدرج وتبعية<sup>(٣)</sup>.

بيد أنه يلزم ملاحظة أن نظرية "كلسن" في التدرج لا تقتصر على القواعد القانونية، وإنما هي شاملة لكافة الأعمال القانونية سواء ما كان منها من القواعد العامة المجردة أو كانت من الأعمال القانونية الفردية كالقرارات

(١) الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق - ص ٢٢.

(٢) الأستاذ الدكتور ثروت بدوي: النظم السياسية - ١٩٦١ - ص ١٧٦، ١٧٧.

(٣) الأستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين - ١٩٦٠ - ص ٤١.

(٣) يطبق على هذه النظرية اسم "النظرية الخالصة للقانون" وقد وضعها أستاذ فلسفة القانون الفقيه "هانز كلسن" وطبعها للمرة الأولى في جنيف عام ١٩٣٤، ثم أعاد طبعها عام ١٩٦٠ في كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية أثناء عمله في ذلك الوقت أستاذا بجامعة "بركلي" بتلك الولاية، وقد ترجمها إلى الفرنسية بعد ذلك الفقيه الفرنسي "شارل ايزنمان" عام ١٩٦٢ في باريس.  
راجع في ذلك:

KELSEN (H), Théorie pure du droit, Traduit par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

وفي رأى كلسن أن للقانون هو الدولة والدولة هي القانون، وهو ليس تعبيراً عن إرادتها وهي صانعة القانون لأن القانون مجموعة إرادات على شكل هرمي، فالقانون نظم هرمي كل قاعدة فيه تستمد شرعيتها وفعاليتها من القاعدة الأعلى منها..

الإدارية الفردية والأحكام القضائية والعقود المبرمة بين الأفراد. ولذلك يؤخذ على نظرية "كلسن" أنها تخطئ بين القواعد القانونية والالتزامات القانونية، كما أنها تدخل القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخاصة في بناء واحد.

فمن ناحية، يصعب التسليم بأن مصادر الالتزام هي مصادر للقانون في نفس الوقت، وإلا لأمكن اعتبار العمل غير المشروع الذي يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير، مصدرًا من مصادر القانون. ومن ناحية أخرى، فإنه من غير المقبول إدخال القواعد القانونية العامة مع التطبيقات الخاصة في بناء واحد، فالفارق بين القاعدة والتطبيق ليس فارقًا في الدرجة فحسب ولكنه فارق في الطبيعة أيضًا. وعليه يصعب اعتبار القواعد القانونية الفردية والالتزامات الخاصة جزء من القوانين، لأن هذه القواعد الفردية وتلك الالتزامات الخاصة تختلف من حيث الطبيعة عن القانون الذي يتمثل أساسًا في مجموعة من القواعد العامة المجردة<sup>(١)</sup>.

ولذلك يلزم علينا أن نشير إلى أن "تدرج الأعمال القانونية" هو أمر أكثر اتساعًا وشمولًا من "تدرج القواعد القانونية" الذي تقتصر عليه دراستنا، حيث يتسع المبدأ الأول ليشمل كافة الأعمال القانونية أي تلك التي يترتب عليها آثار قانونية بغض النظر عن مدى عموميتها. في حين أن "تدرج القواعد القانونية" يقتصر فحسب على تحديد مراتب القواعد العامة المجردة، وبالتالي تخرج من دائرتها القرارات الإدارية الفردية والأحكام القضائية والاتفاقيات الدولية - حيث أن معظمها تتعلق بحالات فردية - والعقود، لأن الطابع المميز لكل هذه التصرفات هو الخصوصية المتصلة بحالة محددة بالذات.

ومن ناحية أخرى فإن "تدرج القواعد القانونية" يتسع ليشمل كافة القواعد القانونية العامة المجردة سواء ما كان منها مدونًا أي التشريعات، أو ما كان غير مدون أو بالأحرى غير مشروع أو غير مقنن مثل القواعد العرفية

(١) راجع أوجه النقد الموجهة إلى نظرية "كلسن" في القانون بصفة عامة الأستاذ الدكتور سمير تناعو: المرجع السابق - ص ٢٠ وما بعدها.



والمبادئ العامة للقانون، وبذلك يكون مبدأ "تدرج القواعد القانونية" أكثر اتساعاً من مبدأ "تدرج التشريعات" أو تدرج النصوص التشريعية حيث يستغرق المبدأ الأول هذا المبدأ الأخير إلى جانب القواعد القانونية الأخرى غير المشرعة أو غير المقننة.

#### **ثالثاً: مضمون تدرج القواعد القانونية وأساسه:**

من المستقر عليه فقها وقضاء أن القواعد القانونية المدونة أى التشريعات تتدرج فيما بينها بحيث تحتل القمة القواعد الدستورية، وتليها القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية، وأخيراً القواعد اللانحبة التى تضعها السلطة التنفيذية. أما بصدد القواعد القانونية غير المدونة أو غير المشرعة، فإن الخلاف الفقهي بشأن مرتبتها ما زال قائماً على نحو ما سندرسه فيما بعد.

والأساس الذى يرجع إليه الترتيب المشار إليه - بصدد التشريعات على وجه الخصوص - هو المعيار الشكلى أو بالأحرى العضوى، ولذلك فإن التدرج يعنى فى الحقيقة التدرج الشكلى للقواعد القانونية، أما المعيار الموضوعى، فليس له أى دور فى هذا الصدد. ومن ناحية أخرى فإن تدرج القواعد القانونية إنما ينحصر أساساً فى تدرج القوة القانونية أو بالأدق المرتبة الإلزامية لتلك القواعد القانونية، بغض النظر تماماً عن الطبيعة القانونية لهذه القواعد.

ومن هنا يمكن القول أن تدرج القواعد القانونية هو تدرج شكلى من ناحية، وهو تدرج للمرتبة الإلزامية للقواعد القانونية من ناحية أخرى.

#### **١- التدرج الشكلى للقواعد القانونية:**

يرتكز التدرج الشكلى للقواعد القانونية على مرتبة السلطة التى أصدرت القاعدة القانونية والإجراءات المتبعة لذلك، فالقاعدة الصادرة من سلطة أعلى فى ميدان التشريع تعتبر أسمى مرتبة من تلك التى صدرت عن سلطة أدنى، فإذا صدرت القاعدتان عن نفس السلطة كانتت الإجراءات المتبعة

فى إصدارهما هى المرجح بينهما، فتعتبر القاعدة التى تصدر وفقاً لإجراءات أشد، أعلى مرتبة من تلك التى لا تتطلب لإصدارها سوى إجراءات عادية، أو لا تتطلب بشأتها أية إجراءات<sup>(١)</sup>.

ولما كانت السلطة التأسيسية أعلى مرتبة من السلطات المؤسمة، باعتبارها هى المنشئة لها، وكانت السلطة التشريعية أعلى من السلطة التنفيذية فى مجال التشريع، على أساس أن السلطة التشريعية هى المختصة أصلاً بوظيفة التشريع فى حين أن السلطة التنفيذية تختص بذلك استثناءً، فإن الدستور يعلو القانون الذى يسنه البرلمان، وتعلو القوانين على اللوائح الصادرة من الإدارة.

ومن ناحية أخرى، فإن الهيئات والمصالح الإدارية تدرج فيما بينها فى شكل سلم إدارى، وتبعاً لذلك تدرج أعمال هذه الهيئات حسب مرتبة كل هيئة أو مصلحة داخل السلطة التنفيذية.

أما من حيث الإجراءات، فمن الملاحظ فى بعض الدساتير مثل الدستور الفرنسى الحالى أن بعض القوانين يلزم لإقرارها أغلبية خاصة وإجراءات أشد تختلف عن إجراءات سن القوانين الأخرى، ففى هذه الحالة تعتبر القوانين الأولى، وتسمى فى فرنسا بالقوانين الأساسية، أسمى مرتبة من القوانين العادية<sup>(٢)</sup>.

وليس من الجائز القول بتدرج القواعد القانونية تدرجاً موضوعياً، بحيث يتأسس هذا التدرج على موضوع القاعدة ومحتواها، بغض النظر عن السلطة التى أصدرتها أو الإجراءات التى اتبعت فى شأنها، إذ لا يترتب على اختلاف موضوع القاعدة أو محتواها أو كونها قاعدة شاملة أو إقليمية أو طائفية

(١) حكم للمحكمة الإدارية العليا فى ١٢/٧/١٩٥٨ قضية ٩٢٩ لسنة ٣٢، المجموعة لسنة ٣ رقم ١٧٣ ص ١٦٩١.

(٢) راجع فى تفاصيل ذلك رسالتنا للدكتوراه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة اللانحبة ١٩٨١ - كلية الحقوق الإسكندرية - ص ١٣٢ وكذلك مؤلفنا: اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية - ١٩٨٢ - ص ١٤٠ وما بعدها.

أو مهنية سوى الاختلاف في نطاق تطبيق القاعدة القانونية، ولذلك فإن التدرج الموضوعي وإن كان له دور محدد بصدد تدرج الأعمال القانونية في الدولة، إلا أنه منعدم الأثر بالنسبة لتدرج القواعد القانونية، فهذا الأخير هو تدرج شكلي بحث حيث لا تختلف القواعد القانونية من حيث عموميتها وتجربتها.

وعليه فإن المعيار الموضوعي يقتصر دوره على تحديد تدرج الأعمال – وليست القواعد – القانونية في الدولة، حيث يمكن الانتحاء إليه في حالة فشل المعيار الشكلي في تحديد مرتبة العمل، كما هو الحال بصدد تحديد مرتبة الأعمال الإدارية الفردية واللائحية، وكلاهما صادر عن السلطة الإدارية وبإجراءات ممتثلة في كثير من الحالات، ولذلك يتحتم التمييز بينهما وتحديد مرتبتهما الإلزامية وفقاً للمعيار الموضوعي، فتكون الأعمال الإدارية التي تتضمن قرارات فردية أدنى مرتبة من تلك التي تتضمن قواعد قانونية عامة، أي اللوائح، ومن ثم تعتبر القرارات الإدارية الفردية المخالفة للقواعد اللائحية باطلة لعدم مشروعيتها حتى ولو كانت القرارات الفردية صادرة عن هيئة إدارية أعلى درجة من الهيئة الإدارية المصدرة لللائحة<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك فإنه يلزم ملاحظة أنه قد توجد قرارات إدارية فردية تتمتع بمرتبة أعلى من اللائحة الإدارية العادية مثل اللوائح التنفيذية أو لوائح الضبط وهو ما يتحقق بالنسبة إلى تدابير الضرورة ذات الطابع الفردي، والتي تصدر استناداً إلى قانون الطوارئ، فهذه القرارات – كما سنوضح فيما بعد – تتمتع بقوة القانون وفقاً لنصوص الدستور أو تأسيساً على نظرية الضرورة القضائية.

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٥/١١/٥ قضية ١٥٩ لسنة ١٩٥٥، المجموعة السنة ١ رقم ٧ ص ٤١.

وعلى خلاف رأينا يتجه الدكتور محمود حلمي في مقالته: تدرج القواعد القانونية – مجلة العلوم الإدارية – العدد الأول – سنة ١٩٦٣ ص ١٩٢، إلى القول بوجود تدرج للقواعد القانونية من الناحية الموضوعية يتمثل في اعتبار القاعدة الأدنى محددة للقاعدة الأعلى بحيث تعتبر تنفيذاً لها وأن تعتبر القاعدة الأعلى إطاراً خارجاً للأدنى، وفي تقديرنا أن هذا المفهوم لا يعنى التدرج الموضوعي للقواعد القانونية وإنما هو من نتائج أو مقتضيات التدرج.

غير أنه يلزم علينا أن نشير في هذا الصدد إلى وجود "أعمال واقعية" ترتدى ثوب الأعمال القانونية، مثل الوثائق التي تسمى بصطلح "الإعلان الدستوري" والتي تصدر عادة بعد قيام ثورة أو انقلاب على نظام الحكم القائم ونجاح القائمين عليها في إنهاء حكم السلطة القائمة، وفي تقديرنا أن هذه الوثائق ليست دستوراً بالمعنى الفني الدقيق لأنها ليست تعبيراً عن إرادة السلطة التأسيسية الحقيقية، وإنما هي تعبير عن السلطة الجديدة التي تحوز في الغالب جميع السلطات التأسيسية والتنفيذية والتشريعية، وتتدخل كذلك في أعمال السلطة القضائية بإشياء محاكم استثنائية للفصل في بعض القضايا ذات الطابع السيمى دون التزام بالقوانين والإجراءات الجنائية.

ولذلك فإننا نرى أن الثورة أو الانقلاب وهما بطبيعتهما من الأعمال المادية أو الواقعية، لا يمكن أن ترتب أية آثار قانونية تلزم بالإعداد بها، صحيح أن الواقع قد يكون، بل والغالب أن يكون، أقوى من القانون في مثل هذه الحالات، ولكننا هنا نرفض الخلط بين الأعمال التي يقوم بها رجال الثورة أو الانقلاب بالمخالفة للقوانين كأعمال مادية أو سياسية، وبين الأعمال القانونية التي يسعى هؤلاء الرجال إلى التستر خلفها والتخفي في ثوبها، لتبرير أعمالهم، وهي أصلاً غير مبررة، تحت رداء القانون والمشروعية، إذ يحق لنا أن نرى أن مجرد البدء في المساس بالدستور والشرعية الدستورية من جانبهم، يؤدي إلى تحول الدولة من مصاف الدول القانونية والدستورية، إلى قائمة الدول الاستبدادية البوليسية، ومن ثم فإن الحديث عن أثر هذه الثورة أو الانقلاب على الدستور، أو محاولة التضييق من آثار الثورة على النظم القائمة، أو محاولة تبريرها تحت شعارات الشرعية الثورية، هو عبث لا طائل من ورائه، ولن تنال الشعوب منه سوى الديكتاتورية والفاشية والنازية، وإن تخفت تحت مزاعم الديمقراطية الشعبية، ومن المؤلم أن نجد بعض الفقهاء يتلمسون في القانون، وقد قصد به البناء والتنظيم وحماية الحقوق والحريات، أسساً لفكرة هدامة تقوم على تدمير النظام وهدم الدولة وتفكيك أوصال المجتمع وترفع الفوضى راية لها، بما يجافي العقل والمنطق ويصدمه تماماً، وعلى هذا الأسس فإننا لا نرى

للثورة أو الانقلاب أى أثر على الدستور القائم، وكل عمل يصدر بالمخالفة له هو مجرد عمل مادى مخالف للشرعية الدستورية، يتعين محاسبة من قام به ولو أجلا، مهما طال الزمن، حيث بات الإعتداء على الحقوق والحريات جريمة لا تسقط بالتقادم، وعليه فإننا فى نطاق هذا البحث لن نعتد بالإعلانات الدستورية إلا إذا اقتضت الدراسة ذلك.

## ٢. تدرج المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية:

أشرنا سلفا إلى أن تدرج القواعد القانونية إنما يعنى أن بعض هذه القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التى تليها فى المرتبة. والواقع أن مظاهر التدرج تقتصر حقا على القوة القانونية للقاعدة أو قوتها الإلزامية أو مرتبتها الإلزامية وكلها اصطلاحات تدل على معنى واحد، ولكنها – أى القوة الإلزامية – تختلف تماما عن الطبيعة القانونية للقاعدة.

فبالرغم من أن القوة الإلزامية للعمل ترتبط كقاعدة عامة بطبيعته القانونية، إلا أنها لا يتلازمان حتما، إذ يستطيع المشرع الدستورى أن يعدل من القوة العادية للعمل التى تتحدد على ضوء طبيعته القانونية، كاستثناء من هذه القاعدة العامة نتيجة ظروف واعتبارات معينة يقدرها لذلك.

فالأصل أنه فى ظل مبدأ المشروعية، فإن القواعد القانونية العامة تنقسم من حيث قوتها الإلزامية إلى قواعد لها قوة الدستور وتمنح أساسا للقواعد القانونية التى يضعها المشرع الدستورى، وقواعد لها قوة القانون – بالمعنى الضيق – وتمنح كقاعدة عامة للقواعد القانونية التى يقرها المشرع البرلمانى، ثم قواعد لها قوة العمل الإدارى وهى تلحق بالتشريعات اللاتحوية التى تصدرها السلطة التنفيذية، وبين هذه المراتب القانونية الرئيسية الثلاثة، يختلف الفقه حول تحديد المرتبة الإلزامية لغير ذلك من القواعد القانونية مثل المبادئ العامة للقانون والقواعد العرفية، ولعل مرد هذا الخلاف أنها قواعد قانونية غير مكتوبة أو بالأحرى غير مشرعة أى غير مقننة، ومن ثم وقع الخلاف حول مصدرها وأساس قوتها الإلزامية.

واستثناء من هذا الأصل، يستطيع المشرع الدستوري - دون غيره - أن يعدل من القوة الإلزامية للعمل القانوني، كأن يعطى بقوة لوائح الضرورة على سبيل المثال، إلى قوة القانون تقديراً منه لخطورة الظروف الاستثنائية ومقتضياتها، وهو الأمر الذى قرره المشرع الدستوري المصرى صراحة فى المواد ١٠٨ و١٤٧ من دستور ١٩٧١ والساتير السابقة عليه.

وفى حالات أخرى، يستطيع المشرع الدستوري أن يهبط بقوة العمل الإلزامية، كإن يهبط مثلاً بقوة القانون التى تتمتع بها بعض قواعد القانون القائمة إلى قوة للاتحة أى قوة العمل الإدارى، نتيجة اعتبارات محددة، مثلما حدث فى فرنسا فى ظل دستور ١٩٥٨ الحالى بصدد القواعد القانونية السارية بعد صدور هذا الدستور، والتى أوضحت موضوعاتها من الموضوعات المحترجة للاتحة وفقاً للمادة ٣٧ هذا الدستور، وذلك بالشروط والإجراءات المنصوص عليها فيه.

كما أنه بصدد بعض الأعمال القانونية التى لا ترتبط بسلطة عامة معينة، فإن المشرع الدستوري يتولى تحديد السلطة المختصة بها والقوة الإلزامية المقررة لهذه الأعمال بحسب ما يراعيه من اعتبارات سياسية أو قانونية، أو غير ذلك من الاعتبارات، ومن أمثلة ذلك المعاهدات، ففى مصر تختص السلطة التنفيذية مثل معظم الدول بسلطة عقد المعاهدات بصفة عامة، باستثناء بعض أنواع المعاهدات التى تقضى دساتير هذه الدول بضرورة موافقة السلطة التشريعية فيها عليها، ويحرص المشرع الدستوري فى هذه الحالة على تحديد القوة الإلزامية للمعاهدات بكافة أنواعها فيقرر لها قوة القانون على الأقل. ففى فرنسا مثلاً فبته وفقاً للمواد ٥٣ و٥٤ من دستور ١٩٥٨ الحالى تتمتع المعاهدات بقوة أعلى من القوانين، ولذلك فىالرغم من أن الأصل أن سلطة عقد المعاهدات فى فرنسا هى مما يدخل فى اختصاصات رئيس الجمهورية - مثلما هو الحال فى مصر وفقاً لدساتيرها منذ دستور ١٩٥٦ - إلا أن المعاهدات التى

من شأنها تعديل النصوص ذات الطبيعة التشريعية هي "مما لا يجوز التصديق أو الموافقة عليها إلا بموجب قانون" (م ٥٣)، كما أنه "إذا قرر المجلس الدستوري ... أن تعهداً دولياً يتضمن شرطاً مخالفاً للدستور، لا يمكن الإذن بالتصديق أو الموافقة عليه إلا بعد تعديل الدستور" (م ٥٤) وهو ما يؤكد أن القوة الإلزامية للمعاهدات في فرنسا وإن كانت "أعلى من القوانين" إلا أنها لا تصل إلى قوة الدستور<sup>(١)</sup>.

غير أنه يلزم ملاحظة أنه إذا كان للمشرع الدستوري أن يعدل في القوة الإلزامية العادية للعمل القانوني، فيقرر مثلاً أن للعمل الإداري في حالة الضرورة قوة القانون، فإنه لا يملك تعديل أو تغيير طبيعة العمل القانونية مهما كانت ظروف إصدار هذا العمل، ومن باب أولى فإنه إذا كان من حق السلطة التشريعية دستورياً، إعادة تنظيم اختصاصات السلطة التنفيذية، فإن ذلك لا يمكن أن يستتبع الحق في تغيير طبيعة العمل الإداري<sup>(٢)</sup>.

وقد استقر الرأي الغالب في الفقه والقضاء على الأخذ بالمعيار الشكلي أو العضوي بصفة أساسية لتحديد الطبيعة القانونية للأعمال القانونية مثل التشريعات والأحكام واللوائح، وذلك لما يتميز به هذا المعيار من وضوح وتحديد بالمقارنة مع المعيار الموضوعي الذي يعتمد على عناصر موضوعية تتعلق بالمضمون الداخلي للعمل، وهي عناصر لا تتمتع بنفس الدرجة من

---

(١) ومن المحتمل أيضاً أن يعهد المشرع الدستوري إلى رفع القوة الإلزامية لقانون عادي إلى مستوى القوة الإلزامية للدستور نفسه، وهو ما يتحقق وفقاً للمادة ٤ من الدستور الكويتي الحالي بصدد قانون توارث الإمارة، وهو أيضاً ما تحقق في مصر وفقاً لدستور ١٩٥٦ الذي أضفى على بعض نصوص قانون الإصلاح الزراعي قوة الدستور. راجع في ذلك:

الأستاذ الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية - ١٩٧٤ - ص ٢٩.

(2) Carré de MALBERG, Contribution a la théorie générale de l'Etat. 1920. t. II, P. 596.  
BATAILLER, Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel, 1966, L. G. D. J., P. 202.

الوضوح والتحديد التي تتمتع بها العناصر الشكلية أو العضوية للعمل والتي تركز أساساً على المظاهر الخارجية للعمل وصفة العضو الذي اتخذها.

وهكذا استقر الفقه والقضاء على أنه للتمييز بين القرارات الإدارية – مثلاً – وبين القوانين التي تمنها المجالس النيابية، فالعبرة وفقاً للمعيار الشكلي بالهيئة التي تقرر العمل والشكل الذي يصدر فيه والإجراءات التي تتبع في إصداره، دون النظر إلى مضمونه أو موضوعه أو قواه.

وتأسيماً على ذلك يكون العمل أو القرار إدارياً إذا كان صادراً من فرد أو هيئة تابعة لجهة الإدارة أو السلطة التنفيذية، ويكون العمل تشريعياً إذا كان صادراً من السلطة التشريعية، ويكون العمل قضائياً إذا كان صادراً من السلطة القضائية، وكل ذلك بصرف النظر عن مضمون العمل أو القرار ذاته.

وعليه فإن القرارات الصادرة من الإدارة، سواء كانت فردية أم لائحية، ومواء صدرت في الظروف العادية أم الاستثنائية، هي قرارات إدارية من حيث الطبيعة القانونية، وإن اختلفت قوتها الإلزامية بحسب ظروف إصدارها وموقف المشرع الدستوري منها.

ولعل أهم ما يترتب على هذه التفرقة بين الطبيعة القانونية للعمل وقوته الإلزامية – وهي التفرقة التي يغلها العديد من الفقهاء – هو خضوع كافة الأعمال الإدارية، مهما كانت قوتها الإلزامية، للرقابة القضائية على مشروعيتها من جانب القضاء الإداري، وهي الرقابة التي تتأسس على الطبيعة القانونية للعمل بلا جدال، حيث يختص القضاء الإداري بفحص مشروعية العمل الإداري، بغض النظر عما إذا كان هذا العمل يتمتع بقوته الإلزامية العادية أم بقوة إلزامية استثنائية خاصة، لأن هذه الاستثنائية ليس لها أدنى تأثير على خضوع العمل للرقابة القضائية أو عدم خضوعه لها، إذ ينحصر تأثيرها في تحديد مدى مشروعية أو عدم مشروعية العمل الإداري، سيما من حيث مدى مطابقة محل العمل الإداري لقواعد القانون، ومن ثم يتحول التماثل من مرحلة تحديد مدى اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية



المتصلة بهذا العمل والتأكد من توافر شروط قبولها، إلى مرحلة فحص أوجه مشروعية العمل أو عدم مشروعيتها<sup>(١)</sup>.

وفى هذا الصدد نشير إلى أن تدخل السلطات العامة الأخرى فى شأن أى عمل إدارى ليس له أى تأثير على الطبيعة القانونية لهذا العمل، وإذا كان من المسلم به أن تدخل السلطة القضائية بصدد الأعمال الإدارية، وهو ما يتحقق بما يباشره القضاء من أوجه رقابة على هذه الأعمال، لا يؤدى إلى المساس بطبيعة العمل الإدارى من قريب أو بعيد، فإن تدخل السلطات العامة الأخرى وأثر هذا التدخل ما زال محلاً للجدل الفقهي وتردد القضاء، وهو ما سنعرضه تفصيلاً فيما بعد عند دراسة أثر موافقة المصلحة التأسيسية - على أثر استفتاء شعبى - على بعض الأعمال الإدارية، فيما يتعلق بطبيعتها وقوتها القانونية.

وتأسيساً على ما تقدم فإننا نرى أن دراسة موضوع تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية يمكن أن تنقسم إلى أبواب ثلاثة وذلك على النحو التالى:

**الباب الأول:** وفيه نحدد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية، التشريعية منها وغير المشرعة أو بالأحرى غير المقننة كذلك.

**الباب الثانى:** ونخصصه لتحديد مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية ومكانتها أو مرتبتها فى تدرج القواعد القانونية سواء باعتبارها مصدر رسمى للقانون أم باعتبارها مصدر مادى للتشريع.

**الباب الثالث:** ونعرض فيه لنتائج تدرج القواعد القانونية وضمنانات تحقيق هذه النتائج.

(١) راجع مؤلفنا: مبادئ القانون الإدارى - نظرية العمل الإدارى - ٢٠١٣ - ص ٧٤ وما بعدها.

المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٦٥/٣/٢١ قضية ٣٦٧ لسنة ١٩٦٩، المجموعة السنة ١٠ رقم ٩١ ص ٩٠١.

## الباب الأول تعديد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية

سبق أن أشرنا إلى أن القواعد القانونية تنقسم وفقاً للمصادر فقهاً إلى نوعين: قواعد قانونية مكتوبة أو مدونة وتمثل في الدستور والقوانين – بالمعنى الضيق – واللوائح، وقواعد قانونية غير مكتوبة – والتي نفضل تسميتها بالقواعد غير المشرعة أو غير المقننة – وتمثل في المبادئ العامة للقانون والقواعد العرفية.

ولذلك فإننا نرى أن معيار التمييز بين القواعد القانونية المكتوبة والقواعد القانونية غير المكتوبة لا يتمثل في الكتابة أو التدوين وإنما في التقنين، والتقنين لغة مأخوذ من كلمة "قن" وهي المصدر ومعناها وضع القوانين، وهو معنى مقارب للاصطلاح أيضاً، إذ أنه يعنى جمع وصياغة الأحكام المتعلقة بمجال معين من مجالات العلاقات الاجتماعية في صورة مواد قانونية مبنية ومرتبطة ومرقمة ومصاغة بعبارات أمرة موجزة واضحة في بنود ذات أرقام متسلسلة تسمى مواداً، ثم إصدارها في صورة تشريع أو قانون أو نظام تفرضه الدولة للعمل به في هذا المجال، وبه يتقيد القضاة ويرجع إليه المحامون ويتعامل على أسامه المواطنون.

فالتقنين علم وصياغة وإلزام وليس مجرد تبويب وترقيم واختصار، وعليه يمكن القول بصدد مدلول التقنين وعلاقته بالقانون، بأن للتقنين معنيان وإن كنا متكاملان، فهو من ناحية يطلق على كل تشريع عام يتضمن جميع النصوص القانونية التي تنظم فرعاً بأكمله من فروع القانون أو مسألة من المسائل القانونية الكبرى في مجال العلاقات الاجتماعية، بحيث يمكن العمل بها وإتباعها دون أن يكون هناك اختلاف أو تعارض في الأحكام التي يتضمنها التقنين، حيث أن القاعدة التشريعية لا يكتمل وجودها إلا بعنصر الإلزام والامتثال إلى حكمها، وهو الأمر الذي لا يتحقق بالتراضى دائماً وإنما قد يمتدعى فرضه بالتقاضى.

ومن ناحية أخرى يعتبر التقنين من أهم وسائل الصياغة القانونية التي تلجأ إليها الدولة لإلزام الناس بما في التقنين من أحكام أو قواعد كمصدر رسمي للقانون. وذلك من خلال تجميع وتبويب وترتيب القواعد القانونية الحاكمة لفرع من فروع القانون أو أحد موضوعاته بواسطة السلطة المختصة بالتقنين أو بإعداده، وفقاً لخطة معينة يتحقق عن طريقها التنسيق والتوفيق بين الأصول والفروع، ويزيل شبهة التعارض بين أحكام هذه القواعد القانونية المقننة.

ولا شك في أن صياغة النص التشريعي هي الأداة الرئيسية إلى حسن فهمه وتفسيره، وبالتالي إلى إمكانية تفعيله وتنزيله، وحيث أن التقنين يضمن الإلزام بالنصوص المقننة، فهو يدخل في واجبات السلطة التشريعية، وعلى ذلك لا يجوز على الإطلاق أن يوصف أي تجميع لقواعد أو نصوص يقوم به أحد الفقهاء أو الهيئات العلمية بأنه تقنين.

وما من شك في أن أهم مزايا التقنين هي توحيد القانون واجب التطبيق ومن ثم توحيد سلوك الأفراد في المجتمع. وخاصة في البلاد التي تحكمها قواعد عرفية مختلفة أو تشريعات متعددة أو متنوعة المصدر، أما أهم عيوبه فهي ما قد يؤدي إليه التقنين من جمود للقانون كما لو كان شيئاً ثابتاً لا يتغير، بما مؤداه ضياع مرونته وقدرته على التطور والتحديث، ما لم يتخذ القضاء - بمساعدة الفقه - موقفاً مرناً عند التطبيق بأن يقوم بتطويع النصوص الواردة في التقنين بما يحقق العدل ولو أدى ذلك إلى تخطي قصد المشرع أو تعديل مدلول النصوص، وهو الأمر الذي يرفضه جانب كبير من الفقه، إذ يرون ضرورة إلزام القاضى بإزالة حكم القانون ولو كان مخالفاً لرايه.

وتأسيساً على ما تقدم يلزم علينا تحديد المرتبة الإلزامية لكل نوع من القواعد القانونية، وهو ما نتناوله تفصيلاً في فصلين: الأول منهما نخصه للقواعد القانونية المدونة أو بالأحرى المشرعة، والآخر نحدد فيه مرتبة القواعد القانونية غير المشرعة.

## الفصل الأول

### المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المقننة

سبق أن بينا أن هناك ثلاثة أنواع من القواعد القانونية المقننة أو المشرعة، وذلك بالنظر إلى الجهة أو السلطة التي قامت بتشريعها، وهي القواعد الدستورية التي تختص السلطة التأسيسية بإقرارها، والقواعد التشريعية التي يتولى البرلمان أو بالأحرى السلطة التشريعية سنها، وهي التي يطلق عليها اصطلاحاً "القوانين" بالمعنى الضيق، كما يطلق عليها أحياناً لفظ "التشريع العادي" بالمقابلة للفظ "التشريع الأساسي" أي الدستور، و"التشريع الفرعي" أي اللانحة، وذلك تجئ "اللوائح" التي تقوم السلطة التنفيذية بوضعها في نهاية مراتب تدرج القواعد القانونية المشرعة أو المقننة.

وعليه نتناول بالدراسة كل من القواعد الدستورية والقواعد التشريعية والقواعد اللانحية، لبيان مرتبتها الإلزامية كل في محبت مستقل.

## المبحث الأول

### القواعد الدستورية

يعتبر الدستور التشريع الأساسي في أية دولة قانونية، حيث لا يتصور قيام الدولة القانونية دون أن يكون لها دستوراً يقيم النظام في الدولة ويؤسس الوجود القانوني للهيئات الحاكمة في الجماعة، ويحدد وسائل حماية من لا سلطة لهم في مواجهة من لهم السلطة، فيبين الحقوق والحريات الفردية، والتي تهدف إلى حماية الفرد والأقليات من احتمالات تصسف واستبداد الأغلبية.

ومن هذا المنطلق فإنه يتعذر القول بأن دولة ما هي دولة قانونية بدون وجود القواعد الدستورية اللازمة لتنظيم هذه الدولة، ومن ثم يعتبر الدستور أول مقومات الدولة القانونية، ولذلك يطلق عليها أيضاً اصطلاح "الدولة الدستورية".

ويذهب الفقه الدستوري إلى وصف الدولة بأنها دستورية إذا كانت ذات نظام دستوري أي تكون السلطة فيها مقيدة، لأن الدستور في جوهره منظومة من القيود على ممارسة السلطة العامة، والمجتمع الذي يراعى هذه القيود يؤسس دولة دستورية، ففي طليعة المبادئ الدستورية أن تكون السلطة مقيدة، والدستور بتنظيمه لتلك السلطة المقيدة هو درع المجتمع في مواجهة احتمال تعسف السلطة، حتى وإن كانت سلطة شرعية، لأن شرعية السلطة لا تغني عن مشروعية أعمالها وتصرفاتها، بحيث تأتي القوانين والأنظمة التي تصدر عن تلك السلطة متطابقة مع الدستور، وتحت طائلة الإبطال من قبل جهة رقابية تتولى رقابة الدستورية، بهدف تأمين خضوع السلطات العامة للقيود الواردة في الدستور، وحماية الحقوق والحريات من احتمال عسف السلطة التنفيذية تحت سقف القانون الذي تضعه السلطة التشريعية.

وعلى ذلك فإن احترام الدستور والالتزام بأحكامه وليس مجرد وجوده فقط هو نقطة الانطلاق نحو تحقيق الدولة الدستورية، والضمانة الفعالة لمبدأ سمو الدستور، وهو مبدأ مقرر لصالح أفراد المجتمع يتمسكون به في مواجهة السلطات العامة في الدولة.

ويقصد بالقواعد الدستورية مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرر المقومات والأسس والأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة أو المجتمع. ولما كانت هذه القواعد هي التي تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها، وتحدد نطاق اختصاص كل منها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات، فإنه يترتب على ذلك أن تسمو هذه القواعد وتحتل المرتبة الأولى على قمة التنظيم القانوني للدولة، وتبعاً لذلك تلتزم جميع السلطات باحترام هذه القواعد بأن تمارس اختصاصاتها في الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين في الدستور.

والأصل أن ترد هذه القواعد في وثيقة تسمى بالمشور الذي يعد في هذه الحالة أول مصدر من مصادر المشروعية، غير أنه قد ترد مثل هذه القواعد في أكثر من وثيقة أو في وثائق أخرى يطلق عليها أحياناً إعلانات الحقوق أو المواثيق، كما قد يرد بعضها في مقدمات الدساتير ذاتها، بل وفي بعض قوانين السلطة التشريعية في صورة قوانين أساسية مكملة للمشور، وفي هذه الحالة تعمل هذه القوانين الأساسية معاملة التشريعات البرلمانية ويمت الوثائق الدستورية خلافاً لمقدمات الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق، وعليه نعرض أولاً لهذه الصور الدستورية ثم نبين بعد ذلك دور المشور باعتباره اسمى القواعد القانونية.

### المطلب الأول

#### مقدمات الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق

مقدمات الدساتير هي تلك للمبادئ والقواعد التأسيسية التي تنصدر من الدساتير عادةً بخلاف المواد القانونية التي تتضمنها هذه الدساتير، ومثلها مقدمة المشور المصري لعام ١٩٧١، ومقدمة المشور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦.

أما المواثيق وإعلانات الحقوق فهي وثائق سياسية منفصلة عن المشور، تنص في الغالب على الحقوق والحريات الفردية التي يتمتع على الدولة احترامها، علاوة على بعض الأسس التي يجب أن يقوم المجتمع على مقتضاها. وتحرم بعض الدول على إصدار مثل هذه الوثائق أثر قيام نظام جديد فيها نتيجة ثورة أو حركة تحرير، حيث يهتم من يتولى الحكم بعد نجاحها، بتسجيل المبادئ والأسس والحقوق والواجبات التي ينبغى أن يقوم عليها المجتمع الجديد من الناحية السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

ومن أمثلة المواثيق، الوثائق الوطنية الذي أعلن في مصر في ٢١ مايو ١٩٦٢، وبيان ٣٠ مارس عام ١٩٦٨، أما إعلانات الحقوق فمثلها إعلان

حقوق الإنسان والمواطن الذي صدر في فرنسا عقب الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩.

وقد ثار النقاش حول التكييف القانوني لطبيعة القواعد والمبادئ الواردة في هذه الوثائق وقيمتها القانونية، وذلك بصدد تحديد مدى التزام السلطات العامة في الدولة باحترام هذه القواعد وتلك المبادئ.

**أولاً: التكييف القانوني لطبيعة المبادئ الواردة في المواثيق وإعلانات الحقوق ومقدماتها:**

اختلف الرأي فيما يتعلق بطبيعة هذه المبادئ ومدى اعتبارها من القواعد القانونية الملزمة، حيث ظهرت عدة اتجاهات هي:

١- يذهب اتجاه إلى إنكار تمتع المبادئ والأسس الواردة في هذه المواثيق بطبيعة القواعد القانونية ومن ثم مجردها من كل قوة إلزامية وقيمة قانونية، فهي مجردة لإصاح عن مبادئ فلسفية وسياسية تعبيراً عن آمال ومثل وأهداف السلطة التأسيسية، وبالتالي فليس لها سوى قيمة أدبية.

ويترتب على ذلك عدم التزام السلطات العامة التي ينشئها الدستور بهذه المبادئ أو الأسس لأنها ليست قواعد قانونية محددة، بالرغم من صدورها عن السلطة التأسيسية إذ لو أرادت تلك السلطة أن تعتبرها من القواعد القانونية الملزمة لأدرجتها ضمن مواد الدستور ذاته<sup>(١)</sup>.

وقد اعتنقت المحكمة العليا قبل استبدالها بالمحكمة الدستورية العليا الحالية في مصر هذا الاتجاه في العديد من أحكامها، فبصدد إعلانات حقوق الإنسان، قضت المحكمة بأن "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته

(١) الأستاذ الدكتور ماجد الحلو: المرجع السابق - ص ١٨، الأستاذ الدكتور عبد الحميد

حشيش: الوجيز في القانون الدستوري - ١٩٨٠ - ص ٨٩.

الدكتور كمال أبو العيد: مبدأ الشرعية في الدولة الاشتراكية - رسالة على الآلة الكتابة

- القاهرة ١٩٧٥ - ص ٨٢.

GARRE DE MALBERG, Contribution a la théorie de l'Etat, 1920, t. II, p. 78.

A: ESMEIN, Elements de droit Constitutionnel, 8e éd., t. I, p. 591.

الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ ووقعته مصر، لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة، وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها...."<sup>(١)</sup>.

كما أنها بالنسبة للمواثيق، وعلى الأخص بصدد الميثاق الوطني الذي أعلن في مصر في ٢١ مايو ١٩٦٢، قضت المحكمة بأن "الميثاق وثيقة عبرت فيها ثورة ٢٣ من يولية ١٩٥٢ عن مبادئها وأهدافها وخطتها الشاملة لتحقيق هذه المبادئ والأهداف، وهو لا يخرج عن كونه دليلاً فكرياً يقود خطى الشعب إلى المستقبل حسبما أفصحت عن ذلك مقدمة دستور سنة ١٩٦٤، ومن ثم يتعين لإعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ قوة الدستور، أن تقتن هذه المبادئ فى نصوص دستورية تكون هى المرجع عند الفصل فى دستورية القوانين"<sup>(٢)</sup>.

وبصفة عامة قضت المحكمة بأن "مثل الميثاق فيما أرساه من مبادئ فلسفية عليا وما تضمنه من أهداف كمثل إعلانات الحقوق التى عرفتها الأمم المتقدمة والتي تقتن عادة بالثورات الناجحة، فتصدر معلنة مبادئ الحق والحرية والعدالة والمساواة فضلاً عن أهداف المجتمع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ويكون صدورها تمهيداً لإعداد دستور مكتوب يستمد أصوله وأحكامه من تلك المبادئ والأهداف، ويكون لهذه الأصول والأحكام التى يتبناها الشارع ويصوغها فى نصوص دستورية لها قوة ملزمة، أما ما عداها من مبادئ وأهداف لم ينقلها الشارع إلى نصوص الدستور، فيظل مثلاً عليا ونظريات فلسفية حتى يقتضى الصالح العام للدولة تطبيقها وتنفيذها، فينقلها الشارع من مجال المبادئ العامة إلى مجال التنفيذ، وذلك بإقرارها فى صورة نصوص محددة فى صلب الدستور، فتكون لها القوة الملزمة ... وقد كان الميثاق بين يدي الشارع عند سن قانون المحكمة العليا ... فلم يقمحه فى مجال رقابة

(١) حكمها فى ١٩٧٥/٣/١ دعوى ٧ لسنة ٢٢ دستورية، المجموعة - القسم الأول - ١٩٧٧ - ص ٢٢٨.

(٢) حكمها فى ١٩٧٥/٤/٥ دعوى ٩ لسنة ٤٤ عليا دستورية، المجموعة القسم الأول - طبعة ١٩٧٧ - ص ٢٥٨.



دستورية القوانين تقديراً منه للميثاق كوثيقة سياسية عليا تتضمن مبادئ عامة ونظريات فلسفية ... فهو توجيه للشارع الدستوري وللشارع العادي على السواء، ولكنه ليس دستوراً ولا قانوناً، ولن يكون كذلك إلا إذا صيغت مبادئه في نصوص تشريعية محددة منضبطة تنقل هذه المبادئ من مجال النظر والفكر إلى مجال العمل والتنفيذ"<sup>(1)</sup>.

٢- يتجه الرأي الغالب في فرنسا إلى الاعتراف بالطبيعة القانونية للقواعد والمبادئ التي ترد في إعلانات الحقوق والمواثيق ومقدمات الدساتير، مما يعنى أن لهذه القواعد قوة إلزامية<sup>(2)</sup>، وإن اختلفت على شأن تحديد مرتبة هذه القوة على نحو ما سنبينه لاحقاً.

والمفروض أن يؤدي تمتع هذه المبادئ بالقوة الإلزامية إلى تطبيقها والتزام السلطات العامة باحترامها بمجرد صدورها، غير أن البعض من أنصار هذا الاتجاه يذهب إلى القول بأنه يشترط لتطبيق هذه المبادئ والالتزام بأحكامها من وقت صدورها، أن تكون قد اتخذت طابع القواعد الموضوعية المحددة، أما إذا كانت هذه المبادئ تقف عند مجرد بيان أهداف المجتمع الفلسفية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، فلا يتصور تطبيقها من وقت صدورها ما دامت غير محددة، ولكن يتعين على السلطات الحاكمة أن تلتزم بها عند وضع الدستور أو القوانين العادية فلا تصدر هذه التشريعات على خلاف تلك المبادئ.

٣- يتجه رأي ثالث بحق إلى أنه يتعين التفرقة بين نوعين من النصوص التي تحتويها هذه الوثائق، الأولى النصوص التي تشكل قواعد

---

(1) حكمها في ١٩٧٥/٤/٥ دوى ١٣ لسنة ٤ ق عليا دستورية، المجموعة - القسم الأول - ١٩٧٧ - ص ٣٩٢. وخلافاً لذلك ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى التسليم لمقدمة الدستور بطبيعة النصوص الدستورية وقوتها باعتبارها تكون مع الأحكام التي ينظمها كلاً غير منقسم "Bloc Constitutionnel".  
راجع حكمها في ١٩٩٤/٦/٢٠ قضية ٣٤ لسنة ١٣ ق. دستورية.

(2) M. HAURIU, Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 85.

DUGUIT: Traité de droit constitutionnel, 2e éd., 1921, t. II, p. 10

قانونية بالمعنى الفنى الدقيق، أى المنشئة لمراكز قانونية محددة واضحة بحيث تكون قابلة بذاتها للتطبيق المباشر، فتكون لها الطبيعة القانونية وقوة الإلزام القانونى، والثانية النصوص التى تقتصر على مجرد التعبير عن التوجيهات والأهداف والآمال والمثل العليا والعقائد الفلسفية التى تحتفظها السلطة التى أقرتها، بحيث يتعدى أن تكون قواعد قانونية واضحة المعالم وقابلة للتطبيق بذاتها، وهذه لا يكون لها بداية إلا مجرد قيمة فلسفية وأهمية سياسية وقوة إلزام أدبية.

ويعتق هذا الرأى غالبية الفقه المصرى وبعض الفقهاء الفرنسيين والقضاء الفرنسى<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: المرتبة القانونية للمبادئ الواردة فى الوثائق وإعلانات الحقوق ومقدمات السلطات:**  
بالرغم من اتفاق غالبية الفقه على أن للقواعد الواردة فى هذه الوثائق أو لبعضها على الأقل، طبيعة القواعد القانونية وبالتالي قوة الإلزام القانونى، إلا أن الخلاف اشد بينهم فى تحديد القيمة أو المرتبة القانونية لهذه القوة الملزمة، فظهرت فى هذا الصدد ثلاثة اتجاهات:

**الاتجاه الأول:** ويذهب إلى أن للمبادئ الواردة فى هذه الوثائق قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها باعتبارها من المبادئ الحاكمة أو فوق الدستورية أى أنها تعطو على إرادة السلطة التأسيسية الأصلية، استناداً إلى أنها تتضمن الأسس التى يجب أن تقوم عليها نصوص الدستور، كونها تعد تعبيراً عن الإرادة العليا للمجتمع، وتحتوى على المبادئ الأساسية الدستورية

(١) الأستاذ الدكتور محمود حافظ: القضاء الإدارى - الطبعة ٧ - ١٩٧٩ - ص ٢٩.  
الأستاذان الدكتور بكر القباني والدكتور محمود عاطف البنا: الرقابة القضائية لأعمال الإدارة - الطبعة الأولى ١٩٧٠ - ص ٤٢.  
الأستاذ الدكتور كامل ليلة: المرجع السابق - ص ٢٤.

BURDEAU, Droit Constitutionnel et institutions politique, 17 éd., 1976, p. 75.  
DE LAUBADRE, Cours de droit constitutionnel, 1955/ 1956, p. 109.  
C. E. 12/2/1960, Societe Fky, L. 101.

المستقرة في الضمير الإنساني العالمي، مما يتعين معه احترامها وإعمالها بدون حاجة إلى النص الصريح عليها، وبذلك تكون هذه المبادئ ملزمة للسلطة التأسيسية التي تقوم بوضع الدستور فضلاً عن السلطات العامة التي أنشأها هذا الدستور والتي تسمى بالسلطات المؤسسة وهي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية<sup>(١)</sup>.

بيد أنه يؤخذ على هذا الرأي - في تقديرنا - أنه ليس هناك من القواعد القانونية ما يعلو على الدستور، استناداً إلى أن السلطة المختصة بوضع الدستور هي السلطة التأسيسية الأصلية، وهي سلطة عليا لا توجد سلطة أخرى تلوهما لأنها تعبر في الدول القانونية عن إرادة صاحب السيادة أي الشعب، ولأنها هي التي تقرر أسس النظام القانوني للجماعة، ولذلك فهي سلطة أصيلة ومستقلة وغير مقيدة، إضافة إلى أن تحديد من يضع أو يقر هذه الوثائق أو تلك المبادئ الحاكمة باعتبارها قواعد فوق دستورية سيتمتع حتماً بمنزلة أعلى من الشعب صاحب السلطة التأسيسية الأصل فيكون وصياً عليه ورفيقاً على تصرفاته مما يتناقض بحدة مع المبدأ الديمقراطي، فإذا كان من يضعها أو يقرها هو الشعب ذاته - في وقت معين - فإنه بذلك يصادر حق الأجيال التالية في اختيار نظامه السياسي أو تعديله في الدستور.

الاتجاه الثالث: يذهب الرأي الراجح بحق<sup>(٢)</sup> إلى الاعتراف للمبادئ الواردة في هذه الوثائق بنفس القوة القانونية لقواعد الدستور، استناداً إلى أنها نابعة هي الأخرى عن إرادة السلطة التأسيسية، ومن ثم تتمتع بنفس قيمة النصوص الدستورية في مواجهة سلطات الدولة الثلاثة، وخاصة المجالس النيابية، باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من هذه النصوص الدستورية، إلى جانب

(١) الأستاذ الدكتور محمود حلمي: المرجع السابق - ص ١٧٤.

الأستاذ الدكتور محمود حافظ: المرجع السابق - ص ٢٩.

الأستاذ الدكتور فؤاد المطار: القضاء الإداري - ص ٢٩.

DUGUIT, op. cit., . I p. 143 - 144, t II, p. 0 et s.

(٢) الأستاذ الدكتور محسن خليل: القضاء الإداري ورقبته لأعمال الإدارة - ص ١٧.

الأستاذ الدكتور كامل ليلة: المرجع السابق - ص ٢٥.

LAFERRIERE, Manuel de droit constitutionnel, 197, p. 962 et s.

التزام السلطة التأسيسية الفرعية المختصة بتعديل الدستور بها ما دام هذا الدستور لم يخالفها أو يعدلها.

**الاتجاه الثالث:** يتجه بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى الاعتراف لهذه المبادئ بقيمة القوانين العادية باعتبارها تنص على بعض الحقوق، ولكنها لا يمكن أن ترقى على مرتبة النصوص الدستورية الجامدة، فلو أن واضعيها قد أرادوا لها سمو تلك النصوص وحصانتها لأوردوها في صلب الدستور. ولذلك يجوز للبرلمان أن يتناولها بالتعديل حسب ما يترأى له ووفقاً لما يمليه عليه الصالح العام، أما الإدارة فإنها تلتزم باحترامها كما تلتزم باحترام القوانين العادية. ويعوب هذا الاتجاه أنه يتجاهل صفة مُصدر الوثائق التي تدر هذه المبادئ وتمساوى بين إرادة واضعيها إذ تمثلت في الشعب ذاته وبين إرادة السلطات العامة التي أنشأها الدستور، بل وترجح إرادة البرلمان عليها بغير سند بزعم رفض الشعب ذاته منح صفة السمو لها وهو زعم غير صحيح بدون نص صريح بذلك.

#### **المطلب الثاني**

#### **دور الدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية**

ليس ثمة شك أو جدال في فقه القانون الدستوري حول مكانة القواعد الدستورية، فهي تنبأ قمة التنظيم القانوني للدولة مما يجعلها أهم عناصر المشروعية والمصدر الأول لها، ويترتب على ذلك أن السلطة المختصة بوضع الدساتير هي سلطة غير مشروطة، لا تنتقيد بأية قواعد أخرى تعلوها، في حين تنتقيد السلطات الأخرى المختصة بوضع القواعد القانونية الأخرى، بأحكام الدستور ومبادئه، وتبعاً لذلك فإن السلطة التأسيسية المختصة بوضع الدستور لا تندرج ضمن السلطات التي تخضع للقانون، حيث لا يحكم عملها أية قواعد قانونية عليا، ومن ثم لا تخضع لرقابة القضاء، بينما تخضع السلطات الأخرى

---

(1) JEZE, Valeur juridique des Déclarations des droits, R. D. P. 1913. 685 et s.

لهذه الرقابة لوجود القواعد الدستورية التي يتعين عليها التزامها عند مباشرة اختصاصاتها.

وعلى ذلك تعد النصوص الدستورية الأساس لكل قاعدة قانونية تليها في المرتبة، ويستتبع ذلك أنه لا يجوز لأى من السلطتين التشريعية أو التنفيذية أن تجاوز عند ممارسة نشاطها الحدود التي رسمها الدستور، وإلا كان عملها مخالفاً لمبدأ المشروعية، وذلك على النحو التالي:

#### ١ - خضوع السلطة التشريعية للدستور:

ينعقد الإجماع بين الفقهاء حول ضرورة خضوع السلطة التشريعية للدستور، ومن ثم يتعين مطابقة كافة أعمال هذه السلطة سواء كانت تشريعات أو أعمال برلمانية لأحكام النصوص الدستورية، وإلا تعرضت للحكم بعدم دستوريتها.

بيد أنه يجب ملاحظة أنه وفقاً للفقهاء الدستوري السائد، فإن الدساتير تنقسم إلى دساتير جامدة وأخرى مرنة، وتتميز الأولى بأنها تتطلب إجراءات خاصة لإصدارها أو تعديلها أو إلغاؤها، وهي إجراءات أشد من تلك التي تتطلبها القوانين العادية، بينما لا تتطلب الدساتير المرنة مثل هذه الإجراءات، وبالتالي يمكن للبرلمان أن يجرى بشأنها ما يراه ملائماً من تعديل أو الغاء أو حذف أو إضافة وفقاً لنفس الإجراءات وبذات الشروط والأشكال التي يسن بها القوانين العادية ويلغيها أو يعدلها.

ويترتب على ذلك أن السلطة التشريعية تلتزم بأحكام الدستور الجامد وفقاً لمبدأ المشروعية في حين أنها تتخلص من هذا الالتزام في ظل الدستور المرن، فتستطيع مخالفة أحكام الدستور دون أن يكون ذلك مخالفاً لمبدأ المشروعية.

ونحن لنن كنا نتفق مع مجمل هذا الرأي السائد فقهاً، إلا أننا نختلف معه في سند حق السلطة التشريعية في تعديل الدستور المرن، حيث يكتمل هذا الفقه

بصمت المشرع الدستوري عن تنظيم معاملة تعديل الدستور بإجراءات خاصة لا اعتبره مرناً وليس جامداً، ففي تقديرنا إن جمود الدستور، لا يتحقق فقط بالنص على الإجراءات الخاصة المشار إليها، وإنما قد يتحقق ولو لم ينص الدستور على تلك الإجراءات، وذلك إذا ما قرر الدستور أو نظم أسلوب الرقابة على دستورية القوانين التي يسنها البرلمان، بمعنى أن سمو الدستور يترتب إما نتيجة تقرير بعض الإجراءات الخاصة لإصدار وتعديل وإلغاء النصوص الدستورية، أو بالنص صراحة على وجود الرقابة على الدستورية أو تنظيمها، بل ويكفي أن ينص الدستور على تولى السلطات العامة مباشرة اختصاصاتها على النحو المبين في الدستور، أو على احترام نصوصه في اليمين الدستورية ليكون جامداً باعتبار أن الأصل في الدساتير الجمود وليس المرونة<sup>(١)</sup>.

ومن الملاحظ في الدستور المصري لعام ١٩٧١، أن المشرع الدستوري نص في المادة ١٨٩ منه على إجراءات خاصة مشددة لتعديل مادة أو أكثر من مواد هذا الدستور، وفي نفس الوقت نظم في المواد ١٧٤ : ١٧٨ كيفية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، كما نص على تولى السلطات العامة اختصاصاتها على النحو المبين في الدستور، وعلى احترام الدستور في القيم الدستوري لهذه السلطات، وبذلك يعد هذا الدستور من الدساتير الجامدة وبالتالي تلتزم السلطتين التشريعية والتنفيذية باحترام أحكامه بحيث لا يجوز أن تصدر من أي منهما أعمالاً تخالف نصوصه أو لا تتفق معها

(١) ومع ذلك فإن الاكتفاء بالنص على الرقابة على الدستورية أو تنظيمها هو فرض نظري تماماً، حيث لم يتحقق عملاً في أي من الدساتير المصرية أو الفرنسية، علاوة على احتمال التشكيك في مدى مشروعية الجمود في مثل هذا الدستور، لما يتصف، به من جمود مطلق في هذه الحالة، وإن كنا نرى أنه يمكن حل هذه المشكلة بتقرير إمكانية تعديل الدستور باتباع ذات الإجراءات التي اتخذت لإقرار الدستور وذلك وفقاً لقاعدة تقابل أو توازي الأشكال، واستناداً إلى هذه القاعدة يمكن القول بأن الأصل في الدساتير الجمود حيث لا يجوز تعديلها إلا بنص إجراءات إقرارها في حالة عدم وجود نص. راجع في تفاصيل هذا الموضوع مؤلفنا: القانون الدستوري والشرعية الدستورية - الطبعة الثانية ٢٠٠٥ - ص ١٢٤ وما بعدها.

أو مع الإجراءات المرسومة فيه لصورها وإلا شابهها عيب عدم الدستورية أو عدم المشروعية.

## ٢- خضوع السلطة التنفيذية للدستور:

يرى البعض أن خضوع السلطة التنفيذية للدستور يتم فى الأصل بطريق غير مباشر، على أساس أن هذا الخضوع للدستور إنما يتحقق من خلال التزام هذه السلطة بتنفيذ القانون، ومن ثم يكون العيب المباشر الذى يصيب أعمال الإدارة هو عيب عدم المشروعية وليس عيب عدم الدستورية، وذلك بمخالفتها للقانون الذى يقف دائماً بين القاعدة الدستورية والعمل الإدارى، حتى ولو مثل هذا العيب مخالفة للقاعدة الدستورية كذلك<sup>(١)</sup>.

غير أننا نعتقد أنه كما يصيب العمل الإدارى عيب عدم المشروعية، بمعنى مخالفته للقانون أو للمبادئ العامة للقانون، فإنه يصيبه أيضاً عيب عدم الدستورية، بمعنى مخالفته لقواعد الدستور مباشرة، وهو العيب الأهم والأكثر خطورة من العيب الأول الذى وإن كان يصيب غالباً محتوى ومضمون العمل الإدارى، فإن عيب عدم الدستورية يصيب بالإضافة لذلك إجراءات وضع هذه الأعمال، أو بمعنى أدق كيفية ممارسة الإدارة لاختصاصاتها الدستورية وفقاً للشروط والقيود الواردة فى الدستور والتي تحدد متى وكيف يمكن للإدارة ممارستها وحدود تلك الممارسة.

ويبدو ذلك جلياً بصدد الأعمال اللانحوية للإدارة، حيث يصبح العيب المباشر الذى يصيب اللانحوة هو فى الغالب الأعم عيب عدم الدستورية وليس عيب عدم المشروعية، يؤيد ذلك أن مخالفة اللوائح لقواعد القانون لا تظهر بصورة مباشرة سوى فى نوع واحد من اللوائح وهو اللوائح التنفيذية، أما الأنواع الأخرى وهى الأكثر أهمية وخطورة، وهى اللوائح المستقلة واللوائح

(١) الدكتور السيد محمد إبراهيم: مقالته حول "دستورية القوانين وشرعية اللوائح" - مجلة العلوم الإدارية السنة ١٣ عدد ٣ ص ١٦٢، ١٦١.  
المستشار طه أبو الخير: حرية الدفاع - الطبعة الأولى ١٩٧١ - ص ٧٧٨.

التي تصدر في ظل الظروف الاستثنائية متمتعة بقوة القانون، والتي يطلق عليها لوائح الضرورة فالغالب أن يصيبها عيب عدم الدستورية نظراً لغياب القانون في العلاقة بينها وبين الدستور في معظم الأحوال، ومن ثم لا يلحقها عيب عدم المشروعية إلا في حالة مخالفتها للمبادئ العامة للقانون.

ولا شك أن تجاوز السلطة التنفيذية للحدود الواردة في الدستور يعد اغتصاباً غير مشروع للسلطة التشريعية وهو ما يمثل أكبر الخطر على حقوق وحرية الأفراد، مما يعد انتهاكاً جسيماً لمبدأ المشروعية<sup>(١)</sup>.

وتأسيماً على ما تقدم، فإن خضوع السلطة التنفيذية للدستور يكون إما خضوعاً مباشراً من غير حاجة إلى توسط القواعد القانونية وهو ما يتحقق بصدد شروط وإجراءات ممارسة السلطة التنفيذية لمعظم اختصاصاتها، أو عندما ترد بعض النصوص الدستورية متضمنة لأحكام ومبادئ يمكن تنفيذها مباشرة دون حاجة لصدور قانون سابق بتنظيمها، وإما أن يكون خضوعاً غير

---

(١) والواقع أن عيب عدم المشروعية يتضمن في نفس الوقت "عدم الدستورية" لأن عدم المشروعية كما يكون لمخالفة القوانين أو المبادئ العامة للقانون، فإنه أيضاً يكون بمخالفة القواعد الدستورية.

أنظر الأستاذ الدكتور سعد صغفور: مشكلة الضمانات والحرية العامة - المحاضرة السنة ٥٦ عدد ٣، ٤ ص ١٥٥، حيث يقرر "أنه في الدول ذات الدساتير الجامدة يتمع مبدأ المشروعية ليشمل مبدأ الدستورية، فالإدارة إذ تصدر لائحة يتعين عليها أن تلتزم أحكام القانون وإلا كانت غير مشروعة، وأن تلتزم أحكام الدستور وإلا كانت غير دستورية".

وأنظر كذلك الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور - مجلة الحقوق السنة ٨ عدد ٣، ٤ ص ٥. وذلك جرى التقه والقضاء على قصر اصطلاح "عدم المشروعية" على أحوال مخالفة اللوائح للقوانين دون القواعد الدستورية التي اختصاصها باصطلاح "عدم الدستورية" سواء بالنسبة للقوانين أو اللوائح.

أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٧/٦/٢٩ القضية ١٦١ لسنة ١٩٥٧ ق، المجموعة ١ لسنة ٢ رقم ١٣٧ ص ١٣٣٥، وحكمها في ١٩٥٨/٧/١٢ القضية ٩٢٩ لسنة ٢ ق، المجموعة السنة ٣ رقم ١٧٣ ص ١٦٩١.

وحكم المحكمة العليا في ١٩٧١/٧/٣ قضية ٤ لسنة ١ ق، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا ليلقوت العثماني وعبد الحميد عثمان - الجزء الأول في الدعوى الدستورية، ص ٧٦ - ١٠٩.



مباشر إذا تعلق الأمر بوظيفة الإدارة في تنفيذ القوانين حيث يشترط الدستور أن يتم التنفيذ بما ليس فيه تعديل أو تعطيل للقوانين أو إعفاء من تنفيذها.

## المبحث الثاني القواعد التشريعية

يقصد بالقواعد التشريعية القوانين التي تمنها السلطة التشريعية في الدولة، أي المجلس أو المجالس النيابية والتي يطلق عليها "البرلمان"، والذي يختص بوظيفة التشريع وفقاً لأحكام دستائير معظم الدول استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وهو المبدأ الذي تقوم الدول القانونية على أساسه، بهدف عدم تركيز السلطة في يد واحدة، بحيث يتم توزيع الوظائف القانونية للدولة بين الهيئات الحاكمة التي تتعدد بقدر تعدد هذه الوظائف، ولذلك فمن المنطقي أن يختص البرلمان وهو الهيئة التي تضم ممثلي الشعب صاحب السيادة في الدولة الديمقراطية، بمهمة سن القوانين بهدف بيان وتحديد الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة.

وتأتي القوانين في مرتبة تالية للقواعد الدستورية من حيث تدرج القواعد القانونية وذلك نظراً لصدورها عن ممثلي الشعب ونوابه مما يحتم سموها عن غيرها من الأعمال القانونية الصادرة عن السلطات الأخرى. ولذلك تعد القوانين المصدر الثاني من مصادر التنظيم القانوني في الدولة، ومن ثم تلتزم كافة الهيئات العامة في الدولة بالإضافة إلى الأفراد باحترام أحكامها ما لم تلغ أو تحل طبقاً للإجراءات المقررة.

وتطبيقاً لذلك يتعين على الإدارة أن تباشر أعمالها وفقاً لما تقضى به القوانين حتى لا تنتم هذه الأعمال بعدم الشرعية أو المشروعية، ويحق بالتالي للقضاء الإداري أن يلغى العمل المخالف للقانون أو أن يعوض عن الأضرار الناجمة عنه.

وعليه، يعد مبدأ المشروعية الأساس القانوني لخضوع الإدارة للقوانين باعتبارها السلطة المختصة بتنفيذها والتي ألزمها الدستور بوضع القوانين موضع التنفيذ بغير تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها.

بيد أن خضوع الإدارة للقانون لا يعنى خضوعها عضويًا للسلطة التشريعية، إذ أن هذا الخضوع يقتصر على الجانب الوظيفي فحسب، بمعنى خضوع وظيفة التنفيذ لوظيفة التشريع، دون أن يؤدي ذلك إلى خضوع عمال وموظفي الإدارة خضوعاً رئاسياً لأعضاء البرلمان، إذ ينطوي مبدأ الفصل بين السلطات على ضرورة الاستقلال العضوي لكل سلطة.

كما ينبغي ملاحظة أن خضوع الإدارة للقانون لا يقتصر على نشاط الإدارة بصدد تنفيذ القوانين، إذ يمتد هذا الخضوع لنشاط الإدارة المتعلق بالضبط الإداري وبالمرافق العامة، مع مراعاة أن خضوع الإدارة للقوانين في شأن هذا النشاط ليس خضوعاً مطلقاً لكافة القواعد القانونية بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التي تعالجها هذه القواعد، إذ لا جدال أن الإدارة لا تلتزم عند مباشرة وظيفتها الإدارية إلا بمراعاة القوانين التي تخاطبها أو تتفق وطبيعة هذه الوظيفة<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك يجوز للإدارة أن تستبعد كلية تطبيق أحكام القانون الخاص كالقانون المدني والقانون التجاري، على أساس أن هذه القوانين لا تتلاءم ونشاطها الإداري، وبالتالي تعمل على تطبيق قواعد وأحكام أخرى مغايرة تتماشى وطبيعة هذا النشاط، ما لم يكن فيها من القواعد القانونية ما يدخل هذا النشاط في نطاق تطبيقها. ومع ذلك فليس هناك ما يمنع الإدارة من الالتجاء باختيارها إلى بعض قواعد القانون الخاص إذا قدرت أنها تتلاءم مع هدفها المراد تحقيقه.

ولما كانت القوانين تلي القواعد الدستورية من حيث المرتبة، فإنه يجب على السلطة التشريعية عندما تسم القوانين أن تقرها على مقتضى أحكام

(١) الأستاذ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق ص ٢٠.  
الأستاذ الدكتور ماجد الطور: المرجع السابق ص ١٩.

الدستور نصاً وروحاً، فإذا تجاوزت فيما تسنه من قوانين حدود المبادئ الدستورية المقررة في الدولة، عد ذلك انحرافاً منها في أدائها لوظيفتها، واعتبر تشريعها المخالف للدستور قانوناً غير دستوري، ويحق للقضاء في الدول التي تخول للقضاء حق مراقبة دستورية القوانين، كما هو الحال في مصر، أن يعلن عدم دستورية هذا القانون، وذلك وفقاً للتنظيم المقرر لذلك، كما تبطل بالتالي كافة القرارات الإدارية المستندة إليه.

#### الحدود الدستورية للسلطة التشريعية:

ينص الدستور المصري في المادة ٨٦ من دستور ١٩٧١<sup>(١)</sup> على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ... وذلك على الوجه المبين في الدستور"، ومن ثم فإن مجلس الشعب وهو السلطة التشريعية في مصر حالياً، يتولى الوظيفة التشريعية وحده كأصل عام، حيث لم يرد في أي نص من نصوص الدستور ما ينقل هذه السلطة إلى غير مجلس الشعب.

والقاعدة أن لمجلس الشعب أن يتناول بالتنظيم كافة المسائل التي يرى ضرورة التدخل لتنظيمها، فيقرر ما يشاء من التنظيم الملائمة دون قيود، وفي الوقت الذي يراه مناسباً لهذا التدخل، غير أنه يلاحظ أن للمشروع الدستوري أن يقيد اختصاص مجلس الشعب بوظيفة التشريع ببعض القيود ومثال ذلك ما نص عليه دستور ١٩٧١ من قيود على النحو التالي:

أولاً؛ حظر الدستور تنظيم بعض الموضوعات هي: إنشاء الرتب المدنية، المصادرة العامة للأموال، وإبعاد المواطنين عن البلاد أو منعهم من العودة إليها، تسليم اللاجئين السياسيين، تحصين الأعمال والقرارات الإدارية من رقابة القضاء، وعزل القضاة.

(١) تنص المادة ٢٣ من الإعلان الدستوري الصادر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠ على أن "يتولى مجلس الشعب فور انتخابه سلطة التشريع ..."، أما مجلس الشورى فليس له وفقاً للمادة ٣٧ من هذا الإعلان أية سلطة أو اختصاص تشريعي، إذ تنحصر اختصاصاته في الدراسة والاقتراح وإيداء الرأي لرئيس الجمهورية ومجلس الشعب.

ثانياً: فرض هذا الدستور بعض القواعد الموضوعية على المشرع لدى تنظيمه لبعض الموضوعات، ومن أمثلة هذه القواعد:

- ١- تفرض المادة ١٣ على المشرع عند تنظيم موضوع فرض العمل جبراً على المواطنين، أن يكون ذلك لأداء خدمة عامة وبمقابل عادل.
- ٢- تنهى المادة ٣٤ سلطة نزع الملكية الخاصة بأن يكون للمنفعة العامة ومقابل تعويض.
- ٣- تحدد المادة ٣٥ سلطة التأميم بأن يكون لاعتبارات الصالح العام ومقابل تعويض.

ثالثاً: أوجب دستور ١٩٧١ تدخل مجلس الشعب على نحو إلزامي لتنظيم بعض الموضوعات، فالأصل أن للمشرع حرية اختيار الوقت الملائم للتدخل في تنظيم الموضوعات والمسائل التي ينبغي التدخل بشأنها، حتى ولو كانت هذه الموضوعات مما تدخل في النطاق المحتجّر له، لأن احتجاز بعض الموضوعات للقانون لا يتطلب بالضرورة تدخل البرلمان بتنظيمها، غير أننا نعتقد بوجود بعض الموضوعات التي لا يكون للمشرع حرية التدخل بشأنها أو عدم التدخل وهي موضوعات لم يكتف الدستور باحتجازها للقانون، وإنما تطلب علاوة على ذلك أن يتدخل القانون "لكفالتها" أو "لضماتها" ومثال ذلك ما ورد في المادة ١٦٩ من الدستور التي تنص على أن "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسبائلاً الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم"، ففي تقديرنا أن هذا النص يفرض على المشرع التدخل لكفالة ما نص عليه بمعنى أنه ليس للمشرع حرية التدخل بتنظيم هذا الموضوع أو عدم التدخل بشأنه<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن حرص المشرع الدستوري على كفالة "القانون" لحق من الحقوق أو حرية من الحريات، يعني أيضاً ضرورة كفالة ما يشير إليه

(١) للمزيد من التفاصيل راجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر - ص ١٢٢ - ١٢٣، وكذا "الولائح الإدارية" سالف الذكر - ص ١٢٥ وما بعدها.

الدستور من ضمانات وأسس وقواعد تتصل بكفالة هذا الحق أو تلك الحرية. فمثلاً إذ تنص المادة ٥٦ من الدستور على أن "إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون ..."، فإن السلطة التشريعية تكون - وفقاً لهذا النص - ملزمة بالتدخل لكفالة حق إنشاء النقابات والاتحادات، وبشرط أن تستهدف من تدخلها تحقيق الأساس الديمقراطي المشار إليه في هذه المادة، وهو ما يعني أن الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة لتكوين التشكيلات النقابية ضمناً لمبدأ الديمقراطية النقابية الذي كفله المشرع الدستوري لأول مرة في مصر في نص المادة ٥٦ من دستور ١٩٧١.

ولذلك كان منطقياً أن تحكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم دستورية القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين تأسيساً على أن "المشرع الدستوري إذ نص في المادة ٥٦ من الدستور على أن إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون، إنما على بهذا الأساس تأكيد مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطي الذي يقضى من بين ما يقضى به - أن يكون لأعضاء النقابة الحق في أن يختاروا بأنفسهم وفي حرية، قياداتهم النقابية التي تعبر عن إرادتهم وتتوب عنهم، الأمر الذي يستتبع عدم جواز إهدار هذا الحق بحظه أو تعطيله ... ومن ثم تكون هذه المادة قد وضعت قيداً يتعين على المشرع العادي أن يلتزم به مؤداه ألا يتعارض ما يسنه من نصوص تشريعية في شأن النقابات مع مبدأ الحرية النقابية بمفهومها الديمقراطي الذي سلف بياته"<sup>(١)</sup>.

(١) المحكمة الدستورية العليا في ١١/٦/١٩٨٢ قضية رقم ٤٧ لسنة ٣ دستورية، المحاماة السنة ٦٣ - ١٩٢ - العددان ٥ و٦ (العدد الوثائقي) ص ١٧٩، وراجع أيضاً في ذات العدد ص ٢٢٣ حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٨٣/٧/٥ قضية رقم ٣٩٤٩ لسنة ٣٧ حيث استندت فيه لحكم المحكمة الدستورية العليا المشار إليه لإثبات ما تراهي لها من عدم دستورية القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون المحاماة.

وعليه فإبته إذا كانت سلطة التشريع هي في الأصل سلطة تقديرية<sup>(١)</sup>،  
إلا أنها تخضع لما يورده الدستور من قيود محددة على نحو ما بيناه.

ومن هنا تظهر مدى الحاجة إلى تنظيم الرقابة على دستورية القوانين،  
إذ لا شك أن الرقابة على دستورية القوانين تنطوي على ضمان فعال لمبدأ  
المشروعية، علاوة على أنها تؤكد تدرج القواعد القانونية في الدولة، بالمحافظة  
على تفيد التشريع الأدنى بالأعلى منه في المرتبة القانونية.

ومن الثابت أنه يلزم فرض الرقابة على السلطة التشريعية فيما تمنه  
من قوانين لمراقبة مدى اتفاق أو تعارض هذه القوانين مع الحدود الدستورية  
المقررة، ومع ذلك - ففي تقديرنا - واتفاقاً مع الدكتور عبد الرزاق السنهوري  
- أنه ينبغي علاوة على ما تقدم، فرض الرقابة على القوانين ليس بصدد مدى  
مخالفتها لنصوص الدستور فحسب، بل وبشأن الهدف المبتغى من القانون، إذ  
يتعين أن يستهدف التشريع المصلحة العامة وإلا كان باطلاً، فإذا ما حادت  
السلطة التشريعية عن المصلحة العامة واستهدفت مصالح خاصة، كان  
استهدفت القضاء على معارضة أحزاب الأقلية في المجلس أو الحد من فعاليتها،  
أو قصدت من وراء تشريعها تحقيق رغبات للسلطة التنفيذية أو لحزب الأغلبية  
في البرلمان بعيدة عن الصالح العام، فإن التستر وراء مبدأ المشروعية أو سيادة  
القانون لن يمنع في هذه الحالة من تقرير انحراف السلطة التشريعية لمخالفتها  
روح الدستور، مثلها في ذلك مثل السلطة التنفيذية التي يمكن للقضاء الإداري  
الغاء قراراتها في حالة إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، وكذلك الأفراد  
في حالة تعسفهم في استخدام الحق أو الغلو فيه<sup>(٢)</sup>.

(١) المحكمة العليا في ١٩٧٢/٧/١ دعوى رقم ٤ لسنة ٢٠٢٠ ق عليها دستورية، المجموعة -  
القسم الأول - ص ١٠٨.

(٢) آثار موضوع انحراف السلطة التشريعية بعض الجدل في مصر، ففي مقال للدكتور  
عبد الرزاق أحمد السنهوري حول مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال  
السلطة التشريعية بمجلة مجلس الدولة السنة ٣ ص ١، قرر أن التشريع يجب أن  
يستهدف المصلحة العامة وإلا كان باطلاً. وقد ناقش بعض الفقهاء في مصر هذا الرأي  
ولم ينكر أحد منهم إمكانية انحراف السلطة التشريعية.

بيد أن موقف القضاء الدستوري في مصر، اختلف بين المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا، وخاصة في أحكامها الحديثة حيث قضت المحكمة العليا منذ نشأتها بأنه "لا تمتد ولاية المحكمة إلى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على إقراره، لأن ذلك كله مما يدخل في صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق"<sup>(١)</sup>. وفي تقدير المحكمة أنه "إذا كانت الرقابة القضائية على دستورية التشريع لا تمتد إلى ملاءمة إصداره، باعتبار أن ملاءمة التشريع هي أخص مظاهر السلطة التقديرية للشارع، إلا أن ذلك لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون تقييد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور والتي يتعين التزامها وإلا كان التشريع مخالفاً للدستور"<sup>(٢)</sup>.

والواقع أننا نرى أن عدم التزام السلطة التشريعية بتحقيق المصلحة العامة من القوانين التي تتولى سنها، يؤدي إلى فقدان عمل هذه السلطة صفة القانون أو طبيعة التشريع، ومن ثم فهو خروج عن وظيفتها المقررة دستورياً في المادة ٨٦ من الدستور، والتي تنص على أن يتولى مجلس الشعب - وهو السلطة التشريعية في مصر - سلطة التشريع، وبالتالي يعد عمل أو تصرف هذه السلطة غير دستوري بل ومنعدماً لخروجه عن الوظيفة التشريعية.

وأية ذلك أن القانون بإجماع الفقه والقضاء بل وغير المتخصصين، يتميز بخصيصتين أساسيتين هما: العمومية والتجريد. وإذ تعنى العمومية أن القاعدة القانونية لا تخاطب شخصاً معيناً بالذات أو حالة محددة بعينها، فإن التجريد هو الذي يضفي على القاعدة القانونية صفة العموم، إذ أنه يعني أن

(١) المحكمة العليا في ١٩٧٢/٤/١ دعوى رقم ١١ لسنة ١ ق عليا دستورية، وحكمها في ١٩٧٥/٦/٧ دعوى رقم ٢ لسنة ٣ق عليا دستورية - المجموعة - القسم الأول - ص ٣١٤.

(٢) المحكمة العليا في ١٩٧٦/٧/٣ دعوى رقم ٥ لسنة ٥ق عليا دستورية، المجموعة - القسم الأول - ص ٤١٤. وعلى خلاف ذلك راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٤/٤/١١ قضية ١١٩٨ لسنة ٩ق، مجموعة السنوات العشر الأولى - ص ٤٤٩، وفي المجموعة السنة ٩ العدد الثاني رقم ٨٠ ص ٩٢٠.

القاعدة القانونية لم توضع لتطبيق على شخص معين أو على واقعة محددة، وإنما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأى شخص أو بأى واقعة.

وجدير بالتنويه أن الهدف من القول بأن قواعد القانون ينبغى أن تكون عامة مجردة، هو تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون، ومنع التحيز لمصلحة شخص معين أو ضد شخص معين، فلئن بدت فكرة العمومية والتجريد فكرة فنية مرتبطة بصياغة القاعدة القانونية، إلا أنها تعتمد على فكرة فلسفية سياسية مسبقة هي فكرة المساواة أمام القانون، وكذلك مبدأ سيادة القانون<sup>(١)</sup>.

وعليه فإنه إذا استهدف القانون تحقيق مصالح خاصة، فإنه يفقد صفته كقواعد عامة مجردة، وبالتالي لا يجوز إطلاق صفة التشريع أو القانون على مثل هذا التصرف، الذى يعد فى هذه الحالة غير دستورى لمخالفته نص المادة ٨٦ سالفة الإشارة.

أما عن موقف المحكمة الدستورية العليا، فإنه ترددت فى إقرار حقها فى بحث عيب الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية، استناداً على أن الطعن بعيب الانحراف هو طريق طعن احتياطى فى القانون، نظراً لما ينطوى عليه من دقة وخطورة ونظرة فاحصة مدققة لإزالة الأستار والحجب التى تخفى نوايا الشارع ومقاصده التى يسعى إلى تحقيقها، والتفتيش وراء ظاهر التصوص للبحث والتنقيب عن الأغراض والبواعث الحقيقية التى حملت الهيئة التشريعية على إقرار التشريع المعيب، ولذلك رأت المحكمة أن من الملائم بحث مدى دستورية القانون محل الطعن فى ضوء الأوجه الأخرى التى قد ينعيها المدعون على هذا القانون، فقد يغنى إثبات مخالفة هذا القانون للدستور لوجه أو أكثر منها عن التعرض لبحث الطعن بعيب الانحراف فى استعمال المطلقة التشريعية بصدد هذا القانون، كما أن المحكمة العليا لم ترفض مبدأ الاحتجاج بعيب الانحراف كوجه من الأوجه التى تعيب القانون من الناحية

(١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ٣٩.



الدمستورية، وإنما قامت بمناقشة الأسانيد التي يرتكن إليها الطاعن لإثبات هذا العيب، وإن انتهت إلى رفض الاحتجاج به لانقضاء الدليل على أن "القانون المطعون فيه لم يستهدف الصالح العام وإنما صدر بقصد الانتقام والكيد..."<sup>(١)</sup>. غير أن المحكمة الدستورية العليا ذهبت أخيراً، بشأن القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية والمعروف باسم قانون العزل السياسي، وبعد أن استعرضت مخالفة هذا القانون لنحو تسعة مبادئ ونصوص دستورية من حيث المحل، إلا أنها قضت في النهاية بأنه "ولئن كانت كل مخالفة دستورية اعتبرت ذلك النص على نحو متقدم، تكفي بذاتها لإبطاله، إلا أن اجتماع تلك المثالب الدستورية، مع عدم خفاء أمرها على أعضاء المجلس التشريعي - على ما كشفت عنه مضابط مجلس الشعب ذات الصلة - واتجاه المجلس في غالبية تجاهلها، وإقراره لمشروع القانون، ما يجافي - عن قصد - الأغراض التي كان يجب أن يتوخاها التشريع، وهو الأمر الذي يفقده عموميته وتجريده، ويوصمه - بالتالي - بعيب الإحراف التشريعي"<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك، فإن السلطة التشريعية عند ممارستها لسلطة التشريع، ليست - في تقديرنا - حرة في تحديد أهدافها، أو المبادئ التي ترغب في تحقيقها، إذ أنها كسلطة عامة تلتزم بتحقيق المصلحة العامة وليس لها إلا ذلك. فنشاط السلطة العامة - على خلاف النشاط الفردي - هو نشاط عام يندرج ضمن موضوعات القانون العام، ومن ثم يجب أن تحركه المصلحة العامة، إذ أن ما تتمتع به هذه السلطات من امتيازات ليس لها من غرض إلا تمكين السلطة العامة من تحقيق الصالح العام.

(١) المحكمة العليا في ١٩٧٥/٦/٧ دعوى رقم ٢ لسنة ٣ ق دستورية - المجموعة - القسم الأول - رقم ٢٩ - ص ٢١٤.

(٢) حكمها في ٢٠١٢/٦/١٤ في القضية ٥٧ لسنة ٢٤ ق. دستورية.

ولذلك فمن الضروري وضع قيود لضمان عدم إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها، فالسلطة في حد ذاتها خطيرة على من هي في أيديهم، مما يجعل من الضمانات التي تحول دون إساءة استعمالها أمراً لا غنى عنه.

وتأسيماً على ما تقدم أخضعت المحكمة الدستورية العليا المصلحة التشريعية للرقابة على دستورية ما تصدره من قوانين، استناداً إلى مبدأ المشروعية وما يترتب عليه من ضرورة التزام القواعد القانونية الأدنى باحترام القواعد القانونية الأعلى، مهما بلغت سلطاتها التقديرية من مدى واسع، فليس ثمة جدال أو شك في أن السلطة التقديرية هي سلطة قانونية، وليست سلطة مطلقة أو تصفية، فهي ولئن كانت تخول المشرع حق الاختيار بين بديلين أو أكثر، إلا أنها مقيدة في هذا الاختيار بأن تلجأ إلى البديل الأكثر ملاءمة، ليكون اختيارها متفقاً مع الدستور، ومن هنا فهي تخضع للرقابة القضائية للتحقق من أن مباشرة هذه السلطة قد أسفرت عن اتخاذ العمل المناسب والملائم وفقاً للظروف المحيطة بموضوع هذا العمل. والحقيقة التي يتعين أن نعيها، خلافاً للفقهاء السائد، أن تخلي المشرع الدستوري عن تقييد السلطة التشريعية بصدد موضوع ما، لا يفيد حتماً تمتعها بسلطة تقديرية مطلقة بشأن تنظيمه، فالدستور وطابعه الإجمال في الصياغة لا يمكن له أن يضع للمشرع القيود اللازمة بصدد كافة الموضوعات التي تدخل في نطاق التشريع، وهي غير محددة على سبيل للحصر، ومن ثم فإن هذا التخلي عن التقييد لا يكون دوماً على سبيل العمد، بهدف منح المشرع حرية التقدير، وإنما قد يكون بسبب العجز عن وضع القيود الخاصة بتنظيم الموضوع.

وعلى ذلك فإن تخلي المشرع الدستوري عن تقييد السلطة التشريعية لا يستتبع حتماً تخلي القضاء الدستوري عن ممارسة وظيفته في الرقابة على القانون الذي باشرت من خلاله السلطة التشريعية حرية تقدير ملامته، إذ يظل للقضاء الحق في التحرى عما إذا كان المشرع قد قام بتقدير مناسبة العمل وملائمته، وفقاً لأمس موضوعية أم لا، فإذا تبين له عدم الملاءمة الظاهرة في

هذا القانون، جاز له أن يعد بهذه القرينة باعتبارها دليلاً على وقوع الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها، والقاضي هنا لا يحكم بعدم دستورية القانون لعدم ملاءمته، فهو لا يملك ذلك، ولكنه يملك الحكم بعدم الدستورية للانحراف بالسلطة إذا توافر الدليل عليه، ومن ذلك قرينة عدم الملاءمة الظاهرة، التي يحق له فحصها إذا كانت الطريق الوحيد للتوصل إلى عيب الانحراف التشريعي<sup>(١)</sup>.

ومن أهم هذه الحدود والضوابط الدستورية التي استقر عليها القضاء الدستوري ما يلي:

- ١- ألا يكون التنظيم التشريعي للحق مؤدياً إلى مصادرته أو منطوياً على اغتيال وجوده والنيل منه والمصف به بنقضه وإهداره، أو بالانتقاص منه، أو عن طريق تقليص فعاليته بما يحد منه<sup>(٢)</sup>.
- ٢- ألا تؤول السلطة التقديرية إلى التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يتعين أن يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً، وإلا أصبحت سلطة تحكيمية وبالمخالفة لمبدأ المساواة<sup>(٣)</sup>.
- ٣- لا يجوز للمشرع في إطار المفاضلة بين البدائل المختلفة، وهي جوهر السلطة التقديرية، والتي تتراحم فيما بينها، في تقديره، على تنظيم موضوع محدد، أن يختار من بينها إلا ما يكون منها عنده مناسباً أكثر من غيره

(١) راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا في ١٩٧٧/٢/١ قضية ٧ لسنة ١٦ ق. دستورية، و ١٩٩٨/٣/٧ قضية ١٢١ لسنة ١٨ ق. دستورية.

(٢) أحكام ١٩٩٣/٥/١٥ قضية ١٨ لسنة ١٣ ق. دستورية، و ١٩٩٦/٥/١٨ قضايا ٨ و ١٣ و ٣٨ لسنة ١٧ ق. دستورية، و ١٩٩٧/٥/١٧ قضية ٤٧ لسنة ١٨ ق. دستورية، و ١٩٩٨/٦/٦ قضية ١٥٢ لسنة ١٨ ق. دستورية، و ٢٠١٢/٦/١٤ سالف الإشارة، ووفقاً لهذا القضاء فإن "إهدار الحقوق التي كفلها الدستور أو تهيمشها أو إغراقها من خلال تنظيمها، هو عدوان على مجالاتها الحيوية التي لا تنفس إلا من خلالها، فلا يجوز أن يكون تنظيمها لفتحاً لفجواها بل يتعين أن يكون منصفاً ومبرراً".

(٣) أحكام ١٩٩٣/١٢/٦ قضية ٤٣ لسنة ١٣ ق. دستورية، و ١٩٩٤/٦/٢٠ قضية ٣٤ لسنة ١٣ ق. دستورية، و ١٩٩٥/٩/٢ قضية ١٤ لسنة ١٧ ق. دستورية، و ٢٠١٢/٦/١٤ قضية ٢٠ لسنة ٢٤ ق. دستورية (قضية حل مجلس الشعب).

لتحقيق الأغراض التي يتوخاها، وأكفلها للوفاء بأكثر المصالح وزناً أو ثقلاً في مجال إنفلاها<sup>(١)</sup>، وبحسب هذا القضاء يلزم أن يكون التنظيم التشريعي مرتبطاً منطقياً بهذه الأغراض ليكون موافقاً للدستور، كما يتعين اختيار أكثر البدائل ملاءمة للوفاء بمتطلباتها وأنسبها لمصلحة الجماعة وبما لا يناقض الصالح العام.

٤- يتعين في ممارسة حرية التقدير أن يستلهم المشرع أغراضاً يقتضيها الصالح العام في شأن الموضوع محل التنظيم التشريعي، وأن تكون وسائلها إلى تحقيق هذه الأغراض المشروعة التي حددتها مرتبطة عقلاً بها<sup>(٢)</sup>، ومقتضى هذا القضاء أنه يلزم أن تتوافر علاقة منطقية بين الأغراض المشروعة التي اعتقها المشرع في موضوع محدد، وفاءً بمصلحة عامة لها اعتبارها، والوسائل التي اتخذها طريقاً لبلوغها، فلا تنفصل النصوص القانونية التي نظم بها هذا الموضوع عن أهدافها، بل يجب أن تعد متخلاً إليها.

٥- إن إقرار السلطة التشريعية للنصوص القانونية لا يعصمها من الخضوع للرقابة على دستوريتها، وهي رقابة غايتها إبطال ما يكون منها مخالفاً للدستور، ولو كان ذلك من زاوية الحقوق التي أهدرتها ضمناً، سواء كان إخلالها بها مقصوداً ابتداءً، أم كان قد وقع عرضاً، وفي ذلك تؤكد المحكمة على أن "الدستور لا يدعو بالنصوص التي يتضمنها، لأمر يكون مندوباً، بل يقرر بها ما يكون لازماً، فلا يكون المشرع بالخيار بين تطبيقها أو إرجائها، بل يتقيد بها بالضرورة فلا يتخطاها أو يميل انحرافاً عنها، كذلك فإن القيود التي يفرضها الدستور على المشرع، هي التي تحدد نطاق السلطة التقديرية التي يملكها في موضوع تنظيم الحقوق، فلا تكون

(١) أحكام ١٩٩٧/٧/٥ قضية ٢٤ لسنة ١٨١ق. دستورية، ١٩٩٨/٦/٦ سالف الإشارة.  
(٢) أحكام ١٩٩٥/١/١٤ قضية ١٦ لسنة ١٧١ق. دستورية. ١٩٩٥/٨/٥ قضية ٨ لسنة ١٦٦ق. دستورية. و١٩٩٦/٥/٤ قضية ٦ لسنة ١٧١ق. دستورية.

ممارستها انفلاتاً من كوابحها أو إخلالاً بضوابط تنظيمها، فمن غير المتصور أن يكون التقيد بنصوص الدستور عاتداً لمحض تقدير المشرع، ومحدداً على ضوء المصالح التي يستسيبها<sup>(١)</sup>.

٦- الإلتزام عند مباشرة السلطة التقديرية للمشرع بمبادئ التناسب والمعقولة واللزوم، وبضرورة إنتهاج الوسائل القانونية السليمة كقيد موضوعي وإجرائي على سلطة التشريع، وباعتباره كذلك من المبادئ المستقرة بين الدول، وبالتالي يعد غير دستوري التشريع الذي يناقض هذا الشرط.

وتعتبر هذه المبادئ أهم وأخطر القيود التي يفرضها القضاء الدستوري على السلطة التقديرية للمشرع، ومعظمها لم يرد بشأنها نص صريح في مواد الدستور، فمن الواضح في عشرات الأحكام القضائية للمحكمة الدستورية العليا أنها تضيف على مبادئ التناسب والمعقولة أو المنطقية أو القبول الاجتماعي - كما ورد في بعض أحكامها - وذلك بصدد العلاقة بين الوسائل التي يختارها المشرع والأغراض التي يتوخاها من التشريع والتي تهدف في النهاية إلى تحقيق الصالح العام، قيمة دستورية ملزمة، بما مؤداه أن الخروج عليها، وكذلك مبدأ اللزوم - أي ضرورة الإجراءات التي يتضمنها التنظيم، سيما تجاه الحقوق والحريات العامة، للوفاء بهذه الأغراض وهدف المصلحة العامة - يؤدي إلى وقوع مخالفة الإلتحاف بالسلطة التشريعية، أو بالأحرى الإلتحاف بالسلطة التقديرية للمشرع، مما يحول هذه المبادئ إلى قرائن لإثبات هذا العيب، على حين أنها تعد أصلاً من المبادئ القانونية العامة الملزمة التي تؤدي مخالفتها إلى عدم دستورية التشريع من حيث محله أو مضمونه وليس من حيث هدفه أو غايته، ولا ريب لدينا في أن هذا التأميل الذي نراه، يتوافق مع قضاء المحكمة ذاتها بأنها لا يجوز لها أن "تزن بمعاييرها الذاتية السياسة التي انتهجها المشرع في موضوع معين، ولا أن تناقشها، أو تخوض في ملاءمة تطبيقها عملاً، ولا

(١) حكم ١٩٩٧/٨٢ قضية ١١٦ لسنة ١٨. دستورية، وحكم ١٩٩٥/١٢/٢ قضية ٣٣ لسنة ١٥. دستورية.

أن تتحل للنص المطعون فيه أهدافاً غير التي رعى المشرع إلى بلوغها، ولا أن تقيم خياراتها محل عمل السلطة التشريعية، أو أن تحدد ما إذا كان التنظيم التشريعي المعروض عليها لازماً، وما إذا كان إقراره في مناسبة يعينها ملائماً، وليس لها إلا أن ترد النصوص التشريعية المطعون عليها إلى أحكام الدستور، لا أن تخوض في بواعثها أو تناقش دوافعها<sup>(١)</sup>.

### المبحث الثالث

#### القواعد اللائحية

القواعد اللائحية أو اللوائح هي قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة مجردة وغير شخصية، وتختص السلطة التنفيذية بإصدار هذه اللوائح استناداً إلى الدستور، حيث أن السلطة اللائحية هي سلطة استثنائية في ميدان التشريع يلزم لكي تكون مشروعة أن تستند إلى أساس دستوري.

وتتميز اللوائح بصورها عن سلطة إدارية، باعتبارها ممارسة لسلطة عامة، ويعتبر هذا العنصر المعيار المعول عليه في التمييز بين القانون الذي يختص البرلمان بإقراره واللائحة التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها.

ومن ناحية أخرى تتصف القواعد اللائحية بالعمومية والتجريد مما يميزها عن القرارات الإدارية الفردية الصادرة من الإدارة مثلها في ذلك مثل اللائحة. كما تتمتع اللائحة بقوة الإلزام باعتبارها عملاً قانونياً يعبر عن إرادة الإدارة في إحداث أثر قانوني أو تعديل في المراكز القانونية، مما يؤدي إلى خروج كافة الأعمال المالية من دائرة اللوائح حتى وإن كانت جزءاً من عملية

(١) حكم ١٩٩٥/٩/٢ قضية ١٤ لسنة ١٧ق. دستورية، و١٩٩٧/٢٢/٩ قضية ٩ لسنة ١٨ق. دستورية، و١٩٩٥/١/١٠ قضية ١٦ لسنة ١٥ق. دستورية. وعموماً فمن المستقر عليه في القضاء الدستوري - وكذلك الإداري - أن عدم التناسب الظاهر، أو التماثل الظاهر كما تقول المحكمة، أو عدم الملاءمة الظاهرة والتي يطلق عليها في فرنسا اصطلاح "الخطأ الظاهر في التقدير"، وكذلك إعدام الدافع المعقول، يؤدي إلى عدم دستورية النص المشوب بهذه الصفة - راجع حكيمها في ١٥/٩/١٩٩٧ قضية ٤٨ لسنة ١٨ ق. دستورية، و٧/٨/٢٠٠٠ قضية ٥٢ لسنة ٢٠ق دستورية.

إدارية، كذا التصرفات التي ليست لها آثار قانونية والتي يقصد بها إعلان وجهة نظر الإدارة في صورة آراء أو إعلانات أو مزايا أو مقاصد أو رغبات وتوجيهات، ومثال ذلك الإجراءات والتدابير التنظيمية الداخلية كالمنشورات والتعليمات المصلحية التي توجهها السلطات الرئاسية في الإدارات والمصالح إلى مرؤوسيه، فلا تدخل هذه الأعمال ضمن اللوائح باعتبارها لا تحقق أثراً قانونياً بذاتها.

وتعد اللوائح عنصراً من عناصر المشروعية، باعتبارها أحد مصادر القواعد القانونية في نظامنا القانوني، وفقاً للدستور الذي يعترف بحق السلطة التنفيذية بإصدارها في حالات متعددة، وبالتالي فإنها تكون واجبة التطبيق ما دامت مشروعة، أي لم تخالف مبدأ المشروعية في أي من النتائج المترتبة عليه وخاصة إذا حاولت السلطة المختصة بإصدار اللوائح تجاوز الحدود والقيود المفروضة عليها في ممارستها لتلك السلطة طبقاً للدستور.

ومن هنا تمثل اللوائح من ناحية، أحد عناصر المشروعية مما يوجب إدراجها في التنظيم القانوني للدولة وتطبيقها فيها، كما تمثل من ناحية أخرى، سلطة إدارية تخضع لمبدأ المشروعية وحدوده وقيوده، وخاصة ما يترتب على تدرج القواعد القانونية من نتائج، وإلا تعرضت للرقابة الفعالة على مشروعيتها لضمان عدم تجاوزها للحدود التي يفرضها الدستور أو القانون عليها، سواء صدرت هذه اللوائح في الظروف العادية أم في الظروف الاستثنائية.

### **المطلب الأول**

#### **الترتبة الإلزامية للوائح في الظروف العادية**

تعتبر اللوائح من أهم وسائل الإدارة اللازمة لمباشرة أوجه نشاطها المختلفة. وتعد اللائحة عملاً إدارياً طبقاً للمعيار العضوي المأخوذ به فقهاً وقضاه، في حين أنها من وجهة النظر الموضوعية، تعد عملاً تشريعياً حيث أن طبيعة القواعد القانونية التي تتضمنها هي قواعد عامة مجردة شأنها في ذلك

شأن القوانين ومن ثم فهي تعد أحد عناصر البناء القانوني في الدولة، وبالتالي تحتم اعتبارها أحد عناصر المشروعية.

وبالرغم من اتفاق اللائحة موضوعياً مع القانون، فإنها لا تتساوى معه من حيث القوة الإلزامية، إذ أن القانون يعتبر أقوى من اللائحة، لأنه يضع قواعد تسرى على السلطات الإدارية ذاتها، وبالتالي يحكم حقها في عمل اللوائح، وهو ما يتحقق على الأخص بالنسبة للوائح التي تصدر في ظل الظروف العادية.

ولذلك تأتي اللوائح في سلم التدرج التشريعي بعد القانون، ومن ثم فإن قواعد الدستور والقانون تملو جميعها ما يرد في اللوائح من قواعد، وبالتالي يتحتم على اللائحة تطبيقاً لمبدأ المشروعية أن تحترم هذه القواعد القانونية بأن تعمل في دائرتها دون أن تخالفها، وذلك من حيث إجراءات وضعها ومن حيث مضمونها، فإذا تجاوزت اللائحة هذه الحدود المرسومة لها انقلبت إلى عمل غير مشروع لخروجه على مبدأ المشروعية، وبالتالي تصبح محلاً للطعن فيها أمام الجهة المختصة لتصحيح الوضع الخاطئ وحماية المشروعية، وهي السلطة القضائية، وذلك ما لم تنتبه الإدارة لذلك وتقدم على تصحيح خطئها من تلقاء نفسها حرصاً منها على مبدأ المشروعية، بفرض أن الإدارة في هذه الحالة حسنة النية يهتما سلامة تصرفاتها وانسجامها مع الوضع القانوني في الدولة واتفاقها مع مبدأ المشروعية، ولهذا فإنها تبادر إلى الغاء اللائحة أو سحبها أو تعديلها حسب الظروف، بقصد تصحيح الوضع الخاطئ الناجم عن صدور اللائحة غير المشروعة.

ويلاحظ أنه بالرغم من أن اللوائح من عمل الإدارة، وأنها تستطيع الغاء اللائحة أو سحبها أو تعديلها، إلا أنها ملزمة بالخضوع لأحكامها طالما استمرت قائمة مطبقة، وكذلك كل جهة يمنحها القانون اختصاصاً في شأن تنفيذها حتى لو



كانت تلك الجهات أعلى في الدرجة من التي أصدرت اللائحة<sup>(١)</sup>. ومن ثم فليس للإدارة أن تصدر قرارات فردية مخالفة لتلك اللوائح وإلا كانت غير مشروعة.

ويكتسب القرار اللانحي قوته الملزمة بمجرد صدوره بتوقيعه ومن ثم نفاذه بعد العلم به، ولذلك فإن هذه القوة الملزمة لللائحة لا تسرى في حق الغير إلا نتيجة لنشر كاف لها يجعلها معلومة للجميع وبالتالي يبدأ سرياتها في حقهم، ذلك لأن اللائحة بمجرد توافر شروط نفاذها بتوافر جميع عناصرها، وذلك إذا صدرت ممن يملك الحق في إصدارها وفي الشكل الذي يتطلبه القانون لتحقيق أثر قانوني مشروع وجائز قانوناً، ويهدف تحقيق المصلحة العامة، فإنها بذلك تسرى في حق الإدارة ذاتها<sup>(٢)</sup> ولكنها لا تكون نافذة تجاه الغير إلا بعد إشهارها ووصول العلم بها إليهم.

وإذا كان الأصل أن تاريخ نفاذ اللوائح مرتبط بكقاعدة عامة بتاريخ صدورها، فإن الإدارة في بعض الحالات قد ترى - لأمر ما - أن تفصل بين هذين التاريخين، بل يرجع آثار اللائحة إلى تاريخ سابق على تاريخ صدورها (وهو ما يسمى برجعية اللائحة) أو على العكس بإرجاء آثارها إلى تاريخ لاحق لتاريخ صدورها (وهو ما يسمى بإرجاء آثار اللائحة للمستقبل)، وذلك في الحدود المقررة قانوناً لذلك<sup>(٣)</sup>.

- (١) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٥/١١/٥ قضية ١٩٥ لسنة ١ق، المجموعة ١ لسنة ١ ص ٤١ رقم ٧.
- (٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٢/١٢/١١ قضية ٤٤٣ لسنة ٥ق، المجموعة السنة ٧ رقم ٨٨ ص ١٣١ وحكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/٦/١١ قضية ١٠٨٢ لسنة ١ق، المجموعة السنة ١١ ص ٦٧٧.
- (٣) للمزيد من التفاصيل حول موضوع رجعية اللوائح وإرجاء آثارها تراجع رسالتنا سالفة الذكر ص ٦٣ - ٧٧، الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق ص ٥٢٨ وما بعدها، الأستاذ الدكتور محمود حلمي - القرار الإداري - ١٩٧٠ ص ١١٤ وما بعدها علاوة على رسالته في "سريان القرار الإداري من حيث الزمان" - القاهرة ١٩٦٢، والدكتور السيد صبرى - "حول رجعية اللوائح"، تعليق بمجلة مجلس الدولة - السنة ٢ ص ٤٢١ - ٤٤٠.

### السلطة اللائحية هي سلطة استثنائية:

أوضحنا سلفاً أنه لا يجوز لأي من السلطات المنشأة أن تتجاوز في ممارسة اختصاصاتها المحددة بال دستور بما يشكل اعتداء على سلطة أخرى، كما يجب على كل سلطة أن تمارس وظيفتها على الوجه المبين في الدستور. ولما كان مقتضى الأخذ بمبدأ فصل السلطات كأحد المبادئ الأساسية التي يعتقها المشرع الدستوري تمتع السلطة التشريعية بالوظيفة التشريعية كقاعدة عامة، تطبيقاً للمادة ٨٦ من دستور ١٩٧١ والمادة ٣٣ من الإعلان الدستوري سالف الذكر والتي تنص على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ...". فإنه يترتب على ذلك أن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تتجاوز حدود وظيفتها الأساسية في تنفيذ القوانين ولو عن طريق اللوائح بما يشكل ممارسة للوظيفة التشريعية، إلا في الحدود التي رسمها الدستور، ومن ثم فإن ممارسة التشريع عن طريق اللوائح - أيما كان نوعها أو قوتها القانونية - بواسطة السلطة التنفيذية هو استثناء مقيد تماماً بكل ما ورد في الدستور من قيود وحدود له ولا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه.

وبالتالي فإذا تجاوزت السلطة التنفيذية الحدود التي رسمها لها الدستور عند ممارستها للسلطة اللائحية، فإنها بذلك تكون قد خالفت مبدأ المشروعية مخالفة جسيمة مما يستوجب ترتيب الجزاء المناسب على هذا التجاوز.

وعليه فإن السلطة اللائحية هي سلطة استثنائية في ميدان التشريع، يلزم لكي تكون مشروعة أن تستند إلى أساس دستوري. غير أنه ينبغي ملاحظة أن الاستثنائية هنا لا تعني أن السلطة اللائحية ترتبط بالظروف الاستثنائية، فقدر معها عندما ووجوداً، لأن ممارسة السلطة اللائحية كما تتم في الظروف الاستثنائية، تباشر كذلك في الظروف العادية. ومع ذلك فالأصل أن اللائحة، ولو صدرت في الظروف العادية، تعتبر أمراً استثنائياً وذلك لأنها تتضمن المساس بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقتضى اختصاص السلطة التشريعية كقاعدة عامة، بالوظيفة التشريعية، ومن ثم تعتبر السلطة اللائحية في ميدان

التشريع أمراً استثنائياً بغض النظر عن الظروف التي صدرت تلك اللوائح في ظلها.

ولذلك تحرص الدساتير على تحديد نطاق ممارسة السلطة اللائحية بدقة بالغة فتحدد لكل من القانون واللائحة أو لأحدهما نطاقاً محدداً بحيث لا يجوز لأى منهما أن يتجاوزَه، أو على العكس تبيح لأحدهما أن يتجاوز مجال الآخر، وهو ما يحدث غالباً، حيث تميز معظم الدساتير السلطة التشريعية، بأن تحدد نطاقاً محدداً للائحة وتبيح للبرلمان أن يتناول كافة الموضوعات بالتشريع ولو في النطاق اللائحي، وكل هذا حسب الفلسفة السياسية والقانونية التي يعتنقها المشرع الدستوري في الدول المختلفة.

وقد أخذت مصر بالقواعد السائدة في معظم دساتير الدول والتي تعتبر من القواعد التقليدية بصدد العلاقة بين القانون واللائحة، في حين اعتنقت فرنسا بعض المبادئ الجديدة التي تنظم نطاق القانون واللائحة بأسلوب يغير تماماً ما استقرت عليه العلاقة التقليدية من أسس.

وقد تبعت فرنسا في هذا التجديد بعض الدول الأخرى<sup>(١)</sup>، بحيث يمكن القول أنه بصدد نطاق القانون واللائحة، نشأ نظام جديد يختلف عن النظام التقليدي الذي ما زال سائداً بين الدول الأخرى، مما يثير التساؤل عن أثر هذا النظام الجديد على المرتبة الإلزامية للوائح.

#### **أولاً: نطاق اللائحة في مصر وفقاً للنظم الدستورية التقليدية:**

من المسلم به في النظم الديمقراطية التقليدية أن البرلمان باعتباره وليد إرادة الأمة وممثلاً لها، فإنه يكون السلطة ذات السيادة في الدولة على غيرها من السلطات الأخرى.

(١) ومثال ذلك الجزائر وفقاً لدستورها الصادر في ١٩٧٦ والدساتير التالية له، وكذلك المغرب وفقاً لدساتيرها الصادرة في ١٩٦٢، ١٩٧٠، ١٩٧٢ - أنظر بشأنها: أحمد مجيد بنجلون الدستور المغربي مبادئه وأحكامه ١٩٧٧ ص ١٥٧.

ولما كان الفصل العضوى بين السلطات لا يطابق دائما مع الفصل الوظيفى بينها فى معظم الدول، فمن الملاحظ أن السلطة التنفيذية تتمتع غالبا بسلطة التشريع بواسطة اللوائح فى بعض المسائل والأمور. غير أن هذه المسائل وتلك الأمور التى تكون نطاق عمل اللوائح تخضع أيضا لتدخل البرلمان، الذى يستطيع بصفته ممثلاً لإرادة الأمة التعرض لأى موضوع أيا كان، ويعمل على تنظيمه بالقانون الذى يتضمن القواعد التى تلائم تنظيم وحكم هذا الموضوع، وهذا يعنى بوضوح أنه طبقاً للنظم التقليدية، فإنه لا يوجد نطاق معين للقانون لا يستطيع تجاوزه، وإنما هو يتمتع بالحرية الكاملة فى تنظيم أى موضوع كتقاعدة عامة.

أما بالنسبة للائحة، فالأصل أن الدور الطبيعى لها يقتصر على ضمان تنفيذ القوانين، وذلك بتناول التفصيلات والجزئيات والمسائل الفرعية اللازمة لتنفيذ القانون الذى يرى تركها للائحة، وفى هذه الحالة فإن الموضوعات التى تدخل فى نطاق السلطة اللائحية تتطابق مع الموضوعات التى تدخل فى نطاق القانون ذاته، لذا فالأصل بالنسبة للائحة أنه لا يوجد لها نطاق محتجز، كما أنه لا يوجد لها نطاق محدد تستطيع أن تتناول أية مسألة تدخل فيه بالتنظيم اللائحية استقلاً عن القانون، إلا أنه استثناءً من ذلك، فإن القوانين الدستورية تجيز أحياناً إصدار بعض أنواع من اللوائح "المستقلة" فى بعض الموضوعات المحددة، وذلك لاعتبارات عملية معينة تستوجب السماح للسلطة التنفيذية بهذا الاختصاص، ويقتصر وجه الاستقلال هنا على أن اللائحة التى تصدر فى هذه الموضوعات إنما تصدر استقلاً عن القانون، ولذا سميت "بـاللوائح المستقلة"<sup>(١)</sup>.

ومن الملاحظ عملاً، أن العديد من الدساتير تستبعد السلطة اللائحية من ميدان التشريع فيما يتعلق ببعض الموضوعات ذات الأهمية الخاصة بحيث يقتصر العمل والتنظيم فيها على البرلمان وحده، وهو ما يحدث بالنسبة

(١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور - النظام الدستورى المصرى ١٩٨٠ ص ١٢٧، ١٢٨.

الموضوعات التي تمس أمن الأفراد وحقوقهم مباشرة، أو تلك التي تتصل بحرياتهم مثل تنظيم الحريات العامة وتحديد الجرائم والعقوبات، ومعنى ذلك أن هناك مسائل يقرر الدستور احتجازها للبرلمان بحيث لا يجوز التشريع فيها إلا بقانون، وهو ما يؤدي إلى استبعاد اللائحة تماماً عن تلك الدائرة، فلا يكون لها التشريع بشأنها حتى يصدد المسائل الجزئية لقرعة قليلة الأهمية.

ومن ناحية أخرى، فالبرلمان أيضاً ويلزمه اتفاقية أن يتدخل خارج هذا النطاق المحتجز له دستورياً في أية مسألة أخرى، ويقرر الاستقلال بتنظيمها واستبعاد تدخل السلطة التنفيذية بشأنها، باعتباره صاحب الولاية العامة في التشريع، واستقلداً إلى تمتع القانون بقوة إلزامية أعطى من قوة اللائحة.

ويترتب على ذلك أن نطاق القانون يختلف في مدلوله عن نطاق اللائحة لاختلافها جوهرياً، فإذا كان هذا الأخير يعنى إمكانية عمل اللائحة في هذا النطاق دون غيره فإن نطاق القانون يعنى عدم إمكانية تدخل اللائحة فيه بآلية صورية من الصور، مع الاعتراف للقانون بحرية العمل الواسع لدخول وخارج هذا النطاق، أي أن نطاق القانون هو نطاق محتجز له بينما نطاق اللائحة هو نطاق محدد لها.

وقد أخذت الدساتير المصرية المتعاقبة بالعلاقة التطبيقية بين القانون واللائحة، بشأن تحديد نطاق كل منهما، فيتولى مجلس الشعب - وهو السلطة التشريعية في مصر حالياً - الوظيفة التشريعية، ويقال في القانون أن يتناول بالتنظيم كافة المسائل التي يرى ضرورة التدخل لتنظيمها.

ومن ناحية أخرى، حدد الدستور في بعض نصوصه عند من الموضوعات التي ينبغي أن يتم تنظيمها بواسطة القانون وهي الموضوعات التي تمثل النطاق المحتجز للقانون، كما حدد أيضاً الموضوعات التي يمكن التدخل فيها بواسطة السلطة التنفيذية.

ويقتصر النطاق المحدد للائحة وفقاً للدستور ١٩٧١ على موضوعات تنفيذ القوانين (م ١٤٤) والضبط (م ١٤٥) والمرافق العامة (م ١٤٦).

#### أ- اللوائح التنفيذية:

هى تلك اللوائح التى تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتيسير تنفيذ القوانين.

واللوائح التنفيذية بهذا المعنى تعد الصورة الأصلية للسلطة اللائحية حيث يتحقق فيها حكمة منح السلطة التنفيذية الحق فى إصدار اللوائح، وذلك لأن السلطة التشريعية لا تملك عادة من الوقت والخبرة لشنون التنفيذ والتطبيق ما يمكنها من تحديد الأحكام الجزئية والتفصيلية للمبادئ العامة التى تضعها، أما السلطة التنفيذية فإنها بطبيعتها وظيفتها وبحكم اتصالها المستمر بالجمهور أقدر على تعرف التفصيلات اللازمة لوضع هذه المبادئ العامة موضع التنفيذ، ولهذا نجد أن سلطة إصدار اللوائح التنفيذية مسلم بها للإدارة فى جميع الدول حيث تحرص الدساتير دائماً على النص صراحة على هذه السلطة للإدارة<sup>(١)</sup>.

وفقاً للمادة ١٤٤ من هذا الدستور فإن الاختصاص بإصدار اللوائح التنفيذية معقود لرئيس الجمهورية فى الأصل بشرط ألا يقوم القانون بتحديد جهة أخرى تختص بإصدار لائحته التنفيذية، ويجوز لرئيس الجمهورية تفويض غيره فى هذا الاختصاص، أما إذا قام القانون بتحديد شخصية أو هيئة معينة تختص بإصدار لائحته التنفيذية، فإن هذا الشخص أو تلك الهيئة تختص دون غيرها بذلك، بمعنى أنه لا يجوز التفويض فى هذه الحالة حتى ولو كانت تلك الجهة التى حددها القانون هى رئيس الجمهورية بذاته.

(١) للمزيد من التفاصيل يصدد اللوائح التنفيذية تراجع رسالتنا للدكتوراه سائلة الذكر ص ١٩٩ - ٢٨١، كذا رسالة الدكتوراه بدرية جاسر الصالح "السلطة اللائحية فى مجال تنفيذ القوانين" - القاهرة ١٩٧٩.

DOUENCE, Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration, L. G. D. J. 1968.

ولذلك تعد هذه اللوائح من الأعمال الإدارية من حيث الطبيعة وفقاً للمعيار الشكلى الراجح، كما تتمتع بقوة العمل الإدارى أو بالأحرى قوة اللائحة وذلك من حيث القوة الإلزامية وفقاً للقواعد العامة.

ويشترط لمشروعية اللوائح التنفيذية وفقاً للمستور ألا يكون من شأن اللائحة تعديل أو تعطيل القانون الذى تضعه موضع التنفيذ أو غيره من القوانين، أو الإغناء من تنفيذ هذه القوانين، وهى من النتائج المترتبة أصلاً على قاعدة تدرج القواعد القانونية.

كما يشترط فى اللوائح التنفيذية، أن تكون الأحكام الواردة فيها لازمة لتنفيذ القانون، دون أن يمنع ذلك من الإضافة لأحكام القانون<sup>(١)</sup> بشرط أن يكون الحكم الجديد الوارد فى اللائحة لازماً لتنفيذ القانون، بمعنى أنه إذا كانت الأحكام الواردة فى اللائحة التنفيذية هى أحكام لازمة لتنفيذ القانون الذى تهدف تلك اللائحة إلى تنفيذه، فإن هذه الأحكام تكون مشروعة ولو كانت تمثل إضافة لقواعد ذلك القانون، أما إذا كانت هذه الأحكام غير لازمة لتنفيذ ذلك القانون فبأنها تكون فى هذه الحالة غير مشروعة على أساس أنها خرجت باللائحة من مجال التنفيذ إلى مجال التشريع.

ولا شك فى أن لزوم الأحكام الواردة فى اللائحة تعنى ضرورة وحدة الهدف بين اللائحة والقانون الذى تعمل على ضمان تنفيذه، فلا يكفى ألا يكون فى هذه الأحكام اللائحية اعتداءً على أحكام القانون وهو أمر غير مشروع<sup>(٢)</sup>، بل يجب أيضاً أن يكون هدف اللائحة هو ضمان تنفيذ القانون، وهو الأمر الذى

(١) أشار "حق الإضافة" أى حق اللائحة التنفيذية فى إضافة بعض القواعد والأحكام للقانون خلافاً فقهيًا حاداً، حيث اعتبره جانب من الفقه أمراً غير مشروع لما يتضمنه من تعديل للقانون أو على الأقل خروج من مجال التنفيذ إلى مجال التشريع، فى حين اعتبره جانب آخر من الفقه أمراً مشروعاً استناداً إلى الحكمة من تقرير هذه اللوائح وأن وظيفة الإدارة تفرض عليها أن تلائم بين أحكام القانون والاعتبارات العملية مما يستوجب إضافة قواعد جديدة للقانون.

للمزيد من التفاصيل تراجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ٢٣٥ - ٢٥٠.

(2) C. E. 15 Juill. 1959, Société desmarais, A. J. D. A. 1959. 3:0

يستوجب مطابقة هذه اللائحة لذلك القانون، فإذا كان حكم اللائحة غير مفيد أو غير لازم في تطبيق القانون فهو غير مشروع حتى ولو لم تكن هناك مخالفة لأى نص تشريعي<sup>(١)</sup>، وهو ما يفرض على القاضى الإدارى تفسير المبادئ والأفكار العامة التى يتضمنها النص التشريعى<sup>(٢)</sup>، وعلى ذلك ينبغى على السلطة اللائحية احترام روح القانون<sup>(٣)</sup>، فهى رغم ما تتمتع به من سلطات بصدد تنفيذ القوانين، إلا أنها لا تستطيع استخدام هذه السلطات إلا بهدف تيسير تنفيذ النصوص التشريعية الواردة فى القانون، وهذه الرقابة الصارمة التى يفرضها القضاء هى الوجه الأخر الذى لا غنى عنه لموازنة سلطات الإدارة فى هذا الصدد.

#### ب- لوائح الضبط:

يقصد بلوائح الضبط تلك اللوائح التى تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة.

وتعتبر لوائح الضبط أهم أساليب الضبط الإدارى<sup>(٤)</sup> وأبرز مظهر لممارسة سلطة الضبط الإدارى، ذلك أنه عن طريقها تضع هيئة الضبط الإدارى قواعد عامة موضوعية مجردة تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردى فى سبيل صيانة النظام العام، وهى بذلك تمس حقوق الأفراد وتقيد حرياتهم

(١) C. E. 1 Jui!! 1960, Assemblée permanente de Présidents ..., A. J. D. A. 1960. 330.

(٢) C. E. 5 Avril 1974, Mignot et Union des jeux avocate de Versailles, R. D. P. 1975. 507.

(٣) C. E. 11 Mai 1962, FNOSS et Bazin, A. J. D. A. 1963. 175.

(٤) للمزيد من التفاصيل فى هذا الصدد يرجع:  
الدكتور محمود سعد الدين الشريف - محاضرات فى النظرية العامة للضبط الإدارى - مذكرات قسم الدكتوراه - جامعة القاهرة ٦٧/ ١٩٦٨، أبحاثه فى "النظرية العامة للبوليس الإدارى فى مصر" - مجلة مجلس الدولة السنة ٢ ص ٢٨٢، فى "الجهة التى تتولى إصدار لوائح البوليس" بنفس المجلة السنة ٣ ص ١٦٧، فى "أساليب الضبط الإدارى والتقيود الواردة عليه" بنفس المجلة للسنة ١٢ ص ٥، فى "نفسه العلاقة بين الضبط الإدارى وبين الحريات العامة" بنفس المجلة سنة ١٩٦٩ ص ٥.  
وأنظر أيضاً الأستاذ الدكتور عاطف البنا - حدود سلطة الضبط الإدارى - ١٩٨٠، والدكتور محمد عصفور - البوليس والدولة - ١٩٧٢.



بالضرورة<sup>(١)</sup>، لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات توقع على مخالفيها.

وتنص المادة ٤٥ من دستور ١٩٧١ في مصر على أن "يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط"، وبذلك يكون قد أسند إلى رئيس الجمهورية الاختصاص بإصدار هذه اللوائح، ولكنه لم ينص على جواز التفويض، وبالتالي لا يجوز أن تصدر بأداة أدنى من القرار الجمهوري استناداً إلى تفويض من رئيس الجمهورية، ومع ذلك فليست القرارات الجمهورية هي الأداة الوحيدة لإصدار لوائح الضبط، إذ يمكن إصدار مثل هذه اللوائح عن طريق قرارات تصدر من مجلس الوزراء، استناداً إلى الفقرة الأخيرة من المادة ١٥٦ من هذا الدستور التي تنص على اختصاصات مجلس الوزراء ومن بينها "المحافظة على أمن الدولة وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة"، وهي أمور تندرج في نطاق مدلولات النظام العام وخاصة بالنسبة لعنصر الأمن العلم.

وعليه تعد لوائح الضبط عملاً إدارياً من حيث طبيعتها القانونية وفقاً للمعيار الشكلي الراجح، وتتمتع بقوة العمل الإداري أو بالأحرى قوة اللائحة وفقاً للقواعد العامة المتصلة بتحديد القوة الإلزامية للأعمال والقواعد القانونية.

ويتحدد نطاق لوائح الضبط في المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة، فإذا صدرت لائحة الضبط مستهدفة غرضاً آخر خلاف ذلك، فإنها تعتبر متجاوزة لنطاقها، وتعد بالتالي غير مشروعة، لأن كل إجراء ضبوطي يجب ألا يستهدف سوى تحقيق النظام العام<sup>(٢)</sup>.

(١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور - النظام الدستوري مالف الذكر ص ١٢٨.

DEBBASCH, Droit Administratif, 3e éd. P. 239.

حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٦٩/٦/٣ قضية ١٢٨٨ لسنة ٢١، المجموعة السنوات ٢١ - ٢٣ رقم ٣٩٣ ص ٧٤١.

(2) BERNARD, La notion d'ordre public en droit administratif, L. G. D. J. 1962, pp. 71 - 73.

ويراقب القضاء الإداري تدخل الإدارة عندما تصدر لائحة الضبط للتحقق من لزومها وجدواها وعدم اعتدائها على حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية<sup>(١)</sup>، وفي هذا الصدد فإنه لا يعتبر تدخل الإدارة مشروعاً إلا إذا كانت ثمة أسباب جديفة تهدد بالإخلال بالنظام العام<sup>(٢)</sup>.

ومن ناحية أخرى بسط القضاء الإداري رقابته لتشمل أيضاً الأسباب التي تدفع الإدارة إلى رفض التدخل بواسطة لائحة الضبط، وفي هذا الصدد لم يكتف مجلس الدولة الفرنسي بالاعتراف بجواز تقرير مسؤولية الإدارة عن رفض إصدار لائحة الضبط<sup>(٣)</sup>، بل تجاوز ذلك إلى حد الاعتراف بإمكانية الطعن بالالغاء مباشرة ضد رفض الإدارة اتخاذ تدابير الضبط حتى ولو لم يكن هناك خطر داهم أو موقف خاص<sup>(٤)</sup>.

---

(١) أنظر في الرقابة على تدابير الضبط وحماية الحقوق والحريات المراجع الأتيية:  
مؤلفنا: مبادئ القانون الإداري - نظرية العمل الإداري - ٢٠١٣ - ص ١٤١  
ومبمدها.

BRAUD, La notion de liberté publique en droit français, 1968.

CASTAGNE, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, L. G. D. J., 1964.

DRAN, Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publique, L. G. D. J., 1968.

(2) C. E. 22 Juin 1951, Daudignac, L. 362.

C. E. Mai 1954, De Pischaf, L. 269.

C. E. 31 Mai 1963, Ville de Grenoble, L. 833.

(٣) قرر مجلس الدولة الفرنسي أن امتناع الإدارة عن وضع اللائحة يؤدي إلى مسؤولية الإدارة إذا كون هذا الامتناع خطأ جسيماً. ومن ثم لا يكفي الخطأ البسيط لتقرير المسؤولية عن رفض التدخل وكذلك الأمر إذا كفت الخسائر طفيفة، ولكنه عدل بعد ذلك عن شرط الخطأ الجسيم واكتفى بمجرد الامتناع.

C. E. 8 Mars 1963, Commune de maison Laffite, L. 263.

C. E. 16 Fiv. 1977, Société Pom - Ail, R. D. P. 1977 - 1092.

C. E. 21 Oct. 1953, Ville de Marseille, L. 447.

C. E. 4 Oct. 1968, Sieur et Dame Pascal, L. 876.

C. E. 28 Avril. 1967, Lanfont, L. 182.

C. E. 11 Juin 1969, Commune de Courmon ..., L. 760 - 908 - 949 - 951.

(4) C. E. 23 Juin 1976, Latty, R. D. P. 1977. 865 n. Waline.

### ج- لوائح المرافق العامة:

هى تلك اللوائح التى تضعها السلطة التنفيذية بقصد إنشاء وتنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل فى المصالح والإدارات الحكومية العامة. وتشمل لوائح المرافق العامة فى مصر، طبقاً لنص المادة ١٤٦ من دستور ١٩٧١، القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وبالتالي الغاؤها، كما تشمل أيضاً القرارات الخاصة بتنظيم هذه المرافق وتلك المصالح العامة.

ويختص رئيس الجمهورية بسلطة إصدار لوائح المرافق العامة، ولا يجوز له تفويض غيره فى ذلك، حيث خلت المادة ١٤٦ من هذا الدستور من النص على مكنة التفويض فى إصدار هذه اللوائح، ونظراً لكون اختصاص رئيس الجمهورية بإصدار تلك اللوائح هو اختصاص استثنائى، فإنه لا يجوز للرئيس التفويض فيه.

ولذلك فإن هذه اللوائح - كغيرها من اللوائح الإدارية - هى عمل إدارى من حيث الطبيعة القانونية، وتتمتع بقوة العمل الإدارى، أى قوة اللائحة وفقاً للقواعد العامة.

والأصل فى إنشاء المرافق العامة أنه أمر اختياري للسلطة العامة، فهو ما يدخل فى مجال سلطتها التقديرية<sup>(١)</sup>، إلا أنه استثناء من هذا الأصل تكون سلطة الإدارة مقيدة بالنسبة لبعض المرافق العامة حيث تلتزم بإنشائها بوصفها "مرافق عامة إجبارية".

ويلزم ملاحظة أنه لا يجوز للائحة المرافق العامة أن تمس الموضوعات التى تدخل فى النطاق المحتجز للقانون.

(١) الأستاذ الدكتور محمود حافظ - نظرية المرفق العام - ١٩٦٤/٦٣ ص ١١٠.

ثانية - نطاق اللائحة في فرنسا وثمّ الدستور 1958 الحالي:

سبق أن أشرنا إلى أن الدستور الفرنسي الحالي قد أحدث تغييراً جوهرياً في العلاقات التقليدية بين القانون واللائحة فيما يتعلق بنطاق كل منهما، حيث توزعت الوظيفة التشريعية بين البرلمان والسلطة التنفيذية، فأصبحت هذه الأخيرة صاحبة الولاية العامة في التشريع، بينما تحدد اختصاص البرلمان في هذا الميدان على بعض الموضوعات المعينة على سبيل الحصر، ومن ثمّ غدت اللائحة هي الأصل في التشريع والقانون هو الاستثناء في ميدانه، وذلك استناداً إلى المادة 37/1 من الدستور الفرنسي التي قضت بأن "الموضوعات التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها الصفة اللائحية".

ويقتصر أثر هذا التجديد على اللوائح المستقلة التي تصدرها الإدارة استقلالاً عن القانون، في حين تبقى العلاقة بين اللوائح التنفيذية والقوانين التي تتولى هذه اللوائح وضعها موضع التنفيذ كما كانت في ظل النظم التقليدية السائدة قبل الدستور الحالي.

وقد أسفر التجديد الدستوري عن تمتع اللوائح المستقلة بنطاق محتجز لا يجوز للسلطة التشريعية أو بالأحرى للقانون أن يتدخل بشأنه، وإلا كان للسلطة اللائحية أن تلجأ إلى وسائل الحماية المختلفة التي قررها الدستور لمنع تعدى القانون على هذا النطاق<sup>(1)</sup>.

ومن المسلم به حالياً، أنه ليس للتجديد الدستوري المشار إليه أية آثار تتعلق بالقوة الإلزامية لللائحة والقانون أو بطبيعة كل منهما.

فيالنسبة للطبيعة القانونية للوائح المستقلة، لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في القطع بأن هذه اللوائح ستظل كما كانت في الأصل أعمالاً إدارية، وبالتالي تظل خاضعة لذات الرقابة القضائية التي تخضع لها اللوائح الأخرى،

(1) أنظر في تفاصيل هذه الحماية رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص 146 - 167، كذلك رسالة:

BRACHET, La delimitation des domaines respectif de la loi et du règlement, dans la Cons. Du 4 Oct. 1958, Bordeaux, 1965.

أما القانون فما زال هو العمل الذي لا يمكن المنازعة فيه خاصة وأن مصدره هو الشعب أو البرلمان أي الإرادة العامة، في حين أن الحكومة وبالتالي أعمالها ليست كذلك، ومن ثم تظل سلطة إدارية ويظل العمل الصادر منها، ولو كان لائحة مستقلة، عملاً إدارياً خاضعاً لنفس النظام القانوني الذي تخضع له اللوائح الأخرى، وخاصة فيما يتعلق بالرقابة القضائية عليها<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا الأساس استقر الفقه - بعد تردد وجدل شديدين - على أن طبيعة اللوائح واحدة أياً كانت نوعها، "واللائحة الآن هي اللائحة من قبل لم تتبدل طبيعتها ولم يطرأ شئ على نظامها القانوني، وكل ما في الأمر أنها استقلت بدائرة معينة تعمل في حدودها، وأن هذه الدائرة تبدو أكبر من الدوائر المخصصة للقانون الذي اقتصر دوره على تنظيم المسائل الكبرى ذات الأهمية الخاصة، وما عدا ذلك ترك الدستور أمره لللائحة"<sup>(2)</sup>.

أما عن مرتبة اللوائح المستقلة أو قوتها القانونية، فقد أثار أمر تحديدها جدلاً فقهيًا حاداً في فرنسا، وذلك بسبب اختفاء القانون من ميدان اللوائح.

وقد انتهى الفقه في هذا الصدد إلى أن "اختفاء القوانين من نطاق اللوائح المستقلة لا يعنى اكتساب هذه الأخيرة لقوة القانون، بحيث تأخذ مرتبته وقيمته، فلكل من القانون واللائحة المستقلة مرتبته ولكل منهما قيمته، فهما مستقلان وغير متساويين"<sup>(3)</sup>، ومن ثم فإن "اللائحة في التجديد الدستوري لم ترق إلى مرتبة القانون فلم تكتسب صفاته وميزاته، بل استمرت كما كانت محتفظة بخصائصها المختلفة عن خصائص القانون والتي تجعلها في درجة أدنى منه، والتطور الجديد الذي طرأ على وضع اللائحة إنما ينحصر في تحديد نطاق كبير لها، مقصور عليها، تعمل فيه دون مشاركة، دون أن يؤثر هذا

(1) C. E. 26/6/1959, Syndicat general de Ingénieurs - Conseils, L. 394.  
C. E. 12/2/1960, Société Eky, L. 101.

(2) VEDEL, Droit administratif, éd. 1968., p 40.

(3) CHAPUS, Article cite, D. 1960. 126.

التجديد على خصائصها"<sup>(1)</sup>. ويترتب على ذلك أنه لا يوجد أي خلاف بين اللوائح المستقلة وغيرها من اللوائح الأخرى فيما يتعلق بقوتها القانونية، وكل ما هناك "أن الدستور قد رأى أنه لا حاجة البتة لوجود قوانين في ميدان إصدار هذه اللوائح، وهو أمر لا يعمل على تغيير طبيعتها القانونية، كما أنه لا يرتب لها أية منزلة تملو عن المنزلة السابقة التي كانت للوائح عامة في ظل الوضع التقليدي السائد قبل صدور الدستور الجديد"<sup>(2)</sup>.

ولا شك أن هذا الرأي يبلور المفهوم الحقيقي لما ورد بالدستور الفرنسي من تعديلات في هذا الشأن، وهي تعديلات لم تؤثر كما هو واضح لا في طبيعة اللوائح ولا في قوتها القانونية، وما دامت النصوص الدستورية لا تشير صراحة ولا ضمناً إلى أن اللوائح المستقلة قد ارتفعت في تدرج القواعد القانونية إلى مصاف القانون، فإنه ينبغي الرجوع إلى التدرج التقليدي، والتسليم بأن اللائحة المستقلة تقع كما كانت دائماً في مرتبة أدنى من القوانين بحيث تنحصر آثار تلك التعديلات الدستورية في إحداث توزيع جديد للوظيفة التشريعية بين القانون واللائحة المستقلة وتحديد نطاق القانون في موضوعات محددة، دون أن يعني ذلك مطلقاً تشبيه اللائحة بالقانون لا من حيث الطبيعة ولا من حيث القوة القانونية الإلزامية.

أما عن أثر اختفاء القوانين من ميدان اللائحة المستقلة، فيبدو أن هذا الأمر كان سبباً رئيسياً في كل ما ثار من تساؤلات، ذلك لأنه إذا كانت اللائحة المستقلة هي مجرد قرار إداري يخضع لرقابة المشروعية، فإن المشكلة تقع في تحديد تلك القواعد القانونية التي تملوها، وبالتالي فإن مخالفتها تعتبر إهداراً لمبدأ المشروعية، مما يستوجب معه إلغاء اللائحة المخالفة.

(1) VEDEL, op. cit., p. 40.

(2) الأستاذ الدكتور محسن خليل - علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق السنة 14 عدد 3، 4 ص 17.

وقد قرر البعض<sup>(١)</sup>، إزاء غياب القانون عن ميدان اللوائح المستقلة، اختفاء وجه مخالفة القانون بالنسبة لها كأحد أوجه الإلغاء، وذلك لاستحالة الطعن فيها على أساس وجه مخالفة القانون بمعناه الضيق.

غير أن الفقه رفض الأخذ بذلك الرأي على أساس أنه إذا كانت "المادتين ٣٤، ٣٧ من الدستور توديان إلى عدم وجود قانون بالمعنى الشكلي للاصطلاح في بعض الموضوعات فإنه لا يترتب على ذلك إطلاقاً ألا تخضع الإدارة عند تنظيم هذه الموضوعات لقواعد أخرى لها قيمة القانون"<sup>(٢)</sup>.

وفي الواقع، فإن تخصيص مجال محتجز للأنحة المستقلة أدى إلى أن هذه اللوائح أصبحت تتأسس مباشرة دون وسيط على الدستور نفسه، أي دون حاجة إلى تدخل تشريعي يتيح لها الصلاحية للصدور، ومن هنا أصبح استقلالها أمر واضح دون شك، مما أثار بعض التخوفات حول مدى خضوعها لمبدأ المشروعية.

وقد أثارَت الخصيصة الاستقلالية للوائح المستقلة بعض التخوفات فيما يتعلق بحدود الرقابة القضائية على مشروعيتها، فقد خشى الفقه مع بداية تطبيق دستور ١٩٥٨ أن تقتصر رقابة مجلس الدولة على العناصر الخارجية لتلك اللوائح والتي تتعلق بالشكل والاختصاص دون عناصرها الداخلية التي تتعلق بالسبب والمحل والغاية أو الهدف<sup>(٣)</sup>.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أزال خشية الفقه بقضائه الرصين، فلم يكتف بفرض رقابته على العناصر الخارجية للوائح المستقلة<sup>(٤)</sup> وإنما تجاوزها

(1) WALINE, Article cite, R. D. P. 1959. 711.

(2) DEMICHEL, Le Droit Administratif, 1978, p. 88.

(3) DE SOTO, La Lois et règlement dans la Cons. Du 4 Oct. 1958. R. D. P. 1959. 295.

(4) C. E. 30 Mars 1962, Association Nationale de la Meunerie, A. J. D. A. 1962. 298.

C. E. 30 Janv. 1963, Caubert de cléry et Ferre. A. J. D. A. 1963. 309.

نص عليها إما بالقوانين العادية الصادرة من البرلمان أو فى النصوص الدستورية ذاتها.

ولذلك نجد كثير من دساتير الدول تنص على مثل هذه التطبيقات، وتحدد السلطات الخاصة التى تخول فى الغالب للسلطة التنفيذية لمواجهة تلك الأوقات العسبية ودفع أية أخطار جسيمة تتعرض لها الدولة.

ومن ناحية أخرى تقوم للقوانين من جانبها، فى حدود ما يسمح به الدستور، بمثل هذا الدور لصالح السلطة التنفيذية، ومن أكثر هذه القوانين انتشاراً لدى الدول قوانين حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية.

وتخول هذه النصوص الدستورية والتشريعية للإدارة عدة سلطات مميزة، أهمها سلطة إصدار لوائح الضرورة وهى قرارات إدارية لها قوة القانون ومن ثم تؤثر على العلاقة بين المملطين التشريعية والتنفيذية، علاوة على بعض الاختصاصات الأخرى التى تحصل أساساً للطابع الفردى أو التنفيذى، مثل كثير من القرارات الفردية والتدابير التى تصدر فى حالة الطوارئ أو التعبئة العامة، وهى تدابير تمس غالباً العلاقة بين سلطات إدارية مختلفة كالعلاقة بين السلطتين المدنية والعسكرية.

وتعتبر نظرية "الضرورة" أو "الظروف الاستثنائية" أساس تلك السلطة الاستثنائية وإن كنا نفضل اصطلاح نظرية "الضرورة" باعتبارها نظاماً قانونياً نشأ لمواجهة وقائع غير عادية يطلق عليها "الظروف الاستثنائية" وذلك فى معظم الأحوال، بحيث يشترط لتطبيق النظام القانونى لنظرية الضرورة، توافر هذه الحالة الواقعية التى تتمثل غالباً فى أحد "الظروف الاستثنائية" التى تتنوع كثيراً مثل حالة الحرب وحالة الاستعجال وحالة الطوارئ.

وتطبق هذه النظرية على اللوائح التى تصدر فى ظل "الظروف الاستثنائية"، إلى جانب بعض اللوائح التى تصدر فى ظروف من الصعب تصورها استثنائية، ومع ذلك فهى تعد لوائح استثنائية لأنها تخرج على قواعد



اللوائح العادية في كونها تصدر في نطاق القانون وأن لها قوة القانون، والمثال البارز لهذه اللوائح هو الأوامر التي تصدر في فرنسا تطبيقاً للمادة ٣٨ من الدستور، أما باقي اللوائح الاستثنائية الأخرى، فهي في جوهرها لوائح عليا - ضبئية عادة - ولكن نظراً لصدورها في ظل ظروف استثنائية، فبها تتمتع بقوة القانون بالشروط التي يحددها الدستور عادة.

على أن هذه السلطة اللانحوية الاستثنائية، وإن كانت ضرورية للإدارة إلا أنها ليست حقاً خالصاً لها، وإنما هو اختصاص مقيد بضرورة توافر شروط معينة للجوء إليها وشروط أخرى لإصدارها وتطبيقها، كما أن آثار استخدام تلك الاختصاصات محددة بنطاق معين لا يجوز تجاوزه، ومن ثم فمن الخطأ القول بأنه ليس للضرورة قانون، إذ العكس هو الصحيح، فالضرورة هي تنظيم قانوني، وهو ما يعني على الأقل خضوع أعمال الضرورة للرقابة حتى لا تتجاوز حدودها وضوابطها القانونية<sup>(١)</sup>.

وقد أخذ المشرع الدستوري في فرنسا بنظرية الضرورة في دستور ١٩٥٨ الحالي، فجاء بالمادة ١٦ التي تنظم حالة الضرورة بشأن بعض الظروف الاستثنائية المحددة، وأضاف إليه نص المادة ٣٨ التي تسمح للسلطة اللانحوية بالتدخل في نطاق القانون عن طريق الأوامر (اللوائح التفويضية)، ولكون هذا التدخل يعد أمراً استثنائياً، ولتمتع الأوامر بقوة القانون، فبنا نعتقد أن هذا النص يدخل ضمن نطاق نظرية الضرورة ولو لم يستخدم بشأن ظروف استثنائية حقيقية.

أما المشرع الدستوري في مصر فبانه تبنى منذ دستور ١٩٢٣ نظرية الضرورة، فنظم تطبيقاً لها في المادة ٤١ منه يتميز على الأخص بمشترط

(١) راجع في تفصيلات هذه السلطة مؤلفنا: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة للقضائية - ١٩٨٢ راجع أيضاً: الأستاذ الدكتور عبد الحميد كمال حشيش: مبادئ القضاء الإداري - ١٩٧٧ - ص ٩١ وما بعدها.  
الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد: سلطة الحاكم في تغيير التشريع شرعاً وقانوناً - ١٩٨٤ - ص ٢٠٢ وما بعدها.

غياب البرلمان إلى جانب توافر الظروف الاستثنائية، وقد احتفظت كافة الدساتير المصرية بعد ذلك بهذا التطبيق حيث ينص دستور ١٩٧١ عليه في المادة ١٤٧ منه. ثم جاء دستور ١٩٥٦ بتطبيق ثان يتعلق باللوائح التفويضية التي تصدر استناداً إلى إذن سابق من البرلمان، وقد استمر كذلك هذا التطبيق في الدساتير اللاحقة، وهو المنصوص عليه في المادة ١٠٨ من دستور ١٩٧١ الذي جاء بتطبيق ثالث يشبه إلى حد ما تطبيق المادة ١٦ في الدستور الفرنسي الحالي، وذلك في نص المادة ٧٤ من هذا الدستور.

وإلى جانب هذه التطبيقات الدستورية، فإن المشرع البرلماني قام من جانبه بتنظيم لبعض الحالات التي تعد تطبيقاً لنظرية الضرورة، لعل أكثرها ذبوعاً وأهمية هو قانون تنظيم حالة الطوارئ أو الأحكام العرفية، وذلك بالإضافة إلى قوانين أخرى مثل قانون حالة الاستعجال في فرنسا وقانون التعبئة العامة في مصر.

ويمكن القول بأن لوائح الضرورة التي تصدر استناداً لهذه التشريعات الاستثنائية (رغم دوام سريتها) إنما تدرج تحت طائفة اللوائح التفويضية، على أساس أن الإدارة تتلقى سلطاتها اللائحية الاستثنائية من نصوص هذه القوانين التي تختص السلطة التشريعية وحدها بإصدارها طبقاً للدستور.

والخلاصة أنه يترتب على وقوع الظروف الاستثنائية، قيام حالة الضرورة التي تتيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ الإجراءات الاستثنائية اللازمة لمواجهة هذه الظروف، وتسمى هذه الإجراءات الاستثنائية بأعمال الضرورة، وهي قد تكون أعمالاً مادية كما قد تكون أعمالاً قانونية، وهذه الأخيرة قد تكون قرارات إدارية فريدة، وقد تكون قرارات لائحية يطلق عليها اصطلاحاً "لوائح الضرورة" تأسيساً على صدورها إبان قيام حالة الضرورة، وتمييزاً لها عن اللوائح الإدارية التي تصدر في ظل الظروف العادية.

وتتبلور آثار نظرية الضرورة في ارتفاع القوة القانونية أو المرتبة الإلزامية لتدابير الضرورة لتتمتع بقوة القانون في تدرج الأعمال القانونية. فإذا

تمثلت هذه التدابير في قرارات إدارية فردية، فبإنها تتمتع بقوة القانون ولها مخالفة ولكن دون أن يترتب عليها إلغاء أحكام القانون محل المخالفة أو تعديلها، حيث لا يجوز إلغاء نص عام إلا بنص عام، ولذلك فإن أصل الضرورة الأشد خطورة إنما تتمثل في لوائح الضرورة التي هي في جوهرها أعمالاً تشريعية، إذ تتمتع في ظل الظروف الاستثنائية بقوة القانون، فإبنا تمك في الواقع سلطة إلغاء القوانين القائمة أو تعديلها أو تعطيل نفاذها<sup>(١)</sup>.

غير أنه يلزم التنويه إلى أنه إذا كانت لوائح الضرورة تتمتع بلا جدال أو خلاف بمرتبة إلزامية تعادل قوة القانون في تدرج القواعد القانونية، فإنه على العكس من ذلك، احتدم الخلاف الفقهي بل والقضائي حول الطبيعة القانونية لهذه اللوائح ومدى تأثيرها بتمتع هذه اللوائح بقوة القانون، وأثر تدخل السلطة التأسيسية وكذلك السلطة التشريعية بشأنها.

#### الطبيعة القانونية للوائح الضرورة:

من المنطوق عليه أن لوائح الضرورة هي من الأعمال الإدارية من حيث طبيعتها القانونية، وذلك استناداً للمعيار الشكلي السائد فقهاً وقضاً في صدد تحديد طبيعة القواعد القانونية، حيث أن هذه اللوائح تصدر عن السلطة التنفيذية.

بيد أنه لما كانت لوائح الضرورة تصدر في نطاق القانون بحيث تستطيع اللانحة أن توقف أو تعدل أو تلغى بعض أحكام القوانين، فإنه يكون من الطبيعي أن يمارس البرلمان الرقابة على ممارسة السلطة اللانحية للدور الذي كان ينبغي عليه أصلاً القيام به.

لذلك تحرص بعض الدساتير على أن تنتج للبرلمان فرص التعبير عن إرادته بشأن أعمال الضرورة وتدابيرها، وذلك بمنحه سلطة إقرار أو عدم

(١) راجع في تفاصيل ذلك مؤلفنا: الرقابة على أعمال الإدارة سالف الذكر - ص ١٣٤ وما بعدها، راجع أيضاً حكم المحكمة العليا في ١٩٧٥/٤/٥ دعوى ٩ لسنة ٤ ق عليها دستورية - المجموعة القسم الأول - ص ٢٥٨.

إقرار هذه التدابير أو تعديلها، وعلى الأخص اللوائح منها، لما يفترض بشأنها من استمرار سريتها إلى أن تُلغى أو تعدل بنص صريح.

وقد اتبع المشرع الدستوري في مصر هذا الأسلوب بصدد اللوائح التشريعية التي تصدر في غيبة مجلس الشعب وفقاً للمادة ١٤٧ من دستور ١٩٧١، وكذلك بصدد اللوائح التفويضية التي تصدر استناداً لما يصدره مجلس الشعب من قوانين بالتفويض وفقاً للمادة ١٠٨ من هذا الدستور، حيث يضمن وفقاً لهما أن تعرض "القرارات بقوانين" - أي لوائح الضرورة بصفة عامة - الصادرة استناداً إليهما على مجلس الشعب لإقرارها والموافقة عليها، وإلا زال ما كان لها من قوة القانون<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن المشرع الدستوري اتبع أسلوباً مغايراً بصدد الإجراءات التي تصدرها السلطة التنفيذية استناداً إلى المادة ٧٤ منه، ومن بينها لوائح الضرورة والتي أطلقنا عليها اصطلاحاً لوائح الأزمات الخاصة<sup>(٢)</sup>، حيث استلزم المشرع الدستوري بشأنها إجراء استفتاء عليها خلال ستين يوماً من اتخاذها.

ومن هنا يثور التساؤل حول أثر إقرار البرلمان للوائح الضرورة، وكذلك الاستفتاء الشعبي عليها، بصدد طبيعتها القانونية وقوتها الإلزامية.

١- أثر إقرار البرلمان للوائح الضرورة على طبيعتها القانونية وقوتها الإلزامية:

ذهب جانب من الفقه إلى أن للمرسوم الصادر في ظل دستور ١٩٢٣ في حالة غياب البرلمان قوة القانون، ويعد دعوة البرلمان وعرضه عليها وعدم

(١) راجع بشأن مندرج عرض القرارات بقوانين على البرلمان، ودور السلطة التشريعية في الرقابة على هذه القرارات، مؤلفنا: الرقابة على أعمال الإدارة سالف الإشارة - ص ١٢٨ وص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) راجع مؤلفنا: لوائح الضرورة وضمنة الرقابة القضائية سالف الإشارة - ص ١١٢ وما بعدها.

رفضه يكون له قوة القانون بوجه نهائى ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوماً بقانون، أى قراراً إدارياً ولا ينقلب إلى قانون<sup>(١)</sup>.

"وتستفاد الصفة الإدارية التى لهذه اللوائح من صياغة عبارة "... تكون لها قوة القانون" التى يتضمنها النص السابق (نص م ٤١ من دستور ١٩٢٣) والتى تدل على أن هذه اللوائح وإن كان لها قوة القانون إلا أنها ليست بقانون. ولو أراد الشارع اعتبار هذه اللوائح من القوانين لما تعمد قصر المماثلة بينهما على الحجية القانونية لكل منها. ومما يؤيد هذا الاستنباط أن مبادئ الدستور تظل نافذة وقت صدور هذه اللوائح، ودعامة هذه المبادئ جميعها مبدأ فصل السلطات<sup>(٢)</sup> وبالتالي فإن "المرسوم ... ليس قانوناً ولكنه لائحة من لوائح الضرورة، والدستور لم يشأ أن يعتبرها قانوناً فهو إذ نص على أن تكون لها قوة القانون لم يسحب عليها طبيعة القانون وإن كان قد أضفى عليها قوة القانون"<sup>(٣)</sup>.

غير أن غالبية الفقه<sup>(٤)</sup> ترى أن هذه اللوائح وإن كانت فى الفترة السابقة على إقرار البرلمان لها، تتصف بالطبيعة اللاتحجية وتتمتع بقوة القانون، إلا أنها بعد إقرارها بواسطة البرلمان، تتحول إلى قوانين، أو تصبح فى حكمها، وبالتالي تكتسب الحصانة القضائية التى تتمتع بها القوانين فلا يجوز الطعن ضدها

- (١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى - مقالته سالفة الذكر - مجلة مجلس الدولة ص ١٦.
- (٢) الدكتور محمد زهير جرائه: الأمر الإدارى ورقابة المحاكم القضائية له فى مصر - القاهرة ١٩٣٥ - ص ١٥٨، وراجع أيضاً الدكتور مصطفى محمد الجمال: المرجع السابق ص ٢٤٥.
- (٣) الدكتور رياض شمس: إلغاء القانون بمرسوم - الرجعية فى المراسيم - مجلة المحاماة السنة ٤٤ عدد ٤ و ٥ ص ٣٤٨.
- (٤) الأستاذ الدكتور محسن خليل: مؤلفه المشترك فى القضاء الإدارى سالف الذكر ص ٢٢١، وأنظر الأستاذ الدكتور محمود حافظ: القرار الإدارى ص ٢٦٠، الأستاذ الدكتور سليمان الطمولى: القرارات الإدارية ص ٥١٩، الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: السلطة اللاتحجية للإدارة فى الكويت - الطبعة الأولى ١٩٧٧ - ص ٧١. وراجع فى تفصيلات هذا الاتجاه والاتجاهات المخالفة له مؤلفنا لوائح الضرورة سالف الإشارة ص ٩٦ و ٢٧٩ وما بعدها.

بالإلغاء أمام القضاء الإداري، بعد أن كان ذلك الطعن جائزاً قبل إقرارها من البرلمان، إذ كانت خلال هذه الفترة قراراً إدارياً يخضع لرقابة الإلغاء.

ويستفاد من هذا الاتجاه الغالب، أن لإقرار البرلمان هذه اللوائح، أثراً جوهرياً يتمثل في تحويلها من قرارات إدارية إلى قوانين، أي أن تلك اللوائح تكتسب بعد هذا الإقرار طبيعة القانون، وهو ما لا نراه صحيحاً، إذ أن طبيعة العمل الذي يصدره رئيس الجمهورية، لا تتغير نتيجة تدخل البرلمان أو عدم تدخله، وإن كان من شأن هذا التدخل أن يؤكد قوة القانون لهذه اللوائح أو يزيلها، فالرأي لدينا أنه يجب الاعتراف للعمل القانوني بطبيعة قانونية واحدة ثابتة ومؤكدة، ومن ثم فإنه وفقاً للمعيار الشكلي وهو المعيار السائد في صدد تحديد طبيعة الأصول القانونية الصادرة من السلطات العامة، تكتسب أصول رئيس الجمهورية بصفته ممثلاً للسلطة التنفيذية، طبيعة الأصول الإدارية في حين تكتسب الأعمال الصادرة من البرلمان وفقاً للإجراءات الدستورية المقررة لمن القوانين، طبيعة القانون، فإذا تدخل البرلمان بخصوص لوائح الضرورية وذلك بالتصديق عليها، فإنه ليس من شأن هذا التصديق التأثير على الطبيعة الإدارية لتلك اللوائح، لأن هذا التصديق لا يكتسب صفة القانون، إذ هو عمل رقابي يقوم به البرلمان ممارسة لوظيفته السياسية بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وبالتالي لا يكون له سوى مدى سياسي دون أن يكون له أي أثر قانوني على طبيعة اللائحة<sup>(1)</sup>. بمعنى أنه ليس من أثر التصديق سوى تأكيد قوة القانون لهذه اللوائح، دون أن يعدل من طبيعتها، فتظل مجرد لوائح تتمتع بقوة القانون نتيجة خصيصتها الاستثنائية، ومن ثم تظل هذه اللوائح خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها ودستوريتها، دون أن يؤثر على هذا الخضوع تصديق البرلمان، حيث لا يملك المجلس النيابي تصحيح اللائحة إذا صدرت غير مشروعة، لما يعنيه ذلك التصحيح من تحصين لقرار إداري من رقابة

(1) MIGNON, Nature et effets juridique d'une technique législative d'exception mais d'utilisation répétée: Le décret - loi, D. 1948. 144.

للقضاء وهو ما يعد مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور الذي يحرم هذا التحصين صراحة.

غير أنه قد يتم إقرار البرلمان للوائح الضرورية عن طريق الموافقة على "قانون" بالمعنى الفني الدقيق، أي باتباع ذات الإجراءات التي يتم بها سن القوانين من مناقشات وتصويت، وفي هذه الحالة، فإن هذا القانون بما يحتويه من قواعد وأحكام وردت في هذه اللوائح، يكون نافذاً وواجب التطبيق بدلاً من اللائحة، التي تسقط وتتوقف آثارها بمجرد إقرار البرلمان للقانون الذي تضمن أحكامها، وإن كانت تظل خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها طوال الفترة التي كانت نافذة خلالها، وذلك قبل سريان ونفاذ القانون الذي أقره البرلمان.

وإذا كان الرأي السائد في فرنسا هو تحول طبيعة اللوائح بعد تصديق البرلمان عليها إلى قانون، فلعلم مرد ذلك هو عدم الاعتراف هناك بحق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، وبالتالي يؤدي تحول اللائحة إلى قانون، إلى عدم خضوعها للرقابة القضائية.

بيد أنه في مصر، وإزاء اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له القانون عن مثيله في فرنسا، وخاصة من حيث الرقابة القضائية، فإنه ليس من المفيد الأخذ بالرأي السائد في فرنسا، حيث تتضاءل الأهمية العملية لهذا الرأي إلى حد كبير نظراً لخضوع القانون في مصر لرقابة المحكمة الدستورية العليا فلا يكون مجدداً إذ إن إضفاء صفة أو طبيعة القانون على لائحة الضرورية نتيجة تدخل البرلمان، إذ أن ذلك لن يمنع من خضوعها لرقابة القضاء على دستوريتها، بالإضافة إلى أن احتمال سقوط الحق في رفع دعوى الإلغاء ضد هذه اللائحة نتيجة إقرارها، هو أمر قليل الأهمية عملاً، لأن البرلمان لا يتمكن في الغالب من التصديق على تلك اللوائح إلا بعد مرور فترة طويلة من الزمن وخاصة في حالة اللوائح التفويضية، تحتفظ اللائحة خلالها بالطبيعة الإدارية دون خلاف، وبالتالي يجوز رفع دعوى الإلغاء بشأنها طوال هذه الفترة.

ذلك، ثم نعود للاعتراف لقانون التصديق بهذا التأثير ويأثر رجعي<sup>(1)</sup>. وفي تقدير البعض بحق أن "القواعد الدستورية في فرنسا (وكذلك الأمر في مصر) تميز بين الأجهزة التشريعية والأجهزة الإدارية، ولذلك فإن الأعمال التي توضع بواسطة الأجهزة الإدارية لا يمكن أن تعتبر كأعمال تشريعية، وهو ما أكده القضاء الإداري حتى اليوم، ولذلك فإن أي استثناء على هذا الأمر يجب أن ينص عليه الدستور، واستناداً إلى ما تقدم، فإن ملاحظة قواعد الدستور بشأن أوامر التفويض تنبئ بوضوح تام عن أن نية المشرع الدستوري لم تتجه إلى أكثر من منح قوة القانون لهذه اللوائح دون طبيعته"<sup>(2)</sup>.

وفي الواقع فإن هذا الرأي الذي نتمسك به - منذ نادينا به في رسالتنا للدكتوراه التي نوقشت في مارس ١٩٨١، على خلاف الغالبية العظمى من الفقه - والذي يقوم على التفرقة بين الطبيعة القانونية للوائح الضرورية وقوتها الإلزامية، فيعترف لها منذ صدورها إلى زوالها بطبيعة العمل الإداري ويقوة القانون، دون أن يؤثر على ذلك إقرار السلطة التشريعية لها، يتفق تماماً مع مذهب المشرع الدستوري في مصر، الذي لا يعترف لرئيس الجمهورية وفقاً للمادتين ١٠٨ و١٤٧ من الدستور، سوى بسلطة إصدار "قرارات لها قوة القانون"، أي أنها من حيث الطبيعة "قرارات" ومن حيث القوة الإلزامية "لها قوة القانون".

يؤكد ذلك أن لرئيس الجمهورية وفقاً لهذه النصوص أن يصدر قرارات فردية لها قوة القانون، وهي قرارات يتعين عرضها على البرلمان لإقرارها، مثلها في ذلك مثل القرارات اللانحوية، ومع ذلك فإنه لا يسوغ القول بأن تدخل البرلمان وإقراره لتلك القرارات الفردية يؤدي إلى تحويلها إلى قوانين.

(1) DEBBACH, Les ordonnances de l'article 38 dans la constitution du 4 Oct. 1958, J. C. P. 1962. 1701, No. 10.

(2) BATAILLER, Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel, L. G. D. J., 1966, p 204.



ومن هنا كان حرص المشرع الدستوري على استخدام اصطلاح "القرارات" وهو المصطلح الشائع تخصيصه للأعمال الإدارية القانونية المنفردة، سواء كانت لائحية أم فردية، دون أى اصطلاح آخر.

وقد استجابت المحكمة الدستورية العليا فى مصر لهذا الرأى، إذ اتجهت إلى اعتناقه بصدد طبيعة القرارات بقوانين وقوتها الإلزامية، فى حكمها الصادر فى ٤ مايو ١٩٨٥م والذى قضت فيه المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، رأت المحكمة أن الفرصة سانحة لتعلن "أن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون ... لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون، دون تطهيره من العوار الدستوري الذى لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن يتبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون"<sup>(١)</sup>.

## ٢- أثر موافقة السلطة التأسيسية على لوائح الضرورة:

استحدث المشرع الدستوري فى مصر تطبيقاً جديداً لنظرية الضرورة، وذلك فى نص المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١، الذى يقضى بأن "الرئيس الجمهورية 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 للشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوماً من اتخذه"<sup>(٢)</sup>.

(١) راجع الحكم بالجريدة الرسمية الصادرة فى ١٦ مايو ١٩٨٥ - عدد ٢٠ - ص ٩٨٤ و ٩٩١، وكذلك حكمها فى ١٩٩٦/١١/٢٣ قضية ١٦ لسنة ١٦ ق. دستورية، وفى ١٩٩٩/١/٢ قضية ١٥ لسنة ١٨ ق. دستورية.

(٢) راجع فى تفاصيل النظام القانونى لهذه المادة والرقابة على تطبيقها، مؤلفنا: لوائح الضرورة سالف الذكر - ص ١٣٣ وما بعدها - راجع أيضاً الأستاذ الدكتور محمد=

والإجراءات المريعة المشار إليها في هذا النص تتضمن في تقديرنا القرارات الإدارية اللانحبة التي يلزم إصدارها لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية، وقد أطلقنا على هذه القرارات اصطلاح "لوائح الأزمات الخاصة" تمييزاً لها عن اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية والأوامر العمكورية التنظيمية، وكلها يجمعها اصطلاح "لوائح الضرورة"<sup>(١)</sup>.

وعلى خلاف اللوائح التفويضية واللوائح التشريعية التي استلزم المشرع الدستوري عرضها على مجلس الشعب لاتخاذ ما يلزم بشأنها، فإن المشرع الدستوري أثر بالنسبة لإجراءات المادة ٧٤ بصفة عامة أن تعرض على السلطة التأسيسية في استفتاء شعبي لإبداء الرأي بشأنها. ومن ثم يلزم علينا أن نحدد آثار هذا الاستفتاء على الطبيعة القانونية والقوة الإلزامية لإجراءات المادة ٧٤، وعلى الأخص لوائح الأزمات الخاصة منها.

والأصل أن الاستفتاء الشعبي هو وسيلة تحقيق الرقابة السياسية الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية، حيث تعرض مسألة ما على هيئة الناخبين لأخذ الرأي في شأنها عن طريق التصويت.

ويعتبر الاستفتاء من الاستفتاءات الشخصية إذا كان التصويت على شخص معين كالاستفتاء على رئيس الجمهورية إذا كان المرشح الوحيد لذلك<sup>(٢)</sup>، بينما يعتبر الاستفتاء من الاستفتاءات الموضوعية إذا تم التصويت على تصرف أو اقتراح معين كالاستفتاء على قانون أو معاهدة أو اقتراح بها، ومع ذلك فقد يكون هذا الاستفتاء في حقيقته من الاستفتاءات الشخصية، إذا تعلق

---

=حسين عبد العال: رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الإداري الصادرة والتطبيق

للمادة ١٦ من الدستور الفرنسي والمادة ٧٤ من الدستور المصري - ٨٢ / ١٩٨٣ .

(١) راجع في طبيعة إجراءات المادة ٧٤ وعلى الأخص لوائح الأزمات الخاصة منها مؤلفنا: الرقابة على أعمال الإدارة سالف الذكر - ص ٢٨٧ وما بعدها.

(٢) يطلق الأستاذ الدكتور ماجد الطو على هذا النوع من الاستفتاءات اصطلاح "الاستراس" راجع مؤلفه في الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية - ١٩٨٣ -

ص ٧٩ وما بعدها - وراجع في الاستفتاء بصفة عامة.

DENQUIN, Référendum et plebiscite, Essai de théorie générale, 1976.

فى الواقع بصاحب هذا التصرف أو الاقتراح، بحيث إذا أبدى الشعب موافقته على التصرف، فإن ذلك يعد منحاً للثقة فى صاحب التصرف، أما إذا كانت نتيجة الاستفتاء هى رفض الشعب لهذا التصرف، فإن هذا الرفض يعنى حجب الثقة عن صاحب التصرف.

ولذلك يلزم التفرقة بين نوعين من الاستفتاءات الموضوعية: أولهما الاستفتاء التشريعى أو الدستورى وهو الذى يتعلق بقبول أو رفض قاعدة عامة مجردة تشريعية أو دستورية، وثانيهما الاستفتاء السياسى ويتعلق بمسألة مختلف فيها أو محل للتشكيك فى مدى موافقة الشعب عليها ورضائه عنها أو عن من يتولى مسئوليتها<sup>(١)</sup>.

وفى رأينا أن الفارق بين الاستفتاء الدستورى أو التشريعى والاستفتاء السياسى، يتمثل فى أن الأول يتميز بأنه ملزم من حيث اجراؤه ونتيجته، فى حين أن الثانى ليس وجوبياً فى إجرائه أو فى نتيجته.

وتأسيساً على ذلك فإننا نعتبر أن الاستفتاء على إجراءات المادة ٧٤ ومن بينها لوائح الأزمات الخاصة، هو استفتاء سياسى يقصد منه الحصول على موافقة الشعب على سياسة وتصرفات رئيس الجمهورية بشأن الأزمة التى استوجبت الالتجاء إلى المادة ٧٤ والإجراءات التى اتخذت تطبيقاً لذلك، أى أن هدفه أو جوهره هو إيداء الثقة فى شخص رئيس الجمهورية وتأكيداً بمناسبة سياسته التى اتبعتها خلال الأزمة.

فالاستفتاء المنصوص عليه فى المادة ٧٤ وإن كان وجوبياً من حيث اجراؤه إلا أنه ليس كذلك من حيث نتيجته، بدليل أن لمجلس الشعب الحق فى مخالفتها، وهو ما جرى عليه العمل فعلاً عند تطبيق المادة ٧٤ عام ١٩٧٧،

---

(١) أنظر فى التفرقة المشار إليها الأستاذ الدكتور سعد عصفور: النظام الدستورى سالف الذكر ص ١٦ الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: أزمة الأنظمة الديمقراطية - الطبعة ٢ - ص ٢٠٠. الأستاذ الدكتور محمود حافظ: الوجيز فى النظم السياسية - ١٩٧٦ - ص ١٥١.

وبذلك يتخلف الشرط الثاني من شروط اعتباره استفتاءً تشريعياً، ألا وهو شرط أن يكون وجوبى من حيث نتيجته، وبالتالي يعد استفتاءً سياسياً.

يؤكد رأياً أنه من الضروري أن يعرض فى الاستفتاء كافة (الإجراءات السريعة) التى اتخذت تطبيقاً للمادة ٧٤ سواء ما كان منها عاماً كلوائح الأزمات الخاصة، أو خاصاً كالإجراءات والقرارات الفردية، وذلك على خلاف ما ذهب إليه البعض من أن (ما يتعين عرضه على الاستفتاء هو الإجراءات ذات الطابع العام دون الإجراءات الفردية وذلك أنه لا يتصور أن يعرض على الاستفتاء العلم القبض على شخص أو إيقاف موظف عن صله أو فصله منه، فذلك أمور ليست بطبيعتها مما يصلح للاستفتاء الجدى، وليس من المعقول أن يطلب من بضع ملايين من الأشخاص أن يدلوا برأيهم حول وضع شخص معين تحت الحراسة أو فصله من وظيفته أو ما إلى ذلك)<sup>(١)</sup>.

فالأمر أن هذا الرأى يعوزه المسند القانونى، والمستور لم يفرق بين الإجراءات العام والإجراء الفردى بخصوص هذا الاستفتاء الذى لا يهدف إلى تقرير أى نوع من الرقابة الشعبية على هذه الإجراءات، لذا لا يصح القول بتفرقة حكمية قد تؤدى أحياناً إلى زوال الحكمة المستهدفة من هذا الاستفتاء، وهى أخذ رأى الشعب فى سياسة وتصرفات الرئيس إبان قيام الظروف الاستثنائية التى دفعته إلى الالتجاء للمادة ٧٤.

وتأسيساً على ذلك، فمن الطبيعى أن يعرض للاستفتاء كافة الإجراءات التى اتخذت تطبيقاً للمادة ٧٤ سواء العامة منها أو الفردية، لأن الإجراءات الفردية قد تكون أشد تأثيراً على الرأى العام من الإجراءات العامة، فالقبض على رئيس مجلس الشعب أو عدد من أعضائه، وإيقاف رئيس الوزراء أو عدد من الوزراء، وفصل رئيس المحكمة الدستورية العليا أو رئيس مجلس الدولة أو رئيس محكمة النقض أو أى عدد من القضاة، هى أمور أشد خطورة وإلغ أثراً

(١) الأستاذ الدكتور يحيى الجمل - نظرية الضرورة فى القانون الدستورى ص ٢٠٣، الدكتور أحمد محنت علي - نظرية الظروف الاستثنائية - القاهرة ١٩٧٧، ص ١٠٣.

من إصدار قرار بقتون يتضمن تشديد عقوبة أو إعفاء ضريبي، مما يتعين معه ضرورة علم الشعب بها واستفتاءه بشأنها وإضاع كل أثر لرقابة الرأي العام. وقد تحقق ذلك فعلاً خلال التطبيق الثاني للمادة ٧٤ في سبتمبر ١٩٨١ حيث تم الاستفتاء على كافة الإجراءات المتخذة وفقاً للمادة ٧٤ وهي إجراءات اتسمت بالطابع الفردي مثل اعتقال بعض الشخصيات العامة، وفصل بعض كبار الموظفين.

واستناداً إلى أن طبيعة الاستفتاء الذي نص عليه الدستور في المادة ٧٤، هي أنه استفتاء سياسي وليس استفتاءً تشريعياً، فإن نتيجة هذا الاستفتاء لا يكون لها أي أثر لا على الطبيعة القانونية للإجراءات محل الاستفتاء ولا على قوتها القانونية ولا على مشروعيتها أو صلاحيتها أمام القضاء أو البرلمان. ولذلك ليس صحيحاً ما ذهب إليه جانب من الفقه من (أن شرعية هذه الإجراءات متروكة للاستفتاء الشعبي فإذا وافق عليها تحولت إلى إجراءات شرعية بحسب طبيعتها .... باعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات ولا معقب على رأيه)<sup>(١)</sup> بمعنى أن (الاستفتاء من الناحية القانونية يضيف على الإجراء موضوع الاستفتاء حماية معينة مصدرها أنه يصبح بعد الاستفتاء مستنداً إلى إرادة الشعب ... وأنه يمكن تكيف الاستفتاء الشعبي هنا على أنه بديل للرجوع إلى البرلمان ... وأنه إذا وافق الشعب على إجراء معين قام به رئيس الجمهورية فإن معنى ذلك اسناد القرار إلى الإرادة الشعبية نفسها باعتبار أن تلك الموافقة هي نوع من الإقرار اللاحق أو التصديق)<sup>(٢)</sup>.

(١) الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - القرارات الإدارية ١٩٧٦ ص ٥٣٦ - ٥٣٧.

(٢) الأستاذ الدكتور يحيى الجمل - نظرية الضرورة ص ٢١٠ و ٢١٦.

ويلاحظ أنه يقرر أن "إرادة الشعب التي عبر عنها في الاستفتاء هي من قبيل إرادة المشرع العادي لا المشرع التأسيسي" أي باعتباره سلطة تشريعية، وهو ما يفيد حق البرلمان في تعديل وإلغاء هذا الإجراء باعتباره سلطة مساوية في المرتبة لإرادة الشعب كسلطة تشريعية، بالإضافة إلى إمكانية الرقابة القضائية على دستوريته بواسطة المحكمة الدستورية العليا.

يؤيد ذلك أنه في فبراير ١٩٧٧ وبمناسبة تطبيق المادة ٧٤ لأول مرة في مصر والذي تمثل في لائحة الأزمات الخاصة الصادرة في صورة القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧، فقد نصت المادة العاشرة منه على أنه يعمل بهذا القانون من تاريخ نشره، وهو ما يعنى أن سريان هذه الإجراءات التي وردت بالقرار بقانون لا تتأثر بنتيجة الاستفتاء، حيث نصت المادة ١١ الأخيرة من هذا القرار على أن (يطرح هذا القرار بقانون إعمالاً للمادة ٧٤ من الدستور على الاستفتاء الشعبى خلال أسبوع من تاريخ نشره).

وقد تم فعلاً هذا الاستفتاء بعد أسبوع واحد من اتخاذ إجراءات المادة ٧٤ حيث وافق الشعب بأغلبية ضخمة عليها، ولا شك أن هذه الموافقة في تلك المدة القصيرة التي لا تتيح أية فرصة لدراسة قانونية متمهقة، تثبت رأينا في طبيعة هذا الاستفتاء، إذ لو كان الهدف هو الحصول على موافقة الشعب على الإجراءات باعتبارها تشريعاً لتريحت له الفرصة الكاملة لدراستها خاصة وأن الدستور يبيح ذلك بتحديد مدة المستين يوماً التي يمكن خلالها أن يجرى الاستفتاء.

ويبدو أن جهة القضاء الإدارى في مصر اتجهت إلى الأخذ بهذا الرأي خلافاً للأراء الفقهية المعارضة لذلك، فقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى في حكمها الصادر في ٢٩ أبريل ١٩٦٩ بشأن استفتاء الشعب على بيان ٣٠ مارس ١٩٦٨، إلى أن "بيان ٣٠ مارس ليس في مقام الدستور، فهو لا يعدو أن يكون بياناً سياسياً تسترشد به الدولة في تسيير دفة الأمور في فترة ما بعد عدوان سنة ١٩٦٧، وأن موافقة الشعب على هذا البيان لا تعدو أن تكون تأييداً سياسياً للحكومة في الخطوط العامة لميستها التي سوف تلتزم بها في هذه الفترة ... ومن ثم فإن هذا البيان لا يعد في حد ذاته قاعدة تشريعية تنقيد بها المحاكم، بل هو قاعدة سياسية تلتزم بها الحكومة أمام الجهات السياسية"<sup>(١)</sup>.

(١) القضية رقم ١٦٠٦ لسنة ٢٢٢ق، المجموعة السنوات ٢١: ٢٢ - رقم ٣٦٥ ص ١٧٣.

كما قضت محكمة القضاء الإدارى صراحة فى ١٩٨١/١٢/٢٢ فى الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ق باختصاصها بنظر المنازعات فى إجراءات المادة ٧٤ حتى ولو تم الاستفتاء عليها، تأسيساً على أن "دور الشعب فى الاستفتاء بالنسبة إلى هذه القرارات إنما هو دور سياسى مؤداه الموافقة أو عدم الموافقة على إصدارها، وليس من شأنه التغيير من طبيعتها القانونية أو من مشروعيتها، فالشعب يوافق عليها بحالتها عند صدورها، فإذا كانت لها الطبيعة اللانحبة قبل الاستفتاء، ظلت لها هذه الطبيعة بعده، وإذا كانت قد صدرت غير مشروعة تظل كذلك بعد الاستفتاء، فهو لا يطهرها من العيوب، والدور السياسى للشعب فى الاستفتاء لا ينقلب إلى دور تشريعى يمكن أن يغير من طبيعة القرارات أو من عدم مشروعيتها لأن الشعب فى مصر لا يمارس حقه فى التشريع مباشرة، إنما بواسطة السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية فى بعض الأحوال".

وقد أكدت المحكمة هذا الاتجاه القضائى بعد ذلك فى حكمها الصادر فى ١٩٨٣/٤/١٢ فى الدعوى رقم ٩٣٤ لسنة ٣٦ق، حيث قضت بأن "موافقة الشعب على القرار المطعون فيه - وهو أحد إجراءات المادة ٧٤ - فى الاستفتاء الذى أجرى عليه، لا تغير هى الأخرى من طبيعته كقرار إدارى، فهذه الموافقة لا تعنى أكثر من تأييد القرار سياسياً، فيبقى القرار على طبيعته وعلى حالة من المشروعية أو عدم المشروعية"<sup>(١)</sup>.

وبدورها أقرت المحكمة الدستورية العليا هذا الرأى صراحة حيث قضت بأن "قرار رئيس الجمهورية - وهو قرار صدر استناداً إلى المادة ٧٤ من الدستور - لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً، ولا يحول الاستفتاء الشعبى دون الطعن على هذا القرار أو تطهيره من العيوب التى شابته، إذ ليس من شأن هذا

(١) وقد أيد هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور ماجد الحلو: الاستفتاء الشعبى سالف الذكر - ١٩٨٣ - ص ٢٢٨ وص ٢٧٩.

والدكتور حسنى درويش عبد الحميد: المادة ٧٤ من الدستور بين النظرية والتطبيق - مجلة العلوم الإدارية - السنة ٢٦ - العدد الأول - يونيو ١٩٨٤ - ص ١٣٥ .

الاستفتاء أن يرد قراراً معدوماً إلى الحياة، ولا إسباغ الصحة على قرار ولد باطلاً ولا أن يغير من طبيعته فيلحقه بأعمال الميادة<sup>(١)</sup>.

خلاصة ما تقدم أن لوائح الضرورة بصفة عامة وإن تمتعت بقوة إلزامية تعادل قوة القانون، إلا أنها لا تعد قوانين من حيث طبيعتها القانونية، بل تظل عملاً إدارياً حتى ولو تدخلت السلطة التأسيسية ووافقت عليها من خلال استفتاء شعبي، أو - من باب أولى - تدخلت المسلمة التشريعية وأقرتها بالتصديق عليها، ففى كل الأحوال تبقى اللوائح الصادرة فى الظروف الاستثنائية أعمالاً إدارية، تخضع بهذه المثابة لرقابة القضاء الإدارى على مشروعيتها، بصفته الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتصلة بالقرارات الإدارية، بغض النظر عن القوة الإلزامية لها، والتي تتمثل فى قوة العمل الإدارى إذا صدرت القرارات فى الظروف العادية وهى مرتبة تلى القوانين فى تدرج القواعد القانونية، أو فى قوة القانون إذا صدرت القرارات فى الظروف الاستثنائية، أى أنها تكون فى ذات مرتبة القوانين فى تدرج القواعد القانونية.

ومن هذا المنطلق أعلننا رفضنا التام لما ورد فى مسودة مشروع الدستور الجديد المعلنه فى أكتوبر ٢٠١٢ والتي وضعتها الجمعية التأسيسية لوضع مشروع هذا الدستور، فى نص المادة ١٥٠ منه الذى يقضى بأن "الرئيس الجمهورية أن يدعو الناخبين للاستفتاء فى المسائل المهمة التى تتصل بمصالح الدولة العليا، ونتيجة الاستفتاء ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة فى جميع الأحوال".

فهذا النص يمثل خطراً داهماً مؤكداً على حقوق وحرىات الأفراد ويتيح لرئيس الجمهورية انتهاكها والنيل منها والعصف بها والتخفى وراء إرادة الشعب لترسيخ وتكريس الديكتاتورية السافرة بغير حساب أو مماملة، فبالرغم

(١) حكمها فى ١٩٩٢/٣/٧ قضية ١٤ لسنة ٨ق. تنازع.



من أن طبيعة هذا الاستفتاء هي بالقطع الطبيعة السياسية وليست التشريعية، لأن إجراء الاستفتاء غير وجوبى، إذ يرتبط فقط برغبة وهوى رئيس الجمهورية الذى يقدر وحده ودون تعقيب من أحد أن المسألة المطروحة على الاستفتاء هي من " المسائل المهمة التى تتصل بمصالح الدولة العليا"، ومن ثم لا تكون لمثل هذا الاستفتاء سوى بعض الآثار السياسية وليست القانونية، إلا أن ترتيب المشرع الدستورى للأثر الملزم لنتيجة الاستفتاء لجميع السلطات العامة (بما فيها القضاء وعلى الأخص المحكمة الدستورية العليا) ولل كافة من الأفراد والجماعات والتنظيمات وغيرها فى المجتمع، فمن شأنه تحويل الاستفتاء السياسى إلى استفتاء تشريعى، وهو أمر غير جائز دستورياً، كما أن هذا النص هو فى حقيقة إعادة لإنتاج المادة ٧٤ التى تم حذفها من مشروع الدستور الجديد، ولكن بصورة أكثر بشاعة ومن شأنها عودة الطغيان وخلق الطاغوت، لسبب بسيط يجمع عليه الفقه الحديث، وهو السهولة البالغة فى تزوير نتيجة الاستفتاءات التى لا تخضع لأية رقابة حقيقية، وهى التى قد تتحقق فى الانتخابات لوجود رقابة من جانب ممثلو المرشحين وهى رقابة مستمرة على عملية الانتخاب وفرز الأصوات وإعلان النتائج، ومن ثم يذهب الفقه الحديث إلى أن الاستفتاءات باتت وسيلة لتزييف إرادة الشعوب، حتى ولو أشرف عليها رجال القضاء أو غيرهم من الشخصيات العامة للنزاهة، إذ أثبت الواقع العملى فى مصر وقوع هذا التزييف والتزوير فى كل الأحوال وبشتى الوسائل المبتكرة تحقيقاً لرغبة وهوى رئيس الجمهورية.

## الفصل الثاني

### المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية غير المكتنة

أوضحنا سلفاً أن القانون - بمعناه الواسع - هو تعبير عن إرادة الدولة، فالدولة ما هي إلا مجتمع سياسى أو مجتمع منظم، ويقول آخر فالدولة هي المجتمع الذى يوجد به القانون أو الذى ينظمه القانون، ولذلك فمن المقرر أنه لا غنى عن الدولة لإقامة القانون، ولا وجود للقانون بغير وجود الدولة، حيث يكون القانون هو النظام الصادر تعبيراً عن إرادة الدولة.

ومن هنا بينا سلفاً أن مصادر القانون المختلفة لا تعدو أن تكون طرقاً للتعبير عن إرادة الدولة وسلطتها، أو بالأحرى إرادة الشعب الذى يمثل مجتمع هذه الدولة. وإذ يسند الشعب إلى هيئة متخصصة وظيفة سن القواعد القانونية عن طريق التشريع، فإن ذلك لا يعنى أن التشريع هو الطريق الوحيد للتعبير عن إرادة الشعب، وبالتالي تنحصر فيه القواعد القانونية، لأن القانون لا يتواجد فى التشريع فحسب، وإنما فى المجتمع حيث تسوده مقومات أساسية، وحيث توجد الأعراف والتقاليد وغيرها من القواعد ولو لم تتوافر فيها خصائص القانون.

وعليه يمكن القول أن الدولة أو بالأحرى المجتمع، يعبر عن إرادته بطرق مختلفة، منها طريق التشريع وهو الطريق الذى تتكون عن طريقه الأغلبية الساحقة من القواعد القانونية الموجودة فى المجتمع فى الدول الحديثة نظراً لمزاياه الواضحة، من حيث سرعة إقراره ووضوح معناه وسهولة إثباته والعلم به، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي وجود طرق أخرى لتكوين القواعد القانونية وهي تتمثل كما سبق ونوهنا فى العرف والتضاء.

فإذا كان التشريع هو طريق تكوين القواعد الدستورية، والقواعد التشريعية أى القانون بمعناه الضيق، والقواعد اللانحوية، فإن العرف هو طريق

تكوين القواعد العرفية، وكلاهما أى التشريع والعرف تعبير عن إرادة الدولة وإن اختلفت طريقة التعبير عن هذه الإرادة.

كما أن القضاء بما يضعه من حلول قضائية استناداً للمبادئ العامة للقانون التى تشكل المقومات الأساسية التى يقوم المجتمع فى الدولة عليها، فإنه يمثل بدوره طريقاً ثالثاً لتكوين القواعد القانونية التى تتبلور فى مجموعة المبادئ العامة للقانون على نحو ما سنوضحه فيما بعد.

وعلى ذلك فإن العرف والتشريع والقضاء كلها مصادر مستقلة للتعبير عن إرادة الدولة، ويتفق الفقه على أن التشريع هو تعبير عن هذه الإرادة بطريق النصوص المكتوبة، ولذلك يتم تعريف القواعد القانونية الأخرى غير المكتوبة أو بمعنى آخر غير المصاغة فى صورة نصوص تشريعية، بأنها قواعد قانونية غير مكتوبة، وهو فى الواقع تعريف سلبى مستمد من عكس الصفة الموجودة فى التشريع.

ومع تسليمنا بهذا النقد، فإن وصف القواعد القانونية الأخرى - خلاف القواعد التشريعية - بأنها قواعد غير مكتوبة، هو وصف ينقصه الدقة، إذ من المتصور كتابة هذه القواعد القانونية الأخرى، حيث يمكن مثلاً تجميع القواعد العرفية بعد الإعلان عن وجودها، كما يمكن استخلاص وتحديد المبادئ العامة للقانون من الأحكام القضائية وهى أحكام مكتوبة من الأصل. ولذلك فإننا نفضل أن نطلق اصطلاح "القواعد القانونية غير المكتوبة" على القواعد العرفية التى مصدرها العرف، والمبادئ العامة للقانون التى مصدرها القضاء، للدلالة عليها بدلاً من تعبير القواعد غير المكتوبة أو غير المدونة. ومن ثم يلزم علينا تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون وللقواعد العرفية فى تدرج القواعد القانونية، وهو ما نتناوله تفصيلاً فى المبحثين التاليين.

## المبحث الأول المبادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقانون - أو المبادئ القانونية العامة كما يشار إليها كذلك<sup>(1)</sup> - هي مبادئ غير مقتنة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقرها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة. وعلى هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العامة الالتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية.

ويعود الفضل في ظهور ونشأة هذه المبادئ إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي كان له الدور الأكبر في تقرير المبادئ العامة في أحكامه العديدة، حيث بدأ يعمل على استخلاصها منذ نشأته، وإن كان لم يعلن صراحة عن قوتها الإلزامية باعتبارها مصدراً للقانون إلا بعد الهزيمة التي لحقت فرنسا عام ١٩٤٠ وانهيار الجمهورية الثالثة نتيجة الغزو النازي الألماني، وما استتبع ذلك من انهيار ما كان مستقراً فيها من مبادئ دستورية، ولذلك لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يلجأ إلى إنشاء نظرية متكاملة للمبادئ القانونية العامة لتحل محل المبادئ المنهارة، دفاعاً عن الحقوق والحريات العامة وإجبار الإدارة في ذلك الوقت على احترامها باعتبارها مصدراً للقانون وعنصراً للمشروعية<sup>(2)</sup>، ومن ثم حرص مجلس الدولة الفرنسي على تقرير المبادئ

(1) الاصطلاح الفرنسي المقابل للمبادئ العامة للقانون هو:

- Les principes généraux du droit.  
(2) RIVERO, Le juge administrative un juge qui gouverne. D. 1951. 21.  
LETOURNEUR. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du C. E., E D. C. E. 1951. 22.  
JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, 1954, p. 164.  
MORANGE, Les principes généraux du droit sous la Ve République, R. D. P. 1960. 1188.

العامة للقانون صراحة في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة يتعين على الإدارة احترامها وإلا عدت أعمالها المخالفة لهذه المبادئ غير مشروعة<sup>(١)</sup>.

وبالرغم من عودة الحياة الدستورية لفرنسا واستقرار الأوضاع فيها على أثر صدور دستور دسمبر أكتوبر ١٩٤٦. فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يغير من هذا المسلك الذي كان يهدف من ورائه إلى الدفاع عن الحريات والحقوق الفردية، وذلك حرصاً منه على حماية هذه الحريات وتلك الحقوق دوماً، خاصة مع ازدياد مجالات تدخل الدولة في ذلك الوقت أخذاً بالمذاهب الاشتراكية.

ومن أمثلة هذه المبادئ: مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ومبدأ حرية التجارة والصناعة، ومبدأ حجية الشيء المقضى به، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ حرية العقيدة، ومبدأ عدم الجمع بين العقوبات، ومبدأ كفالة حقوق الدفاع ومبدأ ضرورة التجريم ومبدأ تناسب العقوبة ومعقوليتها ومبدأ لزوم الإجراء الضبطي، ومبادئ دوام سير المرافق العامة والسلطات العامة بانتظام واطراد.

ومن الملاحظ أن المبادئ العامة للقانون تبرز دائماً في أعقاب الأزمات العنيفة التي تهدد القانون واستقراره وثباته، إذ أن رد الفعل الذي يحدث نتيجة أي اضطراب تشريعي، هو اتجاه القضاء إلى المبادئ العامة لتحقيق الاستقرار وكفالة الأمن الذي تتطلبه الحياة الاجتماعية من القانون، ومن ثم يمكن القول أن دور المبادئ العامة للقانون يكون أكثر بروزاً وفعالية في أوقات الأزمات التي تتسم بعدم الاستقرار السياسي والتشريعي<sup>(٢)</sup>.

(1) C. E. 4 juin 1948, Sieur Bourdariat, L. 249.

C. E. 22 Mars 1950, Société des Ciments Français, L. 175.

(2) الدكتور محمد عصفور: مذاهب المحكمة الإدارية العليا في الرقابة والتفسير والابتداع - ١٩٥٧ - ص ٣٦٠.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه بموجب الإعلان الدستوري الذي صدر في مصر بتاريخ ٢٠١١/٣/٣٠ في أعقاب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١، ليطبق بديلاً لدستور ١٩٧١ الذي تم وقف العمل به، فقد نصت المادتين (٥١) و(٥٧) على أن ينظم للقانون القضاء العسكري ويبين اختصاصاته "في حدود المبادئ الدستورية"، وأن =

كما أنه من الملاحظ بحق أن دور المبادئ العامة للقانون يكون أكثر تأثيراً في الدول الشمولية عنها في الدول الديمقراطية، سواء على المشرع أو على القاضى<sup>(١)</sup>.

وتحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون يستلزم أولاً فهمها على الوجه الصحيح، ولذلك يتعين علينا أن نعرض - بإيجاز - لمصدر المبادئ العامة للقانون وأساسها أولاً ثم نحدد دور القضاء بصدد تكوين هذه المبادئ، وأخيراً نوضح رأينا بصدد المرتبة الإلزامية لهذه المبادئ على ضوء ما سبق ذلك من دراسة.

### المطلب الأول أساس المبادئ العامة للقانون

نوهنا إلى أن القضاء هو الذى يعمل على استخلاص وتقرير المبادئ العامة للقانون في أحكامه، وتطبيقها على المنازعات التى تطرح أمامه إذا كان لذلك مقتضى، مما يعنى أن هذه المبادئ موجودة فعلاً حتى ولو لم تكن مكتوبة أو مصاغة فى صورة نصوص تشريعية، ولذلك يثور التساؤل عن الأساس الذى يستند إليه القضاء للإعلان عن وجود هذه المبادئ والكشف عنها فى أحكامها.

وفى ذلك يذهب الفقه إلى القول بأن أساس المبادئ العامة للقانون إنما يتمثل فى ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع، حيث يستقى منها القضاء المبادئ العامة، مستعيناً فى ذلك بالقواعد القانونية القائمة وأسس نظام الحكم فى الدولة ووثائقها القانونية والسياسية التى تتضمن الخطوط العريضة والاتجاهات

---

سيئولى مجلس الوزراء عقد الترويض ومنحها "وفقاً للمبادئ الدستورية"، بما مفاده التزام السلطتين التشريعية والتنفيذية بالمبادئ المشار إليها رغم عدم النص عليها فى الدستور أو أية وثيقة أخرى تقوم مقلمه.

(١) راجع فى هذا المعنى:

MAURY J., Observations sur les modes d'expression du droit: règles et directives, M. Lambert, II, 1938, P 428.

العامّة السباسبية للدولة، بحيث تكون المبادئ القانونية العامة بمثابة تفسير من جانب القضاء للضمير العام للجماعة ولإرادة المشرع<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أن هناك رابطة وثيقة للغاية بين المبادئ العامة للقانون وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع الدولة، والتي يسميها جانب من الفقه "الفكرة العامة للوجود"<sup>(٢)</sup>.

فالمبادئ العامة للقانون إنما تبلور الأفكار والأمس والقواعد التي تمثل مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية في شتى المجالات السباسبية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية. فهي تعبر إذن عن التصور العام للحياة في مجتمع معين والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع تحبيراً عن إرادة التشريع فيه.

والمبادئ العامة للقانون هي في الأصل مصدر ملأى أو موضوعي للقانون، فهي تختلف عن مصادر القانون الأخرى في أنها تسبق خلق القواعد القانونية الوضعية التي تعبر عن إرادة الدولة، إذ تمهد لهذه الإرادة الطريق الذي تعبر به عن نفسها، فمنها يستوحى المشرع القواعد والأحكام التي يضمنها التشريعات التي يسنها، وفيها يجد القاضي الحل العادل للنزاع إذا لم يعثر على قاعدة في التشريع يمكن تطبيقها على النزاع.

غير أن طبيعة المبادئ العامة للقانون تتغير عندما يستقبلها المشرع في نصوص القانون أو الدستور مثلاً، وعندما يرجع القاضي إليها ويقررها في أحكامه ويستند إليها في تحديد القواعد القانونية اللازمة لحل المنازعات أمامه، فهنا تتحول المبادئ العامة للقانون إلى مصدر رسمي للقانون، حيث تغدو

(١) الأستاذ الدكتور محسن خليل: المرجع السابق في القضاء الإداري - ص ٥٦ - ٥٧.  
الأستاذ الدكتور كامل لولة: المرجع السابق - ص ٤٨.

AURY - DRAGO. Traité de contentieux administratif, 2e. éd., 1975, t. II, P. 337.

WALINE, Droit Administratif, 9e éd., P. 468.

(٢) الأستاذ الدكتور سمير تاعار: المرجع السابق - ص ٩٢ و ٢٤٧ و ٢٥٣.

المبادئ العلمية من القواعد التشريعية في الحالة الأولى، وتعد مصدراً مستقلاً ومتميزاً في الحالة الثانية.

وهكذا يمكن القول أن المبادئ العلمية للقانون إنما تتمثل في إرادة التشريع التي تتأسس على الفلسفة العامة السائدة في الدولة، وتتولد عن مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية، حيث يستهدى بها المشرع والتضاء فيما يقومان به من خلق للقواعد القانونية<sup>(1)</sup>.

ولا ريب في أن المقومات الأساسية للمجتمع، تختلف من دولة لأخرى، ومن زمان لآخر. ولذلك فإن الفقه الفرنسي يرى أن المجتمع الفرنسي يقوم على أساس للتقاليد اليونانية الرومانية للمسيحية<sup>(2)</sup>.

أما المقومات الأساسية للمجتمع في مصر فإنها تتبلور في الإيمان بالله ورسالته، والمبادئ الأخلاقية السلمية، والقيم والتقاليد الأصيلة للأسرة المصرية، والتربية الدينية والتراث للتاريخي للشعب، والحقائق العلمية، والعدل المطلق والحرية الشخصية للمواطنين وحرمة حياتهم الخاصة، وغير ذلك من الأسس الأخرى التي يقوم عليها المجتمع المصري والتي قد يهتم المشرع الدستوري بتحديد البعض منها في الدستور مثل الأبواب الأربعة الأولى من دستور ١٩٧١.

ومن أهم النتائج الرئيسية المترتبة على ما تقدم، أن المبادئ التي يمكن استخلاصها من الرسائل المساوية، وبصفة خاصة مبادئ الشريعة الإسلامية، تعتبر من المبادئ العلمية للقانون في مصر<sup>(3)</sup>، بل أن المشرع للدستوري يتدخله في مايو ١٩٨٠ وتعديل المادة ٢ من دستور ١٩٧١، والنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، فإنه بذلك ألزم المشرع - ومن

(1) RIVERO, op. cit., D. 1951, P. 22.  
M. HAURIUO, Précis de droit constitutionnel, 2e éd., 1929, S, Paris, P. 236.

(2) M. HAURIUO, op. cit., P. 55.

(3) من هذا الرأي أيضاً الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ص ٢٦١ وما بعدها.



ثم القضاء - بأن تكون لمبادئ الشريعة الإسلامية الأولوية في التطبيق من بين المبادئ العامة للقانون في مصر، وهو الأمر الذي سنزيده تفصيلاً لاحقاً.

### المطلب الثاني

#### دور القضاء في تحديد المبادئ العامة للقانون

الأصل أن القضاء - في غير الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية - يختص بتفسير القانون وتطبيقه على المنازعات التي تعرض أمامه، دون أن يتجاوز ذلك إلى إنشاء القواعد القانونية بنفسه، وهي المهمة التي توكل وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات إلى السلطة التشريعية.

بيد أنه نظراً لأن القواعد التشريعية يشوبها النقص حتماً باعتبارها عملاً إنسانياً لا يمكن أن يتصف بالكمال، فإنه من المتصور أن تعرض منازعات لا يكون لها حكم في التشريع أو في مصادر القانون الوضعي الأخرى، ومع ذلك فإنه يتعين على القاضي أن يفصل في النزاع ولا يتهرب من الحكم فيه بحجة عيم وجود نص يمكن تطبيقه، وإلا فإنه يكون قد ارتكب جريمة إنكار العدالة، ويكون أيضاً قد خرج على مقتضى وظيفته، وهي أن يحكم بالعدل، فهي وظيفة يلزم أن يباشرها القاضي دوماً حتى ولو لم يجد نصاً في القانون يمكن تطبيقه.

والقاضي عندما يحكم بالعدل في نزاع لا يوجد بشأنه حكم في قواعد القانون، فإنه يبتوحي في الواقع نفس المرجع الذي يستهدى به المشرع في وضع القوانين، ومن ثم فهو يقرر الحكم الذي يتعين على المشرع أن يتبناه لو تولى تنظيم موضوع النزاع، مما يعني أن القاضي يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع، وأنهما في كل الأحوال يستلهمان ذات المصدر ليمتد منه المشرع قواعد التشريعية، وليستخلص منه القاضي المبادئ العامة فيكشف عنها ويعلم عن وجودها في الحياة الاجتماعية إقراراً منهما بذاتية القوانين، بمعنى أنها دغينة في نفوس الجماعة وليست مفروضة عليها، وأن دور المشرع - ومن ورائه القاضي - أن يعكس ما هو كامن في ضمير المجتمع من مبادئ عامة خالدة

ضرورية ومستقرة في عقول الجماعة، ومن ثم تعتبر هذه المبادئ قواعد عامة تطبق على جميع الحالات المستقبلية، وهو ما يتحقق إذا استقر القضاء في مجموعه على الأخذ بما قضى به الحكم الأول في المنازعات المماثلة.

أما إذا قام القاضي بإنشاء حل قضائي لنزاع معين، دون رجوع إلى ما يتخذه المشرع دليلاً له عند وضع القواعد القانونية، وذلك وفقاً لظروف النزاع وبحسب ما يعتقد القاضي، فإن ما يصدر عنه للفصل في هذا النزاع يكون بمثابة حكم فردي ولا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع الذات، وبالتالي لا يدخل ضمن المبادئ العامة للقانون وإنما يعد من الحلول القضائية<sup>(1)</sup>.

والخلاصة أن للقضاء أن يكمل النقص في التشريع، وذلك بوضع الحلول العادلة للمنازعات، وهذه الحلول تؤدي إلى إنشاء قواعد قانونية تتمثل في المبادئ العامة للقانون، التي يعتنقها القضاء ويتولى استخلاصها من ذات المراجع التي يستمد منها المشرع أحكامه، ومن ثم فهو يكشف عن وجودها باعتبارها قواعد قانونية ملزمة مثل غيرها من مصادر القانون الوضعي، حيث يستقى القضاء هذه المبادئ كما نوهنا سلفاً من ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع بمعنى أن المبادئ العامة للقانون إنما تظهر نتيجة تفسير القضاء للضمير العام للجماعة والإرادة المفترضة أو الضمنية للمشرع والتي تمثل إرادة التشريع، سيما في حالة عدم وجود نص تشريعي صريح يمكن الفصل في المنازعة القائمة على مقتضاه.

ومن هنا اعتبرنا أن القضاء – بما يقرره من مبادئ عامة للقانون – هو مصدر رسمي للقانون، وهو أمر لا خلاف عليه بين فقهاء القانون العام ووجهة القضاء الإداري فيما يتصل بمصادر القانون الإداري<sup>(2)</sup>، كما أن جانباً كبيراً من

(1) الدكتور محمود حلمي: المقالة سالفة الإشارة – ص ١٨٢.

(2) EISENMANN, Discussion sur le rôle du juge en cas de Silence ou d'insuffisance de la loi, Travaux Capitant, 1949, P. 73.

فقه القانون الخاص يعترف أيضاً بالقضاء كمصدر من مصادر القانون بصفة عامة<sup>(١)</sup>.

وإذا قلنا أن القضاء هو مصدر رسمي للقانون بما يضعه من مبادئ عامة للقانون، فإننا نقصد بذلك جهتي القضاء - بالنسبة لمصر وفرنسا - أي القضاء الإداري وأيضاً القضاء العادي، فليس صحيحاً أن المبادئ العامة للقانون هي من وضع القضاء الإداري فقط<sup>(٢)</sup>، إذ أن القضاء العادي يشارك أيضاً في استخلاص واستنباط هذه المبادئ والكشف عنها، كل ما في الأمر أن دور القضاء الإداري في هذا الصدد أكثر بروزاً ووضوحاً لأسباب ترجع إلى بعض خصائص القانون الإداري، مما جعل فقه القانون العام يرى أن القانون الإداري هو قانون قضائي، حيث يشغل القضاء بين مصادر القانون الإداري المركز المرموق الذي يشغله التشريع بالنسبة للقانون المدني.

ولذلك فمن الملاحظ في الكثير من أحكام محكمة النقض المصرية، وهي على قمة جهة القضاء العادي، قولها "وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ... مما يعني أنها تستند في أحكامها إلى قضائها المستقر وما يتضمنه من مبادئ باعتبارها قانوناً واجب التطبيق.

### المطلب الثالث

#### القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون

إذا كان من المستقر عليه أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بقوة إلزامية بوصفها من القواعد القانونية التي تدخل ضمن عناصر المشروعية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، إلا أن تحديد المرتبة الإلزامية لهذه المبادئ هو أمر

(١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ص ٥٠٠ وما بعدها - وراجع ما أشار إليه من مراجع فرنسية عديدة في فقه القانون الخاص بهوامش ٤٣٩: ٤٤٦ - كما تراجع في هذا الموضوع رسالته للدكتوراه: الالتزام القضائي - المنشورة في باريس عام ١٩٦٥ في مجموعة (L. G. D. J.).

(٢) الدكتور محمود حلمي: مقاله سألغة الإشارة - ص ١٨١.

كثرت فيه الاتجاهات والآراء نظراً لاختلاف الفقه في تحديد أساس هذه القوة الملزمة.

#### ١- أساس القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون:

أ- يتجه البعض إلى القول بأن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها الإلزامية من ورودها في إعلان حقوق الإنسان أو مقدمات الدساتير.

غير أن هذا الاتجاه ليس صحيحاً بصورة مطلقة، لأن أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن تتضمن تقرير كثير من المبادئ التي لا أثر لها في مقدمة الدستور أو إعلان الحقوق، مثل مبدأ المساواة بين المنتفعين أمام المرافق العامة، ومبدأ كفالة حق الدفاع في المحاكمات التأديبية، ومبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، علاوة على أن مجلس الدولة الفرنسي يرى أن ما يرد في هذه الوثائق من مبادئ، إنما هو تسجيل لبعضها، وعليه فهي لا تصلح أساساً لهذه المبادئ التي تسبقها في الوجود<sup>(١)</sup>.

ب- ويتجه فريق آخر من الفقهاء إلى اعتبار القانون الطبيعي مصدراً للقوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون<sup>(٢)</sup>.

ولكن هذا الاتجاه بدوره يصطدم برفض القضاء الفرنسي تأسيس قوة هذه المبادئ على فكرة القانون الطبيعي، حيث يتجه القضاء إلى تغليب القوانين التي يضعها البرلمان على تلك المبادئ في حالة تعارضهما، ولو أنه كان يعتقد بفكرة القانون الطبيعي لأدى ذلك إلى رفض تطبيق القوانين المخالفة للمبادئ العامة باعتبارها مخالفة للقانون الطبيعي.

(١) الأستاذ الدكتور كامل لبلبة - مبادئ القانون الإداري - الجزء الأول - مقدمة القانون الإداري ١٩٦٩/٦٨ ص ٤٨٠.

(٢) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف - رقابة القضاء لأعمال الإدارة - ١٩٧٠ - ص ٣٣.

ج- يتجه الرأي الغالب فى الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن قوة إلزام المبادئ العلمية لا ترجع إلى ارتباطها بمصدر مكتوب للقانون مثل التشريعات، أو غير مكتوب له مثل العرف، فهى قائمة بقوة إلزامها فى غياب النص، وقوتها مستقلة عن كافة عناصر المشروعية الأخرى، ولذلك تستمد هذه المبادئ قوتها من سلطة القضاء ذاته، الذى يكتشفها ويقرها فى أحكامه، وخاصة القضاء الإدارى الذى استقر الفقه على الاعتراف له بدور إنشائى للقواعد القانونية فى سبيل القيام بمهمته وأداء واجبه فى حماية الحقوق والحريات.

وهكذا يتمثل مصدر القوة الإلزامية للمبادئ العامة فى القضاء وحده، وهو لا يفعل ذلك إلا على أساس افتراض أنه فى تقريره لهذه المبادئ، إنما يحل محل المشرع ويقوم بما كان يجب على المشرع القيام به إذا ما رغب فى الإفصاح عن إرادته وتنظيم الموضوع الذى قرر القضاء بشأنه مبدأ عاماً.

فالمشرع فى دولة معينة عندما يضع تنظيمًا قانونيًا لمسألة ما، لا يقوم بذلك دون ضوابط، وإنما يفعل ذلك فى إطار التنظيم السياسى والاجتماعى والاقتصادى القائم فى الدولة عند وضع التنظيم، وهذا الإطار محدد بمجموعة من المبادئ تمثل حالة التطور والمدنية التى وصلت إليها هذه الدولة، وهى مبادئ اعتاد المشرع الرجوع إليها واتخاذها دليلاً ومرشداً له ضد وضع النصوص القانونية<sup>(٢)</sup>، ولذلك فإن القضاء يعمل على استنباط هذه المبادئ لحل المنازعات على أساسها سيما فى حالة عدم وجود نص تشريعى صريح يمكن الفصل فى النزاع القائم على مقتضاه.

د- وقريب من ذلك ما يذهب إليه البعض من أن الأساس الحقيقى للقوة الإلزامية للمبادئ القانونية العامة هو سلطة القضاء فى استخلاص الإرادة

(1) AUBY - DRAGO - op. cit., p. 342.  
CHAPUS, De la soumission au droit des règlement autonomes, D. 1960, 124.  
RIVERO, op. cit., p. 71.  
CHAPUS, De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règle jurisprudentielles en droit administratif, D. 1966. 99.  
(٢) الدكتور محمد كامل ليلة - مقدمة القانون الإدارى - ص ٤٨٣.

الضمنية أو المفترضة للمشرع<sup>(١)</sup> ومن ثم وضع المبادئ العامة باعتبارها من القواعد القانونية الملزمة، ومن هنا يبدو دور القاضي فى إنشاء القواعد القانونية جلياً، وهو الأساس الذى نراه سليماً فى تقديرنا.

## ٢- المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون:

يعتبر تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة من الأمور التى ما زالت محللاً للجدل الفقهي الشديد. فقد ذهب الفقه والقضاء فى فرنسا - قبل سريان دستور ١٩٥٨ على الأخص - إلى أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بمرتبة إلزامية تعادل قوة القانون، مما يعنى ضرورة التزام الإدارة باحترامها عندما تمارس سلطتها اللانحائية، حيث تعلق المبادئ العامة للقانون اللوائح الإدارية فى تدرج القواعد القانونية، فى حين يكون للمشرع أن يخالف بما يضعه من قواعد تشريعية عادية هذه المبادئ ما دام يملك الحق فى الغاء التشريع أو تعديله<sup>(٢)</sup>.

ويرجع السبب فى الاعتراف لهذه المبادئ بقوة القانون فحسب إلى امتناع القضاء الفرنسى عن النظر فى دستورية القوانين أو مطابقتها للقواعد التى تلوها عموماً، إذ لا يتصور أن يبحث القضاء فى مدى مطابقة القوانين للمبادئ العامة فى مثل هذه الظروف، حيث لا يستماع أن يمثل القاضي للقانون المخالف للدستور بينما لا يخضع للقانون الذى يخالف المبادئ العامة.

بيد أنه بعد صدور دستور ١٩٥٨ الحالى فى فرنسا، اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن للمبادئ العامة للقانون فى ظل هذا الدستور قوة قانونية أعلى

(1) WALINE, le pouvoir normative de la Jurisprudence, M. Scele, P. 624.

(2) JANNEAU, op. cit., P. 164.

WALINE, Article cité, R. D. P. 1959 - 712.

LETOURNEUR, Article cité, E. D. C. E., 1951, 24.

DE LAUBADER, Droit Administratif, 6 éd., 1973, P. 247.

VEDEL, La soumission de l'Administration à la loi.

مقالة منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٢٢ - عدد ١ و٢ - ص ٩٢.

C. E. 16 Déc. 1940, Simonet. L. 553.

C. E. 10 Fev. 1950, Sornin De Leysatm, L. 102.

C. E. 9 Mars 1951, Société des concerts du conservatoire, L. 151.

من التشريع، أى قوة دستورية، تأسيساً على أن القضاء يستخلص هذه المبادئ عادة إما من مقدمات المساطر التى لها طبيعة الحال قوة الدستور ذاته، أو من العرف الدستورى الذى له ذات المرتبة الدستورية، ولأن الإبقاء على الرأى القائل بأن المبادئ القانونية العامة ما هى إلا تأصيل للقواعد التشريعية، وأن قوتها لذلك تعادل قوة القانون ... يودى إلى إضعاف الرقابة القضائية إلى درجة بالغة على اللوائح المستقلة - التى غدت الأصل فى التشريع بينما أصبح نطاق القانون محدد على سبيل الحصر وفقاً للمادة ٣٤ والمادة ٣٧ من الدستور - حيث لن يمكن مراقبة هذه اللوائح من ناحية الموضوع إلا إذا خالفت صراحة أحكام مقدمة الدستور أو النصوص التى تحيل عليها، فى حين أن هذه المقدمة لا تقرر الكثير من تلك المبادئ صراحة، أما إذا اعترف مجلس الدولة للمبادئ العامة للقانون بقوة قانونية تعلق على القانون، أى بقوة الدستور، فإنه بذلك يتمكن من تحقيق رقابة فعالة على اللوائح المستقلة، إذ فى هذه الحالة يتحقق خضوع الإدارة للمبادئ العامة للقانون<sup>(١)</sup>.

وكما هو واضح من هذا الرأى، فإن الدافع الرئيسى لهذا الاتجاه هو التخوف من انفراد السلطة التنفيذية بالتشريع فى غير الموضوعات المحددة للقانون، وذلك عن طريق اللوائح المستقلة، حيث كان الفقه عادة صدور دستور ١٩٥٨ الحالى الذى تضمن هذه التغييرات فى مجال تحديد نطاق القانون واللائحة، يتخوف من احتمال تعسف الإدارة بهذه السلطة اللائحية فى غياب القواعد التشريعية ضد حقوق وحرىات الأفراد، ولذلك أيد جانب من الفقه هذا الرأى<sup>(٢)</sup>، فى حين انتقده آخرون، على أساس أنه لا توجد حاجة لإعطاء

(1) VEDEL, Droit Administratif, 1964, P. 202 -éd. 1968, P. 250.

(2) DE SOTO, La loi et règlement dans la Constitution de 1958, R. D. P. 1959. 295.

WITOMSKI, Le contrôle juridictionnel des règlements autonomes, thèse Caen, 1968, p. 198.

AUBY - DRAGO, op. cit., p. 344 t. II n 1161.

J. ROCHE, Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence, A. J. D. A. 1962. 532.

المبادئ القانونية العامة قوة تملو في الزاميتها قوة القانون، لأن اللوائح المستقلة ما تزال كثيرها من اللوائح تعتبر من القرارات الإدارية التنظيمية التي ما تزال في مرتبة أدنى من القانون، وذلك بالإضافة إلى أن هذا الرأي يؤدي إلى خلق تفرقة ضارة بموضوع له طبيعة واحدة وخصائص واحدة حيث تتمتع المبادئ المستوحاة من الأصول الدستورية بقوة الدستور بينما تتمتع تلك المستوحاة من روح التشريع العادي بقوة القانون<sup>(١)</sup>.

ولذلك قرر بعض الفقهاء أن المبادئ العامة للقانون لم تنزل تعادل قوة القانون<sup>(٢)</sup> بينما ذهب أحدهم إلى أن القوة القانونية لتلك المبادئ أقل من قوة القانون وأعلى من قوة اللائحة، وأن ذلك لا يؤثر على خضوع اللوائح المستقلة المخالفة لها لرقابة القضاء الإداري الذي يستطيع إلغاء اللائحة في هذه الحالة<sup>(٣)</sup>.

---

-ويؤيد القيمة الدستورية للمبادئ القانونية العامة من الفقه المصري: الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولي - مقالته سالفة الذكر - مجلة الحقوق السنة ٨ - عدد ٣، ٤ ص ٥٤، ٧٥. ويمكن القول بأن الأستاذ الدكتور محسن خليل يعترف لهذه المبادئ أو على الأقل لبعضها بالقيمة الدستورية، أنظر مؤلفه المشترك مع الأستاذ الدكتور سعد عصفور في القضاء الإداري ١٩٧٧ ص ٤٩ وما بعدها وخاصة ص ٥٥ - ٦٠ وفي نفس هذا الاتجاه، الدكتور محمد عصفور في مؤلفه مذاهب المحكمة الإدارية العليا سالف الذكر ص ٣٥٧، ٣٨٦ كذلك مقالته عن موقف الديمقراطيات من الرقابة على دستورية القوانين - مجلة المحاماة ٥١ - عدد ١ ص ٦.

(1) RIVERO, Droit Administratif, op. cit., 7e éd. P. 77.

(2) DE LAUBADERE, Droit Administratif, 6e éd. 1973, p. 247.

ومن الفقه المصري الأستاذ الدكتور محمد كامل ليلة - مقدمة القانون الإداري سالف الذكر ص ٤٩٧ والأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي - القضاء الإداري - الطبعة الرابعة ١٩٧٩ - ص ٥٣٥، والدكتور محمود حلمي: المقالة سالفة الذكر - ص ١٩١.

(3) CHAPUS, Article cité, D. 1960. 119.

ومن الفقه المصري الأستاذ الدكتور محمود حافظ المرجع السابق، ص ٤٠. والدكتور كمال أبو العيد - مقالته سالفة الذكر - المحاماة السنة ٥٩ - عدد ١، ٢ ص ٧٠.



وفى اتجاه مختلف ذهب فقهاء آخر<sup>(1)</sup> إلى أبعد من ذلك حيث قرر أنه بصدد العلاقة بين اللوائح المستقلة والمبادئ العامة للقانون، ليس من المتصور وجود مثل هذه المبادئ إلا فى طائفتين:

الأولى: هى تلك المبادئ المستمدة من إعلان الحقوق فى ١٧٨٩ ومن مقنة دستور ١٩٤٦، وهى مبادئ تتمتع بالقيمة الدستورية، ويضمن القاضى خضوع الإدارة لها مع احتمال قيام القانون بمخالفتها ومن ثم اللانحة.

والأخرى: هى تلك المستخلصة من اللوائح المستقلة ومن القوانين الصادرة قبل ١٩٥٨ فى نطاق اللانحة المستقلة الآن، وهى طائفة نشأت نتيجة صدور دستور ١٩٥٨ طبقاً للمواد ٣٤، ٣٧، وقيمة هذه المبادئ هى قيمة اللوائح المستقلة، فهى تعبر عن إرادة السلطة اللانحية ولذلك فإنها لا تقيد من ممارسة هذه السلطة، وإن كانت تفرض على كافة السلطات الإدارية الأخرى الأقل مرتبة من السلطة المختصة بوضع هذه النصوص.

بيد أن غالبية الفقه الفرنسى المعاصر يتلقى اليوم على الإقرار بأن للمبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تعلو مرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية، وتصل إلى مرتبة الدستور ذاته باعتبارها المبادئ الكبرى التى تمثل الفلسفة العماسية للأمة، والتى يتأسس عليها نظامها القانونى منذ قيام الثورة

---

(1) MORANGE, Une catégorie ambiguë, Le principe général de droit, R. D. P. 1977, 761.

ويرى هذا الفقيه أن المبادئ المستمدة من القوانين تقتصر وفقاً لدستور ١٩٥٨ على موضوعات المادة ٣٤ فقط. وبالتالي فهى لا تتعلق بنطاق اللانحة المستقلة، وفى تقدير الفقيه أن ذلك الأمر قد تسبب فى تخلص دور المبادئ القانونية العامة إلى حد كبير وخاصة بصدد احتمال ظهور مبادئ قانونية عامة جديدة، حيث لن تظهر هذه الطائفة من المبادئ إلا فى نطاق موضوعات م ٣٤ وبالتالي لن يكون لها أى قيمة قانونية فى نطاق موضوعات م ٣٧ أى فى نطاق اللانحة المستقلة، لأن الدستور منع كل تدخل للقانون فى هذا النطاق، فإذا كان القانون لا يمكنه ذلك صراحة، فإنه لا يستطيع ذلك ضمناً أى عن طريق المبادئ القانونية العامة. ونشير فى النهاية إلى أن هناك فى الفقه المصرى من ينكر كل قيمة قانونية للمبادئ القانونية العامة - أنظر الدكتور على السيد الباز - رسالته مسلفة الذكر ص ٤٠١ - ٤٠٢.

الفرنسية، بحيث يجوز القول بأن دساتير فرنسا وتشريعاتها تنصح عن اعتناقها لهذه المبادئ التي أدت إلى إعلاء دولة القانون وأملت الشروط والقواعد الدستورية التي كفلت قيام الدولة القانونية.

**رأينا في تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون:**

في تقديرنا أنه يجب الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بمرتبة تعلق على قوة القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور، لأنه إذا جاز للدستور أن يخالف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ نظراً لأنها لم تعد تتفق مع ظروف المجتمع مثلاً، فإنه لا يجوز أن يكون للمبادئ العامة ذات الأمر، ومن ثم فلا يمكن للقاضي أن يهدر قواعد الدستور الصريحة بحجة أن للمبادئ العامة للقانون أن تخالفه - لاحقاً - باعتبارها في نفس قوتها.

ومن ناحية أخرى فإن هذه المبادئ تعلق في قوتها على القوانين لأنها لا بد وأن تفرض على كافة السلطات التي أسسها الدستور دون تمييز، وإذا كان من السهل فرض احترام المبادئ المستمدة من أحكام الدستور أو مقبته عليها، فإنه يجب أن تتمتع المبادئ المستمدة من أحكام القوانين أيضاً بذات الاحترام وخاصة على السلطة التشريعية إذ لا شك أن إقرار القضاء لتلك المبادئ يعنى أنها عدت من الأسس التي تنظم حياة أفراد المجتمع وبالتالي فإنها تصبح ملكاً لهذا المجتمع حيث لا تستطيع أية سلطة مؤسسة أن تخالفها حتى ولو كانت هذه المبادئ من صنعها ضمناً، بينما يجوز للمشرع الدستوري دون غيره أن يخالف بنصوصه الصريحة تلك المبادئ إذا رأى أنها لم تعد تتفق مع ظروف المجتمع، لأن الدستور هو تعبير عن الإرادة الصريحة للشعب صاحب الميادة ومصدر السلطات، على حين أن المبادئ العامة هي تعبير عن إرادته الضمنية أو المقترضة، ولا مراء في أن الإرادة الصريحة تعلق عليهما ولها الأولوية في التطبيق. ومن ناحية أخرى لا يسوغ للقضاء إعمال المبدأ العام في بعض الحالات دون الأخرى رغم تماثلها، لأن تطبيق هذه المبادئ حيناً ومخالفتها حيناً آخر ينفي عنها تماماً صفة "المبدأ".

وقد سبق أن أوضحنا أن المبادئ العامة للقانون هي في حقيقتها مجموعة من الأسس التي يتخذها المشرع ذاته مرشداً له عند وضع النصوص القانونية ولذلك يكون منطقياً أن تلو هذه المبادئ من حيث المرتبة التشريعات التي يسنها البرلمان بحيث تلتزم السلطة التشريعية بعدم مخالفتها التزاماً بالمشروعية وما تقتضيه من تدرج القواعد القانونية.

بيد أنه يلزم ملاحظة أن دور القضاء بصدد تقرير المبادئ القانونية العامة لا يعنى أن هناك مساساً بمبدأ الفصل بين السلطات، أو أن القضاء يتدخل في وظيفة التشريع، فالقاضي لا يتمتع بسلطة تشريعية، وتقريره للمبادئ العامة ليس معناه أنه يشرع، كما أن التزام البرلمان بالمبادئ العامة لا يعنى خضوعه للسلطة القضائية، إذ أن القاضي وهو يضع المبادئ القانونية العامة لا يكون حراً في وضعها دون ضوابط، فهو يتمثل التنظيم القانوني السائد في مجموعته وينزل على مقتضاه ويتقيد بروحه، وهو مقيد ومرتبب بمعتقدات وقلمفة قومية كامنة في الضمير العام للمجتمع، تتسلط على عمله وتتغلغل في ضميره، حتى يمكنه أن يترجم بأمانة ودقة ما ينطوى عليه ضمير الأفراد من مبادئ تعبر عن حاجات عليا جوهرية للمجتمع، ومن هنا فإن المبادئ العامة تتصف علاوة على عموميتها، بأنها أكثر استقراراً من القواعد التشريعية.

وتأسيساً على ما تقدم فإن السلطة التشريعية تلتزم - مثلها في ذلك مثل الإدارة تماماً - بالمبادئ العامة للقانون علاوة على أحكام الدستور، إذ يتعين على تلك السلطة أن تعي أنها ليست مطلقة الحرية في وضع القانون وإنما هي مقيدة بحدود معينة، وبدون ذلك فإن سيادة القانون تكاد تفرغ من أي مضمون، وتصبح السلطة التشريعية سلطة غير قانونية أو بالأحرى سلطة مستبدة، ولن يخفف من ذلك أن هذه السلطة هي سلطة جماعية، لأن أربعمائة وخمسون مستبداً - مثلاً - لا يقلون خطورة ولا جوراً عن مستبد واحد.

يؤيد ذلك، أن بعض الفقهاء الذين عارضوا الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة، اعترفوا في ذات الوقت بوجود صعوبات تعترض أرائهم

المقابلة لذلك، وخاصة أمام اعتراف المجلس الدستوري الفرنسي بوجود هذه المبادئ العامة وبفرضه احترام المشرع لها<sup>(1)</sup> وذلك في قراره الصادر في ١٦ يوليو ١٩٧١، وهو ما استقر عليه المجلس الدستوري<sup>(2)</sup>، وذلك من ناحية وكذلك أمام إخضاع مجلس الدولة الفرنسي للأوامر التفويضية - وهي تتمتع بقوة القانون - لتلك المبادئ من ناحية أخرى<sup>(3)</sup>.

بل أن بعض الفقهاء، ممن لا يعترفون للمبادئ العامة سوى بقوة القانون، يرون أن مجلس الدولة الفرنسي يحرص على تقايد مخالفة المشرع لهذه المبادئ، وتبعاً لذلك يتجه المجلس إلى تغليب هذه المبادئ على التشريع، على أساس أن المبادئ العامة ما هي إلا قواعد تفسير لا يجوز أن تخرج عليها التشريعات، فإذا ما كان هناك نصاً صريحاً يخرج على المبادئ العامة، فإن المجلس يلجأ إلى حماية المبدأ مع التظاهر باحترام للنص باعتباره استثناء لا يمس عمومية المبدأ، وبالتالي يجري على الاستثناء مبدأ التفسير الضيق وفقاً لقواعد التفسير<sup>(4)</sup>.

أكثر من ذلك، يقر هذا الفقه بأن مجلس الدولة الفرنسي، يخالف أحياناً النص الصريح، ويغلب عليه المبدأ العام، إذا تعارض هذا النص الصريح مع مبدأ أساسى لا يصح التفريط فيه.

(1) RIVERO, Droit Administratif, 7 éd., op. cit., p. 77.

C. C. 26 Juin 1969, G. D. C. C. 1975 p. 241 - 256.

(2) أنظر قرار المجلس الدستوري في ٢٦ يونيو ١٩٦٩، وكذلك قراره في ٢٤ أكتوبر ١٩٦٩ والتعليق عليه في:

VOISSET, La reconnaissance de L'existence de P. G. par le C. E., J. C. P. 1969. 2290 bis.

كذلك القرارات الثلاثة التي أشار إليها:

AUBY - DRAGO, op. cit., II, n 1161, p. 344.

(3) DE LAUBADERE, Droit Administratif, op. cit., p. 248.

C. E. 24 Nov. 1961, Fédération nationale de syndicat de police, D. 1962. 424.

(4) الدكتور محمد كامل لولة - مقامة القانون الإدارى ص ٥٠٠.

وفى تقديرنا أن هذا المسلك من مجلس الدولة الفرنسى يؤكد أن المجلس إنما يعترف للمبادئ العامة بمرتبة تملو القوانين العادية، دون أن يقر بذلك صراحة، خاصة وأنه لا يتعرض فى قضائه إلى بحث مشروعية القوانين أو دستوريته، إذ يقتصر عمله فحسب على فحص مشروعية الأعمال الإدارية.

ولا ريب أن الاعتراف للمبادئ العامة بقوة قانونية تملو على القوانين، يحقق حماية كبيرة لحقوق الأفراد وحيرياتهم العامة سواء فى الدول التى تبيح للقضاء فرض رقابته على دستورية القوانين كمصر، أو فى الدول التى لا تبيح للقضاء ذلك مثل فرنسا، إذ أنه فى الحالتين فإن القضاء الإدارى يمكنه إخضاع القرارات الإدارية اللانححية والفردية للرقابة من حيث الموضوع بمطابقة مضمون ومحتوى هذه القرارات للمبادئ القانونية العامة دون أن يؤثر على رقابته وجود نصوص تشريعية تخالف هذه المبادئ كالنصوص التى تمنع القضاء من النظر فى بعض المسائل، ففى مثل هذه الحالة يستطيع القاضى، دون حاجة إلى فحص مدى دستورية هذه النصوص، فرض رقابته على هذه المسائل بالرغم من تلك النصوص المانعة، استناداً إلى تعارضها مع مبدأ "ضرورة كفالة حق التقاضى" وهو من المبادئ القانونية العامة، على أساس أنه عند تزامم القواعد القانونية، يتعين تطبيق القاعدة القانونية الأعلى.

ولذلك كان طبيعياً أن يعظن مجلس الدولة الفرنسى فى بعض أحكامه أن دعوى الإلغاء (أو دعوى تجاوز السلطة كما يطلق عليها فى فرنسا)، "هى دعوى مفتوحة فى مواجهة كل قرار إدارى دون حاجة للنص عليها إذ أنها تعمل على تحقيق احترام مبدأ المشروعية وذلك طبقاً للمبادئ القانونية العامة"<sup>(1)</sup>، بمعنى أن هذه الدعوى لا ترتبط بنصوص تشريعية، وإنما ترتبط بالمبادئ العامة للقانون باعتبارها أداة لتحقيق المشروعية.

(1) C. E. 17 Fev. 1950, Dame Lamotte. L. 110 R. D. P. 1951. 478.

والخلاصة أن المبادئ العامة للقانون تتمتع بمرتبة الزامية تلى القواعد الدستورية وتسبق القواعد التشريعية العادية، مما يعنى أن على المشرع أن يستوحى ما يقرره من أحكام من المبادئ العامة، لأن الفرد العادى إذا كان ملزماً الخضوع للقانون الذى يضعه فرد آخر فى يده سلطة التشريع، فإن ذلك لا يعنى خضوع إرادة الأول لإرادة الثانى، فالمشرع لا يضع القانون باعتباره إنساناً، وإنما باعتباره عقلاً مجرداً عن المصالح والأهواء، أو هكذا ينبغى أن يكون<sup>(١)</sup>.

ولا ريب فى أن خضوع المشرع للمبادئ العامة للقانون، باعتبارها المثل العليا للتشريع، هو الطريق الرئيسى لتحقيق الخير العام للمجتمع والمصلحة العامة لجميع أفرادها، وفيه أعظم الضمان فى عدم استبداد المشرع فى أية دولة، فلا شك فى أن القانون الذى لا يترجم بأمانة ما يعتنقه الشعب من مبادئ، وما يسود المجتمع من أسس فكرية، هو قانون مخالف للعدل وغير واجب الاحترام، مما يوجب على القضاء التصدى له، إعلاءً لكلمة الحق والعدل.

والواقع أن المشرع لا ينشئ القواعد القانونية من العدم، فهو يخلق هذه القواعد بعد أن تتأكد حاجة المجتمع إليها ووفقاً للمبادئ السائدة بين أفرادها، ومن ثم تغدو هذه القواعد تعبيراً عن إرادة الشعب فى إقرارها، مما يضمن تنفيذها والالتزام بها اقتناعاً، فهى قواعد نابعة من الشعب وليست مفروضة عليه. وبذلك تكون هذه المبادئ العامة هى التجسيد الواضح للديمقراطية الحقة، فهى ملزمة للمشرع عندما يسن تشريعاته، فإذا أقرها فى تلك التشريعات، فإن ذلك لا يعنى أنها من خلق المشرع، فهو لا يملك إلا تقريرها، ولا يمكنه مخالفتها، وصمته أو امتناعه عن إقرارها لا يؤدى إلى عدم الالتزام بها من جانب القضاء.

(١) الأستاذ الدكتور سمير تناغو: المرجع السابق - ص ١٢٧.

ولذلك فإن الفقه يلاحظ بحق أنه من الناحية الواقعية، فإن المشرع يراعى بقدر الإمكان عدم مخالفة القوانين التي يصدرها للمبادئ العامة للقانون، وحتى في الحالات التي يخرج فيها المشرع على ذلك، فإنه يحاول عن طريق الوسائل الفنية في الصياغة أن يغطي هذه المخالفة حتى لا تتكشف أمام الناس. ويعتبر هذا المسلك من جانب المشرع نوعاً من النفاق الذي يشهد على قوة المبادئ العامة للقانون، فهي تفرض على المشرع احترامها حتى في الحالات التي يدفعه هواه إلى الخروج عليها<sup>(١)</sup>.

وبالإضافة إلى اعتناق المشرع في كثير من الدول، عديد من المبادئ العامة التي كشف عنها القضاء واستقر عليها في أحكامه فإنه ينص صراحة في بعضها، على سلطة القضاء في الالتجاء إلى هذه المبادئ، فالمشرع السويسري مثلاً ذهب صراحة في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الصادر عام ١٩٠٧ إلى النص على أنه "... فإذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه، حكم بالقواعد التي يضعها لو كان مشرعاً، مستهدياً في ذلك برأي الفقه وأحكام القضاء"<sup>(٢)</sup>.

- (١) الأستاذ الدكتور سمير تناوغ: المرجع السابق - ص ٢٥٨، والمرجع الذي أشار إليه: RAIPERT, Les forces credo Droit, Paris, 1955, P. 343.
- (٢) وقد اتجه المشرع في عديد من الدول العربية إلى تحويل القاضى نفس السلطة تقريباً، ففي دولة الإمارات العربية تنص المادة ٨ من قانون إنشاء المحاكم الاتحادية رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ على أن "تطبق المحاكم الاتحادية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية وغيرها من القوانين المعمول بها، كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام الشريعة من قواعد العرف والمبادئ القانونية العامة".
- كما تنص المادة ٧٥ من قانون المحكمة الاتحادية العليا هناك، وهي تعد محكمة دستورية عليا ومحكمة نقض في ذات الوقت، على أنه "تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الاتحادية. كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والقانون المقارن" وهذا النص يتشابه مع نص المادة الأولى في القانون المدني المصري، وهو نص تلقاه في معظم القوانين المدنية بالدول العربية مثل سوريا والعراق والكويت وليبيا، مع ملاحظة أن القانون الطبيعي وقواعد العدالة المشار إليها في هذه النصوص هي المصادر الموضوعية الرئيسية للمبادئ القانونية، كما أن على رأس هذه المصادر في تلك

ومن ناحيته يؤكد القضاء فى أحكامه على اعتناق كثير من المبادئ القانونية العامة، وقبل إنشاء القضاء الدستورى فى مصر، أكد القضاء الإدارى منذ إنشائه على ذلك، حيث قضت محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٤٨/١٢/١ على أنه "يجوز لمحكمة القضاء الإدارى تقرير قواعد قانونية فى أحكامها لها قوة القانون، يجب على السلطات الإدارية العاملة مراعاتها والعمل بها فى تصرفاتها المستقبلية"<sup>(١)</sup>.

هذا الحكم المبكر يشير بما لا يدع مجالاً للشك إلى سلطة القضاء الإدارى فى "تقرير قواعد قانونية" فى أحكامها، وهو ما يعنى بلا جدال سلطة تقرير المبادئ القانونية العامة وإلزام السلطات الإدارية بها لما لها من قوة القانون، باعتبار ذلك من مقتضيات مبدأ فصل السلطات وفقاً لمعناه الصحيح والذى لا يجيز للقانون النص على خلاف ذلك.

وقد تواترت أحكام القضاء الإدارى بعد ذلك مؤكدة على المبادئ القانونية العامة فى المجال الدستورى، حيث اعتبرتها من المبادئ الدستورية العلة أو من المبادئ العليا الدستورية<sup>(٢)</sup>.

ومع إنشاء القضاء الدستورى ممثلاً فى المحكمة العليا عام ١٩٦٩ ثم المحكمة الدستورية العليا القائمة حالياً عام ١٩٧٩، اتجهت أحكام هذا القضاء

---

=الدول مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن هذه المصادر كذلك ما يتعلق بالمقبولية والمنطقية أو ما يتفق مع الوجدان السليم كما يقول المشرع السودانى، الذى ينص فى المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية على أنه "فى الممثل التى لا يحكمها أى نص تشريعى تطبق المحاكم المبادئ التى استقرت قضاءً فى السودان ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف والعادلة والوجدان السليم"، وهذه كلها كما قلنا من مصادر المبادئ القانونية العامة. ومن الجدير بالملاحظة أن الدول الإيجلوسكسونية مثل إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية تأخذ بالمبادئ القانونية العامة باعتبارها قواعد ملزمة، ويطلق الفقهاء على هذه المبادئ أحياناً اصطلاح شريعة الأرض "Law of the Land" ويقصدون بذلك الشريعة السائدة فى المجتمع.

(١) حكمها فى القضية ٢٠٠ لسنة ١ق، المجموعة السنة ٣ ص ١٠٦.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع بحثنا: مبدأ ضرورة سير السلطات العامة بانتظام وإلتراد - مجلة الحقوق - العدد الثالتى - ١٩٩٠ - ص ٤٨ وما بعدها.



إلى اعتناق عديد من المبادئ القانونية العامة، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن كثير من الحقوق ليست عصبية على التنظيم التشريعي، وإنما يجوز تحميلها بالقيود التي تقتضيها وظيفتها الاجتماعية، بمرعاة الموازنة التي يتعين أن يجريها المشرع ويرجع من خلالها ما يراه من المصالح أولى بالرعاية وأجدر بالحماية على ضوء أحكام الدستور، مستهدياً بوجه خاص بالقيم التي تنحاز إليها الجماعة في مرحلة من مراحل تطورها<sup>(١)</sup>. إذ من الجلي لدينا أن القيم المشار إليها في هذا الحكم هي تلك التي تبلورها المبادئ القانونية العامة<sup>(٢)</sup>.

(١) حكمها في ١٩٩٢/٥/٢٧ قضية ٢٥ لسنة ١١ ق دستورية.

(٢) ولذلك تصف المحكمة بعض الحقوق - مثل حق الدفاع - بأنه قد أضحى مستقراً كحقيقة مدنية لا يمكن التفريط فيها، مندرجاً في إطار المبادئ الأساسية للحرية المنظمة واقعاً في نطاق القيم التي غدا الإيمان بها راسخاً في وجدان البشرية - حكمها في ١٩٩٢/٥/١٦ القضية ٦ لسنة ١٣ ق، دستورية، كما اعتبرت أن انتهاك أصل البراءة "باعتبارها مبدأً بديهياً يعد خطأ لا يفتقر مستوجباً لنقض كل قرار لا يتوافق معها" - حكمها في ١٩٩٨/١/٣ القضية ٢٩ لسنة ١٨ ق دستورية. راجع كذلك ومسبقاً لأصل البراءة بأنه يعكس قاعدةً مدنيةً تعتبر في ذاتها مستعصية على الجدل، واضحة وضح الحقيقتة ذاتها، في حكمها بتاريخ ١٩٩٢/٢/٢ القضية ١٣ لسنة ١٢ ق دستورية. وترتبط المحكمة الدستورية بين العدالة وتلك القيم، فتقول في بعض أحكامها أن الدستور قرن العدل بكثير من النصوص التي تضمنها، وحيث أن الدستور قد خلا من تحديد لمعنى العدالة في النصوص السابقة. فإن المقصود بها ينبغي أن يتمثل فيما يكون حقاً وواجباً سواء في علائق الأفراد فيما بينهم، أو في نطاق صلاتهم بمجتمعهم، وإن تعين دوماً تحديدها من منظور اجتماعي، ذلك أن العدالة تتوخى - بمضمونها - التعبير عن القيم الاجتماعية السائدة في مجتمع معين خلال فترة زمنية محددة. وبقدر إتساع الفجوة بين هذا المفهوم وعملية صناعة القانون، بقدر ما يكون القانون قاصراً عن إنفاذ حقائق العدل الاجتماعي، فلا يقدم حلاً ملائماً لتصادم المصالح فيما بين الأفراد ومجتمعهم، مبتعداً بذلك عما يكون لازماً إنصافاً.. ومزدى ما تقدم أن العدالة - في غايتها - لا تنفصل علائقتها بالقانون باعتباره أداة تحقيقها، فلا يكون القانون منصفاً إلا إذا كان كافلاً لأهدافها، فإذا ما زاع المشرع ببصره عنها، وأهدر القيم الأصلية التي تحتضنها، كان منيباً للتوافق في مجال تنفيذها، ومسقطاً كل قيمة لوجوده، ومستوجباً تغييره أو الغاءه - حكمها في ١٩٩٦/٢/٣ القضية ٣٣ لسنة ١٦ ق دستورية - وفي ٢٠٠٠/٦/٣ القضية ٢١ لسنة ٢٠ ق دستورية.

وتؤكد المحكمة أهمية تلك القيم، التي تجوزها المبادئ القانونية العامة، بأنه لا يجوز تفسير النصوص الدستورية باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيتها والإصرار عليها، ثم فرضها بألبية عيباء إلا حرجاً في البحر، بل=

ومن ناحية أخرى فإن الفقه الحديث في مصر بات يعلم بهذه المبادئ ودورها في المجال الدستوري، حيث يؤكد أن الواقع العملي يشير إلى "أن القاضي يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا تحملت التأويل، أو أنه يعتمد في تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها، فيطبق هذه المبادئ باعتبارها أصلاً عاماً أو قاعدة واجبة الإتباع"<sup>(١)</sup>.

ومن الأمثلة القضائية للمبادئ الدستورية العامة في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر، مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص أكثر من مرة عن فعل واحد double jeopardy الذي وصفته المحكمة بأنه مبدأ مستقر بين الدول a universal maxim، كفلته النظم القانونية جميعها، وصاغته المواثيق الدولية، وذلك إلى جانب مبدأ شخصية العقوبة وتناسبها مع الجريمة محلها ومقوليها أو منطقيتها وقد كشفت المحكمة عن هذه المبادئ باعتبارها مستخلصة من الحرية الشخصية التي أعلى المشرع الدستوري في مصر من شأنها - دون غيرها - بأن وصفها بأنها حق طبيعي وهي مصنونة لا تمس وذلك في المادة ٤١ من الدستور، ولذلك استطاعت المحكمة أن تستنبط من هذه الحرية عديد من الحقوق والحريات التي تندرج كما تقول المحكمة في "الحقوق التي تعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة

---

يُستعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن ... فالدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التطور أفقه الرعية، فلا يكون نسجها إلا تناصاً مع روح العصر، وما يكون كغلا للتقدم في مرحلة بذاتها، يكون حرياً بالاتباع بما لا يناقض أحكاماً تضمنها الدستور - حكمها في ١٩٩٧/٢/١ القضية ٧ لسنة ١٦٦ ق. دستورية.

(١) الدكتور محمد ماهر أبو العينين: الإحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - ١٩٨٧ ص ٤٣١ وما بعدها - ويراجع بصدد المبادئ القانونية العامة عموماً مؤلفنا: الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - ٢٠٠٤ ص ٦١١: ٧٠٠، كذلك الدكتور عادل عمر شريف: قضاء الدستورية. القضاء الدستوري في مصر - ١٩٨٨، حيث يؤيد اتجاهنا في اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة بذاتها للسلطة التشريعية، مثلها في ذلك مثل غيرها من المبادئ القانونية العامة، ومن ثم فإنها تعتبر مرجعاً للرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ص ٢٠٨: ٢٢٧.

أساسية لصون حقوق الإنسان، بما مزدها وفقاً لمبدأ خضوع الدولة للقانون عدم جواز أن تخل تشريعات الدولة بهذه الحقوق، ومنها الحقوق الوثيقة الصلة بالحرية الشخصية بالنظر إلى مكوناتها وخصائصها<sup>(١)</sup>، ومثال هذه الحقوق أو الحريات حرية التعاقد<sup>(٢)</sup>، والحق في الزواج واختيار الزوج وتكوين الأسرة<sup>(٣)</sup>، والحق في التنمية<sup>(٤)</sup>، إضافة إلى ما قرره المحكمة من امتداد بعض الحقوق إلى تطبيقات أخرى مثل الحق في المحاكمة المنصفة الذي يمتد لغير المحاكمات الجنائية<sup>(٥)</sup>، وكذلك الارتفاع ببعض الحقوق من مصاف الحقوق التي نص عليها القانون، إلى مرتبة الحقوق الدستورية، وهو أمر بالغ الأهمية، إذ مقتضاه أن النص على أحد الحقوق العامة، التي يتعين التسليم بها وفقاً للمبادئ القانونية

(١) راجع أحكامها في ١٩٩٢/١/٤ القضية ٢٢ لسنة ٨ق. دستورية - وفي ١٩٩٥/٨/٥ القضية ٨ لسنة ١٦ق. دستورية - وفي ١٩٩٦/٦/١٥ القضية ٤٩ لسنة ١٧ق. دستورية - وفي ٢٠٠٠/١/٣ القضية ٢١ لسنة ٢٠ق. دستورية.

(٢) أحكامها في ١٩٩٧/٦/٧ القضية ١٦ لسنة ١٧ق. دستورية - وفي ١٩٩٧/١٠/٤ القضية ٧١ لسنة ١٩ق. دستورية - وفي ١٩٩٧/١١/١٥ القضية ١٤٩ لسنة ١٨ق. دستورية - وفي ٢٠٠٠/٣/٤ القضية ١٤٤ لسنة ٢٠ق. دستورية، وفي هذه الأحكام يعد قضاء المحكمة بحرية التعاقد باعتبارها "قاعدة أساسية يقضيها الدستور صوتاً للحرية الشخصية، كونها من الخصائص الجوهرية لها، علاوة على أنها وثيقة الصلة بالحق في الملكية".

(٣) أحكامها في ١٩٩٥/٣/١٨ القضية ٢٣ لسنة ١٦ق. دستورية - وفي ١٩٩٥/١٢/٢ القضية ٣٣ لسنة ١٥ق. دستورية، حيث استقر قضاء المحكمة فيها على أن "إغفال بعض الوثائق الدستورية للنص على الزواج كحق، وما يشتمل عليه بالضرورة من حق اختيار الزوج، لا ينال من ثبوتها .. ذلك أن هذين الحقين يعمان داخل منطلق الخصوصية التي كفل صوتها للدستور ... كما أن أبعاد العلاقة بين النصوص الدستورية وربطها ببعض، كثيراً ما ترشح لحقوق لا نص عليها، ولكن تمشي بثبوتها، ما يتصل بها من حقوق، والتي تعد منخلاً إليها ... وكثيراً ما تقضى فروع بعض المسائل التي يتطلبتها الوثيقة الدستورية إلى الأصل العام الذي يجمعها ... ولا يكون ذلك إلا خلال فهم أعمق لمراميها واستصافها ما وراهها من القيم والمثل العليا التي احتضنها الدستور.

(٤) حكمها في ١٩٩٦/٣/٢ القضية ٣٤ لسنة ١٥ق. دستورية، وفيه اعتبرت المحكمة أن هذا الحق وثيق الصلة بالحق في الحياة.

(٥) أحكامها في ١٩٩٥/١٢/٣ قضية ٢٨ لسنة ١٧ق. دستورية - وفي ٢٠٠٠/١/١ قضية ٢٠ لسنة ١٩ق. دستورية.

العامّة في تشريع يصدر عن السلطة التشريعية لا يعنى الهبوط بالقوة الإلزامية له إلى مرتبة القوانين العادية، بحيث يحقّ للمشروع بعد إقراره العدول عنه أو نقضه أو الإنتقاص منه، ومثال ذلك مبدأ رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتعم<sup>(١)</sup>.

والخلاصة أن القضاء الدستوري في فرنسا ومصر، يستندهما الفقه الحديث فيهما، يذهبان إلى الاعتداد بالقيمة الدستورية للمبادئ القانونية العلمية، مما يعنى الاعتراف للقضاء الذى يكشف عن هذه المبادئ بصفة المصدر الرسمى للقانون الدستوري، بالرغم من أن الأصل في فرنسا ومصر أن القضاء مصدر تسييرى للقانون<sup>(٢)</sup>. ولذلك يلزم الاعتراف بأن للمبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تطو على القوانين العادية، وإن لم تصل - فى تقديرنا - إلى مرتبة الدستور.

## المبحث الثانى القواعد العرفية

يعتبر العرف من المصادر غير المشرعة للقانون، ويراد به بصفة عامة، مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن سلوك الأفراد أو السلطات العامة بخصوص أمر ما على نحو معين، وإطراد سلوكهم على هذا النحو، مع اعتقادهم بأن هذا السلوك ملازم لهم.

(١) حكمها فى ١٩٩٢/١١/٧ قضية ١٢ لسنة ١٩٩٢. دستورية - وفى ١٩٩٧/٣/١٥ قضية ٨٤ لسنة ١٧٧. دستورية، وفيها قضت المحكمة صراحة بأن هذا المبدأ وإن اتخذ من نص المادة ٥ من قانون العقوبات موطناً وسنداً، إلا أن صون الحرية الشخصية التى كفلها الدستور هى التى تقيم هذه القاعدة وترسيها بما يحول بين المشروع وتمديدها أو العدول عنها .. إضافة إلى أنها تعتبر امتداداً لازماً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات فتكون لهما معاً القيمة الدستورية ذاتها.

(٢) تؤكد المحكمة الدستورية العليا على حقها فى الكشف عن المبادئ الدستورية وإقرار القواعد الدستورية وفقاً لها، من خلال مفهوم المخالفة لتضاتها بأن "ليس للمحكمة أن تقرر قاعدة دستورية لم يكن بعد أو أن إرسائها" - حكمها فى ١٩٩٤/٨/١٤ قضية ٣٥ لسنة ١٩٩٤. دستورية، ومن هذا الحكم يستفاد أن للمحكمة أن تقرر القواعد الدستورية إذا تطلبت الظروف والتطورات والمستجدات ضرورة إقرارها.

ويشتمل هذا المصدر على القواعد العرفية الدستورية والإدارية، وهي التي تنشأ عن سلوك السلطات العامة، علاوة على القواعد العرفية الخاصة التي تنشأ عن سلوك الأفراد.

وتتعلق القواعد العرفية الدستورية بسلوك السلطات العامة بشأن مسألة تتصل بنظام الحكم في الدولة، في حين أن القواعد العرفية الإدارية تنشأ نتيجة اتباع الجهات الإدارية - على الأخص - لأوضاع محددة في مزاوله نشاط معين لها. أما القواعد العرفية الخاصة، فهي تتعلق بسلوك الأفراد بصدد معاملاتهم بعضهم مع بعض.

ويتكون العرف من عنصرين هما العنصر المادى والعنصر المعنوى ويتمثل العنصر المادى فى الاعتياد على الأخذ بالقاعدة المتبعة وتكرار تطبيقها تطبيقاً منتظماً لا انقطاع فيه ما توفرت شروطه وهى العمومية والقدم والاستقرار، أما العنصر المعنوى فيتمثل فى عنصر الإلزام، أى شعور أطراف العلاقة التى تنظمها القاعدة العرفية بإلزام هذه القاعدة ووجوب سرياتها.

وقد أترف القضاء بالعرف باعتباره قواعد قانونية ملزمة للهيئات العامة أو الأفراد فيما ثبت بشأنه من الروابط بحيث تعتبر مخالفته إهداراً للمشروعية.

ولتحديد المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية، يلزم علينا أن نحدد أولاً أساس القوة الملزمة للعرف.

### **المطلب الأول**

#### **أساس القوة الملزمة للقواعد العرفية**

بالرغم من اتجاه البعض إلى إنكار القوة الملزمة للقواعد العرفية، على أساس أن التشريع وحده - وخاصة فى المجال الدستورى - هو المصدر الوحيد

للقانون<sup>(١)</sup>، إلا أن الغالبية العظمى من الفقه تعترف بأن العرف هو قانون، ومن ثم فإن القواعد العرفية تتمتع بقوة إلزامية مثلها في ذلك مثل التشريع. غير أن الفقه اختلف حين تصدى لتحديد الأساس الذي يمكن أن تقوم عليه القوة الملزمة للعرف، حيث ظهرت عدة اتجاهات يمكن تحديدها فيما يلي:

#### ١ - الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمشرع:

وهي أقدم النظريات في هذا الصدد، ووفقاً لها فإن العرف يعتبر تشريعاً ضمناً، أو بمعنى آخر فإن العرف يصدر عن الإرادة الضمنية للمشرع، يوافق عليه ضمناً وهو ما يستفاد من عدم اعتراضه عليه، وتطبيقه بواسطة السلطات العامة.

ويعاب على هذا الاتجاه أنه يخلط بين العرف والتشريع، وأنه ينكر حقيقة ثابتة وهي أن العرف كقانون أقدم في النشأة من التشريع، كما أنه لا يفسر أساس القوة الملزمة للعرف بقدر ما يؤكد السلطة المطلقة للحاكم أو المشرع<sup>(٢)</sup>.

#### ٢ - الاستناد إلى الإحالة الصريحة للمشرع:

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن العرف لا تكون له قيمة إلا إذا أحال إليه المشرع صراحة، مثلما فعل المشرع المصري عندما نص في المادة الأولى من التقنين المدني على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف"<sup>(٣)</sup>.

(١) CARRE DE MALBERG, La loi, expression de la volonté générale, 1931, P. 7.

(٢) راجع الأستاذ الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والتظيم السياسية ١٩٨٠ - ص ٣٧.

والأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: نظرية الدولة والمبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم - ١٩٧٨ - ص ٤٦٠.

(٣) ويستخلص الفقه من مثل هذا النص أن العرف يعتبر مصدراً تكميلياً أو احتياطياً بجوار التشريع - راجع الدكتور محمود حلمي: المقالة سالفة الإشارة - ص ١٧٩ - وينتقد الدكتور سمير قناعو بحق هذا التفسير، على أساس أنه ليس للتشريع أن يحدد دوره أو دور غيره من مصادر القانون، لأن المرجع في ذلك يكون لعلم القانون وليس للإرادة التحكيمية للمشرع، المرجع السابق - ص ٤٦٦ وما بعدها.

وينتقد هذا الاتجاه بأنه يفترض سلفاً سمو التشريع على العرف، علاوة على تعارضه مع الحقيقة التاريخية الثابتة بأن العرف أقدم من التشريع.

### ٣- الاستناد إلى إقرار القضاء للعرف وتطبيقه:

وفقاً لهذه النظرية المنسوبة للفتية "لامبير"<sup>(١)</sup>، فإن القضاء هو أساس القوة الملزمة للعرف، حيث يتكون العرف نتيجة تدخل القضاء - كأحدى السلطات العامة في الدولة - بتكرار الحكم في اتجاه معين، مما يؤدي في آخر الأمر إلى نشأة القاعدة القانونية. ومن غير شك فإن ذلك لا يعنى أن القضاء يخلق القاعدة القانونية من العدم وبطريقة تحكيمية، بل هو يعتمد في ذلك على الأفكار السائدة في المجتمع، ولكن القضاء هو وحده الذي يحول هذه الأفكار إلى قواعد قانونية ملزمة.

غير أنه يعيب هذا الاتجاه أنه يخلط بين القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون، في حين أنهما مصدرين متميزين من مصادر القانون، ولا شك أن طريقة تكوين العرف تختلف تماماً عن أسلوب تحديد المبادئ العامة للقانون، والقاضي عندما يطبق العرف فإنه لا يتدخل في إنشائه أو تكوينه، فهو لا يطبق العرف إلا إذا تحقق من وجوده أولاً كتأتون وضعي، إذ أن القاضي عليه واجب العلم بالقانون وتطبيقه، سواء تمثل القانون في قواعد تشريعية أم في قواعد عرفية.

### ٤- الاستناد إلى ضمير الجماعة:

يذهب هذا الاتجاه<sup>(٢)</sup> إلى أن المصدر الأساسي للقانون هو "ضمير الجماعة أو روح الأمة"، فالجماعة هي التي تخلق قانونها وهي التي تستقر في ضميرها على اتباعه، أما التشريع والعرف وغيرهما مما جرى الفقه على اعتبارها مصادر للقانون، فهي مجرد إجراءات كاشفة عن قانون سبق تكوينه

(١) راجع في عرض هذه النظرية وأوجه النقد الموجهة إليها:

(١) WALINE, L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949. PP. 264 - 283.

(٢) راجع في عرض هذا الاتجاه - الأستاذ الدكتور سعد صغفور: المبادئ الأساسية سالف الذكر - ص ٣٨.

ونفاذه، أو هي وسائل لإظهار القانون والتعبير عنه، ومن ثم يكون العرف أقوى هذه الوسائل لأنه أقربها إلى ضمير الجماعة.

وينتقد هذا الاتجاه لقيامه على إنكار تعدد مصادر القانون، كما أن اعتبار التشريع والعرف مجرد أدوات تكشف عن القانون ونفاذه، هي فكرة تخلط بين المصادر المادية للقانون أو بمعنى آخر جوهر القانون ومضمونه، وبين المصادر الرسمية للقواعد القانونية.

#### ٥ - الاستناد إلى أن العرف مصدر رسمي مستقل للقانون:

يذهب الرأي الراجح إلى أن مصادر القانون الرسمية هي مجرد طرق للتعبير عن إرادة الدولة، ولا ينحصر الحق في التعبير عن هذه الإرادة في السلطات العامة وعلى الأخص السلطة التشريعية منها، لأن ذلك يعني الخلط بين سلطة الدولة وأجهزة مباشرة هذه السلطة.

وإسناد وظيفة التشريع إلى جهاز متخصص، لا يعني أن ما يقوم به هذا الجهاز هو الطريق الوحيد للتعبير عن إرادة الدولة، بدليل أن للشعب في النظم الديمقراطية المباشرة وشبه المباشرة سلطة للتعبير عن إرادة الدولة، بالرغم من وجود المجلس النيابي في النظام شبه المباشر.

وعليه فإن الشعب يستطيع أن يضع بنفسه القواعد القانونية غير المشرعة أو غير المقتنة عبر السلطة التشريعية، وهي التي يطلق عليها اصطلاح "القواعد العرفية"، وذلك بوصفه أحد عناصر الدولة التي يمكنها وضع القوانين تعبيراً عن إرادة الدولة.

وكما يقول البعض، فإن القاعدة العرفية هي أكثر القواعد القانونية تعبيراً عن المجتمع، وأقلها تعبيراً عن الفرد، بمعنى أن كل أفراد المجتمع يعتبرون أجهزة خالقة لهذه القاعدة، دون اقتصار ذلك على بعض الأجهزة المتميزة<sup>(١)</sup>، وهو ما يؤكد آخرون بالقول أن العرف تعبير عن إرادة الشعب

(1) WALINE, L'individualisme, op. cit., P. 298.



الحقيقي، وذلك بالمقابلة للشعب "القانوني"<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن العرف هو تعبير مستقل عن إرادة الدولة، يتميز عن غيره من المصادر الأخرى التي تعد بدورها طرقاً للتعبير عن هذه الإرادة، ومن ثم تستمد القواعد العرفية قوتها الملزمة من سلطة الدولة، مثلها في ذلك مثل التشريع.

### المطلب الثاني

#### المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية

يتجه جانب من الفقه إلى التفرقة بين أنواع القواعد العرفية بصدد تحديد المرتبة الإلزامية لهذه القواعد. فالعرف قد يكون دستورياً، كما قد يكون تشريعياً أو لائحياً، ومن ثم يتمتع العرف الدستوري بمرتبة الدستور، ويكون العرف التشريعي في قوة القانون، بينما يقع العرف اللانحى في مرتبة اللائحة، وهذا يعني أن العرف الدستوري يسمو على التشريع المكتوب، والعرف التشريعي يسمو على اللائحة، كما أن العرف اللانحى الذي تتخذه هيئة إدارية معينة يسمو على القرارات الإدارية التي تصدر عن هيئة أدنى منها<sup>(٢)</sup>.

غير أن الاتجاه الغالب في الفقه يرى أنه لا يكفي تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية استناداً إلى نوعها فحسب، وإنما يلزم في ذات الوقت التفرقة بين صور العرف الثلاثة والتي تتمثل فيما يلي:

(1) LEVY, Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel, M. WALINE, t. II, P, 40.

(٢) الدكتور محمود حلمي: المقالة سالفة الذكر - ص ١٨٠.

الأستاذ الدكتور سمير تناغوا: المرجع السابق - ص ٤٧٤ و ٤٧٥.

وهو يرى أن درجة العرف في القوة يمكن استخلاصها من الركن المعنوي فيه، وهو ركن الاعتقاد القانوني. فهذا الاعتقاد هو الذي يحول الاعتقاد المادي إلى قاعدة قانونية، وهو الذي يحدد قيمة هذه القاعدة في التدرج الهرمي للنظام القانوني في مجموعه. وغنى عن الذكر أن الاعتقاد القانوني يتأثر بدوره بالقوة الاجتماعية التي فرضت العرف، وما إذا كانت هذه القوة قادرة على خلق قواعد عرفية دستورية، أو قواعد عرفية عليا، أو قواعد عرفية فرعية. راجع مؤلفه سالف الذكر ص ٤٤١.

١- العرف المفسر وهو الذى يهدف إلى تفسير النص المكتوب وإجلاء غموضه وتوضيح معناه، أى أن أثره يقتصر على تفسير نص من النصوص، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشاء قاعدة جديدة، ومن ثم يعتبر العرف المفسر جزءاً من النص المكتوب الذى يفسره، فيكون له ذات المرتبة القانونية التى يتمتع بها النص.

٢- العرف المكمل الذى يعمل على سد النقص فى النصوص المكتوبة، فيتولى تنظيم مسألة لم يسبق تنظيمها، ولذلك فهو لا يستند إلى نص مكتوب كالعرف المفسر.

٣- وأخيراً العرف المعدل وهو إما أن يكون معدلاً بالإضافة أى بإضافة حكم معين لمسألة سبق تنظيمها، وإما أن يكون معدلاً بالحدف أى بإهمال تطبيق حكم أقره المشرع، فيؤدى ذلك إلى سقوطه بعدم الاستعمال.

وقد اعترض معظم الفقه على الاعتراف بوجود هذا العرف المعدل على أساس أن تعديل أحكام الدستور أو القانون ينبغى أن يتم بالطرق والإجراءات المحددة لذلك، فى حين اعترف جانب منه بالعرف المعدل بالإضافة دون العرف المعدل بالحدف، والحق الأول بالعرف المكمل لياخذ حكمه، بينما اعترف جانب آخر بالعرف المعدل بصورتيه باعتباره تعبيراً عن إرادة الأمة.

كما اختلف الرأى بشأن تحديد مرتبة كل من العرف المكمل والعرف المعدل، وخاصة فيما يتعلق بالعرف الدستوري<sup>(١)</sup>، فذهب رآى إلى أن العرف الدستوري يحتل مرتبة أسمى من الدستور، فى حين منحه آخرون مرتبة الدستور المكتوب، بينما لم يعترف له فريق ثالث سوى بمرتبة القوانين العادية،

(١) انظر رسالة الأستاذ الدكتور ماجد الحلو فى العرف الدستوري - باريس ١٩٦٩، الأستاذ الدكتور محسن خليل مؤلفه فى القضاء الإدارى سالف الذكر ص ٥٢، الأستاذ الدكتور كامل ليلية - القانون الدستوري ١٩٦٧ ص ٣٦ وما بعدها، الأستاذ الدكتور عبد الحميد حشيش - المرجع السابق ص ٨٠ ومن الفقه الفرنسى: DUVERGER, M. de droit constitutionnel ..., 5e éd., p. 201.

كما ذهب اتجاه رابع إلى الاعتراف للعرف بمرتبة أدنى من النصوص المكتوبة سواء كانت دستورية أم تشريعية أقرها البرلمان.

- وفي تقديرنا أن القواعد التي يتحقق بشأنها المدلول الحقيقي للعرف المفسر، لا تعد من القواعد القانونية بالمعنى الفني الدقيق، حيث يشترط في العمل القانوني أن يكون له نتائج قانونية، أو بالأحرى أن يكون من شأنه إحداث آثار قانونية بذاته، في حين أن هذه القواعد العرفية المفسرة لا تنشئ أية أحكام جديدة للقواعد القانونية، أي أنها لا تضيف جديداً إلى المشروعية، ومن ثم لا تعتبر بذاتها مصدراً للقواعد التنظيم القانوني في الدولة، فالواقع أن العرف المفسر لا يترتب عليه بذاته نتائج أو آثار قانونية، إذ هو ليس سوى مملكة للسلطات العامة أو الأفراد فيما يتعلق بتفسير وكيفية تطبيق النص الغامض، وهذا المسلك لا ينشئ عناصر جديدة في مبدأ المشروعية رغم ما قد يهدف إليه من ضمان وحدة التفسير، ومع ذلك فإذا كان من المسلم عملاً بأن هذه القواعد يتحقق بشأنها عقيدة الإلزام، فإن هذا الإلزام يرجع في الحقيقة إلى النص المكتوب محل التفسير، بمعنى أن القوة الإلزامية التي قد تتوافر بشأن العرف المفسر إنما تعود إلى اعتبار العرف المفسر جزءاً من النص محل التفسير ذاته، فتسرى قوة النص الملزمة على العرف المفسر له، أي أن العرف المفسر إنما يستمد قوته الإلزامية من النص محل التفسير.

- أما بالنسبة للعرف المكمل، فإنه قد يتعلق بموضوع دستوري لم ينظمه الدستور، وهو لذلك يسمى بالعرف الدستوري المكمل. بيد أن موضوعات هذا العرف وإن تعلقت بالقواعد الدستورية من حيث الموضوع، إلا أنها ليست كذلك من حيث الشكل، فوفقاً للمعيار السائد قهراً وقضاءً وهو المعيار الشكلى، فإن القواعد الدستورية هي تلك القواعد التي تدرج في وثيقة الدستور ولو لم تكن لها الطبيعة الدستورية من حيث الموضوع. وترتيباً على ذلك فإن المسائل التي لم تنظم في هذه الوثيقة لا تتمتع بصفة القواعد الدستورية ولا مرتبتها ولا حصانتها ولو كانت من الموضوعات الدستورية بطبيعتها.

وبناء على ذلك، فإن الموضوعات التي ينظمها العرف الدستوري المكمل في نظر الفقهاء هي موضوعات، وإن كانت دستورية موضوعاً فإنها ليست كذلك من حيث الشكل، ومن ثم فإنها تعد من الموضوعات التي يمكن للمسلطة التشريعية تنظيمها باعتبارها صاحبة الولاية العامة في التشريع وبالتالي فلا يمكن الاعتراف للقواعد التي تكون محلاً لهذا العرف المكمل بمرتبة الدستور ولا حتى بمرتبة القوانين العادية، حيث يمكن للمسلطة التشريعية مخالفة هذا العرف في حين أن العكس غير صحيح.

وقد يتعلق العرف المكمل بموضوعات غير دستورية بطبيعتها، وهو إما أن ينشأ نتيجة سلوك الأفراد فيكون من القواعد العرفية الخاصة، وقد ينشأ نتيجة سلوك الإدارة على الأخص فيكون من القواعد العرفية الإدارية، وقد اعترف القانون المدني المصري وهو القانون المنظم للعلاقات التي تنشأ بين الأفراد، بالقواعد العرفية الخاصة مصدرها من مصادر القانون، فنص بأن "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف... (م 1)، مما يفيد بأن لهذا العرف مرتبة أدنى من القانون إذ يشترط لتطبيقه عدم وجود نص تشريعي، وهو ما يعنى أن للتشريع أن يخالف أية قاعدة عرفية، في حين أن القواعد العرفية ليس لها أية قوة إلزامية في حالة وجود نص تشريعي، ومن ثم فليس لها مخالفة أى نص آخر.

وكذلك الأمر بالنسبة للعرف الإداري، فقد أترف له القضاء الإداري المصري بالقوة الإلزامية بالنسبة للإدارة، بحيث يكون باطلاً كل قرار أو إجراء يصدر عنها مخالفاً لقاعدة عرفية إدارية، ما لم يتم ذلك نتيجة عدول الإدارة عنه.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "العرف الإداري تعبير اصطلاح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاوله نشاط معين. وينشأ عن استمرار الإدارة في التزامها بهذه الأوضاع

والسير على سننها في مباشرة هذا النشاط إلى أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى معادلة. ويشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان:

أولهما: أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة وصورة منتظمة، فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذي جرت على مقتضاه الإدارة إلى مستوى العرف الملزم.

وثانيهما: ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم..<sup>(١)</sup>

ويستفاد من هذا الحكم، أن القضاء لا يعترف للعرف الإداري، إلا بمرتبة تلي التشريع وبالتالي لا يجوز أن يخالف العرف الإداري نصاً قائماً سواء كان هذا النص دستورياً أو تشريعياً أو لائحياً<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً على ما يتيمم يمكن القول بأن العرف المكمل بصفة عامة، لا يتمتع سوى بمرتبة قانونية أدنى من مرتبة التشريع، وسواء كان هذا العرف المكمل دستورياً أم إدارياً أم من القواعد العرفية الخاصة.

- وأخيراً بالنسبة للعرف المعدل، فإنه بصورتيه أمر غير مشروع، فهذا العرف المعدل من شأنه إنشاء أو إلغاء قيد أو شرط أو اختصاص بصدد مسألة سبق للمشرع تنظيمها، ويشترط لمشروعية مثل هذا العرف صدوره ممن يختص بذلك، وهو بالنسبة للعرف الدستوري إما أن يكون السلطة التأسيسية، أو وفقاً للإجراءات والشروط الواردة في الدستور نفسه، وعليه فليس للسلطات العامة المؤسسة وهي التي تنشئ هذا العرف أن تقوم بذلك، وإلا كانت متجاوزة لسلطاتها واختصاصاتها المبيّنة في الدستور على وجه التحديد<sup>(٣)</sup>. ولا يجوز

(١) حكم في ١٩٦٢/٢/٢٤ قضية ١٧٧ سنة ٥ ق. المجموعة السنة ٧ رقم ٥٤١ ص ٣٥٥ وكذلك أحكامها في ١٩٦٠/٣/٢٦ قضية ٧٥٤ لسنة ٤ ق. المجموعة السنة ٥ رقم ٦٣ ص ٧٥٠ وفي ١٩٦٥/٥/٨ قضية ١٤٦٢ لسنة ٧ ق. المجموعة السنة ١٠ ص ١٢١٩.

(٢) الدكتور محسن خليل - القضاء الإداري ص ٥٤.

الدكتور فؤاد العطار - المرجع السابق ص ٤٩.

(٣) من هذا الرأي الدكتور ماجد الطو - القضاء الإداري ص ٢٢.

الاعتراف بمشروعية هذا العرف بمقولة أنه موجود عملاً، إذ لا ريب في أن مخالفة النصوص الدستورية أكثر من مرة لا يمكن أن تكون قاعدة دستورية جديدة، فالمسألة لا تعدو أن تكون انتهاكاً غير جائز للدستور القائم.

أما بالنسبة للقواعد العرفية الخاصة أو الإدارية، فمن الواضح وفقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المشار إليها آنفاً، ولقضاء المحكمة الإدارية العليا سالف الذكر، أن العرف المعدل سواء كان بالإضافة أم الحذف ليس له أية قوة إلزامية، وبالتالي فهو غير مشروع لمخالفته للنصوص القائمة.

- محصلة القول إذن، أن القواعد العرفية بالمعنى الفني الدقيق لا تتمثل

سوى في العرف المكمل، أي القواعد القانونية التي تعمل على سد النقص في التشريع، وتتمتع هذه القواعد القانونية العرفية بمرتبة قانونية أدنى من مرتبة التشريع، إذ يشترط بشأنها علاوة على عدم وجود نص في موضوعها، ألا يكون هذا العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم.



## الباب الثاني

### مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها

#### في تدرج القواعد القانونية

تهيئه:

القانون باعتباره تعبيراً عن إرادة الدولة، لا يعد إذن أمراً مستقلاً عن الدولة أو بالأحرى المجتمع أو الجماعة التي تعيش داخل هذه الدولة، فالقانون في حقيقته ليس إلا أداة ووسيلة في يد هذه الجماعة، تحقق من خلالها صالحها وتسد عن طريقها حاجاتها وتدفع بها الضرر عن أفرادها.

فوظيفة القانون بصفة عامة هي خدمة المجتمع وتلبية حاجاته ومتطلباته، ومن هنا فالقانون ضرورة لا مفر منها لأي مجتمع منظم، وحاجة لا غنى عنها للبشر إذا أرادوا العيش سوياً، ولذلك فإنه يلزم أن يستند كل قانون إلى حاجة المجتمع إليه وتحقيقه لغايات هذا المجتمع، حتى لا يفقد مبررات وجوده بل ومشروعيته.

وكما نوهنا سابقاً فإن لكل مجتمع مقومات معينة تستمد منه، فهي تمثل ماضيه وتعبّر عن حاضره وتبلور أخلاقه وتقاليدته، وتحدد آدابه ونظمه ومعتقداته، ومن ثم يحرص كل مشرع على أن يضمن فيما يشرعه أن يكون وليد هذه المقومات، وثيق الصلة بواقع المجتمع، مسائراً لحالته الاجتماعية والمياسية والدينية، متفقاً مع عادات هذا المجتمع وتقاليدته وآدابه ونظمه وعقائده.

ولذلك فمن الطبيعي والمنطقي في الدول الإسلامية، أن يحرص المشرع على أن تكون القوانين متفقة مع تعاليم الإسلام الذي تتعبد به الجماعة في هذه الدول، بأن تجيء مسائراً لعقائدهم ونظمهم، محافظة على تقاليدهم وآدابهم، وهم الكثرة الساحقة في تلك الدول.



غير أن هذا المنطق الطبيعي لم يتبع للأسف الشديد منذ بداية القرن الماضي تقريباً، في العديد من البلاد الإسلامية إن لم يكن في معظمها، حيث نقل المشرع - نتيجة ظروف تتعلق بالاستعمار وغير ذلك من أمور لا محل للحديث عنها في بحثنا هذا - الكثير من القوانين الأوروبية بغير تعديل، لتطبق على المجتمعات الإسلامية دون اعتداد بالفوازيق الدينية والاجتماعية والتاريخية، مما جعلها - أي هذه القوانين - تبدو غريبة على تلك المجتمعات، فهي منبئة الصلة بماضيها أو حاضرها، لا تمثل عاداتها أو تقاليدها، ولا تعكس شيئاً من أدابها وأخلاقها، ولا مكان فيها لدينها وعقائدها.

وكانت النتيجة الحتمية لهذا المسلك أن علت الأصوات منادية بالرجوع إلى الحق والعودة إلى الشريعة الإسلامية، وتزايدت الأصوات واشتد عودها، مما دفع المشرع المستورى في معظم الدول الإسلامية - والعربية منها على الأخص - إلى النزول على رغبة الجماهير المسلمة وأمانيتها، وذلك بالنص في دستاير هذه الدول على أن "الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع"<sup>(١)</sup>، أو على الأقل، هي مصدراً رئيسياً للتشريع"<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة أن الإسلام - من بين الرسالات السماوية - يتميز بأنه لا يقف عند حد تنظيم العلاقة بين الإنسان وخالقه في إطار العبادات والعقيدة، ولكنه يتعدى ذلك إلى وضع نظام محدد للمسلوك الاجتماعي، يجب على الإنسان المسلم اتباعه كإثر من آثار تلك العلاقة وكنتيجة لها وذلك في مجال المعاملات فيما بين الأفراد بعضهم البعض.

والله سبحانه وتعالى يكشف لنا - من خلال تعاليم الإسلام - عن إرادته فحسب، ولكنه لا يجبرنا أن نسلك الطريق وفق هذه الإرادة، إنه يمنحنا حرية

(١) مثل دستور الصومال الصادر عام ١٩٦٠ في المادة ٥٠ منه ودستور دولة قطر الصادر عام ١٩٧١ في المادة الأولى منه.

(٢) مثل دستور دولة الإمارات الصادر عام ١٩٧١ ودستور دولة الكويت الصادر عام ١٩٦٢ ودستور دولة البحرين لعام ٢٠٠٢.

الاختيار، قلنا أن نستسلم مختارين لشريعته، كما نستطيع إذا أردنا أن نسير ضد أوامره، وأن نسقط شريعته من اعتبارنا، مع تحمل عاقبة ذلك، لأنه كيفما كان الاختيار فإن التبعة علينا<sup>(١)</sup>.

غير أن استعداد أفراد المجتمع للمسير وفق مبادئ الإسلام لتحقيق غاياته، سوف يظل استعداداً نظرياً ما لم تكن هناك سلطة عامة تتولى تقنين وتطبيق الشريعة الإسلامية ومنع الخروج عليها في الأمور العامة ذات الطابع الاجتماعي، وهو الدور الذي تتأهل له في غالبية الدول السلطة التشريعية فيها، وإلى ذلك يرجع العيب في نص المشرع الدستوري على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع.

وقد يكون هناك تراخ من جانب السلطة التشريعية في بعض الدول وعزوف من بعضها عن وضع هذا النص موضع التطبيق. غير أن حبل المماثلة قصير، وسواء طال الزمن أو قصر فسوف تجد السلطة التشريعية في تلك الدول نفسها مجبرة على النزول على حكم الدستور وتقنين ما ألزمها بتقنينه<sup>(٢)</sup>.

وإذ تنص المادة ٢ من دستور ١٩٧١ في مصر<sup>(٣)</sup> على أن ".... مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" فإنه يلزم علينا دراسة هذا النص وأثاره فيما يتعلق بتدرج القواعد القانونية، لتحديد بدقة مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية في هذا التدرج.

(١) محمد أسد: منهاج الإسلام في الحكم - نقله إلى العربية منصور محمد ماضي - ص ١٧.

(٢) الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي - للطبعة الثانية - ١٩٨٣ - ص ٩.

(٣) وهو ذات النص الوارد في الإعلان الدستوري الصادر في ٢٠١١/٣/٣٠، والذي ورد كذلك في نص المادة الثانية من مشروع الدستور الجديد.

بيد أنه يلزم علينا أولاً أن نحدد المقصود بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية ومدلولها بحسب ما ورد في هذا النص، قبل أن نبين دور وموضع هذه المبادئ كمصدر مبادئ أو موضوعي للتشريع ومكانة أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون، على النحو الوارد فيما يلي.

## الفصل الأول

### مدلول اصطلاح الشريعة الإسلامية وخصائصها

يغفل الكثير من المشتغلين بالدين الإسلامي - سهواً أو عمداً - أن يشيروا في كتاباتهم إلى أن الأحكام الشرعية الإسلامية تتنوع إلى أحكام فقهية اجتهادية وأحكام إلهية قطعية، وأن التزام المسلم والدولة الإسلامية باتباع الدين الإسلامي يقتصر كإصل عام على الالتزام بالأحكام الإلهية القطعية دون الأحكام الفقهية الاجتهادية.

وفي تقديرنا أن الأولى وحدها هي ما يجوز أن يصطلح على تسميتها بالشريعة الإسلامية، بل ولعلها دون غيرها ما يمكن وصفها بالأحكام الشرعية الإسلامية لما يحمله اصطلاح "الأحكام" أيضاً من حتمية الإلتزام بها، خلافاً للآراء الاجتهادية التي لا تحظى بصيغة الإلزام ولا بطبيعة الأحكام، ومن ثم فالأفضل أن نخصص للأحكام أو القواعد الاجتهادية اصطلاح "الفقه الإسلامي" وأن يقتصر اصطلاح "الشريعة الإسلامية" على الأحكام والمبادئ القطعية أي الثوابت والأصول ذات المصدر الإلهي والتي لا يتحمل معناها سوى دلالة واحدة، مما يتعين معه التمييز بينهما لتحديد مدى الإلتزام بكل منها والمراتب التي قد تتدرج فيها، إذ من المجمع عليه أنها ليست كلها في درجة واحدة من حيث الإلتزام بها أو جواز الاختلاف فيها ما دامت تختلف من حيث ثبوتها ودلائلها، وهو الأمر الذي يغاير بالتالي بين خصائص كل من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، وذلك على النحو الذي سنبينه في المبحثين التاليين.

غير أنه يلزم الأخذ في الاعتبار أن اصطلاح الشريعة الإسلامية يضم إلى جانب مجموعة الأحكام القطعية، عدد من المقاصد وآخر من المبادئ التي لا خلاف عليها، وهي بطبيعتها ملزمة للمشرع في الدول الإسلامية، فلا يجوز لتشريع إسلامي أن يخالفها أو يناقضها، ولذلك فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكون قائمة بذاتها وملزمة للسلطات العامة جميعها باعتبارها مصدراً رسمياً

للقانون ومن عناصر المشروعية على حين أن مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية تكون لازمة على وجه الخصوص لمنطلقات التشريع في الدول الإسلامية عندما تتولى سلطة وضع التشريعات للدولة بوصفها من أولى الأمر فيها، وكل ذلك على نحو ما سنبينه في الفصول والمباحث التالية.

## المبحث الأول

### التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين

ترجع أهمية التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين إلى أن عملية التشريع في الدولة الإسلامية أو التي ينص دستورها على أن دين الدولة هو الإسلام، تختلف باختلاف النصوص التي يستمد منها المشرع قواعده وأحكامه، فالله سبحانه وتعالى ألزم المؤمنين بالطاعة في قوله تعالى:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأطيعوا الأمرين منكم فإن تنازعتم في شئ فمن ردوا إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً ﴾ - سورة النساء : آية ٥٩ .

وتتمثل طاعة الله في طاعة الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم، كما تتمثل طاعة الرسول في طاعة ما ورد في السنة الصحيحة من أحكام شرعية، وكلاهما طاعة مطلقة غير قابلة للخلاف أو التنازع، على حين أن طاعة أولى الأمر تنبئ في طاعة ما يصدرونه من قوانين وأوامر وقرارات وأحكام قضائية، ولكنها طاعة قابلة للتنازع في حالة الاختلاف عند تطبيقها، وفي هذه الحالة يكون المرجع والاحتكام في حل الخلاف للأحكام والمبادئ الشرعية الواردة في الكتاب والسنة الصحيحة كما هو واضح بجلاء من النص سالف الذكر<sup>(١)</sup>، ومن هنا يثور التساؤل عن تلك المبادئ والأحكام الشرعية

(١) لا شك في أن لغيب الأمر بكلمة "وأطيعوا" عن أولى الأمر خلافاً لله والرسول دلالة الواضحة في أن طاعة الله والرسول هي طاعة مطلقة لا مجال فيها للاجتهاد أو محاولة الاقتناع أو الاعتراض أو المجادلة حول أهدافها وأغراضها أو نتائجها أو دوافعها ومبرراتها وبواعثها، إذ لا مجال بشأنها سوى التسليم التام بأمر الله ورسوله، على =

الملزمة التي ستحكم للتنازع أو الخلاف المشار إليه، وبالطبع ستشمل هذه الأحكام كل ما يندرج تحت مسمى الشريعة الإسلامية على نحو ما أشرنا سلفاً خلافاً لتلك الواردة في الفقه الإسلامي من أحكام اجتهادية، ولذلك فعندما تقوم السلطة المختصة بالتشريع في الدولة الإسلامية وهي بطبيعة الحال من أولى الأمر في هذه الدولة، إلى جانب الحاكم ومن يفوضه والقضاة ومن في حكمهم، بسن النصوص التشريعية أو القانونية فيجب أن تفرق بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، وذلك على التفصيل التالي:

#### أولاً: المقصود بالشريعة الإسلامية:

وفقاً لما تقدم فإن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تضم مجموع الأحكام الثابتة القطعية التي شرعها الله تعالى في القرآن والسنة النبوية الصحيحة، ولا تحتل شكاً ولا تأويلاً، وليست بالتالي موضع اجتهاد ولا محل خلاف، ولا تتغير بتغير الأحوال أو الزمان أو المكان، ولا يسوغ للمسلمين أن يتفروقا فيها، وهي تمثل في مجموعها الأصول والعقائد والمبادئ والأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي شرعها الله لتنظيم بعض جوانب حياة الفرد والمجتمع على الأرض، وهي ولئن كانت تشمل عديد من أمور العبادات<sup>(١)</sup> والمعاملات<sup>(٢)</sup> والعقيدة والتوحيد والقصص، إلا أن المشرع غير معنى إلا بجانب المعاملات التي تضم جميع فروع القانون المتفق عليها، وهو في هذا الصدد يلتزم بإعمالها التزاماً كاملاً فلا طاعة لمخلوق في معصية

---

=خلاف طاعة أولى الأمر أو بالأحرى قوانينهم وأوامرهم، فهي ليست طاعة مستقلة إذ هي قابلة وفقاً للنص للتنازع والاختلاف، وسبيل حل هذا الخلاف هو العودة إلى الله ورسوله أي إلى الكتاب والسنة الصحيحة القطعية ومبادئها والإلتزام بأمر الولي واجتهاده التزاماً بطاعته كما ورد في النص، مع ملاحظة أن الأصل في ولاة الأمر هو التحدد، أي تعدد السلطات ومن يملكون حق الأمر باسمها، ومن ثم فقد يقع التنازع بينهم أو بين أحد الولاة والفراد المجتمع، كما أن رضاه المجتمع بتصريفات أولى الأمر ينفي وقوع التنازع والحاجة إلى حصمه.

(١) وتشمل أساساً العلاقات بين العبد وربيه والأصل فيها الاتباع.

(٢) وهي تعنى بعلاقات الأفراد فيما بينهم والأصل فيها الابتداء.

الخالق، وهو لا يلتزم جوهر هذه الأحكام القطعية فحسب، بل وقد يلتزم بألفاظها ومصطلحاتها كما وردت في نصوص الكتاب والسنة، ومن ثم يقتصر دور سلطة التشريع إزاء هذه الأحكام على الصياغة والتقنين الذي لا يغير الحكم بل يكفل تطبيقه وفقاً لإجراءات مرنة تتيح للقاضي عند التطبيق تنزيل النص الشرعي المجرد على الواقع العملية التي يحكمها النص الوارد في التقنين وفقاً لضوابط محددة تيسر للقاضي أن ينزل حكمه على الواقعة المطروحة أمامه باعتباره النص الواجب التطبيق عليها.

غير أنه يلزم ملاحظة أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تشمل كل احتياجات الإنسان في النظام الاجتماعي الذي يضم مجموعة القوانين التي يحتاجها المجتمع لتنظيم شتى الروابط والعلاقات تفصيلاً، لأن شمولية الشريعة لكل شيء وفقاً لقوله تعالى "ما فرطنا في الكتاب من شيء" تنصب بالدرجة الأولى على الكليات والإطار العام لحركة الإنسان والمجتمع، أما التفاصيل والجزئيات فأمرها متروك للمسلمين يعالجونها بحسب مقتضيات ومصالح الزمان والمكان والأحوال بما يحقق حاجات الناس ويلبي مطالبهم ويمسائر أغراضهم المعبرة، ولذا فإن الأحكام الشرعية في هذا الجانب بالذات جاءت في الغالب "أصولاً كلية" و"قواعد عامة" مقرونة بعللها حتى يفهم أن الحكم فيها يجب أن يكون مصاحباً لعلته، فإذا زالت العلة ارتفع الحكم وتبدل بأخر. وعلى سبيل المثال لم تأت الشريعة الإسلامية فيما يتصل بنظام الحكم بصورة تفصيلية محددة، بل اكتفت بالنص على جملة من المبادئ العامة التي يتعين على المسلمين الاسترشاد بها، وفقاً لحاجات الزمان وشروط المكان، دونما حتمية أو إلزام في فرض نموذج معين وبذلك تركت للنصوص مجالاً رحباً لحركة العقل المجتهد حسب دواعي التطور التاريخي والاجتماعي ومتطلباته، فشهدنا طرقاً متعددة لتولى الحكم - مثلاً - بالنسبة للخلفاء الراشدين، فلم يلتزم المسلمون بدهم بطريق معين منها باعتباره الطريق الشرعي والإسلامي الوحيد فيكون

حجة علينا إن تركناه إلى غيره، ولذلك فالمشاهد أنه في كل ما يتعلق بشئون السياسة ونظام الحكم في الإسلام فهو قابل للتطور والتغير بحكم حركة التطور الطبيعي التي لا تتناقض مع جوهر الدين وحركته ومع المبادئ والكنيات وخاصة في البيعة والشورى وأسسها، فهي ليست بتشريع مفصل للحاضر أو للمستقبل بقدر ما هي إطار عام مجمل لفلسفة نظام الحكم في الإسلام وليس نظاماً له، فالشريعة الإسلامية في مثل هذه الأمور تعنى بالمقاصد والغايات وليس الوسائل والمسبل والنظم التي تحقق هذه المقاصد وتلك الغايات، ولذلك تتضمن الشريعة الإسلامية كثير من المبادئ العامة وعديد - أي قليل - من الأحكام الشرعية التفصيلية.

والخلاصة أن المشرع في الدولة الإسلامية يلتزم في كل عصر وزمان بالنصوص القطعية ثبوتاً ودلالة في القرآن والسنة الصحيحة، وتستوى في ذلك الأحكام الكلية أو التفصيلية فيها إذ أن علم الله قد سبق في ثبات هذه الأحكام وتوحيدها في مختلف الأزمان والأماكن والظروف، ومن ثم فثباتها لا تختلف باختلاف الأئمة، إذ لا مجال فيها لتطور أو تجديد، فهي المصلحة بعينها والرحمة كلها والعدل كله لأنها حكم الله وفي أعمالها صلاح لأحوال الناس في دنياهم وآخرتهم، فهي تتميز بالثبات والاستمرار لأنها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان بسبب مصدرها الإلهي، وبالتالي لا يجوز تغييرها حيث لا ضرورة تدعو إلى التغيير، فقد صيغت أحكامها وأمرها ونواهيها بحيث لا تتعارض مع الطبيعة البشرية للإنسان والمطالب الجوهرية للمجتمع في كافة الأزمنة والعصور، ومن هنا نجد أنها لم نتناول بأحكامها إلا الأسس العامة للمسائل التي تتأثر بطبيعتها بالتطور الاجتماعي للإنسان، تاركة بذلك المجال للتغيير والتحديث والتجديد الذي يقتضيه الزمن في الجوانب الفرعية لهذه المسائل، ما لم تكن المسألة مما لا يمسه التغيير حتماً كنتيجة للتطور الاجتماعي مثل العلاقات الإنسانية بين الناس والتي تبعد كل البعد عن التأثير



بالتغير الزمني أو بطروفي المكان، وبالقطع لا تتوقع في أحكام الشريعة الإسلامية أن تكون قد تصدت لمسائل هي في طبيعتها سيالة أو مرنة ومتحركة، حيث تندرج هذه المسائل في إطار ما يعرف بمنطقة العفو أو الفراغ التي تركها الله سبحانه وتعالى للإيمان ليبدع فيها حلوله التي توأمه وتناسبه وتتوافق مع ظروفه وبيئته، وفيها تختلف الاستراتيجيات ووسائل تطبيقها بين منطقة وأخرى من العالم، وبالتالي تتنوع الأنماط والحلول مما يؤكد أنه ليس ثمة نظام محدد لها يصلح في كل زمان ولكل مكان.

وعلينا أن نحذر جيداً من إحداهن الفتنة من خلال تأويل بعض الأحكام غير القطعية، إذ يقول الله تعالى في كتابه الكريم:

﴿ هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَسْمَعُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ ﴾ - سورة آل عمران: آية رقم ٧.

وفي تقديرنا أن من الآيات المحكمات تلك التي تحمل أحكاماً قطعية والدلالة، إذ المقصود بها الآيات التي أحكمت عبارتها فصارت واضحة المعنى بعيدة الاحتمال، أي معينة المعنى واضحة لا شبهة فيها<sup>(١)</sup>، أو حكمت عبارتها بأن حفظت من الاحتمال والاشتباه<sup>(٢)</sup>، فالمحكم ما هو واضح قائم بنفسه لا يفتر إلى استدلال<sup>(٣)</sup>، أما الآيات المتشابهات فهي الآيات التي تتضمن أحكاماً ظنية والدلالة، والتي تحتمل التأويل، فهي ليست من أم الكتاب، وقد يتعمد البعض ممن يدعون التفقه في الدين وفي قلوبهم زيغ اتباعها "ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله"<sup>(٤)</sup>

(١) راجع: معجم ألفاظ القرآن الكريم الصادر عن مجمع اللغة العربية - القاهرة ١٩٨٨ - الجزء ١ ص ٣١٤.

(٢) الزمخشري: الكشاف - الجزء ١ ص ٣٢٧.

(٣) فخر الدين الطريحي: تفسير غريب القرآن - تحقيق كاظم الطريحي - ص ٤٥٠.

(٤) وقد أدان القرآن الكريم إحداهن الفتنة في أكثر من موضع، وأهمها أن "الفتنة أشد من القتل" - البقرة: آية ١٩١، و"الفتنة أكبر من القتل" - البقرة: آية ٢١٧، والفتنة معناها سلب الحرية والقتل معناه سلب الحياة، ومع ذلك فإن الله تعالى أكد على أن سلب الحرية أشد وأكبر من سلب الحياة أي أن الحرية أهم من الحياة بلا حرية.

وما يعلم تأويله إلا الله، أما الراسخون في العلم فيقولون "أما به كل من عند ربنا"، "ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب" سورة آل عمران: آية رقم ٨.

وعليه يمكن تعريف الشريعة الإسلامية بأنها مجموعة المبادئ والأحكام الشرعية القطعية التي سنّها الله سبحانه وتعالى للناس جميعاً على لسان محمد صلى الله عليه وسلم، ووفقاً لذلك فإن "أحكام" الشريعة الإسلامية يتوافر بشأنها خصائص أحكام القانون والشرع أو بالأحرى خصائص القاعدة القانونية، وعلى رأسها العمومية والتجريد والتقابلية للتقنين ومن ثم تتمتع هذه الأحكام بقيمة تشريعية ملزمة للكافة باعتبارها جزء من البناء القانوني للدولة وتحتل مكانة عليا فيه، وهي في تقديرنا تقع على رأس المبادئ العامة للقانون، الملازمة بطبيعتها وذايتها للكافة، أما "مبادئ" الشريعة الإسلامية، فإنها بالطبع تتمتع بالإلزام كالأحكام، ولكنها ملزمة أساساً للمسلطات العامة أي ولاية الأمر، حيث تظهر الحاجة إليها عند التنازع بينهم أو معهم، فيكون حل هذا التنازع كما قلنا سلفاً يردّه إلى كتاب الله وسنة رسوله الصحيحة، ليس من خلال "أحكام" الشريعة الملازمة بطبيعتها وذايتها، وإنما من خلال "مبادئ" الشريعة التي يتعين على ولاية الأمر وخاصة السلطة التشريعية في الدولة الإسلامية الالتزام بها في تصرفاتهم سواء كانت تشريعات وقوانين أم أحكام قضائية أو أوامر إدارية أو سيادية أم معاهدات واتفاقيات دولية أو أية صورة أخرى لهذه التصرفات.

وقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية على الربط بين مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup> والأحكام القطعية فيها، فقضت صراحة بأن "الأحكام الشرعية

(١) ومن أمثلة مبادئ الشريعة الإسلامية المتفق عليها مبادئ أن الأمور بمقاصدها، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، ومد النرائع فما يكون طريقاً لمحرّم فبِهِ يأخذ حكمه، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار وأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ومن ثم يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، كما يمكن القول بأن المبادئ العامة لتنظيم الحكم في الشريعة الإسلامية تتمثل في الحرية والعدل والمساواة والشورى.

التي اعتبرها الدستور المصدر الرئيسي للتشريع بموجب نص المادة (٢) منه هي تلك القطعية في ثبوتها ودلائلها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي لا تحتمل اجتهادا، وليست كذلك الأحكام الظنية في ثبوتها أو دلائلها أو فيها معاً، وهي التي تتمتع لدائرة الاجتهاد فيها تنظيمياً لشئون العباد، وحماية لمصالحهم<sup>(١)</sup>، ويأنه "لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها ... والتي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور تبعاً لذلك أن يتغير مفهومها بتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها ... ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلائلها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهي بطبيعتها منطوية تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة التنازل على اختلافها"<sup>(٢)</sup>، كما قضت المحكمة بأن "الاجتهاد وإن كان حقاً لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق مقرراً لولى الأمر، بيدل جهده في استنباط الحكم الشرعي من الدلائل التفصيلي، ويعمل حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيتها عدل الله ورحمته بعباده، وتسعها الشريعة الإسلامية التي لا تضيء قسمة على آراء أحد من الفقهاء في شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدال غيرها بها بمراعاة المصلحة الحقيقية التي لا تناقض المقاصد العليا للشريعة، فالآراء الاجتهادية لا تجاوز حجبتها قدر اقتناع أصحابها بها، ولا يساغ تبعاً لذلك اعتبارها شرعاً مقرراً لا يجوز نقضه .."<sup>(٣)</sup>.

- (١) حكمها في ٢٠٠٨/٧/٦ قضية ١١١ لسنة ٢٧ق. دستورية، منشور بالجزء (١٢) مجلد (٢) من مجموعة أحكام المحكمة ص ١١٥٠.  
(٢) حكمها في ٢٠٠٤/١٢/١٩ قضية ١١٩ لسنة ٢١ق. دستورية، منشور بالجزء (١١) مجلد (١) من مجموعة أحكام المحكمة ص ١١٤٣.  
(٣) حكمها في ١٩٩٧/٧/٥ قضية ٨٢ لسنة ١٧ق. دستورية، منشور بالجزء (٨) من مجموعة أحكام المحكمة ص ٦٩٣ - راجع كذلك حكمها في ١٩٩٦/١/٦ قضية ٥ لسنة ٨ق. دستورية منشور بالجزء (٧) ص ٣٤٧.

## ثانياً: المقصود بالفقه الإسلامي:

يخط جانب كبير من علماء الدين الإسلامي بين أحكام ومصادر كل من الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية، فيعضهم يراها كلها فقهاً إسلامياً، وآخرون يرونها جميعاً شريعة إسلامية، وفريق يرى أن الفقه الإسلامي هو العلم بالأحكام الشرعية أياً كان مصدرها، على حين يذهب جانب آخر منهم إلى أن الفقه الإسلامي هو تلك الأحكام نفسها.

والصحيح أنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية – كما خلصنا إليه فيما سبق – هي الأحكام القطعية ثبوتاً ودلالة في القرآن والم سنة الصحيحة، وهي بذلك لا تتغير ولا تتبدل، فيلتزم المشرع بتقنينها واستنباط أحكام التشريع الإسلامي منها في كل زمان ومكان، باعتبارها أحكام شرعها الله ومن يخالفها فهو مخالف لشرع الله، فإن الفقه الإسلامي يتمثل في الفهم البشري للأحكام الشرعية غير القطعية، نصوصاً ومقاصداً، وهذا الفهم قابل للاختلاف والتغيير باختلاف الظروف والأحوال، فالفقيه يعبر عن فهمه لدلالة النصوص غير قطعية الدلالة، وقد يوافق على ذلك الفهم غيره ويخالفه آخر، وقد يعدل عنه ذاته، فاجتهادات الفقهاء ليست هي الشريعة حتى وإن كانت مقبولة في عصرهم، إذ قد تكون غير مقبولة في عصرنا لتغير الأحوال، ومن ثم يرجع إليها فقط للاستئناس وليس للتقييد أو الالتزام، وبالتالي لا يتقيد بها المشرع إلا إذا رأى أنها تتوافق مع متطلبات العصر الحاضر، ولا تخالف بالطبع أحكام الشريعة الإسلامية القطعية، وهذه الاجتهادات هي التي يمكن أن نطلق عليها وحدها اصطلاح الفقه الإسلامي، ومصادر الرأي والاجتهاد بصفة عامة.

وعليه يمكن تعريف الفقه الإسلامي بأنه تراث الأمة من الأحكام الاجتهادية الظنية، وضعها واستنبطها المجتهدون وأصحاب الرأي في العصور الماضية، في مسائل المعاملات التي اقتضت حاجة جماهير المسلمين ومصالحهم تشريعها، وذلك من خلال طرق الاستنباط والاجتهاد والاستدلال من

الأدلة الكلية أو العلم بها. وتخضع هذه الأحكام لقاعدة "تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان والأحوال" لتكون قادرة دوماً على مواجهة المشكلات الواقعية، ولذلك فهي قواعد مرنة بطبيعتها - خلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية - قابلة للتغير بحسب اقتضاء المصلحة لذلك زماناً أو مكاناً أو حالاً، إذ أنها تتبدل مع تبدل المصلحة، وبالتالي تظل موضعاً للنظر والاجتهاد واختلاف الفقهاء بصدد كل ما لم يرد فيه من الشرع دليل يفيد اليقين، كما يدخل تحت مظلة هذه الأحكام كل الموضوعات التي تجد في حياة الناس ولم يرد بشأنها نص خاص جلي أو ثمة دليل مباشر من الكتاب أو السنة القطعية.

وتأسيساً على ما تقدم فإنه من الخطأ الفادح أن نجعل من فقه المعاملات مثلاً في مذهب معين ديناً منزلاً، لأنه - أي هذا الفقه وذلك المذهب - هو جهد إنسانى بشرى معنى بما هو متغير بتغير المجتمعات ومطالب الإنسان، وما يستجيب لظروف الحياة البيئية والزمنية، ومن هنا فهو - أي الفقه الإسلامى بصفة عامة - غير قابل للتقنين على عكس الشريعة الإسلامية كما سنوضح لاحقاً.

غير أن ذلك لا يعنى قطع كل صلة بالفقه الإسلامى أو الإحاطة بكافة الأحكام الظنية دون تمييز، أو رفض كل اجتهاد سابق ولو كان صائباً، فالأحكام الفقهية الاجتهادية هي تراث فقهي هائل وثروة عقلية لا يجحد قيمتها إلا جاهل أو مغرض، فمن الثابت أن قسطاً كبيراً من الأحكام الفقهية السائدة حتى اليوم، كان من ثمرات اجتهاد الفقهاء والمسلمون في العصور السالفة، وصلوا إليها على أساس دراساتهم العميقة لكتاب الله والسنة الصحيحة، إلا أن هذه الأحكام المستنبطة كانت ولا شك متأثرة بالأسلوب الذى يعالج به كل مجتهد موضوعه، وبطريقة فهمه الخاص للقرآن والسنة، وكذلك بالبيئة العقلية والاجتماعية التى سادت عصره، ولما كانت هذه البيئة تختلف كثيراً عن بيئتنا المعاصرة، فإن هذه

الاستنباطات أو بعضها على الأقل تختلف حتماً عن الاستنباطات التي قد نستطيع الوصول إليها في الوقت الحالي.

والحقيقة أن الفقه الإسلامي ليس كله مجرد نظرات وفروع وإنما يتضمن كذلك أبنية تشريعية متكاملة مستنبطة بطريق الاجتهاد والنظر، فهي جميعها أحكام اجتهادية غير ملزمة، ومع ذلك فإنه يمكن للمشرع في كل عصر أن يختار منها ما يلزم الناس، ولكن له كذلك أن يتجاوزها ويأتى بما هو أصلح لعصره وزمانه، تأسيساً على أن رأى أى مجتهد ليس حجة ملزمة على المسلمين، وأنه ليس على أى إنسان إلزام بأن يأخذ بمذهب فقهي معين دون استعانة بقله أو اجتهاد غيره من مذاهب المجتهدين، لأن الفقه الإسلامي فى مجموعه - بهذا المعنى - هو تراث وتجارب وعقول تضاف على أعمارنا وعقولنا وتجاربنا، وواجبنا أن نعمل على الإفادة منه وعلى استلهامه ولكن دون التنكر للعقل وبراهينه، وليس ثمة شك فى أن الإيمان بأحكام الشريعة الإسلامية لا يتجافى مع مراعاة المصالح المتجددة والمتطورة بتجدد الحياة وتطورها لأنها معصومة بالنظر إلى مصدرها الإلهي، أما مفاهيم البشر فهي غير كذلك فالبشر يؤخذ من كلامهم ويترك ويقبل من آرائهم ويرفض ويناقشون فيما يقولون ويفعلون والتسليم لهم بغير مناقشة ذل وعبودية وإهدار لنعمه العقل وملكة البحث، إذ من المؤكد أن يختلف فهم فقيه عن فهم فقيه آخر وفهم كل واحد مهما علا قدره يحتمل الخطأ والصواب لأنه غير معصوم والتخطنة هنا تنصرف إلى فهم الفقيه لا إلى النص الشرعي.

ولما كان نظام الحكم فى الإسلام يقوم على عدة دعائم، على رأسها الشورى لنقوله تعالى "وأمرهم شورى بينهم" - الشورى: آية ٣٨ بما مفاده أن السلطة التشريعية تستمد شرعيتها من هذه الشورى التى تتم "بينهم" أى بين الخاضعين للأحكام والقوانين التى تسنها تلك السلطة، فإنه لا يجوز الزعم بأن الأحكام الاجتهادية السابقة التى تتقدم بشأنها الشورى المعاصرة تكون ملزمة لنا، ولذلك فإن الصفة "التشريعية" التى يحضنها البعض على هذه الأحكا

الاجتهادية المستنبطة، والتي في نظرهم جزءاً لا يتجزأ من الشريعة الإسلامية، يلزم استبعادها تماماً. إذ أن هذه الأحكام أو بالأحرى هذا الفقه الذى ورتناه عن فقهاء الدولة العباسية وغيرها مهما بلغت دقته، فإنه لا يرقى إلى مرتبة النصوص التشريعية.

صحيح أن الأحكام التى جاء بها القرآن والأحاديث النبوية الصحيحة لا تكفى وحدها للإحاطة بكل ما يقع من الأحوال القانونية التى تحتاج إلى حلول، مما حتم على الفقهاء الاجتهاد والإسهاب والتوضيح لنصوص القرآن والسنة، إلا أنه - كما قيل بحق<sup>(١)</sup> - لا القرآن ولا السنة يقدمان أى تفويض بمثل هذا التوسيع (الاعتباطى) للشريعة نفسها، وأن للمرء أن يناقش المسألة - كما ناقش كثيرون من أعظم فقهاء هذه الأمة عبر الأجيال - فيقول أن المدى المحدد للأحكام المنصوصة فى القرآن والسنة لم يكن نتيجة سهو وقع من الشارع، ولكن على العكس لقد أراد به أن يكون درعاً لا غنى عنه يبقى الأمة من الجمود التشريعى والاجتماعى، فهو لم يرد أن تعالج الشريعة بالتفصيل كل ضرورات الحياة ومشاكلها التى تخطر على البال، ولكنه أراد أن يحدد بأحكامه المنصوصة المجال الاجتماعى الذى يجب على الأمة أن تتطور فى حدوده وترك هذا العدد الهائل من المسائل القانونية المحتملة الوقوع لتعالج كل منها على ضوء مقتضيات العصر وتبعاً لتغير الظروف السائدة. وعلى هذا فإن الشريعة الحقيقية أكثر إيجازاً وأصغر حجماً من ذلك البناء القانونى الذى ساهمت فى تضخيمه وتوسيعه المذاهب الفقهية.

والمسلم الحق يعرف أن النصوص التى تضمنها الشريعة الإسلامية لم تتناول بالتفصيل كل شئ وإن الله تعالى بين لنا حكمه فى أشياء وسكت رحمة بنا عن أشياء أخرى. وهذا السلوك تفويض لنا بالاجتهاد ودعوة إلى استعمال العقول واستجلاء وجوه المصالح والمفاضلة بين الحلول والبدائل.

(١) محمد أسد: المرجع السابق - ص ٣٤.

والخلاصة أن النصوص القطعية في القرآن والسنة الصحيحة هي وحدها التي تشكل في مجموعها الشريعة الإسلامية الحقيقية الخالدة، وما عدا ذلك فهي اجتهادات وصل إليها الفقهاء كتكمكسات لزمان معين أو لحالة اجتماعية محددة، تفيد حتماً في الاستهداء بها كمصدر مادي للتشريع، ولكنها لا تصل كما قلنا إلى مرتبة النصوص الملزمة، والحقيقة أن هذا التراث الفقهي العظيم من الأحكام الاجتهادية هو سلاح ذو حدين، فبالرغم من تعاضد الاستفادة من هذا التراث، إلا أنه أدى في ظل غياب الفهم الصحيح للأحكام الشرعية ونطاقها المحدد، إلى محنة الفقه الإسلامي أو أزمته التي نعيشها حالياً ومن زمن بعيد، والتي ترجع أساساً إلى اعتماد التقليد منهاجاً للفقه بدلاً من الاجتهاد، وذلك على النحو الذي سنوضحه تالياً.

### **ثالثاً: أزمة الفقه الإسلامي المعاصر:**

بدأت الأزمة الحقيقية في الفقه الإسلامي في تقديرنا نتيجة التوقف عن إعمال العقل والاجتهاد والاكتماء بالتقليد وشيوع فكرة غلق باب الاجتهاد بغير سند أو مبرر مما أدى إلى تعصب معظم فقهاء المسلمين لأفكار ومذاهب الأئمة الذين سبق لهم الاجتهاد ووقوع الشقاق والخلاف وليس مجرد الاختلاف بينهم وهو ما انتهى إلى إحداث الفرقة والتفرق بين المسلمين أنفسهم فاتقسموا شيعاً وأحزاباً شتى وتوهم أنصار كل فريق منهم أنهم - دون غيرهم - الفرقة الناجية، واختلط الأمر على المسلمين بين الإيمان والخرافة، والالتزام والتحجر، وعجزت غالبيتهم عن الجمع بين العقل والنقل وعن النص والفهم وعن الوحي والتراث، فكانت النتيجة مواقف متشعبة تحولت بالتالي إلى العنف الدموي.

وإذ لا يسمح المقام في هذه الدراسة بالبحث التفصيلي في هذه الأزمة بل المحنة التي أمتت بالمسلمين وعواقبها المأساوية للإسلام في حد ذاته، فإننا نكتفي بالإشارة إلى بعض النقاط الرئيسية التي كان لها تأثير بالغ - في تقديرنا لشيوع الجهل بأحكام الشرع الحقيقية وأصوله ومقاصده، والخلط بين الحق والصواب وبين التوحيد والكهنوت، وذلك فيما يلي:



## أ - التقليد ليس اجتهاداً وبالتالى ليس من الفقه الإسلامى :

على غرار التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى يتعين فى تقديرنا كذلك التمييز بين الاجتهاد بالرأى وبين تقليد الرأى وعدم الخلط بينهما، فمن المسلم أن الاختلاف فى الرأى بين الفقهاء قد وقع كثيراً بل كثيراً جداً، فالأحكام الظنية التى هى مجال الاجتهاد تقبل بطبيعتها تعدد التفسيرات بتعدد الأفهام، والاختلاف فى هذه الأحكام الظنية والعملية لا ضرر فيه ولا خطر منه، وهو رحمة بالأمة ومرونة فى التشريع الإسلامى، وقد اختلف فيها أصحاب الرسول عليه الصلاة والسلام ومن تبمهم بلحسان فما ضرهم ذلك شيئاً وما نال من وحدتهم ومكائنتهم كثيراً ولا قليلاً، وبغير شك فإن الله حكمه بالغة أدركها هؤلاء الأولين، حين جعل من الأحكام الشرعية ما هو قطعى الثبوت والدلالة، فلا مجال للاختلاف فيها أو الالتزام بها، وهذا هو القليل بل الأقل من القليل، وجعل منها الظنى فى ثبوته أو دلالاته أو فيهما معاً، فهذا بما فيه مجال رحب للاختلاف، وهو جل الأحكام الشرعية فى الإسلام، وهناك من العلماء من اتهم الله القدرة على التمييز بين الشرع والواقع وبين الشورى والطاعة وعلى التحقيق والتمحيص والترجيح بين النصوص والدلالات، ولكن محاولات هؤلاء من قبل لم ترفع الخلاف ومحاولات غيرهم من بعد لم ترفع الخلاف ولن ترفعه، لأن أسباب الخلاف قائمة فى نفوس البشر وطبيعة الحياة، والأفة الكبرى أن يسفر هذا الخلاف عن تعصب مقيت وقرقة مدمرة، وقد اختلف أصحاب الرسول فى حياته كما أشرنا فى كثير من المسائل الفرعية أو الأحكام العلية فوسع بعضهم بعضاً ولم يعب بعضهم على بعض، وأقر الرسول الكريم هذا الاختلاف الذى وقع بعضه فى حياته دون أن يلوم أحداً من المختلفين، إذ اقترن هذا الاختلاف الفقهى بالتسامح وسعة الأفق فلم يتحول إلى خلاف شخصى بين الصحابة والأئمة من بعدهم، إلى أن تحول هذا الاختلاف لدى البعض من التابعين والمقلدين إلى تعصب واتهام وضيق النظر، فتبدل الأمر إلى خلاف

وفرقة وتفرق أدى فى النهاية إلى انقسام المسلمين إلى شيع وأحزاب سياسية تتسمر بعباءة الدين، والنتيجة أحكام شوهاء واستتلاجات غريبة، وإقصاء الأخر تحت وهم التميز، واقتناع كل فريق بأن ما لدى مذهبهم من آراء هى الدين الذى لا يجوز لأحد أن يفرط فيه أو يخالفه، وما لدى غيرهم ضلالة وابتداع، وصاحب ذلك كله قوى البعض بخلق باب الاجتهاد والتحول من ثراء العقل إلى فقر التقليد البعيد تماماً عن الاجتهاد، مما أدى إلى اعتناق كثير من المسلمين شريعة الفقهاء بدلاً من شريعة الله وشرعه<sup>(١)</sup>.

وفى تقديرنا أن اصطلاح الفقه أو الفقهاء لا يتحقق فيمن تحولوا إلى مقلدين لأنتمهم أو ناقلين عنهم، فالفقيه المجتهد يعلم بيقين أن آراء الفقهاء واجتهادهم ليست شرعاً واجب الاتباع، وإنما هى فهم بشرى لنصوص الشرعية وقواعدها العامة ومقاصدها وأولوياتها، ولهذا تحتمل الصواب والخطأ، وهى ليست لها صفة الثبات والخلود، فالمقدس والكامل هو الوحى الإلهى، أما الفهم البشرى له فإنه ليس كاملاً ولا مقدساً، ولذلك فإننا نعتقد بأن المقلدين وليس الفقهاء هم الذين تسببوا فى فرقة المسلمين، تحت وهم قدرتهم على أن يجمعوا الناس على رأى واحد، وقالب واحد يصنعونه هم لهم، ليمشون فيه ورائهم، أو ليرتفع الخلاف كما يتوهمون ويلتقى الجميع على كلمة سواء، فأجهدوا أنفسهم وأجهدوا المسلمين ومعظم الناس معهم، وانتشر التعصب والتباين والعداء، وشاع الاتهام المتبادل بين المقلدين بالمروق من الدين أو الابتداع فيه لكل من يرفض تقليدهم واتباعهم، ومرد ذلك كله أن اتباع كل مذهب جهلوا ما لدى غيرهم بوجه علم، حيث حصروا أنفسهم فى دائرة الآراء المذهبية الخاصة، يدرسونها ويرونها وحدها للزاد الفقهي الذى يقنى، ويدعون أنهم وحدهم على الحق ومن عداهم على خطأ أو ضلال، بل وينكرون على اتباع المذاهب

(١) راجع فيما تقدم الدكتور يوسف الترضوى: الصحوة الإسلامية بين الجمود والتطرف - مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع - طبعة ٢٠٠٠ - الفصل الثالث.

الأخرى تقليدهم لأنمتها، على حين يطلبون من جماهير الناس أن يقلدوهم ويتبعوهم، والنتيجة الحتمية لهذا التوقع الفقهي تبادل التهم بين أتباع المذاهب وزعم كل فريق أنه على الحق دون سواه، وتحول المذاهب إلى أديان، وتحول أصحابها إلى أرباب من دون الله.

ب- التعصب في المذاهب الفقهية الإسلامية أدى إلى التفرق المنهي عنه شرعاً:

من الثابت بلا مرأه أن الله تعالى قد نهى في كتابه العزيز عن التفرق والخلاف بنصوص قطعية وذلك في قوله تعالى: ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات وأولئك لهم عذاب عظيم - سورة آل عمران: آية ١٠٥، وقوله تعالى: وأقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه - سورة الشورى: آية ١٣، وقوله تعالى: ولا تكونوا من المشركين من الذين فرقوا دينهم وكفوا شيعاً، كل حزب بما لديهم فرحون - سورة الروم: آية ٣٢، فمن الجلى من تلك الآيات وغيرها أن إحداث الفرقة والتشيع - أى التعصب - لأى حزب أو مذهب يوصم صاحبها بالمشرك ويحق عليه بالتالى عذاب عظيم، بل إنه من الواضح أنه إذا أراد الله أن يعذب قوم فإنه يتوعدهم بالتفرق، وهو ما يبين جلياً من قوله تعالى: قل هو القادر على أن يبعث عليكم عذاباً من فوقكم أو من تحت أرجلكم أو يلبسكم شيعاً (أى فرقاً مختلفة الأهواء) ويذيق بعضكم بأس بعض، أنظر كيف نصرف الآيات لعلهم يفقهون - سورة الأنعام: آية ٦٥، ولذلك ليس أمام المسلمين سوى أن يكونوا أمة واحدة وأن يعتصمون بحبل الله جميعاً ولا يتفرقوا، اتباعاً لقوله تعالى: واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا وانكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً، وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها، كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تهتدون - سورة آل عمران: آية ١٠٣، وقوله تعالى: وأطيعوا الله ورسوله ولا تتزاعوا فتنفثوا وتذهب رحكم واصبروا إن الله مع الصابرين - سورة الأنفال: آية ٤٦، ولذلك فإن من أعظم أصول الإسلام هو الاعتصام بحبل الله جميعاً والألتفرق

لأن الباب الرئيسي للفساد الذى وقعت فيه هذه الأمة وغيرها هو التنازع والتعصب والتفرق والتشيع، والمصدر الخصب لكل ذلك هو التقليد وتعطيل العقل واستبداله بالنقل.

فالإسلام جاء ثورة على الطواغيت والظلمة، محرراً إرادة الإنسان من أى عبودية لغير الله، وبالتالي فهو حر لا سيادة لإنسان آخر أو لطبقة أو لأى مجموعة بشرية عليه، فالإسلام لا رجال دين فيه تكون لهم عصمة، والفقهاء رجال علم، قيمة ما يقولون تتلئى من قوة الدليل وصحته وليس من مركز المعصومية التى لا تخطئ، ويترتب على ذلك تحرر الإنسان من سلطان البشر وتمسك الطغاة ومن الخضوع لأى أحد مهما كان ومن سلطان الخوف على الحياة أو على الرزق أو الخوف على المكنتة أو المنصب، فما من أحد يملك عليه ضراً ولا نفعاً، وما من أحد يرزقه من شئ فى الأرض ولا فى السماء، وليس بينه وبين الله وسيط ولا شفيع ومن ثم لا يجوز أن يتخذ الناس بعضهم بعضاً أرباباً من دون الله، فليس لأحد منهم فضل على أحد إلا بعلمه وتقواه<sup>(١)</sup>، وبذلك يكون الإسلام قد وضع حداً نهائياً لكل ألوان التحكم وأشكال الاستغلال وميطرة الإنسان على الإنسان.

وليس من شك فى أن مجرد تصور الإنسان بأن لا أحد فى الكون يحق له التحكم فيه بخياراته سوى الله سبحانه وتعالى، يولد لدى لإنسان طاقة هائلة على الفعل والإبداع ومن ثم رفض الكوابح والمعوقات والموانع التى ينصبها طغيان بعض البشر على البعض الآخر، حتى ولو تمسكوا تحت عباءة الدين أو التدين، ولذلك يمكن لنا الجزم بأن المقصد الأساسى للتشريع الإسلامى بعد التوحيد هو الحرية عينها، فهما متكاملان وكلاهما شرط أساسى لتحقيق الآخر، ومن هنا أمرنا الله سبحانه وتعالى بالألّا نتفرق وبأن نكون أمة واحدة فتتوحد

(١) راجع فى ذلك سيد قطب: العدالة الاجتماعية فى الإسلام - القاهرة - دار الشروق - ١٩٧٤ ص ٣٧ و٣٨.

كلمتنا ولا نتقسم ونتفرق شيئا وأحزابا يضرب بعضنا أطواق بعض، فكل من عمل على لم شمل الأمة وسعى إلى تأليف قلوب أبنائها، فهو مؤمن مجتهد حقاً، ومجاهد في سبيل أنبل غاية عني بها الإسلام وهي تأليف القلوب وتوحيد الأهداف، أما أولئك الذين يورثون العداوات ويبعثون العصبية ويفرقون بين الأخ وأخيه ويصطنعون الفتن والبعضاء، فهؤلاء هم الذين يسعون في الأرض فساداً، وواجب المسلمين المخلصين أن يفتقروا لهم بالمرصاد وأن يبصروا الأمة لأهدافهم وسوء مقاصدهم وغاياتهم، إذ ينطبق عليهم قوله تعالى: ومن الناس من يقول آمنا بالله وباليوم الآخر وما هم بمؤمنين، يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون، في قلوبهم مرض فزادهم الله مرضاً ولهم عذاب أليم بما كانوا يكذبون، وإذا قيل لهم لا تفسدوا في الأرض قالوا إنما نحن مصلحون، ألا إنهم هم المفسدون ولكن لا يشعرون - سورة البقرة: الآيات من ٨: ١٢، فلنكن إذن ممن حزرهم الإسلام ولم يقيدهم الفقهاء ولم يحولهم المقلدين إلى إتياع، وأن نكون ممن وصفهم الله تعالى بالذين "يستمعون القول فيتبعون أحسنه، أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب" سورة الزمر: آية ١٨، فهؤلاء كما قال الله تعالى لهم البشرى - سورة الزمر: آية ١٧.

وكما أوضحنا سلفاً فإن هذا التفرق نجم عن التعصب المقيت بسبب تقليد الأئمة، حيث شاع التحامل والخصام والصراع بين الفقهاء، إذ أضفى كل منهم على آراء مذهبه صفة القداسة وكأنها شرع ملزم تحرم مخالفته، فلا غرو أن تبارى أتباع كل مذهب في الذود عن مذهبهم، ولم يكن دفاعهم عملياً يتغيا ل احترام الحق ونصرتهم، وإنما كان دفاعاً تسوده روح المكابرة والمباهاة والغلبة، وزعم كل منهم أنهم بهذا ينصرون للدين، بيد أنهم كانوا يخلطونه بتفريق كلمة الأمة إلى شيع وأحزاب ومذاهب وعصبية، واستباح بعضهم دماء بعض وكان بأسهم بينهم شديداً، وساعد على حدة التعصب المذهبي أهواء بعض الحكام وأولئك الذين اتخذوا من الخلاف والتفرق وسيلة لإضعاف شعوبهم لحصيلة

استبدادهم وطغيانهم وجورهم، وهو ما أكده الله تعالى عن فرعون بقوله: إن فرعون علا في الأرض وجعل أهلها شيعاً يستضعف طائفة منهم يذبح أبناءهم ويستحي نساءهم إنه كان من المفسدين - القصص: آية (٤).

وقد أنكر القرآن الكريم على فرعون التحكم في زوايا النظر ومنطلقات التفكير في خطابه رعيته، في محاولة لتجميد عقولهم ودفن ضمائرهم وصم آذانهم عن صوت الحق، فلا يرون إلا رؤيته، ولا يفكرون إلا بقله، فقال مخاطباً لهم "ما أريكم إلا ما أرى وما أهديكم إلا سبيل الرشاد" - سورة غافر: آية رقم ٢٩، ولذلك أمر القرآن الكريم بتجاوز هذا المنطق الفرعوني، مبيناً أن أصحاب مثل هذا المنطق الذين يحاولون حصر المجتمع في إطار نظرهم المحدودة، ما هم إلا طواغيت<sup>(١)</sup>، وهو نموذج للاستبداد الفكري والدعوة إلى الجمود والإعراض ظناً منه أنه وحده يملك المعرفة ويميطر على أنواتها ومعطياتها، "فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله ليشتروا به ثمناً قليلاً، فويل لهم مما كتبت بأيديهم وويل لهم مما يكسبون". صدق الله العظيم، "وإن منهم لفرقة يلوون للمستنهم بالكتاب لتحسبوه من الكتاب وما هو من الكتاب، ويقولون هو من عند الله وما هو من عند الله، ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون" - آل عمران: آية ٧٨.

والثابت تاريخياً أن الفرق الإسلامية عند نشأتها كانت أحزاباً سياسية وليست فرقاً دينية، إذ تبلور معظم الخلاف في الرأي حول نظام الحكم وخاصة ما يتعلق منه بأسلوب اختيار الحاكم وطريقة توليه الحكم وشكله، وهل هو شوري أم ملكي وراثي، فتأججت الخصومة بين هذه الفرق، وتجزرت الخلافات المذهبية وضيق الأفق بين هؤلاء المتعصبين لمذاهبهم، وانتهى الأمر في كثير من الأحيان ولقترات طويلة من الزمان إلى القتال الدامي الذي تركه رواسب كثيرة في نفوس المسلمين، وكان له أثره السيئ الخطير على الإسلام.

(١) راجع سورة الزمر: الأيتين ١٧ و١٨.

والمسلمين، وشاعت النزعات العرقية والإقليمية بين أبناء الطوائف المختلفة، ولا أدل على ذلك ونحن في القرن الحادي والعشرين الميلادي من إيمان بعض هذه الطوائف بفكرة ولاية الفقيه، وهي فكرة سياسية وليست دينية بل ومخالفة تماماً لشرع الله وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ تقوم هذه الفكرة على الولاية العامة المطلقة لرجل الدين (المقدس)، فهو المؤهل الأوحد لقيادة الأمة الإسلامية بل والعالم كله، طبقاً لصلاحياته الإلهية المطلقة التي تضيء عليه صفات المعصوم بصفته متقدماً للمستضعفين في العالم، فهو مبعوث العناية الإلهية وهو الناطق باسم السماء ولذلك فإن سلطته مطلقة في الدين والدنيا، وتكون حاكميته ومشيتته ملزمة لجميع مسلمي العالم أينما وجدوا، وعليهم التسليم للفقيه الحاكم والانقياد الكلي لأوامره، فالولاء للمرشد الفقيه ركن من أركان الدين وطاعته من تمام الإيمان، وهو فرض واجب يائم تاركه كترك الصلاة، وهذه العقيدة السياسية تتجاوز يقينيتها الظنون والشبهات وتعلو مطلقاتها على اجتهاد الفقهاء وآراء العلماء، ويحرم على أي فقيه مهما بلغ من مراتب العلم أن يبدي رأياً يتعلق بشأن من شئون هذه الولاية السياسية الراضخة، وكل ذلك يتناقض بحدة مع قوله تعالى بشأن طاعة "أولى الأمر"، إذ أقربت هذه الآية التي سبق لنا عرضها مبدئين: أولهما أن ولاية الأمر لا تتعد لشخص واحد، ولذلك قلنا أن أولى الأمر تجمع بين الحاكم والقضاة وأعضاء السلطة التشريعية، والأخر أن ولايتهم جميعاً ليست مطلقة حيث أنه يمكن منازعتهم والتنازع معهم في كل أوامرهم بغير استثناء، ليكون المرجع في حل هذا النزاع هو ما ورد في كتاب الله والسنة الصحيحة المطهرة من مبادئ. وفي تقديرنا أن تطبيق فكرة ولاية الفقيه في عالمنا المعاصر لأول مرة يهدر بيقين مقتضى تلك الآية الكريمة الخاصة بطاعة أولى الأمر منا، فالإسلام يرفض أن يكون للحاكم سلطة دينية على أحد من الناس، فهو ليس معصوماً ولا مهبطاً للوحى ولا مستتراً بتفسير القرآن، وإنما هو وطلاب الفهم في الدين سواء، يتفاوتون

بصفاء العقل، والأمة هي التي تنتصب الحاكم أو الوالي أو الخليفة وتراقبه وتحاسبه وتعزله عند الاقتضاء، فهو حاكم مدني من جميع الوجوه.

ولذلك فإن العلماء والمفكرين والفقهاء في العالم الإسلامي المعاصر مطالبون بالكف عن اجترار تلك الروايات والآراء التي لا تعبر إلا عن تعصب كرية وفقه سقيم لا نجنى من وراء إحيائها إلا المزيد من التفرق والتنازع وذهاب الريح في عصر أحوج ما نكون فيه لجمع الشمل والتمسك بروح هذا الدين الحنيف، أما ما وقع من خلاف بين المسلمين وخاصة في بداية القرن الهجري الأول، وما أسفر عنه من ظهور الفرق والتي يبلغ عددها نحو ٧٣ فرقة حتى اليوم، فلا يجوز عرضه أو تدريسه إلا في إطار البحث العلمي في مدارس العلم وليس على منابر المساجد وللحجرة التاريخية فقط، فلا يسمع بامتداده إلى حاضر المسلمين ومستقبلهم، بل يجمد من الناحية العملية تجديداً تاماً ويترك حساباً إلى الله وفق الآية الكريمة: تلك أمة قد خلت لها ما كسبت ولكم ما كسبتم ولا تسألون عما كانوا يعملون - سورة البقرة: آية ١٣٤، فبداية الإسلام جاءت داعية إلى التآلف والوحدة، ناهية عن التناحر والفرقة، أمرت بالتعاون على البر والتقوى، ناهية عن التعاون على الإثم والعدوان، وحتى لو اختلفنا في فهم نص من كتاب الله أو سنة رسوله الكريم، فالاختلاف لا يمنع من التوحد في المبادئ والغايات دون أن نكفر بعضنا بعضاً، لنكون حقاً خير أمة أخرجت للناس (سورة آل عمران: الآية ١١٠)، وكما أثبتنا سلفاً فإن في القرآن الكريم والسنة الصحيحة دعوة قطعية لتكون أمة واحدة، ونقيض الأمة الواحدة الأمة متعددة المذاهب، ولذلك فإن تعدد المذاهب يتعارض بجلاء مع أحكام الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة ومع حقيقة أن الإسلام دين واحد، وليت الدعوة إلى "إسلام بلا مذاهب" تتحقق عملاً ففيها خلاص المسلمين من محنة الفقه الإسلامي، وفيها الحل العظيم لتجديد الفقه الإسلامي، بعد أن تشرنمت



الأمة وراء المذاهب المتعددة وصارت هي الغالبة بالرغم من أن المعين واحد لكل هذه المذاهب وهو القرآن والسنة الصحيحة.

### ج - حتمية تجديد الفقه الإسلامي المعاصر:

إن تجديد الفقه الإسلامي المعاصر صار غاية علماء المسلمين في ظل الأحداث المستجدة والمصالح المتبادلة والاتصالات البشرية المتسارعة، وهو عبء جسيم يطوق عنق الفقهاء الإسلاميين الحقيقيين ممن لديهم فكر ثاقب ويؤمنون بأهمية أعمال العقل بوعي تام، فعلى هؤلاء الفقهاء أو العلماء أن يعملوا جاهدين على تجديد الخطاب الإسلامي المعاصر بعد أن غاص الفكر والفقه الإسلامي في أعماق وغياب التراث، وتخلي عن كثير من مستجدات العصر، وليس من جدال في أن مقتضى التجديد هو التغيير المستمر وتطور الوسائل والأساليب، فما بنى على الاجتهاد والمصالح المتغيرة فهو يقبل التغيير حسب المصلحة، حيث تتغير الأحكام بتغير الأزمان، وصدق الرسول الكريم عندما قال "إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها"، ومن ثم علينا نبذ ما ورثناه عن أسلافنا من مؤرخي المذاهب والعقائد ممن عملوا على إقامة الفرقة العقائدية وتعميقها حيث شعبوا الفرق الدينية تشعباً مفتعلاً، وانتهى كل منهم إلى أنهم دون غيرهم "الفرقة الناجية"، ويات المنك والريبة بل والكرامية والتناؤد بالكفر سجالات بينهم، وكل ذلك يفرض علينا وعلى الخطاب الإسلامي المعاصر أن يقضى على هذه العصبية والتبعية البغيضة وترسيخ قيم الحوار الحر نزولاً على قوله تعالى: قل هاتوا برهانكم إن كنتم صادقين، فلا نقبل حكماً أو رأياً إلا اقتناعاً وليس التزاماً، وأن يكون مشفوعاً بمسند مدعوماً بحجته، فمن المعروف أن منهج كل مذهب إسلامي أن يتخذ من النصوص الدينية أصولاً يركز إليها في التماس أصول مذهبه، ولكن كل مذهب منها يقرأ النصوص قراءة خاصة به، مما يسفر عنه أن يكون لكل مذهب اجتهاداً مغايراً، وأفة المذاهب الإسلامية أنها قد وقفت عند حد اجتهاد انتمتها

وعلمائها الأولين واقتصر عمل مريدوهم واتباعهم بعد ذلك على محاولة إقناع الآخرين بالحجة ليشاركونهم الرأي، وليت الأمر توقف عند هذا الحد، ولكنهم عملوا لاحقاً على إرغام الآخرين على قبول مذهبهم، وغالباً ما كانت وسيلة الإرغام هي الاتهام بالكفر والزندقة، وعلى أقل تقدير وصمهم بالخروج من الفهم الصحيح للعقيدة، مما أودى بالأمة الإسلامية إلى هاوية التعصب والانقسام إلى كيانات وجماعات وطوائف بينها فواصل تحول دون تجاوبها لتوجه واحد وغاية موحدة.

وعليه فإبنا مطلبين اليوم بعدم الوقوف عند اجتهاد هذه المذاهب والوقوف في أسرها وترديد مقولة "هذا ما وجدنا عليه آباءنا أو أسلافنا" وهي مقولة حاربها الكتاب بشدة وحضها الرسول الكريم مراراً قولاً وعملاً، ومن ثم يلزم تجاوز تلك الاجتهادات إلى اجتهاد يتوافق مع العصر الذي نعيشه بلا تعصب مذموم ولا مذهبية ضيقة، فقد تسبب الجمود على حرفية النص في سلبيات كثيرة تحت مزاعم الاستقرار والدوام، وشتان الفارق بين الجمود وما يقتضيه من التشبث بالماضي والتمسك بما لم يعد موائماً أو صالحاً، والاستقرار وهو لا يعنى سوى التمسك فقط بما هو صالح ومتوافق مع العصر، فقد عانى الإسلام والمسلمون كثيراً من الجمود والتحجر الذي أسفر عن صورة مشوهة عنهم، أهم معالمها كما أسلفنا التعصب لاجتهاد بعينه، وهو شر من عصبية الجاهلية التي حاربها الإسلام، لأنه يضيع الحق ولا يعين على نصرته، ويؤدى إلى الخلط بين فكر شيخ المذهب وقنسية النص الدينى، بل ويقدم خطاب عالم الدين ويجعله أكثر أهمية من النص الدينى، فيقوم عالم الدين بالتفسير والإفتاء والتدخل في كل شئون حياتنا، مما أوجد خطاباً متطرفاً ينبغى مواجهته وإصلاحه وتجديده سواء من حيث الموضوع أم في طرائق العرض وأساليب الاستدلال والكتابة والصياغة، بل ولعل الحل يكمن - كما نادى الدكتور

مصطفى كمال وصفي - يحظر قيام الفرق الدينية في الدولة والعمل على كشف الشبهات التي أنت لقيامها، ورجوع المخطئ إلى الحق وإلا صفت فوراً.

وقد حرصت المحكمة الدستورية العليا في مصر على ترسيخ ما تقدم حيث قضت في عديد من أحكامها بضرورة الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقص كمال الشريعة ومرونتها ... وهذه المسائل بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعبرة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحرراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال ... فالاجتهاد ليس إلا جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين، أو افتراء على الله كذباً بالتحليل أو التحريم في غير موضعيهما، أو عزوفاً عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم ... وإن إعمال حكم العقل فيما لا نص فيه، مرده أن شريعة الله جوهرها الحق والعدل، والتقيّد بها خير من فساد عريض، وانغلاقها على نفسها ليس مقبولاً ولا مطلوباً، ذلك أنها لا تمنح أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها تسمية تحول دون مراجعتها وإعادة النظر فيها، بل وإبدالها بغيرها. فالأراء الاجتهادية في المسائل المختلف عليها ليس لها في ذاتها قوة متعدية لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالي اعتبارها شرعاً ثابتاً متقدراً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد في الفتيا تهيباً، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره،

وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفاً لآراء استقر عليها العمل زمناً ... وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها، متطورة بالضرورة، نابتة الجمود، لا يتقيد الاجتهاد فيها – وفيما لا نص عليه – بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها التي يناقها أن يتقيد ولى الأمر في شأن الأحكام الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، لآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد تجاوزتها<sup>(١)</sup>.

لذلك فالمطلوب اليوم بالحاح انقاذ الإسلام من النقل ومن التقليد والتبسيط والتمطيط واسترداده من الشراخ والعصبية والشكليات الطوقسية، والانتقال به إلى عمق المعرفة وسمو الإدراك بدلالاته الروحية، وتفعيل العقل النقهي ليكون عقل فهم ونقد لا مجرد حفظ وترديد، يدرك العلة ويرمى المقصد ويستهدف الغايات التي قررها القرآن وجسدتها سنة المصطفى عليه السلام في حياة الإنسان، بعيداً عن أساليب الساسة وحبائلهم، وبالتالي نبذ توظيف الدين سياسياً لأن الحاجة عميقة إلى دين لا يسيس وإلى سلطة لا تُدين، وصحيح الدين خلاف صحيح السياسة، ففي الدين صفاء ونقاء القصد والجوهر، خلاف السياسة التي لا نقاء ولا صفاء في غاياتها أو جوهرها، بل لغط ومناوشات وغوغائية وديماجوجية وارتزاق، ومن هنا فلننا نتحفظ بشدة على ما يردده ويروجه البعض عن وجود ما يسمى بالإسلام السياسي بدلاً عن الإسلام الديني ومختلفاً عن الإسلام بالمعنى التاريخي المستقر في المجتمعات الإسلامية، تحت مزاعم التطوير والتحديث ومواجهة تحديات الحداثة الغربية واستعادة روح

(١) راجع أحكامها في ١٥/٥/١٩٩٣ قضية ٧ لسنة ٨ق. دستورية، وفي ٢٦/٣/١٩٩٤ قضية ٢٩ لسنة ١١ ق. دستورية، وفي ١/٦/١٩٩٦ قضية ٥ لسنة ٨ق. دستورية وفي ١١/١٦/١٩٩٦ قضية ٢٦ لسنة ١٦ق. دستورية، وفي ٣/٥/١٩٩٧ قضية ١٨ لسنة ١٤ق. دستورية، وفي ٥/٧/١٩٩٧ قضية ٨٢ لسنة ١٧ق. دستورية، وفي ٥/١٢/١٩٩٨ قضية ٢٨ لسنة ١٥ق. دستورية.

الإسلام، فمثل هذا التوظيف السياسي للدين لا يعترف بإسلام التيار الغالب من المسلمين، ومن ثم يجب أن توجه الدعوة للمجتمع المسلم نفسه لرد الناس إلى الدين مرة أخرى بعد أن انصرفوا عنه وربما خرجوا منه فلم يعودوا مسلمين بل ولم يكونوا مسلمين من قبل، حيث تركزت الدعوة الإسلامية لديهم بين المخالفين لهم من داخل الإسلام ونشبت المعارك داخل المجتمع المسلم نتيجة التشكيك بغير مبرر في الهوية الدينية له رغم التاريخ الطويل المستقر في الإسلام، مما يوجب في رأيهم ضرورة بناء المجتمع الإسلامي الذي لم يعد إسلامياً بل والذي لم يعرف الإسلام - كما يفهمونه - من قبل.

ولعل أخطر ما ترتب على هذا التوظيف السياسي للدين الإسلامي ما يتردد بين البعض من حديث عن تصنيف جديد للإسلام وتقسيمات ذات طابع سياسي له مثل الإسلام الليبرالي والإسلام العلماني، والإسلام الرجعي، والإسلام الثوري، والإسلام المعتدل والإسلام المتطرف وهكذا، ناهيك عن تقسيمات فقهية ممتدنة للإسلام مثل الإسلام الصوفي والإسلام السلفي والإسلام الجهادي، وهي بدورها تقسيمات سياسية للإسلام وإن تسمت وراء بعض الدعوات الإسلامية الاجتهادية، لكنها كلها في النهاية ليست في جوهرها سوى حركات سياسية تخفي تحت عباءة الإسلام الديني تزيلاً ونفاقاً لعموم المسلمين والمؤمنين، وهي توجهات خطيرة لكل منها أهداف وأغراض من شأنها هدم الإسلام كدين وتحويله إلى نظام سياسي لدولة أو إمارة، بل وتشويه الشريعة الإسلامية لتكون مصدراً للحكم وليست مصدراً للتشريع، مع ملاحظة أن هناك فارق كبير بين الحديث عن المياسة الشرعية أي علم إدارة الدولة والمجتمع والعلاقات الدولية، وهو حديث هام مقبول، وبين الحديث عن الشريعة السياسية أو الإسلام السياسي وهو حديث خطير جداً من حيث آثاره ومن ثم فهو مرفوض وغير مقبول.

خلاصة القول إذن أنه لا يجوز الخلط في الأحكام الشرعية الإسلامية بين الأحكام القطعية وتلك الظنية في النصوص، فمن الضروري التمييز بين الثابت بالنص والثابت بالاجتهاد، وبين الأصول والفروع، فالالتزام كل الالتزام للأحكام القطعية التي تمثل أحكام الشريعة الإسلامية، وما عداها فهي للاسترشاد والاستفادة، وفي هذا الصدد يجب الالتزام بالحذر الشديد فيما ذهب إليه معظم الفقه الإسلامي من التفرقة بين الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة وغيرها ممن ليست كذلك، حيث يستوى في العلم بالأولى العامة من الناس والخاصة منهم، ومن ثم فإن إنكارها في تقدير هؤلاء الفقهاء تؤدي إلى الكفر لما في إنكارها من تكذيب صريح لله ورسوله، وهي تفرقة اجتهادية في رأينا، إذ اختلف هؤلاء كثيراً في تحديد هذه الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، كما أن الاتهام بالكفر يستلزم استناده إلى نص صريح قطعي الثبوت والدلالة، فالفقهيات والفروع ليس فيها تكفير يخرج من الملة، حيث لا جحود أو إنكار لأصل من أصول الإيمان أو الإسلام، علاوة على أن هذا التمييز ولئن كان يخاطب رجل الشارع، إلا أنه لا يصلح لإلزام المشرع أو القضاء به، وفي التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي الكافية التامة في هذا الشأن، فالمشرع لا يلتزم سوى بالتمييز بين القطعي والظني والثابت بالنص والثابت بالاجتهاد، وبصفة عامة يلتزم أولى الأمر في الدولة الإسلامية وهم الحاكم ومن يفوضه وأعضاء المملكتين التشريعية والقضائية بالنصوص القطعية ثبوتاً ودلالة فقط، سواء تضمنت أحكاماً شرعية أم مبادئ للتشريع، وهي التي يتوافر بشأنها الخصائص التي تميز أحكام الشريعة الإسلامية دون الأحكام الظنية الاجتهادية التي تندرج تحت مدلول الفقه الإسلامي، وذلك كمصدر رسمي للقانون، ولكي تكون هذه الأحكام معلومة بالضرورة للكافة، فإن على المشرع أن يسعى إلى تثنيها والالتزام بها عند التشريع إلى جانب الحاكم والقضاء، دون أن يمنعه ذلك من الاستعانة والاستفادة بالأحكام الاجتهادية كمصدر مادي أو

موضوعى لتشريعته إن كانت فى تقديره تتوافق وتتلاءم مع الفلسفة القانونية السائدة فى المجتمع، وكل ذلك على نحو ما سنفصله لاحقاً.

## المبحث الثانى

### خصائص الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية هى - كما أوضحنا وفقاً للرأى الراجح لدينا - مجموعة المبادئ والأحكام الشرعية القطعية التى منها الله سبحانه وتعالى للناس جميعاً على لسان محمد صلى الله عليه وسلم.

وأهم ما يشير إليه هذا التعريف من عناصر، أن الشريعة الإسلامية هى مجموعة من المبادئ والأحكام التى يتوافر فيها خصائص أحكام القانون والشرع أو بالأحرى خصائص القاعدة القانونية، منها الله تعالى "للناس جميعاً" وهو الأمر الذى يوفّر لهذه المبادئ والأحكام عموميتها وتجريدها ودوام نفاذها وسريتها فى حق العباد فى كل زمان وفى جميع الأحوال مادامت قطعية للثبوت والدلالة، وأخيراً فهى قواعد إلهية المصدر فهى من عنده جل شأنه، مما يميز بينها وبين قواعد القوانين والتشريعات وهى من وضع البشر.

ولذلك تتميز الشريعة الإسلامية بهذه الخصائص المشار إليها والتى يعد بعضها أيضاً شروطاً يلزم توافرها فى الأحكام الشرعية حتى يتمنى تكيفها بأنها من أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو التالى:

#### أولاً: أحكام الشريعة الإسلامية قواعد شرعية قابلة للتقنين:

وفقاً لما تقدم تتكون الشريعة الإسلامية من مجموعة من المبادئ والأحكام الشرعية التى تتضمن الأوامر والنواهى وبعض التوجيهات الملزمة، فهى ليست مجرد عادات أو تقاليد اجتماعية أو نصائح وإنما هى قواعد سلوك اجتماعى يتوافر لها كل خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال الشريعة والقانون على السواء، وعلى رأسها العمومية والتجريد، فإذا كانت

بعض هذه الأحكام لا تنتم بالعمومية والتجريد وإنما كانت تخص واقعة معينة أو شخصاً محدداً، فإنه لا يجوز تعميمها وإعمالها خارج النطاق المحدد لها ما لم يكن النص الخاص بتلك الواقعة أو هذا الشخص ينطوى على مبدأ معين أو أكثر بحيث يمكن الاستناد إليه لإقرار هذا المبدأ كأحد القواعد الشرعية التي تندرج في الشريعة الإسلامية إذا توافرت فيه الخصائص أو الشروط المتعلقة بالشرعية كما سنوضحها لاحقاً.

وعلى سبيل المثال فإن أحكام الزواج الخاصة بالرسول وزوجاته ليست من القواعد العامة المجردة التي يجوز إعمالها بشأن الغير، على حين أن النصوص التي ترد بشأن وقائع تاريخية معينة قد تتضمن مبادئ قاطعة تصلح للتطبيق على وقائع أخرى قريبة منها وإن لم تكن تماثلها، فمثلاً الأحكام الخاصة بما وقع لسيدنا سليمان وملكة سبأ (بليقيس) وقارون وفرعون ونوح وغيرهم هي من قبيل القصص القرآني، غير أن الله سبحانه وتعالى لم يحدثنا عنهم لمجرد سردها كتقصص، وإنما من المؤكد أنه يمتشهد بها لاستنباط العبر التاريخية منها وإقرار بعض المبادئ والأحكام العامة المجردة من سياقها، فعندما يمدح الله سبحانه وتعالى حكم ملكة سبأ والتزامها بشورى أهلها وقومها، وفي ذات الوقت ينتقد فرعون أشد الانتقاد ويصمه بأنه طغى وأنه استخف بقومه وجرمهم من أن يرون إلا ما يراه، ومن ثم حق عليه العذاب، فإنه يمكن استنباط عدة أحكام شرعية من مثل تلك القصص كاشتراط التزام الحاكم بالشورى باعتبارها من أسس الحكم في الدولة الإسلامية، وجواز تولى المرأة حكم البلاد والولاية العامة فيها، وعدم الاستخفاف ومن ثم الاستبداد بالشعب، وضرورة مقاومة الطغيان وبالتالي الحق في معاقبة الحكام الطغاة وهكذا.

وتعترف الغالبية العظمى من الفقهاء ورجال القانون ورجال الدين في كافة أنحاء العالم بما لقواعد الشريعة الإسلامية من قيمة تشريعية ملزمة لا يمارى فيها، فالإسلام لا يقتصر على تنظيم العلاقة بين الإنسان وخالقه، كغيره



من الأديان السماوية الأخرى فإلى جانب أنه عقيدة وشعائر، فهو أيضاً نظام يحكم شئون حياة الإنسان، ويضع نظاماً محدداً للسلوك الاجتماعي، وينظم عديد من العلاقات بين الأفراد، وبينهم وبين الدولة، وبين الدولة وغيرها من الدول، من خلال كثير من المبادئ الشرعية المتصلة بالحكم والإدارة والسياسة والاقتصاد والمعاملات والعلاقات الدولية في السلم والحرب<sup>(١)</sup>. إلا أن مجرد النص في الدستور على أن "الإسلام دين الدولة" لا يكفي وحده للالتزام بمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، فهذا الإقرار المستورى ولنن كان يفيد في الدلالة على أن قواعد الدين الإسلامي بوصفه دين الأكثرية العددية في الدولة، هي من مقومات المجتمع في هذه الدولة، إلا أنه - أي مثل هذا النص - لا يؤدي إلى الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا للقانون أو للتشريع، أو أساساً له، إذ أنه لا يعنى في تقدير جانب من الفقه سوى أن الدين الإسلامي، بل والجانب العقائدي منه فحسب، هو مجرد مميز للدولة التي ينص دستورها على ذلك، بأنها دولة ليست علمانية تتكرر دور الدين في حياة أفراد المجتمع، وإنما هي دولة يدين شعبها كله أو سواده بدين تعترف به الدولة على الملأ ولا تنكره، ومن ثم فإن الهدف من مثل هذا النص هو مجرد تملق الجماهير وخداعها، إذ أن الجماهير العربية لا تطلب مجرد شعار ديني، وإنما تطلب نظاماً إسلامياً أصيلاً<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإن الالتزام بتطبيق وإعمال أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تتطلب نصاً دستورياً واضحاً قاطعاً وصريحاً بأن الشريعة الإسلامية هي جزء من البناء القانوني للدولة وتحتل مكانة عليا فيه، وأن على المشرع الالتزام بها في تشريعاته وأن يعمل على تقنينها في قواعد قانونية حتى يسهل تطبيقها وإن

(١) راجع في ذلك المستشار محمود الشريبي: الشريعة الإسلامية أصل النظريات القانونية - مجلة العدالة - الصادرة عن وزارة العدل والشئون الإسلامية بدولة الإمارات العربية المتحدة - السنة ٦ - ١٩٧٩ - عدد ٢١ - ص ١١.  
(٢) الدكتور عوض محمود عوض: المرجع السابق - ص ١٤.

لم يفعل ذلك، فإنها قابلة للإعمال بذاتها من خلال السلطة القضائية بمناسبة الفصل في منازعات تستدعي تطبيق أحد هذه الأحكام أو المبادئ التي تتضمنها الشريعة، باعتبارها النص واجب التطبيق في هذه المنازعة، واستناداً إلى أن هذه المبادئ هي على رأس المبادئ القانونية العامة الملزمة للمشرع وللقاضى ولحاكم رئيس السلطة التنفيذية، وهو الأمر الذي اعتنقه المحكمة الدستورية العليا بقولها أن ولاية المحكمة في شأنها، تنصب "على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم به الدين بالضرورة، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلاتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها"<sup>(١)</sup>.

وإذ تنجّه غالبية الفقه من رجال القانون إلى أن من عناصر القاعدة القانونية أن تتوافر في شأنها عقيدة الإلزام، فإنها مما لا شك فيه أن هذا للعنصر يتوافر في قواعد الشريعة الإسلامية بصورة أكثر قوة ووضوحاً من أي قانون لو شريعة أخرى على وجه الأرض. والعلّة في ذلك ترجع إلى أن مصدر أحكام الشريعة هو الله جل شأنه في حين أن مصدر أحكام القوانين غير المستمدة من الشريعة هم البشر الذين يتولون وضع هذه القوانين.

ولا ريب في أن المسلم حاكماً كان أم محكوماً لا يملك سوى احترام القواعد الشرعية، لأن كليهما يؤمن بأنها من عند الله، وهي لذلك ليست مجرد قواعد تنظم أمورهم وتحقق مصالحهم وتحمي حقوقهم، وإنما هي أيضاً واجبة الاتباع حتماً، ومن ثم فإن طاعتها تقربهم إلى الله، أما عصياتها والخروج عليها

(١) حكيمها في ١٩٩٦/١١/١٦ قضية ٢٦ لسنة ١٩٦٠ق. دستورية، وفي ١٩٩٨/١٢/٥ قضية ٢٨ لسنة ١٩٥٠ق. دستورية.

فهو خروج على الدين يؤدي إلى العقوبة في الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة في الآخرة، والمسلم بطبعه حريص على دينه غيور عليه، وهو يشعر بأن احترامه لقواعد الشريعة الإسلامية هو جزء مما يدين به. وإذا تقدر قيمة القاعدة القانونية بقدر ما لها في نفوس الأفراد من طاعة واحترام، فإنه يمكن القول بأنه ليس في العالم اليوم شريعة تدانى الشريعة الإسلامية فيما لها من سلطان.

يؤكد ذلك أن خضوع المجتمع، أفراداً وسلطة، لقواعد الشريعة الإسلامية وطاعتهم لها، يكون اختيارياً بمحض رغبتهم، أى أنها طاعة منبعثة من داخل النفس، لأنهم يشعرون أنهم بذلك إنما يطيعون دينهم، وهذه الطاعة الاختيارية تجعل الفرد والحاكم لا يفكران أصلاً في الخروج على أحكام القانون الإسلامى، حتى مع القدرة التامة على ذلك، فهم يطيعون هذا القانون ويخضعون له، لا لأن القضاء مسلط على رؤوسهم، ولكن لأن طاعة القانون الإسلامى جزء من دينهم وشرط لإيمانهم<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق على الجميع في كل الظروف والأحوال:**

أشرنا في تعريف الشريعة الإسلامية، إلى أن الله عز وجل سن هذه الشريعة للناس جميعاً، وهو ما يعنى صلاحيتها للتطبيق على الناس في كل زمان ومكان.

فمن الواضح أن نظام السلوك الاجتماعى الذى جاءت به الشريعة الإسلامية السامية، يقوم على مفاهيم ومقاييس ومعان ثابتة لا تتغير بتغير الأحوال والأزمنة، ومع ذلك فإنها تحتفظ بصحتها وأصالتها في كل الظروف والأوقات. ومما لا ريب فيه أن كل ما وصل إليه البشر من معانى الخير أو الشر أو العدل أو الظلم، لا يتمتع بصفة "الصحة المطلقة"، ذلك لأن التفكير

(١) دكتور منير حميد البياتى: المرجع سالف الذكر - ص ٤٩٤.

البشرى تفكير موضوعى من حيث المبدأ، فهو عرضة على الدوام للتأثر بزمن المفكر ومحيطه<sup>(١)</sup>.

إن الإسلام بحكم أنه خاتم الرسالات السماوية، هو التقدم الفكرى بعينه فى العبادات والمعاملات والسياسة على السواء، ولا يتصور أن يكون هناك فكر إنسانى أكثر منه تقدماً فى أى مجال من مجالات الحياة، ولذلك فإن التفسير الصحيح لنصوصه وأحكامه، سوف يكفل للفرد على امتداد العصور كلها - من هنا إلى يوم القيامة - الحرية كل الحرية والكرامة كل الكرامة والأمن كل الأمن<sup>(٢)</sup>.

وهكذا تتميز مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بالثبات والاستمرار مهما تغير الحكام أو اختلفت أنظمة الحكم، فإن ذلك لا يؤثر على القواعد الشرعية لأنها غير مرتبطة بهيئة حاكمة معينة أو نظام للحكم محدد، وإنما ترتبط بالدين الإسلامى الذى لا يتغير ولا يتبدل.

والشريعة الإسلامية كما أشرنا، صالحة للتطبيق على جميع الناس، فهى تسمى على المسلمين وغير المسلمين، فالشريعة الإسلامية تكفل مبدأ المساواة بينهم فيما هم فيه متساوون، وخالفت بينهم فيما هم فيه مختلفون. ولذلك يكفل الإسلام لغير المسلمين حرية العقيدة تحقيقاً للعدالة حيث يبدو وجه الاختلاف الوحيد بين المسلمين وغير المسلمين<sup>(٣)</sup>.

إن الشريعة الإسلامية هى ناموس إلهى، ومن ثم لا يمكن تغييرها إذ ليست هناك ضرورة تدعو إلى تغييرها، لأن كل أحكامها صيغت بحيث لا تتعارض مع الطبيعة الأصلية للإنسان والمطالب الجوهرية للمجتمع البشرى فى كافة الأزمنة والعصور. ويرجع ذلك إلى أن الشريعة الإسلامية لم تتناول

(١) محمد أسد: المرجع السابق - ص ١٨.

(٢) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: مبادئ الأنظمة السياسية - ١٩٨٤ - ص ١٥٧.

(٣) عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا القانونية - طبعة ١٩٨٢ - ص ٤٦.

بأحكامها إلا المبادئ العامة للمبادئ التي تتأثر بطبيعتها بالتطور الاجتماعي للإنسان، تاركة بذلك المجال للتخوير الذي يقتضيه الزمن في الجوانب الفرعية لهذه المسائل. ولم تعالج الشريعة الإسلامية مسألة ما بالتفصيل المسهب إلا إذا كانت هذه المسألة مما لا يمسها التغيير حتماً كنتيجة للتطور الاجتماعي، كالعلاقات الأساسية بين الناس، فهي أمور تتعلق بوجودنا الفردي أو الاجتماعي المستقل كل الاستقلال عن التأثير بالتغيير الزمن<sup>(١)</sup>.

وعلى سبيل المثال، فإن الأمور المتصلة بالشؤون السياسية المتعلقة بنظام الحكم في الدولة، هي من الأمور التي لا بد وأن يشملها التغيير الزمني، ولذلك جاءت أحكام الشريعة الإسلامية في القرآن والسنة، المتصلة بهذا الموضوع في هيئة مبادئ عامة ترسم لنا حدوداً جلية لمنهاج سياسي صالح للنفاد والتطبيق في كل الأزمنة وبالنسبة لكل ظروف الحياة البشرية، ولكنها مع ذلك لم تتعرض للمسائل الفرعية، فلم تضع شكلاً محدداً لأسلوب الحكم في الدولة الإسلامية، وفقاً لنظرية دستورية مفصلة، فقد كان طبيعياً على الشريعة باعتبارها ناموساً إلهياً، أن تضع في اعتبارها أن حلجات الإنسان السياسية حاجات مرتبطة بالزمن، متطورة مع تطوره، وليس هناك أنظمة أو أحكام قانونية معينة مهما تكن محكمة صارمة، يمكن أن تحد من فعالية هذا التطور

(١) ولذلك ذهب قضاء المحكمة الدستورية العليا إلى أن "من المقرر أن الله تعالى ما شرع حكماً إلا لتحقيق مصالح العباد، وما أهل مصلحة اقتضتها أحوالهم دون أن يورد في شأنها حكماً، وكان مسلماً كذلك أن ما كان ثابتاً بالنص هو المصلحة الحقيقية التي لا تبدل لها، وأن العمل على خلاتها ليس إلا تحدياً على حدود الله، وكانت المصلحة التي تعارض النصوص القرآنية لا تعتبر مصلحة حقيقية، ولكنها أدخلت إلى أن تكون تشبيهاً وانحرافاً فلا يجوز تحكيمها... ولا وجه للقول بأن الشريعة الغراء - وغيبتها إصلاح شؤون العباد وتوحيدها - تناقض في تطبيقاتها العملية مصالحهم وتعارضها، لأن ما ينهانا الله عنه يكون ضرورة راجحاً، وما يأمرنا به وجوباً، أو على سبيل الإباحة، إنما يكون نفعه غالباً، ولا يعتبر بالتالي قريناً للإيذاء أو مضاراً، أو سبباً لأيهما، وإلا ابتعد عن مصالح العباد، وكان سعياً لما ينقضها، ومدخلاً إلى مفاسد مقطوع بها، أو راجحاً وقوعها بقدر الإثم الملاصق لها أو المحيط بها، وهو ما ينزهه الله تعالى عنه" - حكماً في ١٤/٨/١٩٩٤ للقضية ٣٥ لسنة ٩٩ دستورية.

الحتى. ولهذا فإن الشريعة الإسلامية تكتفى بتقديم عدد محدود جداً من المبادئ السياسية، وتترك بعد ذلك المجال رحباً لصياغة الدساتير وتنظيم الحكومة، وما يتصل بذلك من سن القوانين التى تتطلبها الظروف المتغيرة، لاجتهاد المسلمين فى كل عصر<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: الشريعة الإسلامية مصدرها الله سبحانه وتعالى:

تتميز الشريعة الإسلامية بأنها قانون إلهى مصدره الله عزوجل، فهى تشمل الأحكام التى جاء بها القرآن الكريم، وسنة نبيه محمد ﷺ.

وإذا كان القرآن الذى يحوى أحكام وقوانين إله العالم بألفاظه تعالى مباشرة، والذى تلقيناه على لسان آخر الأنبياء محمد ﷺ، ليست محلاً لأننى جدل أو خلاف حول نسبتها لله العلى العظيم، فإن أسوة رسوله الكريم الحسنة وسنته الطاهرة الشريفة التى توضح القرآن وتشرحه ليست كذلك محلاً لأننى خلاف حول مصدرها الإلهى فالرسول ما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى، ولذلك فإن طاعة الرسول ليست طاعة بعيدة عن طاعة الله تعالى، وإنما هى الشكل العملى لطاعة الله.

فالرسول عليه الصلاة والسلام لم يكن مجرد حامل رسالة من الله، لا مهمة له سوى تبليغ الرسالة، وإنما كان القائد والحاكم والمعلم المعين من لئنه تعالى، فكانت مهمته شرح القانون الإلهى بأقواله وأفعاله، وتفهم الناس معناه الصحيح، وتربية الأفراد وفق نظريته ومنهجه ثم تجميع من تربوا على معانيه ومبادئه وتنظيمهم فى شكل جماعة مسلمة من أجل إصلاح المجتمع، ليربهم كيف يكون نظام الحياة بأسره على مبادئ الإسلام. هذا العمل الكامل الذى أتمه عليه للصلاة والسلام فى ثلاثة وعشرين عاماً - هى فترة حياته النبوية - هو السنة التى تكون جنباً إلى جنب - مع القرآن الكريم - القانون الأعلى الصادر

(١) محمد أمد: المرجع السابق - ص ٥٥.

من الحاكم الأعلى وتكمله. وهذا القانون يسمى بالاصطلاح الإسلامي "الشريعة"<sup>(١)</sup>، وهو الاصطلاح الذي يميزها باعتبارها كلها إلهية المصدر عن القانون الذي يضعه البشر.

ونصوص القرآن الكريم لا تترك أي مجال للشك في حتمية الالتزام بأحكام العنة، فيقول الله تعالى "وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله" سورة النساء ٦٤، ويقول "وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" الحشر: ٧، ويقول "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" - الأحزاب: ٣٦، ويقول "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول" النساء: ٥٩. فالله سبحانه وتعالى يأمر بطاعته وطاعة رسوله، وإعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالاً سواء كان ما أمر به في القرآن أو لم يكن فيه، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه<sup>(٢)</sup>.

هذه هي مصادر الشريعة الإسلامية التي تركز فقط على الوحي الإلهي، حيث تشمل بين نقيتها القرآن والعنة، أما غير ذلك من مصادر غير إلهية مثل الإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي، فهي ليست من مصادر الشريعة الإسلامية، وإنما هي مصادر للتشريع الإسلامي، أو كما يرى البعض بحق هي مصادر للفقهاء الإسلامي<sup>(٣)</sup>، فهي مصادر تقوم على الاجتهاد البشري

(١) أبو الأعلى المودودي: للحكومة الإسلامية - تعريب أحمد إدريس - الطبعة الثانية - ١٩٨٠ - الناشر: المختار الإسلامي - ص ١٧٢.

(٢) عبد القادر عودة: المرجع السابق - ص ٥٩.  
وفي تقدير البعض (نكثور محمد فاروق النبهان: المدخل للتشريع الإسلامي - الطبعة الثانية - ١٩٨١ - ص ١١) أن التشريع الإسلامي ينقسم إلى تشريع إلهي محض "القرآن والسنة"، وتشريع إسلامي وضعي (الاجتهاد).

(٣) الأستاذ الشيخ محمد مصطفى ثلبي: المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلامي - ١٩٥٩ - ص ١٤٢، وهو يرى أنه كثيراً ما خلط الناس بين الشريعة والفقهاء، وظنوا خطأ أن ما

خلافاً للقرآن والسنة فمصدرهما الله سبحانه وتعالى، فالمسنة باعتبارها "وحى" من الله سبحانه وتعالى تلتحق بالقرآن الكريم فيما أتت به من أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثم يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً - كما قضت بذلك المحكمة الدستورية العليا - لأنها "تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الإلتواء بها عن معناها. وتتصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها"<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك فإن الكتاب والسنة نون غيرهما يحدان من المصادر الملزمة وذلك من ناحيتين: فهما من ناحية يدخلان ضمن المصادر الملزمة أو الموضوعية للتشريع في الدولة الإسلامية، وهما من ناحية أخرى بوصفهما يمثلان وحدهما مصادر أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، يعتبران من

---

قتل عن الأئمة المجتهدين من اجتهادات هو نفس الشريعة ... وأغلب ما يسمى بالفتح الإسلامي جاء وأيد اجتهاد المجتهدين وتطبيقهم لنصوص الشريعة وقوادحها، مراعيين في ذلك اختلاف البيئات والأعراف. ومن هنا أتى الاختلاف في الفقه الإسلامي وهو لا يؤدي إلى الاختلاف في الشريعة والتفاضل فيها.

والواقع أن رجال الشريعة والقانون تتعدد مذاهبهم حول تحديد مصادر الشريعة الإسلامية أو "أدلة الأحكام" كما يطلق عليها علماء الشريعة أحياناً. فالبعض يعتبرها جميعاً مصادر للشريعة الإسلامية تتدرج فيما بينها من حيث مدى الحجية ودرجة الإلزام (دكتور منير حميد البياتي: المرجع السابق ص ١٢٦)، والبعض يرى أنه لا يوجد منها ما يصح أن يوصف بالمصادر إلا القرآن والسنة والإجماع والعرف (الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولي: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للمستور سالف الذكر - ص ١٧ هلمش "١")، بينما الراجح لدينا أن مصادر الشريعة الإسلامية تقتصر على الكتاب والسنة، باعتبارها وحدها مصادر إلهية وليست بشرية.

(١) راجع أحكامها في ١٥/٥/١٩٩٣ قضية ٧ لسنة ١٩٨٠ق. دستورية، وفي ٣/٥/١٩٧٥ قضية ١٨ لسنة ١٤٤٠ق. دستورية وفي ٥/١٢/١٩٩٨ قضية ٢٨ لسنة ١٥٠٠ق. دستورية.



المصادر الرسمية للقانون ويندرجان ضمن المبادئ القانونية العامة التي تعلق التشريع في تدرج القواعد القانونية.

وأخيراً يتعين ملاحظة أنه في حالة التعارض بين الكتاب والسنة بشأن أحد الأحكام الشرعية، فإن الحكم الوارد في الكتاب تكون له الأولوية على حكم السنة، ولهذا عاقب القرآن الكريم الرسول أحياناً مثل قوله: يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم - التحريم: آية (1)، فالرسول ليس له أن يأتي بشئ من الأحكام الشرعية من نفسه خلاف الوحي، ومن ثم لم يكن لأصحابه وتابعيههم ولا لغيرهم في الماضي والحاضر والمستقبل أن يخالفون - من باب أولى - ما جاء عن الله ورسوله من أحكام قطعية، فمن غير المعقول ولا المقبول أن يستبدل بعض المسلمين مصادرهم ومرجعهم الإلهية بمصادر بشرية، وأن يتحول دينهم الإسلامي من دين سماوي ليكون دين أرضي من وضع البشر أياً كان هؤلاء البشر ومهما بلغت قدراتهم وقويت حججهم.

#### رابعاً: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت:

فالشريعة الإسلامية بمفهومها الدقيق والصحيح على نحو ما سبق لنا عرضة من الثوابت الواردة قطعاً عن الله ورسوله من خلال الوحي المنزل على سيدنا محمد عليه السلام، وليس ثمة مشكلة في هذا الصدد إذا كان الحكم الشرعي يستند على نص وارد في آية من كتاب الله، فهو نص قطعي الثبوت بلا جدال، أما إن كان منقولاً عن رسول الله كحديث عنه فيشترط فيه أن يكون منقولاً نقلاً تواترياً حتى يقطع بثبوته وإلا كان ظنياً، ومن المعروف أن سبب تواتر الكتاب وعدم تواتر معظم السنة التي بين أيدينا اليوم، وهما متعاصران زمنياً ونطق بهما الرسول عليه السلام بنفسه، يرجع إلى نهى الرسول عن ذلك في عصره منعاً للخلط الذي قد يقع بينهما، ولذلك بقيت السنة رداً من الزمن بين حفظ في صدور حفاظها وبين تدوين ضاع الكثير منها، وفي ذات الوقت

دُس فيها ما ليس منها، خاصة وأن الأعم الأغلب من حملة الحديث في عصر البعثة النبوية لم يكونوا ممن يحسنون القراءة والكتابة، فكان جل اعتمادهم على ما تعي آذانهم وتحفظ قلوبهم، إضافة إلى منع الخلفاء الراشدين تدوين حديث الرسول، وما أكلته بعد ذلك نيران الحروب والفتن لعديد بل كثير من هؤلاء، مما كان له الأثر البالغ في إضاعة الحديث واتساع شقة الخلاف بين المسلمين حولها، واستمر الحال كذلك حتى عهد عمر بن عبد العزيز الذي أمر بتدوين الحديث مع مطلع المائة الثانية للهجرة، رغم نهى الرسول عن ذلك، وعليه تقتصر أحكام الشريعة الإسلامية المستمدة من الأحاديث النبوية وهي فقط التي تندرج في نطاق السنة الصحيحة، على الأحاديث المتواترة فقط عن الرسول الكريم دون أحاديث الأحاد أو حتى شبه المتواترة، إلى جانب أفعاله المتصلة بالتشريع والمتواترة بدورها، أي أن كل من السنة الفعلية والقولية هما من مصادر أحكام الشريعة الإسلامية بشرط تواترها دون انقطاع منذ عصر النبوة المحمدية، ومن ثم تتصف بأنها قطعية الثبوت وبالتالي تتمتع بصفة الإلزام.

#### خامساً: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الدلالة:

الأحكام الشرعية المستمدة من مصدرى الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت، يجب أن تكون أيضاً قطعية الدلالة، أي أن تكون دلالة النص على المعنى دلالة قطعية لا تحتمل الخلاف، فإن كانت قابلة للتأويل والتفسير على أكثر من نحو فهي دلالة ظنية غير قاطعة، والحقيقة أنه لو كانت الأحكام الشرعية الإسلامية قد نزلت كلها من خلال الكتاب الكريم والسنة النبوية الصحيحة محكمة في صيغ وعبارات واضحة لا يشوبها أي غموض أو إبهام في دلالاتها، لكانت عملية استنباط أو استخراج الحكم الشرعي منها ميسورة لكثير من الناس، لكنها لم ترد بهذه الصورة بل وردت بعضها محكمة والأخر متشابهات، كما أن الآيات المحكمات وردت منثورة في المجموع الكلي من الكتاب، والعلة من ذلك أن تطور الحياة والمجتمعات ورعاية المصالح

والأعراف والبيئات والأزمنة والأمكنة تحتم بقاء باب الاجتهاد بالرأى مفتوحاً لاستيعاب المعاملات الحديثة والوقائع والحوادث المستجدة والقضايا العصرية المعقدة، وتوجب عدم القطعية في دلالة كثير من النصوص لتكون صالحة لكل زمان ومكان وفي جميع الأحوال، مما يجعلها خالدة ومرنة في أن واحد، بحيث تقتصر القطعية على الأصول والكليات والمبادئ العامة، وتكون مخالفتها مخالفة لشرع الله، أما المتغيرات والفروع فبها تكون وتظل محلاً للاجتهاد والرأى والاستحسان والقياس وغيرها من مصادر الفقه والإفتاء لاستنباط الحكم الشرعى المناسب لظروف العصر على ضوء الكليات والقواعد العامة، وهى تشمل الأحكام التى تتعلق بالمصالح المتغيرة كأحكام المعاملات والشئون السياسية والاقتصادية وما إليها.

وفى هذا يقول الله سبحانه وتعالى فى محكم القرآن الكريم: كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته وليتذكر أولوا الألباب - سورة ص: آية ٢٩، بمعنى أن الحكمة من تنزيل الكتاب أن يتدبر الناس آياته فيستخرجوا منها علماً ويتأملوا أسرارها وحكمها، لأن التدبر فيه والتأمل لمعانيه يتطلب إعادة الفكر فيها مرة بعد مرة لندرك بركته وخيره وعدم الاكتفاء بتلاوته، ولذلك فإنه عدا الأحكام القطعية وهى قليلة كما أشرنا، فالباقي من القرآن كله قابل للتدبر وإعمال العقل والتفكير بشأنه، مما يؤكد أن الأصل فيها ظنية دلالتها.

وفى هذا الصدد يتعين ملاحظة أنه لا يجوز للمشرع أن يخرج على دلالات النص قطعى الثبوت إذا تعددت واحتمل أكثر من دلالة أو تؤول بطرحها كلها جانباً، بمعنى أنه إذا كان النص قطعى الثبوت له عدة دلالات قطعية أى محددة على سبيل الحصر والنقطة فى دلتين أو أكثر، فليس للمشرع إلا أن يختار من بين هذه الدلالات المحددة ما يتناسب مع ظروف الزمان والمكان، وبالتالي يلتزم بالحكم الشرعى قطعى الثبوت وفقاً للدلالة التى يقر

المشرع توافقت مع الظروف والأحوال السائدة وقت التشريع، وذلك على نحو ما سنبينه لاحقاً.

كما أنه في الأمور التي لم ترد فيها أحكام قطعية ولا ظنية في الكتاب والسنة الصحيحة يحق للمشرع أن يضع من القوانين ما يراه محققاً للمصلحة العامة للمجتمع مع الالتزام باتباع مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها وعدم الخروج عليها إلا لضرورة تحتم ذلك لعدم صلاحية المبدأ للتطبيق في الظروف الماثلة وقت التشريع.



## الفصل الثاني

### مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر مادي للتشريع

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع عندما يضع القاعدة القانونية، فإنه يستمد مضمون هذه القاعدة من بعض الحقائق التاريخية أو الدينية أو الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية، وأن هذه الحقائق تمثل المصدر الموضوعي أو المادي للقاعدة القانونية حيث يستمد منها موضوعها أو مادتها الأولية.

وإصطلاح "الحقائق" يعني أن الفكرة موضوع هذه الحقيقة هي فكرة مستقرة أو نابعة من وجدان المجتمع الذي يضع المشرع له تلك القاعدة القانونية المستمدة من هذه الحقائق، فهذه الفكرة مع غيرها من الأفكار تمثل حقائق بالنسبة لهذه المجتمع، ومن ثم تأتي القاعدة القانونية المستندة لهذه الحقائق كانعكاس للمجتمع، معبرة عن حاجته ومقوماته الأساسية.

ومن الحقائق التي لا مجال للنقاش حول استقرارها ووجودها في وجدان وضمير المجتمعات العربية والمجتمع المصري على الأخص، الإيمان بالله ورسله ووجوب طاعته والالتزام بشريعته في حياة أفراد الأخلاقية والاجتماعية.

ولا ريب في أن اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً للتشريع هو أمر لا يحتاج إلى النص عليه، ولذلك فإن النص في المادة الثانية من دستور ١٩٧١ في مصر - وغيره من دساتير بعض الدول العربية الأخرى كالكويت والبحرين وقطر والإمارات - على أن "الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي - أو مصدر رئيسي - للتشريع" أو أنها أساس التشريع مثلما ورد في دستور سلطنة عمان لعام ١٩٩٦<sup>(١)</sup>، لا يأتي بجديد في هذا الصدد، فأحكام الشريعة

(١) ويقترح البعض في هذه الدول أن يكون النص أن "الشريعة الإسلامية مصدر التشريع" بمعنى أنه المصدر الوحيد للتشريع، وهو أمر مستحيل التحقق إزاء التطور الحتمي الذي يلحق بكافة الدول والشرائع.

الإسلامية ومبادئها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مصدراً موضوعياً أو مادياً للتشريع<sup>(١)</sup>.

يؤكد ذلك ما ورد في تقرير اللجنة الخاصة التي شكلها مجلس الشعب للنظر في مبدأ تعديل الدستور عام ١٩٨٠، فيما يخص المادة الثانية منه بصدد الشريعة الإسلامية، من أن تعديل نص هذه المادة ليكون "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" يهدف إلى أن يزول من الأذهان أية مظنة في عدم التزام المشرع بالاتجاه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع منها في كافة نواحي الحياة.

وقد أيد القضاء بصفة عامة هذه الاتجاهات - في ذلك الوقت - حيث ذهب القضاء الإداري إلى اعتبار النص الوارد في المادة الثانية من الدستور، خطاب موجه إلى السلطة التشريعية (المشرع) وأنه ليس للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق مواد القوانين السارية بحجة تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، لما في ذلك من تعرض لدستورية هذه المواد مما يخرج عن اختصاصها، حيث تختص بذلك المحكمة الدستورية العليا في مصر دون غيرها.... ولأن نص المادة الثانية - حتى بعد تعديلها - هي خطاب موجه إلى السلطة التشريعية لدراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة وتتولى بالتنظيم الأحكام التفصيلية، مدنية كانت أو جنائية أو اقتصادية أو دوائية أو غيرها<sup>(٢)</sup>، وعلى السلطة التشريعية أن تبحث في التشريعات الوضعية القائمة لتتقيتها من النصوص التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لتتدفق نقيتها في شرايين التشريعات

(١) يرى الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى أيضاً أن مبادئ الشريعة الإسلامية تمثل نوعين من المصادر: فهي تعد أولاً مصدراً موضوعياً وبخاصة مصدراً تاريخياً... وتعد ثانياً: مصدراً رسمياً (بداية) حيث أن النص عليها في الدستور كمصدر للتشريع قد أسبق على مبادئها (أي الشريعة) صيغة الإلزام. راجع مؤلفه: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور سالف الإشارة ص ٢١ وما بعدها.

(٢) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٢/٤/٣ القضية ٢٣٩ لسنة ٢٧ق، مجلة العلوم الإدارية السنة ٢٦ العدد الأول يونيو ١٩٨٤ ص ١٦٣.

المختلفة ... وإلى أن يثبت هذا النظام التشريعي ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر، تظل نافذة بحيث لا يسوغ لأية جهة إدارية مخالفتها بحجة تنفيذ قواعد الشريعة الإسلامية، أو تضع من القواعد ما يتعارض مع هذه القوانين بمقولة تطابقها مع أحكام هذه الشريعة، وإلا أصبح النظام القانوني في الدولة مسخاً تبرأ منه كل الشرائع<sup>(١)</sup>.

وبدورها أكدت محكمة النقض على أنه "لما كان النص في الدستور في المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته وإنما هو دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما تسنه من قوانين ... ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه، إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأخرج هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ بدءاً من التاريخ الذي تحدده السلطة التشريعية لسرياتها"<sup>(٢)</sup>.

أما عن القضاء الدستوري، فإن قضاء المحكمة العليا يختلف عن قضاء المحكمة الدستورية العليا، وخاصة بعد إجراء التعديل الدستوري عام ١٩٨٠، فقد قضت المحكمة العليا في ١٩٧٦/٧/٣ بأن "ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع تستهدف توجيه الشارع إلى استلزام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، أما تخيير المشرع مذهب دون مذهب أو أرجح الأقوال في مذهب من المذاهب والزام القضاء التقيد به، فهو من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما

(١) المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩١/١١/٢٤ القضية ٤٨٣ لسنة ١٩٨٤ق، المجموعة السنة ٣٧ ص ٢٤٥.

(٢) راجع أحكامها في ١٩٨١/١١/٤ الطعن ٢١٧٠ لسنة ١٩٨١ق، المجموعة السنة ٣٢ ص ٨١٢، وفي ١٩٨٥/٣/١٩ الطعن ٦٣٨٢ لسنة ١٩٨٣ق، المجموعة السنة ٣٦ ص ٤١٦، وفي ١٩٨٦/١٠/٢٢ الطعن ٣٢٠٧ لسنة ١٩٨٦ق، المجموعة السنة ٣٧ ص ٧٩٢.



يراه ملانماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقديره، إذ يسوغ للشارع - بما له من سلطان - أن يجمع الناس على رأى واحد يرفع به الخلاف ويقيد به القاضى كى ينزل الجميع على حكمه ويأتم من يخالفه لأن طاعة ولى الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية، وأساس هذا الجمع هو تيسير تعريف القاضى والمتقاضى على السواء بما يحكم أعمال الناس من قواعد، تحقيقاً لاستقرار العلاقات وثبات الأحكام وإرساء للحق والعدل والمساواة<sup>(١)</sup>، ويبدو جلياً من قضاء المحكمة العليا أنها رأته في مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً خالصاً للمشرع، الذى يتمتع بمطلقة تقديرية فى ظل هذا النص فى اختيار مذهباً دون آخر أو أرجح الأقوال فى مذهب من المذاهب وفقاً لما يراه ملانماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه فى تقديره، مما يؤكد بوضوح أن هذه المحكمة تفسر الشريعة الإسلامية بأنها الفقه الإسلامى بمذاهبه المختلفة بعيداً عن فكرة الأحكام القطعية ومدلول المبادئ، وهو الأمر الذى نلاحظ أن المشرع الدستورى فى دولتى الكويت والبحرين قد اعتنقاها، حيث حددا فى المذكرة التفسيرية للدستور الكويتى عام ١٩٦٢ والنصوى البحرينى عام ٢٠٠٢، وهى ملزمة للكافة ولها قوة الدستور فى كلتا الدولتين وفقاً لنظامهما الدستورى، مدلول "الشريعة الإسلامية" بأنها تعنى "الفقه الإسلامى" دون تحديد لفقه مذهب محدد أو اجتهاد معين ليستمد منه المشرع فيهما تشريعاته، بما لا يدع مجالاً للشك فى أن الشريعة الإسلامية فى هاتين الدولتين ليست سوى أحد المصادر الموضوعية أو المادية التى يمكن للمشرع الالتجاء إليها أو لغيرها عندما يقوم بسن تشريعاته فيهما، وهو الأمر الذى يفرغ فى تقديرنا هذا النص الدستورى من كل مضمون، حيث ليس هناك ثمة فقه إسلامى متفق عليه فى العالم الإسلامى أو الدول الإسلامية قاطبة.

(١) مجلة البحرين القانونية، ١٩٧٦، ٧/٣، لائحة ١٠ لسنة ١٩٧٦، الدستورية، المجموعة الجزء الأول من ٤٣٢.

لذلك رأى المشرع الدستوري في مصر بمناسبة تعديل دستور ١٩٧١ لأول مرة عام ١٩٨٠ أن الوقت قد حان لإزالة هذا الخلط بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين من خلال إعادة صياغة نص المادة الثانية من الدستور لتكون "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، واستطاعت المحكمة الدستورية العليا بحصافتها المشهود بها لها، أن تضع الضوابط والمفاهيم الصحيحة لهذا النص المعدل، والتي بمقتضاها ترتقى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية القطعية لتكون مصدراً رسمياً للقانون، إلى جانب كونها مصدراً موضوعياً للتشريع، كما منوضح لاحقاً.

غير أنه ورد في المادة ٢١٩ من مشروع الدستور الجديد النص على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أئمتها الكليات وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة"، والمقصود بالأئمة الكليات كل ما جاء في القرآن والسنة الصحيحة، أما القواعد الأصولية والفقهية، فهي القواعد المستنبطة من عموم الأدلة الشرعية التي لا اختلاف عليها والتي تحقق مقاصد الشريعة، والمقصود بالمصادر المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة استبعاد المذاهب الفقهية الأخرى مثل مذاهب الشيعة والإباضية والظاهرية، وهو الأمر الذي يكرس التعصب والفرقة بين الممثلين، وعليه تشمل هذه المصادر القرآن والسنة وهي المصادر الإلهية على نحو ما سبق عرضه إلى جانب الإجماع والقياس وهي مصادر اجتهادية بشرية كما شرحنا سلفاً، وذلك وفقاً لرأى غالبية فقهاء أهل السنة والجماعة، مما يعنى اتجاه المشرع الدستوري إلى الخلط التام بين الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلاميين.

وإذ يثور التساؤل عن دور مبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع، فإن الأمر يتطلب كذلك التعرض لمقاصد هذه الشريعة وبيان دورها أيضاً في التشريع سواء باعتبارها من مبادئ الشريعة أو أن مدلولها يختلف عن مدلول تلك المبادئ.

## المبحث الأول

### دور مبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع

من الجلى أن المشرع الدستوري في نص المادة الثانية من الدستور يخاطب السلطة المختصة بالتشريع على وجه الخصوص، وهو أمر طبيعي كما قلنا سلفاً لأن مراعاة المشرع والتشريع في الدول التي يكون معظم سكانها من المسلمين للشريعة، لا يتعارض في حد ذاته مع طبيعة الدولة المدنية ولا مع مفهوم ومدلول الديمقراطية، ما دام ذلك النص لا يقيم حكومة دينية تعطي لعلماء الدين حقاً في اقتسام السيادة مع الشعب، فلا تكون لهم مهما كانت صفاتهم الدينية أية سلطة أو وصاية على المجتمع أو الدولة بما يخل بالأصل الدستوري السائد في كل الدول الديمقراطية الحديثة من أن الشعب وحده هو مصدر السلطات، إذ لا يسوغ في نظام حكم ديمقراطي أن توجد هيئة دينية تتبوأ دون غيرها منزلة "المرجعية الدينية العليا أو النهائية أو الرئيسية" وتمارس السلطة بهذه الصفة مما يجعلها وصية على الشعب تفرض إرادتها عليهم تحت شعار الدين، وهو ما لا يمكن قبوله وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية ذاتها، التي ترفض بوضوح بالغ فكرة "المرجعية" بل وتحظرها تماماً لتعارضها التام مع طبيعتها التي تقوم على تشجيع التدبر والتفكير والاجتهاد وإعمال العقل والبحث عن العلم.

وقد أكدت وثيقة الأزهر الصادرة في يناير ٢٠١٢، التي حظيت بتأييد من الأقباط والليبراليين والإسلاميين وغيرهم على تلك المبادئ والمقومات بقولها: يتم تأسيس الدولة الوطنية الدستورية الديمقراطية الحديثة بالاعتماد على دستور ترضيه الأمة، يفصل بين سلطات الدولة ومؤسساتها القانونية الحاكمة، ويحدد إطار الحكم، ويضمن الحقوق والواجبات لكل أفرادها على قدم المساواة، بحيث تكون سلطة التشريع فيها لنواب الشعب، بما يتوافق مع المفهوم الإسلامي الصحيح، حيث لم يعرف الإسلام لا في تشريعاته ولا حضارته ولا تاريخه ما يعرف في الثقافات الأخرى بالدولة الدينية الكهنوتية التي تملطت

على الناس... ويكون الاعتماد على النظام الديمقراطي، وبما يضمنه من تعددية ومن تداول سلمي للسلطة، ومن تحديد للاختصاصات، والالتزام بمنظومة الحريات الأساسية في الفكر والرأى، مع الاحترام الكامل لحقوق الإنسان، والتأكيد على مبدأ التعددية، واحترام الأديان السماوية، واعتبار المواطنة مناط المسئولية في المجتمع.

وعليه تذهب غالبية فقهاء القانون إلى أن النص في الدستور على اتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع إنما ينصرف بطبيعة الحال إلى اتخاذها مصدراً موضوعياً للمشرع، إذ لا يسبغ هذا النص على أحكام الشريعة قوة إلزام ذاتية، ولذلك فإن أحكامها ما زالت بعد النص كما كانت قبله مجرد قواعد دينية، لا يلتزم الناس بالعمل على وفقها إلا بوازع من ضمائرهم وحدها، ولا تكتسب هذه الأحكام قوة الإلزام التي تحظى بها قواعد القانون إلا إذا تدخل المشرع فقتهما، وفي هذه الحالة تصبح تلك الأحكام ملزمة بتقريرها تشريعياً لا بذاتها، أي بسلطان الدولة لا بسلطان الدين. والدليل على ذلك أن الخطاب في النص الدستوري موجه إلى المشرع لا إلى الكافة ولا إلى القضاء. فهو يلفت نظر المشرع إلى وجوب استلزام قواعده في كل ما يعرض له من أمور مما تفره الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>.

ومن الملاحظ أنه أياً كان التفسير الذي يعتنقه القضاء وبعض الفقهاء لنص المادة الثانية من الدستور الحالي في مصر، فإن القدر الأدنى المتفق عليه هو "التزام" المشرع بتابع مبادئ الشريعة الإسلامية عندما يسن تشريعاً معيناً،

(١) الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق - ص ١٨.

الأستاذ الدكتور مصطفى الجمال: المرجع السابق - ص ٣٢٢.

الأستاذ الدكتور سمير تناوغ: المرجع السابق - ص ٢٦٢.

أما فقهاء الشريعة، فإن الأغلبية الكاسحة منهم تصر على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية - بل والفقهاء الإسلامى لدى معظمهم - لها قوة إلزامية ذاتية، وتتمتع بالمرتبة الأولى السلمية في تدرج القواعد القانونية على كلفة قواعد القوانين الوضعية، وإن كانت تتدرج فيما بينها إلى عدة مراتب.

وهو الالتزام الذي يحول - في تقديرنا كما سنوضح فيما بعد - أحكام الشريعة الإسلامية إلى مصدر رسمي للقانون وليس فقط مصدراً موضوعياً للتشريع. ومع ذلك فإنه في كل الأحوال وتبعاً لكافة التفسيرات، فإن دلالة المادة الثانية من الدستور تؤدي إلى تقييد سلطة المشرع على الأقل بضرورة الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند سن التشريعات.

فالأصل أن للسلطة التشريعية حرية التقدير عندما تقوم بسن تشريع ما، ما لم يلزمها الدستور بمبادئ معينة، ولم تجر الدساتير الحديثة على إلزام السلطة التشريعية باستلهاًم قواعدها من مصدر بذاته، بل أطلقت يدها في سن ما تراه ملائماً للمجتمع في ضوء الظروف المحيطة بها، فيكون لها أن تستلهم هذه القواعد من الأعراف السائدة أو التشريعات المقارنة أو الاجتهادات الفقهية والقضائية أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي أو بطبيعة الحال من قواعد الشريعة والأديان السماوية غير القطعية، ويظل من حقها بعد ذلك الرجوع عنها وتعديلها والغائها واعتناق غيرها.

غير أن للمشرع الدستوري وهو ينشئ السلطة التشريعية ويحدد اختصاصاتها أن يلزمها بما يراه ملائماً من مبادئ وقيود، ومن ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة ١٢ من دستور ١٩٧١ في مصر، بعد تعديلها عام ٢٠٠٧، من أن "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها، والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة، وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية، والتراث التاريخي للشعب، والحقائق العلمية، والآداب العامة، وذلك في حدود القانون. وتلتزم الدولة باتتباع هذه المبادئ والتمكين لها". فهذه الجملة الأخيرة - في تقديرنا - تحول المبادئ المشار إليها في نص المادة إلى مبادئ عامة للقانون تلتزم الدولة بمسلطتها العامة باتتباعها والتمكين لها، فيلتزم المشرع بالأخذ بها أو على الأقل عدم مخالفتها، ويلتزم القاضى بتطبيقها في حالة غياب النص أو مخالفته لها.

وإذ جاء المشرع الدستوري في دستور ١٩٧١، ونص في المادة الثانية منه - قبل تعديلها في مايو ١٩٨٠ - على أن الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسي للتشريع"، فإن هذا النص لم يكن يعنى في تقديرنا سوى أن الشريعة الإسلامية هي أحد المصادر الرئيسية للتشريع، ومن ثم فإن المصادر الموضوعية للتشريع لم تعد متكافئة كما كانت قبلاً، وإنما أصبحت تتدرج فيما بينها إلى درجتين على الأقل: مصادر رئيسية ومصادر ثانوية أو فرعية. ومع ذلك فإن هذا النص جاء عديم الجدوى إذ أنه لم يشر إلى أية مصادر موضوعية أخرى رئيسة كانت أم فرعية.

وإذا كان جانب من الفقه لم يلحظ خلافاً جذرياً بين نص المادة الثانية المشار إليه قبل وبعد تعديله إلى "... ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"<sup>(١)</sup>، إلا أننا نرى أن لهذا التعديل أثره القانوني الواضح والبالغ الأهمية. فهو من ناحية حول هذه المبادئ إلى مصدر رسمي للقانون كما سنبين فيما بعد، وهو من ناحية أخرى جعل لها الأولوية بين المصادر الموضوعية، ومن ثم يخدم المشرع ملزماً بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ابتداءً كلما هم بسن تشريع، فإن وجد فيها حكماً يتصل بموضوع هذا التشريع فتنه، وإن لم يجد بحث عن ضالته في غيرها من المصادر، وبالتالي لا يجوز لتشريع وضعى - لاحق لنفاذ تعديل هذا النص على الأقل - أن يخالف حكماً قطعياً من أحكام الشريعة الإسلامية أو أحد مبادئها القطعية وإلا كان هذا التشريع مشوباً بعيب مخالفة الدستور، لإغفاله مبادئ الشريعة الإسلامية وتقديم مصدر موضوعى ثانوى فرعى عليها وهى المصدر الرئيسى الأول بحكم الدستور.

(١) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... مالف الذكر - ص ١٦.  
الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق - ص ١٩، وهو يرى أن وصف الدستور واحداً من المصادر الموضوعية - دون غيره - بأنه مصدر رئيسى، فقد دل بذلك على أنه يعتبره المصدر الرئيسى الوحيد، ولو قيل بغير ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى.

وجدير بالإشارة أن تقرير اللجنة الخاصة التي أعدت مشروع تعديل المادة الثانية من الدستور وقدمته إلى مجلس الشعب فناقشته ووافق عليه في ٣٠ أبريل ١٩٨٠، جاء به حول غليات التعديل المشار إليه بأنها "تلتزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة ...".

ونلفت الانتباه في هذا الصدد إلى أن هذا التقرير - وهو من الأعمال التحضيرية التي توضح وتفسر نية المشرع الدستوري - يأخذ بالتحديد الذي نعتقته لمبادئ الشريعة الإسلامية والتمييز بينها وبين مصادر التشريع الإسلامي أو الفقه الإسلامي كما أشرنا من قبل وهي التي يشير إليها هذا التقرير بعبارة "المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية"، بمعنى أن المشرع الدستوري لا يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية سوى الأحكام الصريحة في الشريعة الإسلامية أي الأحكام القطعية ثبوتاً ودلالة أو المحكمة كما ورد في سورة آل عمران على نحو ما سبق عرضه، وبالتالي فهي "أم الكتاب" إلى جانب ما ورد من أحكام قطعية في السنة الصحيحة، وهي مصادر إلهية كما سبق وأوضحنا، أما غير ذلك من إجماع وقياس واستحسان ... فهي كما يقول التقرير مصادر اجتهادية لا تندرج في مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن كان ذلك لا يمنع المشرع من الالتجاء إليها ولكن بشرط ألا يجد في الكتاب أو السنة حكماً صريحاً أو بالأحرى قطعياً.

فإذا لم يكن هناك نص في الكتاب ولا السنة، لا قطعي ولا ظني، فياب الاجتهاد يكون مفتوحاً على مصراعيه للمشرع، وله - دون أن يكون ملزماً بذلك - الرجوع إلى الثروة الفكرية الاجتهادية التي خلفها فقهاء الشريعة على

امتداد العصور واختلاف مذاهبهم، وهي توسعة على المشرع يفضل أن يستفيد بها تحقيقاً لروح الشريعة الإسلامية.

ولعل في الإجماع والقياس - وهي من مصادر الشريعة غير المختلف عليها لدى البعض<sup>(١)</sup> - يجد المشرع ضالته. وإذا كان القياس لا خلاف في تحديده مخلوله، إذ من المتفق عليه أنه يعني أن هناك مسائل لم تدل الشريعة فيها بحكم، لكنها أوردت حكماً في أمور تشابهها، فإذا ثبت اتحاد العلل والدواعي بين هذه المسائل، فإنه يمكن الأخذ بنفس الحكم ليطبق على المسائل التي لم يرد بشأنها الحكم قياساً على المسائل الأخرى التي ورد بشأنها الحكم. إذا كان القياس كذلك فإن الإجماع يحتاج إلى قليل من التوضيح.

فالإجماع اختلفت أقوال النقهاء بصدد تعريفه، فهو عند الإمام الشافعي "ما يتفق عليه أهل العلم كافة في مسألة ما ولا يختلف عليه أحد"، في حين أنه عند البعض "اتفاق رأى الأكثرية". والواقع أنه لا خلاف في حجية الإجماع، فإذا ما اجتمعت أمة على اجتهاد أو قانون فإنه يلزم اتباعه، ولكن الاختلاف هو في إمكانية وقوعه أو ثبوته.

ومما لا ريب فيه أن الإجماع قد وقع وثبت حدوثه في عصر الصحابة والخلافة الراشدة، أما حينما اضطرب نظام المجتمع واتسعت الدولة، وتم الأخذ بنظام الشورى والاعتماد عليه، فإنه لم يعد هناك وسيلة للتحقق من وقوع الإجماع على وجه اليقين.

وفي تقديرنا أنه في عالمنا المعاصر لم يعد من الممكن تصور وقوع الإجماع، واجتماع أهل الحل والعقد في العالم الإسلامي كله على أمر واحد،

(١) دكتور عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي ... الطبعة الأولى

- ١٩٨٤ - ص ٢٣٤.

دكتور عجيل جاسم النشمي: المستشرقون ومصادر التشريع الإسلامي - الطبعة الأولى - ١٩٨٤ - ص ٣٦.



فإن حدث هذا - وهو افتراض نظري بحت - فلا شك في أن إجماعهم يصبح قانوناً للعالم الإسلامي أجمع.

وبالرغم من ثبوت إجماع الصحابة في عصر الخلفاء الراشدين، إلا أننا لا نعتبر أن لإجماعهم نفس ما لمبادئ الشريعة الإسلامية الواردة في الكتاب والسنة من حجية وقوة ملزمة. صحيح أن رسول الله قد حدثنا على ضرورة الاقتداء بأصحابه، وكثير منهم قد ارتقوا في مدارج الكمال الخلقى إلى مراتب رفيعة بعيدة المنال، إلا أن التزامنا المعنوي بالقتفاء آثار الصحابة ينصب بصورة خاصة على خلقهم وسلوكهم، على مثالياتهم الرفيعة وتسليمهم المطلق لمشينة الله سبحانه وتعالى، أما شئون الحكم وإدارة الدولة وتنظيم المجتمع، فإن ما حققوه في شأنها لم يتم على أحكام الشريعة وحدها، وإنما ساهمت في تكوينه ضرورات زمانهم ومقتضيات عصرهم.

إن الأحكام التي تصدر عن الاجتهاد، بغض النظر عن عظمة الشخص الذي تصدر عنه، تظل مطبوعة بطابع البيئة التي نشأ فيها ذلك الشخص ومدى علمه، والعلم - وخاصة في الأمور الاجتماعية والسياسية - لا يتأثر بخلق الإنسان وعظمتها الشخصية بقدر تأثره بمجموع من الخبرات التاريخية التي عرفت حتى عصره. ومما لا شك فيه أننا نحن الذين نعيش وراء أربعة عشر قرناً تفصلنا عن عصر الصحابة نملك من الخبرات التاريخية - ولا فخر لنا في ذلك - أكثر بكثير مما كان لديهم<sup>(١)</sup>.

(١) راجع في عرض هذا الاتجاه - محمد أسد: المرجع سالف الذكر - ٥٦: ٦٥ - ويلاحظ أن هذا العالم يصر بحق على الرجوع دوماً إلى القرآن والسنة، وإليهما دون غيرها من اجتهادات فقهية حتى يمكن صياغة مسار جديدة لتفكيرنا السياسي والاجتماعي بدلاً من الانجراف نحو الأفكار الغربية والنظم السياسية السائدة في الغرب، ولنبيعث ثقافتنا من جديد ونصون تراثنا العظيم من "ديدان العفن" التي بدأت تدب في أوصاله، وأنه لكي نحقق هذا الغرض فلا بد من أن نطرح جانباً هذا "الاعتكال العقيم" على ما وصلت إليه الأجيال السابقة من فقهاء المسلمين من أحكام اجتهادية بدت لها في زمنها "نهائية" وحاسمة في الشئون الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وإنما لا بد لنا من أن نبدأ في =

والخلاصة أن المشرع ملتزم بأن تجس تشريعاته متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية المستمدة بصورة قاطعة من الأدلة الكلية أي القرآن والمذاهب الصحيحة، وإلا كانت باطلة لمخالفتها الدستور الذي يلزم المشرع بذلك باعتبارها ذات مرتبة إلزامية أعلى من مرتبة التشريع البرلماني أو القانون، ويظل السؤال بعد ذلك عن مدى الالتزام بمقاصد الشريعة الإسلامية المستمدة من القواعد الأصولية ومن عوم الأدلة الشرعية التي لا اختلاف عليها، وهو ما نعرضه في المبحث التالي.

## المبحث الثاني

### دور مقاصد الشريعة الإسلامية في التشريع

إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية على نحو ما سبق عرضه تمثل قيوداً دستورياً على المشرع، بأن لا يخالف التشريع هذه المبادئ وهو أمر يتعلق بمضمون التشريع ومحتواه، أي بعنصر المحل في هذا التشريع وفقاً للغة القانونية، فإنه من الجلي أن "مقاصد" الشريعة الإسلامية تتصل بوضوح بالبعنصر الغاية أو الغرض أو الهدف من هذا التشريع.

ومع ذلك فليس ثمة اتفاق بين علماء الدين على التمييز بين المبادئ والمقاصد، إذ يراه البعض شيئاً واحداً، فيقول أحدهم وهو الدكتور الشحات الجندي أن المبادئ هي تعبير عما جاءت به الشريعة من مقاصد ومقومات

---

طجتهاندنا من جديد بأسلوب إيداهي خلاق طي ضوء دراسنا الخاصة لمصادر الشريعة الأصالية، وهو ما سيؤدي من ناحية إلى أن الشريعة الإسلامية – ولا سيما بالنسبة للأحكام الاجتماعية – ستكتسب مرة أخرى صفة البساطة التي طبعها الله ورسوله عليها قبل أن تطمر تحت طبقات كثيفة من الاستدلالات والاستدلالات التقليدية الراجحة، كما أنه من ناحية أخرى فإن الدولة الإسلامية لا يلزم أن تتفق مع أية "سابقة تاريخية"، فكل ما نبغيه منها لكي تتقال بحق صفة الدولة الإسلامية هو أن تسمح في دستورها وأن تستهدي في أعمالها تلك الأحكام الظاهرة المنصوص عليها في القرآن والسنة، والتي لها علاقة مباشرة بحياة المجتمع السياسية، وهي أحكام قليلة محكمة الصياغة لا يلبسها غموض، وهي ذات طبيعة مرنة تسمح لها بالحياة والعمل في كل الأزمنة وفي كل الظروف الاجتماعية. المرجع السابق – ص ٤٠ : ٤٢.

أساسية صالحة لكل زمان ومكان، مثل مبدأ الشورى والمساواة والعدل والوحدة، وهى مقررة بنصوص صريحة وقطعية، بينما يميز البعض الآخر من الفقهاء الأصوليين بينها، إذ المقاصد لديهم هى الغاية التى من أجلها وضعت أحكام الشرع، أو هى المعنى والأهداف الملحوظة للشرع فى جميع أو معظم أحكامه<sup>(١)</sup>. كما أن جانب من الفقهاء يربط بين المقاصد والمصلحة، أو بينها وبين الحكمة المقصودة بالشرعية من الشارع، وفى تقديرنا أن مقاصد الشريعة هى كما عرفها الفقيه المغربى علال الفاسى "الغاية منها، والأسرار التى وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"، فهى لدى الغالبية المعاصرة من الفقهاء، جملة الغايات الأساسية والأهداف الكبرى التى بينتها الشريعة وتضارفت الأدلة فى جعلتها على تكليدها وما يندرج تحتها من معنى.

وقد تلاقى الفقه الإسلامى على أن المقاصد العامة للشرعية، وهى المقاصد الضرورية التى تمثل الضابط العام للتشريع الإسلامى إنما تنبدى فى حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وذلك إلى جانب بعض المقاصد الخاصة التى تتعلق بباب معين أو أبواب معينة من أبواب المعاملات مثل مقاصد النظام السياسى، ومقاصد القضاء والشهادة، وعلى سبيل المثال فإن تطبيق الشريعة الإسلامية بين أفراد المجتمع، هو من مقاصد النظام السياسى الإسلامى، كما أن إقامة العدل والإحسان هو من مقاصد القضاء التى لا يمارى فيها أحد، فالعدل أصل من أصول الحياة، والقرآن الكريم يدعو إلى تحرى العدل حتى مع أولئك الذين نكرهم، مما مفاده ضرورة تنحية العواطف عندما يتعلق الأمر بتطبيق العدل، لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهادة بالقمط، ولا يجرمنكم شئان قوم على ألا تعدلوا، أعدلوا هو أقرب للتقوى،

(١) راجع فى هذا الموضوع:

محمد الطاهر ابن عاشور: مقاصد للشرعية الإسلامية - ١٩٤٧.

علال الفاسى: المقاصد الشرعية الإسلامية ومكارمها - ١٩٦٣.

الدكتور محمد كمال أمال: الدليل الإرشادى إلى مقاصد الشريعة الإسلامية - ٢٠٠٧.

واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون" – المائدة: آية ٨، وكذلك الأمر بشأن الحرية  
والمساواة باعتبارها من مقاصد النظام السياسي.

ومن الثابت فقهاً أن تحديد المقاصد العامة والخاصة، الكلية والفرعية،  
هو اجتهاد بشري قابل للتعديل والحذف والإضافة، لذا فإن مجالها الطبيعي  
يتمثل في الأحكام الظنية وفي إطار الاجتهاد البشري، سيما اجتهاد ولي الأمر  
لأنه ملزم وواجب الطاعة، دون أن يمنع ذلك من وقوع التنازع أو الاختلاف  
معه، وهو اجتهاد الأصل فيه أنه يسعى إلى تحقيق مقاصد التشريع، ولذلك فإن  
اجتهاد ولي الأمر يمكن أن يؤدي إلى الاختلاف في الرأي عكس اجتهاد الفقيه  
فهو إلى جانب أنه غير ملزم لأحد، إلا أنه قد يؤدي أحياناً إلى التعصب والفرقة  
بين المسلمين، أما الأحكام القطعية فلا يجوز استبعاد أي منها تحت مزاعم  
ترجيح أحد المقاصد.

وتمثل القاعدة الفقهية "الأمر بمقاصدها" الأساس الرئيسي لنظرية  
المقاصد الشرعية إلى جانب مبدأ "جلب المصلحة ودرء المفاسد" وهو من  
المبادئ العامة للشرعة الإسلامية مثل مبادئ لا ضرر ولا ضرار، واليقين لا  
يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والضرورات تبيح المحظورات، وهي  
مبادئ تحكم كما سبق القول التشريع أو بالأحرى المشرع في الدولة الإسلامية  
المدنية بطبيعتها، إذ لا تتحقق مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية في مجتمع  
تحكمه سلطة دينية تسعى إلى تحقيق أهدافها السياسية من خلال الإدعاء بأنهم  
ينطقون باسم الله أو أنهم مبعوثين من لئنه أو مفوضين منه، ومن ثم يزعم  
صاحب السلطة الدينية – فرداً كان أو مجموعة أو طائفة أو حزباً أو فئة – أن  
له الحق في التدخل في ضمان الناس والرقابة عليها ومعلقبتها وتغييرها، فقد  
أتى الإسلام بأحكامه ومبادئه ومقاصده ليحارب هذا النمط من السلطة الذي كان  
سانداً في الدول الأوروبية المسيحية، ويخلص البشرية من شروره، ويفتح  
الطريق لتكوين مجتمع حر يهيئ للأفراد والجماعات الازدهار والتقدم والنمو

فى وعيهم وعقولهم وأنفسهم وأموالهم ونسلهم، علاوة على التفتح الروحى والعقائدى بمحض اختيارهم، ومن هنا بات من بديهيات الشريعة الإسلامية وأولياتها نقض السلطة الدينية وتقويض أركانها وتجفيف منابعها، وتحرير العقل من كل قيد يودى إلى الأمية والخرافة والتقليد، داعية - أى الشريعة - لإطلاق حرية التفكير وإعمال العقل باعتباره النعمة الكبرى التى أنعم الله بها على الإنسان، فجعلت التفكير فريضة إسلامية المقصر فيها كالمقصر فى الصلاة أو الزكاة وسائر فرائض الإسلام، ولذلك فإن التكوين الأنسب لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية هو المجتمع المنى على غرار المجتمع الذى وضع الرسول نواته فى المدينة المنورة<sup>(١)</sup>، وهو ما يمكن إثباته من خلال إطلالة سريعة على مدلول مقاصد التشريع الإسلامى المتفق عليها وهى:

١ - حفظ الدين، وهو حق لله تعالى على خلاف المقاصد الأخرى التى تتعلق بحقوق البشر، ومقتضاه المحافظة على التوحيد وهو أساس الإسلام، كما أنه يحفظ كذلك مبدأ عدم الإكراه فى الدين ومن ثم حرية العقيدة ويمنع الاقتراء على الله كذباً ونسبة الظلم إليه وتحمل أخطاء البشر من الحكام وأولى الأمر تحت مزاعم تطبيق الشريعة الإسلامية، ويجيز للأفراد التنازع معهم لردهم إلى جادة الصواب ويجعل أمرهم فى مسائل التشريع شورى بينهم، فى مقابل أن

(١) نشير فى هذا الصدد إلى أن المجتمع الإسلامى المبنى قد تمت إقامته بمقتضى "صحيفة المدينة" التى وضعت فى العام الهجرى الأول فى صورة اتفاق أو عقد اجتماعى بين الرسول الكريم وبين المسلمين واليهود والمشركين من أهل يثرب، فى صياغة دستورية محكمة بلغ عدد موادها اثنين وخمسين مادة، نظمت القواعد الأساسية لدولة المدينة التى تقوم على التساوى فى المواطنة وحقوقها وواجباتها، وتحكم بالشورى وتقرر بالتمثيلية الدينية والتمايز بين أفراد المجتمع الواحد فى المعتقد الدينى، فلم تكن هذه الدولة "دولة دينية" رغم أن حاكمها وهو النبى ﷺ قد جمع بين "الولاية الزمنية" والنبوة والرسالة التى لم تكن قد اكتملت بعد، مما يؤكد أن هذا الدستور قد تميز عن القرآن، وإن لم يخالف روحه ومبادئه أو مقاصده وشاياته، فإذا كانت هذه الدولة الإسلامية الأولى قد اقترنت تأسيسها بالدستور المكتوب، فهل يليق بنا أن يحكمنا الاستبداد والطاغوت متحلاً من ضوابط الدستور قولاً وعلماً؟

تكون مسائل الحكم والإدارة لولي الأمر بعد مشاورة أهل الرأي والشورى، فإذا عزم واتخذ القرار فليتوكل على الله ويتحمل مسئولية قراره وتبعاته.

٢- حفظ النفس والحياة، وهو تكريس للحق في سلامة الجسد والعرض والحق في السعي لحياة حرة كريمة تقوم على المساواة وحماية الفطرة الإنسانية وضمان حرية إرادتها، نزولاً على قوله تعالى "فطرة الله التي فطر الناس عليها، لا تبديل لخلق الله" - الروم: ٣٠، وقوله "ولقد كرمنا بنى آدم" - الإسراء: ٧٠، وبالتالي فإن المحافظة على السمع والبصر والفؤاد، وعلى حقنا في سلامة الجسد والعرض في كل الأحوال والظروف، وخاصة في الأماكن العامة مثل الطرق والحدائق بل وفي المسجون والمعتقلات هي من الحقوق الطبيعية أو الفطرية المرتبطة بطبيعة الإنسان، والتي تكفلها مقاصد الشريعة الإسلامية.

٣- حفظ العقل، وهو من أهم المقاصد الشرعية التي تعنى استخدام قوانا العقلية لتنمية قدراتنا في التمييز بين الصواب والخطأ والحرام والحلال وممارسة حرية التفكير والتدبير والتأمل، فقد تعددت الآيات الصريحة قطعية الدلالة التي تحث على التأمل والتفكير والنظر العلمي في مخلوقات الله تعالى، وحفظ العقل - وغيره من المقاصد - يوجب حمايته ورعايته وإن يتأتى ذلك إلا بالممارسة الفكرية وإعمال العقل في الاختيار في المجالات الرحبة التي تركها الله تعالى للإنسان - وهي الأوسع نطاقاً - لبيدع فيها حلوله التي توائمه وتناسبه وتتوافق مع ظروفه، ولا ريب في أن مجرد تصور الإنسان بأن لا أحد في الكون سوى الله يحق له التحكم في خياراته، يولد لديه - أي الإنسان - طاقة هائلة على الفعل والإبداع، ومن ثم تتناثر مع هذا المقصد الكواكب والمعوقات والموانع التي ينصبها طغيان بعض البشر على البعض الآخر، ولذلك يختر الخطأب القرآني بمفردات الحرية باعتبارها الشرط الأول والرئيسي للتوحيد، غير أنه - للأسف الشديد - أصاب الإسلام طمع بعض رجال الدين الإسلامي

الذين أرادوا الجمع بين الدعوة وولاية الأمر أى المملطة لأسباب شتى أدت إلى فساد السياسة بينهم وبين المسلمين عامة، فحرصوا على تحويل المسلمين من مواطنين إلى رعايا مقلدين تابعين لا يرون إلا ما يرى ولاتهم، خاضعين لأفكارهم التى بحكمها فقط السعى الدؤوب إلى المملطة وتولى الحكم وولاية الأمر فى الدولة، وعدم السماح بالاعتراض على تصرفاتهم، ورفض كل مساهلة وتحصين أعمالهم وقراراتهم من احتمال التنازع معهم، فأفرضوا الإسلام من جوهره ومقاصده لينتقوا من تعاليمه ما يدعم موقفهم، حتى لو تطلب هذا الانتقاء الانحراف بالدلالة عن المقصد، وهو الأمر الذى تقوده بعض المذاهب التى تؤمن بولاية الفقيه أو بوجوب السمع والطاعة أو الدعوة إلى الدولة الدينية مما يقضى تماماً على مقتضيات مقاصد الشريعة التى من خلالها تتحقق الدولة المدنية كما أشرنا سلفاً، وفيها يتم كبح جماح سلطة الدولة ومنعها من القول على الحقوق والحريات لأفراد المجتمع، وضمان مشاركتهم فى مراقبة السلطة الحاكمة فى مختلف مستوياتها ومحاسبتها على أداؤها دون خشية أو خوف، وبالتالي حماية المجتمع بضمن أمنه واستقراره وتقدمه، فإذا وقع الاختلاف بين طوائف المجتمع فى تحديد ما يعد مصلحة أو مفسدة، أو فى اختيار أمثل الطرق لدرء لمقاصد وجلب المصالح، فإن من شأن أعمال العقل تحقيق التوافق بينها وتقليص التباين والتناحر وإعلاء المصلحة العامة التى قصدها الشارع لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم.

٤ - حفظ النمل، وهو مقصد يتطلب تربية أطفال المسلمين وفقاً لقواعد وأسس سليمة تحافظ عليهم، ولذلك يكون للمؤسسات الدينية والميسابية وظيفه تربية مهمة ويتعين على الدعاة والقادة السياسيين أن يكونوا قنوة حسنة للنشء وأن يتحلوا بالخلق القويم، ولا شك فى أن النهج الاستبدادى للميسابيين ورجال الدين سيعلم الأولاد الصغار السكوت عن الظلم والطغيان، وعندما يتولون القيادة فإن نتوقع منهم سوى الديكتاتورية والتعسف والطاغوت، أما إذا نشأوا

على مكارم الأخلاق وعلى مبادئ المساواة والشورى والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان، فسوف تنتشر هذه القيم والمبادئ في شتى المجالات فتنهض الأمة وتتبوأ مكانة سامية بريقها وتحضرها.

٥- حفظ المال، ينبئنا التاريخ الفقهى الإسلامى بأن العقل كان منفعلا فى الماضى بقضايا محددة معظمها قضايا سياسية واجتماعية، بعضها فقد صلاحيته كموضوع الرق، وبعضها الآخر أفاض الفقهاء فى بحثه دون مبرر معقول كالمسائل المتعلقة بشئون المرأة، فلم يتطرق الفقه إلا قليلا للمسائل الاقتصادية الأكثر حيوية كالتنمية وحرية الاستثمار وكفالة التملك والإغناء والإثمار وضوابط التبادل التجارى وطبيعة القوى التى أمرنا سبحانه وتعالى بإعادها لمواجهة أعداء الإسلام وهل تقتصر على القوة العسكرية أم تتجاوزها إلى مظاهر أخرى للقوة وعلى رأسها القوة الاقتصادية، ومن الملاحظ على سبيل المثال أن تحديد مدلول الربا والتعامل مع الآيات التى تحرمه ودلالاتها لم يتم حسمها حتى اليوم رغم أهمية الاجتهاد فى شأنها بحثا عن حلول إبداعية تتوافق مع قضايا الاقتصاد والاستثمار والتنمية، وهو ما يفرضه هذا المقصد الحيوى فى حياة الشعوب فى الوقت الراهن.

وهكذا يتبين لنا أن مقاصد التشريع الإسلامى من شأنها تحقيق الدولة المدنية الديمقراطية<sup>(١)</sup>، وتوفير الأساس الشرعى لكفالة حقوق الإنسان الطبيعية

(١) يتلقى الفقه على أن الدولة المدنية تتحقق عندما يختار أفراد الشعب ولاة أمرة من الحكام (الحكام وأعضاء السلطة التشريعية) حيث لا يسوغ أن يكون مصير الدولة وشعبها فى يد فرد واحد، فالجميع يتمتعون على قدم المساواة بحق المواطنة ومباشرة الحقوق والحريات دون تمييز، كما أن جميع السلطات والحكام ولاة الأمر يخضعون للمراجعة والمساءلة، وعلى العكس من ذلك فإن الدولة الدينية هى الدولة التى يدعى القائمون عليها أن اختيارهم وبقائهم فى السلطة هو لاختيار من الله، وأنهم يمثلون إرادته سبحانه وتعالى، ويقتلوا فىهم لا ينطقون عن الهوى، ولكنهم مفوضون عن الله وخلقته فى الأرض، ومن ثم لا يرد لهم أمر أو تصرف أو قرار، وخصيائه لا يعد خروجاً على الطاعة فحسب، ولكنه يعتبر خروجاً من الملة وتحدياً لإرادة الله والعباد بالله، وهو ما لم يجرؤ على الإدعاء به أحداً من حكام المسلمين منذ انقطاع الوحي عن النبى محمد عليه الصلاة والسلام.



وحياتها، مما يجعلنا نؤمن بوجود التزام المشرع بالنزول على مقتضياتها عند سن تشريعاته، وتكون هذه المقاصد مع مبادئ الشريعة الإسلامية المعين والمصدر الموضوعي للرئيسي للتشريع، بل ومصدراً رسمياً للقانون باعتبارها من المبادئ القانونية العامة، إذا تحقق بشأنها شرطي قطعنة الثبوت وقطعية الدلالة، على نحو ما سنوضحه في الفصل التالي.

## الفصل الثالث

### أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون

لا شك أن قراءة نص المادة الثانية من الدستور والتي تنص في فقرتها الأخيرة بأن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، يعطى للوهلة الأولى الانطباع بأن المشرع اعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً رئيسياً للتشريع بل والمصدر الموضوعي الرئيسي له، ويدل على ذلك أن المشرع الدستوري اعتبر مبادئ الشريعة مصدراً للتشريع وليس للقانون، فإذا كان التشريع ذاته هو أحد المصادر الرسمية للقانون، فإن دلالة النص المشار إليه تعني إذن أن الشريعة الإسلامية مصدر موضوعي للتشريع، وليست مصدراً رسمياً للقانون.

وهنا يثور التساؤل عن أوجه الاختلاف بين المصادر الموضوعية للتشريع والمصادر الرسمية للقانون والمميز الحقيقي بينهما، وهل يمكن للمصدر الموضوعي أن يكون مصدراً رسمياً أم لا؟.

في الواقع من الملاحظ أن المصادر الموضوعية للتشريع من الجائز جداً أن تتحول إلى مصادر رسمية للقانون، فالمصادر الموضوعية كحقائق كامنة في ضمير الجماعة، من الممكن في كثير من الأحوال أن تكون قابلة للتطبيق المباشر كقواعد قانونية عامة مجردة، وكل ما ينقصها أن يتوافر فيها عنصر الإلزام، وهو ما يتحقق إذا أخذ المشرع بهذه الحقائق وأتم صياغتها صياغة قانونية أو بالأحرى قام بتقنينها، ومن ثم حولها إلى قواعد تشريعية، كما أنها تتحقق كذلك إذا أقر القضاء باعتبارها من المبادئ العامة للقانون وكشف عن استقرارها في ضمير الجماعة باعتبارها قواعد قانونية أساسية تعكس مقومات المجتمع العليا، أو على الأقل باعتبارها قواعد عرفية ملزمة لمن تعارف عليها من أفراد أو سلطات في المجتمع.

وعليه فإن المصادر الموضوعية تتحول إلى مصادر رسمية إذا توافر لها عنصر الإلزام إما عن طريق المشرع (التشريع) من خلال عملية التقنين أو العرف (القواعد العرفية) أو القضاء (المبادئ العامة للقانون)، ومن ثم فإنه إذا توافر عنصر الإلزام فى بعض الأحكام أو القواعد التى تندرج فى مندرج المصادر الموضوعية، تعين الاعتراف لها بصفة المصدر الرسمى. وبالتالى نتناول بالدراسة فيما يلى مدى تمتع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية بالقوة الإلزامية مثل القواعد القانونية، ومدى قابلية هذه القواعد للتقنين.

### المبحث الأول

#### التزام السلطات العامة

#### بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية

إذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر الموضوعية باعتراف المشرع الدستورى، فهل هى مصادر رسمية كذلك وفقاً للمستور المصرى؟ وهل يمكن لبعض المبادئ أو القواعد أو الأحكام أن تكون مصدراً موضوعياً للتشريع ومصدراً رسمياً للقانون فى نفس الوقت؟

نبدأ بالإجابة على السؤال الأخير فنشير إلى أن المشرع له حرية تقدير واسعة فى اختيار المصادر الموضوعية التى يستلهم منها ما يسنه من تشريعات وذلك كقاعدة عامة، ما لم يتدخل المشرع الدستورى ويقيد هذه الحرية بما يراه لازماً من قيود تحقيقاً للصالح العام، وهو ما قرره المشرع الدستورى فى مصر فى المادة الثانية المشار إليها.

واختيار المشرع للمصادر الموضوعية للتشريع لا يعنى أنه لا يستطيع الالتجاء للمصادر الرسمية للقانون - خلاف التشريع - فمن الثابت أن المشرع فى كثير من الأحيان يستقى ما يسنه من تشريعات من القواعد العرفية السارية فى المجتمع، وفى هذه الحالة فإن المشرع يرتقى بهذه القواعد العرفية ويحولها

إلى قواعد تشريعية، تتمتع بالتالي بقوة القانون فلا يجوز لعرف لاحق أن ينسخها وفقاً لمقتضيات مبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية.

وكذلك الحال بالنسبة للمبادئ العامة للقانون، فإن المشرع - بل من الواجب عليه - أن يستقي منها ويستلهم من أحكامها قواعد التشريع، فإن فعل ذلك فلا تتور أننى مشكلة بصدد تدرج القواعد القانونية، حيث أن التشريع فى هذه الحالة لم يخالف تلك المبادئ، أما إذا فعل عكس ذلك فإن ما يسنه من تشريعات مخالفة للمبادئ العامة للقانون تكون باطلة لمخالفتها مبدأ المشروعية ومقتضيات تدرج القواعد القانونية، حيث تتمتع المبادئ العامة للقانون وفقاً للرأى الراجح لدينا بقوة إلزامية أعلى من قوة القانون على نحو ما أشرنا إليه سلفاً.

المهم إذن أن استلهم المشرع لأحد المبادئ أو الأحكام لا يعنى أن هذا المبدأ أو الحكم إنما هو من المصادر الموضوعية فقط، إذ أن ذلك لا ينفى - وإن لم يؤكد فى ذات الوقت - أن هذا المبدأ أو الحكم هو فى الأصل من المصادر الرسمية للقانون، إذ يلزم ليكون كذلك أن يتوافر بشأنه من الأصل عنصر الإلزام.

وهنا نعود للسؤال الأساسى: هل يتوافر عنصر الإلزام فى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية؟ وهنا لا نتردد فى الإجابة بنعم، وهو ما يؤدى بنا إلى الاعتراف لمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها القطعية على نحو ما سبق تحديده بقوة إلزامية ذاتية وفقاً للدستور فى مصر.

وقبل أن نبرر ذلك، نشير إلى أن المشرع الدستورى فى مصر يعترف صراحة بصدد بعض الموضوعات، بأن الشريعة الإسلامية تعد مصدراً رسمياً بل ويتمتع بقوة إلزامية أعلى من القانون، إذا اتصلت بهذه الموضوعات، وهو الأمر الذى يستفاد من نص المادة ١١ من دستور ١٩٧١ والتى تقضى بأن "تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها فى المجتمع

ومسئولاتها بالرجل فى ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية، دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية"، بما يعنى أن الدولة بسلطاتها الثلاثة لا تستطيع أن تخرج على أحكام الشريعة الإسلامية القطعية فى الموضوعات المشار إليها فى هذا النص، وإلا كان عملها المخالف - سواء كان تشريعاً أو عملاً إدارياً أو حكماً قضائياً - باطلاً لمخالفة الدستور بسبب الإخلال بأحكام الشريعة الإسلامية التى تتمتع فى هذه الحالة بقوة إلزامية أعلى من القانون إذا اتصلت بتلك الموضوعات.

إذن فليس غريباً أن تكون أحكام الشريعة مصدراً رسمياً للقانون، وفى ذات الوقت تكون المصدر الموضوعى الرئيسى للتشريع وفقاً لأحكام الدستور. ولا ريب فى أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية يتوافر بشأنها خصائص القاعدة القانونية القابلة للتطبيق المباشر، فهى فى جملتها أحكام محددة منصوص عليها فى القرآن والسنة، وهى لا تحتمل التأويل أو التفسيرات المتناقضة، بل ولا تحتاج إلى تفسير على الإطلاق، لأن الفاظها فى غاية الوضوح لا يعترضها غموض أو إبهام<sup>(١)</sup>، فغالبيتها العظمى وردت فى آيات محكمة من القرآن، فتعد كما أوضحنا سلفاً من "أم الكتاب"، فإذا تم فهمها فى صورتها الحقيقية البسيطة الميسرة، فإنها فى واقع الأمر إنما تتمثل فى مجموعة من الأوامر والنواهي الواردة فى عبارات جلية واضحة فى القرآن والسنة الصحيحة، يسهل فهمها والاهتداء بها والالتزام بتطبيقها، أما ذلك البنين الهائل من الاستنتاجات والاستدلالات والاستنباطات والتأويلات المختلفة بل والمتناقضة أحياناً، التى استحدثها العلماء والمدارس الفقهية المتنوعة منذ أكثر من ألف عام مضى، فهى جميعاً من ثمرات الاجتهاد الذى تأثر بالأحوال السائدة

(١) محمد أسد: المرجع السابق - ص ٣٥.

في أزمنة تختلف كل الاختلاف عن زماننا الحالي، ومن ثم فإنها لا يمكن أن تتلاءم مع حاجات العصر ومقتضياته<sup>(١)</sup>.

أما مبادئ ومقاصد الشريعة الإسلامية فهي ولئن تمتعت بصفة الإلزام تجاه المشرع وفقاً لنص المادة الثمانية من الدستور، إلا أن ذلك لا ينفي صفتها الإلزامية تجاه القاضى أيضاً بوصفها من المبادئ العامة للقانون، فبالإضافة إلى ما سبق وذكرناه في التمهيد لهذا الباب، من تأصل إيمان المسلمين وشعورهم الأكيد بأن المسلم إذا لم يتبع الشريعة الإسلامية، كان إدعاؤه الإسلام باطلاً لا معنى له، إذ الإسلام لا يقبل أبداً أن يعلن الإنسان إيمانه بالله رب العالمين، ثم يخالف ما أمر به الله في شأن تصريف أمور حياته، وهو ما يؤكد تماماً توافق

(١) ولذلك فإننا نؤيد بالافتتاح تام ما نادى به بعض فقهاء الشريعة و علماء الدين من العودة بالشريعة الإسلامية إلى أصلها الطبيعي الخالي من كل إضافة، أي إلى نصوص القرآن والسنة وحدها، تلك النصوص الظاهرة التي لا يشوبها غموض، فهي الطريقة الوحيدة أمام المسلمين ليستردوا من جديد ذلك الفهم المستنير للفكرة الإسلامية، ويتخلصوا من هذا الجمود الثقافي والاحتياط الفكري اللذين أصابهم، ويطرحوا جانباً هذا الأسلوب الألي في التفكير الديني الذي ألحق بهم أذى وأفدح الكوارث، وأن يجعلوا من الشريعة نظاماً حياً فعالاً للدولة الإسلامية.

ولا يخفى على أحد في هذا الصدد أن العودة بالفكر الإسلامي إلى ما كان عليه من انطلاق ومرونة، سوف يكون عملاً شاقاً مولماً لكثيرين من أمتنا، لأن ذلك العمل سيتطلب تغييراً جذرياً في كثير من أساليب التفكير التي أعتاد عليها المسلمون خلال عصور التاريخ، ويتطلب نبذ أو تغيير الكثير من العادات والأعراف الاجتماعية التي اكتسبت طابع "القدامة" على مر السنين، ويتطلب أيضاً التخلي عن الاعتقاد الساذج بأن كل صغيرة وكبيرة قد بت فيها نهائياً في هذا المؤلف أو ذاك من مؤلفات الفقهاء المعتمدين. إن هذه الوسيلة الوحيدة التي سيصعد بها المسلمون في معارج الرقي والسير نحو أفق جديدة مشرقة لم تطرق من قبل، ومستقبل العالم الإسلامي يتطلب منا ألا نسمح مطلقاً لهؤلاء الذين اصطنعوا من انقيادهم الأعمى لأراء الفقهاء الكبار المقدمين نوعاً من الحقوق المكتسبة اختصوا بها من دون الناس، وصوروا تهديدهم للبحث العلمي في المشاكل الفكرية والاجتماعية، وقصر باعهم فيها على أنه فضيلة يتخبرون بها ويحتزون، أن يعوقوا التقدم نحو العمل على رفعة الإسلام ولا شئ غير الإسلام.

راجع محمد أسد: المرجع السابق - ص ١٧٤ : ١٨٩.

عنصر الإلزام لدى المسلمين كإفراد يعيشون في مجتمع ما، فإن عنصر الإلزام يتوافر كذلك بالنسبة للسلطات العامة في الدولة.

فمن الثابت أنه وفقاً للتحديد الذي أجرى على المادة الثانية من دستور ١٩٧١، حيث أصبحت "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، فإن المشرع في مصر أصبح ملتزماً باتباع أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يسنه من تشريعات<sup>(١)</sup>.

فالق واضح أن وصف مبادئ الشريعة بالمصدر الرئيسي، هو تأكيد - أو على الأقل اعتراف - بأن هذه المبادئ قد غدت ملزمة للمشرع، بحيث لم يعد حراً في الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم، ومن ثم يجب على التشريع أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا عد مخالفاً

(١) ومن الجدير بالإشارة أن بعض الدول ممن تنص دستورها على أن مبادئ الشريعة الإسلامية "مصدر رئيسي للتشريع" وليس "المصدر الرئيسي للتشريع" قد رتب فيها المشرع صراحة هذا الأثر القانوني الخطير، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة، تنص المادة السابعة من دستور ١٩٧١ الحالي بها على أن "الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه..."، ورغم أن النص - في تقديرنا - وإن كان يحمل التوجيه إلى المشرع باستلزام أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا يمنع - أي المشرع - من استحداث تشريعات من مصادر أخرى. ومع ذلك فإن المشرع في دولة الإمارات رأى أن النص يعني الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم لم يتردد في النص في القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية العليا - والتي تمثل قمة القضاء هناك وتختص بممارسة ولاية الرقابة على دستورية القوانين -، على أن "تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين الاتحادية وغيرها من القوانين المعمول بها في الإمارات الأعضاء في الاتحاد المتفقة مع الشريعة الإسلامية، كما تطبق ما لا يتعارض مع أحكام تلك الشريعة من قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والقانون المقارن"، ومن الجلي وفقاً لهذا النص أن المشرع يعترف بأن أحكام الشريعة الإسلامية هي مصدر رسمي للقانون، وهي مصدر مستقل للقانون، وهي في تدرج القواعد القانونية تحتل مرتبة أسمي من القوانين الاتحادية والمحلية حيث يلزم أن تكون "متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية"، ثم يلي القوانين قواعد العرف ومبادئ القانون الطبيعي والقانون المقارن بشرط "الإلتزام مع أحكام تلك الشريعة".

للدستور. وفي هذا الصدد لا مجال للظن بأن النص الدستوري قد ورد مورد الإرشاد والتوجيه، وأنه لم يقصد به الإلزام والوجوب، فهذا الظن ينفيه من جهة أن نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل إلا بقراءة، كما أن عبارة النص وسياقه من جهة أخرى يقطعان الطريق على مثل هذه المحاولة<sup>(١)</sup>.

ومما لا سبيل إلى الريب فيه، أن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع سواء تمثل في السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية، فلقد جرى العرف - فيما جرت عليه لغة رجال القانون - أن كلمة "التشريع" حين تذكر دون وصف آخر إنما تعنى التشريع الصادر من السلطة التشريعية، أى القوانين العادية<sup>(٢)</sup>. ولما كانت التشريعات الفرعية أو بالأحرى اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية هي في مرتبة أدنى من مرتبة القانون في تدرج القواعد القانونية، أو على الأكثر لها قوة القانون إذا صدرت إبان قيام حالة الضرورة، فإنه بمقتضى تدرج القواعد القانونية ونتائجها، تلتزم السلطة اللانحبة بأحكام الشريعة الإسلامية التزامها بأحكام الدستور والقوانين.

ووفقاً لما تقدم اضطررنا قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل، فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها

(١) الأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق- ص ٢٩.

(٢) الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... سلف الذكر - ص ٢٣. وهو يرى أن نص المادة الثانية من الدستور، بعد بمثابة خطوة تمهيدية للنص مستقبلاً على أن تكون الشريعة مصدراً رئيسياً للدستور نزولاً على مقتضيات بل ضرورات التنسيق والانسجام بين التشريع الأساسى للدولة (وهو الدستور) والتشريعات العادية (القوانين).



ممتعاً لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا ... وتتصب ولاية المحكمة الدستورية العليا على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهيراً وإتكاراً لما علم من الدين بالضرورة، ولا ينطبق ذلك على الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو دلالتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها ... على أن يكون الاجتهاد دوماً ... كإفلا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال»<sup>(١)</sup>.

ومن ناحية أخرى، فإن الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ليس مفروضاً على المشرع وحده، ولكنه مفروض على القاضى أيضاً<sup>(٢)</sup>. فإذا كان القاضى يلتزم أصلاً بإرادة المشرع وهى إرادة بدورها ملازمة بتقابع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، فمن باب أولى يكون القاضى كذلك. يؤكد ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية - فى تقديرنا - هى من المبادئ العامة للقانون فى مصر، ومن ثم فهى من مصادر القانون الملازمة للقاضى، خاصة وأن دور القاضى فى الكشف عنها أمر جلى، مما جعل القضاء مصدراً للقانون بما يقره من تلك المبادئ.

وقد أشارت المحكمة العليا إلى ذلك بطريق غير مباشر فى حكمها الصادر أول مارس ١٩٧٥، حيث قضت بأنه ".... متى اقتضت موجبات النظام العام فى البلاد والذى يستمد حدوده أساساً من الشريعة الإسلامية حظر المحفل

(١) حكمها فى ٢٠٠٧/٧/١ القضية ٧٠ لسنة ٢٢ق. دستورية، المجموعة الجزء (١٢) المجلد الأول ص ٥٨٠.

(٢) الأستاذ الدكتور سمير تناعو: المرجع السابق - ص ٢٦٢.

البيهانية ووقف نشاطها، فلا تتريب على هذا الحظر ولا تتأخر بينه وبين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان"<sup>(١)</sup>.

وتعترف المحكمة العليا بما لمبادئ الشريعة الإسلامية من قوة إلزامية تجاه المشرع حيث تقول أن "الشارع - بما له من سلطان - أن يجمع الناس على رأى واحد ... كى ينزل الجميع على حكمه ويأثم من يخالفه، لأن طاعة ولى الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية ..."<sup>(٢)</sup>.

بيد أن المحكمة الدستورية العليا فى تحديدها لمدى التزام المشرع بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، قضت بأن "سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠، أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تخرج - فى الوقت ذاته - عن الضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية ... لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حوزة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك فلا يتأتى انفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أى فى وقت لم يكن

(١) حكمها فى الدعوى رقم ٧ لسنة ٢٢ ق على دستورية، المجموعة - القسم الأول - ص ٢٢٨.

(٢) حكمها فى ١٩٧٦/٧/٣ فى الدعوى ١٠ لسنة ٥ ق على دستورية، المجموعة - القسم الأول - ص ٤٣٢.

التقيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا التقيد، وهو مناط الرقابة الدستورية....<sup>(١)</sup>

وبذلك تكون المحكمة الدستورية العليا قد اعترفت بأن تعديل المادة الثانية من الدستور لتكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، من شأنه تحويل هذه الشريعة إلى مصدر رسمي ملزم للمشرع اعتباراً من تاريخ التعديل، وهي - أي المحكمة - بالحرص على تأكيد التزام المشرع في الوقت ذاته بالضوابط والتقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية، تكون قد اعترفت لمبادئ الشريعة الإسلامية بقوة إلزامية تعلق القوانين وإن لم تصل إلى مرتبة الدستور، وهو ما يتفق مع ما نراه من اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية من المبادئ العامة للقانون، التي تحتل مرتبة تعلق القوانين في تدرج القواعد القانونية وإن لم تصل إلى قوة الدستور.

وتبريراً لقتصر التزام المشرع فيما يقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة على التشريعات الصادرة بعد تعديل نص المادة الثانية من الدستور عام ١٩٨٠، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدستور اعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية "أصلاً يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودون ما إخلال بالضوابط الأخرى التي فرضها الدستور على السلطة التشريعية وقيدتها بمراعاتها والنزول عليها في ممارستها لاختصاصاتها الدستورية، ولما كان المقرر كذلك أن كل مصدر تُرد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقاً في وجوده على هذه النصوص ذاتها، فإن مرجعية

(١) حكمها في ١٩٨٥/٥/٤ في الدعوى ٢٠ لسنة ١٩٨٥ دستورية و٧ لسنة ٩ ق عليا دستورية، الجريدة الرسمية العدد ٢٠ في ١٦ مايو ١٩٨٥ - ص ٩٩٧ و٩٩٨، وقد تكرر هذا القضاء في جميع أحكام المحكمة اللاحقة المتصلة بهذه المسألة، مما جعله قضاءً مستقراً جرى عليه العمل.

مبادئ الشريعة الإسلامية التي أقامها الدستور معياراً للقياس في مجال الشرعية الدستورية، تفترض لزوماً أن تكون النصوص التشريعية المدعى إخلالها بمبادئ الشريعة الإسلامية - وتراقبها هذه المحكمة - صادرة بعد نشوء قيد المادة الثانية من الدستور التي تقاس على مقتضاه، بما مؤداه: أن الدستور قصد بإقرار هذا القيد أن يكون مدهاً من حيث الزمان منصرفاً إلى فئة من النصوص التشريعية دون سواها، هي تلك الصادرة بعد نفاذ التعديل الذي أدخله الدستور على مادته الثغنية، بحيث إذا انطوى نص منها على حكم يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، ولما كان هذا القيد هو مناط الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فإن النصوص التشريعية الصادرة قبل نفاذه تظل بمنأى عن الخضوع لحكمه<sup>(١)</sup>.

غير أننا نرى أنه كان يتعين نفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية على الفور بأثر مباشر على كافة التشريعات السابقة واللاحقة على تعديل نص المادة الثانية، بمعنى أن يكون للقضاء أن يحكم بعدم مشروعية أو دستورية القوانين التي تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية القطعية باعتبارها قواعد قانونية واجبة النفاذ والإعمال بذاتها فوراً، حتى ولو كانت هذه القوانين سابقة النفاذ والسريان على التعديل المشار إليه، وهو ما يؤدي إلى نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ.

وفي ذلك فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه، وما اعتقده للقضاء الإداري والدستوري في مصر، تأييداً لما جاء في الأعمال التحضيرية لمشروع تعديل المادة الثانية من الدستور المشار إليها، من أنه لا يمكن إعمال

(١) حكمها في ٢٠٠٧/٧/١ للقضية ٢٦ لسنة ٢٢٢ق. دستورية، المجموعة الجزء (١٢) المجلد الأول ص ٥٧٢.

القيد الذي استحدثه المشرع إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة<sup>(١)</sup>.

وخلاصة هذا الاتجاه الذي نعارضه أنه يستند إلى حجج ثلاثة:

١- أن المشرع الدستوري لو أراد اعتبار هذه التشريعات القائمة وقت التعديل باطلة أو ملغاة إذا كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية لنص على ذلك صراحة، لأن تفسيراً له مثل هذه الخطورة ينطوي على مثل هذه الهزة العنيفة لكيان وبنیان النظام التشريعي للبلاد، لا يكفي فيه بمثل هذا النص تحيظ بتفسيره ومدلوله - فيما يتعلق بالتشريعات السابقة - شائبة الغموض.

وواقع أن مسألة نفاذ القواعد القانونية والأثر المباشر لها وحل التعارض بينها، هي مسألة علمية لا تتوقف على إرادة المشرع، وليس له أن يتدخل بشأنها إلا استثناءً، وإنما يختص بذلك علم القانون حيث يتولى الفقه والقضاء تحديدها على أسس علمية متفق عليها.

أما التخوف مما قد يحدثه ذلك من هزة عنيفة لكيان وبنیان النظام التشريعي للبلاد، أو نتائج عملية على درجة كبيرة من الخطورة، أو - كما أشارت المحكمة الإدارية العليا - تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة، فكل ذلك وهم لا يقوم عليه دليل، إن لم يكن قد ثبت عكسه حيث تعالت

(١) من مؤيدي هذا الرأي في الفقه: الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى: الشريعة الإسلامية ... سالف الذكر ص ٢١، ٢٢. والأستاذ الدكتور عوض محمد عوض: المرجع السابق

- ص ٢١، ٢٨.

وفي القضاء الإداري راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٢/٤/٣ سالف الإشارة حيث قضت بأنه "إلى أن ينبثق النظام التشريعي الكامل (المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية) ويستكمل قوته الملزمة فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة، بحيث يتعين على المحاكم تطبيقها توصلاً للفصل في المنازعات التي ترفع إليها ...".

وفي القضاء الدستوري راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الإشارة.

الأصوات منذرة بالسوء والاضطراب نتيجة عدم إعمال ونفاذ الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية على الفور كأثر مباشر.

ب- إن التفسير الذى نطالب به يتعارض مع روح التشريع الإسلامى التى تتطلب اتباع روح الاعتدال وسنة التدرج ومراعاة مبادئ المصلحة والضرورة ونفى الحرج .

وإننا لتعجب لهذه الحجة، أليس من شأن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية على الفور، الأخذ بهذه المبادئ التى يشير إليها هذا الوجه من النقد، والعكس صحيح. ومن ناحية أخرى فإن الاستثناء من القواعد العامة فى الظروف القهرية، هو أمر لا ينكره قانون فى العالم، والقرآن الكريم نفسه يشير إلى العديد من الأمثلة لذلك، ومنها استقر الفقهاء على مبادئ "الضرورات تبيح المحظورات"، "المشقة تجلب التيسير"، وغيرها من المبادئ التى تضمن التطبيق الصحيح لقواعد الشريعة الغراء.

يضاف إلى ذلك أنه إذا تقاعس المشرع عن تنقيح التشريعات المسابقة مما يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، أداء لواجبه وتقديراً لمسئولياته، فإن السبيل الوحيد للوصول إلى بطلان التشريعات المخالفة لهذه المبادئ سيكون القضاء، وهو طريق يتسم بطبيعته بالبطء ويضمن التروى والتدبر وتقدير الأمور فى الغاء التشريعات المخالفة لمبادئ الشريعة، بحيث لا يلغى منها إلا ما تبغ فى تعارضها مع أحكام الشريعة مبلغاً يستحيل معه الجمع بينهما، وهو ما من شأنه تحقيق روح الاعتدال وسنة التدرج دون إخلال بروح الشريعة الإسلامية السمحاء.

ج- ترى المحكمة الإدارية العليا فى تأييدها لعدم نفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية على التشريعات المسابقة، أنه لو قيل بغير ذلك ... فإن من شأنه "المساس بأحد المبادئ الأصلية وهو مبدأ الفصل بين السلطات"<sup>(١)</sup>.

(١) راجع حكمها فى ١٩٨٢/٤/٣ سالف الإشارة.

والحقيقة أننا لا نرى مبرراً لإقحام مبدأ الفصل بين السلطات في هذا الصدد، فما هي السلطات التي تشير إليها المحكمة في هذا الموضوع؟ الغالب أنها تقصد أنه لا يجوز للمحاكم أو بالأحرى للسلطة القضائية أن تمتنع عن تطبيق التشريعات الصابقة بحجة عدم دستوريته لمخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية. وهي - أي المحكمة - تعود إلى حجج قديمة مستهلكة، انتهى البحث فيها إلى عدم صحتها، وهي مسألة مدى تأثير مبدأ الفصل بين السلطات بتقرير سلطة القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، حيث أن القضاء استقر تماماً منذ زمن بعيد في مصر على أن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق القضاء ليس من شأنه المماس بمبدأ الفصل بين السلطات، ومؤلفات القانون العام والقانون الدستوري على الأخص زاخرة بالأبحاث القيمة في هذا الشأن مما يجعل معاودة البحث في هذه المسألة وإثباتها أو إثبات عكسها مضيعة للجهد والوقت لا طائل من وراءهما.

نخلص مما تقدم إلى أنه اعتباراً من تاريخ التعديل الدستوري للمادة الثانية من الدستور الحالي في مصر، في مايو ١٩٨٠، حيث أصبحت هذه المادة تقضى بأن "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، فإن مبادئ الشريعة الغراء قد أضحت مصدراً رسمياً للقانون في مصر باعتبارها من المبادئ العامة للقانون الكامنة والمستقرة في ضمير ووجدان المجتمع المصري، وأنها بهذه الصفة تتمتع بقوة إلزامية تعلق التشريع في تدرج القواعد القانونية، وإن لم تصل إلى مرتبة الدستور، مع مراعاة أن مبادئ الشريعة الإسلامية لها الأولوية على غيرها من المبادئ العامة للقانون وذلك وفقاً لنص المادة الثانية المشار إليها.

ويترتب على ذلك أن كافة التشريعات اللاحقة لا يجوز لها مخالفة هذه المبادئ وإلا كتبت باطله لمخالفتها المبادئ العامة للقانون بطريق مباشر، وللدستور بطريق غير مباشر.

أما التشريعات السابقة أو بالأحرى القائمة أو المسارية وقت تعديل الدستور فهي إما أن تكون متفقة تماماً مع أحكام الشريعة الإسلامية ومستمدة من مبادئها، وإما أن تكون مخالفة لهذه المبادئ صراحة، وإما أن تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ولكنها غير مستمدة من مبادئها.

فبالنسبة للتشريعات المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية والمتفقة مع أحكامها مثل معظم قوانين الأحوال الشخصية، فلا شك في أنها تظل مسارية ما لم يتجه المشرع إلى تعديلها في حدود مبادئ الشريعة الإسلامية لاعتبارات أخرى.

وفيما يتعلق بالتشريعات المخالفة صراحة لمبادئ الشريعة الإسلامية، والتي لا يمكن الجمع بينهما في التطبيق وفقاً لقواعد التفسير، فمما لا ريب فيه عندنا أن هذه التشريعات تعد باطلة من تاريخ سريان التعديل الدستوري للمادة الثانية من الدستور المشار إليها، وهي عموماً قلة من التشريعات والنصوص المتناثرة والتي تخالف صراحة الأحكام القطعية في القرآن والسنة.

أما عن التشريعات التي ولئن كانت غير مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية إلا أنها ليست مخالفة لأحكامها، وهي الأغلبية الساحقة من التشريعات النافذة والمسارية حالياً، فلا شك في استمرار سريانها وعدم جواز القول ببطلانها، إذ أن عدم استناد بعض التشريعات لأحكام الشريعة الإسلامية، واستنادها إلى مصادر أخرى غيرها لا يصلح في ذاته سبباً لإبطالها، لأن مناط البطلان أو التعديل هو تعارض أحكام التشريعات النافذة مع مبادئ الشريعة، وليس مجرد انتمائها إلى مصدر آخر.

فالشريعة الإسلامية كما جاءت في القرآن والسنة الصحيحة لا تستطيع بطبيعتها المختصرة أن تقدم لنا كل ما نحتاج إليه من الإجراءات اللازمة لإدارة شؤون المجتمع، فهي لا ترمي إلى تقديم أحكام مفصلة لكل ما يطرأ من أمور الحياة ومشاكلها، ولم يقصد منها في الأصل تأدية هذا الغرض، ولهذا فإن



الإسلام يعطينا الحق في سن التشريعات فيما لم يرد فيه حكم صريح من الله ورسوله، وصدق الله العظيم إذ يقول "لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً" المائدة: آية ٤٨، ولذلك فإن حقنا في الاجتهاد المستقل على ضوء القرآن والم سنة ليس مسموحاً به فحسب، بل نحن منتدبون لأدائه في كل الأمور التي سكنت عنها الشريعة فلم تسن لها أية أحكام، إذ أن هذا السكوت دليل في حد ذاته على واجبنا في الاجتهاد عن طريق التحليل العقلي المستقل، ولكن على أن تراعى في التشريعات التي نضعها روح الإسلام وغاياته، وبالطبع عدم مخالفة نصوص الشريعة أو روحها، وفي ذلك يحذرنا الله تعالى بقوله: "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذ قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم" الأحزاب: آية ٣٦.

وفي هذا الصدد فإنه نرفض الاتجاه الذي يذهب إلى أن "كل ما يصدر من أعمال من قبل أية حكومة تقوم على أساس شرعة أخرى غير شرعة الله وقانونه الذي جاء به الأنبياء من لدن رب الكون وإلهه باطل لا قيمة له ولا وزن"<sup>(١)</sup>، بزعم أن الله سبحانه وتعالى "لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله، أو أن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله ... فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم الله ... وهو ضال لا يعرف الإيمان لقلبه سيلاً"<sup>(٢)</sup>.

فهذا الاتجاه يتأسس - فيما يبدو - على ما يراه جمهور الفقهاء من أن الشريعة الإسلامية على درجة من المرونة تجعلها كفيلاً بتقرير حكم لكل واقعة تطرأ، فهي تتسع لكل جوانب الحياة، فلا تقتصر على كليات الحياة فحسب، بل تتناول جزئياتها أيضاً، بحيث تغنى من يلجأ إليها عن تلمس الحكم فيما عداها.

(١) أبو الأعلى المودودي: المرجع السابق - ص ٢٤.

(٢) عبد القادر عودة: المرجع السابق - ص ٥٦، ٥٧.

كما يستند هذا الاتجاه إلى قوله تعالى: "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون" المائدة: ٤٤، "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون" المائدة: ٤٥، "ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون" المائدة: ٤٧، وكذلك قوله سبحانه وتعالى "وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضلّ ضلالاً مبيناً" الأحزاب: ٣٦، وهو استناد غير سائغ فالعصيان هنا يفترض أولاً أن يكون هناك أمر الهى، أى حكم قطعى الثبوت والدلالة يعصاه المؤمن، فإن لم يوجد مثل هذا الأمر فلا محل للعصيان.

والواقع أن تفسير النصوص الأخرى المتعلقة بعدم جواز الحكم بغير ما أنزل الله، فيه تجاوز كبير لمندلول هذه النصوص، فالواضح الجلى فيها أنها تقتضى أولاً أن الله سبحانه وتعالى قد أنزل حكمة فى شأن من الشئون، أو قضى أمراً هو أو رسوله الكريم، وفى مثل هذه الأحوال لا يجوز الحكم فى هذا الشأن بغير ما أنزل الله وما قضى فيه هو أو الرسول عليه الصلاة والسلام. وهذا المعنى يختلف تماماً عن القول بعدم جواز الحكم بغير ما أنزل الله (أو قضى به رسوله) فى كافة شئون الحياة، فلو أراد الله عز وجل هذا المعنى لكان قوله على نحو آخر كما لو قيل "ومن حكم بغير ما أنزل الله..."، كما أن النص للقرآن بالطاعة الواجبة لأولى الأمر إلى جانب طاعة الله وطاعة الرسول سيكون لغواً - والعياذ بالله - وفقاً لهذا التفسير.

والشريعة الإسلامية كما سبق وأوضحنا مراراً لم يقصد منها على الإطلاق أن تتعرض لكل صغيرة وكبيرة من شئون الحياة ومشاكلها، فقد رسمت الشريعة حدود الدائرة التى تتطور فى رحابها حياة الأمة الإسلامية، ثم جاء الشارع فشق منهاجاً (أى طريقاً مفتوحاً) فى داخل الدائرة يتيح لنا حرية سن القوانين الملزمة للزمن كيما نعالج به طوارئ الحياة التى سكتت عنها

نصوص القرآن والسنة عامدة<sup>(١)</sup>. فإذا فهمنا ذلك أدركنا عظمة الشريعة الإسلامية الغراء التي تترك لنا المجال الرحب كي نمارس فيه اجتهادنا المستقل لنبرهن من خلاله على حيوية الإسلام وتطوره المستمر وصلاحيته لكل زمان ومكان.

وفي هذا المجال فإننا نأمل من كل مسلم أن يؤد واجبه في فهم الشريعة الإسلامية على وجهها الصحيح وتنفيذها على أكمل وجه، وما عليه وهو يؤدي واجبه مما يقوله أو يفعله الجاهلون، ما دام على بينة من دينه، وعلى يقين من أمر ربه، وصدق الله العظيم إذ يقول "يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم" سورة المائدة: آية رقم ١٠٥.

### المبحث الثاني

#### الالتزام بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية

أشرنا من قبل إلى التقنين وأوضحنا أن الشريعة والقانون ظاهرتان متلازمتان غير متفارقتين، وبيننا أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية والتشريع الذي تسنه السلطة التشريعية كلاهما يقبل التقنين كنظام يضبط علاقات الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين ولاة الأمر أى السلطات العامة فى الدولة.

وكما قلنا فإن للتقنين معنيان وإن كنا متكاملان، فهو من ناحية يطلق على كل تشريع عام يتضمن جميع النصوص القانونية التى تنظم فرعاً بأكمله من فروع القانون أو مسألة من المسائل القانونية الكبرى فى مجال العلاقات الاجتماعية، بحيث يمكن العمل بها واتباعها دون أن يكون هناك اختلاف أو تعارض فى الأحكام التى يتضمنها التقنين، ومن ناحية أخرى، يعتبر التقنين من أهم وسائل الصياغة القانونية التى تلجأ إليها الدولة لإلزام كل من فى الدولة من سلطات وأفراد بما فى التقنين من أحكام أو قواعد كمصدر رسمى للقانون،

(١) محمد أسد: المرجع السابق - ص ٢٩.

وذلك من خلال تجميع وتبويب وترتيب القواعد القانونية الحاكمة لفرع من فروع القانون أو أحد موضوعاته بواسطة السلطة المختصة بالتقنين أو بإعداده، وفقاً لخطوة معينة يتحقق عن طريقها التنسيق والتوفيق بين الأصول والفروع، ويزيل احتمال التعارض بين أحكام هذه القواعد القانونية المقننة، مما ييسر على القاضي أو الباحث أو الدارس أمر الرجوع إلى هذه الأحكام للتعرف عليها أو لتطبيقها أو لاتباعها.

وعلى ذلك فقد رأينا أنه لا يجوز على الإطلاق أن يوصف أى تجميع أو تدوين لقواعد أو نصوص قانونية أو شرعية يقوم به أحد الفقهاء أو الهيئات العلمية بأنه تقنين، ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية على نحو ما سبق تحديدها تعيد معنى التشريع فإنها بذلك تكون قابلة للتقنين، بل ويتحتم تقنينها وإلا كانت قابلة للإعمال بذاتها، خلافاً للأحكام الفقهية الاجتهادية التي لا تقبل إلا التدوين وليس التقنين، لأن التقنين يؤدي حتماً إلى قيد الإلزام بالحكم المقنن ومنع الجميع من مخالفته، ولا يمكن تقنين المسائل المختلف فيها بترجيح معنى أو دلالة على دلالة أخرى، ما لم ير ولى الأمر رفع الخلاف فى هذه المسائل الظنية فيكون ما قننه هو الرأى الشرعى المرجح والقانون واجب الاتباع فى هذه المسألة بهدف القضاء على الخلاف بين المجتهدين مما يؤدي فى النهاية إلى التخفيف من غلواء الاختلاف الفقهى والتعصب المذهبى ومن ثم القضاء على الصراعات والفرقة بينهم.

ومن هنا فبئنا ندعو إلى تقنين الشريعة الإسلامية وليس الفقه الإسلامى وليس فى ذلك حظ للشريعة أو إهدار لمكانتها، ومحاولة إكفاء الفتنة بالقول بأنه لا يجوز للشريعة أن تكون رافداً من روافد القانون، هى محاولة فاسدة من الأساس، فالشريعة هى جوهر ومضمون القانون، والقانون هو وسيلة وأداة تطبيق الشريعة إلى جانب القضاء فى العالم المعاصر. وإذا كانت الشريعة هى الماضى والحاضر والمستقبل، فهى الأولى بالتقنين وبذل الجهود لوضعها

موضع التطبيق من خلال التشريع الملزم، أما الفقه فهو الماضي إذا تم تقنينه، وهو تأكيد على قتل باب الاجتهاد وتعطيل لحكم الله وما أنزله على المسلمين من ضرورة أن يكون أمرهم شورى بينهم، إذ لن يكون لنا إلا التقليد بدلاً من الاجتهاد واجترار آراء الفقهاء القدامى حتى ولو تباعدت عن الحياة المعاصرة وسيقتصر الاجتهاد على بسط فكرة أو تبسيط عبارة ومن ثم جمود فقهاء العصر.

صحيح أن فقهاء الإسلام قد خلفوا لنا تراثاً عظيماً من الأحكام الشرعية التي كانت أثراً لاجتهادهم وروعيت فيها مصالح الناس وعرفهم في الوقت الذي استتبطت فيه، ولكن دعونا نسأل كيف نقنن هذه الآراء الفقهية الاجتهادية، هل نقيم التقنين على مذهب واحد كما فعلت الدولة العثمانية في مجلة الأحكام العدلية أم يتم التقنين على المختار من المذاهب كلها، ومن سيختار، وهل سيتم ذلك من بين مذاهب السنة فقط أم الشيعة فقط أم الأباضية وحدها، أليس من شأن ذلك المزيد من التعصب الفقهى بين البلدان الإسلامية؟

في تقديرنا أن الشريعة الإسلامية توحد الشعوب والدول الإسلامية حيث لا خلاف حول أحكامها، بينما الفقه الإسلامى يفرق بينها فهو مصدر للخلاف وربما التعصب، ولذلك فإن التمسك بالشريعة وليس الفقه هو طريق الإبقاء على جوهر الإسلام ومبادئه في المجال التشريعي.

وعليه فإننا نرى أن محل التقنين لا يجوز أبداً أن يكون الفقه الإسلامى وإنما الواجب علينا أن نعمل على تقنين الشريعة الإسلامية، وبعد ذلك سيكون طبيعياً على المشرع أن يستفيد - إذا أراد - من التراث العظيم من الأحكام الشرعية التي خلفها لنا الفقه الإسلامى، وفي كل الأحوال سواء أخذ المشرع بأى منها أم لم يأخذ فإن ما يصدر عنه من تشريعات يمكن أن توصف بأنها تشريع إسلامى مستمد إما من الشريعة الإسلامية بمصدرها الكتاب والمنة أو من الفقه الإسلامى الذى يضم كذلك مصادر الاجتهاد بالرأى، وهى الإجماع

والقياس والمصالح المرسلة والاستحسان والاستصحاب والعرف، ليستنبط منها ما يراه المشرع صواباً ومناسباً لحال الناس وظروفهم دون أن يضاد نصاً أو يخالف معلوماً من الدين بالضرورة.

إن تفتين أحكام الشريعة الإسلامية دون الفقه الإسلامى سيؤدى إلى وجود قانون أعلى فى كل دولة إسلامية يعلو على كافة القوانين الوضعية بما فيها الدستور، ولن يختلف هذا القانون الأعلى من دولة لأخرى، ولسنا فى حاجة إلى تدخل سلطة لإقرارها، ولن تقدر دولة إسلامية على إنكاره أو رفض إعماله، ما دام بعيداً عن اجتهاد البشر، ولذلك ستكون الشريعة الإسلامية حاكمة بحق على حين أن الفقه محكوم، بكل ما يحكم عمل الفقهاء وسلوكهم فى الجماعة، والطاعة الواجبة على المسلم إنما هى طاعة الشريعة وليس طاعة الفقه ورجاله، ولنترك كل ما عدا الشريعة الإسلامية للاجتهاد الفقهي الحر مع احترام الرأى الآخر والامتناع عن تكفيره، فالاجتهاد نعمه فوضها الله إلى جميع المسلمين ولا يعقل أن يخالف بشر حكم الله فى إباحة الاجتهاد مهما كانت العطل لذلك لأنها إهدار لما أنزل الله، فبالقطع تعنى الشورى الاجتهاد وتؤدى إليه حتماً، فالشورى لا تعنى فقط الحاجة إلى آراء من يستشاروا ولكن تعنى كذلك أن يقوم هؤلاء بالاجتهاد فى استخراج الوجه الأصلح للمسألة محل الشورى دون مفاخرة أو مناظرة أو تباهى بما حقق أسلافنا من نتائج، فالعبرة بما نملكه من وسائل للتفكير والإبداع والاجتهاد حتى لا يضيع بذلك أجرنا وعمرنا.

ووفقاً لما تقدم فإن تفتين أحكام الشريعة الإسلامية تعنى صياغة الأحكام القطعية دلالة وثبوتاً فى صورة قواعد عامة ومواد قانونية تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم فى المجتمع، بحيث يسهل الرجوع إليها فى النواحي العملية والعلمية من خلال أنبئية تشريعية ذات صيغ تتسم بالدقة والوضوح يتيسر الإدراك بها ليعلم كل فرد حقوقه وواجباته، وحتى لا يتهم بالخروج على الدين لمجرد عدم العلم بها وخاصة إذا كان الحكم من الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، لأن

عدم العلم بها لا يعنى إنكارها أو تكذيبها، وإنما هو مجرد جهل بها نتيجة الانشغال التام بأمور الحياة.

ومن الغريب واللائق بشدة للانتباه، أننا لم نجد فى دراسات معظم الفقهاء ودعاة الدين الإسلامى المعاصرين، بحثاً يحدد على وجه الدقة واليقين الأحكام القطعية فى الشريعة الإسلامية، أو فقه خاص بهذا الموضوع يكون مكملاً لأبواب الفقه الأخرى التى قتلها المشتغلون بصناعة الاستنباط بحثاً وتمحيصاً، باستثناء قلة من الاجتهادات لا تسمح كقاعدة عامة بإقامة صرح تشريعى متكامل لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أوردها الفقهاء للاحتراز من الوقوع فى المحذور فحسب، مما يدعوننا إلى توجيه النداء للمؤسسات الدينية الإسلامية مثل الأزهر الشريف وهيئة كبار العلماء فيه أو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية أو غيرها للعمل بصورة عاجلة على جمع وتحديد هذه الأحكام القطعية وتوطئة لتقنينها بمعرفة الجهات المختصة.

أما عن تدوين الفقه - وليس تقنينه - فهو يعنى تدوين الرأى الراجح فى أى مذهب بقصد الرجوع إليه لمن يشاء دون إلزام، ولما كانت المذاهب الفقهية - وليس الفرق الإسلامية - تتمثل أساساً فى المذاهب السنية الأربعة، وهى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى جانب المذهب الجعفرى والمذهب الزيدى من مذاهب الشيعة والمذهب الإباضى والمذهب الظاهرى، فالأمثل أن يتم تدوين أحكام كل مذهب منها على حده، فكلها اجتهادات بشرية، وليس هناك مذهب بعينه يمتلك حق الانفراد بالاجتهاد أو إدعاء الصواب فيه دون غيره، فكل المذاهب يجوز الرجوع إليها والأخذ منها، ولا محل عقلاً أو منطقاً للوقوف عند أرجح الأقوال فى مذهب محدد. ومع ذلك يرى اتجاه آخر أنه من الضرورى اعتبار مجموعة المذاهب الاجتهادية كمذهب واحد كبير، وكل مذهب فردى منها يعامل كالأراء والأقوال المختلفة فى المذهب الفردى الواحد، ويهدف هذا الاتجاه إلى تيسير تقنين الفقه وليس فقط تدوينه من خلال ترجيح

علماء الأمة لما يساير ظروف العصر من أحكامها فيختارونها للتقنين في ميدان القضاء والفتيا، وهو ما يعني في تقديرنا تجريد هذه الأحكام من الرداء الديني وتحوله إلى قانون وضعي، ومن ثم لا تكون هذه المذاهب سوى مصدر موضوعي لهذا القانون، وهي ذات النتيجة التي يمكن التوصل إليها بعيداً عن فكرة التقنين.

\* \* \*

محصلة القول مما تقدم من قراءة متأنية للمادة الثانية من الدستور أن أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ليست فقط مصدراً موضوعياً للتشريع، وإنما بلغت كذلك مصدراً رسمياً للقانون وذلك على النحو التالي:

١- أحكام الشريعة الإسلامية الملزمة هي فقط الأحكام القطعية في ثبوتها ودلائها واستناداً إلى طبيعتها الملزمة فإنها تعد مصدراً رسمياً للقانون، وهي في ذلك لا تحتاج إلى مرجعية لتحديد أو لتفسيرها، فهي بطبيعتها قطعية الدلالة وقابلة للإعمال بذاتها، ولكن لأن هذه الأحكام هي صلب الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة، ونزولاً على مقتضى الآية الكريمة الواضحة "أطيعوا الله وأطيعوا الرسول"، وهو أمر صريح للذين آمنوا، فإن واقع الأمر مع صعوبات الحياة المعاصرة يستلزم بالحاح أن يتم تجميع هذه الأحكام القطعية الإلهية في الكتاب والسنة وتقنينها وصياغتها صياغة قانونية بسيطة لضمان علم الكافة بها سواء من الأفراد أم السلطات، وليس للمشرع في تقديرنا أية حرية في تقدير ضرورة تقنين الشريعة الإسلامية وفقاً لما تقدم، والخوف أن يتقاصص المشرع عمداً عن أداء واجبه في هذا، فهو حتى اليوم لم يعدل عديد من القوانين السارية والمتعارضة مع أحكام الشريعة القطعية.

٢- المبادئ والمقاصد التي تحويها الشريعة الإسلامية وتمثل أصولاً وكليات ثابتة وقطعية هي مصدر موضوعي ملزم للمشرع يلتزم بتابعها والنزول على مقتضاها في تشريعاته، إضافة إلى التزام القضاء بتطبيقها في



المنازعات المطروحة أمامه باعتبارها من المبادئ العامة للقانون وخاصة في حالة غياب النصوص التشريعية، ومن ثم تكون واجبة الاتباع كقواعد عدالة وليست قواعد سلوك مثل الأحكام القطعية، ومخالفتها توصم التشريع بعبث الانحراف بالسلطة.

٣- الأحكام الشرعية ظنية الثبوت والدلالة وكذلك الأحكام ظنية الثبوت ولو كانت قطعية للدلالة، تعد مصدراً موضوعياً غير ملزم لولاة الأمر في الدولة من الحكام أو السلطات العامة، سيما السلطتين التشريعية والقضائية، فهي محل لاجتهاد ولي الأمر ويجوز التنازع معه عندما يثور الشك حول مدى التزامه بالمبادئ والمقاصد الشرعية للتشريع الإسلامي، ولكنها تبقى أحكام استرشادية حيث لا اتفاق ولا إجماع بالتالي على ترجيح أى منها لحكم المسألة محل الاجتهاد، أى أنها لم تكن ملزمة أصلاً لجانب أو أكثر من الفقهاء، ومن ثم لا يسوغ أن تكون ملزمة للأفراد أو السلطات.

٤- الأحكام الشرعية قطعية الثبوت ظنية الدلالة هي في الأصل مصدر موضوعي غير ملزم، ولكنها في تقديرنا لها قدر من الإلزام، حيث يعين التقيد بها وإعمالها على نحو ما يراه ولي الأمر بصدد دلالتها ولكن دون مخالفة هذه الدلالات والخروج عنها باختيار دلالة أخرى ما لم تكن متوافقة تماماً مع المبادئ والمقاصد التي يتعين التزامها في التشريع الإسلامي، فإذا كان اجتهاد ولي الأمر في هذا الإطار تعين طاعته نزولاً على أمره سبحانه وتعالى بطاعة أولى الأمر دون أن يخل ذلك بإمكانية التنازع معه في اجتهاده، باعتبارها شريعة محتملة خلافاً للأحكام القطعية ثبوتاً ودلالة والتي تعد شريعة مؤكدة، وعليه لا يسوغ للمقتى أن يقتى بخلاف ما يأمر به ولاة الأمر وذلك في المسائل الاجتهادية المختلف فيها، لأن الحاكم أو القاضى وهم من ولاة الأمر كما قلنا، أمر بما ليس بمعصية ولا مخالف لشرع الله بيقين، ولذلك تكون طاعة الأمر في هذه الحالة واجبة.

٥- من المتطقي بعد ذلك أن يتم النص في الدستور، وليكن في نهاية المادة الثانية منه، أنه "ويعتبر باطلا كل نص تشريعي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية القطعية ثبوتاً ودلالة، ولا يكون البطلان إلا بحكم قضائي بات ونهائي".

ومن شأن هذه الإضافة المقترحة أن تؤكد على أن أحكام الشريعة الإسلامية القطعية باتت مصدراً رسمياً للقانون، وتبقى مبادئ هذه الشريعة ومقاصدها مصدراً موضوعياً للتشريع وملزمة للمشرع باتباعها إذا كانت بنورها قطعية، وبالتالي يحذف كل نص آخر يتعارض مع ما تقدم.



## الباب الثالث

### نتائج تدرج القواعد القانونية

#### و ضمانات تحقيقها

تمهيد:

انتهينا فيما تقدم إلى أن القواعد القانونية تتدرج فيما بينها من حيث قوتها الإلزامية إلى عدة مراتب يعلو بعضها البعض. وقد خلصنا مما سبق إلى تحديد هذه المراتب على النحو التالي:

- ١- في قمة التدرج تأتي القواعد الدستورية.
- ٢- تليها المبادئ العامة للقانون بما تشمله من مبادئ الشريعة الإسلامية والتي لها الأولوية في التطبيق بين هذه المبادئ العامة.
- ٣- ثم القوانين أو القواعد التشريعية التي تمنها السلطة التشريعية ويلحق بها لوائح الضرورة التي تصدر عن السلطة التنفيذية.
- ٤- وبعدها اللوائح الإدارية، أي تلك التي تصدر عن السلطة التنفيذية في الظروف العادية.
- ٥- وأخيراً القواعد العرفية.

وإذا كان مقتضى مبدأ المشروعية هو خضوع الأفراد والسلطات العامة في الدولة لحكم القانون، فإنه عن طريق تدرج القواعد القانونية يمكن ضمان خضوع السلطات العامة للقانون، وهي بدورها - أي تلك السلطات - تضمن خضوع الأفراد لحكم القانون.

فتأسيساً على تدرج القواعد القانونية، تلتزم كل سلطة عامة تقرر أو تنشئ أو تطبق القواعد القانونية، باحترام نتائج هذا التدرج. فالسلطة التشريعية عندما تسن القواعد التشريعية عليها بالالتزام بالقواعد الدستورية والمبادئ العامة للقانون وعدم الخروج عليها، كذلك السلطة التنفيذية عندما تضع اللوائح، سواء

في الظروف العادية أم الظروف الاستثنائية، عليها احترام واتباع أحكام القواعد القانونية التي تلوها سواء كانت قواعد دستورية، أم مبادئ عامة للقانون، أم قواعد تشريعية (إذا كانت هذه اللوائح قد وضعت في الظروف العادية) ..

أما السلطات القضائية فعليها عبء تطبيق هذه القواعد القانونية على ما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها، وهي في هذا الصدد ملزمة بإعمال قواعد التفسير المقررة لإزالة أي تعارض بين هذه القواعد القانونية، وخاصة قاعدة تغليب القواعد القانونية الأعلى مرتبة في تدرج هذه القواعد على القاعدة الأدنى مرتبة، بالإضافة إلى قاعدة أن اللاحق ينسخ السابق من القواعد القانونية ذات القوة الإلزامية المتماثلة.

غير أن المشرع غالباً ما يتدخل لضمان تحقيق نتائج تدرج القواعد القانونية المشار إليها، فنجد بصدد أعمال السلطة التشريعية ينظم طريقاً للطعن في دستوريته، وبالنسبة لأعمال السلطة التنفيذية يقرر طرق الطعن فيها لعدم مشروعيتها، وكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية، إذ تخضع أعمالها وعلى الأخص الأحكام منها إلى الرقابة الداخلية وذلك نتيجة الأخذ بمبدأ تعدد درجات التقاضي، مما يتيح فرص الطعن في الأحكام والأعمال الأخرى الصادرة عن المحاكم المختلفة، ضماناً لمشروعيتها هي الأخرى.

وإذ تمثل مسألة الطعن في أعمال وأحكام المحاكم وتعدد درجات التقاضي في السلطة القضائية جانباً هاماً من دراسات قوانين الإجراءات المدنية والتجارية (المرافعات) والإجراءات الجنائية والإجراءات الإدارية، وحيث لا يتسع المقام للبحث والدراسة في هذا الجانب الذي يلزم دراسته بصورة كاملة وشاملة، لا يصح معها الاقتصار في البحث على ما يتصل منها بالإجراءات الإدارية، فإننا نكتفي في هذا الباب بدراسة نتائج تدرج القواعد القانونية فيما يتعلق بأعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية، وضمنات تحقيق هذه النتائج، فنبداً أولاً بالنتائج ثم الضمانات.

## الفصل الأول

### تفانج تلرل القواعد القانونية

ببنا أنه بترتب على ندرل القواعد القانونية التزام كل سلطة لدى قبالها ببشاء القواعد أو التشريعات، بأحكام القواعد القانونية التي تلها مرتبة حتى يكون عملها مطابقاً لمبدأ المشروعية، بببب إذا خرجت عليها تلك السلطة وخالفتها فببها تهدر بذلك القوة الإلزامية التي تتمتع بها القواعد الصادرة عنها. وعلبه فإن كل تصرف بجره السلطة العامة وتخالف به قواعد القانون الأعلى الملازمة لها بقع باطلاً قانوناً وبلر نافذ شرعاً، أى أنه لا بؤدى إلى ترتيب الآثار القانونية المبغاة من إصداره، وكأنه لم بصدل إطلاقاً. ومعنى ذلك، أن القوانين التي تقرها السلطة التشريعية بالمخالفة لأحكام الدستور تكون باطلة ولبست لها أية قوة إلزامية لمخالفتها للمشروعية ومن ثم بمكن للقضاء أن بحكم بعدم دستوريتها. كما أن اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بالمخالفة لأحكام الدستور أو القوانين تكون باطلة كذلك لمخالفتها للمشروعية، وبالتالي ببق للقضاء الحكم بعدم شرعيتها أو عدم دستوريتها.

## المبف الأول

### عدم دستوربة القوانين المخالفة للدستور

لا ريب أن إخضاع القوانين لأحكام الدستور هو أمر ضرورى لتأكيد مبدأ المشروعية وتبقيق الدولة القانونية، ذلك لأن البرلمان وهو المخصص بمن هذه القوانين، لا بملك فى واقع الأمر السيادة الحقيقية فى الدولة إذ أن الشعب أو الأمة هى صاحبة السيادة فى الدولة، ومن ثم فلبس فى إخضاع القوانين للرقابة على دستوريتها أى تعارض مع مبدأ سيادة الأمة، وذلك بضمن احترام إرادة الأمة المباشرة المتمثلة فى الدستور.

وتتأسس الرقابة على دستورية القوانين على مبدأ المشروعية أو سيادة القانون وخضوع الدولة له وفقاً لقاعدة تدرج القواعد القانونية وما ينطوى عليه من مبادئ وأهمها مبدأ سمو الدساتير<sup>(١)</sup>، فالدستور هو الذى ينشئ السلطات العامة فى الدولة بما فيها السلطة التشريعية، فيحدد لكل منها الاختصاصات ويضع القيود وينظم الإجراءات التى تمارس بها تلك الاختصاصات، فإذا خالفت السلطة التشريعية الدستور أو خرجت عن حدود الاختصاصات التى رسمها لها أو تحللت من القيود التى وضعها، تكون قد تجاوزت سلطتها، ومن ثم يبطل كل إجراء يتخذه فى هذا الشأن<sup>(٢)</sup>.

وإذا كانت بعض الدساتير تنص صراحة على بطلان القوانين المخالفة لأحكامه، فإن عدم النص فى الدستور على ذلك، لا يؤثر فى اعتبار هذه القوانين باطلة، فهذا البطلان نتيجة حتمية لمبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية، خاصة إذا كان الدستور القائم ينص على إجراءات خاصة لتعديله، أى كان من الدساتير الجامدة، أو كان هذا الدستور يقرر تنظيمًا معينًا للرقابة على دستورية القوانين.

أما بالنسبة للدستور المرن أو الذى لم يقرر مثل هذا التنظيم، فقد يكون من الصعب التوصل إلى بطلان القوانين المخالفة للدساتير ما لم يعترف القضاء فى هذه الحالة بحقه فى الرقابة على دستورية القوانين استناداً إلى أن وظيفة القاضى هى تطبيق القانون بمدلوله الواسع، وأنه إذا تعارضت قاعدة أعلى مرتبة مع قاعدة أدنى منها، وجب عليه تطبيق القاعدة الأعلى درجة، ومن ثم

(١) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: مبادئ الأنظمة السياسية ... سالف الإشارة ... ص ٢٤٩، وهو يرى بحق أن السمو الشكلى للدستور يستند إلى مبدأ تدرج النصوص. راجع كذلك حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢٠١٢/٦/١٤ قضية ٢٠ لسنة ٣٤ ق. دستورية (حكم بطلان تكوين مجلس شعب ٢٠١٢).

(٢) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: مبادئ الأنظمة السياسية سالف الإشارة - ص ٢٥٠ وما بعدها، والأستاذ الدكتور ثروت بدوى: القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر - ١٩٧١ - ص ٨٠.

فإن القاضي عندما يفحص دستورية قانون معين، فإنه بذلك لا يخرج من دائرة عمله، ولا يلغى القانون، وإنما يستبعد تطبيقه في النزاع المطروح عليه ويطبق القانون الأعلى مرتبة أى الدستور وفقاً لقاعدة سمو الدساتير شكلاً وموضوعاً.

وعلاوة على ذلك فإنه وفقاً لمبدأ فصل السلطات، فإن القاضي يتعين عليه فحص دستورية القوانين لأن القول بضرورة التزامه بتطبيق القانون الذى أقره البرلمان ولو كان مخالفاً للدستور، معناه إخضاعه للسلطة التشريعية، بينما السلطة القضائية - مثلها فى ذلك مثل السلطة التشريعية - تستمد حقها واختصاصاتها من الدستور، فإذا أخلت السلطة التشريعية بواجبها وتجاوزت اختصاصها وخالفت الدستور، فلا معنى لإجبار القضاء على متابعتها أو مسيرتها فى هذه المخالفة ومشاركتها هذا الطريق.

وللقاضى أن يستند فى إثبات سمو الدستور - حتى ولو كان مرناً - إلى أن مصدر الدستور هو السلطة التأسيسية، فى حين أن مصدر القانون هو سلطة مؤسسة تتمثل فى السلطة التشريعية، وإذ لا خلاف فى سمو السلطة الأولى على الثانية، فإنه يكون لأعمال السلطة التأسيسية أى الدستور مرتبة أعلى من أعمال السلطة التشريعية أى القوانين وذلك فى تدرج القواعد القانونية.

وفى هذا الصدد يثور التساؤل عما إذا كانت هذه المرتبة الإلزامية الأسمى لقواعد الدستور أو النظام الأساسى تعود إلى العموم الموضوعى لأحكامه وقواعده أم إلى سمو الشكلى لها أم لهما معاً، مما يدعو إلى توضيح كل منهما فى هذا الشأن:

أولاً: سمو الموضوعى للدستور: يتحقق سمو الموضوعى للقواعد الدستورية باعتبارها أداة تأسيس الدولة فى أهم عناصرها، سواء بصدد عنصر السيادة أو السلطة أو الحكومة أو بصدد عنصر الشعب وحقوقه وحرياته وهى موضوعات لا غنى عنها فى البناء القانونى للدولة بغض النظر عن مصدرها



أو شكلها أو الجهة التي أقرتها أو الإجراءات المتبعة لذلك، إذ العبرة بمضمون وغاية القواعد الدستورية.

فبالنسبة إلى النظام السياسي للدولة فإن قواعد الدستور هي التي ترسي الأصول التي يقوم عليها نظام الحكم فيها، فتتضح وتحدد السلطات والهيئات الحاكمة في الدولة وتبين اختصاصها ووظائفها وتضع القيود والحدود الضابطة لنشاطها، وهو ما يوجب على تلك السلطات الالتزام بهذه القواعد الدستورية باعتبارها العمود الفقري لأي نشاط قانوني لها، ومصدر صلاحياتها، وإلا فقدت أساس وجودها وفتدت تصرفاتها مسندا الشرعي، وبذلك تكون القواعد الدستورية هي المصدر الأساسي لوجود ولشرعية أعمال السلطات العامة في الدولة، أيًا كان نوع الدستور أو سماته<sup>(١)</sup>. ويصدد عنصر الشعب في الدولة، فإن الدستور هو الذي يقرر الحقوق والحريات العامة لأفرادها، ويرتب الضمانات اللازمة لكفالتها ولحمايتها، ويضع المقومات والمبادئ الأساسية التي يسير عليها المجتمع وتكون موجهة لسياسة الدولة، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا<sup>(٢)</sup> إن الدستور يتميز بطبيعة خاصة تضفي عليه صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل بالحريات ومونلها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، فحق لقواعد – بالتالي – أن تستوى على القمة من البنيان القانوني للدولة، وأن تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام<sup>(٣)</sup>، اعتباراً بأن أحكام الدستور هي أسمي القواعد الأمرة التي تلتزم الدولة بالخضوع لها في تشريعها وقضائها، وفي مجال مباشرتها لسلطتها التنفيذية، وفي إطار هذا الالتزام يجب

(١) الدكتور عزيزة الشريف: دراسات في الرقابة على دستورية التشريع – الكويت – ١٩٩٥ – ص ٢٢.

(٢) حكما في ١٩٩٠/٥/١٩ للقضية ٣٧ لسنة ٩٩ق. دستورية، وفي ١٩٩٣/١/٢ للقضية ٢٣ لسنة ٩٢ق. دستورية، وفي ١٩٩٤/١٢/١٧ قضية ١٣ لسنة ٩٥ق. دستورية.

(٣) راجع فكرة النظام العام والقواعد الأمرة للقانون الدستوري: الدكتور عبد أحمد الغفلون: فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤ – ص ١٠٤.

أن تكون النصوص التشريعية موافقة لأحكام الدستور، سواء لقواعده الموضوعية التي تعكس مضامينها القيم والمثل التي بلورتها الإرادة الشعبية ... وكذلك الأسس التي تنظم الجماعة وضوابط حركتها".

وتأسيساً على ما تقدم فإن التسليم بالسمو الموضوعي للدستور يجعل الأصل في الدستائير أن تكون لها المرتبة الأعلى السامية في تدرج القواعد القانونية، فلا تمتطيع أية سلطة عامة الخروج عليه، بزعم أنه من الدستائير المرنة مثلاً، تأسيساً على عدم النص في الدستور على إجراءات خاصة لتعديله ... وتفسير سكوت المشرع الدستوري عن ذلك بأن إراداته قد انصرفت إلى جعله دستورياً مرناً، فهي إرادة غير صحيحة بالمرّة لا صراحة ولا ضمناً ولا حتى افتراضاً، لأنها تخالف الأصل في الدستائير وهو الجمود، استناداً إلى سمو الموضوعي للدستور الذي لا يختلف الفقه فيه، بمعنى أن جمود الدستور يترتب كنتيجة قانونية على سموه الموضوعي وما لم ينص الدستور صراحة على جواز تعديله بواسطة السلطة التشريعية ووفقاً لإجراءات سن القوانين العادية، فإنه لا يجوز وصفه إلا بالجمود<sup>(١)</sup>.

ثانياً: سمو الشكلى للدستور: يربط معظم الفقه الدستوري بين سمو الشكلى للدستور والذي يتعلق بطريقة وضعه وإقراره بإجراءات أو أشكال مختلفة عن إجراءات سن القوانين العادية، وجمود الدستور الذى لا يتعلق بطريقة وضعه ولا بموقعه فى تدرج القواعد القانونية والبناء القانونى للدولة، وإنما يتصل أساساً بطريقة تعديل هذا الدستور، إذ يعتبر الدستور جامداً عندما يقتضى لتعديله إجراءات وأشكال مغايرة أو أشد أو أصعب مما يتطلبه تعديل

(١) وخلافاً لذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن سمو الموضوعي للقواعد الدستورية لا يترتب بذاته أى نتائج محددة، وإن أدت فى البلاد ذات الوعى والتي يكون فيها للرأى العام تأثير كبير إلى نتائج سياسية بالغة الأهمية والخطر راجع فى ذلك، الدكتور يحيى الجمل: القضاء الدستورى فى مصر - الطبعة الأولى - ١٩٩٢ - ص ١٢.

القوانين العادية، ومن ثم لا يكون يوسع المشرع العادي تعديل أية قاعدة دستورية أو الخروج عليها إلا من خلالها.

ومن غير شك فإنه يترتب على جمود الدستور نتيجة لازمة هي إن قواعد الدستور تكون أسمی وأعلى مرتبة من قواعد القوانين العادية، مما يوجب فرض الرقابة على هذه القوانين العادية لضمان التزامها بالقيود الواردة في الدستور إلا أن هذه النتيجة يمكن ترتيبها أصلاً على مبدأ سمو الدستور شكلاً وموضوعاً بغض النظر عن جموده من حيث وجود إجراءات خاصة لتعديله أو عدم وجود مثل هذه الإجراءات<sup>(١)</sup>، إذ يرى جانب من الفقه بحق أن مجرد تقرير رقابة على الدستورية أو تنظيم دستوري لهذه الرقابة أو النص على مبدأ سمو الدستور صراحةً أو النص على أن تقوم السلطات العامة بمباشرة اختصاصاتها على النحو المبين في الدستور أو القسم على احترام الدستور والالتزام بأحكامه من جانب رؤساء وأعضاء السلطات الحاكمة قبل مباشرة مهامهم أو النص على عدم إمكان تعديل نصوص الدستور تعني أن المشرع الدستوري قد اعتنق مبدأ سمو الدستور ومن ثم جموده ومع افتراض عدم النص على إجراءات محددة لتعديله فإن مجرد سمو الشكلي للدستور يترتب نتائج قانونية بالغة الأهمية على مخالفة أحكامه على رأسها بطلان الأعمال القانونية غير الدستورية<sup>(٢)</sup>.

(١) ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه البعض من أن سمو الشكلي يقتصر على الدساتير الجامدة دون غيرها راجع في ذلك: الدكتور يحيى الجمل: المرجع السابق - ص ١٠ و ص ١٤.

الدكتور منير عبد الحميد: أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠١ - ص ٨ وما بعدها.

(٢) الدكتور طعيمة الجرف: القضاء الدستوري - ١٩٩٢ - ص ١٣٠ وما بعدها.  
الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع السابق - ص ٨٠ وهو يرى أن الرابطة بين سمو الشكلي للدستور وجموده يتمثل في أن سمو الشكلي يفرض إجراء تعديل دستوري عندما يراد المساس بالقاعدة الدستورية، وهو ما لا يتحقق إلا مع الدساتير الجامدة التي تقرر إجراءات مميزة لتعديله.  
ومؤلفنا المائل الطبعة الأولى - ١٩٨٥ - ص ١٦٢ وما بعدها.

ومن ناحية أخرى، يمكن للقاضي بالنسبة للدستور المرن، أن يقرر عدم جواز تعديل أو إلغاء أحد نصوص هذا الدستور إلا بذات الإجراءات التي تم إقراره عن طريقها، وذلك وفقاً لقاعدة تقابل الأشكال والإجراءات، ومن المفترض في الدساتير الحديثة أنها من وضع الشعب عن طريق الاستفتاء أو الجمعية التأسيسية أو كلاهما، ومن ثم فإن الدستور المرن لا يجوز تعديله إلا عن طريق نفس السلطة وبذات الإجراءات التي أدت إلى إقراره.

ولا شك في أن سمو الدستور سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التشريعية، وكان من غير الممكن إخضاع ما تصدره من قوانين للرقابة على دستوريته، ومبدأ المشروعية ينطوي في الواقع على حقيقة هامة، وهي أنه لا توجد سلطة حكمية في الدولة، فالسلطات العامة تحكم ولا تتحكم، وكل هيئة من الهيئات العامة تملك جانب من سلطة الدولة، لا تستطيع كقاعدة عامة أن تتصرف وتضع قاعدة قانونية إلا عندما تخولها ذلك قاعدة قانونية أعلى ولذلك فإن السلطة بطبيعتها مقيدة وليست مطلقة وإلا تحولت إلى تسلط.

وتأكيداً لما تقدم تقول المحكمة الدستورية العليا "إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الأمرة، وإهدار ما يخالفها من تشريعات ... بغية الحفاظ على مبادئه (أى الدستور) وصون أحكامه من الخروج عليها"<sup>(١)</sup>.

وقد سبق أن أكدت المحكمة العليا حتمية الرقابة على دستورية القوانين بقولها "إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون وهو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضرورياً مثله، لأن الإخلال به يؤدي

(١) حكمها في ٤ مايو ١٩٨٥ سالف الإشارة.

بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم، ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة، وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى، لأن هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية، فهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك الحدود، وغنى عن البيان أن أي تضيق في تلك الرقابة ولو اقتصر هذا التضيق على دعوى الإلغاء، سوف يؤدي حتماً إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون، ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حق التقاضي عند حد التنظيم فلا تجوزه إلى الحظر أو الإهدار<sup>(١)</sup>.

وعليه فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، تجد أساسها - كأصل عام - في مبدأ الشرعية وسيادة القانون وخضوع الدولة له"<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً على ذلك يتعين على السلطة التشريعية الالتزام بأحكام الدستور نصاً وروحاً وأن تستهدف من أعمالها تحقيق غايات المجتمع وأهدافه الحقيقية، وفي هذا الإطار، يجب أن تكون السلطة التشريعية خاضعة لرقابة خاصة ساهرة وإن كان من البديهي أن مثل هذه الرقابة لا قيمة لها إلا إذا نظمت على وجه الدقة والفعالية.

ولعل أهم القيود التي ينبغي على السلطة التشريعية وضعها نصب عينها، هي ضرورة استخدام اختصاصاتها لتحقيق الأهداف المبتغاة من منحها تلك الاختصاصات، فالسلطة عندما تخول لعدد من الأشخاص لا تكون مقيدة فقط بالأساليب، ولكن أيضاً بالنسبة للأهداف التي ترمى إليها، وإذا كان الدستور

(١) حكمها في ١٩٧٦/٤/٣ دعوى رقم ١١ لسنة ٥٥ طياً دستورية، المجموعة - القسم الأول - ص ٤٤٢.

(٢) حكمها في ١٩٩٣/٦/١٩ قضية ١٠ لسنة ١٤٤٠ ق. دستورية.

يكتفى بأن يحدد للسلطة التشريعية أساليب ممارسة اختصاصها، فإن القاعدة العامة أن نشاط كل سلطة عامة يلزم أن يستهدف الصالح العام، الذي يتحدد وفقاً لظروف المجتمع الذي تنشأ فيه هذه السلطة والمحيط الذي يواجهها. إن كل تشريع يجب أن يترجم مطالب المجتمع حتى يمكنه أن يحقق الاستقرار والأمن الذي تستوجبه الحياة الاجتماعية وتبقيته من القوانين، ومن ثم يلزم أن تمارس السلطة التشريعية اختصاصاتها التشريعية بروح المسئولية عن تنظيم المجتمع وتحقيق الصالح العام لأفراده.

### المبحث الثاني

#### بطلان الأعمال الإدارية غير المشروعة

يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية وخروجها على أحكام القانون بطلان عملها سواء كان عملاً مادياً أو كان عملاً قانونياً، فيؤدي بطلان العمل المادى إلى إنهائه وإزالة آثاره وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوعه أو على الأقل الالتزام بالتعويض عن الأضرار التي ترتبت عليه، كما يؤدي بطلان العمل القانونى والحكم بالغائه إلى زوال هذا العمل وما ترتب عليه بإثر رجعي.

ويتمسك فقه القانون العام بالترقية بين ثلاث درجات من البطلان<sup>(١)</sup>:

#### ١. الانعدام:

وهو جزء تخلف وكن أساسى من أركان التصرف القانونى الذى لا يتصور له وجود بدونه، بحيث يكون من شأن تخلف هذا الركن أن ينحدر به إلى حد العدم، فلا تلحقه الإجازة أو التصحيح كما لا يتقدم فضلاً عن حق كل صاحب مصلحة فى عدم الاعتراف بالتصرف وعدم تنفيذه تلقائياً<sup>(٢)</sup>.

(١) يتجه فقه القانون الخاص حديثاً إلى الأخذ بتقسيم ثنائي يميز فيه بين البطلان المطلق ويشمل فكرة الانعدام من ناحية، والبطلان النسبي من ناحية أخرى.

(٢) الدكتور مصطفى كمال وصفى - انعدام القرارات الإدارية - مجلة مجلس الدولة - السنة ٧ - ص ٢٦١، وهو يرى أن أركان القرار الإدارى هى: الإرادة والمحل والسبب.

والراجح فقهاً وقضاءً أن الانعدام يتحقق أيضاً بشأن القرارات الإدارية إذا أصابها عيب جسيم وواضح، تخرج بسببه الإدارة بصفة نهائية عن نطاق وظيفتها المخصصة لها بحكم الدستور والقانون، ففي هذه الحالة يتجرد القرار من صفته الإدارية، ويخرج بالتالي من نطاق القانون الإداري، أى أن يكون بمثابة التصرف المنعدم في مفهوم أحكام هذا القانون<sup>(١)</sup>، ولذلك نطلق عليه اصطلاح "الانعدام الحكي" في مقابل "الانعدام الحقيقي" للصورة السابقة.

ويترتب على انعدام القرار الإداري ما يلي<sup>(٢)</sup>:

- ١- القرار المنعدم يفقد صفته الإدارية لافتقاده مقومات القرار الإداري ويتحول إلى مجرد عمل مادي شبيه بالأعمال الصادرة عن الأفراد ومن ثم يكون منعدم الأثر قانوناً فلا يؤثر على المراكز القانونية للأفراد.
- ٢- لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالانعدام دانماً، لأن القرار المعدوم لا يكون قابلاً للتنفيذ المباشر، فهو مجرد عقبة مادية في سبيل استعمال نوى

---

(١) الأستاذ الدكتور طهمة الجرف - مبدأ المشروعية ص ٢١٨، وفي رأيه أن الإرادة فقط هي الركن الأساسي الذي يؤدي تخلفه إلى انعدام القرار الإداري - أنظر ص ٢٤٨ وما بعدها.

راجع كذلك الدكتور طارق البوسعيدى: انعدام القرار الإداري وفقاً لأحكام القضاء الإداري - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد ٤ لسنة ٢٢ - ديسمبر ٢٠٠٨ - ص ١٨٥ وما بعدها.

وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٧٦/٦/٢٩ قضية ٤٠ لسنة ١٨ ق، المجموعة السنة ٢١ رقم ١٨ ص ٤٧.

(٢) أنظر في ذلك أحكام المحكمة الإدارية العليا في ١٩٥٦/١/١٤ قضية ٣٥، ٣٦ لسنة ٢٢، المجموعة السنة ١ ص ٣٨٠، وفي ١٩٥٦/٦/١٦ قضية ٣٤٨ لسنة ٢٣، المجموعة السنة ١ رقم ١٠٩ ص ٩٠٥، وفي ١٩٦٠/١/٢ قضية ١٣٨٩ لسنة ٥٥ ق، المجموعة السنة ٥ ص ١٣٥، وفي ١٩٦٥/٢/٢٧ القضية ١٢٥٩ لسنة ٧٧ ق، المجموعة السنة ١٠ رقم ٧٤ ص ٧١٤، وفي ١٩٧١/١٢/١٩ قضية ٨٢٠ لسنة ١٣ ق، المجموعة السنة ١٧ ص ١٠٩.

وانظر كذلك أحكام محكمة القضاء الإداري في ١٩٥٣/١٢/١٦ قضية ١١١٣ لسنة ٥٥ ق، المجموعة السنة ٨ ص ٧٥١، وفي ١٩٥٣/١٢/٢١ قضية ٤١٢ لسنة ٥٥ ق، المجموعة السنة ٨ ص ٢٩٣، وفي ١٩٥٤/١/٥ قضية ١٣١٨ لسنة ٥٥ ق، المجموعة السنة ٨ ص ٣٨٣، وفي ١٩٧٢/٣/١ قضية ١٦٥٩ لسنة ٢٤ ق، المجموعة السنة ٢٤ ص ٣٩.

- الشأن لمراكزهم القانونية المشروعة، ومن حقهم التخلص من هذه العقبة المادية بوسائلهم الخاصة وإلا لجأوا إلى القضاء لتقرير انعدامه.
- ٣- لا يجوز تصحيح العمل المنعدم بالإجازة أو التصديق، ويجوز سحبه إدارياً دون التقيد بالمواعيد المقررة للطعن بالالغاء.
- ٤- يعتبر تنفيذ هذا القرار عملاً من أعمال الغضب المادية، مما يؤدي إلى تعديل قواعد الاختصاص القضائي بنظر مشروعيته، وإجراءات رفع دعوى الالغاء بشأنها، وإلى إقرار المسؤولية الشخصية للموظف المختص بتنفيذه.
- ٥- انعدام القرار الإداري من النظام العام، وللمحكمة إثارة الموضوع والتصدي له من تلقاء نفسها.
- ومن أمثلة القرارات الإدارية المنعومة القرارات التي تمثل إحدى حالات اغتصاب السلطة، والقرارات التي تحبل اعتداءً صارخاً على الحريات الفردية أو على الملكيات الخاصة على خلاف الإجراءات المقررة لذلك.
- التمييز بين الانعدام الحقيقي والانعدام الهكمي:

ليس في أحكام القضاء معيار واضح ومنضبط يمكن أن تتحدد على أساسه أحوال عدم المشروعية الجسيمة التي تبصل بالقرار إلى حد الإنعدام، إذ يخضع الأمر في كل حالة لتقدير القاضي لقاعدة المشروعية ونوع المصالح التي يحميها<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للغة فقد تبين أن آراء الفقهاء في هذا الصدد، فمنهم من ذهب إلى أن كل قرار يتضمن اغتصاباً للسلطة يعد قراراً معدوماً، ومنهم من اعتمد على فكرة الرئيفة الإدارية بمعنى أن القرار يكون منعدماً إذا خرج على تلك الوظيفة، واعتمد فريق ثالث على فكرة الظاهر، فالقرار الذي يكون الإخلال فيه

(١) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية ص ٢٢٥.



بالقواعد القانونية من الوضوح أو الظهور بحيث لا يدل شكله أو مظهره على صدور من الإدارة يكون قراراً معدوماً، وفضل آخرون تقرير الانعدام إذا افتقد القرار ركناً من أركان وجوده، وهناك من الفقهاء من اكتفى بسرد حالات الانعدام على سبيل المثال دون أن يضع معياراً محدداً لها<sup>(١)</sup>.

والرأى الراجح فقهاً يذهب إلى أن بطلان القرارات الإدارية لا يتصل بانعقاد القرار الإداري، وإنما بمشروعية هذه القرارات، ومن ثم يجب أن يقوم التمييز بين البطلان والانعدام على مدى جسامته مخالفة القاعدة القانونية، فإذا كان عدم المشروعية جسيماً، فإنه يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، أما إذا كانت مخالفة القواعد القانونية يسيرة، فإن القرار الإداري يكون باطلاً، وعليه فإن التمييز بين القرار المعدوم والقرار الباطل من الناحية القانونية هو في الواقع تمييز بين المخالفة الجسيمة لمبدأ المشروعية والمخالفة البسيطة له<sup>(٢)</sup>.

وتعتبر المخالفة جسيمة إذا كان التصرف الإداري يخرج على كل القواعد القانونية الموجودة بالدولة بما في ذلك القواعد الدستورية.

وتعتبر المخالفة يسيرة إذا لم تتجاوز الإدارة بتصرفها سوى بعض القواعد الدنيا بحيث يمكن أن يستند التصرف إلى بعض القواعد العليا، بمعنى أن القرار الذي تصدره الإدارة - مخالفة به قاعدة من القواعد القانونية - لا يصير معدوماً قانوناً إلا إذا لم يجد له سنداً من القاعدة القانونية العليا في الدولة.

(١) أنظر في تفاصيل هذه المعايير رسالة الأستاذ الدكتور رمزي طه الشاعر "تدرج البطلان في القرارات الإدارية" - طبعة ١٩٦٨ - ص ١٥٥ وما بعدها وص ١٩٩. وراجع كذلك الدكتور مصطفى كمال وصفي: مقالته سالفة الذكر بمجلة مجلس الدولة السنة ٧ ص ٢٦٦ وكذلك مقالته بمجلة المحاماة السنة ٤١ عدد ٥ ص ٧٣٠، والأستاذ الدكتور طحمة الجرف: نظرية انعدام التصرفات القانونية وتطبيقها على القرارات الإدارية، مجلة للعلوم الإدارية - السنة ٣ - عدد ١ - ٦١.

(٢) الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق ص ١٩٧ وما بعدها، وكذلك مقالته: بطلان القرارات الإدارية - مجلة العلوم الإدارية - السنة ١٠ - الممد الأول - ١٩٦٨ - ص ١٦٤ وما بعدها. وأيضاً الأستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن: انعدام القرار الإداري - مجلة العلوم الإدارية - السنة ٢ - عدد ٢ - ١٩٦٠ - ص ١٧١.

وتطبيقاً لذلك يترتب الانعدام بالنسبة للقرار الإداري إما لانقضاء صفة عضو السلطة الإدارية عن مصدر القرار (اغتصاب السلطة)<sup>(١)</sup>، أو لمخالفة موضوع القرار للقواعد القانونية العليا في الدولة، أي القواعد الدستورية، مثل المساس بحقوق حظر الدستور المساس بها أو اتخاذ السلطة الإدارية لقرار في مسألة من اختصاص إحدى السلطات الأخرى في الدولة، أو اتخاذ إحدى الهيئات لقرار في مسألة من اختصاص هيئة إدارية أخرى قرره الدستور لها.

وفي تقديرنا أن معيارى اغتصاب السلطة والوظيفة الإدارية هما في الواقع محاولات لتحديد حالات انعدام القرار، وليست معايير تمييز الانعدام عن بطلان القرارات الإدارية. أما معيار الظاهر فهو معيار غير منضبط إذ يركز على نظرة من وجه إليه القرار الإداري، وهي نظرة شخصية تؤدي إلى التحكم في تحديد درجة البطلان أو الانعدام في القرار الإداري.

ويبدو لنا أن معيارى التمييز بين أركان انعقاد القرار الإداري وشروط صحته، أو بالأحرى معيار تخلف الأركان، مع معيار التمييز بين المخالفة الجسيمة لمبدأ المشروعية والمخالفة البسيطة له، هما الأقرب إلى المنطق والمعقول.

وفي هذا الصدد فإننا لا نرى عيباً في الجمع بين المعيارين معاً، فمعيار تخلف الأركان يتصل بالانعدام الحقيقي ولا يعيبه أنه جاء قياساً على النظام القانوني للعقد في القانون الخاص، إذ أنه إذا ثبتت صلاحية نظام ما في القانون الخاص عند تطبيقه على روابط القانون العام، فليس في الأخذ بهذا النظام أي مجال للنقد، فإذا كان للعقد في القانون الخاص أركاناً لا يوجد بدونها، وشروط صحة إذا تخلفت أدى ذلك إلى جواز إبطاله دون إنكار وجوده، فإن للقرار الإداري - في تقديرنا - كتصرف قانوني أركاناً إذا تخلفت لم يوجد القرار أو

(١) أي اغتصاب الوظيفة الإدارية أو اغتصاب سلطة إصدار القرارات الإدارية.

انعدم القرار بلغة فقه القانون العام، أما شروط صحة أو بالأحرى مشروعية القرار الإداري فهي أمر مختلف إذ تتعلق بقرار موجود وليس منعدم الوجود. والأصل أن للإدارة إصدار القرار الإداري للتعبير عن إرادتها على الوجه الذي تراه ملائماً لذلك، غير أن المشرع دائماً ما يفرض على الإدارة بعض القيود عند ممارستها لسلطة إصدار القرار الإداري، هذه القيود هي التي تمثل شروط صحة القرار أو مشروعته، وهي لا تتماثل بالنسبة لكافة القرارات الإدارية بصدد جميع عناصرها، وبالتالي فإن هذه الشروط تختلف من قرار لآخر - على خلاف الأركان - وذلك بحسب ما إذا كان المشرع قد فرض شرطاً معيناً بصدد أحد عناصر القرار، أم أنه فضل أن يترك للإدارة سلطة تقديرية في صدد هذا العنصر.

وعليه فإنه وفقاً لمعيار تخلف الأركان، يكون القرار الإداري منعدمًا أي منعدم الوجود، ومن ناحية أخرى إذا بلغت مخالفة الشروط الموضوعية التي فرضها المشرع على عناصر القرار الإداري درجة من الجسامة لا يكفي معها ترتيب البطلان على مثل هذا القرار وبالتالي يحق للقضاء إعدامه فيكون في هذه الحالة معنوماً وليس منعدمًا، وإن كانت الآثار المترتبة على الإعدام والانعدام واحدة في كلتا الصورتين.

تبقى إذن مشكلة التمييز بين أركان القرار الإداري وشروط صحته، أو بالأدق العناصر التي يمكن للقانون أن يقيد الإدارة بشأنها. وهنا فإننا نرفض الاتجاه الذي ينكر هذا التمييز أصلاً والذي يرى أن جميع "عناصر" القرار الإداري ذات مرتبة واحدة، باعتبارها جميعاً من أركان انعقاد القرارات الإدارية<sup>(1)</sup>.

(1) E. DESGRANGES, Essai Sur La nation de voie de fait en droit administratif, Thèse, Poitiers, 1937, P. 98 et s.

كما أن انتقاد هذا المعيار بعدم اتفاقه مع قضاء مجلس الدولة المصرى بصدد تعريف القرار الإدارى، حيث لم يفرق فيه المجلس بين شروط انعقاد القرار الإدارى وشروط صحته<sup>(١)</sup>، هو انتقاد يوجه إلى مسلك مجلس الدولة فى تعريف القرار الإدارى، وليس لمعيار التمييز بين أركان الانعقاد وشروط الصحة.

وترتيباً على ما تقدم فإننا نرى أن للقرارات الإدارية أركاناً يلزم توافرها لانعقاده، تختلف عن العناصر التى تتكون منها هذه القرارات والتى يمكن للقانون أن يقيد الإدارة بصدها كلها أو بعضها، ومن ثم تمثل هذه القيود شروط صحتها أو مشروعيتها، فإن لم يتدخل القانون بشأن بعض هذه العناصر، كان للإدارة بشأنها سلطة تقديرية<sup>(٢)</sup>.

فأما عن أركان وجود القرار الإدارى، فهى فى تقديرنا تتمثل فى ركن وحيد هو ركن الإرادة، أى إرادة السلطة الإدارية فى إحداث أثر قانونى معين. ولذلك فإننا نرى أنه يمكن تعريف القرار الإدارى بالإشارة إلى هذا الركن فقط فيكون القرار الإدارى هو "تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية فى إحداث أثر قانونى معين"<sup>(٣)</sup>.

ويتضح من هذا التعريف أنه يشترط فى الإرادة كركن لانعقاد القرار الإدارى ووجوده الشروط التالية:

- (١) الأستاذ الدكتور رمزى الشاعر: مقالته سالفة الإشارة - ص ١٦٣.
- (٢) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا: القضاء الإدارى - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٢ - ص ٢١٠، وقضاء الملاءمة - الطبعة الثانية - ٢٠١٠ - ص ٤٦.
- (٣) من الفقهاء من يرى أن للقرار الإدارى أركان ثلاثة هى: الإرادة والمحل والسبب - راجع الدكتور مصطفى كمال وصفى: المقال سالفة الذكر - ص ٢٦١ والأستاذ الدكتور عبد الفتاح حسن: المقالة سالفة الذكر - ص ١٨٥. فى حين يتجه الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف بحق إلى أن الإرادة فقط هى الركن الأساسى فى القرار الإدارى - راجع مؤلفه سالف الذكر: مبدأ المشروعية ... ص ٢١٨.

- أ- أن يكون القرار تعبيراً عن الإرادة المنفردة للإدارة، وهو ما يؤدي إلى استبعاد "العقود" من مجال القرارات الإدارية.
- ب- أن يكون القرار تعبيراً عن إرادة سلطة إدارية، مع ملاحظة أننا لا نقصد بتعبير "السلطة الإدارية" معناها العضوي فحسب، وإنما أيضاً معناها الموضوعي، ومن ثم تستبعد من دائرة القرارات الإدارية:
- تصرفات الأفراد العاديين الذين لا صلة لهم بالسلطة الإدارية<sup>(١)</sup>.
  - تصرفات السلطتين التشريعية والقضائية وغيرهما من الهيئات الأخرى مثل الأحزاب السياسية والتنظيمات السياسية الشعبية، والأشخاص المعنوية الخاصة، والهيئات الدبلوماسية والمنظمات الدولية الأجنبية.
  - تصرفات ممثلي السلطة الإدارية بوصفهم أفراداً عاديين.
  - تصرفات السلطة التنفيذية بصدد ممارسة وظيفتها الحكومية.
- ج- أن يكون القرار تعبيراً عن الإرادة في إحداث أثر قانوني معين، وهو ما يؤدي إلى استبعاد كافة الأعمال المادية من نطاق القرارات الإدارية، مع مراعاة أن المقصود بهذا الشرط أن يكون من شأن القرار الإداري إحداث أثر قانوني معين، أياً كان هذا الأثر من حيث محتواه أو مضمونه، إذ أن مضمون أو محتوى الأثر القانوني للقرار الإداري يمثل عنصر المحل في القرار، ولا علاقة لركز الإرادة به.

(١) مع مراعاة نظرية الموظف الفعلي وأثارها في هذا الصدد.  
 (٢) وهي التي نطلق عليها "أعمال الحكومة" ويطلق عليها الفقه في مصر "أعمال السيادة" - راجع مؤلفنا: أصول القانون الإداري - طبعة ٢٠٠٤ - ص ٤٠٩.

أما عن عناصر القرار الإداري التي قد يتدخل المشرع فيفرض في شأنها بعض الشروط الموضوعية، ومن ثم تؤدي مخالفة أحد هذه الشروط إلى عدم مشروعية القرار وقابليته للإلغاء أو البطلان نتيجة العيب القانوني الذي شاب هذا العنصر الذي يتعلق به الشرط المشار إليه، فهي تتمثل في عناصر: الشكل والاختصاص والسبب والمحل والغاية.

فنحصر الشكل ويقصد به المظهر الخارجي الذي تسبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبع في إصداره، الأصل فيه تمتع الإدارة بحرية التقدير، ما لم يلزمها القانون بشكل محدد أو إجراءات معينة. وفي هذا الصدد لا يتصور انعدام القرار الإداري إلا إذا تمثلت المخالفة في إهدار إجراءات جوهرية تمثل ضمانات لا غنى عنها لحماية حقوق وحريات الأفراد. وعلى العكس فإن الشكل أو الإجراء غير الجوهري أو الثانوي لا يؤدي إلى بطلان القرار ولا يؤثر على شروط صحته، كما استقر على ذلك القضاء الإداري في مصر.

وعنصر الاختصاص أي صلاحية موظف معين أو جهة إدارية محددة في اتخاذ قرار إداري معين تعبيراً عن إرادة الإدارة، يعد من النظام العام ولذلك فإن مخالفته تؤدي حتماً إلى بطلان القرار الإداري. وهنا يلزم أن نشير إلى أن الفقه والقضاء يخلطان كثيراً بين عنصر الاختصاص وركن الإرادة فيما يتصل بالعيوب التي تلحق بهما إذا تمثل العيب في اغتصاب سلطة عامة لاختصاصات السلطة الإدارية أو العكس، فيعتبر أن عيب الاختصاص إما أن يكون جسيماً (تعبيراً عن اغتصاب السلطة) أو بسيطاً (تعبيراً عن عيب الاختصاص أو بالأحرى عيب عدم الاختصاص بمعناه الفني الدقيق).

والواقع أن عيب اغتصاب السلطة هو عيب يشوب ركن الإرادة في القرار الإداري، وذلك لأنه يعني تعبيراً أو إفصاحاً غير السلطة الإدارية عن

إرادة السلطة الإدارية، ومن ثم فإن هذا العيب يؤدي إلى انعدام القرار الإداري لتتخلف إرادة السلطة الإدارية.

أما عيب عدم الاختصاص بمعناه الحقيقي فإنه يعنى أنه فى داخل السلطة الإدارية حيث تتوزع الاختصاصات بين موظفى الإدارة أو الجهات الإدارية المختلفة داخل الإدارة، ومن ثم إذا اعتدى موظف أو اعتدت جهة إدارية على اختصاص موظف آخر أو جهة إدارية أخرى، فإنه يلحق بالقرار الإدارى المتصل بهذا الاختصاص عيب عدم الاختصاص، وهو عيب لا يتصل بركن الإرادة لأن هذا القرار أيضاً تعبير عن إرادة سلطة إدارية، ولكنه عيب يتصل بعنصر الاختصاص بوصفه من العناصر التى إذا شابها عيب فإنه يؤدي إلى قابلية هذا القرار للإلغاء لعدم مشروعيته، وذلك لمخالفته القواعد القانونية التى تحدد وتوزع الاختصاصات أو صلاحيات موظفى السلطة الإدارية فى ممارسة الأعمال الإدارية.

وبالنسبة إلى عنصر السبب، ويقصد به مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التى تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار التأديبي، ففى تقديرنا أن انعدام الأسباب أو استناد الإدارة إلى أسباب غير مشروعة، يؤدي إلى عدم مشروعية القرار وقابليته للإلغاء أو البطلان دون الانعدام.

أما عن عنصر المحل والذي يتمثل كما أشرنا فى مضمون الأثر القانونى للقرار، وهو أمر يختلف عن اشتراط أن يكون من شأن القرار إحداث أثر قانونى معين وهو أحد شروط الإرادة ركن القرار الإدارى الوحيد، فإنه يشترط لمشروعيته - أى محل القرار الإدارى - أن يكون جائزاً وممكناً قانوناً وإلا كان مخالفاً للقانون. فإذا كانت هذه المخالفة جسيمة كما لو تمثلت فى مخالفة للقواعد الدستورية أو لأحكام الشريعة الإسلامية القطعية، فإن ذلك يؤدي إلى انعدام القرار الإدارى فيعتبر معدوماً، أما إذا لم تصل المخالفة إلى حد الجسامة

كما لو اقتصر على مخالفة قواعد تشريعية أو لائحية أو عرفية، فإن القرار يكون فقط قابلاً للإلغاء أو البطلان<sup>(١)</sup>.

وأخيراً فإنه بالنسبة لعنصر الهدف أو الغاية النهائية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من اتخاذ القرار الإداري، فإنه يمكن تطبيق نفس القاعدة بحيث تؤدي المخالفة الجسيمة لهذا العنصر إلى انعدام القرار الإداري في حين تؤدي المخالفة اليسيرة إلى بطلانه، مع مراعاة أن إثبات هذا العيب في حد ذاته أمر صعب للغاية<sup>(٢)</sup>.

## ٢- البطلان المطلق:

وهو يلحق بالتصرف القانوني الذي تتوافر له أركان انعقاده ولكنه يصدر بالمخالفة للشروط الموضوعية التي يقرها القانون بصدد عناصر القرار الأخرى، على صورة تجعل هذه المخالفة وإن لم تؤثر في وجود التصرف فإنها تكون ذات مساس بمشروعيته قانوناً.

وتحتل صورة البطلان المطلق في القانون العام، مكان الصدارة من حيث تحققها والآثار التي تترتب عليه، وعلّة ذلك أن القواعد المتعلقة بمشروعية أعمال الإدارة في القانون العام ترمى أساساً إلى حماية المصالح العامة المرتبطة بمبدأ المشروعية وسيادة القانون، وهو ما يجعل مخالفتها سبباً في البطلان المطلق.

فالقرار الإداري يكون غير مشروع ومحلاً للإلغاء إذا أصابه عيب وقف عند التأثير على أحد الشروط القانونية المقررة لصحة أحد عناصره، وتأسيساً على ذلك فإنه إذا توافر ركن الإرادة في القرار الإداري، ولكن اختلف أحد أو بعض شروط صحته وهي الشكل والاختصاص ومطابقة القانون في

(١) راجع في هذا الرأي الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر: مقالته سالفة الإشارة - ص ١٧٠ وما بعدها.

(٢) ومن ثم فإن إثبات جسامته أمر أشد صعوبة.



محل القرار وسببه وابتغاء المصلحة العامة، كان القرار باطلاً بطلاناً مطلقاً، بمعنى أن عيوب الشكل أو عدم الاختصاص أو مخالفة القانون أو التعسف في استعمال السلطة، إنما هي مراجع للطعن بالبطلان في القرار الإداري.

من ناحية أخرى يضاف في تقديرنا إلى عناصر القرار الإداري الخمسة المشار إليها كمزاجع للطعن ببطلان القرار، مسألة العلاقة بين العناصر الداخلية للقرار أي عناصر السبب والمحل والغاية، وذلك إذا ارتبطت هذه العلاقة بالسلطة التقديرية للإدارة باعتبار أن هذه السلطة هي أمر يتصل بتطبيق القواعد القانونية، وأن ممارستها إنما تتم في إطار القانون الذي يحكم النشاط الإداري، فهي ليست سوى وسيلة لوضع هذا القانون موضع التنفيذ على أكمل وجه تبعاً للظروف المختلفة، ومن ثم فهي سلطة قانونية لا يجوز للإدارة أن تتخذها وسيلة لمخالفة القانون وإهدار المشروعية، أو الخروج على الغاية التي استهدف القانون تحقيقها من تخويل الإدارة تلك السلطة، وهي الملازمة بوصفها الهدف الذي من شأنه تحقيق المصلحة العامة المبتغاة من هذه السلطة، وعليه فإن عدم تحقق الملازمة نتيجة مباشرة السلطة التقديرية، يعنى أن هذه المباشرة لتلك السلطة قد تمت على نحو غير سليم أو بالأحرى غير مشروع، وبالتالي تكون الإدارة قد أخطأت في تطبيق القانون، ومن ثم يشوب قرارها في هذه الحالة عيب مخالفة القانون، مما يحق للقضاء معه أن يحكم ببطلان هذا القرار وإلغائه لعدم مشروعيته.

وفي تقديرنا أن تخلى المشرع عن تقييد الإدارة في مسألة ما عمداً أو عجزاً لا يستتبع بالضرورة تخلى القضاء عن الرقابة على مشروعية قرار الإدارة بشأنها، وذلك بمطابقتها لمجموعة من المبادئ القانونية العامة التي يمكن أن تحكم العلاقة بين عناصر السبب والمحل والهدف، وهي العلاقة التي تعد المجال الحقيقي لتحقيق الملازمة في القرار الإداري، مثل مبدأ التناسب الذي يتصل بالعلاقة بين عنصرى السبب والمحل، ومبدأ المعقولية الذي يحكم العلاقة

بين عنصرى السبب والغاية، ومبدأ ضرورة الإجراء والتوازن بين المنافع والأضرار الذى يتعلق بالعلاقة بين عنصرى المحل والغاية<sup>(١)</sup>.

وقد استقر القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر، على أنه بالنسبة للقرار الإدارى الذى شابه البطلان، فإنه - على خلاف القرار المنعقد - إذا مضى وقت معقول على إصداره ونفاذه دون أن يطعن فيه أصحاب المصلحة أمام القضاء مطالبين بالغائه، ودون أن تلجأ الإدارة إلى سحبه، فإن القرار يعتبر فى ذاته سليماً مرتباً لأثار القرار غير المشروع من لحظة صدوره، فيزول ما لحقه من عيوب ويكتسب حصانة بمضى المدة ولا يجوز المساس به سواء بالغائه أو سحبه.

وتعتبر هذه الحصانة فى جوهر الأمر استثناءً حقيقياً على مبدأ المشروعية وسيادة القانون، فالأصل وفقاً لمقتضى هذا المبدأ أن القرار الباطل الذى صدر مخالفاً للقانون لا يتمتع بتلك الحصانة مهما طال عليه الوقت، ومن ثم يجوز الطعن بالغائه أمام القضاء دون التقيد بميعاد معين، كما يمكن للإدارة سحبه والرجوع فيه فى كل وقت إعمالاً لسيادة القانون.

ومع ذلك فإنه نظراً لاعتبارات تتعلق بضرورة استقرار الحقوق والمراكز الشخصية التى تنشأ للأفراد من تلك القرارات المخالفة للقانون، فقد استقر الأمر على تحصين القرارات الإدارية المشوبة بالبطلان بمرور مدة معينة، إذ يولد مرور هذه المدة ثقة مشروعة لدى الأفراد فيما يترتب عليه من مراكز، وينشئ للأفراد حقوقاً مشروعة يجب حمايتها، ولذلك فإن مرور تلك المدة، وهى شهرين فى فرنسا وستين يوماً فى مصر من تاريخ نشر القرار أو إعلانها، يكسب القرار الصفة المشروعة والحصانة ضد الإلغاء والسحب، فيصلح بالتالى أساساً لإصدار كافة القرارات الأخرى التى يجب أن تترتب

(١) راجع فى تفاصيل ذلك مؤلفنا: قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة - الطبعة الثالثة - ٢٠١٠.

عليه، فالقرار الباطل بترقية موظف ما، يعد أساساً صالحاً لإصدار قرار منح هذا الموظف علاوة الترقية، وذلك إذا ما تحصن القرار الأول، كما يمكن أن يكون أساساً لترقية الموظف فيما بعد إلى الدرجة التالية:

## ٢. البطلان النسبي:

هو جزء يلحق التصرف القانوني الذي تصيبه بعض العيوب الخاصة بالأهلية أو الرضا، وهو بطبيعته لا يؤدي إلى بطلان التصرف تلقائياً وبقوة القانون، وإنما يبقى التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره المقررة حتى يقضى عليه بالبطلان.

ويعتبر مجال البطلان النسبي في القانون العام محدود جداً حيث يوجد اتجاه بأنه لا مجال في القانون العام للبطلان النسبي كجزء على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك فإن البطلان النسبي يتحقق في القانون العام وخاصة في نطاق التصرفات الاتفاقية كال عقود الإدارية حين يصيبها أحد عيوب الرضا، كما يتحقق في نطاق القرارات الإدارية متى كانت القاعدة المدعى بمخالفتها قد تقررت لحماية مصلحة الإدارة أو المرفق العام ذاته، ففي هذه الحالة يكون التصرف معيباً وقابلًا للبطلان، ولكن البطلان هنا يتقرر لصالح الإدارة فلا يستطيع الأفراد الاستفادة منه<sup>(٢)</sup>.

غير أنه يبقى صحيحاً أن مجالات البطلان النسبي وحالاته في القانون العام تعتبر أضيق كثيراً من حالات البطلان المطلق على خلاف الأمر في القانون الخاص.

(١) الأستاذ الدكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية سالف الذكر ص ٢٠٩ - ٢١٠.

ومن الناحية العملية، لا يوجد فرق في النتائج التي تترتب على كل من نوعي البطلان الذي يشوب القرار الإداري، فيما عدا تحديد من له حق رفع دعوى الإلغاء، إذ لا يجوز في البطلان النسبي رفعها إلا من الجهة التي تقررت لمصلحتها القواعد المدعى بمخالفتها، وفي هذا الصدد فإن من شأن شرط المصلحة في دعوى الإلغاء أن يتولى تحديد هذه الجهة.



## الفصل الثاني

### ضمانات تعقيب النتائج المترتبة

#### على تلجج القواعد القانونية

تبين لنا مما سبق أن مقتضى مبدأ المشروعية، بطلان التصرفات الصادرة من أية سلطة عامة على خلاف ما تقتضى به القواعد القانونية الأعلى الملزمة، وذلك استناداً إلى تدرج هذه القواعد وما يترتب عليه من نتائج.

بيد أن هذا البطلان الذى يلحق بالتصرف المخالف لمبدأ المشروعية، يحتاج عملاً إلى جملة ضمانات تكفل ترتيب النتائج التى ترتبط به والتي يكون من شأنها التوصل إلى إعفاء الأفراد ممن يوجه إليهم التصرف الباطل مما قد يحملهم به من التزامات أو ما قد يفرض عليهم من قيود على خلاف القانون.

والأصل فى الدولة القانونية، أن الفرد لا يستطيع أن يقاوم تنفيذ أوامر السلطة العامة إذ يتعين عليه الخضوع لهذه الأوامر وتنفيذها وعدم اقتضاء حقوقه بنفسه، وإنما عليه أن يلجأ إلى سلطة عامة تقرر له هذه الحقوق وتوفر السند الذى يمكنه به اقتضاء هذه الحقوق على وجه يعتد به شرعاً، لذلك كانت أهم الضمانات القانونية المقررة لتحقيق مبدأ المشروعية تدور حول تنظيم الوسائل الشرعية التى يمكن للأفراد عن طريقها أن يطعنوا ضد أوامر السلطة العامة بقصد التخلص منها ومن أثارها وذلك أمام الهيئات العامة المتخصصة فى نظر مثل هذه الطعون أو التظلمات.

ومن ناحية أخرى، فإنه ولئن كان من المتعذر فرض الجزاءات المباشرة عن طريق القوة الجبرية على السلطات العامة بهدف حماية القواعد القانونية من احتمال انتهاكها من جانب هذه السلطات، فلا أقل من تقرير بعض الضمانات التى تسمح بكفالة توقيع نوع من الجزاءات غير المباشرة عليها حتى يتحقق فعلاً قيام الدولة القانونية على أساس المشروعية وسيادة القانون.

وهكذا تبلورت الضمانات الجوهرية لإقرار مبدأ المشروعية وتحقيق تدرج القواعد القانونية في تنظيم وسائل الرقابة السياسية والإدارية والقضائية على أعمال السلطات العامة. وتطبيقاً لذلك فإن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين لضمان التزامها بأحكام الدستور، علاوة على تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح لضمان التزامها بأحكام الدستور والقوانين، يعد أقوى الضمانات التي تحقق تدرج القواعد القانونية وتؤكد قيام دولة المشروعية وسيادة القانون.

### المبحث الأول

#### تنظيم الرقابة على الدستورية

إذا كان تدرج القواعد القانونية يقتضى سمو القواعد الدستورية على القواعد التشريعية واللائحية، فإن عدم الرقابة على دستورية القوانين واللوائح يخل حتماً بهذا التدرج وما يتبع ذلك من انتداب حقوق الأفراد وحرياتهم. ومن هنا المنطوقُ تحرّص الدول المختلفة على تنظيم الرقابة على القوانين لضمان اتفاقها مع الدستور، إلا أن هذه الرقابة تختلف من حيث الأسلوب من دولة لأخرى، ومع ذلك فمن الممكن التمييز بين أسلوبين رئيسيين لتنظيم هذه الرقابة وهما: رقابة الدستورية بواسطة هيئة سياسية، ورقابة الدستورية بواسطة القضاء، والتي قد تكون رقابة لا مركزية وتسمى رقابة الامتاع، أو تكون رقابة مركزية وتسمى في هذه الحالة رقابة الإلغاء<sup>(١)</sup>.

(١) راجع في ذلك: الدكتور طارق البوسعيدى - تنظيم رقابة الدستورية في سلطنة عمان - مجلة الحقوق - جامعة البحرين - المجلد الخامس - أكتوبر ٢٠٠٨ - ص ٢٩٥ وما بعدها.

## المطلب الأول

### الرقابة السياسية على الدستورية

يفترض هذا الأسلوب وجود هيئة أنشأها الدستور وتكون مهمتها التحقق من مطابقة أعمال السلطات العامة وخاصة البرلمان لأحكام الدستور، وقد يبدو منطقياً أن يعهد إلى هيئة سياسية أمر حماية الدستور وكفالة سموه وسيادته، على أساس أن رقابة القانون للتأكد من التزامه بأحكام الدستور وإن كانت مسألة قانونية في موضوعها، إلا أنها سياسية في آثارها، علاوة على أن هذه الرقابة إذا تمت بواسطة هيئة سياسية، فإنها ستكون في الغالب رقابة وقائية وسابغة على صدور القانون، وبالتالي تكون أكثر فعالية من غيرها من صور الرقابة اللاحقة، إعمالاً لمبدأ أن الوقاية خير من العلاج.

وعليه تعنى الرقابة السياسية على دستورية القوانين أن تتم هذه الرقابة لدى جهة أو هيئة سياسية من حيث التشكيل، حتى ولو اتسمت من حيث موضوعها أو طبيعتها بالصيغة القانونية وليست السياسية. والحقيقة أن الصيغة السياسية لجهة الرقابة في هذا الطريق يمكن ألا تكون مؤكدة، فمن المحتمل أن يتم تشكيلها من أفراد غير سياسيين، ومن غير القضاة أيضاً<sup>(١)</sup>، وذلك بصفة

(١) ومثلاً لذلك، أنشئ في جمهورية إيران الإسلامية في ١٧/٧/١٩٨٠ مجلس المحافظة على الدستور تطبيقاً للمواد ٧ و٧٢ ومن ٩١ إلى ٩٩ من دستورها الصادر في ديسمبر ١٩٧٩ وذلك ليتولى ممارسة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وكذلك الرقابة على توافق القوانين مع مبادئ الشريعة الإسلامية إضافة إلى تفسير الدستور فوقاً للمادة ٩١ من الدستور يتم تشكيل هذا المجلس "بهدف حماية الأحكام الإسلامية والدستور من مخالفة مجلس الشورى الوطنى لهما في كافة أعماله، ويتألف على النحو التالي:

- ١- ستة أعضاء من الفقهاء العدول العارفين بمسئئيات العصر وقضايا الساعة يختارهم القائد (أي مرشد الثورة) أو مجلس القيادة.
- ٢- ستة أعضاء من الحقوقيين من مختلف حقول القانون يختارهم المجلس الأعلى للقضاء من بين الحقوقيين المسلمين ثم يعرضون على مجلس الشورى الوطنى للموافقة عليهم".



مستقلة سواء عن السلطة "السياسية" في الدولة ممثلة غالباً في البرلمان أو السلطة التشريعية وحدها، أو بمشاركة السلطة التنفيذية أو رئيس الدولة على الأقل، دون مشاركة من أعضاء السلطة القضائية في الدولة.

ولذلك قد يكون من الأوفق أن يطلق على طريق الرقابة السياسية على الدستورية، طريق الرقابة غير القضائية، إذ لا تصح التسمية الأولى إلا في حالة مباشرة البرلمان وهو السلطة السياسية الرئيسية كما سبق وأشرنا للرقابة على الدستورية بنفسه، وهو طريق نادر للغاية باعتبارها رقابة ذاتية تتولاها السلطة المختصة أصلاً بإصدار القوانين وهي الأعمال الرئيسية التي تخضع للرقابة على دستوريته مما يجعل قواعد الدستور وسموها رهناً لإرادة وأهواء أعضاء البرلمان، حيث تكون الكلمة الأخيرة الحاسمة حول دستورية العمل التشريعي للمجلس القياسي الذي يترأسه وقرار هذا العمل بنفسه، ليجمع في هذه الحالة بين صفتي الخصم والحكم، وهو أمر يجافي العدالة الحققة ويؤدي حتماً إلى التصف والامتناع.

---

«ووفقاً للمادة ٤ من الدستور "يجب أن تقوم كافة القوانين والمقررات المدنية والجنائية والمالية والإحصائية والإدارية والثقافية والعسكرية والسياسية وغيرها على أساس الموازين الإسلامية وتحكم هذه المادة على الإطلاق كافة مواد الدستور والقوانين والمقررات الأخرى وتحديد هذا الأمر هو مسؤولية الفقهاء في مجلس المحافظة على الدستور (أي بامتلاك الأعضاء الحقوقيين)" وهو ما أكتفه المادة ٩٦ من الدستور بقولها "تشخيص مغفوة مصادقت مجلس الشورى الوطني لأحكام الإسلام يتم براءى أكثرية فقهاء مجلس المحافظة على الدستور، وتشخيص عدم تعارضها مع مواد الدستور يكون براءى أكثرية كل أعضاء مجلس المحافظة على الدستور. ويمارس المجلس دوره بناء على طلب من السلطات العلمة وهي مجلس النواب والسلطة الإدارية وكذلك القضاء - راجع في هذه المسألة:

الدكتور محمد جمال عثمان جبريل: الرقابة على دستورية القوانين في إيران - دار النهضة - ٢٠٠٢.

الدكتور محمد سابق العوا: التنظيم النيابي للدولة الإسلامية - دار الشروق - ١٩٨٩ - ص ٣٠٠ وما بعدها.

وتتأسس هذه الرقابة ذات الطابع السياسي على أن طبيعة عمل السلطة التشريعية أنها سياسية، مما يستلزم كذلك أن تكون الرقابة على هذا العمل من اختصاص هيئة سياسية لتراعى الاعتبارات السياسية فى التشريع إلى جانب الاعتبارات القانونية. إضافة إلى التفسير الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات بأنه يعنى الفصل التام المطلق بينها، مما يحول دون تدخل سلطة فى عمل أية سلطة أخرى. ولذلك تتسم هذه الرقابة بأنها أكثر اتساقاً مع وظيفة السلطة التشريعية، وبأنها رقابة وقائية سابقة، إذ لم تأخذ الدول التى أتبعت طريق الرقابة السياسية بأسلوب الرقابة اللاحقة فيها، حيث أنها تهدف أساساً إلى منع صدور أى تشريع من المجلس التشريعي المختص يكون مخالفاً لقواعد الدستور وأحكامه، ومن ثم تنصب هذه الرقابة على "مشروع" قانون لم يصدر بعد وليس له أية قوة نفاذ ملزمة، وبالتالي فهى رقابة محررة لا ترتبط بقضية معينة ينظرها القضاء.

وينتقد معظم الفقه الدستوري الرقابة السياسية بأنها تشكل خطراً سياسياً كبيراً لأن الهدف من تقرير الرقابة على دستورية القوانين هو وضع حد للنزوات السياسية والحيلولة دون طغيان إحدى الهيئات السياسية على غيرها من الهيئات إذا ما تركت وشأنها دون رقابة. ولا شك فى أن وضع مهمة الرقابة فى أيدي هيئة سياسية سيؤدى على عكس هذه النتيجة المبتغاة لأن هذه الهيئة السياسية ليست بمنجاة من الخضوع للنزوات السياسية أو التأثير بالأطماع التى يمكن أن تخضع لها الهيئات السياسية الأخرى، وبذلك يكون وضع مهمة الرقابة فى أيدي هيئة سياسية مؤدياً حتماً إلى نقل مركز الثقل فى النظام السياسي من البرلمان إلى تلك الهيئة السياسية، وتصبح هذه الأخيرة هى الهيئة العليا بين جميع الهيئات السياسية فى الدولة، سيما إذا تم تشكيل هذه الهيئة عن طريق الانتخاب الشعبي، وحتى لو تم تشكيلها بالتعيين، فسيؤدى ذلك إلى

خضوع الهيئة للسلطة التي تولت تشكيلها مما ينفي عنها صفة الاستقلال أو  
الحيدة في مواجهة جميع السلطات المنشأة<sup>(١)</sup>.

وبالرغم مما تقدم فقد أخذت بعض الدول بهذا الأسلوب ومن بينها

فرنسا.

### الرقابة السياسية على الدستورية في فرنسا:

عرفت فرنسا عديد من التجارب التي تتعلق بالرقابة السياسية على  
الدستورية، فقد أخذت بهذا الأسلوب من الرقابة في دستور السنة الثامنة لإعلان  
الجمهورية الصادر عام ١٧٩٩ وفي دستور ١٨٥٢ وفيها تولى مجلس الشيوخ  
حماية الدستور من انتهاكات الجمعية العامة أو الوطنية، وفي دستور ١٩٤٦ تم  
إنشاء هيئة خاصة مستقلة سميت باللجنة الدستورية تتولى الرقابة على دستورية  
القوانين بعد إقرارها من البرلمان وقبل إصدارها وتكررت في دستور ١٩٥٨  
الحالي حيث ينص هذا الدستور على تشكيل هيئة سياسية للرقابة على دستورية  
القوانين تسمى بالمجلس الدستوري.

ويتكون هذا المجلس وفقاً لنص المادة ٥٦ من الدستور من رؤساء  
الجمهورية السابقين كأعضاء بحكم القانون ولمدى الحياة، ومن تسعة أعضاء  
يقوم بتعيين ثلاثة منهم رئيس الجمهورية وبتعيين ثلاثة آخرين رئيس الجمعية  
الوطنية، وبتعيين الثلاثة الباقين رئيس مجلس الشيوخ وذلك لمدة تسع سنوات  
غير قابلة للتجديد، ويعين رئيس الجمهورية رئيس هذا المجلس من بين  
أعضائه، ويكون للرئيس صوت مرجح عند تساوي الأصوات.

وقد أسند الدستور إلى المجلس الدستوري اختصاصات متنوعة يعينها  
منها في هذا الصدد اختصاصه بالتحقق من عدم مخالفة القوانين التي يقررها

(١) الأستاذ الدكتور سعد عصفور: المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والنظم السياسية -  
١٩٨١ - ص ٥٦، ٥٧، الأستاذ الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري - ص ٨١

البرلمان للدستور فأوجب أن تعرض عليه "القوانين الأساسية" قبل إصدارها، واللوائح الداخلية للمجالس البرلمانية قبل تطبيقها لكي يقرر مدى موافقتها للدستور، كما أجاز لرئيس الجمهورية وللوزير الأول ولرئيس أى من مجلسى البرلمان، ولعدد ٦٠ عضواً من أى من مجلسى البرلمان<sup>(١)</sup>، عرض القوانين التى تم إقرارها من جانب البرلمان على المجلس الدستورى قبل إصدارها من جانب رئيس الجمهورية، وذلك لكي يقرر مدى موافقتها للدستور. ويتعين على المجلس إبداء رأيه خلال شهر من تاريخ العرض، وللحكومة أن تطلب انقاص هذه المدة فى حالة الاستعجال إلى ثمانية أيام، وتصدر قرارات المجلس مسببة وتعلن فى الجريدة الرسمية.

غير أنه يلزم مراعاة أن انحياز المشرع الدستورى فى دستور ١٩٥٨ إلى أسلوب الرقابة السياسية ليس مؤداه حتماً الأخذ بطريق الرقابة السابقة على دستورية القوانين قبل إصدارها، فمن الثابت أن فكرة الرقابة اللاحقة لم تكن غائبة وقت إعداد هذا الدستور، إذ طرحت الفكرة ولكنها رفضت من لجنة الخبراء المكلفة بإعداد المشروع التمهيدى للدستور فى ذلك الوقت، كما أن الفكرة تجدد طرحها بمناسبة تعديل الدستور فى أعوام ١٩٦٤ و ١٩٧٦ و ١٩٩٠ و ١٩٩٣، وأخيراً وبمناسبة التعديلات الدستورية الخاصة بتحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة عام ٢٠٠٨، حيث تضمنت هذه التعديلات نحو ٢٢ مادة من مواد الدستور ومن بينها تلك الخاصة بالمجلس الدستورى، وفيها تم إسناد مهمة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واللوائح المتعلقة بالحقوق والحريات العامة إلى المجلس، وذلك وفقاً للقانون رقم ٧٢٤ بتاريخ ٢٣ يوليو ٢٠٠٨ والذي تضمن التعديل الرابع والعشرين للدستور الفرنسى، وبذلك جمع

---

(١) وقد أعطى هذا الحق لأعضاء مجلس الشيوخ والجمعية الوطنية وفقاً لتعديل دستورى تم فى ١٠/٢٩/١٩٧٤.

المجلس الدستوري بين الرقابة السابقة على الدستورية كأصل عام والرقابة اللاحقة عليها على سبيل الاستثناء.

وعموماً يلاحظ على اختصاص المجلس الدستوري بفحص دستورية القوانين في فرنسا ما يلي:

- ١- تخضع جميع القوانين كقاعدة عامة للرقابة السابقة على دستورتها، كما تخضع بعض هذه القوانين للرقابة اللاحقة إذا لم يسبق للمجلس الدستوري فحص دستورتها وذلك إذا كانت تتصل بالحقوق والحريات العامة أو كان موضوعها مما يندرج في نطاق اللوائح المستقلة وفقاً للمادة ٣٧ من الدستور.
- ٢- لا يجوز للأفراد الالتجاء مباشرة إلى المجلس الدستوري بهدف تحريك رقابة الدستورية لحماية حقوقهم، حيث يقتصر هذا الحق على بعض سلطات الدولة على النحو السالف ذكره.
- ٣- تخضع القوانين الأساسية لرقابة الدستورية بصفة إلزامية، في حين أن الرقابة على القوانين العادية هو أمر جوازي، إذ يشترط لتحريكها أن يتم طلبها ممن لهم الحق في ذلك.
- ٤- لا يختص المجلس الدستوري إلا بفحص القوانين التي يمنها البرلمان، وعلى ذلك تخرج القوانين التي يقرها الشعب عن طريق الاستفتاء من ولاية هذا المجلس، وهو ما قرره المجلس الدستوري ذاته على أساس أنه يختص بنظر القوانين البرلمانية دون سواها، ولأنه جهاز رقابة على السلطات العامة المنشأة، ولأنه لا يجوز أن يكون التعبير عن السيادة الوطنية محلاً للرقابة. وقد انتقد الفقه هذا القرار بشدة<sup>(١)</sup>.

---

(1) C. C. 6 nov. 1962, D. 1963, 398, n. Hamon.  
BURDEAU, op. cit., p. 116 t p. 588.  
PREVOST, Le droit référendaire l'ordonnement juridique de la  
Constitution de 1958, R. D. P. 1977, 38 - 48.

٥- علاوة على اختصاص المجلس الدستوري بفحص القوانين التي أقرها البرلمان قبل إصدارها، فإنه يمكن للحكومة أن تطلب من المجلس فحص طبيعة بعض النصوص قبل التصويت عليها من جانب البرلمان، أي عندما تكون في مرحلة المناقشات البرلمانية، وذلك بهدف تحديد الصفة التشريعية أو اللانحوية لهذه النصوص وفقاً للمواد ٣٤، ٣٧ من الدستور، التي حددت على سبيل الحصر المسائل التي لها الصفة التشريعية على نحو ما أشرنا إليه سلفاً<sup>(١)</sup>.

٦- تعتبر قرارات المجلس الدستوري ملزمة للسلطات العامة ولجميع الهيئات الإدارية والقضائية، فلا تقبل الطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن، ومن ثم فإبداً رأى المجلس الدستوري أن هناك أحكاماً مخالفة للدستور في القانون المعروض عليه فلا يجوز إصدار هذه الأحكام ضمن مواد القانون، فإذا كانت غير قابلة للانفصال عن باقي مواد القانون فلا يجوز إصدار القانون برمته.

نخلص مما تقدم إلى أن الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا هي رقابة حقيقية فعالة إذ يترتب عليها بطلان القانون المخالف للدستور، ومن ثم عدم جواز إصداره أو تطبيقه، مما يمكن معه القول بأنه بالرغم من أن المجلس الدستوري هو هيئة سياسية في واقع الأمر بسبب أسلوب اختيار أعضائه، إلا أن الدستور الفرنسي يجعل منه قاضى مطابقة القوانين مع الدستور، أو بالأحرى قاضى دستورية القوانين<sup>(٢)</sup> بسبب طبيعة اختصاصاته. وهو في هذا الصدد يمكنه فحص دستورية القوانين إما قبل التصويت عليها وإقرارها من جانب البرلمان أو بعد إقرارها منه وقيل إصدارها من جانب رئيس الجمهورية، وإما

(١) وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ١٥٠ وما بعدها.

(٢) BRACHET, La délimitation des domaines respectif de la loi de règlement dans la constitution du 4 oct. 1958, these, Bordeaux, dact. 1965. p. 271.

بعد إقرارها وإصدارها وسرياتها فعلاً إذا كان موضوعها مما يندرج في نطاق اللوائح المستقلة<sup>(١)</sup> أو كان متعلقاً بالحقوق والحريات العامة<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### الرقابة القضائية على الدستورية

يتجه الفقه الغالب إلى أن القاضى بوصفه حارساً للمشروعية بين الأفراد، ينبغي أن يصبح أيضاً حارس هذه المشروعية فى مواجهة سلطات الدولة.

يؤيد ذلك أن الرقابة على دستورية القوانين لها طبيعة قانونية لا تنكر من حيث موضوعها ومن حيث المسائل التى تثيرها، ولذلك فمن المنطقى أن يعهد بالنظر فى هذه المشاكل القانونية إلى جهة قضائية، يكون فيما تقدمه من ضمانات الحيدة والاستقلال ما يجعل من هذه الرقابة ضماناً أكيدة لاحترام الدستور. يضاف إلى ذلك أن هذه الرقابة هى عمل فنى من حيث موضوعها، تتطلب مؤهلات فنية وكفاءة قانونية خاصة فى القائمين به لتحديد مدى مطابقة القوانين للدستور، ولا ريب أن التكوين القانونى للقاضى يؤهله لمهمة الرقابة على دستورية القوانين، فضلاً عن أن الإجراءات القضائية بما فيها من علانية و ضمانات للمناقشة والدفاع والتزام القاضى بتسبيب الحكم، كل ذلك يعتبر ضمانات كافية لحل عادل.

وعلى ذلك فإن رقابة المحاكم لدستورية القوانين هى من طبيعة عمل القاضى الملتزم بتطبيق القوانين، استناداً إلى تدرج القواعد القانونية وما يترتب عليه من ضرورة التزام القاضى بتطبيق القاعدة الأعلى عند تعارضها مع قاعدة أدنى.

(١) للمزيد من التفاصيل تراجع رسالتنا للدكتوراه سالفة الذكر ص ١٥٠ - ١٥٧.

(٢) وذلك من منطلق أن الإعتداء أو انتهاك الحقوق والحريات لا يتحصن من رقابة الدستورية مهما مضى من زمن وحتى لو كانت الإجراءات سليمة ومتبعة.

وتتنوع الرقابة القضائية ل دستورية القوانين إلى أسلوبين رئيسيين، فهي إما أن تكون رقابة امتناع أو رقابة الغاء<sup>(١)</sup>.

### الأسلوب الأول - رقابة الامتناع:

بمقتضى رقابة الامتناع يمكن للقاضي أن يهمل حكم القانون غير الدستوري ويمتنع عن تطبيقه فى القضية المعروضة عليه، ويبقى القانون مع ذلك سارياً و نافذاً حكمه فى الأحوال الأخرى التى يمتنى فيها ذلك.

والغالب أن تختص كافة المحاكم بممارسة رقابة الامتناع نتيجة الدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه أثناء دعوى أصلية أمامها، وحيث أن مقتضى وظيفة القضاء وطبيعة عمل القاضي الالتزام بتطبيق جميع القواعد القانونية فى البناء القانونى للدولة، فإذا ما وقع بين هذه القواعد أو بعضها تضارب أو تعارض لا يسمح بحال من الأحوال أن تطبق جميعها معاً، تعين على القاضي أن ينجأ إلى تدرج القواعد القانونية لتطبيق القاعدة القانونية الأعلى من حيث القوة القانونية، أو بالأحرى المرتبة الإلزامية، وعليه فإنه عندما يقع التعارض بين قاعدة دستورية وأخرى تشريعية عادية أو لائحية امتنع على القاضي تطبيق القاعدة المخالفة للقاعدة الدستورية، وذلك التزاماً بهذه الأخيرة، دون أن يحكم بإلغاء القاعدة التشريعية أو اللائحية ما لم ينص الدستور ذاته على بطلان القواعد التشريعية المخالفة لقواعده وأحكامه.

وعلى ذلك لا يشترط لمباشرة الرقابة على الدستورية بواسطة القضاء أن ينص الدستور عليها أو على تنظيمها، بل على العكس فإنه يلزم - فى تقديرنا - لإتباع طريق الرقابة القضائية على الدستورية بالامتناع عن تطبيق القواعد التشريعية أو اللائحية غير الدستورية إلا يكون هناك تنظيماً تشريعياً - وخاصة بواسطة المشرع الدستورى - لمساءلة الرقابة على الدستورية شريطة

(١) فى تفاصيل ذلك راجع الدكتور طارق البوسعيدى: تنظيم رقابة الدستورية ... سالف الإشارة - ص ٣١٢ وما بعدها.



أن يكون هذا التنظيم نافذاً ومعمولاً به ومرتباً للنتائج والأثر الناجمة عن تقرير عدم دستورية الأعمال القانونية المخالفة للدستور.

والغالب ألا يتدخل المشرع الدستوري في هذا الصدد إلا بغرض تركيز الرقابة على الدستورية بين يدي جهة سياسية أو قضائية واحدة، تختص دون غيرها بمباشرة هذه الرقابة، وهو الأسلوب الذي يطلق عليه الفقه الدستوري أسلوب مركزية الرقابة، سيما في حالة اختيار طريق الرقابة القضائية على الدستورية، وذلك بالمقابلة مع أسلوب لا مركزية الرقابة وهو أسلوب قضائي بطبيعة الحال ويعتمد على جعل مهمة الرقابة على الدستورية من شأن جميع المحاكم القضائية دون تحديد من خلال حل مشكلة التعارض بين القواعد القانونية وفقاً لتدرج القوة الإلزامية لها واستناداً إلى مبدأ سمو الدستور وجموده على النحو السالف شرحه بما مؤداه تقرير الحق للمحاكم في الامتناع عن تطبيق أي تشريع ترى أنه مخالف للدستور أو للنظام الأساسي للدولة.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية موطن الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية لعدم وجود أي نص ينظم الرقابة على الدستورية فيها، مما يمكن معه تفسير صمت الدستور عن تنظيم طريق محدد للرقابة على الدستورية بأنه إقرار لجميع المحاكم القضائية بالحق في الرقابة على دستورية الأعمال القانونية التي يتعين تطبيقها، ومن ثم الامتناع عن هذا التطبيق إذا ثبت لديها عدم دستورية أي منها. ويؤكد ذلك - في تقديرنا - أنه لا يوجد أي نص في الدستور الأمريكي يمنع صراحة أو ضمناً مباشرة هذه الرقابة، بل العكس هو الصحيح وذلك إذا أمعنا النظر في نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور والتي تقضى بأن "هذا الدستور وقوانين الولايات الصادرة وفقاً له وكل المعاهدات المعقودة أو التي ستعقد في ظل سلطة الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأساسي للبلاد، ويلزم القضاة في كل أنحاء البلاد بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها".

المعاملات بصدد القانون الواجب التطبيق عليها، وعدم المساواة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، حيث تتضارب أحكام المحاكم تجاه دستورية أو عدم دستورية قانون محدد، وذلك نتيجة حصر الآثار القانونية المترتبة على مباشرة هذه الرقابة في "امتناع" المحكمة المختصة بنظر المنازعة، عن تطبيق النص أو القانون الواجب التطبيق على موضوع الخصومة لما ارتكبه من عدم دستوريته، وذلك دون إلغائه أو المساس بقوة نفاذه أو سريانه، وبالتالي يظل قائماً قابلاً للتطبيق في دعاوى أخرى، ومنتجاً لجميع آثار نفاذه وسريانه<sup>(١)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن مسألة الرقابة على الدستورية على قدر كبير من الخطورة، مما يصحب معه تركها لاجتهاد كافة المحاكم، وما قد يترتب على ذلك من تعارض الآراء في تفسير النصوص الدستورية والقانونية، الأمر الذي يستوجب تركيز الرقابة على الدستورية بين يدي جهة قضائية واحدة، بيدها منفردة زمام إعمالها، حتى يتسنى لها إقامة الوحدة العضوية لأحكام الدستور وقواعده، وفقاً لما تصوغه من معايير ومناهج تهدف إلى التوازن بين المصالح والاعتبارات المثارة على اختلافها، وتحول دون تفرق وجهات النظر من حولها أو تباين مناحي الاجتهاد فيها<sup>(٢)</sup>.

لذلك نتجه معظم الدول الحديثة إلى اعتناق أسلوب مركزية الرقابة على الدستورية، خاصة وأنه الأسلوب الوحيد الذي يمكن أن يفضى إلى جعل رقابة الدستورية بواسطة القضاء، رقابة بطلان أو إلغاء وليست مجرد رقابة امتناع،

(١) ولا يعنى ذلك عدم نجاح رقابة الامتناع بصورة مطلقة، إذ يختلف الأمر باختلاف النظم القانونية والقضائية والظروف القانونية الخاصة بكل دولة، وعلى سبيل المثال فإن هذه الرقابة لاقت نجاحاً لا ينكر في الولايات المتحدة الأمريكية بسبب اعتناقها نظام السوابق القضائية (Common Law) الذى من شأنه تجنب مخاطر تضارب الأحكام القضائية حيث تتقيد المحاكم الأدنى درجة بأحكام المحكمة العليا - راجع فى ذلك: الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: المرجع السابق - ص ١٤٣.

(٢) المحكمة الدستورية العليا فى ١١/٧/١٩٩٢ قضية ٣٩ لسنة ٩٩ق. دستورية، وفى ٢/٦/١٩٩٣ قضية ٥٧ لسنة ٤ ق. دستورية.

ويكون قضاؤها فاصلاً بصفة نهائية في أمر دستورية أو عدم دستورية ما يعرض عليها من نصوص تشريعية، متمتعاً بحجية مطلقة تجاه الكافة من أفراد وسلطات، وإن كانت هذه النتائج ليست مرتبطة حتماً بأسلوب مركزية الرقابة على الدستورية، وحيث تختلف الدول التي تتنق هذا الطريق سواء في تحديد الجهة القضائية المنوط بها مباشرة هذه الرقابة أم في تحديد وقت مباشرتها، ومن لهم الحق في تحريك الرقابة والإجراءات المتبعة لذلك أمامها، والآثار القانونية المترتبة عليها وعلى الحكم الصادر بشأنها، وهي موضوعات يتعين علينا التعرض لكل منها بالتفصيل المناسب.

#### أ - تحديد الجهة القضائية المنوط بها رقابة الدستورية:

إذا رأت دولة ما إتباع طريق الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، فإن الغالب الأعم ألا يترك الدستور لهذه الدولة مهمة تحديد الجهة المنوط بها مباشرة الرقابة على الدستورية للمشرع العادي، وإن كان ذلك الأمر ليس مستبعداً وهو ما تحقق - مثلاً - في النظام الأساسي لسلطنة عمان، حيث خولت المادة ٧٠ منه مهمة تعيين الجهة القضائية التي تتولى هذا الاختصاص للقانون، ولذلك فإن السائد فقهاً أن تنظيم الرقابة القضائية على الدستورية، وهي من العناصر الرئيسية لتحقيق الدولة الدستورية ودولة القانون، يجب ألا ترتبط أو ترتبها بإزادة السلطة التشريعية العادية، وهي الجهة الأولى التي ستخضع أعمالها لتلك الرقابة، دون سواها، حتى لا تكون هذه الرقابة غير فاعلة وقاصرة عن صون حقوق المواطن وحياته إذا جاءت القوانين الناظمة لصلاحيات القضاء الدستوري دون المستوى المطلوب لتفعيل دوره<sup>(١)</sup>.

(١) الدكتور أمين عاطف صليبا: المرجع السابق - ص ٤٥.

M. Fromont, La justice constitutionnelle dans le monde, Dalloz, Paris, 1996, P. 87.

وباستقراء النظم المقارنة في هذا الشأن نجد أن الاختيار - سواء تم بواسطة المشرع الدستوري أم المشرع العادي - سيكون بين طريقتين أو أسلوبين هما:

أولاً: إسناد مهمة الرقابة القضائية على الدستورية إلى المحكمة العليا في الجهاز القضائي، وهو ما يصلح في حالة وجود محكمة عليا واحدة على رأس السلطة القضائية في الدولة، أيا كان مسماتها مثل المحكمة العليا أو محكمة النقض أو محكمة التمييز أو غير ذلك من مسميات، وذلك حتى يمكن لهذه المحكمة أن تفرض على غيرها من المحاكم التي تدنوها ما تصدره من أحكام أو قضاء بشأن دستورية النصوص والقواعد التشريعية التي تنور بشأنها شائفة عدم الدستورية.

وعلى ذلك تصلح هذه الوسيلة أسلماً في الدول التي يتأسس فيها تنظيم القضاء على مبدأ وحدة القضاء، حيث توجد جهة قضائية واحدة يكون اختصاصها شاملاً لمختلف المنازعات، مثل جمهورية السودان، كما أنها تعد الوسيلة المثلى للدول الاتحادية مثل الاتحاد السويصري والمانيا الاتحادية والإمارات العربية المتحدة، وإن كان ذلك لا يمنع من وجود دول اتحادية تفضل أسلوب الرقابة اللامركزية القضائية (رقابة الامتناع)، مثلما عليه الحال في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>(١)</sup>.

ثانياً: إسناد مهمة الرقابة على الدستورية إلى جهة قضائية تتشأ خصيصاً لهذا الغرض، وقد تتمثل هذه الجهة في محكمة يطلق عليها غالباً اصطلاح "المحكمة الدستورية العليا" مثل مصر والكويت، وقد تتمثل في دائرة قضائية متخصصة ومختصة دون غيرها برقابة الدستورية، دون أن يمنع ذلك

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: المرجع السابق - ص ١٨٥.

الدكتور محمد كامل ليلة: القانون الدستوري - ١٩٦٧ - ص ١٢٢.

G. BURDEAU, Droit Constitutionnel et L'Institutions Politiques, 1976, P. 107.

من إضافة بعض الاختصاصات الأخرى المرتبطة بهذا الموضوع إليها، مثل تفسير نصوص الدستور أو التشريعات الأخرى.

والغالب أن تلجأ الدول التي تزوج أو تتعدد فيها الجهات القضائية المستقلة فيما بينها إلى هذه الوسيلة، خاصة وأنه سيناط بها مهمة فض النزاع الإيجابي والسلبى بين هذه الجهات، علاوة على إزالة التعارض بين الأحكام القضائية الصادرة عنها وذلك بتحديد الحكم الواجب النفاذ من بينها. والمشهد عملاً تزايد الدول التي تعتنق هذا الطريق مثل إيطاليا وأستراليا وتركيا ومصر، ولا يمسوغ وفقاً لهذا الأسلوب لآى محكمة أخرى أن تتصدى للفصل فى المنازعة الدستورية، حتى ولو كانت محكمة عليا لإحدى هذه الجهات، ولذلك فإننا لا نوافق محكمة النقض فيما ذهبت إليه بصدد قانون الكسب غير المشروع رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى القضية المعروفة للدكتور عبد الحميد حسن محافظ الجيزة الأسبق، إذ برأته محكمة النقض من التهم المنسوبة له، تأسيساً على أن المادة (٢) من هذا القانون ألقت عبء الإثبات لمشروعية مصدر ثروة الموظف العام على عاتق الموظف المتهم بتحقيق كسب غير مشروع، وهو أمر مخالف للدستور فيما نص عليه بصدد أصل البراءة، حيث قضت المحكمة بأن "الدستور قد نص على أن الأصل فى الإنسان البراءة وأن عبء الإثبات يكون على عاتق سلطة الاتهام وليس المتهم، ومن ثم فإن نص قانون الكسب غير المشروع المشار إليه يعد مخالفاً للدستور، لذلك فإن محكمة النقض لن تعمل هذا النص ولا يعد ذلك تعدياً على سلطة المحكمة الدستورية العليا المختصة بالفصل فى دستورية القوانين، فلا يحول ذلك دون امتناع المحاكم عن إعمال أى نص قانونى مخالف للدستور دون الحاجة إلى إحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية، وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض فى العديد من أحكامها ... لأن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء، لكن عند تعارض أحكامهما فلا بد من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون إعمالاً لقاعدة

تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى ... وهو القانون لمخالفته أحكام الدستور ... فالتشريع يتدرج درجات ثلاثاً هي الدستور ثم التشريع العادي ثم التشريع الفرعي أو اللائحة، ولا خلاف على حق المحاكم في الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى للتأكد من تمام سنة بواسطة السلطة المختصة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذي يبدأ بعده نفاذه، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه، أما من حيث رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع ... فإنه وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور ... فإن اختصاص المحكمة الدستورية المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون عليه أو بدستوريته هو حق لها لا يشاركها فيه سواها وحجية الحكم في هذه الحالة مطلقة تسرى في مواجهة الجميع، على أنه في ذات الوقت للقضاء العادي التأكيد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبتت هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك الغاء أو القضاء بعدم دستوريته، وحجية الحكم في هذه الحالة نسبية مقصورة على أطراف النزاع دون غيرهم".

وقد أجمع الفقه على انتقاد هذا الحكم لمخالفته الواضحة للأحكام الأمرة التي حددت طريق الرقابة القضائية على دستورية القوانين باعتبارها من النظام العام، إذ كان يتعين على المحكمة أن توقف نظر الدعوى وتحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية هذا القانون الذي تراءى لمحكمة النقض عدم دستورية، حيث لا يجوز لهذه المحكمة التصدي لذلك لما ينطوي عليه من تعد على اختصاص المحكمة الدستورية، علاوة على فتح باب الاجتهاد أمام كافة القضاة من خلال رقابة الامتناع عن تطبيق أى نص يرى القاضي أنه غير دستوري مما يسفر عملاً عن الغاء دور المحكمة الدستورية العليا

واختصاصها في هذا الشأن، ومع ملاحظة أنه سبق لمحكمة النقض الأخذ بهذا القضاء عام ١٩٧٢ عندما ألغت القانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعروف بقانون مذبحه القضاء، إلا أن هذا القضاء لم يتكرر بعد ذلك.

#### ب- تهديد وقت مباشرة الرقابة على الدستورية:

سبق وأن أشرنا بصدد الرقابة السياسية إلى أنها رقابة وقتية غالباً، بمعنى أنها رقابة سابقة تهدف أصلاً إلى منع صدور العمل التشريعي غير الدستوري، وتجنب بالتالي الجدل حول دستوريته بعد صدوره، وتتفادى خطر تضارب الأحكام القضائية الذي يتحقق في حالة الأخذ برقابة الامتناع، مما يضاعف من فعالية الرقابة السابقة تأسيساً على قاعدة أن الوقاية خير من العلاج، ولذلك يتجه البعض إلى أن دور الجهة التي تتولى مباشرة هذه الرقابة، هو دور فني بإبداء رأى قانوني علم عن مدى وجود مخالفات دستورية واضحة في القانون، على خلاف الرقابة القضائية اللاحقة التي تتضمن الفصل في منازعة يقيمها أحد الأفراد دفاعاً عن أحد حقوقه الدستورية الأساسية في التقاضي.

ولذلك يمكن القول بصدد الرقابة القضائية، سواء المركزية منها أو اللامركزية، أنها رقابة لاحقة غالباً تهدف إلى علاج ما أصاب البناء القانوني في الدولة من وجود نصوص أو تشريعات مخالفة لما يعلوها من قواعد قانونية وعلى رأسها القواعد الدستورية، وليس من جدال في أن إتباع أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية يؤدي حتماً إلى أن تكون هذه الرقابة "لاحقة"، أي بعد صدور القوانين والتشريعات، حيث تسفر تلك الرقابة عن "امتناع" المحكمة التي فحصت دستوريته عن "تطبيق" القانون الذي يثبت لديها عدم دستوريته، مما مفاده أن هذا القانون كانت له قوة نفاذ ملزمة، وكان سارياً وواجب التطبيق، ولولا عدم دستوريته لالتزمت المحكمة بإعماله، وهكذا فإنه لا مجال للتفرقة بين الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة في ظل رقابة الامتناع، إذ يفترض فيها أن هناك

دعوى قضائية يراد فيها تطبيق أحد القوانين، ولكن لوجود شبهة في عدم دستوريته يتم الدفع بذلك أثناء نظر الدعوى، بهدف عدم تطبيقه فيها، وبالتالي تكون في هذه الحالة لاحقة دوماً على صدور ونفاذ القانون، إذ لا مجال لها إلا بمناسبة تطبيقه.

أما الرقابة السابقة، فيالرغم من أنها تتفق أصلاً مع طريق الرقابة السياسية، إلا أنها ليست مرادفة لها، حيث يمكن أن تكون أيضاً قضائية أى معهود بها إلى جهة قضاء، وهو الأمر الذى تحقق في بعض الدول مثل بنما فى دستور ١٩٠٤ وإيرلندا فى دستور ١٩٣٧.

وعلى حين يؤيد جانب من الفقه الرقابة السابقة للحيلولة دون صدور قوانين مخالفة للدستور، ويفضلها على الرقابة اللاحقة لما تسفر عنه من عدم استقرار تشريعى، فإن معظم الفقه الدستورى يرفض بشدة هذا التوجه، وذلك بملاحظة أن عدم الاستقرار التشريعى مرده تقصير المشرع فى عمله، كما أنها حجة لا تقوى على مواجهة مقتضيات مبدأ سمو الدستور وسيادة القانون، علاوة على أنه ثبت عملاً أن مواطن عيب عدم الدستورية وأوجه مخالفة القوانين لأحكام الدستور ومبادئه وروحه لا تظهر إلا من خلال التطبيق العملى، وفى ضوء الآثار التى أحدثتها فى مجال تطبيقها ووفقاً لما يظهره العمل من مطالبها الدستورية، ومن ثم فإن الرقابة اللاحقة هى الأفضل، لتكون الرقابة من خلال ما هو قائم وليس ما هو مقترض، فلا تكون مراجعتها تصوراً نظرياً بل عملاً واقعياً حقيقياً.

فليس من شك فى أن سائبة عدم الدستورية لا تظهر إلا بعد اتصال النص التشريعى بالواقع الاجتماعى والقانونى عند التطبيق العملى، ومن خلال المرافعات والمذكرات القانونية، والتحضير والإعداد طوال نظر الخصومة القضائية أمام الجهة المختصة، ومهما بلغت المداولات والمناقشات بين أعضاء هذه الجهة فيما بينهم وحدهم، وحتى لو تعددت الهيئات الاستشارية أو اللجان



المتخصصة المعاونة لها، فإن المخالفات التشريعية لنصوص الدستور قد لا تظهر مطلقاً قبل دخول التشريع حيز التطبيق واتصاله فعلاً بالواقع العملي، فهذا وحده من شأنه أن يكشف عن آثار التشريع التي قد تكون مخالفة للنصوص الدستورية، علاوة على أن الأمر هنا يتعلق أيضاً بحق كل فرد في الالتجاء إلى القضاء للنظر في دعواه بأن القانون يخل بحقه الدستوري في احترام أحكام الدستور ومبادئه وصيانة الحقوق والحريات، وهو حق دستوري لكل مواطن وليس حقاً للمحكمة بقدر ما هو واجب عليها للفصل في المنازعة المعروضة عليها. وكما قيل بحق فإن الرقابة السابقة هي رقابة في حجرة مظلمة، ولكن الرقابة اللاحقة تتم بعين مبصرة ... ومن خلال ضوء ساطع، ومن هنا تكون الرقابة الدستورية اللاحقة أكثر فاعلية<sup>(١)</sup>، وخاصة بمراعاة أن مفهوم حقوق وحريات الأفراد في تطور مستمر وأن طبيعة العيب ذاته لم تظهر إلا في وقت لاحق نتيجة لتغير الظروف التكنولوجية والمفاهيم السياسية والاقتصادية.

غير أن ما تقدم لا يعني أنه يتعين على المشرع الاختيار بين نوعي الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة في ظل اعتناق نظام الرقابة القضائية المركزية على دستورية القانون دون الجمع بينهما، إذ ليس ثمة ما يمنع من ذلك استناداً إلى أن الدستور يشمل أولاً النظام السياسي للحكم في الدولة متضمناً إنشاء السلطات العامة فيها وضبط نشاطها وتصرفاتها وعلاقتها فيما بينها، كما يشمل ثانياً تنظيم الحقوق العامة والحريات الأساسية للأفراد في المجتمع، وضمنات كفالتها، سيما تجاه السلطات العامة، ومن ثم فإنه يمكن الجمع بين طريقي الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة على الدستورية، على أن تكون الرقابة اللاحقة هي الأصل والرقابة السابقة هي الاستثناء، على خلاف ما أخذ به المشرع

(١) هذا بقول منسوب إلى المستشار الدكتور عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية الأسبق في تحقيق صحفي أجراه معه الأستاذ أسامة سلامة في مجلة روز اليوسف المصرية بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٩ - ذكر ذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية - ٢٠٠٢ - ص ١٦٥.

الدستوري الفرنسي عام ٢٠٠٨، وأن يقتصر نطاق هذا الاستثناء في النصوص التي تتصل فقط بتنظيم السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاصاتها وعلاقتها فيما بينها، أما تلك المتصلة بحقوق الأفراد وحررياتهم العامة، فلا مناص من طرحها بعد إصدارها ونفاذها ووضعها موضع التنفيذ على ساحة القضاء الدستوري المختص للتأكد من دستوريته على ضوء التطبيق في الواقع العملي، ويستتبع الأخذ بهذا الاقتراح أن يكون طريق الرقابة المباشرة مقصوراً على السلطات العامة في الدولة، بينما يكون طريق الرقابة اللاحقة مقررًا كاصل عام لجميع الأفراد في المجتمع<sup>(١)</sup>.

وقد تحقق هذا الأمر جزئياً في مصر، حيث الأصل فيها اختصاص جهة قضائية مركزية مستقلة دون غيرها بفحص دستورية القوانين واللوائح، وهي المحكمة الدستورية العليا، وذلك بعد صدورها وتطبيقها ومن خلال دعوى موضوعية مطروحة على محكمة الموضوع، فهي إذن رقابة قضائية لاحقة على صدور القانون وبمناسبة تطبيقه. واستثناء من هذا الأصل قرر المشرع الدستوري - وليس المشرع العادي - بموجب تعديل دستوري تم عام ٢٠٠٥ واستمر حتى اليوم، أن تكون هناك رقابة قضائية مركزية سابقة، على دستورية مشروع قانون معين هو قانون تنظيم انتخابات الرئاسة في مصر، وذلك قبل إصداره، للتحقق من اتفاهه مع أحكام الدستور القائم، بحيث يحوز هذا القانون بعد تلافى شبهة عدم دستورية بعض نصوصه ثم إصداره ونفاذه بعد ذلك، فريضة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات عكسها بعد سريانها بدستورية نصوص هذا القانون ومطابقتها لأحكام الدستور.

(١) ومن هنا فإننا نفضل أن ترد نصوص الدستور في وثيقتين منفصلتين، الأولى تتعلق فصب بشكل الدولة ونظام الحكم فيها، والثانية تتصل فقط بتحديد مقومات المجتمع والحقوق والحرريات العامة، بما يسمح بالمغايرة بينهما بصدد الرقابة القضائية السابقة أو اللاحقة على الدستورية وأيضاً ما يتعلق بتعديل الدستور ونطاقه.

وقد قامت المحكمة الدستورية العليا في مصر، بعد إحالة مشروع ذلك القانون إليها بتحديد مدى اختصاصها بالرقابة على مشروع هذا القانون، فصدر قرارها في ٢٦/٦/٢٠٠٥<sup>(١)</sup>، متضمناً ما يلي:

وحيث أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة السابقة على مشروع القانون المعروف (قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية) يتحدد على النحو الوارد بنص المادة (٧٦) من الدستور بتقرير مدى مطابقتها لأحكام الدستور، ومن ثم فإنه يخرج عن هذا الاختصاص ما يلي:

- ١- مراجعة الصياغة القانونية للمشروع.
  - ٢- النظر في أي تناقض بين نصوص المشروع بعضها البعض أو تعارضها مع أية نصوص قانونية أخرى.
  - ٣- تقرير مدى ملاءمة بعض الأحكام التي حوّاها المشروع باعتبار أن ذلك الأمر يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع.
- وفي ضوء ما تقدم فقد استبان للمحكمة ما يلي:
- أولاً: حوى المشروع المعروف خصوصاً ثور بشأنها شبهة عدم الدستورية إلا إذا تم تفسيرها على وجه يزيل عنها هذه الشبهة وهي: ١ - م ١٣ ... ويتعين تفسير عبارة ... على نحو ... ٢ - م ١٨ ....، ثانياً: نصوص يشوبها عوار دستوري هي: المواد ٥ و ٢٢ و ٤٩ ...<sup>(٢)</sup>

(١) الجريدة الرسمية من مصر عدد ٢٥ مكرر بتاريخ ٢٦/٦/٢٠٠٥. وقد تكررت هذه الرقابة عام ٢٠١٢ بمناسبة تعديل هذا القانون، وصدر قرار المحكمة في شأنه بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٦ مؤكداً على ذات الضوابط التي سبق للمحكمة إقرارها عام ٢٠٠٥.

(٢) اعتنقت المحكمة الدستورية بذلك أسلوب المجلس الدستوري في فرنسا المسمى "التفسير تحت الحفظ d'interpretation sous reserve" ومقتضاه أنه يجوز الحكم بمطابقة النص التشريعي بأحكام الدستور وفقاً لتفسير محدد بحيث يكون كل تفسير خلاف ذلك مخالفاً للدستور - راجع في ذلك: الدكتور مصطفى عفيفي: المرجع السابق ص ٧١.

DRAGO (G), L'execution des décisions du Conseil Constitutionnel, thèse Paris II, 1989, P. 149.

من ناحية أخرى أصدرت المحكمة في صدد هذا الموضوع حكماً بتاريخ ٢٠٠٦/١٥، رفضت فيه أولاً فحص دستورية التعديل الدستوري الذي تم تجاه المادة ٧٦ من الدستور، حيث قضت بأنه "إذا كان لا يجوز للمحكمة الدستورية العليا أن تتصل من اختصاص أسنده لها الدستور فعليها ألا تخوض في اختصاص ليس لها باعتبار أن تجاوزها لولايتها أو اتصالها منها أمران يمتنعان عليها دستورياً، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاصها برقابة المادة ٧٦ من الدستور لمجاوزة هذا الطلب حدود ولايتها، وينطبق ذلك على تعديل هذه المادة"<sup>(١)</sup>، أما عن الطعن بعدم دستورية قانون الانتخابات الرئاسية الذي سبق للمحكمة فحصه قبل إصداره من خلال الرقابة السابقة، فقد قضت فيه المحكمة - ثانياً - بأن "مباشرتها الرقابة الدستورية السابقة على مشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية وإيداء رأيها فيه لا يمنعها من مباشرة اختصاصها بالرقابة اللاحقة على نصوص ذلك القانون ... كما أن مجلس الشعب قد التزم بمنطوق قرار المحكمة الذي أصدرته عند رقابتها السابقة لمشروع قانون تنظيم الانتخابات الرئاسية تنفيذاً لحكم المادة ٧٦ من الدستور والمادة ٢٥ من قانونها بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فقد استعرضت المحكمة نصوص المواد المطعون عليها، وتبين لها أن مجلس الشعب قد التزم بقرارها وصدر القانون غير مخالف في أي من مواد لنصوص الدستور، ومن ثم فإن ما يثيره الطعن بشأن المواد المطعون عليها يكون غير قائم على أساس بما يتعين القضاء برفضه".

بالرغم من استحالة تكرار هذه الرقابة بصدد ذات القانون ما لم يتم تغييره أو تعديله، إلا أن من شأنه وضع مبدأ له آثاره البالغة، ويتمثل في أن

(١) تكرر هذا القضاء عام ٢٠١٢ بمناسبة طلب عرض تعديل قانون مباشرة الحقوق السياسية (الذي أقره مجلس الشعب لتطبيق العزل السياسي على أحد المرشحين لانتخابات الرئاسة تحايلاً على ضرورة الرقابة السابقة)، حيث قررت المحكمة في ٢٠١٢/٤/٢١ عدم اختصاصها بنظر هذا الطلب.

مباشرة الرقابة السابقة على دستورية نص تشريعي أو قانوني لا يمنع من مباشرة رقابة لاحقة عليه بواسطة ذات المحكمة، وفي تقديرنا أن من شأن ذلك إهدار كل ميرر أو علة من استبدال الرقابة السابقة بالرقابة اللاحقة، على سبيل الاستثناء، وبصدد موضوع أو قانون محدد يتعلق بمسلطات عامة، ضمناً للاستقرار التشريعي والسياسي على نحو ما سبق عرضه، ومع ذلك فإنه يخفف من ذلك أن المحكمة - كما هو واضح من حيثيات حكم ٢٠٠٦/١/١٥ - لم تفحص سوى مدى التزام مجلس الشعب المصري بقرارها - أو بالأحرى حكمها - السابق صدوره في ٢٠٠٥/٦/٢٦، وهو أمر لا يسوغ أن ترفع دعوى خاصة بشأنه<sup>(١)</sup>، إذ يتعلق بآثار الحكم وحجبه وواجب السلطات العامة المعنية بوضع الحكم بمنطوقه وأسبابه موضع التنفيذ.

والخلاصة أنه لا يجوز في تقديرنا استبدال الرقابة المعبقة على دستورية القوانين بصفة عامة بالرقابة اللاحقة على الدستورية، فالأمر لا يتعلق فحسب بمجرد التغيير الزمني للحظة الحكم على دستورية القوانين، بل أنها تتطوى على إلغاء حقوق المواضع في الطعن أمام القضاء بعدم دستورية أحد القوانين لعيوب خفية لم تتضح بشكل كامل إلا مع الممارسة وخلال حياة القانون، علاوة على أن هذا الاستبدال يرتب مشكله كبرى وحادة تتعلق بالجهة القضائية المختصة بالرقابة على دستورية اللوائح والتي ستؤول حتماً لجهة القضاء الإداري مما يستتبع ضرورة تنظيمها على وجه الدقة وخاصة تجاه اللوائح المستقلة، بصدد كل ما أثرناه من موضوعات تتصل بهذا التنظيم.

#### جـ - أساليب تحريك الرقابة على الدستورية أمام القضاء:

عند عرض طريق الرقابة القضائية اللامركزية على الدستورية، أوضحنا أن هذه الرقابة تكون دوماً "لاحقة" على إصدار القوانين ونفادها

(١) وفي ذات الحكم رفضت المحكمة أي طعن مباشر أو دعوى أصلية ضد أي نص تشريعي، ومن ثم قضت بعدم قبول الدعوى الخاصة بالطعن على نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة والتي تمنع إقامة الدعوى أمامها مباشرة.

## ب- وسيلة الدفع الفرعى:

بالرغم من أن الدفع الفرعى وسيلة قضائية تتعلق أصلاً بطريق "رقابة الامتثال" كما سبق وأوضحنا، إلا أن للمشرع أن يقرر ذات الوسيلة مع تفضيله إتباع طريق الرقابة القضائية المركزية، بأن يسمح للأفراد بالحق فى الطعن بطريق غير مباشر فى دستورية القوانين واللوائح أمام المحكمة الدستورية المختصة، وذلك من خلال الدفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية، وهى محكمة ليس من صلاحياتها سلطة الفصل فى هذا الدفع، وإنما يتعين عليها بحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية المختصة، وخاصة إذا تبين لمحكمة الموضوع جدية ذلك الدفع (وهو الشرط المعمول به فى مصر) أو صحته (وهو الشرط المعمول به فى ألمانيا)، لتتولى المحكمة الدستورية بعد ذلك الفصل فيه، والحكم بعدم دستورية النص أو التشريع المطعون فيه إذا تبين لها ذلك، ويكون حكمها فى هذا الشأن ملزماً للكافة حتى يمكن حسم النزاع فى هذه المسألة نهائياً، وهو الطريق الذى اتبعته دول عديدة مثل إيطاليا وفقاً لنسور ١٩٤٧ والكويت فى دستور ١٩٦٢ ومصر فى دستور ١٩٧١.

ويجب هذا الطريق أن اتباعه يعنى انتظار صاحب المصلحة إلى حين تطبيق القانون أو النص التشريعى عليه ليدفع بعدم دستوريته، بل وقد لا يتبين صاحب المصلحة هذا الأمر ومن ثم يتم تطبيق القانون عليه وعلى غيره من شاكته لأمر طويل، إلى أن يتبعض البعض بعد منازعات ليست بالقليلة تم تطبيق القانون فيها، إلى شبهة عدم دستوريته فيدفع بذلك ويسير فى إجراءاته إلى أن

---

= الدكتور محمد كامل ليلة: المرجع السابق - ص ١٥٠ وما بعدها.  
الدكتور إسماعيل مرزوق: القانون الدستورى - منشورات الجامعة اللبنانية - بيروت ١٩٦٩ - ص ٥٥٢.  
الدكتور عثمان عبد الملك الصالح: الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية فى الكويت - ١٩٨٦ - ص ٢٧ وما بعدها.

ينتهي الأمر بإعلان بطلان القانون أو إلغائه، مما يثير جدلاً ونزاعاً وخلافاً فقهيًا وقضائيًا حول أثر هذا الحكم على نحو ما سنبينه لاحقاً.

ولذلك قد يجيز المشرع، أن تكون المبادأة كذلك لمحكمة الموضوع، إذا تراءى لها عدم دستوريته، باعتباره النص الواجب التطبيق في المنازعة المطروحة عليها، وهو ما يعنى حق قاضى الموضوع فى التصدى لفحص دستورية النص من تلقاء نفسه بغير حاجة للدفع بذلك من جانب أحد الخصوم، ولكن دون أن تكون له صلاحية الفصل فى هذه المسألة باعتبارها مسألة أولية يختص بنظرها، وإنما بوصفها مسألة مبدئية يختص بها القضاء الدستوري المختص دون غيره.

وقد أقر المشرع المصري هذا الطريق عام ١٩٧٩ حيث أجاز لقاضى الموضوع التصدى من تلقاء نفسه لمسألة دستورية النصوص واجبة للتطبيق وإجالتها إذا ثبت لديه عدم دستوريته وليس مجرد جدية أو شبهة عدم الدستورية، دون أن يعد ذلك إخلالاً منه بمبدأ حياد القاضى رغم أن ذلك سيكون حتماً لصالح أحد الخصوم وضد مصلحة الطرف الأخر.

ثانياً: فى حالة السماح فقط للهيئات أو السلطات العامة بتحريك مسألة الدستورية: بالنظر إلى خطورة الآثار الناجمة عن السماح للأفراد برفع الدعوى الأصلية أمام المحكمة المختصة، فإن المشرع قد يتجه إلى تجنب هذه الآثار بأن يحصر مباشرة هذا الحق فى رفع الدعوى مباشرة أمامها، فى جهات أو سلطات معينة دون الأفراد العاديين، مثل الوزارات أو المحاكم أو عدد من أعضاء البرلمان أو الأحزاب السياسية أو النقابات.

والغالب أن يكون رفع الدعوى فى هذه الحالة من خلال طلب تقدمه الهيئة المخول لها ذلك إلى المحكمة الدستورية المختصة مباشرة، وهو طريق قد يماثل فى الإجراءات طريق الدعوى الأصلية المقررة للأفراد أمام المحاكم المختلفة، إلا أن الغالب فى هذه الحالة أن يفضل المشرع أن تكون هذه الرقابة

سابقة على إصدار النص لتكون رقابة وقائية مثل الرقابة السياسية، وليست رقابة علاجية لاحقة على صدوره، حتى لا يكون للأفراد التمسك بحق الانتجاع إلى هذا الطريق، استناداً إلى انعدام مصلحتهم من الطعن في عمل قانوني لم يكتمل بعد ولم يدخل بالتالي في البناء القانوني للدولة. ولذلك تخول بعض الدول لرئيس الدولة - مثلاً - وهو المختص بإصدار القانون، والذي أقسم على احترام الدستور، الحق في طلب فحص مشروع القانون الذي أقره البرلمان لتقرر المحكمة المختصة مدى دستوريته قبل أن يصدره، وذلك خلال فترة زمنية محددة، فإذا وجدت المحكمة أنه يتفق مع قواعد الدستور تعين عليه السير في إجراءات إصداره، أما إذا أعلنت المحكمة عدم دستوريته، امتنع عليه السير في الإجراءات، وهذا ما أخذت به بنما في دستور ١٩٠٤ وإيرلندا في دستور ١٩٣٧.

**ثالثاً:** وأخيراً فليس ثمة ما يمنع المشرع من الجمع بين الأمرين، فيجيز لبعض الهيئات أو السلطات العامة إثارة مسألة الدستورية من خلال طلب أصلي أو مبتدأ، متبعاً في ذلك أسلوب الرقابة الوقائية السابقة، مع السماح في ذات الوقت للأفراد بانضغ في دستورية العمل التشريعي، إن توفرت للطاعن مصلحة شخصية مباشرة، وذلك إما بوسيلة الدعوى الأصلية المباشرة، أو بوسيلة النفع بعدم الدستورية، فتكون الرقابة فيها رقابة علاجية لاحقة، على أن تكون النتيجة في جميع الأحوال واحدة، وهي إلغاء القانون أو مشروع القانون غير الدستوري وبصفة نهائية، تحقيقاً للفاعلية الكاملة من الرقابة على الدستورية.

وقد أخذت بذلك مملكة البحرين في دستور ٢٠٠٢، حيث يجوز للملك قبل إصدار القانون طلب الرقابة السابقة عليه من المحكمة الدستورية هناك، دون إخلال بحق الأفراد في طلب الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون.



### د - آثار مباشرة الرقابة على الدستورية والحكم فيها:

إذا كانت رقابة الامتثال في أسلوب الرقابة القضائية اللامركزية تسفر عن أثر قانونى محدود، هو عدم تطبيق القانون أو النص التشريعى الذى تبينت محكمة الموضوع عدم دستوريته، دون مساس بقوة نفاذ القانون أو سريانه، ومن ثم تكون لحكم هذه المحكمة في ذلك الموضوع حجية نسبية تقتصر على أطراف الخصومة أو المنازعة فحسب، فإن الرقابة القضائية المركزية تستلزم منطقيًا أن تكون للمحكمة صلاحية الغاء أو إعلان بطلان القانون أو النص التشريعى المحكوم بعدم دستوريته، وأن تكون حجية الحكم فى هذه الحالة مطلقة أى ملزمة للكافة، وأن يرد أثر الحكم إلى تاريخ إصدار النص أو تطبيقه. ومع ذلك فإن الربط بين تلك الأنظمة على هذا النحو ليس حتميًا من الناحية القانونية أو العملية، إذ قد يتم الخلط بين رقابتي الإلغاء بوسيلة الدعوى الأصلية من ناحية ورقابة الامتثال ووسيلة الدفع الفرعى من ناحية أخرى.

وقد أدى موقف المشرع المصرى - على سبيل المثال - باتباع رقابة الإلغاء ولكن بوسيلة الدفع الفرعى إلى الوقوع فى مشكلات قانونية وسياسية قاسية، تتعلق بحجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا، والأثر الرجعى أو المباشر لهذا الحكم، ومدى جواز طلب وقف تنفيذ القانون أو النص المشتبه فى عدم دستوريته إلى حين الفصل فى هذه المسألة أم لا. وعليه نعرض لهذه الموضوعات بالتفصيل المناسب على النحو التالى:

#### أولاً: الحجية المطلقة للحكم:

إذا كان الفقه الدستورى قد تلاقى على أن حكم محكمة الموضوع بعدم دستورية نص تشريعى، وفقاً لأسلوب رقابة الامتثال الذى يفترض إتباعه فى طريق الرقابة اللامركزية على الدستورية، ليمت له سوى حجية نسبية مقصورة على أطراف النزاع الموضوعى، وبذلك لا يكون هذا الحكم ملزماً لغيرهم، بمعنى أن آثار هذا الحكم النسبى تنحصر فى إهمال تطبيق النص غير

الدستورى فى القضية المثار بصدها مسألة دستوريته بعد أن كان من الواجب تطبيقه فيها، دون أن يحول ذلك عن استمرار نفاذ النص وسريان حكمه فى الأحوال الأخرى التى يتسنى فيها ذلك، أى فى دعاوى ومنازعات لاحقة على صدور الحكم الأول<sup>(١)</sup>، فإنه بصدد طريق الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، يتفق معظم الفقه الدستورى على ضرورة أن يكون لحكم المحكمة الدستورية المختصة حجية مطلقة فى مواجهة الكافة، بمعنى أن يكون ملزماً لجميع سلطات الدولة بما فيها المحكمة الدستورية ذاتها، سواء ارتكزت هذه الرقابة المركزية على وسيلة الدعوى الأصلية أم على وسيلة الدفع الفرعى بعدم الدستورية، وذلك تأسيساً على أن طبيعة الدعوى الدستورية أن الخصومة فيها عينية توجه إلى النص التشريعى المطعون فيه بعدم الدستورية، بهدف الحكم ببطلانه بسبب هذا العيب.

وفى ذلك تقول المحكمة العليا إن "الرقابة القضائية على دستورية القوانين ... تستهدف حماية الدستور وصونه وذلك عن طريق إنهاء قوة نفاذ النص المخالف للدستور، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة. ولما كان هذا الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته، فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعى لا

(١) ومع ذلك فإنه يلزم ملاحظة أن الحجية النسبية للحكم الصادر بعدم الدستورية فى قضاء المحكمة العليا الأمريكية وهو قضاء امتناع، لا تنفى أنه يمثل سابقة قضائية، وبالتالي تكون ملزمة لكافة المحاكم الأخرى دون أن يستتبع ذلك القول بالحجية المطلقة لأحكامها، خاصة وأنه يحق لهذه المحكمة أن تعدل عن قضائها السابق إذا تغيرت الظروف، وهو ما حدث بشأن عقوبة الإعدام، حيث صدر حكم المحكمة العليا الأمريكية عام ١٩٧٢ بأنها عقوبة غير دستورية، ثم صدر حكم لاحق عام ١٩٧٦ بأنها عقوبة دستورية.

يقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضى فيها فقط، وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة ويكون حجة عليهم" (١).

وهكذا يجمع الفقه الدستوري على تأسيس الحجية المطلقة للحكم الدستوري على الطبيعة العينية للدعوى الدستورية، إضافة إلى أنه إذا كان وجود النص القانوني تصاحبه بالضرورة قوة ملزمة يفرض بها على الكافة أفراداً كانوا أم سلطات وهيئات، فإن زواله يستتبع بالمقابل وبالضرورة زوال هذه القوة الملزمة بالنسبة للكافة من أفراد وسلطات وهيئات، ومن ثم إطلاق قوة حجية أحكام الدستورية، وعدم اقتصرها على أطراف دعواها، وذلك من وجهة نفي الدستورية أو تقريرها، فلا مجال إذن في خصوص أحكام الدستورية لتفرقة بين حجية مطلقة وحجية نسبية، فالحجية هنا مطلقة وفي جميع الأحوال (٢).

ومن ناحية أخرى فمن المستقر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أنها تقوم أثناء نظر الدعوى الدستورية بمطابقة النصوص المطعون بعدم دستورتيتها لكافة نصوص وأحكام الدستور ذات الصلة، وليس فقط النصوص التي أشار إليها الطاعن في طعنه، للوقوف على مدى توافقها لأحكام الدستور في مجمله، "منقبة عن أية مخالفة لها ليكون حكمها إما كاشفاً عن قيامها بالنص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وإما نافياً لثبوتها من كافة مظانها،

(١) ح.ج. في ١٩٧٦/١٢/١١ الدعوى ٨ لسنة ٣٢ق.د، كذلك أحكام المحكمة الدستورية العليا التي أقرت الحجية المطلقة - خلافاً للمحكمة العليا - لأحكام الصادرة بدستورية النص ومن ثم رفض الطعن فيه كذلك - أحكامها في ٢٠٠١/٦/٢ قضية ١٩٥ لسنة ١٩٩١ق.دستورية، وفي ١٩٩٦/١١/١٦ قضية ٤٤ لسنة ١٨ق.دستورية، وفي ١٩٩٣/٢/٦ قضية ٥٧ لسنة ٤٤ق.دستورية.

(٢) الدكتور محمد فواد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ٨٦٤ (الهامش). وفي هذا الصدد يلزم ملاحظة أن الحجية المطلقة لا ترتبط حتماً بالأحكام القضائية في السبب الدستورية، إذ من الملاحظ أن لقرارات المجلس الدستوري في فرنسا، وهو كما سبق وأشرنا هيئة سياسية من حيث التشكيل، ولكن يتسم عمله واختصاصه المتصلة بالرقابة على الدستورية بالطابع القانوني حتى وإن كان لقراراته في شأنها - سياسية، فإن لهذه القرارات حجية مطلقة ملزمة للكافة، وذلك وفقاً للمادة ٦٢ من دستور فرنسا الحالي.

ومقررًا بالتالى براءته منها، ومانعًا من العودة لإثارتها. وبغير ذلك لا تستقيم الحجية المطلقة لأحكامها فى المسائل الدستورية<sup>(١)</sup>، وهو أمر لا يتحقق فى حالة رقابة الامتتاع التى يقتصر البحث فيها على أسانيد المخالفة الدستورية التى ساقها الطاعن فى دفعه، وذلك بالمقابلة بين نصين متعارضين أحدهما نص واجب التطبيق فى الدعوى والآخر نص دستورى، بحيث يتم الامتتاع عن تطبيق الأول لتعارضه مع الثانى، أو تطبيق النص التشريعى إذا ثبت عدم تعارضه مع النص الدستورى الذى أشار إليه الطاعن فى دفعه، حتى ولو كان من ناحية أخرى يتعارض مع نصوص دستورية أخرى<sup>(٢)</sup>.

والمجمع عليه فقهاً وقضاءً أن مقتضى الحجية المطلقة للحكم الدستورى، التزام جميع الأفراد والسلطات العامة والهيئات المختلفة كافة بمنطوق الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً، ويتبدى وجه الإلزام بالنسبة للسلطة القضائية فى أنه يتعين على جميع المحاكم عدم قبول إثارة ذات النزاع المقتضى فيه مرة أخرى لسابقة الفصل فيه، ومن ثم الامتتاع عن تطبيق النص الذى قضت فيه المحكمة الدستورية المختصة بعدم دستوريته، وذلك فى جميع القضايا المعروضة أمامها أو التى تعرض عليها فى المستقبل، ويراد تطبيق هذا النص فيها، تأسيساً على زوال قوة نفاذ هذا النص وانعدام وجوده فى البناء القانونى للدولة<sup>(٣)</sup>.

(١) حكمها فى ١٩٩٣/٧/٦ القضية ٥٧ لسنة ٤ق. دستورية.

(٢) ويؤكد الفقه الدستورى على أن ما دام النظام المصرى لرقابة الدستورية قد اختار رقابة الإلغاء المركزية على دستورية التوانين، فإن هذا الخيار لا تكتمل منظومته ولا يستوفى أغراضه إلا بإطلاق الحجية لأحكام المحكمة الدستورية.  
الدكتور ثروت بدوى: القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر - ١٩٧١ - ص ١٥٨ ..

الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ٧٩ وكذلك ص ٨١.  
(٣) لعل مسألة امتتاع المحاكم عن تطبيق النص غير الدستورى هى التى دفعت جانب من الفقه إلى تصور أن "رقابة الدستورية فى مصر هى رقابة امتتاع عن تطبيق النص غير الدستورى ... وإن كان الامتتاع هنا يتسم بالعمومية والإطلاق وليس بالنسبية"

أما بالنسبة إلى المسئلة التشريعية فإن التزامها يختلف وفقاً لأحد احتمالين:

**الأول:** أن يترتب على بطلان القانون أو النص التشريعي لعدم دستوريته وإزالته من البناء القانوني للدولة حدوث فراغ تشريعي، فيتبين عليها في هذه الحالة إعادة إقرار قانون أو نص تشريعي آخر بحيث تلتزم فيه بمراعاة أسباب الحكم الصادر من المحكمة حتى لا تقع مرة أخرى في حومة أو شبهة عدم الدستورية، أو على الأقل تعديل تشريعاتها النافذة على ضوء ما قضى به الحكم الصادر بعدم الدستورية إذا كانت هناك علاقة بين نصوص هذه التشريعات، والنص التشريعي المقضى بعدم دستوريته.

**والآخر:** ألا يحدث أي فراغ تشريعي من جراء الحكم ببطلان التشريع لعدم دستوريته، وذلك في حالة ما إذا أدى ذلك البطلان أو الإلغاء إلى إحياء قواعد قانونية كان قد نسخها التشريع المقضى بعدم دستوريته، أو إلى سرعان مبدأ عام أو اتساع نطاق تطبيق قاعدة قانونية قائمة، بفضل الحكم بعدم دستورية نص تشريعي كان يقيد سلطان تطبيق هذا المبدأ أو تلك القاعدة<sup>(١)</sup>.

---

ضمن حيث ترتيب آثاره الملزمة" - الدكتور مصطفى عفيفي: رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية - ١٩٩٠ - ص ٢٨٨، والدكتور محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري - ١٩٩٢ - ص ١٦٢، والدكتور رمزي الشاعر: النظرية العامة للقانون الدستوري - ١٩٨٣ - ص ٥٤٧، وقد رفض معظم الفقه هذا الاتجاه مقررين أن من شأن تقرير عدم دستورية نص الغاء وجود هذا النص - الدكتور عصام أنور سليم: موقع القضاء الدستوري من مصادر القانون - منشأة المعارف - ٢٠٠٠ - ص ٧٣ وما بعدها، والدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ٩١٩، والدكتور عزيزة الشريف: القضاء الدستوري - دار النهضة العربية - ١٩٩٠ - ص ١١٧، أو على الأقل إلغاء قوة نفاذ النص - الدكتور نبيلة عبد الحليم: الرقابة القضائية على دستورية القوانين - ١٩٩٣ - ص ٢٤٠، والدكتور قصي فكري: القانون الدستوري - الكتاب الأول - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ص ٢٣٣، وهذا هو مذهب القضاء الدستوري المصري - المحكمة العليا في ١٩٧٧/٢/٥ دعوى رقم ١٦ لسنة ٧٧. دستورية، والمحكمة الدستورية العليا في ١٩٨٤/٣/١٧ قضية ١٣٦ لسنة ٥٥. دستورية.

(١) الدكتور عصام سليم: المرجع السابق - ص ٨، وهو يرى أن مفاد ذلك أن يكون القضاء الدستوري مصدر غير تشريعي للتواعد القانونية.

وأخيراً فإنه بصدد السلطة التنفيذية، يتعين عليها الالتزام بعين الآثار سالفة الذكر، إذ تعلق الحكم الدستوري بنص لانحى صادر عنها، وتم إعلان عدم دستوريته ومن ثم بطلانه وإلغائه، إضافة إلى التزامها الأصل بعدم الاستمرار في تنفيذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستورتها.

### ثانياً: الأثر الرجعي للحكم:

يذهب الرأي الراجح في الفقه الدستوري إلى أن طبيعة نظام الرقابة القضائية المركزية على الدستورية، تفرض أن يكون للحكم الصادر في ظل هذا النظام أثر رجعي (كاشف) يرتد إلى تاريخ العمل بالنص غير الدستوري وتطبيقه<sup>(١)</sup>، وقد استقرت المحكمة الدستورية العليا على "أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تمتدح جديداً ولا تنشئ مراكزاً أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء، وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلزمه منذ صدوره، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بياناً لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقاً للدستور وفي حدوده المقررة شكلاً وموضوعاً، فتأكد للنص ثيرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضاً مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره"<sup>(٢)</sup>، وبذلك فإن "قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية في شأن موافقة النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور أو مخالفتها، إما أن يكون كاشفاً لصحتها منذ صدورها، أو مقررًا لبطلانها وملغياً قوة نفاذها اعتباراً من تاريخ العمل بها"<sup>(٣)</sup>.

(١) الدكتور أحمد كمال أبو المجد: دراسات في القانون الدستوري - ١٩٨٧ - ص ١٤٦.

(٢) الدكتور محمد أنس جعفر: الرقابة على دستورية القوانين - ١٩٩٨ - ص ١٤١.

(٣) حكمها في ١٩٩٠/٥/١٩ قضية ٣٧ لسنة ٩٩ق. دستورية.

(٣) حكمها في ١٩٩٣/٦/١٩ قضية ٧ لسنة ٩٤ق. منازعة تنفيذ.

غير أنه من المشاهد عملاً أن المشرع في عديد من الدول يتدخل عمداً في تحديد ما إذا كان للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي أم أثر مباشر لتحقيق بعد الأغراض غير القانونية أو القضائية تحت دعاوى ومزاعم مختلفة مثل تحقيق الأمن القانوني أو الاستقرار التشريعي، وذلك بالحد من الآثار القانونية المنطقية لحكم عدم الدستورية كما حدث في مصر<sup>(١)</sup>.

ومن الأصول التشريعية أيضاً أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي جميع الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة التي استقرت بحكم حاز قوة الأمر المقضي، أو باتقضاء مدة تقادمها، ما لم يكن النص المقضي بعدم دستوريته من النصوص الجزائية، إذ يكون للحكم أثر رجعي في حالة إدانة المحكوم عليه استناداً إلى هذا النص غير الدستوري، وأثر مباشر إذا كان الحكم عليه بالبراءة.

#### **ثالثاً: وقف تنفيذ القانون المطعون عليه بعدم الدستورية:**

الأصل أن يتمتع القانون أو أي نص تشريعي بعد إقراره من السلطة التشريعية المختصة ثم صدوره، بقرينة قانونية لصالحه تفيد تطابقه مع قواعد وأحكام الدستور واقتراض عدم مخالفته لنصوصه، بحيث يقع على من يدعي عكس ذلك عبء إثبات المخالفة الدستورية، ولذلك فإن قرينة دستورية النصوص التشريعية هي قرينة نسبية وليست قاطعة، ومن ثم فهي قابلة لإثبات العكس في الدول التي تتبع طريق الرقابة القضائية اللاحقة على الدستورية، سواء كانت مركزية أو لا مركزية، ومن خلال الدعوى الأصلية أو الدفع

(١) وهذا ما جرى نتيجة عدم حسم المشرع منذ البداية هذه المسئلة والامتعاضة عن ذلك بصياغة غامضة تتمثل في القول بأنه "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم..." م. ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية، مما أدى إلى خلاف تطبيقه وقضائي حاد، أسفر عن تدخل المشرع بقرار بقانون لتعديل هذا النص بما يحقق أهدافه التشريعية، وهو تعديل أدى بدوره إلى خلاف حاد آخر حول دستورية أو عدم دستورية أو انعدام هذا التعديل. راجع في ذلك الدكتور عبد الله ناصف: حجية وأثار أحكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل - ١٩٨٨ - وهو بحث يتعلق في الأساس بهذا التعديل. كذلك الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق - ص ٩٤٠ وما بعدها.

الفرعى، على خلاف تلك الدول التى تتبع طريق الرقابة السابقة على الدستورية، لأن النصوص التشريعية محل الرقابة وفقاً لهذا الطريق لن يكون لها أصلاً أية قوة نفاذ، إلا بعد التحقق من اتفاقها مع قواعد الدستور القائم، فإذا صدرت بعد ذلك حازت قرينة قانونية قاطعة غير قابلة لإثبات العكس على أنها متفقة مع الدستور، وبالتالي لا جدوى من محاولة المنازعة فى دستوريته لإثبات عكس تلك القرينة القاطعة.

ومقتضى قرينة الدستورية التى تتمتع بها النصوص التشريعية فى نظم الرقابة القضائية على الدستورية، إنه لا يجوز للقضاء المختص أن يبطل أى من هذه النصوص إلا إذا قام الدليل القاطع لديه على مخالفتها للدستور، مما يودى إلى إهدار أثر قرينة الدستورية وزوالها، ولذلك يجب أن يكون ثبوت المخالفة الدستورية يقينياً قاطعاً بغير أية شكوك أو تأويلات قد تلاپسه، وهذا يعنى أن الشك فى أمر دستورية النصوص المطعون بعدم دستوريته يفسر لصالح قرينة دستورية هذه النصوص، وكما قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر، فإنه عند الشك فى دستورية القانون فإن إعماله خير من إهماله<sup>(١)</sup>.

وقياساً على الطعون بمراجعة القرارات الإدارية ومن ثم طلب إلغائها لعدم مشروعيتها، وهى طعون لا تؤدى بذاتها إلى وقف سريان وتنفيذ هذه القرارات، تأسيساً على تمتعها بقرينة المشروعية، إلى أن يحكم القضاء المختص بعدم مشروعيتها وبالتالي إبطالها أو إلغائها، فالقاعدة بصدد القوانين المطعون بعدم دستوريته أنه لا يترتب على الطعن بعدم دستورية أى نص تشريعى وقف نفاذه أو سريانه أو تعطيل العمل بأحكامه، وإنما يظل معمولاً به، قابلاً للتطبيق برغم الطعن عليه، إلى أن تبطله المحكمة الدستورية المختصة إذا تبينت مخالفته للقواعد الدستورية.

(١) حكمها فى ١٩٥٦/٦/٢٤ قضية ١٦٣٠ لسنة ١٩٦٩، المجموعة لسنة ١٠ ص ٣٦٦.



وقد أقرت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ حيث قضت بأن "الأصل في النصوص التشريعية هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها مترخياً، بل يكون إنفاذاً - اعتباراً من تاريخ العمل بها - لازماً. ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفاً لأحكامها، أو مانعاً من فرضها على المخاطبين بها، ذلك إن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المحكمة الدستورية إذا ما قام الدليل لديها على مخالفتها للدستور، فإن هي انتهت إلى براءتها من العيوب الشكلية والموضوعية، كان ذلك استصحاباً لأصل صحتها لتزول الشبهة التي كانت عالقة بها. ولازم ذلك أن النصوص التشريعية التي لا تبطلها المحكمة الدستورية لا يجوز بحال وقف تنفيذها، بل يجب إعمال آثارها كاملة دون انقطاع بوقف سريانها، وإلا عد ذلك عدواناً على الولاية التي أثبتتها الدستور للسلطة التشريعية، وإسباً لاختصاص منتحل على المحكمة الدستورية العليا التي لم يخولها الدستور عين الولاية العامة التي يباشرها المجلس النيابي في مجال سلطة التقدير والتقرير"<sup>(١)</sup>.

ولما كان قانون تنظيم المحكمة الدستورية العليا لم يورد أى استثناء على هذه القاعدة خلافاً لقانون تنظيم جهة القضاء الإدارى فى مصر - أى مجلس الدولة - الذى أجاز طلب وقف تنفيذ القرار الإدارى المطعون فيه بالإلغاء إذ توافرت حالة الاستعجال وقام للطلب على أساس من الجدية ترجح إغاثة عند نظر موضوع الطعن، فمن المستقر فقهاً وقضاءً فى مصر عدم جواز طلب وقف تنفيذ القانون أو النص التشريعى المطعون بعدم الدستورية وعدم جواز الاستجابة لمثل هذا الطلب إذا تم تقديمه متمسكاً بقرينة الدستورية وفقاً لما سبق بيانه.

غير أن جانب من الفقه ذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع من تدخل المشرع لإقامة نظام لوقف تنفيذ النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته لحين

(١) حكمها فى ١٩٩٤/٥/٧ قضية ٦ لسنة ١٢ ق. منازعة تنفيذ.

الفصل في الدعوى الدستورية، وذلك للحد من أحوال تطبيقه بقدر المستطاع خلال هذه الفترة، ولا يحتاج على ذلك بأن وقف التنفيذ فيه افتئات من القاضى الدستورى على المشرع، لأن سلطة الوقف هنا - كحالها أمام القاضى الإدارى - مشتقة من سلطة الإلغاء، وإذا كانت اللوائح لا يستعصى وقف تنفيذها أمام القاضى الإدارى، رغم تماثلها والقانون فى سعة التطبيقات وعموم الآثار، فلماذا تمتنع هذه الإمكانيّة أمام القاضى الدستورى؟ وهل يستماع وقف تنفيذ اللائحة لعيوب المشروعية العادية، ويمتنع ذلك للعيوب الأكثر جسامة وهى العيوب الدستورية؟ كما أن الإلغاء - وهو الدرجة القصوى للتبيل من النص - إن كان لا يعد افتئاتاً على المشرع، فمن باب أولى لا يعد كذلك الأقل منه درجة، وإيقاف التنفيذ هنا حال تقريره لن يكون بطبيعة الحال إلا بشروط قصوى ومشددة تقيد الضرورة بقدرها وفى إطار مصلحة عامة مستهدفة تحجيم آثار السريان الرجعى لأحكام عدم الدستورية، بتحجيم تطبيقات النص المطعون فيه خلال فترة الإيقاف<sup>(١)</sup>.

وفى تقديرنا أن هذا الفقه جدير بالاعتبار، ونرى أنه لا مانع من الأخذ به ولكن فقط فى حالة إقرار المشرع لطريق الدعوى الأصلية للرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتحديد مدة زمنية قصيرة نسبياً لرفع الدعوى فى حدود ستين يوماً على الأكثر، وذلك محافظة على الاستقرار فى الحقوق والمعاملات من خلال تحجيم تطبيقات النص المطعون فى دستوريته خلال فترة الإيقاف أثناء نظر الدعوى الدستورية، خاصة وأنه ليس من السانغ بحق أن يكون الأمر بالنسبة إلى اللوائح جواز وقف تنفيذها لمجرد الطعن بعدم مشروعيتها بالمطابقة إلى القوانين العادية، ثم يمتنع ذات الأمر فى حالة الطعن بعدم دستوريته، وهى قمة المخالفة لمبدأ سيادة القانون.

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق ص ١٧٠ وص ١٧١ (هامش ١).

## المبحث الثاني

### تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح

حرص المشرع في فرنسا ومصر على إخضاع أعمال الإدارة للرقابة القضائية على مشروعيتهما، وتنظيم هذه الرقابة على نحو يكفل رقابة فعالة وحاسمة في مواجهة الأعمال المخالفة للمشروعية.

فقد حذت مصر حذو فرنسا في هذا الصدد، فأنشأت جهة قضائية متخصصة في نظر المنازعات الإدارية، والتي يدخل ضمنها فحص مشروعية أعمال الإدارة، ويطلق عليها "القضاء الإداري" وذلك إلى جوار جهة القضاء الأخرى التي تختص بنظر منازعات الأفراد.

ويترتب على ذلك أن القضاء الإداري في مصر وفرنسا يختص بفحص مشروعية كافة الأعمال الإدارية سواء كانت من الأعمال المادية أم الأعمال القانونية (القرارات الإدارية والعقود الإدارية) والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها.

غير أنه يتعين ملاحظة أنه بصدد فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد الدستورية، ومعنى أدق بصدد فحص دستورية اللوائح، فإن الاختصاص بذلك ينعقد في مصر للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها من المحاكم الأخرى وذلك وفقاً للدستور المصري لعام ١٩٧١<sup>(١)</sup>.

أما فحص مشروعية اللوائح بمطابقتها للقواعد التشريعية الأعلى، فإن مجلس الدولة بمحاكمه القضائية المتعددة هو وحده المختص بالفصل في المنازعات الإدارية طبقاً لنص المادة ١٧٢ من هذا الدستور والمواد ١٥ من

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٥/١/١٩٨٥ قضية ٤٠ لسنة ٥٠ دستورية - الجريدة الرسمية لسنة ٢٨ - عدد ٤ - في ٢٤/١/١٩٨٥ - ص ٢٠٦، وحكمها في ١٦/٢/١٩٨٥ قضية ٦٧ لسنة ٦٦ دستورية، الجريدة الرسمية لسنة ٢٨ - عدد ١٠ - في ٢٧/٣/١٩٨٥.

قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢، و ١٠ من قانون تنظيم مجلس الدولة  
٤٧ لسنة ١٩٧٢.

ولما كانت الدعاوى المتعلقة باللوائح من الدعاوى التى تدخل ضمن  
"المنازعات الإدارية" التى اختص بها مجلس الدولة، فإن القاعدة العامة فى  
الاختصاص يفحص شرعية اللوائح أنها تدخل فى اختصاص مجلس الدولة،  
ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ أن للمحاكم القضائية العادية فى أحوال معينة  
أن تقوم بفحص شرعية اللوائح، وفى هذا الصدد يمكننا أن نميز بين وسيلتين  
لفحص شرعية اللوائح:

#### **الوسيلة الأولى - دعوى الإلغاء:**

ويختص بنظر هذه الدعوى القضاء الإدارى فقط دون المحاكم العادية  
وذلك طبقاً لنص المادة ١٠ من قانون تنظيم مجلس الدولة سالف الإشارة، فهى  
تنص فى فقرتها الخامسة على "الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بالغاء  
القرارات الإدارية النهائية".

وتختص محكمة القضاء الإدارى وحدها بنظر الطعون المنصوص  
عليها فى هذه الفقرة مع جواز الطعن فى أحكامها أمام المحكمة الإدارية العليا،  
ومن ثم يمكن لأى فرد أو هيئة ذات شخصية معنوية الطعن فى اللائحة التى  
تمس مصلحة له إذا ما شابها أى عيب من العيوب التى تلحق القرارات  
الإدارية.

وبالتالى فإذا لحق اللائحة عيب فى الاختصاص أو فى الشكل  
والإجراءات أو مخالفة القوانين بمعناها الواسع أو الخطأ فى تطبيقها أو توليها  
أو عيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها أو عيب السبب، فإن اللائحة فى  
هذه الحالة تكون محلاً للإلغاء<sup>(١)</sup>.

(١) لم تخضع اللوائح فى فرنسا فيما مضى لدعوى الإلغاء باعتبارها سلطة تقديرية للإدارة  
على أسس نظريتى التفويض التشريعى والدعوى الموازية، ولكنها بفضل مبدأ  
المشروعية خضعت بعد ذلك لدعوى الإلغاء. DOUENCE, op. cit., p. 407 - 408.

ولما كان ميعاد رفع الدعوى هو ستون يوماً (شهرين في فرنسا)، فإنه يترتب على مرور هذه المدة دون أن تكون هناك إحدى حالات امتداد هذا الميعاد بوقفه أو انقطاعه، أن تتحصن اللانحة ولا تقبل الدعوى التى ترفع ضدها بالإلغاء بعد انقضاء هذا الميعاد، ويعد عدم القبول هذا من النظام العام<sup>(1)</sup>.

### الوسيلة الثانية - النفع بعدم الشرعية:

يمكن الطعن ضد اللانحة غير الشرعية والتي تحصنت بفوات ميعاد الطعن وذلك عند صدور قرارات تنفيذية تطبيقاً لها، إذ يمكن الطعن فى هذه القرارات على أساس عدم شرعية اللانحة التى تستند إليها، فحينئذ يتصدى القضاء الإدارى، باعتباره مختصاً بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالقرارات الصادرة تنفيذاً للانحة، لفحص شرعية هذه اللانحة باعتبارها مسألة أولية Question préalable فإذا ثبت له عدم شرعيتها ألغى القرار التنفيذى مع بقاء اللانحة. ولكن هناك صورة أخرى للدفع بعدم الشرعية أثارها جدلاً طويلاً فى فرنسا، وذلك فى حالة إذا ما خالف أحد الأفراد لانحة يراها معيبة رغم أنها تحصنت بفوات مدة الطعن فيها بالإلغاء، وقدم للمحكمة من أجل هذه المخالفة، فهنا يكون للفرد أن يطلب من القضاء الامتناع عن تطبيقها استناداً إلى كونها غير مشروعة، فهل يعد الدفع فى هذه الحالة مسألة أولية يفصل فيها القاضى بنفسه (وهو فى هذه الحالة القاضى العادى)<sup>(2)</sup> أم يعتبرها مسألة مبدئية

(1) مع ملاحظة أنه يمكن الطعن بالإلغاء مباشرة فى لانحة تحصنت بمضى ميعاد الطعن وذلك فى حالة صدور تشريع يعدل من الأساس الذى ارتكزت عليه اللانحة بحيث يصبح بقاؤها أمراً غير شرعى، فيمكن الطعن ضدها خلال 60 يوماً من صدور التشريع.  
الأستاذ الدكتور كامل لولة: مرجعه السابق فى الرقابة القضائية، ص 1084، الأستاذ الدكتور سليمان الطماوى مرجعه الوجيز فى القضاء الإدارى 1970 ص 424، حيث أضاف لما سبق حالتى تغير الظروف المادية التى أدت إلى صدور اللانحة، حالة تغير القضاء كذلك.

C. E. 23 Nov. 1951. Maroïn Rouski, S. 1954. 3. 86.

(2) أما إذا كتبت المسألة معروضة على قاضى إدارى فلا شك فى أنه يكون مختصاً بها كمسألة أولية وليست مبدئية.

C.E. 4 juillet. 1952. Commune de Rochereau, R.D.P. 1953. 725. note waline

Question préjudicielle ليست من اختصاصه بحيث يجب عليه أن يوقف الدعوى ويحول المسألة إلى القاضى المختص وهو القاضى الإدارى؟  
وقد استقر الأمر فى فرنسا على اختصاص القضاء الجنائى بفحص شرعية كافة أنواع اللوائح التى يراد تطبيقها على الدعاوى المنظورة أمامه، أما بالنسبة للقاضى المدنى فإذا عرضت عليه مسألة ميدنية تتعلق بالدفع بعدم شرعية لائحة، فبأنه يحيل طلب فحص الشرعية إلى القاضى الإدارى المختص والذى يكون فى غالب الأحيان هو قاضى الإلغاء.

وليس للقاضى الإدارى الذى يقوم بفحص شرعية اللائحة فى هذه الحالة أن يبحث فيما إذا كانت إحالة الموضوع إليه قد تمت بطريقة قانونية سليمة أم لا؟ فمثلاً إذا رفض القاضى الجنائى طلب فحص شرعية لائحة وأحاله إلى القاضى الإدارى، فليس لهذا الأخير أن يعترض على الإحالة بحجة أنها غير قانونية لاختصاص القضاء الجنائى بفحص شرعية اللوائح بصفة عامة، ومن ثم يرفض فحص شرعيتها، إذ ليس للقاضى الإدارى أن يراقب أخطاء القضاء العادى المدنى أو الجنائى، وعليه أن يلبى الطلب ويفحص شرعية اللائحة المحالة إليه ويقرر ما يراه بشأنها ويبعث برأيه إلى المحكمة التى جرت الإحالة منها<sup>(1)</sup>.

أما فى مصر فإن مشكلة الدفع بعدم الشرعية لا وجود لها فى تقدير جانب من الفقه، إذ أن القضاء الإدارى المصرى، على خلاف القضاء الفرنسى، لا يعرف سوى قضاء الإلغاء وقضاء التعويض، ومن ثم فإنه لا يشمل قضاء فحص الشرعية المجرى عن منازعة معروضة عليه للفصل فيها، ومعنى ذلك أن القضاء الإدارى له أن يتناول اللوائح بفحص شرعيتها عندما يثار الأمر فى منازعات مطروحة أمامه بالإلغاء أو التعويض، كما أن للقضاء العادى حق

(1) C. E. 28/4/1961, Di Nezza et Dame Estellon, L. 262.

تقدير شرعية اللوائح عندما تثار هذه المسائل خلال منازعات معروضة عليه وتدخل في اختصاصه<sup>(١)</sup>.

بيد أنه إذا كان لهذا الرأي جانب من الصحة في ظل قوانين تنظيم مجلس الدولة السابقة على صدور دستور ١٩٧١، فإن الأمر لا بد وأن يختلف في ظل تمتع محاكم مجلس الدولة المصري بالولاية العامة في المنازعات الإدارية، وفقاً للمادة ١٧٢ من هذا الدستور حتى بعد وقف إعماله، وذلك استناداً إلى قانون تنظيم مجلس الدولة الحالي رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، الذي نزل على حكم الدستور وأقر لمجلس الدولة الولاية العامة في المنازعات الإدارية في المادة العاشرة منه.

ففي تقديرنا أن مقتضى تمتع محاكم القضاء الإداري بالولاية العامة في المنازعات الإدارية، أن يكون لهذه المحاكم دون غيرها سلطة الفصل في المنازعات الإدارية، ما لم يوجد نص خاص بخلاف ذلك، استثناء من هذه الولاية العامة. وعليه فإنه إذا طرحت دعوى أمام جهة القضاء العادي، وكان الفصل في هذه الدعوى يستلزم أولاً البت في مسألة تدخل بطبيعتها في طائفة المنازعات الإدارية، فإنه يتعين على القاضي - ما لم يكن هناك نص خاص يقضي باختصاصه بالفصل في هذه المسألة - أن يوقف نظر الدعوى لإحالة هذه المسألة للقضاء الإداري ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية<sup>(٢)</sup>.

يؤيد ذلك أن المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الحالي رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، والذي تخضع له المحاكم العادية، تنص صراحة على أنه "فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة، تختص المحاكم (العادية) بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثني بنص خاص". كما أن المادة ١٦ من ذات القانون تنص صراحة على أنه إذا دفعت قضية مرفوعة أمام

(١) الأستاذ الدكتور كامل لولة: القضاء الإداري سالف الذكر ص ٨٤٥.

(٢) راجع في تفاصيل هذا الرأي مؤلفنا: المنازعات الإدارية - ١٩٨٤ - ص ٢٠، ٢١.

المحكمة (العادية) بدفع يثير نزاعاً تختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى، وجب على المحكمة إذا رأت ضرورة الفصل في الدفع قبل الحكم في موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد للخصم الموجه إليه الدفع ميعاداً يستصدر فيه حكماً نهائياً من الجهة المختصة، فإن لم تر لزوماً لذلك أغفلت الدفع وحكمت في موضوع الدعوى.

وإذا قصر الخصم في استصدار حكم نهائي في الدفع في المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى بحالتها".

والمادة ١٧ من نفس القانون وهي ثالث المواد التي تحدد ولاية المحاكم العادية تنص بأن للمحاكم "... دون أن تؤول الأمر الإداري أو توقف تنفيذه أن تفصل في المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة ...".

وهكذا يستفاد من النصوص المتقدمة بوضوح بالغ في تقديرنا، عدم اختصاص المحاكم العادية بالفصل في المنازعات الإدارية (م ١٥)، ولو تمثلت المنازعة في صورة دفع (م ١٦)، حيث يعتبر هذا الدفع من المسائل المبدئية ما دام يدخل في اختصاص جهة قضاء أخرى، وحتى إذا ثارت منازعة مدنية أو تجارية بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة، فليس للمحاكم العادية أن تؤول الأمر الإداري (م ١٧) وهو ما يعنى عدم اختصاص هذه المحاكم بتفسير القرارات الإدارية.

وعليه فإن الدفع أمام القضاء العادي بعدم مشروعية لائحة إدارية يعد من الدفوع المبدئية التي لا يختص بها قاضي الدعوى باعتباره قاضي الدفع أيضاً، وإنما يلزم إحالتها إلى القاضي المختص للفصل فيها وهو في هذه الحالة القضاء الإداري، وهو وضع يماثل تماماً الدفع بعدم دستورية اللائحة، حيث لا



يجوز لغير القضاء الدستوري، أى المحكمة الدستورية العليا، الفصل فيه بوصفة من المسائل المبدئية<sup>(١)</sup>.

---

(١) راجع فى ذلك الأستاذ الدكتور مصطفى أبوزيد: الدستور المصرى ورقابة دستورية القوانين - ١٩٨٥ - ص ٤٩٠ وما بعدها.

## خاتمة

إذا كان مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، هو الأساس الأول في التمييز بين الدولة القانونية وغيرها من الدول الاستبدادية أو البوليسية، فإن هذا المبدأ لا معنى ولا مضمون حقيقي له ما لم يؤد إلى تقرير تدرج القواعد القانونية، حتى تكفل فعلاً وقولاً سيادة القانون على الأفراد والسلطات العامة في آن واحد.

ولذلك فبته أصبح من المسلمات أن تدرج القواعد القانونية هو أهم مقتضيات وأول متطلبات الأخذ بمبدأ المشروعية في الدول القانونية، وذلك إزاء تعدد المصادر الرسمية للقانون في هذه الدول، مما يحتم ترتيب القواعد القانونية فيها، بحيث تدرج القوة الإلزامية لهذه القواعد في مراتب متعددة، تتحدد وفقاً لطبيعة القواعد القانونية ومصدرها، تأسيساً على المعيار الشكلي السائد في هذا الشأن.

وتدرج القواعد القانونية يختلف عن تدرج الأعمال القانونية الذي يشمل إلى جانب قواعد القانون العامة المجردة، الأعمال القانونية الأخرى مثل العقود والمعاهدات وأحكام القضاء والقرارات الإدارية الفردية<sup>(١)</sup>. كما أنه يختلف كذلك

---

(١) ونفوه في هذا الصدد إلى مسبق لنا الإشارة إليه من عدم الاعتداد بما يسمى بالإعلانات الدستورية باعتبارها من الأعمال القانونية، إذ تعتبر عندنا من الأعمال الملغية غير المشروعة، ومع ذلك يلزم علينا الاعتراف بأن الواقع في الحالات التي تصدر فيها مثل هذه الإعلانات يتطلب على القانون ويفرض منطقته على الجميع من سلطات وأفراد، ومن هنا نجد أنه بمناسبة قيام الثورة المصرية في ٢٥/١/٢٠١١ وبعد انتهائها في ١١/٢/٢٠١١، تم وقف العمل بالدستور القائم (دستور ١٩٧١) بتاريخ ١٣/٢/٢٠١١ دون إسقاطه أو إلغائه أو استبداله، بموجب إعلان دستوري صادر عن المجلس الأعلى للقوات المسلحة الذي حوله الرئيس السابق مهمة إدارة شؤون البلاد بالمخالفة الصريحة والجزيمة لدستور ١٩٧١ الذي كان سارياً ونافذاً في ١١/٢/٢٠١١، ومع أنه في ١٩/٣/٢٠١١ تم إجراء استفتاء شعبي على تعديل هذا الدستور ووافق عليه غالبية الناخبين من الشعب، مما مقتضاه بالضرورة استدعاء دستور ١٩٧١ للأعمال من جديد، معدلاً بما وافقت عليه الإرادة الشعبية في هذا الاستفتاء، إلا أن السلطة القائمة =

عن تدرج التشريعات (أو النصوص) الذى يقتصر على القواعد القانونية  
المشرفة "المكتوبة" دون غيرها من القواعد القانونية الأخرى غير المكتونة.

والواقع أن تدرج التشريعات لا يثير كثيراً من المشاكل، حيث لا خلاف  
فى احتلال القواعد الدستورية القمة فى هذا التدرج، ومن بعدها تأتي القواعد  
التشريعية، وأخيراً القواعد اللانحبة ما لم تكن قد صدرت وفقاً لنظرية  
الضرورة، إذ يكون للانحبة فى هذه الحالة الأخيرة قوة القانون.

وعلى النقيض من ذلك فإن تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية  
غير المكتونة أو غير المشرفة، هو أمر يحتدم فيه الخلاف والجدل فقهاً وقضاءً.  
فبالنسبة للعرف، فهو تعبير عن إرادة أفراد الشعب أو السلطات العامة،  
ومن هنا يثور التساؤل عن مدى شرعية هذا العرف وخاصة إذا كان معدداً  
لقواعد تشريعية منصوص عليها فى القوانين.

وقد انتهينا إلى أن العرف المفسر إنما يلحق بالنص محل التفسير  
ويحوز بالتالى مرتبة الإلزامية، كما أن العرف المكمل للنقص فى التشريع هو  
من القواعد القانونية الملزمة، وهو فى واقع الأمر لا يثير مشكلة بشأن تحديد  
مرتبة الإلزامية بالنظر إلى ما يعلوه من قواعد قانونية أخرى، إذ أنه يفترض  
فى هذه الحالة أنه لا توجد قواعد تشريعية فى ذات موضوعه، ومن ثم فإن  
تحديد مرتبته الإلزامية بأنها مرتبة القانون أو أقل من ذلك، لن يترتب عليها أية  
مشاكل عملية حيث تتجدم احتمالات التعارض بينه وبين النصوص التشريعية.

---

على ذلك الوقت (المجلس الأعلى للقوات المسلحة) رفضت التسليم بذلك، وقامت  
بإصدار وتطبيق ما يسمى بالإعلان الدستورى فى ٢٠١١/٣/٣٠ الذى ظل سارياً بعد  
تعديله أكثر من مرة حتى اليوم وإلى أن يتم وضع الدستور الجديد العزم استفتاء  
الشعب عليه للحصول على موافقته، ومن ثم نفاذه وسريانه بدلاً من هذا الإعلان. وقد  
أدى هذا الواقع إلى إعمال القضاء وخاصة المحكمة الدستورية العليا لأحكام ذلك  
الإعلان باعتباره قيماً على السلطات العامة فى الدولة ذمماً لواقع الفراغ الدستورى  
طوال هذه المرحلة.

وعلى العكس فإن العرف المعدل للنصوص التشريعية، هو فى الرأى الراجح لدينا أمر غير مشروع، إذ لا يجوز للأفراد أو للسلطات العامة مخالفة هذه النصوص بحجة تكوين قواعد عرفية جديدة وإلا أدى ذلك إلى انهيار مبدأ المشروعية تماما وعدم الالتزام بسيادة القانون، ومن هنا حددنا مرتبة العرف بأنه أقل مرتبة من النصوص المكتوبة، أى أنه يلى القواعد اللانحوية، وذلك حتى نضمن عدم الاعتراف بصورة "العرف المعدل".

أما بالنسبة للمبادئ العامة للقانون، فإن تحديد مرتبتها الإلزامية هو الأمر الذى ما زال الخلاف بشأنه محتدما فقها وقضاء. والواقع أن تطبيق المبادئ العامة للقانون كقواعد قانونية ملزمة لا يثور إلا فى حالتين: الأولى هى حالة عدم وجود نص تشريعى، وفى هذه الحالة فإن تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة بقوة القانون أو فى مرتبة أعلى أو أدنى منه، لن تثير عملا أية مشكلة بالنظر لغياب النص التشريعى الذى تتحدد بالنسبة له القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون، حيث يكون المبدأ العام فى مثل هذه الأحوال هو مصدر الحل القانونى الوحيد الواجب التطبيق.

والحالة الأخرى هى حالة وجود تعارض بين نص تشريعى وأحد المبادئ العامة للقانون، وهنا يلزم إزالة هذا التعارض بتحديد أيهما أعلى مرتبة من حيث القوة الإلزامية.

وقد انتهينا فى هذا البحث إلى ضرورة الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بمرتبة إلزامية تلو القوانين، وفى هذا الصدد فإننا لا نرى مبررا لاعتناق غالبية الفقه المصرى للرأى الغالب فقها فى فرنسا، بتحديد القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون بقوة القانون فحسب، بحيث يمكن للمشرع أن يخالف بنصوصه التشريعية هذه المبادئ.

فالذى يبدو لنا أن هذا الاتجاه الملائم فى فرنسا مبعثه أن القضاء الفرنسى يرفض الاعتراف بحقه فى الرقابة على دستورية القوانين، ومن ثم

فإنه إذا أقر للمبادئ العامة بقوة الدستور فلن يفيد ذلك في شئ إذ لن يستطيع فرض احترامها على المشرع كما هو الحال بالنسبة للدستور، فهو قاضى مشروعية فقط وليس قضاءً دستورياً، ولكنه حرصاً على مقتضيات مبدأ المشروعية، وحماية للحقوق والحريات العامة، ولمواجهة احتمالات عسف السلطة الإدارية على الأخص، فإنه يعترف للمبادئ العامة بقوة القانون لضمان عدم مخالفة الإدارة لها وذلك بإخضاع أعمالها لرقابته الفعالة ومطابقتها لهذه المبادئ علاوة على القوانين والتشريعات.

أما بالنسبة للقانون فإن القضاء الفرنسي يجتهد دائماً عند وقوع التعارض بينه وبين المبادئ العامة في إزالة هذا التعارض بشئى طرق التفسير المعروفة بما لا يؤدي إلى إهدار المبادئ العامة، بل وتغليبها على النصوص التشريعية إذا لم يكن هناك مقر من ذلك، على نحو ما أشرنا.

ولذلك فإننا نرى أنه إذ يختلف النظام القانونى فى مصر عن مثيله الفرنسى، وحيث يوجد لدينا قضاء دستورى يتولى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، فإنه يلزم الاعتراف بحقيقة أن المبادئ العامة للقانون هى أعلى مرتبة من حيث القوة الإلزامية من القواعد التشريعية وبالتالي من القواعد اللائحية، وذلك فى تدرج القواعد القانونية.

ولعل أهم باعث لدينا، والدافع الأول الذى يدعونا إلى التمسك والتأكيد على تمتع المبادئ العامة للقانون، بمرتبة إلزامية أعلى من القانون، هو أننا نرى أن هذه المبادئ تضم بالنسبة لمصر مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

فلا ريب فى أن تتدخل المشرع الدستورى فى مصر بتقرير أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى "المصدر الرئيسى للتشريع" كان له أثره البالغ فى تحديد المرتبة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون.

فقد استقرت الجهات القضائية المختلفة فى مصر، أى القضاء العادى والقضاء الإدارى والقضاء الدستورى، على أن من شأن هذا النص التزام

السلطة التشريعية - مستقبلاً على الأقل - بمبادئ الشريعة الإسلامية، بحيث لا يجوز للمشرع إقرار أية نصوص تشريعية من شأنها مخالفة هذه المبادئ، وهو ما يعنى أن لهذه المبادئ قوة إلزامية تعلو قوة القواعد التشريعية وما يليها من قواعد قانونية أخرى.

ولذلك فإن الاعتراف بأن للمبادئ العامة للقانون، بما تضمنه من مبادئ الشريعة الإسلامية، مرتبة إلزامية تعلو القوانين هو أمر حتمى يتفق مع إرادة المشرع الدستوري في مصر، ومع التفسير الصحيح لنص المادة الثانية من الدستور حالياً، والذي يعنى أن مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها القطعية قد نجت من المصادر الرسمية للقانون، وهو ما لا يتأتى إلا باعتبارها من المبادئ العامة للقانون في مصر.

وعلى الرغم من نبل الآراء الفقهية التى ترى أن مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء "تقيد حتى المشرع الدستورى، وأنها تقيد الشعب وهو يزاول السلطة التأسيسية الأصلية، وفى ظل هذا الوضع وحده يوجد ما هو أعلى قدراً من الدستور: مبادئ الشريعة الإسلامية..."<sup>(١)</sup>. فإننا نرى أنه من الصعب أن يرد على السلطة التأسيسية فى أى دولة قيود تحد من رغبتها فى تحديد الأسس والمقومات الفكرية والعقائدية التى يقوم عليها المجتمع.

صحيح أنه عملاً فى الدول الإسلامية، حيث الأكتريية الساحقة من سكانها يدينون بالإسلام، يكون من غير المتصور أن يرد بدستور مثل هذه الدولة أحكاماً تخالف النصوص القطعية فى القرآن والسنة الصحيحة، إلا أنه من الناحية النظرية بالبحث، قد يحدث تطور فى تكوين السلطة التأسيسية لهذه الدولة مما ينفى عنها صفة الدولة الإسلامية، فيعترض فى مثل هذه الحالة التأكيد على علو مبادئ الشريعة الإسلامية لدستور تلك الدولة.

(١) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد فهمى: الدستور المصرى سالف الإشارة - ص ٥١٢.

ومن هنا اتجهنا إلى اعتبار أن المبادئ العامة للقانون، بما تضمنه من مبادئ الشريعة الإسلامية، لا تصل قوتها الإلزامية إلى مرتبة الدستور، وإنما هي تتوسط المكانة بين القانون والدستور. يؤيد ذلك أنه حتى في الدولة الإسلامية فإن السيادة في هذه الدولة هي للشعب "والشعب وحده، فهو الذي يملك السلطة العليا التي لا تفوقها ولا تعادلها قوة أخرى داخل الدولة، وهو وحده الذي يملك السلطة التأسيسية الأصلية، سلطة وضع الدستور، وهو الذي يملك أن يراقب الحكام في السلطات الثلاث: التنفيذية والتشريعية والقضائية"<sup>(١)</sup>.

وعليه فقد انتهينا في بحثنا هذا إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية وإن كانت في الأصل من المصادر الموضوعية للتشريع، إلا أنها غدت - وعلى الأخص اعتباراً من تاريخ التعديل الدستوري للمادة الثانية من دستور ١٩٧١ - من المصادر الرسمية للقانون بوصفها من المبادئ العامة للقانون، التي تحتل مرتبة إلزامية تلي الدستور وتسبق القواعد التشريعية، مما يعني التزام كافة السلطات العامة المنشأة في الدولة بأحكامها، مع الإقرار بحق السلطة التأسيسية في تقرير مدى الأخذ بهذه المبادئ والالتزام بأحكامها.

وقد حرصنا في هذا البحث على إيضاح أن المقصود بالشريعة الإسلامية الملزمة للسلطات العامة، إنما تتمثل في الرأي الراجح لدينا في الأحكام والمبادئ القطعية الواردة في القرآن والسنة دون غيرها مما يعتبره الفقه من مصادر للشريعة الإسلامية مثل الإجماع والقياس، والتي لا نراها سوى مصادر للتشريع في الدولة الإسلامية، أو هي كما يراها البعض من مصادر الفقه الإسلامي وليست من مصادر الشريعة الإسلامية ذاتها.

ولعل في تمسكنا بهذا الرأي ما يؤكد أن الشريعة الإسلامية الغراء صالحة لكل الناس في كل زمان ومكان، لسبب وحيد أساسي وهو أنها من لدن

---

(١) الأستاذ الدكتور مصطفى أبو زيد: النظرية العامة للدولة - الطبعة الأولى ١٩٨٥ - ص ٣١٢.

رب العالمين، وذلك على خلاف الأحكام والمبادئ المستقاة من غير الكتاب والسنة، والتي تمثل اجتهاد أهل الاجتهاد في العصور المسالفة، والتي هي في النهاية عمل بشري يقبل الصواب والخطأ.

كما حرصنا في هذا البحث على تحديد أهم النتائج المترتبة على تدرج القواعد القانونية، والتي تتمثل في بطلان كل قاعدة قانونية تخالف ما يعطوها من قواعد قانونية أخرى في هذا التدرج، وهو ما يعني بطلان القواعد التشريعية المخالفة للمبادئ العامة للقانون أو للدستور، وبطلان القواعد اللانحوية المخالفة للقواعد التشريعية أو للمبادئ العامة للقانون أو للدستور.

ولا شك في أن الضمانة الرئيسية التي تكفل تحقيق هذه النتائج إنما تتمثل في تنظيم رقابة فعالة على دستورية القوانين ومشروعية اللوائح وهو الأمر الذي يكفل كل ما انتهينا إليه في دراستنا لهذا الموضوع.

وفي النهاية، فإني إذا أنهى هذا البحث على ما انتهى إليه فإني أسأل الله سبحانه وتعالى أن يتقبل مني هذا العمل بحسن الجزاء، فليس علينا سوى بذل غاية الجهد، دون انتظار لنتائج معينة، ومن ثم فإني اختتم هذا البحث بقوله تعالى "وما توفيقي إلا بالله. وعليه توكلت وإليه أنيب". صدق الله العظيم.





## محتويات الكتاب

الصفحة	الموضوع
٥	مقدمة .....
١٣	المبحث التمهيدي: مصادر القاعدة القانونية ومدلول تدرجها .....
١٣	أولاً: مصادر القاعدة القانونية .....
١٦	ثانياً: مدلول تدرج القواعد القانونية .....
٢٠	ثالثاً: مضمون تدرج القواعد القانونية وأساسه .....
	<b>الباب الأول</b>
٢٩	<b>تحديد المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية</b>
٣١	<b>الفصل الأول: المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المقننة</b> .....
٣١	المبحث الأول: القواعد الدستورية .....
٣٣	المطلب الأول: مقدمات الدستاتير والمواثيق وإعلانات الحقوق .....
٣٩	المطلب الثاني: دور الدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية .....
٤٤	المبحث الثاني: القواعد التشريعية .....
٥٧	المبحث الثالث: القواعد اللانحوية .....
٥٨	المطلب الأول: المرتبة الإلزامية للوائح في الظروف العادية .....
٧٥	المطلب الثاني: المرتبة الإلزامية للوائح في الظروف الاستثنائية .....
٩٧	<b>الفصل الثاني: المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية غير المقننة</b> .....
٩٩	المبحث الأول: المبادئ العامة للقانون .....
١٠١	المطلب الأول: أساس المبادئ العامة للقانون .....
١٠٤	المطلب الثاني: دور القضاء في تحديد المبادئ العامة للقانون .....
١٠٦	المطلب الثالث: القوة الإلزامية للمبادئ العامة للقانون .....
١٢٣	المبحث الثاني: القواعد العرفية .....
١٢٤	المطلب الأول: أساس القوة الإلزامية للقواعد العرفية .....

الصفحة	الموضوع
١٢٨	المطلب الثاني: المرتبة الإلزامية للقواعد العرفية
	<b>الباب الثاني</b>
١٣٥	مكانة مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها في تدرج القواعد القانونية
١٣٥	تمهيد
١٣٩	الفصل الأول: مدلول اصطلاح الشريعة الإسلامية وخصائصها
١٤٠	المبحث الأول: التمييز بين الشريعة الإسلامية والفقہ الإسلامي
١٦٦	المبحث الثاني: خصائص الشريعة الإسلامية
١٨١	الفصل الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر مادي للتشريع
١٨٦	المبحث الأول: دور مبادئ الشريعة الإسلامية في التشريع
١٩٣	المبحث الثاني: دور مقاصد الشريعة الإسلامية في التشريع
٢٠١	الفصل الثالث: أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون
٢٠٢	المبحث الأول: التزام السلطات العامة بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية
٢١٨	المبحث الثاني: الالتزام بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية
	<b>الباب الثالث</b>
٢٢٧	تفانج تدرج القواعد القانونية وضمانات تحقيقها
٢٢٧	تمهيد
٢٢٩	الفصل الأول: تفانج تدرج القواعد القانونية
٢٢٩	المبحث الأول: عدم دستورية القوانين المخالفة للدستور
٢٣٧	المبحث الثاني: بطلان الأعمال الإدارية غير المشروعة

الصفحة	الموضوع
٢٥٣	الفصل الثاني: ضمانات تحقيق النتائج المترتبة على تدرج القواعد القانونية
٢٥٤	المبحث الأول: تنظيم الرقابة على الدستورية.....
٢٥٥	المطلب الأول: الرقابة السياسية على الدستورية.....
٢٦٢	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الدستورية.....
٢٩٤	المبحث الثاني: تنظيم الرقابة على مشروعية اللوائح.....
٣٠١	الطائفة.....
٣٠٩	المحتويات.....

٢٠١٢/٢٢٥٥٩	رقم الإيداع
I.S.B.N التقييم الدولي	
978-977-6410-56-5	









**دار الجامعة الجديدة للنشر**

٢٨ شارع سوثير - الأزاريطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail : [darelgamaaelgadida@hotmail.com](mailto:darelgamaaelgadida@hotmail.com)

[www.darggalex.com](http://www.darggalex.com) [info@darggalex.com](mailto:info@darggalex.com)