

مبدأ المشروعية

ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور

للدكتور عبد الحميد متولى

أستاذ القانون العام

عناصر البحث

مقدمة :

نبذة ١ — مدلولات مبدأ المشروعية : مبدأ علو الدستور .

البحث الأول : مشكلة المبادئ العليا في الفقه الإنجليزي :

٢ — الناحية القانونية .

٣ — الناحية الواقعية .

البحث الثاني : مشكلة المبادئ العليا في الفقه الفرنسي :

٤ — (أ) قديماً (أى إلى ما قبل عصر الثورة الفرنسية) .

(ب) في العصر الحديث (أى منذ عصر الثورة الفرنسية) .

٥ — سيادة الدولة مقيدة وليست مطلقة .

٦ — الخلاف حول ماهية هذه القيود ومصدرها وقوتها .

٧ — (أولاً) نظرية التحديد الذاتي l'auto - limitation

٨ — نقد تلك النظرية .

٩ — (ثانياً) نظرية القانون الطبيعي والمذهب الفردي .

١٠- الانتقادات الموجهة إلى المذهب الفردي (من الناحيتين النظرية والعملية)

١١- (ثالثاً) نظرية دوجي: خصائص القانون الأعلى (أو القاعدة القانونية) - التضامن الاجتماعي وعناصره .

١٢- دوجي وانكاره نظرية السيادة .

١٣- خاتمة و خلاصة : (أولاً) الحكم ليس حقاً بل وظيفة ، (ثانياً) متى يكون التشريع شرعياً .

١٤- الانتقادات الموجهة إلى نظرية دوجي .

١٥- (رابعاً) رأى الأستاذ كاريه دي مالبرج .

١٦- رأى العميد هوريو .

١٧- انتقاداتنا لنظرية هوريو .

١٨- تطور المذهب والنظام الفردي (بيان أهم مظاهر ذلك التطور) .

١٩- ملاحظات على الفقه والقضاء الفرنسيين .

المبحث الثالث : مشكاة المبادئ العليا في الفقه المصري .

٢٠- الفقه المصري : كلمة عامة .

٢١- نظرية الأستاذ الدكتور السهوري عن «الأحرف في استعمال السلطة التشريعية» .

٢٢- خلاصة هذه النظرية .

٢٣- ملاحظات على هذه النظرية :

(أ) أوجه الشبه بين هذه النظرية وعيب «الأحرف في استعمال السلطة

التأسيسية المنشأة» 'la fraude à la constitution'

(ب) بعض وجوه النقد .

مقدمة :

يقضى مبدأ المشروعية - فيما يقضى به - أن المشرع ملزم باحترام الأحكام المدونة في الدستور ، بمعنى أنه ليس له أن يضع قانوناً مخالفاً لأحكامه ، فهل توجد هنالك كذلك مبادئ عليا يلتزم المشرع احترامها رغم أنها غير مدونة في الدستور ؟

قبل أن نعالج بحث هذه المشكلة يجدر بنا أولاً أن نعهد لها بكلمة موجزة عن مبدأ المشروعية .

١ - تمهيد : مدلولات مبدأ المشروعية (1) principe de légalité

يتلخص هذا المبدأ (فيما يقرر دوجي) فيما يلي :

(١) ان أية سلطة أو هيئة (سواء كانت برلماناً أو رئيس دولة أو وزارة الخ) لا تستطيع أن تصدر قراراً فردياً الا في الحدود التي بينها قرار عام (أى عمل من الأعمال القاعدية (acte - règle) سواء كان مصدره الدستور أم القانون أم اللائحة .

(١) رأينا أن نستعمل في هذا البحث اصطلاح "مبدأ المشروعية" نظراً لاشتهار هذا المبدأ بهذه التسمية (أى بهذا الاصلاح) بين رجال الفقه المصرى ، وذلك رغم ما سبق لنا أن وجهناه من النقد لهذا الاصطلاح في مؤلفاتنا في القانون الدستوري حيث كنا نؤثر استعمال اصطلاح "مبدأ سيطرة أحكام القانون" ، فالواقع ان اصطلاح "مبدأ المشروعية" هو اصطلاح غير موفق (فأولاً) ان كلمة " المشروعية " ليست الترجمة الصحيحة لكلمة *Légalité* التي هي الاصطلاح الفرنسى الذى يستعمله رجال الفقه الفرنسى عادة للتعبير عن هذا المبدأ والذي يترجمه رجالى الفقه المصرى بكلمة " المشروعية " فهذه الكلمة انما هي في الواقع ترجمة لكلمة *l'égitimité* لا لكلمة *Légalité* ، ومن ناحية أخرى فان عبارة "مبدأ المشروعية" هي عبارة لا يدل مبنائها على معناها بخلاف اصطلاح "مبدأ سيطرة أحكام القانون" الذى نؤثر استعماله بديلا عنه فهذا الاصطلاح أقرب في الدلالة على المعنى المقصود به ، كما أنه يعد في الوقت ذاته ترجمة صادقة (ولو أنها ليست ترجمة حرفية) للاصطلاح الذى يستعمله أحياناً بعض رجال الفقه الفرنسى للتعبير عن ذلك المبدأ في قولهم *Régne de la loi* وللاصطلاح الذى يستعمله الفقهاء الانجليز *Rule of law*

والأصل أن مهمة التشريع في البلاد المتمدنية، قد أصبحت في العصر الحديث ، من وظيفة البرلمانات (اللهم الا في حالات استثنائية ، كما هو الشأن في حالة اللوائح والمراسيم بقوانين ، التي تصدر من السلطة التنفيذية) (١) .

(ب) كما يقصد بهذا المبدأ كذلك أن القيود التي تفرضها الدولة على حريات الأفراد ونشاطهم لا يمكن تقريرها (كما يقول دوجي) الا بواسطة قانون يوافق عليه ممثلو الأمة (البرلمان) أى أنه لا يكفي في هذه الحالة بلائحة تصدر من السلطة التنفيذية اللهم الا اذا كانت صادرة منفذة أو مكملة لقانون . على أنه يجب ألا يفوتنا أن العرف قد جرى - سواء في مصر أو في فرنسا - باصدار لوائح بوليس وهي لوائح من شأنها أن تقيد حريات الأفراد ، ومشروعية هذه اللوائح هي مسألة موضع خلاف بين رجال الفقه (٢) .

(ج) كما يقصد بهذا المبدأ أن كل قرار عام (سواء كان تشريعاً صادراً من البرلمان أو لائحة حكومية) يجب أن يكون موضع الاحترام حتى من السلطة التي أصدرته (كما يقول بارتملي) ، بعبارة أخرى أن السيطرة تغدو لأحكام القانون لا لارادة الفرد ، فهذا المبدأ يعني نبذ الاستبداد فالجميع يخضعون لأحكام القانون طالما كان القانون قائماً (٣) .

(١) دوجي : دروس القانون العام Leçons de Droit Public (طبعة ١٩٢٦)

ص ٢٧٥ - ٢٩٣

(٢) لوائح البوليس هي التي تصدر في الشؤون المتعلقة بالأمن والنظام أو الصحة أو الراحة العامة ، وهي تصدر " مستقلة " أى غير صادرة منفذة أو مكملة لقانون .

(٣) يلاحظ أننا نقصد هنا بكلمة " القانون " القانون من الناحية الموضوعية أى كل قرار عام (أو عمل من الأعمال القاعدية Acte - règle) فبذلك تشمل هذه الكلمة أيضاً اللائحة . ونود هنا أن نوجه الأنظار كذلك الى أن مبدأ المشروعية لم يكن - كما يظن البعض - مبدأ حديث العهد عرف منذ عصر الثورة الفرنسية ، فالواقع أنه عرف منذ عصر اليونان =

(د) ان مبدأ « علو الدستور » (la suprématie de la const.) هو أحد صور أو مظاهر مبدأ المشروعية . أما وقد عرفنا أنه مما يدل عليه مبدأ المشروعية خضوع الجميع سواء كانوا من الحكام أو المحكومين لسيطرة أحكام القانون ، اذا عرفنا ذلك فانه يقصد اذا بمبدأ علو الدستور أن تكون لأحكام الدستور مثل هذه السيطرة وأن يكون على المحكومين والحكام مثل ذلك الخضوع لما للدستور من أحكام .

فاذا كان مبدأ المشروعية (١) - كما يقول بارتلمى - يفرض على الجميع احترام أحكام القانون فإن هذا المبدأ يفرض - من باب أولى - احترام الدستور الذى هو القانون الأعلى للبلاد ، فالدستور أعلى حتى من القوانين العادية الصادرة من البرلمان ممثل الأمة .

فاذا كان من الأمور المتفق عليها أن المشرع يجب عليه قانوناً (a la) *devoir juridique* أن يحترم أحكام الدستور ، فهل يجب عليه كذلك أن يحترم المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور ؟ وهل توجد ثمة مبادئ عليا ؟ ان الاجابة على ذلك تدعونا الى البحث عما اذا كانت سلطة الدولة مطلقة أم مقيدة ، وعما اذا كانت ثمة قيود تقيد سلطانها (وتقيد المشرع) غير تلك النصوص المدونة فى الدستور . واذا نحن انتهينا الى اثبات وجود تلك القيود فما هو مصدرها وما طبيعتها وما مدى ماتنطوى عليه من قوة ملزمة للدولة ؟ - هذه البحوث هى التى عينها بمشكلة المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور .

وسوف نعرض لبحث هذه المشكلة فى كل من الفقه الانجليزى والفرنسى والمصرى .

= القديمة ، ولقد كان الفيلسوف سقراط أول من نادى به ، ولقد أخذ عنه كل من أفلاطون وأرسطو - راجع فى ذلك كتاب F. Pollock : hist. of the science of politics (طبعة لندن ١٩٤٥ ص ١٣٠١٢) .

(١) بارتلمى : مطول القانون الدستورى (طبعة ١٩٣٣) ص ٢٠٩

المبحث الأول

مشكلة المبادئ العليا في الفقه الانجليزي

يميز رجال فقه القانون العام في إنجلترا بهذا الصدد بين ناحيتين :
الناحية القانونية والناحية الواقعية ، أو على حد تعبير البعض : بين « السلطة
القانونية » (Power in law) والسلطة الفعلية أو الواقعية (Power in fact)

٢ - (١) الناهية القانونية : كان يرى بعض رجال الفقه الدستوري
في إنجلترا قدما أن سلطة البرلمان مقيدة من الناحية القانونية أى أنها غير مطلقة ،
فكان يرى ذلك البعض أن البرلمان اذا وضع قوانين مخالفة لمبادئ الأخلاق
والآداب (Principles of morality) أو لأحكام القانون الدولي العام
فإنها تصبح غير شرعية invalid أو باطلة .

وفي ذلك يقول أحد الفقهاء القدماء Blackstone « ان قانون الطبيعة
معايير لنشأة الجنس البشرى ، وذلك القانون من صنع الله ولذلك فهو أسمى
مرتبة مما عده من القوانين ، ذلك القانون ملزم لجميع بني البشر في مختلف الأزمنة
والأمكنة وكل قانون يضعه البشر مخالفاً لذلك القانون الأسمى يصبح باطلاً» (١) .

كما كان يرى البعض أن ليس للبرلمان الانجليزي أن يمس سلطات الملك
(the prerogative) (٢) - ولقد كان يقول كذلك بهذا الرأي الملوك
في عهد حكم أسرة Stuart ، كما كان يقول به كذلك بعض رجال الفقه
أو الدولة مثل Bacon وغيره ممن كانوا يدافعون عن مبدأ التوسع من نطاق
سلطات الملوك .

أما في العصر الحديث : فالرأي السائد في إنجلترا هو عكس ما تقدم ،
سواء كان ذلك لدى رجال الفقه أو رجال القضاء (٣) .

Blackstone : Commentaries p. 41 (١)

Stubbs : Const. History of England, vol II (1883) p. 1 - 5. (٢)

(٣) راجع في كل ما تقدم مؤلف كبير رجال الفقه الدستوري الانجليزي في بداية هذا القرن

وهو الأستاذ دايسى Dicey في كتابه :

Introduction to the Study of the law of the Const. (9th edition 1945, London.

p. 61 - 63.

وبياناً لذلك نقول أن ذلك الرأي السائد في هذا العصر يتلخص في أن البرلمان الانجليزي لا يعد فحسب بمثابة سلطة تشريعية بل يعد كذلك جمعية تأسيسية ، فالدستور الانجليزي - كما هو معلوم - دستور مرن ، فالبرلمان . يستطيع اذاً تعديل أو وضع أى تشريع سواء كان تشريعاً عادياً أو دستورياً ، بل أن البرلمان يعد فضلاً عن ذلك « صاحب سيادة » ، وذو سلطة مطلقة ومن خصائص هذه السيادة - كما يقول الأستاذ دايسى - أنه لا توجد أية سلطة من السلطات - في إنجلترا - تستطيع أن تقرر أن قانوناً أقره البرلمان الانجليزي يعد باطلاً لمخالفته للدستور أو لأى سبب آخر من الأسباب (١).

بعبارة أخرى : ان البرلمان الانجليزي يوصف بأنه صاحب سيادة لأنه - كما يقول دايسى - « لا توجد سلطة تعلوه فليس ثمة سلطة تأسيسية تستطيع أن تضع تشريعات دستورية تلزمه ألا يدخل عليها تعديلاً ، كما أنه ليس ثمة سلطة قضائية تستطيع أن تمتنع عن تطبيق ما يرضعها البرلمان من تشريعات (٢) .

(١) دايسى Dicey . المرجع السابق ذكره صفحة ٨٨ ، ٩١

وراجع صفحة ٧٢ حيث يقول الأستاذ دايسى : إن السهولة التي وافق بها رجال الفقه الانجليزي على السيادة المطلقة *absolute sovereignty* للبرلمان هي أمر مرده إلى خصائص أو طبيعة التاريخ الدستوري الانجليزي « ثم يقول : « إن إصطلاح « السيادة » بالمعنى الذى يستعمله Austin إنما يقصد به *the power of law-making unrestricted by any legal limit* ثم يردف دايسى ذلك بقوله « انه إذ صح استعمال اصطلاح للسيادة بهذا المعنى فان السلطة صاحبة السيادة *the sovereign power* طبقاً للدستور الانجليزي - هي بدهاة البرلمان .

(٢) دايسى ١٢١ - ولعل من الطريف والغريب على أفهامنا ما يذكره الأستاذ دايسى من أنه « من أشق وأشد الأمور عمراً على افهام الأفراد في إنجلترا أن يفهموا كيف لا تصح الهيئة النيابية التشريعية - في دولة مستقلة - هيئة ذات سيادة » ثم يقول : « وإن برلمانا يمثل أمة مستقلة ولا يعد مع ذلك سلطة ذات سيادة إنما يبدو لنا بمثابة استثناء من الاستثناءات أو عجيبة من عجائب المخلوقات !

“ ... the position of a Parliament which represents an independant nation and yet is not itself a sovereign power is apt to appear to us exceptional or anomalous. ”

وتعد هذه السيادة والسلطة المطلقة للبرلمان خاصية من أهم خواص النظام الدستوري الانجليزي^(١) - اذ يجب الا يفوتنا هنا أن نكرر ماسبق لنا ذكره من أن السيادة - في بلاد الديموقراطية الكلاسيكية (الغربية) - انما صاحبها الأمة والأمة وحدها ، والبرلمان شأنه شأن غيره من السلطات لا يعد صاحب سيادة وانما يعد صاحب « اختصاصات » قررها له الدستور (أى شأنه في ذلك شأن السلطة التنفيذية وشأن الموظفين) .

المقصود : ان المقصود بسيادة البرلمان أنه يستطيع - من الناحية القانونية - أن يصدر تشريعاً بصدد أى موضوع من الموضوعات سواء كان من التشريعات العادية أو الدستورية ، وكثيراً ما تذكر العبارة الشهيرة المأثورة عن Lolm « أن البرلمان الانجليزي يستطيع أن يفعل كل شيء عدا أن يحول الرجل الى امرأة والمرأة الى رجل » ولكن هذه العبارة - فيما يلاحظ الأستاذ جنينجز Jennings - شأنها شأن الكثير من ملحوظات Lolm قد خانها التوفيق ، لأنه اذا أصدر البرلمان تشريعاً يقضى باعتبار الرجال نساء فانهم يعتبرون كذلك من الناحية القانونية ، فاننا حين نتكلم عن سلطة البرلمان - كما يقول جنينجز - فانما نعنى الكلام عن المبادئ القانونية legal principles لا عن الوقائع (facts)^(٢) .

أُمتد - ولندكر ايضاحاً لما تقدم بعض الأمثلة التي يذكرها رجال الفقه الدستوري الانجليزي : أن البرلمان يستطيع - كما يقررون - أن يغير من نظام وراثته العرش (كما حدث في عهد ولاية الملك هنرى الثامن ، ووليم الثالث) ، بل أنه ليستطيع أن يغير المذهب الدينى السائد في البلاد كما حدث

F. A. Ogg : English Gov. & Politics. (2nd edition, New York 1947. p, 77 (١)

W. I. Jennings : The Law & the Const. (3 rd ed. London 1943) p. 149 (٢)

وراجع Duguit : Leçons de Dr. Public p. 255 حيث يقرر « بأن إعلان الحقوق Bill of Rights لسنة ١٦٨٨ كان يقصد بها لدى الانجليز - تقييد سلطة الملك لاسلطة البرلمان » ثم يقول : « حين يتكلم الانجليز عن حرياتهم فانهم لا يمتنون إلا استقلالهم إزاء الملك أما البرلمان فهو - لديهم - لا حدود لسلطانه » .

ذلك أكثر من مرة (حدث ذلك في عهد ولاية الملك هنرى الثامن وعهود أبنائه الثلاثة) ، وكذلك للبرلمان سلطة مطلقة بصدد الحقوق الخاصة بالأفراد وحررياتهم ، فهو يستطيع مثلاً أن يدمغ شخصاً بالخيانة بعد وفاته وأن يقرر أن طفلاً شرعياً أصبح يعد غير شرعى ، وأن طفلاً غير شرعى ولد قبل زواج والديه أصبح يعد ابناً شرعياً ، وأن للأبناء أن يرثوا آباءهم وهم لا يزالون أحياء (١) - بل أن البرلمان ليستطيع الغاء أى حكم من الأحكام القضائية (٢) .

٣ - (ب) **الناحية الواقعية** : انه اذا كانت سلطة البرلمان - من الناحية القانونية - مطلقة غير مقيدة ولا محددة ، فان الأمر لا يمكن أن يكون كذلك اذا نظرنا للمسألة من الناحية الواقعية (أى العملية أو السياسية) (٣) .

ان تلك القيود التى تقيد سلطان البرلمان من هذه الناحية الواقعية ، اذا نحن نظرنا إليها في صورتها - على النحو الذى يصوره أو يرسمه لنا رجال الفقه الانجليزى - فاننا نجدها مصطبغة بعدة ألوان :

(١) دايسى ص ٤١ ، ٤٨ - وراجع ٤٩ حيث يقول « ان البرلمان إنما يكون تدخله عادة بصدد تلك الحقوق من أجل الصالح العام » - ولذلك قال منتسكيو عن الدستور الانجليزى : « أنه سينهار حين تصبح السلطة التشريعية أكثر فساداً من السلطة التنفيذية » . (دايسى ص ٤٢) .

(٢) راجع المرجع السابق ذكره للأستاذ Ogg ص ٧٦ حيث يقول :

“ parliament can cause any judicial decision be made of no effect, ”

(٣) وفى ذلك يقول المستشار السير سالmond Sir J. Salmond فى مؤلفه :

Jurisprudence (10th ed. London 1997 p. 493.)

« أنه مهما اتسع نطاق سلطان الحكومة فإن ثمة مسائل تقع من الناحية العملية - خارج نطاق ذلك السلطان . إذ أن مدى ذلك السلطان إنما يسيطر عليه عاملان : (الأول) مبلغ ما يحزره صاحب السلطة من قوة مادية و (الثانى) مبلغ استعداد المجتمع لقبول تلك القوة أو للخضوع لها ، ولا يمكن القول بأن واحداً من هذين العاملين غير ذى حدود ، لذلك لا يمكن القول بأن السيادة - من الناحية الواقعية - غير محدودة . وذلك هو ماسبق للفيلسوف بنتام Bentham ان أشار إليه » .

(Bentham : Fragment on Government, ch. 4 sects. 35, 36.)

فن تلك القيود ما يتصل بالرأى العام (أو هيئة الناخبين) ، وأخرى تتصل بأحكام القانون الدولي العام ، أو بما يعقد من اتفاقات بين إنجلترا وبين غيرها من بلاد مجموعة الدول البريطانية (التي كان يطلق عليها قديماً «الدومينيون» Dominions مثل كندا وجنوب افريقيا واستراليا الخ) ، كما أن من تلك القيود ما يتصل بالعرف والعادات الدستورية .

فهذه جمعياً قيود نجد البرلمان يعمل لها حساباً كبيراً في الواقع ، على أنها إذا كانت تقيّد حريته وسلطانته من الناحية الواقعية فإنها لا تقيده من الناحية القانونية بمعنى أن البرلمان إذا هو أغفلها فإن عدم احترامه إياه لا يضيع عليه ما يجب أن يكون للقوانين التي يضعها من احترام ، أو بعبارة موجزة : لا تؤثر على ما يجب أن يكون للقوانين من أثر .

واليكم تفصيل ما أوجزنا .

(فأولاً) أن الواقع أن ارادة الناخبين تستطيع في النهاية - بناء على ماتقضى به أحكام الدستور - أن تكون لها الكفة الراجحة في الميزان ، ولكن هذه حقيقة واقعية سياسية لا قانونية (كما يقول دايسى) ، إذ أن المحاكم لا تعنى بإرادة الناخبين ، فهي لا تعرف شيئاً عن ارادة الشعب اللهم الا اذا عبر عن هذه الارادة في قانون يضعه البرلمان (1) .

ان أية هيئة حاكمة تعمل حساباً كبيراً لما قد يخشى من أن يقوم المحكومون (أو عدد كبير منهم) برفع علك المقاومة لما تضعه تلك الهيئة من قوانين . أن ذلك الحساب أو ذلك القيد نجده حتى في أكثر الملكيات استبداداً ، فالامبراطور الروماني قديماً أو الملك في أواسط القرن الثامن عشر في فرنسا أو قيصر روسيا قبل الحرب العالمية الأولى ، كل من أولئك كان حاكماً «صاحب سيادة» بالمعنى القانوني لهذه الكلمة ، فكان صاحب سلطة تشريعية مطلقة ، على أننا ننحرف عن جانب الصواب الى جانب الخطأ

(1) دايسى ص ٧٤

إذا اعتقدنا أو حسبنا أن أكثر الحكام سلطاناً مطلقاً عرفه التاريخ عرف أو استطاع أن يضع كل ما شاءت له أهواؤه من قوانين (١) ، ذلك ماتبينه لنا في جلاء أحداث التاريخ : فلم يعرف عن أحد من القياصرة الأولين أنه استطاع أن يغير - كما شاءت أهواؤه - ديانة الرومان أو أنظمتهم الأساسية ، فحينما قام مثلاً Constantine بثورة دينية فان نجاحه انما كان يرجع الى ولاء وتأيد شطر كبير من رعيته (٢) ، ولكن لويس الرابع عشر - وهو في قمة مجده لم يستطع أن يجعل السيادة للمذهب البروتستانتي في فرنسا ، كما أن الملك جيمس الثاني لم يستطع أن يجعل السيادة للمذهب الكاثوليكي في إنجلترا ، فقد كانت سلطة كل من هذين الملكين المستبدين مقيدة - في الواقع - بما كان معروفاً من عدم طاعة رعاياه ، ومقاومتهم اذا هو أقدم على عمل من أمثال تلك الأعمال .

وان ما كان صحيحاً بالنسبة للحكام المستبدين يعد - من باب أولى - صحيحاً بالنسبة للبرلمان وما يزاوله في إنجلترا الآن من سلطان (٣) .

يجب ألا يفهم مما تقدم أن تصرفات الحكام تطابق دائماً رغبات المحكومين فالواقع غير ذلك ونحن لم نقصد الى شيء من ذلك وانما قصدنا فحسب الى القول بأن الحكام - حتى الحكام المستبدين - لا يقدمون عادة على أعمال

(١) دايسى ص ٧٧ - ثم يردف ذلك بقوله : « إن القوة في الواقع كما يقول الفيلسوف Hume هي دائماً الى جانب المحكومين ، إنه هو إذاً الرأي العام الأساس الذي تقوم عليه سلطة الحكام ، وإن هذا المبدأ صحيح سواء في الحكومات الاستبدادية أو العسكرية أو في الحكومات الحرة بل وفي أكثرها حرية وشعبية » .

Hume : Essays, Moral, Political & Literary (ed. 1875) vol. I. p. 109, 110
(٢) قسطنطين الأول (ويطلق عليه قسطنطين الأكبر) كان امبراطوراً فيما بين عامي ٣٠٦ ، ٣٣٧ . وقد أدى انتصاره عام ٣١٢ على Maxence إلى الاعتراف بالمسيحية كدين رسمي للامبراطورية الرومانية ، وقد نقل عاصمة الامبراطورية إلى (بيزانطة) التي اتخذت اسم القسطنطينية) .

(٣) دايسى ص ٨٧ ، ٧٩ - (فالبرلمان) كما يقول دايسى) يستطيع قانوننا أن يغير نظام وراثته العرش أو أن يلغى الملكية ولكنه لا يمكن - في الظروف الحالية - أن يقدم على إتيان شيء من تلك الأعمال خشية ما سوف تثير حتماً من مقاومة شعبية) .

يخشون أن تؤدي إلى مقاومة الشعب إياها وإياهم . ولكنهم كثيراً ما يقدمون على غير ذلك من الأعمال التي لا تفرحهم مثل تلك الخشية ولا تؤدي إلى مثل تلك الخيبة ، ولو كان الشعب مع ذلك لا يريد لها أو لا يوافق عليها أو لم يفكر فيها - فلقد قام مثلاً لويس نابليون باتباع سياسة حرية التجارة في فرنسا في حين أن هذه السياسة لم تكن لتوافق عليها هيئة منتخبة تمثل الرأي العام الفرنسي تمثيلاً صحيحاً (١) - وكثيراً ما نجد حكماً يقومون باصلاحات لم يكن يفكر فيها المحكومون ، سواء كان أولئك الحكام ملوكاً أم برلمانات (على أن هذه الظاهرة هي أقل حدوثاً بالنسبة للبرلمانات من حدوثها بالنسبة للملوك من أصحاب السلطة المطلقة) (٢) .

المقصود : أن الحكومات أو البرلمانات إذا صحح أن تتجه أحياناً باتجاهات لا تتفق مع رغبات الشعب إلا أنها مع ذلك تعمل حساباً كبيراً للرأي العام قوى منظم ، وهي عادة لا تخالف هذا الرأي العام حين يبدو اتجاهه بصورة بيّنة لاسيما حين يبدو ذلك الاتجاه قوياً وبخاصة حين تخشى مقاومته أو ثورته . ثم أنه يجب ألا يفوتنا أن النظام البرلماني هو نظام حزبي ، فهناك إذا قيود (على سلطان البرلمان) تكونت سلاسلها من حلقات الاعتبار

(١) دايسى Dicey ص ٨٢

(٢) دايسى ص ٨٣ ، ٨٤ - راجع كذلك ص ٢١٨ من كتابنا الوجيز في النظريات والانظمة السياسية (طبعة ١٩٥٩) حيث أشرنا إلى ما ذكره الأستاذ بارتلمى في نقد نظرية (الوكالة العامة للبرلمان عن الأمة) من : « أن هذه النظرية لا تتفق مع الواقع إذ الواقع أن البرلمان يوافق أحياناً على بعض القوانين أو المشروعات التي لا تكون موضع رضاه الرأي العام وموافقته » وراجع أيضاً ص ٢٢٤ - ٢٣٢ من كتابنا السابق ذكره حيث نتكلم عن (مشكلة صحة تمثيل البرلمانات للشعب) .

راجع أيضاً دايسى ص ٨٣ حيث نجده بصدد الكلام عن ظاهرة وجود اختلاف فيما بين إرادة الحاكم قديماً (الملك) في إنجلترا وبين اتجاهات أو رغبات الشعب نجده يقول : « إن تلك الظاهرة شوهدت طيلة تلك الفترة التي تقع ما بين تاريخ اعتلاء الملك جيمس الأول للعرش ونهاية ثورة عام ١٦٨٨ ، ولقد أدى ذلك الاختلاف إلى نقل السلطات من الملك إلى البرلمان كما أدى إلى نقل ولاية العرش إلى أسرة أخرى »

المتصلة بالنضال الحزبي : فكل حزب يعمل حساباً لما ينجشاه من الهزيمة أمام منافسيه في الانتخابات القادمة (١) .

(ثانياً) الواقع أنها هي الحكومة - أو بعبارة أدق : الوزارة - التي تسيطر على البرلمان الانجليزي ، فهي التي تحوز الكفة الراجحة في ميزان السلطان بينها وبين البرلمان (أو على حد تعبير بعض رجال الفقه الانجليزي أن لها «the political supremacy») ، حتى أن البعض يطلق على نظام الحكم في إنجلترا وصف «حكومة الوزارة» أو «دكتاتورية الحكومة» (٢) .

ويجدر بنا هنا أن نذكر أن أغلبية القوانين التي يقرها البرلمان هي من اقتراح الوزارة ، ثم أن وجود هيئات منظمة - داخل الدولة - مهمتها التعبير عن آراء رجال الأعمال والتجارة ومختلف المهن هو أمر كان من شأنه أن جعل الوزارة المختصة حين ترمع اقتراح مشروع قانون (يتصل باحدى تلك المهن) تبدأ أولاً باستشارة الهيئة المختصة (٣) .

(ثالثاً) أن البرلمان يتقيد سلطانه كذلك - في الواقع - بأحكام القانون الدولي العام، حتى أنه ليقال عادة International law is part of the law of England

(١) راجع مؤلف الأستاذين ويد ، فيليبس

E. S. Wade & C. Phillips : Const. (2nd ed. New York 1927) p. 68

(٢) راجع Ogg (المرجع السابق ذكره) ص ٧٦ وكذلك مؤلف الأستاذين

Phillips ص ٦٩

(٣) ومنذ عام ١٩١٨ كثر الالتجاء الى تلك الهيئات أو اللجان الاستشارية الفنية ، وكثيراً ما تفرض القوانين على الحكومة استشارة هذه اللجان قبل وضع تشريع من التشريعات أو لائحة من اللوائح ، فهناك مثلاً لجنة استشارية لضرائب الواردات ، وهناك لجنة شئون البطالة للعالم ، وهناك مجلس البوليس الخ .

راجع فيما تقدم المقدمة التي كتبها الاستاذ Wade لكتاب الأستاذ دايسى صفحات

XLii - XLiv.

ولكن كل ما تعنيه تلك العبارة هو أن قانون إنجلترا يفترض فيه ألا يكون مخالفاً للقانون الدولي العام ، ويترتب على ذلك أنه إذا قام في الأذهان شك بصدد تفسير نص من نصوص القانون الإنجليزي فان المحاكم تفسره ذلك التفسير الأكثر انسجاماً مع أحكام القانون الدولي - ولكن يجب ألا ينسى أن مهمة المحاكم انما هي تطبيق القانون الإنجليزي لا القانون الدولي ، فاذا كان القانون الإنجليزي مخالفاً للقانون الدولي فان المحاكم يقتضيها الواجب أن تطبق القانون الإنجليزي لا القانون الدولي (على أنه اذا صدر قانون مخالفاً لأحكام القانون الدولي فانه يغدو للدولة التي أصابها ضرر من جراء ذلك أن تقاضى إنجلترا أمام الهيئات الدولية لتدفع لها تعويضات عن ذلك الضرر . ولكن ليس من شأن ذلك أن يفرض أى الزام قانونى على البرلمان عن طريق عرف دستورى a const, convention (١) .

(رابعاً) وهناك قيود تقيد سلطة البرلمان جرى بها العرف . ومن أمثلة ذلك نذكر أولاً ما سبق لنا أن أشرنا اليه في البند السابق (المتعلق باتباع مبادئ القانون الدولي العام) - ونضيف الى ما تقدم ما جرى عليه العرف من أن التغييرات الأساسية في سياسة البلاد يجب ألا تجرى الا بعد اجراء انتخابات عامة لاستشارة البلاد (٢) .

هائمه : مما تقدم يتبين أنه ليس بذى جدوى أن نقرر ونؤكد سيادة البرلمان من الناحية القانونية ، في غير مراعاة للقيود التي تقيد تلك السيادة من الناحية الواقعية (٣) .

(١) راجع جنينجز Jennings ص ١٥٤ - ١٥٧

والبرلمان - كما يقول (ص ١٥١) لا يستطيع أن يضع تشريعاً لاحدى دول الدومنيون إلا بموافقة تلك الدولة - كما أنه لا يستطيع أن يغير نظام وراثه العرش أو القاب الملك بدون موافقة برلمانات جميع دول اندومنيون .

(٢) جنينجز ص ١٥٧

(٣) Wade & Phillips ص ٦٨

ويجدر بنا هنا أن نذكر أن العرف لا يقيد البرلمان الانجليزي من الناحية القانونية وان كان يتقيد به ويتبعه عادة ، أى من الناحية الواقعية أو العملية .

المبحث الثاني

مشكلة المبادئ العليا في الفقه الفرنسي

٤ - (١) قديماً (أى الى ما قبل عصر الثورة الفرنسية) .

كان الرأى السائد قديماً - فى فرنسا - فى القرن السابع عشر والثامن عشر (أى الى ما قبل عهد الثورة الفرنسية) مماثلاً للرأى السائد الآن فى إنجلترا أى أن للشعب وممثليه (البرلمان) سلطاناً مطلقاً (١) .
ذلك هو ما كان يقول به Jurieu ، وجان جاك روسو .

“ Il n’ya, dit l’auteur du Contrat Social, ni ne peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple ... Le souverain n’étant formé que des particuliers qui le composent n’a, ni ne peut avoir d’intérêt contraire au leur, qar conséquent la puissance souveraine n’a nul besoin de garant envers les sujets. ”

ولكن حين جاءت الثورة الفرنسية فاننا نجد أن رجالها قد نأوا عن الوقوع فى هوة ذلك الخطأ ، وقد كان فى ذلك موضع من مواضع الفخار لواضعى أول دساتير عصر الثورة (دستور سنة ١٧٩١) اذ نص فيه على أن « السلطة التشريعية ليس لها أن تضع قوانين فى غير مراعاة لما نص عليه الدستور من الحقوق الطبيعية للأفراد الخ (٢) » .

(١) دوجى . دروس القانون العام ص ٢٥٦

(٢) دوجى المرجع السابق ص ٢٥٦ - ثم يردف ذلك بقوله :
« لاننكر أن فرنسا عرفت منذ عام ١٧٩١ بعض أنظمة سياسية تنكرت لذلك المبدأ الأساسى (مبدأ تقييد سلطان الدولة) : من ذلك ننا أنجد حكومة الجمعية التأسيسية الشهيرة باسم La Convention nationale عام ١٧٩٣ قد استوتحت آراء روسو فاعتقدت أن لها - تحت ستار حجة حماية الحرية وتقرير المساواة - أن تفعل ماتشاء ، فكان من ذلك أن ارتكبت اعتداءات إجرامية ضد الحرية . وكذلك كان - الى حد ما - شأن عهد الامبراطورية الأولى (تحت حكم نابليون) فى فرنسا . » ثم يضيف الى ماتقدم : =

(ب) في العصر الحديث (أى منذ الثورة الفرنسية)

٥ - سيادة الدولة مقيدة وليست مطلقة :

ان المذهب الفقهي السائد الآن في القانون العام في فرنسا هو أن الدولة ترتبط - ويجب حتماً أن ترتبط - بمبادئ عليا ، فسلطة (أو سيادة) الدولة ليست مطلقة بل هي مقيدة (١) .

« ولكننا نجد رغم تلك السحب التي غشيت بصورة مؤقتة سماء بعض الأنظمة السياسية منذ عصر الثورة الفرنسية ، نجد أن ذلك المبدأ (مبدأ تقييد سلطان الدولة) لازال منذ ذلك العصر ماداً جذوره في أعماق الضمير العام الفرنسي ، بحيث أنه كان لا يتوانى طويلاً عن الانتقاص بل والانتقاض على أية حكومة تنتهك حرمة ذلك المبدأ، (Contrat Social. Livre I ch. VI).XVI. المذكور في دوجي . المرجع السابق ص ٢٥٦

(١) وذلك لأنها - على حد تعبير الأستاذ كاربه دي مالبرج Carré De Malberg - سلطة من طبيعة قانونية ، لذلك كانت (سلطة خاضعة للقواعد القانونية) soumise au droit . ونجدته في موضع آخر يقول :

« ليست السيادة عبارة عن مجرد قوة غاشمة une pure force brutale إنما هي ثمرة توازن بعض القوى (un équilibre de forces) ، توازن أصبح مستقراً استقراراً كافياً بحيث ينتج منه تنظيم ثابت لمجتمع ، فالدولة تفترض في أساسها ذلك التنظيم أي أنها تفترض وجود قوة منظمة ، ونعني بذلك وجود قوة تنظمها مبادئ قانونية ، وتزاول تلك القوة طبقاً لأوضاع معينة وبواسطة هيئات معينة وبناء على ذلك كانت مقيدة بالقانون limitée par du droit . وبما أن الدولة لا يمكن أن توجد بدون ذلك النظام القانوني فإنه يترتب على ذلك أنه لا يمكن تصور الدولة الا خاضعة لقواعد قانونية (règle de droit)

Carré de Malberg: Contribution à la Théorie Générale de l'Etat. (Paris, Sirey. éd. 1920) t. I p. 229.

راجع أيضاً :

M. Waline : L'individualisme et Le Droit (Paris. éd. 1945) p. 397, 398.

وفي ذلك يقول الفقيه الألماني جيلينك Jellinek :

« أنه مهما كانت سلطة الدولة مطلقة ، ورغم أنه في استطاعتها - من الناحية القانونية - أن تفعل كل شيء فإن ثمة شيئاً لا يستطيع الدولة أن تأتية : انها لا تستطيع أن تلغي كل نظام قانوني فلو أنها فعلت ذلك لأقامت الفوضى : الأمر الذي يؤدي بها الى أن تلغي أو أن تهدم ذاتها » .

فالسيادة (souveraineté) باعتبارها سلطة قانونية ونظاماً قانونياً (une institution juridique) ليست فحسب مجرد قوة أو ظاهرة مادية (un fait matériel) ، لذلك فهي سلطة خاضعة للقانون (droit)^(١)، وبذلك تصبح مقيدة .

ولا يصح أن يعد تقييد سلطان الدولة ذات السيادة أمراً مناقضاً لفكرة السيادة ، فإذا كان من خصائص السيادة ألا تجرد في ميدان نشاطها (داخل الدولة) سلطة (أى ارادة بشرية) أعلى منها ولا معادلة أو منافسة لها فإنه يجب ألا يفهم من ذلك أن من خصائصها ألا تخضع سيادة الدولة لأحكام أية قاعدة من القواعد^(٢) ، وصاحب السيادة في الدولة إنما هو الأمة - كما قدمنا - وليس البرلمان الذى لا يحجز سوى مجرد « اختصاصات » كما هو شأن السلطة التنفيذية .

ثم ان تقييد سلطان الدولة هو كذلك نتيجة لذلك المبدأ الأساسى الذى تقرر منذ عصر الثورة الفرنسية ، والذى أصبحت الدولة بمقتضاه

= ونجد في فرنسا لدى الأستاذ دوجى Duguit على وجه الخصوص ذلك الاهتمام الكبير بتقييد الدولة بواسطة القواعد القانونية فنجده مثلاً (في الجزء الأول ص ٦٤٢ من كتابه Tr. de Dr. Const.)

يقول : « اذا لم تكن الدولة خاضعة لقانون معين يقيد نشاطها فأن صرح القانون العام مآله الى الإنهيار » .

ونجد العميد هوريو يقرر « بأن هذه المشكلة (مشكلة تقييد الدولة بواسطة القانون Le Droit) تمد - من بعض النواحي المشكلة الوحيدة للقانون العام . la question unique du dr. pub. (Hauriau : Principes de Dr. Pub P. 706)

(١) **تنبيه هام** - يجدر بنا هنا أن ننبه القارئ الى أن كلمة « القانون » لها في لغتنا القانونية معنيان : معنى عام ومعنى خاص ، فالمعنى العام هو الذى يطلق عليه في اللغة الفرنسية لفظ (droit) ويقصد به « مجموعة القواعد التى تنظم الحياة فى المجتمع والى تلزم السلطة العامة الأفراد على احترامها » أما المعنى الخاص فيقصد به « التشريع » loi ، ونحن فى هذا الفصل نستعمل كلمة القانون بالمعنى العام .

(٢) راجع صفحة ١٤١ من كتابنا هذا - وراجع أيضاً :

Michoud : Théorie de la personnalite morale. t. II . No. 209

« تعامل كشخص متميز (مختلف) distinct عن الحكام الذين أصبحوا يعدون حائزين لا على سلطة ذات سيادة (كما كان شأن الملوك قديماً قبل عصر الثورة الفرنسية) وإنما على « اختصاصات » compétences فحسب » (أى شأن الموظفين) (١) .

ثم أن الدولة — كما يقول كاريه دى مالبرج — لا تستطيع مزاوله سلطانها الا باتباع الأوضاع والأساليب التى بينها نظامها الدستورى القائم ثم أنها لا تستطيع أن تلغى القانون والنظام القائم الا بإنشاء قانون ونظام جديدين يظلان يقيدان سلطانها ، فليس اذا من المستطاع القول بأن سلطان الدولة لا يعرف الا حدوداً (قيوداً) واقعية (limitation de fait) ، أو قيوداً ذات صيغة أدبية (moral) وسياسية (٢) .

ومن البين أن مرد تلك العناية بوضع حدود أو قيود على سلطان الدولة إنما يرجع الى الرغبة فى تقديم ضمانات للأفراد ضد استبداد الحكام (بما فيهم أصحاب السلطة التشريعية أى البرلمان) (٣) .

٦ — المذرف هول ماهية هذه القيود ومصدرها وقوتها :

إذا كنا نجد اتفاقاً بين رجال فقه القانون العام فى فرنسا حول المشكلة السالفة :

(١) راجع صفحة ٣٠٤ ، ٣٠٥ من كتابنا « الوسيط فى القانون الدستورى » (طبعة ١٩٥٦) أو كتابنا « الوجيز » ص ٢٩٠ ، ٢٩١ — وراجع كذلك مؤلف الأستاذ كاريه دى مالبرج . الجزء الأول ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ وكذلك دوجى . مطول القانون الدستورى الجزء الأول ص ١٦ حيث يقول :

« أننا اذا اعتبرنا الدولة شخصاً فاننا يجب أن نقرر أن الدولة لا تملك فحسب حقوقاً شخصية droits subjectifs بل أنها كذلك مقيدة بالقانون الموضوعى dr. objectif .

ويقرر مثل هذا رأى العميد لارنود Larnaude فى مقال له بمجلة القانون العام (الباريسيه) لسنة ١٩١٠ ص ٢٩١

(٢) كاريه دى مالبرج . الجزء الأول صفحة ٢٢٩

(٣) فالين Waline . المرجع السابق صفحة ٣٩٨

مشكلة البحث فيما اذا كانت سيادة الدولة مقيدة أو مطلقة أى مسألة ما اذا كانت ثمة مبادئ عليا تقيد سيادة الدولة وسلطانها ، الا أننا لا نجد مثل ذلك الاتفاق اذا أردنا أن نبحث ما هي تلك القيود (أو المبادئ العليا) وما هي السلطة التي تفرض تلك القيود أى تضع تلك المبادئ العليا ؛ وهل تحرز هذه المبادئ قيمة قانونية بحيث يصبح للقضاء الحق أن يمتنع عن تطبيق تشريع يخالفها (كما هو الشأن في حالة مخالفة ذلك التشريع لنص من النصوص الدستورية) أم أنها ليس لها (أى لتلك المبادئ) سوى قيمة سياسية أو أدبية بحتة ؟ ، وهل تعد هذه المبادئ العليا أعلى من المشرع العادي (أى السلطة التشريعية) فحسب أم تعد كذلك أعلى من المشرع الدستوري بحيث يغدو واجباً عليه احترامها وعدم مخالفتها حين يريد وضع دستور أو يريد تعديله ؟ وهل يشترط النص عليها في الدستور أم لا يشترط ذلك ؟

هذه كلها أسئلة تثير مسائل ومشاكل غاية في الدقة لذلك كان طبيعياً ألا نجد اتفاقاً في الآراء بصدد هذا ، وإنما نجد آراء ونظريات ومذاهب مختلفة ، ونحن نعرضها فيما يلي :

٧ - (أولو) نظرية التحدير الذاتي (L'auto-limitation) :

هذه نظرية استنبطها في القرن التاسع عشر الفقهاء الألمان (وعلى رأسهم Ihering & Jellinek) وكذلك بعض الفلاسفة الألمان (مثل كانت Kant وهيجل) وقد أطلق عليها الفقهاء الفرنسيون La théorie de l'auto-limitation

لقد حاول الفقهاء الألمان التوفيق بين «سيادة الدولة» وبين ضرورة خضوعها للقانون (١) ، فاستنبطوا تلك النظرية .

(١) فإذا كانت الدولة حتماً ذات سيادة *souveraineté* فكيف يستطيع تفسير فكرة خضوعها لقواعد قانونية وأنها يصح أن ترتبط بالتزامات وأنه يمكن الحكم عليها أمام محاكمها التي تستطيع أن تقضى أن الدولة - في مسألة معينة - قد انتهكت حرمة القانون وأنها مسؤولة عن ذلك ؟ ، للأجابة على ذلك كله استنبط الفقهاء الألمان نظرية التحدير الذاتي - راجع مؤلف الأستاذ فالين ص ٣٩٧

وخلاصة هذه النظرية : أن الدولة لا يمكن تقييدها الا بارادتها ذاتها ، وفي هذا تتلخص سيادتها ، أى أن الدولة هي التى تخلق القانون وهى اذا لا تنقيد به الا وفق الحدود التى ترسمها أو القيود التى تضعها بأيديها على أيديها .

ومما يذكر عن أحد الفقهاء الألمان Seydel قوله :

“ C'est un principe hors de toute contestation qu'il n'ya pas de droit au - dessus de l'Etat, qu'il n'ya pas de droit à côté de l'Etat, qu'il n'ya de droit que par l'Etat” (١)

٨ - فقد تلك النظرية : لاقت هذه النظرية فى فرنسا كثيراً من المعارضة والتقد ، فنجد مثلاً الأستاذ دوجى يقرر « أن قيدياً لا يمكن وضعه أو رفعه أو تعديله الا وفق مشيئة الشخص الذى يوضع ذلك القيد عليه ليس قيدياً » ، وأن القول بأن الدولة يصح وصفها - فى هذه الحالة - أنها مقيدة بالقانون ، انما يعد (أى ذلك القول) بمثابة ضرب من ضروب الهذر « une simple plaisanterie » (٢) ، وأن هذه نظرية تؤدى الى الأخذ بمبدأ مطلق السلطان وتودى ، فى الخارج الى الأخذ بسياسة الغزو والعدوان (٣).

ونجد الأستاذ Jèze يأخذ بهذا الرأى ويستند الى تلك الحججة ذاتها (٤) .

(١) دوجى I P. 122 et S. وكتابه: مطول القانون الدستورى الجزء الأول

ص ٥٠ وما بعدها .

(٢) درجى مطول القانون الدستورى (الطبعة الثانية) الجزء الثالث ص ٥٤٧ - ٥٤٨

Jèze : Les Principes Généer. du dr. Administratif p. 14 (٣)

ونجد الأستاذ ميشو Michoud (فى مؤلفه السابق الجزء الثانى ص ٥٧ وما بعدها) يقول :

“ L'idée de droit est indépendante de l'idée de l'Etat ; elle lui est antérieure et supérieure .. ”

راجع فى ذلك كله مالبرج . الجزء الأول ص ٢٣١ - ٢٣٥ فالين . المراجع السابق

ص ٩٣٧ وما بعدها .

(٤) راجع دوجى : دروس فى القانون العام (éd, 1926) Leçons de Droit Public

p. 42.

٩ - (ثانياً) نظرية القانون الطبيعي (Dr. Naturel) ، والمذهب الفردي (Doctrine individualiste) (١) :

يجدر بنا أولاً أن نوجه الأنظار إلى أن الديمقراطية الكلاسيكية (السائدة في العالم الغربي) ذات نزعة « فردية » وان كانت هذه النزعة الفردية - فيما يرى البعض - آخذة الآن في الزوال . يرى أصحاب هذا المذهب (أو تلك النظرية) أن للأفراد حقوقاً ولدت معهم فهي إذاً لاصقة بهم لا انفصال لها عنهم ، أى أن للإنسان حقوقاً طبيعية كسبها مجرد كونه انساناً ، نشأت معه منذ نشأ ، ثم ظل محتفظاً بها في المجتمع ، لذلك فهي تعد سابقة على نشأة الدولة وقيامها وأن لها مقاماً فوق مقامها ، وأنه فرض إذاً على الدولة واجب احترامها ، وأن الغاية من قيام الدولة ومما يتقرر من قواعد قانونية إنما هي حماية تلك الحريات والحقوق الفردية ، وهي حقوق يتبينها الفرد بفطرته أى بمجرد احساسه وشعوره (٢) . فليس من الجائز أن يمتد سلطان الدولة إلى المساس بحقوق الفرد وحرياته إلا بمقدار ما تتطلبه ضرورة حماية حقوق الآخرين وحرياتهم . تلك كانت الأفكار السائدة لدى رجال الثورة الفرنسية . وقد أفصحت عنها وثيقة « اعلان حقوق الانسان » الصادر في بداية عصر الثورة عام ١٧٨٩ حيث تنص على « أن الرجال يولدون ويظلون أحراراً ومتساوين أمام القانون ، وان هدف كل جماعة سياسية إنما هو المحافظة على الحقوق الطبيعية (والتي لا يمكن سقوطها بمضى المدة) للإنسان ... ، وأن كل انسان في استعماله تلك الحقوق الطبيعية ليس له حدود أو قيود إلا تلك التي تكفل لغيره من أفراد المجتمع التمتع باستعمال تلك الحقوق ذاتها » (المواد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤) (٣) .

(١) جمعنا هنا بين تلك النظرة وهذا المذهب نظراً لما بينهما من صلة وثيقة ، فأناصر المذهب الفردي (كما بينا في مؤلفاتنا) يستنونون - فيما يستنونون إليه - إلى نظرية القانون الطبيعي . راجع ص ٣٤٨ - ٣٥١ من كتابنا « الوسيط في القانون الدستوري » وصفا ٣٣٢ من كتابنا « موجز في النظريات والانظمة السياسية » .

(٢) دوجي . دروس القانون العام . ص ٤٣

(٣) دوجي . مطول القانون الدستوري . الجزء الأول (الطبعة الثالثة) ص ٢٠١ =

هذه كانت - ولا تزال - فلسفة العالم الغربي (أو العالم الذى يطلق بنفسه على نفسه «العالم الحر^(١)») ففى هذه الفلسفة تعد الدولة فى خدمة الأفراد ، ولا ريب أنه يجب أن يكون ثمة نظام وقيود تفرض على الأفراد ، ولكن ذلك كله لا يعد سوى مجرد وسيلة أما الغاية فهى كفالة حقوق الأفراد وحريتهم وتنمية développement شخصيتهم .

المقصود : أنه ليس للدولة أن تضع على حرية الفرد من الحدود والقيود الا القدر الضرورى اللازم لكفالة الحرية لجميع الأفراد . ثم أن تلك

وما بعدها وراجع كذلك فى Wigny : فى مؤلفه :

Dr. Constitutionnel, (Bruxelles éd. 1952) p. 262 .

حيث يقول : « يرى البعض أن الحقوق الفردية - أوبعضها على الأقل - هى أسى وأقدم من الدولة لذلك لم تكن ثمة حاجة الى تقرير ضمانات لها وإنما يكفى مجرد بيانها فى وثيقة (إعلان الحقوق) « Déclaration des Droits » - ونجده يقول فى موضوع آخر (ص ١١٣) « أن تلك الحقوق تمد - لدى البعض - سابقة على قيام الدستور ، وأن الدستور لا يفعل سوى مجرد تقريرها وإعلانها لا منحها » .

وانظر دوجى : Leçons de Droit Public (طبعة ١٩٢٦) ص ٤٣ حيث يقول : إن ذلك التاريخ ١٧٨٩ هو أحد التواريخ البالغة الأهمية التى عرفها التاريخ لأن هذه هى المرة الأولى - فى التاريخ - التى يعلن فيها أن ثمة حدوداً وقيوداً على سلطان الدولة .

(١) هذه الفلسفة قد أخذ بها اعلان حقوق الانسان الذى أصدرته هيئة الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ . كما نجد هذه الفلسفة قد ترددت أخيراً صداها فى البيان المشترك الذى أصدره فى الأول من شهر فبراير ١٩٥٦ الرئيس ايزنهاور والمستر أيدن عقب مباحثاتهما فى واشنطن ، إذ ورد فى هذا البيان ما نصه : (أولاً) : نظراً لأننا نعتقد أنه لا بد من أن توجد الدولة لمصلحة الفرد وليس الفرد لمصلحة الدولة الخ « ونجد كثيراً من الدساتير قد خصصت من أبوابها باباً بعنوان « حقوق الأفراد » أو « حقوق المواطنين » أو « البلجيكىون وحقوقهم » مثلاً كما فعل الدستور البلجيكى ، ولذلك يعد هذا من الدستور اقراراً باختيار « النظرية الفردية » أى النظرية القائلة بأن المجتمع فى خدمة الفرد . (فى Wigny . الجزء الأول ص ٢٥٩) .

على أن هذه الفلسفة ذات النزعة « الفردية » أصبحت الآن - كما قدمنا - فيما نرى ويرى بعض رجال الفقه الفرنسى مجرد مسألة نظرية لا نكاد نجد لها أثراً فى الناحية العملية أى فى التشريع الوضعى للدولة .

القيود لا يصح فرضها الا بواسطة القانون (التشريع la loi) . وهنا تستعمل كلمة القانون (أو التشريع) بمغزاها المادى أو الموضوعى (أى باعتباره : نصاً عاماً صادراً للجميع على السواء) ، كما تستعمل بمغزاها الشكلى formel (أى باعتباره نصاً صادراً من الهيئة النيابية المنتخبة الممثلة للأمة) .

تلك هى القيود التى نص عليها بالمادة ٤ من اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩

“... l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits, ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi” (١) .

١٠ - الانتقادات الموجهة الى المذهب الفردى

تمهيد : ظل هذا المذهب سائداً مدى قرنين من الزمان ، ولكنه اليوم موضع نقد بل هجوم شديد .

فقد هاجمته جميع المذاهب ذات النزعة الاشتراكية ، كما هاجمه كثير من رجال الفقه الفرنسى وعلى رأسهم اثنان من أعلامهم وهما الأستاذان دوجى وكاريه دى مالبرج .

(١) دوجى . دروس القانون العام ص ٢٥٩

ويجدر بنا هنا أن نشير الى أن الفلسفة المعارضة لفلسفة المذهب الفردى هى تلك التى يرى أنصارها أن الفرد ينوب أو يزول فى جوف الجماعة ، وأنها هى عظمة الجماعة وسعادتها هى التى يجب أن يعنى بأمرها وأن يضحى كل شئ فى سبيلها ، فالفرد لا يعد بمثابة عضو مستقل وإنما بمثابة خلية فى جسم المجتمع أو هو على حد تعبير أحد كبار المفكرين والكتاب الروس Roubachoff حين يتساءل : « ماهو الفرد ؟ نجده يجب » أنه جزء من مليون من جماعة تتكون من مليون فرد « فى هذه النظرية حقوق الفرد لاتعنى شيئاً ، وتصرفات الفرد لا يكون الحكم عليها استناداً الى نية أو ضمير صاحبها ولا بناء على ما تقضى به المبادئ أو التشريعات المعمول بها وقت حدوث تلك التصرفات وإنما يكون الحكم عليها بناء على ما يترتب عليها من خير أو شر بالنسبة للجماعة (أى للأمة) ، فاذا ترتب عليها شر فان القوانين الجنائية يصح تطبيقها بأثر رجعى على (المذنب) (فىنى Wigny الجزء الأول ص ٢٥٨) .

وسنعرض هنا أولاً الانتقادات التي يبديها الأستاذ دوجي

ان هذا المذهب - فيما يرى ذلك الفقيه الكبير - أصبح اليوم مذهباً لا يمكن أن تستسيغه عقلية العصر الحديث (١) ، وفضلاً عن ذلك فهو غير مقبول سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العملية .

١ - فمن النامية النظرية : هو مذهب غير مقبول لأنه ينسب للفرد حقوقاً سابقة على وجود المجتمع ، فليس من المستطاع ولا من المستساغ قبول فكرة الحقوق الطبيعية واللاصقة بالانسان منذ نشأته وقبل أن يوجد في المجتمع ، ذلك لأن الفرد المنزّل عن الجماعة (l'homme isolé) لا يمكن أن تكون له حقوق ، ففكرة الحق لا تظهر الا في الجماعة لأنها تتضمن وجود شخص يعد صاحب حق (un sujet actif) ووجود آخر (أو آخرين) يستعمل ذلك الحق ازاءه أو في مواجهته (un sujet passif) فروبنسون كروزو لم تكن - ولا يمكن أن تكون - له حقوق في جزيرته .

والانسان - كما يقولون منذ القدم - مخلوق اجتماعي ، فقد عاش دائماً - ولا يمكن أن يعيش - الا في جماعة . والجماعة لا يمكن أن تعيش الا اذا كان أفرادها يخضعون لقواعد تكفل الجماعة تنفيذها .
فالقاعدة القانونية ولدت من بطون حياة الجماعة ذاتها (٢) .

٢ - ومن النامية العملية نجد هذا المذهب موضع نقد أو نقص من نواح متعددة :

(١) نجد أن التجربة أثبتت عجز هذا المذهب عن تحديد وتقييد سلطان الدولة (٣) ، فالواقع أنه ينتهي بنا اما الى الفوضى

(١) دوجي دروس القانون العام ص ٢٦٠

(٢) دوجي . المرجع السابق ص ٤٤ ، ٤٥ . وحين نعرض تفصيلاً لبيان نظرية

دوجي سوف نمود الى بيان ماذا يعنى دوجي بما يطلق عليه « القاعدة القانونية » .

(٣) دوجي . المرجع السابق ص ٤٥

واما الى الاستبداد والسلطان المطلق للدولة — فطبقاً لهذا المذهب يحتفظ الفرد — في المجتمع — ببعض حقوقه الطبيعية بحيث لا تستطيع الدولة المساس بها كما يجب عليها حمايتها. ولكن من ذا الذى ستكون له سلطة بيان هذه الحقوق ؟ اذا جعلت هذه السلطة للفرد فان ذلك يؤدى الى زوال سلطان الدولة أى الى الفوضى ، واذا جعلت هذه السلطة للدولة فانها تصبح ذات سلطان مطلق مستبد (١) .

(ب) المذهب الفردى لا يفرض التزامات إيجابية على الأفراد

وبيانا لذلك يقول دوجى أن هذا المذهب انما يقيد — بصورة سلبية négativement — تصرفات أو نشاط الأفراد حيث يكون ذلك التقييد أمراً ضرورياً لازماً لحماية نشاط (وحرية) الجميع ، فهو لا يفرض على الفرد التزامات إيجابية (des obligations actives) : أى أنه لا يلزم الفرد أن يعمل شيئاً ازاء غيره من الأفراد ، بعبارة أخرى أن لسان حال ذلك المذهب يخاطب الفرد قائلاً : « ان عليك ألا تعمل تلك الأشياء التى تمس حرية الآخرين » ولكنه لا يستطيع أن يخاطبه قائلاً : « عليك أن تعمل تلك الأشياء من أجل الآخرين » لأن مثل ذلك القول يعد (في نظر أنصار ذلك المذهب) انتهاكاً لحرية من يخاطبه من الأفراد .

فثلاً لا يستطيع هذا المذهب أن يلزم جميع الأفراد أن يعملوا ، فعدم القيام بعمل (أى البطالة) تعد (في أعين أنصار ذلك المذهب) حقاً من الحقوق (Dans la logique de la doctrine individualiste l'oisiveté est un droit

(١) دوجى ص ٢٦٣

وكذلك لا تستطيع الدولة - في نظر أصحاب هذا المذهب - أن تفرض على جميع الأفراد أن يتعلموا .

(ج) هذا المذهب لا يفرض التزامات إيجابية على عاتق الدولة

فالدولة غير ملزمة مثلاً - طبقاً لهذا المذهب - بأن تكفل تعليماً مجانياً للجميع ، ولا أن تقدم مساعدات أو إعانات للأفراد في حالة المرض أو الشيخوخة أو العجز عن الكسب ، ولا أن تعمل على إيجاد عمل لمن لا عمل له .

المقصود : أن المذهب الفردي ينكر على الفرد أن يطالب بالتعليم أو العمل أو الإعانة (في حالة الشيخوخة أو المرض الخ) على اعتبار أن هذه الأشياء بمثابة « حقوق » يطالب بها الفرد إزاء الدولة .

ان الضمير الانساني - في العصر الحديث - ليثور على هذى الأمور (كما يقول دوجى) .

La conscience moderne s'insurge contre de pareilles
négations (1)

واننا لنجد جميع التشريعات التى تعد مفخرة العصر الحديث مثل تلك التى تعمل على تنظيم التعليم (فجعلته الزامياً على الأفراد) وكتلك التشريعات التى تنظم العمل (بحيث تلزم الدولة بمحاربة البطالة وبتهيئة عمل لجميع العمال) ومثل تلك الشريعات التى تلزم الدولة بإعانة المرضى أو العجزه أو غيرهم ممن لا يستطيعون الكسب ، هذه التشريعات جميعاً إنما هى وليدة الضمير العام الحديث la conscience moderne الذى يعتقد دوجى أنه قد نبذ المذهب الفردي : ذلك المذهب الذى لا يؤدى - كما قدمنا - الا الى الطغيان أو الى الفوضى (2) .

(1) دوجى ص ٢٦٣

(2) دوجى ص ٢٦٦

(د) هذا المذهب ينطوي على مجرد آراء فلسفية - تقدر تأريه دي مالبرج

فضلا عن تلك الانتقادات اللاذعة التي يوجهها دوجي الى المذهب الفردي فاننا نجد الأستاذ كاريه دي مالبرج يوجه هذا النقد الأخير اذ يقول :

أن تلك الأفكار التي يدلى بها أنصار نظرية الحق الطبيعي والمذهب الفردي إنما هي في الواقع مجرد آراء فلسفية يصح أن يستوحىها المشرعون ، ولكنها لا يمكن أن تحرز قيمة قانونية طالما كان المشرع (سواء كان مشرعاً دستورياً أو عادياً) لا يأخذ بها ولا يقرها ، فحينئذ (أى اذا لم يأخذ بها) لا يكون لها سوى مجرد قيمة فلسفية أو أدبية أو سياسية . انه على أى حال هو القانون (la loi) الذى يحدد شروط مزاوله تلك الحريات أو الحقوق الفردية الطبيعية وهو الذى ينظمها ويقرر الجزاء (sanction) على مخالفتها .

لقد ظن واضعو أول دساتير عصر الثورة الفرنسية (دستور ١٧٩١) أنهم جاءوا بمبدأ عظيم حين قرروا في الباب الأول منه :

”le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte à l'exercice des droits naturels ...”

« ان السلطة التشريعية ليس لها أن تضع قوانين مخالفة للحقوق الطبيعية ... الخ » .

ولكن ذلك النص — كما يلاحظ الأستاذ كاريه دي مالبرج — لم يكن في الواقع ذا جدوى اذ أن ذلك الدستور ذاته قد قرر للسلطة التشريعية حق تنظيم مزاوله تلك الحقوق وبيان شروطها ، أى أن بيان كنه هذه الحقوق كان أمراً متروكاً لتقديره للمشرع العادى ، والأفراد لا يستطيعون بداهة أن ينعموا بمزاوله تلك الحقوق الا بعد أن يقوم المشرع العادى بذلك التنظيم وهذا البيان (١) .

(١) راجع Carré de Malberg . الجزء الأول ص ٢٣٦ وما بعدها والجزء الثانى

ص ٦٠٧ وما بعدها .

موجز النظرية : ان المشرع — فيما يقول العلامة دوجي — نجده في كل بلد من البلاد مقيداً بقانون (Droit) أعلى منه ، ونجد حتى في بلد (كإنجلترا) يعد السلطان المطلق للبرلمان مبدأ من المبادئ الأساسية فيه ، حتى مثل ذلك البلد نجد فيه بعضاً من القواعد العليا لا يقبل الضمير الانجليزي أن يرى حرمتها قد انتهكت على يد البرلمان (١) .

ذلك القانون الأعلى هو ما يطلق عليه دوجي « القاعدة القانونية » (la règle de droit) ، وهذه القاعدة القانونية تحمل في طيها بصورة كافية جزاءها الاجتماعي (sanction sociale) ، ذلك لأن هذه القاعدة هي وليدة رابطة «التضامن الاجتماعي» (solidarité sociale) وأعضاء المجتمع يستشعرون قوة هذه الرابطة التي تربط بينهم ولذلك نجدهم لا يحجمون عن استنكار بل وعن مقاومة ما يوجه الى تلك الرابطة من انكار أو من اعتداءات (٢) .

وهكذا نرى دوجي قد جعل للقانون مصدراً خارجاً عن ارادة الدولة (une source extra-étatique) ، وأن تلك القاعدة القانونية (أو ذلك القانون الأعلى) قد وجدت قبل أن توجد الدولة ذاتها ، فهي لذلك أعلى من الدولة وقد فرضت على الأفراد كما فرضت على الدولة طاعتها ، وأن كل التشريعات (حتى التشريعات الدستورية) الصادرة عن الدولة يجب أن تخضع لتلك القاعدة القانونية (أو ذلك القانون الأعلى) التي تعد وليدة الروابط الاجتماعية أى وليدة حياة المجتمع الذي وجد قبل أن توجد الدولة ، وليست وليدة ارادة الدولة أو المشرع (٣) .

(١) دوجي مطول القانون الدستوري . الجزء الأول ص ١٥٤ — وما تجدر هنا ملاحظته أننا نستعمل كلمة « القانون » بمعناها العام (لا الخاص) — راجع الهامش رقم (١) ص ١٧

(٢) دوجي : L' Etat , t. Ip . 116

(٣) دوجي : مطول القانون الدستوري (الطبعة الثانية) الجزء الأول ص ٣٣
 “ Je suis convaincu que le droit n'est pas, une création de l' Etat. qu'il exists en dehors de l'Etat ... et que la règle de droit s'impose à l' Etat comme elle s'impose aux individus.

وفي الجزء الثالث (الطبعة الثانية) ص ٥٥٣ من المرجع السابق نجده يقول :
 “ L'Etat législaieur est lui - même lié par un droit supérieur à lui. ”

وإذا كان دوجي قد جعل للقانون مصدراً خارجاً عن الدولة فذلك لأنه يرى — كما قدمنا — أن الدولة لا تعد حقاً مقيدة بالقانون إذا كانت هي وحدها التي تستطيع وضع ذلك القانون ، أو بعبارة أخرى تستطيع وضع القيد على سلطانها كما تستطيع رفعه .

فما تقدم خلاصة نظرية دوجي . والآن ننتقل الى تفصيل بعض ما أوجزنا

النظرية تفصيلاً : ذكرنا أنه يوجد — فيما يرى دوجي — قانون أعلى (أو قاعدة قانونية) يسبق الدولة في القدم ويعلو عليها في المقام .

فما هي خصائص ذلك القانون الأعلى ؟

خصائص القانون الأعلى (أو القاعدة القانونية) :

يقول دوجي أن أية قاعدة من القواعد (أو مبدأ من المبادئ) تعد « قاعدة قانونية » *régle de droit* حينما « يحس ضمير المجتمع احساساً قوياً أنها ملزمة للدولة :

“ que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'Etat^(١) ”

أو — بعبارة أخرى — حينما يسود المجتمع شعور بأن هذه القاعدة أصبحت ضرورية لكفالة روابط « التضامن الاجتماعي » *la solidarité sociale* التي تربط بين أعضاء المجتمع ، وحينما يسودهم كذلك الاعتقاد بأن هذه القاعدة تتفق مع الحق والعدل (٢) .

ونظراً لأن العدالة — فيما يرى دوجي — هي أمر نسبي أي أنه يختلف باختلاف الزمان والمكان ، ونظراً كذلك الى أن هذه القاعدة القانونية إنما تنشأ — كما قدمنا — من طبيعة الروابط الاجتماعية ذاتها (وهذه الروابط

(١) دوجي : مطول القانون الدستوري (الطبعة الثانية) الجزء الثالث ص ٥٥٦

(٢) دوجي : مطول القانون الدستوري (الطبعة الثانية) الجزء الأول ص ٥٥

بطبيعتها متطورة متغيرة ، لذلك فان من خصائص هذه القاعدة أنها مرنة ،
متطورة متغيرة (variable et changeable) فهي ليست بمثابة مثل أعلى (idéale)^(١)
وفي ذلك كله تختلف تلك القاعدة القانونية أو القانون الأعلى - في نظر
دوجي - عن « القانون الطبيعي » الذي سبق لنا الكلام عنه .

قـرم القاعدة القانونية (٢) : مما تقدم يرى أن القاعدة القانونية نظراً
لأنها انما نشأت - كما قدمنا - من طبيعة الروابط الاجتماعية فهي تعد أقدم
من الفقه والقضاء والعرف ، فهذه الثلاثة انما تعد بمثابة وسائل تعمل
على التعبير عن هذه القاعدة القانونية ، ولو أن هذه الوسائل الثلاثة قد تتخلف
أحياناً عن مجارة هذه القاعدة القانونية في تطورها تبعاً لتطور الروابط
الاجتماعية ، وبذلك يغدو لزاماً أن تتناول يد التطور والتغيير ما تخلف
من هذه الوسائل الثلاث (٣) .

التضامن الاجتماعي (La Solidarité Sociale) : ان القانون
لا يستند في نظر دوجي - كما قدمنا - الى ارادة الدولة ولا الى قانون طبيعي
انما يستند أساس القانون الى روابط التضامن الاجتماعي : وهي الروابط
التي تربط أفراد المجتمع ولا يمكن أن يحيا الابهأ أى أنه لا يحيا الا على أساسها .

(١) دوجي . مطول القانون الدستوري (الطبعة الثانية) ج ١ ص ٧٢

(٢) ملحوظة هامة - اصلاحات « القاعدة القانونية » و (القانون الأعلى) (والقانون)
Droit (أى بمعناها العام) تعد - لدى دوجي - مترادفات . ذلك هو ما تبين لنا في إحدى
الرسائل التي كنت أتبادلها مع الأستاذ بيردو (أستاذ القانون الدستوري بباريس) .

(٣) ولقد يصدر تشريع في غير مراعاة « للقاعدة القانونية » فنجده لا يطبق في الحياة
العملية كما كان شأن نظام المعاشات الاجبارية (للمستخدمين في الصناعة والتجارة والزراعة
والمهن الحرة) الذي صدر به قانون ٥ أبريل ١٩١٠ في فرنسا ، إذ أن هذا النظام لم تكن
قد الفتة ولا استساغته نفوس أفراد المجتمع في ذلك الحين فكان أن أعرض عنه الأفراد
واستبدلوا به نظام التأمين الاجباري .

دوجي مطول القانون الدستوري الطبعة الثانية . ج ١ ص ٥١٥

هذا التضامن الاجتماعي أو كما يؤثر دوجي أحياناً تسميته « التماضر الاجتماعي » (L'interdépendance sociale) ما هو الا ظاهرة واقعية (un fait d'ordre réel) يتكون من عنصرين :

(أولاً) التشابه في حاجات أفراد المجتمع وهو ما يطلق دوجي عليه التضامن بالتشابه (solidarité par similitude) ، ويقصد به أن لأفراد المجتمع حاجيات مشتركة لا يستطيعون سدادها الا اذا عاشوا حياة جماعة لا حياة عزلة وانفراد يحياها كل منهم .

(ثانياً) والعنصر الثاني هو التضامن عن طريق توزيع (أو تقسيم) العمل (solidarité par division du travail) — ويقصد به أن لأفراد المجتمع حاجيات مختلفة ، لذلك ولما كانت لهم كذلك مؤهلات وكفايات مختلفة فهم لا يستطيعون سداد هذه الحاجيات الا عن طريق تبادل الخدمات (١) .

الجزاء (Sanction) : هل هناك جزاء على مخالفة تلك القواعد القانونية المفروضة على الدولة ؟ واذا لم يكن ثمة جزاء فهل يمكن رغم ذلك وصف هذه القاعدة المفروضة على الدولة بأنها « قاعدة قانونية » ؟ ، بعبارة أخرى نتساءل : اذا لم يكن ثمة جزاء هل يمكن وصف القيود المفروضة على سلطان الدولة بأنها « قيود قانونية » ؟

كثير من رجال الفقه الفرنسي يجب على ذلك بالنفي ، ولكن دوجي يرى أنه من أجل أن تكون ثمة قاعدة قانونية فليس من الضروري أن يتقرر جزاء مباشر عن طريق القهر *contrainte* ، انما يكفي — فيما يقول دوجي — أن تكون « قاعدة مضمونة » (il suffit qu'elle soit une règle garantie) ، أى أن تكون ثمة ضمانات تكفل احترام تلك القاعدة .

فالواقع أن كل قاعدة تفرض على الدولة لا يوجد على مخالفتها « جزاء قهري مباشر *une sanction de contrainte directe* اذ أن الدولة — حسب

(١) دوجي : التطورات العامة للقانون الخاص . ترجمه الأستاذ ضياء الدين عارف (طبع بالقاهرة عام ١٩٤٣) ص ٩٦ وما بعدها .

تعريفها — هي التي تحتكر سلطة القهر هذه ، ولا يمكن أن تراول الدولة هذه السلطة بذاتها ضد ذاتها ، على أنه ليس ثمة ما يحول دون وجود ضمانات لاحترام القواعد المفروضة على الدولة ، وبالتالي ليس ثمة ما يحول دون اعتبار تلك القواعد قانونية . والا فانه اذا لم يكن الأمر كذلك فان الأمر ينتهى بنا الى انكار وجود القانون العام الذى هو القانون المتعلق بالدولة ، والذى يعد اذاً غير موجود اذا قررنا أنه لا بد لوجوده من أن تكون ثمة قوة لتنفيذه القهرى على الدولة ، وبذلك لا تعد مثلاً قواعد القانون الدستورى قواعد قانونية . فيرى دوجى أن المبدأ الذى قدمه ليتخذ أساساً لتقييد سلطان الدولة هو مبدأ ذو صبغة قانونية لأن ثمة ضمانات لاحترامه : نجد ذلك الضمان أولاً فى رأى العام الذى لا يمكن أن ننكر وجوده أو أن ننكر قوته ، ففى كل مرة تعمد فيها حكومة لاحدى البلاد المتمدنة الى أن تنتهك علانية حرمة قاعدة من القواعد التى أشرنا اليها فاننا نجد رد فعل *une réaction* يهز الرأى العام وغالباً ما يضطر الحكام — ولو بطريق غير مباشر — الى تغيير اتجاهاتهم بما يتفق مع أحكام تلك القواعد أو المبادئ العليا التى أشرنا اليها ومن ناحية أخرى فان جميع الدول المتمدنة الحديثة — فيما يذكر دوجى — قد اتخذت نظاماً سياسياً معيناً غايته الحقيقية هي كفالة احترام تلك القواعد القانونية (أو المبادئ العليا) ، فرغم ما قد يرى بين تلك الدول من اختلاف فى صور تلك الأنظمة السياسية (أو أنظمة الحكم) التى توضع لها ، فانها جميعاً تهدف الى غاية واحدة هي تقرير ضمانات تحمى الفرد ازاء سيطرة الدولة أو استبدالها وبالتالي تقرير ضمانات لتلك القواعد أو المبادئ (التي أشرنا اليها) والتي تقييد سلطان الدولة .

فمحصلة ما تقدم أن دوجى يرى أن هذه القواعد أو المبادئ العليا المفروضة على الدولة هي قواعد قانونية لأن ثمة جزء (على مخالفتها) تكفله ضمانات أقواها نجدها فى قوة الرأى العام فى البلاد المتمدنة ، تلك القوة التى تبرز بصورة بيّنة حين يحدث انتهاك لحرمة تلك القاعدة ، فحينئذ يحدث رد فعل فى الشعور العام *réaction sociale* من شأنه أن يؤدي عادة بالمجتمع

الى المطالبة بتدوين تلك القاعدة بين المبادئ القانونية المدونة (سواء كانت تلك المبادئ المدونة تشريعات عادية أم تشريعات دستورية) ، وبذلك يعد ذلك التدوين بمثابة اقرار لقاعدة موجودة لا انشاء لقاعدة جديدة (١) .

١٢ - دوجي وانظره نظرية السيادة : ان السلطة - فيما يرى دوجي - ليست سوى مجرد ظاهرة من الظواهر الواقعية un simple fait ، وليس لها في ذاتها صبغة مشروعة أو غير مشروعة ، وهي ثمرة التطور الاجتماعي (٢) ، بعبارة أخرى أن السلطة لا يصير تبرير مشروعيتها استناداً الى أصلها أو مصدرها فهي نظراً لأنها - كما قدمنا - مجرد ظاهرة واقعية لا تكون مشروعة الا اذا كانت مطابقة للقانون (Droit) (أى للقاعدة القانونية) .

وهذه السلطة لا يمكن وضع حدود لها أو قيود عليها - فيما يرى دوجي - استناداً الى نظرية السيادة المعروفة ، ذلك لأن السيادة (La Souveraineté) طبقاً لتعريفها - هي عبارة عن الحق لارادة في ألا تتقيد الا بالقيود المصنوعة وفي الحدود المرسومة التي تضعها أو ترسمها تلك الارادة ذاتها ، فتلك السيادة

(١) فعلى ذلك الشعور العام وما يحدث فيه من ذلك « الرد فعل » يعتمد دوجي في تقرير الجزء للقاعدة القانونية (أو القانون droit) .

راجع فيما تقدم دوجي : دروس في القانون العام :

Leçons de Droit Public (éd. 1926) p. 269 - 270 .

وكذلك مؤلفه L'Etat, t. I p. 116 .

(٢) « في جميع الجماعات - كما يقول - سواء منها المتمدنين أو غير المتمدنين تجد ظاهرة مشتركة بينها جميعاً وهي أن الفئة القوية تفرض ارادتها على الفئة الضعيفة ، وقد اتخذت هذه القوة مظاهر عدة: مظهر قوة مادية أو دينية أو فكرية أو عددية وغالباً ما كانت قوة اقتصادية . ولقد لعبت الفكرة التيقراطية (أى ذات الصبغة الدينية) دوراً كبيراً في العصر الذي كانت العقائد الدينية فيه ثابتة في أغوار نفوس الأفراد ، ولكن تلك الفكرة أصبحت غير كافية في العصور التالية (نعني الحديثة) التي فترت فيها حرارة تلك العقائد »

دوجي : مطول القانون الدستوري . ج ١ (الطبعة الثالثة) ص ٦٥٥

لا يمكن أن تتقيد اذاً « بالقاعدة القانونية » والا فانها لا تصبح ارادة ذات سيادة *une volonté souveraine* ، لأن القاعدة القانونية ليست — كما قدمنا — وليدة ارادة أو سيادة الدولة وانما هي وليدة روابط الحياة الاجتماعية (١) .

المقصود : أنه نظراً لأن دوجي يرى من الضروري وضع حدود أو قيود على سلطة الدولة أى وضع « قواعد قانونية » على سلطانها بحيث تعد أعلى من الدولة مقاماً ، وهذه القيود لا يمكن أن يكون لها هذا المقام اذا كانت من صنع الدولة ذاتها ، ولما كان يرى أن « القاعدة القانونية » أقدم من الدولة وجوداً وأعلى منها مقاماً ، لذلك كان طبيعياً أن ينكر دوجي أن يكون للدولة « سيادة » سواء تمثلت هذه السيادة في شخص ملك أو في شخصية الأمة .

١٣ — هائمه ومهمته : يخلص من نظرية دوجي الأمور الآتية :

(أولاً) ليس لأحد « الحق أنه يحكم » الآخرين سواء كان ذلك الحاكم ملكاً أو امبراطوراً أو حتى برلماناً يمثل أغلبية شعبية ، فالذين يتولون شئون الحكم والسلطان انما يحرزون مجرد « سلطة فعلية » *une puissance de fait* (٢) ، وهذه السلطة لا تكون مشروعة نظراً لمصدرها (أى للشخصية صاحبة السلطان ولو كان صاحبها الأمة ذاتها ممثلة في برلمان) وانما تكون مشروعة اذا كانت مطابقة للقانون *Droit* أى للقاعدة القانونية المتولدة من روابط « التضامن الاجتماعى » الذى يربط بين أفراد المجتمع ، وهذه القاعدة القانونية

(١) دوجي . مطول القانون الدستورى . الجزء الأول الطبعة الثالثة ص ٦٣٢ ، ٦٥٥ ،

٦٥٧ وما بعدها

(٢) دوجي . المرجع السابق ص ٦٧١ ، وراجع ص ٦٧٧ حيث يقول :

“ Nul n a le droit de commander aux autres : ni un empereur, ni un roi. ni un Parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté Comme telle; leurs actes ne peuvent s'imposer aux gouvernés que s'ils sont Conformes au droit ”

تسيطر على الحكام كما تسيطر على المحكومين ، فالحكام لا يزالون « حقاً »
في أن يحكموا ، انما هم يقومون « بواجب » أو بأداء « وظيفة » (١) .

(١) راجع دوجي : التطورات العامة للقانون الخاص (المرجع السابق) ص ٩٤
حيث نجده يقول :

« في جميع البلاد الحديثه يتكون نظام قانوني جديد مؤسس على فكرة واقعية خالصة ،
واشترائية حقة هي فكره الوظيفة الاجتماعية .

« م تتكون فكرة الوظيفة الاجتماعية ؟ - هذه الفكرة يمكن ردها الى الآتى : ليس
للانسان حقوق ولا للجماعة أيضا . والكلام عن حقوق للفرد أو حقوق للجماعة ،
ثم القول بوجود التوفيق بينهما هو كلام في أمور لا وجود لها ، انما لكل فرد في المجتمع
وظيفة يقوم بها وحاجة معينة يؤديها وهو لا يستطيع التنصل من القيام بهذه الوظيفة
ولا الامتناع عن أداء تلك الحاجة لأن امتناعه يسبب اختلالا في النظام أو على الأقل يؤدي
الى ضرر اجتماعي » .

وراجع كذلك دوجي : دروس القانون العام ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ حيث نجده
يتساءل : « ما هو أساس ذلك التقييد القانوني لسلطان الدولة ؟ ثم نجده يجيب : « ان
ذلك الأساس يجب البحث عنه في تلك الفكرة الأساسية « الواجب » ، الواجب المفروض
على الجميع حكاما كانوا أو محكومين ، يجب - كما يقول دوجي - ألا ننسى تلك

العارة العظيمة المأثورة عن المفكر والفيلسوف العظيم Auguste Comte

“ Nul n'a d'autre droit dans le monde que celui de toujours faire son
devoir. ”

« ليس لأحد حق في حياته ، اللهم الا حقه ان يؤدي دائما واجباته » .

لاريب - كما يقول دوجي - أنه يجب الإبقاء على مبدأ الحرية الفردية ، ولكن هذه الحرية
يجب الاتعد « حتما » ، إنما هي واجب أو بمثابة وظيفة يجب على كل فرد - باعتباره عضوا
في المجتمع - أن يعمل على تنمية نشاطه الجسماني والفكري والأدبي في نطاق الدائرة التي
يزاول نشاطه فيها . إن في ذلك وحده ما يكفل الإبقاء على « التضامن عن طريق تقسيم
العمل » الذي هو شرط أساسي لاستطيع بدونه جماعة أن تحيا وأن تتقدم .

إن الحكام انما هم شأنهم شأن غيرهم من الأفراد يخضعون لتلك الواجبات ذاتها ،
ولكنهم نظرا لأنهم يحرزون تحت أيديهم القوة والسلطان ، لذلك فان عليهم التزاما
مزدوجا : فهم لا يستطيعون استعمال تلك القوة (أو السلطة) لتحديد حريات الأفراد
دون مسوغ ، ونجد بهذا الصدد أن النتائج السلبية للمذهب الفردي سليمة صحيحة . ولكن
يجب على الحكام - فضلا عن ذلك الواجب السابق ، أن يستعملوا تلك القوة في أن
يهيئوا للأفراد الوسائل التي تمكنهم من مزاوله نشاطهم الجسماني والفكري والأدبي » .

(ثانياً) أن التشريع (la loi) لا يكون شرعياً (légitime) إلا إذا كان متفقاً مع تلك القاعدة القانونية ، معبراً تعبيراً صحيحاً عنها ، وهذه القاعدة القانونية (أوتلك المبادئ العليا للقانون) قد تكون مدونة في دستور أو في وثيقة « اعلان للحقوق » (Déclaration des Dr.) وقد تكون غير مدونة : يجرى بها العرف مثلاً ، فهي — كما قدمنا — قواعد أو مبادئ « يحس ضمير المجتمع إحساساً قوياً أنها ملزمة للدولة » فإذا لم يكن التشريع متفقاً مع تلك القاعدة القانونية أى أنه إذا لم يكن شرعياً كان على القاضى أن يمتنع عن تطبيقه ، أى حتى في حالة عدم مخالفة ذلك التشريع لنص من نصوص الدستور .

١٤ — الانتقادات الموجهة لنظرية دوجي

كانت نظرية دوجي موضع النقد والظعن من أغلبية كبار أساتذة الفقه الدستوري في فرنسا وتتلخص أهم تلك الانتقادات فيما يلي :

(أولاً) القاعدة القانونية — أن مقياس وجود القاعدة القانونية — فيما يرى دوجي — إنما يجب البحث عنه فحسب « فيما يوهى به ضمير الأفراد » (١) .

“... dans les suggestions de la conscience individuelle.”

ومن ذلك يتبين — كما يقول الأستاذ كاريه دى مالبرج — أن معرفة ما إذا كان التشريع مطابقاً أم غير مطابق للقاعدة القانونية (المستمدة من التضامن الاجتماعى) هي « مسألة ضمير » (affaire de conscience) ، لذلك نجد غير قليل من رجال الفقه (كالأستاذ ميشو Michoud) يصف

(١) أو بعبارة أخرى « حينما تكون ضائر الأفراد قد اعتنقت الفكرة القائلة بأن قاعدة معينة (متولدة من روابط التضامن الاجتماعى) تفرض على الأفراد أن يقوموا بعمل شيء أو بالامتناع عنه » .

القاعدة القانونية - كما يصورها دوجي - بأنها « في جوهرها مجرد قاعدة فلسفية لا وجود لها الا في ضمير الفرد (١) » وأنها مجرد « قاعدة مثالية (un précepte idéal) يتكيف محتواها طبقاً للتقدير الخاص لكل فرد » (l'appréciation subjective de chaque individu) ، وأن دراسة ذلك التقدير أو الضمير لمعرفة ما يوحى به هي - كما يقول كاريه دي مالبرج - دراسة تخرج عن نطاق الدراسة القانونية (٢) .

“ ... échappe à tout essai de qualification juridique et dont l'examen demeure placé en dehors de la science du droit ”

ثم انه لا توجد هنالك سلطة منظمة تختص ببيان وتحديد تلك القاعدة القانونية .

وينتقد الأستاذ هوريو رأى دوجي بصدد « القاعدة القانونية » فيقول : « ان القانون لا نجده يسود الا مستنداً على السلطة ، سواء كان ذلك في القانون العام أو في القانون الخاص . ونجد دائماً حين تفرض قاعدة قانونية على سلطة ما فأنما يكون ذلك لأن هنالك سلطة أخرى تفرض تلك القاعدة عليها » .

“ La grande utilité de la séparation des pouvoirs, c'est que grâce à elle, il y a toujours quelque pouvoir embusqué derrière une règle de droit pour arrêter une autre pouvoir en le forçant d'observer la règle ”

(١) [Michoud : Théorie de la personnalité morale t. 1 p. 52.] مذكور في كتاب

كاريه دي مالبرج الجزء الأول ص ٢٠٥

(٢) راجع كاريه دي مالبرج (المرجع السابق . الجزء الأول ص ٢٣٧) حيث يقول : « فاذا طبقنا ذلك المذهب (يعنى نظرية دوجي) على مشكلة تقييد سلطة الحكام في علاقتهم بالمحكومين فاننا نجد ذلك المذهب ينتهي بنا إلى أن نجعل أمر تقدير شرعية تصرفات الحكام أمراً متوقفاً لا على ما تقتضى به أحكام نظام قانوني ordre juridique سبق أن أخذت به الدولة ، وإنما نجعله أمراً متوقفاً على الشعور الذي يتبدى في نفوس الجماهير وعلى ما يحدثه من رد الفعل ، ودراسة ذلك الشعور تظل خارج نطاق دراسة علم القانون لأن تلك الدراسة تفترض استبدال الأساليب المستقاة من نظام قانوني مقرر مقدماً (preétabli) بأساليب متروكة للمصادفات غير المنظمة التي تتولد من نتائج رد الفعل (réactions) أى الأحاسيس التي سوف تهز نفوس جماهير الأفراد » .

فالواقع كما يقول هوريو « أن السلطة والقاعدة القانونية لا يعدان شيئين منفصلين فان بينهما صلات وثيقة » - فالقواعد القانونية لا تصدر عن البيئة الاجتماعية ، انما هي تصدر من السلطة ، فكل قاعدة قانونية - شأنها شأن أى نظام من الأنظمة الاجتماعية institution sociale - هي وليدة عملية تتكون من مرحلتين : (الأولى) تتلخص في أن سلطة تنشئ قاعدة قانونية ، والمرحلة (الثانية) هي مرحلة خضوع أو عدم خضوع وقبول البيئة الاجتماعية لها ، فاذا كانت تلك البيئة لا تخضع لتلك القاعدة القانونية الصادرة من تلك السلطة فان القاعدة القانونية لا تتقرر بصورة نهائية ، اذ أن السلطة ستضطر في النهاية - في حالة مقاومة البيئة - الى سحب تلك القاعدة أى الى الغائها .

أما في حالة خضوع البيئة لتلك القاعدة فانه يكون في ذلك تمام تلك العملية (التي سبقت الاشارة اليها) أى أن تلك القاعدة القانونية تتقرر بصورة نهائية» (١) .

وإذا كان صحيحاً ما ذكره دوجي من أننا نجد في كل بلد حتى في بلد كإنجلترا يعد السلطان المطلق للبرلمان مبدأ من المبادئ الأساسية فيه ، حتى مثل ذلك البلد نجد فيه بعضاً من القواعد أو المبادئ العليا لا يقبل الضمير الانجليزي أن يرى حرمتها قد انتهكت على يد البرلمان (٢) - اذا صح ذلك كله - وهو في الواقع صحيح ، فانه يجب ألا تفوتنا ملاحظة أنه « لا توجد ثمة ضمانات ذات صبغة قانونية ، وأن دراستها لا تتصل بعلم القانون » (٣)

“ ... ce ne sont pas là des garanties d' ordre juridique : leur étude ne relève plus de la science du droit. ”

(١) هوريو : الوجيز في القانون الدستوري (طبعة ١٩٢٣) ص ٢٥٣ .

(٢) راجع النبذة رقم ١ - ١ - من هذا البحث .

(٣) كاريه دي مالبرج .

أانيا السيادة : تؤدي نظرية دوجي - كما تقدم بيانه - الى نبذ فكرة « السلطة العامة » وسيادة الدولة من ميدان القانون العام .

لذلك كان موضع الاتهام من الكثيرين من أساتذة القانون العام الفرنسي بأن نظريته تؤدي الى الفوضى ، لاسيما أن دوجي لم يبين لنا سلطة منظمة تختص ببيان وتحديد تلك « القاعدة القانونية » التي تفرض طاعتها على الدولة : على الحكام والمحكومين .

فن ذلك أننا نجد الأستاذ ازم من Esmein يصف نظرية دوجي بأنها “ chimère anarchiste ”

كما يصفها الأستاذ هوريو بأنها « فوضى مذهبية » “anarchisme doctrinal” كما يصف الأستاذ دوجي بأنه “ un anarchiste de la chaire ” (١)

على أن دوجي يدفع عن نفسه وعن نظريته تهمة الفوضوية مستنداً الى أنه لا ينكر ضرورة قيام الحكومات (٢) .

ولكن الواقع أن نظريته لا تدع للحكومة سوى مجرد ظل أو مظهر ، وذلك لأنها تنزع عن الحكومة كل ما يصنع قواها ويجعل لها جدواها : ذلك هو مبدأ السلطة le principe de l'autorité ، اذ أن من خصائص السلطة العامة أن تكون الأوامر الصادرة منها في غير حاجة الى تبريرها مقدماً ، وذلك حتى تكون طاعتها أمراً واجباً على المحكومين مادامت تلك الأوامر قد صدرت في صورة شرعية (أي صدرت طبقاً للنظام القانوني القائم) ،

(١) ازم القانون الدستوري (الطبعة الرابعة) ص ٤٠ ، وهوريو : مبادئ القانون

العام ص ٧٩

وراجع كذلك Larnaude : Les Méthodes Juridiques p. 11 et s. وكاريه دي مالبرج

المرجع السابق الجزء الأول ص ٢٠٣ ، ٢٠٤

(٢) دوجي : مطول القانون الدستوري جـ ١ ص ٨٧

فاذا كنا نتطلب — من أجل تنفيذ وطاعة تلك الأوامر — أن تكون أولاً مطابقة لتلك القاعدة المثالية التي يسميها دوجي « القاعدة القانونية » وإذا كانت القوة الآمرة (la force impérative) لتلك الأوامر إنما تتوقف على تلك المطابقة *conformité* بين تلك الأوامر وهذه القاعدة القانونية فان في ذلك قضاء على فكرة السلطة العامة لأن تلك السلطة تصبح بذاتها غير محتفظة بأية ميزة أو قوة .

(ne garde plus par elle - même aucune vertu ni efficacité propre)

ومن ثم تنشأ الفوضى (١)

المقصود : ان نظرية دوجي — فيما نرى — لا تؤدي الى بيان تلك « القاعدة القانونية » (أو المبادئ القانونية العليا) وتحديدتها بصورة بيّنة تتأى بها عن مواطن الشك والجدال ، لذلك كان من ضروب الخطأ بل والخطر على التشريعات الصادرة من الدولة أن نجعل مسألة دستوريتها أمراً متوقفاً على مطابقتها لتلك القاعدة القانونية أو تلك المبادئ القانونية العليا التي يحيط الغموض والشك كنهها ويعوز الاستقرار كيانها (٢) .

(١) هوريو : راجع بحثه *les Idées de M. Duguit* وهو وارد في كتاب كاريه دي مالبرج . الجزء الأول ص ٢٠٤ — على أن الأستاذ دوجي يعترف في الواقع — كما يقول الأستاذ كاريه دي مالبرج . (المرجع السابق ص ٢٠٤) أبلك التهمة إذ نجده في ذات الموضوع الذي يبحث فيه ضد اتهامه بالفوضى المذهبية (في كتابه : مطول القانون الدستوري الجزء الأول ص ٨٧) نجده يقرر بأنه « ينكر السلطة العامة » *nie la puissance publique* ، وهذا الانكار ينطوي على انكار الحكومة ذاتها ، وهذه هي الفوضوية .

(٢) وبذلك نجدنا متفقين في الرأي مع أغلبية أساتذة القانون العام بفرنسا ، وفي مصر مع الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري (الرئيس السابق لمجلس الدولة) وذلك في مقال قيم نشره بعنوان « مخالفة التشريع الدستوري ، والانحراف في استعمال السلطة التشريعية » منشور في مجلة مجلس الدولة عدد يناير ١٩٥٦ صفحة ١٠٢ حيث ذكر مائمه :

« ومهما يكن من أمر هذه النظرية الجلييلة التي يقول بها دوجي فنحن لا نذهب معه إلى هذا المدى ، خشية ماعسى أن يصيب التشريع من تقلقل واضطراب اذا نحن عمدنا في استخلاص المبادئ القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتباين عنده المذاهب ثم جعلنا دستورية التشريع رهنا بهذه المبادئ غير المستقرة .»

إذا كان هذا الفقيه الكبير من يرون — كما قدمنا — أن سلطان الدولة ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بالقانون (dr.) ، إلا أنه يرى أن القاعدة الصادرة من الدولة هي وحدها التي تعتبر « قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح » « une règle de droit proprement dit »^(١)

فحينما يتقرر مثلا أن الحريات أو الحقوق الفردية (les droits individuels) إنما يترك أمر بيانها للتشريع الصادر من الدولة فإنه لا يقصد بذلك الادعاء بأن هذه الحقوق أو الحريات لا يرجع أساسها أو مبعثها (leur fondement ou raison d'être) إلا إلى إرادة الدولة أي أنها ليست إلا مجرد ثمرة أو وليدة لتلك الإرادة ، ولكن الذي يقصد بذلك إنما هو القول بأننا إذا نظرنا إلى الأمر من ناحية علم القانون فإننا نجد أنه إذا كانت ثمة للفرد حقوق فإنها مهما كانت « طبيعية » فإنها لا تصحح « حقوقاً » بالمعنى الصحيح « ذات قيمة قانونية » إلا حين يعترف بها التشريع الصادر من الدولة (سواء كان تشريعاً دستورياً أو عادياً) ويقرر لها جزاء (sanction) وضمانات كفيلة بحمايتها ، أما قبل ذلك الاعتراف بها فأنها تظل لا قيمة لها (٢) .

(١) و (٢) كارية دى مالبرج الجزء الأول ص ٢٤٠

ونجده في موضع آخر من المرجع السابق (ص ٢٣٩) يقول :

« أن ثمة مسألة لا يمكن أن تكون موضع شك هي أن من الحقائق الثابتة أن أية قاعدة ما (سواء كانت من القواعد المتعلقة بسلوك الحكام أو الأفراد) لا تعد قانونية بالمعنى الصحيح إلا إذا كان لها جزاء ، وبذلك تتخذ القاعدة طابعا شكليا un caractère formel يميزها عن أية قاعدة أخرى ذات صبغة أدبية .

وذلك يدعونا إلى نبذ فكرة امكان وجود قانون طبيعي بالمعنى الصحيح ، إذ أن ذلك الاصطلاح « قانون طبيعي » إنما ينطوي على تناقض في الوصف أو التسمية (Contradiction in adjecto) إذ أن قاعدة تستمد أصلها من الوضع الطبيعي (l'ordre naturel) للأشياء لا يمكن أن توصف بأنها قاعدة قانونية طالما نجد أنها لم تدخل بعد في نطاق النظام القانوني (l'ordre juridique) القائم ثم أنها لا يصح وصفها بأنها « قاعدة طبيعية » règle naturelle منذ اللحظة التي تصح أن تعتبر فيها « قاعدة قانونية » — فالقاعدة القانونية لا تتميز بالطابع المثالي لتصوصها وإنما بالطابع =

المحصنة : أنه يرى أنه لا توجد مبادئ دستورية تلتزم الدولة باحترامها قانوناً اللهم الا تلك المبادئ الميينة بتشريعاتها الدستورية .

“ Pour le juriste, il n'ya pas à rechercher des principes const. en dehors des constitutions positives ... Au delà de la const., il ne subsiste plus que du fait.” (١)

وهكذا يبدو لنا أن رأى الأستاذ كاريه دى مالبرج لا يختلف - من حيث النتيجة التي وصل إليها - عن أصحاب نظرية التحديد الذاتي (التي سبق بيانها) .

١٦ - (فامسا) رأى العميد هوريو Hauriou :

توجد - فيما يرى العميد هوريو - في فرنسا كما هو الشأن في غيرها من البلاد عدة مبادئ أساسية تعلق الدستور مقاماً ، ومن باب أولى كانت بداهة تعلق التشريعات العادية .

وتلك المبادئ - فيما يقول - في غير حاجة للنص عليها ، اذ هي تعد من المبادئ التي تعد مسيطرة على القانون العام الفرنسي بحيث تعتبر منطوية ضمناً في أحكام الدستور الحالي وان لم ينص عليها الدستور صراحة ، وذلك لأن تلك المبادئ اما أن تكون قد وردت في « اعلانات حقوق الانسان » les déclarations des Drois de l'Homme الصادرة في عصر الثورة الفرنسية ، أو أن تكون تضمنتها دساتير سابقة بحيث لا يعد اغفال الدستور الحالي لها اعراضاً عنها ، وانما استناداً الى أنها أصبحت من أسس القانون العام الفرنسي ، بحيث أضحت في غنى عن النص عليها في الدستور لأنها أضحت تعد فوق الدستور ذاته (٢) .

من أمثلة تلك المبادئ يذكر لنا هوريو :

أحكام أو مبادئ النظام الفردي (les principes de l'ordre individualiste) وفي مقدمتها مبادئ الحريات الفردية الواردة في « اعلانات حقوق الانسان »

= المادى جزائها (sanction) ، ويجب الا يفوتنا أن تقرر أن الدولة - في المصور الحديثة - هي وحدها التي تملك تقرير ذلك الجزاء «

(١) كاريه دى مالبرج الجزء الثاني ص ٤٩٩ ، ٥٠٠

(٢) Hanriou ; Précis de Dr Const. (éd. 1923) P. 296-298, 317, 318

وكمبدأ المساواة أمام الضريبة ، وكذلك مبدأ الفصل بين السلطة القضائية والهيئات الادارية وهو مبدأ يرجع العهد به الى القانون الصادر في أغسطس سنة ١٧٩٠ والى دستور ١٧٩١ (١) .

فاذا صدر قانون مخالفاً لتلك المبادئ فانه يعد - فيما يرى هوريو - قانوناً غير دستوري ، وأن القضاء مختص بالحكم بعدم دستوريته رغم أن تلك المبادئ لم ينص عليها في الدستور (٢) .

ومما تجدر هنا ملاحظته أن الأستاذ هوريو انما يعنى هنا « مبدأ كل حرية من تلك الحريات » (le principe de chacune des libertés) أى أنه لا يعنى بالقانون المخالف « لمبادئ » تلك الحريات ذلك التشريع الذى ينطوى على مجرد التنظيم والتقييد لمزاولة احدى تلك الحريات ، وانما يعنى ذلك التشريع الذى يلغى مبدأ الحرية ذاته سواء كان ذلك الالغاء بصورة مباشرة أو غير مباشرة كما فى حالة صدور تشريع باحتكار الدولة مرفق التعليم مثلاً فان مثل هذا التشريع يعد غير دستوري لأنه ينتهك حرمة أحد تلك المبادئ العليا (أى احدى تلك الحريات الفردية) اذ يؤدى الى الغاء حرمة الأفراد فى انشاء معاهد للتعليم أى الغاء « مبدأ » تلك الحرية (٣) .

(١) هوريو : موجز القانون الدستوري (المرجع السابق) ص ٣١٨

(٢) يجب ملاحظة أن دستور ١٨٧٥ الفرنسى (دستور الجمهورية الثالثة) لم يرد به نص ما عن تلك الحريات .

(٣) هوريو ص ٣١٨

ويرى هوريو كذلك (٢٩٦ ، ٢٩٧ من المرجع السابق) أن التعديل الذى أدخل فى أغسطس سنة ١٨٨٤ على الدستور الفرنسى (لسنة ١٨٧٥) والذى ينص على « أن الشكل الجمهورى للحكومة لا يجوز تعديله » ، هذا التعديل - فيما يقول هوريو - من شأنه أن يجعل لهذا النص مقاماً فوق الدستور ذاته ، لأنه يتمتع بميزة لا يتمتع بها غيره من نصوص الدستور : تلك هى ميزة الجمود المطلق أى عدم القابلية بتاتاً للتعديل (هوريو ص ٢٩٦ ، ٢٩٧) .

على أننا قد نبذنا هذا الرأى وأخذنا بالرأى المخالف الذى يرى أن مثل هذا النص (الذى يحرم تعديل بعض مواد الدستور تحريماً مطلقاً) لا قيمة له سواء من الناحية السياسية أو من الناحية القانونية وبيان ذلك أننا نجد مثل هذا النص لا قيمة ولا أثر له اذا نظرنا اليه من الناحية العملية =

لانعرف أحداً تولى رأى هوريو بالنقد . على أنه يمكن - فيما نرى - أن توجه الى رأيه ما يلي من الملاحظات والانتقادات :

(أولاً) القول بأن وثائق « اعلان الحقوق » - وبخاصة اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩ - تتضمن قواعد قانونية أُسِّمى من الدستور une super- légalité constitutionnelle يعد من أكثر المسائل موضعاً للجدال والخلاف بين رجال الفقه الدستوري الفرنسي ، على أن الرأى الراجح في هذا الصدد - فيما يبدو لنا - هو ما يراه الأستاذان أزمين ، وكاريه دى مالبرج من أن واضعى تلك الوثائق لم يقصدوا بها الا مجرد الاعلان عن مبادئهم الفلسفية - des déclarations des principes - أى أن لتلك الاعلانات مجرد طبيعة أكاديمية^(١).

فاعلانات الحقوق لعصر الثورة - وبخاصة اعلان سنة ١٧٨٩ - لم تتضمن سوى بيان قواعد أو حقائق نظرية مجردة (Abstraites) ليس لها

أو السياسية ، لأنه ضد طبيعة الأشياء فهو سيظل نصاً ميتاً لأنه سوف يفقد الحياة على يد احدى الثورات أو الانقلابات ، فالهدف الأساسى للدستور إنما هو بيان نظام الحكم فى الدولة طبقاً للمبادئ والآراء السياسية والاجتماعية التى كانت سائدة وقت وضع الدستور ، وبما أن هذه المبادئ والآراء تتغير وتتطور لذلك لم يكن من الجائز أن نحدد نظام الحكم بصورة ثابتة لتلايفد يوماً مخالفاً للضرورات السياسية ولرغبات البلاد - أما من الناحية القانونية فأن مثل ذلك النص يعد باطلاً ، لأن الدستور إنما هو القانون الأساسى الأعلى للبلاد ، وكل قانون قابل دائماً للتبديل والتعديل - وفى البلاد التى يقوم فيها الدستور على أساس مبدأ سيادة الأمة نجد أن النص على عدم التعديل يتناقض مع ذلك المبدأ ، فحرمان الأمة حق تعديل الدستور يعد بمثابة حرمان لها من العنصر الأساسى لتلك السيادة .

(لزيادة التفصيل راجع ص ١٠٢ - ١٠٧ من كتابنا « الوسيط فى القانون الدستورى ») .

(١) ازمين Esmein : القانون الدستورى (الطبعة الثامنة) . الجزء الأول ص ٥٩٢ ، وكاريه دى مالبرج الجزء الثانى ص ٥٨١ - ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى أن الأستاذ دوجى كان (مع هوريو) فى مقدمة القائلين بأن للمبادئ الواردة فى اعلانات الحقوق (وبخاصة اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩) قيمة قانونية أُسِّمى من الدستور .

راجع درجى . مطول القانون الدستورى ج ٢ ص ١٠ وما بعدها ، ج ١ ص ٩٤٣-٩٤٤

حيث يقول :

“ La Déclaration de 1789 s'impose au législateur constituant lui-même. ”

فائدة من الناحية القانونية الوضعية الا حين يبين بياناً دقيقاً نطاق تلك الحقوق (الحرريات) وشروط مزاولتها ، واذا نحن رجعنا - كما يقول كاريه دى مالبرج - الى واضعى تلك الاعلانات نجد أنهم أنفسهم لم يكونوا يقصدون بها الا أن تكون مجرد « اعلان عن مبادئ » لا اعلان عن حقوق (١) .

بعبارة أخرى : أن ذلك الاعلان لا ينص على قواعد قانونية قابلة للتطبيق بواسطة المحاكم ، فهو لا يمكن المواطن من أن يطلب أمام القضاء بحق معين مبين حدوده ومداه ، فالعبارات العامة المهمة التي اشتمل عليها الاعلان من شأنها أن تدع للمشرع سلطة كاملة ازاء تنظيم تلك الحقوق أو الحرريات (٢) .

ولو أننا سلمنا جدلا - كما يقول كاريه دى مالبرج - بأن اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩ لا يزال حتى اليوم قائماً بصفته قانوناً أعلى وأسمى من السلطة التشريعية بل ومن السلطة التأسيسية ذاتها فان ذلك لا ينقص شيئاً من سلطة المشرع الكاملة (التي أشرنا إليها) ازاء تلك الحقوق الفردية (الحرريات) مادام أن الدستور الحالي (أى دستور ١٨٧٥ القائم في ذلك الحين الذي يكتب فيه ذلك الفقيه) قد لزم الصمت ازاءها (٣)

ثم أنه يجب ملاحظة أن اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩ قد استبدل بغيره صدر عام ١٧٩٣ ثم بأخر صدر في السنة الثالثة (I'an) ثم برابع صدر

(١) ذلك هو ماقرره أحدهم وهو Desmeuniers في الجمعية الوطنية في جلسة ٢ أغسطس ١٧٨٩ إذ يقول عن ذلك الاعلان :

“ ... une déclaration des principes applicables à toutes les formes de gouvernements.

كاريه دى مالبرج . ج ٢ ص ٥٨١

وهذا هو ماقرره غير ذلك العضو من الأعضاء مثل Duport حيث وصف ذلك الاعلان بأنه عبارة عن .

“ ... affirmation de vérités de tous les temps et de tous les pays ”

راجع لافاربير (طبعة ١٩٤٧) ص ٣٤٣

(٢) ازمان . المرجع السابق ص ٥٦١ وما بعدها .

(٣) كاريه دى مالبرج ج ٢ ص ٥٨٥

عام ١٨٤٨ : تلك الاعلانات التي لم يقل أحد أنها لا تزال قائمة لليوم ، فلماذا يختصون اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩ وحده بهذه الميزة : ميزة البقاء حتى اليوم وذلك رغم سقوط الدستور الذي كان يعد ذلك الاعلان ممهداً له (وهو دستور ١٧٩١ أول دساتير عصر الثورة الفرنسية) ورغم أن دستور الجمهورية الفرنسية الثالثة (لسنة ١٨٧٥) لم ينص على تلك الحقوق أو الحريات الواردة في ذلك الاعلان .

ومما تجدر كذلك ملاحظته أن تلك « الحقوق الفردية » أو الحريات الواردة في تلك الاعلانات ليست مماثلة ، فاعلان ١٧٨٩ يذكر أن تلك الحقوق أو الحريات هي : الحرية ، الأمن ، الملكية ، مقاومة الظلم (la résistance à l'oppression) (مادة ٢) - أما اعلان ١٧٩٣ فهو يذكر المساواة ، الحرية ، الأمن ، الملكية (مادة ٢) - ونجد دستور ١٨٤٨ (بالديباجة) يضيف الى تلك الحقوق : حق التعليم ، وحق المساعدة أو الاعانة الخيرية (١) le droit à l'assistance .

ليس للعرف الدستوري قيمة قانونية أعلى من الدستور ولا من التشريع العادي - ويبدو أن الأستاذ هوريو أحد أولئك الذين يرون أن مبادئ اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩ ظلت مستمرة ولا تزال باقية لليوم (رغم عدم النص عليها في الدستور) كنتيجة لتقاليد أو عرف ظل مستمراً منذ ذلك التاريخ . ولكن العرف - كما يقول بحق الأستاذ بارتلمي - لا يقيد المشرع العادي ، فمن باب أولى لا يقيد المشرع الدستوري . ثم أنه ليس للعرف أو التقاليد سوى مجرد قيمة نسبية إذ أنه يمكن نبذ ذلك العرف في أي حين

(١) على أن دستور ١٧٩١ كان يقرر انشاء مؤسسة عامة خيرية لتربية الأطفال المشردين أو اللقطاء ، وللمساعدة الفقراء من ذوى العاهات ، والعمل على تشغيل العاطلين - كما أن اعلان الحقوق لسنة ١٧٩٣ كان ينص (بالمادة ٢١) على أن « الاعازات الخيرية العامة هي دين مقدس ، وأن على المجتمع مساعدة الوطنيين الفقراء ... الخ » .

رأبع : موجز القانون الدستوري (الطبعة العاشرة . سنة ١٩٢٨) ص ٤٢٠ للعميد مورو F. Moreau - وكذلك كاريه دي مالبرج ج ٢ ص ٥٨٠

عن طريق عرف جديد مخالف للعرف السابق ، لذلك فإنه اذا كان ثمة قيود ذات صبغة سياسية (أو على حد تعبير بارتملى : « قيود تقوم على أرض السياسة غير الثابتة sur le terrain incertain et fragile de la politique فأنها يعوزها ما للقواعد الدستورية المدونة الجامدة من القوة »^(١) .

(ثانياً) النظام الفردي يجتاز اليوم مرحلة الارتداد بل والامتناع

برى هوريو - فيما أسلفنا - أن مبادئ أو أحكام النظام الفردي تعد في مقدمة تلك المبادئ العليا التي يجب أن يخضع لأحكامها المشرع بل حتى المشرع الدستوري ، ويرى أن تلك الأحكام أو المبادئ لاتزال تعد من أسس القانون العام الفرنسي .

إن هذا الرأي - فيما يبدو لنا من أقوال كثير من أساتذة القانون العام الفرنسي في الآونة الحاضرة وفيما يتضح لنا من الاتجاه الحديث للتشريع - أصبح يعد رأياً بعيداً عن التوفيق .

صحيح أن ذلك النظام أو المذهب الفردي قد لعب دوراً كبيراً في عصر الثورة الفرنسية وابتان فترة غير قصيرة تلت ذلك العصر ، فالتقنينات (Codes)

(١) بارتملى . القانون الدستوري (طبعة ١٩٣٣) ص ٦٧٣
راجع بهذا المعنى كاريه دي مالبرج ج ٢ ص ٥٨٢ حيث يقول : « لا يوجد عرف يستطيع أن يقاوم سلطان المشرع » .

وأنظر أيضاً بهذا المعنى لافاريير ص ٣٤٣ ، ٣٤٤ حيث نجده يتساءل « لماذا تنسب تلك المرتبة العالية السامية لاعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩ دون اعلانات الحقوق التالية له والتي حلت مكانه ؟ » ثم نجده يستند الى ماورد في اعلان الحقوق لسنة ١٧٩٣ من « أن جيلا من الأجيال لا يستطيع أن يخضع لقوانينه الأجيال التالية » - ويقول في موضع آخر ص ٣٤٣

« اننا اذا قلنا ان اعلان الحقوق لسنة ١٧٨٩ كانت له أهمية سياسية استثنائية بل لا يزال له حتى الآن مثل ذلك الشأن حتى أن اعلانات الحقوق التالية له تعد باهته (قليلة الأهمية) بالنسبة اليه ، اذا قلنا ذلك فنحن انما نقرر حقيقة لا ريب فيها ، ولكن من غير الجائز أن نرتب على ذلك أن له قيمة قانونية عالية تسمو حتى على مقام الدستور » .

التي صدرت في عصر نابليون إنما صدرت مهتدية بمبادئ ذلك المذهب الفردي الذي كان يعد بمثابة أول أداة اتخذت لتقييد سلطان الدولة في عصر الثورة . وحين قرر رجال الثورة عام ١٧٨٩ أن لسلطان الدولة حدوداً وقيوداً (حتى السلطة التشريعية ذاتها ليست - فيما قرروا - مطلقة السلطان) حين قرروا ذلك كانوا - على حد تعبير دوجي - أعظم من نابليون في موقعة Austerlitz أو موقعة Wagram (١) .

ولكن اليوم قد أصبح هذا المذهب عاجزاً عن تحقيق ذلك الهدف (أى عن ذلك التحديد والتقييد لسلطان الدولة) ، بل أنه يمكن القول أنه اليوم يجتاز مرحلة الانهيار بل والاحتضار .

ولقد بدأت مهاجمة النظام الفردي مهاجمة عنيفة منذ النصف الثاني للقرن التاسع عشر (٢) .

وهناك عوامل عدة طوحت به الى تلك النهاية : في مقدمتها تذكر الحروب وما أعقبها من أزمات مالية عاتية كان من أثرها أن دعت الدول الى الأخذ بمذهب «التدخل» أى الى الاتجاه ناحية المبادئ الاشتراكية ، اذ شعرت الدول بضرورة القيام بأعمال صناعية وتجارية سعياً وراء الربح لسد عجز الميزانية ، كما شعر الأفراد بضرورة تدخل الدولة لتسوية كثير من المشاكل الاجتماعية والعمالية ، تلك المشاكل التي نجمت وزادت وتعمقت في العصر الحديث من جراء نمو الصناعات وكثرة العمال وانتشار البطالة ، فوجدنا الشعوب في مختلف الدول أخذت تنزع الى مطالبة حكوماتها

(١) دوجي ج ١ ص ٦٤٠

(٢) فحرية التعاقد أصبحت دائرتها ضيقة محدودة ، والملكية أصبحت تنزع الى فقدان صيغتها المطلقة غير المحددة (son caractère illimité) راجع في ذلك .

Waline : Le Droit et L'Individualisme (éd.) p. 409.

إلى التدخل في الميدان الاقتصادى والاجتماعى لتحديد حد أدنى لأجور العمال أو حد أعلى للملكية ولايجاد عمل للعاطلين أو لتأمين بعض الصناعات الخ ، وهذه كلها نزعات تتعارض مع المذهب الفردى ، ذلك المذهب الذى يعتقد أنصاره « حرية الفرد » لهم مذهباً فكان مثلهم الأعلى هو الانقاص الى الحد الأدنى لمبلغ تدخل الحكومة فى ميدان مزاولة الأفراد لحياتهم ولنشاطهم الاقتصادى والاجتماعى فنجدهم يرون قصر مهمة الحكومة على القيام بالأعمال الضرورية كالقضاء والأمن العام وحماية الدولة من الاعتداء الخارجى (١) .

ولعل تلك النزعات المعادية للمذهب والنظام الفردى كانت - الى حد ما - بمثابة رد فعل réaction ضد نزعة التطرف التى سادت رجال الثورة الفرنسية حين عمدوا (باسم هذا المذهب الفردى) الى الغاء كل أنواع الجماعات وتحريم انشاء الجمعيات .

على أن هذه النزعة «الفردية» المتطرفة لرجال الثورة كانت هى ذاتها بمثابة رد فعل ضد الماضى ، أى بمثابة صيحة حرب قامت فى وجه المظالم القديمة لبعض الطبقات والجماعات (التى كان منها مظالم طبقة الاشراف ومظالم النقابات الطائفية التى كان يطلق عليها corporations) فالتطرف فى ناحية الأخذ بالمبدأ الفردى فى عصر الثورة كان بمثابة تطبيق لقانون عام لرد الفعل ، ويعبر عنه أحسن تعبير المثل الفرنسى المعروف :

“ Si la branche est trop courbée dans un sens, il faut pour la redresser la courber tout autant dans le sens contraire ”

« اذا كان الغصن معوجاً شديداً الميل الى ناحية من النواحي فإنه يجب من أجل أن نجعله مستقيماً أن نثنيه ونميله الى الناحية المضادة بقدر انثائه السابق (٢) .

(١) راجع عبد الحميد متولى : « القانون الادارى المصرى » . الجزء الأول (طبعة

١٩٣٨) ص ٢٥ ، ٢٦

(٢) عبد الحميد متولى : « الديموقراطية وتمثيل المصالح (أو المهن والحرف) فى

فرنسا » بالفرنسية طبعة ١٩٣١ ص ١٠٠

وكذلك كتابنا « المفضل فى القانون الدستورى » ص ٣٠٩ الهامش رقم ١

فالروح « الفردية » تفترض لدى الأفراد نزعة حرة استقلالية لا تلجأ الى الحكومة تطلب تدخلها في الميدان الاقتصادي والاجتماعي ، ويبدو أن تلك النفسية أو هذه الروح قد انتابها الكثير من الضعف في هذا العصر .

والواقع أن من اليسير أن نذكر عدداً كبيراً من القوانين — في العصر الحديث — ذات نزعة مضادة للفردية anti-individualiste^(١) ، بل ان القوانين الحديثة التي تفخر بها الانسانية الآن انما هي — كما يقول دوجي — صادرة عن تلك النزعة المضادة للفردية^(٢) .

ويمكننا أن نضيف كذلك الى تلك العوامل التي طوحت بالمذهب والنظام الفردي الى تلك النهاية ماتهم به بعض صور الفردية في فرنسا من أنها أدت الى اضعاف أنظمتها كما أدت الى ما هو أخطر : الى خنق روح بعض الفضائل القومية مثل الغيرة على الصالح العام وروح التضحية وهما من تلك الصفات التي أعوزت الكثيرين من الفرنسيين — على حد تعبير الأستاذ فالين Waline — عام ١٩٤٠^(٣) .

أما وقد انتهينا من بيان تلك العوامل ، فاننا ننتقل الى ذكر كلمة موجزة عما انتاب المذهب والنظام الفردي من تطور .

١٧ — تطور المذهب والنظام الفردي :

كان اعلان الحقوق لعام ١٧٨٩ — كما هو معلوم — التعبير الكامل للمذهب الفردي — وفي مدى تلك الفترة التي تزيد على المائة وخمسين عاماً انتاب هذا المذهب الكثير من التطور والتغيير — واليك أهم مظاهر ذلك التطور :

(١) فالين : القانون والفردية (المرجع السابق ص ٤٠٩)

(٢) راجع ص ٦٢٠ من هذا الكتاب .

(٣) فالين ص ٤١٣

(١) تطور الحقوق الفردية من « حريات » الى « حقوق » بالمعنى الصحيح ،
وتطور مركز الدولة من سلبي الى إيجابي^(١) : ان ما كان يطلق
عليه في وثيقة اعلان الحقوق للانسان « بالحقوق » انما كانت
في الواقع مجرد « رخص » facultés أو حريات – تخول للفرد
أن يعمل شيئاً أو أن يمتنع عن عمل وكان واجب الدولة قاصراً
على عدم اعاقه مزاوله الفرد لتلك الحقوق (أو بعبارة
أصح تلك الرخص أو الحريات) أى أن واجب الدولة كان
سلبياً . تلك كانت الفكرة الأولى الأصلية عما كان يطلق عليه
« الحقوق الفردية » والتي كانت توصف بأنها حقوق « طبيعية » .

ولكننا نجد أنه قد نشأت بعد ذلك تدريجياً فكرة مؤداها :
أننا اذا أردنا أن نجعل لتلك الحقوق النظرية أو غير المحسوسة
(abstrais) أجساداً أو محتويات (contenu) ملموسة محسوسة
(concret) ، اذا أردنا ذلك فانه يجب على الدولة أن تهيب
للأفراد وسائل مزاوله تلك الحقوق ، وذلك بأن تقوم الدولة
بانشاء وتنظيم المرافق العامة الكفيلة بتحقيق ذلك الهدف ،
أى أن واجب الدولة يصبح إيجابياً بعد أن كان سلبياً .

فثلا من تلك « الحقوق الفردية » أن لكل فرد الحق
أن يتعلم ، ولكن من أجل أن يستطيع فعلا أن يتعلم فانه يجب
على الدولة أن تقوم بانشاء مرفق عام للتعليم (أى تتولى انشاء
معاهد للتعليم) ، وكذلك الشأن فيما يتعلق « بحق العمل »
فاذا كانت الدولة لا تقوم بالمشروعات التي تقضى على البطالة
فان « حق العمل » هذا يظل مجرد مسألة نظرية – فهذا التطور
الذي أشرنا اليه (والذي أدى الى أن أصبح دور الدولة إيجابياً
بعد أن كان سلبياً) كان من شأنه في الوقت ذاته أن جعل

(١) Vedel : Manuel de Dr. const. éd. 194) p. 183

بعض تلك « الحقوق الفردية » لا يغدو في حقيقة أمره مجرد « رخص » أو « حريات » وإنما يصبح « حقوقاً » بالمعنى الصحيح : حقوقاً تخول لصاحبها أن « يطالب » *exiger* الدولة بالقيام بأداء بعض الخدمات وانشاء بعض المرافق العامة . ان نواة هذا الاتجاه بدأت في الظهور في دستور ١٨٤٨ في فرنسا (١) ، ولكنه كان ظاهراً بصورة بينة في دساتير الدول الأوروبية في الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الأولى (وبخاصة في دستور فيمر Weimer الألماني الديموقراطي لسنة ١٩١٩ وكذلك في دستور الجمهورية الأسبانية لسنة ١٩٣١

(ب) العناية بحقوق ذات صبغة اجتماعية : وفي الوقت ذاته زادت العناية بحقوق ذات صبغة اجتماعية أكثر منها فردية : كالحقوق العائلية وحقوق النقابات أو الجماعات الثقافية أو الدينية ، وحقوق الأقليات من حيث الجنس *minorités de race* ، أو الأقليات من حيث الدين ، كل هذه الحقوق نجدها قد تقررت في دساتير مختلفة لاسيما في الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الأولى .

(ج) تطور ناحية الاشتراكية : كل ما قدمنا بيانه يؤدي بنا الى نظرة الى تلك « الحقوق الفردية » أقل حرية وأكثر اشتراكية ، فمثلا نجد أن الملكية التي كانت تعد عام ١٧٨٩ بمثابة احدى الحريات الأساسية *une liberté fondamentale* قد فقدت اليوم صبغتها المطلقة المقدسة (٢) ، وأصبحت تعد بمثابة « وظيفة اجتماعية » .

(١) الواقع أنه كان أول ظهور لنواة ذلك الاتجاه هو في دستور ١٧٩٣ « ثاني دساتير عصر الثورة الفرنسية » ولكن هذا الدستور لم يطبق بتاتا فقد « ولد ميتا » فيديل ،

المرجع السابق ، ١٨٣

(٢) فيديل ضد ١٨٣ ، ١٨٤

قبل أن نختتم الكلام عن وضع هذه المشكلة في فرنسا يجدر بنا أن نلاحظ ما يلي :

الملاحظة الأولى — يبدو لنا أنه يتعذر القول بأن ثمة رأياً معيناً سائداً لدى رجال الفقه الدستوري الفرنسي بصدده هذه المسألة — عل أنه يصح القول بأن أكثر الآراء أنصاراً بينهم بالنسبة لغيره من الآراء هو ذلك الرأي القائل بأن ثمة مبادئ عليا على المشرع (سواء كان مشرعاً دستورياً أو عادياً) أن يراعيها ، ولكنه ما لم يأخذ بها وينص عليها فيما يضع من تشريع دستوري فان المشرع العادي (البرلمان) لا يلتزم قانوناً باحترامها ، وانما تغدو لهذه المبادئ في هذه الحالة مجرد قيمة أدبية أو سياسية (لا قانونية) .

ثم أننا نلاحظ أن ليس ثمة اتفاق بين رجال الفقه الفرنسي على بيان : ما هي تلك المبادئ العليا ؟

الملاحظة الثانية — نستطيع أن نقول أن الفقه الدستوري لم يصادفه التوفيق بصدده هذه المشكلة من حيث تأثيره على القضاء . واذا كان ذلك الفقه لم يوفق — كما هو معلوم — في حمل القضاء الفرنسي على الأخذ برأيه القائل باختصاص القضاء بالنظر فيما اذا كان التشريع مخالفاً للدستور ، فانه يغدو طبعياً — من باب أولى — ألا يوفق في حمل ذلك القضاء على الأخذ بالرأى القائل باختصاصه بالنظر فيما اذا كان التشريع مخالفاً للقانون الأعلى (أي تلك المبادئ العليا غير المدونة في الدستور) .

الملاحظة الثالثة — اذا كان الفقه الفرنسي لم يوفق في هذه الناحية — كما قدمنا — فانه يجب ألا يفهم من ذلك أن ذلك البحث الذي عاجلناه هنا لم تكن له هنالك جدوى من الناحية العملية . فالواقع أن ثمة بعض الفائدة في بعض الحالات :

(فأولاً) حين يشوب التشريع شيء من اللبس والغموض بحيث يحتمل وجهين من وجوه التفسير : أحدهما يتلاءم مع تلك المبادئ العليا

والثاني يتنافى معها ، فانه يغدو واجباً على القاضي في هذه الحالة (كما يقول بارتلمى) - طبقاً لمبدأ أولى من مبادئ التفسير - أن يأخذ بالتفسير الأول .

(ثانياً) ان هذه المبادئ العليا (غير المدونة في الدستور) اذا كانت لا تقيد السلطة التشريعية فانها مع ذلك تفرض سلطانها هنالك على السلطة التنفيذية ، على الادارة وتقيدها . ذلك هو ما يذكره رجال الفقه الفرنسى عن المبادئ والأحكام الواردة في وثائق اعلان حقوق الانسان ، فهذه الوثائق انما تتضمن بعضاً من تلك المبادئ العليا ولكن الدستور الفرنسى (دستور ١٨٧٥) لم يكن نص عليها بين نصوصه ، ومع ذلك فاننا نجد مجلس الدولة الفرنسى - في مجال البحث عن مشروعية الأعمال الادارية - يبحث عما اذا كانت الأعمال مطابقة لقواعد قانونية عامة لم ينص عليها الا في اعلان الحقوق فحسب (أى أنه لم ينص عليها في الدستور الفرنسى) مثل مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ومبدأ مساواتهم أمام الضرائب (١) .

المبحث الثالث

مشكلة المبادئ العليا في الفقه المصرى

١٩ - الفقه المصرى : لا نعرف بين رجال الفقه في مصر أحداً عالج هذه المشكلة اللهم الا الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهورى .

وفما عداه لا نجد أحداً عرض لها - رغم أهميتها - اللهم الا قليلين أشاروا اليها مجرد اشارة في وجيز العبارة ، لا تكاد تتجاوز بضع كلمات في سطور معدودات : ذلك كان شأن الأستاذين الدكتور عبد السلام ذهنى والدكتور وايت ابراهيم في بحث لها (٢) بعنوان : « الدستور والرقابة القضائية »

(١) لافاريير . القانون الدستورى (طبعة ١٩٤٧) ص ٣٤٥ ونجد الأستاذ Jèze يذكر في مقال له بعنوان :

Valeur Juridique des Déclarations des Droits (Rev. de dr. pub.) 1913 p.688

« ان جميع المبادئ الواردة بوثيقة اعلان الحقوق لها قوة ملزمة على الادارة »

وقد أشير الى هذا المقال في كتاب لافاريير (المرجع السابق) ص ٣٤٥

(٢) منشور في كتابهما " مجموعة رسائل في الأنظمة الدستورية والادارية والقضائية المقارنة "

الرسالة الثانية (طبعة ١٩٣٤) ص ٢٢ وما يليها .

ولم يزد ما ورد لها في ذلك البحث عن مجرد بيان خلاصة لرأى الأستاذ هوريو ، وذلك في ايجاز بلغ حد الاعجاز ! . كما نجد اثنين بعدهما من أساتذة الفقه الدستوى (هما الأستاذان الدكتور عثمان خليل والدكتور سليمان الطهاوى) قد نهجا نهجهما فذكرا عن رأى هوريو ما لا يكاد يختلف شيئاً عما ذكره زميلاهما السابقان (١) .

٢٠ — نظرية الأستاذ الدكتور السهرورى عن « الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية » :

كان الفقيه الكبير — كما قدمنا — أول من عالج فى مصر هذه المشكلة وكان ذلك فى بحث له من طراز ممتاز بعنوان : « مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية » (٢) .

والذى يعيننا هنا من ذلك البحث هو نظريته عن « الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية » اذ نجده فى هذه النظرية قد عرض لتلك المشكلة — ونرى لزماً علينا أن نبدأ أولاً بعرض خلاصة موجزة لها ، ثم بعد ذلك ندلى بملاحظاتنا بصددھا .

كلمة *نمهيبة* : مما يجدر بيانه أولاً أن عيب « الانحراف فى استعمال السلطة » هو العيب المعروف فى الفقه الادارى الفرنسى باصطلاح « *détournement de pouvoir* » أو عيب « اساءة استعمال السلطة » أو « التعسف فى استعمال السلطة » كما يطلق عليه عادة لدى فقهاء القانون العام فى مصر وهذا العيب يشوب القرار الادارى حين ينحرف الموظف — فيما يصدره من قرار — عن الغاية التى رسمھا القانون . وهو عيب لا يقوم الا حين تكون للادارة سلطة تقديرية (*pouvoir discrétionnaire*) لا سلطة محدودة *pouvoir lié*

(١) راجع كتابهما : موجز القانون الدستورى طبعة ١٩٥٣ - ١٩٥٤ ص ٣٢٦

(٢) وهو بحث يقع فى ١١٦ من الصفحات — نشر بمجلة مجلس الدولة عدد يناير ١٩٥٢

ونجد الأستاذ الدكتور السهوري حين يرسم خطة البحث في انحراف السلطة التشريعية انما ينسج على منوال نظرية الانحراف في استعمال السلطة الادارية ، وهي - كما هو معلوم - من النظريات المسلم بها في ميدان القانون الادارى فقهاً وقضاءً (١) .

مقدمة النظرية :

يبدأ الفقيه الكبير أولاً بتحديد المنطقة التي يجوز فيها هذا الانحراف في استعمال السلطة التشريعية فيقول « ان منطقة هذا الانحراف هي المنطقة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية » (٢) - فتي يكون للمشرع هذه السلطة التقديرية ؟ يجيبنا على ذلك « بأن المشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع ، فما لم يقيده الدستور بقيود محددة فان سلطته في التشريع هي سلطة تقديرية ، ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع ، والسلطة المحددة هي الاستثناء »

الواقع أننا نجد أن نطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعي ، وهو النطاق الذي يقع فيه الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

وفما يلي بعض أمثلة نذكرها للمسائل التي نجد فيها للمشرع سلطة محددة ، أو بعبارة أخرى أمثلة لبعض النصوص الدستورية التي ترسم للمشرع سلطة محددة .

من تلك الأمثلة يذكر ما تنص عليه المادة ٩ من الدستور (يقصد دستور ١٩٢٣) على أن « للملكية حرمة ، فلا ينزع عن أحد ملكه الا بسبب المنفعة العامة في الأحوال الميينة بالقانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً »

(١) راجع ص ٥٩ وما بعدها من بحثه السابق ذكره والمنشور بمجلة مجلس الدولة .

(٢) وهو إنما يقول بذلك قياساً على ما هو متبع بصدد الانحراف في استعمال السلطة الادارية إذ أن الانحراف لا يتصور إلا حيث تكون للادارة سلطة تقديرية - راجع صفحة ٦٥ من ذلك البحث .

وما تنص عليه المادة ١٠ من الدستور على أن « عقوبة المصادرة العامة للأموال محظورة » .

وما تنص عليه المادة ١٢ من الدستور على أن « حرية الاعتقاد مطلقة » .

وما تنص عليه المادة ٧ من أنه « لا يجوز ابعاد مصرى من الديار المصرية »

الخ .

فاذا صدر تشريع يجيز ابعاد مصرى عن بلاده ، أو يفرض ديناً أو مذهباً دينياً معيناً على الناس ، أو يبيح المصادرة العامة للأموال ، أو يبيح نزع الملكية لغير المنفعة العامة أو دون تعويض أصلاً أو دون تعويض عادل ، اذا صدر مثل ذلك التشريع كان باطلاً لمخالفته نص الدستور (١) .

معيار الانحراف يجب أنه يكونه معياراً موضوعياً - تقدم القول أنه فيما عدا تلك الحالات القليلة التي ينص فيها الدستور على هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية ، ونطاق هذه السلطة التقديرية هو الذى يقع فيه الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية . فما هو معيار هذا الانحراف ؟

يرى الأستاذ الدكتور السهورى أننا يجب ألا نقبل « الامعياراً موضوعياً محضاً لا يدخله أى عنصر ذاتى (٢) ، ويرر ذلك أمران :

(أولها) أن الواجب هو أن نفرض فى الهيئة التشريعية أنها لا تصدر فى جميع تشريعاتها الا عن المصلحة العامة لاسيما أنها هيئة مشكلة من عدد كبير من الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل وهى هيئة تنوب عن الأمة فيفرض فيها التنكب عن الأغراض الذاتية .

(١) راجع ص ٥٥ ، ٦٦ من البحث المشار اليه للأستاذ الدكتور السهورى .

(٢) العنصر الذاتى يتعلق بتعرف الأغراض والنوايا والغايات التي أضمرتها السلطة التشريعية وقصدت إلى تحقيقها باصدارها تشريعاً معيناً .

أما العنصر الموضوعى هو المصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها المشرع دائماً فى تشريعاته وكذلك الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع معين (ص ٦٧ من ذلك البحث) .

(والأمر الثاني) أن الأولى في نظرية الانحراف في استعمال السلطة التشريعية اتخاذ معيار موضوعي ثابت مستقر لا نخطيء في فهم معناه ولا نختلف في تفسيره فيضفى هذا المعيار على التشريع ثباتاً واستقراراً لا شك في حاجة التشريع اليهما .

فما عسى أن يكون المعيار الموضوعي ؟

« ... بحسبنا (كما يقول الفقيه الكبير) أن نستعرض للمعيار الموضوعي فروضاً خمسة ، وتدرج ونحن نستعرض هذه الفروض الموضوعية بادئين بأقصى حدودها :

الفرض الأول : الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً :

فالتشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة (règle générale et abstraite) فإذا وضع البرلمان تشريعاً ولم يكن هذا التشريع قاعدة عامة مجردة بل كان قراراً فردياً وضع لحالة معينة بالذات كان باطلاً لخروجه عن طبيعة التشريع^(١) فإذا كان البرلمان حين أصدر ذلك التشريع يعلم أنه لن يطبق في الواقع إلا على حالة فردية واحدة فإن التشريع يكون معيماً بعيداً عن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، كما هو الشأن في المثال التالي :

يصدر البرلمان تشريعاً بالغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها ، ثم يعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول ، فهنا قصد البرلمان أن يصدر قراراً إدارياً في صورة تشريع صوري ، بعزل أعضاء هذه الهيئة القضائية ، فالتشريع باطل لأن البرلمان انحرف به في استعمال سلطته التشريعية ، ومعيار الانحراف هنا موضوعي محض إذ لسنا بحاجة إلى الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بهذا التشريع ، وبحسبنا أن ثبت أنه لم ينطبق إلا على حالة فردية بالذات وأن هذا كان واضحاً للبرلمان عند إصداره له (٢) .

(١) وذلك بدهاء في غير الحالات المعنية التي أجاز فيها الدستور للبرلمان بإصدار ذلك القرار الفردي (أي الخاص بحالة معينة) .

(٢) راجع ص ٤٠ ، ٦٩ ، ٧٠ من البحث السابق ذكره .

الفرصة الثاني - مجازة التشريع للفرصة المخصصة الذي رسم له :

هذه حالة من الحالات القليلة ، فقلما نجد الدستور يحدد أو يخصص غرضاً معيناً لتشريع معين ، وأهم تلك الحالات الواردة في الدستور هي الحالات التالية : صون الأمن والنظام العام ، وتأمين سلامة الجيوش وضمان تأمينها في تشريعات الأحكام العرفية ، ووقاية النظام الاجتماعي في كل من تشريعات الصحافة ، والاجتماعات العامة ، والاتفاقات الدولية الخاصة بتسليم اللاجئين السياسيين .

ففي الأحكام العرفية نجد المادة ١٥٥ من الدستور^(١) توجب أن يكون اجراءؤها على الوجه المبين في القانون - وقد صدر قانون وبين هذه الحالات ويستخلص من استقراتها أن الأغراض المخصصة لقوانين الأحكام العرفية تتلخص فيما يلي من الأمور : المحافظة على الأمن والنظام العام ، وعلى تأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها في حالة الحرب .

فاذا صدر عن البرلمان في حالة من هذه الحالات تشريع بالموافقة على المرسوم الصادر باعلان الأحكام العرفية فاضاف هذا التشريع الى الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على اجراء الأحكام العرفية اختصاصات أخرى لا تدخل في هذه الغايات المخصصة تحت ستار أنها تدخل فيها كأن أجاز التشريع للسلطة العرفية تقييد الحريات بدعوى أن التقييد قصد به تحقيق هذه الغايات وكان التقييد بعيد المدى الى حد يجاوز الحاجة ، كان تشريعه متخطياً للغاية المخصصة التي رسمت له ، ومن ثم مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية . ومعيار الانحراف هنا موضوعي ، فيكفي التثبت من أن الاختصاصات الجديدة التي أعطيت للسلطة العرفية تحت ستار أنها تصون الأمن والنظام العام وتسد حاجات الحرب والتموين ، انما تجاوز في حقيقتها ومن ناحية موضوعية محضة ، هذه الغايات المخصصة^(٢) .

(١) نكرر القول وتوجيه النظر الى أن المقصود بكلمة الدستور في بحث الاستاذ الدكتور

السنهوري هو دستور سنة ١٩٢٣

(٢) وكذلك الأمر في الحالات الأخرى التي سبق ذكرها . راجع المادة ١٥ من الدستور حيث تحرم على المشرع أن يجعل للادارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإداري =

الفرصة الثالث - كفالة الحريات والمقصور العائد في حدودها الموضوعية :

تقدم القول أن هناك حريات وحقوقاً عامة مطلقة نص الدستور عليها بحيث لا يجوز أن يصدر تشريع يقيدتها والا كان باطلاً لمخالفته نصوص الدستور (١) .

« أما الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون فإن المشرع قد أُخول في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم على الا ينحرف عن الغرض الذي قصد اليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية . فاذا نقضها المشرع أو انتقص منها ، وهو في صدد تنظيمها كان تشريعه مشوباً بالانحراف ... والمعيار هنا موضوعي فلسنا في حاجة - من أجل أن نتثبت من أن هناك انحرافاً في استعمال السلطة الى الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بالتشريع وقت اصداره ، بل يكفي أن نتبين ، على وجه موضوعي محض أن الحق العام الذي ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التي قصد اليها الدستور .

ويذكر الأستاذ الكبير لذلك بعض الأمثلة منها « ما تنص عليه المادة ٢١ من الدستور على أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات وكيفية استعمال هذا الحق بينها القانون » فلو صدر تشريع ينقض حرية الاجتماعات العامة أو ينقص منها انتقاصاً خطيراً كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية (٢) » .

= «إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي» - والمادة ٢٠ من الدستور التي حظرت على المشرع أن يجعل للادارة الحق في منع الاجتماعات العامة دون قيد إلا إذا اتخذ هذا التدبير « لوقاية النظام الاجتماعي » - والمادة ١٥١ الخاصة بتسليم اللاجئين السياسيين - والمادة ٢٩ الخاصة بعلنية جلسات المحاكم . الخ

(١) راجع ص ٥٦ ، ٥٧ من بحثنا هذا .

(٢) راجع صفحة ٧٤ - ٧٩ من البحث السابق ذكره (للاستاذ الدكتور السهوري) .

الفرصة الرابع - احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة
أو من غير تعويض :

« يحرص الدستور على احترام الحقوق المكتسبة ، فهو لا يسمح أن تمس
في غير ضرورة ، ومن ثم نصت المادة ٢٧ من الدستور على أنه « لا تجرى
أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع
قبله ، ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص » .

« واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد في جذورها الى أعماق القانون
الطبيعي والمبادئ الأساسية للعدالة حتى أن المادة ٢٨ السابق ذكرها لولم تكن
قد وردت في الدستور لوجب مع ذلك اعمال حكمها دون نص بل لما صح
الاستثناء الذي أوردته من جواز أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعي .
فيجوز للقانون على سبيل الاستثناء وبالقدر الذي تدعو اليه الضرورة
أن يشتمل على نص خاص بالأثر الرجعي كما تقرر المادة ٢٧ من الدستور ،
ويلاحظ مع ذلك أن الأسراف في النص على الأثر الرجعي في القانون يعتبر
انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية .

« فالقاعدة التي نبسطها هنا هي أن الأسراف في تقرير الأثر الرجعي
يعد انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية على أنه يلاحظ أنه لا يجوز بالنسبة
للعقوبة أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعي والا كان هذا النص باطلاً
لمخالفته للمادة ٦ من الدستور (١) » .

ثم يستعرض الأستاذ الكبير هذه القاعدة تطبيقات أربعة نكتفي هنا
بذكر واحد منها وهو التالي :

تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي .

(١) تنص المادة ٦ من الدستور : " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . ولا عقاب
إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها " . راجع ص ٧٩ من البحث المشار إليه .

« قدمنا أنه لا يجوز (كما يقول) - بالنسبة الى العقوبة - أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعي ، والا كان هذا النص باطلاً لمخالفته للمادة ٦ من الدستور فاذا احتال المشرع على هذا النص الدستوري بقصد أن يتخطاه ، فأصدر تشريعاً عادياً يخفي عقوبة وجعل لهذا التشريع أثراً رجعياً بنص خاص فقد جعل للعقوبة وهي تحت ستار تشريع عادى أثراً رجعياً ويكون تشريعه مشوباً بالانحراف » .

« الفرصه الخامس - مخالفه التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي ترميها على نصوصه (نظرية القانونه الأعلى) :
وهذه الحالة هي أكثر ما يعيننا من ذلك المقال القيم .

يقول الأستاذ السهوري :

« ان هذا الفرض يفسح فيه مجال الاجتهاد ويكاد المعيار الموضوعى فيه يتاخم المعيار الذاتى ولذلك نسرد هنا محذر أكبر فلا نجزم برأى بل نضع أمام القارئ طائفة من الأفكار لاتزال قابلة للبحث والتمحيص ونلتزم في كل ذلك أن يكون بحثنا موضوعياً مبتعدين عن كل ما يضافى عليه صبغة ذاتية ، ونتمسك أن يكون المعيار في هذا الفرض الخامس هو أيضاً معيار موضوعى » ثم يقول :

« ومن أشد فقهاء القانون العام تحمساً في القول بأن التشريع يجب أن يكون خاضعاً لمبادئ الدستور العليا هو الأستاذ دوجى » .

وبعد أن يأخذ الأستاذ الدكتور السهوري في شرح نظرية دوجى (١)
نجده يعلق على تلك النظرية بقوله :

« ومهما يكن من أمر هذه النظرية الجليلية التي يقول بها دوجى ، فنحن لا نذهب معه الى هذا المدى خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تقلقل

(١) راجع النبذة رقم ١٣٠١٢٠١١ من بحثنا هذا .

واضطراب اذا نحن عمدنا - في استخلاص المبادئ القانونية العليا - الى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتباين عنده المذاهب ، ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئ غير المستقرة ، لذلك كان لا بد لنا أن نقتصر في استخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب أى على نصوص الدستور ، وقد فعلنا ذلك تجنباً للنقاش والجدل وتوخياً للموضوعية التي التزمناها » - ثم يقول « ونكتفى اذن بتقرير أن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهمين على جميع أحكامه ، وهذه المبادئ العليا التي هي روح الدستور تستخلص استخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة .

ولا شأن لنا هنا بمبادئ عليا مجردة ولا بقانون أعلى على النحو الذي ذهب اليه دوجي .

ومتى استخلصنا هذه المبادئ العليا للدستور المصري كان على المشرع المصري أن يلتزمها في تشريعاته وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية . فاذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا كان التشريع باطلا لما ينطوى عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية » ثم يردف ذلك بقوله أنه سيبدأ بأن « يستخلص استحصاً موضوعياً المبادئ العليا للدستور المصري » فيقول :

« دستورنا المصري وهو كما تقول ديباجته » كأحدث الأنظمة الدستورية في العالم وأرقاها تعيش الأمة في ظله عيشاً سعيداً مرضياً . ، وتتمكن به من السير في طريق الحياة الحرة المطلقة ، ويكفل لها الاشتراك العملي في ادارة شئون البلاد والاشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها » . يُعني كأي نظام دستوري راق بالفرد وبالجماعة .

« يُعني الدستور بالفرد - ومن ثم أفرد باباً هاماً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم ، وهو في كل النصوص التي اشتمل عليها هذا الباب انما يخاطب المشرع نفسه ، ويوجب عليه حماية الحريات والحقوق العامة في تشريعاته فيقرر مبدأ المساواة بين المصريين . ثم يقرر مبدأ الحرية الشخصية ، بما يستلزمه

هذا المبدأ من تحريم ضروب الاعتداء على حرية الفرد ، من قبض أو حبس أو توقيع عقوبة أو ابعاد أو تقييد لمظاهر الحرية الشخصية ، وما يستتبعه من حرمة المسكن واحترام السرية في المراسلات . ثم يقرر مبدأ حرية الرأي بما يستتبعه هذا المبدأ من حرية العقيدة وحماية الشعائر الدينية وحرية الصحافة وحرية الاجتماع وحق تكوين الجمعيات . ثم يقرر حرمة الملكية ، فلا ينزع عن أحد ملكه الا بسبب المنفعة العامة وبشرط التعويض العادل ، ولا تجوز المصادرة العامة للأموال .

« ويعنى الدستور المصرى بالجماعة ، أى بالدولة المصرية أمة وحكومة . فيقرر فى مادته الأولى أن مصر دولة ذات سيادة ، وهى حرة مستقلة ، ملكها لا يجزأ ولا ينزل عن شىء منه ، وحكومتها ملكية وراثية ، وشكلها نيابى . ثم يقرر أن جميع السلطات مصدرها الأمة . ويميز بعد ذلك بين السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية والقضائية . فيقرر استقلال السلطة القضائية وبين الارتباط ما بين السلطين التشريعية والتنفيذية ، فهما سلطتان متميزتان متعاونتان .

« هذه هى بعض المبادئ العليا التى يمكن استخلاصها استخلاصاً موضوعياً من نص الدستور وأحكامه ، وقد لخصها الدستور ذاته فى عبارة شاملة ليجعلها مبادئ ثابتة مستقرة لا يجوز أن يرد عليها تنقيح بتعديل أو حذف أو اضافة . فنصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن : « للملك ولكل من المجلسين اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه أو اضافة أحكام أخرى ، ومع ذلك فإن الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى ، وبنظام وراثية العرش ، ومبادئ الحرية والمساواة التى يكفلها هذا الدستور ، لا يمكن اقتراح تنقيحها » . فاذا صدر تشريع عن سلطة تقديرية ، يتعارض مع هذه المبادئ العليا حتى لو لم يتعارض مع نص خاص من الدستور ، فقد قدمنا أن هذا التشريع يكون باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . وقد سبق أن أوردنا بعض التطبيقات لتشريعات تتعارض مع مبادئ الحرية والمساواة ، فلا نعود

إليها . ويبقى أن نورد تطبيقاتاً للتشريعات التي تتعارض مع المبادئ العليا المتعلقة باستقلال السلطة القضائية وبالصلوات القائمة ما بين السلطين التشريعية والتنفيذية في الظروف العادية وفي الظروف الاستثنائية التي تعلن فيها الأحكام العرفية .

ثم يقول أنه سيختار من هذه المبادئ أربعة . على أننا سنقتصر هنا على ذكر اثنين من هذه المبادئ .

« المبدأ الأول يتعلق باستقلال السلطة القضائية . وقد نص الدستور في هذا الصدد في المادة ١٢٤ على أن « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، وليس لأية سلطة في الحكومة التداخل في القضايا » ومن هذا النص يستخلص مبدأ عام جوهرى من المبادئ العليا للدستور هو مبدأ استقلال السلطة القضائية عن كل من السلطين التنفيذية والتشريعية .

« فإذا صدر تشريع ييسط اشرافاً على القضاء يكون من شأنه أن ينتقص من استقلاله ، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . ويتوقف الأمر في ذلك على مدى الاشراف الذى يتقرر . فإذا كان مجرد تنظيم لأعمال القضاء الادارية بما لا يمس استقلاله ، كان التشريع صحيحاً .

« أما اذا كان الاشراف ينطوى على سيطرة حقيقية ، كان في هذا انتقاص لاستقلال القضاء ، وكان التشريع باطلاً . والبطلان هنا ليس لأن التشريع خالف نصاً صريحاً من نصوص الدستور فيما تكون فيه السلطة التشريعية سلطة محددة ، بل لأنه يتعارض مع المبادئ العليا للدستور في أمر يتمتع فيه البرلمان بسلطة تقديرية . فالعيب الذى يلحق التشريع في هذه الحالة ليس هو عيب مخالفة الدستور بل عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

« ومبدأ ثان من المبادئ العليا للدستور هو مبدأ الحصانة البرلمانية . وقد رأينا أن الدستور ينص في المادة ١٠٩ على أن « لا يجوز مؤاخذه أعضاء البرلمان بما يبدون من الأفكار والآراء في المجلسين » .

ولكن إذا صدر تشريع يحرم على أعضاء البرلمان اعتناق مذهب معين أو القول برأى معين ، تحكماً من أغلبية أعضاء البرلمان في أقليتهم . ففي هذه الحالة يكون التشريع باطلا لا مخالفته للدستور ، بل لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية » (١)

الى هنا ننهى من بيان خلاصة لذلك البحث القيم قدمناها على تلك الصورة الموجزة المركزة ، كما تجمع في بعض الجيوب الطيبة خلاصة مواد أو عقاير كيميائية .

والآن ننقل من عملية التركيز الى عملية التحليل .

٢٢ - ملاحظاتنا على نظرية الأستاذ الدكتور السنهوري

(١) أوجه الشبه بين هذه النظرية وعبء « الانحراف في استعمال السلطة

التأسيسية المنشأة » .

هذه النظرية تعد مشابهة - الى حد كبير - لما هو معروف في الفقه الفرنسى باسم *La fraude à la constitution* « ادخال الغش على الدستور » أو - كما نؤثر تسميته - « الانحراف في استعمال السلطة التأسيسية المنشأة » والفكرة عن هذا العيب حديثة في الفقه الفرنسى لم تعرف لدينا بعد في الفقه المصرى (٢) .

١ - ويجدر بنا أولاً أن ننبه القارئ الى أن هذا العيب لا ينسب الى السلطة التشريعية (كما هو الشأن في نظرية الأستاذ السنهوري) وإنما ينسب

(١) راجع ص ٩١ - ١١٦ من ذلك البحث .

(٢) وكان أول من استعمل هذا الاصطلاح " *la fraude à la conts.* " لوصف هذا العيب هو الأستاذ *Liet - Veaux* في مقال له نشره بهذا العنوان بمجلة " القانون العام " *Rev. de dr. publ.* الباريسية سنة ١٩٤٢ عدد ١٩٤٢ ص ١١٦ - وقد أشار الأستاذ بيردو في كتابه " مطول علم السياسة " الجزء الثالث ص ٢٦٤ وما بعدها .

الى السلطة التي ينشئها الدستور وينيط بها اختصاص النظر في أمر تعديله ،
ويطلق الفقهاء الفرنسيون على تلك السلطة le pouvoir constituant institué^(١).

أما السلطة التأسيسية التي تضع الدستور فيطلق عليها : le pouvoir cons- tituant originaire أى السلطة التأسيسية الأصلية ، ومن المبادئ المقررة أن هذه السلطة لا تتقيد - في مزاوتها اختصاصها - بقيد ما ، سواء من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ، فهي سلطة مستقلة لأنها تعد أداة التعبير عن ارادة صاحب السيادة (الذى هو - في البلاد الديمقراطية - الأمة) ويترتب على ذلك الاستقلال أنه لا توجد - فيما يتعلق بأساليب وضع الدستور أو نشأته - أساليب ثابتة جامدة يجب على السلطة التأسيسية اتباعها ، فالمسألة هي مسألة ظروف سياسية ومسألة الفكرة السائدة عن النظام السياسى (أى الدستورى) الذى يراد وضعه للبلاد ، ونطاق اختصاص هذه السلطة التأسيسية الأصلية إنما يحدد مدها نزولاً على ارادتها وحدها^(٢) .

أما السلطة التأسيسية المنشأة فشأنها غير ما تقدم ، اذ هي - في جوهرها سلطة مقيدة أو محددة un pouvoir limité - على أن هذه المسألة لا تزال موضع خلاف بين رجال الفقه الفرنسى : فهم يختلفون فيما اذا كان يجوز لهذه السلطة أن تقرر الغاء الدستور القائم ووضع دستور آخر جديد مكانه . وهذا الخلاف يصدر فى الواقع عن بواعث سياسية ، ولكننا اذا نظرنا الى هذه المسألة - فيما يرى الأستاذ بيردو - بعيداً عن تلك البواعث فاننا لا يمكن أن نسلم الا بالرأى القائل أنها سلطة مقيدة أو محددة - وتأيداً لهذا الرأى يقدم الأستاذ بيردو الأسانيد التالية :

(١) وهذه السلطة نجدها فى كثير من الدول عبارة عن البرلمان ذاته ولكنه حين يريد ادخال تعديل على الدستور - إنما يجتمع بصفته سلطة تأسيسية (لا تشريعية) وفى هذه الحالة تشترط فى انعقاده وفى طريقة التصويت شروط واجراءات أشد تعقيداً مما تشترط حين يراد منه النظر فى القوانين العادية .

(٢) بيردو . مطول علم السياسة Traité de la sc. politique الجزء الثالث (طبعة ١٩٥٠)

(أولاً) أن لهذه الهيئة (أى السلطة التأسيسية) المنشأة مهمة معينة وهي أنها تعد « سلطة التعديل للدستور » pouvoir de revision — وهذه الهيئة إنما تستمد من الدستور نشأتها وسلطتها ، ، فهي إذا أقدمت على الغائه فانما تلغى أساس أو مصدر سلطتها .

(ثانياً) أن أسلوب التعديل (أى الأسلوب الذى ينص الدستور على وجوب اتباعه حين يراد تعديله) هو أمر من الأمور المتصلة اتصالاً وثيقاً بنظام الحكم الذى قرره الدستور ، والمتصلة بالمبادئ الفلسفية السياسية التى صدر ذلك النظام على أساسها ، لذلك كان طبيعياً — سواء من الناحية الأدبية أو من الناحية القانونية — الا يكون لتلك الهيئة الحق أن تضع دستوراً جديداً تسيطر عليه روح ومبادئ تغاير تلك التى سيطرت على الدستور الذى تستمد منه تلك الهيئة نشأتها وسلطتها ، والا كان تصرف تلك الهيئة مشوباً بعيب الانحراف فى استعمال السلطة (١) .

٢ — أما وقد انتهينا من تلك الكلمة التمهيدية الضرورية فاننا نعود الى بيان المقصود بذلك العيب الذى يطلق عليه الفقه الفرنسى عيب « ادخال الغش على الدستور » والذى آثرنا أن نطلق عليه عيب « الانحراف فى استعمال السلطة التأسيسية المنشأة » (٢) .

(١) بيردو مطول علم السياسة ج ٣ ص ٤٤٨ - ٢٥٠

(٢) ملحوظة — مما يجدر هنا الاشارة اليه اننى قد اعتدت أن أتبادل وجهات النظر كتابة (بصدد الملاحظات التى أبدتها فى بحوثى المتعلقة بمشاكل الفقه الدستورى) مع الأستاذ بيردو Burdeau أستاذ القانون الدستورى بجامعة باريس والمنتدب مديراً لمعهد الدراسات الفرنسية العليا بالقاهرة (وقد كان مندوباً كذلك للتدريس بقسم الدكتوراه بكل من كليتى الحقوق بجامعة القاهرة والاسكندرية) وهو — فيما أعتقد — يعد كبير أساتذة القانون الدستورى فى فرنسا بل وفى القارة الأوروبية فى الآونة الحاضرة . — وان الذى يهمنى هنا ذكره هو أنه أبدى موافقته التامة على اقتراحى بتغيير تسمية العيب المعروف فى الفقه الفرنسى بعيب « ادخال الغش على الدستور » ، فكتب إلى (وكان ذلك عام ١٩٥٦) رسالة يقول لى فيها :

Votre expression " détournement de pouvoir constituant institué " me paraît en effet excellente.

ويجدر بنا أن نذكر أن الحالات التي ارتكب فيها هذا العيب - فيما بينه
لنا التاريخ - كانت في عهد ثلاث حركات ذات صبغة ثورية ونزعة
دكتاتورية : تلك كانت الحركة الفاشيستيية في إيطاليا ، والحركة النازية
في ألمانيا ، و« الثورة القومية » لسنة ١٩٤٠ في فرنسا (١) .

وتتلخص الطريقة التي حدث بها ذلك العيب - كما سجلته تلك الأحداث
التاريخية - فيما يلي :

بعد أن تصل إحدى الجماعات أو الهيئات إلى كراسي الحكم بأساليب
مشروعة نجدها تعمد إلى استعمال وسائل الضغط على الهيئة المنوط بها تعديل
الدستور لحمل هذه الهيئة على تغيير مبادئ الدستور تغييراً جوهرياً أي تغييراً
شاملاً ، أو على وضع دستور جديد بدلاً من الدستور القائم (٢) ، فتقوم
تلك الهيئة بذلك العمل مع اتباع الاجراءات والشروط الشكلية الدستورية
ولكن ذلك التعديل يتم مخالفاً للروح التي سيطرت على الدستور حين وضعه
اذ أن التعديل إنما يهدف في جوهره إلى تغيير الروح أو المبادئ الأساسية
التي تسيطر على الدستور ، كأن يغير الدستور مثلاً من دستور ديموقراطي
يقوم على أساس احترام مبدأ الفصل بين السلطات ، إلى دستور له نزعة
دكتاتورية تتركز به السلطة في يد فرد واحد (أي أنه ينكر مبدأ الفصل بين
السلطات) .

(ب) بعض وجهه النقد

هذه النظرية - فيما سبق البيان - بلغ بها صاحبها من عمق البحث ودقته
أسمى مكان . على أنها مع ذلك - كما هو الشأن عادة في كل جديد من الآراء

= كما أنه أيد الملحوظة التي سبق أن أديتها (بصفحة ٣٠ بالهامش رقم ٢) من أن اصطلاحات
« قانون موضوعي » و« قانون أعلى » و« قاعدة قانونية » تعتبر مترادفات لدى دوجي .

(١) يطلق اصطلاح « الثورة القومية » على الحركة التي قام بها المارشال بيتان في فرنسا
عقب دخول الألمان باريس أبان الحرب العالمية الأخيرة وتولى بيتان لرئاسة الدولة الفرنسية في الجزء
غير المحتل (بالألمان) من الأراضي الفرنسية ؛ وكان يقصد بذلك « الثورة » ذلك الانقلاب
العظيم الذي أحدثه بيتان في الأنظمة السياسية والاجتماعية .

(٢) بيردو - مطول علم السياسة ج ٣ ص ٤٤٨ وما بعدها .

والنظريات - لا يسلم ببيانها من بعض الثغرات ، أو بعبارة أخرى لا ينجو من بعض المنافذ التي تنفذ سهام النقد منها .

فأرد : يطلق صاحب هذه النظرية وصف « المبادئ العليا للدستور » على ماورد في الدستور من أحكام تتصل بشكل الحكومة النيابي البرلماني ، وبمبدأ فصل السلطات ومبادئ الحرية والمساواة وغير ذلك مما يوصف عادة « بالمبادئ الأساسية » أو « المبادئ الدستورية العامة » في بلاد الديمقراطية الكلاسيكية (الغربية) (١) أما « المبادئ العليا » للدستور فهي تلك المبادئ التي لا نجددها في الدستور ذاته انما نجد مكانها خارج الدستور وفي الوقت ذاته تعد أعلى من الدستور ، أى أنه يجب أن تخضع الدستور لها وأن يدين باحترامها وان لم تكن مدونة فيه ، كما هو شأن « القاعدة القانونية » أو « القانون الأعلى » في نظرية دوجي (٢) ، وكما هو شأن « الحقوق الطبيعية » لدى أصحاب نظرية القانون الطبيعي والمذهب الفردي (٣) .

ونجد الأستاذ الكبير صاحب هذه النظرية يطلق - بوجه خاص - وصف « المبادئ العليا » على تلك المبادئ والأحكام التي نصت عليها الفقرة الأخيرة للمادة ١٥٦ من دستور ١٩٢٣ (كشكل الحكومة النيابي البرلماني ونظام وراثه العرش ومبادئ الحرية والمساواة) وذلك لأن هذه الفقرة قد حرمت امكان اقتراح ادخال أى تنقيح أو تعديل على تلك المبادئ والأحكام (٤) .

ولكن يبدو لى أنه قد فات الأستاذ الكبير - كما فات أساتذة الفقه الدستوري المصري جميعاً - أن هذه الفقرة ليست ذات قيمة سواء من الناحية العملية (السياسية) أو من الناحية القانونية ، أى أنها تعد باطله قانونا .

(١) راجع بحث الأستاذ الدكتور السهورى ص ٩١ - ١١٦

(٢) راجع نبذة ١١ من هذا البحث .

(٣) راجع نبذة ٩ من هذا البحث .

(٤) تنص المادة ١٥٦ من ذلك الدستور على أن : « للملك ولكل من المجلسين اقتراح

تنقيح هذا الدستور أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه أو اضافة أحكام أخرى ، ومع ذلك فان الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني وبنظام وراثه العرش وبمبادئ الحرية والمساواة التي يكفلها هذا الدستور لايمكن اقتراح تنقيحها .

ذلك هو - كما قدمنا - شأن النصوص الدستورية التي تحرم تنقيح أو تعديل بعض مواد الدستور تحريماً مطلقاً . ان أمثال تلك الفقرة ما هي الا « مجرد أماني des simples voeux - على حد تعبير الأستاذ بارتلمى - دون أن يكون لها أية قيمة قانونية » (١). ذلك هو الرأي السائد في فقه القانون العام الفرنسى (٢) وقد سبق أن عاجلنا هذه المسألة وتوليننا شرحها تفصيلاً (٣) .

(ثانياً) نجد الأستاذ الدكتور السنهورى بصدد كلامه عن « الفرض الثالث - كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية » ، نجده يقول : « ان هناك حريات وحقوقاً عامة مطلقة لاتقبل التقييد أو التنظيم .. مثل حظر المصادرة العامة للأموال وحرية المعتقدات ، فهى مطلقة » « فلو صدر تشريع يقيدها (كما يقول) كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور » . وهذا صحيح . ولكنه يردف ذلك بقوله :

« أما الحريات والحقوق العامة التي نص الدستور على تنظيمها بقانون ، فقد سبقت الاشارة الى أن المشرع قد خول في شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم على ألا ينحرف عن الغرض الذى قصد اليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية . فاذا نقضها المشرع أو انتقص منها ، وهو في صدد تنظيمها ، كان تشريعه مشوباً بالانحراف » ثم يذكر لذلك عدة أمثلة منها ما تنص عليه المادة ٢١ من الدستور على أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وكيفية استعمال هذا الحق بينها القانون » ثم يقول الفقيه الكبير أنه « يكون باطلاً للانحراف أى تشريع ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات فينتقص تحت ستار التنظيم هذا الحق او ينتقص منه

(١) بارتلمى . القانون الدستورى (طبعة ١٩٣٣) ص ٢٣١

(٢) بارتلمى المرجع السابق ص ٢٣٠ وما بعدها ، ولافايرير : القانون الدستورى

ص ٢٢٨ وما بعدها .

(٣) راجع نبذة ١٦ هـ ٣ من بحثنا هذا وراجع ص ١٠٤-١٠٨ من كتابنا « الوسيط » -

وقد عاجلنا هذه المسألة بتفصيل أوفى في كتابنا « المفصل فى القانون الدستورى » . (طبعة

١٩٥٢) الجزء الأول ص ١٤٨ - ١٥٦

انتقاصاً خطيراً . أما اذا صدر تشريع ينص على سلب المصريين حق تكوين الجمعيات في ناحية أو في أخرى كان هذا التشريع باطلا لمخالفته لنصوص الدستور» (١) .

أما القول بأن «التشريع الذى ينص على سلب المصريين هذا الحق يكون باطلا لمخالفته لنصوص الدستور» فهذا قول صحيح لا سبيل للجدل ولا للريب فيه . (وقد سبق لنا أن أشرنا الى رأى للأستاذ العميد هوريو بهذا الصدد) (٢) .

أما القول بأنه «اذا صدر تشريع ينتقص من تلك الحرية أو ذاك الحق انتقاصاً خطيراً فإنه يكون تشريعاً باطلا للانحراف في استعمال السلطة التشريعية» فان هذا قول لا يمكن أن نسلم بصحته . فالدستور حين ينحول للمشرع حق «تنظيم» حرية من الحريات انما ينحول له الحق في أن «ينتقص» من هذه الحرية فان من له حق «التنظيم» لاحدى الحريات كان له حق وضع «قيود» على تلك الحرية ، والقيود تنطوى بداهة على «الانتقاص» من هذه الحرية . أما القول بأنه يجب ألا يكون «انتقاصاً خطيراً» والا عد التشريع معيباً بعبء الانحراف فهنا يصح لنا أن نتساءل : متى يعد ذلك الانتقاص «خطيراً» ؟ وأين هو «المعيار الموضوعى» الذى يمكن اتخاذه لقياس أو لوزن مبلغ «خطورة» ذلك الانتقاص ؟ الواقع أنه حين يقرر أحد الدساتير أو احدى وثائق «اعلان للحقوق» Déclaration des Droits «مبدأ» حرية من الحريات ، ثم ينحول المشرع حق «تنظيم» هذه الحرية ، فان المشرع ليس عليه — من الناحية القانونية — سوى قيد قانونى واحد هو عدم الغاء أو هدم تلك الحرية (أو على حد تعبير الأستاذ السهورى : عدم سلب هذه الحرية) (٣) . أما ما عدا ذلك

(١) راجع ص ٧٤ - ٧٧ من البحث المذكور .

(٢) راجع ص ٤٣ من بحثنا هذا .

(٣) وذلك ما لم تكن هناك قيود أخرى نص الدستور عليها وفرض على المشرع

من قيود فانها قيود «سياسية» بحتة ، يرجع الأمر فيها للبرلمان وحده تحت رقابة الرأى العام وحده ، ويؤيد وجهة نظرنا هذه الأستاذ بـردو . (1) G. Burdeau .

فاننا اذا قررنا للقضاء سلطة النظر فيما اذا كان التشريع «ينتقص» من احدى الحريات انتقاصاً «خطيراً» أو غير خطير فان القضاء فى هذه الحالة انما يخرج عن نطاق مهمته وهى النظر فى «رقابة المشروعية» (contrôle de légalité الى النظر فى «رقابة الملاءمة» (contrôle de l'opportunité) أى رقابة سياسة التشريع ، وليست هذه مهمة القضاء .

(ثالثاً) يذكر الأستاذ الدكتور السهورى بعض أمثلة لتشريعات يعدها مخالفة لروح الدستور لا لنصوصه ، ومن ثم يكون بطلان التشريع راجعاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية لا لمخالفته لنصوص الدستور . ولكن الواقع - فيما يبدو لنا من فحص تلك الأمثلة المذكورة - أن التشريع يخالف نص الدستور لا روحه ، ومن ثم يكون بطلان التشريع راجعاً لمخالفته نص الدستور لا لانطواء التشريع على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، ولهذا التفرقة بعض الأهمية كما سنبين . وحسبنا هنا أن نقتصر على اثنين من تلك الأمثلة المذكورة :

المثال الأول : يذكر مثال المادة ١٠٩ من الدستور التى تنص على أنه «لابجوز مؤاخذة أعضاء البرلمان بما يبدون من الأفكار والآراء فى المجلسين» ثم يذكر أنه إذا صدر تشريع «يحرم على أعضاء البرلمان اعتناق مذهب معين أو القول برأى معين تحكماً من أغلبية أعضاء البرلمان فى أقليتهم ففى هذه الحالة يكون التشريع باطلاً لا لمخالفته للدستور بل لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية» (٢) .

(١) ذلك ما ذكره لى برسالة وردت لى منه (بتاريخ ١٨ مارس عام ١٩٥٦) بمناسبة ما كتبه له عن رأى بهذا الصدد .

(٢) راجع ص ١٠٦ ، ١٠٧ من بحثه السابق ذكره .

ولكن بطلان التشريع هنا - فيما يبدو لي - إنما يرجع لمخالفته لنص الدستور لا لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . إذ أن نص تلك المادة (١٠٩) إنما ينطوي على مانع من موانع العقاب على ما يديه العضو في المجلس من « الأفكار والآراء » ، وهذا التشريع يعاقب العضو من أجل « القول برأى معن » . فهذا التشريع يعد إذاً مخالفاً لنص الدستور (في مادته ١٠٩) مخالفة بينة .

المثال الثاني : يذكر مثال المادة ٢٠ من الدستور التي حظرت على المشرع أن يجعل للادارة الحق في منع الاجتماعات العامة الا في حالة واحدة نصت عليها تلك المادة في فقرتها الأخيرة وهي حالة « وقاية النظام الاجتماعي » ثم يقول الفقيه الكبير أنه « اذا صدر تشريع يجيز منع الاجتماعات العامة لأسباب لا تدخل في وقاية النظام الاجتماعي وان كانت تدخل في حفظ الأمن والنظام كان هذا التشريع مجاوزاً لغايته المخصصة ، وكان التشريع باطلاً لما شابه من الانحراف » (١) .

والرأى عندي أن بطلان مثل هذا التشريع إنما يرجع لمخالفته لنص الدستور ، فلا يصح إذاً أن يوصف بأنه بطلان للانحراف ، فالحالة الوحيدة التي أجاز فيها الدستور صدور تشريع بمنع الاجتماعات العامة وهي حالة « وقاية النظام الاجتماعي » قد نص عليها في الدستور ، فالتشريع الذي يجيز ذلك المنع في غير هذه الحالة الوحيدة المنصوص عليها في الدستور يعد إذاً مخالفاً لنص الدستور .

ولا عبرة بما قد يعترض به من أن هنالك - في هذا المثال الأخير - الى جانب مخالفة النص ، انحراف في استعمال السلطة التشريعية . ولكننا اذا سلمنا جدلاً بذلك فانه يجب ألا تفوتنا ملاحظة أن عيب الانحراف قد جعل - كما يقول الأستاذ السهوري - بمثابة « طريق طعن احتياطي

(١) راجع ص ٦٣ ، ٧٤ من بحثه السابق ذكره .

في التشريع ، شأنه في ذلك شأن التعسف في استعمال السلطة الادارية» (١) —
ومن ناحية أخرى فانه اذا كان القضاء المصرى (وبخاصة القضاء الادارى)
قد اتجه الى الأخذ بالرأى القائل باختصاصه بالنظر في دستورية القانون
وأنه يقضى بعدم تطبيق القانون المخالف لنص الدستور ، فان القاضى
قد يتردد كثيراً في الأخذ بهذا الرأى الجديد القائل ببطلان التشريع في حالة
الانحراف ، لذلك كان من الأوفق ومن الخير أن نعد مثل ذلك المثال السابق
حالة من حالات البطلان لمخالفة النص لا البطلان للانحراف .

خاتمة

اننا حين نعمل على أن يكون التشريع متفقاً لامع نصوص الدستور
فحسب ، بل كذلك مع روحه ، مع المبادئ أو الفلسفة السياسية والاجتماعية
أو المبادئ الدستورية العليا التى تسيطر على الدستور ، أى التى وضع
مستوحياً اياها والتي سار واضعوه على هداها ، اننا حين نفعل ذلك فانما
نضيف عماداً جديداً الى تلك الأعمدة التى تقام لحماية الدساتير من العبث
بأحكامها ، وصيانة الحريات من انتهاك حرمانها ، اننا حين نفعل ذلك
انما نعمل من أجل هدف نبيل ، ليس الى الشك في أمره من سبيل .

ولكن هذا السبيل الذى نسير فيه من أجل ذلك الهدف ، وعر يعتوره
الخطر ، لذلك لزم اجتيازه بحذر . ذلك أننا حين نُنيط مهمة تلك الرقابة بهيئة
قضائية ، فأنها ستخرج في الغالب من الحالات من ميدان رقابة المشروعية
contrôle de légalité الى رقابة الملاءمة ، أى أن القاضى سيخرج من حدود مهمته
الفنية القضائية ليدخل حدود الميدان السياسى : ميدان رقابة السياسة التشريعية
للدولة أى القيام بمهمة من شئون الحكم لامن شئون القضاء. وهذا هو ما حدث
فعلا في الولايات المتحدة الأمريكية ، وما عابوه على المحاكم هنالك (وعلى
رأسها المحكمة الاتحادية العليا) حين اتجهت منذ أواخر القرن الماضى الى بسط
رقابتها على دستورية القوانين ليس فحسب في حالة مخالفتها لنصوص

(١) راجع ص ١١١ من بحثه المشار اليه .

الدستور ، بل كذلك في حالة مخالفتها لروح الدستور ، أى في حالة انحراف السلطة التشريعية في استعمال سلطتها ، حتى أن الكثيرين أطلقوا على الحكومة هنالك « حكومة القضاة » ، وعلى التشريع « التشريع القضائي » *législation judiciaire* ، وكما وصف رجال القضاء بأنهم « اوليجارشية قضائية » ؛ - وهذا المسلك من جانب المحاكم لقي من رأى العام الأمريكى موقفين مختلفين : اذ طرب له أولاً ثم اضطرب له أخيراً حتى عدل ذلك القضاء عن مسلكه ، وقبع في منسكه ، واليكم بيان ما أوجزنا ، تفسيراً وتفصيلاً :

١ - مجرد بنا (أولاً) أن نذكر أن نصوص الدساتير - لاسيما فيما يتعلق بالحرريات - انما ترسم عادة بصورة عامة - الخطوط الرئيسية للفلسفة السياسية والاجتماعية التي يجب أن تستوحها سياسة الدولة التشريعية وكذلك نجد الدساتير تترك للمشرع قسطاً وافراً من الحرية حتى تستطيع أن تتلاءم تشريعاته مع الظروف الجديدة المتغيرة التي قد لا تكون أحياناً داخلية في دائرة حسابان واضعى الدستور حين وضعه .

لذلك نجد نصوص الدساتير بهذا الصدد قلماً تفرض على المشرع قيوداً معينة محددة ، انما نجد تلك النصوص تصاغ عادة في صيغة عامة لا تتضمن شيئاً من بيان كنه تلك الحرية المنصوص عليها ولا بيان الشروط والحدود التي يجب مراعاتها سواء من جانب المشرع أو من جانب الأفراد ، وبياناً لما قدمنا نذكر الأمثلة التالية : المادة ٤ من الدستور (١) التي تقتصر على مجرد النص : « الحرية الشخصية مكفولة » وما تنص عليه المادة ١٤ « حرية الرأى مكفولة ، ولكل انسان الأعرب عن فكره ... في حدود القانون » ، والمادة ١٥ التي تنص على أن « الصحافة حرة في حدود القانون » الخ .

فأمثال هذه النصوص التي نجدها في الدساتير لا يمكن أن نجد أمثالها في القوانين ، فالقوانين لا تنتهج مثل هذا النهج الذي تسلكه الدساتير ،

(١) يجب الا يفوتنا أن مواد الدستور المذكورة في هذا البحث انما تشير إلى دستور سنة ١٩٢٣ وهو الدستور الذي كان لا يزال قائماً في الفترة التي نشر فيها الأستاذ الدكتور السهورى بحثه المشار اليه .

أى أننا عادة لا نجد القوانين تتضمن نصوصاً من طراز هذه النصوص العامة ولا نجد القانون يترك للسلطة الادارية بيان الحدود والشروط التي يجب مراعاتها وغير ذلك من الأحكام الضرورية من أجل اعمال نص القانون وتطبيقه . لذلك كان قياس حالة الانحراف في استعمال السلطة التشريعية على حالة الانحراف في استعمال السلطة الادارية قياساً مع الفارق . ولعل في ذلك تفسير تلك الظاهرة التي نلاحظها وهي أن أحداً من رجال فقه القانون العام الفرنسي لم يعالج موضوع الانحراف في استعمال السلطة التشريعية بينما تزخر مؤلفاتهم ببحث موضوع الانحراف في استعمال السلطة الادارية .

٢ - ونضيف الى ما تقدم أن تلك الفلسفة السياسية الاجتماعية أو تلك المبادئ الدستورية العليا ليست من المسائل البينة كل البيان بل هي عادة يحيط بكنهها غير القليل من الغموض ، ثم أن مدلولها هو دائماً متغير ، متطور (١) .

٣ - ثم ان السلطة التشريعية تخرص عادة على عدم مخالفة الدستور مخالفة ظاهرة صريحة والا أثارت الرأي العام ضدها ، فالتشريع الذي يطعن فيه لمخالفته للدستور (سواء كانت المخالفة لروح الدستور أو حتى لنصه) انما يكون عادة في الحالات التي يشوبها الكثير من اللبس والغموض ، أى الحالات التي يمكن أن يتستر فيها ذلك الانتهاك لحرمة الدستور (٢) .

(١) هذه الملحوظة ليست موجهة الى رأى الدكتور السهورى بالذات ، إذ أنه كما يقول «إنما يقتصر في استخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب أى على نصوص الدستور» ، على أنه رغم ذلك نجده يرى في هذه الحالة أنه «يكاد المعيار الموضوعى يتأخم المعيار الذاتى» - ثم يردف ذلك بقوله : «ولذلك نسير هنا بحذر أكبر ، فلا نجزم برأى ، بل نضع أمام القارئ طائفة من الأفكار لا تزال قابلة للبحث والتمحيص الخ» (ص ٩١ من البحث المذكور) .

(٢) راجع بيردو : مطول علم السياسة ج ٣ ص ٤٣٣ حيث يقول : «إن المشرع يحرص دائماً على ألا يخالف الدستور مخالفة صريحة» .

٤ - اذا عرفنا ذلك كله تبين لنا بجلاء أنه حين يعمد رجال القضاء الى استجلاء روح الدستور أو تلك المبادئ الدستورية العليا (غير المدونة في الدستور) ، حين يدخلون ذلك الميدان فانما يفتحون أمامهم باب التقديرات الشخصية والزعات الخاصة السياسية ، وسينتهي الأمر الى احوال الرأى السياسى للقاضى مكان الرأى السياسى للمشرع ، أى أن الأمر سينتهى الى اعتداء من جانب السلطة القضائية على السلطة التشريعية ، أى الى انتهاك لحرمة مبدأ سيادة الأمة ومبدأ فصل السلطات معاً .

٥ - ثم أنه مما تجدر ملاحظته أن رجال القضاء بحكم طبيعة مهنتهم وطابع عقليتهم والمستوى الاجتماعى لبيئتهم ، نجد نزعة محافظة تسيطر عليهم ، وهى نزعة من شأنها أن تعرقل حركة تطور التشريع .

٦ - مثال الولايات المتحدة الأمريكية ، وذلك الذى نخشى حدوثه هو ما حدث فعلا فى أمريكا حين وجدنا المحاكم هناك (وعلى رأسها المحكمة الاتحادية العليا) قد اتجهت منذ عام ١٨٩٠ الى مد رقابتها على حالة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية (أى حالة مخالفة القوانين لروح الدستور أو المبادئ الدستورية العليا) ، فوجدنا القضاء هناك يقف مدى الحسين من السنين (لاسيا فى عهد الرئيس فرانكلين روزفلت) فى وجه سياسة البرلمان (الكونجرس) والحكومة التى كانت تتجه الى صبغ التشريع بصبغة اشتراكية ، وكانت معارضة القضاء لهذا الاتجاه يبدو فى صورة ما يصدره من أحكام بعدم دستورية تلك التشريعات ذات النزعة الاشتراكية ، وكانت تلك المحاكم تستند فى أحكامها الى روح الدستور الأمريكى ذى النزعة « الفردية » individualiste ، وهى نزعة تتنافى مع الاشتراكية (١) .

فاتخذ القضاء هناك من رقابة دستورية القوانين سلاحاً مهد له - على حد تعبير الأستاذ بيردو la suprématie politique ، وأستأثر القضاة لأنفسهم ببعض سلطات الحكم .

(١) بيردو المرجع السابق ص ٤٣٣

وقد كان جمهور الشعب هناك يؤيد في البداية (أى في أواخر القرن الماضي) ذلك الاتجاه الذى اتجه اليه القضاء الأمريكى إذ كان يرى فيه حماية له (أى لجمهور الشعب) من بعض تشريعات كانت تهيء للحكومة التدخل فى الميدان الاقتصادى تدخلا عده الأفراد ضاراً بهم لاعتبارهم اياه نوعاً من المنافسة - من جانب الحكومة - لهم فى ميدان النشاط الاقتصادى ، ولكن حدث فى السنوات الأخيرة (لأسيما فى عهد الرئيس فرانكلين روزفلت) أن وقفت المحاكم موقف المعارضة من تشريعات إصلاحية ذات نزعة اشتراكية (٢) وقد كان جمهور الشعب يرحب بتلك القوانين ، لذلك ثار الرأى العام ضد موقف القضاء (أو بعبارة أوضح وأوضح : ضد قضاء المحكمة الاتحادية العليا) ، وقد تردد صدى تلك الروح (التي سادت الرأى العام) فى البرلمان الأمريكى ، حتى أن الرئيس روزفلت هدد باستصدار بعض تشريعات معينة تتعلق بكيفية تكوين تلك المحكمة العليا ، وقد كان لذلك كله أثره فى حمل القضاء على تغيير موقفه (٣) .

المقصود - اننا اذا كنا نوافق على مبدأ رقابة انحراف السلطة التشريعية فان الأوفق - فيما أرى - نظراً للاعتبارات التي تقدم بيانها ، أن توكل مهمة هذه الرقابة إلى هيئة أخرى غير المحاكم العادية . إلى هيئة يقرر الدستور انشاءها على أن يراعى فى تكوينها أن تجمع بين عناصر قضائية ، وعناصر سياسية غير ذات صبغة حزبية أى من رجال معروفين باستقلال الرأى . وليس هنا مقام الكلام تفصيلاً عن بيان كيفية تكوين مثل هذه المحكمة الدستورية العليا .

(١) بيردو المرجع السابق ص ٣٩١ ، ٣٩٢

(٢) وحسبنا أن نشير إلى ما صدر من أحكام تلك المحكمة العليا عام ١٩٣٥ ، ١٩٣٦ .

إذ حكمت بعدم دستورية القانون الصادر بالانعاش الاقتصادى

National Industrial Recovery Act

بيردو . المرجع السابق ص ٢٩٩ ، ٤٠٠

(٣) بيردو المرجع السابق صفحة ٤٠١

ولسنا بحاجة الى القول أن مثل هذه الهيئة لا يمكن بداهة أن يقتصر اختصاصها على مجرد النظر في حالة انحراف السلطة التشريعية في استعمال سلطتها ، فن الطبيعي كذلك - بل وقبل ذلك - أن تختص بوجه عام بالنظر في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين .