



الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق

كلية الحقوق - قسم القانون العام

مبدأ تدرُّج القواعد القانونية

دراسة مقارنة

رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالب

غيث نجيب غيبة

إشراف الدكتور

باسم عزو

المدرِّس في قسم القانون العام

كلية الحقوق / جامعة دمشق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَأٍ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾

صدق الله العظيم

(يوسف: الآية ٢٠)

الإهداء

إلى من أدى الأمانة وبلغ الرسالة . . .

إلى من شق لي بعطائه الخصب وتقانيه المشمر دروب الحياة

وحيكت بين أسطر دعواته ومرضاه فصول النجاة .

أبي

إلى من غرست حباً لله في فؤادي ومرسخت عقيدة التوحيد في أعماقي

بين يديك كبرت ، وفي دفي قلبك احتميت ، ومن كفيك طُهرتُ امرتويت

لا كلمات تسعف ولا اقتباس ينصف .

أمي

إلى عوني بعد الله وأجمل هدية من رب البرية

مرفاق الطفولة ، وعضد الرجولة .

إخوتي

إلى مرفاق العلم والسلاح .

نرملاتي في كلية الحقوق وقوى الأمن الداخلي

شكر وتقدير

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على كريم فضله وحسن توفيقه في إنجاز هذا البحث المتواضع ، أتسارع بالشكر والتقدير للدكتور باسم عزو الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الرسالة ، فكان نعم المرشد ونعم الدليل ، فرغم انشغاله بمنحني من وقته الثمين ، فزودني بالثقة والإرادة ، وكان مثلاً للتواضع ورفعة الأخلاق ، ودائم العطاء دون خمول أو ملل.

كما يسرني أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والعرفان للأستاذ الدكتور سعيد نحيلي لطالما كان عوناً ومثالاً للعالم الدؤوب ، فلم يخل عليّ بالملاحظات التي أثرت البحث وصوّبت مساره منذ سطره الأولى ، فأتمنى أن يبقى نبع عطاء لا ينضب .

وأزجي الشكر للأستاذ الدكتور حسن البحري الذي يحيطنا دائماً برعايته العلمية ، والإرشادات السديدة ، والتوجيهات الحكيمة ، ويمدنا بالمراجع والكتب القيّمة التي تعبر عن صدق عطائه ، فله مني كل المحبة والتقدير .

ويحتم علي واجب الوفاء أن أتوجه بشكري إلى جميع الأساتذة في قسم القانون العام وعمادة كلية الحقوق في جامعة دمشق لما قدّموه من حسن الرعاية والاهتمام .

فهرس المحتويات :

الصفحة	الموضوع
ب	إهداء
ت	شكر وتقدير
ث	فهرس المحتويات
د	الملخص
1	المقدمة
2	إشكالية البحث
3	أهمية البحث
4	أهداف البحث
4	صعوبات البحث
4	منهج البحث
5	مكونات البحث
6	مبحث تمهيدي : الأصول النظرية لمبدأ تدرج القواعد القانونية
12	المطلب الأول : النظرية المحضة (الخالصة) للقانون
14	أولاً _ فكرة السنة القانونية الأساسية
15	ثانياً _ التركيب التدرجي للنظام القانوني
20	المطلب الثاني : دور الفصل بين السلطات في تأصيل مبدأ تدرج القواعد القانونية
23	أولاً _ صيانة الحريات ودرء خطر الاستبداد
24	ثانياً _ التأكيد على احترام مبدأ سيادة القانون
29	الفصل الأول : القوة الإلزامية للقواعد القانونية المدونة

29	تمهيد وتقسيم
35	المبحث الأول : المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المكتوبة الدولية والدستورية
36	المطلب الأول : المعاهدات الدولية وحجيتها الملزمة ضمن المنظومة التشريعية الداخلية
39	أولاً _ موقف الفقه الدولي " نظرية ثنائية القانون ونظرية وحدة القانون "
40	1_ نظرية وحدة القانون
41	2_ نظرية ثنائية القانون
42	ثانياً _ موقف النظم القانونية من مكانة المعاهدات الدولية داخل التشريعات الوطنية
45	ثالثاً _ موقف القضاء الدولي " آلية المفاضلة بين المعاهدات الدولية والقوانين الداخلية "
50	المطلب الثاني : التشريعات الدستورية كأصل وإطار قواعد يوجبه مبدأ المشروعية
52	أولاً _ مدلول القانون الدستوري والموضوعات التي ينظمها
54	ثانياً _ التمايز بين الوثيقة الدستورية والعناوين والمصطلحات الحقوقية الأخرى الملزمة
55	1_ الوثيقة الدستورية والقانون الدستوري
56	2_ الوثيقة الدستورية ومقدمة الدساتير
57	3_ الوثيقة الدستورية وإعلان الحقوق والمواثيق الوطنية
60	ثالثاً _ السمو الشكلي والموضوعي للدستور ضمن النظام القانوني للدول المقارنة
66	المبحث الثاني : المرتبة الإلزامية للتشريعات العادية والثانوية
68	المطلب الأول : القوانين البرلمانية " التشريعات العادية "
68	أولاً _ القوانين العادية
71	ثانياً _ القوانين الأساسية
75	المطلب الثاني : التشريعات الثانوية " اللوائح "
76	أولاً _ اللوائح التي تصدر في ظل الظروف العادية

76	1_ اللوائح التنفيذية " لوائح ضمان تنفيذ القانون "
78	2_ اللوائح التنظيمية
79	3- لوائح الضبط
82	ثانياً _ اللوائح التي تصدر في ظل الظروف الاستثنائية
83	1_ لوائح الضرورة
84	2_ لوائح التفويض
91	الفصل الثاني : القوة الإلزامية للقواعد القانونية غير المدونة
91	تمهيد وتقسيم
100	المبحث الأول : العرف .
101	المطلب الأول : مدلول العرف وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم
101	أولاً _ تعريف القاعدة العرفية وأركانها
104	ثانياً _ التمييز بين العرف والعادة
106	المطلب الثاني : الأساس القانوني لقوة العرف وموقعه بين مصادر المشروعية
108	أولاً _ الأساس القانوني لقوة العرف الملزمة
115	ثانياً _ مكانة العرف ضمن الهرم القانوني للدولة
120	المبحث الثاني : المبادئ العامة للقانون
123	المطلب الأول : القيمة القانونية للمبادئ القانونية العامة
123	أولاً _ المبادئ العامة للقانون تعادل التشريعات العادية من حيث المرتبة الإلزامية
128	ثانياً _ المبادئ العامة للقانون لها قوة الوثيقة الدستورية أو تدنو عليها
133	المطلب الثاني : ماهية المبادئ العليا من الناحية الفقهية وتطبيقاتها القضائية
133	أولاً _ مدلول المبادئ العليا من وجهة نظر الفقه

138	ثانياً : التطبيقات القضائية للمبادئ العليا
144	خاتمة
146	النتائج
149	المقترحات
150	قائمة المراجع

الملخص

يمتاز مبدأ تدرج القواعد القانونية بأهمية كبيرة تتعلق بكونه واحداً من المبادئ الأساسية لدولة القانون ، حيث يركز المفهوم القانوني لهذه الدولة على ضرورة خضوع جميع السلطات والمؤسسات في جميع مظاهر نشاطها لحكم القانون .

غير أن الانسجام والاستقرار القانوني لهذه الدولة يتطلب مراعاة الكثير من الثوابت والمتغيرات محددة الإطار والمفهوم ، خصوصاً منها مبدأ الفصل بين السلطات ، والعلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي ، والمعيار الذي يحتكم إليه للمفاضلة بين القواعد القانونية المتنوعة والمتباينة من حيث المرتبة. حيث لا يخفى أن موضوع إنشاء القواعد القانونية في الدولة لا يعد حكراً على سلطة أو هيئة عامة واحدة ، وبالتالي يصبح من الضروري تحقيق الانسجام والترابط بين هذه القواعد القانونية التي يتكون منها مبدأ المشروعية، خاصة بعد أن رصدت الدساتير الوطنية مكانة خاصة للمعاهدات الدولية في متنها. ومن المسلم به في هذا الخصوص أن الدستور هو الأساس الذي يقوم عليه بنية الدولة ونظامها القانوني ، فهو سياق الحقوق والحريات العامة ، والضمانة الأساسية لحمايتها واستقرارها ، لذلك يرجح مبدأ تدرج القواعد القانونية كفة الدستور على غيره من القوانين ، سواء كانت قواعد قانونية مدونة أو غير مدونة ، وسواء كانت قواعد قانونية دولية أو داخلية.

وتأسيساً على ذلك تظهر أهمية ومكانة التركيب التدرجي للنظام القانوني ، فيتم بموجبه إدراج القواعد القانونية في مراتب ودرجات متعددة ومتتالية ، فتسمو القاعدة القانونية الأعلى على القاعدة الأدنى في شكل هرمي يحول دون تداخلها أو تعارضها مع بعضها البعض ، مما يؤدي إلى تحقيق الاستقرار والأمن القانوني ، والحيلولة دون الانحدار والفوضى التشريعية.

الكلمات المفتاحية : الدولة القانونية _ تدرج القواعد القانونية _ مبدأ المشروعية _ القاعدة القانونية الأسمى.

Key words : legal state _ include legal rules _ the principle of legality _ supreme legal rule .

مقدمة :

فكرة الدولة القانونية تجربة ديمقراطية، يفرضها تطور الفكر القانوني، وتحتمها مقتضيات الانتقال نحو الحكم الرشيد، ولاشك أن دعائم هذه الدولة ومرتكزاتها قد قطعت شوطاً لا يستهان به في حياة المجتمعات المتمدنة، وأرسيت هذه الدولة حقيقة أن القانون هو الحاكم ، وانضوت تحت لواء مبدأ المشروعية، وما ذلك إلا حفاظاً على كرامة الإنسان وقيمه، وتسييج الدولة ببناء قانوني يضمن حريته.

ويعد مبدأ المشروعية (سيادة القانون) واحداً من المرتكزات الأساسية لدولة القانون، ولا يخفى أن هذا المبدأ يتكون من مجموعة من القواعد القانونية التي تتعدد مصادرها وتختلف قوة كل منها عن الأخرى.

ولعل مرد هذا، أن القاعدة القانونية تنطبق على واقع غير متناهٍ من الحالات، بل وهي رهن التحول والتطور المستمر، فلم يعد ينظر إلى شكلها ولا مصدرها، بل تسلت إلى حدود القاعدة القانونية المجردة ما هو غريب عنها.

لذلك بدأ تطبيق القاعدة القانونية في ذاته يطرح تحديات جديدة ومشكلات كثيرة، خصوصاً حين تتعارض النصوص المطبقة على موضوع واحد، سواء من حيث المضمون أو من حيث الحاكم والمحكوم.

وقد نجم عن ذلك إرباكات عدة في التطبيق العملي، الأمر الذي دفع برجال الفكر القانوني إلى البحث عن السبل والمنافذ الملائمة للخروج من هذا المأزق التشريعي، وقد ولدت الجذور التاريخية الإصلاحية لأول مرة في كتابات " هانز كلسن "، وتجسدت بما يسمى " النظرية الخالصة للقانون "، والتي طبعت لأول مرة في " جنيف " في العام 1934م، وكان من أهم مفرداتها، مبدأ تدرج القواعد القانونية.

إن خلاصة ما حاول " كلسن " تأكيده، هو أن بناء المشروعية في ذاته يقوم على فكرة التسلسل من جهة والخضوع من جهة ثانية، بمعنى آخر احترام تسلسل القواعد القانونية وخضوع القاعدة الأدنى إلى القاعدة الأعلى.

وعليه فإن التلازم بين دولة القانون ومبدأ تدرج القواعد القانونية بات حقيقة قائمة بذاتها، كما أنه تجسد في الحقل العلمي والتطبيقي، وبات ضرورة لا غنى عنها، وحمل معه تصورات ونظريات حول فكرة التشريع والمشروعية.

وقد عزز من أدائه، ثراءه بالمعلومات والمفاهيم والمبادئ الأساسية، ليس فقط في القانون الداخلي بل في مفردات القانون الدولي، حيث شرع القضاء الدولي إلى تبني مبدأ أسبقية القانون الدولي على الداخلي، فرصد بذلك مكانة خاصة للمعاهدات الدولية في متن الدساتير، وبانتت تشكل درجة ضمن درجات سلم قواعد القانون الداخلي.

فعلى الصعيد الداخلي، يُعبر الدستور عن قيم وطموحات الأمة، ويرسخ حقيقة الهوية القومية، ويرسي دعائم الاستقرار السياسي والقانوني، لذلك فإنّ سموه على ما عداه من قواعد وأحكام قانونية يعد حقيقة منطقية وحجة مقنعة ، وهذا ما لا يقبل الجدل بشكل مبدئي.

ومن ثم تستكمل مصادر المشروعية، فيندرج تحت الإطار العام الأساسي الدستوري قواعد قانونية أصلية وأخرى فرعية، وقد تم ترتيبها أيضاً تبعاً لموقع السلطة المصدرة وتبعاً لأهمية الموضوعات التي تنظمها.

ويعزي الفقهاء الفضل في تحقيق التسلسل التشريعي المنوّه عنه إلى ظهور مبدأ تدرج القواعد القانونية.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن وظيفة المبدأ لم تقتصر على التصنيف الشكلي للقواعد القانونية تبعاً لمصدرها، بل انصرف دوره إلى ترتيب القواعد القانونية التي تصدر من جهة واحدة، وخاصة إذا كانت تلك الجهة مخولة بإصدار أنواع متعددة من القواعد.

وقد تقتضي طبيعة وظروف العمل الإداري، أن تقوم السلطة التنفيذية بإصدار تعليمات وتوجيهات وتعاميم وأوامر رئاسية ملزمة، فهذه يجب أن تخضع بدورها إلى مبدأ تدرج القواعد القانونية، بالنظر إلى آثارها القانونية وقوتها الإلزامية .

كما يجب التنويه إلى أنه قد نجم عن تطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية أن نشأ مبدأ سمو الدستور بصورتيه الشكلية والموضوعية، الأمر الذي رافقه خلق فكرة الرقابة على مدى دستورية القوانين مع ضرورة احترام مبدأ الفصل بين السلطات، كي لا نصبح أمام حالة من التناقض بين المبادئ الدستورية الراسخة والمستقرة .

وغني عن البيان أن التضخم التشريعي الذي تعيشه الدولة، يعد سبباً مباشراً بل دافعاً لإجراء مراجعة عامة في صناعة التشريع في ضوء تحديات مبدأ تدرج القواعد القانونية .

وانطلاقاً مما سبق نرى أنه لا مناص من فهم هذا المبدأ، والخوض في ماهيته، وبيان مدى التقيد فيه من الناحية العملية ومن ثم إبراز الأهمية القانونية والعلمية للتقيد بالمبدأ من قبل سلطات الدولة جميعها.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية الموضوع في مجموعة من التساؤلات أبرزها:

أولاً _ إن مقتضيات الحياة الدولية وضرورة تعاون الجموع البشرية، جعلت الحاجة ملحة إلى ابتداع صيغ قانونية تمثلت بمعاهدات دولية شائعة تلزم مختلف الأقطار والأقطاب.

عندئذٍ يثور التساؤل عن مكانة هذه المعاهدات ضمن سلم درجات القواعد القانونية الداخلية خاصة الدستورية منها في كل دولة من الدول ؟

ثانياً _ إنّ القانون الداخلي بمعناه الواسع هو وليد ونتاج إرادة الدولة، ومن المعلوم أن طرق التعبير عن هذه الإرادة تختلف باختلاف الهيئات العامة الموكول إليها هذه المهمة، لذلك تتعدد معها مصادر القاعدة القانونية.

لذا فمن المنطقي أن نكون أمام تساؤل آخر يركز على **المعيار** الذي يكفل احترام القواعد الدنيا لتلك التي تعلوها في المرتبة، وهل يصلح هذا **المعيار** لجميع الظروف والأوقات التي تصاغ تحت ظلها التشريعات ؟

ثالثاً _ إنّ الأعباء والمهام الجسيمة التي أقيت على عاتق الإدارة العامة الحديثة دفعت إلى طرح التساؤل التالي:

هل يكفي أن تقتصر أعمال الإدارة العامة على الجانب التنفيذي (تنفيذ إرادة المشرع)، أم يجوز لها وضع قواعد قانونية عامة ومجرّدة ؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب، فما هو أثر ذلك على مبدأ الفصل بين السلطات، وما هو المكان الذي تحتله هذه القواعد على الهرم القانوني داخل الدولة ؟ بعبارة أخرى، هل تتدرج هذه الأعمال الملزمة قانوناً ضمن الهرم المفترض لتدرج القواعد القانونية، وهل يمتد أثرها إلى خارج الوحدة الإدارية المعنية بتطبيقها والعمل في هدي أمرها ؟

أهمية البحث :

تتمظهر الأهمية العلمية والعملية لموضوع الدراسة في النواحي الآتية :

1_ إن عقلنة الروابط الدولية اقتضت أن يكون هنالك تنظيم أكثر لهذه العلاقات على شكل معاهدات، فحلت الأخيرة ضيفاً جديداً على مبدأ تدرج القواعد القانونية، كونها تناولت مسائل أكثر مصيرية وحساسية.

2_ بات مفهوم الدولة القانونية أمراً لا غنى عنه في حياة الدول المعاصرة، بيد أن هذه الفكرة تستلزم تراتبية القواعد القانونية المكونة لمبدأ المشروعية، وقد يتعذر إدراك هذه الغاية من خلال معيار واحد في مجتمعات باتت تشكل فيها الطرف الطارئ القاعدة العامة، والحياة الدستورية المستقرة الاستثناء، ومن ثم بات التصدي لموضوع مبدأ تدرج القواعد القانونية واحداً من المؤشرات التي تدل على اعتناق الدولة الحديثة لمبدأ المشروعية.

3_ من المسلمات البديهية التي تحكم الأجهزة الإدارية ثقل وجسامة ما تعنى به من مهام وأعمال، الأمر الذي دفع بالقائمين على إدارة هذه الأجهزة إلى خلق قواعد داخلية تسيّر بها شؤون موظفيها وتنظم أجهزتها وأموالها، وقد شغلت هذه القواعد بالضرورة حيزاً داخل بناء المشروعية، وعليه فإنّ هذا يشكل بحد ذاته عاملاً ومستنداً مهماً يظهر أهمية البحث العلمي بمبدأ تدرج القواعد القانونية.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تحديد الموقع الرسمي المقرر لكل قاعدة من القواعد المعنية بتنظيم المراكز القانونية، وتبيان المعايير التي تحقق الاتساق والترابط بين القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني للدولة برمته، وبالتالي حل إشكالات واحتمالات خروج القواعد الدنيا عن الحدود والأطر التي قررتها القواعد القانونية العليا منها.

منهج البحث:

المنهج الوصفي: حيث سيتم عرض مختلف المفاهيم المنتمية للدراسة، وكذلك استعراض نصوص المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية، والإشارة إلى بعض الأحكام القضائية ذات الصلة بموضوع البحث.

المنهج التحليلي والمقارن: من خلال تحليل المبادئ والقواعد الواردة في النصوص القانونية والأحكام القضائية في الدول محل المقارنة (فرنسا ، مصر، سورية) ، ومحاولة رصد النتائج الناجمة عن التحليل والمقارنة، بغية الربط بين تساؤلات الدراسة ونتائجها ومقترحاتها.

صعوبات البحث :

نظراً لما يحيط بمبدأ تدرج القواعد القانونية من تخاصم فلسفي حول ماهية المبدأ من جهة ، وأصوله التاريخية من جهة أخرى ، فقد كان على الباحث ضرورة تأصيل الجذور الأولى لهذا المبدأ ، وهو أمر لا يخلو من مشقة بالنظر إلى قلة المراجع المتخصصة في هذا المجال .

وقد تضاعفت الصعوبات في بحثنا لناحية أن مفردات ومكونات الدولة القانونية ، ترتبط وتتداخل إلى الحد الذي يصعب معه معرفة المبدأ الأصلي من ذلك المبدأ المتفرع عنه ، الأمر الذي تطلب العناية الدقيقة والحرص على التسلسل المنهجي للأفكار .

مكونات البحث :

لدراسة مكونات البحث ، قُسم إلى :

مبحث تمهيدي : الأصول النظرية لمبدأ تدرج القواعد القانونية

المطلب الأول : النظرية المحضة (الخالصة) للقانون

المطلب الثاني : دور الفصل بين السلطات في تأصيل مبدأ تدرج القواعد القانونية

الفصل الأول : القوة الإلزامية للقواعد القانونية المدونة

المبحث الأول : المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المكتوبة الدولية والدستورية

المبحث الثاني : المرتبة الإلزامية للتشريعات العادية والثانوية .

الفصل الثاني

المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية غير المدونة

المبحث الأول : العرف .

المبحث الثاني : المبادئ العامة للقانون .

خاتمة :

_ النتائج

_ التوصيات

مبحث تمهيدي

الأصول النظرية لمبدأ تدرج القواعد القانونية

لم تكن دولة القانون " **Rechtsstaat** " ⁽¹⁾ التي نشهدها اليوم وليدة الصدفة، إنما هي ثمرة كفاح طويل يمتد بجذوره ليضرب أعماق التاريخ، فقد خضعت هذه الدولة لعملية ولادة عسيرة عبر الأزمان، ثم تطورت في هذا البلد أو ذاك لتقدم نفسها بما هي عليه اليوم، فإذا كان القانون يمثل مشيئة الحاكم طوال القسم الأكبر من تاريخ البشرية، فإن الديمقراطية أرست مبدأ حكم القانون للحكام والمحكومين على حد سواء.

لقد بدأ مفهوم دولة القانون بفصل الدين عن الدولة، وإنهاء دمج سلطة الدولة بشخص الحاكم، وظهور مبدأ سيادة الأمة، وقد ترسّخ ذلك بفضل الثورة الفرنسية وإعلانات حقوق الإنسان ⁽²⁾.

ويكاد الفصل بين دولة القانون ومبدأ تدرج القواعد القانونية أمر متعذر، ولعل ذلك مرده أمرين، أولهما أنّ مبدأ التدرج يشكل أحد مقومات الدولة القانونية الحديثة ⁽³⁾، وثانيهما أنّ هذه الدولة، وبحسب المدرسة النمساوية، تحدت بنظام قانوني تراتبي هرمي ينضده الدستور والتشريع والنظام على التوالي، وهذا التنضيد يجب أن ينجز التحديد الذاتي للدولة، وبالتالي تتمثل دولة القانون في عملية تساوي (دولة) و (قانون) التي تكتب رياضياً على النحو التالي دولة = قانون ، قانون = دولة ⁽⁴⁾ .

لذلك يمكن القول بدايةً أنّ ريان المدرسة النمساوية هانس كلسن " Kelsen " قد رسم الخطوط العريضة لمبدأ التدرج ونقش حروفه الأولى، بمعنى أنّ النظرية الخالصة للقانون " The pure theory of law " علاوة على

¹ _ دولة القانون جاءت ترجمة حرفية للكلمة الألمانية الريتشتات ، وهي تتألف من كلمتين (دولة + قانون) ، وكان أول من أطلقها روبرت ترونميل عام 1823 . مشار إليه لدى د . أمين عاطف صليبيا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون " أطروحة دكتوراه " ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس بيروت ، تاريخ 2002، ص 37 (الهامش) .

² _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في الحقوق في جامعة حلب ، عام 2011 ، ص 22 .

³ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، عام 2013 ، ص 17.

⁴ _ أوليفيه دوهاميل و ايف ميني ، المعجم الدستوري ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، عام 1996 ، ص 617 .

كونها إحدى النظريات الجوهرية في القانون الوضعي⁽⁵⁾، هي شق رئيسي من الأساس النظري التدرجي للقواعد القانونية.

وتماشياً مع ذلك فإنّ المبادئ التي نادى بقيام دولة تكون الكلمة العليا فيها للقانون، إنما تعد ركناً أساسياً، بل واحدة من الخصائص الجوهرية للحكومات الديمقراطية، بعبارة أخرى: إن التلطيف من أوزار الحكم الديكتاتوري لا يجد سبيلاً له إلا من خلال الديمقراطية السياسية التي تعني من ضمن ما تعنيه أن الشعب مصدر كل السلطات، وهذا من شأنه أن يصور لنا المفهوم الحديث للدولة بافتراضها ليست مجرد صدفة أو ظاهرة عفوية غير منتظمة، بل بافتراضها خلاصة لما وصل إليه منظري عصر الأنوار، والنتيجة الأمثل لتدارك ويلات القرون الوسطى.

وهذا يتفق بدوره مع مفهوم الدولة القانونية التي تعني أنّ القانون لا الفرد هو الحاكم، وبعبك ذلك نكون أمام حكومة استبدادية، تقوم على مبدأ يتمثل في أنّ القانون هو مجرد تعبير عن إرادة الحاكم، والذي يعمل على حمل شعبه على احترامه دون أن يلتزم هو به، فحكم القانون يعني أنّه ليس هنالك أي فرد، إن كان رئيساً أو مواطناً عادياً فوق القانون، حيث تمارس الحكومات الديمقراطية السلطة عن طريق القانون، وهي نفسها خاضعة لقيود القانون.

وعليه فإنّ صاحب السلطة لا يؤسس القانون، لكنه يتولى صلاحياته بموجب هذا القانون، وبالتالي فإن تعيينه خاضع للقانون الذي يحدد صلاحياته ويعين الشروط التي يمكن تقييد إرادته بموجبها⁽⁶⁾، ناهيك عن أنّ دراسة نظريات السيادة تمثل مرحلة من مراحل تطور الوعي السياسي والمجتمعي بظاهرتي الدولة والسلطة، وتعكس في الوقت نفسه درجة جديدة من درجات التقدم في إرساء فكرة الديمقراطية.

⁵ د . عبد الرحمن رحيم عبد الله ، محاضرات في فلسفة القانون ، ط 1 ، جامعة صلاح الدين ، أبريل ، عام 2000 ، ص 110 .

⁶ د . جان مارك كواكو ، الشرعية والسياسة " مساهمة في دراسة القانون السياسي والمسؤولية السياسية " ، ترجمة خليل الطيار ، المركز العالمي للدراسات السياسية ، عمان ، عام 2001 ، ص 37 .

بناءً على ما سبق يمكن القول، أنّ الديمقراطية بمفهومها العصري المتقدم قد شقت الطريق وهيات السبل لبناء الدولة القانونية الحديثة التي تنضوي تحت لواء مبدأ المشروعية، ولا أدلّ على ذلك أكثر من القول بأن دولة القانون تجسد عصارة الفكر القانوني وحصيلة نضال الشعوب ضد السلطات المطلقة للحكام عبر العصور.

وتماشياً مع ما تم ذكره فقد نادت مبادئ الديمقراطية الليبرالية إلى الحد من السلطات الفردية للملوك وذلك لتأمين أكبر قدر ممكن من الحماية لحقوق وحريات الأفراد، حيث يوصف القرن الثامن عشر بكونه عصر انتشار الأفكار النيرة والانفتاح، فهو حقبة زمنية ديمقراطية تجسد تطلعات الانسان نحو غدٍ مشرق يتسم بالتححرر من نير العبودية وانعدام العدالة والمساواة.

وفي سبيل ذلك فقد تم صياغة النظريات الفكرية الداعية إلى ضرورة تقسيم السلطات في إطار قانوني وسياسي يمنع رجحان كفة السلطة على الحرية، لا سيما وأنّ احتمال تعسف هيئة سياسية تملك وظيفة واحدة من وظائف الحكم ، سيكون أقل فيما لو اجتمعت بيدها مقاليد الحكم الثلاثة من تشريعية وتنفيذية وقضائية.

وتأسيساً على ذلك ينطلق الباحث من أنّ نظرية دولة القانون بنظامها التدريجي الهرمي قد استوحيحت من رحم الفصل بين السلطات، فلا يخفى أنّ احترام الأفراد للقانون أمر تضمنه السلطة العامة المختصة بما تملكه من وسائل قانونية مقررّة ومشروعة، بينما يدق الأمر بالنسبة لكفالة احترام السلطات العامة للقانون⁽⁷⁾، فمن المعلوم أنّ الهيئات العامة بمختلف صورها تساهم في خلق القاعدة القانونية، لذلك فإنّه وإعمالاً لمبدأ المشروعية يثور التساؤل حول القواعد التي تلزم السلطات العامة باحترامها وهي في معرض صناعة القواعد القانونية أو العمل بمقتضاها، ومن هنا استقر الأمر على ضرورة الأخذ بمبدأ تدرج القواعد القانونية وترتيب هذه القواعد في نظام إلزامي متعدد ومتوال، بحيث تعلو بعضها على البعض الآخر في تدرج يشمل كافة القواعد القانونية التي تشكل

⁷ د . ثروت بدوي ، النظم السياسية " تطور الفكر السياسي والنظرية العامة للنظم السياسية " ، (الكتاب الأول) ، الطبعة 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1961، ص 256 .

التنظيم القانوني للدولة، عندما لا تحترم القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى ومخالفتها لها فمصيورها يكون البطلان، وترك الأخذ بها حينئذ⁽⁸⁾.

يضاف إلى ذلك أنّ الفرد أو الهيئة الواحدة عندما تملك جميع أجزاء السلطة، تستطيع أن تضع القوانين بنفسها ومن ثم تنفيذ ما تراه مناسباً لها، وحتى تفسير ما يتعلق بمصالحها، من دون أن يكون هنالك رقيب أو مانع من حدها وتقييدها⁽⁹⁾.

إنّ العالم الحديث لم يعد ينظر إلى مبدأ الفصل بين السلطات في ذاته، وإنما بدأت بعض القيم الدستورية التي تكفل حسن تطبيق المبدأ تطفو على السطح من جديد، ولا ريب أن مبدأ المشروعية _ عماد دولة القانون _ يعد أولى هذه الضمانات، وآية ذلك أن هذه المبادئ تعد أدق تنظيماً وأكثر ثباتاً من تقرير مبدأ فصل السلطات ذاته⁽¹⁰⁾، ومن الرؤى الداعية لذلك أن البناء القانوني في الدولة الحديثة ينضده الدستور والتشريع والنظام كما أسلفنا، وتلك القواعد من شأنها إحداث تقييد للسلطة ، كما من شأنها لجم نزعة إساءة استعمالها من القائمين على شؤونها.

ولما كان الدستور هو الخطوة الأولى على درب دولة القانون، وهو أب القوانين نصاً وروحاً، وهو حكم السلطات وسياج الحريات، فقد ذهب بعضهم إلى الربط بين القانون الدستوري والنظام الديمقراطي الحر، حتى أن بعضهم ذهب في تعريفه للقانون الدستوري بأنه " فن أو آلية تنظيم الحرية " وقد أقر أصحاب هذا الاتجاه بأن الدستور لا يوجد إلا في النظم الديمقراطية التي تكفل الحقوق والحريات الفردية⁽¹¹⁾، وبطبيعة الحال لم تكن تلك التيارات الفكرية وليدة اللحظة ومحض الصدفة، بل يعزى الفضل في إيجاد عقدة الوصل للكتابات الدستورية التي أبصرت

⁸ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 16 _ 17 .

⁹ _ د . حسان محمد شفيق العاني ، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة " ، جامعة بغداد " كلية القانون والسياسة ، مطبعة جامعة بغداد ، عام 1986 ، ص 27 .

¹⁰ _ محمد أحمد عبد الوهاب خفاجة ، الأساس التاريخي والفلسفي لمبدأ الفصل بين السلطات ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق في جامعة الإسكندرية ، عام 1997 ، ص 633 .

¹¹ _ د . سام دلّه ، مبادئ القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، منشورات جامعة حلب ، كلية الحقوق ، عام 2002 ، ص 11 .

النور في بدايات القرن الثامن عشر، حين قامت هذه الحركات الدستورية على نظريات فلسفية تحمل معها قدسية الحقوق وتمجيد الحريات، وفي طليعتها نظرية العقد الاجتماعي.

ومن هنا يتضح جلياً عظمة المكانة التي تبوأها الدستور منذ بزوغه في سماء الديمقراطية لدى الشعوب، فالإطار القانوني لحياة الجماعات السياسية بمختلف مجالاته يجد مقصده ومبتغاه في الوثيقة الدستورية، وهو المشرع الأول لكل نشاط قانوني، و يشكل في مجموعه القواعد الأساسية الحاكمة في الدولة التي يجب على القواعد الأخرى احترامها والاضطلاع بمهامها تحت خطوط عريضة ترسمها المبادئ الدستورية.

وفي ظل تلك المؤشرات فإن الدستور يمثل في جوهره مفردات العقد الاجتماعي موضوع العلاقة بين الحاكمين والمحكومين ، ويجسد ديمومة التنظيم السياسي واستمراره داخل المجتمع بمؤسساته ومبادئه.

ومن هذا المنظور فإنّ قطب الرّحى لدولة القانون يدور في فلك الوثيقة الدستورية، لاسيما أن الدولة القانونية هي تلك التي تجعل من حقوق الافراد وحياتهم أساساً لنظامها السياسي والقانوني⁽¹²⁾، ولا مناص من الاعتراف بأن الإطار الشكلي لهذه الدولة تتحدد معالمه وتتشابك أنسجته تحت مظلة الدستور، وبذلك يكون الدستور قد قنن ليس فقط مبدأ شرعية السلطة، بل كذلك مبدأ مشروعيتها، بمعنى أن ما تقوم به السلطة يستند إلى رضا أفراد الشعب الذي تستمد منه السلطة صفة الشرعية، كما أن مجموعة الأعمال والأنشطة القانونية التي تتولاها هذه السلطة إنما تتم بمقتضى الآلية التي يحددها ويرسمها الدستور.

وتأسيساً على ذلك فإنّ الأساس القانوني لمبدأ تدرج القواعد القانونية سيجد ضالته بين دفتي الدستور الذي يشيد وينشئ سلطات الدولة ويبين حدود كل منها وصلاحياته، إضافة إلى أن قواعده تعد بمنزلة أوامر ملزمة لجميع السلطات كل في مجال اختصاصها، ناهيك عن أنه المعيار الملزم لعمل السلطة التشريعية التي تقوم بصناعة التشريعات بهدف نقل المبادئ الدستورية من حالة النص النظري إلى حالة التطبيق العملي.

¹² _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 18 .

وما يمكن التسليم به وملاحظته هو أنَّ ثمة ارتباطاً وتداخلاً بين عدد من المصطلحات موضوع البحث بالشكل الذي يظهر وكأنَّها مجموعة واحدة، فالحديث عن الدولة القانونية يقودنا للحديث عن مبدأ المشروعية أو سيادة القانون بحسبانه تجسيدا لها، كما أنَّ الكتابة عن هذين الموضوعين تدفعنا إلى الحديث عن سمو الدستور بافتراضه أهم خصائص الدولة القانونية من جهة، ومن أهم مصادر المشروعية من جهة أخرى، كيف لا وأن قواعده الموضوعية إنما تهدف بالدرجة الأولى إلى التوفيق بين ضرورة عمل السلطة من جهة، وحتمية احترام حقوق الأفراد وحررياتهم الشخصية العامة من جهة أخرى، والدليل على إثبات هذه الفرضية إنَّما يكمن في أن جميع القوانين التي تمَّ وضعها قد انطلق واضعوها من منطلق نظري حتمي يتجسّد في خلق حالة من التوازن بين المصلحة العامة التي تنطلق منها سلطات الدولة وتنتهي إليها، وبين مصالح الأفراد، فلا يجوز تغليب واحدة على الأخرى إلا وفق ما يتضمنه مبدأ المشروعية من شروط وقيود.

وعليه نجد أنَّه من الملائم تقسيم المبحث التمهيدي إلى مطلبين:

المطلب الأول : النظرية المحضة (الخالصة) للقانون.

المطلب الثاني : أثر الفصل بين السلطات في تأصيل مبدأ تدرج القواعد القانونية.

المطلب الأول

النظرية الخالصة للقانون

يفترض وجود القانون قيام سلطة عامة بمقدورها إرغام الأفراد على الانصياع للأوامر الصادرة عنها، فلا يمكن تصور وجود قانون لا يصدر عن إرادة القابضين على السلطة أو على الأقل لا يحظى بإقرارهم، ومن هذا المنطلق قيل بأن القانون يجد مصدره في إرادة السلطة السياسية أو القائمين عليها، وهذا ما يجسد أطروحة المدرسة الوضعية القانونية.

ويبدو أنَّ المذهب الوضعي قد تأثر كمنهج فكري في طريقة معالجة القانون بالفلسفة الوضعية التي سادت في القرن التاسع عشر في أوروبا، فاعتمدت تلك المدرسة في الوصول إلى الحقيقة على أساس الملاحظة المباشرة والمشاهدة والاستقراء بعيداً عن كل ما هو ميتافيزيقي، أي ترفض كل ما هو خيالي ومثالي⁽¹³⁾، ويقول كلسن في هذا السياق " في نظر النظرية المحضة أن فكرة القانون كتنظيم لا تعني إلا أنه نظام سنني، وأن جميع المشاكل القانونية يجب أن تعرض وتحل كمشاكل في نظام سنني ، وعليه فباستبعاد كل حكم تقييمي أخلاقي وسياسي ، تصبح نظرية القانون تحليلاً دقيقاً وممكناً لبنية القانون الوضعي "⁽¹⁴⁾، وتريد النظرية التي نحن بصددتها مكافحة كل الاتجاهات المذهبية التي لها أغراض وتأثيرات سياسية واضحة، بعرض القانون كما هو موجود دون السعي إلى تسويغه⁽¹⁵⁾.

ويحاول من خلال هذه النظرية صياغة إطار نقي للقانون، ومعالجته كما هو كائن لا كما يجب أن يكون، من دون البحث في مضمونه فيما إذا كان عادلاً أم مجحفاً، متفقاً مع مصلحة الجماعة أم خلاف ذلك، قاصداً بذلك معاملة القانون كعلم مستقل وقائم بذاته، ومن ثمَّ رفعه إلى مستوى العلم الحقيقي الذي يأخذ مكانه بجانب العلوم الأدبية الأخرى، فتقتصر مهمة رجل القانون على التعرف على هذا القانون كما هو موجود، بصرف النظر عن

¹³ _ د . منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط 2 ، دار الثقافة ، عمان ، عام 2011 ، ص 42 .

¹⁴ _ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة د . أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، عام 1986 ، ص

106 .

¹⁵ _ د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط 1 ، دار السنهوري ، بغداد ، دون سنة نشر ، ص 80 _ 81 .

الضوابط الخلقية والمثل العليا والقيم الاجتماعية غير القانونية، ومن ذلك يقول بعض الفقه أن الدستور لا يمكن أن يكون إلا مجموعة من القواعد القانونية، فمادته الأولية هي القانون وليس السياسة، وبالرغم من أن هذه الأخيرة قد استقطبت جزءاً من موضوعاته فإن الغلبة للطابع القانوني وليس السياسي⁽¹⁶⁾.

ويترتب على ذلك وفق هؤلاء أن القانون نظام منطقي مغلق، فالحلول القانونية يجب أن تستقي من القواعد القانونية الوضعية فقط، ولا يجوز الاستعانة أو اللجوء إلى ما هو خارج عن النظام القانوني، ولهذا ثمة فصل مطلق بين القانون والسياسة وبين القانون والأخلاق، أي بين القانون كما هو كائن وبين القانون كما يجب أن يكون⁽¹⁷⁾.

وفي ذلك مضى إلى " أن يستبعد أي موضوع لا يدخل في نطاق القانون، وسعى إلى تحديد ماهية القانون وكيف يتكون من دون التساؤل عما يجب أن يكون عليه وكيف يجب أن يتكون، فهي ليست بسياسة قانونية ، بل هي علم القانون "⁽¹⁸⁾.

وبحسب كلسن إضافة إلى تمتع القاعدة القانونية بالصحة القانونية، فإن هذه القاعدة يجب أن تكون ناجعة أيضاً ، ولكي تكون ناجعة يجب أن تطاع من قبل الأفراد، أي إن القاعدة القانونية تتمتع بصفة مزدوجة (الصحة والنجاعة) في آن واحد⁽¹⁹⁾.

ولا يخفى أن سبب تسمية هذه النظرية مرتبط بطريقة معالجتها للقانون كعلم محض وناصع لا علاقة له بالعوامل الأخرى، وهي دراسة تقوم على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، وعليه فإن الخوض في هذه النظرية هو في ذات الوقت دراسة للأساس التدرجي الناظم لقواعد المدرج القانوني داخل الدولة.

¹⁶ _ رابحي أحسن ، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية _ بن عكنون ، جامعة الجزائر ، عام 2006 ، ص 43 . متاح على الرابط :

<http://www.espace-etudiant.net/forum/forum-f1575/topic-t4892.html>

¹⁷ _ د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، نفس المرجع ، ص 64 _ 68 .

¹⁸ _ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مرجع سبق ذكره ، ص 14 .

¹⁹ _ د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، بغداد، عام 1994، ص 21 .

لذا كان من المناسب أن نبين كيفية إسناد هذه الكتلة القانونية إلى السنة الأساسية ومعالجة التدرج القواعدي في النظام القانوني موضحين مدى ارتباط أو علاقة هذا التركيب القانوني بمبدأ المشروعية، وهذا ما سيقوم الباحث بعرضه من خلال الفقرات الآتية:

أولاً : فكرة السنة القانونية الأساسية

شيدت فرضية كلسن على أسلوب السنة القانونية ، فالسبيل الوحيد لاستيعاب الدولة من الناحية القانونية بحسب تصويره يتمحور حول أنَّ النظام القانوني داخل الدولة هو نظام سنّتي، والدولة عينها ما هي إلا نظام قانوني، وعليه يثار التساؤل حول إذا كانت السنة الأساسية هي القاعدة الأساسية في هذا النظام القانوني، وتستمد كل قاعدة أساس صحتها منها، فمن أين جاءت هذه السنة الأساسية ؟

يجيب كلسن حيال هذا الشأن " فلو افترضنا صحة تلك السنة، فالنظام القانوني المستمد منها هو كذلك صحيح قانوناً ... " (20) ، بمعنى أن النظرية المحضة في القانون تنسب للسنة الأساسية تأثير الفرضية الأساسية، فمن البديهي أن يقود استبعاد الأفكار كلها والقواعد المثالية المسبقة عن القانون إلى البحث عن أساس للقانون الوضعي ، والتساؤل عن القاعدة التي يستند إليها الدستور في صحته، وفي هذا انتهى إلى أنه ثمة قاعدة أخرى تعلو على الدستور ، وهي قاعدة مفترضة لا وجود لها في الحقيقة والواقع.

فالسنة الأساسية هي الفرضية الضرورية لكل دراسة وضعية للقانون، ويقول في هذا الخصوص " إن عدداً من السنن تشكل وحدة، فتلك السنة الأساسية هي المصدر لصحة جميع السنن العائدة للنظام نفسه، وهي تكون الوحدة، فعنادية السنة إلى نظام معين لا ينتج إلا من إمكان اعتماد صحتها على السنة الأساسية التي هي أساس ذلك النظام " ، ولكونها لم تنشأ وفق الإجراء القانوني فهي ليست سنة من القانون الوضعي، وهي ليست موضوعاً بل مفترضة، لذلك يمكن القول إن السنة الأساسية هي مجرد فرضية اقتضتها ضرورة إعطاء الصحة للنظام القانوني (21).

²⁰ _ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مرجع سبق ذكره ، ص 110 .

²¹ _ د . فايز محمد حسين ، نشأة فلسفة القانون وتطورها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2002 ، ص 424 .

وبشأن الأثر الذي تلعبه هذه السُنة الأساسية بحسب النظرية المحضة، فهي تتشعب إلى ثلاث وظائف:

1_ **الوظيفة التحويلية (transformation)** ، وبموجبها تقوم السنة الأساسية بعملية تحويل وقائع معينة إلى وقائع قانونية.

2_ **الوظيفة التحديدية (concretisierung)** ، أي تقوم بتحديد الوقائع التي يجب أن تعد وقائع قانونية ، وهي بذلك تخلق معياراً قانونياً لما يجب أن يعد قانوناً⁽²²⁾.

3_ **الوظيفة التوحيدية (Einheit)** ، ويستنتج أن السُنة الأساسية تقوم بهذه الدور من خلال تأكيد كلسن " فكل القواعد القانونية تشكل نظاماً موحداً من القواعد، والقاعدة الأساسية هي المصدر المشترك لسريان كل القواعد القانونية التي تنتمي إلى النظام القانوني ذاته ... "⁽²³⁾.

إن ما دفع كلسن إلى اختلاق هذه السُنة الأساسية المفترضة يتمثل في تسوية أطروحاته وتكملة نظريته، أو الحفاظ على وحدة النظام القانوني وتركيبه المتدرج، الذي يقضي بأن قانونية القاعدة وصحتها تتعلق بمدى اتساقها وموائمتها للقاعدة التي تعلو عليها.

ثانياً : التركيب التدرجي للنظام القانوني:

ترتكز النظرية الخالصة المحضة للقانون على هرم قانوني يختزل مفهوم الدولة، و يوجد نظام سُنتي داخل هذه الدولة، وهو عبارة عن مجسم افتراضي لمجموعة من الدرجات أو الطبقات المتسلسلة، وكل واحدة منها تستقي صحتها القانونية وتستمد قوتها من تلك التي تعلوها في الدرجة، وهكذا يصور لنا أنَّ القانون يصاغ على شكل مجموعة من القواعد المتسلسلة في القوة، تنشئ بناءً قانونياً في صياغة هرمية قانونية طبقية، فنلاحظ في قاعدة الهرم تلك القواعد التي تتمتع بأقل قوة قانونية، ومن ثم تترتب القواعد القانونية الأخرى فوقها ترتيباً متصاعداً

²² _ روبرت كلسن ، فلسفة القانون ، ترجمة د . كامل فريد سالك ، ط 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، عام 2013 ، ص 145 _

146 .

²³ _ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مرجع سبق ذكره ، ص 203 .

حسب القوة القانونية التي تتمتع بها، وتماشياً مع ذلك فإنَّ أساس صحة أي قاعدة في جوف الهرم يتحقق من القاعدة التي تسمو عليها في المرتبة.

وعليه، فإن هذه التراتبية في القانون يجب أن يتبعها احترام خضوع القاعدة القانونية الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها ، لأن القيمة القانونية للأولى لا يمكن أن تأتي إلا من مطابقتها مع الثانية، وعليه لا يجوز لقاعدة أدنى أن تخالف قاعدة أخرى تعلوها في الدرجة، كي لا يشوه تركيب النظام القانوني المتدرج ووحدته.

ومن ثم فإن منطقية التحليل هذه تؤدي إلى التسليم بحقيقة مفادها أنَّ هنالك تفاوتاً في المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية ، بمعنى أنَّها ليست كلها في مستوى واحد، ولا تحظى بالقيمة نفسها، بل يتمتع بعضها بقيمة قانونية أكبر من التي تتمتع به القواعد الأخرى، ثم تتماسك هذه الدرجات فيما بينها نظراً لأن صحة القواعد الموجودة في كل طابق فيها تعتمد على القواعد الموجودة في الطابق الأعلى، بمعنى أن القاعدة القانونية تستمد أساس وجودها وصحتها من القاعدة التي تعلوها والتي أنشأتها في ذات الوقت، ومن ثم فإن الصلة بين القاعدة القانونية وتلك التي أنشأتها هي صلة تدرج وتبعية⁽²⁴⁾، وواضح من هذا المفهوم أن القاعدة القانونية لا تمثل بذاتها أي قيمة، بل تحصل على هذه القيمة بدخولها في علاقة مع مجموعة من القواعد داخل النظام القانوني الكلي للدولة.

واستناداً لما سبق فإن كل من يعارض النظرية التي تجعل من القانون الوضعي نظاماً للسنن التابعة للقانون الطبيعي، بمعنى أنه يناهض فكرة أن الأول يستمد صحته ويلقى مسوغه في القانون الطبيعي، ويأتي ذلك من خلال تصور كل من كباقي القانونيين الوضعيين للنظام القانوني الوضعي على أنه نظام منطقي مغلق، أي لا يحتوي على ثغرات، بل هو يكمل نفسه بنفسه، فإن جميع المسائل القانونية يجب أن تبقى في إطار هذا النظام القانوني دون اللجوء إلى كل ما هو في خارجه.

ولا يفوتنا التنويه إلى أنَّ القواعد الدستورية تأتي في المرتبة الأعلى وتحتل قمة الهرم القانوني في الدولة، بعد أن تستمد صحتها من السنة الأساسية، ومن ثم تليها التشريعات العامة، ويقول كل من في هذا الصدد " **بعد الدستور**

²⁴ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 18 .

مباشرةً نجد السنن العامة مصدراً للإجراءات التشريعية، فهي لا تعين الأجهزة والإجراءات فحسب، بل وبوجه الخصوص محتوى السنن الفردية، والتي يطلب من السلطة التنفيذية والقضائية أن تشرعها⁽²⁵⁾. وما تشرعه السلطة التنفيذية بوصفها تشريعات فرعية تحتل المرتبة الثالثة من المراتب المتدرجة في الهرم القانوني بعد القواعد الدستورية والتشريعات العادية، أما فيما يخص قواعد القانون الدولي، فيرى كلسن " أن القانون الدولي هو نظام قانوني أعلى من أنظمة الدول ، وإنه يكون معها أسرة قانونية عالمية ... "⁽²⁶⁾، وهذا يعني أن قواعد هذا القانون تقع خارج النظام القانوني للدولة، وتعلو على القواعد المكونة للنظام القانوني داخل الدولة، وهذا ما سيتم توضيحه والتوصل إليه من خلال المواضيع المتعاقبة لهذا البحث.

وما يمكن ملاحظته في هذا السياق، هو أن كلسن بالرغم من محاولته إيجاد قالب جديد يعاد فيه القانون إلى صفائه ونقاؤه، إلا أن النجاح لم يكتب له، ولم يتمكن من أن يحرر نفسه ونظريته القانونية من الأفكار الخيالية والمفترضة، بالرغم من إصراره على استبعاد القواعد والتصورات المثالية ذات الطبيعة غير القانونية، كما لا يفوتنا أن ننوه في هذا الصدد إلى أن فكرة المشروعية بحد ذاتها تؤدي _ وبشكل انسيابي _ إلى نوع من التدرج بين القواعد القانونية⁽²⁷⁾، فلكي تتسم التصرفات الداخلة في إطار التنظيم القانوني بصفة المشروعية ، فإنه يفترض أن تأتي هذه الأعمال مطابقة لقواعد ذات مرتبة أعلى، وتنظم الأخيرة شكل القواعد الدنيا ومضمونها، ومن هذا المنطلق يرى الباحث أن مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي أتى كلسن على تبيانهِ وشرحه، يحمل في طياته مفهوم التكوين الضمني لمبدأ المشروعية، فإن كلاً منهما يقود إلى الآخر، ولا يمكن تصور قيام أي منهما بمعزل عن الآخر.

فقد رسم كلسن خارطة قانونية أولية، وجعل البوصلة الرئيسية موجهة نحو قمة هرم القواعد القانونية، غير أن ذلك لم يغير من حقيقة أن معالم الهرم القانوني كامنة ومستقرة في ضمير الجماعة استقراً فطرياً مسبقاً ، فالتركيب التدرجي لقواعد النظام القانوني هي واحدة من الرموز الخالدة لدولة القانون، وإن كانت النظرية

²⁵ _ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مرجع سابق ، ص 118 .

²⁶ _ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، مرجع سبق ذكره ، ص 123 .

²⁷ _ د . سمير خيرى توفيق ، مبدأ سيادة القانون ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، عام 1978 ، ص 100 .

المحضة قد أضفت عليها مزية علمية لا يمكن إغفالها، مما جعل بعض الفقه ينعت ظهور المبدأ بحداقة كلسن الذي صاغها صياغة جيدة ، وعرضها عرضاً واضحاً ودقيقاً.

وبناءً على ذلك فإننا لا نجد مسوغاً منطقياً يلجم الفقه عن الاستعانة بالفصل بين السلطات كأصل يتفرع عنه مبدأ تدرج القواعد القانونية، فالمعايير التي ساقها مناهضو هذا الرأي تحمل بذاتها دلالات الارتباط الوثيق بين فصل السلطات وتدرج القواعد القانونية.

ففي دراسة للأستاذ لوران دوبيسيه⁽²⁸⁾ خلص من خلالها إلى أنه ثمة تعارض بين مبدئين دستوريين، مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي يقضي بعمودية القواعد القانونية ومبدأ الفصل بين السلطات الذي يقضي بالمساواة بين السلطات العامة في البلاد، وتتمحور إشكالية البحث لديه بأن تحديد مرتبة القواعد القانونية أمر مرهون بمرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة، فإذا كانت السلطات العامة بموجب مبدأ الفصل بين السلطات كلها في مرتبة متساوية، فكيف تكون القواعد متدرجة فيما بينها، ويعقب على ذلك أن السلطات العامة متدرجة فيما بينها، وعليه فإن تحديد مرتبة القاعدة القانونية يجب أن يرتبط بمعيار جديد هو المعيار المادي، ومقتضى هذا المعيار لديه " كلما كانت القاعدة القانونية أكثر قدرة على التدخل في عدد مهم من الميادين، كلما كان موقع السلطة المعنية أعلى في تدرجها "⁽²⁹⁾.

ومن المآخذ التي يسوقها الباحث على ما خلص إليه لوران، أنه يقود إلى نتائج لا يمكن التسليم بها خاصة في فرنسا، فالسلطة التنفيذية بموجب دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لعام 1958 بات لها الولاية العامة في التشريع بموجب اللوائح الصادرة عنها ، ويقود هذا إلى أنها الأكثر تدخلاً واتصالاً في شتى شؤون المجتمع ، فهل معنى ذلك أن تسمو على كل ما عداها من القواعد القانونية المكتوبة منها وغير المكتوبة ؟

²⁸ _ لوران دوبيسيه ، تدرج القواعد وتدرج السلطات ، ترجمة د . محمد عرب صاصيلا ، بحث منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، العدد 2 ، عام 2007 ، ص 418 .

²⁹ _ لوران دوبيسيه ، نفس المرجع ، ص 432 .

بالطبع هذا ما لا يمكن التسليم به ، وربما كان على لوران القول إنه كلما كانت القاعدة القانونية أكثر اتصالاً بالمواضيع المهمة والمصيرية في حياة الأفراد ، كلما وجب أن تكون صادرة عن السلطة المختصة بإصدار مثل هذه القاعدة على عد أنها الأكثر تعبيراً عن إرادة الشعب وتمثيلاً لمصالحه ، وهذا ما يقودنا إلى تبيان المفهوم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات كما أراده مونتسكيو ، وهو موضوع الفرع الثاني من هذا المطلب .

المطلب الثاني

دور الفصل بين السلطات في تأصيل مبدأ تدرج القواعد القانونية

إن الاستدلال على الوجه الحقيقي لمبدأ تدرج القواعد القانونية بما يتناسب مع الكيان الشرعي لدولة القانون يظهر من خلال الفصل المتوازن بين السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، مع ملاحظة قدر من التعاون بينها لا يودي بجوهر المبدأ، يقول مونتسكيو : " إذا لم يكن للسلطة التنفيذية الحق في أن تقيد أو تكبح تجاوزات الهيئة التشريعية ، فإن الأخيرة ستبدو مستبدة ، لأنه من الممكن أن تدعي لنفسها الحق في أي شيء ترغب فيه ، وبذلك ستدمر باقي السلطات الأخرى ، لذا فإن السلطة التنفيذية يجب أن يكون لها أثر في مجال التشريع ، وإذا لم يكن لدى السلطة التشريعية _ في دولة حرة _ الحق في أن توقف السلطة التنفيذية ، فإن لها الحق في أن يكون لديها الوسائل والإمكانات لفحص طريقة تنفيذ القوانين التي تضعها"⁽³⁰⁾، وما ذلك إلا من أجل تنفيذ وظائف الدولة بتوافق وانسجام ، تحقيقاً للهدف الأهم والغاية الأسمى المتمثلة في وحدة وديمومة الدولة ، وتأدية وظائفها بالشكل الذي يرسم لكل سلطة حدودها ، دون تعدي أو تجاوز على السلطات الأخرى .

وقد وجب بنا الأمر بدايةً أن نجلي النقاب عن هوية الفصل ذاته فيما إذا كان يأخذ الطبيعة السياسية أم يندرج تحت النظريات القانونية ، بمعنى آخر هل هو مبدأ سياسي أم مبدأ قانوني ؟

يذهب بعضهم في هذا المقام للقول⁽³¹⁾: " إن مبدأ فصل السلطات في تفسيره السليم هو قاعدة من قواعد الفن السياسي ، ومبدأ تمليه الحكمة السياسية ، فإنه حتى تسير مصالح الدولة سيراً حسناً وحتى نضمن الحريات الفردية ، ونحول دون استبداد الحكام ، فإنه من اللازم ألا تركز السلطات كلها في هيئة واحدة ، ولو كانت هيئة نيابية تعمل باسم الشعب " .

³⁰ _ د . حسن مصطفى البحري ، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، عام 2006 ، ص 58 .

³¹ _ د . سليمان محمد الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية والمعاصرة وفي الفكر الإسلامي ، دار الفكر العربي ، عام 1967 ، ص 334 .

لا بل إن بعضهم يرى⁽³²⁾ " أن مبدأ فصل السلطات ليس مبدأ قانونياً بل قاعدة من قواعد الفن السياسي أو الحكمة السياسية " ، أي إن هذا الرأي ينفي الصفة القانونية نفيّاً كلياً عن هذا المبدأ ، غير أننا يمكن أن نجد مسوغاً لدى هؤلاء في إضفاء الصفة السياسية على مبدأ فصل السلطات ، في أن الفكرة الأساسية التي تدور حولها أفكار مونتسكيو ، تتركز في نفي حصر السلطة بيد شخص واحد أو هيئة واحدة وإلا أهدرنا أي ضمانات جدية لحريات الأفراد العامة وحقوقهم الأساسية ، وأنه تأسيساً على ذلك لا يعدو أن يكون فصل السلطات سوى مجرد قاعدة سياسية ، ولا يفوتنا أن ننوه إلى قول مونتسكيو⁽³³⁾ " يتحتم لإيجاد حكومة معتدلة تنسيق السلطات ، وتركها تعمل دون اندفاع ، أو بعبارة أخرى ، إعطاء كل منها ثقلاً تستطيع أن تقاوم به الأخرى " .

ومع تسليمنا التام بالصيغة السياسية للمبدأ ، إلا أن تبني معظم دساتير دول العالم لمبدأ فصل السلطات من شأنه أن يضيفي على المبدأ الطبيعة القانونية أيضاً ، فإن هذا المبدأ مازال من الناحية الرسمية أساساً من أسس حماية الحقوق والحريات ، ناهيك عن أن المبدأ ذاته يعد ضمانات جوهرية لقيام دولة القانون ، ولذلك يمكن القول إن مبدأ فصل السلطات ذو طبيعة مزدوجة سياسية وقانونية⁽³⁴⁾ .

وأياً كان الخلاف حول مبدأ الفصل بين السلطات ، فإنّ هذا المبدأ يستند في قيامه على سمات وغايات تجعله بجدارة أحد الأركان الرئيسية التي تقوم عليها دولة القانون ، لا بل إن تخصيص هيئة مستقلة عضواً لكل وظيفة من وظائف الدولة ، يترتب عليه أن تمارس السلطة عملها طبقاً لقواعد قانونية ملزمة ، تشكل أساس عملها ومشروعيتها وغايتها ووجودها ، وبالتالي أضحت سلطة قانونية ضمن إطار الدولة القانونية الحديثة .

³² _ د . عبد العزيز سالم ، رقابة دستورية القوانين " رسالة دكتوراه " ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر ، عام 1995 ، ص 15 .

³³ _ د . السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، الطبعة الرابعة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، سنة 1949 ، ص 10 .

³⁴ _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 31 .

ويرى بعضهم⁽³⁵⁾ أن ثمة ربطاً بين مبدأ تدرج القواعد القانونية ومبدأ فصل السلطات ، بافتراض أن تدرج القواعد القانونية ناتج عن تدرج السلطات والأجهزة في الدولة، وتتحدد وظيفة الدولة أساساً في العمل على تحقيق القانون، وهي تقوم بذلك بما تملكه من وظائف معروفة ، وهي الوظيفة التنفيذية والتشريعية والقضائية⁽³⁶⁾.

ومن المسلمات الدستورية التي تشكل مبادئ كتابات مونتسكيو ومنطقاتها والثورة الفرنسية ، أن الدولة تقوم بهذه الوظائف بالاستناد إلى مبدأ الفصل بين السلطات ، بما يحققه هذا المبدأ من استقلال عضوي بين الهيئات وتخصص وظيفي لكل منها ، الأمر الذي يجعل الفصل بين السلطات من أهم الركائز التي يعتمد عليها تدرج النظام القانوني في الدولة الحديثة⁽³⁷⁾.

ومن جهة أخرى كيف يمكن لنا تصور وجود تدرج ما بين القواعد القانونية فيما لو كانت هذه القواعد صادرة عن سلطة واحدة ، بمعنى آخر ماذا لو اجتمعت السلطات جميعها في يد شخص أو هيئة واحدة ؟ فهل يمكن عندئذ أن يتحقق التدرج ؟ بالتأكيد لا، وسنكون أمام مبدأ آخر يتجسد في أن القاعدة القانونية اللاحقة تنسخ السابقة، وبالتالي لا يمكن أن يحدث تعارض .

وفي ذات السياق يمكن القول : إن آلية تطبيق المبدأ تشكل كلمة الحسم في تحديد شكل التنظيم السياسي المطبق في الدولة ، وهذا ما يتم استقراؤه من خلال أحكام عامة ومجردة تتضمنها الدساتير، فترسم الأخيرة الكيان العضوي والوظيفي لمؤسساتها السياسية .

وتماشياً مع ما تم ذكره فإن المسوغات التاريخية والفلسفية لظهور المبدأ لا تجد لها منأى عن مفهوم الدولة القانونية ، فقد ذاقَت الشعوب ويلات الاستبداد ومرارته رديحاً من الزمن ، لذلك فقد كانت نقطة انطلاق هذا المبدأ وسبب وجوده هي الحد من سلطان الملوك المطلق والحيلولة دون استبدادهم .

- Laurent DEPUSSAY , Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs , R . D . S , n 2 , 2007 , p . 422 .

³⁶ _ د . طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة ، عام 1973 ، ص 59 .

³⁷ _ د . طعيمه الجرف ، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

إنّ هذه المنطلقات تجسد رؤية دولة القانون، التي تنطلق من منطق تحرري يرى أن حياة الإنسان لا تستقيم ولا تكتمل إلا في كنف مجتمع قائم على الحرية الشخصية⁽³⁸⁾.

ووفق تلك الرؤية ، فإن إلقاء نظرة سريعة على الضمانات التي تكفل قيام دولة القانون ، سنجد أنها من زاوية أخرى تشكل في جوهرها ، ذات المسوغات التي أدت إلى تبني مبدأ الفصل بين السلطات والعمل في هدي أمره ، فإن المزايا المترتبة على تطبيق المبدأ كانت محور دولة القانون وغايتها ، ولتوظيف ذلك سنعالج المسوغات التي نادى بها فقهاء القانون العام دفاعاً عن مبدأ الفصل بين السلطات .

أولاً _ صيانة الحريات ودرء خطر الاستبداد :

لقد تحددت طموحات منظري مبدأ الفصل بين السلطات بأهداف مقاربة ، إن لم نقل واحدة ، فالتمعن بأفكار الفلاسفة وعلموهم التي نادى بضرورة العمل تحت مظلة المبدأ وأمرته ، تقودنا إلى خلاصة مفادها أن الأهداف والغايات هي عينها لدى الجميع وإن اختلفت اللغات الاصطلاحية لاستيعاب المبدأ وتطبيقه التي تناسب كل عصر على حدة .

فإن ترشيد السلطة وإقامة العدل لا يزال الطموح الأمثل لكل فلسفة سياسية ترغب في مكافحة الاستبداد والقمع السياسي ، لا سيما أن الضمانة المثلى من الجور والتعسف تكمن في عقلنة السلطة وترشيدها . وتماشياً مع ما تم ذكره يشير مونتسكيو في التمهيد لكتابه روح القوانين " لو كان في مستطاعي ، أن أجعل هؤلاء الذين يحكمون ، يزدون من معارفهم بالنسبة إلى ما ينبغي عليهم أن يعملوا ، وأن أجعل أولئك الذين يطيعون ، يكتشفون لذة جديدة في الطاعة ، لاعتقدت أنني أسعد الناس "⁽³⁹⁾.

³⁸ _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 19 .

³⁹ _ د . دولة خضر خنفر ، في الطغيان والاستبداد والديكتاتورية " بحث فلسفي في مسألة السلطة الكلية " ، الطبعة الأولى ، دار المنتجب العربي للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 1995 ، ص 167 .

إنّ مقصد مونتسكيو هو حماية الإنسان من الاستبداد بكل صوره التعسفية ، فكلما حدينا من الاستبداد كلما حققنا ضماناً أكبر لحماية الحقوق والحريات داخل كنف المجتمع الواحد ، فإذا كان هذا هو حال فصل السلطات ، فطبيعي أن يكون ضماناً أساسية لا تقوم من دونه دولة القانون⁽⁴⁰⁾.

بل لا يمكن الحديث عن ضمانات جدية للحقوق والحريات إلا في ظل الدولة القانونية ، فإن الدولة القانونية هي الشرط الأساسي والأول لتأمين احترام الحقوق والحريات العامة ، وخضوع الدولة للقانون يعني تحقيق صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تعسف السلطة واستبدادها ، ولا يمكن بالتالي تصور نظام الدولة القانونية في الدول ذات الحكومة الاستبدادية⁽⁴¹⁾.

ثانياً _ التأكيد على احترام مبدأ سيادة القانون :

إن استعراض معاني الدولة القانونية ومضامينها هي المدخل الطبيعي والمنطقي لفهم مداخل ومفاهيم فلسفية وسياسية أخرى واستيعابها ، خاصة نظرية فصل السلطات ، ومن انعكاسات تلك الفكرة أن النظام القانوني لدولة القانون يقوم على مبدأ المشروعية ، وفي هذا الإطار يخضع المواطنون والدولة بسلطاتها ومؤسساتها وموظفيها وإداراتها كلها للقانون المطبق في البلاد ، دون أن يكون لأي أحد امتياز أو استثناء من تطبيق حكم القانون عليه.

وإزاء هذه الحقيقة فإنه من المتعذر نكران الأثر الذي يشغله مبدأ فصل السلطات في دولة القانون ، فبدون هذا المبدأ ستجتمع سلطة التشريع والتنفيذ في هيئة واحدة ، الأمر الذي يترتب عليه فقدان القانون لصفتي العمومية والتجريد، كما سيفقد مبدأ تدرج القواعد القانونية أي قيمة فعلية لطالما أن سلطة واحدة تستطيع ان تعدل أو تلغي القواعد التي هي في أعلى الهرم أو تلك الأقل منها مرتبة، بخلاف الدستور الذي يوزع الاختصاصات ما بين السلطات ، فإذا تجاوزت إحدى الهيئات اختصاصها وفقاً لما يقضي به مبدأ فصل السلطات ، فهذا يعني أنّها

⁴⁰ _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 34 .

⁴¹ _ د . رامز محمد عمار ، حقوق الانسان والحريات العامة ، الطبعة الأولى ، دون ناشر ، بيروت ، عام 1996 ، ص 122 .

خرقت مبدأ المشروعية لأنها خرقت الدستور⁽⁴²⁾، ويقول مونتسكيو تأكيداً على هذا المعنى : " إذا اجتمعت السلطة التشريعية مع السلطة التنفيذية في يد شخص واحد أو تركزت في هيئة واحدة ، فلن تكون هنالك حرية ، لأنه يخشى في هذه الحالة أن يقوم ذلك الشخص أو تلك الهيئة (الحاكم نفسه أو مجلس الشيوخ) بسن قوانين استبدادية جائرة ، وتنفيذها بطريقة ظالمة " .

ولا يختلف الأمر أيضاً إذا مارس القضاء سلطة التشريع أو اجتمع التنفيذ مع القضاء لأن ذلك سيؤدي إلى فقد احترام القانون وغياب عدالة أحكامه ، وهذا ما عبر عنه مونتسكيو بقوله " مرة أخرى ، لن تكون هنالك حرية ، إذا لم تكن السلطة القضائية منفصلة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية ، لأنها إذا كانت مجتمعة أو متحدة مع السلطة التشريعية ، فإن حياة المواطن وحرية تصبجان عرضة للتحكم والسيطرة الاستبدادية ، لأن القاضي في مثل هذه الحالة سيكون هو مشرع القانون ، وإذا كانت السلطة القضائية متحدة أو مجتمعة مع السلطة التنفيذية ، فإن القاضي قد يتصرف بعنف وقسوة ، ويمارس الظلم والاضطهاد⁽⁴³⁾ " .

وخلاصة القول إنه مع تطور المجتمعات ومقتضيات إدارتها ابتدع الفكر البشري نظاماً سياسية مختلفة ومتنوعة ، تقوم على فكرة تنظيم العلاقة بين حقوق المواطنين من جهة واختصاصات الحاكمين من جهة ثانية ، مع إقامة توازن بين هيئات الحكم ، بما يؤمن في النتيجة الاستقرار وعدم طغيان الحكام .

إنّ هذا التصور الفلسفي لمفهوم الدولة والعلاقة بين مكوناتها حسب نظريات مفكري عصر الأنوار ، أدى كثيراً إلى تبلور مفهوم قانونية الدولة ، وإذا كان النظام القانوني في هذه الدولة يقوم بأكمله على مبدأ المشروعية الذي يحتل مكانة متميزة كأحد أهم مبادئ القانون إطلاقاً ، فإنّ تجسيده في أرض الواقع يفرض توافر ثلاثة شروط ينجم عن تخلف إحداها غياب ما يسمى بمبدأ سيادة القانون ، وبالتالي اختفاء معالم ومظاهر الدولة القانونية .

⁴² _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 34 .

⁴³ _ د . حسن مصطفى البحري ، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 60 _ 61 .

ويأتي مبدأ الفصل بين السلطات في مقدمة هذه الشروط ، لا بل إن الشروط التالية لتطبيق مبدأ المشروعية ، والمتمثلة بتحديد اختصاصات الإدارة وتفعيل رقابة القضاء ، ستسقط في درك الفناء ولن تجد حيزاً للتطبيق بمعزل عن الشرط الأول ، وتأكيداً على ذلك جاء بعض الفقه ليؤكد هذا المنحى بقوله " إنَّ مبدأ فصل السلطات تاريخياً يشكل العامل الأول المؤسس لمفهوم دولة القانون " ، فلا يقبل في دولة القانون أن تبقى الأطراف السياسية على سجيبتها تحركها تجاذباتها السياسية⁽⁴⁴⁾ .

وغني عن البيان أن مبدأ تدرج القاعدة القانونية يشير في حقيقته إلى النطاق الواسع لمبدأ المشروعية ، فلا يقصد بالمشروعية خضوع الدولة للقانون بمعناه الضيق مجموعة من النصوص الرسمية الصادرة عن السلطة التشريعية فحسب ، وإنما خضوعها للقانون بمعناه الواسع والشامل الذي يضم مختلف القواعد القانونية الصادرة عن مختلف السلطات في الدولة .

إن التمعن الدقيق بسلسلة المفاهيم الديمقراطية يفضي إلى نتيجة منطقية لا يعترىها غموض ولا تقبل الجدل ، تتجلى في أن مبدأ فصل السلطات يعد الأب الشرعي لدولة القانون ، فالجوهر واحد والغاية ذاتها ، كما أن السبل المتنوعة والطرق المتباينة لإدراك الحريات العامة لا تجد حولاً لها دون العودة إلى الماضي السحيق والاعتراف بقيمة مبدأ فصل السلطات أساساً تاريخياً لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، وتعطي الأخيرة لهذا المبدأ مظهر الوجود والحياة ، وتعمل جاهدة على إبقائه مبدأً شامخاً يضمن تأطير الحقوق والحريات الأساسية وترسيخها ضمن أطر وضمانات دستورية ، لاسيما عندما نستحضر أمام الأذهان أن ضمان الحقوق والحريات الشخصية والعامة وحمايتها إنما هو الهدف الأساسي لدولة القانون .

ومن هنا ينطلق الباحث في أن أبسط طريق يمكن من خلاله دحض ما انتهى إليه بعض الفقه من عد النظرية الخالصة للقانون تشكل الأساس الحقيقي لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، هو أن السنة الأساسية _ جوهر

⁴⁴ _ د . أمين عاطف صليبيا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 152 .

النظرية المحضة _ هي مجرد قاعدة وهمية خلقها كلسن لإرساء الأساس القانوني لبقية قواعد النظام القانوني

، فهل يمكن أن تستمد القواعد القانونية _ بما فيها الدستور _ صحتها من مجرد خيال وتصور افتراضي ؟

وبالطبع هذا لا يغير من حقيقة راسخة أن كلسن وإن لم يكن رائد الإبداع ، إلا أنه كان الأسبق في صياغة تخطيط قواعد منضبط للتسلسل المعتمد لدى الأجهزة القانونية ، بعبارة أخرى ، إن التركيب التدريجي للنظام القانوني الذي أتى على ذكره كلسن هو مجرد إجلاء الغطاء عما هو مستقر وكامن في ظاهر الدولة القانونية وباطنها ، وعليه نرى أن النظرية الخالصة للقانون وإن كان يعزى لصاحبها الفضل في تحديد المبدأ وفق مسار منهجي وصياغته ، إلا أنَّ المبدأ يرتد ليجد جذوره الأولى في مضمون وجوهر الفصل بين السلطات، فالدور الريادي الذي يشغله يجد أثره حتى في المعايير التي تبناها الفقه التقليدي بشأن تحديد مكانة القاعدة القانونية ، سواء أكانت هذه المعايير شكلية أو موضوعية⁽⁴⁵⁾ ، فمقتضى المعياريين أن الهيئة أو السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية ، ستكون هي المحدد الرئيس الناظم لمرتبة القاعدة وقوتها ، وبالتالي تتحدد قوة القاعدة ومركزها بالاستناد إلى السلطة التي أصدرتها⁽⁴⁶⁾ .

إنَّ الثراء اللفظي لدولة القانون بمدلولها التقني ، تعني من ضمن ما تعنيه أنها نظام ممرکز نسبياً يبنى على قواعد متدرجة ، تستمد كل قاعدة صحتها من قاعدة أسمى منها ، بما يحقق الاستقرار والأمن القانوني ، وهو الأمر الذي يحملنا على فحص مكونات مبدأ تدرج القواعد القانونية .

⁴⁵ _ سيتم العودة لهم في مكان آخر من هذا البحث .

⁴⁶ _ فالترج الهرمي للقواعد القانونية بموجب المعيار الشكلي يبدأ بالقواعد الدستورية التي تحتل قمة الهرم القانوني، لأنها صادرة عن السلطة التأسيسية و هي أعلى سلطة بحيث تعلو على السلطات المؤسسة، وتليها القواعد التشريعية العادية الصادرة عن السلطة التشريعية التي تعلو على السلطة التنفيذية بحسب التقسيم التقليدي ، ومن ثم تأتي في قاعدة الهرم القانوني التشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنفيذية، إلا أن هذه السلطة الأخيرة تتكون من هيئات متدرجة في شكل السلم الإداري ، ويدوره تدرج التشريعات الفرعية أيضاً تبعاً للهيئة التي أصدرت التشريع . أنظر في ذلك د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 22 .

ومن هذا المنطلق وجب بنا معالجة مبدأ تدرج القواعد القانونية بمختلف مكونات قواعده الدولية منها والوطنية ، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أم خلاف ذلك، فستكون القواعد القانونية غير المدونة موضوع الفصل الثاني من هذه الدراسة ، بينما سنخصص الفصل الأول منها للحديث عن القواعد القانونية المدونة .

الفصل الأول

القوة الإلزامية للقواعد القانونية المدونة

تمهيد وتقسيم

انتهينا في المبحث التمهيدي إلى أن دولة القانون تشيد أسوارها على رؤى منظريها في انصياع الحاكم والمحكوم للنظام السائد في الدولة ، تحقيقاً لمبدأ المشروعية الذي تصبو إليه القوانين في نظم الدول الديمقراطية ، وعلاوة على ذلك خلصنا إلى أن قانونية الدولة تحددت بحسب تصور المدرسة النمساوية على شكل قواعد تتباين في مرتبتها القانونية، فيحول مبدأ سمو القاعدة الأعلى على القاعدة الأدنى دون تعارض أو تداخل هذه القواعد القانونية .

إنّ النظر إلى القاعدة القانونية من خلال الإطار العام لنظرية " هانز كلسن " ، يستوجب بنا الوقوف على مدلول هذه القاعدة بعض الشيء ، فمن المعلوم أن مبدأ المشروعية على عمومها بمنزلة التطبيق لمبدأ تدرج القواعد القانونية⁽⁴⁷⁾، ومن مسلمات العمل بهدي هذا المبدأ أنّه يمتد ليشمل خضوع الأفراد والهيئات لكافة القواعد القانونية في الدولة كلها ، وليس فقط للقوانين العادية ، أي إن القاعدة القانونية يجب أن تؤخذ بمعناها الواسع لتشمل النصوص القانونية كلها المعمول بها ضمن المنظومة القانونية في الدولة .

ولعلّ أول ما يترتب على ما سبق هو أنّ مبدأ تدرج القواعد القانونية يتسع في مفهومه ومداه ليستوعب مبدأ يصغره حجماً يصطلح على تسميته " مبدأ تدرج التشريعات " ، ويقتصر هذا الأخير في الشمول ليضم القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية دون سواها ، في حين يتسع مبدأ تدرج القواعد القانونية ليشمل مبدأ تدرج النصوص التشريعية إلى جانب القواعد القانونية الأخرى غير المدونة أو المقننة⁽⁴⁸⁾ .

⁴⁷ - بشير لبانجي ، يوسف دحامي ، مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في جامعة العقيد آكلي محند أولحاج_ البويرة_ كلية الحقوق والعلوم السياسية ، عام 2016 ، ص 6 .

⁴⁸ - د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 20 .

غير أن مقارنة خصائص القاعدة القانونية قد تثير جدلاً جديداً لا يمكن القفز عنه إبان العمل بأمره هذا المبدأ ، وتقتضي دراستنا التعرض إلى تعريف القانون وإيضاح خصائصه ، لتمييز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد التي قد تختلط بها، إذ إن التمعن بكتابات الفقهاء وشروحهم حول النظرية العامة للقانون يقود إلى نتيجة تتجلى في وحدة المضمون ، وإن اختلفت الصيغة وتباينت الوسيلة .

وتأسيساً على ذلك فقد درج الفقه على تعريف القانون بأنه " مجموعة القواعد العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ، وتقترن بجزاء مادي يكفل احترامها " (49) ، ولسنا بصدد إيراد تعريفات أخرى طالما أن جوهرها واحد مفاده تمييز القاعدة القانونية عن غيرها بثلاث خصائص رئيسية وهي :

1_ قاعدة عامة ومجردة .

2_ قاعدة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع .

3_ قاعدة مرفقة بجزاء توقعه السلطة العامة على المخالف .

إنّ استعراض مدلول كل خاصية على حدة ، سيفتح أمامنا حيزاً لمجموعة من التساؤلات المنطقية تعترض مفردات بحثنا .

فالخاصية الأولى تعني أن القاعدة القانونية لا تتوجه بأوامرها ونواهيها إلى شخص معين بالذات ، كما لا تعالج واقعة معينة ، ولكنها تسري على جميع الناس دون تفرقة أو تمييز بين الأشخاص ، فالدستور السوري لعام 2012 نص على أنه " لا يجوز إبعاد المواطن عن الوطن ، أو منعه من العودة إليه " ، أي إن هذه القاعدة تخاطب الأفراد بتجرد عن صفاتهم ومقامهم الاجتماعي ، دون تخصيص لذواتهم أو تمييز بينهم .

وتماشياً مع ذلك فإن القرار الإداري الفردي يخرج عن منظومة القاعدة القانونية لطالما ينشئ مراكز قانونية خاصة بأفراد معينين بذواتهم ، ويستنفذ مضمونه لمجرد تطبيقه مرة واحدة ، وبالتالي يفتقر لخاصية العمومية والتجريد .

⁴⁹ د . سعيد سليمان جبر ، د . محمود سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الأولى ، كلية التجارة ، جامعة القاهرة ، ص

بمعنى آخر ، إنّ نظرية كلسن في تدرج القواعد القانونية ، مفادها أنّ النظام القانوني في الدولة هو بنیان يتكون من طبقات منسودة ، تستمد كل قاعدة صحتها من القاعدة التي تعلوها مباشرة إلى أن نصل إلى قمة الهرم ، وطالما أنّ القرار التنظيمي بمنزلة تشريع يصدر من السلطة الإدارية ، فإنّ القرار الفردي الذي لا يعدو أن يكون مجرد عمل قانوني فردي⁽⁵⁰⁾ ، لن يخرج في منطوقه عما قضت به اللائحة والقواعد القانونية التي تعلوها مرتبة تحت طائلة عدم المشروعية ، وهذا ما يستتبع من جهة أخرى التسليم بأن مبدأ تدرج القواعد القانونية موضوع بحثنا ، أقل اتساعاً من مبدأ " تدرج الأعمال القانونية " .

وإذا كانت خاصية توجه القاعدة القانونية بخطابها إلى مجموع الأفراد في المجتمع لا تثير أي إشكالية ، فإنّ الأمر يدق بعض الشيء بالنسبة للخاصية الثالثة المتمثلة بإنزال جزاء معين على مخالفة القاعدة القانونية ، ولعلّ مدار الجدل هنا يجد مطرحه في القانون الدستوري .

فلكي تكون القاعدة القانونية قابلة للتطبيق ونافذة في المجتمع ، لابد من فرض احترامها ، وهذا ما تكفله السلطة العامة ، مما يجعل القاعدة القانونية مختلفة عن القاعدة الأخلاقية ، فتفتقر الأخيرة إلى عنصر الإلزام الذي يضيف على الأولى طابعاً خاصاً ، وكما يقول العالم الألماني إهرنغ : " إن القاعدة التي تخلو من عنصر الجزاء هي من قبيل التناقض ، فهي ناز لا تحرق ، ونور لا يضيء "⁽⁵¹⁾، وتماشياً مع ما تمّ ذكره فقد ثار جدل فقهي واسع حول مدى قانونية القواعد الدستورية ، فمن المعلوم أنّ هذه القواعد علاوة على أنّها قواعد عامة ومجردة ، هي قواعد اجتماعية أيضاً ، إلا أنّ الخلاف بين رجال الفقه يجد مطرحه في الركن الأخير، والمتعلق بعنصر الجزاء، فذهب رأي _ وهو رأي مرجوح _ إلى نزع الصفة القانونية عن القواعد الدستورية ، بخلاف الرأي الراجح الذي يعترف للقاعدة الدستورية بالصفة القانونية⁽⁵²⁾ ، ويكفي القول في هذا الصدد للتأكيد على قانونية القواعد الدستورية ، أن الجزاء كأثر لمخالفة القواعد القانونية ، يقصد به الضغط على إرادة الإدارة أو الفرد للامتثال

⁵⁰ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 18 _ 19 .

⁵¹ _ د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية " القانون " ، القاهرة ، عام 1972 ، ص 72 .

⁵³ _ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، الطبعة الأولى ، الجامعة الافتراضية السورية ، عام 2021 ، ص

لأوامر القانون ونواهيته ، وتتعدد أنواع الجزاءات لترتبط بأنواع مختلفة من القواعد القانونية ، فهناك مثلاً الجزاء التأديبي الذي يفرض نتيجة مخالفة القواعد التي تفرضها واجبات الوظيفة ، والجزاء الإداري الذي توقعه سلطات الضابطة الإدارية في حال مخالفة القواعد القانونية التي تتعلق بالصحة العامة والسكينة العامة ، وبالمثل يوجد جزاءات سياسية خاصة بالقاعدة الدستورية ، وإن كنا لسنا بصدد عرضها كلها فإنه يكفي الإشارة لبعضها .

وتعد الرقابة المتبادلة بين السلطات العامة في الدولة وخاصة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية⁽⁵³⁾ ، خير وسيلة تكفل ضمان نفاذ القاعدة الدستورية وحسن تطبيقها ، وتحد من محاولة الخروج عليها من جانب السلطات العامة في الدولة ، ومن جانب آخر ليس هنالك من شك في حتمية الرقابة وضرورتها على دستورية القوانين للحيلولة دون طغيان إحدى السلطات على الأخرى وبالتالي انتهاك القاعدة الدستورية .

وصفوة القول إن الحاكم الذي يتجاوز صلاحياته المحددة بالدستور ، يمكن أن يوقف عن طريق بقية السلطات العامة الأخرى في الدولة ، ويتم تحت أعين المواطنين ورقابة الرأي العام ، فالمؤيد الإكراهي هنا سياسي " سلطة أخرى ورأي عام " وقانوني " قضاء دستوري " ، لذلك فإن القول بأن القاعدة الدستورية تقتصر لمقومات القاعدة القانونية بجانب المنطق القانوني ، ويشذ عن حقيقة مفادها أنه إذا كان القانون هو دعامة وأساس المجتمع ، فإن الدستور يشكل دون أدنى شك نواة القانون⁽⁵⁴⁾.

وقد استقر الفقه والقضاء⁽⁵⁵⁾ على أن الأساس الذي يعتمد عليه في ترتيب القواعد القانونية هو المعيار الشكلي " العضوي " من جهة ، والمرتبة الإلزامية للقواعد القانونية من جهة أخرى ، وليس لمضمون القاعدة القانونية " المعيار الموضوعي " إلا أثر ثانوي أو احتياطي ، يتم اللجوء إليه لتحديد أسبقية قاعدتين منشأهما سلطة واحدة . فبموجب المعيار الشكلي تكون الهيئة أو السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية هي المعيار الأساسي لتدرج القواعد القانونية ، ومدى اتساق القاعدة الصادرة من سلطة أدنى مع القاعدة الصادرة من سلطة أعلى منها في

⁵⁴ _ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص 31 .

⁵⁴ _ د . عصام الدبس ، القانون الدستوري " القسم الأول " ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،

عام 2011 ، ص 39 .

⁵⁵ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 20 .

المرتبة ، وبالتالي فالقاعدة القانونية تأخذ مرتبة السلطة التي أصدرتها⁽⁵⁶⁾ ، أي إن التدرج الشكلي يرتكز على مرتبة ومكانة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية والإجراءات المتبعة في ذلك ، وعليه يكون هنالك علاقة تبعية بين مكانة السلطة المختصة بإصدار القاعدة القانونية ومرتبة القاعدة الصادرة عنها .

وارتباطاً بما سبق ، فالتدرج الهرمي بموجب **المعيار الشكلي** يبدأ بالقواعد الدستورية التي تحتل قمة الهرم القانوني ، لأنها صادرة عن السلطة التأسيسية وهي أعلى من السلطة المؤسّسة ، وتعد الأولى أعلى السلطات ، وتليها القواعد التشريعية العادية الصادرة عن السلطة التشريعية التي تعلو على السلطة التنفيذية لجهة أن القانون إنما هو تعبير عن إرادة الأمة بواسطة ممثليها بطريقة غير مباشرة ، أو بطريق مباشر في القوانين التي تنشأ بالاستفتاء الشعبي⁽⁵⁷⁾ ، ولكون السلطة التشريعية أيضاً هي المختصة أصلاً بالتشريع .

أمّا **المعيار الثاني** الذي يتعلق **بالمرتبة الإلزامية للقواعد القانونية** ، فبموجبه تتدرج القواعد فيما بينها في ضوء القوة القانونية التي تتمتع بها ، وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية في قوتها الإلزامية إلى قواعد لها قوة الدستور وهي التي يضعها المشرع الدستوري ، وقواعد لها قوة التشريع العادي وهي التي تسنها السلطة التشريعية في البلاد ، وقواعد لها قوة التشريعات الفرعية والتي تصدر عن السلطة التنفيذية بمختلف الهيئات المكونة لها ، فحسب ما يرمي إليه رواد هذا المذهب أن القوة الإلزامية للعمل تقتزن كقاعدة عامة بطبيعته القانونية ، إلا أنهما لا يتلزمان حتماً ، إذ يستطيع المشرع الدستوري أن يعدل من قوة هذا العمل والتي تتحد على ضوء بنيته القانونية ، كأن يعلو بقوة لوائح الضرورة إلى قوة القانون تقديراً منه لخطورة الظروف الاستثنائية ومقتضياتها⁽⁵⁸⁾ .

بينما يعتمد **المعيار المادي أو الموضوعي** على مضمون القاعدة بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى ، واستناداً إلى ذلك تصدر القاعدة الأدنى محددة للقاعدة الأعلى منها في المرتبة، لتعدّ تنفيذاً لها⁽⁵⁹⁾ .

⁵⁶ د . محمود حلمي ، تدرج القواعد القانونية مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية ، السنة الخامسة ، العدد الأول ، القاهرة ، عام 1963 ، ص 173 .

⁵⁷ د . ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، عام 2000 ، ص 524 .

⁵⁸ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 24 - 25 .

⁵⁹ د . محمود حلمي ، تدرج القواعد القانونية مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية ، مرجع سابق ، ص 192 .

ولإسقاط آلية العمل بهذه المعايير وتبينها داخل النظام القانوني للدولة ، سنعالج القواعد القانونية المدونة موضوع

الفصل الأول من هذه الدراسة وفق التقسيم التالي :

المبحث الأول : المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المكتوبة الدولية والدستورية .

المبحث الثاني : المرتبة الإلزامية للتشريعات العادية والثانوية .

المبحث الأول

المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية المكتوبة الدولية والدستورية

يتضمن النظام القانوني الكلي للدولة مجموعة كبيرة ومتباينة من القواعد القانونية بافتراض أنَّ علاقات الأفراد والسلطات لا يمكن تنظيمها بنوع واحد من القواعد القانونية ، غير أنَّ هذا التنوع يستلزم بالضرورة اتساق هذه القواعد وانسجامها شكلاً وموضوعاً ، وهذا ما يتم عن طريق خضوع القاعدة الدنيا لتلك التي تعلوها مرتبة .

وإذا كان المعيار الدستوري قد تكفل بترتيب القواعد القانونية الوطنية وإيضاح آلية السير بهذه القواعد دون خروج القواعد الدنيا عن مضمون القاعدة الأعلى ، فإنَّ بدء اهتمام الدول بتنظيم علاقاتها مع بعضها على أساس من القواعد القانونية الثابتة كان بداية عهد جديد لمنظومة التدرج القواعدي ضمن أسوار الدولة القانونية ، فالهدف الحقيقي من القانون الدولي هو حسن تنظيم العلاقات الدولية ، ولأنَّ الدول لا تعيش في عزلة ، فإنَّها تتعامل بواسطة الدبلوماسية مستخدمة المعاهدات⁽⁶⁰⁾ كأداة طبيعية لمثل هذا التعامل .

وقد تباينت مواقف الدول حول مكانة المعاهدة الدولية بين التشريعات الوطنية ، لاسيما أنَّ هذا التباين مردهُ النتائج المترتبة على تصورات الفقهاء لطبيعة العلاقة ما بين القانونين الدولي والداخلي كما سنرى ، لذلك فإنَّ موضوعنا الأساسي يكمن في تحديد القيمة المقررة لكل قاعدة قانونية أياً كان مصدرها ، سواء تمت نتيجة توافق إرادة دولتين فأكثر بصيغة " معاهدات دولية " ، أو كانت تلبية لطموحات جماهيرية تكفلت بتقنينها سلطة تأسيسية ضمن وثيقة أساسية " القوانين الدستورية " ، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : المعاهدات الدولية وحجيتها الملزمة ضمن المنظومة التشريعية الداخلية

المطلب الثاني : التشريعات الدستورية كأصل وإطار قواعدي يوجبه مبدأ المشروعية

⁶¹ _ د . محمد عزيز شكري ، مبادئ القانون الدولي العام ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2017 ، ص 125 .

المطلب الأول

المعاهدات الدولية وحجيتها الملزمة ضمن المنظومة التشريعية الداخلية

وسط أجواء دولية ممزوجة بروح التشاحن والخصومة وتواصل الصراعات ، انصرفت رغبة الدول إلى تحقيق أدنى حد من التعايش والدخول في علاقات فيما بينها ، فإذا كان للدول أن تتمسك بمبادئ السيادة وأهدافها ، فإنّ عليها أن تولي محددات التعايش والتعاون والتضامن مع غيرها ما يجب لها من اعتبار ، وأن تتصرف إلى تنظيم المجتمع الدولي تنظيمًا قانونيًا مستقرًا يراعي الكثير من جوانب العلاقات الدولية ، وكان من أبرز صور هذا التعاون إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة⁽⁶¹⁾.

وينصرف اصطلاح المعاهدة إلى توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي على إحداث أثر قانوني معين طبقاً لقواعد القانون الدولي⁽⁶²⁾ ، وعلى هذا المنحى ذهبت اتفاقية فيينا لعام 1969 في تعريفها للمعاهدة الدولية على أنّها " كل اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتاباً ويخضع للقانون الدولي العام سواء تمّ في وثيقة واحدة أو أكثر أياً كانت التسمية التي تطلق عليها "⁽⁶³⁾، وتعد هذه الاتفاقية معاهدة المعاهدات أو قانون المعاهدات ، إضافة إلى اتفاقية فيينا لعام 1986 الخاصة بالمعاهدات بين الدول والمنظمات الدولية أو بين المنظمات الدولية فيما بينها⁽⁶⁴⁾ ، ومن الملاحظ أنّ القالب الذي تفرغ فيه المعاهدة لا يغير من وزنها ، فقد يصطلح على تسمية المعاهدة بمصطلحات عدة ترتبط بالمواضيع التي تنظمها ، فتسمى بالاتفاقية أو البروتوكول أو العهد أو الميثاق⁽⁶⁵⁾ ، دون أن ينال ذلك من قيمتها أو يغير من ماهيتها .

⁶¹ _ عمار زورقي وليد ، حجية المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري الوطني ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، عام 2019 ، ص 3 .

⁶² _ د . أحمد رفعت ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص 500 .

⁶³ _ د . محمد نصر محمد ، الوافي في شرح المعاهدات الدولية " في ظل أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 " ، الطبعة الأولى ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، عام 2012 ، ص 12 .

⁶⁴ _ د . محمد عزيز شكري ، مبادئ القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 136 .

⁶⁵ _ د . ماهر ملندي و د . ماجد الحموي ، القانون الدولي العام ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، الجمهورية العربية السورية ،

عام 2018 ، ص 38 . متوفر على الرابط : <https://pedia.svuonline.org/> .

كما يتضح من خلال التعريف أن المعاهدة يجب أن تكون مكتوبة فلا يجوز أن تعقد شفاهة ، وعليه لا تعد الاتفاقات الشفوية وخاصةً ما يعرف باتفاقات الجنتلمان " **Gentlemen's** " معاهدات دولية بالمعنى الدقيق للمصطلح ، وتوجد هذه الاتفاقية في الفقه الانجلو أمريكي ، وتعد مثل هذه الاتفاقية معاهدة دولية إذا ثبت أن إرادة الأطراف اتجهت إلى إحداث آثار قانونية ، أمّا إذا ثبت خلاف ذلك فلا تكون إلا مجرد اتفاق شرف، بغض النظر عن الصفة السياسية التي قد تكون غاية في الأهمية⁽⁶⁶⁾، غير أنّ (المادة الثالثة) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات اعترفت للاتفاقات الشفوية بالقيمة القانونية نفسها للاتفاقات المكتوبة ، وهذا ما سارت عليه محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها في قضية غرينلاند الشرقية، فتقدمت الدانمارك إلى المحكمة ، لتقضي لها بعدم قانونية ما أعلنته النرويج عام 1931 من أنّ غرينلاند تخضع لسيادة النرويج ، وقد استندت الدانمارك في ادعائها آنذاك على تصريح وزير خارجية النرويج عام 1919، الذي أعلن فيه أنّ خطط حكومة الدانمارك المتعلقة بسيادتها على غرينلاند لن يلقى عقبات من جانب النرويج ، فقضت المحكمة بأنّ التعهد الشفوي الذي قدمه وزير الخارجية في أثناء تصريحه ملزم لدولته ، وهو مما يدخل أصلاً في اختصاصه في أثناء إجراء اتصالات دبلوماسية مع دولة أخرى⁽⁶⁷⁾ .

ولكي يمكننا الحديث عن معاهدة دولية ، يتعين أن تكون إرادة الأطراف في الاتفاق قد انصرفت لإبرامه وفق أحكام القانون الدولي العام ، فثمة حالات تتصرف فيها إرادة الأطراف إلى إبرام اتفاق في شكل مكتوب في ظل قانون داخلي لإحداها أو لدولة أجنبية عنها ، فعلى سبيل المثال نص في اتفاقيات القرض التي عقدها البنك الدولي للتنمية والتعمير مع الدول ، أن يخضع تفسير هذه الاتفاقيات وما يصدر بمقتضاها من سندات لقانون ولاية نيويورك⁽⁶⁸⁾ .

وغني عن البيان أنّ المعاهدة يجب أن تكون مبرمة بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي والتي قد تكون دولاً أو منظمات دولية، وتمّ الاعتراف لهذه الأخيرة بإبرام المعاهدات الدولية منذ أنّ أصدرت محكمة

⁶⁷ _ د . محمد نصر محمد ، الوافي في شرح المعاهدات الدولية ، مرجع سابق ، ص 17 .

⁶⁷ _ د . ماهر ملندي ، د . ماجد الحموي ، القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 38 .

⁶⁸ _ د . عمر حسن عدس ، مبادئ القانون الدولي العام المعاصر ، مطبعة التوجيه للتصوير العلمي ، القاهرة ، عام 1992 ، ص 339 .

العدل الدولية رأبها الاستشاري في قضية التعويضات المستحقة عن الأضرار التي لحقت بالعاملين في الأمم المتحدة في أثناء قيامهم بعملهم سنة 1949، وعليه تعد معاهدات دولية الاتفاقيات التي تبرمها سورية وهيئة الأمم المتحدة أو التي تبرمها الأخيرة مع جامعة الدول العربية ، وبعد أن اعترفت معاهدة اللاتران للكرسي البابوي بالشخصية الدولية سنة 1929 ، أصبحت الاتفاقيات المبرمة بين الفاتيكان وإحدى الدول الكاثوليكية معاهدات بالمعنى الصحيح⁽⁶⁹⁾ .

في المقابل لا تعد الاتفاقيات المعقودة بين دول داخلية في الاتحاد الفيدرالي من قبيل المعاهدات الدولية فيما لو كان الدستور الاتحادي لم يعترف لها بهذه الصفة ، فمن المعلوم أن الشخصية الدولية للدول الأعضاء في مثل الدولة الاتحادية (الفدرالية) ، تنصهر لتشكل شخصية دولية جديدة واحدة تقوم بتسيير الشؤون الخارجية ، ومع ذلك يمكن أن نلاحظ استثناء على القاعدة في بعض الحالات ، فقد أجاز الاتحاد السوفييتي سابقاً لبعض جمهورياته ، وهي اوكرانيا وروسيا البيضاء ، أهلية إبرام المعاهدات الدولية والتمثيل الدبلوماسي مع الدول الأخرى والحق بالانضمام للأمم المتحدة ، وقد كان الهدف من وراء ذلك سياسياً يتمثل بالاستفادة من أصواتها في المحافل الدولية⁽⁷⁰⁾ ، مع الإشارة إلى أن الاتحاد السوفييتي سابقاً كان دولة اتحادية من نوع خاص ، تختلف بخصائصها عن مقومات الدولة الاتحادية بالمعنى التقليدي الذي تصفه لنا شروحات القانون الدستوري حول أشكال الدول ، ولعل ما يعزز وجهة نظرنا هذه هو البعد السياسي لتلك الدولة ، الذي تجسّد من خلال عقائد سياسية واقتصادية وحزبية ودولية تضافرت على تكوينه بعد الحرب العالمية الثانية .

ومن زاوية أخرى يشترط لكي يكون الاتفاق معاهدة دولية ، أن تكون إرادة الأطراف قد انصرفت إلى إحداث آثار قانونية معينة⁽⁷¹⁾ ، بمعنى ان تتجه نية الأطراف إلى إنشاء حقوق أو ترتيب التزامات قانونية ملزمة ، أمّا إذا كان للاتفاق مجرد آثار أدبية ، فعندئذٍ يخرج من منظومة المعاهدات الدولية .

⁶⁹ _ د . محمد عزيز شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2010 ، ص 421 .

⁷⁰ _ د . فيصل كلثوم ، دراسات في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق ، عام 2017 ، ص 259 .

⁷¹ _ د . ماهر ملندي ، د . ماجد الحموي ، القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 39 .

وفي المقابل شيدت قواعد القانون الدولي على أساس مبدأ سيادة الدول ، الذي يتمثل في استقلال الدولة وفرض سيطرتها على إقليمها بالكامل ، فلا يجوز لأي دولة التدخل في شؤونها دون رضاها ، ومن أهم مظاهر سيادة الدولة قدرتها على سن القوانين وتطبيقها ، إلا أنها قد تصطدم بقواعد القانون الدولي المتمثلة بالمعاهدات التي ترتبط بها الدولة .

وتعد العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني من المسائل التي شغلت فقهاء القانون الدولي ، وقد تمثل الخلاف الأساسي حول الأولوية بين القانونين ، لذا تعرض تكييف هذه العلاقة للبحث العلمي الكثيف الذي خرج بدوره بنظريتين أساسيتين ، هما **نظرية ثنائية القانون ونظرية وحدة القانون**⁽⁷²⁾ ، وبطبيعة الحال يترتب على الأخذ بالنظرية الأولى نتائج مختلفة عن تبني النظرية الثانية بالنظر إلى تباين كل منهما من حيث الطبيعة والأساس القانوني .

لذلك سنخرج على ماهية كل من هاتين النظريتين بافتراض أن تبيان ماهية كل منهما إنما يجسد موقف الفقه الدولي من مبدأ تدرج القواعد القانونية ، لننتقل بعدها إلى موقف الأنظمة القانونية المقارنة من المعاهدات الدولية بعدها المصدر التقليدي لتكوين قواعد قانونية دولية ملزمة ، ونختم الحديث أخيراً بموقف القضاء الدولي حول آلية المفاضلة بين المعاهدات الدولية والقوانين الداخلية مستندين إلى مجموعة من الأمثلة والقضايا التطبيقية .

أولاً _ موقف الفقه الدولي " نظرية ثنائية القانون ونظرية وحدة القانون "

إنَّ طبيعة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي كانت ومازالت محل جدال فقهي ، إذ لا يزال أصحاب النظريات القانونية منقسمين في ذلك انقساماً عميقاً ، فأصحاب المذهب الإرادي يرون أنَّ النظامين منفصلان عن

⁷² _ فهد نايف حمدان البرجس الشمري ، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، عام 2018 ، ص 5 .

بعضهما، بخلاف أصحاب المذهب الموضوعي الذين يرون أنَّ كلاً من القانونين الدولي والداخلي يشكلان وحدة لا تتجزأ⁽⁷³⁾، وجراء ذلك ظهرت نظرية ثنائية القانون ونظرية وحدة القانون .

1 _ نظرية ثنائية القانون

إنَّ من أهم النتائج المترتبة على الأخذ بهذه النظرية التي تهم بحثنا ، هي استحالة قيام تنازع بين القواعد القانونية الدولية والقواعد القانونية الوطنية لأن لكل منهما مجاله الخاص ، وحتى إنَّ كان بينهما ارتباط فلا تؤثر المعاهدات الدولية على سريان القواعد القانونية الداخلية⁽⁷⁴⁾ ، كما أنَّ هيئات الدولة وعلى رأسها الهيئات القضائية ملزمة بمراعاة أحكام القانون الداخلي بغض النظر عن تعارضها أو توافقها مع أحكام القانون الدولي⁽⁷⁵⁾ .

ومن آثار العمل بهذه النظرية أيضاً هو استحالة تطبيق قواعد القانون الدولي مباشرة ، فلا تسري المعاهدات الدولية بصفة إلزامية في النظام القانوني الداخلي تلقائياً ، بل لابد من تحويلها إلى قواعد داخلية وفقاً لما يتم النص عليه في الدساتير الوطنية لتطبيق الاتفاقيات الدولية .

وعليه نرى أنَّه من الصعوبة بمكان التسليم بوجود قاعدتين منفصلتين تحكمان الأشخاص ذاتها والمواضيع ذاتها ويوجد بينهما تناقض ، الأمر الذي يحتم السير بموجب إطار نظري يحقق الانسجام والتناغم القانوني على المستوى الدولي والوطني .

⁷³ _ دبابش عبد الرؤوف ، إنفاذ المعاهدات الدولية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة محمد خيضر (بسكرة) ، عام 2013 ، ص 10 .

⁷⁴ _ د . محمد سامي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، عام 1947 ، ص 6 وما بعدها .

⁷⁵ _ د . علي صادة أبو الهيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 1985 ، ص 93 .

2_ نظرية وحدة القانون

بخلاف مذهب الازدواجية يرى أنصار هذه النظرية أن القانون سواء كان داخلياً أو دولياً يشكل وحدة واحدة ، وهو ما قد يترتب عليه التنازع بين تلك القواعد القانونية ، ومن أهم رواد هذا الاتجاه الفقيه " كلسن " الذي يرى أنه لا يمكن أن يكون هنالك تناقض بين القواعد الدولية والقواعد الداخلية⁽⁷⁶⁾ .

إذاً يشكل النظام القانوني بجميع فروعها الداخلية والخارجية وحدة لا تتجزأ⁽⁷⁷⁾ ، تقوم على علاقة التبعية والتدرج بين جميع الفروع ، غير أن ما يجب ملاحظته هو اختلاف أصحاب هذه النظرية حول تدرج القوانين الدولية والداخلية ، وإن اتفقوا على وحدة القانونيين ، فقد انقسموا في ذلك إلى تيارين أساسيين ، الأول يأخذ بمبدأ وحدة القانون وسمو القانون الداخلي ، والثاني يأخذ بمبدأ وحدة القانون وسمو القانون الدولي ، وبحسب ما يجنح إليه التيار الأول فإن غلبة القانون الداخلي تتأتى من أمرين ، فما دام لا يوجد سلطة عليا فوق سلطة الدولة فإن الأخيرة تمنح كامل الحرية لتحديد التزاماتها وفقاً لما تتمتع به من سيادة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لا مناص من أن الدولة تستمد حريتها في إبرام الاتفاقيات الدولية من دستورها الداخلي ، لذلك تمنح الأولوية للقانون الدستوري الذي يعد في نهاية المطاف قانوناً داخلياً ، وعليه فإن حصل تعارض بين القاعدة الداخلية والقاعدة الدولية كان على القاضي ترجيح القانون الداخلي واستبعاد القانون الدولي⁽⁷⁸⁾ .

بينما خلص أنصار سمو القانون الدولي على القانون الداخلي أن المعاهدات الدولية هي من ينبثق عنها القانون الداخلي والذي يعد أدنى مرتبة من القانون الدولي ، فالقانون الدولي مصدر لكل القوانين انطلاقاً من حقيقة أن الدولة وجدت في مجتمع عرفي أوجب عليها احترام الأعراف السابقة ، وصناعة التشريعات لا يمكن أن تخالف هذه الأعراف⁽⁷⁹⁾ .

⁷⁶ _ Jean Combacau , Serge. Droit international public, 2ème édition, 1996, p.183 .

⁷⁷ _ د . حامد سلطان ، القانون الدولي العام وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة السادسة ، عام 1976 ، ص 19 _ 2 .

⁷⁸ _ د . أبو الخير عطية عمر ، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 34 .

⁷⁹ _ د . أحمد إسكندري ، محاضرات في القانون الدولي العام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص 34 .

ومهما كان من أهمية للمسوغات التي استندت إليها تيارات الفقه الدولي فإنَّ العبرة تكمن في التطبيق العملي المتجسد في النظم القانونية للدول المختلفة ، وعليه لابد من التطرق لموقف الدول المقارنة من المعاهدة الدولية .

ثانياً : موقف النظم القانونية المقارنة من مكانة المعاهدات الدولية داخل التشريعات الوطنية

تختلف مكانة المعاهدات الدولية ضمن القوانين الوطنية باختلاف النظام القانوني المعمول به داخل كل دولة ، فهناك من الدول من ذهبت إلى تصنيف المعاهدات الدولية ضمن مرتبة أعلى من القانون الوطني ⁽⁸⁰⁾ وقد كانت فرنسا في طليعة هذه الدول ، فتنص المادة (55) من الدستور الفرنسي " يكون للمعاهدات أو الاتفاقات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها بصفة قانونية والمنشورة قوة قانونية أعلى من القوانين شريطة أن يطبق الطرف الآخر هذا الاتفاق أو هذه المعاهدة " ، ويترتب على مبدأ سمو المعاهدات الدولية على التشريعات الوطنية الفرنسية أنَّه على القاضي الفرنسي تطبيق تلك المعاهدات بصفة مطلقة وآلية سواء تعارضت مع تشريعات سابقة أو لاحقة ⁽⁸¹⁾.

كما يتضح من نص المادة أن المعاهدة لا تكون أقوى من القوانين الوطنية ، إلَّا إذا كانت الدول الأطراف المتعاقدة مع فرنسا تمنحها تلك القوة في تشريعاتها القانونية الداخلية ، بمعنى أن الدستور الفرنسي يشترط المعاملة بالمثل ⁽⁸²⁾ .

في حين أنَّ بعض التشريعات جعلت المعاهدة من قوة القانون نفسه ، ومن ثم لا توجد أولوية للمعاهدة على التشريع الداخلي ، ومن الدساتير التي حدثت في هذا الاتجاه **الدستور المصري لسنة 2014** ، فتنص المادة (151) منه على الآتي " يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية ويبرم المعاهدات ، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب ، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور " ، إنَّ هذا النص فيه من

⁸⁰ د . سامي القواعد جمال الدين ، تدرج القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 25 _ 26 .

⁸¹ د . علي عبد القادر قهوجي ، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة نشر ص95.

⁸² د . أشرف عزت أبو حجازة ، مبدأ قابلية القانون الدولي للتطبيق الفوري والمباشر وأوليته على القوانين الوطنية للدول الأعضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2005 ، ص 174 .

الوضوح ما لا يدع مجال للشك حول مذهب المشرع المصري فيما يتعلق بمكانة المعاهدة ضمن الدستور المصري .

كما تجدر الإشارة إلى موقف القضاء الدستوري في مصر الذي ذهب في عدة أحكام للتسليم بأن مكانة المعاهدات الدولية هي قيمة القوانين الوطنية نفسها ، وقد أفادتنا وثائق القضاء المصري بمنحى جريء بعض الشيء ، وذلك عندما أقرت بأن المعاهدات والاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان هي قواعد أمرة ، لا تخاطب المشرع العادي فقط ، بل تنصرف إلى المشرع الدستوري نفسه ، مما يكسبها قوة تشريعية ودستورية⁽⁸³⁾ .

أما فيما يتعلق بموقف مشرعنا السوري من المعاهدات الدولية ، فقد نصَّ القانون الوطني على أنه وفي حال التعارض مع أية معاهدة دولية ، تكون حكومة الجمهورية العربية السورية طرفاً فيها ، تكون الغلبة للمعاهدة الدولية .

وقد قضى قرار محكمة التمييز رقم (23) لعام 1931، بأنه " ليس لقانون داخلي أن يضع قواعد مخالفة لأحكام معاهدة دولية سابقة له أو أن يغير ولو بصورة غير مباشرة في أحكام نفاذها " ، كما نصّت المادة 25/ من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) تاريخ 1949/5/18 وتعديلاته على وقف سريان أحكام المواد السابقة أو المخالفة لمعاهدة دولية نافذة في سورية .

إضافة إلى أن قانون أصول المحاكمات رقم 1/ لعام 2016 قد نصَّ في المادة (313) منه على أن " العمل بالقواعد المتقدمة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة والتي تعقد بين سورية وغيرها من الدول في هذا الشأن " ويستخلص من نصوص الدستور السوري النافذ لعام 2012، لاسيما المادتين (75 و 107) أن المشرع الدستوري لا يعترف بسمو المواثيق الدولية المُصادق عليها على القوانين الداخلية. وقد جعل المرسوم التشريعي رقم 3/، الذي انضمت بموجبه سورية إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في عام 1969، هذا

⁸³ _ د . حازم عتلم ، القواعد الدولية الخاصة بالحقوق الأساسية للإنسان أمام المحاكم الوطنية ، مجلس الدولة المصري ، الألفية الجديدة ، الجزء الأول ، القاهرة ، أكتوبر عام 2002، ص 290 .

العهد بمنزلة التشريع الداخلي. أي أن المشرع السوري أعطى المعاهدات قيمة مساوية للقانون الداخلي عندما يتم إبرام المعاهدة، وإقرارها إقراراً صحيحاً، وفقاً لأحكامه، فإذا ما خالفت الاتفاقية الدولية قانوناً نافذاً، وكانت سليمة في إقرارها، وإبرامها، وفي نفاذها، فإنها تكون ذات قيمة مساوية للقانون الداخلي، ومع ذلك ينبغي على القاضي الوطني أن يطبق الأحكام الواردة في الاتفاقية الدولية إذا كانت مخالفة لقانون داخلي، لأن المعاهدة في هذه الحالة بمنزلة تعديل لهذا القانون .

وقد أيدت محكمة النقض السورية في حكم لها صدر في العام 1980 هذا الاتجاه عندما ذهبت إلى أنه: « عندما تصدر الدولة قانوناً بالانضمام إلى اتفاق دولي، أو معاهدة دولية، يصبح الاتفاق الدولي بحكم القانون الوطني، وتطبقه المحاكم الوطنية لأنه قد أصبح جزءاً من القوانين الوطنية وليس لأن الدولة قد التزمت بتطبيقه »، وأردفت المحكمة قائلة: « وعندما يتعارض النص الدولي مع القانون الداخلي يطبق الأول »، ولدى بحث محكمة النقض في أسباب الطعن ذهبت إلى أنه " يبقى على المحاكم الوطنية أن تطبق حكم المعاهدة الدولية مرجحة حكمها على القانون الداخلي، لأن المادة 25 من القانون المدني، التي وردت بعد البحث في تنازع القوانين من حيث المكان، نصّت على أنه لا تسري أحكام المواد السابقة إلاّ حيث يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في سورية »⁽⁸⁴⁾؛ فالقانون السوري أقر بمبدأ ترجيح تطبيق أحكام المعاهدة الدولية على القانون الداخلي عند وجود تعارض بينهما.

لكنّ عد المعاهدة الدولية بمنزلة القانون الداخلي أمر غير كافٍ فتسمو في هذه الحالة فقط على القوانين السابقة لإقرارها أمّا القوانين اللاحقة ؛ فتلغي بنودها عند التعارض بينهما. فتُعدّ القوانين الصادرة بعد تاريخ إقرار

⁸⁴ _ حكم محكمة النقض السورية ، أساس مدني 366، قرار 1905، تاريخ 21 كانون الأول/ديسمبر 1980 منشور في مجلة " المحامون " ص 305 لعام 1981 .

المعاهدات والمتعارضة معها مسوغاً لاستبعادها بمقتضى المبدأ القانوني القائل بأن أحكام القوانين اللاحقة تلغي القوانين السابقة في حال التعارض بينهما⁽⁸⁵⁾ .

ومما تجدر ملاحظته أن الدساتير التي تجعل المعاهدة في مرتبة أعلى من الدستور نادرة جداً ، ويعد الدستور الهولندي الصادر سنة 1815 والمعدل سنة 2008⁽⁸⁶⁾ من أكثر الدساتير وضوحاً في تحديد فكرة علو المعاهدة على الدستور ، وقد تأكد ذلك بموجب المادة 94 منه التي نصت على " إن القواعد الدستورية والأنظمة واللوائح القانونية السارية داخل المملكة لا يجوز أن تصبح قابلة للتطبيق إذا كان ذلك يتعارض مع أحكام المعاهدة الملزمة لجميع الأشخاص أو مع أحكام القرارات من قبل المؤسسات الدولية " ، ومن خلال استقراء نص هذه المادة يتبين توافق الدستور الهولندي مع ما هو مستقر عليه في الفقه والقضاء الدوليين⁽⁸⁷⁾ ، فإذا حصل تعارض بين القانون الدولي والقانون الداخلي لدولة ما ، فعلى الدولة أن تنسخ قانونها أو تعمل على تعديله بما ينسجم مع حكم القانون الدولي .

هذا فيما يتعلق بالمعاهدات الدولية على صعيد النظام القانوني داخل بعض الدول ، ولتكوين فكرة أكثر إلماً سنعالج الموضوع وندعمه ببعض الأمثلة وفق منظور القضاء الدولي .

ثالثاً : موقف القضاء الدولي " آلية المفاضلة بين المعاهدات الدولية والقوانين الداخلية "

عد القضاء الدولي أن مبدأ سمو المعاهدات الدولية حقيقة قانونية لا تقبل الجدل أو تحتمل التأويل ، وقد استقر على هذا المبدأ أمد طويل ، فإذا ما تناولنا أحكام المحاكم الدولية سنجد أنها أقرت مبدأ سمو القانون الدولي العام

⁸⁵ _ تنص المادة الثانية من القانون المدني السوري رقم 84 بتاريخ 1949/5/18 على أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحةً على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع " .

⁸⁶ _ منشور على النت عبر موقع : www.constitutionnet.org/site/default .

⁸⁷ _ د . عبد الكريم عوض خليفة ، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، عام 2009 ، ص 196 .

على قواعد القانون الداخلي ، ويمكن الاحتجاج في هذا المجال ببعض التطبيقات التي كرست هذا المبدأ وحملت على لزوم إعماله والتسليم به .

ومن بين الأمثلة الزاخرة في سجلات محكمة العدل الدولية ، فإن قضية إغلاق مقر منظمة التحرير الفلسطينية هي الأجدر بالبحث لما في قرار المحكمة من وضوح حول ضرورة الالتزام بقواعد القانون الدولي وأولويته على القانون الداخلي للدول، وسارت المحكمة على تقليدها الدولي الثابت في هذا الشأن ، وتتلخص وقائع القضية في قيام الولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ 16 كانون الثاني من عام 1987⁽⁸⁸⁾ ، وبناءً على ضغط من اللوبي الصهيوني بإصدار قانون مضاد للإرهاب ، حيث يقضي هذا القانون بإغلاق منظمة التحرير الفلسطينية وعدها منظمة إرهابية ، وأمام هذا القانون جاء رد محكمة العدل الدولية " الولايات المتحدة الأمريكية ملزمة باحترام التزاماتها الدولية باللجوء إلى التحكيم طبقاً لنص المادة 12 الفقرة أ من اتفاقية المقر العام لسنة 1947 ، وإذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية تدعي أن قانونها الوطني يسمو على الالتزامات الناشئة عن اتفاق المقر ، فإن المحكمة تذكرها بالمبدأ الأساسي المستقر في القانون الدولي ألا وهو سمو القانون الدولي وعلوه على القانون الداخلي⁽⁸⁹⁾ " .

وبذلك جاء الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بتاريخ 16 نيسان لعام 1988 مؤكداً مبدأ سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي عند حدوث أي تعارض بينهما ، وذلك بافتراضه مبدأ مستقراً عليه في القانون الدولي المعاصر .

ومن ذلك أيضاً قضية السفينة ويمبلدون بتاريخ 17 آب من سنة 1923 التي تتلخص أحداثها بأن ألمانيا أصدرت بتاريخ 1920 قانوناً داخلياً يجعلها في حالة حياد دائم إزاء الحرب بين روسيا وبولندا ، ومنع السفن من المرور عبر أراضيها ، وبالفعل امتنعت السلطات الألمانية عن السماح لسفينة ويمبلدون من المرور عبر قناة كيبل إلى بولندا ، لذلك تم تدويل هذه الواقعة بموجب المادة 380 من معاهدة فرساي والتي كانت ألمانيا طرفاً

⁸⁸ _ إبراهيم علي يدوي الشيخ ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانوني المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، عام 2002 ، ص 107 وما يليها .

⁸⁹ _ د . أبو الخير عطية أحمد عمر ، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي ، مرجع سابق ، ص 130 وما يليها .

فيها ، حيث تقضي بأن " قناة كيبل تعد حرة دائماً ومفتوحة على قدم المساواة لجميع الدول " وبعد أن عرضت القضية على محكمة العدل الدولية قضت بأن ألمانيا يجب أن تدفع التعويض المناسب وألا تستند لقوانينها الداخلية للحد من نطاق الالتزامات الدولية⁽⁹⁰⁾ .

ويخبرنا تاريخ القضاء الدولي بأن محكمة العدل الدولية قد سارت على خطى المحكمة الدائمة للعدل الدولي في التأكيد على مبدأ سمو المعاهدات الدولية وسيادة القانون الدولي ، ويظهر ذلك من خلال عدد من الفتاوى والأحكام التي أصدرتها الأخيرة ، ومن بين أشهر تلك القضايا قضية تبادل السكان بين تركيا واليونان سنة 1925، فقد قررت المحكمة في رأيها الإفتائي بشأن النزاع الخاص بتبادل السكان ما يلي " من المبادئ المسلم بها أن الدولة التي تقيدت بالتزام دولي عليها أن تدخل على تشريعاتها التعديلات التي تكفل تنفيذ هذا الالتزام ، فمن التزامات الاطراف المتعاقدة جعل تشريعاتها تتوافق مع اتفاقية لوزان لعام 1923 " ⁽⁹¹⁾ .

ونشير إلى أهمية إحدى القضايا التي فصلت فيها المحكمة الدائمة للعدل الدولي لأنها تنطوي على أهمية خاصة ، لكونها تضمن أول حكم يقر أولوية المعاهدات الدولية على الدساتير ، وهي قضية الرعايا البولنديين المقيمين في مدينة " دانترج " ⁽⁹²⁾ الحرة سنة 1932، وقد قررت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في رأيها الاستشاري حول معاملة المواطنين البولنديين في المدينة المذكورة بأن قواعد القانون الاتفاقي تسمو على قواعد الدستور الداخلي ، وجاء قرارها كالتالي " لا تستطيع الدولة الادعاء في مواجهة دولة أخرى بدستورها للتخلص من الالتزامات

⁹⁰ _ د . أبو الخير عطية احمد عمر ، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي ، مرجع سابق ، ص 120 .

⁹¹ _ د . أحمد سرحان ، قانون العلاقات الدولية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 1990 ، ص 37 .

⁹² _ وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الحلفاء عقب الحرب العالمية الأولى اقتطعوا مدينة (دانترج) من ألمانيا وفقاً لمعاهدة "فرساي"، وجعلوا منها ميناء حر تستخدمه "بولندا" وتنفع منه اقتصادياً، ولكن بقيت المدينة منطقة حرة ذات نظام دولي تخضع لإشراف عصبة الأمم، ويعيش داخل هذه المنطقة خليط من السكان، البعض من أصل بولندي والبعض الآخر من أصل ألماني، وقد أثير النزاع حول القانون الواجب التطبيق علي السكان، هل هو الدستور البولندي أم اتفاقية فرساي .

_ للمزيد من التفاصيل راجع مقال حسينة شرون، موقف القضاء الدولي من التعارض بين الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي ، مجلة الفكر

المفروضة عليها طبقاً لقواعد القانون الدولي او المعاهدات السارية المفعول⁽⁹³⁾ ، واستطردت المحكمة آنذاك بالقول " من بين المبادئ المعترف بها في قانون الشعوب ، أنه في مجال العلاقات بين الدول المتعاقدة في معاهدة أن نصوص القانون الداخلي لا يعمل بها متى جاءت متعارضة مع قواعد المعاهدة⁽⁹⁴⁾ ، وختمت المحكمة حكمها وبأغلبية الأصوات كالتالي " هذه القضية يجب أن تحل على أساس حكم المادة 104 / 5 من معاهدة فرساي لسنة 1919 وليس وفقاً لأحكام دستور دانتريج ، وعند الاقتضاء وفقاً لأحكام الاتفاقيات النافذة وقواعد العرف الدولي وليس وفقاً لدستور مدينة دانتريج " .

ومن اللافت حقاً أن قضاء محكمة العدل للجماعات الأوروبية (c j c e) ، فقد استقرت هذه المحكمة التي يطلق عليها بعضهم محكمة ليكسمبورغ ، على سمو " القانون الأوروبي " أي القواعد القانونية الصادر عن المجموعة الأوروبية _ التي تجد مصدرها في الاتفاقيات الإقليمية الأوروبية _ على القوانين الداخلية للدول الأعضاء .

ومن بين هذه القضايا نذكر مثلاً قضية " كوستا " ضد " إينيل " سنة 1964 ، وقضت المحكمة في هذه القضية بعبارات واضحة " أن قانون المجموعة الأوروبية يعد قانوناً خاصاً يندمج في النظام القانوني الدولي للأعضاء وهو الناتج عن معاهدة المجموعة الاقتصادية الأوروبية⁽⁹⁵⁾ ، وقد أرست هذه القضية مبدأ السيادة في قانون الاتحاد الأوروبي ، وهو مصدر مستقل للقانون لا يمكن للقوانين المحلية تجاوزه .

ومن القضايا الرائدة لدى المحكمة الأوروبية التي سارت على ذات السياق، في أن القانون الناشئ عن المعاهدة الدولية ، لا يمكن بسبب طبيعته الخاصة والأصلية تجاوزه بأحكام قانونية محلية ، هي قضية " ليون واستون " في 17 كانون الاول سنة 1970، وجاء في قرار المحكمة " أن القوانين الأساسية أو مبادئ التنظيم الدستوري الوطني لا تؤثر على صلاحية عمل قانوني صادر عن الجماعة الأوروبية وأثره على إقليم دولة عضو ، ولما

⁹³ _ الرأي الصادر عن المحكمة الدائمة للعدل الدولي في 4 فيفري 1932 مجموعة A/B رقم 44 ص 24 ، نقلاً عن الدكتور أحمد عبد الحليم شاكر علي ، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي ، دار الكتب الوطنية ، عام 2006 ، ص 77 .

⁹⁴ _ د . حسين حنيفي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ، عام 2004 ، ص 248 .

⁹⁵ _ د . أحمد عبد الحليم شاكر علي ، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي ، مرجع سابق ، ص 80 .

كان القاضي الوطني هو الذي يواجه دوماً التعارض بين القاعدة الوطنية والقاعدة الجماعية للمجموعة الأوروبية ، فإن محكمة عدل الجماعات الأوروبية قد حددت السلطات الدنيا التي يلتزم القاضي بممارستها حتى وإن لم ينص عليها التنظيم القضائي أو الدستور الوطني ، إذ ليس هنالك إلا حل واحد لفض النزاع بين القاعدة الوطنية والقاعدة الجماعية وهو أن القاضي الوطني مكلف بتطبيق قواعد القانون الجماعي والالتزام بضمان الأثر الكامل لهذه القواعد تاركاً إن اقتضى الأمر التشريع الوطني المخالف للقاعدة الجماعية ، حتى لو كان هذا النص مخالفاً لهذه القاعدة⁽⁹⁶⁾

تبين هذه الأحكام بجلاء ووضوح الموقف الثابت والمستقر للقضاء الدولي، في سمو المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية للدول حتى وإن كانت الأخيرة دستورية ، ألا أننا لا نرى في ذلك سبباً أو حجة تنال من قاعدة سمو الدستور ضمن المدرج التشريعي ، ويمكن أن نبرهن على ذلك بالقول ، إنَّ المكانة المرموقة للمعاهدة تأتي من النص الدستوري ذاته الذي أعطاه الكفة الراجعة ضمن القواعد القانونية التي يوطرها ما بين ثناياه ، بمعنى آخر ، لكي تجد المعاهدة الدولية قوتها الملزمة ضمن المنظومة القانونية في الدولة ، فلا بدَّ من النص على ذلك في الدستور ذاته الذي يشيد هذه المنظومة ويسور قواعدها ، لذلك فإننا سنعالج من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث القانون الدستوري وما يكتنزه من مفاهيم وضوابط ترسي دعائم المشروعية وتجسد قانونية هرم النصوص القواعدية ضمن دولة القانون .

⁹⁶ _ د . أشرف عزت أبو حجازة ، مبدأ قابلية القانون للتطبيق الفوري والمباشر وأوليته على القوانين الوطنية للدول الأعضاء ، مرجع سابق ، ص 143 .

المطلب الثاني

التشريعات الدستورية كأصل وإطار قواعدي يوجبه مبدأ المشروعية

يتطلب الحديث عن الدولة القانونية بحسب ما استقر عليه الفقه توافر عدة عناصر أو كما يطلق عليها ضمانات⁽⁹⁷⁾ ، ويأتي في مقدمتها وعلى رأسها وجود الدستور، كي يتم من خلاله تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات ، واحترام سيادة القانون، وتدرج القواعد القانونية ، ومن ثم تنظيم الرقابة القضائية ، وأخيراً حماية الحقوق والحريات الفردية والعامة⁽⁹⁸⁾ .

فالقالب الذي يعطي لهذه العناصر مظهر الوجود ويضمن معرفة الأفراد بها وسير السلطات بموجبها لا يكاد يخرج عن ثنانيا الوثيقة الدستورية، وتظهر إرادة خضوع الحكام لمقتضيات القانون بصورة إرساء دساتير يكون من اللازم عليهم احترامها والالتصياح لأحكامها ، دون إمكانية المساس بها أو تعديلها إلا وفق إجراءات خاصة رسمية ومعقدة⁽⁹⁹⁾ ، فالدولة الحديثة دولة دستورية تقوم على قانون أعلى لوظيفة الحكم ، يرتب الهيئات العامة ويبين طريقة إسناد سلطة الدولة إليها ، ويحدد اختصاصاتها ، ويرسي الضمانات الأساسية للمحكومين⁽¹⁰⁰⁾ .

ومفاد هذا كله أنَّ أبواب الدستور تشكل المدخل الشرعي والأرض الخصبة لتشديد دولة القانون، لأن ما يتضمنه من نقاط قد شكلت الساحة الواسعة لاستيعاب مختلف الضمانات ، بدءاً من فصل السلطات ، وتنظيم الهيكلية القانونية للدولة ، وتقرير الحريات وحمايتها .

لذلك فإن مضمون البحث المتجسد بمبدأ تدرج القواعد القانونية لا يمكن أن ينفصل عن الأصول النظرية والقانونية التي ولد من رحمها ، لا بل على العكس فإن تناول الدستور بالدراسة على عده يترجع على قمة الهرم القانوني في الدولة سيسوقنا لتكوين فكرة عامة ومفصلة عن غيره من الضمانات .

⁹⁷ _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 27 .

⁹⁸ _ د . عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، النظم السياسية ، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، عام 1998 ، ص 75 .

⁹⁹ _ موريس دوفرجه ، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري " الانظمة السياسية الكبرى " ، الطبعة الأولى ، ترجمة الدكتور جورج سعد ،

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 1992 ، ص 11 .

¹⁰⁰ _ د . طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مرجع سابق ، ص 67 .

ومن هذا المنطلق تقرر أنَّ وجود الدستور هو حجر الأساس في بناء دولة القانون⁽¹⁰¹⁾ ، كما أنَّ الضمانات الأخرى هي فروع مشتقة من الجذور المتأصلة في الوثيقة الدستورية ، ولذلك كله نرى أنَّه لا مناص من التسليم بأنَّ الوثيقة الدستورية ليست مجرد قاعدة قانونية فحسب ، بل هي معيار وأساس من خلالها تساق المؤيدات الجدية لتطبيق مبدأ المشروعية ، وتماشياً مع ما تم ذكره فإنَّ سمو والعلو اللصيق بالقاعدة الدستورية يلخص ركائز الدولة القانونية ، وينبثق عنها الإطار العام لتطبيق مبدأ المشروعية ، وتستوحى الدرجات المخصصة لما يدنوها من القواعد القانونية .

وفي ذات السياق انتهى بعض الفقه⁽¹⁰²⁾ إلى أنَّ البنين القانوني لدولة القانون ينتصب على ثلاثة مبادئ يكاد كل واحد منها ينتج عن الآخر، وتجد هذه المبادئ منطلقها وأصلها في الدستور وما يتضمنه من نصوص ، وتتلخص بمبدأ سمو الدستور، ومبدأ تدرج القواعد القانونية ، ومبدأ المشروعية ، كما أنَّه من غير الممكن بحسب هذا الفقه معرفة المبدأ الأصلي من ذلك المشتق عنه ، وخلاصة القول أنَّ النظرية العامة للقانون تتحدد على ضوء سيادة الدستور الذي يأتي في قمة تدرج النظام القانوني للدولة الجديدة ، ومن هنا تظهر أهمية الوثيقة الدستورية ضمن الدولة القانونية فكل منهما دليل الآخر وملازم له .

ولا يخفى أنَّ القانون الدستوري يشكل دليل التعايش السلمي بين السلطة والحرية في إطار الدولة الدستورية الواحدة ، ويشكل القانون الأساسي لبقية القوانين ، لكن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان ، هل جميع القواعد التي تنضدها الوثيقة الدستورية تتناول مواضيع ذات طبيعة دستورية ، و من منظور آخر هل من الممكن أن تنظم هذه المواضيع الدستورية من خلال قوانين لم تتضمنها الوثيقة الدستورية ؟

لا يمكن القول إنَّ دراسة القانون الدستوري أمر يخلو من الجدل والتعقيد الشائك ، فالموضوعات التي تشكل محور بحث النص الدستوري قد نراها موضع دراسة لدى بعض الوثائق أو الصور القانونية الأخرى ، كإعلانات الحقوق والحريات ، والقوانين الأساسية ، لا بل إنَّ بعض الوثائق الدستورية قد سجلت بين ثناياها معالجة قضايا

¹⁰¹ _ د . طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مرجع سابق ، 67 .

¹⁰² _ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، مرجع سابق ، ص 69 .

لا تمت بصلة للطبيعة الدستورية ، وقد كان من الأولى تنظيمها بقوانين عادية ، لهذا كله ولتوضيح الإجابة أكثر ، سنوضح أولاً مدلول القانون الدستوري والموضوعات التي ينظمها ، وننتقل بعد ذلك إلى تمييز القانون الدستوري من بعض الصور الدستورية والعناوين الحقوقية الأخرى ، ونوضح قيمتها الملزمة ، وأخيراً نبين السمو الشكلي والموضوعي المتجسد للدستور داخل النظم القانونية في الدول المقارنة .

أولاً : مدلول القانون الدستوري والموضوعات التي ينظمها

تعاقب الفقه الدستوري على اعتماد معنيين متباينين لتحديد المقصود بالقانون الدستوري ، وهذا يعتمد على النظرة التي يوليها كل فقيه اهتمامه ، فمنهم من اعتمد المعيار الرسمي أو الشكلي ، بينما رأى آخرون وجوب اعتماد المعيار المادي أو الموضوعي .

ويعرف القانون الدستوري وفقاً للمعيار الشكلي بأنه " الوثيقة الدستورية ذاتها ، بمعنى أنه القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية " (103) ، وقد أثار هذا التعريف رغم بساطته الكثير من الإشكالات ، ولعل أبرزها فيما يتعلق ببحثنا ، هو أن تنظيم السلطة في أي دولة لا تتناول نصوص الدستور فحسب ، بل تشترك في تحديده نصوص أساسية أخرى لها طبيعة دستورية ومثالها القريب القوانين الأساسية ، لا سيما عندما يحيل الدستور بموجب نص صريح تنظيم بعض الموضوعات ذات الطبيعة الدستورية بموجب قوانين عادية ، كما نجد في صلب الوثيقة الدستورية موضوعات عادية ، والمثال التقليدي لهذا ما نص عليه دستور الجمهورية الرابعة الفرنسية سنة 1848 في فرنسا حول إلغاء عقوبة الإعدام في الجرائم السياسية ، علاوة على أن الأخذ بالمعيار الشكلي يؤدي إلى إنكار وجود الدستور في الدول ذات الدساتير العرفية .

ويمكن تعريف القانون الدستوري حسب الفقيه الفرنسي لافيريير (104) " Lafaerriere " بأنه " مجموعة القواعد التي تتناول طبيعة الدولة ، بكونها دولة موحدة أو فدرالية ، وشكل الحكومة ، ما إذا كانت ملكية أو جمهورية

¹⁰³ د . نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، جامعة مؤتة ، عام 1999 ، ص 447 .

¹⁰⁴ د . فيصل كلثوم ، دراسات في القانون الدستوري والنظم السياسية ، مرجع سابق ، ص 31 _ 32 .

، والقواعد التي تحدد المبادئ الأساسية الخاصة بتكوين ، واختصاصات ، ونشاط السلطة العامة ، والعلاقات التي تربط بينها .

ومعظم تعاريف فقهاء القانون الدستوري لا تخرج في مضمونها عن هذا التعريف ، وهذا يدل على استقرار الفقه الدستوري _ خاصة الفرنسي والمصري⁽¹⁰⁵⁾ _ على الأخذ بالمعيار الموضوعي في تعريف القانون الدستوري ، ويعتمد هذا المعيار على مضمون أو (موضوع) القاعدة في تعريفها ، دون النظر إلى مكان ورودها ، أي تعد القاعدة دستورية وفقاً لهذا المعيار إذا كانت طبيعتها كذلك ، سواء تضمنتها الوثيقة الدستورية أم خلاف ذلك .

ومن أهم ما يترتب على تبني المعيار الموضوعي فيما يتعلق بدراستنا ، هو التمييز بين النصوص الدستورية وغيرها من النصوص الأخرى ، مما يفتح المجال للبحث في ماهية هذه النصوص سواء تضمنتها الوثيقة الدستورية أم لم تتضمنها ، كذلك من محاسن ودواعي الرسو على هذا المعيار هو ألا يخلط بين الدستور والقانون الدستوري كما سنرى .

فإذا كان هنالك شبه إجماع في الفقه الدستوري على الأخذ بالمعيار الموضوعي، الذي يعتمد كما ذكرنا على مضمون القاعدة وموضوعها ، فإنَّ الخلاف الفقهي يدق بابه مرة ثانية وسط جمهور المعيار الموضوعي ، والسبب وراء ذلك حول ما إذا كان موضوع الدستور يتعدى تنظيم السلطة إلى تنظيم الحقوق والحريات داخل الدولة ، غير أنَّ الأستاذ أندريه هوريو حمل لواء الاتجاه المعتمد والغالب لدى الفقه الدستوري ، الذي حسم الأمر من خلال ما خلص إليه من أن جوهر القانون الدستوري هو " فن التوفيق بين السلطة والحرية "⁽¹⁰⁶⁾ ، رافضاً بذلك الاتجاه الذي لا يقيم حساباً إلا لعنصر السلطة ، ونقيضه الذي يرى بأن مهمة القانون الدستوري هي تنظيم الحرية فحسب ، فهو يرى وبحق أنَّ الحرية ليست مطلقة دون حدود ، بل إنَّ الحاجة ملحة لوجود الضوابط التي تتحقق بواسطة السلطة ، وبدون ذلك تتقلب الحرية إلى فوضى ، كما أن ممارسة السلطة هي وسيلة لتحقيق المصلحة العامة ، وبالتالي تحقيق مصلحة المحكومين وليست غاية في ذاتها .

¹⁰⁵ _ د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، عام 1998 ، ص 13 .

¹⁰⁶ _ د . عصام علي الدبس ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 27 .

ومن نتاج ذلك أن درجت الدول على تضمين دساتيرها إعلانات الحقوق ، كما يذهب هذا الفقه إلى أبعد من ذلك ويرى أن الدستور ذو جانبين ، جانب تنظيمي لكونه يعنى بوضع السلطات الحاكمة ، وهو بذلك يبين هيئات الحكم ويحدد اختصاصاتها وكيفية ممارستها ، كما ينطوي على جانب فلسفي أيديولوجي ، بحسبان أنه يبين طبيعة النشاط السياسي داخل الدولة فيحدد الأهداف التي تسعى السلطات لتحقيقها ، والفلسفة السياسية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية التي تعمل في إطارها ، وهي بطبيعتها انعكاس لما يسود المجتمع من مبادئ سياسية واقتصادية واجتماعية ، هذا كله فضلاً عن ضمان الحقوق والحريات العامة⁽¹⁰⁷⁾ .

بيد أن هذه الموضوعات كما ذكرنا قد تنظم بقوانين مستقلة عن الوثيقة الدستورية أو ضمن إعلانات ومواثيق عالمية ، لا بل إنّه في بعض الأحيان يمكن أن ترد هذه المبادئ والقيم في مقدمة الوثيقة الدستورية ولم تنظم بين مواده ، وفيما يلي توضيح ذلك .

ثانياً : التمايز بين الوثيقة الدستورية والمصطلحات والعناوين الحقوقية الأخرى الملزمة⁽¹⁰⁸⁾

جرت العادة لدى معظم كتاب القانون الدستوري على التمييز ما بين القوانين الدستورية والمصطلحات الدستورية الأخرى وتبيان علاقته مع بقية القوانين ، هذا بالطبع يتناسب مع طبيعة دراسة القانون الدستوري كعلم أو فرع من فروع القانون العام ، لكن طالما أن دراستنا تتعلق بمرتبة القاعدة القانونية ، فإن الأمر قد استقر بنا على تمييز

¹⁰⁷ _ د . ثروت بدوي ، الأنظمة الدستورية في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1969 ، ص 47 .

¹⁰⁸ _ أثّرت تساؤلات عدة حول مضمون تدرج القواعد الدستورية، وهل بين هذه القواعد اختلافات حول القيمة الدستورية لها بسبب تعدد المصادر واختلاف الفترة الزمنية التي نشأت خلالها، وما إذا كان من الممكن أن يكون لبعضها أفضلية على البعض الآخر في حالة التعارض ، فمن المؤكد أن إطار القواعد الدستورية لا ينحصر في حدود الوثيقة الدستورية فقط، بل أن هذا الإطار قد اتسع في كثير من الدول، بحيث نجد القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية خارج الوثيقة الدستورية، فنجدها بالإضافة إلى الوثيقة الدستورية في إعلانات الحقوق والمواثيق ، ومقدمات الدساتير ، ومبادئ الشريعة ، وتشكل هذه القواعد الدستورية ما يطلق عليه بمصطلح (الكتلة الدستورية) ، ونظر لهذا الاتساع وتعدد مصادر ومضمون ومحتوى هذه القواعد، أثّرت تساؤلات عدة حول ظهور تعارض بين القواعد المكونة للمجموعة الدستورية ، وإمكانية ترتيب هذه القواعد بشكل متدرج بحيث يحتل بعضها مرتبة أعلى من البعض الآخر ، استناداً إلى مضمون وموضوع القاعدة الدستورية ، أو بالنظر إلى مرتبة الوثيقة التي تضمنت القاعدة الدستورية ، وهذه الفكرة (تدرج القواعد الدستورية) كانت محل اهتمام كثير من فقهاء القانون العام وخاصة في فرنسا، فقد اتجه بعضهم إلى تأييد هذه الفكرة ، بينما دحض البعض الآخر هذه الفكرة من أساسها . أنظر : محمد نويري ، الكتلة الدستورية بالمغرب " مقارنة دستورية قضائية " بحث منشور في 2017/5/2 على الموقع الإلكتروني التالي:

الوثيقة الدستورية عن غيرها من القوانين الدستورية بداية ، وسنجد أنَّ هذه الوثيقة هي التي تحتلي قمة الهرم القانوني للدولة ، وتستحوذ السمو التام ، ثم نتطرق للفرقة بين الدساتير ومقدماتها من جهة ، وبين الدساتير وإعلانات الحقوق من جهة ثانية .

1_ الوثيقة الدستورية والقانون الدستوري

لا خلاف أنَّ الوثيقة الدستورية تتجسد بمجموعة من القواعد المتعلقة بنظام الحكم والصادرة عن السلطة التأسيسية، ويتبع في إخراجها إجراءات قانونية خاصة ، ويطلق عليها اصطلاحاً الدستور ، لذلك من البديهي أن تكون الوثيقة الدستورية هي ذاتها القانون الدستوري في الدول التي تأخذ بالمعيار الشكلي، لأنَّ الدستور هو المصدر الوحيد للقانون الدستوري في هذه الدول.

غير أنَّ التفرقة بين القانون الدستوري واصطلاح الدستور تتوضح في أقصى درجاتها عند الأخذ بالمعيار الموضوعي ، ويأخذ هذا الأخير بالتعريف الواسع للدستور⁽¹⁰⁹⁾ ، وعلى أساسه فإن كل القواعد المتعلقة بتنظيم السلطة في الدولة تعد قوانين دستورية ، سواء وردت ضمن الوثيقة الدستورية ، أم ضمن قوانين تنظيمية ، أو على شكل أعراف دستورية .

وخلاصة القول : إنَّ الوثيقة الدستورية هي مصدر للقانون الدستوري بالمعيار الشكلي والموضوعي ، ولا خلاف يذكر في أنَّ هذه الوثيقة يتحقق لها السمو الكامل ، الشكلي والموضوعي ، كما أن السمو المقرر للدستور يطال جميع نصوصه أيّاً كان موضوع هذه النصوص ، أي سواء تناولت مواضيع تنظم شؤون دستورية أم غير ذلك ، فطالما أنَّها وردت ضمن دفتي الدستور فهي قوانين دستورية مصونة وسامية .

أمّا بالنسبة للقوانين الأساسية والأعراف الدستورية فهي تعد مصدراً للقوانين الدستورية فقط لدى فريق المعيار الموضوعي ، وسيتم الحديث عن مرتبتها مفصلاً في موضع آخر من هذا البحث .

¹⁰⁹ د . رقية المصدق ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية " إرشادات منهجية مع معالجة نموذجية لبعض المواضيع " ، دار توفال للنشر ، الدار البيضاء ، عام 1869 ، ص 44 .

2_ الوثيقة الدستورية ومقدمات الدساتير

تلخص مقدمات الدساتير تاريخ الأمة النضالي ، وتجسد القواعد والمبادئ الفلسفية⁽¹¹⁰⁾ ، ومقاصد النصوص الدستورية ، والأسس التي يبنى عليها نظام الدولة الجديد ، إذ إنّ هذا الجزء من الدستور يسبق تسلسل أحكام الدستور المنتظمة في إطار أبواب وفصول ومواد متعاقبة ، ويسمى بمقدمة الدستور أو ديباجيته .

وتتضمن معظم دساتير العالم مقدمة أو (ديباجية) تمهد لمتنها ، ومثال ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1958 ، والدستور السوري الحالي لسنة 2012 والذي جاء في مقدمته " ... يأتي إنجاز هذا الدستور تنويجاً لنضال الشعب على طريق الحرية والديمقراطية وتجسيدا حقيقياً للمكتسبات واستجابة للتحوّلات والمتغيرات ... " ، والدستور المصري لسنة 2014 الذي نص في مقدمته " ... نكتب الآن دستوراً يجسد حلم الأجيال بمجتمع مزدهر متلاحم ... " .

وكما هو ملاحظ فإنّ محتوى المقدمة يختلف من دستور إلى آخر حسب أوضاع كل بلد ، وخاصة ظروفه السياسية والاجتماعية والاقتصادية ، فإن فائدة المقدمة تكمن في تسليط الضوء على أولويات وأهداف الدستور ، وقد تفيد في تفسير بعض الأحكام الواردة فيه .

أما بخصوص القوة المعتبرة لمقدمات الدساتير فإنّ مرتبتها تعادل مرتبة الوثيقة الدستورية التي تصدرت نصوصها ، فمن غير المتصور تقسيم ما ورد في وثيقة الدستور إلى نوعين يأخذ أحدهما مرتبة أسمى من الأخرى⁽¹¹¹⁾ ، فنجد أن بعض الوثائق الدستورية حسمت هذا الأمر في نصوصها وأعطتها صراحة قوة الدستور ذاته ، ومثال ذلك المادة 151 من الدستور السوري " تعد مقدمة هذا الدستور جزءاً لا يتجزأ منه " ، كما قررت المادة 227 من الدستور المصري لسنة 2014 قراراً قطعياً لا يقبل التأويل " يشكل الدستور ديباجيته وجميع نصوصه نسيجاً مترابطاً ، وكلاً لا يتجزأ ، وتتكامل أحكامه في وحدة عضوية متماسكة " ، بينما نصت بعض الدساتير بطريقة غير مباشرة على معادلة هذه المقدمة مع الدستور ذاته ، تماماً كما هو الحال بالنسبة للدستور الفرنسي لعام

¹¹⁰ _ د . سامي جمال الدين ، مبدأ تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 33 .

¹¹¹ _ د . رمزي طه الشاعر ، الوجيز في القانون الدستوري ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، عام 1958 ، ص 59 وما بعدها .

1958 ، الذي منح المجلس الدستوري الاختصاص بالرقابة على مدى دستورية مشروعات القوانين من دون استبعاد المقدمة .

وهذا ما استقر عليه الفقه الفرنسي وأكد عليه المجلس الدستوري الفرنسي الذي عدَّ أنَّ مقدمة الدستور جزءاً متمماً ومكماً ولا ينفصل عن الدستور ، مما يفسح المجال لرقابة مدى مطابقة مشروعات القوانين لهذه المقدمة ، فبذلك يكون المجلس الفرنسي قد وضع حداً لأي جدل يدور حول النيل من قيمة مقدمة وثيقته الدستورية .

3_ الوثيقة الدستورية وإعلانات الحقوق والموثائق الوطنية

تختلف مقدمة الدستور عن إعلانات الحقوق والموثائق والوطنية ، في أن ديباجة الدستور تندمج بالدستور ذاته وتلتصق بنصوصه ، لذلك من غير الممكن أن تدنو عنه في المرتبة كما أسلفنا ، إلا أنَّ الأمر يختلف بالنسبة للإعلانات والموثائق لناحيتين ، الأولى أن هذه الموثائق والإعلانات تنظم الحقوق والحريات في وثائق مستقلة عن الوثيقة الدستورية ، والثانية أن القيمة القانونية لهذه الإعلانات والموثائق لا تزال محل جدل فقهي وقضائي .

ومن أمثلة الموثائق الوطنية⁽¹¹²⁾ ، الميثاق الوطني الذي أعلن في مصر في 21 مايو لعام 1962 ، وبيان مارس لعام 1968 ، في حين يعد من أكثر الإعلانات شهرة وانتشاراً ، إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي بتاريخ 26 آب لعام 1789 الذي جعله الفرنسيون مقدمة لدستور 1791 وتمسكت به مقدمة الدستور الحالي لعام 1958 ، وقبله دستور 1946 ، حتى بدأ الفقه الدستوري يعمل على تضمين حقوق الإنسان وحرياته في دساتير الدول نتيجة انتشار المذهب الفردي الذي يمجّد الإنسان ويعمل على الإغلاء من شأنه⁽¹¹³⁾.

وقد ثار النقاش حول التكييف القانوني لطبيعة القواعد والمبادئ الواردة في هذه الوثائق وقيمتها القانونية ، وظهر في صدد ذلك اتجاهات ثلاثة .

¹¹² _ د . سامي جمال الدين ، مبدأ تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 33 .

¹¹³ _ د . عصام علي الدبس ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 76 .

يذهب **الاتجاه الأول** إلى إنكار تمتع الأسس والمبادئ الواردة في هذه المواثيق بطبيعة القواعد القانونية ، الأمر الذي يترتب عليه تجريدها من كل قيمة قانونية وقوة إلزامية ، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في مصر قبل استبدالها بالمحكمة الدستورية العليا⁽¹¹⁴⁾ ، فقضت بأن " الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 من ديسمبر سنة 1948 ووقعته مصر ، لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها... " ، ولم تخرج المحكمة المشار إليها عن هذا المضمون بصدد المواثيق ، وخاصة الميثاق الوطني المعلن في مصر في 21 مايو لسنة 1962 فقد قررت صراحةً " وهو لا يخرج عن كونه دليلاً فكرياً يفوق خطى الشعب إلى المستقبل " ، ومن ثم يتعين لإعطاء ما تضمنه الميثاق من مبادئ قوة الدستور ، أن تقنن هذه المبادئ في نصوص دستورية تكون هي المرجع عند الفصل في دستورية القوانين " .

بينما لم يتكرر **الاتجاه الثاني** للطبيعة القانونية لهذه المبادئ ، وهو الرأي الغالب في الفقه الفرنسي ، لكن الخلاف بين أصحاب هذا الرأي محور حول القوة القانونية التي تتمتع بها هذه المبادئ ، وانقسموا في ذلك إلى ثلاث فروع .

وذهب **الفريق الأول** وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي ليون ديغي⁽¹¹⁵⁾ إلى أن الإعلانات تحتل قمة الهرم القانوني لتعتلي النصوص الدستورية ذاتها ، فيلتزم بها المشرع الدستوري كما يلتزم المشرع العادي بالدستور ، ويسوغ أصحاب هذا الرأي اتجاههم بالقول إنَّ هذه المبادئ تتضمن الأسس التي يجب أن تؤسس عليها القواعد الدستورية ، فهي جملة من المبادئ المستقرة في الضمير العالمي ، ومن الواجب احترامها ، حتى من دون حاجة للنص الصريح عليها ، لذلك هي ملزمة للسلطة التأسيسية المختصة بوضع الدستور ، ومن باب أولى للسلطات المؤسسة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) .

¹¹⁴ _ د . سامي جمال الدين ، مبدأ تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 35 .

¹¹⁵ _ د . محمد فوزي نويجي ، فكرة تدرج القواعد الدستورية ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2007 ، ص 68 .

أما الفريق الثاني الذي يتبناه غالبية الفقه الفرنسي ، فقد قرر أن للمبادئ الواردة في هذه الوثائق قيمة قانونية تعادل قوة قواعد الدستور ، وهذا الرأي الذي تبناه وبحق غالبية الفقه والقضاء الدستوري⁽¹¹⁶⁾ ، وقد أُقفل باب النقاش بعد أن سار المجلس الدستوري الفرنسي مع أنصار هذا التيار ، وقد كان ذلك في قضية حرية الجمعيات في 16 تموز من عام 1971 ، حين قرر أن لهذه الإعلانات قيمة دستورية وقانونية خاصة ، وتؤكد بالقرار Taxation d office الصادر في 27 الثاني من عام 1973 ، لكن بشرط أن تكون هذه المبادئ من طبيعة القواعد القانونية ، فطالما أنها نابعة من إرادة السلطة التأسيسية كما هو حال الدساتير ، فإن على السلطات الأخرى احترامها والعمل بأحكامها ، لا سيما إذا لم يتضمن الدستور ما يخالفها في نصوصه .

أما الفريق الثالث فقد استقر على أن هذه المبادئ تتساوى مع القوانين العادية في القوة القانونية ، ولا ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية ، وحجتهم في ذلك أن السلطة التأسيسية هي من قام بوضع هذه الإعلانات ، ولو أراد واضعوها الإعلاء من شأنها لتتعادل مع النصوص الدستورية لتم النص صراحةً على ذلك ، وعليه يجوز للبرلمان أن يتناول المبادئ التي أوردتها هذه الإعلانات بالتعديل ، دون أن توسم أعماله بعدم الدستورية .

ويبدو أن غالبية الفقه المصري وبعض الفقهاء الفرنسيين والقضاء الفرنسي يسير في الاتجاه الثالث⁽¹¹⁷⁾، الذي يقضي بضرورة التمييز بين نوعين من النصوص التي تقررها الوثائق، فيشكل النوع الأول قواعد قانونية بالمعنى الدقيق يتعين تطبيقها ورفض الخروج عن أحكامها ومقتضياتها ، لذلك هي بمنزلة أحكام وضعية منشئة لمراكز قانونية ، على عكس النوع الثاني من هذه النصوص ، التي لا تعدو أن تكون مجرد تطلعات وتوجهات إيديولوجية ، ومثل وعقائد فلسفية ، لذلك فإن قيمتها أدبية غير ملزمة ولا يمكن الاحتجاج بها ، فهي لا تأخذ طبيعة القواعد القانونية واضحة المعالم .

¹¹⁶ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2019 ، ص 96 .

¹¹⁷ _ د . سامي جمال الدين ، مبدأ تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 37 .

ونحن نرى أنَّ الأمر يحتاج للتفصيل بعض الشيء ، فبالنسبة لفرنسا ولأنَّ مقدمة الدستور قد تبنت إعلان حقوق الإنسان والمواطن ، فتلك إشارة واضحة على أنَّ المبادئ الواردة في الإعلان تنزل منزلة مقدمة الدستور وبالتالي لها قوة النصوص الدستورية .

وقد تقدر بعض الدساتير أبواباً خاصة ضمن دفتي الوثيقة الدستورية للحديث عن الحقوق والحريات الأساسية ، ومثالها الفصل الأول من الباب الثاني من الدستور السوري الحالي لعام 2012 ، تحت عنوان الحقوق والحريات ، لذلك فإنَّ قوة هذه المبادئ تماثل قوة القواعد الواردة في الوثيقة الدستورية برمتها ، فهي تشكل قيداً على سلطات الدولة في الالتزام بالمشروعية القانونية ، ويُعنى بها القانون الإداري كما يُعنى بها القانون الدستوري⁽¹¹⁸⁾ ، ومثله مقدمة الدستور المصري لعام 2014 " ... نكتب دستوراً يفتح أمامنا طريق المستقبل ، ويتسق مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي شاركنا في صياغته ووافقنا عليه " ثم عنون الباب الثالث من هذا الدستور بالحقوق والحريات والواجبات العامة ، فهذه علامة واضحة بأن المشرع أراد أن يكون لهذه المبادئ قوة النصوص الدستورية ، كما هو الحال في سورية .

فلا نرى أنَّ الأمر يتعلق بالإعلان بحد ذاته ، إنما يتعلق بمحتوى الإعلان ومضامينه ، وهذه المبادئ نراها متشابهة وغايتها واحدة في جميع المواثيق والإعلانات ، فبمجرد إيراد مضمونها ضمن الوثيقة الدستورية ، فالأمر يدل على عظمة وزنها ، وقيمتها الملزمة الموازية للنصوص الدستورية ضمن الهرم القانوني في الدولة .

ثالثاً : السمو الشكلي والموضوعي للدستور ضمن النظام القانوني للدول المقارنة

يقصد بسمو الدستور أن تكون لقواعد الدستور مكان الصدارة بالنسبة لسائر القوانين في الدولة، ويتعين على جميع السلطات احترام نصوصه وقواعده والعمل في هديه وبمقتضاه⁽¹¹⁹⁾ ، وسمو الدستور بهذه المنزلة قد يستند

¹¹⁸ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 96 .

¹¹⁹ _ د . حسان محمد شفيق العاني ، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة ، مرجع سابق ، ص 215 .

من ناحية إلى محتوى القواعد الدستورية وما تتضمنه من أحكام ، وهو ما يسمى **بالسمو الموضوعي** للدستور ، ويستند إلى الشكل الذي تظهر به القواعد الدستورية ، وهو ما يسمى **بالسمو الشكلي** للدستور⁽¹²⁰⁾ .

فالسمو الموضوعي يتأتى من مضمون القواعد التي يتضمنها الدستور ، وماهية الموضوعات التي يتضمنها ، فالنظام القانوني للدولة بكامله يقوم على أساس قواعد الدستور ، ويتحدد بموجب هذه القواعد كل ما يتعلق بسلطات الحكم ، إضافة إلى رسم الأسس الفلسفية السائدة في الدولة ، وتأطير حقوق الأفراد وحرياتهم ، ناهيك عن خلق الضمانات الكفيلة باحترام هذه الحقوق والحريات ، ولذلك نالت قواعده شرف سمو والرفعة على جميع القواعد القانونية الأخرى المعمول بها في الدولة .

ويتحقق سمو الموضوعي لجميع أنواع الدساتير ، المدونة منها وغير المدونة ، وسواء كانت جامدة أم مرنة ، ولا يمكن أن يكون خاصاً بنوع معين منها .

ويترتب على سمو الموضوعي نتيجتين غاية في الأهمية ، تتمثل الأولى منهما في **تدعيم مبدأ المشروعية** ، أمّا الثانية فتتجسّد في **حظر تفويض الاختصاصات الدستورية** .

ومما يبرهن النتيجة الأولى المتعلقة بتأصيل وتوثيق مبدأ المشروعية ، أنّ التزام سلطات الدولة بأحكام الدستور الذي يشكل القانون الأسمى ، سيعزز من مصداقية العمل بمبدأ المشروعية داخل الدولة في نظر الأفراد، فالمشروعية تعني وجوب اتساق جميع التصرفات مع القوانين السائدة في الدولة كلها ، ويستوي أن تكون هذه التصرفات صادرة عن الأفراد أو الهيئات ، مما يؤدي في نهاية الأمر إلى خضوع الحكام والمحكومين للقانون على حد سواء ، ولا يتحقق هذا إلا في الدولة القانونية التي يسود فيها مبدأ مهم مفاده ، أنّه لا يجوز لأية سلطة من السلطات العامة الثلاث (التشريعية والتنفيذية والقضائية) أن تتخذ قراراً أو تأتي عملاً إلا في حدود القانون وعلى الوجه المبين فيه⁽¹²¹⁾ .

¹²⁰ _ د . عصام علي الديس ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 171 .

¹²¹ _ د . محمد كامل ليلة ، الرقابة على أعمال الإدارة ، القاهرة ، طبعة 1968 ، ص 16 وما بعدها .

ومن ذلك ما ذهب إليه محكمة القضاء الإداري في مصر إلى " إنَّ ما انعقد عليه الإجماع هو أنَّ الدولة إذا كان لها دستور مكتوب وجب عليها التزامه في تشريعها وفي قضائها وفي ما تمارسه من سلطات إدارية ، وتعيَّن عد الدستور فيما يشتمل عليه من نصوص ، وفيما ينطوي عليه من مبادئ ، هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين ، والدولة في ذلك إنما تلتزم أصلاً من أصول الحكم الديمقراطي هو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور " (122).

ولذلك كله فإنَّ التصرفات الصادرة عن السلطات الحاكمة في الدولة يجب أن تتوافق مع ما هو منصوص عليه في الدستور، وإلا عُدت باطلة ومجردة من أي أثر قانوني ، وهذا ما تكفله رقابة دستورية القوانين التي تعد من أهم وسائل المحافظة على سمو الدستور (123) .

وفي المقابل تتأكد النتيجة الثانية المتعلقة بمنع تفويض الاختصاص الدستوري ، من حقيقة أن هذه الاختصاصات ليست امتيازاً أو حقاً ذاتياً للهيئة الموكل إليها ممارسة الاختصاص فتتصرف به كيفما شاءت⁽¹²⁴⁾، بل لا يعدو أن يكون مجرد وظيفة خولها الدستور ممارستها ، وبهذه الشاكلة يدعم الدستور مبدأ الفصل بين السلطات ، فإنَّ كل سلطة من السلطات الثلاث مدعوة للتقيد بمبادئ واحترام أحكامه ، وهذا ما يؤكد بأن هذا المبدأ يعد أساساً من أساسيات دولة القانون .

ومما تجدر الإشارة إليه أنَّ سمو الموضوعي للدستور والنتائج المترتبة عليه تظل حكرًا على المجال السياسي دون المجال القانوني ، وبعبارة أخرى ، يؤدي التجاوز على مبدأ سمو الدستور إلى نتائج سياسية واجتماعية دون أن يكون لذلك أية عواقب قانونية ، ولهذا فإنَّ الأثر القانوني لسمو الدستور لا يمكن أن يلتبس ، إلا إذا أرفق بالرقابة على دستورية القوانين التي من شأنها إبطال القوانين الصادرة بالمخالفة لأحكام الدستور (125) .

¹²² _ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 568 لسنة 3 قضائية ، مجموعة مجلس الدولة المصري ، السنة السادسة ، ص 1266 ، مشا إليه لدى : د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص 259 .

¹²³ _ د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 102 .

¹²⁴ _ د . عصام علي الدبس ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 175 .

¹²⁵ _ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص 261 .

وإذا كان السمو الموضوعي يحد من صدور القوانين المخالفة للدستور ، فإنَّ السلطة يمكن أن تلتف على ذلك بالتعديلات المتسارعة للدستور ، ومن هنا ظهرت أهمية السمو الشكلي⁽¹²⁶⁾ .

ويتأتى السمو الشكلي من طريقة إصدار القواعد الدستورية وتعديلها ، التي يسند أمرها إلى هيئة معينة ووفق إجراءات خاصة تختلف عن وضع القوانين العادية وتعديلها ، استجابةً إلى أهميتها الحقوقية والسياسية ، فبقدر صعوبة إصدار القاعدة الدستورية وتعديلها يتحقق ويتأصل السمو الشكلي للدستور ، ومن هنا قسمت الدساتير إلى دساتير جامدة ودساتير مرنة ، فإن الدساتير الجامدة هي التي يتحقق لها السمو الشكلي إضافة للسمو الموضوعي ، وهذا ما يقود إلى النتيجة الآتية : إن السمو الموضوعي يثبت لجميع أنواع الدساتير ، في حين يعد السمو الشكلي هو من أخص خصائص الدساتير الجامدة .

ويترتب على إحاطة وضع وتعديل الدستور بجملة من القيود والاجراءات الصارمة ، أنَّ تمَّ تمييزه عن القوانين العادية ، وتعديل الأخيرة وتلغى وفق الاجراءات البرلمانية العادية ، فالدستور كما أسلفنا يعالج موضوعات تفوق في أهميتها المسائل التي تعالجها القوانين العادية ، لذلك وجب تسييج الوثيقة الدستورية بقيود صارمة فيما يتعلق بتعديلها وإلغائها ، لا بل إنَّ هذه الإجراءات المشددة تطال القواعد الواردة فيها حتى وإن احتوت على مواضيع غير دستورية بطبيعتها أو جوهرها ، ولا تطال القوانين الصادرة عن المشرع العادي حتى وإن كانت من طبيعة دستورية .

لذلك يصح القول إنَّ الوثيقة الدستورية تختلف عن القوانين العادية من حيث الموضوع فحسب كما هو حال القوانين الدستورية ، بل من حيث الشكل أيضاً .

ولعلَّ من أهم النتائج⁽¹²⁷⁾ المترتبة على تلك التفرقة الشكلية ، هو أن القواعد القانونية الواردة في الوثيقة الدستورية تعد أكثر ثباتاً من تلك التي تتضمنها القوانين العادية ، وذلك بالنظر إلى الإجراءات المعقدة التي يتطلبها وضعها وتعديلها ، كما يستتبع ذلك أن القواعد الدستورية لا تلغى ولا تعدل إلا بقواعد من جنسها ، فلا

¹²⁶ _ د . محمد طي ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الطبعة السادسة ، عام 2009 ، ص 39 .

¹²⁷ _ د . عصام علي الدبس ، القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 173 .

يمكن لقانون عادي تعديل أو إلغاء قانون دستوري ، ومن باب أولى لا يجوز للقانون العادي مخالفة القاعدة الدستورية تحت عدم دستورية القانون المخالف ومن ثم إلغائه .

ويترتب على ما سبق أنَّ الوثيقة الدستورية تتبوأ مقام الصدارة في النظام القانوني للدولة ، ويعد سمو الدستور من مسلمات الفقه الدستوري سواء نصت الدساتير على ذلك أم لم تنص ، فمثلاً لم نجد في الدستور الفرنسي لعام 1958 أي نص يفيد علو الدستور ورفعته ، غير أنَّ هذا السمو يعد مبدأ ثابتاً لا يعتريه شك ، مع الإشارة إلى أنَّ دستور ما بعد ثورة 1789 قد أعلن سمو الدستور صراحةً⁽¹²⁸⁾ .

بينما حرصت الدساتير العربية على تأكيد هذا المبدأ سواء في مقدمة الدستور أو من خلال نصوصه ، ومن هذا القبيل نجد أنَّ الدستور المصري لسنة 2014 أعلن في المادة 94 منه " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة . وتخضع الدولة للقانون ، واستقلال القضاء ، وحصانته ، وحيدته ، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات " ، وكذلك الدستور السوري لعام 2012 وجاء في مقدمته " ... مما شكل الدافع لإنجاز هذا الدستور كأساس لتعزيز دولة القانون ... ويأتي إنجاز هذا الدستور ... ومصدراً لتشريعاتها ... " كما أكدَّ في المادة الخمسين أنَّ " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة " ، وهي مادة مشابهة كما هو ملاحظ للمادة 94 من الدستور المصري ، واستقر الفقه⁽¹²⁹⁾ على أنَّ المقصود بالقانون في هذا الشأن هو القانون بمعناه الموضوعي الأعم الذي يشمل كل قاعدة عامة مجردة أياً كان مصدرها ، ويأتي على رأسها وفي الصدارة منها الدستور ، بوصفه أعلى القوانين وأسمائها .

وبذلك يتبين لنا سمو الدستور على ما عداه من القواعد القانونية المعمول بها في الإطار التشريعي للدول المقارنة.

¹²⁸ _ د . نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، مرجع سابق 1999 ، ص 531 وما بعدها .

¹²⁹ _ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري ، الطبعة الثانية ، عام 2013 ، ص 254 .

ولكي تبدو مظاهر سمو الدستور أكثر وضوحاً ، لا بد من تبيان القواعد التي تدنوه في المرتبة وتفصيلها ، وستتم معالجة التشريعات الرئيسية والفرعية التي تدور في فلك المشروعية تحت أمرة القواعد الدستورية وتوجيهها ، التي تستكمل بموادها بنى المدرج القواعدي في رحاب الدولة القانونية الحديثة .

المبحث الثاني

المرتبة الإلزامية للتشريعات العادية والثانوية

تنشأ القواعد القانونية نشأة اعتيادية من قبل الهيئة المختصة دستورياً وهي السلطة التشريعية ، وتتبع الأخيرة في ذلك الإجراءات الدستورية المقررة في صناعة التشريع وإخراجه ، وينتمي لهذه المجموعة القواعد القانونية التي ينطبق عليها مفهوم القوانين الشكلية⁽¹³⁰⁾ ، أو القوانين العادية ، أو التشريعات الأصلية .

وإذا كان هذا الطريق الرئيسي والمعتاد لإنشاء الحقوق وتقرير الالتزامات ، فإن التطبيقات العملية لا تجد غنى عن إشراك السلطة التنفيذية في العملية التشريعية ، خصوصاً فيما يتعلق بتفصيل الخطوط العريضة التي تأتي القوانين العادية على ذكرها ، لذلك تساهم هذه السلطة في تنظيم المراكز الحقوقية من خلال أداة خاصة تسمى " اللائحة " ، والتي يصطلح على تسميتها بالقرارات التنظيمية ، أو التشريعات الفرعية ، أو القوانين بالمعنى الموضوعي أو التشريعات الحكومية⁽¹³¹⁾ ، ومن المعلوم أن اللائحة تدنو القانون في المرتبة الإلزامية وإن كانت تتفق معه في الموضوع .

غير أنه وبالرغم من أن الحياة الدستورية العادية هي القاعدة العامة ، إلا أن دوام الحال من المحال ، فكثيراً ما تعصف بالدول والمجتمعات أزمات وكوارث تهدد كيائها وتخل بالسير المنتظم للسلطات العامة ، وهي ما يصطلح على تسميتها بالظروف الاستثنائية⁽¹³²⁾ ، ومن المعلوم أن أي حدث من هذا القبيل سيدفع بالسلطة التنفيذية لاتخاذ التدابير التي تعيد شؤون الدولة إلى نصابها الصحيح ، وفي غالب الأحيان تتمثل الإجراءات المتخذة من جانب الحكومة على هيئة لوائح تنشذ عن التراتبية المرسومة لمدرجات القواعد القانونية ، الأمر الذي يستدعي شرح

¹³⁰ _ د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " المبادئ العامة " ، الجزء الأول ، منشورات جامعة البعث " كلية الحقوق " ، مديرية الكتب

والمطبوعات الجامعية ، عام 2013 ، ص 47 .

¹³¹ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 98 .

¹³² _ الضاوية بنت موسى غرمة ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق ، عام

2011 ، ص 14 .

ما يدور في فلك التشريعات العادية وتحليله ، ثم معالجة التشريعات الفرعية ومدى اتساقها مع القوانين العادية ، ولإحاطة بهذا المبحث إحاطة علمية متكاملة وجب علينا معالجته وفق المطلبين التاليين :

المطلب الأول : القوانين البرلمانية " التشريعات العادية "

المطلب الثاني : التشريعات الثانوية " اللوائح "

المطلب الأول

القوانين البرلمانية " التشريعات العادية "

يتضمن التشريع العادي أو القانون في معناه المعتاد القواعد القانونية التي تقررها السلطة التشريعية في البلاد⁽¹³³⁾، وهي الهيئة المختصة أصلاً بهذه المهمة بموجب الدستور وطبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، ويأتي اختصاص هذه الهيئة بوضع القوانين من كونها تجسّد مبدأ السيادة الشعبية ، وتضم ممثلي الإرادة الشعبية⁽¹³⁴⁾ ، ومن الجدير بالملاحظة أنّ نظام الحكم في الدولة ، قد لا تستوعبه النصوص المكتوبة في الوثيقة الدستورية وحدها ، لذلك غالباً ما يتم تغطية هذا العجز وتدارك الموضوعات ذات الطبيعة الدستورية بقوانين مكملة للدستور ، ومعلوم أنّ إقرار هذه القوانين هو من صلب اختصاص السلطة التشريعية ، لذلك يمكن القول إنّ السلطة التشريعية تختص بوضع نوعين من القوانين ، وهي القوانين العادية وقوانين أخرى مكملة للدستور ، يصطاح على تسميتها بالقوانين الأساسية أو القوانين التنظيمية أو القوانين العضوية ، وفيما يلي بيان ذلك .

أولاً _ القوانين العادية

يطلق على التشريع العادي أو القوانين العادية مصطلح القانون بالمعنى الفني الضيق ، أي ذلك الذي تصدره السلطة التشريعية المختصة وفقاً لأحكام الدستور لتنظيم علاقات الحياة الاجتماعية في الدولة⁽¹³⁵⁾، وتقوم السلطة التشريعية بتقرير القاعدة القانونية وفق الإجراءات الدستورية المرسومة لذلك سلفاً ، وعليه انتهى جانب من الفقه إلى تعريف القانون بأنه " نظام اجتماعي ملزم يعكس التصور الذي يهدف باستمرار إلى تحقيق الصالح المشترك "⁽¹³⁶⁾، وطبقاً للمعنى المتقدم ينحدر الطابع الرسمي لهذا القانون من عده المؤشر الرئيسي الدال على إرادة المجالس الشعبية التي تمثل بالأصل مشيئة أفراد المعادلة الاجتماعية ، وبذلك تأخذ القوانين العادية مكانتها

¹³³ _ د . حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، عام 2010 ، ص 193 .

¹³⁴ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 97 .

¹³⁵ _ د . عدنان القوتلي ، الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة دمشق ، عام 1957 ، ص 155 .

¹³⁶ _ د . محمد محمود عبد الله ، المدخل إلى علم القانون " النظرية العامة للقانون " ، الطبعة الرابعة ، مطبوعات جامعة دمشق ، عام 1990 ، ص 49 .

إلى جانب المعاهدات الدولية والقواعد الدستورية على سلم درجات القواعد القانونية ، غير أنَّ مرتبتها تتفاوت باختلاف النظام القانوني المعمول به في الدول ، فتحل الدرجة الثانية أو قد تندو إلى الدرجة الثالثة.

فلا خلاف بأن التشريعات العادية تندو القواعد الدستورية في المرتبة ، وفي أنَّ الوظيفة التشريعية تعد بعد الدستور الأداة الحكومية الأساسية ، ويتم بها رسم السياسة العامة للدولة وتحديد إطار السلوك القانوني العام للجماعة حكماً ومحكومين على السواء⁽¹³⁷⁾ .

ولابدَّ في هذا السياق من الوقوف على علاقة القانون باللائحة ونطاق كل منهما ، فإذا كانت اللائحة وفقاً للفقهاء التقليدي أعلى مرتبة من القرار الفردي فلا يجوز للأخير مخالفة الأنظمة الإدارية العامة التي صدر تطبيقاً لها⁽¹³⁸⁾ ، فإنَّه وطبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية يجب أن لا يؤدي الأمر بهذه الأنظمة إلى مخالفتها للتشريعات البرلمانية ، وتلي هذه اللوائح القوانين العادية في سلم التدرج التشريعي ، وعلى هذا الأساس تخضع كغيرها من القرارات الإدارية إلى رقابة القضاء الإداري من أجل ضمان احترامها لمبدأ المشروعية ، أي لضمان اتفاقها وأحكام القانون⁽¹³⁹⁾ ، فالقانون يضع تلك القواعد التي تسري على السلطات الإدارية ذاتها وبالتالي يقيد حريتها في صناعة اللوائح ، وهذا ما يسري مبدئياً على اللوائح التي تصدر في ظل الظروف العادية⁽¹⁴⁰⁾ ، الأمر الذي يدعو إلى رسم حدود واضحة قدر الإمكان لتحديد مجال كل من القانون واللائحة .

إنَّ الفلك القانوني ينقسم اليوم بين نظامين متباينين فيما يتعلق بتوزيع الاختصاص بين القانون واللائحة ، ففي النظام الأول يحتل القانون البرلماني موقع الصدارة في مجال التشريع ، ويعرف هذا النظام بالنظام التقليدي الذي

¹³⁷ _ د . طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مرجع سابق ، ص 59 .

¹³⁸ _ د . محمد الحسين ، د . مهند نوح ، القانون الإداري " عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية " ، منشورات كلية الحقوق في جامعة دمشق ، عام 2018 ، ص 182 .

¹³⁹ _ د . سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة السادسة ، مطبعة جامعة عين شمس ، عام 1991 ، ص 460 .

¹⁴⁰ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 59 .

يكون بموجبه للسلطة التشريعية تنظيم مختلف المسائل التي يترأى لها تنظيمها ، وهذا ما سارت عليه سوريا في دستور عام 2012 ، وقد ترتب على ذلك نتائج عدة⁽¹⁴¹⁾ :

1_ لمجلس الشعب أن يضع ما يشاء من القوانين ، فلا يمكن منعه من التشريع لطالما أنَّه ملتزم بأحكام الدستور ، وينظم ما يشاء من المسائل والموضوعات بموجب تشريع عادي .

2_ يستطيع مجلس الشعب أن يعالج الموضوعات التي نظمها اللائحة سابقاً بموجب قانون جديد ، أي إنَّه يمكن للقانون إلغاء القرار التنظيمي كلاً أو جزءاً ، ولذلك يتمتع القانون بعمر أطول من القرار التنظيمي في غالب الأحيان .

3_ لا يمكن لللائحة تنظيم المسائل المحجوزة دستورياً لمجلس الشعب ، فقد أتت إرادة واضعي الدستور واضحة على أنَّ تنظم هذه الموضوعات لأهميتها بموجب قانون .

وهذا ما أخذ به أيضاً الدستور المصري الحالي لسنة 2014 ، ويستفاد ذلك من نص المادة (101) التي أقرت " يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ... " ، وبالتالي فإنَّ للقانون أن يتناول بالتنظيم المسائل كلها التي يرى ضرورة التدخل لتنظيمها .

أمَّا النظام الثاني الذي سار عليه الدستور الفرنسي لسنة 1958 ، فيقتصر بموجبه عمل البرلمان على التشريع في مسائل يوردها الدستور على سبيل الحصر ، لتكون لللائحة بعد ذلك ولاية التشريع العام ، فبعد أن حددت المادة (34) اختصاص البرلمان التشريعي على سبيل الحصر ، أتت المادة (37) لتؤكد أنَّ المسائل التي لا تدخل في نطاق القانون _ أي التي لا تدخل في اختصاص البرلمان _ يكون لها الصفة اللائحية ، فيمكن للسلطة التنفيذية أن تصدر في بقية المسائل لوائح مستقلة ، لا بل إنَّ بعض المواد الدستورية قد ضيققت من

¹⁴¹ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 107 .

اختصاص البرلمان لاسيما المادة (40) والمادة (47) ، وعليه فقد أصبح للسلطة التنفيذية بموجب الدستور الفرنسي أن تشرع في شتى المسائل ، باستثناء تلك المحجوزة منها للبرلمان⁽¹⁴²⁾ .

ومن المسلم به حالياً ، أنه ليس للتجديد الدستوري الذي أتى به دستور 1958 أي آثار فيما يتعلق بالقوة الإلزامية لللائحة أو القانون أو بطبيعة كل منهما ، فقد خُصّ مجلس الدولة الفرنسي أن اللوائح المستقلة ستظل كما كانت في الأصل أعمال إدارية ، وبالتالي تخضع لذات الرقابة التي تخضع لها اللوائح الأخرى ، أمّا القانون فهو ذلك العمل الذي لا يمكن المنازعة فيه ، خاصة وأنّ مصدره هو الشعب أي الإرادة العامة ، كما انتهى الفقه الفرنسي فيما يتعلق بقوة اللائحة وقيمتها القانونية ، إلى أنّ اختفاء القوانين من نطاق اللوائح المستقلة لا يعني اكتساب الأخيرة لقوة القانون ، فلا يوجد أي خلاف بين اللوائح المستقلة وغيرها من اللوائح الأخرى فيما يتعلق بقوتها القانونية⁽¹⁴³⁾ .

لذلك وبعد أن تغير الوضع التقليدي في فرنسا ، يرى الفقه وبحق أنّ النصوص الدستورية لم تشر صراحةً أو ضمناً إلى ما يفيد ارتقاء اللائحة لمستوى القانون ، خاصة وأنّ التعديلات المتعلقة بإعادة توزيع الاختصاص فيما بين القانون واللائحة لا تعني أنّ هنالك تشابهاً بينهما في الطبيعة أو في المرتبة .

ثانياً _ القوانين الأساسية .

تعرف القوانين الأساسية بأنها " قواعد قانونية عادية صادرة عن المشرع العادي (السلطة التشريعية) وتنظم مسائل دستورية بطبيعتها أو في جوهرها "⁽¹⁴⁴⁾ ، كما عرّفها بعضهم بأنها " قوانين من نوع خاص تصدرها السلطة التشريعية وفق إجراءات معينة ، لتنظم من خلالها مسائل تعد دستورية بطبيعتها أو في جوهرها "⁽¹⁴⁵⁾ ، ويبدو أنّ هذا التعريف أقرب إلى الصحة ، على عد أنّه يوضح الفرق بين القوانين العادية والقوانين الأساسية .

¹⁴² _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 105 .

¹⁴³ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ص 72 _ 73 .

¹⁴⁴ _ د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 65 .

¹⁴⁵ _ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص 102 .

فلا يمكن للوثيقة الدستورية أن تصف كل شيء بالتفصيل ، لذلك تستخدم العديد من البلدان هذه الفئة من القوانين لمعالجة قضايا دستورية لم تعالج في صلب الوثيقة الأساسية ، وهذا ما جعل للقوانين العضوية طبيعة مغايرة للقوانين العادية .

ونظراً لأهمية هذه القوانين وحساسية الموضوعات التي تنظمها ، فقد اقتضى الأمر التشدد في إجراءات وضعها وتعديلها مقارنةً بالخطوات المتبعة عند وضع القوانين العادية وتعديلها ، ويرى رجال الفقه⁽¹⁴⁶⁾ أن الصيغ التي يستخدمها المشرع الدستوري لدعوة المشرع العادي للقيام بهذه المهمة ، إنما تفسر وتؤكد على أن هذه الموضوعات محجوزة للقوانين ولا يمكن تنظيمها بموجب لوائح ، ومن هذه الصيغ أن تعالج هذه المسائل بمقتضى قانون ، أو حسب ما ينص عليه القانون ، أو يصدر بها قانون ، أو تنظم بقانون ، أو وفقاً للقانون .

ونشير إلى أنه قلما تخلو الوثيقة الدستورية من هذا النوع من الإحالة ، ومثال ذلك ما ورد في المادة 6 من الدستور الفرنسي الحالي لسنة 1958 والمتعلقة بانتخاب رئيس الجمهورية ، والمادة 63 المتعلقة بتنظيم عمل المجلس الدستوري والإجراءات المتبعة أمامه ، وقد نصت المادة 46 من الدستور الفرنسي على إجراءات خاصة لإقرار القوانين الأساسية تختلف عن إجراءات إقرار القوانين العادية⁽¹⁴⁷⁾ .

لكن اللافت في الأمر أن الدساتير الحديثة بدأت تتنبه لأهمية بعض الموضوعات التي لا بد من تنظيمها بموجب قوانين أساسية ، وهذا ما نلاحظه في المادة (121) من الدستور المصري لعام 2014 التي نصت على ما يلي " ... كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس ، وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية ، والنيابية ، والمحلية ، والأحزاب السياسية ، والسلطة القضائية ، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية ، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة في الدستور ، مكملة له .

أمّا فيما يتعلق بالدستور السوري فإنّ النصوص التي أحالت معالجة بعض القضايا الدستورية للقوانين الأساسية هي بدورها متنوعة ، غير أنّ المادة (122) من النظام الداخلي لمجلس الشعب في سورية والصادر في عام

¹⁴⁶ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 107 _ 108 .

¹⁴⁷ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص 109 .

2017 ، قد اختصرت المسافة بدورها عندما نصت " يقصد بالقوانين الأساسية القوانين النازمة للانتخابات ، والأحزاب ، والسلطة القضائية ، ومجلس الدولة ، والمحكمة الدستورية العليا ، والإدارة المحلية " ، كما أكدت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنّ يتم إقرار هذه القوانين بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء مجلس الشعب ، وبذلك تتميز عن القوانين العادية التي يكفي من أجل إقرارها موافقة ثلث عدد أعضاء المجلس .

إضافة إلى الإحالات الصريحة التي تناولتها النصوص الدستورية للقوانين العادية ، نجد أن النصوص الدستورية والنظم الداخلية قد خصّت هذا النوع من القوانين بعناية خاصة نظراً إلى أهميتها .

وفي الإطار ذاته يرى الفقه⁽¹⁴⁸⁾ أنّ تحديد مرتبة القوانين الأساسية في الدول ذات الدساتير المرنة لا يثير أي صعوبة ، ولا يوجد في هذا النظام فكرة جمود الدستور أو تدرج القواعد القانونية ، وبالتالي لا جدوى من التفرقة بين قانون دستوري وبين آخر أساسي أو عادي ، فالكل سواء وبالتالي تتساوى جميع هذه القواعد القانونية في المرتبة .

أمّا في دول الدساتير الجامدة فإنّ تحديد مرتبة القوانين التنظيمية يقتضي النظر إلى إجراءات إصدارها⁽¹⁴⁹⁾ ، وبالتالي فهي إما أنّ تحتل ذات المرتبة المقررة للقاعدة الدستورية ، وذلك إذا ما كان يُتبع في تقريرها وتعديلها ذات الإجراءات المعمول بها لدى وضع القاعدة الدستورية وتعديلها ، أو أنّ يكون لها ذات المرتبة المقررة للقوانين العادية ، وذلك إذا كانت القوانين المكملّة للدستور تصدر وتعديل بذات الطريقة المقررة للقوانين العادية ، لكن الغالب أنّ يكون للقوانين الأساسية مرتبة تفوق القوانين العادية وتدنو الوثيقة الدستورية ، وهذا ما استقر عليه الفقه المصري وأخذ به المشرع الفرنسي⁽¹⁵⁰⁾ في الدستور الحالي لعام 1958 .

وإذا كان ما ذهب إليه الفقه المصري والمشرع الفرنسي يستند إلى أنّ القوانين الأساسية تتطلب في وضعها وتعديلها إجراءات أشد مما هو مقرر للقوانين العادية ، ولكنها في ذات الوقت أقل من تلك المتبعة بشأن الوثيقة

¹⁴⁸ _ د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 67 .

¹⁴⁹ _ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص 113 وما بعدها .

¹⁵⁰ _ د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص 68 .

الدستورية ، فإنه يمكن لنا القول إنّ **المشرع المصري والسوري** أراد أن يكون لهذه القوانين ذات القيمة المقررة لها في الدستور الفرنسي ، بمعنى أنّها تتموضع في المرتبة ما بين القوانين العادية والدستور .

واستناداً إلى ما سبق ، نستنتج أن البرلمان هو **سيد التشريع**⁽¹⁵¹⁾ ، لما له من اختصاص أصيل في صناعة القانون وفق الإجراءات الدستورية المقررة ، غير أنّ معالجة الروابط والعلاقات الإدارية كثيراً ما تستلزم الإحالة إلى اللائحة ، سواء في تفصيل الأسس العامة الواردة في القانون ، أو لضرورة معالجة بعض الموضوعات المتعلقة بتنظيم المرافق العامة ، أو الحفاظ على عناصر النظام العام ، فلا تخفى أهمية هذه اللوائح في تخفيف العبء عن البرلمان الذي لا يكون باستطاعته دائماً الإلمام بجميع التفاصيل ذات الطبيعة التقنية .

¹⁵¹ د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " المبادئ العامة " ، مرجع سابق ، ص 49 .

المطلب الثاني

التشريعات الثانوية " اللوائح "

طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات فإنَّ السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في مجال التشريع ، غير أنَّ الواقع العملي كما ذكرنا قد أوجب التخفيف من حدة هذا المبدأ⁽¹⁵²⁾، فالقرارات التنظيمية تعد قوانين بالمعنى الموضوعي ، وقد اقتضت الظروف التسليم بحق إصدارها من قبل السلطة التنفيذية ، لأن البرلمان قد يعجز عن توفيرها تلبية لحاجة الدولة المستمرة للتشريعات المناسبة⁽¹⁵³⁾ .

وعليه تعد اللوائح ذات طبيعة مزدوجة ، فهي قرارات إدارية من الناحية العضوية أو الشكلية لكونها صادرة عن السلطة التنفيذية ، بينما تعد تشريعاً من الناحية الموضوعية لاحتوائها على قواعد عامة ومجردة ، وبالتالي تعد واحدة من عناصر البناء القانوني في الدولة الحديثة ومصدراً من مصادر المشروعية ، ومن المتفق عليه أن اللوائح الإدارية تنقسم إلى نوعين تبعاً للظروف التي تصدر خلالها ، فهناك اللوائح التي تصدرها الإدارة في الظروف العادية ، وهنالك اللوائح التي تصدرها الإدارة في الظروف الاستثنائية ، وسنقوم بشرح كلا النوعين وفق الترتيب الآتي :

¹⁵² _ د . ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، عام 1995 ، ص 30 .

¹⁵³ _ د . عثمان عبد الملك الصالح ، السلطة اللانحوية للإدارة ، كتيب من إصدار مجلة الحقوق والشرعية في جامعة الكويت ، عام 1977 ، ص 5 وما بعدها .

أولاً _ اللوائح التي تصدر في ظل الظروف العادية

تأخذ هذه اللوائح أنواعاً متعددة ، كما تختلف الغاية التي ينصرف كل نوع منها إلى إدراكها ، فمنها ما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، ومنها ما ينفصل عن هذه القوانين ، وفيما يلي بيان ذلك.

1_ اللوائح التنفيذية " لوائح ضمان تنفيذ القانون " (154)

وهي اللوائح التي توضع من قبل الإدارة تيسيراً لتنفيذ القوانين وتفصيل عملها ، وتكمن الغاية من هذه اللوائح في تحديد الإجراءات الكفيلة بوضع القانون موضع التطبيق ، لطالما أنَّ الأخير يقتصر عمله على رسم الخطوط العريضة ووضع المبادئ العامة ، ، لذلك يرى الفقه (155) أنَّ في هذه اللوائح تتحقق حكمة منح السلطة التنفيذية الحق في إصدار اللوائح ، فإنَّ سرعة البت في الأمور تتطلب اللجوء إلى هذه السلطة التي تختلف في طبيعة تكوينها عن المجالس النيابية ، فهي الأجدر للنهوض بهذه المهمة ، كما يطلق بعضهم على هذه اللوائح تسمية " اللوائح التكميلية " (156) على اعتبار أنَّها تكمل القوانين وتفصل مجملها وتوضح الغامض والمبهم فيها.

وتجد السلطة التنفيذية سندها في إصدار هذه اللوائح في النص الدستوري الذي يجيز لها ذلك صراحةً ، أو من خلال دعوة السلطة التشريعية للجهاز التنفيذي لوضع مثل هذه اللوائح ، ويميز الفقه في هذا الصدد بين الدعوة الصادرة عن البرلمان لتنفيذ قانون قائم من جهة ، وبين التفويض الذي يصدره الأخير للحكومة للتشريع في بعض الأمور من جهة أخرى ، فيتعاضم أثر الأخيرة في الحالة الثانية وتستقل بالتشريع ، فلا يقتصر عملها على التنفيذ. ونظراً لأهمية هذه اللوائح وضرورتها لتنفيذ القوانين في كثير من الأحيان ، فإنَّه من النادر أنَّ تخلو الدساتير من الاعتراف للهيئة التنفيذية بسلطة إصدارها ، ففي فرنسا منح دستور 1958 رئيس الجمهورية سلطة واسعة في إصدارها ، مع البقاء على حق الوزير الأول في إصدارها بموجب المادة (21) من الدستور ذاته .

154 _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص .

155 _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 65 .

156 _ د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " النشاط الإداري " ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في جامعة حلب ، عام 2016 ، ص

ومما يجدر ملاحظته أنَّ القانون الفرنسي ميّز بين نوعين من اللوائح التنفيذية ، فالنوع الأول يسمى " لوائح الإدارة العامة " R A P ، والذي يخضع إلى إجراء شكلي يتمثل في أخذ رأي مجلس الدولة بشأنه ، بخلاف النوع الثاني الذي لا يخضع في إصداره لأي إجراء شكلي ، ولا يلزم فيه أخذ رأي مجلس الدولة ، فالبرغم من صدور النوعين عن ذات السلطة ، إلا أنَّ النوع الأول يسمى على الثاني⁽¹⁵⁷⁾ .

وفي مصر فإنَّه وبموجب المادة (170) من دستور 2014 فإنَّه " يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ... ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه " ، إذاً ينعقد الاختصاص في إصدار هذه اللوائح بطريقة مباشرة لرئيس مجلس الوزراء ، ويكون للأخير أن يفوض غيره بهذه المهمة ، وقد يحدد القانون الجهة المخولة ببيان جزئياته وتنظيم التفاصيل المتعلقة بأحكامه. أما في سورية فإن السلطة التي يحق لها أن تصدر هذا النوع من اللوائح ، فهي في الحقيقة تنعقد لرئيس الجمهورية بمسند المادة (83) " يمارس رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء السلطة التنفيذية نيابة عن الشعب ... " ، كذلك يمكن الاستناد إلى نص المادة (101) من الدستور لبيان السلطة التي تختص بإصدارها .

ومن الملاحظ أنَّ مجلس الوزراء يكون له سلطة إصدار اللوائح التنفيذية بموجب المادة (83) ذاتها ، كما يمكن الاستناد إلى نص المادة (128) التي تناولت اختصاصات مجلس الوزراء " .. متابعة تنفيذ القوانين ... " ، كما يجري العرف الدستوري على أنَّ يقوم المشرع بتحديد السلطة الإدارية التي تختص بإصدار القرار التنظيمي اللازم لتنفيذ قانون ما ، لذلك يرى بعضهم وبحق أنَّ السلطة التشريعية تحقق تناسباً طردياً ما بين أهمية المسألة المراد وضع لوائحها التنفيذية ومكانة السلطة التي ستتهض بهذه المهمة ، فكلما زادت أهمية القواعد القانونية التي ينبغي وضع أحكام تنفيذية لها ، كلما أحال المشرع أمر صنع اللائحة لسلطة تنفيذية أعلى⁽¹⁵⁸⁾ .

وإذا كان هذا النوع من اللوائح لا يصدر إلا استناداً إلى تشريع قائم ، فثمة فئة من هذه اللوائح الإدارية تصدر ابتداءً كلوائح مستقلة ، أي تتولى الهيئة التنفيذية إصدارها من دون الاستناد إلى تشريع قائم ، ومن ثمَّ فإنَّها

¹⁵⁷ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 109 .

¹⁵⁸ _ د . محمد الحسين ، د . مهند نوح ، القانون الإداري " عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية " ، مرجع سابق ، ص 187 .

تتضمن أحكام مبتدأة⁽¹⁵⁹⁾ ، مما دعا الفقه إلى تسميتها " باللوائح المستقلة " أو " اللوائح الذاتية " أو " اللوائح القائمة بذاتها "⁽¹⁶⁰⁾ ، وقد تصدر بغية ترتيب المرافق العامة أو بصدد الحفاظ على النظام العام ، وغني عن البيان أنَّ هذه اللوائح كسابقتها تصدر في الظروف العادية .

2_ اللوائح التنظيمية

وهي الصكوك التي تستخدمها السلطة التنفيذية بهدف إنشاء سير العمل وتنظيمه وتنسيقه في المؤسسات والهيئات العامة ، ولا يثير أمر صدور هذه اللوائح من السلطة التنفيذية أي خلاف يذكر على اعتبار أنَّ تسيير المصالح الحكومية هو من صميم اختصاص السلطة التنفيذية ، لذلك فكلما دعت الحاجة إلى هذا التنظيم ، قامت به الإدارة عن طريق ما يسمى " لوائح تنظيم المرافق العامة "⁽¹⁶¹⁾ ، دون حاجة لاستصدار إذن برلماني بهذا الخصوص .

أمَّا عن مستند السلطة التنظيمية في إصدار هذه اللوائح ، فهو غالباً ما يلتبس من خلال نصوص الدستور ، فقد نصت المادة (171) من الدستور المصري لسنة 2014 على أنَّ " يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها بعد موافقة مجلس الوزراء " .

وفي سورية يجد رئيس الجمهورية سندهُ في تنظيم المرافق العامة عن طريق هذه اللوائح ، من خلال صريح المادة (96) التي نصت على أنَّ " يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور والسير المنتظم للسلطات العامة وحماية الوحدة الوطنية وبقاء الدولة " ، ومثلها المادة (98) " يضع رئيس الجمهورية في اجتماع مع مجلس الوزراء برئاسته السياسة العامة للدولة ، ويشرف على تنفيذها " ، كذلك يمكن القول بأنَّ رئيس الجمهورية يستمد حقه في إصدار هذا النوع من اللوائح ليس من نصوص الدستور فحسب ، بل من خلال بعض النصوص

¹⁵⁹ _ د . سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، دار الفكر العربي ، عام 1957 ، ص 339 .

¹⁶⁰ _ د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " النشاط الإداري " ، مرجع سابق ، ص 253 .

¹⁶¹ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 112 .

القانونية ، خاصة فيما يتعلق بترتيب المرافق العامة الاقتصادية⁽¹⁶²⁾ ، كما نصت المادة (2) من القانون الأساسي للعاملين في الدولة التي نصت على أن " يتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي بمرسوم ... " كما نصت المادة (2) من القانون رقم 2 لعام 2005 الناظم للمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة على أن " يتم إحداث المؤسسة العامة ، أو الشركة العامة ، أو المنشأة العامة بمرسوم " ، وعلى ذلك فإن ممارسة رئيس الجمهورية لاختصاصاته التنظيمية يعد أصلاً دستورياً وقانونياً لا يعتريه شك ، وما ذلك إلا لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

كما تستكمل المهمة التنظيمية الملقاة على كاهل السلطة التنفيذية بالنصف الثاني من اللوائح المستقلة ، والتي تعنى بالحفاظ على جزيئات النظام العام في الدولة ، وفيما يلي بيان ذلك .

3_ لوائح الضبط

تعد لوائح الضبط أو ما يعرف باسم " لوائح البوليس " من أهم وسائل الضبط الإداري ، فمن خلالها يتم وضع القواعد القانونية اللازمة للحفاظ على النظام العام بعناصره المتعددة ، ولعل هذه اللوائح وعلى خلاف سابقتها تنثير بعض الجدل الفقهي والغموض ، لما لها من تأثير واضح في حقوق الأفراد وحررياتهم ، بيد أن تحقيق الصالح العام وما ينطوي عليه من مسائل دقيقة تحتاج إلى سرعة البت ، والتنوع في التنظيم ، والرصد المباشر لأي مخالفة ، جعلت من السلطة التنفيذية صاحبة الأولوية في تولي إصدار اللوائح الضبطية .

وغالباً ما تصدر هذه اللوائح من رئيس السلطة التنفيذية أو من يفوضه بذلك⁽¹⁶³⁾ ، وبالرغم من ذلك نصت المادة (171) من الدستور المصري لعام 2014 بأن " يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء " فتكون اللوائح البوليسية من خلال ذلك صادرة بأداة أدنى من قرارات رئيس الجمهورية .

¹⁶² _ د . محمد الحسين ، د . مهند نوح ، القانون الإداري " عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية " ، مرجع سابق ، ص 188 .

¹⁶³ _ د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " النشاط الإداري " ، مرجع سابق ، ص 256 .

وفي سورية فإنَّ الأمر يجد مدى أوسع لناحية من يحق له إصدار هذا النوع من اللوائح ، ففي ما يتعلق برئيس الجمهورية يرى بعضهم أن نص المادة (96) من الدستور قد أوكل إليه هذه المهمة إضافةً لمهمة تنظيم المرافق العامة ، فطالما أنَّ رئيس الجمهورية هو الساهر على احترام الدستور وحماية الوحدة الوطنية وبقاء الدولة ، فقد كان من اللازم تخويل بعض الصلاحيات التي تتناسب مع حجم المهام المنوطة به ، وعليه يكون لرئيس الجمهورية إصدار لوائح ضبطية بمقتضى سلطته الخاصة كرئيس للسلطة التنفيذية⁽¹⁶⁴⁾ .

وليس هنالك ما يمنع السلطات الإدارية الأخرى كرئيس مجلس الوزراء ، والوزراء ، والمحافظين ، والمجالس المحلية ، من إصدار لوائح ضبط إداري ، وذلك كله شريطة وجود نص قانوني يخولهم ذلك صراحةً أو ضمناً .

لذلك يمكن القول إنَّ اللائحة في سورية تطبق في أضيق الحدود ، ووفق مجالها التقليدي المتعلق بتنظيم المرافق العامة ، والضبط الإداري⁽¹⁶⁵⁾ ، وبالتالي فإنَّ الوضع مشابه لما هو عليه في مصر .

أمَّا فرنسا فقد انتهت كما سبق بيانه إلى فتح حدود اللائحة التنظيمية ، وقد بينا أنَّ العلاقة بين هذه اللوائح والقوانين تقوم على أساس التبعية والخضوع ، فلا يجوز لها مخالفة أحكامه أو التعرض لها بالتعديل ، أو التأويل ، أو الإلغاء ، بحسبانه أعلى درجة ومرتبة .

تجدر الإشارة إلى أنَّ القرارات التنظيمية العامة للسلطة التنفيذية تتدرج تنازلياً أيضاً فيما بينها بحسب قوة السلطة الإدارية التي أصدرتها ، وهنا يتم إعمال المعيار الشكلي ، فالقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية تعد أقوى وأعلى من القرارات التنظيمية الصادرة من مجلس الوزراء ورئيس هذا المجلس ، ومن ثمَّ لا يجوز للقرارات الصادرة عن مجلس الوزراء أو باقي عناصر السلطة التنفيذية أن تخالف اللائحة السابق صدورها من رئيس الجمهورية ، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم شهير لها بتاريخ 12 يوليو من عام 1958 الذي جاء فيه " أنَّ القانون لا يكون غير دستوري إلا إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه ، ومرد ذلك أنَّ الدستور _ وهو القانون الأعلى فيما يقرره _ لا يجوز أن تهدره أية أداة أدنى ، وأنَّ وظيفة

¹⁶⁴ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 114 .

¹⁶⁵ _ د . محمد الحسين ، د . مهند نوح ، القانون الإداري " عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية " ، مرجع سابق ، ص 188 .

القضاء هي تطبيق القانون فيما يعرض له من الأفضية ، والمراد بالقانون هنا هو بمفهومه العام أي كل قاعدة عامة ومجردة أياً كان مصدرها ، سواء كان هذا المصدر نصاً دستورياً أم تشريعياً تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك ، أم قراراً إدارياً تنظيمياً ، وسواء كان القرار التنظيمي صدر في شكل قرار جمهوري أو قرار وزاري ممن يملكه ، أو كان قد صدر فيما سبق بمرسوم أو بقرار من مجلس الوزراء أو بقرار وزاري ، يطبق القضاء كل هذه القواعد التنظيمية العامة المجردة على اختلاف ما بينها في المصدر وعلى تفاوت ما بينها في المرتبة ولكن بمراعاة أنَّ القانون يشوبه عدم الدستورية إذا خالف نصاً دستورياً قائماً أو خرج على روحه ومقتضاه كما سلف القول ، بينما يشوب القرار الإداري العام عيب عدم المشروعية إذا خالف قاعدة تنظيمية صدرت بأداة أعلى مرتبة ، فإذا تزامنت في التطبيق هذه التشريعات أو التنظيمات جميعاً وقام بينها التعارض وجب على القضاء أن يطبق القاعدة الأعلى في المرتبة ، فيغلب الدستور على القانون ويغلب القانون على القرار الإداري أياً كانت مرتبته ، ويغلب القرار الإداري العام الأعلى مرتبة على ما هو أدنى منه ، ذلك لأنَّ المناطق في الفصل عند التعارض هو أنَّ الأعلى يسود الأدنى⁽¹⁶⁶⁾ ، وواضح في هذا الحكم تطبيق للمعيار العضوي أو الشكلي في تدرج القواعد القانونية .

بينما تظهر أهمية المعيار الموضوعي بصفة جوهرية بخصوص العلاقة ما بين القرار التنظيمي والقرار الفردي ، فقد سبق أنَّ أوضحنا أنَّ هذا المعيار لا يعتد بالعضو أو الهيئة التي قامت بالعمل ، ولأنَّ القرار التنظيمي يتضمن بحكم طبيعته أحكاماً عامة ومجردة ، فهو يفرض بذلك احترام القواعد التي يتضمنها على كل القرارات الفردية الصادرة تطبيقاً له ، فمؤدى المعيار الموضوعي هو أنَّ القرار الفردي أدنى وأقل مرتبة من القرار التنظيمي ، وذلك أياً كانت الجهة التي أصدرت القرار التنظيمي وبصرف النظر عن الجهة التي أصدرت القرار الفردي .

فإنَّ سمو القرارات التنظيمية على القرارات الفردية التطبيقية لا يقتصر على ذات السلطة الإدارية التي وضعت القاعدة ، بل ليس بمقدور السلطة الرئاسية الأعلى أن تخالف بقرارات فردية مضمون القاعدة العامة المجردة الموضوعية من سلطة من مستوى أدنى ، ومن ناحية أخرى يؤدي تطبيق المعيار الموضوعي وعلو القاعدة

¹⁶⁶ _ مشار إليه لدى الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، عام 2007 ، ص 78

التنظيمية على القرارات الفردية إلى نتيجة أخرى ، مفادها أنه لا يجوز إصدار قرار فردي إلا بالاستناد إلى قاعدة عامة ، فيكون القرار الفردي تطبيقاً لها ، وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها بتاريخ 5/2/1976 هذا المبدأ ، فقد قضت هذه المحكمة فيما يتعلق بنظام ترقية العاملين " أن تقرير نسب معينة للترقية بالأقدمية وبالاختيار هو إجراء لائحي يجب أن يصدر من الجهة صاحبة الاختصاص على النحو الذي رسمه القانون وإرتآه كفيلاً بتحقيق الضمانات للعاملين بعدئذ تصدر القرارات الفردية بالترقية محكومة بالقواعد التنظيمية العامة الموضوعة في هذا الشأن والتي تشكل عنصراً من عناصر المركز القانوني اللائحي للوظيفة العامة ، وطالما أن الموظف العام يستمد حقوق وظيفته وواجباتها من نصوص القوانين واللوائح التنظيمية فإن تقرير المركز الذاتي لذلك الموظف يجب أن يسبقه بدايةً إصدار القواعد التي يعامل على مقتضاها والتي تشكل المركز التنظيمي اللائحي الذي يخضع لأحكامه⁽¹⁶⁷⁾ .

ويرى الفقه أن الحاجة للوائح في الظروف العادية لا تكاد تخرج عما أسلفنا ، غير أنه ثمة ظروف لا يمكن مواجهتها بالنظام السابق ، فاقترضت الحاجة لتزويد الإدارة ببعض السلطات الاستثنائية ، والملاحظ أن هذه اللوائح قد تنوعت بتنوع دواعي إصدارها ، وفيما يلي شرح ذلك .

ثانياً : اللوائح التي تصدر في ظل الظروف الاستثنائية

بدايةً لابد من التذكير بأن السلطة اللائحية هي سلطة استثنائية في الحقل التشريعي ، ويلزم لتكون مشروعة أن تكون مستندة أساساً على ثوابت دستورية ، غير أن ما يجب فهمه أن الاستثنائية هنا لا تعني تلازم السلطة اللائحية مع الظروف الاستثنائية فتدور معها في الوجود والعدم ، فالمعلوم أن السلطة اللائحية تمارس في الظروف كلها ، وعليه فإن اللائحة تنطوي على المساس بمبدأ الفصل بين السلطات سواء صدرت في الظروف العادية أم الاستثنائية ، وحاصل القول أن الميدان التشريعي مقرر دستورياً للسلطة التشريعية ، ومن ثم تعد اللائحة دخيلة ضمن أسوار هذا الميدان ، ويلزم أن تستند على أساس دستوري يخولها مثل هذا الدخول سواء تم ممارستها في الظروف العادية أم الاستثنائية .

¹⁶⁷ _ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، السنة الحادية والعشرون ، بند 58 ، ص 159 .

وتماشياً مع ذلك فإنَّ الاستثناء الذي نقصده في إطار الحديث عن مرتبة القواعد القانونية ، يتعلق بقوة هذه القاعدة وقيمتها الملزمة ، فالسمة المميزة لبعض اللوائح أنَّها تصل في قوتها إلى مرتبة القانون البرلماني ، وعليه يمكن لها أن تلغي أو تعدل تشريعاً برلمانياً⁽¹⁶⁸⁾ ، وهذا بالطبع يعد استثناء جسيماً يرد على مبدأ سمو الدستور .

فوفقاً لهذا المبدأ لا يجوز لأي سلطة أن تمارس اختصاصها ممارسة تخالف ما هو منصوص عليه في الدستور ، وإن فعلت هذا فقدت سند وجودها وأساس مشروعيتها تصرفاتها ، غير أنَّه ثمة ظروف تسوغ تعليق بعض الضمانات الدستورية وتجاهل التنظيم الذي أقامه الدستور على أساس مبدأ فصل السلطات⁽¹⁶⁹⁾ ، وتتضوي هذه الظروف تحت لواء نظرية الضرورة .

ومن مقتضى هذه النظرية أن تتوسع سلطة الإدارة في ظل هذه الظروف ، فتقوم باتخاذ إجراءات تشريعية لازمة لإعادة السير المنتظم للسلطات الدستورية والمؤسسات العامة ، وبالرغم من أنَّ جانباً من الفقه قد عدها بمنزلة اغتصاب لسلطة البرلمان وتؤدي إلى تركيز جميع السلطات في يد السلطة التنفيذية ، إلا أنَّ معظم الدساتير أوكلت إلى الهيئة التنفيذية سلطة مواجهة الأزمات والأخطار المهددة لسلامة البلاد شريطة مراعاة الإجراءات والقيود المحددة في الدستور ، التي تكفل الحقوق والحريات العامة للمواطنين⁽¹⁷⁰⁾ ، وتتمثل هذه السلطة بنوعين من اللوائح جرت الدول على تضمينها دساتيرها ، وهي لوائح الضرورة ، واللوائح التفويضية .

1_ لوائح الضرورة

تصدر لوائح الضرورة لمواجهة ظروف استثنائية تقتضي معالجة سريعة من أجل المحافظة على كيان الدولة وسلامتها⁽¹⁷¹⁾ ، فإذا ما تبين أنَّ مراعاة القوانين واللوائح العادية من شأنه أن يهدد كيان الدولة بخطر ، فإنَّه يكون للسلطة التنفيذية في مثل هذه الظروف أن تواجهها بلوائح استثنائية من طبيعتها، وهي (لوائح الضرورة)⁽¹⁷²⁾

¹⁶⁸ _ د . سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 344 .

¹⁶⁹ _ د . فيصل كلثوم ، دراسات في القانون الدستوري والنظم السياسية ، مرجع سابق ، ص 100 .

¹⁷⁰ _ د . سعيد بو الشعير ، النظام السياسي الجزائري " دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996 ، السلطة التنفيذية " ،

الجزء الثالث ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، عام 2013 ، ص 299 .

¹⁷¹ _ د . ماجد راغب الحلو ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 531 .

لذلك نجد الدساتير المختلفة تنص على مثل هذه التطبيقات وتخول الحكومة مكنة التصدي لمفرزات الوقائع التي تفرضها الظروف الطارئة ، فقد نظم الدستور الفرنسي الحالي لسنة 1958 حالة الضرورة بمقتضى المادة (16) منه على النحو الآتي " إذا أصبحت أنظمة الجمهورية أو استقلال الوطن أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداته الدولية مهددة بخطر جسيم وحال ونشأ عن ذلك انقطاع سير السلطات العامة الدستورية المنظم يتخذ رئيس الجمهورية الاجراءات التي تقتضيها هذه الظروف ... " .

أمّا الدستور المصري فلم يغفل هذه الآلية بموجب دستور 2014 ، وهذا ما يلتبس من نص المادة 156 " إذا حدث في غير أحوال انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه . وإذا كان مجلس النواب غير قائم ، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين ... " .

وفي سورية نصت المادة (114) من دستور عام 2012 على أن " إذا قام خطر جسيم يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة واستقلال أرض الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن مباشرة مهامها الدستورية ، لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات السريعة التي تقتضيها هذه الظروف لمواجهة الخطر " .

2_ لوائح التفويض

تختلف اللوائح التفويضية عن لوائح الضرورة المنصوص عليها في المادة (16) من الدستور الفرنسي وما يقابلها في المادة (114) من الدستور السوري .

فاللوائح التفويضية تصدر لتنظيم مسائل في الأصل من اختصاص السلطة التشريعية ، غير أنّ الأخيرة تفوض السلطة التنفيذية في إصدارها ، كما أنّ هذه اللوائح لا تصدر فقط في غيبة البرلمان ، إنما أيضاً عندما يكون منعقداً ، ومن هنا يظهر الفرق الثاني بين اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة ، فالأخيرة تصدر دون حاجة

¹⁷² د . طعيمة الجرف ، القانون الإداري " دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة " ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، عام 1970 ، ص 401 .

لاستئذان السلطة التشريعية ، أمّا اللوائح التفويضية فتسميتها تعكس طبيعتها ، فلا يجوز أن تصدر إلا بإذن خاص من البرلمان لأنها تنظم بقرارات لها قوة القانون بعض الموضوعات التي لا يتناولها إلا التشريع.

وعليه نجد أن دساتير الدول تفترض هذه الظروف مسبقاً وتجسد إجراءات وآليات التصدي لها ، وتحدد الجهاز التنفيذي الأقدر على اتخاذ سبل المواجهة في هذه الأوقات العصيبة ، كما لا يفوتنا أن ننوه إلى أن القوانين العادية تؤثر تأثيراً كبيراً في تحويل السلطة التنفيذية مثل هذه الصلاحيات ، ومن أكثر هذه القوانين انتشاراً قوانين الطوارئ والأحكام العرفية ، على أن يتم ذلك في حدود ما يسمح به الدستور⁽¹⁷³⁾ ، ومن هذا القبيل لوائح الطوارئ⁽¹⁷⁴⁾ والتي نصت عليها المادة (103) من دستور 2012 ، ومثلها أيضاً المادة (154) من الدستور المصري لعام 2014 .

وبالتالي نرى أن الحالة الاستثنائية أو حالة الضرورة أو حالة الأزمة الوطنية⁽¹⁷⁵⁾، وأياً كانت التسمية التي أطلقت عليها كانت حاضرة في جميع الدول موضوع الدراسة ، فحلت صلاحية معالجة هذه الحالة للسلطة التنفيذية ، على أن لا يفهم من ذلك أن السلطة اللائحية الاستثنائية حقاً خالصة للإدارة ، بل هي اختصاص يقيد عدة شروط في اللجوء إليه من ناحية ، وفي الإصدار والتطبيق من ناحية أخرى .

ومن اللافت أن الآثار التي رسمتها نظرية الضرورة ، التي تمثلت في ارتفاع القوة القانونية للوائح الظروف الاستثنائية لتصل إلى مرتبة القانون قد أوجبت الإضاءة على ما يلي : 1 _ إن لوائح الظروف الاستثنائية وإن كان لها قوة القانون ، غير أنها لا تستطيع أن تتناول ما لا يستطيع هذا القانون تناوله ، فلا يجوز لها مثلاً تقرير رجعية جريمة من الجرائم ، أو تقرير عقوبة المصادرة العامة⁽¹⁷⁶⁾ .

2 _ إن جميع الإجراءات الاستثنائية اللازمة لمجابهة مثل هذه الظروف الحرجة تسمى أعمال الضرورة ، وهي تتنوع بين أعمال مادية وأعمال قانونية ، كما تنقسم الأخيرة لتظهر إما على شكل قرارات فردية أو لائحية ، ولا

¹⁷³ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 77 .

¹⁷⁴ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 295 .

¹⁷⁵ _ د . أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، الطبعة الثانية ، دار الشروق ، القاهرة ، عام 2002 ، ص 557 .

¹⁷⁶ _ د . سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 349 وما بعدها .

يخفى أنَّ القرارات الفردية المتخذة تحت وطأة الظروف الاستثنائية تتمتع بقوة القانون ويمكن أنَّ تخالف أحكامه ، لكن دون أنَّ يترتب على ذلك إلغاء القانون محل المخالفة أو التعديل من مضمونه ، ومن هنا تظهر خطورة اللوائح الاستثنائية ، فيمتد أثر هذه الأخيرة لتشمل ليس فقط مخالفة القوانين العادية ، بل أيضاً إلغاؤها ، وتعديلها ، وتعطيل نفاذها⁽¹⁷⁷⁾.

وبإبان هذه المسلمات احتدم الجدل الفقهي والقضائي حول الطبيعة القانونية لهذه اللوائح ، ويبدو أنَّ المعيار الشكلي المعمول به فقهاً وقضاءاً قد أفلح في حل جانب من المشكلة ، فطالما أنَّ لوائح الظروف الاستثنائية صادرة عن السلطة التنفيذية فهي بمنزلة قرارات إدارية ، وهذا وللوهلة الأولى قد يبدو منطقياً ، ولكن الخلاف يطفو على السطح من جديد بعد أنَّ تخضع هذه اللوائح لتصديق البرلمان ، فهل تحافظ هذه اللوائح على طبيعتها القانونية كقرارات إدارية أم أنَّ الأمر يقتصر فقط على التحصين من رقابة القضاء ؟

وفي هذا الصدد استقر الفقه⁽¹⁷⁸⁾ على أنَّ إقرار البرلمان لهذه اللوائح ذو طبيعة مزدوجة ، فلا يقتصر الأمر على تحصين هذه الأعمال من رقابة القضاء الإداري بعد أنَّ كان ذلك جائزاً قبل إقرارها من المشرع ، بل إنَّ أثر هذا الإقرار يمتد لتصبح هذه اللوائح قوانين أو في حكم القوانين .

وإذا كان ثمة اتفاق فقهي وقانوني حول السمات الجوهرية الخاصة بلوائح الظروف الاستثنائية ، فإنَّ الإجراءات التي تتخللها لناحية تصديق البرلمان ورقابة القضاء قد تتباين من دولة لأخرى ، كما تتمايز هذه اللوائح لناحية القالب القانوني الذي تنصهر فيه ، فقد تنوعت الصياغة ما بين مراسيم ، وقرارات بقوانين.

وقد حرى بنا الأمر الإضاءة على الأدوات القانونية التي يحوزها رئيس الجمهورية في عصر يشهد تفوق السلطة التنفيذية من الناحية التشريعية⁽¹⁷⁹⁾ ، فما يسترعي الانتباه هو البعد القانوني الذي ينطوي عليه اصطلاح المرسوم،

¹⁷⁷ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 80 .

¹⁷⁸ _ د . سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 349 وما بعدها .

¹⁷⁹ _ د . سام دل ، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية ، مرجع سابق ، ص 397 وما بعدها .

فهو علاوةً عن أنه الأداة الأكثر شيوعاً بيد رئيس الجمهورية ، فإنه ينصرف ليشمل الأنواع الثلاثة من المراسيم التي تسمى عادةً " **اللكوك** " ، فهي تستوعب في طياتها الكوك الإدارية والتشريعية معاً .

فالكوك الإدارية يصدرها رئيس الجمهورية لممارسة سلطاته الإدارية ، ويندرج تحت عنوانها ما يلي⁽¹⁸⁰⁾ :

1_ المراسيم العادية : وهي التي يصدرها رئيس الجمهورية دون أن تتضمن أي قاعدة حقوقية عامة ، بل يقتصر مفعولها على مضمونها ، ومثالها التقليدي مراسيم تعيين الموظفين المدنيين والعسكريين ، ولذلك تسمى " **المراسيم الفردية** " ، ولذلك فهي أشبه بالقرار الفردي .

2_ المراسيم التنظيمية : وهي بخلاف سابقتها تتضمن قواعد قانونية عامة وغير شخصية ، تصدر عن رئيس الجمهورية في حدود اختصاصه ، أو لاستكمال الأحكام القانونية بأحكام أخرى تفصيلية لتأمين تطبيقها وتنفيذها ، وقد أشرنا في الفقرة ذاتها إلى أن المشرع يسعى لتحقيق توازن نسبي ما بين أهمية المسألة المراد تنظيمها ومكانة السلطة التي تتولى النهوض بهذه المهمة ، وهذا يقودنا إلى تطبيق مبدأ التدرج القانوني حتى داخل منظومة التشريعات الفرعية .

بمعنى آخر إن اللوائح الصادرة من السلطات الإدارية لا تتساوى في المرتبة بل تتدرج فيما بينها وتتظم على شكل طبقات متباينة في المرتبة ، فاللائحة الصادرة عن رئيس الجمهورية تسمو على اللائحة الصادرة عن الوزير ، واللائحة الصادرة عن الوزير تعلق اللائحة الصادرة عن أحد المدراء العامين ، فكلما ارتقت درجة الهيئة الإدارية في الترتيب العضوي للجهاز الحكومي كلما ارتفعت معها مرتبة اللائحة التي تصدر عنها⁽¹⁸¹⁾ ، ولا يفوتنا التنويه إلى أصناف أخرى من الوسائل التي يسير بها رئيس الجمهورية اختصاصاته الإدارية والعسكرية ، والتي تتجسد بالقرارات والأوامر وإن بدت في الواقع العملي أقل ذبوعاً وانتشاراً .

¹⁸⁰ _ د . عبد الله طلبية ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الخامسة ، مطبعة دار الكتاب ، دمشق ، عام 1992 ، ص 162 وما

بعدها .

¹⁸¹ _ د . أحمد مدحت علي ، نظرية الظروف الاستثنائية " ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، عام 1978 ، ص 51 .

أمّا عن النوع الثاني من الصكوك فهي **الصكوك التشريعية** ، والمقصود بها **المراسيم التشريعية** دون سواها ، حيث تعاضد دور هذه المراسيم في النظام القانوني السوري وتعد لدى بعضهم تشريعاً فرعياً ومصدراً استثنائياً للتشريع بجانب التشريع الأصلي⁽¹⁸²⁾ ، وقد سبق التنويه أنّ إقحام السلطة التنفيذية في الصناعة التشريعية يعد من أهم مظاهر التجاوز الذي يعتري مبدأ الفصل بين السلطات ، وقد أسلفنا أيضاً أن بعض الظروف اقتضت الخروج عن المألوف ، حتى مونتسكيو نفسه كان حاضراً في ذهنه أنّ التعنت في تطبيق مبدأ فصل السلطات على إطلاقه قد يصادف بعض الوقائع التي تعصف بكيانه وتحمل على التلطيف منه ، وفي ذلك يقول " إنّ السلطات الثلاثة على الرغم من فصلها ستجد نفسها في ظل الظروف الاستثنائية مضطرة للتعاون لمواجهة الخطر الذي يهدد الدولة " (183).

فعلى الصعيد العملي سلاحظ حضور هذه المراسيم في العديد من المناسبات التشريعية ، حيث تتنوع مشاركة رئيس الجمهورية لمجلس الشعب في العمل التشريعي بموجب دستور عام 2012 من خلال المراسيم التشريعية ، مع التأكيد على أنّ الدساتير المقارنة قد خولت الرئيس في بعض المحطات مثل هذه الصلاحيات لكن بأداة تختلف عن ماهية المرسوم التشريعي وإن كان لها طبيعة تشريعية ، ويستثنى من ذلك الحالة التي سمح فيها الدستور الفرنسي للسلطة التنفيذية أنّ تطلب من السلطة التشريعية تفويضها باتخاذ مراسيم تشريعية خلال مدة محددة لمعالجة بعض الأمور التي هي من اختصاص السلطة التشريعية⁽¹⁸⁴⁾ .

فبموجب المادة (100) من الدستور السوري لعام 2012 ، يصدر رئيس الجمهورية القوانين التي يقرها مجلس الشعب ، ويحق له الاعتراض عليها بقرار معلل خلال مدة شهر من تاريخ ورودها من رئاسة الجمهورية ، على أنّ يصدرها رئيس الجمهورية إذا أقرها المجلس ثانيةً بأكثرية ثلثي أعضائه ، ويقابلها المادة (123) من دستور 2014 في مصر التي نصت " لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها ، وإذا اعترض رئيس

¹⁸² _ مهند الناصر العلي ، المرسوم التشريعي " طبيعته الحقوقية ومميزاته العملية " ، بحث علمي مقدم لنيل درجة الدبلوم في القانون العام ، جامعة دمشق ، كلية الحقوق ، عام 2006 ، ص 4 .

¹⁸³ _ محمد كامل زين ، نظرية التفويض التشريعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، عام 2002 ، ص 62 .

¹⁸⁴ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 290 .

الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس النواب ، رده إليه خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ المجلس إياه ، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد عد قانوناً وأصدر ، وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس ، وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه ، عد قانوناً وأصدر .

كذلك يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع خارج دورات انعقاد مجلس الشعب ، أو في أثناء انعقادها إذا استدعت الضرورة القصوى ذلك ، أو خلال المدة التي يكون فيها المجلس منحللاً ، وهي الحالة التي أتت على ذكرها المادة (113) من الدستور السوري .

ويذهب بعضهم⁽¹⁸⁵⁾ إلى أنَّ نص المادة (114) كان يغني عن المادة (113) ، ونرى في ذلك كل الصواب ، فكلا النصين ينظما الحالة الاستثنائية ذاتها ولا يخرجان عن ذات المعنى .

قد أوجبت المادة (113) من الدستور السوري عرض هذه المراسيم على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد جلسته الأولى ، وهنا يكون للمجلس سلطة على هذه المراسيم التشريعية لا تخرج عن ثلاثة خيارات ، فهو إما أن يلغيها أو أن يعدلها ، وفي كلتا الحالتين يكون تعديل أو إلغاء المرسوم التشريعي بأثر فوري وبموجب قانون ، ولذلك فإنَّ المراكز القانونية التي نظمها المرسوم التشريعي تبقى ثابتة ومستقرة دون أن تتأثر بالتعديل والإلغاء ، أمَّا الخيار الثالث فهو أن لا يتطرق المجلس عند الانعقاد لهذا المرسوم لا بالتعديل ولا بالإلغاء ، ومعنى ذلك أنَّ المرسوم التشريعي قد أُقرَّ حكماً .

وتأسيساً على ذلك فإنَّ المرسوم التشريعي قبل الإقرار يعد من الناحية الوظيفية قانوناً بالمعنى الوظيفي ، لأنَّه ينظم مراكز قانونية ويكرس حقوقاً مكتسبة ، وبعد الإقرار يعد قانوناً بالمعنى العضوي والوظيفي ، لأنَّه صدر وفقاً للآلية التي تصدر بها القوانين العادية ، مع ملاحظة أنَّ نسبة الأصوات التي يتطلبها المرسوم التشريعي لتعديله

¹⁸⁵ د . محمد الحسن و د . عيسى الحسن ، القرارات الإدارية ، منشورات جامعة حلب ، الدراسات القانونية العملية ، عام 2006 ، ص

– ونشير إلى أنَّ هذا التحليل كان بشأن المادة (111) والمادة (113) من الدستور السوري لعام 1973 ، وقد أتت هذه المواد مشابهة للمواد المدرجة في المتن ، وعليه فالرؤية الداعية لنقد جوهر ومضمون المواد يمكن تبنيه في معرض تحليل المواد (113) و (114) من دستور عام 2012 .

أو إلغائه هي أكثرية ثلثي أعضاء مجلس الشعب المسجلين لحضور الجلسة ، والتي يجب أن لا تقل عن أكثرية أعضائه المطلقة ، وذلك بحسب المادة (162) من النظام الداخلي لمجلس الشعب في سورية .

ومناص القول إنَّ التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في مواجهة ما يتوالى على الدولة من تحديات وصعوبات⁽¹⁸⁶⁾ ، يستلزم تنازل السلطة التشريعية عن جانب من اختصاصاتها للسلطة التنفيذية ، لأنَّ التدابير الآنية اللازمة لمعالجة الأزمات الاستثنائية لا تتسجم في غالب الأحيان مع بطء الإجراءات النيابية .

وتماشياً مع ذلك يمكن القول إنَّ القانون وسيلة فنية تمليه مصالح واحتياجات الجماعة وضرورة تنظيمها ، وكلما كان هذا التنظيم مضبوطاً ومحكماً ومنسجماً مع ظروف الجماعة المتباينة ، حظي بسلامة التطبيق وقلَّت المشاكل التي تعتري تنفيذه ، لذلك يقتضي المنطق العملي للقاعدة القانونية أن تستقي من وقائع تملّيحها ، وتراعى فيه المبادئ الأساسية للمجتمع ، فبقدر ما تخرج القوانين من فطرة الشعوب واحتياجاتها ، بقدر ما تزداد فرص نجاح هذه القاعدة ، وهذا ما سنبينه جلياً في الفصل الثاني من هذا البحث .

¹⁸⁶ د . زين العابدين بركات ، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن ، دار الفكر ، دمشق ، عام 1974 ، ص 15 .

الفصل الثاني

القوة الإلزامية للقواعد القانونية غير المدونة

تمهيد وتقسيم

على الرغم من تسليمنا بأن مصادر القاعدة القانونية المكتوبة تشغل الحيز الأكبر في معالجة روابط شتى الأصعدة ، سواء على مستوى الإدارة والحكومة ، أو القضاء والمحاماة ، فإنّ المتمعن بروح هذه الأحكام ومسلّماتها لن يلقى صعوبة في اكتشاف علاقة هذه القواعد بمقاصد الوسط الاجتماعي المخصص لتطبيق هذا القانون ، بمعنى آخر تشكل القواعد المقننة في الميدان القانوني التطبيقي ثمرة ناضجة للقاح مختلف المفاهيم والتصورات التي يرضى عنها أفراد الجماعة ضمن حدود الدولة الواحدة .

ويبدو أنّ الأمر يزداد وضوحاً وبصورة عفوية أمام التطورات اللامتناهية في فلسفة الموضوعات التي تعالجها النصوص التشريعية ، وما يعقبها من محاولات فقهية تعيد التوازن والترابط الضمني ضمن مضمار المواجهة ما بين تيارات التقدم والنمو العصرية من جهة ، والحزم التشريعية النازمة لشؤون الدولة المختلفة من جهة أخرى.

فالتنظيم القانوني المدوّن ليس أمراً جاهزاً بصورة منتهية ، بمعنى أنّه غير كافٍ لتأدية جميع المهمات التي يحتاجها سير المجتمعات الراهنة ، لذلك لا بد من مصادر مساعدة تؤازره في إيجاد حلول للمسائل التي تفرض نفسها على أرض الواقع⁽¹⁸⁷⁾ .

واتساقاً مع ذلك فإنّه من البديهي القول بأنّ القصور التشريعي المتراكم لا تقوّمه إبداعات رجال الفقه القانوني فحسب ، بل يحتل القضاء مركزاً مرموقاً في هذا الشأن .

فالاجتهاد القضائي الذي ينبري فيه القضاء لتحقيق العدل والعدالة لا يتوقف عند تطبيق النص القانوني أو التخلص من قيود النص الجامد ، بل يمتد إلى خلق القاعدة القانونية في بعض الأحيان ، فقوام المجتمع الذي

¹⁸⁷ _ د . محمد واصل ، المدخل إلى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2011 ، ص 171 .

يثبت بقواعد متسمة بالتجريد وملزمة لجميع الأطراف ، سيعوزه في بعض الأوقات _ لاسيما في حال الفراغ التشريعي _ كتابات وتصورات فقهية وقضائية حول بعض المبادئ المستوحاة من ضمير الجماعة ، والمنسجمة مع القيم العليا والمنطلقات التي ترضي جموع الأمة ، لذلك نجد أنَّ من أشق الأمور وأعسرها هي تلك المتمثلة في رحلة البحث عن المبادئ العامة أو العليا ، التي تشكل أيديولوجية ضمنية تستسيغها نفوس الأفراد وتتلاءم مع ضمير الجماعة وأحاسيسها .

وفي مقام موالي لا نغفل أهمية الإشارة إلى العرف ، خاصة وأن الجماعات البدائية قد اعتمدت على هذا الطريق الطبيعي في تنظيم روابطها الاجتماعية ربحاً من الزمن ، الأمر الذي دعا إلى ضرورة تنظيمه وتبيان آلية الرجوع إليه ، لاسيما وأنَّه من الناحية التاريخية يعد أقدم مصادر القاعدة القانونية (188) .

وأمام هذه التصورات الواقعية لفلسفة المجتمعات القانونية ، فإنَّ حركة العمل التشريعي والمنهج الطبيعي لبعض الدول _ لا سيما في دول العالم الإسلامي _ من الطبيعي أنَّ تتساق وتتأثر بمبادئ الشريعة الإسلامية ، والتي من خلالها يمكن الوقوف على مباني الأفكار وأسس النظريات القانونية ، وهنا لا بد من معالجة الأمر من منظورين ، الأول منها دستوري يستخلص من الوثيقة الأساسية ، بينما نلحظ الآخر في صلب القانون المدني ، على أنَّ هذا الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل للابتعاد عن الخلط وسوء الفهم ، فإنَّ لكل من هذين النصين شاطئاً مختلفاً ترسو عليه مدلولات المادة وأهدافها .

فالدستور السوري لعام 2012 ، نص في الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أنَّ " **الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع** " ، ويقابلها المادة الثانية من **الدستور المصري** لعام 2014 التي نصت على أن " ... **ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع** " ، ومناطق ذلك أنَّ الدستور هو مرآة الأمة وخلاصة قانونية لما ترضى عنه ، وبذلك لن يكون إلا أداة تحقق من خلاله أمانيتها وتلبي تطلعاتها ، بمعنى آخر هو الذراع المشروعة لتحقيق صالح الجماعة ودرء الضرر عن أفرادها ، ويلزم للحفاظ على مشروعية هذا المجتمع وقوام وجوده أنَّ يساير هذا القانون ليس فقط حالته السياسية والاجتماعية ، بل أنَّ يتفق مع آدابه وعقائده ومقدساته ، لذلك ليس

188 _ د . محمد محمود عبد الله ، المدخل إلى علم القانون ، مرجع سابق ، ص 119 .

بالغريب على المشرع في بلادنا العربية أن يبذل قصارى جهده لجعل هذه القوانين متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء وتعاليمها ، والتي تحتكم لأمرها الأغلبية الساحقة في هذه الدول .

فلا خلاف أن تفوق الغرب في شتى العلوم والفنون قد أملى ضرورة الأخذ عنهم⁽¹⁸⁹⁾ ، وعليه نقل المشرع الكثير من القوانين الأوروبية بغير تعديل ، لتطبق فيما بعد على المجتمعات الإسلامية دون اعتداد بالفوارق الدينية والاجتماعية والتاريخية ، فلم تعكس إلا القليل من مفاهيمها وتصوراتها ، ولذلك تعالت أصوات المجتمعات العربية بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية والنهل من أحكامها .

ومن الجلي أن المشرع الدستوري يخاطب السلطة المختصة بالتشريع على وجه الخصوص ، ويعترف غالبية الفقهاء أن النص الدستوري ينطوي بطبيعة الحال على دعوة السلطة التشريعية لاتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً موضوعياً للتشريع ، مع العلم أن مراعاة المشرع للشريعة الإسلامية في الدول التي يكون معظم ساكنيها من المسلمين لن يتعارض مع مفهوم ومدلول الديمقراطية ، كما يجب التنبيه إلى أن هذه الدعوة ليس من شأنها أن تسبغ على أحكام الشريعة قوة إلزام ذاتية ، بل سيبقى الناس يعمل بها كما من قبل ، أي بوازع الضمير وحده ، وعليه لن يكون للأحكام الشرعية قوة الجبر القانوني التي تتمتع بها القوانين الوضعية ، ومستند ذلك أن النص الدستوري سالف الذكر موجه لا إلى العامة أو القضاء ، بل إلى المشرع دون سواه ، فهو يلفت نظر المشرع إلى وجوب استلزام قواعده في كل ما يعرض له مما تنادي به الشريعة الإسلامية ، فإذا ما تدخل المشرع وقننها بموجب قواعد وضعية ملزمة تصبح هذه الأحكام ملزمة بتقريرها تشريعياً لا لذاتها⁽¹⁹⁰⁾ .

ومن زاوية أخرى نصت المادة الأولى من القانون المدني السوري " ... فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه ، حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ... " ، بمعنى أنه في حال لم يتمكن القاضي من إيجاد نص تشريعي يمكن

¹⁸⁹ _ طارق البشرى ، الوضع القانوني بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الطبعة الثانية ، دار الشروق ، القاهرة ، عام 2005 ،

ص 6 .

¹⁹⁰ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ص 186 _ 187 .

تطبيقه على القضية المودعة في المحكمة ، فإنَّ للقاضي أنَّ يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ليستخلص الحكم المناسب⁽¹⁹¹⁾ .

بيد أنَّ تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية يقتصر على المسائل التي تنطوي تحت مفهوم القانون المدني على سبيل التحديد والحصص ، وبشكل أدق على المعاملات المالية التي ينهض لمعالجتها القانون المدني خاصة⁽¹⁹²⁾ .

ولابد من التنويه إلى أنَّ مقومات المجتمع الرئيسية والمتباينة بين دولة وأخرى ومن زمان إلى آخر توضحت في دول العالم الإسلامي بمقاصد الشريعة السمحاء مثل الإيمان بالله ورسوله ، ومبادئ الأخلاق السامية والقيم والتقاليد الأصيلة للأسرة ، والعدالة ، والحرية الشخصية للمواطنين ، وحرمة الحياة الخاصة ، وهي من الموضوعات التي حرصت الدساتير _ خصوصاً منها العربية _ على تضمينها سواء في مقدمتها أو صلب نصوصها ، ولذلك فإنَّ ما خلص إليه الفقه أنَّ هذه المبادئ الواردة في الرسائل السماوية _ لا سيما منها الشريعة الإسلامية _ تعد من المبادئ العامة للقانون في مصر وسورية⁽¹⁹³⁾، وقد أسهمت المحكمة الدستورية العليا المصرية في توضيح المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ، فقد قررت سنة 1993 أن تلك المبادئ تتمثل بالمبادئ الكلية و الأصول الثابتة دون الأحكام الظنية والمتغيرة، وجاء قرارها في هذا الشأن على النحو الآتي " لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلائلها، فهذه الأحكام وحدها التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل في الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحمل تأويلاً ولا تبديلاً ، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان و المكان، إذ هي عصية على التعديل

¹⁹¹ _ جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنَّه " لننَّ أوجبت الفقرة 2 من المادة الأولى من القانون المدني السوري على القاضي الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، فإنَّ هذا الوجوب إنما نص عليه لحل المسائل التي لم تتناولها التشريعات ، لا في لفظها ولا في محتواها " .

¹⁹² _ د . محمد واصل ، المدخل إلى علم القانون ، مرجع سابق ، ص 177 .

¹⁹³ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 261 وما بعدها .

و لا يجوز الخروج عليها، وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها⁽¹⁹⁴⁾ .

لذلك سيضيق المكان عن الاستفاضة بالحديث عن الشريعة الإسلامية ، وسنكتفي بالحديث عن المبادئ العامة للقانون ، لأنَّ الأخيرة لا يمكن أن تخلص إلى ما يخرج عن غاية ما ترمي إليه هذه الشريعة المثلى وجوهرها ، بل هي تحديد ونتاج وخلاصة لمقاصدها وجوهرها .

ومن الجدير بالملاحظة أنَّ الفقه والقضاء كقواعد قانونية غير مدونة تلعب دوراً مزدوجاً ، فهما مصدران تفسيران للقانون ، إلا أن القضاء قد يكون مصدراً رسمياً⁽¹⁹⁵⁾ ، لاسيما القضاء الإداري .

وينبغي هنا التفرقة بين القاعدة القضائية من جهة ، والمبادئ العامة للقانون من جهة ثانية ، فقد حاول بعض الفقه وضع معيار عام للتمييز بين كلا المفهومين خلاصته أنَّ القاضي إذا ما قام بإنشاء حل قضائي في معرض نزاع معين ، بحسب ظروف الواقعة المعروضة وبحسب قناعاته ، دون الرجوع إلى ما يتخذهُ المشرع دليلاً له عند وضع القواعد القانونية ، فإنَّ ما يصدر عن القاضي في هذه الحالة من قاعدة قضائية متضمنة في حكمه تكون بمنزلة قاعدة قضائية عادية ، ليس لها حجة إلا بالنسبة للواقعة ذاتها ، ولا ينطبق عليها اصطلاح المبادئ العامة للقانون⁽¹⁹⁶⁾ .

وعليه لا يجوز للقاضي الانفصال عن فلسفة الجماعة ومعتقداتها لدى تقرير مبدأ عام ، في حين يمكن للقاضي أن يقرر القاعدة العادية دون أن يخشى أي ردة فعل من المجتمع ، خصوصاً وأنَّ القاعدة القضائية البسيطة

¹⁹⁴ _ قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر، رقم 7 لسنة 8 قضائية دستورية ، جلسة 15 / 5 / 1993 ، الجزء الخامس ، مجلد 2 ، ص

290 .

¹⁹⁵ _ د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، علم أصول القانون " خلاصة المحاضرات التي أُلقيت على طلاب السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون " ، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر ، عام 1936 ، ص 53 .

¹⁹⁶ _ د . محمود حلمي ، تدرج القواعد القانونية مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية ، مرجع سابق ، ص 182 .

(العادية) ذات قوة نسبية محددة بالنزاع المائل أمام هيئة المحكمة ، بخلاف المبدأ العام الذي يتسم بالعمومية والتجريد ، فهو في نهاية الأمر قاعدة قانونية عامة ومجردة غير مكتوبة تتمتع بالاستقرار والديمومة⁽¹⁹⁷⁾ .

ويمكن القول في هذا الصدد بأن ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لمجلس الدولة السوري في رفض عدم جواز إعادة تخمين قيمة العقار محل الاستملاك عند دفع البديل النقدي لتراخي الإدارة مدة طويلة في دفعه⁽¹⁹⁸⁾، أو بخصوص إعفاء بقية الأولاد لوالدين استشهد أو مات لهما ولدان في أثناء قيامهما بواجب الوظيفة دون تحديد سن معينة⁽¹⁹⁹⁾، من القواعد القضائية العادية التي تتعلق بالقضايا الإدارية اليومية ولا تسمو أو تخالط جوهر المبادئ العامة ، في حين لا يخفى مثلاً أنَّ مبدأ احترام حقوق الدفاع يعد من أهم المبادئ القانونية العامة ، وقد عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها " أمر لا غنى عنه وضمان لا يحتاج إلى نص في تقريره قبل توقيع الجزاء " (200).

وفي السياق آثرنا الوقوف على موضوع الوسائل التي درجت الإدارة على اتباعها سعياً منها لتحديد آلية العمل لدى المرافق العامة وتوضيحها ، والتي يصلح على تسميتها " التعليمات الداخلية أو الأوامر والمنشورات المصلحية " ، فلا يخفى أنَّ القيام بأعمال الإدارة من جانب المرؤوسين يتطلب تنويراً من جانب الرئيس الإداري ، كما يستلزم تنبيههم إلى وجود نصوص تشريعية أو لائحية أو قرارات فردية ، وإمدادهم بشرح لهذه النصوص وتعريفهم بما يجب عليهم اتخاذ من تصرفات⁽²⁰¹⁾.

¹⁹⁷ _ لا يمكن القول أنَّ القواعد القضائية هي قواعد ثابتة ومستقرة وإلا تعارضت مع طبيعة المبادئ العامة ، إلا أنَّه يمكن وصفها أنَّها تتمتع بنوع من الثبات النسبي ، إذ لا تخرج عنها المحاكم إلا في حالات نادرة جداً ناجمة عن طبيعة الدعوى المطروحة أمام المحكمة ، فاعتبارات العدالة لدى المحكمة أقوى من الاستناد إلى قاعدة قضائية .

المستشار علي الدين زيدان ، محمد السيد ، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري ، الجزء الثالث ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، عام 2005 ، ص 150 .

¹⁹⁸ _ رأي الجمعية العمومية لمجلس الدولة السوري رقم 124 بتاريخ 30 / 1 / 1996 ، مجموعة المبادئ للأعوام 1996 _ 2000 ، ص 30 .

¹⁹⁹ _ رأي الجمعية العمومية لمجلس الدولة السوري رقم 25 بتاريخ 25 / 5 / 1999 ، المجموعة السابقة ، ص 33 .

²⁰⁰ _ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في جلسة 11 / 2 / 1978 ، في الطعن رقم 406 ، سنة 23 ق .

²⁰¹ _ د . بكر القباني ، الرقابة الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1965 ، ص 57 .

ولذلك فإنَّ الإدارة تصدر هذا النوع من القرارات مستهدفة اقتصار أثرها عليها ذاتها دون أن يكون لها أي أثر خارج البيت الداخلي للإدارة ، بمعنى أنَّه لا تأثير لهذا النوع من القرارات على المراكز القانونية للأفراد ، ومن ثمَّ تخرج هذه الأعمال عن دائرة القرارات الإدارية ولا تسمو إلى سطحها⁽²⁰²⁾، ولذلك ينشط هذا النوع من القرارات داخل البيت الإداري ويقتصر أثره على الموظفين دون غيرهم من سائر المواطنين لتوضيح حقيقة قصد المشرع من القواعد القانونية ، كما تستطيع الإدارة تعديلها واستبدالها بما يتوافق مع مصلحة العمل⁽²⁰³⁾، لذلك يتعلق هذا النوع من الاجراءات الإدارية بواجبات العمل الوظيفي ، أي أنها لا تعدو أن تكون نذيراً مصلحياً لتحذير الموظف وتوجيهه في عمله .

ولا يخفى أن مبدأ المشروعية يوفق في ذات المقام بين ممارسة السلطة وحماية الأفراد من جور الإدارة وتعسف رجالها ، لذلك ترعى الدولة القانونية ضرورة وضع القيود التي تقيد سلطة الرؤساء الإداريين ، ولأنَّ الفقه قد استقر على ضرورة إخضاع الإدارة لمبدأ المشروعية ، إلا أنَّ الآراء تشعبت وتعددت حول مدى هذا الخضوع :

فيري الفريق الأول أن التزام الإدارة بمبدأ المشروعية ، هو فقط ضرورة اتفاق أعمال الإدارة المادية والقانونية مع حكم القانون ، بمعنى آخر يكفي لكي تكون أعمال الإدارة مشروعة ألا تخالف قاعدة قانونية نافذة ، وكما هو ملاحظ يعطي هذا الرأي للأفراد أقل قدر من الضمان والحرية ، بينما يحقق للإدارة أكبر قدر من حرية العمل⁽²⁰⁴⁾.

بينما يرى فريق آخر أنه لا يكفي أن يكون تصرف الإدارة غير مخالف للقانون لكي يوسم بالمشروعية ، وإنما يجب أن يستند إلى قاعدة قانونية سبق وضعها وسارية المفعول تجيز مثل هذه التصرفات ، لذلك يوسع هذا الرأي

²⁰² _ ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أنَّ " ... هذه التعليمات لا تعدو أن تكون تعليمات وتوجيهات داخلية ولا ترقى إلى مرتبة القرار الإداري الذي يصدر بترتيب مراكز قانونية معينة وعليه يتعين عدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري " ، الدعوى رقم 8441 ، لسنة 45 ق ، في جلسة 21 / 11 / 1991 .

²⁰³ _ وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنَّ " توجيهات رئيس الوزراء بما تضمنته من شروط للترقية بالإضافة لتلك المقررة بنصوص صريحة لا تعدو أن تكون مجرد توجيهات إدارية لا ترقى إلى مرتبة القانون ولا تشكل قيداً على حق الإدارة في إجراء الترفيعات مادامت مطابقة للقانون " ، الدعوى رقم 389 لسنة 16 ق في جلسة 24 / 3 / 1974 س 19 ، ص 180 .

²⁰⁴ _ د . رمضان محمد بطيخ ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري في النظم الوضعية الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1994 ، ص 66 .

من مبدأ المشروعية ، فلا تستطيع الإدارة أن تتخذ قراراً إلا إذا كانت مستندة إلى قاعدة قانونية تجيز لها اتخاذها⁽²⁰⁵⁾ .

في حين يبالغ الفريق الثالث في الرأي ، ويرى أنه لكي يتحقق خضوع الإدارة لمبدأ المشروعية وتكون تصرفاتها وأفعالها المادية صحيحة ومنتجة لآثارها ، فإنه يجب أن تكون هذه الأفعال وتلك التصرفات مجرد تنفيذ أو تطبيق لقاعدة قانونية قائمة عند مباشرة الفعل أو التصرف⁽²⁰⁶⁾ ، وكما هو ملاحظ يوسع هذا الرأي من مبدأ المشروعية على حساب سلطة الرؤساء الإداريين وحريتهم في إصدار القرارات واتخاذ الأوامر أو التعليمات .

ومن الجدير بالملاحظة أن كلاً من الرأي الأول والثاني يعد مكماً للآخر ، فالرأي الأول يفرض التزاماً سلبياً على الجهاز الإداري بالألا يخالف أحكام القانون ، بينما يفرض الرأي الثاني التزام إيجابي يتمثل في أن تتخذ الإدارة من القاعدة القانونية أساساً لتصرفاتها ، وبطبيعة الحال فهما موضع تأييد من قبل الفقه والقضاء⁽²⁰⁷⁾ ، بينما لا يتفق الرأي الثالث مع الحقائق القائمة في العصر الحديث ، إذ أن الإدارة كثيراً ما تبتكر الحلول وتضع القواعد المستحدثة التي لا يمكن عدها مجرد تنفيذ لقواعد سبق وضعها .

لذلك يترتب على الإدارة ضرورة مطابقة كل تصرفاتها مع أحكام القانون بمعناه الواسع ، فإن تجاوزت ذلك النطاق عدت هذه التصرفات باطلة لمخالفته مبدأ المشروعية ، وبعد أن تعرفنا على الشق الأول من هذه القواعد والتي يصطلح على تسميتها بالقواعد القانونية المكتوبة ، سنتناول في هذا الفصل المجموعة الثانية منها، وهي القواعد القانونية غير المدونة ، التي من خلالها يستكمل مبدأ المشروعية بمعناه الواسع .

وزيدة القول إن القواعد القانونية الرسمية تتموضع في قوالب رئيسية تعطيها القوانين الدستورية " التشريع الأساسي " ، وتتوسطها القوانين بالمعنى الضيق " التشريعات الرئيسية " ، وتختتم باللوائح " التشريعات الفرعية " ، غير أن ظروف العمل ومقتضيات الأمر جعلت الحاجة ماسة للعودة إلى أمهات هذه التشريعات ومصادرها كالأعراف

²⁰⁵ _ د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1988 ، ص 211 .

²⁰⁶ _ د . رمضان محمد بطيخ ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري في النظم الوضعية الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 67 .

²⁰⁷ _ د . رمضان محمد بطيخ ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري في النظم الوضعية الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 68 _ 69 .

والمبادئ العامة للقانون ، والعمل بها والاحتكام إلى أمرها ، وذلك بصدد معالجة بعض المسائل الطارئة والتي لم تنضد بقواعد قانونية رسمية ، وهذا ما نلاحظه في قانونا الوضعي ، حتى أنَّها نافست القاعدة القانونية الرسمية ذاتها في المرتبة .

وتأسيساً على ما تقدم سنتناول بالشرح الحديث عن هذا النوع من القواعد القانونية من خلال المبحثين الآتيين ،
موضحين مكانة كل منها وأهميتها ضمن مبدأ التدرج القانوني :

المبحث الأول : العرف .

المبحث الثاني : المبادئ العامة للقانون .

المبحث الأول

العرف

لا يمكن لمتتبع منصف أن يتنكر للعمل المهم الذي يقوم به العرف في شتى مجالات القانون وفروعه ، فهو أول المصادر ظهوراً ، وهو الطريق الذي توحى به الفطرة الأولى ، وعنه أنشأت المجتمعات المدنية قواعدها القانونية⁽²⁰⁸⁾ ، بل إن البشرية قطعت أشواطاً من الدهر كان العرف فيها هو المصدر الوحيد للقانون ، ويحاول بعضهم التأكيد على فعاليته في إنتاج القواعد القانونية بالقول " إنَّ المبادئ المتأصلة في تصوراتنا القانونية والتي تجري مجرى القضايا المسلم بها ، هي كلها أو بعضها ذات طابع عرفي "⁽²⁰⁹⁾ ، فهو إذن ظاهرة قانونية تفرض نفسها في مختلف المراحل بقوة الواقع والتجربة وطبائع الأشياء ، ويمكن اختصار الفرق بين العرف والقانون بما أقامه الأستاذ جورج فيدل من مقارنة بين الطريق والدرب فيقول " توجد الطريق لأن فريقاً من العمال المسيرين من المهندسين قد بناها ، أمّا الدرب القديمة لأن أحدهم قد بدأ بالمرور على خط سير موافق صحيح ، ولأن آخر فعل كما فعل فدرجت العادة عليه ، إنَّ الفرق بين إنشاء الطريق وقيام الدرب يتطابق مع الفرق بين القانون المكتوب والعرف "⁽²¹⁰⁾.

وللوقوف على الأفكار والمفاهيم الرئيسية لهذا المبحث لابدّ أولاً من الخوض في مدلول العرف وأركانه ، للتمييز بين العرف والمصطلحات المشابهة ، ثم نبين الأساس القانوني لقوة العرف الملزمة ومكانته بين مصادر التشريعية ، وذلك وفق التقسيم التالي :

المطلب الأول : مدلول العرف وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم

المطلب الثاني : الأساس القانوني لقوة العرف وموقعه بين مصادر التشريعية

²⁰⁸ _ د . عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1950 ، ص 81 .

²⁰⁹ _ د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، الكويت ، عام 1973 ، ص 33 .

²¹⁰ _ د . أحمد سرحال ، في القانون الدستوري والنظم السياسية " الاطار _ المصادر " ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 2002 ، ص 207 .

المطلب الأول

مدلول العرف وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم

لعل من المناسب التذكير بأن العرف يعد من مصادر المشروعية فضلاً عن كونه من مصادر القاعدة القانونية⁽²¹¹⁾ ولو أن التشريع قد حظي مؤخراً بمركز الصدارة في الحياة القانونية ، فمثلاً كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون الدستوري قبل ظهور الدساتير المكتوبة ، وقد ظلّ مصدراً لكثير من المسائل الدستورية فيما بعد ، وهذا ما يفسر الاهتمام بدراسة الأعراف القائمة في هذا المجال⁽²¹²⁾ ، وكثيراً ما نشاهد الإدارة مدفوعة تحت عوامل عدة _ لاسيما في حال انتفاء النص القانوني _ إلى وضع الحلول اللازمة للمسائل القانونية المختلفة، فإنّ سلوك الإدارة المنتظم سيؤدي إلى اعتناقه كقاعدة قانونية إذا ما اقترن التكرار بالالتزام ، كما لا يفوتنا في ذات السياق التنويه إلى أنّ اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في الوقت الحاضر ، ما هي إلا تقنين رسمي للقواعد العرفية التي كانت سائدة في القانون الدولي⁽²¹³⁾ ، وهذا ما يوجب استعراض ما ذهب إليه الفقه حول تعريف القاعدة العرفية وأركانها ، ومن ثم تمييزه عن سواه .

أولاً _ تعريف القاعدة العرفية وأركانها

ذهب بعضهم في تعريف العرف أنه " المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعد وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات "⁽²¹⁴⁾ ، وفي هذا الصدد انتهى القضاء الإداري السوري إلى أن

²¹¹ _ حيث جاء في حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 22 يونيو من عام 1957 ، المجموعة ، حكم رقم 216 ، ص 496 ، س 11 ، " العرف هو درج الناس على قاعدة معينة واتباعهم إياها في معاملاته وشعورهم بضرورة احترامها ، وهو بعبارة أخرى ، استمرار العمل بقاعدة معينة مع الاعتقاد بالزامها وعدم الخروج عليها ، فإذا ما اختط الناس لأنفسهم سنة معينة وقاعدة محددة لتنظيم روابطهم ، ثم اطرأ اتباع هذه السنة وثبت وتقادم وعم وانتشر ، تحت ضغط الحاجات والميل إلى المألوف وحب التقليد ، واستقر في الأذهان الشعور بلزومها وضرورة احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها ، تولدت هنالك قاعدة قانونية مصدرها العرف " .

²¹² _ د . محمد كامل ليله ، القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، عام 1971 ، ص 25 وما بعدها .

²¹³ _ د . محمد نصر محمد ، الوافي في شرح المعاهدات الدولية ، مرجع سابق ، ص 9 .

²¹⁴ _ د . سليمان مرقس ، شرح القانون المدني " المدخل للعلوم القانونية " ، القاهرة ، المطبعة العالمية ، عام 1967 ، ص 317 .

" سير الإدارة على نهج معيّن مدة طويلة ، من شأنه أن يصبح هذا النهج للإدارة قاعدة قانونية ملزمة ، لا يجوز مخالفتها ما لم يرد نص صريح يقضي بذلك " (215).

وعليه يلاحظ أن للعرف قدرة على التغلغل في الأوصال القانونية كلها ، حيث يرى الفقه أنّ أول فكرة يجب أن تتبادر إلى الذهن عند إطلاق اصطلاح العرف هي فكرة القانون ، فالعرف هو قانون ، ولا يختلف الأمر فيما إذا كان المقصود بأنّه مصدر من مصادر القاعدة القانونية ، أو قصد بذلك ذات القاعدة القانونية المتولدة عن هذا المصدر .

وأمام هذه القيمة القانونية التي يشغلها العرف يعول رجال الفقه على ضرورة ضبط مفهومه ، فالحقل التطبيقي يلامس ضرورة تنقيته وأهمية صقله ، فقد عرفه بعضهم " مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل التي لها جزاء قانوني كالقانون المكتوب سواء بسواء " (216) ، أو هو " اضطراد سلوك الأفراد على إتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذه السنة أو هذا السلوك كقاعدة قانونية " (217) ، ويرى الفقه أنّ تعريف العرف بأنّه قانون غير مكتوب ، هو تعريف سلبي مستمد من عكس الصفة الموجودة بالتشريع ، غير أنّه غير مستمد من الصفة الذاتية للتشريع ، وهذا التعريف السلبي إنّ كان بوسعه تمييز العرف عن التشريع ، فليس بمقدوره تمييز العرف عن باقي القواعد القانونية (218) .

إنّ التمعن بالتعاريف المختلفة لا يدع مجالاً للشك بأنّ الاختلاف سيقصر على الألفاظ دون المعاني ، ومن نتاج ذلك أن لا خلاف على أنّ التثبت من وجود العرف يتوقف على توافر ركنين ، وهما الركن المادي " الاعتقاد " ، والركن المعنوي " النفسي " (219) .

²¹⁵ _ رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، رقم 459 تاريخ 17 / 6 / 1997 ، مجموعة المبادئ القانونية للأعوام 1996 _ 2000 ، ص 190 .

²¹⁶ _ د . حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، مطبعة أبناء وهبة حسان ، القاهرة ، عام 1988 ، ص 155 .

²¹⁷ _ د . حسن كبره ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، عام 1984 ، ص 272 .

²¹⁸ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 424 .

²¹⁹ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 128 _ 129 .

ويقوم **الركن المادي** للعرف باعتياد الأفراد لسلوك محدد في شأن ما ، أي أنَّ الأمر ينشأ بادئ ذي بدء من حل معين اتبع في نزاع ما ، ثم تبني باقي الناس الحل عينه لمواجهة العقبة ذاتها ، ويرى الفقه⁽²²⁰⁾ أنَّ الركن المادي هو خلاصة لعدة شروط أن يجب أن تتوافر في العرف ، وأولى هذه الشروط أنَّ تكون العادة التي تكوّن العرف عامة ، فطالما أنَّ العرف ينشئ قواعد قانونية ، فإِنَّه من الطبيعي أن ينطوي على خاصية العمومية والتجريد ، فيخاطب أفراد وجماعات معينة بصفاتها لا بذواتها ، ويتجدد إعماله بتجدد الشروط اللازمة للعمل به دون أن يقتصر على حالة محددة ، لكن لا يشترط أن يكون السلوك المعتاد صادراً عن جميع الناس ، بل يكفي أن يكون صادر عن معظم الناس لأنَّ الاجماع مستحيل ، كما يجب الانتباه إلى أنَّ الأغلبية في العرف لا تقبل التحديد الحسابي في كونها بسيطة أو مطلقة كما هو حال التشريع⁽²²¹⁾ .

كما يجب أن تكون العادة قديمة وليست وليدة ظروف طارئة أو حالة عابرة ، ويتواتر سلوك الناس على الأخذ بها لتصبح مع مرور الزمن جزءاً من حياتهم ، فإذا ما استمر العمل بها دون انقطاع وإهمال تحقق الشرط الثالث وهو ثبات العرف ، وأخيراً يجب أن تكون العادة مشروعة ، فلا تنطوي على ما يخالف القواعد القانونية المكتوبة ، أو أن تتضمن ما يخالف النظام العام القائم في الدولة ، وهذا الشرط الأخير بمنزلة شرط خارجي ، فإذا اصطدم العرف بالنص التشريعي فإنَّ النص التشريعي ينسخ العرف⁽²²²⁾ .

ومن زاوية أخرى لابد من استكمال العرف بشرط أخير يتمخض عنه **الركن المعنوي**، وهو بحسب المحكمة الإدارية العليا السورية اعتقاد الإدارة بالزام هذه القاعدة وبضرورة احترامها ، ويكشف عن هذا الأمر اتباعها باستمرار في الحالات التطبيقية المماثلة⁽²²³⁾ ومفاده أن يتولد شعور لدى الجماعة بالزامية العرف وضرورة تطبيقه تحت طائلة جزاء مادي يقع على المخالف ، بمعنى أن تتوافر عقيدة الإلزام لاحترام القاعدة المتبعة مؤيدة بعنصر الإكراه ، بمعنى أنَّها تكسب حقاً يمكن المطالبة به ، ويجب على السلطة العامة إيصال هذا الحق

²²⁰ د . محمد محمود عبد الله ، المدخل إلى علم القانون ، مرجع سابق ، ص 120 وما بعدها .

²²¹ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 429 _ 430 .

²²² د . عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مرجع سابق ، ص

88 .

²²³ _ حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسة 27 / 11 / 1974 ، الطعن 45 س 37 ق .

لصاحبه⁽²²⁴⁾ ، ويرى السنهوري أنَّ الركن المعنوي يتكون من عاملين ، العامل الأول هو الميل إلى المؤلف وإيثاره على غير المعروف ، والعامل الثاني يتمخض عن غريزة حب التقليد⁽²²⁵⁾ .

ثانياً _ التمييز بين العرف والعادة

لابد من التأكيد على أن الركن المادي سالف الذكر ينطوي على أفعال ووقائع لا تكفي بذاتها لتكوين قاعدة قانونية ، فالقاعدة القانونية أمر وليس فقط فعلاً ، ويفرض الركن المعنوي ذات الفعل الذي يتكون منه الركن المادي ، أي يعطي الأمر باتباع السلوك الذي اعتاده الآخرون .

ولا يفوتنا التنويه إلى الجزاء المقترن بالقاعدة العرفية ، لا ينشأ إلا في مرحلة متأخرة عن نشأة الاعتياد ، وفي هذا يختلف العرف عن التشريع ، فعنصر الجزاء في التشريع وليد اللحظة التي فرض فيها التكليف على المخاطبين بالقاعدة القانونية ، لا بل إنَّ الجزاء في التشريع قد يسبق الاعتياد ، فموضوع القانون قد يكون جديد كلياً أو جزئياً على الناس ، ثم يعتادون عليه ويألفونه في مرحلة لاحقة ، وهذا ما يفسر أحياناً وقف سريان القانون إلا بعد مدة من نشره في الجريدة الرسمية⁽²²⁶⁾ .

وعليه يعد الركن المعنوي هو الفيصل في تمييز العرف عن غيره من المفاهيم القريبة منه لاسيما العادة ، ويكمن الفرق الجوهرى في أنَّ الأخيرة وعلى خلاف العرف لا تنطوي على عنصر الإلزام والإكراه الذي يحدد ما ينبغي أن يكون وفقاً لما هو كائن ، فالسلوك المعتاد لا يمكن أن يتحول إلى قاعدة قانونية إلا بتبنيها من قبل المشرع أو عند توافر العنصر المعنوي ، من خلال تمسك الأفراد بها كسلوك ملزم لهم في أمر معين كما أوضحنا ، فعدم المعارضة لا يتم عفواً أو دون وعي ، وإنما بالرضا الضمني ، وبطبيعة الحال يترتب على التفرقة ما بين العرف

²²⁴ _ د . حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، مرجع سابق ، ص 159 .

²²⁵ _ د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، علم أصول القانون ، مرجع سابق ، ص 54 .

_ وفي ذلك يقول " متى توافر للعادة عناصرها المادي والنفسي ، اطرد اتباعها وصار الناس يألفونها ، حتى يصبحوا وقد رأوها ملزمة لهم في تنظيم علاقاتهم الاجتماعية ، وحتى يصبحوا وقد رأوا الخروج عليها شذوذاً يستفز الإنكار ، ثم يستوجب الجزاء ، وبذلك تصبح العادة قانوناً " .

²²⁶ _ د . حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، مرجع سابق ، ص 160 .

والعادة عدة آثار قانونية ، ومن أهم تلك الآثار⁽²²⁷⁾ أنّ يلتزم القاضي بتطبيق العرف من تلقاء نفسه عند عدم وجود القاعدة القانونية ، حيث يفترض علم الكافة بالعرف بما فيهم القاضي ويعد هذا واجباً عليه بحكم القانون ، ولو ثبت جهل أصحاب الشأن به جهلاً تاماً ، غير أنّه لا لزام عليه بإعمال حكم العادة التي يسميها بعضهم بالعرف الناقص ، ولا تكون جائزة التطبيق إلا إذا كانت معلومة من قبل الأفراد أو كان من المفترض علمهم فيها ، وعلى من يتمسك بها أن يقيم الدليل على وجودها .

وفي ظل غياب مدونة أعراف مكتوبة يستطيع القاضي اللجوء إليها كما هو حال التشريع ، يتعين عليه أن يتحرى عن القواعد العرفية وأن يلم بها قدر المستطاع بوصفها قواعد قانونية ، ويلاحظ أنّ الفقه ينحو إلى اتجاهين متباينين بشأن العمل الذي يشغله القاضي والمتعلق بتبني القاعدة العرفية وإدراجها في صلب الحكم ، فيرى الاتجاه الأول أنّ العرف يعد مصدراً قضائياً من مصادر القانون، لأنّ القاضي هو الذي كرسه قاعدة ملزمة ، في حين يرى الاتجاه الثاني أنّ عمل القاضي لا يعدو تطبيق العرف بكونه قاعدة قانونية ، فلم يقدّم القاضي سوى بالكشف عن هذه القاعدة وإعلان العرف ، لذلك يبقى مصدراً مستقلاً من مصادر القواعد القانونية⁽²²⁸⁾ .

ويبدو أنّ الاتجاه الأول يستخلص من رفض التصور التقليدي للعرف ، فذهب الفقه المعاصر إلى دحض العنصر المعنوي أو النفسي المكون للعرف ، ومستند ذلك لدى هؤلاء أنّ الناس لا يعرفون غالباً مضمون القاعدة العرفية ، ومن ثمّ ليس من المتصور أنّ يكون أساس إلزامية القاعدة هو اعتقاد الناس فيها ، فالعرف لا يمكن أن يتولد من إرادة جماعية غير منظمة ، ولا يمكن أن تستند القاعدة القانونية إلى إرادة غير منظمة ، وعليه تحتاج القاعدة إلى سلطة تفرضها وتؤكد وجودها ، وتتمثل هذه السلطة بالهيئة القضائية التي تصفي على العرف طابع الإلزام ، وقبل ذلك لا يوجد لدينا سوى مجرد عادة⁽²²⁹⁾ .

²²⁷ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 437 _ 438 .

²²⁸ د . هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون ، المطبعة الجديدة ، جامعة دمشق ، عام 1975 _ 1976 ، ص 222 .

²²⁹ د . حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، مرجع سابق ، ص 160 .

المطلب الثاني

الأساس القانوني لقوة العرف وموقعه بين مصادر المشروعية

يثور التساؤل في مستهل الحديث ، هل يعد العرف قاعدة قانونية لأنَّ المحاكم تُطبقه ، أو أنَّ المحاكم تُطبقه لأنَّه قانون ؟

ويقول بالرأي الأول المدرسة التحليلية ، التي ترى أنَّ العرف يسبغ عليه صفة القانون من وقت ذلك التطبيق ، ويتحقق له عندئذٍ صفة الأمر ، بينما تتبنى المدرسة التاريخية الرأي الثاني ، والتي ترى أنَّ التطبيق مقرر للصفة القانونية ومظهر لهذه الصفة ، إذ إنَّه نشوء اجتماعي يتكون من نفسه ، دون أن تتدخل في خلقه وتطوره سلطة خارجية ، وقد استقر الفقه على الرأي الأخير⁽²³⁰⁾ ، ونحن نميل إلى الرأي الثاني وإن كان للقضاء أثر كبير في إزالة الشكوك والغموض حول هذه القاعدة ، فلا يخفى أنَّ تبني الحكم القضائي للقاعدة العرفية والاستناد عليها يساعد على إثباتها وتسجيلها .

ومن زاوية أخرى يثار التساؤل حول أثر العرف بعد أخذ التشريع مكانته الممتازة واحتلاله مرتبة الصدارة ، أو بمعنى آخر ما هو مصير العرف بعد أن وصل المجتمع في تطوره إلى مرحلة بات فيها التشريع هو المصدر الفذ للقواعد القانونية ، أو ما هو مستقبل العرف مع تقدم المجتمعات المدنية ؟

لا يخفى في واقع الأمر أنَّه ثمة واقعتان لا يمكن إغفالهما في معرض الإجابة على الطروحات السابقة ، وهي أنَّ العرف _ كما أوضحنا سابقاً _ هو المصدر الرسمي الرئيسي لقواعد القانون في الأزمنة القديمة ، في حين لا محل لإنكار تفوق التشريع في الوقت الحاضر ، وبهذا يرى الفقه⁽²³¹⁾ أنَّ العرف لهُ المقام الأول في أي دولة لا تزال في فجر مدنيته ، لكن مع تشعب الأعراف وتشابك روابط المجتمع القانونية ، ستظهر الحاجة إلى ضبط هذه الأعراف عن طريق كتابتها وتجميعها من التشتت والتشعب ، كما سيتم البحث عن مصدر رسمي آخر

²³⁰ د . عبد الرزاق أحمد السنهاوي ، علم أصول القانون ، مرجع سابق ، ص 56 .

²³¹ د . عبد الرزاق أحمد السنهاوي ، علم أصول القانون ، مرجع سابق ، ص 56 .

للقانون يفي بحاجات المدنية الجديدة ، ويكمل ما تقتصر الأعراف دونه ، ويهذب من العادات القديمة بما يواكب روح التطور ، وخلاصة القول إنَّ للعرف الشأن الأول في مجتمعات بدائية وفطرية ، بينما يتضاءل هذا الدور ويقل شأنه مع تقدم المدنية ، وبقاؤه مصدراً رسمياً للقانون لا يخرج عن دائرة ضيقة تملئها نزعة الاستقرار والثبات.

وفي مقام موال نرى أنَّ نزعة حب البقاء التي يحمل لواثها العرف ، ومجaraة الزمن وروح التطوير التي يتدبر أمرها اليوم المشرع ، قد حطت ثقلها في فرضية تجسدت في مدى سقوط التشريع لوقف استعماله مدة طويلة من الزمن ، ويربط الفقه⁽²³²⁾ هذه المشكلة عادةً بمسألة مدى الاعتراف للعرف بقوة إنشاء قواعد قانونية مخالفة للتشريع ، بمعنى آخر هل يعد وقف عدم استعمال التشريع مدة طويلة عرفاً سلبياً يبطل العمل بالتشريع ؟

لقد ترتب على هذا الربط رفض إلغاء التشريع لوقف استعماله ، فلا يجوز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق ، فحجر الزاوية في الرأي الذي يذهب إلى إلغاء القانون بوقف الاستعمال ، هو أنَّ وقف الاستعمال يعد من قبيل العرف السلبي ، لكن جانباً آخر من الفقه لا يرى أي صلة فيما بين وقف استعمال التشريع والعرف ، وأنَّ الأمر لا يعدو أنَّ يكون من قبيل الحفاظ على التشريعات العتيقة .

وثمة من يغالي بعض الشيء ويجنح للقول أنَّه مادام القانون يصدر عن طريق التشريع ، فإنَّه لا مسوغ لقيام العرف سوى أنَّ المشرع أجازهُ ضمناً ، أي إنَّ قوة هذا العرف تأتي من إرادة المشرع الضمنية ، بينما تستمد القوانين المكتوبة قوتها من إرادة المشرع الصريحة⁽²³³⁾ ، ونرى أنَّ ذلك بعيد كل الشيء عن المنطق ، فالعرف يستمد قوته من هيئة الجماعة التي يلبي طموحاتها ويعكس معتقدها ، والمشرع عندما يتناول تنظيم العرف لا يعدو أن يكون عمله مجرد التأكيد على هذه المكانة القانونية التي تتوازي مع أهميته في نفوس الأفراد ، ولعلَّ السبب الأهم الذي دعانا للوقوف عند هذا الطرح الصغير ، هو أنَّ بعضهم يستبعد العرف كلياً من نطاق القواعد القانونية ، وذلك لأنَّ السلطة التشريعية _ في كل نظام دستوري _ لا تترك للجماعة العشوائية ، بل ثمة هيئة

²³² د . حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، مرجع سابق ، ص 174 .

²³³ د . عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مرجع سبق ذكره ،

منظمة تتبع خطى قانونية منظمة وتحكمها أوضاع معينة تقوم بهذه المهمة ، فلا يعقل أن تقوم جماعة أخرى غير منظمة على غرار العرف ، يمكن لها أن تخلق قواعد قانونية أو تحول دون سريان القانون المكتوب ، كما أن الوكالة المعطاة للسلطة التشريعية لصناعة القواعد القانونية لا يمكن التنازل عنها .

ومهما يكن من أمر الجدل الفقهي سالف الذكر ، فإن الفقه مستقر على أن العرف مصدر من مصادر القواعد القانونية ولو ضمن دائرة ضيقة ، بالاستناد على سببين ، أولهما أنه يعد تعبيراً صحيحاً عن إرادة المجتمع ، وثانيهما أن استقرار المعاملات يفضي لضرورة مراعاته طالما استقرت النفوس على اتباعه ، ناهيك عن أنه ليس للعرف مخالفة ما انتهى إليه المشرع من قواعد قانونية أو مخالفة النظام العام المستقر في حياة الجماعة المنظمة. ولإحاطة بهذه التصورات التي تثيرها دراسة القاعدة العرفية ستتم معالجة هذا المطلب على فقرتين اثنتين ، تخصص الأولى لتحديد الأساس القانوني لقوة العرف ، والثانية لتبيان مكانة القاعدة العرفية في مدرج القواعد القانونية .

أولاً _ الأساس القانوني لقوة العرف الملزمة

يمكن تقسيم العرف في واقع الأمر في النشاط الذي يحكمه إلى عرف عام وعرف خاص ، ولأن العرف العام هو بمنزلة قانون عرفي عام من صنع السلطات التي تتكون منها الدولة لمباشرة مهامها المختلفة ، لاسيما في تسيير المرافق العامة وضبط علاقاتها مع الأفراد ، فإنه من البديهي أن يكون العرف الدستوري والإداري من قبيل العرف العام ، بينما يسمى العرف الذي يحكم علاقات الأفراد الخاصة في قضاياهم المدنية والمالية بالعرف الخاص .

وعلى المستوى العملي نلاحظ أن للعوامل التي سبق أن تناولناها بعض الأثر المباشر في علاقة العرف مع فروع القانون المختلفة ، ولتوظيف ذلك لا بد من التذكير بأن العرف يخضع للخصائص الذهنية والمعنوية للمجتمع فينحدر أو يزدهر بحسب ما إذا كان المجتمع تقليدياً أو متقدماً ، بالتالي فإن الأمر يتوقف على درجة تنظيم المجتمع ، ومن انعكاسات تلك الفكرة أن المجتمع الدولي وهو كيان يفنقر إلى سلطة تشريعية تضع القوانين

الناظمة لعلاقات الدول والمنظمات الدولية⁽²³⁴⁾ ، قد وجد أن خير وسيلة تلقى ترحيباً واستيعاباً الجماعة الدولية ، هي رد القضايا والعلاقات الدولية للأعراف المتبعة والكامنة في تاريخ هذه الجماعة .

فالمأمل لتطور القانون والمجتمع الدولي ، لن يلقى أدنى عناء أو مشقة في ملاحظة أن هذا القانون قد نشأ نشأة عرفية ، فيتوافق مع الأوضاع السياسية والاجتماعية التي صاحبت ذلك المجتمع ، لاسيما في بداية نشأة القانون الدولي التقليدي ، فالقواعد الدولية العرفية هي الأصل الغالب ، وهو في المرتبة الثانية بعد المعاهدات حسب ترتيب المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، لدرجة أن المعاهدات الدولية كانت محدودة العدد نسبياً وانصرفت لتطبيق القواعد التي يقرها العرف الدولي ، ويبدو أن العرف حافظ على هذا الاستقرار النسبي ولم يتراجع سوى مرتبة واحدة ، فاحتل المركز الثاني بعد ازدياد حركة تقنين القواعد القانونية الدولية التي أبرمت ابتداءً من منتصف القرن التاسع عشر⁽²³⁵⁾ ، ومرد ذلك بحسب الفقه الدولي أن العرف المطبق على المستوى الدولي يتميز بطبيعته المتطورة ، وقدرته على التكيف مع الأحوال المتغيرة ، وهذه خاصية تلائم متطلبات عصرنا الراهن الذي يتغير بمعدلات متطورة وسريعة⁽²³⁶⁾ .

وحتى بعد أن استقرت قواعد القانون الدولي وثبتت أركانها ، فقد شهد الحقل التطبيقي بعض المواقع سجلت تنازعا ما بين العرف الدولي والمعاهدة الدولية ، فلا خلاف أن تقنين القواعد العرفية في اتفاقية دولية لا يؤدي بنا إلى أي جدلية تذكر ، وستكشف المعاهدة الدولية عن القواعد العرفية ، وتحدد شروطها بإيضاح ، وبطريقة لاتدع مجالاً للشك حول أثر هذه القواعد الملزمة ، ويشير الدكتور عز الدين فودة في هذا الصدد أن من أمثلة المعاهدات المعلنة للقانون العرفي **معاهدات التقنين** ، التي تعكس صراحةً حالة القانون الدولي العرفي ، خاصة في المجالات التي يوجد فيها ممارسات دولية وسوابق مستقرة⁽²³⁷⁾ ، مثل اتفاقية جنيف لقانون البحار لعام 1958م والتي وضعت في أبريل من العام نفسه ، ولم يبدأ سريانها إلا في 30 سبتمبر من عام 1962م ، ومع

²³⁴ _ د . محمد نصر محمد ، الوافي في شرح المعاهدات الدولية ، مرجع سابق ، ص 9 .

²³⁵ _ د . عبد الواحد محمد الفار ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، عام 1994 ، ص 35 .

²³⁶ _ د . أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2016 ، ص 77 .

²³⁷ _ د . عز الدين فودة ، الدور التشريعي للمعاهدات في القانون الدولي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 22 ، عام 1971 ،

ذلك تمّ الاستناد إليها في حادثتين مهمتين في سنة 1959م ، إحداها خاصة بالسفينة البرتغالية سانتا ماريا ، والثانية خاصة بسفينة الصيد الروسية ، وهذا الأثر الملزم لمعاهدة التقنين إنما يرجع إلى القواعد العرفية المدرجة فيها .

لكن المشكلة تنور حينما تكون علاقة المعاهدة والعرف علاقة إلغاء ، فقد تؤدي المعاهدة في بعض الأحيان إلى إلغاء قاعدة عرفية عامة بين أعضائها ، مثل " إبرام معاهدة دولية بين دولتين تسمح لرعايا كل منهما بالصيد في المياه الإقليمية ، خلافاً للعرف الدولي المعمول به في هذا الشأن " ، وقد يكون الأمر معاكساً في بعض الأحيان ، أي يؤدي العرف إلى إلغاء معاهدة دولية ، مثل سلوك طرفي معاهدة ربحاً من الزمن بما يخالف نصوصها ، فيشكل عرفاً معدلاً لمضمونها في علاقتهم المتبادلة ، وقد تظهر المشكلة حين يكون العرف الدولي قد نشأ انطلاقاً من معاهدة دولية ، فقد يخضع أشخاص القانون الدولي للقواعد العرفية التي تتكون انطلاقاً من نص اتفاقي موجود في معاهدة دولية ليسوا أطرافاً فيها ، ويستند بعض الفقهاء في تأسيس الأثر الملزم لبعض المعاهدات تجاه الدول غير الأطراف إلى العرف ، وسبب الإلزام في نظرهم هو ما تحتوي عليه هذه المعاهدات من قواعد عرفية⁽²³⁸⁾ .

ولا يخرج العرف الدولي عن الأصول التي تحكم الأعراف عموماً في اشتراط توافر الركن المادي والمعنوي ، فلا بد من توافر سلوك ينتهجه أشخاص القانون الدولي أو الأجهزة التابعة لهم ، وأنّ هذا السلوك يفرضه الاعتقاد بضرورته في القانون ، وهذا ما ميز العرف عن المجاملة الدولية ، فالعرف لا يتكون فوق إرادة الدول أو في غفلة منهم أو بالرغم عنهم ، فلا يثبت العرف الدولي إلا عن طريق ذبوع الاحساس به والإجماع عليه⁽²³⁹⁾ .

لكن يجب الإشارة إلى أنّه لا يشترط مشاركة جميع الدول في السلوك أو التصرف المكون للركن المادي للعرف ، وهذا ما حرصت محكمة العدل الدولية على تأكيده في قضية الامتداد القاري في بحر الشمال ، فقررت أنّ الشرط الأساسي يتمثل في ممارسة الدول التي تتأثر مصالحها على وجه الخصوص ، ومع ذلك يرى الفقه أنّ قبول

²³⁸ - أنظر رأي البروفسور كريستوفر غرينورد على شبكة المعلومات العالمية : www.untreaty.un.org .

²³⁹ - د . محمد عزيز شكري ، مدخل إلى القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 57 .

الانضمام إلى المجتمع الدولي ، يقضي الالتزام بالقواعد التي تحكم علاقاته احتراماً لمصلحة الجماعة الدولية ، التي تكونت نتيجة تواتر استعمالها⁽²⁴⁰⁾ .

ويلاحظ أنَّ الفقه ساق الحجة نفسها لدحض أنصار الاتجاه الإرادي في البحث عن الحجة الملزمة للعرف ، فخلص أنصار هذا الاتجاه إلى أنَّ العرف ليس إلا اتفاقاً ضمناً بين أشخاص القانون الدولي ، فاتفق إرادة هؤلاء الأشخاص هي التي تخلق العرف ، وقد ترتب على هذا الاتجاه أثر مهم يمثل في الوقت نفسه النقد الرئيسي الذي تكفل بهدمه ، وهو أنَّه لا يمكن الاحتجاج بالعرف تجاه دولة معينة إلا إذا صدر عنها سلوك يتطابق والقاعدة العرفية المعنية يدل على قبولها له ، ولا شك أنَّ هذا القول يجافي ما استقر عليه العمل حالياً ، بل إنَّه من الممكن الاحتجاج بالعرف الدولي تجاه دولة حديثة الاستقلال ، أي إنَّ العرف نشأ واستقر بطريقة لا يتصور فيها مشاركة هذه الدولة أو الموافقة عليه، ويبدو أنَّ الاتجاه الاجتماعي كان أقرب إلى المنطق عندما أسس القوة الإلزامية للعرف على " الشعور القانوني المشترك " للجماعة الدولية ، ويمكن استنتاج العرف من ضرورات الحياة الدولية ومقتضياتها ، فالقواعد العرفية تستمد قوة الإلزام من أنَّها ضرورية لتوفير الأمن والاستقرار القانوني للأشخاص الدولية ، وللمحافظة على الأسس والقواعد التي أسس صراحةً عليها⁽²⁴¹⁾ .

وأياً يكن بشأن حجة العرف الدولي الملزمة ، فمتى توافر الركنان المادي والمعنوي تصبح القاعدة العرفية ذات قوة ملزمة تجعلها قابلة للتطبيق بصورة فورية دونما حاجة إلى موافقة مباشرة أو غير مباشرة ، شأنها في ذلك شأن أي قاعدة سارية في إطار القانون الدولي ، وجدير بالذكر أنَّ المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية قد أثارت إشكالية ترتيب المصادر أو تدرجها ، فهناك اتجاه يرى أنَّ الترتيب الذي أورده المادة المذكورة لم يكن على سبيل التدرج بل على سبيل التماثل ، وحجتهم في ذلك ما يلي :

1_ لا يوجد في القانون الدولي تسلسل هرمي للسلطات .

2_ إنَّ القواعد والأعمال نابعة من إرادة واحدة متعادلة .

²⁴⁰ د . مفيد شهاب ، القانون الدولي العام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1985 ، ص 66 .

²⁴¹ د . أحمد أبو الوفا ، القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 79 .

وقد حمل لواء هذا الاتجاه الفقيه أنزيلوتي ، الذي يرى أنَّ العرف والمعاهدة من ذات الطبيعة وهما في النتيجة من ذات القوة ، حتى فيما يتعلق بقيمتها المتبادلة في الإلغاء ، فإذا حصل مثل هذا التعارض ، فثمة بعض القواعد العامة التي يمكن تطبيقها بهذا الشأن ، مثل الخاص يقيد العام ، واللاحق يلغي السابق .

وذهب فقهاء آخرون إلى أنَّ هنالك تدرجاً بين العرف والمعاهدة ، فلا يمكن للعرف أن يلغي معاهدة لأنها أسمى منه ، ومستند ذلك أنَّ المشروع الأصلي للمادة (38) كان يلزم المحكمة بالنظر إلى المصادر بالترتيب وليس بالتساوي ، غير أنَّ الفقه طالب بحذفها بالنظر إلى المدلول الفني للصياغة ، ويدعم أصحاب هذا الاتجاه ما خلصوا إليه بما أعلنته محكمة العدل الدولية بخصوص قضية ويمبلدون ، وانتهت الأخيرة إلى أنَّه بالرغم من وجود قاعدة عرفية تحظر السماح بمرور الأسلحة في أقاليم الدول المحايدة ، غير أنَّ المادة (380) من معاهدة فرساي ، توجب على ألمانيا أن تجعل قناة كييل مفتوحة لكل السفن التجارية والحربية العائدة للدول التي كانت في سلم مع ألمانيا⁽²⁴²⁾ .

وبطبيعة الحال فإنَّ العرف لم يعد له في الوقت الراهن ذلك الوزن الدولي ، فالحياة الدولية المتجددة باتت اليوم تحمل من التطور والمستجدات التي يصعب تكوين عرف دولي بشأنها ، بمعنى أنَّ العرف الدولي قد يكون عاجزاً أمام هذا التطور عن سد الحاجة وملء الفراغ ، وقد ساعد على تقليص الأثر الذي يتركه العرف فإنَّ حركات التقنين قد شملت معظم الأعراف الدولية ، كما أنَّ الحقل الدولي التطبيقي لم يشهد منذ إبرام ميثاق الأمم المتحدة أي مناسبة يستند فيها إلى العرف الدولي .

في حين قد يبدو الأمر مختلفاً على الصعيد القانوني الوطني ، فمن المعلوم أنَّ حركة العرف تتأثر بالسمات الرئيسية للتشريع الذي يدور في فلكه ، وهنا يبرز أثر الفقه في توضيح الأفكار التي تقوم عليها ، ويظهر أثر ذلك على الفور إذا ما استعرضنا الأسس التي انطلق منها الفقه الدستوري والإداري في إجلاء الغموض عن العرف الذي يناسب جوهر القانون العام وكيانه، ويستشعر ذلك من مجموعة تصورات حول الأساس الملزم للقواعد العرفية العامة ، فعلى الصعيد الدستوري لا يخفى أنَّ الوثيقة الدستورية مهما كانت صياغتها دقيقة وشاملة لعموم

²⁴² د . محمد المجنوب ، القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، عام 2002 ، ص 134 _ 135 .

المبادئ المفصلية وجوانبها في قضايا الشعوب وحياتها ، لا يمكن أن تكون جامعة مانعة ، وهنا تظهر الحاجة لتدارك ما اعترى الوثيقة من نقص أو غموض ، وحتى على مستوى الإدارة فإن القاعدة العامة فيما يتعلق بالعرف الإداري أن الإدارة إذا ألزمت نفسها بسلوك معين ، فلا يمكن أن تخالف هذا العرف في حالة فردية دون حالة أخرى ، أي لا يجوز أن يكون هذا التطبيق بصورة كيفية وإلا عد ذلك مخالفة لمبدأ المشروعية⁽²⁴³⁾، وأمام ذلك لن نكون بمنأى عن محولات الفقه الإداري والدستوري التي سجلت بعض الاختلافات خلال رحلة البحث عن الأسس التي يمكن من خلالها معرفة قوة العرف الملزمة .

ومن أقدم النظريات في هذا الصدد تلك التي يتم فيها الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمشرع ، فإن تطبيق السلطات العامة للعرف دون اعتراض من قبل المشرع ، يدل على أن العرف استمد القوة اللازمة للتطبيق ضمناً من إرادة المشرع ، ويعاب على هذا الرأي أنه لا يفصل العرف عن التشريع ، بحيث يرتبط العرف وفق وجهة النظر هذه بالسلطة المطلقة للحاكم أو المشرع ، مع العلم أن العرف أقدم نشأة من التشريع⁽²⁴⁴⁾ ، ويلاحظ أن بعضهم كان أكثر مبالغة وبعداً عن الصواب حينما أسند حجة العرف إلى الإرادة الصريحة للمشرع ، فلا حول للعرف وفق ذلك إلا إذا أحال المشرع صراحةً للعمل به ، وقد تعرض هذا الرأي للنقد الشديد لأنه ليس للتشريع أن يحدد عمله وعمل غيره من مصادر القانون ، فمن المتصور أن يكون التشريع هو المصدر الأصلي الوحيد للقانون وباقي المصادر احتياطية ، ومن المتصور أيضاً خلاف ذلك ، بمعنى أن تكون جميع المصادر أصلية ، ويمكن الرجوع إلى أي واحد منها للعثور على القاعدة القانونية واجبة التطبيق ، ويرى الفقيه جنى في هذا الصدد " أن تحديد الأدوار المختلفة لمصادر القانون لا يتوقف على إرادة المشرع ، ولا يدخل في اختصاصه ، ولا يتعلق برغبته ، وإنما يرجع في ذلك إلى قواعد أسمى من كل تحكم إرادي " ، فهو ينكر فكرة أن التشريع بمستطاعه تحديد شروط العرف وفعاليته أو غيره من مصادر القانون ، لذلك ينتهي الفقه إلى أن المرجع في ذلك لعلم القانون وليس لإرادة المشرع التحكيمية⁽²⁴⁵⁾ .

²⁴³ _ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 128 .

²⁴⁴ _ د . سعد عصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 1980 ، ص 37 .

²⁴⁵ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 466 وما بعدها .

ويبدو أنَّ بعضهم تجرد من إرادة المشرع كلياً عندما اتجه إلى أنَّ المصير الأساسي للقانون هو " ضمير الجماعة أو روح الأمة " ، فالتشريع أو العرف ما هو إلا تعبير عن قانون سبق إقراره ونفاذه ، فهي وسائل لإظهار القانون والتعبير عنه ، فالجماعة هي التي تخلق القانون وتستقر في ضميرها على اتباعه ، ويعتبر العرف أقوى وأكثر الوسائل فعالية للتعبير عن هذه الإرادة⁽²⁴⁶⁾ .

أمّا عن النظرية المنسوبة للفقهاء " لامبير " ، فهي تستند إلى إقرار القضاء للعرف وتطبيقه ، فالقضاء هو المصدر الملزم للعرف ، ويتكون العرف نتيجة لتدخل القضاء عن طريق تكرار الحكم في أمر معين ، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى نشأة القواعد القانونية ، وهو بذلك لا يخلق القواعد من العدم ، إنما يكشف عن الأفكار السائدة في المجتمع ويحولها إلى قواعد قانونية ، ومن البديهي أن هذه النظرية تخلق بين المبادئ العامة للقانون وبين القواعد العرفية ، فالقاضي لا يطبق العرف إلا إذا تأكد من وجوده كقانون وضعي ، فالقاضي يفترض فيه العلم بالقانون ، سواء انصب في قواعد تشريعية أو قواعد عرفية .

ولهذا كله يميل الرأي الراجح إلى أنَّ العرف مصدر رسمي مستقل للقانون ، أي تعبير إرادي مستقل عن سلطة الدولة⁽²⁴⁷⁾ ، ومن هنا جاءت مقولة أن العرف يعد تعبيراً عن إرادة الشعب الحقيقي بالمقابلة للشعب القانوني ، وهنا يكمن أحد الفروق الجوهرية بينت العرف والمبادئ العامة للقانون في أن الأخيرة تستمد قوتها الملزمة من القضاء وحده ، فيقوم القاضي بذلك على أساس أنَّ في تقريره لهذه المبادئ يفترض أنَّه حل محل المشرع وقام بما كان على الأخير أن يقوم به فيما لو أفصح عن إرادته ، ونظم الموضوع الذي قرر القضاء بشأنه مبدأً عاماً⁽²⁴⁸⁾ .

²⁴⁶ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 126 _ 127 .

²⁴⁷ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 460 وما بعدها .

²⁴⁸ _ د . محمد كامل ليله ، مبادئ القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 483 .

ثانياً _ مكانة العرف ضمن الهرم القانوني للدولة

بدايةً يجب التأكيد على أنَّ الإجابة على هذا السؤال تتكون من شقين ، وذلك بحسب ما استقر عليه الفقه⁽²⁴⁹⁾،

يتعلق الشق الأول بأنواع العرف ، بينما يرتبط الشق الثاني بالصورة التي يمكن أن يظهر من خلالها العرف .

فالجزء الأول من الإجابة تعني أن العرف قد يأخذ أنواعاً متعددة بتعدد أنواع التشريع فيما إذا كان دستورياً أو عادياً أو لائحياً ، فالعرف قد يكون عرف دستوري ، وقد يكون عرف قانوني عادي ، وقد يكون عرف لائحي ، ومن ثم سيكون العرف الدستوري بمنزلة الدستور ، والعرف العادي في مقام القانون العادي ، والعرف اللائحي في منزلة اللائحة من حيث القوة الملزمة ، ولذلك سيسمو العرف الدستوري على القانون العادي ، كما يسمو العرف القانوني العادي على اللوائح ، وسيكون للعرف اللائحي الذي تتخذه هيئة إدارية معينة قوة تفوق القرارات التي تصدر من هيئة أدنى منها مرتبة⁽²⁵⁰⁾ .

إنَّ هذا الأمر لا يثير أي مشكلة أو خلاف فقهي يذكر ، بل يشكل نتيجة طبيعية لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، فالقوة الملزمة التي يحظى بها العرف ، يمكن الكشف عنها من الركن المعنوي فيه ، أي ركن الاعتقاد القانوني الذي يتحول بموجبه الاعتقاد المادي إلى قاعدة قانونية ، وهذا الجوهر الذي يقرر مكانة القاعدة في التدرج الهرمي لعموم النظام القانوني ، ومستند هذا أنَّ الاعتقاد القانوني يتأثر بدوره بالقوة القانونية للجماعة التي فرضت

²⁴⁹ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 128 .

²⁵⁰ _ راجع ما ذكرناه في الصفحة 79 _ 80 .

_ وجدير بالذكر أن ننوه لإحدى الأحكام التي خرجت فيها المحكمة الإدارية العليا عن هذه التراتبية في قضية تتلخص وقائعها أنَّ المدعي كان يطالب في دعواه وزارة الخارجية ، بقيمة أو ثمن المشروعات الروحية التي قدمها في إحدى الحفلات الرسمية المقامة احتفالاً بإحدى المناسبات القومية ، فاحتجت الإدارة وردت على المدعي بأن القانون رقم / 83 / لعام 1955 ينص على عدم جواز تقديم الخمر في الحفلات الرسمية التي تقام باسم الحكومة الرسمية ، غير أنَّ المحكمة الإدارية العليا كان لها رأي آخر وأجابت طلب المدعي بالاستناد إلى أن وزارة الخارجية قد درجت على صرف قيمة هذه الخمر التي تقدمها في بعثاتها الخارجية ، وأسست حكمها على أن الإدارة قد قيدت نفسها مسبقاً بقاعدة ما ، لذلك تسري عليها وعلى جميع المعنيين بها ، لذلك يعامل المدعي على هذا الأساس ويقدم له قيمة المشروعات الروحية ، قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 17 ، في الطعن 273 ، عام 1970 ، مجلة المحامون لعام 1970 ، الإصدار 1 و 2 .

العرف ، وما إذا كانت هذه القوة قادرة على خلق قواعد عرفية دستورية ، أو قواعد عرفية عادية ، أو قواعد عرفية فرعية⁽²⁵¹⁾ .

ومن الجدير الوقوف على بذور الفكرة التي انطلقت منها فلسفة الأمر ، وكان ذلك بمناسبة شرط وقف مخالفة العرف للنظام العام أو الآداب العامة ، وقرر الدكتور سمير تناغو _ رحمه الله _ معالجة القضية من زاوية أخرى ، فهو يرى أنَّ العرف في نهاية المطاف ما هو إلا قانون ، وليس من المنطق بشيء أن يتعارض الأخير مع مبادئ المجتمع الأساسية ، والأصح أنَّ العرف يجب ألا يكون متعارضاً مع قانون آخر أعلى منه في الدرجة ، سواء تمثل بقاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية ، فالأعراف قد تكون على درجة واحدة متساوية أو على درجات متباينة يعلو بعضها بعضاً ، فكما لا يجوز للعرف العادي مخالفة العرف الدستوري ، لا يجوز للعرف اللائحي مخالفة العرف القانوني العادي أو الدستوري ، وبالتالي يجوز الطعن بفقد دستورية العرف أو فقد قانونيته شأنه في ذلك شأن التشريع ، فمثلاً العرف الذي ينشأ بصدد تنظيم المرافق العامة ، يندرج تحت سقف اللوائح التنظيمية في الماهية والمرتبة ، لذلك لا يجوز أن يتعارض مع عرف قانوني عادي أو دستوري .

وقد أسلفنا أنَّ أنواع القواعد العرفية لا تمدنا بالحقيقة الكاملة حول المرتبة الإلزامية للعرف ، بل لابد من التفرقة أيضاً في ذات الصدد بين صور العرف الثلاثة ، يأتي في مقدمة هذه الصور **العرف المفسر**⁽²⁵²⁾ ، ومن شأن هذا العرف إجلاء ما يكتنف النص القانوني من غموض وإبهام ، فهو يهدف إلى توضيح القاعدة القانونية وتفسيرها التي يعتريها لبس أو تباين من دون أن يؤدي ذلك إلى خلق قاعدة جديدة ، وعليه يكون للعرف المفسر ذات المرتبة القانونية التي يتمتع بها النص القانوني موضوع التفسير ، مثال ذلك في الفقه الدستوري أنَّ قام

²⁵¹ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 440 _ 441 .

_ ومن القواعد العرفية الفرعية نشير إلى العرف الذي استقر في مصر والمتضمن عدم نشر قرارات مجلس الوزراء المتعلقة بالوظيفة العامة ، والاكتفاء بتسليمها للجهات الإدارية المختصة . راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة 7 ، القاعدة 798 ، ومن الأعراف التي نرى أنَّها بمثابة أعراف عادية قاعدة عدم جواز التصرف بالأموال العامة " الدومين " في فرنسا . راجع في ذلك د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، حماية المال العام " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1978 ، ص 165 وما بعدها .

²⁵² _ جدير بالذكر إحدى التطبيقات القضائية للعرف المفسر في القضاء الإداري السوري ، وهو قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 2/693 في الطعن/ دون رقم / ، لعام 1998 ، مجموعة المبادئ لعام 1998 ، ص 795 ، حيث قضت بأن : " انقضاء زمن طويل على تفسير وتطبيق البند 8 من المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 208 لعام 1958 بأن المقصود بتنفيذ هذا المرسوم هم رجال الضابطة العدلية والجرمكية وليس مكتب القطع ، يجعل من الصعب العدول عن هذا التطبيق إلا بصدر مرسوم جديد يعدل المرسوم النافذ " .

العرف تأثير مهم في تفسير المادة الثالثة من الدستور الفرنسي لعام 1875، التي تنص على أن يكفل رئيس الجمهورية تنفيذ القوانين ، فقد تمّ تفسير مضمون المادة على أن كفالة تنفيذ القوانين تكون من خلال الاعتراف لرئيس الجمهورية بسلطة إصدار اللوائح التنفيذية ، وبذلك تمّ توضيح الآلية التي يكفل بها الرئيس تنفيذ القوانين دون أن يأتي العرف المفسر بحكم جديد ، بالرغم من غياب وجود نص صريح في الدستور ينظم هذا الحق⁽²⁵³⁾.

كما يكون الأمر مختلفاً بعض الشيء بشأن **العرف المكمل** وهو الصورة الثانية للعرف ، ويختلف عن العرف المفسر بأن الأخير يعمل من خلال نص قائم أو قاعدة موجودة ، بينما يتولى العرف المكمل سد النقص في النصوص المكتوبة ، فهو يركز على معالجة وقائع أغفلها المشرع ، من خلال تنظيم مسألة لم يسبق له تنظيمها ، والممارسات الدستورية التكميلية أكثر من أن تحصى في الحياة السياسية للدول ، ومثال ذلك دستور الجمهورية الرابعة في فرنسا لعام 1946 ، فقد لوحظ طرح الثقة بالحكومة وانسحابها لمجرد التصويت السلبي تجاهها بالأغلبية العادية ، مع أن الدستور يرتأي لإسقاطها بأغلبية الثلثين ، وقبله دستور الجمهورية الثالثة لعام 1875، حين قام في ظله مؤسسة رئاسة الحكومة بالرغم من أن الدستور لم ينص عليها⁽²⁵⁴⁾، وغالبية الفقه تلحق العرف المكمل بالعرف المفسر ، فيكون له قوة العرف المفسر نفسه لأنه لا ينطوي على مخالفة صريحة لنصوص الدستور أو تعديل لإحكامه ، وبالتالي يعادل قوة النصوص المكتوبة على الصعيد الدستوري .

وبالطبع لا يختلف الأمر على المستوى الإداري ، ويعد هذا العرف عرفاً منشأً ، ولا يخالف التشريع ، ومثاله ما جرى عليه العمل بخصوص المدة التي يجب الإعلان عنها قبل المناقشة العلنية في درجة الماجستير ، وهي عشرة أيام قبل تاريخ المناقشة ، قياساً على مدة الخمسة عشر يوماً المحددة قانوناً للإعلان عن درجة الدكتوراه قبل تاريخ المناقشة ، ولكن يشترط ألا تخالف الإدارة للمدة المذكورة للإعلان في درجة الماجستير في حالة فردية من دون الأخرى ، لأن ذلك يعد مخالفة لمبدأ المشروعية في احترام الإدارة للمدة المذكورة عرفياً ، ومثاله أيضاً

²⁵³ د إبراهيم شيحا ، النظم السياسية والقانون الدستوري " دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني " ، دار الجامعة ، بيروت ، بلا تاريخ ،

ص 481 _ 482 .

²⁵⁴ د . أحمد سرحال ، في القانون الدستوري والنظم السياسية " الاطار _ المصادر " ، مرجع سابق ، ص 200 .

الامتيازات المقررة لأعضاء الهيئة التدريسية والتعليمية بقبول أولادهم ممن هم في سن الخامسة من العمر في الصف الأول في مرحلة التعليم الأساسي بصفة مستمعين ، وانتقالهم للصف الثاني في حال نجاحهم⁽²⁵⁵⁾ .

أمّا عن الصورة الأكثر جدلاً للعرف في الوسط الفقهي ، فهي العرف الناسخ⁽²⁵⁶⁾ أو العرف المعدل ، ولابد من الإشارة بدايةً أن هذا العرف لا وجود له في الوسط الإداري ، فقد جرى العمل لدى فقهاء القانون الإداري على تقسيم العرف إلى نوعين ، العرف المفسر والعرف المكمل ، ومن تطبيقات ذلك أنّ ميز الفقه بين العرف والتسامح الإداري ، فالأخير لا يعدو أن يكون مجرد عادة غير ملزمة تخالف النص المكتوب ، كما هو الحال في وقوف السيارات في أماكن ممنوعة ، فإذا قامت الإدارة بضبط المخالفين وتغريمهم ، لا يجوز عندئذٍ للأفراد الادعاء بحق مكتسب ، فإنّ تسامح الإدارة لمدة طويلة من الزمن لا يعني ولادة عرف ملزم لها يمكن للأفراد الاستناد إليه للادعاء بحقوق مكتسبة⁽²⁵⁷⁾ .

أمّا في إطار النصوص الدستورية ، فمن شأن هذا العرف التعدي على نصوص الدستور سواء بالإضافة ، أي بإضافة حكم معين لمسألة سبق تنظيمها ، أو بالحذف ، من خلال إهمال تطبيق حكم أقرّه المشرع ، مما يؤدي إلى سقوطه بوقف الاستعمال ، ومن الممارسات المتعارضة مع دستور الجمهورية الخامسة في فرنسا لعام 1958 ، رفض الجنرال ديغول عام 1960 دعوة البرلمان للانعقاد في دورة استثنائية رغم طلب أغلبية النواب ذلك عملاً بأحكام المادة (29) من الدستور ، ومن ذلك أيضاً لجوء الجنرال ديغول عام 1962 وعام 1969 ، إلى المادة (11) من الدستور لتعديل هذا الأخير ، بالرغم من أنّ المادتين (19 و 89) من الدستور تستوجبان إجراءات وقواعد معينة يجب موافقة البرلمان عليها⁽²⁵⁸⁾ .

والرأي السائد هو وقف الاعتراف بمشروعية العرف المعدل ووقف إعطائه أي قوة معينة ، سواء كان معدلاً بالإضافة أو الحذف ، فعلاوة على أنّ هذا العرف يتكرر لوجود السلطة التشريعية والتأسيسية ولحقها في تعديل

²⁵⁵ د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 127 .

²⁵⁶ د . أحمد سرحال ، في القانون الدستوري والنظم السياسية " الاطار _ المصادر " ، مرجع سابق ، ص 201 .

²⁵⁷ د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " المبادئ العامة " ، مرجع سبق ، ص 53 .

²⁵⁸ د . أحمد سرحال ، في القانون الدستوري والنظم السياسية " الاطار _ المصادر " ، مرجع سابق ، ص 204 .

الدستور ، فإنَّ وقف ممارسة إحدى سلطات الدولة لحق من حقوقها ليس من شأنه أن يسقط هذا الحق بالتقادم⁽²⁵⁹⁾ .

وكل ذلك لا يغني عن التذكير بأنَّ القواعد العرفية قد أصبحت نادرة في القوانين الحديثة ، والقواعد المخالفة للتشريع أكثر منها نادرة⁽²⁶⁰⁾ .

²⁵⁹ _ د . فيصل كلثوم ، دراسات في القانون الدستوري والنظم السياسية ، مرجع سابق ، ص 82 .

²⁶⁰ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 482 .

المبحث الثاني

المبادئ العامة للقانون

يعود الفضل في إنشاء المبادئ العامة للقانون إلى مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁶¹⁾ الذي اجتهد في الكشف عنها وإقرارها مدة طويلة من الزمن ، ليخطو الفقه بعد ذلك وعلى ضوء أحكام مجلس الدولة خطاً جديدة في تنظيمها وتبويبها ، فباتت نظرية متكاملة وغنية ، تجتمع فيها عناصر الأصالة والمعاصرة ، وبدوره انتهج مجلس الدولة السوري منذ إنشائه عام 1959 ، وقبله المصري عام 1946 ، ذات المنهج الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي من حيث احترام المبادئ العامة واستخدامها .

فالمبادئ العامة للقانون واحدة من مصادر المشروعية ، وهي تشكل بمجموعها محور شدّ وجذب ، تتجدد وتزداد اتساعاً يوماً بعد يوم لقدرتها على التغلغل في الأوصال القانونية كلها وفي مجالاتها المتعددة⁽²⁶²⁾ ، ونظراً لأهمية الوظائف التي تؤديها في ردف القانون بالمبادئ الجديدة من حين لآخر عدها بعضهم أهم مصدر غير مكتوب لمبدأ المشروعية في قوتها الإلزامية⁽²⁶³⁾ ، ويرى الفقيه " Ripert " أنه لا ضرورة لتعريف المبادئ العامة للقانون ، لأنّ هذه المبادئ يمكن التعرف عليها عندما تقع مخالفة لها ، فإذا كان من الصعب مثلاً تعريف المبدأ الأساسي في احترام الملكية الخاصة ، إلا أنّه يمكن التعرف عليه عند مصادرة الملكية بطريقة تعسفية ودون مقابل⁽²⁶⁴⁾ .

²⁶¹ _ ظهور المبادئ العامة في الفقه الفرنسي حديث نسبياً ، حيث يرجع بحسب هذا الفقه إلى عام 1944 ، عندما بدأ مجلس الدولة يقرر هذه المبادئ بشكل صريح ومباشر ويقوم بتدعيمها ، فتعتبر هذه السنة بداية الإقرار الرسمي والفني للمبادئ القانونية العامة ، ومع ذلك يرى جانب من الفقه أنّ فكرة المبادئ العامة للقانون ، كانت موجودة بشكل مستتر في بعض أحكام مجلس الدولة قبل ذلك التاريخ ، لكن سنة 1944 تعتبر في نظر الجميع نقطة البداية ، إذ ترتب على إنهاء النظم القانونية بعد انتهاء الاحتلال الألماني لفرنسا محاولة مجلس الدولة حماية حقوق الإنسان وحرياته من خلال الاستناد إلى هذه المبادئ بفرض أنّها من المصادر القانونية .

²⁶³ _ د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 40 .

_ نذكر على سبيل المثال رقابة القضاء الإداري على مبدأ التناسب في القرارات الإدارية

راجع في ذلك : Georges vedel, Pierr Délvolvé, Droit administrative Io' édition, P.U.F, paris 1988 .

²⁶³ _ د . محمد جعفر ، الوسيط في القانون العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، عام 1990 ، ص 66 .

²⁶⁴ _ أشار إليه ، أ . فارس حامد عبد الكريم ، المبادئ العامة للقانون ، مقال منشور في جريدة المؤتمر ، بغداد ، العراق ، تاريخ 31 / 3 /

2009 ، ص 6 .

ومع ذلك بذل الفقه والقضاء محاولات عديدة في تعريف المبادئ العامة للقانون ، ومن أهم تلك التعريفات ما أتى على ذكره مفوض الحكومة الفرنسية " Buffandeau " في كلمة وجهها لمجلس الدولة الفرنسي ، الذي عرفها بأنها " قواعد قانونية غير مكتوبة لها قيمة تشريعية ، تفرض نفسها على السلطة التنظيمية والسلطة الإدارية طالما أنها لا تخالف قواعد قانونية موجودة ، ولا يجب النظر إلى هذه القواعد على أنها قانوناً عاماً عرفياً ، لأن هذه القواعد مكرسة من طرف القاضي الإداري لأسباب تتعلق بالمساواة العليا ولضمان الحفاظ على الحقوق الشخصية للمواطن "(265).

ومن ذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة المصري بأنها " قواعد غير مدونة مستقرة في ذهن الجماعة وضميرها ، يعمل القاضي على كشفها بتفسير هذا الضمير الجماعي العام ، وتلك القواعد المستقرة في هذا الضمير تملئها العدالة المثلى "(266) ، في حين لم ينطرق مجلس الدولة السوري لوضع تعريف محدد لنظرية المبادئ العامة للقانون ، بل اكتفى بالإشارة إليها صراحةً في صلب الأحكام الصادرة عنه(267) ، بينما تصدى الفقه السوري لتعريفها بأنها " مجموعة القواعد القانونية التي يستخلصها القضاء من المفاهيم الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والفكرية والروحية المعتمدة من المجتمع في بلد معين وزمن معين "(268) .

فكم من الظروف التي تظهر فيها الحاجة للإرتكان إلى سلطة القاضي الإنشائية دون الوقوف على الوظيفة التقليدية القاصرة على إعمال حكم القانون ، ولا يفهم من ذلك أن جهود القضاء تقف عند تنظيم المسائل التي تقتدر للتنظيم التشريعي ، بل إن الأمر يتناول في بعض الأحيان تفسير وتكميل النصوص القائمة وتطبيقها ،

3_Cite Par Michel Tabet , in " les principes generaux du droit en droit adminstratif francais et libanais " , Article , 2008 , p2 . Disponible en linge à l'adresse suivant :

<http://fr.jurispedia.org/index.php/principes> .

²⁶⁶ _ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 108 ، مجموعة مبادئ المحكمة ، السنة الأولى ، قاعدة رقم 70 ، ص 613 .
²⁶⁷ _ مثال ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا السورية في قرارها رقم 27 في الطعن 130 لعام 1972 ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لعام 1972 ، ص 29 ، والذي جاء فيه " المبادئ القانونية العامة تستبعد أن يضع المشرع شروطاً وأوضاعاً خاصة لتحقيق هدف ما ، ثم يضيف حصانة على القرارات التي تتجاوز الشروط والأوضاع التي رسمها أو تنحرف عنها ، وتتطوي على انتقاص من حقوق الأفراد وتجاهل للمبادئ الدستورية التي تحميها " .

²⁶⁸ _ د . عبد الله طلبة ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة " القضاء الإداري " ، الطبعة الثانية ، منشورات جامعة دمشق ، عام 1997 ، ص 24 .

فيسقي حكمه عندئذٍ من قيم مستقرة في ضمير الجماعة وينبئ عنها روح التشريع ، فهي قواعد عليا تبوح بها فلسفة المجتمع الكلية .

غير أنّ أكثر المسائل إثارة للجدل ، هي تلك التي تدور حول مكانة المبادئ العامة بالنسبة لباقي القواعد القانونية ، فقد تباينت الآراء واختلفت المذاهب لتحديد قيمتها بالنظر إلى غيرها من مصادر التشريعية ، لاسيما أنّ جانباً من الفقه قد عدها قاعدة عليا ضابطة تعلق القواعد كلها في قوتها القانونية ، لذلك لابد من الوقوف على النظريات التي تصدت لتحديد مرتبة هذه المبادئ ضمن الهرم القواعدي لدولة القانون ، وما هي التطبيقات القضائية في هذا الخصوص ، ولتأصيل هذه الأفكار والنظريات لابدّ من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : القيمة القانونية للمبادئ القانونية العامة

المطلب الثاني : مدلول المبادئ العليا من الناحية الفقهية وتطبيقاتها القضائية

المطلب الأول

القيمة القانونية للمبادئ القانونية العامة

يوكل المشرع إلى القاضي مهمة البحث عن القاعدة القانونية التي تكفل حل النزاع المعروض عليه ، ويدعوه إلى إعمال فكره واجتهاده ، ويفصل في الدعوى المرفوعة أمامه ويبتكر القاعدة القانونية التي تملئها العدالة المثلى عند غياب النص القانوني في بعض الحالات ، والسؤال الآن : ما هي مرتبة المبادئ القانونية العامة بالمقارنة مع غيرها من القواعد القانونية ؟ للإجابة على ذلك لابد أن نستعرض ما خلص إليه الفقه والقضاء ، مع الإشارة إلى أن الإجابة على هذا السؤال لم تكن واحدة ، بل كانت محل خلاف بين مؤيد ومعارض ، وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً _ : المبادئ العامة للقانون تعادل التشريعات العادية من حيث المرتبة الإلزامية

لقد استقر الأمر لدى الفقه والقضاء الفرنسي قبل صدور دستور 1958 ، أن للمبادئ العامة مرتبة مساوية لمرتبة القانون ، لذلك لم تكن هذه المسألة تثير أي جدل يذكر ، ومن ذلك ما خلص إليه الفقيه دي لوبادير من أن " المبادئ العامة للقانون لها قوة القانون نفسه ، ومن ثم فهي تلزم الإدارة عند ممارسة سلطتها اللائحية ، ولكنها لا تلزم المشرع الذي يملك أن يخالفها أو يستبعدا " ، وهذا ما ذهب إليه معظم الفقه المصري ، مما يلزم الإدارة باحترام لمبادئ العامة للقانون ، وألا تخرج عن مقتضاها في ما تصدره من لوائح⁽²⁶⁹⁾ ، ويرى جانباً من الفقه⁽²⁷⁰⁾ ، أنه من المتعذر تحديد مرتبة القواعد ذات المصدر القضائي بطريقة مطلقة في سلم تدرج القواعد

²⁶⁹ _ د . محمد رفعت عبد الوهاب ، بحث بعنوان المبادئ العامة للقانون كمصدر من مصادر التشريعية في القانون الإداري ، مكتبة كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، عام 1983 ، ص 175 وما بعدها .

د . عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مبدأ التشريعية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 2004 ، ص 29 وما بعدها .

_ د . محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 1981 ، ص 80 . ويقول في هذا الصدد " بالرغم من أن الرأي متفق عندنا على أن القضاء كان يملك الفصل في دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة العليا ، إلا أننا نرى مع ذلك أنه لا يجوز أن يقرر مبدأ عاماً يتعارض مع نص تشريعي صريح ، لأن القضاء بطبيعته وضعه لا يمكن أن تكون له سلطة أعلى من سلطة المشرع ، وعلى هذا لا يجوز له أن يقرر مبدأ يخالف نصاً صريحاً أقره المشرع ، وسلطة القاضي في الفصل في دستورية القوانين إنما تقتصر على الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، ولا يمكن أن تصل هذه السلطة إلى حد إنشاء مبدأ يخالف نصاً تشريعياً صريحاً ، في حين أن من المفروض أن هذا المبدأ الجديد ليس مقررأً بنص دستوري أو تشريعي ملزم وأن مصدره الوحيد هو حكم القضاء " .

²⁷⁰ _ د . محمد شوقي الخطيب ، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر ، رسالة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، عام 1988 ، ص 44 _

القانونية ، ومستند ذلك عند هؤلاء أنَّ القاضي ليس من الهيئات التي أناط بها الدستور سلطة وضع القواعد القانونية .

ويمكن الأخذ على هذا الرأي اعتماده في تحديد مرتبة القاعدة القانونية على المعيار الشكلي المستند إلى السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية فقط ، دون العمل بالمعيار الموضوعي المستمد من جوهر هذه القاعدة ومضمونها ، كذلك يؤخذ على هذا الرأي تجاهله تماماً لحقيقة أنَّ هذه المبادئ يتم الاستعانة بها ليس في معرض خلق الحلول القانونية للمنازعات التي أغفل المشرع تنظيمها ، بل أيضاً في تقويم وتفسير القاعدة القانونية القائمة التي يشوبها نقص وتفسيرها ، أو يتخللها تناقض في أحكامها ، أو يصادفها تضارب مع قاعدة قانونية أخرى ، فالمبادئ العامة تعبر عن الفكرة العامة للوجود السائد في المجتمع ، وهي بذلك تلهم المشرع والقاضي على حد سواء ، وتسهم كذلك في تحديد فكرة النظام العام والآداب⁽²⁷¹⁾ .

وفي ذات السياق ذهب جانب من الفقه للقول إنَّ هذه المبادئ تتناسب في القوة طرداً مع القاعدة التي استمدت منها ، وعليه سيكون للمبادئ العامة قوة النصوص الدستورية إذا كانت مستمدة من القواعد الدستورية ، أمّا إذا كانت مستمدة من القوانين البرلمانية ، فسيكون لها قوة التشريعات العادية⁽²⁷²⁾ .

وهذا ما لا يمكن التسليم به على الإطلاق ، لناحية أنَّنا نتحدث عن المبادئ الكبرى في صيغة الجمع وليس في صيغة المفرد ، فيقال إنَّ هذا التصرف مخالف للمبادئ العامة⁽²⁷³⁾ ، فيستفاد من ذلك أنَّ هذه المبادئ جميعها كتلة قانونية واحدة ، ولا يمكن التمييز بينها في المرتبة ، حتى وإنَّ كان من الممكن في بعض الأحيان تغليب بعضها على الآخر لدواعي الضرورة ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية ثمة بعض المبادئ التي لا يمكن تحديد القاعدة القانونية التي تمَّ استخلاصها منها ، مثل مبدأ " سلامة الدولة فوق القانون " ، أو مبدأ " ضرورة الإبقاء على سلامة الدولة " ، فيتعذر مع هذا الاتجاه تحديد مرتبة المبادئ العامة للقانون بعد أنَّ يصل إلى حلقة فارغة .

²⁷¹ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 260 .

²⁷² _ د . عبد الغني جمعة ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 2005 ، ص 79 .

_ د . فؤاد العطار ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، دون سنة نشر ، ص 64 وما بعدها .

²⁷³ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 254 .

ونافلة القول إنَّ الفقه المصري قد خُصَّ إلى إعطاء المبادئ العامة للقانون قوة التشريعات العادية⁽²⁷⁴⁾ ، ويضاف إلى ذلك بحسب ما استقر عليه الفقه المصري ، أن هذه المبادئ تكمل القانون المكتوب بوصفها تعبر عن روح المشرع وإرادته الضمنية ، لذلك تجد هذه المبادئ حداً لها إذا ما أصدر المشرع قانوناً صريحاً يخالف مضمونها ، بمعنى أنَّ المبدأ العام سيتواري إذا ما صدر تشريع عادي يخالف أحكامه مخالفة مباشرة وصريحة ، والغلبة في هذه الحالة تكون للقانون المكتوب⁽²⁷⁵⁾ ، فالأصل أنَّه يجوز للمشرع إلغاء هذه المبادئ بإصدار تشريع في هذا الشأن ، وعلة ذلك أنَّ المبادئ العامة تتدخل أساساً لوجود نقص في التشريع ، فإذا ما تدخل المشرع بقانون يتعارض مع مبدأ عام ، فقدَّ هذا المبدأ أساس وجوده ، يضاف إلى ذلك أنَّ إرادة المشرع الذي يمثل إرادة الشعب أعلى قوة من إرادة القاضي ، ومن ثمَّ إذا تعارضت الإرادتان تكون الغلبة لإرادة الشعب بالتأكيد .

وفي مقابل ذلك يثور التساؤل عن مدى اتفاق ما انتهى إليه الفقه المصري ، مع أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الصدد ، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا أنَّ " منع سماع الدعوى الواردة بالقانون رقم 50 لسنة 1950 إلى جانب مخالفته للدستور فهو يخالف أيضاً جميع المبادئ والأحكام ... "⁽²⁷⁶⁾ ، ويذهب جانب من الفقه المصري في هذا الخصوص ، إلى أنَّ بعض الفقه ممن لا يقرُّ للمبادئ العامة للقانون سوى بقيمة قانونية معادلة للتشريع ، يعترف مع ذلك بأنَّ مجلس الدولة يكون حذراً في حال مخالفة التشريع لهذه المبادئ ، حيث يغلب هذه المبادئ على التشريع على أساس أنَّها قواعد تفسير لا يجوز للتشريعات الخروج عليها ، فإذا وجد نصاً تشريعياً صريحاً يخالف مبدأ عاماً ، فإنَّ المجلس يحمي المبدأ مع التظاهر باحترام النص ، ويعدّه _ أي النص _ استثناءً يخضع لقاعدة التفسير الضيق ، لا بل يخالف النص الصريح وتكون الغلبة للمبدأ العام إذا ما تعارض هذا النص مع مبدأً أساسياً لا يجوز التفريط به أو مخالفته⁽²⁷⁷⁾ .

²⁷⁴ _ د . عصام الدبس ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة " دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، عام 2010 ، ص

59 .

²⁷⁵ _ د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 43 .

²⁷⁶ _ حكم المحكمة الإدارية العليا في جلسة 1956/5/20 ، مجموعة المبادئ لعام 1957 ، ص 203 .

²⁷⁷ _ د . محمد كامل ليلة ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص 500 .

وفي مقام موال لابدّ من التأكيد على أنّ الفقه يذهب في محاولة لإيجاد ضوابط لاستلزام هذه المبادئ ، إلى أنّ القاضي لا يقر من المبادئ إلا ما يتجاوب مع ضرورة الحياة الاجتماعية ، فيستخلص هذه المبادئ من أساس مشترك للنصوص والتقاليد والمعتقدات ، ويطبق المبادئ نفسها التي اعتاد المشرع أن يسترشد بها ، فهو يعبر عن أقوى المشاعر التي تسود الضمير القومي⁽²⁷⁸⁾ ، لذلك نرى أنّ إلغاء التشريع للمبدأ العام أمر يجافي المنطق ولا يعدو أنّ يكون مجرد فرضية لن تجد توجه قضائياً أو مستنداً عملياً يمكن أن ترتكز عليه ، فلم يسبق أنّ أقدم البرلمان على إصدار قانون ينسخ مبدأ عام ، لما ينطوي عليه الأخير من سمات جوهرية وخصائص تمثل خلاصة الأيدولوجية المجتمعية .

وقد حرى بنا الأمر الوقوف عند ما أقرته بعض أحكام القضاء الإداري الفرنسي ، من جواز قيام المشرع بتقييد المبادئ العامة بموجب نصوص تشريعية صادرة عنه ، ففرض من خلالها على كل موظف مهما كانت مرتبته الوظيفية مراعاة واجب التحفظ المفروض عليه لجهة إبداء آرائه السياسية⁽²⁷⁹⁾ .

فالأمر لا يعدو أنّ يكون مجرد محاولة للتوفيق بين مبدئين عامين ، ولا يفهم منه أكثر من مساندة مبدأ استمرار المرفق العام الذي يضمن للدولة تواجدتها ، وتغليبه على مبدأ الحرية السياسية ، فموازرة المشرع عامل مساعد ومعاون للمبدأ الذي يستهدف في المقام الأول ديمومة الدولة واستمرارها باطراد ، دون أنّ يعد ذلك إلغاء أو نسفاً للمبدأ العام بالنص التشريعي⁽²⁸⁰⁾ ، فالمشرع في هذه الحالة يعد بمنزلة حكم قام بتقديم مبدأ يسهم في الدفاع عن الحياة الاجتماعية ، على مبدأ آخر مقرر لحرية من الحريات العامة .

²⁷⁸ _ د . محمد ماهر أبو العينين ، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، (المنشورات الحقوقية ، صادر ، بيروت _ دار الكتب القانونية ، شتات ، مصر) ، عام 1998 ، ص 296 .

²⁷⁹ _ وعلى ذلك اعتبر خطأً تأديبياً ، الهجوم العنيف لسكرتير عمدة ضد عمدته في الصحيفة المحلية ، وقيام رجل البوليس بتوزيع منشورات تنتقد عمل الشرطة خلال إضراب ، والمساهمة في مظاهرة حظرتها الحكومة .

_ De forges . jean . Michel, droit de la fonction publique, P U F , Paris, 1986, p144 .

²⁸⁰ _ مهدي رجال ، المبادئ العامة للقانون في نطاق الحقوق الإدارية " دراسة مقارنة " ، أطروحة دكتوراه ، جامعة دمشق ، عام 2014 ، ص 211 .

_ لا يكفي للتوصل إلى تشييد النظرية العامة للحريات الفردية على أسس وطيبة ، أنّ ينظر إلى الحرية على أنها مجرد تقدير المرء لما يجب أن يجري عليه سلوكه ، تقديراً نابعاً عن تجربته الخاصة وغير مفروض عليه من أي قوة خارجية ، بل يجب أن يكون للحرية _ حتى تحظى بالاحترام _ هدف اجتماعي ترتبط به "

فالفرد والوسط الذي يعيش فيه متلازمان أو بالأحرى لا ينفصلان ، فالإنسان لا يعيش إلا في المجتمع ، والمجتمع لا يستقيم أمره إلا إذا سادته النظام والقانون ، ولا بد للإنسان إذا أراد العيش بسلام واستقرار ، أن يتنازل عن شيء من حريته المطلقة ، فالحرية المطلقة غير موجودة لأنها تقود للتسيب الفوضى⁽²⁸¹⁾ .

وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإدارية المصرية بقولها " من المسلم به كأصل غير قابل لأي جدل أن لكل إنسان الحق في المطالبة بحقه والتقاضي بشأنه ، وهذا الحق مستمد من المبادئ العليا للجماعات منذ وجدت ... ، وكل مصادرة لهذا الحق على إطلاقه تقع باطلاً منافية للمبادئ المتعارف عليها وللأصول الدستورية الشرعية ، غير أن ذلك لا يغل يد المشرع عن تنظيم وسائل المطالبة وتحديدها ، بما يحفظ لصاحب الحق حقه مع مراعاة الروابط الاجتماعية ومقتضيات الصالح العام "⁽²⁸²⁾ .

ويلاحظ أن مسألة القيمة القانونية للمبادئ العامة لم تسجل في فرنسا قبل دستور 1958 أي إشكالية تذكر ، غير أن المادة / 34 / والمادة / 37 / من هذا الدستور قد أوجبت إعادة النظر بالموقف ، فقد سجل دستور الجمهورية الخامسة نهاية الاستقرار الذي شهده موضوع المبادئ القانونية العامة ، نظراً للتعديل المتعلق بإعادة ترتيب العلاقة ما بين القانون واللائحة موضوع المادتين السابقتين .

_ د . نعيم عطية ، النظريات العامة للحريات الفردية ، رسالة دكتوراه ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، عام 1965 ، ص

311_ 312 _ 313 .

²⁸¹ _ د . رامز محمد عمار ، د نعمت عبد الله مكي ، حقوق الإنسان والحريات العامة ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2021 ، ص 173 .

²⁸² _ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في جلسة 15 مارس عام 1954 ، مجموعة السنة الثانية ، ص 969 .

_ صدر في ذات المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في عام 1964 ، مجموعة سمير أبو شادي ، ص 57 ، والذي جاء فيه " إن الأصل المؤصل في بلد يقدس ضميره العام مبدأ المشروعية ، هو تسليط رقابة الإلغاء على كافة القرارات الإدارية ، دعماً للضمانة الأصلية التي يحققها قضاء الإلغاء لمن تحيف بهم تلك القرارات ، فإذا ورد نص يقضي باستثناء طائفة من القرارات من رقابة الإلغاء والتعويض لحكمة ابتغى المشرع إصابتها ، وغاية مشروعة قصد حمايتها ، وجب تأويل هذا النص بصورة مضيقّة تصطنع الاحتراس من توسيع مدى شموله ، حرصاً على عدم إهدار هذه الضمانة التي يوفرها قضاء الإلغاء ، وتوقياً لمحذور آتى به هذا النص من قبل ، وهو أنه أوصد باب الطعن بالإلغاء والتعويض معاً ، وإذا فكلما وجدت قرارات أخرى غير التي أحاطها الشارع صراحةً بالتحصين المشار إليه ، وجب التقرير بعودة الرقابة القضائية بالنسبة إليها " .

ثانياً _ المبادئ القانونية العامة لها قوة الوثيقة الدستورية أو تدنو عليها

إبان صدور الدستور الفرنسي لعام 1958 ، اعتنق فريق من الفقهاء رأياً مفاده أن للمبادئ القانونية العامة قوة معادلة ومساوية للنصوص الدستورية ، ومستند ذلك لديهم أن المبادئ العامة مستمدة من نصوص ذات قيمة دستورية ، كإعلان الحقوق لعام 1789 ، أو مقدمة دستور 1946 .

ويجد أصحاب هذا الرأي سنداً في الموقف الذي اتخذته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الشهير " دام لاموت " في 17 فبراير من عام 1950 ، وقد كان ذلك بخصوص الفقرة 2 من المادة رقم 4 من قانون 23 مايو عام 1943 ، التي تنص على أنه لا يجوز أن يخضع منح الامتياز لأي استئناف إداري أو قضائي⁽²⁸³⁾ ، وبمناسبة ذلك تمسك مجلس الدولة الفرنسي بالمبادئ العامة بعيداً عن التشريعات التي تمنح حق التقاضي ، فلم يعتد بالقانون الذي يحرم الطعن القضائي في القرارات الإدارية⁽²⁸⁴⁾ ، ويمكن القول إنَّ السبب المباشر للسير على هذا النحو لدى بعض الفقه الفرنسي ، فيما يتعلق بإعلاء قيمة المبادئ العامة للقانون ، أن اللوائح المستقلة بحسب دستور 1958 قد تحررت من التبعية للقانون ، فإذا كان لهذه المبادئ قوة معادلة للقانون ، فمعنى ذلك أن اللوائح المستقلة لن تخضع للقانون ولا للمبادئ العامة ، وبذلك تنجو كلياً من الرقابة القضائية .

غير أنَّ التخوف من انفراد السلطة التنفيذية بالتشريع في غير الموضوعات التي حددها للقانون قد أخذ أبعاداً متباينة لدى جمهور الفقه ، فالسبب ذاته دفع بعضهم للقول إنَّه لا توجد حاجة لإعطاء المبادئ القانونية العامة قوة تعلو القانون في إلزاميتها ، لأن اللوائح المستقلة ما تزال كغيرها من اللوائح ، تعد من القرارات الإدارية التنظيمية التي لا تزال في مرتبة أدنى من القانون⁽²⁸⁵⁾، وجدير بالذكر أنَّ بعض الفقهاء قد قنن من المبادئ

²⁸³ _ راجع تفاصيل الحكم على الموقع الرسمي لمجلس الدولة الفرنسي :

[/https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636577](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636577)

²⁸⁴ _ د . محمد ماهر أبو العينين ، تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان " دراسة تطبيقية لدور القاضي الإداري في مصر " الجزء الثالث ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، عام 2009 ، ص 110 .

_ د . محمد أنس قاسم جعفر ، و د . جمال عثمان جبريل ، الوسيط في القانون العام ، القضاء الإداري ، القاهرة ، عام 2001 ، ص 77 .

²⁸⁵ _ راجع ص 70 من بحثنا .

العامّة ذات القيمة الدستورية ، فقد حظي بهذه المرتبة الدستورية وفق منظورهم الفقهي ، تلك المبادئ التي تجد أصولها في إعلان حقوق الإنسان لعام 1789 ، ومقدمة دستور 1958 فقط دون غيرها ، لأنّ دستور 1958 قد ضمن مقدمته إحالة صريحة لهذه النصوص ، حتّى أنّ بعض الفقه العربي قد ساير هذا الاتجاه⁽²⁸⁶⁾ .

وفي موقف وسطي استقر بعضهم على أنّ للمبادئ القانونية العامة مرتبة إلزامية تلي القواعد الدستورية وتتقدم على التشريعات العادية ، فالديمقراطية الحقّة تتحدد بأوضح معانيها ضمن المبادئ القانونية العامة ، والمشرع عندما يقرر هذه المبادئ لا يعني أنّها من خلقه ، فهو لا يملك إلاّ تقريرها وليس بوسعها تجاوزها ، بل إنّ التغاضي عنها من جانب المشرع والامتناع عن إقرارها ، لن يؤدي إلى وقف الالتزام بها من جانب القضاء⁽²⁸⁷⁾ ، لذلك فإنّ المشرع يجب عليه أن يستوحي ما يقرره من أحكام من المبادئ العامة .

وبهذا يمكن توفير أكبر ضمانات لحقوق الأفراد وحرّياتهم العامة وفق هذا المنظور ، فيستطيع القاضي إخضاع القرارات الفردية واللائحية لرقابته في الموضوع ، من خلال مطابقة مضمون هذه القرارات ومحتواها للمبادئ القانونية العامة للقانون ، فلا يحول دون رقابته وجود نصوص تشريعية تحصن مثل هذه القرارات ، فيتسنى للمحكمة أنّ تباشر رقابتها على هذه المسائل بالرغم من تلك النصوص المانعة ، لأنّها تتعارض مع مبدأ " ضرورة كفالة حق التقاضي " ، وهو من المبادئ العامة للقانون ، فإنّ تزامم القواعد القانونية يوجب تطبيق القاعدة القانونية الأعلى⁽²⁸⁸⁾ .

وأياً يكنّ الجدل الفقهي المثار حول مرتبة هذه المبادئ ، يمكن القول من وجهة نظر تاريخية أنّ منح القيمة الدستورية للمبادئ العامة ، كان ضرورة لضمانة رقابة مجلس الدولة على لوائح السلطة التنفيذية ، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي القيمة الدستورية لهذه المبادئ باستخدام عبارة " مبادئ ذات قيمة دستورية " ، ومن ذلك أن قال

²⁸⁶ _ د . فؤاد العطار ، القانون الإداري ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص 64 وما بعدها .

_ د . عبد الغني جمعة ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 79 .

²⁸⁷ _ د . سمير تناغو ، النظرية العامة للقانون ، مرجع سابق ، ص 258 .

²⁸⁸ _ د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 116 .

بشأن مبدأ استمرارية المرفق العام أنه مثل حق الإضراب له قيمة دستورية⁽²⁸⁹⁾ ، وفي الاتجاه ذاته سارت المحكمة الدستورية العليا في مصر ، فعدت المبادئ العامة بمرتبة الوثيقة الرسمية ، لذلك يجب على المشرع احترام تلك المبادئ⁽²⁹⁰⁾ ، وعليه قضت بغياب دستورية المادة الأولى من القانون رقم 125 لعام 1981 الذي جاء فيه " انتهاء مدة عضوية نقيب المحامين الحالي ، وأعضاء مجلس النقابة الحالي من تاريخ نفاذ القانون " ، ومرد ذلك تعارض هذه المادة مع مبدأ الحرية النقابية والأسس الديمقراطية ، فقد عطلت هذه المبادئ بحسب ما خلصت إليه المحكمة ، حرية أعضاء النقابة باختيارهم لنقيب المحامين وأعضاء مجلس النقابة ، وأقصتهم عن مناصبهم النقابية في موعد سابق عن الميعاد المحدد لانتهاء مدة العضوية .

والواضح أن الموقف لم يحسم بعد لدى القضاء في سورية ، فعلى الرغم من أن المستقر عليه بحسب الفقه السوري هو أن قوة المبادئ القانونية العامة تكون لها قوة القانون الشكلي " العادي "⁽²⁹¹⁾ ، إلا أن حزمة الأحكام القضائية لدى مجلس الدولة ، لم تعط موقفاً حاسماً بهذا الخصوص .

ولكن من الثابت أن المبادئ العامة تسمو على القرارات الإدارية بنوعيتها ، الفردية واللائحية . ومن ذلك أن ذهبت المحكمة الإدارية العليا بشأن مخالفة الإدارة لمبدأ المساواة بين الموظفين المنتمين للكادر نفسه أن الإدارة لا تقوى على مخالفة هذا المبدأ فيما تصدره من قرارات فردية أو لائحية ، والمستخلص من عدة قوانين لها صفة عامة وقرارات لها صفة تنظيمية⁽²⁹²⁾ .

²⁸⁹ د . صلاح الدين فهمي عبد الغني ، أثر الواقع السياسي في تفسير النصوص الدستورية " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، عام 2010 ، ص 433 .

²⁹⁰ _ حكم المحكمة الدستورية العليا رقم 47 ، السنة القضائية الثالثة ، جلسة 11 مارس من عام 1983 .

²⁹¹ د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " المبادئ العامة " ، مرجع سابق ، ص 57 .

²⁹² _ قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم 54 ، في الطعن 10 ، لعام 1977 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة للأعوام 1965 _ 1990 .

أيضاً ذهب القضاء الإداري فيما يتعلق بالشأن التأديبي ، أن مبدأ التناسب بين العقوبة المفروضة والذنب التأديبي المرتكب ، يسمو على اللائحة الإدارية التي تنص على التدرج في فرض العقوبات الإدارية ، وعلى ذلك أجاز القضاء فرض عقوبة الحسم من الأجر مباشرة دون المرور بعقوبة الإنذار⁽²⁹³⁾ .

وعلى ضوء أحكام أخرى ، يذهب مجلس الدولة إلى المساواة بين المبادئ العامة للقانون والتشريع العادي في القيمة ، ففي هذا السياق ذهبت الجمعية العمومية لدى مجلس الدولة السوري إلى أن " أحكام المرسوم التشريعي ذي الرقم 7 لعام 1972 المعدل ، لا تحول دون إعطاء المفتش في الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش ، عند إعادته إلى ملاك إدارته الأصلية كامل حقه ، بمقتضى القواعد القانونية ومبادئ العدالة والمساواة ، في أن يعود إلى مركزه القانوني نفسه الذي كان فيه ... " ⁽²⁹⁴⁾، ويمكن أن يلتزم ذات التوجه لدى المحكمة الإدارية العليا بشأن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، فقد أضفت هذه المحكمة قيمة القانون المكتوب على المبدأ العام ، فقد قضت بأنه " ليس ثمة ما يشير إلى أن المشرع قصد إلى إبطال تلك الإجراءات أو الغض من شأنها ، وأنه من المسلم به فقهاً واجتهاداً أن إبطالها يحتاج إلى نص صريح يقضي بذلك ، حرصاً على رفض المساس بالحقوق المكتسبة ... ولا يسوغ للتشريع أن يلقي بظلاله على الوقائع التي سبقت نفاذه ، وهو أمر لا يمكن أن يتم إلا بتصريح المشرع نفسه ... " ⁽²⁹⁵⁾ .

ويبدو أن القضاء الإداري السوري قد سجل انتصاراً في حالات عدة لصالح المبادئ القانونية العامة في مواجهة التشريعات العادية ، والميدان الأهم الذي تظهر فيه نية القضاء الإداري السوري لتغليب المبادئ القانونية العامة على القوانين المكتوبة ، كان في الحالات التي قرر فيها المشرع تحصين القرارات الإدارية الصادرة تنفيذاً للقوانين التي يصدرها ، فجاء ردّ القضاء الإداري دون تردد وفي عدة مواضع ، أن هذه النصوص المانعة لا تقضي القضاء عن سماع دعوى الإلغاء من ذوي الشأن بخصوص القرارات التي ألحقت بهم الضرر ، وأكد أن الحصانة

²⁹³ _ قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 2/211 في الطعن 3421 ، تاريخ 14 / 4 / 2004 ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة للأعوام 2001 _ 2004 ، ص 503 وما بعدها .

²⁹⁴ _ رأي الجمعية العمومية رقم 65 ، لعام 1973 ، مجموعة المبادئ للأعوام 1984 _ 1996 .

²⁹⁵ _ قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 29 ، في الطعن 579 ، تاريخ 17 / 3 / 1986 ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة لعام 1986 ، ص 194 وما بعدها .

التي خصّ بها المشرع بعض القرارات الإدارية ، المقصود بها القرارات الإدارية السليمة الخالية من العيوب الجوهرية ، أمّا ما عداها من القرارات المعيبة ، فتغيب عنها الحصانة وتقع تحت رقابة القضاء الإداري الأصلية . ويمكن أنّ يلتبس ذلك من موقف المحكمة الإدارية العليا بخصوص قرارات الاستملاك ، فمن المعلوم أنّ هذه القرارات قطعية بموجب قانون الاستملاك ، ومع ذلك انتهت المحكمة بشأنها أنّ " المشرع إذا ما نصّ على قطعية بعض القرارات واستبعادها من مضمار الخضوع للطعن " كصكوك الاستملاك مثلاً " ، فهو إنّما قصد بذلك القرارات السليمة المبنية على أسس قانونية صحيحة ، وفق الاجراءات المحددة قانوناً لها ، والمبرأة من العيوب الجوهرية ، أمّا ما سوى ذلك من القرارات ، فلا تشملها الحصانة وهي ليست في عصمة من الإلغاء ، وعلى هذا استقر الاجتهاد الإداري⁽²⁹⁶⁾ .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذات الموقف بشأن قرارات لجنة التحكيم الطبية المركزية ، فقد قررت " بحسب أحكام الفقرة /ج/ من المادة 54 من قانون التأمينات الاجتماعية ، يكون قرار لجنة التحكيم الطبية المركزية مبرماً غير قابل للطعن ، ما دامت المدعية لم تنسب إليه عيباً من عيوب الانعدام⁽²⁹⁷⁾ " ، فالفقرة المشار إليها في الحكم ، تنص على أنّ قرارات اللجنة سائلة الذكر ، تصدر مبرمة غير قابلة للطعن ، ومع ذلك فقد رجح القضاء الإداري محددات ومقتضيات مبدأ الطعن بالإلغاء بالرغم من النصوص القانونية المانعة .

وجدير بالذكر أنّ الفقه القانوني قد سجل من خلال سعيه الدؤوب في البحث عن التشريع المثالي والعاقل ، بعض المحطات التي خرج فيها عن المألوف والتقليدي ، فمن المعلوم أنّ الأوعية الدستورية التي تحدد الفلسفة الرسمية للدولة ، تمثل القانون الأعلى للبلاد ، وفي ظلها تندرج القواعد التي ينظمها الهيكل القانوني للدولة ، ومع ذلك انطلق بعض الفقهاء الكبار إلى البحث عن القواعد العليا التي تسمو على القانون المكتوب بما فيه الدستور .

²⁹⁶ _ قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 111 / 2 ، في الطعن 2334 ، لعام 1997 ، منشور في مجلة المحامون لعام 1999 ، الإصدار 1 و 2 .

²⁹⁷ _ قرارا المحكمة الإدارية العليا رقم 536 / 2 في الطعن 937 ، لعام 2004 ، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة للأعوام 2001 _ 2004 ، ص 193 .

المطلب الثاني

ماهية المبادئ العليا من الناحية الفقهية وتطبيقاتها القضائية

تعد مشكلة تحديد القيمة القانونية للمبادئ القانونية العامة من أكثر المسائل تعقيداً وأشدّها خطورة ، وقد سبق وتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن سقف المشروعية يتمثل في القاعدة الدستورية ، فهي الحاجب الذي لا يجوز لقاعدة أخرى أن تعلوه ، غير أنه إذا كان من الأمور المتفق عليها أن المشرع يجب عليه قانوناً أن يحترم أحكام الدستور ، فالسؤال الذي يثار : هل ثمة مبادئ عليا تعلو الدستور ؟ وهل هذه المبادئ العليا موجودة حقاً في الحقل العلمي والتطبيقي ؟

لا يحبز الفقه عادة وجود مبادئ عليا تعلو فوق نصوص الدستور ، ولكن من العسير على الباحث القفز عن هذا الموضوع ، لاسيما وقد نادى به كبار الفقهاء ووقفت عنده توجّهات القضاء ، وسوف نعرض لبحث هذه المشكلة من خلال التالي .

أولاً _ مدلول المبادئ العليا من وجهة نظر الفقه

حاول بعضهم تعريف المبادئ العليا بأنها " مبادئ كبرى تقوم إلى جوار القانون المكتوب ، يعترف بها القضاء لأنها ضرورية لتكملة الصرح القانوني ، الذي يتعين أن تتطور الأمة في نطاقه بمراعاة المنظمات السياسية والاقتصادية للدولة " (298).

فقد ذهب الفقيه الفرنسي دوجي إلى أنه يوجد ما يسمى قانون أعلى ، وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها ، وأن كل تشريعات الدولة _ بما فيها الدستورية _ يجب أن تخضع له ، وهي ملزمة للدولة بالقوة نفسها التي تلزم بها لو

²⁹⁸ _ د . صلاح الدين فهمي عبد الغني ، أثر الواقع السياسي في تفسير النصوص الدستورية " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 429 .

أعلنت هذه المبادئ رسمياً ، ومن أهم ما يترتب على ذلك ، هو أنَّ للقضاء أن يتصدى للتشريعات المخالفة للمبادئ العليا والامتناع عن تطبيقها ، ولو لم تكن في حقيقتها مخالفة للدستور⁽²⁹⁹⁾ .

بمعنى أنه إذا كانت الدولة تنقيد في سلطتها الإدارية والقضائية بالتشريع الذي وضعته ، فإنَّ الدولة في سلطتها التشريعية تنقيد هي أيضاً بقانون أعلى منها ، وتنقيد به أيضاً السلطة التأسيسية واصمة الدستور ، فكل تشريع أياً ما كانت السلطة التي تصدره ، ولو كان الدستور نفسه ، يجب أن يستلهم هذه المبادئ العليا التي تشكل القانون الأعلى غير المكتوب وتتطابق معها ، وأي مخالفة لهذا القانون السامي تجعله غير واجب الطاعة ، فالمبادئ العامة بهذا الوصف تعد مبادئ فوق الدستورية ، ومن ثم لا يكون التشريع باطلاً لمخالفته الدستور فحسب ، بل لمخالفته هذه المبادئ أيضاً ، والأبعد من ذلك أن نصوص الدستور ذاتها ، لا تكون صحيحة إلا بقدر ما تتفق مع هذه المبادئ ، بكونها القانون الأعلى⁽³⁰⁰⁾.

فيرى دوجي أن خصائص القانون الأعلى ، هي إحساس ضمير المجتمع إحساساً قوياً أنها ملزمة للدولة ، وأنها أصبحت ضرورية لكفالة روابط التضامن الاجتماعي ، ولأنَّ هذه القواعد ذات منشأ اجتماعي ، أي تنتج من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة والمتغيرة ، فإنَّ من خصائص هذه القاعدة أيضاً أنها مرنة ، كما أن جزءاً مخالفة هذه القواعد السامية لا يتمثل بجزء قهري مباشر ، فمن المعلوم أن الدولة هي من تملك سلطة القهر ، لذلك ليس من المنطقي بشيء أن تستعمل هذه السلطة ضد ذاتها ، فالجزء تكفله ضمانات أقوى كامنة في قوة الرأي العام لدى شعوب البلاد المتمدنة ، وهي تظهر عند كل انتهاك لحرمة تلك القواعد⁽³⁰¹⁾ .

²⁹⁹ _ د . عبد العزيز سالم ، رقابة دستورية القوانين ، مرجع سابق ، ص 64 وما بعدها .

_ د . أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري ، مكتبة نهضة مصر ، عام 1960 ، ص 597 .

³⁰⁰ _ د . عبد العزيز سالم ، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، عام 2011 ، ص 120 .

³⁰¹ _ د . عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، يناير من عام 1952 ، ص 92 وما بعدها .

_ ويقول دوجي في تبرير هذه القاعدة " لا شك أن المنطق يقضي بأنه إذا تعارض قانون أدنى مع قانون أعلى ، فالقانون الأعلى هو الذي يجب على المحاكم تطبيقه ، ومن ثم تمتنع هذه المحاكم عن تطبيق هذا القانون الأدنى ، فإذا قام تعارض بين التشريع العادي من جهة وبين نصوص الدستور أو نصوص إعلان الحقوق من جهة أخرى ، فلا تستطيع المحكمة أن تطبق التشريع العادي ، كذلك إذا قام تعارض بين نص في الدستور ونص في وثيقة إعلان الحقوق ، وجب على المحكمة أن تطبق النص الثاني وأن تمتنع عن تطبيق النص الأول " .

والذي يستخلص من نظرية دوجي ، أنّ كل تشريع يتعارض مع القانون الأعلى في مبادئه التي تقوم على فكرة التضامن الاجتماعي ، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة ، يعتريه عيب عدم الدستورية ، وبالتالي يكون تشريع باطلاً .

وتأكيداً لما تقدم ذهب بعضهم للقول إنّ وجود القواعد الدستورية في قمة الهرم القانوني للدولة ، لن ينفي خضوعها للقانون ، لأنّه لا بدّ أنّ تكون هنالك قاعدة قانونية ترتكز إليها ، وهذه الأخيرة موجودة خارج النطاق الهرمي ، وهذه القواعد فوق دستورية وتسمو بالتالي على الدستور⁽³⁰²⁾ .

ومن زاوية أخرى ذهبت المدرسة النمساوية التي يرتبط اسمها باسم الفقيه " كلسن " ، في سياق فلسفتها المرتبطة بتفسير المبادئ العليا ، إلى أنّ كل تصرف قانوني يتضمن تخصيصاً لقاعدة أعلى وتضييقاً لقاعدة أدنى ، فكل القواعد القانونية بحسب وجهة النظر هذه ترجع إلى أصل واحد يطلق عليه " norm " ، ويتعذر تطبيق هذا الأصل العام دون إضافة عناصر جديدة عليه لمواجهة الحالات الفردية ، فمثلاً الأصل العام في المساواة ، يخصص إلى حد ما بالقواعد الواردة في الدساتير ، مثل تلك التي تقرر " المساواة في الوظائف العامة مثلاً " ، وبعد أن يتدخل المشرع يزيد من هذا التخصيص قواعد تفصيلية لأحكام الوظيفة العامة ، ويزداد هذا التخصيص بدرجة أكبر بعد أن تصدر السلطة التنفيذية لائحة تنفيذية ، تتضمن الشروط والتفاصيل الجزئية لتنفيذ الأحكام التي يتضمنها كل من قانون الوظيفة العامة ، والدستور ، والأصل العام ، ومن ثم يصل التخصيص إلى آخر درجاته ، عندما يصدر قراراً فردياً بتعيين أحد المواطنين في وظيفة عامة وتولي مهامها ، ويتضح من هذا التدرج أنّ القاعدة القانونية العليا تقيد القواعد الأدنى ، وهي بالوقت نفسه مقيدة بالقاعدة التي تعلوها ، لنصل إلى القمة حيث الأصل العام ، وفي نهاية السلم القرار الفردي .

فإضافة قيود جديدة إلى القاعدة العليا من قبل المشرع أو المنفذ ، هو بمنزلة تخصيص للقاعدة العليا ، وهذه الإضافة إنما تتم باستعمال المشرع أو المنفذ لحريته في تقدير العنصر المضاف ، وهي التي تعرف بالسلطة التقديرية للمشرع أو المنفذ ، وكما هو معلوم فإنّ السلطة التقديرية لا تتم عن حرية مطلقة، بل عن حرية مقيدة ،

³⁰² _ د . ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مقال منشور في مجلة قضايا الحكومية ، العدد الثالث ، عام 1959 ، ص 63 .

فإنَّ كل قاعدة دنيا يتم تخصيصها في نطاق قاعدة عليا تعلوها ، حتى نصل للأصل العام الذي يقيد جميع تصرفات السلطة العامة في الدولة ، وبالتالي سيكون التقييد والتقدير متلازمين ، لا يمكن فصل إحداها عن الأخرى ، بمعنى أنَّ حرية السلطة التأسيسية وحرية السلطة التشريعية في وضع القواعد القانونية ، من نوع سلطة الإدارة التقديرية ، إذ إنَّ هذه الحرية مقيدة بالأصل العام " norm " (303) .

ومن هنا انطلق بعضهم في القول إنَّ المبادئ العليا " القاعدة العليا الضابطة " للدستور ، هي تلك التي لا نجدتها حتى في الدستور ذاته ، إنما توجد خارج الوثيقة الدستورية ، وفي ذات الوقت تعد أعلى من الدستور ، أي يجب أن يخضع لها هذا الدستور ، ويدين باحترامها ، وإنَّ لم تكن مدونة فيه (304) .

وقد اعترض الكثير من الفقهاء على فكرة المبادئ العليا ، بحجة أنَّ منح القاضي الدستوري استخلاص هذه المبادئ من ضمير الجماعة أو من مبادئ الحق والعدل ، أمر يخرج عن مهمته ويكل إليه عملاً تشريعياً ليس من اختصاصه ، إنما هو من اختصاص السلطة التشريعية ، فالقضاء ليس بحاجة إلى مثل هذه النظرية غير المنضبطة ، وإلا انحدر في هوة سحيقة لا يستطيع الخروج منها ، هذا فضلاً عن أنَّه لا يوجد سبيل علمي إلزام القضاء بها (305) .

فهذه النظرية وفق وصف الفقيه هوريو ليست إلا (فوضى مذهبية) ، تفتقد للضوابط الموضوعية ، ويستحيل معها التعرف على المعيار الذي يمكننا من خلاله الاستدلال على المبادئ العليا ، وهي في نهاية المطاف ليست سوى تصور خاص لفكرة الحق والعدل ، ويضاف إلى ذلك صعوبة تحديد قائمة بهذه المبادئ أو القواعد ، وبالتالي صعوبة الوقوف على مضمونها الدقيق ، وهذا سيؤدي بالتبعية إلى فقد وجودها المادي ، وبالتالي

³⁰³ د . سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة السابعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، عام 2006 ، ص 48 وما بعدها .

³⁰⁴ د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور ، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، السنة الثامنة ، العدد الثالث والرابع ، عام 1958 _ 1959 ، ص 70 .

³⁰⁵ د . عبد العزيز سالم ، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية ، مرجع سبق ذكره ، ص 122 .

د . سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، عام 1984 ، ص 37 وما بعدها .

حرمانها من قيمتها الدستورية ، فلا يجوز تقييد سلطة وضع الدستور وتعديله بضوابط لا وجود لها ، فهذه المبادئ وفي مجال القانون الدستوري لا تعدو أن تكون ذات طبيعة سياسية لا قانونية ، ولا تشكل أي قيد لممارسة سلطة وضع الدستور أو تعديله⁽³⁰⁶⁾ .

كما لم يحجم الفقه عن تناول مصدر القاعدة العليا الضابطة أو ماهية المبادئ العليا ، ويمكن لنا في هذا الصدد الوقوف على أهم النظريات ، وهي نظرية التحديد الذاتي ، ونظرية القانون الطبيعي (المذهب الفردي) .

ونتسب نظرية التحديد الذاتي للفقه الألماني الذي استنبطها في القرن التاسع عشر ، وقد حاول رواد هذه النظرية التوفيق بين سيادة الدولة وضرورة خضوعها للقانون ، وبرأيهم أن الدولة لا يمكن تقييدها إلا بإرادتها الذاتية ، وفي هذا تتلخص سيادتها ، بمعنى أن الدولة هي التي تخلق القانون ، ولذلك لا تتقيد إلا بالحدود التي ترسمها ، أو القيود التي تضعها بأيديها⁽³⁰⁷⁾ .

وقد تناول الفقه الفرنسي هذه النظرية بسهام النقد ، ومن أشد المتكرين لها الأستاذ دوجي الذي قال بشأنها " إن قيداً لا يمكن وضعه أو رفعه أو تعديله إلا وفق مشيئة الشخص الذي يوضع ذلك القيد عليه ، ليس قيداً ، وأن القول بأن الدولة يصح وصفها _ في هذه الحالة _ أنها مقيدة بالقانون ، إنما يعد (أي ذلك القول) بمثابة ضرب من ضروب الهذر ، وأن هذه النظرية تؤدي إلى الأخذ بمبدأ مطلق السلطان وتؤدي في الخارج إلى الأخذ بسياسة الغزو والعدوان"⁽³⁰⁸⁾ .

في حين يرى أصحاب نظرية القانون الطبيعي (المذهب الفردي) أن للأفراد حقوقاً ولدت معهم ، وهي لصيقة بهم ولا انفصال لها عنهم ، أي إن الإنسان له حقوق لمجرد أنه إنسان ، ويظل المجتمع محتفظاً بهذه الحقوق التي تنشأ مع نشأة الإنسان ، ولذلك فإن مقام هذه الحقوق ومكانتها تعلو على الدولة ذاتها ، فهي سابقة على

³⁰⁶ _ د . رجب محمود طاجن ، قيود تعديل الدستور " دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي " ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2008 ، ص 143 .

³⁰⁷ _ د . رأفت فودة ، التشريعات الدستورية للسلطة القضائية ووضع أسس تحقيق العدالة وبناء دولة القانون ، مجلة الدستورية الالكترونية ، العدد الثالث والعشرون ، الموقع الرسمي للمحكمة .

³⁰⁸ _ د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور ، مرجع سابق ، ص 19 .

نشأة الدولة ، وعليه ليس من المقبول أن تطل سلطة الدولة هذه الحقوق والحريات الفردية إلا بالقدر اللازم لحماية وضمان حقوق الآخرين وحرياتهم ، وهذه الأفكار هي التي ألهمت رجال الثورة الفرنسية ، فعبّرت عنها وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789 ، ومن أكثر العبارات دلالة " أن الرجال يولدون أحراراً ويظلون أحراراً ومتساوين أمام القانون " (309) .

ويرى الفقيه دوجي أن هذا المذهب لا تستسيغه عقلية العصر الحديث ، فمن الناحية النظرية ، لا يمكن تقبل فكرة أن للإنسان حقوقاً طبيعية قبل نشأته وقبل أن يوجد داخل المجتمع ، ففكرة الحق لا تظهر إلا في الجماعة ، لأنّ تتضمن وجود شخص صاحب حق ضمن المجتمع ، كما أنّه ومن الناحية العملية ، لا تفرض هذه النظرية التزامات إيجابية على الأفراد ، كالعمل أو التعلم ، لا سيما وأنّ البطالة في أعين أنصار هذا المذهب حقاً من الحقوق ، وبالمقابل لا تفرض هذه النظرية أي التزامات على الدولة ، كالتعليم والصحة والمساعدات الإنسانية ، لذلك تلقى هذه النظرية أيضاً معارضة المذاهب ذات النزعة الاشتراكية .

ثانياً _ التطبيقات القضائية للمبادئ العليا

يبقى أمر العمل بالمبادئ العليا وإخراجها إلى دنيا الوجود رهن التطبيق القضائي ، ويمكن القول حيال ذلك إنّ هذه النظرية تلقى مجالها الخصب داخل أقواس المحكمة العليا الاتحادية الأمريكية ، ومرد ذلك الصياغة المرنة المستخدمة في كتابة الدستور الأمريكي ، وعباراته الفضفاضة التي تحتل كثيراً من التأويل والتفسير ، مما جعل الفرصة سانحة لدى هذه المحكمة في رفض الوقوف عند ظاهر نصوص الدستور ، في معرض ممارسة الرقابة على دستورية القوانين ، وخلصت المحكمة إلى أنّ هذه المبادئ أعلى من الدستور ، ويجب أن يلتزم بها المشرع ، وعليه سيكون القانون غير دستوري حتى في حال عدم مخالفته للدستور الأمريكي المكتوب ، وذلك إذا ما تضمن مخالفة هذه المبادئ (310) .

³⁰⁹ د . عبد الحميد متولي ، نفس المرجع ، ص 23 وما بعدها .

³¹⁰ د . السيد علي محمد الغماري ، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، عام 2019 ، ص 68 .

ومن أجل فرض الرقابة على المبادئ العليا ، سلكت المحكمة العليا الأمريكية طريقة بارعة وفريدة ، وقد تجسد ذلك بالتعديل الدستوري الرابع عشر الذي تم إقراره في عام 1868 ، فاستلهمت منه المحكمة ما يسمى بشرط الطريق الواجب قانوناً " **Due process of law** " ، وهو يعني أنّ لا يجوز للولايات أن تضع أو تنفذ قانوناً ، يتضمن إنقاصاً للمزايا أو الضمانات التي ينتفع بها المواطنون ، كما لا يجوز أن يحرم شخص من حياته أو حرياته أو ممتلكاته دون اتباع الطريق الواجب قانوناً .

وقد استخدمت المحكمة هذا الشرط بمناسبات عدة ، كان أبرزها قضية مليوكي ضد مبنسونيا في عام 1890 ، فعبرت عنه " لا يعني الإجراء المطابق للقانون فقط ، بل هو أيضاً إجراء يهدف إلى حماية الحقوق التي يجب على القانون أن يهدف لحمايتها ، والتحقق من أنّ المشرع قد راعى تماماً هذه الحدود التي يفرضها هذا الضمان ، فيجب على القاضي أن يبحث مضمون القانون وأهدافه وماهية المبادئ التي يجب أن يسترشد بها القاضي في بحثه " ⁽³¹¹⁾ ، كما تم العمل بها في أزمة الثلاثينيات ضد القوانين الإصلاحية للرئيس الأمريكي السابق روزفلت ، أو ما يعرف باسم الصفقة الجديدة " **new deal** " ⁽³¹²⁾ ، وبذلك قضت المحكمة العليا في أمريكا منذ أن تبنت هذا الموقف وبصدد معظم القوانين ، فإنّ عدم دستورية الأخيرة لا يعني مخالفتها لقواعد الدستور الصريحة ، بل يعزى لمخالفة هذه القوانين للمبادئ التي تلو الدستور ذاته ⁽³¹³⁾ ، أي أنّها لم تتبع الشرط الدستوري " الطريق الواجب قانوناً " .

كما ذهبت المحكمة الدستورية في ألمانيا إلى اعتناق المبادئ العليا غير المكتوبة ، من أجل حماية المبادئ الحرة التي يقوم عليها النظام البرلماني في ألمانيا لمواجهة المرحلة الديكتاتورية إثر وصول هتلر للحكم ، كما عدت هذه المبادئ بالذات تفرض نفسها على الدستور ، مما أمكنها من التدخل إلى حد ما في الحكم على ملائمة

³¹¹ _ د . السيد علي محمد الغماري ، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري " دراسة مقارنة " ، نفس المرجع ، ص 69 .

³¹² _ جيروم أد بارون ، توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري " المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي " ، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، الطبعة الثانية ، عام 1998 ، ص 147 وما بعدها .

³¹³ _ د . علي السيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر " دراسة مقارنة " ، دار الجامعات المصرية ، عام 1978 ، ص 232 .

التشريع ، ويمكن تسويق سلوك المحكمة بحرصها على الدفاع عن المبادئ الحرة في مواجهة احتمال تكرار تعرضها للانتهاك مستقبلاً بعد انتهاء تلك المرحلة الديكتاتورية⁽³¹⁴⁾.

أمّا عن المجلس الدستوري الفرنسي ، فلم يسجل سابقة تنبئ عن تبنيه للمبادئ العليا كما هو حال المحكمة الاتحادية العليا في أمريكا ، والمحكمة الدستورية في ألمانيا ، إلا أنّ هذا المجلس غالباً ما يستعين بكتلة دستورية أسهمت في تقديم حلول مثلى عبر تاريخه الطويل ، وذلك بصدد الكثير من القضايا غير المنصوص عليها صراحة⁽³¹⁵⁾، فقد سبق وأن استقر القضاء الدستوري الفرنسي على جملة من القواعد التي تقدم له يد العون فيما يصدره من أحكام ، وتضم هذه المجموعة الدستورية⁽³¹⁶⁾ :

1_ المبادئ المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية

2_ المبادئ العامة للقانون 3_ المبادئ المسيرة لروح العصر ، وهي التي أشارت إليها مقدمة دستور 1946 ، والدستور الحالي لعام 1958 .

وقد سار المجلس على أنّ هذه الكتلة الدستورية تعد المنطلق الأساسي في معرض ممارسة الرقابة على التشريعات عموماً ، وهذا ما توضح في حكمه رقم 54 _ 74 ، والصادر في 15 يناير من عام 1975 ، فقد قرر أنّ أحكام القانون المتعلق بالإجهاز الطوعي ، لا تتعارض مع مبادئ الدستور ، بعد أنّ استند في حيثيات حكمه إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن ، والمبادئ الأساسية التي تقرها قوانين الجمهورية ، وديباجة دستور 1946 ، ودستور 1958⁽³¹⁷⁾ ، وفي حكم له⁽³¹⁸⁾ صدر في 12 يناير من عام 2012 ، أعلن عدم

³¹⁴ _ مهدي رجال ، المبادئ العامة للقانون في نطاق الحقوق الإدارية " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 241 .

³¹⁵ _ د . السيد علي محمد الغماري ، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص 71 .

³¹⁶ _ د . عيد أحمد الغفلول ، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد الدعوى الدستورية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2004 ، ص 33 وما بعدها .

³¹⁷ _ منشور على الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الفرنسي

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1975/7454DC.htm>

³²⁷ _ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2000

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2001455DC.htm>

دستورية المادة 107 من قانون التحديث الاجتماعي لعام 2011 ، ومستند ذلك مخالفته للمبادئ الاقتصادية والاجتماعية المستنبطة من دستور عام 1946 .

وعلى صعيد قضائنا العربي ، فإنَّ الأمر يجد ضالته في بعض الأحكام التي أشارت إلى هذه المبادئ العليا ، وأقصى ما وصل إليه مجلس الدولة السوري في هذا الشأن هو اجتهاد حديث نسبياً صدر عن الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع ، وقد كان ذلك في قضية تتلخص وقائعها ، في مدى جواز قيام الإدارة بإعفاء العامل لديها من المبلغ المحكوم به بالتضامن والتكافل معها ، وما يهمننا من هذا الحكم هو الجزئية التي تناولت المبادئ العليا ، فقد جاء فيها " ... مما لا شك فيه بأنه ليس هنالك اعتبارات عادلة أكثر من الاعتبارات التي تقررها مناطق الأحكام القضائية القطعية ، إذ أنَّ القضاء الذي يعتبر الفصيل العادل فيما حكم به ، عندما يقول كلمته الأخيرة يكون قد راعى بحسبانه جميع الاعتبارات لمختلف الأطراف وفقاً للقواعد القانونية النافذة والمستمدة من القواعد الدستورية العليا ... "(319).

فعلى ضوء هذا الحكم لا يمكن التسليم بأنَّ القيمة القانونية للمبادئ العامة تعد فوق مستوى نصوص الدستور ، بل هو توجه قضائي يشعر بأنَّ مكانة هذه المبادئ توازي مرتبة النصوص الدستورية .

في حين بدت المحكمة الدستورية العليا في مصر أفصح تعبيراً عن المبادئ العليا ، فعلى الرغم من أنَّ هذه المحكمة عبرت عن تمسكها بنصوص الدستور في أثناء رقابة دستورية القوانين⁽³²⁰⁾، غير أنَّ سجلات المحكمة تبين لنا واقعة ذات توجه يناقض ما انتهت إليه ، ففي مرحلة ما بعد انتهاء ثورة 1952 ، انتهت المحكمة فيما يتعلق بنص المادة 91 من دستور 1956 ، أنَّ المبادئ العليا فوق كل اعتبار، وتناولت المادة المذكورة تحصين قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في 18 / 11 / 1953 ، والقاضي بمصادرة أموال أسرة محمد علي وممتلكاتها

³¹⁹ _ رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع ، رقم 435 ، تاريخ 1997/5/20 ، مجموعة المبادئ للأعوام 1996 _ 2000 ، ص 170 وما بعدها .

³²⁰ _ حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر ، القضية رقم 3 لسنة 1 قضائية ، جلسة بتاريخ 26 أبريل عام 1960 ، حيث انتهت إلى أنَّ " الرقابة على دستورية القوانين تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه ، ولها مقام الصادرة بين قواعد النظام التي يتعين التزامها ومراعاة ما يخالفها من تشريعات ، باعتبار أنَّ نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ، وباعتبارها أسمى القواعد الآمرة " .

، وبالرغم من ذلك فإنَّ هذا النص لم يقيد المحكمة الدستورية التي طبقت في أضيق الحدود ، فرفضت تجريد الأسرة من الممتلكات التي باسروها سواء في تكوينها أو إنمائها ، وكان ذلك إعمالاً للمبادئ العليا التي تصون وتحمي حق الملكية⁽³²¹⁾ .

والرأي لدينا أنَّ هذه المبادئ اعتنقها المشرع الدستوري صراحةً وضمناً بين ثنايا الوثيقة الدستورية ، وحجزت لنفسها مركزاً مرموقاً في سلم المشروعات ، فغالبية القواعد الدستورية _ لاسيما تلك الشائعة في حياة الدول والمجتمعات القانونية _ هي خلاصة هذه المبادئ ، وبمنزلة قوننة لهذه المبادئ ، لذلك أخذت قيمة القاعدة الدستورية بوصفها مادة من مواد الدستور ، وليس بعدها مبدأ عاماً .

فلا يمكن للمتبع إنكار الطابع العالمي للكثير من هذه المبادئ والذي حط أثره في الدساتير الوطنية ، ومن الأمثلة الحيّة التي تتعلق ببحثنا ، مبدأ سيادة القانون ، الذي تجاوز حدود الدول المختلفة بنظمها القانونية المتنوعة ، وهذا الامتداد الواسع للمبدأ حرصت اللجنة الدولية في مؤتمر دلهي لعام 1959 على تأكيده ، فقد خلصت في تعريفها لمبدأ سيادة القانون بأنَّه " مجموعة المبادئ والنظم والإجراءات التي إن لم تتطابق فإنَّها تتشابه ، والتي أظهرت التجربة والتقاليد القانونية في دول العالم المختلفة _ سواء من حيث التركيب السياسي أو الأساس الاقتصادي _ أنَّها لحماية الفرد من الحكومة المستبدة ، والتي تعينه على أن يتمتع بكرامة الإنسان"⁽³²²⁾ .

وبين التعريف المشار إليه مدى اعتبار مبدأ سيادة القانون من المبادئ القانونية العامة التي تشكل تراثاً مشتركاً بين أنظمة العالم القانونية .

أمَّا ما يطفو على السطح من مبادئ جديدة تتطوي على حساسية وأهمية تستوجب إقحامها في الوثيقة الدستورية فلا ضير في ذلك لطالما أنَّ طبيعتها تستوجب هذه المكانة ، بمعنى أنَّها تنزل منزلة القاعدة الدستورية عبر

³²¹ _ د . عوض محمد المر ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، الإسكندرية ، مركز رينيه جان ديبوي للقانون والتنمية ، عام 2003 ، ص 55 .

³²² _ د . محمد عصفور ، سيادة القانون " الصراع بين القانون والسلطة في الشرق والغرب " ، القاهرة ، عام 1961 ، ص 4 .

أكسائها ثوب المادة الدستورية من خلال تعديل دستوري تصبح بموجبه هذه المبادئ من عائلة الوثيقة الدستورية ونصاً من نصوصها ، وهذا ما يحقق السمو الشكلي والموضوعي للدستور .

أمّا في الحالات العادية فاستقر الحال بأن يقوم القاضي الإداري بخلق هذه المبادئ بغية التوصل إلى قانون كلي متكامل وسدّ الفراغ التشريعي ، ثمّ تمتد رقابته إلى مدى احترام الإدارة لها على أنّها مصدر من مصادر المشروعية ، فيكفي أنّ يكون لها منزلة مساوية للتشريعات العادية .

أمّا الاتجاهات المنادية إلى منحها قيمة تفوق الوثيقة الدستورية وتعلو عليه ، فهي محفوفة بالمخاطر وتوسم بالاضطراب والفوضى التشريعية ، فالغاية الجوهرية من مبدأ تدرج القواعد القانونية هي ربط عناصر النظام القانوني بقاعدة معينة ، ومن ثمّ تجميع هذه الأعمال حول هذه القاعدة ، وهذا ما تمّ وتحقيق من خلال سمو الوثيقة الدستورية على كل ما عداها ، فلا سبيل للنيل من مكانة الدستور بكونه الأب والمصدر الأعلى لسائر القواعد والقوانين والأنظمة الإدارية والقانونية الموجودة في الدولة⁽³²³⁾ ، وبغير ذلك سيتعذر الوصول إلى الاستقرار التشريعي ومعه الأمن القانوني .

³²³ د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص 7 .

الخاتمة :

إن انتشار الأفكار الديمقراطية دفع بالفقه الحديث للبحث عن الأساليب التي من شأنها اشتقاق وتجسيد مجموعة المبادئ والقيم المتكاملة الكفيلة بوضع تلك الأفكار موضع التطبيق العملي وتجسيدها ، لذلك تحددت الرؤى القانونية في ضرورة تقنين المنطلقات التي حملها فلاسفة عصر الأنوار وصياغتها ، فالصياغة القانونية لتطلعات الشعوب في الدساتير الحديثة ما هي إلا تجسيد وإقرار للقيم النبيلة التي شَعَّ نورها في عصر النهضة ، بحسبان أن القواعد المثلى هي في حقيقتها نظام حكم ومنهج لإدارة أوجه الاختلاف والمصالح ، غير أن ممارستها على أرض الواقع تبقى مسألة نسبية تقاس بمدى إدراك مرتكزات الدولة القانونية وتشبيدها .

فالثابت أن البنيان القانوني لدولة القانون إنما يركز على مبادئ أساسية ترتبط ببعضها ارتباطاً وثيقاً ، حتى يمكن القول إن كل مبدأ يتفرع عن الآخر ويقود إليه ، وهذه المبادئ تتجسد في مبدأ سمو الدستور ، ومبدأ المشروعية، ومبدأ الفصل بين السلطات ، ومبدأ تدرج القواعد القانونية ، حيث تجد هذه المبادئ منطلقها وسندها القانوني في قواعد الدستور ونصوصه السامية .

ولأن القواعد القانونية داخل الدولة متعددة ومتنوعة تبعاً لإجراءات وجهة إصدارها ، فقد كانت النتيجة المنطقية لهذا التباين أن تتوزع النصوص القانونية في مستويات متفاوتة وأن لا تتمتع بالقيمة القانونية ذاتها ، ولذلك فإن مبدأ تدرج القواعد القانونية يعني العلاقة الصحيحة بين هذه القواعد ، فالقاعدة الأدنى تستمد صحتها ومشروعيتها من القاعدة الأعلى .

وتأسيساً على ذلك يُظهر المشرع نيّته في ترسيخ دولة القانون بالاعتراف بسمو الدستور ، ويرسي تدرجاً بينه وبين القواعد القانونية التي تليه مباشرة في الدرجة متمثلة في قواعد القانون الدولي والقوانين العادية واللوائح الإدارية .

ولضمان احترام هذا التدرج تم تأسيس الرقابة الدستورية التي تعنى بمهام جوهرية بموجب الدستور ذاته ، سواء كانت هذه الرقابة سياسية أم قضائية ، فبموجبها يتم حماية الدستور وضمان سموه وبالتالي ضمان حقوق وحريات المواطنين ، وهذا ما يضمن قيام المؤسسة التي تمثل الشعب بممارسة عملها على أسس صحيحة متوافقة مع الدستور، كما أن من أهم المؤسسات الحقوقية إضافة للدعوى الدستورية نذكر دعوى الإلغاء التي تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية بمفهومه الضيق

ومن جانب آخر فإن مسيرة العلاقات الدولية التي قطعت أشواطاً طويلة عبر الزمن ، جعلت الحاجة ملحة للتحرر من القيود العرفية واستبدالها بنظام قانوني مرن يمنحها قدرة التأقلم والانسجام مع المعطيات الدولية المتغيرة ، فكانت الفرصة سانحة أمام المعاهدات الدولية لتقف على هرم الأدوات النازمة للعلاقات الدولية .

وقد اهتم الباحثون بدراسة المعاهدات الدولية بهدف الكشف عن تأثيرها ليس فقط في ميدان التعاون لتحقيق السلم والأمن الدوليين ، بل بما تقرضه على المشرع الوطني من واجب تبيان الآليات المناسبة لإنفاذ المعاهدة الدولية في التشريع الوطني ، فضلاً عن تحديد الوضع القانوني المناسب لها في سلم تدرج القواعد القانونية .

ولا ينبغي إغفال الإشارة إلى أثر العرف في حال وجود ثغرة قانونية أو في حال نقص كفاية النص ، إضافة إلى المبادئ القانونية العامة التي يستنبطها القضاء كي تكون مستنداً لحماية الحقوق والحريات العامة ، لاسيما في حال تعرض البلاد إلى ظروف استثنائية يتعذر معها (إن لم نقل يستحيل) على السلطة التنفيذية التقيد الحرفي بنصوص القانون .

وفي نهاية صفحات هذا البحث، فإنه من المهم أن يصار إلى إدراج أبرز النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال تحليل اجتهادات القضاء وآراء الفقه ، في كل من فرنسا وسورية ومصر، يليها أهم المقترحات التي يأمل الباحث أن تلقى قبولاً من قبل المهتمين بالشأن القانوني .

أولاً - النتائج :

1- استطاع كلسن تجذير مبدأ دولة القانون بافتراضه الوسيلة الفعالة لبسط سيادة القانون ، لذلك تعد النظرية المحضة بمنزلة الأساس النظري الشكلي لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، إذ تشترط هذه النظرية وجود هرم قانوني داخل الدولة ، بحيث يكون النظام القانوني في هذه الدولة على صورة نظام سنني يتكون من طبقات متسلسلة، وتستمد كل قاعدة أساس صحتها من تلك التي تعلوها في الدرجة ، والسنة الأساسية هي القاعدة الأساسية في هذا النظام القانوني .

2- إن كينونة مبدأ تدرج القواعد القانونية تنحدر من روح مبدأ الفصل بين السلطات وتلازم مفاهيمه وفحواه ، فلم يكن هذا المبدأ مجرد أفكار سياسية وأعمال فلسفية بقيت حبيسة التصورات النظرية ، بل أثبتت الدراسات أن جذور المبدأ تمثل في حقيقة الأمر مقدار الارتقاء الذي احتوى مقاصده منظرو دولة القانون ، وشكل التربة الخصبة لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، فبفضله تم إحاكة الخطوط العريضة لمعايير المبدأ ، وإدراك المعنى السديد لمفهوم المشروعية .

3- يستند مبدأ تدرج القواعد القانونية إلى عدة معايير يمكن من خلالها تحقيق ترتيب القواعد القانونية ، ويأتي على رأسها وفي مقدمتها المعيار الشكلي أو العضوي ،

وبموجب هذا المعيار تدرج القاعدة في مرتبة تتناسب مع مكانة السلطة أو الهيئة التي أصدرتها .

وارتباطاً بما سبق ، تعطي القواعد الدستورية قمة الهرم القانوني لكونها صادرة عن السلطة التأسيسية ، وتليها القوانين العادية التي تنهض بإصدارها السلطة التشريعية ، فمن المعلوم أن الأخيرة تجسد مبدأ السيادة الشعبية وتضم ممثلي هذه الإرادة ، وهي السلطة المختصة دستورياً بصناعة التشريعات الوطنية ، في حين تستقر اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية في قاع الهرم القانوني .

أما المعيار الثاني فهو المعيار الموضوعي أو المادي ، والذي يعتمد على مضمون القاعدة بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى ، وعليه تصدر القاعدة الأدنى محددة للقاعدة الأعلى منها وتعتبر تنفيذاً لها .

وثمة معيار احتياطي يعرف بمعيار المرتبة الإلزامية للقاعدة القانونية ، فبحسب ما يرمي إليه هذا المعيار أن القوة الإلزامية للعمل تقتزن كقاعدة عامة بطبيعته القانونية ، إلا أنهما لا يتلازمان حتماً ، إذ يستطيع المشرع أن يعدل من قوة هذا العمل والتي تتحدد على ضوء بنيته القانونية ، كأن يعلو بقوة لوائح الضرورة إلى قوة القانون تقديراً منه لخطورة ومقتضيات الظروف الاستثنائية .

4_ عندما نسقط الرسم البياني أو المخطط الهرمي الذي رسمه الفقيه النمساوي كلسن على الدساتير الحالية ، نجد أن التدرج غير صالح إلا بالنسبة لبعض القواعد القانونية دون بعضها الآخر ، فالتطبقات القانونية باتت اليوم غير متجانسة بفعل تعدد طرق سن التشريع من الناحية الشكلية وتعدد الظروف المحيطة بإصدار القاعدة القانونية، ويمكن أن نشاهد ذلك في حالة ما إذا ارتقى المشرع الدستوري بمرتبة اللائحة لتصل إلى مرتبة القانون العادي ، لذلك يصار للجوء إلى معيار المرتبة الإلزامية للقاعدة القانونية ، وكذلك الأمر فيما يخص التفرقة بين القوانين العضوية والقوانين العادية ، حيث أن لهذه التفرقة دورها في رسم مبدأ تدرج القواعد القانونية ، فعلى الرغم من أن كلا النوعين من القوانين تضعه السلطة التشريعية ، إلا أن تطبيق المعيار الشكلي أدى إلى جعل القوانين العضوية أعلى مرتبة من القوانين العادية ، وذلك بالنظر إلى الإجراءات المتبعة في إصدار كل منهما ، وهذا ما يؤكد لنا أن مبدأ تدرج القواعد القانونية ليس بتلك البساطة التي تصورها كلسن .

5 _ يلعب مبدأ تدرج القواعد القانونية دوراً مهماً وفاعلاً في تجسيد دولة القانون ، حتى يقدم الضمانات الأكيدة لخضوع كل أعمال السلطات العامة للقانون ، وذلك من خلال القيود التي يضعها و الجزاءات التي يربتها ، بالتالي يحقق الغاية الأسمى من مبدأ المشروعية ، والتي تتمثل في تأطير وتقييد سلطة الدولة عن طريق القانون في تدرجه من القاعدة الأعلى إلى القاعدة الأدنى .

6_ تعد المعاهدات الدولية الأداة القانونية المثلى لضبط وحماية الشؤون والقضايا الدولية بعد أن كان العرف الدولي هو المصدر الوحيد للقانون الدولي ، وأمام ذلك التوسع السريع وسطوع نجم المعاهدات الدولية ، واهتمامها بكل جوانب حقوق الإنسان وعدّ قواعدها قواعد آمرة ، وظهور ما يسمى بالعولمة التي انحصرت وتراجعت أمامها السيادة الوطنية ، كل ذلك جعل من المكانة السامية التي تشغلها القواعد الدستورية في هرم تدرج النصوص القانونية محل نظر القضاء والفقه الدولي ، وهو الموقف الذي تبنته محكمة العدل الدولية برفضها منح القواعد الدستورية قيمة قانونية تفوق المعاهدات الدولية مؤكدة سمو الأخيرة على الدساتير الوطنية ، فلا يجوز لأي دولة بحسب القضاء الدولي أن تتمسك بإحكام دستورها للتحلل من الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي والمعاهدات الدولية سارية المفعول ، وهو الموقف الذي تبنته قلة من الدول .

7_ تسمو أحكام الدستور على المعاهدات الدولية ، ومناطق ذلك هو سمو الإرادة الشعبية بافتراضها مصدراً لجميع السلطات الوطنية ، ويمكن القول إنه بالرغم من اختلاف الأنظمة القانونية في التفصيلات ، إلا أن الوثائق الدستورية تضم بين ثناياها أوجه الالتقاء بين الدول ، وتقوم الأنظمة القانونية في هذه الدول على ضرورة ضمان الحقوق الأساسية ومبادئ ودولة القانون .

بل أكثر من ذلك فقد اكتسب القانون الدستوري أهمية دولية بافتراض أن الدستور ليس مجرد قاعدة قانونية داخلية، بل يعد الآلية التي تمكن الدولة من التعبير عن إرادتها فيما يخص شتى المعاهدات والالتزامات الدولية ، ويؤدي أي انتهاك لأحكامه إلى عيب في رضا الدولة .

8_ تخرج التعليمات والتوجيهات التي يصدرها الرؤساء الإداريين على مستوى البنى الإدارية المختلفة عن دائرة اللوائح الإدارية ولا ترتقي إليها ، فالمنشورات المصلحية تنتشر داخل البيت الداخلي للإدارة ، إذ تهدف إلى تسهيل تنفيذ مقاصد المشرع من القواعد القانونية ، لذلك تلزم الموظفين ، ولا تلزم المواطنين .

خلافاً للوائح الإدارية التي تعد قوانين بالمعنى الموضوعي ، اقتضت الظروف التسليم بحق إصدارها من قبل السلطة التنفيذية ، وبالتالي تعد واحدة من عناصر البناء القانوني في الدولة الحديثة ، ومصدراً من مصادر المشروعية .

9_ تكفل فكرة المبادئ العامة للقانون _ بما تحتويه من قواعد _ للقضاء إمكانية رفق النظام الحقوقي بمبادئ العدالة والإنصاف ، فهي تمثل مصدراً ذاتياً للمشروعية ، وتعزز من دعائم الدولة القانونية ، لا بل إن البعض يجنح لتسمية هذه المبادئ بالمبادئ فوق دستورية ، بالنظر إلى فحواها وأهدافها وقيمتها ، لذلك كان موضوع تحديد القيمة القانونية لهذه المبادئ من أعقد المسائل التي رافقت هذه النظرية وأكثرها خطورة .

إلا أن الباحث توصل إلى نتيجة مفادها أنه من غير المقبول التسليم بأن لهذه المبادئ قوة أعلى من الدستور أو من التشريع العادي ، فالقاضي يحكم ولا يشرع ، وإذا كان للقاضي الدستوري سلطة إلغاء القوانين المخالفة للدستور ، إلا أن هذا العمل يقتصر على سلطة الإلغاء ولا يتعداها إلى سلطة التعديل .

ثانياً _ المقترحات :

1_ يؤكد الباحث على ضرورة تفسير نصوص المعاهدة الدولية بما يتفق مع الدستور نصاً وروحاً ، كما يؤكد على أن يأخذ المشرع الوطني ذلك في الحسبان في معرض إقرار المعاهدات الدولية ، فيسعى إلى احترام قواعد القانون الدولي دون الإخلال بالنظام العام في الدولة .

2_ أمام الضغوط المتزايدة التي يفرضها تطور العلاقات الدوليّة وتوسعها ، يرى الباحث أن يصار إلى تضمين الوثيقة الدستورية مبادئ يتم الاستناد إليها في وضع حلول تنسيقية بين القانون الدولي والقانون الوطني .

3_ لابدّ من تفعيل الضمانات المقررة لحقوق وحريات الأفراد في مواجهة السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية ، وهذا يحتاج بدوره إلى تفعيل دور القضاء الدستوري والقضاء الإداري من خلال الدعوى الدستورية المباشرة ضد أعمال السلطة العامة ، على أن يكون لهذه الدعوى الصفة الاحتياطية ، فلا يتم اللجوء إليها إلا بعد استنفاد طرق المراجعة أمام القضاء التخصصي .

4_ لا يمكن أن تكون الحركة التجديدية العامة في معرض صناعة التشريع معزولة الأصداء عن الأصول والثوابت المتجسدة في مسلك عيش مجتمعات دول العالم الإسلامي وعاداته وأساليه ، فالدعوة الدستورية واضحة للمشرع الوطني في أن يستلهم ركائزه ويستقي أحكامه من الفقه الإسلامي ، لذلك يؤكد الباحث على ضرورة قراءة مبادئ الشريعة الإسلامية قراءة تعكس مرونتها ومدى قابليتها للمعاصرة والتقنين ، وإن دلالة هذا الأمر تكمن في حقيقة انسجامها وتناغمها مع ما توجبه ظروف الصحة الاجتماعية والسياسية ، وقد يكون سعي القاضي الوطني لاستنباط هذه المبادئ وتكريسها عبر مبادئ قانونية خير وسيلة تبعث الروح في الدعوة المشار إليها .

5_ لا يرى الباحث مسوغاً للقول بوجود قواعد ما فوق دستورية يتعين على المشرع الدستوري كما يرى بعضهم احترامها ، ويرى الباحث أن حل هذه الإشكالية يتجسّد في تأسيس نصوص الدستور بما يتناسب مع مبادئ العدالة والإنصاف ، بل تضمين الوثيقة الدستورية هذه الوثائق سواء بصورة صريحة ، أو بصورة ضمنية ، وهذا سيسر العمل على القضاء الدستوري ، بحسبان أن معيار الرقابة الذي يستند إليه هذا القضاء هو الوثيقة الدستورية .

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

- د . السيد صبري ، مبادئ القانون الدستوري ، الطبعة الرابعة ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، سنة 1949 .
- علي الدين زيدان ، محمد السيد ، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري ، الجزء الثالث ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، عام 2005 .
- د إبراهيم شيحا ، النظم السياسية والقانون الدستوري " دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني " ، دار الجامعة ، بيروت ، بلا تاريخ .
- د . أبو الخير عطية عمر ، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .
- د . أحمد إسكندري ، محاضرات في القانون الدولي العام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 .
- د . أحمد أبو الوفا ، الوسيط في القانون الدولي العام ، الطبعة السادسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2016 .
- د . أحمد رفعت ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر .
- د . أحمد سرحال ، في القانون الدستوري والنظم السياسية " الاطار _ المصادر " ، الطبعة الأولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 2002 .
- د . أحمد سرحان ، قانون العلاقات الدولية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 1990 .
- د . أحمد عبد الحليم شاكر علي ، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي ، دار الكتب الوطنية ، عام 2006 ، ص 77 .

- د . أحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري ، الطبعة الثانية ، دار الشروق ، القاهرة ، عام 2002.
- د . أحمد كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري ، مكتبة نهضة مصر ، عام 1960.
- د . أحمد مدحت علي ، نظرية الظروف الاستثنائية " ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، عام 1978.
- د . أشرف عزت أبو حجازة ، مبدأ قابلية القانون للتطبيق الفوري والمباشر وأوليته على القوانين الوطنية للدول الأعضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2005 .
- د . أمين عاطف صليبا ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون " أطروحة دكتوراه " ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس بيروت ، تاريخ 2002 .
- د . بكر القباني ، الرقابة الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1965.
- د . ثروت بدوي ، النظم السياسية " تطور الفكر السياسي والنظرية العامة للنظم السياسية " ، (الكتاب الأول) ، الطبعة 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1961 .
- __ الأنظمة الدستورية في مصر ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1969 .
- د . جابر جاد نصار ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، عام 1998.
- د . حازم عتلم ، القواعد الدولية الخاصة بالحقوق الأساسية للإنسان أمام المحاكم الوطنية ، مجلس الدولة المصري ، الألفية الجديدة ، الجزء الأول ، القاهرة ، أكتوبر عام 2002.
- د . حامد سلطان ، القانون الدولي العام وقت السلم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة السادسة ، عام 1976 .
- د . حسام الدين كامل الأهواني ، أصول القانون ، مطبعة أبناء وهبة حسان ، القاهرة ، عام 1988.

- د . حسان محمد شفيق العاني ، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة " ، جامعة بغداد " كلية القانون والسياسة " ، مطبعة جامعة بغداد ، عام 1986 .
- د . حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط 1 ، دار السنهوري ، بغداد ، دون سنة نشر .
- د . حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، الطبعة الخامسة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، عام 1984 .
- د . حسن مصطفى البحري ، القانون الدستوري " النظرية العامة " ، الطبعة الأولى ، الجامعة الافتراضية السورية ، عام 2021 .
- د . حسين حنفي ، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، عام 2004 .
- د . حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، عام 2010 .
- د . دولة خضر خنفر ، في الطغيان والاستبداد والديكتاتورية " بحث فلسفي في مسألة السلطة الكلية " ، الطبعة الأولى ، دار المنتجب العربي للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 1995 .
- د . رامز محمد عمار ، حقوق الانسان والحريات العامة ، الطبعة الأولى ، دون ناشر ، بيروت ، عام 1996 .
- د . رامز محمد عمار ، د نعمت عبد الله مكي ، حقوق الإنسان والحريات العامة ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2021 .
- د . رجب محمود طاجن ، قيود تعديل الدستور " دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي " ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2008 .
- د . رقية المصدق ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية " إرشادات منهجية مع معالجة نموذجية لبعض المواضيع " ، دار توبقال للنشر ، الدار البيضاء ، عام 1986 .

د . رمزي طه الشاعر ، الوجيز في القانون الدستوري ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، عام 1958.

د . رمضان محمد بطيخ ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري في النظم الوضعية الإسلامية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1994 .

د . زين العابدين بركات ، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن ، دار الفكر ، دمشق ، عام 1974.

د . سام دله ، مبادئ القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، منشورات جامعة حلب ، كلية الحقوق ، عام 2002 .

د . سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، عام 2013 .

د . سعد عصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 1980.

د . سعيد سليمان جبر ، د . محمود سامي عبد الصادق ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الأولى ، كلية التجارة ، جامعة القاهرة_، دون سنة نشر .

د . سعيد نحيلي ، القانون الإداري " المبادئ العامة " ، الجزء الأول ، منشورات جامعة البعث " كلية الحقوق " ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية في جامعة حلب ، عام 2013 .

_ القانون الإداري " النشاط الإداري " ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، عام 2016 .

_ د . سعيد بو الشعير ، النظام السياسي الجزائري " دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996 ، السلطة التنفيذية " ، الجزء الثالث ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، عام 2013.

د . سليمان محمد الطماوي ، السلطات الثلاث في الدساتير العربية والمعاصرة وفي الفكر الإسلامي ، دار الفكر العربي ، عام 1967.

_ النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة السادسة ، مطبعة جامعة عين شمس ،
عام 1991.

_ النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، دار الفكر العربي ، عام 1957 .

_ النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة السابعة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،
عام 2006 .

_ النظرية العامة للقرارات الإدارية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،
عام 1984 .

د . سليمان مرقس ، شرح القانون المدني " المدخل للعلوم القانونية " ، القاهرة ، المطبعة العالمية ،
عام 1967.

د . سمير خيرى توفيق ، مبدأ سيادة القانون ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، عام 1978 .

د . سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 1974 .

طارق البشرى ، الوضع القانوني بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الطبعة الثانية ، دار
الشروق ، القاهرة ، عام 2005.

د . طعيمه الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة القاهرة الحديثة ، عام
1973.

_ القانون الإداري " دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة " ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ،
عام 1970 .

د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، الكويت ، عام
1973.

د . عبد الرحمن رحيم عبد الله ، محاضرات في فلسفة القانون ، ط 1 ، جامعة صلاح الدين ، أربيل ،
عام 2000.

- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، علم أصول القانون " خلاصة المحاضرات التي أُلقيت على طلاب السنة الأولى بكلية الحقوق في علم أصول القانون كمقدمة تمهيدية لدراسة القانون " ، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر ، عام 1936 .
- _ مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الثالثة ، يناير من عام 1952 .
- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري باشا ، د . أحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، 1950.
- د . عبد العزيز سالم ، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، عام 2011.
- د . عبد الغني جمعة ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 2005.
- د . عبد الكريم عوض خليفة ، أحكام القضاء الدولي ودورها في إرساء قواعد العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، عام 2009.
- د . عبد الله طلبة ، القانون الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الخامسة ، مطبعة دار الكتاب ، دمشق ، عام 1992.
- د . عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان ، النظم السياسية ، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، عام 1998 .
- د . عثمان عبد الملك الصالح ، السلطة اللائحية للإدارة ، كتيب من إصدار مجلة الحقوق والشريعة في جامعة الكويت ، عام 1977 .
- د . عدنان القوتلي ، الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة جامعة دمشق ، عام 1957 .
- د . عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 2004.

- د . عز الدين فودة ، الدور التشريعي للمعاهدات في القانون الدولي ، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 22 ، عام 1971.
- د . عصام الدبس ، القانون الدستوري " القسم الأول " ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، عام 2011 .
- _ القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة " دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، عام 2010 .
- د . علي السيد الباز ، الرقابة على دستورية القوانين في مصر " دراسة مقارنة " ، دار الجامعات المصرية ، عام 1978 .
- د . علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 1985 .
- د . علي عبد القادر قهوجي ، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة نشر ص 95.
- د . عمر حسن عدس ، مبادئ القانون الدولي العام المعاصر ، مطبعة التوجيهي للتصوير العلمي ، القاهرة ، عام 1992 .
- د . عوض محمد المر ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، الإسكندرية ، مركز رينيه جان دبوي للقانون والتنمية ، عام 2003 .
- د . عيد أحمد الغفلول ، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد الدعوى الدستورية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2004.
- د . فايز محمد حسين ، نشأة فلسفة القانون وتطورها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2002 .
- د . فؤاد العطار ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، دون سنة نشر .
- د . فيصل كلثوم ، دراسات في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشورات جامعة دمشق كلية الحقوق ، عام 2017.

د . ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، عام 2000 .

_ القضاء الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، عام 1995 ،

د . ماهر ملندي و د . ماجد الحموي ، القانون الدولي العام ، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية ، عام 2018.

د . محمد الحسن و د . عيسى الحسن ، القرارات الإدارية ، منشورات جامعة حلب ، الدراسات القانونية العملية ، عام 2006.

د . محمد الحسين ، د . مهند نوح ، القانون الإداري " عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية " ، منشورات كلية الحقوق في جامعة دمشق ، عام 2018 .

د . محمد المجذوب ، القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، عام 2002.

د . محمد أنس قاسم جعفر ، و د . جمال عثمان جبريل ، الوسيط في القانون العام ، القضاء الإداري ، القاهرة ، عام 2001 ،

د . محمد جعفر ، الوسيط في القانون العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، عام 1990.

د . محمد رفعت عبد الوهاب ، القضاء الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، عام 2007.

د . محمد سامي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، عام 1947.

د . محمد شوقي الخطيب ، الدور السياسي للقاضي الإداري في مصر ، رسالة دكتوراه ، جامعة أسيوط ، عام 1988.

د . محمد طي ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، الطبعة السادسة ، عام 2009 .

د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1988 .

_ حماية المال العام " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1978 .

د . محمد عزيز شكري ، مبادئ القانون الدولي العام ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2017 .

د . محمد عصفور ، سيادة القانون " الصراع بين القانون والسلطة في الشرق والغرب " ، القاهرة ، عام 1961 .

د . محمد كامل ليله ، الرقابة على أعمال الإدارة ، القاهرة ، طبعة 1968 .

_ مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

_ القانون الدستوري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، عام 1971 .

د . محمد فوزي نويجي ، فكرة تدرج القواعد الدستورية ، ط 1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 2007 .

د . محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، عام 1981 .

د . محمد ماهر أبو العينين ، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ، الكتاب الثاني ، (المنشورات الحقوقية ، صادر ، بيروت _ دار الكتب القانونية ، شتات ، مصر) ، عام 1998 .

_ تطور قضاء الإلغاء ودور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان " دراسة تطبيقية لدور القاضي الإداري في مصر " الجزء الثالث ، دار أبو المجد للطباعة ، القاهرة ، عام 2009 .

د . محمد محمود عبد الله ، المدخل إلى علم القانون " النظرية العامة للقانون " ، الطبعة الرابعة ، مطبوعات جامعة دمشق ، عام 1990 .

د . محمد نصر محمد ، الوافي في شرح المعاهدات الدولية " في ظل أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 " ، الطبعة الأولى ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، عام 2012 .

- د . محمد واصل ، المدخل إلى علم القانون ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2011 .
- د . مفيد شهاب ، القانون الدولي العام ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام 1985.
- د . منذر الشاوي، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي ، بغداد ، عام 1994.
- _ فلسفة القانون ، ط 2 ، دار الثقافة ، عمان ، عام 2011 .
- د . نجم الأحمد ، د . أحمد اسماعيل ، المدخل إلى القانون الإداري ، منشورات جامعة دمشق ، عام 2019 .
- د . نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، جامعة مؤتة ، عام 1999.
- د . هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون ، المطبعة الجديدة ، جامعة دمشق ، عام 1975 _ 1976.

المقالات العلمية

- د . ثروت بدوي ، الدولة القانونية ، مقال منشور في مجلة قضايا الحكومية ، العدد الثالث ، عام 1959.
- حسينة شرون، موقف القضاء الدولي من التعارض بين الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي ، مجلة الفكر ، عدد 3 ، سنة 2008 .
- د . رأفت فودة ، التشريعات الدستورية للسلطة القضائية ووضع أسس تحقيق العدالة وبناء دولة القانون ، مجلة الدستورية الالكترونية ، العدد الثالث والعشرون ، الموقع الرسمي للمحكمة .
- د . عبد الحميد متولي ، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور ، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، السنة الثامنة ، العدد الثالث والرابع ، عام 1958 _ 1959 .

أ . فارس حامد عبد الكريم ، المبادئ العامة للقانون ، مقال منشور في جريدة المؤتمر ، بغداد ، العراق ، تاريخ 31 / 3 / 2009.

د . محمد رفعت عبد الوهاب ، بحث بعنوان المبادئ العامة للقانون كمصدر من مصادر المشروعية في القانون الإداري ، مكتبة كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، عام 1983.

د . محمود حلمي ، تدرج القواعد القانونية مقال منشور في مجلة العلوم الإدارية ، السنة الخامسة، العدد الأول ، القاهرة ، عام 1963.

رسائل الدكتوراه

_ د . السيد علي محمد الغماري ، الدور الإنشائي للقاضي الدستوري " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، عام 2019 .

_ إبراهيم علي بدوي الشيخ ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانوني المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، عام 2002 .

_ د . حسن مصطفى البحري ، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، عام 2006 .

_ رابحي أحسن ، مبدأ تدرج المعايير القانونية في النظام القانوني الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية _ بن عكنون ، جامعة الجزائر ، عام 2006 .

_ صلاح الدين فهمي عبد الغني ، أثر الواقع السياسي في تفسير النصوص الدستورية " دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، عام 2010.

_ عبد العزيز سالمان ، رقابة دستورية القوانين " رسالة دكتوراه " ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، مدينة نصر ، عام 1995 .

_ عمار زورقي وليد ، حجية المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري الوطني ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، عام 2019 .

_ محمد أحمد عبد الوهاب خفاجه ، الأساس التاريخي والفلسفي لمبدأ الفصل بين السلطات ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق في جامعة الإسكندرية ، عام 1997.

_ محمد كامل زين ، نظرية التفويض التشريعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، عام 2002.

_ مهدي رحال ، المبادئ العامة للقانون في نطاق الحقوق الإدارية " دراسة مقارنة " ، أطروحة دكتوراه ، جامعة دمشق ، عام 2014.

_ نعيم عطية ، النظريات العامة للحريات الفردية ، رسالة دكتوراه ، الدار القومية للطباعة والنشر ، القاهرة ، عام 1965 .

رسائل الماجستير

_ الضاوية بنت موسى غرمة ، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير ، جامعة دمشق ، عام 2011 .

_ بشير لبانجي ، يوسف دحامي ، مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في جامعة العقيد آكلي محند أولحاج_ البويرة_ كلية الحقوق والعلوم السياسية ، عام 2016.

_ دبابش عبد الرؤوف ، إنفاذ المعاهدات الدولية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة محمد خيضر (بسكرة) ، عام 2013 .

_ فاديا إبراهيم جاسم ، دور الدستور في إرساء دولة القانون ، رسالة أعدت لنيل درجة الماجستير في الحقوق في جامعة حلب ، عام 2011 .

_ فهد نايف حمدان البرجس الشمري ، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني " دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، عام 2018.

_ مهند الناصر العلي ، المرسوم التشريعي " طبيعته الحقوقية ومميزاته العملية " ، بحث علمي مقدم لنيل درجة الدبلوم في القانون العام ، جامعة دمشق ، كلية الحقوق ، عام 2006 .

الكتب المترجمة

- _ أوليفيه دوهاميل و ايف ميني ، المعجم الدستوري ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، عام 1996 .
- _ د . جان مارك كواكو ، الشرعية والسياسة " مساهمة في دراسة القانون السياسي والمسؤولية السياسية " ، ترجمة خليل الطيار ، المركز العالمي للدراسات السياسية ، عمان ، عام 2001 .
- _ جيروم أد بارون ، توماس دينيس ، الوجيز في القانون الدستوري " المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي " ، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، الطبعة الثانية ، عام 1998.
- _ روبرت الكسي ، فلسفة القانون ، ترجمة د . كامل فريد سالك ، ط 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، عام 2013 .
- _ لوران دوبيسييه ، تدرج القواعد وتدرج السلطات ، ترجمة د . محمد عرب صاصيلا ، بحث منشور في مجلة القانون العام وعلم السياسة ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، العدد 2 ، عام 2007 .
- _ موريس دوفرجه ، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري " الانظمة السياسية الكبرى " ، الطبعة الأولى ، ترجمة الدكتور جورج سعد ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، عام 1992 .
- _ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة د . أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية ، بغداد ، عام 1986.

المراجع باللغة الفرنسية

- Laurent DEPUSSAY , Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs , R . D . S , n 2 , 2007.

_ Jean Combacau , Serge. Droit international public, 2ème édition, 1996 .

Georges vedel, Pierr Délvolvé, Droit administrative Io' édition, P.U.F,
_ paris 1988 .

- De forges . jean . Michel, droit de la fonction publique, P U F , Paris, 1986

Syrian Arab Republic

Damascus University

Faculty of Law

Department of Public Law



The principle of gradation of legal rules

"Comparative Study"

A dissertation submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree
of Master in Public Law

By

Ghieth Nageb Ghiebah

Supervisor

Dr. Basem EZZO

An Instructor at the Public Law Department

2022 A.D

1444 A.H

Abstract

The principle of gradation of legal rules is of great importance related to being one of the basic principles of the rule of law, as the legal concept of this state is based on the need for all authorities and institutions in all aspects of their activity to be subject to the rule of law.

However, the legal harmony and stability of this state requires taking into account many constants and variables that define the framework and the concept, especially the principle of separation of powers, the relationship between international law and internal law, and the criterion used to compare between the various legal rules and differing in terms of rank.

As it is no secret that the issue of establishing legal rules in the state is not considered a monopoly of a single authority or public body, and therefore it becomes necessary to achieve harmony and coherence between these legal rules that make up the principle of legality, especially after national constitutions have identified a special place for international treaties in their body.

It is recognized in this regard that the constitution is the foundation upon which the structure of the state and its legal system rests, as it is the fence of public rights and freedoms, and the basic guarantee for their protection and stability. , whether international or domestic legal rules.

Based on this, the importance and status of the gradual structure of the legal system appears, according to which legal rules are included in multiple and successive ranks and degrees, so the higher legal base transcends the lower base in a hierarchical form that prevents them from overlapping or conflicting with each other, which leads to achieving stability and legal security, and preventing Without regression and legislative chaos.