جامعة القاهرة
كلية الحقوق

رسالة

نظرية الظروف الاستثنائية

دراسة مقارنة فى فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة الامريكية
والجمهورية العربية المتحدة

٣٤١٠٥

رسالة مقدمة من :

أحمد مدحت على
المفوض بمجلس الدولة

للحصول على درجة دكتور فى الحقوق
(فى العلوم الادارية والمالية)

لجنة المناقشة مشكلة من :

الاستاذ الدكتور محمود حافظ — رئيسا
رئيس قسم القانون العام بكلية حقوق جامعة القاهرة

الاستاذ الدكتور ثروت بدوى — عضواً
الاستاذ المساعد بكلية حقوق جامعة القاهرة

الاستاذ الدكتور طعيمة الجرف — عضواً
الاستاذ المساعد بكلية حقوق جامعة القاهرة والمشرف على الرسالة

الإهداء :

إلى والدىّ ، أهدى هذا البحث برًّا بهما واعترافا بفضلهما

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

ما أن ظهرت الجماعة السياسية وتميزت بانقسامها إلى حكام ومحكومين ، حتى ثارت منها مشكلة أساسية ، وهى مشكلة تحديد العلاقة بين هؤلاء وأولئك ، العلاقة بين الدولة والفرد .

ولقد تبلور التطور الطويل لهذه العلاقة فى ظهور مبدأ أساسى يهدف إلى إقامة التوازن بين حقوق الأفراد وحرياتهم وبين ما للحكومة من سلطات وقدرات ، هذا المبدأ هو ما يعرف بمبدأ المشروعية . ومؤدي هذا المبدأ خضوع الحكام جميعا للقانون بحيث لا تكون أعمالهم أو قراراتهم النهائية صحيحة قانونا ولا ملزمه للأفراد المخاطبين باحكامها إلا بقدر التزامها لحدود الإطار القانونى الذى تعيش الجماعة فى ظله .

ولا شك فى أن هذا المبدأ ، رغم أنه يمثل الدعامة الأساسية التى ترتكز عليها الدولة القانونية ، يظل عديم القيمة من الناحية العملية ما لم تكفل له حماية جدية تحقق امتثال السلطات العامة لمضمونه والتزامها لحدوده ، ومن ثم فقد تقررت جملة ضمانات وضوابط تكفل وتساعد على احترامه .

ويدعو إلى التمسك بضرورة وجود هذه الضوابط والضمانات ، أنه قد ترتب على ذيوع ظاهرة تدخل الدولة المتزايد فى النشاط الفردى واتساع سلطاتها فى الميادين الاقتصادية والاجتماعية المختلفة ، التسليم للدولة بمزيد من الحقوق والسلطات التى تتيح لها تقييد النشاط الفردى تحقيقاً لهذه الأهداف الإيجابية الجديدة ذات الطابع الجماعى .

وفى اعتقادنا أنه يجب على القضاء ورجال الفقه أن يقفوا بكل ما أوتوا من قوة إلى جانب مبدأ المشروعية وأن يؤكدوا للحكام فى كل مناسبة أن نيل

الغاية لا يمكن أن يغنى عن شرعية الوسيلة وسلامتها من الناحية القانونية وأن يقدموا — فوق ذلك — الوسائل الفنية التى تكفل احترام هذا المبدأ وتوكيده توكيداً عملياً .

غير أن ركب القانون لا يجب أن ينفصل عن الواقع أو يتخلف عن ركب الجماعة ، يتجاهل ما يحيط بها من ظروف حتى لا يؤدى بعد الشقة بين الركبين إلى أوخم العواقب . ذلك أنه قد تمر بالدولة أحداث استثنائية طارئة ، وفى نفس الوقت يكشف التشريع القائم عن قصور واضح فى علاجها ، وعندئذ تثور المشكلة لتحديد الضوابط القانونية التى تحكم أعمال الإدارة وترسم نطاق مشروعيتها . فاذا قيل باستمرار العمل بالقوانين المقررة للظروف العادية لم تكن واقعين بالمرة ، لأننا نقضى على القانون بالجمود وعدم التطور بما يجب أن يتسع للظروف الجديدة ، ولأننا ننسى فى نفس الوقت ، مقتضيات هذه الظروف وما توجبه من العمل السريع لإنقاذ الدولة ونظامها العام ومرافقها الأساسية مما تتعرض له من خطر (١) .

ومن هنا كان اختيارنا لنظرية الظروف الاستثنائية موضوعا لهذا البحث ..

إننا لانكون بعيدين عن الحقيقة إذا قررنا بأن الظروف الاستثنائية — وقد أصبحت من العمومية والانتشار إذا وضعنا فى اعتبارنا الأحداث والوقائع المتلاحقة التى يمر بها العالم فى الوقت الحاضر — قد أصبحت ظروفا عادية

---

(١) «La garantie des libertés est dans la loi ,mais disait montesquieu «il y a des cas où il faut mettre pour un moment un voile sur la liberté comme l'on cache les statues des dieux». Ce sont les cas de crise grave, où l'obligation de conformer à un droit inadapté gênerait d'autant plus l'exécutif que les progrès du principe de légalité l'ont, peu à peu, plus étroite ment assujeti».

La théorie des circonstances exceptionnelles, André Mathiot, l'Evolution du droit public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, Sirey 1956, p. 415.

مألوفة ، وأصبحت الظروف التى كانت أصلا ظروفا عادية ـ نظراً لندرتها ـ هى الظروف الاستثنائية .

وإذا كان الفقه يرى فى كل من نظرية السلطة التقديرية ، ونظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية موازنات وصمامات أمن لمبدأ المشروعية ، فان هذه الأمور الثلاثة لا تتساوى فيما بينها ولا تتعادل نتائجها وأثارها .

فمن المؤكد أن القضاء لم ينشأ نظرية الظروف الاستثنائية باعتبارها مبرر قانونى يتيح للحكومة الخروج على المبادىء الدستورية والقانونية ـ عن نطاق مبدأ المشروعية ـ بحيث يصبح من حقها الافتئات والاعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم ـ تحت عذر مواجهة الظروف الاستثنائية الشاذة ـ دون أن تخشى فى ذلك رقيباً أو حسيبا .

ومن المؤكد أن مبدأ سيادة القانون ، موضع احترام فى الظروف العادية والظروف الاستثنائية على حد سواء ، غاية الأمر أنه يجب حرصاً على تمكين الإدارة من أداء واجباتها العامة ، التسليم بتفسير القانون تفسيراً واسعا يسمح بتطويره ومسايرته لواجبات الظروف الاستثنائية المستحدثة . أي أن قواعد المشروعية العادية يجب أن تتطور لتلاحق تطور الظروف بحيث يحل محلها فى الظروف الاستثنائية مشروعية استثنافية من نفس النوع والطبيعة .

منهج الدراسة :

لقد رأينا أنه يتعين من أجل إيضاح فكرة الظروف الاستثنائية ، أن نبدأ بحثنا بفصل تمهيدي نستعرض فيه مبدأ المشروعية بأحكامه وضوابطه المقررة للظروف العادية ، ليسهل بعد ذلك بحث ما إذا كان هذا المبدأ يظل بمضمونه وضوابطه هذه فى الظروف الاستثنائية ، أم تطرأ عليه تغيرات تتطلبها هذه الظروف .

وقمنا بعد ذلك بتقسيم البحث إلى قسمين رئيسيين :

درسنا فى القسم الأول نظريتى الظروف الاستثنائية القضائية والتشريعية .

فشرحنا فى الباب الأول من هذا القسم الأسباب والدواعى التى ساقت القضاء إلى إنشاء هـذه النظرية ، والأسـاس الذى بنيت عليه والنتائج التى تترتب على تطبيقها . وبعبارة أخرى أوضحنا فى هذا الجزء من البحث ، مضمون المشروعية الاستثنائية الجديدة التى أنشأها القضاء لتحل محل المشروعية العادية فى الظروف الاستثنائية .

وفى الباب الثانى ، تناولنا بالبحث ، مدى مساهمة المشرع فى معاونة القضاء فى تشييد بنيان هذه النظرية ، وبعبارة أخرى أوضحنا فى هذا الباب نظرية الظروف الاستثنائية التشريعية .

وفى القسم الثانى من هذا البحث ـ ورغبة فى إقامة البنيان الفقهى للنظرية ليقوم إلى جانب البنيان القضائى والتشريعى ـ درسنا فى الباب الأول منه ، نواحى الخلاف وأوجه الشبه بين هـذه النظرية وبعض النظريات الأخرى التى يخلطها بها بعض الشراح ، خاصة تلك التى يطلق عليها موازنات مبدأ المشروعية .

وفى الباب الثانى ، مع تسليمنا بكثرة وتعدد تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية ، إلا أننا قد تخيرنا بعضا منها رأينا أن له من الأهمية ما يستدعى بحثه ودراسته تفصيليا .

فصل تمهيدي

مبدأ المشروعية وضوابطه فى الظروف العادية

تحديد المقصود بمبدأ المشروعية :

أصبح خضوع الدولة للقانون من المبادىء المسلم بها فى وقتنا الحاضر . ولا يعنى هذا مجرد خضوع المحكومين فى تصرفاتهم لحكم القانون وأحكامه بل يتحتم علاوة على ذلك أن يخضع الحكام فى مزاولتهم لسلطتهم المخولة لهم للقانون أيضاً ، مما يعمل أخيراً على خضوع الحاكم والمحكوم للقانون على السواء .

وبذلك يتضح أن نظام الدولة القانونية يعنى خضوع المحكومين وجميع السلطات العامة فى الدولة للقانون بأن تتقيد السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية على السواء فى جميع التصرفات والأعمال التى تصدر عن كل منهم بالقانون وأحكامه . وإذا كان معنى الدولة القانونية يقضى باخضاع جميع السلطات العامة فيها للقانون فانه يتفرع على ذلك أن الإدارة العامة إذا ما قامت بممارسة نشاط معين يكون عليها واجب الالتزام بالعمل فى دائرة القانون وذلك بالخضوع له بحيث أن أعمالها وقراراتها النهائية لا تكون صحيحة ولا منتجة لأثارها القانونية كما لا تكون ملزمة للافراد المخاطبين بها إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التى تحكمها بحيث أنها متى صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فانها تكون غير مشروعة ويكون من حق الأفراد ذوى المصلحة طلب

إلغائها والتعويض عنها أمام المحكمة المختصة[١] .

هـذا المبـدأ هو ما يطلق عليـه غالبية الفقه المصرى مبـدأ المشروعية [٢]
Principe de légalité.

ويختلف المقصود بمبدأ المشروعية باختلاف وجهات النظر فى تفسيره وهناك ثلاثة آراء فى هذا الشأن [٣]

---

(١) مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، الدكتور طعيمه الجرف سنة ١٩٦٣ ص ٥ .

(٢) يطلق بعض رجال الفقه على هذا المبدأ « مبدأ الشرعية » أو « مبدأ سيادة القانون » أو « مبدأ سيطرة أحكام القانون » وينتقد الدكتور عبد الحميـد متولى — الذى يتمسك بالتسمية الأخيرة — إطلاق أسم مبدأ المشروعية على هذا المبدأ لأن كلمة مشروعية ليست الترجمة الصحيحة لكلمة légalité التى يستعملها رجال الفقه الفرنسى عادة للتعبير عن هـذا المبدأ فالترجمة الصحيحة لكلمة مشروعية هى légetimité . ومن ناحية أخرى فان عبارة مبدأ المشروعية هى عبارة لا يدل مبناها على شىء من معناها ، كذلك ينتقد نفس المؤلف اصطلاح مبدأ سيادة القانون لأن السيادة souveraineté هى اصطلاح معروف فى عالم القانون بمعنى معين هو أن السيادة عبارة عن سلطة عليها pouvoir suprême لا تجد فى ميدان نشاطها سلطة أعلى منها بل ولا معادلة لها أو منافسة لها . هذا علاوة على أن السيادة للأمة التى يصدر عنها القانون لا للقانون ذاته ، لذلك آثر المؤلف استعمال اصطلاح مبدأ سيطرة أحكام القانون لأن هذا الاصطلاح أقرب فى الدلالة على المعنى المقصود به كما أنه يعد فى الوقت ذاته ترجمة صادقة ولو أنها ليست ترجمة حرفية للاصطلاح الذى يستعمله أحيانا بعض رجال الفقه الفرنسى للتعبير عن ذلك المبدأ فى قولهم règne de la loi وللاصطلاح الذى يستعمله الفقه الانجليزى Rule of law .

الوجيز فى النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية ، الدكتور عبد الحميد متولى ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٩ هامش ص ٣٠ .

« إن مبدأ المشروعية The rule of law يعنى أن السلطة التنفيذية يجب أن تتصرف فى نطاق القانون وتحت رقابة القضاء ، حكم الادارة فى ذلك حكم أى فرد عادى » .
Wade and Phillips, constitutional law, London, 1960 six edition, p. 66.

« إن مبدأ المشروعية The rule of law هو أحد المبادىء الرئيسية الراسخة فى تقاليدنا وهو يعنى أن جميع سلطات الدولة خاضعة للقانون . ويعنى هذا وجود قانون أعلى يرسم لكافة السلطات حدود وظائفها »
Kenneth culp Davis, Administrative law, cases and Problems, Minnesota U.S.A., 1960, p. 290

(٣) دروس فى القانون الادارى ، الجزء الثالث ، الدكتور فؤاد مهنا ١٩٥٧ ، ص ٥ .

الرأي الأول : لا يجوز للسلطة الادارية أن تأتى عملا قانونياً أو مادياً مخالفاً لما تقضى به نصوص القوانين فان فعلت كان عملها باطلا لمخالفته مبدأ المشروعية . وهذا معناه أن القانون له السيادة وأن الادارة خاضعة لسلطان القانون .

وعلى هذا فان وجد نص قانونى يفرض على الادارة واجب القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين كان من الواجب عليها تنفيذ مقتضى النص بالقيام بالعمل المطلوب أو الامتناع عن العمل المنهى عنه وإلا كان عملها أو امتناعها باطلا لمخالفته للقانون .

وإذا لم يحدد القانون عملا تلزم الادارة بالقيام به أو الامتناع عنه وإنما اكتفى بالترخيص للادارة بالقيام بعمل معين إذا توافرت شروط معينة يحددها القانون أو نص على وجوب اتباع إجراءات معينة إذا رأت الادارة القيام بعمل معين فانه يكون للادارة فى هذه الحالة حريه القيام بالعمل أو عدم القيام به ، لكنها إذا رأت القيام به فانها تكون ملزمة بادائه وفق الإجراءات وطبقاً للشروط ، فاذا لم تتبع الإجراءات التى ينص عليها القانون أو لم تراع الشروط المحددة التى يحددها القانون ، كان عملها باطلا لمخالفته للقانون .

الرأى الثانى : أما التفسير الثانى فهو أضيق نطاقا من الأول ومؤاداه أن كل أعمال الإدارة يجب لكى تعتبر مشروعة أن تستند إلى نص قانونى يجيزها بمعنى أن سلطة الإدارة فى مباشرة أى عمل قانونى أو مادى مقيدة بوجود نص قانونى يجيز لها ذلك فاذا عجزت عن ابراز نص يخولها حق القيام بالعمل كان عملها باطلا لمخالفته لمبدأ المشروعية .

ولا يعنى اشتراط وجود نص قانونى يجيز تصرف الإدارة أنه يجب أن يكون هناك نص تشريعى وإنما يكفى أن يكون عمل الإدارة مستنداً إلى مبدأ قانونى عام أو قاعدة قانونية سواء أكانت هذه القاعدة مكتوبة أو غير مكتوبة[1]

---

(١) رغم تأييد غالبية الفقه والقضاء لهذا التفسير إلا أنه كان موضع انتقاد من Ch. Eisenmann =

الرأى الثالث : والتفسير الثالث أضيق نطاقا من الثانى ومضمونه أنه لاتكون أعمال الادارة مشروعة إلا إذا اقتصر موضوعها على تطبيق أو تنفيذ قاعدة تشريعية عامة مقررة من قبل بمعنى أنه يجب لكى يكون عمل الادارة مشروعاً أن يكون مطابقاً لحكم القانون فلا يكتفى بمجرد عدم مخالفته لحكم القانون .

ونرى أن هذا التفسير يجعل من الادارة مجرد إداة لتنفيذ حكم القانون ، علاوة على أنه يتعارض مع أحكام القانون الوضعى لأن للسلطة الإدارية سواء فى فرنسا أو فى مصر حق وضع اللوائح الادارية وهى ليست قواعد قانونية عامة وليست تطبيقاً لقواعد قانونية عامة أخرى وليست مجرد تنفيذ وتطبيق للقواعد العامة التى تتضمنها القوانين ولكنها تصدر بناء على نص قانونى يخول للسلطة الادارية حق وضعها .

لذلك فاننا نفضل التفسير الثانى الذى يذهب إلى أن مبدأ المشروعية يعنى أن على السلطات الادارية أن تلتزم فى قراراتها التى تتخذها بأن تكون مطابقة للقانون وعلى وجه الدقة أن تكون مطابقة للقواعد القانونية التى بعضها ليس مدونا (١) .

= فى مقالة له بعنوان (Le droit administratif et le Principe de légalité, C.E., Et. et Doc. 1957, p. 25 et s.),

حيث يرى أن معنى مبدأ المشروعية هو خضوع الادارة للقانون أى النص التشريعى فقط لأن هذا النص التشريعى هو الذى يخرج فقط عن عمل الإدارة بخلاف اللوائح والقرارات الادارية التى هى من صميم عمل الادارة .

«L'intangibilité des lois par rap port à l'administration doit conduire à donner au principe de légalité un sens restrictif, limite à la loi formelle, car seule elle échappe à l'emprise de l'administration alors que les ates administratifs quels qu'ils soient, même les actes réglementaires sont dans le domaine d'action de l'administration».
Auby et Drago, Traité de Contentieux Administratif, Tome 3, 1962, p. 4.

(١) هذا التفسير يأخذ به الاستاذ André de Laubadère. فى كتابه

Traité élémentaire de droit administratif, Troisième édition, Tome I. 1963, p. 193.

Le principe de légalité signifie que les autorités administratives sont tenues, dans les décisions qu'elles prennent, de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c'est-à-dire à un ensemble de règles de droit dont beaucoup, mais non point toutes, sont contenues des lois formelles.

ولا شك أن تقرير مبدأ المشروعية يكفل حماية جديدة للأفراد فى مواجهة السلطة ، خاصة إذا لاحظنا ما تتمتع به هذه السلطة من قوة جبرية فى مواجهة الأفراد بحيث أن هذه السلطة ما لم تخضع للقانون فانه يكون فى استطاعتها أن تبتلع حقوق الأفراد وتقضى على حرياتهم العامة .

ويزيد فى أهمية هـذا المبدأ أن علاقات الأفراد مع الدولة وما يتفرع عنها من هيئات عامة قد ازدادت إلى درجة كبيرة بعد إنتشار ظاهرة تدخل الدولة المتزايد فى النشاط الفردى وانساع سلطاتها فى الميادين الاقتصادية والاجتماعية المختلفة ، أخذاً ببعض الفكر الاشتراكى بحثاً عن العدالة الاجتماعية وتحقيقاً للمساواة بين الأفراد . وكان نتيجة ذلك انكماش فكرة الدولة الحارسة وإلقاء المزيد من الأعباء على عاتق الدولة وبالتالى كان من الواجب منحها مزيداً من الحقوق والسلطات تتيح لها الحجر على النشاط الفردى أو تقيده بقيود لا تقرها

=ومن نفس الرأى الاستاذ Vedel الذى يأخذ بالتفسير الواسع للمشروعية
Droit Administratif, Thémis 1964, p. 189

وأخذ أيضا بالتفسير الواسع لفكرة المشروعية Raiciu. حيث يقول :

Il nous semble qu'on ne s'éloigne pas du domaine juridique si l'on veut élargir le sens de l'idée de légalité au-delà des limites des lois déjà édictées, surtout s'il est prouvé que le régime de légalité dans l'état de droit ne peut se maintenir à travers l'imprévisible de la réalité sociale, que par un élargissement du concept juridique de cette idée.

Légalité et nécessité, Thèse Paris 1933, p. 48.

وأخذ القضاء الادارى المصرى بهذه الفكرة فى أحكامه العديدة من ذلك حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٩٥٦/٣/٢٤ حيث قالت دفاعا عن مبدأ حياد القاضى « أن ثمة قاعدة مستقرة فى الضمير تمليها العدالة المثلى ولا تحتاج إلى نص يقررها ، وهى أن من يجلس مجلس القضاء يجب الا يكون قد استمع أو تكلم حتى تصفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه فى المتهم بما يكشف لهذا الأخير مصيره مقدما فيزعزع ثقته فيه »

مجموعة المبادىء القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٦١٢

ولا تسمح بها المفاهيم التقليدية للديمقراطية (١) .

ومن هنا ، وخشية من أن يؤدى النصر المضطرد لمذهب التدخل إلى انكماش مبدأ المشروعية ، برزت الضرورة الملحة إلى التمسك بتطبيقه فى كافة تصرفات الدولة مع الأفراد .

ومبدأ المشروعية هذا لم يكن معروفاً فى العصور القديمة ، ذلك لأن الشعوب كانت تدين بالولاء لشخص الملك وتعترف له بالطاعة فى كل ما يصدره من قوانين وقرارات ومن الطبيعى فى ظل هذا النظام أن تختفى ضمانات الفرد ، ويوم أحس الناس بأن الحماية الجدية لحقوقهم وحرياتهم إنما ترتكز على مايقدمه القانون الذي يجب ألا يكون من صنع الحاكم من ضمانات لهم فطالبوا بتدوين القواعد القانونية المستمدة من العرف والتعاليم الدينية منذ هذا اليوم بدأ ظهور مبدأ المشروعية (٢). غير أنه لما كانت الحلول الخاصة بمبدأ المشروعية تتشكل وجوداً وعدماً واتساعاً وضيقاً مع ما تقدمه جملة النظم السياسية من صور مختلفة فى شأن موضوع العلاقة بين السلطة autorité والحرية liberté. فقد تعرض هذا المبدأ على طول التاريخ الحضاري للانسان لكثير من أسباب الازدهار وعوامل النكسة والانكماش حسبما تتسع له مفهومات النظام السياسى المطبق فى عصر من العصور . ونظراً لأن استقرار مبدأ المشروعية قد جاء ملازماً فى العصر الحديث لذيوع الديمقراطية وإنتشارها فقد أعتقد بعض الفقهاء أنه لا يمكن تصور الدولة القانونية خارج النظام الديمقراطى لأن هذا النظام إنما هو الأساس والضمانة الأكيدة لمبدأ المشروعية الذى مقتضاه أن يسود القانون فى مواجهة الجميع بما فيهم الدولة ذاتها وهو مالا يمكن أن يتحقق جدياً إلا عن طريق الديمقراطية .

---

(١) لا يصح أن يفهم من ذلك أن مبدأ المشروعية وقف على دولة المذهب الفردى وإن الدولة الاشتراكية لا تعترف به لأن مبدأ سيادة القانون هو مبدأ عام ينطبق حكمه باستمرار لدى كل مجتمع وبالنسبة لكل سلطة وأيا كانت الفلسفة الاجتماعية للنظام السياسى . ومن ثم فان مبدأ المشروعية ينفذ ويكون موضع الاحترام فى الدولة الاشتراكية بما لا يقل عنه فى دولة المذهب الفردى . الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٧ .

(٢) كان سقراط أول من نادى بهذا المبدأ وأخذه عنه كل من افلاطون وارسطو الدكتور عبدالحميد متولى المرجع السابق ص ٣٠ .

ويرى بعض الفقهاء بحق عدم صحة هذا الاتجاه لأن الديمقراطية كغيرها من النظم السياسية لا تقيم بذاتها ضماناً ضد الاستبداد ولكنها قد تسهم فى تأكيده وأن كانت تغير من شكله وصورته فتقيم إستبداد الأغلبية الحزبية فى البرلمان مكان إستبداد الملوك والزعماء ولذلك أجمع الفكر السياسى على أنه لا ضمان للحقوق والحريات العامة حتى فى نظام يقوم على مبدأ السيادة الشعبية طالما كانت محاولات الحد من سلطات الحكام لصالح البرلمانات لاتوفر فى نفس الوقت الضمانات الجديه لتحقيق خضوع ممثلى الأمة للقانون (١) .

ولقد كان من أهم الصعوبات التى قامت فى وجه تحقق مبدأ المشروعية على صورة كاملة هو أن الشعوب لا تحس بالدولة إلا من خلال الحكام لأن هؤلاء هم الذين يملكون السلطة ويتولون حق الأمر والنهى فى الجماعة ومن المسلم به أن الحكام قد تغريهم السلطة وقد ينزع بهم حبهم للسيطرة إلى محاولة الأفلات من أحكام القانون دون أن يكون لدى الأفراد وسيلة حاسمة تردهم عن التحكم والاستبداد .

يضاف إلى ذلك أن الفقه الدستورى التقليدي كان ينظر إلى الدولة بأعتبارها شخصاً معنوياً هو وحده موضع وأساس السلطة العامة وهو صاحب حق السيادة الذي يلزم بارادته كل التابعين له دون أن تخضع هذه الأرادة لقيد خارجى يحددها .

كل ذلك أدى إلى الخلط بين القانون والدولة واعتبارهما شيئا واحداً ومن ثم كان من الصعب تصور إمكان خضوع الدولة للقانون الذى هو من إنشائها وصنعها وبالمثل كان من الصعب تصور أن يوقع على الدولة جزاء لعدم احترامها للقانون فى الوقت الذي كانت فيه الدولة وحدها تملك توجيه الجزاء وتحريك القوة المادية .

ويرى أحد الفقهاء (٢) أنه يجب لفهم الدولة القانونية أن نفصل بين السلطة السياسية pouvoir politique. وأشخاص الحكام gouvernants الذين لايمارسون مظاهر السلطة فى نظام الدولة المعاصرة بأعتبارهم أصحاب حق شخصى

---

(١) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص ٨ .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ص ١٠ .

فيها بحيث تختلط إرادتهم بها ولكنهم على العكس لا يظهرون على مسرح الحياة السياسية إلا من خلال وظائفهم واختصاصاتهم .

ضمانات نفاذ مبدأ المشروعية :

كان نتيجة الصعوبات التى قامت فى وجه تطبيق مبدأ المشروعية ومحاولات الحكام المتكررة للافلات من الخضوع لحكم القانون أن ظهرت الحاجة ماسة إلى وضع ضمانات لنفاذ مبدأ المشروعية ، ضمانات تسمح بكفالة نوع من الجزاءات غير المباشرة (١) .

وتظهر هذه الضمانات أول ماتظهر فى فكرة جمود الدساتير ، فالدستور وأن كان هو الأساس الضرورى للدولة القانونية إلا أنه يفقد كل قيمته القانونية فى بلاد الدساتير المرنه إذ لاتتوافر للقواعد الدستورية فى هذه الحالة الضمانات الشكلية والإجرائية التى تكفل سموها فى مواجهة السلطة التشريعية والقوانين العادية فيكون من حق هذه القوانين أن تمتد إليها بالتعديل والالغاء والحذف والاضافة مما يقضى على مفهوم مبدأ سيادة الدستور .

ويمثل مبدأ الفصل بين السلطات وما يدور فى فلكه من رقابة سياسية تباشرها الهيئات العامة كل على الأخرى أحد هذه الضمانات . فقد أثبت التاريخ دائما أن كل إنسان يتمتع بسلطة معينة إنما يقوم لديه ميل طبيعى لاساءة إستعمال هذه السلطة والاستبداد فيها حتى يقوم فى وجهه من يستطيع أن يوقفه عند حده حسبما قرره Montesquieu مونتسكيو من أن السلطة تحد السلطة .

Le pouvoir arrête le pouvoir.

ولقد كان لانتشار الوعى الديمقراطى وتأصل نظرية الحقوق والحريات العامة فى ضمير الجماعات الحديثة أثرها الضخم فى زيادة الدور الذى يمكن أن يؤديه الرأى العام لاقرار مبدأ المشروعية . ذلك لأن الحكام وهم مهددون بسخط الرأى العام وما قد يترتب على خروجهم على القانون من رد فعل لدى المحكومين ، قد وجدوا أنفسهم فى الكثير الغالب مضطرين إلى احترام حكم القانون والنزول عند أوامره .

---

(١) Les garanties du principe de légalité sont : 1) La subordination des lois à la constitution ; 2) la séparation des pouvoirs; 3) la démocratie parlementaire; 4) le contrôle juridictionnel des actes du pouvoir. Raiciu, op. cit., p. 52.