Al-Dirasat Al-Islamiyyah (Islamabad) 01:4 (1965)

المبادى العامة للحقوق الادارية

للاستاذ عبد الحميد الرفاعى

لابد لكل دارس علم من العلوم أن يلم بادئ ذى بدء بتعريف هذا العلم وكيف نشأ وما هى خصائصه ومصادره وبصورة عامة أن يتعرف على الأسس والمبادئ التى يقوم عليها العلم وهذا ما سنحاول معرفته فى هذه العجالة :

الفصل الأول

التعريف بالحقوق الادارية

إن التعريف بالحقوق الإدارية يتطلب منا أن نعرف ولو بشكل موجز ماذا يراد بكلمة (حق) وكيف نشأت فكرة الحقوق، ومن ثم نعرف الحقوق الإدارية كعلم قائم بذاته .

١) ــ نشوء فكرة الحق :

إن كلمة حقوق عندنا فى سوريا تقابلها فى الفرنسية كلمة (Droit)

© Dr Muhammad Hamidullah Library, IIU, Islamabad. http://iri.iiu.edu.pk/

وفى الإنكليزية كلمة (Right أو Law) . أما فقهاء القانون المصريون فيستعملون كلمة (قانون) مقابل كلمة حقوق عندنا .

ونعتقد أن استعمال كلمة حقوق أفضل من كلمة قانون التى يقابلها فى الفرنسية كلمة (Lor) ومعناها القانون الذى يصدر عن السلطة التشريعية فى موضوع معين (١)

أما كيف نشأت فكرة الحوق لدى الإنسان فنرى أن أكثر الفقهاء يلتقون عند نقطتين إثنتين رئيسيتين فى هذا المجال :

أولاهما : أن الإنسان فى نشأته الاولى كان يعيش عيشا مضطربا قلقا ويسعى بغريزته إلى المحافظة على حياته ، فبدأ بإخضاع ما حوله من مخلوقات وكائنات لإرادته ، ولكنه وجد أن هذه الكائنات وانسجامها مع متطلباته ورغائبه أبعد من أن يخضعها بنفسه فكان لابد له من التعاون مع الأخرين و من هنا بدأ عيشه كفرد فى الجماعة ومن هنا بدأت رغباته تصطدم برغبات الآخرين ، ونشأت على الأثر المنازعات والخصومات وعمت الفوضى والإضطرابات .

ثانيهما : أن الجماعة الإنسانية رغبة منها فى الوصول إلى حياة يسودها الهدوء والطمانينة ، بدأت وعلى مر الزمن . بتنازل أفرادها عن قسط من حرياتهم المطلقة فى سبيل العيش الجماعى الهادئ ينتجه عقد إجتماعى تم فيما بينهم .

وكنتيجة لتحديد هـــذه الحريات كان لابد من أن ينص على

---

(١) الدكتور عدنان القوتلى فى كتابه الوجيز فى الحقوق المدنيه

هذا التبحديد حتى يعرف كل فرد فى المجتمع ما له وعليـــه ، ليحدد علاقاته مع الآخرين فلا يعتدى على مال غيره ولا يتعدى على حياته أو ممتلكاته . . . الخ . ، وما النص على هذا التحديد إلا القواعد الحقوقية الاولى .

ومن ثم فهم يعرفون الحقوق بأنها مجموعة من القواعد القانونية التى تنظم روابط المجتمع مدعومة بجزاء ينصب على كل من يخالفها .

ولكن من تقصى هذا الموضوع نجد أن كثيراً من الفقهاء قد نبوا نظرياتهم هذه ، وتصويرهم لحياة الإنسان الاولى على الحدس والتخمين، ومن ثم شادوا على أساس هذا التخمين والتصور نظرياتهم سواء ما تعلق منها بنشوء القاعدة الحقوقية أو بنشوء السلطة ، وهذه هى نقطة الضعف فى هذه النظريات التى تسرب منها الشك إليها ؟ فلقد قيل عن نظرية العقد الإجتماعى بأنها أكبر اكذوبة فى تاريخ السياسة.

والذى اعتقده فى هذا المجال أن فكرة نشوء الحق وقيام السلطـــة نشأتا والعيش الجماعى للبشر معاً منذ بدء الخليقـــة ، وان خير مصدر حقيقى نستند إليه فى هذا المجال ، ونستقى منه العلومات الصحيحة إنما هو الكتب المقدسة قبل أن يداخلها التحريف والتغير ، والقرآن الكريم الذى "لايأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد" ، وإن كل ما ورد فيه مقطوع فى صحته لا يتسرب إليه الشك .

هذا القرآن يحدثنا عن انطلاقة البشرية الاولى نحو الأرض والعيش الجماعى المشترك (وقلنا يا آدم اسكن أنت وزجك الجنة وكلا منها رغداً حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين * فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه ، وقلنا اهبطوا بعضكم لبعض عدو ولكم

فى الأرض مستقر ومتاع إلى حين * فتلقى آدم من ربه كلمات فتاب عليه إنه هو التواب الرحيم * قلنا اهبطوا منها جميعاً فإما يأتينكم منى هدى فمن تبع هداى فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون *» والذين كفروا وكذبوا بآياتنا اولئك أصحاب النار هم فيها خالدون *» [البقرة : ٣٦ — ٤٠]

ومن هنا نرى بأن آدم أبوالبشر ، هبط إلى الأرض وكان رسولا نبيا فأوحى الله إليه بكيفية العيش على هذه الأرض ، ورسم لهم الطريق «فإما يأتينكم منى هدى فمن تبع هداى فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون ». فلا يعقل بعد هذا أن الله الحكيم القادر يلقى بخلقه إلى الأرض كما مهملا ليعيشوا حياة الفوضى والإضراب دون ضابط ، وإنما خلق الله الإنسان فأحسن خلقـــه وفطره فأحسن فطرته « صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة » ولكنه أوجد إلى جانبه فكرة الشر مجسمة بالشيطان الرجيم وترك له الخيار ما بين طريقى الشر والخير بعد أن عرفه بكل منهما على لسان رسله وانبيائه المرسلين إلى الناس ما بين آونة واخرى . « فأما يأتينكم منى هدى فمن تبع هداى فلا خوف عليهم ولا هم يحزنون ، والذين كفروا وكذبوا بآياتنا اولئك أصحاب النار هم فيها خالدون » . وأيد ذلك بالعقوبة .

وهكذا نرى أن الله بين لخلقه على لسان النبى الأول وما تلاه من انبياء ورسل كيف يجب أن يعيش الناس ، وما هى القواعد الضابطـــة لهذا العيش المشترك التى تنظم شؤونهم وتضمن لهم خيرى لدنيا والآخرة ، هذه القواعد التى أنزلها الله على أنبيائه وحيا يبلغونه للناس ليطبقوه على حياتهم العامة والخاصة ، وكلما أشرف مجتمع من المجتمعات البشرية على الفسح و التحلل وشيوع التسلط والفوضى وتحكم نوازع الشر وسيطرة

القوى على الضعيف أرسل الله إليهم الرسل و الانبياء مبشرين و منذرين و مصلحين ما أفسده الدهر و الشيطان ، و يعودون بالبشر إلى حياة الفطرة الاولى التى فطر الله الناس عليها ، بعد أن يكونوا قد لقوا العنت من طواغيت قومهم ، و لكن الغلبة فى النهاية ــ لهم فتم لهم السلطة الزمنية والدينية غالباً فينشروا تعاليم السماء التى ليست فى جوهرها إلا قواعد حقوقية غايتها تنظيم الروابط الأجتماعية بين أفراد المجتمع، و شيوع الهدوء والطمانينة بينهم ، وكل من شذ عنها فسوف يلقى جزاءه ، و إلا لما حارب الرسل والأنبياء أقوامهم و ألزموهم السير فى الطريق السوى (١)

و الخلاصة: ان نظرة الإسلام ــ على ما اعتقد ــ إلى نشوء فكرة الحق هى أن القاعدة الحقوقية ونشوء السلطة إنما نشأتا نشوء الحياة الجماعية ــ والحياة الجماعية نشأت منذ أن هبط آدم و حواء إلى الأرض ، و القواعد الحقوقية هذه متطورة بتطور البشر فى إطار تعاليم السماء إذ كلما غوى البشر أو ضل و نسى تعاليم الله و سيطرت عليه حياة الفوضى الإضطراب، و تسلطت الفئة الباغية الحاكمة على الفئة المحكومة المستضعفة بعث الله الرسل والأنبياء لتنتهى إليهم السلطة و ليحكموا بما أنزل الله من تعاليم و أوامر و نواهى لاتخرج فى مفهومها عن القواعد الحقوقية و مؤيداتها كما يحدثنا بذلك القرآن الكريم .

و ان كان من الملاحظ بأن المؤيدات المادية فى التشريع الإسلامى قليلة ــ و لكنها زاجرة ــ و ذلك لأنها إنما تعتمد على الضمير و الرقابة الوجدانية ، و فكرة الثواب والعقاب الاخرويين، و هذه ــ على ما نعتقد ــ

---

(١) يرجع الى القران الكريم للاطلاع قصص الانبياء والرسل مع اقوامهم ،

ميزة هامة و مثل أعلى يجب أن تسعى إليه التشريعات الوضعية ، و يقول فى هذا المجال الاستاذ (لويس ميليو). (١)

" إن سلطة القانون حسب النظرية الإسلامية تستند قبل كل شئ إلى ضمير الناس لا إلى القوة العامة أما نحن الغربيون ـــ و يقصد بذلك أصحاب التشريعات الوضعية الاوروبية الذين يستقون تشريعاتهم الوضعية من الحقوق ـــ الرومانية ـــ فقد نقلت إلينا روما حقوقا ذات نصال حادة اسست على مبدأ السعى للأمن و بنيت على عدم الثقة و على الواقع المجرد ، فبلادنا بلاد التقنين أى بلاد تتطلب قانوناً مدونا لأجل موازنة حقوقها و وقايتها يراعى فى النظام و السلطة و توازن الأجزاء".

هذه لمحة خاطفة عن نشوء فكرة الحق ، أما البحث فى طبيعة القاعدة الحقوقية فأمر كثر فيه الجدل و احتدم النقاش و نشأت على اثره مذاهب و نظريات متعددة منها مدرسة اوستن الإنكليزية و مدرسة الشرح على المتون الفرنسية .

و طائفة مذاهب القانون الطبيعى و تطوره ، و طائفة المذاهب الإجتماعية إلى جانب النظريات الإسلامية العتيدة التى تتجلى فى الخلاف الناشب ما بين الأشعرية و المعتزلة حول فكرتى الحسن و القبيح أى الأوامر و النواهى و وبلغة العصر القاعدة الحقوقية ، هل ثبتت بالشرع أم بالعقل.

هذه أبحاث كنا نود بحثها و لكن لضيق الوقت وطول المنهاج الدراسى صرفنا النظر عنها و من أراد التوسع و الإطلاع عليها فليرجع إلى كتب اصول القانون بصورة عامة و إلى كتاب اصول القانون للدكتورين السنهورى و حشمت أبى ستيت بصورة خاصة .

---

(١) مجلة" القانون العدد السادس ١٩٥٣ ـــ السنة" الرابعة"

٢ (الحقوق الإدارية :

مما لا يخفى بأن للإدارة دورا هاما فى جميع الدول وعلى مدار العصور (١) وذلك لما تتمتع به من حقوق وامتيازات تجاه الأفراد بغية قيامها بوظائفها من محافظة على الأمن والنظام وإدرة للمصالح العامة أو إشراف عليها وتأمين للمرافق الحيوية فى البلد ، وهى فى سبيل ذلك تتدخل فى حياة الأفراد فتعمد إلى نزع ملكيتهم لعقاراتهم حينا وتلجأ إلى التنفيذ المباشر حينا آخر وتقوم ببعض الأشغال العامة كشق الطرقات وبناء الجسور ومد السكك الحديدة وإدارة بعض المرافق العامة . . . . الخ . وذلك إلى جانب وظائفها التقلدية التى تتجلى فى حفاظها على الأمن والنظام فى داخل البلد وفى تنظيم وسائل الدفاع ونشر العدل بين الناس ، وكلما أمعنت الدولة بالعزوف عن المذهب الفردى وأخذت بالمبادئ الإشتراكية كلما ازدار تماس الإدارة بالأفراد عن طريق موظفيها وعمالها ومجالسا : الذين يبدؤون برئيس الدولة ومجلس المحافظة وينتهون بأصغر موظف أو عامل فيها أو مجلس قرية .

والإدارة إذ تمارس صلاحياتها وتدخلها فى سبيل تأمين المصلحة العامة وتسيير مرافق البلاد الحيوية واستخدام وسائلها العامة كإصدار القرارات واللجوء إلى التنفيذ المباشر فلابد وأن تتأثر مصالح الأفراد وحقوقهم من جراء

---

(١) يقول الفقيه جيلنيك (Jellinek) بان العمل الادارى او النشاط الذى تمارسه الادارة هو اقدم مظهر لنشاط الدولة" فهو اقدم من تشريع ومن القضاء لانه قد يمكن تصور دولة" بلا تشريع وبلا قضاء ولكن لايمكن تصورها بلا ادارة (الدكتور طماوى — القرارات الادارية")

ذلك فلابـــد لهم ملجأ يحميهم من عنت الإدارة وشططها وضابط لتصرفات الإدارة إزاء الأفراد فهذا الضابط هو القانون وذلك الملجاء هو القضاء فإن هى تمردت على القانون وافتأت على الأفراد ألزمها القضاء بذلك فإذا ما شقت عصا الطاعة وضربت بالنصوص القانونيـة واحكام القضاء عرض الحائط وتابعت اعتدآتها على حقوق الأفراد وحرياتهم فتكون قد خلعت عذار الدولة القانونية وغدت دولة بوليسية (State de police) ظالمة معرضة لغضب الشعب ونقمته وسرعان ما يبتلعها هذا الشعب ويبقى رجسها وذكراها السيئة وصمة عار فى صفحات التاريخ الخالد للبلد .

وعلى ذلك ومما تقدم يمكننا أن نعرف الحقوق الإدارية بأنها ـــ (مجموعة القواعد المتعلقة بتنظيم السلطة الإدارية للدولة وبنشاط الدولة فى قيامها بوظيفتها الإدارية) .

وتنظيم السلطة الإداريه أو الإدارة العامة يعتبر الناحية الوضعية الخارجية للقانون الإدارى . أما نشاط الإدارة العامة فيقصد به مختلف أوجه تدخلها بقصد الوفاء بالحاجات العامة للأفراد وتنظيمه والرقابـة عليه ، خاضعة فى هذا التدخل لتوجيه السلطة السياسية وإشرافها (١)

أما (فالين) فيعرف الحقوق الإدارية بأنها (مجموعة من القواعد التى تحدد الشروط التى بموجبها تكتسب الأشخاص الإدارية حقوقها و تفرض الإلتزامات على عاتق الأفراد بواسطة رجال الإدارة تأمينا لسداد الحاجات العامة) .

واستنتاجا مما تقدم نرى بأن لكلمة إدارة مدلولان :
أحدهما عضوى : ومفادة أن الإدارة هى مجموعة منظمات تقوم بتحقيق تدخل

---

(١) مبادئ القانون الادارى للدكتور توفيق شحاته

الدولة الحديثة فى حياة الأفراد اليومية تحت إشراف السلطات السياسية ويتدرج تحت هذا المدلول السلطات المركزية ــ كرئيس الجمهورية ــ الوزراء ــ المحافظين . . . الخ ــ والسلطات اللامركزية الإقليمة ــ كمجالس المحافظات و مجالس الأقضية والقرى والبلديات ــ وغير الإقليمية كالمؤسسات العامة .

وثانيها وظيفى: ومفاده أن الإدارة هى النشاط الذى تحققه الهيئات السالفة الذكر ويؤدى إلى اتصال تلك الهيئات بالأفراد فيجعلهم مستفيدين من الخدمات التى تؤديها المرافق العامة أو مستحقين لتعويض ناتج عن تصرف خاطئ صادر من إحدى الهيئات الإدارية . . . الخ .

وإلى جانب ذلك كله نرى القضاء الإدارى الذى يقف فى وجه عسف الإدارة ويرعى حقوق الأفراد وحرياتهم ويوازن ما بينها و بين المصلحة العامة التى تتطلب ضرورة سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد وشيوع الأمن والطمانينة فى داخل البلد و حفظ كيانه فى الخارج و رد أى اعتداء عليه . و على ذلك فإن مجالات الحقوق الإدارية ثلاثة:

١) ــ الهيئات الإدارية العامة وما يتفرع عنها واختصاصاتها بما فى ذلك السلطات المركزية واللامركزية بنوعيها الإقليمية واللا إقليمية .

٢) ــ نشاط الإدارة و وسائل ممارسة هذا النشاط بما فى ذلك الضبط الإدارى والتنفيذ المباشر واتخاذ القرارات الإدارية . . . الخ .

٣) ــ القضاء الإدارى وتفريعاته من مجلس دولة إلى محاكم إدارية

على إختلاف درجاتها .

٣ ــ مكانة الحقوق الإدارية فى الهيكل الحقوق العام

١) ــ أقسام الحقوق:

إن الحقوق بصورة عامة تقسم إلى فروع عدة تبعاً لنوع العلاقات التى يحكمها كل فرع، ولكن هناك قسمان أساسيان للحقوق هما الحقوق الخاصة والحقوق العامة .

١) ــ الحقوق الخاصة: وتعنى مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات القانونية التى لاتكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة فهى تحكم الروابط والعلاقات التى تنشأ ما بين الأفراد بعضهم بعضكما ماتحكم أيضاً الروابط والعلاقات التى تنشأ ما بين الأفراد والدولة لا باعتبارها صاحبة السلطان ولكن باعتبارها شخصا معنويا خاصا يعامل كسائر الأفراد، وقد كثر فى الآونة الأخيرة وتبعاً لتطور وظيفة الدولة ونشوء كثير من الموافق الإقتصادية التى تديرها الدولة معاملتها بهذا الإعتبار أى باعتبارها شخصا معنويا خاصا لا باعتبارها صاحبة السيادة .

وللحقوق الخاصة عدة فروع أهمها : الحقوق المدنية ــ الحقوق التجارية البرية والبحريــة ــ قانون اصول المحاكمات المدنية والحقوق الدولية الخاصة .

٢) الحقوق العامة: وتعنى مجموعة من القواعد التى تحكم الروابط والعلاقات التى تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة أى باعتبارها شخصا معنويا عاما فهى تنظم روابط الدولة بغيرها من الدول وتنظم صلتها

بالأفراد كما تبين كيفية إدارة المرافق العامة ووسائل تدبير المال اللازم للدولة وتبين كيفية العمل على الحفاظ على الأمن داخلا والحفاظ على كيان البلد من الإعتداءات الخار جية.

والحقوق العامة تقسم إلى أقسام مختلفة منها : الحقوق الدولية العامة والحقوق الدستورية و الحقوق الجنائية و قانون اصول المحا كمات الجنائية و الحقوق الإدار ية و يلحق به الحقوق المالية .

و يلا حظ هنا بأن الحقوق الإدار يـــة إنما هى أحد فروع الحقوق العامة وكان يلحق بها الحقوق المالية و لـكنها غدت اليوم فرعا مستقلا و منفصلاعنها (١)

كما ويلاحظ بأن ثمة صلة وثيقة ما بين ا لحقوق الإدا رية و الحقوق الدستورية حتى لقد شبه بارتيلمى الحقوق الدستورية بآلة ميكانكية والحقوق الإدارية تبين لنا كيفية سيرها و النحو الذى تؤدى كل قطعة وظيفتها ، ومن ثم فإن فرعى الحقوق هذين متكاملان حتى رأى بعضهم استحالة التفريق بينهما إلا لغاية دراسية وتعليمية (٢)

ب) ـــ التميز بين الحقوق إدارية والحقوق المدنية :

كانت الحقوق المدنية إلى ما بعد منتصف القرن التاسع عشر المرجع الأول للروابط والعلاقات القانوية التى تنشأ ما بين الإدارة والأفراد فى كل ما لم يصدر عنها بصفتها صاحبة السيادة والسلطان فمثلا أن الدولة لم تكن تسأل عن أفعالها الضارة وغير المشروعة التى كانت تصدر عنها بصفتها

(١) محاضرات فى لظريه" القانون للد كتور محمد على امام
(٢) الحقوق الدستوريه" للدكتور عثمان خليل عثمان

دولة ذات سيادة ولكنها كانت تسأل إذا ما تجردت مختارة عن تلك الصفة وتعاملت كما يتعامل الأفراد وعندها فقط كان تطبق عليها قواعد الحقوق المدنية .

ولكن وبنتيجة التطور وعند ما أصبحت الدولة مسؤولة عن تصرفاتها تجاه الأفراد وجد أن قواعد الحقوق المدنيه لم تعد تتلائم وعلاقات الحقوق العامة ومنذ ذلك الحين بدأت قواعد الحقوق الإدارية تظهر تدريجيا متميزة عن قواعد الحقوق المدنية ومستقلة عنها وأصبحت للحقوق الإدارية نظرياتها الخاصة المتميزة عن نظريات الحقوق المدنية .

وكمثال على ذلك : علاقة الدولة بموظفيها تختلف عن علاقة عمال ومستخدمى المشروعات الخاصة ، النظام القانونى لأعمال إدارة وعقودها و إدارتها لأموالها ومسؤليتها كل هذه الامور تخضع لقواعد تختلف عن تلك التى تنظم المراكز المماثلة لها لدى الأفراد .

فالدولة مثلا يمكنها أن تعدل فى مراكز موظفيها بنص تشريعى دون حاجة إلى موافقتهم و ليس لمؤسسة خاصة أن تفعل مثل ذلك بالنسبة لعمالها لأن العقد شريعة المتعاقدين .

الدولة يمكنها أن تنزع الملكية العقارية لشخص ما وأن تستولى مثلا على أمواله المنقولة وتفرض ضرائب ورسوما دون حاجة إلى موافقة الأفراد فهذه القواعد كما نرى تخالف مبادئ الحقوق المدنية التى تقضى أن يكون ثمة مساواة ما بين الأطراف المعنية ورضى واختيار لما يحدث .

أما مبررات استقلال الحقوق الإدارية بقواعدها التى تختلف فى جوهرها عن قواعد الحقوق المدينة فهى أن الحقوق المدنية إنما وضعت لتنظيم ما قد ينشأ بين الأفراد من علاقات وروابط قانونية والتى يفرض

فيها أن يكون ثمة مساواة تامة ما بين الأطراف المعنية لأن المصالح هنا مصالح خاصة بالطرفين فقط ، بينما لاتجد مثل هذه التساوى فى الحقوق الإدارية بالنسبة للعلاقات والروابط القانونية التى تنشأ ما بين الإدارة و الأفراد ، وذلك لأن الإدارة كشخص معنوى لا تمثل نفسها وإنما تمثل المصلحة العامة التى قد تمس كل فرد فى المجتمع فلا عجب ان رأينا الإدارة تتمتع بامتيازات وسلطات واسعة إزاء الأفراد فهى تستطيع أن تفرض عليهم إرادتها وتجبرهم على إحترام أوامرها ونواهيها وهدفها من كل ذلك صيانة المصلحة العامة التى تعود إلى مجموع الأفراد والحفاظ على النظام العام وإدارة المرافق العامة بانتظام واضطراد .

ولكن الإدارة وهى تمارس هذه السلطات الإستثنائية الواسعة ليست مطلقة الحكم فى تصرفاتها بحيث تهدر حقوق الأفراد وحرياتهم ولكنها مقيدة بقيدين اثنين هما :

(١) خضوعها فى تصرفاتها هذه لأحكام القانون و (٢) إلزامها أحيانا بالتعويض أذا ما نجم عن تصرفها هذا ضرر للناس وكونها مسؤولة أمام القضاء (١)

ولكن يلاحظ ــ وخاصة فى الوقت الحاضر ــ أن الإدارة فى بعض تصرفاتها وعلاقاتها مع الأفراد تعرب عن إتباعها لقواعد الحقوق المدنية وخاصة العلاقات التى تنشأ من جراء إدارتها لبعض المرافق العامة الزراعية والصناعية والتجارية كما سنبحث ذلك تفصيلا فيما بعد .

٤) ــ نشأة الحقوق الإدارية و ازدواج القضاء و القانون :

إن الإدارة فى ممارستها نشاطا مقيدة بتطبيق القواعد القانونية فإذا

(١) ــ مبادئ القانون الادارى للدكتور توفيق شحاته

ما حادث عنها افتأتت على الافراد وحرياتهم أو أصابهم ضرر من بعض تصرفاتها جاز للأفراد مخاصمة الإدارة أمام القضاء ليلزمها على احترام القواعد القانونية وليعوض عليهم تلقاء ما أصابهم من ضرر.

وهنا نتساءل أى قضاء صالح للنظر فى هذه الخصومة من جهة؟ وأى قانون يطبق فى هذا المجال؟

عن هذا التساؤل انبسقت فكرة الحقوق الإدارية وتطورت ونمت ونهجت الدول فى هذا المجال مناهج مختلفة يمكن أن نردها إلى ثلاثة:

١ ــ النهج الفرنسى ــ ٢ النهج الإنكلوسكسونى ــ ٣ ــ النهج المتبع فى التشريع الإسلامى (وسنبحث ذلك فى فصل مستقل)

١ ــ النهج الفرنسى (١)

إن دراسة نشأة الحقوق الإدارية فى الحقيقة مرتبطة إلى مدى بعيد بتطور هذه الحقوق فى فرنسا حيث نمت وترعرت وتطورت حتى قاربت الكمال، ونشأتها فى فرنسا كانت وليدة الأحداث السياسيـــة والعوامل الإجتماعية التى تعرضت لها فرنسا إبان عهد الثورة ١٧٨٩ حيث فسر رجال الثورة مبدأ فصل السلطات تفسيرا خاصا مبعثه عوامل تاريخية ممضة هم أنهم كانوا يحملون أسوأ الذكريات عن المحاكم القديمة التى كانت تسمى برلمانات (Parliaments) والتى كانت تسرف فى التدخل فى أعمال الإدارة الملكية وتعيق سير التطور والتقدم، ولذلك فإن أول عمل قامت به الجمعية الوطنية التأسيسية هو إلغاء هذه المحاكم وإبعاد المنازعات التى تكون الإدارة طرفا فيها عن رقابة المحاكم ومما جاء فى قانون آب عام ١٧٩٠ (أنه يحرم

---

(١) مبادئ القانون الادارى للدكتور توفيق شحاته
مبادئ القانون الادارى المصرى والعربى للدكتور سليمان محمد الطماوى

على السلطة القضائية التعرض لأقضية الإدارة ، و هذا معناه الفصل التام ما بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية وحجتهم فى ذلك أن نظر المحاكم القضائية فى أقضية الإدارة من شأنه أن يجعل هذه المحاكم هيئة رئاسية تهيمن على الإدارة فى حين أن المشرع أراد لها الإستقلال التام . ومنذ ذلك الحين أصبحت الإدارة هى التى تنظر فى الخصومات التى تنشأ بينها و بين الأفراد ، وهذا معناه أن الإرادة أصبحت خصما وحكما فى آن واحد ، و لكن نظام الإدارة القاضية لم يدم طويلا حيث انشئ مجلس الدولة ومحاكم إدارية إقليمية وكان لها بادئ ذى بدء صفة إستشارية فقط ولكنها فى عام ١٨٧٢ أصبحت تصدر أحكاما قطعية فى المنازعات التى تكون الأدارة طرفا فيها .

ويلاحظ بأن مجلس الدولة الفرنسى فى نشأته الاولى إنما وجد ليقف إلى جانب الأدارة فى منازعاتها ، ولكنه استطاع بحنكته ونظره الثاقب أن يكسب ثقة الأفراد حتى أصبح ملجأ للحفاظ على الحقوق و الحريات الفردية ضد طغيان الأدارة وعسفها .

ومن ذلك نرى بأنه أصبح فى فرنسا إزدواج فى القضاء فهناك القضاء العادى والقضاء الأدارى (محاكم عادية و محاكم إداريه) ، وقد ترتب على ازدواج القضاء هذا ازدواج فى القواعد القانونية : فهناك قواعد الحقوق الخاصة التى تطبقها المحاكم العادية إلى جانب قواعد الحقوق الأدارية التى تطبقها الجاكم الأدارية

وكان من أثر نجاح النظام الادارى الفرنسى أن تبنته دول عديدة بعد أن وقفت منه موقف الحذر منها اليونان ، هولاندا ، إيطاليا ، السود تركيا ، النمساء ، بلجكا ، مصر ، سوريا وسنقف وقفة قصيرة هنا لندرس

النهج المتبع فى سوريا وتطوره : (١)

إن النهج المتبع فى سوريا مقتبس عن النهج الفرنسى وتطور بتطوره ويمكننا أن نميز فى سوريا المراحل التالية :

١) — مراحل مجلس الشورى

أ) — أول مجلس للشورى انشئ فى سوريا كان فى عهد الملك فيصل عام ١٩١٨ ومن جملة إختصاصاته الفصل فى الدعاوى الاداريـــة المتعلقة بالضرائب وروا تب الوظفين والتقاعد والعقود الادا رية . . . . . الخ ولكن قراراته لا تصبح نافذة إلا بعد تصديقها من رئيس مجلس الوزراء فهو فى هذه المرحلة بشبه المرحلة التى مربها مجلس الدولة الفرنسى فى أول نشأته .

ب) — وفى أواخر عام ١٩٢٢ الغى هذا المجلس واحيلت اختصاصاته إلى مجلس المدبرين ، وعند ما توحدت دولتا دمشق وحلب وتألفت منهما الدولة السورية اعيد مجلس الشورى عام ١٩٢٥ .

ج) — وفى عام ١٩٣٤ اعيد تأليفه من جديد وتوضحت إختصاصاته وأصبح له الصفة الاستشارية إلى جانب كونه محكمة ادارية .

٢) — الغرفة الإدارية عام ١٩٣٨ :

فى عام ١٩٣٨ الغى مجلس الشورى وحل محله غرفة إدا رية فى محكمة التمييز لها نفس الاختصاصات القضائية التى كانت لمجلس الشورى عدا إلغاء المراسيم بسبب تجاوز حدود السلطـــة إذ أصبح البت فيها لمحكمة التمييز بهيئتها العا مة .

(١) الحقوق الاداريه — للد كتور فؤاد شباط

٣) ــ مجلس الشورى عام ١٩٤١ :

وفى عام ١٩٤١ اعيد مجلس الشورى من جديد واعيدت له اختصاصه كمحكمة إدارية والصفة الإستشارية وعرف مجلس الدولة هذا بأنه (هيئة إدارية مكلفة بمراقبة وضع النصوص التشريعية والنظامية والحكم فى القضايا الإداريه) .

٤) ــ المحكمة العليا عام ١٩٥١ :

وفى عام ١٩٥١ وعلى اثر صدور دستور عام ١٩٥١ حل مجلس الشورى وحل محله المحكمة العليا .

٥) ــ الغرفة الإدارية ١٩٥٢ :

لقد حلت المحكمة الإدارية العليا وحل محلها من حيث الصلاحيات الإدارية ، غرفة إدارية ومن ثم تقلب الأمر وتطور حسب المراحل الإنقلابية والدستورية التى حلت بسوريا حتى قيام الوحدة مابين سوريا ومصر إذ بتاريخ ٢/٢١ ١٩٥٩ صدر المرسوم التشريعى رقم ٥٥ الذى نص على احداث مجلس الدولة الحالى باختصاصية الإستشارى والقضائى ولايزال هذا المجلس يمارس صلاحيته هذه حتى يومنا هذا .

٢) ــ النهج الإنكلو سكسونى :

هذا النهج هو المطبق فى إنكلترا و فى الولايات المتحدة وفى الدول التى تدور فى فلكها وأخذت نظمها عنها .

ليس فى إنكلترا إزدواج فى القضاء وازدواج فى القانون فهى لاتعرف المحاكم الإدارية والقانون الإدارى وإنما تعرف فقط قضاء واحدا والقانون العادى والقضاء العادى الذى ينظر فى جميع الخصومات سواء أكانت بين

الأفراد أم كانت الإدارة طرفا فيها حتى لقد ذهب الفقيه دايسى (Dicey) إلى القول « بأنه لا يوجد فى إنجلترا قانون إدارى وأن هذه الدولة لا تعرف هذا النظام الإدارى ولا المبادئ التى قام عليها » .

وعلى ذلك فليس فى إنكلترا إزدواج فى القضاء ولا ازدواج فى القانون فليس هناك الا قضاء واحد وقانون واحد يطبق على الجميع حتى ولو كانت الإدارة طرفاً فى الخصومة شأنها فى ذلك شأن الأفراد .

ولكن يلاحظ فى السنوات الأخيرة أن القانون الإنكليزى تطور نحو الأخذ بقواعد القانون الإدارى إذ صدرت تشريعات حديثة منحت جهات إدارية عديدة اختصاصات قضائيـــة واسعة ، بل انشأت محاكم ولجانا إدارية خاصة بالمصالح الحكومية جعلت من اختصاصاتها الفصل قضائيا فى كثير من المنازعات التى كان أمرالبت فيها للمحاكم العادية، كما أن هذه المحاكم الإدارية واللجان الإدارية تحررت من التقيد بأحكام القانون الخاص والإجراءات المتبعة أمام المحاكم العادية ، ومرد ذلك إلى تطور وظيفة الدولة وتوسع إختصاصاتها بسب حلول المبادئ الإشتراكية محل مبادئ المذهب الفردى الحر ، وعلى ذلك فإن رأى دايسى لم يعد مقبولا اليوم .

هذا ويلاحظ بأن ثمة اتجاها مماثلا فى الولايات المتحدة (١)

مصـــادر الحـــقـــوق الاداريـــة

للحقوق الإدارية كغيرها من الحقوق مصادر أربعة :

العرف ــ النصوص ــ أحكام القضاء ــ الفقه

١) ــ العرف :

أضعف مصادر الحقوق الإدارية لعدم دقة القاعدة العرفية وعدم

---

(١) مبادئ القانون الادارى للدكتور توفيق شحاته

وضوحها ، ورغم ذلك فله مكانته ، ومما ورد فى حكم لمحكمة القضاء الإدارى المصرية (ان العرف الإدارى الذى استقر العمل عليه واضطرد هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع) (١)

ولكن مما هو جدير بالملاحظة أنه لا يجوز للعرف أن يخالف النصوص القانونية الواضحة المعمول بها .

٢) ــ النصوص القانونية :

إن النصوص القانونية المتعلقة بالحقوق الإدارية مبعثرة فى ثنايا النصوص القانونية العامة فلا يجمعها متن واحد كما هو الحال بالنسبة للقانون المدنى أو قانون العقوبات مثلا .

وإنما نجد نصوص الحقوق الإدارية فى الدستور كما نجدها فى القوانين العادية كقانون الموظفين و قانون الإستملاك وملاكات الدولة و . . . الخ . ولكن هذه النصوص إنما تتضمن الأحكام التنظيمية التفصيلية ولكنها لا تتعرض للمبادئ الإدارية العامة التى تتألف منها الحقوق الإدارية و التى نسجها القضاء الإدارى وأصبحت مبادئ إدارية مستقرة . كما سنرى ذلك فى المصدر الثالث من مصادر الحقوق الإدارية الذى هو أحكام القضاء .

٣) ــ أحكام القضاء :

من الملاحظ أن الأحكام التى تصدر عن القضاء العادى تضع مبادئ قانونية ثابتة لأن التجربة دلت على أن التشريع مهما يكن دقيقا فى نصوصه

(١) القضية رقم ١٩٦ السنة الاولى القضائية ــ مجموعة مجلس الدولة

فلا يمكن أن يتنبأ بجميع الحالات الخاصة والمراكز الجديدة التى توجدها الحياة العملية ، وكثيرا ما يتبنى المشرع هذه المبادئ ويضعها فى قالب نص تشريعى وهذه الأحكام فى القضاء العادى تعتبر ثانوية بالنسبة للنصوص القانونية ومكملة لها أو مفسرة .

أما بالنسبة للحقوق الإدارية فإن أحكام القضاء الادارى تعتبر منبعا ثرا تستقى منه الحقوق الادارية مبادئها العامة ، والنظريات العامة فى الحقوق الادارية مدينة فى نشاتها وتبلورها إلى هذه الاحكام ، ومما ورد فى المذكرة الايضاحية لقانون مجلس الدولة ما يلى « لذلك يتمتع القضاء الادارى بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقى كالقضاء المدنى بل هو فى الأغلب قضاء إنشائى يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التى تنشأ بين الادارة فى تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد ، وهى روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص ، ومن ثم ابتدع القضاء الادارى نظرياته التى استقل بها فى هذا الشأن وذلك كله يقتضى من القائمين بأمر القضاء الأدارى مجهودا شاقا مضنيا فى البحث والتمحيص والتأصيل ونظرا ثاقبا بصيرا باحتياجات المرافق العامة للموازنة بين حسن سيرها وبين المصالح الفردية الخاصة » .

فإلى أحكام مجلس الدولة الفرنسى يرجع الفضل فى تشييد معظم نظريات الحقوق الادارية مثل نظرية المرفق العام ونظرية العقد الادارى ، ونظرية الظروف الطارئة ، ونظرية إساءة استعمال السلطة . . . الخ .

فهذه النظريات تعتبر فى الواقع جوهر القانون الادارى واسسه الوطيدة ولكن مما هو جدير بالملاحظة أنه فى حالة وجود نص سواء أكان دستوريا أم تشريعيا أم لائحيا يقرر قاعدة معينة فالنص هو الواجب التطبيق ولايجوز

استنباط قاعدة جديدة تخالف النص المكتوب (١) .

ولأهمية هذه الأحكام نجد مجالس الدولة فى العالم تعنى كثير بنشرها فى مجلات أو فى نشرات دورية وتفهرسها إلا فى سوريا فحتى هذا اليوم لا توجد مجلة واحدة أو نشرة عامة تضم نتاج مجلس الدولة السورى من فتاوى أو أقضيه .

(٤) — الفقه :

إن آراء الفقهاء لها قيمة كبرى فى مساعدة القضاء على استنباط مبادئ الحقوق الادارية وتاصيل تلك المبادئ بردها إلى اصولها العامة ، إلى جانب أن الفقه هذا يمثل الرأى العام بالنسبة للأقضية التى تصدرها المحاكم الادارية وكذلك بالنسبة لفتاوى مجلس الدولة .

المبحث الثانى

نطاق تطبيق قواعد الحقوق الادارية ومعايره

إن وظائف الدولة تتطور تبعا لتطور الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية فى البلد فكلما تمردت الدولة على المذهب الحر و خرجت عن حيادها وأمنعت فى الأخذ بالمبادئ الاشتراكية كلها اتسعت وظائفها وزادت أعباؤها وبالتالى ازداد نشاطها ولكن على حساب حريات و وحقوق الأفراد .

ولقد سبق لنا القول بإنه ليست جميع أوجه نشاطات الادارة مما تخضع للنظام الادارى بل أن هناك أوجها من النشاط تقوم به الادارة تحكمه قواعد القانون الخاص وقد ازدادت هذه الأوجه بازدياد أمعان

(١) مبادى قانون الادارى للدكتور توفيق شحاته

الدولة بإدارة بعض المرافق التجارية والاقتصادية والزراعية، كل ذلك يدعونا إلى أن نميز بين ما يخضع من نشاط الادارة إلى قواعد القانون الادارى و بالتالى فالمنازعات التى تثار بشأنه تخضع للقضاء الادارى وبين ما يخضع لقواعد القانون الخاص والمنازعات التى تثار بشأنه تخضع للقضاء العادى .

وعليه فمن الضرورة بمكان العمل على إيجاد معيار يحدد نطاق تطبيق كل من القانون الادارى والقانون الخاص ومن ثم تحديد إختصاصات المحاكم الادارية . وهناك معايير ثلاثة :

معيار السلطة العامة ـ معيار المرفق العام ـ معيار الجمع ما بين الوسائل والاهداف . وسنعرض كل ميعار من هذه المعايير على حدة .

ومما هو جدير بالملاحظة بأن المحاكم الادارية فى فرنسا تختص بالفصل فى الشؤون الادارية فهى صاحبة الولاية العامة فى هذا المجال فى حين أن ختصاصات القضاء الادارى عندنا فى سوريا وفى مصر عددها المشرع فى قانون مجلس الدولة على سبيل الحصر .

١) ـ معيار السلطة العامة (Le Puissance Publique)

مغاد هذا المعيار أن الحقوق الادارية إنما تقوم على أساس فكرة السلطة العامة وهذه الفكرة هى أهم ما تمتاز به الدولة فى تصرفاتها وأعمالها عن النشاط الفردى فإذا ما باشرت الادارة أعمالها هذه وظهرت فيها، كسلطة تصدر الأوامر والنواهى وتتخذ قرارات وحيدة الطرف وتلزم الأفراد باتباعها فإنها تخضع فى ذلك لأحكام القانون الادارى والمنازعات التى تثار فى هذا الصدد يفصل فيها القضاء الادارى .

أما التصرفات العادية التى تصدر عن الادارة وتتجرد فيها عن السلطه والأمر والنهى لتقف مع الأفراد على صعيد واحد فإنها تخضع فى تصرفاتها هذه إلى أحكام القانون الخاص والمنازعات التى تثار بصددها تختص بالنظر فيها المحاكم العادية .

فإذا ما أصدرت الادارة أمراً باستملاك عقار فإنها تفعل ذلك بما لها من سلطان وأمر وبالتالى فقواعد القانون الادارى هى التى تطبق فى هذا المجال والخلاف الناشب بسبب استملاك هذا العقار تنظر فيه المحاكم الادارية أما لو تعاقدت الادارة مع شخص ما أو شركة من الشركات على شراء آلات أو معدات وظهر من شروط العقد أنها تنوى تطبيق قواعد القانون الخاص فالخلاف الناشب فى مثل هذه الحالة ينظر فيه القضاء العادى لا الادارى لأن الادارة هنا تجردت عن سلطانها ووقفت مع الأفراد على قدم المساواة .

وعلى ذلك فإن نظرية السلطة العامة غدت معيارا لتحديد نطاق الحقوق الادارية وتوزيع الاختصاصات ما بين القضاء الادارى والقضاء العادى .

ولكن هذا المعيار كان عرضة للنقد اللاذع وذلك لصعوبة التمييز ما بين تصرفات الادارة العادية وتصرفاتها ذات السلطة العامة من جهة ولأنها تضيق نطاق الحقوق الادارية من جهة اخرى ، فالادارة عادة لا تلجأ إلى سلطتها الأمرة الناهية إلا فى ظروف إستثنائية .

لذلك فقد أخذ القضاء الادارى يعدل عن هذه النظرية وتبعة الفقه فى ذلك لأن اتساع ميدان نشاط الادارة وتشعب مظاهره وما ظهر من

تطور جديد فى الحياة الإداريـــة ، كل هذا أدى إلى اتساع نطاق أعمال الإدارة وبالتالى عجز نظرية السلطة العامة عن مسايرة هذا التطور مما أدى إلى العزوف عن هذه النظرية كمعيار مميز إلى الأخذ بنظرية المرفق العام بعد أن كان قبلة القضاء الإدارى حتى نهاية القرن التاسع عشر .

نظرية المرفق العام : (le service public)

بدأت نظرية المرفق العام تظهر للوجود منذ أواخر القرن التاسع عشر وتقوم على أساس التمييز ما بين نشاط الإدارة المتعلق بالمرفق العام وما بين نشاطها الذى لايتعلق مباشرة بالمرفق العام .

ويقصد بالمرفق العام كل مشروع تتولاه الإدارة أو غيرها من الأشخاص الإدارية للوفاء بحاجات ذات نفع عام مثل الدفاع الوطنى ـــ الصحة العامة ـــ المواصلات ـــ التعليم ـــ الضمان الإجتماعى . . . الخ إلى غير ذلك من الخدمات العامة والمرافق العامة (١)

ويمكن رد هذه النظرية إلى الفكرتين الآتيتين :

١ ـــ ان توزيع الاختصاصات ما بين المحاكم الادارية وبين المحاكم العادية ومن ثم تحديد نطاق كل من القانون الادارى والقانون الخاص إنما يعتمد على التميز ما بين نشاط الادارة الذى يتعلق بمرفق عام ونشاطها الذى لا يتعلق بمرفق عام ، فالنشاط الأول تطبق عليه قواعد الحقوق الادارية والمنازعات التى تثار بصدده من اختصاصات القضاء الادارى أما النشاط الثانى فتطبق بشأنه قواعد القانون الخاص والمنازعات التى تثار بصدده من اختصاصات القضاء العادى .

(١) المرجع السابق للدكتور توفيق شحاته ،

٢ ــ ليس كل نشاط تمارسه الادارة ويتصل بالمرافق العامة يدخل حتما فى نطاق الحقوق الاداريـــة ، فالادارة قد تدير بعض مرافقها العامـــة مستعملة وسائل القانون الخاص وقواعده القانونية فقد تعقد الادارة عقدا يتعلق بمرفق عام ولـكنها تتبع فى شأنه قواعد القانون المدنى ففى مثل هذه الحالة وبالرغم من أن العقد يتعلق بمرفق عام والادارة طرفا فيه فأن قواعد القانون الخاص هى التى تطبق والمنازعات التى تثور بصدد العقد بيت فيها القضاء العادى .

وكان على رأس المتحمسين لهذه النظرية الفقهاء دوجى ــ جيز بونار ــ ورد هؤلاء جميع نظريات الحقوق الادارية إلى فكرة المرفق العام فيقول الفقيه (جيز) أن أساس جميع نظريات الحقوق الادارية هى فكرة المرفق العام، و يقول العلامة (دوجى) "يختلف تصورنا للدولة فى الوقت الحاضر عما كان عليه فى الماضى، فلقد كان الإعتقاد الشائع فيما مضى أن الدولة سلطة آمرة تبسط سيادتها على الأفراد ، اما الآن فهى تظهر لنا كمجموعة مرافق عامة ينظمها و يضبط سيرها الحكام و ليس الحكام وكلاء للدولة بصفتها سلطة آمرة ولكنهم المديرون والمدبرون لهذه المرافق العامـــة"(١).

نقد نظرية المرفق العام:

لقد هاجم بعض الفقهاء الأفكار التى نادت بها مدرسة المرفق العام فالفقيه (بارتيلمى) يرى أن فكرة المرفق العام هى فكرة خطرة ، و الفقيه (هوريو) يعيب على مدرسة المرفق العام أنها حذفت من القانون الإدارى

(١) الدكتور سليمان الطماوى من مرجع السابق ترجمة من مطول دوجى فى القانون الدستورى ،

كل ما يتعلق بفكرة السلطة العامة بينما يرى أن من الواجب الإبقاء عليها و أن يكون لها المكان الأول ، ففكرة المرفق العام التى تنطوى على الهدف الذى يجب تحقيقه ، و فكرة السلطة العامة التى تنطوى على الوسيلة التى تحقق الهدف فكرتان أساسيتان بالنسبة للحقوق الإدارية و لكنهما ليستا فى مستوى واحد إذ يجب أن يكون لفكرة السلطة المكانة الاولى و لفكرة المرفق العام المكانة الثانية. (١)

ورغم ذلك كله فإن مجلس الدولة الفرنسى كان ومازال يعتنق نظرية المرفق العام كمعيار مميز لاختصاص القضاء الإدارى و لتحديد نطاق الحقوق الإدارية .

أزمة نظرية المرفق العام:

(١) ــ على اثر التطور فى وظائف الدولة و تدخلها المستمر فى الميادين التى كان القيام بعبئها يقع على كاهل الأفراد ظهرت إلى الوجود:

(أ) ــ فكرة المرافق العامة ذات التابع الإقتصادى كالمرافق الصناعية و التجارية والزراعيه ، فهذه المرافق بحكم طبيعتها تستلزم إدارتها اتباع نظام الحقوق الخاصة لا الحقوق الإدارية كمرافق الكهرباء و الماء مثلا و إدارة و زارة الإصلاح الزراعى لبعض المشروعات الزراعية ــ المؤسسة الإجتماعية العسكرية . . . الخ.

و غالبا ما تلجأ الإدارة فى إدارتها لمثل هذه المشاريع إلى استعمال وسائل القانون الخاص و لذا يرى مجلس الدولة الفرنسى أن النظام القانونى الذى تخضع لــه السلطات الإدارية فى مباشرتها لهذه المرافق هو نظام القانون الخاص و يترتب على ذلك أن تصبح المحاكم العادية هى المختصة

(١) الدكتور سحاته ــ المرجع السابق

بالفضل فى المنازعات المتعلقة بهذة المشاريع.

(ب) ــ و إلى جانب هذه المساريع تجد المشاريع المؤممة (١) التى لا تتميز عن المشاريع الفردية إلا باستبعاد العنصر الرأسمالى من إدارتها لأن التأميم فى الحقيقة يمر بمرحلتين: مرحلة إدارية و تتجلى فى نزع ملكية المعمل و المصنع من مالكه و هذه المرحلة تدخل فى نطاق الحقوق الإدارية ــ و مرحلة إدارة المشروع أو المعمل المؤمم و تنظيمه و فى هذه المرحلة يخرج المشروع من نطاق الحقوق الادارية و يخضع لأحكام القانون الخاص (٢)

(ج) ــ مساهمة الأفراد فى إدارة بعض المشاريع العامة الحيوية فى البلاد كإدارة مرفق النقل الداخلى أو الخارجى أو تنوير البلد بالكهرباء تحت إشراف السلطات الإدارية و رقابتها.

إن تدخل الدولــة فى الميدان الاقتصادى نتيجة للأخذ بنظريات الاقتصاد الموجة أدى إلى:

(د) ــ إنتشار طريقة المشاريع المختلطة أو (الاقتصاد المختلط) و هى تعنى الاقتصاد المختلط يقوم على أساس اشتراك السلطات العامــة و الأفراد معا فى إدارة مرفق عام و تتخذ هذه المشاركــة صورة شركة مساهمة تكتب فيها الدولة بجزء كبير من رأس المال فتشترك فى إدراتها و تتحمل مخاطرها كباقى المساهمين. مثل شركة مرفأ اللاذقية ــ المصرف الصناعى. و مما يلاحظ فى الآونة الأخيرة انتشار هذه الطرق فى إدارة المرافق و المشاريع العامة على نطاق واسع و خاصة فى البلاد المتطرفة فى

---

(١) ــ الدكتور شحاته ــ المرجع السابق،

(٢) ــ الدكتو الطماوى: التاميم هو ان يكون مصادر الثروة الطبيعة" فى الدوله" والمشروعات الحويه" ملكا للامه" تتولى الدوله نيابه" عنها ادارتها واستغلالها بطريقه" ما تستبعد فيها مشاركه" الراسماليين فى الربح او الادارة،

اشتراكيتها و هذا ما أضعف إلى مدى بعيد اعتماد نظرية المرفق العام كمعيار مميز للحقوق الادارية لأن الادارة كثيرا ما تدير مرافقها هذه على أساس نظام الحقوق الخاصة لا العامة و بالتالى فإن الخصومات التى تنشأ إنما تفصل فيها المحاكم العادية على ضوء مبادئ الحقوق الخاصة كالأفراد تماما .

و هذا يعنى ان نظرية المرفق العام أصبحت غير واضحة المعالم و مداها غير محدود التطبيق و إزاء ذلك تجد أن بعضا من الفقهاء الاداريين يرى العودة إلى معيار السلطة العامة بعد إدخال بعض التعديلات عليه و بعضهم الآخر يرى اعتماد معيار جديد يجمع ما بين الأهداف و الوسائل أى ما بين معيار المرافق العام و السلطة العامة على نحو جديد و لا تزال القضية موضع جدل فقهى طويل الأمد ولم يتبلور بعد وإن كان قضاء مجلس الدوله الفرنسى لا يزال يعتمد على معيار المرفق العام .

المبحث الثالث

أثر الأفكار الإشتراكية على الحقوق الإدارية

(١) وظيفة الدولة وتطورها :

مما لا يخفى أن حاجات الأفراد فى الدولة فى تطور مستمر فما كان كماليا من الحاجات البارحة أصبح اليوم من الضروريات ، والمقصود بالحاجات : الحاجات العامة التى يشترك فيها جميع أفراد الدولة أو عدد

كبير منهم فمثلا مرفق الكهرباء والنقل الداخلى ، كانت هذه المرافق فى يوم من الأيام ثانوية ولكن بتطور الزمن تطورت حاجة الأفراد إليها ، وغدت أمراً ضروريا يجب أن يؤمن لكل فرد فى الدولة هذا من جهة ، ومن جهة اخرى فإن النهضة الاقتصادية العازمة التى تمر بالعالم اليوم وانتشار الآلة والبخار والكهرباء والذرة ، هذه النهضة التى بدت بواكيرها منذ أواخر القرن الثامن عشر ، وما تبع ذلك من اختلال فى توزيع الثروات واستغلال بعض طبقات الشعب لبعضها الآخر ، وظهور طبقة من الرأسماليين الكبار وتكتلهم وانضمام بعضهم إلى بعض وتشكيل احتكارات صناعية أو تجارية ضخمة كالترومست والكارتلى رعاية لمصالحهم على حساب مصلحة الأفراد فى العالم وذلك عن طريق تحكمهم فى أسعار المنتجات وامتداد نفوزهم حتى بدأ يهز بعض النواحي السياسة فى بعض الدول .

ومن ثم تلك الصيحات التى صدرت عن الطبقة العامة تجأر بالشكوى والتى بدأ بأنين خافت ثم تحولت تدريجيا إلى أصوات مدوية بالمطالبة بالإنصاف والعدالة .

كل هذا أخرج الدولة عن حيادها ووقوفها موقف المتفرج إلى التدخل ونشأ على الاثر مذهبان؟ مذهب معتدل وآخر متطرف إلى جانب المذهب الحر الذى كان قائما إذ ذاك .

وهذا يقضينا أن نمس بسرعة هذه المذاهب الثلاثة لنحدد معالمها ووظائفها وننتقل بعد ذلك إلى الكلام على اثر هذا التدخل ومداه على الحقوق الادارية (١) . وهذه المذاهب هى : المذهب الحر ــ المذهب المعروف

---

(١) الدكتور عثمان خليل عثمان ــ نظرية" المرافق العامة" ــ مجموعة" محاضرات مطبوعة" على الجستتنر القيت على طلاب معهد الدراسات العلياء للعلوم المالية" و الادارية" ،

باسم الديمقراطيات الشعبية ـــ المذهب التدخلى .

المذهب الحر :

وهو يعبر عنه باصطلاح الفرنسى (laissez passer laissez f ire)
(دعه يمر دعه يعمل) ويعنى هـــذا المذهب أن يترك الأفراد أحرارا فى ممارسة مختلف أنواع النشاطات من اقتصادية أو اجتماعية ، وهذا من شأنـــه أن يقيد سلطات الدولة ونشاطها ويجعلها قاصرة على القيام بمرافق محدودة : الدفاع ـــ الحفاظ على الأمن والنظام الداخليين ـــ نشر العدالة عن طريق القضاء إلى جانب قيامها ببعض مشروعات ضئيلة لا تذكر وهذا يعنى أن وظيفة الدولة كانت مقصورة على تـولى المرافق العامـــة ذات الطابع الادارى البحت التى لايستطيع الأفراد القيام بها وهى ضرورية لهم ليمارسوا مختلف فعالياتهم بحرية مطلقة وأمان .

هذا المذهب يقدس الحرية الفردية ، ومن أهم وظائف الدولة فيه السهر على تأمين حريات الأفراد وإزالة كل عقبة تعترضها . ولذلك فإن الدولة عند ما تقوم بمرافق الدفاع والأمن الداخلى وإقامة العدل بين الناس تكون غايتها من ذلك أن تتيح لكل فرد أن يمارس نشاطـــه كيفما يشاء وكل تدخل من جانب الدولـة فى غير هـذه النواحى يعتبر خروجا منها عن وظيفتها الطبيعيـــة واعتـــداء على الحريات الفرديـــة .

والخلاصة أن غايـــة هذا المذهب هو الفرد وتقديس حرياتـــه ، ولكن إطلاق الحرية الفردية بهذا الشكل أدى ـــ كما سبق وذكرت إلى انقسام المجتمع إلى طبقات وتسلط القـوى منها على الضعيف وخاصة بعد دخول الآلة ميدان الصناعـة مما أدى إلى تكتل رأس المال ووجود

قوى غير متكافئة مما جعل المساواة المزعومة مساواة قانونية وليست حقيقية .

(٢) ـ مذهب ما يسمى بالديمقراطيات الشعبية :

وكرد فعل لمساوئ المذهب الحر ظهر هذا المذهب وكان على النقيض تماما من المذهب الحر فأنصاره لا ينكرون الحرية والمساواة ولكن يرون بأنهما لاتنالان نظريا بالنص عليهما . قوائم حقوق الانسان أو فى الدساتير بل يرون أن هذه الحرية هى من القيم المعنوية التى تقدمها الدولة للأفراد و تسهل لهم ممارستها ، وكذلك المساواة التى ينادى بها أصحاب المذهب الحر هى مساواة نظرية ، أما المساواة الفعلية الحقيقية فلاتتم بادئ ذى بدء إلا عن طريق ثورة اجتماعية مدعومة بالقوة والعنف وإسالة الدماء و السجن والتشريد والنفى . وتهدف إلى إلغاء الملكية الفردية ومحاربة كل فكرة دينية أو اجتماعية مناهضة , وإلى استيلاء الدولة على وسائل الانتاج عامة ومنابع الثروة كافة على أن يعطى كل فرد لقد، حاجة أو إنتاجه وهذا ما سارت عليه روسيا ومن يسير فى فلكها من دول آخذة بنظامها .

ولكن هذا المذهب من شأنه أن يجعل الفرد إداة طيعة فى يد السلطة الحاكمة ويؤدى إلى استبداد الدولة بالفرد وحلول الفئة الحاكمة وحزبها محل الطبقة الراسمالية المسيطرة وكذلك من شأنه أيضا أن يشل نشاط الفرد ويدعوه إلى التواكل والاعتماد على الدولة ويفقده القدرة على الانشاء و الابتكار ويثبط من عزيمته فى مجال الانتاج والتنافس الفردى .

(٣) المذهب التدخلى :

وجد هذا المذهب كرد فعل للشطط فى الأخذ بالمبدأ الحر وما أعقبه من مساوئ وفهم خاطئ لمفهومى الحريـة والسيادة أدت إلى تلك

النتائج التى تقدم ذكرها . ولكن هذه المساوئ بالذات كانت الدافع الذى أخرج الدولة عن حيادها استجابة إلى تلك الصيحات من الطبقات المظلومة التى كادت تميل إلى الجهة اليسارية وتنقض على نظام الحكم القائم مما جعلهم يفكرون فى الاصلاح السريع ، فصدرت التشريعات العمالية ، و تشريعات الضمان الاجتماعى وتدخلت الدولة فى إدارة كثير من المرافق الاقتصادية بصورة عامة والصناعية بصورة خاصة كمرفق السكك الحديدية وشبكات الكهرباء وتوريد المياه الصالحة للشرب ، و وضع العوائق الجمركية لتنظيم وتنشيط الصناعات المحلية وتقوية وسائل الدفاع ضد الاعتداءات الخارجية ، و وضعت بعض الدول تشريعات لتحمى نفسها من تسلط الفئة التى تملك رؤوس الأموال الضخمة و التى تملك بما لديها من إمكانيات السيطرة بصورة مباشرة و غير مباشرة على التوجيه السياسى و الاقتصادى فى البلد و جعلها فى خدمة مصالحها على حساب عامة الشعب .

و من أهم مبادئ المذهب التدخلى الانتقال تدريجا دون اللجوء إلى العنف من نطاق اقتصاد حر مرسل إلى نطاق اقتصاد موجه مع الاحتفاظ بالمبادئ الأساسية للديمراطية السياسية الحرة ، وهذه المهمة تتولاها السلطة الادارية فى الدولة وقد تشاركها فى ذلك الهيئات المهنية أوالقطاع الخاص .

و عليه فهذا النظام (١) لا يرمى إلى القيام بثورة اقتصادية و اجتماعية وإنما يتطور فى هذين الميدانين بشكل يحفظ للفرد قيمته الذاتية والمعنوية ويحتفظ بالمبادئ الأساسية للمذهب الديمقراطى

---

(١) الدكتور توفيق شحاته فى كتابه مبادى القانون الادارى ،

السياسى، أما هذه الطفـرات المفاجئة التى تظهر ما بين آونـة و اخرى على اثر انقلاب أو ثورة فما هى فى حقيقتها إلا نوع من إشاعة الفوضى وإلاضطراب والخراب الاجتماعى والإقتصادى للبلد لأن سنـة الحياة التطور ــ فى إطار عادات و تقاليد البلد ــ أما الطفرة فمستحيلة وهذا ما نلاحظه فى أكثر الدول المعتدلة كإنكلترا وسويسرا وبلجيكا و السويد و هولندا . . . الخ . وعلى العكس تجد عدم الاستقرار و الفوضى فى الدول التى تكثر فيها الانقلابات والثورات كبعض دول امريكا اللاتينية وبعض دول الشرق الأوسط وكذلك بعض الدول الافريقية المستقلة حديثا والتى هى فى حقيقتها مسرحا للتطاحن الإستمارى المقنع فكل إنقلاب أو ثورة يهدم النظام القائم و يجلب معه إلى البلد نظاما جديدا دون أن يحسب للشعب المحكوم أى حساب و هذا هو علة عدم الإستقرار فى هذه البلاد .

٤ ــ أثر هذا التطور على الحقوق الإدارية ونتائجه :

إن خروج الدول عن حيادها وتدخلها فى شتى الميادين وأخصها الميدان الإقتصادى أدى إلى نتائج عدة تتجلى فيما يلى :

أ) ــ لم يعد نشاط الإدارة قاصرا على تلك المرافق العامة التقليدية الثلاثة : الدفاع ــ الأمن الداخلى ــ القضاء .

إنما إلى جانب توسعه فى المرافق التقليدية التى تعنى أيضا بالصحة العامة و تعليم والنظافة . . . الخ أصبحت الدولة تدير بعض المرافق العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى والزراعى وخاصة تلك المرافق التى ينوء بها القطاع الخاص اولا يقوم بها على أكمل وجه وأنمة كمد السكك الحديدية و تسيير القطر عليها ــ شبكات الرى ــ إدارة بعض المشروعات الزراعية النموذجية ــ إدارة مشروعات البترول والمحروقات . . . وسبيلها إلى

ذلك إما تأميم بعض المرافق العامة القائمة أو إنشاء مرافق جديدة أو عن طريق المساهمة ببعض مشروعات القطاع الخاص عن طريق ما يعرف بأسلوب الإقتصاد المختلط .

ب) ـــ مساعدة المشروعات الخاصة : التى يقوم بها القطاع الخاص وتؤدى للجمهور خدمة عامة أساسية وضرورية فإذا ما واجهت تلك المشروعات بعض الصعوبات أو مرت ببعض الأزمات فإن الدوله تتدخل فى الأمر وتمنع هذة المشروعات بعض المساعدات المادية أو الفنيه أو تخولها بعض امتيازات السلطات العامة (١) مثل الإستملاك الجبرى لبعض الأراضى والعقارات مثلا . ولكن فى مقابل ذلك فإن الدولة تراقب هذه المشروعات وتشرف عليها لما لها من صفة النفع العام بالنسبة للجمهور .

ج) ـــ مراقبة النشاط الفردى: من الحاجات الجماعية ما ترى الدولة الا تتولاها و إنما تتركها بيد الأفراد إذا كانوا يستطيعون الوفاء بها بشكل مرض فتترك الحرية فى ممارستها و لكن تحت إشرافها و رقابتها فتضع لهم من القواعد و القيود ما يمنع من تسلط فئة أرباب العمل على العمال أو بالعكس و ما يمنع من و قوع أى اضطراب و يكفل تحقيق النظام العام و نتج عن هـــذا التور فى وظائف الدولـــة و اختصاصا تها عدة نتائج:

أ ـــ تطور المعايير المميزة للحقوق الإدارية عن غيرها فمن معيار السلطة العامة إلى معيار المرفق العام إلى تلك الأزمة التى يمر بها هذا المعيار و التى هى فى حقيقتها صدى لتطور وظائف الدولـــة و إمعانها فى التدخل

(١) الدكتور توفيق شحاته ـــ المرجع السابق ،

فيلاحظ مثلا أن العوامل التى أدت إلى ظهور معيار السلطة العامة كأساس للحقوق الإدارية إنما هو ان فكرة السلطـــة العامة كانت كافية لتبرير قواعد الحقوق الادارية عند ما كانت الدولة حارسة و مهمتها إذ ذاك الحفاظ على سلامـــة البلد داخلا و خارجا و نشر العـــدل بين الناس .

و لكن لما غزت المبادئ الاشتراكية و أفكار الاقتصادية الموجة للعالم و جدت الدولة نفسها مضطرة إلى الخروج من عزلتها لتساير الركب وبدأت تساهم فى النشاط الاقتصادى بشكل فعلى ظهر بوضوح أن معيار السلطة العامة لم يعد كافيا فانبثقت فكرة جديدة كمعيار مميز للحقوق الادارية هى المرفق العام وبدأت بوادر هذا المعيار تظهر فى احكام مجلس الدولة الفرنسى منذ أواخر القرن التاسع عشر .

ويلاحظ بأن هذا المعيار أدى واجبة على أكمل وجه وأتمه حينما كان من السهل التمييز ما بين نشاط الادارة الذى له صفة المرفق العام وبين نشاط الأفراد الذى ليست له هذه الصفة .

ولكن لما تابعت الادارة تطوير وظائفها واختصاصاتها و مدت يدها إلى بعض المجالات التى كانت مقصورة على النشاط الفردى هذا من جهة و من جهة اخرى شعرت الادارة بكثرة الأعباء الملقاة على عاتقها فسمحت للأفراد بأن تعاونها فى تحقيق النفع العام فوجدت فكرة المشروعات ذات الصفة الإقتصادية المختلطة (أى التى تساهم فيها الدولة إلى جانب الأفراد بالقيام بأعباء المرفق أو المشروع كما هو الحال عندنا فى سوريا بالنسبة لشركة مرفأ اللاذقية ـــ المصرف الصناعى) و فكرة المشروعات الخاصة ذات النفع العام كل هذا أدى إلى قلقلة اتخاذ المرفق العام كمعيار مميز

للحوق الإدارية وجعل فقهاء القانون الإدارى يفتشون عن معيار أكثر دلالة و وضوحا ولا يزالون يفتشون . . .

ب ــ تخلى الدولة فى كثير من الأحيان عن استعمال سلطاتها الإستثنائية و الأخذ بوسائل القانون الخاص فى إدارتها لبعض المرافق العامة أو للمشروعات المؤممة أو المشروعات المختلطة .

ج ــ كلما أمعنت الدولة فى التدخل كلما ازداد تماسها مع الأفراد و حرياتهم و حقوقهم كلما زادت أعباء مجلس الدولة و تطور قضاؤه وازدات صلاحياته .

د ــ إتساع نطاق تطبيق قواعد الحقوق الإدارية .

هـ ــ ظهور مرافق عامة للتأديب المهنى كنقابات الأطباء والمحامين و المهندسين و هى لاتدار عادة من قبل موظفين حكوميين أو من قبل سلطات إدارية وإنما تدار من قبل هيئات خاصة تختار من بين أعضاء المهنة .

وكل هذا أدى إلى تدخل الحقوق الخاصة فى نطاق التظام القانونى للمرافق العامة من جهة ، و من جهة اخرى بسطت الحقوق الإدارية قواعدها و وسائلها على المشروعات الخاصة ذات النفع العام كالمؤسسات الخيرية الخاصة و بعض المستشفيات و المدارس الخاصة .

(يتبع)

* * *

(بقية الصفحة ١٢)

و من أجل هذا فان مالكا قد أطلق المصطلحين السنة و الاجماع جميعا لمجموعة الاراء فى المدينة على حد السواء و بما أن المصطلحين قد أطلقا سويا على هذه المواد فان هنالك فرقا هاما قائما بذاته فى كل من المصطلحين من وجهة نظر لكل منهما . فان السنة أقدم من ذلك إذ أن نقطة البدء توجد فى السنة المثالية للرسول عليه الصلاة و السلام ، و قد فسرت هذه السنة بصورة متطورة بالرأى و القياس لذلك فان الاجماع ما هو إلا هذا التفسير للسنة أو هو السنة كما يدل عليه مفهومنا (٢) الذى قبلته الجماعة بصورة عامة .

و بناء على ذلك فان اعمال القياس و الاجتهاد لابد من أن ياتى بين القرآن و السنة المثالية من ناحية و بين القياس و الاجماع من ناحية أخرى انا نجد مالكا يملأ فقرة بعد فقرة باجتهاده رغم تشبثه الشديد بما تعود عليه الناس فى المدينة ــ غير أنا لا نجد ما يدلنا على النشاط الاجتهادى فى المؤلفات للقرن الاول و حتى القرن الثانى حيث تمخض فيه الرأى العام عن استقرار السنة بالمفهوم الثانى بسبب العدد المتزايد فى الحديث الجديد (و سنبحث فى الدور الذى لعبه هذا الحديث فى الفصل الآتى) انا لا نجد ما يد لنا على النشاط الاجتهادى من أكثر مما نجده فى كتاب السير الكبير لمحمد الشيبانى أحد تاميذى أبى حنيفة التابعين. و قد توفى الشيبانى فى سنة ١٨٩ الهجرية و يقول شارحه الكبير السرخى (المتوفى ٤٨٣) ان هذا المولف آخرما ألفه الشيبانى ، و معظم كتابه يشمل على اجتهاده أى الشيبانى نفسه و ذلك نتيجة لنقده على رأى من سبقه ، و الشيبانى فى اجتهاده لا يعتمد على القياس وحده فحسب بل انه يعود الى الاستحسان بخلاف القدامى كذلك يجهد نفسه فى اعمال التفكير المنطق .

البحث

و عدد الاحاديث النبوية التى نقلها الشيبانى قليل فى غاية القلة . إذ أنه ينقل كثيرما أحاديث الصحابة و أكثر من ذلك أحاديث التابعين . و لكنه لا يكتفى بالنقل و انما ينقد أحيانا أراء صحابى من الصحابة و يكفينا أن نورد مثلا لإيضاح ما قلناه بهذا الصدد فالمسألة هى . هل من حق جندى مسلم أن يمتلك لنفسه ما يشاء فى أرض تعود للعدو المنهزم و ذلك نظرا الى أن ممتلكات العدو المهزوم لا يعود لمسلم فردى و انما هى ملك لجميع المسلمين الفاتحين ؟ و يقول الشيبانى " قيل عن ابى الدرداء أحد الصحابه انه قال انه لا جرم اذا أخذ الجنود المسلمون المواد الغذائية (من أرض العدو) و يعود بها الى أهله و يأكلها و يقدمها كهدايا للاخرين دون أن يبيعها و يبدو أن أبالدرداء جعل الهدايا الغذائية من بين الضروريات مثل الأكل (و ذلك لأن الجنود جاز لهم أن يأكلوا الغذاء من أجل ابقاء أنفسهم على قيد الحياة) و لكنا لا نقبل أن الهدايا الغذائية ضرورية و ان كان الغذاء نفسه شئ ضرورى للحياة " ويقول الشيبانى بهذا الصدد انا فى هذه النقطة نقبل حديث أحد التابعين و هو مكحول (المتوفى سنه ١١٤هـ) أن رجلا (مسلما) ذبح جملا فى أرض البيزنطيين و دعا الآخرين لمشاركته فى أكل لحمه و عند ذلك قال مكحول لاحد الغساسنة : ألا قمت و جئت ببعض اللحم من الجمل الذبيح" فقال الرجل " انه ليس بغنيمة " (أى انه لم يقسم تقسيما صحيحا حسب قوانين الغنيمة)فقال لاغنيمة فيما جائز (أى أن الغذاء أجيز أكله) و يمضى الشيبانى يقول " روى عن مكحول انه قال ان الذى يعود الى بيته مع شئ من أرض ليس له أية قيمة فيها و لكنه يمكن أن يكون مفيدا له فمن حقه أن يفعل ذلك " على أن هذا الرأى عندنا يحتمل أن يكون صائبا بالنسبة

بالاشياء التى ليست لها قيمة خاصة فى أرضنا أيضا ، لأن الاشياء (التى لا قيمة لها فى أرض العدو) تعتبر ذات قيمة ما فى أرضنا نحن فلابد من ردها إلى مال الغنيمة لأن نقلها من مكان لآخر لا يغير شيئا من قيمتها و طبيعتها الاصلية بينما يرى مكحول مجرد واقع النقل يضفى على الشيء قيمته كأن الناقل أطلق أجرته لصنعته عليه ٢١ . و بعد هذا النقد على قول مكحول يؤيد الشيبانى اجتهاد مكحول فى أنه إذا وجد مسلم شيئا نافعا فى أرض العدو مثلا قطعة من الخشب و صنع منها كأسا على سبيل المثال فانه من حقه أن يمتلكه و لكنه لا يجوز له أن يمتلك شيئا صنع قبل أن يجده :

انه من اليسير أن نورد أمثالا لا عد لها لهذا النوع من الاجتهاد و قد أخترت هذا المثال الطويل منها للاجتهاد تمكينا للقارئ من الامعان فى كيفية التفكير للمجتهدين المسلمين القدامى و من هذا يتضح لنا بكل الوضوح أن مضمون السنة الواقعى للاجيال الاولى من المسلمين لم يكن إلا نتيجة للاجتهاد كما أن هذا الاجتهاد تطور على مر الزمن بتفاعل الرأى إلى ظاهرة عامة لقيت اقبالا عليها من الجماعة أى صارت اجماعا . و عليه فان مصطلح السنة فى مفهومنا الرقم ٣ أى الممارسة الفعلية قد استعمل من قبل مالك على حد السواء بمصطلح الأمر المجتمع عليه أى الاجماع . و بذا فاننا نرى أن السنة و الاجماع قد اندمج بعضه بعضا فصار الاثنان فى واقع الامر مادة متشابهة و نجد هذه الظاهرة حتى فى عهد ما بعد الشافعى حيث فصلت الفكرتان و على الرغم من ذلك فان الصلة القريبة بينهما ظلت قائمة كما كانت قبل و ذلك لان السنة فى عهد متأخر صارت تطلق على سنة الرسول و حسب، من ناحية الفكرة و ان تكن سيرة الصحابة

تعرف بسنة الصحابة . و هكذا فان الاجماع يبدأ مما تنتهى إليه السنة و بذا اتفاق الصحابة معناه سنة الصحابة و اجماع الصحابة جميعا . و هذا التطور فى نفسه ليس مما يضر على شرط أن درجة الاجماع لا تتأثر فتستمر صلاحيته الحقة فى تقبل العناصر و الافكار الجديدة و خلقها . و لكن الذى حدث فعلا لم يكن ما كان يترجى، إذ أن الاجماع من سوء الحظ صار متحجرا بعد عهد الشافعى و سنبحث فى هذا الموضوع فى الجزء الثانى .

و قد أثبتنا فى بحثنا حتى الآن أولا أن سنة المسلمين الأول كانت من ناحية الفكرة و من الناحية العامة قلت أو قصرت ، كانت مرتبة بسنة النبى ﷺ و الرأى أن أسوة المسلمين الأول كانت إلى حدما منفصلة عن السنةا لنبوية لا يستقم، و ثانيا أن المضمون الاول للسنة المسلة كان من نتاج المسلمين الاول أنفسهم و ثالثا أن العامل الابتكارى لهذا المضمون ظهر بهذا الاجتهاد الشخصى الذى تبلور فى الاجماع فى ظل السنة النبوية التى لم تعتبر شيئا خاصا و رابعا أن مضمون السنة أو السنة حسب المفهوم الثانى كان متشابها للاجماع — و ان دل هذا كله على شئ فانما يدل على أن الجماعة من حيث الكل حصلت على امتياز ضرورى للابتكار فى مضمون السنة النبوية و أن الاجماع أصبح ضمانا على صحته و صوابه أى رفع الزلل من الناحية العملية بخلاف العصمة النظرية المطلقة التى تتزعمها الكنيسة المسيحية.

و نظرا الى ما قلناه أعلاه فانا نستطيع أن نقدر مدى القوة الحقيقة لما أثر عن القرن الثانى اذ قيل " أن السنة تفسر القرآن و ليس القرآن يفسر السنة" و يبدو هذا القول فى أول وهلة مرقا و كفرا عن الدين لو لم نلحظ ما ذكرناه سالفا ان القول المأثور يعنى أن الجماعة تفسر و تضفى معنى من

المعانى الى الوحى با بنيحاء من الروح التى عمل بها الرسول الكريم فى وضع تاريخى من الأوضاع و انضرب مثلا لذلك ، فان القرآن يقضى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين للحكم فى أكثر القضايا (باستثناء قضية الزنا) و لكن الذى حصل فعلا أن القضايا المدنية قد فصلت على أساس شاهد واحد مصحوبا بقسم — و قد اعترض على ذلك بعض الناس و احتجوا بالقرآن و يقبل مالك فى الموطأ فأخرج حديثه عن اليمين مع الشاهد "هذا الامر الثابت عمليا و قد جاء ذلك بناء على الظروف الطارئة على المعاملات القضائية ، و ينقل مالك حديثا بهذا الصدد و لكنه يعتمد فى بحثه على المعروف .

و هنالك ظاهرة هامة لهذه السنة و الاجماع يحتم علينا أن نقف عندها لخطورتها فى بحثنا ، و هى أن الاجماع غير الرسمى لا يمنع الاختلافات فى الرأى ، ثم ان هذا الاجماع كان اجماعا اقليميا فنجد سنة و اجماع المدينة فهى تختلف ما نجده فى العراق من الاجماع و السنة أو السنة المجتمع عليها ، و ليس هذا فحسب بل انا نجد اختلافا فى سنة و اجماع اقليم واحد و ان كان الرأى العام فى طور التبلور — و هذا مما يوضح لنا طبيعة العمل للوصول الى الاجماع و معنى ذلك أن الرأى العام كان فى طور البناء و الظهور عن طريق تفاعل الاختلافات و التفسيرات و فى الوقت نفسه كان التفكير الجديد و الشرح و التفسير يسير سيرا متواصلا دون أن يعوقه عائق و هذا الطريق للوصول الى الاجماع بلا مراء كان طريقا ديموقراطيا فى طابعه ، و لكن عند ذلك قامت حركة قوية لوضع المقاييس و توحيد المعايير فى العالم الاسلاس كله ، و ذلك لأن المقتضيات الادارية و الشرعية كانت فى أمس الحاجة الى وضع مقاييس موحدة لتنسيق و ظائف الدولة العامة — و هذا مما دفع ابن المقفع كما سبق أن ذكرنا الى تقديم

نصيحته للخليفة العباس" بأن يفرض رأيه فى حالة عدم وجود اتفاق عام على أمرما "و هذه الحركة لتوحيد المقاييس أدت الى احلال الحديث محل المبدأين : الاجتهاد و الاجماع ، لانها كانت بطيئة السير و أن تكن ديمو قراطية فى طابعها ، و نتيجة لذلك فان الاجتهاد و الاجماع قد تقلصت أهميتهما للغاية و ليس هذا فحسب بل ان الصلة الفعالة الوثيقة بين الاجتهاد و الاجماع قد انقطعت و انتهى أمرها كما يبدو، و لكن الحديث قد أعيد وضعه من جديد.

بدأت حركة الحديث الكبرى بانتهاء القرن الأول الهجرى و لقيت تشجيعا عظيما فى خلال القرن الثانى باسم السند الموحد - أى النبى و تزعم الامام الشافعى هذه الحركة الجبارة فى حقل الفقه كما أن تدخله الحاسم فى الحركة التفكيرية المتحررة أدى الى وضع مبادى أساسية للفقه الاسلامى كما فهمته وقبلته الاجيال المتعاقبة و حججه على ذلك لها أهمية بالغة بالنسبة الى بحثنا فى هذا الموضوع، فقد كان يقول ان دعاوى مخالفيه - ممثلى المدرسة ، توصلوا - الى اجماع عام ليست مقبولة و لا يمكن قبولها و آية ذلك انا لا نجد الاجماع فى جميع المسائل الا فى عدد الصلوات و حسب، فالاختلاف فى جميع المسائل غير الصلاة واضحة جدا ، كذلك لم يعقد مؤتمر لممثلى المسلمين للوصول الى الاجماع و لم يكن ذلك من المستطاع - و الامام الشافعى كثيرا ما يروى أراء مخالفيه دون أن يقبلها - فمن قولهم ان الخلفاء الاولين كأبى بكر و عمر كانوا يستطلعون خبرا ممن علم بالسنة النبوية و ذلك فى حالة عدم علمهم بشئ ما من الاحاديث النبوية و الحقيقة أن حجة مخالفيهم فى ذلك لم يكن الا جزءا من حجتهم الكبرى و هى أن الصحابة شهدوا كل عمل من الاعمال التى قام بها النبى صلى الله عليه

و سلم فكانوا يقومون بأعمالم هم بنفس الروح المستوحاة من سيرة النبى و الاجيال التابعة للصحابة شهدت أعمالهم بدورهم و بهذا الطريقة التى ظهرت بها النصيحة و الفقه المبادلين فى الجيل الثالث فقد ظن أن السنة النبوية قد استقام أمرها عملا فى الجماعة لذلك فان حركة الحديث الكبرى لاحاجة اليها لتاييد السنة و ان كانت محفوفة بأحظار وخيمة من ناحية تحقيق صحتها أو وضعها، ان الشافعى لم يقبل هذه الحجة و أصبر على موقفه بكل عزم - و يبدو أن الحجة بالدعوة الى العامة من قبل الخلفاء لايستقيم أمرها فقد أتى بها أهل الاجماع دفاعا لانفسهم عن أهل الحديث و قد اصطنعوها اصطناعا بدليل تشكك الامام الشافعى فيها على أن حجتهم الاكبر لها قوتها االفعالة و نصيب كبير من الحق و الذى يضعفها فى رأى الامام الشافعى هو الاختلافات فى المدارس القائمة ــ فكان يقول "ليس لكم الاجماع و انما هو الافتراق"

و من الواضح الجلى أن فكرة الاجماع عند الشافعى تختلف اختلافا كليا من فكرة المدارس القديمة لأن الفكرة تقضى بكون الاجماع رسميا وكليا فكان يدعو الى اتفاق لا يترك مجالا للافتراق أو الاختلاف. و مما لاشك فيه أن الامام الشافعى كان يستجيب للحاجة الماسة فى عهده فكان ممثلا هائلا للاتجاه الذى كان سائدا منذ زمن طويل و الذى كان يدعو الى احلال التوازن و التوحيد ــ و لكن فكرة الاجماع السائدة فى المدارس القديمة كانت مختلفة اختلافا كبيرا ــ فكان الاجماع عندهم عبارة عن طريقة ديموقراطية تزدهر ازدهارا مستمرة فلم يكن أمرا متحجرا اصطنع اصطناعا و فرض فرضا ، كما أنها لم تكن فى طابعها رسمية بل كانت طبيعية تنمو على سجيتها و تسع صدرها لاحتمال الافكار الجديدة و قبولها و الدعوة اليها ، فلابد من أن تعيش جنبا الى جنب مع الاختلاف و الافتراق دون أن تحاول فرض نفسها على غيرها فكان

العلماء يقولون انهم من الواجب علينا أن نقوم بالاجتهاد لان دائرة الاتفاق تتسع اتساعا تقدميا أما ما يبقى فيترك لاجتهاد أو قياس جديد لكى يتاح الوصول الى الاجماع مرة أخرى غير أن الصلة الحيوية النامية بين الاجتهاد و الاجماع قد انقطعت بفقه الشافعى و بذا فان الامام الشافعى يضع السنة و الاجتهاد و الاجماع موضع السنة النبوية التى لا تكون عنده مصدرا للهداية عاما و انما هى شئ يؤخذ به قلبا، و قالبا و لا يؤثر فيه شئ الا نقل الحديث ــ ويعطى الشافعى الدرجة التالية لسنة الصحابة خاصة الصحابة الأربعة الأولى. فانه يعطى المقام الاول للاجماع ثم يقبل الاجتهاد و هكذا فان المنهاج الطبيعى قد انقلب رأسا على عقب فصار الاجتهاد و الاجماع اجماعا و اجتهادا و بذا فان الصلة الحيوية بين الاجتهاد و الاجماع قد انقطعت و اصبح الاجماع شيئا متحجرا ينظر الى الوراء بينما كان قبل ذلك سعيا متواصلا يتطلع الى الامام بعد انتيهاء الاجتهاد الحر. كأنه شئ استكمل تطوره فى الماضى مع أنه يقضى بطبيعة الحال أن يلى جهدا فى الاجتهاد ، و مما لاشك فيه أن الامام الشافعى هيأ منهاجا آليا أدى الى استقرار الاوضاع الاجتماعية الدينية للقرون الوسطى ، و لكنه جاء ذلك على حساب الابتكار و الاصالة فى العمل و لا ريب فى أن الاسلام فى عصوره المتأخرة استوعب كثيرا من الاتجاهات الروحية و العقلية فلا غرو فان المجتمع الحى ينفر عن الجمود و لكنا أهم ما نلاحظه فى هذا التطور أن الاسلام لم يكن فى هذا قوة فعالة و انما كان موقفه سلبيا من عراك الحياة حوله ، و مما يدل على ذلك أقوى دليل هو ظهور التصوف.

المراجع

(١) خالد بن عتبة (تاج العروس ح :)
و لا تجز عن من سينة أنت سر تها
فأول راض سنة من يسيرها

(٢) راجع جميع القواميس الكبيرة

(٣) يروى تاج العروس عن شمر و حسب و لكنه لا يتضح ما اذا كانت السنة تعتبر فى مفهومها المادى و فى معناها البدائى. و هنالك سوء ظن عن العرب فيقال أنهم يستعملون كلمات تدل على الظواهر المادية للتعبير عن التصورات المجردة

(٤) نشر فى مؤلف "كتاب العالم و المعلم طبعة القاهرة سنة ١٩٤٩ ص ٣٨ ــ و قد نقل الى اللغة الانجليزية معظم هذا الكتاب فى مؤلفه "اسلام" لجون و ليامز (سلسلة الكتب الدينية الكبيرة) فى واشنطون. دس سنة ١٩٦١.

(٥) فى مؤلف "اسلام"، الفصل الثالث تحت النشر من قبل جورج ويد نفيلد و نكلسون، لندن و ذلك فى سلسلة مطبوعاتهما عن التاريخ الدينى.

(٦) القرآن السورة ٣٣ و الآية ٦٢
و السورة ٣٥ و الآية ٤٣

(٧) القرآن ٣٣ ــ ٢١ ــ ٥٠ ــ ٤ ــ ٦

(٨) نشر هذا الكتاب فى "دار اسلام" "لـ"ه" إنيز، ج ٢١ ص ٦٧

(٩) الأغانى ٢٥ : ١٢٤ ــ الهاشميات للكميت و قد قام باخراجها هورووونيز فى سنة ١٩٠٤

(١٠) الهاشميات القصيدة ٨ ــ البيت ١

(١١) كتاب الخراج لأبى يوسف، طبعة القاهرة سنة ١٣٠٢هـ ص٨ س٢٢

(١٢) القرأن ٦٣ : ٥

(١٣) القرأن ١٨ : ٦ و ٢٠ : ١

(١٤) القرأن ٤ : ٦٤

(١٥) أنظر موطأ مالك لمواعيد الصلاة الحديث الأول : أخر عمر بن عبدالعزيز صلاة يوما من الايام فدخل عليه عروة بن الزبير و قال له ان المغيرة بن شعبة أخر مرة الصلاة فجاءه أبو مسعود الانصارى و قال: ما هذا يا مغيرة ألا تعلم أن جبريل نزل و صلى و النبى معه و مرة أخرى صلى جبريل (صلاة أخرى) و صلى (معه) النبى و صلى جبريل (الصلاة الثالثة) و صلى النبى كذلك و صلى جبريل الصلاة الخامسة و صلى النبى مثله، فقال النبى "هل أمرت بذلك" و لما سمع عمر بن عبد العزيز ذلك قال "يا عروة حذرا من رواية ذلك، و من ثم أصبح المحدثون يؤكدون على ميقاتها . . عند حديثهم عن الصلاة و يظهر من هذا أن الجملة قد أقيمت لتحديد مواقيت الصلاة .

(١٦) نقلا عن مخطوطات كتاب ,,الأسلام،، الذى ذكر أعلاه.

(١٧) ابن المقفع رسالة فى الصحابة من رسالة البلاغة، طبعة القاهرة سنة ١٩٣٠ ــ

(١٨) طبعة حيدرآباد سنة ١٣٣٥ هـ ١ : ٢

(١٩) نفس المرجع ج ١١ : ٢٦٠

(٢٠) نفس المرجع ١١ ٢٥٩

(٢١) كتاب الأم، ٧ ٢٤٠
٢٤٨ ــ ٢٥٦ ــ ٢٥٨

(٢٢) نفس المرجع ٧ : ٢٤٢ ــ ٢٤٦

(٢٣) نفس المرجع ٧ : ٢٤٢ الخ

(٢٤) انظر نفس المرجع على وجه خاص ٧ : ٢٥٥
٧ : سطر من الا سفل

(٢٥) نفس المرجع على وجه خاص ٢٤٦ سطر ١٥