

## القسم الأول

### المشروعية أو المصالح الشرعية

● معنى المشروعية وتحديدها فى النظم المختلفة :

\* معناها .

\* تحديدها فى النظم المختلفة .

● مضمون المشروعية الإسلامية :

\* أساسها .

\* دور العلم والأفراد فى تحقيقها .

● صفات المشروعية الإسلامية ونطاقها :

\* صفاتها : ثباتها ومرونتها . تقيدها بالعقيدة .

\* نطاقها : شمولها لجميع الأوضاع والعلاقات

تطبيقات فى الأوضاع الإسلامية المختلفة .

\* \* \*



## الباب الأول

### معنى المشروعية وتحديدّها في النظم المختلفة

#### الفصل الأول

##### معنى المشروعية

١٩ - لفظة « مشروعية » مصدر لفعل : شرع يشرع - كفتح يفتح - وهو فعل يفيد البدء في السير على أساس من سبق التنظيم . ومنه الشارع وهو الطريق المُعد للسير ، والمشروع وهو الفكرة المنظمة . والتشريع وهو التنظيم بقواعد عامة . وكذلك منه الشرع والشرعة . وهما معروفان .

ومشروعية الشيء ( Legality - legalite ) هو الأساس الذي يجعله مشروعاً ( Legitime ) نتيجة للمشروعية التي تسبغ عليه صفة الشرعية ، وقد استعمل الفقهاء المشروعية لبيان الأدلة التي تفيد حكم الشيء ، كآية تدل على فرضيته ؛ كقوله تعالى في الصلاة : ﴿ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا ﴾ (١) ، وقوله في مشروعية الحج : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْكَبِيتِ ﴾ (٢) ، وقوله صلى الله عليه وسلم في الصوم : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » . وغير ذلك من الأدلة التي تدل على إيجاب الحكم أو نفيه أو إباحته .

٢ - المشروعية في النظم الدستورية : هي سيادة القانون (Souvereignety of law) .. أى القانون بمعناه العام .

(٢) آل عمران : ٩٧

(١) النساء : ١٠٣

وليس المقصود بذلك القانون بمعناه الشكلي . ولكن المقصود به سيادة الفكرة القانونية وسيطرتها على الأوضاع فى مجتمع معين سواء أكانت السيادة لنص مكتوب أو عُرِفَ معين . أو كانت السيادة لمذهب وفكرة اجتماعية معينة (١) .

والمشروعية نوعان : مشروعية عادية ، وهى سيادة نصوص الدستور ثم القانون ثم اللوائح ، وهى التى سنراها فى النظم الفردية ( بند ٢٢ ) ، ومشروعية عليا هى سيادة الفكر الاجتماعية فى النظم المذهبية على ما نراه فى موضعه ( بند ٢٤ ) .

وتكون هذه السيادة بإيجاد تنظيم مسبق ( reglementation préalable ) يحكم جميع الأوضاع والمراكز القانونية والتصرفات التى تظهر فى الجماعة المنظمة ، فلا يكون ثمة وضع هو نسيج وحده ، لا تحكمه قواعد مسبقة ولا يستند إلى قاعدة عامة تحكمه . والتصرف الذى لا يستند إلى قاعدة عامة موضوعة من قبل يكون منعزلاً ( inexistant ) لأنه اغتصاب للسلطة التشريعية ، ويكون قرين التعسف والتحكم . إذ أن ذلك يعدم أساس المساواة والعمومية بين الناس .

٢١ - وعلى ذلك فمن المقرر أن المشروعية هى أساس ما نسميه دولة القانون ، وهى الشكل الحديث التقدمى للدولة ، ويقابله دولة الأمن التى تركز على اعتبارات ذاتية تعالج بها كل حالة على حدة ، وذلك إما بسبب التأخر وتحكيم الهوى ، أو بسبب حالة الضرورة تستدعى إعلاء اعتبارات صيانة الأمن والسكينة العامة ، كما فى حالات الحرب أو الاضطرابات .

\* \* \*

---

(١) ربط البعض بين المشروعية وفكرة السيادة ، على إعتبار أن المشروعية تُستمد من صاحب السيادة ، فهو الذى - بإرادته وفعله - يجعل الأمر مشروعاً أو غير مشروع ، ويسبغ ثوب المشروعية على ما يراه من الأوضاع والأعمال .

انظر : الدكتور فؤاد محمد النادى : « مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى » ص ١٥ ، وما بعدها - الطبعة الأولى ١٩٧٤/٧٣

## الفصل الثانى

### تحديد المشروعية فى النظم المختلفة

٢٢ - فى النظم الفردية : تقوم المشروعية فى النظم الفردية على تدرج القواعد ( hyrarchie des règles ) وذلك من الناحية الشكلية ، أى بالنظر إلى جهة إصدار القاعدة التنظيمية .

وسبب ذلك هو السُلطة المطلقة التى يتمتع بها المشرع الوضعى فى هذا النظام .

فبسبب هذه الحرية استمد القانون <sup>(١)</sup> قوته من شكله ، أى من الجهة التى تصدره .

وبذلك فإن القاعدة التى يتضمنها الدستور - وهو أعلى هذه القواعد وتصدره السُلطة التأسيسية فى الدولة - يكون أعلى من القانون ( Loi ) الذى تصدره السُلطة التشريعية ، وهذا بدوره يكون أعلى من اللوائح على تدرجها . فاللائحة التى يصدرها رئيس الجمهورية بناء على عرض مجلس الوزراء أعلى من التى يصدرها دون هذا الغرض ، واللائحة التى يصدرها مجلس الوزراء أعلى من التى يصدرها الوزير ، وهذه أعلى مما يصدره من يتبعه ، وكل لائحة تتطلب شكلية خاصة وإجراءات أعلى فى إصدارها تكون فوق تلك التى تتطلب شكلية أو إجراءات أخف ، وهكذا .

والقرارات الفردية أدنى من ذلك كله فيجب أن تتقيد بالدستور ثم القانون ثم اللوائح على تدرجها .

---

(١) يدخل العرف فى هذا التدرج حسب قيمته . فالعرف الملزم يأتى مباشرة تحت القانون ( بمعناه الشكلى ) .

وكذلك فالعقود والأحكام يجب أن تتقيد بالقانون ، ولكن مشكلة سيادة القانون تشور - عادة - فى مجال العلاقات الناشئة عن أوضاع القانون العام . لأن السلطة هى التى قد تتأبى على القانون وتطفى على الأفراد . أما الأفراد فيما بينهم فإنهم متساوون جميعاً فى علاقاتهم ويمكن الالتجاء إلى القضاء أو السلطة العامة لجبرهم وقهرهم .

٢٣ - فى النظم الموضوعية والمذهبية : وأما فى النظم المذهبية فإن سيادة القانون ليست هى سيادة النص ، بل سيادة الفكرة الاجتماعية التى تحكم النظام أو الإيمان العام والعقيدة الشعبية التى تعتبر مذهباً اجتماعياً .

وهذه المشروعية موضوعية وليست شكلية ، فإذا صادف النص روح النظام وفكرته العليا فإنه يكون مشروعاً ، وإن خالفها فإنه لا يكون مشروعاً أبداً كانت الجهة التى أصدرته . وعلى العكس فإذا وافق النص هذه المشروعية وكان صادراً من جهة دنيا فإنه يُقدّم على نص أصدرته جهة عليا متى كان مخالفاً للمشروعية .

وبذلك فإذا خالف الدستور نفسه هذه الفكرة ؛ لم يكن مشروعاً ، وإذا طبقتها لائحة كانت مشروعة ولو خالفت الدستور .

فى النظام الاشتراكى - مثلاً - تقوم المشروعية العليا على منع الاستغلال ومنع الصراع الطبقي . فإذا تضمن الدستور نصاً يشجع شيئاً من ذلك لم يكن ذلك النص مشروعاً . ولو صدرت لائحة تخالف الدستور ، وتواطىء هذا الهدف الأعلى كانت مشروعة سائغة ولو أنها تخالف نص الدستور .

فالمشروعية هنا فكرة قانونية ومبدأ عام وليست نصاً أو عرفاً - كما قدمنا - وهى فوق النصوص وحاكمة لها ، بخلاف الحال فى النظام الفردى ( الليبرالى الرأسمالى ) فإن المشروعية فيه تحت النص .

فعلة العدالة فى النظام الفردى هى النص والشكل ، وعدالة القانون فى ذلك

النظام هى نصه وليست حكمته وروحه . أما علة العدالة فى النظام المذهبى فهى مواطأة المذهبية وموافقتها .

٢٤ - المشروعية العليا : وقد عبّر البعض عن المشروعية الموضوعية أو المذهبية باسم المشروعية العليا ( Legalité suprémière super legality ) لأنها فوق النصوص وجميع الأوضاع والتصرفات ، وتهيمن على النظام كله هيمنة شاملة كاملة .

وقد أوجد شراح المذهب الفردى <sup>(١)</sup> ما سموه المبادئ العامة للقانون ( Principes généraux du droit ) كالحرية والمساواة ونحوهما ، لتكون مشروعية عليا .

ولكن هذه المشروعية العليا فى ذلك النظام ليست صادقة ، لأنها ليست عقيدة عامة ، ولذلك لا تنشئ فكرة مذهبية موحدة . وهى محدودة المجال لأنها ما زالت محكومة بالفردية خادمة لها ، وليست حاكمة تمثل فكرة عليا تسود الجماعة وتقيدها .

وسبب ذلك أن الحقوق والحريات فى هذا النظام الفردى ليست موصوفة ( non qualifié ) بفكرة معينة أو مذهب معين كما سترى ، ولا تصل هذه المشروعية الصناعية إلى التغلغل فى صميم الحقوق والحريات فتؤثر فيها وتقيدها ، ولذلك تظل محدودة المجال ، سطحية الأثر ، عرضة لاختلاف الآراء فى تقديرها .

\* \* \*

---

(١) المذهب الفردى هو الذى نشأت عنه الآن الديمقراطية الحرة ، أو الليبرالية والنظام الرأسمالى .