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 .

* * *

obeikandl.com

obeikandl.com

البابُ الأولْ

معنى المشروعية وتحديدها فى النظم المختلفة

الفصل الأول

معنى المشروعية

١٩ - لفظة « مشروعية » مصدر لفعل : شرع يشرع - كفتح يفتح - وهو فعل يفيد البدء فى السير على أساس منْ سَبْق التنظيم . ومنه الشارع وهو الطريق المُعَد للسير ، والمشروع وهو الفكرة المنظمة . والتشريع وهو التنظيم بقواعد عامة . وكذلك منه الشرع والشريعة . وهما معروفان .

ومشروعية الشىء (Legality - legalite) هو الأساس الذى يجعله مشروعاً (Legitime) نتيجة للمشروعية التى تسبغ عليه صفة الشرعية ، وقد استعمل الفقهاء المشروعية لبيان الأدلة التى تفيد حكم الشىء ، كآية تدل على فرضيته ؛ كقوله تعالى فى الصلاة : ﴿ إِنَّ الصَّلاَةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَّوْقُوتاً ﴾ ، (١) ، وقوله فى مشروعية الحج : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ ﴾ (٢) ، وقوله صلى الله عليه وسلم فى الصوم : « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته » . وغير ذلك من الأدلة التى تدل على إيجاب الحكم أو ندبه أو إباحته .

٢ - المشروعية فى النظم الدستورية : هى سيادة القانون (Souvereig nety of law .. أى القانون بمعناه العام .

---

(١) النساء : ١٠٣ (٢) آل عمران : ٩٧

وليس المقصود بذلك القانون بمعناه الشكلى . ولكن المقصود به سيادة الفكرة القانونية وسيطرتها على الأوضاع فى مجتمع معين سواء أكانت السيادة لنص مكتوب أو عُرْف معيّن . 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 prealabe) 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 منعدماً (inexistant) لأنه اغتصاب للسُلْطة 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 ترتكز 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 تُستمَد 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 regles) وذلك من الناحية الشكلية ، أى بالنظر إلى جهة إصدار القاعدة التنظيمية .

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

فبسبب هذه الحرية استمد القانون [١] قوته من شكله ، أى من الجهة التى تصدره .

وبذلك فإنَّ القاعدة التى يتضمنها الدستور - وهو أعلى هذه القواعد وتصدره السُلْطة التأسيسية فى الدولة - يكون أعلى من القانون (Loi) الذى تصدره السُلْطة 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 ، واللائمة التى يصدرها مجلس الوزراء أعلى من التى يصدرها الوزير ، وهذه أعلى مما يصدره مَن 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 العُرف فى هذا التدرج حسب قيمته . فالعرف الملزم يأتى مباشرة تحت القانون (بمعناه الشكلى) .

وكذلك فالعقود والأحكام يجب أن تتقيد بالقانون ، ولكن مشكلة سيادة القانون تثور - عادة - فى مجال العلاقات الناشئة عن أوضاع القانون العام . لأن السلطة هى التى قد تتأبى على القانون وتطغى على الأفراد . أما الأفراد فيما بينهم فإنهم متساوون جميعاً فى علاقاتهم ويمكن الالتجاء إلى القضاء أو السُلطة 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 أيّاً كانت الجهة التى أصدرته . وعلى العكس فإذا وافق النص هذه المشروعية وكان صادراً من جهة دنيا فإنه يُقدَّم على نص أصدرته جهة عليا متى كان مخالفاً للمشروعية .

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

ففى النظام الاشتراكى - مثلاً - تقوم المشروعية العليا على منع الاستغلال ومنع الصراع الطبقى . 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 عبَّر البعض عن المشروعية الموضوعية أو المذهبية باسم المشروعية العليا (Legalité suprepiere super legality) لأنها فوق النصوص وجميع الأوضاع والتصرفات ، وتهيمن على النظام كله هيمنة شاملة كاملة .

وقد أوجد شرَّاح المذهب الفردى [١] ما سموه المبادىء العامة للقانون (Principes generaux du droit) كالحرية والمساواة ونحوهما ، لتكون مشروعية عليا .

ولكن هذه المشروعية العليا فى ذلك النظام ليست صادقة ، لأنها ليست عقيدة عامة ، ولذلك لا تنشىء 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 qualifie) بفكرة معيّنة أو مذهب معيّن 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 .