

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أدرار

قسم العلوم الإسلامية



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
والعلوم الإسلامية

عنوان البحث

مبدأ المشروعية ودوره في حماية الحقوق والحريات

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون

إشراف:
أ.د. موفق طيب شريف

إعداد الطالب:
فقيه أحمد

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د. رقادى أحمد	أستاذ	جامعة أدرار	رئيساً
أ.د. موفق طيب شريف	أستاذ	جامعة أدرار	مشرفاً
د. حاج أحمد عبد الله	أستاذ محاضر " أ "	جامعة أدرار	مناقشاً
أ.د. عليان بوزيان	أستاذ	جامعة تيارت	مناقشاً
أ.د. شويف عبد العالي	أستاذ	جامعة غرداية	مناقشاً

1439 / 1440 هـ - 2018 / 2019 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أدرار

قسم العلوم الإسلامية



كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
والعلوم الإسلامية

عنوان البحث

مبدأ المشروعية ودوره في حماية الحقوق والحريات

دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون

إشراف:
أ.د. موفق طيب شريف

إعداد الطالب:
فقيه أحمد
أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب والدرجة	الجامعة	الصفة
أ.د. موفق طيب شريف	جامعة أدرار	رئيساً مشرفاً مناقشاً مناقشاً مناقشاً

1440 / 1439 هـ - 2019 / 2018 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ

سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ

الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ^ص 32

البقرة ، الآية 32.

إهداء

إلى من نزل بحقهما قوله عز وجل :

﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾

أمي .. منبع الحنان .. وأبي .. سرّ الإقدام ..

من ربياني .. وعلماني .. وشجاعي على طلب العلم .. وهيئنا لي ظروفه ..

فجزاهما الله عني أحسن الجزاء .. وحفظهما .. وأطال عمرهما ..

إلى زوجتي .. التي كانت لي عوناً .. وتجهّمت معي السمر .. وتفهمت

الانشغال ..

إلى جميع أفراد العائلة ..

إلى كافة أساتذتي الكرام .. إلى كافة طلبة ومحبي العلم ..

إلى كل هؤلاء .. أهدي هذا العمل ..

شكر وتقدير

لا أملك في هذا المقام إلا أن أحمد الله عز وجلّ أولاً، وأشكره إذ وفقني

لإتمام هذا البحث،

ولا يسعني فيه إلا أن أتوجه بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضل الأستاذ

الدكتور موفق طيب شريف اعترافاً بجميله عليّ ولتفضله بقبول

الإشراف على هذا البحث، ولما رافقني به من توجيهات، وصحّحه لي

من هفوات، فجزاه الله عني أحسن الجزاء.

كما لا يفوتني أن أتقدم بأخلص عبارات الشكر والتقدير إلى أساتذتي

الأفاضل الذين تفضلوا عليّ بقبول مناقشة هذا البحث.

مقدمة

- أولا- أهمية الموضوع.
- ثانيا-أسباب اختيار الموضوع.
- ثالثا-الإشكالية
- رابعا- أهداف الدراسة.
- خامسا- الدراسات السابقة.
- سادسا- منهج الدراسة وطريقة العمل.
- سابعا- خطة البحث.

الحمد لله حمد الشاكرين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين،

وبعد:

فإن من أعقد القضايا التي أرقت الفكر الإنساني قديماً وحديثاً؛ قضية الصّراع الدائر بين السلطة من جهة والأفراد من جهة أخرى، والذين كان منشؤه صعوبة التوفيق بين ما يتمتع به الأفراد من حقوق وحرّيات وما تحظى به السلطة من امتيازات بحكم وظيفتها مما قد يدفع القائمين عليها أحياناً إلى استغلالها بشكل سيء بحيث يمس بحقوق الأفراد وحرّياتهم.

ويبدو أن الفكر الإنساني قد قنع بـ "مبدأ المشروعية" كحلّ لهذه الإشكالية -على الأقل حتى الآن- واعتبره الحصن الذي يمكن أن يتحصّن به الأفراد من تجاوز السلطة، والملجأ الذي يلجؤون إليه مما يحتمل صدوره عنها من جور واستبداد.

غير أن ما يلفظه الواقع من أحداث، يؤشّر في مجمله على استمرار ذلك الصّراع وتجدده، بالحدّة المعهودة ذاتها وبين نفس الأطراف. حتى وصل أحياناً إلى حدّ "الخروج على المشروعية"، بل الأكثر من ذلك؛ أنه وصل إلى حدّ مناداة البعض بشرعنة "الخروج على المشروعية". مما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى فعالية هذا المبدأ في حماية حقوق وحرّيات الأفراد.

أولاً- أهمية الموضوع:

تظهر أهمية هذا الموضوع في كونه يتصل اتصالاً مباشراً بالإنسان، وما يتمتع به من حقوق وما يحظى به من حرّيات، وما يمتلكه من آليات ووسائل لحمايتها في مواجهة السلطة التي تتفوق عليه في مركز القوة والنفوذ.

ثانياً- أسباب اختيار الموضوع:

من أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع؛ ما شهده العالم العربي أخيراً من أحداث. حيث خرجت الشعوب في العديد من بلدانه يجمعها شعار واحد، يتمثل في المطالبة

بالحقوق والحريات. مما استدعى مني الرجوع إلى أحداث مماثلة حدثت سابقاً في بلاد أخرى -وتحديداً في فرنسا- فوجدت أنها جميعاً تشترك في فكرة " الخروج على المشروعية القائمة وإسقاطها"، مما وُلد لدي انطباعاً مشككاً حول مدى فعالية مبدأ المشروعية في ضمان حقوق وحريات الأفراد ، ودفعني إلى التساؤل عن السبب الذي دفع تلك الشعوب إلى المجازفة بالخروج على المشروعية - على ما فيه من مخاطر- إن كان في المبدأ ما يضمن لهم حقوقهم وحرياتهم.

ثالثاً الإشكالية:

يتمحور البحث حول إشكالية رئيسية قوامها: هل يمكن لمبدأ المشروعية، بما يوفره من آليات و ضمانات أن يحمي حقوق الأفراد وحرياتهم من انحراف مختلف السلطات وتجاوزها؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية إشكاليات أخرى فرعية؛ ما مدلول مبدأ المشروعية في كل من الفقهاء الإسلامي والوضعي؟ وما علاقته بمبدأ الشرعية؟ وما مصادر مبدأ المشروعية في كل من النظامين الإسلامي والوضعي؟ وما هي الآليات والضمانات التي يوفرها المبدأ لحماية الحقوق والحريات في كل من النظامين؟ وهل تلك الآليات والضمانات كافية لذلك؟

رابعاً أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على أهم مواطن الخلل والقصور في مبدأ المشروعية -إن وجدت- والتي قد تكون السبب الذي دفع الكثيرين إلى الخروج عليه وفي العديد من البلاد. وذلك من أجل تدعيمه إن أمكن، وتعزيزه بما يؤهله لتأدية دوره على أكمل وجه.

خامساً الدراسات السابقة:

أ-الدراسات الأكاديمية:

1- مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة -دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، إعداد الباحث عبد الجليل محمد علي، 1983 مطبوعة، ط01، 1984م، عالم الكتب -

القاهرة. وتعدّ هذه الدراسة أقدم ما أمكنني الحصول عليه في هذا الموضوع، وقد قسّمها صاحبها إلى فصل تمهيدي وقسمين فأما الفصل التمهيدي فقد عرّف فيه بمبدأ المشروعية وتعرّض لتطوّره، وأما القسم الأول فقد تناول فيه المبدأ في الأنظمة القانونية المعاصرة، أما القسم الثاني فخصّصه لمبدأ المشروعية في النظام الإسلامي.

2- القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، رسالة ماجستير، إعداد الباحث عبد علي الشّخانية، 1988 الجامعة الأردنية. ولم أتمكن من الحصول على نسخة من هذه الرسالة.

3- مبدأ المشروعية وأعمال السيادة بين ولاية المظالم والقضاء الإداري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، إعداد الباحث بكرأوي عبد الله، 2008، قسم العلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية أدرار. وقد قسّم الباحث دراسته إلى فصل تمهيدي وفصلين آخرين تعرّض في أوّلها لمبدأ المشروعية من خلال التعريف به، وإيراد مصادره وضمّاناته، وتطرّق في الثاني لأعمال السيادة كقيد على المبدأ.

4- ضمانات خضوع الدولة لمبدأ الشرعية، رسالة ماجستير في السياسة الشرعية، إعداد الباحث دانا رحمان فرج، 2008، قسم السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية. وقد تعرّض الباحث في دراسته للتعريف بالمبدأ، ثم لضمّاناته خاصة ما يتعلق منها بالرقابة بمختلف أشكالها.

5- مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمّانات تحقيقه، رسالة ماجستير في القانون العام، إعداد الباحث فادي نعيم جميل علاونة، 2011، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين. وقد قسم الباحث دراسته إلى فصلين؛ خصّص الأول منها للتعريف بالمبدأ وبيان مصادره وإيراد القيود الواردة عليه، وخصّص الثاني لضمّانات تحقيقه.

ب-الكتب والمؤلفات: لقد تعرّضت جل الكتب التي ألفت في القضاء الإداري لمبدأ المشروعية ويكفي أن نذكر منها:

- 1- القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، لسليمان محمد الطماوي، ط07، 1996م، دار الفكر العربي، مدينة نصر -القاهرة- وقد تناول فيه المؤلف مبدأ المشروعية في الباب التمهيدي وتحديدًا في الفصل الأول منه. الذي عنوانه بـ "مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة.
- 2- القضاء الإداري ، لماجد راغب الحلو، د.ط، 1995، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية. وقد تعرّض المؤلف لمبدأ المشروعية في الباب الأول حيث عرّف فيه بالمبدأ ثم تطرّق إلى مصادره المكتوبة وغير المكتوبة ثم ختم الباب ببيان أنواع الرقابة على المبدأ وأشكالها.

غير أن كلّ تلك الدّراسات التي أمكنني الاطلاع عليها، على أهميتها ودورها الفعّال في كشف غوامض الموضوع، وعلى ما تضمّنته كلّ واحدة منها من قيمة مضافة إليه، إلا أنّها تشترك جميعًا في أن أصحابها انطلقوا من نفس الفكرة؛ والتي تقوم على أن مبدأ المشروعية يقتضي وجود قانون-كيفما كان وأيا كان مصدره-، ووجود سلطة تحترم ذلك القانون وتخضع له في تصرفاتها. كما انطلقوا من تفسير واحد لتلك السّلطة المعنية بالخضوع للقانون، واستبعدوا منه تمامًا السلطة التأسيسية، أي أنهم تعرضوا لفكرة المشروعية، في معزل عن فكرة الشرعية، وكان من الطّبيعي أن لا تخرج نتائج تقييمهم لدور مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات، عن حدود تلك المقدمّات التي انطلقوا منها. فكان أقصى ما أخذهم عليه ما يرد عليه من استثناءات وقيود كنظرية أعمال السّيادة والظّروف الاستثنائية والسّلطة التقديرية.

سادس المنهج الدراسي وطريقة العمل:

من حيث الإجمال فقد تم الاعتماد بشكل رئيسي في هذا البحث على المنهج المقارن، أما من حيث التفصيل فإن من أبرز الخطوات والعناصر التي تم اتباعها فيه ما يلي:

1- تتم المقارنة بين نظريات وأفكار ومذاهب وقواعد القانون الوضعي، ونظيرتها في الشريعة الإسلامية متى كانت ممكنة.

2- يتم الاعتماد على المقارنة المباشرة في كل جزئية من جزئيات هذه الدراسة، بعيداً عن طرق المقارنة الأخرى، التي قد تُظهر البحث كأنه بحثان منفصلان عن بعضهما؛ أحدهما في القانون الوضعي، والآخر في الفقه الإسلامي.

3- تتم المقارنة من خلال عرض آراء ونظريات ومذاهب فقهاء القانون الوضعي، ثم عرض مذاهب فقهاء الإسلام، وبحث الاختلافات الموجودة بينهما ليتم بعدها بيان نتائج تلك المقارنة بصورة مباشرة - كما تقدم-.

4- من أجل توسيع نطاق المقارنة؛ لم يتم التقييد في هذا البحث بمذهب فقهي معين، ولا الالتزام بنظرية ولا قانون وضعي معين، لأن في التحديد تقليصاً لعناصر المقارنة، ولذلك تم فسح المجال أمام أي نظرية أو قانون أو مذهب تُمكن من خلاله المقارنة.

5- في تخريج الآيات الكريمة، يتم الاكتفاء بذكر اسم السورة ورقم الآية عند الاستشهاد بها مباشرة في المتن، دون أن يتم تخريجها بعد ذلك في الهامش. وفي تخريج الأحاديث ما كان منها في أحد الصّحّاحين يتم الاقتصار على تخريجه من الصّحيح فقط، دون الرجوع إلى كتب السّنة الأخرى ودون الحكم عليه، أما ما لم يكن فيهما فيتم تخريجه من حيث وجد مع الحكم عليه.

سابع خطة البحث:

تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة، وفيما يلي بيان هذا التقسيم:

الفصل الأول: عنوانه "ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته"، وقد تم تقسيمه إلى مبحثين ، تم تخصيص أولهما لضبط مدلول مبدأ المشروعية في اللغة واصطلاح كل من الفقه الإسلامي والوضعي، ولبيان علاقته بمبدأ الشرعية. أما الثاني فقد تم تخصيصه لإيراد مسوغات مبدأ المشروعية ومبرراته.

الفصل الثاني: وقد عنون ب"مصادر مبدأ المشروعية" وقد قسم أيضا إلى مبحثين؛ أولهما خاص بالمصادر المادية أو الموضوعية للمشروعية، وقد تم فيه التعرض لأبرز المدارس والنظريات التي حاولت تحديد جوهر القانون وأساسه، والثاني خاص بالمصادر الرسمية أو الشكلية للمشروعية.

الفصل الثالث: والمعنون ب" آليات مبدأ المشروعية " فقد تم تخصيصه لبيان أهم الضمانات والآليات التي يمكن استخدامها في ظل قيام المشروعية في مواجهة السلطة حال تجاوزها بشكل يمس بحقوق وحرية الأفراد. كما تم في هذا الفصل أيضاً تقييم دور مبدأ المشروعية، من خلال الاستعانة بتطبيقات تبين مدى فعالية الآليات التي يوفرها في حماية حقوق الأفراد وحريةاتهم.

قائمة الاختصارات والرموز:

الاختصار	دلالتة
إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ج ر	جريدة رسمية
ص	صفحة
ج	جزء
ن ج	نفس الجزء
ن ص	نفس الصفحة
ح	حديث
د.د ن	دون دار النشر
د.ت ط	دون تاريخ الطبع
د.ط	دون طبعة
د.س.م	دون سنة مناقشة

الفصل الأول:

ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

المبحث الأول:

ماهية مبدأ المشروعية

المبحث الثاني:

مسوّغات مبدأ المشروعية

تمهيد:

برغم الأهمية التي حظي بها مبدأ المشروعية لدى العديد من الفلاسفة والمفكرين، والتي تظهر في اعتبارهم له الملاذ والملجأ الذي يعتصم به الأفراد، لحماية حقوقهم وحياتهم من أن يطالها استبداد السلطان. إلا أننا نلمس غموضاً يعتري هذا المبدأ في مفهومه فالبعض يعتبر " المشروعية " مرادفاً لـ " الشرعية " والبعض الآخر يعتبر كلاً منهما مستقلاً عن الآخر. ونظراً لحساسية الموضوع؛ ولكونه يمسّ بحقوق الأفراد وحياتهم مساساً مباشراً، فإننا سنخصّص هذا الفصل لضبط مدلول المشروعية والتفريق بينه وبين الشرعية في المبحث الأول، ثم لبيان مسوغاته ومبرراته في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية مبدأ المشروعية .

سنتناول هذا المبحث في مطلبين؛ نخصّص أولهما لضبط المدلول الدقيق لمصطلح " المشروعية" في اللغة العربية، والاصطلاحين الوضعي والشّرعي، ثم نخصّص الثاني للتفريق بين مصطلحي الشّرعية والمشروعية في كل من الفقهاء الوضعي والإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية .

الفرع الأول: مدلول مبدأ المشروعية في اللغة:

" مبدأ المشروعية " عبارة مركّبة من جزئين؛ الأوّل منهما تمثله كلمة "مبدأ" ، ويراد بها : (أوّل الشيء ومادته التي يتكوّن منها كالنّواة مبدأ النّخل، أو يتركّب منها كالحروف مبدأ الكلام. ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدّستور أو القانون: قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها) ¹ . فمبدأ الشيء هو أساسه الذي يقوم عليه ويستند إليه ومادته التي يتكون منها.

والجزء الثاني يتمثل في كلمة "مشروعية"، وأصلها من شَرَعَ، وهي بمعنى سنّ؛ فشرع يشرع شرعاً أي سنّ ومنه سمي ما شرع الله تعالى لعباده من الدين، وسنّه لهم من أحكامه شريعةً. قال ﷺ: ﴿ **ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا** ﴾ [الجاثية، الآية 18].

وقال ﷻ: ﴿ **لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرِعةً وَمِنْهَا جَآءَ** ﴾ [المائدة، الآية 48].

- وتأتي بمعنى فتح وأنفذ، شرع الطريق إذا فتحه وأنفذه، والشرع جعل طريق للسّير، ومنه سمي النهج شرعاً تسمية له بالمصدر.
- وتأتي شرع بمعنى وردّ الماء وتمكّن منه، من ذلك قولهم: شرعت الإبل، إذا أمكنتها من الماء، وتأتي بمعنى دخل في الماء فيقال: شرعت الدّواب شروعاً في الماء إذا دخلت فيه. والشريعة حسب هذا المعنى، هي مورد الشّاربة التي يشرعها النّاس فيشربون منها.
- وتأتي بمعنى خاض، شرع في الشيء إذا خاض فيه ² .

¹ (مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، 04، 1425هـ-2004م، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ج01، ص42.

² (ابن منظور، لسان العرب، د.ط ، د.ت ط ، دار المعارف -القاهرة- مع04، ج 26، ص 2238. / إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، ط 04، 1990م، دار العلم للملايين - بيروت - ج03، 1236. / أبو الحسين

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

فالملاحظ إذن؛ أن مادة " شرع " من المشتركات اللفظية؛ لدلالاتها على أكثر من معنى، غير أن المعنى الأقرب منها لفكرة " المشروعية " التي نعنيها في بحثنا؛ هو المعنى الأول الذي تأتي فيه شرع بمعنى سنّ. وقد صنّعت "المشروعية" منه عبر مرحلتين؛ الأولى منهما تمثّلت في صياغة اسم المفعول " مشروع " من الفعل "شرع" وكما هو معلوم فإن اسم المفعول يدلّ على معنى مجرد يتمثّل في الوصف، وعلى من وقع عليه ذلك المعنى المجرد¹، فاسم المفعول "مشروع" يدلّ بدلالة التّضمن على معنى مجرد هو هنا الوصف الذي يتضمّنه اللفظ، كما يدلّ أيضا بذات الدلالة على من وقع عليه فعل الفاعل الذي يتمثّل في تشريع الشّارع، وهو دالّ بدلالة المطابقة عليهما معاً. وعليه فإن لفظ "مشروع" يدلّ على كل ما شرعه الشّارع وسنّه من أحكام، ويدلّ على الصّفة التي يتصف بها كلّ ما شرعه والمتمثّلة في كونه مشروعاً. والثانية كانت عبر صياغة المصدر الصّناعي "مشروعية" من اسم المفعول "مشروع"، وإذا كان اسم المفعول يدلّ على ما تقدّم ذكره، فإن المصدر الصّناعي يدلّ على معنى مجرد فقط، يتمثّل هذا المعنى في مجموع الصّفات والخصائص التي توجد في اللفظ الذي صنع منه². فلفظ المشروعية يدلّ على كل ما يوجد في المادة التي صنّع منها - وهي: كلمة مشروع - من خصائص وصفات.

فمبدأ المشروعية بحسب ما تقدّم، يراد به الأساس الذي يقوم عليه الوصف الذي تتضمّنه كلمة "مشروع" والمادة المكوّنة لهذا الوصف، ويرجع كل منهما إلى تشريع الشّارع. وقد وردت مادة شرع في القرآن الكريم في أربعة مواضع بصيغ مختلفة. فوردت في قوله ﷻ: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمِنْهَا جَا﴾ [المائدة، الآية 48]. والشّريعة هنا مرادفة للشّريعة، ويراد بها الماء الكثير من

أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، د. ط، 1399هـ-1979م، دار الفكر، ج03، ص262/. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط 08، 1426هـ-2005م، مؤسسة الرسالة - بيروت - ص732/. أبو القاسم محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، ط 01، 1419هـ-1998م، دار الكتب العلمية- بيروت - ج01، ص503.

¹ (عباس حسن، النحو الوافي مع ربطه بالأساليب الرفيعة والحياة اللغوية المتجددة، ط 03، د.ت ط، دار المعارف - مصر - ج03، ص271.

² (المرجع نفسه، ن ج، ص 186.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

نهر أو واد. وسميت الديانة شريعة لما بينهما من وجه الشبه في الرّي والتّطهير.¹ والمراد أن لكل أمة شريعته، وليس المقصود هنا -من اختصاص كل أمة بشريعته- أن لكل أمة ماء خاص بها، ولكن المقصود أن كل أمة تختص بما شرعه الله سبحانه وسنّه لها من أحكام. وهذا في الأحكام الفرعية التفصيلية، أما أصول الدين والعقائد فهي واحدة لجميع العالم.²

ووردت في قوله ﷺ: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾ [الشورى، الآية 13]. وفي قوله ﷺ: ﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [الشورى، الآية 21]. وقد جاءت مادة "شرع" في الآيتين الكرمتين السابقتين بصيغة الفعل، وهي تدلّ على معنى واحد فيهما؛ فتحدثت الأولى عن أن الله سبحانه نَحَجَّ وسنّ للمسلمين من أحكام الدين مثل ما وصّى به نوحاً، -المماثلة المقصودة هنا في أصول الدين والعقائد أما الأحكام الفرعية فمختلفة كما تقدم-³ وتحدثت الثانية عن الذين لا يتبعون ما شرع الله لهم من الدين القويم، وما نهجه لهم من طرائقه وسنّه لهم من أحكامه، وكانوا في مقابل ذلك يتبعون ما شرعته لهم شياطينهم من الجنّ والإنس و سنّته لهم. من تحريم البحيرة والسائبة والوصيلة⁴ وتحليل الميتة، وغير ذلك من الضلالات. فالله سبحانه استنكر ما فعله هؤلاء من

¹ محمد الطّاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، د.ط، 1984م، الدار التونسية للنشر- تونس- ج06، ص223.

² عبد الرحمن الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، ط01، 1418هـ-1997م، دار إحياء التراث العربي - بيروت - ج02، ص391.

³ أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط01، 1427هـ-2006م، مؤسسة الرسالة-بيروت-ج18، ص451/. محمد الطّاهر بن عاشور، المرجع سابق، ج25، ص49-50.

⁴ هذه من قبيل المعتقدات الشركية التي لم يشرعها الله تعالى، والبحيرة هي الناقة التي نتجت عشرة بطون تشق أذنها نصفين فتتميز وتبقى ترد الماء وترعى لا ينتفع بشيء منها. وبعد موتها يحرم لحمها على النساء ويحل للرجال. وأما السائبة فهي الناقة تتابع اثني عشرة بطناً كلها إناثا ليس بينها ذكر فكانت تسيب للألهة، وكان الرجل من العرب إذا نزل به أمر يشكر الله عليه تقرب بأن يسيب ناقة فلا يحمل عليها ولا ينتفع منها بلبن وكانوا يرون ذلك كعتق العبد من البشر. كما كانت العرب تعتقد أن التعرض لهذه التوق السائبة أو الانتفاع بشيء منها موجب للعقوبة السماوية. وأما الوصيلة فهي الشاة تلد ثلاثة بطون أو خمسة فإن كان آخرها

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

اتباع ما ليس مشروعاً منه، وإنما كان من سنّه لهم، تلك الآلهة الباطلة التي لا تصلح لتشريع.¹ فهذه

ثلاثة مواضع، والرابع في قوله ﷻ: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعهَا﴾ [الجاثية، الآية 18]. والشريعة المذهب والملة المتبعة وهي ما شرعه الله تعالى لعباده من الدين ونهجه لهم من السبل وسنّه لهم من الأحكام، والجمع شرائع؛ والشرائع المذاهب التي شرعها الله تعالى لخلقه.²

وخلاصة القول أن مادة شرع التي صنع منها المصدر الصناعي "المشروعية" حيثما وردت في القرآن الكريم، وكيفما كانت صيغتها سواء على وزن الفعل أو المصدر فإنها جاءت بمعنى سنّ ونهج.

الفرع الثاني: مدلول مبدأ المشروعية في القانون الوضعي:

لقد تنوعت تعريفات فقهاء القانون الوضعي لمبدأ المشروعية، غير أنها لم تتضارب ولم تخرج في أغلبها عن مفهوم قوامه "سيادة حكم القانون"، تلك السيادة التي تقتضي أن تحترم الدولة -بصفة عامة- القانون القائم فيها وتخضع له في جميع تصرفاتها، بحيث تكون تلك التصرفات إيجابية كانت أو سلبية، ضمن ذلك النظام القانوني المقرّر بها. متفقة معه ومطابقة له، لا تنبو عنه بشكل من الأشكال.³ والذي نلاحظه هنا هو وجود ثلاثة مبادئ يفسر بعضها بعضاً وهي مبدأ المشروعية،

جدياً دُبح قرية للآلهة، وإن كان عناقا استحيوه. وإن كان الاتنين معا استحيوهما وقالوا أن العناق وصلت أحاها وحمته من الذبح. وهذه كلها معتقدات وثنية ابتدعها المشركون لأنفسهم ولذلك نفى الله سبحانه أنه قد شرعها ثم أعقبها بأن يبين أنها افتراءات على الله ﷻ افتراها عليه الذين كفروا. عبد الرحمن الثعالبي، المرجع السابق، ج2، ص 429.

¹ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج25، ص76. / ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط02، 1420هـ-1999م، دار طيبة للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية - ج 07، ص 198.

² أبو عبد الله القرطبي، المرجع السابق، ج19، ص154. / محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ج25، ص348.

³ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، ط07، 1996م، دار الفكر العربي - القاهرة - ص19. / علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ط01، 1429هـ-2008م، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ج01، ص25. / محمد أبو زيد محمد علي، القضاء الإداري: مبدأ المشروعية - الرقابة على أعمال الإدارة - تنظيم مجلس الدولة - طرق الطعن في الأحكام الإدارية، ط02، 2008-2009م، دار أبو المجد للطباعة، الهرم - القاهرة - ص15. / سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة: مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري، د.ط، د.ت ط، الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ص10.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

سيادة القانون، وخضوع الدولة للقانون. فالأول يعرّف بالثاني، وهذا الأخير يفسّر بالثالث. وأقل ما يمكن أن يقال عن هذه المبادئ أن بينها قدراً كبيراً من التداخل، بل الأكثر من ذلك هو أنّ الاختلافَ بينها اختلافٌ في المفهوم لا الماصدق¹، إذ الاتفاق حاصل على أن المقصود منها هو الالتزام بأحكام القانون بالنسبة للجميع. وقد ذهب البعض إلى القول بأن تعدّد المصطلحات والعبارات التي يعبر بها عن المشروعية، راجع لاختلاف الأنظمة فالنظام القانوني الفرنسي استخدم تعبير مبدأ المشروعية (Principe de la légalité) ، والإنجليزي استخدم تعبير سيادة القانون (Rule of law)².

هذا ما توحى به النظرة الأولية لهذا التعريف للمشروعية، وبشيء من التدقيق يتضح أن تفسير مدلول سيادة حكم القانون، وخضوع الدولة له في جميع تصرفاتها، يتطلب تحديد أمرين رئيسيين؛ هما المعني بالخضوع للقانون، والقانون الذي يخضع له. ويتفرّع عنهما أمر آخر يلزم تحديده أيضاً، وهو مدى خضوع الإدارة للقانون. فأما المعني بالخضوع للقانون، فالجميع سلطات وشعوباً، حكماً ومحكومين. فالسلطة تلتزم باحترام القانون والخضوع له، شأنها في ذلك شأن الأفراد.³ وإن شاع تفسير عبارة "خضوع الدولة" بخضوع السلطة (الإدارة العامة) فذلك من قبيل تغليب الأكثر خطورة واحتمالية على الأقل، فإن خطر عدم خضوع السلطات للقانون على حقوق الأفراد وحرّياتهم أكبر، وأكثر احتمالية في الوقوع نظراً لتعدّد نشاطها واحتكاكها اليومي بالأفراد حين ممارسته، ولما تتمتع به من امتيازات قرّرها لها القانون نفسه من أجل تنظيم الجماعة.⁴

فالجميع معني بالخضوع للقانون، وعليه فكل السلطات في الدولة تلتزم باحترامه، فالسلطة التشريعية تلتزم باحترام أحكام القانون (الدستور)، فلا تُترك الحرية الكاملة لوأضي القانون فيحدّدوا

¹ (تجدر الإشارة هنا إلى الدكتور ثروت بدوي، قد فرق بين مبدأي سيادة القانون، وخضوع الدولة للقانون؛ فسيادة القانون عنده تهدف إلى وضع الجهاز التنفيذي في مركز أدنى من الجهاز التشريعي. وبذلك فهو - في نظره - أضيق من مبدأ خضوع الدولة للقانون، الذي يعني خضوع جميع السلطات في الدولة للقانون. وهو - حسب رأيه - يستهدف صالح الأفراد والمقصود منه حماية حقوقهم من استبداد السلطة. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 10.

² محمد أبو زيد محمد علي، المرجع سابق، ص 17.

³ حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، د.ط، 2003م، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ص 09.

⁴ محمد أبو زيد محمد علي، المرجع سابق، ص 30.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

وفق مشيئتهم مضمون القواعد القانونية دون أي ضابط، لأن ذلك يوّلّد استبداداً باسم القانون¹. والسلطة القضائية مطالبة أيضاً بأن تخضع للقانون، وأن تطبّقه على كل المنازعات التي تعرض عليها، وذلك جوهر وظيفتها. كما أن السلطة التنفيذية مطالبة قبل غيرها بأن تلتزم بأحكام القانون نظراً للأسباب التي تقدّم ذكرها.²

وأما القانون الذي يلتزم الجميع بالخضوع له، فإنه (القانون بمدلوله العام، أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة)³. فيترتب عن ذلك احترام وخضوع الجميع لكل القواعد القانونية المقررة في الدولة، بدءاً بالقواعد الدستورية، مروراً بالقواعد التشريعية، وانتهاءً بالقواعد اللاتحجية.⁴ يراعى في ذلك مبدأ التدرج؛ إذ أن تلك القواعد القانونية، تتفاوت فيما بينها من حيث القيمة والقوة القانونية، ويسمو بعضها على بعض، وعليه فإنه يجب إخضاع القاعدة الأدنى للأعلى منها وفق مبدأ التدرج، تجسيدا لمبدأ المشروعية.

هذا وتجدر الإشارة هنا، إلى أن القول بأن القانون الذي يلزم احترامه والخضوع له هو القانون بمفهومه العام يعد تطوراً في الفكر القانوني الوضعي، ذلك أن القانون وفق مبادئ الثورة الفرنسية له مفهوم أضيق؛ إذ كان يقتصر على العمل التشريعي الذي يصدر عن البرلمان. وكان هذا الرأي نتيجة لما خلفه جان جاك روسو للفقهاء القانونيين من أن القانون تعبير الإرادة العامة. وقد ترتب عن ذلك أن اكتسبت أعمال السلطة التشريعية (القانون) بقدسية بالغة، واحتلت المكانة العليا في هرم القواعد القانونية. حتى حالت تلك القدسية دون أي رقابة على دستورية القوانين. فالقوانين تعبير الإرادة العامة، ولا رقابة على إرادة الشعب⁵.

¹ (سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص13.

² محمد أبو زيد محمد علي، المرجع السابق، ص 30-31.

³ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 19.

⁴ (سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 19، 26، 33.

⁵ (ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ط01، 2007، دار النهضة العربية - مصر - ص 11-12.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

وأما ما يتعلق بمدى خضوع الإدارة للقانون، فقد اختلفت اتجاهات فقهاء القانون بهذا الشأن وتنوعت إلى ثلاثة¹:

الاتجاه الأول: يفسر أنصاره مدى خضوع الإدارة للقانون تفسيراً شديداً الضيق؛ إذ يرون أن تصرفات الإدارة تكون مشروعة طالما لم تخالف القانون؛ فكل ما هو ممنوع على الإدارة هو مخالفتها للقانون. فالتزامها باحترامه هو التزام سلبي ينحصر في عدم إقدامها على عمل يخالفه. وعليه فإن الإدارة تتمتع - بحسب هذا الاتجاه - بحرية واسعة، لأنه يفسر مدى خضوع الإدارة للقانون بالحد الأدنى.

الاتجاه الثاني: يتوسع أنصاره في تفسير مدى خضوع الإدارة للقانون، فهم يرون أن التزام الإدارة بأحكام القانون التزام إيجابي، وأن خضوعها له يعني أن تكون كافة أعمالها وتصرفاتها، مجرد تطبيق لقواعد قانونية قائمة وفاعلة وضعت مسبقاً - عند مباشرتها لتلك التصرفات - وعليه فكل عمل إداري لم يكن تنفيذاً لقاعدة قانونية يكون غير مشروع. ويلاحظ على هذا الاتجاه أنه يشل حرية الإدارة ويقيد سلطتها في ممارسة وظائفها.

الاتجاه الثالث: يتوسط الاتجاهين السابقين، فخضوع الإدارة للقانون - بحسبه - يتضمن جانبين، أحدهما إيجابي والآخر سلبي، فأما الأول الإيجابي؛ فهو أن تستند الإدارة في جميع تصرفاتها إلى مستند قانوني، يجوز لها ذلك التصرف. وأما الثاني السلبي؛ فهو ألا يكون ذلك التصرف مخالفاً للقانون.

ويبدو أن الاتجاه الأخير أكثر اعتدالاً في تفسير مدى خضوع الإدارة للقانون، حيث يوازن - إلى حد ما - بين تقييد حرية الإدارة من جهة، في أنها لا تملك صلاحية اتخاذ أي عمل ما لم يُجز لها القانون ذلك، وبين منحها بعض الاختصاصات، كمنحها سلطة إصدار اللوائح التنظيمية. ولا تعارض بين الأمرين؛ فالأول ضمان للأفراد في مواجهة السلطة ومنعها من أن تتدلى إلى الاستبداد، والثاني تتطلبه وظيفة السلطة ودورها المنوط بها في تنظيم الجماعة.

¹ (علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 26-27. / محمد أبو زيد محمد علي، المرجع السابق، ص 31-32. / سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 95-96. / حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص 51-52.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

وقد اعتمد الدستور الجزائري لسنة 2016 م¹ هذا الاتجاه؛ فقد نصّت المادة 74 منه على أنه: "يجب على كل شخص² أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية." كما تضمن الدستور ذاته ما يدل على أنه لم يعتبر الإدارة مجرد وسيلة لتنفيذ القانون، بل اعترف لها باختصاص يختلف عن مهمة تنفيذ القوانين، هو اختصاصها بإصدار اللوائح التنظيمية. فقد نصت المادة 143 منه على أنه: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون³." والواضح أن رئيس الجمهورية يمارس تلك السلطة التنظيمية عن طريق توقيع المراسيم الرئاسية⁴. وتضمنت المادة 99 الفقرة 04 من ذات الدستور، ما يدل على أن الوزير الأول أيضاً له سلطة تنظيمية، يتولاها عن طريق توقيع المراسيم التنفيذية. جاء في نصّها ما مضمونه؛ أن الوزير الأول: "يوقع المراسيم التنفيذية".

وخلاصة القول أن مبدأ المشروعية حينما يطلق في الفقه القانوني الوضعي، فإن المراد به سيادة حكم القانون. سيادة تعني احترامه وخضوع الجميع لأحكامه، حكاماً ومحكومين، سلطات وشعوب كلّهم في ذلك سواء، فالسلطات جميعاً -التنفيذية، التشريعية، القضائية- مطالبة بالخضوع للقانون. ثم إن القانون الذي تسود أحكامه؛ هو جميع القواعد الملزمة في الدولة، وفق مبدأ التدرج.

لا شك أن الذي يقف على هذا المفهوم النظري لمبدأ المشروعية، ويرى ما يتضمّنه من شعارات مثالية، خاصّة منها ما يتعلق بخضوع الجميع لأحكام القانون - وهذا الشعار هو جوهر المبدأ وأساسه - يطمئن إليه، ويلوذ به ويعوّل عليه، ويرى فيه الحامي لحقوق الأفراد وحرّياتهم، من أي

¹ القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن للتعديل الدستوري، ج ر عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

² تقدم سابقاً أن المشروعية تعني سيادة حكم القانون، وقلنا أن ذلك يفسر بخضوع الدولة (سلطة وشعباً) للقانون، وقلنا أيضاً أن السلطة قبل غيرها مطالبة باحترام أحكام القانون، على اعتبار ما تتمتع به من امتيازات يقرها لها القانون مقابل دورها في تنظيم الجماعة. واستخدام لفظ "شخص" في هذه المادة قد يفسر بأنه يطلق في لغة القانونيين ويراد به إما شخص طبيعي أو معنوي (اعتباري) والسلطة تجسّد لهذا الأخير. وعليه فهي أيضاً ملزمة باحترام الدستور وقوانين الجمهورية بموجب الدستور.

³ للإشارة فإن الدستور الجزائري قد حدد السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية بطريقة سلبية، حينما حصر المجالات التي يشترع فيها البرلمان بموجب المواد 140، 141 منه.

⁴ تنص المادة 91 من الدستور الجزائري الصادر في مارس 2016، في الفقرة 06 منها على أن رئيس الجمهورية: "يوقع المراسيم الرئاسية".

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

اعتداءً قد يطالها من استبداد السلطة. غير أن الواقع أثبت أن هناك تحديات تعيق هذا المبدأ، وتخرجه من مثالية الشعارات، من أكبرها تلك التي تتعلق بالمصادر التي يستمد منها، والضمانات التي تضمن تطبيقه واحترامه؛ إذ لا تكفي الشعارات وحدها فالعقل والمنطق يفرض علينا ألا ننساق وراء المباني، ويحتم علينا البحث في المعاني. وبعبارة أوجز فإن الحكم العادل المنصف على دور المبدأ، لا يكون بناء على رؤيته من الخارج عن طريق المفهوم النظري، بل لابد من رؤيته من الداخل من خلال دراسة تلك التحديات ومعرفة مدى جدتها وتأثيرها في وظيفة المبدأ، وسيأتي ذلك إن شاء الله في مباحث لاحقة من هذه الدراسة.

الفرع الثالث: مدلول مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي.

إن اصطلاح " مبدأ المشروعية " على فكرة الخضوع للقانون، وسيادة أحكامه اصطلاحاً قانوني معاصر، وعليه فإننا لا نجد لدى المتقدمين من فقهاء المسلمين، تفصيلاً في الحديث عن مصطلح المشروعية هذا، على نحو ما نجده عند فقهاء القانون؛ من حيث ضبط المفهوم وتحديد من يخضع للقانون، وما هو القانون الذي يخضع له، وما مدى خضوعه له. وقد أرادوا بلفظ المشروعية حينما استعملوه معناه اللغوي الذي أوردناه سابقاً، والمتمثل في الوصف الذي يتصف به كل ما سنّه الله تعالى. من ذلك مثلاً ما جاء في تفسير البحر المحيط، في معنى قوله سبحانه: ﴿إِلْحَاجُّ أَشْهُرٌ

مَعْلُومَةٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِكَ الْإِحْجَ فَلَا رَفْثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْإِحْجِ﴾ [البقرة، الآية 197] فقد جاء في هذا التفسير ما نصّه¹: ((وتلخص في هذه الجملة أربعة أقوال:

أحدهما: أنها إخبار بنفي أشياء مخصوصة وهي: الجماع، والزنا، والكفر.

الثاني: أنها إخبار بنفي المشروعية لا بنفي الوجود،

الثالث: أنها إخبار...)).

¹ ابن حيان الأندلسي محمد بن يوسف، تفسير البحر المحيط، ط01، 1413هـ-1993م، دار الكتب العلمية - بيروت - ج 02، ص100.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

فقد استعمل هنا لفظ المشروعية، وهو هنا يدل على ما شرعه الله وسنّه من الأحكام، ومقتضى الكلام أن الرّفث والفسوق والجدال أمور لم يشرعها الله سبحانه في الحجّ؛ وعليه فلا مشروعية لها.

و من ذلك أيضاً، ما جاء في الذّخيرة، من تفصيل لمسألة الاجتهاد في القبلة، والاستعانة في ذلك بالكواكب. فقد جاء فيها ما نصّه: ((الأدلة على الكعبة ستة؛ العروض والأطوال مع الدائرة الهندسية أو غيرها من الأشكال الهندسية على ما بسط في علم المواقيت والقطب والكواكب والشمس والقمر والرياح وهي أضعفها. كما أن أقواها العروض والأطوال ثم القطب، ويدل على

اعتبار هذه الأدلة قوله تعالى: ﴿وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾ [النحل، الآية 16]. في سياق

الامتنان، وذلك يدل على المشروعية، وقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ النُّجُومَ لِيَهْتَدُوا بِهَا فِي

ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾ [الأنعام، الآية 97]. والهداية إنما تكون للمقاصد والصلاة من أهم المقاصد

وقوله تعالى: ﴿وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ لِنَعْلَمُوا عَدَدَ اللَّيْلِ وَالنَّجْمِ﴾ [يونس، الآية

05]. وهذا كلّه تنبيه على وجوه تحصيل المصالح من الكواكب ومن أهم المصالح إقامة الصلاة على

الوجه المشروع، ولأن القاعدة أن كل ما أفضى إلى المطلوب فهو مطلوب وهذه الأمور مفضية إلى

إقامة الصلوات المطلوبة فتكون مطلوبة¹. والشاهد هنا استعمال لفظ المشروعية، للدلالة على ما

شرعه الله عز وجل وسنّه من الوسائل التي يتوصّل بها إلى تحديد اتجاه القبلة.

كما استعمل الإمام الشاطبي لفظ "المشروعية" في موافقاته حينما قال: ((وأما السادس:

وهو ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً؛ فهو على أصله من الإذن، لأن المصلحة إذا كانت غالبية؛ فلا

اعتبار بالندور في انحرافها، إذ لا توجد في العادة مصلحة عريّة عن المفسدة جملة؛ إلا أن الشارع إنما

اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة، ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات في

الوجود، ولا يعدّ هنا قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة - مع معرفته بندور المضرة عن

ذلك - تقصيراً في النظر، ولا قصداً إلى وقوع الضرر، فالعمل إذاً باق على أصل المشروعية.

¹ (القراقي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ط01، 1994، دار الغرب الإسلامي - بيروت - ج02، ص 124.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها؛ كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج، مع إمكان الكذب والوهم والغلط...¹ . وحاصل كلامه هنا أن ما كان مشروعاً بتشريع الله له، على اعتبار ما فيه من المصلحة الغالبة؛ فإنه يبقى على أصل المشروعية، حتى ولو أدى إلى مفسدة نادرة؛ لأن الاعتبار لغلبة المصلحة، ولا اعتبار لندور المفسدة.

وتأسيساً على ما تقدّم، فإن المتقدّمين من علماء المسلمين استعملوا لفظ المشروعية ليعبروا به عن كل ما كان مشروعاً؛ بأن شرعه الله ﷻ. أمّا إطلاق اللفظ على فكرة " خضوع الجميع لقانون واحد " فقد ارتبط بالفكر القانوني الغربي.

غير أن عدم تعرّض علماء الفقه الإسلامي المتقدّمين - نظرياً - لمصطلح المشروعية؛ الذي يراد به خضوع الجميع إلى قانون واحد، لا يعني خلوه من الفكرة؛ فقد كانت حقيقةً حاضرةً في حياة المسلمين، وأساساً معتمداً في ممارساتهم العملية في كافة مناحي الحياة، وفي مقدّماتها ما يتعلّق بمجال الحكم والقضاء. وكان ذلك امتثالاً لأوامر الله ﷻ. قال سبحانه: ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ

وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ﴾ [المائدة، الآية 48]. ففي هذه الآية تكليف للنبي ﷺ ومن خلاله إلى عموم المكلفين - وخاصة منهم من كان في موقع يحتكم إليه الناس فيه، أو يحكمهم هو بناء عليه - بوجوب الحكم بما قرّره الله من أحكام والخضوع لها والالتزام بها وعدم الخروج

عنها². وقال ﷻ: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (47) [المائدة، الآية 47]. والمراد هنا أن من لم يحكم بما أنزل الله فهو خارج عن طاعته مائل للباطل تارك للحق، وقد روي عن ابن عباس ﷺ أن من جحد ما أنزل الله فقد كفر، ومن أقرّه ولم يحكم به فهو ظالم فاسق³. والذي لم يحكم بما أنزل الله ولا بما شرعه سبحانه فإنه - حتماً - يحكم بما لم يشرعه، ونتيجة لخروجه عن "القانون" الذي شرعه الله، فقد وصفه سبحانه بالفسق والخروج عن الطاعة،

¹ (الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي، الموافقات، ط01، 1417هـ-1997م، دار ابن عفان للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية - ج 03، ص 74.

² (ابن كثير، المرجع السابق، ج 03، ص 128.

³ (المرجع نفسه، ن ج، ص 119 - 127.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

وبذلك استحق العقاب. وقال ﷺ: ﴿فَإِنْ نَزَعْنَاهُ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ۝٥٩﴾ [النساء ، الآية 59]. دلّت هذه الآية على أن من لم يتحاكم إلى القرآن الكريم والسنة النبوية، ولم يرجع إليهما في حال التنازع ليس بمؤمن بالله ولا باليوم الآخر¹. ولا شك أن التنازع بين الحاكم والرعية، من أكد الحالات التي ينبغي أن تخضع لهذا الأمر، نظراً لتداعياتها التي لا يمكن حصرها وعموم خطرها.

فيتبين من خلال التصوص المتقدمة؛ أن القرآن الكريم قد أصّل لمبدأ سمو التشريع الرباني ووجوب الخضوع له، والالتزام بأحكامه على الجميع؛ بما فيهم الحاكم فإنه ملزم بأن يحكم بموجب هذا التشريع، وإلا عُدّ فاسقاً مارقاً عن طاعة الله. وعليه فإن فكرة المشروعية التي تعني خضوع الجميع، حكماً ومحكومين لقانون واحد، تعدّ أساساً معتمداً في الفقه الإسلامي، يرتبط وجوده بنزول الوحي. وإن لم يصطلح عليها "مبدأ المشروعية" كما هو الشأن في الفقه القانوني الغربي. وقد بين النبي ﷺ حرص الشريعة الإسلامية على تكريس هذا المبدأ حينما قال: «السمع والطاعة حقٌّ ما لم يؤمر بالمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»² جاء في شرح هذا الحديث أن: ((السمع؛ أي إجابة قول الأمير إذ طاعة أوامره واجبة، ما لم يأمر بمعصية وإلا فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق))³ والشاهد هنا، أن النبي عليه الصلاة والسلام يقرّر أن هناك شريعة عليا ينبغي أن تسود، وأن يخضع لها الجميع بما فيهم الحكام وهي شريعة الله سبحانه، وأن الحاكم ملزم قبل غيره بأن يحكم وفقاً لتلك الشريعة العليا التي شرعها الله وألا يخرج عنها. وقد نُقل عن أبي بكر رضي الله عنه - حينما تولّى الخلافة - قوله: ((أطيعوني ما أطعت الله ورَسُولَهُ فَإِذَا عَصَيْتُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَلَا طَاعَةَ لِي عَلَيْكُمْ))⁴.

¹ ابن كثير، المرجع السابق، ج 02 ، ص 346 .

² أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب "السمع والطاعة للإمام" ، ح رقم 2955 ، ج 02، ص 347 .

³ بدر الدين محمود بن أحمد العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، ط 01، 1421هـ-2001م، دار الكتب العلمية - بيروت - ج 14، ص 308.

⁴ ابن هشام أبو محمد عبد الملك بن هشام، سيرة النبي ﷺ، ط 01 ، 1419هـ-1995م، دار الصحابة للتراث بطنطا - مصر - ج 04، ص 369.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

وهذا امتثال لأمر الله تعالى بوجوب الحكم بما أنزل، وتطبيق عملي لفكرة خضوع الحاكم والمحكومين لتشريع واحد؛ هو التشريع الرباني.

وقد اجتهد بعض المعاصرين في وضع مفهوم لمبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي، من خلال صياغة تلك الأفكار المتقدمة حول خضوع جميع من هم ضمن دولة الإسلام لشريعة واحدة هي شريعة الله سبحانه؛ فعرفها بأنها التزام كل من الحاكم والمحكومين بالمصدرين الأساسيين في الشريعة الإسلامية، كلام الله وسنة نبيه ﷺ، وكذلك القوانين التي تصدر بناء على إرادة الأمة فيما لم يرد فيه نصّ والمقيّدة في ذلك بروح الإسلام ومبادئه العليا¹. والملاحظ، أن هذا التعريف قد تم نسجه على نموذج سابق وهو - من الناحية الشكلية - يتفق مع المفهوم القانوني لمبدأ المشروعية، القائم على معنى خضوع الدولة - حكاما ومحكومين - للقانون. غير أنه من الناحية الموضوعية يختلف معه في كونه يحدّد القانون الذي يلزم الخضوع له؛ بأنه ذلك القانون الرباني السامي الذي أوحى الله سبحانه به إلى نبيه صلى الله عليه وسلم، القرآن الكريم والسنة النبوية. وما بني عليهما من أحكام، وتفرّع عنهما من اجتهادات أهل الاجتهاد، التي تمّ التقيّد فيها بقواعد وأصول الاستنباط وضوابطه. كما أن المعنى بالخضوع للقانون في هذا التعريف قد تحدّد أيضا وهو الكفاة بمن فيهم الحاكم والمحكوم، على قدم المساواة لا امتياز لأحد على أحد. فإن الوحي المنزل على النبي صلى الله عليه وسلم، لم يستثن أحداً من التكاليف الواردة فيه، وليس فيه محاباة أو تفضيل لأحد على غيره، ولا طبقة على أخرى ولا امتيازاً لوظيفة أو منصب.

أما بخصوص الجدل الذي عرفه الفقه القانوني حول مدى الخضوع للقانون، وهل مبدأ المشروعية يقتضي كون الإدارة مجرد وسيلة لتنفيذ القانون، أم أنه يقتضي ألا تقوم الإدارة بتصرف يخالف القانون، فإن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا الجدل. وكان مبدأ المشروعية فيه أكثر وضوحاً وجلاءً؛ فإذا كان منشأ ذلك الجدل في القانون هو وجود الكثير من الوقائع والتصرفات التي لا تغطيها قواعد قانونية. فإن الفقه الإسلامي لا توجد فيه واقعة تخلو عن حكم الله تعالى، ولا توجد منطقة خارج تغطية أحكام الشارع، وعليه فإن كل تصرف أو قول أو فعل أو ترك يقوم به الأفراد أو

¹ (عبد الجليل محمد علي ، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة ، ط 01 ، 1984 ، عالم الكتب - القاهرة - ص 224.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

السُّلْطَة، إلا ويتعلّق به حكم شرعي. قال عَلَيْكُمْ: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ لِيُبَيِّنَ لَكُمْ وَيَهْدِيَكُمْ سُنَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [النساء، الآية 26]. والمعنى؛ أنه سبحانه يبيّن لعباده أمر دينهم ومصالح أمرهم، وما يحل لهم وما يحرم عليهم. ((وذلك يدلّ على امتناع خلوّ واقعة عن حكم الله تعالى؛ ومنه قوله تعالى: ﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنعام، الآية 38].¹))
وهناك من لخص مضمون مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي بقوله: ((أن تكون شريعة الله هي الحاكمة))².

وبعبارة أخرى سيادة شريعة الله سبحانه، وخضوع الجميع لها، وهناك من عرفها بقوله³: " التزام القائم على السُّلْطَة السياسية بإقامة مجتمع إسلامي كما صوّر بالكتاب والسنة".⁴ والملاحظ هنا أن جميع هذه التعريفات تدور حول معنى مشترك؛ هو ضرورة خضوع الحكام والتزامهم بالقانون الإسلامي، وإن اختلف أصحابها فيما بينهم في صياغتها. ومع ذلك فإننا نميل إلى اختيار التعريف الأول، على اعتبار أنه أكثر تفصيلاً من غيره من التعريفات الأخرى، إذ يبين القانون الذي يجب الخضوع له، كما يحدّد المعنى بالخضوع.

وعليه، فإن ما يمكن أن نستنتجه مما تقدّم؛ هو أن مبدأ المشروعية يعتبر ركيزة من ركائز النظام الإسلامي وأصلاً من أصوله، وإن لم يطلق الفقهاء المتقدمون هذا الإطلاق. إلا أن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، كلها تؤسّس لفكرة خضوع الحاكم والمحكوم لشريعة الله سبحانه، كما أن ممارسات النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والخلفاء الراشدين بعده كانت أفضل تطبيق لهذا المبدأ. يقول الدكتور ثروت بدوي في هذا الصدد - واصفاً دولة المدينة -: ((إنها أول دولة قانونية - في الأرض - يخضع فيها الحاكم للقانون، ويمارس سلطته وفق قواعد عليا تقيده، ولا يستطيع الخروج عليها، فقد كان الخليفة

¹ (القرطبي، المرجع السابق، ج 06، ص 243-244.

² (علي جريشة، المشروعية الإسلامية العليا، ط 02، 1986، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة - ص 27.

³ (عادل فتحي ثابت عبد الحفيظ، شرعية السلطة في الإسلام، د. ط، 1996م، دار الجامعة الجديدة للنشر. الاسكندرية - ص 68.

⁴ (تجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف هو تعريف الشرعية وقد أوردناه هنا لأن معنى الشرعية والمشروعية في الإسلام مندمجان معاً في نظام واحد كما سيأتي بيانه لاحقاً.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

مقيّداً بأحكام القرآن والسنة، واختصاصاته محدودة بما للأفراد من حقّ أو من حقوق وحرّيات نص عليها الإسلام ونظمها ، وقرّر الضمانات التي تكفل حمايتها ضدّ اعتداء الحكام والمحكومين على السواء¹.

¹ (حاسم محمد راشد العيساوي، الوثيقة التّبويّة والأحكام الشرعية الاستفادة منها ط01، 1427هـ-2006م، دار الصحابة - الإمارات الشارقة - ص 77. نقلا عن ثروت بدوي ، النظم السياسية.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

المطلب الثاني: العلاقة بين المشروعية والشرعية:

سنبيّن في هذا المطلب العلاقة بين مصطلحي الشرعية والمشروعية وأهم الفروق الجوهرية بينهما إن وجدت في كل من الفقهاء الوضعي والإسلامي وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: العلاقة بين المشروعية والشرعية في الفقه القانوني الوضعي.

الفرع الثاني: العلاقة بين المشروعية والشرعية في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول : العلاقة بين المشروعية والشرعية في القانون الوضعي:

يتميز فقهاء القانون الوضعي بين مصطلحي المشروعية (legalite) والشرعية (legitimite)؛ فهذه الأخيرة عندهم مرتبطة بمجال الإيديولوجيات والخلفيات الفلسفية التي ينبغي أن يبنى عليها القانون، وهي أيضاً تنم عن مبدأ دستوري متمثل في مبدأ تأسيس السلطة، وبعبارة أخرى فإن مبدأ الشرعية يشار به إلى شرعية السلطة القائمة، من حيث صلاحيتها كسلطة للأمر الذي يستوجب التكليف بالطاعة¹، ويقوم على فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون². ومن هنا يتضح أن الشرعية وقضاياها وكل ما يتعلّق بها أسمى وأسبق من المشروعية (legalite)، التي تؤشّر على وجود سلطة من جهة، ووجود قانون من جهة أخرى، والتزام تلك السلطة باحترام ذلك القانون.

إنّ الفرق بين المشروعية والشرعية فرق جوهري؛ إذ أن المشروعية بكل موضوعاتها وقضاياها داخلية ضمن النظام القانوني الوضعي للدولة، وهي مرتبطة بمدى التزام السلطة بالقانون القائم فيها. بينما تكون الشرعية بكل قضاياها وموضوعاتها خارج ذلك النظام القانوني، وسابقة في وجودها عليه؛ إذ أنّها - الشرعية - تدور حول مدى صلاحية السند الذي تركز إليه السلطة، والنظام القانوني للدولة في جملته. ونتيجة لهذه الأسبقية في الوجود، فإنه لا يتصور أن تكون موضوعات الشرعية وقضاياها وضمائنها، داخلية في ذلك النظام الذي تأخر وجوده عنها، وإنما يحتكم في شأن تلك القضايا إلى تلك الفلسفات التي سبقت النظام القانوني للدولة، وهيأت لقيامه فكانت منه بمثابة إيديولوجيته³.

وقد ذهب البعض إلى أن مصطلحي المشروعية والشرعية مترادفان؛ يدلّان على ذات المعنى، وهو سيادة حكم القانون؛ بكل قواعده المكتوبة وغير المكتوبة. بما فيها المبادئ القانونية العامة التي

¹ (علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ج 01، ص 25.

² (سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 09.

³ (طه بدوي، بحث في النظام السياسي الإسلامي ردا على المستشرق الإنجليزي أرنولد، مناهج المستشرقين في الدراسات العربية الإسلامية، صادر عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم و مكتب التربية العربي لدول الخليج، صدر في إطار الاحتفاء بالقرن الخامس عشر الهجري، 1985م، ج02، ص 111-112.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

تستمد من ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع، وأسس نظام الحكم في الدولة، ووثائقها القانونية والسياسية التي تتضمن الخطوط العريضة والاتجاهات العامة لسير الدولة¹، ويستقر عليها المجتمع وتعتمد كقواعد أساسية لتحقيق العدل والمساواة. وعليه ينعدم الفرق بين الشرعية والمشروعية². ولكن هذا الرأي في حقيقته لا يقول بالترادف إلا بقدر ما يخلط بين مفهومي الشرعية والمشروعية، لأن ترديد أي شعار من الشعارين لا يسمن ولا يغني من جوع، ولا يمكن أن يكون مجرد التّبي أو التّرديد عاصماً للحقوق والحريات الفردية من جور السلطة واستبدادها. ولكن الأمر في حقيقته يتحدّد بمدى قدرة الضمانات على فرض احترام المبدأ وتطبيقه. وهذا المجال يظهر فيه خلط القائلين بالترادف بين المشروعية والشرعية. فكما تقدّم سابقاً فإن قضايا الشرعية مرتبطة بالإيديولوجيات، وعليه فهي تقع خارج النظام القانوني للدولة وسابقة عليه. على خلاف المشروعية التي تقع قضاياها داخل هذا النظام القانوني. وعليه فإن الضمانات التي تتوقّر لحماية المشروعية وفرض تطبيقها تكون ضمن هذا النظام القانوني بخلاف ضمانات حماية الشرعية وفرض تطبيقها، فهذه - كما قلنا - ينبغي أن تكون من خارج النظام القانوني للدولة. لكون فكرة الشرعية وموضوعاتها تقع خارجه وسابقة عليه. إذ لا يتصوّر وجود ضمانات داخل النظام القانوني للدولة يمكن أن تلزم السلطة بموجبها باحترام تلك الخلفيات التي تعتبر سنداً وأساساً تتحدّد بموجبه شرعيتها وصلاحيتها. ولا يتصوّر أيضاً وجود ضمانات تجبرها على مراعاة الأهداف والقيم والمثل العليا، التي تقع خارج نظامها القانوني. وبعبارة أوجز فإنه لا يمكن الاحتكام إلى نظام قانوني في سند قيامه ذاته، ولا في شرعية سلطة صنّعه. ومن هنا يتّضح أن القول بالترادف بين المشروعية والشرعية ضرب من الخلط³. الذي ينتهي إلى فناء الشرعية في المشروعية من وجهين: الأول منهما من حيث المضمون؛ إذ يصبح مضمون الشرعية محصوراً في مجرّد الالتزام بالنظام القانوني الوضعي في الدولة دون أن يجاوزه إلى الالتزام بما وراءه من أهداف وقيم ومثل عليا. والثاني من حيث الضمانات؛ إذ تصبح ضمانات الشرعية هي عين ضمانات المشروعية. وعليه يقع الخروج على

¹ (سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 54.

² (محمد أبو زيد محمد علي، المرجع السابق، ص 20.

³ (طه بدوي، المرجع السابق، ج 02، ص 110.

الشريعة بعيداً عن المسؤولية والجزاء. الذي يصبح محصوراً في الخروج على المشروعية. فغاية ما تلتزم به الدولة هو قواعد نظامها القانوني، وفي ذلك أعظم الخطر على الحقوق والحريات الفردية.

الفرع الثاني: العلاقة بين المشروعية والشريعة:

لم يعرف الفقه الإسلامي شيئاً من ذلك الجدل الذي تحبّط في الفقه القانوني الغربي حول مضموني الشريعة والمشروعية؛¹ ذلك أنه لا فرق في النظام الإسلامي بين المضمونين؛ فإنّ كلاً من الشريعة والمشروعية يندمجان في نظام واحد؛ فالنظام القانوني الإسلامي الذي حدّدت معالمه آيات القرآن الكريم، وأحاديث النبي عليه الصلاة والسلام، لم يقف عند بيان حدود القواعد المنظّمة لسلوك المسلم في المجتمع بوصفه مواطناً أو حاكماً. بل زاد على ذلك بأن صوّر الأهداف والقيم الأساسية، والمثل العليا للدولة الإسلامية. وجعلها داخل هذا النظام القانوني وجزء منه تخضع لنفس قواعده وتترتب عن مخالفتها الجزاءات ذاتها؛ فأى خروج من قبل السلطة على أهداف الدولة الإسلامية ومثلها العليا وقيمها الأساسية، لا يختلف في حقيقته ولا في جزاءاته عن خروجها على بقية أحكام وقواعد النظام الإسلامي.²

وخلاصة القول أن الشريعة الإسلامية لا تعرف التمييز بين الشريعة والمشروعية، وذلك راجع إلى أن الأهداف العليا والمثل والقيم الأساسية للدولة الإسلامية، قد وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية؛ فكانت بورودها فيهما جزء من النظام القانوني. يخضع مُخالفها لنفس الجزاء الذي يخضع له مخالف بقية أحكام هذا النظام. ومن هنا يظهر كمال الشريعة الإسلامية وتفوّقها على النظم الغربية المعاصرة، التي استغرقت كلّ هذا الوقت من الصراع بين الحرية والسلطة، لتنتهي إلى الخلط بين الشريعة والمشروعية. والذي - كما رأينا - أنّه آل إلى فناء الأولى في الثانية. من خلال العجز عن تقديم ضمانات للشريعة من طبيعتها، أي من خارج النظام القانوني للدولة. وقد رأينا -مما سبق - أنّه

¹ (أحمد حدّاد علي حسين عافية، مبدأ الشريعة في الدولة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة طنطا. د.س.م، ص 543.

² (طه بدوي، المرجع السابق، ص 126.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

لا يمكن التّعويل في حماية الشّرعيّة، على ضمانات من داخل النّظام القانوني للدّولة. لأنّ قضايا الشّرعيّة وموضوعاتها، سابقة عليه وتقع خارجه.

وانطلاقاً ممّا سبق فقد شبّه البعض المشروعيّة - في ظلّ الفكر القانوني الغربي - بأهله العجوة التي كان يصنعها العرب في الجاهليّة، ثمّ ينكبّون على عبادتها؛ فإذا جاعوا أكلوها. فالسلطة تصنع القانون وتفصله على مقاسها ثمّ تخضع له!! ويظلّ خضوعها له ما ناسب مقاسها ووافق هوى القائمين عليها، فإنّ خالفه عمدت إليه فنقضته وصنعت غيره، وبذلك يفقد معنى الخضوع للقانون والالتزام به من جهة السلطنة أيّ معنى. ومن هنا يظهر تهافت " المشروعية الغربية " ذلك أنّ المشروعيّة الحقّة تقتضي أن تكون السلطنة بجميع درجاتها، والشّعب من خلفها - أن يكونوا جميعاً - خاضعين لقانون أعلى منهم، لا يد لهم في صنعه.¹ وبالتأكيد فإنه لا يمكن أن يكون من صنع الأفراد؛ إذ لا يوجد مبرر لفرض سيطرة إرادة على إرادة أخرى. ولقد أحسّ بعض القانونيين بهذا الرّيف والتهافت الذي يعتري المشروعيّة الغربيّة بمفهومها السّابق، فقالوا بوجود " مشروعيّة عليا " فوق القانون والدستور. مستمّدة من قواعد العدالة والأخلاق،² وتضرب بجذورها وراء النّظام القانوني للدّولة، تتجاوزها إلى تلك الأهداف والقيم الأساسيّة الكامنة خلفه. والملاحظ على هذا الاتجاه أنّه يريد أن يجعل الشّرعيّة مندمجة في المشروعيّة كما هو مقرّر في النّظام الإسلامي، لكن نظرة متفحصّة تبين أنه لا سبيل إلى ذلك في النّظم الغربيّة المعاصرة؛ لأنّ هناك عقبة لا يمكن تجاوزها في هذا الشّأن وهي تلك المتعلّقة بالضّمانة التي تفرض على السلطنة الالتزام بتلك الأهداف والقيم الأساسيّة والمثل العليا. إذ أن هذه الأخيرة في النّظم الغربيّة تظلّ - كما بيننا - خارج النّظام القانوني للدّولة، تسبح في عالم الفلسفات والإيديولوجيات، ولا سبيل إلى إخضاع مخالفها لأيّ جزاء قانوني.³

¹ (علي جريشة، المرجع السّابق، ص 19.

² (المرجع نفسه، ص 26.

³ (طه بدوي، المرجع السّابق، ص 112.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

المبحث الثاني: مسوغات مبدأ المشروعية:

يُعد مبدأ المشروعية مسوغاته في أمرين أحدهما مترتب عن الآخر؛ الأول هو ضرورة وجود سلطة تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع. والثاني هو ضرورة وجود ضمانات تمنع انحراف هذه السلطة وتجاوزها وتمنعها من أن تستبد بحقوق الأفراد وحررياتهم. وسنخصّص لكل مسوغ من المسوغين مطلباً مستقلاً، بحسب التفصيل التالي:

المطلب الأول: ضرورة وجود سلطة.

المطلب الثاني: ضرورة وجود ضمانات تمنع الانحراف بالسلطة.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

المطلب الأول: ضرورة وجود سلطة.

تهيئة:

لا يملك الإنسان أن يعيش بمفرده، منعزلاً عن الآخرين بل لابد له من أن يجتمع مع غيره. وكثيراً ما عبر المفكرون عن ذلك بقولهم "الإنسان اجتماعي بطبعه". وحاجته إلى الاجتماع طبيعية، تدفعه إليها غريزة حب البقاء. فالإنسان بموجب هذه الغريزة يسعى دوماً نحو تحقيق ما يحفظ به بقاءه، أو نحو دفع ما يهدده أو تجنّبه. وهو في هذا السعي يحتاج إلى من يعينه، وهو ما يحتّم عليه أن يجتمع مع غيره من البشر، من أجل التعاون على تحقيق ذلك الهدف المشترك، المتمثل في توفير ما يلزم للبقاء.¹

ثم إن حاجة الإنسان إلى غيره في توفير متطلبات بقائه، سببها ما فطر عليه من صورة لا تصحّ حياته وبقاؤه عليها إلا بالاجتماع والتعاون مع الآخرين. فهو - كما يرى ابن خلدون - يحتاج إلى الغذاء وهو ما لا يمكن أن يحصله منعزلاً عن غيره؛ فإذا كان يأكل الحَبّ من دون علاج مثلاً؛ فهو يحتاج في تحصيله إلى عدة أعمال من زراعة وحصاد ودرس، وكل من هذه الأعمال تحتاج بدورها إلى آلات. وصناعتها تحتاج بدورها إلى صنائع وأدوات مختلفة. فيكون بذلك تحصيل كل هذه الأمور بالنسبة للفرد المنعزل أمراً مستحيلاً، وهو ما أوجب عليه التعاون مع غيره من أجل توفير أسباب البقاء، ومن هنا كان الاجتماع أمراً ضرورياً بالنسبة له.²

غير أنّ الإنسان وإن كان بطبعه اجتماعياً، فإن له طبعاً آخر أقلّ ما يمكن أن يقال عنه، أنه يتنافى مع تلك الطبيعة الاجتماعية. وهو ما يتمثل فيما ينطوي عليه من أنانيّة وحب للذات، ومن رغبة في الاستئثار والتسلط على الآخرين. وهو ما استلزم التفكير في حل ينظم العلاقات بين أفراد

¹ جورج شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة للنظم السياسية، ط 5، 2001-2002، دار النهضة العربية - القاهرة - ص 07.

² عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة بن خلدون، د. ط، د. ت ط، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر - ص 73.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

المجتمع، ويزع بعضهم عن بعض. ونتج عن ذلك التفكير؛ أن اهتدت البشرية إلى ضرورة وجود السلطنة¹.

وعليه، فالإنسان كما يرى أرسطو لا يُتصور وجوده بمعزل عن الناس " بل لابد أن يعيش في مجتمع سياسي منظم."² و من هنا تظهر ضرورة وجود السلطنة إذ لا يمكن أن ينتظم هذا المجتمع إلا بها. و تعدّ فكرة السلطنة فكرة قديمة، تعود جذورها تاريخياً إلى الاجتماع البدائي الذي حصل بين البشر من أجل تحقيق أهداف مشتركة، على رأسها حفظ البقاء. ونتيجةً للتفاوت الطبيعي بين البشر، والاختلاف في استعداداتهم الفطرية وقدراتهم البدنية والذهنية فقد ظهر التمايز بين نوعين منهم، قوي وضعيف تولد عن هذا التمايز فيما بعد، فرض ما يراه القوي على الضعيف. وظهرت بذلك سلطة الأقوى على الجميع.

وبناء على هذا الكلام فقد عرف البعض السلطنة، بأنها "الأهلية في فرض الطاعة والاحترام"³. وقد تطور هذا المفهوم عبر العصور ليظهر في صور متعددة، بدءاً بسلطة رب الأسرة على أفراد أسرته، مروراً بسلطة شيخ القبيلة على أفراد قبيلته أو عشيرته، وصولاً إلى الصورة الحديثة التي وصلت إليها المجتمعات البشرية. والتي أصبحت فيها السلطنة في يد رئيس أو هيئة معينة تمارسها⁴.

وتعتبر المحافظة على الجماعة، التي ثبت أن الفرد لا يمكن أن يعزل عنها، وحماتها من أن تتفكك بسبب الصراع بين الأفراد. مع ضرورة أن يتمتع هؤلاء الأفراد بقدر كاف من الحرية - تعتبر- هي ما يبرر وجود سلطة تنظم شؤون هذه الجماعة. وتضمن حقوق أفرادها وتعمل على حمايتها⁵.

¹ (عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، ط02، 2004م، مطابع دار الكتاب العربي -مصر- ص02. / يحيى الجمل، حصاد

القرن العشرين في علم القانون، ط01، ت ط 1427هـ-2006م، دار الشروق -القاهرة- ص11.

² (توفيق حسين فرج، محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، د.ط، د.ت ط، مطبعة الدار الجامعية -بيروت- ص 13 .

³ (أوليفيه دوهاميل ايف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة منصور القاضي، ط1، 1996، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ص720 .

⁴ (جورج ساري، المرجع السابق، ص 08 .

⁵ (ماجد راغب الحلوى، النظم السياسية والقانون الدستوري، د.ط، 2005، منشأة المعارف - الإسكندرية- ص 04 .

فالسُّلطة إذن، ظاهرة ملازمة لكافة المجتمعات البشرية، مهما كان نوعها أو شكلها ولكن تعتبر السلطة السياسية هي ما يميز المجتمعات السياسية (الدول) عن غيرها من المجتمعات التي لم تبلغ مستوى الدولة في التنظيم، كالقبيلة والعشيرة¹. وسنبيّن في الفرعين التاليين؛ موقف الفقهاء الوضعي والإسلامي من وجود السلطة.

الفرع الأول: الحاجة إلى السلطة في الفقه القانوني الوضعي.

تكاد المذاهب الفقهية القانونية الوضعية تجمع على ضرورة وجود سلطة، تضمن استقرار المجتمع وتنظم العلاقات بين أفرادها، باستثناء ما ذهب إليه بعض الفلاسفة؛ من القول بأن الحكومة ما هي إلا وسيلة لسيطرة طبقة على طبقة أخرى. فإذا ما تحقّق الهدف الذي أقيمت لأجله، فقد زال بتحقيقه سبب وجودها؛ إذ أن مصيرها مرتبط بمدى الحاجة إليها وتحقق الغرض منها. وقد ظهرت هذه الفكرة جلياً عند أنصار المذاهب الاشتراكية، وخاصة منها الماركسية، باعتبارها الوحيدة التي كُتِب لها التطبيق - دون غيرها - في كثير من دول العالم².

و قد قامت هذه النظرية على توقعات كارل ماركس التي تقضي بأن المجتمع الإنساني يمرّ بمرحلتين من مراحل التطور؛ الأولى منهما هي مرحلة ديكتاتورية البلوريتاريا³، وتكون عند انتصار العمال على الرأسماليين، فيقيمون حينها حكومة أغلبية، هي حكومة ديكتاتورية البلوريتاريا، غير أنها ديكتاتورية حميدة لأنها من الأغلبية. تقوم هذه الحكومة (حكومة العمال) بالسيطرة على الطبقة البورجوازية ثم القضاء عليها، وتسترد منها الأموال ووسائل الإنتاج لتصبح ملكاً للدولة. فيتحقّق بذلك الهدف، وهو خلق مجتمع خالٍ من التفاوت الطبقي وينقضي الاستغلال والصراع، وتنتهي معه

¹ حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، د.ط، 2003، دار العلوم للنشر والتوزيع - عنابة - ص 44 .

² ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 397 .

³ البلوريتاريا : يقصد بها طبقة العمال التي لا تعيش إلا بقدر ما تجد عمالاً، وهي التي تمثل الجماهير العريضة . وقد بنى ماركس مذهبه على أساس إيمانه بوجود صراع بين طبقة البورجوازية وهي قلة تمتلك وسائل الإنتاج، وطبقة البلوريتاريا - الجماهير العريضة - وقد رأى ماركس أن هذه الطبقة هي التي تتحمل جميع أعباء المجتمع من دون أن تتمتع بأي ميزة من ميزات. وهي التي تجد نفسها مضطّرة إلى حلّ جميع التناقضات وتوحيد جميع القوميات. عبد الوهاب الكيالي وآخرون، موسوعة السياسة، د.ط، د. ت ط، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت - لبنان - ج 01، ص 533.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

مرحلة ديكتاتورية البلوريتاريا. لتحل محلها المرحلة الثانية وهي مرحلة الشيوعية¹، وتنتهي الحكومة لفقد سبب وجودها وزوال الطبقات، وتتحول الدولة الاشتراكية إلى المجتمع الشيوعي الذي يتولى إدارة نفسه بنفسه دون الحاجة إلى وجود الدولة!!².

غير أن الواقع العملي، أثبت استحالة تطبيق هذا الجزء من النظرية، والذي تغيب فيه الدولة لأنها في حقيقة الأمر، تعدُّ ظاهرة لصيقة بالمجتمعات البشرية، والمجتمع الشيوعي ليس بدعاً منها. بل هو أيضاً في حاجة إلى السُّلطة التي تنظمه³.

الفرع الثاني: ضرورة نصب الحاكم في الفقه الإسلامي.

في الفقه الإسلامي، إذا ما استثنينا ما ذهب إليه بعض فرق الخوارج⁴؛ من قولهم بأنه لا يلزم الناس نصب حاكم ما لم تدع إليه الحاجة⁵ وإنما عليهم أن يتعاطوا الحقوق فيما بينهم⁶. واستثنينا

¹ الشيوعية: مجموعة من الأفكار والرؤى الاشتراكية الثورية الماركسية، تنادي بضرورة الإطاحة بالنظام الرأسمالي. وإقامة مجتمع المساواة والعدل في إطار أممي، مركّز على الملكية العامة لوسائل الإنتاج. وخال من التمييز الطبقي والاجتماعي. بحيث تختفي الفروق بين العمل الذهني والعمل اليدوي، والمدينة والريف، والرجل والمرأة. ويتم إلغاء الدولة نظراً لانتفاء حاجة المجتمع إليها. لأن قوى الإنتاج وعوامل التوزيع تكون قد تطورت من الشُّعار الاشتراكي "من كل حسب طاقته ولكل حسب إنتاجه" إلى المرحلة الشيوعية "من كل حسب طاقته ولكل حسب حاجته" ويتطلّب الوصول إلى هذه المرحلة توافر شرط ضروري هو زوال الفروق بين الأمم بحيث يتكون مجتمع كوني واحد لا طبقي. ويشكل هذا المجتمع الشيوعي المرحلة العليا في التشكيل الاجتماعي-الاقتصادي للأفراد. عبد الوهّاب الكيالي وآخرون، المرجع السابق، ج 03، ص 534.

² حسن ملحم، النظرية العامة للدولة، د.ط، 1977، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ص 133.

³ المرجع نفسه، ص 132.

⁴ الخوارج: جمع خارج وهو الذي خلع طاعة الإمام الحق، الذي اتّفقت عليه الجماعة، وأعلن عصيانه وألب عليه. سواء كان الخروج في أيام الصحابة رضي الله عنهم على الخلفاء الراشدين. أو كان على بعدهم على التابعين، أو على الأئمة في كلّ زمان. وهؤلاء يكفرون أصحاب الكبائر، ويرون الخروج عن الإمام الجائر حقاً واجباً. الأشعري أبو الحسن علي بن اسماعيل، مقالات الإسلاميين، د.ط، 1411هـ-1990م، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ج 01، ص 167، 204، ج 02، ص 140/. الشهرستاني أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر، الملل والنحل، ط 3، 1414هـ-1993م، دار المعرفة - بيروت - ج 01، ص 131.

⁵ المرجع نفسه، ج 01، ص 134.

⁶ ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ط 3، 1407هـ-1987م، دار النفائس - بيروت - ج 01، ص

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

ما ذهب إليه بعض المعتزلة¹ كأبي بكر الأصبم، الذي رأى أنه لو تكافأ الناس عن الظلم، لاستغنوا عن الإمام². فإن من عداهم من فقهاء الأمة، من سنة وشيعة³ ومعتزلة⁴، يجمعون على وجوب نصب إمام للناس⁵. يقيم فيهم أحكام الله ويؤسوسهم وفق شريعته⁶. سندهم في ذلك ما كان من أمر الصحابة رضي الله عنهم من مبادرتهم إلى نصب إمام لهم، منشغلين بذلك عن تجهيز رسول الله ﷺ ودفنه⁷. وإن اختلفوا بعد ذلك حول أساس هذا الوجوب إلى مذاهب ثلاثة نوجزها فيما يلي:

المذهب الأول: هو مذهب أهل السنة، ومن وافقهم من المعتزلة والزيدية. وهؤلاء يرون أن نصب الإمام واجب والذي يدل على الوجوب هو الشرع وليس العقل⁸. واستدلوا على ذلك بمجموعة من

¹ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط 1، 1989، مكتبة دار بن قتيبة - الكويت - ص 03. / إمام الحرمين أبو المعالي الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، د.ط، 1400هـ، دار الدعوة للطباعة والنشر والتوزيع - الاسكندرية - ص 15.

² محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، ط 7، د.ت ط، مكتبة دار التراث - القاهرة - ص 143.

³ الشيعة: هم الذين شايعوا علياً رضي الله عنه على الخصوص، وقالوا بإمامته وخلافته نصاً ووصية. واعتقدوا أن الإمامة منحصرة فيه وفي أولاده من بعده، لا تخرج منهم أبداً إلا بظلم من غيرهم يقع عليهم، أو بتقية منهم. وقد اعتبر الشيعة الإمامة ركناً من أركان الدين، وأصلاً من أصوله. وقالوا بعصمة الأئمة -وجوباً- عن الكبار والصغائر. وهم خمس فرق؛ زيدية، وإمامية، وإسماعيلية، وغلاة، وكيسانية. الشهرستاني، المرجع السابق، ج 01، ص 169.

⁴ المعتزلة: ويسمون أيضاً أصحاب العدل والتوحيد ويلقبون بالقدرية والعدلية، وهم أصحاب واصل بن عطاء الغزال الأثغ (كان يلثغ بالراء فيجعلها غيناً)، كان تلميذاً للحسن البصري، وكانا في أيام عبد الملك بن مروان وهشام بن عبد الملك. وسبب تسميتهم بالمعتزلة؛ أن رجلاً دخل على الحسن البصري فقال: يا إمام الدين! لقد ظهرت في زماننا جماعة يكفرون أصحاب الكبار، والكبيرة عندهم كفر يخرج به عن الملة وهم وعيدية الخوارج، وجماعة يُرجئون أصحاب الكبار ويقولون "لا يضركم الإيمان معصية كما لا ينفع مع الكفر طاعة وهم مرجئة الأمة. فكيف تحكم لنا في ذلك اعتقاداً؟. ففكر الحسن في ذلك وقبل أن يجيب، قال واصل بن عطاء: أنا لا أقول أن صاحب الكبيرة مؤمن مطلقاً، ولا كافر مطلقاً، بل هو في منزلة بين المنزلتين، لا مؤمن ولا كافر. ثم قام واعتزل إلى اسطوانة من اسطوانات المسجد يقرّر ما أجاب به على جماعة من أصحاب الحسن، فقال الحسن: اعتزل عنّا واصل، فسمي هو وأصحابه معتزلة. المرجع نفسه، ج 01، ص 56، 59، 62.

⁵ الماوردي، المرجع السابق، ص 03. / الجويني، المرجع السابق، ص 15-16. / ضياء الدين الرئيس، المرجع السابق، ص 128-129.

⁶ ظافر القاسمي، المرجع السابق، ج 01، ص 314.

⁷ الجويني، المرجع السابق، ص 16.

⁸ الفخر الرازي، معالم أصول الدين، ط 1، 1992، دار الفكر اللبناني - بيروت - ص 101.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

الأدلة، من بينها الآيات الآمرة بتنفيذ الأمور الشرعية، والواجبات الدّينية مما أوجبه الشّرع وكان جائزاً في العقل أن لا يردّ التّعبدُ به؛ أي أن العقل لم يوجبه. وهذه الأمور إنما فوّضها الشّرع إلى إمام يليها -لا يقوم بها غيره- وأوجب على النَّاس طاعته¹.

المذهب الثاني: هو مذهب الإمامية² من الشيعة، وقد رأى هؤلاء أن نصب الإمام واجبٌ عقلاً³، وليس في الإسلام أعظم من تعيين الإمام. لأنه دال على الحقِّ مُقرَّرٌ للوفاق، رافع للخلاف⁴. كما أن لطف الله عز وجل وعدله وحكمته ورأفته بعباده، توجب عليه أن يعين لهم إماماً معصوماً، ليأمنوا من غلظه وسهوه⁵. وقد ردّ فقهاء السُّنة على هذا الكلام، بأن الدّلالة على الحقِّ، إنما تكون ببعث الرسل عليهم السلام، وبلاغهم قائم بعد موتهم إلى يوم القيامة⁶.

المذهب الثالث: هو ما رآه الجاحظ، والكعبي، وأبو الحسين الخياط من المعتزلة⁷. من أن نصب إمام للنّاس، يحفظ الحقوق ويقيم الحدود واجب و أساس وجوبه العقل والشّرع معاً. فإلى جانب الأدلّة الشرعيّة التي تفيد الوجوب، استدل هؤلاء أيضاً بالأدلة العقلية، ومن بينها أنّ الحاكم

¹ (الموردى، المرجع السابق، ص 03 , 04 .

² (الإمامية: فرقة من فرق الشيعة، يقولون بإمامة علي رضي الله عنه من بعد النبي صلى الله عليه وسلم نصاً ظاهراً وتعييناً صادقاً، من غير تعريض بالوصف بل إشارة إليه بالعين. ويقولون أنه ليس في الإسلام أمراً أعظم من تعيين الإمام. ولذلك فقد عين النبي صلى الله عليه وسلم -حسب اعتقادهم- علياً إماماً من بعده، وكان ذلك في مناسبات متعدّدة بعضها جاء تلميحاً وبعضها كان تصريحاً. وقد تفرقت الإمامية إلى فرق عدة واختلفوا حول الأئمة بعد الحسن والحسين وعلي بن الحسين رضي الله عنهم باختلاف كبيراً. الشهرستاني، المرجع السابق، ج 01، ص 189-193.

³ (جمال أحمد السيد جاد المراكبي، الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة، د.ط، 1994، مطابع ابن تيمية - القاهرة - ص 95 .

⁴ (الشهرستاني، المرجع السابق، ص 190 .

⁵ (جاد المراكبي، المرجع السابق، ص 96 .

⁶ (ضياء الدين الرئيس، المرجع السابق، ص 167 .

⁷ (جاد المراكبي، المرجع السابق، ص 96 .

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

ضروري لدفع الأضرار والفوضى ومنع البغي والتظالم بين الناس¹، ولأنه من طباع العقلاء أن يخضع الناس لزعيم يمنعهم من التظالم ويفصل بينهم أثناء التنازع والتخاصم².
وخلاصة القول في ذلك أن السلطة تعدّ ضرورة ومطلباً لازماً لكافة المجتمعات، من أجل أن تحفظ نظامها وتضمن استقرارها وتحمي حقوق أفرادها من الاعتداء المحتمل من بعضهم على البعض الآخر. ومما تقدّم يتضح أن الفكر الغربي يتفق مع الفقه الإسلامي في اعتبار السلطة ضرورة.

¹ جاد المراكبي، المرجع السابق، ص 97 .

² الماوردى، المرجع السابق، ص 03 .

المطلب الثاني: ضرورة وجود ضمانات تمنع الانحراف بالسلطة.

تمهيد:

إذا ثبت أن السلطة مطلب حتمي وظاهرة ملازمة لكافة المجتمعات، وأن وظيفتها الأساسية تكمن في حفظ نظام الجماعة وضمان استقرارها وتنظيم شؤونها والعلاقات بين أفرادها. فإنه من البديهي أن تتمتع هذه السلطة بمؤهلات وامتيازات تمكنها من أداء وظائفها. غير أن انفرادها بتلك الامتيازات يجعلها في مركز غير متكافئ مع مراكز الأفراد من حيث القوة، الأمر الذي قد يدفع بالقائمين عليها إلى الانحراف بها وإساءة استغلالها. خاصة إذا علمنا أن من يتولون هذه السلطة ما هم إلا أفراد من المجتمع لا يختلفون عن بقية أفرادها في الرغبة في الاستئثار والتسلط. ومن هنا تظهر أهمية وجود ضمانات حقيقية تحمي الحقوق والحريات الفردية من جور واستبداد السلطة في حال انحراف القائمين عليها. وتضمن عدم استغلال تلك الامتيازات التي تتمتع بها نظير ما يناط بها من مهمة الحفاظ على نظام الجماعة -تضمن عدم استغلالها- في الاعتداء على الحريات بدل حمايتها وتنظيمها.

وبعد كفاح طويل وصراع مستمر بين الحرية والسلطة، اهتدت البشرية إلى مبدأ قائم على ضرورة تقييد السلطة بقانون، إنه مبدأ المشروعية الذي بات يعدّ أساساً وأصلاً عاماً في النظم المعاصرة، وأصبح يُنظر إليه على أنه الملاذ والملاجئ الذي يحتوى به من استبداد السلطة، والعاصم للحقوق والحريات الفردية من جورها.

هذا وتعدّ فكرة تقييد سلطة الدولة بقواعد تضمن عدم تجاوزها أثناء مباشرتها لوظائفها، محلّ اتفاق بين فقهاء القانون، وإن اختلفوا في تبرير هذا التقييد، وفي ماهية تلك القيود إلى ثلاثة مذاهب، سنتناولها في الفرع الأول من هذا المطلب، لتعرض في الفرع الثاني إلى حدود سلطان الدولة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: حدود سلطة الدولة في الفقه القانوني الوضعي:

أولاً- حدود سلطة الدولة حسب نظرية القانون الطبيعي:

تقوم هذه النظرية على تصور وجود قانونين؛ قانون وضعي وآخر طبيعي. وهذا الأخير يعلو جميع القوانين الوضعية -التي يضعها البشر- ويسمو عن كل سلطة أرضية، وهو سابق في وجوده

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

على وجود الدولة، وهو الذي مهّد لها أساسها القانوني. لذلك كان أسمى من الشعب ومن الحكام على حدّ السواء. وعليه فإنه لا يمكن لأي سلطة أن تخرج عليه، ويجب على المشرّع الوضعي أن يرجع إلى قواعد القانون الطبيعي فيما يشرعه¹. وهذا القانون لا يتغير بتغير الزمان والمكان بل هو ثابت سرمدي، ويكشف عنه العقل البشري، ويخضع له جميع الناس فهو يوجههم للخير والصالح.

هذا وتعد فكرة القانون الطبيعي فكرة قديمة؛ فقد كانت قانوناً عند الرومان الذين تداوله فقهاؤهم قبل أن ينقلوه إلى المشرّعين، كما كانت الفكرة متداولة أيضاً عند رجال الكنيسة في العصور الوسطى² أمثال القديس توماس الإكويني.

واستخلاصاً ممّا تقدّم، فإن هذه النظرية تقوم على أساس اعتبار القانون الطبيعي، رقيباً على عمل المشرّع الوضعي. وبالتالي فإنّ أي خروج على قواعده، يعد خروجاً على قواعد العدالة ومفهومها في الحكم. ومن هنا يتضح أن سلطة الدولة وفق هذه النظرية، مقيدة بقواعد القانون الطبيعي³. وقد كان لفكرة القانون الطبيعي دور بارز في الثورة الفرنسية 1789، وفي استقلال الولايات المتحدة الأمريكية 1776؛ فإن عدم استجابة الحكومة البريطانية لمطالب الشعب الأمريكي في ممارسة حقوقه الطبيعية، دفعته إلى القيام بثورة مسلّحة سعى من خلالها للإطاحة بالنظام القائم وإقامة حكومة أمريكية - بديلة عن البريطانية - حتى تحفظ له حقوقه الطبيعية⁴.

¹ (أحمد وفيق، علم الدولة : أصول الدولة وتطورات فكرتها، ط01، 1353هـ-1934م، مطبعة النهضة شارع عبد العزيز - مصر - ج01، ص298 ، 300. / عبد العزيز رمضان علي الخطابي، تغيير الحكومات بالقوة، د.ط، 2013، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ص32. / ابراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، د.ط، 2000م، منشأة المعارف - الإسكندرية - ص212.

² (غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط07، 2004م، دار وائل للطباعة والنشر - عمان - ص15.

³ (فضل الله محمد اسماعيل و سعيد محمد عثمان، نظرية القانون الطبيعي في الفكر السياسي الغربي، د ط، 2006، مكتبة بستان المعرفة الإسكندرية، ص26، 27.

⁴ (المرجع نفسه، ص30.

تقديم:

غير أنه بالرغم مما تنطوي عليه نظرية القانون الطبيعي من أفكار ومبادئ راقية، تعدّ من الركائز الأساسية—في الفلسفة الغربية— في مجال تقرير الحقوق والحريات الفردية والدفاع عنها في مواجهة استبداد السلطة وجورها، إلا أن سموها هذا لم يكن بالوضوح الذي يجعل من تطبيقها أمراً ممكناً، وهو الأمر الذي عرضها لانتقادات عديدة؛ أهمها تلك التي اعتبرت أن القول بسموّ قواعد القانون الطبيعي، يستلزم معرفتها وإدراك حدودها، وهو بحسب رأي المنتقدين، أمر يصعب ضبطه في ظلّ مرونة المبادئ.¹ وهو ما نتج عنه أن اتّسم القانون الطبيعي بقدر من الغموض وعدم التحديد بلغا حداً أفسد صلاحيته كأساس لتبرير خضوع الدولة للقانون وتحديد سلطاتها. وكنتيجة لذلك تقرّر أن قواعد القانون الطبيعي لا تعدّ قيدياً قانونياً على إرادة الدولة، بل لا تعدو أن تكون قيدياً أدبياً قد تلتزم به الدولة وقد لا تلتزم به.²

ثانياً. حدود سلطة الدولة حسب نظرية الحقوق الفردية:

تعدّ هذه النظرية من مخرجات القانون الطبيعي، الذي يعتبر المصدر والأساس الذي تُستمد منه الحقوق الفردية. وتنطلق من فكرة قوامها؛ أن الفرد سابق في وجوده على الدولة، وأنه محور النظام السياسي، وأنه كان يتمتع بمجموعة من الحقوق في مرحلة العزلة الطبيعية التي سبقت وجود الدولة التي ما نشأت حين نشأت إلا لحماية تلك الحقوق، والحيلولة دون ما عساه أن يحدث من تعارض من جراء استخدام الأفراد لها.³ وهو ما يلزم الدولة بمراعاتها واحترامها، ويجبرها إذا ما أرادت تنظيم الأفراد والحدّ من حرياتهم ألا تتوسع في تقييدها ذلك، وإلا فقدت مبررات وجودها.⁴ ومن هنا يظهر أن ما يقيد سلطان الدولة وفق هذه النظرية هو الحقوق الفردية، ومبرّر ذلك كون هذه الحقوق مستمدّة من القانون الطبيعي الذي يسمو عن الدولة والأفراد معاً.

¹ (أحمد وافي، المرجع السابق، ج01، ص298.

² (عبد العزيز الخطابي، المرجع السابق، ص32.

³ (ابراهيم شبيحا، المرجع السابق، ص213.

⁴ (نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط07، 1432هـ-2011م، دار الثقافة للنشر والتوزيع—الأردن— ص175.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

وقد كان لهذه النظرية القبول الواسع لدى رواد الثورة الفرنسية، وأوضح دليل على ذلك أن تضمنها الإعلان الخاص بحقوق الإنسان والمواطن الصادر عن (ثورة 1789م) فقد جاء في مقدمته ما نصّه: " ليس للسلطة التشريعية أن تشرع أي قانون يتضمن مساساً أو عرقلة لممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية المدرجة في هذا الجزء والمكفولة من الدستور".¹ وقد ورد في المادة الثانية من هذا الإعلان أنّ " هدف كل جماعة سياسية هو صون حقوق الإنسان الطبيعية، وغير القابلة للتقادم...". كما عني رجال الثورة الأمريكية أيضاً بهذه النظرية واهتموا بها إلى حد بلغ أنهم ضمنوها إعلان استقلال الولايات المتحدة الأمريكية الصادر سنة 1776م، ثم صيغت في دستور 1787 م.

نقد:

مع مطلع القرن العشرين، تعرضت هذه النظرية لانتقادات متعددة كان أبرزها تلك التي طالتها بسبب عجزها عن حماية حقوق الأفراد؛ وهو عجز نتج عن تحديد سلطان الدولة بحدود الحقوق الطبيعية، وترك أمر تحديدها للدولة ذاتها فهي التي تصنع حدود سلطتها²!!! كما انتقدت أيضاً بأنها قامت على تصوّرات افتراضية خيالية بعيدة عن الواقع،³ في إشارة إلى ما بُني منها على نظرية العقد الاجتماعي؛ التي تقوم على افتراض أن الإنسان عاش في حالة عزلة طبيعية قبل حصول العقد الاجتماعي الذي انخرط الأفراد بموجبه في مجتمع منظم. وقد ازدادت هذه الانتقادات حدّة، خاصّة مع تعرض نظرية العقد الاجتماعي ذاتها للانتقاد. وإثبات حاجة الإنسان للاجتماع من أجل حفظ بقائه ومن خلال ذلك إنكار فرض العزلة الطبيعية الذي تأسست عليه نظرية العقد الاجتماعي ونظرية الحقوق الفردية. فإذا ثبت أنه لا وجود لهذا الفرد المنعزل أصلاً، فلا يصح الحديث عن وجود حقوق له. ومما عرض هذه النظرية للانتقاد أيضاً ما فرضته على الدولة من دور سلبي، من تحديد

¹ (عبد العزيز الخطابي، المرجع السابق، ص32-33.

² (محمد كامل ليلة، النظم السياسية: الدولة والحكومة، د.ط، 1969، دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - ص 248.

³ (عبد العزيز الخطابي، المرجع السابق، ص33.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

لوظيفتها في حماية الحقوق والحريات الفردية؛ وهو ما أدى إلى الحيلولة دون التطور العام للمجتمع في ظلّ قصور قدرة الأفراد على القيام بالمسؤوليات اللازمة لهذا التطور.¹ غير أنه وبالرغم من الانتقادات التي طالت كلاً من نظريتي القانون الطبيعي، و الحقوق الفردية المترتبة عنها؛ إلا أنه لا يمكن إنكار الدور الذي لعبته هاتين النظريتين في الفكر القانوني الغربي في مجال التأسيس لفكرة الحقوق الفردية، وإرساء مبادئها وتحديد أهم المعالم التي تحكم العلاقة بين الحرية والسلطة.

ثالثاً. حدود سلطة الدولة حسب نظرية التحديد الذاتي.

ترجع هذه النظرية إلى الفقه الألماني، فقد نادى بها كل من اهرنج وجيلنك، وقد ارتبطت هذه النظرية بالصراع الذي عرفه الفقه القانوني الغربي حول فكرة "السيادة"². وتقوم على مضمون قوامه؛ أن الدولة لا يمكن أن تخضع لأي قيد من القيود إلا إذا تولد عن إرادتها الذاتية، بأن كان من صنعها. فالدولة لا يمكن أن تلتزم أو يقيد سلطانها إلا بإرادتها. ويكون التزامها حينئذ نتيجة لسيادتها، فهي التي تضع القاعدة وتلتزم بها بموجب تلك السيادة التي مكنتها من أن تحدّد مجال نشاطها. ويترتب عن هذه النظرية زوال أي تعارض بين التزام الدولة وبين سيادتها، ما دامت تلتزم بالقانون الذي صنعه بإرادتها، دون أن تلزمها به سلطة أجنبية عنها؛ فسيادة الدولة لا تعني أن يكون سلطانها مطلقاً عن أيّ قيد، وإنما يمكن تقييده ولكن بمحض إرادتها.³

¹ نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 176.

² تجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه القانوني الغربي بشكل عام، ينقسم حول قضية السيادة إلى اتجاهين؛ الأول هو الاتجاه الثيوقراطي (الديني) الذي يعتبر أن سيادة الدولة مطلقة لا ينبغي أن تخضع لأي قيد، والثاني هو الاتجاه الديمقراطي الذي يرى بضرورة تقييد سيادة الدولة. غير أن جمهرة الفقهاء الدستوريين يرون بضرورة تقييد سيادة الدولة وإن اختلفت آراؤهم حول الحدود التي تقيّد تلك السيادة. وقد كان فقهاء الألمان يرون بإطلاق سيادة الدولة، ويبررون ذلك بأن تقييدها يتنافى مع فكرة السيادة. ولكن مع مطلع القرن التاسع عشر ظهر تحولهم نحو الاتجاه القائل بتحديد السيادة. وفي محاولة منهم لتفادي ما كانوا يرونه سابقاً من التناهي بين فكرة السيادة من جهة، وبين تقييدها وتحديدتها من جهة أخرى قالوا بـ "التحديد الذاتي للسيادة". محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 234، 235 / 251.

³ هاجر العربي، الدستور ومكانة الحقوق والحريات، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، جوان 2016، ص 193. / عبد العزيز الخطابي، المرجع السابق، ص 34.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

ثم إن ما تقوم به الدولة من تحديد لسيادتها بحسب هذه النظرية، أمر ضروري وحتمي وبغيا به تسود الفوضى، ويحتل الاستبداد محل حكم القانون وتفقد الدولة شرعيتها¹. كما أن قدرة الدولة على إلغاء القانون لا يخل بمبدأ خضوعها له. لأن الغاية هي التزامها به مادام قائماً، فإذا أُلغته فإنها تقيم قانوناً آخر بديلاً عنه وتلتزم به. وعليه تكون الدولة ملتزمة دوماً بالقانون وخاضعة له وإن أمكنها إلغاؤه، إذ أنها لا تلغي قانوناً إلا لتقيم قانوناً آخر محله تقيّد بأحكامه وتحدّد به سيادتها بدلاً من القيد الذي أُلغته²!!!.

تقديم:

لا يخفى ما تحمله هذه النظرية من خطر على الحقوق والحريات، إذ تجعلها تحت رحمة الدولة، التي ترهن تقييد سلطاتها وتحديد سيادتها بإرادتها وحدها دون غيرها، وهو ما دفع "ديجي" إلى أن يحمل بشدة على هذه النظرية، حينما تساءل مشككاً عن السبب الذي يدفع الدولة إلى الخضوع للقانون بمحض إرادتها؟ وعمّا إذا كان خضوعها لقانون من خلقها يعدّ قيداً على سلطاتها أم لا؟ وانتهى إلى القول بأن القيد الذي يُترك أمره للشخص المراد تقييد به ليس قيداً حقيقياً، كما أن السجن الذي يترك مفتاحه بيد السجين لا يعدّ سجناً حقيقياً. وعليه فإن العقل السليم؛ لا يمكنه أن ييلع القول بأن الدولة تلتزم بالقانون بمحض إرادتها، ما دامت هي التي تصنعه وتملك أن تعدّله أو تلغيه متى تشاء أو أن تستبدله بما تشاء.³

لم يكن "ديجي" وحده من انتقد هذه النظرية، فقد تعرض لها أيضاً أنصار نظرية القانون الطبيعي معتبرين أن القانون سابق على الدولة وأعلى منها - يريدون بذلك القانون الطبيعي - فكيف يمكنها أن تخلق ما سبق وجوده عليها؟ كما رفضوا فكرة القيد الإرادي، ورأوا بأن تقييد سلطان الدولة إنما يتم بقوة غريبة عنها سابقة عليها؛ وهي ما يتمثل حسب رأيهم في القانون الطبيعي. غير أن هذا

¹ محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 254.

² نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 177.

³ محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 256. / عبد العزيز الخطابي، المرجع السابق، ص 34.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

النقد انتقد بدوره لكونه جاء دفاعاً عن نظرية القانون الطبيعي التي رأينا سابقاً ما طالها من انتقادات بسبب غموضها وقيامها على الخيال والافتراض.¹

ورغم كل هذه الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية، إلا أنها تضمنت عنصريين إيجابيين؛ الأول تمثل في واقعيتها وبعدها عن الأوهام والخيالات والافتراضات التي انطلقت منها نظريتنا القانون الطبيعي والحقوق الفردية، والثاني يتمثل في التّحديد القانوني لسلطان الدولة، وهو ما كان غائباً فيما سبقها من نظريات، إذ اتّسمت في معظمها بعدم الوضوح والدقة لغموض فكرة القانون الطبيعي ذاتها.²

رابعاً- حدود سلطة الدولة حسب نظرية التضامن الاجتماعي.

تنسب هذه النظرية إلى العميد ديجي، وتعد خروجاً واضحاً على الفقه السائد في تبرير وتسوية خضوع الدولة للقانون، وتحديد سلطاتها ومجال نشاطها. وقد انطلق ديجي في نظريته من الطّبيعة الاجتماعية للإنسان، فهو يرى أن هذا الأخير لا يمكنه أن يعيش إلا في جماعة ولا يمكن أبداً أن يستقل عنها. ولم يثبت أنه انفصل عنها يوماً، فوجوده ضمنها ثابت منذ الأزل ومستمرّ للأبد. وهو يشعر دائماً بحاجته إليها، وشعوره هذا لا ينافي شعوره بكيانه الذاتي المستقل، وأن له ميولاً ومطالب خاصة به. بل هو مترتب عنه فهو لا يشعر بحاجته وميوله ومطالبه الخاصة، إلا بقدر ما يشعر بحاجته إلى الجماعة لتحقيق تلك المطالب لعجزه عن تحصيلها بمفرده.

هذا الشعور المزدوج لدى الأفراد، والذي يتضمّن شعورهم بكيانهم الذاتي المستقل وما يترتب عنه من متطلبات وميول ورغبات من جهة، وشعورهم بحاجتهم إلى الاجتماع فيما بينهم قصد التعاون على تحقيق متطلباتهم ورغباتهم من جهة أخرى. هو الذي ولّد لديهم بحسب -ديجي- فكرة التضامن الاجتماعي الذي يتم بوسيلتين؛ أولاهما: التضامن بالتشابه: وهو نتيجة لوجود حاجات ومتطلبات مشتركة لأفراد الجماعة مما يحتمّ عليهم التعاون فيما بينهم من أجل تحقيقها. والثانية: التضامن بتقسيم العمل: وهذه الوسيلة يفرضها التّفاوت الحاصل بين أفراد الجماعة في قدراتهم،

¹ (نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 178.

² (محمد كامل ليلة ، المرجع السابق، ص 257.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

والاختلاف والتباين في حاجاتهم، الأمر الذي يحول دون تحقيقها إلا بتقسيم العمل فيما بينهم بحسب كفاياتهم وقدراتهم، على أن يتم فيما بعد تبادل الخدمات والمنافع بينهم.¹

وقد استلزم هذا الوضع بحسب ديجي، وجود قواعد يلتزم جميع الأفراد بها في سلوكهم، سعياً منهم لتحقيق فكرة التضامن الاجتماعي وحفاظاً عليها. وبناء على ذلك وجب أن تكون القواعد القانونية الوضعية ساعية إلى تحقيق هذا التضامن ومحافظة عليه، وإلا فقدت شرعيتها. ويرى ديجي أن هناك اختلافاً بين قواعد القانون الطبيعي؛ التي تتسم بالمثالية والثبات -بحسب أنصار النظرية- وبين القواعد القانونية المحققة للتضامن الاجتماعي، في كونها ثابتة ومتغيرة في آن واحد؛ فثبات هدها وأساسها المتمثل في التضامن الاجتماعي، وتغيرها لتغير البيئات والأجيال المعنية بها. كما أن هذه القواعد بحسب ديجي لا تستمد إلزاميتها من أنها تطبيق لمثل أعلى كما هو الحال عند أنصار نظرية القانون الطبيعي، ولا من إجبار الدولة كما هو الحال عند أنصار نظرية التحديد الذاتي، وإنما مصدر ذلك الإلزام نابع من شعور الأفراد بالحاجة إليها لتحقيق التضامن الاجتماعي الذي لا بد من لهم عنه. ثم إن الدولة أصلاً عند ديجي، لا تملك سلطة وضع القواعد القانونية، بل الأكثر من ذلك أنها لا تملك الشخصية المعنوية. وهي في حقيقتها لا تعدو أن تكون ظاهرة اجتماعية.

ولقد دفع القول بفكرة التضامن الاجتماعي -دفع - ديجي إلى إنكار الحقوق الفردية، معتبراً أن الإنسان ملزم بالمساهمة في تحقيق هذا التضامن لكي يستمد حقوقه منه وفي نطاقه.²

تقدي:

لقد جعلت أفكار ديجي تلك، نظرية التضامن الاجتماعي في مرمى نيران التقاد والفقهاء، حتى أضعفوها لحدّ عجزها عن الصمود كأساس لتسوية خضوع الدولة للقانون، ومعياراً لتحديد سلطاتها. وكان من أبرز تلك الانتقادات، ما طالها بسبب ما تقوم عليه من أن النظام الاجتماعي قائم على حقيقة واحدة دون غيرها، تتمثل في التضامن الاجتماعي. متجاهلة بذلك حقيقة أخرى

¹ محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 260، 259. / نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 179.

² محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 260-264.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

تتناقض تماماً و هذه الفكرة، وهي المتمثلة في حقيقة التنازع والتنافس وصراع البقاء بين أفراد الجماعة، وهذه الأخيرة لا تقل حضوراً عن الأولى في الجماعة، وإغفالها مخلّ بالنظرية.¹

كما انتقدت نظرية دييجي، بسبب ما تدّعيه من أن القاعدة القانونية لا تحتاج إلى الصّفة الوضعية، ويكفي فيها قبول الأفراد لها وشعورهم بالحاجة إليها وبحتميتها لتحقيق التّضامن الاجتماعي.² وبسبب ما تزعمه أيضاً من عدم ضرورة ترتيب الجزاء على مخالفة القاعدة لاكتساب الصّفة القانونية، وأن ذلك يحصل بمجرد استهجان الأفراد لمخالفتها. فاعتمدت بذلك على أساس اجتماعي يدخل في دائرة الأخلاق، وليس إلى نظام قانوني محدد. والفرق بين مضمون القاعدة التي تركز إلى الضّمير الإنساني وشعور الجماعة بالحاجة إليها وبحتميتها، وبين قوتها القانونية التي تفرض على الأفراد احترامها وإلا تعرضوا للجزاء من قبل الجهة التي عملت على صياغتها.³

وفوق كل هذا فإن دييجي وقع في عين ما كان ينتقد فيه نظرية التّحديد الذاتي، التي أوكلت أمر وضع حدود سلطان الدولة إليها. فقد عمد إلى القول بأن التّضامن الاجتماعي هو ما يحدّد شرعية السّلطة وأنه الهدف الأول الذي ينبغي على الدولة أن تسيّر عليه في جميع تصرفاتها، وأن تسعى إلى تحقيقه من خلال نشاطاتها. غير أن الذي يبين ويحدّد مفهوم هذا التّضامن هو الدولة!! وبذلك يكون دييجي قد انتهى إلى من انتهى إليه أنصار نظرية التّحديد الذاتي، من أن تحديد سيادة الدولة وتقييد سلطانها متروك إليها. وهو ما عابه دييجي على نظرية القيد الذاتي. وإن اختلف عنها في أنه يقول أن معيار التّحديد هو التّضامن الاجتماعي وليس الحقوق الفردية.⁴ التي لا تزيد في نظره عن كونها وظائف اجتماعية، أو مراكز قانونية تمنحها سلطة الدولة - التشريعية منها - متى شاءت وكيف شاءت.⁵

¹ (نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 181.

² (عبد العزيز الخطابي، المرجع السابق، ص 36.

³ (نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 181.

⁴ (محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص 270، 271.

⁵ (فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط03، 1404هـ-1984م، مؤسسة الرسالة- بيروت - ص 46.

مدى إمكانية تحديد سلطان الدولة في الفقه القانوني الغربي:

من خلال العرض المتقدم للجدل الذي عرفه الفقه الغربي حول تحديد سلطان الدولة، يتضح مدى عجزه عن هذا التحديد، إذ لم تسلم نظرية من هذه النظريات - كما رأينا - من النقد على تفاوت بينها. وهو ما يسفر عن إشكال حقيقي حول مدى إمكانية تحديد سلطان الدولة في الفقه الغربي، بشكل يضمن حماية الحقوق والحريات الفردية.

إن وقفة قصيرة على حجم وجدية تلك الانتقادات التي طالت النظريات التي حاولت وضع معالم حدود سلطان الدولة، تبيّن عدم صلاحية أي منها لهذا الغرض لا منفردة عن نظائرها ولا مجتمعة معها؛ إذ الجمع بينها غير ممكن لما تحمله في طياتها من أفكار متضاربة، وعلى فرض حصوله فإنه سيكون ضرباً من التلغيق وسيكون ما ينتج عنه حتماً، جامعاً لكافة تلك الانتقادات. ولذلك فإننا نعتقد بأنه لا جدوى من التفكير في الجمع بين هذه النظريات.

ثم إن نظرة تأملية للنظريات المتقدمة وما تعرضت له من انتقادات، تسفر عن أن تحديد سلطان الدولة يعتبر تحدياً حقيقياً وعقبة كؤود أمام الفقه الغربي؛ إذ أن بعض تلك الانتقادات جوهرية، ومع العجز عن تفاديها يزداد حجم التحدي وي طرح بقوة تساؤلاً قوامه: هل يمكن تحديد سلطان الدولة بشكل يحمي الحقوق والحريات الفردية في الفقه الغربي؟؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا الرجوع إلى تلك النظريات وما تعرضت له من انتقادات "جوهرية" لنعرف مدى إمكانية تجاوزها من عدمه، وبعودتنا إليه نجد:

- أنها جميعاً تتفق حول وجوب تحديد سلطان الدولة من خلال خضوعها لقيود والتزامها بها.
- أنها تختلف في ماهية ومصدر تلك القيود التي يجب خضوعها لها والتزامها بها إلى:
- قائل بأنها قواعد القانون الطبيعي، ورأينا أنه منتقد بغموض هذا الأخير وأن اعتماده في تحديد سلطة الدولة، يستلزم معرفة قواعده التي لم يحددها لنا أنصاره واكتفوا بالقول بأن العقل البشري يكشف عنها. كما انتقد هذا الاتجاه بأن قيد القانون الطبيعي ليس قيوداً قانونياً بل لا يعدو أن يكون قيوداً أخلاقياً وذلك لا يكفي لفرض احترامه.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

● وقائل بأنها الحقوق الطبيعيّة المستمدّة من القانون الطبيعيّ وقد كان انتقاد هذه النّظرية جاهزاً لقيامها على فكرة القانون الطبيعيّ المنتقده أصلاً، ولأنّها تركت في النّهاية أمر تحديد تلك الحقوق للدّولة.

● وقائل بأن سلطة الدّولة تتحدد بما تضعه هي من قيود وتلزم نفسها بالخضوع له، ورأينا أن هذا الاتجاه انتقد بأن القيد الذي يترك أمره للمقيد به لا يُعد قيداً.

● وقائل بأن تلك القيود المحدّدة لسلطان الدّولة تتمثّل في قواعد التّضامن الاجتماعيّ، ورأينا أن هذه النّظرية انتقدت بأن قواعد التّضامن هذه، لا تعدو أن تكون قيداً أدبياً تفتقر إلى أيّ دعامة قانونية تفرض احترامها. كما رأينا أن هذه النّظرية في الأخير انتهت إلى أن تركت للدّولة أمر تحديد قواعد التّضامن الاجتماعيّ تلك.

واستخلاصاً مما تقدم؛ فإننا نرى أن تحديّاً واحداً واجه جميع هذه النّظريات، هو وحده كاف لهدمها وإضعافها عن الصمود، وهو المتعلّق بمهية القواعد التي تحدد سلطان الدّولة ومصدرها. فإن النّظريات الوضعية في هذا الشأن لم تخرج عن رأيين؛ الأول: هو الغموض وعدم التّحديد ولا يخفى ما في ذلك من الخطورة على الحقوق والحريات الفردية. والثاني: أن يترك أمر التّحديد للدّولة بغضّ النّظر عن المعيار سواء كان الحقوق الطبيعيّة، أم التّضامن الاجتماعيّ، فإنه أفضح وأخطر من عدم التّحديد؛ إذ يجعل الحقوق والحريات الفردية تحت رحمة السلطة، تمنح منها ما تشاء وتمنع ما تشاء، ويجعل إرادة القائم على السلطة فوق ما عداها من الإرادات !!.

الفرع الثاني: حدود سلطان الحاكم في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقه الإسلاميّ تلك الجعجعة التي أحدثها الفقهاء الغربيون حول قضية تحديد سلطة الحاكم، ولم يشهد ما شهدته النّظريات الوضعية من الجدل والغموض في هذا الشأن. وكان الأمر في الفقه الإسلاميّ أكثر وضوحاً وأشدّ دقّة وأعظم جلاء. بشكل أظهر تميز النّظام الإسلاميّ عن ما عداه من النّظم الوضعية. فهو وإن اتّفق معها في ضرورة تحديد سلطة الدّولة بقواعد تلزم هذه الأخيرة باحترامها حتى لا تتدلّى إلى الاستبداد والمساس بحقوق وحريات الأفراد، فإنه يختلف عنها فيما سوى ذلك مبتعداً عن ما طالها من انتقادات. ومن أهم الخصائص التي تميز آلية تحديد سلطان الحاكم في النّظام الإسلاميّ ما يلي:

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

أولاً- تحديد القواعد المتّبعة لسُلطان الدولة:

رسمت الشريعة الإسلامية الحدود التي يجب على الحاكم في الدولة الإسلامية أن يتقيد بها، وأن يخضع لها في ممارسته لسلطته. وضبطتها بمبادئ وأصول وأحكام شرعية¹ مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.² ((ولا خلاف في أن الإمام في الشريعة مقيّد بقانون جاهز هو نصوص الكتاب والسنة))³. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ ثروت بدوي وهو يصف دولة

¹ (تجدر الإشارة هنا إلى أن الأحكام الشرعية التي تمثل قيوداً على سلطة الحاكم في الدولة الإسلامية بحيث لا يملك إلا الانقياد والخضوع لها، هي الأحكام القطعية التي دلّت عليها النصوص دلالة صريحة، وكان التكليف فيها على سبيل الحتم والإلزام لا على سبيل الحث والتخيير. ومن أمثلتها تحريم القتل والسرقة والزنى والربا ووجوب الزكاة والصوم والصلاة والقصاص وغير ذلك من الأحكام، التي ثبتت فرضيتها أو تحريمها بنص قطعي. فهذه يجب أن يلتزم بها الحاكم مثل المحكوم، فهما في ذلك سواء. فكل ما ثبت وجوبه أو تحريمه شرعاً بنص قطعي كان لزاماً على السلطنة تنفيذه، إما بإقامته إن كان واجباً، أو بمنعه إن كان محرماً. كما يلزمها توفير الظروف التي تمكّن من تنفيذ الواجب - فما لا يتم الواجب إلا به يكون واجباً- وتحول دون ارتكاب المحرم من خلال قطع الطرق والوسائل المؤدية إليه. وفوق هذا يلزمها أيضاً أن لا تأمر بما يخالف تلك الأحكام الشرعية القطعية. أما الأحكام الظنية وما يكون التكليف فيها على سبيل الحثّ على الفعل (النذب) أو الحث على الترك (الكراهة) أو التخيير بينهما؛ فهذه تقرّ فيها الشريعة الإسلامية للحاكم -باعتباره مجتهداً أو معتمداً على أهل الاجتهاد - سلطة تغييرها من الإباحة إلى الوجوب أو الحرمة مثلاً، أو غير ذلك من الأحكام. غير أن هذه السلطة أيضاً ليست مطلقة وإنما هي محددة بقيود وتتمثل قيودها في:

- كون الحاكم مجتهداً أو معتمداً على أهل الاجتهاد فإن لم يكن مجتهداً وأصدر تشريعاً لم يستند فيه على أهل الاجتهاد فلا اعتبار لتصرفه حينئذ.

- أن يستند التشريع الاجتهادي إلى نص قرآني أو نبوي فإن المجتهد لا ينشئ أحكاماً وإنما يكشف عنها.

ألا يعارض التشريع الاجتهادي نصاً قرآنياً أو نبوياً.

- ألا يوجد حكم قطعي بخصوص المسألة الاجتهادية وإلا فلا مجال للاجتهاد.

- أن يكون التشريع الاجتهادي محققاً لمصلحة عامة معتبرة شرعاً وأن يكون متوافقاً مع مقاصد الشريعة الإسلامية .

- أن يصدر التشريع الاجتهادي بعد القيام بواجب الشورى و بناء على نتيجتها، فلا يكون باستبداد فرد بإحداثه. راشد عبد الله

آل طه، السلطة العامة ومقاومة طغيانها في النظام الوضعي والشريعة الإسلامية، ط2، 1432هـ-2012م، د. د. ن، ص

283-286 / 298 / 312 -316.

² (سمير عالية ، نظرية الدولة وأدائها في الإسلام، ط1، 1408هـ - 1988م. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع -

بيروت - ص99.

³ (منير حميد البياتي، النظام السياسي الإسلامي مقارنة بالدولة القانونية، ط4، 1434هـ-2013م، دار النفائس - الأردن -

ص240.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

المدينة: ((إنها أول دولة قانونية - في الأرض - يخضع فيها الحاكم للقانون، ويمارس سلطته وفق قواعد عليا تقيده، ولا يستطيع الخروج عليها، فقد كان الخليفة مقيداً بأحكام القرآن والسنة.))¹. وقد عبر الإمام أبو الأعلى المودودي عن تلك القيود المحددة لسلطان الحاكم في الدولة الإسلامية بعبارة " الجزء القطعي من القانون الإسلامي " وهو -بحسبه- جزء لا يقبل التغيير ولا التعديل، ((ويشتمل على ثلاثة أجزاء وهي:

- الأحكام الصريحة القطعية الواردة في القرآن والأحاديث الثابتة كحرمة الخمر والزنا....
- القواعد العامة الواردة في القرآن الكريم والأحاديث الثابتة كحرمة كل شيء مسكر... وقوامية الرجال على النساء
- الحدود المقررة في القرآن والسنة لنحد بها حريتنا في الأعمال ولا نتجاوزها كحد أربع نساء لتعدد الزوجات وحد ثلاث مرات للطلاق....))² فهذه الأحكام والقواعد إذن؛ تشكل قيوداً حقيقياً على سلطة الحاكم، لا فكاك له منه.

ثانياً- سموتلك القواعد والأحكام وعلوها لارتباطها بمصدر ساوي:

إذ أنها محددة بالوحي (القرآن والسنة) وحده، دون أن يكون هناك أي تدخل في تحديدها من أي طرف كان لا حاكماً ولا أفراداً. وهو ما يكفل لها احترامها، فالجميع حينها يخضع لسلطان أعلى من الجميع³. ويترتب عن ذلك؛ انعدام أي قدرة لأي طرف ممن تقدم على المساس بالقانون الإسلامي المشتمل على تلك القواعد، لا تعديلاً ولا إلغاءً. فوظيفة السلطة في الدولة الإسلامية تكمن أصالة في تطبيق هذا القانون من خلال تنفيذ قواعده وأحكامه القطعية، المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية. وكل ما دون ذلك تبع لهذه الوظيفة ومكمل لها⁴. وهي لا تملك أي

¹ (جاسم محمد راشد العيسوي، المرجع السابق، ص 77.

² (أبو الأعلى المودودي، القانون الإسلامي وطرق تنفيذه، د. ط، 1395هـ-1975م، مؤسسة الرسالة، ص 34.

³ (علي جريشة، المرجع السابق، ص 19.

⁴ (للإشارة فإن مجالات عمل السلطة ومسئولياتها قد تمتد إلى ما لم يرد فيه نص قطعي؛ فالنصوص متناهية ولهذا كان للحاكم في الدولة الإسلامية سلطة اجتهادية. غير أنها مقيدة بما ذكرناه من قيود، وفي مقدمتها أن لا تتعارض تلك السلطة الاجتهادية والأحكام الشرعية القطعية .

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

صلاحية لتعديل تلك الأحكام والقواعد أو إلغائها، فهي لم تضعها ابتداءً حتى تستطيع شيئاً من ذلك.

ولقد استوعب المسلمون هذا المعنى وأدرك القائمون على السّلطة منهم حقيقته، فهذا عمر بن عبد العزيز يقول بعد أن بويع بالخلافة: ((أيّها النّاس ... إنه ليس بعد نبيّكم نبيّ، ولا بعد كتابكم كتاب، ولا بعد سنتكم سنّة، ولا بعد أمّتكم أمة. ألا وإنّ الحلال ما أحلّ الله في كتابه على لسان نبيّه، حلال إلى يوم القيامة، ألا وإنّ الحرام ما حرّم الله في كتابه على لسان نبيّه، حرام إلى يوم القيامة، ألا وإني لست بمبتدع ولكنيّ متّبع، ألا وإني لست بقاض - يعني لست بمشرّع - ولكنيّ منفذ))¹.

فالسّلطان في الدولة الإسلامية إذن؛ ليس أكثر من وكيل عن الأمة في تنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية، ولا يملك الوكيل أكثر مما يملكه الأصيل (الأمة). وبما أن هذا الأخير مكلف بتنفيذ الشّرع دون أن يملك شيئاً مما تقدّم من تعديل أحكامه أو إلغائها أو الانتقاء منها وتجزئتها؛ فإنّ الوكيل (الحاكم) في ذلك مثله مثل الأصيل ملزم بأن ينفذ تلك القواعد والأحكام بمقتضى وكالته، وبمقتضى كونه مسلماً دون أن يكون له أدنى سلطان في تغييرها أو استبدالها.² وقد روى الإمام ابن تيمية رحمه الله أن: ((أبا مسلم الخولاني دخل على معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه فقال: السلام عليك أيها الأجير. فقالوا: قل: السلام عليك أيها الأمير. فقال: السلام عليك أيها الأجير فقالوا: قل: أيها الأمير. فقال: السلام عليك أيها الأجير. فقالوا: قل: الأمير . فقال معاوية رضي الله عنه: دعوا أبا مسلم فإنه أعلم بما يقول. فقال: إنما أنت أجير استأجرك رب هذه الغنم لرعايتها.... - وقد علق ابن تيمية رحمه الله على هذا الكلام بقوله-: وهذا ظاهر في الاعتبار فإنّ الخلق عباد الله، والولاية نواب الله على عباده، وهم وكلاء العباد على نفوسهم.))³ والشّاهد هنا أن الإمام لا يعدوا أن يكون وكيلاً عن

¹ (يوسف القرضاوي، العبادة في الإسلام، ط 24، 1416هـ-1995م، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر -القاهرة- ص179.

² (منير البياتي، المرجع السابق، ص240، 241.

³ (ابن تيمية تقي الدين، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ط01، 1403هـ-1983م، دار الآفاق الجديدة - بيروت- ص14.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

الأمة فالواجب عليه أن يتقيد بمقتضى وكالته ويلتزم بحدودها فإذا كانت الأمة في ذاتها لا تملك سلطة تعديل أو إلغاء الأحكام القطعية، والقواعد الشرعية الثابتة بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، فإن الوكيل لا يمكن أن يكون له أكثر مما للأصيل.

ثالثاً. ارتباط القواعد والأحكام الشرعية بالجزاء:

وهذا يضمن احترامها وتطبيقها، ويلزم الجميع بالخضوع لها بما في ذلك القائم على السلطة، وإلا تعرض للجزاء المترتب عن مخالفتها. ويتميز الجزاء في الفقه الإسلامي بكونه مزدوجاً؛ دنيوي وأخروي؛ فأما الأول فإن الأمة كفيلة بإيقاعه على اعتبار أن الحاكم وكيل عنها - كما تقدم - في تنفيذ القواعد والأحكام الشرعية، فيحق لها أن تراقبه وأن تسأله. فإن خالف الشرع في حكمه بأي وجه من الوجوه، فلها حقّ تقويمه أو عزله إن تعذر تقويمه، إذ أنه بمخالفته للشرع قد فقد شرعيته.¹ وصارت الأمة في حل من طاعته.² قال ﷺ: «السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحبّ أو كره ما لم يؤمر بمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»³. ففي هذا الحديث دلالة على سقوط شرعية الإمام وحقه في الطاعة، إذا زاغ عن شرع الله تعالى بأن أمر بمعصيته. ((فغير جائز لأحد أن يطيع أحداً من الناس في أمر قد صحّ عنده نهي الله عنه. فإن ظنّ ظان أن في قوله عليه السلام... في حديث ابن عباس: «من رأى من أميره شيئاً يكرهه فليصبر»⁴ حجة لمن أقدم على معصية الله بأمر سلطان أو غيره. وقال قد وردت الأخبار بالسمع والطاعة لولاية الأمر فقد ظن خطأ. وذلك أن أخبار رسول الله لا يجوز أن تتضاد، ونهيه وأمره لا يجوز أن يتعارض أو يتناقض. وإنما الأخبار الواردة بالسمع والطاعة لهم ما لم يكن خلافاً لأمر الله وأمر رسوله، فإن كان خلافاً لذلك، فغير جائز لأحد أن يطيع أحداً في معصية الله ومعصية رسوله، وبنحو ذلك قال عامة

¹ (ضياء الدين الرئيس، المرجع السابق، ص 339.

² (الماوردي، المرجع السابق، ص 24.

³ (أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب "السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية"، ح رقم 7144، ج 04، ص 329.

⁴ (أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب "السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية"، ح رقم 7143، ج 04، ص 329.

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

السلف.))¹ والشاهد هنا أن الحاكم في الدولة الإسلامية لا يملك أن يخرج عن القانون الإسلامي، فإن فعل سقط حقه في الطاعة على الأمة.

كما أن الجزاء الدنيوي لا يقف عند حدود سقوط واجب الأمة في طاعة الحاكم، بل يتعداه إلى أن يثبت لها حق تقويمه أو عزله. يقول الإمام ابن حزم: ((والواجب إن وقع شيء من الجور وإن قلّ أن يُكلم الإمام في ذلك ويمنع منه فإن امتنع وراجع الحق فهو إمام كما كان لا يحل خلعه وإن امتنع عن إنفاذ شيء من هذه الواجبات عليه ولم يراجع وجب خلع وإقامة غيره ممن يقوم بالحق لقول الله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾

[المائدة، الآية 02]، ولا يجوز تضييع شيء من واجبات الشرائع))²، وقال: ((فهو الإمام الواجب طاعته ما قادنا بكتاب الله تعالى وبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم التي أمر الكتاب باتباعها. فإن زاغ عن شيء منهما منع من ذلك، وأقيم عليه الحد والحق فإن لم يؤمن أذاه إلا بخلعه خلع وولي غيره منهم.))³ وقال الإمام عبد القاهر البغدادي: ((فمتى أقام في الظاهر على موافقة الشريعة كان أمره في الإمامة منتظماً، ومتى زاغ عن ذلك كانت الأمة عياراً عليه في العدول به عن خطئه إلى صواب، أو في العدول عنه إلى غيره. وسبيلهم معه فيها كسبيله مع خلفائه وقضاته وعماله وسعاته، إن زاغوا... عدل بهم أو عدل عنهم))⁴ وقد ذهب الإمام الجويني مذهبا ماثلاً حينما اعتبر مسألة خلع الحاكم الذي ينسل من الدين ويخالف قواعده وأحكامه - اعتبرها - ظاهرة غير خافية⁵.

كل ما تقدّم يؤشر على سقوط شرعية الحاكم الذي لا يتقيّد في حكمه بأحكام الشريعة الإسلامية، ويؤكد على حق الأمة في تقويمه أو عزله حال زيغ عن هدي الحق واعتدائه على أحكام الشريعة الإسلامية. وهذا الجزاء - كما تقدم - دنيوي متعلق بمسؤولية الحاكم أمام الأمة التي اختارته،

¹ (ابن بطال، شرح صحيح البخاري، د. ط، د. ت ط، مكتبة الرشد - الرياض - ج 08، ص 214.

² (ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ط02، 1416هـ 1996م، دار الجيل - بيروت - ج 05، ص 28.

³ (المرجع نفسه، ج04، ص 169-170.

⁴ (عبد القاهر البغدادي، أصول الدين، ط01، 1423هـ - 2002م، دار الكتب العلمية - بيروت - ص 307.

⁵ (الجويني، المرجع السابق، ص 75.

وهو لا يعفيه من الجزاء الأخروي الذي يناله بحكم مسؤوليته أمام الله تعالى قال عنه: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾⁴⁷ [المائدة، الآية 47]. والمعنى أن من لم يحكم بما أنزل الله فهو خارج عن طاعته مائل للباطل تارك للحق، وقد روي عن ابن عباس أن من جحد ما أنزل الله فقد كفر، ومن أقره ولم يحكم به فهو ظالم فاسق.¹ والذي لا يحكم بما أنزل الله ويخالف شريعته فإنه يحكم بما لم يشرعه، ونتيجة لخروجه عن "القانون" الذي شرعه الله فقد وصفه سبحانه بالفسق والخروج عن الطاعة، وبذلك استحق العقاب. ويؤكد على هذا عموم الأدلة التي تثبت مسؤولية الحاكم عن رعيته، من ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: «أَلَا كَلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالإِمَامُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى أَهْلِ بَيْتِ زَوْجِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، وَعَبْدُ الرَّجُلِ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ». ² جاء في شرح هذا الحديث؛ أن الإمام والرجل وغيرها ممن ذكر هنا يشتركون في وصف الراعي ويختلفون في معناه. فرعاية الإمام تكون بحيطة الشريعة، بإقامة الحدود والعدل في الحكم.³ ومسؤوليته هنا تكون أمام الله تعالى، ويزترتب على تضييعه لها جزاء أخروي، وهو ما يؤكد عليه قوله صلى الله عليه وسلم: «مَا مِنْ رَاعٍ يَسْتَرَعِي رَعِيَّةً إِلَّا سُئِلَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَقَامَ فِيهَا أَمَرَ اللَّهُ أَمْ أَضَاعَهُ؟»⁴ وقوله صلى الله عليه وسلم: «مَا مِنْ عَبْدٍ اسْتَرَعَاهُ اللَّهُ رَعِيَّةً فَلَمْ يَحْطُهَا بِنَصِيحَةٍ إِلَّا لَمْ يَجِدْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ»⁵. ففي الحديثين دلالة واضحة على الجزاء الأخروي الذي أعده الله تعالى يوم القيامة للراعي (الحاكم) الذي يزيغ عن هديه ويخالف شرعه ويضيع رعيته.

¹ (ابن كثير، المرجع السابق، ج 03، ص 119 - 127).

² (أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب "قول الله تعالى: ﴿ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾"، ح رقم 7138، ج 04، ص 328).

³ (ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د. ط، د. ت ط، دار المعرفة - بيروت - ج 13، ص 113).

⁴ (أخرجه الطبراني، المعجم الأوسط، "من اسمه عمارة"، ح رقم 4916، ج 05، ص 149. وحسنه الألباني، الجامع الصغير وزياداته، رقم 1774، ج 01، ص 365. / سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم 1636، ج 04، ص 179).

⁵ (أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب "من استرعى رعية فلم ينصح"، ح رقم 7150، ج 04، ص 331).

الفصل الأول: ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته

وبهذا يتبين أنّ الفقه الإسلامي، قد قام على فكرة إلزام الحاكم بتطبيق القانون الإسلامي الذي شرعه الله تعالى، من خلال ترتيب الجزاء الأخروي على مخالفته. كما قام على الاعتراف للأمة بحقها في مراقبة مدى تطبيقه لهذا القانون، وأسقط عنها واجب طاعته في حال مخالفته له. بل إنه أثبت لها حق عزله، كجزاء دنيوي حال انحرافه عنه. وبذلك فقد قام على فكرة الالتزام القانوني، الذي من شأنه أن يضمن تطبيق قواعد القانون الإسلامي. وهو ما يظهر تفوق النظام الإسلامي على تلك النظريات الوضعية التي عولت على فكرة الالتزام الأخلاقي أو الاجتماعي -دون غيره- في فرض القواعد المحددة لسلطة الدولة، سواء كانت قواعد القانون الطبيعي، أو التضامن الاجتماعي أو غير ذلك.

الفصل الثاني:

مصادر مبدأ المشروعية

المبحث الأول:

المصادر المادية (الموضوعية) للمشروعية.

المبحث الثاني:

المصادر الرّسمية (الشّكلية) للمشروعية.

تهيئة:

إذا تقرّر من خلال ما سبق أن مبدأ المشروعية يعني خضوع الدولة - حكاما ومحكومين - للقانون، وتقرّر أيضاً أن القانون في هذا الشأن يراد به معناه الواسع الذي يشمل كافة القواعد القانونية الملزمة في الدولة بغض النظر عن مصدرها، -إذا تقرّر كلّ ذلك- فإن هناك إشكالاً عميقاً يطرح نفسه يقوم حول مصدر القانون الذي ينبغي على الجميع أن يخضع له إذ أن فكرة الخضوع والإذعان والانقياد تتطلّب مسوّغاً ومبرراً منطقياً مقبولاً، ومن هنا تظهر أهمية البحث في مصادر المشروعية.

ولما كان هذا الأخير لا يعني أكثر من خضوع الدولة للقانون، كانت مصادره هي مصادر القانون ذاتها¹، وهذه الأخيرة تنقسم إلى قسمين:²

أولهما: هو المصادر المادية أو تسمى الموضوعية ويعبر بها عن جوهر القانون وأصله الذي يستمد منه، والمادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية، ويتحدّد من خلالها مضمونها. إذ أن هذه الأخيرة تكون مادة أولية قبل أن تمتد إليها يد المشرّع الوضعي بالتعبير والصياغة والإلزام.

والثاني: هو المصادر الرسمية أو الشكلية، ويرمز بها لطرق التعبير عن القاعدة القانونية، والوسائل التي يتوفّر لها بها صفة الإلزام.

وبناء على ما تقرّر من أن مصادر مبدأ المشروعية هي نفسها مصادر القانون، وتأسيساً على ما تقدّم بيانه من تقسيم مصادر القانون؛ فإننا رأينا أن ندرس هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: المصادر المادية (الموضوعية) للمشروعية.

المبحث الثاني: المصادر الرسمية (الشكلية) للمشروعية.

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، د.ط، 1995م، ديوان المطبوعات الجامعية -الاسكندرية- ص23.

² (أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، د.ط، 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ص 105.

المبحث الأول: المصادر المادية (الموضوعية) للمشروعية.

تمهيد:

يراد بالمصادر المادية للمشروعية أو للقانون؛ جوهره وأصله الذي يستمد منه والمادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية. ويعد البحث في هذه المصادر من الأهمية بمكان ذلك أنها تشكل قيدا يحمي القانون من أن يكون مجرد آلة في يد السلطة التي تملك التعبير عنه. إذ تصبح هذه الأخيرة ملزمة في صياغته بما تقدمه إليها المصادر الموضوعية. وتختلف قوة هذا القيد باختلاف طبيعة تلك المصادر ومدى وضوحها وإلزاميتها بالنسبة لمن يتولى السلطة التشريعية. فقد تشكل درعاً حقيقياً يحمي القانون من أي انحراف محتمل من قبل السلطة التشريعية، وبالتالي يحمي مبدأ المشروعية ويضمن احترامه. وقد تعجز تلك المصادر عن توفير تلك الحماية ومن خلال ذلك تعجز عن فرض احترام مبدأ المشروعية. وقد يكون عجزها ناتجاً عن غموضها وعدم وضوحها وقد يكون ناتجاً عن تعقيدها وقد يكون ناتجاً عن عدم استنادها إلى مسوغ منطقي في فرضية احترامها وسيادتها....

ونظراً لأهميتها فإن الفقهاء اختلفوا حولها إلى مذاهب¹، فبعضهم نظر إلى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية إلى الوجود في صورة ملزمة. وانطلاقاً من ذلك فقد وصفت هذه المذاهب بأنها شكلية. وبعضهم نظر إلى المضمون والموضوع والجوهر، مبتعداً عن الشكل الذي تخرج به القاعدة، وهذا ما يعرف بالمذاهب الموضوعية. وقد اختار البعض الآخر أن يجمع بين الشكل والموضوع، وهذه هي المذاهب المختلطة.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاختلاف الذي تقدمت الإشارة إليه كان بين فقهاء القانون الدستوري فيما بينهم، لكننا سنجد اختلافاً آخر إذا نظرنا إلى مذاهبهم في مقابل الحقائق التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 74).

وبناء على ذلك، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، بحسب المذاهب الوضعية المختلفة. ونبين موقف الفقه الإسلامي من كل مذهب، بحسب التقسيم الآتي:

المطلب الأول: المذاهب الشكلية

المطلب الثاني: المذاهب الموضوعية

المطلب الثالث: المذاهب المختلطة

المطلب الأول: المذاهب الشكلية:

تقوم هذه المذاهب على فكرة قوامها؛ أن القانون ليس إلا تعبيراً عن مشيئة الدولة. أو بعبارة أوضح؛ هو تعبير عن مشيئة من له السّطة العليا في المجتمع. إذ أن المجتمعات كافة، تتكوّن من هيتين؛ إحداهما حاكمة وهي التي تسن القوانين، والأخرى محكومة وهي التي تخضع للقوانين التي تسنّها الهيئة الأولى الحاكمة. وعليه فإن أصل القوانين وفق ما يراه أنصار المذاهب الشكلية، هو إرادة من يملك السّطان في المجتمع. فالدولة إذن هي التي تصنع القانون، وهي التي تجبر الأفراد على احترامه. وقد ذهب هذا المذهب ثلّة من الفلاسفة والفقهاء، وهم وإن اختلفوا في بعض الجزئيات، فإنهم جميعاً يتفقون على ردّ القانون إلى إرادة السّطان. ونحن سنعرض لأبرز مذهبين من تلك المذاهب في الفرعين التاليين، ثم نخصص الفرع الثالث لبيان موقف الفقه الإسلامي من المذاهب الشكلية وتصورها حول أصل القانون ومصدره، بحسب التفصيل التالي.

الفرع الأول: مذهب أوستن.

الفرع الثاني: مذهب مدرسة الشرح على المتون .

الفرع الثالث: انفصال التشريع عن الإرادة في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مذهب أوستن.

لقد ارتبط هذا المذهب باسم الفقيه الإنجليزي أوستن، ولكنه في الواقع لم يكن أول من نادى به. فقد وجد منذ القدم، إذ تعود جذوره إلى الفلاسفة اليونانيين، الذين كانوا يعتبرون أن أصل القانون هو إرادة السلطان. وقد تبع هذا المذهب ثلّة من الفلاسفة والفقهاء على اختلاف بسيط بينهم في الجزئيات، فكان من بين هؤلاء الفيلسوف الإنجليزي توماس هوبز، الذي كان يرى أن القانون ليس طلباً ولا نصيحة، وإنما هو أمر صادر من شخص مسلّم له بالطاعة، إلى شخص آخر يكون ملزماً بالطاعة.¹ وكان من الذين تبعوه أيضاً، الألماني هيجل الذي كان ينادي بتأليه الدولة وتعظيم سلطاتها. وأن تكون هي التي تسود مبرراً ذلك بأنها هي التي تحلّ النظام في الجماعة محل الفوضى، وتعترف للأفراد بحقوقهم. ووسيلتها إلى ذلك بحسب رأيه، تكمن في وضع قانون للجماعة يلتزم به الأفراد، وهذا القانون يجد شرعيته -حسب هيجل- بصدوره عن الدولة.²

ثم جاء بعد هؤلاء أوستن وصاغ نظريته في القانون على أفكار سابقه، وملخص مذهبه يكمن في تصوره القائم على أن القانون ليس إلا قاعدة وضعت لتوجيه سلوك كائن مدرك، من قبل كائن مدرك آخر له سلطان عليه.³ وعليه فإنه لا يعدّ قانوناً بحسبه، إلا ما تضعه الدولة وتردّفه بجزاء لتفرض احترامه على الأفراد. ومن هنا يتضح أن جوهر القانون ومصدره عند أوستن، إنما يتمثل في الأمر الذي توجهه الهيئة الحاكمة إلى الهيئة المحكومة وتتبعه بجزاء.

وبناء على ما سبق فإن الذي يتبين من مذهب أوستن؛ أن القانون لا يمكن وجوده إلا في ظلّ مجتمع سياسي يتشكل من هيئتين؛ تكون إحداها حاكمة مسلّم لها بالأمر دونما إنكار أو اعتراض، والأخرى تكون محكومة ملزمة بطاعة أوامر الهيئة الحاكمة. وفضلاً عن هذا فإن القانون لا

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون، والنظرية العامة للحق، د.ط، د.ت ط، الدار الجامعية - بيروت - ص 86.

² (حسن كيرة، المدخل إلى القانون، د.ط، د.ت ط، منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 88، 89.

³ (غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 13.

يقوم إلا حينما تملك الهيئة الحاكمة القدرة على فرض احترام ما تصدره من أوامر (قوانين)، بما تملكه من سلطة في توقيع الجزاء على من يخالف قواعدها ويتمرد على أوامرها.¹

تقدم مذهب أوستن:

يحسب لهذا المذهب كونه واضحاً بسيطاً بعيداً عن الغموض، إذ يردّ القانون إلى إرادة السلطان، ويعتبر أن التشريع تعبير عن تلك الإرادة. إلا أن بساطة هذا المذهب لم تعصمه من تطاله الانتقادات والمآخذ، والتي كان من أبرزها:

- أنه يؤدي إلى إنكار الصّفة القانونية عن كل من قواعد القانون الدولي والدستوري؛ إذ أن الأول ينظم العلاقة بين الدول، والمجتمع الدولي لا تتوفر فيه تلك الثنائية المركبة من هئتين إحداهما حاكمة والأخرى محكومة، والتي يرى أوستن أن لا وجود للقانون إلا في ظلّها. فلا توجد سلطة عليا لها حقّ الأمر دون معقّب تسن القوانين للدول، و تنزل هذه الأخيرة منها منزلة المحكومين. فالمقرّر أن الدول جميعاً متساوية في الحقوق والسيادة. أما الثاني فهو وإن كان ينظم العلاقة بين الحاكم والمحكومين، فإن السلطان ليس ملزماً بأي قيد يمنعه من مخالفة تلك القواعد. فهي ليست صادرة من سلطة أعلى منه، كما أنها ليست مقترنة بجزاء يمكن أن يطاله. إذ أنه هو من يوقع الجزاء، ولا يتصور أن يوقعه على نفسه.² ثم إن قواعد كل من القانونين الدولي والدستوري عادة، لا تؤسس على الإرادة المنفردة للحاكم وحده. وبذلك تنتفي عنها الصّفة القانونية بحسب مذهب أوستن، الذي يردّ القانون إلى إرادة السلطان ويعتبره مجرد تعبير عنها.³

- كما يؤخذ على هذا المذهب أنه يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وهذا رأي مجانب للصّواب. إذ أن الثابت على الحقيقة؛ هو أن هناك مصادر أخرى للقانون، كالدين والعرف وغيرهما. ولا يكفي لدفع هذا الاعتراض، ما ذهب إليه أوستن حينما حاول الرد على منتقديه بقوله أن القانون

¹ (حسن كيرة، المرجع السابق، ص 89).

² (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 88، 87).

³ (إسحاق ابراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، د.ط، 2001، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 91).

وإن كان يتولّد من مصادر أخرى غير التشريع كالدين والعرف، فذلك لأن الدولة تقرّه. وبالتالي تصبح تلك المصادر حينما تقرّها الدولة إرادة ضمنية لها، كما يعتبر التشريع إرادتها الصريحة. - لا يكفي هذا القول لدفع ذلك الاعتراض - لأن الواقع أن الدولة إن كانت تطبّق تلك القواعد المستمدة من مصادر أخرى غير التشريع، فإن هذه القواعد لا تعتبر قانوناً لذلك. بل الصحيح أن الدولة تطبّقها لأنها مفروضة عليها باعتبارها قانوناً في ذاتها.¹

- إن هذا المذهب قد أخلط بين القانون والقوة (السلطة العليا)، وجعلهما شيئاً واحداً. إذ اعتبر أن إرادة السلطان منفرداً هي القانون، والنتيجة الطبيعية لذلك، أن يصبح القانون آلة في يد السلطة تتصرف فيها كما تشاء وهذا ما يفضي إلى الاستبداد.²

- وقد أخذ على هذا المذهب أيضاً كونه شكلياً، يأخذ بظاهر الأمور دون أن ينقّب عما وراء الشكل أو يلتفت إلى المضمون. ولذلك فهو بعيد كل البعد عن حقيقة القانون وجوهره، والعوامل التي تؤثر في تكوينه.³

- إن هذا المذهب ينتهي إلى نتيجة في غاية الخطورة مؤدّاها أن تصرفات الحاكم تكون مشروعة كلما كانت خاضعة للقانون -وبعبارة أدق- إن تصرفاته تكون مشروعة كلما كانت خاضعة لإرادته !!! فالقانون ليس إلا تعبيراً عنها، ومتى تصرف السلطان بإرادته فإن تصرفه موافق للقانون، ومن ثم كان كل ما يقوم به بإرادته مشروعاً !!!

ولا يخفى ما في هذا الطرح من استبداد، إذ تنعدم في ظلّه أي ضمانات يمكن الركون إليها من قبل الأفراد لحماية حقوقهم وحرّياتهم من أن يعصف بها جور واستبداد السلطان، استبداداً مشروعاً مستنداً إلى القانون النابع من إرادته.

¹ (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 91، 90).

² (إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 91).

³ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 89).

الفرع الثاني: مدرسة الشرح على المتون:¹

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا في أوائل القرن التاسع عشر، على إثر ما تم من تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة قانونية واحدة، أُطلق عليها في حينها مجموعة نابليون. وعلى إثر ما تبعها بعد ذلك في الظهور من مجموعات القوانين الأخرى.

لقد بدا هذا التجميع حينها فريداً من نوعه، ليس في فرنسا فحسب، بل حتى في بقية الدول. مما منح مجموعة نابليون مكانة رفيعة عند الفرنسيين؛ إذ كانوا يرون فيها مصدر افتخار واعتزاز لهم. حتى بلغت عندهم درجة التقديس، واعتبروا أنها القانون الكامل الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، والذي لم يغفل شيئاً، ولم يدع شاردةً ولا واردةً، ولا صغيرةً ولا كبيرةً إلا أحصاها. وقد كانت النتيجة الطبيعية لذلك التقديس، أن يقتصر الفقهاء على شرح نصوص مجموعة نابليون نصّاً نصّاً، تماماً كما يفعل المفسرون عند تفسيرهم للكتب المقدسة. متبعين في ذلك الترتيب الذي وردت فيه بشكلها الرسمي، دون التعرّض لنقدها. لأنها القانون الكامل الذي لا عيب ولا نقص فيه، فإن عجز الفقيه عن تفسير نصّ أو استخلاص قاعدة، فذلك لعيب فيه لا في التشريع.

وهذه المدرسة لا تنسب لفقيه واحد، ولكنها تعدّ ثمرة لمجموعة من آراء الفقهاء من أبرزهم "أوبري ورو"، "لوران"، "بودري لا كنتري"، "ديمو لومب"، "لوران" وقد اتفق هؤلاء جميعاً مع ما ذهب إليه أوستن من أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون.

واستخلاصاً ممّا تقدّم، فإن أنصار هذه المدرسة يرون أنه لا يصلح أن يسمّى قانوناً إلا ما صدر عن المشرّع. وعليه فإن الاهتمام ينبغي أن ينصرف للنصوص وحدها من خلال تفسيرها وشرحها، فهي وحدها ما يجب الالتزام والتقيد به. على أنه لا ينبغي أن يفهم ذلك التقيد على سطحه؛ فإن النصّ ليس سوى تعبير عن إرادة المشرّع، وعليه وجب وضع نية هذا الأخير في

¹ (إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 91. / غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 14. / توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 89-91.

الاعتبار، ولزم تحريها عند تفسير النصوص، إذ أن العبرة في تفسيرها بنية المشرع حينما وضعها، ولهذا وجب الاعتداد بهذه النية.

تقدم مذهب مدرسة الشرح على المتون:

يظهر من خلال ما تقدم، الاتفاق الحاصل بين مذهبي أوستن ومدرسة الشرح على المتون، على أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وأن هذا الأخير لا يعدو أن يكون مجرد تعبير عن إرادة المشرع. وعليه فإن تلك الانتقادات التي طالت مذهب أوستن يمكن أن يُعترض بها على مذهب مدرسة الشرح على المتون. بل إن بعضها قد يكون أشد في الثاني منه في الأول، كما في حالة رد القانون إلى إرادة السلطان فإنها عند أنصار مدرسة الشرح على المتون أكثر فحاجةً منها عند أوستن. ذلك أنها تنطلق من فكرة تقديس التشريع ومن خلاله تمعن في تقديس المشرع، وفي اعتبار عمله عملاً كاملاً منزهاً عن العيب والنقص. وتزد كل مثابة حال وجودها إلى الشارح أو المفسر، وهذا المعنى لا نجده صريحاً بهذا الشكل عند أوستن، وإن كان مذهبه - في النهاية - يؤول إليه.¹

وخلاصة القول أن هذا المذهب سطحي وجامد كغيره من المذاهب الشكلية، التي تكتفي بالظاهر ولا تعترف بغير ما شرعه المشرع. وتتوقف عند ما يظهر في الواقع من قيام الدولة بوضع القانون واستئثارها بتوقيع الجزاء، دون أن تبحث في العوامل التي تدخلت في تكوين القاعدة، والمادة الأولية التي صنعت منها. مع أن الحقيقة غير ذلك، فالدولة حينما تضع التشريع إنما تعبر فنياً عن ما تقضي به حاجات الجماعة، وما يسيطر عليها من موجّهات مثالية وعقلية وإيديولوجية.²

وبعد كل ما تقدم فإن الذي يمكن استنتاجه؛ هو أن القانون بحسب مفهوم أنصار المذاهب الشكلية؛ هو ما يريده السلطان. وعليه فإن لهذا الأخير أن يفصّله ويخيّطه على مقاسه، ويتصرف فيه كما يشاء. وهذا عين الاستبداد. إذ تصبح حقوق الأفراد وحرّياتهم تحت رحمة السلطان، إن شاء منحها وإن شاء منعها. وتصرفه في الحاليتين يكون مشروعاً، لكونه صدر طبقاً للقانون وباسمه، فما

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 92)

² (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 91.)

القانون إلا تعبيراً عن إرادته. إلا أن هذه المشروعية كما يظهر، لا تستطيع أن تحمي حقوق وحرّيات الأفراد من أن يتدلّى إليها استبداد السلطان، فهي مجردة عن كل ضمانات تمكنها من تحقيق ذلك. وهي وإن كانت تعني خضوع الدولة -وعلى رأسها السلطة- للقانون، إلا أن العقبة التي تعيقها هي أن ذلك القانون لا ينفصل عن إرادة السلّطة، بل إنهما شيء واحد. وبالتالي يتحول معنى المشروعية من خضوع الدولة للقانون، إلى خضوع السلطة العليا لإرادتها. ويظهر قصور وعجز مبدأ المشروعية بوضوح، في الحالة التي تتجه فيها إرادة السلطة إلى منع الحقوق والتضييق على الحريات أو سلبها.

الفرع الثالث: انفصال التشريع عن إرادة السلّطة في الفقه الإسلامي:

على خلاف ما وقع فيه أنصار المذاهب الشّكلية من الانحراف والذي تمثّل في تسييد إرادة على بقية الإرادات، وإعطائها سلطة الأمر دون معقّب. واعتبار ما يصدر عنها قانوناً واجب الاتباع، وإلزام الكافة بالطاعة والخضوع لها- على خلاف ذلك كله - فإن من المبادئ الأساسية التي أرساها الفقه الإسلامي؛ مبدأ المساواة بين البشرية جمعاء في الحقوق والواجبات، عربهم وعجمهم فقيرهم وغنيهم حاكمهم ومحكومهم قويهم وضعيفهم، دون أن يكون هناك تفاضل بينهم. إذ يستوون جميعاً في مخلوقيتهم لله عز وجل، وعبوديتهم له. ولا تقديس لأحدهم على غيره، ولا فضل له عليه إلا بالتقوى. وهذا التفاضل إنما يكون أثره عند الله تعالى، ولا ينبني عليه أي عمل في مسألة الحقوق والواجبات، والتمتع بالحريات والمباحات. كما لا يعطي لأي إرادة سيادة على غيرها من الإرادات. قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ

أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْفُسُكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾ [الحجرات، الآية 13]. والمعنى أن الناس جميعاً يستوون في بشريتهم¹، و أن التقوى هي المعيار الوحيد الذي يحصل به التفاضل بين الناس. ثم إن ذلك التفاضل إنما يكون عند الله عز وجل، ولا يعني -مطلقاً- سيادة أحد على الآخرين. وقد روي عن النبي ﷺ قوله: « يا أيُّها النَّاسُ ! إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ ، وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ ، أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ

¹ (ابن كثير ، المرجع السابق، ج 07، ص385..)

على عجمي ، ولا لعجمي على عربي ، ولا لأحمر على أسود ، ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى، إنَّ أكرمكم عند الله أتقاكم»¹.

إن هذه الأدلة وإن كانت في عمومها تدلّ على أن البشر كلهم متساويين، وهي وإن كانت تشير غالباً إلى عدم اعتبار النسب والعرق معياراً للتفاضل بينهم؛ فإن ذلك لا ينبغي أن يفهم منه أن التفاضل يكون مبرراً إن لم يكن مبعثه النسب. بل الصواب أن يحمل على أنه تحدث عن الشائع عند العرب الذين نزل القرآن بين أظهرهم، فقد كانوا يتفاخرون بأنسابهم ويتعالى بعضهم على بعض بناء عليها. ويؤكد هذا المعنى أن الله تعالى قد حصر التفاضل بين الناس في عامل واحد هو التقوى²، فأكرم الناس وأفضلهم عنده أتقاهم له، ولا كرم ولا فضل لغير المتقي كائناً من

كان. قال سبحانه: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْتَظِرُكُمْ﴾ (13) [الحجرات، الآية 13].

هذا ويجدر بنا أن نشير هنا، إلى أن الإسلام وإن كان لا يختلف مع ما ذهب إليه أنصار المذاهب الشكلية في أن المجتمع مكون من هئتين إحداهما حاكمة والأخرى محكومة. إلا أنه يختلف عنها في نظرتة لكل هيئة منهما، فهو لا ينظر للحاكم على أنه ذلك الكائن المقدس المعصوم الذي لا يخطئ ولا يغفل عن صغيرة ولا كبيرة. ولكن ينظر إليه على أنه واحد من الناس، لا يفضلهم ولا يختلف أو يتميز عنهم بشيء سوى امتياز طاعتهم له الذي يختص به لما يقع عليه من مسؤوليات وأعباء الإمامة، وفي حدود ما تقتضيه وظائفها. فهو حينما تولّى الحكم ترتب عليه واجباً والتزاماً بأن يقوم بأعبائه، إذ صار راعياً، وبات لزاماً عليه أن يصون رعيته وأن لا يضيعها. قال عليه الصلاة والسلام: «ألا كلّكم راعٍ وكلّكم مسؤول عن رعيته، فالإمام الأعظم الذي على الناس راعٍ وهو مسؤول عن رعيته ...»³ وفي مقابل ذلك، وتمكيناً له من القيام بوظائفه تلتزم الأمة بطاعته.

¹ (أخرجه البيهقي، شعب الإيمان، باب " في حفظ اللسان عمّا لا يحتاج إليه"، ح رقم 4774، ج 07، ص 132. وصححه ابن تيمية، اقتضاء الصراط المستقيم، ج 01، ص 412. وقال الألباني: إسناده صحيح، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم 2700، ج 06، ص 449.

² (الشنقيطي محمد الأمين، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، د. ط، د. ت ط، دار عالم الفوائد، ج 07، ص 673.

³ (سبق تخريجه، ص 62، هامش 02.

غير أن طاعة الإمام تلك تختلف عن فكرة الخضوع للسلطان التي ذهب إليها أنصار المذاهب الشككية من وجهين؛ الأول: أن الحاكم في الإسلام ليس معصوماً وهو كغيره من البشر يخطئ ويصيب ويغفل ويظلم ما يظلم عليه ما يظلم غيره من الناس. وبناء على ذلك فإنه لا يحكم بما تمليه عليه إرادته، وليس له أن يلزم الناس بها. فهي ليست أفضل من بقية الإرادات، ولا مبرر لأن تسود على ما سواها. بل الواجب عليه أن يخضع هو ويحمل رعيته على الخضوع لحكم الله تعالى.

قال ﷺ: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ [المائدة، الآية 48]. وقال

ﷺ: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة، الآية 44].

أما الثاني: فمقتضاه أن الأمة وإن كان عليها واجب الطاعة للحاكم، إلا أن المراد بالطاعة هنا ليست الطاعة العمياء التي تفترض "العصمة" في المطاع، وتعتبر الحق كل الحق في قوله، وتنزهه من كل غلط أو تقصير. وتلقي به على غيره ممن يتعاملون مع ذلك القول شرحاً وتفسيراً أو تطبيقاً. وبذلك يسقط مع هذه "الطاعة" حق المراجعة والتعقيب والتصويب. بل إن الطاعة المقصودة، هي تلك الطاعة الواعية المقيدة بمدى الخضوع لأحكام الشرع، والتي تتيح للأمة أن تقوم بواجبها في التقويم والتصويب. لأن العصمة¹ في الإسلام، ليست لأحد دون الأنبياء. والحاكم كغيره يمكن أن يخطئ

¹ حتى الشيعة الإمامية الذين اشترطوا في الإمام أن يكون معصوماً، فإنهم لم يعنوا بذلك أن تكون سلطته في التشريع مطلقة، بحيث يشرع ما يشاء دون معقب ولا أنه يملك أن ينشئ شرعاً ابتداءً. فالعصمة عندهم لا تعدوا أن تكون سموً نفسياً يمنع من اقرار الذنوب أو ملكة نفسية لا تصدر المعاصي عن أتصف بها. أما التشريع فهو لله وحده والإمام ملزم بأن يحكم استناداً إلى ما شرعه الله عز وجل وكلّ حكم لا يستند إلى الشريعة ولا يستلهم مبادئها فهو حكم فاسد وغير مشروع وغير شرعي. وفوق هذا فإن الشيعة يعتبرون أن العصمة بمعناها المتقدم أكبر ضمانة للحيلولة دون الطغيان وفي مقابل ذلك فهم ينتقدون رأي من يقول من أهل السنة أن العدالة - وهي العاصم النفسي من الانحراف - شرط للانعقاد لا للاستدامة وبناء على ذلك لم يجيزوا الخروج على الإمام الفاسق. هذا وإن كان الإمام لا يملك أن يشرع ابتداءً ولا أن يخالف شرعاً قائماً فإن الفقيه في زمن الغيبة حينما تخضع الأمة لولايته لا يملك شيئاً من ذلك إذ أنه مجتهد في فهم شريعة قائمة وليس بمنشئ شرعاً جديداً والاجتهاد لا يعني التشريع بل يعني استكشاف ما هو مشرّع والوصول إليه وعليه فإن وظيفته في التشريع تنحصر في أمرين؛ أولهما الكشف عن التشريعات الإسلامية وتفسيرها، والثاني يتمثل في ملء منطقة الفراغ بوصفه ولياً للأمر تجب طاعته ولكونه ملزماً بتنفيذ الشرع وتسيير أمور الرعية، ومنطقة الفراغ هذه لا تشمل أكثر من ثلاث دوائر؛ الأولى دائرة المباحات فله أن يسن ما يمكنه من أن ينظمها، والثانية

ولذلك فإن على الأمة حينها نصحه و تصويبه. وفي حال وقع الاختلاف بين الرعية والحاكم فإن عليهم جميعاً أن يرجعوا إلى حكم الله تعالى قال سبحانه: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ص ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ۝٥٩﴾ [النساء ، الآية 59].

وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم هذا المعنى فقال: « السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ أَوْ كَرِهَ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ فَإِن أَمَرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ »¹ وقد روي أنه ﷺ بعث سرية وأمر عليهم رجلاً من الأنصار وأمرهم أن يطيعوه، فغضب عليهم وقال: أليس قد أمر النبي ﷺ أن تطيعوني؟ قالوا: بلى، قال: قد عزمت عليكم لما جمعتم حطباً وأوقدت ناراً ثم دخلتم فيها . فجمعوا حطباً فأوقدوا ناراً؛ فلما همّوا بالدخول فقاموا ينظر بعضهم إلى بعض فقال بعضهم: إنما تبعنا النبي صلى الله عليه وسلم فراراً من النار أفندخلها؟ فبينما هم كذلك إذ خمدت النار وسكن غضبه فذكر للنبي ﷺ فقال: « لَوْ دَخَلُوهَا مَا خَرَجُوا مِنْهَا أَبَداً إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ »².

وقد فهم الصحابة رضي الله عنهم هذا المعنى فهذا أبو بكر ﷺ يقول حينما بويع بالخلافة³ : ((... أيها الناس فإني قد وئيت عليكم ولست بخيركم فإن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني)) وقال: ((أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم)).

دائرة التكاليف والحدود فله أن يسنّ فيها العقوبات التعزيرية وما يكون مناسباً لردع الناس وتأديبهم، والثالثة تكون في الحالات الاستثنائية التي تفرض رفع حكم أصلي لضرورة دفع مفسدة أو جلب مصلحة. محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، ط02، 1411هـ-1991م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت - ص 136، 285، 278. آية الله السيد محمود الهاشمي، مصدر التشريع ونظام الحكم في الإسلام، ط01، 1407هـ، د.د ن، ص 27، 35، 36، 50، 51.

¹ (سبق تخريجه، ص 60، هامش 03.

² (أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب " السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ لِلْإِمَامِ مَا لَمْ تَكُنْ مَعْصِيَةً "، ح رقم 7145، ج 04، ص 329، 330.

³ (ابن هشام ، المرجع السابق، ج 04، ص 369. / الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك، ط02، د.ت ط، دار المعارف بمصر-القاهرة- ج 03، ص 210.

إن القول بوجود خضوع إرادة الحاكم للتشريع الإلهي وعدم جواز خروجه عنه، وتعليق طاعته على مدى تقيده به، لأوضح مؤشر على الانفصال التام للتشريع عن إرادة الحاكم في الإسلام، خلافا لما ذهب إليه أنصار المذاهب الشكلية. ويزداد هذا الانفصال وضوحاً حينما نقف على طبيعة وظيفة التشريع في النظام الإسلامي، من حيث مفهومها وجهة الاختصاص بها وحدود ذلك الاختصاص.

أولاً- من حيث المفهوم:¹

التشريع مأخوذ من الشريعة² وهو مصدر شرع -بتشديد الراء- ويراد به سنّ الشرائع والأحكام، وهو كشرع، التي تعني أنشأ الشريعة وسنّ قواعدها. ومنه قوله ﷺ: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالذِّمِّيَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾ [الشورى، الآية 13].

وقوله عزّ وجلّ: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ﴾ [الشورى ، الآية 21].

ثانياً- من حيث المختص بوظيفة التشريع:³

يفرق علماء الفقه الإسلامي بين ما إذا كان التشريع ابتدائياً أو ابتنائياً؛ فأما الأول: فيراد به إيجاد شرع مبتدأ ، وهذا يعدّ وظيفة من وظائف الربوبية، فليس لغير الله سبحانه أن

¹ (مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي، ط05، 2001م، مكتبة وهبة -القاهرة- ص13. / محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط10، 1405هـ-1985م، الدار الجامعية -بيروت- ص 19. / عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، ط03، 1985م، العربي للنشر والتوزيع، ص 23. / نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط02، د.ت ط، المكتبة التوفيقية، ص 16.

² (قد سبق بيان معناها في الفصل الأول في معرض الحديث عن الشرعية والمشروعية.

³ (علي جريشة، المرجع السابق، ص30 وما بعدها. / ضو مفتاح غمق، السّطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، د.ط، 2002م، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ص 18 وما بعدها.

يزاحمه فيه.¹ إذ أن توحيد الله تعالى في ربوبيته لا يعني مجرد إفراده بالخلق والإحياء والإماتة. فهذا كان يؤمن به أكثر الكافرين، قال جلّ جلاله: ﴿وَلَيْنَ سَأَلْنَهُمْ مَن خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ خَلَقَهُنَّ الْعَزِيزُ الْعَلِيمُ 9﴾ [الزخرف، الآية 09]. بل إنه يعني فوق ذلك الاعتقاد والحزم بأن له وحده الحكم والتشريع. قال عزّ وجلّ: ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَرَّكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ 54﴾ [الاعراف، الآية 54]. وقد استنكر الله ﷻ على الذين تطلقوا على وظيفة التشريع وأرادوا مزاحمته في ربوبيته، فقال: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ - اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ 59﴾ [يونس، الآية 59]. وقال: ﴿قُلْ مَن حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾ [الاعراف، الآية 32]. كما أنه تبارك وتعالى لما شرع الشرع ألزم الخلق - وفي مقدمتهم أولي الأمر - بالاحتكام إلى شرعه حيث قال: ﴿وَأَن آحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة، الآية 49]، وقال: ﴿إِن آحْكُمُ إِلَّابِ اللَّهِ﴾ [الأنعام، الآية 57]، واعتبر العدول عن الحكم بما شرعه؛ ظلماً ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الظَّالِمُونَ 45﴾ [المائدة، الآية 45]، وفسقاً ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الْفَاسِقُونَ 47﴾ [المائدة، الآية 47]، وكفراً ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُم الْكٰفِرُونَ 44﴾ [المائدة، الآية 44]. كما اعتبر الاحتكام إلى غير ما شرعه إشراكاً به ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ﴾ [الشورى، الآية 21]، وعبودية لغيره ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهَبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ اللَّهِ﴾ [التوبة، الآية 31]. وقد كان حذيفة بن اليمان و عبد الله بن عباس رضي الله عنهما يقولان في تفسير هذه

¹ (عبد الوهّاب خَلّاف، السُّلْطَات الثَّلَاث فِي الْإِسْلَام، ط02، 1405هـ - 1985م، دار القلم للنشر والتوزيع - الكويت - ص

الآية، أن المقصود باتخاذ الأحرار والرهبان أرباباً من دون الله اتباعهم فيما يجلّون وفيما يجرّمون.¹ والمعنى أن الله تعالى اعتبر عدول اليهود عن شرعه إلى تشريع أحرارهم وعلمائهم، واتباعهم لهم في تحليل الحرام وتحريم الحلال. وعدول النصارى عن شرعه إلى تشريع رهبانهم ورجال دينهم وأهل الاجتهاد فيهم واتباعهم لهم في تحليل ما أحل الله وتحريم ما حرّم - اعتبره - اتخاذاً للأرباب من دونه.² وقد روي في هذا الصدد عن عدي بن حاتم قوله: أتيت النبي ﷺ وفي عنقي صليب من ذهب فقال: «يا عديّ اطرح عنك هذا الوثن» ، وسمعتة يقرأ في سورة براءة ﴿ إِنَّا نَحْنُ وَإِبْرَاهِيمُ وَإِسْمَاعِيلُ وَإِسْحَاقُ وَيَعْقُوبُ وَآدَمُ مَا كُنَّا لِنَكْفُرَ بِاللَّهِ ﴾ [التوبة، الآية 31] قال: «أما إنّهم لم يكونوا يعبدونهم ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئاً استحلّوه وإذا حرّموا عليهم شيئاً حرّموه»³ وروي عنه أيضاً أنه قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وفي عنقي صليب، فقال: «يا عديّ اطرح هذا الوثن من عنقك»، فطرحته فانتهيت إليه وهو يقرأ في سورة براءة ﴿ إِنَّا نَحْنُ وَإِبْرَاهِيمُ وَإِسْمَاعِيلُ وَإِسْحَاقُ وَيَعْقُوبُ وَآدَمُ مَا كُنَّا لِنَكْفُرَ بِاللَّهِ ﴾ [التوبة، الآية 31] فقلت: إنا لسنا نعبدهم ، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «يجرّمون ما أحلّ الله فتحرّمون ويحلّون ما حرّم الله فتستحلّون؟» قلت: بلى، قال: «فتلك عبادتهم».⁴

وأما الثاني: فهو التشريع ابتناء، ويراد به بيان حكم تقتضيه الشريعة القائمة، التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية. والتشريع بهذا المعنى لا يعني إنشاء الأحكام ولا ابتداءها، وإنما يعني الكشف

¹ (ابن كثير، المرجع السابق، ج 07، ص 179.

² (الطّبري بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط 01، 1422هـ-2001م، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ج 11، ص 417.

³ (أخرج الترمذي، الجامع الكبير، أبواب تفسير القرآن، باب "ومن سورة التوبة"، ح رقم 3095، ج 05، ص 173. وقال عنه: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من عبد السلام بن حرب وغطيف بن أعين ليس بمعروف في الحديث. وحسنه الألباني، صحيح سنن الترمذي، رقم 3095، ج 03، ص 247.

⁴ (البخاري أبو عبد الله ، التاريخ الكبير، د.ط، د. د. ت ط، دار الكتب العلمية - بيروت - ج 07، ص 106. / الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج 11، ص 418.

عنها واستمدادها واستخلاصها من كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم.¹ وهذه وظيفة يختص بها صفوة علماء الأمة وفقهاؤها الذين بلغوا درجة الاجتهاد، واستجمعوا شرائطه. فيستخلصون الأحكام الشرعية من مصادرها ويضعونها لدى الدولة -السلطة التنفيذية- موضع التنفيذ.² هذا وتجد الإشارة هنا إلى أن هذه الوظيفة كانت في عهد النبوة من اختصاص الرسول صلى الله عليه وسلم وحده، إذ كان يبيّن للمسلمين أحكام القرآن ويفسرها ويوضح كيفية تطبيقها، كما كان يجيب عن أسئلتهم مستنداً في ذلك على ما كان يتلقاه من وحي. وبعد وفاته ﷺ انتقلت إلى فقهاء الصحابة رضي الله عنهم ومجتهداتهم، إذ كانوا مرجع المسلمين في الإفتاء، ومستشاري رجال القضاء في مختلف بلاد الإسلام. ثم انتقلت بعد عصر الصحابة إلى فقهاء الأمة وعلمائها الذين بلغوا درجة الاجتهاد.³ ولقد كان الخلفاء يشاركون العلماء في هذه الوظيفة باعتبارهم مجتهدين، لا باعتبارهم ممثلين للسلطة التنفيذية.⁴

وخلاصة القول مما تقدم، أن التشريع الابتدائي الذي يراد به إنشاء شرع مبتدأ وظيفته من وظائف الربوبية، لا يختص به غير الله تعالى. أما التشريع الابتدائي الذي يراد به الكشف عن شريعة قائمة وبيان المراد منها، فهو من اختصاص علماء الأمة الذين بلغوا درجة الاجتهاد واستجمعوا شرائطه، وللخليفة أو ولي الأمر أن يشاركهم في هذه الوظيفة باعتباره مجتهداً. ولكن سلطة هؤلاء في التشريع ليست مطلقة، بل هي محدّدة باختصاص موضوعي ومقيّدة بضوابط، وسنبيّن في العنصر الموالي ذلك الاختصاص وحدوده.

¹ (عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 81.

² (عبد العزيز عزّت الخياط، النظام السياسي في الإسلام، ط01، 1420هـ-1999م، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة- ص233-234. عطية عدلان، النظرية العامة لنظام الحكم في الإسلام، ط01، 1432هـ-2011م، دار اليسر - القاهرة- ص346.

³ (جدير بالذكر أن نشير إلى أن هؤلاء قد اكتسبوا هذه الوظيفة لما تميزوا به من علم وأهلية وكفاية، لا بتولية من الخليفة أو انتخاب من الأمة. و ذلك انعكاس لما كان عليه حال الدولة الإسلامية حينها من فتوة وحدائة في النشأة ومحدودية في الإقليم ولكونها كانت في بدايات تنظيم وتوزيع السلطات بها. عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 37.

⁴ (عطية عدلان، المرجع السابق، ص 347-350. /عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 06، 37، 82 وما بعدها.

ثالثاً. من حيث الاختصاص الموضوعي لسلطة التشريع وحدوده:¹

لا يخرج عمل السلطة المختصة بالتشريع² في الإسلام عن أمرين؛ أحدهما يكون مع ما فيه نصّ، فيقتصر عمل الجهة المختصة بالتشريع فيه، على بيان المراد من النصّ وتوضيحه، ووضع الإجراءات التشريعية والقواعد اللازمة لتطبيقه وتنفيذه. والآخر يكون مع المباح الذي لم يرد فيه نصّ، فهذا يمتد التشريع فيه لتنظيم ذلك المباح. غير أن ذلك التنظيم ليس مطلقاً، بل هو مقيد بقيود ومنضبط بضوابط أهمها:

- ضرورة مراعاة أن التنظيم لا يصادر أصل الحقّ، وإلا خرج عن وظيفته. إذ أن هدفه منحصر في ترشيد استعمال الحقّ وتجنب إساءة استعماله، لا إلى مصادرته.
- ضرورة مراعاة روح الشريعة الإسلامية وأهدافها العليا، ومقاصدها العامة ومبادئها الكلية في التشريع. فلا يمكن له أبداً أن يتعارض معها.
- ضرورة التقيّد بالنصوص وعدم الخروج عنها مطلقاً، فليس لأيّ مجتهد أن يشرّع حكماً يخالف فيه نصّاً أو يصادمه به، أو ينشئ حكماً ابتدائياً لا يستند فيه إلى نصّ أو قياس على منصوص عليه.
- أنه مقيد بما نصّ على حكمه مما يتعدّى إلى حالته، باشتراكه معها في العلة أو الحكمة أو المصلحة التي شرع لها فيقياس عليه.

يتبيّن من خلال ما سبق أن التشريع في الإسلام منفصل انفصلاً تامّاً عن إرادة الحاكم وعن إرادة غيره ممن يتولى هذه الوظيفة، ذلك أن التشريع إما أن يكون ابتدائياً وإما أن يكون ابتنائياً. فإن كان الأول الذي يراد به إنشاء شرع مبتدأ، فهذا - كما تقدم - لا يختص به غير الله تعالى، وإن كان الثاني والذي يراد به بيان المراد من الشريعة القائمة التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة،

¹ (علي جريشة، المرجع السابق، ص 38-39. عطية عدلان، المرجع السابق، ص 347. / ضو مفتاح غمق، المرجع السابق، ص 88-90.

² (المراد بالتشريع هنا التشريع بمعناه الثاني الذي يعني بيان ما تقتضيه الشريعة القائمة والذي قلنا عنه أنه من اختصاص العلماء والمجتهدين أما التشريع ابتداء فهو - كما تقدّم - من وظائف الربوبية وليس لأحد أن يجلي على الله تعالى ويحدّد اختصاصاته فالربوبية تقتضي الملك والقدرة على التصرف والتدبير ولا يمكن تصور معناها وحقيقتها فيمن يحدّد غيره اختصاصاته.

وتوضيح أحكامها وكيفية تطبيقها، فهذا لا بدّ أن يستند إلى نصوص تلك الشريعة و أن يراعي مقاصدها وأهدافها ومبادئها.

ومن هنا يظهر أنه لا اعتبار لإرادة الجهة المختصة بالتشريع في الإسلام، في قيامها بوظيفتها - أيا كانت- وأن الاعتبار كل الاعتبار لمقاصد الشريعة وعللها وغاياتها التي أرادها الله حينما أنشأ الشرع المبتدأ، الذي ينبغي على أهل التشريع الابتنائي أن يستندوا إليه في مهمتهم، وأن لا يخرجوا عنه، وأن يراعوا مقاصده وأهدافه.

إن انفصال التشريع عن إرادة السلطة، لمن أكبر الضمانات التي يتوفر عليها النظام الإسلامي لحماية الحقوق والحريات التي يتمتع بها الأفراد في مواجهة السلطان. ذلك أنها تجعل من فكرة المشروعية فكرة ذات جدوى، حينما تحقق مفهوم خضوع الجميع لشريعة قائمة، لا دخل لإرادة أحد من أفراد هذا "الجميع" في إقامتها وإنشائها. وشتان بين "خضوع" السلطة لقانون صنعته إرادتها، وبين خضوعها لشريعة عليا قائمة مفروضة عليها كما هي مفروضة على من يخضع لها.

المطلب الثاني: المذاهب الموضوعية:

تمهيد:

على خلاف ما سبق بيانه من أن أنصار المذاهب الشككية ينظرون إلى القانون نظرة سطحية، يكتفون فيها بالنظر إلى الجهة التي يصدر عنها، فإن أنصار الموضوعية يهتمون بمضمون القاعدة القانونية وموضوعها والمادة الأولية التي تتكون منها لا إلى شكلها. ويعمدون إلى تحليلها تحليلاً فلسفياً واجتماعياً، للتعرف على طبيعتها وكيفية نشأتها.

هذا وقد تعددت المذاهب الموضوعية وتنوعت، واختلف أصحابها فيما بينهم، حول تلك المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية وجوهرها. ومرّد ذلك الاختلاف أن كلاً منهم قد قصر نظره على ناحية دون أخرى، فمنهم من لم ير من هذا الجوهر إلا المثل الأعلى الذي يكشف العقل عنه، واعتبره أساساً للقانون واحتزل جوهر القاعدة القانونية فيه، وهؤلاء هم أنصار المدرسة المثالية التي تكاد تنحصر أساساً في مذهب القانون الطبيعي بأفكاره التقليدية والمتطورة. ومنهم من أهمل فكرة المثل الأعلى هذه، ولم ينظر إلا إلى الحقائق الواقعية ولم يعترف إلا بالواقع الملموس، معتبراً أن القانون في موضوعه وجوهره لا بد أن يتطابق مع الواقع المادي المحسوس الذي يعيشه المجتمع فعلاً، وهؤلاء هم أنصار المذاهب الواقعية. وبين مذهب القانون الطبيعي والمذاهب الواقعية ظهر جماعة من الفلاسفة والفقهاء، حاولوا أن يجمعوا بين المثل العليا والحقائق الواقعية، وذهبوا إلى أن جوهر القانون ليس مجرد المثل الأعلى الذي يكشف العقل عنه، كما أنه ليس مجرد الحقائق الواقعية التي تثبت بالمشاهدة والتجربة، ولكنه هما معاً، وهؤلاء هم أنصار المذاهب المختلطة.¹

وعلى ضوء ما سبق فإننا سنعرض هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: مذهب القانون الطبيعي، وسنعرض لمراحل تطوره بإيجاز وهل هو مفهوم واحد في جميع تلك المراحل أم مفاهيم مختلفة بحسب العصور، وهل يرتقي الاختلاف الطارئ على هذه الفكرة إلى

¹ (اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 92. / توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 93.

التناقض والاضطراب، أم أنه يبقى مجرد تفاعل يفرضه الواقع وتغير الزمان والمكان. لنخلص من ذلك كله إلى مدى صلاحية هذه الفكرة لأن يؤسس عليها القانون.

الفرع الثاني: المذاهب الواقعية، وسندرس منها المذهب التاريخي ومذهب الغاية الاجتماعية، ومذهب التضامن الاجتماعي.

الفرع الثالث: المذاهب المختلطة (المتوسطة). وسنخصّص هذا الفرع لعرض رأي جيني الذي ذهب إلى تأسيس القانون على الثنائية المركبة من المثل الأعلى الذي يكشف عنه العقل، والحقائق الواقعية التي تثبت بالتجربة والمشاهدة.

الفرع الأول: المدرسة المثالية (مذهب القانون الطبيعي):

يطلق القانون الطبيعي في مقابل الوضعي، وإذا كان المراد من هذا الأخير حين إطلاقه "مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد، والمطبقة فعلاً في بلد معين وفي زمن معين" فإن المراد بالقانون الطبيعي - كما يقول عنه أنصاره - تلك القواعد والمبادئ العامة الأبدية، التي تكمن في الطبيعة ويكشف عنها العقل السليم. وهي مبادئ وقواعد ثابتة خالدة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وهي المثل الأعلى الذي ينبغي أن تتجه إليه القوانين الوضعية. بحيث كلما اقترب القانون الوضعي من الطبيعي، كان إلى الكمال أقرب.¹

هذا وتعد فكرة القانون الطبيعي فكرة قديمة؛ إذ تعود جذورها إلى القرنين الرابع والخامس قبل الميلاد عند الإغريق القدماء. حينما قام عدد من الفلاسفة وفي مقدمتهم أفلاطون و أرسطو، بمحاولات لسبر أغوار النفس الإنسانية ومعرفة أصل الإنسان وتكوينه ومصيره، والنظام الذي يحكم حياته.² وقد تأثر هؤلاء الفلاسفة في ذلك بما شاهدوه من نظام ثابت يسير عليه الكون ويحكم كل ما فيه من ظواهر طبيعية، من فلك وأرض وهواء وماء. كما يحكم كل ما بهذا الكون من مخلوقات. فالناس والحيوانات يولدون ويكبرون ثم يموتون على نحو ثابت. هذا النظام هو الذي استرعى اهتمام الفلاسفة اليونانيين، ودفعهم إلى القول بأن هناك قانوناً كامناً في طبيعة الروابط الاجتماعية، وهو قانون ثابت سرمدى يكشف عنه العقل البشري ولكنه لا ينشئه. قانون أعلى يهيمن على كل أنظمة الكون وظواهره. فكما أن العالم الطبيعي من أرض وهواء وفلك خاضع لقوانين طبيعية ثابتة لا تتغير،

¹ (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 74-75. / محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون: القاعدة القانونية، ط01،

2010م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان- ص 56.

² (أدون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ط02، 1968م، دار العلم للملايين - بيروت - ج01، ص 112.

فكذلك العالم الاجتماعي يخضع لقوانين طبيعية توجهه إلى حيث هو منساق إليه، وما على العقل البشري إلا أن يتمعن في الروابط الاجتماعية، فيستخلص منها هذا القانون الطبيعي.¹ هذا وقد انتقلت فكرة القانون الطبيعي تلك، عبر العصور لتبلغ العصر الحديث. حاملة في كل مرحلة من مراحلها الطويلة، طابعاً خاصاً بتلك المرحلة، وهي وإن كانت قد حافظت على جوهرها إلا أن مضمونها لم يثبت على حال. فقد تعرضت للتعديل والتبديل في محطات عديدة، ولعل ذلك راجع إلى ما تعرضت له الفكرة من انتقادات مريرة، دفعت المؤمنين بها ومناصريها إلى صبغها في كل عصر بصبغة جديدة محاولين بذلك تخليصها مما طالها من انتقادات.² ونحن سنعرض بإيجاز لأهم محطات مذهب القانون الطبيعي وما طرأ عليه من تعديل، لنخلص بذلك إلى مدى صلاحية هذه الفكرة لأن يؤسس عليها القانون.

أولاً- القانون الطبيعي عند اليونانيين:

لقد ظهرت فكرة القانون الطبيعي أول ظهورها عند فلاسفة اليونان الذين قالوا أنه يوجد فوق القانون الوضعي -الناقص والمتغير - قانون آخر مثالي، لا يتغير بتغير الزمان والمكان. وهو خالد شامل مستقرّ في طبيعة البشر، مستمدّ من العقل. وهو المثل الأعلى الذي ينبغي أن تتجه إليه القوانين الوضعية. بل إن هذه الأخيرة لا تكون صالحة إلا بمقدار اتفاقها مع القانون الطبيعي. لأن القانون الوضعي لا يستند إلى إرادة المشرّع، وإنما إلى ذلك القانون الطبيعي الذي يقتصر دور المشرّع على استلهام أحكامه.³

¹ (السنهوري عبد الرزاق أحمد، علم أصول القانون: خلاصة محاضرات ألقىت على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق عام 1354هـ-1936م د.ط، د. ت ط، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر -مصر- ص 21-22. / حجازي عبد الحي، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية، د.ط، د. ت ط، مكتبة عبد الله وهبة ، عابدين مصر- القاهرة- ص 58.

² (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 98.

³ (عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 57.

غير أن الفلاسفة اليونانيين أنفسهم اختلفوا حول حدود الطاعة التي تجب لقواعد القانون الطبيعي إلى رأيين:¹

1- ذهب الأوائل منهم، إلى القول بضرورة طاعة القوانين الوضعية التي تسنها الدولة حتى ولو كانت ظالمة أو غير عادلة ولا تتفق مع الأصول المثالية. باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير،² وأن الشر الأكبر - كما يرى أرسطو - يكون في انتزاع القوة من القوانين واعتياد الأفراد على مخالفتها. لذا فإن من الواجب جداً أن يغمض الناس أعينهم عن مساوئ المشرعين والحكومة، لأن طاعة القوانين الوضعية على ما فيها من عيوب أفضل من الفوضى التي تنجم عن مخالفتها³ !! وقد رأى أفلاطون مثل هذا حينما اعتبر أن الفرد ناقص بطبيعته، ولذلك تقوم الدولة باستيعاب حياته ونشاطه لتسيطر عليه سيطرة لا حد لها، لتدوب في ظلها حريات الأفراد جميعاً.⁴

2- بعد ظهور المدرسة الرواقية، بدأت فكرة القانون الطبيعي تتلبس بالنزعة الفردية. وتطورت الفلسفة اليونانية حتى وصلت إلى الإيمان بأن للفرد قيمة لا تعلوها قيمة، وأن الخير الأسمى يكمن في هذه القيمة. وأن القانون الطبيعي قانون يسود العالم على اختلاف أديانه وأجناسه، وهو قانون عابر للحدود والسلطات. وهو قائم على جوهر الإنسان الواحد، وطبيعته في كل زمان ومكان. وقد ذهب الرواقيون إلى القول بأن المثل الأعلى للحكيم؛ يكون في قدرته على التحرز من كافة المؤثرات الخارجية، بما فيها إجبار الدولة والخضوع لقوانينها الوضعية. وفي مقابل ذلك الالتزام بقانون واحد هو القانون الطبيعي الذي يحكم العالم كله، ويتجاوز حدود الدول ويخضع له الجميع، ويسمو فوق القوانين الوضعية ويعلو سلطانه سلطانها، باعتباره قائماً على وحدة الطبيعة الإنسانية.⁵

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 95.

² (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 98.

³ (سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، د.ط، 1974م، منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 135.

⁴ (آدمون رباط، المرجع السابق، ج01، ص 113.

⁵ (المرجع نفسه، ص 117. / أنور سلطان، المرجع السابق، ص 75.

ثانياً- القانون الطبيعي عند الرومان:

إذا كانت فكرة القانون الطبيعي قد ظهرت عند اليونانيين، إلا أنها لم تبق حبيسة عندهم. فسرعان ما انتقلت إلى الرومان وظهرت في كتابات فقهاءهم، الذين تأثروا -خاصة- بالفلسفة الرواقية وما انطوت عليه من نزعة فردية.¹ فنجد شيشرون مثلاً، يعتقد بوجود قانون موافق للطبيعة، مطابق للعقل السليم، معلوم للجميع، ولا يختلف في روما عنه في أثينا. وينطبق على الناس كافة، وهو خالد ثابت لا يغيره الزمان ولا المكان إذا تغيراً.² ونجد عند الفقيه بول مثل هذا الرأي، إذ يعتقد بوجود قانون سابق على القوانين الوضعية، وهو ليس من صنع الإنسان وإنما فرضته الطبيعة وأملاه العقل السليم. وقد ذهب الفقيه جايوس إلى القول بوجود قانون عالمي مشترك بين الإنسانية تلميه الطبيعة والعقل القويم.³

هذا وقد تطورت فكرة القانون الطبيعي في هذا العصر لتصبح قانوناً عملياً بعد أن كانت مجرد فلسفة عند اليونانيين، وقد ظهر تأثير ذلك التطور عند الرومان وأصبح فقهاءهم يميزون بين "القانون المدني" و"قانون الشعوب"؛ فالأول هو القانون الذي كان يطبق على الرومان الأصليين أنفسهم، أما "قانون الشعوب" أو "قانون البشر" فهو الذي كان يطبق على الأجانب. سواء فيما بينهم، أو في معاملاتهم مع الرومان. باعتبار أن قواعده مستمدة من القانون الطبيعي. ولما كان هذا الأخير أبدي عالمي، فإنه لا مانع من تطبيق قانون الشعوب المستمد منه على الشعوب المختلفة. بل إن بعض فقهاء الرومان نظر إلى عموم قانون الشعوب، واعتبره بناء على ذلك القانون الطبيعي ذاته.⁴ ولكن الحقيقة غير ذلك، إذ أن الفرق ظاهرٌ بين القانون الطبيعي الذي ظهر في الفلسفة

¹ (لا يفوتنا التنبيه هنا إلى أن اعتناق الرومان لفكرة القانون الطبيعي كان حاجة ملحة بعد أن ضاقت شريعة روما القديمة -التي كانت تعتبر الأجنبي عدواً لروما- ذرعاً بالتوسيع والتعديل وبعد ما حصل من أحداث وتطورات على إثر تأسيس الإمبراطورية الرومانية واتساع سلطاتها ودخول أهالي البلاد المحتلة ضمنه. آدمون رباط، المرجع السابق، ج01، ص 118.

² (جورج سباين، تطور الفكر السياسي، ترجمة جلال العروسي، د.ط، د.ت ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ج02، ص 53-54.

³ (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 76.

⁴ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 96.

اليونانية، وبين قانون الشعوب الذي يعد فكرة رومانية. وهو لا يعدو أن يكون قانوناً وضعياً يحكم العلاقات التي يدخل فيها الأجانب، في مقابل القانون المدني الذي يطبق على الرومان في علاقاتهم ببعضهم البعض. فالأول كان ينكر نظام الرّق ولا يقرّه ويعتبر أن الناس يولدون جميعاً أحراراً، في حين أن قانون الشّعوب كان يعترف به.¹

ثالثاً. القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى:

ورثت المسيحية في العصور الوسطى، القانون الطبيعي. وصبغته بصبغة دينية؛ إذ جعلته القانون الإلهي الذي يسمو على القوانين الوضعية. وهو وإن كان كما عرفه اليونان والرومان القانون الثابت الخالد الأبدي السرمدي، إلا أن الله هو الذي يلهمه باعتباره خالق الطبيعة، لا العقل.² ولكن برغم غلبة الصبغة الدينية على القانون الطبيعي في هذه المرحلة، إلا أن ذلك لم ينف عنه الصبغة العقلية التي لازمتها طيلة العصور السابقة. ذلك أنه وإن كان منبعثاً من الوحي، إلا أن الإنسان لا يدركه إلا بالعقل. وعلى إثر ذلك فقد فرّق فقهاء الكنيسة وعلى رأسهم القديس توما الإكويني، بين درجات ثلاثة للقانون؛ القانون الإلهي، والقانون الطبيعي، والقانون الوضعي. فالأول هو مشيئة الله وهو القانون الأزلي الأبدي، ويصل إلى البشر عن طريق الوحي. يؤمنون به ولا تستطيع عقولهم إدراكه على حقيقته، فهو مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال. أما الثاني فهو القدر من القانون الإلهي الذي استطاع العقل إدراكه. أما الثالث فهو القانون الوضعي وهو من صنع الإنسان، ويجب أن يستلهم فيه مبادئ القانون الطبيعي.³

وينبغي التنبيه هنا إلى أن فقهاء الكنيسة قد ألزموا الناس بطاعة القوانين الوضعية، حتى وإن خالفت مبادئ القانون الطبيعي وقواعده. لأن النفع العائد من طاعة تلك القوانين على ما فيها من عيوب—والذي يتمثل في استقرار المجتمع—أكبر من الضّرر العائد من العصيان. أما في حال مخالفة

¹ (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 76/ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 99.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 24.

³ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 98.

القانون الوضعي للقانون الإلهي، فعندها لا تجب طاعة هذا الأخير. بل إنها تعد خطيئة دينية، و لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي.¹

رابعاً- إنكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة إطلاق سيادة الدولة:

لقد كان فقهاء الكنيسة باعتناقهم لفكرة القانون الطبيعي، يرمون إلى إخضاع سلطة الملوك لسلطة البابا. وقد تمّ لهم ذلك إلى أن جاءت حركة " الإصلاح " في النصرانية وآلت إلى ظهور البروتستانتية². وبذلك انقسمت النصرانية إلى معسكرين؛ كاثوليك³، وبروتستانت. وتزامن ذلك مع بدأ تكون الدولة الحديثة. وصارت دويلات أوروبا التي كانت منصهرة في بوتقة النصرانية، دولاً قومية مستقلة عن كل من سلطتي البابا والإمبراطور. وزال عهد الإقطاع، وأطيح بسيادة الكنيسة وأضعف سلطانها وظهر مبدأ سيادة الدولة.

وينبغي أن ننبه هنا، إلى أن إمعان الكنيسة في إخضاع السّلطة الزمنية التي كان يمثلها الملوك، للسّلطة الدينية التي كان يمثلها البابا -دفع- بعض الكتاب إلى التطرّف في الدعوة إلى مبدأ سيادة الدولة. رغبة منهم في التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال. ونجد ذلك خاصة في القرن السادس عشر،

¹ (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 100-101.

² (البروتستانتية تطلق على مجموعة العقائد الدينية والكنسية المنبثقة عن حركة الإصلاح الديني في أوروبا التي رافقت ظهور الثورة الصناعية بما. وهي لغوياً مشتقة من كلمة لاتينية وهي " بروتستانو " وتعني الاحتجاج والمعارضة، ومنه سمي الذين قاموا بتلك الحركة الإصلاحية و خرجوا على تعاليم الكاثوليكية " بروتستانت ". وقد كان من أشهر زعمائها؛ مارتن لوثر، و جون كالفن. وهي طوائف متعددة من أبرزها: اللوثريون، الإصلاحيون، الإنجيليون، الإنكليكان.... إلخ. عبد الوهّاب الكيالي وآخرون، المرجع السابق، ج 01، ص 527-528. / محمد فريد وجدي، دائرة معارف القرن العشرين، ط3، 03، 1971م، دار المعرفة، بيروت - لبنان - ج02، ص 164. / إبراهيم عبد السيد، الفروق العقيدية بين المذاهب المسيحية، د.ط، د. ت ط، د. دن، المعادي - مصر - ص 08.

³ (الكاثوليكية: كلمة مشتقة من أصل يوناني يونانية " كاثوليكوس " ومعناه عام أو علمي. حيث أن الكنيسة الرومانية الكاثوليكية تمثّل أكبر تجمّع مسيحي في العالم. ويقودها بابا الفاتيكان التي تعد دويلة صغيرة مستقلة داخل العاصمة الإيطالية روما. وتتلخص معتقدات الكاثوليكية في أركان أربعة وهي: الثالوث والخلق، الخطيئة والخلّاص، طبيعة الكنيسة، البعث أو الحياة بعد الموت. سعد رستم، الفرق والمذاهب المسيحية منذ ظهور الإسلام حتى اليوم، ط 02، 2005م، الأوائل للنشر والتوزيع، سورية - دمشق - ص 68-72. / إبراهيم عبد السيد، المرجع السابق، ص 06.

عند كل من ميكيافيللي الذي يضع صاحب السلطان فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى. وعليه فإنه يبيح له أن يستعين بكل وسيلة تؤيد سلطانه. إذ الغاية عنده تبرر الوسيلة. والقوة تكون عادلة كلما كانت ضرورية. ونجد تطرفاً ليس أقلّ مما ذكر عند بودان، الذي كان يدعو إلى سيادة الدولة سيادة مطلقة. وفي سبيل ذلك يحلّ صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التي يفرضها على رعاياه. فما دام السلطان هو مصدر القانون، فليس هناك ما يلزمه اتجاه الأفراد، وإن التزم فإن التزامه لا يزيد عن كونه التزاماً أخلاقياً. ومن ثم، فإنه ليس للأفراد أي حقّ في مطالبته باحترام تلك الالتزامات.¹

خامساً. القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر:

بعد تراجع نظرية القانون الطبيعي في القرن السادس عشر، عادت لتظهر من جديد مع بداية القرن السابع عشر. لكنها عرفت خلاله وخلال القرن الذي تلاه اضطراباً كبيراً. وفيما يلي تفصيل ذلك:

1- عودة فكرة القانون الطبيعي في مطلع القرن السابع عشر على يد جروسيوس:

تولّد عن إنكار فكرة القانون الطبيعي، والتطرّف والمغالاة في الدعوة لمبدأ سيادة الدولة على إطلاقه، والذي ظهر عند بعض الكتاب في القرن السادس عشر على نحو ما تقدّم بيانه. -تولّد عن ذلك- طغيان على حقوق الأفراد وحرّياتهم في الدّاخل، وتحكم القوّة في العلاقات بين الدّول في الخارج. ومن هنا بدت الحاجة من جديد إلى عودة فكرة القانون الطبيعي كوسيلة لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم من طغيان الدولة من جهة، وإلخضاع علاقات الدول للعدل بدل أن تحكمها القوة من جهة أخرى. وقد استغل أنصار مذهب القانون الطبيعي تلك الأوضاع وشرعوا ينادون من جديد بضرورة الخضوع لقواعد عليا، تحكم علاقات الأفراد بالدولة وتنظم علاقات الدول فيما بينها على السواء.² وكان في مقدمة هؤلاء الفقيه جروسيوس الذي علّم القانون الطبيعي، وقطع صلته

¹ (حسن كيرة، المرجع السابق، ص 101. / جورج سباين، المرجع السابق، ج03، ص 42، 119.

² (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 99.

بالمسيحية التي لازمتها طيلة فترة القرون الوسطى. وأخرجه على شكل مذهب محدد المعالم حاول أن يجعل منه وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل، وأن يحررها من تحكم الدول وأصحاب السلطان تدخل رجال الدين فيها. كما ذهب في كتابه " قانون الحرب والسلام " إلى إقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي، واعتبر بذلك مؤسس القانون الدولي العام بمعناه الحديث.¹

ويذهب جروسوس إلى أن القانون الطبيعي مولود خالص للعقل والطبيعة، وهو عنده أمر يمليه العقل السليم ويستخلصه من طبيعة الإنسان. و يمكن الحكم بموجبه على فعل من الأفعال بأنه ظلم أو عدل. وذلك من حيث مطابقته أو عدمها للطبيعة والمعقول. والله -الذي خلق الطبيعة- إما أن يجرّم هذا الفعل وإما أن يأمر به. "وما أمر به لا يكون ملزماً لأن الله أمر به، بل الصحيح أنه أمر به لكونه ملزماً. فالله نفسه لا يستطيع أن يجعل ضعف العدد اثنين غير أربعة. وهو كذلك لا يستطيع أن لا يجعل شرّاً، ما هو شرٌّ بطبيعته".² وقد دفعت جروسوس آراؤه تلك، إلى التسليم بوجود حقوق ذاتية للإنسان تختمها طبيعته. تلك هي الحقوق الطبيعية، وهي مبدأ أساسي لا تستطيع القوانين الوضعية تجاهله.³

على أنه بالرغم من ذلك، قد أقرّ الكثير من العادات التي كانت متبعة في عصره، على ما فيها من إخلال بفكرة القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية التي كان هو نفسه يؤمن بها. فقد كان يرى أن الأصل في الإنسان الحرية طبقاً للقانون الطبيعي، ولكن هذه الحالة من الحرية ليست أبدية. فقد يفقد الفرد حرّيته على إثر حرب، كما أنه يستطيع أن يتنازل عنها بموجب عقد يبرمه. والأمة في ذلك مثل الأفراد تملك التنازل عن حرّيتها، وتكون تحت سيادة أمة أخرى على أن تحميها.⁴ وفي هذا التصور تناقض جلي، فالقانون الطبيعي الذي يستخلصه العقل من طبيعة الإنسان؛ أبدي خالد،

¹ (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 102.

² (الموسوعة الفلسفية المختصرة، ترجمة فؤاد كامل وآخرين، د.ط، د.ت ط، دار القلم، بيروت-لبنان- ص 166.

³ (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 103.

⁴ (السنهوري، المرجع السابق، ص 27.

ومتغير في نفس الوقت. فهو خالد من حيث أن الله نفسه لا يملك تغييره، ومتغير من حيث أن الإنسان يملك ذلك إن أراد !!.

2- تطرف فكرة القانون الطبيعي:

لم يكن أنصار مذهب القانون الطبيعي من فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر - باستثناء جروسيوس - يخضعون لمؤثرات العصر، ولم يكونوا يبررون النظم الوضعية الظالمة التي كانت متبعة في زمنهم، كالرق وحق الفتح. بل كانوا يجاهرون بضرورة إلغائها لمخالفتها للقانون الطبيعي. غير أن نظرهم لهذا الأخير كانت تنطوي على كثير من المغالاة والتطرف، إذ لم تعد قاصرة على اعتباره موجّهات كلية مثالية يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء، ويلتزم المشرع الوضعي باحترامها فيما يشرعه من قوانين. وإنما باتت تتعدى إلى اعتباره تشريعاً نموذجياً مفصلاً. يحمل لكل وضع من الأوضاع قواعد تفصيلية تنظمه. وبالتالي لم يعد دور المشرع يزيد عن تحويل القواعد النموذجية إلى قواعد وضعية، وإزالة الفوارق بين الصّورة والأصل. وواضح أن هذا النظر ينتهي إلى أن يعتبر من القانون الطبيعي، كل ما يوجد في القانون الوضعي من قواعد توافق العقل. بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمي إلى مثاليته والسّموم بأحكامه. وبذلك يظهر ما ينطوي عليه هذا القول من خلط بين القانون الطبيعي كفكرة، وبين ما يعمد إليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق لهذه الفكرة. كما يناقض هذا النظر، القول بثبات وخلود القانون الطبيعي وعالميته، وأنه لا يتغير بتغير الزمان والمكان. ذلك أن العقل الإنساني الذي يستخلصه، لا يبلغ من القدرة ما يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية، التي تكون صالحة لمواجهة مشاكل الحياة الاجتماعية في كل زمان ومكان.¹

3- القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي:

وبخصوص ما تقدّمت الإشارة إليه سابقاً، من إلحاح حاجة الناس في هذه الفترة - خاصة - إلى قواعد عليا تنظم علاقاتهم بالدولة وتحمي حقوقهم وحرّياتهم من طغيان سيادة الدولة

¹ (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 105).

المطلقة الذي دعا إليه بعض الكتاب ممن سبقت ذكرهم. فإن المفكرين قد بحثوا ذلك وفتشوا عن أساس شرعية سيادة الدولة، وتركزت فلسفتهم في نظرية العقد الاجتماعي، التي حاولوا من خلالها التعبير عن فكرة القانون الطبيعي وتقريبها للأذهان. وملخص هذه النظرية أن الأفراد كانوا يعيشون في عزلة طبيعية قبل أن ينتظموا في مجتمع سياسي، وكان كل واحد منهم يتمتع بجزية مطلقة تمكنه من أن يفعل ما يشاء. ولما كانت الحرية المطلقة تؤدي إلى الفوضى، فقد اتفقوا على أن يتنازلوا عن بعض حرياتهم بالقدر اللازم لقيام جماعة منظمة. وأبرموا عقداً اجتماعياً انتقلوا به من الحياة الطبيعية، إلى الحياة الجماعية المنظمة. غير أن فلاسفة العقد الاجتماعي وإن اتفقوا على ما تقدّم، فقد اختلفوا بعد ذلك في أطراف ذلك العقد ومضمونه.¹

فذهب هوبز إلى القول بأن العقد أبرم بين أفراد الناس جميعاً، ولم يكن السلطان طرفاً فيه. وقد تنازل الأفراد جميعاً عن حقوقهم وحرّياتهم الطبيعية للسلطان -الذي له وحده السلطة المطلقة في أن يضع القوانين- ليقوم النظام بينهم. وله السلطة المطلقة على الناس. ويمكنه أن يستبدّ بالأمر فيهم، وذلك كلّ خير من الرجوع إلى حياة الفوضى.² ويضيف هوبز أن تنازل الأفراد نهائي لا رجعة عنه، وعليه فإنه لا يمكنهم أن يستردوا من السلطان ما تنازلوا له عنه. إذ لم يكن طرفاً في العقد حتى يلتزم بشيء. وجلي ما في هذا المنطق من استبداد مطلق إذ يفترق إلى أي ضمانات تحول دون تحكّم صاحب السلطة وانحرافه بالقوانين الوضعية. كما أنه يؤول إلى إنكار فكرة القانون الطبيعي - التي زعم هوبز أنه من أنصارها³ - إذ ليس بعد العقد الاجتماعي عدل ولا ظلم. وكل ذلك يصبح

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 101.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 28. / أحمد وفاق، المرجع السابق، ج 01، ص 135-136. / أنور سلطان، المرجع السابق، ص 79.

³ يعلن هوبز تأييده لمذهب القانون الطبيعي ويذهب إلى القول بأن أول أمر يصدر عن القانون الطبيعي هو البحث عن السلام والسعي إليه والناس بموجب ذلك ملزمين بالسعي للسلام، كما يرى أن هناك أمراً آخر يتفرّع عن القانون الطبيعي وهو أن الإنسان يكون مستعداً -عندما يكون الآخرون كذلك- أن يتنازل عن حقوقه وبذلك التنازل ينشأ المجتمع السياسي. ولكن الإرادة عنده ليست حرة في أن تضع في العقد ما تشاء ومن ثم فليس لها أن تتنازل عن الحقوق الطبيعية للإنسان والتي تستمد وجودها من القانون الطبيعي أي أن العقد عند هوبز -كما هو عند لوك وروسو- يستمد وجوده وشروطه من القانون الطبيعي لا من الإرادة

رهن إرادة صاحب السلطان، وبذلك تسود القوة في عهد المجتمع المنظم، كما كانت سائدة في عهد الطبيعة.¹

أما جون لوك فقد رأى أن العقد قد تم بين الأفراد من جهة والسلطان من جهة أخرى، وبمقتضى هذا العقد تنازل الأفراد عن جزء من حريتهم الطبيعية. بالقدر الذي يمكن من ممارسة الجزء الآخر الذي يحتفظون به. ويتعين على السلطان العمل على صيانة هذا الجزء الذي تم الاحتفاظ به، كما يتعين عليه السعي لتحقيق الصالح العام. وفي حال إخلاله بالتزاماته كان للشعب أن يفسخ العقد. وتصبح الثورة على السلطان حينئذ مشروعة. ومن ثم فإن القانون الوضعي في هذا النظر، ينبغي أن يكفل الحقوق الطبيعية للأفراد، والمستمدة من القانون الطبيعي وإلا فقد شرعيته.²

ويذهب لوك إلى أن القانون الطبيعي هو القاعدة الخالدة للناس جميعاً، بما فيهم المشرعين وغيرهم. ويعتبره قانون العقل الذي لا تستطيع إرادة الأفراد ولا إرادة المشرع مخالفته. ومن ثم فإن نظرية العقد الاجتماعي التي تفسر نشأة المجتمعات السياسية "الدول" باتحاد الإرادات، لا تعني أكثر من أن المجتمع السياسي لا يمكن أن يفرض بالقوة والقهر. وأن الشخص لا يمكن أن يجبر على الخضوع للسلطة السياسية بغير إرادته. أما أساس الدولة في الحقيقة فليس العقد، ولكنه القانون الطبيعي الذي فرض إبرام هذا العقد وحدد شروطه، ومنحه قوته الملزمة. فالعقد الاجتماعي إذن عقد عقلي غير إرادي، وهو لا يستمد قوته من إرادة أطرافه، بل من مطابقته للقانون الطبيعي. وعليه فإن العقد لا يمكن أن يقيم سلطة مطلقة تحكيمية، ولا أن يخل بما قرره القانون الطبيعي الذي يعد سبب وجوده

أي أن القانون الطبيعي الذي يأمر بالبحث عن السلام والسعي إليه هو الذي فرضه. وهو الذي يلزم الأفراد باحترام ما اتفقوا عليه ويحتم عليهم الوفاء به. غير أن هوبز بالرغم من ذلك قد انحرف بمذهب القانون الطبيعي انحرافاً يبرر طغيان القانون الوضعي بل إن انحرافه بها وصل لحدّ إنكارها. سمير تناغو، المرجع السابق، ص 169.

¹ (حسن كيرة، المرجع السابق، ص 106.

² (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 102.

ومصدر قوته. وإذا لم يكن ذلك العقد أكثر من وسيلة للمحافظة على حريات الأفراد وممتلكاتهم وتنظيم حياتهم المشتركة، فإنه لا يمكن بحال من الأحوال أن يتضمن إخلالاً بهذه الأمور.¹ أما روسو، فقد رأى بأن العقد الاجتماعي أبرم بين أفراد الشعب جميعاً. على أن يتنازلوا عن حريتهم الطبيعية للشعب نفسه، إذ ليس هناك سلطان غيره. ويستعيضوا عن حرياتهم الطبيعية تلك، بحريات مدنية محدودة. ولما كان مستحيلاً أن يباشر الشعب بمجموعه سلطانه، فإن الأفراد قد أقاموا عنهم وكيلًا للتعبير عن إرادتهم العامة، والإشراف على حرياتهم بحيث يكفل لهم التمتع بها. ولهم أن يعزلوه متى أخل بواجبات الوكالة.² وعليه فإن كل فرد في تعاقد ملزم بعلاقتين؛ إحداهما بوصفه عضواً في المجموع، وهذه ترتب عليه التزاماً نحو الأفراد، والأخرى بوصفه فرداً وهذه ترتب عليه التزاماً نحو المجموع. هذا وقد افترض روسو صيغة للتعاقد حصرها في العبارة التالية: (يضع كل واحد منها شخصه وجميع قوته شركة تحت إدارة الإرادة العامة...).

ويرى روسو أن إرادة مجموع الشعب - التي عبر عنها بالإرادة العامة - معصومة، و لا يمكن أبداً أن تضر بجميع أعضائها، ولا بأحدهم على انفراد. ولا أن تكون لها مصلحة مخالفة لمصالح أفراد المجموع. ومن ثم فإن السلطان لا يحتاج إلى ضامن اتجاه الرعية، فهو يعبر عن الإرادة العامة،³ كما أن القوانين تستمد شرعيتها وقوتها وإلزاميتها من كونها تعبير عن الإرادة العامة.⁴

غير أنه ينبغي علينا التنبيه هنا إلى أن روسو يرى - كغيره من فلاسفة العقد الاجتماعي - أن دور الإرادة في العقد محدود. لكونه كان مفروضاً بالضرورة؛ فرضته حياة الطبيعة التي كان يعيشها الأفراد قبل العقد، والتي انتهت إلى حالة يستحيل دوامها، فقد أصبح معها هلاك الجنس البشري أمراً مقضياً إذا لم يغيّر هذا الأخير طراز حياته. ومما يؤكد محدودية دور الإرادة في هذا العقد أيضاً، كون

¹ (سمير تناغو، المرجع السابق، ص 170-171.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 28.

³ (جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعيتر، ط02، 1995م، مؤسسة الأبحاث العربية، بيروت - لبنان - ص 47-48.

⁴ (حسن كيرة، المرجع السابق، ص 107.

شروطه محددة بطبيعته، لحدّ أن أقلّ تبديل يجعلها باطلة ، (وهي واحدة في كل مكان، مسلّم معترف بها ضمناً في كل مكان).¹ وحاصل مذهب روسو أنه يعتبر العقد الاجتماعي عقداً عقلياً لا إرادياً، وأن مصدره القانون الطبيعي لا إرادة الأفراد.²

غير أن قليلاً من التأمل في مذهب روسو يجد أنه ينتهي إلى إنكار ضمني لفكرة القانون الطبيعي حينما يحرر الإرادة العامة والقوانين الوضعية من الخضوع لأي موجه من موجّهات العدل العقلية، بحيث يصير عدلاً ما يريدّه المجموع أو - على الأصح - ما تريده الأغلبية. كما نلمس عنده إنكاراً لهذه الفكرة أيضاً حينما يعطي للإرادة العامّة سلطة تحديد وتقييد الحريات والحقوق الطبيعية - المستمدة من القانون الطبيعي - التي يحتفظ بها الأفراد.³ وبذلك يكون روسو قد انقلب من حيث لا يشعر على المذهب الذي كان هو قد بنى عليه نظريته في العقد الاجتماعي.

واستخلاصاً مما سبق، فإن فلاسفة العقد الاجتماعي وإن اتفقوا على الإقرار بفكرة القانون الطبيعي وانطلقوا منها في تأسيس مواقفهم، إلا أنهم بعد ذلك اختلفوا في وفائهم لها إلى فريقين؛ أحدهما استخدمها كوسيلة لتحقيق غرض أو تبرير وضع قائم ولم يلبث أن نقضها بالعقد الاجتماعي وقال أن هذا الأخير يجب ما قبله. كهوبز الذي ذهب إلى أنه لا عدل ولا ظلم بعد العقد، و أن كل ذلك يصبح رهناً لإرادة صاحب السلطان، ونفى إمكانية التراجع عن العقد واسترداد ما تم التنازل عنه - وقد عرف عنه أنه كان نصيراً للحكومة الاستبدادية التي كانت قائمة في إنجلترا في عهده - وروسو الذي استخدم فكرة العقد كأداة لإنكار حق الملوك في السيادة، وحصرها في المجموع. فذهب إلى أن الشعب وحده مصدر السلطة وصاحب السيادة. وما السلطان إلا وكيل عن الشعب، ومعبّر عن إرادته. ولما كان السلطان معبراً عن إرادة المجموع كان كلّ ما يصدر عنه مشروعاً. فحرّر القانون الوضعي من أي موجهه عقلي للعدل، واعتبر أن العدل هو ما يريدّه المجموع.

¹ (جان جاك روسو، المرجع السابق، ص 43-44.

² (سمير تناغو، المرجع السابق، ص 173.

³ (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 108.

أما الفريق الآخر فقد كان صادقاً في مناصرته لها ، كجون لوك الذي اعتبر أن القانون الطبيعي هو الذي فرض العقد، وهو سبب وجوده. وهو الذي حدد شروطه. وعليه فإنه لا يمكن أبداً أن يخالفه أو يتضمن انتهاكاً له. وللإشارة، فإن لوك من أنصار الملكية المقيّدة، وكان يدافع عن الثورة الإنجليزية التي اندلعت عام 1688م.¹

4- انتصار القانون الطبيعي في عهد الثورة الفرنسية:

في أواخر القرن الثامن عشر، بلغ مذهب القانون الطبيعي ذروة مجده. وكان ذلك بسبب قيام الثورة الفرنسية سنة 1789م، و تأثر رجالها بكتابات وأفكار روسو خاصة، فقرروا السيادة للشعب كمجموع. وأخذوا بفكرة القانون الطبيعي كقيد على هذه السيادة. واعترفوا للشعب بحقه في الثورة على القوانين الوضعية التي تخالف القانون الطبيعي. وصدر "إعلان حقوق الإنسان والمواطن"، الذي أقرّ ضمناً بوجود قانون طبيعي. وقد نصّ في مادته الثانية على أن: " الغاية من كل مجتمع سياسي؛ هي المحافظة على الحقوق الطبيعية الخالدة للإنسان...". وهكذا أصبح القانون الطبيعي مذهباً رسمياً، وتدلّى أثره إلى القوانين الوضعية التي صدرت في تلك الفترة. حتى ورد في مشروع قانون نابليون، عبارة صريحة تؤشر على وجود هذا القانون. إذ جاء فيه أنّه: " يوجد قانون عام لا يتغير هو مصدر لكل القوانين الوضعية ، هذا القانون ليس إلا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل البشر". وإن كان هذا النص قد حذف من الصياغة النهائية، فإن ذلك لم يكن إنكاراً لفكرة القانون الطبيعي. بل كان تجنياً للتشريعات الوضعية، من أن تخوض في المبادئ الفلسفية.²

سادساً- تراجع مذهب القانون الطبيعي أمام كثرة الانتقادات في القرن التاسع عشر:

لم يلبث مذهب القانون الطبيعي بعد أن بلغ أوج مجده، حتى تجددت الانتقادات الموجهة إليه. وكان أبرزها تلك التي سدّدها إليه مذهب التطور التاريخي الذي ظهر بألمانيا، على يد الفقيه سافيني. والتي يمكن تلخيصها في فكرتين؛ أولاهما تقوم على إنكار صفة الخلود والثبات

¹ (السنهوري، المرجع السابق ، ص 27-29. / حسن كيرة، المرجع السابق، ص 105-108.

² (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 80-81. / توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية ص 103.

والأبدية، التي زعم أنصار القانون الطبيعي اتّصاف قواعده بها، إذ أن الواقع - كما يرى أنصار مذهب التطور التاريخي - يكذب ذلك، فالقواعد القانونية كانت ولا تزال متغيرة بحسب تغير الزّمان والمكان. وبالتالي فإن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، وهي متطورة متغيرة. ومن ثم لم يكن ممكناً، أن يثبت القانون على حال واحدة.

والثانية، تقوم على إنكار فكرة أن العقل هو الذي يكشف عن القانون الطبيعي. لأن ذلك يؤدي إلى تغير القواعد تبعاً لتصور كل شخص. وذلك لاختلاف الناس في تفكيرهم ومداركهم، وعواطفهم، ودرجة ثقافتهم، وظروف البيئة الاجتماعية التي ينشؤون فيها. وبذلك لا تصبح قواعد القانون الطبيعي ثابتة أزلية لا تتغير كما يرى أنصاره.¹

سابعاً عودة مذهب القانون الطبيعي وانبعائه:

على إثر الهجوم الذي تعرضت له فكرة القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر على يد رواد مذهب التطور التاريخي، قام أنصارها بالسّعي لتخليصها من تلك الانتقادات التي طالتها. قصد إحيائها وإعادة بعثها من جديد. وقد سلكوا في ذلك سبيلين؛ الأول: تزعمه الفقيه الألماني ستاملر، وقد قصد فيه إلى خلع صفة الثبات والخلود عن القانون الطبيعي. والتي كان خصومه قد أنكروها، فأخرج بذلك ما سماه " القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير".

والثاني: هو مذهب جمهور الفقهاء، وقد قصدوا فيه إلى قصر وظيفة القانون الطبيعي على التوجيه والإلهام بمبادئ العدل المثالية، بدل النزول به إلى التفصيل.²

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية ، ص 103-104.

² (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص112.

1- القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير:¹

ترغم هذا الاتجاه الفقيه ستاملر، متأثراً بما أثبتته العلوم الاجتماعية والتاريخية من أنه ما من شيء في الكون إلا وهو معرض للتغير والتطور، وأن المبادئ الحقوقية والأحكام القانونية ومضامين العدل ذاته إنما تتبدل وتغنى. وهذا ما دفعه إلى القول بأن فكرة وجود قانون عادل يسمو على القوانين الوضعية، هي الفكرة الوحيدة الثابتة، والتي ستظل خالدة للأبد. وتبقى حية في كل مجتمع بشري، على اختلاف جنسه أو لونه أو دينه. ومهما تبدل زمانه ومكانه. وهي كامنة في قلب كل إنسان، وقد ثبت وجودها لدى شعوب العالم قاطبة. ولكن إذا كانت هذه الفكرة سائدة أبداً، فإن مضمونها متغير يجري عليه التعديل ويخضع للتطور. فما يعد عدلاً لدى شعب من الشعوب قد يكون ظلماً لدى شعب آخر، بل إن الأمر الواحد قد يعد ظلماً وعدلاً لدى نفس الشعب إذا تغير الزمان.

فالقانون الطبيعي بحسب هذا النظر، هو الأداة التي تستخدم في تلبية الحاجة إلى العدل التي تحتاج قلب كل إنسان، وفي كل زمان ومكان. ومن ثم فإن مضمونه يختلف باختلاف الأزمنة والمجتمعات، حسب التصور السائد فيها لفكرة العدل.

ويبدو جلياً هشاشة هذا النظر، إذ يعتبر المثل الأعلى بطبيعته ثابت متغير في آن واحد، ويجعل من العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها موضوع محدد يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف الزمان والمكان. وهذا ما جعل مذهب ستاملر في مرمى النقاد، معتبرين أن القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير، ليس أكثر من زجاجة فارغة أُلصقت عليها بطاقة جميلة. وأن ستاملر حينما حاول إحياء القانون الطبيعي على هذه الصورة قد أماته. ذلك أنه هدم مثله الأعلى للعدل، حينما سلم بأنه أمر نسبي متغير، وليس مطلقاً ثابتاً. كما أنه انتهى إلى دمج القانون الطبيعي بالأخلاق، ذلك أنه لم يفرق بين مبادئ هذا القانون وبين القواعد التي أوجبتها الأخلاق القومية من حب للعدل.

¹ (أدمون رباط، المرجع السابق، ج01، ص 147-149. / أنور سلطان، المرجع السابق، ص 81-82.

في حين أن أساس القانون الطبيعي هو في اعتباره مجموعة مبادئ يكشف عنها العقل وهي غير الأخلاق ولا تختلط بها.

2- القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل:

رأينا فيما سبق أن فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير، قد انتهت إلى إنكار النظرية من الأساس. وقد وصلت إلى نقيض هدفها تماماً. فقد أدت إلى تراجع وانحسار مذهب القانون الطبيعي من حيث أرادت أن تنعشه. وهو ما أدى إلى ظهور محاولة جديدة مع مطلع القرن العشرين، سعى فيها عدد من الفقهاء إلى العودة إلى النظرية التقليدية للقانون الطبيعي. التي تقوم على أن هذا الأخير يشمل قواعد أبدية خالدة لا يغيرها الزمان والمكان، وأنها ما ينبغي أن تتجه نحوه القوانين الوضعية. ولكنهم تجنبوا ما طال هذه النظرية سابقاً من القول بأن القانون الطبيعي يحوي قواعد نموذجية تفصيلية لكل وضع من الأوضاع. وقالوا بأن دور القانون الطبيعي مقتصر على التوجيه، إذ أنه يتضمن عدداً محدوداً من المبادئ والقواعد الأساسية المشتركة بين مختلف المجتمعات، الخالدة رغم تغير الزمان والمكان. والتي تعتبر مثلاً أعلى للعدل، ينبغي على المشرع أن يستلهمها حينما يضع القوانين، وتعدّ أساساً تقاس به صلاحية التشريعات الوضعية من عدمها.¹

ولكن أنصار القانون الطبيعي "الحديث" وإن كانوا قد اتفقوا على أن هذا القانون يتضمن مبادئ أساسية محدودة العدد، مشتركة بين المجتمعات وتعتبر مثلاً أعلى للعدل ينبغي أن تتجه نحوه القوانين الوضعية. إلا أنهم لا يتفقون على تلك المبادئ، ولا على منابعها التي تستخلص منها. إذ أن لكل منهم رأياً خاصاً به، منفرداً عن غيره فيما يجب أن يحتويه ذلك القانون.²

تقدير مذهب القانون الطبيعي وبيان مدى صلاحيته لتأسيس القانون:

إن الذي يلاحظ بعد العرض الموجز -المتقدم- لما مرّ به مذهب القانون الطبيعي عبر العصور، هو حجم الاضطراب والتناقض وعدم الاستقرار الذي ينطوي عليه. والذي يرجع في الغالب

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 106-108.

² (آدمون رباط، المرجع السابق، ج01، ص 140، 143.

إلى الغموض الشديد الذي يتميز به. مما جعله محلّ خلاف وتباين في الآراء بين الفقهاء والفلاسفة، وعرضة لأن تطحنه رحي الغايات المتناقضة. كما يلاحظ أيضاً أن هذا المذهب لم يسلم من النقد في أي محطة من محطاته التاريخية التي مرّ بها، وهو وإن كتب له أن ينتصر وينتشر في مرحلة من المراحل، فإنه سرعان ما يضعف وينحسر في المرحلة التي تليها.

فعند اليونانيين والذين ترجع نشأة القانون الطبيعي إليهم؛ نجد أنه عند الأوائل منهم، صبغ بصبغة النزعة الاجتماعية. حتى كان أنصاره يرون ضرورة طاعة القوانين الوضعية حتى لو خالفته. وبالتالي أفقده جدواه، إذ ما نفع القول بسمو القانون الطبيعي على الوضعي، إذا كانت طاعة هذا الأخير واجبة في حالة موافقته له وفي حالة خروجه عنه. وعند الرواقين اصطبغ القانون الطبيعي بالنزعة الفردية، وعند كل من الفلاسفة المتقدمين والمتأخرين اليونانيين، حافظ ذلك القانون على غموضه. إذ ذهب كل منهما إلى أن العقل هو الذي يكشف عنه، وقد مر معنا أن في هذا القول تناقض. إذ يؤدي إلى تغير القواعد تبعاً لتصور كل شخص، لأن الناس متفاوتون في مداركهم وتفكيرهم وثقافتهم. وبالتالي لا تصبح القواعد أزلية كما زعم أنصار القانون الطبيعي، بل متغيرة من شخص إلى شخص ومن جيل إلى جيل. ويمكن أن نلمس ذلك بوضوح حين يتم النزول بفكرة القانون الطبيعي إلى التخصيص وتحديد قواعد ومبادئ هذا القانون إذ نجد أن أرسطو نفسه - وهو صاحب النظرية - يذهب إلى القول بأن الرق طبيعي في بعض الناس، وأن كلّ من بلغ به الانحطاط حدّاً لا يرتجى معه منه سوى استعمال جسده كأفضل ما يصدر عنه، كان عبداً بطبعه. وخير لمثله أن يخضع لسلطة سيّد. واستخدامه يكون كاستخدام الحيوانات، لأن فئتي العبيد والدواجن تساهمان في سدّ احتياجات الجسد!!!¹ ولا يخفى تعارض رأي أرسطو هذا مع غيره من أنصار مذهب القانون الطبيعي، الذين يعتبرون أن الأصل في الإنسان الحرية، وأن الناس جميعاً يولدون أحراراً.

¹ (يذهب أرسطو مذهباً غريباً فيرى أن الرق طبيعي في بعض الناس، والطبيعة هي التي تفرض ذلك وتريدهم أن يكونوا عبيداً كما تريد أن يكون بعضهم أحراراً، ويرى أن كلا من الفريقين له صفات جسمية ونفسية خاصة به تميزه عن غيره، والطبيعة تقضي بأن يزاو العبيد الأشغال الوضعية في حين أن الأحرار والسادة يشغلون الوظائف الرفيعة السامية. ويضيف بأنه يصح لمن حاز في نفسه

وعند الرومان، نجد أنهم استنسخوا المذهب من الفلسفة الرواقية، ولذلك فإن ذات الانتقادات يمكن أن ترد على مذهبهم. وفوق ذلك فإن ما سمّوه "قانون الشعوب" والذي ذهب بعضهم إلى أنه هو القانون الطبيعي، كان يقرّ الرّق أيضاً في حين أن القانون الطبيعي يعتبر أن الناس جميعاً يولدون أحراراً.

أما عند فقهاء الكنيسة فنجد أن القانون الطبيعي عندهم لم يسمّ بالقدر الذي تسقط معه طاعة القانون الوضعي إذا خالفه، إذ اعتبروا القانون الإلهي أسمى منه. وذهبوا إلى أن مخالفة هذا الأخير من قبل القانون الوضعي هي فقط ما يجب معصيته. وهم وإن قالوا بأن القانون الطبيعي هو الجزء الذي يدركه العقل من القانون الإلهي، إلا أنهم يرون أن بقية قواعد هذا الأخير لا يمكن إدراكها بالعقل وإنما بالوحي. والبشر يؤمنون به ولا تستطيع عقولهم الوصول إليه على حقيقته، ولذلك فهو قضية تتعلق بالإيمان والاعتقاد لا بالعقل والاستدلال. وبذلك انتهى تصورهم إلى الاستبداد باسم الوحي والدين.

أما في القرن السادس عشر، مع زوال عهد الإقطاع وبدء تشكل الدولة الحديثة فنجد أن مذهب القانون الطبيعي انتكس أمام تنامي مبدأ سيادة الدولة، الذي كان يدعو إليه كل من بودان وميكيافيللي.

وفي القرنين السابع عشر والثامن عشر، وبعد عودته على يد جروسويس حافظ القانون الطبيعي على غموضه واضطرابه الذي ظهر في النتيجة التي انتهى إليها جروسويس نفسه، حينما ذهب إلى القول بخلود وثبات القانون الطبيعي، واعترف بأن للإنسان حقوقاً ذاتية تحتمها طبيعته. ثم نقض غزله فقال أن الإنسان وإن كان الأصل فيه الحرية، إلا أنه يمكنه أن يفقد حريته إما بالتنازل عنها بعقد يبرمه -و التنازل عن الحرية قد يكون الأمة كما قد يكون من الأفراد - وإما بأن يتم استعباده إثر حرب.

أو جسمه صفات الأحرار أن يستعبد من هم دونه !!! . أرسطو، السياسات، ترجمة أوغسطينس بريارة البوليسي، د.ط، 1957م، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية-بيروت- ص 15-17.

وحتى عند بقية أنصاره في هذه الفترة والذين لم يتورطوا في ترير النظم الوضعية التي كانت متبعة في عصرهم - كالرّق - فإن القانون الطبيعي عرف تطرفاً ومغالاة. إذ بات ينظر إليه على أنه قانون نموذجي يتضمن قواعد تفصيلية لكل وضع من أوضاع الحياة الاجتماعية. وبالتالي وقع الخلط بين فكرة القانون الطبيعي، وبين ما يضعه المشرّع من حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية تطبيقاً لها.

أما عند فلاسفة العقد الاجتماعي فنجد منهم من انتهى إلى القول بأن العقد يجب ما كان قبله من قانون طبيعي. وهؤلاء هم هوبز الذي أطلق سلطة الحاكم وقال بأنه وحده من له السلطة المطلقة في وضع القوانين، ولما لم يكن السلطان طرفاً في العقد، فهو غير ملزم بأي التزام. ولا قيود ولا حدود لسلطته. وروسو الذي انتهى إلى إنكار ضمني لفكرة القانون الطبيعي، وآلت نظريته إلى الاستبداد باسم الشعب، حينما منح الإرادة العامة - مجموع الشعب - السلطة المطلقة في وضع القوانين. وهو وإن كان قد قال بأن تنازل الأفراد لم يقع على كامل حقوقهم وحرّياتهم، بل على جزء منها بالقدر الذي يسمح بالحياة الجماعية والتمتع بالجزء الذي تم الاحتفاظ به. إلا أنه أوكل إلى الإرادة العامة أمر تحديد تلك الحقوق الطبيعية التي يحتفظ بها الأفراد.

وحتى عند لوك الذي كان وفيّاً لمذهب القانون الطبيعي، فإن هذا الأخير في عصره أيضاً بقي غامضاً إذ اعتبر - كمن سبقه - أن العقل كاشف عن قواعد ومبادئ هذا القانون، وقد رأينا أن هذا النظر منتقد.

وإن كان النجاح قد كتب لهذا المذهب مع الثورة الفرنسية، فإنه ما لبث أن عاد إلى التراجع بسبب كثرة الانتقادات التي وجهها إليه رواد مذهب التطور التاريخي. مما دفع أنصاره إلى محاولة إحيائه من جديد. وقد أسفرت تلك المحاولة عن ظهور اتجاهين؛ أحدهما عرف بمذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير، تزعمه الفقيه ستامر وقد رأينا أن هذا الأخير أمات المذهب من حيث أراد إحياءه، ذلك أنه هدم مثله الأعلى للعدل، حينما سلم بأنه أمر نسبي متغير وليس مطلقاً ثابتاً. واعتبر أن فكرة وجود قانون عادل فكرة ثابتة خالدة، لكن مضمونها متغير، إذ يختلف باختلاف الزمان والأشخاص والمكان، فما يعدّ عدلاً في مجتمع قد يكون ظلماً عند غيره !!!.

والآخر وهو مذهب أغلب الفقهاء المحدثين، ويقوم على إعادة النظرية التقليدية للقانون الطبيعي، مع تجنيبها ما طرأ عليها من تطرف. بأن قالوا بأن القانون الطبيعي يشتمل على قواعد أساسية محدودة العدد، وقصروا دوره على توجيه القوانين الوضعية نحو العدل، بدل ما كان يراه البعض من اشتغال هذا القانون على قواعد نموذجية تفصيلية لكل وضع من الأوضاع. ولكن بالرغم من ذلك فإنهم لم يتفقوا على تلك القواعد الأساسية التي يتضمنها القانون الطبيعي، ولعل ذلك يمكن إرجاعه إلى ما تقدم بيانه من كون العقل هو الذي يكشف عن قواعد هذا القانون وقد رأينا الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي.

وفوق كل هذا الانتقادات فإنه يمكن أن يلاحظ أيضاً، أنه لا يمكن اعتبار القانون الطبيعي -في جميع صورته- قانوناً بالمعنى الدقيق، إذ ينقصه العنصر المميز للقانون، وهو الفاعلية والقابلية للتنفيذ القهري. إذ أنه "قانون أعزل" لا يعدو أن يكون مجرد آماني وآمال، تبتغي أن تصبح قانوناً فعلاً¹. لكن الذي يمكن استنتاجه من هذا المذهب برغم اضطرابه وغموضه أمران؛ الأول هو أن الإرادة البشرية عاجزة عن الاستقلال والانفراد بنفسها، وأنها دائماً محتاجة إلى موجه، يوجهها وجهة العدل ويعصمها من الانحراف والزيغ.

والثاني، أن فكرة القانون الطبيعي على نحو ما رأيناها ليست هي ذلك الموجه. إذ أن بها من الغموض والتناقض والاضطراب، ما يفقدها صلاحيتها لأن تكون جوهرًا للقانون وأساساً لشرعيته ومسوغاً لطاعته.

ثامناً القانون الطبيعي عند المسلمين:

ومما يجدر بنا أن نشير إليه، هو أن فكرة القانون الطبيعي التي تقوم على القول بوجود مبادئ وقواعد أبدية، ثابتة خالدة نابعة من ذات الأشياء لا تتغير بتغير الزمان والمكان. تعرف بالعقل السليم، وتوحي بالعدل. وتعتبر المثل الأعلى الذي ينبغي أن يتجه إليه التشريع -أن هذه

¹ (عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 60-61).

الفكرة- قد تم تداولها بين علماء المسلمين ، واشتهرت عندهم بفكرة التحسين والتقييح العقليين¹. وإن اختلفت دوافع وظروف نشأتها عندهم، عنها في نظرية القانون الطبيعي في الفكر الغربي، فإن كانت نشأة هذه الأخيرة قد ارتبطت بما راود الإنسان قديما من التطلع إلى قوة غيبية يحتمي بها من ظلم الحكام واستبدادهم ووسيلة تنظم علاقاته بهم. فإن فكرة التحسين والتقييح التي عرفها المسلمون مختلفة من حيث دوافع وظروف نشأتها اختلافاً كلياً. إذ أنها لم تكن ملجأ للاحتماء من جور الحكام، ولكنها كانت منهجاً عقلياً انتهجه المعتزلة معتقدين بأنه السبيل الأمثل للتطبيق الكامل للنصوص القرآنية. وأنه الكفيل بسلامة المعتقد واستقامة الدين. محاولين من خلاله أن يثبتوا أن الإيمان حقيقة عقلية قبل أن يرد الشرع ويكون حقيقة شرعية.²

¹ (ينبغي هنا أن نبين المراد بالحسن والقبح ، وإنما لن نعرض للمعنى اللغوي لأنه ليس ذي جدوى هاهنا. بل سنكتفي بإيراد أشهر معاني الحسن والقبح في اصطلاح الأصوليين والمتكلمين والتي تتضح بها فكرة التحسين والتقييح وتستبين من خلالها مذاهب العلماء بشأنها. وقد أورد الأصوليون والمتكلمون لمصطلحي الحسن والقبح معان مختلفة أشهرها؛ أن الحسن كون الشيء ملائماً للطبع والقبح كونه منافراً له، وأن الحسن كون الشيء صفة كمال والقبح صفة نقص، وأن الحسن كون الشيء متعلق المدح عاجلاً والثواب آجلاً، وأن القبح كون الشيء متعلق الذم عاجلاً والعقاب آجلاً. ولا خلاف بين المعتزلة وغيرهم -عدا بعض الأشعرية- في أن الحسن والقبح بالمعنيين الأول والثاني عقليان وإنما الخلاف في المعنى الثالث إذ يرى المعتزلة أنه يدرك بالعقل في حين يرى غيرهم أنه لا يدرك إلا بالشرع. وقد نقل عن المعتزلة -خاصة- في معنى الحسن والقبح أن "الحسن ما يحمد على فعله، والقبح ما يذم على فعله" ويبدو أن هذا المعنى هو المعنى الثالث الذي تقدم بيانه والذي قال به غير المعتزلة من الأصوليين والمتكلمين وإن كان قد أبعدهم فكرة الثواب والعقاب فذلك راجع إلى أن العدل عندهم واجب عقلاً كما أن القيام بالحسن وترك القبح واجب عقلاً. ومتى كان العقل يدرك دون توقف على السمع؛ أن من واجب العبد فعل الحسن وترك القبح، وأن العدل واجب، ويدرك أيضاً أن العدل يقتضي المجازاة بالثواب والعقاب، فإن هذا العقل ذاته يدرك أيضاً أن فاعل الحسن يستحق الثواب وأن فاعل القبح يستحق العقاب. وهذا الرأي الأخير هو الذي نعنيه في بيان مذهب المعتزلة في التحسين والتقييح. / التفتازاني سعد الدين، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ط01، د.ت ط، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان- ج 01، ص 325. / الطوفي نجم الدين سليمان، درة القول القبيح بالتحسين والتقييح، ط01، 1426هـ-2005م، الدار العربية للموسوعات ، بيروت -لبنان- ص 83. / محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، ط02، 2011م، منشورات منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كردستان العراق -العراق- ص 31.

² (المرجع نفسه، ص 137-138.

ثم إن علماء المسلمين قد اختلفت آراؤهم وتباينت اتجاهاتهم ومواقفهم من هذه الفكرة، بين من تطرف في إثباتها مطلقاً، وهذا مذهب المعتزلة ومن وافقهم. وبين من تطرف في نفيها مطلقاً، وهذا مذهب الأشعرية ومن وافقهم. وبين من فصل في إثبات التحسين والتقيح العقليين فلم ينفه مطلقاً ولم يثبتته مطلقاً، ولكن توسط بين هذا وذاك، وهذا مذهب جمهور علماء المسلمين. ونحن سنعرض بإيجاز مذهب المثبتين، ثم مذهب النفاة، ثم نبين الذي استقر عليه جمهور علماء الأمة ورجحه المحققون، ودلت عليه النصوص ووافقه العقل والمنطق السليم.

1- مذهب المثبتين لفكرة التحسين والتقيح العقليين على إطلاقها:

وينسب هذا المذهب للمعتزلة ومن وافقهم فيه،¹ كـ بعض أصحاب أبي حنيفة وغيرهم، كأبي الخطاب. إذ قالوا أن التحسين والتقيح عقليّان لا يتوقفان على ورود الشرع، والعقل يدركهما ويثبتهما قبل الرّسل. وما الشرع إلا مؤكّد لما حكم به العقل، أو مظهرًا له وكاشفًا عنه.² إذ أن الأفعال عندهم حسنة وقيحة وإدراك حسنهما أو قبحها يتم إما:³

¹ ابن تيمية تقي الدين، درء تعارض العقل والنقل، تحقيق محمد رشاد سالم، د.ط، د.ت ط، د.دن، ج 08، ص 492..
² ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، ط03، 1426هـ-2005م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة- ج08، ص256. / القراني شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، د.ط، 1424هـ-2004م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان- ص 75. / الجويني إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، ط02، د.ت ط، دار الأنصار بالقاهرة-القاهرة- ج01، ص 87-88. / الشوكاني محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط01، 1421هـ-2000م، دار الفضيلة للنشر والتوزيع-الرياض- ج01، ص78. / الرازي فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، د.ط، د.ت ط، مؤسسة الرسالة، ج01، ص127-128. / البغدادي، المرجع السابق، ص 42-43. / البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ط01، 1418هـ-1997م، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ج04، ص 324-325.

³ الغزالي أبو حامد محمد بن أحمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، د.ط، د.ت ط، د.دن، ج01، ص 178. / القراني، شرح تنقيح الفصول، ص75. / الأمدى علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ط01، 1424هـ-2003م، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية- ج01، ص113. / نجم الدين الطوفي، المرجع السابق، ص 83-84. / ابن جزري أبو القاسم محمد بن أحمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ط03، 1434هـ-2013م، دار العواصم للنشر والتوزيع، القبة-الجزائر العاصمة- ص 134. / أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي، المعتمد

- بضرورة العقل؛ كحسن إنقاذ الغريق وشكر المنعم وحسن الصدق النافع، وقبح الكفران وإيلام البريء وقبح الكذب الذي لا فائدة فيه.
- وإما بنظر العقل؛ كحسن الصدق الذي فيه ضرر، وقبح الكذب الذي فيه نفع. فهذان القسمان لا يزيد الشرع على تأكيدهما.
- وإما بالسمع ولا يستقل العقل بإدراكه؛ كحسن العبادات، منها الصلّاة والزكاة وقبح المحرمات التي فيها نفع كالخمر ونحوها، وهذا عندهم هو حظّ النبوات وفائدة إرسال الرسل. وهذا القسم إنما يكشف الشرع عنه ويظهره، فالشرع في كل الأحوال لا ينشئ حكماً وإنما يخبر عنه. ولا يوجب حسناً ولا قبحاً بنفس الأمر¹.

ويقوم مذهب المعتزلة في التحسين والتقبيح على مجموعة من الأفكار؛ أولها وهي أن الحسن والقبح ذاتيان في الأشياء، والثانية أن العقل هو الذي يكشف عنهما ويحكم على الأشياء بهما-على التفصيل المتقدم- والثالثة أن حكم العقل بالحسن والقبح ثابت لا يتغير. والرابعة أن ما أدركه العقل من الحسن والقبح، موجه للشرع فلا يجوز أن يرد الشرع بخلاف ما أوجبه العقل.

في أصول الفقه، د.ط، 1384هـ-1964م، المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية بدمشق -دمشق-ج02، ص 886 وما بعدها.

¹ (ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج17، ص110. / الشهرستاني عبد الكريم، نهاية الإقدام في علم الكلام، تحرير وتصحيح ألفرد جيوم، د.ط، د.ت ط، د.دن، ص371.

- فأما الأولى: وهي أن الحسن والقبح ذاتيان في الأفعال:¹

فقد قال بذلك أوائل المعتزلة، ورأوا أن الحسن والقبح ذاتيان في الأفعال، وأنهما يدركان بالعقل قبل ورود الشرع الذي لا يزيد على إظهار ما حكم به العقل وتأكيدَه. ويرى هؤلاء أن كلاً من الحسن والقبح، صفة قامت بالفعل، أوجبت كونه حسناً أو قبيحاً، والعقلاء جميعاً يدركون ذلك، حتى منكري الشرائع منهم كالبراهمة² فإنهم يحسنون الصدق ويقبحون الكذب. فالأفعال إذن كالأجسام، يكون الحسن صفة قائمة بها كما القبح.³

- وأما الثانية: وهي أن العقل هو الذي يكشف عن الحسن والقبح ويحكم بهما على الأشياء:

فإنه لما كان حسن الأفعال وقبحها ذاتيان، نابعان من ذات الفعل، لا من شيء خارجي عنه، كان بإمكان العقل أن يدركهما. وقد بينا آنفاً أن حسن الأفعال وقبحها عند المعتزلة؛ إما أن

¹ (يجدر بنا أن نبين في هذا المقام أن كون الحسن والقبح ذاتيان في الأفعال ليس قولاً واحداً عند المعتزلة؛ فإن منهم من أرجع الحسن والقبح إلى صفة زائدة عن الفعل لازمة له، توجب حسنه أو قبحه. ومثل لذلك بقبح الزنا لاشتماله على مفسدة اختلاط النسب المفضي إلى تضييع الأولاد. ومنهم من قال أن القبح وحده -دون الحسن- ما يتضمن صفة حقيقية تقتضي قبحه إذ لا حاجة بالحسن إلى صفة محسنة بل يكفي لحسنه انتفاء الصفة المقبحة عنه. ومنهم من قال أن الحسن والقبح كلاهما يكون لوجوه واعتبارات. واضطرب كلامهم في هذا الشأن اضطراباً كبيراً، وتبعاً لذلك اضطرب الذين نقلوا عنهم في نقلهم أيضاً. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج08، ص256. /الأمدي، المرجع السابق، ج01، ص113. /نجم الدين الطوفي، المرجع السابق، ص84. /الشوكاني، المرجع السابق، ج01، ص78. /اللكوني عبد العلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ط01، 1423هـ-2002م، دار الكتب العلمية، بيروت -لنن- ج01، ص25. /محمد بن مفلح شمس الدين، أصول الفقه، ط01، 1420هـ-1999م، مكتبة العبيكان -الرياض- ص155. /الجويني، البرهان في أصول الفقه، ص88، 93.

² (البراهمة: فرقة من الفرق التي ظهرت بالهند، عرفوا بنفي النبوات أصلاً ورأساً. ينسبون إلى رجل يقال له براهم، هو من مهّد لهم نفي النبوات وقرّر استحالة ذلك في العقول. وقد تفرّقوا إلى فرق متعدّدة؛ فمنهم أصحاب البددة، ومنهم أصحاب الفكرة والوهم، ومنهم أصحاب التناسخ. الشهرستاني، الملل والنحل، ج02، ص603.

³ (قد بينا أن آراء المعتزلة مختلفة حول ما إذا كان الحسن والقبح ذاتيان أم لا، ونحن اكتفينا بالإشارة إلى ذلك الاختلاف. لأن المقام غير مناسب لتفصيله ولا متسع له، وحسبنا منه ما نبين من خلاله أن المسلمين تداولوا فكرة " القانون الطبيعي " وأنها - عند جمهورهم - مختلفة في حقيقتها عما هي عليه في الفكر الغربي، وأنها عند بعضهم توافق إلى حد بعيد صورتها التي تداولها بها فلاسفة وفقهاء القانون. وأنها عند هذا البعض مضطربة أيضاً ومنتقدة من أوجه عدة تنبو عن الحصر.

يدرك بالعقل، أو بالشرع. والذي يدرك بالعقل قسماً؛ قسم يدرك بضرورة العقل، وقسم يدرك بنظر العقل. أما الذي يدرك بالشرع فهو - كما تقدّم - ما كان في الشرع دليل عليه يقضي فيه بالتحسين والتقييح دون أن يستقل العقل بإدراكه.¹ ويذهب المعتزلة إلى أن نظر العقل غير منقطع عن هذا القسم الأخير، بل إنه متعلق به تعلقاً كلياً وإن ظهر خلاف ذلك من جهة التفصيل. ويظهر تعلق العقل بهذا القسم، من حيث أنه قضى بالقبح على كل فعل أدى إلى مفسدة، وبالحسن على كل فعل أدى إلى مصلحة. غير أن الوجه الخاص الذي كانت الصلاة - مثلاً - لأجله ناهية عن الفحشاء والمنكر لا يدرك بالعقل، فإذا أخبرنا الشارع عنه وقال أن الصلاة ناهية عن الفحشاء والمنكر، بان لنا كون هذا الفعل من المستحسنات العقلية. وإذا أخبرنا بأن شرب الخمر يصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة، بان لنا كون هذا الفعل من المستقبحات العقلية.²

فالعقل إذن عند المعتزلة، يكشف عن الحسن والقبح في الأفعال. ولا ينتهي دوره عند ذلك، بل يزيد بأن يحكم بهما على الأفعال. والعقل عند هؤلاء علّة فوق العلل الشرعية في الإيجاب والتحريم؛ إذ يوجب ما استحسنه ويحرم ما استقبحه، حتى ولو لم يرد بذلك سمع.³ وبذلك انتهى المعتزلة إلى أنه لا عذر لمن عقل صغيراً كان أو كبيراً إن هو لم يطلب الإيمان، إذ قالوا أن الصّغير العاقل مكلف به كالكبير، وأن من لم تبلغه الدعوة فلم يعتقد إيماناً ولا كفرةً وغفل عن ذلك، كان من أهل النار أيضاً. لأن العقل يوجب ذلك، وما دام يعقل فلا عذر له !!!⁴

¹ (الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج 01، ص 87-88. / أبو الحسين المعتزلي، المرجع السابق، ج 02، ص 886-888.

² (الشهراني عايض بن عبد الله بن عبد العزيز، التحسين والتقييح العقليان وأثرهما في مسائل أصول الفقه، ط 01، 1429هـ-2008م، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية- ج 01، ص 337. / الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج 01، ص 88.

³ (التفتازاني، المرجع السابق، ج 01، ص 356. / البخاري علاء الدين عبد العزيز، المرجع السابق، ج 04، ص 324-325.

⁴ (المرجع نفسه، ن ج، ن ص.

- والثالثة: أن حكم العقل بالحسن والقبح ثابت لا يتغير:

إذا كان الحسن ذاتي في الفعل والقبح كذلك، وحكم العقل على هذا الفعل بكونه حسناً أو قبيحاً لما فيه من الحسن أو القبح الذاتيين لا لشيء آخر، فإن حكمه ذاك يظل ثابتاً لا يتبدل ولا يتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص.¹ فإن الإنسان لم يزل بفطرته يستحسن العدل ويستقبح الظلم، ((ويجد من نفسه لذة العدل والصدق والعلم والإحسان والسرور بذلك، ما لا يجده من الظلم والكذب والجهل. والناس الذين وصل إليهم ذلك والذين لم يصل إليهم ذلك، يجدون في أنفسهم من اللذة والفرح والسرور بعدل العادل وبصدق الصادق وعلم العالم وإحسان المحسن، ما لا يجده في الظلم والكذب والجهل والإساءة. ولهذا يجدون في أنفسهم محبة لمن فعل ذلك وثناء عليه ودعاء له. وهم مفطورون على محبة ذلك واللذة [به] لا يمكنهم دفع ذلك [427] عن أنفسهم. كما فطروا على وجود اللذة بالأكل والشرب والألم بالجوع والعطش.))²

- والرابعة: أن ما أوجبه العقل لا يجوز أن يرد الشرع بخلافه:³

لقد تقرّر مما سبق، أن العقل عند المعتزلة -ومن وافقهم- علة فوق العلل الشرعية. يوجب ما استحسنته ويحرم ما استقبحه، وقضاؤه في الأفعال بالحسن والقبح والحظر والإباحة نافذ على العباد، كما هو نافذ على الله. فأما نفاذه على العباد، فلأن العقل عندهم يوجب الأفعال عليهم ويحرمها ويبيحها، من غير أن يحكم الله فيها بشيء. وأما نفاذه على الله فلأن الأصلح للعباد واجب عليه عقلاً،

¹ (البغدادي، المرجع السابق، ص42.

² (ابن تيمية، الرد على المنطقيين، ط01، 1426هـ-2005م، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت -لبنان- ص467.

³ (ابن تيمية، درء تعارض العقل والنقل، ج 09، ص50. / ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 17، ص110. / اللكنوي عبد العلي محمد بن نظام الدين، المرجع السابق، ج 01، ص 23. / التفتازاني، المرجع السابق، ج 01، ص 356. / البخاري علاء الدين عبد العزيز، المرجع السابق، ج 04، ص 324-325. / الشهرستاني، نهاية الإقدام، ص372. / ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، مفتاح دار السعادة، ط01، 1416هـ-1996م، دار ابن عقّان، الخبر -المملكة العربية السعودية- ج 02، ص 542.

فيكون تركه حراماً عليه. بل إن الشّرع لا يجوز أن يرد بحظر ما كان في العقل واجباً، كالعدل وأداء الأمانة. كما أنه لا يجوز أن يرد بإباحة ما كان في العقل محظوراً، كالظلم والخيانة والكذب ونحو ذلك. والظاهر من هذا النّظر، أن القائلين به يرون أن تلك المبادئ الثابتة النابعة من ذات الأشياء والمستمدة من طبيعتها، والتي يكشف العقل عنها - يرون أنها - موجهة للشّرع !!! .

مآخذ العلماء على مذهب المثبتين للتحسين والتقييح على إطلاقه:

من أبرز ما يؤخذ على هذا المذهب ما يلي:

- 1- الاضطراب والتناقض الشديد، والذي نتج عنه غموض أدّى إلى اضطراب الناقلين لهذا المذهب.
- 2- إن إثبات التحسين والتقييح على إطلاقه مجازفة، وقد انتهت بالقائلين به إلى نتائج خطيرة حينما قالوا بأن من لم يبلغه الشّرع فلم يؤمن ولم يكفر كان من أهل النّار، وقالوا أن من عقل صغيراً لم يكن معذوراً إن هو لم يطلب الإيمان.
- 3- تعارض لوازم هذا المذهب مع نصوص قرآنية صريحة؛¹ فإن منها القول بتعذيب من لم تبلغه الدّعوة، وهو يتعارض قوله عز وجل: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ﴾ [الإسراء، الآية 15]، وقوله ﷻ: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَارِ سَوْلا يَنْلُوا عَلَيْهِمْ ۖ يَأْتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِ الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ۗ﴾ [القصص، الآية 59]، وقوله ﷻ: ﴿كَلَّمَا أَلْقَى فِيهَا فَوْجٌ سَالِمٌ خَزَنَتِهَا لَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ ۗ﴾ [8] قالوا بل قد جاءنا نذير فكذبنا وقلنا ما نزل الله من شيء إن أنتم إلا في ضلال كبير ۗ﴾ [9] وقالوا لو كنا نسمع أو نعقل ما كنا في أصحاب السعير ۗ﴾ [الملك، الآيات 08، 09، 10].

¹ (ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 08، ص 258.

4- إن كون العقل يكشف عن الحسن والقبح في الأفعال، و يعرف ما هو كمال منها مما هو نقص، لا ينبغي أن يفهم منه بأنه يوجب ويحرم ويحظر ويمنع، ويستوجب الثواب والعقاب. إذ أن ذلك ممتنع قبل السمع.¹

5- إن ما اعترض به على أنصار القانون الطبيعي حينما اعتبروا العاقل حاكماً، من كون الناس متفاوتين في مداركهم وطرائق تفكيرهم مما يؤدي إلى اختلافهم حول تلك المبادئ -الخالدة الثابتة- ويجعلها متغيرة -نفس هذا الاعتراض- يمكن أن يرد على هؤلاء²، ولا أدل على ذلك من اختلافهم وتناقض اتجاهاتهم حول فكرة التحسين والتقييح.

6- أنه لا يخفى ما في هذا المذهب من توافق مع نظرية القانون الطبيعي التي قال بها فقهاء وفلاسفة القانون الوضعي، والحق أن ما ذكر في البند الأخير من أنه لا يجوز أن يرد بدليل الشرع ما لا تدركه العقول، يذكرنا بكلام جروسيسوس الذي أوردناه سابقاً والذي جاء فيه: ((وما أمر به الله لا يكون ملزماً لأن الله أمر به بل الصحيح أنه أمر به لكونه ملزماً، فالله نفسه لا يستطيع أن يجعل ضعف العدد اثنين غير أربعة، وهو كذلك لا يستطيع أن لا يجعل شراً ما هو شر بطبيعته)).³ وقد بينا أبرز الانتقادات التي طالت مذهب القانون الطبيعي بصفة عامة ومذهب جروسيسوس بصفة خاصة.

¹ (الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج 01، ص 92.

² نظرياً على الأقل لأنه ممتنع عملياً لوجود الشرع، وهم يقولون بأن العقل يوجب ويحرم حتى ولو لم يرد الشرع، وأنه لا يجب أن يرد الشرع بخلاف ما حكم به العقل. ولكن الشرع قد ورد فلم يبق إلا احتمالان إما الإذعان له والخضوع لحكمه، وإما التمرد عليه وعصيانه، ولا يخفى أن من تمرد على الشرع لم يكن مسلماً، وهذا ما أوقع المعتزلة في الاضطراب فقال قائلهم أن العقل وإن كان يستقبح إيلام البريء، إلا أن الشرع قضى بذبح البهائم برغم ما فيه من إيلام لها -وهو هنا قد خالف ما حكم به العقل حسب مذهبهم- ولكنهم رغم ذلك لم يجزؤوا على رده، بل قالوا أن هذا هو حظ النبوات وفائدة إرسال الرسل. البغدادي، المرجع السابق، ص 44.

³ (الموسوعة الفلسفية المختصرة، ترجمة فؤاد كامل وآخرين، د.ط، د.ت ط، دار القلم، بيروت-لبنان- ص 166.

2- مذهب نفاة فكرة التحسين والتقييح العقليين مطلقاً:

وينسب هذا القول إلى الأشعرية¹ ومن وافقهم، ويرى هؤلاء أن لا عبرة بالعقل ولا دخل له في معرفة حسن الأشياء وقبحها. لأن الأشياء في ذاتها غير منقسمة إلى حسنة وقبيحة، ولا يتميز القبيح بصفة اقتضت قبحه، كما لا يتميز الحسن بصفة اقتضت حسنه. والأفعال عندهم لا تشتمل على صفات هي أحكام ولا على صفات هي علل للأحكام. بل إن الله أمر بأحد المتماثلين دون الآخر لإرادة منه²، لا لحكمة ولا لرعاية مصلحة أو مفسدة. وعليه فإن الحسن والقبح مستفادان من الشرع وحده، فإذا قال الشرع "صل" قلنا الصلاة حسنة وإذ قال "لا تزن" قلنا الزنا قبيح. ومن هنا كان العكس غير ممتنع، إذ لو انعكس أمر الشارع لانعكس أمر الحسن والقبح³. فيصير ما كان حسناً قبيحاً، وما كان قبيحاً يصير حسناً.¹

¹ (الأشعرية هم أصحاب أبي الحسن علي بن اسماعيل الأشعري المنتسب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهم. من أهم معتقداتهم إثبات الصفات لله تعالى وتأويلها في حال أوهمت التشبيه، والقول بأن الواجبات كلها سمعية وأن العقل لا يوجب شيئاً. الشهرستاني، الملل والنحل، ج 01، ص 106 وما بعدها.

² (لقد ذهب البعض إلى وصف مذهب الأشاعرة بأنه مذهب شكلي لأنه يعتبر إرادة الله تعالى هي الشرع، ولكننا نخالف هذا الرأي لأن التشريع في المذاهب الشكلية هو إرادة المشرع والمشرع هو السلطان وبذلك يصير التشريع تعبيراً عن إرادة من يمتلك السلطة. والأشاعرة لم يقولوا بذلك فهم وإن اعتبروا التشريع تعبيراً عن إرادة المشرع إلا أنهم بنوا ذلك على أن التشريع في الإسلام وظيفة من وظائف الربوبية وهو منفصل تماماً عن إرادة السلطان.

³ (لعل الذي دفع إلى هذا التطرف، هو تطرف المعتزلة في اعتبار العقل حاكماً حتى على الله تعالى، وأيا كان دافعهم إليه؛ فإن الذي ينبغي أن نبه عليه في هذا المقام هو أنهم -الأشعرية- ليسوا متفقين على ذلك؛ إذ أن من المتأخرين منهم من يثبت التحسين والتقييح في حق البشر، وينكره في حق الله تعالى؛ كالجويني إذ يقول في البرهان ج 01، ص 91: ((لسنا ننكر أن العقول تقتضي من أربابها اجتناب المهالك، وابتدار المنافع الممكنة على تفاصيل فيها، ووجد هذا خروج عن المعقول. والكلام في مسألتنا مداره على ما يقبح ويحسن في حكم الله تعالى...)) و القرافي حيث يقول في شرح تنقيح الفصول، ص 75: ((حسن الشيء وقبحه يراد بهما: ما يلائم الطبع أو ينافره كإنقاذ الغرقى وأتاهم الأبرياء وكونهما صفة كمال أو نقص نحو: العلم حسن والجهل قبيح، أو كونه موجبا للمدح أو الذم الشرعيين، والأولان عقليان إجماعاً، والثالث: شرعي عندنا لا يعلم ولا يثبت إلا بالشرع، فالتقيح ما نهي الله تعالى عنه، والحسن ما لم ينه عنه)). و الرازي إذ أورد في المحصول ج 01، ص 123 مثل ذلك. و الشوكاني الذي ساق في إرشاد الفحول ج 01، ص 79 مثله إذ جاء فيه ما نصه: ((وقد اتفق الأشعرية والمعتزلة على أن العقل يدرك الحسن والقبح في شيعتين: الأولى: ملاءمة الغرض للطبع ومنافرتة له فالموافق حسن عند العقل والمنافر قبيح عنده. والثاني:

ولا يخفى ما في هذا القول من غلوّ، إذ ينتهي إلى نتيجة ليست أقل خطورة مما وصل إليه المعتزلة؛ ذلك أنه يترتب عنه انتفاء الحكمة من الشّرع. إذ يرُدُّ أمر الله تعالى إلى إرادته وحدها لا لحكمة ولا مصلحة، إذ لا وجود لهذه الأخيرة -بحسب هذا الرأي- أصلاً في ذات الأفعال والأشياء، لاستوائها وعدم تمييز بعضها على بعض، لا بصفة حسن ولا بصفة قبح. فيستوي الشرك مع الإيمان، والكذب مع الصدق، والظلم مع العدل. ومن ثم يكون جائزاً أن يأمر الشارع بالشرك والكذب والفواحش والظلم، وينهى عن التوحيد والعدل والصدق والتقوى. فلا فرق بين السجود للرحمن والسجود للشيطان، ولا بين الصدق والكذب، ولا بين العدل والظلم، ولا بين النكاح والسفاح، إلا أن الشّارع حرم هذا وأوجب هذا. فمعنى حسنه كونه مأموراً به لا كونه اشتمل على مصلحة، ومعنى قبحه كونه منهياً عنه لا كونه اشتمل على مفسدة.²

وبذلك يتعارض هذا القول أيضاً مع ما جاء القرآن الكريم؛³ فإن القول بجواز أن يأمر الله

بالظلم والكذب والفواحش يتعارض مع قوله ﷻ: ﴿قُلِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ﴾ [الأعراف، الآية 28]. كما أن القول بالتسوية بين الظلم والعدل والخير والشرّ يتعارض مع

قوله ﷻ: ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ أَنْ نَجْعَلَهُمْ كَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ

صفات الكمال والنقص، صفات الكمال حسنة عند العقل، وصفات النقص قبيحة عنده. ومحلّ النزاع بينهم ... هو كون الفعل متعلق المدح والثواب، والذم والعقاب، آجلاً وعاجلاً. فعند الأشعرية -ومن وافقهم- أن ذلك لا يثبت إلا بالشرع. وعند المعتزلة -ومن وافقهم- أن ذلك ليس إلا لكون الفعل واقعا على وجه مخصوص؛ لأجله يستحق فاعله الذم.

¹ البخاري علاء الدين عبد العزيز، المرجع السابق، ج 04، ص 325. / الجويني، البرهان في أصول الفقه، ج 01، ص 87. الطوفي، المرجع السابق، ص 84. / ابن تيمية، درء تعارض العق والنقل، ج 08، ص 492. / اللكنوي عبد العلي، المرجع السابق، ج 01، ص 23. / الشهرستاني، نهاية الإقدام، ص 371. / أبو بكر الباقلاني، التقريب والإرشاد الصغير، ط 02، 1418 هـ 1998 م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - ج 01، ص 279.

² اللكنوي عبد العلي، المرجع السابق، ج 01، ص 23. / ابن قيم، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، ط 01، 1419 هـ - 1999 م، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان - ج 01، ص 180. / ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 08، ص 257.

³ المرجع نفسه، ن ج ، ص 258.

سَوَاءٌ مَجَّاهُمْ وَمَمَائِهِمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ﴿٢١﴾ [الجاثية ، الآية 21] . وقوله ﷻ :
﴿ يَا مَرْهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ
الْخَبَائِثَ ﴾ [الأعراف، الآية 157].

3- مذهب الفضلين: ¹

وهذا مذهب جمهور علماء المسلمين من السلف والخلف، وهو قول الحنفية وكثير من المالكية والشافعية والحنابلة، وكذلك قال به أهل الحديث وكثير من فقهاء الطوائف الأربعة. بل إن هؤلاء ذكروا أن نفي التحسين والتقيح من البدع التي حدثت في الإسلام في زمن أبي الحسن الأشعري لما ناظر المعتزلة. وذهب ابن تيمية إلى أن هذا المذهب هو أصح المذاهب، وأن الكتاب والسنة يدلان عليه.

ويقوم هذا المذهب على التفريق بين أمرين:

أولهما : كون الفعل مشتملاً على صفة اقتضت حسنه أو قبحه أم لا؟.

والآخر: هو كون الثواب المترتب على حسن الفعل، والعقاب المترتب على قبحه ثابت بالعقل أم بالشرع؟.

والذي ذهب إليه جمهور علماء المسلمين ممن تقدمت الإشارة إليهم، أن لا تلازم بين الأمرين المذكورين. وأن الأفعال ليست مستوية؛ بل هي إما حسنة، وإما قبيحة. والفرق بين هذه وتلك ظاهر، كالفرق بين المطعومات والمشمومات والمرئيات. ولكن لا يترتب عليها ثواب ولا عقاب إلا بالشرع. وقبله لا يكون القبيح موجباً للعقاب، والله لا يعاقب عليه إلا بعد إرسال الرسل. فالسجود للأوثان وعبادة الشيطان والزنا والسرقه والكذب والظلم، كلها أفعال قبيحة في ذاتها، لكن العقاب عليها متوقّف على الشرع.

¹ (ابن قيم، مدارج السالكين، ج 01، ص 180-181. / ابن تيمية، درء تعارض العقل والنقل، ج 08، ص 493. / وله أيضاً، مجموع الفتاوى، ج 08، ص 258-259. / وله أيضاً، الرد على المنطقيين، ص 464-465.

وقد ذهب متأخرو الأشعرية إلى مثل هذا القول ، كالرازي إذ يقول: ((الحُسن والتُّبح قد يعنى بهما: كون الشيء ملائماً للطبع أو منافراً له، وبهذا التفسير لا نزاع في كونهما عقليين . وقد يراد بهما كون الشيء صفة كمال أو صفة نقص، كقولنا العلم حسن والجهل قبيح، ولا نزاع أيضاً في كونهما عقليين بهذا التفسير. وإنما النزاع في كون الفعل متعلق الدّم عاجلاً، وعقابه آجلاً؛ فعندنا أن ذلك لا يثبت إلا بالشرع. وعند المعتزلة ليس ذلك إلا لكون الفعل واقعاً على وجه مخصوص لأجله يستحقّ فاعله الدّم.))¹

وقد دل القرآن الكريم على أن الأفعال في ذاتها حسنة وقبيحة، كما دلّ على أن العقاب لا يكون إلا بعد إقامة الحجة وإرسال الرّسل.²

فأما دلالة على الأول: فمستفادة من:

- قوله ﷻ: ﴿ وَإِذَا فَعَلُوا فَحِشَةً قَالُوا وَجَدْنَا عَلَيْهَا آبَاءَنَا وَاللَّهُ أَمَرَنَا بِهَا قُلْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِالْفَحِشَاءِ أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾⁽²⁸⁾ . [الأعراف، الآية 28]. إذ أخبر سبحانه عن أن فعلهم فاحشة قبل نهيهم عنه، ذلك أن العقل والفطرة كل منهما يستفحشه ويستقبحه.

- وقوله جل شأنه: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾ . [الأعراف، الآية 32]، فقد دلت هذه الآية على أن الطيب طيب قبل التحريم وأن كونه طيباً جعل تحريمه مناف للحكمة.

- وقوله جل جلاله: ﴿ يَا مَعْرُوفُ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْبَهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِذُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبِيثَاتِ ﴾ [الأعراف، الآية 157].، فقد دلت هذه الآية على أن المعروف والمنكر والطيب والخبيث ، كلها كانت كذلك قبل تعلق الخطاب بها، وورود كل منها مشتقاً على لام العهد يدل على كونها معهودة قبل الشرع.

¹ (الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، ج 01، ص 123-124.

² (ابن قيم، مدارج السالكين، ج 01، ص 182-183.

أما دلالة على الثاني: وهو أن العقاب لا يكون إلا بعد إقامة الحجّة وإرسال الرسل مستفاد من:

- قوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ۗ ﴾ [15] الآية 15، فيها بيان من الله تعالى وإخبار عن عدله وأنه لا يعذب أحداً إلا بعد قيام الحجّة عليه ببعث الرسل.¹

- وقوله ﷻ: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَارِ رَسُولًا يَلُؤُوا عَلَيْهِمْ ۗ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ۗ ﴾ [59] الآية 59، وقوله جل شأنه: ﴿ رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِيُنذِرَ لِنَاسٍ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ۗ ﴾ [165] الآية 165، ففيهما أيضاً دلالة على انتفاء العذر وانعدام الحجّة لدى العصاة بعد إرسال الرسل، ويفهم منه أنهم كانوا قبل الرسل معذورين.

- وقوله: ﴿ كَمَا أَلْقَى فِيهَا فَوْجٌ سَاهَمَ خَزَنَتُهَا أَلَّا يَدُوكُمْ نَذِيرٌ ۗ ﴾ [8] الآية 8، وقالوا بلى قد جاءنا نذير فكذبنا وقلنا ما نزل الله من شيء إن أنتم إلا في ضلال كبير ۗ [9] الآية 9، وقالوا لو كنا نسمع أو نعقل ما كنا في أصحاب السعير ۗ [10] الآية 10، [الملك، الآيات 08، 09، 10]، فهنا لم يسأل أهل النار عن مخالفتهم للعقل، بل سئلوا عن مخالفتهم للنذر وبذلك دخلوا النار.

القانون الطبيعي في الفكر الغربي والتحسين والتقييح عند المسلمين:

- وبعد هذا العرض المختصر لمذهب القانون الطبيعي عند فلاسفة القانون الغربي وفكرة التحسين والتقييح العقلين عند المسلمين -على اختلاف دوافع وظروف نشأة كل منهما- يتضح الآتي:
- 3- أن علماء الإسلام يتفقون مع أنصار القانون الطبيعي في أن الإرادة البشرية مفتقرة إلى موجه، وأنها لا يمكن أن تستقل أبداً بالتشريع.
 - 4- أنهما يتفقان حول وجود مبادئ عامة ثابتة، نابعة من ذات الأشياء ومن طبائعها، وتوحي بالعدل ولا تتغير بتغير الزمان والمكان.

¹ ابن كثير، المرجع السابق، ج 05، ص 52.

- 5- أنهما يتفقان على أن العقل السليم كاشف عن تلك المبادئ.
- 6- في الفكر الغربي، يعتبر أنصار القانون الطبيعي أن تلك المبادئ هي الموجه للتشريع، وهي أساس شرعية التصرفات والقوانين والشرائع، فمتى كانت هذه الأخيرة مستمدة من تلك المبادئ، كانت طاعتها واجبة ومعصيتها جريمة توجب العقوبة. أما في الإسلام فإنه وإن كان يقر بوجود تلك المبادئ، إلا أنه لا يعتبرها أساساً للشرعية، بل إن شرعية التصرفات والأحكام فيه تستمد من موافقة الكتاب والسنة. فمتى صدرت تلك الأحكام والتصرفات موافقة للشرع، وجبت طاعتها وحرمت معصيتها. ومتى خالفتها وجبت معصيتها وحرمت طاعتها.
- 7- إن مذهب القانون الطبيعي في الفكر الغربي غامض، وقواعده غير متفق عليها وهي محل اختلاف بين الفقهاء يصل لحدّ التناقض، ولعل ما يفسر ذلك هو تركها للعقل وحده دون موجه، مما يفتح المجال أمام الاجتهاد في تحديدها ويجعلها عرضة لأن تتجاوزها الأهواء والأغراض المتناقضة. وهذا ما دفع البعض إلى إنكار وجوده أصلاً معتبراً أنه ((شعور مبهم يختلف باختلاف المفكرين الذين يرفعون إلى مرتبة القانون الطبيعي أفكارهم الشخصية))¹. وقد رأينا أن من أنصار القانون الطبيعي من أقرّ الرق وأراد شرعنته واعتبر أن الحرية يمكن التنازل عنها. ورأينا منهم أيضاً من أقره وأراد شرعنته بالقول بأن الناس بطبيعتهم منقسمين إلى أحرار وعبيد! أما في الإسلام فإنه وإن أقرّ للعقل بالكشف عن القيم الموجودة في الأفعال والأشياء، وبسلطته في الحكم عليها بالحسن والقبح. إلا أنه راعى القصور الذي يتسم به العقل البشري، و اختلاف الناس في مداركهم وطرائق تفكيرهم، وراعى أيضاً الطبائع التي طبع عليها البشر كالأنانية وحب التسلط، والتي تدفعهم أحياناً إلى مخاصمة عقولهم من أجل تحقيق أغراضهم ومآربهم. فلم يترك أمر تحديد تلك المبادئ الثابتة التي ينبغي أن يحترمها البشر ويتقيدوا بها في تصرفاتهم ويحتكموا إليها للعقل وحده. بل دعمه بموجّه هو الشرع ليعصمه من الخطأ، وليحمي تلك المبادئ من تنحرف بها الأهواء والأغراض أو يطحنها صراع الإرادات.

¹ (عبد الحى حجازي، المرجع السابق، ص 59).

8- في الفكر الغربي لا يعتبر القانون الطبيعي قانوناً بالمعنى الدقيق؛ إذ يفترض لأي ضمانته تفرض احترامه وترتب العقاب على مخالفته. أما في الإسلام فإن ما أدرك العقل السليم كونه حسناً أو قبيحاً لما فيه من صفات الحسن أو القبح، أو لما اشتمل عليه من المصالح والمفاسد، فإن الشارع -لحكمته ولرعايته لمصالح العباد- قد فرض احترامه بحيث علق به خطاب الإيجاب والتحریم، فترتب عن ذلك استحقاق الثواب والعقاب.

9- يختلف مذهب التحسين والتقيح العقليين عن مذهب القانون الطبيعي في ظروف ودوافع نشأة كل منهما فإذا كانت نشأة هذا الأخير قد ارتبطت بما راود الإنسان قديماً من التطلع إلى قوة غيبية يحتمي بها من ظلم الحكام واستبدادهم ووسيلة تنظم علاقاته بهم، فإن ظروف ودوافع نشأة فكرة التحسين والتقيح التي عرفها المسلمون مختلفة اختلافاً كلياً عن ذلك؛ إذ أنها لم تكن ملجأً للاحتماء من جور الحكام ولكنها كانت منهجاً عقلياً انتهجه المعتزلة -خاصة- معتقدين بأنه السبيل الأمثل للتطبيق الكامل للنصوص القرآنية وأنه الكفيل بسلامة المعتقد واستقامة الدين محاولين من خلاله أن يثبتوا أن الإيمان حقيقة عقلية قبل أن يرد الشرع ويكون حقيقة شرعية.¹

الفرع الثاني: المدرسة الواقعية:

لقد حمل القرن التاسع عشر ظهور مدرسة جديدة، تناقض تماماً المدرسة المثالية التي سادت قبله، والتي كانت ترد جوهر القانون إلى مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل. هو الذي يمنح الشرعية للقوانين، ويخلق طاعتها في النفوس اختياراً. لقد كانت هذه المدرسة الجديدة هي المدرسة الواقعية التي تقوم على الواقع الملموس بدل المثل العليا. وتعتبر أن المعرفة التي تقوم على الواقع الملموس الذي تؤيده المشاهدة والتجربة، هي المعرفة العلمية الصحيحة. لأنها مبنية على اليقين، لا على الحدس والتخمين. وقد ظهرت هذه الفلسفة في مذاهب عدة من أبرزها؛ مذهب التطور التاريخي، ومذهب الكفاح أو الغاية الاجتماعية، ومذهب التضامن الاجتماعي. وسنعرض بإيجاز لهذه المذاهب فيما يلي:

¹ محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص 137-138.

أولاً- مذهب التطور التاريخي.

ينسب هذا المذهب للفقير الألماني سافيني، الذي أظهره رسمياً على إثر ما قام به من ردّ على تيبو. الذي استهوته حركة التقنين التي تمت في فرنسا في عهد نابليون. فقام ينادي بتقنين القانون الألماني على غرار القوانين الفرنسية. فما كان من سافيني إلا أن تصدّى لهذه الفكرة، وأشار إلى ضرر التقنين وعيوبه. والتي من أهمها أنها تجعل القانون جامداً وتقضي على نموه وتطوره الذاتي. وقد أورد ذلك في رسالة مشهورة نشرت سنة 1814، والتي كان لها دوي كبير في مجال القانون، إذ أرست معالم مذهب جديد هو مذهب التطور التاريخي.¹

غير أن هذا المذهب وإن ظهر رسمياً في ألمانيا، إلا أن بواده وفكرته ترجع إلى كتابات وأقوال بعض الفقهاء والفلاسفة الفرنسيين في القرن الثامن عشر. إذ كانوا يشيرون إلى أثر البيئة والظروف في القوانين. وقد كان من أبرز أولئك الذين كتبوا في هذا الشأن مونتيسكيو في كتابه روح الشرائع حيث يقول: ((ويجب أن تكون هذه القوانين من اختصاصها بالأمة التي وضعت في سبيلها ما يكون من الاتفاق العظيم معه إمكان صلاح قوانين أمة لأمة أخرى.

.... ويجب أن تكون هذه القوانين خاصة بطبيعة البلد ، خاصة بالإقليم البارد أو الحار ... وبنس حياة الأمم ... ويجب أن تناسب درجة الحرية التي يمكن أن يبيحها النظام، ودين الأهلين وعواظهم ... ومناهجهم ...))².

مقومات مذهب التطور التاريخي:

لقد قام هذا المذهب على الأفكار الثلاثة التالية³:

¹ (السنهوري، المرجع السابق ، ص 30-31./ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 15.

² (مونتيسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، د.ط، د.ت ط، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مدينة نصر -القاهرة- ص 55.

³ (السنهوري، المرجع السابق، ص 31-32./ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 59./ حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 119-120./ هنري باتيفول، فلسفة القانون، تعريب سموي فوق العادة، ط03، 1984م، منشورات عويدات، بيروت - باريس، ص 29./ غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 15.

- أن القانون وليد البيئة الاجتماعية؛ ينشأ وفق ما تقتضيه حاجات الجماعة وظروفها. ثم ينمو ويتطور ذاتياً متأثراً بتطور تلك الظروف في مجالاتها المختلفة، الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية والجغرافية. دون أن توجهه إرادة إنسانية عاقلة، ولا أن تتدخل في حركته حتى. فهو تماماً كاللغة، مظهر من مظاهر نشاط الأمة يتطور ليساير تطورها.
- ما دام القانون -حسب هذا المذهب- من خلق البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور ذاتياً وفق متطلباتها وتغير ظروفها على نحو غير محسوس، ودون أن تسيره أو توجهه أو تكيفه إرادة عاقلة، فإنه لا يمكن القول بأن له غاية يحققها لكونه يتطور لا يُطوّر.
- وبذلك فقد أنكر أنصار مذهب التطور التاريخي وجود قانون طبيعي يكشف عنه العقل ويكون عاماً مشتركاً بين جميع الشعوب، وأبدياً لا يتغير. وقالوا أن القول بأن العقل يكشف عن هذا القانون لا يمكن التسليم به، إذ لا يصح أن يُعد مثلاً أعلى كل ما يكشف عنه العقل وينتجه الفكر. لأن ذلك سيوصلنا إلى نتائج متباينة. وذهبوا إلى القول بأن ما اعتبره أنصار القانون الطبيعي قانوناً طبيعياً، لا يزيد عن كونه أفكاراً وميولاً شخصية يرفعها أصحابها إلى مرتبة ما يسمونه بـ " القانون الطبيعي". وهي تختلف باختلاف المفكرين وتبعاً لتباين أهوائهم وظروفهم التاريخية والاجتماعية والدينية.
- كما ذهبوا إلى القول بأن القانون ليس عاماً ولا ثابتاً، بل متغير يختلف من دولة إلى أخرى. إذ أن لكل جماعة قانون خاص بها، ينمو ويتطور وفق متطلباتها وحاجاتها. بل إن القانون قد يختلف في الدولة الواحدة من زمن إلى آخر.
- ثم إن القانون لما كان خاضعاً في تطوره لعوامل البيئة وظروفها، وكانت هذه الأخيرة في حركة مستمرة ودائبة. فإنه ليس من الصحيح تدوينه وكتابته، إذ أن ذلك سيؤدي به إلى الجمود. وهذا بدوره يمنع من اللحاق بما يطرأ على الجماعة من تطورات.
- إن القانون لما كان من صنع الجماعة واستجابة لظروفها وحاجاتها، كان العرفُ الشَّكلَ الأمثل والأصدق له. لأنه تعبير مباشر عن الضمير الجماعي وظروف الجماعة. وهو في ذلك مقدم على التشريع الذي لا يعدو عن كونه مجرد تسجيل لمضمون ذاك الضمير.

تقدير مذهب التطور التاريخي:¹

يحسب لهذا المذهب أنه كشف ما غفل عنه أنصار القانون الطبيعي، من وجود صلة تربط بين القانون من ناحية وبين المجتمع والبيئة من ناحية أخرى. وأنه لفت إلى العوامل المختلفة التي تسهم في تكوين القانون وتؤثر فيه. وهذا أمر لا يمكن لعامل أن ينكره. ولكن هذا المذهب برغم نتائجه الإيجابية التي أشرنا إليها، إلا أنه قد لوحظت عليه ملاحظات عدّة، كان أبرزها:

● أنه أفرط في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية وظروفها، واعتبرها وحدها ما يمثل جوهره وأساسه. وهي وحدها من يتحكم في تطوره الذي يتم بشكل ذاتي وآلي تبعاً لتطور ظروفها. وبذلك فقد أغفل الدور الذي تقوم به الإرادة الإنسانية الواعية في تكوين القانون، عبر توجيهه نحو الغاية التي ينبغي أن يهدف إليها. إذ أن القول بأن القانون يسير في تطوره معصوب العينين، ويندفع اندفاعاً ذاتياً إلى مصير مجهول دون أن يكون له هدف معين. أمر يتعارض مع وظيفة القانون في توجيه سلوك الأفراد. كما يتعارض أيضاً مع الواقع الذي تشهد به حركات الإصلاح الكبرى في تاريخ البشرية. والتي لم تأت من تلقاء نفسها، ولكنها كانت ثمرة كفاح موجّه ضدّ قوانين ظالمة. فأسفرت عن نتائج كبرى بحجم تلك الحركات. كإلغاء الرق، وتحرير العمال من استبداد أصحاب الأعمال، وغير ذلك مما يؤكد دور الإرادة الإنسانية العاقلة في توجيه أحكام القانون نحو غاية معينة.

● ويلاحظ على هذا المذهب أيضاً، إنكاره الشّديد وعداؤه لفكرة التقنين. وأنه اعتبر الجمود صفة لازمة لها. وهو أمر لا يمكن التسليم به، فقد أثبت الواقع عدم دقته من وجهين؛ أولهما أنه لا يمكن إنكار ما للتقنين من مزايا، وعدم التقنين يفوت على القانون تلك المزايا. والثاني أن حركة التقنين قد انتشرت في أغلب البلاد بما فيها ألمانيا إذ صاغت قانونها المدني في أواخر القرن التاسع عشر. ولم يشكل التقنين عائقاً تستحيل معه مواكبة القوانين للتغيرات الاجتماعية أمام البلدان التي انتهجته.

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 113-115. / أنور سلطان، المرجع السابق، ص 87-88. / إسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 95.

● وقد أخذ على هذا المذهب أيضاً، أنه غالى في الاعتداد بفكرة القومية القانونية المبنية على الظروف الاجتماعية الخاصة بكل جماعة. والتي تقتضي -بحسب أنصاره- ضرورة أن يختلف القانون من جماعة لأخرى تبعاً لاختلاف البيئة والظروف الخاصة بكل واحدة منها. وهذا أمر أنكره الواقع الذي أثبت أن هناك العديد من الشعوب التي نبذت قوانينها المختلفة لتخضع لقانون موحد، على غرار ما حدث في سويسرا -مثلاً- وفرنسا وإيطاليا. بل إن الولايات الألمانية نفسها قد نبذت قوانينها المختلفة، واتخذت قانوناً موحداً للدولة الألمانية. دون أن يمنعها من ذلك تباين ظروف وبيئة كل ولاية من تلك الولايات.

● كما لوحظ على هذا المذهب أنه اعتبر العرف مصدراً مثالياً للقانون، وهذا أمر لا يمكن التسليم به. وهو وإن صحَّ في العصور الماضية التي اتسمت ببساطة الحياة الاجتماعية، فإنه لا يصح الآن. حيث تعقدت سبل الحياة في المجتمعات الحديثة بصورة لا يمكن معها التوقف وانتظار ما يوجد به الزمن والضّمير الجماعي من أعراف -مع العلم بأن العرف بطبيعته بطيء التكوين- بل تستلزم تدخل إرادة واعية لتنظيمها، وهذا ما يفسر تقدم التشريع على العرف في النظم الحديثة.

ثانياً. مذهب الغاية الاجتماعية:

على إثر النتائج التي انتهى إليها مذهب التطور التاريخي، قام إهرنج بمهاجمة هذا الأخير - بعد أن كان من أنصاره- وأسس مذهباً جديداً هو مذهب الكفاح أو الغاية الاجتماعية. وقد أبقى فيه على فكرة خضوع القانون للتطور. لكنه ذهب إلى أنه في تطوره لا يسير أعمى إلى مصير مجهول، مستقلاً عن الإرادة الإنسانية كما زعم سافيني. وإنما يتطور طبقاً لغاية مرسومة هي حفظ المجتمع. وكونه موجهاً لغاية، يقتضي أن تتدخل الإرادة الإنسانية العاقلة في تطوره، لا أن تبقى متفرجة تنتظر ما يسفر عنه الزمن و التفاعل بين عوامل البيئة المختلفة من نتائج. ومن هنا تظهر أهمية وإيجابية الدور الذي تقوم به الإرادة الإنسانية في تطور القانون، وتظهر تلك الأهمية أكثر

حينما ينحرف القانون عن وجهته، فتضطر الإرادة للكفاح من أجل إعادة توجيهه نحو الغاية المتوخاة منه.¹

فالقانون إذن -حسب هذا المذهب- يبنى على أساسين:²

الأول منهما: هو أساس الغاية: إذ يذهب إهرنج إلى أن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة طبيعية، ولذلك فهو يخضع لقانون الغاية لا لقانون السبب الذي يحكم الظواهر الطبيعية. وإذا ثبت ذلك فقد تقرّر أن القانون ليس إلا وسيلة لغاية، وهذه الغاية إنما تتمثل -حسب إهرنج- في حفظ المجتمع، ومن هنا يتبين أنه لا يمكن التسليم بأن نمو القانون وتطوره يتم دون تدخل الإرادة الإنسانية. بل يظهر أن كل تطور للقانون معلق على الإرادة ومتوقف عليها.

والثاني: هو أساس الكفاح: إذا كان تطور القانون يتم بفعل الإرادة الإنسانية، فإن من الطبيعي ألا يتم هذا التطور -غالباً- في يسر ولين. إذ يقوم الصدام ويحتدم الصراع بين الإرادات، وينشأ النزاع بين الأهواء والمصالح المتضاربة. وهو ما يدفع كل طرف من أطراف هذا الصراع إلى التوسل بالكفاح. من أجل أن تسيطر إرادته ويتمكن من التحكم في القانون وتحديد وجهته. وبذلك يصبح تطور القانون رهناً لنتيجة الكفاح، وتكون العبرة في النهاية لمن يتغلب، أي لأقوى طرف.

تقدير مذهب الغاية الاجتماعية:

يرجع لهذا المذهب فضل إبراز الدور الإيجابي للإرادة الإنسانية في تطور القانون، وهو ما

أغفله مذهب التطور التاريخي. ولكنه بالرغم من ذلك لم يسلم من الانتقادات والتي من أبرزها:

- أنه يعتبر الغاية من القانون هي حفظ المجتمع وليس إقامة العدل.
- أنه يؤسس القانون على فكرة الكفاح الذي لا يمكن حسمه إلا بالقوة، حتى ولو لم يكن الحق في جانبها -وهو الغالب- وبذلك يؤول إلى الاستبداد باسم القانون الذي يعدّ ثمرة للكفاح، ويستمد شرعيته من كونه نتيجة له، وبالتالي تلزم طاعته.

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 116.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 36-38. / حسن كبيره، المرجع السابق، ص 123.

- أنه غالى في تعليق تطور كل القواعد القانونية على الإرادة الإنسانية. وأغفل ما يتكون منها بطريقة تلقائية يقل فيها نصيب الإرادة العاقلة، التي تتوسل إلى غايتها بالقوة والكفاح كما هو شأن العرف.¹
- أنه لم يختلف عن مذهب التطور التاريخي في القول بإطلاق تطور القانون، ولم يضع أي قيد على ذلك التطور. سوى -تعليقه على الإرادة الإنسانية- مع أن هذا التصور غير دقيق، لوجود قدر مشترك من الجوانب والصفات والحاجات الثابتة بين الإنسانية، لا تتأثر بتغير الزمان ولا بتغير المكان. وهي ما يحتم الاتفاق على قدر معين من القواعد القانونية.

خضوع الاجتهادات والفتاوى والأحكام للتطور في الفقه الإسلامي:

من رحمة الله تعالى بالخلق أنه تعهدهم بالشرائع المتعاقبة، لتكون لهم منهاج هداية في أي زمان أو مكان كانوا. ولما كانت الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، فإن الله سبحانه -ومن رحمته بالخلق أيضاً- قد خصّها بالعموم والشمول والخلود. فكانت رحمة للعالمين من كل الأجناس وفي كافة البيئات والعصور، وفي كل مجالات الحياة. وما كان ذلك ليتحقق لولا ما أودعه الله فيها من الأصول والأحكام، وما جعله فيها من عوامل السّعة والمرونة، بما شرعه لعلمائها من حق الاجتهاد، الذي من شأنه أن يمنح الشريعة الخصوبة والثراء. و يمكنها من الوفاء بحاجات الإنسانية المتجددة على امتداد الزمان واتساع المكان وتطور الإنسان. بصورة تغني هذا الأخير عن أن يتسوّل "شريعة" من الشرق أو من الغرب.²

وما خص الله سبحانه الشريعة الإسلامية بهذه الخصائص، إلا مراعاة منه لأحوال الناس وواقعهم الذي يتغير بتأثير الزمان والمكان والأحوال. إذ أن الواقع كالنهر الجاري الذي لا يمكن لأحد أن يستحم فيه مرتين، ففي كل مرة يستحم فيه المرء، فإنه يكون في نهر جديد، أي في ماء جديد غير الذي استحم فيه قبل ذلك. وكذلك الواقع في تغييره وسرعة تطوره؛ إذ يمر بالناس في كل يوم واقع

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 117. / إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 96.

² (يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ط 01، 1417هـ-1996م. دار القلم للنشر والتوزيع - الكويت - ص 06.

جديد يختلف عن سابقه.¹ ويلزم من ذلك مراعاة هذا التغيير في الاجتهادات والفتاوى والأحكام؛ إذ أن كثيراً منها ما يتعين تغييره تبعاً لذلك. ولو بقي على ما كان عليه للزم منه المشقة والضّرر بالناس. وخالف روح الشريعة وقواعدها المبنية على اليسر والتخفيف ودفع الضّرر والفساد.² وقد أدرك علماء الإسلام هذه الحقيقة وقالوا بضرورة مراعاة المجتهد والمفتي لأحوال الناس، واختلاف بلدانهم وأوقاتهم. وأن ينظر كل منهما ((فيما يصلح بكل مكلف في نفسه بحسب وقت دون وقت وحال دون حال وشخص دون شخص))³.

وقد ذهب القرافي رحمه الله في الأحكام إلى أنه: ((ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا: أن لا يفتيه بما عاداته يفتي به حتى يسأله عن بلده وهل حدث لهم عرف في ذلك البلد...))⁴.

وقد عقد ابن قيم الجوزية رحمه الله في إعلام الموقعين، فصلاً كاملاً لتغيير الفتوى واختلافها بحسب تغيير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد. وصدّره بقوله: ((هذا فصل عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي (هي) في أعلى رتب المصالح لا تأتي به.))⁵.

وقد درج مجتهدوا الأمة وفقهاؤها على مراعاة تغيير الواقع والأزمنة والأمكنة والأحوال، واعتبار ذلك فيما يصدرونه من فتاوى واجتهادات منذ زمن الصحابة رضي الله عنهم. بل إن ذلك كان منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم، والشواهد على ذلك أكثر من أن تحصى.

¹ (أحمد الرّيسوني، ومحمد جمال باروت، الاجتهاد: النص، الواقع، المصلحة، ط 01، 1420هـ-2000م، دار الفكر دمشق - سوريا- ص 68.

² (الزحيلي وهبة، تغيير الاجتهاد، ط01، 1420هـ-2000م، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا-دمشق- ص 09.

³ (الشاطبي، المرجع السابق، ج 05، ص 25.

⁴ (القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ط 02، 1416هـ-1995م، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان- ص 232.

⁵ (ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط01، 1423هـ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع -المملكة العربية السعودية- ج 04، ص 337.

● **فمنها في عهد النبوة:** نهي النبي ﷺ عن قطع الأيدي في الغزو، فبرغم كونه حداً من حدود الله إلا أنه عليه الصلاة والسلام نهي عن إقامته في الغزو. خشية أن يدفع ذلك الشخص الموقع عليه إلى اللحاق بالمشركين حمية وغضباً. وفي هذا مراعاة للبيئة والواقع الذي وقع فيه ما يستوجب الحد.¹

● **ومنها في عهد الصحابة:** مراعاة عمر بن الخطاب رضي الله عنه لواقع المسلمين وما ألم بهم من مجاعة في فترة خلافته، وبناء على ذلك أسقط حدّ القطع حينها. ومنها أيضاً إمضاؤه طلاق الثلاث بلفظ واحد، مراعاة منه لما رآه من تسارع الناس إليه واستعجالهم فيه.²

● **ومنها في عهد الأئمة المجتهدين:** ما قام به الشافعي رحمه الله حينما قدم مصر فوجدها بيئة مختلفة عما ألفه، واطلع بها على أحداث وظروف جديدة و رأى بها أعرافاً متباينة، فغير مذهبه القديم بمذهب جديد، وعدّل آراءه السابقة في كثير من الفروع.³

إن الذي يمكن استنتاجه مما تقدم، أن الإسلام يولي للواقع وتغير البيئة وتباين ظروفها واختلاف أحوال الناس وعاداتهم وأعرافهم، و تبدل الأمكنة والأزمان -يولي لذلك- أهمية واعتباراً بالغين. ويلزم المجتهد والحاكم بمراعاة ذلك في كل ما يصدر عنهما من الفتاوى والاجتهادات والأحكام.

إلا أن هذا لا يعني أن الإسلام يعتبر الأحكام والاجتهادات وليدة البيئة وتطور ظروفها كما يرى سافيني، ولا أنها مرتبطة بها بشكل لا يمكن معه أبداً أن تكون صالحة لبيئة أو جماعة أخرى في زمان آخر. كما لا يعني أيضاً أن الأحكام في الشريعة الإسلامية كلها خاضعة للتطور. بل إن الإسلام يقوم على الإقرار بوجود جوانب وصفات ثابتة في الحياة البشرية، لا تتغير في جوهرها لا بتغير الزمان ولا المكان، ولا الأشخاص ولا الأحوال، وإن تغير شكلها ومظهرها. تلك هي التي اقتضت

¹ (ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 04، ص 340.

² (المرجع نفسه، ن ج، ص 350-352، 377.

³ (وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 13.

وجود ثوابت تشريعية لا تخضع للتطور والتعديل.¹ وبذلك فإننا يمكن أن نميز بين نوعين من الأحكام في الشريعة الإسلامية:²

الأول منهما: يتمثل في الأحكام القطعية التي دلّ عليها صريح النص من القرآن أو السنة أو الإجماع، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة في الشرع على الجرائم ونحو ذلك. وهذه ثوابت لا تتغير عن حالة واحدة هي عليها. لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة، ولا يطرأ عليها تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضعت عليه.

والثاني: يتمثل في الأحكام الظنية المبنية على الاجتهاد في فهم النص، أو على مراعاة عرف صحيح لا يصادم الشريعة، أو المعتمدة على المصلحة المرسلّة أو الاستحسان. وهذه قابلة للتبديل والتغيير لاختلاف مناهج المجتهدين، أو لتغير الأعراف أو بحسب اقتضاء المصالح لها زمانا ومكانا وحالا. وذلك كاختلافات المجتهدين بسبب تغير أحوال العصر، وقد نصّ العلماء على أن مثل هذا الاختلاف يكون اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان.

فالإسلام إذن، يقر للأمة بحقها في تطوير الأحكام بما يتلاءم مع واقعها عن طريق علمائها المجتهدين. إلا أنه لا يدع ذلك التطور رهينا لإرادة البشر ولا يعلّقه على كفاحهم ولا يدعه عرضة لأن تبتلعه الأهواء والمصالح المتضاربة، ويحكمه منطق القوة والغلبة والقهر. بل إنه حينما يمنح الأمة هذا الحق فإنه يقيد من يباشره بجملة من القيود يجب أن يخضع لها فيما يصدره من اجتهادات، وإلا كانت تلك الاجتهادات باطلة فاقدة لشرعيتها. ويمكن تلخيص تلك القيود في الآتي:

أ- أن لا يتعلق الاجتهاد بالنوع الأول من أحكام الشريعة الإسلامية، أي الأحكام القطعية التي أشرنا إليها أعلاه؛ لأننا رأينا أن هذا النوع قطعي ثابت لا يقبل التبديل ولا التغيير، ولا يتأثر لا بتغير الزمان ولا المكان ولا الأحوال.

¹ (أحمد الزيسوني ومحمد جمال باروت، المرجع السابق، ص 68.

² (ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصادب الشيطان، د.ط، د.ت ط، مكتبة دار التراث - القاهرة - ج 01، ص 346-

347. / وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 33.

ب- ضرورة التقيّد بالنصوص وعدم الخروج عنها مطلقاً، فليس لأيّ مجتهد أن يشرّع حكماً يخالف فيه نصّاً أو يصادمه به، أو ينشئ حكماً مبتدأ لا يستند فيه إلى نصّ أو قياس على منصوص عليه.

ج- ضرورة ألا يتعارض الاجتهاد مع حكم من الأحكام القطعية التي دلّ عليها صريح النص من القرآن أو السنة أو الإجماع.

د- ضرورة ألا يتعارض الاجتهاد مع روح الشريعة الإسلامية، ومبادئها الكلية في التشريع، وأهدافها وغاياتها العليا ومقاصدها العامة. قال ابن قيم رحمه الله: ((إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل)).¹

وخلاصة ما يمكن استنتاجه هنا؛ أن الفقه الإسلامي يتفق مع ما ذهب إليه أنصار مذهبي التطور التاريخي والغاية الاجتماعية، من أن الأحكام خاضعة للتطور. وأن للواقع وعوامل الزمان والمكان والأحوال اعتبار في تغير الاجتهادات وتطوير الأحكام. إلا أنه لا يجعل ذلك التطور من خلق البيئة وظروفها، ولا يعتبره تطوراً آلياً ذاتياً مستقلاً عن الإرادة الإنسانية الواعية، ومجرداً عن أي قصد أو غاية كما زعم أنصار مذهب التطور التاريخي. كما أنه لا يرهن ذلك التطور بإرادة البشر، ولا يجعله مجرد تعبير عنها أو ثمرة لكفاحها. ولا يحصره في غاية يحددها شخص كما زعم أنصار مذهب الغاية الاجتماعية. ولكن تطوير الأحكام والفتاوى والاجتهادات في الإسلام وإن كان يتأثر بالواقع والبيئة وظروفها، إلا أنه يظل منضبطاً بغايات وأهداف الشريعة ومقاصدها المستمدة من أصولها وأدلتها، والمستقرّة من أحكامها القطعية. مستقلاً عن تأثير أي إرادة بشرية؛ إذ أن دور هذه الأخيرة لا يزيد عن تكييف الأحكام الظنية لتتلاءم مع الواقع في إطار الأهداف والمقاصد التي حددها الشارع.

¹ (ابن قيم، إعلام الموقعين، ج 04، ص 337.

هـ - ضرورة التقيّد بما نصّ على حكمه مما يتعدّى إلى الحالة موضوع الاجتهاد باشتراكه معها في العلة أو الحكمة أو المصلحة التي شرعت لها فيقاس عليه.¹

ثالثاً- مذهب التضامن الاجتماعي:

لقد ارتبط هذا المذهب باسم الفقيه ديجي الذي بسطه في مؤلفات عدة، وصّدره على أنه مذهب علمي واقعي. وأنكر كل ما لم تثبت صحته بدليل واقعي محسوس. معتبراً أن المعرفة الصحيحة لا تتأتى إلا بإحدى اثنتين؛ إما المشاهدة، وإما التجربة. وأن العلم لا يخرج عن دائرتي الواقع والمحسوس. وكل ما عداهما فهو في دائرة المجهول الذي يجاوز الطبيعة إلى ما وراءها، وهو لا يعدو أن يكون ضرباً من ضروب الخيال، التي لا يمكن الإثبات والنفي فيها والحكم عليها إلا بالظنّ والتخمين. وبهذا فهي ليست من العلم في شيء. لأن هذا الأخير يقتضي أن تبنى الأحكام فيه على التّحديد والدّقة والضبط، لا على الفروض والظنّون.

وقد كان من آثار اتباع مذهب ديجي هذا، إنكار فكرة المثل العليا التي يقوم عليها مذهب القانون الطبيعي. وإنكار فكرة وجود حقوق شخصية متصلة بالإنسان، يضمن القانون كفالتها. لأنهما فكرتان عاريتان عن أي دليل واقعي، أو تجربة واقعية محسوسة.²

وقد رأى ديجي أن يبيّن مذهبه على حقيقتين واقعتين، بعد أن أثبتهما -بطرق المعرفة الصحيحة- وهما:

- وجود مجتمع يعيش فيه الإنسان، وهذه حقيقة لا يمكن إنكارها. وقد أثبت الواقع أن الإنسان لا يعيش إلا في مجتمع.
- أن الأفراد في المجتمع الإنساني تربط بينهم رابطة التضامن، وبغير هذا التضامن لا يمكنهم البقاء أبداً. إذ أن قدرة الفرد لا تكفي لتلبية حاجات بقائه كلها بنفسه، مما يحدّم عليه التضامن مع غيره. وقد أثبت الواقع هذه الحقيقة أيضاً.

¹ (علي حريشة، المرجع السابق، ص 38-39.

² (إسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 96، 97.

وهذا التضامن الذي يكون بين الأفراد، إما أن يكون تضامناً بالاشتراك، وإما أن يكون تضامناً بالتقسيم. فأما التضامن بالاشتراك؛ فيحتمه اشتراك الناس في حاجات واحدة، مما يدفعهم إلى أن يتضامنوا جميعاً للحصول عليها. وأما التضامن بالتقسيم؛ فيحتمه اختلاف الناس في بعض حاجاتهم، وتفاوت قدراتهم على تحصيلها. مما يدفعهم إلى التخصص، ويلزمهم بأن يتضامنوا بتقسيم العمل بينهم، بحيث يقوم كل فرد منهم بما يستطيع القيام به، ثم يتبادل مع الآخرين ثمرة مجهوده. ويسود هذا النوع من التضامن كلما تقدمت المدنية وازداد تعقيد الحياة الاجتماعية.¹

واستخلاصاً مما تقدم، فإن ديجي يرى أن الإنسان لا يعيش إلا في مجتمع، وأن أفراد هذا المجتمع يرتبطون فيما بينهم برابطة التضامن. وهاتان الحقيقتان واقعيتان لا يمكن لأحد إنكارهما. وقد استخلص منهما ديجي قاعدة قانونية جوهرية مؤداها أنه "يجب الامتناع عن كل ما يخل بالتضامن الاجتماعي في أي صورة من صورته، ويجب القيام بكل ما من شأنه أن يحقق هذا التضامن وينميه." وتعتبر هذه القاعدة جوهرية، وهي أساس سائر القواعد القانونية؛ إذ يقوم عليها كل القانون، بل إن القانون الوضعي ليس إلا تطبيقاً لهذه القاعدة.²

وهكذا تجسّد هذه القاعدة الجوهرية ما يعرف بـ "الحدّ أو الأصل الاجتماعي" الذي قد يكون مجرد قواعد اقتصادية تحكم نشاط الأفراد الاقتصادي، وفي هذه الحالة يتمثل الجزاء المترتب عن مخالفته في خسارة الثروة. كما قد يكون مجرد قواعد أخلاقية تحكم سلوك الأفراد وتضبطه ليتوافق والآداب العامة. وهنا يكون استنكار المجتمع جزاءً على مخالفتها. غير أن هذه القواعد الاقتصادية أو الأخلاقية قد تسمو لمرتبة القواعد القانونية الملزمة، التي يتخذ الجزاء على مخالفتها صورة الإجماع عن طريق استخدام القوة المنظمة التي تحتكرها الحكومات. ولكن ذلك لا يتحقق إلا إذا أدرك أفراد الجماعة أن احترامها لازم وضروري لحفظ التضامن، وأن كفالة ذلك الاحترام تقتضي استخدام قوة الإجماع الاجتماعي.

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 118.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 41.

ومن هنا يتبين أن أساس إلزام القاعدة القانونية عند ديجي، هو شعور الأفراد بضرورة التضامن بينهم، وباختلاله إن لم تقف على كفاله قوة الجماعة المنظمة.¹ غير أن هذا الشعور بالتضامن لا يعدّ وحده أساساً للقاعدة القانونية. بل إن هناك شعوراً آخر يضاف إليه، هو الشعور بالعدل. ولكن لا ينبغي أن يفهم من أن المقصود بالعدل هنا التعبير عن مثل أعلى أو عن فكرة العدل ذاتها؛ لأن هذه تجاوز عالم الواقع والمحسوس. ولا تتفق مع مذهب ديجي العلمي الواقعي. وإنما المقصود بالعدل ذلك الشعور القائم فعلاً عند جمهور الأفراد بما هو عدل وبما ليس بعدل. فإنه إن كان للفرد شعورٌ بالتضامن الاجتماعي، فذلك لكأنه كائن اجتماعي. ولكنه أيضاً يشعر بأنه كائن فردي له كيانه المستقل عن الآخرين، وحقوقه التي يختصّ بها دونهم. وهذا الشعور الأخير هو الذي يولد عنده شعوراً بالعدل. إذ أنّ تصور الفرد لكيانه المستقل عن غيره من الأفراد، ولحقوقه التي يختصّ بها، يلزمه باحترام كيانات الآخرين وحقوقهم.²

تقدي:

كان من أبرز المآخذ التي أخذت على ديجي، أنه حصر أساس القاعدة القانونية في الشعور بالتضامن بين الأفراد. لكون هذا الشعور حقيقة واقعية لا يمكن إنكارها. ولكن الذي أغفله ديجي هو أن هذه الحقيقة ليست الوحيدة. فهناك إلى جانبها حقيقة أخرى لا تقلّ عن سابقتها أهمية، إنّها حقيقة التنافس والتنازع والتخاصم الذي يتولد عن تعارض المصالح بين الأفراد. وهذه الحقيقة أيضاً واقعية لا يمكن إنكارها - طبقاً لمذهب ديجي ومنهجه العلمي الواقعي - وكان الأولى له أن لا يتغاضى عنها. ولكننا نجد اختار الأولى والتي تتمثل في حقيقة الشعور بالتضامن، فجعل منها أساساً للقاعدة القانونية، وأغفل الثانية. ولا تفسير لذلك سوى أنه تجاوز الواقع المحسوس، إلى المثالية التي تتعارض ومذهبه العلمي الواقعي. فالظاهر أنه ما اختار إحدى هاتين الحقيقتين الواقعتين - حقيقة الشعور بالتضامن، وحقيقة التنافس والتنازع والتخاصم - إلا بعد أن عمد إلى تقويمهما، وعمل على قياسهما بالنسبة إلى

1 (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 127.

2 (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 120-121.

مثل أعلى يفرضه العقل، متجاوزاً بذلك الواقع المحسوس إلى ما وراءه. كما أنه قد تجاوزه أيضاً حينما عمد على تقويم نوعي الشعور بالتضامن -الصالح غير الصالح- واختار منهما الصالح الذي يكون في تحقيق الخير والعدل. فهو حينها لم يكتف في التضامن بتقرير الواقع، بل تجاوزه إلى تقويمه. وذلك لا يتم إلا بالقياس إلى مثل أعلى يفرضه العقل. وهكذا يكون ديجي قد نقض غزله، وهدم أساسه الذي بنى عليه مذهبه، وخالف منهجه العلمي الواقعي.¹

كما أخذ على مذهب ديجي أيضاً، أنه لما اعتبر الشعور بالعدل كأساس للقاعدة القانونية، إلى جانب الشعور بالتضامن الذي تقدم بيانه. قد قنع من العدل بالشعور الذي تتمثله أغلبية الأفراد، ولم يرتق إلى فكرة العدل كفكرة مثالية مجردة. وبذلك يصير العدل مجرد شعور شخصي صادر عن الأغلبية، لا حقيقة موضوعية ثابتة. وعليه فإن الرق قد يكون عدلاً، مجرد أن جمهور الأفراد في الجماعة قد شعروا بعدالته.

ولما اعتبر ديجي أن القاعدة القانونية، هي تلك القاعدة التي يشعر جمهور الأفراد، بأن التضامن الاجتماعي سيختل إذا لم تحترم. يكون قد جعل القانون رهناً لإرادة الأغلبية وإن لم يصرح بذلك، فعبر تارة بـ "الإجماع" وتارة بـ "شبه الإجماع" وغالباً بـ "جمهور الأفراد". ولما كان إجماع الأفراد على شعور معين بشأن العدل والتضامن أمراً نادراً إن لم يكن مستحيلاً، فإن الأقرب إلى مقصود ديجي هو كثرة الأفراد أو غالبيتهم. وهذا ما لا يمكن قبوله، إذ لا عبرة في مجال الحقائق لكثرة العدد أو قلته. فالحقيقة موجودة في النفوس وجوداً منفصلاً عن شعور الناس. ولا ينتقص منها أن لا يشعر بها إلا قلة من الأفراد. فإذا رغبت أغلبية أفراد الجماعة في إباحة الشذوذ مثلاً، فلا يعني ذلك أفضلية الإباحة على التحريم بخصوصه. وقد كانت أغلبية النظم القديمة تؤيد نظام الرق، ولكن ذلك لا يعني شرعيته.²

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 122.

² (حسن كبيرة، المرجع السابق، ص 132-133.

الفقه الإسلامي وثنائية التضامن والتضاد:

أما في الفقه الإسلامي فإنه لا خلاف حول كون حاجة الإنسان إلى الاجتماع حاجة فطرية، وأنه لا يمكنه أن يعيش إلا ضمن مجتمع، وأن تعاونه وتضامنه مع بقية أعضاء ذلك المجتمع أمرٌ ضروري. ذلك أن الله سبحانه خلقه على هيئة وفطره على صورة بحيث لا يمكن بقاؤه ولا تحقق إنسانيته إلا إذا اجتمع مع غيره، وتضامن وتعاون معهم. ذلك أنه في بقائه، محتاج إلى مجموعة من الحاجات، والقدرة التي ركبها فيه الله عز وجل، قاصرة عن الوفاء بحاجاته تلك إذا كان منفرداً. ومن هنا كان وجوده ضمن جماعة أمر فطري، وكان تعاونه وتضامنه مع أعضائها أمر ضروري.¹

ولما كان الإسلام دين الفطرة، فإنه لم يصادم تلك الفطرة الإنسانية المتمثلة في حب الاجتماع، بل أيدها ودعا إلى تحقيق الجماعة والوحدة الشاملة. وبين شرع الوسائل التي تمكن من ذلك. قال ﷺ: ﴿وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا﴾ [آل عمران، الآية 103]. كما أنه دعا إلى التضامن والتعاون بين أعضاء هذه الجماعة، وفرق صراحة بين نوعي هذا التضامن، فأمر بالصالح منه، ونهى عن الطالح. قال ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة، الآية 02].

ولكن الإسلام يراعي أيضا حقيقة أخرى، وطبيعة إنسانية مختلفة عن الحقيقة السابقة اختلافًا تامًا، يصل لدرجة التناقض. تتمثل هذه الحقيقة فيما تنطوي عليه النفوس البشرية من تنافس وتنازع فيما بينها، بسبب اختلاف مصالحها وتعارضها، مما يؤدي إلى حصول الصراع والصدام. ولذلك أنزل الله الوحي، ويكون وسيلة لإدارة الاختلاف بين البشر، وأرسل الرسل ليُرجعوا الناس إلى فطرتهم، وليُرُدُّوهم إلى أصلهم المتمثل في الاتحاد والاجتماع.² قال سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ النَّاسُ

¹ (ابن خلدون عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 73. / أبو زهرة محمد، المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، ط02، 1401هـ-1981م. الدار السعودية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية. ص 259.

² (الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط02، د.ت ط، الشركة التونسية للتوزيع - تونس - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - ص 109.

إِلَّا أُمَّةً وَاحِدَةً فَاخْتَلَفُوا ﴿ [هود، الآية 19] ، وقال ﷺ: ﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ﴾ [البقرة، الآية 213]. ففي هاتين الآيتين إشارة إلى الحالة الفطرية التي كان عليها الناس من الاتحاد والاجتماع، وإلى أن الاختلاف الحاصل بينهم طارئ وعارض. وقد زادت الآية الثانية على الأولى بأن بيّنت غاية إنزال الوحي وبعث الرسل، والمتمثلة في إرجاع الناس إلى فطرة الاجتماع و أصل الاتحاد، الذي كانوا عليه قبل اختلافهم. وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير هذه الآية قوله¹: ((كان بين نوح وآدم عشرة قرون، كلهم على شريعة من الحق. فاختلّفوا، فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين.)).

ومن هنا يتبيّن أن الإسلام لا يعارض حقيقة الشعور بالتّضامن الاجتماعي، ولكنه لا يجعل منها أساساً أو قاعدة جوهرية تستمدّ منها بقية القواعد المنظّمة للحياة الاجتماعيّة. ولا يعتبرها مصدراً لإلزامها. وهو وإن كان يقرّ بالفطرة التي تدفع الإنسان إلى الاجتماع وتشعره بالحاجة إلى التعاون والتّضامن مع غيره. إلا أنه لا يغفل حقيقة أخرى وطبعاً إنسانياً مختلفاً يدفع بالبشر إلى التّنازع، ومراعاة منه لهذا الطّبع كان إرسال الرّسل وإنزال الوحي ليتمكن النّاس من إدارة الاختلاف الحاصل بينهم من خلاله، وينظّموا علاقاتهم بواسطة ما جاء فيه من أحكام.

ثم إن العدل من القواعد الأصليّة والمبادئ الأساسيّة التي أقامها الإسلام، وألزم بتحقيقها، قال سبحانه: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ [النساء، الآية 58]، وقال ﷺ: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ [النحل، الآية 90]. ولقد حرص الإسلام على أن يكون العدل شاملاً لكافة النّاس مسلمين وغير

¹ (ابن كثير، المرجع السابق، ج01، ص569.

مسلمين، قال ﷺ: **يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوْمِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ءَاعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ** ﴿٨﴾ [المائدة، الآية 08]. فهاهنا أمر للمسلمين بلزوم القسط والعدل، ونهي لهم عن أن تحمّلهم عداوتهم وبغضهم للمشركين على ترك العدل. فيجوروا ويعتدوا عليهم في حكمهم فيهم¹. وقد ألزم الإسلام بالعدل في كافة العلاقات حتى أمر به الأب نحو أبنائه والزوج نحو زوجاته.

على أن العدل في الإسلام، ليس مجرد شعور شخصي نسبي يتغير بتغير الزمان والمكان والأشخاص. ولكنه حقيقة موضوعية مطلقة ثابتة، لا تتغير مهما تغيرت الظروف والأزمنة والأمكنة.² ولا تتأثر بما يشعر به الناس بشأنها، ولا يمكن لشعورهم أن يضفي صفة العدل على ما ليس بعدل، ولا أن ينفيها عن ما هو عدل. ذلك أن الله سبحانه لما ألزم بالعدل جعل الشرع ميزانا له فهو الذي يضبط التعامل به،³ وهو الذين يصونه من شهوات النفوس المنحرفة، واعتداءات الإرادات الشاذة التي قد تُصيّر العدل ظلماً والظلم عدلاً. فالعدل في الإسلام هو تنفيذ حكم الله الذي أنزله في كتابه وبينه على لسان رسوله ﷺ.⁴

الفرع الثالث: المدرسة المختلطة.

بعد ما طال المدرستين السابقتين -المثالية والواقعية- من انتقادات، بسبب تطرف كل واحدة منهما في بحثها عن جوهر القانون وتركيزها على جانب واحد وإغفال الجوانب الأخرى. بعد تلك الانتقادات ظهرت مدرسة جديدة حاولت الحدّ من ذلك التطرف. سواء الذي عرفته المدرسة

¹ (الزمخشري محمود بن عمر، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، ط01، 1418هـ-

1998م، مكتبة العبيكان -الرياض- ج02، ص 212. / الطبري، جامع البيان، ج08، ص223.

² (الزلي مصطفى إبراهيم، معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، ط01، 2014م، نشر إحسان للنشر والتوزيع، ص 145.

³ (عطية عدلان، المرجع السابق، ص 265.

⁴ (الطبري، جامع البيان، ج07، ص 173. / ضياء الدين الرئيس، المرجع السابق، ص 328.

المثالية التي جعلت القانون مثلاً أعلى يستلهمه العقل، أو الواقعية التي لا تنظر إلا للواقع المحسوس وتكرر كل ما سواه. وبناء على ذلك فقد حاول أنصار هذه المدرسة أن يقيموا القانون على أساس مزدوج؛ أساس واقعي محسوس، وآخر فلسفي ميتافيزيقي. ومن أبرز الذين نحوا هذا المنحى نجد الفرنسي جيني في مذهبه العلم والصياغة، الذي لا يعدّ في الواقع مذهباً جديداً، ولكنه نتيجة لتحليل المذاهب السابقة ومزيجاً من مكوّناتها. فهو يقرّ بدور العوامل الطبيعية والاجتماعية في صناعة القانون، كما لا يهمل وظيفة العقل في تقويم تلك العوامل وتوجيه تطوّر القانون.¹

أساس القانون حسب مذهب العلم والصياغة:

يرى جيني في كتابه " العلم والصياغة " أن القاعدة القانونية تتكوّن من عنصرين؛ أحدهما عنصر العلم، والآخر عنصر الصياغة. ويمثّل عنصر العلم عنده، جوهر القاعدة القانونية والمادة الأولية التي تتكون منها. والتي يستخلصها العقل من حقائق الحياة الاجتماعية، مستنيراً في ذلك بمثل أعلى يرشده ويوجهه. أما عنصر الصياغة فهو لا يعدّوا أن يكون القلب الذي تصاغ فيه تلك المادة الأولية، حتى تصير قابلة للتطبيق العملي. وعليه فإن جوهر القانون وأساسه يكمن في العلم، أما الصياغة فهي شكله وصورته.² وبما أن بحثنا حول جوهر القانون وأساسه، فسنعصر دراستنا هاهنا على عنصر العلم.

الحقائق المكوّنة لعنصر العلم عند جيني:

ذكرنا آنفاً، أن جيني يعتبر العلم جوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية التي تتشكل منها. وبيننا أنه يرى أن العقل هو الذي يستخلص تلك المادة الأولية، من حقائق الحياة الاجتماعية. والآن سنبين تلك الحقائق التي يتكون منها عنصر العلم ويستمدّ منها. ولكن يجدر بنا قبل الشروع في ذلك، أن ننبه إلى أن جيني لا يريد بالعلم ذلك المعنى الضيق الذي أراده أنصار المدرسة الواقعية، والذي حصروه بموجبه في المعرفة المستندة إلى المشاهدة والتجربة. ولكنه

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 122-123.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 45. / غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 16.

يريد به معناه الواسع، الذي يشمل كل معرفة منطقيّة منهجيّة، سواء كان مصدرها الحسّ والتّجربة أم العقل. ومنه كانت الحقائق التي يتكون منها عنصر العلم عند جيني متنوعة، فبعضها تجريبي وبعضها عقلي. وهي إجمالاً أربعة وهي؛ الواقعية، والتاريخية، والعقلية، والحقائق المثاليّة.¹

أولاً- الحقائق الواقعية (الطبيعية):

وتمثلها تلك الأحوال والظروف التي تحيط بالإنسان. سواء كانت مادية أو طبيعية، كظروف الجغرافيا والمناخ، و تكوين الإنسان العضوي أو الجسمي. أو كانت تلك الظروف أدبية معنوية، كالحالة النفسيّة أو النزعة الأخلاقية أو الشّعور الدّيني. أو كانت ظروفًا اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية. فأياً ما تكن طبيعتها فإنها لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ولكنها تمثل البيئة اللّازمة لنشوّها.² لذا كان من الضّروري ادخالها في الاعتبار عند صناعة القانون أو البحث في أصله. فبالنظر إلى عقد الزّواج مثلاً، وإلى طريقة تنظيمه نجد أنه مبني على كثير من الحقائق الواقعية، منها ما هو طبيعي كالتّكوين الفيزيولوجي لكلّ من الرجل والمرأة، ومنها ما هو أدبي معنوي كالحالة النفسيّة لكل منهما، ومنها ما هو اجتماعي كتلك الحقائق التي تتصل بمركز كل منهما في المجتمع.³

ثانياً- الحقائق التاريخية:

وتشمل كل ما تكوّن على مرّ الزّمن وتطوّر عبر التّاريخ، من قواعد لتنظيم الحياة والسلوك في المجتمع. فصار تراثاً قانونياً لا يمكن إغفاله، لاشتماله على خلاصة تجارب الإنسان عبر عصور مختلفة. وبذلك أصبحت تلك الحقائق التاريخية قواعد جاهزة للاستخدام، وصالحة لتوجيه نشاط الفرد في المجتمع. فتميزت عن الحقائق الواقعية التي لا تعدو أن تكون عناصر أولية سلبية غير مصقولة، تفتقر لعامل الزّمن والتّجربة.

فاستقراء الحقائق التاريخية مثلاً، يحدّد لنا صورة ارتباط الرجل بالمرأة ويجسّدتها في علاقة الزّواج. الذي يعدّ نظاماً محكم الشّروط والآثار بحسب اختلاف المكان والزمان، وخاضعاً دائماً لرقابة سلطة

¹ (حسن كبيره، المرجع السابق، ص 136.

² (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 90.

³ (السنهوري، المرجع السابق، ص 46.

اجتماعية، إما دينية وإما مدنية. وواضح أن هذا النظام الذي نجد اليوم جاهزاً، هو ثمرة لعامل المدّة الذي أضيف إلى الحقيقة الواقعية التي أشرنا إليها سابقاً، والتي تتعلق باختلاف طبيعة كل من الرجل والمرأة، بشكل يوحي بفكرة ارتباطهما على نحو معين.¹

ثالثاً- الحقائق العقلية:

ذهب جيني إلى أن كلاً من الحقائق الواقعية والتاريخية، اللتين سبقت الإشارة إليهما. لا تكفيان لإيجاد قواعد قادرة على توجيه سلوك الأفراد في المجتمع توجيهها مقنعاً. ولهذا كان من اللازم إخضاع تلك الحقائق الواقعية والتاريخية إلى العقل الذي يقوم بملاءمتها وتحويرها، بحيث تتفق والغاية التي يهدف إليها القانون.

وهذه النتيجة التي يصل إليها العقل، هي التي تمثل الحقائق العقلية التي تكوّن الجوهر الأساسي للقانون الطبيعي². على أنها لا ينبغي أن تتضمن إلا ما يستخلصه العقل من طبيعة الإنسان واتّصاله بالناس في المجتمع، دون النظر إلى غاية مثالية.

فالحقائق العقلية إذن، ثابتة وعالمية. إذ تقتصر على ما يُظهر العقل أن طبيعة الإنسان تفرضه وتحمّمه، دون أن تتعدّاه إلى الرغبات التي تمثل مطامح الإنسان ونزعاته المثالية. فإذا كان من الحقائق العقلية -مثلاً- أن طبيعة الإنسان كما يدركها العقل، تحتم أن يكون الارتباط بين الرجل والمرأة ثابتاً مستقراً ناشئاً عن الرضا والاتّفاق حتى تنشأ عنه أسرة. فإن تلك الحقيقة لا تجاوز هذا الحدّ، ولا تتعدّاه إلى ما يفرضه العقل من مثل عليا، كأبدية الزواج وتحريمه من الأقارب إذ أن هذه تظلّ من الحقائق المثالية، وسيأتي الحديث عنها لاحقاً.³

رابعاً- الحقائق المثالية:

يذهب جيني إلى القول بوجود اعتبارات تقع خارج النظام القانوني المستمدّ من الحقائق الواقعية والتاريخية ومن مقتضيات العقل. غير أنها لا تفرض قواعد سلوك جديدة في المجتمع،

¹ (حسن كبيره، المرجع السابق، ص 137-138).

² (مفهومه التقليدي الذي فصلناه في محاور سابقة من هذه الدراسة).

³ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 128. / السنهوري، المرجع السابق، ص 47).

ولكنها تمثل ميولاً ونزعات مثالية، وأماني أخلاقية تنحو بالقانون نحو السمو والكمال. وقد تكون تلك الاعتبارات مادية، أو نفسية، أو دينية، أو خلقية، كما قد تكون سياسية أو اقتصادية. والحقائق المثالية عند جيني، لا تأتي من معرفة عقلية. ولكنها وليدة العواطف والإيمان. لذلك كانت مخالفة للحقائق العقلية، بأن لم تكن عالمية ولا ثابتة. بل مختلفة متغيرة بتغير البيئة والجيل، فإذا نظرنا للزواج مثلاً، نجد أن المجتمعات تختلف في تنظيمه وفق مثلها العليا. فمنها من يعتمد مبدأ وحدة الزوجية، ومنها من يعتمد مبدأ تعدد الزوجات، ومنها من يعتمد أبدية الزواج، ومنها من يذهب إلى جواز إنهائه بالطلاق.¹

يجدر بنا أن نشير هنا إلى أن "جيني" بعد أن استعرض الحقائق الأربعة المكونة لعنصر العلم، والتي تعتبر جوهر القاعدة القانونية وأساسها. ذهب ليفاضل بين تلك الحقائق. وجعل العقلية منها في مقدمتها، واعتبرها الأهم منها جميعاً. ذلك أن كلاً من الحقائق الواقعية والتاريخية ليست سوى تقريراً لواقع، ومعرفتها لا تتطلب أكثر من المشاهدة والتجربة دون الحاجة إلى نشاط ذهني. كما أن الحقائق المثالية لا تتدخل إلا للسمو بالقواعد التي يفرضها العقل مستنيراً بالواقع والتاريخ. وبذلك يتبين أن القاعدة القانونية أساساً - كما يراها جيني - عملٌ عقلي. ومن هنا تظهر أهمية الحقائق العقلية من غيرها، ويتضح كونها الجوهر الأساسي للقاعدة القانونية. ولما كانت هذه الحقائق تعتمد في بعضها على الحقائق الطبيعية أو الواقعية، فإن ذلك يستلزم - عند جيني - وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين القاعدة القانونية، أي وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء، تتميز بثباتها وسموها ويخضع الأفراد لها.²

¹ (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 92.

² (حسن كبره، المرجع السابق، ص 142.

تقديم:

لم يسلم مذهب جيني كغيره من الانتقادات، والتي كان من أبرزها:

- أنه أضفى صبغة علمية على الحقائق الأربعة المكوّنة لجوهر القاعدة القانونية (عنصر العلم)، في حين أنه لا يعدّ من الحقائق العلمية بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، سوى اثنتين منها. وهي الواقعية والتاريخية فهما تجريبتان تعرفان بالمشاهدة. أما بالنسبة لبقية الحقائق فإن العقلية منها لا يمكن اعتبارها علمية إلا بمجاوزة المعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، ليشمل كل معرفة منطقيّة منهجية دون تقيّد بأن تكون معرفة تجريبية. وأما المثالية، فقد اعترف جيني نفسه بأنه من العسير اعتبارها علمية، لكونها ليست متولّدة عن العقل والتّفكير، بل نابعة عن قوى غامضة مبهمة كالعواطف والإيمان.
 - كما أخذ على هذا المذهب صعوبة التّفريق بين تلك الحقائق الأربع، إذ أن من العسير التّمييز بين الواقعيّة منها والتّاريخيّة. ذلك أن التاريخيّة ليست سوى حقائق اكتسبتها الجماعة على مرّ الأجيال، فصارت من الطّروف الواقعيّة المحيطة بها، فهي إذن مجرد حقائق واقعيّة.
- كما أن الحقائق المثاليّة تستخلص تدريجيّاً من الحقائق العقليّة، خاضعة في ذلك لاطراد نزعة الكمال والتّقدّم.¹

- ثم إن جيني بعد كل هذا الصّراع، يعود من جديد إلى نظريّة القانون الطّبيعي حينما يقول بضرورة وجود مجموعة من القواعد التي يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء تمثل الحد الأدنى من القانون الطبيعي الذي ينبغي أن يدخل في تكوين القاعدة القانونية. وليس خافياً ما طال هذه النظرية من انتقادات - بسبب اضطرابها وغموضها- إلى حدّ أفقدها صلاحيتها لأن تكون أساساً للقانون.

خلاصة:

استنتاجاً مما تقدّم، وبناء على أن بعض الحقائق المكوّنة لجوهر القاعدة القانونية يمكن إضفاء الصّبغة العلمية التجريبية عليه، وهو الواقعية والتاريخية، وبعضها لا يمكن، وهو العقلية والمثالية.

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 132).

ونظراً لصعوبة التفريق بين الحقائق التاريخية والواقعية من جهة، لكون التاريخية تنتهي لأن تصير ظروفًا وحقائق واقعية، وبين العقلية والمثالية من جهة أخرى، لكون الحقائق المثالية تستخلص تدريجياً من العقلية. فإنه يمكن ردّ الحقائق المكوّنة لجوهر القاعدة القانونية إلى نوعين؛ هما **حقائق علمية تجريبية** وأخرى **عقلية تفكيرية**؛ فأما الأولى، فإنها تخضع للمنهج التجريبي البحت، وهي تضمّ كلاً من الحقائق الواقعية أو الطبيعيّة والتاريخيّة. وأما الثانية فإنّ العقل يستخلصها فيما وراء الواقع المشاهد والمحسوس، وهي تضمّ كلاً من الحقائق العقلية والمثالية.

فالقاعدة القانونية إذن؛ مكوّنة من نوعي الحقائق السابقين، وهذا التكوين يتناسب تماماً مع ما تتضمنه القاعدة من التكليف بالواجب. ذلك أن هذا الأخير يتطلّب ابتداء تقرير الواقع، ثمّ تقويمه وبيان ما يجب منه وما لا يجب؛ فأما تقرير الواقع فيتم عن طريق المشاهدة والتجربة، فهو يخضع لمنهج علمي تجريبي دقيق من شأنه أن يوفّر الحقائق العلمية التجريبية التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية. وأما تقويم ذلك الواقع، فلا يتصور إلا بالقياس على مثل أعلى يعتبر هدفاً وغاية في ذاته. وهذا المثل الأعلى ليس من الواقع المحسوس، ولا يمكن معرفته بالمشاهدة لأنه مما وراء المحسوس. والعقل هو الذي يستخلصه، فيضيف -إلى الحقائق العلمية التجريبية- حقائق عقلية تفكيرية فيكتمل بذلك الجوهر الأساسي للقاعدة القانونية.

ومن هنا يتبين أن القانون ليس عملاً علمياً بحتاً كما يرى أنصار المدرسة الواقعية، ولا عملاً عقلياً بحتاً كما يرى أنصار المدرسة المثالية. ولكنه عمل مزدوج؛ فهو علمي حينما يحتاج إلى تقرير الواقع تقريراً علمياً، يستند للتجربة والمشاهدة. وعقلي حينما يعمد إلى تقويم الواقع، بالقياس على مثل أعلى، فيحدّد ما يجب وما لا يجب. وعلى هذا فإنّه يمكن ردّ الجوهر الأساسي للقاعدة القانونية إلى عنصرين هما؛ عنصر الواقع، وعنصر المثال.¹ وستحدث فيما يلي عن كل منهما.

¹ (حسن كبيره، المرجع السابق، ص 143-144).

1- عنصر الواقع:

يظهر أثر عنصر الواقع في تكوين القاعدة القانونية بوضوح، في اختلاف القوانين وتباينها من مجتمع إلى آخر. و ليس ذلك إلا نتيجة لاختلاف العوامل الواقعية. وعليه فإنه لا مناص - عند إقامة القاعدة القانونية- من النظر بعين الاعتبار إلى الواقع القائم على حقائق النظام الاجتماعي.

ثم إن دراسة الواقع وحقائق الحياة الاجتماعية، تتطلب مراعاة عوامل متعدّدة، تنوع إلى عوامل طبيعيّة، واقتصادية، وسياسية واجتماعية، ودينية وأخلاقية، وعوامل تاريخيّة. إذ تعدّ معرفة كلّ تلك العوامل أمراً لازماً، سواء لإقامة قاعدة قانونية، أو حتى تعديل قاعدة قائمة.¹

2- عنصر المثال (العدل):

لا يكفي عنصر الواقع لتكوين القاعدة القانونية. ذلك أن عوامل الحياة الاجتماعية المختلفة، لا تعدوا أن تكون مجموعة من التجارب والحقائق الواقعة فعلاً. وهي بذلك تختلف تماماً عن القاعدة القانونية، التي تتضمن تكليفاً بواجب. ولا خلاف حول أنه ليس كلّ واقع واجب. ولذلك ينبغي أن تخضع هذه الحقائق الواقعيّة حتى يعرف ما هو واجب منها وما ليس بواجب للتقويم. وذلك بالاستناد إلى قيمة معيّنة تبرّر وجوبها، وتسوّغ التّكليف بها. على أن تكون هذه القيمة فوق العنصر الواقعي و مختلفة عنه، ولا يرجع في تحديدها إلى التجربة والمشاهدة الحسيّة، بل إلى العقل الذي يفرضها كمثال أعلى يتمثل في العدل.

ومن هنا تظهر ضرورة وجود عنصر مثالي هو العدل، يتم إخضاع العنصر الواقعي له لكي يوافق عليه. فيصير بذلك واجباً، وبهذا تتكوّن القاعدة القانونيّة.²

لكن السّؤال الذي يطرح نفسه هنا يدور حول مفهوم فكرة العدل، خاصّة بعد ما تبين لنا ما تنطوي عليه من نسبيّة عند بعض الفقهاء، وما ظهر لنا من تباين لآراء المذاهب بشأنها.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السّابق، ص 59. /توفيق حسين فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، ص 134-141.

² حسن كبره، المرجع السابق، ص 150.

هذا وقد درج فقهاء القانون عند تحديد فكرة العدل، على النظر إلى علاقة الفرد بغيره. سواء كان هذا الغير فرداً آخر، أم الجماعة التي يوجد فيها. وفرقوا بين العدل الذي يوجد في علاقة الفرد بالفرد، وبين العدل الذي يوجد في علاقة الفرد بالجماعة. وبذلك قسّموا العدل إلى ثلاثة أقسام؛ عدل تبادلي وعدل توزيعي وعدل اجتماعي.¹

- **فأما العدل التبادلي:** فهو الذي يحكم العلاقات والمعاملات بين الأفراد، حيث يجب للفرد على الفرد. وهذه الصورة من صور العدل، قائمة على أساس المساواة الحسابية المطلقة. يكون الأفراد حسب مقتضاها متساوين تماماً. يعطى لكل ذي حقّ منهم حقه، ويحترم كلّ منهم حقوق غيره ولا يعتدي عليها.

- **أما العدل التوزيعي:** فهو الذي يحكم علاقة الأفراد بالجماعة التي ينتمون إليها ممثلة في الدولة. من حيث وجوبه عليها لصالح الأفراد. وهو متعلق بتوزيع الثروات والمزايا على الأفراد (المواطنين). وهذه الصورة من صور العدل، تقوم على أساس المساواة النسبية لا الحسابية المطلقة؛ إذ ينظر فيها لاختلاف حاجات الأفراد، وتفاوت قدراتهم وكفاياتهم.²

- **وأما العدل الاجتماعي:** فيراد به تلك الصورة التي تحكم علاقة الأفراد بالجماعة التي ينتمون إليها، من حيث وجوبه على الأفراد لصالح جماعتهم. فأساس العدل الاجتماعي إذن؛ هو اعتبار الفرد جزء من كل، هو الجماعة. ومن هنا كان من مقتضى العدل الاجتماعي، تسخير الجزء (الفرد) لخدمة الكل (الجماعة). وكان من واجب الأفراد القيام بما تفرضه الجماعة عليهم من واجبات، ترمي إلى تحقيق الصالح العام. وهذا ما يبرّر إلزامهم بالخدمة العسكرية مثلاً، ودفع الضرائب. إذ لولا الصالح العام للجماعة التي ينتمي إليها الفرد، لما كان من العدل إثقال كاهله بهذه الأعباء.³

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 143).

² (سمير تناغو، المرجع السابق، ص 141-143).

³ (حسن كيرة، المرجع السابق، ص 154، 155).

اختزال صور العدل السابقة في فكرتي العدل العام والعدل الخاص:

يظهر مما سبق، أن هناك صوراً ثلاثة للعدل؛ فهناك عدل للفرد على الفرد، وعدل للفرد على الجماعة، وعدل للجماعة على الفرد. وقد اختزل الفقهاء هذه الصور الثلاثة في فكري العدل العام والعدل الخاص. فأما العدل الخاص، فيقوم على التكافؤ والمساواة التامة بين الأفراد. لكونه يحكم علاقاتهم ببعضهم باعتبارهم أفراداً متساوين فيما لهم من كيان مستقل. وعليه فإن العدل الخاص يشمل ما سميناه سابقاً بالعدل التبادلي. وأما العدل العام، فيحكم علاقات الأفراد بالجماعة باعتبارهم أعضاء فيها، بغض النظر عما إذا كان واجباً لها عليهم أو العكس. وعليه فهو يشمل صورتَي العدل التوزيعي والعدل الاجتماعي السابقتين.

وإذا كان مدلول العدل -حينما ينظر إلى الفرد في ذاته- لا يخرج عن التكافؤ والمساواة، فإنه في حال النظر إلى الفرد باعتباره عضواً في جماعة، لا يتصور أن يكون له إلا مدلول واحد، هو سيطرة الجماعة وهيمنتها على الأفراد بصورة تمكن من تحقيق الصالح العام.

وهكذا يتضح أن فكرة العدل تتراوح بين تحقيق التكافؤ والمساواة بين الأفراد بوصفهم أفراداً، وهو ما سميناه بالعدل الخاص. وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد بوصفهم أعضاء فيها، وهذا هو العدل العام. وقد نتج عن هذا تباين اتجاهات القانون واختلافها إلى مذهبين؛ أحدهما يميل إلى فكرة العدل الخاص وهو المذهب الفردي، والآخر إلى فكرة العدل العام وهو المذهب الاشتراكي.¹

أ- المذهب الفردي وقيامه على العدل الخاص:

يقوم هذا المذهب على تقديس الفرد واعتباره غاية التنظيم الجماعي ومحور النظام السياسي. ويبرر وجود الدولة والسلطة بخدمة الفرد وإسعاده وضمّان حرياته. أما مصالح الجماعة فإنها ستأتي تلقائياً؛ إذ أنها ليست سوى مجموع مصالح الأفراد.

¹ (توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، ص 146-148).

فالفرد إذن مقدّم على الجماعة، وهو الحقيقة الأولى التي سبقت المجتمع المنظم. وقد كان قبل الجماعة يعيش حراً. ولذا كان الاعتراف له بحقوقه وحرياته الطبيعية - التي ثبتت له بموجب طبيعته الإنسانية - وحماتها من واجب الدولة.

ولكن احتمال وقوع التعارض بين حقوق الأفراد وحرّياتهم، هو ما يحتم على الدولة أن تتدخل من أجل التوفيق بين تلك الحقوق والحرّيات الطبيعية المتعارضة. وذلك من خلال تقييدها بقدر يمكن كافة الأفراد من التمتع بها. وهذا التقييد يمس كافة الأفراد مما يحقق العدل الخاص (التبادلي).¹

تقد:

لا يخفى ما يحدثه الأخذ بالمذهب الفردي من أثر إيجابي يتمثل في تحرير الفرد من طغيان الحكّام وسيطرة الدولة. وذلك عن طريق حصر نطاق تدخلها في أضيق الحدود. ولكنه بالرغم من ذلك، قد تعرض للعديد من الانتقادات كان أبرزها:

● تناقضه مع فكرة الديمقراطية، وخاصة النيابية منها التي تقرّر خضوع الأفراد لإرادة الأغلبية. وبالتالي تعطي لهذه الأخيرة إمكانية إحداث تغيير في مركز الفرد وحقوقه، مع أن المذهب الفردي يرى عدم إمكان المساس بشيء من ذلك². وقد فسّر أنصار هذا المذهب ذلك بأنه لمّا كان الفرد كائناً مقدساً، فإنه لم يكن لجهة أن تمس بحرياته وحقوقه سوى الفرد نفسه. ولذلك قالوا بإسناد السلطة للشعب (الأفراد)!!!³

● أنه مذهب متناقض وخيالي؛ فهو خيالي لأنه يفترض وجود حالة من العزلة عاشها الأفراد قبل اندماجهم في الجماعة المنظمة، ومتناقض لأنه يزعم أن حالة العزلة تلك كانت محكومة بقواعد القانون

¹ (إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 196. / إسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 103. / محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص 288.

² (نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 113.

³ (عبد الحكيم حسن العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام - دراسة مقارنة - د.ط، 1403 هـ - 1983 م، دار الفكر العربي، ص 43.

الطبيعي. وهذا عين التناقض. فإما أن القانون الطبيعي كان ينظّم علاقة الفرد المنعزل مع نفسه! وإما أن الفرد كان مجتمعاً مع غيره ولم يكن منعزلاً. ولما كان من الثابت أن تصرّفات الفرد مع نفسه لا تحتاج إلى قانون ينظمها. فلم يبق إلا الاحتمال الثاني، وهو أن الفرد لم يكن منعزلاً. وهذا عكس ما بني عليه المذهب الفردي الذي قال بوجود حالة العزلة. واعتبرها مقدّمة انطلق منها ووصل عبرها إلى ما رأيناه من نتائج تتمثل في تقديس الفرد واعتبار الجماعة وسيلة لخدمته وإسعاده. وعليه فإنه إذا تبين خطأ هذه المقدمة، ثبت بطلان النتيجة التي تتولّد عنها.¹

● كما أن إطلاق المذهب الفردي لحريات الأفراد، وإطلاقه المساواة بينهم رغم ما بينهم من فوارق في الحاجة والقدرة، وخاصة من الناحية الاقتصادية. قد صيّر الحقوق والحريات الفردية، حقوقاً شكلية لا يتمتع بها إلا الأقوياء والأغنياء الذين يستغلون الضعفاء وينيون سعادتهم على شقائهم وتعاستهم.²

والذي يتبين من خلال هذه الإطلالة على المذهب الفردي، وما ينطوي عليه من ترجيح لفكرة "العدل الخاص"، وما أخذ عليه من عجز عن حماية الحقوق والحريات. هو أن فكرة العدل الخاص قاصرة وغير كافية لبناء القاعدة القانونية، وتبرير طاعتها والخضوع لها. مما دفع إلى التفكير في استبدال هذه الفكرة بفكرة العدل العام، وقد ظهرت ترجمة هذا المسعى بوضوح في المذهب الاجتماعي.

بد المذهب الاشتراكي وقيامه على العدل العام:

بعد النتائج السلبية التي نتجت عن تطرف المذهب الفردي، بعد إهماله لفكرة العدل العام والاقتصار على العدل الخاص. والتي نتج عنها عجزه عن حماية الحقوق الفردية من تلك الطبقة الاحتكارية التي تلهث نحو مصالحها الشخصية دون اهتمامها بمصالح الجماعة. مستفيدة في ذلك من الدور السلبي للدولة الحارسة الذي تبناه المذهب الفردي. — بعد ذلك كلّه — ظهر مذهب آخر لا يقل

¹ (نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 114. / محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص 246-247.

² (إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 198-199. / نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص 114.

تطرفاً عن سابقه، ولكنه يعاكسه في الاتجاه. فإذا كان المذهب الفردي يقَدِّس الفرد ويهتَم به على حساب الجماعة، فإن الاشتراكي يقَدِّس الجماعة على حساب الفرد. وهو لا ينظر إلى هذا الأخير على أنه كائن منعزل عن غيره مستقل بذاته، ولكن ينظر إليه على أنه كائن اجتماعي مرتبط بجماعته ومتضامنٌ معها. ويعتبر الجماعة -بناءً على ذلك- الهدف الأسمى ويرى أن مصلحتها مقدمة على مصلحة الفرد. ذلك أن مصلحة هذا الأخير تتحقق تلقائياً بتحقيق مصالح الجماعة التي ينتمي إليها. ولذلك ينبغي أن يكون الأفراد كلهم مسخّرين لخدمة الجماعة، بحيث يساهم كل منهم بنصيبه في تحقيق صالحها. وهو حينما يقوم بذلك فإنه في ذات الوقت يعمل على تحقيق مصالحه. لأن الصّالح الخاص لكل فرد هو نفس الصّالح العام للجماعة، باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه، بل إن كيانه بالجماعة التي ينتمي إليها.

و إذا كان المذهب الفردي ينظر إلى الأفراد على أنهم متساوين جميعاً وينكر الفوارق الموجودة بينهم في القدرة والحاجة. فإن المذهب الاشتراكي ينظر إلى كل فرد على أنه كائن اجتماعي له حقيقته التي تختلف عن غيره من أعضاء الجماعة. مراعيّاً في ذلك الفروق الفردية بينهم. ولهذا قام هذا المذهب على فكرة العدل العام، واعتمد المساواة النسبية بين الأفراد، والتي تكون بين القيم المتعلقة بهم من حيث حاجتهم وقدرتهم وأدوارهم التي يقومون بها في المجتمع. وهجر فكرة العدل الخاص والمساواة الحسابية ومبدأ التكافؤ في الفرص بين الأفراد الذي كان ينتهي غالباً -في ظلّ المذهب الفردي- إلى تسلّط بعض الأفراد على البعض الآخر.¹

تقديراً:

إذا كان يحسب لهذا المذهب أثره في الحدّ من الفردية المتطرفة وما ينجرّ عنها من طغيان الأقوياء وسيطرتهم على الضعفاء، فإنه قد تعرض أيضاً للتّقد الشديد بسبب تقديسه للجماعة وتضحيته بالفرد لصالحها، وجعله مجرد آلة مسخرة لخدمتها. ولكونه ينتهي إلى الاستبداد والتّحكم وهدر الحقوق والحريّات الفردية تحت مبرّر مصلحة الجماعة، كما أن فيه ضرراً للجماعة نفسها لما فيه

¹ (حسن كبيره، المرجع السابق، ص 162).

من القضاء على روح المبادرة وإعدام الدافع الشخصي إلى العمل. ومن هنا يتبين أن فكرة العدل العام أيضاً لا تكفي وحدها لبناء قاعدة قانونية سليمة وصالحة لإرساء العدل.

ضرورة الجمع بين المذهبين:

نظراً للقصور الذي انطوى عليه كل من المذهبين السابقين، وعجزهما عن تحقيق العدل بسبب تطرف كل منهما في تقديس طرف واحد (الفرد أو الجماعة) والتضحية بالطرف الآخر. فإن من الواضح أن الأخذ بأي منهما منفرداً عن الآخر سيكون مجانبة للصواب، وانحرافاً عن العدل. ولذا كان من اللازم الجمع بين ما ورد في المذهبين من رؤى حول الفرد، سواء تلك التي تعتبره كائناً له ذاتيته المستقلة عن الآخرين، وتقوم على فكرة العدل الخاص. أو تلك التي تعتبره كائناً اجتماعياً ينتمي إلى جماعة لا كيان له إلا في ظلّها وتقوم على فكرة العدل العام. فلا يصحّ إغفال أيّ من الفرد أو الجماعة عند تكوين القاعدة القانونية. ولكن ينبغي تحقيق التوازن بينهما والجمع بين العدل العام والخاص. ومراعاة صالح الفرد دون إهمال صالح الجماعة. وبقدر التوفيق بين هذه الشائيات تتحدد صلاحية القاعدة القانونية وقدرتها على تحقيق العدل. وقد اتجهت أغلب القوانين في الدول اليوم نحو الجمع بين فكري العدل العام والعدل الخاص.¹

عنصري الواقع والمثال في التشريع الإسلامي:

سبق وأن بيننا أن التشريع في الإسلام إما أن يكون ابتدائياً يدخل ضمن وظائف الربوبية لا دور فيه للإنسان، وإما أن يكون ابتنائياً تباشره الأمة عن طريق علمائها ومجتهديها الذين لا يشرعون ابتداءً، وإنما يقتصر دورهم على استخلاص الأحكام والكشف عنها.² ويعدّ من الحقائق الثابتة في الفقه الإسلامي، أن لكلّ من عنصري الواقع والمثال اعتبار في التشريع. سواء أكان ابتدائياً أو ابتنائياً.

¹ (توفيق حسين فر، المدخل للعلوم القانونية، ص 158. / حسن كيره، المرجع السابق، ص 164-165.

² (عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 81.

- فأما اعتبارهما في التشريع الابتدائي: فتظهره النصوص التي تضمنت هذا التشريع، قرآنية كانت أو نبوية. فإن المتبع لها يجدها في الغالب تنحو منحى المثال، سواء من جهة نشأتها وصدورها، أو من جهة تطبيقها. فكثيرة هي النصوص التي تتحدث عن مثل عليا كالعدل والقسط وتعتبرها غايات وأهداف أساسية للتشريع. وتدعو إلى تحقيقها في المجتمع من خلال تطبيق الأحكام الشرعية. من ذلك مثلاً قوله ﷺ: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد، الآية 25]، والمراد أن هذا الوحي الذي جاء به الرسل وما تضمنه من أحكام وتشريعات، يعد وسيلة إلى تحقيق الغاية العليا والمقصد السامي المتمثل في القسط والعدل. وكثيرة هي النصوص في القرآن الكريم وفي السنة النبوية الشريفة، التي تشترك مع هذه الآية فيما تقرره من أن التشريع الذي شرعه الله سبحانه وتعالى ابتداءً تشريع غائي. يهدف إلى تحقيق غايات ومثل عليا، تكمن في إقامة العدل والقسط في المجتمع. وبهذا يتبين أن هذا العنصر المثالي معتبر في التشريع الإسلامي. بل إنه يعدّ الوجهة العملية للأحكام الشرعية، وأنه هو المحدّد الأساس لمقاصد الشريعة وأهدافها العامة.¹

ولئن كان التشريع الابتدائي كما رأينا يهدف إلى تحقيق العدل والقسط كمثال عليا، إلا أنه غير منفصل عن الواقع إطلاقاً، بل إنه مرتبط به لحد كبير. وكل التشريعات والنصوص التي تضمنها ليست مجرد قيم نظرية معزولة عن الواقع، فهي لم تأت دفعة واحدة - كما هو معلوم - وإنما جاءت مجزأة حسب الوقائع والأحداث والمناسبات. والشارع حينما شرع الأحكام قد شرع الأصلح والأنسب لعباده. وذلك ما كان ليتم لو لم يراعي ما فطرهم عليه من طبائع وما يحيط بهم من ظروف. فإذا نظرنا إلى تشريع الزواج مثلاً، نجد أنه صدر بما يتلاءم مع ما جبل عليه الإنسان من غرائز. وهذه الغرائز تعدّ من العوامل والظروف الطبيعية، وبمراعاتها يظهر مدى اعتبار عنصر الواقع في التشريع الإسلامي من حيث صدوره وتكوينه. ويتبين أنه ليس مجرد غايات نظرية وأهداف مثالية محددة يحرص

¹ (مصطفى محمد، الأصول العامة لنظام التشريع: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، ط 01، 2008، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي - بيروت. ص 184.

الإسلام على تحقيقها. ومما يؤكد هذا النظر ما ذهب إليه العلماء من عدم إمكانية فهم النصوص فهما صحيحاً، ولا إدراك علل وغايات ما تضمنته من تشريعات، إذا كان النظر إليها بمعزل عن السياق والمقام الذي وردت فيه. والأسباب التي استدعت نزولها. وقد روي عن الواحدي قوله: ((لا يمكن معرفة تفسير الآية قبل الوقوف على قصتها))، وقال ابن دقيق العيد: ((بيان سبب النزول طريق قوي في فهم معاني القرآن))، وقال ابن تيمية ((معرفة سبب النزول يعين على فهم الآية))¹ كما اهتم علماء الشريعة اهتماماً بالغاً بمقامات الخطاب -الذي يتضمن التشريع- سواء منها مقام المقال الذي يشمل القرائن اللفظية، والعناصر اللغوية التي من شأنها أن تساهم في ضبط المعنى المقصود منه شرعاً. أو مقام الحال الذي يتضمن العناصر الخارجية من الحوادث والنوازل والقرائن الحالية والواقع والظروف والملابسات المرتبطة بالوقت الذي تم فيه أداء المقال.² ومن هنا يتبين أن لعنصر الواقع اعتبار في التشريع الابتدائي الذي يشرعه الله سبحانه ابتداء من خلاله ما ينزله من وحي. كما ثبت قبل ذلك أن لعنصر المثال اعتبار فيه.

- **وأما في التشريع الابتدائي،** الذي تقوم به الأمة من خلال علمائها الذين بلغوا درجة الاجتهاد. فإنهم حينما يعمدون إلى استخلاص الأحكام والكشف عنها، يراعون الواقع والظروف التي تحيط بهم. وقد فصلنا في المباحث السابقة من هذه الدراسة،³ أثر تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والوقائع في الفتاوى والأحكام. وبيننا أن ذلك من أسرار خلود الشريعة وديمومتها وعابريتها للأزمنة والأمكنة. وعامل من عوامل سعتها ومرونتها. وأنه يؤهلها للوفاء بحاجات الإنسانية المتجددة على امتداد الزمان واتساع المكان وتطور الإنسان.⁴

¹ (السيوطي جلال الدين، الإتقان في علوم القرآن، د.ط، د.ت ط، مطبعة حجازي -القاهرة- ج 01، ص 29.

² (الحسيني إسماعيل، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ط01، 1416هـ-1995م، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا-الولايات المتحدة الأمريكية- ص 338-339.

³ (تحت عنوان خضوع الاجتهادات والفتاوى والأحكام للتطور في الفقه الإسلامي.

⁴ (يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص 06.

ذلك أن الواقع في تغييره وتطوره شديد السرعة؛ لدرجة أن الناس في كل يوم يعيشون واقعاً جديداً يختلف عن سابقه. ولذلك شبه البعض الواقع بالنهر الجاري الذي لا يمكن لأحد أن يستحم فيه مرتين، ففي كل مرة يستحم فيه المرء، فإنه يكون في نهر جديد. أي في ماء جديد غير الذي استحم فيه قبل ذلك.¹ ويلزم من ذلك مراعاة هذا التغيير في الاجتهادات والفتاوى والأحكام؛ إذ أن كثيراً منها ما يتعين تغييره تبعاً لذلك، ولو بقي على ما كان عليه لزم منه المشقة والضّر بالناس. وخالف روح الشريعة وقواعدها المبنية على اليسر والتخفيف ودفع الضّر والفساد.² ومن هنا يظهر بجلاء ضرورة اعتبار عنصر الواقع في التشريع الابتنائي الذي تقوم به الأمة حينما تستخلص الأحكام وتكشف عنها.

ولكن هذه الوظيفة لا تباشرها الأمة تحت توجيه الواقع وضغط ظروفه لوحدها، تسحبها إلى أي وجهة تتوجه نحوها، مجردة من كل قيد. بل إنها ملزمة في ذلك بالخضوع للتشريع الابتدائي، الذي تفرضه نصوص الوحي ومقيدة بروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها السّامية ومثلها العليا، ومحكومة بغاياتها وأهدافها العامة. مما يحول دون الوقوع في فخ اتباع الأهواء والنزعات والآراء الشّخصية المنقطعة عن المثل الأعلى والحقيقة الموضوعية. وبهذا ينجلي بوضوح مدى اعتبار عنصر المثل في التشريع الإسلامي (الابتنائي).

وهكذا يتبين أن الفكر الإنساني لم يستطع أن يخرج عن ما قرّره الإسلام منذ قرون، من بناء التشريع على هذه الثنائية (الواقع والمثال). بل إنه بعد كل هذا الزمن والجدل المحتدم، لم يستطع أن يبلغ ما بلغه حتى. وهو لازال متخلف عنه. فبالرغم من أن النتيجة التي انتهى إليها الفقه القانوني الوضعي، من أن القواعد القانونية تبنى على ثنائية الواقع والمثال، لا تختلف -من حيث الإجمال- عن الحقيقة المقررة في الفقه الإسلامي، التي ترى أن كلاً من عنصري الثنائية المتقدمة -الواقع والمثال- معتبران في التشريع. إلا أننا إذا أردنا التفصيل فإننا نجد اختلافاً جوهرياً بين كل من الفقهاء الإسلامي والوضعي. يظهر هذا الاختلاف في وجهين؛ أولهما متعلق بطبيعة الواقع المعتبر في التشريع، فإن

¹ (أحمد الرّيسوني، ومحمد جمال باروت، المرجع السابق، ص 68.

² (الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص 09.

الإسلام لا يولي اعتباراً إلا للتغيير الإيجابي للواقع. والذي يمكن أن نسميه تطوراً، أما تغييره سلبياً في اتجاه الانحراف عن شريعة الله، والخروج عن أحكامها القطعية والمعلومة بالضرورة. فهذا لا اعتبار له إطلاقاً، ولا يستوجب أي تغيير في الحكم. لأن الواقع السيء المنحرف لا يكون حاكماً على التشريع الإلهي. بل إن هذا الأخير هو الحاكم على الواقع¹. وهذا بخلاف الفقه الوضعي الذي يسرف في مراعاة عنصر الواقع، ويذهب إلى اعتباره عنصراً من عناصر تكوين القواعد القانونية كيفما كان. وأما الوجه الثاني للاختلاف، فيتعلق بتحديد المثل الأعلى، ذلك أن الفقه الوضعي يسلم ذلك للعقل ويرى أنه هو من يفرضه. في حين أن الفقه الإسلامي يسند ذلك إلى الشرع، ويعتبر نصوصه وأحكامه القطعية ومقاصده العامة هي المثل الأعلى الذي يجب على الجميع احترامه والخضوع له.

أصول القانون الجزائري:

من حيث الإجمال؛ يكشف البحث في التشريعات الجزائرية عن مدى توافق هذه الأخيرة مع أحدث النظريات الفلسفية في مجال القانون، تلك التي ترى أنه مركب من ثنائية الواقع والمثال.² أما من حيث التفصيل؛ فإنه يمكننا القول أن القانون الجزائري على غرار القوانين الأخرى، قد خضع لموجات متعاقبة من التطور. متأثراً في ذلك بالظروف التي كانت تمرّ بها البلاد. فقد كان في البداية - منذ عهد الفتح الإسلامي - قانوناً إسلامياً؛ أساسه القرآن الكريم والسنة النبوية، وما تفرّع عنهما من مصادر كالإجماع والقياس وغيرهما. وبعد ظهور المذاهب الفقهية، وانتشار المذهب المالكي منها ببلاد المغرب العربي عامة و الجزائر خاصة، اصطبغت قوانين البلاد بذلك المذهب. وبعد الاحتلال الفرنسي للجزائر سنة 1830م، عمل هذا الأخير على تعديل كافة القوانين لتتلاءم مع أهدافه ومصالحه. وقام باستنساخ النظم الفرنسية ليفرضها على الجزائر، واستمرت تلك الأوضاع حتى سنة 1962م حينما

¹ عطية جمال الدين، الواقع والمثال في الفكر الإسلامي المعاصر، ط01، 1422هـ-2001م، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان - ص 209-210.

² إسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 98.

استعادت الجزائر سيادتها وحصلت على استقلالها. إذ شرعت في تعديلات جذرية كانت تهدف في مجملها إلى إقامة نظام قانوني جزائري مستقل.¹

¹ (محمود ابراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ط02، 1988م، ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر- ص 61-66.

المبحث الثاني: المصادر الرسمية لمبدأ المشروعية:

تتنوع مصادر المشروعية وتختلف باختلاف المعايير المعتمدة في تصنيفها، فهناك من يصنفها باعتبار التدوين إلى مكتوبة وغير مكتوبة، وهناك من يصنفها باعتبار الأصالة، إلى أصلية وتبعية. وهناك من يعتمد تصنيفاً غير ذلك. وفي الفقه الإسلامي أيضاً تنوعت تقسيمات مصادر التشريع تبعاً لتنوع المعايير المعتمدة في تصنيفها، فهناك من صنفها إلى أصلية وتبعية، ومن صنفها إلى متفق عليها ومختلف فيها. وأياً يكن المعيار المعتمد في تصنيف مصادر المشروعية، فإن هذه الأخيرة في الغالب ترجع إلى خمسة مصادر؛ وهي النص والفقه والقضاء والعرف ومبادئ العدالة. وفيما يلي سنخصّص لكل مصدر من هذه المصادر مطلباً مستقلاً نتطرّق فيه إلى مدى اعتباره في كل من الفقه الوضعي والإسلامي، ونقارن بينهما فيما تمكن المقارنة فيه.

المطلب الأول: النص.

يراد بالنص في اصطلاح الفقه القانوني الوضعي التشريع، وفي اصطلاح الفقه الإسلامي يراد بالنص منطوق القرآن الكريم والسنة النبوية. وعليه فإننا سنقسم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة الآتية: التشريع الوضعي، النص الشرعي، مقارنة بين النص الشرعي والوضعي.

الفرع الأول: التشريع الوضعي.

أولاً- معنى التشريع وخصائصه:

يراد بالتشريع حين إطلاقه في الاصطلاح القانوني الوضعي؛ مجموعة القواعد القانونية المكتوبة، الصادرة عن السلطة المختصة، لتنظيم أمر من أمور الجماعة. فهو إذن عبارة عن خطاب عام ملزم موجه للجماعة، بحيث أن من يخرج عليه يعرض نفسه للعقاب، الذي تتكفل بتوقيعه السلطة العامة.¹ وانطلاقاً من معنى التشريع هذا، تتضح أهم خصائصه المميزة له والتي يمكن حصرها فيما يلي:²

1- أن التشريع لما كان مجموعة من القواعد القانونية، فإنه لا بدّ من أن تتوفر فيه جميع خصائص هذه الأخيرة. من عموم وتجريد وإلزام وتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع. فلا تعدّ قاعدة تشريعية بالمعنى الصحيح، إلا تلك التي تكون قاعدة سلوك ملزمة وعامة ومجرّدة. ولذلك يفرق الفقهاء بين نوعين من التشريعات؛ أحدهما يعدّ تشريعاً بالمعنى الدقيق إذ ينطبق عليه هذا اللفظ من الناحيتين الشكلية والموضوعية. أما الآخر فلا يعتبر تشريعاً إلا من الناحية الشكلية لكونه صادراً عن السلطة المختصة بإصدار التشريع. أما من الناحية الموضوعية فلا يعد كذلك، لأنه لا يتضمن قواعد قانونية

¹ (عبد الجليل محمد علي، المرجع السابق، ص 124-125. / محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 105.

² (سمير تناغو، المرجع السابق، ص 294 وما بعدها / عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، د. ط، ت ط 1965م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباجي الحلبي بمصر - مصر - ص 83-84. / محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106-107. / عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط 03، 2011، شركة العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة - المكتبة القانونية شارع المتني - بغداد - ص 85.

عامة ومجردة. بل إن قواعده عبارة عن قرارات صادرة بخصوص شخص معين بذاته، أو واقعة معينة بذاتها.

2- صدور التشريع عن سلطة عامة مختصة، وترتبط هذه الخاصية بنظرية السلطات الثلاث في الدولة -التشريعية والتنفيذية والقضائية- التي وضع أسسها أرسطو. ومن ذلك الحين والأمر سائر على أن سنّ القوانين هو من اختصاص السلطة التشريعية. فهي المؤهلة بحكم طبيعتها والوظيفة التي تم إنشاؤها لأجلها بوضع القوانين التي تنظم المجتمع.

ويرى الباحث في وظيفة سن القوانين ومن يتولاها، أن الشكل المألوف للسلطة التشريعية هو المجلس التشريعي المنتخب. الذي قد يسمى أحياناً مجلس الشعب، وأحياناً مجلس النواب، وأحياناً تكون له تسميات أخرى. ولكن هذا المجلس وإن كان هو المظهر المألوف للسلطة التشريعية، إلا أنه ليس الشكل الوحيد لها، فالتشريع قد يصدر أحياناً عن السلطة التنفيذية¹، كما في حال اللوائح.

3- صدوره في نصوص مكتوبة، إذ أن من أهم مميزات التشريع، صدوره في وثيقة رسمية مكتوبة. ولعلّ هذا ما حقق له من التحديد والثبات والوضوح وغيرها من المزايا ما جعله يتفوق على غيره من مصادر المشروعية.

ثانياً أقسام التشريع:

يقسم فقهاء القانون التشريع إلى ثلاثة أقسام؛ تشريع أساسي، وعادي، وتشريع فرعي. وهي متدرجة من حيث القوة بحسب هذا الترتيب ولأهمية القسم الأول، ولمرتبته في مصادر المشروعية، ولكونه الأصل والأساس الذي تبنى عليه باقي المصادر، فستعرض له بشيء من التفصيل، ثم نعرض بإيجاز على ما تبقى من أقسام التشريع.

¹ (تنص المادة 142 من الدستور الجزائري الصادر سنة 2016 على أنه: "الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني...."

1- التشريع الأساسي (الدستور):

ويمثل القانون الأسمى في الدولة، وقمة نظامها القانوني على الإطلاق. وهو المصدر الأول والأساس للمشروعية، و الحاكم على بقية مصادرها. ذلك أن الخضوع لقواعده والتقيّد بأحكامه واجب على مختلف سلطات الدولة -وفي مقدمتها التشريعية منها- وإلا عدّت أعمالها غير مشروعة. وهذا ما يعرف في الفقه الدستوري بـ "سمو الدستور".¹

ولأن الدستور أساس المشروعية وأصلها -كما تقدّم- فإننا سنخصّه على باقي أقسام التشريع بشيء من التفصيل، وذلك من خلال التعرض للعناصر التالية:

مدلول مبدأ سمو الدستور في الفقه الدستوري الوضعي، أسسه ومسوغاته، ثم نتطرّق إلى سمو الدستور في الفقه الإسلامي.

أ- مدلول مبدأ سمو الدستور في الفقه الدستوري الوضعي:

يراد بسمو الدستور أن يعلو ما عداه من القوانين والتشريعات والأعمال داخل الدولة. وأن تكون له مكانة الصدارة عليها. وأن تلتزم كافة السلطات في الدولة -من تنفيذية وقضائية وتشريعية- باحترامه، والتقيّد به وعدم الخروج على أحكامه.²

ب- أسس مبدأ سمو الدستور ومسوغاته:

تتعدّد الأفكار والآراء بشأن الأسس التي تسوغ علوية الدستور وسموه على ما سواه من الأعمال والتشريعات. وأهم هذه الرؤى؛ اعتبار أن الدستور عمل من أعمال الشعب وهو نتيجة إرادة شعبية وتعبير عنها. ومن هنا يكتسب سموه وعلويته، والرؤية الثانية تقوم على أن الدستور منشئ للدولة وسابق عليها، وأنه سبب وجودها بكل هيئاتها وهو الذي منحها اختصاصاتها وحدّد وظائفها.

¹ (عبد الوهاب محمد رفعت، القضاء الإداري: مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري-الاختصاص القضائي لمجلس شورى الدولة، ط01، 2005م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان- ص 19/. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 25/. علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري، د.ط، 2009م، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية- ص 19.

² (إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 87.

ومن ذلك يستمدّ سموّه وعلويته على ما عداه. وسنعرض لهذين الأساسين فيما يلي، لنرى مدى صلاحيتهما لفرض سمو الدساتير.

الأساس الأول: الدستور يسمو على كافة التشريعات والأعمال لكونه نتيجة إرادة شعبية:

والمقصود أنه نتيجة إرادة أغلبية إن لم تكن كليّة، ونجد هذا المعنى واضحاً في الفقه الدستوري الوضعي. ومن بين الذين عبروا عنه "ألكسندر هاملتون" أحد واضعي الدستور الأمريكي حينما قال: ((إن الدستور يجب أن يعدّ عملاً من أعمال الشعب، والقوانين التي يسنها الكونجرس مجرد أعمال يقوم بها نواب عن الشعب. وعليه فإن كل عمل تشريعي مناقض للدستور لا يمكن اعتباره صحيحاً أو مشروعاً. وإن إنكار هذه الحقيقة يؤكد أن الوكيل أكبر من موكله، وأن الخادم فوق سيده، وأن ممثلي الشعب هم أعلى من الشعب نفسه.))¹

إن المتأمل في هذا الكلام يجده مغرقاً في المثالية، ويتصور أن الفقه الدستوري الوضعي لا يعرف أياً من تلك المشكلات المتعلقة بالشرعية والسيادة. كيف لا والدستور نتيجة إرادة شعبية وبثبوت سموّه له تسمو تلك الإرادة الشعبية التي نتج عنها!! ولكن بقدر ما يفرض هذا الرأي في المثالية بقدر ما يتعد عن المنطق والواقع، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا يكون بشأن نشأة الدستور، وهل هو فعلاً عمل شعبي وتعبير عن إرادة الأمة؟ وهل كونه تعبيراً عن إرادة الأمة يجعله يستحق تلك العلوية المطلقة على ما سواه؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تفرض علينا البحث في أساليب نشأة الدساتير، وفي من لهم صلاحية وضعها. ونحن إذا رجعنا إلى تلك الأساليب في الفقه الدستوري الوضعي لا نجد لها تخرج عن ثلاثة. وهي أسلوب المنحة، وأسلوب التعاقد، وأسلوب الجمعية التأسيسية، وهذا الأخير قد يكون مصحوباً أحياناً باستفتاء شعبي.²

¹ (النقشبندی أحمد العزى، سمو النصوص الدستورية، مجلة النهضة، العدد الثاني، أبريل 2012، ص 85.

² (هذه الأساليب في الحقيقة ليست على سبيل الحصر ولا يمكن أن تنحصر طرق نشأة الدساتير فيها وخلاصة الكلام أنها تنوع تبعاً لاختلاف الظروف وأنظمة الحكم وما يذكره الفقهاء الدستوريون في هذا المجال من أساليب هو نتيجة لاستقراء الطرق التي

- فأما أسلوب المنحة: فيتصرف فيه الحاكم بإرادته المنفردة - الحرّة أو تحت ضغط الشعب - فينفرد بالسلطة التأسيسية. ويقرر أن يمنح شعبه دستوراً يقيد فيه بعض سلطاته، ويتنازل عن جزء من سيادته لصالح شعبه. ومن أمثلة الدساتير التي نشأت وفق هذا الأسلوب، دستور فرنسا لسنة 1814 الذي منحه لويس الثامن عشر للفرنسيين، ودستور دولة قطر لسنة 1972 الذي جاء في ديباجته "نحن خليفة بن حمد آل ثاني أمير قطر نعلن هذا النظام الأساسي..."¹

- وأما أسلوب التعاقد: ينشأ الدستور وفق هذا الأسلوب بتوافق إرادة الحاكم وإرادة "الشعب"، فلا تنفرد إحدهما بوضعه. ومن أمثلة الدساتير التي نشأت وفق هذا الأسلوب، دستور فرنسا لسنة 1830 الذي نشأ بتوافق بين نواب الشعب الفرنسي والذوق أورليان. ووثيقة العهد الكبير في إنجلترا بين الملك جون والأشرف سنة 1215.²

والظاهر من هذين الأسلوبين، أن الدستور الناتج عنهما ليس عملاً شعبياً. ذلك أن إرادة الأمة إما غائبة تماماً ولا سيادة لها كما في أسلوب المنحة، وإما أنها منقوصة كما في أسلوب العقد الذي يساوي بينها وبين إرادة الحاكم ويقسم السيادة بينهما على التساوي. ولعلّ هذا ما دفع فقهاء القانون الدستوري أنفسهم إلى أن يصفوا هذين الأسلوبين بأنهما غير ديمقراطيين.³ فإذا كانت الديمقراطية تعني أن يكون الحكم للشعب باعتباره صاحب السيادة، وكان كل من أسلوب المنحة والتعاقد غير ديمقراطيين، فكيف يمكن اعتبار الدستور الناشئ عنهما عملاً شعبياً؟

نشأت به دساتير معظم دول العالم. عبد الحميد متولي وآخرون، القانون الدستوري والنظم السياسية، د.ط، د. ت ط، منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 85، 88.

¹ (عصام الدبس علي، القانون الدستوري، ط01، 1432هـ-2011م، دار الثقافة، عمان -الأردن- ج 01، ص 100./ فهمي أبو زيد مصطفى، مبادئ الأنظمة السياسية، د.ط، 2009م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 184.

² (نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص 484./ وحيد رأفت ووايت إبراهيم، القانون الدستوري، د.ط، 1937م، المطبعة العصرية - مصر - ص 18.

³ (إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 37./ فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص 184.

- أما أسلوب الجمعية التأسيسية: الذي يوصف بأنه ديمقراطي، ومضمونه أن تقوم الأمة بانتخاب هيئة خاصة تسمى -غالباً- الجمعية التأسيسية أو المجلس التأسيسي. تتولى هذه الهيئة وضع دستور للأمة التي اختارتها نيابة عنها. وبذلك يتجلى في هذا الأسلوب انفراد إرادة الأمة ممثلة في الجمعية التأسيسية بوضع الدستور. ويكون العمل الصادر عن هذه الجمعية دستورياً نافذاً بمجرد إقراره من قبلها، دون الحاجة إلى موافقة أحد. وكأنته صادر عن الشعب مباشرة. وتعدّ الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة انتهجت هذا الأسلوب في وضع دساتيرها بعد استقلالها عن بريطانيا سنة 1776، ثم استخدمته في إقرار الدستور الاتحادي سنة 1787 ودستور ألبانيا سنة 1946.¹

لا شك أن هذا الدستور الذي ينشأ وفق هذا الأسلوب يظهر فيه انفراد إرادة الجمعية التأسيسية بوضعه، ولكن هل يمكن فعلاً أن نعتبر العمل الصادر عن هذه الأخيرة عملاً شعبياً؟ وهل هي فعلاً تعبّر عن إرادة الأمة وتقوم بوظيفة لحسابها دون أن تتعدى فيها دور النائب؟

إن الجمعية التأسيسية التي تنتخبها الأمة لوضع دستور للدولة، تمثل سلطة تأسيسية أصلية. وهي وإن كانت منتخبة من قبل الشعب، إلا أنّها تستقلّ عنه في وظيفتها المتمثلة في وضع الدستور. إذ تتمتع بسلطة مطلقة وصلاحيات لا حدود لها. فهي حرة في اعتناق ما تراه مناسباً وملائماً لظروف الدولة من أنظمة الحكم. وتستطيع أن تختار ما تشاء من الفلسفات والإيديولوجيات، ليبرالية كانت أم اشتراكية أم غير ذلك. ومردّ تلك الحرية اللامحدودة إلى أن هذه السلطة التأسيسية -الممثلة هنا في الجمعية التأسيسية- لا تخضع لأي دستور، وهي تنوب عن الأمة في مزاولة أكبر وأهم سلطاتها، ولذلك يجب أن تكون متحررة من كل قيد أو إكراه.²

وبناء على ما تقدم، فإن الدستور الذي ينشأ وفق هذا الأسلوب هو من عمل الجمعية التأسيسية ويعبر عن إرادة أعضائها، ولا يمكن اعتباره عملاً شعبياً. إذ أن الشعب انتهى دوره

¹ (عبد الحميد متولي وآخرون، المرجع السابق، ص 86-87.

² (إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 28-29، 38، 70-71.

بانتخابها ولم يعد له تدخل في عملها ولا شكل من أشكال الرقابة عليها. فدستورها نافذ بمجرد إقرارها له دون حاجة إلى موافقة من أحد باعتباره صادر عن الشعب وبإرادته.

ولقد أدرك فقهاء القانون الدستوري ما ينطوي عليه هذا الأسلوب من خطورة، بسبب السلطة المطلقة التي تتمتع بها الجمعية التأسيسية. ونتج عن ذلك بروز اتجاه نحو إدخال عنصر آخر على هذا الأسلوب، تمثل في عرض عمل الجمعية على الاستفتاء الشعبي¹. وهذا أكثر الأساليب التي عرفها الفقه الدستوري الوضعي ديمقراطية.²

ولكن هل يتحول دستور الجمعية التأسيسية إلى دستور الشعب بمجرد طرحه للاستفتاء

الشعبي؟

لقد تعددت الانتقادات التي طالت فكرة الاستفتاء الشعبي، و وصل بعضها إلى حدّ اعتباره تحكيماً للسوق، خاصة إذا كان موضوعه ذا صبغة فنية يحتاج إدراكه إلى متخصصين. إلا أننا هنا لسنا بصدد مناقشة موضوع الاستفتاء وما يرد عليه من انتقادات، ولكن الذي نناقشه هنا، هو مدى إمكانية اعتبار الدستور المستفتى عليه عملاً شعبياً.

إن الذي يُعدّ مشروع الدستور قبل أن يطرح للاستفتاء هو الجمعية التأسيسية³، وقد أشرنا سابقاً إلى سلطاتها المطلقة وصلاحياتها اللامحدودة وتحررها الكامل من كل قيد في وضع الدستور. و أشرنا أيضاً إلى أنه لا يوجد شكل من أشكال الرقابة عليها. وبعد أن تنتهي هذه الجمعية من إعداد مشروع الدستور يطرح على الشعب ليستفتى حوله. ويكون له حينئذ أن يختار أحد خيارين؛ إما الموافقة بنعم، وإما الرفض بلا.

صحيح أن الخيارين المتناقضين لا يمكن أن يكونا حقيقيين معا في نفس الوقت، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكونا مزيفين معاً. ومن الأمثلة التي تضرب تأييداً لذلك؛ ذلك الاختيار المزدوج الذي طلبه القاضي من زوج متهم بضرب زوجته بين " نعم أو لا". طالباً منه أن يجيب عن سؤاله "

¹ (هناك من يعتبر الاستفتاء الشعبي أسلوباً مستقلاً بذاته عن بقية الأساليب.

² (عبد الحميد متولي وآخرون، المرجع السابق، ص 87.

³ (وقد تعدد لجنة حكومية معينة، غير أننا اكتفينا هنا بهذه الصورة لأنها الأكثر ديمقراطية.

هل أقلعت عن ضرب زوجتك؟" ولم يكن ذلك السؤال أكثر من خدعة يخسر بها المتهم القضية سواء أجاب بنعم أم بلا، لأنه لم يكن يضرب زوجته أصلاً.¹

وهكذا فإن الشعب إما أن يوافق عن وعي وإدراك، وفي هذه الحالة يكون راضياً بخياره ويرى في الدستور الذي وافق عليه تعبيراً عن إرادته ورغبته -وهؤلاء هم قلة غالباً- وإما أن يوافق على مشروع الدستور الذي استفتي عليه عن غير وعي. لأنه لا يملك القدرة لإدراك حقائق ما استفتي عليه من قواعد. لكونها ذات صبغة فنية تتطلب تخصصاً لا يمتلكه. وإما أن يوافق تفادياً لإطالة مدة الفراغ الدستوري، ودرء لما يحتمل أن ينجر عنها من الاستبداد والفوضى وعدم الاستقرار، وهنا تكون إرادته معيبة. وإما أن يرفض المشروع ويتحمل تلك التبعات الناتجة عن قرار رفضه. وهذه الاحتمالات كلها مبنية على أساس أن الاستفتاء يتم في ظروف وشروط مناسبة لنجاحه.²

من خلال ما تقدم يمكن أن نستخلص ما يلي:

- أنه لا يمكن اعتبار الدستور الصادر عن طرق المنحة، أو التعاقد، أو الجمعية التأسيسية دون عرضه على الاستفتاء -لا يمكن اعتباره- تعبيراً عن إرادة الأمة، للأسباب التي تقدم الحديث عنها.
- لا يمكن الجزم بأن إرادة الأمة مجسدة في الدستور المستفتي عليه، وأن هذا الأخير مجرد تعبير عنها. لكون الدستور ذو صبغة فنية يحتاج فهمه وإدراكه إلى متخصصين، ولا يتصور أن عموم الشعب المستفتي مؤهل لذلك. وعليه فإن العديد من الموافقين لا يوافقون عن وعي وإدراك. ومن جهة أخرى فإن موافقتهم قد تكون من قبيل اختيار أحلى المرين كما تقدم. وهكذا يتبين أن القول بأن

¹ (ماجد راغب الحلو، الاستفتاء الشعبي بين الأنظمة الوضعية والشريعة الإسلامية، ط01، 1400هـ-1980م، مكتبة المنار الإسلامية -الكويت- ص 430.

² (إن الاستفتاء وإن كان من أسمى آليات الديمقراطية، إلا أنه من أصعبها أيضاً. إذ يتطلب نجاحه شروطاً يندر وجودها؛ من أهمها أنه يتطلب توفر درجة عالية من الوعي عند الشعب، وإلماماً بالموضوع المستفتي حوله. وهذا من أصعب الشروط تحقيقاً، خاصة إذا كان موضوع الاستفتاء دستوراً مثلاً؛ فهو يحتاج إلى خبرة فنية متخصصة للتمكن من الاختيار بشأنه، كما أنه يحتاج إلى مناخ مناسب لإجرائه، والاستفتاء الدستوري غالباً لا يكون في ذلك المناخ المستقر. بل يكون عقب الثورات الانقلابات. وحينما لا يتوفر المناخ الصحي للاستفتاء فلن يؤتي ثمرته، ويكون حينئذ مظهراً كاذباً تغطي به السلطة ديكتاتوريتها، حتى لو كان الدستور معداً من قبل جمعية منتخبة. إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 43-47.

سمو الدستور نابع من كونه نتيجة إرادة شعبية فيه من الوهن والظن والاحتمال ما يفقده صلاحيته لتبرير المبدأ.

الأساس الثاني: الدستور منشئ للدولة.

ومضمون هذا الأساس أن الدستور هو سبب وجود الدولة، وهو سابق عليها. وهو الذي أنشأها بكامل هيئاتها وهيكلها ثم منحها اختصاصاتها وحدد وظائفها ورسم نشاطاتها. ولذلك كانت بكافة هيكلها وهيئاتها ملزمة بأن تخضع له فيما تمارسه من سلطات وما تباشره من صلاحيات، وخروجها على قواعده يعدّ هدماً للسند القانوني لوجودها، ولأساس شرعية تصرفاتها.¹ ويستند هذا الأساس إلى نظرية العقد الاجتماعي التي ذهب أنصارها إلى أن ظهور المجتمع السياسي المنظم (الدولة) كان نتاج عقد أبرمته الجماعة. نشأت بمقتضاه السلطة التي تعمل على تنظيم المجتمع، وتحوّل الأفراد بموجبه من حياة العزلة الطبيعية إلى حياة الجماعة السياسية المنظمة.² إن هذا الأساس لا يمكن أن يكون مسوغاً لسمو الدستور وعلويته وفرض احترامه على الجميع، ذلك أنه أوهى من بيت العنكبوت. ونقطة ضعفه أنه يستند إلى نظرية العقد الاجتماعي، وهي نظرية افتراضية مبنية على الخيال المخالف للحقيقة التي تتمثل في أن فكرة العقد ومن خلالها الدستور مدينة بوجودها لوجود الدولة. فلولاها لما وجد العقد.³ ثم إن روسو نفسه لم يدّع أنها حقيقة وصل إليها عن طريق البحث العلمي التاريخي، وإنما اعترف أنها مجرد افتراض يمكن عن طريقه تحقيق أهداف نبيلة وغايات سامية.⁴

إن إلزام الجميع، سلطات وأفراداً بالخضوع للدستور واحترام سموه وعلويته، يجب أن يستند إلى أساس يقيني لا إلى أساس ظني أو افتراضي. فلا يكفي القول أن الدستور يجب أن يسمو على

¹ (النقشبندي، المرجع السابق، ص 83.

² (محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص 85. / أنور رسلان (أحمد)، النظم السياسية، د. ط، د. ت ط، د. د ن، ص 16.

³ (النقشبندي، المرجع السابق، ص 83.

⁴ (محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص 90-91.

كل ما عداه لأنه يُجتمَل أن يكون تعبيراً عن إرادة الأمة. كما لا يمكن الاستناد إلى فرضية خيالية لتسويغ ذلك السمو.

وعليه فإننا نرى -والله أعلم- أنه يعد ضرباً من المجازفة بحقوق الإنسان وحرياته، الركون إلى هذه الأسس لتسويغ سمو الدستور، خاصة بعد أن رأينا ما تنطوي عليه أساليب نشأته من عوار ووهن، مما شأنه أن يجعله عرضة لأن تتجاذبه الأهواء والمصالح ويحكمه الاستبداد. وكل ذلك يقع باسم الإرادة الشعبية. وهذا ما يحتم البحث عن مسوغ منطقي مقبول يفرض سمو الدستور واحترامه على الجميع، من خلال ما يوقره لهم من ضمانات تجعلهم يطمئنون عليه من أن يكون حلبة تتصارع فيه الإيديولوجيات والأهواء والمصالح. أو أن يكون تعبيراً عن إرادة معينة يتم فرضها على كافة الإرادات، دون الاستناد إلى مبرر سوى أنها تمتلك القوة الكافية لفرضها. وفي ظلّ انعدام مثل هذا المبرر فسيبقى الدستور وسيلة للاستعباد وآلة للاستبداد، وثغرة كبيرة في صرح المشروعية.

ج- سمو الدستور في الفقه الإسلامي:

في البداية ينبغي أن نبين معنى الدستور عند فقهاء الإسلام، لنقف بعد ذلك على مدى سمو الدستور.

- مدلول الدستور في الفقه الإسلامي:

الدستور بفتح الدال كلمة ليست عربية الأصل، ولكنها عرّبت من أصلها الفارسي. ثم أصبح استعمالها للدلالة على القانون الأساسي للدولة مألوفاً في العربية، ولا يدرى كيف ومتى حدث ذلك.¹ ونحن إذا رجعنا إلى الثروة الفقهية التي خلفها المتقدمون من علماء المسلمين، لا نلمس حضوراً لهذه الكلمة ولا نجد لها استعمالاً، غير أن ذلك لا يعني عدم وجود فكرة الدستور في الفقه الإسلامي، فإنها وإن لم يصطلح عليها ذات الاصطلاح، فقد كانت حاضرة منذ أول دولة تأسست في الإسلام، إنها دولة المدينة المنورة. فقد كانت هجرة النبي ﷺ إيداناً بنشأة الدولة الإسلامية، وكان أول عمل قام به ﷺ هو بناء الأسس الهامة لهذه الدولة. وكان من ضمنها كتابة القانون الأساسي

¹ (أدمون رباط، المرجع السابق، ج 01، ص 22).

لها. وكان ذلك بعد نحو شهرين أو ثلاثة أشهر من استقراره ﷺ بالمدينة. وقد تجلّى ذلك القانون الأساسي في وثيقة توضح التزامات جميع الأطراف داخل المدينة وتحدّد الحقوق والواجبات. عُرفت تلك الوثيقة باسم وثيقة المدينة، أو الصحيفة أو الكتاب، وقد اصطلحت عليها الأبحاث والدراسات الحديثة مصطلح الدستور.¹ إذ كانت بمثابة دستور مدوّن لتنظيم شؤون الحكم في الدولة الإسلامية، وتحقيق الوحدة بين مكّونات مجتمع المدينة مهاجرين وأنصار ومجموعات من القبائل المتنافرة التي كانت العصبية والمعتقدات المتباينة تفرّق بينها.

وخلاصة هذا الكلام أن الفقه الإسلامي عرف فكرة وجود دستور بكل ما يتضمنه هذا المصطلح من معاني، وإن لم يستعمل علماءه المتقدمون اللفظ ذاته، فإن المعاصرين منهم تداولوا المصطلح فيما بينهم.² حتى إن بعضهم حاول وضع تعريف له، من هؤلاء مثلاً توفيق السديري الذي عرفه بأنه³: ((مجموعة القواعد والأحكام الأساسية في الدولة المسلمة، التي تبين نظام الحكم وشكل الدولة، والسلطات العامة فيها، والأشخاص والهيئات التي تتولى هذه السلطات، وارتباطها ببعضها، وبيان حقوق الأفراد، وواجباتهم، صادرة في ذلك عن مبادئ الإسلام العامة، وتنظيماته في الشؤون الدستورية)).

¹ (حسين مؤنس، دستور أمة الإسلام ، ط04، 1429هـ-2008م، دار الرشاد -القاهرة-ص91./ منير حميد البياتي، المرجع السابق، ص 45-47./ البوطي محمد سعيد رمضان، فقه السيرة النبوية مع موجز لتاريخ الخلافة الراشدة، ط 10، 1411هـ-1991م، دار الفكر المعاصر ، بيروت -لبنان-ص211، 222./ العُمري أكرم ضياء، السيرة النبوية الصحيحة، ط06، 1415هـ-1494م، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة -المملكة العربية السعودية- ج01، ص 272./ الدريني فتحي، النظريات الفقهية، ط02، 1417/1416هـ-1996/1997م، منشورات جامعة دمشق، ص 02.

² (تجدر الإشارة هنا إلى أنه يوجد من يستعمل مصطلح الدستور ويطلقه على القرآن الكريم، ولكن ذلك منتقد من وجهين؛ الأول، أن الدستور بمعناه الذي اصطلح عليه، قاصر على تنظيم نظام الحكم وشكل الدولة، وحقوق وواجبات الأفراد إزاء السلطة، والإيديولوجية الاجتماعية والاقتصادية للدولة. أما القرآن الكريم وإن كان ينظم هذه الجوانب، إلا أنه لا يقتصر عليها، بل يتعداها لينظم كافة الجوانب، بما فيها العقائد والأخلاق وعلاقة الإنسان مع ربه. والثاني، مرّدّه إلى أن الدستور قابل للتعديل والإلغاء، والقرآن ليس كذلك فهو لا يقبل شيئا من ذلك. علي جريشة، المرجع السابق، ص97.

³ (السديري توفيق بن عبد العزيز، الإسلام والدستور، ط 01، 1425هـ، وكالة المطبوعات والبحث العلمي بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية- ص 71.

ويلاحظ أن هذا التعريف ينسجم إلى حد بعيد مع فكرة الدستور في الدولة الحديثة فهو يتضمن القواعد التي تنظم الجانب السياسي في الدولة، وينظم حقوق وواجبات الأفراد في مواجهة السلطة، كما أنه بُني بالنظر إلى طبيعة القواعد لا إلى شكلها وبذلك فهو يشمل الدستور المدون وغير المدون. غير أن هذا التعريف يضيف قيوداً مؤداه أن تكون قواعده صادرة عن مبادئ الشريعة الإسلامية، وبذلك يكون لهذا القيد أثر ظاهر في مبدأ السمو وهذا ما سنراه -إن شاء الله- في البند التالي.

- نسبة سمو الدستور في الفقه الإسلامي:

إذا كان الدستور في الفقه الوضعي يتمتع بسمو مطلق وعلوية لا حدود لها على ما سواه من الأعمال والتشريعات في الدولة. فإن سموه في الإسلام نسبي، إذ أن مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها الثابتة بالوحي تسمو عليه. وتبعاً لذلك فهي تسمو على ما سواه وتقيده. وعليه فإن مبدأ تدرج النصوص في الدولة الإسلامية يتكون من أربع درجات؛ التشريع الفرعي (اللائحة) ثم العادي (القانون) ثم التشريع الأساسي (الدستور) ثم مبادئ الشريعة الإسلامية التي تسمو وتعلو على الجميع. وكما أن مبدأ سمو الدستور يقتضي إبطال القاعدة القانونية المخالفة له؛ فإن سمو أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية يقتضي إبطال كل القواعد المخالفة لها بما في ذلك القواعد الدستورية.¹

ولا فرق هنا بين ما إذا كانت تلك المبادئ مكتوبة أم غير مكتوبة؛ إذ أن النظام الإسلامي لم يعرف إشكالية الافتقار إلى آلية فرض احترام السمو (الموضوعي)² التي عرفها الفقه الدستوري

¹ (علي جريشة، المرجع السابق، ص 96. / فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص 269.

² (يميز فقهاء القانون الدستوري بين وجهين من أوجه سمو الدستور أحدهما شكلي والآخر موضوعي؛ فأما السمو الموضوعي فيستند إلى طبيعة ومضمون القواعد الدستورية وما تتعرض له وتنظمه من موضوعات، كتحديد شكل الدولة وأسس النظام الحاكم فيها والسلطات العامة بها وكيفية ممارستها لاختصاصاتها، وتحديد الإيديولوجية السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي ينبغي أن يقوم عليها النظام الحاكم في الدولة. ولما كان هذا الوجه من أوجه السمو يستند إلى الموضوع والمضمون لا إلى الشكل والإجراءات، فإنه لا ينحصر في دساتير معينة بل إنها جميعاً تتمتع به سواء كانت مكتوبة أو عرفية جامدة أو مرنة. ويؤخذ على الوجه من أوجه السمو كونه في حكم المعدوم؛ إذ لا توجد أي ضمانات تحميه ولا تتوفر أي وسيلة قانونية لفرضه، ولا تترتب عن خرقه ومخالفته أية آثار قانونية من إلغاء للعمل المخالف لأحكامه. ولذلك قيل بأن للسمو الموضوعي طابع سياسي وللسمو

الوضعي. ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية تتميز بالثبات والاستمرار لأنها ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل،¹ وهي ثابتة بالوحي وقد ضمن الله تعالى حفظه فهي محفوظة بحفظه. وبناء على ذلك فإنها تشكل قيدا حقيقيا على السلطة، لا تملك أن تحيد عنه وإلا فقدت شرعيتها. وبذلك فإن لهذه المبادئ السمو الكامل سواء دوت أم لم تدون ولذلك فإن كتابتها أمر لا لزوم له.²

- أساس سمو مبادئ الشريعة الإسلامية:

تسمو مبادئ الشريعة الإسلامية بسمو الشريعة وعلويتها التي ثبتت بنصوص الوحي، قال الله ﷻ: ﴿وَكَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا﴾ [التوبة، الآية 40]، وقال ﷻ: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [يوسف، الآية 40]، وقال ﷻ: ﴿وَمَا إِخْلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ [الشورى، الآية 10]. وقال النبي ﷺ: «مَنْ قَاتَلَ لِتَكُونَ كَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا فَهُوَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ»³ هذا و يمكن تلخيص الأساس الذي تستند إليه الشريعة في سموها وخضوع الجميع لها فيما يلي:

الشكلي طابع قانوني. أما السمو الشكلي فإنه يستند إلى شكل القواعد وإجراءات صدورها وتعديلها. على عكس الموضوعي الذي يستند إلى مضمونها ومحتواها، وعليه فلا سمو ولا علوية إلا لتلك القواعد التي تتطلب في نشأتها وتعديلها إجراءات وشروط خاصة، أكثر تعقيدا من الإجراءات التي تتطلبها القواعد العادية. وعليه فإنه إذا كان السمو الموضوعي يتحقق بالنسبة لكافة الدساتير، فإن السمو الشكلي لا يتحقق إلا للدساتير الجامدة، إذ يتطلب تعديلها إجراءات أشد من إجراءات تعديل الدساتير المرنة والقوانين العادية. ومن ثم فإن القانون لا يمكنه أن يخالف الدستور، لأنه أقوى منه بالنظر إلى ما يتمتع به من إجراءات خاصة في نشأته وتعديله، ولكن الدستور المعني هنا هو الدستور الجامد، لأنه وحده الذي يتطلب إجراءات خاصة في تعديله. فالجمود إذن هو الذي يسمو بالدستور ويجعله القانون الأعلى وكل ماسواه دونه. نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 533، 534. إبراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 87-89. عصام الدبس، المرجع السابق، ج 01، ص 177. فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص 194.

¹ (سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، د.ط، د.ت ط، منشأة المعارف - الإسكندرية - ص 126.

² (السديري، المرجع السابق، ص 74. / علي جريشة، المرجع السابق، ص 154.

³ (أخرجه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب "من قاتل لتكون كلمة الله العلياً"، ح رقم 2810، ج 02، ص 309.

● **مصدرها السماوي:** فهي ثابتة بالوحي، والوحي من الله تعالى وهو خالق الكون بما فيه من البشر. وهو الذي استخلفهم في الأرض بعد أن سخر لهم ما يمكنهم من أداء مهمة الاستخلاف تلك. فهو إذن صاحب الحق في أن يحدّد لهم النظام الذي يسرون عليه في استعمارهم لأرضه، وينبغي على الحكام قبل الأفراد الخضوع لهذا النظام لأن خروجهم عليه يعد تمرداً على أساس شرعية تصرفاتهم.

● **ضرورة وجود أسس ثابتة لنظام الحكم مستمدة من سلطة عليا مختلفة عن السلطة الحاكمة:** فإن المتبع للأنظمة الوضعية يجد أن التي تبنت الفردية منها لا تتوفر على تلك الأسس الثابتة التي ينبغي أن تحكم نظام الحكم، وإنما يسير الأمر فيها بحسب هوى الحكام بزعم أن الشعب هو الذي يحكم. أما الشيوعية فإنها وإن تبنت ذلك الأساس الثابت، إلا أنها لم تأت بأي مسوّغ قانوني أو منطقي يبين لماذا يجب على الجميع أن يخضع له، ولا يستطيع أن يقترح غيره.

وهذه الأسس الثابتة بالتأكيد لا يمكن أن تكون نتاج عقل بشري، لأنه قاصر عن مثل هذا العمل العظيم. ولذلك فإنها يجب أن تستمد من سلطة تعلو الجميع دون استثناء، حكاماً وأفراداً، سلطة تختلف عن السلطة الحاكمة. فلا تنحرف بها الأهواء ولا تجرفها الغرائز ولا تعميها المصالح الخاصة عن الحق والمصالح العامة. سلطة لا تأخذ لأنها تملك كل شيء، ولذا فهي لا تطمع فيما في يد الأفراد. سلطة تنظر إلى البشر جميعاً بعين الرّحمة والعطف. فإذا حكمت كان حكمها رحمة للعالمين جميعاً، إذ أن حكمها لم يصدر ممثلاً لوجهة نظر محدودة، أو مستنداً إلى نظرية سطحية.¹

لا شك أن هذه السلطة التي ذكرناها بهذه المواصفات لا تكون إلا للخالق عز وجل، فإن وضع تلك الأسس الثابتة التي تصلح لأن يقوم عليها نظام الحكم في أي زمان ومكان. يعد تشريعاً والتشريع وظيفة من وظائف الربوبية. ومهما حاول البشر أن ينازعوا الله في هذه الوظيفة فلن يفلحوا، لأن إمكانياتهم المحدودة لا تؤهلهم للقيام بها. وهذا ما يبرّر سمو الشريعة الإسلامية ومبادئها على كل الأعمال والتشريعات. وفي كل المجالات في دولة الإسلام.

¹ (السيد الشوربجي، الإسلام دستور الحكم، د.ط، د.ت ط، مطبعة دار التأليف - مصر - ص 43-44.

ولا أجد في هذا المقام ما أدمع به هذا الرأي خيراً من كلام " جان جاك روسو " حينما قال: (... وهكذا يوجد في عمل الاشتراع معاً أمران يلُوح أنهما متناقضان؛ وهما : مشروع فوق الطاقة البشرية، وسلطة لتنفيذه ليست شيئاً).¹ ومعنى كلامه أن الاشتراع -ويقصد به هنا التشريع- عمل يفوق طاقة البشر وما يمتلكونه من قدرات. وقد عبر عن هذا المعنى بكلام أكثر وضوحاً وتفصيلاً حينما قال: ((يجب لاكتشاف أحسن قواعد المجتمع الملائمة للأمم، وجود ذكاء عالٍ يرى جميع أهواء الناس من غير أن يتبلى واحداً منها، وأن لا يكون لهذا الذكاء أية صلة بطبيعتنا مع معرفة أساسية لهذه الطبيعة، وأن تكون سعادته مستقلة عن سعادتنا مع إرادة في العناية بسعادتنا، ثم أن يتطلع مع الزمن إلى مجد بعيد، فيجدّ في قرن ليستطيع التمتع في القرن التالي. فكان لا بد من آلهة لمنح الناس قوانين)).²

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى وجود اتجاه في الفقه الدستوري يقول بوجود مبادئ وقيم وأهداف عليا تقع خارج النظام القانوني للدولة، تسمو على هذا النظام القانوني بما فيه الدستور. قال بعضهم باستمدادها من الفلسفة والإيديولوجية التي يقوم عليها النظام السياسي. وذهب البعض إلى أن تلك المبادئ مستمدة من مبادئ العدالة والأخلاق. واختار البعض الآخر أن يعبر عنها بفكرة القانون الطبيعي، وصرّح البعض باستمدادها من القوانين الإلهية.³

غير أن هذا الكلام لا يحلّ إشكالية المشروعية التي عرفها القانون الوضعي، بل إنه يثير إشكالاً آخر منشؤه غموض تلك المبادئ والقيم -التي تتمتع بالسّموم- وعدم تحديدها. وهذا بدوره سيقودنا إلى البحث عن الجهة التي لها سلطة تحديدها، وحدود صلاحيتها في ذلك. فنقع بذلك في الدّور، ونرتدّ إلى النقطة التي انطلقنا منها.

¹ (جان جاك روسو، المرجع السابق، ص 81.

² (المرجع نفسه، ص 79.

³ (علي جريشة، المرجع السابق، ص 27. / طه بدوي، المرجع السابق، ج 02، ص 112-113.

2- التشريع العادي (القانون):

ويراد به مجموعة القواعد القانونية التي تضعها صاحبة الاختصاص الأصيل في ممارسة الوظيفة التشريعية في الدولة. وهي السلطة التشريعية، ويطلق على التشريع العادي عادة لفظ "قانون" وذلك بالمعنى الفني الدقيق لهذه الكلمة. ويأتي في المرتبة الثانية من حيث تدرج القواعد القانونية بعد الدستور، ولذلك يجب عليه أن يحترم أحكامه وإلا عد غير مشروع أو غير دستوري. ويعد القانون المصدر الثاني للمشروعية بعد التشريع الأساسي، وعلى كافة السلطات والهيئات العامة في الدولة أن تلتزم به وتحترمه ما دام سارياً¹. ويستند التشريع العادي (القانون) في إلزامه إلى اعتباره صادراً عن الشعب صاحب السيادة، عن طريق من يختارهم من نواب. وعليه فإنه يعد في الواقع تعبيراً عن إرادة الشعب. ولذلك وجب أن تسود تلك الإرادة في حكم هذا الشعب.²

3- التشريع الفرعي (الأنهي - التنظيم):

يطلق على ما تصدره هيئات الإدارة العامة وأجهزتها من قرارات إدارية تنظيمية، تتعلق بأوضاع ومراكز عامة،³ في إطار صلاحياتها الدستورية⁴ التي تمارسها من أجل تسهيل تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، أو لتنظيم المرافق العامة. فإن تلك اللوائح والتنظيمات إن كانت لا تعتبر قانوناً من حيث الشكل لكونها صادرة عن السلطة التنفيذية، إلا أنها تعد عملاً تشريعياً بالنظر إلى موضوعها. إذ تتضمن قواعد عامة مجردة تطبق على عدد غير معين من الأفراد. وقد أطلق عليها

¹ (وذلك يتم عبر آليات رقابية معينة فقد نظمت المواد 186 وما بعدها من الدستور الجزائري الصادر في 2016 كيفية ممارسة رقابة دستورية القوانين والهيئة المكلفة بذلك.

² (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 28-29. / عبد المنعم فرج الصّده، المرجع السابق، ص 90. / محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 23 .

³ (محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، د.ط، 2005م، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر - ص 12.

⁴ (ينص الدستور الجزائري الصادر في 2016 في الفقرة السادسة من المادة 91 على أن "من مهام رئيس الجمهورية - وهو رأس السلطة التنفيذية- أن يوقّع المراسيم الرئاسية" كما نصت المادة 142 من ذات الدستور على أن "من صلاحيات رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر". ونصت المادة 143 على أن " لرئيس الجمهورية أن يمارس السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون " ، كما نصت على أن " تطبيق القوانين يندرج في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

الفقه التشريعات الفرعية لصدورها عن السلطة التنفيذية التي لا تختص أصالة بالتشريع. فكما هو معلوم فإن وظيفة التشريع تعد الاختصاص الطبيعي والعادي للسلطة التشريعية.¹ ويجدر بنا أن نشير هنا إلى أنه بالرغم من تشابه التشريعات الفرعية مع العادية "القانون" من الناحية الموضوعية، إلا أنه من واجب الأولى عدم مخالفة الثانية لصدورها عن السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل بالتشريع تطبيقاً لمبدأ علو القانون.² هذا وإن كان من واجب التشريع الفرعي ألا يخالف التشريع العادي، فإنه يجب عليه -من باب أولى- عدم مخالفة التشريع الأساسي (الدستور) وإلا عُدَّ غير مشروع.

منزلة التشريع في القانون الجزائري:

يعتبر التشريع المصدر الرسمي الأصلي للقانون الجزائري، إذ لا يعدلُّ عنه لغيره إلا في حال انعدام الحكم المبعوث عنه فيه.³ جاء في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نصّ تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ..."⁴ وبهذا تتبين منزلة التشريع بالنسبة للقانون الجزائري. ويظهر كونه المصدر الرسمي الأصلي له، وأن ما سواه من المصادر احتياطية.

هذا ويتنوّع التشريع الجزائري على غرار التشريعات الوضعية الحديثة؛ إلى تشريع أساسي، وتشريع عادي، وتشريع فرعي أو لائحي. وهذه الأنواع متدرّجة على هذا التّحو من حيث القوة.

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 25.

² علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري: مبدأ المشروعية-دعوى الإلغاء، د.ط، 2009م، دار الجامعة الجديدة للنشر-الإسكندرية- ص 30. / ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 30.

³ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، د.ط، د.ت ط، دار هوم، الجزائر، ص 12.

⁴ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975. المعدل والمتمم.

ويترتب على ذلك عدم جواز مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى منه. فلا تجوز مخالفة التشريع العادي للتشريع الأساسي (الدستور) ولا مخالفة التشريع الفرعي لأي منهما.¹

الفرع الثاني: النصّ الشرعي.

يراد بالنصّ الشرعي القرآن الكريم والسنة النبوية²، وسنتطرق إلى مفهوم كل منهما ليتسنى لنا بعد ذلك الوقوف على أهم الخصائص الجوهرية التي تميز النصّ الشرعي عن الوضعي.

أولاً- القرآن الكريم.

1- تعريف القرآن الكريم وخصائصه:

يعرّف القرآن الكريم بأنه: كلام الله المنزل على خاتم الأنبياء محمد ﷺ باللفظ العربي، المتعبد بتلاوته المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلاً متواتراً.³

يتبين من هذا التعريف الخصائص الثابتة للقرآن التي تميزه عن غيره والتي تتمثل في:

أ- أنه كلام الله، فألفاظه العربية ومعانيها وحي من الله عز وجلّ، والرّسول صلّى الله عليه وسلّم لم يكن إلا مبلغاً إيّاها وتالياً لها. ويتفرع عن ذلك أن ما ألهم به رسول الله من المعاني ولم تنزل عليه ألفاظه وإتّما عبّر عنه بألفاظ من عنده لا يعدّ من القرآن. كما يتفرع عنه أيضاً أن ترجمة القرآن إلى لغة أخرى غير عربية، أو تفسير سوره وآياته بألفاظ عربية مرادفة للقرآن ودالة على معناه - كل ذلك - لا يعد قرآناً ولو طبقت الترجمة المترجم وطابق التفسير المفسّر.⁴

¹ (عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط02، د.ت ط، دار ربحانة،

الجزائر، ص 113، 118، 133./ محمود ابراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 74.

² (مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 183.

³ (شليبي محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، د.ط، د.ت ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت - ص 84.

⁴ (عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط08، د.ت ط، مكتبة الدعوة الإسلامية، ص 23-24.

ومما يدل على نسبته إلى الله، إعجازه وارتقاؤه في البلاغة حتى بلغ حداً خرج عن طوق البشر، وأعجز العرب عن معارضته عند تحديهم به. ويترتب عن ثبوت نسبه إلى الله كونه حجة ملزمة بما دل عليه من الأحكام، لصدوره عن تجب طاعته.¹

ب- أن القرآن عربي والعربية جزء من ماهيته²، ويتفرع عن ذلك أن الكتب السماوية السابقة لا تعد من القرآن. لكونها لم تنزل باللفظ العربي، فكما هو معلوم كان كتاب كل نبي ينزل بلسان قومه. ويتفرع عن ذلك أيضاً أن ترجمة القرآن لا تعد قرآناً.³

ج- أن القرآن منقول بالتواتر؛ أي بطريق النقل الذي يفيد العلم والقطع بصحة الرواية. وقد تفرع عن هذا استبعاد القراءات الشاذة التي لم تبلغ حد التواتر في نقلها، فهذه لا تسمى قرآناً ولا تثبت لها أحكامه.⁴

2- حجية القرآن الكريم:

اتفق المسلمون جميعهم على أن القرآن الكريم حجة⁵ على الناس كافة، وأن أحكامه قانون يجب عليهم اتباعه. وأن تطبيقه والعمل بما ورد فيه واجب. وأن العدول عنه إلى غيره من الأدلة قصد استنباط الأحكام غير جائز، إلا إذا خلا من الحكم المبحوث عنه. وذلك لأن القرآن من عند الله ولأنه نقل إلينا بطريق التواتر الذي يفيد القطع واليقين بالثبوت. فالدليل على كون القرآن حجة هو كونه من عند الله، والدليل على كونه من عند الله إعجازه النَّاسَ أن يأتوا بمثله رغم تحديهم بذلك.⁶

¹ (الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، ط 01، ت ط 1406هـ-1986م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سورية - دمشق - ج 01، ص 422.

² (الخضري محمد، أصول الفقه، د.ط، د. ت ط، دار الحديث-مصر - ص 244.

³ (شليبي محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، ص 84.

⁴ (خلاف، علم أصول الفقه، ص 24.

⁵ (الأمدي علي بن محمد، المرجع السابق، ج 01، ص 212.

⁶ (خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، ص 24. / الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 01، ص 431.

ثانياً- السنة النبوية.

1- تعريف السنة النبوية:

تعرف السنة من حيث كونها دليلاً شرعياً و مصدراً للتشريع بأنها؛ أقوال النبي صلى الله عليه وسلم و أفعاله و تقريراته . وعلى ذلك فإنها تنقسم من حيث ماهيتها إلى ثلاثة أقسام؛ سنة قولية وسنة فعلية وسنة تقريرية.¹ فأما السنة القولية فتطلق على كل الأحاديث التي رويت عن الرسول صلى الله عليه وسلم مثل قوله: « إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى...»² . وأما السنة الفعلية فتشمل كل أفعال النبي صلى الله عليه وسلم التي بين بها بعض المأمورات الشرعية ، وفصل عن طريقها كيفية أدائها بعد أن جاء التكليف بها مجملاً في القرآن الكريم . كتلك التي بين لنا من خلالها كيفية أداء الصلاة وأحالنا عليها بقوله : « صلّوا كما رأيتموني أصلي»³ و كتلك التي بين لنا عبرها كيفية أداء مناسك الحج و أحالنا عليها بقوله صلى الله عليه وسلم : «خُذُوا مَنَاسِكُكُمْ...»⁴ . وأما السنة التقريرية فتتمثل في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عن قول قيل بين يديه أو فعل وقع في حضرته أو في عصره وعلم به وعدم إنكاره له. إذ يعتبر سكوته ذلك دليل على الجواز، إذ لا يتصور أن يسكت النبي عليه الصلاة والسلام عن منكر أو أن يقرّ باطلاً. ومن أمثلة ذلك إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل رضي الله

¹ (أبو زهرة محمد، أصول الفقه، د.ط، د.ت ط، دار الفكر العربي، 105.

² (أخرجه البخاري، كتاب بدء الوحي، باب "كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ"، ح رقم 01، ج 01، ص 13.

³ (أخرجه البخاري، كتاب الأذان، باب "الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة والإقامة، وكذلك بعرفة وجمع وقول المؤذن: "الصلاة في الرّحال" في الليلة الباردة أو المطيرة"، ح رقم 631، ج 01، ص 212.

⁴ (أخرجه النسائي، السنن، كتاب مناسك الحج، باب "الركوب إلى الجمار واستئصال الحرم"، ح رقم 3062، ج 05، ص 298. و صححه الألباني، الجامع الصغير وزيادته، رقم 7882، ج 02، ص 1304.

عنه على الاجتهاد بالرأي إذا لم يجد ما يقضي به في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة. وإقراره لعلني رضي الله عنه في كثير من أفضيته.¹

2- حجّة السنة النبوية:

أجمع المسلمون على أن ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مقصوداً منه التشريع والافتداء؛ يعتبر حجّة في الدين، ومصدراً من مصادر التشريع ودليلاً مستقلاً من أدلة الأحكام. يجب اللجوء إليه من أجل استنباطها منه ما لم يوجد نص في القرآن الكريم. ولا فرق في ذلك بين ما إذا كانت السنة قولية أو فعلية أو تقريرية ما دامت قد نقلت إلينا بطريق صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه وثبوت نسبته للنبي صلى الله عليه وسلم.² وقد ثبتت حجّة السنة النبوية بأدلة من القرآن الكريم، وأدلة من المعقول.³

- فأما ما يستدل به على حجية السنة من القرآن الكريم: فمنه قوله سبحانه: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا ۗ﴾ [النساء، الآية 80] وقوله: ﴿وَمَا آتَيْنَاكَ مِنَ الْقُرْآنِ فَاحْذَرُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ۗ﴾ [الحشر، الآية 70]، وقوله: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَاحْذَرُوا فَإِن تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّمَا عَلَىٰ رَسُولِنَا الْبَلْغُ الْمُبِينُ ۗ﴾ [المائدة، الآية 92]، وقوله: ﴿قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِن تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا

¹ (شلبي مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، ص 121-123. / أبو زهرة، أصول الفقه، ص 105.

² (خلاص عبد الوهاب، علم أصول الفقه، ص 37. / أبو زهرة محمد، أصول الفقه، ص 106. / محمد الخضري، المرجع السابق، ص 278.

³ (هناك من يضيف إجماع الصحابة إلى قائمة الأدلة التي تثبت حجية السنة، لكننا نتحفظ على ذلك لأننا نرى أنه ليس سائغاً الاستناد إلى دليل لإثبات حجية دليل أعلى منه فكما هو معلوم فإن الإجماع مطلقاً سواء أكان إجماع الصحابة أو إجماع غيرهم يأتي في المرتبة الثالثة بعد القرآن الكريم والسنة النبوية. كما أن حجية السنة ثابتة بوضوح بأدلة القرآن ومن المعقول الذي لا يمكن إنكاره وعليه فإننا لا نرى حاجة للبحث والتفتيش عن أدلة أخرى.

حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ وَإِنْ تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا أَلْبَانُ الْمُؤْمِنِينَ ﴿54﴾ [النور، الآية 54]. إضافة إلى تلك النصوص التي تثبت أن السنة ليست سوى تبليغ من الرسول صلى الله عليه وسلم لرسالة ربه كقوله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَغْتَ رِسَالَتِهِ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ﴾ [المائدة، الآية 67] ولما كان الرسول صلى الله عليه وسلم مبلغاً، وكانت السنة تبليغاً عن الله، فإنها كلها واجبة الاتباع لكونها صادرة عنه قال سبحانه: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ۗ (4)﴾ [النجم، الآيتين 03، 04].

• وأما ما يدل على حجية السنة من المعقول: فلأن القرآن فرض على العباد فرائض بمجملة كالصلاة والزكاة ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ﴾ [البقرة، الآية 43] و كالحج ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حَجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران، الآية 97]. لكنه لم يفصل أحكام هذه الفرائض ولا كيفية أدائها. وجاء النبي صلى الله عليه وسلم ليفصل هذا الإجمال بسنته القولية والفعلية تنفيذاً لما كلفه الله به من التفصيل والتبيين، ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل، الآية 44]. ويبدو من الجلي هنا أنه لو لم تكن السنة حجة واجبة الاتباع ومصدراً من مصادر التشريع، لعجز الناس عن أداء فرائض القرآن. ثم إن هذه السنة البيانية إنما وجب اتباعها لثبوت نسبتها إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وصدورها عنه، ومن ثم يستبين أن كل سنة تشريعية صحت نسبتها إلى النبي صلى الله عليه وسلم وثبت صدورها عنه تكون حجة واجبة الاتباع. سواء أكانت سنة بيانية تفصل حكماً مجملاً ورد في القرآن، أو منشئة لحكم سكت القرآن عنه. إذ لا فرق بين سنة وسنة، فكل منهما صادرة عن النبي صلى الله عليه وسلم.¹

¹ (شلي مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، ص 132.

3- منزلة السنة النبوية من القرآن:

نميز هنا بين منزلة السنة من القرآن من جهة الاستدلال بها واستنباط الأحكام منها، وبين منزلتها منه من جهة ما ورد فيها من أحكام.

فبخصوص الأولى: فإن السنة تأتي في المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم. فلا يجوز الرجوع إليها للبحث عن حكم من الأحكام إلا إذا خلا القرآن الكريم من نص يستنبط منه ذلك الحكم، وذلك لأن القرآن يعدّ أصل التشريع ومصدره الأساس، فإذا نصّ على حكم وجب اتباعه. **وأما بخصوص الثانية:** أي نسبتها للقرآن من جهة ما ورد فيها من أحكام، فيمكن بيان ذلك بحسب التفصيل التالي:

- بالنسبة للأحكام التي ثبتت في القرآن الكريم؛ قد تكون السنة مؤيّدة للقرآن ومؤكّدة لما أثبتته من أحكام، كالأمر ببر الوالدين مثلاً، والنهي عن الشرك وشهادة الزور، وغير ذلك من الأوامر والنواهي التي وردت في القرآن وأيدتها السنة. وقد تكون مبيّنة للأحكام الواردة فيه دون بيان وتفصيل، فتفصّل هي ما ورد فيه مجملاً وتخصّص ما جاء فيه عاماً، وتقيّد ما كان مطلقاً. لأن الله سبحانه كلّف الرسول صلى الله عليه وسلم بهذه الوظيفة حيث قال: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل، الآية 44]. ومن أمثلة ذلك التبيين السنن التي فصلت الأمر بإقامة الصلاة والسنن التي فصلت حكم وجوب الحج.

- وبالنسبة لما سكت القرآن عنه، فإن السنة تأتي مثبتة ومنشئة لحكمه ابتداءً. دون أن يدل عليه نص في القرآن. من ذلك مثلاً تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها. وتحريم لبس الحرير والذهب على الرجال، وتحريم الزواج بالقريبات من الرضاع على غرار من يحرم الزواج بهن من قريبات التّسب.¹

¹ (عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 39-40).

وغير ذلك من الأحكام التي سكت القرآن عنها وشرعها الرسول عليه الصلاة والسلام
استمداداً من إلهام الله له ﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۗ (3) إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ۗ (4) ﴾ [النجم ، الآيتين
03،04].

تمييز النص الشرعي عن الوضعي:

من خلال العرض المتقدم لكل من النص الشرعي (الكتاب والسنة) والوضعي يتبين
الآتي:

- 1- أنهما يتفقان في كون كل منهما المصدر الأصلي للمشروعية، بحيث أن باقي المصادر تستمد مشروعيتها منهما. وبالتالي فإن العدول عن النص في أي من النظامين الإسلامي والوضعي إلى ما دونه من المصادر أمر غير جائز إلا في حال انعدام الحكم المبحوث عنه فيه.
- 2- أنهما يختلفان في مصدرهما فالنص الشرعي مصدره الوحي، بينما النص الوضعي مصدره السلطة التشريعية التي قد تكون لشخص أو لمجلس أو جمعية منتخبة. ويتربط عن ذلك ما يلي:
 - سلامة النص الشرعي وبعده عن كافة الانحرافات التي قد تتولد عن اختلاف الأهواء والإيديولوجيات وتباين الميول والنزعات. بينما يظل النص الوضعي خاضعاً لصراع الإيرادات يصطبغ في كل مرة بهوى من يمتلك القوة. فقد بينا سابقاً أن أسمى النصوص الوضعية هو النص الدستوري، وقد بينا أنه -في أحسن أحواله- نتاج جمعية تأسيسية منتخبة، تكون في إعدادها مطلقة السلطة ومتحررة من كافة القيود. إذ يمكنها أن تضع فيه ما تشاء وأن تأخذ بما تراه مناسباً من الإيديولوجيات. وبذلك يؤول الدستور في النهاية إلى كونه تعبيراً عن إرادتها. وبما أنه الأساس الذي تستمد منه باقي التشريعات مشروعيتها، فإن هذه الأخيرة ستصبح جميعاً امتداداً لتلك الإرادة وتعبيراً عنها.
 - استقرار النص الشرعي وثباته، وعدم خضوعه للتغيير مطلقاً، لكونه وحي من الله وبانقطاع الوحي تنتفي عنه كافة احتمالات التغيير. على خلاف النص الوضعي الذي لا يستقر أبداً، ويظل خاضعاً للتغيير بشكل مستمر، بل إن ذاك النص في حد ذاته ينص على طريقة تعديله أو إلغاءه.

المطلب الثاني: الفقه.

وستتناول هذا المطلب من خلال؛ دور الفقه في القانون الوضعي فرع أول، دوره في الشريعة الإسلامية فرع ثان.

الفرع الأول: دور الفقه في القوانين الوضعية.

يراد بالفقه حين إطلاقه مجموع آراء علماء القانون، القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية جامعة، لاستخلاص واستنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية. ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه، وتفسير ما غمض من نصوصه في مؤلفاتهم ومقترحاتهم. أو فيما يكتبونه من نقد وتعرض لأحكام المحاكم والنصوص التشريعية في بحوثهم. أو في المحاضرات التي يلقونها على تلامذتهم في الجامعات والمعاهد.¹

أولاً- الفقه مصدر رسمي في القانون القديم:

لقد كان الفقه مصدراً رسمياً للقانون في بعض المجتمعات القديمة وتحديدًا الرومان. إذ كانت آراء وفتاوى بعض فقهاءهم تكتسب قوة القانون، وكان القضاء عندهم ملزم بالأخذ بها واحترامها وتطبيقها فيما يعرض أمامه من منازعات. وأشهر هؤلاء الفقهاء هم جايوس Papinien، ألبيان Ulpian، بول Paul، مودستان Modestin. وقد اعتمد الإمبراطور جوستينيان في القرن السادس الميلادي على آراء الفقهاء الخمسة السابقين ووضع مجموعاته القانونية.²

ثانياً- تراجع دور الفقه وانحساره في القوانين الوضعية الحديثة:

لم يعد للفقه في القانون الحديث تلك المكانة التي حظي بها في القديم، ولم يعد لرأي أي فقيه -مهما علا شأنه- ولا لآراء جمهرة الفقهاء قوة الإلزام القانونية التي تفرض احترامه على القضاء. مما يتبين منه أن الفقه لم يعد مصدراً رسمياً للقانون، ومنتهى أمره أنه بات مصدراً تفسيرياً له، يقتصر

¹ (عبد الباقي البكري و زهير البشير، المرجع السابق، ص 158. / غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 184.

² (حسن كبيره، المرجع السابق، ص 200 / حسين منصور، المرجع السابق، ص 236.

على تفسير القواعد القانونية ليوحّ القضاة من خلال ذلك. كما يوجه المشرّع بتبنيه إلى الفاسد من هذه الأحكام ليرفعه.¹

ثالثاً- دور الفقه في القانون الجزائري:

يقتصر دور الفقه في القانون الجزائري -على غرار أغلب القوانين الحديثة- على تفسير النصوص دون إنشائها، وليست له أي صفة رسمية لا في وضع القانون ولا في تطبيقه. وآراؤه ليست ملزمة لا للقاضي ولا للمشرّع.² ونظراً لمحدودية دور الفقه بالنسبة للقانون الجزائري، واقتصاره على دور المفسّر فإن المشرّع قد أسقطه من المادة الأولى من القانون المدني التي حدّد فيها المصادر الرسمية للقانون.³

الفرع الثاني: الفقه مصدر من مصادر المشروعية في النظام الإسلامي:

أولاً- مدلول الفقه:

1- في اللغة:

هو الفهم، ومنه قولهم: افقه عني ما أقول لك؛ أي افهمه عني. وفقّمت فلاناً الأمر وأفقّته إياه بمعنى أفهمته.⁴ ومن ذلك قوله سبحانه: ﴿فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾ (78) [النساء، الآية 78]، والمعنى المراد هنا؛ أن الله تعالى لما استنكر قول أولئك الذين اعتبروا الحسنة من عنده، والسيئة من عند الرسول صلى الله عليه وسلم، وصف حالهم بأنهم لا يفقهون الحديث؛ أي لا يفهمونه. لأن هذه المقالة لا تصدر إلا عن قلة فهم وعلم.⁵ ومنه أيضاً قوله

¹ (عبد المنعم فرج الصّده، المرجع السابق، ص 158. حسن كبره، المرجع السابق، ص 201.

² (محمود ابراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 104.

³ (محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 128.

⁴ (الزمخشري محمود بن عمر، أساس البلاغة، ج 02، ص 32. / الأصفهاني الراغب الحسين بن محمد، المفردات في غريب

القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاي، د.ط، د.ت ط، د.د ن، ص 384.

⁵ (ابن كثير، المرجع السابق، ج 02، ص 362.

عز وجل: ﴿ قَالُوا يَشْعِبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ ﴾ [هود، الآية 91]، أي ما نفهم كثيراً من قولك.¹

2- في الاصطلاح:

يعرّف الفقه بأنه: " العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"².

شرح التعريف:

● العلم: لا يقتصر العلم هنا على الإدراك الجازم الذي يحصل على سبيل اليقين، ولكن يراد به مطلق الإدراك. فيشمل الظن وإدراك الحكم على سبيل الرجحان -إذا كانت دلالة الدليل على الحكم غير مقطوع بها- كما يشمل اليقين. وعليه فإن الأحكام العملية تثبت بالأدلة الظنية، كما تثبت بالأدلة القطعية. بل إن أكثر مسائل الفقه ظنية. ولذلك قال الأصوليون: "الفقه باب من أبواب الظنون".

● الأحكام الشرعية: الأحكام جمع حكم ويراد به هنا إثبات أمر لآخر أو نفيه عنه، وقد نسبت إلى الشرع لكونها مأخوذة منه، ومستمدة من أدلته، مثل قولنا الصلاة واجبة، والزنى حرام. وبذلك تخرج بقية الأحكام كالحسية التي تدرك بالحس، مثل قولنا النار محرقة، والعقلية التي تدرك بالعقل، مثل قولنا الكلّ أكبر من الجزء.

● العملية: خصّصت الأحكام الشرعية بالعملية، أي تلك المتعلقة بما يصدر عن الناس من أعمال كالصلاة والصيام والإجارة والبيع وغيرها. وبذلك تخرج الأحكام المتعلقة بالاعتقاد كوجوب الإيمان بالله وملائكته فهذه تدخل في موضوع علم الكلام لا الفقه كما تخرج الأحكام المتعلقة بتهذيب النفوس كحرمة البخل ووجوب الوفاء بالعهد مثلاً وهذه تدخل في موضوع علم التصوف أو الأخلاق.

¹ ابن كثير، المرجع السابق، ج 04، ص 346.

² أحمد بن عبد الرحمن بن موسى الزليطني، الضياء اللامع شرح جمع الجوامع، ط02، 1420هـ-1999م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية -الرياض- ج 01، ص 135.

● ويقتصر الفقه بمفهومه المتقدم على العلم المكتسب دون غيره، فيخرج بذلك علم الله فهو أزلي غير مكتسب. ويخرج به أيضاً علم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأحكام التي نزل بها الوحي عليه. فإنها ليست من الفقه بمعناه الاصطلاحي، على خلاف ما حصل له باجتهاده فإنه مكتسب ويمكن أن يعدّ فقهاً.

● ثم إن اكتساب العلم بتلك الأحكام التي تقدمت الإشارة إليها، إنما يكون من الأدلة التفصيلية الجزئية، التي تتعلق بالمسائل الجزئية؛ فيدل كل واحد منها على حكم جزئي. ويجدر بنا أن نشير في هذا المقام إلى أن اكتساب الحكم من الدليل، يخضع لقواعد وضوابط محدّدة تحديداً دقيقاً تدرس ضمن ما يعرف بأصول الفقه.¹

بعد أن اتّضح معنى الفقه في الاصطلاح الشرعي، يتبين أنه وإن كان يعبر عن فهم البشر، إلا أنه لا يعبر أبداً عن إرادتهم. ذلك أنه يكتسب من الأدلة الشرعية وحدها، وفي مقدمتها القرآن والسنة. كما أن عملية الاكتساب تلك تحكمها قواعد وأصول وضوابط دقيقة متعدّدة؛ فبعضها لغوي وبعضها شرعيّ وبعضها عقلي منطقيّ. وهذه القواعد والأصول من شأنها أن تمنع أيّ انحراف في عملية اكتساب الحكم. وأن تحول دون أي استغلال سيء -محمّل- للدليل.

ثانياً- دور الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية:

يمكن تقسيم تاريخ الشريعة الإسلامية من حيث أثر الفقه في تكوينها إلى ثلاثة عهود؛ أولها عهد النبوة، وقد كان للشريعة الإسلامية فيه مصدر وحيد تمثل في الوحي بشقيه القرآن الكريم والسنة النبوية. ولم يكن للفقه في هذا العصر محلّ، والرسول صلى الله عليه وسلم موجود بين الناس يتلقون عنه أمور دينهم ودنياهم. ومع هذا فإن النبي عليه الصلّاة والسّلام أقر الرأي كمصدر للشريعة، في حال انعدام الحكم في الكتاب والسنة. وقد ثبت ذلك في الحوار الذي جرى بينه صلى الله عليه وسلم، وبين معاذ بن جبل رضي الله عنه حينما بعثه إلى اليمن. وأمّا العهد الثاني الذي يمتد من عهد الخلفاء الراشدين إلى حين ظهور المذاهب الفقهية وتدوين الفقه الإسلامي. فقد شهد الفقه

¹ (الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج02، ص 19-22. / محمد مصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 30-32.

فيه نموّاً كان فيه متأثراً بالمستجدّات التي لم يألفها المسلمون، ولم يجدوا لها حلوّاً لا في الكتاب ولا في السنّة. وكان من مظاهر ذلك التّموّ انقسامه إلى مدرستين؛ مدرسة أهل الحديث الذين استقروا في الحجاز كعبد الله بن عمر ونافع. ومدرسة أهل الرأي التي كانت تضم عدداً من الفقهاء الذين واجهوا - حينما رحلوا عن الحجاز - واقعاً جديداً وظروفاً مغايرة لما كان مألوفاً عندهم. الامر الذي اقتضى منهم تطويراً واجتهاداً لمسايرة هذا الواقع، ومن أبرز هؤلاء عبد الله بن مسعود وعلقمة وشريح وغيرهم.

وهكذا وبعدها كانت مصادر الشريعة الإسلامية في العهد الأول منحصرة في الوحي قرآناً وسنة، نرى أنّها توسعت في العهد الثاني لِمّا أضاف لها الفقه مصدران آخران هما الإجماع والقياس. أما العهد الثالث فيبدأ منذ تدوين الفقه إلى وقتنا هذا، وقد عرف الفقه في بداية هذا العهد - قبل أن يقفل باب الاجتهاد ويجمد الفقه - ثراء وتنوعاً حينما حاول رواده توسيع دائرته من خلال إدخال قواعد العدالة والمصلحة العامة كمصدر فقهي جديد للشريعة الإسلامية إلى جانب الإجماع والقياس. وقد عبروا عن ذلك باصطلاحات مختلفة، فأبو حنيفة مثلاً أدخلها تحت اسم الاستحسان، ومالك تحت عنوان المصلحة المرسلة.¹

يتبين من خلال العرض المتقدّم أن للفقه دور في تكوين الشريعة الإسلامية كما كان له دور في تكوين القوانين الوضعية القديمة. غير أنّ الذي ينبغي أن ننتبه إليه هو أن دور الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية مهما تعاضم، فإنّه لم يكن أبداً منشئاً للقواعد والأحكام، بل إنّ كان مقيداً دائماً بنصوص الوحي، ولم يزد دوره يوماً عن فهمها والغوص في أعماقها، والبحث فيها من أجل الكشف عن علل الأحكام التي دلّت عليها، وأسرار التشريع الإلهي ومقاصده منها. على خلاف ما كان للفقه من دور مطلق في تكوين القانون في المجتمع الروماني، إذ كانت آراء وفتاوى خمسة من فقهاءهم تعدّ أصل القوانين وجوهرها، ومصدرها الأساس !! وقد اعتمدها الإمبراطور جوستينيان في القرن السادس الميلادي في وضع مجموعاته القانونية !! ولا ينبغي هنا أن نتوهّم وجود اتفاق بين النّظامين الإسلامي

¹ (السنهوري، المرجع السابق، ص 128-137. / غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 185. / محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 236-237.

والوضعي على اعتبار أن الفقه في كلّ منهما ناتج من دراسة النصوص وتحليلها وسبر أغوارها، لأن الفقه الإسلامي دراسة لنصوص وحي سماوي لا وضعي، والفقيه فيه لا يهدف إلى كشف عيوب تلك النصوص ومن ثمّ إلغائها واستبدالها بما يراه هو مناسباً- كما هو حال فقهاء القانون الوضعي- ولكنه يعتقد كما لها وسموها لصدورها عن الخالق. وعليه فإن أقصى ما يستهدفه في دراستها هو فهمها والكشف عن علل الأحكام التي دلت عليها، ومقاصد الشّارع وأسراره في تشريعها.

المطلب الثالث: القضاء.

القضاء باعتباره مصدراً من مصادر القانون، يطلق على مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها، والحكم بمقتضاها عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها.¹

فالقضاء بهذا المعنى إذن، لا يوجد إلا حينما يكون حكم القانون في واقعة معينة محلّ خلاف. فتأتي أحكام المحاكم على اتجاه معين، ترسي من خلال ثباتها واستقرارها عليه فيما تصدره من أحكام مبادئ قانونية. تلك المبادئ هي ما اصطلح عليها الفقه القانوني الوضعي "القضاء". هذا وقد اختلف مركز القضاء - بمفهومه المتقدم - كمصدر للقانون، بين كونه مصدراً رسمياً في بعض الأنظمة وكونه مصدراً تفسيرياً في أنظمة أخرى. وسنعرض فيما يلي لكل من المركزين.

الفرع الأول: القضاء مصدر رسمي للقوانين القديمة.

وقد كان هذا في المجتمعات القديمة وهو مستمر إلى الآن في قوانين البلاد الإنجلوسكسونية؛ فأما في المجتمعات القديمة وتحديداً الرومان، فقد كان القضاء عندهم مصدراً من مصادر الإلزام بالقواعد القانونية. وكان ذلك يتم عبر ما يصدره الحاكم القضائي "البريتور" من منشورات قضائية. إذ كان يتولى هذا الأخير شؤون القضاء في روما سنة واحدة، وعند بداية ولايته القضاء يعلن للناس منشوراً يضمّنه القواعد القانونية التي اعتمزم اتباعها في قضائه. وكثير من هذه القواعد كانت تدخل تعديلات على القانون الروماني. وكان كل بريتور يستبقي من منشورات سابقه ما أثبت العمل صلاحيته للتطبيق، ثم يضيف عليه ما يرى إضافته. حتى تكون من خلاصة تلك المنشورات ما عرف عندهم بـ "المنشور الدائم". وقد بقي هذا المنشور إلى عهد الإمبراطورية، ثم تمّ تجميعه رسمياً تحت عنوان القانون البريتوري. وقد كان هذا القانون وليد القضاء.²

وأما في قوانين البلاد الإنجلوسكسونية، فإن القضاء لا يزال مصدراً رسمياً فيها يضطلع بنفس الدور الذي اضطلع به في القديم. ويبدو ذلك جلياً في إنجلترا، إذ يقوم قانونها في جزء كبير منه

¹ (أنور سلطان، المرجع السابق، ص 158).

² (عبد المنعم فرج الصّده، المرجع السابق، ص 160).

على مبدأ السوابق القضائية، الذي يقتضي تقيّد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة، كما يقتضي تقيّد المحاكم العليا نفسها بما أصدرته سابقاً من أحكام.¹ وبهذا يتبيّن أن القاضي في إنجلترا ينشئ القانون، وأن القانون الإنجليزي من صنع القضاء. وأن معرفة قواعده، لا تتأتى إلا بالرجوع إلى السوابق القضائية، والبحث في أحكام المحاكم.²

الفرع الثاني: القضاء مصدر تفسيري للقانون الحديث:

يقتصر دور القضاء في معظم القوانين الحديثة، وتحديداً قوانين البلاد اللاتينية والتي سارت على منهجها، كفرنسا وبلجيكا وإيطاليا والنمسا وهولندا وسويسرا - يقتصر دور القضاء فيها - على التفسير دون أن يتعداه إلى الإنشاء والتكوين. والقانون في تلك البلاد لا ينشأ بالسابقة القضائية، وإنما ينشأ بالتشريع، ولذلك تعرف ببلاد القانون المكتوب.³

وبهذا يتبين أن القضاء في القوانين الحديثة مصدر تفسيري لا رسمي، غير أنه ينبغي أن ننتبه إلى أنه برغم كونه كذلك. إلا أنه يمكنه تطبيق التفسير الذي يعطيه للقانون تطبيقاً عملياً فيما يصدره من أحكام. على أن تلك الأحكام لا تلزم المحكمة نفسها ولا غيرها في القضايا المماثلة.⁴

القضاء مصدر تفسيري للقانون الجزائري:

يعتبر القضاء في القانون الجزائري - على غرار معظم القوانين الحديثة - مصدراً تفسيرياً لقواعد القانون ونصوصه. وبناء على ذلك فإن حكم أي محكمة؛ يكون قاصراً في حجيته على النزاع الذي فصل فيه. ولا يُلزم أي محكمة أخرى. بل إنه لا يُلزم المحكمة التي أصدرته ذاتها بأن تتقيّد به في نزاع آخر منفصل عنه.⁵ ونظراً لاقتصار دور القضاء في القانون الجزائري على التفسير؛ فإننا نجد أن المشرّع

¹ حسن كيره، المرجع السابق، ص 203. / محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 243.

² (غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 181.

³ (محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 243. / أنور سلطان، المرجع السابق، ص 158.

⁴ (حسن كيره، المرجع السابق، ص 203.

⁵ (محمود ابراهيم الوالي، المرجع السابق، ص 106.

قد أغفله في المادة الأولى من القانون المدني، التي حدّدت المصادر الرسمية للقانون. تماماً كما أغفل الفقه ولنفس السبب.¹

دور القضاء في تكوين الشريعة الإسلامية:

لقد تباينت درجات تأثير القضاء في تكوين الشريعة الإسلامية تبعاً لاختلاف وتباين العصور. ويمكن التمييز إجمالاً في هذا الشأن بين ثلاثة مراحل.

المرحلة الأولى ويمثلها عهد النبوة، والقضاء في هذه المرحلة لم يكن مصدرًا من مصادر الشريعة الإسلامية. لأن الكتاب والسنة - كما سبق وأن بينّا - كانا المصدرين الوحيدين لها آنذاك. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم كان أول قاض في الإسلام. وإن كان قضاؤه ملزماً فذلك ليس لكونه قضاء، ولكن لكونه سنة بين عليه الصلاة والسلام من خلالها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق. إذ كانت له حينما يقضي صفتان؛ صفة المشرع بما يلهمه الله تعالى من وحي فيبين له القاعدة القانونية الواجب تطبيقها، ثم صفة القاضي الذي يطبق القاعدة القانونية التي قررها على ما يعرض أمامه من وقائع الحادثة.²

وفي المرحلة الثانية والتي تمتد من عهد الخلفاء الراشدين إلى حين ظهور المذاهب وتدوين الفقه الإسلامي، بان أثر القضاء في تكوين الشريعة وبرز دوره في استنباط الأحكام الشرعية لمواجهة ما طرأ على المجتمع الإسلامي من المستجدات. وقد امتزج القضاء بالفقه في هذا العهد حتى صار التمييز بينهما أمراً عسيراً. إذ كان أكثر القضاة فقهاء مجتهدون، وكانوا يستعينون في قضائهم بالفقهاء إذا أشكل عليهم أمر.³ فقد ثبت عن عمر رضي الله عنه، أنه كان -على فقهه- يستشير الصحابة. فكان إذا عرضت عليه حادثة يقول: ((ادعوا إلي عليّ وادعوا إلي زيد بن أبي كعب رضي الله عنهم، ثم يستشيرهم ويفصل بما اتفقوا عليه.))⁴ وهذا كله إنما كان يتم في حال انعدام حكم

¹ (محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 128.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 128-129.

³ (عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 160.

⁴ (السرخسي شمس الدين، المبسوط، د.ط، د. ت ط، دار المعرفة، بيروت - لبنان - ج16، ص 71.

الحادثة في الكتاب والسنة وعدم وجود قضاء للسلف فيها؛ إذ أن القضاة في هذا العهد كانوا يقضون بقضاء أسلافهم.¹

أما المرحلة الثالثة وهي التي تمتد من تدوين الفقه الإسلامي، فقد تميّزت بانفكاك الارتباط بين القضاء والفقه الذي شهدته العهد الثاني. مما أدى إلى تراجع دور القضاء في تكوين الشريعة الإسلامية بعد أن أصبح مجرد تابع للفقه، يستمد منه القواعد التي يطبقها على القضايا المعروضة أمامه دون الاجتهاد في استنباطها من أدلتها كما كان عليه في العهد الثاني. ومن هنا يظهر أن القضاء كان مصدرًا هاماً من مصادر الشريعة حينما كان يمتزج بالفقه فلما انفصل عنه فقد دوره ومكانته.²

القضاء في الإسلام لا يخلق القوانين بخلاف ما هو عليه في القوانين الوضعية:

غير أنه يجدر بنا أن ننتبه إلى أن القضاء في الإسلام حتى في أزهى أطواره وأرقى أدواره، كان مقتصرًا على استنباط الأحكام من أصولها وأدلتها الشرعية. من خلال تفهّم النصوص وتفسيرها، وكشف أسرار التشريع ومقاصده فيها، ولم يكن أبداً منشأً لها. وبهذا يتميز النظام الإسلامي عن النظم الوضعية التي تمنح للقاضي سلطة خلق القانون، كالقانون البريتوري عند الرومان الذي عُرف عنه أنه كان وليد القضاء؛ إذ كان خلاصة للمنشورات القضائية التي كانت تصدر عن قضاةهم. فقد كان كل بريتور عندهم يصدر حينما يتولى القضاء منشوراً يعلن فيه القواعد القانونية التي يعتمز اتباعها في قضاة. كما يتميز النظام الإسلامي أيضاً بكونه لم يعرف فكرة السوابق القضائية كما هي في النظم الوضعية الإنجليزية والسكسونية، والتي تقتضي تقيّد كل محكمة بأحكام المحاكم الأعلى منها درجة، و تقيّد المحاكم العليا نفسها بالأحكام التي سبق أن أصدرتها. فقد ثبت عن الإمام مالك رحمه الله رضي عنه، أنه رفض تعيين الرأي الذي يُعمل به حينما طلب منه أبو جعفر المنصور ذلك. وعلّل رأيه بأن الاختلاف في الآراء مرجعه تفاوت الظروف، وأنه ليس من المصلحة

¹ (عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع السابق، ص 155.

² (السنهوري، المرجع السابق، ص 134-137. / عبد المعمر فرج الصّده، المرجع السابق، ص 160-161.

إغفال ذلك وفرض رأي واحد وتعميمه على الجميع¹. كما ثبت عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري وكان قاضياً بالكوفة أن: ((لا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك وهديت فيه لرشدك، أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التّماذي في الباطل))².

¹ (الطبري محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك، ج 11، ص 660. / الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط01، 1418هـ-1998م، دار القلم-مشق- ج01، ص 316.

² (السرخسي، المرجع السابق، ج 16 ص 62.

المطلب الرابع: العرف.

وستتناوله في فرعين؛ نخصّص أولهما لبحث دور العرف في تكوين القوانين الوضعية. ونخصّص الآخر لبيان دور العرف في تكوين الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: دور العرف في تكوين القوانين الوضعية.

أولاً - تعريف العرف.

هو سنة أو عادة درج الناس على اتّباعها في تنظيم علاقة من علاقاتهم إلى أن أحسوا بإلزامها.¹ وبعبارة أخرى، هو أطراد سلوك أو عمل بين الأشخاص على نحو معين، اطراداً مقترناً بشعورهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك ويحظر عليهم مخالفته.²

والذي يلاحظ من التعريفين السابقين، أن مصطلح العرف قد يطلق على المصدر الذي تتولّد منه القاعدة القانونية، وهو في هذه الحالة يعني اعتياد الناس على سلوك معين، بحيث تنشأ من ذلك قاعدة يسود الاعتقاد بإلزاميتها وعدم جواز مخالفتها. كما قد يطلق على القاعدة القانونية - ذاتها - التي تنشأ من أطراد سلوك الناس على نحو معين، مع شعورهم بلزوم احترام ذلك السلوك.³ ويعتبر العرف المصدر غير المكتوب للمشروعيات الأكثر ذيوعاً،⁴ وقد كان يعدّ في المجتمعات القديمة المصدر الأول لها، إلى أن ظهر التشريع بما له من مزايا تفوّق عليه.⁵

ثانياً - أركان العرف.

يتبين من خلال ما تقدم في تعريف العرف، أنه يقوم على ركنين؛ أحدهما مادي والآخر معنوي. فأما الركن الأول، فلا يعدو أن فعلاً أو سلوكاً في مجال معين من مجالات الحياة الاجتماعية، ولكون هذا الأخير قاصر بمفرده عن وضع قاعدة قانونية، إذ أنه لا ينشئ أمراً ولا يحدّد ما ينبغي أن

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 33.

² (سمير تناغو، المرجع السابق، ص 424.

³ (غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 154-155.

⁴ (محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 30.

⁵ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 33.

يكون. -لكونه كذلك- كان لا بد أن يضاف إليه عنصر آخر، هو ما يعرف بالركن المعنوي الذي يتمثل في الشعور بضرورة اتباع ذلك السلوك. وهذا الشعور بالإلزام هو ما يجعل من الفعل أو السلوك أمراً، ومن أطراده قاعدة قانونية.¹

ثالثاً. مكانة العرف في الشرائع القديمة.

أشرنا فيما سبق، إلى أن العرف كان يعد المصدر الأول للقانون في المجتمعات القديمة². إذ كانت تلك العهود بدائية بعيدة عن التنظيم السياسي بصورته العروفة حالياً. الذي يمكن من خلاله للسلطة الحاكمة أن تتدخل في تنظيم العلاقات بين الأفراد بفرض قواعد قانونية ملزمة عليهم. وعليه لم يكن حينها أمام الناس، إلا أن يسيروا في سبيل تنظيم شؤونهم وعلاقاتهم وفق ما تعارفوا عليه من السلوكات، وما ورثوه عن آبائهم وأجدادهم. وبهذا يتبين أن العرف كان في هذه المجتمعات يقوم مقام التشريع كمصدر رسمي أصلي وحيد، تتولد منه القواعد القانونية الملزمة في المجتمع.³

فقد كان للعرف أثر عظيم في تكوين القانون الروماني، حيث تم تثبيت القواعد العرفية في صحائف من البرونز على شكل قواعد قواعد مدونة، عرفت لاحقاً بالألواح الاثني عشر. وقد صارت هذه الأخيرة فيما بعد أساساً للقانون المدني الروماني. كما كان أثر العرف ظاهراً في تكوين الشريعة الهندية، حيث جمع الهنود القواعد العرفية في مجموعة واحدة سميت بـ"مدونة مانو". وقد كانت شرائع "حمو رابي"، و"بيلا لاما"، و"لبت عشتر" أيضاً مستمدة من القواعد العرفية، بل إنها تعتبر أقدم تدوين للعرف في بلاد ما بين النهرين.

وقد كان العرف مصدراً رسمياً أصلياً للقانون الإنجليزي؛ إذ بدأ هذا الأخير بمجموعة من العادات والأعراف التي كانت تخضع لها القبائل السكسونية. ثم اقتزنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الإنجليزية في القرن الحادي عشر. وهذا قبل أن تتطور المدنية الإنجليزية ويظهر القضاء كمصدر رسمي للقانون إلى جانب العرف.

¹ (سمير تناغو، المرجع السابق، ص 424.

² (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 33.

³ (حسن كبيره، المرجع السابق، ص 255.

وفي فرنسا قبل الثورة، كانت القواعد العرفية تسري على الجزء الشمالي منها، والقانون الروماني يسري على الجزء الجنوبي. إلى أن صدرت مجموعات نابليون سنة 1804 ووحدت أجزاء البلاد من الناحية القانونية، وأصبح التشريع هو المصدر الرسمي للقانون في فرنسا.¹

رابعاً. مكانة العرف في الشرائع الحديثة.

لقد كان التنظيم السياسي الذي عرفته البشرية، والذي مكّن الحاكم من أن يصدر أوامره ونواهيه في وثيقة مكتوبة يلزم بها جميع الأفراد في إقليم دولته، كان ذلك من إرهاصات ميلاد مصدر جديد للقانون. تمثل ذلك المصدر في التشريع الذي بدأ نطاقه يتسع شيئاً فشيئاً. ودوره في تكوين القواعد القانونية يتعاظم بشكل مستمر. وفي المقابل بدأ دور العرف ينكمش تدريجياً، وتراجع مركزه أمام تصدّر مركز التشريع. وتحوّلت معظم قواعده إلى قواعد قانونية مكتوبة. ومع تقدم الحياة الاجتماعية وتعمّد قضاياها، ازدادت أهمية التشريع أمام ظهور عجز العرف وقصوره عن مسايرة الأوضاع الحديثة. لما ينطوي عليه من بطء في تكوين قواعده. وتحوّل في النهاية إلى مصدر احتياطي يكمل نقائص التشريع في أغلب الأنظمة الحديثة، بعدما كان في سابقها مصدراً أصلياً.²

دور العرف في القانون الجزائري:

على غرار أغلب الأنظمة القانونية الحديثة، يعتبر العرف في النظام القانوني الجزائري مصدراً رسمياً احتياطياً. لا يجوز الرجوع إليه إلا بانعدام حكم المسألة المبحوث عنها في المصدر الرسمي الأصلي المتمثل في التشريع، والمصادر الاحتياطية الأخرى التي تتقدّم عليه في الترتيب. ذلك أن العرف يأتي في المرتبة الثانية في قائمة المصادر الاحتياطية للقانون الجزائري بعد الشريعة الإسلامية. والمرتبة الثالثة في قائمة مصادر القانون إجمالاً. فقد نصّت المادة الأولى من القانون المدني على أنه: "يسري القانون على جميع النصوص التي تتضمنها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا

¹ (غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 156-158.

² (غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 158. / حسن كبره، المرجع السابق، ص 270.

لم يوجد نصّ تشريعيّ حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى العرف...¹

خامساً. منزلة العرف من التشريع الوضعي.

من حيث الإجمال يمكن أن نتمييز بين ثلاثة منازل للعرف من التشريع الوضعي؛ الأولى منها تكون فيها الأولوية للعرف كما هو حال الدول الأنجلوسكسونية. أما الثانية فيستوي فيها العرف مع التشريع على غرار الشريعة الجرمانية، وهذا الرأي يستند إلى فكرة قوامها؛ أن كلاً من التشريع والعرف تعبير عن إرادة الأمة، وعليه فإن من الجائز لكل منهما أن يلغي الآخر أو يعدّله. أما المنزلة الثالثة للعرف فيكون فيها متخلفاً عن التشريع، بحيث يكون هذا الأخير مصدراً رسمياً أصلياً، في حين أن العرف يكون مصدراً رسمياً احتياطياً له.²

أما من حيث التفصيل؛ فيمكننا أن نقول أن العرف إما أن ينزل من التشريع منزلة المفسر له، وإما أن يزل منه منزلة المكمل لنقصه، وإما أن يكون منه بمنزلة المعدّل أو الملغي.³

1- العرف المفسر:

وهذا تقتصر وظيفته على تفسير النصّ التشريعي الغامض، فهو إذن يقوم على فرض أن هناك قاعدة قانونية مكتوب، لكنها تحتمل أكثر من معنى. فيقوم العرف لتحديد معنى لها. والعرف حسب هذا الطرح يأخذ القوة القانونية للنص الذي فسره. فالعرف الذي يفسر نصّاً دستورياً يأخذ نفس القوة القانونية للدستور، والعرف الذي يفسر نصّاً تشريعياً عادياً يأخذ منه قوته. لأن العرف في

¹ (الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975. المعدّل والمتّم.

² (غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 158.

³ (بما أننا بصدد البحث في مصادر المشروعية، وبما أن هذه الأخيرة تعني خضوع الدولة للقانون - كما تقدم - فإننا سنركز حديثنا حول العرف على العرف الدستوري والعرف الإداري.

هذه الحالة لم ينشئ قاعدة قانونية جديدة، وإنما اقتصر على تفسير تشريع موجود، و من ثم فهو جزء لا يتجزأ منه.¹

2- العرف المكمل:

وهذا يفترض وجود تشريع، لكن به نقصاً أو قصوراً تولّد عن سكوته عن تنظيم موضوع من الموضوعات. فينشأ عرف لتكملة التشريع بتنظيم الموضوع الذي سكت عنه. فالعرف المكمل إذن، لا يستند إلى نصّ مكتوب كما هو حال العرف المفسر. ولكن برغم ذلك فإن الفقهاء يتفقون على أن للعرف المكمل نفس القوة القانونية للتشريع الذي يكمله، كما أن للعرف المفسر قوة التشريع الذي يفسره، ويرون أنه لا فرق بين كل من العرف المفسر والمكمل في الوظيفة. فإذا كان الأول يتولى تفسير نصوص التشريع، فإن الثاني يتولى تفسير سكوت التشريع.²

3- العرف المعدّل.

لا يقف العرف المعدّل عند حدّ تفسير التشريع أو إكمال نقصه، وإنما يتعدّى ذلك إلى التعديل. إما بالإضافة من خلال إدراج قواعد عرفية جديدة زيادة على القواعد التي تضمنها التشريع في تنظيم موضوع ما³. وإما أن يكون التعديل بالحذف في الحالة التي يكون فيها التشريع قد نصّ على حكم معين، لم يطبق طوال مدّة من الزمن؛ أي أهمل تطبيقه بعدم استعماله. فيقال في هذه الحالة أن العرف عدّل التشريع بالحذف.⁴

¹ (محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص31.

² (المرجع نفسه، ص32.

³ (يجدر بنا أن ننتبه إلى الفرق بين العرف المكمل والعرف المعدّل بالإضافة؛ فأما الأول فيكون فيه التشريع قد سكت عن موضوع من الأساس، فيأتي العرف وينظم ما سكت عنه التشريع. وأما الثاني فيكون فيه التشريع قد نظم فعلا موضوعا معينا ولم يسكت عنه فيأتي العرف المعدل بالإضافة ويعدل التنظيم الذي تضمنه التشريع.

⁴ (محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص32.

ويعتبر الاعتراف للعرف بدور المكمل للتشريع والمفسر له محل اتفاق بين الفقهاء، وإنما وقع الخلاف حول العرف المعدل فبعض الفقهاء أقرّه وبعضهم أنكره.¹

المنكرون لوجود العرف المعدل.

فأما من أنكر وجود العرف المعدل، فقد استند إلى فكرة قوامها أن التشريع لا بد أن يظلّ سارياً منذ ميلاده إلى أن يعدل أو يلغى بالطرق والإجراءات المنصوص عليها في القانون. وأن القول بخلاف ذلك فيه إهدار للقواعد التشريعية، لأن تكوين العرف المعدل سيتمثل في المخالفات المتكررة لتلك القواعد. واطّراد العمل على مخالفة القانون، لا يسبغ الشرعية على تلك المخالفة.²

القائلون بوجود العرف المعدل.

يذهب جانب الفقه إلى إمكانية قيام عرف معدّل في المجال الدستوري، استناداً إلى مقتضيات الواقع وضغوطه. بعيداً عن الحجج النظرية والاعتبارات القانونية المجردة. ومردّد ذلك إلى أن العرف الدستوري كعادة تنشأ من خلال تكرار السلطات الحاكمة لسلوك معين يشترط فيه قبول ورضا الجماعة وعدم اعتراضها، ومن ثم فإن قيام عرف معدّل وفق ذلك يكون تعبيراً عن ضمير الجماعة وإرادة الأمة. وما دامت هذه الأخيرة صاحبة السيادة، فسيكون للعرف المعبر عن إرادتها، قوة وقدرة على تعديل أحكام الدستور.

والواقع العملي يشهد بوجود العرف المعدل للدستور، ومن أمثلة ذلك ما قام في لبنان مثلاً، من عرف عدلت بموجبه المادة 53 من الدستور - قبل تعديلها شكلياً في 1990 - إذ كانت تنصّ على أن رئيس الجمهورية يعين الوزراء ويسمّي منهم رئيساً. فإن كان ظاهر هذا النص واضح في أن تعيين الوزراء يسبق تعيين شخص رئيس الوزراء، فإن العمل اطّرد على خلافها.³

والذي يلاحظ من خلال عرض الرأيين السابقين أن الأمر كلّ لا يعدو أن يكون زوبعة في فنجان، لأن العرف بحسب ما تقدم إمّا أنه يتقدّم على التشريع كما في الأنظمة الأنجلوسكسونية،

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 33.

² (المرجع نفسه، ص 33-34.

³ (محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 33.

وهذا لا خلاف حول كونه معدّلاً. وإما أن يستوي والتّشريع في منزلة واحدة كما هو حال التّشريع الجرمانى، وهذا أيضاً رأينا أن العرف فيه يعدّل التّشريع كما أن التّشريع يعدله لتساويهما في القوة القانونية. إذ أن كلاّ منهما تعبيرٌ عن إرادة الأمة صاحبة السّيادة. وإما أن يكون العرف متخلفاً عن التّشريع فينزل منه منزلة المفسّر أو المكمل. غير أن الجدل حول تعديل العرف للدستور خاصة والتّشريع عامة ليس في الحقيقة سوى معركة هامشية لا يبنى عليها عظيم أثر، ذلك أن السّلطة إذا ما أرادت تعديل الدّستور أو أيّ تشريع آخر؛ فإنها لا تحتاج في ذلك إلى أن تنشئ عرفاً جديداً، وهي لن تعدم الوسيلة لتحقيق ذلك بشكل رسمي، خاصّة في ظلّ النّظام الديمقراطي؛ إذ أنها ستقوم بذلك حينها نيابة عن الأمة صاحبة السّيادة!. ومن هنا يتبين أن الجدل حول فكرة تعديل العرف للتّشريع تمييع للقضية الرئيسية التي تدور حول فكرة سلب سلطة تعديل التّشريع من العرف - مع العلم أنه الشّكل الأظهر للتعبير عن إرادة الأمة - مما يجعل منه أمراً غير مبرّر، وهو ينطوي عن الكثير من التّناقض. ذلك أن الأمة صاحبة الحقّ بالأصالة في التّشريع لا تملك تعديله، في حين أن السّلطة التي تنوب عنها تملك ذلك.

الفرع الثاني: دور العرف في تكوين الشريعة الإسلامية:

أولاً- تعريف العرف.

يراد بالعرف ما تعارفه النّاس وساروا عليه من قول أول أو فعل أو ترك، ويسمى العادة أيضاً. إذ لا فرق في لسان الشرعيين بين العرف والعادة.¹ فهو إذن ما تعوّده الناس أو جمع منهم وألفوه حتى استقر في نفوسهم. من فعل شاع بينهم، أو لفظ كثر استعماله في معنى خاص بحيث يتبادر منه عند إطلاقه دون معناه الأصلي.²

يتبين مما سبق أن العرف قد يكون قولياً كما قد يكون عملياً. فمثال القولى؛ تعارف الناس إطلاق لفظ معين على معنى غير معناه اللّغوي، بحيث يتبادر منه هذا المعنى العرفي عند إطلاقه دون

¹ (عبد الوهاب خالاف، علم أصول الفقه، ص 89.

² (محمد مصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 325.

الحاجة إلى قرينة. كإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، مع أنه في اللغة شاملٌ لكلٍ منهما. ومثال العملي؛ تعارف الناس وتعودهم على دخول الحمامات للاستحمام مقابل أجر معيّن، دون التلقّف بعقد و دون اتّفاق على مقدار الماء المستعمل، ولا على مدة المكوث في الحمام.¹ ثم إنّ العرف قولياً كان أو عملياً يتنوع إلى عام وخاص. فأما العام؛ فهو ما تعارفه الناس في كلّ البلاد في عصر من العصور، كتعارفهم دخول الحمامات على الوجه الذي سبق بيانه مثلاً. وأما الخاص؛ فهو ما تعارفه أهل إقليم معيّن أو طائفة محدّدة كالّتجار وأرباب الحرف والصّناع. مثل تعارف التّجار في إقليم معيّن على الالتزام بتوصيل السّلع إلى منازل مشتريها، والالتزام بإصلاح بعض المنتوجات مدّة معينة كالمكيّفات والسيّارات والثّلاجات.²

وسواء أكان العرف قولياً أم عملياً، عامّاً أم خاصّاً، فإنّه إمّا أن يكون صحيحاً وإمّا أن يكون فاسداً. فأما الصّحيح؛ فهو ما تعارفه الناس، مما لا يخالف دليلاً شرعياً ولا يحلّ حراماً ولا يجرّم حلالاً. كتعارفهم تقديم عربون في عقد الاستصناع. وأما الفاسد فهو ما تعارفه الناس ولكنّه يخالف دليلاً شرعياً، فيحلّ حراماً أو يجرّم حلالاً. كتعارفهم أكل الربا والتّعامل بالفوائد مع المصارف، واختلاط النّساء بالرجال في الاحتفالات والأماكن العمومية.³

ثانياً- حجّية العرف.

في الفقه الإسلامي لا اعتبار للعرف الفاسد، ولا تجب مراعاته لكونه يعارض دليلاً شرعياً. فإذا تعارف الناس عقداً من العقود الفاسدة كعقد ربوي مثلاً، فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد.⁴ أما العرف الصّحيح الذي ليس فيه مخالفةٌ لدليلٍ شرعيّ ولا تفويت لمصلحة، ولا

¹ محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 326.

² المرجع نفسه، ص 327. / عبد الوهّاب خالّف، علم أصول الفقه، ص 89.

³ الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، ج 02، ص 829.

⁴ عبد الوهّاب خالّف، علم أصول الفقه، ص 89.

جلب لمفسدة، فإنه مصدرٌ من مصادر التشريع وحجة في القضاء.¹ إذ لا يُتصوّر أنّ الشريعة الإسلامية التي جاءت لتنظيم المجتمع وإسعاد الناس، وحرصت على جلب المنافع لهم ودفع المضار عنهم - لا يتصوّر - أن تحول بينهم وبين ما تعارفوه مما يحقّ لهم ذلك.² وقد راعى الشرع الصحيح من عرف العرب فوضع الديّة على العاقلة، ولما قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة ووجد الناس يتعاملون بالسلم أقرهم عليه ونظّمه لهم. فقد ثبت عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه أنّه قال: « قَدِمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ بِالتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ فَقَالَ: « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَنِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ. »³ . وكان قد نهاهم عنه قبل ذلك؛⁴ إذ قال لحكيم بن حزام: « لا تَبِعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ »⁵ . وقد أخذ الصحابة رضي الله عنهم هذا المنهج عن النبي صلى الله عليه وسلم، فعمدوا إلى فحص ما وجدوه من الأعراف في البلاد التي فتحوها، فألغوا فاسدها وأقروا صالحها. كفعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في وضع الدواوين وتطبيق نظام الخراج وكلاهما عرف فارسي.⁶

وعلى هذا المنهج سار الأئمة والفقهاء، وقرروا أن العادة شريعة محكمة. فقد بنى مالك رحمه الله الكثير من الأحكام على عرف أهل المدينة، واختلف أبو حنيفة وأصحابه في كثير من الأحكام تبعاً لاختلاف أعرافهم، والشافعي حينما ذهب إلى مصر، غير مذهبه القديم بمذهب جديد لتغيّر العرف.⁷

¹ (عبد الوهاب خَلاف، علم أصول الفقه، ص 89. / إبراهيم النعمة، أصول التشريع الدستوري في الإسلام، ط 01، 1430هـ،

مركز البحوث والدراسات الإسلامية - العراق - ص 109. / الترحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 02، ص 830.

² (محمد مصطفى شلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 329.

³ (أخرجه البخاري، كتاب السلم، باب " السلم في وزن معلوم، ح رقم 2240، ج 02، ص 124.

⁴ (إبراهيم النعمة، المرجع السابق، ص 109.

⁵ (أخرجه الترمذي، الجامع الكبير، أبواب البيوع، باب " ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك"، ح رقم 1232. وقال عنه:

حديث حسن صحيح، ج 02، ص 514-516.

⁶ (محمد مصطفى شلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 331.

⁷ (عبد الوهاب خَلاف، علم أصول الفقه، ص 90.

وهكذا يتبين من خلال ما سبق أن للعرف اعتبار في الشّرع، ولكن هذا الاعتبار ليس ناشئاً من كونه عرفاً عمل الناس به باطراد، وإلا لاعتبر الشّرع كل ما تعودّه الناس. ولكن اعتبار العرف مبني على ما فيه من مصلحة راجحة لا غنى للناس عنها، ولو لم يهتد الناس إلى العرف الذي يحقّقها لشرع لهم تشريع مبتدأ.¹

ثالثاً- مكانة العرف في الشريعة الإسلامية ومنزلته من باقي مصادرها.

1- العرف في الشريعة الإسلامية راجع للمصلحة وليس دليلاً مستقلاً بذاته:

بيناً سابقاً، أن اعتبار العرف لم يثبت لأنّ الناس تعارفوه بينهم، ولكنّه ثبت لما فيه من تحقيق منفعة أو دفع مضرّة. بحيث لو منع الناس منه بعد اعتيادهم عليه، لوقعوا في الحرج والضيق ولحققتهم المشقّة. فكان إقراره إذن من مقتضيات رفع الحرج الذي قرّره القرآن الكريم، حيث قال جل شأنه: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج، الآية 78]، وقال سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة، الآية 185]. ولمّا كان رفع الحرج راجعاً إلى المصلحة. تبين أن العرف ليس دليلاً مستقلاً بذاته، وإنما هو فرعٌ عن مراعاة المصلحة، فالدليل على الحقيقة إذن هو المصلحة، وما العرف سوى معرّف لها.²

2- العرف في الشريعة الإسلامية ينزل منزلة المصلحة:

فبما أنه يرجع إلى المصلحة، فإنّه ينزل منزلتها بعد النص والإجماع والقياس. فإذا لم يصل المجتهد إلى الحكم بواحد منها ووجد عرفاً، تحقّق من صحّته وعدم مخالفته لدليل شرعي. فإن تبين له فساده حكم على الفعل المتعارف بالحظر، وإن وجده صحيحاً عمل به، لأن في ذلك تحقيق لمصلحة الناس. وإذا لم يجد عرفاً، عمد إلى الفعل فوزنه بميزان المصلحة، فأقرّه أو منعه بناءً على ما فيه من منفعة راجحة، أو ما ينطوي عليه من مفسدة راجحة.³

¹ محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 329.

² المرجع نفسه، ص 335. / عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 91.

³ محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 336.

3- العرف في الشريعة الإسلامية يتقدم أحياناً على القياس:

قد يترك القياس بالعرف العام¹، كما في تشريع عقد الاستصناع لجريان العرف به، وإن كان القياس يقضي بعدم صحته لأنه عقد على معدوم². وكما في تشريع عقد الإجارة والسلم والمعاطاة وغيرها³.

4- العرف مفسر للنص:

أشرنا فيما سبق، إلى أن العرف الذي خالف دليلاً شرعياً، عرفٌ فاسدٌ يجب رده. غير أن هذا الحكم لا ينطبق إلا على العرف الذي يعارض النص معارضة كليةً. ويخالفه في كل وجه، بحيث يؤدي العمل به إلى ترك النص أصلاً. أما العرف الذي لم يخالف النص من كل وجه، بأن يأتي الدليل عاماً ويخالفه العرف في بعض أفرادها؛ فإن مخالفته تلك لا تلغي النص، بل تبقى العمل به فيما عدا موضع العرف. فهذا العرف يكون معتبراً إن كان عاماً إذ أن العرف العام يخص النص⁴. والتخصيص مشروع وباقٍ بعد الرسالة باتفاق. فبعد أن كان يتم بالوحي في عهد النبوة فإنه يتم بعده بالقياس والمصلحة المرسله وغيرها من أنواع الاجتهاد المأذون فيه⁵. ومن أمثلة ذلك ما قدمناه من جواز عقد الاستصناع، مع أنه بيع الشخص ما ليس عنده، وهو منهي عنه بالنص. وتجويزه لجريان العمل به تخصيص للنص الذي تضمن النهي بالعرف لا إلغاءً وتركاً له، لأن العمل به باقٍ فيما عدا الاستصناع⁶.

وقد قرّر الفقهاء أنّ كلّ ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف. كالحرز في السرقة ووقت الحيض وقدره⁷.

¹ (ابن عابدين محمد أمين أفندي، مجموعة رسائل ابن عابدين، د. ط، د. د. ن، ج 02، ص 116.

² (عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 91. / أبو زهرة، أصول الفقه، ص 274.

³ (الرّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 02، ص 832.

⁴ (ابن عابدين، المرجع السابق، ج 02، ص 116.

⁵ (محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 336.

⁶ (ابن عابدين، المرجع السابق، ج 02، ص 116.

⁷ (الرّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 02، ص 831.

وهكذا، وكما أن العرف يراعى في تشريع الأحكام، فإنه يراعى في تفسير النصوص؛ فيخصّص به العام¹، ويقيد به المطلق²، وتفسّر به حقيقة اللفظ إن كان عرفاً قولياً³.

مقارنة بين أثر العرف في تكوين القوانين الوضعية، وأثره في تكوين الشريعة الإسلامية:

على الرغم من اعتبار العرف في كل من الفقه الإسلامي والوضعي مصدراً من مصادر المشروعية، إلا أن بينهما العديد من أوجه الاختلاف أهمها:

● **العرف الوضعي اعتياد وإلزام، أما العرف الشرعي فهو اعتياد فقط:** إذ لا يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لقيام العرف توافر الاعتقاد بإلزامه، وإنما يكفي فيه الاعتقاد على سلوك معين من قبل كافة الناس أو طائفة منهم تتحدّد بمكان أو مهنة معيّنة. وهذا بخلاف العرف في القانون الوضعي الذي لا يقوم إلا بتوافر ركنين. مادّي يتمثل في اطّراد سلوك الناس على نحو معين، ومعنوي يتمثل في اعتقاد الناس بإلزام ذلك السلوك.⁴

● **العرف الوضعي يستمدّ قوّته من كونه تعبيراً عن إرادة الأمة، أمّا الشرعي فيستمدّ حجّيته من كونه تعبيراً عن المصلحة ومنبئاً عنها:**⁵ ويتفرّع عن ذلك، اشتمال الفقه الإسلامي على قيد يضمن عدم انحراف العرف عن المصلحة. بخلاف الفقه الوضعي الذي يفتقر إلى مثل هذه الضمانة.

● **العرف الوضعي لا يقوى على تعديل النص، أما الشرعي فيخصّص العام ويقيد المطلق:** إذا كان العرف عند غالبية فقهاء القانون الوضعي لا يملك سلطة تعديل التشريع، وكان دوره يقتصر على تفسير غموض نصوصه وإكمال نقصها، فإنه في الفقه الإسلامي معتبرٌ في الكشف عن

¹ (يجدر بنا التنبيه إلى أن النصوص التي يخصّصها العرف هي النصوص الظنية، دون القطعية فإنه لا يقوى على تخصيصها؛ لأن التخصيص فرع عن التعارض، والتعارض لا يكون إلا بين متساويين، والعرف على أيّ صورة وقع لا يرقى إلى مرتبة النص القطعي حتى يعارضه. محمد مصطفى شليبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 337.

² (أبو زهرة، أصول الفقه ص 274. /عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 91.

³ (الرّحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج 02، ص 832.

⁴ (محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 228-229.

⁵ (المرجع نفسه، ص 229.

الأحكام فيما لا نصّ فيه، ومعتبر حتى في ظلّ وجود النصوص. بل إنه قد يخالفها مخالفة جزئية، فيخصّص عامّها وبيدّ مطلقها. ولا فرق في ذلك بين أن تكون تلك النصوص أمرة أو غير أمرة. وهذا على خلاف ما عليه حال العرف في القانون الوضعي، الذي لا يقوى على مخالفة النصوص الأمرة¹، وإن جاز له مخالفة النصوص المفسّرة والمكمّلة².

وهكذا يظهر من خلال ما تقدّم، أن منزلة العرف في الفقه الوضعي لا ترقى إلى نظيرتها في الفقه الإسلامي. وكان الأولى أن يكون حظّ العرف في الفقه الوضعي أكثر، فهو أولى بأن يستجيب لشعارات الديمقراطية وإرادة الأمة التي يتغنّى بها رواده. ولكننا نجد أنه ضيق عليه وقزم دوره، وحصر أثره في النصوص المفسّرة والمكمّلة دون الأمرة. وفي ذلك تقديس واضح للتشريع الذي وضعت سلطته نيابة عن الأمة، على حساب ما تعارفته الأمة نفسها. ولا يخفى ما في ذلك من تغوّل لسلطة النائب على سلطة الأصيل.

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 34. / حسن كيره، المرجع السابق، 272.

² (محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص 346-348.

المطلب الخامس: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹:

رأينا فيما سبق أن فكرة القانون الطبيعي فكرة عابرة للزمن، فما من عصر إلا وكان لها فيه حضور. واستنتجنا من ذلك كله حقيقة لا يمكن إنكارها، مؤداها أن وظيفة التشريع تفوق حدود القدرة البشرية، وأن الإنسان لا يمكنه أن يباشرها باستقلال، وهو في مباشرتها محتاج دوماً إلى موجه.

وقد رأينا أيضاً أن فكرة القانون الطبيعي، وإن استطاعت أن تجد مكانها وتحافظ على بقائها في كافة العصور، إلا أن مضامينها وتفصيلها اختلفت كثيراً من مجتمع إلى آخر ومن عصر إلى عصر. إذ كانت فلسفة عند اليونان، وقانوناً عند الرومان، وديناً في القرون الوسطى، وسياسة في العصور الحديثة.¹

وكانت في أول مظهر لها قانوناً كامناً في طبيعة الروابط الاجتماعية، ومن ثم كان هذا القانون أزلياً ككل القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية. ثم تطورت لتصير قانوناً شاملاً يتضمن المبادئ الأساسية التي تسيطر على كامل النظام القانوني في بلد ما، كما يتضمن القواعد التفصيلية التي تنفرع عن تلك المبادئ. ثم انتهت بعد ذلك إلى فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة، وبات مضمونها يختلف باختلاف الأزمنة والمجتمعات حسب التصور السائد فيها لفكرة العدل. إلى أن آلت مع بداية القرن العشرين، إلى مجموعة محدودة من المبادئ التي تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفي مختلف العصور والتي تعتبر مثلاً أعلى للعدل يهتدي به المشرع في كل بلد، ويصل في ضوئه إلى قواعد وضعية تراعى فيها ظروف البيئة، وبالتالي تختلف باختلاف الزمان والمكان.²

أما قواعد العدالة، فتتمثل في مجموعة القواعد الصادرة عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفس من شعور بالإنصاف. وهذه القواعد في الحقيقة ليست ثابتة بل إنها قابلة للتغير؛ ذلك أن فكرة العدالة وإن كانت ثابتة فيما تعنيه من المساواة الواقعية القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة لكل شخص، وما تتضمنه من الشعور بالإنصاف الذي

¹ (السنهوري، المرجع السابق، ص 70.

² (عبد المنعم فح الصّده، المرجع السابق، ص 150-151.

يكن في النفس البشرية ويمليه الضمير النقي والعقل السليم، إلا أنها متغيرة لكونها ردّ فعل لأحداث اجتماعية تتأثر بتفاوت الزمان والمكان. وتقرير الخير والشّر في ظلّ العدالة يتأثر بتباين الظروف، فقد يبدو التصرف الواحد خيراً في ظروف معينة ويبدو في ظروف غيرها شراً. ومن هنا يظهر أن فكرة المساواة التي تقوم عليها العدالة هي وحدها الحقيقة الثابتة، أما ما سواها من مظاهر العدالة وما تمليه من الحلول، فلا يمكن وصفها بالثبات لتأثرها بعاملَي الزمان والمكان، ومقتضيات الظروف والأحوال.¹ وبهذا يتبين ما بين فكري العدالة والقانون الطبيعي من الارتباط الوثيق، حتى عدّهما البعض مترادفين من حيث تعبيرهما عن المبادئ التي تتفق مع العدل ويوحى بها العقل والضمير الإنساني، ويتحتم استلزامها في التشريع والقضاء تحقيقاً للعدل والمساواة.²

وعلى غرار ما بيناه في مباحث سابقة من هذه الدراسة من غموض فكرة القانون الطبيعي³ وإبهامها وعدم وضوحها. فإن قواعد العدالة ليست أقلّ غموضاً منها. ذلك أنها تتكون خارج نطاق التشريع والعرف، ولا يوجد ضابط محدّد لاستنباطها. والقاضي وحده من يُلزم بتلمسها بالاجتهاد، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. ومن ثمّ يتبين أن مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة لا تعتبر مصدراً للقانون بالمعنى الدقيق، فهي لا تمدّ القاضي بقواعد قانونية كما هو شأن التشريع والعرف. ولكنها تلهمه إلى حلّ يطبقه على النزاع المعروض أمامه إذا لم يجد قاعدة في المصادر الرسمية المختلفة.⁴

وتفادياً للتكرار فإننا لن نتعرّض هنا لدور القانون الطبيعي في تكوين القوانين، وسنقتصر على بيان أثر قواعد العدالة في ذلك .

¹ (عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع السابق، ص 68-69.

² (محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 231-232..

³ (لقد فصلنا الحديث عن مذهب القانون الطبيعي في المبحث الخاص بالمصادر المادية للمشروعية.

⁴ (غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 178. / عبد المنعم فرج الصّده، المرجع السابق، ص 151. / أنور سلطان، المرجع السابق، ص 156.

الفرع الأول: أثر قواعد العدالة في القوانين القديمة:

كان لقواعد العدالة عظيم الأثر في تطوير القانون الروماني القديم، فقد هدّبت قواعده وحقّقت من صرامة أحكامه وجرّدته من كثير من شكليّاته. كما كانت مصدراً لقانون جديد كوّنه القضاة الرومانيون من خلال منشوراتهم القضائية. فصار عندهم القانون البريتوري المستمد من قواعد العدالة، و القانون المدني العتيق، جنباً إلى جنب قبل أن يمتزج أحدهما بالآخر. هذا وقد تولّد عن قواعد العدالة تلك جملة من المبادئ التي عملت على تطوير القانون الروماني، منها مبدأ حسن النية في العقود، ومنع الإثراء غير المشروع.

وقد أثرت قواعد العدالة في القانون الإنجليزي أيضاً، وتجلّى ذلك الأثر في بروزها كسند للقانون العمومي، وفي نشوء محاكم العدالة التي تولت تطبيقها. وإنشاء ديوان المستشار الذي ترفع إليه الظلمات والشكاوى من جمود القانون الإنجليزي العتيق وضيقة. والتي كان المستشار يرجع فيها إلى قواعد العدالة فيطبّقها، حتى تكون من ذلك قانون جديد يقوم على قواعد العدالة إلى جانب القانون القديم. وقد كان من نتائج تأثير قواعد العدالة في القانون الإنجليزي، ظهور نظام الترسّ الذي يشبه نظام الوقف في الإسلام، والتأكيد على مبدأ حسن النية، والتوسع في مفهوم الغش و التخفيف من شدة أحكام القانون العمومي الذي كان وقواعد العدالة في صراع دائم في التطبيق. حتى كتبت لهذه الأخيرة الغلبة بموجب قانون التقاضي الصادر سنة 1873 قبل أن يتم توحيد القانون والقضاء الإنجليزيين في أواخر القرن التاسع عشر.¹

الفرع الثاني: أثر قواعد العدالة في القوانين الحديثة:

لقد كان لتأثير قواعد العدالة في تطوير القوانين الحديثة عظيم الأثر، وكان من أبرز نتائج ذلك الأثر ما تم تقريره من النظريات والمبادئ العادلة في حقل القضاء خاصة. إذ عمل عن طريق الاجتهاد وفي ظلّ غياب المصادر الرّسمية الأصليّة، على تلافي قصور التشريع وسدّ ثغراته. من خلال ما قرّره من النظريّات والأحكام والمبادئ العادلة. كنظرية تحمّل التّبعة، وأحكام المسؤولية التّقصيرية

¹ (السنهوري، المرجع السابق، ص 71. / عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع السابق، ص 150.

المبنية على خطأ مفروض قابل لإثبات العكس أو غير قابل له، وأحكام الملكية الأدبية والفكرية والصناعية. وذلك قبل أن يتبنى المشرعون أغلب هذه النظريات ويصوغوها في نصوص قانونية.¹

دور قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعي في القانون الجزائري:

تعتبر مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة آخر المصادر الرسمية للقانون الجزائري، بحسب ما ورد في المادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه: "... إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."² وعليه فإن القاضي لا يرجع إلى هذه الأخيرة إلا إذا لم يجد حلاً للحادثة المعروضة أمامه لا في النصوص التشريعية، ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية ولا في العرف. إذ لا يمكنه حينها رد المنازعة أو الامتناع عن الفصل فيها بحجة انعدام حكم يتعلق بها. وإلا وقع تصرفه تحت طائلة التجريم والعقاب، وعدّ مرتكباً لما اصطُح عليه في الفقه جريمة إنكار العدالة.³ فقد جاء في المادة 136 من قانون العقوبات أنه: " يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأي حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصرّ على امتناعه بعد التنبيه عليه من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 د.ج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة."⁴

أثر قواعد العدالة والقانون الطبيعي في الشريعة الإسلامية:

رأينا سابقاً أن الوحي كان المصدر الوحيد للشريعة في العهد الأول حينما كان النبي صلى الله عليه وسلم يعيش بين المسلمين. وبعد وفاته انتشر الإسلام واتسعت دائرته ودخلت فيه

¹ (السنهوري، المرجع السابق، ص 71-72. / عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع السابق، ص 151.

² (الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م. المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975م. المعدل والمتمم.

³ (عمّار بوضياف، المرجع السابق، ص 152.

⁴ (الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 مؤرخة في 11 يونيو 1966. المعدل والمتمم.

شعوب كثيرة تختلف عاداتها ونظمها وتقاليدها، فنتج عن ذلك أن وجد الصحابة رضي الله عنهم أنفسهم في مواجهة وقائع وأحداث جديدة، تستلزم معرفة حكم الشرع فيها. ما كان لهم بها عهد في أيام النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يرد بشأنها نص خاص لا في كتاب الله ولا في سنة رسوله عليه الصلاة والسلام. فاجتهدوا واستعملوا آراءهم على ضوء قواعد الشريعة و مبادئها العامة ومقاصدها وأهدافها العليا¹. وقد أفضى اجتهادهم ذلك إلى توسيع نطاق الأحكام الشرعية، أو تخصيص أحكامها المطلقة، أو استنباط أحكام جديدة استجابة لتطور المجتمع ولشعور العدالة الكامن في النفس. واستلهاما لمقاصد الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة.² وهكذا ظهر الاجتهاد بالرأي كمصدر للشريعة بعد أن كان الوحي المصدر الوحيد لها في عهد النبوة.³ ومن هنا يتبين أن الشريعة الإسلامية عرفت فكرة قواعد العدالة من خلال حقل الاجتهاد والرأي، وكان من أبرز آثارها أن بنى عليها فقهاء الإسلام العديد من المبادئ التي اعتبرت لاحقاً أدلة شرعية قائمة بذاتها كالأستحسان.⁴

¹ (عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط 01، 1425هـ-2005م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - ص 112.

² (راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 46، ص 69.

³ (عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 112.

⁴ (السنهوري، المرجع السابق، ص 71. / عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع السابق، ص 150. / راقية عبد الجبار، المرجع السابق، ص 70.

الفصل الثالث:

آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المبحث الأول:

آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطتين التنفيذية والتشريعية .

المبحث الثاني:

آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التأسيسية .

تمهيد:

بعد أن تعرفنا على مبدأ المشروعية ومصادره المادية والموضوعية، نتعرض الآن إلى الآليات التي يوفرها كضمان للحقوق والحريات، وحصانة لها ضدّ استبداد السّطة وانحرافها. ولما كانت السّطات التي قد تشكّل تهديداً على تلك الحقوق والحريات مختلفة ومتباينة، كانت الآليات التي تتطلبها مواجهة انحرافها مختلفة أيضاً. فانحراف السّطة التنفيذية يتطلب آليات معينة لمواجهته، تختلف عن تلك التي تتطلبها مواجهة انحراف السّطة التشريعية. وانحراف السّطة التأسيسية، يتطلب آليات خاصة لمواجهته، تختلف عن تلك التي تستخدم في مواجهة انحراف السّلتين السابقتين. وبناء على هذا التّباين فإننا سندرس هذا الفصل من خلال المبحثين التّاليين:

آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السّلتين التنفيذية والتشريعية كمبحث أول.

آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السّطة التأسيسية كمبحث ثان.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المبحث الأول: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطتين التنفيذية والتشريعية:

تتباين وظائف كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية، ونتيجةً لذلك فإنّ ما يحتمل صدوره عنهما من انحرافات سيكون متبايناً أيضاً. فانحراف السلطة التنفيذية يظهر فيما تصدره من قرارات وما تقوم به من تصرفات، أما انحراف السلطة التشريعية فيظهر فيما تسنّه من قوانين وتشريعات. ومن هنا تظهر خطورة انحراف هذه الأخيرة عن سابقتها. ومهما يكن، فإن مبدأ المشروعية قد اشتمل على آليات يمكن للأفراد استخدامها لحماية حقوقهم وحرياتهم في مواجهة انحراف كلٍّ منهما.

وستتناول تلك الآليات من خلال المطلبين التاليين:

- آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التنفيذية كمطلب أول.
- آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التشريعية كمطلب ثان.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المطلب الأول: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التنفيذية.

تتمثل تلك الآليات أساساً، فيما يوفّره المبدأ من أشكال الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية لضمان خضوعها للقانون. ويمكن تقسيم تلك الرقابة -باعتبار القائم بها- إلى قسمين؛ رقابة غير قضائية، ورقابة قضائية. وسنخصّص لكل قسم منهما فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول: الرقابة غير القضائية على أعمال السلطة التنفيذية:

وقد تكون إدارية أو سياسية، وستعرض بشيء من التفصيل لكل منهما.

أولاً- الرقابة الإدارية:

وهي تلك الرقابة التي تقوم بها الإدارة ذاتها على أعمالها؛ إمّا بقصد التحقق من مدى مشروعيتها ومطابقتها للقانون، أو بقصد التحقق من مدى ملاءمتها للمصلحة العامة وتوافقها مع الهدف الذي صدرت لأجله. وبهذا يتبيّن أن الرقابة الإدارية هي رقابة مشروعية وملاءمة في ذات الوقت؛¹ إذ تهدف إلى التحقق من مشروعية الأعمال الإدارية ومدى احترام وخضوع الإدارة للقانون، كما تهدف إلى التأكد من تحقيق أهداف السلطة العامة ومدى تمكّنها من إنجاز مخطّطاتها المعدّة سلفاً.²

هذا وتنوّع الرقابة الإدارية إلى ذاتية ووصائية:

1- الرقابة الذاتية:

وتتمّ من خلال مراجعة الإدارة -نفسها- لأعمالها التي صدرت عنها، وإعادة النظر فيها بعين فاحصة، قصد التحقق من مطابقتها للقانون، وملاءمتها للهدف الذي صدرت لأجله. ولها حينها أن تعدّلها أو تلغيها.³ وهذه الرقابة إمّا أن يباشرها الموظّف الذي صدر عنه التصرف نفسه، أو

¹ (عبد الوهّاب رفعت، المرجع السابق، ص 78.

² (خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري: ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، ط 01، 1430هـ-2009م، مكتبة القانون والاقتصاد -الرياض- ص 85.

³ (عبد الجليل محمد علي، المرجع السابق، ص 134. / خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص 86.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

يباشرها رئيسه الإداري بما له من صلاحيات تمكّنه من التعقيب على أعمال مرؤوسيه؛ إمّا بالموافقة عليها وإمضائها أو بتعديلها أو إلغائها.¹

2- الرقابة الوصائية:

تباشر هذا النوع من الرقابة، السلطة المركزية على أعمال وأنشطة الوحدات والهيئات اللامركزية التي تمارس نشاطها على جزء من إقليم الدولة. فبرغم استقلال هذه الأخيرة في مباشرة اختصاصاتها التي حولها لها القانون، إلا أنها تبقى خاضعة بصفة استثنائية لرقابة السلطة المركزية. على أن هذه الرقابة تتميز بمحدوديتها؛ إذ تقتصر على فحص المشروعية دون أن تتعدى إلى الملاءمة.²

أساليب الرقابة الإدارية:

قد تتم رقابة الإدارة على أعمالها وتصرفاتها بصورة تلقائية، كما تتم بناء على تظلم يقدم إليها.

● فأما الرقابة التلقائية: فهي أن تراجع الإدارة من تلقاء نفسها، التصرف الصادر عنها فتعيد النظر فيه وتقوم بإلغائه أو تعديله.³ وذلك من خلال ما تتوفر عليه الأجهزة الإدارية من آليات تمكّنها من تحسّس مواطن الخلل والقصور في أدائها، وتساعدتها على إصلاحها. مثل سجلات الاقتراحات والتقييم الدوري، والاجتماعات المنتظمة لهيئات الجهاز الإداري.⁴

● وأما الرقابة بناء على تظلم: فهي أن تعيد الإدارة النظر في تصرفاتها وأعمالها بناء على تظلم إداري مقدّم من قبل الأفراد الذين تضرّروا من تصرفها؛ أي من ذوي الشأن والمصلحة.⁵

الرقابة الإدارية في التشريع الجزائري:

لقد أخذ المشرّع الجزائري بفكرة الرقابة الإدارية؛ سواء تلك التي تتم بصورة تلقائية، فقد ألزم القانون المواطن بمساعدة الإدارة في اكتشاف مواطن القصور في عملها وتقديم الاقتراحات التي تمكّنها

¹ (عبد الجليل محمد علي، المرجع السابق، ص 134.

² (محمد أبو زيد محمد علي، المرجع السابق، ص 185.

³ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 64.

⁴ (محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 25.

⁵ (رفعت عبد الوهّاب، المرجع السابق، ص 78.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

من تحسين أداؤها. وقد نصّت المادة 33 من المرسوم 88-131 على أنه:¹ " يجب على المواطن أن يسهم في تحسين سير الإدارة، عن طريق تقديم اقتراحات ببناء من خلال دفاتر الملاحظات والتنظيمات المفتوحة لدى كل مصلحة عمومية، وعبر كل وسيلة أخرى موضوعة تحت تصرفه". أو تلك التي تباشرها الإدارة بناء على تظلم، فقد منح المشرع الحق للشخص المتضرر من القرار الإداري، في أن يقدم تظلماً أمام الجهة الإدارية التي أصدرت القرار، ونظّم كميّته وإجراءاته وآجاله. جاء في المادة 830 من قانون إ.م.إ.² أنه: " يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة المصدرة للقرار في الأجل المنصوص عليه... "

تقدير الرقابة الإدارية:

يتميّز هذا النوع من الرقابة ببساطة إجراءاته وقلة تكاليفه، فهو لا يتطلب إجراءات معقّدة ولا يحتمل الأفراد أعباء مالية. إلا أنه برغم ذلك لا يشكل ضماناً كافياً لحقوق الأفراد وحرياتهم. لأن الإدارة فيه تكون الخصم والحكم في آن واحد.³ كما أن أثره في النظام اللامركزي محدود؛ حيث تقتصر رقابة الإدارة المركزيّة حينها على التصديق على أعمال الهيئات اللامركزيّة كليا أو الاعتراض عليها كليا. ولا تملك تعديلها ولا إلغائها ولا سحبها، ولا الحلول محلّ تلك الهيئات اللامركزيّة في إصدارها، ولا سلطة إصدار الأوامر إليها.⁴

الرقابة الإدارية في الفقه الإسلامي:

لقد عرف الفقه الإسلامي فكرة الرقابة الإدارية كآلية من الآليات التي تهدف إلى تجنب الإدارة الوقوع في الأخطاء حين مباشرتها لمهامها، أو تصويبها بعد وقوعها والتكفل بالآثار المترتبة عنها. ويمكن التمييز بين نوعين رئيسيين من أنواع تلك الرقابة، وذلك باعتبار القائم بها، بين ما إذا

¹ (المرسوم 88-131 المؤرخ في 04 يوليو 1988 ، الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27، مؤرخة في 06 يوليو 1988.

² (قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.

³ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 65.

⁴ (محمد أبو زيد محمد علي، المرجع السابق، ص 192.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

كان نفس الشخص الذي صدر عنه التصرف أو القرار نفسه، ويعرف هذا النوع بالرقابة الشخصية، أو كان رئيسه وقائده وهذا ما يعرف بالرقابة الرئاسية.

1- الرقابة الشخصية:

وهي رقابة الموظف على نفسه المنبثقة من إيمانه بالله تعالى، ومن معرفته الحقيقية بأسرار دينه وما يدعو إليه من وجوب التقوى والإخلاص ومراقبة الله في السر والعلن، وأنه سبحانه لا يعزب عن علمه شيء، وأنه يستوي في علمه المعلن والخفي.¹

فهي إذن إحساس داخلي للموظف، منشؤه الإيمان بأن الله جلّت قدرته يرى جميع تصرفاته

وحركاته وسكناته وأنه يحصيها ويسجلها عليه، وأنه سيحاسبه عليها جميعاً. قال ﷺ: ﴿ وَيَقُولُونَ

يُوَيْلِنَا مَا لِهَذَا الْكِتَابِ لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَاهَا وَوَجَدُوا مَا عَمِلُوا حَاضِرًا وَلَا

يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا 49 ﴾ [الكهف، الآية 49] ، وقال ﷺ: ﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ

عَتِيدٌ 18 ﴾ [ق، الآية 18] وقال ﷺ: ﴿ وَقُلْ إِعْمَلُوا فَيَسِيرَ اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ،

وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَرُدُّوكَ إِلَى عِلْمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ 105 ﴾. [التوبة، الآية

105]، وقال: ﴿ وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ 4 ﴾. [الحديد، الآية 04].

هذا الإحساس هو الذي يقود المؤمن إلى اتباع العمل الحسن، واجتناب القبيح، وهو ما

يجعله يحاسب نفسه باستمرار ويحرص على تقييمها وإصلاحها.

هذا وتعتبر الرقابة الذاتية في النظام الإسلامي أساس أنواع الرقابة الأخرى²، فإذا آمن الموظف

الإداري (المسلم) بصدق هذه المعاني الجليلة، هانت وصغرت أمامه جميع أنواع الرقابة الأخرى.³

¹ (عبد الرحمن بن إبراهيم الصّحيان، الإدارة والحكم في الإسلام: الفكر والتطبيق، ط 04، 1418هـ-1998م، د.د. ن، المملكة العربية السعودية-المدينة المنورة- ص 131.

² (أحمد بن داوود المزجاجي الأشعري، مقدمة في الإدارة الإسلامية، ط 01، 1421هـ-2000م، د.د. ن، المملكة العربية السعودية -جدة- ص 359.

³ (عبد الرحمن بن إبراهيم الصّحيان، المرجع السابق، ص 132.

2- الرقابة الرئاسية:

وهي رقابة القائد أو الرئيس الإداري على من عنده من الموظّفين وأعمالهم ونشاطاتهم¹ وقد عرف الفقه الإسلامي هذا الشكل من الرقابة لأهميته. قال عمر بن الخطّاب رضي الله عنه: "خير لي أن أعزل كلّ يوم عاملاً من أن أبقى ظالماً ساعة من النهار". والشاهد هنا أن عمر باعتباره الخليفة كان يتابع عمّاله وأعمالهم وكان يرى أن عزل عامل كلّ يوم خير من إبقائه ظالماً ساعة وهذا أروع نموذج للرقابة الرئاسية².

وقد تكون الرقابة الرئاسية التي عرفها النظام الإسلامي سابقة على العمل الإداري أو لاحقة عليه.

أ- الرقابة السابقة (الوقائية):

وتكون من خلال تذكير الرئيس الإداري للموظّفين التابعين له باستمرارٍ بوجود الامتثال للتعليمات الواردة في كتاب الله وسنة رسوله صلّى الله عليه وآله والتي تأمر بالعدل والإحسان والتزام الصّدق والإخلاص وأداء الأمانة.

كما تكون من خلال تربيته لمرؤوسيه وتحذيره لهم من الوقوع في الزّلل والتمادي فيه وتذكيرهم بعاقبة الإخلال بأمانة العمل، والكذب والعبث بالمصلحة العامة. وهذا الأمر من شأنه أن يعزّز الرقابة الذاتية لدى الموظّف³، والتي سبق وأن أشرنا إلى كونها أساس كافة أشكال الرقابة الأخرى.

ب- الرقابة اللاحقة (العلاجية):

وتكون من خلال تعقّب الرئيس لأعمال مرؤوسيه من أجل العثور على مواطن الزّلل والخطأ فيها، قصد إصلاحه ومحاسبة مرتكبه⁴. ذلك أن الرقابة السابقة وحدها لا تكفي لحماية الناس ومصالحهم وحقوقهم من جور السلطان، فكان لا بد من أن تكملها رقابة لاحقة تأتي بعد العمل.

¹ (عبد الرحمن الجويبر، النظم الإسلامية، ط 01، 1422هـ - 2003م، دار المآثر للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية - المدينة المنورة - ص 113.

² (عبد الرحمن بن إبراهيم الضّحيان، المرجع السابق، ص 132.

³ (أحمد بن داوود المزجاجي الأشعري، المرجع السابق، ص 364-365.

⁴ (المرجع نفسه، ص 366.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وقد كان النبي ﷺ -رغم حسن اختيار موظفيه- يتابع أعمالهم ويحاسبهم ويعاقبهم عليها إن اقتضى الأمر إما بالتوبيخ واللوم وإما بالعزل.

والنماذج على ذلك أكبر من أن تحصى، من ذلك على سبيل المثال ما روي عنه ﷺ أنه: «استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن اللثية، على الصدقة. فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي. قال: فهلا جلست في بيت أبيه -أو بيت أمه- فينظر أهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحدٌ منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتِه إن كان بعيراً له رغاء...»¹. والشاهد هنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قد مارس الرقابة الرئاسية على أحد عماله وحاسبه على خطئه.

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً عزله عليه الصلاة والسلام للعلاء بن الحضرمي من إمارة البحرين بعدما اشتكى أهلها منه.² وقد سار الخلفاء الراشدون ﷺ على هذا النهج، فقد حاسب أبو بكر ﷺ خالد بن الوليد على ما بدر منه من مجانبة توجيهاته، وانفراده بالقرار الذي أقدم عليه بشأن مالك بن نويرة، وكان قد اختلف في أمره مع من كان معه.³ وقد أدرك عمر بن الخطاب رضي الله عنه أهمية الرقابة الرئاسية اللاحقة للعمل، ودورها في تصويب ما قد يشوبه من انحراف إذ يقول مخاطباً رعيته: ((أرايتم إذا استعملت عليكم خير من أعلم، ثم أمرته بالعدل، أكنت قضيت ما علي؟ فقالوا نعم. قال: لا حتى أنظر في عمله؛ أعمل بما أمرته أم لا؟)).⁴ كما كان ﷺ يأمر عماله بأن يوافوه بالموسم فإذا اجتمعوا قال: ((يا أيها الناس، إني لم أبعث عمالي عليكم ليصيبوا من أبتشاركم ولا من أموالكم، إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم وليقسموا فيئكم بينكم، فمن فعل به غير ذلك فليقم))⁵ يريد أن يقوم من تعرض للظلم ولحقه الضرر من أحد عمال الخليفة حتى يقتصر له منه.

¹ (أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب "من لم يقبل الهدية لعلة"، ح رقم 2597، ج 02، ص 235.

² (البلاذري أبو العباس أحمد بن يحيى بن جابر، فتوح البلدان، د.ط، 1407هـ-1987م، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت-لبنان- ص 111.

³ (ابن الأثير محمد بن محمد بن عبد الكريم، الكامل في التاريخ، ط 01، 1407هـ 1987م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان- ج 02، ص 217.

⁴ (محمود شيت خطاب، الفاروق القائد، ط 01، 1384هـ-1965م، مطبعة العاني، بغداد-العراق- ص 45.

⁵ (المرجع نفسه، ص 41.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

والأمثلة على ذلك أكبر من أن تحصى، وكلّها تؤكد أن الإسلام عرف فكرة الرقابة الإدارية. سواء الشخصيّة منها التي تتم عبر مراقبة الموظف نفسه لأعماله ومراجعته لها انطلاقاً من إيمانه بالله تعالى، أو الرئاسية التي يباشرها الرئيس الإداري والتي تتم من خلال حسن اختيار عمّاله وتوجيههم وتذكيرهم بضرورة الخضوع للقانون الإسلامي. ومن خلال متابعة أعمالهم ومحاسبتهم عليها وعزلهم إن اقتضى الأمر ذلك.

ثانياً الرقابة السياسيّة:

ويقصد بها تلك التي يمارسها البرلمان على أعمال السلطة التنفيذية، وهذا النوع يختلف مداه وأثره من دولة إلى أخرى. تبعاً لاختلاف الأنظمة الدستورية. ففي النظام البرلماني مثلاً على خلاف الرئاسي، تتخذ الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية مظاهر متعدّدة. تتدرّج من إمكانية طرح موضوع عام للمناقشة، إلى مساءلة الوزراء واستجوابهم فيما يتعلّق بالأعمال غير المشروعة الصادرة عنهم، وتصل إلى حدّ سحب الثقة منهم منفردين أو من الحكومة مجتمعة.¹

الرقابة السياسية في التشريع الجزائري:

لقد أخذ المشرّع الجزائري بفكرة الرقابة السياسية (البرلمانية)، حيث منح الدستور² للبرلمان الحقّ في توجيه الأسئلة الشفوية والكتابية لأي عضو من أعضاء الحكومة. إذ جاء في المادة 152 منه أنه: "يمكن لأعضاء البرلمان أن يوجّهوا أي سؤال شفوي أو كتابي إلى أي عضو في الحكومة". كما منحه الحق في استجوابها حول أي قضية من القضايا التي يراها تستحقّ ذلك. فقد نصت المادة 151 على أنه: "يمكن لأعضاء البرلمان استجواب الحكومة حول أي قضية من قضايا الساعة.... ويمكن للجان البرلمان أن تستمع لأعضاء الحكومة." وفوق ذلك كلّه، خوّل الدستور للبرلمان صلاحية التصويت على ملتمس رقابة ينصبّ على مسؤولية الحكومة. وذلك عند مناقشته لبيان السياسة العامّة. جاء في المادة 153 ما نصّه: "يمكن للمجلس الشعبي الوطني لدى مناقشته بيان السياسة

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 63.

² (القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016. ج. ر. 14، المؤرّحة في 07 مارس 2016. المتضمن التعديل الدستوري.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

العامّة أن يصوت على ملتمس رقابة ينصبّ على مسؤوليّة الحكومة." ونصّت المادة 155 على أنه: "إذا صادق المجلس الشّعبي الوطني على ملتمس الرّقابة، يقدّم الوزير الأول استقالة الحكومة إلى رئيس الجمهورية."

الرّقابة السياسيّة في الفقه الإسلامي:

في الفقه الإسلامي، يعتبر هذا النوع من الرّقابة من اختصاص جماعة أهل الحلّ والعقد؛ من العلماء المجتهدين ووجهاء الناس والأمناء من المسلمين وموضع الثقة فيهم.¹ وقد كانت هذه الجماعة تباشر وظيفتها الرّقابية قبلياً من خلال اختيار الإمام ومبايعته،² وبعدياً عبر متابعتة ونصحه ومحاسبته.³

1- رقابة أهل الحلّ والعقد القبليّة:

وكانت تتمثّل في البحث فيمن تتوفّر فيهم شروط الإمامة ومؤهلاتها، ليختاروا أنسبهم ويبايعوه. قال الماوردي: ((فإذا اجتمع أهل الحلّ والعقد للاختيار تصفّحوا أحوال أهل الإمامة الموجودة فيهم شروطها، فقدموا للبيعة منهم أكثرهم فضلاً وأكملهم شروطاً، ومن يسرع الناس إلى طاعته، ولا يتوقفون عن بيعته. فإذا تعيّن لهم من بين الجماعة من أداهم الاجتهاد إلى اختياره عرضوها عليه، فإن أجاب إليها بايعوه عليها، وانعقدت ببيعتهم له الإمامة.)).⁴

وقد كان لجماعة أهل الحلّ والعقد التي تشكّلت في عهد النبي ﷺ عن طريق اختياره لنقباء المهاجرين والأنصار، دور عظيم امتدّ إلى ما بعد وفاته. تمثّل في اختيار الخليفة الثالث عثمان بن عفّان رضي الله عنه، وقد كان عبد الرّحمن بن عوف رضي الله عنه آنذاك في مقدّماتها.⁵

¹ (الطّريقي عبد الله بن إبراهيم، أهل الحلّ والعقد صفاتهم ووظائفهم، كتاب شهري يصدر عن رابطة العالم الإسلامي، السنة السابعة عشر، العدد 185، 1419هـ، ص 27-31.

² (حسن صبحي أحمد عبد اللّطيف، السّلطة التشريعيّة في الإسلام، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 01، صفر 1397هـ- يناير 1977م، ص 133، 135.

³ (الطّريقي عبد الله بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 136.

⁴ (الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، المرجع السابق، ص 07-08.

⁵ (أحمد بن داوود المزجاجي الأشعري، المرجع السابق، ص 386-387.

2- رقابة أهل الحل والعقد البعدية:

وتكون من خلال متابعة الإمام بالتصح والمحاسبة بعد توليته. جاء في الحديث عن تميم الداري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الدِّينُ النَّصِيحَةُ». فقال الصحابة رضي الله عنهم: لمن؟ قال: «لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم».¹ والنصيحة لأئمة المسلمين تكون بمعاونتهم على الحق وطاعتهم فيه، وأمرهم به وتنبههم إليه وتذكيرهم برفق ولطف، وإعلامهم بما غفلوا عنه ولم يبلغهم من حقوق المسلمين.²

وهكذا يتبين أن من التصح للإمام؛ محاسبته ومساءلته عن أعماله وتصرفاته، وهذا يعدّ ضرباً من ضروب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي تفرضه نصوص الوحي.³ وقد قرّر النبي صلى الله عليه وسلم هذا الأمر حينما أخذ البيعة عن أصحابه رضي الله عنهم على أن يقولوا الحق ولا يخافون في الله لومة لائم. فقد ورد عن عبادة رضي الله عنه قوله: «بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي الْعُسْرِ وَالْيُسْرِ وَالْمَنْشَطِ وَالْمَكْرَهِ»⁴ «وَأَنْ لَا نُنَازِعَ الْأَمْرَ أَهْلَهُ، وَأَنْ نَقُومَ -أَوْ نَقُولَ بِالْحَقِّ- حَيْثُمَا كُنَّا لَا نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةً لَائِمَةً»⁵.

فصح ولآة الأمر إذن حق لكل مسلم، بل إنّه يتجاوز ذلك إلى كونه واجباً خاصة بالنسبة لأهل الحل والعقد. لما أوتوه من عوامل التأثير والقوة مما ينعلم لدى غيرهم. قال صلى الله عليه وسلم:

﴿وَلَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ

الْمُفْلِحُونَ﴾⁽¹⁰⁴⁾ [آل عمران، الآية 104]. فإن هذا الخطاب وإن كان موجّهاً لعموم المسلمين، إلا أن أبرز من يعينهم العلماء ومن شاكلهم من أهل التمكن،⁶ وأهل الحل والعقد في

¹ أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب "بيان أن الدين النصيحة"، ح رقم 55، ص 54.

² (التنوي، شرح صحيح مسلم (صحيح مسلم بشرح النووي) ط01، 1347هـ-1929م، المطبعة المصرية بالأزهر -مصر- ج 02، ص 38.

³ (الطريقي عبد الله بن إبراهيم، المرجع السابق، ص 136.

⁴ أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب "كيف يبایع الإمام الناس"، ح رقم 7199، ج 04، ص 343.

⁵ أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب "كيف يبایع الإمام الناس"، ح رقم 7200، ج 04، ص 343.

⁶ (القرطبي، المرجع السابق، ج 05، ص 253.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الصدارة منهم. ذلك أنّ وظيفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عامّة، والنصح لولاة الأمر خاصّة، تحتاج إلى تمكين، وأهل الحلّ والعقد بما يتوفر لهم من أسبابه، ملزمون قبل غيرهم بالقيام بذلك.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية.

يراد بالرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية، تلك التي يتولاها القضاء على أعمال الإدارة. ويعدّ هذا النوع من الرقابة برغم كونه مكلفاً ومعقد الإجراءات، أكثر أنواعها ضماناً لحقوق الأفراد وحرّياتهم. نظراً لما يتمتّع به القضاء من استقلالية عن السلطة التنفيذية وخبرة بالقانون.¹ هذا وتتميز الرقابة القضائية بمجموعة من الخصائص من أبرزها:

- أنها لا تتحرّك تلقائياً، وإنما بناءً على دعوى تتضمن طعناً في قرار إداري. ترفع من قبل الأفراد المتضرّرين من القرار أو هيئاتهم الخاصّة. وبذلك فهي رقابة لاحقة على العمل الإداري لا سابقة عليه.
- أنها تقتصر غالباً على فحص مشروعية القرار الإداري دون أن تمتدّ إلى فحص ملاءمته، وبهذا فهي تختلف عن الرقابة الإدارية.²

وقد تتولّى هذا النوع من الرقابة نفس الجهات القضائية التي تختصّ بالنظر في المنازعات العادية، وهذا في ظلّ نظام القضاء الموحد. كما قد يتولاها قضاء متخصصّ يقوم بالفصل في المنازعات الإدارية دون غيرها، وهذا في ظلّ نظام القضاء المزدوج.³ وستعرض فيما يلي بشيء من التفصيل لكلّ نظام من النظامين.

أولاً- نظام القضاء الموحد:

هو ذلك النّظام القضائي الذي يشتمل على جهة قضائية واحدة هي جهة القضاء العادي، تختص بالنظر في كافّة أنواع المنازعات، سواء منها ما يثور فيما بين الأفراد بعضهم بعضاً، أو ما يثور

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 67.

² (محمد رفعت عبد الوهّاب، المرجع السابق، ص 81-82.

³ (محمد الصّغير بعلي، المرجع السابق، ص 31.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

بينهم وبين الإدارة.¹ ويسود هذا النظام في البلاد الإنجلوسكسونية وفي مقدّماتها إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية، كما تأخذ به بعض الدول العربية كالعراق والسودان والأردن والسعودية.²

هذا وتجدر الإشارة إلى أن تلك البلاد التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، لا يوجد بها إلا قانون واحد يطبّق على كافة المنازعات، سواء كانت عادية قائمة بين الأفراد فيما بينهم، أو إدارية بأن كانت الإدارة طرفاً فيها.³

وتعدّ إنجلترا أوضح مثال يجسّد فكرة القضاء الموحد، وقد مرّ فيها هذا الأخير بمجموعة من المراحل يمكن ردها إلى ثلاثة.

المرحلة الأولى: تميزت باتّساع سلطة المحاكم العادية على أعمال الإدارة، فلم تكن تقتصر وظيفتها على فحص المشروعية، بل كانت تتعدّها إلى فحص مدى ملاءمتها للغرض الذي صدرت لأجله. وكانت تصل أحياناً إلى حدّ توجيه الأوامر للإدارة بالقيام بعملٍ معيّن أو الامتناع عنه. وقد شبّه بعض الفقهاء سلطة القضاء البريطاني على الإدارة حينها بالسلطة الرئاسية.⁴

المرحلة الثانية: عرفت هذه المرحلة تخفيفاً من سلطة القضاء على الإدارة وأعمالها، نتج هذا التّحرّر والتخفيف عن مبدأ قديم كان سائداً في إنجلترا. يقوم على فكرة مؤدّاها: "عدم مسؤولية التّاج" لأن "الملك لا يخطئ" وكان يقصد بهذا المبدأ؛ أن الدولة ليست ذاتاً متميزة عن شخص الملك، وهذا يستلزم أن الدولة لا تخطئ. وما دامت لا تخطئ فهي لا تتعرّض للمسؤولية.⁵ كما كان هناك سبب آخر ساعد على تخفيف سلطة القضاء على الإدارة؛ تمثل في شكل العلاقة بين الموظّف والدولة في إنجلترا. والذي كان يستند إلى فكرة الوكالة التي تقتضي انتفاء مسؤولية الموكل عن أخطاء الوكيل، لكون هذه الأخيرة تخرج عن نطاق الوكالة. وبذلك كانت الدولة غير مسؤولة عن أخطاء موظّفيها.⁶

¹ (محمد رفعت عبد الوهّاب، المرجع السابق، ص 86.

² (ماجد راغب الحلّو، القضاء الإداري، ص 68.

³ (محمد الصّغير بعلي، المرجع السابق، ص 40.

⁴ (ماجد راغب الحلّو، القضاء الإداري، ص 68.

⁵ (خالد خليل الظّاهر، المرجع السابق، ص 96.

⁶ (ماجد راغب الحلّو، القضاء الإداري، ص 69.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المرحلة الثالثة: بعد تضخم وظائف الدولة في إنجلترا الحديثة، وازدياد تدخل الإدارة العامة في العديد من المجالات. كان من الطبيعي أن ترتفع المنازعات الإدارية ويزداد عددها. ممّا دفع إلى التفكير في استحداث لجان وهيئات متخصصة، تتولّى الفصل في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها. وبذلك تحرّرت هذه الأخيرة من سلطة القضاء. إلا أنّها لم تتحرّر كلياً؛ إذ أنّ تلك اللجان والهيئات المتخصصة ظلت استثناءً تابعاً للأصل الذي تمثّل في القضاء العادي، خاصّة في قمة الجهاز إذ كان الطعن في قراراتها يتمّ أمام هيئات القضاء العادي. كما أنّها كانت تطبّق في المنازعات المعروضة أمامها القانون العادي.¹ وقد ظهر الآن بإنجلترا أنّها ينادي بإحداث قضاء إداري متخصص، يتولّى الفصل في المنازعات الإدارية.²

تقدير نظام القضاء الموحد:

يحسب لهذا النظام أنه يتوافق مع مبدأ المساواة، حيث يتقاضى في ظلّه الأفراد والسلطة أمام جهة قضائية واحدة، ويخضعون لقانون واحد، دون محاباة للإدارة أو تمييز لها عن الأفراد. كما يحسب له أيضاً وضوح وبساطة إجراءاته، وخلوّه من المشاكل المتعلقة بتنازع الاختصاص؛ التي قد تثور حال تعدّد الجهات القضائية.³ ولكن برغم ما لهذا النظام من مزايا، إلا أنه قد سجّلت عليه مآخذ عدّة، أبرزها:

- أنّه يقوم على تجاهل الخصوصية التي تتميز بها المنازعة الإدارية عن غيرها من المنازعات، والتي تترتّب عن كون الإدارة كطرف في النزاع تعمل على تحقيق الصالح العام، عكس الأفراد الذين يسعون إلى تحقيق مصالحهم الخاصة.⁴
- أنّه ينطوي على الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أنّ القضاء في ظلّه يتمتّع بسلطة واسعة تجاه الإدارة العامة، تصل لدرجة تمكّنه من أن يوجّه الأوامر إليها.

¹ (محمد الصّغير بعلي، المرجع السابق، ص 41.

² (ماجد راغب الحلّو، القضاء الإداري، ص 69.

³ (محمد الصّغير بعلي، المرجع السابق، ص 41-42.

⁴ (محمد أبو زيد محمد علي، المرجع السابق، ص 213.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

- أنه يعني الدولة من المسؤولية ويلقي بها على الموظفين، مما يؤدي إلى إضعاف همهم عن العمل. ويجعل

حقوق المتضررين من أخطائهم الوظيفية في التعويض عرضة للضياع الناتج عن العجز، نظراً لضعف إمكانيات الموظفين مقارنة بإمكانيات الدولة.¹

ثانياً- نظام القضاء المزدوج:

يراد به ذلك النظام الذي تتولى فيه الوظيفة القضائية في الدولة جهتان قضائيتان، مختلفتان ومستقلتان عن بعضهما؛ إحداهما جهة القضاء العادي، وتختص بالفصل في المنازعات العادية التي تثور بين الأفراد بعضهم مع بعض. والأخرى هي جهة القضاء الإداري، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد من جهة والسلطة من جهة أخرى.²

تطور نظام القضاء المزدوج:

يعدّ نظام القضاء المزدوج فرنسي المولد والنشأة، وإن كان فيما بعد قد ساد في العديد من الدول الأوروبية كبلجيكا وإيطاليا واليونان. وبعض الدول الإفريقية والعربية التي احتلتها فرنسا كالسنيغال والغالابون وتونس والجزائر.³ وسنركز هنا في حديثنا عن تطوره ومراحلته على النموذج الفرنسي، باعتباره منشأ فكرة ازدواجية القضاء.

وترجع جذور نشأة القضاء الإداري في فرنسا إلى مرحلة ما بعد الثورة الفرنسية 1987م، وقد كان حينها يسودها نظام القضاء الموحد. وكانت محاكم القضاء العادي تتولى الفصل في المنازعات الإدارية، كما تفصل في المنازعات العادية. وقد عرف عن هذه المحاكم حينها رجعيّتها وعرقلتها لكافة محاولات الإصلاح السياسي والاجتماعي، التي كانت تسعى إليها السلطة الملكية آنذاك. وكان أكثر المحاكم العادية عرقلة لتلك الإصلاحات قبل الثورة؛ المحاكم العليا التي كانت تسمى بالبرلمانات. والتي كان قضاتها من طبقة الأشراف وذوي الامتيازات، مما أدى بهم إلى السعي

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 71.

² (محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 94.

³ (محمد الصّغير بعلي، المرجع السابق، ص 43.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

لحماية امتيازاتهم بمنع كل إجراء من الدولة يمكن أن يتعرض لها. وانتهى الأمر بتلك البرلمانات إلى أن جعلت من نفسها سلطة عليا تتحدّى إرادة الملك. وسعت إلى تقويض وعرقلة نشر وتطبيق القوانين التي كانت تصدر عنه متى تعارضت مع مصالحها.

كلّ هذه الوقائع دفعت رجال الثورة الفرنسية إلى أن يقفوا موقفاً معادياً لمحاكم القضاء العادي، وأن يبعدها عن التّدخل في نشاط الإدارة بأي وجه من الوجوه. واستعانوا على ذلك بتفسير مبدأ "الفصل بين السلطات" تفسيراً خاصاً، على نحو يمنع القضاء العادي من التّظر في أعمال الإدارة والرّقابة عليها. وذلك من خلال مناداتهم بالفصل بين السلطة القضائية وبين السلطات الإدارية، وقد ترجم ذلك في قوانين تمت صياغتها بعد الثورة؛ من أبرزها قانون 16-24 أغسطس عام 1790م الذي قرّر في المادة 13 منه: "أن الوظائف القضائية يجب أن تكون متميّزة ومنفصلة عن الوظائف الإدارية، وأنّه لا يحقّ للقضاة أن يعرقلوا بأي طريقة كانت العمليات الإدارية...".¹

وبذلك تكون الثورة الفرنسية قد حرّرت الإدارة من سلطة محاكم القضاء العادي، واستبعدت رقابتها على أعمالها. وكبديل عنها أسندت مهمّة الفصل في المنازعات الإدارية إلى الإدارة ذاتها، وقد عُرفت هذه المرحلة بمرحلة الإدارة القاضية²؛ إذ صارت هذه الأخيرة حينها الخصم والحكم في الوقت ذاته.

ونظراً لما حملته الثورة الفرنسية من أفكار التّحرّر التي تتناقض مع هذه النتائج التي آلت إليها، فإنه ما كان لهذا الوضع أن يستمر. إذ سرعان ما بدأ التّفكير في إنشاء مجلس الدولة، وقد تبلور ذلك التّفكير في السّنة الثامنة لإعلان الجمهورية على يد نابليون، وتم إنشاء المجلس. وقد كان دوره في البداية استشارياً؛ إذ لم يكن يملك سلطة الفصل في المنازعات الإدارية، وإنما كان دوره يقتصر على مجرد اقتراح الحلول على رئيس الدولة. الذي كانت له وحده سلطة الفصل فيها. ولذلك عرفت هذه المرحلة بمرحلة القضاء المحجوز أو المقيد³.

¹ محمد رفعت عبد الوهّاب، المرجع السابق، ص 95-96.

² محمد الصّغير بعلي، المرجع السابق، ص 45.

³ محمد رفعت عبد الوهّاب، المرجع السابق، ص 98.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وفي 24 ماي 1872م، صدر القانون الذي أعاد تأسيس مجلس الدولة ومنحه القضاء المفوض أو النهائي. فأصبحت له إلى جانب وظيفته الاستشارية وظيفه قضائية. وقد تأكد ذلك عملياً في 13/12/1889م، في القضية التي عرفت بقضية "cadot"، إذ قبل مجلس الدولة دعوى مبتدأة رفعها أحد الأفراد أمامه دون سبق عرض النزاع على الوزير المختص. ليضع بذلك حداً لنظام الوزير القاضي؛ الذي لم يكن المجلس في ظله يختصّ سوى بالطعون الاستثنائية ضدّ القرارات الصادرة عن الوزير. والذي كان الأفراد يلزمون بعرض منازعاتهم أمامه، إذ كان يعتبر بمثابة محكمة الدرجة الأولى.¹ ومنذ ذلك الحين أصبح النظام القضائي الفرنسي مزدوجاً يتكوّن من جهتين قضائيتين منفصلتين؛ إحداهما جهة قضاء عادي، والأخرى جهة قضاء إداري. مما حتم إنشاء محكمة للتنازع تختص بالفصل فيما يثور بينهما من تنازع في الاختصاص.²

تقدير نظام القضاء المزدوج:

يحسب لهذا النظام، أنه يمكن من التوفيق بين المصلحة العامة وما يتطلبه تحقيقها من تمتع الإدارة بقدر من الاستقلال والسلطة التقديرية. وبين مصالح الأفراد المتمثلة في حماية حقوقهم وحرياتهم. وذلك عن طريق تأكيد مبدأ المشروعية الذي ينبغي للإدارة أن تعمل في نطاقه دون أن تتجاوزه. كما يحسب له أنه يتفق مع خصوصية المنازعة الإدارية التي تثور بين الأفراد والسلطة العامة -وهي تسعى للمصلحة العامة- والتي تختلف عن المنازعة العادية التي تثور بين الأفراد فيما بينهم وهم يسعون لمصالحهم الشخصية.³

ومع ذلك فقد أخذ على هذا النظام بعض المآخذ، كان أكثرها وجاهة؛ أنه يثير مشكلة تنازع الاختصاص وما قد يترتب عنها من إهدار لحقوق الأفراد.⁴

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 99.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 46.

³ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 73-74.

⁴ محمد أبو زيد محمد علي، المرجع السابق، ص 232.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في التشريع الجزائري:

كانت الجزائر تعتمد نظام القضاء الموحد في الفترة التي تلت الاستقلال مباشرة؛ حيث أسندت مهمة الفصل في المنازعات الإدارية إلى الغرف الإدارية التي كانت تتواجد على مستوى المجالس القضائية كدرجة أولى، وإلى تلك التي كانت تتواجد على مستوى المحكمة العليا كدرجة نهائية. وظلّ الحال على ذلك حتى صدر دستور 1996م¹، إذ تمّ بموجبه رسمياً اعتماد نظام القضاء المزدوج بإحداث مجلس الدولة كجهة قضائية تتولّى الفصل في المنازعات الإدارية.²

وقد اكتمل اعتماد نظام ازدواجية القضاء بصدر القانونين العضويين؛ 98-01 المتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله³، و 98-02 المتعلّق بالمحاكم الإدارية⁴. وقد استقرّ منذ ذلك الحين هذا النظام بالجزائر.⁵

الرقابة القضائية على أعمال السلطة في النظام الإسلامي:

في الفقه الإسلامي، تستوي السلطة في وجوب خضوعها لأحكام الشريعة مع الأفراد، وتستمدّ شرعيّتها من ذلك. ومن أجل ضمان احترامها لتلك الأحكام؛ أخضع الشرع أعمالها للرقابة بكافة صورها وفي مقدّماتها الرقابة القضائية. شأنها في ذلك شأن الأفراد. ذلك أن مهمة القضاء في النظام الإسلامي، تكمن في ضمان تطبيق أحكام الشريعة، والفصل بين كافة المتنازعين، سواء كانوا أفراداً فيما بينهم، أو كانوا أفراداً ومؤسسات.

¹ (إذ جاء في المادة 152 منه ما نصه: " تمثل المحكمة العليا الهيئة العليا المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم . يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية....". المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرّخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلّق بإصدار نص تعديل الدستور، ج ر عدد 76، مؤرّخة في 07 ديسمبر 1996م.

² (محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 67-68.

³ (قانون رقم 98-01، مؤرّخ في 30 مايو 1998م، المتعلّق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37، مؤرّخة في 01 جوان 1998م.

⁴ (قانون رقم 98-02، مؤرّخ في 30 مايو 1998م، المتعلّق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 37، مؤرّخة في 01 جوان 1998م.

⁵ (وقد تكرّس ذلك في دستور 2016م، إذ جاء في المادة 171 منه أن: " مجلس الدولة يمثل الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية....".

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وقد أثر التطور الذي عرفه النظام السياسي والاجتماعي في الدولة الإسلامية، في القضاء ونظامه. و تجلّى ذلك التأثير في ظهور نوع جديد منه، يضطلع بالدور الرقابي على أعمال الإدارة هو قضاء المظالم.¹ وإن كان البعض يرجع جذور هذا النظام إلى عهد النبوة، من خلال ما عرف بحلف الفضول الذي عقد في الجاهلية بين بطون قريش. والذي كان يهدف إلى إنصاف المظلوم منهم، بعدما انتشرت بينهم الرئاسات وتعددت، وشاهدوا من التغالب ما لم يكفهم عنه سلطان قاهر.² وقد أقرّ النبي ﷺ هذا الحلف حينها مبيّناً أنّه لو دُعي إليه في الإسلام لأجاب.³ وقد ذهب البعض إلى القول بأن واقعة إقراره صلى اله عليه وسلّم هذه، أصل لمشروعية قضاء المظالم.⁴

أما عملياً، فإن هناك العديد من الوقائع التي تظهر من خلالها رقابة القضاء على أعمال الإدارة في النظام الإسلامي. من ذلك مثلاً إنكار النبي صلى الله عليه وسلّم لما قام به خالد بن الوليد رضي الله عنه تجاه قبيلة جذيمة، ودفعه لديّات القتلى من بيت المال.⁵ وبذلك يكون قد ألغى قرار خالد وحكم للمتضررين بالتعويض، وهذا من قضاء المظالم.⁶ ومن ذلك أيضاً أنه عزل رضي الله عنه العلاء بن الحضرمي عامله في البحرين، بعد أن شكاه وفد عبد القيس إليه. وولّى بدلاً عنه أبان بن سعيد. وقد سار الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم على النهج النبوي في مواجهتهم لتجاوزات العمّال والولاة. إلى أن تم إنشاء قضاء مستقلّ يختص بها في عهد الدولة العباسية.⁷ وأنشئ له ديوان خاص هو ديوان المظالم، وأصبح لهذا النوع من المنازعات زمان محدّد تنظر فيه. وعيّنت لها أيام محدّدة في الأسبوع، وصار لها قاض

¹ (أحمد سعيد المومني، قضاء المظالم: القضاء الإداري الإسلامي ، ط 01 ، 1411هـ-1991م، جمعية عمال المطابع التعاونية -عمان- ص47-48.

² (الماوردي، المرجع السابق، ص 104-105.

³ (ابن حجر أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج 04، ص 473.

⁴ (أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص 68.

⁵ (ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج 08، ص 57-58.

⁶ (أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص 68.

⁷ (خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص 108.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

يختصّ بها. وقد كانت قبل ذلك - كما تقدّم - تُنظر بالاستناد إلى ولاية الخلافة، واعتبار القضاء وظيفةً من وظائفها.¹

هذا وقد تعدّدت القضايا التي كانت تدخل في اختصاص ولاية المظالم، وكلّها كانت تشترك في صدورها عن ذوي السّلطة. وهذا ما استلزم خصوصية في الجهة التي تتصدّى لها، فكان قضاء المظالم الأنسب لهذا الدور لما فيه من جمع بين سطوة السّلطة وصفة القضاء. ممّا يؤهله للفصل في هذا النوع من المنازعات، ويجعله أقدر على قمع الظّالم -صاحب السّلطة- من القضاء العادي.

هذا وقد عدّد الماوردي اختصاصات قضاء المظالم وقسمها إلى عشرة أقسام وذكر منها:

((النّظر في: تعديّ الولاة على الرّعية وأخذهم بالعسف في السّيرة...، وجور العمّال فيما يجبونه من الأموال...، وتظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم أو تأخّرها عنهم، وإجحاف النّظر بهم...، وردّ الغصوب سواء كانت غصوباً سلطانيةً تغلب عليها ولاة الجور، أو كانت غصوباً تغلب عليها ذوا الأيدي القويّة وتصرفوا فيها تصرف الملك بالقهر والغلبة...))². وبهذا يتبيّن أن الفقه الإسلامي عرف فكرة الرّقابة القضائيّة على أعمال الإدارة شأنها في ذلك شأن الأفراد، كما يظهر أنه أيضاً قد سبق إلى فكرة تخصيص قضاء مستقل للنظر في المنازعات التي يكون أحد طرفيها من ذوي القوّة والسلطان. لما ينطوي هذا النوع من المنازعات من خصوصية سبق وأن أشرنا إليها.

ولئن كان الخليفة هو من كان يباشر قضاء المظالم في المراحل الأولى التي تلت تشكّل الدولة الإسلاميّة، فإن ذلك لا يطعن في هذا النظام. لأن ذلك لم يكن بموجب حكم من الأحكام الشّرعيّة، ولكن لأنّ الناس كانوا على ثقة من أن الخليفة إذا تمكّن من كرسي القضاء، فإنه لن يميل في أفضيته إلا للحقّ والعدل. وإن كنّا اليوم لا نجد مثل أولئك الخلفاء، ولا نجد مثل أبي بكر الصّديق وعمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم، فإننا أيضاً لا نجد قاعدة في الشريعة تلزمنا بأن نجتمع وظيفتي رئيس الدولة وقاضي المظالم في شخص واحد.³

¹ (أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص 68، 84.

² (الماوردي، المرجع السابق، ص 107-109.

³ (المودودي أبو الأعلى، تدوين الدّستور الإسلامي، ط05، 1401هـ-1981م، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان- ص 34.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

نطاق الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية:

برغم ما يوقّر مبدأ المشروعية من ضمانات وآليات رقابية ليفرض احترامه على الإدارة، إلا أن هناك طائفة من أعمال هذه الأخيرة تبقى خارجة عن عنه؛ بعضها يضيّق من نطاق الرقابة، ويشمل تلك الأعمال التي تصدر عن الإدارة بما لها من "سلطة تقديرية" وتلك التي تصدر عنها في "ظروف استثنائية"، وبعضها الآخر يستبعد فكرة الرقابة من أساسها ويشمل "أعمال السيادة".¹ وبذلك يتبيّن أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة محدودة النطاق؛ إذ ترد عليها ثلاث استثناءات. وهي نظرية السلطة التقديرية، ونظرية الظروف الاستثنائية، ونظرية أعمال السيادة. وستعرض فيما يلي لكل واحد من تلك الاستثناءات لتعرّف على أثرها على حقوق الأفراد وحرّياتهم.

1- نظرية السلطة التقديرية:

السلطة التقديرية هي حقّ إعمال الإرادة وحرية الاختيار في ممارسة الاختصاص. فإذا ترك القانون للإدارة حرية التصرف في شأن من الشؤون فقد منحها سلطة تقديرية في هذا الشأن. بخلاف ما إذا قيّد حرّيتها في أمر من الأمور وألزمها بأن تتصرف فيه بنحو معيّن، فإنه يمكننا القول حينها أن اختصاصها مقيد وأنها لا تتمتع بسلطة تقديرية. وتستند فكرة السلطة التقديرية إلى كون القانون مهما بلغ شموله ودرجة دقته، فإنه لا يقوى على الإحاطة بكلّ شيء، ولا الإمام بجميع الجزئيات والتفاصيل. كما أن تطبيقه على الحالات الفردية، يقتضي منح الإدارة قدرًا من الحرية والمرونة. أما المبالغة في تقييدها فسيؤدي بها إلى الجمود، ويقلّل من فعاليتها وعدم أدائها لمهامها على نحو لائق.²

غير أن ضمان الحقوق والحريات يتحقّق أكثر في ظلّ خضوع سلطة الإدارة للقانون الذي يحكم سلوكها بطريقة دقيقة، بحيث تحمي الفرد من تعسفها. وتوفيقاً بين طبيعة عمل الإدارة وما تتطلبه من المرونة، وبين ضرورة خضوعها وتقييدها بالقانون ضماناً لحريات الأفراد وحقوقهم؛ منحها القانون قدرًا من السلطة التقديرية من ناحية، وألزمها بحماية الحقوق والحريات واحترام قواعد القانون

¹ (محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الإداري، د.ط، 2005م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر- ص 29. / علي

عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص 51.

² (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 55.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

من ناحية أخرى. ومنح للأفراد حقّ مقاضاتها إذا أخلّت بذلك، ومنح القضاء سلطة إلغاء ما تتّخذه من قرارات تتجاوز فيها سلطتها.¹

. نظرية السّطة التقديرية في القانون الجزائري:

نظراً لما تستند له نظرية السّطة التقديرية من مبررات موضوعية، تتمثّل في ضرورة منح الإدارة قدرًا من المرونة والحرية في اتخاذ القرارات، لمواجهة الواقع الذي لا يستطيع المشرّع تصوّره مسبقاً. فإنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بها. ويظهر ذلك فيما حوّله في مجال الحفاظ على النّظام العام، لهيئات الضّبط الإداري الوطنية كرئيس الجمهورية. أو المحلية كالوالي ورئيس البلدية من سلطات. من حيث اختيار القرار الملائم والمناسب للظّروف المحيطة به.²

. نظرية السّطة التقديرية في الفقه الإسلامي:

إذا كان ما يبرّر منح السّطة التقديرية للإدارة في الفقه الوضعي، هو كون القانون لا يلم بجميع الجزئيات. فإنّ هذا المبرّر متوقّف أيضاً في الفقه الإسلامي، ذلك أن النّصوص محدودة وهي مهما بلغت فإنّها لا تغطي جميع التّفاصيل.³ ولكن ذلك لا ينفي قدرة الشّريعة الإسلامية على الوفاء بحاجات المجتمعات عبر العصور، واستطاعتها بأن تعالج كافة المشكلات في مختلف البيئات التي حلّت بها بأصلح الحلول، وذلك كلّه راجع إلى أنّها -بجوار ما تتمتع به من أصول وثبات في المقاصد- قد أودعها الله تعالى مرونة عجيبة في الوسائل جعلتها تتسع لمواجهة كلّ جديد.⁴ ويبدو جلياً أن مرونة الشّريعة الإسلامية، إنّما تظهر أساساً في الفراغ الذي تركته النّصوص قصداً لتفسح المجال أمام اجتهاد المجتهدين في الأمة، ليملؤوه بما يصلح لها ويتناسب مع

¹ (ماجد راغب الحلّو، القضاء الإداري، ص 56.

² (محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 17.

³ (يجدر بنا أن نشير هنا إلى أن محدودية النّصوص الشرعية وعدم تغطيتها لكافة الجزئيات والتّفصيل ليست لكون المشرّع لا يستطيع تصوّر الواقع مسبقاً كما هو حال المشرّع الوضعي، ولكن لأن الله تعالى قصد فسح المجال أمام مجتهدي الأمة ليختاروا لها الأصلح والأنسب لظروفها.

⁴ (نذير محمد أوهاب، السّطة التقديرية : مفهومها وتأصيلها-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإداري، مجلة "الجملة

العربية للدراسات الأمنية والتدريب"، العدد 25، 1998م. ص 06.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

ظروفها.¹ وهو ما عبّر عنه الرسول ﷺ بالعفو حيث قال: « مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ فَهُوَ حَلَالٌ، وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ، وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ فَاقْبَلُوا مِنَ اللَّهِ الْعَافِيَةَ. فَإِنَّ اللَّهَ لَمْ يَكُنْ نَسِيًّا شَيْئًا ».² ثم

تلا هذه الآية: ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾ [مريم، الآية 64].

والسلطة التقديرية إنما تتعلق بمنطقة العفو؛ تلك المنطقة التي لم يغطها الوحي. بأن لم يرد بشأنها نصّ يحددها لا في الكتاب ولا في السنة، مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدير شؤونها ورعاية الصالح العام. وبالجملة هي كل ما يجلب مصلحة، أو يدفع مفسدة على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها العامة، ولو لم يرد بشأنها أحكام تفصيلية.³

غير أن الإدارة في الفقه الإسلامي لا تتمتع بسلطة تقديرية مطلقة مجردة عن كل قيد، بل هي محاطة بجملة من الضوابط؛ أبرزها عدم مخالفة النص والإجماع، وعدم معارضة أصل أو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية.⁴ وفوق كل ذلك، فإن أعمالها تبقى خاضعة للرقابة القضائية قصد ضمان مشروعيتها، وفحص مدى ملاءمتها للهدف الذي صدرت لأجله.

2- نظرية الظروف الاستثنائية:

توضع القوانين دائماً لتطبق في الظروف العادية التي تعيش فيها الجماعة، وفي مثل تلك الظروف تلتزم الإدارة بتطبيق القوانين واللوائح القائمة. ولا تملك أن تخرج عنها وإلا وقعت أعمالها وتصرفاتها باطلة خارجة عن المشروعية.

غير أنه قد تطرأ على الدولة والجماعة ظروف استثنائية. كالحرب والزلازل والبراكين والفيضانات والكوارث... وغيرها. فتعجز الإدارة عن مواجهتها وفقاً لأحكام التشريع العادي، واتباع أساليبه وإجراءاته الطويلة. وربما لو قامت بذلك لنتج عنه تعطيل المصالح وتوقيف سير المرافق وانتشار

¹ (نذير محمد أوهاب، المرجع السابق، ص 06.

² (أخرجه الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، کتاب التفسیر، ح رقم 3477. وقال عنه: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ج 02، ص 442.

³ (الدریني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص 105.

⁴ (خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص 54-55.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الفوضى. مما قد يعرض الدولة ووجودها للخطر. ولذلك فإنه يسمح للإدارة في مثل تلك الظروف أن تخرج عن القواعد السارية، ويتمّ توسيع نطاق المشروعية بحيث تصبح الأفعال غير المشروعة في الظروف العادية، مشروعة في الظروف الاستثنائية.¹ إذا كانت لازمة للمحافظة على النظام العام، ودوام سير المرافق العامة.²

وينبغي أن نشير هنا إلى أن نظرية الظروف الاستثنائية غالباً، لا تعني إطلاق سلطة الإدارة للتصرف كما تشاء بلا قيد أو ضابط. وإنما تعني منحها حرية واسعة في تقدير ما يجب اتخاذه من الاجراءات، بمقتضى سلطة تقديرية تختلف في مداها - لا في وجوب بسط الرقابة عليها - عن السلطة التقديرية التي تتمتع بها في الظروف العادية.³

. نظرية الظروف الاستثنائية في التشريع الجزائري:

لقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الظروف الاستثنائية، إذ منح الدستور لرئيس الجمهورية بصفته مسؤولاً عن الحفاظ على أمن الدولة؛ صلاحية إعلان حالة الحصار وحالة الطوارئ والحالة الاستثنائية وحالة الحرب. فقد نصت المادة 105 من دستور 2016 على أنه: " يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة...". ونصت المادة 107 على: " يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر...".⁴

ويجدر بنا أن نشير هنا إلى أن الدستور لمّا منح للرئيس سلطة إعلان الحالات المتقدمة، إنما حوّله القيام بذلك بموجب مراسيم رئاسية. وأضفى على هذه المراسيم صفة العمل السيادي، مما يرتب عنه استبعاد الرقابة القضائية عليها.⁵

¹ (علي عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص 75.

² (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 51.

³ (المرجع نفسه، ص 52.

⁴ (القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مار 2016، المتضمن التعديل الدستوري. ج ر عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

⁵ (محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 19.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

. نظرية الظروف الاستثنائية في الفقه الإسلامي:

لم يغفل الفقه الإسلامي أيضاً احتمال طروء ظروف استثنائية على الأفراد والجماعات، ومراعاة منه لذلك قرّر نظرية الظروف الاستثنائية. وإن لم يعرفها فقهاؤه المتقدمون بذات العنوان والتفاصيل، فإن مضمونها كان قائماً عندهم تحت ما يعرف بقاعدة الضّرورات تبيح المحظورات، وقاعدة الضّرورة تقدّر بقدرها.¹

وتجد هذه النّظرية سندها في الفقه الإسلامي؛ انطلاقاً من أن الحاكم ملزم باحترام القانون الإسلامي، شأنه في ذلك شأن الأفراد. ولما كانت الضّرورة بالنسبة للأفراد تبيح المحظور، فإن للحاكم أيضاً الاعتماد على هذه القاعدة في حالات الضّرورة والظروف الاستثنائية. بل إن حاجة الحاكم لهذه النظرية، أشد من حاجة الأفراد. لأنه يسعى إلى مصلحة الجماعة، بينما الأفراد يسعون غالباً لحاجاتهم الخاصّة.

ثم إن المتنبّع للتراث الفقهي الإسلامي، يجد من تطبيقات هذه النّظرية ما لا حصر له. من ذلك مثلاً؛ إباحة دفع المال للعدو ليكفّ عن محاربة المسلمين أثناء ضعفهم، وجواز قتل معصوم الدّم الذي استخدمه العدو كدرع، ومن نماذجها أيضاً جواز التّدخل في الملكيات الخاصّة لتحقيق العدل والمصلحة العامة، من خلال تقييد الملكية وتحديدّها بمقدار معيّن مثلاً، أو نزعها من أصحابها مقابل تعويض عادل إذا كان في ذلك مصلحة عامة.²

غير أنه يجدر بنا أن ننبه إلى أن السّلطة التنفيذية في الإسلام حينما تواجه ظروفاً استثنائية لا تكون مطلقة التصرف، حرّة في أن تفعل ما يحلو لها دون ضوابط. ولكن كل ما في الأمر أنها تتمتع بقدر من السّلطة التقديرية، أكثر من تلك التي تتمتع بها في الظروف العادية، ومع ذلك فإنها تظلّ محاطة بجملة من الضّوابط أهمّها:

¹ (أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 08، أيلول 2007م، ص 243.

² (الزحيلي وهبة، نظرية الضّرورة الشّرعية، ط 04، 1405هـ-1985م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - ص 312.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

- وجوب خضوعها لما قرره الشرع من مبادئ عامة كمبدأ الشورى والعدالة والمحافظة على المصالح العامة، وحفظ الأمن والنظام والحرية وسلامة الأفراد، ومنع الاستغلال والظلم، وحماية والأخلاق ورفع الضرر.¹
- انضباطها بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها؛ حيث أنّ إباحة المحظور بسبب الضرورة لا تخرجه من دائرة الحظر. ولكنها تجعله مجرد رخصة، وهذه الرخصة لا ينبغي استخدامها إلا بالقدر الذي يدفع الحرج ويزيل الضرر.
- انضباطها بما قرره الفقهاء من قواعد كتلك التي تنصّ على أن "درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح" وتلك التي تنصّ على أن "الضرر يزال بقدر الإمكان" وتلك التي تنصّ على أن "الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام" وأن "الضرر الأشدّ يزال بالضرر الأخف" ، و تلك التي تنصّ على أنه "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما".²

3- نظرية أعمال السيادة:

تعرف أعمال السيادة بأنها طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا تخضع لرقابة القضاء بجميع صورها، لا رقابة الإلغاء ولا التعويض ولا فحص المشروعية.³ وقد كان أول ظهور لهذه النظرية في فرنسا؛ إذ كان القضاء الإداري بها أول من أخرج تلك الأعمال من ولايته، كتمن قدّمه للسلطة التنفيذية مقابل الحفاظ على وجوده، وكحلّ للخلاف بينه وبينها.⁴

هذا وقد وقع جدل كبير بين الفقهاء، حول تحديد أعمال السيادة وتمييزها عن أعمال الإدارة. وتباينت المعايير المعتمدة في التفرقة عندهم؛ فمنهم من قال بمعيار الباعث السياسي الذي تكون أعمال السيادة بحسبه متمثلة في تلك الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية بباعث

¹ (الزحيلي وهبة، نظرية الضرورة الشرعية، ص311.

² (أحمد عبد المالك سويلم، الظروف الاستثنائية وأثرها على الحقوق والحريات العامة في فلسطين، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون جامعة غزة، 1438هـ-2017م، ص24.

³ (محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 02، 2006م، ص386.

⁴ (علي عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص52.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

سياسي. ولا يخفى ما في هذا المعيار من الغموض، وما ينطوي عليه من التمييز، وما يؤدّي إليه من توسيع نطاق أعمال السيادة.¹

ومنهم من قال بالمعيار الموضوعي، الذي تتمثل أعمال السيادة بحسبه في تلك الأعمال التي تصدرها السلطة التنفيذية بصفقتها سلطة الحكم، و بحسب وظيفتها الحكومية، وتشمل كل ما كان من أعمالها متعلّقا بإشباع حاجات المجتمع بأسره، والسّهر على تطبيق الدستور وسير السّطات العامة في الدّولة، وعلاقتها بغيرها من الدول، والمحافظة على الأمن الدّاخل والخارجي. أما ما صدر عنها بصفقتها سلطة إدارة، وكان متعلّقا بالتّطبيق اليومي للقوانين فهو من أعمال الإدارة التي تخضع للرّقابة.²

ومنهم من قال بمعيار القائمة القضائية، الذي تحدّد أعمال السيادة في ظلّه من قبل القضاء.³ وبالرجوع إلى مجلس الدولة الفرنسي، يمكننا الوقوف على طائفة من الأعمال التي اعتبرها هذا الأخير أعمالاً سيادية؛ ومن أبرزها قرارات حل المجالس النيابية، والأعمال المتعلّقة بالمعاهدات الدّولية، والأعمال التي يقوم بها ممثّلوا الدولة في الخارج لدى ممارسة وظائفهم الدبلوماسية. إضافة إلى تلك الأعمال المتعلّقة بإدارة وتسيير الحرب.⁴

هذا وينبغي التّنبه هنا على أن نظرية أعمال السيادة لا تضيّق من نطاق الرّقابة فحسب، كما هو شأن نظريتي السلطة التقديرية والظّروف الاستثنائية. ولكنها تستبعداها من الأساس، فهي لا تخضع لأي نوع من رقابة القضاء، لا الإداري ولا العادي، ولا يمكن الطعن بإلغائها. مما يجعل هذه النظرية وصمة عار في جبين المشروعية؛ إذ تعدّ خروجاً على هذا المبدأ، وسلاحاً قوياً بيد السلطة التنفيذية، وخطراً جسيماً على حقوق الأفراد وحرياتهم.

¹ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 46.

² (محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 64.

³ (ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ص 47.

⁴ (محمد الصّغير بعلي، المرجع السابق، ص 23.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وهذا ما جعلها محل انتقادات واسعة، وزاد من عدد الأصوات التي تدعو إلى إلغائها، أو على الأقل التضييق من نطاقها¹.

موقف الفقه الإسلامي من نظرية أعمال السيادة:

إذا كان الفقه الإسلامي قد عرف نظريتي السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية، على ما فيهما من تضييق للرقابة. فذلك لما اشتملا عليه من مصلحة، ولما استندا إليه من مبررات منطقية. أما نظرية أعمال السيادة التي تستبعد فكرة الرقابة من أساسها، وتسمو بتصرفات وأعمال السلطة إلى مقام التقديس والعصمة، وتنفي عنها كل نقد واعتراض؛ فإن الفقه الإسلامي لم يعترف بها إطلاقاً². وذلك لما فيها خطورة على الحقوق والحريات، ولما تنطوي عليه من تهديد للأفراد ومصالح الجماعة على السواء.

ويؤكد هذا الموقف، أننا إذا تتبعنا التاريخ الإسلامي؛ نجد أن تصرفات وأعمال السلطة ومؤسساتها ظلت خاضعة للرقابة بكافة صورها، بما فيها القضائية. ولم تخرج عنها يوماً، وقد تولى القضاء دائماً إبطال القرارات الخارجة عن الشرعية³، دون أن يعتذر عن ذلك بأي ذريعة؛ لا أعمال السيادة ولا غيرها.

ومن أوضح الأمثلة على ذلك، ما وقع في فتح سمرقند من قبل قتيبة بن مسلم في زمن الوليد بن عبد الملك. حيث أن قتيبة صالح أهل سمرقند على ألفي ألف، ومائتي ألف مثقال في كل عام. وأن يعطوه تلك السنة ثلاثين ألف فارس، وأن يخلو له المدينة فلا يكون لهم فيها مقاتل. فبيني فيها مسجداً ويدخل يصلي ويخطب ويتعدى ثم يخرج. فلما تمّ الصلح، وأخلو المدينة وبنوا المسجد، دخلها قتيبة في أربعة آلاف انتخبهم. فدخل المسجد ثم صلى فيه وخطب وأكل طعاماً، ثم أرسل إلى أهل سمرقند أن: " من أراد منكم أن يأخذ متاعه فليأخذ فإني لست خارجاً منها ولست آخذاً منكم إلا ما صالحتكم عليه غير أن الجند يقيمون فيها⁴.

¹ (محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 23.

² (حمد عمر حمد، السلطة التقديرية ومدى رقابة القضاء عليها، ط 01، -1423هـ 2003م، الرياض -السعودية- ص 47.

³ (أحمد سعيد المومني، المرجع السابق، ص 32.

⁴ (ابن الأثير، المرجع السابق، ج 04، ص 275.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

فلما ولي عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه الخلافة، شكا أهل سمرقند أمر قتيبة إليه وقالوا: "إن قتيبة ظلمنا وغدر بنا فأخذ بلادنا" فما كان من عمر رضي الله عنه بعد أن استمع إلى تظلمهم، إلا أن كتب إلى سليمان ابن أبي السري ما نصّه: "إن أهل سمرقند شكوا ظلماً وتحاملاً من قتيبة عليهم، حتى أخرجهم من أرضهم. فإذا أتاك كتابي فأجلس لهم القاضي فلينظر في أمرهم، فإن قضى لهم فأخرج العرب إلى معسكرهم كما كانوا قبل أن يظهر عليهم قتيبة." فأجلس لهم سليمان القاضي، فقضى أن يخرج عرب سمرقند إلى معسكرهم وينابذهم على سواء؛ فيكون صلحاً جديداً، أو ظفراً عنوة. فقال أهل سمرقند: "بل نرضى بما كان ولا نحدث حرباً" وتراضوا بذلك.¹

فالشاهد من هذه الحادثة؛ أن فعل قتيبة رغم كونه كان متعلقاً بفتح من الفتوحات، إلا أن عمر رضي الله عنه لم يعتبره عملاً سيادياً لا يخضع للرقابة القضائية. بل إنه قبل الطعن فيه وأحاله إلى القاضي، الذي قضى بدوره بإلغائه، وحكم بإرجاع البلاد إلى أهلها، وخروج العرب منها، ثم الرجوع إلى الوضع الذي سبق الفتح من جديد. مع احتمال أن لا يتمكن المسلمون من فتحها مجدداً. فإذا لم يعد هذا عملاً سيادياً، فإنه لا يرقى إلى هذا الاعتبار ما هو أدنى منه من أعمال السّلطة. ممّا لا يدع مجالاً للشك في انعدام فكرة أعمال السيادة في الفقه الإسلامي، وأن كافة أعمال السّلطة خاضعة للرقابة - بما فيها القضائية - في ظلّه.

الفرع الثالث: نماذج تطبيقية تبين مدى فعالية آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات من اعتداء السّلطة التنفيذية.

سنورد هنا بعض النماذج التطبيقية، التي تبين مدى نجاعة آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات، من اعتداء السّلطة التنفيذية. في كلّ من النظم الوضعية، والنظام الإسلامي.

أولاً- في النظم الوضعية:

سنكتفي هنا بعرض نموذجين يبيّنان مدى نجاعة آليات مبدأ المشروعية في النظام الجزائري، في حماية الحقوق والحريات من تجاوز السّلطة؛ أحدهما يتعلّق بحماية الحقّ في السكن وحرمة، والثاني متعلّق بحماية الحقوق المترتبة عن عقد التوظيف، للموظف الذي تم توظيفه بإجراءات سليمة.

¹ (ابن الأثير ، المرجع السابق، ج04، ص 327.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

1- النموذج الأول: يتعلّق بحماية الحق في السكن وحرمة:

أ- انحراف الإدارة: يتمثل هنا في استيلاء الوالي المنتدب للشراكة على محلّ ذي استعمال سكني مشغول بصفة قانونية من طرف أحد المواطنين (السيد ع.س). إذ تم إخراج هذا الأخير منه من قبل قوات الدرك، وأعاون إقامة السّاحل. بناء على التّسخير الذي أصدره الوالي المنتدب المذكور أعلاه، بتاريخ 08-10-1997م.

ويعتبر هذا التصرف انحرافاً وتجاوزاً للسلطة، لمخالفته قواعد المشروعية وخروجه عن نصوص القانون المدني¹، خاصة المادة 679 منه التي تنصّ على أنه: " يتمّ الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتّفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون، إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضماناً لسير المرفق العمومي الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء. ولا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلّات المخصّصة فعلاً للسكن ". والمادة 681 مكرّر 3 التي تنصّ على أنه: " يعدّ تعسفياً كلّ استيلاء تمّ خارج نطاق الحالات والشروط المحدّدة قانوناً وأحكام المادة 679 وما يليها... "

وبهذا تتبيّن مخالفة الوالي المنتدب للقانون في تصرفه الذي أمسّ بحقّ أحد المواطنين وحرمة مسكنه.

ب- الآلية الرّقابية المستخدمة: لجأ المواطن (ع.س) المتضرّر من تصرف الوالي إلى القضاء، لمواجهة انحراف الإدارة وحماية حقه من تجاوزها ضده.

ج- النتائج المترتبة عن استعمال الآليات الرّقابية: بعد أن تدرّجت القضية ووصلت إلى مجلس الدّولة، قضى فيها في الجلسة التي انعقدت بتاريخ 23-09-2002، بما يلي:

- الحكم بإبطال التسخيرة الصّادرة عن الوالي المنتدب والمؤرخة في 08-10-1997م.

- الأمر بإرجاع المستأنف (المواطن ع.س) إلى السّكن محلّ النزاع.

¹ (الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمم.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

- المصاريف القضائية تتحمّلها الخزينة.¹

2- النموذج الثاني المتعلق بحماية الحقوق المترتبة عن عقد التوظيف، للموظف الذي تم توظيفه بإجراءات سليمة:

أ- انحراف الإدارة: تمثل هنا في امتناع مدير التربية لولاية تيزي وزو عن تسيير الحياة المهنية للموظف (ك.ط) ورفضه لتسوية وضعيته الإدارية. رغم أنه نجح في الاختبارات التطبيقية لشهادة الكفاءة للتعليم الأساسي، بموجب محضر اللجنة المحرّر في 28-05-1994. وفي ذلك مخالفة للمادة 49 من المرسوم 85-59 المؤرّخ في 23-03-1985م.

ب- الآلية الرقابية المستعملة: لجأ المواطن (ك.ط) المتضرّر من تصرف مدير التربية، لحماية حقه إلى القضاء.

ج- النتائج المترتبة عن اللجوء للقضاء: بعد أن تدرّجت القضية ووصلت إلى مجلس الدولة قضى فيها في الجلسة التي انعقدت بتاريخ 22 جويلية 2002م بما يلي:

- تأييد القرار الذي صدر ابتداء، وكان يقضي بإلزام الإدارة بتسوية الوضعية الإدارية للموظف المعني، بناء على نجاحه في الامتحان.

- تحميل المستأنفة (مديرية التربية) المصاريف القضائية.²

ثانياً- في النظام الإسلامي:

نموذج تطبيقي يبيّن نجاعة الرقابة على أعمال السلطة في حماية الحقوق والحريات في

النظام الإسلامي:³

أ- انحراف السلطة: تمثّل في استيلاء الخليفة الوليد بن عبد الملك على ضيعة رجل من أهل اليمن.

¹ (قرار مجلس الدولة (الغرفة الأولى)، ملف رقم 006460، بتاريخ 23-09-2002. مجلة مجلس الدولة، العدد 03، سنة 2003، ص 89-91.

² (قرار مجلس الدولة (الغرفة الثانية)، ملف رقم 005522، بتاريخ 22-07-2002. مجلة مجلس الدولة، العدد 05، سنة 2004، ص 181-182.

³ (الماوردي، المرجع السابق، ص 109-110. / أحمد بن داوود المزجاجي الأشعري، المرجع السابق، ص 382.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

ب- الآلية الرقابية المستخدمة: لجأ اليمني من أجل استرجاع حقّه إلى القضاء، وقصد عمر بن عبد العزيز حينما كان متوجّها للصلاة ذات يوم؛ إذ اعترض طريقه وأنشد:

تدعون حيران مظلوماً ببابكم فقد أتاك بعيُد الدار مظلوم

فقال عمر: ما ظلامتك؟ قال: غصني الوليد بن عبد الملك ضيعتي.

ج- النتائج المترتبة عن اللجوء للرقابة: بعد سماع الشكوى طلب عمر رضي الله عنه دفتر العقار العام، فوجد فيه حقيقة ما قاله الرجل اليمني. فأمر في حينه بشطبها من الدفتر وردّها إلى صاحبها، ثم أمر بصرف ضعف نفقة الطريق لليمني تعويضاً له.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المطلب الثاني: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التشريعية.

إن انحراف السلطة التنفيذية ليس وحده الذي يهدّد حقوق الأفراد وحرياتهم، بل إنّ هناك إلى جانب ذلك انحراف السلطة التشريعية، وهو لا يقلّ خطورة عن سابقه، بل إنه أشد منه، لأنه يضيف المشروعية عليه. ولذلك كان لا بدّ من وجود آلية تمكّن من الحيلولة دون هذا الانحراف، أو تصحيحه حال وقوعه.

وقد اهتدى الفكر البشري إلى فكرة الرّقابة على أعمال السلطة التشريعية، من خلال فحص مشروعيتها ومراقبة مدى مطابقتها للدستور، باعتباره القانون الأسمى والمصدر الأساس الذي تستمد منه باقي مصادر المشروعية شرعيتها.

هذا ويمكن التّمييز بين نوعين من الرّقابة على دستورية القوانين؛ أحدهما سياسي والآخر قضائي، وسنتناول في هذا المطلب كلّ نوع منهما بشيء من التّفصيل وفق التّقسيم التالي:

الرّقابة السياسية على دستورية القوانين فرع أول.

الرّقابة القضائية على دستورية القوانين فرع ثانٍ.

الرّقابة على دستورية القوانين في الفقه الإسلامي فرع ثالث.

نماذج تطبيقية تبين مدى فعالية الرّقابة على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات فرع رابع.

الفرع الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

تتولّاها هيئة سياسية، وتتميز بكونها ذات طابع وقائي غالباً؛ إذ تسبق صدور القانون الذي يكون موضوعاً لها. فتفحص مدى مطابقته لأحكام الدستور. فإن كان مخالفاً لها فإنها تحول دون صدوره، وبالتالي دون نفاذه.¹ وقد نشأ هذا النوع من الرقابة بداية في فرنسا، بموجب دستور السنة الثامنة. حيث تشكلت هيئة المحلفين الدستوريين تحت اسم "مجلس الشيوخ الحامي للدستور"، ولكن هذا المجلس فشل في مهمته تلك التي تمثلت في حماية الدستور، وأصبح أداة في يد نابليون الذي سيطر عليه وسخره لخدمة أغراضه، وفرض التشريعات والتعديلات الدستورية التي يريدتها. وقد كانت عدم استقلالية أعضائه من جهة، والكيفية التي يباشر بها اختصاصه - إذ لم يكن يباشر الرقابة إلا على القوانين التي تعرضها عليه الحكومة - من جهة أخرى، كانتا سبباً في فشله في حماية الدستور. وفي ظل دستور 1958 بقي الوضع على ما هو عليه، حتى جاء دستور 1946 واستبدل مجلس الشيوخ الحامي للدستور بـ"اللجنة الدستورية" التي أوكلت لها مهمة الرقابة على دستورية القوانين قبل إصدارها. غير أن هذه اللجنة فشلت كسلفها في حماية الدستور؛ ذلك أنّها لم تكن تملك أن تباشر الرقابة إلا بناء على طلب مشترك، يقدم إليها من قبل رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية.

أمّا دستور 1958 فقد نصّ على تشكيل هيئة سياسية تحت اسم "المجلس الدستوري"، تتولّى الرقابة على دستورية القوانين قبل صدورها. ولكن الذي يعاب على هذا المجلس ويضعف دوره في حماية الدستور، هو أنه كان لا يملك مباشرة اختصاصاته الرقابية، إلا على القوانين التي يحيلها إليه رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس البرلمان.² وقد أضاف تعديل 1974 إلى قائمة الذين يملكون صلاحية إحالة القوانين على هذا المجلس -أضاف- ستين نائباً، كما يعاب عليه أيضاً أن رقابته على غير القوانين الأساسية ولوائح المجالس البرلمانية هي رقابة جوازية. وقد تعرض المجلس

¹ (فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص 195. / عصام الدبس، المرجع السابق، ج 01، ص 182.

² (عبد الحميد متولي وآخرون، المرجع السابق، ص 48.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الدستوري للتقد بسبب تشكيكه الذي يغلب عليه الطابع السياسي لتعيين أعضائه، مما يهدر ضمانات استقلاله ويجول دونه ودون القيام بدوره الرقابي بشكل يحقق غايته.¹

اعتماد المشرع الجزائري لنظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

انتشر نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين و توسع نطاقه بعد أن أخذت به العديد من الدول، ومنها الجزائر؛ التي نصّ عليها دستورها لسنة 1963 الذي أوكل مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى " المجلس الدستوري". بعد أن يطلب منه ذلك رئيس الجمهورية، أو رئيس المجلس الشعبي الوطني. وإن كانت فكرة الرقابة على الدستورية، قد اختفت -مطلقاً- في الجزائر بعد أن سكت عنها دستور 1976. فإنها عادت بعد ما شهدته البلاد في أكتوبر 1988 من أحداث، بموجب دستور 1989 الذي أوكلها أيضاً إلى المجلس الدستوري. وقد حدّدت المادة 154 من هذا الدستور طريقة تشكيله وكيفية انتخاب أو تعيين أعضائه السبعة. ثم جاء دستور 1996 وأبقى على ذات المجلس غير أنه رفع عدد أعضائه إلى تسعة بدل سبعة.²

هذا وقد ارتفع عدد أعضاء المجلس الدستوري حتى بلغ اثنا عشر عضواً بحسب تعديل 2016 لدستور 1996، وارتفع عدد الأعضاء الذين يعينهم رئيس الجمهورية إلى أربعة. كما منح هذا التعديل صلاحية إخطار المجلس لكل من رئيس الجمهورية، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، و رئيس مجلس الأمة، والوزير الأول. ومنح مهمة الإخطار أيضاً لـ 50 نائبا أو 30 عضواً في مجلس الأمة. كما منح المحكمة العليا ومجلس الدولة حق الإخطار عن طريق إحالة ما يرفع إليهما من دفع بعدم الدستورية.³

تقدير الرقابة السياسية على دستورية القوانين:

لقد تعدّدت الانتقادات التي طالت نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين، وقد رأينا كيف فشلت تلك الهيئات التي أنيطت بها تلك الرقابة في فرنسا في حماية الدستور وفرض سموه

¹ (عصام الدبس، المرجع السابق، ج01، ص 183.

² (سعيد بو الشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، د.ط، 2012، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 07 وما بعدها.

³ (المواد 187، 188 من الدستور الجزائري الصادر سنة 2016.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

واحترامه. وفي الجزائر يكاد الفقه الدستوري يتفق على عدم فعالية الدور الرقابي للمجلس الدستوري¹. ونحن في هذا المقام سنعمل على تقييم الرقابة السياسية بشكل عام، على اختلاف أسماء الهيئات التي تقوم بها وكيفيات تشكيلها، وغير ذلك من التفاصيل التي تختلف الدساتير التي أخذت بهذا النظام في تنظيمها.

ويمكن تلخيص أهم الملاحظات التي سجلت على هذا النوع من الرقابة فيما يلي:²

- أن الرقابة على دستورية القوانين في الأصل، ذات طبيعة قانونية، تتطلب في أعضاء الهيئة التي تتولاها مؤهلات وكفايات قانونية خاصة. وبناء على ذلك فإن إسنادها لهيئة ذات طابع سياسي، يؤثر سلباً على وظيفتها؛ إذ غالباً ما يفتقر أعضاؤها إلى تلك المؤهلات. حيث يتم تغليب الاعتبارات السياسية على حساب الكفايات والقدرات القانونية.
- أن إسناد الرقابة على الدستورية إلى هيئة سياسية يتعارض مع الغرض من الرقابة من الأساس، فإذا كان هذا الأخير يتمثل في الحيلولة دون انحراف السلطة التشريعية ومنعها من فرض توجهاتها السياسية والإيديولوجية، فإن منح تلك الوظيفة إلى هيئة سياسية، يترتب عنه استبداد تلك الهيئة وتمكينها - بدلاً من السلطة التشريعية المنتخبة - من فرض توجهاتها السياسية. فكأننا نضع حداً لانحراف السلطة التشريعية، ونفتح المجال للهيئة التي تتولى الرقابة على السلطة التشريعية.
- إن الدساتير ليست دائماً على درجة عالية من الوضوح، وأحكامها غالباً ما تحتمل عدة تأويلات. مما يطرح احتمال رفض الهيئة السياسية المكلفة بالرقابة إعلان عدم دستورية قانون رغم مخالفته لأحكام الدستور، لأنها تريده من الناحية السياسية. كما يطرح احتمال إعلانها لعدم دستورية قانون، رغم أنه لا يخالف أحكام الدستور لأنها تعارضه من الناحية السياسية ويختلف مع توجهاتها.

¹ (عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، د.ط، 2009م، دار الجامعة الجديدة - الأزارطة - ص 643.

² (عصام الدبس، المرجع السابق، ج01، ص 185-187. / عبد الحميد متولي وآخرون، المرجع السابق، ص 49. / نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص 551-553. / عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق، العدد 02، 2001، ص 08-09.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

- إن الرقابة على دستورية القوانين تتطلب هيئة مستقلة ومحايدة في مواجهة جميع السلطات، وهذا ما ينعدم في الهيئة السياسية التي تمارس تلك الرقابة. فإن تم تعيينها من قبل البرلمان فإن ذلك سيفقد رقابتها أي جدوى، إذ تصبح رقابة ذاتية، فالبرلمان يشرع ثم يراقب ما شرعه من تشريعات. وإن شكّلت عن طريق الانتخاب من الشعب، فإنها ستكون تحت سيطرة نفس الاتجاهات السياسية المسيطرة على البرلمان. وبذلك لا تكون لرقابتها أي جدوى أيضاً. وإن سيطرت عليها اتجاهات مختلفة، فستفرض سيطرتها على البرلمان ومن خلاله على سائر السلطات. وإن شكلتها السلطة التنفيذية فإنها ستربط بها وتعمل لصالحها ولحسابها لأنها تعتقد أنها مدينة لها في تشكيلها ووجودها.

- يؤدي أسلوب الرقابة السياسية في الغالب إلى حرمان الأفراد من حق الطعن بعدم دستورية القوانين، التي قد تمس بحقوقهم وتحدّ من حرياتهم أمام جهة محايدة ومستقلة. مما يضعف ضمانات احترام الدستور وسموّه.

- قد تؤدي الرقابة السياسية على دستورية القوانين، إلى شلّ الهيئة التي تقوم بها، حينما لا تقوم الجهات التي يحقّ لها إخطارها بذلك.

لقد أدت كثرة الانتقادات التي طالت الرقابة السياسية إلى هجرها من قبل أغلب الدساتير واستبدالها بالرقابة القضائية وهي موضوع الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

على خلاف الرقابة السياسية تتولّى هذا النوع من الرقابة هيئة قضائية، وتختلف أشكالها عند الدول التي تعتمدها، ويمكن حصرها باعتبار ما يترتب عنها من أثر في شكلين:

أولاً- رقابة الإنشاء:

تكون برفع دعوى أصلية أمام محكمة خاصة، يكون موضوع تلك الدعوى إبطال القانون المخالف للدستور. ومن بين الدول أخذت بهذا النوع من الرقابة تشيكوسلوفاكيا في دستورها الصادر في فبراير 1920، والنمسا في دستور سنة 1920، وألمانيا الاتحادية التي نشأت فيها المحكمة الدستورية الاتحادية بموجب الدستور ونظمها المشرع بقانون خاصّ سنة 1951. فإذا ثبت للهيئة القضائية القائمة بالرقابة صحة الدعوى الأصلية، فإنها تحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وسقوطه بالنسبة للجميع؛ إذ يصبح معدوماً من الأساس. ويجدر بنا أن نشير هنا إلى أن هذه الطريقة لا يمكن الالتجاء إليها، إلا بناء على نص صريح من الدستور. كما أن الدول التي أخذت بهذه الطريقة، لم تعط الحق في رفع الدعوى لأي فرد بل قصرته غالباً؛ إما على الهيئات العامة، وإما على مجموعة كبيرة العدد وفي حدود ضيقة. كإسبانيا مثلاً التي لا تسمح للأفراد بالطعن مباشرة بعدم الدستورية، إلا بعد استنفاد كافة طرق الطعن الأخرى. خاصة الطعن بطريق الدفع الفرعي. والنمسا التي لم يجز دستوراً الصادر سنة 1920 الطعن مباشرة بعدم الدستورية، إلا للحكومة الاتحادية وحكومات المقاطعات.

لكن الذي يلاحظ هنا؛ هو أن حرمان الأفراد من الطعن مباشرة بعدم دستورية القوانين، أو التضييق عليهم في ممارسته، أو قصره على بعض الهيئات. من شأنه أن يضعف الدور الرقابي لهذه الطريقة. وبالتالي يؤدي إلى عجزها عن حماية مبدأ سمو الدستور. إذ أن هذه الهيئات ذات الطابع السياسي، قد تتعاس عن طلب الرقابة على دستورية القوانين، إذا كان في طلبها ما يعارض مصلحتها السياسية والحزبية.¹

ثانياً- رقابة الامتناع:

يقصد بها امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور، بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة، أو بمبادرة منها في قضية معروضة أمامها. حرصاً منها على تكريس مبدأ سمو الدستور، ومراعاة لتدرج قواعد النظام القانوني في الدولة. وعليه فإن رقابة الامتناع، أو طريقة الدفع الفرعي بعدم الدستورية - كما يسميها البعض - تفترض وجود دعوى منظورة أمام المحكمة. وتكون الرقابة فيها تبعية وليست أصلية. والمحكمة هنا لا تلغي القانون المخالف للدستور، ولا تملك ذلك.² ولكنها فقط تمتنع عن تطبيقه في الواقعة المعروضة أمامها.

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية أحسن تجسيد لهذه الطريقة في الرقابة، وإليها تعود نشأتها. إذ تُمارس جميع المحاكم بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، كل بحسب اختصاصها. فتزاول المحاكم

¹ (وحيد رأفت ووايت إبراهيم، المرجع السابق، ص 10. / فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص 199. / عصام الدبس، المرجع السابق، ج 01، ص 189.

² (نعمان الخطيب، المرجع السابق، ص 564.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الاتحادية الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية التي يُصدرها البرلمان المركزي، وعلى القوانين التي تصدر من الولايات سواء كانت قوانين دستورية أو عادية. كما تزاوَل فيها محاكم الولايات الرقابة على دستورية قوانين الولايات. لتضمن احترامها لدستور الولاية والدستور الاتحادي أيضاً. ولكن أحكام المحكمة الاتحادية العليا أكثر أهمية من أحكام غيرها من المحاكم في مجال الرقابة على الدستورية؛ إذ تنفرد بسلطتها في تحديد مصير القانون الذي يصل إليها نزاع بشأنه.¹

وقد لوحظ على المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، أنها كانت في مباشرتها لاختصاصها تتعدى حدود رقابتها. إذ لم تكن تطابق القانون بالدستور، بل تطابقه بتوجهات أعضائها وأفكارهم وميولهم السياسية التي كانوا يستخدمون المحكمة في إملائها على الدولة، بما فيها الرئيس والبرلمان والشعب. ولا أدل على ذلك من موقف هذه المحكمة من الرئيس روزفلت، حينما أراد أن ينقذ الاقتصاد الأمريكي بآليات اشتراكية تخفف من آثار الأزمة الاقتصادية 1929، فأصدر قوانين الإنعاش التي ألغت المحكمة العليا الكثير منها. بحجة مخالفتها للدستور ومساسها بحرية التجارة والصناعة تارة، وبحجة أنها تدخل في نطاق اختصاص الولايات تارة أخرى. وقد ساعد على ذلك التّغول للمحكمة، المرونة الشديدة لنصوص الدستور الأمريكي. مما سمح للقضاة بأن يستبدلوا بالرقابة القانونية رقابة سياسية، يضمنونها آراءهم وتوجهاتهم السياسية، لا أحكام الدستور. وقد دفع هذا الوضع بالبعض إلى حدّ وصف النظام في الولايات المتحدة الأمريكية بأنه حكومة القضاة.²

تقدير الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

مما لا شكّ فيه؛ أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريقتها الامتناع والإلغاء، تحقّق قدرًا معينًا من احترام سموّ الدستور. وهي أفضل من الرقابة السياسية. فالقضاء بحكم طبيعته أقدر على الفصل في مدى تجاوز المشرّع العادي، الحدود المرسومة له في الدستور. ولكن بالرغم من ذلك، فإن هناك العديد من المعوقات التي تعترض هذا النوع من الرقابة فتضعفها عن أداء مهمّتها. أهمها أنها لا تثور إلا في ظل دستور جامد، وتختفي في حال الدساتير المرنة، وأنها تتطلب وجود هيئة قضائية

¹ (عمر العبد الله، المرجع السابق، ص 11.

² (فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص 201-204. / عبد الحميد متولي وآخرون، المرجع السابق، ص 57-58. / عصام

الدبس، المرجع السابق، ج 01، ص 205.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

مستقلة، بشكل يضمن حيادها ونزاهتها. بحيث لا تفرض آراءها السياسية والإيديولوجية، وتقتصر في أحكامها على مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور. كما أنها تتطلب دستوراً واضحاً تكون أحكامه جلية بعيدة عن الغموض، حتى لا تفتح المجال للتأويلات التي يناقض بعضها بعضاً. مما يسمح للهيئة التي تراقب بالتدخل بأن تفسر الدستور وفق ما تريده وترغب فيه.¹

ومهما يكن من أمر الرقابة على دستورية القوانين في النظم الوضعية، وأيا كان نوعها فإنها في أحسن أحوالها تحول دون انحراف المشرع العادي وخروجه عن الحدود المرسومة له في الدستور. وبذلك فإنها تحول دون أي انتهاك محتمل من قبله لحريات الأفراد. ولكن لا توجد أية ضمانات تحول دون انحراف المشرع الدستوري (التأسيسي) واعتدائه على تلك الحريات.

الفرع الثالث: الرقابة على دستورية القوانين في الفقه الإسلامي.

لقد أشرنا سابقاً إلى أن السمو المطلق في النظام الإسلامي للشريعة الإسلامية ومبادئها الأساسية ومقاصدها العليا الثابتة بالقرآن الكريم والسنة النبوية، وأنها هي المرجع الأول والأخير في تحديد صحة القانون أو بطلانه، وأن كل ما خالفها يعدّ باطلاً. وبذلك فإن فكرة شرعية أو دستورية القوانين فكرة أصيلة في الفقه الإسلامي قال ﷺ: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة، الآية 44]. وقال ﷺ: « لا طاعة لمخلوقٍ »² وقد عبر عن هذه الفكرة ابن حزم بقوله:³ ((ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله على لسان رسوله وهو الحق، وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم، لا يحل الحكم به ويفسخ أبداً إذا حكم به حاكم)).

وإذا كانت الرقابة الدستورية في الأنظمة الوضعية تهدف للحيلولة دون انحراف المشرع العادي وخروجه على نصوص الدستور، فإنها في النظام الإسلامي لا تقف عند هذا الحد، وإنما تتعداه لتمنع

¹ (عبد الحميد متولي وآخرون، المرجع السابق، ص 70-72.

² (أخرجه الطبراني، المعجم الكبير، ح رقم 381، ج 18، ص 170. و صححه الألباني، الجامع الصحيح وزيادته، رقم 7520، ج 02، ص 1250/ سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم 179، ج 01، ص 348.

³ (ابن حزم أبو محمد، المحلى، د.ط، د. ت ط، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ج 09، ص 362.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

انحراف المشرع الدستوري ذاته، وتحول دون خروجه عن الشريعة الإسلامية ومبادئها ومقاصدها. وبذلك فهي لا تقف عند رقابة المشروعية وإنما تتجاوزها لرقابة الشرعية.

ولأن هذا السمو لا يتحقق إلا إذا وجد ضمانات تحميه، فإن الشريعة الإسلامية حقت بنوعين من الضمانات، ضمانات وقائية و ضمانات علاجية.

فأما الضمانات الوقائية، فإنها تهدف للحيلولة دون صدور أي تشريع يخالف الشريعة الإسلامية من الأساس. وتمثل تلك الضمانات في تحديد الجهة التي تختص بالتشريع¹ في الإسلام، وبيان حدود اختصاصاتها وتقييدها بأصول وقواعد فريدة²، وإلزامها فيما تسنه من قوانين بالسعي لتحقيق مقاصد وغايات واضحة. الأمر الذي يجعل احتمال صدور قانون عنها يخالف الشريعة الإسلامية قريباً من المستحيل.³

وأما الضمانات العلاجية فهي تلك التي تقررها الشريعة الإسلامية في حال صدور قانون مخالف لها، وتمثل في نوعين من الرقابة إحداهما شعبية والأخرى قضائية.

أولاً- الرقابة الشعبية:

من المبادئ المقررة في الشريعة الإسلامية أن " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، ويترتب عن هذا المبدأ عدم جواز طاعة أي تشريع مخالف لمبادئ الشريعة ومقاصدها العليا ولا الامتثال له، ووجوب رفضه. ولا يجوز الخضوع له والاعتذار بوجوب الطاعة،⁴ لأن هذه الأخيرة مشروطة بعدم

¹ (يجب التفريق هنا بين التشريع ابتداء الذي يعد وظيفة من وظائف الربوبية والتشريع ابتداء الذي يقوم به البشر -السلطة التشريعية سواء كانت ممثلة في ولي الأمر أو العلماء المجتهدين أو الأمة استناداً إلى مبدأ الشورى - الذين لا يشعرون حكماً ابتداء و لا تزيد وظيفتهم عن فهم النص وبيان المراد منه فيما فيه نص وقياس وإلحاق ما ليس فيه نص بما ورد فيه النص ، وبيان التفصيلات والكيفيات والإجراءات التي تطبق وفقها الأحكام والقوانين. عبد الوهاب خلاف، السلطات الثلاث في الإسلام، ص 38./ فهمي أبو زيد، المرجع السابق، ص 274-276.

² (أصول الاجتهاد وقواعده.

³ (منير البياتي، المرجع السابق، ص 283.

⁴ (يجدر بنا أن نشير هنا إلى أن الرقابة الشعبية في الحقيقة، لا تعني أن تترك المسألة إلى تقدير المحكومين، ليخرجوا على القانون من تلقاء أنفسهم بحجة مخالفته للشريعة. ذلك أن معرفة شرعية القوانين من عدمها ، تتطلب درجة عالية من الإدراك والإلمام بعموم الشريعة. ومع ذلك فإنه يبقى واجبا على المسلم التنبيه على ما هو مخالف للشريعة فيما هو معلوم له على سبيل الإخطار.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

التعدي على حدود الله،¹ قال ﷺ: ﴿ وَقَالُوا رَبَّنَا إِنَّا أَطَعْنَا سَادَتَنَا وَكُبَرَاءَنَا فَأَضَلُّونَا السَّبِيلًا ۗ ﴾ [الأحزاب، الآية 67]. وقد روي عن أبي بكر قوله: ((أطيعوني ما أطعت الله فيكم فإن عصيته فلا طاعة لي عليكم))² وعليه فإن الإسلام يقرّ للأفراد حق الرقابة على شرعية القوانين بل يلزمهم بذلك. وفوق هذا فإنه يلزمهم بمقاومة كافة القوانين والأوامر والقرارات التي تخالف الشريعة في حدود إمكانياتهم وقدراتهم. قال ﷺ: « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فليسانه، فإن لم يستطع فليقلبه وذلك أضعف الإيمان»³.

ثانياً الرقابة القضائية:

تتقرر رقابة شرعية التشريعات في الإسلام للقضاء، ويقصد بالتشريعات هنا ما يصدر عن السلطة التشريعية على سبيل الاجتهاد. أما ما كان في القرآن والسنة من أحكام، فلا رقابة للقضاء عليه. وتستند الرقابة القضائية على شرعية القوانين في الإسلام، إلى أصل هام مضمونه؛ أن القاضي لا يجوز له أن يطبق قانوناً يتعارض مع الكتاب والسنة. إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.⁴ قال ﷺ: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ۗ ﴾ [المائدة، الآية 44]. فالحكم لا يكون إلا بما أنزله الله تعالى، وقد بدا هذا الكلام واضحاً عند ابن حزم حينما قال: ((ولا يحل الحكم إلا بما أنزل الله على لسان رسوله وهو الحق وكل ما عدا ذلك فهو جور وظلم لا يحل الحكم به ويفسخ أبداً إذا حكم به حاكم، وبرهان ذلك قوله ﷺ: ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾ [المائدة، الآية 51]. وقوله ﷺ: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ

¹ (ضو مفتاح غمق، المرجع السابق، ص 146. / الغنوشي راشد، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ط01، 1993م، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت - لبنان - ص 221.

² (ابن هشام، المرجع السابق، ج 04، ص 369.

³ (أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب "كون النهي عن المنكر من الإيمان، وأن الإيمان يزيد وينقص، وأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب"، ح رقم 49، ص 51.

⁴ (منير البياتي، المرجع السابق، ص 281-283. / السيد الشوريجي، المرجع السابق، ص 50.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴿ [الطلاق، الآية 01] ... والظلم لا يحل إقراره والخطأ لا يجوز إمضاءه.))¹ .
فقد بين أن الحكم بقانون يخالف الشريعة الإسلامية جور وظلم يجب فسخه مطلقاً. ثم إن القضاء في الإسلام ليس مختاراً في ممارسة رقابته تلك، بل هو ملزم. سواء أثرت مسألة عدم شرعية القانون أم لا، فهو ملزم من تلقاء نفسه، بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للشريعة الإسلامية.

وإذا كان الحكم ببطان التشريع المخالف للدستور وإلغائه في القانون الوضعي لا يمكن الوصول إليه إلا بناء على دعوى أصلية، وكانت هذه الأخيرة متوقفة على هيئات معينة غالباً أو على مجموعات كبيرة العدد من الأفراد وفي حدود ضيقة وشروط معقدة. فإن الحكم ببطان القانون المخالف للشريعة الإسلامية لا يعرف مثل ذلك التعقيد، ذلك أن ذلك القانون يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، بل إنه يعد معدوماً. ويحق لكل فرد أن يطلب إلغاءه بدعوى أصلية، ويتسع في هذه الدعوى نطاق المصلحة فلا تفهم على أنها المصلحة الشخصية المباشرة، بل تتعدى لأن تكون مصلحة مشتركة. مصلحة الأمة في أن لا تفرض عليها قوانين تخالف نظامها الأساسي، مصلحة الأمة في أن تحكم بشريعة الخالق لا بأراء المخلوقين ورغباتهم وإراداتهم. ثم إن حق الأفراد في رفع دعوى أصلية للمطالبة ببطان القانون المخالف للشريعة، تستند إلى أصل آخر يتمثل في ضرورة النهي عن المنكر، وبذلك يتحول إلى واجب مفروض على الأمة جميعاً. فإن لم يتم به أحد من أفرادها عد ذلك تفريطاً في حقوق الله وخروجاً على طاعته. وأصبحت الأمة شريكة للحاكم في الإثم والظلم الذي يقع بسبب اعتماد قوانين مخالفة لشريعة الله.²

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء في النظام الإسلامي، لا يعرف تلك التفرقة التي عرفها الفقه الوضعي بين إلغاء القانون، والامتناع عن تطبيقه. ذلك أن القانون المخالف للشريعة الإسلامية ومبادئها الأساسية ومقاصدها وأهدافها العليا يعد باطلاً كما تقدم، وحكم القضاء كاشف لهذا البطلان. وعليه فإن امتناع القاضي عن تطبيق قانون لعدم شرعيته لا يقف على النزاع المعروض أمامه.

¹ (ابن حزم، المحلى، ج 09، ص 362.

² (السيد الشوربجي، المرجع السابق، ص 51-52.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

لأننا رأينا أن النزاع المتعلق بالبطلان ليس نزاعاً خاصاً ومن ثم فإن الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للشرعية ينسحب لينتهي إلى الإلغاء التام.¹

الفرع الرابع: نماذج تطبيقية تبين مدى فعالية آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التشريعية.

أولاً- في النظم الوضعية:

1- النموذج الأول: يتعلق بحماية حرمة المساكن من الانحراف التشريعي:

أ- انحراف السلطة التشريعية: يظهر في نص المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950 إذ نصت على أنه: "لمأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ويضبط فيه الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة إذا اتضح له من إمارات قوية أنها موجودة فيه." فقد حوّلت هذه المادة لمأمور الضبط القضائي أن يجري تفتيش مسكن المتهم في حالة التلبس بجناية أو جنحة دون أن يصدر له أمر قضائي مسبب ممن يملك سلطة التحقيق. وهو ما يخالف حكم المادة 44 من دستور 1971² التي تنص على أنه: "للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون".

ب- آلية مواجهة الانحراف: القضاء ممثلاً في المحكمة الدستورية العليا المصرية.

ج- النتيجة: بجلستها العلنية المنعقدة بتاريخ 02 يونيو 1984م، حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية، الصادر بالقانون رقم 150 لسنة

¹ السيد الشوربجي، المرجع السابق، ص 53.

² دستور مصر 1971، مؤرخ في 11 سبتمبر 1971، ج ر عدد 36 مكرر "أ"، مؤرخة في 12 سبتمبر 1971، السنة الرابعة عشرة.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

1950. نظراً لمساسها بجرمة المساكن ومخالفتها لأحكام دستور 1971 الذي كفلها بموجب المادة 44 منه.¹

2- النموذج الثاني: يتعلق بحماية حرية التنقل من الانحراف التشريعي:

أ- انحراف السلطة التشريعية: يظهر في نصي المادتين 8 و 11 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 97 لسنة 1959 في شأن جوازات السفر والنصوص المرتبطة بها. إذ نصّت المادة 08 منه على أنه: "يعين بقرار من وزير الداخلية بموافقة وزير الخارجية شكل جواز السفر، ومدة صلاحيته وطريقة تجديده وشروط وإجراءات منحه...". كما نصّت المادة 11 من نفس القانون على أنه: "يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب هامة يقدرها، رفض منح جواز السفر أو تجديده، كما يجوز له سحب الجواز بعد إعطائه".

وفي ذلك انتهاك صارخ لإحدى الحريات العامة؛ وهي حرية التنقل، والحق في الهجرة التي كفلها الدستور² بموجب المواد 41 التي نصّت على أن: "الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو... أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون"، و 51 التي نصت على أنه: "لا يجوز إبعاد أي مواطن من البلاد أو منعه من العودة إليها"، و 52 التي نصت على أنه: "للمواطنين حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة إلى الخارج، وينظم القانون هذا الحق وإجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد".

من خلال ما سبق يظهر انحراف التشريعي في المادتين 8 و 11 من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 97 لسنة 1959 في شأن جوازات السفر والنصوص المرتبطة بهما. وتبين مخالفتها للدستور الذي اعتبر حرية الانتقال في مصاف الحريات العامة، وأن تقييدها دون مقتضى مشروع، تضييع للحرية الشخصية وتقويض لبنائها؛ وقد عهد هذا الدستور في المواد السابقة -كما رأينا- إلى

¹ (حكم المحكمة الدستورية العليا -المصرية- قضية رقم 5 لسنة 4 قضائية "دستورية"، بتاريخ 02 يونيو 1984م. الموقع: مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC/>، تاريخ الدخول: 2018-07-19، الساعة: 20:12.

² (دستور مصر الصادر سنة 1971م.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

السلطة التشريعية دون غيرها بتقدير هذا المقتضى، ولازم ذلك، أن يكون تعيين شروط إصدار وثيقة السفر بيد هذه السلطة، والأصل فيها هو المنح، استصحاباً لأصل الحرية في الانتقال؛ والاستثناء هو المنع؛ وأن المنع من التنقل لا يملكه إلا قاض، أو عضو نيابة عامة، يعهد إليه القانون بذلك دون تدخل من السلطة التنفيذية.

ب- آلية مواجهة الانحراف: القضاء ممثلاً في المحكمة الدستورية العليا المصرية.

ج- النتيجة: مجلستها العلنية المنعقدة بتاريخ 04 نوفمبر 2000، حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة 08، و نص المادة 11، من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 97 لسنة 1959 فيما تضمنه من تخويل وزير الداخلية بموافقة وزير الخارجية سلطة تحديد شروط منح جواز السفر.

بناءً على مخالفتها لأحكام المواد 41، و 51، و 52 من الدستور المصري الصادر سنة 1971. والذي اعتبر حرية التنقل من الحريات العامة التي لا يجوز تقييدها إلا بمقتضى مشروع، و أوكل تقدير هذا المقتضى إلى السلطة التشريعية لا التنفيذية.¹

ثانياً- في النظام الإسلامي:

لقد رأينا سابقاً أن الفقه الإسلامي يقرّ للقضاء دوره الرقابي في التحقق من دستورية القوانين؛ استناداً إلى أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق. إلا أن القضاء الإسلامي وإن كان يملك الحق في ممارستها، إلا أنه عملياً لم يباشرها، ولا يكاد يُعثر له على مثال واحد بشأنها.² وقد عزا المودودي ذلك إلى أن القائمين بالسلطة التشريعية في ظلّ النظام الإسلامي، كانوا ممن لهم بصيرة نافذة في الكتاب والسنة، مما جعل صدور أمر مخالف للشريعة عنهم أمراً مستحيلاً.³

¹ (حكم المحكمة الدستورية العليا - المصرية - قضية رقم 243 لسنة 21 قضائية "دستورية"، بتاريخ 04 نوفمبر 2000م. الموقع: مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-> تاريخ الدخول: 19-07-2018، الساعة: 20:00.

² (البياتي منير حميد، المرجع السابق، ص 282.

³ (المودودي، تدوين الدستور الإسلامي، ص 34-34.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

ومع ذلك يبقى احتمال الانحراف وارداً، ولذلك شرع الإسلام هذه الآلية التي تمكن الناس من مواجهته حال وجوده، ومنح القضاء حقّ رفض أي قانون يخالف الكتاب والسنة.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المبحث الثاني: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التأسيسية:

لقد رأينا سابقاً الآليات المتوفرة في ظلّ قيام مبدأ المشروعية، والتي يمكن من خلالها للأفراد أن يستعملوها في حماية حقوقهم وحرياتهم من انحراف السلطتين التنفيذية والتشريعية. والآن نحاول الوقوف في هذا المبحث على انحراف السلطة التأسيسية أو ما يعرف بالانحراف الدستوري، وما يشكّله من تهديد للحقوق والحريات. لنخلص من خلاله إلى ما يتوفر للأفراد من أساليب وآليات لمواجهةته ومدى نجاعتها. وسنتناول ذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: نخصّصه لبيان معنى الانحراف الدستوري وتطبيقاته.

والمطلب الثاني: ندرس فيه آليات معالجة الانحراف الدستوري.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المطلب الأول: مفهوم الانحراف الدستوري وتطبيقاته.

سندرس هذا المطلب في ثلاثة فروع نخصّص أولها لبيان معنى الانحراف الدستوري، والثاني لإيراد بعض نماذج وتطبيقات الانحراف الدستوري، أما الثالث فسنعرض فيه لإمكانية انحراف الدستور في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم الانحراف الدستوري:

من أهم أسس الدولة القانونية وجود دستور في قمة هرم بنائها القانوني، وقد اعتبر الفقه الدستوري هذا الأساس من أعظم الضمانات والمكاسب التي يحظى بها الأفراد. كوسيلة لحماية حقوقهم وحرياتهم من استبداد السلطة وانحرافها وتجاوزها.

غير أن الدستور في الحقيقة، كما يمكن أن يكون سلاحاً بيد الأفراد يواجهون بها انحراف السلطة؛ فإنه يمكن أن يكون سلاحاً في بيد هذه الأخيرة تحكم به قبضتها على الأفراد. وتستخدمه في التضييق عليهم، من خلال تفصيل نصوصه على مقاسها، وتطويعها على النحو الذي يضمن لها دوام خضوعهم لها.¹

وهذا ما يعبر عنه بالانحراف الدستوري، الذي يعرف بأنه "ميل بالدستور وتطويع لنصوصه من قبل السلطة التأسيسية، يهدف إلى خدمة النظام الحاكم على حساب مصالح الجماعة والأفراد، والحقوق والحريات." فالانحراف الدستوري إذن؛ غالباً ما يقع في الحالات التي تصدر فيها الدساتير والإعلانات الدستورية عن سلطة تأسيسية لا تعبر عن حقيقة المجتمع، ولا تمثل مرجعيته الحقيقية السائدة فيه، ولا تؤمن بقيمه. وإنما تعبر عن فئة أو طائفة أو إيديولوجية معينة، أو انتماء سياسي محدد. ولذلك فإنها لا تعبر عن آمال المجتمع وأهدافه وتطلعاته.²

¹ (رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، ط 01، 2016م، دار النهضة العربية - مصر - ص 05.

² (عبد الفتاح مراد، 30 انحرافاً في الإعلان الدستوري المكمل، جريدة المصري اليوم، يومية إخبارية مصرية، العدد 2938، بتاريخ الجمعة 29-06-2012. الموقع: <https://www.almasryalyoum.com> / تاريخ الدخول: 08-08-2018، الساعة: 09:31.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الفرع الثاني: تطبيقات ونماذج الانحراف الدستوري:

إذا تتبّعنا دساتير العالم؛ فإننا سنجد فيها الكثير من المظاهر التي يتجلّى فيها انحراف السلطة التأسيسية في وضع الدستور، وميلها بنصوصه خدمة لأغراض مختلفة على حساب الحقوق والحريات. وسنكتفي هنا بإيراد ثلاث تطبيقات منها.

أولاً- اعتماد نظام (الكوتا) أو المحاصصة

"الكوتا" مصطلح لاتيني، يعني تخصيص نسبة أو حصّة معيّنة لفئة محدّدة في البرلمان.¹ وبذلك فهي تعدّ ضرباً من ضروب التمييز، قد يستند إلى أساس العرق أو الجنس، كما قد يستند إلى أساس غير ذلك.

وقد أخذت بهذا النظام العديد من الدساتير من بينها؛ دستور مصر لسنة 1964م، حيث منح امتيازاً لفئة العمّال والفلاحين خصّها به دون باقي الفئات. إذ جاء في المادة 49 منه أنه: "يتألّف مجلس الأمة من أعضاء يختارون بطريق الانتخاب السري العام، ويحدّد القانون عدد الأعضاء المنتخبين وشروط العضوية... ويشترط أن يكون نصف أعضاء المجلس على الأقل من العمّال والفلاحين".² وقد استمرّ هذا الانحراف في دستور 1971 إذ نصّت المادة 87 منه على أنه: "يحدّد القانون الدوائر الانتخابية التي تنقسم إليها الدولة وعدد أعضاء مجلس الشعب المنتخبين على أن لا يقلّ عن ثلاثمائة وخمسين عضواً، نصفهم على الأقل من العمّال والفلاحين...".³ وقد عرف دستور الجزائر لسنة 1976م مثل هذا الانحراف، إذ جاء في المادة 08 منه ما نصّه: "تتكوّن الأغلبية ضمن المجالس المنتخبة من العمّال والفلاحين".⁴

¹ (أحمد عبد الفتّاح، الكوتا.. سلاح ذو حدّين، جريدة الأهرام اليومي، يومية إخبارية مصرية، عدد 46571، بتاريخ 09 يونيو 2014، الموقع: <http://www.ahram.org.eg>، تاريخ الدخول: 2018-06-07، الساعة: 18:43.

² (دستور مصر 1964، مؤرخ في مارس 1964، ج ر عدد 69 تابع "أ"، مؤرخة في 24 مارس 1964، السنة السابعة.
³ (دستور مصر لسنة 1971م.

⁴ (الأمر رقم 76-97، المؤرّخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94، مؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وجه الانحراف في اعتماد نظام الكوتا:

إن اعتماد نظام المحاصصة من قبل السلطة التأسيسية، يعدّ في الحقيقة انحرافاً واضحاً منها وتجاوزاً لسلطاتها، واستغلالاً سيئاً لصلاحياتها. ويستند الحكم على ذلك بكونه انحرافاً إلى الاعتبارات التالية:

1- أن في اعتماد هذا النظام خرق واضح وانتهاك صارخ لمبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات، وتكافؤ الفرص بينهم، الذي تقول به كافة الشرائع والمواثيق. والذي يستند في حقيقته إلى اشتراكهم في البشرية وتمثلهم في بناهم الذاتية وحاجاتهم الأساسية. بما لا يدع مجالاً لتمييز بعضهم عن بعض تحت أي ذريعة، ووفق أي معيار. جاء في ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ما نصّه: ¹ "لما كان الاعتراف بالكرامة المتأصلة في جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام في العالم..."، وجاء في المادة الأولى منه: "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق...". وجاء في مادته الثانية: "لكلّ إنسان حقّ التمتع بجميع الحقوق والحريات... دونما تمييز بسبب العنصر، اللون، الجنس،... أو أي وضع آخر...".

هذا وقد نصّت تلك الدساتير - التي عرفت مثل هذا الانحراف - ذاتها على مبدأ المساواة وضرورته، فقد جاء في المادة 24 من الدستور المصري لسنة 1964 أن: "المصريون سواء أمام القانون، وهم متساوون في الحقوق والواجبات لا تمييز بينهم...".² وجاء في المادة 39 من الدستور الجزائري لسنة 1976 أن: "كلّ المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات...". ونصّت المادة 41 منه على أنه: "تكفل الدولة المساواة لكلّ المواطنين، وذلك بإزالة العقبات ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، التي تحدّد في الواقع من المساواة بين المواطنين...".³

¹ (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف، (د-3)، المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948م. الموقع: مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC>، تاريخ الدخول: 2018-08-08 الساعة: 09:54.

² (دستور مصر لسنة 1964م.

³ (دستور الجزائر لسنة 1976.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وهكذا يتبين أن مبدأ المساواة مبدأ مستقرّ في كافة الشرائع، وعند جميع الأمم والشعوب. وهو حق ثابت للبشر، يستند في ثبوته لهم إلى استوائهم في بشريتهم، دون أن يتوقّف على اعتراف تقنين أو إذن تشريع. ولما كان كذلك، ظهر انحراف اعتماد أي نظام يعارضه، لا سيما إن كان هذا الانحراف في الدستور الذي يفترض به أن يكون لكافة المواطنين بمختلف أطيافهم، دون أن يميّز بعضهم على حساب البعض الآخر.¹

2- إضافة على ما يشتمل عليه نظام الكوتا من خرق لمبدأ المساواة، فإن به أيضاً حجراً على إرادة الناخب. من خلال تقييده بأن يختار من ضمن فئة معيّنة (عمال مثلاً أو نساء أو..)، في حين أن المنطق السليم؛ يقتضي أن يترك للناخبين الحرية لاختيار الأصلح والأكفأ ليتولّى إدارة الشؤون العامة. دون أن يتم تقييدهم بالاختيار من فئة معيّنة.²

وقد أثبت الواقع ما في اعتماد هذا النظام من مخاطر ومثالب، فهو يهدّد وحدة المجتمعات وتماسكها؛ من خلال ما يزرعه من بوادر الصراعات بين أفرادها، عبر تمييز بعضهم عن بعض. وقد أدّى بعد تطبيقه في مصر، إلى إضعاف البرلمانات المتعاقبة بها. وحوّلها إلى آلة في يد السلطة خاصّة بعد غياب الكفاءة واستبدالها بصفة "العامل والفلاح".³

ثانياً. التحصين الدستوري ضد الرقابة وإهدار حق التقاضي:

من تطبيقات هذا الانحراف ما ورد في الدستور المصري لسنة 1971 بعد تعديله في 2005، من تحصين لقرارات لجنة الانتخابات الرئاسية. إذ جاء في المادة 76 منه ما نصّه: "تقدّم طلبات الترشيح إلى لجنة تسمّى "لجنة الانتخابات الرئاسية" تتمتع بالاستقلال... وتكون قراراتها نهائية ونافذة بذاتها، غير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أي جهة قضائية. كما لا يجوز التعرّض

¹ (ليلي تكلا، الدستور .. ونظام الكوتا، جريدة الأهرام اليومي، يومية إخبارية مصرية، عدد 46354، بتاريخ 04 نوفمبر 2013. الموقع: <http://www.ahram.org.eg>، تاريخ الدخول: 2018-06-07، الساعة: 18:57.

² (رجب محمد السيد أحمد، المرجع السابق، ص 87.

³ (المرجع نفسه، ص 88.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ...¹ ففي ذلك إذن إهدار لحق التقاضي واستبعاد لكافة أشكال الرقابة.

ومن تطبيقاته أيضاً إغفال الدستور الجزائري لسنة 1976 لفكرة الرقابة على دستورية القوانين، ذلك أن المشرع الدستوري حينها - بالرجوع إلى أحكام دستور 1976 - لم يقر أية رقابة على دستورية القوانين. ولم يسندها إلى أية هيئة. لا قضائية ولا سياسية، وفوق ذلك فإنه لم يتضمن أي إشارة تتيح المجال لإمكانية تدخّل القاضي العادي للقيام بمراقبة مدى دستورية القوانين، على غرار ما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية.²

ومن تطبيقاته أيضاً ما ورد في الإعلان الدستوري الذي أصدره الرئيس المصري الأسبق محمد مرسي، والذي حصّن فيه كافة القرارات الصادرة عنه. فقد جاء في المادة الثانية منه أن: "الإعلانات الدستورية والقوانين والقرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية منذ تولّيه السلطة... تكون نهائية ونافاذة بذاتها، وغير قابلة للطعن عليها بأي طريق وأمام أي جهة، كما لا يجوز التعرّض لقراراته بوقف التنفيذ أو الإلغاء. وتنقضي جميع الدعاوى المتعلقة بها والمنظورة أمام أية جهة قضائية."³

وجه الانحراف في التحصين الدستوري:

يستند الحكم على التحصين الدستوري بأنه انحراف إلى الاعتبارات التالية:

1- أنه يهدر حقّ التقاضي ويستبعد كافة أشكال الرقابة: إن الحقوق التي يتمتع بها الأفراد بما فيها الحق في المساواة الذي رأينا أنه ثابت لهم بموجب استوائهم في البشرية دون توقف على تشريع - إن هذه الحقوق - لا تكون ذات قيمة إلا إذا توقّرت الآلية التي تمكّن أصحابها من التمتع بها فعلاً، ومن حمايتها من كافة أشكال الاعتداء المحتملة عليها. وهذا ما يستلزم ثبوت حقّ التقاضي للإنسان. ويبيّن أنه نتيجة طبيعية لتمتعه بجملة من الحقوق. وأنه من أهم المبادئ الضامنة لها. وقد كفلته جميع الشرائع

¹ (التعديل الدستوري لدستور مصر 1971، مؤرخ في مايو 2005، ج ر عدد 21 تابع "أ"، مؤرخة في 26 مايو 2005.

² (سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 54-55.

³ (الإعلان الدستوري، المؤرخ في 21 نوفمبر 2012م، ج ر عدد 26 (مكرر)، مؤرخة في 21 نوفمبر 2012.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

والقوانين السماوية والأرضية. ذلك أن حرمان الأفراد منه تحت أي ذريعة، من شأنه الإخلال بحقه في الحرية والمساواة في التكاليف والحقوق. ويفتح الباب أم اقتضائهم لحقوقهم بأنفسهم بطريق العنف.¹

2- أنه يقوم على فرض عصمة السلطة المقصودة بالتحصين: وهذا فرض باطل، ذلك أن القائم بالسلطة إنما يكون بشراً ليس إلهاً معصوماً. ولذلك فإنه مهما بلغت درجة معرفته ونزاهته فإن احتمال ورود الخطأ منه يبقى وارداً. مما يستلزم الإبقاء على الرقابة على تصرفاته وأعماله كضمان يحول دون وقوعه في الخطأ أو يمكن من تصحيحه بعد وقوعه. أما افتراض العصمة في القائم على السلطة وتحصين أعماله وقراراته بموجب نصّ دستوري؛ فهذا تأليه له. وفي ذلك من الخطورة على الحقوق والحريات ما لا حصر له. كما أنه طريق للفوضى التي قد تنشأ بسبب سعي الأفراد إلى حماية حقوقهم بوسائل أخرى، كبديل عن الرقابة التي أسقط التحصين الدستوري حقهم فيها.

ثالثاً. حظر تعديل أحكام الدستور:

ومن نماذج ذلك ما ورد في دستور مصر لسنة 1930، حيث حظرت المادة 156 منه اقتراح أي تعديل لأحكامه في العشر سنوات التي تلي العمل به.² واعتمد المشرع الدستوري المصري هذا الحظر دون أن يراعي حاجة المجتمعات إلى تعديل النظم التي تحكمها لتتماشى مع تطورات الواقع وظروفه.

ومن نماذجه أيضاً ما ورد في دستور الجزائر لسنة 1976 حيث نصّت المادة 195 منه على مجموعة من البنود التي لا يجوز تعديلها إطلاقاً إذ جاء فيها أنه: " لا يمكن لأيّ مشروع لتعديل الدستور أن يمس ... " وذكرت مجموعة من البنود ومن بينها " تبني النهج الاشتراكي " كخيار للدولة،³ الذي سرعان ما تم التخلي عنه في دستور 1989 واستبداله بالاتجاه الليبرالي من الناحية

¹ (محمد بن سعود الجدلاني، حق التقاضي .. حق مقدّس، جريدة الاقتصادية، يومية اقتصادية دولية، عدد الأحد 14 فبراير 2010. الموقع: www.aleqt.com. تاريخ الزيارة: 08-08-2018م، الساعة: 10:10.

² (الأمر الملكي رقم 70 لسنة 1930م، بوضع نظام دستوري للدولة المصرية، الوقائع المصرية، العدد 98 "غير اعتيادي" مؤرخ في 23 أكتوبر 1930.

³ (دستور الجزائر لسنة 1976م.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

السياسية والقانونية والاقتصادية.¹ وقد كان ذلك استجابة من المشرع الدستوري للتطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي عرفتها البلاد. مما لا يدع مجالاً للشك بأن فكرة حظر تعديل أحكام الدستور في حقيقتها، فكرة غير منطقية. وهي مجافية ومعارضة لسنة التطور التي تخضع لها حياة الأفراد والجماعات.

وجه الانحراف في حظر التعديل الدستوري:

يستند الحكم على حظر تعديل الدستور بأنه انحراف، إلى ما تقدّم بيانه من تعارض الحظر مع سنة التطور التي تفرضها الظروف التي تعيشها الدولة. سياسياً واجتماعياً واقتصادياً. والتي تستلزم إخضاع الدستور -باعتباره انعكاساً لها- إلى التعديل، حتى يتماشى مع ما يطرأ عليها من تطورات وتغيّرات، وإلا صار الدستور منفصلاً عن الواقع. ممّا قد يؤدي إلى السعي لتعديله بطرق غير منصوص عليها فيه، وغالباً ما تتمثل تلك الطرق في الثورات والانقلابات.²

الفرع الثالث: إمكانية انحراف الدستور في الفقه الإسلامي:

إذا كان انحراف الدستور في النظم الوضعية أمراً ثابتاً، وقد رأينا نماذجه وتطبيقاته؛ فإن انحراف الدستور في ظلّ النّظام الإسلامي يكاد يكون مستحيلاً. وذلك لأسباب متعدّدة ترجع في مجملها إلى فكرة قوامها؛ أن الدستور تشريع، والتشريع في الإسلام محاطٌ بجملة من الخصائص تميّزه عن نظيره في النّظم الوضعية. تلك الخصائص هي التي تجعل من انحراف الدستور في ظلّ النّظام الإسلامي، أمراً قريباً من المستحيل. وهذا تلخيص لأبرها:

- التشريع في الإسلام نوعان؛ ابتدائي يراد به إيجاد شرع مبتدأ، وابتنائي يراد به بيان حكم تقتضيه الشريعة القائمة. فأما الأول، فهو وظيفة من وظائف الربوبية ليس لغير الله تعالى أن ينازعه

فيه. قال سبحانه: ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَرَّكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾ [الأعراف، الآية 54]،

¹ مفيدة لمزري، نشأة الدساتير في منظور التجربة الجزائرية، مجلّة ميلاف للبحوث والدراسات، العدد 05، جوان 2017م، ص 685.

² ابراهيم شيحا، المرجع السابق، ص 68. / عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، د.ط، 1987م، مركز الدراسات والبحوث والنشر - تونس - ص 212 وما بعدها. / رجب محمد السيد أحمد، المرجع السابق، ص 58.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وأما الثاني الذي يقتصر على بيان حكم تقتضيه الشريعة القائمة؛ فهذا يمكن أن يتولاه البشر. وقد كان الرسول ﷺ أول من باشره، وبعد وفاته تولاه من بعده خلفاؤه من علماء الصحابة، ثم خلفاؤهم من فقهاء التابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين،¹ والدستور ينتمي إلى هذا النوع.

- لما كان التشريع الذي يتولاه البشر لا يزيد عن كونه كشفاً عن حكم تقتضيه الشريعة القائمة، فإنه يترتب عن ذلك أمران؛ أولهما، وجوب التقيّد بنصوص الشريعة القائمة و أهدافها العليا ومقاصدها العامة، فلا ينبغي أن يصدر عن السلطة التشريعية (الكاشفة عن أحكام الشرع المبتدأ) أيّ تشريع يخالف نصّاً من النصوص القرآنية أو النبوية. أو يعارض مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية ومبادئها. ذلك أن المشرّعين في النظام الإسلامي لا يتدثّون أحكاماً، وإنما يعملون على استنباطها واستمداها من الكتاب والسنة، وما نصبه الشارع من الأدلة، وما قرّره من القواعد العامة. فمن استنبط منهم حكماً بالقياس مثلاً؛ فهو لم يشرع حكماً مبتدأ، وإنما اجتهد في تعرّف علّة الحكم المنصوص عليه، وقام بتعدية الحكم من موضع النص إلى موضع العلة.²

وأما الأمر الثاني، فهو وجوب إدراك القائم بالسلطة التشريعية بالشريعة القائمة - التي يريد الكشف عن أحكامها - ومقاصدها العليا ومبادئها العامة، حتى لا تصدر عنه مسألة تتصادم معها. إذ أن عمل هذه السلطة مجرد كشف عن حكم موجود، لا إيجاد حكم من العدم.

وقد كانت السلطة التشريعية في الدولة الإسلامية دائماً من اختصاص العلماء المجتهدين، ممن لهم بصيرة نافذة في القرآن والسنة³. فقد تولّاهما في عصر الصحابة جماعة منهم، بما أوتوا من علم وفقه وحفظ، عرفوا بفقهاء الصحابة. من أشهرهم الخلفاء الأربعة، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن مسعود، وأبو موسى الأشعري ﷺ. وكذلك كان الحال في العصور التي تلت، ففي عهد التدوين تولّى الوظيفة التشريعية جماعة من العلماء المجتهدين، أمثال الإمام مالك بن أنس، والإمام الشافعي، والإمام

¹ (عبد الوهّاب خلاف، السلطات الثلاث، ص 81. / ضو مفتاح غمق، المرجع السابق، ص 17-18).

² (عبد الوهّاب خلاف، السلطات الثلاث، ص 83).

³ (المودودي، تدوين الدستور الإسلامي، ص 35).

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

أبي حنيفة رضي الله عنه. وكلّ هؤلاء لم يكتسبوا السلطة التشريعية من تولية الخليفة، ولكن من ثقة المسلمين بهم واطمئنانهم لعلمهم.¹

لقد نتج عن خصوصية وظيفة التشريع في الإسلام وما يحيط بها من ضوابط وقيود، انعدام أيّ نموذج لانحراف الدستور، كما رأينا سابقاً انعدام نموذج لانحراف التشريع ولنفس الأسباب. وحتى مع احتمال وجوده فإنّ أثره على الحقوق والحريات لا يرقى لمستوى الخطر الذي يترتب عن انحراف الدستور في النظم الوضعية. ذلك أن الدستور في النظام الإسلامي ذاته خاضع للرقابة بكافة أشكالها، وفي مقدمتها القضائية. إذ ليس له سوى سمو نسبي، أما السمو المطلق فهو لمبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها وأحكامها القطعية، التي دلّت عليه نصوصها. والتي يجب أن يخضع لها الدستور. وفي حال انحرافه عنها وخروجه على قواعدها فإنه يصبح باطلاً.

ومن هنا يتبيّن أن الفقه الإسلامي لا يعرف أزمة شرعية الدستور، وإشكالية الحيلولة دون انحرافه التي عرفها الفقه الوضعي، والتي دفعت بعض رواده إلى اللجوء لفكرة "القواعد فوق الدستورية"، والقول بوجود مبادئ وقيم وأهداف عليا تقع خارج النظام القانوني للدولة، تسمو عليه بما في ذلك الدستور. ذهب بعضهم إلى القول باستمدادها من الفلسفة الإيديولوجية التي يقوم عليها النظام السياسي،² وقال بعضهم باستمدادها من قواعد العدالة والأخلاق، واختار بعضهم التعبير عنها بفكرة القانون الطبيعي،³ وصرّح البعض الآخر باستمدادها من القوانين الإلهية.⁴ وقد رأى البعض أن الحلّ يكمن في إقامة محكمة دستورية دولية، تتولّى الرقابة الدستورية على الدستور نفسه.⁵

¹ (عبد الوهّاب خلاف، السلطات الثلاث، ص 87، 84، 37.

² (طه بدوي، المرجع السابق، ص 112-113.

³ (علي جريشة، المرجع السابق، ص 27.

⁴ (جان جاك روسو، المرجع السابق، ص 79-81.

⁵ (رجب محمد السيد أحمد، المرجع السابق، ص 183.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

المطلب الثاني: آليات معالجة الانحراف الدستوري:

من أجل مواجهة الانحراف الدستوري، اقترح البعض فكرة بسط الرقابة الدستورية على نصوص الدستور ذاته. وذلك من خلال إنشاء محكمة دستورية دولية عليا، تراقب الدساتير في مختلف دول العالم. تنشأ هذه المحكمة بمقتضى معاهدة دولية تبناها الأمم المتحدة.¹ غير أن هذا الرأي في حقيقة الأمر يزيد الأمر تعقيداً، ذلك أن تلك المحكمة الدستورية العليا -على فرض وجودها- ستكون حينما تباشر رقابتها على دساتير العالم، محتاجة إلى دستور دولي يسمو على كافة الدساتير، حتى تفحص مدى مطابقتها وخضوعها له، وتضمن سموه عليها. وهذا ما يوقعنا في الدور، ويكرّر طرح تلك الأسئلة التي تدور حول: ماذا لو انحرف هذا الدستور الدولي؟ وقبل ذلك، من الذي سيضعه؟ وكيف؟ وما هو الأساس الذي يستند له في سموه؟ وما الذي يبرر احترام وخضوع الأفراد والدول له؟ وما إلى ذلك من الأسئلة التي لا يمكن أن نخلص منها إلا إلى أمر واحد؛ هو أننا انتقلنا من مشكلة مواجهة انحراف دستوري فطري داخل دولة واحدة، إلى مشكلة مواجهة انحراف دستوري دولي، أكثر خطورة وضراوة، وأشدّ تعقيداً من سابقه.

وإضافةً إلى ذلك فإن فكرة الرقابة الدستورية الدولية هذه تطرح إشكالاتٍ أخرى؛ إذ تتعارض مع مبدأ سيادة الدول، وتفسح المجال أمام التدخل في شؤونها الداخلية.² إننا حينما نبحث بشيء من التمهيد عن آليات مواجهة الانحراف الدستوري، نجد أنفسنا أمام حقيقة جليّة يمكن اعتبارها من البديهيات؛ قوامها أن الدستور إذا ما انحرف وكان في انحرافه مساساً بحقّ من الحقوق، أو انتهاكاً لحرية من الحريات، فإنه لا يمكن إطلاقاً أن يعود فيوقر ضمانته لحمايتها. وبعبارة أوضح، إن الدستور "المنحرف" لا يمكن أن يقدم للأفراد سلاحاً ليواجهوا به انحرافه ويبتلوا به أحكامه. ولذلك فإن أي آلية يمكن أن تستخدم في ذلك، ستكون غير دستورية وغير مشروعة بالنظر إلى قواعد المشروعية في ظلّ ذلك الدستور القائم.

¹ (رجب محمد السيد أحمد، المرجع السابق، ص 183.

² (المرجع نفسه، ن ص.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

ويؤكّد هذا الكلام استقراء تاريخ الدساتير التي اشتملت على انحرافات، ووجد الأفراد فيها تضييقاً على حرياتهم أو مساساً بحقوقهم. إذ أن المتتبع لها يجد أن أغلبها انتهى بطريقة غير مشروعة،¹ تخالف نصوصها ومقتضياتها.² من ذلك مثلاً؛ دساتير فرنسا منذ الثورة، والبالغ عددها خمسة عشر دستوراً، إذ سقطت كلّها بطرق غير دستورية، ما عدا دستور 1793 الذي لم يطبّق أصلاً، ودستور 1875 الذي ألغي بعد غزو الألمان لفرنسا.³ ومن أمثلة تلك الدساتير أيضاً، دستور إيران الذي أنهته الثورة الإسلامية سنة 1979م⁴، ودستور مصر لسنة 1930م الذي سقط عقب ثورة يوليو 1952م⁵، ودستورها الصادر في 1971 والذي عدّل في 2005 ثم في 2007، الذي سقط في يناير 2011م، ودستور روسيا الذي سقط عقب الثورة البلشفية 1917م⁶.

هذا ويحصر فقهاء القانون الدستوري الأساليب غير الشرعية لانتهاء الدساتير في أسلوبين، هما الثورة والانقلاب. وهذان الأسلوبان وإن كان يشتركان في كونهما غير قانونيين، وفي النتيجة المترتبة عنهما والمتمثلة في إسقاط الدستور القائم. إلا أنهما يختلفان في الجهة التي يصدران عنها كما يختلفان في أهدافهما. فالانقلاب يصدر عن بعض أجهزة السلطة الحاكمة ويهدف إلى تغيير الحكومة القائمة، في حين أن الثورة غالباً ما تكون من الشعب وتهدف إلى تغيير أوضاعه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.⁷

¹ (نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 597.

² (عبد الفتاح عمر، المرجع السابق، ص 223.

³ (حسن البحري، انتهاء الدستور، الموسوعة العربية القانونية، المجلد الثالث، ص 462. الموقع: www.arab.ency.com، تاريخ الدخول: 2018-08-08، الساعة: 10:40.

⁴ (حسني بوديار، المرجع السابق، ص 98. / عبد الفتاح عمر، المرجع السابق، ص 224.

⁵ (نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 597.

⁶ (عصام الدبس، المرجع السابق، ج 01، ص 166. / حسني بوديار، المرجع السابق، ص 98.

⁷ (عبد الحميد متولي وآخرون، المرجع السابق، ص 90. / نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 598.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وبناء على ما تقدّم، فإننا لن نتطرّق هنا إلى أسلوب الانقلاب، على اعتبار أنه لا يعدو أن يكون صراعاً على السّلطة، إذ يسعى القائمون به غالباً إلى تغيير الحكومة القائمة، دون أن يهتمّوا بمسألة الحريات والحقوق. و سنكتفى بالتعرّض لأسلوب الثورة من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: مفهوم الثورة ومشروعيتها.

الفرع الثاني: مدى صلاحية الثورة كآلية لمواجهة الانحراف الدّستوري.

الفرع الثالث: نظرية الخروج في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الفرع الأول: مفهوم الثورة ومشروعيتها:

أولاً- مفهوم الثورة:

تُعرف الثورة بأنها حركة مفاجئة أو تغيير مفاجئ، شامل وجذري للنظام السياسي والاجتماعي والقانوني في الدولة. وهي حركة شعب بأسره، يقوم بها لإزالة العوائق والموانع التي يرى أنها تعترض طريقه، لكي يصل إلى آماله وتطلعاته. هذا ويرتبط معنى الثورة غالباً بفكرة العنف والخروج عن طاعة السلطة.¹

فالثورة إذن؛ أسلوب من أساليب التغيير التي لا تتبع فيها الوسائل المعتمدة في النظام الدستوري القائم بالدولة، بل إنها أصلاً تهدف إلى هدمه ونقضه.²

ثانياً- مشروعية الثورة:

بيننا سابقاً أنّ الثورة كواقعة مادية، بما تشمله من عنف وتمرد عن طاعة السلطة، تشكل خروجاً عن التنظيم القانوني للدولة التي قامت بها. إذ ليس معقولاً أن يبيح القانون الخروج عليه، وينظم كيفية ذلك. وعليه فإنها تعتبر في حقيقة الأمر؛ غير مشروعة.³

وقد ذهب البعض إلى القول بأن الثورة تستمد مشروعيتها من نجاحها، ذلك أنها عبارة عن صراع بين قوتين ماديتين؛ قوة القائمين بالثورة من جهة، وقوة الحكومة من جهة أخرى. والتي ستنتصر منهما سيكون الحق في جانبها!! فإذا فشلت الثورة ولم يكتب لها النجاح، فسيقدم القائمون بها إلى المحاكمة بتهمة التآمر، والخيانة، والخروج على الشرعية، ومحاولة قلب نظام الحكم. أما إذا نجحت فسيصبحون زعماء وطنيين، ومخلصين، وتسقط الحكومة التي كانت قبل الثورة، ويحال أعضاؤها

¹ (أشرف إبراهيم سليمان، مبادئ القانون الدستوري: دراسة موجزة عن القانون الدستوري والنظم السياسية، ط01، 2015م،

المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة - ص 98. / عبد الوهاب الكيالي وآخرون، المرجع السابق، ج 01، ص 870.

² (قراءات نظرية: الثورات السياسية - المفهوم والأبعاد-، 17 أبريل 2016م، إدارة البحوث والدراسات، المعهد المصري للدراسات السياسية والإستراتيجية- مصر- ص 01.

³ (أشرف إبراهيم سليمان، المرجع السابق، ص 100-101. / عبد العزيز الخطّابي، المرجع السابق، ص 198.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

للمحاكمة بتهمة الفساد والخيانة. وهكذا يتبين أن الثورة تشكّل خروجاً على قواعد المشروعية، وبنجاحها تخلق مشروعية جديدة!!¹

وليس خفياً ما في هذا الرأي من عوارٍ، إذ ينتهي إلى القول بقانون القوّة كبديل عن قوّة القانون، أو بتعبير أكثر صراحة؛ فإنه يؤول إلى القول بسيادة قانون الغاب.

غير أنه بالرغم من أن الثورة تعتبر خروجاً عن المشروعية، إلا أن هناك من اعتبرها شرعية. على أساس أنها تقوم طلباً لحقّ ما عاد تحقيقه ممكناً ضمن النظام القانوني القائم، أو دفع ظلم ما عاد دفعه ممكناً في ظلّه وبالآدوات التي يتيحها.² ولعلّ هذا كان واضحاً فيما ذهب إليه أرسطو حينما اعتبر أن السبب الرئيس في قيام الثورات، هو انعدام المساواة.³

لكنّ محاولة شرعنة الثورة، التي يدلّ عليها القول: بأن الثورة - وإن كانت غير مشروعة- فهي تخلق مشروعية جديدة. والقول بأنّها شرعية، وإن لم تكن مشروعة -هذه المحاولة- تحمل في ذاتها اعترافاً بانعدام أي بديل شرعي عن الثورة، يمكن استخدامه في مواجهة انحراف الدستور. وتتضمّن إقراراً بفشل مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التأسيسية، وإن استطاع حمايتها من انحراف السلطتين التنفيذية والتشريعية، من خلال ما وقره من آليات و ضمانات لذلك.

ولمّا كان البحث في مشروعية الثورة من عدمها، مجرد كلام فلسفي نظري لا أثر له في الواقع. فإننا سنكتفي فيه بما أوردنا. وسنتجاوزّه إلى البحث في مدى صلاحية الثورة، كآلية لمواجهة الانحراف الدستوري في الفرع التالي.

الفرع الثاني: مدى صلاحية الثورة كآلية لمواجهة الانحراف الدستوري:

لا بدّ لنا في البداية أن نقرّ أن اللجوء إلى الثورة كآلية لمواجهة الانحراف الدستوري -بغضّ النظر عن كونها مشروعة أم لا- محفوف بكمّ لا حدّ له من المخاطر الجسيمة. ولعلّ هذا ما دفع

1 (عبد العزيز الخطّابي، المرجع السابق، ص 198. / نعمان أحمد الخطيب، المرجع السابق، ص 600-601.

2 (عزمي بشارة، في الثورة والقابلية للثورة، د.ط، 2011م، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات - الدوحة- ص 08-09.

3 (أرسطو، المرجع السابق، ص 245.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

أرسطو إلى القول بأن الخضوع للقوانين مقدّم على النظر في محتواها، وبالتالي فإنه يمكن للأفراد أن يخضعوا لقوانين سيئة. ولعلّه أيضاً ما دفعه إلى القول ب: "أنه من الواجب جداً أن نغلق أعيننا عن مساوئ المشرّعين والحكومة، فإن الشرّ الأكبر هو انتزاع القوّة من القوانين واعتياد الشعب على مخالفتها"¹.

وفي ذلك دلالة واضحة منه على رفضه لفكرة الثّورة، وإيمانه بضرورة الخضوع للقوانين على ما فيها من عيوب. ويبدو جلياً أن أرسطو إنّما قال هذا الكلام، في استحضار منه للمخاطر التي تحفّ الخروج على قواعد المشروعية. وإلا فإنه نفسه الذي كان يبرّر الثّورات بانعدام المساواة، وكان يعتبر القانون الوضعي المخالف للقانون الطبيعي مخالفاً للعدل، وغير واجب الاحترام. وقال بمشروعية مقاومة الحكومات التي وضعتها، لأنها حسب رأيه حكومات ضدّ الطّبيعة.²

ولقد دفعت جسامة مخاطر الأسلوب الثّوري، العديد من الفلاسفة والمفكرين إلى القول بأن الثّورات ليست سوى انفجارات شبه بربرية خارجة عن السيطرة، وأنها ليست سوى انفعالات جماهيرية مدمّرة.³

ونحن إذا استقرّنا تاريخ الثّورات والنتائج التي انتهت إليها عبر العالم، ندرك أن الأسلوب الثّوري ليس الحلّ الأمثل لمواجهة الانحراف الدّستوري. ذلك أن تلك الثّورات لا بدّ أن تنتهي إلى أحد أمرين:

الأول: أن تفشل تلك في تحقيق أهدافها، وينتج عنها في هذه الحالة استمرار النّظام والدستور الذين قامت عليهما، وبالتالي تقديم القائمين بها للمحاكمة بتهمة الخروج على الشّريعة والخيانة والتآمر - كما تقدّم-. وقد أثبت الواقع أن الأنظمة التي تتعرّض لثّورات فاشلة، تصبح أكثر شراسة عمّا كانت عليه من قبل، ويزداد استبدادها ويتعمّق انحرافها، باسم حماية وحدة البلد وأمنه واستقراره وتستند في ذلك كله إلى شرعيّة القوّة بدل قوّة الشّريعة.

¹ (سمير تناغو، المرجع السابق، ص 135.

² (المرجع نفسه، ن ص.

³ (عبد الوهّاب الكيالي وآخرون، المرجع السابق، ج 01، ص 870.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الثاني: أن تنجح في إسقاط النظام والدستور الذين قامت عليهما، وفي هذه الحالة نكون أمام احتمالين:

1- أولهما، أن تفشل في بناء نظام جديد، وتحوّل إلى حالة "اللاّدولة" وهذا أسوأ الاحتمالات على الإطلاق.

2- والثاني، أن تنجح في بناء نظام جديد، وهنا يوجد كذلك احتمالان:

أ- الأول، أن تفرز نظاماً ديمقراطياً يحمي الحقوق ويحترم الحريات، ويقيم مبادئ العدل والمساواة.

ب- والثاني، أن تعيد النظام القديم بكامل عيوبه أو تأتي بنظام أسوأ منه.

وقد أثبت الواقع أن الاحتمال الأول الذي يتمثل في إقامة نظام ديمقراطي، يكاد يكون معدوماً. إذ أن أغلب الثورات التي نجحت في إسقاط النظام والدستور، فشلت في إعادة بناء نظام أفضل من سابقه. بل إن واقع الحال، يشهد بأنّها أنتجت أنظمة أسوأ من التي قامت عليها، بدء من الثورة الفرنسية وانتهاء بالأحداث الأخيرة التي شهدتها العالم العربي، مع مطلع العشرية الثانية من الألفية الثالثة. وفيما يلي بعض نتائج تلك الثورات وسنركز منها على الثورة الفرنسية خاصّة لما لها من خصوصية حظيت بها بسبب ما رفعته من شعارات لامعة.

أولاً- الثورة الفرنسية:

رغم أنّها رفعت شعار "الحرية والإخاء والمساواة"، إلّا أنّها بدأت أكبر مذبح في التاريخ، ورافقتها فوضى عارمة¹، مما دفع بعض الناس منذ سنة 1795 -أي بعد نحو ستّ سنوات من قيامها- إلى التفكير في إعادة الملكية، لولا أن لويس الثامن عشر كان قد صرّح بأنّه سيعيد النظام القديم بالكامل. وأنه سيعاقب رجال الثورة وأنصارها.² ولكن الاستبداد الذي مارسه حكومة

¹ (عبد المنعم سعيد، في نقد الثورة الفرنسية، قناة العربية، بتاريخ 14-12-2014. الموقع:

<https://www.alarabiya.net> ، تاريخ الدخول: 08-08-2018م، الساعة: 10:55.

² (غوستاف لوبون، روح الثورات والثورة الفرنسية، ترجمة عادل زعيتر، د.ط، د.ت ط، كلمات عربية للترجمة والنشر- القاهرة- ص 162.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

"الديركتوار"¹ التي أبطلت انتخابات تجديد المجلس النيابي في مارس 1797م، وطردت 154 من النواب الجدد الذين عارضوا سياساتها، وحكمت على 53 منهم بالنفي. وما رافقه من دمار وفوضى وغياب للأمن كاد ينهي فرنسا، مما دفع الناس إلى البحث عن قائد قادر على إعادة النظام، من أجل أن يخلصهم من تلك الأوضاع. فوجدوا بونابرت الذي استطاع أن يقضي على الفتن وأن يعيد إلى فرنسا وحدتها، ولكنه سرعان ما أقام استبداداً فردياً مكان استبداد الجماعات الذي أزاله.² ثم تحوّل إلى إمبراطور غزا أوربا كلها، حتى وصل إلى موسكو فكانت الهزيمة والتراجع إلى أن سقطت الإمبراطورية.³ وعاد الحكم الملكي إلى فرنسا بعد أن رفض الفرنسيون والحلفاء تعيين ابن نابليون ملكاً عليهم. ليصبح لويس الثامن عشر ملك فرنسا، وبعد أن توفّي سنة 1824 م، تبوّأ الملك شارل العاشر العرش خلفاً له، والذي كان سبباً في عودة الأزمات والقلاقل إلى البلاد واندلاع الثورة من جديد. وكان ذلك سنة 1830م، بسبب ما أصدره من قوانين صارمة على الصحافة وحلّ مجلس النواب المنتخب. إذ لم تمض أكثر من أربعة أيام على صدور تلك المراسيم، حتى استولى الثوّار على العاصمة باريس، وفرّ شارل العاشر إلى إنجلترا.⁴ وتولّى مكانه الملك لويس فيليب الذي حكم من 1830 إلى سنة 1848. ثم انتهى حكمه بثورة أيضاً بعدما رفض إصلاح قانون الانتخابات، فأجبر حينها على التخلّي عن العرش. ثمّ قامت الجمهورية الفرنسية الثانية، وانتخب لويس نابليون رئيساً لها. ولكنه سرعان ما استطاع أن يجمع كلّ الصّلاحيات بين يديه، وأعلن نفسه إمبراطوراً. وكان ذلك سنة 1852 وقد تحوّل بعدها إلى دكتاتور جثم على فرنسا حتى انهزم أمام جيش ألمانيا الموحّدة، وسلّم مدينة "سيدان" فعندئذ أسقطه الثوّار، وكان ذلك سنة 1870م.⁵

¹ (حكومة الديركتوار: وهي الحكومة التي عهد إليها دستور 1793 بالسلطة التنفيذية وتتكون من خمسة أعضاء يرشّحهم مجلس الشّبان المتكون من خمسمائة عضو ويعيّنهم مجلس الشيوخ المتكون من مائتين وخمسين عضواً. المرجع نفسه، ص 133.

² (غوستاف لوبون، المرجع السابق، ص 161، 133، 162، 165.

³ (عبد المنعم سعيد، المرجع السابق.

⁴ (غوستاف لوبون، المرجع السابق، ص 171.

⁵ (المرجع نفسه، ص 172-173. / عباس الطراييلي، نابليون وإنقاذ فرنسا .. من الفوضى، جريدة الوفد، يومية إخبارية مصرية، عدد الأربعاء 14 فبراير 2013. الموقع: <http://alwafd.news>، تاريخ الدخول: 19-06-2018، الساعة 20:14.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

ثانياً الثورة البشنية:

ليست أفضل حالاً من الثورة الفرنسية؛ إذ فشلت هي الأخرى في إعادة بناء نظام ديمقراطي. وأقصى ما فعلته؛ أنها استبدلت الاستبداد الجزئي للقيصرة الروس، بالاستبداد التام لستالين. الذي أزهد في عهده روح زهاء ثلاثين مليون مواطن. وبعد سبعين عاماً من الثورة المستمرة؛ انهار الاتحاد السوفييتي.¹ وقد كانت الحياة الروسية في بداية القرن العشرين في ظلّ حكم الأنظمة القيصرية أكثر حرية، وكانت معدلات النمو الاقتصادي أعلى.²

ثالثاً. في كوريا:

لقد أطاح فيدل كاسترو بنظام باتستا لكنه لم يؤسس نظاماً ديمقراطياً؛ إذ انخفضت الحريات في عهده، وتراجعت معدلات النمو الاقتصادي.³

رابعاً. في البلاد العربية:

لقد تسببت الأحداث الأخيرة التي شهدتها بعض البلاد العربية، منذ سنة 2010م -على غرار مصر وسوريا وليبيا واليمن وتونس- في العديد من الآثار والنتائج غير المرغوب فيها، بلغت حدّاً جعل الذين قاموا بالثورات وأيدوها، يحنّون إلى العهود البائدة التي ثاروا عليها. من أبرز تلك الآثار:

- حالة من الدمار والفوضى، وانعدام الأمن والاستقرار، نتجت عن انهيار الدولة في بعض تلك البلاد، وتحولها إلى ساحات للمعارك تتصارع فيها الميليشيات، وتتواجه فيها الجماعات المسلحة.⁴
- تدهور غير مسبوق في وضعية حقوق الإنسان، من خلال ما رافق تلك الأحداث من مذابح وأعمال عنف متبادلة. وما تبعها من تعذيب، وتهجير وإخفاء قسرين، وقتل خارج نطاق القانون،

¹ (عبد المنعم سعيد، المرجع السابق.

² (إيمان أحمد رجب، اتجاهات نظرية في تحليل السياسة الدولية، مجلّة السياسة الدولية، العدد 184، أبريل 2011، ص 13.

³ (المرجع نفسه، ن ص.

⁴ (جريدة الشرق الأوسط، يومية إخبارية دولية، عدد 13036، بتاريخ الثلاثاء 03 يونيو 2014م، ص01. الموقع:

<http://aawsat.com> تاريخ الدخول: 2018-06-19، الساعة: 12:35.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

واستغلال للقضاء وتوظيفه في تصفية الخصوم السياسيين، وتقييد لحرية الرأي والتعبير، وتضييق على وسائل الإعلام.¹

- تدهور فطبع في الأوضاع الاقتصادية، وانخفاض حاد في معدلات النمو وتدني المستوى المعيشي.² إن الذي يمكن استنتاجه من استعراض نتائج نماذج التغيير تلك، على اختلاف أزمنتها وأمكنتها، هو أن الثورة دائما ما تنتهي بشكل سيء. وأن مؤيديها -على حدّ تعبير سيمون بوليفار- يكون بمثابة من يجرف البحر.³ و بذلك يتضح أنّ الأسلوب الثوري؛ ليس الحلّ المناسب لمواجهة الانحراف الدستوري.

الفرع الثالث: نظرية الخروج في الفقه الإسلامي:

في الفقه الإسلامي إذا استثنينا مذاهب بعض الفرق؛ كالخوارج⁴، والمعتزلة⁵، والزيدية⁶ من الشيعة، فإننا نجد أن أهل السنة يتفقون على حرمة الخروج على الحاكم، وإن فسق وظلم وضيق على

¹ (محاكمة الربيع العربي: حالة حقوق الإنسان في العالم العربي 2014م، تقرير سنة 2014م، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ص 12، 16، 22، 26، 27.

² (جريدة الشرق الأوسط، يومية إخبارية دولية، عدد 13004، بتاريخ الثلاثاء 06 يوليو 2014م، ص02. الموقع: <http://aawsat.com> تاريخ الدخول: 20-06-2018، الساعة: 21:12.

³ (إيمان أحمد رجب، المرجع السابق، ص 13.

⁴ (يرى الخوارج أن الخروج على الإمام الجائر حقاً واجباً. الأشعري أبو الحسن، المرجع السابق، ج01، ص204، ج 02، ص 140.

⁵ (يرى المعتزلة وجوب الخروج على الإمام الجائر متى توفرت القدرة والمكنة، وإلا لم يجز الخروج عليه (أي حال انعدام القدرة). الأشعري، المرجع السابق، ج02، ص140، 157.

⁶ (الزيدية: هي إحدى فرق الشيعة، وهم أتباع زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم. ساقوا الإمامة في أولاد فاطمة رضي الله عنها، ولم يجزوا ثبوتها لغيرهم. وهم أصناف ثلاثة "جارودية"، و"سليمانية"، و"بترية" وكلهم يقولون بوجوب الخروج على الإمام الظالم الفاجر بالسيوف. الشهرستاني، الملل والنحل، ج 01، ص 179، 183. / الأشعري، المرجع السابق، ج 02، ص 140، 150.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

الرعية¹. ويعلّون ذلك بأن الخروج لا يتصوّر غالباً إلاّ بحروب وعنف ومضايقات. وفي ذلك من المفسدة أشدّ ممّا يرجى من المصلحة، لما ينطوي عليه من تفريق للجماعة وسفك للدماء. ممّا يستوجب تحصيل المصلحة العامة المتمثلة في الإبقاء على وحدة الجماعة وتماسكها واستقرارها، وإن فاتت المصالح الفردية للأشخاص بصبرهم على جور السلطان وظلمه لهم وتعسّفه معهم.² قال النووي رحمه الله: ((وأما الخروج عليهم وقتالهم -يعني الحكّام- فحرام بإجماع المسلمين، وإن كانوا فسقة ظالمين. وقد تظاهرت الأحاديث بمعنى ما ذكرته، وأجمع أهل السنّة على أنه لا ينعزل السلطان بالفسق. وأما الوجه المذكور في كتب الفقه لبعض أصحابنا أنّه ينعزل، وحكي عن المعتزلة أيضاً، فغلط من قائله مخالف للإجماع. قال العلماء وسبب عدم انعزاليه وتحريم الخروج عليه؛ ما يترتب على ذلك من الفتن وإراقة الدماء، وفساد ذات البين فتكون المفسدة في عزله أكثر منها في بقائه.))³ وقال ابن تيمية رحمه الله: ((المشهور من مذهب أهل السنّة؛ أنّهم لا يرون الخروج على الائمة وقتالهم بالسيف وإن كان فيهم ظلم. كما دلّت على ذلك الأحاديث الصّحيحة المستفيضة عن النبي ﷺ، لأن الفساد في القتال والفتنة أعظم من الفساد الحاصل بظلمهم بدون قتال ولا فتنة. فلا يدفع أعظم الفسادين بالتزام أدناهما. ولعلّه لا يكاد يعرف طائفة خرجت على ذي سلطان، إلا وكان في خروجها من الفساد ما هو أعظم من الفساد الذي أزالته.))⁴ وقال رحمه الله في استقراء منه لحالات الخروج التي كانت قد وقعت: ((وقلّ من خرج على إمام ذي سلطان إلا كان ما تولّد عن فعله من الشرّ أعظم ممّا تولّد من الخير كالذين خرجوا على يزيد بالمدينة وكابن الأشعث الذي خرج على عبد الملك بن مروان بالعراق وكابن المهلب الذي خرج على ابنه بخراسان وكأبي مسلم الذي خرج عليهم

¹ (الحاكم المقصود هنا و الذي يحرم الخروج عليه هو الحاكم العدل والحاكم الظالم أو الفاسق لا الحاكم الكافر. كامل علي إبراهيم رثاع، نظرية الخروج في الفقه السياسي الإسلامي، ط01، 1425هـ-2004م، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان- ص175.

² (الدهلوي ولي الله بن عبد الرّحيم، حجّة الله البالغة، ط01، 1426هـ-2005م، دار الجيل للطباعة والنّشر والتوزيع، بيروت -لبنان- ج02، ص232. / عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط01، 1413هـ-1993م، مؤسسة الرّسالة، بيروت -لبنان- ج04، ص347.

³ (النووي محي الدين أبو زكرياء، المرجع السابق، ج12، ص229.

⁴ (ابن تيمية تقي الدين، منهاج السنّة النبوية، ط01، 1406هـ-1986م، د.دن، ج03، ص391.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

بخراسان -أيضاً- وكالذين خرجوا على المنصور بالمدينة والبصرة وغاية هؤلاء إما أن يغلبوا ثم يزول ملكهم فلا يكون لهم عاقبة فإن عبد الله بن علي وأبا مسلم هما اللذان قتلا خلقاً كثيراً وكلاهما قتله أبو جعفر المنصور وأما أهل الحرة وابن الأشعث وابن المهلب وغيرهم فهزموا وهزم أصحابهم فلا أقاموا ديناً ولا أبقوا دنيا. والله تعالى لا يأمر بأمر لا يحصل به صلاح الدين ولا صلاح الدنيا، وإن كان فاعل ذلك من أولياء الله المتقين ومن أهل الجنة...)).¹

وحتى الذين نسب إليهم القول من أهل السنة، يجاوز الخروج على الحكام الظلمة كالإمام مالك² وأبي حنيفة³، و الجويني⁴ فيما أن نسبة ذلك إليهم لم تصح كالإمام مالك⁵ رحمه الله، وإما أنهم لم يقولوا بالجواز مطلقاً، وإنما أخضعوه لميزان المصالح والمفاسد. وعلقوه على شرط القدرة والاستطاعة. فأجازوه حال رجحان المصلحة وامتلاك القدرة، وحظروه حال رجحان المفسدة

¹ (ابن تيمية، منهاج السنة النبوية، ج 04، ص 528.

² (لقد استدللّ الذين نسبوا القول بجواز الخروج إلى الإمام مالك رحمه الله ، بأنه أفتى ببيعة محمد بن عبد الله الملقب ب"النفس الزكية" عندما خرج بالمدينة المنورة على أبي جعفر المنصور إذ قيل له حينها: " إن في أعناقنا بيعة للمنصور" قال: " إنما كنتم مكرهين ...". كايد يوسف محمود قرعوش، طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، د.ط، د.ت ط، مؤسسة الرسالة، بيروت -لبنان- ص 515.

³ (ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج 05، ص 23.

⁴ (كايد قرعوش، المرجع السابق، ص 517.

⁵ (لقد نفى العديد من المحققين عن الإمام مالك رحمه الله، القول بجواز الخروج. وفي مقدّمة أولئك أبو زهرة في ترجمته له؛ إذ ذهب إلى القول باستحالة صدور ذلك عن الإمام مالك، خاصّة بعد ما رأى وشاهد من خروج أبي حمزة الخارجي سنة 130هـ، ودخوله المدينة المنورة وإفساده فيها وسفكه للدماء. ونفى أبو زهرة ما نسب إلى الإمام مالك من أنه أفتى ببيعة " النفس الزكية"، واعتبر ذلك مجرد مكيدة من أعدائه وحسادته، وقال أن مالكا لم يكن يتحدّث أو يفتي ببيعة النفس الزكية إطلاقاً، وكل ما في الأمر أنه كان يحدّث بحديث " ليس على مستكره طلاق" فاتّخذ مروجو الفتن حجة بطلان بيعة المنصور . وتزامن ذلك مع خروج محمد بن عبد الله -النفس الزكية- فنهاه المنصور عن أن يحدّث بهذا الحديث. ثمّ دسّ إليه من يسأله عن ذلك، فحدّثه به، فضربه المنصور. أبو زهرة محمد، مالك حياته وعصره-آراؤه وفقهه، ط02، د. ت ط، دار الفكر العربي-دار الثقافة العربية للطباعة، عابدين، ص 66-69، 77-78. ويؤيّد هذا ما ذكره ابن عبد البر ، من أن سبب ضرب مالك من قبل المنصور؛ هو تحدّثه بالحديث المتقدّم، ووشاية حسّاده به. ابن عبد البر، الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة والفقهاء. ط01، 1417هـ-1997م، دار البشائر الإسلامية، بيروت -لبنان- ص 87، 88.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

وانعدام الاستطاعة. وهذا شأن الإمامين أبي حنيفة¹ والجويني² رحمهما الله. وبذلك يصير الخلاف بين هؤلاء وبين القائلين بمنع الخروج مطلقاً مجرد خلاف لفظي صوري؛ ذلك أن الذين حظروا الخروج مطلقاً إنما حظروه بناء على ما تبين لهم فيه من المفسدة الراجحة مما استنتجوه من استقراء التجارب السابقة. أما غيرهم فهم وإن لم يجرّموه ابتداءً إلا أنهم قد حرّموه حال احتمال رجحان المفسدة المترتبة عنه على المصلحة المنشودة منه. وهكذا يتبين أن الخلاف بين الفريقين لا يعدو أن يكون خلافاً لفظياً. إذ أنّ كلاهما يجرّم الخروج إذا غلب على الظن أن المفسدة المترتبة عنه أعظم من المصلحة المرجوة منه. وبهذا يظهر أن الذين قالوا بالجواز ما قالوا به إلا لأن تجارب الخروج التي أمكنهم الوقوف عليها لم تكن كافية لهم حتى توصلهم التيقن من أن مفسدات الخروج راجحة غالباً على منافعها، وربما كان ذلك لأن نتائجها لم تصل إليهم بشكل جلي. لكننا الآن بعد أن شهدنا هذا الكم الهائل من التجارب الإضافية والتي كانت -على اختلاف القائمين بها وتباين العصور التي وقعت فيها والبقاع التي حلّت بها- متشابهة فيما أسفرت عنه من دمار وفوضى -بعد هذا كلّ- نستطيع أن نتبنى رأي القائلين بالحظر مطلقاً؛ بناء على عظم مفسدته وأضراره غالباً، ورجحانها على ما يرجح منه من مصالح.

ويبدو جلياً أنسجام هذا المذهب مع روح الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة ومقاصدها العليا التي تدور حول تحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد. من خلال حفظ الأنفس وتحقيق الأمن والحفاظ على وحدة الجماعة وتماسكها...

¹ (يرغم أن الإمام أبا حنيفة قد قال بجواز الخروج على الحاكم الظالم الفاسق، إلا أنه لم يقل بذلك على إطلاقه. وإنما علّقه على تحقّق الاستطاعة والقدرة، والتيقن من عدم حصول مفسدات. أما إذا خيف حدوث مضاعفات وفتن، فإنّه كان يحظره ويحرّمه. كإيد قرعوش، المرجع السابق، ص 513. / كامل علي إبراهيم رباع، المرجع السابق، ص 185.

² (لقد اشترط الإمام الجويني رحمه الله لجواز الخروج تيقن المصلحة ورجحانها على المفسدة حيث قال: ((وإن علمنا أنه لا يأتي نصب إمام دون اقتحام داهية دهياء وإراقة دماء ومصادمة أحوال جمّة الأهوال وإهلاك أنفس ونزف أموال فالوجه أن يقاس ما الناس مدفوعون إليه مبتلون به بما يفرض وقوعه في محاولة دفعه فإن كان الواقع التّاجز أكثر مما يقدر وقوعه في روم الدّفع. فيجب احتمال المتوقع له لدفع البلاء التّاجز وإن كان المرتقب المتطلع يزيد في ظاهر الظنون على ما الخلق مدفوعون إليه فلا يسوغ التشاغل بالدّفع بل يتعيّن الاستمرار على الأمر الواقع)). الجويني أبو المعالي، غياث الأمم في التياث الظلم، ص 83.

الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات

هذا وإن كانت النّظم والقوانين الوضعية قد حظرت الثورة واعتبرتها خروجاً على قواعد المشروعية إدراكاً منها لحجم المخاطر والأضرار التي تنجرّ عنها - وهو ما أثبت تاريخ الثورات صحته - فإن الشريعة الإسلامية بما تأسست عليه من مبادئ، وما شرعت لتحقيقه من أهداف، أولى من غيرها بمراعاة ذلك. وهي أولى بأن تجنّب المسلمين خاصّة، والبشرية عامّة، كلّ عوامل الفتن والفوضى والهدم والدّمار.

خاتمة:

بعد مناقشة فصول هذا البحث، ودراسة جزئياته ضمن مباحثه وفروعه؛ تم الخروج بجملته من

النتائج. وهي:

- 1- تختلف المشروعية عن الشرعية في الفقه الوضعي من حيث طبيعة وحقيقة كل منهما؛ إذ تقع الأولى ضمن النظام القانوني للدولة بينما تقع الأخيرة خارجه، بل إنها تمثل السند الذي يُحتكم إليه بشأن ذلك النظام ومدى مشروعيته. مما يستلزم أن تكون ضماناتها -الشرعية- من جنسها؛ أي من خارج ذلك النظام القانوني، مختلفة عن ضمانات المشروعية.
- 2- في الفقه الإسلامي لا فرق بين الشرعية والمشروعية؛ فكل منهما تعني سيادة الشرع وخضوع الجميع لأحكامه. وكل منهما تقع ضمن نفس النظام القانوني، المستمد من القرآن الكريم والسنة والنبوية. وبالتالي فإنه لا فرق بين ضمانات الشرعية وضمنات المشروعية. وبذلك يتبين أن الفقه الإسلامي لم يعرف مشكلة الضمانات التي عرفها الفقه الوضعي ولا زال يتخبط في أمواجها.
- 3- لقد كانت مصادر المشروعية -القانون- مثار جدل في الفقه الوضعي إذ ظهرت بشأنها العديد من المذاهب والنظريات وفي مختلف العصور. وقد كانت تلك النظريات -في مجملها- تعتبر التشريع منتوجاً بشرياً، وأكثرها اعتدالاً كانت ترى أن البشر حين صناعتهم له يخضعون لموجه، ثم عادت لتترك لهم وظيفة تحديد ذلك الموجه.
- 4- أما في الفقه الإسلامي فإن التشريع إما ابتدائي، وهذا لا دخل للبشر فيه لكونه من وظائف الربوبية، وإما ابتنائي تباشره الأمة من خلال علمائها ومجتهديها الذين يخضعون في ذلك إلى موجه هو التشريع الابتدائي الذي شرعه الله تعالى في كتابه وفي سنة رسوله ﷺ.
- 5- نظراً للدور الكبير الذي تلعبه الإرادة البشرية في صناعة القانون الوضعي، فإن من الواضح كون هذا الأخير عرضة للانحراف في مختلف مستوياته ودرجاته -بدءً باللائحة وانتهاءً بالدستور- مما

قد يؤدي إلى الإضرار بالحقوق والحريات. وهذا على خلاف الفقه الإسلامي الذي تسود فيه شريعة الخالق، ويلتزم الجميع بالاحتكام إليها، وينتهي في دور البشر عند حدّ الكشف عنها.

6- إذا كانت الآليات والضمانات التي يفرها مبدأ المشروعية كافية لحماية الحقوق والحريات من انحراف التشريع العادي والفرعي، فإنها لا تكفي لحمايتها من انحراف التشريع الدستوري، ولعل هذا ما دفع بعض فقهاء القانون الوضعي إلى محاولة شرعنة الثورة ، و"إضفاء الشرعية على الخروج على المشروعية".

وفي الختام أحمد الله سبحانه مجدداً على توفيقه إياي لإتمام هذا البحث، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد عبده ورسوله وعلى آله وأصحابه أجمعين.

الفهارس

أولاً- فهرس الآيات القرآنية

ثانياً- فهرس الأحاديث النبوية والآثار

ثالثاً- فهرس المواد القانونية

رابعاً- فهرس المصادر والمراجع

خامساً- فهرس الموضوعات

أولا- فهرس الآيات القرآنية.

الرقم	السورة	نص الآية	رقم الآية	الصفحة
01	البقرة	﴿ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ ﴾	43	179
02		﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾	185	202
03		﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ ﴾	197	26
04		﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ﴾	213	137
05	آل عمران	﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾	97	179
06		﴿ وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا ﴾	103	136
07		﴿ وَاتَّقِنَا مِنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿104﴾ ﴾	104	222
08	النساء	﴿ يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ الَّذِينَ يَخْتَلِفُونَ ﴾	26	31
09		﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾	58	137
10		﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهٗ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿59﴾ ﴾	59	77/29
11		﴿ فَخَالَتْهُمَا أَيُّهَا الرِّجَالُ لَوْلَا أَلْفَاظُ الْقَوْمِ لَا بَكَادُونَ بِفَقَهُونَ حَدِيثًا ﴿78﴾ ﴾	78	183
12	المائدة	﴿ مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا ﴿80﴾ ﴾	80	178
13		﴿ رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴿165﴾ ﴾	165	119
14	المائدة	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿2﴾ ﴾	02	136/61

138	08	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُفُونًا قَوَّيْمِينَ لِيَهْدَىٰ إِلَيْهِ شُهَدَاءُ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ءَاعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾﴾	المائدة	15
/79/76 251	44	﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴿٤٤﴾﴾		16
79	45	﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾﴾		17
/62/28 79	47	﴿وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفٰسِقُونَ ﴿٤٧﴾﴾		18
/19/18 76/28	48	﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ﴿٤٨﴾﴾		19
79	49	﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴿٤٩﴾﴾		20
253	51	﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴿٥١﴾﴾		21
179	67	﴿يَأْتِيهَا الرِّسُولُ بِبَلٰغٍ مَّا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ وَإِنْ لَّمْ تَفْعَلْ مَا بَلٰغَتِ رِسَالَتِي ؕ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ ﴿٦٧﴾﴾		22
178	92	﴿وَاطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرِّسُولَ وَأَحْذَرُوا فَإِنْ تَوَلَّيْتُمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّمَا عَلَىٰ رَسُولِنَا الْبَلٰغُ الْمُبِينُ ﴿٩٢﴾﴾		23
31	38	﴿مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ﴾	الأنعام	24
79	57	﴿إِنَّ الْحَكْمَ لِلَّهِ﴾		25
27	97	﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِي ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾		26
/116 118	28	﴿وَإِذَا فَعَلُوا فَحِشَةً قَالُوا وَجَدْنَا عَلَيْهَا ءَابَاءَنَا وَاللَّهُ أَمَرَنَا بِهَا قُلْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِالْفَحِشَءِ أَتَقُولُونَ عَلَىٰ اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٨﴾﴾	الأعراف	27
118/79	32	﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ﴾		28
266/79	54	﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَرَّكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ ﴿٥٤﴾﴾		29
/117 118	157	﴿يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾		30
27	05	﴿وَالْقَمَرَ نُورًا وَقَدَرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ السَّيِّئِينَ وَالْحِسَابَ﴾	يونس	31

79	59	﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ (59)	32
137	19	﴿ وَمَا كَانَ النَّاسُ إِلَّا أُمَّةً وَاحِدَةً فَاخْتَلَفُوا ﴾	33
184	91	﴿ قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا نَقُولُ ﴾	34
170	40	﴿ إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ ﴾	35
80/79	31	﴿ اتَّخَذُوا أَحْبَابَهُمْ وَرُهَيْبَتْهُمْ أَزْوَاجًا مِنْ دُونِ اللَّهِ ﴾	36
170	40	﴿ وَكَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعُلْيَا ﴾	37
217	105	﴿ وَقُلْ إِبْرَاهِيمُ أَسْرَى اللَّهُ عَمَلِكُمْ وَرَسُولَهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّوكَ إِلَىٰ عِلِّيِّ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ (105)	38
27	16	﴿ وَيَا تَجْمُ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾	39
/179	44	﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾	40
180			
137	90	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ (90)	41
/113	15	﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ (15)	42
119			
217	49	﴿ وَيَقُولُونَ بَلَوْنَنَا مَا لِي هَذَا الْكُتُبِ لَا يُعَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّا أَحْصَيْنَاهَا وَوَجَدُوا مَا عَمِلُوا حَاضِرًا وَلَا يَظُنُّ رَبُّكَ أَحَدًا ﴾ (49)	43
234	64	﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾	44
/113	59	﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرْبَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَنْبِئُهُمْ بِآيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرْبَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ﴾ (59)	45
119			
253	67	﴿ وَقَالُوا رَبَّنَا إِنَّا أَطَعْنَا سَادَتَنَا وَكِبْرَاءَنَا فَأَضَلُّونَا السَّبِيلًا ﴾ (67)	46
202	78	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	47
179	54	﴿ قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِن تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ وَإِن تُطِيعُوهُ تَهْتَدُوا وَمَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ الْمُبِينُ ﴾ (54)	48
170	10	﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ﴾	49
78/20	13	﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾	50

78/20 79	21	﴿ اَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿21﴾ ﴾	51
79	09	﴿ وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ خَلَقَهُنَّ الْعَزِيزُ الْعَلِيمُ ﴿9﴾ ﴾	52
21/18	18	﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيحَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا ﴾	53
117	21	﴿ اَمْ حَسِبَ الَّذِينَ ابْحَرُوا السَّيِّئَاتِ أَنْ نَجْعَلَهُمُ كَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ سَوَاءً نَحْيَاهُمْ وَمَمَاتُهُمْ سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ﴿21﴾ ﴾	54
75/74	13	﴿ يَتَأْتِيَ النَّاسَ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاهُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿13﴾ ﴾	55
217	18	﴿ مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴿18﴾ ﴾	56
179/ 181	04، 03	﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ﴿3﴾ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴿4﴾ ﴾	57
217	04	﴿ وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَ مَا كُنْتُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿4﴾ ﴾	58
152	25	﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾	59
178	70	﴿ وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ﴾	60
254	01	﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾	61
113/ 119	08، 10، 09	﴿ كَلَّمَآ أَلْقَىٰ فِيهَا فَوْجٌ سَأَلْتُمْ خَزَنَتَهَا أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ ﴿8﴾ قَالُوا بَلَىٰ قَدْ جَاءَنَا نَذِيرٌ فَكَذَّبْنَا وَقُلْنَا مَا نَزَّلَ اللَّهُ مِنْ شَيْءٍ إِنْ أَنْتُمْ إِلَّا فِي ضَلَالٍ كَبِيرٍ ﴿9﴾ وَقَالُوا لَوْ كُنَّا نَسْمَعُ أَوْ نَعْقِلُ مَا كُنَّا فِي أَصْحَابِ السَّعِيرِ ﴿10﴾ ﴾	62

ثانياً- فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الرقم	طرف الحديث أو الأثر	الصفحة
1	« استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن اللبينة، على الصدقة. فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي. قال: فهلا جلس في بيت أبيه - أو بيت أمه - فينظر أيهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ..... »	219
2	« ألا كلُّكم راعٍ وكلُّكم مسؤولٌ عن رعيته، فالإمام الذي على الناس راعٍ وهو مسؤولٌ عن رعيته، والرجل راعٍ على أهل بيته ، »	75/62
3	« السَّمْعُ والطَّاعَةُ حَقٌّ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِالْمَعْصِيَةِ فَإِذَا أَمَرَ بِمَعْصِيَةٍ... »	29
4	« السَّمْعُ والطَّاعَةُ عَلَى المرءِ المسلمِ فِيمَا أَحَبَّ أَوْ كَرِهَ مَا لَمْ ... »	77/60
5	« إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى،... »	177
6	« بَايَعْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي العُسْرِ وَالْيُسْرِ »	222
7	« صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصْلِي »	177
8	« قَدِمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ بِالتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ فَقَالَ: « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ » »	201
9	« لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ »	201
10	« لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ »	251
11	« لَوْ دَخَلُوهَا مَا خَرَجُوا مِنْهَا أَبَدًا إِتِمَّ الطَّاعَةَ »	77
12	« مَا أَحَلَّ اللهُ فِي كِتَابِهِ فَهُوَ حَلَالٌ، وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ، »	234
13	« مَا مِنْ رَاعٍ يَسْتَرَعِي رَعِيَةَ إِلَّا سُئِلَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَقَامَ فِيهَا »	62
14	« مَا مِنْ عَبْدٍ اسْتَرَعَاهُ اللهُ رَعِيَةً فَلَمْ يَخْطُهَا بِنصيحةٍ »	62
15	« مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيَعْبِرْهُ بِيَدِهِ، »	253
16	« مَنْ قَاتَلَ لِتَكُونَ كَلِمَةَ اللهِ هِيَ الْعُلْيَا فَهُوَ فِي »	170
17	« وَأَنْ لَا تُتَارَعَ الأَمْرَ أَهْلُهُ، وَأَنْ تُقَوْمَ -أَوْ تُقُولَ بِالْحَقِّ- حَيْثُمَا »	222
18	« يَا أَيُّهَا النَّاسُ ! إِنَّ رَبَّكُمْ وَاحِدٌ ، وَإِنَّ أَبَاكُمْ وَاحِدٌ ، أَلَا لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى »	75

	عجمي ، ولا لعجمي على عربي ، ولا لأحمر على أسود ، ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى.....»	
222	«الدين النصيحة». فقال الصحابة <small>رضي الله عنهم</small> : لمن؟ قال: «الله وكتابه ورسوله....»	19
177	«خذوا مناسيكم...»	20
60	«من رأى من أميره شيئاً يكرهه....»	21
80	«يا عدي اطرح عنك هذا الوثن.... أما إنهم لم يكونوا يعبدوهم ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئاً استحلوه وإذا.....»	22

ثالثاً. فهرس المواد القانونية

الصفحة	القانون	رقم المادة	نوع القانون
261	دستور الجزائر 1976	08	الدساتير
262	دستور الجزائر 1976	39	
262	دستور الجزائر 1976	41	
265	دستور الجزائر 1976	195	
229	دستور الجزائر 1996	152	
25	دستور الجزائر 2016	74	
173	دستور الجزائر 2016	91	
25	دستور الجزائر 2016	99	
235	دستور الجزائر 2016	105	
235	دستور الجزائر 2016	107	
173/159	دستور الجزائر 2016	142	
173/25	دستور الجزائر 2016	143	
220	دستور الجزائر 2016	151	
220	دستور الجزائر 2016	152	
220	دستور الجزائر 2016	153	
221	دستور الجزائر 2016	155	
229	دستور الجزائر 2016	171	

القانون والدين الجزائريين

173	دستور الجزائر 2016	186		
209	قانون العقوبات	136	القوانين	
209/196/174	القانون المدني	01		
241	القانون المدني	679		
241	القانون المدني	681 مكرر 3		
216	قانون الإجراءات المدنية والإدارية	830		
242	المرسوم 59-85	49		
216	المرسوم 131-88	33		
265	دستور 1930	156	الدساتير و الإعلانات الدستورية	القوانين المصرية
262	دستور 1964	24		
261	دستور 1964	49		
256	دستور 1971	41		
255	دستور 1971	44		
256	دستور 1971	51		
256	دستور 1971	52		
261	دستور 1971	87		
263	دستور 1971 بعد تعديل 2005	76		
264	الإعلان الدستوري الصادر في 21 نوفمبر 2012	02		

	عن محمد مرسي			
255	قانون الإجراءات الجنائية (سنة 1950)	47	القوانين	
256	قرار بقانون بشأن جوازات السفر والنصوص المرتبطة بها (سنة 1959)	08		
256	قرار بقانون بشأن جوازات السفر والنصوص (سنة 1959) المرتبطة بها (سنة 1959)	11		
99/49	إعلان حقوق الإنسان والمواطن	02	القوانين	القوانين الفرنسية
227	قانون 16-24 أغسطس 1790	13		
262	الإعلان العالمي لحقوق الإنسان	01		الإعلانات الدولية
262	الإعلان العالمي لحقوق الإنسان	02		

رابط- فهرس المصادر والمراجع

أ- القرآن الكريم وعلومه وتفسيره	
	القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
01	ابن حيان الأندلسي محمد بن يوسف، تفسير البحر المحيط، ط01، 1413هـ-1993م، دار الكتب العلمية - بيروت.
02	ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ط02، 1420هـ-1999م، دار طيبة للنشر والتوزيع- المملكة العربية السعودية.
03	الأصفهاني الراغب الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاني، د.ط، د.ت ط، د.د ن.
04	الثعالبي عبد الرحمن، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، ط01، 1418هـ-1997م، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
05	الزمخشري محمود بن عمر، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، ط01، 1418هـ-1998م، مكتبة العبيكان - الرياض.
06	السيوطي جلال الدين، الإتقان في علوم القرآن، د.ط، د.ت ط، مطبعة حجازي - القاهرة.
07	الشنقيطي محمد الأمين، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، د.ط، د.ت ط، دار عالم الفوائد.
08	الطبري بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ط01، 1422هـ-2001م، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان.
09	القرطبي أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، ط01، 1427هـ-2006م، مؤسسة الرسالة- بيروت.
10	محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، د.ط، 1984م، الدار التونسية للنشر- تونس.
ب- كتب الحديث وشروحه	
11	ابن بطال، شرح صحيح البخاري، د.ط، د.ت ط، مكتبة الرشد - الرياض.
12	ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د.ط، د.ت ط، دار المعرفة - بيروت.
13	الألباني محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط01، 1425هـ-2004م، مكتبة

	المعارف للنشر والتوزيع - الرياض.
14	الألباني محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزيادته، ط03، 1408هـ-1988م، المكتب الإسلامي - بيروت.
15	الألباني محمد ناصر الدين، صحيح سنن الترمذي، ط01، 1420هـ-2000م، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع - الرياض.
16	البخاري أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح: المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، ط01، 1400هـ، المطبعة السلفية - ومكبتها - القاهرة.
17	البخاري أبو عبد الله، التاريخ الكبير، د.ط، د.ت ط، دار الكتب العلمية - بيروت.
18	بدر الدين محمود بن أحمد العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، ط01، 1421هـ-2001م، دار الكتب العلمية - بيروت.
19	البهقي أبو بكر أحمد بن الحسين، الجامع لشعب الإيمان، ط01، 1423هـ-2003م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع - الرياض.
20	الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، ط01، 1996م، دار الغرب الإسلامي - بيروت.
21	الحاكم أبو عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحيحین، ط01، 1417هـ-1997م، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة.
22	الطبراني أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، د.ط، 1415هـ-1995م، دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة.
23	الطبراني أبو القاسم سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، د.ط، د.ت ط، مكتبة ابن تيمية - القاهرة.
24	مسلم بن الحجاج أبو الحسين النيسابوري، صحيح مسلم، د.ط، 1419هـ-1998م، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع - الرياض.
25	النسائي، سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي، د.ط، د.ت ط، دار المعرفة - بيروت.
26	التنوي، شرح صحيح مسلم (صحيح مسلم بشرح النووي) ط01، 1347هـ-1929م، المطبعة المصرية بالأزهر - مصر.
ج- اللغة العربية والمعاجم	
27	ابن منظور، لسان العرب، د.ط، د.ت ط، دار المعارف - القاهرة.
28	بن فارس أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، د.ط، 1399هـ-1979م، دار الفكر.
29	الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، ط04، 1990م، دار العلم

	للملايين - بيروت.
30	الرمخشري أبو القاسم محمود بن عمر بن أحمد، أساس البلاغة، ط 01 ، 1419هـ-1998م، دار الكتب العلمية- بيروت .
31	عباس حسن، النحو الوافي مع ربطه بالأساليب الرفيعة والحياة اللغوية المتجددة، ط 03، د.ت ط، دار المعارف - مصر.
32	الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط 08 ، 1426هـ-2005م، مؤسسة الرسالة - بيروت.
33	مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 04، 1425هـ-2004م، مكتبة الشروق الدولية، مصر.
د- كتب العقيدة وعلام الكلام والفرق والأديان	
34	إبراهيم عبد السيد، الفروق العقيدية بين المذاهب المسيحية، د.ط، د. ت ط، د.دن، المعادي - مصر.
35	ابن تيمية تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم، اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم، ط 02، 1419هـ-1998م، دار إشبيليا للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية.
36	ابن تيمية تقي الدين، درء تعارض العقل والنقل، تحقيق محمد رشاد سالم، د.ط، د.ت ط، د.دن.
37	ابن تيمية تقي الدين، منهاج السنة النبوية، ط 01، 1406هـ-1986م، د.دن.
38	ابن تيمية، الرد على المنطقيين، ط 01، 1426هـ-2005م، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
39	ابن حزم أبو محمد، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ط 02، 1416هـ-1996م، دار الجيل - بيروت .
40	الأشعري أبو الحسن علي بن اسماعيل، مقالات الإسلاميين ، د.ط، 1411هـ-1990م، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان.
41	البغدادي عبد القاهر، أصول الدين، ط 01، 1423هـ - 2002م، دار الكتب العلمية - بيروت.
42	سعد رستم، الفرق والمذاهب المسيحية منذ ظهور الإسلام حتى اليوم، ط 02، 2005م، الأوائل للنشر والتوزيع، سورية - دمشق.
43	الشهرستاني أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر، الملل والنحل، ط 3، 1414هـ-1993م، دار المعرفة - بيروت.
44	الشهرستاني عبد الكريم، نهاية الإقدام في علم الكلام، تحرير وتصحيح ألفرد جيوم، د.ط، د.ت ط، د.دن.

45	الفخر الرازي، معالم أصول الدين، ط 1، 1992، دار الفكر اللبناني - بيروت.
ه- كتب المقاصد والنظريات الفقهية.	
46	الحسيني إسماعيل، نظرية المقاصد عند الإمام محمد الطاهر بن عاشور، ط 01، 1416هـ-1995م، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا-الولايات المتحدة الأمريكية.
47	الدريبي فتحي، النظريات الفقهية، ط 02، 1417/1416هـ-1996/1997م، منشورات جامعة دمشق.
48	الزحيلي وهبة، نظرية الضرورة الشرعية، ط 04، 1405هـ-1985م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
49	الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي، الموافقات، ط 01، 1417هـ-1997م، دار ابن عفان للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية.
و- كتب الفقه وأصوله	
50	ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، ط 03، 1426هـ-2005م، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة.
51	ابن جزى أبو القاسم محمد بن أحمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ط 03، 1434هـ-2013م، دار العواصم للنشر والتوزيع، القبة - الجزائر العاصمة.
52	ابن جزى أبو القاسم محمد بن أحمد، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ط 03، 1434هـ-2013م، دار العواصم للنشر والتوزيع، القبة - الجزائر العاصمة.
53	ابن حزم أبو محمد، المحلى، د. ط، د. ت ط، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
54	ابن عابدين محمد أمين أفندي، مجموعة رسائل ابن عابدين، د. ط، د. ت ط، د. د. ن.
55	ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط 01، 1423هـ، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية.
56	ابن مفلح محمد شمس الدين، أصول الفقه، ط 01، 1420هـ-1999م، مكتبة العبيكان - الرياض.
57	أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي، المعتمد في أصول الفقه، د. ط، 1384هـ-1964م، المعهد العلمي الفرنسي للدراسات العربية بدمشق - دمشق.
58	أبو زهرة محمد، أصول الفقه، د. ط، د. ت ط، دار الفكر العربي.
59	الأمدي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ط 01، 1424هـ-2003م، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية.

60	الباقلاي أبو بكر، التقريب والإرشاد الصغير ، ط02، 1418هـ 1998م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
61	البخاري علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ط01، 1418هـ-1997م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
62	التفتازاني سعد الدين، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ط01، د.ت ط، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
63	الجويني إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، ط02، د.ت ط، دار الأنصار بالقاهرة - القاهرة.
64	الخصري محمد، أصول الفقه، د.ط، د. ت ط، دار الحديث - مصر.
65	الدّهلوي ولي الله بن عبد الرحيم، حجّة الله البالغة، ط01، 1426هـ-2005م، دار الجليل للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
66	الرازي فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين، المحصول في علم أصول الفقه، د.ط، د.ت ط، مؤسسة الرسالة.
67	الريسوني أحمد، ومحمد جمال باروت، الاجتهاد: النص، الواقع، المصلحة، ط01، 1420هـ-2000م، دار الفكر دمشق - سوريا.
68	الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، ط01، ت ط 1406هـ-1986م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سورية - دمشق.
69	الزحيلي وهبة، تغير الاجتهاد، ط01، 1420هـ-2000م، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا - دمشق.
70	الرزقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط01، 1418هـ-1998م، دار القلم - دمشق.
71	الزليطني أحمد بن عبد الرحمن بن موسى، الضياء اللامع شرح جمع الجوامع، ط02، 1420هـ-1999م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية - الرياض.
72	السرخسي شمس الدين، المبسوط، د.ط، د. ت ط، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
73	شلي محمد مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، د.ط، د.ت ط، الدار الجامعية للطباعة والنشر - بيروت.
74	شلي محمد مصطفى، المدخل في الفقه الإسلامي، ط10، 1405هـ-1985م، الدار الجامعية - بيروت.
75	الشهراني عايض بن عبد الله بن عبد العزيز، التحسين والتقيب العقليان وأثرهما في مسائل أصول

	الفقه، ط01، 1429هـ-2008م، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية.
76	الشوكاني محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ط01، 1421هـ-2000م، دار الفضيلة للنشر والتوزيع-الرياض.
77	الطوفي نجم الدين سليمان، درء القول القبيح بالتحسين والتقيح، ط01، 1426هـ-2005م، الدار العربية للموسوعات ، بيروت -لبنان.
78	عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، ط03، 1985م، العربي للنشر والتوزيع.
79	عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط01، 1425هـ-2005م، مؤسسة الرسالة، بيروت -لبنان.
80	عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط01، 1413هـ-1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت -لبنان.
81	عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه، ط08، د.ت ط، مكتبة الدعوة الإسلامية.
82	الغزالي أبو حامد محمد بن أحمد، المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، د.ط، د.ت ط، د.دن.
83	القرافي شهاب الدين أبو العباس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، د.ط، 1424هـ-2004م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان.
84	القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ط01، 1994، دار الغرب الإسلامي - بيروت.
85	القرافي شهاب الدين، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ط02، 1416هـ-1995م، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت -لبنان.
86	القرضاوي يوسف ، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ط01، 1417هـ-1996م. دار القلم للنشر والتوزيع -الكويت.
87	القرضاوي يوسف ، العبادة في الإسلام ، ط24، 1416هـ-1995م، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر -القاهرة.
88	القطان مناع ، تاريخ التشريع الإسلامي، ط05، 2001م، مكتبة وهبة -القاهرة.
89	الكنوي عبد العلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ط01، 1423هـ-2002م، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان.
90	نصر فريد محمد واصل، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط02، د.ت ط، المكتبة التوفيقية.

ز- كتب القضاء والسياسة الشرعية والإدارة ونظام الحكم	
91	إبراهيم النعمة ، أصول التشريع الدستوري في الإسلام، ط 01، 1430هـ، مركز البحوث والدراسات الإسلامية -العراق.
92	ابن تيمية تقي الدين، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ط01، 1403هـ-1983م ، دار الآفاق الجديدة -بيروت.
93	آية الله السيد محمود الهاشمي، مصدر التشريع ونظام الحكم في الإسلام، ط01، 1407هـ، د.د. ن.
94	الجوير عبد الرحمن ، النظم الإسلامية، ط 01، 1422هـ -2003م، دار المآثر للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية -المدينة المنورة.
95	الجويني أبو المعالي إمام الحرمين ، غياث الأمم في التياث الظلم، د.ط، 1400هـ، دار الدعوة للطباعة والنشر والتوزيع - الاسكندرية .
96	حسين مؤنس، دستور أمة الإسلام ، ط04، 1429هـ-2008م، دار الرشد -القاهرة.
97	سمير عالية ، نظرية الدولة وآدائها في الإسلام، ط1، 1408هـ - 1988م. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت.
98	الشوربجي السيد ، الإسلام دستور الحكم، د.ط، د.ت ط، مطبعة دار التأليف -مصر.
99	الضحّيان عبد الرحمن بن إبراهيم ، الإدارة والحكم في الإسلام: الفكر والتطبيق، ط 04، 1418هـ-1998م، د.د ن، المملكة العربية السعودية-المدينة المنورة.
100	ضياء الدين الرئيس محمد ، النظريات السياسية الإسلامية، ط 7، د.ت ط، مكتبة دار التراث - القاهرة.
101	الطريقي عبد الله بن إبراهيم، أهل الحلّ والعقد صفاتهم ووظائفهم، كتاب شهري يصدر عن رابطة العالم الإسلامي، السنة السابعة عشر، العدد 185، 1419هـ.
102	ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ط 3، 1407هـ-1987م، دار النفائس -بيروت.
103	عادل فتحي ثابت عبد الحفيظ، شرعية السلطة في الإسلام، د. ط، 1996م، دار الجامعة الجديدة للنشر. الاسكندرية.
104	عبد العزيز عزّت الحياط، النّظام السياسي في الإسلام، ط01، 1420هـ-1999م، دار السلام للطباعة والنّشر والتّوزيع -القاهرة.
105	عبد الوهّاب خلّاف، السّلطات الثّلاث في الإسلام، ط02، 1405هـ- 1985م ، دار القلم

	للنشر والتوزيع-الكويت.
106	عطية عدلان، النظرية العامة لنظام الحكم في الإسلام، ط01، 1432هـ-2011م، دار اليسر - القاهرة.
107	علي جريشة ، المشروعية الإسلامية العليا ، ط 02 ، 1986 ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع - المنصورة.
108	الغنوشي راشد، الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ط01، 1993م، مركز دراسات الوحدة العربية.
109	كامل علي إبراهيم رفاع، نظرية الخروج في الفقه السياسي الإسلامي، ط01، 1425هـ-2004م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
110	الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط 1، 1989، مكتبة دار بن قتيبة - الكويت.
111	محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، ط02، 1411هـ-1991م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت.
112	المراكبي جمال أحمد السيد جاد ، الخلافة الإسلامية بين نظم الحكم المعاصرة، د.ط، 1994، مطابع ابن تيمية - القاهرة .
113	المرجحي الأشعري أحمد بن داود ، مقدمة في الإدارة الإسلامية، ط01، 1421هـ-2000م، د.د ن، المملكة العربية السعودية - جدة.
114	المودودي أبو الأعلى ، القانون الإسلامي وطرق تنفيذه، د. ط، 1395هـ-1975م، مؤسسة الرسالة.
115	المودودي أبو الأعلى، تدوين الدستور الإسلامي، ط05، 1401هـ-1981م، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان.
116	المومني أحمد سعيد ، قضاء المظالم: القضاء الإداري الإسلامي، ط 01 ، 1411هـ-1991م، جمعية عمال المطابع التعاونية - عمان.
ك- كتب الفكر الإسلامي	
117	أبو زهرة محمد، المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، ط02، 1401هـ-1981م. الدار السعودية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
118	الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط02، د.ت ط، الشركة التونسية للتوزيع - تونس - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر.

119	عطية جمال الدين، الواقع والمثال في الفكر الإسلامي المعاصر، ط01، 1422هـ-2001م، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
ل- السيرة النبوية	
120	ابن هشام أبو محمد عبد الملك بن هشام، سيرة النبي ﷺ، ط 01، 1419هـ-1995م، دار الصحابة للتراث بطنطا - مصر.
121	البوطي محمد سعيد رمضان، فقه السيرة النبوية مع موجز لتاريخ الخلافة الراشدة، ط 10، 1411هـ-1991م، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان.
122	جاسم محمد راشد العيساوي، الوثيقة النبوية والأحكام الشرعية المستفادة منها، ط01، 1427هـ-2006م، دار الصحابة - الإمارات الشارقة .
123	العُمري أكرم ضياء، السيرة النبوية الصحيحة، ط06، 1415هـ-1494م، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية.
م- كتب التزكية	
124	ابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، مفتاح دار السعادة، ط01، 1416هـ-1996م، دار ابن عقّان، الخبر - المملكة العربية السعودية.
125	ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، د.ط، د.ت ط، مكتبة دار التراث - القاهرة.
126	ابن قيم الجوزية، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، ط01، 1419هـ-1999م، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
ن- كتب المقارنة بين الشريعة والقانون	
127	البياتي منير حميد، النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية، ط4، 1434هـ-2013م، دار النفائس - الأردن.
128	الحلو ماجد راغب، الاستفتاء الشعبي بين الأنظمة الوضعية والشريعة الإسلامية، ط01، 1400هـ-1980م، مكتبة المنار الإسلامية - الكويت.
129	الدريني فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط03، 1404هـ-1984م، مؤسسة الرسالة - بيروت.
130	راشد عبد الله آل طه، السلطة العامة ومقاومة طغيانها في النظام الوضعي والشريعة الإسلامية، ط02، 1432هـ-2012م، د.د ن.
131	الزلمي مصطفى إبراهيم، معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة، ط01، 2014م، نشر إحسان للنشر والتوزيع.

132	سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، د.ط، د.ت ط، منشأة المعارف - الإسكندرية.
133	السديري توفيق بن عبد العزيز، الإسلام والدستور، ط 01، 1425هـ، وكالة المطبوعات والبحث العلمي بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية.
134	ضو مفتاح غمق، السّلمة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، د.ط، 2002م، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.
135	عبد الجليل محمد علي، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة، ط 01، 1984، عالم الكتب - القاهرة.
136	العيلي عبد الحكيم حسن، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام - دراسة مقارنة - د.ط، 1403هـ - 1983م، دار الفكر العربي.
137	محمد شريف أحمد، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين، ط 02، 2011م، من منشورات منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كردستان العراق - العراق.
138	محمود قرعوش كايد يوسف، طرق انتهاء ولاية الحكم في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، د.ط، د.ت ط، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
139	مصطفوي محمد، الأصول العامة لنظام التشريع: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي، ط 01، 2008، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي - بيروت.
ح- الرسائل الجامعية والمقالات	
أولاً	الرسائل الجامعية
140	أحمد حدّاد علي حسين عافية، مبدأ الشريعة في الدولة الإسلاميّة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة طنطا. د.س.م.
141	أحمد عبد المالك سويلم، الظروف الاستثنائية وأثرها على الحقوق والحريات العامة في فلسطين، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون جامعة غزة، 1438هـ-2017م.
ثانياً	المقالات
I.	
- المقالات المنشورة بالمجلات	
142	أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وتطبيقها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 08، أيلول 2007م.
143	إيمان أحمد رجب، اتجاهات نظرية في تحليل السياسة الدولية، مجلة السياسة الدولية، العدد 184، أبريل 2011.

144	بدوي طه، بحث في النظام السياسي الإسلامي ردا على المستشرق الإنجليزي أرنولد، مناهج المستشرقين في الدراسات العربية الإسلامية، صادر عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم و مكتب التربية العربي لدول الخليج، صدر في إطار الاحتفاء بالقرن الخامس عشر الهجري، 1985م.
145	حسن صبحي أحمد عبد اللطيف، السلطة التشريعية في الإسلام، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 01، صفر 1397هـ- يناير 1977م.
146	راقية عبد الجبار علي، تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 46.
147	عمر العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين، مجلة جامعة دمشق، العدد 02، 2001م.
148	محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 02، 2006م.
149	مفيدة لمزري، نشأة الدساتير في منظور التجربة الجزائرية، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، العدد 05، جوان 2017م.
150	نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية: مفهومها وتأصيلها-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الإداري، مجلة "المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب"، العدد 25، 1998م.
151	النقشبندي أحمد العزي، سمو النصوص الدستورية، مجلة النهضة، العدد الثاني، أبريل 2012.
152	هاجر العربي، الدستور ومكانة الحقوق والحريات، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، جوان 2016م.
II. - المقالات المنشورة بالجرائد والمواقع الإلكترونية.	
153	أحمد عبد الفتاح، الكوتا.. سلاح ذو حدين، جريدة الأهرام اليومي، يومية إخبارية مصرية، عدد 46571، بتاريخ 09 يونيو 2014، الموقع: http://www.ahram.org.eg .
154	البحري حسن، انتهاء الدستور، الموسوعة العربية القانونية، المجلد الثالث. الموقع: www.arab.ency.com .
155	الجدلاني محمد بن سعود، حق التقاضي .. حق مقدس، جريدة الاقتصادية، يومية اقتصادية دولية، عدد الأحد 14 فبراير 2010. الموقع: www.aleqt.com .
156	الطرابيلي عباس، نابليون وإنقاذ فرنسا .. من الفوضى، جريدة الوفد، يومية إخبارية مصرية، عدد الأربعاء 14 فبراير 2013. الموقع: http://alwafd.news .
157	عبد الفتاح مراد، 30 انحرافاً في الإعلان الدستوري المكمل، جريدة المصري اليوم، يومية إخبارية

مصربية، العدد 2938، بتاريخ الجمعة 29-06-2012. الموقع: https://www.almasryalyoum.com	
عبد المنعم سعيد، في نقد الثورة الفرنسية، قناة العربية، بتاريخ 14-12-2014. الموقع: https://www.alarabiya.net	158
ليلي تكلا، الدستور .. ونظام الكوتا، جريدة الأهرام اليومي، يومية إخبارية مصرية، عدد 46354، بتاريخ 04 نوفمبر 2013. الموقع: http://www.ahram.org.eg	159
ط- التراجم والسير	
ابن عبد البر، الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة والفقهاء. ط01، 1417هـ-1997م، دار البشائر الإسلامية، بيروت-لبنان.	160
أبو زهرة محمد، مالك حياته وعصره-آراؤه وفقهه، ط02، د. ت ط، دار الفكر العربي-دار الثقافة العربية للطباعة، عابدين.	161
محمود شيت خطاب، الفاروق القائد، ط01، 1384هـ-1965م، مطبعة العاني، بغداد - العراق.	162
ي- التاريخ والفلسفة وعلم الاجتماع	
ابن الأثير محمد بن محمد بن عبد الكريم، الكامل في التاريخ، ط01، 1407هـ-1987م، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.	163
ابن خلدون عبد الرحمن ، مقدمة بن خلدون، د.ط، د.ت ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر.	164
أرسطو، السياسات، ترجمة أوغسطينس بربارة البوليسي، د.ط، 1957م، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية-بيروت.	165
البلاذري أبو العباس أحمد بن يحيى بن جابر، فتوح البلدان، د.ط، 1407هـ-1987م، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت-لبنان.	166
جان جاك روسو، العقد الاجتماعي، ترجمة عادل زعيتر، ط02، 1995م، مؤسسة الأبحاث العربية، بيروت-لبنان.	167
الطبري أبو جعفر محمد بن جرير، تاريخ الرسل والملوك، ط02، د.ت ط، دار المعارف بمصر-القاهرة.	168
س- كتب القانون.	
كتب المدخل للقانون	أولاً
إسحاق ابراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، د.ط، 2001،	169

	ديوان المطبوعات الجامعية.
170	أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، د.ط، 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية.
171	بوضياف عمار ، المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ط02، د.ت ط، دار ربحانة، الجزائر.
172	توفيق حسين فرج و محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، د.ط، د.ت ط، مطبعة الدار الجامعية - بيروت.
173	توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون ، والنظرية العامة للحق، د.ط، د.ت ط، الدار الجامعية - بيروت.
174	حجازي عبد الحي، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية، د.ط، د. ت ط، مكتبة عبد الله وهبة ، عابدين مصر- القاهرة.
175	حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، د.ط، د.ت ط، منشأة المعارف - الإسكندرية.
176	الداودي غالب علي ، المدخل إلى علم القانون، ط07، 2004م، دار وائل للطباعة والنشر - عمان.
177	سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، د.ط، 1974م، منشأة المعارف - الإسكندرية.
178	السنهوري عبد الرزاق أحمد، علم أصول القانون: خلاصة محاضرات ألقىت على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق عام 1354هـ-1936م د.ط، د. ت ط، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر - مصر.
179	عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط03، 2011، شركة العاتك لصناعة الكتاب - القاهرة- المكتبة القانونية شارع المنبي - بغداد.
180	عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، د.ط، ت ط 1965م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباجي الحلبي بمصر - مصر.
181	محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون: القاعدة القانونية، ط01، 2010م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان.
182	محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، د.ط، د.ت ط، دار هومه، الجزائر.
183	هنري باتيفول، فلسفة القانون، تعريف سموي فوق العادة، ط03، 1984م، منشورات عويدات، بيروت - باريس.
184	الوالي محمود ابراهيم ، أصول القانون الوضعي الجزائري، ط02، 1988م، ديوان المطبوعات

	الجامعية - الجزائر.
185	يحيى الحمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، ط01، ت ط 1427هـ-2006م، دار الشروق - القاهرة.
ثانياً	كتب القانون الدستوري والنظم السياسية.
186	أحمد وفيق، علم الدولة : أصول الدولة وتطورات فكرتها، ط01، 1353هـ-1934م، مطبعة النهضة شارع عبد العزيز - مصر.
187	أدون رباط، الوسيط في القانون الدستوري العام، ط02، 1968م، دار العلم للملايين - بيروت.
188	أشرف إبراهيم سليمان، مبادئ القانون الدستوري: دراسة موجزة عن القانون الدستوري والنظم السياسية، ط01، 2015م، المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة.
189	بو الشعير سعيد ، المجلس الدستوري في الجزائر، د.ط، 2012، ديوان المطبوعات الجامعية.
190	بوديار حسني ، الوجيز في القانون الدستوري ، د.ط، 2003 ، دار العلوم للنشر والتوزيع - عنابة .
191	جورج سباين، تطور الفكر السياسي، ترجمة جلال العروسي، د.ط، د.ت ط، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
192	جورج شفيق ساري، الأسس والمبادئ العامة للنظم السياسية، ط 5، 2001-2002 ، دار النهضة العربية - القاهرة.
193	حسن ملحم، النظرية العامة للدولة، د.ط، 1977، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر.
194	الحلو ماجد راغب ، النظم السياسية والقانون الدستوري، د.ط، 2005، منشأة المعارف - الإسكندرية.
195	الخطابي عبد العزيز رمضان علي ، تغيير الحكومات بالقوة، د.ط، 2013، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية.
196	الخطيب نعمان أحمد ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط07، 1432هـ-2011م، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن.
197	رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، ط 01، 2016م، دار النهضة العربية - مصر.
198	شيحا ابراهيم عبد العزيز ، النظم السياسية والقانون الدستوري، د.ط، 2000م، منشأة المعارف - الإسكندرية.
199	عبد الفتاح ساير، القانون الدستوري، ط02، 2004م، مطابع دار الكتاب العربي - مصر.

200	عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، د.ط، 1987م، مركز الدراسات والبحوث والنشر -تونس.
201	عزمي بشارة، في الثورة والقابلية للثورة، د.ط، 2011م، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات - الدوحة.
202	عصام الدبس علي، القانون الدستوري، ط01، 1432هـ-2011م، دار الثقافة ، عمان - الأردن.
203	عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، د.ط، 2009م، دار الجامعة الجديدة - الأزاريطة.
204	غوستاف لوبون، روح الثورات والثورة الفرنسية، ترجمة عادل زعيتر، د.ط، د.ت ط، كلمات عربية للترجمة والنشر - القاهرة.
205	فضل الله محمد اسماعيل و سعيد محمد عثمان، نظرية القانون الطبيعي في الفكر السياسي الغربي، د ط، 2006، مكتبة بستان المعرفة - الإسكندرية.
206	فهمي أبو زيد مصطفى، مبادئ الأنظمة السياسية، د.ط، 2009م، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.
207	متولي عبد الحميد وآخرون، القانون الدستوري والنظم السياسية، د.ط، د.ت ط، منشأة المعارف - الإسكندرية.
208	محمد كامل ليله، النظم السياسية: الدولة والحكومة، د.ط، 1969، دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت.
209	مونتيסקيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، د.ط، د.ت ط، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، مدينة نصر - القاهرة.
210	وحيد رأفت ووايت إبراهيم، القانون الدستوري، د.ط، 1937م، المطبعة العصرية - مصر.
ثالثاً	كتب القضاء الإداري.
211	أبو زيد محمد علي محمد ، القضاء الإداري: مبدأ المشروعية - الرقابة على أعمال الإدارة - تنظيم مجلس الدولة - طرق الطعن في الأحكام الإدارية، ط02، 2008-2009م، دار أبو المجد للطباعة ، الهرم - القاهرة.
212	بدوي ثروت ، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، ط01، 2007، دار النهضة العربية - مصر.
213	حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، د.ط، 2003م، دار الجامعة الجديدة للنشر -

	الإسكندرية.
214	الحلو ماجد راغب ، القضاء الإداري، د.ط، 1995م، ديوان المطبوعات الجامعية - الإسكندرية.
215	حمد عمر حمد، السلطة التقديرية ومدى رقابة القضاء عليها، ط 01، -1423هـ 2003م، الرياض - السعودية.
216	خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري: ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، ط 01، 1430هـ-2009م، مكتبة القانون والاقتصاد - الرياض.
217	سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة: مبدأ المشروعية - تنظيم القضاء الإداري، د.ط، د.ت ط، الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية.
218	شطناوي علي خطار ، موسوعة القضاء الإداري، ط01، 1429هـ-2008م، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
219	الطماوي سليمان محمد ، القضاء الإداري: قضاء الإلغاء، ط07، 1996م، دار الفكر العربي - القاهرة.
220	عبد الوهاب محمد رفعت، القضاء الإداري: مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري - الاختصاص القضائي لمجلس شورى الدولة، ط01، 2005م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان.
221	علي عبد الفتاح محمد، الوجيز في القضاء الإداري: مبدأ المشروعية - دعوى الإلغاء، د.ط، 2009م، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية.
222	محمد الصّغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، د.ط، 2005م، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة - الجزائر.
223	محمد فؤاد عبد الباسط، القضاء الإداري، د.ط، 2005م، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر.
ع- القوانين والمواثيق والإعلانات	
أولاً	القوانين الوطنية (الجزائرية)
I. - الدساتير	
224	الأمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94، مؤرخة في 24 نوفمبر 1976.
225	المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج ر عدد 76، مؤرخة في 07 ديسمبر 1996م.

226	القانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن للتعديل الدستوري، ج ر عدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016 .
.II - النصوص القانونية الأخرى	
227	القانون العضوي رقم 01-98، مؤرخ في 30 مايو 1998م، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37، مؤرخة في 01 جوان 1998م.
228	القانون العضوي رقم 02-98، مؤرخ في 30 مايو 1998م، المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 37، مؤرخة في 01 جوان 1998م.
229	الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 مؤرخة في 11 يونيو 1966. المعدل والمتمم.
230	الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م. المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975م. المعدل والمتمم.
231	قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008.
232	المرسوم 88-131 المؤرخ في 04 يوليو 1988 ، الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن، ج ر عدد 27، مؤرخة في 06 يوليو 1988.
ثانياً	القوانين الأجنبية
233	الأمر الملكي رقم 70 لسنة 1930م، بوضع نظام دستوري للدولة المصرية، الوقائع المصرية، العدد 98 "غير اعتيادي"، مؤرخ في 23 أكتوبر 1930.
234	دستور مصر 1964، مؤرخ في مارس 1964، ج ر عدد 69 تابع "أ"، مؤرخة في 24 مارس 1964، السنة السابعة.
235	دستور مصر 1971، مؤرخ في 11 سبتمبر 1971، ج ر عدد 36 مكرّر "أ"، مؤرخة في 12 سبتمبر 1971، السنة الرابعة عشرة.
236	التعديل الدستوري لدستور مصر 1971، مؤرخ في مايو 2005، ج ر عدد 21 تابع "أ"، مؤرخة في 26 مايو 2005.
237	الإعلان الدستوري، المؤرخ في 21 نوفمبر 2012م، ج ر عدد 26 (مكرّر) ، مؤرخة في 21 نوفمبر 2012.
ثالثاً	الإعلانات الدولية
238	الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217

	ألف، (د-3)، المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948م. الموقع: مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC .
ف- القرارات والأحكام القضائية	
أولاً	قرارات القضاء الإداري الجزائري
239	قرار مجلس الدولة (الغرفة الثانية)، ملف رقم 005522، بتاريخ 22-07-2002. مجلة مجلس الدولة، العدد 05، سنة 2004، ص 181-182.
240	قرار مجلس الدولة (الغرفة الأولى)، ملف رقم 006460، بتاريخ 23-09-2002. مجلة مجلس الدولة، العدد 03، سنة 2003، ص 89-91.
ثانياً	
أحكام القضاء الدستوري المصري	
241	حكم المحكمة الدستورية العليا -المصرية- قضية رقم 243 لسنة 21 قضائية "دستورية"، بتاريخ 04 نوفمبر 2000م. الموقع: مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC .
242	حكم المحكمة الدستورية العليا -المصرية- قضية رقم 5 لسنة 4 قضائية "دستورية"، بتاريخ 02 يونيو 1984م. الموقع: مكتبة حقوق الإنسان، جامعة منيسوتا، http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC .
ص- القواميس والموسوعات والمعاجم الأخرى	
243	أوليفيه دوهاميل ايف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة منصور القاضي، ط 1، 1996، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت .
244	عبد الوهاب الكيالي وآخرون، موسوعة السياسة، د.ط، د. ت ط، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت -لبنان.
245	محمد فريد وجدي، دائرة معارف القرن العشرين، ط03، 1971م، دار المعرفة، بيروت -لبنان.
246	الموسوعة الفلسفية المختصرة، ترجمة فؤاد كامل وآخرين، د.ط، د.ت ط، دار القلم، بيروت-لبنان.
ث- التقارير والدراسات	
247	قراءات نظرية: الثورات السياسية - المفهوم والأبعاد-، 17 أبريل 2016م، إدارة البحوث والدراسات، المعهد المصري للدراسات السياسية والإستراتيجية- مصر.
248	محاكمة الربيع العربي: حالة حقوق الإنسان في العالم العربي 2014م، تقرير سنة 2014م، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة.
خ- الجرائد	

249	جريدة الشرق الأوسط، يومية إجبارية دولية، عدد 13004، بتاريخ الثلاثاء 06 يوليو 2014م، ص02. الموقع: http://aawsat.com .
250	جريدة الشرق الأوسط، يومية إجبارية دولية، عدد 13036، بتاريخ الثلاثاء 03 يونيو 2014م، ص01. الموقع: http://aawsat.com .
ذ- المواقع الإلكترونية.	
251	/http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Egypt-SCC-SC

خامساً فهرس الموضوعات

08	مقدمة
16	الفصل الأول : ماهية مبدأ المشروعية ومسوغاته.
18	المبحث الأول: ماهية مبدأ المشروعية .
18	المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية.
18	الفرع الأول:مدلول مبدأ المشروعية في اللّغة:
21	الفرع الثاني: مدلول مبدأ المشروعية في القانون الوضعي:
26	الفرع الثالث: مدلول مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي.
33	المطلب الثاني: العلاقة بين المشروعية والشرعية:
34	الفرع الأول : العلاقة بين المشروعية والشرعية في القانون الوضعي:
36	الفرع الثاني: العلاقة بين المشروعية والشرعية:
38	المبحث الثاني: مسوغات مبدأ المشروعية:
39	المطلب الأول: ضرورة وجود سلطة.
41	الفرع الأول: الحاجة إلى السلطة في الفقه القانون الوضعي.
42	الفرع الثاني: ضرورة نصب الحاكم في الفقه الإسلامي.
46	المطلب الثاني: ضرورة وجود ضمانات تمنع الانحراف بالسلطة.
46	الفرع الأول: حدود سلطة الدولة في الفقه القانوني الوضعي:
46	أولاً- حدود سلطة الدولة حسب نظرية القانون الطبيعي:
48	ثانياً- حدود سلطة الدولة حسب نظرية الحقوق الفردية:

50	ثالثاً- حدود سلطة الدولة حسب نظرية التحديد الذاتي.
52	رابعاً- حدود سلطة الدولة حسب نظرية التضامن الاجتماعي.
56	الفرع الثاني: حدود سلطان الحاكم في الفقه الإسلامي:
57	أولاً- تحديد القواعد المقيّدة لسلطان الدولة:
58	ثانياً- سمّ تلك القواعد والأحكام وعلوها لارتباطها بمصدر سماوي:
60	ثالثاً- ارتباط القواعد والأحكام الشرعية بالجزاء:
64	الفصل الثاني: مصادر مبدأ المشروعية
66	المبحث الأول: المصادر المادّية (الموضوعية) للمشروعية.
68	المطلب الأول: المذاهب الشكلية:
69	الفرع الأول: مذهب أوستن.
72	الفرع الثاني: مدرسة الشرح على المتون:
74	الفرع الثالث: انفصال التشريع عن إرادة السلّطة في الفقه الإسلامي:
78	أولاً- من حيث المفهوم:
78	ثانياً- من حيث المختص بوظيفة التشريع:
82	ثالثاً- من حيث الاختصاص الموضوعي لسلطة التشريع وحدوده:
84	المطلب الثاني: المذاهب الموضوعية:
86	الفرع الأول: المدرسة المثالية (مذهب القانون الطبيعي):
87	أولاً- القانون الطبيعي عند اليونانيين:

89	ثانياً- القانون الطبيعي عند الرومان:
90	ثالثاً- القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى:
91	رابعاً- إنكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة إطلاق سيادة الدولة:
92	خامساً- القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر:
99	سادساً- تراجع مذهب القانون الطبيعي أمام كثرة الانتقادات في القرن التاسع عشر:
100	سابعاً- عودة مذهب القانون الطبيعي وانبعائه:
106	ثامناً- القانون الطبيعي عند المسلمين:
121	الفرع الثاني: المدرسة الواقعية:
122	أولاً- مذهب التطور التاريخي.
125	ثانياً- مذهب الغاية الاجتماعية:
132	ثالثاً- مذهب التضامن الاجتماعي:
138	الفرع الثالث: المدرسة المختلطة.
139	أولاً- أساس القانون حسب مذهب العلم والصياغة:
139	ثانياً- الحقائق المكونة لعنصر العلم عند جيني:
151	ثالثاً- عنصري الواقع والمثال في التشريع الإسلامي:
157	المبحث الثاني: المصادر الرسمية لمبدأ المشروعية:
158	المطلب الأول: النص.
158	الفرع الأول: التشريع الوضعي.
158	أولاً- معنى التشريع وخصائصه:

159	ثانيا- أقسام التشريع:
175	الفرع الثاني: النصّ الشرعي.
175	أولاً- القرآن الكريم.
177	ثانيا- السنّة النبوية.
182	المطلب الثاني: الفقه.
182	الفرع الأول: دور الفقه في القوانين الوضعية.
182	أولاً- الفقه مصدر رسمي في القانون القديم:
182	ثانيا- تراجع دور الفقه وانحساره في القوانين الوضعية الحديثة:
183	ثالثاً- دور الفقه في القانون الجزائري:
183	الفرع الثاني: الفقه مصدر من مصادر المشروعية في النظام الإسلامي: 183:
183	أولاً- مدلول الفقه:
185	ثانياً- دور الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية:
188	المطلب الثالث: القضاء.
188	الفرع الأول: القضاء مصدر رسمي للقوانين القديمة.
189	الفرع الثاني: القضاء مصدر تفسيري للقانون الحديث:
193	المطلب الرابع: العرف.
193	الفرع الأول: دور العرف في تكوين القوانين الوضعية.
193	أولاً- تعريف العرف.
193	ثانياً- أركان العرف.

194	ثالثاً- مكانة العرف في الشرائع القديمة.
195	رابعاً- مكانة العرف في الشرائع الحديثة.
196	خامساً- منزلة العرف من التشريع الوضعي.
199	الفرع الثاني: دور العرف في تكوين الشريعة الإسلامية:
199	أولاً- تعريف العرف.
200	ثانياً- حجية العرف.
202	ثالثاً- مكانة العرف في الشريعة الإسلامية ومنزلته من باقي مصادرها.
206	المطلب الخامس: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:
208	الفرع الأول: أثر قواعد العدالة في القوانين القديمة:
208	الفرع الثاني: أثر قواعد العدالة في القوانين الحديثة:
211	الفصل الثالث: آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات:
213	المبحث الأول: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطتين التنفيذية والتشريعية
214	المطلب الأول: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التنفيذية.
214	الفرع الأول: الرقابة غير القضائية على أعمال السلطة التنفيذية:
214	أولاً- الرقابة الإدارية:
220	ثانياً- الرقابة السياسية:
223	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية.

223	أولاً- نظام القضاء الموحد:
226	ثانياً- نظام القضاء المزدوج:
240	الفرع الثالث: نماذج تطبيقية تبين مدى فعالية آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات من اعتداء السلطة التنفيذية.
240	أولاً- في النظم الوضعية:
242	ثانياً- في النظام الإسلامي:
244	المطلب الثاني: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التشريعية.
245	الفرع الأول: الرقابة السياسية على دستورية القوانين:
248	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين:
248	أولاً- رقابة الإلغاء:
249	ثانياً- رقابة الامتناع:
251	الفرع الثالث: الرقابة على دستورية القوانين في الفقه الإسلامي.
252	أولاً- الرقابة الشعبية:
253	ثانياً- الرقابة القضائية:
255	الفرع الرابع: نماذج تطبيقية تبين مدى فعالية آليات مبدأ المشروعية في حماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التشريعية.
255	أولاً- في النظم الوضعية:
257	ثانياً- في النظام الإسلامي:
259	المبحث الثاني: آليات مبدأ المشروعية لحماية الحقوق والحريات من انحراف السلطة التأسيسية:

260	المطلب الأول: مفهوم الانحراف الدستوري وتطبيقاته.
260	الفرع الأول: مفهوم الانحراف الدستوري:
261	الفرع الثاني: تطبيقات ونماذج الانحراف الدستوري:
261	أولاً- اعتماد نظام "الكوتا" أو "المحاصصة":
263	ثانياً- التّحصين الدستوري ضد الرّقابة وإهدار حقّ التّقاضي:
265	ثالثاً- حظر تعديل أحكام الدستور:
266	الفرع الثالث: إمكانية انحراف الدستور في الفقه الإسلامي:
269	المطلب الثاني: آليات معالجة الانحراف الدستوري:
272	الفرع الأول: مفهوم الثورة ومشروعيتها:
272	أولاً- مفهوم الثّورة:
272	ثانياً- مشروعية الثّورة:
273	الفرع الثاني: مدى صلاحية الثورة كآلية لمواجهة الانحراف الدستوري:
275	أولاً- الثّورة الفرنسية:
277	ثانياً- الثّورة البلشفية:
277	ثالثاً- في كوبا:
277	رابعاً- في البلاد العربية:
278	الفرع الثالث: نظرية الخروج في الفقه الإسلامي:
283	خاتمة:

285	الفهرس
286	أولاً- فهرس الآيات القرآنية.
290	ثانياً- فهرس الأحاديث النبوية والآثار
292	ثالثاً- فهرس المواد القانونية
295	رابعاً- فهرس المصادر والمراجع
314	خامساً- فهرس الموضوعات

ملخص الأطروحة

لقد عرف الفقه القانوني الغربي صعوبة في التوفيق بين ما يتمتع به الأفراد من حقوق وحرّيات من جهة، وبين ما تملكه السلطة من الامتيازات وعناصر القوة والنفوذ من جهة أخرى، ذلك أن القائمين عليها كثيراً ما يسيئون استغلالها ويستخدمونها بصورة تخلّ بحقوق الأفراد وحرّياتهم تلك. مما أدى إلى التفكير والبحث عن ضمانات تحول دون انحرافها وتجاوزها. وقد أسفر ذلك البحث عن ظهور "مبدأ المشروعية"، الذي يقوم على فكرة رئيسية قوامها سيادة القانون وخضوع الجميع له. وهو مبدأ مقرّر في الفقه الإسلامي أيضاً، إذ يخضع في ظلّه الجميع لقانون واحد هو الشريعة الإسلامية.

وقد خصّصت هذه الدراسة لبحث مدى فعالية الدور الذي يقوم به مبدأ المشروعية، في حماية حقوق الأفراد وحرّياتهم في كل من النظامين الإسلامي والوضعي. وذلك من خلال تتبع أشكال انحرافات مختلف السلطات، والتي من شأنها المساس بحقوق الأفراد وحرّياتهم، والبحث عن الآليات المتاحة لمواجهتها - في ظلّ قيام مبدأ المشروعية -.

وقد تناولت هذا البحث في ثلاثة فصول؛ خصّصت أولها لضبط مدلول مبدأ المشروعية وبيان أهمّ مسوّغاته، وتحديد علاقته بمبدأ الشرعية في كلّ من الفقهين الإسلامي والوضعي، وخصّصت الثاني لبيان مصادر المشروعية في كل منهما، وقد عرضت فيه أهمّ المذاهب والنظريات التي بحثت أساس القانون وجوهره، أما الفصل الثالث فقد خصّصته لعرض الآليات العملية التي يوفرها مبدأ المشروعية لحماية حقوق وحرّيات الأفراد، وحاولت أن أجمع فيه ما استطعت من تطبيقات ونماذج لها، من أجل الاستعانة بها في تقييم ذلك الدور الذي يؤديه المبدأ.

Abstract

Western jurisprudence has found it difficult to reconcile the rights and liberties of individuals with the privileges, power and influence of the authorities, on the one hand, on the other, that the perpetrators often misuse and use them in violation of the rights and freedoms of individuals. This led to the reflection and search for guarantees that prevent deviation and overcome. This resulted in the emergence of the "principle of legality", which is based on a key idea of the rule of law and universal submission. A principle that is also prescribed in Islamic jurisprudence, under which everyone is subject to one law, Islamic law.

This study is devoted to examining the effectiveness of the role played by the principle of legality in protecting the rights and freedoms of individuals in both the Islamic and positive systems. By following the forms of deviations of the various authorities, this would prejudice the rights and freedoms of individuals, and the search for the mechanisms available to confront them - in light of the principle of legality.

This research dealt with three chapters. The first was devoted to determining the meaning of the principle of legality and explaining the most important reasons, and determining its relation to the principle of legitimacy in both Islamic and positive jurisprudence. The second was devoted to explaining the sources of legality in each of them, and presented the most important doctrines and theories that examined the basis of the law and its essence. The third chapter is devoted to presenting the practical mechanisms provided by the principle of legality to protect the rights and freedoms of individuals, and I have attempted to collect all the applications and models that I have been able to use to assess the role played by the principle.