

الفصل الثاني

مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية

التمهيد

تنوّع الأنظمة القانونية المعاصرة تنوعاً كبيراً، وقد حاول العديد من فقهاء القانون تقسيم هذه الأنظمة إلى مجموعات متشابهة، فمنهم مَنْ يقسمها على أساس مذهبي وفقاً للمذهب الفردي أو المذهب الماركسي أو النظام الإسلامي، وبعضهم يقسمها إلى مجموعات على أساس الاختلاف في الصياغة القانونية، وآخرون يقسمونها على أساسين هما: العامل الفلسفي، وعامل الفن القانوني، وبتطبيق هذين العاملين معاً على المجموعات المعاصرة، نجد أنها تنقسم إلى أربع مجموعات كالآتي^{٤١}:

- مجموعة الأنظمة اللاتينية الجرمانية، وتضم أنظمة دول أوروبا الغربية مثل الإيطالي، والأسباني، والألماني، والدول التي نقلت عن النظام الفرنسي أو الألماني، والتي تعتنق جميعاً المذهب الفردي.
- مجموعة الأنظمة الإنجلوسكسونية أو السوابق القضائية، وتختلف مصادر القانون فيها عن غيرها من بلاد القانون المدني والتصويرات، والمصطلحات مختلفة عما يقبلها في الشرائع ذات الأصل الروماني.
- مجموعة الشريعة الإسلامية، ولها صياغتها القانونية، ومصطلحاتها، ومصادرها المتميزة.
- مجموعة الأنظمة الاشتراكية الماركسية، وأنظمة هذه المجموعة تعتنق الفلسفة الماركسية اللينينية.

المبحث الأول: مبدأ المشروعية الإسلامية:

أجمع كثير من فقهاء القانون على أن المشروعية لفظٌ مختصرٌ ومترادفٌ لمعنى واحد، وهو سيادة حكم القانون^{٤٢}، وفرّق آخرون بين مفهومي المشروعية والشرعية، فمنهم من يرى أن "الشَّرْعِيَّة" مشتقة من الشرع بصيغة (الفعلية)، ومعناها موافقة الشرع، وهي فكرة مثالية تحمل في طياتها العدل، وما يجب أن يكون عليه القانون، ومفهومها أوسع من مجرد احترام قواعد القانون الوضعي العادلة. أما "المشروعية" مشتقة من الشرع بصيغة (المفعولية) فتستخدم في مجال القانون الإداري، ومعناها احترام قواعد القانون القائمة فعلاً في المجتمع^{٤٣}، وتفيد محاولة موافقة الشرع، والمحاولة لا تعني بالضرورة الموافقة.

٤١ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ١٠-١١.

٤٢ - الجرف، طعيمة. ١٩٧٦. مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون. ط ٣. القاهرة. مصر: دار الثقافة العربية. ص ٣ وما بعدها.

٤٣ - أمين، عادل جلال حمد. ٢٠١٧. دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون؛ دراسة تحليلية مقارنة. بيروت. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. ص ٢٣.

ولبيان المفهومين فإنه لا بد من التعرف على مدلولهما لغةً واصطلاحاً؛ وبعد ذلك تعريف الفقه القانوني لكل منهما.

فالشريعة في اللغة: المواضع التي يُنحدر إلى الماء منها، قال الليث: وبها سمي ما شرع الله للعباد شريعة من الصوم والصلاة والحج والنكاح وغيره. والشريعة والشريعة في كلام العرب: مشرعة الماء وهي مؤرد الشاربة التي يشربها الناس فيشربون منها ويستقون، وربما شرعوه^{٤٤}.

والشريعة في الاصطلاح هي ما شرع الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبيها المختلفة؛ لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة، ويجنبها مزالق الشر ونوازع الهوى، قال تعالى: (كَذَلِكَ يُوحِي إِلَيْكَ وَإِلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكَ اللَّهُ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ)^{٤٥}.

والمشروعية في اللغة:

مشتقة من المصدر "الشرع" أو الشرعة أو (الشريعة) وهي: ما شرعه الله لعباده من العقائد والأحكام، وفي التنزيل: (ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا)^{٤٦}، و(المشروع): ما سوغه الشرع^{٤٧}. وشرع الوارد يشرع شرعاً وشروعاً: تناول الماء بفيه، ويقول الحق تبارك وتعالى في محكم كتابه: (شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا)^{٤٨} أي جعله لكم مشروعاً مسنوناً، والطريق مدّه ومهّده، و(اشترع) الشريعة: سنّها، و(التشريع): سنّ القوانين، و(الشارع) في الشيء: البادئ فيه، وفي التنزيل العزيز: (لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمَنْهَاجًا)^{٤٩}.

وقد أعلى الإسلام من مبدأ المشروعية في وقت عز فيه الحق أن يُطلب، وفقد السلطة الحاكمة وألزمها بمبادئ عامة لا يجوز لها أن تخرج عن إطارها كالشورى والعدالة والمساواة، ذلك أن الإسلام دين ودولة، وهو ليس عقيدة فحسب، بل عقيدة تُنظم علاقة المسلم بربه، وشريعة تُنظم علاقة الإنسان بمجتمعه^{٥٠}.

والسلطة العامة في الإسلام تتشكل من سلطتين أصليتين، هما: الأولى "سلطة التشريع"، وتتمثل في إصدار الأوامر العامة التي يخضع لها جميع المسلمين، والثانية "سلطة التنفيذ والقضاء" تقوم بتنفيذ تلك

٤٤- ابن منظور، جمال الدين. ١٩٩٤. لسان العرب. بيروت. لبنان: دار صادر. ط ٣. ص ١٧٥/٨.

٤٥- القرآن. الشورى ٤٢: ٣.

٤٦- القرآن. الجاثية ٤٥: ١٨.

٤٧- مصطفى، إبراهيم والزيات، أحمد حسن وعبد القادر، حامد والنجار، محمد علي. ١٩٧٢. المعجم الوسيط. المكتبة الإسلامية. استانبول.

تركي. الجزء الأول. ط ٢. ص: ٤٧٩.

٤٨- القرآن. الشورى ٤٢: ١٣.

٤٩- القرآن. المائدة ٥: ٤٨.

٥٠- علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ١٨-١٩.

الأوامر العامة بين المسلمين ضمن المجتمع الإسلامي. وتخضع هاتان السلطتان خضوعاً تاماً لمقررات الشريعة وهما مقيدتان، وليستا مطلقتي التصرف؛ إلا في حدود المشروعية الإسلامية، فلا يملك الحاكم ذريعة لمخالفتها ولا تملك الأمة أيضاً مخالفتها أو تبديلها، فالحكام والمحكومون في الإسلام مقيدون بمجموعة الضوابط والقيم الأخلاقية والتشريعية التي كوّنت إطاراً قانونياً ملزماً للأمة بأسرها^{٥١}. ولما بُويع أبو بكر^{٥٢} بالخلافة بعد بيعة السقيفة، حمد الله وأثنى عليه ثم قال: "أما بعد أيها الناس فإني قد وليت عليكم، ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقومي، الصدق أمانة، والكذب خيانة، والضعيف فيكم قوي عندي حتى أرجع إليه حقه إن شاء الله، والقوى فيكم ضعيف حتى آخذ الحق منه إن شاء الله، لا يدع قوم الجهاد في سبيل الله إلا ضربهم الله بالذل، ولا تشيع الفاحشة في قوم قط إلا عمهم الله بالبلاء، أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم"^{٥٣}. فنظام الحكم في الإسلام يقوم على أساس المسؤولية المتبادلة بين الأمة والحاكم، بحيث يلتزم كل طرف بواجباته، وينال في المقابل حقوقه، وهكذا فإن مبدأ المشروعية في الإسلام يسبق العالم الغربي بأكثر من عشرة قرون، وذلك في الوقت الذي كانت تُعاني فيه الأمم الأخرى مزيداً من الصراعات والطغيان والاستبداد المستمر، حتى ظهرت الحركة الفكرية في القرنين السابع عشر والثامن عشر الميلاديين من أجل الحرية، وازدهرت فكرة القانون الطبيعي.

المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ المشروعية

تؤكد قواعد الشريعة الإسلامية على مبدأ سيادة الشرع الإسلامي، وتستنكر جميع صور الاستبداد في الحكم، وتنفي عن الحاكم أي صفة زائدة عن الناس، إلا ما يتعلق بالصفات الواجب توافرها فيه كالعلم والحلم والرفق والقوة والأمانة، وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"^{٥٤}، ووضع سيدنا أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - في خطبة الولاية المعيار

٥١ - الفهداوي، فهمي خليفة. ٢٠٠٤. نظام الحكم العربي الإسلامي. موسوعة الإدارة العربية الإسلامية. مجلد ١. جامعة الدول العربية. القاهرة. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص ٤٩.

٥٢ - يعتبر سيدنا أبو بكر الصديق أول حاكم يطبق بشكل فعلي مبدأ مسؤولية الأمة في تولية الحاكم ومسؤولية الأمة في مراقبة الحاكم وأن طاعة الحاكم مقيدة وأن المرجع للحاكم والأمة هو الدستور.

٥٣ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٣٥.

٥٤ - في الرواية عن عائشة رضي الله عنها: "أَنْ قُرِئَ شَأْنُ الْمَرْأَةِ الْمُخْرُوجَةِ الَّتِي سَرَقَتْ، فَقَالُوا: وَمَنْ يُكَلِّمُ فِيهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فَقَالُوا: وَمَنْ يَخْتَرِئُ عَلَيْهِ إِلَّا أَسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، حَبِيبُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَكَلَّمَهُ أَسَامَةُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (أَتَشْفَعُ فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ؟)، ثُمَّ قَامَ فَاخْتَطَبَ، ثُمَّ قَالَ: (إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ، أَهْمُ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرْكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَإِنَّمَا اللَّهُ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا) رواه البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل. ١٩٩٣. صحيح البخاري، رقم الحديث ٣٢٨٨. ضبطه ورقمه: مصطفى ديب البغا. ط ٥. بيروت. لبنان: دار ابن كثير. ص ١٢٨٢.

الأساسي لشرعية كل سلطة عندما قال: (فإني قد وُليْتُ عليكم ولست بخيركم فإن أحسنْتُ فأَعِيتُوني وإن أسأتُ فَقَوِّمُونِي)^{٥٥}.

وكان الإسلام سبباً في إقرار الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، وفي تطبيق مبدأ المشروعية بمعناه المتعارف عليه اليوم من وجود قاعدة قانونية مجردة، وألزم الحكام والمحكومين بالخضوع لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية التي تنظم علاقة الإنسان بالمجتمع والدولة^{٥٦}.

ويتميز نظام الدولة في الإسلام بالمرونة والحركية بعيداً عن الجمود والعزلة، وعلى أسس من الخير والفضيلة والتعاون بين الجهات الحاكمة والمحكومة ومن هذه المرتكزات ما يأتي^{٥٧}:

١- الرسالة الإنسانية الشاملة لجميع أهل الأرض: وإحلال الخير والحق والعدل في حياة البشر، تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ﴾ فَأَخْرَجْنَا مِنْهُم مِمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لَيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ^{٥٨}.

٢- القيم العليا الثابتة: فأعمال الخلق الدنيوية يجب أن تحقق الغايات العليا المتمثلة في مرضاة الخالق، لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^{٥٩}.

٣- حتمية الخلافة: وهي تمثل النظام السياسي في الإسلام^{٦٠}، فقد أوجب الإسلام قيام الحاكم أو الخليفة؛ لضمان رعاية المصالح الدينية والدنيوية، واستيفاء الحقوق المشروعة، والله تعالى يقول: ﴿يَوْمَ نَدْعُو كُلَّ أُنَاسٍ بِإِمامِهِمْ فَمَنْ أُوتِيَ كِتَابَهُ يَتَّبِعْهُ فَأُولَئِكَ يَفْرَهُونَ كِتَابَهُمْ وَلَا يُظْلَمُونَ فَتِيلًا﴾^{٦١}، ويمارس الخليفة

٥٥- ابن هشام، أبي محمد عبد الملك بن هشام الحميري، متوفى ٢١٨ هـ، السيرة النبوية لابن هشام ٤/٢٤٠، تحقيق مصطفى السقا وآخرون، بيروت، لبنان: دار المعرفة.

٥٦- علي، عبد الجليل محمد، ١٩٨٤، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفييتي)، القاهرة، مصر: عالم الكتب، ص ١٩-٢١.

٥٧- الفهداوي، فهمي خليفة، ٢٠٠٤، نظام الحكم العربي الإسلامي، موسوعة الإدارة العربية الإسلامية، مجلد ١، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ٥٤.

٥٨- القرآن، المائدة ٥: ٤٨.

٥٩- القرآن، الأنعام ٦: ١٥٣.

٦٠- الصالح، علي سليمان، ٢٠١٩، "حدود طاعة رئيس الدولة في الشريعة الإسلامية؛ دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، عدد (٣)، السنة ٤٣، ص ٥٥.

٦١- القرآن، الإسراء ١٧: ٧١.

السيادة التي منحت له باعتبار صفته، وليس لذاته، فهو ليس بصاحب لها، بل نائب، أو وكيل فيها^{٦٢}. والخلافة - كما يقول ابن خلدون - هي حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدينية الراجعة إليها، إذ أحوال الدنيا ترجع كلها عند الشارع إلى اعتبارها بمصالح الآخرة، فهي خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين، وسياسة الدنيا به^{٦٣}.

٤ - **الاستقلال وعدم التبعية:** ذلك أن المجتمع الإسلامي قدوة المجتمعات، وليس تابعاً لجهات أخرى خارجية، لقول الله تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ۗ وَمَا جَعَلْنَا الْقِبْلَةَ الَّتِي كُنْتَ عَلَيْهَا إِلَّا لِنَعْلَمَ مَنْ يَتَّبِعِ الرَّسُولَ مِمَّنْ يَنْقَلِبْ عَلَى عَقْبَيْهِ ۚ وَإِنْ كَانَتْ لَكَبِيرَةً إِلَّا عَلَى الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ ۚ وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضَيِّعَ إِيمَانَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرءُوفٌ رَحِيمٌ﴾^{٦٤}.

٥ - **الحريات والحقوق العامة:** حيث يلزم الإسلام الناس بواجبات شرعية، ويكفل لهم حقوقاً مصنوعة بصورة تجعلهم أحراراً في امتلاك زمام أنفسهم، وغير مستعبدين أو مكرهين أو مُستغلين للغير ولا مُستغلين من قبل الغير، تحدوهم الكرامة والأمن والتعاون والتمتع بالحريات في مجالات الحياة المختلفة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾^{٦٥}.

٦ - **مسؤولية الدولة الإسلامية:** ثبتت مسؤولية كل من ولي من أمر المسلمين شيئاً، وضمنت الدولة الإسلامية أثر تصرفات عمّالها، فعن أبي بكر - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى في حجة الوداع: "إِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ.." ^{٦٦}، ويقول سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^{٦٧}، فطاعة الله والرسول ليست مقصورة على الشعب دون الحاكم، فالحاكم داخل في الخطاب، ومطلوب منه أن يُطِيع الله في رعيته، وتقع عليه مسؤولية نصحتهم، وإقامة العدل بينهم، وتوزيع الثروات بالقسط، والدفاع عن أعراضهم، وزرع قيم الخير والإحسان، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

٦٢ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفييتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢١٩.

٦٣ - ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد. ٢٠٠٥. مقدمة ابن خلدون. تحقيق درويش الجويدي. بيروت. لبنان: المكتبة العصرية. ص ١٧٨.

٦٤ - القرآن. البقرة ٢: ١٤٣.

٦٥ - القرآن. الحجرات ٤٩: ١٣.

٦٦ - البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل. ١٩٩٣. صحيح البخاري، رقم الحديث ١٠٥. ضبطه ورقمه: مصطفى ديب البغا. ط ٥. ج ١ بيروت. لبنان: دار ابن كثير. ص ٥٢.

٦٧ - القرآن. النساء ٤: ٥٩.

وتمّ توافق شكلي بين مفهوم الطاعة في الفقه الإسلامي، ومفهومها في الفقه القانوني، إذ إنّ طاعة الرؤساء ليست مطلقة، بل مقيّدة في الفقه الإسلامي بالخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أنّها في الفقه القانوني مقيّدة بخضوع الأمر الرئاسي لأحكام القانون^{٦٨}.

وتتفق الشريعة الإسلامية مع مبدأ المشروعية في عدم تقرير أي استثناءات لأي هيئة من الهيئات أو فرد كان حاكماً أو محكوماً من الخضوع لحكم القانون، كما يجب أن يجتاز المرشح لتولي الخلافة أو رئاسة الدولة الإسلامية مرحلتَي الاختيار والبيعة، وهو ما يسمى بالاختيار الشعبي الحر في الأنظمة القانونية المعاصرة؛ وأهمها النظام الإنجليزي، والنظام الاشتراكي، والنظام الفرنسي. كما أنّ المشرّع الوضعي في النظام الإسلامي مقيّد دائماً بقاعدة أعلى تتمثل في المبادئ الثابتة، والنصوص القطعية التي أوردتها الشريعة الإسلامية، وهي نصوص لا تتبدل، ولا تتغير؛ لمرورها في ملاءمة التطور في ظل المبادئ الأساسية، ولا يستطيع المشرّع أو البرلمان أن يتخطاها بتشريع وضعي؛ وللأمة -أفراداً ومؤسسات- حق الرقابة على مطابقة القانون للشريعة الإسلامية. وللأمة أيضاً سيادة مقيّدة لصالح سيادة أسمى وأعلى منها مرتبة، وهي سيادة التشريع المنزّل من عند الله والذي لا يمكن مخالفة نصوصه القطعية الواردة في أحكام الشريعة، وهذا يعني أن يلتزم كل من الحاكم والمحكومين بالمصدرين الأساسيين للمشروعية في النظام الإسلامي، وهما القرآن الكريم والسنة النبوية^{٦٩}.

المطلب الثاني: مصادر مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية

يعتبر الدين المرنّكز العقائدي الذي تستمد منه الدولة الإسلامية نظامها السياسي، ومنهاج طريقها الأساسي، فقد كان للفلسفة الإيديولوجية أثرٌ بالغ الأهمية في نشأة دول منطقة شبه الجزيرة العربية، ولم تكن عُمان في معزل عن ذلك النهج بل ترسخ كشكل تأصيلي منذ بداية الدولة الإسلامية الأولى. وللأمة الإسلامية تشريع خالد عُرفت أصوله وخصائصه، وصُلّحت به قرونٌ طويلة، فحق له أن يكون المصدر الأول لكل ما تأخذ به الأمة من قوانين في كل البلاد العربية والإسلامية، ويتميز التشريع الإسلامي عن غيره من التشريعات والنظم الأخرى بأنه تشريع رباني أنزله الله للناس كافة دون تمييز بينهم -هو العارف بأحوالهم- فكانت أحكامه ومبادئه وحدة واحدة لا تتجزأ ولا تتغير ولا تتبدل، فهي صالحة لكل زمان ومكان.

والفقه الإسلامي هو الأحكام العملية التي تغطي جميع تصرفات الإنسان مع تطور الأحوال

٦٨ - الصالح، علي سليمان. ٢٠١٩. "حدود طاعة رئيس الدولة في الشريعة الإسلامية؛ دراسة مقارنة". مجلة الحقوق. مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت. عدد (٣). السنة ٤٣. ص ٨٢.

٦٩ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفييتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٣٢٤-٣٣٢.

والأزمان والأماكن، فهو يُمَثِّلُ قانون حياة المسلم في جميع مناحيها الفردية والجماعية، وهو أغنى ما أبدعته الحضارة الإسلامية، وأعز ما أنتجته من موروث فكري، حتى أصبح أوسع تراث حضاري وتشريعي في العالم أجمع، ويزداد اتساعاً مع تجدد الأحوال والأعمال^{٧٠}. ولا تختلف أدلة الأحكام أو مصادر المشروعية في الإسلام عن مصادر التشريع الإسلامي، وتحدد هذه المصادر بدراسة الأدلة الشرعية كمصادر للقاعدة القانونية، وتنحصر المصادر في مصدرين أصليين هما القرآن الكريم والسنة النبوية، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول هذين المصدرين بأنهما أصل وأساس جميع القواعد التي تتشكل منها المشروعية الإسلامية، ثم يأتي بعدها مصدر تبعية يتمثل في الاجتهاد بالرأي الذي تتفرع منه عدة مصادر مشتقة للمشروعية؛ مما يجعل النظام الإسلامي صالحاً للتطور في كل زمان ومكان^{٧١}. وأول هذين المصدرين للمشروعية في الإسلام هو القرآن الكريم.

أولاً: المصدران الأصليون للمشروعية في الإسلام:

إن الأحكام الشرعية أساسها القرآن الكريم والسنة النبوية، وهما مرجع المجتهدين في الاستنباط.

أولاً: القرآن الكريم:

دستور الأمة الإسلامية في شتى أنحاء الأرض، ومصدر التشريع الأول للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية بلا منازع^{٧٢}، أوحى به الله -جل جلاله- إلى رسوله باللفظ والمعنى؛ ليحفظه ويبلغه كما أنزل إليه. ولا يقوم مبدأ المشروعية في الإسلام إلا بالرضا بحكم الله، والتزام أوامره وتعاليمه الواردة في القرآن الكريم، وكل ما يخالف ذلك يُعد خروجاً على هذا المبدأ.

ويُعرّف القرآن الكريم في اللغة: من قرأ الكتاب قراءةً، وقرأنا: تتبع كلماته نظراً ونطق بها، وتتبع كلماته ولم ينطق بها؛ وسميت "حديثاً" بالقراءة الصامتة. وقرأ الآية من القرآن أي نطق بها عن نظر أو حفظ، فهو قارئ، وقرأ عليه السلام أي أبلغه إياه، واقرأ القرآن والكتاب قرأه و(القرآن) هو كلام الله المنزل على رسوله محمد -صلى الله عليه وسلم- المكتوب في المصاحف، وفي التنزيل العزيز: ﴿فَإِذَا قَرَأَهُ فَأَتَّبِعْ قُرْآنَهُ﴾، أي قراءته^{٧٣}.

٧٠ - الزحيلي، محمد. ٢٠٠٨. "الفقه المقارن وضوابطه وارتباطه بتطور العلوم الفقهية خلال القرن الخامس الهجري". (بحث) ندوة تطور العلوم

الفقهية. ط ٢. ٦-٨ مارس. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. مسقط. ص ٦.

٧١ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفييتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٢٥.

٧٢ - أبو الوفا، أحمد. ٢٠١٣. أحكام القانون الدولي والعلاقات الدولية في الفقه الإباضي. مسقط. سلطنة عُمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ص ٢٣.

٧٣ - مصطفى، إبراهيم والزيات، أحمد حسن وعبد القادر، حامد والنجار، محمد علي. ١٩٧٢. المعجم الوسيط. المكتبة الإسلامية. استانبول. تركيا. الجزء الأول. ط ٢. ص ٧٢٢.

والقرآن فيه بيان كل شيء بتصريح أو فهم أو سُنَّة أو قياس، وأما الإجماع فمأخوذ من ذلك^{٧٤}، ولقد اشتمل على الأحكام، والأسس العامة، والقواعد الكلية لطبيعة نظام الحكم، ولم يتطرق لأحكام التفاصيل الجزئية؛ لأن القواعد الكلية لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وإنما تختلف الجزئيات. كما أنه لم يكن قانوناً حتى يأتي بالتفصيلات الجزئية، بل هو الدستور الذي وضع القواعد العامة، وبَيَّن في آياته الأحكام الأساسية لتسيير حياة الأمة^{٧٥}.

وتمثل الإجمال في نصوص القرآن ميزة مهمة بالنسبة للنظم السياسية والاجتماعية؛ لإمكانية تطبيق النص بصورة مختلفة، ويكون باتساعه قابلاً لمجاراة المصالح الزمانية والمكانية عبر العصور، وتطبيق الأحكام المناسبة بما لا يخرج عن أسس الشريعة ومقاصدها.

ثانياً: السُنَّة النبوية:

السُنَّة النبوية هي أصل قائم بنفسه والمصدر الثاني للتشريع بعد القرآن الكريم؛ لأنها ظنيَّة الثبوت وبصار إليها لتفسير وبيان وتأكيد القرآن الكريم الذي هو قطعي الثبوت ومقدماً عليها؛ ووردت حجيتها بوصفها مصدر من مصادر التشريع في عدة مواضع من القرآن الكريم منها قول الحق تبارك وتعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^{٧٦}. ويقول السالمي^{٧٧}: "اعلم أن السنة في اللغة: الطريقة والعادة، وفي اصطلاح الفقهاء: هي العبادات، وفي اصطلاح المحدثين والأصوليين: "ما صدر عن النبي - عليه الصلاة والسلام - غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير"^{٧٨}، وتعرف السنة النبوية في اللغة بأنها: الطريقة والسير، حميدة كانت أو ذميمة، وسنة الله هي حكمه في خلقه. والسنة في الشرع هي العمل المحمود في

٧٤- أبو الوفا، أحمد. ٢٠١٣. أحكام القانون الدولي والعلاقات الدولية في الفقه الإباضي. مسقط. سلطنة عُمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ص ٢٥.

٧٥- أبو موسى، محمود محمد مسلم. ٢٠١٨. حالة الطوارئ كاستثناء على مبدأ المشروعية في التشريع الفلسطيني؛ دراسة مقارنة مع النظم القانونية والشريعة الإسلامية. (رسالة ماجستير غير منشورة). غزة. فلسطين. ص ٤٢.

٧٦- القرآن. الحشر ٥٩: ٧.

٧٧- هو: الإمام عبد الله بن حميد بن سُلُوم السالمي، ولد سنة (١٢٨٦هـ)، ببلدة الحوقين، المعروف بـ"نور الدين السالمي" من أبرز علماء عُمان في القرن التاسع عشر، وقد حفظ القرآن على يد والده، وتعلم على يد الشيخ راشد بن سيف اللمكي، وهو علامة ومؤرخ من مؤلفاته كتاب "تحفة الأعيان بسيرة أهل عُمان"، وكتاب "طلعة الشمس" و"مدارج الكمال" و"معارج الآمال" و"جوهر النظام في علمي الأديان والأحكام" و"شرح الجامع الصحيح" و"مشارك الأنوار". توفي سنة (١٣٣٢هـ)، وعمره ست وأربعين سنة. انظر: صالح، محمد والشيباني، سلطان. ٢٠٠٦. معجم أعلام الإباضية - قسم المشرق، دار الغرب الإسلامي. ص ٢٧١.

٧٨- أبو الوفا، أحمد. ٢٠١٣. أحكام القانون الدولي والعلاقات الدولية في الفقه الإباضي. مسقط. سلطنة عُمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ص ٢٨.

الدين مما ليس فرضاً ولا واجباً^{٧٩}. ويعتبرها الفقه الإسلامي أنها وحي الله معني واللفظ من عند الرسول - عليه الصلاة والسلام - لقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ، إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^{٨٠}.

ثانياً: المصادر المشتقة أو التبعية للمشروعية في الإسلام:

بدأت ظاهرة الفقه الاجتهادي في مرحلة مبكرة من العهد النبوي، وعصر الصحابة والتابعين، وعلى ألسنة المجتهدين في التعليل والاستنباط، وكان من أبرز ثمارها حركة تقعيد القواعد ووضع الضوابط الفقهية^{٨١}، بالاعتماد على المصادر الأصلية السابقة، والتبعية التالية، ومن هذه المصادر الآتي:

أولاً: الإجماع

الإجماع أول المصادر التبعية، ويقع في المرتبة الثالثة بعد القرآن الكريم، والسنة النبوية، ويعرف على أنه اتفاق المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور على واقعة من الوقائع أو حكم من الأحكام الشرعية.

ويفترض الإجماع عدم وجود نص صريح ومباشر في المصادر الأصلية للمشروعية، فوجود النص مصدر لدليل الحكم، ولا محل للإجماع حينئذ. وما يثبت حجة الإجماع قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾^{٨٢}. ومذهب جمهور الأصوليين أن الإجماع يخص عموميات القرآن والسنة، كتخصيص قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾^{٨٣} بالحيوان دون غيره، حيث اتفق علماء المسلمين على أن المقصود الظاهر من هذه الآية هو الحيوان دون غيره^{٨٤}، والأمثلة على ذلك كثيرة.

ويفترض على رجل الإدارة الإسلامية أن ينظر فيما أجمع عليه علماء الأمة إذا كانت القضية غير منصوص عليها في الكتاب؛ لأن السلطة كما تتقيد بالنص، تتقيد أيضاً بما أجمع عليه.

ثانياً: القياس

يُعد القياس دليل للأحكام في الفقه الإباضي، وهو في المرتبة الرابعة. فبخصوص قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^{٨٥}. يقول أطفيش: " فالدين

٧٩- مصطفى، إبراهيم والزيات، أحمد حسن وعبد القادر، حامد والتجار، محمد علي، ١٩٧٢، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استانبول. تركيا. الجزء الأول. ط ٢. ص ٤٥٦.

٨٠- القرآن. النجم ٥٣: ٣ و ٤.

٨١- الزحيلي، وهبة مصطفى، ٢٠٠٨. "ظهور القواعد الفقهية من منظور مقارن". (بحث). ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري "القواعد الفقهية أنموذجاً". ط ٢. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. مسقط. ص ٦.

٨٢- القرآن. النساء ٤: ١١٥.

٨٣- القرآن. الأنعام ٦: ١٢١.

٨٤- آل هرموش، محمود مصطفى عبود. (٢٠١٠). معجم القواعد الفقهية الإباضية. سلطنة عُمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ص ٦٠.

٨٥- القرآن. المائدة ٥: ٣.

في نفسه كامل بنصوصه، وما يستنبط منه الاجتهاد والقياس، فالآية دليل للاجتهاد والقياس لا إبطال لهما كما زعم من زعم^{٨٦}.

ويتكون القياس من أربعة أركان؛ الأول: الأصل، ويطلق على ما يبنى عليه غيره "المقيس عليه"، والثاني: الفرع، ما يبنى على غيره وهو المقيس، ومقتضى أخذ الأصل والفرع في معنى القياس أن يكون القياس متوقفاً في تصويره عليهما. وثالث الأركان: حكم الأصل، وهو ما ورد به النص في واقعه كالتحريم في الخمر عند قياس النبيذ عليه. والركن الرابع: الوصف الجامع أو العلة، التي بنى عليها الشارع حكمه في واقعة النص، والأصل الذي قام عليه القياس. ولكن ما الفرق بين القياس ودلالة النص؟ يعتمد ذلك على عملية الاستخراج، فإن كان استخراج مناط الحكم يحتاج إلى بحث واجتهاد ثم اجتهاد في تحقيق هذا المنط في الفرع فهذا هو القياس، أما إن كان مناط الحكم لا يحتاج إلى بحث واجتهاد في استخراجه ولا في تحقيقه، بل هو من الواضح بحيث يكفي فيه فهم النص لغة، فثبتت الحكم في الفرع يكون بدلالة النص^{٨٧}. ومن أمثلة القواعد الفقهية بالقياس، قاعدة "ما حرم استعماله حرم اتخاذه" وكذلك "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"^{٨٨}.

تعددت الاجتهادات في المصادر التبعية للمشروعية في الشريعة الإسلامية، واختلف العلماء عليها، وأشهرها (الاستحسان، والاستصلاح أو المصالح المرسله، والاستصحاب، وشرع من قبلنا، والعرف، ومذهب الصحابي، وسد الذرائع) وفيما يلي شرح مختصر لأهمها.

ثالثاً: الاستحسان:

الاستحسان في اصطلاح الأصوليين القائلين به، هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعي في واقعة إلى حكم آخر فيها؛ لدليل شرعي يقتضي هذا العدول، وهذا الدليل هو سند الاستحسان. كما يوضح صورة الاستحسان بقوله: إذا عرضت واقعة يقتضي عموم النص حكماً فيها، أو يقتضي القياس الظاهر المتبادل حكماً فيها، أو يقتضي تطبيق الحكم الكلي حكماً فيها، وظهر للمجتهد أن لهذه الواقعة ظروفاً وملايسات خاصة تجعل تطبيق النص العام، أو الحكم الكلي عليها، أو اتباع القياس الظاهر فيها يُفَوِّتُ المصلحة، أو يؤدي إلى مفسدة، فعُدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثنائها من الكلي، أو اقتضاء قياس خفي غير متبادر، فهذا العدول هو الاستحسان، وهو من

٨٦ - أبو الوفا، أحمد. ٢٠١٣. أحكام القانون الدولي والعلاقات الدولية في الفقه الإباضي. مسقط. سلطنة عُمان: وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ص ٣٨.

٨٧ - الربيعه، عبد العزيز بن عبد الرحمن. ٢٠٠٨. أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها: القياس، الاستحسان، الاستصلاح، الاستصحاب. ٣ ط. الرياض. السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنية. ص ١٥-٢٢.

٨٨ - البجاعي، عيسى محمد. ٢٠٠٨. "الفروق بين القواعد والضوابط الفقهية". (بحث). ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري "القواعد الفقهية أمودجاً". ط ٢. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. مسقط. سلطنة عُمان. ص ١٣٦.

طرق الاجتهاد بالرأي؛ لأن المجتهد يقدر الظروف الخاصة لهذه الواقعة، ويرجح دليلاً على دليل، والاستحسان باعتبار ما عدل عنه إلى ما عدل إليه ثلاثة أنواع هي: عدول عن مقتضى قياس ظاهر إلى قياس خفي، وعدول عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص، وعدول عن حكم كلي إلى حكم استثنائي. كما يتنوع الاستحسان باعتبار السند الذي بني عليه العدول؛ فمنه ما سنده النص أو القياس الخفي، أو قوة الأثر فيه، أو الإجماع، أو الضرورة، أو المصلحة^{٨٩}.

رابعاً: الاستصلاح أو المصلحة الشرعية.

يتمثل الهدف الأسمى للمنهج الإسلامي في تحقيق عبادة الخالق، وتحقيق مصالح الخلق وحفظها ودفع الضرر عنها، وتسعى مقاصده الشرعية إلى تنظيم المجتمع وأفراده في ضوء أحكام من مصادر الشريعة الإسلامية السمحة. وهذا يعني أن حقيقة المصلحة العامة في المنهج الإسلامي تمثل في جوهرها ثمرات العمل الصالح، والجهود المفيدة والمأمولة حيال كل أمر أو شأن يرتبط بالدين والدنيا وفق الأصول الشرعية، وهي تلك المصلحة التي لا يتم الواجب إلا بها. وتؤكد أحكام القرآن الكريم أن المنهج الإسلامي يشتمل على المصالح المشروعة، حيث يقول الحق تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾^{٩٠}. وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^{٩١}.

وكل ما يتضمن حفظ مقاصد الضرورية المعتبرة عند الخالق تعالى يمثل المصلحة الحقيقية والشرعية، وكل ما يعرقل تحقيقها يعتبر مفسدة ينبغي مواجهتها ودفع مضرتها بوصفها عملية واجبة ومطلوبة، ذلك أن الشريعة الإسلامية عامة دائمة وخالدة، يراد بها تحقيق مصالح العباد ونجاتهم وإسعادهم في الدنيا والآخرة، ومقتضاه أن جميع أحكامها منهاها وغايتها الحفاظ على مصالح الناس عاجلاً وآجلاً، إما بجلب النفع لهم، أو لدفع الضرر والفساد عنهم، مع مراعاة جانب اليسر والسماحة في التكاليف الشرعية^{٩٢}.

وأما المصالح الحاجية فهي: ما يحتاج إليه الناس؛ للتيسير عليهم ورفع الحرج، فلو لم تراعى دخل على الناس الحرج والمشقة، وربتها بعد الضرورات كالرخص في العبادات، والعفو عن القصاص في العقوبات، والتمتع بطيبات الرزق والصيد في العادات^{٩٣}. وأما المصالح التحسينية: فهي التي تقتضيها المروءة، وتعرف

٨٩ - الربيع، عبد العزيز بن عبد الرحمن. ٢٠٠٨. أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها: القياس، الاستحسان، الاستصلاح، الاستصحاب. ط٣. الرياض. السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنية. ص ١٦٢-١٧١.

٩٠ - القرآن. يونس: ١٠: ٥٧.

٩١ - القرآن. الأنبياء ٢١: ١٠٧.

٩٢ - الزحيلي، وهبة مصطفى. ٢٠٠٧. "معنى المصلحة والمقصد في المنظومة الفقهية". (بحث). ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان من القرن السابع إلى القرن العاشر للهجرة "الفقه العُماني والمقاصد الشرعية". ١٨-٢١ مارس. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. مسقط. ص ١٤.

٩٣ - الزحيلي، وهبة مصطفى. ٢٠٠٧. "معنى المصلحة والمقصد في المنظومة الفقهية". (بحث). ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان من القرن السابع إلى القرن العاشر للهجرة "الفقه العُماني والمقاصد الشرعية". ١٨-٢١ مارس. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. مسقط. ص ٢٤.

بأنها: "الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب المندسات التي تأنفها العقول الراجحات"^{٩٤}، كستر العورة للصلاة في العبادات وآداب الأكل والشرب في العادات، ومنع التمثيل بالقتلى في العقوبات. ويظهر أن المصلحة الشرعية تشكل مفهوماً إسلامياً أعم وأشمل من مفهوم المصلحة العامة الوضعية؛ لكونها تجمع إليها الحقوق كلها، حق للخالق وحق للمخلوق من الجمهور، فرداً كان أم مجتمعاً أم نظاماً ودولة؛ فضلاً عن كونها متناسبة مع خصائص البيئة وسماحتها وظروفها الاجتماعية المتعلقة بأحوال الناس الزمانية والمكانية، ويُعزى السبب في ذلك إلى دور العقيدة الدينية في المسالك الإنسانية، ودورها في إلزام التصرفات وإخضاعها لضوابط الدين بوصفها مبدأً أساسياً، وما ينطوي عليه من مصالح وأخلاقيات داعية إلى الخير والتعاون، بخلاف المصلحة العامة الوضعية المتجردة من دعائم الدين والأخلاق، التي ينجم عنها الكثير من الصراعات والمنازعات الدولية أو بين أفراد المجتمع الواحد.

خامساً: الاستصحاب

الاستصحاب في اصطلاح الأصوليين هو استبقاء الحكم الذي ثبت بدليل في الماضي قائماً في الحال حتى يوجد دليل يُعَيِّرُهُ. ومثاله ما لو ادعى شخص على آخر ديناً، تكون دعواه غير مقبولة، ويكون القول قول المدعى عليه؛ استصحاباً للحال؛ إذ الأصل براءة الذمة من الحقوق المالية حتى يدل دليل على خلاف ذلك. وفي الفتوى ما لو قام فشرب وهو لا يدري هل أذن لصلاة الفجر أم لم يؤذن، فإن كان استصحب الأصل، فاستصحب الأصل يسقط عنه حكم القضاء وغيره؛ إن كان هو لا يدري، الأصل ليل ولم ير للفجر أثراً، فإنه في هذه الحالة يستصحب حكم الأصل حتى يتبين له خلافه. وقد اختلف العلماء في حجية الاستصحاب.

وهناك العديد من القواعد الفقهية مأخوذة من هذا المصدر، ومنها: (الأصل بقاء ما كان على ما كان، واليقين لا يزول بالشك؛ والأصل في الذمة البراءة، والأصل أن أمور المسلمين محمولة على السداد والصلاح حتى يظهر غيره؛ والأصل أنه يثبت الشيء تبعاً وحكماً، وإن كان قد يطل قصداً، والأمناء مصدقون على ما في أيديهم)^{٩٥}.

سادساً: العرف

يُعد العرف من أدلة الأحكام في الشريعة الإسلامية، بحسب قول الفقهاء: "كل ما ورد به الشرع

٩٤- حماد، نزية. ٢٠٠٨. "القواعد الشرعية وعلاقتها بفقه المصالح". (بحث). ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري "القواعد الفقهية أمودجاً". ط ٢. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. مسقط. ص ٦٠.

٩٥- الزحيلي، وهبة مصطفى. ٢٠٠٨. "ظهور القواعد الفقهية من منظور مقارن". (بحث). ندوة تطور العلوم الفقهية في عُمان خلال القرن الرابع الهجري "القواعد الفقهية أمودجاً". ط ٢. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. مسقط. ص ٨.

مطلقاً، ولا ضابط له في اللغة، يرجع إلى العرف"^{٩٦}، ولكنه حجة على الذين تعارفوه والتزموه، وفي الموضوع أو الزمان الذي اشتهر به دون غيره؛ وذلك بخلاف النص الذي هو حجة على الكل. والإسلام جاء لإصلاح ما فسد من أوضاع الناس، ولم يهدم ما اعتاده الناس من عادات صالحة تعارفوا عليها جيلاً بعد جيل، وهو باحترامه للعرف يكون قد شرعه للناس بناء على القاعدة الفقهية "العادة محكمة" ومقتضى ذلك استقرار المجتمع، وضبط الإجراءات الإدارية وفق الأعراف ذات المصلحة المعتمدة شرعاً.

المطلب الثالث: ضمانات نفاذ مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي

إن المشرع الوضعي في النظام الإسلامي مُقَيَّد دائماً بمبادئ الشريعة الإسلامية الثابتة وبنصوصها القطعية، فلا يستطيع أن يتخطاها بتشريع وضعي يتعارض معها؛ وعلى الأمة الإسلامية واجب الرقابة على مطابقة القانون لمبادئ الشريعة، ويتعين على الفرد المسلم، أو الأفراد المتضررين من تصرُّفٍ، أو قرار غير مشروع صادر من سلطة الحكومة، أن يطرقوا السبل المناسبة لإبطال القرار المخالف للقانون. ومن أجل تحقيق الانسجام التام للأعمال التي يقوم بها الناس مع الأصول العامة، والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية، وضبط السلوك الإنساني حيالها، كان لا بد من وجود مجموعة من الضمانات التي كفله الإسلام لنفاذ مبدأ المشروعية، وأهمها وجود دستور إسلامي يتمثل فيما أوحى به الله، وأنزله على نبي الأمة محمد -صلى الله عليه وسلم-.

أولاً: الدستور الإسلامي:

دستور الأمة في النظام الإسلامي هو الوحي الذي أنزله الله على رسوله الأمين محمد -صلى الله عليه وسلم- وهو القرآن الكريم، يقول الله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً﴾^{٩٧}.

فالشريعة الإسلامية جاءت بجميع الأحكام التي تضمنتها القرآن الكريم، وكل تشريع أو نظام يجب أن يكون متوافقاً لها، ولما ثبت من أحكام في السنة المطهرة، وما خالفها فهو باطل، وخارج عن نطاق المشروعية. والدستور الإسلامي يمثل الكيان القانوني والشرعي الذي يجب الالتزام به من قبل الهيئات الحاكمة ومن قبل الأفراد، وهو يقدم الكثير من القواعد الدستورية لتنظيم حياة الناس ومن أهمها الحكم والبيعة والولاية والقضاء وحقوق الأفراد وحرياتهم وحقوق الحاكم وحقوق الأقليات في الدولة الإسلامية.

٩٦- أبو الوفا، أحمد. ٢٠١٣. أحكام القانون الدولي والعلاقات الدولية في الفقه الإباضي. مسقط. سلطنة عُمان: وزارة الأوقاف والشؤون

الدينية. ص ٤٣-٤٤.

٩٧- القرآن. النساء ١٠٥.

والسلطة في الإسلام سلطة مقيدة بإطار يحدها ويقيد إرادتها، وتخضع لمنهجية قانونية وفق ما تمثلها الشريعة الإسلامية بشكل لا يملك الحُكَّام معه، ولا الأمة ذريعة لمخالفتها أو تبديلها، فالحكام والمحكومون مقيدون بمجموعة الضوابط والقيم الأخلاقية والتشريعية المستمدة من دستورها الإسلامي، وهي بذلك ملتزمة بأحكام الشرع والدين ومحكومة بسنن الخالق لتجمع طرفي المعادلة الصحيحة من خلال "القانون الصالح فضلاً عن السلطة الصالحة"^{٩٨}. لذا يجب على رجل الإدارة في كل تصرفاته أن ينظر في نصوص الكتاب والسنة المطهرة، فإن وجد الحكم في أحدهما منصوفاً عليه (بالوجوب) أو (الحظر)، كانت سلطته مقيدة بما هو منصوف عليه، وأما إن خيره النص، أو سكت عن بيان حكم تلك القضية، كان له الحرية في التعامل (إدارياً) إزاءها.

ثانياً: استقلال القضاء:

تؤكد النصوص القرآنية على استقلالية العمل القضائي، وحيادية القاضي وقضائه بالعدل، وابتعاده عن الهوى، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾، إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولىٰ بيميناء فلا تتبعوها الهوى أن تعدلوا، وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً^{٩٩}، وينبغي أن تتوفر في من يعمل بالقضاء ثلاث ركائز أساسية، وهي: الحياد والتخصص وحرية الرأي، أي الاجتهاد. وحرم الإسلام على الحاكم التدخل في قضاء القاضي طالما كان ملتزماً بمبادئ الشريعة، ومصادر المشروعية، وقد يثار تساؤل بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين التشريع والقضاء والتنفيذ في ذات الوقت! فمن المعلوم أن التشريع الحقيقي في الإسلام هو من الله عز وجل الذي خلق الناس جميعاً، ويعلم مصالحهم والنبي -عليه الصلاة والسلام- إذا شرع شيئاً إنما يشرعه بوحى من الله تعالى، فإذا اجتهد النبي -عليه الصلاة والسلام- في أمر فأخطأ فلا يتركه الله على خطئه^{١٠٠}. وفي هذا الجانب تضمنت "صحيفة المواعدة" تسعة محاور أساسية ومركزية، منها ما يمثل مطلباً في إقامة كل نظام للحكم، وطريقاً في ممارسة الحكومات لمهامها في المجتمع، ليتولى النظام المهام التنفيذية والإجراءات التنظيمية والقضائية، بعيداً عن التصرفات الفردية^{١٠١}.

فعند نشأة الدولة الإسلامية بالمدينة المنورة تولى الرسول عليه الصلاة والسلام الفصل في الخصومات

٩٨- الفهداوي، فهمي خليفة. ٢٠٠٤. نظام الحكم العربي الإسلامي. موسوعة الإدارة العربية الإسلامية. مجلد ١. جامعة الدول العربية.

القاهرة. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص ٥١.

٩٩ - القرآن. النساء ٤: ١٣٥.

١٠٠ - الراشدي، مبارك بن عبد الله. ٢٠٠٢. السلطة القضائية في تونس وعمان بين الفقه والقانون؛ دراسة مقارنة. مسقط. عُمان: مطابع النهضة. ص ٤٣.

١٠١- الفهداوي، فهمي خليفة. ٢٠٠٤. نظام الحكم العربي الإسلامي. موسوعة الإدارة العربية الإسلامية. مجلد ١. جامعة الدول العربية. القاهرة. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص ١٢٩.

بين المسلمين واليهود من جهة وبين المسلمين وبعضهم البعض من جهة أخرى، موضحاً خلال هذه الفترة الحاسمة من تاريخ الدولة الإسلامية نظام القضاء والتقاضي، وبين ما على القاضي أن يسلكه، وكان من أهم طرق الإثبات في زمانه عليه السلام الإقرار واليمين والكتابة والفراصة، وبعد اتساع رقعة الدولة الإسلامية وامتدادها خارج المدينة عهد بالقضاء إلى الولاة الذين كان يعينهم ضمن ولايتهم العامة، ثم أسند القضاء إلى عمر بن الخطاب في عهد الخليفة الأول أبي بكر -رضي الله عنهما- واستقل القضاء في عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب، فاختص القضاة بالفصل في المنازعات في الولايات الإسلامية باستقلال تام عن الولاة ثم في مرحلة لاحقة أصبح الحق للولاة في تسمية القضاة في حدود ونطاق ولاياتهم. واستحدثت الدولة العباسية منصب قاضي القضاة وأنشأت ديوان القضاء؛ ولأن العدل بين الناس من المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، فإن القضاء التزم تطبيق مبدأ المشروعية على جميع الأفراد دون تمييز فلا استثناءات ولا امتيازات للحاكم أمام القضاء^{١٠٢}.

وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يُقَيِّدُ من نفسه، إذا وَجَدَ مَنْ له عليه حقٌّ، فعن أبي سعيد الخدري قال: "بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم شيئاً أقبل رجل فأكب عليه فطعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرجون كان معه، فخرج الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تعال فاستقد"، قال: بل قد عفوت يا رسول الله"^{١٠٣}.

وعن الفضل بن عباس، قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجتُ إليه، فوجدته موعوكاً قَدْ عَصَبَ رأسه، فقال: خُذْ بِيَدِي يا فضل، فأخذتُ بيده حتى جَلَسَ على المِنْبَرِ، ثُمَّ قال: نادِ في الناس، فاجتمعوا إليه، فقال: "أما بعدُ، أيها الناس، فإنِّي أحمَدُ إليكم الله الذي لا إلهَ إلاَّ هو، وإنَّه قد دَنَا مِنِّي خَفَوقٌ من بينِ أَظْهَرِكُمْ، فَمَنْ كُنْتُ جَلَدْتُ له ظَهراً فهذا ظَهْرِي فَلْيَسْتَقْدْ منه، وَمَنْ كُنْتُ شَتَمْتُ له عِرْضاً، فهذا عِرْضِي فَلْيَسْتَقْدْ منه، وَمَنْ أَخَذْتُ له مالاً، فهذا مالي فليأخذْ منه، ولا يخشى الشُّحْنَاءَ من قِبَلِي، فإنَّها ليست من شأني. أَلَا وَإِنَّ أَحَبَّكُمْ إِلَيَّ مَنْ أَخَذَ مِنِّي حقّاً، إِنْ كَانَ لَهُ، أو حَلَّلَنِي فليَقِثْ رِبِّي وأنا طِيبُ النَّفْسِ..^{١٠٤}

١٠٢- علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٥٠-٢٥٢؛ الفهداوي، فهمي خليفة. ٢٠٠٤. نظام الحكم العربي الإسلامي. موسوعة الإدارة العربية الإسلامية. مجلد ١. جامعة الدول العربية. القاهرة. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص ٢٥٥.

١٠٣ - أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني. متوفى ٢٧٥هـ. سنن أبي داود، باب: القود من الضربة وقص الأمير من نفسه. رقم الحديث (٤٥٣٦). تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل. دمشق. سوريا: دار الرسالة العالمية.

١٠٤ - الصنعاني، عبد الرزاق بن همام. ١٩٧٢. المصنف، باب قود النبي صلى الله عليه وسلم من نفسه رقم الحديث (١٨٠٤٣). تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. الهند: المجلس الأعلى.

وهذا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وقد ضرب رجلاً فقال له الرجل: إنما كنت أحد رجلين: رجل جهل فعلم، أو أخطأ فعفي عنه، فقال له عمر: صدقت، دونك فامتثل أي اقتص. ويدل ذلك على سيادة أحكام الشرع، وحرص أولي الأمر على تطبيقها وتنفيذها على الكافة سواء كانوا حكاماً أو محكومين. فكانت الدولة الإسلامية كالجسد الواحد في التكامل والتفاعل، ونظام حكمها يعتمد على المرونة في التعامل مع السلطات، وفي تحديد مراكزها وعلاقاتها، وإن اجتمعت السلطات كلها في يد الحاكم الإسلامي، فلا ضير في ذلك ما دام الحاكم في الأساس هو منفذ لأحكام الشريعة العادلة التي فيها تفصيل وبيان كل شيء.

ويتفق الفقهاء على وجوب تعيين القضاة على الإمام أو السلطان للرعية، وذلك لفصل النزاع بتطبيق الحكم الواجب في تلك الواقعة بين أفراد المجتمع الداخلين تحت سيادته؛ لأنه مكلف شرعاً بالعمل على ما يحقق مصالح رعيته ويدبر المفاصد عنهم^{١٠٥}، إلا أن السلطة القضائية لم تحظ من الناحية العملية في صدر الإسلام بالاستقلال التام؛ لكنها تركزت وفق منهج فكري وعقلي يفوق الفلسفة الوضعية التي نادى بها "أفلاطون" و"أرسطو"، والتي صاغ معالمها مونتسكيو (Montesquieu) في كتابه "روح القانون" في القرن الثامن عشر، وبعد اتساع حدود الدولة الإسلامية، وزيادة الحوادث تم التدرج إلى مبدأ الفصل بين السلطات بطريقة لا تتصف بالفصل التام ولا الانعزال ولا الاستحواذ أو الاستبداد، وإنما وفق ضوابط ملزمة لأعضاء السلطات وقواعد مرجعية (شرعية وأخلاقية وروحية) تكفل عدم الإساءة في استخدامها^{١٠٦}.

وسلطنة عُمان كونها دولة وكياناً سياسياً موغلة في القدم يمتد تاريخها إلى ما قبل الإسلام وما بعده وصولاً إلى الدولة الحديثة، كانت سلطة ملكها في عصر النبوة والخلفاء الراشدين من بعده سلطة مطلقة، ولم تكن هناك سلطات أخرى غير سلطة الملك، ولا اختصاصات مشتركة بينه وبين أهل عُمان، وتمثل ذلك من خلال قبول ملكي عُمان -عبد وجيفر ابني الجندى- المباشر لدعوة الرسول صلى الله عليه وسلم للدخول في الإسلام دون أخذ رأي وموافقة القبائل العُمانية، أو التشاور معهم، وإنما دعوهم مباشرة للدخول في الإسلام، وترك ما كانوا عليه من عبادة أخرى فأسلموا طوعاً.

ثالثاً: الرقابة على مبدأ المشروعية في الإسلام.

تعددت صور الرقابة في النظام الإسلامي، وارتبط تطبيقها بمراحل تطور الدولة الإسلامية، فقد اتسمت الدولة الإسلامية في بدايتها بالبساطة في تكوينها، وطبيعة مهامها، وأخذت بالرقابة الذاتية، والرقابة الشرعية، والرقابة الرئاسية، وعندما تطورت الدولة الإسلامية، واتسعت رقعتها أضافت أنواعاً جديدة من

١٠٥ - الراشدي، مبارك بن عبد الله. ٢٠٠٢. السلطة القضائية في تونس وعُمان بين الفقه والقانون؛ دراسة مقارنة. مسقط. عُمان: مطابع النهضة. ص ٣٦.

١٠٦ - الفهداوي، فهمي خليفة. ٢٠٠٤. نظام الحكم العربي الإسلامي. موسوعة الإدارة العربية الإسلامية. مجلد ١. جامعة الدول العربية. القاهرة. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص ٢٦٣-٢٦٦.

الرقابة، وهي رقابة الدواوين، أو ما يسمى برقابة الأجهزة المتخصصة^{١٠٧}، ومن أهم أنواع الرقابة ذات الصلة بموضوع الدراسة رقابة المظالم، والرقابة الشعبية، أو رقابة الرأي العام.

رقابة المظالم:

عرف الاسلام نظام القضاء، وتولاه الرسول صلى الله عليه وسلم بنفسه، وأرسى قواعده على أساس من العدل والانصاف، وطاعة أوامر الله ونواهيه، وكانت حماية الحقوق والحريات التي أقرها الإسلام للأفراد من أهم الضمانات لتحقيق مبدأ المشروعية، فإذا ما صدرت تصرفات من ذوي المناصب المهمة في الدولة الإسلامية خارجة عن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة؛ قامت ولاية القضاء بإقامة العدل وانصاف المظلوم من الظالم، ولكن المصلحة العامة قد تقتضي التخصيص، ولذا فمن المشروع وجود قضاء يختص بخصومات الأفراد فيما بينهم، وهو ما يعرف بالقضاء الشرعي أو العادي، وقضاء يختص بمنازعات الأفراد مع الدولة بصفتها صاحبة سلطان وسيادة، وهو ما يدعى بولاية أو رقابة المظالم.

وقضاء المظالم هو ما يعرف اليوم بالقضاء الإداري^{١٠٨}، حيث استحدث رؤساء الدولة الإسلامية "ولاية المظالم" بوصفها جهة قضائية تفوق جهة القضاء علواً وسلطة، فإذا كانت فكرة التظلم في القانون الوضعي تقتصر على إلغاء القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية بالدولة، فإن ولاية المظالم في النظام الإسلامي هي قضاء كامل، وليس مجرد قضاء إلغاء، وتعتبر أعم وأشمل من فكرة التظلم الإداري^{١٠٩}، إذ إنها تختص بعدد من المهام، أولها: مراعاة حقوق الله، ومحاربة ظواهر الانحلالية، ومراعاة إقامة العبادات الجامعة، وثانيها: إلغاء القرارات المخالفة للقانون التي يصدرها رجال السلطة التنفيذية في حق الأفراد، وثالثها: النظر بين الأفراد فيما يرفعون من تظلمات تقع من بعضهم على بعض، ورابعها: تطبيق مبدأ الثواب والعقاب بالنسبة لموظفي السلطة الإدارية، وتنفيذ الالتزام بمبدأ المشروعية على جميع الأفراد^{١١٠}.

ويحظى مجلس المظالم بالهيبة والاحترام، وتكون قراراته نافذة على الجماعة في كل الأحوال، ويتكون المجلس من الرئيس وهو صاحب القرار، وعضوية عدد من المساعدين وهم القضاة، والفقهاء، والحراس والأعوان، والكتّاب، والشهود. وكان أول من خصص يوماً لنظر المظالم هو الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان، ثم عمر بن عبد العزيز، ثم تابع بنو العباس هذه السبقة، فكان أول من جلس لها الهادي ثم هارون

١٠٧- أبو موسى، محمود محمد مسلم. ٢٠١٨. حالة الطوارئ كاستثناء على مبدأ المشروعية في التشريع الفلسطيني؛ دراسة مقارنة مع النظم القانونية والشريعة الإسلامية. (رسالة ماجستير غير منشورة). غزة. فلسطين. ص ٥١.

١٠٨ - الراشدي، مبارك بن عبد الله. ٢٠٠٢. السلطة القضائية في تونس وعمان بين الفقه والقانون؛ دراسة مقارنة. مسقط. عُمان: مطابع النهضة. ص ٤٠.

١٠٩ - ينقسم التظلم الإداري من حيث السلطة المختصة بفحصه إلى: تظلم ولائي، وتظلم رئاسي، وينقسم من حيث الأثر المترتب عليه إلى: تظلم جوازي وتظلم وجوبي.

١١٠ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٥٢.

الرشيده ثم المأمون^{١١١}، وآخر من جلس لها المهدي^{١١٢}، في العامين ٢٥٥ و٢٥٦ هجرية. ولذلك فإن ولاية المظالم في النظام الإسلامي أبلغ أثراً من التظلم في القانون الوضعي الذي لا يعني أكثر من لجوء الشخص إلى سلطة الإدارة التي أصدرت القرار طالباً مراجعته أو إلغائه لمخالفته للقانون، وهي إن شاءت ألغته، وإن شاءت استمرت في قرارها، ولا يملك المتظلم في هذه الحالة إلا اللجوء إلى القضاء^{١١٣}.

وتعتبر ولاية المظالم بمنزلة سلطة استئناف، وإعادة النظر بالأحكام القضائية المشكوك في صحتها^{١١٤}. وهي تأخذ بفكرة القرار الضمني الذي يطعن عليه، فإذا امتنعت الإدارة عن موقف معين، فإن امتناعها يُعد قراراً إدارياً ضمناً يطعن عليه أمام ديوان المظالم، وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية الشهيرة "الضرر يُزال"، فحتى لو لم تسلك الإدارة اتجاهه فلا بد أن يزال هذا الضرر، وهذه القاعدة مستمدة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"^{١١٥}.

الرقابة الشعبية أو رقابة الرأي العام:

تضمن كل من المصدرين الأساسيين للمشروعية الإسلامية العديد من النصوص التي تستند عليها الرقابة الشعبية لأعمال الدولة، أو رقابة الرأي العام، وهو عبارة عن اتفاق أغلبية أفراد الشعب على قضية عامة^{١١٦}. قال الله تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^{١١٧}.

لذلك يُنَاط إلى جميع أفراد الأمة الإسلامية مهمة الرقابة الشعبية كل حسب مقدرته ومكانته الاجتماعية؛ وهم يحرصون على أداء مهامهم وفق المشروعية الإسلامية وضوابطها الشرعية من خلال جماعتين الأولى (أهل الحل والعقد) يشكلون مجلس الشورى المَحْوَل بإصدار التشريعات المتعلقة بحياة الناس وتنظيمها، فهم يمارسون رقابة تشريعية على ما يصدر من الوالي من اجتهاد أو تشريع، ويمارسون الرقابة

١١١ - الفهداوي، فهمي خليفة. ٢٠٠٤. نظام الحكم العربي الإسلامي. موسوعة الإدارة العربية الإسلامية. مجلد ١. جامعة الدول العربية.

القاهرة. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص ٢٥٨.

١١٢ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفييتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٥٢.

١١٣ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفييتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٤٥-٢٥٠.

١١٤ - الفهداوي، فهمي خليفة. ٢٠٠٤. نظام الحكم العربي الإسلامي. موسوعة الإدارة العربية الإسلامية. مجلد ١. جامعة الدول العربية. القاهرة. مصر: المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص ٢٥٩.

١١٥ - ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني (٢٠٠٩) سنن ابن ماجه، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره. رقم الحديث (٢٣٤٠). تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون. دمشق. سوريا: دار الرسالة العالمية.

١١٦ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفييتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٦٠.

١١٧ - القرآن. آل عمران ٣: ١٠٤.

على السلطة التنفيذية بصفتهم نُواباً عن الأمة في اختيار الحاكم أو الإمام، وهو ما يقابل الرقابة البرلمانية في القوانين الوضعية؛ لضمان التزام الولاة بالسير وفق مبادئ التشريع الإسلامي تحقيقاً لمبدأ المشروعية؛ والأخرى نظام "الحسبة" ويعني قيام عامة المسلمين بالواجب الشرعي المتعلق بتطبيق مبدأ الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر من خلال النصيحة^{١١٨}، وقد عرفها الماوردي بقوله: (والحسبة هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله)^{١١٩}.

المبحث الثاني: موقف النظم الوضعية من مبدأ المشروعية.

بعدما ازدهرت فكرة القانون الطبيعي الذي عرف تقليدياً بأنه العقل المنزه عن الخطأ الذي يقاس به الحق والعدل، ولا تتغير مبادئه، وهو ملزم لكل الناس حُكماً ومحكومين على السواء، ثم برزت إلى الوجود نظرية "العقد الاجتماعي" التي استندت إليها الأنظمة الديمقراطية في أوروبا للتعبير عن فكرتين أساسيتين هما: قيمة الحرية، أو فكرة أن الإرادة - لا القوة - هي أساس الحكم، وقيمة العدالة أو فكرة أن الحق - لا القوة - هي أساس كل مجتمع سياسي وأساس خطة كل نظام سياسي^{١٢٠}، حيث ترى هذه النظرية أن الفطرة البشرية تقتضي تمتع الإنسان بحرية كاملة، إلا أنه أقيم اتفاق ضمني بين الأفراد للتنازل عن حرياتهم المطلقة مقابل حرية مدنية، وذلك من أجل وضع أفضل ينظم الحريات بالقدر اللازم لقيام الجماعة^{١٢١}. فالضرورة دفعت بالأفراد إلى التخلي عن جزء من حقوقهم الطبيعية؛ لتمكين الحكومات من تنظيم الحياة الاجتماعية لتحقيق مصلحة الجميع، وحماية المجتمع من الأشخاص الذين تقودهم ميولهم الطبيعية ذات المنفعة الفردية.

وأصبحت الحاجة ملحة إلى وجود نظام قانوني يحكم العلاقات بين الفرد ومجتمعه، وبين أفراد المجتمع الواحد والدولة، أو بين هيئات ومؤسسات الدولة بوصفها نتيجة طبيعية لمعرفة الحقوق التي يجب الحفاظ عليها والواجبات التي يجب أن يقوم بها كل مكون من مكونات المجتمع، وبالانسجام مع القانون وخضوع الدولة وأفرادها ومؤسساتها لحكم القانون، في هذه الحالة يسود مبدأ المشروعية، وتتسم الدولة بالصفة القانونية عندما يكون نشاط الإدارة متوافقاً مع القواعد القانونية فيها.

١١٨ - أبو موسى، محمود محمد مسلم. ٢٠١٨. حالة الطوارئ كاستثناء على مبدأ المشروعية في التشريع الفلسطيني؛ دراسة مقارنة مع النظم القانونية والشرعية الإسلامية. (رسالة ماجستير غير منشورة). غزة. فلسطين. ص ٥٤.

١١٩ - أشار إليه، الراشدي، مبارك بن عبد الله. ٢٠٠٢. السلطة القضائية في تونس وعُمان بين الفقه والقانون؛ دراسة مقارنة. مسقط. عُمان: مطابع النهضة. ص ٣٩.

١٢٠ - جون لوك، ودافيد هيوم، وجان جاك روسو. ٢٠١٩. العقد الاجتماعي. ترجمة: عبد الكريم أحمد. مراجعة: توفيق إسكندر. قطر: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات. ص ١٢.

١٢١ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢١-٢٢.

ولذلك يتصل مبدأ المشروعية بفكرة الدولة القانونية، كركيزة أساسية تتمثل في خضوع الدولة في كل أوجه نشاطها للقانون والقضاء، الذي يُعد ضمانه حقيقية ولازمة لحقوق الأفراد، فأصبح من أهم الدعامات المستقلة التي تقوم عليها الدولة الحديثة، ويسري على الدولة بغض النظر عن نوع حكمها سواء كان ديمقراطياً أو ملكية مطلقة أو أي صورة أخرى من صور الحكم غير الديمقراطي ما دامت تخضع للقانون^{١٢٢}.

ويعتبر الفيلسوف "هيوم" أن القوة تكون دائماً إلى جانب المحكومين، وهي: "الرأي العام الأساسي الذي تقوم عليه سلطة الحكّام، وأن هذا المبدأ صحيح في جميع أنواع الحكومات الاستبدادية أو العسكرية؛ بل وفي أكثرها شعبية وديموقراطية"^{١٢٣}، ويرى العميد دوجي (Duguit) أن جوهر الشرعية هو "خضوع كل تصرف لقاعدة القانون"، وإذا كانت تصرفات الأفراد وخضوعها للقانون لا تثير جدلاً، فإن القضية الأساسية لمبدأ المشروعية هي تصرفات السلطات العامة، ووجود ما يلزمها على اتباع قاعدة القانون^{١٢٤}.

وإن كان لمبدأ المشروعية مفهوم موحد في جميع النظم، وهو التزام كل من الحاكم والمحكوم بحكم القانون؛ إلا أن أسلوب تطبيقه يختلف من نظام إلى آخر بما يتماشى مع تراثه التاريخي ومعتقداته، كما تختلف مصادره وضمائنه وأهدافه، وليس أدلّ على هذا الاختلاف من أنه لا يوجد لمبدأ المشروعية مصطلح متفق عليه، ففي المملكة المتحدة يقصد به سيادة القانون (Rule of Law)، وفي فرنسا مبدأ المشروعية (Principe de al Legalite)، وفي الاتحاد السوفيتي سابقاً يمثل الشرعية الاشتراكية (Legalite Socialiste)^{١٢٥}، وبديهيّاً أنّ تطبيق هذا المبدأ لم يأت بطريقة مفاجئة في تلك الأنظمة، وإنما الثابت أنّه تم بالتدريج وعلى فترات متباعدة، حسب جاهزية كل نظام وقناعة الدولة "الحكومة والشعب" نحو تبنيه، إذ يعتمد ذلك على النضوج الفكري لكل مجتمع، كما لا يقتصر معناه على خضوع السلطة التنفيذية، وإنما يشير إلى ضرورة تقيّد جميع السلطات في الدولة، وانصياعها لحكم القانون، ابتداءً من التزام المشرّع الدستوري بالقواعد والمبادئ العليا لحقوق وحريات الأفراد؛ لكن مفهوم هذا المبدأ يختلف من دولة إلى أخرى وفقاً للمذهب السياسي السائد في تلك الدولة.

وكان لحركة التطور الذي شهدتها إنجلترا، وما أفرزته من حق الشعب في مراقبة سلوكيات الحكام

١٢٢ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ١٢.

١٢٣ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٥٢.

١٢٤ - الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقهاء الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ١٥.

١٢٥ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٧.

بوجه عام، وما نتج عنه من قيام الملك جان سان تر (Jean Sans Terre) الذي أصدر في عام ١٢١٥ م وثيقة تسمى العهد الأعظم^{١٢٦} Magna Carta، التي تنظم العلاقة بين الملك و(البارونات)؛ لتكون بمنزلة دستور، وكان بمقتضاها أن الملك قبل أن يصدر القوانين ذات الأهمية يدعو المجلس الكبير للمناقشة والمشورة، ومع التطور أنتجت تلك الوثيقة مجلسين، هما مجلس (اللوردات) ومجلس (العموم)، فالإنجليز ينظرون إلى التشريع بوصفه عنصراً دخلياً على نظامهم القانوني، ولا تدرج النصوص التشريعية في البناء القانوني؛ إلا بعد أن يأخذ بها القضاء في أسباب أحكامه. وسيادة القانون في النظام الإنجليزي^{١٢٧} تعني خضوع جميع الأفراد حكماً ومحكومين للقاعدة التشريعية الصادرة من البرلمان، باعتباره مجلس الشعب المنتخب المتمتع بسيادة تشريعية مطلقة لا يحدها قيد ثم لأحكام القانون القضائي، حيث تغلب القاعدة التشريعية على ما عداها، يليها أحكام السابقة القضائية، وهكذا مبدأ سيادة القانون لم يتقرر فجأة في النظام الإنجليزي - بصفته من أقدم الأنظمة القانونية التي نقلت عنه العديد من الدول كالولايات المتحدة ودول الكومنولث - بل استخلصه الشعب الإنجليزي تدريجياً من خلال كفاحه السياسي، وتحقيق القبول والإذعان لهذا المبدأ عند بدايات القرن السابع عشر الميلادي، وبالتحديد في عهد هنري السادس، بإقرار وثيقة الحقوق (Bill of Rights) عام ١٦٨٩ م، وقد تضمنت مبدأين رئيسيين من مبادئ الدستور الإنجليزي هما سيادة القانون، وسيادة البرلمان^{١٢٨}.

وفي الولايات المتحدة، وبمناسبة إعلان ممثلي المستعمرات الإنجليزية في مؤتمر الاستقلال الأمريكي المنعقد في (فيلادلفيا) بتاريخ ٤ يوليو ١٧٧٦ م، نُشر أول إعلان لحقوق الإنسان والمواطن، مقررًا المساواة بين الأفراد وتأكيد وجود حقوق فردية سابقة على نشأة الجماعة، وأن الحكومات هي المسؤولة عن حماية

١٢٦ - تُعد أول وثيقة دستورية ظهرت في المملكة المتحدة، ثم تلتها العديد من الوثائق الدستورية الأخرى، كملتسم الحقوق، وقانون الحقوق، وقانون توارث العرش، وقانون الوصاية على العرش، كما صدر دستور (كروويل) وهو أيضاً أول دستور مكتوب صدر في المملكة المتحدة عام ١٦٥١ م، بعد ذلك انتشرت حركة تدوين الدساتير انطلاقاً من الولايات المتحدة الأمريكية بصور دستور عام ١٧٨٧ م، ومن ثم الدستور الفرنسي عام ١٧٩١ م ثم باقي دول أوروبا. موثق عند: الشكلي، سالم بن سليمان. ٢٠٢٢. الكامل في شرح النظام الأساسي للدولة الجديد. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع. ص ١٨.

١٢٧ - يتكون النظام الإنجليزي من: ١- الملك الذي يسود، ولا يحكم، وتطبق عليه قاعدة "أن الملك لا يخطئ أبداً"، فالأعمال الملكية تنفذ بواسطة الوزراء المختصين وهم مسؤولون مسؤولية فردية وتضامنية أمام مجلس العموم على وجه الخصوص، ٢- البرلمان الذي يتضمن الملك ومجلس (اللوردات) الذي يختص مع محكمة الاستئناف بصياغة القاعدة القانونية، والتي يطلق عليها "السابقة القضائية"، ومجلس (العموم) الذي يتكون من الحزب الحاكم الذي يستحوذ على السلطة التشريعية، ٣- حكومة مجلس الوزراء "السلطة التنفيذية" وتخضع لرقابة مجلس العموم الذي له الحق في سحب الثقة عنها، وفي المقابل يحق للوزير الأول حل مجلس العموم وإجراء انتخابات جديدة.

١٢٨ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٤٩-٥٦.

هذه الحقوق وتبع ذلك في عام ١٧٧٧م إعلان حقوق (فرجينيا)^{١٢٩}. كما قُضي على الملكية في فرنسا بعد أن ناهض الشعب الحكم المطلق، وقامت الثورة الفرنسية المعروفة.

والمشروعية الإدارية تعني "خضوع الأعمال، والتصرفات الصادرة عن السلطة التنفيذية للنظام القانوني السائد بالدولة في مختلف قواعده"^{١٣٠}. وهناك من يفرّق بين مصطلحي المشروعية وسيادة حكم القانون، الذي تمخّض عن مبدأ الفصل بين السلطات، وجعل السلطة التشريعية هي المعبرة عن الإرادة العامة لتقييد الإدارة في كل نشاطاتها. فإذا كان مبدأ المشروعية يقتضي أن تخضع الدولة كلياً حُكماً ومحكومين لقواعد القانون القائم فيها، بحيث تتوافق تصرفات وقرارات سلطات الدولة فيما بينها، أو فيما بينها وبين الأفراد مع قواعد قانونية موضوعية مجردة وسابقة على تلك التصرفات والقرارات، فتكون الدولة على قدم المساواة مع الأفراد في احترام القانون^{١٣١}، فإن مبدأ سيادة حكم القانون، وإن كان هدفه سياسياً يتمثل في خضوع السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية- بحسب الاتجاه الذي يتزعمه د. ثروت بدوي- فهناك من يُعبّر عنه بمبدأ المشروعية على اعتبار أنه تفرّيع عن مبدأ أعلى هو مبدأ سيادة القانون^{١٣٢}؛ والحقيقة أن المشروعية كاصطلاح تستخدم في مجال القانون الإداري أكثر من استخدامها في مجالات القانون الأخرى^{١٣٣}.

كما وقع اختلاف فقهي حول مدلول ومدى خضوع الإدارة للقانون، حيث ذهب رأي إلى القول: بأن للإدارة حريّة التصرف، ولكن لا يجوز لها أن تأتي عملاً قانونياً أو تصرفاً مادياً مخالفاً للقانون بمعناه الواسع. وهذا الرأي يوسع من سلطة الإدارة على حساب مبدأ المشروعية؛ لأنه يفسر المبدأ تفسيراً ضيقاً، ويذهب الرأي الثاني إلى عدم الاكتفاء بضرورة أن تكون تصرفات الإدارة مطابقة للقانون، وإنما

١٢٩- علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٣-٢٤.

١٣٠- بن كدة، نور الدين. ٢٠١٥. مبدأ المشروعية في القرارات الإدارية. (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر. بسكرة. الجزائر. ص ٧.

١٣١- الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ١٢، أبو سمهدانة، عبد الناصر عبدالله. ٢٠١٤. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة: دراسة تحليلية تطبيقية، في ضوء أحدث أحكام المحاكم وفتاوى مجلس الدولة. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١١.

١٣٢- أمين، عادل جلال حمد. ٢٠١٧. دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون؛ دراسة تحليلية مقارنة. بيروت. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. ص ٢٢؛ الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ١١.

١٣٣- أمين، عادل جلال حمد. ٢٠١٧. دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون؛ دراسة تحليلية مقارنة. بيروت. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. ص ٢١.

تستند بكل ما تقوم به من أعمال وتصرفات لأحكام القانون^{١٣٤}. وهذا الرأي ذو تفسير أوسع من سابقه لمبدأ المشروعية، ويؤدي إلى تضيق نطاق حرية الإدارة، ويقيد سلطاتها، إذ ليس لها اتخاذ أي عمل إلا إذا كان القانون يمنحها حق القيام به. بينما يوسع الرأي الثالث إلى حد كبير من مدلول مبدأ المشروعية على حساب حرية الإدارة في التصرف، فيذهب إلى أن أعمال الإدارة لا تكون مشروعة إلا إذا كانت مجرد تنفيذ مباشر، أو تطبيق لإحدى القواعد القانونية العامة والمجردة السابقة على التصرف أو العمل^{١٣٥}. وهو رأي مستبعد تماماً؛ لأنه يجعل من الإدارة مجرد أداة لتنفيذ القانون، ويبعدها عن القدرة على الإبداع في أدائها لوظيفتها، ويتناقض تماماً مع القانون الوضعي. أما الرأيان الأول والثاني؛ فيتفقان مع أحكام القانون، وهما موضع اتفاق أغلبية الفقه والقضاء، ونؤيد الرأي الثاني؛ لأنه يتخذ موقفاً وسطاً بين تحقيق قدر معين من المشروعية، وتوفير حرية الملاءمة التي تكفل للإدارة القيام بواجباتها وأعمالها على الوجه المطلوب، وبشكل يتناسب مع الظروف والمتغيرات حتى تتمكن من تحقيق الغاية المناطة بها.

وبذلك فإن الإدارة تمتلك سلطة إصدار اللوائح على مختلف أنواعها، كما أنها تتمتع بسلطة تقديرية في حالات معينة، وسلطات واسعة في الظروف الطارئة، مما يتطلب منحها قسطاً من حرية التصرف، وتقدير ملاءمة إصدار القرار لتحقيق متطلبات المصلحة العامة، وهذا لن يتأتى إلا بتحليلها من المشروعية؛ الأمر الذي يجعلها خارج رقابة القضاء الإداري، فيمنع من نظر أعمالها، إما بنصوص تشريعية، أو باجتهادات قضائية مستقرة.

والقانون الإداري *droit administratif* هو "مجموعة القواعد التي تنظم الأجهزة الإدارية للدولة، وتضع القواعد التي تحكم نشاطها وملكيته لأموالها"^{١٣٦}، وهو على درجة معينة من النمو وفقاً للنظرية الأنجلوسكسونية، ويعتبر فرعاً من القانون العام الداخلي الذي ينظم العلاقات التي تظهر السلطة العامة طرفاً فيها لتحقيق المصلحة العامة، ويترتب على ذلك أنه إذا لم توجد قواعد خاصة تحكم علاقة الإدارة بالأفراد، فإن القاضي يلتزم بتطبيق قواعد القانون الخاص، عملاً بالوحدة في القضاء وفي القانون، أما النظام الفرنسي فهو يأخذ بازدياد القضاء، واستقلال القانون الإداري. بالرغم من هذا الاستقلال؛ إلا أن القاضي الإداري ليس بالمشرع، وليس له أن يخالف نصاً تشريعياً وضعه المشرع ليحكم العلاقة بين الإدارة والأفراد أياً كان موضع هذا النص. ومن ثم فإنه ملزم بتطبيق النصوص الواردة في المجموعة المدنية وغيرها من

١٣٤- أبو سميحة، عبد الناصر عبد الله. ٢٠١٤. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة: دراسة تحليلية تطبيقية، في ضوء أحدث أحكام المحاكم وفتاوى مجلس الدولة. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١٣.

١٣٥- علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ١٣.

١٣٦- مجمع اللغة العربية. ١٩٩٩. معجم القانون. الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية. القاهرة. مصر. ص ١٢٢.

المجموعات من هذا القبيل؛ إلا أن مجلس الدولة الفرنسي وهو يطبق القاعدة المدنية، لا يشير إلى رقم المادة في المجموعة المدنية.

كما يأخذ القضاء الإداري الفرنسي بمبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها التي تسبب إضراراً للغير أثناء قيامهم بمهامهم الوظيفية، فمنذ حكم روتشيلد (Ratshild) عام ١٨٥٥م، والحكم الشهير لمحكمة التنازع الفرنسية عام ١٨٧٢م في قضية بلانكو (Blanco) -الذي قرر لأول مرة الاعتراف بوجود القانون الإداري، وأرسى معالم المسؤولية الإدارية وقواعدها الموضوعية المستقلة- قررت المحكمة أن قواعد هذه المسؤولية تختلف باختلاف احتياجات المرفق العام، وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة^{١٣٧}، وبمناسبة هذه القضية فإنَّ الفقيه (Luchet) دعا إلى وجوب نبد الاستقلال التام بين قواعد القانون الإداري، وقواعد القانون الخاص بشأن مسؤولية الإدارة، مطالباً بتطبيق الأخيرة على القضايا التي ترفع وتسأل فيها الدولة، فهناك وحدة بين مسؤولية المتبوعين عن أعمال تابعيهم، ومسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، من حيث طبيعة وأساس المسؤوليتين، فإنَّ أساس مسؤولية الدولة هو ما يترتب على استخدام الموظف من زيادة قدرة الدولة في الاستفادة، وهو ما يقابلها زيادة القدرة على الإضرار بالغير، وعلى هذا الأساس تقوم الدولة بتعويض الأضرار الناشئة عن تلك المنفعة المتزايدة، والزيادة في القدرة على الإضرار بالغير في وقت واحد^{١٣٨}. وهذه هي نظرية تحمُّل التبعة، من أشهر نظريات المذهب الموضوعي في تحديد أساس مسؤولية الدولة، وقد لقيت تطبيقاً واسعاً في التشريعات في كل من فرنسا ومصر، كما اعتنقها عدد من الفقهاء العرب، ونجد أن أساسها في الشريعة الإسلامية مبدأ "الغنم بالغرم"، وبلغت الاقتصاد الإسلامي المشاركة في الربح أو الخسارة.

ثم تابعت جميع الأنظمة الحديثة وأعطت القاضي الإداري صلاحيات أوسع من صلاحيات القاضي العادي، فأجازت له التدخل في سير عملية القضاء، وتوجيه إجراءات الدعوى بطريقة تُحقِّق التوازن بين طرفي الدعوى، باعتبار أن الأفراد هم الطرف الأضعف فيها؛ ومن ثَمَّ فإن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة جاءت كضرورة للحفاظ على مبدأ المشروعية وضمان تأكيده، حتى تكون سيادة القانون فوق كل اعتبار^{١٣٩}، ولقد أكَّد ذلك النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) في المادتين (٩، ١٢)،

١٣٧ - الجبوري، ماهر صالح. ٢٠١٩. تحولات القانون الإداري في ظل العولمة. عُمان. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ص ٧١.

١٣٨ - العلوي، سالم بن راشد. ٢٠١٦. "مسؤولية الدولة بالتعويض عن الأضرار التي تقع من موظفيها في أحكام القضاء الإداري؛ دراسة مقارنة". مجلة الأمانة. أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة. عدد (٢٧). ص ٤٢.

١٣٩ - الشحري، حامد بن علي. ٢٠٢١. سلطة القضاء الإداري في ظل قضاء المظالم الإسلامي والقانون العُماني. (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الشريعة والقضاء. جامعة العلوم الإسلامية الماليزية. ماليزيا.

وهو أول دستور عُُماني، وقد صدر في عام ١٩٩٦م^{١٤٠}، وأكدت المادة (٧٦) من النظام الأساسي للدولة الحالي رقم (٢٠٢١/٦) على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة. وشرف القضاء ونزاهة القضاة وعدلهم ضمان للحقوق والحريات"، كما أقر المشرع العُماني للموظف حق اللجوء إلى القضاء لمخاصمة جهة الإدارة عن القرارات الإدارية التي أصدرتها، وظهر ازدواج القضاء، إذ حددت المادة (٦٧) من النظام الأساسي للدولة السابق تنظيم الفصل في الخصومات الإدارية. ونص النظام الأساسي للدولة الجديد رقم (٢٠٢١/٦) في المادة رقم (٧٩) على أن: "يُنظَّم القانون الفصل في الخصومات الإدارية بواسطة دائرة أو محكمة خاصة، كما يُيَنِّزُ نظامها وكيفية ممارستها القضاء الإداري".

وعليه جاء صدور قانون محكمة القضاء الإداري بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١)^{١٤١}؛ لترسيخ دولة المؤسسات والقانون، وما لبث الحال منذ ذلك الحين حتى أفرز التطبيق العملي لقانون القضاء الإداري بعض الإشكالات في التطبيق تمَّ على إثرها تعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣)^{١٤٢}؛ ثم أدخل المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٢٣) تعديلاً آخر على اختصاص المحكمة، وأضاف إلى أحكام المادة (٦) من المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١)، فقرة جديدة تتضمن اقتصار سلطة المحكمة على بحث مدى مشروعية القرارات الإدارية، دون التطرق إلى بحث مدى ملاءمتها^{١٤٣}.

وبذلك فإنَّ سلطنة عُمان كانت تُطَبِّق القضاء المزدوج شأنها في ذلك شأن القضاءين الفرنسي^{١٤٤} والمصري^{١٤٥}، وكان للقانون الإداري العُماني الاستقلال التام عن القوانين الأخرى المعمول بها في أجهزة

١٤٠ - المرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١). بإصدار النظام الأساسي للدولة. مؤرخ في ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦، الموقع الإلكتروني لوزارة الشؤون القانونية. سلطنة عُمان.

١٤١ - المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١). بإنشاء محكمة القضاء الإداري وإصدار قانونها. مؤرخ في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية رقم ٦٦٠ الصادرة في ١٢/١/١٩٩٩. سلطنة عُمان.

١٤٢ - المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣). بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري. مؤرخ في ١٧ يناير سنة ٢٠٠٩، الجريدة الرسمية رقم ٨٨٠. سلطنة عُمان.

١٤٣ - انظر المادة (٦) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢ / ٢٣) بتعديل بعض أحكام قانون محكمة القضاء الإداري. بأن: "تختص المحكمة - دون غيرها - بالفصل في المنازعات الإدارية ومنها الآتي: "...وتقتصر سلطة المحكمة في الرقابة على القرارات الإدارية على بحث مدى مشروعيتها، دون التطرق إلى بحث مدى ملاءمتها".

١٤٤ - أنشئ مجلس الدولة الفرنسي في العام ١٨٧٢م في أعقاب الثورة الفرنسية، وجعل عند بداية إنشائه القاضي العام في المنازعات الإدارية إلى أن تطور الوضع وأنشئت المحاكم الإدارية ١٩٥٣م، وبذلك أصبح القضاء الإداري الفرنسي يشمل مجلس الدولة، ويشمل المحاكم الإدارية على عكس الوضع في مصر، فإن القضاء الإداري هو مجلس الدولة، أما في سلطنة عُمان فتختص محكمة القضاء الإداري بذلك.

١٤٥ - أنشئ مجلس الدولة المصري بالقانون رقم ١١٢ لعام ١٩٤٦م، قبل ذلك كان العمل بالقضاء الموحد، وكانت له اختصاصات محدودة، وسعت اختصاصاته بتعديل القانون ٩ عام ١٩٤٩م، وكذلك في قانون ١٦٥ عام ١٩٥٥م وقانون عام ١٩٥٩م، إلى أن تكامل القضاء الإداري في مصر بمقتضى القانون رقم ٤٧ لعام ١٩٧٢م، فوضع العبارة التالية: "... ويختص أيضاً بسائر المنازعات الإدارية"، وبذلك أصبح مجلس الدولة قاضي الولاية العامة في المنازعات الإدارية، جاء ذلك تأكيداً لنص الدستور المصري عام ١٩٧١م الذي يؤكد اختصاص القضاء الإداري

الدولة المختلفة، ويعتمد على قواعد أصلية بدأت بصدر قانون محكمة القضاء الإداري؛ ولكن ألغي قانون المحكمة-مؤخراً-بموجب المرسوم السلطاني رقم(٢٠٢٢/٣٥)، واستبدال بقانون الإجراءات الإدارية^{١٤٦}، وسأتطرق إلى بيان ذلك في مباحث لاحقة.

المبحث الثالث: مصادر المشروعية في القانون الوضعي

مصادر المشروعية هي مجموعة القواعد القانونية مدونة كانت، أو غير مدونة، والتي لا تختلف في الواقع عن مصادر القانون الإداري، أو التنظيم القانوني للدولة، وتتدرج مرتبتها وفقاً لمصدرها القانوني، وبالتالي تختلف بالتبعية قوة إلزامها وفقاً لهذا التدرج^{١٤٧}.

وإذا كان القانون بمعناه الواسع أو في مدلوله العام يشمل جميع القواعد القانونية التي تتصل بتنظيم السلطات الإدارية في الدولة أياً كان مصدرها، سواء كانت داخلية أم خارجية، مكتوبة أو غير مكتوبة، فإنه بذلك يشتمل على الدستور، والمعاهدات الدولية، والمواثيق والإعلانات، والتشريعات العادية، واللوائح، والقرارات الفردية، وأحكام القضاء، والمبادئ العامة للقانون، والقواعد العرفية^{١٤٨}. وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه: "كل قاعدة عامة مجردة أياً كان مصدرها سواء أكان هذا المصدر نصاً دستورياً أم تشريعياً تقرره السلطة التشريعية المختصة، أم قراراً إدارياً تنظيمياً، وسواء صدر هذا القرار في شكل قرار جمهوري أو قرار وزاري صدر ممن يملكه"^{١٤٩}، ويدخل في مدلول القانون في هذا المعنى حجية الشيء المقضي به تأسيساً على القاعدة المقررة في الفقه من أن الحكم النهائي الحائز على قوة الشيء المقضي به يعتبر عنواناً للحقيقة القانونية لما تقرر فيه، وأنه على هذا الأساس يكون ملزماً للسلطات المنوط بها أمر

بالمنازعات الإدارية، ومن أهم ما ورد في هذا الدستور، ما جاء في الباب الرابع بعنوان "سيادة القانون"، حيث تنص المادة(٦٤) بأن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة"، وتنص المادة(٦٥) أن "تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسان لحماية الحقوق والحريات". ويقطع نص الفقرة الثانية من المادة (٦٨) الطريق أمام تحصين بعض أعمال السلطة التنفيذية: "... ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

١٤٦ - تنص المادة الثامنة من المرسوم السلطاني رقم ٢٠٢٢ / ٣٥ بأن: "يستبدل بعبارتي "محكمة القضاء الإداري"، و"رئيس محكمة القضاء الإداري" أينما وردتا في القوانين والمراسيم السلطانية عبارتا "الدائرة الإدارية الابتدائية، أو الدائرة الإدارية الاستئنافية"، و"رئيس الدائرة الإدارية الابتدائية، أو رئيس الدائرة الإدارية الاستئنافية"، وذلك بحسب سياق النص. كما يستبدل بالمسميات الوظيفية لأعضاء محكمة القضاء الإداري أينما وردت في القوانين والمراسيم السلطانية الوظائف المعادلة لها في قانون السلطة القضائية. ويستبدل بعبارة "قانون محكمة القضاء الإداري" أينما وردت في القوانين والمراسيم السلطانية عبارة "قانون الإجراءات الإدارية".

١٤٧ - شيحا، إبراهيم عبد العزيز. ٢٠٠٣. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية). الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٧.

١٤٨ - أبو سمهدانة، عبدالناصر عبدالله. ٢٠١٤. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة: دراسة تحليلية تطبيقية، في ضوء أحدث أحكام المحاكم وفتاوى مجلس الدولة. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١٢.

١٤٩ - جلسة ١٢ / ٧ / ١٩٦٨م. المحكمة الإدارية العليا. مجموعة أحكام السنة الثانية. مصر؛ موثق عند: خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. ٢٠١٦. الأسس العامة للقرارات الإدارية، مقومات وعيوب القرار الإداري. المنصورة. مصر: دار الفكر والقانون. ص ١٤٠.

تنفيذه، ومن ثَمَّ فإنَّ مقتضى مبدأ المشروعية هو خضوع الإدارة العامة للقانون أيَّ كان مصدره، ومهما كان وضع القاعدة في سلم تدرج القواعد القانونية، فهو التزام عام للقانون بمعناه الواسع. وقد أفرز التطبيق العملي اختلافاً بالنسبة للنظم المعاصرة من حيث مصادر مبدأ المشروعية، وضمائنه وأهدافه، وذلك على الرغم من المفهوم الموحد الذي يقتضي التزام كل من الحاكم والمحكوم بحكم القانون، وتعدد قواعد مشروعية القرار من حيث تدرجها في القوة ابتداءً من التشريع الأساسي، وهو الدستور وانتهاءً بالعرف الإداري، وتنوّع من حيث المصدر إلى قواعد مكتوبة ملزمة تتفاوت في درجة قوتها القانونية وقواعد غير مكتوبة، ويحكم هذه القواعد جميعها مبدأ سمو الدستور، ويمكن تقسيم مصادر المشروعية إلى مطلبين.

المطلب الأول: المصادر المكتوبة (التشريع):

يُعرف التشريع بأنه "قاعدة عامة مكتوبة صدرت بواسطة السلطات العامة بعد مداولات، وبعد الحصول على الموافقة المباشرة (الاستفتاء) أو غير المباشرة للشعب عبر البرلمان"^{١٥٠}، وفيما يلي نستعرض مصادر التشريع حسب تدرجها القانوني.

أولاً: التشريعات الأساسية (الدستور):

الدستور هو: مجموعة من القواعد الرسمية المكتوبة تحكم الدول والمنظمات، وقد استُعملت هذه الكلمة (Constitution) أول الأمر فيما يخص الثورة الشاملة التي قامت عام ١٦٨٨م في المملكة المتحدة، وهي مشتقة من فعل (constitute) بمعنى يؤسس، أو يبيّن، أو ينظّم، ومن ثَمَّ فإن لفظ (Constitution) معناه التأسيس، أو البناء، أو التنظيم. وقد أعجب الكتاب الفرنسيون في القرن الثامن عشر من أمثال مونتسكيو (Montesquieu) بالدستور البريطاني الذي يعتمد على التقاليد المشتقة من العادات والممارسات، أو الاتفاقيات الغابرة ومن السوابق، وهي ليست بالقوانين مع أنها قد توثق في كتب مرجعية. ولذلك نال الدستور البريطاني هذه الأهمية لعدم وجود دستور مكتوب، بخلاف الدستور الأمريكي الذي كان أول دستور مدون وضعه مؤتمر فيلادلفيا (Philadelphia) عام ١٧٨٧م، ونموذجاً احتذته العديد من الدساتير الأخرى^{١٥١}.

وكلمة دستور فارسية الأصل لها معنيان؛ الأول: الأساس أو الأصل، والثاني: الإذن والترخيص، وانتقلت الكلمة إلى اللغة العربية عن طريق اللغة التركية، واستخدمت بذات المعنيين المشار إليهما^{١٥٢}.

١٥٠- الشرقاوي، سعاد. ٢٠٠٧. النظم السياسية في العالم المعاصر. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص ٧٠.

١٥١- بيلي، فرانك. ٢٠٠٤. معجم بلاكويل للعلوم السياسية. دبي: مركز الخليج للأبحاث. ص ١٦٣-١٦٦.

١٥٢- الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠١٨. النظام السياسي والدستوري في سلطنة عُمان. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الجيل الواعد. ص ٢١٦.

ويحدد الدستور القواعد الأساسية للدولة وضوابط نظام الحكم، وشكل الحكومة وينظم السلطات العامة فيها من حيث تكوينها واختصاصها وعلاقتها ببعض، وهذا يُعد ضماناً لخضوع الدولة للقانون، وهو الذي يضع الضمانات الأساسية لحماية الحقوق والحريات الفردية^{١٥٣} بتصنيفاتها المختلفة الشخصية، والسياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، والتي غالباً ما يتم النص عليها في صلب الدساتير؛ لضمان عدم تجاوز سلطات الدولة لهذه النصوص الدستورية التي تتميز بالسمو والعلو على غيرها من القوانين الأخرى، فهو القانون الأعلى، وتأتي قواعده على قمة الهرم، وأساس القواعد القانونية الأخرى، وتسمو في البناء القانوني للدولة على ما عداها؛ لصدورها من السلطة التأسيسية، فتمثل التشريع الأساسي الأعلى في الدولة، والمصدر الأول لمبدأ المشروعية، وتكون لها الأولوية في التطبيق، إذا ما نشأ تعارض بينها وبين القواعد القانونية التي تدنوها في المرتبة، سواء صدرت هذه القاعدة من المشرع في صورة قانون، أم من الإدارة في صورة قرار تنظيمي أو فردي، ويستتبع ذلك عدم الجواز لأي من سلطات الدولة العامة تجاوز حدود قواعد الدستور فيما تقوم به من أعمال، وما تمارسه من مهام؛ وإلا عُدها مخالفاً للمشروعية. ومن ثَمَّ فإنه بصدور الدستور يجب أن تلتزم جميع السلطات العامة في الدولة بما جاء به من أوامر ونواه. مهما كانت مطابقتها للقواعد الدولية^{١٥٤}، وكان على السلطات الثلاث في الدولة الالتزام بقواعده ومبادئه؛ وإلا عُدها باطلاً، وقد يندرج إلى حدود الانعدام. وإذا كان الدستور يحظى بهذه المكانة من السمو والرفعة على سائر القوانين الأخرى؛ فإن الوضع يفرض إلى ضرورة انسجام وتوافق الدستور الوضعي في الدول العربية والإسلامية مع أحكام الشريعة الإسلامية، فالدين والدولة ينسجمان ولا يفترقان.

وذلك لأن الدولة الإسلامية - كانت ومازالت - سبّاقة في حماية حقوق وحريات الأفراد تطبيقاً لمبادئ الشريعة السمحة، أمّا الاهتمام الدولي بهذه المسألة، فقد جاء متأخراً عنها بأربعة عشر قرناً، إذ وجدت هذه الحقوق أساسها في القرآن الكريم، والسنة النبوية، ثم تَوَلَّى الفقه الإسلامي بيانها، وتوضيح مفهومها ومضمونها وتحديد نطاقها، حتى جاء القانون الوضعي الذي مثّل المظلة القانونية لمصادر حقوق الإنسان في العصر الحديث، وهي إما أن تكون مصادر قاعدية وطنية تتمثل في الدساتير والقوانين الداخلية، أو دولية تتمثل في "الشرعية الدولية لحقوق الإنسان"، والتي تكونت من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨م، وما لحق به من عهود دولية تمثل الحماية الدولية لهذه الحقوق^{١٥٥}، ومنها ميثاق الأمم المتحدة

١٥٣- الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة.

مصر: مركز الدراسات العربية. ص ٤٣؛ الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠٢٢. الكامل في شرح النظام الأساسي للدولة الجديد. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع. ص ١١.

١٥٤- الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٣١.

١٥٥ - الجمهوري، محمد بن عبد الله. ٢٠٢٠. الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة؛ دراسة مقارنة بين مصر ودول مجلس التعاون الخليجي. مسقط. سلطنة عُمان: الأجيال. ص ٢٥.

الذي أكّد في مقدمته على الإيمان بالحقوق الأساسية للإنسان، وبكرامة الفرد وقدره. كما تنص دساتير الدول على حماية العديد من الحقوق والحريات الخاصة بالمواطنين، ومن أشهرها الدستور الفرنسي الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨م، حيث نص في مادته الثانية على حماية الحقوق والحريات، وتضمن شعار الجمهورية الفرنسية مبادئ "الحريّة، الإخاء، والمساواة"، أمام القانون، ونصت المادة (٦٦) منه على الحريات الفردية بأن: "لا يجوز حبس أي شخص بطريقة تعسفية"، وأن "تكفل السلطة القضائية، باعتبارها حامية الحريّة الفردية، احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون"، وعلى فتح الباب أمام حريّة إنشاء الأحزاب السياسية الديمقراطية في مادته الرابعة^{١٥٦}.

وعلى مستوى الوطن العربي كانت مصر من الدول السبّاقة في إصدار الدستور، وقد تعاقبت الدساتير المصرية متضمنة الحقوق والحريات الفردية، وكان أحدثها دستور عام ٢٠١٤ (المعدل ٢٠١٩)، والذي تضمن الباب الثالث منه العديد من "الحقوق والحريات والواجبات العامة"، حيث أكدت مواده على: (مبدأ المساواة، والحريّة الشخصية، وحرمة الحياة الخاصة، وحرمة المنازل، وحرمة الجسد، والحياة الآمنة، وحريّة التنقل وغيرها)، كما تنص المادة (٥١) منه على أن "الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها"، وتؤكد المادة (٧٤) بأن "للمواطنين حق تكوين الأحزاب السياسية"، وفيما يتعلق بالحقوق الدولية للإنسان، فإن المادة (٩٣) تقرر وجوب التزام الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة. أما المادة (٩٤) من ذات الدستور، فتؤكد سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وخضوع الدولة للقانون، وأن استقلال القضاء وحصانته وحياديته، هي ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات^{١٥٧}.

وبالاطلاع على الدساتير المصرية المتعاقبة، نجد أنها قد حرصت على تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها؛ لتكون قيداً على المشرّع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام، وفي حدود ما أراده المشرع الدستوري لكل منها من حيث إطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعياً، فإذا خرج المشرّع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستوري بأن قيد حريّة أو حقاً ورد في الدستور مطلقاً أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً وقع عمله التشريعي مخالفاً للدستور.

١٥٦- الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ شاملاً تعديلاته لغاية عام ٢٠٠٨م. متوفر عبر: WWW.constituteproject.org.

١٥٧- دستور جمهورية مصر العربية وفقاً للتعديلات الدستورية التي أدخلت عليه في ٢٣ أبريل ٢٠١٩. قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٩ بإعلان موافقة الشعب على التعديلات الدستورية في الاستفتاء؛ متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://manshurat.org/node/١٤٦٧٥>.

وإذا كان الشائع استعمال مصطلح الدستور في الأنظمة المقارنة، فإن سلطنة عُمان أطلقت على الوثيقة المحددة لشكل الدولة، ونظام الحكم، والسلطات العامة، والمبادئ الموجهة لسياسة الدولة، وحقوق وواجبات الأفراد، اسم (النظام الأساسي للدولة)، وقد صدر أول (دستور) عُماني في عام ١٩٩٦م، وهو النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٩٦/١٠١)م، أي بعد ربع قرن من بدء النهضة العُمانية، التي قادها السلطان قابوس - طيب الله ثراه - من ١٩٧٠ - ٢٠٢٠، ثم صدر حديثاً النظام الأساسي للدولة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦) الذي ألغى بموجب مادته (الثانية) المرسومين السلطانيين رقمي (٩٦/١٠١) و (٢٠١١/٩٩) المعدّل له، وكلاهما يحظر على أي جهة في الدولة إصدار أنظمة، أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم النافذة، أو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي هي جزء من قانون البلاد.

وإذا ما أمعنا النظر في الحقوق الاجتماعية التي كفلها كلٌّ من هذين النظامين، نجد على سبيل المثال: أن المادة (١٢) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) تؤكد بالنص على أن: "العدل والمساواة وتكافؤ الفرص بين العُمانيين دعائم للمجتمع تكفلها الدولة.."، وسار النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) على إقرار هذا الحق بنص المادة (١٥) منه في ذات الموضوع من المادة السابقة، وفي معرض تفسير محكمة القضاء الإداري لمفهوم المساواة التي أقرها المشرع العُماني بيّنت أن جوهر هذا المفهوم هو: المساواة أمام القانون بما يعني خضوع ذوي المراكز القانونية لمعاملة قانونية واحدة على نحو يتناسب مع أهداف القانون، فالمشرع يمتلك بسلطته التقديرية وضع شروط موضوعية تحدّد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون؛ وبذلك فإنّ المساواة لا تتنافى مع إمكانية التمييز في المعاملة وفقاً لأسباب موضوعية، دون أن يشكّل هذا التمييز تفرقة أو تقييداً أو استبعاداً من شأنه أن ينال من الحقوق التي كفلها النظام الأساسي للدولة والقانون؛ إلا أنه وجب التأكيد على نسبة هذا الحق في المساواة أمام القانون، فهو لا يعني أن يتمتع القانون بعمومية مطلقة تسمح بتطبيقه على الجميع، إذ إنّ القاعدة القانونية عادةً ما تتضمن شروط انطباقها، ونفاذ مفعولها، ومن البدهي ألا تنطبق هذه الشروط على الكافة^{١٥٨}.

ولقد اختلفت دساتير، أو أنظمة الدول الإسلامية في تحديد دور الشرعية عند وضع القوانين، فلم يحدد بعضها هذا الدور مطلقاً^{١٥٩}، وقدّم البعض الآخر صياغات مختلفة له، وهي تتمحور حول لفظين، الأول: الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع^{١٦٠} ويدل سياق المعنى على أنها واحدة من جملة المصادر

١٥٨- الاستئناف رقم (٣٢١) لسنة ١٦ ق. س. محكمة القضاء الإداري ٢٠١٩. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام

السادس عشر. ج ٢-١. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٣٨/ ٢٠١٩ م. ص ١٦٠٨.

١٥٩- دستور موريتانيا ١٩٦١، دستور الجزائر ١٩٩٦، دستور المغرب ٢٠١١، دستور تونس ٢٠١٤.

١٦٠- دستور الكويت ١٩٦٢، دستور سوريا ١٩٧٣، دستور البحرين ١٩٧٣.

التي يرجع إليها عند وضع القوانين، والثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع^{١٦١}، فهي المصدر الأول الذي يتم التقيد به عند سن القوانين، وما عداها مصادر ثانوية. وكان المشرع العُماني أكثر توفيقاً في صياغته عندما نص في المادة الثانية من الدستور^{١٦٢} أن: "دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية هي أساس التشريع"، حيث تعتبر الشريعة الإسلامية في سلطنة عُمان هي المصدر الأصلي؛ لأنها أساس التشريع، والأساس هو الشيء الذي يبنى عليه، فلو زال الأساس زال البناء بأكمله، بينما المصدر يمكن استبداله بمصدر آخر، ووجه التفرقة بين الكلمتين كوجه التفرقة بين الركن والشرط، فالأساس هو الركن والمصدر هو الشرط^{١٦٣}.

ولا خلاف بين فقهاء القانون في أن النصوص الدستورية أهم مصدر للمشروعية، وإنما ثار الخلاف والجدل الواسع حول القيمة القانونية للمقدمات والمواثيق، وإعلانات الحقوق، التي تصدر الدساتير عادة، وتختلف عن المواد القانونية التي تتضمنها^{١٦٤}، والتساؤل المهم هنا عما إذا كان لهذه المقدمات قيمة قانونية تعادل قيمة القواعد الدستورية؟ وللإجابة على هذا السؤال انقسمت آراء الفقهاء إلى ثلاثة آراء، فالبعض يعتبر لها قيمة أعلى من قيمة القواعد الدستورية ذاتها، بحجة أنها تتضمن المبادئ العامة والتوجيهات الأساسية التي بنيت عليها قواعد الدستور ذاته. ويعطي البعض القيمة القانونية لمقدمة الدستور، ويعتبر بأن لها قيمة مساوية للنصوص الواردة في صلب الدستور ومن مؤيدي هذا الرأي غالبية الفقه الفرنسي، وإن ساد الخلاف بين الفقهاء الفرنسيين بشأن مقدمة كل من دستور ١٩٤٦، ودستور ١٩٥٨، فإن المجلس الدستوري قد حسم هذا الخلاف، فأصدر بتاريخ ١٦ يوليو ١٩٧١ م، قراراً ينص فيه على عدم استطاعة الشرع انتهاك مقدمة الدستور^{١٦٥}.

أما الفريق الثالث فيرى أن العبرة بالنصوص الدستورية دون الالتفات للمقدمة، طالما أنها كانت انعكاساً للمبادئ المتضمنة في المقدمة، فأنكر عليها التصنيف الدستوري، وأحقها بالقوانين العادية انطلاقاً

١٦١ - المادة الثانية من الدستور المصري بعد تعديلها في عام ١٩٨٠، والمادة الثانية دستور مصر عام ٢٠١٤ (المعدل ٢٠١٩).

١٦٢ - انظر المادة رقم (٢) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١)، والمادة رقم (٢) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) م.

١٦٣ - الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠١٨. النظام السياسي والدستوري في سلطنة عُمان. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الجيل الواعد. ص ٢٢٠.

١٦٤ - الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ٤٦.

١٦٥ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الانجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ١٠٥.

من فكرة أساسية أنها لو كانت على قدر من الأهمية والعلو لأشير إليها في شكل قواعد موضوعية، ولألحقت بالقواعد الدستورية وتمتعت بقدسيته^{١٦٦}.

ونرجح أن مقدمة الدستور لا تختلف من الناحية القانونية عن باقي أحكام الدستور، ويجب على الإدارة ضرورة الالتزام بما تضمنته من أبعاد فلسفية وإرشادات للمشرع فيما يسنه من قوانين، وذلك تحت رقابة القضاء، كما نعول على القضاء العُماني أن يسعى دائماً إلى التوسع في المبادئ القانونية التي تتضمن حماية الحقوق والحريات، وذلك بتقرير هذه المبادئ في الأحكام القضائية لتأخذ مكانها بين مبادئ القانون الإداري التي يفرض احترامها على السلطة التنفيذية.

ثانياً: التشريعات العادية (القوانين):

يعرّف القانون بمعناه العام بأنه: "مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم سلوك ونشاط الأفراد في المجتمع، وتقتزن بجزاء توقعه السلطات العامة على من يخالف حكمها"^{١٦٧}، ويعرّف الفقه القانون بأنه: "قاعدة عامة مجردة ومكفولة بإجبار"^{١٦٨}، وهو تعريف مانع جامع للقانون، وإن كان القانون يتفرّع إلى فروع تحمل تسميات خاصة، ولكن كلها تسمى قانوناً^{١٦٩}.

وفي القضاء المصري تعرضت المحكمة الإدارية العليا لبيان المراد بالقانون بقولها: "والمراد بالقانون هنا هو مفهومه العام أي كل قاعدة عامة مجردة أيأ كان مصدرها، سواء كان هذا المصدر نصاً دستورياً، أم تشريعياً تقرره السلطة التشريعية المختصة بذلك أم قراراً إدارياً تنظيمياً..^{١٧٠} وتُعد مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة التي تسنها السلطة التشريعية (البرلمان) في الدولة، من أهم قواعد المشروعية الإدارية ذات المصدر المكتوب؛ لأن السلطة الإدارية بوصفها الأداة التنفيذية للدولة، منوط بها بحكم وظيفتها مهمة تنفيذ هذه القوانين، ووضعها موضع التطبيق الفعلي.

١٦٦ - نوبجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ٤٧-٤٩؛ الحيمي، سيف ناصر علي. ٢٠١٨. الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية في القانون الإداري والفقه الإسلامي؛ دراسة مقارنة. مصر: مركز الدراسات العربية. ص ٤٦.

١٦٧- MAINGUY (D). ١٩٩٧. Introduction générale au droit. Litec coll. Objectif Droit. P. ٧.

١٦٨ - إسماعيل، عصام نعمة. ٢٠٠٩. الطبيعة القانونية للقرار الإداري؛ دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد. (رسالة دكتوراه منشورة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص ٨.

١٦٩ - للقواعد التي ينظمها القانون عدد من الخصائص القانونية، فهي: قوعد سلوك اجتماعي أي السلوك الخارجي للأفراد نحو غيرهم من أفراد المجتمع دون الاهتمام بالانفعالات والمشاعر الداخلية، وهي قواعد مجردة عامة، وليست خاصة بفرد، أو حالة معينة دون سواها، ويحتاج تنفيذها لوجود سلطة عامة تطبق القانون، وتتمتع بجزاء يحميها ويوقع على من يخالفها. انظر: علم الدين، محي الدين إسماعيل. ١٩٨٤. المدخل للقانون (نظرية القانون ونظرية الحق). مصر: دون دار نشر. ص ٩.

١٧٠ - انظر الحكم رقم ١٦١. س. ٣٠. ق. بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٩ م. المحكمة الإدارية العليا. مجموعة مجلس الدولة. السنة الثانية. المبدأ رقم ١٣٧. مصر. ص ١٣٣٥.

لذا يجب أن تكون هذه القواعد عادلة، ومطابقة للدستور، فالقانون غير العادل ليس بقانون، وتأتي قواعد القانون في المرتبة التالية من حيث قوتها في سلم التدرج القانوني لقواعد الدستور، وبهذه المكانة تعتبر المصدر الثاني من المصادر المكتوبة لكتلة قواعد المشروعية الإدارية، الأمر الذي يفرض على الإدارة الالتزام بأحكامها.

ومن الاعتبارات المعززة لخضوع سلطة الإدارة التنفيذية لأحكام القوانين؛ أولاً: تقوم السلطة التشريعية بوضع القواعد العامة، وتتولى سلطة الإدارة تنفيذها بحكم وظيفتها، وذلك من خلال إصدار القرارات التنظيمية، أو الفردية وفقاً للقانون؛ وإلا اعتبر ما يخالف القانون مخالفاً لمبدأ المشروعية. ثانياً: السلطة التشريعية تمثل إرادة الشعب، وما تصدره من قوانين تكتسب سموً وعلوً يجب على السلطة التنفيذية احترامها والالتزام بها^{١٧١}. كما يجب على السلطة التشريعية عند ممارستها لاختصاصها التشريعي أن تتقيد بقواعد الدستور، وتتحدد هذه الاختصاصات بإحدى طريقتين:

الأولى: يحدد الدستور الاختصاصات التشريعية للبرلمان على سبيل الحصر، وفيما عداه ينعقد الاختصاص للسلطة التنفيذية، وهذا ما يقرره الدستور الفرنسي الصادر في ١٩٥٨م الذي حدد اختصاص البرلمان في التشريع على سبيل الحصر، والحكومة هي صاحبة الاختصاص العام للتشريع، والثانية: يمنح الدستور السلطة التشريعية ممارسة اختصاصاتها بصفة عامة^{١٧٢}.

وقد أورد المشرع العُماني في المادة (٣) من قانون التفسيرات والنصوص العامة رقم (٧٣/٣) عدداً من المصطلحات، ولم يقصر معناها على هذا القانون، وإنما مدّها ما أورده من معاني لها في أي قانون آخر ترد به، ما لم يقتض سياق النص معنى آخر، أو ما لم ينص على معنى، أو تفسير مغاير في القانون الآخر، ويلاحظ أن قانون التفسيرات أورد مصطلحات في غاية الأهمية، والتي تبرز أهمية توحيد معانيها للمشتغلين بالقانون والمفسرين على وجه الخصوص، ومن ذلك تحديد معنى (القانون)، بأنه: "اللوائح والقرارات التشريعية الصادرة بموجب أي قانون"، وذلك فضلاً عن المراسيم والقرارات السلطانية ذات الطبيعة التشريعية، حيث أدرج كل ما يصدق عليه وصف التشريع في هذا المصطلح وفسرها بأنها: "أي تشريع أو نظام، وأي مرسوم سلطاني ذي طبيعة تشريعية، وكل اللوائح والقواعد والأوامر التشريعية الصادرة بموجب أي قانون"^{١٧٣}، وإن كانت صياغة النص القانوني، وإعطاؤه صفة القاعدة الإجبارية تُعدّ من أهم اختصاصات وصلاحيات

١٧١ - أبو موسى، محمود محمد مسلم. ٢٠١٨. حالة الطوارئ كاستثناء على مبدأ المشروعية في التشريع الفلسطيني؛ دراسة مقارنة مع النظم القانونية والشرعية الإسلامية. (رسالة ماجستير غير منشورة). غزة. فلسطين. ص ١٨.

١٧٢ - محمد، علي عبد الفتاح. ٢٠٠٩. الوجيز في القضاء الإداري. مبدأ المشروعية وقضاء الإلغاء؛ دراسة مقارنة. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة. ص ٢٤.

١٧٣ - قانون التفسيرات والنصوص العامة. ١٩٧٣. (قانون رقم ٣). الملحق الأول لعدد الجريدة الرسمية رقم (٢٥). يسري مفعوله من الأول من يناير ١٩٧٣م. نشر هذا القانون في الملحق الأول لعدد الجريدة الرسمية رقم (٢٥) الصادر في ١ / ١ / ١٩٧٣م.

البرلمان الذي يمثل السلطة التشريعية؛ إلا أن المشرّع العُماني أناط للسلطة التنفيذية "الجهاز الإداري للدولة" عدد من الاختصاصات المتعلقة بالجانب التشريعي، منها: إعداد مشروعات المراسيم السلطانية، واتخاذ إجراءات إصدارها، ومراجعة مشروعات القوانين واللوائح والقرارات ذات الصبغة التشريعية التي تعدها وحدات الجهاز الإداري للدولة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة قبل إصدارها، ممثلة في وزارة العدل والشؤون القانونية بعد أن تم دمج كل من وزارة العدل ووزارة الشؤون القانونية في وزارة واحدة^{١٧٤}، مما أدى إلى تحجيم دور البرلمان الذي يفترض أن يكون في الأصل عنوان التكامل الدستوري في الدولة. ففي القانون الدستوري يعتبر القانون منعماً إذا صدر مخالفاً للأشكال اللازمة لإصداره، أو دون عرضه على البرلمان للتصويت عليه، ويعتبر غير دستوري "باطل" في غير ذلك من الحالات^{١٧٥}.

ويأخذ المشرّع الدستوري في سلطنة عُمان بنظام الثنائية البرلمانية بوجود مجلس معين وآخر منتخب، وفي عام ٢٠١١م تم التعديل الدستوري للنظام الأساسي للدولة، حيث نظم المرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/٩٩)، في بابه الخامس "مجلس عُمان" ليتكون من: ١- مجلس الدولة ٢- مجلس الشورى، ومنح صلاحياته التشريعية والرقابية بنص المادة (٥٨) ^{١٧٦}، التي أضاف عليها من (١-٤٤) مكرراً. بينما كان النص السابق من المرسوم السلطاني رقم ١٩٩٦/١٠١م، قد أحال للقانون تحديد اختصاصات كل من المجلسين، وأدوارهما، ونظام عملهما، وعدد أعضائهما، والشروط الواجب توفرها فيهما، وطريقة اختيارهما، أو تعيينهما، وموجبات إعفائهما، وغيرها من الأحكام التنظيمية.

وبعد صدور النظام الأساسي للدولة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦) ، والذي تطرق في بابه الخامس أيضاً إلى مجلس عُمان في ثمان مواد من (٦٨-٧٥) فقط، ومنح المشرّع الدستوري للمجلس مزيداً من الصلاحيات التشريعية والرقابية ليمارس دوره الموكل إليه ممثلاً للمواطن، وحامياً لمنجزات الوطن، وذلك بموجب المادة (٧٢)، فأصبح مختصاً بـ : "بإقرار أو تعديل مشروعات القوانين، ومناقشة خطط التنمية والميزانية العامة للدولة، وله اقتراح مشروعات القوانين، وذلك على النحو الذي يبينه القانون. كما يختص كل من مجلس الدولة، ومجلس الشورى بممارسة اختصاصاته الأخرى، على النحو الذي يبينه القانون"؛ واستناداً إليه أفرد المشرّع العُماني قانوناً مستقلاً للبرلمان العُماني بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٧)، يتكون من (٧٨) مادة شملت تنظيم عمل مجلسي الدولة والشورى الذين يتكون منهما مجلس عُمان، ونصت المادة رقم (٢٧) من المرسوم بأن "تنحصر اختصاصات أعضاء مجلس عُمان فيما نص عليه هذا القانون، وتكون

١٧٤ - انظر الملحق رقم (١) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٨٨)، الصادر في ١٨ أغسطس سنة ٢٠٢٠م، نشر هذا المرسوم في عدد الجريدة الرسمية رقم (١٣٥٣) بتاريخ ٢٠٢٢/٨/١٩.

١٧٥ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١٦٣.

١٧٦ - انظر في المادة ٥٨ من (٤٤.١) مكرراً من المرسوم السلطاني رقم ٩٦ / ١٠١ بإصدار النظام الأساسي للدولة.

ممارستها بما لا يتعارض مع اختصاصات الجهات الأخرى". وتنص المادة (٤٧) منه على أن "تحال مشروعات القوانين التي تعدها الحكومة إلى مجلس عُمان لإقرارها أو تعديلها، ثم رفعها إلى السلطان مباشرة؛ للتصديق عليها وإصدارها..". بينما تنص المادة (٤٨) على أن "لمجلس عُمان اقتراح مشروعات قوانين وإحالتها إلى الحكومة لدراستها، ثم إعادتها إلى المجلس في مدة أقصاها سنة، وفي حال الموافقة على المقترح تتبع في شأنه الإجراءات ذاتها المنصوص عليها في المادة (٤٧) من هذا القانون، وإذا لم تتم الموافقة على المقترح فعلى الحكومة إخطار مجلس عُمان بأسباب ذلك خلال الأجل ذاته"، وبإمعان النظر في نص المادة (٤٨) نجد أنها جعلت الاختصاص التشريعي بيد الحكومة، وأن مجلس عُمان أصبح أداة لتقديم الاستشارات للحكومة، فالموافقة من عدمها أصبحت بيد الحكومة وليس العكس المفترض.

أما بالنسبة إلى الأجل المقرر في ذات المادة لمشروعات القوانين التي يقترحها مجلس عُمان، هو أن تتم دراستها من قبل الحكومة (الجهاز الإداري للدولة) في مدة سنة للموافقة عليها، وذات الأجل لإبداء أسباب عدم الموافقة، في حين أن المادة (٤٩) من القانون تنص على أن "تحال مشروعات القوانين من مجلس الوزراء إلى مجلس الشورى الذي يجب عليه البتّ في المشروع بإقراره أو تعديله خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ الإحالة إليه، ثم إحالته إلى مجلس الدولة الذي يجب عليه البتّ فيه بإقراره، أو تعديله خلال خمسة وأربعين يوماً على الأكثر من تاريخ الإحالة إليه.."، وبذلك فإن مدة بقاء مشروعات القوانين في مجلس عُمان يجب ألا تتجاوز مدة أربعة أشهر ونصف أي في حدود ثلث مدة بقاء مقترح المشروع لدى الحكومة، ولعل ذلك يعود لاختلاف الكيفية التي تدرس بها مشروعات القوانين وآلية التطبيق وإمكانيتها؛ ولكون السلطة التنفيذية يقع على عاتقها مسؤولية تنفيذ القوانين المصادق عليها من قبل السلطان، فمن الأولى أن تعطى الوقت الكافي للدراسة المكتملة لمشروعات القوانين أكثر من غيرها من الجهات.

كما يمارس رئيس الدولة "السلطان" في مجال الوظيفة التشريعية اختصاصات مشتركة مع مجلس عُمان، كإقتراح القوانين والتصديق عليها وإصدارها والاعتراض التوقيفي عليها^{١٧٧}، ويتمتع أيضاً باختصاص استثنائي خاص يستأثر به دون غيره كتعديل أحكام النظام الأساسي (الدستور)، كما ينفرد عن مجلس عُمان بصفته رئيساً للدولة باختصاصات استثنائية أخرى في مجال الوظيفة التشريعية، وهذه السلطات جعلته في مركز متفوق وأعلى من السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في هذا المجال، ويرى د. أحمد الشبلي أن هذا كله يأتي رغبة من المشرع الدستوري في توفير السرعة والحسم في اتخاذ قرارٍ معين لمواجهة ظروف ما كالظروف الطارئة التي تحتّم على رئيس الدولة التدخل بشكل مباشر لمواجهة هذه الظروف في الوقت

١٧٧- * لم يورد المشرع الدستوري نصاً في النظام الأساسي للدولة سواء السابق أو الحالي، ينص صراحة على أن السلطة التشريعية يتولاها السلطان ومجلس عُمان، وإنما تفهم هذه الشراكة من خلال النصوص المنظمة للوظيفة التشريعية في جوانب معينة.

المناسب دون العرض على مجلس عُمان (البرلمان)^{١٧٨}، كما أن للسلطان إصدار مراسيم لها قوة القانون، وذلك فيما بين أدوار انعقاد مجلس عُمان، وكذلك خلال فترة حل مجلس الشورى، وتوقف جلسات مجلس الدولة^{١٧٩}.

وتجدر الإشارة إلى الأوامر السلطانية التي تصدر في أمر من الأمور من السلطان بصفته رئيساً للدولة، قد تكون فردية وقد تتضمن قواعد عامة مجردة، وهي في الحالة الأخيرة تكون قانوناً، تنزل منزلة التشريع، فهي في جميع الأحوال سواء أكانت فردية، أم تنظيمية تكون ملزمة وواجبة الطاعة استناداً إلى المادة رقم (٤١) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١)، التي يؤكد بها النظام الأساسي الحالي^{١٨٠}. فما يصدره السلطان من أوامر سامية تسمو وتعلو وتسود على كل ما عداها من قرارات أو تصرفات أو قواعد قانونية مهما كان مصدرها، الأمر الذي يفرض على سلطات الدولة واجب الالتزام بها وتنفيذها، وعدم الخروج على مقتضاها أو إهدارها، وإلا فقدت التصرفات الصادرة عنها الأساس التشريعي لوجودها.

وقد أخرجت المادة (٧) من المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) الأوامر السلطانية من رقابتها بالنص التالي: "لا تختص المحكمة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو المراسيم أو الأوامر السامية". وتكرر إخراجها بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣) المعدل لبعض أحكام قانون المحكمة المشار إليه، كما أبقى المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٣٥) بشأن تنظيم إدارة شؤون القضاء على عدد من مواد القانون، ومن بينها المادة المذكورة^{١٨١}.

والتساؤل المهم هنا: ماذا يمكن أن يحدث إذا صدر القانون مخالفاً لنص في الدستور؟
تعتبر فرنسا البلد الأوربي الوحيد الذي لا يسمح دستورها بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ويختص المجلس الدستوري بمهمة الرقابة الوقائية السابقة على إصدار القانون التي نظمها دستور ١٩٥٨م،

١٧٨- الشبلي، أحمد بن حميد ٢٠١٩. الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومجلس عُمان في النظام الدستوري العماني. (رسالة دكتوراه غير منشورة). الجامعة الأردنية. الأردن. ص ١٢٦.

١٧٩- انظر المادة (٥٨) مكرر (٣٩) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١)، والمادة (٧٣) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦)، والمادة (٥١) قانون مجلس عُمان رقم (٢٠٢١/٧) التي تؤكد بأن "السلطان إصدار مراسيم سلطانية لها قوة القانون فيما بين أدوار انعقاد مجلس عُمان، وخلال فترة حل مجلس الشورى وتوقف جلسات مجلس الدولة".

١٨٠- نصت المادة (٤١) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) بأن "السلطان رئيس الدولة، والقائد الأعلى للقوات المسلحة، ذاته مصونة لا تمس، واحترامه واجب، وأمره مطاع، وهو رمز الوحدة الوطنية والساهر على رعايتها وحمايتها"، وتنص المادة (٤٨) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) بأن "السلطان رئيس الدولة، والممثل الأسمى لها، والقائد الأعلى، ذاته مصونة لا تمس، واحترامه واجب، وأمره مطاع، وهو رمز الوحدة الوطنية والساهر على رعايتها وحمايتها".

١٨١- تنص المادة التاسعة من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٣٥) على أن: "تلغى نصوص قانون محكمة القضاء الإداري المشار إليه، فيما عدا المواد من رقم (٣) إلى (٢٣)، والمادتين رقمي: (٢٥)، (١٠٧) فيما يتعلق بالرسوم القضائية)، وفيما لم يرد بشأنه نص في هذه المواد تسري على المنازعات الإدارية أحكام قانون الإجراءات المدنية والتجارية بما في ذلك طريق الطعن بالنقض".

فلا يجوز للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور الفرنسي؛ لأنه ليس من سلطتها مراقبة دستورية القوانين، وحتى لا تتدخل السلطة القضائية في اختصاص السلطة التشريعية إلى أن صدر التعديل الدستوري في ٢٣ تموز ٢٠٠٨م، والذي يعتبر الأبرز والأهم في تاريخ الدستور الفرنسي، حيث أضاف المادة ٦١-١ إليه^{١٨٢}، ودخلت حيز النفاذ في الأول من آذار ٢٠١٠م، بعد صدور قانونها التنظيمي في أواخر عام ٢٠٠٩م، وعدد من المراسيم لتسهيل تنفيذها، وبيان آلية تطبيقها، وتأقي أهميتها من حيث منحها الأفراد - ولأول مرة - الحق في الطعن بدستورية الأحكام التشريعية (disposition législative) أمام القضاء مباشرة، حيث يثار الدفع بعدم دستورية القانون أمام المحاكم وبمختلف درجاتها، وأنواعها سواء كانت إدارية تابعة لمجلس الدولة أو عادية تابعة لمحكمة النقض^{١٨٣}، وبذلك يمكننا القول: بتحقيق الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا.

أما بالنسبة للوضع في أمريكا، فإن للمحاكم الحق في مراقبة دستورية القوانين، ولها أن تمتنع عن تطبيق كل قانون يخالف الدستور دون أن تلغيه. وفي مصر تختص المحكمة الدستورية العليا بمراقبة دستورية القوانين، وبذلك لا تفصل المحاكم العادية في هذا الموضوع، وكانت المرة الأولى التي قررت فيها المحاكم المصرية حقها في نظر دستورية القوانين هي حكم محكمة مصر الابتدائية الأهلية عام ١٩٤١م^{١٨٤}، وتأخذ مصر بنظام رقابة القضاء لدستورية القوانين في نصوص دستور ١٩٧١م.

أما المشرع العُماني فقد أخذ بالرقابة القضائية حول التطابق مع الدستور، وكانت محصورة على وجوب تطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون واللوائح مع النظام الأساسي للدولة^{١٨٥}، إلى أن صدر النظام الأساسي الحالي رقم (٢٠٢١/٦)، فأضاف إليها في مادته رقم (٩٦) المراسيم السلطانية، بحيث يجب أن تتطابق هي أيضاً مع أحكامه، وهي قمة التعبير عن إرساء مبدأ المشروعية، كما نصت المادة (٨٥) منه على أن يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في مثل هذه المنازعات^{١٨٦}، ومن

١٨٢ - تنص المادة ٦١-١ من الدستور الفرنسي ٢٣ تموز ٢٠٠٨م المعدل على أنه: "عند مناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء، ودفع -أحد أطراف الدعوى- بأن حكماً تشريعياً ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناءً على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض الذين يتخذان قرارها خلال فترة محددة ويحدد بقانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة".

١٨٣ - البعقوبي، علي عيسى. ٢٠١٣. الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دراسة في أثر تعديل تموز ٢٠٠٨ الدستوري. المحكمة الاتحادية العليا في العراق؛ متوفر على موقع: <https://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node/317>.

١٨٤ - علم الدين، محي الدين إسماعيل. ١٩٨٤. المدخل للقانون (نظرية القانون ونظرية الحق). مصر: دار نشر. ص ٣٤-٣٧.

١٨٥ - نصت المادة (٧٠) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠) على أن: "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه، ويبين صلاحياتها والإجراءات التي تتبعها". كما نصت المادة (٧٩) بأنه: "يجب أن تتطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون مع أحكام النظام الأساسي للدولة".

١٨٦ - تنص المادة (٩٦) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) على أنه: "يجب أن تتطابق القوانين والإجراءات التي لها قوة القانون، والمراسيم السلطانية، واللوائح مع أحكام النظام الأساسي للدولة". كما تنص المادة (٨٥) منه أن "يعين القانون الجهة القضائية التي تختص

ثمَّ فإنَّ المشرَّع الدستوري جعل من اختصاص الهيئة القضائية المنصوص عليها في المادة (١٠) من قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٠) - دون سواها - النظر في مدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة، حيث جاءت النصوص صريحة في تعيين المحكمة المختصة بالنظر في دستورية القوانين واللوائح^{١٨٧}.

فكانت محكمة القضاء الإداري لا تختص بالنظر في مدى تطابق نص منها مع النظام الأساسي للدولة، ولا تمتنع عن تطبيق ذلك النص، وبالمقابل يقع على الإدارة واجب الالتزام بأحكام القوانين واللوائح، وعدم اتخاذ أي إجراء أو تصرف من شأنه تعديلها أو تعطيلها أو الإعفاء من تنفيذها.

ثالثاً: المعاهدات الدولية:

عرِّفت المادة الثانية من اتفاقية فيينا "المعاهدة" بأنها: "اتفاق دولي يعقد بين الدول في صيغة مكتوبة، وينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة"^{١٨٨}، ومن التعريف يتبيَّن أن المعاهدة هي اتفاق مكتوب بين أشخاص القانون الدولي، ويجب أن يخضع لقواعد القانون الدولي لإحداث آثاره القانونية.

والمعاهدة Treaty مصطلح ينصرف إلى جميع الاتفاقات الدولية مهما اختلفت تسمياتها، سواءً أطلق عليها: (اتفاقية convention، أو اتفاق Accord، أو بروتوكول protocol، أو ميثاق pact).

وهي بوصفها هذا قد لعبت - منذ نشوء المجتمع الدولي - دوراً فعالاً في إيجاد القاعدة القانونية الدولية كإبرام معاهدات الصلح، وتحديد الحدود الفاصلة بين الدول والجماعات، أو الانضمام للدفاع المشترك، أو من أجل قهر عدو مشترك، وقد تزايدت أهميتها عبر العصور، وتعتبر المصدر الأول من حيث الترتيب الوارد في المادة (٣٨) من نظام محكمة العدل الدولية، ووسيلة اتصال دولية عُرِفَت منذ القدم،

بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين، والإجراءات التي لها قوة القانون، والمراسيم السلطانية، واللوائح مع النظام الأساسي للدولة وعدم مخالفتها لأحكامه، ويبين صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها".

١٨٧- تنص المادة (١٠) من قانون السلطة القضائية رقم (٩٩/٩٠) على أن: "تشكل بالمحكمة العليا - عند الحاجة - هيئة تتألف من رئيس المحكمة العليا وأقدم خمسة من نوابه أو الأقدم فالأقدم من فضاة المحكمة ينضم إليهم رئيس محكمة القضاء الإداري، ونائبه، وأقدم ثلاثة من مستشاري المحكمة تختص بالفصل في حالات تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبي، بين كل من المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون ومحكمة القضاء الإداري وغيرها من المحاكم.."، وتنص المادة (١١) منه على أن: "تكون الهيئة المنصوص عليها في المادة (١٠) هي الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات المتعلقة بمدى تطابق القوانين واللوائح مع النظام الأساسي للدولة، وعدم مخالفتها لأحكامه. ويصدر مرسوم سلطاني يبين صلاحيتها والإجراءات التي تتبعها".

١٨٨ - اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات: اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢١٦٦ المؤرخ في ٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦، ورقم ٢٢٨٧ المؤرخ في ٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٧، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من ٢٦ آذار/مارس إلى ٢٤ أيار/مايو ١٩٦٨ وخلال الفترة من ٩ نيسان/أبريل إلى ٢٢ أيار/مايو ١٩٦٩، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في ٢٢ أيار/مايو ١٩٦٩، وعرضت للتوقيع في ٢٣ أيار/مايو ١٩٦٩، ودخلت حيز النفاذ في ٢٧ كانون الثاني/يناير ١٩٨٠. متوفر على الموقع التالي: <https://hritc.co/wp-content/uploads/٢٠٢٠/٠٥>.

وكادت أن تكون الوسيلة الوحيدة في مجال التنظيم والتعاون السلمي بين الدول، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية عندما أُبرمت أهم الاتفاقيات الدولية، كميثاق الأمم المتحدة الذي صدر في ٢٦ يونيو ١٩٤٥م واتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تم التوقيع عليها في ٢٣ مايو ١٩٦٩م. والمعاهدة كونها: "اتفاقاً يبرم بين دولتين أو أكثر تحكمه قواعد القانون الدولي"^{١٨٩}، فإنها تهدف إلى تنظيم العلاقات القانونية بين الدول وتحديد القواعد التي تخضع لها، وهي إما أن تكون معاهدات خاصة تعقد بين دولتين، أو عدد محدود من الدول في أمر خاص بها، ولا تلزم بطبيعة الحال غير المتعاقدين، أو معاهدات عامة تُبرم بين عدد غير محدود في أمورٍ تهم جميع الدول.

ومن الاتفاقات الدولية ما يطلق عليها تصريح أو إعلان أو عهد، وتنحصر دلالة هذه التسميات في طريقة صياغة الاتفاق. أما من الناحية القانونية فلا تختلف هذه المسميات من حيث صحة ونفاذ كل منها، ولا تختلف أيضاً من حيث الآثار المترتبة عليها، حيث تنبئ المعاهدات الكثير من القواعد القانونية الدولية المعمول بها حالياً، وعن طريقها تتحدد حقوق وواجبات الدول تجاه بعضها البعض في السلم والحرب، واتجاه أفرادها في بعض الشؤون المتعلقة بحقوقهم وحرياتهم، مما جعلها في مقدمة المصادر الأساسية للقانون الدولي العام^{١٩٠}.

أما المواثيق وإعلانات الحقوق فهي تصدر في بعض الدول تتضمن تحديد بعض الأسس أو المبادئ العامة التي تنظم المجتمع بصفة عامة، وتحدد حقوق الأفراد وواجباتهم بصفة خاصة، فتضع الإطار العام أو الاتجاهات الكبرى في كل ما يتعلق بأمور المجتمع^{١٩١}.

ومن ثمَّ فإنَّ القانون الداخلي قانون فوق الأفراد تضعه السلطة صاحبة السيادة في الدولة ويخضع له المخاطبون بأحكامه. أما في الجماعة الدولية فلا يوجد بين أعضائها حاكم ومحكوم؛ إذ يتساوى أعضاء هذه الجماعة بعضهم ببعض، ولا تهيمن عليهم سلطة مشتركة، لذلك فإن القواعد التي تحكم روابطهم وعلاقاتهم لا يمكن أن تصدر عن سلطة آمرة، ولهذا نجد أن الدولة في تعاملها مع الدول الأخرى تلجأ إلى الاتفاق، فتشارك معها في إبرام المعاهدات سواء الثنائية أو الجماعية^{١٩٢}.

ويرى أنصار الاتجاه المثالي من الفقهاء أن المشروعية على المستوى الدولي تتطلب أن يمتد القانون الواجب الخضوع له في الدولة إلى مجموعة القواعد العليا السامية التي تعبّر عن الضمير الإنساني مثل

١٨٩ - المادة (١/٢) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩ الخاصة بالمعاهدات الدولية.

١٩٠ - أبو هيف، علي صادق. ١٩٩٥. القانون الدولي العام-العلاقات الدولية. الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٤٥٧.

١٩١ - أبو سمهدانة، عبدالناصر عبدالله. ٢٠١٤. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة: دراسة تحليلية تطبيقية، في ضوء أحدث أحكام المحاكم وفناوى مجلس الدولة. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٤٦.

١٩٢ - الفكهاني، حسن. ١٩٨٢. المعاهدات غير المتكافئة في القانون الدولي. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١٢٨. القاهرة. مصر: الدار العربية للموسوعات القانونية. ص ٢.

إعلانات حقوق الإنسان وغيرها، والتي يجب على السلطات العامة في الدولة احترامها والتقيدها بها من خلال الدخول في اتفاقيات دولية تحمي حقوق الأفراد وحرياتهم.

وللمعاهدات الدولية في المجتمع الدولي ذات الدور الذي تقوم به التشريعات أو اللوائح أو القرارات الإدارية في المجتمع الداخلي، وليس للدولة أن تمتنع عن تنفيذ معاهدة ارتبطت بها بحجة أن التزاماتها فيها أصبحت مجحفة أو أنها أكرهت على قبولها تحت تأثير ظرف خاص. مما يلزم السلطات العامة فيها والأفراد باحترامها، والوقوف على ما تقرره من أحكام وفقاً لما ورد في نص المادة (٢٦) من اتفاقية فيينا بأن كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها، وعليهم تنفيذها بحسن نية.

وهي إلى جانب ما قد ترتبه لأطرافها من حقوق ومزايا، تقيدهم في ذلك الوقت بمجموعة من الالتزامات، فإن فقه القانون الدولي العام يذهب إلى ضرورة توفر الشروط اللازمة لصحة التعاقدات عموماً، وهي: أهلية التعاقد والرضا، ومشروعية موضوع التعاقد، بحيث يكون مشروعاً وجائزاً يبيحه القانون وتقره مبادئ الأخلاق، ولا يتعارض مع تعهدات أو التزامات سابقة، وللمعاهدات قوة القانون بين أطرافها، فهي تلزم الدول التي صادقت عليها، تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بتقييد المتعاقد بتعاقدته على أساس من "أن العقد شريعة المتعاقدين" ١٩٣.

ولكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه في جميع الأحوال، فقد تتبدل الملابسات والظروف من وقت إلى آخر، وتصبح المعاهدة الضرورية والنافعة في وقت معين معاهدة زائدة أو ضارة مع تقدم الزمن، وتغير الظروف؛ ولهذا أجمع فقهاء القانون الدولي على أن المعاهدات - وعلى الأخص المؤبدة منها أو التي لم تحدد مدتها - لا تظل قائمة؛ إلا إذا بقيت الأشياء على حالها، أما إذا تغيرت الملابسات التي أحاطت بعقدها تغيراً جوهرياً، فإنها تفقد قوتها، وتعد باطلة قانوناً وفقاً لنظرية تغير الظروف التي يرجع أصل نشأتها إلى القانون الخاص، فتشبه إلى حد ما نظرية الظروف الطارئة التي ترمي إلى إسعاف المتعاقد المنكوب عندما يختل التوازن الاقتصادي للعقد ١٩٤.

وتعتبر المعاهدات الدولية مصدراً من مصادر المشروعية المكتوبة، وتصبح بعد ما يتم إبرامها والمصادقة عليها من قبل السلطة المختصة بذلك جزءاً من النظام القانوني الداخلي للدولة، غير أن مرتبتها في سلم تدرج القواعد القانونية، يختلف من دولة لأخرى، ويقتضي التزام الدولة بتنفيذ المعاهدة التي ارتبطت بها أن تقيدها سلطاتها بها، وتطبق أحكامها بمعرفتها وفق الاختصاص، كما يقتضي مراعاة الأفراد لها واحترامهم

١٩٣ - أبو هيف، علي صادق. ١٩٩٥. القانون الدولي العام - العلاقات الدولية. الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٤٨٣.

١٩٤ - الفكاهاني، حسن. ١٩٨٢. المعاهدات غير المتكافئة في القانون الدولي. موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، ج ١٢٨. القاهرة.

مصر: الدار العربية للموسوعات القانونية. ص ٢. ص ٣٨٩.

لما جاء فيها، وبدون ذلك لا يمكن للدولة أن تفي بالتزاماتها المترتبة على المعاهدة؛ ولكن هل يلزم الإبرام الصحيح للمعاهدة أن يصبح لها حكم القانون؟ أم يجب نشرها أو إصدارها في شكل قانون؟

تجدر الإشارة إلى ما جرى عليه الفقه من القول بانعدام المعاهدات والأحكام الدولية، إذا لم يوقع عليها، كما تعتبر الأحكام الصادرة من محكمة دولية في قضية ليست من اختصاصها الفصل فيها أحكاماً منعقدة^{١٩٥}.

ويعتمد أسلوب إبرام المعاهدة على القانون الداخلي لكل دولة، فإذا كان دستور الدولة ينص على اعتبار المعاهدة في حكم القانون بتمام إبرامها، فإن المعاهدة تصبح في هذه الدولة ملزمة في الداخل بتمام تعبيرها عن قبول الالتزام بها بوسيلة التعبير المناسبة أو المتفق عليها^{١٩٦}، دون حاجة لإجراء تشريعي ما، وفي مقدمة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية، وكثير من جمهوريات أمريكا اللاتينية، أما إذا كان دستور الدولة يتطلب إجراءات تشريعية تتبع بالنسبة للقوانين حتى تصبح ملزمة، فإنها لا تكون كذلك إلا بعد اتخاذ الإجراءات المتبعة في هذا الشأن، ومن بين هذه الدول النمسا وبلجيكا^{١٩٧}. وفي النظام القانوني الفرنسي، فقد نص الدستور الفرنسي في ديباجيته على أن: "الجمهورية الفرنسية ووفاء لتقاليدها تمثل لقواعد القانون الدولي العام"، ويكون للمعاهدات المصادق عليها قيمة قانونية أعلى من تلك المقررة للقانون العادي؛ ولكنه يشترط المعاملة بالمثل، حيث تنص المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي على أن: "يكون للمعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق عليها أو الموافقة عليها حسب الأصول، وعند نشرها قوة تفوق قوانين البرلمان شريطة أن يطبقها الطرف الآخر فيما يتعلق بهذا الاتفاق أو هذه المعاهدة"^{١٩٨}. وإذا كان المجلس الدستوري مختصاً بمراقبة دستورية القوانين، فإنه غير مختص بالرقابة على مطابقة القوانين للمعاهدات والاتفاقات الدولية التي تكون فرنسا طرفاً فيها (conventionnalité)، فعلى الرغم من وجود النصوص الدستورية، إلا أن المجلس الدستوري أعلن في قراره المتخذ بتاريخ ١٥ تموز ١٩٧٥م، أن المعاهدات وإن كانت فوق القوانين، ولكنها لا تعلق على الدستور فهي نسبية واحتمالية، ومن ثم يرفض ممارسة هذه الرقابة، وبناءً على ذلك مارست

١٩٥ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وقوانين مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١٦٣.

١٩٦ - تحدد المادة (١١) من اتفاقية فيينا في هذا الشأن وسائل التعبير عن قبول الدولة الالتزام بالمعاهدة، ونصها: "يجوز للدولة أن تعبر عن رضائها الالتزام بالمعاهدة بالتوقيع عليها، أو بتبادل الوثائق المكونة لها، أو بالتصديق، أو بالقبول، أو بالموافقة، أو بالانضمام إليها، أو بأي وسيلة أخرى يتفق عليها".

١٩٧ - أبو هيف، علي صادق. ١٩٩٥. القانون الدولي العام-العلاقات الدولية. الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف. ص ٤٩٨.

١٩٨ - المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م المعدل في ٢٠٠٨م.

المحاكم القضائية كمحكمة النقض "التمييز" منذ ٢٤/٥/١٩٧٥م، و"مجلس الدولة الفرنسي" منذ ٢٠/٩/١٩٨٩م، النظر في مطابقة القوانين للمعاهدات، والاتفاقات الدولية التي صادقت عليها فرنسا^{١٩٩}.

بينما في النظام القانوني المصري لا يكون لها سوى قوة القانون العادي بعد التصديق عليها ونشرها وفقاً لأحكام الدستور المصري^{٢٠٠}، وقد قررت محكمة القضاء الإداري المصري إلغاء قرار امتناع جهة الإدارة عن اتخاذ الإجراءات الكفيلة بالقصاص لأسرى الحرب والمدنيين المصريين واقتضاء حقوقهم على النحو المبين في أسباب الحكم، وذلك لامتناعها عن أعمال مقتضى أحكام اتفاقيات جنيف الأربع والاتفاقيات الدولية بما تملكه من سلطات باعتبارها القوامة على حماية المواطنين، وهو امتناع مخالف للمشروعية وماساً بمساساً مباشراً بالشعور العام للمصريين^{٢٠١}.

أما القضاء الدولي فيؤكد سمو قواعد القانون الدولي على سائر قواعد القانون الداخلي للدول، أيّاً كانت تلك القواعد دستورية أو تشريعية أو لائحة أو أحكام قضائية، وقد استقرت المحاكم الدولية على تغليب قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الوطني عند التعارض بينهما، ومنها حكم التحكيم الدولي الصادر في قضية شركة كهرباء (فارسوفيا) بتاريخ ٢٣ مارس ١٩٣٦م على أن: "الاتفاقية المبرمة إبراماً صحيحاً هي مصدر من مصادر الحق بالمعنى الموضوعي داخل الدولة المتعاقدة، ولها قوة إلزامية على المستوى الدولي حتى في الأحوال التي تتعارض فيها أحكام هذه الاتفاقية مع التشريعات الوطنية السابقة أو اللاحقة على إبرامها"^{٢٠٢}.

وبالنسبة للنظام الدستوري العُماني، فقد سبق أن تضمنت المبادئ الموجهة لسياسة الدولة التي أوردها المشرع العُماني في المادة (١٠) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) العديد من المبادئ السياسية، ومنها: "مراعاة المواثيق والمعاهدات الدولية والإقليمية وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة، وبما يؤدي إلى إشاعة السلام والأمن بين الدول والشعوب"، كما أوضح في مادته رقم (٧٢) أن: "لا يخل تطبيق هذا النظام بما ارتبطت به سلطنة عُمان مع الدول والهيئات والمنظمات الدولية من

١٩٩ - البعقوبي، علي عيسى. ٢٠١٣. الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دراسة في أثر تعديل تموز ٢٠٠٨ الدستوري. المحكمة الاتحادية العليا في العراق؛ متوفر على موقع: <https://www.iraqidevelopers.com/iraqfsc/ar/node/317>.

٢٠٠ - تنص المادة (١٥١) من دستور مصر لعام ٢٠١٤ على أن "يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور...".

٢٠١ - الدعوى رقم (٧٦٩١) لسنة ٥٥٥ بجلسة ٣/٤/٢٠٠٨م. محكمة القضاء الإداري. مصر؛ موثق عند: عكاشة، حدي ياسين. ٢٠١٨. موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة "الكتاب الرابع: عيب مخالفة القانون". ط ٢. القاهرة. مصر: دار أبو المجد للطباعة بالهرم. ص ٥٢٣.

٢٠٢ - أبو الخير، أحمد عطية عمر. ٢٠٠٣. نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص ١١٨.

معاهدات واتفاقيات"، فكانت الشرعية والتعاون الدولي محل اهتمام السلطان قابوس - رحمه الله - وقد تضمن خطابه عام ١٩٩٧م ما نصه: "إن مراعاة الشرعية الدولية والالتزام بالمعاهدات والقوانين .. كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى مزيد من التفاهم الواعي والتعاون البناء من أجل انتصار الأمن والسلام وشيوع الطمأنينة والرخاء.."^{٢٠٣}، وعند صدور النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) تضمنت المادة (١٣) منه ذات العبارة السابقة الواردة في المادة (١٠) مع استبدال كلمة (إشاعة) بـ (إرساء) السلام والأمن، لما لكلمة "إرساء" من قوة المعنى في تثبيت الأمن والسلام بين الدول والشعوب.

والمعاهدات والاتفاقيات التي تصادق عليها سلطنة عُمان مساوية للقانون العادي، وهذا ما نص عليه المشرع في النظام الأساسي للدولة السابق والحالي، وهو ما يتعين على الإدارة الالتزام بها وفق مرتبتها^{٢٠٤}. وقد طبق المشرع العُماني في هذا الخصوص قاعدة اللاحق يلغي السابق إذا كان مخالفاً له، وأن الخاص يقيد العام، ومن ثم لا يجوز لأطراف الدعوى الدفع بقانون ما ألغي بموجب معاهدة أو اتفاقية صادقت عليها سلطنة عُمان.

ويقوم السلطان بمهام توقيع المعاهدات والاتفاقيات الدولية وفقاً لأحكام القانون، أو التفويض في توقيعها، وإصدار مراسيم التصديق عليها^{٢٠٥}، كما جعل المشرع العُماني لوزارة العدل والشؤون القانونية الاختصاص بمراجعة مشروعات الاتفاقيات الدولية، ومذكرات التفاهم التي تنوي الحكومة، أو إحدى وحدات الجهاز الإداري للدولة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة توقيعها، وإبداء الرأي القانوني في طلبات الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية القادمة^{٢٠٦}.

رابعاً: التشريعات الفرعية (اللوائح):

ويقصد بها القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية في الدولة، وتتضمن قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة، وعلى الرغم من أن اللوائح تتشابه مع القوانين، وتلتقي معها من الناحية الموضوعية والمادية

٢٠٣ - وزارة الشؤون القانونية ٢٠٠٤. المبادئ القانونية في فتاوى الشؤون القانونية. الكتاب الثامن من ١ يناير وحتى ٣١ ديسمبر ٢٠٠٣م. المديرية العامة للجريدة الرسمية. مسقط. سلطنة عُمان. ص ٥.

٢٠٤ - نصت المادة (٧٦) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) على أن: "لا تكون للمعاهدات والاتفاقيات قوة القانون إلا بعد التصديق عليها، ولا يجوز في أي حال من الأحوال أن تتضمن المعاهدة أو الاتفاقية شروطاً سرية تناقض شروطها العلنية"، وقد ورد ذات النص في المادة (٩٣) من النظام الأساسي للدولة الحالي رقم (٢٠٢١/٦).

٢٠٥ - المادة رقم (٤٢) من المرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١). النظام الأساسي للدولة. مؤرخ في ٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦، وزارة الشؤون القانونية. سلطنة عُمان. مسقط؛ المادة رقم (٤٩) من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦). النظام الأساسي للدولة الحالي. مؤرخ في ١١ يناير سنة ٢٠٢١، وزارة العدل والشؤون القانونية. سلطنة عُمان. مسقط.

٢٠٦ - نص البند (٨) من الملحق رقم (١) المرفق بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٨٨) بدمج وزارة العدل ووزارة الشؤون القانونية في وزارة واحدة تسمى وزارة العدل والشؤون القانونية وتحديد اختصاصاتها واعتماد هيكلها التنظيمي. الجريدة الرسمية. مسقط. سلطنة عُمان. ع ١٣٥٣. ص ٥٧.

فيما تتضمنه من قواعد عامة مُجرّدة، يرتكز تطبيقها بتحقيق الشروط الموضوعية المنصوص عليها فيها^{٢٠٧}؛ إلا أنها تندرج في طائفة أعمال الإدارة القانونية وتعتبر وفقاً للمعيار الشكلي قرارات إدارية لصدورها عن السلطة التنفيذية ممثلة بأدائها الإدارية^{٢٠٨}، وهذا هو المعيار الشكلي أو العضوي المعوّل عليه في التمييز بينها وبين التشريعات الرئيسية، أو القوانين العادية التي تصدرها السلطة التشريعية "البرلمان"^{٢٠٩}. وبذلك تُعد القرارات الإدارية قانوناً في حد ذاتها، وتتمتع بقوة تنفيذية تكتسبها من عنصر الإلزام الموجود في القانون شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية، ومن خلال هذه العلاقة بينهما، تولدت قرينة المشروعية الناجمة عن كون القرار الإداري تطبيقاً صحيحاً وأميناً لأحكام القانون، حيث يستمد منه سلطة الأمر وقوة التنفيذ ويتغذى بهالته وينال خصائصه^{٢١٠}. والتشريعات الفرعية أو اللوائح عدة أنواع هي: (اللوائح التنفيذية، اللوائح المستقلة أو التنظيمية، اللوائح التفويضية، لوائح الضبط، ولوائح الضرورة).

والتشريع الفرعي باعتباره مصدراً من مصادر المشروعية الإدارية، يأتي بعد التشريع الأساسي والتشريع العادي في القوانين، فاللائحة هي من صنع السلطة التنفيذية ومهمتها إما وضع القوانين موضع التنفيذ بتوضيحها وبيان كيفية تطبيقها، وإما بتسيير المرافق العامة، وأما لغايات المحافظة على أمن واستقرار المجتمع^{٢١١}؛ أما القانون فهو تعبير عن إرادة الأمة ممثلة بالبرلمان؛ لذلك فإنه أقوى من اللائحة التي يجب أن تصدر وفقاً لأحكامها، وإلا كانت غير مشروعة، كما أن مجالها أضيق من مجال القانون لامتلاك السلطة التشريعية الحرية الكبيرة في وضع القوانين، ولا يخرج عن متناول سلطتها إلا ما يستبعده الدستور صراحة أو ضمناً^{٢١٢}.

يتحقق مبدأ المشروعية بتطبيق قاعدة تدرج القواعد القانونية، وترتبط قوة ورتبة القاعدة القانونية بقوة مصدرها، ويتحتم على اللائحة التي تصدرها السلطة التنفيذية لاكتسابها صفة المشروعية ابتداءً ألا تكون مخالفة لقواعد الدستور الذي تصدره السلطة التأسيسية، ولا مخالفة لأحكام القانون السلطة

٢٠٧ - العموم والتجريد صيغتان متلازمتان لا تفتقر إحداها عن الأخرى، وكون القاعدة القانونية "عامة" فهي لا تخص فرداً معيناً بالذات ولا واقعة محددة بعينها؛ بل تقصد الأشخاص بصفاتهم والوقائع بصفاتها. "مجردة" أي تطبق على الجميع دون تمييز بينهم، والقواعد الشرعية شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية، فهي قاعدة عامة مجردة تنطبق على كل من توفرت فيه صفة خاصة حددها الحكم الشرعي للأشخاص، وشروط خاصة بالنسبة للوقائع.

٢٠٨ - محمد، علي عبد الفتاح. ٢٠٠٩. الوجيز في القضاء الإداري. مبدأ المشروعية وقضاء الإلغاء؛ دراسة مقارنة. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة. ص ٣٠.

٢٠٩ - بن كدة، نور الدين. ٢٠١٥. مبدأ المشروعية في القرارات الإدارية. (رسالة ماجستير غير منشورة). كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة محمد خيضر. بسكرة. الجزائر. ص ٥٣.

٢١٠ - إسماعيل، عصام نعمة. ٢٠٠٩. الطبيعة القانونية للقرار الإداري؛ دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد. (رسالة دكتوراه منشورة). منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. ص ١٤-١٦.

٢١١ - TERRE (F). ٢٠٠٠. Introduction générale au droit. Précis Dalloz، ٤e edition. p٧٦.

٢١٢ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ٤٧٢.

التشريعية، إذ يتعين أن تتفق نصوصها مع أحكام القواعد القانونية الأعلى درجة، وأي إخلال، أو خروج منها عن ذلك، يجعلها غير مشروعة، ويعرضها للإلغاء وفق قواعد قانونية سنينها في موضعها لاحقاً.

المطلب الثاني: المصادر غير المكتوبة

تتكون المصادر غير المكتوبة للمشروعية من العرف الإداري، والمبادئ العامة للقانون، كالاتي:

أولاً: العرف الإداري:

العرف بصفة عامة هو عادة درج الناس على اتباعها في علاقاتهم ومعاملاتهم حتى أحسوا بضرورة احترامها، والعرف بوصفه مصدراً من المصادر غير المدونة للقواعد القانونية كان أسبق في الظهور على التشريع المكتوب، وما زال له دور مهم في البناء التشريعي باعتباره مصدراً تكميلياً للقانون، يفسر ما غمض منه ويكمل ما نقص منه، وتختلف الجهة التي يرجع إليها السبب في نشأة العرف؛ فالأفراد في دائرة القانون الخاص هم الذين يعملون على نشأة العرف، أما في دائرة القانون العام فإن السلطات العامة في الدولة هي التي تعمل على نشأة العرف؛ وذلك إذا ما اتبعت إحدى هذه السلطات قاعدة معينة في تصرفها وتواتر استخدامها لهذه القاعدة دون اعتراض عليها من جانب إحدى السلطات العامة الأخرى في الدولة، أو من جانب المجتمع مع اعتقاد هذه السلطات والجماعة معاً بأن هذه القاعدة اكتسبت صفة الإلزام^{٢١٣}. ويتكون العرف في نطاق القانون العام من ركنين أساسيين؛ الركن المادي: عبارة عن سلوك استمر العمل على الأخذ به، ويتمثل فيما جرت السلطة الإدارية على انتهاجه من قواعد وأوضاع معينة، بصدد مباشرة أحد أوجه نشاطها الإداري، واعتادت الالتزام به، والسير على هديه، دون أن تستند في ذلك إلى أساس تشريعي. والركن المعنوي: عبارة عن تحوّل الاعتقاد المادي إلى قاعدة واجبة التطبيق على العلاقة بين الإدارة والأفراد، ويتمثل فيما تعتبر معه تلك الأوضاع قاعدة عرفية ملزمة للإدارة في مواجهة الأفراد، ويترتب على مخالفتها عدم المشروعية^{٢١٤}.

ويأتي العرف الإداري باعتباره مصدراً تكميلياً للتشريع، مُعبراً أصداق تعبير عمّا ترتضيه الإدارة لتنظيم أعمالها وعلاقتها بالأفراد، ويشترط في العرف الإداري باعتباره مصدراً للمشروعية أن تطبقه الإدارة بصفة دائمة ومنتظمة، وألا يخالف نصاً تشريعياً مكتوباً، فالعرف الناشئ عن خطأ من فهم القانون لا يمكن التعويل عليه، فالأولية تكون للنصوص القانونية ثم الأعراف.

ويمكن للتشريع أن يعدّل أو يلغي أو يعتمد إلى إقرار الأعراف الإدارية القائمة والنص عليها صراحة، وذلك تماشياً مع مقتضيات عمل الإدارة العامة، إذ إنّ العديد من قواعد القانون الإداري المكتوبة حالياً

٢١٣- نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ٨٩-٩١.

٢١٤- البناء، محمود عاطف. ١٩٩٩. الوسيط في القضاء الإداري. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص ٢٢ وما بعدها.

إنما يرجع أصلها إلى أعراف إدارية كانت سارية وسائدة من قبل؛ ولا يمكن للقواعد العرفية مهما تكرر استخدامها واستقر تطبيقها أن تكون مصدراً لتعديل القانون المكتوب، أو لإلغائه، أو لتعطيل نفاذه، حيث لا يمكن أن تكون مع وجود النص إلا مصدراً لتفسيره أو لتكملة ما نقص منه.

ويكون تعديل العرف الإداري بقاعدة قانونية حقيقية، وهو ما ذهب إليه القضاء الإداري في سلطنة عُمان بالقول أن: العرف الإداري في موضوع معين لا يقوم مع وجود النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع^{٢١٥}، ويأتي العرف الإداري في مرتبة لاحقة على مصادر التشريع المكتوبة، وهو بمنزلة القانون متى نشأ صحيحاً من حيث وجوب احترامه، والعمل به، فإذا خالفت الإدارة العرف يكون تصرفها مخالفاً للقانون، ويكون قرارها الإداري المخالف للقاعدة العرفية وقع باطلاً، ويتعين إلغاؤه؛ أما إذا تعارض العرف مع نص دستوري، أو نص تشريعي عادي تصدره السلطة التشريعية، أو نص تشريعي فرعي تصدره السلطة التنفيذية، فإن طبيعة الحال تقتضي عدم جواز مخالفة العرف الإداري لتشريع قائم، وتكون الغلبة في التطبيق للتشريع دون العرف المخالف الذي يجب طرحه وعدم إعماله، وإلا عُُد ذلك انتهاكاً لمبدأ المشروعية وخروجاً عليه^{٢١٦}.

وقد اعترف القضاء الإداري بالعرف، وجعله في منزلة القانون، أو اللائحة المكتوبين؛ بل إنَّ هناك من يرى أن العرف يستمد قوته الإلزامية من أحكام القضاء، وقد ظهرت هذه الفكرة، وانتشرت بادئ الأمر بين فقهاء القانون الإنجليزي ثم انتقلت بعد ذلك إلى فرنسا لتجد بعض مؤيديها من الفقهاء الفرنسيين؛ بالرغم من ذلك فقد تم انتقاد هذا الاتجاه؛ لأنَّ العرف ينشأ، ويكتسب قوته الملزمة، ثم يتم تطبيقه في المحاكم، كما أن سلطة القاضي تنحصر في تطبيقه دون التعرض لإنشائه عملاً بمبدأ الفصل بين السلطات.

واعترف القضاء الإداري العماني بالعرف بقوله في تأويل النص القانوني بأن: "القواعد التي استقر عليها العمل في تطبيق القانون وتأويله أن نص القانون لا يحتمل إلا المعنى الذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللغة وعُرف الاستعمال، وأن عبارة القانون إذا كانت مطلقة جرت على إطلاقها"^{٢١٧}، ومن ثم فإنَّ للقاضي الإداري دوراً كبيراً بالتدخل لاستجلاء الغموض عن النص القانوني، وتحديد معناه. وتجدر الإشارة إلى أنه لا ينبغي الخلط بين العرف الإداري، الذي يتوافر ليشيئ قاعدة قانونية في

٢١٥- الاستئناف رقم (١٢) لسنة (٣) ق. س. بجلسة ٢١ / ٦ / ٢٠٠٣ م (م. م. لعام ٣-٤ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠٠٥. مجموعة

المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العامين الثالث والرابع. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ١٥٢/٢٠٠٥. ص ١٤٠.

٢١٦- نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ٩٢.

٢١٧- الاستئناف رقم (٢٩) لسنة (١٢) ق. س. بجلسة ٢٠ / ٤ / ٢٠١٢ م (م. م. لعام ١٢ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٤. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي الثاني عشر. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ١١٠/٢٠١٤. ص ٥٠٦.

مجال القانون الإداري، وبين مجرد التسامح الذي قد تلجأ الإدارة إليه تحت ضغط ظروف خاصة، وليس من شأنه إنشاء أي نوع من القواعد العامة، ويزداد الأمر وطأة في التسامح المخالف للقانون، إذ إنّه لا يمكن بأي شكل كان أن يُعدَّ عرفاً أو بمنزلة العرف حتى وإن تكرر هذا التسامح، ولذا فلا يكون مصدراً لمبدأ المشروعية^{٢١٨}.

ثانياً: المبادئ العامة للقانون:

تمثل المبادئ العامة للقانون الوضعي، والاجتهادات القضائية المفهوم الواسع والعام للتشريع، وهي مجموعة القواعد القانونية غير المقننة التي يستلهمها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويكشف عنها في أحكامه، فالمبادئ العامة للقانون لا يشترط ورودها في نص قانوني مكتوب، فقد تكون خارجة عنه يستخلصها القاضي من طبيعة النظام القانوني وأهدافه السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والقيم الدينية والثقافية السائدة في المجتمع^{٢١٩}، وهذه المبادئ قد تخص دولة معينة، أو مجموعة من الدول، فتكون انعكاساً للقيم القانونية فيها، وتكون ذات بُعد عام، بحيث تشكل قاسماً مشتركاً من القيم بين النظم القانونية للدول جميعاً.

والمبادئ العامة للقانون هي نظرية قضائية وميزة يتميز بها القانون الإداري، ويرجع الفضل في استخلاصها وتقريرها بوصفها قواعد ملزمة إلى مجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه الحديثة نسبياً. وكانت موجودة بشكل مستتر وضمني في أحكامه القديمة إلى أن صرّح بها حديثاً وأعلن عنها بشكل رسمي بوصفها مصدر للمشروعية بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية^{٢٢٠}.

والمبادئ العامة للقانون كما عرّفها الرئيس بوفاندو (Bouffandeau) هي: "قواعد قانون غير مكتوبة ذات قيمة تشريعية، وتبعاً لذلك تفرض على السلطة اللائحية والجهات الإدارية، طالما لم يعارضها نص في القانون الوضعي"، كما يقر القضاء الفرنسي أنه يوجد إلى جانب القوانين المكتوبة مبادئ كبرى لا غنى عن الاعتراف بأنها قواعد قانونية تكمل الإطار القانوني، ويترب على مخالفتها ذات نتائج مخالفة القانون المكتوب؛ أي إلغاء القرار المخالف لها، وثبوت قيام خطأ في حق السلطة التي اتخذت هذا القرار^{٢٢١}. وأتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى إسباغ قيمة المبادئ العامة للقانون على نصوص تتضمنها مقدمة

٢١٨ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٨. الوسيط في القضاء الإداري. الجزء الأول. بيروت. لبنان: منشورات زين الحقوقية. ص ٥٧.

٢١٩ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ٩٤.

٢٢٠ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفتاوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١٧.

٢٢١ - مارسو لون، وبروسير في، وجي بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٤٢٠.

الدستور، وقد كشف عن عدد من المبادئ العامة التي استوحاها من إعلان حقوق الإنسان والمواطن للثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م، للتنديد وانحصار الأفكار التي تنادي بالانتقاص منها، ومعظم هذه المبادئ قابلة للتطبيق في كل الدول تقريباً؛ نظراً لطابعها القانوني والإنساني. وإلى جانب المبادئ العامة للقانون تصبح "قوة الشيء المقضي به" مصدراً من مصادر المشروعية، فبمناسبة حكم النقض بتاريخ ٨ يوليو ١٩٠٤م، مجموعة (بوتا) رقم ٥٥٧، علق مفوض الحكومة الفرنسية (روميو) في تقريره على طلب إلغاء الحكم المطعون فيه قاطعاً بقوله: نحن نعلق أهمية كبرى على الحكم الذي يصدره مجلس الدولة في الدعوى الحالية؛ إذ سيكون له مجال عام، وسيطبق مذهبه على كل الجهات التي تخضع لقضائه من حيث الإلغاء، سواء جهات قضائية من كل نوع أو حتى جهات الإدارة العامة. فيجب أن يكون معلوماً تماماً أنه حين يلغي مجلس الدولة قراراً أو حكماً لمخالفة القانون، فلا يجوز استعادة هذا القرار فوراً وفي ذات الأوضاع، ولا يجوز ترديد هذا الحكم في ذات النزاع بذات الأسباب القانونية، وإلا كان جزاء ذلك الإلغاء الذي يستند هذه المرة على مخالفة قوة الشيء المقضي به وحدها^{٢٢٢}. وبالمقابل قرر المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ ٨/١٩٨٥م، أن: "القانون يعبر عن الإرادة العامة فقط عندما يحترم الدستور"، ومن ثمّ تنتفي قدسية القوانين أو السلطة السياسية، فقد باتت الرقابة في فرنسا أقرب إلى النموذج الأوروبي الذي ينيط الرقابة على دستورية القوانين بهيئة مركزية متخصصة ذات طبيعة قضائية^{٢٢٣}.

كما اعترف فقهاء القانون الإداري في مصر بالدور الإنشائي للقضاء الإداري بالنسبة لقواعد القانون الإداري، فإذا كانت القواعد القانونية التي ينشئها القضاء في فروع القانون الأخرى تعتبر ثانوية بالنسبة للنصوص القانونية ومكملة لها، فإن أحكام القضاء هي المصدر الأساسي للقانون الإداري، بل إن النظرية العامة للقانون الإداري تتألف من القواعد والمبادئ التي يضعها القضاء في أحكامه، وفي عبارة مشهورة كشف بها رئيس المحكمة العليا الأمريكية، القاضي هيوز (Hughes) عن الدستور: "نحن في ظل الدستور؛ ولكن الدستور هو ما نقوله نحن"^{٢٢٤}.

وهذه المبادئ لا تخالف التشريع المكتوب، ولا يمكنها مخالفته، ولكنها تلعب دوراً مؤثراً وحيوياً في القانون الإداري بصفة خاصة؛ فهو قانون قضائي غير مقنن في معظم جوانبه، ولهذا يقوم فيه القضاء بدور خلاق عن طريق ابتداع الحلول المناسبة للروابط التي تنشأ بين الإدارة والأفراد حين لا تسعفه النصوص في

٢٢٢- مارسو لون، وبروسير في، وجى بريان. ١٩٩١. أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي. مجموعة القانون العام. رينية كاسان ومارسيل فالين. ترجمة د. أحمد يسرى رئيس مجلس الدولة المصري "سابقاً". تحديث على ط ٨. الإسكندرية. مصر. منشأة المعارف. ص ٨١. ٢٢٣ - اليعقوبي، علي عيسى. ٢٠١٣. الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا؛ دراسة في أثر تعديل تموز ٢٠٠٨ الدستوري. المحكمة الاتحادية العليا في العراق؛ متوفر على موقع: <https://www.iraqidvelopers.com/iraqfsc/ar/node/317>.

٢٢٤- We are under a constitution, but the constitution is what we say it is.

حسم النزاع المطروح عليه، وذلك من خلال استخلاصه أحد المبادئ العامة للقانون، من مجموع القواعد القانونية المهيمنة على التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي القائم في الدولة. والقضاء لا يخرج في ذلك عن نطاق وظيفته، إذ إنّه لا ينشئ المبدأ، أو يخلقه من فراغ، وإنما يكشف عنه ويستخلصه من الضمير القانوني للجماعة، والروح العامة للتشريع السائد فيها، فالمبادئ العامة للقانون تظهر في الواقع نتيجة تفسير القضاء لإرادة المشرع الضمنية، والضمير العام للجماعة^{٢٢٥}. أما المبادئ القضائية فهي عبارة عن أحكام صادرة عن جهات قضائية في صورة من الحلول التطبيقية لحالات مفصلة من الخصومات والنزاعات التي قضت فيها^{٢٢٦}.

وتجدر الإشارة إلى التفريق بين المبادئ العامة للقانون والقواعد القضائية العادية من حيث المعيارين الشكلي والموضوعي، والمعيار الشكلي يقوم على تحليل أحكام القضاء الإداري لإمكان تبني وصف الحكم، هل هو مبدأ قانوني أم مجرد تطبيق لسلطة القاضي في تفسير وتطبيق النص؟ وهذه التفرقة لمعرفة القيمة القانونية لهذه المبادئ، وفي حال استنباط المبدأ فإن الجهة الإدارية ملزمة به في قراراتها اللائحية والفردية على حد سواء؛ أما إذا كانت القاعدة القضائية لم توصف صراحة بأنها مبدأ عام، فيفترض أنها تمثل مجرد قاعدة قضائية عادية لا ترقى لمستوى المبادئ العامة كأصل عام، وبذلك فهي لا تفرض احترامها على اللوائح؛ بل هي قواعد تكميلية أو تفسيرية بالنسبة لها، ومن ثمّ يجوز للائحة أن تخالف القاعدة القضائية العادية. وبالنسبة للمعيار الموضوعي فإنه يتصل بالخصائص الذاتية لكل من المبادئ العامة والقواعد القضائية العادية. وقد حددها الدكتور Jeanneau في رسالته عن المبادئ العامة للقانون في ثلاثة عناصر، وهي:

أولاً: القاعدة القضائية العادية "خاصة"؛ أما المبدأ "عام" وقابل للتطبيق على مجموعة غير محددة من الحالات كمبدأ المساواة أمام القانون، ولا يعني ذلك أن القاعدة القضائية تنحصر في المنازعة الفردية وإنما لها قدر من العموم وتكون بمنزلة "سابقة قضائية" بحيث إنّها باضطرادها تكتسب صفة قوة القاعدة القابلة للتطبيق على الحالات المماثلة.

ثانياً: القاعدة القضائية العادية "غير مستقرة"؛ أما المبدأ "دائم ومستقر".

٢٢٥- أمين، عادل جلال حمد. ٢٠١٧. دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون؛ دراسة تحليلية مقارنة. بيروت. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. ص ١٤٠.

Bernard (T). ٢٠٠٨. Les principes dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Dalloz, Paris, p ٣.

ثالثاً: القاعدة القضائية العادية ذات " طابع عملي "؛ أما المبدأ فيتميز " بالعلو " بحيث يصل به السمو إلى الحد الذي يحمي الدولة وسيادة حكم القانون^{٢٢٧}، وهكذا تظهر ضرورة عدم الخلط بين المبادئ العامة كالقواعد القضائية العليا وبقية القواعد القضائية العادية.

وتتفق آراء الفقهاء وأحكام القضاء على اعتبار المبادئ القانونية تتمتع بالقوة الإلزامية؛ وتباين حول مصدر هذه القوة الإلزامية؛ فمنهم من يرجع قوة إلزامها إلى إعلانات الحقوق أو مقدمات الدساتير، ويرى آخرون أن أساس القوة الملزمة للمبادئ العامة للقانون هو قواعد القانون الطبيعي، ويرجعها فريق ثالث إلى دور القاضي الإنشائي الذي يقوم بالكشف عنها في حالة عدم وجود نص تشريعي مكتوب، وهو الذي يقوم بإدخالها ضمن قواعد القانون الوضعي بالكشف عنها وتقريرها في أحكامه وإعطائها الجزاء الذي كانت تفتقده^{٢٢٨}. وهذا الرأي الراجح وهو ما يؤكد فقهاء القانون العام الفرنسيون، ومنهم دي لو بادير (De laubadere) بقوله: إنَّ المبادئ العامة للقانون ذات مصدر قضائي خاص. كما يرجع البعض في فرنسا إنشاء القاضي للمبادئ العامة للقانون وإبرازها إلى إرادة المشرع الضمنية أو المفترضة التي لم يفصح عنها في نصوص تشريعية صريحة، فيقوم بما كان يحق له أن يفعله المشرع لو أصدر تشريعات منظمة^{٢٢٩}.

واختلف الفقه القانوني كذلك حول مرتبة أو مكانة المبادئ في سلم تدرج القواعد القانونية، فمنهم من وضعها في مصاف القواعد الدستورية، إذ كان الفقه والقضاء الفرنسيان يعتبرانها تتمتع بمرتبة إلزامية تعادل قوة القانون، وتعلو اللوائح الإدارية في تدرج القواعد القانونية؛ ولكن بعد صدور دستور ١٩٥٨م، اتجه غالبية الفقه إلى القول بأن للمبادئ العامة للقانون مرتبة إلزامية تعلو مرتبة القانون الصادر من السلطة التشريعية، وتصل إلى مرتبة الدستور ذاته باعتبارها المبادئ الكبرى التي تمثل الفلسفة السياسية للأمة، وقد كان الدافع الرئيس لهذا الاتجاه هو التخوف من انفراد السلطة التنفيذية بالتشريع في غير الموضوعات المحددة للقانون^{٢٣٠}، ومن رواد هذه الفكرة في فرنسا العميد جورج فيدل (G. vedel)، إذ يرى بأن للمبادئ العامة للقانون قيمة قانونية تعلو التشريعات العادية، أي أنها دستورية لا يجوز للمشرع مخالفتها؛ وإلا اعتبر ذلك مخالفاً لمبدأ المشروعية، وهو الأمر الذي يصعب قبوله لمخالفته للعديد من المسلمات القانونية، ويؤدي

٢٢٧ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفناوى مجلس الدولة (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٢٢-٢٥.

٢٢٨ - نيجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١٠١-١٠٢.

٢٢٩ - De laubadere. ١٩٦٣. traite de droit administrative. red.p. ٢٠١.

٢٣٠ - شنطاوي، علي خطار. ٢٠٢١. موسوعة القضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم) - الكتاب الأول. الرياض. السعودية: مكتبة الرشد. ص ٤٩.

إلى إضعاف الرقابة القضائية إلى درجة بالغة على اللوائح المستقلة، فإذا جاز للدستور أن يخالف تلك المبادئ؛ لأنها لم تعد تتفق مع ظروف المجتمع مثلاً، فلا يجوز أن يكون للمبادئ العامة ذات الأمر^{٢٣١}. ولذلك وجه جانب من الفقه انتقادهم لهذا الرأي على أساس أنه لا توجد حاجة لإعطاء المبادئ القانونية العامة قوة تعلو في إلزاميتها قوة القانون. ولذلك قرر بعض الفقهاء جعلها في مرتبة أعلى من اللائحة، وأدنى من القانون، بحيث تكون لها قوة إلزامية ومرتبة بين عناصر المشروعية، ولكنها لا تصل إلى منزلة القانون العادي؛ لأنها من اكتشاف القضاء^{٢٣٢}.

كما للبرلمان حق الخروج على تشريع سابق بالتعديل أو الإلغاء، والنتيجة الحتمية لهذا هي القول أن القوة القانونية لتلك المبادئ أدنى من قوة القوانين العادية وليست مساوية لها^{٢٣٣}. ولا يعني ذلك أن التشريع الجديد في منزلة أقوى من التشريع القديم، وإنما يُعد ذلك إعمالاً لقاعدة الجديد ينسخ القديم فيما يخالفه من أحكام^{٢٣٤}.

وهناك من يرى أن المبادئ القانونية ليست على درجة واحدة من القوة، وأن القيمة القانونية تعتمد على حسب قوة مصدرها؛ فإن كانت مستمدة من الدستور فلها قيمة دستورية، وإن كانت مستمدة من القوانين العادية، فإن لها قيمة قانونية مساوية لقيمة القوانين العادية؛ ومن ثمَّ يحق للمشرع العادي تعديلها أو إلغائها، والرأي الراجح في الفقه الفرنسي والمصري أن القيمة القانونية للمبادئ العامة للقانون هي في مرتبة مساوية للقوانين العادية، بحيث يمتلك المشرع أن يعدلها أو يلغيها كما هو الشأن بالنسبة لأي قانون عادي^{٢٣٥}، ويترتب على ذلك عدم لجوء القاضي إلى المبادئ العامة للقانون؛ إلا إذا افتقد النص أو كان بالنص غموض يحتاج إلى تفسير، أو به نقص يحتاج إلى إكمال. كما لا يجوز للإدارة أن تخالفها فيما يصدر عنها من قرارات تنظيمية عامة كانت أو قرارات فردية، وهذا الرأي الذي نؤيده.

ومن الصعوبة بمكان وضع قائمة حصرية بالمبادئ العامة للقانون؛ لأن القاضي الإداري لا يزال يكشف عنها في سياق سعيه الحثيث لترسيخ حقوق الإنسان وحيثياته الأساسية^{٢٣٦}، ومن أهم وأشهر

٢٣١ - الجمل، يحيى. ١٩٩٠. القضاء الإداري. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص ٣٨.

٢٣٢ - الجمهوري، محمد بن عبد الله. ٢٠٢٠. الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة؛ دراسة مقارنة بين مصر ودول مجلس التعاون الخليجي. مسقط. سلطنة عُمان: الأجيال. ص ٦٦ في الهامش.

٢٣٣ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١٠٧.

٢٣٤ - الجمل، يحيى. ١٩٩٠. القضاء الإداري. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص ٣٨.

٢٣٥ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ١٠١.

٢٣٦ - الشناوي، وليد محمد. ٢٠١٦. "التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري؛ دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة". مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية. دار الفكر والقانون. المنصورة. مصر. م. ٢٠٢٠. عدد (٥٩). ص ٣٦٠.

المبادئ التي أقرها كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري، والواردة في مؤلفات فقهاء القانون الإداري؛ منها ما هو متصل بفكرة المساواة: "المساواة أمام القانون، المساواة أمام الأعباء العامة، المساواة أمام المرافق العامة، والمساواة أمام الوظائف العامة"، وبفكرة الحريات: "احترام الحريات العامة للأفراد كحرية العقيدة، حرية الرأي، حرية التعليم، حرية التجارة والصناعة"، ومبدأ استقلال القضاء، وكفالة حق التقاضي، وحق الدفاع، ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، ومبدأ الحقوق المكتسبة، ومبدأ توازي الشكليات، ومبدأ عدم جواز تعدد العقوبة التأديبية عن الفعل الواحد، ومبدأ عدم جواز إثراء الإدارة بلا سبب على حساب الغير، ومبدأ عدم جواز تبرع الإدارة بأموالها، ومبدأ استمرارية المرافق العامة وتطورها وتكييفها، وغيرها من المبادئ التي تسري على الإدارة العامة في مختلف جوانبها، وقد أدى ترسيخها في أحكام القضاء إلى أن تم النص على بعضها تشريعاً، ومن ثم يتعين على مُصدر القرار أن يحترم هذه المبادئ.

ومثل هذا الرأي يتماشى مع الوضع القائم - سابقاً - بسلطنة عُمان في مجال الاجتهاد القضائي وما قد تضمنه من مبادئ عامة للقانون، فأساس رقابة القضاء الإداري لمشروعية القرارات الإدارية، هو خضوع الدولة للقانون، وحق المواطن في اللجوء إلى القضاء، وذلك بصريح النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) ٢٣٧.

المبحث الرابع: ضمانات نفاذ مبدأ المشروعية في النظم الوضعية

إن اعتناق الدولة لمبدأ المشروعية، وسيادة حكم القانون ينقلها من دولة استبدادية (بوليسية) إلى دولة قانونية ديمقراطية، ومن البدهي أن الدولة غير القانونية تكون للإدارة فيها سلطة واسعة غير مقيدة، مما قد يلحق الضرر بحقوق وحريات الأفراد^{٢٣٨}، وحتى توصف الدولة بالقانونية فلا بد من قيامها بإرساء مبدأ المشروعية؛ لإخضاع تصرفات السلطة التنفيذية للرقابة القضائية، ولا يتحقق إلا بتوفر المتطلبات الآتية:

المطلب الأول: مبدأ سيادة الدستور

شهد القرنان السابع والثامن عشر الميلاديان بروز العديد من منطري العقد الاجتماعي والحقوق الطبيعية، كأمثال توماس هوبز (١٦٥١)، وصموئيل فون بوفندروف (١٦٧٣)، وجون لوك (١٦٨٩)، وجان جاك روسو (١٧٦٢) الذين ينادون بالحرية، والتقدم السياسي، وقد أسهمت فكرة العقد إلى ثورة ١٦٨٨م، وكذلك ثورة ١٧٧٦م الأمريكية، وانبثق عصر جديد في القرن الذي انقضى بين ظهور كتاب

٢٣٧ - نص المادة (٥٩) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وشرف ونزاهة القضاء وعدلهم ضمان للحقوق والحريات".

٢٣٨ - الضرر نوعان، "مادي" وهو إخلال بمصلحة محققة مشروعة للمضروب في ماله، و"أدبي" يصيب المضروب في مشاعره وعواطفه.

"العملاق" (Leviathan) صاحب السيادة المطلقة لهوبز سنة ١٦٥١م وكتاب "العقد الاجتماعي" سنة ١٧٦٢م لروسو، فكان عصرًا لفلسفة المبادئ السياسية التي يعبر عنها هؤلاء المفكرون وأمثالهم، وعصرًا لثبات دعائم "القانون الطبيعي" الذي يقف خلف مذهب "العقد الاجتماعي"، الذي يرى مفكروه أنه يتكون من فكرتين مترابطتين، فكرة عقد الحكم الذي يوجد السلطة (Potestas) وهي على فكرة عقد المجتمع الذي يوجد المجتمع نفسه، وهو أكبر من السلطة، وسابق عليها، غير أن المجتمع لا يتكون على أساس من العقد، وإنما هو عبارة عن اتحاد شامل بين أعضائه يتعدى فكرة القانون، وقد وجد ونما بذاته، وتتميز الدولة عن المجتمع على أسس تعاقدية، فهي اتحاد قانوني يتكون بتصرف أعضائه، وهم الذين يضعون الدستور، وعلى أساسه يتعاقدون للاندماج في كيان سياسي، والدستور عبارة عن مواد عقد تتكون بمقتضاه الدولة، ومن ثم لا تدعو الحاجة - مع وجود الدستور - إلى تطبيق فكرة "عقد حكم" للاتفاق بين الحكام والمحكومين، فالدستور هو العقد السياسي الوحيد الذي يوحد الجميع وفي ظله، تبعاً لصفة كل فرد كما يحددها له، والحكومة مجرد جزء من الاتحاد القانوني، كما أن عموم المواطنين جزء آخر مساوٍ لها، وتحدد حقوقها وواجباتها مثلما تتحدد حقوق وواجبات المواطنين بواسطة الدستور^{٢٣٩}.

وقد ارتبطت فكرة إنشاء الدساتير بالدعوات المنادية بالديمقراطية، وسيادة الشعوب، وتطوير الفلاسفة الفرنسيين لفكرة العقد الاجتماعي، حيث أصدرت فرنسا أول دستور مكتوب سنة ١٧٩١م، بعد المصادقة على إعلان حقوق الإنسان من طرف الجمعية الوطنية سنة ١٧٨٩م؛ لتبدأ فكرة إنشاء الدساتير المكتوبة في الانتقال إلى دول أخرى، وفي البلدان العربية جاءت فكرة إنشاء الدساتير وكتابتها متأخرة عن الغرب، وارتبطت معظمها بظروف الاستعمار، أو بمرحلة ما بعد الاستقلال، باستثناء بعض التجارب، وكانت تونس من أوائل الدول العربية التي كتبت دستوراً سنة ١٨٦١، وكذلك مصر سنة ١٩٢٣م.

ولكن لا يكفي وجود الدستور ما لم تسم قواعد على جميع القواعد القانونية الأخرى؛ ليقوم كمرجعية أساسية لجميع التشريعات والقوانين في الدولة؛ وتكون له السيادة القانونية، وأولوية ضمانه مهمة لخضوع الدولة للقانون، فالدستور يقبع على قمة الهرم الخاص بالنظام القانوني للدولة، ولقواعده أولوية التطبيق عند تعارض مضمونها مع أي قاعدة أخرى في المصادر الأدنى منه درجة في سلم تدرج القواعد القانونية، وقد حدد دايسي A. V. Dicey - أستاذ القانون الدستوري في جامعة أوكسفورد في مؤلفه "مقدمة لدراسة القانون الدستوري" سنة ١٨٨٥م - ثلاثة مفاهيم لمبدأ حكم القانون، وهي: السيادة المطلقة للقانون

٢٣٩ - جون لوك، ودايفيد هيوم، وجان جاك روسو ٢٠١٩. *العقد الاجتماعي*. ترجمة: عبد الكريم أحمد. مراجعة: توفيق إسكندر. قطر: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات. ص ١٨-٢٠.

العادي، والمساواة أمام القانون، وأن الدستور المكتوب أو غير المكتوب ليس هو مصدر حقوق الأفراد فحسب؛ بل هو نتيجة هذه الحقوق^{٢٤٠}.

وتمّو الدستور يتشكل من مبدئين أساسيين، هما: مبدأ السمو الشكلي، ومبدأ السمو الموضوعي. ذلك أن الدستور هو الذي يحدد فلسفة نظام الحكم، وأساسه وقواعده، ويجب أن يتفق كل ما يبنى على هذه الفلسفة، والأسس والقواعد معها، ولا يخرج عليها، وهذا هو السمو الموضوعي للقواعد الدستورية، الذي يوسع من نطاق مبدأ المشروعية، بحيث تكون كل القواعد القانونية التي تتضمنها التشريعات العادية وتصرفات سلطات الدولة في إطار الحدود والقواعد التي وضعها الدستور^{٢٤١}.

وبالنسبة للدساتير على مستوى العالم، فتتعدد أنواعها وفقاً للمعايير المحددة لكل نوع منها، ويعتبر الدستور مدوناً إن كانت جميع قواعده مكتوبة في وثيقة رسمية، أو عبارة عن عدة وثائق صادرة من المشرع الدستوري، والدستور العرفي وهو عبارة عن عدة قواعد عرفية عُمل بها لسنوات طويلة، مثل الدستور الإنجليزي، والدستور المرن هو الذي يمكن تعديله، والدستور الجامد الذي يحتاج إلى إجراءات مشددة لتعديله، كدستور أستراليا الفدرالي. ويتنوع الدستور من حيث محتواه إلى دستور مطول، وهو الدستور الذي يقوم على مناقشة، وتنظيم الكثير من المسائل التفصيلية والمتعددة، مثل دستور الهند، ودستور مختصر، وهو الذي يقتصر على موضوعات مهمة، دون الحاجة لشرح تفاصيلها، مثل دستور الكويت. أما من حيث مدة العمل بالدستور، فهناك المؤقت الذي يضع لمواجهة الظروف الطارئة التي حصلت في الدولة لفترة زمنية معينة، ويصلح على سبيل المثال للدولة استقلت حديثاً. وهناك الدستور الدائم، ويضع للعمل به دون تحديد فترة زمنية له.

ويجد المتتبع لتاريخ سلطنة عُمان أن نهضتها جاءت متأخرة عن الدول الدستورية الأخرى، والتي انطلقت مسيرتها في النصف الثاني من عام ١٩٧٠م؛ بل تضمن أول خطاب للسلطان قابوس - طيب الله ثراه - وعداً منه بأن يجعل الحكومة عصرية، وأن يزيل الأوامر غير الضرورية التي رضح تحت وطأتها الشعب العُماني رداً من الزمن^{٢٤٢}، وفي إطار حرصه على إنجاز ما وعد به، أصدر النظام الأساسي للدولة في عام ١٩٩٦م بعد مرور ربع قرن من عمر النهضة العُمانية، باعتباره صاحب السيادة ومصدرها، تنازل فيه عن بعض سلطاته لشعبه، دون مشاركة منهم في وضع الدستور، ومن ثمَّ فإنَّ إرادة الشعب غير مستقلة

٢٤٠ - بيلي، فرانك. ٢٠٠٤. معجم بلاكويل للعلوم السياسية. دبي: مركز الخليج للأبحاث. ص ١٦٣-١٦٦.

٢٤١ - الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠٢٢. الكامل في شرح النظام الأساسي للدولة الجديد. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الدراسات العربية للنشر والتوزيع. ص ٦٩.

٢٤٢ - لم يُنخس الشعب العُماني أن يسيء السلطان استعمال سلطته، بقدر شعورهم أن هذه السلطة والتركبة الضخمة عبء على عاتقه، خاصة وأنه وعد بذلك، وكانت بوادر الوفاء تتوالى عاماً بعد عام، سعيًا منه إلى التخلص من مسؤولياته الجسام، موثق عند: الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠١٨. النظام السياسي والدستوري في سلطنة عُمان. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الجيل الواعد.

في وضع النظام الدستوري، إنما تحققت هذه الخطوة بعد أن أدرك السلطان أن المجتمع العُماني أصبح مهياً فكرياً وسياسياً ومجتمعيًا، وأن الحاجة ماسة إلى وجود نظام أساسي للدولة، يكون بمنزلة الدستور المماثل لدساتير الدول الأخرى؛ فصدر الدستور العُماني مكتوباً في وثيقة رسمية باللغة العربية صادق عليه وأصدره السلطان قابوس بالمرسوم السلطاني رقم (١٠١) لعام ١٩٩٦م^{٢٤٣}، ليكون بمنزلة التطور المهم في الجانب التشريعي، وتكوّن من (٨١) مادة موزعة على سبعة أبواب؛ تؤكد حقوق وواجبات الإنسان العُماني وتضعها في إطارها القانوني الدستوري الذي يحميها ويرسخ وجودها في الواقع، ومن ثمّ لا يمكن أن يتعارض نص التشريع العادي مع نص في النظام الأساسي للدولة؛ وإلا عُُد انتهاكاً لمبدأ تقييد سلطة الدولة الذي يعتبر من المبادئ الدستورية المهمة.

ولما كان نص المادة الأخيرة منه على أنّه: "لا يجري تعديل هذا النظام إلا بنفس الطريقة التي تمّ بها إصداره". فهناك من الباحثين من يرون أنه من الدساتير المرنة؛ لكونه لم يتطلب لإجراء تعديله اتباع أسلوب أشد من الأسلوب الذي صدر به^{٢٤٤}، ولكن العديد من الفقهاء العُمانيين يرون أن الدستور العُماني دستور جامد لا يمكن تعديله إلا عن طريق السلطان نفسه، وهو بذلك لا يتم بنفس الطريقة والإجراءات التي تعدّل بها القوانين العادية، وهذا هو الرأي الراجح لدينا وفقاً لنص المادة (٨١) من النظام الأساسي للدولة.

وعلى ذات النهج أصدر السلطان هشام -حفظه الله- النظام الأساسي للدولة في نسخته الحالية بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦) بتاريخ ١١ يناير ٢٠٢١م، والذي لم يأت في نسخة معدّلة من النظام السابق أو مكماً له، وإنما ألغاه بموجب المادة الثانية من المرسوم، بالنص التالي: "يلغى المرسوم السلطانيان رقماً (٩٦/١٠١) و (٢٠١١/٩٩)" ولم يقل يلغى ما يخالف هذا التعديل، وبذلك فهو نظام مستقل بتغيير واضح وصيغة تؤطّر لعهد طموح، ورؤية وطنية أكثر بعداً وشمولاً وانسجاماً مع تطلعات ورغبات المواطن وأمنياته. كما أنه يحمل خاصية الجمود التي تميز بها النظام الأساسي الملغى به، وذلك بحسب المادة (٩٨) والتي جاء نصها متطابقاً مع المادة المشار إليها من النظام السابق^{٢٤٥}.

كان لطريقة انتقال الحكم بسلاسة أثر في رسم دور السلطان في إدارة دفة الحكم، فاحتفظ بأغلب الصلاحيات السابقة التي تتمتع بنوع من الاستقرار تجاه سلطات الدولة الأخرى، كما أن للصفات الشخصية التي يتمتع بها السلطان الحالي والوصية التي أوصى بها له السلطان الراحل دوراً لا يمكن إغفاله

٢٤٣ - تلبية لمطالب الشعب عُذّل النظام الأساسي للدولة (٩٦/١٠١) في عام ٢٠١١م بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/٩٩).

٢٤٤ - المحرزي، عبد الله بن محمد. ٢٠١٢. "قراءة في مضمون المرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/٩٩) القاضي بتعديل بعض أحكام النظام الأساسي للدولة". مجلة الأمانة. أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة. عدد (٢٣). ص ٦٥.

٢٤٥ - المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦). النظام الأساسي للدولة. مؤرخ في ١١ يناير سنة ٢٠٢١، وزارة العدل والشؤون القانونية. سلطنة عُمان. مسقط.

في تحديد صلاحياته الدستورية التي تفوق الصلاحيات السابقة؛ وذلك لأن النظام الأساسي للدولة الحالي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦) اكتفي عند النص بهذا المعنى في المادة (٤٨) منه بعبارة (القائد الأعلى) على عمومها، وهذا يؤهله ليكون رئيساً للسلطات الثلاث للدولة "التشريعية، والتنفيذية، والقضائية"، والخيار للسلطان في أن يرأس هذه السلطات الثلاث بنفسه، أو أن يعين أحداً غيره.

وفي خطوة مهمة نحو إعادة هيكلة الجهاز الإداري للدولة^{٢٤٦}، واستكمالاً لمشوار التغيير صدر المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠ / ٧٥)^{٢٤٧}، الذي يأتي تجسيدا لعهد جديد أطلقه جلالة السلطان المعظم في خطابه السامي في ٢٣ فبراير ٢٠٢٠م، وتعزيزاً لمسيرة التنمية، وترسيخاً لمبدأ دولة المؤسسات والقانون. وهكذا فقد توفرت في الدستور العُماني بنسخه الثلاث الخصائص الشكلية الآتية: أنه نظام مكتوب صدر في وثيقة واحدة، ونظام جامد^{٢٤٨}، وصدر عن طريق المنحة^{٢٤٩}؛ إلا أن التقسيم المكتوب والعرفي تقسيم نسبي فلا يوجد بالمطلق دستور مكتوب، حيث لا بد أن توجد بجواره قواعد عرفية غير مكتوبة، وبالمقابل لا يوجد دستور عرفي، فقد توجد بجواره وثائق دستورية مكتوبة، ومثال ذلك إنجلترا التي يوصف دستورها بأنه عرفي، ومع ذلك فهو يستند إلى مجموعة من الوثائق المدونة، منها وثيقة العهد الأعظم ١٢١٥م، وملتزم الحقوق ١٦٢٨م، وقانون الحقوق ١٦٨٩م، وقانون توارث العرش ١٧٠١م، وقانون البرلمان ١٩١١م، وقانون الوصاية على العرش ١٩٣٧م، وقانون اللوردات ١٩٤٩م وقانون ١٩٥٨م الذي سمح للنساء بأن يكن عضوات في مجلس العموم^{٢٥٠}.

كما يأخذ النظام الدستوري العُماني بالنهج المختلط، وذلك بالمزج بين سمات وخصائص النظامين الرئاسي والبرلماني واضعاً بذلك خصوصية عُمانية لنظام الحكم، وبشكل مخالف للعديد من المبادئ الدستورية والديموقراطية، ومختلف عما هو مطبق في أغلب الدول باستثناء المشرع الفرنسي في دستور ١٩٥٨م والذي أخذ بالنظام المختلط، أو شبه الرئاسي، فنجاح نظام الحكم في مجتمع ما، لا يعني بالضرورة نجاحه في مجتمع آخر، إذ إن ذلك يعتمد على خصائص المجتمع، وعمقه التاريخي وعاداته وتقاليده، وأوضاعه الحضارية

٢٤٦ - لم يرد مسمى السلطة التنفيذية لا في تشكيل الجهاز الإداري الملغي ولا في تشكيله الحالي.
٢٤٧ - المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٧٥) في شأن الجهاز الإداري للدولة، صدر في ١٩/٨/٢٠٢٠م، ونشر في عدد الجريدة الرسمية رقم (١٣٥٣).

٢٤٨ - قضت المادة (٨١) من النظام الأساسي للدولة بحصر حق التعديل لجلالة السلطان فقط، كما عززت التعديلات التي جرت على النظام الأساسي للدولة في عام ٢٠١١م من صلاحيات مجلس عُمان في مجال التشريع والرقابة.

٢٤٩ - تختلف طرق وضع الدساتير المكتوبة حسب طبيعة النظام السياسي في الدولة وتقاليدها الدستورية، ومن هذه الأساليب: أسلوب المنحة، وأسلوب العقد، وأسلوب الجمعية التأسيسية، وأسلوب الاستفتاء، ويعتبر الدستور ممنوحاً إذا كان صادراً عن إرادة الحاكم دون تدخل أو طلب من أفراد الشعب.

٢٥٠ - الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠١٨. النظام السياسي والدستوري في سلطنة عُمان. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الجيل الواعد. ص ٢٢١.

والاقتصادية والاجتماعية، والقائد الناجح هو خير من يقدر نظام الحكم المناسب لإدارة شؤون بلاده؛ وإن كان بقاء السلطان على رأس السلطة التنفيذية بطريقة الجمع الوظيفي والعضوي بين منصب رئيس الدولة ومنصب رئيس الحكومة يعطل مبدأ المساواة على قدر السلطة. ولا يتصور بأي حال من الأحوال أن يُساءل السلطان أمام نفسه، ومن ثمَّ يتعطل الجانب الرقابي على السلطة التنفيذية.

والأصل في نصوص النظام الأساسي للدولة أنها تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الدولة، وبهذا الاعتبار تتبوأ مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين احترامها والعمل بموجبها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، وأحقها بالنزول على أحكامها^{٢٥١}، ولكي يكون النظام القانوني بالدولة دستورياً، فإنه يجب أن يخضع الحاكم، ومجلس عُمان، والسلطان القضائي والتنفيذية للدستور الذي حدد لكل منها وظائفها الأصلية، وعليها الالتزام بقواعده، وعدم تجاوزها، أو الحياد عنها، وإلا فقدت الشرعية^{٢٥٢}، وإن كان النظام الأساسي الجديد حدد في المواد من (٦٨-٧٥) بعضاً من اختصاصات السلطة التشريعية، فقد جاء قانون مجلس عُمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٧) مفصلاً لباقي اختصاصاته.

كان المشرع الدستوري العُماني حريصاً على تقرير مبدأ المشروعية في العديد من نصوص النظام الأساسي السابق، أهمها: المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات العامة، وسيادة القانون أساس الحكم في الدولة، واستقلالية القضاء، وكفالة حق التقاضي، وعدم جواز قيام أي جهة في الدولة بإصدار أنظمة، أو لوائح أو قرارات أو تعليمات تخالف أحكام القوانين والمراسيم النافذة أو المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي هي جزء من قانون البلاد^{٢٥٣}. وتأكَّدت بصدور النظام الأساسي الحالي تلك المبادئ التي قامت عليها سلطنة عُمان ووجهت سياستها في مختلف المجالات، ونهضت بها محلياً وإقليمياً ودولياً؛ وذلك ترسيخاً لمكانتها الدولية، ودورها في إرساء أسس العدالة، ودعائم الحق والأمن والاستقرار والسلام بين مختلف الدول والشعوب، وتعزيزاً للحقوق والواجبات والحريات العامة.

المطلب الثاني: مبدأ تدرج القواعد القانونية

تعود هذه الفكرة إلى كتابات العالم الحقوقي النمساوي كلسن (Kelsen) زعيم المدرسة المعيارية (القاعدية)، الذي طرح أفكاره في دراسة نشرتها مجلة القانون العام الفرنسية في ١٩٢٦م^{٢٥٤}. ثم

٢٥١- الاستئناف رقم (٩٥٦) لسنة (١٦) ق. س بجلسة ٢٠١٦/١١/٧م. محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٩. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام السابع عشر. ج ١-٣. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ١٣٠٢/٢٠١٩م. ص ٤١٤.

٢٥٢- التعليمات والمنشورات الإدارية التي تتعارض مع نصوص القانون لا قيمة لها، ولا تضيف جديداً إلى التشريع القائم؛ إلا بحسب تطابقها مع التشريعات التي تصدر بناءً عليها.

٢٥٣- نصوص المواد أرقام (١٧، ٥٩، ٦٠، ٨٠) من النظام الأساسي للدولة رقم (١٩٩٦/١٠١)؛ يقابلها نصوص المواد أرقام (٢١، ٧٦، ٩٧، ٧٧).

٢٥٤- Hans Kelsen. ١٩٢٦. Aperçu d'une théorie générale de l'état. R.D.P.P. ٥٦١.

وضع أسس المدرسة القاعدية *Lecole normative* وأوضح فكرة القاعدة القانونية في كتابه الموسوم بـ "النظرية الخالصة للقانون"، إذ يرى أن النظام القانوني لا يعتبر نظاماً للقواعد القانونية الموضوعية في تلك المرتبة، ولكنه ينشئ تدرجاً شكلياً لعدد معين من المراحل، أو فئات من القواعد القانونية^{٢٥٥}.

ويتميز القانون الإداري بأن قواعده آمرة إعمالاً لقاعدة التدرج الهرمي للنصوص القانونية، ومفاد ذلك أن القواعد القانونية في الدولة تتدرج في قوتها أو مرتبتها من الأعلى إلى الأدنى، فتسود القاعدة الأعلى القاعدة الأدنى، حيث تقع القواعد الدستورية على قمة هرم القواعد القانونية، تليها القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية، ذلك أن مصدر القيود التي تلتزم بها هذه السلطة هي السلطة التأسيسية التي تقوم بوضع الدستور، ثم تليها القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية "القرارات الإدارية التنظيمية"، وتأتي القرارات الإدارية الفردية في قاعدة هذا الهرم، ومن ثم فإن كل قاعدة قانونية في هذا التدرج تعتبر تنفيذاً للقاعدة الأعلى منها، ومنشئة للقاعدة الأدنى منها مرتبة.

فكل سلطة عامة تكون مدعوة عند قيامها بإنشاء قواعد قانونية أن تراعي القواعد القانونية الأعلى بحيث إنه لا يجوز للقاعدة الأدنى مرتبة تعديل، أو إلغاء القاعدة الأعلى منها مرتبة، وإلا كانت مخالفة للمشروعية، وعلى هذا الأساس فعندما تقوم الإدارة بتنفيذ القاعدة القانونية، فهي إما أن تقف بقرارها عند حدود التنفيذ الحرفي لهذه القاعدة، ويكون اختصاصها مقيداً، وإما أن تضيف بقرارها بعض العناصر الجديدة لتلك القاعدة، بما يمكن اعتباره تخصيصاً لعموميتها، ويكون اختصاص الإدارة بذلك تقديرية^{٢٥٦}. كما لا يجوز لنص في لائحة تنفيذية لقانون معين أن تحيل نصاً فيها لنصوص قانون آخر؛ لأن القانون يعتبر في مراتب التشريع، وهو أعلى من نصوص اللائحة، فإن وجد مقتضى للإحالة تعيّن أن تتم بموجب القانون نفسه إلى قانون آخر، وليس باللائحة، وفي حال تم تعديل القانون الذي صدرت في ظله، واستمرارها بعده، فإنه يتعين إهدار ما ورد بها من أحكام تتعارض مع أحكام القانون الجديد.

المطلب الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات

لقد كان الإسلام سباقاً في إرساء مبدأ الفصل بين السلطات، وإن كان أغلب فقهاء القانون يعزونه إلى الفقهاء الغربيين^{٢٥٧}، وهو يُعد أحد دعائم النظام الديمقراطي ومميزاته، لما يرسمه من حدود لاختصاص سلطات الدولة وتوزيعها على هيئات منفصلة تستقل كل منها عن الأخرى في مباشرة وظيفتها،

٢٥٥ - Hans Kelsen. ١٩٦٢. la theorie pue du Droit، traduction française de la ٢ edition de la Rechtslehre par Charles eisemann، paris، Dalloz، p.٢٩٩.

٢٥٦ - نويجي، محمد فوزي. ٢٠١٦. القضاء الإداري (مبدأ المشروعية-تنظيم مجلس الدولة). الإسكندرية. مصر: دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع. ص ٤٢.

٢٥٧ - الراشدي، مبارك بن عبد الله. ٢٠٠٢. السلطة القضائية في تونس وعمان بين الفقه والقانون؛ دراسة مقارنة. مسقط. عُمان: مطابع النهضة. ص ٤٦.

بحيث يكون في الدولة ثلاث سلطات متمثلة في السلطة التشريعية، وتختص بإصدار القواعد القانونية المجردة، والسلطة التنفيذية، وتلتزم بمهمة تنفيذ القواعد القانونية، والسلطة القضائية، وتنفرد بإنزال كلمة القانون في المنازعات التي ترفع إليها^{٢٥٨}، ويقوم هذا المبدأ كضمان فعال لكفالة الحرية الفردية، وسيادة مبدأ المشروعية؛ لأن كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث؛ ستعمل على إيقاف السلطتين الأخريين عند حددهما إذا ما عَنَّ لهما أن تتجاوزا حدود اختصاصهما^{٢٥٩}.

ولم يلور مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعود بجذوره في أعماق الفلسفة اليونانية - كما يرى بعض الفقهاء - من خلال

نظرية أفلاطون^{٢٦٠} ومن بعده أرسطو بصورة واضحة إلا حديثاً، وكان كل من الفقيه الفرنسي الشهير مونتسكيو (Montesquieu)^{٢٦١} والمفكر روسو (Rousse) من أبرز الذين أسهموا في إشعال الثورة وتعبئة النفوس، ويُعدُّ مونتسكيو صاحب "نظرية الفصل بين السلطات" في صورتها المرنة، هو أول من صاغ هذا المبدأ صياغة متكاملة في كتابه الأشهر "روح القوانين"، وأفكاره تجد أساسها عند فلاسفة السياسة في النصف الثاني من القرن السابع عشر الميلادي الذين فكروا في هندسة سلطة الدولة بحيث لا تترك مجالاً أمام جنوحها إلى الاستبداد، خاصة أفكار جون لوك (John Locke)^{٢٦٢} من قبله، وقد أكد مونتسكيو (Montesquieu) بأن الحريات لن تتحقق ما لم يتم تقييد سلطان الدولة بقوانين تعلو عليها، ولا يستطيع الحاكم مخالفتها، وشرح وجهة نظره بأن الإنسان بطبيعته ينحرف نحو السيطرة والطغيان إذا ما

٢٥٨ - ديهوم، أحمد علي. ٢٠١٦. "مبدأ الفصل بين السلطات بين التأصيل التاريخي والواقع السياسي". مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية. دار الفكر والقانون. المنصورة. مصر. ج ٢. عدد (٥٩). ص ٧٠٦.

٢٥٩ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية: دراسة مقارنة. ط ٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ١٣.

٢٦٠ - أهدر أفلاطون مبدأ الفصل بين السلطات عند قيامه برسم جمهوريته المثالية، ولكن بعدما اصطدم بالواقع من حيث صعوبة سيطرة الفلاسفة على الحكم أقر مبدأ خضوع الكافة للقانون، وهذا ما جعله ضمناً يعرف فصل السلطات.

٢٦١ - فيلسوف وكاتب ومحلل سياسي فرنسي ولد في جنيف، يعدُّ من أشهر فلاسفة عصر التنوير الأوروبي. أثرت أفكاره السياسية في الثورة الفرنسية، وفي تطوُّر الاشتراكية ونمو القومية. صدر له: دين الفطرة؛ إميل؛ خطاب في أصل التفاوت وفي أسسه بين البشر؛ محاولة في أصل اللغات.

٢٦٢ - جون لوك (١٦٣٢-١٧٠٤): فيلسوف ومفكر سياسي إنجليزي، ظهرت فلسفته المتساهلة في فترة الحرب الأهلية الإنجليزية بين البرلمان والملوك، من أشهر كتبه "رسالة عن التسامح"، ويعتبر لوك من المفكرين الأشد تأثيراً في عصره، ويرى أن في وجود السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد واحدة إغراء للضعف الإنساني الذي يميل إلى الاستحواذ على السلطة، فالمشرع عندئذٍ قد يعفي نفسه من طاعة قوانين يستنها، ويعمل على أن تكون لمصلحته الخاصة، جون لوك، ودايفيد هيوم، وجان جاك روسو. ٢٠١٩. العقد الاجتماعي. ترجمة: عبد الكريم أحمد. مراجعة: توفيق إسكندر. قطر: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات. ص ١٤.

اجتمعت له كل السلطات؛ ثم ينتهي به الأمر إلى الاستبداد^{٢٦٣}، وذلك خلافاً لما انتهى إليه توماس هوبز (Hobbes) من تبرير للسلطة المطلقة.

وبذلك فإن مبدأ الفصل بين السلطات ضرورة جوهرية من أجل ضمان الحريات، وإعلان الحقيقة الخالدة "السلطة تقيد السلطة". لذا يجب قيام هذا المبدأ حتى تقوم كل سلطة بوظيفتها كما رسمها لها الدستور دون انحراف أو استبداد أو تعدي على حقوق وحريات الأفراد، ومن أبرز الفقرات التي تضمنها كتابه "روح القانون" الذي صدر في سنة ١٧٨٩م أنه تحتفي الحرية إذا كانت سلطة إصدار الأحكام القضائية غير منفصلة عن سلطتي التشريع والتنفيذ. فإذا تم الجمع بين السلطة القضائية وسلطة التشريع، فإن السلطة على حياة الأفراد وحرياتهم تكون تحكّمية؛ لأن القاضي سيكون مشرعاً. وإذا جُمع بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، فإن سلطة القاضي ستكون استبدادية. كما لا تتحقق الحرية السياسية في ظل اجتماع السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد هيئة واحدة، حيث يمكن أن توضع قوانين طاغية وتطبق بصورة طاغية أيضاً. وهكذا فإن كل شيء يمكن أن ينتهك أو يضيع إذا جمع شخص أو هيئة بين السلطات الثلاث^{٢٦٤}.

أما المفكر روسو فقد كانت له نظرة مخالفة لأفكار هوبز في المملكة المتحدة من (١٥٨٨-١٦٧٩) بأن الحاكم ليس طرفاً في العقد، فأصدر في عام ١٧٦٢م كتابه "العقد الاجتماعي" موضحاً فيه أن العقد قد إبرام بين أفراد الشعب جميعاً، وبمقتضى هذا العقد تمازج الفرد عن حرياته الفطرية غير المحدودة للجماعة، واستبدل بهذه الحريات المطلقة حريات مدنية، وبعد ذلك أقام الشعب الحاكم وكيلاً عنهم لتولي تنظيم شؤون الجماعة والحفاظ على الحقوق والحريات الفردية، فإذا ما استبد الوكيل - الحاكم - بوكالته، حقّ للشعب عزله كما يعزل الموكل وكيله، وقد تبنت الثورة الفرنسية تلك الأفكار عام ١٧٨٩م فأصدرت وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن، ومن أجل تدعيم مبدأ المشروعية نصت المادة (١٦) من الوثيقة على أن "كل جماعة سياسية لا تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، ولا توفر الضمانات الأساسية للحقوق والحريات العامة هي جماعة بغير دستور"^{٢٦٥}.

كما تضمن القانون الفرنسي عام ١٧٩٠م تفسير مبدأ الفصل بين السلطات القضائية والإدارية، ونصت الدساتير الفرنسية المختلفة من ١٧٩١ و ١٧٩٣، و ١٨٤٨، ودستور ١٩٥٨م على هذا المبدأ،

٢٦٣- علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٥.

٢٦٤- ديهوم، أحمد علي. ٢٠١٦. "مبدأ الفصل بين السلطات بين التأصيل التاريخي والواقع السياسي". مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية. دار الفكر والقانون. المنصورة. مصر. ج ٢. عدد (٥٩). ص ٧٦٧.

٢٦٥- علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٢٥-٢٧.

وحرصت كل الدول الديمقراطية على النص عليه في دساتيرها، وبالرغم من الاتفاق على مفهومه وأهميته؛ إلا أن الفقهاء اختلفوا في تفسيره، فظهر تفسيران لمبدأ الفصل بين السلطات؛ الأول هو الفصل المطلق الجامد، ويقتصر دور كل سلطة على القيام بوظيفتها على استقلال دون تدخل من أحد، ودون وجود تعاون بينها في أداء هذه الوظائف، والثاني الفصل النسبي المرن، وينادي أنصاره بأن تختص كل سلطة بوظيفة معينة في ظل وجود قدر من التعاون القائم بين السلطات على أساس أن كل سلطة ليست سوى عضو لكيان واحد وهو الدولة^{٢٦٦}.

ونجد أن التفسير الأول أثر على واضعي دستور الولايات المتحدة ١٧٨٧م والدستور الفرنسي الصادر في ٣ سبتمبر ١٧٩١م، إذ إن هذين الدستورين أقاما فصلاً جامداً بين السلطات خاصة السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، وقد بُني هذا الرأي على أساس أن مبدأ الفصل بين السلطات يعني التخصيص الوظيفي والاستقلال العضوي؛ أما التفسير الثاني وهو المعقول المرن، فلم يتقبله واضعو الدساتير في أواخر القرن الثامن عشر؛ لأن شاغلهم الأول كان القضاء على الأنظمة الاستبدادية مسلحين بأفكار مونتسكيو (Montesquieu) إلى حد تفسيرها تفسيراً جامداً^{٢٦٧}، بينما يُطَبَّقُ النظام الإنجليزي مبدأ الفصل بين السلطات بوصفه ضماناً جوهرياً لسيادة حكم القانون، الذي يقوم على التوازن والتعاون بين سلطة البرلمان والحكومة، ويتمثل هذا التوازن في حق البرلمان بالتصويت ضد الحكومة وإسقاطها، ويقابله حق مضاد للحكومة وهو طلب حل البرلمان والرجوع إلى الشعب؛ ليكون الحكم والقيصل في المسألة المتنازع عليها، وأثر ذلك سيادة القانون، ومن مظاهر التعاون بوجود اتصال بين هاتين السلطتين، فلوزراء حق دخول البرلمان والاشتراك في جلساته ومناقشاته، وللحكومة حق تقديم مشروعات القوانين إلى البرلمان لإصدارها، كما أن لها دعوة البرلمان إلى الانعقاد وحق تأجيله، أما السلطة القضائية فهي مستقلة ومحيدة من أجل سيادة القانون، وليس لها علاقة بهاتين السلطتين على الإطلاق، وإذا خرجت السلطة التنفيذية عن حكم القانون يردّها القضاء إلى جادة المشروعية^{٢٦٨}.

وقد ضمنت أغلب الدول هذا المبدأ في دساتورها، ولكن بشكل متباين من دولة إلى أخرى ومن دستور إلى آخر، كما أن التطبيق العملي لهذا المبدأ قد يظهر اختلافات بين أساسياته الفلسفية وبين الواقع العملي، إذ قد تمر الدولة بظروف طارئة، مما قد يدفع إحدى سلطاتها للسيطرة على زمام الأمور، وسلب اختصاصات السلطات الأخرى.

٢٦٦ - ديهوم، أحمد علي. ٢٠١٦. "مبدأ الفصل بين السلطات بين التأصيل التاريخي والواقع السياسي". مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية. دار الفكر والقانون. المنصورة. مصر. ج ٢. عدد (٥٩). ص ٧٠٨-٧٠٩.

٢٦٧ - الشرقاوي، سعاد. ٢٠٠٧. النظم السياسية في العالم المعاصر. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص ١١٤-١١٥.

٢٦٨ - علي، عبد الجليل محمد. ١٩٨٤. مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة؛ دراسة مقارنة (النظام الإنجليزي، والنظام الفرنسي، والنظام السوفيتي). القاهرة. مصر: عالم الكتب. ص ٩٣.

ومن الأسس النظرية للفصل المرن بين السلطات، وهو ما تتميز به أغلب الأنظمة البرلمانية: أولاً: التوازن بين السلطة التشريعية والتنفيذية، ويحدث نتيجة منح كلا السلطتين حقوقاً مقابل الأخرى، ومن ذلك حق البرلمان في الاقتراع بعدم الثقة بالوزارة، وذلك في مقابل حق الحكومة في حل البرلمان.

ثانياً: التعاون، ويتحقق بإيجاد نوع من الاتصال بين السلطتين، فيحق للسلطة التنفيذية دعوة البرلمان للانعقاد، بجانب حق الوزراء في دخول البرلمان والاشتراك في المناقشات، فضلاً عن حق الحكومة في تقديم مشروعات القوانين، وبالمقابل منح البرلمان حق توجيه الأسئلة والاستجواب للحكومة، والحق في تشكيل لجان للتحقيق في أي تصرف من تصرفات السلطة التنفيذية، وقد ساد ذلك في النظام البرلماني القديم في إنجلترا؛ إلا أنها لم تستمر في التطبيق، واختل التوازن وصب في مصلحة البرلمان بخلاف ما نص عليه في الدساتير، بسبب علو مبادئ الديمقراطية. أما التنظيم الرئاسي القائم على أساس الفصل المطلق الجامد أو التام، فإنه لا توجد أي هيمنة لسلطة على الأخرى أو تعاون مشترك، فلا يحق للسلطة التنفيذية التدخل في أعمال السلطة التشريعية لا من حيث الدعوة للانعقاد أو فضه، ولا اقتراحها القوانين، كما لا يحق للسلطة التشريعية مساءلة الوزراء أو مناقشة سياساتهم أو سحب الثقة منهم، ولا يجوز للوزراء الجمع بين الوزارة وعضوية البرلمان، وبالنسبة لنظام حكومة الجمعية، فإن السلطة التشريعية تقوم بالهيمنة على السلطات الأخرى، فتحوز سلطة التشريع بالإضافة إلى تنفيذ القوانين، ولكن لتعذر إمكانية قيامها بتنفيذ القوانين بنفسها فإنها تعهد بها إلى السلطة التنفيذية، وتكون خاضعة لها ومنفذة لتعليماتها وتوجيهاتها^{٢٦٩}.

وحديثاً ثار جدل فقهي شديد حول دستورية القانون الفرنسي رقم ١٢٥ لسنة ١٩٩٥م، وبرز تساؤل استنكاري حول وجود شبهة "عدم الدستورية" تمثلت في أن تدخل القضاء وفرضه أوامر لجهة الإدارة هو مخالف لمبدأ الفصل بين السلطات؛ غير أن هناك اتجاهاً فقهيّاً آخر يرى أنه لا تتور شبهة عدم الدستورية في تحويل القاضي سلطة إصدار الأوامر؛ لأن تفسير مبدأ الفصل بين السلطات القضائية والإدارية على نحو ما تضمنه قانون ١٦-٢٤ أغسطس ١٩٧٩م ليس مبدأ دستورياً، ومن ثمّ يجوز للمشرّع أن يقرر مخالفته، كما أن القضاء الدستوري يقرر أنه تجب المحافظة على استقلال المحاكم والخصائص المميزة لوظائفها، والتي لا يجوز الاعتداء عليها سواء من جانب المشرّع أو من جانب الحكومة. وقد حسم هذا الخلاف بعد حكم المجلس الدستوري بالإقرار الكامل لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية، ومحاكم الاستئناف الإدارية بسلطة توجيه الأوامر إلى الجهات الإدارية بإصدار القرارات اللازمة من أجل تنفيذ الأحكام الإدارية، وهذا لا

٢٦٩ - ديهوم، أحمد علي. ٢٠١٦. "مبدأ الفصل بين السلطات بين التأصيل التاريخي والواقع السياسي". مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية. دار الفكر والقانون. المنصورة. مصر. ج ٢. عدد (٥٩). ص ٧٧٥-٧٧٨.

يتعارض البتة مع مبدأ الفصل بين السلطات، بل إنه يجد سنده في استجابة الجهة الادارية وخضوع الدولة لمبدأ المشروعية^{٢٧٠}.

كما أخذت الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداءً من دستور ١٩٢٣ م بأفكار مونتسكيو فيما ذهب إليه من "أن الحرية السياسية لا توجد إلا في ظل حكومات معتدلة"، واعتنقت مبدأ الفصل بين السلطات في صورته المرنّة، حيث تناول دستور مصر الجديد ٢٠١٢ وتعديلاته المتلاحقة في ٢٠١٤ و٢٠١٩ م في الباب الخامس "نظام الحكم واختصاصات سلطات الدولة المصرية الثلاث"، وجاء في صدر الدستور المصري المعدل ٢٠١٩ م ما يؤكد اعتناق المشرّع الدستوري المصري مبدأ الفصل بين السلطات، وذلك بالنص في المادة (٥) على أن: "يقوم النظام السياسي على أساس التعددية السياسية والحزبية، والتداول السلمي للسلطة، والفصل بين السلطات والتوازن بينها، وتلازم المسؤولية مع السلطة، واحترام حقوق الإنسان وحياته، على الوجه المبين في الدستور"^{٢٧١}، ويظهر الاعتدال والتعاون بين سلطات الدولة واضحاً في الدستور المصري الحالي مع تنظيم الأعمال والسلطات عن طريق رقابة كل سلطة على الأخرى، في العديد من المظاهر ومنها منح أعضاء الوزارة الحق في حضور جلسات السلطة التشريعية، ومنح البرلمان الحق في طلب المعلومات من السلطة التنفيذية كوسيلة لتقصّي الحقائق باستخدام الوسائل التي تمكن السلطة التشريعية من مراقبة الأعمال والتصرفات الصادر عن الحكومة، ومن أهمها توجيه الأسئلة وحق الاستجواب وطلب الإحاطة، مما يؤكد أن المشرّع الدستوري المصري يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات النسبي. وكفل الدستور المصري استقلال السلطة القضائية بنص المادة (١٨٤)، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، وجعل هذا الاستقلال عاصماً من التدخل في أعمالها أو التأثير على مجرياتها باعتبار أن شؤون العدالة هو مما تستقل به السلطة القضائية، وعدّ التدخل جريمة لا تسقط بالتقادم^{٢٧٢}. كما كفل الدستور استقلال مجلس الدولة وأعتبره جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية^{٢٧٣}. وكفل أيضاً استقلال المحكمة الدستورية العليا، وقضايا الدولة، والنيابة الإدارية؛ لتكون كلها هيئات مستقلة.

٢٧٠ - زكريا، عليا، ٢٠١٩. أثر طعن الغير على القرار الإداري القابل للانفصال؛ دراسة مقارنة. القاهرة. مصر؛ دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. ص ٥٩.

٢٧١ - دستور جمهورية مصر العربية وفقاً للتعديلات الدستورية التي أدخلت عليه في ٢٣ أبريل ٢٠١٩. قرار الهيئة الوطنية للانتخابات رقم ٣٨ لسنة ٢٠١٩ بإعلان موافقة الشعب على التعديلات الدستورية في الاستفتاء؛ متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://manshurat.org/node/١٤٦٧٥>.

٢٧٢ - تنص المادة (١٨٤) من الدستور المصري المعدل ٢٠١٩ بأن: "السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شؤون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم.

٢٧٣ - تنص المادة ١٩٠ (معدلة) من الدستور المصري المعدل ٢٠١٩ بأن مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى الإفتاء في المسائل

وبيّنت محكمة النقض في مصر معنى مبدأ الفصل بين السلطات، فقد أوردت في الحثية الرابعة من حكم الطعن: "أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مبدأ الفصل بين السلطات ليس معناه إقامة سياج مادي يفصل فصلاً تاماً بين سلطات الحكم، ويجول دون مباشرة كل منها لوظيفتها بحجة المساس بالأخرى، وأن مبدأ توزيع وظائف الحكم الرئيسية التشريعية والتنفيذية والقضائية على هيئات منفصلة ومتساوية تستقل كل منها عن الأخرى في مباشرة وظيفتها حتى لا تتركز السلطة في يد واحدة فتسيء استعمالها، مؤداه أن يكون بين السلطات الثلاثة تعاون، وأن يكون لكل منها رقابة على الأخرى في نطاق اختصاصها بحيث يكون نظام الحكم قائماً على أساس أن السلطة تُحدُّ السلطة، فتعمل كل سلطة في نطاق وظيفتها على وقف السلطة الأخرى عن تجاوز حدود سلطتها القانونية، فيؤدي ذلك إلى احترام القوانين وحسن تطبيقها وهو ما يتفق وحكمة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات التي تحقق التوازن والتعاون فيما بينها وتوفر الحيدة لكل منها في مجال اختصاصها"^{٢٧٤}.

وقد كان الوضع في سلطنة عُمان سارياً على ما جرى عليه العرف الإسلامي من الفصل بين السلطات؛ لأن معظم ما يقضي به القاضي نابع من الشريعة إما نصاً أو معنى، فيما عدا بعض المواد من القانون^{٢٧٥}، إلى أن استفاد المشرع الدستوري العماني من تجربة المشرع المصري، فأرسى مبدأ الفصل بين السلطات واستقلاليته التي لا تلغي الرقابة، ولا تعفي من المساءلة، وأوضح الآلية التي تتشكل بها السلطة ودرجاتها المختلفة وفقاً لأحكام الدستور ومبادئه، على أن تتحصل صلاحياتها الدستورية دون زيادة أو نقصان، فإذا خالفت ذلك صارت منافية لقواعده وخرجت عن نطاقه.

فقد بنى الدستور العماني الأول لعام ١٩٩٦م، العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية على الفصل القائم على المرونة والتوازن والتعاون والرقابة المتبادلة - إلى حدٍ ما - ولم ينص على الفصل الكلي بين السلطات، فالسلطان رئيس مجلس الوزراء "السلطة التنفيذية"، وهو الذي يمارس سلطة التشريع في ذات الوقت، مع أن المادة (٤٨) منه تنص على أنه: "إذا عين السلطان رئيساً لمجلس الوزراء حددت اختصاصاته وصلاحياته بمقتضى مرسوم تعيينه"؛ إلا أن هذا المنصب لا زال يشغله السلطان، ويعتبر بعض الباحثين أن الفصل بين السلطات قد تحقق في النظام العماني، إذ لا يشترط أن ينص وبشكل صريح على هذا المبدأ، فعلى سبيل المثال الدستور الأردني لعام ١٩٥٢م لم ينص على ذلك، ولم يقل أحد إن نظام

القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصلة التشريعية، التي تحال إليه ومراجعة مشروعات العقود التي يحددها ويحدد قيمتها القانون، وتكون الدولة أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

٢٧٤ - حكم الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ القضائية جلسة ٢٠ من مارس سنة ١٩٨٨م. بوابة مصر للقانون والقضاء الجريدة الرسمية والوقائع المصرية. متوفر على الموقع الإلكتروني: <http://www.laweg.net>.

٢٧٥ - الراشدي، مبارك بن عبد الله. ٢٠٠٢. السلطة القضائية في تونس وعمان بين الفقه والقانون؛ دراسة مقارنة. مسقط. عُمان: مطابع النهضة. ص ٤٧.

الحكم في الأردن لا يعرف هذا المبدأ^{٢٧٦}، كما أنه واستناداً إلى نص المادة (٤٨) من النظام الأساسي للدولة الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٢٠٢١/٦م، يعتبر السلطان رأس الدولة والممثل الأسمى لها والقائد الأعلى - على عمومها - وهذا يؤهله ليكون رئيساً للسلطات الثلاث للدولة "التشريعية، والتنفيذية، والقضائية"، وله الخيار في أن يرأس هذه السلطات الثلاث بنفسه، أو أن يعين أحداً غيره. بذلك يجمع جلالة السلطان بين رئاسة الدولة إلى جانب رئاسة الحكومة فيشغل منصب رئيس مجلس الوزراء^{٢٧٧}، ورئيس مجلس عُمان^{٢٧٨}. كما كان ولا يزال يتبوأ منصب رئيس المجلس الأعلى للقضاء وفقاً للمرسوم السلطاني رقم (٩) لعام ٢٠١٢م^{٢٧٩}، فهو على قمة هرم السلطات الثلاث في الدولة.

وإن كان الدستور العُماني قد منح مجلس عُمان مجموعة من أدوات المتابعة والرقابة التي يقوم بها مجلس الشورى، ومن أهمها (طلبات المناقشة، ومناقشة البيان الوزاري، والاستجواب) بإطار قانوني ملزم لكافة المسؤولين والمؤسسات، إلا أن الواقع في سلطنة عُمان أثبت علو كفة السلطة التنفيذية على حساب "مجلس عُمان" بوصفه سلطة تشريعية، إذ تؤكد النصوص الدستورية المنظمة لاختصاصات السلطان في النظام الأساسي للدولة، أنه شريك أساس في المجلس، وإن لم يرد نص صريح على ذلك، ولكن يمكن فهم هذه الشراكة من خلال قراءة النصوص المنظمة للوظيفة التشريعية في كثير من الجوانب، وهو ما يجعل للسلطة التنفيذية قوة التأثير على البرلمان في ممارسة وظيفته التشريعية^{٢٨٠}.

وقد صدرت مراسيم سلطانية دون تصويت من أعضاء البرلمان على إقرارها، ومنها المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٤) بإصدار قانون الأمن الداخلي، والرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٥) بإجراء بعض

٢٧٦ - الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠١٨. النظام السياسي والدستوري في سلطنة عُمان. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الجيل الواعد. ص ٢٢١.

٢٧٧ - نصت كل من المادة (٤٢) من النظام الأساسي للدولة بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٩٦/١٠١) والمادة (٤٩) من النظام الأساسي للدولة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦) أن من بين مهام السلطان: "رئاسة مجلس الوزراء أو تعيين من يتولى رئاسته..".

٢٧٨ - تشير المواد أرقام (٣٨، ٤٠، ٤٢) من قانون مجلس عُمان رقم (٢٠٢١/٧) على أن انعقاد المجلس يكون بدعوة من السلطان، وفي ذلك إشارة صريحة على رئاسة السلطان مجلس عُمان (السلطة التشريعية).

٢٧٩ - نص المادة الأولى من المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٢/٩) الصادر بتاريخ ٢٩/٢/٢٠١٢م، على أنه "يشكل المجلس الأعلى للقضاء برئاسة جلالة السلطان..".

٢٨٠ - لا زال السلطان يجمع بين رئاسة الدولة والحكومة، وإن كانت ملامح السلطة التنفيذية بدأت تتضح فيها مبكراً مع بدايات النهضة الحديثة عام ١٩٧٠م وفقاً لعمل مؤسسي واضح المعالم لتحقيق أهداف التنمية التي رسمها السلطان قابوس - رحمه الله - بدءاً من البنية الأساسية والبناء المؤسسي، واستكمال البنية التشريعية والقانونية، وذلك في سبيل تحقيق مبدأ المشروعية، وسيادة الدولة والقانون، التي أصَّلها الدستور العُماني الأول عام ١٩٩٦م، ومهد الطريق لإنشاء جهة تعنى بالفصل في المنازعات الإدارية، وتمتع بالاستقلال والحياد، بعيدة عن تأثيرات السلطة التنفيذية، حيث جاءت المادة (٦٧) منه بوضع حجر الأساس لقضاء إداري يكفل حماية الحقوق والحريات العامة، ويسهم في تعميقها وارساء المبادئ القضائية في هذا الشأن. ثم أكَّد النظام الأساسي للدولة القائم رقم (٢٠٢١/٦) التأصيل السابق في مادته رقم (٧٩) وبذات النص الوارد في المادة السابقة.

التعديلات على قانون الدفاع المدني الصادرين في ٢٠٢٠/٣/١م، والمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٠/٣٢) بتعديل بعض أحكام قانون مكافحة الأمراض المعدية الصادر في ٢٠٢٠/٣/٢٣م. كما ورد في المادة رقم (٥٨) مكرر (٣٩) استثناء أعطي الحق للسلطة التنفيذية بإصدار مراسيم سلطانية لها قوة القانون فيما بين دور انعقاد المجلس، والمقصود بها فترة "الإجازة البرلمانية"، ويعزز النظام الأساسي رقم (٢٠٢١/٦) من قوة السلطة التنفيذية، فيجعل للسلطان إصدار مراسيم لها قوة القانون في أحول بينها المادة (٧٣) منه^{٢٨١}. وفي هذه الأحوال لا يتبقى للبرلمان سوى اقتراح طلب تعديل القانون فقط بعد نفاذه، وليس التصويت على إقراره من عدمه، وعليه فالقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية أثناء الإجازة البرلمانية تخرج من رقابة السلطة التشريعية^{٢٨٢}.

كما خلا قانون مجلس عُمان رقم (٢٠٢١/٧) من أداة لجنة تقصي الحقائق، وحذفت منه الرقابة، وجاءت المتابعة بديلاً عنها، وقُيّدت أهم أدواته بالتوافق مع مجلس الوزراء. مما أتاح لبعض الوحدات الحكومية مخالفة التشريعات، وإصدار قوانين في ظل النظام الأساسي الحالي دون أن تأخذ دورتها التشريعية، ومثاله: قانون الأراضي الجديد للإسكان والتخطيط العمراني الصادر بالمرسوم رقم (٢٠٢١/٤٢)م بتاريخ ٢٠٢١/٥/٦م.

ومن مظاهر النظام البرلماني التي يأخذ بها المشرع العُماني، ثنائية السلطة التنفيذية التي نصت عليها بعض مواد النظام الأساسي^{٢٨٣}، إذ يوجد مجلس وزراء يسهم في وضع وتنفيذ السياسة العامة للدولة ويتحمل المسؤولية السياسية، ويقترح القوانين، فالنظام الأساسي للدولة "الدستور العُماني" سار على نهج الدستور المصري^{٢٨٤}، فأعطى صلاحيات واسعة للسلطان، ومنحه الحق في التصديق على القوانين وإصدارها، فهو رئيس مجلس الوزراء، وله الحق في تعيين من يتولى رئاسته وتحديد اختصاصاته وصلاحياته؛ كما يأخذ النظام الأساسي للدولة بمظاهر النظام الرئاسي، ففضلاً عن الاختصاصات الدستورية الواسعة والمؤثرة التي يمارسها جلالة السلطان، فإن أعضاء مجلس الوزراء مسؤولون مسؤوليةً تضامنية أمام السلطان عن تنفيذ السياسة

٢٨١ - انظر المادة (٥٨) مكرر (٣٩) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١)، والمادة (٧٣) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦)، والمادة (٥١) قانون مجلس عُمان رقم (٢٠٢١/٧) التي تؤكد بأن " للسلطان إصدار مراسيم سلطانية لها قوة القانون فيما بين أدوار انعقاد مجلس عُمان، وخلال فترة حل مجلس الشورى، وتوقف جلسات مجلس الدولة".

٢٨٢ - الحجري، حميد بن ناصر. ٢٠١٩. "الدور التشريعي لمجلس الشورى". مجلة العين الساهرة. شرطة عُمان السلطانية. عدد ١٥٦. ص ٧٠.

٢٨٣ - المواد من (٥٩-٥٠) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦).

٢٨٤ - أعطى الدستور المصري لسنة ١٩٧١ رئيس الجمهورية الحق في تعيين رئيس الوزراء، وإعفاءه من منصبه، وتعيين أعضاء الحكومة من نواب رئيس الوزراء والوزراء ونوابهم وإعفاءهم. وكذلك منح الدستور المصري رئيس الجمهورية حق اقتراح القوانين. وكذلك الاعتراض عليها.

العامة للدولة، وكل منهم مسؤول مسؤولية فردية أمامه عن أداء الواجب وممارسة الصلاحيات في الوزارة، أو الوحدة التي يرأسها^{٢٨٥}.

فلم يأخذ المشرع العُماني بما يقرره النظام البرلماني فيما يتعلق باختيار الوزراء من بين أعضاء البرلمان الذي تدفع بهم الأحزاب السياسية في الدول متعددة الأحزاب. وبالنسبة لاستقلال القضاء^{٢٨٦}، فقد حرص النظام الأساسي للدولة السابق رقم (٩٦/١٠١) على تأكيد مبدأ مقتضاه أن مباشرة القضاء تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وحظر المشرع العُماني التدخل في شؤون القضاء، حيث جاءت مادته رقم (٦٩) مبينة ومحددة لاختصاصات الجهة التي تتولى إبداء الرأي القانوني للوزارات والجهات الحكومية، وهي وزارة الشؤون القانونية، ومن ثمَّ فإنَّ ما تأخذ به لا يُعد ملزماً للسلطة القضائية، و" السلطة القضائية" في سلطنة عُمان، وهي السلطة الوحيدة التي نعتها النظام الأساسي للدولة بالسلطة على خلاف باقي السلطات، مما استتبع وصفها بذلك أن تكون مستقلة، وتصدر أحكامها وفق القانون دون صرفها عن مهامها أو تعطيلها أو التأثير عليها^{٢٨٧}، فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تقوم بسن تشريعات تهدف من ورائها إخراج منازعات معينة بذاتها من ولاية القضاء، أو مصادرة حق التقاضي الدستوري، ولا يجوز لأي جهة أخرى التدخل في القضاء أو شؤون العدالة، وأن مثل هذا التدخل يعد جريمة يعاقب عليها القانون^{٢٨٨}، ويتولى السلطان بعض الاختصاصات في مجال الوظيفة القضائية وفق ما أكَّد عليه النظام الأساسي والقوانين العادية الأخرى.

كما عمل المشرع العُماني على وبالفصل المن بين السلطتين التنفيذية والقضائية بالقدر الذي يجعل كل سلطة تقف عند حدها بواسطة غيرها؛ منعاً للاستبداد، فعلى سبيل المثال: لا يجوز للسلطة القضائية أن تتعرض لأمر بدون أن يرفع إليها دعوى لها به طلب، ولا تحكم إلا بحسب الأصل والأوضاع التي ينص عليها القانون. كما لا يجوز للسلطة الإدارية أن تمتنع عن تنفيذ الأحكام القضائية، إذ لا قيمة لأحكام القضاء دون تنفيذ، وكل من له مصلحة المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء عدم التنفيذ؛

٢٨٥ - المادة (٥٩) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) أن: "أعضاء مجلس الوزراء مسؤولون سياسياً مسؤولية تضامنية أمام السلطان عن تنفيذ السياسة العامة للدولة. وكل منهم مسؤول مسؤولية فردية أمام السلطان عن طريقة أداء واجباته وممارسة صلاحياته في وزارته أو الوحدة التي يرأسها".

٢٨٦ - نص المبدأ الثالث من المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية لعام ١٩٨٥م الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة على أن: "تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائي، كما تنفرد بسلطة البت فيما إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل في نطاق اختصاصها حسب التعريف الوارد في القانون".

٢٨٧ - نص المادة (٦٠) من النظام الأساسي للدولة بالمرسوم السلطاني رقم (١٠١/١٩٩٦)؛ ونص المادة (٧٧) من النظام الأساسي للدولة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦).

٢٨٨ - وزارة الشؤون القانونية. ٢٠١٨. المبادئ القانونية في فتاوى الشؤون القانونية. الكتاب الثالث والعشرون. مسقط. سلطنة عُمان: مطابع النهضة. ص ٧٢.

لأن مبدأ المشروعية يقتضي وجود رقابة قضائية على أعمال السلطة التنفيذية لفرض خضوعها لجميع أحكام القضاء واحترامها وتنفيذها بأسرع وقت.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي قد يباشر بعض أعمال الولاية، كثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف كجنون أو صغر، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو تفليس، والنظر في الأوقاف بحفظ أصولها ورعايتها؛ إلا أن بعض هذه الأعمال دخلت في هذا العصر في الأعمال الإدارية، كالنظر في الأوقاف ورعايتها واستثمارها، والقيام بصرف المضار عنها وحماية المرافق العامة.

وهكذا يتحقق مبدأ الفصل بين السلطات في سلطنة عمان باستقلال كل سلطة عن الأخرى وتعمل وفقاً للضوابط التي تحكمها، مع وجود تناغم وتعاون بين السلطات الثلاث، بحيث تكون القوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية وأحكام السلطة القضائية في حدود إمكانيات السلطة التنفيذية، حتى تتمكن من تنفيذها على أرض الواقع، وفي المقابل لا تتدخل السلطة التنفيذية في شئون السلطتين التشريعية والسلطة القضائية، وهو متحقق بشكل كامل.

المطلب الرابع: رقابة قضائية فعّالة

إن الإدارة القانونية هي التي تراقب أعمالها ذاتياً؛ لتضمن احترام القواعد القانونية، ومن ثم تستبعد رقابة القضاء، وتتجنب الإلغاء القضائي، ومثل هذه الإدارة تمارس رقابتها على أعمالها إما من تلقاء نفسها، أو بناءً على تظلم أصحاب الشأن، ولكن التظلم لا يعدو أن يكون مجرد محرك للرقابة الإدارية التي توجد أصلاً وبحكم القانون، فواقعة أن هذه الرقابة تمارس أحياناً بناءً على تظلم لا تغير من طبيعتها القانونية أو من شروط ممارستها^{٢٨٩}.

والرقابة الإدارية أو الذاتية هي التي تسبق الرقابة القضائية، ومثالها ما يمارسه الرئيس على الرؤوس من رقابة على أعماله، ومن مظاهرها إصدار المنشورات والتعليمات والآراء للمرؤوسين، وارشادهم إلى كيفية تنفيذ القوانين والأنظمة، أو الرقابة التي تمارسها السلطة المركزية على الهيئات والمؤسسات العامة وهو ما يسمى بـ"الوصاية الإدارية" التي تباشرها السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية، وقد خصص النظام الأساسي للدولة رقم ٢٠٢١/٦ فصلاً للمتابعة والرقابة على الأداء الحكومي، يتضمن كيانين واضحين هما: لجنة تتبع السلطان تختص بمتابعة مسؤولي الوحدات الحكومية من وزراء ووكلاء ومن في حكمهم، وجهاز

٢٨٩- شنتاوي، علي خطار. ٢٠٢١. موسوعة القضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم) - الكتاب الأول. الرياض. السعودية: مكتبة الرشد. ص ١١٢.

الرقابة المالية والإدارية للدولة الذي يتبع السلطان كذلك، ويختص بالمتابعة المالية والإدارية لوحدات الجهاز الإداري للدولة، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة، وذلك على النحو الذي يبينه القانون^{٢٩٠}.

وبالرغم من أهمية الرقابة الإدارية في ضبط العمل الإداري؛ إلا أنها لا توفي بالغرض المرجو منها لضمان مبدأ المشروعية، فقد يرفض مصدر القرار الاعتراف بالخطأ، وقد يجاريه رئيسه، وقد تكون للإدارة مصلحة في التحرر من قيود المشروعية، وحتى لا يكون الحكم خصماً في النزاع؛ عُهد في معظم الدول إلى القضاء رقابة الإدارة في كيفية ممارسة نشاطها^{٢٩١}، بوصفها وسيلة فعّالة لحماية مبدأ المشروعية.

لذا فالسلطة القضائية هي الحامية الحقيقية لحقوق وحرّيات الأفراد، وإحدى مقومات الدولة القانونية من خلال تفعيل مبدأ المشروعية لضبط العلاقات المختلفة للدولة مع الأفراد، وذلك لما يتمتع به القضاء من سلطة الحكم على قانونية تصرفات السلطات الثلاث بالدولة في مواجهة الأفراد، وتمارس الرقابة على السلطة التنفيذية من خلال مراقبة أعمال الإدارة وعلى السلطة التشريعية من خلال تطبيق مبدأ مشروعية القوانين بما يتوافق مع الدستور، أما الرقابة على السلطة القضائية، فتكون بمراجعة أحكام القضاء من خلال الطعن بالأحكام الصادرة، فضلاً عن الرقابة الداخلية في سلطنة عمان المتمثلة في الإدارة العامة للتفتيش القضائي، وتتبع نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء، للقيام بمهمة الرقابة على أعمال القضاء، وأعضاء الادعاء العام^{٢٩٢}.

والرقابة القضائية لا تغني التحدي لسلطات الدولة العامة ولا إلغاء العمل الصادر عنها؛ إلا إذا كان هذا العمل مخالفاً للقانون، وفي ذلك حماية لها وليس تحدياً^{٢٩٣}، واستقر الفقه القانوني على أن مبدأ المشروعية يظل عديم القيمة والفائدة ما لم توجد جهة قضائية تتمتع بالحيدة والنزاهة، ويكون باستطاعتها توقيع جزاء فعّال يكفل امتثال السلطات العامة لضمونه وفي حدوده، وقد استقرت النظم القانونية المختلفة على أن الضمان الحقيقي للفعّال لهذا المبدأ هو قيام مبدأ آخر مكمل له مؤداه التسليم لسلطة خاصة مستقلة عن السلطة السياسية للتحقق من احترام سلطات الدولة لمبدأ المشروعية، من خلال دعوى الإلغاء التي تمكن القاضي من المحافظة على سلامة الأعمال الإدارية، وملاءمتها لقوانين الدولة وحماية حقوق

٢٩٠ - انظر المادة رقم (٥٦)، والمادة رقم (٦٦) من النظام الأساسي للدولة الحالي رقم (٢٠٢١/٦).

٢٩١ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص ١٦.

٢٩٢ - تنص المادة رقم (٤) من الملحق رقم (١) في شأن المجلس الأعلى للقضاء من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٣٥)، بأن: "تنشأ في المجلس الأعلى للقضاء إدارة عامة تسمى "الإدارة العامة للتفتيش القضائي"، تتبع نائب رئيس المجلس، تشكل برئاسة قاض متفرع، وعضوية عدد كاف من القضاة، وأعضاء الادعاء العام من ذوي الخبرة والكفاءة، يتم ندبهم جميعاً بقرار من نائب رئيس المجلس الأعلى للقضاء بعد موافقة المجلس. وتحل الإدارة المشار إليها محل كل من: الإدارة العامة للتفتيش القضائي، وإدارة التفتيش، في اختصاصاتهما المنصوص عليها في قانون السلطة القضائية، وقانون الادعاء العام".

٢٩٣ - الشراوي، سعاد. ٢٠٠٧. النظم السياسية في العالم المعاصر. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ص ٣٤٣.

وحريات الأفراد فيها من تعسف السلطة، ومن ثمَّ فإنَّ العلاقة بين مفهوم دولة القانون ودعوى الإلغاء تكاملية.

وتكاد سلطة القاضي^{٢٩٤} السلطة الوحيدة التي لا تحدّها - قانوناً - سلطة أخرى، ولل قضاء الكلمة العليا، والقول الفصل في حدود نشاطه، وله الحق في رد كلاً من السلطتين التشريعية والتنفيذية إلى حدود القانون إن همت أيُّ منهما بتخطي حدودها الدستورية، والخروج عليه، ومن الفروق المميزة لعمل القضاة عن عمل التشريع هو حق السلطة القضائية في مراقبة دستورية القوانين؛ لأن كفالة الحريات العامة، وحماية الحقوق هي أهم ما ترمي إليه الدساتير الوضعية^{٢٩٥}.

ويتميز القضاء الإداري بسلطة تجاه النصوص التشريعية المخالفة للمبادئ العامة للقانون، إذ يقوم بتأويل النصوص التشريعية لتتواءم مع المبدأ العام، أو يرفع الأمر إلى المحكمة الدستورية - في الدول التي لديها نظام للرقابة القضائية على دستورية القوانين - للنظر في دستورية النص التشريعي المخالف لمبادئ عامة ابتدعها القضاء وسار على تطبيقها رداً طويلاً من الزمان؛ لأن مصدر هذه المبادئ القضاء الإداري مما جعل له السلطة الواقعية الحقيقية على الجهة الإدارية عند رقابته لقراراتها، فهو في النهاية صاحب القول الفصل في حدود ومدى هذه الرقابة^{٢٩٦}.

لا ريب أن الرقابة القضائية واحدة من أكثر التطورات أهمية في مجال القانون العام، وبالرغم من أن فكرتها تطورت مبكراً منذ عام ١٨٠٣م في القضية الأمريكية الشهيرة *Marbury v. Madison*، غير أن هذا المفهوم لم يجد تطبيقاً له على نطاق واسع إلا في القرن العشرين، لاسيما بعد الحرب العالمية الثانية عندما برزت الديمقراطية بوصفها مبدأً سياسياً حاكماً في أغلب دول العالم، واكتسبت مضموناً أكثر ثراءً مع تنامي الاتجاه نحو الأخذ بنموذج دولة الرفاه الحديثة *Welfare state* بالتضافر مع التطورات التقنية والاقتصادية المعاصرة^{٢٩٧}.

وتشير الدراسات إلى أن أول تنظيم قضائي في سلطنة عُمان كان في عام ١٩٢٠م، عندما أنشئت محكمتان إحداها تجارية والأخرى مدنية في كل من مسقط ومطرح، واستمرت الإنجازات القضائية في عهد

٢٩٤ - تنص المادة (٧٨) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦) أنه "لا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون، وهم غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون، ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا، أو في شؤون العدالة، ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون، ويبين القانون جميع الأحكام الخاصة بالقضاة".

٢٩٥ - الراشدي، مبارك بن عبد الله. ٢٠٠٢. *السلطة القضائية في تونس وعُمان بين الفقه والقانون؛ دراسة مقارنة*. مسقط. عُمان: مطابع النهضة. ص ٣٤.

٢٩٦ - أبو العينين، محمد ماهر. ٢٠١٣. *ضوابط مشروعية القرارات الإدارية وفقاً للمنهج القضائي؛ دراسة تحليلية وفقهية لأحكام وفناوى مجلس الدولة* (الكتاب الأول). القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١٦.

٢٩٧ - الشناوي، وليد محمد. ٢٠١٦. "التطورات الحديثة للرقابة القضائية على التناسب في القانون الإداري؛ دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة". *مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية*. دار الفكر والقانون. المنصورة. مصر. م. ٢٠٢٠. عدد (٥٩). ص ٣٣٩.

النهضة العُمانية الحديثة، وتحققت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة بعد صدور قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١)^{٢٩٨}؛ لتكون هيئة قضائية مستقلة عن القضاء العادي تتبع وزير ديوان البلاط السلطاني، وتتولى الفصل في المنازعات الإدارية، وكان أول قانون مختص بالقضاء الإداري في سلطنة عُمان، فتحقق الأخذ بنظام القضاء المزدوج الذي يكون فيه للقانون الإداري الاستقلال التام عن القوانين الأخرى المعمول بها في الدولة، بالاعتماد على قواعد أصلية، وترتب على ذلك عدم إلزام القاضي الإداري بالرجوع إلى نصوص القانون الخاص إذا لم توجد قواعد إدارية مُسلَّم بها؛ بل تحقق له مطلق الحرّية في استخلاص القاعدة القانونية التي يُطبّقها على مستلزمات الحياة الإدارية، وحسن سير المرفق العام.

أما القضاء العادي فقد نال نوعاً من الاستقلال بصدور المرسوم السلطاني رقم (٢٠٠١/١٤) المعدّل لقانون السلطة القضائية في سلطنة عُمان، وإن كان مهيمناً عليه من قبل السلطة التنفيذية، فوزير العدل كان مختصاً بالإشراف، وإصدار لائحة للتفتيش القضائي، ويُعزى ذلك الاختصاص لتبعية المحاكم، ووجودها ضمن الهيكل التنظيمي لوزارة العدل سابقاً.

كما تحقق الاستقلال الآخر عندما صدر المرسوم السلطاني رقم (٢٠١١/٢٥) باستقلال الادعاء العام عن جهاز شرطة عُمان السلطانية، وأصبح جزءاً من السلطة القضائية، يتولى الدعوى العمومية باسم المجتمع، ويشرف على شؤون الضبط القضائي، ويسهر على تطبيق القوانين الجزائية، وملاحقة المذنبين، وتنفيذ الأحكام، وذلك على النحو الذي يبينه القانون^{٢٩٩}.

واستقل القضاء العادي بشكل تام بصدور المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٢/١٠) بشأن تنظيم شؤون القضاء، حيث نُقلت تبعية المحاكم من وزارة العدل إلى مجلس الشؤون الإدارية المنصوص عليه في قانون السلطة القضائية، على أن يكون لرئيس المجلس الاختصاصات والصلاحيات المعقودة لوزير العدل. أما محكمة القضاء الإداري، فاستقلت عن التبعية الإدارية لوزير ديوان البلاط السلطاني بموجب نص المادة التاسعة منه، والذي ألغى المادة رقم (٦) من المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٠)، والمادة رقم (٢) من المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١)، وبذلك نالت السلطة القضائية استقلالها كاملاً عن السلطة التنفيذية، فلم يعد للسلطة التنفيذية أي تدخل في شؤون القضاء سواء العادي أو الإداري أو العسكري، فالسلطة القضائية مستقلة استقلالاً مالياً وإدارياً، والقضاة هم من يديرون شؤون مرافقهم المختلفة^{٣٠٠}. مما جعل القضاء

٢٩٨ - تكوّن القانون من مائة وتسع مواد موزعة على أربعة أبواب، وبعد عشر سنوات من العمل به استبدلت اثنتان وعشرون مادة منه، وإضافة مادة جديدة عليه، منها ثماني عشرة مادة في الباب الأول حول التشكيل والاختصاصات والإجراءات.

٢٩٩ - انظر المادة (٨٦) من النظام الأساسي للدولة رقم (٢٠٢١/٦).

٣٠٠ - الشكيلي، سالم بن سليمان. ٢٠١٨. النظام السياسي والدستوري في سلطنة عُمان. مسقط. سلطنة عُمان: مكتبة الجيل الواعد. ص٤٧٧.

العُماني بعدها يتسم بالوحدة والاستقلالية، فلا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون، ولا يجوز لأية جهة التدخل في القضايا، أو في شؤون العدالة.

وقد حقق نظام القضاء المزدوج منذ البداية - من عام ١٩٩٩ وحتى النصف الأول من ٢٠٢٢ - اهتماماً كبيراً بحقوق وحريات المواطنين التي أكرّدها النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١)، وقانون السلطة القضائية رقم (٩٩/٩٠)، والذي على إثره أنشئت محكمة القضاء الإداري؛ لتختص بالنظر في المنازعات الإدارية، فتم الاستقلال الكامل للقضاء الإداري، فلا هيمنة لأي جهة أخرى عليه، حيث توجد هيئة فنية للتفتيش القضائي بذات المحكمة^{٣٠١}.

بعد ذلك عُدّلت بعض أحكام قانون المحكمة بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣)، وُمنحت مزيداً من الاختصاصات، وكان ذلك دليل حرص المشرّع العُماني على بسط الرقابة القضائية، وسيادة القانون في الدولة، وتقريب جهات التقاضي من المتقاضين. فأرست المحكمة في هذا الصدد الكثير من المبادئ القانونية، ومن أهمها أنّ المحكمة تتولى رقابة المشروعية عن طريق وقف التنفيذ والقضاء بعدم صحة القرارات الإدارية التي بها عيب مخالف للقانون، أو إساءة استعمال السلطة، وتكون الإدارة ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء الإداري الصادرة في هذا الشأن عملاً بحجية الأمر المقضي به، والتي هي مطلقة بالنسبة لأحكام عدم صحة القرار التي ينص قانون محكمة القضاء صراحة على أنها حجة على الكافة.

وما إن اتسعت اختصاصات المحكمة لتشمل الفصل في جميع المنازعات الإدارية بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٢٣)؛^{٣٠٢} حتى أنشئ المجلس الأعلى للقضاء بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٣٥)م، فجمع جهات التقاضي بأنواعها، وأصبح يضم كل من: مجلس الشؤون الإدارية للقضاء، ومحكمة القضاء الإداري، والادعاء العام في منظومة واحدة^{٣٠٣}، وألغي بموجبه ما تميز به القضاء الإداري العُماني من استقلالية وشخصية اعتبارية، وتحوّلت المحكمة إلى دائرة إدارية داخل القضاء العادي، فجاء هذا المرسوم إيداناً بالتحوّل من القضاء المزدوج إلى القضاء الموحد، وتبع ذلك تغيير مسمى قانونها؛ ليكون "قانون الإجراءات الإدارية".

٣٠١ - انظر المادة (٧٢) من قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١) المعدل بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣).

٣٠٢ - أُستبدلت نصوص المواد أرقام (١، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١١، ١٢، ١٥، ١٦، ١٧، ١٩، ٢٠، ٢٦، ٣٠، ٣٣، ٦٨، ١٠٢، ١٠٥) بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٩/٣)؛ وأُستبدل بنصي المادتين رقمي (٣، ٦) من قانون المحكمة رقم (٩٩/٩١)، بنصين آخرين بموجب المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٢٣).

٣٠٣ - تنص المادة الثامنة من المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٣٥) بأن: "يستبدل بعبارتي "محكمة القضاء الإداري"، و"رئيس محكمة القضاء الإداري" أينما وردتا في القوانين والمراسيم السلطانية عبارتا "الدائرة الإدارية الابتدائية، أو الدائرة الإدارية الاستئنافية"، و"رئيس الدائرة الإدارية الابتدائية، أو رئيس الدائرة الإدارية الاستئنافية"، وذلك بحسب سياق النص. كما يستبدل بالمسميات الوظيفية لأعضاء محكمة القضاء الإداري أينما وردت في القوانين والمراسيم السلطانية الوظائف المعادلة لها في قانون السلطة القضائية. ويستبدل بعبارتي "قانون محكمة القضاء الإداري" أينما وردت في القوانين والمراسيم السلطانية عبارة "قانون الإجراءات الإدارية".

الفرع الأول: الرقابة القضائية في ظل النظام الموحد والنظام العادي

القاعدة الغالبة في معظم الدول أن يعهد إلى القضاء رقابة الإدارة في كيفية ممارسة نشاطها، ولكن اختلفت الدول في هذا الصدد وفقاً لتاريخها وتقاليدها، وظروفها الاجتماعية، وسلكت اتجاهين مختلفين؛ الأول: إخضاع الإدارة للمحاكم العادية، وهذا هو اتجاه الدول الأنجلوسكسونية، والثاني: محاكم القضاء الإداري، وهذا هو الاتجاه الحديث، وقد نشأت لأول مرة في فرنسا، وطبقته مصر^{٣٠٤} ثم باقي الدول العربية ومنها سلطنة عُمان عن إنشاء أول محكمة للقضاء الإداري عام ١٩٩٩م.

إذا كان الوضع الطبيعي الذي تستلزمه الاعتبارات العملية والقانونية يتطلب وجود جهة قضائية واحدة تتولى الفصل في كل المنازعات القضائية^{٣٠٥}، بحيث تخضع الإدارة للقواعد القانونية التي يخضع لها الأفراد العاديون دون تمييز بين الخصوم أو مجاملة الإدارة بقواعد قانونية خاصة أو محاكم خاصة تنظر منازعاتها^{٣٠٦}، مما يحقق وحدة القواعد القانونية، ويسهل - في نظر الدول المطبقة لنظام القضاء الموحد - تحديد المحكمة المختصة، والتي غالباً ما تكون قريبة من محل إقامتهم في الولاية أو المحافظة؛ خاصة أن المرسوم السلطاني رقم (٢٠٢٢/٣٥) قضى بأن تكون الدوائر على ثلاث درجات "ابتدائية واستئنافية وعليا".

فلا بد أن يجنب النظام الموحد إشكالات توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري؛ نظراً لقيام القضاء العادي برقابة المشروعية، والفصل في كل المنازعات القضائية بما من شأنه أن يحد من تضارب الأحكام، أو تنازعها، وذلك أن لنظام القضاء الموحد نموذجان، الأول الإنجليزي والثاني الأمريكي، ويُعد هذا النظام هو الأصل في النظام القضائي وأنه الأقدم وجوداً، وهناك دول تعمل على أساسه وهي الدول الأنجلوسكسونية^{٣٠٧}، ولكنه به من العيوب ما دفعت بالعديد من الدول إلى التخلي عنه كفرنسا في عام ١٨٧٢م، والعراق ومصر في عام ١٩٧١م، بعدما التزمت به رداً من الزمن؛ لأنه:

- يعرض الأفراد المتضررين لمخاطر احتمال إفسار الموظفين وعجزهم عن الوفاء بقيمة التعويض المحكوم فيه؛ نظراً لضعف إمكانياتهم المالية مقارنة مع إمكانيات الدولة، كما أنه إذا أخطأ الموظف خطأ ترتب عليه إهدار المال العام، ووصل خطؤه إلى حد الجسامة لدرجة اعتباره خطأ شخصياً، بأن كان "عمدياً" أو جسيماً أو بقصد الإضرار بالجهة، أو بغية تحقيق منفعة شخصية^{٣٠٨}، فإنه يتحمل المتسبب فيه من

٣٠٤ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي.

ص١٦.

٣٠٥ - الطماوي، سليمان محمد. ٢٠١٧. النظرية العامة للقرارات الإدارية؛ دراسة مقارنة. ط٧. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي. ص١٧.

٣٠٦ - أمين، عادل جلال حمد. ٢٠١٧. دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون؛ دراسة تحليلية مقارنة. بيروت. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. ص١٧٨.

٣٠٧ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٨. الوسيط في القضاء الإداري. الجزء الأول. بيروت. لبنان: منشورات زين الحقوقية. ص٢٥٣.

ماله الخاص- فرداً كان أو لجنة^{٣٠٨}، ولكن جرى العرف - كما هو مطبق في النظام القضائي في إنجلترا- على أن تقوم الدولة بدفع التعويض على أساس الشفقة والرحمة ومساعدة الموظف لا على أساس مسؤوليتها التقصيرية^{٣٠٩}، وقد كان القضاء الإداري في سلطنة عُمان يفرّق بين الخطأ الشخصي الذي يُنسب إلى الموظف، ويسأل عنه في ماله الخاص، والخطأ المرفقي الذي يُنسب إلى المرفق ذاته^{٣١٠}، وتقع المسؤولية بالتعويض عنه على عاتق الدولة^{٣١١}.

- لا يميز بين منازعات الأفراد والمنازعات الإدارية في مراقبة تصرفاتهم، ويخضعهم لنظام قضائي واحد هو القضاء العادي، فيفلت من الرقابة القضائية قدر كبير من الأعمال الإدارية، خاصة القرارات الصادرة تنفيذاً للقانون باعتبارها جزءاً منه، ويضيق من مسؤولية الدولة، ويحتمل الموظفين العموميين عبء أخطاءهم الوظيفية، ويؤدي إلى تقليل روح المبادرة والابتكار خوفاً من تحمل المسؤولية^{٣١٢}.

يؤدي عدم الالمام بالمنازعات الإدارية، والتردد القضائي إلى التحكم والاستبداد الإداري؛ لأن هذا التنظيم القضائي يجعل من الرقابة القضائية على أعمال الإدارة عملية صعبة وشاقة، إذ تقتضي الرقابة إيجاد الخط الفاصل بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، وإيجاد مركز التوازن بين الدفاع عن هاتين المصلحتين، وهي مهمة لا يمكن أن يقوم بها إلا قاضي متخصص^{٣١٣}.

٣٠٨ - وزارة الشؤون القانونية. ٢٠١٨. المبادئ القانونية في فتاوى الشؤون القانونية. الكتاب الثالث والعشرون. مسقط. سلطنة عُمان: مطابع النهضة. ص ٢٠٤.

٣٠٩ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٨. الوسيط في القضاء الإداري. الجزء الأول. بيروت. لبنان: منشورات زين الحقوقية. ص ٢٧٢.

٣١٠ - ذهب القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعُماني إلى أن إخلال الإدارة بالتزاماتها التي قررها القانون يُعدّ خطأ مرفقياً، قد يتخذ عدة صور، تتمثل في سوء أداء المرفق للخدمة، أو عدم قيام المرفق بأداء الخدمة المطلوبة، أو تباطؤ المرفق وتأخره في أداء الخدمة، وإذا كان القضاء الإداري لا يملك أن يأمر الإدارة بأداء الخدمة على الوجه المطلوب وفقاً للقواعد القانونية المقررة، فإنه يستطيع تقرير مسؤولية الدولة والتزاماتها بتعويض الأفراد عن الضرر الذي أصابهم نتيجة إخلال الإدارة بأداء الخدمات المنوطة بها والتزاماتها التي قررها القانون، وبلغ درجة معينة من الجسامة في الخطأ المرفقي، ويعتمد التعويض على طبيعة الخطأ وظروف وطبيعة كل دعوى. انظر: جمعة، وليد فاروق. (بدون سنة نشر) مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة، دراسة مقارنة في القضاء الإداري الفرنسي والمصري والعُماني. مقرر دراسي لبرنامج الماجستير في القانون العام بكلية البريمي الجامعية. سلطنة عمان: بدون دار نشر. ص ٤٤.

٣١١ - الاستئنافان رقما (٧٧، ٧٥) لسنة (١٠) ق. س بجلسة ٢٩ / ٣ / ٢٠١٠ م. (م. م. لعام ١٠ ق). محكمة القضاء الإداري. ٢٠١٢.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في العام القضائي العاشر. سلطنة عُمان: المكتب الفني. رقم الإيداع: ٧٧/٢٠١٢. ص ٢٥٨.

٣١٢ - أمين، عادل جلال حمد. ٢٠١٧. دور القضاء في ترسيخ سيادة القانون؛ دراسة تحليلية مقارنة. بيروت. لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. ص ١٧٨.

٣١٣ - أبو سمهدانة، عبدالناصر عبدالله. ٢٠١٤. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة: دراسة تحليلية تطبيقية، في ضوء أحدث أحكام المحاكم وفتاوى مجلس الدولة. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٣٤٢.

- يقيّد سلطة الإدارة، إذ يحلّ القاضي نفسه محلّ الرئيس الإداري، ولديه سلطات واسعة تجاه رجل الإدارة، فيوجه إليه أوامر مكتوبة توجب عليه التصرف بطريقة معينة يحددها له القاضي^{٣١٤}، أو نواهي تلزمه بالامتناع عن فعل ما، مما يعيق ممارسة الإدارة لنشاطاتها المختلفة، ويقيدها لتكون أداة صماء لا قدرة لها على الابتكار والإبداع^{٣١٥}.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد استحدث مبدأً مهماً فيما يتعلق بسلطة القاضي في توجيه أوامر للإدارة، حيث أوضحت المحكمة في جلستها بتاريخ ٦ ديسمبر ٢٠١٩، أنه في حالة عدم وجود خطأ ناتج عن قرار الجهة الإدارية، لا يمكن للقاضي الإداري استخدام سلطة إصدار الأوامر لها، وإنما تتحدّد سلطاته -في تلك الحالة- عند تحيير جهة الإدارة بين دفع تعويض محدد المقدار أو تنفيذ التدابير المطلوبة في أجل محدد، ويتضح من هذا الحكم أن مجلس الدولة يتجه إلى منح القاضي الإداري استخدام سلطة إصدار الأوامر للإدارة عند وجود خطأ ناتج عن قرارها^{٣١٦}.

وقد علّق الدكتور سليمان الطماوي في الصفحة رقم ٥ على الطبعة الأولى من مؤلف "موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة" للمستشار حمدي عكاشة، قائلاً: لقد طالب بعض قضاة النظر، بإلغاء القضاء الإداري المستقل وإدماجه في بناء القضاء العادي، ولكن هذه النظرة الضيقة لم تنجح. ولكي نقطع الطريق على مثل هذه الدعوات المشبوهة، نجحنا في النص على مجلس الدولة في صلب الدستور دستور سنة ١٩٧١، حيث قطعت المادة ١٧٢ منه بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى.

أما في ظل القضاء المزدوج، فإن القضاء الإداري يتمتع بالاستقلال والخصوصية، حيث توجد جهتان قضائيتان مختلفتان تختص كل منهما بالفصل في طائفة معينة من المنازعات، وتطبق عليها قواعد قانونية مغايرة، فتختص محاكم القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الإدارية بالمعنى القانوني، وتطبق عليها قواعد القانون العام، مما يجعلها أكثر قدرة من غيرها على الفصل فيها، وأكثر تجسيدا لاعتبارات التخصص القانوني المتنوع والمتزايد باستمرار، كما يترتب على النظام المزدوج عدم التزام القاضي الإداري الرجوع إلى نصوص القانون الخاص في حال لم توجد قواعد إدارية مُسلّم بها، بل له مطلق الحرّية في أن يستخلص القاعدة التي يطبقها من مستلزمات الحياة الإدارية، وحسن سير المرفق العام.

٣١٤ - أبو سمهدانة، عبدالناصر عبدالله. ٢٠١٤. مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة: دراسة تحليلية تطبيقية، في ضوء أحدث أحكام المحاكم وفتاوى مجلس الدولة. القاهرة. مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ٣٤٣.

٣١٥ - الحسيني، محمد طه حسين. ٢٠١٨. الوسيط في القضاء الإداري. الجزء الأول. بيروت. لبنان: منشورات زين الحقوقية. ص ٢٩٩.

٣١٦ - الدعوى رقم (٤١٧١٦٧) بجلسة ٦ ديسمبر ٢٠١٩. مجلس الدولة. موثق عند: رمضان، علاء محمد وخليفة، محمد القاضي وسراج الدين، سامي وآخرون. ٢٠٢٢. المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. القاهرة. مصر: دار النهضة العربية. ٢٩٧.

وقد أسهم القضاء الإداري في فرنسا منذ البداية من تكوين القواعد القانونية الخاصة التي تتلاءم ومتطلبات الإدارة العامة، ومقتضيات فعاليتها، فضلاً عن اجتهاده في إيجاد نقطة التوازن الضرورية بين حماية المصالح الفردية، وحماية المصلحة العامة، فحقق حماية منطقية لحقوق وحرّيات الأفراد، واستمر مجلس الدولة الفرنسي إلى يومنا هذا بممارسة دور أساس في تطوير نظريات القانون الإداري تبعاً للظروف المتغيرة محلياً ودولياً^{٣١٧}. كما أثبت نظام القضاء الإداري المستقل -في الدول المقارنة، وفي سلطنة عُمان على وجه الخصوص- أن وجوده لم يكن محاباة ومجاملة للسلطة التنفيذية، فضلاً من توافقه مع مبدأ الفصل بين السلطات بشقيه "التخصص والاستقلال".

وإذا ما أردنا تقييم القضاء الموحد المطبق حديثاً في سلطنة عُمان اعتباراً من ١٦ يونيو ٢٠٢٢ م فإنه يختلف -إلى حد ما- عمّا هو معمول به في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية فيما بعد، وإذا كانت الإدارة تخضع لنفس القواعد القانونية التي يخضع لها الأفراد العاديون في هاتين الدولتين، ويختص القاضي العادي بالفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، كما تختص محاكم القضاء العادي بنظر دعاوى المسؤولية الإدارية، وتطبق عليها قواعد القانون المدني.

فإنّه وإن تم النص على استبدال عبارة "قانون محكمة القضاء الإداري" بعبارة "قانون الإجراءات الإدارية"، فلم يحدث ذلك تغييراً في القانون القائم حالياً، ومن ثم فإنّ العمل مستمرّ به حتى الآن، كما أنه لم يطرأ أي تغيير على أسانيد دعوى مراجعة القرار الإداري المنصوص عليها في هذا القانون، كذلك من المتوقع أن يستمر العمل بذات الوضع السابق^{٣١٨}، وبطبق "قانون الإجراءات المدنية والتجارية رقم ٢٠٠٢/٢٩" على المنازعات الإدارية بما في ذلك الطعن والنقض في حالة خلو أي تنظيم وارد في "قانون الإجراءات الإدارية"، دون أي اعتبار للخصومة الإدارية؛ نظراً لإلغاء المادة (١٠٥)^{٣١٩}، وذلك بموجب المادة التاسعة من هذا القانون الأخير، مما قد يعزز حق التقاضي في المسائل الإدارية.

كما أن المشرّع العُماني نظم الاختصاص بنظر الدعوى بين الجهات القضائية، وبَيّن أن المعيار في تحديد الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي -وهو المعيار الموضوعي- يحكمه طبيعة النزاع،

٣١٧ - الجبوري، ماهر صالح. ٢٠١٩. تحولات القانون الإداري في ظل العمولة. عُمان. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع. ص ٤٥.

٣١٨ - القضاة الذين ينظرون في الدعاوى الإدارية-حالياً-هم في الأساس كانوا يمارسون نظرها في السابق -سواء- في الدرجة الابتدائية أو الاستئناف.

٣١٩ - تنص المادة رقم (١٠٥) من قانون محكمة القضاء الإداري رقم (٩٩/٩١) على أنّه: "فيما لم يرد به نص في هذا القانون، وإلى أن يبدأ العمل بقانون الإجراءات المدنية والتجارية، تطبق أحكام نظام نظر الدعاوى، وطلبات التحكيم أمام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٤/٣٢، وذلك كله فيما لا يتعارض مع طبيعة الخصومة الإدارية.

فعندما تكون الخصومة إدارية ينعقد الاختصاص بشأنها للدائرة الإدارية، ولا تكون هي ملزمة بالفصل في الدعاوى التي قد تحال إليها من الدوائر الأخرى؛ إلا إذا كانت الخصومة بطبيعتها خصومة إدارية^{٣٢٠}. وبينما كانت محكمة القضاء الإداري في سلطنة عُمان تتكون من درجتين ابتدائية واستئناف، فإن استحداث "الدائرة الإدارية العليا" جاء لضمان وتأكيد مبدأ المشروعية الإدارية، ومن المؤمل أن يحقق هذا التحول هدف تقريب جهات القضاء من المتقاضين، وسرعة الفصل في القضايا -قدر المستطاع- وهو حق تكفلت به الدولة في نظامها الأساسي، كما أن التدرج الهرمي من الأدنى إلى الأعلى سيتيح لقضاة الدائرة الإدارية العليا الاطلاع على الاجتهادات المختلفة والمتنوعة من الحلول المناسبة للمسائل المعروضة، والتي لا يوجد نص صريح يحكمها.

المطلب الخامس: حماية الحقوق والحريات.

يقوم مبدأ المشروعية على حماية حقوق وحريات الأفراد، ويختلف مفهوم الحق عن مفهوم الحرية من عدة أوجه، فإذا كان الحق يتميز بالخصوصية ويرد على موضوع معين وغاية معينة، فإن الحرية عامة غير محددة محلاً أو مضموناً أو غاية؛ بل تختلف من شخص إلى آخر، فهي تمكين للشخص من ممارسة كل ما لم يمنعه القانون من أفعال. كما يتمتع بها الجميع دون ممانعة أو مغايرة عكس الحق الذي قوامه الانفراد والتسلط على شيء معين، مما ينشئ مراكز قانونية متباينة بين الأفراد في المجتمع، فهو ينشأ بحدوث واقعة قانونية تؤدي لتطبيق قاعدة قانونية، أما موجودة دون وقائع أو غيره سندها الدستور والمبادئ العامة^{٣٢١}.

وعلى الرغم من عدم وجود علاقة بين ثبوت الحقوق الإنسانية ووجود الدولة؛ إلا أنَّ الجدل لم ينقطع حول الحقوق الأساسية والحريات العامة التي يجب أن يتمتع بها الفرد في ظل الدولة التي ينتمي لها أو في مواجهة السلطة التي تحكمها، فوجود الدولة كان سبباً جوهرياً في اهتمام الفكر الفلسفي بموضوع حقوق وحريات الإنسان؛ لأنه من الصعب أن يثور الجدل حولها إلا في ظل وجود الدولة^{٣٢٢}.

٣٢٠ - تنص المادة (٨) من قانون السلطة القضائية رقم (٩٩/٩٠) بأنه: "فيما عدا الخصومات الإدارية، تختص المحاكم المنصوص عليها في هذا القانون بالحكم في الدعاوى المدنية والتجارية، وطلبات التحكيم، ودعاوى الأحوال الشخصية، والدعاوى العمومية والعمالية والضريبية والإجبارية، وغيرها، التي ترفع إليها طبقاً للقانون، إلا ما استثنى بنص خاص. وتبين النصوص الإجرائية قواعد اختصاص المحاكم.

٣٢١ - الجمهوري، محمد بن عبد الله. ٢٠٢٠. الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة؛ دراسة مقارنة بين مصر ودول مجلس التعاون الخليجي. مسقط. سلطنة عُمان: الأجيال. ص ٨١.

٣٢٢ - الجمهوري، محمد بن عبد الله. ٢٠٢٠. الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة؛ دراسة مقارنة بين مصر ودول مجلس التعاون الخليجي. مسقط. سلطنة عُمان: الأجيال. ص ٢٣.

ودخلت حقوق وحرريات الأفراد في نطاق القيم التي يضطلع إليها المجتمع الدولي، حتى غدت القضية الأولى في كل المحافل والمؤتمرات على كل المستويات المحلية والعالمية، وأصبحت من الأمور الشائعة في تقييم سلوك الدول، ولكن لم يقابل اهتمام المجتمع الدولي، بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية اهتماماً مماثلاً بتعريف تلك الحقوق والحرريات لدى فقهاء القانون الدولي والقانون الدستوري، إلا أن الدساتير الحديثة ومن بينها الدستور العماني الذي أوجد تقسيمات مختلفة لحقوق الإنسان تتفق والتطور الحديث الذي شهده في المواثيق، والإعلانات، والاتفاقيات الدولية^{٣٢٣}.

كما يصعب حصر الحقوق الإنسانية وحرريات الأفراد في مستوى، أو جانب معين، وفي ذات الوقت فإن المشرع ينص صراحة على عدم إطلاق حق الأفراد في مباشرة حقوق معينة، إما بصورة دائمة أو مؤقتة، وذلك لاعتبارات خاصة تخضع للسلطة التقديرية للمشرع في تنظيم الحقوق والحرريات. ومن قبيل ذلك أكد النظام الأساسي للدولة هذا المضمون، عندما كفل الحقوق والحرريات الشخصية والثقافية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية لأفراد الشعب العماني، فقد وضع قيداً على بعضها؛ لتكون في حدود القانون، وفي مواضع أخرى ذكر "على النحو الذي يبينه القانون".

ويقصد بالحقوق الشخصية كل ما يتعلق بحقوق أو حرريات الفرد المادية، وهي حقه في (الحياة، والأمان، وحرية في الإقامة والتنقل، وحرية في العمل، وحرية التملك، وحرية السكن، وحرية التراسل والتخاطب)، حيث نص النظام الأساسي على أن "دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية هي أساس التشريع"^{٣٢٤}، وهذا يعني أن الحقوق الإنسانية محفاظ عليها في سلطنة عُمان كما هو محفاظ عليها في الدين الإسلامي الذي هو أساس التشريع فيها، وأول تلك الحقوق هو الحق في الحياة والكرامة الذي يؤكد النظام الأساسي للدولة القائم رقم (٢٠٢١/٦) في مادته رقم (١٨) بأن "الحياة والكرامة حق لكل إنسان، وتلتزم الدولة باحترامهما وحمايتهما وفقاً للقانون"، وقررت المادتان (٢٢ و٢٣) من ذات النظام "الحق في السلامة الشخصية" بالنص على أن الحياة الآمنة حق لكل إنسان، وأن الحرية الشخصية مكفولة للجميع، ولا يجوز القبض على إنسان أو تفتيشه أو حجزه أو حبسه إلا وفق أحكام القانون، وحرية التنقل والإقامة، بالإعلان عن عدم جواز تحديد إقامة الإنسان، أو تقييد حريته في الإقامة، أو التنقل إلا وفق أحكام القانون. كما حظرت المادة (١٦) النظام الأساسي للدولة السابق والمادة (٢٠) من النظام الجديد إبعاد المواطنين أو نفيهم أو حرمانهم من العودة إلى إقليم الدولة. وكفل المشرع العماني الحياة الخاصة وجعلها مصونة لا تمس وكفل حرية المراسلات الإلكترونية بجميع أنواعها والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية وغيرها من وسائل

٣٢٣ - العلوي، سالم بن راشد ٢٠١٢. "المواطنة: الحقوق والواجبات في ظل النظام الأساسي للدولة". مجلة الأمانة. أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة. عدد (٢٣). ص ٤٢.

٣٢٤ - نصت المادة (٢) من النظام الأساسي للدولة السابق رقم (٩٦/١٠١)؛ وتنص المادة (٢) من النظام الأساسي للدولة الحالي رقم (٢٠٢١/٦) على أن "دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية هي أساس التشريع".

الاتصال ولها حرمتها، وقرر عدم جواز مراقبتها أو تفتيشها أو إفشاء سريتها أو تأخيرها أو مصادرتها إلا في الأحوال التي يبينها القانون وبالإجراءات المنصوص عليها فيه، وما يميز النصوص الواردة في النظامين الأساسيين السابق واللاحق للدولة أنهما صيغا؛ ليستوعبا كل وسائل الاتصال الموجودة، أو تلك التي سيتم اكتشافها مستقبلاً.

كما كفل النظام الأساسي للدولة للأفراد الحقوق والحريات الثقافية والفكرية، وأهمها أن "التعليم ركن أساسي لتقدم المجتمع ترعاه الدولة وتسعى لنشره وتعميمه"، بنص المادة (١٣) من النظام الأساسي للدولة السابق^{٣٢٥}، وبعد صدور النظام الأساسي الجديد أصبح التعليم حقاً لكل مواطن؛ بل وإلزامياً حتى نهاية مرحلة التعليم الأساسي وتكفل الدولة استقلال الجامعات، وحرية البحث العلمي، والإبداع الفكري^{٣٢٦}.

كما تكفل الدولة الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المعنوية، كحرية العقيدة وممارسة الشعائر الدينية، حرية الرأي والتعبير، حرية الصحافة، حرية التقاضي، وحرية الاجتماع وتكوين الجمعيات. فنصت المادة (٢٩) من النظام السابق والمادة (٣٥) من النظام الحالي على "حرية الرأي والتعبير عنه بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير مكفولة في حدود القانون"، وما يسجل للنظام الأساسي العُماني تنظيمه لهذه الحرية أنه بعدما ذكر القول والكتابة بوصفهما وسيلتين للتعبير عن الرأي ذكر (وسائر وسائل التعبير)؛ لتستوعب كل وسائل التعبير عن الرأي الحالية منها، والتي قد تستجد في المستقبل. ونص النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١) على حق الاجتماع في المادة (٣٢) بالنص على أن "للمواطنين حق الاجتماع ضمن حدود القانون" وهو ما أكدته المادة (٣٩) من النظام الأساسي الحالي (٢٠٢١/٦) بأن "للمواطنين حق الاجتماع على النحو الذي يبينه القانون"؛ وعلى حق تكوين الجمعيات في المادة (٣٣) من النظام السابق، وقد أعيدت الصياغة بالمادة (٤٠) من النظام الجديد وفق هذا النص "حرية تكوين الجمعيات مكفولة على أسس وطنية، ولأهداف مشروعة، وبوسائل سلمية، وبما لا يتعارض مع نصوص وأهداف هذا النظام، ووفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون. ويُحظر إنشاء جمعيات يكون نشاطها معادياً لنظام المجتمع، أو سرياً، أو ذا طابع عسكري، ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أية جمعية".

وأعلن النظام الأساسي للدولة السابق عن حق الجنسية في المادة (١٥) على أن "الجنسية ينظمها القانون، ولا يجوز إسقاطها أو سحبها إلا في حدود القانون^{٣٢٧}"، ومن الحقوق السياسية الأساسية التي أكد عليها النظام الأساسي للدولة حق الانتخاب، وحدد أسلوباً لاختيار أعضاء مجلس الشورى، بنص

٣٢٥ - المرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١). النظام الأساسي للدولة. الجريدة الرسمية. مسقط. سلطنة عُمان.

٣٢٦ - المادة (١٦) من النظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٢١/٦).

٣٢٧ - نص المادة (١٩) من النظام الأساسي رقم (٢٠٢١/٦) على أن "الجنسية العُمانية ينظمها القانون، ولا يجوز إسقاطها أو سحبها إلا في حدود القانون" بإضافة كلمة (العُمانية) إلى الجنسية الواردة في المادتين المذكورتين، وفي ذلك تحديداً أدق.

المادة (٥٨) مكرراً (٨) التي تنص على أن "يتكون مجلس الشورى من أعضاء منتخبين يمثلون جميع ولايات السلطنة، ويحدد عدد أعضاء المجلس بحيث يمثل كل ولاية عضو واحد، وإذا كان عدد سكانها لا يتجاوز ثلاثين ألفاً في تاريخ فتح باب الترشيح، وعضوان متى تجاوز عدد سكان الولاية هذا الحد في ذات التاريخ". وبعد صدور النظام الأساسي الحالي ٢٠٢١/٦ أكد في مادته رقم (٧٠) على أن "يتكون مجلس الشورى من أعضاء منتخبين يمثلون جميع ولايات السلطنة، يتم اختيارهم بالاقتراع السري المباشر، وذلك على النحو الذي يبينه القانون"^{٣٢٨}، ثم بين قانون مجلس عُمان رقم (٢٠٢١/٧) في المادة رقم (١٣) بأن "يتكون مجلس الشورى من أعضاء منتخبين يمثلون جميع ولايات السلطنة، ويحدد عدد أعضاء المجلس بحيث يمثل كل ولاية عضو واحد إذا كان عدد سكانها لا يتجاوز ثلاثين ألفاً في تاريخ فتح باب الترشيح، وعضوان متى تجاوز عدد سكان الولاية هذا الحد في التاريخ ذاته". كما كفل المشرع العماني حق الترشيح لعضوية مجلس الشورى، أو لعضوية المجالس البلدية لكل عُماني يحمل الجنسية الأصلية على النحو الذي تبينه القوانين المنظمة لذلك، ووفقاً لما تضمنه قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨) في المادة رقم (٣٤) بأنه "يحق للمواطنين العُمانيين -رجالاً ونساءً- الترشيح لعضوية مجلس الشورى بشرط أن يكون المرشح عُماني الجنسية بصفة أصلية طبقاً للقانون..^{٣٢٩}، ويظهر أن النظام الأساسي السابق تدخل في تفاصيل مجلس الشورى، أما النظام الحالي، فأجمل، وترك التفاصيل لقانون مجلس عمان.

وفيما يتعلق بالحقوق والحريات الاقتصادية: فقد نظم النظام الأساسي للدولة الأول رقم (٩٦/١٠١) المبادئ الاقتصادية، وأكد على حرية النشاط الاقتصادي في الفقرة الثانية من المادة (١١) بقولها "حرية النشاط الاقتصادي مكفولة في حدود القانون والصالح العام وبما يضمن السلامة للاقتصاد الوطني..^{٣٣٠}، كما تنص هذه المادة على حق التملك، بأن "الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً، والميراث حق تحكمه الشريعة الإسلامية"، وبعد أن صدر النظام الأساسي القائم رقم (٢٠٢١/٦) تضمن الفصل الثاني من بابيه الثاني "المبادئ الاقتصادية" فأكدت الفقرة الأولى من المادة (١٤) على أن: "تكفل الدولة حرية النشاط الاقتصادي على أساس العدالة الاجتماعية، والتعاون والتوازن بين النشاطين العام والخاص..^{٣٣١}، كما تتضمن هذه المادة الحقوق الواردة في المادة السابقة، وذلك بتأكيد النصوص على أن "الملكية الخاصة مصونة، فلا

٣٢٨ - تنص المادة (١٤) من قانون مجلس عُمان رقم (٢٠٢١/٧) على أن "يكون انتخاب أعضاء مجلس الشورى بالاقتراع العام السري المباشر على النحو الذي يبينه قانون الانتخاب".

٣٢٩ - المرسوم السلطاني رقم (٢٠١٣/٥٨) بإصدار قانون انتخابات أعضاء مجلس الشورى. صدر في ٣٠ أكتوبر ٢٠١٣م، ونُشر في الجريدة الرسمية بالعدد ١٠٣٢. وزارة الشؤون القانونية. مسقط. سلطنة عُمان.

يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، ومقابل تعويض عادل"، وقد أسقطت هذا المادة عبارة "بالكيفية المنصوص عليها فيه"، إذ إنّ نزع الملكية لن يخرج عن الكيفية المحددة لذلك في القانون، كما كفل التعديل الجديد بالنص في هذه المادة على أنّ "الميراث حق مكفول، تحكمه الشريعة الإسلامية".

واستهدف المشرع العماني إقراراً لحق العُمانيين في تولّي الوظائف العامة، وذلك بنص بالفقرة الأخيرة من المادة (١٢) من النظام الأساسي للدولة رقم (٩٦/١٠١)، بأن "الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها، ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة، وخدمة المجتمع، والمواطنون متساوون في تولي الوظائف العامة وفقاً للشروط التي يقررها القانون"، بينما لم تتطرق المادة (١٥) من النظام الأساسي للدولة القائم لهذا الحق واكتفت بالنص في الفقرة قبل الأخيرة منها على أن: "العمل حق وشرف، ولكل مواطن ممارسة العمل الذي يختاره لنفسه في حدود القانون. ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، ولمدة محددة، وبمقابل عادل، وتسند الدولة القوانين التي تحمي العامل وصاحب العمل وتنظم العلاقة بينهما، وتوفر شروط الأمن والسلامة والصحة المهنية"، ويفهم من ذلك بأن النظام الأساسي الحالي صدر تلبية لمتطلبات سلطنة عُمان في المرحلة القادمة، وانسجاماً مع رؤية عُمان ٢٠٤٠، ألا يقتصر شغل المواطنين للوظائف في القطاع العام، بل يشمل القطاع الخاص "خطة التعمين"، وذلك بالتعاون والتوازن بين القطاعين؛ لزيادة الإنتاج، وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، والرخاء للمواطنين، ورفع مستوى معيشتهم، وتوفير فرص العمل لهم ٣٣٠.

كما أقر النظام الأساسي للدولة الأول الحق للمواطنين في مخاطبة السلطات العامة بموجب المادة (٣٤) بهذا النص "للمواطنين الحق في مخاطبة السلطات العامة فيما ينبوهم من أمور شخصية، أو فيما له صلة بالشؤون العامة بالكيفية والشروط التي يُعيّنها القانون"، وقد أثبتت المادة (٤١) من النظام الأساسي رقم (٢٠٢١/٦) هذا الحق بالنص على أن "لكل مواطن الحق في مخاطبة السلطات العامة فيما ينبو به شخصياً، أو فيما له صلة بالشؤون العامة، وذلك بالكيفية والشروط التي يبينها القانون".

ولما كانت الحقوق الإنسانية لا يمكن مراعاتها إلا من خلال وجود نظام قانوني عادل وسلطة قضائية فعّالة لإقرار العدل بين الناس والفصل في منازعاتهم عن طريق القضاء العادي، أو الفصل في المنازعات بين الأفراد العاديين، أو الموظفين وجهة الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء، أو التعويض أو كليهما أمام القضاء الإداري. فإن المشرع العماني أعطى لهذا الحق جل اهتمامه، وقرر مجدداً بنص المادة (٣٠) من

٣٣٠ - تنص المادة (١٤) من النظام الأساسي رقم (٢٠٢١/٦) على أن: "تتكفل الدولة حرّية النشاط الاقتصادي على أساس العدالة الاجتماعية، والتعاون والتوازن بين النشاطين العام والخاص لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وزيادة الإنتاج، وتحقيق الرخاء للمواطنين، ورفع مستوى معيشتهم، وتوفير فرص العمل لهم، وذلك على النحو الذي يبينه القانون".

النظام الأساسي للدولة (٢٠٢١/٦)، بأن: "التقاضي حق مصون، ومكفول للناس كافة، ويبيّن القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق، وتكفل الدولة - قدر المستطاع - تقريب جهات القضاء من المتقاضين، وسرعة الفصل في القضايا".

فالعدل أساس الملك، والمشروعية ضمانات حقيقية لاستمرار الحكم، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال القضاء المستقل؛ لتأمين خضوع الدولة للقانون وحماية حقوق وحريات الأفراد، حيث تقتضي سيادة القانون ألا يتعرض إنسان للعقاب، أو يضر في ممتلكاته، إلا من خلال قاعدة مستقرة أمام المحاكم، وأن يخضع كل إنسان للقانون العادي، والمحاكم العادية.

الخلاصة:

يتبيّن بجلاء أن مبدأ المشروعية الإسلامية يعني خضوع الجميع -الحاكم والمحكوم- لمبادئ الشريعة السمحة التي تنظم علاقة الأفراد بالمجتمع؛ لتكون تصرفاتهم منسجمة مع أحكامها. وقد أعلى الإسلام من هذا المبدأ، وقيد السلطة الحاكمة وألزمها بمبادئ عامة لا يجوز لها أن تخرج عن إطارها، فكان سبباً في إقرار الحقوق والحريات للإنسان التي لم يقرّها أي نظام قانوني قبله، وهذا دليل على إعجاز التشريع الإسلامي الخالد إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وتمّ توافق شكلي بين مفهوم الطاعة في الفقه الإسلامي، ومفهومها في الفقه القانوني، فطاعة أولى الأمر مقيّدة بالخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أنها في الفقه القانوني مقيّدة بخضوع الأمر الرئاسي لأحكام القانون، ولا يقرر الإسلام أي استثناءات لأي هيئة من الهيئات، أو فرد كان من الخضوع الأحكام الشريعة، وللأمة أيضاً سيادة مقيّدة لصالح سيادة أسمى وأعلى منها مرتبة، وهي سيادة التشريع المنزّل من عند الله، وهذا يعني أن يلتزم كل من الحاكم والمحكوم بالمصدرين الأساسيين للمشروعية الإسلامية وهما: القرآن الكريم، والسنة النبوية، ثم قواعد الفقه الاجتهادي الذي بدأ منذ العهد النبوي، وعصر الصحابة والتابعين، وعلى ألسنة المجتهدين في التعليل والاستنباط، وكان من أبرز ثمارها حركة تقعيد القواعد، ووضع الضوابط الفقهية، بالاعتماد على المصادر الأصلية والتبعية، وأهمها الإجماع والقياس.

كما وضع الإسلام الضمانات الكفيلة بنفاذ مبدأ المشروعية، وأولها الدستور المتمثل فيما أوحى به الله، وأنزله على نبيه، واستقلال القضاء، وأنواع مختلفة من الرقابة، ومنها: رقابة المظالم، ورقابة الرأي العام، حيث تضمن كل من المصدرين الأساسيين للمشروعية الإسلامية العديد من النصوص التي تستند عليها الرقابة الشعبية على أعمال الدولة، وهي عبارة عن اتفاق أغلبية أفراد الشعب على قضية عامة؛ وهم يحرصون على أداء مهامهم وفق المشروعية، وضوابطها الشرعية من خلال "أهل الحل والعقد" و"الحسبة". وبالنسبة لمبدأ المشروعية في النظم الوضعية، فقد ظهر بعدما ازدهرت فكرة القانون الطبيعي، ونظرية "العقد الاجتماعي"، عندما دفعت الضرورة بالأفراد إلى التخلي عن جزء من حقوقهم الطبيعية؛ لتمكين

الحكومات من تنظيم الحياة الاجتماعية؛ لتحقيق مصلحة الجميع، وحماية المجتمع من خلال نظام يحكم العلاقات بين الفرد ومجتمعه وبين أفراد المجتمع الواحد والدولة؛ ليسود مبدأ المشروعية بالانسجام مع القانون، وخضوع الدولة وأفرادها ومؤسساتها لحكمه.

كما تتصل المشروعية الوضعية بفكرة الدولة القانونية، كونها ركيزة أساسية تتمثل في خضوع الدولة في كل أوجه نشاطها للقانون والقضاء، وتختلف مصادر المشروعية في القانون الوضعي عنها في الإسلام، حيث تستمد مصادرها المكتوبة، ويطلق عليها (التشريع) من الدستور والقوانين العادية واللوائح والمعاهدات الدولية، أما مصادرها غير المكتوبة من العرف الإداري والمبادئ العامة للقانون والاجتهادات القضائية.

وقد طبق المشرع العماني مبدأ الفصل بين السلطات، وأعطى الاستقلال للسلطة القضائية عن باقي السلطات، وسبق أن تحقق للقضاء الإداري الاستقلال التام عن القضاء العادي عبر نظام القضاء المزدوج، إلى أن تحول لنظام القضاء الموحد؛ لترشيق الهيكل القضائي، وضمان تطبيق مبدأ المشروعية.

وإذا كان هذا المبدأ يقوم على حماية الحقوق والحريات، فإن مفهوم الحق يختلف عن مفهوم الحرية، حيث يتميز الحق بالخصوصية، فيرد على موضوع معين، وغاية معينة، أمّا الحرية فهي عامة غير محددة محلاً أو مضموناً أو غاية، ولما كانت الحقوق تولد مع الإنسان بعيداً عن الدولة، بل وقبل ذلك، فقد أعطى الإسلام حقاً للجنين في الحياة، والميراث، والوصية والوقف. والحقوق أشمل وأعم؛ بل تستغرق الحريات العامة فتكون جزءاً منها، كما أن حقوق وحريات الأفراد ليست حصراً على مستوى القوانين الوطنية فحسب؛ بل تدخل في نطاق القيم التي يضطلع بها المجتمع الدولي.

ويكفل المشرع العماني لأفراد الشعب في النظام الأساسي جميع الحقوق، ويختلف الحريات، ويضع قيوداً على بعضها؛ لتكون في حدود القانون، وفي مواضع أخرى قيدها على النحو الذي يبيّنه القانون. كما نص على أن دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية هي أساس التشريع، مما يدل على أن الحقوق الإنسانية محافظ عليها في سلطنة عُمان كما هو محافظ عليها في الدين الإسلامي.

بعد الانتهاء من بيان مبدأ المشروعية في الشريعة الإسلامية، والنظم الوضعية، نتناول في الفصل الثالث نطاق المشروعية، والاستثناءات الواردة عليه، وخصائص القرار الإداري، والذي يجيب من خلاله على التساؤل الثالث من أسئلة الدراسة