

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد

قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية - قسنطينة

الرقم التسلسلي:

الرقم الترتيبي:

فَوَاعِدُ النَّصْرِفِ السِّيَاسِيِّ

لِوَلِيِّ الْأَمْرِ بِوَصْفِهِ مُشْرَعًا

دراسة تأصيلية ومقارنة بين الشريعة والقانون

بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص شريعة وقانون

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بلقاسم شتوان

إعداد الطالب:

عبد الرحمن رداد

لجنة المناقشة

أ.د. كمال لدرع	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
أ.د. بلقاسم شتوان	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
د. سمير فرقاني	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
د. عبد القادر بن حرز الله	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	جامعة الحاج لخضر - باتنة -
د. علي قريشي	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	جامعة الحاج لخضر - باتنة -
د. كمال الدين قاري	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	المركز الجامعي أكلي محمد أولحاج - البويرة -

السنة الجامعية

1432-1433 هـ / 2011-2012 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الشريعة والاقتصاد

قسم الشريعة والقانون

جامعة الأمير عبد القادر
للعلوم الإسلامية - قسنطينة

الرقم التسلسلي:

الرقم الترتيبي:

فَوَاعِدُ النَّصْرِفِ السِّيَاسِيِّ لِوَلِيِّ الْأَمْرِ بِوَصْفِهِ مُشْرَعًا

دراسة تأصيلية ومقارنة بين الشريعة والقانون

بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه علوم تخصص شريعة وقانون

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بلقاسم شتوان

إعداد الطالب:

عبد الرحمن رداد

لجنة المناقشة

أ.د. كمال لدرع	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
أ.د. بلقاسم شتوان	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
د. سمير فرقاني	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
د. عبد القادر بن حرز الله	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	جامعة الحاج لخضر - باتنة -
د. علي قريشي	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	جامعة الحاج لخضر - باتنة -
د. كمال الدين قاري	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا	المركز الجامعي أكلي محند أولحاج - البويرة -

السنة الجامعية

1433-1432 هـ / 2011-2012 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأميرة الأميرة
مركز الدراسات والبحوث الإسلامية
العلوم الإسلامية

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾
﴿ ٥٨ ﴾ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ ۗ
فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ ۚ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴿ ٥٩ ﴾

النساء / 58 - 59

مقدمة

الحمد لله منزل الكتاب والميزان والحديد القائل: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ﴿٢٥﴾﴾ (1)، والقائل: ﴿اللَّهُ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ وَمَا يُدْرِيكَ لَعَلَّ السَّاعَةَ قَرِيبٌ ﴿١٧﴾﴾ (2)، والقائل: ﴿وَالسَّمَاءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ الْمِيزَانَ ﴿٧﴾ أَلَّا تَطْغَوْا فِي الْمِيزَانِ ﴿٨﴾ وَأَقِيمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا الْمِيزَانَ ﴿٩﴾﴾ (3)، والصلاة والسلام على الرحمة المهتدة والنعمة المسداة، المبعوث بالحكمة وفصل الخطاب، معلما ومزكيا، وبالآيات مبشرا ومنذرا، وعلى آله وصحبه أئمة الهدى ومصايح الدجى، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن مما استقر في الفهوم وصار من حقائق العلوم، أنه ما من قول أو فعل من أفعال الإنسان سواء أكان من أفعال القلوب أو من أفعال الجوارح، إلا وله في الشريعة الحنيفية السمحة حكم، ظفر به من ظفر، وفات من فاته، انطلاقا من مبدأ شمول الشريعة لجميع تصرفات الإنسان ديانة وقضاء، سواء ما تعلق منها بعلاقة الإنسان بربه، أو ما تعلق منها بعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان، أو ما تعلق بعلاقة الإنسان بالكون، دل على ذلك استقراء النصوص في مصادرها واستقراء الأحكام في مواردها.

وذلك هو الحال الغالب في سائر الشرائع السماوية والوضعية فهي لا تقتصر على تنظيم مجال معين من مجالات الحياة، بل تتدخل في تنظيم جميع العلاقات الاجتماعية بما يسمح بحفظ النظام والاستقرار الاجتماعي؛ فإن أي شريعة لا يتأتى لها تحقيق هذه الغاية إلا إذا بسطت سلطانها على مختلف شعاب الحياة، والشريعة الإسلامية لا تند عن ذلك بل هي أكثر الشرائع شمولا، حيث تنظم كل ما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال وتصرفات.

وإن من أهم التصرفات التي لا ينبغي الشك في خضوعها لمدارك النظر الشرعي، وقياس الأحكام الخمسة، التصرفات السياسية التي تباشرها السلطة العامة، لما لهذه التصرفات من أثر بين على حفظ الدين، وسياسة الشؤون العامة، ورعاية مصالح الأمة، وحفظ النظام واستقرار الدولة، جماعة ودار وولاية أو باصطلاح فقهاء القانون الدستوري الحديث شعبا وإقليما وسلطة.

1- الحديد/25.

2- الشورى/17.

3- الرحمن/7-9.

إن الفعل السياسي محكوم أولاً وأخيراً بقاعدة السعي نحو النظام والصلاح، إذ المقصود بالسياسة في مجال التداول العام إدارة أمور الناس للوصول بها إلى حفظ النظام والمصالح العامة. ولهذا لم يخل مجتمع إنساني قط من شكل معين من أشكال السلطة ولو كان بدائياً، ومن إتيان الأفعال السياسية على جهة القصد إلى تنظيم الجماعات ورعاية مصالحها.

ومن المعلوم أن التصرفات السياسية قد تنصب على صنع القواعد التي تحكم المجتمع وتحفظ بها المصالح العامة وهذه الوظيفة تعرف بالتشريع أو الوظيفة التشريعية، أو قد تنصب على تنفيذ وتطبيق القواعد بما يحقق الغرض من تشريعها وهذه الوظيفة تعرف بالتنفيذ أو الوظيفة التنفيذية، أو تنصب على رقابة الالتزام بالقواعد والتحاكم إليها كضمان لنفوذها، وهذه الوظيفة تعرف بالوظيفة القضائية.

أولاً- موضوع البحث و إشكاليته

إن بحثنا هذا " قواعد التصرف السياسي لولي الأمر بوصفه مشرعاً " هو دراسة شاملة عن القواعد التي تضبط سلطة ولي الأمر في التشريع، وقواعد السياسة التشريعية في ضوء التحديد الدستوري المعاصر لمفهوم التشريع لا باعتباره عملاً فقهيًا فحسب، ولكن باعتباره أيضاً تصرفاً سياسياً، وبعبارة أخرى إن موضوع هذا البحث هو قواعد التصرف السياسي للسلطة العامة في مجال التشريع، أي صلاحيات السلطة العامة في مجال التشريع حدودها وقيودها ومجالاتها بحسب المنظومة الشرعية الإسلامية ومقارنة ذلك إلى المنظومة القانونية الوضعية، فهو موضوع ينصرف بالدرجة الأولى إلى تأصيل النظر في سلطة ولي الأمر في مجال التشريع في ضوء نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها، كما ينصرف من جهة أخرى إلى مقارنة ذلك إجمالاً إلى ما انتهى إليه الفقه الدستوري الحديث.

والإشكالية العامة لهذا البحث يمكن تلخيصها في السؤال التالي: كيف تكون تصرفات السلطة العامة في مجال التشريع وصناعة القانون متحققة بوصف الشرعية والمشروعية سواء أكان ذلك في إطار الشريعة الإسلامية وقواعد السياسة الشرعية أو في إطار القانون الوضعي ومبادئ القانون الدستوري.؟ بعبارة أخرى كيف يمكن التوفيق بين طبيعة التصرف السياسي التي تقتضي إطلاق يد السلطة العامة للدوران مع المصلحة العامة حيثما دارت، و بين مبدأ المشروعية الذي يقتضي الخضوع والالتزام بقواعد معطاة مسبقاً و متعارف عليها سلفاً بما يضمن حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية؟

وقد تفرع عن هذا السؤال جملة أخرى من الأسئلة الفرعية

1- هل لولي الأمر أو السلطة العامة في النظام السياسي الإسلامي اختصاصات تشريعية؟ وما هي الأسس الشرعية التي تؤسس حق السلطة العامة في التشريع؟

2- ما هي الصلاحيات التشريعية للسلطة العامة في كل من الشريعة الإسلامية و في القانون الوضعي؟

3- ما هي القواعد العامة التي تضبط صناعة القانون و ممارسة السلطة لوظيفة التشريع في المجتمع

الإسلامي ؟ وكيف تكون هذه التصرفات جزء من الشريعة إذا كانت لا تستند إلى نص خاص ؟

ثانيا- أهميته

يعد موضوع سلطة ولي الأمر في التشريع وقواعد الممارسة التشريعية من أعقد الموضوعات وأكثرها تشابكا، ونحسب أن هذا الموضوع كان ولا يزال أحد أهم الإشكالات التي لم تحرر بعد في دراسات علمية شاملة و جادة، كما كان ولا يزال أحد أهم الإشكالات التي واجهت المجتمع الإسلامي منذ وقت مبكر، ويرجع ذلك فيما تبين لنا إلى سببين:

السبب الأول: هو التحول المبكر الذي حدث في بنية السلطة السياسية في العالم الإسلامي ونعني بذلك التحول من نموذج الحكم الراشد إلى نموذج الملك العضوض، لذا نجد أغلب كتابات الفقه السياسي تتحاشى إعطاء ولي الأمر أي سلطة في التشريع، و لم تخصص هذا الموضوع بأي جهد تأصيلي.

والسبب الآخر في إغفال الدور التشريعي لولاة الأمر سيطرة الفكرة القائلة بأنه لا مشرع إلا الله، ولا حاكم إلا الله، وهي فكرة من صميم العقيدة الإسلامية و لكن غياب الوعي بمدلولها الحقيقي أسس لمفاهيم سياسية زائفة لا تعبر عن حقيقة الدور البشري المنوط بجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها في ممارسة السياسة والحكم والتشريع.

ومن هنا فقد ركزت مصنفات الفقه السياسي وكتب السياسة الشرعية في عمومها على موضوعها المفضل وهو موضوع الإمامة وطرق توليتها وعزلها، وصلاحياتها، ولكنها فيما يتعلق بصلاحياتها جاءت كلها محصورة في نطاق ما يسمى اليوم بالوظيفة التنفيذية والقضائية مع إغفال تام لأي إشارة لدور ولي الأمر في استنباط وتبني الأحكام وهو الدور الفقهي للتشريع، أو في الإلزام بها وهو المجال السياسي للتشريع. و على الرغم من أن بعض مصنفات الفقه السياسي الأولى كانت تشترط من بين شروط الولاية العامة شرط الاجتهاد، فإنها مع ذلك لم تربط أبدا بين هذا الشرط وبين أي دور مفترض لولي الأمر في التشريع وصناعة القانون في المجتمع الإسلامي. بل فضلت ربط شرط الاجتهاد بوظيفة صنع القرار السياسي، ومن الواضح الفارق بين عملية صنع القرار السياسي، وصنع القواعد التشريعية.

و تتبع أهمية هذا الموضوع كذلك من السياق التاريخي والفكري الذي يطرح فيه والذي يتميز من جهة بإقصاء الشريعة عن صناعة القانون الخاص والعام في أغلب البلاد الإسلامية والاكتفاء باعتبارها مصدرا ثانويا أو احتياطيا وهو الوضع الذي ورثته أغلب البلاد الإسلامية كتركة بغضه عن الاستعمار، إذ بعد خروجه استمرت القوانين الوضعية تحكم سائر أوجه النشاط الخاص والعام باستثناء دائرة الأحوال الشخصية. كما يتميز من جهة ثانية بالجدل الذي يملأ على المسلمين حياتهم من زمن طويل حول طبيعة النظام السياسي في الإسلام، وبيت القصيد في هذا الجدل كما هو واضح ليس السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية ولكن سلطة التشريع،

ورغم طول فترة هذا الجدل، فإن تحرير ما يعتبر من التشريع متعاليا عن المجال السياسي، وما يعتبر جزءا من المجال السياسي، في دراسات علمية شاملة محررة بقي بعيدا عن متناول أطراف هذا الجدل.

والحقيقة أن هذا الموضوع فضلا عن أهميته فهو موضوع مترامي الأطراف متشعب المسائل كثير الفروع وعلى درجة كبيرة من الأهمية؛ إذ هو بحث في قواعد التصرف السياسي للسلطة العامة في مجال التشريع، وما يستتبع ذلك من تأصيل وبيان الأسس والقيود والضوابط التي تحكم السلطة العامة في ممارسة الوظيفة التشريعية في الفقه الدستوري السياسي الإسلامي، فضلا عن أن المقارنة بالفقه الدستوري الحديث في نفس الموضوع ذات فائدة جمة، وقد استغرق مني هذا البحث ما يقرب من ست سنوات وكان يكفي تناول جزئية من جزئياته لتكون موضع رسالة علمية قائمة بذاتها ولكني رغبت في أن تتكون هذه الرسالة بهذه الصورة الجامعة - جهد استطاعتي - بما يسمح بلم شتات هذا الموضوع المبعثر في بطون الكتب وأمهات المراجع، وبما يعطي صورة متكاملة ونظرية عامة عن سلطة ولي الأمر في التشريع وقواعد الممارسة والسياسة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي .

ثالثا- أهداف البحث

يندرج هذا البحث في إطار تصور شامل حول أهمية ودور الوظيفة التشريعية في البناء الدستوري لكل دولة جادة تسعى لإرساء دولة القانون والحكم الراشد، فمما لاشك فيه فإن السلطة العامة تستطيع عن طريق الوظيفة التشريعية تسيير وإدارة الشؤون العامة بما يحفظ النظام والمصالح العامة وصناعة السياسات الراشدة التي تعود على المجتمع بالاستقرار والرفاه، غير أنه للأسف قد تسربت إلى عقول المسلمين و فكرهم وفقهم أفكار منبته تسلب السلطة العامة حق ممارسة الوظيفة التشريعية ولا ترى أمرا يستحق أن يسمى تشريعا إلا الأوامر الإلهية المنزلة ومن ثم فإن هذا البحث يهدف إلى:

1- تصحيح جملة من التصورات حول طبيعة الوظيفة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي. وعلى وجه الخصوص ذلك التصور الذي يفصل العمل التشريعي عن المجال السياسي، معتبرا أن التشريع في النظام الإسلامي قد فرغ منه.

2- تقديم مقارنة تأصيلية وطرح رؤية اجتهادية معاصرة حول ما ينبغي أن يكون عليه التنظيم الدستوري للوظيفة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي، سواء فيما يتعلق بقواعد الممارسة التشريعية أو قواعد السياسة التشريعية.

4- مقارنة ما انتهى إليه الفقه الدستوري المعاصر فيما يتعلق بقواعد الممارسة التشريعية، مع الفقه السياسي الإسلامي القديم منه والمعاصر مما يسمح بالوقوف على مواطن الأصالة والعمق فيه من جهة، ومواطن الضعف والقصور من جهة ثانية.

رابعاً- فرضيات البحث

يفترض الباحث جملة من الفرضيات يسعى من خلال هذا البحث لتأكيدھا أو نفيھا في سياق الإجابة على الإشكالية العامة للبحث:

- 1- أن وصف الشمول الذي تتصف به الشريعة الإسلامية هو شمول كليات وإحاطة وأصول وليس شمول جزئيات و تحديد و تفصيل. يؤيد ذلك المساحة الكبيرة جدا التي تركتها الشرعة للاجتهد وفق منهاجھا.
- 2- أن الشريعة قد تركت لجماعة المسلمين مساحة واسعة للتشريع فيها عن طريق أولى الأمر فيها وإن قراءة تأصيلية وتحليلية ومقارنة للتراث الفقهي والسياسي والمقاصدي كفيلة بالرد على أولئك الذين يسلبون السلطة العامة صلاحية التشريع، بناء على حجج واهية لا تصمد أمام التحقيق العلمي والاختبار الموضوعي في ضوء نصوص الشريعة و بنية التشريع ومقاصد الشرعة.
- 3- أن ولاية الأمر لا تنحصر في الإمام أو رئيس الدولة، بل تنجزاً ولاية الأمر إلى ولي الأمر التنفيذي، وولي الأمر التشريعي، وولي الأمر القضائي. (الإمام، المفتي، القاضي) وأن كل نوع من هذه الولايات كان له عبر تاريخ دور في التشريع.

خامساً- المنهج

من الواضح أن غرض هذا البحث مزدوج فهو من جهة يهدف أساساً وتفصيلاً إلى تأصيل الموضوع في إطار التصور الشرعي الإسلامي، ومن جهة أخرى فهو يهدف تبعاً لذلك وإجمالاً إلى مقارنة ذلك بما انتهى إليه الفقه القانوني والفكر السياسي الحديث.

أما بالنسبة للجانب التأصيلي فإن الباحث قد اتبع منهجاً يقوم على الاستقراء والاستنباط معاً، استقراء النصوص الشرعية واستقراء السوابق السياسية للخلافة الراشدة، واستقراء الفقه السياسي القديم والفكر السياسي الإسلامي الحديث، غير أن استقراء النصوص والسوابق التاريخية يبقى بغير معنى إذا لم تستنطق دلالات هذه النصوص والوقائع وفق قواعد الاستنباط التي قعد لها علماء الأصول مما يعطي للبحث في جانبه الشرعي الأصالة والعمق والحجية.

أما بالنسبة لجانب المقارنة فإن الباحث توسل في ذلك بالمنهج المقارن وفق خطواته المنهجية العلمية المتعارف عليها، ولا يلتزم الباحث في إطار المقارنة بقانون معين أو نظام سياسي معين وإنما يلتزم بالمقارنة بالفقه الدستوري المعاصر بصفة عامة، وعلى ذلك فإن هذا البحث كما لا يعنى بالمقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية فإنه أيضاً لا يعنى كثيراً بمقارنة النظم السياسية بعضها بعض، وإنما أجهت عنايته وتركيزه إلى وجوه المقارنة بين التشريع الإسلامي ومبادئ القانون الدستوري الحديث المتعارف عليها فيما يتعلق بموضوع البحث وإطاره.

على أنه سواء تعلق الأمر بالجانب التأصيلي أو المقارن، فإن الباحث لم يتنازل عن الروح النقدية التي تعطي للباحث شخصيته وللبحث نكهته.

الإطار الملي للدراسة المذهب السني: على الرغم من أن هذه الدراسة تأمل أو تطمح إلى أن تكون دراسة تأصيلية بالنسبة لموضوع البحث في جانبه الشرعي، فإن هذه الدراسة مع ذلك تنطلق من إطار مرجعي واضح ومحدد؛ وهو الإطار الذي يتقاسمه تيار أهل السنة والجماعة وسائر فرق المسلمين ماعدا الشيعة، والذي يرى في عمومها بغض النظر عن التفاصيل أن الإمامة من فروع الدين لا من أصوله، وأن طريق إسنادها الشورى لا النص، كما يعتقد بعصمة الأمة لا عصمة الإمام. ولا يرجع السبب في هذا الالتزام إلى التكوين العقدي والفكري للباحث فقط، وإنما هو أيضا التزام يفرضه المجال المعرفي لموضوع البحث؛ فمن المعلوم أن الشيعة يرون أن الإمامة لا تكون إلا لمعصوم، وأنها منصب ديني محض وليس منصبا سياسيا، وبالتالي فالإمام المعصوم هو المرجع في كل تشريع تحتاجه الأمة، وعليه فليس هناك وفق هذا التصور من ضرورة أو حاجة أو مجال لتحديد جهات التشريع في الدولة الإسلامية وقواعد السياسة التشريعية، ما دام التشريع يخرج وفق هذا التصور عن مجال السياسية، والمرجع فيه هو قول الإمام المعصوم وحده، وبالرغم من أن نظرية ولاية الفقيه كما هي مطبقة في جمهورية إيران، قد استطاعت أن تؤسس لسلطة ولممارسة تشريعية في دولة تتبنى في دستورها صراحة المذهب الشيعي الاثني عشري، فلا يخفى أن هذه النظرية من جهة تمثل من وجهة نظر مراجع الشيعة أنفسهم حرقا واضحا و صريحا، نظريا وعمليا لمعتقد الشيعة الاثني عشرية الذي يرى أن الإمامة لا تكون إلا بالنص، وأنها لا تكون إلا لمعصوم. كما أنها من جهة أخرى لم تستطع أن تؤسس للممارسة التشريعية في هذا النظام إلا من خلال نظرية (ولاية الفقيه) التي تجعل إمكانية ممارسة الولاية في عصر الغيبة عملا سياسيا وليس عملا دينيا، وهي من هذا الجانب تنحو إلى التسليم ولو بشكل محدود بمعتقد أهل السنة والجماعة.

ومهما يكن فإن الانطلاق من إطار مرجعي تحكمه ثوابت الكلام السياسي لأهل السنة والجماعة لم يمنعنا من المقارنة مع التصورات الفقهية الشيعية فيما يتعلق بجزئيات البحث استكمالا للصورة العامة للموضوع في جانبه الشرعي.

الإطار الفقهي للدراسة تأصيلي مقارن بين المذاهب الفقهية: على الرغم من أن التكوين الفقهي للباحث هو الفقه المالكي، فإن ضرورة تقديم دراسة تأصيلية عن قواعد الممارسة التشريعية في النظام الإسلامي تفرض على الباحث عدم الارتكان لتكوينه المذهبي، لعدة أسباب فمن جهة فإن البعد التأصيلي للدراسة يقتضي التحرر مبدئيا من الالتزام المذهبي، ومن جهة ثانية فإن مجال الدراسة في هذا البحث هو النظام الإسلامي مما يعني ضرورة التعرض للفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه، والبحث عن القواسم التي تشكل ثوابت النظام الإسلامي عند مجموع الفقهاء أو جمهورهم، بينما الاقتصار على مذهب بعينه يجعل البحث ومن ثم النظام الإسلامي منصبغا برؤية مذهبية محدودة، على أن هذا المنهج اصطدم عمليا بعقبتين: الأولى تتعلق بالمسائل الاجتهادية التي اختلفت فيها أقوال الفقهاء اختلافا واسعا، وهنا لا يجد الباحث بدا من ترجيح الرأي الفقهي

الذي يراه أقرب وفق قواعد الترجيح المقررة في فن الأصول. والثانية المسائل المستجدة التي لا نجد للفقهاء الأوائل كلام فيها وهنا لا يجد الباحث بدا من التأصيل لهذه المسائل رأسا من نصوص الشريعة وأصولها وفق سقف المعرفة الشرعية المتاح له، مؤثرا خيار المقاربة الاجتهادية مع احتمال الخطأ، على الخيار السائد عند كثير من الدارسين أعني السكوت عما لم يقله الفقيه.

سادسا- مصادر البحث

ولما كان غرض هذه الدراسة الأول تأصيل موضوع سياسة التشريع وقواعد صناعة القانون في الفقه الدستوري الإسلامي فقد صنفنا أهم المصادر في موضوعنا إلى مصادر قديمة ومصادر حديثة.

أما المصادر القديمة وهي ذات قيمة نسبية ومحدودة ومتفاوتة فيما بينها بالنسبة لموضوعنا وهو كيفية ممارسة السلطة العامة للوظيفة التشريعية، لذلك فإننا سنقتصر على سرد وتحليل أهم المصادر التي نرجو فيها الإفادة في هذا الموضوع، ونعني بذلك كتب السياسة الشرعية، ومصنفات الفقه العام وما يلحق بها.

1- أما كتب السياسة الشرعية فهي مصادر وثيقة الصلة بموضوعنا، الذي يفترض أن مكانه الطبيعي هو مباحث هذه الكتب، غير أنه على الرغم من أن الفقهاء قد صنفوا عددا معتبرا من المؤلفات في السياسة الشرعية و الأحكام السلطانية إلا أن هذه المصنفات لا نكاد نجد فيها حضورا كبيرا لموضوع التشريع، بصفة عامة وموضوع سلطة ولي الأمر في التشريع بصفة خاصة، نعم لقد اهتم المسلمون قديما بالسياسة والحكم، وتركوا في ذلك مدونات مختلفة المشارب والمناهج والرؤية، ولكنها في أغلبها لا تخرج عن موضوعها المفضل وأعني الإمامة والسلطة التنفيذية بصفة عامة ونحن إذا أردنا أن نصنف هذه المدونات فإننا يمكن حصرها بالاستقراء في ثلاث أنواع من المصنفات:

أ - مصنفات الأحكام السلطانية وهي مصنفات اختارت التعرض لنظم السياسة والحكم من منظور فقهي ومن زاوية شرعية ولغاية محددة وهي بيان الأحكام الشرعية التي تحكم المجال السياسي، ولهذا يمكن أن نسمي هذه المصنفات بكتب فقه السياسة والحكم، وهي في الغالب لا تقتصر على مجال الأحكام الدستورية بل تتناول أيضا ما يدخل في القانون الإداري، والحقيقة أن تدشين الكلام في فقه السياسة والحكم رأسا وكموضوع مستقل جاء متأخرا نسبيا عن سائر أبواب الفقه إذ لم يبدأ التأليف فيها رأسا إلا في القرن الرابع الهجري، أما قبل ذلك فقد كانت الأحكام المتعلقة بأبواب السياسة الشرعية موزعة على أكثر من باب من أبواب الفقه العام كأبواب الجهاد والبعي والخروج والقضاء والحدود والتعزير والحسبة والخراج وإحياء الموات.

ومع أن بعض موضوعات السياسة الشرعية قد تم إفراد التأليف فيها بصورة مستقلة مبكرا مثل أحكام السير والعلاقات الدولية التي صنف فيها محمد بن الحسن الشيباني (ت 189هـ)، كتابيه السير الكبير، والسير الصغير، وأحكام الأموال والسياسة المالية التي تم أيضا التصنيف فيها مبكرا وأول كتاب في ذلك كتاب الخراج

لأبي يوسف (ت 182هـ)، ثم كتاب الخراج ليحيى بن آدم القرشي (ت 203هـ)، وكتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام (ت 224هـ).

إلا أن التصنيف في فقه السياسة بصورة شاملة بدأ بعد ذلك بقرنين حيث صار من المسلم به أن أول الكلام في السياسة الشرعية وفقه الأحكام الدستورية بصفة جامعة لم يبدأ إلا مع القرن الخامس الهجري على يد أبو الحسن الماوردي (ت 450هـ)، في كتابه الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ثم تلاه كتاب الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء (ت 458هـ)، وكتاب غياث الأمم في التياث الظلم لإمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك الجويني، وكتاب السياسة الشرعية لابن تيمية (ت 728هـ)، وكتاب تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام لابن جماعة (ت 733هـ). وإن الدافع البين للإمام الماوردي في تدشين الكلام في أبواب السياسة الشرعية بصفة جامعة هو ذلك التداخل الذي لاحظته للأحكام السلطانية بسائر أحكام الشريعة و تعلقه بجميع أبوابها في كتب الفقه العامة مما يجعل من الصعب على ولاة الأمور الإحاطة بها، وهو ما بينه بقوله: "ولما كانت الأحكام السلطانية بولاة الأمور أحق، وكان امتزاجها بجميع الأحكام يقطعهم عن تصفحها مع تشاغلهم بالسياسة والتدبير، أفردت لها كتابا امتثلت فيه أمر من أمت طاعته؛ ليعلم مذاهب الفقهاء فيما له منها فيستوفيه، وما عليه منها فيوفيه، توخيا للعدل في تنفيذه وقضائه"⁽¹⁾.

وقيمة هذه المصنفات بالنسبة لموضوعنا محدودة ومتفاوتة من مصنف لآخر؛ أما أنها محدودة؛ فلأنها كلها بلا استثناء قد ركزت على موضوعها المفضل؛ أعني موضوع الإمامة وصلاحياتها التنفيذية والقضائية، ولم تخص الصلاحيات التشريعية للإمام بأي جهد نظيري أو تأصيلي، وعلى الرغم من أن المصنفات الأولى كانت تشترط بلوغ رتبة الاجتهاد من بين شروط الإمامة، إلا أنها مع ذلك لم تربط أبدا بين هذا الشرط وبين أي دور تشريعي مفترض للإمام، بل فضلت ربط هذا الشرط بوظيفة صنع القرار السياسي وليس صنع القوانين الشرعية، كما تبرز محدودية هذه المصنفات بالنسبة لموضوعنا أنه يغيب فيها الحديث عن الشورى (وهو المبدأ القرآني الأصيل) كما يغيب فيها الحديث عن تنظيم الشورى كآلية سياسية ومؤسسة تشريعية، وكأن النظام السياسي الإسلامي لا يعرف من المؤسسات إلا مؤسسة واحدة وهي مؤسسة الإمامة، إلا أنه مع ذلك يجب القول أن الفائدة من هذه المصنفات ليست معدومة تماما، حيث نجدها تشير عرضا لبعض الأدوار التشريعية المسندة لولي الأمر، خاصة فيما يتعلق بالتصرفات المالية والعقابية، وهي من هذا الجانب تقدم لنا مادة صالحة لتأصيل القول وتفصيله في موضوعات هذا البحث. أما أنها متفاوتة من حيث القيمة العلمية فلأنها في جلها كانت في خطابها الفقهي رهينة الواقع السياسي الذي فرضه التحول المبكر من نموذج الحكم الراشد إلى نموذج الملك العضوض، وهو الارتكان الذي أدى بها إلى شرعنة أحكام هذا الواقع (كالقول بشرعية العهد، وشرعية المتغلب، الشورى المندوبة..) ومع ذلك نجد مصنفات قليلة قد غردت خارج السرب وخطت لنفسها نوحا تأصيليا ظاهرا كما هو الحال مثلا بالنسبة لكتاب السياسة الشرعية لابن تيمية.

1- أبو الحسن الماوردي، الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989، ص 01.

ب - مصنفات الأخلاق السياسية أو الآداب السياسية وهي مصنفات اختارت التعرض للسياسة من منظور أخلاقي ومن زاوية و لغاية محددة وهي بيان أخلاق الولاية وخصال الملك وما ينبغي من الفضائل لمن يخوضون المجال السياسي، وقد اهتم المسلمون بالسياسة من زاوية أخلاقية تقريبا في نفس الوقت الذي التفتوا فيه للتأليف فيها من زاوية فقهية قانونية، حيث نجد الإمام الماوردي (ت 450هـ) وهو أول من دشن القول في السياسة من زاوية فقهية بصورة جامعة قد عاد فألف فيها من زاوية أخلاقية خاصة في كتابه " نصيحة الملوك"، و" تسهيل النظر وتعجيل الظفر" وبدرجة أقل في كتابه " أدب الدنيا والدين"، ومن هذه المصنفات كتاب أبو عمرو الجاحظ (ت 255هـ) وهو سابق على الماوردي "التاج في أخلاق الملوك"، وكتاب أبو حامد الغزالي(ت 505هـ) "التبر المسبوك في نصيحة الملوك"، وكتاب "سراج الملوك في نصيحة الملوك" لأبي بكر الطرطوشي (ت 520 هـ)، وكتاب نجم الدين الطرسوسي(ت 758هـ) "تحفة الترك فيما يجب أن يعمل في الملك"، وكتاب بدائع السلك في طبائع الملك، لابن الأزرق (ت 896هـ).

و قيمة هذه المصنفات بالنسبة لموضوعنا تكاد تكون معدومة باستثناء تناول بعض هذه المصادر لموضوع الشورى والاستشارة، ومع ذلك فإن هذا التناول جاء من زاوية أخلاقية كفضيلة من فضائل الملك، وخلق من أخلاق رجال الدولة، ولم يأتي تناوله كمبدأ دستوري يحكم تنظيم وإدارة المجال السياسي عموما والتشريعي على وجه الخصوص.

ج - مصنفات الفلسفة السياسية أو الفكر السياسي وهذا النوع من المصنفات اختارت التعرض للحكم والسياسة من منظور مثالي من زاوية فلسفية بحتة وهي في معظمها مستلبة للفلسفة اليونانية والغرض منها بناء تصور نظري عن الدولة العادلة والمدينة الفاضلة، ومن هذه الكتب كتاب السياسة للفارابي(ت 339هـ) وكتاب المدينة الفاضلة للفارابي أيضا، ومجموع في السياسة لابن سينا (ت 428هـ) والضروري في السياسة لابن رشد الحفيد(ت 595هـ)، على أن بعض المصنفات قد خرجت من التيار العام وغردت خارج السرب وتناولت مشكلات الحكم والدولة من منظور الاجتماع السياسي، ونعني بذلك طبعا العلامة ابن خلدون (ت 808هـ) في مقدمته الشهيرة، الذي تعامل مع الظاهرة السياسية على أنها في أصلها ظاهرة موضوعية تجري على قوانين طبيعية أو قل سنن إلهية مطردة. فقد تنبه عمدة المؤرخين رحمه الله إلى هذا فحاول صياغة جملة من القوانين المتحكمة في الفعل السياسي، ورفع الوعي بالسياسة إلى مستوى الوعي العلمي الموضوعي، مستثمرا في ذلك معرفته الشرعية العميقة ورؤيته السننية لفلسفة التاريخ والاجتماع، فابن خلدون كان يمثل بحق قمة ما وصل إليه العقل المسلم في الاجتماع وهو التسليم العقلي والروحي بالتناغم بين الإرادة الإلهية والقانون الطبيعي.

2- أما مصنفات الفقه العام كالمختصرات وشروحها وكتب القواعد في كل مذهب من المذاهب الفقهية، فهي وإن كانت تحتزن مادة مهمة بالنسبة لموضوع بحثنا غير أن هذا المادة تبقى مادة خام، غير منسقة وغير مرتبة في باب واحد أو حتى على شكل قواعد فقهية محددة بل نجدها موزعة على أبواب كثيرة من أبواب

الفقه، كأبواب الحدود والتعازير بالنسبة لسلطات التشريع العقابي وكأبواب الإقطاع والإفراق مثلا بالنسبة لسلطات التشريع المالي،... وفضلا عن ذلك فإن هذه المصادر بالرغم من الجهد الكبير الذي بذله فقهاء كل مذهب في تحرير وتقرير أحكام كل مذهب، من خلال المختصرات التي ظهرت في فترة متأخرة والتي تعكس الواقع الفقهي والإفتائي لكل مذهب، كمختصر خليل لخليل بن اسحاق (ت 776هـ) وشروحه في الفقه المالكي، وحاشية ابن عابدين (ت 1252هـ) في الفقه الحنفي، ومختصر المحرر للرافعي (ت 623هـ) وشروحه في الفقه الشافعي، ومختصر الخرقني (ت 334هـ) وشروحه في الفقه الحنبلي، فإن هذه المختصرات وشروحها لا تتجاوز تقرير أصل تفويض بعض المسائل المتعلقة بالشأن العام لرأي الإمام أو أولي الأمر، وتقف عند هذا الحد دون أن تبين القواعد الشكلية والموضوعية التي تحكم تداول الرأي وإصداره بالنسبة لهذه المسائل.

أما المصادر الحديثة وهي أيضا مصادر متنوعة ومتعددة المشارب والمذاهب على أننا يمكن نصنفها في قسمين كبيرين مصادر ذات طابع شرعي أو مقارن ومصادر ذات طابع فكري دعوي

المؤلفات الشرعية والمقارنة، وهذه الكتب كثيرة ومتنوعة ومتفاوتة القيمة العلمية، بعضها دراسات شرعية محضة وبعضها دراسات مقارنة بين الشريعة والقانون، وميزة هذه المؤلفات أنها تركز على بيان الأحكام والقواعد الدستورية التي تحكم نظام الحكم في الإسلام، ومن ذلك على سبيل المثال كتاب الخلافة. وهو رسالة دكتوراه قدمها عبد الرزاق السنهوري بكلية الحقوق جامعة ليون عام 1926 و نشرت تحت عنوان فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبية أمم شرقية. وكتاب الخلافة لمحمد رشيد رضا، وكتاب مبادئ نظام الحكم في الإسلام لعبد الحميد متولي، وكتاب الدولة القانونية و النظام السياسي الإسلامي وهو رسالة دكتوراه قدمها منير حميد البياتي لكلية الحقوق، بجامعة القاهرة. عام 1978. وكتاب النظرية الإسلامية في الدولة دراسة مقارنة وهو أيضا رسالة دكتوراه قدمها حازم عبد المتعال الصعيدي لكلية الحقوق جامعة القاهرة. صدرت الطبعة الأولى منها عن دار النهضة العربية بالقاهرة عام 1979. وكتاب قواعد نظام الحكم في الإسلام وهو رسالة دكتوراه قدمها محمود الخالدي لكلية الشريعة و القانون بجامعة الأزهر. نشرت في الجزائر عام 1991. وكتاب نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي - الحياة الدستورية- لظافر القاسمي، وكتاب الدولة في ميزان الشريعة لماجد راغب الحلو وقد صدرت طبعته الأولى عن ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية سنة 1996، وكتاب مبادئ نظام الحكم في الإسلام لفؤاد محمد النادي، بالإضافة إلى عدد آخر كثير من المؤلفات في نظام الحكم والنظام السياسي، وما يمكن قوله بصفة عامة بالنسبة لهذا الصنف يتلخص في ملاحظتين: الملاحظة الأولى أن البعض من هذه المؤلفات حاولت فعلا أن تقدم صورة معاصرة لنظام الحكم في الإسلام من خلال مقارنته أو مقارنته مع نظم الحكم المعاصرة، وهذا الصنف كان بالنسبة لنا ذا فائدة جمة وكانت له الأولوية في مصادر هذا البحث. بينما بعضها الآخر بقي للأسف أسيرا للتاريخ و رهينا للصورة التاريخية النمطية لنظام الحكم الثاوية في كتب التراث ومصنفات السياسة الشرعية الأولى، وهي لذلك لم تزد على اجترار وتكرار ما قاله الفقهاء قديما، دون أن تضيف جديدا يذكر، ومن ثم لم تكن لها في مصادر هذا البحث إلا أهمية ثانوية. أما الملاحظة الثانية وهي

تتعلق بموضوع بحثنا وهو سلطة ولي الأمر في التشريع، فإن الغالب على هذه المؤلفات هو التوسع في بيان الأحكام التي تتعلق بالسلطة التنفيذية والقضائية، وهي الأحكام التي تزخر بها المصنفات القديمة، والاختصار الشديد أو المخل بالنسبة للأحكام التي تتعلق بالسلطة التشريعية⁽¹⁾، وهي الأحكام التي سكت عنها فقهاء السياسة الشرعية قديماً، حتى يبدو كأن الباحث المعاصر لا يملك أو لا يجزؤ أن يخوض فيما لم يقله الفقيه، ولذلك فإن من صعوبات البحث كما سيأتي أن الباحث فيما عدا المسائل التي فكر فيها القدماء لم يجد في هذه المصادر غنى بالنسبة لموضع بحثه فيما يتعلق بالمسائل التي بقيت خارج المفكر فيه.

- كتب الفكر السياسي: بعد صدور كتاب الإسلام وأصول الحكم لعلي عبد الرزاق سنة 1924 ألفت العديد من الكتب في الفكر السياسي الإسلامي، وميزة هذه المؤلفات أنها ذات طابع فكري سجالي تهدف أساساً إلى دحض أطروحة علي عبد الرزاق والعلمانيين من بعده حول طبيعة نظام الحكم في الإسلام، وطبيعة الدولة في الإسلام هل هي دولة مدنية أو دولة دينية، وطبيعة وموقع السياسة في الإسلام هل هي شرعية أو علمانية، ومن ثم فهي لا تعنى كثيراً بتفصيل الأحكام الدستورية التي تحكم السلطات العامة في الدولة الإسلامية إلا عرضاً وتبعاً، ومن ذلك كتاب نقد الإسلام وأصول الحكم لمحمد الحضر حسين، وكتاب نقد علمي على كتاب الإسلام وأصول الحكم لمحمد الطاهر بن عاشور الصادر عن المطبعة السلفية سنة 1924، و كتاب حقيقة الإسلام وأصول الحكم لمحمد بنحيت المطيعي، الصادر أيضاً عن المطبعة السلفية سنة 1344هـ، وكتاب النظريات السياسية في الإسلام لضياء الدين الرئيس، وكتاب الدين والسياسة وكذلك كتاب السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، وغيرهما ليوسف القرضاوي قد استفدت من هذا الكتاب الأخير في بعض موضوعاته ما تيسر لي، ومنها كتابي نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور، والحكومة الإسلامية وغيرهما للشيخ أبي الأعلى المودودي. وكتاب السياسة والحكم لحسن الترابي وغير ذلك كثير، وهذه المؤلفات اكتفت بالطرح الفكري العام لمبادئ النظام السياسي في الإسلام انطلاقاً من النصوص الشرعية العامة، كما يغلب عليها طابع السجال ومطارحة خصوم النظام الإسلامي، ولذلك تجد فيها عموماً حماسة الداعية ودفاع المحامي أكثر من تحقيق العالم ومنهجية الفقيه، ولهذا فهي لم تشكل مصدراً مباشراً لهذا البحث ومع ذلك فهي لا تعدم فائدة بالنسبة لرد مقالات خصوم النظام الإسلامي. و فيما يتعلق بموضوع سلطة ولي الأمر في التشريع فإن هذا الموضوع ترك مكانه لموضوع الحاكمية الذي تدندن حوله أغلب هذه المؤلفات في غالبيتها.

سابعا- صعوبات البحث

على الرغم من ثراء المكتبة الإسلامية القديمة والمعاصرة بالمؤلفات التي تتناول النظام السياسي الإسلامي أو جانباً منه، فإن الباحث قد اصطدم بصعوبات جمة في تحرير موضوع بحثه نجملها في العناصر التالية:

1- ينظر على سبيل المثال: عبد العزيز الحياط: النظام السياسي في الإسلام، دار السلام، ط 1، 1999. حيث أفرد للسلطة التنفيذية 80 صفحة (151-230) بينما تناول السلطة التشريعية في 10 صفحات (233-243).

1- لعل أول وأبرز صعوبات هذا البحث هو ندرة المراجع والمصادر التي كتبت في هذا الموضوع استقلالا، فضلا عن بعض إشكالات هذا الموضوع التي هي من النوازل الجديدة في الفقه الدستوري التي لم يكن الفقهاء الأوائل كلام فيها، ومما زاد في صعوبة هذا الموضوع أن أشقائه ومسائله ومباحثه مبعثرة على التحوم بين عدة حقول معرفية ويحتاج درسه المعمق إلى الإمام بل الرسوخ في عدة علوم كالفقه والفقه المقارن وعلم الأصول والمقاصد وعلم السياسة الشرعية والقانون الدستوري، والنظم السياسية المقارنة، ولا بد للوفاء بهذا الموضوع من الرجوع إلى جميع هذه العلوم واستثمار معارفها في سواء في التأصيل أو المقارنة، وتلك ضريبة التخصص في الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون، فضلا عن هذه العلوم فإن هذا الموضوع يحتاج إلى الإمام ولو بصورة عامة ببعض الموضوعات في تاريخ الفكر السياسي والفلسفة السياسية وتاريخ التشريع الإسلامي والنظم الإسلامية.

2- ومن صعوبات البحث أيضا ما يتعلق بطبيعة مصادر البحث وخاصة مصنفات الفقه السياسي القديم. فعلى الرغم من القيمة العلمية الجليلة التي لا تنكر لهذه المصنفات فإن كثيرا من الفقهاء المعاصرين قد لاحظوا أن الفقه الدستوري أو فقه الدولة، أو فقه السياسة الشرعية لم ينل من العناية والاهتمام والتأصيل أو التقعيد مثل ما كان لفقه العبادات والمعاملات حتى بلغ الأمر ببعض علماء القانون أن يصف القانون الدستوري الإسلامي والفقه العام بصفة عامة بأنه لا يزال في طور الطفولة (1)، وعلق عليه البعض بقوله: "لا يزال ذلك الطفل في المهد يجبو لا يكاد ينهض حتى يكبو" (2). فمن جهة نجد هناك فصلا للمجال التشريعي عن المجال السياسي، وعلى الرغم من أن الأحكام السياسية في طبيعتها أحكام مقاصدية، تدور مع المصلحة وجودا وعدما، والسياسة في التداول الشرعي ليست أكثر من رعاية المصلحة، غير أن كتب الفقهاء في الفقه السياسي في عمومها لم تستطع التفريق بين الأحكام الدستورية الثابتة وهي مبادئ عامة ملزمة للناس ليوم القيامة وبين الأحكام السياسية وصور تطبيقاتها التاريخية التي هي تجسيد لهذه المبادئ وهي بطبيعتها محكومة بالظرف الزماني والمكاني وسقف المعرفة المتاح في ذلك الوقت (3).

3- ومن جهة أخرى نجد أن هذه المصنفات تتميز بالنسبة لموضوع بحثنا بفقر شديد فهي لا تكاد تأتي على ذكر وظيفة التشريع كوظيفة من وظائف الدولة، فضلا عن التعرض لدور الخليفة أو ولي الأمر في التشريع، و من المعلوم أن عدم تناول ظاهرة معينة معرفيا في مرحلة تاريخية معينة ليس دليلا قاطعا على عدم وجود تلك الظاهرة في تلك المرحلة التاريخية، كما سيتبين لنا لاحقا رغم سيطرة الوهم بخلاف ذلك، إن عدم إدراك ظاهرة ما لا يعني أبدا عدم وجودها، بل كل ما يعنيه هو إفلات تلك الظاهرة من سلطات الوعي ومرآة الإدراك، ومن

1- ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرقية، ترجمة نادية السنهوري، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1989، ص: 21.

2- ينظر: عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4، 2008، ص: 24.

3- حول أوجه قصور الفقه السياسي القديم ينظر الدراسة القيمة ل: أماني صالح: الشرعية بين فقه الخلافة وواقعها، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط1، 2006، 1/ 49-56.

ثم فمن المؤكد إن إغفال مصنفات الفقه السياسي التعرض لمسألة التشريع ودور ولي الأمر في صناعة القانون رغم ما كانت تزخر به كتب الفقه العامة من المسائل الكثيرة التي تناط فيها وظيفية التشريع بولي الأمر، ليس إلا دليلا على غياب الوعي المعرفي والنظري بهذا الدور، لا على غياب هذا الدور حقيقة على أرض الواقع. ونحسب أن غياب هذا الوعي يرجع لخصوصية المفهوم الإسلامي للتشريع الذي يرى أن مصدر الأحكام الشرعية والشارع الوحيد هو الله سبحانه وتعالى فهو واضع الأحكام الشرعية ابتداء، وأن التشريع اختصاص إلهي محض لا يشاركه فيه أحد. كما يرجع للتحوّل المبكر من نموذج الحكم الراشد إلى نموذج الملك العضوض.

ونحن برغم تسليمتنا بالمفهوم العام للتشريع الإسلامي، إلا أننا ننتقل في بحثنا هذا من حقيقة كان ينبغي أن تستوقف مصنفات الفقه السياسي طويلا حتى تتسنى الإحاطة بالصورة الكاملة لمفهوم التشريع، وبالتالي تجاوز العائق المعرفي الذي حال بينهم وبين تناول الوظيفة التشريعية كوظيفة من وظائف الدولة، وتمثل هذه الحقيقة في بنية التشريع الإسلامي ذاته، هذه البنية التي تشهد أن التشريع الإسلامي ليس مستوى واحد بل هناك عدة مستويات للتشريع كما سيأتي، كل هذه المستويات تشترك في طلب حكم الله عز وجل ولكنها تتفاوت فيما بينها تفاوتاً بينا في الدلالة على حكم الله.

3- من الصعوبات الشديدة التي واجهت الباحث أيضا تصنيف التصرفات السياسية للخلفاء الراشدين بين ما يعتبر تشريعا دستوريا وما يعتبر تشريعا عاديا وما يعتبر تشريعا فرعيا وما يعتبر قرارا سياسيا أو إداريا. إذ تفتقد المكتبة الإسلامية للأسف الشديد لمثل هذه الأعمال، وعلى الرغم من أن العمل الجليل للدكتور محمد حميد الله "الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة" (1) قد استقصى جزءا كبيرا من هذه الوثائق فإنه مع ذلك يبقى عملا تجميعيا، و ليس تصنيفا قانونيا.

ثامنا - تقسيم البحث

وقد جاء هذا البحث في مقدمة وفصل تمهيدي و ثلاثة أبواب وخاتمة مقدمة تحدثت فيها عن أهمية الموضوع ، وسبب اختياره ، والصعوبات التي تعرضت لها في البحث، والمنهج المتبع فيه.

الفصل التمهيدي عرضت فيه لمفهوم التشريع في التداول الشرعي والقانوني وقد جاء في مبحثين:

المبحث الأول: الشريعة والقانون ووجه الحاجة إليهما

المبحث الثاني: التشريع كوظيفة من وظائف النظام السياسي الإسلامي

أما الباب الأول فقد جاء بعنوان تأسيس وتأسيس سلطة ولي الأمر في التشريع، وقد جاء هذا الباب في ثلاثة فصول:

1- محمد حميد الله: الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، دار النفائس بيروت، ط5، 1985 .

الفصل الأول تعرضت فيه لمسألة السيادة والحاكمية كأساس لسلطة التشريع في النظامين الإسلامي والنظم المعاصرة. وقد جاء في مبحثين:

المبحث الأول: نظرية السيادة كأساس للحق في التشريع في القانون الوضعي

المبحث الثاني: نظرية الحاكمية كأساس للحق في التشريع في الفقه الإسلامي

والفصل الثاني عرضت فيه للتأصيل الشرعي لحق السلطة العامة في المجال التشريعي في النظام السياسي الإسلامي. وقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: التأصيل الشرعي لمفهوم الولاية العامة وضرورتها

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لسلطة ولي الأمر في مجال التشريع

أما الفصل الثالث فقد عرضت فيه لقواعد تكوين السلطات العامة في النظم المعاصرة وفي النظام السياسي الإسلامي. وقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: مبدأ الفصل بين السلطات

المبحث الثاني: قواعد تكوين السلطات العامة

أما الباب الثاني فقد جاء بعنوان قواعد الممارسة التشريعية عرضت فيه بالدراسة التأصيلية والمقارنة للقواعد التي تحكم شكلا الممارسة التشريعية وقد جاء هذا الباب في فصلين:

أما الفصل الأول فقد عرضت فيه بالدراسة لقواعد الاختصاص التشريعي في كل من النظم المعاصرة والنظام الإسلامي. وقد جاء هذا الفصل في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: الاختصاص التشريعي لمصدر السيادة

المبحث الثاني: الاختصاص العضوي أو جهات الاختصاص التشريعي

المبحث الثالث: الاختصاص الموضوعي أو مجالات الاختصاص التشريعي

أما الفصل الثاني فقد عرضت فيه للقواعد الشكلية التي تحكم صناعة القانون في المجتمع المسلم والنظم المعاصرة. وقد جاء في ثلاثة مباحث: المبحث الأول: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع

المبحث الثاني: شروط المداولة و التصويت

المبحث الثالث: قيود جهة الاعتراض و الإصدار

أما الباب الثالث فقد جاء بعنوان قواعد السياسة التشريعية عرضت فيه بالدراسة التأصيلية والمقارنة للقواعد التي تحكم موضوعا السياسة التشريعية وقد جاء هذا الباب في فصلين:

أما الفصل الأول فقد جاء بعنوان المحل وقواعد المشروعية، وقد عرضت فيه لقواعد المشروعية وما يتعلق بركن المحل والآثار القانونية المترتبة عن مخالفة النص الشرعي. وقد جاء هذا الفصل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مبدأ المشروعية بين النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة

المبحث الثاني: الشرعية الدستورية بين النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة.

المبحث الثالث: القيود الواردة على محل التشريع

أما الفصل الثاني فقد جاء بعنوان السبب وقواعد الملاءمة، وقد عرضت فيه لقواعد الملاءمة وما يتعلق بركن السبب وفحص الأغراض والبواعث التشريعية. وقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: المصلحة العامة كسبب أو باعث على التشريع

المبحث الثاني: الانحراف التشريعي عن المصلحة العامة والرقابة عليه

خاتمة أوردت فيها أهم النتائج التي توصل إليها البحث والتوصيات.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

فصل تمهيدي

التشريع بين الاجتهاد الفقهي

و التصرف السياسي

يمثل التصرف التشريعي أحد أهم التصرفات السياسية التي تنهض بها السلطة العامة، لتدبير الشأن العام ورعاية المصالح العامة، ولما كان غرض هذا البحث تأصيل القول في سلطة ولي الأمر في التشريع، وتحرير القول في قواعد الممارسة والسياسة التشريعية في النظام الإسلامي، كان من الضروري البدء أولاً بتحديد المفاهيم المفتاحية التي نشغل بها في هذا البحث، من خلال تحديد المقصود بالتشريع كتصرف سياسي في مجال التداول الشرعي.

فإني أحسب أن الجدل الذي ثار ولا يزال يثور حول مصدر السلطة التشريعية، وصلاحيات التشريع في النظام السياسي الإسلامي، بين النفي والإثبات، يرجع من جهة إلى عدم ضبط مفهوم التشريع في مجال التداول الشرعي ضبطاً دقيقاً، كما يرجع من جهة أخرى إلى اللبس الحاصل بسبب الاشتراك اللفظي بين مدلوله في الاصطلاح الشرعي ومدلوله في الاصطلاح القانوني.

ومن ثم فإن البحث في قواعد الممارسة التشريعية والسياسة التشريعية في النظام السياسي الإسلامي من جهة، وفي النظم السياسية المعاصرة من جهة أخرى، وسلامة المقارنة بينهما، يتوقف بشكل كبير على تحديد وتأسيس المفاهيم التي نشغل بها في تناول هذا الموضوع.

فإنه كثيراً ما يمتد البحث بالباحث في دراسة موضوع ما، ثم لا يصل إلى نتائج علمية سليمة ودقيقة، تعبر عن قيمة البحث والجهد المبذول فيه، وإنما يكون ذلك بسبب فقد شرط من أهم الشروط المقررة في علم مناهج البحث، وهو الانطلاق من تحرير موضوع البحث، وتحديد المصطلحات الأساسية فيه تحديداً دقيقاً، فإن الألفاظ حمالة أوجه، ولها في كل حقل من حقول المعرفة مدلول، والخلط بينها - خاصة في الدراسات المقارنة - له أثره الذي لا يتخلف على مصداقية البحث؛ من حيث السلامة المنهجية، والدقة العلمية، والنتائج الموضوعية. وحتى لا نتورط في هذا العيب فسوف نخصص هذا الفصل لتحرير القول وتأسيس النظر في مفهوم التشريع.

ولما كان مفهوم التشريع في النظام السياسي الإسلامي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمصطلح الشريعة، مما يجعل من العسير الفصل بينهما، حيث يسبق إلى وهم البعض أنه ما دامت الشريعة منزلة من عند الله، فإن ذلك يعني بالضرورة أن المجتمع الإسلامي ونظامه السياسي لا يعرف الوظيفة التشريعية؛ فالتشريع منزل وقد فُرع منه، ولا حاجة لمن ينهض بهذه الوظيفة في المجتمع الإسلامي، ومن ثم فقد اقتضى العرض المنهجي تحديد المقصود بالتشريع في التداول الشرعي والقانوني، بالشريعة، ثم تحديد المقصود بالتشريع كوظيفة من وظائف النظام السياسي الإسلامي. وعلى ذلك فقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: التشريع في التداول الشرعي والاصطلاح القانوني

المبحث الثاني: التشريع كوظيفة من وظائف النظام السياسي الإسلامي

المبحث الأول: التشريع في التداول الشرعي والاصطلاح القانوني

يرتبط مفهوم التشريع في مجال التداول الشرعي بمفهوم الشريعة ارتباطا وثيقا، ليس فقط من ناحية الاشتقاق اللغوي، ولكن أيضا من حيث الدلالات الشرعية والفقهية، مما يجعل من العسير جدا على أي باحث في الدراسات الشرعية والقانونية المقارنة أن يقف على معنى التشريع في مجال التداول الشرعي والفقهية دون التعرض لمصطلح الشريعة والمصطلحات المقاربة له والتي كثيرا ما تستعمل كمترادفات، ينوب أحدها عن الآخر.

ولما كان لفظ الشريعة له ارتباط وثيق بمصطلح التشريع مفهوما و وظيفة و ولاية، ولما كان البعض من أهل العلم يرى ضرورة التمييز بين الشريعة و الفقه والتشريع، بينما يرى البعض الآخر أنه لا ضرورة لهذا التمييز، وكان لكل رأي أثره في تحديد مفهوم التشريع في النظام السياسي الإسلامي، فقد آثرت قبل التعرض لمفهوم التشريع كوظيفة من وظائف النظام السياسي الإسلامي التعرض لمدلول الشريعة والشرعة الذين ورد بهما التنزيل، وبيان وجه الحاجة إلى الشريعة والقانون سواء في الفكر السياسي الوضعي أو في الفقه السياسي الإسلامي، ومن ثم فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: التشريع في الاصطلاح القانوني

المطلب الثاني: التشريع في التداول الشرعي والفقهية

المطلب الأول: التشريع في الاصطلاح القانوني

لم يكن لفظ التشريع متداولاً بكثرة في عبارات الفقهاء القدامى، إذ درج الفقهاء على استعمال مصطلحات أخرى مثل الشرع و الشريعة والشريعة والأحكام الشرعية، وهي الألفاظ التي درج الفقهاء منذ عصور الإسلام الأولى على استعمالها بنفس الدلالة من غير تمييز بينها، بل حتى المعاصرين استمروا بعد شيوع لفظ التشريع بفعل تداوله في القانون في استعمال لفظي الشريعة والتشريع مترادفين، فيطلقون لفظ التشريع الإسلامي بحارة لفقهاء القانون ويريدون الشريعة الإسلامية. ولم يظهر التمييز بينهما إلا عند عدد محدود جداً من أهل الفكر.

فلما دخل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي المعاصر، أحدث نوعاً من الارتباك في تحديد المقصود به، بفعل الإيحاءات التي رافقت تداول لفظ التشريع في النظم القانونية الوضعية، وأخذ يطرح العديد من الإشكالات على أهل الفكر والفقه فيما يتعلق بالتشريع وصناعة القانون في المجتمع الإسلامي خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار ثلاث حقائق بالغة الأهمية:

- فمن جهة نجد أن الشريعة الإسلامية وإن كانت كدين محيطاً بجميع أفعال المكلفين نصاً أو دلالة، فإن أحكامها ليست كلها ذات طبيعة قانونية، بل إن الأحكام التي تمثل النظام القانوني للشريعة ليست إلا جزءاً يسيراً من الشريعة .

- و من جهة ثانية نجد أن الشريعة الإسلامية وإن كانت محيطاً بأفعال المكلفين، فإنها لم تفصل الأحكام تفصيلاً خاصة فيما يتعلق بمجال إدارة الشأن العام، بل اكتفت في غالب الأحوال بمبادئ مجملة وقواعد كلية وأصول عامة.

- ومن جهة ثالثة فإن تعقد الحياة وتشابكها بما لم يعرف له التاريخ مثيلاً من قبل أدى إلى اتساع مجالات تدخل السلطة العامة في العصر الحديث بما لم يسبق إليه أيضاً.

إن هذه الحقائق الثلاث قد أفضت بالدارسين المعاصرين إلى طرح ضرورة التمييز بين مدلول الشريعة ومدلول التشريع في مجال التداول الشرعي، تمييزاً هدفه الأول ضبط مفهوم التشريع كوظيفة و ولاية.

ولما كان منهج هذه الدراسة منهجاً تأصيلياً ومقارناً في نفس الوقت، فإن ذلك يقتضي منا قبل تحرير وتأصيل القول في مفهوم الشريعة والتشريع في مجال التداول الشرعي، أن نعرض باختصار لمفهوم التشريع كما استقر في الاصطلاح القانوني حتى يمكن تحديد الخصائص التي تميز التشريع عن سائر ضوابط السلوك الاجتماعي، وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني

الفرع الثاني: خصائص التشريع في الاصطلاح القانوني

الفرع الأول: مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني

تواضع الفقه السياسي والدستوري على تقسيم وظائف الدولة السياسية إلى ثلاثة أنواع من الوظائف أو التصرفات: الوظيفة الأولى وأسمائها الوظيفة التشريعية، وينحصر معناها في سن القواعد الملزمة للجماعة والتي تعنى بتنظيم الشأن العام بما فيها المجال السياسي ذاته. والوظيفة الثانية: أسمائها الوظيفة التنفيذية؛ والتي تعنى بوضع هذه القواعد موضع التنفيذ، والمحافظة على النظام العام وتقديم الخدمات للمواطنين وإدارة المرافق العامة. والوظيفة الثالثة؛ الوظيفة القضائية والتي تعنى بمراقبة مدى تطابق نشاط الأفراد والدولة مع هذه القواعد والتزامها بها و الفصل في المنازعات الناجمة عن الاخلال بذلك (1). وقد استقر هذا التقسيم في الدساتير الحديثة منذ القرن الثامن عشر وظل العمل به ساريا إلى يومنا هذا رغم ما وجه إليه من انتقادات(2)، كما أسندت كل وظيفة من هذه الوظائف الثلاث إلى هيئة من هيئات الدولة، مع السماح ببعض التداخل بين وظائفها تفاديا للمآخذ التي أخذت على هذا التقسيم. إن السلطة العامة لا تملك تدبير الشأن العام وممارسة صلاحياتها إلا من خلال الوظيفة التشريعية، فالتشريع ضرورة لوجود السلطة العامة، إذ لا معنى لسلطة لا تملك حق إصدار الأمر العام، وهو أيضا ضرورة لاستقامة الجماعة واستمرارها وانتظام أمرها. ويأخذ مفهوم التشريع في القانون ثلاثة مدلولات متلازمة :

البند الأول: التشريع بمعنى القانون Les lois

ينصرف لفظ التشريع إلى معنى عام فيطلق على القواعد القانونية ذاتها Les lois ، فيعرف على أنه " مجموعة القواعد الملزمة التي يسير عليها الناس ويتوجب عليهم إطاعتها.. وهو يرمي إلى حماية نشاط الفرد بالقدر الذي يتلاءم مع مصلحة الجماعة، وتحقيق الحاجات المشتركة لجميع الأفراد المكونين لها، وذلك ببيان الحقوق التي يتمتع بها الفرد قبل الغير أو قبل الهيئات التي تتكون منها الجماعة"(3). فالتشريع بهذا المعنى ليس إلا القواعد القانونية العامة المجردة الملزمة التي تنظم السلوك الاجتماعي الخارجي، سواء أكانت هذه القواعد مصدرها الدين أو العرف أو الفقه أو القضاء أو أي مصدر آخر. فلفظ التشريع بهذا المعنى مرادف للفظ القانون بمدلوله الواسع.

البند الثاني: التشريع بمعنى التقنين code

كما يطلق التشريع إطلاقا خاصا على " مجموعة القواعد القانونية التي تصدر في شكل مكتوب عن السلطة التي تملك حق إصدارها بمقتضى الدستور "(4)، وعلى ذلك يعرف بأنه: " مجموعة القواعد أو النصوص القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة العامة المختصة "(5). ومن هذه الناحية يعتبر التشريع أهم المصادر الرسمية للقانون في المجتمعات الحديثة، وإن كان العرف أقدم منه، حيث اعتمدت عليه المجتمعات البدائية منذ القدم، واحتل المكانة الأولى

1- ينظر محمد شطا: القانون الإداري، الكتاب الأول، المؤسسة الوطنية للمطبوعات الجامعية، الجزائر، ص: 11-13 .

2- ثروت بدوي : النظم السياسية ، دار النهضة ، القاهرة، 124 ، 314 ، 316 ، 320.

3- محمود عبد المجيد المغربي: الوجيز في تاريخ القوانين، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، 1970، ص: 24. وينظر: عباس الصراف وجورج حزيون: المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان 1991، ص: 08.

4- عباس الصراف، جورج حزيون: المرجع نفسه، ص: 44.

5- حبيب إبراهيم الخليلي: النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1990، ص: 93.

كمصدر للقانون وقتا طويلا، غير أن تقدم المجتمعات واتساع نطاق العلاقات الاجتماعية وتشابكها أدى إلى انتزاع التشريع هذه المكانة من العرف(1).

فقد ازدادت أهمية التشريع باعتباره مصدرا رسميا للقانون بازدياد التطور التدريجي للمجتمعات، فبينما كان العرف مصدرا رئيسا للقواعد القانونية المنظمة للمجتمع في العصور القديمة أخذ دور العرف يقل تدريجيا، ويزداد دور التشريع، وذلك لانتقال المجتمعات إلى مرحلة التنظيم السياسي وقيام الدولة، وكذلك لأنه أصلح المصادر الرسمية وأكثرها ملاءمة لحاجات الجماعة المتطورة، فالعرف وإن كان يصدر عن الجماعة إلا أنه بطيء في نشوئه وتطوره، فضلا عما قد يشوبه من غموض بجهل قواعده، في حين أن التشريع وسيلة ميسرة وسريعة في انتشار القواعد القانونية وتعديلها، ووضوحها، وانضباطها، فالتشريع هو المصدر الرسمي الرئيس للقانون بشكل عام وللدستور بشكل خاص.

البند الثالث: التشريع بمعنى سن القانون *Législation*

كما يطلق ثالثا لفظ التشريع على عملية وضع هذه القواعد بالمعنيين العام والخاص(2)، فيعرف التشريع *Législation* في القانون باعتباره مصدرا رسميا للقانون بأنه: "وضع القواعد القانونية المكتوبة بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك في الدولة"(3). وبعبارة أخرى هو: "سن القواعد القانونية وإكسابها قوتها الإلزامية عن طريق سلطة مختصة وفقا لإجراءات معينة"(4). فالتشريع بمعنى عام قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد أو استنباطها لتكون ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع وفقا للإجراءات المقررة في ذلك.

1- حبيب إبراهيم الخليلي : النظرية العامة للقانون، ص:93.

2- حسن كيرة المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ط5، ص:222.

3- حبيب إبراهيم الخليلي : النظرية العامة للقانون، ص:93.

4- سعد عصفور، عبد الحميد متولي، محسن خليل : القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص:40.

الفرع الثاني: خصائص التشريع في الاصطلاح القانوني

من التحديد السابق للتشريع بمفهومه العام يتبين أن القواعد التي تسنها الجماعة تسمى تشريعا إذا اتصفت بخصائص ثلاث:

البند الأول: العموم والتجريد

فالخطاب في القواعد القانونية ليس موجها لشخص معين بالذات، ولا يخص واقعة محددة بعينها بالذات، بل هو خطاب يتصف بالتجريد حيث يكتفي بذكر الأوصاف التي ينبغي توفرها في الأشخاص المقصودين بالخطاب، والشروط الواجب توافرها في الوقائع موضوع الخطاب، وبالتالي فهو خطاب يتصف بالعموم فكل شخص توافرت فيه هذه الصفات، وكل واقعة تحققت فيها هذه الشروط، انطبق عليها حكم القاعدة القانونية(1).

ويجب أن نلاحظ أن عموم التشريع أو القواعد القانونية، لا يعني بالضرورة انطباقها على جميع أفراد المجتمع، بل إنها فقط تنطبق على من تتوافر فيه شروط انطباقها، فقواعد القانون الجنائي لا تطبق إلا على من ارتكب فعلا مجرما ومعاقبا عليه، وقواعد القانون التجاري لا تطبق إلا على التجار، ومع ذلك فإن هذه القواعد عامة؛ لأنها تطبق على كل من توافرت فيه شروط انطباقها من غير تمييز، فالتجريد والعموم وسيلة لضمان مبدأ المساواة أمام القانون (2).

والتعليل السني لصياغة قواعد القانون في صورة أحكام عامة ومجردة يرجع إلى أنه من غير المتصور حصر كل ما قد يعرض في المستقبل من فروض وحالات الأشخاص والوقائع، ووضع حكم لكل منها ينصرف إلى كل شخص بذاته، لذلك كان لا بد من الالتجاء إلى التجريد في مواجهة هذه الفروض ووضع حلول لها تكون العبرة فيها بعموم الصفة لا بتخصيص الذات، وإعطاء كل منها حكما واحدا ثم إعمال هذا الحكم في كل فرض أو حالة تتوفر فيها هذه الصفة من بعد، دون نظر إلى ذات كل منها وخصوصيتها، ومن هنا كانت فكرة إخراج خطاب القانون في صورة قواعد عامة ومجردة(3).

والتعليل المقاصدي لصياغة قواعد التشريع في صورة عامة مجردة يرجع إلى أن ذلك يكفل الالتزام بمبدأ المساواة أمام القانون، فعندما تسري قواعد القانون بطريقة عامة ومجردة على جميع الأشخاص المخاطبين بها وعلى جميع الوقائع التي ترد بمضمونها، تتحقق المساواة بين المخاطبين بحكم القاعدة القانونية. كما أن ذلك يكفل أيضا احترام مبدأ سيادة القانون، فالكل حاكما ومحكوما سواء أمام القانون لعموم خطابه و تجريده (4).

البند الثاني: الإلزام والجزاء

فالخطاب في القواعد القانونية ليس خطابا إعلاميا أو تعليميا أو وعظيا أو توجيهيا أو إرشاديا، ولكنه خطاب أمر على وجه ملزم، يوجب على المخاطب به فعل ما تأمر به واجتناب ما تنهى عنه القاعدة القانونية على وجه لا يملك معه خيارا (5)، وعليه فقواعد القانون دائما وأبدا تكليفية فهو يضع الأحكام التي يجب على الأفراد إتباعها،

1- ينظر: حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1988، ص: 13.

2- محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، 1977، ص: 27.

3- خالد محمد أحمد محمد: القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث، دار النهضة العربية، ط 2007، ص: 36.

4- ينظر: خالد محمد أحمد محمد: القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث، ص: 42-43.

5- محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص: 27، 28.

ولكنه لا يتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح والترغيب، ولكن يفرضها فرضاً على سبيل الأمر والتكليف، فكل قاعدة قانونية تنطوي على أمر، وكل أمر يتضمن حتماً فكرة الإلزام، فإذا انتفى الإلزام في الأمر، فإنه لا يكون أمراً وإنما يكون نصيحة فحسب (1).

ويكفل هذا الإلزام جزاء توقعه السلطة العامة على كل من خالف مضمون القاعدة القانونية، وقد يكون هذا الجزاء بدنياً كالإعدام والسجن، أو مالياً كالتعزيم والمصادرة، أو مدنياً كالتنفيذ الجبري ببيع مال المدين لسداد ديونه، أو جزاء إدارياً كالإنذار والخصم من المرتب وخفض الرتبة أو الفصل، أو سياسياً كالحرمان من حق الترشح أو حق الانتخاب (2). وعلى ذلك يذهب الفقه التقليدي إلى أن الجزاء عنصر من عناصر القاعدة القانونية وركن من أركانها الأساسية فبدون الجزاء تفقد القاعدة القانونية صفة الإلزام وتهدم إلى مرتبة قواعد المجاملات والقواعد الخلقية (3). وإن كان البعض يرى أن الجزاء ليس عنصراً مكوناً للقاعدة القانونية بل هو عنصر خارجي متعلق بمدى نفاذها، فالقاعدة القانونية لا يشترط لقيامها أن تقترب فعلاً بجزء إذ العنصر الجوهرى فيها هو الإلزام، أما الجزاء فلا يعتبر عنصراً داخلياً في تكوينها وإن كان يعتبر شرطاً لوجودها (4).

البند الثالث: الضبط الاجتماعي و الظاهري

أن الخطاب في القواعد القانونية خطاباً معيارياً، يهدف إلى تقويم السلوك الاجتماعي، ومن ثم فهو يفرض جملة من الأحكام المعيارية التي يجب أن تتبع من أجل التوافق مع مقتضيات العيش المشترك، ومن ثم فإن الخطاب في التشريع الوضعي ينصرف من جهة إلى تنظيم العلاقات والروابط الاجتماعية، وليس لها تعلق بتنظيم علاقة الإنسان بربه، أو علاقته بذاته، فالقانون يرتبط بوجود الجماعة، فوجود الجماعة هو الذي يحتم ظهور القانون حيث ينظم علاقة الفرد بغيره، ويوفق بين المصالح المتضاربة، ومن ثم فإن القانون لا يوجد إلا حيث يوجد مجتمع بشري، والفرد الذي يوجد وحيداً - كفرض نظري - لا يكون بحاجة إلى القانون، حيث لا تكون له علاقات بالآخرين تستدعي التنظيم (5).

ومن جهة ثانية فهو خطاب ينظم السلوك الخارجى الظاهر للأشخاص، فإن كون القاعدة القانونية في التشريع الوضعي قاعدة سلوك اجتماعي، لا يعني ذلك أنها تحكم كل أشكال السلوك الإنساني، فالسلوك الإنساني قد يكون سلوكاً ظاهرياً يتمثل في تصرف معين إيجابي أو سلبي، وقد يكون سلوكاً باطنياً يتمثل في النوايا والأحاسيس والأفكار، والتشريع الوضعي لا يعتد إلا بالسلوك الخارجى الظاهري، أما ما يكمن في النفس وما يستقر في الضمير من مشاعر وعواطف وأفكار فلا شأن للقانون به طالما ظل حبيس الصدور (6)، فالقانون لا شأن له بالنوايا طالما أن هذه النوايا

1- ينظر: خالد محمد أحمد محمد: القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث، ص: 53.

2- محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص: 27، 28. وينظر: خالد محمد أحمد محمد: القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث، ص: 58-67.

3- ينظر: خالد محمد أحمد محمد: القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث، ص: 54.

4- ينظر: خالد محمد أحمد محمد: القانون بين فقه المعاملات الإسلامي وعلم القانون الحديث، ص: 55.

5- رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، ط2، 1981، ص: 75.

6- محمد علي عرفة: مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط2، ص: 34.

لم تتجسد في أفعال مادية و سلوكات خارجية ظاهرة، فهو لا يلتفت إلى ما في النوايا والصدور إلا حينما يكون ذلك دليلاً أو قرينة على تحديد طبيعة هذه الأفعال (1).

البند الرابع: إطلاق لفظ التشريع على القوانين الوضعية

يتجادب الموقف من إطلاق لفظ التشريع على القوانين الوضعية رأياً أحدهما لا يرى مانعاً من ذلك، وثانيهما يرى عدم جواز ذلك.

فقرة 1- الرأي المجيز

لا يرى بعض الفقهاء مانعاً أو بأساً في إطلاق أهل القانون لفظ التشريع على القوانين الوضعية كما هو الحال عند الشيخ عبد الوهاب خلاف الذي يعرف التشريع بقوله "التشريع في الاصطلاح الشرعي والقانوني هو سن القوانين التي تعرف منها الأحكام لأعمال المكلفين، وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث، فإن كان مصدر هذا التشريع هو الله سبحانه وتعالى بواسطة رسله وكتبه فهو التشريع الإلهي، وإن كان مصدره الناس سواء أكانوا أفراداً أم جماعات فهو التشريع الوضعي" (2). وكما هو الحال عند الدكتور محمد سلام مذكور الذي يعرف التشريع السماوي أو الإلهي في معرض تمييزه عن التشريع الوضعي بأنه: "مجموعة الأوامر والنواهي والإرشادات والقواعد التي يشرعها الله للناس، على يد رسول منها، ليعملوا بها ويهتدوا بهديها" (3)، وكما هو الحال عند الدكتور عمر سليمان الأشقر الذي يرى أن الشرائع تنقسم إلى قسمين "شرائع سماوية منزلة من عند الله العليم الخبير الحكيم.. وشرائع وضعية على كثرتها تتفق في أنها صناعة إنسانية" (4).

فقرة 2- الرأي المانع

على العكس من ذلك يمانع البعض الآخر بشدة في إطلاق لفظ الشريعة والتشريع على القوانين الوضعية، كما هو الحال عند الشيخ أبي شهبه حيث يقول: "أما القوانين فهي من وضع البشر، ولفظ "القانون" أو "القوانين عند الإطلاق ينصرف إليها، ولا يجوز أن يطلق عليها شرائع كما يفعل المسلمون ورجال القانون اليوم في مؤلفاتهم ومحاضرتهم، وكذلك لا يجوز ولا ينبغي أن نطلق على التشريعات الإسلامية اسم "القوانين" مهما كان من توافر حسن النية، لما في هذا التعبير من اللبس والإبهام" (5) وكما هو الأمر عند الدكتور سمير عالية: "و الشرع الإسلامي بمعنى القواعد والنظم والأحكام التي شرعها الله للناس، خاص بما جاء عن الله، والله هو الشارع الأول، وما سنه هو المشروع، وقواعده ونظمه ومبادئه هي التي تسمى شرعاً، فلا يجوز إطلاق هذه الكلمات على القوانين الوضعية التي وضعها البشر، وقد جرى عرف كثير من القانونيين على تسمية القوانين الوضعية بالتشريع الوضعي، وتسمية التشريع الإلهي بالتشريع السماوي، والحق أن الشرع، أو الشريعة لا يجوز إطلاقهما إلا على الطريقة الإلهية دون سواها من طرائق

- 1- ينظر: حسن كيرة المدخل إلى القانون، ص: 222. وينظر علي منصور: المدخل للعلوم القانونية والفقاه الإسلامي، دار الفتح والرمح، بيروت 1391، ص: 82. وينظر: عبد المنعم البدراني: المدخل للعلوم القانونية، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1962، ص: 18.
- 2- عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم الكويت، 1986، ص: 07.
- 3- محمد سلام مذكور: مناهج الاجتهاد في الإسلام، جامعة الكويت، ط 1، 1973، ص: 21.
- 4- عمر سليمان الأشقر: خصائص الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البلدة، 1990، ص: 14-15.
- 5- أبي شهبه: فضل الشريعة الإسلامية على الشرائع السماوية السابقة والقوانين الوضعية، مجلة مجمع اللغة العربية بمصر، المجلد 19، ص: 67-68.

الناس وقوانينهم وأنظمتهم" (1). ويترتب على ذلك عند عدم جواز تسمية العائلات القانونية بالشرائع، مثل الشريعة الرومانية، والشريعة الأنجلوساكسونية (2).

وهو نفس ما يذهب إليه الدكتور مناع القطان حيث يرى " أن الشرعية ومشتقاتها من شرع أو شريعة أو تشريع أو شارع أو مشروع هي مصطلحات خاصة بالشرع الإسلامي، أي بالطريقة الإلهية المتبعة في التشريع للناس دون سواها من طرائق الناس وأنظمتها، وأن القانونيين استعاروا المصطلحات الشرعية وأطلقوها على الأفكار الخاصة بالقانون الوضعي، فاستعملوا كلمة الشرع للقانون، والتشريع للتقنين، والشارع أو المشروع لواضع القانون أو المقنن، وغير ذلك من كلمات منسوبة إلى الشرع وكان أولى بهم التقييد بالكلمات غير الشرعية المنسوبة للقانون" (3). وبلغ الأمر أنه بناء على فتوى من الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله تقضي بعدم جواز إطلاق لفظ المشروع على من قام بوضع الأنظمة (التي يرفض المشروع السعودي تسميتها بالقوانين) فقد صدر قرار في المملكة العربية السعودية رقم 328 في 1/3/1396، بعدم استعمال كلمات المشروع والتشريع في الأنظمة التي تصدر في المملكة (4).

فقرة 3- الترجيح

والذي نراه أن ما ذهب الفريق الثاني إليه من إضفاء القداسة على لفظ التشريع دون مراعاة تعدد معانيه، ما كان منها حقيقة أو مجازاً، بجانب للضوابط، ونؤسس هذا الرأي على جملة أدلة منها:

أولاً- من الناحية اللغوية ليس هناك ما يمنع من إطلاق لفظ التشريع على القوانين ذاتها أو على عملية سننها سواء كانت قوانين شرعية أو وضعية، فالشرع والتشريع من ألفاظ اللغة التي تحمل معاني كثيرة كما سيأتي، وقد كان متداولاً عند العرب قبل نزول القرآن في معاني ابتداء الشيء وإظهاره والدخول فيه، مما قد تنصرف إلى معنى ابتداء الحكم، كما ينصرف إلى معنى إظهار الحكم، ومعنى الدخول تحت حكم قائم، والإنسان حين يضع حكماً سواء على سبيل الابتداء، أو على سبيل الإظهار، أو على سبيل الدخول تحت حكم قائم، ففي جميع هذه الأحوال ينطبق عليه بعض مدلول لفظ التشريع لغة، ومن ثم نجد في لسان العرب (5)، والقاموس (6)، وتاج العروس (7)، إطلاق لفظ الشارع على العالم الرباني العامل المعلم، وقال الزبيدي في تاج العروس "ويطلق عليه الشارع لأنه شرع الدين أي أظهره وبينه" (8). ولم يرى الشاطبي مانعاً من إطلاق لفظ الشارع على المفتي حيث يقول: "المفتي شارع من وجه لأن ما يبلغه من الشريعة، إما منقول عن صاحبها وإما مستنبط من المنقول" (9)

1- سمير عالية : علم القانون والفقهاء الإسلامي، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر، بيروت، ط 2، 1996 ص: 47.

2- سمير عالية : علم القانون والفقهاء الإسلامي، ص: 42.

3- مناع القطان : التشريع والفقهاء في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 5، 2005، ص: 14. وينظر أيضاً: سمير عالية: علم القانون والفقهاء الإسلامي، ص: 68.

4- ينظر: بكر بن عبد الله أبو زيد: معجم المناهي اللفظية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ط 3، 1996، ص: 509. وينظر أيضاً حول رفض إطلاق لفظ القوانين على الأنظمة التي تصدر في المملكة: معجم المناهي اللفظية: ص: 421.

5- ينظر: ابن منظور: لسان العرب، طبعة دار المعارف، القاهرة، مادة شرع، 2238/4 وما بعدها.

6- ينظر: الفيروزآبادي: القاموس المحيط، المطبعة الأميرية، 1302هـ، 42/3-43.

7- ينظر: مرتضى الزبيدي: تاج العروس، تحقيق عبد الحليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، 1984، 266/21.

8- مرتضى الزبيدي: تاج العروس، 266/21.

9- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، تحقيق مشهور بن حسن سلمان، دار ابن عفان، الخبر، ط 1، 1997، 255/5.

ثانيا - ويشهد لذلك أن القرآن سمي في سورة الشورى ما يسنه أهل الكفر من العقائد والعبادات تشريعا ﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاتُؤُا شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذُنْ بِهِ اللَّهُ ﴾ (1)، فنص الآية يفيد بمفهوم المخالفة أن هناك نوعين من التشريع: تشريعا مأذونا فيه، وتشريعا غير مأذون فيه، و بغض النظر عن الموقف العقدي من كل منهما فإن كلاهما يندرجان تحت جنس التشريع، فلا يبقى بعد ذلك وجه للاعتراض على إطلاق لفظ التشريع على سن القوانين أو على القوانين ذاتها سواء أكانت دينية أم وضعية.

ثالثا- إن التعلل بأن إطلاق لفظ التشريع أو الشريعة على القوانين يوقع في اللبس، غير صحيح ذلك أن كل تشريع ينسب إلى مصدره وواضعه، وهذه النسبة كافية للتمييز بينهما تمييزا لا ريب فيه ولا اختلاط، فالشريعة الإسلامية غير الشريعة الرومانية، والتشريع الإسلامي غير التشريع الفرنسي. كما أن إطلاق لفظ القوانين على الأحكام الشرعية لا ينكر، كما هو ثابت عند الماوردي في الأحكام السلطانية(2)، وابن القيم في كتابه الطرق الحكمية، وعند الشاطبي في الموافقات(3)، وعند القرافي في شرح تنقيح الفصول(4)، وابن خلدون في المقدمة (5)، وأمير بادشاه في تيسير التحرير(6)، بل إن فقيها أندلسيا وهو ابن جزئى سمي كتابه في الأحكام الشرعية " بالقوانين الفقهية "(7)، وهو يقصد بالقوانين الفقهية جميع الأحكام الشرعية ما كان منها قطعيا وما كان منها ظنيا. وفي فترة متأخرة من تاريخ الفقه الإسلامي أخذ بعض المصنفين في القضاء والسياسة الشرعية يميزون بين أحكام الشرع المنزلة وبين الأحكام التي سنها ولي الأمر كسياسة شرعية، فيطلقون على الأولى الشرع الحنيف أو المكرم وعلى الثانية القوانين كما في قول ابن فرحون في التبصرة: " ظهر أن هذه القوانين لا تخرج عن أصول القواعد، وليست بدعا عما جاء به الشرع المكرم"(8)، على ذلك فإنه ليس في هذا الاطلاق ما يحصل به اللبس، متى تم ضبط المفهوم، وتمت نسبة القانون إلى مصدره و واضعه، فالقانون الإسلامي غير القانون الإنجليزي وهما معا غير القانون الفرنسي.

1- الشورى/21.

2- ينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية: ت أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989 ص:45.

3- ينظر: أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، تحقيق مشهور بن حسن سلمان، دار ابن عفان، الخبر، ط1، 1997. 261/2.

4- ينظر: شهاب الدين القرافي: شرح تنقيح الفصول، ت طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1973. 459/1.

5- ينظر: عبد الرحمن بن خلدون: ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، ت: خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط: 2، 1408 هـ - 1988 م، 238/1.

6- ينظر: محمد أمين أمير بادشاه: تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، 336/2.

7- ابن جزري الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، ت محمد بن سيدي محمد مولاي، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.

8- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تحقيق جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995، 128/2.

المطلب الثاني: التشريع في التداول الشرعي والفقهية

كل مفهوم هو خلاصة تطور دلالي وتداول ثقافي، فليست المفاهيم مجرد ألفاظ محددة المبني والمعنى مسبقاً، بل هي ألفاظ خاضعة لشتى ضروب التغير الدلالي، ينطبق هذا القانون على المفاهيم العادية كما ينطبق على المفاهيم الشرعية، فالمفاهيم الشرعية وإن كانت قد جاء بها التنزيل، فإنها أيضاً خضعت دلالاتها عبر التاريخ للتوسيع والتعميم (1)، أو التضييق و التخصيص (2)، أو النقل (3). وينطبق هذا الأمر على كثير من المفاهيم الشرعية التي ورد بها التنزيل، والتي لم يقف معناها عند الدلالة اللغوية و لا عند معناها في مجال التداول القرآني، بل نجد دلالاتها تخضع للتعميم أو التخصيص أو النقل بحسب ما يقتضيه تطور المعرفة من ضبط الاصطلاحات وتنقيح دلالاتها (4). و خير مثال على ذلك بالنسبة لموضوعنا هو لفظ الشريعة في حد ذاته، حيث أن المتتبع لمداول هذا اللفظ في الدراسات الشرعية ليصدم بكثرة المعاني التي تعطى لهذا اللفظ الذي يفترض أن يكون معناه منضبطاً لما له من أهمية كبرى في تحديد بنية النظام القانوني في الإسلام، و من أجل الوقوف على مختلف الدلالات التي يحملها لفظ الشريعة سواء في أصل الوضع اللغوي أو في الاستعمال الشرعي والفقهية، فقد جاء هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مفهوم الشريعة في مجال التداول الشرعي.

الفرع الثاني: مفهوم الشريعة في مجال التداول الفقهية .

الفرع الثالث: مفهوم التشريع في التداول الفقهية.

1- في اللغة العربية نجد كلمة ورد في الأصل تعني زهرا مخصوصا ولكن دلالاتها خضعت للتعميم فصارت تطلق على كل زهر. وكذلك كلمة البأس تعني في الأصل شدة الحرب ثم صارت تطلق على كل شدة، ينظر: أحمد عبد الرحمن حماد، عوامل التطور اللغوي، دار الأندلس بيروت، 1983، ص: 124 وما بعدها.

2- في اللغة الإنجليزية نجد كلمة MEAT كانت تعني فيما سبق الطعام كل الطعام، أما الآن فقد خصصت دلالاتها لتعني فقط اللحم. ينظر: أحمد عبد الرحمن حماد، عوامل التطور اللغوي، ص: 124 وما بعدها.

3- في اللغة العربية كلمة الزكاة تعني الطهارة والنماء ثم نقلت لتدل على العبادة المالية المعروفة، ينظر: أحمد عبد الرحمن حماد، عوامل التطور اللغوي، ص: 124 وما بعدها.

4- مثال ذلك لفظ الحدود الذي لم يكن يعني في دلالاته اللغوية إلا الشيء الفاصل بين شيئين، ثم صار معناه في مجال التداول القرآني كل المحرمات التي نهي عنها الشرع، ليخصص معناه في مجال التداول الفقهية بالعقوبات المقدرة شرعا.

الفرع الأول: مفهوم الشريعة في التداول الشرعي

اختار القرآن الكريم من بين كل ألفاظ اللغة العربية لفظ الشريعة للدلالة على ما سنه الله ﷻ لعباده من الدين، وهو لفظ كان متداولاً عند العرب قبل نزول القرآن، وله دلالاته ومعناه في لسان العرب، فما وجه اصطفاء القرآن لهذا اللفظ (الشريعة أو الشرعة) للدلالة على ما سنه لعباده من الدين؟ وما وجه العلاقة بين المعنيين؟ وهل هناك فرق بين الشريعة والشرعة؟.

البند الأول: دلالات الشريعة في لسان العرب

تتنوع دلالات لفظ الشريعة في لسان العرب تنوعاً كبيراً ولكن حسبنا أن نميز في هذه الدلالات جملة من المعاني الأصلية والتبعية التي لها صلة بموضوعنا:

فقرة 1- لفظ الشريعة في دلالاته الأصلية

تجمع معاجم اللغة وكتب الصحاح على أن لفظ الشريعة والشرعة في لسان العرب إنما يراد بهما مورد الماء الظاهر المعين الذي لا انقطاع له، فالعرب لا تسمي الماء شريعة حتى يكون عدداً لا انقطاع له، ظاهراً معينا لا يسقى بالرشاء (1)، وصفة الظهور في الماء هي وجه تسميته شريعة، إذ أن من معاني شرع، ظهر وأظهر، كما نقل ذلك ابن منظور عن الأزهري: "معنى شرع، أظهر وبين وأوضح" (2)، ومنه قوله ﷻ: ﴿إِذْ تَأْتِيهِمْ حَيَاتُهُمْ يَوْمَ سَبَيْهِمْ شُرْعًا﴾ (3)؛ أي ظاهرة على الماء كما قال أهل التفسير (4).

وعلى ذلك فالأصل أن لفظ الشريعة استعمل في معنى الطريق إلى الماء، ففي لسان العرب "الشريعة والشرعة المواضع التي ينحدر إلى الماء منها" (5)، و في معجم مقاييس اللغة: "الشين والراء والعين أصل واحد وهو شيء يفتح في امتداد يكون فيه، ومن ذلك الشريعة وهي مورد الشاربة الماء" (6). فالشريعة تطلق على مورد الشاربة الذي يشرعه الناس وهو الطريق الظاهر الذي ينحدرون منه إلى الماء فيشربون ويستقون، ثم استعير هذا اللفظ للدلالة على كل طريق ظاهر واضح شرعه الناس بكثرة السير فيه حتى صار ظاهراً، ففي لسان العرب: "الشارع الطريق الأعظم الذي يشرع فيه الناس عامة" (7).

فقرة 2- لفظ الشريعة في دلالاته الاستعمالية

وإذا كان لفظ الشريعة قد استعمل في دلالاته الأصلية في معنى الطريق الظاهر الي ينحدر منه إلى الماء، فإن هذا المعنى قد اشتق منه فعل شرع وفق عدد من المعاني كلها لها علاقة بمصادر الماء منها:

1- ابن منظور: لسان العرب، 2238/4 وما بعدها، مادة شرع.

2- ابن منظور: لسان العرب، 2238/4 وما بعدها. مادة شرع.

3- الأعراف/ 163.

4- ينظر ابن كثير الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط1، 1999، 493/3

5- ابن منظور: لسان العرب، مادة شرع، 2238/4 وما بعدها.

6- أحمد بن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر بيروت، مادة شرع، 262/3.

7- ابن منظور: لسان العرب، 2238/4 وما بعدها. مادة شرع.

أولاً- الدخول إلى الماء: ففي لسان العرب " شرعت الدواب في الماء تشرع فيه شرعا وشروعاً؛ دخلت فيه. ويقال أيضا شرعت في هذا الأمر شروعاً؛ حضت فيه. وشرع يده في المطهرة إذا أدخلها فيها إشراعاً " (1)، وفي القاموس المحيط " شرعت الدواب في الماء شرعا وشروعاً؛ دخلت وهي ابل شروع " (2).

ثانياً- تناول الماء بفيه: لما كان الماء يسمى شريعة إذا كان ظاهراً معيناً لا يتعب في الشرب منه، صار يطلق الفعل على تناول الشارب الماء بفيه من غير إناء ومنه " شرع الوارد شرعا وشروعاً، تناول الماء بفيه، وفي المثل: " أهون السقي التشريع " وهو إيراد الإبل شريعة الماء، لأن مورد الإبل إذا أورد شرع الماء ولم يستق لها " (4)، وعلى هذا الأساس يكون معنى الكرع والشرع واحداً ففي لسان العرب " العرب تقول ماء السماء إذا اجتمع في غدیر أو مساك كرع وقد شربنا الكرع، و الكراع ماء السماء يكرع فيه وقيل هو الذي تحوضه الماشية بأكارعها، وكل خائض ماء كارع، شرب أو لم يشرب. وكرع في الماء يكرع كرعاً وكروعاً؛ تناوله بفيه من موضعه من غير أن يشرب بكفيه ولا بإناء، وكل شيء شربت منه بفيك من إناء وغيره فقد كرعت فيه.. الكراع الذي يرمي بفيه في الماء، الكريع الذي يشرب بيديه من النهر إذا فقد الإناء " (5).

ثالثاً- الابتداء في الشيء: يقول ابن كثير: " الشرعة والشريعة: ما يتبدأ فيه إلى الشيء، ومنه يقال شرع في كذا أي ابتداء فيه ". نقول شرع فلان في كذا ابتداء فيه، كما نقول: شرع في الكتابة، شرع في المسير، وشرع في الحديث، أي ابتداء في ذلك، وفي المعجم الوسيط " شرع فلان يفعل كذا أخذ يفعل " (6)، ورغم أن كتب الصحاح لا تسعفنا بعلاقة هذا المعنى بمصادر الماء، إلا أنه مع ذلك تبدو لنا العلاقة واضحة، فقد استعمل اللفظ في ابتداء الطريق إلى الماء، ثم صار يستعمل لكل من يبدأ أمراً معيناً.

رابعاً- المساواة في الشيء: فالعرب تقول: " نحن في هذا شرع سواء، وشرع واحد، أي سواء لا يفوق بعضنا بعضاً، كأنه جمع شارع يشرعون فيه معاً " (7)، وعلاقة هذا المعنى أيضاً بمصادر الماء لا تخفى، فالشروع في الماء أي الدخول فيه، يتساوى فيه الناس جميعاً، والشروع إلى الماء وهو الطريق الظاهر الواضح الذي يشرع فيه الناس معاً إلى الماء، يتساوى فيه الناس جميعاً، وفي الحديث (نحن فيه شرع سواء) (8)؛ أي متساوون لا فضل لأحدنا على الآخر وهو مصدر بفتح الراء وسكونها.

1- ابن منظور: لسان العرب، 2238/4 وما بعدها. مادة شرع.

2- الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مادة شرع، 43-42/3.

3- الفيروزآبادي: القاموس المحيط، 43-42/3.

4- محمد بن دريد: جمهرة اللغة، دائرة المعارف العثمانية، ط1، 1345، مادة شرع، 343/2 .

5- ابن منظور: لسان العرب، 3858/5، مادة كرع.

6- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، القاهرة، ط3، ص: 498.

7- ابن منظور: لسان العرب، 2238/4 وما بعدها. مادة شرع.

8- أحمد بن حنبل، المسند، إشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1995، مسند جابر بن عبد الله / رقم: 14197. 109/22، وقال الأرنؤوط حديث صحيح.

هذه تقريبا مجمل الدلالات التي تعطيها كتب الصحاح للفظ الشريعة والشرعة من الناحية اللغوية، فما وجه اصطفاؤها للدلالة على ما سنه الله ﷺ لعباده من الدين؟ لنترك الإجابة عن هذا السؤال حتى نفرغ من بيان مفهوم الشريعة في مجال التداول القرآني والحديثي.

البند الثاني: دلالات الشريعة في التداول القرآني والحديثي

على الرغم من الاحتفاء الكبير الذي يلقيه لفظ الشريعة سواء في المجال الفقهي أو في سائر العلوم والمعارف الشرعية الأخرى، حيث يشكل العنوان الأبرز والأكثر تداولاً على مجمل معارف الوحي، فإننا لا نجد لهذا اللفظ حضوراً كبيراً سواء في مجال التداول القرآني أو الحديثي.

ولنبداً بالمجال الحديثي فاللفظ فيه أقل تردداً بالنظر إلى كم النصوص الحديثية، على ما يعطيه محرك البحث في الكتب التسعة، إذ لا نعرش على اللفظ بمعنى الدين سواء في صيغة الفعل أو صيغة الاسم، إلا في عدد محدود جداً من النصوص، حيث ورد مرتين في حديثين بصيغة الجمع (شرائع) بمعنى فرائض الدين وسننه، وأما بقية النصوص الوارد فيها فمعناه فيها لا يخرج عن أحد المعاني اللغوية التي سبق ذكرها.

فقرة 1- مفهوم الشريعة في مجال التداول القرآني

أما في القرآن الكريم فقد ورد لفظ الشريعة أربع مرات في أربع آيات، اثنان منها في صيغة الفعل (شرع) في سورة واحدة هي سورة الشورى، واثنان منها في صيغة الاسم (شرعة وشرعية)، في سورتي المائدة والحاثية على الترتيب. لقد نقل القرآن الكريم اللفظ من دلالاته اللغوية الأصلية، إلى دلالة شرعية منقولة، وإذا كان معناه في صيغة الفعل يمكن حمله على بعض دلالاته اللغوية، فإن معناه في صيغة الاسم لا يمكن أن يحمل على هذه المعاني اللغوية المرتبطة في معظمها بمصادر الماء، بل يضفي عليها السياق الموضوعي والموضوعي دلالة جديدة ومعنى لم تعهده العرب في إطلاق هذه الكلمة، معاني تدور حول الدين والملة والطريقة.

ففي سورة الشورى وهي سورة مكية واسبق نزولاً من السور الأخرى التي ورد فيها اللفظ، ورد لفظ شرع مرتين، أول مرة في قوله ﷺ: ﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ ﴾ (1)، ومعنى شرع كما يقول أهل التفسير لا يزيد عن معنى أظهر وبيّن وأوضح، فمدلول الكلمة بحسب السياق لا يخرج عن البيان والإظهار لحقائق دينية تشترك فيها جميع الرسالات السماوية، من نوح عليه السلام إلى محمد ﷺ، تتمثل على وجه الخصوص في أمرين: (1) إقامة الدين، و(2) عدم التفرق فيه، ورغم أن فهم كلمة إقامة الدين في القرآن ترتبط أساساً بفهم كلمة الدين التي لها في مجال التداول القرآني، عدة معانٍ، فإن المفهوم من السياق أن المقصود بالدين هنا هو التوحيد وأصول الملة، بقرينة معنوية وهي أن العقيدة هي التي لم تختلف فيها الرسالات السماوية، وبقرينة حالية وهي أن الآية نزلت في المرحلة المكية التي كرس لتثبيت العقيدة في النفوس، وعلى ذلك فلفظ شرع في الآية ينصرف لبيان أصول العقيدة والملة، أكثر مما ينصرف لبيان الأحكام العملية أو القانونية، والنهي عن التفرق في الدين ينصرف للنهي عن التفرق في العقيدة والملة، أكثر مما

ينصرف للنهي عن التفرق في الأحكام العملية. وهو ما بينه الراغب بقوله " في الآية إشارة إلى الأصول التي تتساوى فيها جميع الملل ولا يصح عليها النسخ " (1).

أما المرة الثانية فقد ورد فعل (شرع) في قوله ﷺ: ﴿ **أَمْ لَهُمْ شُرَكَتُؤُا شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ** **وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ** ﴾ (2)، فالآية ترتبط بسياق موضوعي واحد مع الآية التي قبلها، فمعنى شرع هنا لا يخرج عن معنى سنَّ وأظهر، ومعنى الدين هنا أيضا لا يتعدى معنى العقيدة، وبالتالي يكون مدلول الآية " أم لهم آلهة شركاء لله بزعمهم سنوا لهم الشرك الذي لم يأذن به الله ". فكلمة شرع في الآيتين ترتبط بسياق عقدي أكثر مما ترتبط بسياق عملي أو قانوني، ومع ذلك فإن الآيتين تفيدان معا أن ما شرعه الله من التوحيد والاعتقاد الحق ليس هو كل الدين، بل جزء منه بدلالة " من " البعضية في الآيتين.

فالآيتان كما تبين لا ينصرف معناهما إلى مدلول استنباط الأحكام ولا إلى سن القوانين، بقدر ما تتناول أصول العقيدة وقواعد الملة التي تشترك فيها الرسائل السماوية جميعا. ومن ثم نرى من التعسف الاستدلال بما على حصر لفظ التشريع بما سنه الله ابتداء فحسب، وجعل التشريع من خصائص الألوهية، وإضفاء القداسة على هذا اللفظ بما لم يعرفه المسلمون من قبل. فلفظ شرع هنا لا يزيد عن معنى الإظهار والبيان، والإظهار والبيان ليس خاصا بالله ﷻ، كما أن لفظ الدين ينصرف لمعنى التوحيد والعقيدة الحق التي بعث بها الأنبياء جميعا.

أما لفظ شريعة فقد ورد في سورة الجاثية وهي سورة مكية أيضا في قوله ﷻ: ﴿ **ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ** ﴾ (3)، ومعنى الشريعة في الآية كما نص على ذلك أهل التفسير ينصرف للدين؛ فقد قال ابن أبي زيد الشريعة الدين، وقال القرطبي: "الشريعة الطريقة من الدين، وهي ملة الإسلام" (4)، وعلى ذلك يكون معنى الشريعة هنا الدين كله بأحكامه العقدية والعملية، وذلك لقرينتين سياقية ولفظية، فالقرينة السياقية وهي أن الآية واردة في سياق حديث عام عن ما أنعم الله به على أمم أهل الكتاب من الحكم والكتاب والنبوة، واختلافهم في بينات الأمر، والقرينة اللفظية هي لفظ الأمر، والذي تنصرف دلالاته في القرآن للفرائض والأحكام والحكم، ومنه قال قتادة "الشريعة هي الأمر والنهي والفرائض والحدود" (5)، وبذلك يكون معنى الشريعة ومعنى الدين متطابقين.

أما لفظ "شريعة" فقد ورد في سورة المائدة وهي سورة مدنية في قوله ﷻ: ﴿ **وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شُرْعَةً وَمِنهَاجًا^ط وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ^ط** ﴾

1- الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ت محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، ص:258. مرتضى الزبيدي: تاج العروس، 263/21.

2- الشورى/21.

3- الجاثية/18.

4- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 2003، 164/16.

5- ابن جرير الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000، 70/22. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن،

163/16.

فَأَسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿١﴾ (1)، وقد ورد اللفظ في سياق موضوعي للسورة يدور حول الأحكام والفرائض والحدود، وفي سياق حالي يتعلق بتطبيق النبي ﷺ لعقوبة الزنا المنصوص عليها في التوراة وهي الرجم على يهودي. ومن ثم فقد اختلف أهل التفسير في تأويل الآية على قولين:

الأول: أن ﴿ مِنْكُمْ ﴾ يراد به الأمم المختلفة، وهو قول علي وقتادة وجمهور المفسرين، أن المعنى أن الدين واحد والشريعة مختلفة، حيث فسر قوله ﷺ: ﴿ شَرَعَةٌ وَمِنْهَا جَا ﴾ السنن المختلفة، للتوراة شريعة، للإنجيل شريعة، للقرآن شريعة، يحل الله فيها ما يشاء ويحرم ما يشاء، بلاء ليعلم من يطيعه ممن يعصيه، ولكن الدين الواحد الذي لا يقبل الله غيره التوحيد والإخلاص لله الذي جاءت به الرسل (2).

الثاني: أن لفظ ﴿ مِنْكُمْ ﴾ يراد به أمة محمد، وهو قول مجاهد، بمعنى أن القرآن شرعة ومنهاجا لكل أمة محمد ﷺ، يقول: "من دخل في دين محمد فقد جعل الله له شرعة ومنهاجا، يقول القرآن شرعة ومنهاجا" (3).

وقد رجح الطبري وجمهور المفسرين القول الأول، للقرائن اللفظية في الآية التي تشهد للتأويل الأول؛ منها: قوله ﷺ في نفس الآية ﴿ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً ﴾، فلو عنى أمة محمد لما كان لقوله معنى مفهوم (4). ومنها أنه ذكر من قبل أنه قفا بعبسى بن مريم على آثار الأنبياء من قبله وانزل الإنجيل، فدل ذلك على أن المراد أهل الملل المختلفة. وأن لكل منهم شرعة ومنهاجا، لكل ملة شرعة مختلفة (5).

ومنه نخلص إلى أن دلالة لفظ الشرعة في هذه الآية يراد بها الأحكام العملية دون الأحكام العقديّة، فهي التي تختلف فيها الملل، فالشرعة هي الأحكام العملية التي شرعها الله ابتداء واختصت بها ملة من الملل، وشرعة الإسلام هي الأحكام العملية التي شرعها الله ابتداء لأمة محمد ﷺ، وبهذا المعنى لا يكون لفظ الشرعة مطابقاً للفظ الدين بمفهومه العام، بل الشرعة جزء من الدين.

ومن هنا فقد كانت هذه الآية سندا في مجال الاحتجاج الأصولي لمن ينكرون حجية شرع من قبلنا، ويسوق لنا الجصاص في أحكام القرآن طرفا من هذا الجدل المبكر بقوله: "وهذا يحتج به من نفى لزوم شرائع من قبلنا إيانا وإن لم يثبت نسخها، لإخباره ﷺ بأنه جعل لكل نبي من الأنبياء شرعة ومنهاجا، وليس فيه دليل على ما قالوا، لأن ما كان شريعة لموسى عليه السلام فلم ينسخ إلى أن بعث النبي ﷺ، فقد صارت شريعة للنبي ﷺ، وكان فيما سلف شريعة لغيره، فلا دلالة في الآية على اختلاف أحكام الشرائع، وأيضا فلا يختلف أحد في تجويز أن يتعبد الله رسوله بشريعة موافقة لشرائع من كان قبله من الأنبياء، فلم ينف قوله: ﴿ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شَرَعَةً وَمِنْهَا جَا ﴾ (6)، أن تكون شريعة النبي

1- المائدة/48.

2- الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 10/385.

3- الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 10/385-386.

4- الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 10/386.

5- وبهذا يتبين مدى الخلط الذي وقع فيه عثماوي حينما زعم مرة أن الشريعة معناها العبادات والقرابين ولا علاقة لها بالأحكام، وزعم مرة أن لفظ الشريعة والشرعة في القرآن لا تعني الأحكام وإنما تعني الطريقة والمنهج، ينظر: سعيد عثماوي، أصول الشريعة، مكتبة مدبولي القاهرة، دار اقرأ بيروت، د ت، ص:30. إلى غير ذلك من التأويلات الفاسدة التي غايتها إبطال الشرع والتحلل منه، والتي حملها عليها هوى دفين، وغرض فاسد، وقراءة عمياء.

6- المائدة/48.

موافقة لكثير من شرائع الأنبياء المتقدمين، وإذا كان كذلك؛ فالمراد فيما نسخ من شرائع المتقدمين من الأنبياء، وتعبد النبي ﷺ بغيرها، فكان لكل منكم شرعة غير شرعة الآخر " (1). ومن الواضح أن لفظ الشرعة هنا يأخذ معنى الأحكام العملية التي تختلف كیفياتها وتفصيلها باختلاف الملل.

فقرة 2- الفرق بين الشريعة و الشرعة

من الناحية اللغوية لا فرق بين الشريعة و الشرعة في مجال التداول اللغوي، على الرغم من القاعدة اللغوية التي مفادها أن زيادة المبنى تقتضي زيادة المعنى، وعلى ذلك استقر أهل التفسير و علماء اللغة و كتب الصحاح، أما في مجال التداول القرآني، فلغة القرآن المحكمة، تعمل قاعدة زيادة المبنى تقتضي زيادة المعنى، على ذلك فمعنى الشريعة ومعنى الشرعة في القرآن ليس واحداً، فلفظ الشريعة ينصرف للدلالة على كل ما سنه الله ﷻ من الدين، ما تعلق بالعقائد أو بالأعمال، بينما دلالة لفظ الشرعة تقتصر فحسب على الأحكام العملية الابتدائية التي اختصت بها ملة من الملل، هذا بصفة عامة، فإذا طبقنا ذلك على ملة الإسلام كان معنى الشريعة الإسلامية كل ما سنه الله ﷻ من الأحكام الدينية لأمة محمد ﷺ، بينما يكون معنى شرعة الإسلام كل ما سنه الله ﷻ من الأحكام العملية التي اختصت بها أمة محمد ﷻ.

فقرة 3- الفرق بين الشرعة والمنهاج

تذهب أغلب الأقوال التفسيرية المأثورة لمعنى الشرعة والمنهاج إلى تحديدهما بالسنة والسبيل في قول، أو تحديدهما بالسبيل والسنة في قول، وهو تحديد كما هو ملاحظ لا يتجاوز سقف اللغة ولا يفيد قيمة معرفية مضافة، وإذا أخذنا بقول مجاهد يكون معنى الشرعة القرآن، ومعنى المنهاج السنة، غير أننا نرى أن تحديد مفهوم المنهاج مرتبط سياقا ودلالة بمفهوم الشريعة و الشرعة كما انتهى إليه تحليلنا لمعناهما في ضوء السياق القرآني، وعليه ينبغي أن يفهم هذا اللفظ في ضوء التحليل السابق. إن المنهاج لغة يعني أيضا الطريق الواضح المستمر، والشريعة و الشرعة تعنيان أيضا لغة الطريق، ويكون معنى المنهاج التشريع المستمر، واستمرار التشريع يخضع لقواعد وأصول كل ملة، فيؤول معنى المنهاج إلى أصول وقواعد الشريعة التي تضمن استمرار التشريع كذلك بما لا يخرج عن الشريعة.

1- أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت مؤسسة التاريخ العربي بيروت، 1992، 97/4-

الفرع الثاني: مفهوم الشريعة في التداول الفقهي

يأخذ لفظ الشريعة في التداول الفقهي عدة دلالات ويستعمل وفق مفاهيم متباينة، و على الرغم من أن لفظ الشريعة يشكل اليوم العنوان الأول والمحدد الأساس للفكر الإسلامي، فإننا مع ذلك نجد أن هذا المفهوم بقدر الأهمية التي تعطى له، بقدر الاستسهال المفهومي الذي يعامل به، وبقدر الوضوح الذي يبدو عليه، فإنه يحتزن دلالات متباينة ويشير عدة إشكالات تتعلق بموضوعنا التشريع كوظيفة سياسية. وإذا كانت بعض الدلالات تنحو إلى غلق المجال أمام أي تصرف تشريعي تباشره السلطة العامة، إذ تقصر معنى التشريع على ما سنه الله ورسوله نصا في عهد الرسالة وعصر التنزيل، فإن دلالات أخرى لهذه المفهوم توسع مفهومه ليشمل كذلك كل ما سنه الفقهاء استنباطا في عصور الاجتهاد.

البند الأول- الشريعة: بين الاطلاق الأصولي والإطلاق الفقهي

يطلق علماء الأصول لفظ الشريعة على الأدلة الإجمالية من أصول وقواعد التشريع من الكتاب والسنة والإجماع ..، أي المصادر والقواعد المؤسسة للنظام التشريعي، ويبدو ذلك جليا من خلال تعريفهم للحكم الشرعي بأنه "خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين" (1). والخطاب كما في شرح مختصر ابن الحاجب "توجيه الكلام للإفهام وبإضافته إلى الله ﷻ خرج من عده" (2)، "فالحكم على هذا التقدير خطابه ﷻ وخطابه ﷻ كلامه" (3). فالشريعة وفق هذا التعريف هي خطاب الله المتعلق بأفعال العباد، وهذا الخطاب متضمن في مصادر الوحي الأعلى، الكتاب والسنة وسائر الأدلة المعتمدة، فالشريعة عند علماء الأصول هي عين الخطاب أو نفس الخطاب وليس أثره (4). بينما يطلق الفقهاء لفظ الشريعة على ثمره الخطاب الشرعي وأثره وليس على الخطاب ذاته أي على الأحكام ذاتها وليس على أصول الأحكام، حيث يعرف الحكم الشرعي عندهم بأنه: "مدلول خطاب الشارع، أو أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين" (5). فالشريعة وفق هذا الإطلاق هي الأحكام التي يقتضيها خطاب الله في الأفعال كالوجوب والحرمة والإباحة، ف قوله ﷻ ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (6)، يقتضي الوفاء بالعقود، فالنص الشرعي هو نفسه الحكم في اصطلاح الأصوليين ووجوب الوفاء بالعقود هو الحكم في اصطلاح الفقهاء (7)، وإذا كان الشرع هو جملة الأحكام التي ورد بها، فيؤول معنى الشريعة في اصطلاح علماء الأصول إلى مصادر الخطاب الشرعي ذاتها، بينما يؤول معناه عند الفقهاء إلى أثر وثمره هذا الخطاب.

- 1- محمد بن علي الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق سامي بن العربي، دار الفضيلة، ط1، 2000، 71/1 . ويعرفه الغزالي بأنه "خطاب الشرع إذا تعلق بأفعال المكلفين". أبو حامد الغزالي: المستصفى، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، كلية الشريعة المدينة المنورة، 177/1. وينظر: الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 131/2003.
- 2- علي بن عبد الكافي السبكي: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تحقيق علي محمد معوض وآخر، عالم الكتب بيروت، ط1، 482/1. وابن الكاملية: تيسير الوصول إلى منهاج الأصول، تحقيق عبد الفتاح أحمد قطب الدخيمسي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط1، 2002، 311/1، 313.
- 3- شهاب الدين القرافي: نفائس الأصول في شرح المحصول، تحقيق علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1995، 214/1.
- 4- ابن الكاملية: تيسير الوصول إلى منهاج الأصول، ط1، 326/1.
- 5- السبكي: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ط1، 482/1.
- 6- المائة/01.
- 7- عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة، ط8، دت، ص: 100.

البند الثاني - الشريعة: بين الإطلاق العام والإطلاق الخاص

مع استقرار اصطلاح الشريعة في لغة الفقهاء بأنها أثر الخطاب الشرعي (الأحكام) فقد أخذ يبرز إشكالا آخر يتعلق بطبيعة الأحكام التي تندرج في مفهوم الشريعة، وفي هذا الإطار نجد أن لفظ الشريعة يطلق ثلاث اطلاقات:

فقرة 1- إطلاق عام

يفضل البعض أن يوسع معناه لجميع أحكام الدين، حيث تعني عنده كل ما سنه الله ﷻ لعباده من الأحكام العلمية والعملية وهذا الإطلاق هو الذي ورد به بعض آيات القرآن الكريم، ومنه قول ابن تيمية (ت) " الشريعة تنتظم كل ما شرعه الله من العقائد والأعمال"(1). ويقول التهانوي: " الشريعة كل ما شرعه الله لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء.. سواء أكانت متعلقة بكيفية عمل وتسمى فرعية وعملية، ودون لها علم الفقه، أو بكيفية اعتقاد وتسمى أصلية و اعتقادية، ودون لها علم الكلام"(2).

فقرة 2- إطلاق خاص

حيث يفضل البعض أن يطلق لفظ الشريعة على الأحكام العملية فحسب، فالمعنى الضيق لمفهوم الشريعة والذي يسود عند الفقهاء يقتصر على الأحكام التكليفية العملية، التي تتعلق بما يصدر عن المكلف من أقوال وأفعال، وتصرفات سواء منها ما يتعلق بأحكام العبادات التي يقصد بها تنظيم علاقة الإنسان بربه أو أحكام المعاملات التي يقصد بها تنظيم علاقة المكلفين بعضهم ببعض"(3).

وهو إطلاق له أصل أيضا في القرآن الكريم وإن ظنه البعض إطلاق حادث، كما ذهب إلى ذلك الأستاذ محمد إسماعيل شعبان في كتابه تاريخ التشريع الإسلامي" أن إطلاق لفظ الشريعة على الأحكام العملية فحسب يرجع إلى العصر الحديث، حيث بدأ ظهوره في كلية الحقوق بجامعة القاهرة ثم كثر استعماله بعد ذلك "(4)، وسأيرته في ذلك الموسوعة الفقهية الكويتية، التي رأت أن إطلاق لفظ الشريعة على الأحكام الفقهية العملية إنما شاع في العصر الحديث(5). والحقيقة إن إطلاق لفظ الشريعة على الأحكام العملية فحسب في مقابل إطلاق لفظ العقيدة على الأحكام العلمية، فضلا عن أن له أصل في القرآن، فهو ليس إطلاقا معاصرا وإنما كان معروفا في العصور الفقهية المتأخرة، حيث يذكر ابن تيمية أن فقهاء زمانه حصروا لفظ الشريعة بالأحكام الشرعية العملية(6)، وكذلك نقل التهانوي و النسفي أن " العلم المتعلق بالأحكام الفرعية يسمى علم الشرائع والأحكام، و بالأحكام الأصلية يسمى علم التوحيد والصفات"(7). وسار على هذا الإطلاق المعاصرون، فالشيخ المراغي يقرر في تفسيره لقوله ﷻ ﴿لِكُلِّ

1- عبد الحلیم بن تیمیة: مجموع الفتاوی، جمع ابن قاسم، طبع المملكة العربية السعودية، 1386هـ، 306/19.

2- محمد علي التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون، تحقيق علي درجوج، مادة شرع، لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996، 1078/1.

3- أماني صالح: الشرعية بين واقع الخلافة وواقعها، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط1، 2006، 17/1.

4- محمد إسماعيل شعبان: تاريخ التشريع الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص:17.

5- وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، طبعة ذات السلاسل الكويت، ط2، 1984، 17/1.

6- عبد الحلیم بن تیمیة: مجموع فتاوی ابن تیمیة، 134/19. وينظر له أيضا: قاعدة في توحيد الملة وتعدد الشرائع، مجموعة الرسائل المنيرية، القسم الثالث، دار الطباعة المنيرية، 154/3.

7- التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون، 1019/1.

جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَا جَا ٢ (1)، " الشرائع العملية تختلف باختلاف أحوال الاجتماع وطبائع البشر واستعداداتهم، وإن اتفق الرسل جميعا في أصل الدين، وهو توحيد الله والإخلاص له في السر والعلن وإسلام الوجه له... ومن هذا نفهم أن الشريعة اسم للأحكام العملية التي تختلف باختلاف الرسل ونسخ اللاحق منها السابق وأن الدين هو الأصول الثابتة التي لا تختلف باختلاف الأنبياء" (2)

فقرة 3- إطلاق أخص

حيث نجد أن الإمام محمد الطاهر بن عاشور قد أطلق لفظ الشريعة، إطلاقا لم نعر على من جراه فيه قبله، حيث ضيق من مفهوم الشريعة من جهتين: فمن جهة قصر لفظ الشريعة على أحكام المعاملات دون الأحكام المتعلقة بالعبادات، فاصطلاح الشريعة لا يشمل مفهومها كل الأحكام العملية، وإنما أحكام المعاملات فحسب. ومن جهة أخرى قصر لفظ الشريعة على أحكام المعاملات الملزمة، أحكام الواجب والمحرم، وبالتالي فأحكام المندوبات والمكروهات لا تدخل في لفظ الشريعة.

وعلى ذلك فالشريعة عنده هي قوانين المعاملات الإلزامية فهي التي كما يقول: "الجديرة بأن تخص باسم الشريعة، والتي هي مظهر ما رعاه الإسلام من تعاريف المصالح والمفاسد وترجيحاتها"، ثم يقول: "فمصطلحي إذا أطلقت لفظ التشريع، أي أريد به ما هو قانون للأمة، ولا أريد به مطلق الشيء المشروع، فالمندوب والمكروه ليسا بمرادين لي، كما أرى أن أحكام العبادات جديرة بأن تسمى بالديانة ولها أسرار أخرى تتعلق بسياسة النفس، وإصلاح الفرد الذي يلتزم منه المجتمع" (3).

والواقع أن مفهوم الشريعة بهذا المعنى يتطابق تماما مع مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني. ورغم أن هذا المعنى لم ينظر له أحد بشكل واضح قبل الإمام محمد الطاهر بن عاشور، فإن تتبع اصطلاحات فقهاء السياسة الشرعية بدءا من القرنين الثامن الهجري. كابن فرحون، والطرابلسي، نجد ما يشير لهذا المعنى حيث نجدهم خصوا لفظ الأحكام بالأحكام التي تصدر بولاية القضاء (4)، وهي تتعلق بالمعاملات إذ لا مدخل للقضاء في مجال العبادات من حيث هي عبادات (5)، بينما خصوا لفظ الفتاوى بالأحكام التي تلزم المكلف ديانة.

البند الثالث- الشريعة: بين قطعية الأحكام وظنيها

كما يثير لفظ الشريعة في التداول الفقهي إشكالا آخر، وهو هل يقتصر مدلوله على القواطع الشرعية، أم يمتد إلى موارد الاجتهاد، أي الأحكام الظنية التي هي موارد النزاع بين أهل العلم والفقهاء والنظر.

1- المائدة/48.

2- مصطفى المراغي: تفسير المراغي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1946، 130/6.

3- الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 2001، ص:175.

4- ينظر كمثال على ذلك: الفصل الذي عقده ابن فرحون لبيان المسائل التي يدخلها حكم الحاكم من المسائل التي لا مدخل للأحكام فيها، ينظر: برهان الدين بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، 83/1 وما بعدها.

5- وقد نص على ذلك أيضا القراني في فروقه (الفرق 224 بين الحكم والفتوى) بقوله: "اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة، بل الفتيا فقط فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة" القراني: الفروق، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، 111/4.

فقرة 1- الشريعة: الأحكام القطعية.

يصر عدد كبير من الفقهاء المعاصرين على قصر مفهوم الشريعة على القواعد الشرعية التي فرغ الشرع من بيانها نصاً، أما الأحكام الاجتهادية فلا تدخل في مفهوم الشريعة وإنما يسعها اسم الفقه، كما يذهب إلى ذلك المستشار طارق البشري بقوله: "الشريعة الإسلامية هي الأحكام المنزلة من الله سبحانه وتعالى على نبيه محمد ﷺ، والتي وردت في القرآن الكريم والسنة الصحيحة"، ثم يقول: "وأحكام القرآن والسنة لها وضع إلهي، ولا يطرأ عليها تغيير ولا تبديل، وهذه الأحكام هي المقصودة بالشريعة الإسلامية، وهي تشمل جملة ما تضمنه الإسلام من أصول حاكمة للعقيدة وللعبادات والمعاملات"⁽¹⁾. وفي نفس السياق يؤكد الدكتور محمد وهبة الزحيلي في كتابه القرآن الكريم بنيت التشريعية وخصائصه الحضارية، أن الشريعة ما شرعه الله في عصر التنزيل، وأن لفظ الشريعة ينبغي أن يقصر على ما شرعه الله ورسوله نصاً، و يترتب على ذلك: "انتهاء التشريع ووضع أحكام الشريعة، بانتقال الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى. ووجود الفرق بين تاريخ الفقه وتاريخ التشريع. وأن الأحكام الاجتهادية التي حدثت في زمن الصحابة ومن بعدهم من التابعين و تابعي التابعين ليست تشريعاً"⁽²⁾. وهو الرأي الذي ينحو إليه عمر سليمان الأشقر، حيث يرى أن لفظ الشريعة ينبغي أن يقصر على الدين المنزل من عند الله ﷻ دون الفهم الفقهي التي قد تصيب الحق وقد تجانبه: "فالشريعة هي الدين المنزل من عند الله، والفقه هو فهمنا لتلك الشريعة، فإذا أصبنا الحق في فهمنا كان الفقه موافقاً للشريعة من هذه الحيثية، وإذا أخطأ فهمنا الحق المنزل لم يكن هذا الفهم من الشريعة، ولم يخرج عن الفقه"⁽³⁾.

فالشريعة وفق هذا الرأي هي الأحكام التي سنّها الله لعباده على لسان رسول من الرسل. وبإضافة التشريع إلى الدين الإسلامي صار خاصاً به، وبما صدر عن النبي ﷺ سواء كان وحياً مباشراً أو سنة شرعية. أما ما صدر من أحكام مبنية على اجتهادات الصحابة ومن بعدهم من أهل الاجتهاد فليس بتشريع على الحقيقة، وإنما هو تطبيق وتخريج للقواعد، وإن سمي اجتهادهم تشريعاً فعلى سبيل المجاز لا الحقيقة.

فقرة 2- الشريعة: الأحكام القطعية والظنية.

في مقابل هذا الفريق يقف فريق آخر من الفقهاء يستमित في الدفاع عن شمول مفهوم الشريعة لجميع الأحكام العملية ما كان منها مسلماً مفروغاً منه مقطوعاً به، وما كان منها مظنوناً مطلوباً بالاجتهاد فيه، فهو يتناول القواعد الشرعية التي فرغ منها في عهد الرسالة والتنزيل، والأحكام الظنية التي استنبطت بالاجتهاد والتأويل، حيث يذهب الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي إلى أن التفرقة بين الشريعة والفقه، هي تفرقة مفتعلة، وأن الأحكام الاجتهادية جزء لا يتجزأ من الشريعة، ويؤسس رأيه على "أن جل أحكام الشريعة الإسلامية أحكام اجتهادية، مأخوذة من الدلائل الظنية للنصوص، فإذا كان المعنى الاجتهادي الذي فيها يسقط عنها القيمة الدينية فقد عاد اسم الشريعة كحقيبة كبيرة فارغة"⁽⁴⁾. ومن ثم يخلص إلى أن الأحكام الاجتهادية التي جاءت نتيجة اجتهاد شرعي سليم، توافرت فيه أصول الاجتهاد وشروطه، جزء لا يتجزأ من الدين". ويؤسس حكمه على قضية منطقية شرطية يقول أنها تحمل

1- طارق البشري: الوضع القانوني بين الشريعة والقانون الوضعي، دار الشروق، القاهرة، ص: 99.

2- وهبة الزحيلي: القرآن الكريم بنيت التشريعية وخصائصه الحضارية، دار الفكر، دمشق، ص: 11.

3- عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، ص 18. وينظر له أيضاً: خصائص الشريعة الإسلامية، ص: 22.

4- محمد سعيد رمضان البوطي: مقال على الانترنت "القيمة الدينية للاجتهاد" الرابط: www.bouti.net/article.php.

برهانها في داخلها وهي: " إذا كان الاجتهاد واجبا دينيا، فإن ما يؤدي إليه هذا الاجتهاد يكون بالضرورة حكما دينيا "(1).

وليس الشيخ البوطي فقط من يرى هذا الرأي فقد ذهب محرر الموسوعة الفقهية الكويتية إلى مثل هذا الرأي أو قريبا منه، فقد عرفت الشريعة: " ما نزل به الوحي على رسول الله من أحكام الكتاب والسنة مما يتعلق بالعقائد والوجدانيات وأفعال المكلفين، قطعيا كان أو ظنيا"(2). غير أنها عادت بعد ذلك لترى أن " بين الشريعة والفقه عموم وخصوص من وجه، يجتمعان في الأحكام العملية التي وردت بالكتاب أو السنة أو ثبتت بإجماع الأمة، وتنفرد الشريعة بأحكام العقائد، وينفرد الفقه في الأحكام الاجتهادية التي لم يرد فيها نص من الكتاب أو السنة ولم يجمع عليها أهل الإجماع"(3).

هنا نجد أنفسنا أمام موقفين متعارضين، كل منهما يمسك بطرف الخيط، فريق يذهب إلى إخراج الأحكام الفقهية الاجتهادية الظنية من مدلول الشريعة، وفريق يغفل الفروق البينة الكثيرة بين الأحكام التي شرعت ابتداء والأحكام التي شرعت ابتداء، ويراها جميعا يشملها لفظ الشريعة .

- ومنه نخلص إلى أن مفهوم الشريعة كما استقر في التداول الفقهي والأصولي يتردد بين معنيين:

فالشريعة في التداول الأصولي هي الخطاب الشرعي بعينه نصا أو دلالة فهي جملة الأصول التي تستمد منها الأحكام. أما الشريعة في الاصطلاح الفقهي فهي أثر الخطاب أي جملة الأحكام التي جاء بها هذا الخطاب.

- كما يدور مفهوم الشريعة في الاصطلاح الفقهي بين ثلاث معاني؛ معنى عام وخاص وأخص:

أما مفهوم الشريعة بمعناه العام فهو جملة الأحكام العلمية والعملية أي جميع أحكام الدين من عقائد وأخلاق وعبادات ومعاملات. وأما مفهومها الخاص: فيقتصر على جملة الأحكام العملية، أي أحكام العبادات والمعاملات فحسب. أما المعنى الأخص جملة الأحكام الشرعية الفرعية العملية الملزمة المتعلقة بالمعاملات، وهذا المفهوم الذي طرحه الإمام الطاهر بن عاشور لم يستقر بعد، كما أنه ليس إلا إسقاطا مباشرا لمفهوم التشريع بمعناه القانوني على أحكام الشريعة الإسلامية. وهذا المفهوم هو الذي نشغل به في البحث عند الحديث سلطة ولي الأمر بوصفه مشرعا إذ لا مدخل لولي الأمر في وضع العقائد أو سن العبادات، وهو المفهوم الذي نريد أن نؤصل القول فيه في المبحث الموالي.

- كما يطلق لفظ الشريعة في التداول الفقهي إطلاقين آخرين:

فبعضهم يقصر مدلوله على ثوابت النظام القانوني والتشريعي و التي تتجسد في قواطع الأحكام التي ورد بها التنزيل. وهي أحكاما ذات قيمة دينية ذاتية. بينما يصرف فريق آخر على التوسع في إطلاق لفظ الشريعة ليشمل أيضا الاجتهادات الفقهية وفتاوى المفتين، والذي تنبأه في هذه الرسالة أن الاجتهادية الظنية الاجتهادية الراجحة التي تبنتها الأمة أو الجماعة وأضفت عليها عنصر الالتزام تعتبر جزءا من الشريعة. أما الفتاوى الفردية والآراء الفقهية المرجوحة التي لم تلق القبول فلا يعتبر جزءا من الشريعة.

1- محمد سعيد رمضان البوطي: نفس المرجع، www.bouti.net/article.php.

2- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: الموسوعة الفقهية، 195-194/32.

3- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: الموسوعة الفقهية، 195-194/32.

الفرع الثالث: وظيفة التشريع في الاصطلاح الفقهي

هل يعرف النظام السياسي في الإسلام شيئاً اسمه الوظيفة التشريعية وولاية التشريع؟ أم أن الشريعة قد احتوت على كل ما تحتاجه الأمة من التشريعات، وبالتالي فليس لها حاجة بمن يمارس التشريع ووظيفة أو ولاية؟ وإذا كانت الشريعة تعرف شيئاً اسمه الوظيفة التشريعية فما هي الألفاظ المعبر بها عن هذه الوظيفة في التداول الشرعي، وكيف مارس المسلمون عبر تاريخهم وظيفة أو ولاية التشريع؟

يتردد فقهاء الشريعة في قبول لفظ التشريع كلفظ مغاير للفظ الشريعة في مجال التداول الشرعي، فالتشريع هو الشريعة، وينص البعض على أن التشريع قد أكتمل وانتهى بالتحاق الرسول ﷺ بالرفيق الأعلى، وبالتالي فكل ما صدر عن الفقهاء وأهل الفتيا لا يصح أن يطلق عليه لفظ التشريع، فالتشريع ما شرعه الله في عصر التنزيل، مما يعني "انتهاء التشريع ووضع أحكام الشريعة، بانتقال الرسول ﷺ إلى الرفيق الأعلى... وأن الأحكام الاجتهادية التي حدثت في زمن الصحابة ومن بعدهم من التابعين و تابعي التابعين ليست تشريعاً" (1).

أما الدراسات المقارنة فتتحو إلى عدم التسليم بهذا التطابق حيث تنطلق من مقدمة نادراً ما تقف عندها للبرهنة عليها، وهي أن الإسلام يعرف وظيفة التشريع، وبالتالي تطرح ضمناً أو صراحة التمييز بين الشريعة والتشريع، حيث يفهم لفظ الشريعة وفق المعنى المعطى له في التداول الفقهي، بينما يستخدم لفظ التشريع وفق دلالاته في الاصطلاح القانوني ورغم أن هذا الازدواج لا يمثل خلافاً منهجياً كبيراً متى كان الباحث واعياً به، ولكن عندما يمتد البحث، تبدأ تظهر الصعوبات التي غالباً ما تنتهي بتخلي الباحث عن مفهوم التشريع بمدلوله القانوني لصالح مصطلح شرعي لا يتطابق معه، فبينما نجد البعض يطرح أن اللفظ المعبر عن التشريع في مجال التداول الشرعي هو لفظ الاجتهاد، يطرح البعض الآخر لفظ الإفتاء. وثالث يطرح لفظ الشورى.

البند الأول: التشريع والاجتهاد

الفقرة 1- إطلاق لفظ الاجتهاد على التشريع

أمام الإشكالات التي أخذ يطرحها دخول مصطلح التشريع بمدلوله القانوني إلى مجال التداول الفقهي، تصدى عدد من فقهاء الشريعة الذين جمعوا بين المعرفة الشرعية والمعرفة القانونية إلى حل هذه الإشكالات بعد أن "تحررت إلى حد ما من الحساسيات المرتبطة بمفهوم "التشريع" تأثراً بشيوع هذا الاصطلاح في القوانين الوضعية وتلاشي ما ارتبط به من قدسية، ومن ثم فقد بذل هؤلاء محاولات توفيقية بين المفهوم الإسلامي والمفهوم الحديث للتشريع، فميزوا بين التشريع الإلهي والتشريع الاجتهادي (2)، أو بين التشريع ابتداءً والتشريع ابتداءً (3)، أو بين التشريع الحقيقي والتشريع المجازي الذي يرادف الاجتهاد (4)، ورغم تلك المحاولات فقد ظلت المحاذير والتعقيدات المرتبطة بمفهوم

1- وهبة الزحيلي: القرآن الكريم بنيته التشريعية وخصائصه الحضارية، ص: 11.

2- محمد المبارك: نظام الحكم والدولة، دار الفكر، ط2، ص: 148.

3- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، دار القلم الكويت، 1985، ص: 41.

4- يوسف حامد العالم: الأهداف العامة للشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، 1994، ص: 21.

التشريع في التصور الإسلامي قائمة وحاصلة خاصة مع تنامي النزعات السلفية المعاصرة وصعودها وانتعاش مفهوم الحاكمية السياسية" (1).

وقد ذهب هؤلاء وتابعهم كثير من الدارسين أن اللفظ المعبر عن وظيفة التشريع في النظام السياسي الإسلامي هو لفظ الاجتهاد، ومن أهم المحاولات وأسبقها في البحث عن معنى التشريع بمدلوله القانوني داخل المجال الإسلامي هي المحاولة الرائدة للشيخ عبد الوهاب خلاف.

فقد حاول الشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله، قبل 70 عاما، أن يعيد بحكم ثقافته الشرعية والقانونية ضبط المفاهيم، وحل بعض الإشكالات المتعلقة به من خلال تصنيفه مفهوم التشريع إلى معنيين: شرع مبتدأ، تشريع ابتنائي (بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة) (2)، ورغم أهمية هذا التمييز فالملاحظ أنه منذ ذلك الوقت بقيت أغلب البحوث في موضوع السلطة التشريعية في الإسلام تكرر هذا المعنى دون أدنى خطوة إلى الأمام تنقيحا أو تحقيقا أو تعميقا.

وخلاصة رؤية الشيخ عبد الوهاب خلاف: " أن التشريع في الاصطلاح الشرعي والقانوني هو سن القوانين التي تعرف منها الأحكام لأعمال المكلفين وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث، فإن كان مصدر هذا التشريع هو الله ﷻ بواسطة رسله وكتبه فهو التشريع الإلهي، وإن كان مصدره الناس سواء كانوا أفرادا أو جماعات فهو التشريع الوضعي" (3)، ثم يخلص إلى أن "القوانين الإسلامية نوعان: قوانين سنها الله ﷻ بآيات قرآنية، وألهمها رسوله وأقره عليها، وهذا تشريع إلهي محض، وقوانين سنها مجتهدو المسلمين من الصحابة وتابعيهم والأئمة المجتهدين استنباطا من نصوص التشريع الإلهي وروحها ومعقولها ومما أرشدت إليه من مصادر، وهذه تعتبر تشريعا إلهيا باعتبار مرجعها ومصدرها وتعتبر تشريعا وضعيا باعتبار جهود المجتهدين في استمدادها واستنباطها، ومرادنا بالتشريع الإسلامي سن هذه القوانين بنوعيتها" (4).

ويخلص من ذلك إلى أن التشريع الإسلامي يدور على معنيين: " أحدهما إيجاد شرع مبتدأ وثانيهما: بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة، فالتشريع بالمعنى الأول في الإسلام ليس إلا لله، فهو سبحانه ابتداء شرعا بما أنزله في قرآنه، وما أقر عليه رسوله، وما نصبه من دلائل، وبهذا المعنى لا تشريع إلا لله.

وأما التشريع بالمعنى الثاني، وهو بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة، فهذا هو الذي تولاه بعد رسول الله خلفاؤه من علماء الصحابة، ثم خلفاؤهم من فقهاء التابعين، وتابعيهم من الأئمة المجتهدين، فهؤلاء لم يشرعوا أحكاما مبتدأة، وإنما استمدوا الأحكام من نصوص القرآن والسنة، وما نصبه الشارع من الأدلة، و ما قدره من القواعد العامة" (5).

1- أماني صالح: الشرعية بين واقع الخلافة وواقعها، 152/151/1.

2- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، بحث في مجلة القانون والاقتصاد لكلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الرابع، السنة السابعة، أبريل 1937، ص: 566-567. وذلك بعد أن اعترض عليه في اعتبار عمل المجتهدين تشريعا، وأن ذلك من سلطات الدولة، فاضطر إلى التوضيح بعد نشر مقالته من بحثه حول السلطات الثلاث في الإسلام وعرف مقصوده في المقال الثالث، وينظر كذلك: عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام دار القلم للنشر والتوزيع الكويت 1985 ص41، وينظر: عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم الكويت، 1986، ص: 07.

3- عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، ص07.

4- عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، ص07.

5- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، مجلة القانون والاقتصاد ص: 566-567. وينظر كذلك في عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، ص41. وقد نقل هذا التحديد عدد كبير جدا من الفقهاء ورجال القانون من غير إضافة، مثل محمد سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ص: 332، وكذلك محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، دار

وهذا الرأي الذي ذهب إليه الشيخ خلاف، قد تابعه عليه عدد كبير من الفقهاء المعاصرين والدارسين والباحثين كالدكتور سليمان الطماوي الذي يرى أن التشريع في الإسلام قائم تاريخياً على الاجتهاد الفردي(1)، وهو كذلك الرأي الذي انتهى إليه الدكتور محمد أحمد مفتي والدكتور سامي صالح الوكيل في كتابهما التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية(2).

فهل فعلاً ينطبق مفهوم التشريع كما استقر مدلوله في الاصطلاح القانوني على مفهوم الاجتهاد كما استقر مدلوله في الاصطلاح الأصولي؟

الفقرة 2- مفهوم الاجتهاد وأنواع الاجتهاد

يعرف الاجتهاد في مجال التداول الشرعي انطلاقة من دلالة اللغوية، فالاجتهاد مشتق من جهد بمعنى بذل الجهد (بضم الجيم) وهو الطاقة، أو بمعنى تحمل الجهد (بفتح الجيم) وهو المشقة؛ لأنه لا يستعمل إلا في تحصيل مشقة، يقال اجتهد في حمل صخرة ولا يقال اجتهد في حمل ثمرة (3). وصيغة افتعال مصدر لميزان الماضي افتعل وهي تأتي لسته معان منها الطلب، والمبالغة في الفعل، والإظهار والتشارك (4)، وعلى ذلك يكون معنى الاجتهاد بذل الوسع في طلب أمر مرغوب والمبالغة في ذلك حتى يستنفد الجهد ويظهر منه الجهد. ولم يرد لفظ الاجتهاد بهذه الصيغة في القرآن الكريم ولكنه ورد في السنة في عدد من النصوص التي اشتهرت كقوله ﷺ (إذا حكم الحاكم فاجتهد..)(5)، و(اجتهد رأيي ولا آلو)(6).

أما في الأصول فيعرف الاجتهاد تعريفات كثيرة متقاربة فيما بينها، من أدقها " أنه بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عملي ظني" (7)، أو هو " بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط" (8). فيخرج بذلك بذل الوسع في طلب الأحكام العلمية العقديّة، فلا يسمى في اصطلاح أهل الأصول اجتهاداً، وإن كان

-
- الكتاب العربي القاهرة، 1975، ص: 369. وغيرهم كثير، والمحاولة الوحيدة التي وقفت عليها والتي حاولت الإضافة والبناء على كلام الشيخ خلاف هي محاولة الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام، ط2 دار الفكر العربي القاهرة 1413هـ، ص: 212.
- 1- سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، ط2، دت، ص: 157.
 - 2- محمد أحمد مفتي و سامي صالح الوكيل: التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، دار النهضة الإسلامية، ط1، 1992، ص: 19 وما بعدها، 27.
 - 3- ينظر: أحمد الفيومي: المصباح المنير، مادة جهد، ص: 112.
 - 4- محمد سعيد اسير وآخر: الشامل، دار العودة، بيروت، ص: 144.
 - 5- أحمد بن حنبل: المسند/مسند الشاميين من حديث عمرو بن العاص/ رقم: 17774. 308/29. وقال الأرنؤوط: حديث صحيح.
 - 6- أحمد بن حنبل: المسند/مسند الأنصار من حديث معاذ بن جبل/ رقم: 22007. 333/36. وقال الأرنؤوط إسناد ضعيف غير أن تلقي الأمة له بالقبول والاحتجاج به مال بعدد من المحققين من أهل العلم إلى الحكم بصحته.
 - 7- حول مفهوم الاجتهاد ينظر: أبي حامد الغزالي: المستصفى من علم أصول الفقه، 4/4-5. وينظر الرازي: الحصول، تحقيق طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، 06/6. الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2003، 197/4. وينظر: الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 1025/2. وينظر: ابن النجار: شرح الكوكب المنير، جامعة أم القرى، ط1، 1987، 459- 458/4.
 - 8- بدر الدين الزركشي: البحر المحيط، 197/6.

يسمى اجتهادا عند أهل الكلام (1). ويخرج كذلك طلب العلم بالأحكام العملية القطعية، فلا اجتهاد فيما علم من الدين بالضرورة، كفرض الصلاة، ووجوب الزكاة. لأنها أحكام فرغ منها في عصر التنزيل، ولا تحتاج إلى طلب، والمراد بالفقيه المجتهد أما إطلاقه على من يحفظ الفروع الفقهية فهو اصطلاح متأخر، وبذل وسعه لا يعتبر اجتهادا اصطلاحا(2). وتسمية عمل الفقيه في تفسير النصوص والاستنباط من القواعد، اجتهاد يحمل دلالة لا تخفى، وهو أن عمله هذا نوع من بيان الشريعة وكشف عن أحكامها ونسبة تلك الأحكام إلى دين الله، فينبغي أن لا يقدم عليه إلا من تأهل لاستفراغ الجهد و استنفاد الجهد في درك الأحكام الشرعية ونسبتها إلى دين الله.

على أنه يجب أن لا يفوتنا أن نلاحظ أن تعريف الاجتهاد كما استقر في مجال التداول الفقهي والأصولي لا يعبر عن كامل الحقيقة الشرعية لمفهوم الاجتهاد حيث يفتقد خاصية الحصر التي هي من أهم خصائص الحد أو التعريف كما هو مقرر عند علماء المنطق:

فهو من جهة يقصر الاجتهاد على الأحكام ويخرج الاجتهاد في الأصول من دائرة الاجتهاد، مع أنه يكفي الرجوع إلى ايسر كتاب في علم أصول الفقه لنقف بوضوح على أن الاجتهاد والاختلاف بين أهل العلم قبل أن يجري في الأحكام قد جرى في أدلة الأحكام من حيث حجيتها ومن حيث ترتيبها ومن حيث مجال الاحتجاج بها ومن شروط إعمالها والاحتجاج بها كما سيتبين ذلك بعون الله عند تناول مصادر المشروعية في النظام السياسي الإسلامي. ومن جهة ثانية فالتعريف السابق للاجتهاد بالإضافة إلى اقتصره على الاجتهاد في الأحكام، فإنه لم يحصر جميع التصرفات الاجتهادية في الأحكام، حيث أن صيغة التعريف لا ينطبق إلا على نوع واحد منه وهو الاجتهاد المتعلق بفهم واستنباط الأحكام وتفسير النصوص والذي يسميه بعض المعاصرين بالاجتهاد النظري، ويسكت عن الاجتهاد المتعلق بتطبيق الأحكام على مناطها والذي يسميه بالاجتهاد التطبيقي(3)، كما أصل له الإمام الشاطبي في الموافقات(4). وهو ما استدركه أيضا الإمام محمد أبو زهرة في تعريفه للاجتهاد بقوله " الاجتهاد هو استفراغ الجهد و بذل غاية الوسع إما في استنباط الأحكام الشرعية وإما في تطبيقها"(5).

الفقرة 3- مدى مطابقة مدلول الاجتهاد لمدلول التشريع

ونحن إذا اخترنا مفهوم الاجتهاد نظريا وتاريخيا وفقا للمقياس القانوني للتشريع والخصائص الواجب توافرها في القواعد القانونية، حتى يعتبر تشريعا وفق الاصطلاح القانوني فإننا نحتاج إلى فحص هذا المفهوم من ناحيتين ناحية نظرية، و ناحية تاريخية.

من الناحية النظرية سنركز على خاصيتين هما خاصية الإلزام والجزاء و خاصية العموم والتجريد.

1- يوسف القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط2، 1989، ص: 12. وحول الخلاف بين أهل العلم في اندراج مسائل العقيدة والكلام في مجال الاجتهاد ينظر: الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 215/4-220. وينظر: عبد العلي الأنصاري: فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق عبد الله محمد محمود عمر، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2002، 404/2.

2- ابن النجار: شرح الكوكب المنير، 458/4-459. وينظر يوسف القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص: 12.

3- ينظر: فتحي الدريني: أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي، مطبعة دار الكتاب، دمشق، 1977، ص: 37-46. وينظر له أيضا: الفقه الإسلامي المقارن، مطبعة طربين، دمشق، 1980، ص: 27-47.

4- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 40-11/5.

5- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص: 341.

أولاً- الاجتهاد وخاصية الإلزام والجزاء

من ناحية نظرية ينبغي القول أن الاجتهاد كاجتهاد فحسب عمل فقهي وليس عملاً تشريعياً؛ ذلك أن المجتهد من حيث هو مجتهد وحسب مهما كانت طبقته (مجتهد مطلق مستقل، مطلق غير مستقل، مقيد، ..) (1) يبقى عمله عملاً فقهيًا وليس تشريعياً، وأن الاجتهاد سواء كان نوعه اجتهاداً نظرياً أو تطبيقياً، أو كان اجتهاداً فردياً أو جماعياً، يبقى من حيث هو اجتهاد خارج حدود التشريع بمفهومه في الاصطلاح القانوني.

1- خاصية الإلزام في الاجتهاد النظري والتطبيقي

إن الاجتهاد النظري هو بصفة عامة ذلك الاجتهاد الذي يقف دوره عند تفسير النصوص الشرعية، أو البناء عليها والتخريج على الأصول والقواعد الشرعية، بينما الاجتهاد التطبيقي وهو ذلك الاجتهاد الذي يهدف إلى تنزيل النص أو الحكم الشرعي المناسب على النازلة أو الواقعة التي تندرج تحته، والاجتهاد في كلا الحالتين إذا لم يصدر عن سلطة عامة، هو مجرد عمل فقهي لا غير، فالمجتهد يبذل وسعه في استنباط الحكم الذي يحسبه موافقاً للشرعة ومعبراً عنها دون أن يملك أدنى سلطة لإلزام غيره بما انتهى إليه، ومن ثم فهو يبقى رأياً فقهيًا وليس عملاً تشريعياً، ما دام هذا الرأي يفتقد خاصية الإلزام والجزاء الذي تضيفه عليه السلطة العامة، فمن المقرر فقهاً أن المجتهد إذا اجتهد في مسألة فهو ملزم بالحكم الذي استنبطه من الدليل الظني فيجب العمل به وتحرم عليه مخالفته، لأن ما توصل إليه المجتهد هو حكم الله في حقه، وليس للمجتهد أن يعدل عن اجتهاده ويقلد مجتهداً آخر فيما أسسه الاجتهاد القائم على غلبة الظن (2) غير أن المجتهد لا يملك أن يلزم غيره بما انتهى إليه اجتهاده، ومنه يتبين أن الاجتهاد في حقيقته لا يعدو أن يكون رأياً فقهيًا لا يملك المجتهد إلزام الناس به، فالاجتهادات الفقهية ليست إلا مجرد آراء فقهية " مرجعها إلى النص بواسطة القياس، وليست أحداها أولى بالإتباع من الأخرى، كما يذكر عبد الوهاب خلاف نفسه (3)، ومن ثم فإننا لا نتفق معه في اعتبار هذه الاجتهادات بذاتها تشريعاً بمدلوله السياسي الحديث والاصطلاح القانوني، وذلك لأكثر من سبب لعل أهمها خلوها من صفة الإلزام والجزاء الذي تتسم به تشريعات الدولة.

وقد تابع عدد من الفقهاء وعلماء القانون الشيخ عبد الوهاب خلاف في اعتبار الاجتهاد والممارسة الاجتهادية تشريعاً بذاتها، ولم نقف على محاولة لتفكيح هذا الرأي إلا ما كان من الدكتور مصطفى فهمي أبو زيد في كتابه فن الحكم في الإسلام، حيث ذكر أن المعنيين اللذين ذكرهما العلامة عبد الوهاب خلاف لتحديد معنى التشريع (شرع مبتدأ، وبيان حكم تقتضيه شريعة قائمة) "يقصران تماماً في بيان المقصود من التشريع"، فالمعنى الأول كما يقول

1- حول طبقات المجتهدين والمفتين ينظر: أبو عمرو بن الصلاح الشافعي: أدب المفتي والمستفتي: تحقيق موفق بن عبد القادر، عالم الكتب، بيروت، 1986، ص: 86 وما بعدها. و ينظر محمد بن أحمد بن رشد المالكي : فتاوى ابن رشد، تحقيق المختار بن طاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي بيروت، 1978، 1504-1494/3. وينظر: ابن عابدين: عقود رسم المفتي: مجموعة رسائل ابن عابدين، 11/1-12.

2- سيأتي أن هذه القاعدة ليست مسلمة على إطلاقها خاصة فيما يتعلق بمجال القانون العام. أن هذه القاعدة تجد سندها في العرف الذي استقر العمل به تدريجياً بعد عصر الراشدين وانقلاب الخلافة إلى ملك عضوض، وانقلاب الاجتهاد الجماعي إلى اجتهاد فردي واستمر العمل به لقرون عديدة حتى سبق إلى الوهم أن هذا هو الأصل، بينما الثابت تاريخياً أنه في عصر الراشدين كان الاجتهاد الذي يعمل به هو الاجتهاد الجماعي الشوري الذي تصدره وتلزم به الولاية العامة، وكان الفقهاء رغم اختلافهم مع الخلفاء في كثير من القضايا العامة كان اختلافهم يبقى حبيس مجال الرأي، أما في مجال العمل فقد كانوا ينزلون على اجتهاد أولي الأمر.

3- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، ص: 41.

أبعد ما يكون عن التشريع بالمعنى المتداول في الفكر الدستوري الحديث، واقرب في الدلالة على الرسالة السماوية كلها، والمعنى الثاني أقرب في الدلالة على الفتيا منه على التشريع، لخلوه من عنصر الإلزام⁽¹⁾، ومن ثم نراه ينطلق من التشريع بالمفهوم الثاني الذي أتى به خلاف نحو تحديد التشريع بمفهومه الحديث بقوله: "إن بيان الحكم الشرعي في هذا الأمر وفي سواه من الأمور، وبيان ما إذا كان واجبا أو مندوبا أو محرما أو مكروها أو مباحا، هو مما يدخل في المعنيين السابقين الذين حددهما خلاف، ولكن بعد وضع الحكم الشرعي للأمر وأرادت الأمة أن تأخذ بهذا الاتجاه أو ذاك، فإن الأمر يقتضي أن يصدر قانون يحدد ما استقرت عليه الأمة من قواعد وهذا هو التشريع بالمعنى الدقيق"⁽²⁾. ويضرب لذلك عدد من الأمثلة فلنفرض مثلا أن انتهينا إلى أن الفقهاء انتهوا إلى أن شهادات الاستثمار مباحة، فإن عدة نقاط بعد ذلك تتطلب الحسم، هل نصدرها أم لا نصدرها؟ هل نكثر منها أم نقل؟... أو نفرض أن الفقهاء انتهوا إلى جواز عقد التحالفات السياسية، فإن نقاط بعد ذلك تتطلب الحسم هل نعقد التحالف مع هذا الطرف أو ذاك؟ وهل نأخذ بهذه الشروط، أم نضع فيها شروطا أخرى.. فمثل هذه النقاط يرى الدكتور تتجاوز الاجتهاد الفقهي وتندرج في معنى ثالث للتشريع فات الشيخ خلاف وهو "بغير شك أدق المعاني الواضحة لكلمة التشريع- بالمعنى الدقيق- إنما يعني وضع القواعد المنظمة لشتى مجالات الحياة القومية في المجتمع: سياسيا واقتصاديا واجتماعيا"⁽³⁾. وهو ما كاد ينتهي إليه الدكتور صوفي حسن أبو طالب بقوله: "يميز الفقهاء بين أمرين: أولهما شرع مبتدأ وهو لا يكون إلا من الله ورسوله، متمثلا في الكتاب والسنة، والأحكام الواردة فيهما ملزمة للناس، وثانيهما بيان لحكم تقتضيه شريعة قائمة، وقد تولى هذه المهمة بعد وفاة الرسول ﷺ المجتهدون، وآراؤهم لا ترقى لمرتبة الإلزام، إلا إذا كانت محل إجماع منهم، أو صدر بها أمر من ولي الأمر في حدود اختصاصه"⁽⁴⁾.

2- خاصية الإلزام في الاجتهاد الفردي والجماعي

يتنوع الاجتهاد من حيث المجتهد إلى اجتهاد فردي و اجتهاد جماعي، ويذهب بعض الباحثين إلى أن الاجتهاد الفردي يعتبر عملا فقهيلا لا أكثر، بينما الاجتهاد الجماعي يعتبر تشريعا، وهو الرأي الذي انتهى إليه الدكتور سليمان الطماوي بقوله: "الاجتهاد الذي عرفه الإسلام له مظهران مظهر جماعي ومظهر فردي؛ أما المظهر الجماعي فهو أن يعرض ولي الأمر موضوعا من الموضوعات على المجتهدين في عصره، فيبحثونه ثم يجمعون فيه على رأي وهذا هو الإجماع الذي اعتبر المصدر الثالث للتشريع الإسلامي والإجماع بهذا المعنى مصدر ملزم للأحكام الشرعية.. أما المظهر الفردي فهو اجتهاد كل مسلم تتوافر فيه شروط الاجتهاد، وحكم هذا الاجتهاد الفردي أنه لا يكون حجة إلا لصاحبه، فلا يصح أن يقلد غيره فيما لا يراه هو، ولا يجب على أحد أن يقلده"⁽⁵⁾ ولا شك أن النتيجة التي انتهى إليها الدكتور الطماوي سليمة تماما، متى كان المقصود بالاجتهاد الجماعي الإجماع الأصولي بشروطه المعروفة، غير أن لفظ الاجتهاد الجماعي من المصطلحات التي نظر لها بعض المصنفين المحدثين في علم الأصول، قد يحمله

1- مصطفى أبو زيد فهمي، فن الحكم في الإسلام، ص: 210 .

2- مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع نفسه، ص209.

3- مصطفى أبو زيد فهمي: المرجع نفسه، ص:211.

4- صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص: 238.

5 . سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية والفكر السياسي الإسلامي، ص: 337.

البعض على معنى الإجماع الأصولي(1)، كما قد يحمل على معنى الاجتهاد الجمعي الذي تنهض به المجمع الفقهية(2)، كما يمكن حمله على الاجتهاد الذي تنهض به هيئات الفتوى، أو الاجتهاد الذي تنهض به وحدة بحث(3)، فكلها صور للاجتهاد الجماعي وهي مختلفة تماما عن الحقيقة الشرعية للإجماع بمعناه الأصولي كما تختلف عنه حجية وحكما، وإذا كان من المقرر شرعا أن الإجماع بشروطه المعتبرة يعتبر تشريعا، لا يجل لمن كان وقافا عند شرع الله مخالفته، فإن الاجتهاد الذي يصدر عن المجمع وعن لجان الفتوى وهيئات البحوث ما لم تضفي عليه السلطة العامة صفة الإلزام لا يعدو أن يكون أيضا رأيا فقهيا له اعتباره و لكنه بالتأكيد ليس تشريعا، فالمجمع وهيئات الفتوى ووحدات البحث ليست سلطة عامة وإنما إطار علميا للتشاور أو سلطة علمية استشارية لا غير.

فالاجتهاد الجماعي حتى ولو كان من تنظيم ولي الأمر يعتبر عملا فقهيا من قبيل الشورى العلمية الفقهية، وليس عملا تشريعا من قبيل الشورى السياسية التي بيدها الحل والعقد(4)، مادام الرأي الذي تنتهي إليه مؤسسة الاجتهاد الجماعي رأيا استشاريا فحسب، وليس لها من ولاية الأمر شيء. ومنه نخلص إلى أن ما انتهت إليه ندوة الاجتهاد الجماعي في دولة الإمارات من تعريف الاجتهاد الجماعي بأنه "اتفاق أغلبية المجتهدين في نطاق مجمع أو هيئة أو مؤسسة شرعية ينظمها ولي الأمر في دولة إسلامية على حكم شرعي عملي لم يرد به نص قطعي الثبوت والدلالة بعد بذل غاية الجهد فيما بينهم في البحث والتشاور"(5). يحتاج إلى وضع النقط على الحروف، فمما لاشك أن تولى ولي الأمر قضية الاجتهاد الجماعي ليصدر مجتهدو الأمة عن رأي واحد محرر من الرغبة والرغبة، هو الأصل وهو المنهج السديد الذي سلكه الخلفاء الراشدون(6). وقد كان هذا الاجتهاد تشريعا لكونه صادرا من شورى أولي الأمر في الدولة، غير أن ما يصدر اليوم من المجمع وهيئات الفتوى والمجلس الإسلامي الأعلى، فهو ليس تشريعا حتى ولو كان من تنظيم ولي الأمر لأن ما يصدر عنها ليس إلا رأيا فقهيا فحسب(7)، وليس قاعدة تشريعية ملزمة، ومن ثم فهو لا يجعل من ذلك المجمع أو المجلس أو الهيئة سلطة تشريعية.

- 1- كما نص على ذلك الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية ص: 337. وكما هو الحال عند علي حسب الله الذي يعرف "الاجتهاد الجماعي هو كل اجتهاد اتفق المجتهدون فيه على رأي في مسألة". علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص: 93.
- 2- حيث يعرفه عبد المجيد السوسوة: "استفراغ أغلب الفقهاء الجهد لتحصيل حكم شرعي بطريق الاستنباط واتفاقهم جميعا أو أغلبهم على الحكم بعد التشاور" عبد المجيد السوسوة: الاجتهاد الجماعي، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف، قطر، ص: 46.
- 3- حيث يعرفه الدكتور عبد الناصر العطار: "اتفاق أكثر من فقيه أو باحث متخصص في الفقه وإن لم يبلغ مرتبة الاجتهاد بعد بذلهم غاية وسعهم في استنباط حكم شرعي من أدلته سواء استعانوا بخبراء ومتخصصين أم لم يستعينوا بأحد منهم" عبد الناصر العطار: التعريف بالاجتهاد الجماعي، كتاب ندوة الاجتهاد الجماعي، نشر كلية الشريعة، جامعة الإمارات، ص: 21. وقريب منه تعريف الدكتور توفيق الشاوي: "تخصيص مهمة البحث واستنباط الأحكام بمجموعة محدودة من العلماء أو الخبراء أو المختصين" توفيق الشاوي: فقه الشورى والاستشارة، دار الوفاء، المنصورة، ط2، 1992، ص: 242.
- 4- قام النظام السعودي مؤخرا من خلال الأمر الملكي رقم: 13876/ب، بتاريخ 2010/9/2، بقصر الفتوى على هيئة كبار العلماء حماية للشرع والدين، غير أن هذا الأمر لا يعدو أن يكون تنظيما للفتوى ولم يجعل من هذه الهيئة هيئة تشريعية ما دام أن رأيها يبقى رأيا علميا واستشارة فقهية لا تلزم حاكما ولا محكوما. ينظر نص الأمر على الرابط: <http://www.spa.gov.sa/details.php?id=809644>
- 5- كتاب ندوة الاجتهاد الجماعي، 1079/2.

- 6- إيمان أحمد خليل: الاجتهاد الجماعي ودور المجمع الفقهية في تحقيقه في عصرنا الحاضر، ماجستير كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2003، ص: 22.
- 7- ينص الدستور الجزائري على أن من مهام المجلس الإسلامي الأعلى: الحث على الاجتهاد وترقيته، إبداء الحكم الشرعي فيما يُعرض عليه " وأنه مؤسسة استشارية فحسب، ينظر: دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2008، المادة: 172. www.joradp.dz

ثانيا- الاجتهاد وعنصر العموم والتجريد

مما سبق عن مفهوم الاجتهاد وأنواع التصرفات الاجتهادية يتبين أن الحكم الناتج عنه لا يتصف بالضرورة بخاصية العموم والتجريد، بل ينبغي التمييز ما إذا كان الاجتهاد نظريا أو اجتهادا تطبيقيا:

1- خاصية العموم في الاجتهاد النظري

فأما بالنسبة للاجتهاد النظري وهو الاجتهاد الذي ينصرف لاستنباط الأحكام من النصوص الشرعية أو البناء على قواعد الاستدلال الشرعي، فإن من المقرر في الفقه والأصول أن الأحكام الاجتهادية التي جاءت نتيجة اجتهاد شرعي سليم توافرت فيه أصوله وشروطه، يخاطب بها صاحب الاجتهاد في حق نفسه أولاً. ثم يخاطب بها ثانيا كل من تقاصرت درجته العلمية عن رتبة الاجتهاد إن لم يجد أمامه إلا هذا الاجتهاد، فليس له عنه أي معدل. وأما إن تعدد المجتهدون من حوله وتعددت اجتهاداتهم في المسألة الواحدة، فعليه أن يختار منها ما تسكن إليه نفسه ويطمئن إليه قلبه(1). وهكذا فمن حيث المبدأ فالاجتهاد الذي ينصرف إلى بيان حكم الشرع في مسألة ما فالأصل فيه أن الخطاب فيه للعموم، إذ المجتهد حين يتوصل إلى الحكم فإن هذا الحكم يراه هو الموقف الشرعي الصحيح الذي ينبغي أن يلتزمه كل مكلف ينطبق عليه خطابه. فإذا اجتهد المجتهد مثلا وثبت لديه أن الزكاة تجب في عروض التجارة، فإن هذا الحكم يفترض أنه ينطبق على كل من كان تاجرا.

2- عنصر العموم في الاجتهاد التطبيقي

أما بالنسبة للاجتهاد التطبيقي وهو الاجتهاد الذي ينصرف لتطبيق الحكم الشرعي على مناطه أو كما يقول الشاطبي " الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله. أي النظر في تطبيقه على الجزئيات والوقائع والنوازل، سواء أكان نفس الحكم ثابتا بالنص أم بالاجتهاد، ومثال ذلك أن الشارع إذا قال: ﴿ **وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴾ (2)، وثبت عندنا معنى العدالة شرعا، افتقرنا إلى تعيين من حصلت فيه هذه الصفة، " (3). ومن الواضح أن اجتهاد القاضي والمفتي والإمام في المسائل المعينة هو اجتهاد تطبيقي والأحكام الناتجة عنه هي أحكام عينية تخص تلك الواقعة المعينة أو شخصية تخص ذلك الشخص المعين فلا يجوز العمل بها إلا بناء على حكم جديد من المفتي أو القاضي أو الإمام، ومن ثم فإن مثل هذا النوع من الاجتهاد تتولد عنه أحكام تفتقد عنصر التجريد اللازم لعمومية الحكم الشرعي، بل ينتج عنه أحكام مشخصة وبالتالي فلا يمكن اعتبار هذه الأحكام تشريعا لافتقادها عنصري التجريد والعمومية.

والخلاصة أن مفهوم الاجتهاد لا يتطابق مع مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني من حيث عنصري الإلزام والعموم إلا في عصر الخلافة الراشدة، أما بعد أن أصبح الاجتهاد ممارسة فردية في العصور اللاحقة وتعددت الاجتهادات تعددا كبيرا، فلم تعد هذه الاجتهادات تشريعا بذاتها بل من خلال عنصر إضافي وهو تبني الجماعة أو

1- ينظر: عبد الوهاب بن علي السبكي: جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2002، ص:121. وينظر: محمد سلام مذكور: الاجتهاد في التشريع الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1404هـ، ص:139-140.

2- الطلاق/02.

3- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 5/ 12.

السلطة العامة لاجتهاد منها والذي تعتبره المعبر عن الموقف الشرعي الصحيح، وذلك فقط هو الذي يعتبر تشريعاً، بينما سائر الاجتهادات تبقى مجرد آراء فقهية.

البند الثاني: التشريع والإفتاء

يرى البعض أن المصطلح الأكثر دلالة وتعبيراً على معنى التشريع في الاصطلاح القانوني هو الفتيا. انطلاقاً من قول الإمام الشاطبي: "المفتي شارع من وجه لأن ما يبلغه من الشريعة، إما منقول عن صاحبها وإما مستنبط من المنقول، فالأول يكون فيه مبلغاً، والثاني يكون فيه قائماً مقامه، في إنشاء الأحكام وإنشاء الأحكام إنما هو للشارع، فإذا كان للمجتهد إنشاء الأحكام بحسب نظره واجتهاده، فهو من هذا الوجه شارع، واجب إتباعه والعمل على وفق ما قاله" (1). فهل فعلاً يعتبر الإفتاء كوظيفة وولاية هو المقابل للفظ التشريع

فقرة 1- مفهوم الإفتاء في التداول اللغوي والفقهية

أولاً- الإفتاء في التداول اللغوي

الفتوى والفتيا لغة: اسم مصدر بمعنى الإفتاء، والجمع: الفتاوى والفتاوي، يقال: أفتيته فتوى وفتياً إذا أجبته عن مسألته، قال الراغب الأصفهاني في مفرداته الفتيا تبين المشكل من الأمور، يقال استفتيته فأفتاني بكذا (2)، وفي النهاية (3): يقال أفتاه في المسألة يفتيه؛ إذا أجاهبه، والاسم الفتوى وفي الحديث (الإيْمُ مَا حَاكَ فِي النَّفْسِ وَتَرَدَّدَ فِي الصَّدْرِ، وَإِنْ أَفْتَاكَ النَّاسُ مَا أَفْتُوكَ) (4).

أما الاستفتاء لغة: فهو طلب الجواب عن أمر مشكل، ومنه قوله ﷺ: ﴿فَلَا تُمَارِ فِيهِمْ إِلَّا مِرَاءً ظَهَرًا وَلَا تَسْتَفْتِ فِيهِمْ مِنْهُمْ أَحَدًا﴾ (5)، وقد يعني مجرد سؤال، ومنه قوله ﷺ: ﴿فَأَسْتَفْتِهِمْ أَهْمُ أَشَدُّ خَلْقًا أَمْ مَنْ خَلَقْنَا﴾ (6)، أي أسألهم. وتأتي الفتيا في مجال التداول القرآني بعدة معاني منها:

1- تعبير الرؤيا وتأويلها يقال: أفتيت فلاناً رؤياً رآها، إذا عبرتها له ومنه ما حكاه القرآن عن ملك مصر ﴿يَتَأْتِيهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي رُؤْيَايَ إِنْ كُنْتُمْ لِلرُّؤْيَا تَعْبُرُونَ﴾ (7).

وقول صاحب يوسف ﴿يُوسُفُ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا فِي سَبْعِ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعُ عِجَافٍ﴾ (8).

2- التشاور في أمور الحكم: كما قال عزوجل حكاية عن ملكة سبأ: ﴿قَالَتْ يَتَأْتِيهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا

كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى تَشْهَدُونَ﴾ (9).

1- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 255/5 .

2- الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص: 373.

3- مجد الدين بن الأنبر: النهاية في غريب الحديث والأثر، دار الكتب العلمية بيروت، 411/3، وينظر: جمال الدين القاسمي: الفتوى في الإسلام، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1986، ص: 47.

4- الطبراني: المعجم الكبير، ت حمدي عبد المجيد، مكتبة ابن تيمية القاهرة ط2، 1994، رقم: 403، 148/22، وأصله في مسلم بن الحجاج: الجامع الصحيح/كتاب البر والصلة والآداب/تحقيق أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط1، 1998، رقم: 2553. ص: 1032.

5- الكهف/ 22.

6- الصافات/ 11.

7- يوسف/ 43.

8- يوسف/ 46.

3- الجواب عما يشكل من الأحكام: ومنه قوله ﷺ: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾ (2). وقوله ﷺ: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ﴾ (3).

ثانيا- الإفتاء في التداول الشرعي

والفتوى في الاصطلاح : الإخبار عن حكم الشرع في واقعة على جهة الإعلام من غير إلزام، أو كما يقول القراني: "الإخبار والإعلام عن الله ﷻ بما يجده في الأدلة من حكم" (4)، فالفتيا نوع خاص من التصرفات يرى البعض أنه لا يكون إلا إذا وقعت واقعة أو نزلت نازلة وسئل عنها المفتي فأبان الحكم الشرعي فيها(5)، بينما يحددها البعض الآخر بأنها تبين الحكم للسائل وذلك يشمل السؤال في الوقائع و النوازل وغيرها، فهي على ذلك تعني " بيان الحكم الشرعي في قضية من القضايا جوابا عن سؤال سائل معين كان أو مبهم، فردا كان أو جماعة" (6).

والمفتي : اسم فاعل أفتي، فمن أفتي مرة فهو مفت، ولكنه يحمل في العرف الشرعي بمعنى أخص من ذلك، "قال الصيرفي: هذا الاسم موضوع لمن قام للناس بأمر دينهم، وعلم جمل عموم القرآن وخصوصه، وناسخه ومنسوخه، وكذلك السنن والاستنباط، ولم يوضع لمن علم مسألة وأدرك حقيقتها، فمن بلغ هذه المرتبة سموه بهذا الاسم، ومن استحقه أفتي فيما استفتي فيه" (7). وقال الزركشي: "المفتي من كان عالما بجميع الأحكام الشرعية بالقوة القريبة من الفعل" (8). وقد كان لفظ المفتي يطلق في أول الأمر على "المجتهد المطلق وهو الفقيه"، كما في تحرير الكمال، ثم أصبح يطلق في العصور المتأخرة بعد ضعف الملكات "على من حفظ فروع المذهب" (9).

ثالثا- الفرق بين الاجتهاد والفتيا

رغم التقاطع والتداخل الحاصل بين لفظي الفتيا والاجتهاد حتى ليعتقد البعض أنهما يجملان دلالة واحدة ، ويشكلان مفهوما واحدا، فإن بينهما فروقا ظاهرة:

- 1- أن الإفتاء يكون فيما علم قطعا أو ظنا أي بما هو منقول عن صاحب الشرع، وبما هو مستنبط من المنقول. أما الاجتهاد فلا يكون في القطعي.
- 2- أن الاجتهاد يتم بمجرد تحصيل الفقيه الحكم في نفسه، ولا يتم الإفتاء إلا بتبليغ الحكم للسائل.

1- النمل/32 .

2- النساء/176.

3- النساء/127.

4- شهاب الدين القراني: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق محمد عزنوس، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، 2005، ص:45 .

5- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، ص:401.

6- يوسف القرضاوي: الفتوى بين الانضباط والتسيب، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1988، ص:11. وحول شروط المفتي ينظر: شرف الدين النووي: أدب الفتوى والمفتي والمستفتي، دار الفكر دمشق، ط1، 1988، ص: 18-22. وينظر محمد بن علي بن حسين المالكي: من يجوز له أن يفتي ومن لا يجوز له أن يفتي، تحقيق مجدي عبد الغني، دار لفرقان الإسكندرية، ط1، 1418هـ، ص: 20 وما بعدها. وينظر: جمال الدين القاسمي: الفتوى في الإسلام، ، 1986، ص: 56 وما بعدها.

7- بدر الدين الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، 6/305.

8- بدر الدين الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، 6/306.

9- شهاب الدين القراني: الفروق، 2/183.

- إن الذين قالوا: إن المفتي هو المجتهد، أرادوا بيان أن غير المجتهد لا يكون مفتيا حقيقة، وأن المفتي لا يكون إلا مجتهدا، ولم يريدوا التسوية بين الاجتهاد والإفتاء في المفهوم .

وقد اجمع المسلمون على أن الفتوى فرض على الكفاية، إذ لا بد للمسلمين من يبين لهم أحكام دينهم فيما يقع لهم، ولا يحسن ذلك كل أحد، فوجب أن يقوم به من لديه الأهلية والكفاية العلمية والأخلاقية. ولم تكن فرض عين لأنها تقتضي تحصيل علوم حمة، فلو كلفها كل واحد لأفضى إلى تعطيل أعمال الناس ومصالحهم. وقدر الشافعية أن يكون في كل مسافة قصر مفت واحد على الأقل(1).

الفقرة 2- مدى مطابقة مدلول الفتيا لمدلول التشريع

إذا كان من المقرر شرعا أن فتاوى الرسول ﷺ تعتبر تشريعا عاما ملزما للسائل ولمن بعده، وإن جاءت هذه الفتاوى ردًا على أجوبة خاصة ونوازل حادثة، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب كما يقول علماء الأصول(2). فإن الخلاف يثور بين الفقهاء في مدى اعتبار فتاوى المفتين من بعد النبي ﷺ تشريعا عاما ملزما، وحسبنا هنا أن نسجل الرأيين اللذين يردان على المسألة:

يذهب الإمام الشاطبي إلى القول بأن المفتي شارع أو يمارس عملا تشريعا حيث يقول: " المفتي شارع من وجه لأن ما يبلغه من الشريعة إما منقول عن صاحبها، أو مستنبط من المنقول، فالأول يكون فيه مبلغا، والثاني يكون فيه قائما مقامه في إنشاء الأحكام، وإنشاء الأحكام إنما هو للشارع، فإذا كان للمجتهد إنشاء الأحكام بحسب نظره واجتهاده فهو من هذه الجهة شارع، واجب إتباعه والعمل على وفق ما قاله وهذه الخلافة على التحقيق "(3).

وعلى خلاف ذلك يذهب الإمام القرابي إلى أن المفتي ليس بشارع على التحقيق معللا ذلك بأن المفتي لا ينشئ في الحقيقية أحكاما وإنما الأحكام موجودة في الشريعة، ثم هو لم يؤمر الناس بطاعته وإتباعه ولذلك ففتواه غير ملزمة وإلا لزم الناس فتاوى المجتهدين جميعا على اختلافها وتناقضها بين محلل ومحرم (4).

فهل يتطابق مفهوم الفتيا في دلالاته الشرعية مع مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني، أم يعتبر مجرد تطبيق للشرع على وقائع محددة؟ إن اختبار هذا المفهوم يكشف لنا بوضوح أنه لا تتوفر فيه الخصائص الواجب توافرها في التشريع في الاصطلاح القانوني:

أولا- خاصية العموم والتجريد في الفتيا

إذا جارينا من يقول أن الفتوى لا تكون إلا بيانا لحكم واقعة، وأن جواب السائل عن أمور دينه ليس من باب الفتوى وإنما هو من باب تعليم الفقه ونشر العلم. فإن الفتوى التي في حقيقتها بيان لحكم الشرع في واقعة معينة مبنية على ما يسميه علماء الأصول بتحقيق المناط الخاص، وبالتالي فالحكم الصادر فيها ليس تشريعا عاما، ولكنه مجرد

1- ينظر جمال الدين القاسمي: الفتوى في الإسلام، ص:75.

2- على الرغم من أن بعض فتاوى الرسول ﷺ، ليست تشريعا عاما، وإنما أحكام خاصة، مثل إباحته ﷺ لأبي بردة بن نيار التضحية بالجدع من المعز وقال له: " لن تجزي عن أحد بعدك" البخاري/ كتاب الأضاحي/ باب سنة الأضحية/ رقم: 5545. 05/4، ومثل فتواه لسهلة بنت سهل بإرضاع سالم وهو كبير لتحرم عليه، صحيح مسلم/ كتاب الرضاع/ باب رضاعة الكبير/ رقم: 1453. ص:579، إلا أن الأصل في فتاوى الرسول أنها تشريع عام ولا يصر إلى اعتبارها أحكاما خاصة إلا بدليل.

3- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 255/5.

4- شهاب الدين القرابي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص:45.

بيان للحكم الخاص بتلك الواقعة المعينة، والحالة المشخصة، ومنه فالفتوى وفق هذا المعنى لا تتصف بالعموم. وما دامت كذلك فهي لا يمكن اعتبارها تشريعا. وأما إذا أخذنا بقول من يرى أن لفظ الإفتاء يسع الحكم في النوازل والحوادث كما يسع بيان الأحكام العامة، فإنه يجعل الفتاوى دائرة بين التعيين والتعميم والتشخيص والتجريد وما كان كذلك لا يمكن اعتباره تشريعا لعدم تمحضه.

ثانيا- خاصية الإلزام والجزاء في الفتيا

من المقرر فقها أن الفتوى معلومة بحكم الشرع في ظن المفتي وليست ملزمة، فالمفتي لا يملك إلزام المستفتي على الأخذ بفتواه وإجباره في حال امتناعه، بل كل ما يجب عليه هو بيان الحكم كما اطمأن إليه ثم يترك المستفتي لديانته ومدى اقتناعه واطمئنانه وثقته في علمه. يستوي في ذلك أن يكون مفتيا لطائفة أو مفتيا لمذهب أو حتى مفتيا للجمهورية فإن الفتيا من حيث هي فتيا لا تزيد عن الإعلام عن حكم الشارع في الواقعة أو النازلة ولا تبلغ أن تكون تشريعا ملزما للحاكم والمحكوم.

ثالثا- خاصية السلوك الظاهر في الفتيا

من حيث النطاق نجد من جهة أولى أن الفتوى لا تقتصر على العلاقات والروابط الاجتماعية بل تشمل أيضا علاقة الإنسان بربه في العقيدة والشعائر التعبديّة وأحكام الحلال والحرام في الزينة والملبس والمطعم والمشرب بينما التشريع في الاصطلاح القانوني لا تعلق له بذلك.

ومن جهة أخرى فالإفتاء لا تعلق له ببعض الأحكام الشرعية التي هي من الصلاحيات المناطة بالإمام أو القاضي أو من يوبههما كأحكام العقوبات والتعازير وأحكام الأموال العامة، وهي أحكام تشكل جزءا مهما من المنظومة التشريعية والقانونية.

ومن جهة ثالثة فالفتوى لا تنبني على السلوك الظاهري الخارجي فحسب بل تأخذ في الاعتبار النوايا والقصود (1). فكل هذه الاعتبارات تبين لنا بوضوح أن مصطلح الفتوى في مجال التداول الشرعي ليس هو اللفظ المطابق للفظ التشريع في الاصطلاح القانوني.

البند الثالث: التشريع والشورى

يطرح البعض لفظ الشورى كمقابل للفظ التشريع وفي ذلك يقول أحدهم " الشورى طريق أصلي في التشريع، لأنه التماس لحكم الله ﷻ في المسألة، والرأي الواحد عرضة للسهو والخطأ ومن ثم يكون نقصا في الاجتهاد وهو مذموم، وإذا كان الله قد اشترط التشاور في إنقاص مدة الرضاع بين من هم أحرص على مصلحة الصغير، فلأن يكون ذلك شرطا في غيرهم أولى، خاصة في المسائل العامة التي تمس جمهور الأمة" (2).

ويؤيد رأيه بحديث ميمون بن مهران: (كَانَ أَبُو بَكْرٍ إِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْخُصْمُ نَظَرَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، فَإِنْ وَجَدَ فِيهِ مَا يَفْضِي بَيْنَهُمْ فَضَى بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْكِتَابِ وَعَلِمَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ الْأَمْرِ سُنَّةً فَضَى بِهِ ، فَإِنْ أَعْيَاهُ خَرَجَ فَسَأَلَ الْمُسْلِمِينَ وَقَالَ : أَتَانِي كَذَا وَكَذَا فَهَلْ عَلِمْتُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَضَى فِي ذَلِكَ بِقَضَاءٍ؟ فَرُبَّمَا اجْتَمَعَ إِلَيْهِ النَّفَرُ كُلُّهُمْ يَذْكُرُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيهِ قَضَاءٌ ، فَيَقُولُ أَبُو بَكْرٍ : الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ فِيْنَا مَنْ يَحْفَظُ عَلَيَّ نَبِيَّنَا. فَإِنْ

1- ينظر: شهاب الدين القرافي: الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق ، 4/112-123.

2- عبد الستار فتح الله السعيد: المنهاج القرآني في التشريع، جامعة الأزهر، ط1، 1992، ص:291.

أَعْيَاهُ أَنْ يَجِدَ فِيهِ سُنَّةٌ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ جَمَعَ رُؤُوسَ النَّاسِ وَخَيَّارَهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ ، فَإِنْ أَجْمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَى أَمْرٍ قَضَى بِهِ (1). وكذلك بما رواه الطبراني في المعجم الكبير عن علي ؓ قال: (قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ عَرَضَ لَنَا أَمْرٌ لَمْ يَنْزِلْ فِيهِ قُرْآنٌ وَلَمْ يُخَصَّصْ فِيهِ سُنَّةٌ مِنْكَ ، قَالَ : «تَجْعَلُونَهُ شُورَى بَيْنَ الْعَابِدِينَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَلَا تَقْضُونَهُ بِرَأْيِ خَاصَّةٍ» (2).

ويقول سمير عالية: " اتفق المسلمون على أن الأخذ بالشورى فيما لم يرد فيه نص من قرآن أو سنة أساس تشريعي دائم لا يجوز إهماله، أما ما يثبت فيه ورود نص من الكتاب أو حديث من السنة، فلا شأن للشورى به" (3). وفي نفس السياق يطرح الدكتور فتحي الدبريني مصطلح الشورى التشريعية كمقابل لمصطلح التشريع في الفقه الوضعي حيث يقول: " فالشورى التشريعية هي السلطة التشريعية في الدولة بالمعنى الخاص، وهذا يعني استنادها إلى كتاب الله وسنة رسوله، وما يبنى عليهما من الأحكام الاجتهادية، بمعايير تشريعية معروفة بالاستعانة بأهل الخبرة والتخصص في سائر الشؤون، وفي مقدمتهم الفقهاء المجتهدون" (4).

فهل يتفق مدلول لفظ الشورى مع مدلول لفظ التشريع في الاصطلاح القانوني؟ تقتضي الإجابة عن هذا السؤال الوقوف عند مدلول الشورى في دلالاته اللغوية والاصطلاحية، لسبر مدى تطابقه مع مفهوم التشريع.

الفقرة 1- مفهوم الشورى

أولاً- الشورى في مجال التداول اللغوي

يلاحظ بدءاً أن لفظ الشورى في لغة العرب يغطي حقلاً واسعاً من المعاني والدلالات؛ فقد يعني لفظ الشورى في دلالاته اللغوية الأصلية الاستخراج كما في لسان العرب " (شور) شَارَ العسلَ يَشُورُه شُوراً وشِياراً وشِيارَةً ومَشَاراً ومَشَارَةً؛ استخرجه من الوَقْبَةِ وأَجْتَنَاهُ" (5)، كما يعني في أصل وضعه اللغوي عرض الدبة والأمة جيئة وذهاباً للبيع يقال " وشُرَّتِ الدَّابَّةُ شُوراً عَرَضَتْهَا على البيعِ أَقْبَلَتْ بها وأَدْبَرَتْ وفي حديثِ أَبِي بَكْرٍ ؓ (أَنَّهُ رَكِبَ فَرَساً يَشُورُهُ أَي يَعْضُضُهُ). يقال شَارَ الدَّابَّةُ يَشُورُهَا إِذَا عَرَضَهَا لِتُبَاعَ" (6). كما يعني استعراض النفس في ميدان القتال "ومنه حديث أَبِي طَلْحَةَ (أَنَّهُ كَانَ يَشُورُ نَفْسَهُ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ) (7). أَي يَعْضُضُهَا على القَتْلِ في سبيلِ اللَّهِ .

ثم استعير هذا اللفظ للدلالة على استخراج الرأي من أهله بعد عرضه عليهم كما يستخرج العسل من مشوره وكما تعرض الدابة جيئة وذهاباً فتباع، وعليه صار معنى "أشار عليه بأمر كذا أمره به وهي الشورى والمشورة بضم الشين مفعلة ولا تكون مفعولة لأنها مصدر والمصادر لا تجيء على مثال مفعولة وإن جاءت على مثال مفعول وكذلك المشورة وتقول منه شاورته في الأمر واستشرته بمعنى وفلان خيرٌ شيرٌ أي يصلح للمشاورة وشاوره مشاورةً وشواراً

1- سنن الدارمي، ت حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1412 هـ - 2000 م/ أبواب في المقدمة/ باب الفتيا وما فيه من الشدة/ رقم: 163. 262/1، وقال المحقق رجاله ثقات غير أن إسناده منقطع، وينظر تعليق صاحب المنار على هذا الحديث في: محمد رشيد رضا: تفسير المنار، دار المنار، ط2، 1947، 195/5-196.

2- الطبراني: المعجم الكبير، رقم: 12042، 371/11.

3- سمير عالية: نظرية الدولة وأدائها في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1988، ص: 82.

4- فتحي الدبريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة بيروت، ط2، 1987، ص: 416.

5- ابن منظور: لسان العرب، مادة شور، 2356/4 وما بعدها.

6- ابن منظور: لسان العرب، مادة شور. 2356/4 وما بعدها.

7- أحمد بن حنبل: المسند/ باقي مسند المكثرين من حيث أنس/ رقم: 13644 .

وَأَسْتَشَارَهُ طَلَبَ مِنْهُ الْمَشُورَةَ وَأَشَارَ الرَّجُلُ يُشِيرُ إِشَارَةً إِذَا أَوْمَأَ بِيَدَيْهِ وَيُقَالُ شَوَّرْتُ إِلَيْهِ بِيَدِي وَأَشَرْتُ إِلَيْهِ أَي لَوَّحْتُ إِلَيْهِ وَأَلَحَّتُ أَيْضاً وَأَشَارَ إِلَيْهِ بِالْيَدِ أَوْماً وَأَشَارَ عَلَيْهِ بِالرَّأْيِ وَأَشَارَ يُشِيرُ إِذَا مَا وَجَّهَ الرَّأْيَ وَيُقَالُ فُلَانٌ جَيِّدُ الْمَشُورَةِ وَالْمَشُورَةَ لِعَتَانٍ قَالَ الْفَرَاءُ الْمَشُورَةَ أَصْلُهَا مَشُورَةٌ ثُمَّ نَقَلَتْ إِلَى مَشُورَةٍ لِحَفَّتِهَا" (1).

ثانياً- الشورى في مجال التداول الاصطلاحي

على الرغم من الاحتفاء الكبير الذي يلقيه لفظ الشورى في الفقه السياسي الإسلامي القديم منه والمعاصر، فإننا لا نجد إلا قلة قليلة أولت عناية خاصة لتحديد مفهومه في الاصطلاح الشرعي، فقد عرفها الراغب في مفرداته: "التشاور والمشاورة والمشورة استخراج الرأي بمراجعة البعض إلى البعض.. والشورى الأمر الذي يتشاور فيه" (2). وقال ابن العربي "الشورى هي الاجتماع على الأمر ليستشير كل واحد منهم صاحبه ويستخرج ما عنده، من قولهم شرت الدابة أشورها؛ إذا رضتها لتستخرج أخلافها" (3). ومنه فقد سمي يوم السقيفة الذي تم تداول الرأي فيه لاختيار الخليفة يوم الشورى. كما سمي الستة الذين عهد إليهم عمر بن الخطاب ﷺ بأمر الخلافة بأهل الشورى.

ويعرفها عبد الرحمن عبد الخالق: "استطلاع الرأي من ذوي الخبرة للتوصل إلى أقرب الأمور إلى الحق" (4). ولكن هذا التعريف يعيبه أنه يحصر الشورى في مجال الخبرة، فهو ينطبق على الاستشارة العلمية والفنية لا أكثر. ويعرفها الدكتور عبد الحميد الأنصاري بأنها: "استطلاع رأي الأمة أو من ينوب عنها في الأمور العامة في المصالح العامة" (5). وهذا التعريف جيد لولا أنه لا ينطبق إلا على الشورى العامة فحسب.

وعرفها الدكتور محمود الخالدي بأنها "اجتماع الناس على استخلاص الصواب، بطرح جملة آراء في مسألة لكي يهتدوا إلى قرار" (6). على أننا نحسب أن هذا التعريف يقصر أيضاً عن تحديد معنى الشورى تحديد جامعاً مانعاً فهو من جهة يجعل نتيجة الشورى قراراً، وهذا غير مسلم فالشورى قد تكون شورى سياسية غرضها الوصول إلى قرار بشأن مسألة ما (ملء شغور رئاسي أو وزاري أو إعلان حرب) وقد تكون شورى تشريعية غرضها وضع أحكام عامة ومجردة وقوانين شرعية ملزمة. وهو من جهة ثانية يجعل الشورى اجتماعاً، وهذا غير مسلم فالشورى قد تكون خاصة وقد تكون عامة ومن ثم فليس من الضرورة أن كل شورى هي عامة حتى يتم تحديدها بأنها اجتماع الناس فقد يشاور الرجل الرجل في خاصة شأنه، وقد يشاور الرجل الجماعة منفردين وليس مجتمعين كما شاور ﷺ بعض أصحابه في حديث الإفك، كما قد يشاور المفتي في حكم شرعي، وقد يشاور القاضي أعوانه في فصل النزاع، كما قد يشاور الإمام وزراؤه في السياسة العامة.

ومن ثم يمكن تعريف الشورى بصفة مطلقة "عرض أمر خاص أو عام على أهل الرأي منفردين ومجتمعين للتداول فيه لاستخلاص الرأي المناسب". وهذا التعريف يشمل الشورى الخاصة كما يشمل الشورى العامة. أما لو قيدنا التعريف بالشورى العامة فإنها ينبغي أن تعرف على أنها "عرض أمر عام على جماعة المسلمين أو

1- ابن منظور: لسان العرب، مادة شور. 2356/4 وما بعدها.

2- الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص: 270.

3- ابن العربي: أحكام القرآن، ت محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 389/1 .

4- عبد الرحمن عبد الخالق: الشورى في ظل نظام الحكم الإسلامي، الدار السلفية الكويت، 1975، ص: 14.

5- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: نظام الحكم في الإسلام، دار قطري بن الفجأة، قطر، 1985، ص: 45 .

6- محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، مؤسسة الإسراء، قسنطينة، 1979، ص: 142 .

أولي الأمر فيها منفردين ومجتمعين للتداول والبت فيه "ويكون هذا العرض من الإمام أو من ينوبه كما في قوله ﷺ: ﴿**وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ**﴾ (1) . وقد يبادر إليه أولي الأمر من أنفسهم كما في قوله ﷺ: ﴿**وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ**﴾ (2).

الفقرة 2- مدى مطابقة مدلول الشورى لمدلول التشريع

وعلى الرغم من تسليمنا بأن التشريع كوظيفة يمكن أن يتجسد في بعض صوره في الشورى كصورة من صور الاجتهاد الجماعي، فإنه مع ذلك إذا استحضرنا حقل المعاني والدلالات التي يغطيها لفظ الشورى يجب القول بأن هذا اللفظ لا يتطابق تماما مع المدلول الاصطلاحي للفظ التشريع كما هو متداول اليوم.

- التشريع ليس بالضرورة في جميع صوره يتم عن طريق الشورى، فلولي الأمر أن يجتهد ويمضي رأيه في المسائل التي لا تقتضي مشورة، كما أن لأهل الشورى كما سيأتي تفويض الإمام التشريع في بعض الموضوعات المحددة التي تقتضيها الاعتبارات السياسية ورعاية المصلحة العامة.

- الشورى ليست بالضرورة في جميع صورها تشريعا حيث ينبغي التمييز كما سيأتي بين الشورى العامة والشورى الخاصة سواء من حيث الاختصاص الموضوعي (هل تتعلق بشأن من الشؤون العامة، أو بشأن من الشؤون الخاصة) ومن حيث الاختصاص العضوي (هل تتسع الشورى للعموم، أم تقتصر على الخصوص)، وعلى ذلك فالشورى قد تكون للعموم في أمر عام، وقد تكون للخصوص في أمر خاص، وليست الشورى في جميع هذه الصور تعتبر عملا تشريعا، فمن الواضح أن الشورى الخاصة سواء من حيث نطاقها الموضوعي أو العضوي، لا تعتبر تشريعا بل مجرد نصح وإرشاد وتوجيه.

- إن الشورى العامة ليست بالضرورة دوما تشريعية فكما بين الدكتور فتحي الدريني فإنه ينبغي التمييز بين نوعين من الشورى: الشورى السياسية والتي تتعلق بإسناد الولاية العامة أو عزل أو محاسبة، والشورى التشريعية والتي تتعلق بصناعة قواعد القانون في المجتمع الإسلامي (3). والنوع الأول من الشورى العامة ليس عملا تشريعا ومنه يتبين أن مفهوم الشورى ليس مطابقا للفظ التشريع من كل وجه، بل لا يعدو أن يكون في بعض صوره، آلية من آليات صنع القرار السياسي أو سبيلا من سبل الاجتهاد العلمي كما قد تكون الشورى العامة طريقا من طرق التشريع وآلية من آلياته كما سيأتي.

1- آل عمران/159 .

2- الشورى/38 .

3- ينظر: فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 416. وينظر الباب الثاني من هذه الرسالة.

المبحث الثاني: التشريع كوظيفة من وظائف النظام السياسي الإسلامي

إذا كنا قد خلصنا إلى أن المحدد لمفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني هو عمومية القاعدة وتجريدها من جهة، وإلزاميتها واقتراحها بجزء من جهة ثانية، وارتباطها بالسلوك الاجتماعي الظاهر من جهة ثالثة، فإن إسقاط هذه المحددات على التصرفات الاجتهادية والإفتائية والشورية قد بين أن مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني لا يتطابق تماما مع مفاهيم الاجتهاد أو الفتوى أو الشورى.

ومن هنا نفهم سر الجدل الدائر حول الموضوع حيث يتمسك عدد من فقهاء الشريعة والقانون المعاصرين بمصطلح التشريع وتمييزه عن مصطلحي الشرع والشريعة، كما ذهب إلى ذلك الترابي في كتابه الصادر أخيرا حيث يقول: "التشريع هو دون الشرع الرباني للشريعة، هو التفعيل البشري للشريعة، تنزيلا إلى الحياة الواقعة وتفصيلا في شعابها المنزلة، وبسطا للأحكام المتشعبة بسلطان مطاع أمره، نافذ بقوته في المجتمع" (1). في الوقت الذي يتمسك فيه عدد من الفقهاء المعاصرين بفهوم تسلب الإنسان أي دور في مجال التشريع. وتنفي عن النظام السياسي الإسلامي أي وظيفة تشريعية، وترى أن قانون المسلمين هو الفتاوى و نحسب أن السبب في ذلك يرجع على الأقل إلى أمرين:

الأول: ارتباط لفظ التشريع بلفظ الشريعة وما يحمله من دلالات دينية، وعقدية في ظل القاعدة المتداولة "لا مشرع إلا الله"، مما دفع البعض إلى إضفاء القداسة على لفظ التشريع، ومنع إطلاقه على غير الأحكام المنزلة، وهو ما يجعل بعد ذلك كل حديث عن ممارسة البشر لوظيفة التشريع في رأيهم ضرب من الكفر و منازعة الله ﷻ سلطانه.

الثاني: شيوع لفظ التشريع في الدراسات القانونية وما يحمله من دلالات وضعية، في ظل القواعد الدستورية التي تجعل السلطة التشريعية للشعب أو من يمثله. مما يعزز الوهم السابق إلى الأذهان أن كل ممارسة تشريعية من قبل البشر تنتج عنها قوانين وضعية.

ومع تداول اللفظين في الدراسات المقارنة وقع الخلط و الالتباس بين المعنيين، بسبب الاشتراك اللفظي بينهما. وهنا يثور سؤال على درجة كبيرة من الأهمية وهو إذا كان مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني لا يتطابق تماما مع مفاهيم الاجتهاد و الإفتاء و الشورى، فهل معنى ذلك أن المجتمع الإسلامي كما يدعي ذلك بعض المستشرقين لا يعرف مفهوم التشريع ولا ما يسمى بالوظيفة التشريعية والسلطة التشريعية؟

والجواب عن ذلك بالنفي قطعاً فإن المجتمع الإسلامي خاصة في عصر الرسالة وعصور الرشد قد عرف مفهوم التشريع والوظيفة التشريعية في دلالاته السياسة الحديثة، وإن لم يعبر عن هذا المفهوم بهذا اللفظ بل إن اللفظ المكافئ الذي يعبر به عن معنى التشريع في دلالاته القانونية ليس إلا مفهوم السياسة الشرعية بالمعنى الذي استقر عليه في مجال التداول الشرعي والفقهي، أي التصرف الذي يهدف إلى استنباط أحكام أو تبنيها لتسيير الشأن العام وإلزام الناس بها وهو مضمون التشريع في الاصطلاح القانوني. وهو ما سنخصص هذا المبحث لتحرير وتأسيس القول فيه.

وقد اقتضت الاعتبارات المنهجية أن يتم تناول تحرير وضبط مفهوم التشريع كسياسة شرعية في مطلبين:

المطلب الأول: السياسة في التداول الشرعي والفقهي

المطلب الثاني: التشريع كتصرف سياسي وخصائصه

1- حسن الترابي: السياسة والحكم، دار الساقى، بيروت ط2، 2004، ص: 219.

المطلب الأول: السياسة في التداول الشرعي والفقهية

إنَّ المتأمل في لفظ السياسة سواء في لسان العرب أو في لسان الغرب، كما سيتبين سيجد أنه ذو مدلول واسع واستعمالات متعددة ليس فقط بسبب تعدد المجالات والحقول ، وإنما بصفة أساسية بسبب كثرة تداوله في اللغة اليومية الشائعة ، على أن انتشار لفظ السياسة في جميع المجالات والحقول يحمل في ذاته دلالة لا تخفى وهي أن " السياسة حقيقة من حقائق الوجود الإنساني ، لا يمكن تجنبها فكل فرد يجد نفسه مشتركا بطريقة ما في لحظة ما في شكل من أشكال النظم السياسية" (1).

و رغم أن لفظ السياسة يأخذ أكثر من معنى ويسع جميع الوظائف التي تنهض بها الدولة من تشريعية وتنفيذية وقضائية، فإن مصطلح السياسة الشرعية في مجال التداول الفقهي على وجه الخصوص كما سنبين لم يكن يعني إلا وضع الأحكام العامة التي تستلزمها رعاية الشأن العام وإلزام الناس بها وهو ما يتطابق تماما مع مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني المعاصر. وهو ما سنسوق له الشواهد والأسانيد في هذا المطلب ومن ثم فقد اقتضى المقام أن نعرض لمفهوم السياسة الشرعية في فرعين:

الفرع الأول: السياسة في مجال التداول اللغوي والشرعي

الفرع الثاني: السياسة في مجال التداول الفقهي

1- روبرت دال: التحليل السياسي الحديث، ترجمة علا أبو زيد، مركز الأهرام، القاهرة، ط5، 1993، ص: 07.

وينظره في R. Dahl. L' analyse contemporaine ;tr fr, 1973, p , 11.

الفرع الأول: مفهوم السياسة في مجال التداول اللغوي والشرعي

البند الأول: السياسة في لسان العرب

يذهب البعض إلى أن لفظ السياسة لفظة أعجمية معربة(1) ، ولضعف هذا القول وثمافته فقد أعرضنا عن مناقشته، فالحقيقة التي لا لبس فيها أن لفظ السياسة لفظ عربي فصيح متصرف، وعلى ذلك أجمع أهل اللغة(2).

فقرة 1- الدلالات المعجمية للفظ السياسة

بالرجوع إلى معاجم اللغة نجد أن كلمة السياسة في لسان العرب، ومجال التداول اللغوي العربي تدور على عدة معاني بعضها حقيقة وبعضها مجاز

فالسياسة من حيث البناء الصوتي (الفنولوجي) للكلمة من ساس، فهي سينان بينهما ألف ممتدة فهي تفيد التكرار والتداخل، ومنه السوس الذي ينخر الخشب بتكرار النخر حتى يدخل، ومنه الوسواس الذي يكرر الإيحاء حتى يدخل إلى النفس. والسائس هو الذي يكرر الأفعال حتى يصير راسخا بالنفس. (3)، وهي في أصل وضعها اللغوي مصدر ساس يسوس سياسة والسوس الجبلة والطبيعة والأصل والخلق والسحبة، وهي الأفعال التي بكثرة تكرارها صارت راسخة بداخل النفس من السهل الإتيان بها، يقال: الكرم من سوسه أي من طبعه وفلان من سوس صدق أي من أصل صدق، وسوس الدابة خلقها وطبعها(4)،

ثم استعمل لفظ السياسة كفعل في معاني التدبير المستمر والترويض والتأديب والقيام على الأمر بما يصلحه فيقال ساس الدابة أو الفرس سياسة إذا روضها وأدبها وقام على أمرها من العلف والتنظيف وغير ذلك(5) ، ومنه اشتق لفظ السائس وهو صاحب الحصان أو صاحب الدابة، إذا قام عليها وراضها وأدبها وتعهد بها بما يصلحها، وأكثر ما يكون ذلك في سياسة الخيل(6)، ، واستعمال لفظ السياسة في هذا المعنى يختزن عدة دلالات فيما يتعلق بموضوع بحثنا:

فهو من جهة يختزن معنى التلطف والتدرج ومراعاة الطبيعة والجبلة لما في طبيعة الفرس والدابة من النفرة والجموح كما يختزن معنى القوة لما جبلت عليه من قوة فلا تسلس القياد إلا بقوة تروضه

وهو من جهة ثانية يختزن معنى التكرار والاستمرار في القيام على الفرس ومن هنا قال ابن هلال العسكري في الفرق بين السياسة والتدبير، أن السياسة تستعمل في التدبير المستمر ولا يقال للتدبير الواحد سياسة(7).

1- وهو الرأي الذي ذهب إليه ابن كمال باشا في كتابه "تحقيق تعريف الكلمة الأعجمية" أن السياسة معربة(سه يسا) لفظة مركبة من التركية وتعني الترتيب الثلاثة ، ينظره: في ابن كمال باشا والمنشي: رسالتان في المغرب، تحقيق سليمان إبراهيم العايد، نشر جامعة أم القرى، ص: 102. وما قاله غير مسلم ينظر: شهاب الدين الخفاجي: شفاء الغليل فيما في كلام العرب من الدخيل نشر عبد المنعم خفاجي، ط1، 1952، ص:149. حيث قال: "هذا غلط فاحش فإنها سياسة لفظة عربية متصرفة تكلموا بها قبل خلق جنكيز خان وعليه جميع أهل اللغة".

2- ينظر: ابن منظور: لسان العرب مادة سوس، 2149/3 وما بعدها، وينظر مرتضى الزبيدي: تاج العروس، مادة سوس، 159-155/16، وينظر: الفيروز آبادي : القاموس المحيط، مادة سوس، 220/2، وينظر محمد بن دريد: جمهرة اللغة، مادة سوس، .

3- ينظر: ابن هلال العسكري: الفروق اللغوية، ت محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4، 2006، ص: 38.

4- مرتضى الزبيدي: تاج العروس، مادة سوس، 159-155/16.

5- ابن منظور: لسان العرب مادة سوس، 2149/3 وما بعدها، وينظر مرتضى الزبيدي: تاج العروس، 159-155/16.

6- ابن منظور: لسان العرب، 2149/3 وما بعدها، وينظر: مرتضى الزبيدي: تاج العروس، مادة سوس، 159-155/16.

7- ابن هلال العسكري: الفروق اللغوية، ص: 217.

ويبدو أن هذا هو المعنى هو الأصل الذي أخذ منه سياسة البشر، فكأن الإنسان لما تمرس في سياسة الخيل والدواب استعار معنى السياسة للدلالة على سياسة البشر والجماعات والأقوام لما في جموع الناس أيضا من النفرة والجموح وردود الأفعال المتباينة

ولما كانت سياسة البشر كفعل اجتماعي مقصوده تدير الأمور والقيام بها وعليها بما يصلحها تستدعي رئاسة وملكا وحكما وأمر ونهيا فقد جاز إطلاقها على هذه المعاني ففي لسان العرب: السوس الرئاسة، يقال ساسهم سوسا وسوسوه، إذا رأسوه، وفي الصحاح: سست الرعية سياسة أي أمرتها ونهيتها وسوس الرجل أمور الناس على ما لم يسم فاعله، إذا ملك أمرهم، كما يقال سوسه القوم أي جعلوه يسوسهم وسوس فلان أمر بني فلان أي كلف سياستهم، وساس الرعية ولي حكمها، وقام فيها بالأمر والنهي وتصرف في شؤونها بما يصلحها لا يحتاج المرء إلى قدر كبير من لطافة الذهن ودقة الفهم ليكتشف ترابط مختلف المدلولات للفظ السياسة في لسان العرب، فهي كلها تؤول إلى تأكيد أن المقصود بالسياسة في مجال التداول اللغوي رعاية وتدير الأمور والقيام عليها بما يصلحها.

فقرة 2- في الفرق بين السياسة والتدبير

التدبير هو تقويم الأمر على ما يكون فيه صلاح عاقبته، وأصله من الدبر، وأدبار الأمور عواقبها، وآخر كل شيء دبره، وفلان يتدبر أمره أي ينظر في أعقابه ليصلحه على ما يصلحها(1).

ويتجلى الفرق بين السياسة والتدبير في أمرين الأول أن السياسة تكون في التدبير المستمر، فلا يقال للتدبير الواحد سياسة، فكل سياسة تدبير، وليس كل تدبير سياسة(2). أن السياسة تكون في الدقيق من الأمور، وذلك أن التدبير إذا كثر واستمر عرض فيه ما يحتاج إلى دقة النظر، فهو معنى راجع إلى الأول، ولهذا يوصف الله ﷻ بالتدبير ولا يوصف بالسياسة لأن الأمور لا تدق عنه(3).

البند الثاني: السياسة في النصوص الشرعية

فقرة 1- غياب لفظ السياسة في القرآن

لا يخرج معنى السياسة في نصوص القرآن والسنة عن معناها في اللغة غير أن أول ما يستلفت النظر هو غياب لفظ السياسة في القرآن الكريم غيابا تاما حيث لم يرد فيه لا مصدرا ولا فعلا ولا وصفا، "وربما قد يتخذ البعض من هذا دليلا على أن القرآن لا يعنى بالسياسة ولا يلتفت إليها ولا ريب أن هذا القول ضرب من المغالطة، فقد لا يوجد لفظ ما في القرآن الكريم ولكن معناه أو مضمونه مبثوث في القرآن، مثال ذلك كلمة العقيدة فهي لا توجد في القرآن ومع هذا مضمون العقيدة موجود في القرآن كله"(4)، ونفس الأمر ينطبق على لفظ السياسة، فالقرآن وإن لم يستعمل لفظ السياسة فقد جاء بما يدل عليه ويستدعيه مثل ألفاظ الملك والحكم والأمر.

1- ابن هلال العسكري: الفروق اللغوية، ص: 38، 216.

2- ينظر: ابن هلال العسكري: الفروق اللغوية، ص: 217، 38.

3- ابن هلال العسكري: الفروق اللغوية، ص: 38. بتصرف.

4- يوسف القرضاوي، الدين والسياسة، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2007، ص: 12.

فقرة 2- لفظ السياسة في نصوص السنة

وإذا كان لفظ السياسة لا أثر له في النص الأول ، فقد ورد في النص الثاني، غير أن معناها لا يخرج عن المعاني اللغوية من تدبير الأمر ورياسة القوم ، ففي الحديث المتفق عليه عن أبي هريرة ؓ أن النبي ﷺ قال: (كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء كلما هلك نبي خلفه نبي، وإنه لا نبي بعدي)(1). ومنه أيضا قول عمر بن الخطاب ؓ: (وَاللَّهِ لَقَدْ عَلِمْتُ مَتَى تَهْلِكُ الْعَرَبُ إِذَا سَاسَهُمْ مَنْ لَمْ يَصْحَبِ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَيَقْبِدَهُ الْوَرَعُ، أَوْ يُدْرِكُ الْجَاهِلِيَّةَ فَيَأْخُذَ بِأَخْلَامِهِمْ)(2).

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1- صحيح البخاري/ كتاب الأنبياء/ باب ما ذكر عن بني اسرائيل/ رقم: 3455. 492/2.

2- ابن الجعد: مسند الجعد، ت عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر، بيروت، ط1، 1990، رقم: 2368، ص: 344.

الفرع الثاني: مفهوم السياسة في مجال التداول الفقهي .

إذا استقرنا مختلف المعاني المعطاة للفظ السياسة في مجال التداول الشرعي فإن نجد أن هذا اللفظ ينصرف إلى معنيين معنى عام يتسع فيه معنى السياسة لكل الوظائف التي تنهض بها السلطة العامة، ومعنى خاص تنصرف فيه دلالة اللفظ إلى معنى ضيق محدود ينصرف لوظيفة بعينها.

أما المعنى العام للسياسة فهو معنى يتسع لكل الوظائف التي تتعلق بتدبير شؤون الدولة والحكم، معنى يتسع للقواعد الدستورية والإدارية والدولية، أي كل ما يتعلق بما يسمى اليوم بالشؤون الداخلية والشؤون الخارجية التي تنهض بها السلطة العامة، فمفهوم السياسة في معناه العام لا يخرج عن تدبير الشؤون العامة للدولة بما يؤدي إلى إقامة الدين وحفظ النظام ورعاية المصالح العامة. " (1). وهذا المعنى لا يعنينا هنا كثير ا في هذا البحث

المعنى الخاص للسياسة إذا تركنا هذا المعنى العام لمفهوم السياسة وولينا وجهنا شطر كتب الفروع ومصنفات الفقه على وجه الخصوص وجدنا أنفسنا أمام دلالات خاصة وجزئية للسياسة ينصرف عند فقهاء الشريعة لمجالات محدودة من مجالات التصرف السياسي، غير أنه باجتماع هذه الدلالات الجزئية عند مجموع الفقهاء تتكامل المعرفة ويتكامل مفهوم السياسة في المصطلح الفقهي حتى صار يغطي مساحة واسعة من التصرفات السياسية ونعني بذلك وظيفة التشريع بعد أن كان في أول الأمر يراد به معنى محددًا ويقصر مفهومه على مجال ضيق محدود وهو مجال العقوبات.

البند الأول: السياسة: عقوبة مغلظة

فقرة 1- المفهوم

بالرجوع إلى مدونات الفقه العام وكتب أدب القضاء نجد حضور ملفتا لمصطلح السياسة في بعض أبواب الفقه وعلى وجه الخصوص باب الحدود و باب التعزير بصفة أخص، فقد استعمل فقهاء الشريعة في وقت مبكر جدا لفظ السياسة للدلالة على حق السلطة العامة في التعزير والتأديب والعقاب حتى أن ذلك ليوحي بحصر مجال السياسة عند فقهاء الشريعة في وظيفة الضبط والعقاب والتشريع العقابي.

و نحسب أن السبب في ذلك أن هذا المعنى الاصطلاحي هو أقرب المعاني لمعنى السياسة في وضعها اللغوي فهو معنى يحصر السياسة فيما يسمى اليوم بسياسة التجريم والعقاب وهذا المعنى كما هو واضح يرتبط ارتباطا وثيقا بمعنى السياسة في اللغة العربية إذ تعني في مجال تداولها الأصلي ترويض وتأديب الخيل والقيام عليها بما يصلحها لظفا وعنفا،

1- فنجد مثلا شهاب الدين بن أبي الربيع يعرفها بأنها: " القيام بأمر الناس، وتدبير أحوالهم، بالدين القيم والسنة العادلة" شهاب الدين بن أبي الربيع: سلوك المالك في تدبير الممالك، مكتبة الأحدي، طنطا، 1286هـ، ص: 7-8. وهو ما نجده عند مفكر آخر هو ابن قتيبة الدينوري الذي يحدد السياسة بأنها: " تدبير شؤون الناس بما يكفل لهم المصالح ويرفع عنهم المضار" ابن قتيبة الدينوري: السلطان، طبعة محمد إبراهيم آدم الكنبي، القاهرة، 1324هـ، ص: 10. كما نجد البعض يتوسع به للمجال الأخلاقي كما هو الحال عند الفارابي الذي وسع من معناها ليشمل سياسة المرء مع رؤسائه، وسياسته مع أكفائه، وسياسته مع من دونه، وسياسته لنفسه أبو نصر الفارابي: رسالة في السياسة، نشر الآباء اليسوعيون، مجلة المشرق، ص: 19 وما بعدها وكما هو الحال عند علي بن سينا: كتاب في السياسة، تحقيق لويس معلوف، بيروت، 1911، ص: 08. ونجد أن هذا المفهوم قد قال بمثله بعض الفقهاء الذين كان لهم إطلاع على الفلسفة كالإمام أبو حامد الغزالي الذي عرف السياسة تعريفا أكثر شمولا يكاد يفقدها دقة الاصطلاح: "صلاح الخلق عن طريق إرشادهم إلى الطريق المستقيم المنجي في الدنيا والآخرة" أبو حامد الغزالي: فاتحة العلوم، مكتبة الجندبي، القاهرة، 1322 هـ، ص: 06. وتابعه على هذا التعريف الكفوي فقد عرفها في الكليات: " استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في العاجل والآجل " أبو البقاء الكفوي: الكليات، ت عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998، ص: 510.

كما في قول أسماء ذات النطاقين رضي الله عنها: (حتى أرسل إلي أبو بكر بخادم فكفنتني سياسة الفرس، فكأنما أعتقني) (1)، ثم استعمل هذا اللفظ في معنى سياسة البشر وما تتطلبه من تأديب وعقاب أو عفو ولين ويشهد لهذا الاستعمال المبكر ما أورده ابن أبي شيبة (ت 235 هـ) في مصنفه عن الشعبي قال زياد: (ما غلبني أمير المؤمنين بشيء من السياسة إلا بباب واحد استعملت فلانا فكثر خراجه فحشي أن أعاقبه ففر. فكتب إلي أمير المؤمنين أنه ليس ينبغي لي ولك أن نسوس الناس سياسة واحدة، أن نلين جميعا فتمرح الناس في المعصية، ولا أن نشد جميعا فنحمل الناس على المهالك ولكن تكون للشدة والفظاظة، وأكون للين والرأفة)(2).

ولما كان مجال العقاب هو أكثر المجالات ظهورا التي تمارس فيها السلطة العامة بما هي سلطة، فقد انتبه فقهاء الشريعة مبكرا أن مجال العقوبات هو أحد المجالات التي أفسحت فيها الشريعة مساحة معتبرة ودورا ثابتا للسلطة العامة للتصرف السياسي، حيث أنه باستثناء عدد محدود جدا من العقوبات المقدرة شرعا والتي تعرف في مجال التداول الفقهي بالحدود، فإن ما وراء ذلك من العقوبات مفوض للسلطة العامة باعتبارها الطرف الوحيد في الدولة الوحيد الذي يحتكر مشروعية استخدام وسائل القسر والإكراه والعقاب بحسب تعبير ماكس فيبر Max weber (3)، ومن ثم فقد أطلق فقهاء الحنفية لفظ السياسة على الدور الذي يمارسه ولي الأمر في التعزير والعقاب، ثم تابعهم على هذا الإطلاق فقهاء سائر المذاهب الفقهية، ففي أصول الشاشي الحنفي (ت 344 هـ) يذكر أن التكييف الشرعي أو القانوني لعقوبة التغريب التكميلية لعقوبة الزنا لا تعتبر حدا ولكن سياسة، حيث يقول: "بل يعمل بالخبر على وجه لا يتغير به حكم الكتاب، فيكون الجلد حدا شرعيا بحكم الكتاب، والتغريب مشروع سياسة بحكم الخبر"(4). وهو الرأي الذي نجده عند الإمام البزدوي أن عمر بن الخطاب نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب، فحلف أن لا ينفي بعده أبدا، وبهذا يعرف أن نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير، لا بطريق الحد، لأن مثل عمر رضي الله عنه لا يحلف أن لا يقيم الحد (5). فإذا ما انتقلنا للإمام السرخسي (ت 483 هـ) في كتابه المبسوط ودنا حضورا لافتنا للنظر لمصطلح السياسة في باب الحدود و التعزير كقوله في بيان عقوبة العلاقات الجنسية المثلية: "فيجب التعزير فيها يقينا وما وراء ذلك من السياسة موكول إلى رأي الإمام إن رأى شيئا في حق فله أن يفعله"(6). وظاهر كلامه أن السياسة عقوبة مغلظة تتجاوز عقوبة التعزير، وهو نفس المعنى الذي يؤكد الفقيه الحنفي الآخر أبو بكر المرغباني (ت 593 هـ) بقوله: "عقوبة هؤلاء ليس فيها شيء مقدر، وما رووه محمول على السياسة"(7)، وكذلك الأمر عنده بالنسبة لعقوبة شهادة

1- صحيح البخاري/ كتاب النكاح/ باب الغيرة/ رقم: 5224. 393/3. وفي مسند أحمد " أَنَّ أَسْمَاءَ قَالَتْ كُنْتُ أَخْدُمُ الرَّبِيبِ زَوْجَهَا وَكَانَ لَهُ فَرْسٌ كُنْتُ أَسْوِسُهُ وَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنَ الْخِدْمَةِ أَشَدَّ عَلَيَّ مِنْ سِيَاسَةِ الْفَرَسِ " مسند أحمد/ حديث أسماء بنت أبي بكر الصديق/ رقم: 26972. 533/44.
2- أبو بكر عبد الله بن أبي شيبة: مصنف أبي شيبة، ت محمد عبد الله جمعة وآخر، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2004،/ كتاب الأمراء/ رقم: 31072. 352/10.

3- Max Weber. The Theory of Social and Economic Organization, New York: Oxford University Press, pp. 145.

4- أحمد بن إسحاق الشاشي: أصول الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1402 هـ، 29/1. وينظر قول البزدوي: كشف الأسرار، دار الكتاب العربي، بيروت، 1308 هـ، 66/3.

5- عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، 66/3.

6- محمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406 هـ، 79/9.

7- علي بن أبي بكر المرغباني: الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، بيروت، 102/2.

الزور أنها من العقوبات الموكولة إلى اجتهاد الإمام، أو للسلطة التقديرية للقاضي، رغم ما روي فيها أن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه جلد فيها أربعين، حيث يقول: " وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة" (1)، وينفسح الدور السياسي للسلطة العامة في مجال التجريم والعقاب إلى أقصاه حتى يصل إلى تشريع القتل سياسة، ففي الدر المختار: "ولالإمام قتل السارق سياسة لسعيه في الأرض بالفساد، وهذا إن عاد، أما قتله ابتداء فليس من السياسة في شيء" (2)،

ويلاحظ أنه حتى إذا ذكر لفظ السياسة في كتب الفروع الفقهية في غير أبواب الحدود و التعازير، فإن معناها يرتد إلى العقوبة وممارسة السلطة العقابية، لنقرأ هذا النص في شرح فتح القدير للسيواسي (ت 681هـ) حيث يرد لفظ السياسة في مسائل النكاح في قوله: " ويعاقب من تزوج أحد محارمه عقوبة هي أشد ما يكون التعزير سياسة، لا حدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك، وإذا لم يكن عالما بذلك لا حد ولا عقوبة تعزير" (3)، وهكذا تستمر كتب فروع الفقه الحنفي في طرح المقابلة بين الحد والتعزير على أن الحد عقوبة مقدرة شرعا، بينما التعزير عقوبة تقديرية بالسياسة، ولا يقف هذا المعنى على فقهاء المذهب الحنفي كما يرى البعض (4)، بل نجده أيضا حاضرا عند فقهاء المذاهب الأخرى وإن كان بشكل أقل، ففي الوسيط للفقيه الشافعي أبو حامد الغزالي (ت 505هـ): " أن الذمي إذا قتل مرتدا، يجب عليه القصاص سياسة، ولا تجب عليه الدية" (5)، وفي مغني المحتاج للشريبي (ت 676هـ) وهو شافعي المذهب أيضا أن من السياسة أن لا يتحمل الجلد خطأ القاضي أو الإمام، فالضمان على الأمر وليس على المأمور: " لأنه آتة ولا بد منه في السياسة فلو ضمنناه لم يتول الجلد أحد" (6)، وهو نفس المعنى الذي يكرره زكريا بن محمد الأنصاري (ت 926هـ) في فتح الوهاب: " فالضمان قودا أو مالا على الإمام لا على الجلاد لأنه آتة ولا بد منه في السياسة" (7)، كما نجد هذا المعنى عند الفقيه المالكي شهاب الدين القرافي الذي عقد في كتابه الذخيرة بابا سماه باب السياسة اقتصر فيه على ما يتعلق بالجنايات والعقوبات والتعازير، وتابعه على ذلك ابن فرحون (ت) الذي حدد السياسة بأنها " الطريقة التي يتوصل بها إلى المقاصد الشرعية " أو الطريقة التي يتوصل بها إلى الحق ويخص من ذلك ما يفعله الحاكم بقصد الردع والزجر (8)، في مجال الجنايات والعقوبات، لذا نراه يعلق على حادثة ضرب علي رضي الله عنه لبريرة

1- علي بن أبي بكر المرغيناني: نفس المرجع، 132/3.

2- الحصفكي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1376هـ، 103/4 . وينظر محمد أمين ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 103/4.

3- محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، دار الفكر بيروت، ط2، 259/5.

4- إن القول إن تحديد السياسة مقصور على مجال العقوبات مقصور على فقهاء المذهب الحنفي، هو قول كما سيتضح غير صحيح وهو مبني على استقراء ناقص، واجتثاث للنصوص من سياقها، بل إن هذا التحديد متداول في كل المذاهب الفقهية وإن اختلفت عبارات الفقهاء، ولذلك فإن اتجاه بعض الباحثين إلى سرد مفهوم السياسة بحسب المذاهب الفقهية كما فعل العلامة يوسف القرضاوي في كتابه الدين والسياسة، وكما فعلت جميلة عبد القادر شعبان، السياسة الشرعية عند ابن القيم، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2006، ص: 46-61. وكما فعل الشيخ عبد العال عطوة في كتابه المدخل للسياسة الشرعية، جامعة محمد بن سعود، الرياض، ط1، 1993، ص: 24-41، نراه غير سديد.

5- أبو حامد الغزالي: الوسيط، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، 274/6.

6- الخطيب الشريبي: مغني المحتاج في شرح ألقاظ المنهاج، دار الفكر بيروت، ط4، 12/4، 202.

7- زكريا بن محمد الأنصاري: فتح الوهاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ، 294/2.

8- برهان الدين بن فرحون: تبصرة الحكام في مناهج الأفضية والأحكام، 105/2.

في حديث الإفك " وهذا من السياسة لأنه ضربها لتقر بما عندها" (1)، كما عقد فصلا كاملا من كتابه تبصرة الحكام وهو الفصل التاسع من القسم الثالث لبيان مسائل السياسة والزواج الشرعية (2)، وحدد ابن فودي المالكي أن معنى السياسة لا يخرج عن رعاية مصالح العباد ودرء المفساد بالكشف عن المظالم بآداب تبين الحق، كالحكم بالقرائن من غير إقرار ولا بينة، وأخذ أهل الشر بالتهم، وبتهديد الخصم" (3)، ومن الواضح أن تحديد السياسة عند الفقيه المالكي لا يخرج عن مجال التشريع العقابي وإن وسعه إلى مجال القرائن ووسائل الإثبات. أو يذكر (ت 896هـ) ابن الأزرق أن السياسة تقتضي من ولي الأمر " أن يزيد الحد بزيادة الذنب، فقد أتى عمر رضي الله عنه بسكران في رمضان فضربه مائة، ثمانين الحد، وعشرين لهتك حرمة الشهر، وكذا يجب أن تتركب العقوبات على تغليظ الجنايات وهتك الحرمات" (4).

ومنه يتضح أنه رغم الاختلاف الحاصل بين فقهاء الشريعة حول مدى وحدود السلطة العامة في ممارسة السياسة العقابية بين موسع ومضيق كما سيأتي في موضعه، فإنهم مع ذلك يسلمون جميعا بلا استثناء من حيث المبدأ بحق السلطة العامة بما هي سلطة في ممارسة الإكراه والعقاب كأخص خصائصها في إطار من الشرعية والمشروعية الإسلامية، وهكذا لم يأتي القرن الثامن الهجري حتى استقر مفهوم السياسة في مدونات الفقه على أنها التصرفات التشريعية التي فوضت الشريعة العامة أو ولي الأمر لمباشرتها في المجال العقابي، وأن مفهوم السياسة الشرعية ينحصر في التشريع العقابي، نجد خلاصة هذا المفهوم عند الفقيه الحنفي محمد بن محمود البابرقي (ت 786هـ) حيث يقول في باب قطع الطريق: " السياسة تغليظ جزاء جناية لها حكم شرعي حسما لمادة الفساد" (5)، بينما يعرفها الطرابلسي (ت 844هـ) بعبارة مختصرة جدا ومعبرة: "السياسة شرع مغلظ" (6)، ثم يقول " والسياسة نوعان سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم وتدفع كثيرا من المظالم فالشريعة توجب المصير إليها والاعتماد في إظهار الحق عليها" (7)، وقد أورد هذه العبارة بنصها ابن نجيم (ت 970هـ) (8) الذي سيكون له بدوره اجتهاده الخاص في تحديد مفهوم السياسة، ورغم أن التطابق بين عبارة البابرقي وعبارة الطرابلسي ليس كاملا كما سيأتي، فإن العبارة الأخيرة قد صيغت بدقة متناهية لتفصح عن مدلول السياسة في مدونات الفقه وكتب الفروع المطولة على الأقل بالنسبة لفقهاء المذهب الحنفي، فالسياسة ليست فقط مجرد تعزير أي التشريع العقابي التقديري المفوض للسلطة العامة كما يوهم بذلك تحديد ابن عابدين (ت 1225هـ) : "والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان، لذا

1- برهان الدين بن فرحون: تبصرة الحكام في مناهج الأفضية والأحكام، 118/2

2- برهان الدين بن فرحون: تبصرة الحكام في مناهج الأفضية والأحكام، 176-149/2

3- عبد الله محمد بن فودي: ضياء السياسات وفتاوى النوازل مما هو من فروع الدين من المسائل، تحقيق محمد أحمد كاني، الزهراء للإعلام العربي، ط1، 1988، ص:75.

4- أبي عبد الله بن الأزرق: بدائع السلك في طبائع الملك، تحقيق علي سامي النشار، منشورات وزارة الإعلام، العراق، 1977، 153/2.

5- محمد بن محمود البابرقي: العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، 425/5، وأورده بلفظه ابن عابدين دون نسبة في حاشيته "رد المختار" قال وقوله "حكم شرعي" معناه أنها داخلة تحت قواعد الشرع، وإن لم ينص عليها بخصوصها، فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان حسم مواد الفساد لبقاء العالم" 15/4.

6- علاء الدين الطرابلسي: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص: 169. و قد أورد عبارته أيضا ابن عابدين في حاشيته: رد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت 15/4.

7- علاء الدين الطرابلسي، معين الحكام، ص: 169.

8- زين بن إبراهيم بن بكر بن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب العربي، بيروت، 76/5.

عطفوا أحدهما على الآخر لبيان التفسير " (1)، بل السياسة الشرعية كما سيوضح هو نفسه شرع مغلظ أي التشريع العقابي الاستثنائي الذي تضطر إليه السلطة العامة لحفظ النظام العام، تشريع لا يكتفي بالعقوبات المقدرة، ولا بالعقوبات التعزيرية، ولكن يتجاوزهما معا ليصل حد القتل سياسة، مراعاة للظروف المشددة للعقاب، وتحقيقا لمقاصد الشريعة في تشريع العقوبة وتنفيذها من زجر وردع.

فقرة 2- خلاصة

ومنه نخلص إلى أن معنى السياسة عند الفقهاء يدور حول معنيين كلاهما لا يخرج عن مجال التشريع العقابي. أولا- فهي إما قد يراد بها السلطة التشريعية التقديرية المفوضة للسلطة العامة في مجال التجريم والعقاب وهو ما يعبر عنه بمصطلح التعزير؛ أي كل عقوبة غير مقدرة، فتقديرها يدخل في معنى السياسة الشرعية. ثانيا- والمعنى الثاني السلطة التشريعية الاستثنائية التي تضطر إليها السلطة العامة في مجال التجريم والعقاب وهو ما يعبر عنه بالشرع المغلظ ويتجلى ذلك في ثلاثة تصرفات:

- 1- الزيادة على الحد وهو العقوبة المقدرة شرعا، بإضافة عقوبة تعزيرية من نفس جنسها، كأن تكون عقوبة الجناية ثمانين جلدة فيجعلها مائة جلدة مراعاة لظروف مشددة تقتضيها(2).
- 2- الزيادة على العقوبة المقدرة شرعا عقوبة تعزيرية من غير جنسها، كما هو مفهوم من كلام فقهاء الحنفية، لا يجمع بين الجلد والتعزير في جناية الزنا إلا أن يكون ذلك سياسة(3).
- 3- زيادة العقوبة التعزيرية على القدر المناسب للجناية مراعاة للظرف والحال والزمان، كأن تكون العقوبة المناسبة للجناية ثلاثة أشهر فتقتضي السياسة التشريعية الجنائية أن توضع لها عقوبة سنة، مراعاة لظروف اجتماعية أو اقتصادية تقتضي ذلك(4).

عند هذا الحد نكون قد بلغنا مرادنا في توضيح مفهوم السياسة كما تجلى في كتب الفروع الفقهية، بحيث صار واضحا وجليا أن مفهوم السياسة الشرعية لا يعني فقط سلطة التعزير التي يسلم بها الفقهاء لأنها سلطة تقديرية مقررة من حيث المبدأ بالشرع، وإنما يعني ما وراء ذلك من العقوبات المغلظة التي تزيد على الحد المقدر وعلى التعزير المناسب، والتي تفرضها ظروف استثنائية، وبهذا يكون مجال السياسة مستوعبا للجرائم التي وردت فيها عقوبة مقدرة بالشرع، والجرائم التي لم يقدر لها الشرع عقوبة وفوض تقديرها إلى سلطة الإمام أو القاضي أو المفتي على تفصيل لم يحن بعد حينه.

إن هذا المفهوم بالذات سينعكس أثره بشكل واضح في كتب أصول الفقه ومصنفات السياسة الشرعية، بحيث يشكل موضوع حدود السلطة العامة ومداهما في التشريع العقابي وصنع السياسة العقابية وتطبيقها في صلب الجدل

1- محمد أمين ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار(حاشية ابن عابدين)، 15/4.

2- كما ورد عن عمر بن الخطاب أنه أتى رضي الله عنه بسكران في رمضان فضربه مائة، ثمانين الحد، وعشرين لهتك حرمة الشهر، ينظر: ابن الأزرقي: بدائع السلك في طبائع الملك، ص: 153 .

3- ينظر: الشاشي: أصول الشاشي، 1402هـ، 29/1. وينظر قول عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري: "وقول عمر والله لا أنفي أحدا أبدا فلو كان النفي حدا لما حلف، لأن الحد لا يترك بالارتداد، فعرفنا أن ذلك كان بطريق السياسة والمصلحة" عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار شرح أصول البيزوي، 66/3 .

4- ينظر: فؤاد عبد المنعم أحمد: السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية الاقتصادية، البنك الإسلامي للتنمية، ط1، 1422هـ، ص: 29.

الفقهي الذي ثار بين أئمة العلم وفقهاء المذاهب حول بعض أصول التشريع التي لها علاقة وطيدة بالتصرف السياسي ونعني به أصل التشريع بالمصلحة.

فقرة 3- مناقشة

غير أنه قبل المضي في تتبع تطور مدلول لفظ السياسة في التداول الفقهي ليعبر عن حقيقة الوظيفة التشريعية يحسن بنا أن نسجل بعض الملاحظات حول هذا المفهوم الذي أعطاه فقهاء الشريعة للسياسة خاصة في كتب الفروع ، حيث تم حصرها في التشريع العقابي، وتحديد العقوبات المغلظة، وهو تحديد غير وافي بمعنى السياسة من عدة وجوه: الوجه الأول: أن حصر مفهوم السياسة في مجال العقوبات سواء عنيينا به التشريعات العقابية التقديرية المفوضة للسلطة العامة، أو التشريعات العقابية الاستثنائية المغلظة، لا يعبر عن جميع أوجه التصرف السياسي، بل هو حصر لمفهوم السياسة في مجال واحد من المجالات التي تدخل في نطاق الشأن العام، نعم إن السياسة العقابية والجنائية مجال بارز من مجالات ممارسة السلطة العامة، فهي وحدها التي تحتكر مشروعية اللجوء لوسائل الإكراه والعقاب والتأديب، لكن ممارسة السلطة العامة لا تنحصر في التأديب والعقاب، بل إن السلطة العامة لا تلجأ في الحقيقة للعقاب والتهديد به إلا عند مخالفة أحكام الشرع أو القانون الساري، فهنا فقط يبرز دور السلطة العقابي كحارس للنظام العام والآداب العامة، صحيح أن التشريعات العقابية تتداخل مع كثير من التشريعات المنظمة للشؤون العامة، إلا أن ذلك لا يبرر حصر مفهوم السياسة الشرعية في مجال التجريم والعقاب.

الوجه الثاني: أنه حتى ولو سلمنا أن السياسة لا تخرج عن مجال السياسة العقابية، فإن مع ذلك يبقى تحديدها بأنها "تغليظ جناية لها حكم شرعي" أو أنها "شرع مغلظ" تعريفا ضيقا محدودا، قاصرا حتى عن تحديد جميع صور ممارسة السياسة في المجال العقابي تحديدا جامعا، إذ كلاهما يقصر مفهوم السياسة العقابية على تشديد العقوبات، مغفلا تماما أن السلطة العامة كما تملك ممارسة السياسة في تشديد العقاب وتغليظه، فإنها أيضا تملك ممارسة السياسة في تخفيف العقوبة واستبدالها بل قد تقتضي المصلحة السياسة العليا إسقاط العقوبة والعتو عنها، أو تأجيلها، فقد أهدر ڤ دم أناس استحقوا عقوبة القتل ثم عفا عنهم. كما استحق منافقون القتل ولم يتبعهم، فهذه أيضا مجالات للسياسة تمارسها السلطة العقابية بما يحفظ المصلحة العامة ويندرج في مقاصد التشريع وفلسفته في العقاب، وهي مجالات قصر عنها التعريف.

البند الثاني: السياسة تشريع مصلحي

لقد أفضى الانتقال بمدلول السياسة اللغوي إلى مجال التطبيق العملي في مجال العقوبات إلى تحديدها بأنها تشريع مغلظ يسنه ولي الأمر في مجال العقوبات، فإذا انتهينا إلى المصنفات المتأخرة في السياسة الشرعية وخاصة كتب أدب القضاء، وحتى بعض مدونات الفقه المتأخرة، وجدناها قد انتقلت بهذا المفهوم إلى معنى أكثر عمومية وتجريدا وتحديدا، وإن كان هذا المعنى أيضا لا يخرج بسياقه العام عن المجال العقابي، ونحسب أنه ما كان لهذا المفهوم أن يتبلور لولا ذلك الجدل الفقهي الذي أثاره حصر معنى السياسة في العقوبة المغلظة وما تولد عنه من جدل فقهي وقانوني بين فقهاء الشريعة وأئمة العلم حول حدود السلطة العامة في ممارسة سلطة التجريم والعقاب.

لقد نشأ حول هذه المسألة بالذات جدل مبكر بين فقهاء المالكية وفقهاء الشافعية أحيانا، وأحيانا أخرى بين فقهاء الحنابلة وفقهاء الشافعية، وتارة ثالثة بين فقهاء الحنفية وفقهاء الشافعية، وإذا كنا لا نملك نصوصا كثيرة حول هذا الجدل فلقد حفظت لنا المصنفات المتأخرة طرفا من هذا الجدل.

لقد تمحور الجدل حول حدود تصرفات السلطة العامة في المجال العقابي في موقفين أو قل اتجاهين متعاكسين:
فقرة 1- اتجاه مضيق

وهو اتجاه ينحصر معنى السياسة عنده فيما نطق به الشرع من العقوبات، وهو الاتجاه الذي يمثله فقهاء الشافعية ومن تبعهم، فسلطة الولاية العامة في التجريم والعقاب تقف عند ما نطق به الشرع، وعليه فكل سياسة عقابية خارج ما نطق به الشرع تفصيلا (الحدود) أو من حيث المبدأ (التعزير) فهي فسوق وظلم واعتداء على الحقوق والحريات، أو بتعبير قانوني هي سياسة لا سند لها من المشروعية، وبالتالي فالتصرفات السياسية لولي الأمر في مجال العقوبات محصورة في تنفيذ العقوبات المقدرة شرعا من غير زيادة ولا نقصان، وتشريع العقوبات التعزيرية المناسبة من غير تغليب ولا تشديد، وإلا عدّ ذلك ظلما وعدوانا وخروجا عن الشرع. ويتعبير قانوني معاصر فإن مفهوم السياسة الشرعية عند فقهاء الشافعية ينحصر في مجالين الأول مجال السلطة التشريعية المقيدة في التجريم والعقاب والمعبر عنها بالحدود المقدرة شرعا، والثاني مجال السلطة التنفيذية التقديرية في التجريم والعقاب والمعبر عنها بالتعزير.

ولما كانت الجريمة والعقوبة في باب الحدود مقررة ومقدرة بالشرع فلم يبقى من مجال السياسة للسلطة العامة سوى تقدير العقوبات المسكوت عنها، على أن لا يبلغ هذا التقدير مبلغ الحدود(1)، لقد عبر إمام الحرمين عبد الملك الجويني (ت) عن هذا الموقف خير تعبير وبينه انصاع بيان في كتابه الأصولي البرهان في سياق تسجيل موقفه من الجدل الذي ثار من قبله حول الموضوع بين المالكية والشافعية حيث وهو الشافعي مذهبا يأخذ على الإمام مالك بعض الانحلال في الأمور الكلية حتى يكاد يثبت في السياسات أمورا لا تناظر قواعد الشريعة، ومن هذه الأمور العظيمة التي يأخذها عليه بحسبه وتضعف مذهبه وتجعله ينتصر لمذهب إمامه الشافعي، أنه يطلق أيدي الولاية في الدماء والأموال" إذ يثبت مصالح بعيدة عن المصالح المألوفة والمعاني المعروفة في الشريعة، وجره ذلك إلى استحداث القتل وأخذ الأموال بمصالح يقتضيها في غالب الظن، وإن لم يجد لتلك المصالح مستندا إلى أصول" (2).

وفي كتابه "غياث الأمم في التياث الظلم" يسجل هذا الموقف بتفصيل واضح، فبعد أن ذكر أن التعزير لا ينبغي أن يبلغ مقدار الحد فضلا عن يتجاوزه يسجل في شبه حسرة: "أن أبناء الزمان ذهبوا إلى أن مناصب السلطنة والولاية لا يستند إلا على رأي مالك رضي الله عنه وكان يرى الازدياد على مبالغ الحدود في التعزيرات ويسوغ للوالي أن يقتل في التعزير(3)، ونقل النقلة عنه أنه قال للإمام أن يقتل ثلث الأمة في استصلاح ثلثيها(1)"(2)، ثم يعقب على ذلك

1- حول مختلف الآراء حول حدود السلطة العامة في التعزير، ينظر: ابن حبيب الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 310-315، وينظر: عبد الملك الجويني: الغياثي، ت مصطفى حلمي و فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة الإسكندرية، 1979، ص: 164 وما بعدها .

2- إمام الحرمين عبد الملك الجويني: البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الديب، مطابع الدوحة الحديثة، قطر، ط1، 1399هـ، 1992، 1113/2.

3- فقد روي مثلا عن الإمام مالك، جواز قتل الجاسوس المسلم تعزيرا،" سئل مالك عن الجاسوس من المسلمين يؤخذ وقد كاتب الروم وأخبرهم خبر المسلمين فقال: ما سمعت فيه بشيء وأرى فيه اجتهاد الإمام . اللخمي: قول مالك هذا أحسن. وقال ابن القاسم: أرى أن تضرب عنقه. ابن رشد: قول ابن القاسم هذا صحيح لأنه أضر من المحارب". ينظر محمد بن يوسف المواق: التاج والإكليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، ص: 553.

بنبرة فيها نكير واضح: " وهذا الفن قد يستهين به الأغبياء وهو على الحقيقة تسبب إلى مضادة ما ابتعث به سيد الأنبياء وعلى الحملة من ظن أن الشريعة تتلقى من استصلاح العقلاء ومقتضى رأي الحكماء فقد رد الشريعة واتخذ كلامه هذا إلى رد الشرائع ذريعة" (3)، وهكذا لا يبقى مجال للسياسة في باب العقاب عند الفقيه الشافعي إلا ما نطق به الشرع من العقوبات المقدرة أو العقوبات التعزيرية المناسبة، أما ما وراء ذلك من العقوبات المغلظة والمستحدثة فهو انحلال من الشرع وخروج عن المشروعية .

فقرة 2- اتجاه موسع

وهو اتجاه لا يحصر معنى السياسة فيما نطق به الشرع بل يرى السياسة كل تصرف بالمصلحة بما لا يخالف الشرع ولو لم ينطق به، وهو الاتجاه الذي مثله فقهاء المالكية والحنابلة والحنفية على تفاوت بينهم في اعتبار العمل بالمصلحة ومن ثم في التوسعة على الحكام في سلطة التجريم والعقاب بما فيه المصلحة ولا يناقض العدل، ليسع السلطة التقديرية والسلطة الاستثنائية في هذا المجال، وهو ما يقرره الفقيه المالكي شهاب الدين القرافي في كتابه الفروق، وكذلك ابن فرحون في كتابه تبصرة الحكام: " اعلم أن التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع، بل تشهد له الأدلة المتقدمة وتشهد له القواعد الشرعية" (4)، كأصل رفع الضرر، وأصل المصلحة المرسل، إلى جانب هذا الموقف يسجل لنا الفقيه الحنبلي أبو الوفاء بن عقيل (ت 531هـ) في كتابه الفنون حقيقة مفهوم السياسة وفق هذا المنظور في سياق مناظرته لأحد فقهاء الشافعية وقد أورد كلامه الثمين عدد من الفقهاء الحنابلة وغيرهم لنفسته (5)، ويأتي على رأس هؤلاء طبعاً، ابن القيم الجوزية: "قال ابن عقيل في الفنون: جرى في جواز العمل في السلطنة بالسياسة أنه الحزم ولا يخلو من القول به إمام، فقال شافعي لا سياسة إلا ما وافق الشرع، فقال ابن عقيل السياسة ما كان معه الناس أقرب للصالح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به الوحي، فإن أردت بقولك إلا ما وافق الشرع أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة، فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والتمثيل ما لا يجحده عالم بالسنن، ولو لم يكن إلا تحريق عثمان المصاحف، فإنه كان رأياً اعتمدوا فيه على مصلحة الأمة، وتحريق علي الزنادقة في الأخاديد، وقال:

لما رأيت الأمر أمراً منكراً **أججت ناري ودعوت قنبرا**

ونفي عمر لنصر بن حجاج وما إلى ذلك" (6).

هكذا نجد أنفسنا أما تعريف ومفهوم مغاير ومختلف للسياسة، ومع ذلك فهو لا يشكل قطيعة مع المفاهيم السابقة وإن بدا تعريفاً مستقلاً لا علاقة له بمجال العقوبات، كما يتوهم كثير من الباحثين مجتئين التعريف من سياقه

1- نسبة هذا القول للإمام مالك لا يعرف لها مصدر، إلا إمام الحرمين، ولا يزال الدارسون إلى اليوم يتحIRON في مصدر هذه الدعوى.

2- إمام الحرمين عبد الملك الجويني: الغيائي "غيث الأمم في التيات الظلم" ص: 163 .

3- إمام الحرمين عبد الملك الجويني: الغيائي، ص: 164 .

4- برهان الدين بن فرحون: تبصرة الحكام في مناهج الأفضية والأحكام، 126/2 .

5- ينظر: محمد بن مفلح المقدسي: الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ، 115/6 . وينظر: علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 250/10، وينظر: منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1402هـ،

127-126/6 . ينظر: إبراهيم بن يحيى دده أفندي (ت973هـ): السياسة الشرعية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1993، ص: 74-75

6- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد جميل غازي، مطبعة المدني القاهرة، ط1، ص: 16-17 .

النصي والفقهية والتاريخي(1)، بينما الحقيقة على خلاف ذلك تماماً فالنص يحمل معه حججه المؤكدة على أن هذا المفهوم ما هو في الحقيقة إلا امتداد للجدل الفقهي والقانوني الذي كان يثور بين الحين والآخر بين فقهاء الشافعية من جهة، وفقهاء الحنابلة والمالكية ومن وافقهم من جهة أخرى حول حدود ومدى سلطة ولي الأمر في التشريع العقابي، جدل لا على مستوى الأحكام الفرعية ولكن على مستوى القواعد الأصولية أو بتعبير معاصر على مستوى القواعد الدستورية التي تضبط سلطة الدولة في التجريم والعقاب، جدل تمحور حول موقفين، كل منهما يحاول أن يوازن بطريقته في التشريع العقابي بين حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية، وبين حفظ الأمن والنظام والمصلحة العامة من جهة ثانية(2)، فالفريق الأول يجعل الأولوية لحماية الحريات العامة ويضيق بالتالي من سلطة الدولة في التجريم والعقاب إلى أضيق الحدود، بينما الفريق الثاني يجعل الأولوية لحفظ الأمن والنظام ويوسع بالتالي من سلطة الدولة في التجريم والعقاب دون مصادمة لقواعد المشروعية الإسلامية، ولسنا هنا بصدد تسفيه أحد الموقفين أو الحكم على أيهما أصوب فمن الواضح أن كل منهما مؤسس على رؤية وتضبطه قواعد استدلال شرعي، كما أن المسألة في ذاتها مجالا من مجالات السياسة التي يمكن أن تختلف فيها الأنظار بحسب اعتبارات كثيرة من بينها فساد الزمان واستقامته.

ولكن ما يعيننا هنا أن هذا التعريف الذي كان الفقهاء يوردونه في كتب الفروع في أبواب الحدود والتعزير دلالة على ارتباطه بهذا السياق الموضوعي، يحمل في صياغته تعميما وتجريدا لا تجعله قاصرا على تطبيقه في مجال العقوبات كما يوحي بذلك مثال تحريق المصاحف، ومن ثم فهو يفتح الباب لإعادة تحديد السياسة تحديدا نظريا يتجاوز دائرة العقوبات المغلظة، فالتعريف بقدر ما يكشف عن أن السياسة هي في مجال العقوبات شرع مغلظ، يستوعب تغليظ العقوبة المقدرّة والعقوبة غير المقدرّة يصل إلى حد القتل سياسة كما في مثال تحريق علي للزنادقة، إعمالا لمبدأ ملاءمة العقوبة للجريمة وظروف الجاني، فإنه يكشف بالإضافة إلى ذلك عن الأساس التشريعي والقانوني لهذه السياسة وهو العمل بأصل المصلحة المرسلّة.

وهي الخلاصة التي انتهى إليها فقيه حنفي في القرن العاشر الهجري، وهو زين الدين بن نجيم (ت 970هـ) حيث نجده انطلاقا من استقرائه لتداول لفظ السياسة في أبواب العقوبات، يقدم لنا صياغة نظرية لمفهوم السياسة أكثر دقة وإجرائية، وإن كان معناه لا يخرج عن مدلول السياسة عند ابن عقيل حيث يقول: "وظاهر كلامهم ها هنا أن السياسة فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي"(3). فمفهوم السياسة بمنطوق هذا التعريف هو العمل بالمصلحة المرسلّة فهي التي قيل في تعريفها: "أنها المصلحة التي لم يقم من الشرع دليل خاص على اعتبارها، أو إلغائها، غير أن اندراجها في عموم لفظ المصلحة يوجب إعمالها لا إهمالها"(4)، وإذا أسقطنا هذا المفهوم في مجال التشريع الجنائي، كان مدلول السياسة تصرفات السلطة العامة في مجال التجريم والعقاب بما تقتضيه المصلحة ولو لم يشهد لذلك التصرف دليل جزئي، غير أن عموم اللفظ في عبارة ابن نجيم "فعل شيء" جعل التعريف يرتقي

1- ينظر على سبيل المثال: عبد العال عطوة، المدخل للسياسة الشرعية، ص: 44، وتابعه على ذلك فؤاد عبد المنعم أحمد : السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية الاقتصادية، ص: 36 .

2- حول أهمية التأسيس الدستوري لقواعد القانون الجنائي. ينظر: فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط2، 2002، ص: 5-17.

3- زين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 76/5.

4- حول مفهوم المصلحة المرسلّة: ينظر الخضري بك : أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط6، 1969، ص: 310-317 .

درجة من التنظير والتعميم بما يجعله صالحا للتطبيق في أكثر من مجال، فمشروعية تغليظ العقوبة كتصرف سياسي قد أسست على دليل معتبر من الأدلة الشرعية، وهو أصل المصلحة، ومنه يكشف التعريف عن مفهوم للسياسة أكثر تجريدا وعمومية خلاصته أن السياسة هي تصرف الإمام بالمصلحة، ليس فقط في مجال التشريع العقابي ولكن في جميع مجالات الشأن العام، ومن ذلك مجال التصرف في المال العام. وهو من أهم مجالات التصرف السياسي وقد أعقب الماوردي والفراء الحديث عن أحكام الولايات العامة بأحكام من الأموال العامة(1)، وكذلك فعل ابن تيمية في كتابه السياسة الشرعية(2).

فمثلا وقع الجدل بين الفقهاء في حدود السلطة العامة في التصرف في المجال العقابي، فقد ثار أيضا الجدل حول حدود السلطة العامة في التصرف في المال العام(3)، وعلى رأس ذلك الجدل الذي ثار بين الصحابة والفقهاء حول دور السلطة في تحصيل الزكاة وتوزيعها، بين من يرى وجوب دفع الزكاة للسلطة العامة سواء كانت جائرة أو عادلة، كما هو رأي سعيد بن جبير وعبد الله بن عمر الذي أفتى بوجوب دفعها إلى الولاة وإن اتخذوا بها ثيابا وطيبا. وبين من يرى عدم وجوب دفعها للسلطة العامة وجواز تفرقتها من قبل المكلف كما هو رأي ابن عباس والحسن البصري، وبين من يرى وجوب دفعها للإمام العادل ومنع دفعها للإمام الجائر وهو الرأي الذي قال به أبو هريرة(4). وكذلك الجدل الذي ثار بين فقهاء الشريعة حول حق السلطة العامة في فرض وظائف مالية أو موارد غير تلك المقررة بنصوص الشرع، حيث أن مجال الأموال العامة يشمل نوعين من الموارد:

الموارد التي قررها الشرع وفرغ منها، فهي موارد مالية مقررة بالنصوص الشرعية الصريحة القطعية، وفرغ الشرع من بيان وعائها وشروط تحصيلها، ومقدرها كالزكاة والغنيمة والفيء والخراج وغيرها من الموارد المقررة بالشرع، فهي من هذه الناحية ليست مجالا للتصرف السياسي، إلا تنفيذًا للأحكام المقررة، ولكنها تعتبر مجالا للتصرف السياسي من جهة التوزيع، فرغم لأن الشرع قد حدد في الغالب مصارف هذه الموارد إلا أن هذا التحديد لم يقيد السلطة العامة تقيدا لم يترك لها معه اختيار بل فوض لها سلطة تقديرية بين عدة خيارات وبدائل تعمل فيها بما تقتضيه المصلحة العامة.

الموارد المالية التي يقتضيها الشرع، وهي الموارد المالية التي لم يرد فيها نص خاص ولكن رعاية المصالح العامة تقتضي تشريعها فهي مفوضة إلى تقدير السلطة العامة بحسب ما يقتضيه النظر الشرعي السديد، وتوجه السياسة الشرعية، مثل ضريبة العشور التي فرضها عمر بن الخطاب باجتهاد منه على كل تاجر يدخل دار الإسلام(5)، وهذا النوع من الموارد يعرفها الجويني بأنها "أخذ أموال من غير إسناد استحقاقه إلى مستند معروف مألوف"(6). ويسميه ابن

1- أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 145-284. وأبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2000، ص: 115 وما بعدها.

2- عبد الحليم بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار عالم الفوائد، جدة، ط 1، 1990، ص: 45-83.

3- يقصد بالمال العام أموال المصالح العامة الواردة إلى خزينة الدولة، وهي تتألف من أنواع مختلفة باختلاف طرق تحصيلها وتوزيعها، كأموال الزكاة والصدقات والفيء والغنيمة والجزية والخراج، والتصرفات المتعلقة بما كالإحياء والحمى والإرفاق والإقطاع، ولكل مال شروط تحصيله وآليات استخراجها، وكيفية توزيعه على مصارفه، والقواعد التي تحكم السلطة العامة في هذا المجال.

4- ينظر هذه الآراء في: أبو عبيد بن سلام: الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1976، ص: 679-681.

5- ينظر: أبو يوسف: الخراج، ت طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، 134/1.

6- إمام الحرمين الجويني: غياث الأمم، ص: 190.

الأزرق الفقيه المالكي بمدخل السياسة تميزا لها عن المدخل الشرعية(1) فهذا النوع من الموارد مجال جدل بين فقهاء الشريعة من ناحية الاستخراج ومن ناحية التوزيع، بين من يرى عدم جواز تشريع وظائف مالية غير تلك المقررة بالشرع وهو الاتجاه الغالب بين الفقهاء، وبين من يسلم بحق السلطة العامة في البحث عن موارد إضافية لتغطية النفقات العامة غير تلك الموارد المقررة بالشرع الحنيف، دون إرهاق، كاهل الرعية بأعباء مالية لا موجب لها(2).

غير أنه يجب أنه رغم أهمية هذا الجدل بالنسبة للوظيفة التشريعية للدولة في المجال المالي فإننا نلاحظ هنا هو أن أكثر مدونات الفقه ومصنفات السياسة الشرعية تقف مطولا عند الموارد المالية المقررة بالشرع (كالزكاة، الفيء..) وهي الموارد التي فصل القول فيها نص الكتاب والسنة، وفسر أحكامها أئمة الفقه وما تقتضيه السياسة الشرعية في توزيعها، ولكن فيما يتعلق بالموارد المسكوت عنها نجد أن الموضوع لا ينال حيزا كبيرا من البيان والتفصيل، حتى ليكاد المرء يخرج بانطباع أن موارد الدولة في الإسلام هي تلك الموارد المقررة بالنص، وليس وراءها أي موارد أخرى.

وما يعيننا في هذا المدخل لتحديد مفهوم التشريع كتصرف سياسي أن مفهوم السياسة الشرعية بدأ يتبلور في باب العقوبات على أنه سلطة ولي الأمر في التشريع العقابي بحكم السلطة التعزيرية التقديرية والاستثنائية المفوضة إليه، ثم ما لبث أن اخذ هذا المفهوم يتسع لسائر مجالات الشأن العام كما هو الحال بالنسبة للجدل الذي ثار بين الفقهاء حول سلطة ولي الأمر في التشريع المالي استخراجا وتوزيعا. مما جعل مفهوم السياسة الشرعية يتسع لكل تشريع مصححي يسنه ولي الأمر بما يقتضيه النظر الشرعي.

إن من البين أن مجالات السياسة الشرعية أوسع بكثير من مجال العقوبات ومن مجال الأموال العامة فهي باستقراء أحكام الشرع أوسع من ذلك وأرحب، فهي شاملة لكل شأن من الشؤون العامة، ورغم أن مفهوم السياسة الشرعية كذلك لا يقتصر على العمل بأصل المصلحة، رغم أهميته الكبرى بل يشمل عددا آخر من الأصول والقواعد، فإن ميزة هذا التحديد الأولي أنه يبين أن مفهوم السياسة الشرعية يتطابق مع معنى التشريع في الاصطلاح القانوني المعاصر إذ لا يخرج معناه عن الأحكام التي يسنها ولي الأمر لتدبير الشأن العام بما له من سلطة تقديرية أو استثنائية في مجال التشريع وهو المعنى الذي نجده أيضا عند العلامة عبد الرحمن بن خلدون فقد عرفها: "حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها"(3)، غير أن ما يلاحظ على تعريف ابن خلدون أنه لم يغفل الإشارة إلى طبيعة الفعل السياسي من خلال تأكيده على عنصر الإلزام السياسي كعنصر أساسي من العناصر المكونة لمفهوم السلطة العامة وهو ما يبدو جليا في قوله "حمل الكافة" وهذا ثمرة نظرتة السننية وتعمقه في فقه سنن العمران البشري وطبائع الاجتماع السياسي.

1- ابن الأزرقي: بدائع السلك في طبائع الملك، ص: 214-215.

2- حول الخلاف في ذلك ينظر: صلاح الدين سلطان، سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية، سلطان للنشر، 2004، ص: 169-376.

3- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 239/1.

المطلب الثاني: التشريع كتصرف سياسي وخصائصه

إذا كنا قد خالصنا إلى أن مفهوم السياسة في التداول الفقهي لم يكن يراد به في أول الأمر إلا العمل بالمصلحة، فقد استقر الأمر في نهاية المطاف على يد الفقهاء المعاصرين على أن مدلول السياسة في التداول الشرعي والفقهي ليس إلا سن الأحكام العامة المجردة التي تقتضيها شريعة قائمة والإلزام بها وهو ما سنعرض لبيانها في (فرع أول) ثم إنه لما كان التشريع كسياسة شرعية يقابل الشرع المنزل فقد اقتضى المقام بيان الخصائص والفروق التي تميز كل منهما عن الآخر، من أجل تحرير وضبط أفضل لمفهوم التشريع كتصرف سياسي وهو ما سنعرض له في (فرع ثان) وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مفهوم التشريع كتصرف سياسي

الفرع الثاني: خصائص التشريع كتصرف سياسي

جامعة الأميرة
عبد القادر للعالم الإسلامي

الفرع الأول: مفهوم التشريع كتصرف سياسي

البند الأول: السياسة الشرعية عند الفقهاء المعاصرين

لقد وجد بعض فقهاء الشريعة المعاصرين في مفهوم السياسة الشرعية أساسا صالحا لبلورة مفهوم للتشريع يتجاوز مفهوم العقوبة ولا يبتعد كثيرا عن مفهوم التشريع المصلحي الذي يسنه ولي الأمر، كما هو الحال عند الشيخ عبد الرحمن تاج الذي يعرفها بأنها "الأحكام التي تنظم بها مرافق الدولة وتدبر بها شؤون الأمة، مع مراعاة أن تكون متفقة مع روح الشريعة نازلة على أصولها الكلية محققة أغراضها الاجتماعية، ولو لم يدل عليها شيء من النصوص التفصيلية الجزئية الواردة في الكتاب والسنة"⁽¹⁾. و العلامة فتحي الدريني بأنها "الأحكام التي تدبر بها شؤون الدولة وتحقق مصالحها بالاستناد إلى كليات الشريعة وقواعدها، مع عدم مخالفة حكم تفصيلي مخالفة حقيقية"⁽²⁾. أما الشيخ عبد العال عطوة فيعرف السياسة بعد استقراء ومناقشة لمختلف تعريفاتها بأنها: "فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها، فيما لم يرد فيه نص خاص وفي الأمور التي من شأنها أن لا تبقى على وجه واحد بل تتغير وتبديل تبعا لتغير الظروف والأحوال"⁽³⁾.

وهذه النقول على اختلاف عباراتها وألفاظها تتفق على أن مدلول السياسة الشرعية هو ما يسنه الحاكم أو ولي الأمر من أحكام، وهو ما يتطابق تماما مع مدلول التشريع في الاصطلاح القانوني الحديث، و إذا كان الشيخ عبد العال عطوة قد فضل أن يعرف السياسة بأنها فعل شيء من الحاكم، فإنه في مجال السياسة لا يكون فعل من الحاكم إلا من خلال إصدار أوامر و قوانين وتشريعات.

ومنه نخلص أن اللفظ المعبر عن مدلول التشريع في الاصطلاح القانوني ليس إلا لفظ السياسة الشرعية والتي يمكن أن نعرفها بأنها "الأحكام العامة المجردة الملزمة التي يسنها ولي الأمر بما له من سلطة تقديرية أو استثنائية رعاية للمصلحة العامة في إطار المشروعية الإسلامية".

البند الثاني: دلالات التشريع كوظيفة من وظائف النظام السياسي

والخلاصة أنه إذا كان الشيخ عبد الوهاب خلاف قد ميز في مفهوم التشريع في مجال التداول الشرعي بين معينين، هما شرع مبتدأ، واستنباط حكم تقتضيه شريعة قائمة، فإننا نرى أن هذين المعينين لا يعبران عن كافة دلالات لفظ التشريع لا لغة ولا فقها ولا ممارسة، بل نرى أن لفظ التشريع في التداول الشرعي يحمل ثلاث دلالات:

فقرة 1- الدلالة الأولى: التشريع وضع شريعة قائمة ابتداء، أي تحديد مصادر القانون ومبادئه وقواعد النظام العام فيه، أو بعبارة أخرى الأصول والقواعد والأحكام العملية التي سنها الله ﷻ ابتداء، وهي تشريع عام دائم لازم للحاكم والمحكوم ديانة وقضاء إلى يوم القيامة، وأحكامها توقيفية، متعالية على الزمان والمكان، لا تقبل نسخا أو تعديلا ولا يحل لحاكم أو محكوم يؤمن بالله واليوم الآخر إلا أن يكون وقافا عندها، وهذا المفهوم للتشريع يتطابق مع مفهوم الدين وهو ما يعبر عنه خلاف بالتشريع المبتدأ⁽⁴⁾، ويعبر عنه محمد المبارك، بالتشريع الإلهي⁽¹⁾، ويعبر عنه

1- عبد الرحمن تاج: السياسة الشرعية، مجلة الأزهر عدد ، سنة 1415، ص:19.

2- ينظر: فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 189-190. بتصرف يسير

3- عبد العال عطوة، المدخل للسياسة الشرعية، ص: 52-53

4- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، ص: 41.

أحمد يوسف العالم بالتشريع الحقيقي (2)، وطارق البشري بالتشريع من الدرجة الأولى (3)، وهذا المعنى لا يصح إطلاقه على غير الخالق ﷻ فهو وحده الذي يحدد مصادر القانون في المجتمع المسلم ومبادئ العدالة وقواعد النظام العام التي لا يجوز مخالفتها ، لأنه ﷻ وحده الذي تعتبر إرادته بذاتها تشريعا، لأنها فقط إرادته ﷻ.

فقرة 2 - الدلالة الثانية: التشريع إظهار واستنباط حكم تقتضيه شريعة قائمة، وهي مختلف الأحكام التي استنبطها الفقهاء من نصوص الشريعة أو أصولها، وهي أحكام اجتهادية توفيقية وهي إن كانت لازمة للناس ديانة لكل من اقتنع بها، فليست بالضرورة لازمة لهم قضاء بحيث من خالفها استحق عقابا عليها، بل يتوقف العمل بها على تبني ولي الأمر لها وتقنينه لها، وهذا المعنى يطلق عليه خلاف التشريع ابتداء (4)، ويطلق عليه محمد المبارك التشريع الاجتهادي (5)، ويطلق عليه العالم التشريع المجازي (6)، ويطلق عليه طارق البشري التشريع من الدرجة الثانية (7)، ولا مشاحة في الاصطلاح والعبارة بالمسمى لا بالاسم، وهذا المعنى كما يطلق على المولى ﷻ فإنه يجوز إطلاقه على عمل الفقيه المجتهد في إظهار الأحكام استنباطا من نص أو التماسا فيما لا نص فيه. غير أن استنباط الحكم وإظهاره يبقى عملا فقهيًا ولا يرقى أن يكون عملا تشريعيًا إلا بتبني ولي الأمر لذلك الحكم.

فقرة 3 - الدلالة الثالثة: التشريع الإلزام بالأحكام التي تقتضيها السياسة الشرعية، وهو تعميم ولي الأمر أحكام تقتضيها السياسة الشرعية وإلزام الناس بها، وترك العمل بما دون سواها من الاجتهادات التي تبقى مجرد آراء فقهية، إن هذا المعنى الثالث هو المعنى الذي يتفق تماما مع معنى التشريع في الاصطلاح القانوني، فقد رأينا فقهاء الفروع يسكتون عن كثير من الأحكام الشرعية سواء في مجال العقوبات أو في مجال الأموال العامة أو في مجال الولايات أو غيرها ويفوضون ذلك رأسا للسلطة التقديرية والاستثنائية لولي الأمر في مجال التشريع، وهو المعنى الذي يعبر عنه محمد رشيد رضا بلفظ الاشتراع حيث يقول معرفا له: "وضع الأحكام التي تحتاج إليها الحكومة لإقامة العدل بين الناس وحفظ الأمن والنظام وصيانة البلاد ومصالح الأمة وسد ذرائع الفساد فيها" (8). كما يعبر عنه بعض الباحثين بالتشريع غير المباشر (9) إن التشريع بهذا المعنى الثالث قد فات الشيخ خلاف، وقد التفت إليه الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، غير أنه فاتته أن ينتبه أن هذا المعنى ليس إلا نوع من التصرف بالسياسة الشرعية ومندرج فيها، وليس أمرا مجهولا أو منكورا في التداول الشرعي. فهو لا يخرج عن أحد التصرفات التشريعية الثلاثة التالية:

أولا- تبني ولي الأمر حكما من الأحكام التي استنبطها الفقهاء في موارد الاجتهاد والتي اختلف فيها الفقهاء، و تعميمه وإلزام الناس به.

1- محمد المبارك: نظام الحكم و الدولة، ص: 148.

2- يوسف حامد العالم: الأهداف العامة للتشريعة ص: 21.

3- طارق البشري: منهج النظر في النظم السياسية المعاصرة لبلدان العالم الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2005، ص: 58.

4- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، ص: 41.

5- محمد المبارك: نظام الحكم والدولة، ص: 148.

6- يوسف حامد العالم: الأهداف العامة للتشريعة ص: 21.

7- طارق البشري: منهج النظر في النظم السياسية المعاصرة لبلدان العالم الإسلامي، ص: 59.

8- محمد رشيد رضا، الخلافة أو الإمامة العظمى، مطبعة المنار، 1341، ص 153.

9- صبحي محمدي: الأوضاع التشريعية في الدول العربية، ماضيها وحاضرها دار العلم للملايين، بيروت 1401، ص:

ثانيا- سن ولي الأمر الأحكام التي تنتظم بها المصالح العامة المفوضة لسلطته التقديرية شرعا وفقها، وإلزام الناس بها.

ثالثا- سن ولي الأمر الأحكام التي تفرضها حالة الضرورة العامة بمقتضى السلطة الاستثنائية المفوضة إليه وإلزام الناس بها.

وتبغى الإشارة إلى أن أغلب الذين تناولوا الوظيفة التشريعية في الدولة الإسلامية حصروها في التصرف الأول اعني مسألة تقنين الأحكام الشرعية مغفلين التصرف الثاني والثالث الذي تبرز فيه أكثر دور الولاية العامة في مجال التشريع، واعني بذلك السلطات التقديرية والاستثنائية المفوضة رأسا للسلطة العامة بمقتضى السياسة الشرعية. ومنه نخلص إلى أن مفهوم التشريع الذي نشغل به في هذا البحث هو " حملُ ولي الأمر الكافة على الأحكام العامة المجردة التي تبناها أو سنها بمقتضى سلطته التقديرية أو الاستثنائية في حفظ المصالح العامة لجماعة المسلمين".

كما نخلص أيضا أن معنى التشريع في الاصطلاح القانوني "سن القواعد العامة المجردة الملزمة" الذي يغالي البعض في إنكاره لما يتوهمه من ارتباطه بالصبغة الوضعية لهذا المفهوم، ليس معنى لا أصل له في مجال التداول الشرعي بل هو نوع من أنواع التصرف السياسي، وهو جزأ لا يتجزأ مما يعبر عنه فقهاء الشريعة بلفظ الأوامر السلطانية، أو لفظ السياسات الشرعية، ونحن لا نرى أن هناك إثما أو حرجا عقديا من استعمال لفظ التشريع المتداول شرعا وقانونا.

الفرع الثاني: خصائص التشريع كتصرف سياسي

البند الأول: الخصائص المشتركة بين الشرع والتشريع

تتشترك أحكام الشرع المسنونة بالتنزيل والتشريع كسياسة شرعية في أن كل منهما أحكام عامة ومجردة وأن كل منهما أحكام ملزمة مقترنة بجزاء.

فقرة 1- أحكام عامة ومجردة.

تتشترك أحكام الشرع المنزل مع أحكام التشريع كسياسة شرعية في أن كل منهما يتصف بالعمومية والتجريد، أما أحكام الشرع المنزل فالأمر ظاهر وبين لكل من درس خصائص الشريعة الإسلامية وفي ذلك يقول ابن عاشور: "معلوم بالضرورة من الدين أن شريعة الإسلام جاءت شريعة عامة... ومن أعظم ما يقتضيه عموم شريعة الإسلام أن تكون أحكامها سواء لسائر الأمم بقدر الاستطاعة، لأن التماثل في إجراء الأحكام والقوانين عون على حصول الوحدة الاجتماعية في الأمة"⁽¹⁾. ومن ثم يعرف الأصوليون الحكم الشرعي بأنه خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، وهذه الأفعال يتعلق بها الخطاب من حيث هي أفعال مجردة مما يكسب الحكم صفة العمومية، وأما أحكام التشريع فهي لما كانت عبارة عن سياسات عامة تتوخى تحقيق المصلحة العامة كان لزاما للتحقق بهذا الوصف أن يكون الخطاب فيها عاما مجردا وإلا لم تكن سياسة عامة وإنما قرارا أو تصرفا خاصا، على أن اشتراك أحكام الشرع المنزل مع أحكام التشريع في صفة العمومية لا يمنع من الإشارة لفارق مهم من حيث نطاق العمومية وهو أن أحكام الشرع لما كانت تتصف قبل كل شيء بالطبيعة الدينية فهي لازمة للناس عامة إلى يوم القيامة، ومن ثم فيخاطب بهذه الأحكام جميع من تنطبق عليهم سواء أكانوا يعيشون في دولة مسلمة أم لا. أما الأحكام التي تسنها الولاية العامة فإن نطاق عموميتها يقتصر على من يشملهم وصف جماعة المسلمين كما سيأتي، بحيث أن هذه التشريعات تكون مقصورة من حيث عمومية خطابها على المسلمين الذين يعتبرون جزءا من الدولة الإسلامية دون غيرهم.

فقرة 2- أحكام ملزمة مقترنة بجزاء

كما تشترك أحكام الشرع المنزل مع السياسات التشريعية في أن كل منهما ملزمة ومقترنة بجزاء سواء أكان جزءا أخرويا أم دنيويا، فأحكام الشرع المنزل ملزمة ديانة وقضاء ملزمة ديامة لأنها مكفولة بجزاء أخروي يتولاه رب العالمين يضمن به عدم مخالفتها، كما أنها ملزمة قضاء من حيث أن الشريعة قد كفلت عدم مخالفتها بما سنته من جزاء مدني أو جنائي، وإذا كانت الشريعة لم تنص على نوعية الجزاء بالنسبة لعدد كبير من الجرائم فإنها فوضت إلى الولاية العامة سلطة سن الجزاء المناسب عند الضرورة والحاجة من خلال ما يعرف بأصل التعزير، فهو أصل عام يكفل لأحكام الشرع المنزل خاصية الإلزام إذا ضعف وازع الديانة ولم يعد الجزاء الأخروي كافيا.

وكذلك تشريعات ولي الأمر فهي ملزمة للناس ديانة من حيث أن طاعة أولي الأمر ليس بمعصية واجب ديني قبل أن يكون واجبا سياسيا، وهي أيضا ملزمة للناس قضاء من حيث أن ما يكفل وما يضمن نفاذ ولي الأمر هو اقتراحها بما سنه من جزاء وهذا الجزاء راجع للسلطة التقديرية لولي الأمر، وهو جزاء حال غير مؤجل وجزاء مادي محسوس يصيب المخالف في بدنه أو ماله.

1- الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة، ت الحبيب بن الخوجة، طبعة وزارة الأوقاف قطر، 2004، 259/3-262.

غير أن اشتراك أحكام الشرع المنزل مع أحكام التشريع في خاصية الإلزام والجزاء لا يمنع أيضا من الإشارة إلى فارق مهم بينهما وهو أن الجزاء الدنيوي المنصوص الذي يكفل أحكام الشرع المنزلة هو في حد ذاته جزء من الدين الذي لا يعتره تغيير ولا تبديل، بينما الجزاء المفوض إلى الولاية العامة سواء تعلق الأمر بالأحكام المنزلة أو تعلق الأمر بالسياسات الشرعية لا يحمل في ذاته قيمة دينية وإنما يستمد قيمته الدينية والسياسية من وجوب طاعة ولي الأمر .

البند الثاني: الخصائص المميزة للتشريع كتصرف سياسي

غير أن قوانين السياسة الشرعية تختلف عن قوانين الشرع المنزل في أمرين مهمين يشكلان الفارق بينهما من حيث النطاق الموضوعي و الزماني والمكاني للحكم الشرعي.

فقرة 1- أحكام اجتهادية

لقد انتبه الفقهاء مبكرا للطبيعة الاجتهادية للتشريع كتصرف سياسي، وأنه موازنة وترجيح بين عدد من الخيارات الممكنة بحسب ما يقتضيه النظر الشرعي في تقدير ما توجهه المصلحة العامة، نلاحظ ذلك في تعريف ابن عقيل للسياسة، وفي تعريف ابن نجيم، بالأخص في تعريف ابن خلدون " حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي" (1)، وهو معنى بلا شك تم استقراؤه من ملاحظة التشريعات والتصرفات السياسية النبوية (2)، والتشريعات السياسية للخلافة الراشدة، فقد كان النبي ﷺ في تصرفاته السياسة يوازن بين الخيارات المتاحة للتصرف ويجتهد في تقدير أيها أوفق وأرفق في تحقيق مصلحة المسلمين، ومن ذلك موازنته ﷺ في غزوة أحد بين الخروج من المدينة لمواجهة قريش، وبين البقاء بدار الهجرة والتحصن بها (3)، وموازنته بين تأمين المدينة بمصالحة غطفان على ثلث ثمار المدينة، أو الاستمرار في مواجهتها (4)، وموازنته في التعامل مع الأسرى في غزوة بدر بين خيار المن والفداء وخيار ضرب الأعناق (5)، فإن هذه التشريعات وغيرها لم تصدر منه ﷺ بوصفه نبيا مرسلا مبلغا، ولكن صدرت منه باعتبارها سياسات اجتهادية بوصف الإمامة و الرئاسة العامة، "والدليل على ذلك أنه عوتب في بعضها ولو كانت وحيا لما عوتب عليها، كحكمه في أسرى بدر، وأخذه الفدية"، والدليل أيضا مشاورته ﷺ لصحابته في هذه الأمور .. ولو كانت وحيا لم يشاور فيها" (6). كما يكشف عن الطبيعة الاجتهادية التقديرية للتشريع كتصرف سياسي عدد من التشريعات التي تم تبنيها في عهد الخلافة الراشدة، ومن ذلك اجتهاد عمر بن الخطاب في مسألة تقسيم الأرض المفتوحة، (7)، ومن ذلك أيضا اجتهاده في تقييد حق إحياء الأرض الموات بثلاث سنين، حيث قال (من أحيأ أرضا فهي له وليس لمتجر حق بعد

1- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 239/1.

2- حول خصائص التصرفات النبوية بالإمامة ينظر: شهاب الدين القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص: 45 وما بعدها، وينظر: سعد الدين العثماني: التصرفات النبوية بالإمامة، منشورات الزمن، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ص: 65-73.

3- ينظر: محمد بن إسحاق: السيرة النبوية، تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004، ص: 332-333.

4- ابن كثير: البداية والنهاية، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، ط1، 1997، 39/6-40.

5- ينظر: مسند أحمد/ مسند العشرة المبشرين بالجنة/ رقم: 208. 334/1. وإسناده حسن.

6- آل ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني القاهرة، د ت، ص: 508، وينظر: سعد الدين العثماني: التصرفات النبوية بالإمامة، ص: 71 .

7- ينظر تحليلا وافيا لهذه المسألة في: محمد بلتاجي: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، دار السلام، القاهرة، ط2، 2003، ص: 113-144 .

ثلاث سنين(1)، حيث وازن بين مصلحة المجتمع في إحياء الأرض وبين مصلحة المحتجر في تملك الأرض التي أحيها.

لما كانت السياسة تديرا وتصرفا اجتهاديا في الشأن العام بحسب ما يفضي به تقدير المصلحة العامة، ولما كان الاجتهاد والتقدير بطبيعته فعلا يؤول إلى اختلاف الرأي، كانت السياسة بطبيعتها مجالا للاختلاف، ومن هنا ينشأ اختلاف كبير في الأحكام السياسية، سواء في تنظيم السلطة العامة وإسنادها، أو في تحديد مجالات الشأن العام وإدارته، أو في تقدير المصالح العامة وتجسيدها، فالسياسة تقتضي بطبيعتها الاختلاف وليس ذلك قاصرا على السياسة الوضعية كما يتوهم المتوهم، بل يشمل أيضا حتى السياسة الشرعية، يقول الشيخ العلامة علي الخفيف رحمة الله عليه: "السياسة تقتضي بطبيعتها الاختلاف في تعيين الوسائل والأحكام التي تقتضيها المصالح و تحديد الطرق التي تحقق تلك المصالح مجال واسع لاختلاف الأنظار، وتباين الآراء وتنافي الأحكام، فقد يرى بعض الناظرين، أن التزام ترتيبات معينة مؤدية إلى مصلحة معينة، ويراها آخرون غير مؤدية إليها، وأن إلزام الناس بما عسف وظلم"(2)، وخير دليل يؤسس عليه الشيخ حكمه هذا "ما وقع في خير أزمان الإسلام عقيدة وإخلاصا ووحدة، من اختلاف وجهات النظر في سلوك سياسات معينة، رأى بعض الخلفاء فيها مصلحة المسلمين، و(رأى آخرون) أن فرضها، لم يكن إلا بقوة السلطان وهيبة الخليفة، وذلك كحجر عمر بن الخطاب ؓ على تيار المهاجرين، من قريش أن يزايلا المدينة، ومشاطرته لأموال عماله"(3).

والحق أن هذا النص الرائع وإن أشار إلى اختلاف الصحابة في الأحكام والتشريعات السياسية، إلا أنه سكت وغفل عن ذكر اختلافهم في عصر الرسالة ومخالفتهم، للرسول ﷺ في بعض الأحكام السياسية والتشريعات الاجتهادية، دون أدنى شعور بالحرج أو التأثم لإدراكهم طبيعة التصرف السياسي، وأنه مبني على تقدير وموازنة بين مصالح مسكوت عنها، من ذلك مراجعة سعد بن معاذ وسعد بن عباد للرسول ﷺ، في شروط الصلح مع غطفان، حيث اتجهت الإرادة السياسية للنبي ﷺ لمصالحتهم على ثلث ثمار المدينة، ومن ذلك أيضا مخالفة صغار الصحابة لرأي الرسول ﷺ بالبقاء بالمدينة، وإصرارهم على الخروج لملاقاة قريش في غزوة أحد، ومن ذلك مخالفة عمر بن الخطاب وعبد الله بن رواحة، لرأي الرسول ﷺ، في التعامل مع أسرى بدر، ومن ذلك أيضا مراجعة عمر للرسول ﷺ، في غزوة تبوك عندما أذن لهم في نحر رواحلهم(4)، فكل هذه الوقائع السياسية تبين أن التشريعات السياسية، تقتضي بطبيعتها الاختلاف، ولا يرفع هذا الاختلاف، إلا نص قاطع، أو إجماع واسع، أو ولي أمر ناصح، على تفصيل لم يحن بعد حينه، أما اختلاف الصحابة بعد عصر الرسالة في التشريعات السياسية والتشريعات المصلحية فأمر مستفيض، كاختلافهم في التشريع العقاري في تقسيم الأرض المفتوحة، و تملك الأرض بإحيائها، واختلافهم في التشريع الدستوري، في طرق إسناد الولاية العامة، وفي أخذ الأجرة على تولي الخلافة، واختلافهم في التشريع العقابي في عقوبة السكر، وقتل الجماعة

1- ينظر: محمد بلتاجي، نفس المرجع، ص: 172-173.

2- علي الخفيف: مذكرة السياسة الشرعية، مطبعة الشرق، 1936، ص: 108.

3- علي الخفيف: نفس المرجع، ص: 109.

4- في صحيح مسلم، عن أبي هريرة قال: " لما كان غزوة تبوك، أصاب الناس مجاعة، قالوا: يا رسول الله لو أذنت لنا فنحننا نواضحنا، فأكلنا وادهننا، فقال رسول الله افعولوا، ففجاء عمر فقال يا رسول الله إن فعلت قل الظهر، ولكن ادعهم بفضل أزوادهم، ثم ادع الله عليها بالبركة، لعل الله أن يجعل في ذلك، فقال رسول الله ص: نعم" مسلم بن الحجاج: صحيح مسلم / كتاب الإيمان/ باب من مات على التوحيد دخل الجنة/ رقم: 27. ص: 45.

بالواحد.. وغير ذلك من الاجتهادات التي روعي فيها ما تقتضيه المصلحة العامة في تدبير الشأن العام، مما لا يدع مجالاً للشك في الطبيعة الاختلافية للفعل السياسي، مما يجعل من التوفيق بين هذه الاختلافات و التقريب بينها أو الترجيح بينها في حد ذاته مجالاً آخر من مجالات السياسة، وعليه فإذا كانت أحكام الشرع المنزل أحكاماً دينية في ذاتها وبطبيعتها، فإن السياسات الشرعية ليس لها في ذاتها قيمة دينية وإنما تستمد قيمتها الدينية من أمر ولي الأمر بها.

فقرة 2- أحكام زمنية

إذا كان التشريع كتصرف سياسي ليس إلا اجتهداً في تقدير المصلحة العامة، ولأن المصالح تتغير من عصر لآخر بتغير الظروف والأوضاع، فإن ذلك يقتضي بتعبير أصولي دوران الأحكام السياسية مع المصالح وجوداً وعدمها، اعتباراً وإلغاءً، إعمالاً وإهمالاً، وهو ما يكشف عن فارق آخر يميز أحكام الشرع المنزل عن أحكام التشريع سياسةً، فالأولى أحكام عامة ملزمة ليوم القيامة، متعالية على الزمان والمكان، أما الثانية فهي ليست كذلك فهي بطبيعتها أحكام زمنية قابلة للتغيير فما يصلح لزمان قد لا يصلح لزمان آخر، فهي تتبع المصالح العامة وتدور معها حيثما دارت، لأنها أحكام مقيدة بطبيعتها بظرفها الزماني والمكاني، فهي أحكام زمنية مؤقتة، غير متعالية على الزمان والمكان، وربّ تصرف كان يعد في ما مصلحة عامة لا غنى عنها، وحلاً لمشكلة قائمة، فإذا استدار الزمان دورته وتغير الواقع الاجتماعي صار مفسدة، فيقتضي ذلك دوران التشريعات السياسية مع المصالح العامة حيثما دارت.

فقد استوعب الصحابة والخلفاء والفقهاء هذه الحقيقة جيداً من خلال ملاحظة التشريعات السياسية النبي ﷺ والتشريعات المصلحية التي سنّها والتي كانت تدور مع المصلحة العامة وجوداً وعدمها، ومن ذلك نهي ﷺ عن أمور كثيرة لمصلحة زمنية ثم إذنه فيها بعد ذلك، فقد نهاهم عن زيارة القبور ثم أذن لهم في ذلك (1)، ونهاهم عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث ثم أذن لهم (2)، كما نهاهم عن كراء الأرض للزراعة ثم أذن فيها (3)، ونهاهم عن الانتباز في ظروف الأدم وأوعية النبيذ لقرب عهدهم بشرب الخمر ثم لما بعد العهد أذن لهم في ذلك (4)، فكل هذه التشريعات المصلحية وغيرها كانت تدور المصلحة التي يقتضيها الظرف ويتطلبها الواقع، وقد استوعب الخلفاء جيداً هذا المعنى، ولذلك سنلحظ كيف يتغير التشريع الصادر من ولي الأمر، من عصر لعصر ومن خليفة لخليفة، بحسب تغير الواقع وتقديرهم للمصلحة العامة، فمن ذلك مثلاً التشريع المتعلق بالضوال، فقد أجاب الرسول ﷺ من سأله عنها بقوله: "مالك ولها، تدعها فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها" (5)، وعلى هذا مضى الأمر في عهدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان عهد عثمان ؓ، أمر بالتقاطها وتعريفها، وبيعها، حتى إذا جاء

1- ينظر: محمد بن عيسى الترمذي/ الجامع الصحيح/ ترقيم بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1998، كتاب الجنائز /باب ما جاء في الرخصة في زيارة القبور الجنائز/ رقم: 1054. 358-357/2. وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

2- ينظر: البخاري /كتاب الأطعمة/ باب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم/ رقم: 5423. 440/3.

3- ينظر: البخاري/ المزارعة/ باب ما كان أصحاب محمد يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة/ رقم: 2339- 2345. 159/2.

4- ينظر: صحيح مسلم/ كتاب الأشربة/ باب النهي عن الانتباز في المرفق والدياء والحتم والنقير.../ رقم: 1992-2000. ص: 826-830.

5- صحيح البخاري /كتاب اللقطة/باب الإبل/ رقم: 2428. 185/2.

صاحبها أعطي ثمنها(1)، وقد يكون السبب وراء هذا التغيير، تغير النفوس وضعف الديانة فاقتضت السياسة تدخل التشريع والقانون لضبط الأحكام ولا يكل ذلك مجرد الأمانة والديانة، فهذا التصرف منه ﷺ ينه إلى قاعدة مهمة في سياسة التشريع، وهي أن المصلحة العامة تقتضي أنه كلما تراجع الديانة كلما استلزم ذلك تدخل القانون، وبعبارة أخرى يكسب القانون مساحات جديدة كلما تقلصت مساحة الديانة في النفوس، فلما كان عهد علي بن أبي طالب ﷺ، أمر بالتقاط الضوال ولكنه نهي عن بيعها، بل بنى لها مريدا بعلفها لا يسمنها ولا يهزها، من بيت المال، فمن أقام بينة على شيء منها أخذه(2)، وقد يكون سبب هذا التعديل التشريعي الجزئي، ما أظهره التطبيق العملي من قصور في التشريع السابق، ومنه نلاحظ كيف تغيرت هذه القاعدة التشريعية، بين عصر الرسالة وعهود الخلافة الراشدة ثلاث مرات مراعاة لتبدل الواقع ومناط التطبيق ودوراننا مع يقتضي التدبير، مما يكشف عن الطبيعة الزمنية لهذه التشريعات المصلحية كجزء لا يتجزأ من التشريعات السياسية كما سيأتي، وفي مجال التشريع العقابي، وهو الأخص بمعنى السياسة عند فقهاء الشريعة كما أثبتنا، يواجهنا التعديل الذي تناول عقوبة السكر من عصر لآخر، فقد ثبت أن شارب الخمر على عهد رسول الله ﷺ كان يضرب بالجريد والنعال والثوب والأيدي، دون أن يلزم بعدد معين عَن أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ وَالنَّعَالِ وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ) (3). فلما كان عهد أبي بكر جعل عقوبة شارب الخمر أربعين جلدة، وبذلك صارت هذه العقوبة منضبطة محددة بنص سياسي، فلما كان عهد عمر ﷺ، ورأى اجترأ الناس على الخمر واستهانتهم بعقوبتها، استشار الصحابة فأشاروا عليه بالزيادة في العقوبة، فراد فيها أربعين وهكذا صارت ثمانين جلدة (4). فلما كان عهد علي بن أبي طالب أبقى على هذا التشريع وثبت العقوبة في ثمانين جلدة، ولكنه سن تشريعا مكملا له وهو التعويض لمن مات أثناء تنفيذ العقوبة لأنها عقوبة لم يسنها رسول الله (5). فهذا الشاهد يدل بوضوح على الخاصية الزمنية للتشريع كتصرف سياسي، في واحد من أبرز مجالات ممارسة السلطة العامة وهو المجال الجنائي، والذي يقتضي من السلطة العامة تغيير التشريع العقابي من وقت لآخر مراعاة لتناسب العقوبة مع الجناية وظروف التشديد والتخفيف، لا يقيدتها في ذلك إلا عدم الانفلات من مبدأ المشروعية وحسن تقدير المصلحة العامة.

1- عن مالك أنه سَمِعَ ابْنَ شَهَابٍ يَقُولُ: كَانَتْ ضَوَالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلًا مُؤَبَّلَةً تَنَاتُجُ لَا يَمْسُهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ بِتَغْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنَهَا" مالك بن أنس/الموطأ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1997/كتاب الأفضية / باب القضاء في الضوال/ رقم: 2210. 305/2.

2- فعن ابن المسيب قال: "رأيت عليا بنى للضوال مريدا فكان يعلفها علفا لا يسمنها ولا يهزها من بيت المال فكانت تشرف بأعناقها فمن أقام بينة على شيء أخذه وإلا أقرها على حالها لا يبيعهها" فقال ابن المسيب: "لو وليت أمر المسلمين صنعت هكذا" مصنف ابن أبي شيبة/كتاب البيوع/ رقم: 21431.

3 - صحيح البخاري/ كتاب الحدود/ باب الضرب بالجريد والنعال/ رقم: 6776. 246/4.

4- عن عبد الرحمن بن أذينة قال: رأيت رسول الله ﷺ عَدَاةَ الْفَتْحِ وَأَنَا غُلَامٌ شَابٌّ يَتَخَلَّلُ النَّاسُ يَسْأَلُ عَنْ مَنْزِلِ خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ فَأُتِيَ بِشَارِبٍ فَأَمَرَهُمْ فَضَرَبُوهُ بِمَا فِي أَيْدِيهِمْ فَمِنْهُمْ مَنْ ضَرَبَهُ بِالسَّوْطِ وَمِنْهُمْ مَنْ ضَرَبَهُ بِعَصَا وَمِنْهُمْ مَنْ ضَرَبَهُ بِبَغْلَةٍ وَحَتَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ التَّرَابَ فَلَمَّا كَانَ أَبُو بَكْرٍ أُنِيَ بِشَارِبٍ فَسَأَلَهُمْ عَنْ ضَرْبِ النَّبِيِّ ﷺ الَّذِي ضَرَبَهُ فَحَزَبُوهُ أَرْبَعِينَ فَضَرَبَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ كَتَبَ إِلَيْهِ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ إِنَّ النَّاسَ قَدْ انْهَمَكُوا فِي الشُّرْبِ وَتَحَاقَرُوا الْحَدَّ وَالْعُقُوبَةَ قَالَ هُمْ عِنْدَكَ فَسَأَلَهُمْ وَعِنْدَهُ الْمُهَاجِرُونَ الْأَوْلُونَ فَسَأَلَهُمْ فَأَجْمَعُوا عَلَيَّ أَنْ يُضْرَبَ ثَمَانِينَ قَالَ وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ الرَّجُلِ إِذَا شَرِبَ افْتَرَسَى فَأَرَى أَنْ يَجْعَلَهُ كَحَدِّ الْفِرْيَةِ" سليمان بن الأشعث أبي داود: السنن، تعليقات الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، 1424هـ، كتاب الحدود/ باب إذا تابع في شرب الخمر/ رقم: 4489. ص: 807. وقال الألباني حديث حسن.

5 - عن عُمَيْرِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: " مَا مِنْ رَجُلٍ أَقْمَتْ عَلَيْهِ حِدًّا فَمَاتَ فَأَجِدُ فِي نَفْسِي إِلَّا الْخَمْرَ، فَإِنَّهُ لَوْ مَاتَ لَوَدِدْتُهِ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَسْنَهُ" مسند أحمد/ مسند العشرة المبشرين/ رقم: 1024. 299/2. وقال الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

والخلاصة أن التشريع كتصرف سياسي وسواء أصاب المصلحة العامة أو أخطأها، فهو ذو طبيعة زمنية، يتغير بتغير الواقع، ويدور مع المصلحة العامة حيثما دارت، وعلى ذلك فالتشريعات السياسية والتشريعات المصلحية كما سبق ليست لها قيمة دينية في حد ذاتها ولكنها تستمد قيمتها الدينية من تبني السلطة العامة لها وإلزام الناس بما لهم عليها من حق الطاعة وهو واجب ديني في المجال الشرعي سياسي في المجال الوضعي.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر الموم الإسلامية

الباب الأول

تأسيس و تأصيل

سلطة ولي الأمر في التشريع

إذا كنا حتى الآن قد استطعنا أن نخلص لتحديد وضبط مفهوم التشريع في النظام السياسي الإسلامي، واستطعنا أن نجيب على السؤال الذي سبق طرحه، وهو هل يعرف الفكر السياسي الإسلامي مفهوم التشريع والوظيفة التشريعية؟ وما هي الألفاظ التي يعبر بها عن ذلك؟ فإن هذه الإجابة في الحقيقة لم تكن إلا منطلقا لسؤال آخر أكثر أهمية وهو من يضطلع بوظيفة التشريع وصناعة القانون في المجتمع الإسلامي؟ وما هو الأساس الذي يعطي هذه الجهة أو تلك الحق في التشريع والأمر والنهي؟ وهو ما يعرف في الفقه السياسي الحديث بمشكلة السيادة، وقد عرض لها الفقه السياسي الإسلامي المعاصر تحت عنوان الحاكمية، ذلك أن الإجابة عن هذا السؤال مدخل ضروري لتحديد وتفصيل القواعد التي تحكم السلطة العامة في مجال التشريع سواء في النظام السياسي الإسلامي أو في النظم السياسية المعاصرة، ومن ثم فقد اقتضى التناول المنهجي لهذا البحث أن نعرض لهذه المشكلة في الفقه الوضعي والفقه الإسلامي (فصل أول)، غير أن الإشكال يبقى في أن قطاعا عريضا من الفكر السياسي الإسلامي لا يزال تسيطر عليه الفكرة الشائعة جدا عند كثير من المفكرين والتي مفادها أن الوظيفة التشريعية ظلت طوال تاريخ الإسلام خارج مجال السلطة العامة وخارج المجال السياسي، فالتشريع بحسبهم كان يتم بعيدا عن دوائر السلطة، ويضطلع به الفقهاء وأهل الفتيا، وهؤلاء كانوا في أغلب فترات تاريخ الإسلام خارج دواليب السلطة، ومن ثم يرى بأن التشريع بمفهومه الحديث هو مفهوم دخيل على الفكر السياسي الإسلامي، ومن ثم فإن تفصيل القول في القواعد التي تحكم سلطة ولي الأمر في التشريع تقتضي منا أولا إثبات الموضوع أولا، أي إثبات أن ولي الأمر في النظام السياسي الإسلامي يملك فعلا سلطة أو صلاحيات تشريعية، لأنه بغير ذلك يصبح كل حديث عن سلطة ولي الأمر في التشريع، دعوى من غير من غير دليل، وأشبه بصك من غير رصيد، وهو ما يقتضي مناقشة هذه الأطروحة وتأسيس القول فيها وفق قواعد الاستدلال الشرعي (فصل ثان)، ولما كانت الوظيفة التشريعية تنهض بها أكثر من جهة في النظم السياسية المعاصرة، فقد اقتضى التسلسل المنهجي التعرض لجهات الولاية العامة في النظام الإسلامي من حيث تكوينها وطبيعة العلاقة بينها مقارنة بالنظم السياسية المعاصرة (فصل ثالث) فإذا فرغنا من ذلك نكون قد أرسينا الأسس لسلطة ولي الأمر بوصفه مشرعا. وعلى ذلك فقد جاء هذا الباب في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: تأسيس سلطة ولي الأمر في التشريع

الفصل الثاني: تأسيس سلطة ولي الأمر في التشريع

الفصل الثالث: تكوين السلطات العامة والعلاقة بينها

الفصل الأول
تأسيس سلطة
ولي الأمر في التشريع

جامعة الأمير
عبد القادر
المعظم
الإسلامية

في كل مجتمع سياسي توجد فئة حاكمة تأمر وتنهي وتمارس السلطة، وفئة أخرى محكومة تسمع وتطيع، ومن ثم يثور السؤال عن الأساس الذي يعطي الفئة الأولى حق الأمر والنهي وما يتضمنه من حق التشريع، والأساس الذي يلزم الفئة الثانية بالسمع والطاعة، وهو ما يعرف بمشكلة السيادة، وهي مشكلة ترتبط ارتباطاً مفهوماً بالحق في التشريع، فإنه بغير تحديد مصدر السيادة في المجتمع يصير من المتعذر الحديث عن سلطة تشريعية في ذلك المجتمع. ومن ثم فإن مبدأ السيادة من أهم المبادئ الدستورية التي يتوقف عليها تأسيس حق السلطة العامة في التشريع، سواء في النظم السياسية الوضعية أو في النظام السياسي الإسلامي. ولأجل الوقوف على مختلف التصورات التي حاولت الإجابة عن هذا السؤال وحل هذه الإشكالية سواء في الفكر السياسي الإسلامي أو في الفكر السياسي الوضعي، كان لزاماً علينا التعرض لحقيقة هذا المفهوم، و مسار تطوره، ومختلف الاجتهادات التي طرحت لتفسير مصدر السيادة والحق في التشريع في النظم السياسية المعاصرة (مبحث أول) وفي النظام السياسي الإسلامي (مبحث ثان).

و على ذلك فقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: نظرية السيادة كأساس للحق في التشريع في القانون الوضعي
المبحث الثاني: نظرية الحاكمية كأساس للحق في التشريع في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: نظرية السيادة كأساس للحق في التشريع في القانون الوضعي

تعتبر نظريات السيادة في الفقه الدستوري الوضعي من النظريات الدستورية التي افرزها الفكر الوضعي في فترة تاريخية محددة لتجاوز مشكلة السلطة المطلقة، التي كانت تعاني منها أوروبا في العصور الوسطى، ولأجل الإمام بهذه النظريات بشكل علمي صحيح يسمح بمقارنتها بنظريات الحاكمية في الفكر الإسلامي، وجب علينا أولاً الوقوف على حقيقة مفهوم السيادة عبر مسار تطوره كما طرحه المنظرون الأوائل لهذا المبدأ، وصولاً إلى الأفكار الحديثة حول حقيقة وطبيعة هذا المفهوم والخصائص التي يتصف بها، وهو ما سنعرض له في (مطلب أول)، ثم نعرض في مرحلة تالية لمختلف النظريات التي طرحها الفقه الدستوري والفكر السياسي الوضعي في تفسير مصدر السيادة والآثار المترتبة على ذلك فيما يتعلق بالحق في التشريع على وجه الخصوص (مطلب ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم السيادة وخصائصها في الفقه الوضعي

المطلب الثاني: نظريات السيادة في الفقه الدستوري الوضعي

المطلب الأول: في مفهوم السيادة وخصائصها

من أجل فهم الخلفية النظرية والفلسفية لمفهوم السيادة وارتباطه بالحق في التشريع ينبغي أن نستحضر الظروف التاريخية التي كانت وراء ولادة هذا المفهوم في الفكر السياسي الغربي وطبيعة الدور الذي أنيط به، كمقدمة ضرورية تساعدنا في مرحلة تالية على فهم وتفسير الاختلافات بين مختلف نظريات السيادة، وعلى ذلك فإن تتبع مفهوم السيادة عبر مراحل تطوره التاريخي يمثل مدخلا مهما للإحاطة بهذا المفهوم وهو ما نعتزم القيام به في (فرع أول)، ولأن هذا المفهوم قد أخذ ينسب إليه عبر مراحل تطوره جملة من الخصائص التي تميز صاحب السيادة عن غيره، خاصة وأن أطرافا في الفكر السياسي الغربي الحديث قد غالت كثيرا في هذا المفهوم حتى كادت تخرج به عن طبيعته السياسية، في نظرة مثالية متعالية على الواقع السياسي ومن ثم فقد اقتضى بيان ذلك أن نعرض لخصائص السيادة في (فرع ثان).

من أجل ضبط أدق لهذا المفهوم.

وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: التطور التاريخي لمفهوم السيادة في الفكر الوضعي

الفرع الثاني: خصائص مفهوم السيادة في الفقه الوضعي

الفرع الأول: التطور التاريخي لمفهوم السيادة في الفكر الوضعي (1).

البند الأول: الأصل التاريخي لإشكالية السيادة

يرتبط حق السلطة العامة في التشريع تاريخيا بنظرية السيادة في الفكر الغربي، ومصطلح السيادة La souveraineté كلمة فرنسية بحتة مشتقة من اللاتينية ومعناها حرفيا "العليا"، أما Souverain فمعناه "الأعلى" وهذه الكلمة الفرنسية لا نجد لها نظيرا في اللغات الأخرى، بل نجد لها بصيغتها الفرنسية، ففي الإنجليزية Sovereignty وفي الألمانية Soveranitat وفي الإيطالية Soveranità، وهو ما يبين الأصل الفرنسي لهذه النظرية، فكلمات مثل Sieur, Sir, Seigneur كلها تتداول في الفرنسية بمعنى السيد أو صاحب السيادة، وهي مشتقة من أصل لاتيني Senex الذي يعني السمو المرتبط بكبر السن، بينما كلمات Souverain, Suzerain مشتقة من أصل آخر لاتيني Superanam والذي يعني صاحب المرتبة السامية بصفة عامة (2).

لكن الأصل الفرنسي لا يجب أن يخفي عنا أن مشكلة السيادة لا تختص بالمجتمع الفرنسي وحقبة معينة من تاريخه، فهي قضية كل جماعة استطاعت الانتقال من مجرد جماعة مليّة أو عرقية أو طائفية إلى جماعة سياسية، لأن من يملك الحق في السيادة يملك الحق في السلطة العامة سواء باشهرها بنفسه أو عن طريق غيره (3)، ومن هنا فإن فكرة السيادة هي في الحقيقة فكرة قديمة تضرب بجذورها إلى عهد الرومان، غير إنها كنظرية سياسية تعتبر نظرية حديثة نسبيا، حيث صاحب ظهورها ظهور الدولة بمفهومها الحديث، عندما تشكلت قناعة واسعة بأن وجود الدولة يرتبط بوجود سلطة عليا يخضع لها جميع أفراد المجتمع، ولا توجد سلطة أخرى معادلة أو منافسة لها.

وتجمع المصادر على أن نظرية السيادة قد ظهرت في نهاية القرن السادس عشر الميلادي عندما كان الصراع على أوجه بين أربع فئات تتنافس على السلطة المطلقة ونعني بذلك البابا والأباطرة والملوك وأمراء الإقطاع، و ساعدت على ظهورها جملة من العوامل التاريخية التي عملت على تشكيلها كنظرية قائمة بذاتها لتبرير و تسوية حيازة و ممارسة السلطة، ومن أهم تلك العوامل انتشار فكرة الدولة القومية ذات الحق المطلق في التشريع و سن القانون، كما أدى إحياء المبادئ اليونانية والرومانية في أوروبا وعودتها إلى التراث اليوناني الروماني، وانتشار حركات الإصلاح الديني وانتشار التنوير بفعل اختراع الطباعة إلى تزايد رغبة الشعوب في التحرر من سلطان الكنيسة المطلق الذي أخذ يضعف تدريجيا بضعف سلطة البابا و تضعف سلطة الملاك و الإقطاع من جهة، قابله من جهة أخرى تعاظم سلطة الملوك وصعود نجم النظم الملكية التي أخذت تبسط سلطانها على كل مجالات الحياة، وساعد على تثبيت سلطانها نجاحها النسبي في القضاء على الحروب الدينية والأهلية التي كان يشتعل فتيلها بين الحين والآخر، كل ذلك أخذ يولد لدى الشعوب الرغبة في الأخذ بمبدأ القانون الوضعي الذي تضعه بنفسها، وطرح التشريعات الكنسية بل وحتى القوانين الملكية على السواء، فأخذ المفكرون والفلاسفة يجددون طرح الأسئلة حول من يملك حق وضع القوانين وما هو الأساس الذي يستند إليه في ذلك.

1- حول مفهوم السيادة وتطوره ينظر.

Burdeau(G) : Cours De Droit Constitutionnel, 4ed, L,G,D,J ;Paris 1948, pp 70-88

2 . ينظر في ذلك: فتحي عبد الكريم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، مكتبة وهبة، ط2، 1984، ص: 22-25. وينظر: Carre De

Malberg :Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I ,Paris, 1920, P. 74.

3- صبحي عبده سعيد: الحاكم وأصول الحكم في النظام الإسلامي، دار الفكر العربي، 1985، ص: 69.

في هذه الحقبة التاريخية ولدت الأفكار الأولى لنظرية السيادة في الفكر السياسي والفقهاء القانوني التي أخذت تتبلور تدريجياً على يد عدد من المفكرين الذين كان لهم إسهام بارز في الفكر السياسي في تلك الفترة، وكان غرض هذه النظرية في أول الأمر تقديم مسوغات لتدعيم سلطان الملوك المطلق في مواجهة سلطان الكنيسة، وسلطان أمراء الإقطاع، إذ كانت الفكرة أول الأمر وليدة الرغبة والحاجة إلى سلطة مركزية قوية، قادرة على تحقيق مفهوم الدولة وتجاوز الصراعات الأهلية والدينية وتدخل القوى الخارجية، ومن ثم فقد كانت هذه النظرية تهدف في أول أمرها إلى شرعنة السلطان المطلق للملوك. غير أن هذه النظرية سرعان ما أصبحت وسيلة لمواجهة طغيان واستبداد الملوك من خلال ربط السيادة بالشعب كما سيتضح بعد قليل.

البند الثاني: تدشين الكلام في مبدأ السيادة

يعتبر المفكر الفرنسي جان بودان Jean bodin صاحب الفضل في صياغة أول تعريف لنظرية السيادة كما عرفها الفقه الوضعي، وكما يتجلى ذلك من كتابه " ستة كتب عن الجمهورية" الذي نشره عام 1567 فقد أراد تأييد السلطة المطلقة لملك فرنسا للخروج من أزمة الصراعات الداخلية المشتعلة في تلك الحقبة التاريخية فاقترح مصطلح السيادة كأهم حق من الحقوق التي يمتاز بها الملك، وعنى به الحق المطلق في التشريع. ومن ثم فقد عرف جان بودان السيادة بأنها: (سلطة عليا على المواطنين والرعايا لا يحد منها القانون)(1). « la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République »(2). وبعبارة أخرى فالسيادة بهذا المعنى حق مطلق للحاكم في إصدار ما يشاء من أوامر أو نواه. وبهذا التعريف يكون بودان قد تبني فكرة " إرادة الإمبراطور" أو " السيد المطلق"(3) عند نيقولا مكيافيلي أو " السيد الأقوى" (4) عند أفلاطون.

ويذهب عدد كبير من الدارسين أن فكرة السيادة عند بودان نشأت تحمل تناقضا داخليا، ذلك أن بودان رغم أنه سلم في بادئ الأمر بحق الملكية المطلق في التشريع فإنه ما لبث أن عاد فجعله مقيدا بالقانون الإلهي. فكان مبدأ السيادة عنده مترنحا بين الحق المطلق في التشريع الوضعي وبين الحق المقيد في التشريع في إطار القانون الإلهي.

البند الثالث: مفهوم السيادة عند فلاسفة العقد الاجتماعي

فقرة 1- السيادة عند توماس هوبز

أولا- مضمون النظرية: في مرحلة أولى عمل الفيلسوف الإنجليزي توماس هوبز Thomas Hobbes (1588-1679) على تليخيص هذا المبدأ الذي نادى به بودين من التناقض، ومن الولاء المزدوج للتشريع الوضعي من جهة والتشريع الإلهي من جهة ثانية، حيث جعل الدولة تعلوا فوق المجتمع كله، بجميع أفرادهم ومؤسساتهم، بما فيها الكنيسة، وخول الملكية كل أنواع القوة والسلطة، ومنها بطبيعة الحال الحق المطلق في التشريع. وحررها في ممارسة التصرف السياسي من كل قيد حتى المثل والقيم والأخلاق، فهي برأيه التي تضع معايير الأخلاق، ومقاييس الخير والشر، والحسن والقبح، فصارت الدولة في رؤيته الفلسفية والسياسية وحشا أو تينينا ضخما يتوحد فيه المجتمع كله ويذوب في

1. أندرو فستنت: نظريات الدولة، ترجمة مالك أبو شهيوه وزميله، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1997. ص 56.

2. Raymond Ferretti: Cours De Droit Constitutionnel; ed Univ de Metz; P:23

3. نيقولا ميكافيلي: الأمير، تعريب خيرى حماد، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط 13، 1985. ص: 68، 110.

4. أفلاطون. الجمهورية. المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية. الرغاية. الجزائر. 1990. ص226.

شخصه، وهو وحش أسطوري استوحاه هوبز من الكتاب المقدس يعرف بـ "لفيثيان Leviathan" وجعله عنواناً لكتابه الشهير الصادر عام 1651(1).

ثانياً- أساسها: ويؤسس هوبز نظريته في السيادة على جملة من الافتراضات غير المبرهنة أولها أن الإنسان البدائي أو في الحالة الفطرية قبل وجود الدولة كان شريراً وأنانيا بطبعه، فالإنسان كانت له غرائز الذئب في مواجهة البشر، ومن ثم فقد كان في حالة حرب دائمة، حرب الكل ضد الكل Bellum Ominum Coutra Omnes(2)، وكان نشوء الدولة وأصلها نتيجة عقد بين الأفراد لتجاوز هذه الحالة، ومضمون هذا العقد أن يتنازل الأفراد عن كامل حريتهم وسيادتهم لواحد منهم (الملك) تكون له عليهم السلطة العليا تنازلاً لا رجعة فيه، وأن أطراف هذا العقد الاجتماعي هم أفراد الشعب فيما بينهم وأن الملك ليس طرفاً في العقد وعلى ذلك فلا تترتب عليه أي التزامات عقدية، ومن ثم فإن للملك السيادة المطلقة، ووظيفة الدولة سن القوانين وضمان تنفيذها والقضاء على الصراعات التي تنشأ داخل الدولة دون أن يكون لها الحق في التدخل في الحياة الاجتماعية(3). لقد كانت المشكلة التي انطلق منها هوبز في طرح فكرته عن السيادة هي تقوية سلطان الملكيات المحلية، لمواجهة الحروب والصراعات الدينية والطائفية التي لا تنتهي من جهة، وتقوية سلطان الملك في مواجهة السلطة البابوية والسلطة الإمبراطورية من جهة ثانية، ومن ثم فقد جاءت نظريته وكأنها تشرع وتؤسس للحكم الملكي المطلق. فكأنه عمل على التخلص من السلطة المطلقة للبابا أو الإمبراطور بالسلطة المطلقة للملك، كمن يزيل الداء بالداء.

فقرة 2- السيادة عند جون لوك

أولاً- مضمون النظرية: وفي مرحلة ثانية عمل الفيلسوف الانكليزي جون لوك Jhon Lock (1632-) على تجاوز هذا الانطباع ولو بشكل جزئي، فقد ذهب لوك إلى أن السيادة للشعب وله أن يستعيدها عند الضرورة متى أخل الحاكم بشروط العقد السياسي ولو عن طريق الثورة، ومن ثم نجده يقول: "إن المجتمع الإنساني لا ينشأ ولا يمكن أن يستمر إلا برضا الأحرار الممثلين لأفراد الجماعة، فهذا وحده الذي يمكن أن يؤدي إلى بداية الحكم القائم على الشرعية"(4).

ثانياً- أساسها: ويؤسس لوك فكرته عن السيادة على جملة من الافتراضات تختلف عن تلك التي افترضها هوبز فهو من جهة يرى أن الحالة الفطرية للإنسان لم تكن فوضى كما يرى هوبز ولكن حياة منتظمة تسودها مبادئ القانون الطبيعي وتسودها الحرية والمساواة، وإن خروج الإنسان من هذه الحالة الطبيعية إنما هو نتيجة قصور العقل عن إدراك حقيقة هذا القانون، فأخذ يبحث عن وضع أفضل تضمن فيه المؤسسات تنفيذ القانون وحماية الحقوق الطبيعية، وقد تم ذلك على مرحلتين: الأولى عقد بين الأفراد يتم بموجبه تكوين المجتمع، وهو العقد الذي يخرجون به من حالة

1- حول نظرية هوبز ينظر: أميرة حلمي: الفلسفة السياسية من أفلاطون إلى ماركس، دار غريب للطباعة والنشر، القاهرة ط 6، 1999، ص: 77-83. وينظر: عبد الحميد فودة: جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004، ص: 180 وما بعدها. وينظر: محمد محمد بدران: النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1997، ص: 88 وما بعدها. وينظر: René Capitain: Hobbes et L Etat

Totalitaire, Arch de Phil du Droit, 1936, p: 46 et sui.

Henri Rommen: Le Daire Maturiel; Trad par Mormy, Paris, 1945, P:110

-2

3- ينظر: رجب عبد الحميد: مبادئ العلوم السياسية، دار النهضة العربية، 2009، ص: 79-80.

4- محمد محمد بدران: النظم السياسية المعاصرة: ص: 94.

الجماعة الطبيعية إلى وضع الجماعة السياسية، ولا يملك الأفراد الرجوع عن هذا العقد وهو ملزم لهم جميعاً. الثانية عقد طرفاه أفراد الشعب من جهة، وواحد منهم (الحاكم) من جهة أخرى، يتنازلون له بموجبه عن جزء من حريتهم وحقوقهم الطبيعية، وليس عن كلها كما يرى هوبز، من أجل حماية سائر حقوقهم الطبيعية التي لم يتنازلوا عنها، فالحاكم هنا طرف في العقد وتترتب عليه التزامات عقدية تقيد بها سلطته. لذا كانت هذه النظرية أساساً صالحاً لما يعرف بالملكيات المقيدة (1).

فقرة 3- السيادة جان جاك روسو

أولاً- مضمون النظرية: في مرحلة ثالثة عمل الفيلسوف الفرنسي جون جاك روسو Jean Jack Rousseau (1712-1778) على تليخيص فكرة السيادة من هذا الارتباط بالنظم الملكية مطلقة ومقيدة، حينما أعاد صياغة نظرية السيادة على أساس جديد، ففي المرحلة التاريخية التي عاش فيها روسو لم تكن المشكلة هي السلطة المطلقة للبابا أو الإمبراطور، وإنما صارت المشكلة هي السلطة المطلقة للملوك، فقد انتشرت الملكيات في أوروبا وأخذ سلطانها يتعاظم بما تمتلكه من سلطات مطلقة غير مقيدة، ومن أهمها بطبيعة الحال سلطة التشريع وسن القانون، وسلطة الاعتراض على القوانين (الفيتو) كما هو حال ملوك إنجلترا وفرنسا، ومن أجل الحد من سلطة الملك اتجهت النظريات السياسية إلى إحياء فكرة الديمقراطية وإرجاع الحق للشعب، حيث جعل روسو في كتابه العقد الاجتماعي الصادر عام 1751 الشعب هو المالك الأصلي للسيادة، والمصدر الحقيقي لكل سلطة بما فيها سلطة التشريع وسن القانون، فجوهر فكرة السيادة عند جان جاك روسو هو الإرادة العامة لذا فقد عرفها بقوله (إن السيادة ليست سوى ممارسة الإرادة العامة) (2)، وفي مكان آخر يرى أن السيادة تنقسم إلى قسمين (إرادة و قوة) (3) أو (سلطة تشريعية وسلطة تنفيذية) (4). فالشعب من خلال إرادته العامة التي تتصف بحسبه بالعصمة من الخطأ، هو وحده الذي له الحق في التشريع، لأن إرادته تمثل الحق والعدل دائماً، "وأن صوت الشعب هو في الحقيقة صوت الإله".

ثانياً- أساسها: ويؤسس روسو نظريته في السيادة أيضاً على جملة من الافتراضات غير المبرهنة تشكل نظريته في العقد الاجتماعي، أولها أن الإنسان البدائي أو في الحالة الفطرية قبل وجود الدولة كان خيراً بطبعه، ويعيش حالة مثالية من الأمن و السلام، غير أن تزايد عدد السكان اضطرت الإنسان للخروج من هذه الحالة، ومن ثم كان نشوء الدولة وأصلها نتيجة عقد بين الأفراد للعودة للحالة الفطرية، ومضمون هذا العقد أن يتنازل الأفراد عن حقوقهم وحريتهم وسيادتهم الفردية للمجموع وليس لواحد منهم كما يزعم هوبز، وقد نشأ عن هذا التنازل طرف جديد يجسد الإرادة الجماعية والتي تسمى الإرادة العامة للشعب والتي لا يمكن التنازل عنها، وذات سلطة عليا مطلقة نهائية ودائمة

1- حول نظرية جون لوك ينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية . 1987، ص: 283-287، وينظر: عبد الحميد فودة: جوهر القانون: ص: 230 وما بعدها، وينظر محمد محمد بدران: النظم السياسية المعاصرة، ص: 94 وما بعدها، وينظر: رجب عبد الحميد: مبادئ العلوم السياسية، ص: 82-83. وينظر له أيضاً: النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، 2009، ص: 26-27.

2 . ينظر: جان جاك روسو: في العقد الاجتماعي، ترجمة ذوقان قرقوط، دار القلم، بيروت. د ت ص: 63 وما بعدها. وينظر:

J.J. Rousseau :Du Contrat Social , p:20

3 . جان جاك روسو: في العقد الاجتماعي، ص 65. وينظر: J.J. Rousseau :Du Contrat Social, p:22

4 جان جاك روسو: في العقد الاجتماعي، ص 65. وينظر: J.J. Rousseau :Du Contrat Social , p:22

ومعصومة، ووظيفتها سن التشريعات والقوانين(1)، وعلى ذلك فالأمة هي صاحبة الحق في السيادة وهي ملك لها دائما، ولها أن تسترجعها متى شاءت ولو عن طريق الثورة (2). ولأن تعبير الإرادة العامة عند روسو تعبير عام وغير دقيق فقد تولدت منه نظريتان؛ نظرية السيادة للشعب، ونظرية السيادة للأمة.

البند الرابع: السيادة بعد فلاسفة العقد الاجتماعي

فقرة 1- نظرية أوستن

أولا- مضمون النظرية: فلما جاء الفيلسوف القانوني جون أوستن، Jhon Austin أعاد تعريف مفهوم السيادة وفق رؤية مغايرة حيث كان اهتمام أوستن بالتصرف السياسي التشريعي، فاعتبر السيادة هي مصدر القانون في الدولة فالذي يملك السيادة هو الذي يملك إصدار القانون في الدولة، والقانون هو أمر محدد صادر من سلطة عليا واجب الطاعة على من دونها، يستحق من لا يطيعه عقوبة، وفي رأي أوستن فإن السيادة ينبغي أن تكون بيد جهة محددة سواء كان ذلك فردا أو جماعة، وهي سلطة عليا لا حدود لها ولا تقبل التجزئة، فإذا وجدت في الدولة جهة محددة ليس من صفاتها أن تطيع أحدا، وتفرض طاعتها على جميع المواطنين، فإن هذه الهيئة هي صاحبة السيادة، وهذه الهيئة ينبغي أن تكون لشخص حقيقي، أو هيئة مكونة من أفراد حقيقيين، فالسيادة لا تكون للإرادة العامة أو لمجموع الشعب كما قال بذلك روسو. وقد ترجمت نظرية أوستن عمليا في بريطانيا بأن البرلمان هو الذي يملك السيادة.

ثانيا- أساسها: ويؤسس أوستن نظريته في السيادة على تحديد قانوني بحت مغفلا العوامل الداخلية والخارجية التي تؤثر في صناعة القانون ولذلك فإن نظريته تعرضت لانتقادات لاذعة لأنها لا تنطبق حتى على المجتمع البريطاني الذي طبقت عليه، فمن المعروف أن المجتمع البريطاني مجتمع محافظ تلعب العادات والأعراف دورا كبير في الحياة الاجتماعية و السياسية، وبعض هذه الأعراف لها نفوذ و إلزام ومحل احترام وامثال من الحاكم والمحكوم، رغم أنها ليست أمرا صادرا من الحاكم أو البرلمان، بل هي وليدة الأجيال المتعاقبة (3).

فقرة 2- خلاصة مفهوم السيادة

من خلال العرض السابق يتبين أن السيادة كما استقرت في الفقه الدستوري تطلق على معنيين:

أولا- المعنى الأول: السيادة هي خاصية من خصائص السلطة، مفادها عدم وجود سلطة أخرى أعلى منها أو مساوية لها في الداخل، وعدم الخضوع لسلطة دولة أخرى في الخارج.

وهذا التعريف يصدق على نظرية السيادة في مراحلها الأولى عندما لم تكن تعرف على أنها سلطة سياسية، ولكن على أنها خاصية لسلطة سياسية معينة هي سلطة الملك. عندما لم يكن لفكرة السيادة إلا مضمونا سلبيا بقصد تحرير الملك من كل ضغوط الأمراء في الداخل ومن كل تبعية للبابا والإمبراطور في الخارج.

ثانيا- المعنى الثاني: السيادة هي السلطة العليا الآمرة للدولة، فالسيادة هي " تلك السلطة العليا " Suprême Pouvoir التي تملك حق التشريع، والتي لا تعرف بجانبها أو فوقها فيما تنظم من علاقات، سلطة عليا أخرى فهي

1 - روسو جان جاك: في العقد الاجتماعي، ص 63.

2- ينظر: رجب عبد الحميد: مبادئ العلوم السياسية، ص: 85-87.

3- ينظر: رجب عبد الحميد: مبادئ العلوم السياسية، ص: 124-125.

سلطة تسمو فوق الجميع، وتفرض نفسها على الجميع، بما تملك من سلطة الأمر والنهي" (1). أو كما يقول الدكتور محسن خليل بأنها : (سلطة قانونية أصلية أمرة عليا) (2)، أو (السلطة الآمرة العليا الأصلية التي تسمو فوق الجميع وتفرض نفسها عليهم) (3). ويعرفها الدكتور عبد الحميد متولي: "السيادة هي تلك السلطة العليا Pouvoir Supreme التي لا تعرف فيما تنظم من علاقات سلطة عليا أخرى" (4). ويعرفها الدكتور محمود الخالدي تعريفا ينسجم مع مذهبه "سلطة عليا مطلقة، لها وحدها حق إصدار الحكم على الأشياء والأفعال" (5) وهذا التعريف يتعد قليلا عن تعريف فقهاء القانون الدستوري من جهة أنه لا ينطبق إلا على السلطة الإلهية .

ورغم أن السيادة في نظر روسو هي (وضع القانون وليست تطبيقه)، كما هي أيضا وجهة نظر بودان. فقد أستقر الفقه الدستوري على توسيع معنى السيادة ليشمل (حق الأمر والنهي، في الداخل وتمثيل الدولة في الخارج وترتيب حقوق لها على غيرها من الدول والتزامات عليها لهذه الدول) (6).

ويعني حق الأمر والنهي حق وضع القواعد القانونية العامة الملزمة سياسيا لتنظيم المجتمع (7). وهذا المعنى هو الذي رآه بودان وروسو. أما تمثيل الدولة في الخارج فهو ما يعرف بالسيادة الخارجية وبذلك يتوسع معنى السيادة في العصر الحاضر ليشمل أمرين هما: الحق في وضع القواعد القانونية، وإقامة علاقات خارجية. وعلى ذلك فقد استقر الفقه الدستوري على أن مفهوم السيادة يشمل مظهران

- السيادة الداخلية: وتتجلى في: سلطة اختيار التنظيم السياسي المناسب وتوجد في السلطة التأسيسية سلطة التشريع وصناعة القانون

- السيادة الخارجية: المساواة بين جميع الدول مما يعني عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية و المساواة داخل المنظمات الدولية وأن يكون الرضا والتوافق هو وحده سبيل بناء العلاقات الدولية (8).

1- ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 40-41.

2. محسن خليل: القانون الدستوري. ص 230.

3. محسن خليل: القانون الدستوري. ص 235.

4- عبد الحميد متولي: المفصل في القانون الدستوري، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1952، ص: 225.

5- محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 24.

6. عبد الفتاح ساير داير: القانون الدستوري، دار الفكر العربي القاهرة، د ت، ص: 54.

7. جان جاك روسو: في العقد الاجتماعي، ص: 79.

Raymond Ferretti : Cours De Droit Constitutionnel; P:24. 8

الفرع الثاني: خصائص مفهوم السيادة في الفقه الوضعي

رغم تعدد النظريات السياسية حول الجهة التي تملك السيادة في الفكر السياسي والفقه الدستوري الوضعي، فإنها جميعا تتفق على جملة من العناصر المكونة لمفهوم السيادة يمكن أن نطلق عليها خصائص السيادة:

البند الأول التصور التقليدي لخصائص السيادة

فقرة 1- السيادة سلطة عليا أمرة

أهم خاصية من خصائص السيادة هي خاصية العلو فالسلطة السيادية هي أعلى سلطة في الدولة، السلطة التي لا تعلوها سلطة أخرى، لا من داخل الدولة ولا من خارجها، بل هي تسمو فوق الجميع وتفرض نفسها على الجميع داخل نطاقها الجغرافي والبشري(1)،. بل إن ذلك كما يقول بودين هو أهم ما يميز السيادة، وكل خصائصها الأخرى ما هي إلا تبع لهذه الخاصية. وفي ذلك يقول الفقيه كاري دي ملبرج Carre De Malberg: "السيادة هي خاصية العلو لسلطة ما، علو لا يقبل أي سلطة أخرى أعلى منه أو منافسة له، فإذا ن نصف الدولة بالسيادة فينبغي أن نفهم من ذلك، أنه داخل المجال الذي تمارس فيه سلطتها، تمتلك قدرة لا تعلوها ولا تساويها أي سلطة أخرى " (2).

فقرة 2- السيادة سلطة شاملة

لما كانت السيادة سلطة عليا أمرة لها الكلمة العليا والأخيرة، فمعنى ذلك أنها تطبق على عموم المواطنين في الدولة من غير استثناء، وكذلك على جميع الأجانب المقيمين على أرضها، ولا يستثنى من ذلك سوى ما قضى به العرف الدولي من جعل امتيازات وحصانات للممثلين الدبلوماسيين واعتبار دار السفارة وموظفيها تابعين للدولة التي يمثلونها ويخضعون لسيادتها(3). ويترتب على خاصية العلو والعموم عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية وفي ذلك يقول لافاريار: " إن التشريع عمل من أعمال السيادة ومن طبيعة السيادة أنها تلزم الجميع، دون أن يكون لأحد المطالبة بالتعويض اللهم إلا إذا قرر المشرع بمحض اختياره منح تعويض للمضرورين". فجوهر السيادة أنها تلزم الجميع دون أن يكون لأحد المطالبة بأي تعويض: "Le Propre de La Souveraineté et de S'imposer à tout, Sans qu'on puisse Réclamer d'elle Aucune Compensation"(4).

فقرة 3- السيادة لا تتجزأ

ومن هذه الخصائص خاصية الوحدانية بمعنى السيادة لا تتعدد داخل الدولة ولا تتوزع، سواء كانت الدولة موحدة أو اتحادية، مركزية أم لامركزية، فالجهة التي تملك السيادة في الدولة واحدة ولا ينبغي أن تتعدد وإلا فأت وصف العلو الذي تتصف به. فلا يوجد في الدولة إلا سيادة واحدة حتى ولو تعددت الهيئات الحاكمة، ولذلك يرفض أنصار

1- ينظر: محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، أكاديمية شرطة دبي، دبي، طبعة 2008، ص: 295-296.

2- " La Souveraineté C'est Le Caractère Suprême d'un Pouvoir : Suprême, en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en Concurrence avec lui, Quand donc on dit que l'Etat est Souverain, il faut entendre par là que, dans la sphère ou Son autorité est appelée à S'exercer., il détient une Puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre Pouvoir ."

Carre De Malberg : Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I , No 26 ,PP 70

3- ينظر: محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص: 296.

E. LaFarriere: Traité de Juridiction Administrative et recours contentieux, 2ed , 1986, T: II, P: 13.-4

السيادة اعتبار الاتحاد الفيدرالي كما يتجلى في الولايات المتحدة الأمريكية نوعاً من تجزئة السيادة، لأن الحكومة الفدرالية وحكومة الولايات لا تتقاسم السيادة وإنما تتقاسم الاختصاصات طبقاً للدستور الذي يعتبر أعلى سلطة تجسد وحدة السيادة. فالولايات ليست دولا بل مجرد هيئات قانونية في الدولة حولها الدستور سلطة إصدار التشريع في نواح معينة وليس لها بالتالي سيادة على الإطلاق (1).

فقرة 4- السيادة لا يتنازل عنها

السيادة غير قابلة للتنازل للدولة لا يبقى لها أساس إذا تنازلت عن سيادتها بل لا يبقى لها وجود وتكون قد هدمت نفسها، ومع ذلك يمكن للدولة التنازل عن السيادة جزئياً بالتنازل عن جزء من إقليمها (2).

فقرة 5- سلطة مطلقة

وينسب البعض للسلطة السيادية خصائص أخرى ولكنها مازالت موضع جدل وأخذ ورد، كونها تعبر عن نظرة مثالية لمفهوم السيادة كما ساد في بداية تشكله، وللأسف فإن بعض الدراسات الإسلامية في محاکمتها لمفهوم السيادة تسوق هذه الخصائص على أنها تشكل حقيقة مفهوم السيادة كما استقر في القانون الوضعي دون أن تدرك أنها في الواقع تحاكم نظرة مثالية محددة لمفهوم السيادة شاعت وانتشرت في بداية ظهورها ثم تجاوزها الفقه الدستوري والفكر السياسي الوضعي ومن هذه الخصائص المثالية التي تنسب للسيادة. أنها سلطة مطلقة؛ حيث يصف الفقه السياسي التقليدي السلطة السيادية بأنها سلطة مطلقة لا يجدها شيء، فهي من جهة تملك سن ما تشاء من التشريعات والقوانين بما في ذلك القواعد الدستورية، لا يقيدتها في ذلك أي قيد، كما يتجلى ذلك بوضوح في فكر جان جاك روسو ومن شاعره.

كما يعني الإطلاق من جهة أخرى أن السلطة السيادية غير ملزمة بالتقيد بالقوانين والتشريعات التي تصدرها، فهي "السلطة التي تملك الحق المطلق للأمر" كما وصفها بذلك جون بودين Jean Bodin، فهي مركز القرار والأمر في الدولة ومن هذه الأوامر التي يتمتع بها صاحب السيادة سلطة سن القانون وإصدار التشريعات المختلفة المنظمة للشأن العام، ومن ثم فقد حدد بودين مفهوم السيادة بأنها "السلطة العليا على المواطنين والرعايا والتي لا تخضع للقوانين" فالسلطة السيادية بحسبه لا تخضع للقوانين التي تصدرها لتنظيم شؤون الأفراد، وذلك لأنها سلطة عليا مطلقة تختص بإصدار التشريع ولكنها لا تخضع لأحكامه (3). غير أن الفقه على النقيض من ذلك وجه نقداً شديداً لمفهوم الإطلاق الذي تبناه بودين مؤكداً على مبدأ خضوع الدولة للقانون.

فقرة 6- سلطة معصومة

ومن هذه الخصائص المثالية المفترضة أنها سلطة معصومة عن الخطأ والظلم، وأنها تصيب الحق والعدل دائماً، كما ادعى ذلك مفكر الثورة الفرنسية جون جاك روسو الذي رأى في الإرادة العامة للشعب إرادة الله (4)، وهذه

1- إبراهيم أبو خزام: الوسيط في القانون الدستوري- الكتاب الأول الدساتير والدول ونظم الحكم- دار الكتاب الجديدة المتحدة، بيروت، ط1، ص: 163 . وينظر: طعيمة الجرف: نظرية الدولة والمبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 1978، ص: 109.

2- إبراهيم أبو خزام: الوسيط في القانون الدستوري، ص: 163 .

3- ينظر: محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص: 292- 293.

4- J.J. Rousseau :Du Contrat Social ; Livre II, Chapitre 2.3 , p:23

الخاصية في الحقيقة أيضا تعكس الصورة المثالية التي كانت عليها نظرية السيادة في بداية أمرها ليس إلا. ولا يسلم الفقه السياسي والدستوري بهذه الخاصية اليوم. كما يظهر ذلك جليا من خلال طرح نظريات الانحراف التشريعي، والانحراف الدستوري.

البند الثاني: نقد عام للتصور التقليدي لخصائص السيادة

بالرغم من أن خاصية الإطلاق من الناحية النظرية مجرد افتراض محض، فإنه حتى من الناحية العملية فهي غير متحققة، فالتصرف السياسي في النهاية تحده القيم والمعايير التي تشكل البيئة الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، وهو مقيد بقيد الملاءمة ومدى تقبل المواطنين للقوانين ومدى استعدادهم لطاعتها (1)، فإنه حتى من الناحية النظرية فقد تم توجيه نقد مر لهذه الخاصية بل صار من المسلم اليوم أن السلطة السيادية لا تملك في مباشرتها للتصرفات التشريعية التعدي على الحقوق الأساسية للإنسان وأنها مقيدة بعدد من القيود لعل أهمها ما يسمى اليوم بقواعد القانون الدولي وقواعد القانون الإنساني وما يسمى بشرعة حقوق الإنسان. حيث لا تملك أي سلطة سيادية تجاهل مثل هذه القيود وفق ما يتلاءم مع وضعها ووفق ما تقره بنفسها من المبادئ التي تقرها (2).

1- سليمان بن سعود الجابري: السلطة العامة مفهومها أساسها وحدودها، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص: 162، وينظر: إبراهيم أبو خزام: الوسيط في القانون الدستوري، ص: 162 .

2- إبراهيم أبو خزام: الوسيط في القانون الدستوري، ص: 163 .

المطلب الثاني: نظريات السيادة في الفقه الوضعي

تعددت الإجابات واختلفت في الفقه الدستوري الوضعي في تحديد صاحب السيادة في الدولة، ولكن يمكن تصنيفها إجمالاً في ثلاث نظريات مهمة: الأولى ترى أن السيادة للملك (فرع أول)، والثانية ترى أن السيادة للأمة (فرع ثان)، والثالثة ترى أن السيادة للشعب (فرع ثالث). ولكل نظرية ظروفها التاريخية وأسسها النظرية، وآثارها فيما يتعلق بموضوع بحثنا على وجه الخصوص، سلطة التشريع وحق الأمر والنهي، وللوقوف على حقيقة كل نظرية من هذه النظريات نخصص لكل منها فرعاً، وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: نظرية السيادة للملك

الفرع الثاني: نظرية السيادة للأمة

الفرع الثالث: نظرية السيادة للشعب

الفرع الأول: نظرية السيادة للملك

البند الأول: مفهوم السيادة للملك

ذهب بودان وهوبز ومفكرو السيادة الأوائل إلى أن السيادة من حق الملك، فالملك لا يخطئ، والملك لا يسأل، وهي نظرية في الحقيقة ما ظهرت إلا لتثبيت سلطة الملكية، وحقها في تثبيت السلطة المركزية كلها، من استقرار الدولة في مواجهة الحروب الداخلية والمخاطر الخارجية، حيث جعل منها فلاسفة القرن الخامس عشر سلاحا إيديولوجيا أثناء الصراع بين الملكية الفرنسية في العصور الوسطى لتحقيق استقلالها الخارجي في مواجهة الإمبراطور والبابا، ولتحقيق تفوقها الداخلي على أمراء الإقطاع، ومن هنا فقد رأى بودان: "أن القانون هو إرادة السيد"، والسيد في رأيه يجب أن يكون شخصا واحدا وهو الملك، "لأن وجود صانع قرار واحد أكثر انسجاما مع النظام الكوني؛ الانسجام والتناغم... في الواحدية: إله واحد وملك واحد"(1). ما يمكن ملاحظته في كلامه عند تحديد علامات السيادة ومنها: سلطة الملك في صنع القانون، ومنح السلطة للقضاة، وإعلان الحرب والسلام. فالعلامة الرئيسة للسيادة في نظر بودان تتجسد في السلطة التشريعية(2).

وإذا كانت السيادة هي صنع القانون أو التشريع، ومنح السلطة للقضاة، وإعلان الحرب والسلام، فإن صاحب السيادة هو الملك، لذلك رأى بودان أن السيد "الملك" لا يمكن أن يخضع للقانون، ولا يجوز لرعاياه في جميع الأقاليم مقاومته(3).

فالسيادة يتمتع بها الملك وحده، وهذا ما صرح به بودان بقوله: "إن من يملك مباشرة السلطة العامة. أو السيادة. يعتبر سيدا"(4)، وذلك في الوقت الذي كان الملك هو الذي يمارس هذه السيادة(5).

إن انتصار الملك على الإقطاعيين والكنيسة وممارسته السيادة بصفة مطلقة جعلت منه شخصا ذا صفة مزدوجة فهو من جهة يعتبر مالكا وله حق التصرف في حقوق رعاياه كما يتصرف المالك في أملاكه، وهذا ما عبر عنه جيمس الأول في كتابه إلى البرلمان عام 1609 بقوله: "الآن يستطيع الأب أن يوزع أملاكه على أبنائه، حسب ما يحلو له، بل ويستطيع أن يجرم الابن الأكبر بناء على أسباب عادلة، ويفضل الابن الأصغر حسب ما يحلو له، يجعلهم فقراء، أو أغنياء حسب مرضاته... وكذلك تماما يستطيع الملك أن يتصرف مع رعاياه"(6).

ولم يختلف عن هذا المستوى من الاستبداد ما كان عليه الوضع في فرنسا، فقد اختصر لويس الرابع عشر الدولة في شخصه عندما قال: "أنا الدولة l'état c'est moi"(7).

إن هذا الوضع قد دفع الباحثين الأوربيين إلى محاولة تجريد الملك من السيادة. أو السلطة العامة. بعد بودان، ونسبتها إلى جهة أخرى غير الملك.

1. أشار إليه أندرو فنسنت: نظريات الدولة، ص: 84.

2. أندرو فنسنت: نظريات الدولة، ص: 81.

3. أندرو فنسنت: نظريات الدولة، ص: 83.

4. ينظر: ساير داير: القانون الدستوري، ص: 94.

5. ينظر: القانون الدستوري، ص: 94.

6. أندرو فنسنت: نظريات الدولة، ص: 94.

7. أندرو فنسنت: نظريات الدولة، ص: 95.

البند الثاني: الآثار المترتبة على نظرية السيادة للملك فيما يتعلق بحق التشريع

- تضيفي الملكيات المطلقة على شخص الملك باعتباره صاحب السيادة القداسة والعصمة ومن المقولات المعبرة عن "أن الملك لا يخطئ" "The King don't wrong"
- أن الملك وحده هو الذي له حق الأمر والنهي وحق التشريع، فهو الذي يصنع القانون وإرادته هي القانون بذاته.
- أن الملك لا يخضع للقانون وليس مسؤولاً أمام أحد من رعاياه ولا يمكن لرعاياه مساءلته أو مقاومته فكونه السيد يعني أنه يعلو على القانون أو كما قال بودان "الملك" لا يمكن أن يخضع للقانون، ولا يجوز لرعاياه في جميع الأقاليم مقاومته(1)

البند الثالث: نقد

ليس من شك هذه النظرية لم تلبث أن تعرضت لنقد شديد على يد فلاسفة التنوير ويتلخص هذا النقد في أنها تركز الاستبداد والحكم المطلق من خلال إضفاء السلطة المطلقة على شخص الملك وما يترتب على ذلك من غياب الضمانات اللازمة لحماية الحقوق والحريات مادام شخص الملك غير قابل للمساءلة ومن جهة أخرى فإن القانون ما دام يتجسد في إرادة الملك فإن لن يكون له معنى موضوعي ما دام الضابط الوحيد له هو ما يريده الملك وما لا يريده.

1 . أندرو فنسنت: نظريات الدولة، ص: 83.

الفرع الثاني: نظرية السيادة للأمة (Théorie De La Souveraineté National) (1).

البند الأول: مفهوم السيادة للأمة

هذه النظرية والتي بعدها هما في الحقيقة توليد لنظرية روسو في كتابه العقد الاجتماعي فقد تولدت عنه نظريتان شهيرتان في تحديد مصدر السيادة في الدولة، نظرية ترى أن السيادة للأمة والأخرى ترى أن السيادة للشعب. ونظرية السيادة للأمة وإن كانت تجد أصولها في نظرية روسو في كتابه العقد الاجتماعي (2)، فإن الفضل في صياغة هذه النظرية وبلورتها يرجع إلى الفقيه سيزر SIEYES وتنظر هذه النظرية للأمة على أنها شخص معنوي واحد مستقل عن الأفراد المكونين له، فالأمة بهذا المفهوم تختلف عن أفراد الشعب، فهي شخص معنوي مجرد مستقل عن الأفراد، ولا يقتصر مفهومها على الجيل الحاضر بل يسع مفهومها الأجيال الماضية والأجيال المقبلة، ومن ثم فعلى الأجيال الحاضرة في مباشرتها التصرف السياسي عموماً والتشريعي منه على وجه الخصوص أن تراعي مصالح الأجيال المقبلة وأن تضعها في اعتبارها حين تسن التشريعات وتصنع القانون (3).

فالسيادة لدى أنصار هذه النظرية ليست مملوكة لفرد أو حتى لجميع الأفراد باعتبارهم كما حسابياً كل واحد منهم يملك منها جزءاً، ولكنها مملوكة لمجموع الأفراد باعتبارهم كلا ووحدة واحدة مستقلة عن الأفراد، وهذا المعنى قد طوره روسو في العقد الاجتماعي، فانتقل بفكرة "إرادة السيد" الذي هو الملك إلى فكرة "الإرادة العامة" فرأى أنه: "ليس لمن يكتب القوانين... أن يكون له حق تشريعي... لأنه بمقتضى الميثاق الأساسي، ليس هناك إلا الإدارة العامة التي تلزم الأفراد" (4).

وقد كان الإيمان بهذه النظرية في أوجه عقب الثورة الفرنسية 1789 م، كما يتجلى ذلك في إعلان حقوق الإنسان الصادر في نفس السنة والذي نص على أن: "السيادة في الدولة ليست للمواطنين فرادى بحيث يختص كل منهم بجزء منها، وإنما هي للأمة بأكملها ككائن متميز عن الأفراد"، كما أخذ بها دستور فرنسا لعام 1791 م، حيث نصت المادة 1 من الباب الثالث "السيادة وحدة واحدة غير قابلة للانقسام ولا للتنازل عنها ولا للتملك بالتقادم، وهي ملك للأمة"، كما أخذ بها الدستور المصري لسنة 1923 م، و1930 م حيث نصت المادة 23 منهما على أن "جميع السلطات مصدرها الأمة" كما نص عليها دستور 1956 م في المادة 2 "السيادة للأمة" وكذلك الدستور الأردني لسنة 1952 م (5).

البند الثاني: الآثار المترتبة على نظرية السيادة للأمة فيما يتعلق بحق التشريع

يترتب على أعمال هذه النظرية عدد من النتائج فيما يتعلق بحق التشريع منها:

1- حول نظرية سيادة الأمة ينظر:

Hauriou(A) : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Montchrestien, Paris ; 1966, p296 et sui
Barthélemy(J) :Precis de Droit Constitutionnel, 4 ed ,Daloz, Paris, 1983, pp 54-65

محمد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، كلية الشرطة، دبي ط1، 1999، ص: 25-30.

2- ينظر: جان جاك روسو : في العقد الاجتماعي.

3- يذكر هذا المعنى بما احتج به سيدنا عمر بن الخطاب على مخالفته بعدم تقسيم أرض سواد العراق بأن للأجيال اللاحقة حق في هذا الأرض .

4 . جان جاك روسو: في العقد الاجتماعي .ص 84.

5- الموسوعة العربية للدراسات العالمية ومجلس الأمة، 1996.

فقرة 1- أن السيادة لا تتجزأ

بحيث لا يصح تجزئة السيادة وتقسيمها على الأفراد بحيث كل واحد منهم يمارس منها جزءا، فالسيادة تمارسها الأمة في مجموعها، والأمة شخص معنوي مستقل عن الأفراد، وهي لا تتمثل في الجيل الحاضر فحسب بل تشمل أيضا الأجيال السابقة والأجيال اللاحقة ومن ثم فهي تراعي في ممارسة السيادة مصالح جميع الأجيال وليست مصلحة الجيل الحاضر فحسب. لذلك قيل إن نظرية سيادة الأمة لا تتفق مع نظام الديمقراطية المباشرة.

فقرة 2- وجوبية الحكم النيابي

لما كانت السيادة لا تتجزأ فإنه ينبغي على ذلك أن الأمة لا تستطيع أن تعبر عن إرادتها إلا بواسطة نوابها، وبالتالي فلا مجال لاستفتاء المواطنين أو اعتراضهم أو اقتراحاتهم أو الرجوع إليهم في مباشرة في أي أمر من أمور الحكم (1).

فقرة 3- التشريع تعبير عن الإرادة العامة للأمة

إن التشريع أو القانون وفقا لهذه النظرية هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة، لكون النواب يمثلون الأمة ويعبرون عن مصالحها في ممارسة الوظيفة التشريعية، فهم يعبرون عن إرادة هذا "الكل" المستقل عن الأفراد، والأمة شخص معنوي دائم ومستقل عن الأفراد، وهي لا تتمثل في الجيل الحاضر فحسب بل تشمل أيضا الأجيال السابقة والأجيال اللاحقة ومن ثم فينبغي على الأمة في ممارسة الوظيفة التشريعية أن تراعي وهي في حاضرها مصالح الأجيال المقبلة وتدخلها في اعتبارها.

ولما كان التشريع تعبير عن إرادة الأمة، فلا يجوز أن يكون موضعاً للجدل أو النقاش من فرد أو مجموعة بعد أن يتم إصداره، فإن القوانين التي تصدرها الأمة تصبح نافذة ولو خالفت القانون الأخلاقي أو الضمير القانوني، لدرجة أن الفقيه بايلي Bailly، قال في إحدى الجلسات النيابية بعد نجاح الثورة الفرنسية حينما كان الإيمان بمبدأ سيادة الأمة في أوجه "حين يتكلم القانون يجب على الضمير أن يسكت " Quand La Loi parle La Conscience doit se taire (2).

فقرة 4- الوكالة غير الازامية

لما كانت السيادة للأمة، وكانت الأمة شخص معنوي لا يستطيع أن يعبر عن إرادته كالشخص الطبيعي، كان من الضروري أن يتم التعبير عن الإرادة العامة للأمة عن طريق نواب ينوبون عنها. ولما كان النائب ينوب عن الأمة في التعبير عن إرادتها العامة، كان النائب في مفهوم هذه النظرية يمثل الأمة بأسرها لا إرادة الناخبين أو الدائرة التي اختارته (3)، ومن ثم فهو في سن القوانين والتشريعات ومباشرة التصرفات السياسية غير ملزم بالخضوع لتوجيهات

1- ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1996، ص: 89 .

2- حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977، ص: 284. وينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ط 1987، ص: 244.

3- ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 90 .

واملاءات الدائرة الانتخابية التي اختارته، وهو ليس مطالباً بمراجعة مصالح الدائرة التي انتخبته بقدر مطالبته بمراجعة مصالح الأمة أولاً وقبل كل شيء. فلا تعترف هذه النظرية بمبدأ الوكالة الإلزامية (1).

فقرة 5- الانتخاب وظيفة وليس حقاً (الاقتراع المقيد)

ومن ثم تستطيع الأمة عن طريق القانون أن تحدد شروط ممارسة هذه الوظيفة، وتقييد حق الاقتراع من حيث السن أو التعليم أو الثروة أو أي عنصر آخر بما يضمن ويكفل اختيار أفضل العناصر التي تمارس سلطة الأمة. وكلها قيود تخدم من غير شك مبدأ الاقتراع العام Le Suffrage Universel. وتؤدي بهذه النظرية إلى تبني مبدأ الاقتراع المقيد (2) Le Suffrage Restriant

البند الثالث: النقد

تعرضت نظرية السيادة للأمة في الفقه القانوني إلى انتقادات لاذعة وهجوماً عنيفاً من فقهاء القانون ومن أهم المآخذ عليها:

فقرة 1- أنها تؤدي إلى وجود شخصين معنويين عامين في إقليم واحد هما الدولة والأمة، مما يؤدي إلى تنازع السلطة بينهما فلا يستقيم ولا ينتظم الأمر، وقد رد أنصار هذه النظرية بأن الدولة والأمة شخص معنوي واحد، وهذا الرد باطل لأنه لا يحل المشكلة فالقول أن الأمة والدولة شخص معنوي واحد، ينتهي بنا إلى أن الدولة هي صاحبة السيادة، وهو قول متهاافت لا معنى له كما بينا لأنه لا يكشف لنا عن صاحب السيادة الفعلي في الدولة، الذي له حق التصرف السياسي في الشأن العام تشريعاً وتنفيذاً وقضاءً، مما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة (3).

فقرة 2- إن الأخذ بهذه النظرية يؤدي نظرياً وعملياً إلى إطلاق السيادة من كل قيد ومن ثم يؤدي إلى الاستبداد و المساس بالحقوق والحريات العامة، نظرياً لأن أعمال هذه النظرية يؤدي إلى اعتبار إرادة الأمة معصومة وهي مظهر الحق والعدل، وإرادتها ليست محل جدل أو نقاش، مع أن الذين يقررون باسم إرادة الأمة ليست الأمة كلها حتى تعتبر إرادتها حق وعدل، وإنما هم نوابها الذين يجوز عليهم الخطأ والصواب، والذين قد يسيئون استخدام السلطة السيادية التي فوضت إليهم، و قد يتخفون وراء الإرادة العامة للأمة لتحقيق شهواتهم ومطامعهم، ويترب على ذلك الجنوح بها نحو الاستبداد والتسلط والمساس بالحريات العامة تحت غطاء أن ذلك هو ما يمثل الإرادة العامة للأمة، وعملياً فقد تجسد ذلك في عدد من جمهوريات أمريكا اللاتينية الذين حكموا باسم سيادة الأمة ورغم ذلك استبدوا بالسلطة وأذاقوا شعوبهم أبشع ألوان الظلم والاضطهاد(4).

فقرة 3- اعتبار هذه النظرية الانتخاب وظيفة وليس حقاً، يمكن أن يؤدي إلى تقليل عدد الناخبين عن طريق وضع شروط في الناخب، مما يؤدي في النهاية إلى حصر إرادة الأمة في عدد محدود من الناخبين لا يمثل إرادة الأمة الحقيقية، ويصبح بالتالي كل ادعاء بأن تصرفاتهم السياسية هي تعبير عن الإرادة العامة للأمة نوع من التضليل والادعاء

1- ينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص: 241-242 .

2- ينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص: 242-243 . و ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 90.

3- ينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص: 246. وينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص: 45 . و ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 91.

4- ينظر: محسن خليل: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص: 163. وينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص: 45 . وينظر: محمد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 29. و ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 92.

الزائف، فالأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى إعمال مبدأ الاقتراع المقيد وهو بلا شك أقل ديمقراطية من مبدأ الاقتراع العام الذي ترفضه النظرية(1). ومن ثم فقد قدر لهذا المبدأ أن يتلاءم مع أنظمة سياسية مختلفة فقد طبق في الأنظمة الملكية وفي الأنظمة الجمهورية، كما طبق في الأنظمة الديمقراطية وفي الأنظمة الديكتاتورية، فكان مرتكزا للدفاع عن حقوق الأفراد وحررياتهم تارة وكان تارة أخرى وسيلة لممارسة أخطر مظاهر الاستبداد والعصف بالحقوق والحرريات العامة(2).

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1- ينظر : محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص:248. .

2- محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص:313. و ينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص:248.

الفرع الثالث: نظرية السيادة للشعب Théorie De La Souveraineté Populaire .(1)

البند الأول: مفهوم السيادة للشعب

على عكس نظرية السيادة للأمة، تذهب نظرية السيادة للشعب إلى أن السيادة ملك لجميع أفراد الشعب وليس للمجموع، فهذه النظرية تتفق مع نظرية السيادة للأمة في إسناد السيادة للجماعة ولكن ليس باعتبارها كلاً ووحدة مجردة ومستقلة عن الأفراد المكونين لها، ولكن باعتبارها حاصل جمع الإرادات الفردية للأفراد المكونين لها؛ بمعنى آخر هي ملك للشعب باعتباره كما حسابياً، فإرادة الشعب ليست شيئاً آخر غير إرادة الأفراد المكونين له، ومن ثم تعترف هذه النظرية للأفراد بالسيادة، وترأها تقبل القسمة على الكم العددي لأفراد الشعب(2).

وتمتد نظرية السيادة للشعب، في جذورها للتاريخ القديم، وقد ادعاه ويلور اليونانيون في نظامهم السياسي الذي أطلقوا عليه النظام الديمقراطي، غير أن مذهب السيادة للشعب قد وجد له تربة خصبة في أفكار روسو، حتى أنه بات لا يعرف إلا منسوباً إليه كأنه من بنات أفكاره، رغم أن روسو في الحقيقة كان يرى سيادة الشعب بصورة مثالية مباشرة، ولم يرى تفويض الشعب لسلطته لا لمجلس ولا لفرد، بل كان يسخر من النظام البرلماني الإنجليزي ويصفه بعين العبودية ومخافة الحرية.

بعد تراجع الإيمان بنظرية السيادة للأمة اعتنقت أغلب الدساتير مبدأ السيادة للشعب، متبعين في ذلك الدستور الفرنسي الحالي الذي نص في المادة 03 "السيادة ملك للشعب الفرنسي ويمارسها عبر ممثليه وعن طريق الاستفتاء"(3)، وتبعه على ذلك الدستور المصري لسنة 1964م لسنة 1971، حيث نص في كل منهما على أن: "السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات"(4)، وكذلك نصت جميع دساتير الجزائر المستقلة على "أن السيادة الوطنية ملك للشعب وحده"(5).

البند الثاني - المدلول القانوني والسياسي للشعب

لاصطلاح الشعب في الفقه الدستوري المعاصر مدلولان: أولهما قانوني، وثانيهما سياسي.

فقرة 1 - المدلول للقانوني للشعب

يتكون شعب الدولة وفقاً للمدلول القانوني من جميع الأفراد المقيمين على إقليم الدولة، الحاملين لجنسيتها المتمتعين بصفة المواطنة ويطلق عليهم اصطلاحاً - المواطنين - أي الرعايا وعلى ذلك يشمل الشعب تبعاً لهذا المدلول

1- حول نظرية السيادة للشعب ينظر: محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص: 315 . وينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 93-96. و ينظر:

Burdeau(G) : Traite De Science Politiques, 3ed, L G D J ,Paris, 1987, T, VI ,PP 414-415

Prelot(M),et Lescuyer(G): Histoire des Idées Politiques , 11ed ,Dalloz, Paris, 1992, pp 300 et sui

Lafariere(J) : Manuel de droit Constitutionnel, 2 ed , Montchrestien, Paris ; 1947, p 367 et sui

2- محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص: 315 .

3- الدستور الفرنسي لسنة 1958، المادة: 03 الرابط http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/arabe/constitution_arabe_version_mai2009.pdf

4- الدستور المصري الصادر في 11/09/1971، المادة: 03 .

جميع الدساتير العربية مصدرها الرابط <http://www.undp-pogar.org/arabic/resources/listlinks.aspx?lid=13>

5- الدستور الجزائري لسنة 1996، المادة: 06 . وينظر دستور الجزائر لسنة 1963، المادة: 27. وينظر دستور الجزائر لسنة 1976، المادة: 26. وينظر الدستور الجزائري لسنة 1989، المادة: 06.

كل من يرتبط بالدولة برابطة الجنسية رجالا ونساء، كهولا وأطفالا، ذوي الأهلية المدنية وفاقيديها، وكذلك المتمتعين بمباشرة الحقوق السياسية والمحرومين منها(1).

فقرة 2- المدلول السياسي للشعب:

يتألف الشعب طبقا لهذا المدلول من جميع الأفراد الحاملين لجنسية الدولة المتمتعين بمباشرة الحقوق السياسية، والمدرجة أسماءهم في قوائم الانتخاب (هيئة الناخبين)، وعلى ذلك يخرج من عداد هؤلاء مواطنوا الدولة الذين لا يحق لهم مباشرة الحقوق السياسية، كالقصر الذين لم يتموا سن الرشد السياسي، وفاقدي الأهلية بسبب ما ألم بهم من عوارضها (كالجنون والعتة والسفه والغفلة)، والمحكوم عليهم بعقوبة الجنحة في الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار ما لم يرد إليهم اعتبارهم والمحرومين من مباشرة هذه الحقوق بمقتضى تشريعات خاصة ومن ثم يمكن وفقا للمدلول السياسي تعريف الشعب بأنه مجموع المواطنين البالغين لسن الرشد السياسي والمقيدين في جداول الانتخاب، والذين لا يحظر عليهم قانونا مباشرة الحقوق السياسية(2).

والخلاصة أن المقصود بالشعب الذي له التشريع باعتباره صاحب السيادة هو الشعب بالمدلول السياسي.

البند الثالث: الآثار المترتبة على نظرية السيادة للشعب فيما يتعلق بحق التشريع

يترتب على نظرية السيادة لشعب عدد من النتائج تناقض النتائج التي انتهت إليها نظرية السيادة للأمة:

فقرة 1- أن السيادة تتجزأ

بحيث تقبل القسمة بالتساوي على مجموع الأفراد بحيث كل واحد منهم يمارس منها جزءا ، لذلك قيل إن نظرية سيادة الشعب تؤدي إلى الديمقراطية المباشرة، و أيضا لما كان الشعب هو فقط أفراد الجيل الحاضر وكان أفراد كل جيل أشخاص طبيعيين يستطيعون التعبير عن إرادتهم، لم يكن من الضروري أن يعتبر تمثيل الجيل الحاضر من الشعب تمثيلا دائما لكل الأجيال التي تملك في كل وقت أن تعبر عن إرادتها العامة (3).

فقرة 2- الاشتراك المباشر في الحكم

لما كانت السيادة في هذه النظرية تتجزأ فذلك يعني بالضرورة أن لكل فرد ممارسة جزء من السيادة مباشرة، ومن ثم فهذه النظرية لا تمنع من الرجوع إلى الشعب مباشرة لممارسة السلطة من خلال حق الاستفتاء أو الاعتراض أو الاقتراح أو الإقالة والعزل(4).

فقرة 3- التشريع تعبير عن إرادة الأغلبية

إن التشريع أو القانون وفقا لهذه النظرية لا ينظر إليه على أنه التعبير عن الإرادة العامة للأمة، وإنما ينظر إليه على أنه تعبير عن إرادة أغلبية الشعب أو أغلبية ممثلي هيئة الناخبين، لكون النواب في ممارسة الوظيفة التشريعية إنما

1- ينظر: كامل عبيد: نظرية الدولة: ص: 49-50.

2- ينظر: كامل عبيد: نظرية الدولة: ص: 51-53.

3- ينظر محمد كامل عبيد: نظرية الدولة: ص: 317، وينظر: محسن خليل القانون الدستوري والنظم السياسية: ص: 253.

4- ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 93-96.

يجسدون فقط إرادة الناخبين الذين يمثلونهم، الأمر الذي يعني ضرورة خضوع الأقلية لإرادة الأغلبية والالتزام بها، فمن المحتم حتى لا يختل النظام في الدولة وينهار بنيتها أن تدعن الأقلية لرأي الأغلبية(1).

فقرة 4- الوكالة الإلزامية للنائب

لما كان النائب في هذه النظرية لا ينوب عن الأمة كلها في التعبير عن إرادتها العامة، وإنما ينوب فقط عن جزء من الناخبين أو الدائرة التي اختارته، ومن ثم فهو في سن القوانين والتشريعات ومباشرة التصرفات السياسية ملزم بالخضوع لتوجيهات وإملاءات الدائرة الانتخابية التي اختارته، ويستطيع ناخبوه إملاء إرادتهم عليه و إلزامه بمباشرة التصرفات السياسية في حدود التوجيهات التي يقدمونها له، بحيث يحق لهم عزله وتنحيته إذا خرج عنها. وهو ما يعرف بمبدأ الوكالة الإلزامية(2).

فقرة 5- الانتخاب حق وليس فقط وظيفة(الاقتراع العام)

أن الانتخاب وفق هذه النظرية يعد حقا وليس مجرد وظيفة، وذلك أن السيادة تقسم بالتساوي على عدد أفراد الشعب، ومن ثم فكل فرد منه يملك جزءا منها، الأمر الذي يترتب عليه أن الانتخاب حق من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز سلبها من الأفراد، ومن ثم فلا يجوز في هذه النظرية تقييد الاقتراع العام بسبب الثروة أو اللون أو الجنس أو العقيدة، أو الطبقة أو غير ذلك. مما يعني أن أعمال هذه النظرية خلافا لنظرية السيادة للأمة يؤدي بالضرورة إلى تقرير مبدأ الاقتراع العام(3).

البند الرابع: النقد

لم تسلم نظرية السيادة للشعب من الانتقاد، وأهم المآخذ على هذه النظرية تتلخص فيما يلي:

فقرة 1- إن هذه النظرية بتبنيها فكرة تجزئة السيادة وتقسيمها بالتساوي بين أفراد الشعب، قد عقدت مشكلة السيادة ولم تساعد على حلها؛ من حيث أن ذلك قد يضع السيادة الفردية وسيادة الشعب في تعارض، مما يستوجب طرح السؤال عن كيفية التوفيق بين سيادة الدولة كشخص معنوي، وبين سيادة الأفراد كأشخاص طبيعيين، فضلا عن أن فكرة تجزئة السيادة لا جدوى منها في الواقع العملي حيث تقوم الأحزاب بتجميع المواطنين حول اتجاهات وأفكار معينة، فتقلل من تأثير التمثيل الجزأ القائم على أساس السيادة الجزأ لصالح الاتجاه الجماعي(4).

فقرة 2- إن هذه النظرية بتبنيها مبدأ الوكالة الإلزامية للنائب، تكون قد شرعت له تفضيل المصلحة الخاصة لمنتخبه على المصلحة العامة، فهذا المبدأ يقيد النائب بصرف النظر عما يتمتع به من علم وخبرة وحكمة، ويلزمه بإتباع إملاءات ناخبه بصرف النظر عما يتصفون به من جهل أو قصر نظر(5)، وإذا لم يفعل حق لهم عزله، مما يجعله من جهة خاضعا لرغباتهم ونزعاتهم ومصالحهم الذاتية المتباينة وهو ما سينعكس سلبا على أداءه السياسي والنيابي لصعوبة التوفيق بين هذه النزعات، و هو ما يجعله من جهة ثانية مفضلا للمصلحة الخاصة لدائرته الانتخابية والتي قد

1- محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص: 317.

2- ينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ص: 253.

3- ينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ص: 252-253.

4- ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 95.

5- ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 95.

تكون في تعارض تام مع المصلحة العليا للدولة، مما يجعله مراعيًا لها خوف التنحية والعزل حتى ولو تعارضت مع المصلحة العامة وفي ذلك أوحم العواقب على سياسة الدولة وانتظام المجتمع.

البند الرابع: نقد عام لنظريات السيادة في القانون الوضعي

إذا كان لتطور التاريخي قد أفضى إلى تراجع نظرية السيادة للملك لصالح نظرية السيادة للأمة ثم تراجع هذه الأخيرة لصالح نظرية السيادة للشعب فإنه مع ذلك لم يسلم مبدأ السيادة كأساس للتصرف السياسي عموماً وللحق في التشريع خصوصاً، في صورته المثالية التي أضفيت عليه في أول ظهوره من النقد، بل واجه سيلاً جارفاً من الانتقادات، خاصة في ظل التطورات السياسية التي عرفتها كثير من النظم السياسية المعاصرة، حتى أن بعض فقهاء القانون نادوا صراحة إلى رفض فكرة السيادة رأساً كأساس للحق في ممارسة السلطة العامة والتصرف السياسي في الشأن العام(1)، ويقوم هذا الرأي على ثلاث أسس:

فقرة 1- ضعف الأساس الفلسفي والفكري الذي تقوم عليه نظرية السيادة.

فرغم الدور الإيجابي الذي لعبته نظرية العقد الاجتماعي في الحد من سلطان الملوك والتخفيف من مساوئ سلطتهم على الحريات، خاصة نظرية روسو إذ كان لها فضل كبير في ترويض مبادئ الديمقراطية والحرية والمساواة، إلا أنها في حقيقة الأمر ليست إلا مجرد فرض ليس له رصيد من الحقيقة أو الواقع من أكثر من جهة.

أولاً- فمن جهة أولى فإن فرضية حالة الفطرة التي تفترضها جميع نظريات العقد الاجتماعي على اختلاف بينها تبقى مجرد فرضية خيالية، لم يمكن التأكد منها، بل إن كثير من الجماعات التي وجدت عبر التاريخ لم يثبت أنها كانت تعيش دون صلة اجتماعية، مما يعني وجود سلطة ما وتنظيم معين.

ثانياً- ومن جهة ثانية فإن العقد كواقعة لانبثاق السلطة العامة هو أيضاً مجرد افتراض وليس له وجود تاريخي، ولم نجد له نموذجاً معيناً كواقعة تاريخية، مما جعل العلامة يحيي الجمل يصنفه ضمن النظريات الغيبية(2).

ثالثاً- ومن جهة ثالثة فإن القوة الملزمة للعقد تقتضي وجود قاعدة تقرر هذه القوة الملزمة قبل أن يقوم العقد نفسه، ومثل هذه القاعدة لا يتصور وجودها إلا في مجتمع منظم، بينما أصحاب هذه النظريات يفترضون أن عقدهم هو الذي ينشئ المجتمع المنظم(3).

ومع هذا النقد الشديد الذي واجهته نظريات العقد الاجتماعي التي تمثل الأساس الفكري والعقدي لنظريتي السيادة للأمة والسيادة للشعب، لم يبقى لها من أساس متين تستند إليه.

فقرة 2- ضعف الأساس الأخلاقي لنظريات السيادة

أما الأساس الثاني للاعتراض على فكرة السيادة فهو أساس أخلاقي حيث يذهب بعض الفقهاء للاعتراض على نظرية السيادة من وجهة أخلاقية على أساس أن الأخذ بفكرة السيادة وفق الخصائص المثالية التي أضفاها عليها الفقه الوضعي لها ليس إلا تشريعاً للاستبداد الكلي المطلق من خلال إصرارها على جمع السلطة كلها بيد المركز،

1- حول النقد الموجه لنظريات العقد الاجتماعي ينظر: يحيي الجمل: الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1969، ص: 56 وما بعدها.

2- يحيي الجمل: الأنظمة السياسية المعاصرة، ص: 56.

3- يحيي الجمل: الأنظمة السياسية المعاصرة، ص: 71.

وإضفاء خصائص مثالية على فكرة السيادة تقترب بها من خصائص الألوهية، فقد وسمت بأنها أعلى سلطة ولا يعلوها شيء، وأنها السلطة النهائية التي لا ينقض أمرها شيء، وأنها مطلقة لا يحددها شيء، وأنها سلطة مستقلة عن غيرها لا يؤثر في قرارها شيء، ومن صفاتها أيضا أنها معصومة عن الخطأ والظلم فهي تصيب الحق والعدل دائما، و من صفاتها أيضا أنها دائمة لا يحددها زمان وأنها متوحدة لا تتعدد ولا تتوزع(1). فسلطة يمثل هذه الخصائص المثالية لا تختلف بتاتا عن خصائص الألوهية، مما يضفي عليها السلطان المطلق الذي لا حدود له، ويعبر بعض الفقهاء عن هذه الفكرة بقوله: "إن السيادة والاستبداد قد صبا معا في نفس القالب، ولا بد من الخلاص منهما جميعا"(2).

فقرة 3- تطور النظم السياسية والقانون الدولي

التطورات السياسية التي انتابت كثير من النظم السياسية الحديثة والمعاصرة والتي غيرت من طبيعة الدولة، و من هذه التطورات التي غيرت النظرة إلى مفهوم السيادة في الفقه الغربي، تطور القانون الدولي العام الذي أصبح من الصعب معه القبول بفكرة السيادة المطلقة للدولة القومية حتى فيما يتعلق في اخص خصائص السيادة ونعني بذلك سلطة إصدار القوانين و سن التشريعات، بحيث صار الفقه أمام موقفين متعارضين إما أن يقر بعلو القانون الدولي على القانون المحلي لكل دولة مما يعني نقضا لفكرة السيادة، وإما يرفض علو القانون الدولي على القانون المحلي لكل دولة مما يعني أن القانون الدولي لا وجود له.

وأما هذه الاعتراضات لم تستطع نظرية السيادة الاستمرار على صورتها التقليدية، وحاول عدد من الفقهاء المنافحين عنها إلى إعادة صياغة فكرة السيادة بما يتواءم مع المتغيرات المعاصرة، ومن أهم هذه الصياغات الحديثة في نظرية السيادة تصنيف الحاكمية إلى أنواع منها السيادة السياسية والسيادة التشريعية وغيرها من التقسيمات، ومع كل هذا الجدل الدائر حول فكرة السيادة استمر المنافحون عنها في رد الاعتراضات المثارة حولها، حتى أضحت نظرية السيادة عقيدة لا يمكن إنكارها وهي أوهن من بيت العنكبوت(3).

1- بسطامي محمد سعيد خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، هيئة الأعمال الفكرية، الخرطوم، ط1، 2007، ص:48.

2- بسطامي محمد سعيد خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 48-49.

3- بسطامي محمد سعيد خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص:49.

المبحث الثاني: نظرية الحاكمية كأساس للحق في التشريع في الفقه الإسلامي

لم يثر مفهوما من الجدل الفقهي والفكري والسياسي ما أثاره مصطلح الحاكمية الذي اختاره العلامة أبو الأعلى المودودي رحمه الله كعنوان لمعالجة مسألة السيادة في النظام السياسي الإسلامي، حيث تم إفراغ هذا المصطلح من دلالاته الأصلية وتحميله وشحنه بدلالات سياسية في سياق مواجهة صعود النزعة العلمانية، رغم أن مصطلح الحكم في التداول الشرعي والفقهي لم يكن يقصد به الدلالات السياسية التي تعطى له اليوم، وإنما كان يطلق في أغلب فترات تاريخ الفقه والفكر الإسلامي على القضاء والوظيفة القضائية، ومما زاد الطين بلة توجه البعض لقصر هذا المفهوم على الذات الإلهية من غير تمييز بين مستويات الحاكمية، ما يرتبط منها بالخلق والتكوين وما يرتبط منها بالأمر والتشريع، وما يرتبط منها بالسياسة والتدبير، ولغرض الوقوف على مختلف نظريات الحاكمية والآثار المترتبة عليها فيما يتعلق بالحق في التشريع سنعرض أولا لمفهوم الحاكمية وتطوره التاريخي كما عبر عنه مختلف فقهاء الشريعة والقانون الدستوري والفكر السياسي في العالم الإسلامي (مطلب أول) ثم نتبع ذلك بتناول أهم النظريات الإسلامية التي طرحت لتفسير مصدر السيادة أو الحاكمية في الدولة الإسلامية (مطلب ثان) وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الحاكمية وتطوره في الفكر السياسي الإسلامي

المطلب الثاني: نظريات الحاكمية في الفكر السياسي الإسلامي

المطلب الأول: مفهوم الحاكمية وتطوره في الفكر السياسي الإسلامي

من أجل فهم أفضل للنظريات التي حاولت المقاربة حول صاحب الحاكمية في النظام السياسي الإسلامي ، يجدر بنا أولاً التعرف على مختلف المفاهيم التي تعطى لهذا المصطلح سواء في المصادر اللغوية والشرعية (فرع أول)، وكذا الدواعي التي أدت إلى ظهور هذا المصطلح وعلاقته بمفهوم السيادة الذي كان العنوان الأبرز لتناول هذه المسألة الأساسية في تحديد طبيعة النظام السياسي الإسلامي عند عدد معتبر من الباحثين والمفكرين المعاصرين (فرع ثان) وعليه فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مفهوم الحاكمية في المصادر اللغوية والشرعية

الفرع الثاني: التطور الفكري لمفهوم الحاكمية

الفرع الأول: الحاكمية في المصادر اللغوية والشرعية

البند الأول: مفهوم الحاكمية في التداول اللغوي

مصطلح "الحاكمية" في اللغة، هو مصدر صناعي من الجذر الثلاثي " ح ك م " صيغ من اسم الفاعل " حاكم " لحقته بقاء النسبة مردفة بالتاء، كما صيغ اسم "علمية" من عالم، و"إنسانية" من "إنسان"، إلا أن مصطلح الحاكمية المشتق من جذر حكم، لم تعرفه لغة العرب من قبل، ولم يكن مألوفاً أو متداولاً في خطابها ونثرها وشعرها، ولم يرد في المعاجم العربية المعتمدة مثل لسان العرب والصحاح والقاموس المحيط ومعجم مقاييس اللغة (1)، كما أنه لا أثر له في لغة الفقهاء ومدونات الفقه والأصول، والغريب أن مصطلح الحاكم الذي أصبح في التداول المعاصر مثقلاً بالدلالات السياسية، لم تستعمله العرب في مخاطبتها بهذا المعنى وإنما جل الدلالات اللغوية التي يدور حولها هي القضاء والفصل في الخصومات (2):

المنع: ففي المفردات حكم أصله المنع يقال حَكَمْتُ عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك. ومن ذلك سمي اللجام حكمة الدابة لأنه يمنعها، وحكمت الدابة منعتها (3). القضاء: تقول حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضى، ومنه أيضاً الفصل: تقول حَكَمْتُ بين القوم إذا فصلت بينهم، وقال الأزهري: الحُكْمُ القضاء بالعدل. والمحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم (4). الإلتقان: أَحْكَمَهُ أتقنه فاستحكم، وَأَحْكَمَ الأمر أتقنه (5). التفويض: حَكَمْتُ الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه (6).

والحكمة: (بالكسر) العدل والعلم والحلم والنبوة والقرآن والإنجيل. وهي العلم بحقائق الأشياء على ما هي عليه والعمل بمقتضاها، وضبط النفس والطبع عن هيجان الغضب، وتطلق الحكمة على طاعة الله، والفقه في الدين والعمل به والفهم والخشية والورع والإصابة والتفكير في أمر الله واتباعه (7).

البند الثاني: الحاكمية في التداول القرآني

أما في مجال التداول القرآني فقد ورد لفظ جذر "حكم" في القرآن الكريم بصيغته المختلفة أكثر من مائتي مرة كما يدل على ذلك المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم لفؤاد عبد الباقي (8)، وهو في جميع المواضع التي ورد فيها لم يرد بصيغة الحاكمية، كما أنه في مختلف دلالاته لا يحمل معنى تولى و ممارسة السلطة السياسية، بل يأتي غالباً بمعنى القضاء والفصل في الخصومات، فالله يحكم بين عباده يفصل ويقضي بينهم ﴿ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِيمَا

1- عبد الغني عماد: حاكمية الله وولاية الفقيه، مجلة الغدير، عدد 45، 2009، 08.

2- ينظر: الفيروز آبادي: القاموس المحيط، 97/4، ينظر: إسماعيل بن عماد الجوهري: الصحاح، ت أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط3، 1984، 1901/5-1902. وينظر: الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص: 126-128.

3- الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص: 126.

4- إسماعيل بن عماد الجوهري: الصحاح، 1901/5. الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص: 126.

5- الفيروز آبادي: القاموس المحيط، 97/4.

6- الخليل بن أحمد: كتاب العين، ترتيب عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية، بيروت، 343/1.

7- الفيروز آبادي: القاموس المحيط، 97/4. الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ص: 127.

8- ينظر: فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1944، ص: 213-215.

كَأَنَّهُ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ ﴿٣١﴾ (1). ويطلق الحاكم على القاضي لأنه يفصل بينهم، كما يطلق لفظ الحاكم على الخليفة والإمام ولكن بوصفه ممارسا للسلطة القضائية ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾ (2). كما يطلق لفظ الحاكم على كل من يقوم بالتحكيم ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ (3). كما يأتي أحيانا بمعنى التشريع (4). " ومن هذه المواضع قوله ﷺ: ﴿ وَمَا أَحْتَلِفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ﴾ (5). فهذه الآية لا تتعلق بالفصل في الخصومات أو القضاء، وإنما تتعلق بالتشريع، إذ أنها تضمنت قاعدة عامة أمرت بوجوب الرجوع إلى الله لمعرفة الحكم الصحيح الذي به يزول الاختلاف، والرجوع إلى الله يعني الأخذ بما جاء في كتابه وسنة رسوله. وهذا المعنى هو الذي ذهب إليه ابن كثير في تفسيره هذه الآية فقد قال: " أي مهتما اختلفتم فيه من الأمور وهذا عام في جميع الأشياء " فحكمه إلى الله " أي هو الحاكم فيه بكتابه وسنة نبيه" (6). ومنها قوله ﷺ: ﴿ مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَءَابَاؤُكُمْ مَّا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٣١﴾ (7). ففي هاتين الآيتين وردت كلمة الحكم بمعنى تشريع الأحكام وليس بمعنى القضاء، إذ أن الآيتين بعد أن ذكرتا ما كان يعبد من قبل قوم فرعون قالت ﴿ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾ ورتبتا على هذا "الحكم" الأمر بعدم عبادة غير الله، أي أن ترتيب الأمر على الحكم يعني وضع قاعدة تشريعية عامة تنهى عن عبادة غير الله، وهذا المعنى هو الذي رآه ابن كثير في تفسيره الآيتين، فقد قال: (أخبرهم أن الحكم أو التصرف والمشية والملك كله لله، وقد أمر عباده... أن لا يعبدوا إلا إياه). (8). (9).

البند الثالث: بين لفظ الحاكمية ومصطلح السيادة

مما سبق يتبين بأن فقهاء المسلمين لم يعرفوا مصطلح الحاكمية بهذه الصيغة، إذ لا وجود له في معاجم اللغة، والأهم من ذلك أنه لا وجود له بهذه الصيغة اللفظية في نصوص القرآن والسنة، فهو لفظ جديد اشتقه المعاصرون واستخدموه للدلالة على نفس المضمون الذي يحمله اليوم مفهوم السيادة في الفقه القانوني، وكما لم يعرف فقهاء الشريعة لفظ الحاكمية فهم بالأحرى لم يعرفوا مصطلح السيادة إذ أن هذا اللفظ كما سيأتي ادخله فقهاء القانون

1 . البقرة/113.

2 . ص/26.

3 . النساء/35.

4- يذهب محمد سعيد العشماوي إلى أن لفظ الحكم لا يعني إلا القضاء والفصل في الخصومات، ينظر: محمد سعيد العشماوي: الإسلام السياسي، المؤسسة الوطنية للنفون المطبعية. الرغاية، الجزائر 1990. ص:44. وقد تعقبه الدكتور محمود بوترة في رسالته للدكتوراه بأن لفظ الحكم وإن كان غالبا يأتي بمعنى القضاء، فإنه ورد في بعض المواضع بمعنى التشريع كما هو مبين في المتن. ينظر: محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر الإسلامي المعاصر، رسالة دكتوراه بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، ص: 25-26.

5 . الشورى/10.

6- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 7/193 .

7 . يوسف/40.

8- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 4/389.

9- محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر الإسلامي المعاصر، ص: 25-26.

الدستوري في البلاد العربية كترجمة حرفية للفظ *Souveraineté*، وعند هذه النقطة يثور سؤال مهم وهو هل عرف المتقدمون مفهوم الحاكمية كمضمون وإن لم يعرفوا لفظ الحاكمية أو لفظ السيادة؟ بمعنى آخر هل تناول المتقدمون مسألة السيادة أو الحاكمية في النظام الإسلامي ولو تحت مصطلح آخر؟ لعل من السابق لأوانه الإجابة عن هذا السؤال ولكن ينبغي القول أن غياب لفظ معين لا يعني بالضرورة غياب المضمون الذي يدل عليه.

لقد انبرى فقهاء الشريعة والقانون في العصر الحديث إلى تناول مسألة مصدر السلطات في النظام السياسي الإسلامي فمنهم من اختار تناولها تحت عنوان السيادة وهم في الغالبية أصحاب دراسات أكاديمية شرعية وقانونية ممن جمعوا بين الثقافة الشرعية والقانونية⁽¹⁾، ومنهم من اختار تناولها تحت عنوان الحاكمية وهم في الغالب أصحاب دراسات فكرية إسلامية⁽²⁾، متابعة للداعية أبو الأعلى المودودي الذي يرجع إليه الفضل في ذبوع وانتشار هذا المصطلح في العالم العربي والإسلامي بعد ترجمة كتبه إلى اللغة العربية والذي كما سيأتي لم يكن يقصد به شيئاً آخر غير المعنى الذي يدل عليه مصطلح السيادة، وبناء على ما سبق فنحن نتعامل مع هذين المصطلحين في هذا البحث على أنهما يدلان على نفس المعنى، ويشيران إلى نفس المفهوم. ولو أن الدكتور حسن الترابي غرد خارج السرب وحده حينما فرق بينهما واعتبرهما مفهومين مختلفين وذلك حينما اعتبر في الدستور ما قبل الأخير الذي كان وراء صياغته أن الحاكمية لله والسيادة للشعب⁽³⁾.

1- كما هو الحال عند عبد الحميد متولي: الإسلام ومشكلة السيادة في الدولة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق القاهرة، العدد 43، السنة 12، 1963. فتحي عبد الكريم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي: دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1973. حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة.

2- كما هو الحال عند المودودي نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون الدستور. ترجمة جليل حسن الإصلاح، دار الفكر، دمشق د.ت. وعند سيد قطب: معالم في الطريق، دار الشروق القاهرة، ط15، 1992. ومهدي فضل الله: الشورى طبيعة الحاكمية، دار الأندلس للطباعة والنشر، ط1، 1984، وينظر: محمد بن عبد الله المسعري: أصل الإسلام وحقيقة التوحيد، نشر التجديد الإسلامي، ط8، 2004.

3. ينظر: المادة: 04، من دستور جمهورية السودان لسنة 1998. "الحاكمية في الدولة لله خالق البشر، والسيادة فيها لشعب السودان المستخلف"

الفرع الثاني: التطور الفكري لمفهوم الحاكمية

يعتبر بعض الباحثين أن مفهوم الحاكمية شهد ولادته الأولى كمضمون وليس كمصطلح على يد الخوارج يوم خرج هؤلاء من بين الصفوف في موقعة "صفين" رافضين تحكيم الحكّمين، مكفرين القابليين به ومعلنين صيحتهم المشهورة "لا حكم إلا لله" (1).

وإذا كان صحيحاً أن مفهوم الحاكمية كمضمون ولد في مناخ الفتنة، إلا أنه بقي من الناحية العملية يعني رفض النتيجة التي توصلوا إليها الحكّمين في موضوع النزاع بين الإمام علي ومعاوية رضي الله عنهما، والواقع أن الإمام علي قد أدرك منذ اللحظة الأولى مخاطر هذا الشعار، ومقدار الالتباس فيه عندما رد على مقالتهم بقوله (كلمة حق يراد بها باطل، نعم لا حكم إلا لله ولكن هؤلاء يقولون لا إمرة إلا لله.. وإنه لا بد للناس من أمير بر أو فاجر) (2).

غير أن الولادة الحقيقية لمصطلح الحاكمية بدلالاته السياسية المعاصرة كانت في النصف الأول من القرن العشرين حينما اتجه فقهاء الشريعة والقانون إلى بحث مسألة السيادة في النظام السياسي الإسلامي تحت عنوان الحاكمية، بعد هيمنة الفكر الغربي، وتأثيره عليه خلال القرنين الأخيرين، وقد تطورت فكرة الحاكمية في ثلاثة أقطار إسلامية كان لها السبق في طرح هذه الفكرة بطبيعة احتكاكها المبكر بالغرب وثقافته، ونعني بذلك تركيا وشبه القارة الهندية ومصر (3).

البند الأول: تدشين الكلام في مفهوم الحاكمية

طرحت فكرة الحاكمية أول ما طرحت في تركيا التي كانت من أوائل الدول التي تأثرت بالحضارة الغربية نظاماً وثقافة ومؤسسات، وظهر هذا التأثير جلياً في أواخر عهد الدولة العثمانية، التي أخذت تنحو نحو الدولة العلمانية ومن هنا أخذت تطرح المسألة السياسية بنفس المصطلحات الغربية وهو ما يظهر بوضوح عند اثنين من المفكرين الأتراك هما كمال نامق وعلي سعاوي:

فقرة 1- الحاكمية عند كمال نامق

لعل أول من بحث مسألة الحاكمية من الأتراك هو الصحفي نامق كمال (1840-1880) أحد مؤسسي حركة تركيا الفتاة، وليس لنا مق كمال كتاب يضم فكره وإنما بثه من خلال مقالاته الصحفية، وقد كان فيها شديد التأثير بأفكار الثورة الفرنسية، خاصة وأنه عاش فترة من حياته في باريس، وكان يؤمن بمبدأ سيادة الشعب كما نادى به جان جاك روسو، ولكنه سماه حاكمية الأمة (4)، ورغم ذلك فقد كانت نظريته لهذا المبدأ تختلف عن النظرة الغربية من عدة أوجه، فقد ناهض نامق كمال الحكم الاستبدادي للسلطين العثمانيين، ورأى أن الحكومة الصالحة ينبغي أن

1- عبد الغني عماد: حاكمية الله و ولاية الفقيه، ص: 09.

2- ينظر: شمس الدين الذهبي: تاريخ الإسلام، تحقيق عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي بيروت، 590/3، وينظر: عبد الرحمن بن خلدون: تاريخ ابن خلدون، 637/2.

3- حول تطور فكرة الحاكمية في البلاد الإسلامية ينظر: بسطامي محمد سعيد خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 55-69.

4- بسطامي محمد سعيد خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 55.

تأسس عن طريق البيعة التي يتم فيها تفويض السلطة إلى الحكومة التي رأى أن من أهم واجباتها المحافظة على الحرية الفردية(1).

كما يظهر الفارق بين نظرتيه والنظرة الغربية في تحديد مصدر القانون، فمصدر القانون في نظره ليس هو الإرادة العامة للأمة كما يرى روسو، لأن مفهوم الإرادة العامة مفهوم عائم وغامض، كما أنه ليس مصدر التشريع إرادة الأغلبية، لأنها يمكن أن تتسلط وتستبد على الأقلية، ولكن مصدر القانون والتشريع ينبغي أن يكون مصدرا خارجيا له القدرة على تحديد الحسن والقبح وذلك المصدر عند المسلمين ما هو إلا الشريعة الإسلامية، وهو بهذا التفكير يبتعد عن نظرية السيادة في الفكر الغربي، فهو يرى أن الحاكمية للأمة ولكن مهمتها إقامة العدالة ولكنها ليست مصدرا لها، "فالظلم ظلمات ولو كان قد شرع ومورس بموافقة الشعب كله" كما يقول (2)، وهو بذلك لم يبتعد بتفكيره عن إطار الفكر الإسلامي وإن كان قد اقتبس فكرة الحاكمية للأمة من الفكر الغربي.

فقرة 2- الحاكمية عند علي سعاوي

بعده جاء مفكر تركي آخر تجاوز أفكار كمال نامق وناقش مسألة الحاكمية في ذلك العهد المبكر من منظور مختلف، وهو علي سعاوي أحد المفكرين المعاصرين لنامق كمال، ومن المؤسسين أيضا لحركة تركيا الفتاة، حيث وقف علي سعاوي من مسألة الحاكمية موقفا مغايرا لموقف نامق كمال، وهاجمه في فكرته عن حاكمية الأمة وما تحمله من تناقض، فقد ذهب سعاوي إلى أن الحاكمية لا يستحقها إلا الله ﷻ، وبهذا يعتبر أول من نادى بفكرة الحاكمية لله في العصر الحديث حيث يقول في مقال له بعنوان "الحاكم هو الله"، هناك مصطلح جديد نال شهرة كبيرة، وهو المصطلح الذي أطلق عليه اسم حاكمية الشعب، وكلمة حاكمية هي ترجمة للكلمة الفرنسية "Souveraineté" المشتقة من اللاتينية، وإذا تمعنا في معناها وجدناها تعني "الفعال لما يريد" أو "الحاكم بنفسه" أو "الحاكم المطلق" أو "الفاعل المختار"، ومن هذا الذي يحكم بنفسه وله سلطة الأمر المطلق، لأشك أن ذلك لا يمكن أن ينسب لأي شيء غير الألوهية، وعليه فإنه من المستحيل بهذا المعنى أن يملك بشر سلطة الحاكمية(3). وبالتالي فالحاكمية حصريا من حق الله ﷻ.

وهو نفس الموقف الذي عبر عنه المفكر التركي الأمير سعيد حليم باشا في مقال له نشره بالفرنسية قبل اغتياله بعنوان (إصلاح المجتمع المسلم) إلى أن الحاكمية للشريعة وأن القول بأن الحاكمية للشعب ما هو أسطورة من الأساطير التي قدمها لنا الفكر الغربي وقد جاء مقاله هذا بعد ملاحظته انتشار الفكرة العلمانية وغلبيتها على الدولة العثمانية، ومن ذلك قوله: "إن هيكل النظام الاجتماعي في الإسلام بأكمله، يرتكز على قاعدة أساسية هي حاكمية الشريعة وتعني الاعتراف بحقيقة أساسية وهي أن كل موجود في الكون أيا كان نوعه وماهيته، خاضع لقانون طبيعي خاص به، وعليه فإن الجانب الاجتماعي من حياة الإنسان خاضع لقوانين اجتماعية طبيعية، تماما مثل خضوع جانبه المادي لقوانين طبيعية مادية، وبذلك طبق الإسلام بنجاح مبدأ أن ليس للإنسان حاجة لأن يخضع لقانون يضعه بشر مثله،

1- بسطامي خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 56.

2- بسطامي خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 56. وأحال على نيازي: تطور العلمانية في تركيا بالانجليزية : Berks Niazi: The Development of Secularism in Turkey, p:211 .

3- بسطامي خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 56. وأحال على: علي سعاوي: الحاكم هو الله، جريدة علوم عدد 1869/8/1 .

لأن ذلك القانون لا بد وأن يكون مستبدا وجائرا، في بعض نواحيه، وإن كان قد صدر بالإرادة العامة للأغلبية، وإنما عليه أن يخضع لإرادة الخالق المتمثلة في قوانينه الطبيعية الاجتماعية والمادية"⁽¹⁾.

وهكذا نشأ في العالم الإسلامي في وقت مبكر جدا اتجاهان يتنازعان الموقف من مسألة السيادة أو الحاكمية في النظام السياسي الإسلامي: اتجاه يجعلها من حق الشعب أو الأمة، واتجاه يجعلها حصريا من حق الله ﷻ بل ويجعلها من خصائص الألوهية. وظل الفكر والفقهاء السياسي الإسلامي الحديث والمعاصر تقريبا حبيس هاتين الرؤيتين وأسير هذين الموقفين لا يعدوهما إلى يومنا هذا.

البند الثاني: تطور مفهوم الحاكمية

وما حدث في تركيا حدث بصورة أخرى في شبه القارة الهندية، فقد احتك المسلمون على قتلهم بالحضارة الغربية ونظمها السياسية والقانونية بعد أن احتلت بريطانيا شبه الجزيرة الهندية وأحكمت عليها قبضتها بعد فشل ثورة المسلمين الهنود في عام 1857، وقد ولد هذا الاحتكاك رغبة لدى بعض المفكرين المسلمين للحفاظ على الهوية الإسلامية في بلد شديد التنوع العرقي والديني والثقافي، من خلال إبراز تميز النظام الإسلامي عموما، والسياسي منه على وجه الخصوص، فقد كتب صلاح خندا بخش من التيار العصري عن "المفهوم الإسلامي للحاكمية" يقول: "إن الحكم الإسلامي معيب من حيث مسألة الحاكمية، إذ لا تملك الحكومة الإسلامية أي سلطة لتغيير الشريعة وتغيير القانون فهي أضعف من مثيلاتها في الغرب التي تملك حق التشريع وتغيير القانون، ومن ثم فالحل في رأيه هو تحرير التشريع من الدين وفصل الدين عن السياسة"⁽²⁾.

لكن هذه الدعوة لم تلق رواجاً في الهند بل اتجهت الكتابات الإسلامية لنصرة فكرة الحاكمية الإلهية، التي كان سباقا للدعوة إليها ألدور رحيم R Abdur الذي رأى أن: "الحاكمية صاحبها ابتداء هو الله، ولكن بما أنه فوض للأمة سلطة التشريع ورقابة شؤون الحكم والإدارة، فإننا يجب أن نقرر أن السيادة أصبح الشعب بعده هو الذي يملكها"⁽³⁾.

فقرة 1- الحاكمية عند أبو الأعلى المودودي

غير أن أبرز دعواتها بل يعتبر منظرها الأول هو أبو الأعلى المودودي مؤسس الجماعة الإسلامية، فقد صرح بهذه الفكرة وجعلها عقيدة دينية وسياسية يقوم على أساسها النظام السياسي الإسلامي، ومن كتاباته ذاعت الفكرة وانتشرت في أقطار العالم الإسلامي والعربي.

1- بسطامي خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 56. وأحال على

.Mohamed Bakthal: Islamic Culture, Hyderabad, No 1,Jan 1927, pp: 112

2- بسطامي خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 56. وأحال على:

Khuda Bukhsh : Essays Indian and Islamic. London, 1912, PP:25-55

3- بسطامي خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، ص: 56. وأحال على

. R Abdur, The Principles Of Muhamadan Jurisprudence, London, Madras, 1911

نقلا عن كتاب الخلافة للدكتور السنهوري طبعة باريس، 1926، ص: 18.

ومن تحديد المودودي لما يقصده بمفهوم الحاكمية نكتشف أنه لا يريد به شيئاً آخر غير مفهوم السيادة كما استقر في الفقه الوضعي حيث يقول (1): "تطلق هذه الكلمة على السلطة العليا، والسلطة المطلقة على حسب ما يصطلح عليه اليوم في علم السياسة، فلا معنى لكون فرد من الأفراد أو مجموعة أو هيئة مؤلفة منهم حاكماً إلا أن حكمه هو القانون، وله الصلاحيات التامة والسلطات الكلية غير المحدودة لينفذ حكمه في أفراد الدولة طوعاً أو كرهاً، وما هناك من شيء خارجي يحدد صلاحياته في الحكم غير إرادته ومشيعته... والقانون يسن بإرادة صاحب الحاكمية نفسه" (2).

ولتحديد صاحب السيادة في المجتمع الإسلامي ينطلق المودودي من مبدأ التوحيد، من خلال شرحه لمفهوم لا إله إلا الله، ليقدم لنا تجديداً في الفكر العقدي والسياسي معاً، حيث يقف مطولاً عند شرح مصطلح الإله والرب مبيناً كيف أن كثيراً من البشر يدفعهم حب السلطة والاستئثار بها إلى ادعاء الربوبية والألوهية ويجعلون ذلك وسيلة لاستعباد الناس والاستكبار في الأرض (3).

يقول: "وإذا نظرت إلى المجتمع البشري من هذه الوجهة، استيقنت نفسك أن منبع الشرور والفساد الحقيقي إنما هو ألوهية الناس على الناس، إما مباشرة وإما بواسطة وهذه النظرية المشؤومة هي أصل كل المصائب والدمار، وهي أصل ما مني به البشر اليوم من البؤس والشقاء" (4). وإذا كان الأمر كذلك فإن صلاح المجتمع البشري إنما هو بعقيدة التوحيد التي جاء بها الرسل جميعاً، ثم يشرح كيف أن عقيدة التوحيد هي أساس النظرية السياسية الإسلامية بقوله: "هذه العقيدة هي روح ذلك النظام الذي أسس بنيانه الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، ومناطق أمره وقطبه الذي تدور رحاه حوله، وهذا هو الأساس الذي ارتكزت عليه دعامة النظرية السياسية في الإسلام، وهي أن تنزع جميع السلطات الأمر والتشريع من أيدي البشر منفردين ومجتمعين، ولا يؤذن لأحد منهم أن ينفذ أمره في بشر مثله فيطيعوه، أو ليسن لهم قانوناً لهم فينقادوا له ويتبعوه، فإن ذلك أمر مختص بالله وحده لا يشاركه فيه أحد غيره كما هو في كتابه ﴿إِنَّ أَلْحَكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (5). ، فهذه الآيات تصرح بأن الحاكمية لله وحده وبيده التشريع" (6).

ومنه يخلص أن أساس النظام السياسي في الإسلامي هو نظرية الحاكمية لله " إن القانون يسن بإرادة صاحب الحاكمية ويجب على الأفراد طاعته، أما صاحب الحاكمية نفسه فما هناك من قانون يقيد ويوجب عليه الطاعة، فهو القادر المطلق في ذاته، ولا يجوز سؤاله فيما أصدر من أحكام الخير والشر، ولا عن الصواب والخطأ، فكل ما يفعله هو الخير ولا يحل لأحد ممن يطيعه أن يعده من الشر ويرفضه، وكل ما يفعله من الصواب ولا يحل لأحد ممن يتبعه أن يرى

1- استعمل المودودي كلمة " حاكمية " في محاضرة له تحت عنوان: تدوين الدستور الإسلامي، ألقاها في الأيام الدراسية لجمعية المحامين المغربية، بمراكش يوم 24 نوفمبر 1952، ونشرت في كتابه: نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون الدستور. ترجمة جليل حسن الإصلاح، دار الفكر، دمشق. ص: 310. 233.

2- أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون الدستور، ص 251. 252.

3- المودودي: المصطلحات الأربعة، ترجمة محمد كاظم سباق، دار العروبة، دمشق، 1955، ص: 17- 20.

4- أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور، ص: 252.

5- يوسف/ 40.

6- أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور، ص: 252-253.

فيه شيئا من الخطأ، فلا بد أن يعترف له الجميع بكونه قدوسا منزها عن الخطأ، بصرف النظر عما إذا كان ذلك أم لم يكن " (1).

من الواضح أن كل فهم للحاكمية بهذا المعنى، من المنطقي أن يفضي إلى نسبة الحاكمية بكل خصائصها من علو وإطلاق وعصمة، لله ﷻ لا ينازعه فيها أحد لكن هذا المفهوم الذي انطلق منه المودودي في بناء تصوراته وأحكامه عن الحاكمية ليس في الحقيقة إلا تصورا جزئيا لمفهوم السيادة في الفكر الغربي وليس تصورا كليا فهو مفهوم شاع عند الفلاسفة الأوائل الذين نظروا لها أمثال بودين وروسو وهوبز، ويبدو أن المودودي استقى تصوره للحاكمية منهم، رغم أن هذا التصور لم يسلم من النقد في الفكر السياسي الغربي ذاته كما رأينا لكونه تصورا مثاليا لم يتحقق قط على أرض الواقع.

ومثل هذا التصور لمفهوم الحاكمية أو السيادة يدفع بطبيعة الحال للتساؤل عن دور البشر في مثل هذا النظام الذي تكون فيه الحاكمية بكل معانيها لله، مع أن البشر في واقع الأمر هم المنوط بهم تنفيذ الأحكام الشرعية (2).
عن هذا السؤال يجيب المودودي بأن القرآن الكريم يستعمل كلمة خلافة لكل من قام بالحكم في الأرض تحت حاكمية الله ﷻ، فليست القوة أو السلطة بيد البشر بالحاكم الأعلى، ولكنها نائبة عن الحاكم الأعلى وهو الله ﷻ، وهذه الخلافة لا يستأثر بها فرد أو فئة ولكنها عامة لكل المؤمنين، وبذلك فإن الإسلام قد جعل الحاكمية العليا لله ﷻ " وخول للمسلمين حاكمية شعبية مقيدة، تحت سلطة الله القاهرة وحكمه الذي لا يغلب، ولا تتألف السلطة التنفيذية إلا بأراء المسلمين، ويدهم يكون عزلها من منصبها، وكذلك جميع الشؤون التي لا يوجد عنها في الشريعة حكم صريح لا يقطع فيها بشيء إلا بإجماع المسلمين" (3). ويلاحظ هنا أن المودودي قد اضطر للاعتراف للبشر بنوع من الحاكمية، أسماها الحاكمية الشعبية، مخالفا بذلك ما قرره أولا أنه ليس للبشر أي حق في الحاكمية، ومن هنا نجد الاضطراب الذي شاب أقوال فقهاء القانون الدستوري في تكيف وتصنيف نظرية الحاكمية عند المودودي هل هي نظرية الحاكمية الإلهية أو نظرية السيادة المزدوجة (4).

فقرة 2- الحاكمية عند فقهاء القانون

من شبه الجزيرة الهندية انتقلت فكرة الحاكمية إلى مصر حيث شهدت تطورا آخر على يد سيد قطب، وقد حاول عدد من المفكرين في مصر تناول موضوع السيادة و الحاكمية في الفكر السياسي قبل سيد قطب ، وأول ما يستوقفنا في ذلك رسالة دكتوراه قدمت لحقوق باريس عام 1917 لباحث لم يشتهر شهرة كبيرة وهو أحمد السقا بعنوان (السيادة في القانون العام عند المسلمين السنة) خلص فيها إلى أن الإسلام يفرق بين الحاكمية (السيادة) والسلطة، فالحاكمية بمعنى السلطة العليا والمطلقة هي لله ﷻ ومن أهم مظاهرها حق التشريع الذي بينه الله في القرآن والسنة، التي يحكم البشر بموجب ما فيها مطلقة ولا عليا. كما يخلص إلى أنه يجوز إطلاق لفظ السيادة أو الحاكمية

1- أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور، ص: 252.

2- حول نقد مجمل الرؤية السياسية للدين التي طرحها المودودي وما أثارته من جدل مع معاصريه، ينظر: وحيد الدين خان: التفسير السياسي للدين، دار الرسالة، القاهرة، ط1، 1991. 12-63. وينظر: أبو الحسن الندوي: التفسير السياسي للإسلام، دار أفاق الغد، القاهرة، 1980.

3- أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون والدستور، ص: 252.

4- حول الاختلاف في تكيف نظرية الحاكمية عند المودودي ينظر: أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط1، 2005، ص: 30. وينظر: محمد فؤاد النادى: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، كلية الشرطة دبي، ط1، 1999، ص: 42.

بصورة غير دقيقة على السلطة العامة بشرط أن نفهم أنها ليست السلطة العليا المطلقة، بل هي الولاية ذات السلطة المقيدة. ولاشك أن هذا التصور المعتدل يمثل جزءا من حل إشكالية الحكمية في الفقه السياسي الإسلامي المعاصر لولا أن صوته لم يكن عاليا ولا مسموعا وغطى عليه بسرعة الجدل الصاحب الذي ما لبث أن ثار حول الموضوع ولم يخفت بعد.

والباحث الثاني الذي كان له إسهام مبكر في تناول مشكلة السيادة أو الحكمية ليس إلا الفقيه الكبير عبد الرزاق السنهوري الذي حاول من خلال عن الخلافة أن يثبت أن نظرية السيادة للشعب هي جوهر نظرية الإسلام السياسية وأن الإسلام عرفها حتى قبل أن يكتب روسو عنها، وسار على نفس الرؤية تقريبا العلامة محمد رشيد رضا الذي جعل السيادة للأمة في كتابه الخلافة الذي صدر أول مرة سنة 1922 م، حيث يقول: "أما السياسة فقد وضع الإسلام أسسها وقواعدها وشرع للأمة الرأي وللإجتهااد فيها، لأنها تختلف باختلاف الزمان والمكان وترتقي بارتقاء العمران، وفنون العرفان، ومن قواعده فيها أن سلطة الأمة لها" (1). ومع أن الشيخ رشيد رضا يرى أن سلطة الأمة عند المسلمين تتشابه مع مبدأ السيادة للأمة الغربي، فإن بينهما فروقا جوهرية من أهمها طبعاً أن سلطة الأمة في الإسلام ليست فوق الشريعة بل مقيدة بها، والفرق الثاني أن سلطة الأمة ليست مبنية على العصبيّة القوميّة كما كان يدعو إليه البعض في تركيا آنذاك، بل هي مبنية على الأخوة الإيمانية (2).

ومن رأى أن السلطة للأمة الشيخ حسن البنا مؤسس جماعة الإخوان حيث يقول في عدة مواضع من رسائله مبينا أن السلطة للأمة: "إن الباحث حين ينظر إلى مبادئ الحكم الدستوري التي تتلخص في المحافظة على الحرية الشخصية بكل أنواعها وعلى الشورى وعلى استمداد السلطة من الأمة وعلى مسؤولية الحكام أمام الشعب ومحاسبتهم على ما يعملون من أعمال، وبيان حدود كل سلطة من السلطات، هذه الأصول كلها يتجلى للباحث أنها تنطبق كل الانطباق على تعاليم الإسلام ونظمه وقواعده في شكل الحكم" (3). وعلى هذا الأساس فهو يرى أن أقرب نظام لنظام الحكم في الإسلام هو النظام النيابي (4)، فالبنا لم يذكر في رسائله وكتبه إي إشارة لمبدأ الحكمية الإلهية الذي أصبح فيما بعد العقيدة الرائجة للإخوان، ولغيرهم، وإن كان الأستاذ محمد قطب يجادل في ذلك بأن قضية الحكمية قد اتضحت للبنا في أيامه الأخيرة مستدلا على ذلك بمقال منشور له في أيامه الأخيرة (5).

فقرة 3- الحكمية عند سيد قطب

وجد مبدأ الحكمية الإلهية الذي نادى به العلامة أبي الأعلى المودودي صدى عميقا عند سيد قطب فسخر قلمه لنشره والتنظير له ودفع دمه ثمنا له، حيث أصبحت الحكمية على يديه عقيدة رائجة راسخة بمدلولها العقدي والسياسي، فمن جهة فهي ليس لها معنى إلا الحق المطلق في التشريع، ومن جهة أخرى فهي حق خالص لله ﷻ لا ينازعه فيها أحد، بل جعل سيد قطب من شرائط الإسلام أن يعترف الناس بالحكمية الإلهية، ومن لم يسلم بها

1- محمد رشيد رضا: الخلافة، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1988، ص: 09.

2- ينظر: محمد رشيد رضا: تفسير المنار، ص: 149-154.

3- حسن البنا: رسالة المؤتمر الخامس، مجموعة رسائل البنا، بيروت، 1981، ص: 160.

4- ينظر: حسن البنا: نظام الحكم، مجموعة رسائل البنا، ص: 328.

5- ينظر ذلك في: محمد قطب: واقعا المعاصر، دار الشروق، القاهرة، 1997، ص: 407.

فهو كما يرى غير مسلم، وهو ما عبر عنه بوضوح لا مزيد عليه في تفسيره لقوله ﷺ: ﴿ **إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ** ﴾ (1)، إن الحكم لا يكون إلا لله، فهو مقصور عليه سبحانه بحكم ألوهيته، إذ الحاكمية من خصائص الألوهية، من ادعى الحق فيها فقد نازع الله ﷻ أولى خصائص ألوهيته، سواء ادعى هذا الحق فرد أو طبقة أو حزب أو هيئة أو أمة أو الناس جميعا في صورة منظمة عالمية، ومن نازع الله أولى خصائص ألوهيته وادعاها فقد كفر بالله كفرا بواحا، يصبح به كفره من المعلوم من الدين بالضرورة، حتى بحكم هذا النص وحده !

وادعاء هذا الحق لا يكون بصورة واحدة هي التي تخرج المدعي من دائرة الدين القيم، وتجعله منازعا لله في أولى خصائص ألوهيته - سبحانه - فليس من الضروري أن يقول: ما علمت لكم من إله غيري، أو يقول: أنا ربكم الأعلى، كما قالها فرعون جهرة، ولكنه يدعي هذا الحق وينازع الله فيه بمجرد أن ينحي شريعة الله عن الحاكمية، ويستمد القوانين من مصدر آخر، وبمجرد أن يقرر أن الجهة التي تملك الحاكمية، أي التي تكون هي مصدر السلطات، جهة أخرى غير الله ﷻ.. ولو كان هو مجموع الأمة أو مجموع البشرية" (2).

من الواضح أن سيد قطب يقصد بمعنى الحاكمية سلطة التشريع وسن القوانين بل والقيم ومناهج الحياة وفي ذلك يقول: "ولا بد أن نبادر فنبين أن التشريع لا ينحصر فقط في الأحكام القانونية - كما هو المفهوم الضيق اليوم لكلمة الشريعة- فالتصورات والمناهج والقيم والموازين والعادات والتقاليد، كلها تشريع يخضع الأفراد لضغطه" (3). ويأتي السؤال عن دور البشر في مثل هذا النظام فيجيب سيد قطب: "والأمة في النظام الإسلامي هي التي تختار الحاكم فتعطيها شرعية مزاولة الحكم بشريعة الله، ولكنها ليست هي مصدر الحاكمية التي تعطي القانون شرعيته، إنما مصدر الحاكمية هو الله، وكثيرون حتى من الباحثين المسلمين يخلطون بين مزاولة السلطة وبين مصدر السلطة، فالتناس بجملتهم لا يملكون حق الحاكمية إنما يملكه الله وحده، والناس إنما يزاولون تطبيق ما شرعه الله بسلطانه، أما ما لم يشرعه الله فلا سلطان له عليه ولا شرعية، وما أنزل الله به من سلطان" (4).

البند الثالث: خلاصة حول مفهوم الحاكمية

فقرة 1- الحاكمية المعنى الحق والمراد الباطل

من خلال ما سبق يتبين أن مفهوم الحاكمية قد ارتبط بالتحويلات التي عرفها المجتمع الإسلامي بعد سقوط الخلافة، ومحاولة فصل الدين عن الحياة عموما، وعن السياسة على وجه الخصوص، وقد بدأ طرح هذا المفهوم كمفهوم سياسي ثم انتهى المآل به في الفقه السياسي المعاصر إلى جعله اختصاصا إلهيا محضا، و ما تبع ذلك من إضفاء القداسة على لفظ الحاكم وجعله مقابلا للفظ الإله، وجعل لفظ الحاكمية مقابلا للفظ الألوهية، وهو صنيع يشبه فعل الخوارج في فجر الإسلام في مناخ الفتنة حينما أضفوا القداسة على لفظ الحكم ورفعوا شعار الشهير " لا حكم

1- يوسف/ 40.

2- سيد قطب: في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، 1971، 725/7.

3- سيد قطب: معالم في الطريق، دار الشروق، القاهرة، 1983، ص: 119.

4- سيد قطب: في ظلال القرآن، 725/7.

إلا الله " أو " لا حاكم إلا الله " رافضين تحكيم الحكيمين، مكفرين القابلين به، وقد ردّ الإمام علي عليه السلام مقولتهم بمقولته الشهيرة "كلمة حق يراد بها باطل" (1).

لقد كان تحريف محتوى هذه الكلمة كافيا لعزوف أهل العلم والفقهاء عنها، ولهذا لا نعثر لها على أثر في كتب الفقه إلا في أبواب البغي، دلالة على أن هذه العبارة وإن كانت تتضمن معنى صحيحا، فإنها غالبا ما يراد بها معنى باطلا ومضمونا فاسدا. ومن ثم فقد كانت دوما موضع استهجان والسبب في هذا الاستهجان ليس لأنها لا تتضمن وجها للصحة، ولكن لأنها ارتبطت تاريخيا بالخوارج الذين قاموا برفع هذه المقولات وتوظيفها توظيفا باطلا، ولذلك نجد أغلب كتب الفقه عندما تورّد مثل هذه العبارات في باب البغي والخروج تعقب عليها بكلمة الإمام علي عليه السلام "كلمة حق يراد بها باطل".

وقد يتوهم البعض أن هذا الشعار مطابق لقوله ﷺ: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ (2). فالحقيقة فالفرق بينهما كبير فالآية تقديرها إن الحكم في الحقيقة وفي النهاية هو حكم الله، وأن الحكم الذي لا معقب له هو الله، ولاشك أن هناك فرقا بينا بين المعنيين، فالعبارة الأولى تنفي أي حكم لغير الله حقيقة ومجازا، فهي تنفي أن يمارس البشر أي حكم أو تحكيم وهو مدلول مخالف للقرآن كما بين ذلك ابن عباس في مناظرته للخوارج، فقد وصف ﷺ بعض خلقه بولاية الحكم: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَذَلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ (3). ووصف بعض خلقه بولاية التحكيم فقال ﷺ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ (4). وقال أيضا ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ (5)، بينما مدلول الآية الكريمة أن الحكم في النهاية للذي لا معقب لحكمه. فهو أحكم الحاكمين.

فقرة 2- حاكمية الله وحاكمية البشر

وإذا كان مصطلح الحاكمية قد وظف على يد الخوارج توظيفا باطلا، فإن هذا المصطلح قد حمله المعاصرون، دلالات تكاد تسلب البشر كل سلطة ولو كانت في إطار التفويض الإلهي والحاكمية الإلهية، فقد أنساق عدد من الفضلاء وراء هذا الشعار وغلو فيه حتى غطى على مصطلح الألوهية، حتى أن عالما جليلا كالدكتور البوطي جعل في كتابه كبرى اليقينيات الكونية خلاصة العقيدة الإسلامية الإيمان بالحاكمية (6)، وكما كانت ولادة هذا المصطلح أول مرة نتيجة خلط واضح بين الحكم بمعنى القضاء والحكم بمعنى المقضي به، فإن عودة هذا المصطلح في شكله المعاصر بدلالات سياسية، نتيجة خلط بين الحاكمية الإلهية التي هي حاكمية على الخلق جميعا خلقا وأمرًا، وحاكمية على الكون كله بأحيائه وجماده وسننه، وحاكمية على السموات والأرض طوعا وكرها، وحاكمية على البشر جميعا مؤمنهم وكافرهم، برهم وفاجرهم، وبين الحاكمية السياسية التي هي حاكمية تعاقدية مبنية على الاختيار والرضا والطواعية،

1- ينظر: شمس الدين الذهبي: تاريخ الإسلام، 590/3، وينظر: ابن خلدون: تاريخ ابن خلدون، 637/2.

2- يوسف/40.

3- البقرة/188.

4- النساء/35.

5- المائدة/95.

6- ينظر: محمد سعيد رمضان البوطي: كبرى اليقينيات الكونية، دار الفكر دمشق، 19. ص: 371-381.

وهي حاكمية محدودة دارا (إقليميا) وجماعة (شعبا) وولاية (سلطة)، ومقيدة شرعا وشرطا (شروط البيعة أو العقد السياسي). "والقرآن الكريم عندما كان يشير إلى معنى السلطة السياسية لم يكن يستخدم مصطلح "الحكم" وإنما المصطلح السياسي السائد آنذاك بشأن الدول هو مصطلح "الملك" والمصطلح السائد بشأن السلطة هو مصطلح "الأمر" لذلك كان مصطلحات "الإمارة" و "الأمير" و "الأمر" شائعة ومتداولة في أدب السنة النبوية، فكان هناك أمراء على المدن والأقاليم فضلا عن الجيوش، ولم يرد استخدام مصطلح "الحكم" والحكومة بمعنى السلطة السياسية والسلطة العامة إلا في المرحلة الحديثة، عندما أخذت مفاهيم الفكر السياسي الأوروبي تشق طريقها تدريجيا وتتخذ مكانا لها في الفكر السياسي العربي" (1).

1- عبد الغني عماد: حاكمية الله وولاية الفقيه، ص: 09.

المطلب الثاني: نظريات الحاكمية في الفقه الإسلامي

لم يخفت الجدل حول مصدر الحاكمية والسيادة في النظام السياسي الإسلامي بعد، وإذا كان البعض قد عزف صراحة عن تناول هذه المسألة من منظور شرعي، باعتبارها مسألة غريبة عن الفكر الإسلامي وغير مطروحة فيه كما هو الحال عند الدكتور عبد الحميد متولي(1) والدكتور فتحي عبد الكريم الذي جعل خلاصة بحثه في موضوع السيادة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي إنكار الحاجة إلى مثل هذه النظرية في المجتمع الإسلامي(2)، معتبرين الذين انساقوا للبحث فيها من فقهاء الشريعة والقانون الدستوري المعاصرين كما يرى فهمي هويدي قد تورطوا في البحث عن إجابة إسلامية لسؤال أوروبي له سياقاته التاريخية والأيدولوجية وخلفيته الحضارية التي تختلف عن الخلفية الحضارية الإسلامية(3)، فإن على الرغم من ذلك فإن عدد لا يحصى من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون الدستوري في العالم الإسلامي قد أدلوا ولا يزالون يدلون بدلوهم في البحث عن إجابة واضحة لهذه المسألة من منظور الشريعة، إما تحت عنوان السيادة وإما تحت عنوان الحاكمية، وتكاد تنحصر أهم الاتجاهات الفقهية في تحديد صاحب السيادة أو الحاكمية في النظام السياسي الإسلامي في ثلاثة اتجاهات :

- اتجاه أول يجعل الحاكمية أو السيادة لله ﷻ دون أن يكون لأحد غيره فرد أو جماعة أو أمة الادعاء أنه صاحب السيادة (فرع أول)

- واتجاه ثان يجعل الحاكمية للأمة، فهي صاحبة السيادة ومنبع السلطات في الدولة الإسلامية(فرع ثان).

- واتجاه ثالث يجعل الحاكمية لله ثم للأمة، فالسيادة لله في مجال النصوص القطعية والسيادة لجماعة المسلمين في مجال النصوص الظنية (فرع ثالث). ومن ثم فسيكون تناولنا لمصدر السلطات في النظام الإسلامي من خلال أربعة فروع:

الفرع الأول: نظرية الحاكمية لله

الفرع الثاني: نظرية السيادة للأمة

الفرع الثالث: نظرية السيادة المزدوجة.

الفرع الرابع: ترجيح وتأصيل

1 . عبد الحميد متولي: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف الإسكندرية، 1976، ص:56.

2 . فتحي عبد الكريم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ص:309.

3 . ينظر: فهمي هويدي: القرآن والسلطان، دار الشروق القاهرة، ط5، 2003، 137 وما بعدها .

الفرع الأول: نظرية الحاكمية لله (1)

البند الأول: مفهوم الحاكمية لله وآثاره

فقرة 1- مفهوم الحاكمية

ذهب عدد كبير من فقهاء الشريعة والقانون المسلمين إلى أن الحاكمية في النظام السياسي لله ﷻ، و يفضل البعض أن يعبر عن هذه النظرية بلفظ السيادة للشرع - وهو تعبير كما سيأتي في غير محله - ، حيث يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن النظام السياسي في الإسلام يختلف كلية عن النظام السياسي الوضعي من حيث أن الحاكم فيه هو الله ﷻ، ووصف السيادة أو الحاكمية ثابت له وحده ﷻ من حيث أنه هو حده الأمر النهائي، وهو الرأي الذي قال به العلامة أبو الأعلى المودودي، في بعض كتبه كقوله: (إن الحاكمية السياسية لله ﷻ... وإن أية وكالة تقوم لتنفيذ حاكمية الله ﷻ بالقوة السياسية لا يمكن أن يقال لها بلغة السياسة والقانون ذات حاكمية sovereignty بوجه من الوجوه... والكلمة التي يعبر بها عن منزلتها الصحيحة، فعبر عنها القرآن بكلمة " خلافة " أي ليست هذه السلطة نفسها بالحاكم الأعلى وإنما هي نائبة عن الحاكم الأعلى وهو الله ﷻ) (2).

كما نظر له سيد قطب حيث يقول في كتابه معالم في الطريق: " هذه الجاهلية التي تقوم على أساس الاعتداء على سلطان الله في الأرض وعلى أخص خصائص الألوهية وهي الحاكمية إنها تسند الحاكمية إلى البشر فتجعل بعضهم لبعض أربابا، لا في الصورة البدائية الساذجة التي عرفتها الجاهلية الأولى، ولكن في صورة ادعاء حق وضع التصورات والقيم، والشرائع والقوانين، والأنظمة بمعزل عن منهج الله للحياة" (3)، كما تابعهم على ذلك عدد من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون (4)، وهو الرأي الذي تبناه مؤتمر العلماء في باكستان والذي عقد عام 1370هـ حيث نص في المادة الأولى من نص مشروع الدستور الذي اقترحه "إن الحاكم الحقيقي من حيث التشريع والتكوين هو الله رب العالمين" (5). وهو الرأي الذي تبناه الدستور الإيراني حيث نص في المادة الثانية منه "يقوم نظام الجمهورية الإسلامية على أساس الإيمان بالله الأحد وتفرد بالحاكمية والتشريع، ولزوم التسليم لأمره" (6).

فقرة 2- الآثار المترتبة على هذه النظرية بالنسبة لحق التشريع

يترتب على أعمال هذا المفهوم عدد من الآثار خاصة فيما يتعلق بمجال التشريع موضوع هذه الدراسة منها:

1- أن المصدر الوحيد للشرعة والقانون في الدولة هو إرادة الله ﷻ، و ينطبق ذلك على الأحكام القطعية والظنية، وقد أفصح عن هذه الإرادة من خلال الوحي (كتابا وسنة)، فالتشريع حق الله وحده، ولا مشروع غيره، ولا

1- ينظر في ذلك: محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 34-35. وينظر: منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، مقارنة بالدولة القانونية، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ص: 230-239، وكذلك محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، ص: 377-387، وينظر محمد فؤاد النادى: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 47-50. وينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 99-101.

2. أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدية، ص: 258.

3- سيد قطب: معالم في الطريق، ص: 10. وينظر أيضا سيد قطب: في ظلال القرآن، 199/2

4- ينظر: محمد سلام مذكور: مناهج الاجتهاد في الإسلام، ص: 463. وينظر: علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا، دار الوفاء، المنصورة، ص: 31-79.

5- دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية، تعديل 1992، المادة 02. الفقرة 01.

6 - ينظر: محمد فؤاد النادى: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 39.

يجوز إطلاق لفظ المشرع على فرد أو جماعة أو حتى الأمة جميعاً. حيث "أن إرادة الأمة التي تظهر في إجماع مجتهديها، في حدود أحكام الله العامة تعبر كذلك عن إرادة الله المقدسة" (1).

2- لما كانت إرادة الله بالنسبة لبعض المسائل غير ظاهرة فقد تولى المجتهد إظهارها، ومن ثم فإن دور المجتهد في الشريعة لا يعدو أن يكون دوراً تفسيريًا للنصوص الظنية، واستثمارياً للمصادر الثانوية، فالاجتهاد ليس منشأً للأحكام وإنما كاشف عن إرادة الله ﷻ والمعنى المراد من النص.

3- إن وظيفة التشريع والاجتهاد تقع خارج إطار النظام السياسي، فهما ليسا من وظائف الدولة، وليس للسلطة العامة أو الحاكم (سواء كان خليفة أو والياً أو قاضياً) أي دور فيهما. فالتشريع يقع خارج المجال السياسي، فهو حق الله ﷻ ابتداءً وانتهاءً. والاجتهاد كذلك ليس من وظائف الدولة بل هو مهمة الفقهاء الذين كانوا في معظم فترات التاريخ الإسلامي خارج الدوائر الرسمية. ورغم أن بعض الدراسات التي تبنت مبدأ الحاكمية لله تناولت صلاحيات ولي الأمر في إصدار الأحكام والقوانين، فقد تناولت ذلك لا على أساس أنه عملاً تشريعياً ولكن على أساس أنه تطبيق للشريعة ومندرجاً في وظيفته التنفيذية والتنظيمية (2).

البند الثاني: أدلة نظرية الحاكمية الإلهية

أسس القائلون بالحاكمية الإلهية مذهبهم على جملة من الأدلة نجملها في الأدلة التالية:

فقرة 1- الآيات والأحاديث التي تقرر أن الحكم والتشريع حق الله وحده.

ومن ذلك قوله ﷻ: ﴿إِنَّ الْحَكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ (3). ومن ذلك

قوله ﷻ: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ (4). وقوله ﷻ حكاية عن اليهود: ﴿اتَّخَذُوا

أَحْبَارَهُمْ وَرُهَبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ﴾ (5). وقد بين الرسول ﷺ معنى الآية فعن عدي بن حاتم قال: " أتيت

النبي ﷺ وفي عنقي صليب من ذهب، فقال: يا عدي اطرح عنك هذا الوثن، وسمعته يقرأ في سورة براءة: (اتَّخَذُوا

أَحْبَارَهُمْ وَرُهَبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ "، قال: أما إنهم لم يكونوا يعبدونهم، ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئاً استحلوه، وإذا حرموا عليهم شيئاً حرموه). (6).

ومثلها النصوص الحديثية التي تقرر أن السيادة في الدولة الإسلامية لله مثل ما ورد في الصحيفة التي كتبها

الرسول ﷺ بين المسلمين واليهود، ونقل منها قوله ﷺ: (وأنت ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو اشتجار يخاف فساده فإن مرده إلى الله وإلى محمد رسول الله) (7).

فقرة 2- الآيات والنصوص الحديثية التي تقرر كمال الدين وشموله

1 . ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 100.

2 . ينظر: الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 323-341، وينظر: علي جريشة: المشروعية العليا، ص: 39-44.

3 . يوسف/40.

4 . الشورى/10.

5 . التوبة/31.

6 . الترمذي/ الجامع الكبير/ أبواب تفسير القرآن/ سورة التوبة/ رقم: 3095، 173/5، وقال الترمذي: حديث غريب.

7 . عبد الملك بن هشام: السيرة النبوية. ت طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت، ط1، 1411هـ، 33/3.

ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿ **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَمَّمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا** ﴾ (1).
 وقوله ﷺ وقوله: ﴿ **وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِكُلِّ شَيْءٍ** ﴾ (2). وما دام الله قد أكمل الشرع فلا مجال لغيره
 لادعاء الحاكمية والحق في التشريع

ولا مجال للتحاكم إلى غير شرعه قال الخالدي في معرض الاستدلال بهاتين الآيتين: "إن الشريعة الإسلامية ليست ناقصة في شمولها لكافة أفعال العباد، فالكتاب والسنة وإجماع الصحابة والقياس والقواعد الشرعية الأخرى التي جاء الدليل على صحتها كأدلة للأحكام الشرعية لم تترك مجالاً لعقل الأمة بالإضافة أو التجديد إطلاقاً والقول بذلك معصية وإقرار بنقص الشريعة وعدم كمالها.. والأحكام الشرعية قد غطت كافة تصرفات الإنسان بإنزال حكم الله في كل مسألة، وكل أمر، وكل فعل، وكل شيء (3).. لذلك لا يحل لمسلم بعد التفقه في هاتين الآيتين أن يقول بوجود واقعة واحدة كأفعال الإنسان لم يبين الشرع لها كل حكم ولا بوجه من الوجوه" (4).

وإذا كانت قد ورد في بعض النصوص أن الله سكت عن أشياء رحمة، فليس في ذلك كما يقول الخالدي: (دلالة على أن الشرع لم يبين بعض أفعال العباد ولا بوجه من الوجوه وإنما تدل على أن الشريعة سكتت عن الأشياء... والمراد من قوله ﷺ سكت عن أشياء، أي تجاوز عن أشياء ولم يحرمها رحمة بالعباد، وما لم يحرمه من الأشياء... فحكمه حلال... وأن القول بأن سكوت الشارع عن أشياء أنه لم يبين حكمها يترتب عليه كون شخص في حالة أو واقعة غير مكلف، وأفعال المكلفين بجملة داخلية تحت خطاب التكليف فلا بد أن يكون لها في الشريعة حكم، فيتعين أن يكون المعنى المراد: هو السكوت عن تحريم الأشياء) (5).

فقرة 3- النصوص التي تأمر بطاعة الله ورسوله والتي تقيد حق الطاعة بطاعة الله.

ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿ **يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ** ﴾ **فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ** **ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا** ﴾ (6). وقوله ﷺ (السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة) (7). مما يعني أن السيادة لله بحيث كما يقول الخالدي: "لا يجوز للحاكم أن يفرض على الأمة قانوناً لم يستنبط استنباطاً شرعياً صحيحاً... ويحرم على الأمة طاعته في ذلك، وهذا يدل دلالة واضحة على أن السيادة للشرع" (8). ومن تلك النصوص القرآنية والنبوية خلص الخالدي إلى تأييد الرأي الأول والقول بأن: "الإسلام ينص على أن السيادة للشرع وحده مطلقاً" (9)، وما ليس منه فهو: "من الكفر... والطاغوت الذي أمرنا أن نكفر به" (1).

1 . المائدة/03..

2 . النحل /89.

3 . ينظر: في الفصل الثاني من هذا الباب من هذه الرسالة مناقشة مستفيضة لمبدأ الشمول.

4 محمود الخالدي: . قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 30.

5 . محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 91 . 92.

6 . النساء/59.

7 . صحيح البخاري / كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية / رقم: 7144 . 329/4.

8 . محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 69.

9 . محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 70.

فقرة 4 . دليل الإجماع

كما استدلل القائلون بأن السيادة أو الحاكمية لله وحده بما رأوا أنه " إجماع الصحابة " فقالوا : " قام إجماع الصحابة على أن السيادة للشرع، فلم يخرج أحد من الخلفاء الأربعة عن نص في كتاب الله أو سنة رسوله وذلك في جميع شؤون الحياة... لذا " كانت الأئمة بعد النبي ﷺ يستشيرون الأئمة من أهل العلم في الأمور المباحة ليأخذوا بأسهلها، فإذا وضع الكتاب والسنة لم يتعدوه إلى غيره(2) " وهذا دليل واضح على أن السيادة لله (3). وهو ما عبر عنه الغزالي بقوله: "أما استحقاق الحكم فليس إلا لمن له الخلق والأمر، فإنما النافذ حكم المالك على مملوكه، ولا مالك إلا الخالق، فلا حكم ولا أمر إلا له، أما النبي والسلطان والسيد والأب والزوج، فإذا أمروا وأوجبوا لم يجب شيء بإيجابهم، بل بإيجاب الله ﷻ طاعتهم " (4).

البند الرابع: نقد ومناقشة

على الرغم من أن هذا الرأي يقف على أرض صلبة و يتضمن معنى صحيحا فيما يتعلق بالتشريع المطلق أو التشريع ابتداء الذي هو حق الله وحده، فإن هذا الرأي لم يسلم من الانتقادات والاعتراضات فيما يتعلق بالتشريع كتصرف سياسي ومنها:

فقرة 1- الاعتراض الأول

أن البعض يعبر عن هذه النظرية بلفظ السيادة لله بينما البعض الآخر يعبر عن هذه النظرية بلفظ السيادة للشرع(5)، وهذا التعبير الثاني نراه تعبيرا غير دقيق حيث يتجاذبه معنيان:

- المعنى الأول وهو وجوب خضوع الحكام والمحكومين للقوانين الشرعية وهو معنى صحيح ومسلم به، وليس محل خلاف، وهو يناظر التعبير المتداول عند فقهاء القانون الدستوري من أن السيادة للقانون، بمعنى خضوع الحكام والمحكومين للقانون، لكن حمل لفظ السيادة للشرع على هذا المعنى لا يكشف لنا عن مصدر القوانين في الدولة الإسلامية، ولا يفصح لنا عن من يصنع القانون في هذه الدولة، بل كل ما يعنيه هو وجوب خضوع الجميع للقوانين الشرعية. وبالتالي فإن حملنا عبارة السيادة للشرع على هذا المعنى لا يقيدنا في التعرف على صاحب السيادة في الدولة الإسلامية.

- أما المعنى الثاني لعبارة السيادة للشرع فيعني أن الشرع هو مصدر القوانين الشرعية، أو أن مصدر الأحكام الشرعية هو الشرع، وهي عبارة تحمل إجمالا شديدا من جهتين؛ فمن جهة أولى نجد أن المصدرية هنا كما هو واضح مصدرية موضوعية؛ حيث الظاهر أن كلمة الشرع تنصرف إلى أصول الأحكام (الكتاب والسنة والإجماع..). التي تستقى منها الأحكام والقوانين الشرعية، ومنه فالقول بأن السيادة للشرع متى أريد به أن مصدر الأحكام الشرعية هو الشرع عند الحديث عن صاحب السيادة هو قول يفتقر إلى الدقة، ذلك أن الشرع لا يضع نفسه بل لا بد للشرع من

1 . محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 69.

2 . من قول البخاري/ الجامع الصحيح/ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة/ باب قوله تعالى " وأمرهم شورى بينهم ". 376/4.

3 . محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 72.

4 . أبو حامد الغزالي: المستصفى، 1/275-276.

5 . كما هو الحال مثلا عند الدكتور محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 69.

واضع، ومن المعلوم أن عقيدة المسلم أن منزل الشرع هو الله عز وجل، ومن ثم فإن الذين قالوا بأن السيادة لله، كانوا أكثر دقة من حيث التعبير - بغض النظر عن مدى صحته بالنسبة لموضوعنا - من أولئك الذين قالوا بأن السيادة للشرع، فالشرع لا يضع نفسه، ولا بد له من واضع ولما كان الشرع خطاب الله، كان التعبير الأصوب هو القول بأن الله هو صاحب السيادة.

ومن جهة ثانية نجد ابهاما في استعمال لفظ الشرع، ومطابقة بين لفظ الشرع ولفظ القانون، وكأن أحكام الشرع كلها أحكاما قانونية، على الرغم من أن مدلول لفظ الشرع في التداول الفقهي أوسع بكثير من مدلول لفظ القانون، كما سبق أن بيّنا أن لفظ الشرع لفظ واسع يشمل العقائد والأخلاق والعبادات والمعاملات، بينما صاحب السيادة في الدولة لا يختص بوضع العقائد والأخلاق والشعائر التعبديّة، بل يختص فقط بصنع القانون (بمجال المعاملات)، وإذا فحصنا بنية الأحكام الشرعية وخصائصها، نجد أن أحكام العقائد والعبادات أحكاما توقيفية وذات صبغة دينية محضة، وقد فصلت نصوص الشرع معظم أحكامها، بينما معظم أحكام المعاملات (وهي مجال القانون) أحكاما توفيقية وهي كما هو معلوم ذات طبيعة مصلحية وليست جميعها معطاة مسبقا، حيث أن الشرع لم يفصل في معظم أحكام المعاملات وإنما اكتفى بأصول ومبادئ عامة وقواعد كلية، وافسح المجال بعد ذلك للاجتهاد وإعمال النظر، وعليه فالقول بأن السيادة للشرع متى أريد به أن مصدر القوانين الشرعية هو الشرع، يصبح كمن يشرح الماء بالماء، أو كمن لا يقول شيئا ما دام الشرع لم يفصل في هذه القوانين. و لا يختلف هذا التعبير عن قول القائل إن مصدر القانون هو القانون، ويسكت عن وضع القانون ويصدره (صاحب السيادة في الدولة)، فكذلك من يقول أن مصدر القوانين الشرعية هو الشرع، ويسكت عن استنبط القوانين الشرعية ويلزم بها، فهو لا يجيبنا عن صاحب السيادة في الدولة وهو التنازع على المطلوب، ومن ثمّ فإن السؤال حول صاحب السيادة يبقى دائما مطروحا ما هو مصدر القوانين الشرعية، ومن يسنها ومن يصنعها فإن الشرع لم يعطنا مسبقا جميع القوانين الشرعية، ومن ثمّ فإنّ تعبير السيادة للشرع لا يكشف عن مصدر السيادة في الدولة الإسلامية، خاصة وأن أحكام الشريعة كما هو معلوم قسمان أحكام قطعية مفروغ منها، وأحكام ظنية مفوض الاجتهاد فيها إلى الأمة على جهة الكفاية. وهو ما يحيلنا إلى الاعتراض الثاني.

فقرة 2- الاعتراض الثاني

أن أصحاب هذا الرأي لم يقدموا إجابة محددة تزيل التعارض بين حصر السيادة وحق التشريع بالله وحده، و بين ما هو معلوم بالضرورة عند جميع المسلمين من أن الأحكام الشرعية قسمان؛ أحكام قطعية منزلة، وأحكام ظنية اجتهادية مفوضة للأمة على جهة الكفاية، فإن الله قد شرع لعباده ما شرع من المبادئ والأحكام، ثم فوض إلى جماعة المسلمين الاجتهاد في كثير من تفاصيل التشريع والأحكام، فكما سيأتي فقد فوض ﷺ للأمة سلطات ومجالات تشريعية واسعة، حتى أن بعض المسائل تتعدد فيها الاجتهادات عند الفقيه الواحد إلى أقوال كثيرة، ومثل هذه الأحكام لا يمكن نسبتها جميعا إلى الله، ومن ثم فقد أجاز الفقهاء نسبتها للشرع ولكنهم منعوا نسبتها إلى الله، فقد

منع الفقهاء نسبة الأحكام الثابتة بالقياس (وبالأولى سائر الأدلة التبعية) إلى الله (1)، فمثل هذه الأحكام حتى وإن كان الاجتهاد فيها مقيد بعدم مخالفة قواعد المشروعية في النظام الإسلامي، فهي مع ذلك ليست لها نفس القيمة الدينية التي لأحكام الله التوقيفية المنزلة، التي هي من الدين الثابت المستمر (2)، فلا يتساوى حكم انزله الله، هو الحق والعدل قطعاً، مع حكم تجتهد الأمة فيه قد يصيب العدل وقد يخطئ الحق، ففرق كبير - لمن أيقن - بين حكم يطلبك ولا يقبل منك غير الإذعان والتسليم، وبين حكم أنت تطلبه وقد يتغير اجتهادك فتضرب به عرض الحائط.

فقرة 3- الاعتراض الثالث

أن أصحاب هذا الرأي لم يبينوا مركز الأمة بالنسبة لهذه السيادة؟ وما هو دورها في ممارسة هذه السيادة؟ وما هو أساس مشروعية ممارسة السلطات في الفقه الإسلامي؟ حيث لم يعط إجابة محددة تزيل التعارض بين ما انتهى إليه الفقهاء المسلمون من أن الخليفة يعد نائبا عن الأمة ووكيلا عنها في ممارسة السلطة، أي اعتبار الأمة الأصيل أو الموكل وبين القول أن السيادة لله، فإذا كان الأصيل ليس مصدرا للسلطة أو صاحبها فعلى أي أساس قامت هذه الوكالة أو النيابة (3)؟

فقرة 4- الاعتراض الرابع

إن الاستدلال بالنصوص الدالة على أن السيادة أو الحاكمية السياسية لله لا دلالة فيها على اختصاص الله وحده بسن التشريعات والقوانين فمن جهة فقوله ﷺ: ﴿ **إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ** ﴾ (4). ليس آية كاملة بل جزء منها؛ وباستعراض الآية كلها يتضح أنها لا تتعلق بجميع أنواع التشريع وإنما بنوع واحد منه فحسب، وهو ما كان متعلقاً بالعقيدة والعبادة فنص الآية: ﴿ **مَا تَعْبُدُونَ مِنْ دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءَ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَآبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ** ﴾ (5). فالآية قد نعت إن يعبدوا أسماء سموها هم وآباؤهم دون أن يكون عليها أي برهان، ثم أمرت أن يكون الحكم في موضوع العبادة من اختصاص الله وحده. وهذا المعنى هو الذي يفيد السياق الذي وردت فيه الآية. وهو المعنى الذي ذهب إليه بعض المفسرين كالطبرسي حيث يقول: (أي لا تجوز العبادة والخضوع والتذلل إلا لله.. وقد أمركم ألا تعبدوا غيره) (6). ولما كان التشريع في مجال العقائد والعبادات توقيفياً وليس مما يدخل في مجال الشأن العام فهو خارج بذاته عن مجال التصرف السياسي ولا يشمل لفظ التشريع في الاصطلاح القانوني الذي يقتصر على مجال المعاملات وهو مجال توقيفي وليس توقيفي كالعبادات.

1 . ينظر: بدر الدين الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، 14/5. "منع الشافعي في الرسالة أن يقال (للحكم الثابت بالقياس) حكم الله على الإطلاق، وقال الصيرفي لأن هذا اللفظ ينصرف في الظاهر للمنصوص عليه فيمنع إطلاقه على القياس.. وقال الآمدي إن أريد بالدين ما تعبدنا به وهو أصلي فليس القياس من الدين وإن أريد ما تعبدنا به مطلقاً فهو من الدين"

2 . بدر الدين الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه، 14/5

3 . محمد فؤاد النادى: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 39-40.

4 . يوسف/40.

5 . يوسف/40.

6 . الفضل بن الحسن الطبرسي: مجمع البيان في تفسير القرآن، دار مكتبة الحياة، بيروت، د ت، 4 / 13 / 61. وينظر: محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر الإسلامي، ص: 57-58.

ومن جهة أخرى فقوله ﷺ: " **وَمَا اٰخْتَلَفْتُمْ فِيْهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَىٰ اَللّٰهِ** " (1). ، لا دليل فيه على أن وضع القوانين وسن التشريعات في الدولة الإسلامية هو حصريا من اختصاص الله ﷻ، فالآية مكية جاءت في سياق تبكيت المشركين بأن الحكم والمرجع في تحديد الدين الحق، وفي أمور الدين هو الله وحده وهو ما ذكره القرطبي: " أي وما خالفكم فيه الكفار من أهل الكتاب والمشركين من أمر الدين، فقولوا لهم حكمه إلى الله لا إليكم، وقد حكم أن الدين هو الإسلام لا غيره. وأمور الشرائع إنما تتلقى من بيان الله" (2).

فقرة 5- الاعتراض الخامس

أما الاستدلال بالآيات الدالة على كمال الشريعة وشمولها، فستأتي مناقشة مستفيضة له قريبا، غير أن ما يستوقفنا هنا هو الخلط بين إكمال الدين وشمول الشرع، والاستدلال بالنصوص الدالة على كمال الدين لإثبات شمول الشرع، رغم أنه لا تلازم بين الأمرين فكمال الدين شيء وشمول الشريعة شيء، فكمال الملك لا يعني شموله لكل الأرض، وكذلك كمال الرسالة لا يعني تفصيلها لكل شيء، ومن ثم فقد اختلف أهل العلم في تأويل قوله ﷺ: ﴿ **اَلْيَوْمَ اَكْمَلْتُ لَكُمْ دِيْنَكُمْ وَاَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ اَلْاِسْلَامَ دِيْنًا** ﴾ (3). على ثلاثة أقوال نقلها الطبرسي والقرطبي (4) وغيرهما:

أولا . القول الأول: معناها: "اليوم أكملت لكم فرائضي وحدودي وحلالي وحرامي بتنزيلي ما أنزلت وبياني ما بينت فلا زيادة في ذلك ولا نقصان منه بالنسخ بعد هذا اليوم " . ، وقالوا: "لم ينزل بعد هذا عن النبي ﷺ شيء من الفرائض في تحليل ولا تحريم" (5). فهذا القول يرى أصحابه أن معنى قوله ﷺ: (أكملت لكم دينكم) أتممت إنزال الفرائض من الحلال والحرام.

ثانيا . القول الثاني، ويرى أصحابه "أن معناه اليوم أكملت لكم حججتكم وأفردتكم بالبلد الحرام تحجونه دون المشركين لا يخالطكم مشرك" (6). فالمقصود إتمام الأركان الخمسة" وذلك أن النبي ﷺ حين كان بمكة لم تكن إلا فريضة الصلاة وحدها، فلما قدم المدينة أنزل الله الحلال والحرام إلى أن حج؛ فلما حج وكمل الدين نزلت هذه الآية" (7) فلو أن المقصود بالآية هو إكمال التشريع فكيف تنزل آية الكلاله بعدها وهي تتضمن تشريعا لذلك فإن قوله (اليوم أكملت لكم دينكم) لا يعني إكمال التشريعات (8).

1 . الشورى /10.

2 - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 07/16 .

3 - المائدة/ 03.

4 . ينظر: الطبرسي: مجمع البيان في تفسير القرآن، 25/4/2. وهذا القول مروى عن ابن عباس والسدي، واختاره الجبائي والبلخي. وينظر محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 62/6-63 .

5 . الفضل بن الحسن الطبرسي: مجمع البيان في تفسير القرآن، 25/4/2.

6 . الطبرسي: مجمع البيان في تفسير القرآن، 25/4/2. وهو قول سعيد بن جبير وقتادة واختاره الطبري

7 محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 62/6-63 .

8 . ينظر: محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر السياسي الإسلامي، ص:58.

ثالثا . القول الثالث: ويرى أصحابه " أن معناه اليوم كفيتمكم الأعداء وأظهرتكم عليهم، كما نقول الآن كمل لنا الملك وكمل لنا ما نريد بأن كفيتمنا ما كنا نخافه" (1).

فإذا كانت الآية تحمل هذه المعاني المختلفة المروية عن كبار المفسرين فإنه لا يمكن الاقتصار على أحد المعاني والقول بأنه الصواب والحكم على من أخذ بأحد معانيها بارتكاب "المعصية وإقرار بنقص الشريعة وعدم كمالها" (2). بل إن كمال الدين كما فهمه المحققون من أهل العلم لا يعني إكمال الأحكام الجزئية وإنما الأصول الكلية، قال الشاطبي في بيان المقصود بإكمال الدين في هذا النص أن "المراد به...أصوله الكلية...لا المسائل الجزئية" (3)، أي الأحكام. فمن المعلوم أن الشريعة لم تفصل في جميع الأحكام بل فصلت في بعض وأجمت في بعض وفوضت إلى الأمة التشريع فيما سكتت عنه تفويضا مقيدا بعدم مخالفة الأحكام القطعية.

عبد القادر للعطوم الإسلامية

1 . الفضل بن الحسن الطبرسي: مجمع البيان في تفسير القرآن، 25/4/2. وهو قول الزجاج،

2 . محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 30.

3 . الشاطبي: الموافقات، 22/1. ينظر: محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر السياسي الإسلامي، ص: 59

الفرع الثاني: نظرية الحاكمية للأمة

البند الأول مفهوم الحاكمية للأمة وآثاره

فقرة 1- مفهوم الحاكمية للأمة

ذهب عدد من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون المحدثين إلى أن السيادة أو الحاكمية في الدولة الإسلامية للأمة في إطار الشريعة الإسلامية، وتعتبر السيادة مبررة ومشروعة على هذا الأساس، فإذا تجاوزت السيادة نطاق أحكام الشريعة ولم تنسجم مع مصدرها، وهو إرادة الأمة فقدت مشروعيتها(1)، ومن الذين ذهبوا هذا المذهب الشيخ محمد رشيد رضا (2)، الشيخ عبد الوهاب خلاف (3)، والشيخ نجيت المطيعي في كتابه حقيقة الإسلام وأصول الحكم حيث رأى: "بأن المسلمين هم أول أمة قالت بأن الأمة مصدر السلطات كلها قبل أن يقول ذلك غيرها من الأمم(4)، والسيد سابق (5)، وتابعهم على ذلك عدد من فقهاء القانون العام كالـدكتور عبد الرزاق السنهوري(6)، والدكتور محمد يوسف موسى (7)، والدكتور محمد كامل ليلة(8)، والدكتور حازم عبد المتعال الصعيدي (9)، يقول الشيخ رشيد رضا: "هم يقولون (الغرب) أن مصدر القوانين هي الأمة، ونحن نقول بذلك في غير المنصوص في الكتاب والسنة، كما قرره الإمام الرازي آنفاً والمنصوص قليل جداً، وهم يقولون أن لا بد أن ينبو عن الأمة من يمثلها في ذلك، حتى يكون ما يقررونه كأنها هي التي قررتة، ونحن نقول ذلك كما علمت"(10)، ويرى الشيخ عبد الوهاب أن الأمة هي مصدر السلطات ودليل ذلك أن دعائم الحكومة في الإسلام هي الشورى، ومسؤولية أولي الأمر، واستمداد الرئاسة العامة من البيعة العامة"(11)، ويقول الدكتور السنهوري: "وفي كلمة واحدة فإن السيادة في الشريعة الإسلامية لله وحده، ولكنه أناب الأمة كلها وليس فرداً واحداً أياً كان حتى ولو كان خليفة، أو هيئة آخر متميزة ولو كانت هيئة دينية"(12). ويقول الدكتور محمد كامل ليلة: "السيادة في الدولة الإسلامية هي لمجموع الأمة في نطاق الشريعة"(1).

- 1 . محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 36 .
- 2- محمد رشيد رضا: تفسير المنار ، 189/5-190.
- 3 . عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1996، ص: 31، 60-61.
- 4 . نجيت المطيعي، حقيقة الإسلام وأصول الحكم، نشر الدار السلفية، ص: 24.
- 5 . السيد سابق: عناصر القوة في الإسلام، دار الفتح للإعلام العربي، ط1، 2001، ص: 255 .
- 6 . A . Sanhoury :Le Califat, Paris, 1926, p. 17 .
- 7- ينظر: محمد يوسف موسى: نظام الحكم في الإسلام، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1964، ص: 74-77.
- 8 . محمد كامل ليلة: النظم السياسية ، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط 1963، ص: 434.
- 9- حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة، ص: 282.
- 10- محمد رشيد رضا: تفسير المنار ، 189/5-190.
- 11 . عبد الوهاب خلاف، السياسة الشرعية، ص: 31.

12 . ويقول: "إن روح التشريع الإسلامي تفترض أن السيادة بمعنى السلطة غير المحددة، لا يملكها أحد من البشر، فكل سلطة إنسانية محدودة بالحدود التي فرضها الله، فهو وحده صاحب السيادة العليا ومالك الملك، وإرادته هي شريعتنا التي لها السيادة في المجتمع، ومصدرها والتعبير عنها هو كلام الله المنزل في القرآن، وسنة الرسول الملهم ثم إجماع الأمة، إن الله هو الرحمن الرحيم القوي القادر لم يتركنا بعد وفاة الرسول بغير مرشد ، بل إنه استخلفنا في الأرض ومنحنا شرف خلافته بأن اعتبر إرادة الأمة مستمدة من إرادة الله وجعل إجماع الأمة شريعة ملزمة، فكانت السيادة الإلهية والحق في التشريع أصبح بعد انقطاع الوحي وديعة في يد مجموع الأمة.. وبذلك يمكن القول بأن السيادة في الإسلام لا يملكها فرد مهما تكن مكانته سواء أكان خليفة أو أميراً أو ملكاً أو حاكماً، أو

و لضبط مفهوم هذه النظرية أكثر ينبغي أن نشير أولاً أن نظرية سيادة الأمة عند القائلين بها من فقهاء الشريعة لم يقصدوا بها في حقيقة الأمر نفس المضامين التي تحملها نظرية سيادة الأمة في الفقه الدستوري الحديث، فهم لم يقصدوا تأييد نظرية سيادة الأمة المعروفة والانتصار لها ولنتائجها في مقابلة نظرية سيادة الشعب، التي تختلف عنها من حيث المضمون والنتائج، وإنما كان استعمالهم لكلمة الأمة والشعب في الواقع للدلالة على نفس المعنى، ومن هنا جاء انتقاد من انتقدتهم على تبني هذه النظرية⁽²⁾، ويرجع ذلك إلى عدم تخصص فقهاء الشريعة في دراسات القانون الدستوري الحديث وما تنطوي عليه نظرياته على وجه الدقة من مدلولات وما يفرق بينهما من تباينات⁽³⁾.

ويشهد لذلك أنه إذا كان جمهور أصحاب هذا الرأي فضل أن يعبر عن هذه النظرية بسيادة الأمة، فإننا نجد الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي يغرد خارج السرب ويعبر عنها بنظرية سيادة الشعب حيث يقول: "السيادة في الدولة الإسلامية للشعب وللشعب وحده، هو الذي يملك السلطة العليا، التي لا تفوقها ولا تعادلها قوة أخرى داخل الدولة، وهو وحده الذي يملك السلطة التأسيسية الأصيلة، سلطة وضع الدستور، وهو الذي يملك أن يراقب الحكام في السلطات الثلاث، التنفيذية والتشريعية والقضائية"⁽⁴⁾.

فقرة 2- الآثار المترتبة على هذه النظرية بالنسبة لحق التشريع

يترتب على القول بأن السيادة أو الحاكمية للأمة بالنسبة لحق التشريع عدد من الآثار بالغة الأهمية، وهي آثار مفارقة للآثار المترتبة عن مبدأ السيادة للأمة كما استقر في الفقه والقانون الوضعي نظراً للفارق في المفهوم بين المبدأين، فمبدأ الحاكمية للأمة يجعل الحاكمية للأمة مقيدة بالشريعة، بينما مبدأ السيادة للأمة يجعل السيادة للأمة مطلقة، كما أن فقهاء الشريعة لا يفرقون بين الأمة والشعب، وعلى ذلك فلا يتساوى المفهومان في الآثار المترتبة عليهما، و لم أعتز على من فصل في آثار هذا المفهوم تفصيلاً مرتباً لذا فقد اجتهدت إلى ذلك ما استطعت سبيلاً، ومن هذه الآثار التي تترتب على مبدأ الحاكمية للأمة:

أولاً- إن التشريع أو القانون وفقاً لهذه النظرية هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة فيما أجمعت عليه، وهو التعبير عن إرادة الأغلبية أو جمهورها فيما اختلفت فيه، وبالتالي فما يطرحه الفقهاء من أحكام وفتاوى فردية في مجال الشأن العام لا تعدو أن تكون مجرد آراء لا تلزم أحداً، ولا تكتسب الصفة الإلزامية وتصبح تشريعاً بالمفهوم القانوني إلا من خلال الإرادة الأمة أو جمهورها.

هيئة من أي نوع، وإنما هو القدير الذي فوضها للأمة في مجموعها" عبد الرزاق أحمد السنهوري: فقه الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم شرعية، ص: 18.

وينظر: A . Sanhoury :Le Califat, Paris, 1926, p. 17.

1- محمد كامل ليلة: النظم السياسية الدولة والحكم، ص: 505.

2- من أشهر من انتقدوا الفقهاء على تبني نظرية سيادة الأمة الدكتور عبد الحميد متولي باعتبار أن هذه النظرية تمت مهاجتها من كبار فقهاء القانون الدستوري في الغرب لما تمثله من خطر على الحريات. ونحن نرى أن هذا النقد في غير محله من حيث أن الفقهاء لم يقصدوا الانتصار لمضمون ونتائج هذه النظرية في مواجهة نظرية سيادة الشعب، بل كانوا يستعملون لفظ الأمة والشعب بمعنى واحد. و كانوا يفضلون لفظ الأمة لشيوعه في التداول القرآني والشرعي. ينظر: عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974، ص: 154.

3- ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 102-103.

4- مصطفى أبو زيد فهمي: النظرية العامة للدولة في الديمقراطية الغربية والماركسية والإسلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص: 312.

ثانيا- أن الأمة لها حق سن القوانين المناسبة لكل المجالات التي لا يوجد لها في الشريعة الإسلامية حكم قطعي، وأن لها الحق أيضا في تعديلها، إذا لم تجدها محققة للمصلحة العامة بل وإغائها عند الضرورة من غير حرج أو تأثم.

ثالثا- لما كانت الحاكمة للأمة وكانت الأمة شخص معنوي لا يستطيع أن يعبر عن إرادته كالشخص الطبيعي، كان من الضروري أن ينوب عن التعبير عن إرادتها العامة فيما يتعلق بالوظيفة التشريعية نواب منها تختارهم، يسميهم البعض أهل الاجتهاد ويسميهم آخرون أهل الحل والعقد ويسميهم فريق ثالث أهل الشورى.

رابعا- لما كان النائب ينوب عن الأمة في التعبير عن إرادتها العامة في إطار الشريعة، كان النائب في مفهوم هذه النظرية مقيدا بقيدين: الأول: الأحكام القطعية فلا يجوز له أن يخالف حكما قطعيا منها، والقيد الثاني، الإرادة العامة للأمة التي تتجلى في الإجماع حيث أنه يمثل الأمة بأسرها وليس فقط الدائرة التي اختارته، ومن ثم فهو في سن القوانين والتشريعات ومباشرة التصرفات السياسية غير ملزم بتوجيهات واملاءات من اختاروه، وهو ليس مطالبا بمراعاة مصالح الفئة أو الهيئة التي اختارته بقدر مطالبته بمراعاة مصالح الأمة أولا وقبل كل شيء. وعلى ذلك فلا تعترف هذه النظرية بمبدأ الوكالة الإلزامية.

البند الثاني: أدلة نظرية الحاكمة للأمة

استند أصحاب هذه النظرية في تأسيس وتأسيس القول بما على جملة من القواعد المقررة شرعا وفقها بنصوص ثابتة من الكتاب والسنة ومحل إجماع الأمة منها:

فقرة 1- توجيه الخطاب الشرعي لجماعة المسلمين

حيث يلاحظ أن الخطاب بالتكاليف الشرعية في كثير من النصوص القرآنية إنما هو أصالة لجماعة المسلمين ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ﴾ ﴿أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ﴾. ويتجلى ذلك أكثر في التكاليف الشرعية المتعلقة بالشأن العام، كالتشريعات العقابية؛ ﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ (1)، ﴿فَاقْطِعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ﴾ (2)، والتشريعات المالية ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (3)، ﴿وَإِنْ تَبَتَّ فَلَکُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾ (4). والمعاهدات ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾ (5)، ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ (6)، وإعلان الحرب ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتُلُونَكُم وَلَا تَعْتَدُوا﴾ (7)، ﴿فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ (8). ففي كل هذه النصوص اتجه الخطاب

1 . النور/02.

2 . المائدة/38.

3 . النساء/05.

4 . البقرة/279.

5 . الحجرات/10.

6 . النحل/91.

7 . البقرة/190.

8 . الحجرات/09.

الشرعي لجماعة المسلمين أصالة ولولي الأمر نيابة عن الأمة، فدل ذلك على أن الأمة هي صاحبة السيادة وهي مصدرها، وأن أولي الأمر ينوبون عن الأمة في ممارسة السيادة، ورعاية مصالحها الدنيوية والأخروية.

فقرة 2- النصوص الشرعية التي قررت عصمة الأمة.

حيث دلت النصوص الشرعية المتواترة تواتر معنويًا أو قريبًا منه على عصمة مجموع الأمة من الخطأ ومن الضلالة، وهذه النصوص وإن اختلفت ألفاظها من حيث المتن، واختلفت درجة صحتها من حيث السند عند نقاد الصناعة الحديثة فإن مع ذلك قد تلقى العلماء والفقهاء المعنى المشترك الذي دلت عليه هذه النصوص في مجموعها بالقبول ومن ذلك قوله ﷺ (**عَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ وَإِيَّاكُمْ وَالْفُرْقَةَ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الْوَاحِدِ وَهُوَ مِنَ الْإِثْنَيْنِ أَبْعَدُ مَنْ أَرَادَ بُجُوحَةَ الْجَنَّةِ فَلْيَلْزِمِ الْجَمَاعَةَ**) (1). وقوله: (**يَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ**) (2)، وقوله: (**مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ**) (3)، وقوله: (**سَأَلْتُ رَبِّي ﷺ أَرَبْعًا فَأَعْطَانِي ثَلَاثًا وَمَنْعَنِي وَاحِدَةً سَأَلْتُ اللَّهَ ﷻ أَنْ لَا يَجْمَعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ فَأَعْطَانِيهَا**) (4). وقوله: (**عَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ فَإِنَّ اللَّهَ ﷻ لَنْ يَجْمَعَ أُمَّتِي إِلَّا عَلَى هُدًى**) (5)، وقوله: (**إِنَّ اللَّهَ لَا يَجْمَعُ أُمَّتِي - أَوْ قَالَ أُمَّةَ مُحَمَّدٍ ﷺ - عَلَى ضَلَالَةٍ وَيَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ وَمَنْ شَدَّ شَدًّا إِلَى النَّارِ**) (6). وقوله: (**إِنَّ أُمَّتِي لَنْ يَجْتَمِعَ عَلَى ضَلَالَةٍ فَإِذَا رَأَيْتُمْ اخْتِلَافًا فَعَلَيْكُمْ بِالسَّوَادِ الْأَعْظَمِ**) (7)، إلى غير ذلك من النصوص الشرعية التي تضافرت على تقرير هذا المعنى ويؤيد ذلك قوله ﷺ: (**كُنْتُمْ حَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ**) (8)، وقوله: (**وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ**) (9). فهذه العصمة التي تتصف بها الأمة في مجموعها تجعلها هي صاحبة السيادة إذا سلمنا بما قرره بعض أقطاب الفقه الغربي من أن صاحب السيادة ينبغي أن يكون معصوما.

غير أنه لما كان من المقرر شرعا أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وكانت هذه القاعدة المقررة بعدد من النصوص الشرعية، لا تقيد ولي الأمر في ممارسة التصرفات السياسية فحسب، وإنما تقيد أيضا الأمة في مباشرة سيادتها، ترتب على ذلك أن سيادة الأمة سيادة مقيدة وليست سيادة مطلقة.

فقرة 3- إجماع أهل السنة على أن الأمة هي منبع السلطات

- 1 . سنن الترمذي/ أبواب الفتن/ باب ما جاء في لزوم الجماعة/ رقم: 2165. 38/4، وقال حديث حسن. ورواه أحمد: المسند/مسند العشرة المبشرين/ رقم: 114، 1، 268-269.
- 2 . سنن الترمذي/ أبواب الفتن/ باب ما جاء في لزوم الجماعة/ رقم: 2166. 39/4، وقال: حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث ابن عباس إلا من هذا الوجه.
- 3 . مسند أحمد/ مسند عبد الله بن مسعود/ رقم: 3600. 84/6. وقال الأرنؤوط إسناده حسن.
- 4 . مسند أحمد/ حديث أبي بصرة الغفاري/ رقم: 27224. 200/45، وقال الأرنؤوط صحيح لغيره.
- 5 . مسند أحمد/ مسند أبي ذر الغفاري/ رقم: 21293. 219/35. وحكم الأرنؤوط بضعفه.
- 6 . سنن الترمذي/ أبواب الفتن/ باب ما جاء في تغيير المنكر باليد أو القلب أو اللسان/ رقم: 2172. 40/4، وقال: هذا حديث غريب من هذا الوجه.
- 7 ابن ماجه: سنن ابن ماجه، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ط1، / كتاب الفتن/ باب السواد الأعظم/ رقم: 3950.
- 8/1303، قال الحافظ العراقي جاء من طرق كثيرة في كلها نظير. وفي سنن الدارمي: " **ولا يجمعهم على ضلالة**". سنن الدارمي/ كتاب المقدمة/ باب ما أعطي النبي من الفضل / رقم: 55، 200/1 . قال المحقق في إسناده علتان؛ عبد الله بن صالح والانقطاع.
- 8 . آل عمران/ 110.
- 9 . البقرة/ 143.

أن الأمة هي منبع كل السلطات في الدولة، فالخليفة عند أهل السنة يستمد شرعية ولايته من الأمة التي أقامته، ويستند في مباشرة مهامه على عقد البيعة السياسي، وبالتالي فالأمة هي التي أوكلت إليه السلطة باعتبار صفته وليس لذاته، وهو مقيد في ممارسته السلطة شرعا (أحكام الشريعة) وشرطا (شروط العقد السياسي)، ومن ثم فهي تقوم بالرقابة على كافة السلطات التي يمارسها، ويظل الخليفة في منصبه مادام ملتزما بشروط العقد السياسي مستوفيا شروط شغل المنصب، فإذا حاد عن ذلك كان من حق الأمة عزله وتنحيته، ومادامت الأمة هي التي توليه وتقيده وتراقبه وتعزله، فإن ذلك يدل على أنها صاحبة السيادة. وهو ما عبر عنه محمد سلام مذكور بقوله: " واقع الإسلام أنه لا سيادة على الأمة لفرد أو طائفة فالأمة هي صاحبة السلطان، ومظهر ذلك أن أساس الحكم فيها الشورى وأن ولي الأمر يستمد سلطانه من البيعة وأنه مسؤول أمام الأمة"(1).

البند الثالث: النقد ومناقشة

لم تسلم هذه النظرية من النقد حيث وجهت لها جملة من الاعتراضات منها:

فقرة 1- الاعتراض الأول

أن هذه النظرية تناقض نفسها حينما تقول بأن السيادة للأمة، وفي نفس الوقت تجعل من قواعد الشريعة وأحكامها قيودا وحدودا لسيادة الأمة، فمثل هذا القول يتعارض مع مفهوم السيادة كما استقر في القانون الدستوري ويتناقض مع مفهوم سيادة الأمة في الاصطلاح القانوني؛ فهو يتعارض مع مفهوم السيادة لأن مفهوم السيادة يعني أنها سلطة عليا لاتحد إرادتها إرادة أخرى، وهذا القول يجعل السيادة سلطة مقيدة تعلق إرادتها إرادة أخرى(2)، ويتناقض مع مفهوم سيادة الأمة لأن مفهوم سيادة الأمة يعني أن ما تنتهي إليه إرادتها يكون قانونا ملزما يخضع له الحكام والمحكومين باعتبار أن الإرادة العامة إرادة أصيلة تستمد منها الأمة من ذاتها، وإرادة حرة لا حدود لها، وإرادة عليا لا تعلوها إرادة أخرى، وإرادة مطلقة لا يقيدها قيد(3)، بينما أصحاب هذه النظرية يجعلون الإرادة العامة للأمة تابعة وخاضعة لمقررات الشرع؛ وبالتالي فمثل هذا القول ينفي بدهاء عن الأمة أنها صاحبة السيادة(4).

فقرة 2 - الاعتراض الثاني

بخصوص استدلالهم بالنصوص التي خاطبت جماعة المسلمين واستنتاجهم من ذلك ما دام (الخطاب موجها لجماعة المسلمين وما دام الإمام ما هو إلا نائب عنها في تنفيذ الأحكام... فهي صاحبة الحق) إن هذا النص يتعلق بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في القرآن ولا ينص على انفراد الأمة بالتشريع أو السيادة أو الحكم، لذلك فإنه لا يصح الاستناد إلى هذه النصوص للقول بأن الأمة صاحبة الحق في الحكم أو السيادة.

فقرة 3- الاعتراض الثالث

إن القول بأن الأمة هي منبع السلطات لا حجة فيه بالنسبة لموضوع السيادة، ذلك أنه إذا كانت السيادة تعني أساسا الحق في التشريع وسن القوانين، فإنه من الواضح جدا أن الأمة حين تمارس حقها في التولية والرقابة

1 . د. محمد سلام مذكور: معالم الخلافة، مكتبة الفلاح، ط 1، 1983، ص: 119.

2 . جمال الدين المراكبي: نظام الخلافة بين نظم الحكم المعاصرة، نشر جمعية أنصار السنة، ط 1، 1414هـ، ص: 289.

3 . بسطامي محمد سعيد خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة: ص: 48.

4 . ينظر: فؤاد محمد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 37-38.

والنصيحة والتنحية والعزل، فإنها لا تمارس عملاً تشريعياً، بل إنها في الحقيقة تمارس سلطات مقررة بالشرع، وتمتثل لتكاليف شرعية تطالب بها كفاثياً، وليست هي التي قامت بسنها وتشريعها حتى تعتبر صاحبة السيادة، ومن ثم فلا يستساغ القول بأن الأمة حين تنهض بهذه الواجبات تمارس سيادة أو حاكمية (1) بمعنى آخر إن النظر إلى ما للشعب من سلطة وإغفال القانون الذي ينظم هذه السلطة (2)، يكون نظراً غير محيط بكل أركان هذه المسألة، إن الشعب لا يملك أن يبايع الخليفة أو عزله بقانون وضعه هو بنفسه بل ذلك محكوم بالقانون الإسلامي الذي أراده رب العالمين (3).

. بخصوص الاستدلال بآية الطاعة (4) فإن هذه الآية تأمر بطاعة الله ورسوله أولاً، أي طاعة ما جاء في الكتاب والسنة من أحكام، وطاعة أولي الأمر تقتزن طاعتهم بطاعة الله ورسوله، وفي حالة الخلاف فإن الاعتبار لا يكون إلا لما يستنبط من القرآن والسنة، وإذا كانت الطاعة لله ورسوله فإن الأمة لا سيادة لها مع وجود نص من الله أو من رسوله، وهذا المعنى واضح، وهو ما رآه الطبري (5)، ابن كثير (6)، وابن العربي (7). ومن ثم "فهذا النص القرآني يشرع قاعدة عامة في الطاعة فهو قد جعل الحكم أو السيادة لله والرسول أي لكتابه وسنة نبيه وكلاهما يجسد سيادة الله، لذلك فإنه إذا وجد النص فلا حكم للأمة لأن حكم الأمة لا يكون قائماً أو معترفاً به إلا في حالة انعدام النص" (8).

أما الاستدلال "بعصمة عموم الأمة". للقول بأن "السيادة للأمة" فنحن نرى أنه لا يصلح دليلاً على سيادة الأمة ووجه ذلك أن هذه النصوص المتضاربة والمتواترة تواترت معناها لا تدل على عصمة الأمة في كل أمر أقرته أو تشريع أصدرته بل هي معصومة فحسب في كل أمر أجمعت عليه، فقد استدلت بهذه النصوص علماء الأصول لتقرير حجية الإجماع، فالعصمة ثابتة للأمة فقط فيما أجمعت عليه، ولا تثبت لها فيما أقرته بأغلبية أو أكثرية أو أقلية أي فيما اختلفت فيه، ومن ثم فالدليل قاصر عن الدعوى، فإذا كان دليل سيادة الأمة هو عصمتها فإن عصمتها لم تثبت إلا فيما أجمعت عليه، دون ما اختلفت فيه، ولا يصح أن تكون الأمة صاحبة سيادة في حال الإجماع وليست ذات سيادة في حال الاختلاف.

1 . ينظر: فؤاد محمد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 45.

2 . هذا النقد ليس بالضرورة مسلماً كما سيأتي، فالقول بأن الأمة حين تولى أو تعزل تنفذ القانون ولا تسنه، قول نراه يجانب الصواب فالمسائل المتعلقة بشروط التولية وأحكام العزل كما هو معلوم لكل دارس هي أحكام في أغلبها أحكاماً اجتهادية والاختلاف فيها بين الفقهاء ممدود غير محدود، ومن ثم فإن دور الأمة في سن القانون الذي ينظم هذه المسائل على ضوء المصلحة العامة للأمة يبقى محفوظاً .

3 . جمال الدين المراكبي: نظام الخلافة بين نظم الحكم المعاصرة، ص: 289.

4 . النساء/ 59.

5 . محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري، 8/495-505.

6 . ابن كثير : تفسير القرآن العظيم، 4/130-137.

7 . أبو بكر بن العربي: أحكام القرآن، 1/ 573-577.

8 . محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر السياسي الإسلامي، ص: 66.

الفرع الثالث: نظرية الحاكمية المزدوجة

البند الأول: مفهوم الحاكمية المزدوجة وآثاره

فقرة 1- مفهوم الحاكمية المزدوجة

يذهب بعض فقهاء الشريعة والقانون إلى أن الحاكمية في الدولة الإسلامية لله ثم للأمة، وهو ما يمكن أن نسميه بنظرية السيادة المزدوجة، وتقوم هذه النظرية على التسليم بالنظريتين السابقتين ودمجهما في نظرية واحدة وعلى هذا الأساس فهي ترى أن هناك نوعين من السيادة:

السيادة المطلقة وتمثل في الحاكمية الإلهية هي حاكمية مطلقة وعليا ونهائية وجامدة.

السيادة الشعبية المقيدة وهي سيادة محدودة لجمهور المسلمين و مقيدة بالحاكمة الإلهية.

ويعزو البعض هذا الرأي إلى العلامة المودودي على الرغم مما يعرف عنه من أنه من منظري الحاكمية الإلهية، فإنه مع ذلك نجد له في بعض كتاباته رأيا مشابها(1). غير أن هذا الرأي قد اشتهر عن محمد ضياء الدين الرئيس في كتابه النظريات السياسية في الإسلام حيث يقول: " لا جدال إن الشريعة هي الأساس الذي يقام عليه النظام، كما أنها هي غايته الجوهرية، ولكن هذا الوصف غير كاف، لأن الشريعة هنا ليست نصوصا جامدة، ولا مصوغة في صيغ نهائية، وليست شاملة بحيث وضعت لكل فعل وحالة حكما(2)، وإنما المجال هنا لا يزال فسيحا للتفسير والتحديد والإضافة عن طريق العقل الفردي، وهو ما يعبر عنه بالاجتهاد، ثم إن شخصية الأمة معترف بها في ذات الوقت وإرادتها العامة مكتملة للقانون. ومن الوجهة العملية هي التي تطبق القانون وتمثله، وهي التي تتولى عملية الاختيار والمبايعة، والتوجيه والإشراف وإنهاء العقد، فهي ذات الصفة الحرفية"(3) ثم يخلص إلى أن "الجواب الصحيح أن السيادة فيه مزدوجة، فالسيد (The Sovereign) أمران مجتمعان، ينبغي أن يظلا متلازمين، ولا يتصور قيام الدولة وبقاؤها إلا بوجود هذا التلازم وهذان الأمران هما: الأمة، القانون أو شريعة الإسلام، فالأمة والشريعة هما صاحبا السيادة في الدولة الإسلامية"(4).

وتابعه على ذلك الدكتور عبد الجليل محمد علي في كتابه "مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة القانونية المعاصرة" بقوله: "ونرى أن نظرية السيادة المزدوجة هي تسجيل للحقيقة وتصوير للواقع، فهناك سيادة عليا تتجسد في النصوص الجامدة الواردة في أحكام الشريعة، ثم تأتي بعد ذلك سيادة شعبية مقيدة، للشعب الإسلامي"(5)، كما انتهى إلى نفس الرأي الدكتور بوترة حيث يرى أن الحاكمية أو السيادة نوعان: حاكمية أصلية وأخرى فرعية. فالحاكمة الأصلية وهي الحق المطلق في التشريع، وهذه الحاكمية قد اختص بها الله، ولم يفوض أمرها للبشر. والحاكمة الفرعية وهي حاكمية محدودة فوضها ﷺ لخلقها، فصار لهم حق ممارسة هذا الجزء من الحاكمية بناء على ذلك التفويض (6)

- 1 . محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 42. وينظر: أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام السياسية، دار الفكر، 1967، ص: 31.
- 2 . سيأتي في الفصل الثاني من هذا الباب عرض لمختلف الآراء حول مبدأ الشمول ومناقشة مستفيضة له.
- 3 . ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث، القاهرة، ط7، 1976، 377 .
- 4 . ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية الإسلامية، 385 .
- 5 . عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1984، ص: 224.
- 6 . ينظر: محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر السياسي الإسلامي، ص: 68-75.

فقرة 2- الآثار المترتبة على هذه النظرية بالنسبة لحق التشريع

أولاً- إن التشريع أو القانون وفقاً لهذه النظرية ما كان منه قطعياً هو التعبير عن إرادة الله ﷻ وإرادته ﷻ بذاتها تشريع يعلو على الزمان والمكان، وأما كان منه اجتهاداً مصلحياً فهو التعبير عن الإرادة العامة للأمة في إطار الشريعة. وهذا التشريع قد يوافق إرادة الله ﷻ وقد يجانبها وبالتالي فلا يجوز للقوانين التي تسنها الأمة أن تخالف القوانين الثابتة بنصوص شرعية قطعية أو إجماع صريح .

ثانياً- لما كانت الحاكمية لله ثم للأمة وكان الذي ينوب عن الأمة فيما يتعلق بممارسة الوظيفة التشريعية نواب منها تختارهم، كان هؤلاء النواب فيما يتعلق بدائرة الأحكام القطعية معزولون عن كل تصرف تشريعي ومن ثم فهم في هذه الدائرة غير مقيدين بتوجيهات أحد ولو كانت الأمة كلها فضلاً عن الدائرة التي انتخبتهم أو الجهات التي رشحتهم. بينما فيما يتعلق بدائرة الأحكام الاجتهادية والتشريعات المصلحية فإن هؤلاء النواب مقيدون بمصلحة الأمة وليس بتوجيهات الدائرة التي انتخبتهم.

البند الثاني: أدلة نظرية الحاكمية أو السيادة المزدوجة

فقرة 1- أدلة الحاكمية لله

استند أصحاب هذه النظرية في إثبات السيادة المطلقة الحاكمية الإلهية على نفس الأدلة التي استند إليها الفريق الأول، غير أنهم قصرُوا مجال السيادة على النصوص القطعية في ثبوتها ودلالاتها وما ترتب عليها من أحكام قطعية وقواعد كلية لا يتنازعها اثنان من أهل القبلة ولا يختلف عليها فريقان من أهل الملة. فهنا السيادة المطلقة لله ﷻ ولا مجال للسيادة الشعبية أو إعمال مبدأ الأغلبية. فليس هنا للحاكم والمحكوم إلا التسليم والخضوع لهذه الأحكام الشرعية المتعالية على الزمان والمكان، كما قال ﷺ: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُمِئَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾ (1).

فقرة 2- أدلة الحاكمية للأمة

كما استند أصحاب هذه النظرية في إثبات السيادة المحدودة المقيدة للأمة على نفس الأدلة تقريباً التي ساقها الفريق الثاني كما هو ظاهر من سياق نص ضياء الدين الرئيس، وخاصة مبدأ عصمة الأمة، وكونها منبع السلطات، غير أنهم قصرُوا مجال هذه السيادة على النصوص الظنية في ثبوتها أو دلالتها، أو ما سككت عنه النصوص، ففي هذه الحالة فإن الإسلام يجعل لرأي الجماعة أو الأكثرية وزناً في تفسير النصوص الظنية واستنباط ما سككت عنه من أحكام كما تجلّى ذلك عملياً في تاريخ المعرفة الفقهية من خلال الاستناد إلى نظرية الإجماع أولاً ثم نظرية الجمهور لاحقاً (2).

البند الثالث: النقد والمناقشة

يرد على هذه النظرية من النقد ما ورد على نظرية الحاكمية للأمة لاشتراكهما في جزء كبير من الأدلة ويضاف لذلك وجه آخر من أوجه النقد تختص به هذه النظرية وهي أنها يجعلها السيادة مزدوجة تخل بمفهوم السيادة كما استقر في القانون الوضعي باعتبارها السلطة العليا التي لا تقبل المشاركة أو القسمة

1. الأحزاب/ 36.

2. حول نظرية الجمهور ينظر: محمد نعيم هاني ساعي: مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، دار السلام للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 2007.

الفرع الرابع: ترجيح وتأصيل

البند الأول: عناصر الاتفاق ومناطق الاختلاف

فقرة 1- عناصر الاتفاق

أمام هذا الجدل الفقهي والفكري والعقدي الذي لا يكاد ينتهي حول مصدر السيادة و الحاكمية في النظام السياسي الإسلامي قد يجد الباحث أن الاختلاف بين هذه النظريات يشبه أن يكون خلافاً لفظياً (1)، و مع ذلك فإنه يختلف تحت هذا الخلاف شبه اللفظي اتفاقاً في نقطتين على الأقل:

الأولى: أن كل هذه النظريات تتفق على أن السلطان للأمة فهي مصدر الولايات فهي التي تولي من تراه أهلاً وتعزل من تراه غير أهل، ولم يخالف في ذلك إلا الشيعة الذين يرون أن الأمة معزولة عن الأمر فالولاية عندهم ثابتة بالنص.

الثانية: للأمة سلطة تشريعية في إطار الشريعة؛ فالذين قالوا بالحاكمية لله عادوا فأثبتوا للأمة قدراً من الحاكمية في المسائل السياسية والتشريعية المسكوت عنها، والذين قالوا بأن السيادة للأمة وأن القانون تعبير عن إرادتها عادوا بعد ذلك فقيدوا هذه الإرادة بما سنه المولى ﷺ نصاً لا يختلف فيه، فلا يجوز للأمة أن تسن تشريعاً مخالفاً له. والذين قالوا إن السيادة مزدوجة، فهي لله في دائرة الأحكام القطعية، وللأمة في دائرة التشريعات الاجتهادية المصلحية عادوا بعد ذلك للتأكيد على عدم جواز مخالفة ما تسنه الأمة لما سنه الله ﷻ، وهكذا فهناك على الأقل قدر مشترك تعبر عنه هذه النظريات وإن اختلفت عناوينها.

فقرة 2- مناطق الاختلاف

والاختلاف بين هذه النظريات الثلاث يرجع في الحقيقة إلى اختلاف زاوية النظر، فمن نظر إلى المعنى الديني في الشريعة والإلزام الديني الأخرى فيها قال السيادة لله. ومن نظر إلى المعنى السياسي والإلزام الديني فيها باعتبار أن الأمة هي التي تلزم الحاكم والمحكوم بالشريعة قال السيادة للأمة، ومن نظر للإلزام الديني في الأحكام القطعية والإلزام السياسي في الأحكام الظنية قال السيادة لله ثم للأمة.

غير أن هذا الاختلاف والاتفاق لن يكون مبرراً لنا للسكوت عن تحقيق القول في صاحب السيادة في النظام السياسي الإسلامي فالروح العلمية التي تفرض علينا تقصي الحقائق وتحقيق المسائل، تدفعنا لتبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود في هذه المسألة. ونحسب أن نقطة البدء في ذلك هي الانطلاق من مفهوم وطبيعة السيادة.

فقد سبق وإن انتهينا في تحديد مفهوم السيادة كمفهوم سياسي إلى أنه (حق الأمر والنهي، في الداخل وتمثيل الدولة في الخارج) (2). أو هي (سلطة قانونية أصلية أمرة عليا) (3)، وعليه فإذا كانت السيادة هي السلطة الآمرة

1 . اقتصرنا على النظريات الثلاث لتداولها واستيفائها شروط النظرية، وأغفلنا بعض الرؤى والأفكار التي تتعلق بموضوع السيادة، مثل (نظرية) حاكمية الكتاب، للدكتور طه جابر العلواني، و(نظرية) حاكمية العلماء، لمحمد باقر الصدر لسببين: الأول: أن هذه الرؤى لا تخرج في منحها عن إحدى النظريات الثلاث ومن ثم فهي تعمق الخلاف اللفظي لا أكثر، والثاني: عدم وضوح الآثار القانونية المترتبة عليها مما يجعل من الصعب تسميتها بنظرية. ينظر: طه جابر العلواني: حاكمية الكتاب، المعهد العالمي للفكر الإسلامي فيرجينيا، ط1، 1998. وينظر: محمد باقر الصدر: الإسلام يقود الحياة، دار التعارف، 1990.

2 . عبد الفتاح ساير داير: القانون الدستوري، ص: 54.

3 . محسن خليل: القانون الدستوري، ص: 230.

العليا في الدولة التي تنشئ الخطاب الملزم، فإن المعيار الأساسي في تحديد صاحب السيادة في النظام السياسي الإسلامي هو تحديد طبيعة هذه السلطة من خلال تحديد طبيعة الإلزام الذي تنشئه.

أما بالنسبة لطبيعة الإلزام الذي تنشئه السلطة السيادية فإنه بالرجوع إلى مختلف التعاريف التي ذكرت في توضيح مفهوم السيادة نجد أن بعضها عرف السيادة بحق التشريع⁽¹⁾، وبعضها عرفها بحق الأمر⁽²⁾، وبعضها بحق الأمر والنهي⁽³⁾، إن كلمة التشريع وفق الاصطلاح القانوني تعني وضع القواعد العامة المجردة الملزمة، والإلزام بها كما هو معلوم إلزام سياسي تكفله السلطة العامة بجزء دينوي، وكذلك فإن لفظ الأمر وحق الأمر والنهي يعينان حق وضع القواعد القانونية الملزمة، والإلزام بها إلزام سياسي مكفول بجزء دينوي توقعه السلطة العامة عند مخالفة هذه القواعد. ومنه نخلص إلى أن مجمل التعاريف التي قيلت في توضيح مفهوم السيادة تتفق في أن طبيعة الإلزام الذي تنشئه أنه إلزام سياسي دينوي. فهي لا تنشئ إلزاما دينيا أو إلزاما أخلاقيا.

وأما بالنسبة لطبيعة السلطة فإن تحديد طبيعة الإلزام بأنه إلزام سياسي يجعل بالضرورة هذه السلطة ذات طبيعة سياسية فهي أعلى سلطة سياسية التي من حقها إصدار الخطاب والأمر الملزم إلزاما سياسيا مكفول بجزء دينوي، فالسيادة هي السلطة السياسية العليا الآمرة التي تنشئ الخطاب الملزم سياسيا.

إن هذا التوضيح لطبيعة الأمر والنهي والإلزام الذي ينشئه صاحب السيادة من الأهمية بمكان في تحديد صاحب السيادة في النظام السياسي الإسلامي، فإن إغفال البعض لطبيعة هذا الإلزام ترتبت عنه مقالات غير صحيحة بالنسبة لتحديد صاحب السيادة في الدولة الإسلامية.

وإذا طبقنا ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هذه الأحكام من جهة ذات طبيعة وإلزام ديني، حيث يكفلها جزء ديني أخروي، ومن جهة ثانية نجد أن هذه الأحكام يمكن أن تكون ذات طبيعة سياسية إذا وجدت جماعة المسلمين التي تكفل عدم مخالفتها بجزء دينوي توقعه السلطة العامة.

فمن جهة أولى نجد أن أحكام الشريعة هي في أصلها أحكاما دينية ملزمة لعموم المسلمين إلزاما دينيا، ومعنى الإلزام الديني اعتقاد المسلم أنه سيحاسب على مخالفتها ويلقى جزاءه يوم الدينونة، فالله ﷻ هو الذي يسن هذا الجزاء المؤجل (دين) وهو الذي يوقعه، وليس هناك من أحد يستطيع القول أن هذا الفعل سيعاقب عليه يوم الدين إلا الله ﷻ، فمن هذه الزاوية فالسيادة لله ﷻ لأنه هو الذي انشأ هذا الإلزام الديني، وهو الذي سن الجزاء عليه وهو الذي يوقعه⁽⁴⁾، و لكن هذه السيادة ليست سيادة سياسية فالله ﷻ ليس سلطة سياسية، والإلزام لما تسنه من أحكام ليس

1 . ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 40-41.

2 . محسن خليل: القانون الدستوري، ص: 230.

3 . عبد الفتاح ساير داير: القانون الدستوري، ص: 54.

4 . إن مقارنة نظرية القانون الخالص لكلسن Hans Kelsen. جد مفيدة لفهم الطبيعة الدينية لأغلب الأحكام الشرعية، فالقانون قواعد معيارية تستوجب تطبيق عقوبات على المخالفين، فالمخاطب بها هو الهيئة التنفيذية أي الحكومة، فمثلا القاعدة القانونية في القانون الجزائري التي تقضي بمعاينة قاتل الأصول بالإعدام (المادة 261 قانون العقوبات الجزائري) فهذه القاعدة تتضمن معيارين؛ يسمي كلسن المعيار الذي يلزم الحكومة بتطبيق عقوبة الإعدام على قاتل الأصول "بالمعيار الأول" ويعتبره معيارا قانونيا في الحقيقة، ويسمي النهي عن الفعل (قتل الأصول) الذي يفرض المعيار الأول عقوبة عليه "بالمعيار الثاني"، وهو معيار اجتماعي تابع للقانون.

إلزاما سياسيا بل هو إلزام ديني أخروي مؤسس على الاعتقاد. ومن ثم فهي أحكام ملزمة دينيا لكل مسلم سواء عاش في دولة إسلامية، أو في دولة غير إسلامية أو عاش في رأس جبل ولم يعرف دولة.

ومن جهة ثانية نجد أن أحكام الشريعة متى وجدت جماعة المسلمين هي أيضا أحكاما قانونية ملزمة لأفراد المسلمين إلزاما سياسيا، ومعنى الإلزام السياسي أن مخالفة أحكامها تستوجب محاسبة وعقابا دينويا من جماعة المسلمين، بمعنى أن أحكام الشريعة تبقى أحكاما دينية ملزمة ديانة ولا تكتسب الصفة القانونية إلا من خلال جماعة المسلمين، فهي التي تضي عليها الإلزام السياسي وهي التي تسن الجزاء الديني على مخالفتها وهي التي توقعه، ذلك أن معظم الأحكام الشرعية لم تقرر لها الشريعة عقوبات دينوية (ولعل مثال الربا، وأكل لحم الخنزير، والسفور والتبرج.. أصدق الشواهد على ذلك.)، ومن ثم فإن المسلم الذي لا يعيش في جماعة المسلمين أو يعيش في بلاد تعطل أحكام الشريعة، تبقى هذه الأحكام بالنسبة إليه أحكاما دينية فحسب، متى قوي إيمانه واعتقاده التزم بها، ومتى ضعف إيمانه خالفها دون أن يخش في ذلك جزاء دينويا حالا توقعه السلطة العامة. فأحكام الشريعة الإسلامية لا تكتسب الإلزام السياسي إلا من خلال جماعة المسلمين، و لا ينقض ذلك أن الشريعة قد سنت لبعض الأفعال الخطيرة عقوبات مقدرة تعرف بالحدود، ذلك أن هذه العقوبات المحدودة تبقى لا يمكن أن تأخذ طريقها للتنفيذ إلا من خلال جماعة المسلمين فهي التي تضي عليها الإلزام السياسي وهي التي تلزم الحاكم بتنفيذها. و من ثم نخلص إلى أن جماعة المسلمين هي صاحبة السيادة في الدولة الإسلامية بالمفهوم السياسي، فإذا كانت السيادة هي أعلى سلطة تملك حق إنشاء وتوجيه الخطاب والأمر الملزم وكان الإلزام يحمل على مدلوله السياسي، فإن جماعة المسلمين هي صاحبة السيادة لأنها هي التي تضي الإلزام السياسي على أحكامها وهي التي تسن الجزاء الديني على مخالفتها وهي التي توقعه.

البند الثاني: السيادة لجماعة المسلمين

وعلى هذا الأساس فالذي نرجحه أن السيادة في النظام السياسي الإسلامي هي لجماعة المسلمين(1)، فهي أعلى سلطة في الدولة الإسلامية تنشئ الخطاب الملزم لإلزاما سياسيا مكفول بجزاء دينوي، وأن إسناد السيادة كمفهوم

وإذا طبقنا هذه المقاربة على الأحكام الشرعية نجد أن الله عز وجل حين يقول: ﴿ **وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا** ﴾ النساء/93، فالمخاطب بهذا الحكم بحسب المعيار الثاني (النهي عن الفعل؛ القتل) هو المكلف. بينما المخاطب بهذا الحكم بحسب المعيار الأول (العقوبة على الفعل؛ القتل) ليس إلا الله عز وجل فهو الذي يحكم بعذاب النار في الآخرة وهو الذي ينفذ هذه العقوبة، وهو ما يبين الطبيعة الدينية لهذا الحكم ولكثير من الأحكام الشرعية، أما قوله تعالى: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأَوَّلِي اللَّأَلْبِبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ البقرة/179، فالمخاطب بهذا الحكم بحسب المعيار الثاني (وجوب القصاص) هو جماعة المسلمين أصالة والحاكم نيابة والمخاطب بهذا الحكم بحسب المعيار الأول (العقوبة على ترك القصاص) ليس إلا الله عز وجل فهو الذي يعاقب جماعة المسلمين أو من ينوب عنها على ترك الحكم بهذه العقوبة وهذا العقاب لا يكون إلا يوم الدين. حول هذه المقاربة ينظر: Hans Kelsen: La Théorie pure du droit, Traduction Française par Charles Eismman, Paris, Dalloz, 2em Ed, 1962, p. 1, 2008، المقدمة.

1 . للأمانة العلمية فقد استعملنا هذا اللفظ في فترة مبكرة من البحث ثم بعد ذلك اطلعنا على كتاب الدكتور ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، فوجدناه يستعمل نفس اللفظ، ورغم حرصنا بعد ذلك على الاستفادة من هذا الكتاب فإن أشهد الله أن كثيرا مما جاء في هذا البحث قد تم تحريره قبل اطلاعي على هذا الكتاب .

سياسي لجماعة المسلمين لا يتنافى مع سيادة الله ﷻ مالك الملك والمهيمن على كل شيء، لأن سيادة الله ﷻ أولاً ليست سياسية. وثانياً لأن الإلزام الذي ينشئه ليس إلزاماً سياسياً ولكنه إلزام ديني. وثالثاً فضلاً عن ذلك فهو الذي فوض السيادة السياسية لجماعة المسلمين.

أما اختيارنا للفظ جماعة المسلمين (1) فقد جاء تفادياً للبس الذي حصل فعلاً بسبب استخدام بعض فقهاء الشريعة تعبير سيادة الأمة أو سيادة الشعب، دون قصد القول بتأييد الإسلام الكامل لأي من النظريتين أو الاعتراف بكافة النتائج المترتبة عليهما (2).

البند الثالث: مفهوم جماعة المسلمين

قبل تأصيل القول في أن السيادة لجماعة المسلمين يجدر بنا أولاً أن نقف عند هذا المفهوم في الفقه السياسي الإسلامي.

فقرة 1- بين الشعب و الأمة و الجماعة

يذهب بعض المستشرقين إلى أن الإسلام لا يعرف مفهوم الشعب، فعلى الرغم من أن القرآن الكريم قد استعمل لفظ الشعب في صيغة الجمع مرة واحدة في قوله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيَ النَّاسُ إِنْأَا حَلَقْنَكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾ (3)، فإن معناه لا يتطابق مع المعنى السياسي والقانوني الذي يعطى لهذا اللفظ في الفقه الدستوري الحديث، حيث يرتبط بتراتب قبلي ومن ثم قيل في تأويله الشعوب النسب البعيد والقبايل النسب القريب، وقيل الشعوب البطون والقبايل الأفخاذ (4).

كما استعمل القرآن لفظ الأمة استعمالاً متعددة، غير أن هذه المعاني لا تتطابق مع مفهوم الشعب، فلفظ الأمة في القرآن قد يراد به جماعة من الناس تتحد في الدين أو الأصل أو اللغة (5)، كما يأتي بمعنى الدين والملة (6)، كما يأتي بمعنى مدة من الزمن (7)، وقد يطلق على إمام جامع لصفات الخير مقتدى به (8). وما يهمننا هو الاستعمال الأول فلفظ الأمة يعني جماعة متحدة في الدين أو الأصل أو اللغة، ومن ثم فهو لا يتطابق مع مفهوم الشعب كمفهوم سياسي وعنصر من عناصر تكوين الدولة، فاستقراء الواقع السياسي يبين أن الأمة الواحدة قد تتوزع على أكثر من شعب، كتوزع الأمة العربية على أكثر من شعب، وتوزع الأمة الإسلامية على شعوب متعددة، وتوزع الأمة الساكسونية على شعوب متعددة. كما أن الشعب الواحد قد يضم أكثر من أمة كالشعب السويسري الذي ينتمي لأكثر من أمة

1 - مفهوم جماعة المسلمين سيكون موضوع تأصيل في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

2 - ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة. ص: 106

3- الحجرات/13.

4 - ينظر ابن جرير الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 310/22-311.

5 - كقوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ أَرْسَلْنَاكَ فِي أُمَّةٍ قَدْ خَلَتْ مِنْ قَبْلِهَا أُمَمٌ﴾ الرعد/ 30، وقوله ﴿كُلَّ مَا جَاءَ أُمَّةٌ رَسُوهُمَا كَذَّبُوهُ﴾ المؤمنون/44.

6 - كقوله تعالى: ﴿بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَرِهِمْ مُّهْتَدُونَ﴾ الزخرف/22.

7 - كقوله تعالى: ﴿وَقَالَ الَّذِي نَجَا مِنْهُمَا وَادَّكَرَ بَعْدَ أُمَّةٍ أَنَا أُنَبِّئُكُمْ بِتَأْوِيلِهِ فَأَرْسِلُونِ﴾ يوسف/45.

8 - كقوله تعالى: ﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتًا لِلَّهِ حَنِيفًا وَلَمْ يَكُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ النحل/120.

سواء من حيث الأصل أو اللغة.

فقرة 2- معاني لفظ الجماعة

إن اللفظ الذي يعبر عن مفهوم الشعب بمدلوله السياسي في التداول الإسلامي هو لفظ الجماعة أو جماعة المسلمين، فقد ورد هذا اللفظ في عدد من النصوص الحديثية التي تحث على لزومها، وقد اختلف أهل العلم في تفسيره على خمسة أقوال كما أورده الإمام الشاطبي فقول: هم الصحابة(1)، وقيل هم العلماء(2)، وقيل أهل الإجماع(3)، وقيل هم السواد الأعظم من أهل الإسلام(4)، وقيل هم المسلمون إذا اجتمعوا على إمام(5)، غير أن هذه الأقوال لا تبتعد عن بعضها كثيرا ومن السهل ردها إلى معنيين:

- فيطلق لفظ الجماعة على المسلمين الذين التزموا الهدى ودين الحق، أي جماعة المسلمين المليية.

- كما يطلق على المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي بيعة شرعية. أي جماعة المسلمين السياسية.

إن التمييز بين هذين المفهومين في غاية الأهمية، خاصة فيما يتعلق بقضية أساس المواطنة، وقضية المفارقة للجماعة، والتمييز بين الخروج عن الجماعة والخروج عليها، والآثار المترتبة عليهما دينويا وأخرويا.

أولا - جماعة المسلمين المليية

يطلق لفظ الجماعة على كل من أسلم وجهه لله والتزم دين الحق، فتفسير الجماعة بأنهم الصحابة أو العلماء لا يخرج عن مفهوم الجماعة المليية العقديّة، فهي كلها معاني تدور حول التزام الهدى ودين الحق مما كان عليه النبي ﷺ وأصحابه، فمن فعل فقد التزم الجماعة، وإن لم يكن صحابيا، أو علما، وعلى هذا المعنى يحمل لفظ الجماعة في النصوص التي وردت في الحث على لزوم الحق، كما في قوله ﷺ: (**إِنَّ أُمَّتِي سَتَفْتَرُقُ عَلَيَّ نَتْنَبِينَ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً كُلُّهَا فِي النَّارِ إِلَّا وَاحِدَةً وَهِيَ الْجَمَاعَةُ**) (6). ولفظ الجماعة في هذه الرواية مفسر في رواية أخرى (**تفترق هذه الأمة ثلاثة وسبعين فرقة كلها في النار إلا واحدة قالوا وما تلك الفرقة قال من كان على ما أنا عليه اليوم وأصحابي**) (7).

فالمقارنة بين الروايتين تبين أن عبارة (**إلا واحدة وهي الجماعة**) وعبارة (**من كان على ما أنا عليه اليوم وأصحابي**) تفسر إحداها الأخرى، فلفظ الجماعة في الرواية الأولى مفسر في الرواية الثانية؛ بأنه التزام ما كان عليه النبي وأصحابه من الهدى ودين الحق، اعتقادا وعملا.

فالجماعة بهذا المعنى تشمل كل من اعتقد دين الحق، والتزم ما جاء به النبي ﷺ مما أجمع عليه المسلمون في أصول الدين والعقيدة، وهو المفهوم من قوله ﷺ (**ما أنا عليه وأصحابي**) فإنما اجتمع أصحابه على مسائل الأصول،

1 - ينظر أبو إسحاق الشاطبي: الاعتصام، دار الفكر، 2003، 2/ 170. وممن قال به عمر بن عبد العزيز.

2 - الشاطبي: نفس المرجع: 2/ 170. وممن قال به عبد الله بن المبارك، وإسحاق بن راهويه.

3 - الشاطبي: نفس المرجع: 2/ 171. وممن قال به الإمام الشافعي.

4 - الشاطبي: نفس المرجع: 2/ 169. وممن قال به عبد الله ابن مسعود، وأبو مسعود الأنصاري.

5 - الشاطبي: نفس المرجع: 2/ 171-172. وممن قال به شيخ المفسرين الإمام الطبري.

6 - سنن ابن ماجه/ كتاب الفتن/ باب افتراق الأمم/ رقم: 3993. ص: 659. وصححه الألباني.

7 - الطبراني/ المعجم الأوسط/ باب الميم/ باب من اسمه محمود/ رقم: 7840. 8/ 22. وقال لم يَزُوْ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ بَنِي سَعِيدٍ إِلَّا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَفْيَانَ الْمَدَنِيُّ، وَيَاسِرُ الرَّيَّانِيُّ.

فإنه لم يرو عن واحد منهم خلاف فيها .. فأما مسائل الفروع فيما ليس فيه نص كتاب ولا نص سنة فقد اجتمعوا على بعضه واختلفوا في بعضه " (1).

إن إيجاد جماعة المسلمين الملية كان من أول يوم مقصدا ضروريا من مقاصد الرسالة وكانت الوسيلة إلى ذلك هي الدعوة، وطريق الانتساب إلى جماعة المسلمين بمفهومها العقدي هو شهادة التوحيد كإعلان صريح للدخول في ملة الإسلام، فعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: (**من شهد أن لا إله إلا الله واستقبل قبلتنا وصلى صلاتنا، وأكل ذبيحتنا، فهو المسلم له ما للمسلم وعليه ما على المسلم**) (2).

وطريق الخروج عن جماعة المسلمين الملية طريق واحد وهو الردة، فالمراد بالافتراق في الأحاديث السابقة؛ الافتراق في الملة والاعتقاد، أي الخروج من الإسلام إلى الكفر، فعبارة الخروج عن الجماعة، لا تعنى سوى مفارقة ملة الإسلام، كما هو مدلول لفظ التفرق في التداول القرآني ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعًا لَسَتْ مِنْهُمْ فِي شَيْءٍ** ﴾ (3)، وقوله: ﴿ **مَنْ أَلَّزِمَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعًا كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ** ﴾ (4). فإن مدلول الافتراق في هذه الآيات؛ الافتراق في الدين والملة، ويترتب على الخروج عن جماعة المسلمين الملية حكمان؛ حكما أخرويا وهو الحكم بكفره والخلود في النار. وحكما دنيويا وهو معاملته معاملة الكفار.

ثانيا - جماعة المسلمين السياسية

من جهة أخرى يطلق لفظ الجماعة على المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي سلطة عامة شرعية، وعلى هذا المعنى يحمل لفظ الجماعة في النصوص الحديثية التي وردت في الحث على البيعة ولزوم الإمام، وعدم الخروج عليه، كما قال ﷺ: (**يد الله مع الجماعة**) (5)، وفي رواية (**يد الله على الجماعة**) (6). فالمراد بلفظ الجماعة هنا جماعة المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي سلطة عامة كما هو مفسر في حديث الفتن عن حذيفة بن اليمان: (**قال أزم جماعة المسلمين وإمامهم، فقلت: فإن لم تكن لهم جماعة ولا إمام؟ قال: فاعتزل تلك الفرق كلها**) (7). والخروج على الجماعة السياسية يوصف بالبغي وليس بالكفر، ويترتب حكما دنيويا وهو قتاله قتال أهل البغي ومعاملته معاملة البغاة لا معاملة الكفار.

إن إيجاد جماعة المسلمين السياسية كان من أول يوم مقصدا ضروريا من مقاصد الدعوة والرسالة (8). ولكن المسلمون لم يتسنى لهم الانتقال من حيز الجماعة الملية إلى حيز الجماعة السياسية إلا بالبيعة ثم المحجرة إلى دار الإسلام

1 - أبو بكر بن علي البيهقي: الاعتقاد، دار الأفاق الجديدة، بيروت، 1401هـ، 234/1.

2 - صحيح البخاري/ كتاب الصلاة /باب فضل استقبال القبلة/ رقم: 393. 146/1.

3 - الأنعام/159.

4 - الروم/32.

5 - سنن الترمذي/ أبواب الفتن/ باب ما جاء في لزوم الجماعة/ رقم: 2166، 39/4. من حديث ابن عباس وقال هذا حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث بن عباس إلا من هذا الوجه.

6 - النيسابوري/ المستدرك على الصحيحين/ 1/ 268/ رقم: 157.

7 - صحيح مسلم / باب وجوب ملازمة الجماعة / تحريم الخروج على الطاعة ومفارقة الجماعة / رقم: 1847. ص: 772.

8 - كما هو بين من الحديث عن ابن عباس قال: (**مرض أبو طالب فحأته فريش وحأته النبي ﷺ) وعند أبي طالب مجلس رجل فقام أبو جهل كي يمتعه، وشكوه إلى أبي طالب فقال: يا ابن أخي ما تريد من قومك؟ قال إني أريد منهم كلمة واجده تدينهم بها العرب، وتؤذي إليهم العجم الجزية. قال**

البند الرابع: تأصيل السيادة لجماعة المسلمين

إن اعتبار الجماعة هي صاحبة السيادة بالمفهوم السياسي مؤسس تماما فإذا كان صاحب السيادة لا توجد في الداخل سلطة سياسية أعلى منه أو مساوية له، فإن جماعة المسلمين لا توجد سلطة سياسية أعلى منها أو مساوية لها، فهي باتفاق مصدر السلطات جميعا، وكونها ملزمة بتطبيق الشريعة لا يعني أن هناك سلطة سياسية أعلى منها هي سلطة الله المطلقة؛ لأن الله تعالى عن ذلك علوا كبيرا ليس سلطة سياسية هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن جماعة المسلمين عندما تلتزم بالشريعة فإن ذلك نابع عن التزام ديني عقدي، وليس عن إلزام سياسي، فإذا كان صاحب السيادة لا يفرض عليه القانون بل القانون هو التعبير عن إرادته، فإن جماعة المسلمين لا يفرض عليها الشريعة بل هي تختار الشريعة وتلتزم بها دينيا بإرادة عمومها أو جمهورها. ومن جهة ثالثة فإن جماعة المسلمين هي التي تضيء الإلزام السياسي على أحكام الشريعة الإسلامية فإن أحكامها في طبيعتها أحكاما دينية والإلزام بها إلزاما دينيا ولا تكتسب الإلزام السياسي إلا من خلال جماعة المسلمين.

فقرة 1 - جواز إطلاق لفظ السيادة ولفظ الحاكمية على غير الله ﷺ

إن سيادة الجماعة كمفهوم سياسي في حقيقة الأمر يختلف عن مفهوم السيادة الإلهية وهما معا يختلفان عن مفهوم السيادة الفردية، فالرجل سيد في بيته ﴿وَأَلْفِيَا سَيِّدَهَا لَدَا آلِّبَابِ﴾ (1). وقال الله ﷻ عن يحيى عليه السلام: ﴿وَسَيِّدًا وَحْصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ الصَّالِحِينَ﴾ (2). كما وصف النبي ﷺ نفسه بأنه (سَيِّدٌ وَلَدِ آدَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا فَخْرَ) (3)، وصف النبي ﷺ الحسن والحسين بأتهما (سَيِّدَا شَبَابِ أَهْلِ الْجَنَّةِ) (4)، فهذا اللفظ الذي يطلق بالاشتراك على الله ﷻ، وعلى خلقه، لا يناقض عقيدة التوحيد مادام الموحد موقن بأن الله ليس كمثل شيء، ومثله لفظ الحكم والحاكم فهو من الألفاظ التي تطلق في القرآن الكريم على المولى ﷺ فهو ﴿أَحْكَمُ الْحَاكِمِينَ﴾ (5). ﴿وَهُوَ خَيْرُ الْحَاكِمِينَ﴾ (6) كما تطلق على القاضي وعلى الإمام ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْأَلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ﴾ (7) كما تطلق على هيئة الصلح ﴿فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدُوا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ (8). ومثله لفظ الولي الذي يطلق على الله ﷻ، وعلى المؤمنين، وعلى النبي ﷺ (9)، وعلى الولي

كَلِمَةً وَاحِدَةً؟ قَالَ كَلِمَةٌ وَاحِدَةٌ قَالَ: يَا عَمَّ قُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ. سنن الترمذي/ أبواب تفسير القرآن/ باب سورة ص/ رقم: 3232، 281/5. من حديث ابن عباس وقال هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه.

1. يوسف / 25 .

2. آل عمران/ 39.

3. سنن الترمذي/ كتاب المناقب/ باب في فضل النبي ﷺ/ رقم: 3615 . 11/6، وقال الترمذي حديث حسن.

4. سنن الترمذي/ كتاب المناقب/ باب مناقب الحسن والحسين/ رقم: 3768 . 114/6، وقال الترمذي حيث حسن صحيح.

5. هود/ 45.

6. الأعراف/ 87.

7. البقرة/ 188.

8. النساء/ 35.

9. ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ، وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾. المائدة/ 55

الخاص(1)، مع التسليم بأن ولاية الله ﷻ ليست كولاية النبي ﷺ وهما معا يختلفان عن ولاية المؤمنين التي تختلف عن الولاية الفردية للأب والزوج والسيد، ولا يمكن بحال من الأحوال أن نخلص من ذلك إلى أنه لا ولاية إلا لله، على صيغة لا حكم إلا لله، ومثل ذلك لفظ القيام، فالله ﷻ هو القيام على كل شيء، ومع ذلك فقد أوكل لعباده القيام على ما تحت ولايتهم، ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ (2)، والخليفة قائم بأمر الدين وكذلك القاضي والمحاسب قائمون على حدود الله (مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ) (3).

فقرة 2- جماعة المسلمين تختار الشريعة قانونا ولا يفرض عليها

لقد أنعم الله على الإنسان بحرية الاختيار بين الإيمان والكفر، فإذا اختار الإسلام دينا فقد اختار عقيدة التوحيد نظاما عقائديا واختار الشريعة نظاما قانونيا، وإذا كانت جماعة المسلمين مكونة عموما أو جمهورا من المسلمين فإن اختيارهم للإسلام دينا يعني بالضرورة اختيار جماعة المسلمين للشريعة نظاما قانونيا، ومن ثم فإن جماعة المسلمين هي التي تختار النظام القانوني الذي تحتكم إليه يوم يختار عموما أو جمهورها عقيدة الإسلام، ومن ثم فإن مصدر إلزام الشريعة كونه النظام القانوني الذي اختارته جماعة المسلمين بكل سيادة يوم اختار عموما أو جمهورها الإسلام دينا، نعم إن الله هو الذي أنزل الشريعة و فرض الحكم بها على جماعة المسلمين ولكن هذا الفرض والإلزام يبقى إلزاما دينيا، ولو فرضنا جدلا - والعياذ بالله - أن عموم المسلمين اختاروا دينا غير الإسلام، وهو أمر متاح إذ ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي دِينٍ﴾ (4). فإن ذلك يعني بالضرورة أن جماعة المسلمين تخلت بإرادتها عن الالتزام بالشريعة كدين وكنظام قانوني فإن الجزاء على ذلك لن يكون قبل يوم الدينونة، فالخضوع للشريعة حكاما ومحكومين لن يكون إلا من خلال جماعة المسلمين، ومنه يتبين أن جماعة المسلمين عندما تلتزم بالشريعة كنظام قانوني إنما يكون باعتباره تجسيدا للإرادة العامة لعموم أو جمهور جماعة المسلمين منها، فإذا كان صاحب السيادة لا يفرض عليه القانون بل القانون هو التعبير عن إرادته، فإن جماعة المسلمين هي صاحبة السيادة التي باختيارها بكل حرية عقيدة الإسلام تكون قد اختارت الشريعة الإسلامية نظاما قانونيا تحتكم إليه.

فقرة 3- سيادة الله ﷻ مطلقة وتتجاوز المجال السياسي

إن مفهوم السيادة لله أو الحاكمية لله هو مفهوم يتم طرحه خارج مجاله الأصلي، فهو مفهوم يتم تناوله بدلالات سياسية في حين أن نسبة لفظ السيادة لله كافية ليتجاوز معناه المجال السياسي إلى المجال المطلق، فالسيادة لله حقيقة دينية مسلمة، وهذه السيادة ليست سيادة سياسية، وإنما هي سيادة كونية مطلقة. إن حاكمية الله لها مظهران:

1- سيادة ربوبية، تتجلى في مشيئته وإرادته الكونية، فهو ﷻ وحده الخالق المدبر والمتصرف في الكون كله وفق مشيئته ﷻ، وهو المتصرف في الخلق وفي البشر جميعا، خلقا ورزقا، و إحياء وإماتة، ضرا ونفعا، إيجادا وإنعاما

1 ﴿فَلْيَمْلِكْ وَرِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾. البقرة/282

2 . النساء/34.

3 . صحيح البخاري/ كتاب الشركة/ باب هل يقرع في القسمة والاسهام فيه/ رقم: 2493 . 206/2.

4 . البقرة/256.

وإمدادا، فالأفعال جميعا هي أفعال الله؛ بركان أو زلزال أو فيضان، خسوف أو كسوف، حر أو قر، صحة أو مرض، فقر أو غنى، خصب أو جدد، رخاء أو غلاء، هزيمة أو انتصار، تقدم أو تخلف، فهذه السيادة شاملة ومطلقة ونهائية، فما من صغيرة ولا كبيرة إلا بمشيئته، وتتجلى حاكميته ﷻ من خلال السنن التي ﷻ بثها الله ﷻ في الأفق والأنفس. وهذا النوع من السيادة أو الحاكمية قد عبر عنه علماء العقيدة بتوحيد الربوبية. فهذا النوع من السيادة يعم الكون كله و يعم البشر جميعا ولا يختص بجماعة سياسية بعينها، بل حتى الأمم المشتركة قبل الإسلام على ما ذكر القرآن كانت تسلم بهذا النوع من التوحيد والسيادة.

2- سيادة ألوهية وهي سيادة تتجلى في مشيئته وإرادته التشريعية، وهي سيادة تتوقف على التسليم بأن الله ﷻ هو وحده المستحق للعبادة، والعبادة طاعة أوامره ونواهيه والتزام شرائعه وأحكامه، وليست جميع هذه الأوامر والنواهي والأحكام ذات طبيعة سياسية، بل منها أحكام يتوقف العمل بها على وجود جماعة سياسية ومنها، أحكام لا يتوقف العمل بها على وجود جماعة سياسية.

فالأحكام العقدية هي أحكام الخطاب فيها لعموم البشر ولا يختص بالمسلمين ولا يتوقف العمل بها، على وجود جماعة سياسية، ومن ثم فمثل هذه الأحكام لازمة لكل إنسان لزوما دينيا محضا سواء عاش في جماعة سياسية، أو عاش راهبا في رأس جبل أو شجرة، فهي كما سيأتي أحكام موكولة إلى وازع الإيمان والعرفان ولا مجال فيها على العموم لوازع الجماعة والسلطان، فلا إكراه في الدين، فمن الواضح أن سيادة الله ﷻ فيما يتعلق بالأحكام العقدية هي سيادة ذات طبيعة دينية محضة وليست ذات طبيعة سياسية أو قانونية.

وأما بالنسبة للعبادات أو الشعائر التعبدي فتختلف عن الأحكام العقدية في أن الخطاب بها خطاب موجه لمن آمن بالله واليوم الآخر من عموم المسلمين وليس موجه لعموم البشر على القول من أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة حتى يسلموا بأصلها، وتشترك أحكام العبادات مع أحكام العقيدة أنها أيضا لا يتوقف العمل بها على وجود جماعة المسلمين السياسية فالشعائر التعبدي فروض عينية لازمة لزوما دينيا لكل من سلم بأصل العقيدة. ويمكن له أن يطبقها ولو كان يعيش في دار الكفر. ومن الواضح أن المسلمين الذين يعيشون في ديار الكفر ويلتزمون بشعائر دينهم هم مقرون بحقوق السيادة الإلهية عليهم ولكنها سيادة دينية وليست سياسية. وأما بالنسبة للمعاملات والشرائع القانونية فتحتاج إلى تفصيل نعرض له في الفقرة التالية:

فقرة 4- جماعة المسلمين هي التي تضي الإلزام السياسي على أحكام الشريعة

إن جماعة المسلمين هي التي تضي الإلزام السياسي على القوانين الشرعية القطعية والظنية، إن أحكام الشريعة ملزمة للمسلمين دينيا ولكن جماعة المسلمين تضي عليها إلزاما من نوع آخر وهو الإلزام السياسي:

فإذ كانت جماعة المسلمين مكونة من المسلمين فحسب، فإن الإلزام بالشريعة يكون دينيا وسياسيا؛ دينيا باعتبار الاعتقاد وسياسيا باعتبار السيادة لجماعة المسلمين، فالأحكام الشرعية تبقى في أصلها أحكاما دينية والإلزام بها يبقى إلزاما دينيا يكفلها اعتقاد في جزاء أخروي يوقعه ملك يوم الدين، وهذا الاعتقاد متى قوي ولم يضعف فهو يحجز صاحبه عن مخالفة هذه الأحكام سواء عاش في دار الإسلام أو في دار الكفر، أي سواء خشي العقاب المقرر لها الذي توقعه السلطة العامة أو لم يخش. كما أن هذه الأحكام ستجد طريقها إلى الإلزام السياسي من خلال جماعة المسلمين التي تلزم بها وتسبب لها الجزاء الدنيوي الذي توقعه السلطة العامة، فالأحكام التي تضي بتحرير الربا أو

القاضية بتحريم لحم الخنزير أو تحريم التبرج والسفور تبقى في الأساس أحكاما دينية والإلزام بها يبقى إلزاما دينيا محضا خاصة وأن هذه الأحكام لم تقر لها عقوبات شرعية مقدرة. وكذلك الأحكام الأخرى التي قررت لها الشريعة عقوبات مقدرة، مثل القتل والزنا والسرقه فإن هذه الأحكام تبقى في الأساس أحكاما ملزمة دينيا ولا يصير الإلزام بها سياسيا إلا من خلال جماعة المسلمين التي تلزم المحكوم بعدم مخالفتها وتلزم الحاكم بالعقوبات المقررة لها، فالنصوص التي سنت هذه العقوبات كان الخطاب فيها كما هو معلوم لجماعة المسلمين أصالة، فجماعة المسلمين متى اختار عمومها أو جمهورها الإيمان بالله واليوم الآخر فهي ملزمة بحكم اعتقادها إلزام الحاكم بتطبيق هذه العقوبات، ومن ثم فإن هذه العقوبات لا تكتسب صفة الإلزام السياسي إلا من خلال جماعة المسلمين فهي التي تلزم السلطة العامة بها. فإذا فرضنا أن السلطة العامة لم تطبق هذه العقوبات كما هو الوضع الحالي في أغلب أقطار الإسلام، فإن جماعة المسلمين هي التي يقع على عاتقها من الناحية الدينية مسؤولية إلزام الحاكم سياسيا بالعمل بهذه العقوبات التي تبقى أحكاما ملزمة دينيا ولا تجد طريقها إلى الإلزام السياسي إلا من خلال جماعة المسلمين.

أما إذا كانت جماعة المسلمين مكونة أيضا من غير المسلمين فإن الإلزام بالنسبة لهم يكون سياسيا فحسب، ومصدر هذا الإلزام السياسي بطبيعة الحال هو أن السيادة لجماعة المسلمين وليس فقط السلطان، إذ لو كان لجماعة المسلمين السلطان دون السيادة لجاز لغير المسلمين اختيار نظاما قانونيا غير الشريعة في غير المسائل الدينية. ومنه نخلص إلى أن الإلزام بالشريعة يبقى إلزاما دينيا ولكن جماعة المسلمين من خلال جمهورها هي التي تجعل من ذلك إلزاما سياسيا، وليس التشريع في الاصطلاح القانوني إلا الإلزام بقواعد عامة ومنه يتبين أن جماعة المسلمين هي صاحبة السيادة بالمفهوم السياسي.

فقرة 5- جماعة المسلمين لا ينحصر دورها في تنفيذ الشرع فحسب وإنما في سنه أيضا.

يقول البعض بأن الله ﷻ هو الذي أنزل الشريعة وسن أحكامها وليست جماعة المسلمين هي التي سنت الشريعة حتى تعتبر صاحبة السيادة (1)، فجماعة المسلمين ليست من وظيفتها وضع الأحكام وسن التشريع وإنما وظيفتها فقط تطبيق الشرع المنزل، وما تنهض به الأمة من اجتهاد في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها لا يعتبر تشريعا وإنما تطبيق للشرع؛ وبالتالي فصاحب السيادة هو الذي يسن التشريع وليس الذي يطبقه، والجواب إن هذا الاعتراض منقوض بما يلي:

1- الأول: الأحكام الشرعية منها تلك التي تتعلق بالعقيدة والعبادة ومنها تلك التي تتعلق بالمعاملات. أما الأحكام التي تتعلق بالعقائد والشعائر التعبديّة فهي وإن كانت من الأحكام التي تندرج في مفهوم الشريعة بمعناها العام فإنها ليست مما يندرج في مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني، وهذا النوع من الأحكام لا شأن للسلطة العامة به فهي تقع خارج مجال التصرف السياسي - كما سنفصل لاحقا - إذ ليس من وظائف السلطة العامة وضع عقيدة أو سن شعائر أو سن أخلاق. فهذه الأحكام في عمومها أحكام توقيفية ليس لجماعة المسلمين أي دور في سنّها.

أما الأحكام التي تتعلق بالمعاملات كأحكام الأموال والولايات والعقوبات فهذه الأحكام هي التي تندرج في مفهوم التشريع بالاصطلاح القانوني وهذا النوع من القوانين لا يمكن أن يسن ويطبق إلا في وجود جماعة المسلمين وفي

1 . ينظر: محمد فؤاد النادى: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 45.

وجود ولاية عامة تحفظ الدين وتقييمه، وهذا النوع من الأحكام اقتصر الشرع على قواعد عامة ومبادئ كلية ولم ينص على تفاصيله إلا ما كان من أحكام جامدة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، بل لقد فوض الله الاجتهاد في هذا النوع من الأحكام لجماعة المسلمين وفق القواعد التي خصصنا هذه الرسالة لتفصيلها.

2- الثاني: إن مفهوم التشريع في الاصطلاح المعاصر مفهوم نسبي يتدخل مع التطبيق تدخلا تدرج به القواعد القانونية من العموم والتجريد إلى الخصوص والتعيين، فالقانون تشريع ولكنه بمعنى من المعاني هو تطبيق لقواعد أعم وردت بالدستور، وكذلك فاللوائح تشريع ولكنها بمعنى من المعاني تطبيق لقواعد أعم وردت بالقانون، وأحكام المحاكم تعتبر تطبيقا للقانون ولكنها قد تتضمن قيمة تشريعية فيما يعرف بالسوابق القضائية(1). وبالمثل فإن التداخل بين التشريع والتطبيق في التشريع الإسلامي وارد فأحكام القرآن تشريع ولكنها بمعنى من المعاني ليست إلا تطبيقا لقوله ﷺ: **﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾** (2). فقد قال العلماء أن هذه الآية هي أجمع آية في القرآن لخير أو لشر وروي ذلك عن بعض الصحابة كعبد الله بن مسعود(3) والسنة تشريع ولكنها بمعنى من المعاني ليست إلا تطبيقا لقواعد عامة وردت في الكتاب والسنة، فالأحكام تختلف في درجة العموم والتجريد من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص ومن حيث الزمان والمكان ولو اقتصرنا في إطلاق لفظ التشريع على أكثرها عمومية وتجريداً لكان قوله ﷺ: **﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾** (4). هو وحده التشريع وسائر الأحكام ليست إلا تطبيقا له بما في ذلك الأحكام القطعية والظنية الواردة في الكتاب والسنة. غير أنه استقر في الاصطلاح القانوني إطلاق لفظ التشريع على كل قاعدة تتصف بقدر من العمومية و التجريد، ومن ثم فإن ما تمارسه جماعة المسلمين من اجتهاد فيما فيه نص أو فيما لا نص فيه هو تشريع متى صدر عن السلطة العامة في صيغ قواعد عامة مجردة ملزمة.

وإذ تبين أن جماعة المسلمين هي التي تختار الشريعة نظاما قانونيا ولا يفرض عليها، وهي التي تضيفي الإلزام السياسي على أحكامه وهي التي لها حق التشريع ابتناء فنخلص من ذلك إلى أنها هي صاحبة السيادة بمفهومها السياسي.

البند الخامس: الآثار المترتبة على أن السيادة لجماعة المسلمين

إذا كنا قد خلصنا إلى أن السيادة كمفهوم سياسي لجماعة المسلمين فقد بقي أن نبين الآثار المترتبة على ذلك وهو ما نلخصه في العناصر الأربعة التالية:

فقرة 1- الحكم المباشر والنيابي

إذا كانت نظرية السيادة للأمة لا تعترف إلا بالنظام النيابي، وكانت نظرية السيادة للشعب تجعل لعموم أفراد الشعب الحق في المساهمة في جميع شؤون الحكم على قدم المساواة، على الرغم من صعوبة ذلك عمليا، فإن نظرية

1 . ينظر: طارق البشري: الوضع القانوني بين الشريعة والقانون الوضعي، دار الشروق، القاهرة، ص:90.

2 . النحل/90.

3 . ينظر: الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 280/17.

4 . النحل/90.

السيادة لجماعة المسلمين تأخذ بالتنوعين معا فتزى الرجوع إلى الشعب في المسائل المحدودة التي يتعين فيها الرجوع إلى الشعب، وفيما عدا ذلك فإن الأمور تسند إلى أهلها من نواب الأمة(1).

فقرة 2- الاقتراع حق وعام

وثاني الآثار المترتبة على أن السيادة لجماعة المسلمين أنه فيما يتعلق بالمسائل التي تخضع للحكم المباشر، فإن نمط الاقتراع الذي يأخذ به الدولة الإسلامية هو نمط الاقتراع العام، ذلك أنه لما كانت السيادة لجماعة المسلمين، وكانت جماعة المسلمين مكونة من عموم المسلمين الذين اختار كل فرد منهم عقيدة الإسلام بكل حرية وسيادة، كان لكل فرد منهم جزء من السيادة في المجال المتاح يمارسها بحسب شروط التكليف العام، وإذا كانت جماعة المسلمين مكونة من أغلبية مسلمة وأقلية غير مسلمة فإن هذه الأقلية تشترك أيضا في ممارسة السيادة مع المسلمين ما دامت قد أعطت الولاء للدولة الإسلامية وقبلت بالشرعية الإسلامية نظاما قانونيا في غير ما يتعلق بالأمور الدينية المحضة(2). ومن ثم فإن الاقتراع في النظام السياسي الإسلامي ليس فقط واجبا وإنما أيضا حقا، وعلى ذلك فتمط الاقتراع الذي تأخذ به الدولة الإسلامية في المسائل التي تخضع للاقتراع والحكم المباشر هو نمط الاقتراع العام.

وعليه فإننا نرى أن الدكتور ماجد راغب الحلو قد جانب الصواب حين جزم بأن نمط الاقتراع في النظام السياسي الإسلامي هو الاقتراع المقيد، استنادا إلى أن ممارسة شؤون الحكم ليست حقا لكل الأفراد، بل فرض كفاية على القادرين منهم، مستدلا على ذلك بجملة من النصوص التي تؤكد هذا المعنى(3)، و الحق أن قوله إن ممارسة شؤون الحكم فرض كفاية على القادرين وليست حقا لجميع الأفراد، قول صحيح، ولكنه يصدق على الوظائف العامة و الولايات العامة، ولا يصدق على الاقتراع وسائر الحقوق السياسية. ويكفي دليلا على ذلك أن الإسلام يتبنى نظام البيعة، والبيعة كما هو معلوم سواء كانت بيعة انعقاد أو بيعة طاعة هي فرض عين على كل فرد من جماعة المسلمين، وليست فرض كفاية على مجموعهم(4). ومن ثم فهي تعرف بالبيعة العامة. وعليه فتمط الاقتراع في الدولة الإسلامية هو الاقتراع العام، ويؤيد ذلك أيضا أننا إذا تصحفنا الشروط الفقهية التي تشترط لممارسة حق البيعة نجد أنها شروط لا تخرج عن شروط التكليف العام كما سيأتي(5)، ومن ثم فلا يبقى مجال للقول بأن نمط الاقتراع في الدولة الإسلامية هو نمط مقيد. ومن هذه الناحية فإن مبدأ السيادة لجماعة المسلمين يشبه جزئيا نظرية السيادة للشعب من حيث تبني نمط الاقتراع العام ويختلف عن نظرية السيادة للأمة التي تبني نمط الاقتراع المقيد.

فقرة 3- الوكالة غير الإلزامية في الشورى التشريعية والوكالة الإلزامية في الشورى السياسية.

والأثر الثالث المترتب على أن السيادة لجماعة المسلمين فيما يتعلق بالحكم النيابي، أن النظام السياسي الإسلامي يقوم على الوكالة غير الإلزامية فيما يتعلق بالمسائل الشرعية والوكالة الإلزامية فيما يتعلق بالمسائل السياسية. استقلالية نواب مجلس الشورى عن ناخبهم فيما يتعلق بالشورى التشريعية(6)، ففي مجال المسائل التشريعية يستقل

1 . ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 114.

2 . حول حق المسلمين وغير المسلمين في الاقتراع ينظر: الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

3 . ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة. ص: 111-112.

4 . ينظر: محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 106-118.

5 . ينظر: محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 118. وينظر الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

6 . حول التفريق بين الشورى التشريعية والشورى السياسية ينظر: الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

النائب في اجتهاده وبجته عن الحقائق دون أن يكون لغير ضميره وعلمه وفقهه أي سلطة عليه، فالتشريع يتصف بالعمومية، ومن ثم ينبغي أن يراعى في سنه مصلحة عموم الأمة وليس مصلحة ناخبه، كما أنه ليس من المعقول ولا من المصلحة أن يترك النائب فقهاء وعلمه لإتباع تعليمات ناخبه وإن كانوا من الجاهلين(1). ومن ثم ففي مجال الشورى التشريعية فإن النظام السياسي الإسلامي يتبنى الوكالة غير الإلزامية لنواب مجلس الشورى. أما في مجال الشورى السياسية فالأمر مختلف فالقضايا والمسائل السياسية المصلحية التي لها اتصال مباشر بالواقع المعيشي لعموم المسلمين ومصالح الناخبين، فإن هذه المسائل ينبغي أن يلتزم فيها النائب بتعليمات ناخبه إذا اختلف معهم واحقق في إقناعهم بما يراه. بل للمسلمين حق عزل ولي أمرهم الذي لا يشاور أو لا يلتزم بنتيجة الشورى (2).

فقرة 4- القانون تعبير عن الإرادة العامة في مجال الأحكام القطعية، وعن إرادة الأغلبية في مجال الأحكام الظنية.

لما كانت جماعة المسلمين هي صاحبة السيادة وكانت هذه الجماعة مكونة عموماً أو جمهوراً من المسلمين، وكان الذي جمع بين هؤلاء هو دين الإسلام كانت أحكامه القطعية معبرة عن الإرادة العامة لجماعة المسلمين، ويترب على ذلك أن القانون يعتبر من جهة تعبيراً عن الإرادة العامة في مجال الأحكام القطعية، فما أجمعت عليه الأمة سواء أكان عن نص قطعي أو ظني فهو يعتبر دون أدنى شك تجسيداً لمفاهيم الحق والخير والعدل في المجتمع الإسلامي لما ثبت في الكتاب والسنة من عصمة الأمة حال إجماعها، ومن ثم فلا يجوز أن تكون هذه الأحكام موضعاً للجدل أو النقاش أو الاعتراض، من فرد أو هيئة أو سلطة(3)، فإن ما جمعت عليه الأمة يعبر عن إرادتها سياسياً وعن إرادة الله ﷻ دينياً، فحصول الإجماع ليس بيد البشر أو من فعل البشر بل هو بيد الله ومن فعل الله ﷻ. ومن ثم فإن الأحكام القطعية تمثل الإرادة العامة لجماعة المسلمين، حتى ولو كانت جماعة المسلمين تضم أقليات دينية، فإن وجود هذه الأقليات لا يخرق هذه الإرادة العامة، من حيث أن هذه الأقليات بقبولها العيش في الدولة الإسلامية وتحت النظام الإسلامي، تعتبر قد قبلت وسلمت بهذه الأحكام القطعية التي تشكل أسس هذا النظام.

ومن جهة ثانية يعتبر القانون تعبيراً عن إرادة الأغلبية في مجال الأحكام الظنية، ولذا فمن المحتم حتى لا يختل النظام في الدولة أن تدعى الأقلية لرأي الأغلبية وتلزم به عملياً، ولكن ذلك لا يمنع للأقلية أن تحتفظ برأيها وحققها في الاعتراض والسعي لتعديله وتغييره وفق الإجراءات المقررة دستورياً. لأن هذه القوانين الشرعية المبنية على أدلة ظنية لا تعبر عن إرادة معصومة بل عن إرادة بشرية تخضع وتصيب(4)، بمعنى أنها لا تعبر عن إرادة الله وإنما عما يرون أنها إرادة الله، والفرق بينهما بيّن، ومن ثم يمكن الاعتراض عليها وتعديلها وتغييرها ولو انتسبت للشرعية وفقهها. إن هذا الأثر يتفق تماماً مع طبيعة الأحكام الشرعية فإذا كان من المقرر شرعاً عدم جواز مخالفة الأحكام الاجتهادية الظنية لحكم من الأحكام القطعية، فكذلك فإن إرادة الأغلبية ستكون مقيدة في النظام السياسي الإسلامي بالإرادة العامة

1 . ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 116.

2 . ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 116.

3 . محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص: 310.

4 . ينظر ويقارن: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 115.

للأمة. ومن ثم فلا مجال للاعتراض للقول بأن إضفاء السيادة على جماعة المسلمين يجعل الأغلبية بإمكانها وضع تشريع مخالف للشريعة.

ويتبين من كل ذلك أن مبدأ السيادة لجماعة المسلمين يختلف من هذه الزاوية عن مبدأ السيادة للأمة الذي يجعل كل القوانين - رغم أنها من حيث الواقع من صنع البرلمان - تعبيراً عن الإرادة العامة للأمة، ولذلك فهي تعد غير قابلة للنقد أو الاعتراض، كما يختلف أيضاً عن مبدأ السيادة للشعب الذي يجعل القوانين كلها قابلة للتغيير متى تغيرت الأغلبية (1)، وهو ما يبين أن هذه النظرية رغم سموها الشكلي في تجسيد مبدأ الرجوع إلى الشعب لا تنتهي إلى أساس موضوعي متين.

وهكذا فالقول بأن السيادة لجماعة المسلمين يختلف في هذا المجال عن نظرية السيادة للأمة التي تجعل النائب مستقلاً غير خاضع لناخبيه نظراً لاعتباره ممثلاً للأمة كلها في جميع شؤون نيابته، كما يختلف عن نظرية موقف نظرية السيادة للشعب التي تجعل النائب ملزماً بتعليمات ناخبيه في شؤون نيابته (2).

1 - ينظر ويقارن: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 115.

2 - ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 116.

جامعة الأمير
عبد القادر بن محمد
الاسلامية
الفصل الثاني
تأصيل سلطة
ولي الأمر في التشريع

إذ كنا قد خلصنا إلى أن الجماعة هي صاحبة السيادة في النظام السياسي الإسلامي، وهي التي فوض الله إليها التشريع، فرضا كفاثا يطالب به مجموعها لا جميعها، ولما كان من غير الممكن أن تنهض الأمة جميعا بهذه الوظيفة، فإن السؤال الذي يفرض نفسه هو من الذي ينوب عن الأمة في ممارسة العمل التشريعي؟

إن الإشكالية التي يطرحها هذا الفصل إشكالية تأسيسية، لا يمكن تجاوزها واعتبارها مجرد مسلمة من مسلمات البحث ومقدمة من مقدمات الموضوع المسبقة، ومفاد هذه الإشكالية؛ أنه يمكن أن يقال أن ليس هناك ارتباط بين وظيفة التشريع وبين وجود السلطة العامة، وبين استقرار المجتمع وانتظامه، بمعنى أنه يمكن تصور مجتمع منظم تؤدي فيه الحقوق وتسان فيه الحريات دون أن يعرف ما يسمى بوظيفة التشريع أو ما يعرف بالسلطة العامة أو الولاية العامة، فنحن هنا أمام إشكالية لها ثلاثة أطراف، وجود القانون من جهة، وجود السلطة العامة من جهة ثانية، ومن جهة ثالثة انتظام المجتمع واستقراره، و يمكن أن نتحل هذه الإشكالية إلى ثلاثة أسئلة مترابطة:

الأول هل يمكن أن نتصور انتظام مجتمع واستقراره من غير وجود قانون أو تشريع يحكمه؟ كما يفترض بعضهم، أنه لو تعامل الناس بالعدل لما احتاجوا إلى الشرع ولو تعاملوا بالمحبة لما احتاجوا للعدل.

الثاني: هل يمكن تصور انتظام مجتمع واستقراره من غير حاجة ماسة إلى سلطة عامة تطبق الشرع والقانون وتفرضه، كما قد يفترض بعضهم من أنه لو احتكم الناس إلى الشرع لما احتاجوا للسلطة العامة (مبحث أول).

الثالث: أنه لا يمكن تصور مجتمع منظم ومستقر من غير وجود قانون يحكمه، أو سلطة عامة تطبقه؟ ولكن يمكن افتراض أن وجود السلطة العامة غير ضروري لوجود القانون والتشريع، فليس هناك ارتباط بين سن القانون من جهة ووجود السلطة من جهة ثانية؟ بتعبير آخر أنه يمكن تصور مجتمع تقوم فيه السلطة العامة بتطبيق القانون ولكنها لا تسنه، وهي الحالة التي يفترض البعض أنها تنطبق على المجتمع الإسلامي؟ (مبحث ثان)

لقد تمت الإجابة عن السؤال الأول في الفصل التمهيدي وأما الإجابة عن السؤال الثاني والثالث فستكون موضوع هذا الفصل من خلال مبحثين نخصص أولهما للإجابة عن السؤال الثاني، ونخصص ثانيهما للإجابة عن السؤال الثالث، وعلى ذلك فقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: التأصيل الشرعي لمفهوم الولاية العامة وضرورتها

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لسلطة ولي الأمر في التشريع

المبحث الأول: التأصيل الشرعي لمفهوم الولاية العامة وضرورتها

هل يمكن تصور مجتمع منظم ومستقر من غير أن يكون في حاجة ماسة إلى سلطة أو ولاية عامة تطبق الشرع والقانون وتفرضه، قد يفترض بعضهم أنه لو احتكم الناس إلى الشرع من تلقاء أنفسهم وبدافع من ضميرهم لما احتاجوا للسلطة العامة، وهو ما يدعوننا إلى طرح السؤال حول مدى صحة الفكرة القائلة أن السلطة ليست ضرورة ويمكن الاستغناء عنها؛ ذلك أنه إذا صح أن وجود السلطة العامة في حد ذاته ليس ضرورة، فكل حديث بعد ذلك عن إسناد دور مفترض إليها في مجال التشريع هو حديث لا قرار له، وهو ما يقتضي منا أن نفرّد حيزاً من هذا البحث لتأصيل مفهوم الولاية العامة في الفقه السياسي الإسلامي، ثم الاستدلال على ضرورة الولاية العامة في التشريع والفقه الدستوري الإسلامي، الضرورة الشرعية والسياسية في نفس الوقت، فالسيادة وإن كانت لجماعة المسلمين فإن لا بد من وجود من ينوب عن جماعة المسلمين في أداء مختلف الوظائف السياسية التي يقتضيها تنظيم وإدارة الشأن العام، ومن أهمها الوظيفة التشريعية، ومن ثم فقد خصصنا هذا المبحث لتأصيل مفهوم السلطة والولاية العامة ابتداءً، (مطلب أول) والتأصيل الشرعي لضرورة السلطة العامة انتهاءً (مطلب ثان)

وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: التأصيل لمفهوم الولاية العامة في الفقه السياسي الإسلامي

المطلب الثاني: ضرورة الولاية العامة في الفقه السياسي الإسلامي

المطلب الأول: التأصيل لمفهوم الولاية العامة في الفقه السياسي الإسلامي

يميل فقهاء الشريعة عموماً إلى استعمال مصطلح "ولاية" عوضاً عن لفظ "السلطة" ومرد ذلك نفورهم مما ينطوي عليه لفظ سلطة من إحياء بالتسلط الذي ياباه نظام الإسلام بطبيعته، بكل معانيه من طغيان واستبداد، فالأشبه بروحه هو مصطلح "الولاية" أو "أولو الأمر" لما فيهما من معاني الرعاية والاهتمام⁽¹⁾، و يتطلب تحديد مفهوم ولي الأمر أو الولاية العامة وتنزيله على مناط الواقع السياسي المعاصر جهداً تأصيلياً مزدوجاً يتعلق الأول بدلالة لفظ الأمر وأولي الأمر في التداول الشرعي والفقهية (فرع أول)، ويتعلق الثاني بتنزيل هذا اللفظ على مناط الواقع السياسي (فرع ثان). وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين

الفرع الأول: مفهوم ولي الأمر في التداول الشرعي والفقهية

الفرع الثاني: تحقيق المناط السياسي لمفهوم ولي الأمر

1- إبراهيم عبد الصادق محمود، فقه الصلاحية للولاية العامة، دراسة تأصيلية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الخرطوم، السنة الثانية، العدد الثاني، 1423هـ، ص:79.

الفرع الأول: مفهوم ولي الأمر في التداول الشرعي والفقهية

البند الأول: مفهوم ولي الأمر في التداول الشرعي

فقرة 1- مفهوم أولي الأمر لغة

ولي الأمر مركب إضافي من كلمتين ولي، وأمر، ويعبر القرآن الكريم عن الذين يتولون السلطة بأولي الأمر، بمعنى ذوو الأمر، ولفظ أولي من ألفاظ الجمع التي لا مفرد لها في اللغة العربية. أما لفظ ولي الأمر فهو من الولاية. والولاية في اللغة بالكسر من ولي الشيء و ولي عليه، وولي الأمر قام به، وتولى الأمر تقلده، ومنه ولي اليتيم الذي يقوم على أمره وكفالتة، أما الولاية بالفتح فتعني النصرة والحجة والنسب ومنه تولى فلان فلانا اتخذه وليا، ومنه قوله ﷺ: ﴿ **اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا** ﴾ (1). (2)، وبكل هذه المعاني ورد اللفظ في مجال التداول القرآني،

فقرة 2- مفهوم الولاية في التداول القرآني

يطلق لفظ الولاية في التداول القرآني إطلاقين: إطلاق عام وإطلاق خاص

أولاً- الإطلاق العام يطلق "أولوا الأمر" إطلاقاً عاماً، ويراد به كل من ولي ولايةً صحيحة خاصة كانت أو عامة(3)، فيشمل مفهومه جميع الولايات العامة، وعلى رأسها ولاية الإمام (رئيس الدولة) وما يتفرع منها من الولايات. كما يشمل مفهومه جميع الولايات الخاصة، وهي ولاية كل فرد عن نفسه أصالة أو عن غيره نيابة، ومن ذلك ولاية الزوج على زوجته، وولاية الأب على أبنائه، والسيد على عبده، والمستأجر على أجيده، وولاية الكفيل على اليتيم، كما في قوله ﷺ: ﴿ **فَلْيَمَلِكْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ** ﴾ (4). وقوله: ﴿ **وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا** ﴾ (5). ﴿ **وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَاهُ أَيْنَمَا يُوَجِّهُهُ لَا يَأْتِ بِخَيْرٍ** ﴾ (6)، وهي ولاية تخرج بطبيعتها عن مفهوم أولي الأمر لما سيأتي من أن دلالة لفظ الأمر في القرآن إنما يراد به في مجال التداول القرآني الشأن العام المفوض للسلطة السياسية و الولاية الخاصة ليست سلطة سياسية.

ثانياً- ويطلق "أولوا الأمر" إطلاقاً خاصاً، ويراد به كل من ولي ولاية شرعية لأمر المسلمين العامة، و هو المعنى المراد من قوله ﷺ: ﴿ **يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ** ﴾ (7). بدلالة السياق، فالخطاب للذين آمنوا مشعر بأن المراد بأولي الأمر، الذين لهم ولاية عامة على المؤمنين، كما أن لفظ الأمر في التداول القرآني كما سيأتي ينصرف إلى الشأن العام ومعنى السلطة العامة، ومما لا شك فيه أن كل من ولي ولاية إنما يطاع في حدود ولايته، وفي حدود طاعة الله ﷻ.

1- البقرة/257.

2- ينظر: الزبيدي: تاج العروس، 40/242، وبنظر: الرازي: مختار الصحاح، 134.

3- وقد أشار إلى هذا العموم في معنى "أولي الأمر" أبو حيان الأندلسي في تفسيره، حيث قال: "والظاهر أنه كل من ولي أمر شيء ولاية صحيحة" البحر المحيط، 3/290.

4- البقرة/282.

5- الإسراء/33.

6- النحل/76.

7- النساء/59.

البند الثاني: مفهوم ولي الأمر في التداول الفقهي

فقرة 1- مفهوم الولاية في الاصطلاح الفقهي

يعرف البعض الولاية على أنها "القدرة الشرعية على التصرف النافذ الصحيح" (1)، بينما يعرفها الجرجاني تعريفاً أدق "بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"، وأما الولاية العامة فتعرفها الموسوعة الفقهية بأنها "سلطة على إلزام الغير وإنفاذ التصرفات عليه بدون تفويض منه" (2)، وهو تعريف يحمل إجمالاً وإهاماً كما يحمل خللاً وخطأ؛ أما الإهام فمصدره كلمة الغير فهي كلمة محملة قد تنطبق على الخصوص كما تنطبق على العموم، بينما الولاية العامة هي في الحقيقة تصرف على العموم، أما الخلل في هذا التعريف فاعتباره الولاية العامة كالولاية الخاصة تثبت لولي الأمر بغير تفويض من جماعة المسلمين أو من ينوب عنهم.

ويعرف الدكتور إبراهيم عبد الصادق محمود الولاية العامة بأنها "صلاحية أو استحقاق شرعي، أسبغه الشارع على كل مكلف من أفراد المسلمين، نابع من تكليفه للمسلمين بإقامة أحكام الدين، بما تتضمنه من تدبير المصالح العامة، وراجعة إليه". ويرى أن الولاية العامة منوطة بأوصاف "الإسلام، والتكليف، والكفاية" (3). ونحسب أن هذا التعريف أيضاً منتقد من حيث أنه يجعل الولاية تكليفاً عينياً يطالب كل مكلف من أفراد المسلمين، وهو مخالف لما هو مقرر شرعاً من أن التكليف الشرعي للولاية العامة أنها فرض كفاية يطالب بها المجموع لا الجميع بل ولا يصلح أن يطالب بها الجميع، وهو منتقد أيضاً من أن لفظ الاستحقاق مبهم لا يكشف لنا عن موضوع هذا الحق، إن كل مكلف مطالب بإقامة أحكام الدين في خاصة نفسه وفي شؤون أسرته وعلى كل من تمتد إليهم ولايته، ولكن الولاية العامة لا تقف عند ذلك بل هي "استحقاق تصرف عام" (4). أو "مكنة شرعية لمباشرة تصرف عام" (5).

ومن جهة ثانية فإن هذه المكنة لا تستحق بشرط التكليف والكفاية فحسب بل لابد فيها من تفويض من جماعة المسلمين وعلى ذلك يمكن أن نخلص إلى تعريف الولاية العامة بأنها "استحقاق مباشرة التصرفات العامة وإلزام العموم بها بتفويض من جماعة المسلمين ونياية عنها".

ولكن من هم الذين يعبر عنهم بأولي الأمر في المجتمع الإسلامي؟ لقد اختلف قول أهل العلم في ذلك إلى عدة أقوال، يقول الطبري: "اختلف أهل التأويل في "أولي الأمر" الذين أمر الله بطاعتهم في هذه الآية: فقال بعضهم: هم الأمراء... وقال آخرون: هم أهل العلم والفقهاء... وقال آخرون: هم أصحاب محمد ﷺ... وقال آخرون: هم أبو بكر وعمر" (6). ويمكن رد هذا الاختلاف إلى ثلاثة أقوال:

فقرة 2- أقوال العلماء في تعيين أولي الأمر

اختلف أهل العلم والفقهاء في تعيين المقصود بأولي الأمر على ثلاثة أقوال:

- 1- الخوارزمي: شرح الهداية، مطبعة الحلبي وأولاده، القاهرة، دت، 68/3.
- 2- وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، 139/45. وينظر أيضاً: نزيه حماد: نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية: دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط 1، 1994، ص: 17.
- 3- إبراهيم عبد الصادق محمود، فقه الصلاحية للولاية العامة، ص: 75.
- 4- ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 548/1.
- 5- أبو زيد الدبوسي: تأسيس النظر، مطبعة الخانجي، القاهرة، 1319 هـ، ص: 18.
- 6- ينظر: الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، 503-496/8.

أولاً- أولو الأمر هم الأمراء

لقد ذهب إلى هذا القول عدد كبير من المفسرين(1)، وذكر النووي أنه قول جمهور السلف والخلف(2)، وذكر الطبري أنه الراجح عنده، فقال: "وأولى الأقوال في ذلك بالصواب، قول من قال: هم الأمراء والولاة، لصحة الأخبار عن رسول الله ﷺ بالأمر بطاعة الأئمة والولاة، فيما كان طاعة، وللمسلمين فيه مصلحة"(3).

كما استظهره الكيا الهراسي في كتابه "أحكام القرآن" بقوله: "يحتمل أن يراد به الفقهاء والعلماء، ويحتمل أن يراد به الأمراء وهو الأظهر، لما تقدم من ذكر العدل في قوله: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ (4) " (5). وقال قاضي القضاة أبو السعود بن محمد الحنفي، رحمه الله: "هم أمراء الحق، وولاة العدل، كالخلفاء الراشدين، ومن يقتدي بهم من المهتدين، وأما أمراء الجور فبمعزل عن استحقاق العطف على الله ﷻ، والرسول ﷺ في وجوب الطاعة لهم. وقيل: هم علماء الشرع، لقوله ﷺ: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ (6). ويأباه قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ (7).

ثانياً- أولو الأمر هم العلماء .

وهو رأي جابر بن عبد الله والحسن البصري وقد ذهب إلى هذا الرأي عدد من المفسرين(8)، والفقهاء على رأسهم الإمام الشافعي، ويقول فخر الدين الرازي: "والعلماء في الحقيقة هم أمراء الأمراء، فكان حمل لفظ "أولي الأمر" عليهم أولى"(9). يقول أبو الأسود الدؤلي: "ليس شيء أعز من العلم الملوك حكام على الناس، والعلماء حكام على الملوك"(10).

ثالثاً- أولي الأمر هم العلماء والأمراء

رأى بعض العلماء أن معنى أولي الأمر يشمل الفريقين: الأمراء والعلماء، فكل منهما يسعه لفظ أولي الأمر الوارد في الآية الكريمة، ومن هؤلاء الأئمة: أبو بكر الجصاص (11)، وأبو بكر بن العربي (12)،

1- ذكر الامام الطبري من القائلين بذلك أبا هريرة، وابن عباس، وميمون بن مهران، وزيد بن ثابت والسدي. الطبري: جامع البيان 497/8-499.

2- شرف الدين النووي: شرح صحيح مسلم، 223/12.

3- الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن 502/8.

4- النساء/58.

5- الكيا الهراسي: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 72/2.

6- النساء/ 83.

7- أبو السعود محمد بن الحنفي: إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 722/1. وفي الكشاف للزمخشري، ت عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، مكتبة العبيكان، ط1، 1998، 95/2، نحو ذلك.

8- وذكر منهم الإمام الطبري في تفسيره: ابن أبي نجیح، وابن عباس ومجاهداً. أيضاً. وعطاء بن السائب، والحسن، وأبا العالية. محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري 499/8-500.

9- ينظر: فخر الدين الرازي: التفسير الكبير دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1981، 149/10.

10- ابن عبد ربه: العقد الفريد، 214/2.

11- ينظر: أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، 182/3-183.

12- ينظر: أبو بكر بن العربي: أحكام القرآن، 574/1.

وابن تيمية(1)، وأبو حيان(2)، وابن قيم الجوزية(3). وهو أيضا قول محمد عبده والشيخ رشيد رضا(4)، ومحمد الطاهر بن عاشور(5)، فذهب الجصاص إلى أنهم الأمراء والعلماء؛ "لأن الاسم يتناولهم جميعاً، لأن الأمراء يلون أمر تدبير الجيوش والسرايا وقتال العدو، والعلماء يلون حفظ الشريعة وما يجوز مما لا يجوز، .. ومن الناس من يقول: إن الأظهر من أولي الأمر ها هنا أنهم الأمراء، لأنه قدم ذكر الأمر بالعدل، وهو خطاب لمن يملك تنفيذ الأحكام، وهم الأمراء والقضاة، ثم عطف عليه الأمر بطاعة أولي الأمر، وهم ولاة الأمر الذين يحكمون عليه، ما داموا عدولاً مرضيين، وليس يمتنع أن يكون ذلك أمراً بطاعة الفريقين من أولي الأمر، وهم أمراء السرايا والأمراء، إذ ليس في تقدم الأمر بالحكم بالعدل ما يوجب الاقتصار بالأمر بطاعة أولي الأمر على الأمراء دون غيرهم"(6).

وقال الإمام أبو بكر بن العربي - بعد أن ذكر اختلاف العلماء في المعنى المراد بأولي الأمر -: "والصحيح عندي أنهم الأمراء والعلماء جميعاً، أما الأمراء؛ فلأن أصل الأمر منهم، والحكم إليهم، وأما العلماء؛ فلأن سؤالهم واجب متعين على الخلق وجوابهم لازم، وامتثال فتواهم واجب .. والأمر كله يرجع إلى العلماء، لأن الأمر قد أفضى إلى الجهال وتعين عليهم سؤال العلماء"(7).

وهو نفس المعنى الذي ذهب إليه ابن تيمية: "وأولو الأمر" أصحاب الأمر و ذووه، وهم الذين يأمرون الناس، وذلك يشترط فيه أهل اليد والقدرة، وأهل العلم والكلام، فلهذا كان أولوا الأمر صنفين: العلماء، والأمراء، فإذا صلحوا صلح الناس، وإذا فسدوا فسد الناس،" (8).

كما انتصر له تلميذه ابن قيم الجوزية: "والتحقيق أن الأمراء يطاعون إذا أمروا بمقتضى العلم، فطاعتهم تبع لطاعة العلماء، فإن الطاعة إنما تكون في المعروف وما أوجبه العلم، فكما أن طاعة العلماء تبع لطاعة الرسول، فطاعة الأمراء تبع لطاعة العلماء، ولما كان قيام الإسلام بطائفتي العلماء والأمراء، وكان الناس كلهم لهم تبعاً، كان صلاح العالم بصلاح هاتين الطائفتين، وفساده بفسادهما"(9).

وقد ذهب عدد من المعاصرين كالشيخ محمد عبده وتلميذه محمد رشيد رضا إلى مثل هذا القول: "المراد بأولي الأمر جماعة أهل الحل والعقد، من المسلمين وهم الأمراء والحكام والعلماء، ورؤساء الجند وسائر الرؤساء والزعماء الذين يرجع الناس إليهم في الحاجات والمصالح العامة، فهؤلاء إذا اتفقوا على أمر أو حكم وجب أن يطاعوا فيه، بشرط أن يكونوا منا، وأن لا يخالفوا أمر الله ولا سنة رسوله"(10).

1- ينظر: عبد الحليم بن تيمية: مجموع الفتاوى، 171.170/28.

2- ينظر: أبو حيان الأندلسي: البحر المحيط، 290/3.

3- ينظر: ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، 16-14/2.

4- ينظر: محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 181 /5.

5- ينظر: محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 98/5.

6- الجصاص: أحكام القرآن، 182/3.

7- أبو بكر بن العربي: أحكام القرآن 574/1.

8- عبد الحليم بن تيمية: مجموع الفتاوى، 171.170/28.

9- ابن قيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، 16/2.

10- محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 181/5.

الفرع الثاني: تحقيق المناط السياسي لمفهوم أولي الأمر

البند الأول: أولي الأمر السلطة الشرعية

من مجمل أقوال أهل العلم في مفهوم أولي الأمر، نجد أن بعضهم يرى أن المراد بهم السلطة السياسية، بينما يرى بعضهم أن المراد بهم السلطة المعرفية، في حين لا يرى فريق ثالث مانعا من أن يكون المراد بهم جميع ذلك، فهل يوجد بين هذه الأقوال تعارض حقيقي. ورغم أن الذي نرجحه أن المراد بأولي الأمر هم فئة واحدة وليسوا فئتان وهم أهل الولاية والسلطة الشرعية، الذين هم بشروط الشرع المقررة أهل كفاية علمية أيضا، فإننا لا نرى تعارضا بين هذه الأقوال متى فهمت فهما سليما.

أما أن المراد بأولي الأمر أهل الولاية الشرعية الذين فوضت إليهم جماعة المسلمين سلطة التصرف السياسي العام نيابة عنها، فهو الذي تشهد له الأدلة الشرعية، فعلى الرغم من أن العلم يمثل نوعا من السلطة باعتبار " أن العالم أو الفقيه وإن كان بوجه عام لا يمتلك زمام القرار السياسي، فهو مع ذلك يمتلك القدرة على التحليل والتقويم ومؤهل للنقد والتأثير والتوجيه الأمر الذي يجعل من معرفته "سلطة" مؤثرة وبالتالي منافسة لتلك التي يمتلكها رجل السياسة"⁽¹⁾، ولكن مع ذلك يبقى أن سلطته تلك سلطة معرفية وليست سياسية، ولا نخال أحدا يقول أن الفقيه من حيث هو فقيه فحسب يعتبر صاحب ولاية، بل القاعدة الدستورية الشرعية أن صفة الولاية لا تثبت إلا لمن فوضت إليه جماعة المسلمين أو من ينوب عنها ذلك، ومن ثم فإن المراد بأولي الأمر؛ السلطة السياسية، يشهد لذلك ثلاثة أدلة؛ الأول: التحليل الدلالي للفظ الأمر في مجال التداول اللغوي. والثاني: التفسير الموضوعي للفظ الأمر في مجال التداول القرآني. والثالث: دلالة السياق النصي و النزولي في آية الأمراء.

فقرة 1- الدليل الأول

التحليل الدلالي للفظ الأمر في مجال التداول اللغوي، حيث يرد لفظ الأمر في الاستعمال اللغوي بمعنى الشأن كما يرد بمعنى السلطة والطلب على جهة الاستعلاء، وهو يجمع على أمور وأوامر⁽²⁾. فنحن إذا حملنا لفظ الأمر على أنه مفرد أمور فإن معنى الأمر هو الشأن، يقال أمر فلان مستقيم وأموره مستقيمة⁽³⁾. فيكون معنى ولي الأمر وأولي الأمر الذين لهم الحق في إدارة ورعاية الشؤون العامة، وهو يستلزم راع، و رعية، وأمورا مرعية، فالراع هو القائم على الشأن بما يصلحه، والرعية هي التي تحتاج إلى من يقوم عليها بالنصح، والأمور هي الشؤون العامة التي يجب رعايتها.

أما إذا حملنا لفظ الأمر على أنه مفرد أوامر فإن معنى الأمر هو الطلب على جهة الاستعلاء، ويكون معنى ولي الأمر وأولي الأمر الذين لهم الحق في إصدار الأمر إلى الغير شاء ذلك أم أبي، وهو يستلزم أمرا وأمورا وأمر، أمرا له الحق في إصدار الأمر إلى المأمور، وأمور مطالب بواجب الطاعة للأمر، وأمر ينبغي تنفيذه. ومن الواضح وضوح الصبح أن كلا المعنيين لغة مراديين في إطلاق لفظ أولي الأمر على أهل الولاية والسلطة

1- عبد المجيد الصغير: الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية، دار المنتخب العربي. بيروت، ط1، 1994، ص: 194.

2- في تاج العروس: "الأمر إذا كان بمعنى ضد النهي فجمعه أوامر، وإذا كان بمعنى الشأن فجمعه أمور، وعليه أكثر الفقهاء وهو الجاري في السنة الأقسام". الزبيدي: تاج العروس، 68/10-69.

3- الرازي: مختار الصحاح، ص: 134.

السياسية في المجتمع الإسلامي. من حيث أن سلطة إصدار الأمر الملزم والإلزام به و إجبار من خالفه على الالتزام به هي حكر على من بيده زمام السلطة العامة والقرار السياسي، أما العالم والفقهاء من حيث هو فقيه فهو معزول عن ذلك، ومن حيث أن رعاية الشؤون والبت فيها موكولة إلى أصحاب الولاية كل بحسب مجال ولايته كما يدل على ذلك قول الرسول ﷺ: (**كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْإِمَامُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى أَهْلِ بَيْتِ زَوْجِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، وَعَبْدُ الرَّجُلِ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ**) (1). وعلى ذلك فإن القول بأن أولي الأمر هم أهل السلطة العامة هو قول قد التزم التفسير اللغوي الصحيح للنص الشرعي.

فقرة 2- الدليل الثاني

دلالة لفظ الأمر في مجال التداول القرآني، حيث يأتي لفظ الأمر في القرآن الكريم منسوبا إلى الله ﷻ، و هو في هذه الحالة لا يخرج عن معنيين: الأول قضاؤه وقدره وتدييره؛ الذي يمكن التعبير عنه بلفظ الأمر الكوني، كما في قوله ﷻ: ﴿ **يُدِيرُ الْأَمْرَ مِنَ السَّمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ ثُمَّ يَعْرُجُ إِلَيْهِ فِي يَوْمٍ كَانَ مِقْدَارُهُ أَلْفَ سَنَةٍ مِمَّا تَعُدُّونَ** ﴾ (2). ، وكما في قوله: ﴿ **هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَهُمُ اللَّهُ فِي ظُلَلٍ مِنَ الْغَمَامِ وَالْمَلَائِكَةُ وَقُضِيَ الْأَمْرُ وَإِلَى اللَّهِ تُرْجَعُ الْأُمُورُ** ﴾ (3). ، والثاني: أحكامه ووصاياه والذي يمكن التعبير عنها بلفظ الأمر الشرعي (4)، كما في قوله ﷻ: ﴿ **وَأَتَيْنَهُمُ بَيِّنَاتٍ مِنَ الْأَمْرِ فَمَا اخْتَلَفُوا إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ** ﴾ (5). ، وقوله: ﴿ **فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَقَى إِلَى أَمْرِ اللَّهِ** ﴾ (6). ولا يعنينا هذا المعنى في هذا المقام لعدم الصلة المباشرة بلفظ أولي الأمر، كما يأتي لفظ الأمر منسوبا للعباد وفي هذه الحالة يفيد السلطة السياسية وما يصدر عنها كما في قوله ﷻ: ﴿ **حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَزَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَعَصَيْتُمْ مِنْ بَعْدِ مَا أَرْسَلْنَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ** ﴾ (7)، وقوله: ﴿ **وَلَوْ أَرْسَلْنَاكُمْ كَثِيرًا لَفَشِلْتُمْ وَتَنَزَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَلَكِنَّ اللَّهَ سَلَّمَ إِنَّهُ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ** ﴾ (8)، وقوله: ﴿ **فَلَا يُنْزِعَنَّكَ فِي الْأَمْرِ** ﴾ (9). وقوله: ﴿ **فَتَنَزَعُوا أَمْرَهُمُ بَيْنَهُمْ زُبُرًا كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ** ﴾ (10)، وقوله: ﴿ **فَتَنَزَعُوا أَمْرَهُمُ بَيْنَهُمْ وَأَسْرُوا النَّجْوَى** ﴾ (11)، وقوله حكاية عن المنافقين: ﴿ **يَقُولُونَ** ﴾

1- صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم/ رقم: 7138 . 328/4.

2- السجدة/5.

3- البقرة/210.

4- ينظر تفسيراً موضوعياً للفظ الأمر في: ابن قيم الجوزية: شفاء العليل، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1978، ص: 281.

5- الجاثية/17.

6- الحجرات/09.

7- آل عمران/152.

8- الأنفال/43.

9- الحج/67.

10- المؤمنون/53.

11- طه/62.

هَل لَنَا مِنَ الْأَمْرِ مِنْ شَيْءٍ قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ تَخْفُونَ فِي أَنْفُسِهِمْ مَا لَا يُبْدُونَ لَكَ يَقُولُونَ لَوْ كَانَ لَنَا مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ مَا قُتِلْنَا هَهُنَا» (1)، وقوله ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾ (2)، وقوله: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (3)، وقوله ﴿قَالُوا نَحْنُ أَوْلَاؤُا فَوْقَ وَأَوْلَاؤُا بِأَسِ شَدِيدِ وَالْأَمْرُ إِلَيْكَ فَانظُرِي مَاذَا تَأْمُرِينَ﴾ (4). ففي كل هذه الآيات وغيرها كثير لا يخرج معنى الأمر عن معنى السلطة العامة وما يصدر عنها من أحكام وقرارات. مما يؤكد أن مدلول أولي الأمر يراد به السلطة السياسية.

فقرة 3- الدليل الثالث

دلالة السياق النصي والنزولي لآية الأمراء، و من أهم الأدلة التي رجح بها الجمهور دلالة أولي الأمر أنهم الأمراء، دلالة السياق النصي، فقد جاءت هذه الآية عقب أمره ﷺ للأمراء والحكام بأداء الأمانات والحكم بالعدل (5)، وكذلك يدل على هذا المعنى السياق النزولي للآية فيما أخرجه البخاري عن علي ﷺ قال: (قَالَ بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ سَرِيَّةً، وَأَمَرَ عَلَيْهِمْ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ وَأَمْرَهُمْ أَنْ يُطِيعُوهُ، فَعَضِبَ عَلَيْهِمْ وَقَالَ أَلَيْسَ قَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُطِيعُونِي قَالُوا بَلَى. قَالَ عَزَمْتُ عَلَيْكُمْ لَمَّا جَمَعْتُمْ حَطَبًا وَأَوْفَدْتُمْ نَارًا، ثُمَّ دَخَلْتُمْ فِيهَا، فَجَمَعُوا حَطَبًا فَأَوْفَدُوا، فَلَمَّا هُمَا بِالْدُخُولِ فَقَامَ يَنْظُرُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ، قَالَ بَعْضُهُمْ إِنَّمَا تَبِعْنَا النَّبِيَّ ﷺ فِرَارًا مِنَ النَّارِ، أَفَنَدْخُلُهَا، فَبَيْنَمَا هُمْ كَذَلِكَ إِذْ حَمَدَتِ النَّارُ، وَسَكَنَ غَضَبُهُ، فَذَكَرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ (لَوْ دَخَلُوهَا مَا خَرَجُوا مِنْهَا أَبَدًا، إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ)» (6). فهذه الأدلة بمفردها وبتضافرها تفيد جميعا أن المراد بأولي الأمر السلطة السياسية.

فقرة 4 - اعتراض ودفعه

يبقى أن يقال بعد ذلك إذا كانت دلالة أولي الأمر تنصرف لأهل الولاية العامة، فكيف جاز للإمام الشافعي وغيره القول بأن أولي الأمر هم العلماء؟ والجواب أن هذا القول يجتمل معنى صحيحا ومعنى فاسدا:

1- أما المعنى الصحيح الذي أراده الإمام الشافعي، فهو أن ما أجمع عليه العلماء يمثل سلطة مقيدة لكل سلطة سواء كانت سياسة أو معرفية، فلا يجوز لأحد الخروج عن هذا الإجماع سواء كان رجل علم أو رجل سياسة، إماما كان أو قاضيا أو مفتيا، فالعلماء بإجماعهم سواء بوصفهم أهل علم أو بوصفهم أهل شورى يمثلون سلطة ليست معرفية فحسب ولكن أيضا سياسية، وعلى ذلك فحينما يؤكد الإمام الشافعي أن العلم هو الذي يجعل للإنسان الإمامة في الدين " إذ ليس لأحد أبدا أن يقول في شيء حل ولا حرم إلا من جهة العلم"، وإذا كان هذا التقييد ينطبق على كل أحد وعلى رأسهم الإمام في السياسة، " فالواجب على العلماء هم أيضا ومن باب أولى ألا يقولوا إلا من حيث علموا"، وبهذا صارت المعرفة "العلمية عند الإمام الشافعي قاعدة للأمر وللسلطة و"اللسياسة الشرعية" في

1- آل عمران/ 154.

2- آل عمران/ 159.

3- الشورى/ 38.

4- النمل/ 97.

5- ينظر تفسير الآية في محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري، 497/8-507، وينظر: محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 96/5 - 102.

6- صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية/ رقم: 7145. 329/4-330.

المجتمع الإسلامي" (1). ولا نعلم أحدا من أهل الملة ممن أقر بحجية الإجماع من أجاز لأحد خرق الإجماع سواء أكان إماما إمامة علم، أو إمامة حكم، أو كان يجمع بين الإمامة العلمية والإمامة السياسية. و منه يتبين أن القول بأن أولى الأمر هم العلماء متى أريد به إجماعهم لا يخرج عن معنى السلطة السياسية، لأن إجماعهم سلطة سياسية ومعرفية في وقت واحد.

2- أما المعنى الفاسد فهو توهم أن كل عالم هو بوصفه عالما يعتبر صاحب ولاية عامة، كما ذهب إلى ذلك ابن عاشور بقوله: "أن أولى الأمر هم الذين ثبتت لهم هذه الصفة بطرق شرعية" وطريق ثبوت هذه الصفة لهم إما الولاية المسندة لهم من الخليفة ونحوه، أو من جماعات المسلمين إذا لم يكن لهم سلطان، وإما صفات الكمال التي تجعلهم محل اقتداء الأمة بهم وهي الإسلام والعدالة والعلم، فأهل العلم العدول من أولى الأمر بذاتهم لأن صفة العلم لا تحتاج إلى ولاية" (2). ولنا على هذا القول جملة من الملاحظات:

- إن القول بأن كل عالم هو صاحب ولاية بذاته بما استجمع من صفات الكمال و هو في غير حاجة لتفويض الولاية إليه من أحد، قول لا يتطابق مع حقيقة مفهوم الولاية كما رأينا وهي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، بينما العالم ليس له ذلك بل ليس له من حيث هو عالم إلا البلاغ والبيان و النصح والارشاد والإعلام، وكونه محل اقتداء من الأمة ليس كمن يلزمون بطاعته.

- إن القول بأن كل عالم هو ولي أمر لا يتطابق مع الواقع من حيث أن كل ولي أمر يفترض فيه العلم؛ إذ من المقرر شرعا وفقها أنه لا يولى الولاية العامة إلا من بلغ رتبة الاجتهاد أو على الأقل درجة الكفاية العلمية، فكل ولي أمر هو بشروط الشرع المقررة عالم، طبقا للقاعدة الدستورية الشرعية التي تقضي أن ولي الأمر هو العالم المجتهد ولا يترك ذلك إلا للضرورة الشرعية (3). ولكن ليس بالضرورة أن كل عالم هو ولي أمر، لقد "كان الأمراء - كما يقول ابن العربي- قبل هذا اليوم وفي صدر الإسلام هم العلماء، والرعية هم الجند، فاطرد النظام، وكان العوام والقواد فريقا والأمراء فريقا آخر، ثم فصل الله الأمر بحكمته البالغة وقضائه السابق، فصار العلماء فريقا والأمراء فريقا آخر، وصارت الرعية صنفا وصار الجند صنفا آخر فتعارضت الأمور" (4). بمعنى أنه عندما كان أولى الأمر من العلماء كان الفعل السياسي يجري على مقتضى الشرع، لأن الحاكم يجمع بين صفتي الحكم والعلم، غير أنه للأسف بعد أن تبدل الحال أصبح هذا القول يعني عند الخلف أن العلماء هم أولى الأمر، وهو قول غير صحيح، إن الفقيه بمجرد وصفه فقيها ليس ولي أمر ولا ينبغي أن يقول ذلك أحد من المسلمين وإن توهمه البعض (5). إن العلماء قد يشكلون جزءا من السلطة السياسية، خاصة في المناصب التي يشترط فيها رتبة الاجتهاد كمنصب الإمامة ومناصب الوزارة، والقضاء، والشورى. ولكنهم ليس لهم من سلطة الأمر شيء إذا بقوا خارج دواليب الحكم اللهم إلا سلطة البلاغ والنصيحة.

1- عبد المجيد الصغير: الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية، ص: 194.

2- محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 98/5.

3- حول نظرية الضرورة وأثرها في تغيير التشريع الدستوري الإسلامي ينظر: محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي. مطبعة النجاح الدار البيضاء، ط1، 2001، ص: 81-95.

4- أبو بكر بن العربي: أحكام القرآن، 451/1-452.

5- حتى الذين أحدثوا ما يعرف اليوم بنظرية ولاية الفقيه لم يقولوا بأن كل فقيه هو بالضرورة ولي أمر، بل قصرُوا الولاية على الجامع لشرط الفقاهة بالإضافة لشرط أخرى مقررة دستوريا. ينظر: دستور جمهورية إيران الإسلامية المواد: 107-109.

البند الثاني: هيئات الولاية العامة في المجتمع الإسلامي

و يبقى بعد أن استتب لنا القول بأن المراد بأولي الأمر في الآية الذين تجب طاعتهم هم أهل الولاية العامة والسلطة السياسية، وحب تحديد الهيئات أو المؤسسات التي تختص بممارسة الولاية العامة في الدولة الإسلامية: ينبغي القول أولاً أنه بالرجوع إلى مختلف الدلالات القرآنية لهذا اللفظ نجد أن الولاية تتدرج في عدة مستويات:

فقرة 1- ولاية الله ﷻ

أعلاها وأشملها ولاية الله ﷻ لعباده المؤمنين كما في قوله ﷻ: ﴿ **اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ** ﴾ (1)، ﴿ **وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ** ﴾ (2). وقوله ﷻ: ﴿ **ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَأَنَّ الْكٰفِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ** ﴾ (3)، ولكن هذه الولاية ليست ولاية سياسية .

فقرة 2- ولاية جماعة المسلمين

ثم تتبعها ولاية جماعة المسلمين عن نفسها وهي ولاية أصيلة تنفر عن ولاية جميع الهيئات العامة التي تنوب عنها في ممارسة الولاية العامة، والآيات التي تقرر الولاية لجماعة المسلمين كثيرة منها قوله ﷻ: ﴿ **إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ** ﴾ (4)، وقوله ﷻ: ﴿ **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾ (5)، ومنه قوله ﷻ: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوُوا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يَهِجِرُوا مَا لَكُم مِّنَ لَّيْتِهِم مِّنَ شَيْءٍ حَتَّىٰ يَهِجِرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ** ﴾ (6).

فقرة 3- ولاية أولي الأمر

وتنفر عن ولاية جماعة المسلمين هيئات الولاية العامة التي تباشر التصرف باسمها كما في قوله ﷻ: ﴿ **يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ** ﴾ (7)، وقوله ﷻ: ﴿ **وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ** ﴾ (8)، ومنه قوله ﷻ: ﴿ **يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكٰفِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِن**

1- البقرة/ 257.

2- آل عمران/ 68.

3- محمد/ 11.

4- المائدة/ 55.

5- التوبة / 71.

6- الأنفال/ 72.

7- النساء/ 59.

8- النساء/ 83.

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن لفظ أولي الأمر يراد به السلطة السياسية فإن لفظ أولوا الأمر لفظ جامع، وفي قصره على الإمام الأعظم خروج على قواعد التفسير، إذ العام يشمل جميع أجزائه ما لم يخص، وليس ثمة مخصص لعموم النص، والأمر كذلك لفظ عام يشمل بلغة العصر "التشريع" كما يشمل "التنفيذ" كما يشمل "القضاء" (2). وعلى ذلك فإن لفظ أولي الأمر لا ينبغي أن يقصر على الخليفة وحده وإنما يشمل جميع الهيئات السياسية في الدولة. ولكن فيما تتمثل هذه الهيئات التي تباشر الولاية العامة؟ وهل يجب أن يكون للفقهاء السياسي الإسلامي تصنيفه الخاص أم أنه ينبغي الاكتفاء بما جرى عليه الفقه الدستوري المعاصر على حصرها وتصنيفها في السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية؟

لقد حاول بعض المفكرين المعاصرين أن يقدم تصنيفا لهيئات الولاية العامة في الدولة الإسلامية مختلفا عن التصنيف السائد في النظم السياسية المعاصرة، فيرى الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله أن السلطات في الدولة الإسلامية خمسة: السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية والسلطة الرقابية والسلطة المالية (3)، ويرى هاني الدرديري أن السلطات في النظام الإسلامي تنحصر في سلطتين: سلطة تطبيقية تتولى تطبيق أحكام الشريعة القطعية والظنية سواء بالطريق الإداري، أو بطريق الفصل في الخصومات والقضاء، وسلطة أخرى سماها السلطة المقبولة شرعا تتولى استجلاء وجه الحق في النصوص الظنية واستهداء وجه المصلحة فيما لا نص فيه (4).

ونحن نرى أن هذه التصنيفات لا تخرج عن التصنيف الثلاثي المتداول؛ فالتصنيف الأول لم يزد على فصلوظيفتين المالية والرقابية عن السلطة التشريعية وبالتالي فهو لم يقدم شيئا يستحق الخصوصية بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي، أما التصنيف الثاني فهو تصنيف اكتفى بدمج السلطة القضائية في السلطة التنفيذية وبالتالي انحصرت السلطات عنده في سلطتين رغم اختلاف التسمية لا تخرجان عن السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية وهو تصنيف يتطابق مع تصنيف الفيلسوف الفرنسي روسو الذي دمج السلطة القضائية في السلطة التنفيذية، ومن ثم فهو أيضا لم يقدم تصنيفا على قدر من الخصوصية والتميز بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي.

والذي نراه أن بعض المفكرين المسلمين قد سيطر عليهم كرد فعل غير متوازن تجاه غلبة الغرب الرغبة في التمييز وإظهار خصوصية الإسلام في كل أمر، حتى فيما هو مشترك إنساني، والحق أن هذا الإيغال والاسترسال في البحث عن خصوصية النظام الإسلامي حتى فيما هو مشترك إنساني غير سديد، فإن الوظائف السياسية في مجملها لا تخرج عن ثلاث وظائف؛ وظيفة سن القانون، ووظيفة تطبيق القانون، ووظيفة الفصل بالقانون ومراقبة الالتزام به، ومن ثم فإننا لا نرى حرجا في الأخذ بهذا التصنيف الذي رغم ما وجه له من نقد فقد ظل صامدا وهو في النهاية ليس أكثر من توصيف وتصنيف للواقع السياسي، فكل مجتمع تتحقق فيه هذه السلطات وإن اختلفت الصيغ والأشكال والمفاهيم، وبالنسبة للمجتمع المسلم فإن نظام الخلافة الراشدة كنظام سياسي نموذجي قد وسع هذه الهيئات جميعا

1- النساء/ 144.

2- علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا، ص: 42.

3- عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1981، ص: 229 وما بعدها.

4- ينظر: هاني أحمد الدرديري: التشريع بين الفكرين الإسلامي والدستوري. الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ص: 106 وما بعدها.

حيث نجد كما سيأتي ولي الأمر التشريعي الذي اختص به أصالة أهل الشورى. وولي الأمر التنفيذي الذي يختص به أصالة الإمام و وزراؤه. وولي الأمر القضائي الذي به أصالة مختلف هيئات القضاء. و على ذلك فلا حرج في تصنيف الولاية العامة في المجتمع الإسلامي إلى ثلاث هيئات مع مراعاة طبيعة وظيفة كل ولاية والقيود الواردة عليها بما يتفق و المقاصد الشرعية من إقامة الولاية العامة. وهذه الولايات هي: ولاية الأمر التشريعي، وولاية الأمر التنفيذي، وولاية الأمر القضائي.

ومنه نخلص أن مفهوم أولي الأمر يؤول في نهاية المطاف إلى معنى الولاية العامة أو السلطة السياسية ممثلة في ولاية الأمر التشريعي، وولاية الأمر التنفيذي، وولاية الأمر القضائي.

المطلب الثاني: ضرورة الولاية العامة في الفقه السياسي الإسلامي

على الرغم من أن التسليم بضرورة السلطة العامة لأي مجتمع مثل حقيقة تاريخية وسننية لدى العديد من المفكرين، انطلاقاً من أن " الاجتماع الإنساني ضروري حيث يعبر الحكماء عن هذا بقولهم الإنسان مدني بالطبع أي لا بد له من الاجتماع" (1). وإذا اجتمعوا فلا بد لهم من سلطة عامة تنظم أمورهم وتدير شؤونهم " فاستحال بقاؤهم فوضى دون حاكم" (2)، فالسلطة السياسية تعد ظاهرة اجتماعية في المقام الأول لأنها لا يتصور وجودها خارج الجماعة، كما لا يتصور قيام الجماعة دون سلطة.

ومع ذلك فقد يطرح البعض أن وجود السلطة العامة ليس ضرورة، بل ولا يمثل حاجة اجتماعية، وأن مآل الصيرورة التاريخية إلى زوال السلطة العامة بل وكل سلطة، ويربط بعضهم ربطاً عضويًا بين السلطة والعنف عبر مسار التاريخ البشري، وعلى ذلك فإنه إن ثبت أن استقرار المجتمع واستمراره لا يتوقف على وجود السلطة العامة، فإن كل حديث بعد ذلك عن حق السلطة العامة في ممارسة الوظائف السياسية عموماً والتشريعية خصوصاً يغدو من قبيل فضول الكلام، ومن ثم اقتضت الضرورة المنهجية والمنطقية قبل تأصيل القول في حق السلطة العامة في التشريع، تأصيل القول في ضرورة السلطة العامة من أساسها، حيث جاهرت بعض الاتجاهات في الفكر الغربي برفض السلطة العامة واعتبرت أنه يمكن الاستغناء عنها، بل من الواجب الاستغناء عنها حتى يحقق الإنسان والتاريخ تكامله، أما بالنسبة للفكر الإسلامي فقد أجمعت الأمة على ضرورة السلطة العامة وإن اختلفت في وطبيعة هذه الضرورة (دينية، عقلية)، ومع ذلك فقد شذت طوائف رأت أنه يمكن الاستغناء عن السلطة العامة (فرع أول)، ومن ثم فقد تمحض هذا المطلب لتأسيس وتأصيل ضرورة السلطة العامة كواجب ديني في الفقه الدستوري الإسلامي (فرع ثان)، و عليه فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: الرأي المنكر لضرورة الولاية العامة ومناقشته

الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لوجوب الولاية العامة

1- عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، 54/1.

2- عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، 174/1.

الفرع الأول: الرأي المنكر لوجوب الولاية العامة

" لبث الإسلام عشر سنين أو ثلاث عشرة على الخلاف في مدة لبث الرسول بمكة بعد البعثة وهو دين خالص، يث في أتباعه الاعتقاد الحق، وعبادة الله، وتركية النفس من النقائص الحيوانية، وتملتها من محاسن الأخلاق، ونصر الحق والصبر عليه، وإنكار الباطل والنداء ببطلانه، واعداء إياهم بفتح قريب ونصر من الله وأن لا يطيعوا غير حكم الله على لسان رسوله ولا يتحاكموا فيما بينهم إلا إليه. فلما هاجر المسلمون من مكة إلى المدينة، ظهر وعد الله بالخلاص من فتنة أعداء الله واضطهادهم فالتأمت للمسلمين جماعة قوية وآوهم مدينة حصينة" (1).

هناك صار للمسلمين دولة توافرت لها جميع أركان الدولة من جماعة ودار وولاية عامة أو بتعبير فقهاء القانون الدستوري (الشعب والإقليم والسلطة السياسية). ولما التحق الرسول ﷺ بالرفيق الأعلى بادر الصحابة قبل دفنه إلى تعيين من يخلفه في منصب الإمامة دلالة على الأهمية الكبرى والضرورة القصوى لإسناد الولاية العامة في المجتمع الإسلامي (2).

لذلك لم يثر وجوب الولاية العامة في المجتمع الإسلامي نقاشا كبيرا بين علماء الكلام وفقهاء الشريعة بل طرح الأمر على أنه من المسلمات التي لا ينكرها إلا مكابر، ولم يخالف في هذا الأمر إلا بعض أهل الأهواء، ولم يعد طرح هذا النقاش إلا مع صعود الاتجاهات العلمانية وتنامي الأصوليات اللائكية التي استغلت للأسف الشديد كتابا لعالم أزهري مغمور لا يعرف له كتاب غيره (3)، لتدشين النقاش حول هذا الموضوع من جديد (4).

البند الأول: الولاية العامة ليست ضرورة للاجتماع الإنساني

فقرة 1- أصحاب هذا المذهب

ذهبت بعض الفرق الكلامية إلى عدم وجوب الولاية العامة لا عقلا ولا شرعا، كما ذهب بعض المعاصرين سيأتي ذكرهم إلى أن إسناد الولاية العامة ليس واجبا دينيا ولا حكما شرعيا.

والحقيقة أنه ليس في المتقدمين من نفى وجوب الولاية العامة بإطلاق، إلا النجدات من الخوارج، وأما أبو بكر الأصم وهشام الفوطي، من المعتزلة، فلم يقولوا بعدم وجوب الولاية بإطلاق، وإنما قالوا أن حكم الولاية العامة يتراوح بين الجواز والوجوب.

أولا- فقد ذهب فريق من الخوارج وهم النجدات إلى أن إسناد السلطة العامة ليس فرضا واجبا على الناس، مع العلم أن الخوارج جميعا في أول أمرهم كانوا يرون أنه لا حاجة للولاية العامة، وأنه يمكن الاستغناء عنها، ثم رجعوا عن هذا الرأي، بعدما أمروا عليهم عبد الله بن وهب الراسي، وهذا ما يفسر ما نجد في بعض المصادر الكلامية من ذكر الخوارج مطلقا بين القائلين بعدم وجوب إقامة الولاية العامة، كما نجد ذلك عند الرازي (ت 606هـ) حيث يقول: "وأما الذين لم يقولوا بوجودها فهم الخوارج والأصم" (5)، وكذلك ما حكاه العضد في المواقف: "وقالت الخوارج

1- محمد الطاهر بن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ص: 205.

2- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 239/1.

3- هو على عبد الرزاق صاحب كتاب الإسلام وأصول الحكم.

4- ينظر تفاصيل المعركة حول هذا الكتاب بكامل وثائقها في: محمد عمارة: معركة الإسلام وأصول الحكم، دار الشروق، القاهرة، 1996.

5- أبو بكر الرازي: الأربعين في أصول الدين، تحقيق أحمد حجازي السقا، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1986. 256/2.

لا يجب" (1). والواقع أن الخوارج لم يكونوا كلهم من القائلين بذلك بل النجدات فقط فهم الذين قالوا أن نصب الولاية العامة ليس فرضا على الناس (2)، وإنما الفرض الواجب على الناس هو التعامل بالعدل، والتعاطي بالحق فيما بينهم، وبالتالي فحجة هذه الفرقة المؤسسة لمذهبها أنه يمكن أن ينتظم الاجتماع الإنساني ويتم العمران البشري من غير حاجة إلى الولاية العامة، فلو تعامل الناس بالعدل، وأدوا الحقوق، وتعاونوا على البر والتقوى، واشتغل كل واحد بواجبه وأدى الحق الذي عليه، استغنوا عن الحاكم والإمام، ولو تظالموا وامتنعوا عن أداء الحقوق استحقوا على ذلك من الله اللوم والعقاب (3). هو ما بينه شارح المواقف بقوله "وقالت النجدات إن اختارت الأمة نصب أمير أو رئيس يتقلد أمورهم ويرتب جيوشهم، ويحمي حوزتهم كان لهم ذلك من غير أن يلحقهم بتركه حرج في الشرع" (4)، بل ذهبوا أبعد من ذلك فقالوا أن العقل لا يوجب نصب الولاية العامة (5)، وهذه الفرقة كما يقول ابن حزم "ما نرى أنه بقي منهم أحد" (6).

ثانيا- كما نقل النقلة عن عبد الرحمان بن كيسان المعروف بأبي بكر الأصم (ت 225هـ) من المعتزلة إلى أن إسناد الولاية العامة يأخذ حكم الجواز في الأحوال العادية حال الأمن والانتظام والاستقرار الاجتماعي، ويأخذ حكم الوجوب في الظروف الاستثنائية وحال الفتنة والهرج و الخوف و الضرورة (7). ولكن المحققين ذهبوا إلى تبرئة أبو بكر الأصم من القول بعدم بوجوب الولاية العامة، بل إن كلامه إذا فهم في سياقه ليس إلا دليلا من الأدلة العقلية على ضرورة السلطة العامة للاجتماع الإنساني، فقد نقل القاضي أحمد بن عبد الجبار (ت 415هـ) عن شيخه أبا علي الجبائي (ت 303هـ) عن أبو بكر الأصم (ت 225هـ) أنه قال: "لو أنصف الناس بعضهم بعضا وزال التظالم، وما يوجب إقامة الحد، لاستغنى الناس عن الإمام"، ثم قال: "والمعلوم من حال الناس خلاف ذلك فإذا علم من قوله أن إقامة الإمام واجب" (8). وهو الرأي الذي انتهى إليه الدكتور محمد رأفت عثمان في بحثه عن رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي (9).

ثالثا- كما ذهب هشام بن عمرو الفوطي (ت) من المعتزلة أيضا إلى عكس ما نسب إلى الأصم فقال إن إسناد الولاية العامة واجب في حال الأمن و العدل والاستقرار دون حال الفتنة والهرج. ويرى بعض الباحثين أن هشام

- 1- عضد الدين الإيجي: المواقف مع شرحه للشريف الجرجاني، مطبعة السعادة، القاهرة، 1907هـ، 345/8.
- 2- عضد الدين الإيجي: المواقف مع شرحه، 349/8، يقول الجرجاني مبينا موقفهم "نعم إن اختارت الأمة نصب أمير أو رئيس يتقلد أمورهم ويرتب جيوشهم، ويحمي حوزتهم كان لهم ذلك من غير أن يلحقهم بتركه حرج في الشرع بل هم يدعون أن العقل أيضا لا يوجب نصب الإمام".
- 3- ينظر في ذلك: عضد الدين الإيجي: المواقف وشرحه، 345/8، وينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 03.
- 4- عضد الدين الإيجي: المواقف مع شرحه للشريف الجرجاني، 349/8.
- 5- محمد بن عبد الكريم الشهرستاني: نهاية الإقدام في علم الكلام، مكتبة المثنى، بغداد، ص: 487.
- 6- علي بن حزم الأندلسي: الفصل في الملل والأهواء والنحل، دار المعرفة بيروت، ط2، 87/4.
- 7- محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دبي، ط2، 1986، ص: 91-92.
- 8- القاضي عبد الجبار: المغني في أبواب التوحيد والعدل، تحقيق عبد الحليم محمود وسليمان دنيا، مطبعة مخيمر، 1966، 48/20.
- 9- محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، ص: 93-96.

القوطي ذهب إلى دعواه هذه إرادة الوصول إلى إبطال إمامة علي بن أبي طالب، لأنها عقدت له في حال الفتنة والاضطراب، وقد أشار البغدادي إلى ذلك بقوله: "وعلي هو الإمام حقا على رغم القوطي وأتباعه" (1).

فقرة 2- الحجج والأدلة المؤسسة لهذا المذهب

قد انتهينا إلى أن النجدات هم وحدهم القائلون بعدم وجوب الولاية العامة بإطلاق لا عقلا ولا شرعا، لا في حال الأمن ولا في حال الفتن، وهكذا نجد أن المجتمع الإسلامي لم يعرف تلك المذاهب الفوضوية التي سادت في الغرب، إلا ما كان من النجدات وهي فرقة طواها التاريخ وصارت خبرا ولم تترك أثرا، غير أن مقام العلم والواجب المعرفي يلزمنا أن نقف على الأسانيد الشرعية والعقلية المؤسسة لهذه المقالة، وإذا نحن تقصينا هذه الحجج وجدناها لا تعدو ثلاث حجج:

أولا- أنه يمكن للمجتمع الاستغناء عن الولاية العامة إذا تعاطى أفرادها الحقوق فيما بينهم، وتعاملوا بالعدل والإنصاف، وما يمكن الاستغناء عنه لا يمكن أن يكون ضرورة أو واجبا.

ثانيا- أن نصب الولاية العامة يؤدي إلى الفتنة، من عدة وجوه: في إقامتها ابتداء أو في إسنادها أو في عزلها، فإقامتها ابتداء مثير للفتنة من حيث أن كل مجتمع دوما عددا غير قليل من الناس ممن لديهم مشاعر سلبية تجاه السلطة أيا كان مصدرها، فهم يرفضون السلطة من أساسها. فإقامة الولاية العامة ابتداء قد يقابل بالرفض من هؤلاء فيؤدي إلى الفتنة، كما أن إسنادها واختيار من يشغلها يؤدي أيضا إلى الفتنة من حيث أن الأهواء مختلفة فمنهم أموي الهوى ومنهم عباسي الهوى ومنهم غير ذلك، فتتضارب الأهواء فتحصل الفتنة، كما أن عزلها عند الجور مثير للفتن والهرج والمرج وإبقائها مع الجور ضرر للأمة وفتنة لها. ولما كان نصب الولاية العامة يؤدي إلى الفتنة والضرر وكان الضرر منفي شرعا كان نصب الإمام غير واجب شرعا (2).

ثالثا- أن الناس متساوون كأسنان المشط، وكل واحد من المجتهدين مثل صاحبه، ولا دليل على وجوب الطاعة لمن هو مثله، لأن وجوب الطاعة لواحد معين من الأمة إما أن يكون بنص أو باجتهد، فإما التعيين بالنص فلم يثبت، وأما التعيين اجتهادا فمفضي للفتن (3)،

البند الثاني: مناقشة عامة لهذا الرأي

فقرة 1- غياب الاستدلال الشرعي

من المعلوم أن كل رأي حتى يكون له احترامه في الفقه والفكر الإسلامي ينبغي أن يكون مؤسسا علميا على قواعد الاستدلال الشرعي المتعارف عليها، فإذا لم يكن له ما يتمسك به من حجج أو كان ما يتمسك به مجرد شبه ضعيفة لا تصمد أمام النقد، فإن هذا الرأي يعتبر في الفقه الإسلامي رأيا شاذًا، ليس له اعتبار، والآراء الشاذة لا تحرق الإجماع، إن هذا الوضع ينطبق على وجه الخصوص على رأي منكري ضرورة ووجوب الولاية العامة، فإنه لشذوذ هذا

1- عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، ط1، مطبعة الدولة استانبول، ط1، 1346هـ، ص:272. وينظر: محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، ص:120 وما بعدها.

2- ينظر: عضد الدين الإيجي: المواقف وشرحه، 8/349.

3- ينظر: الشهرستاني: نهاية الإقدام في علم الكلام، ص:482-483، وينظر: محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، ص:120.

الرأي بل وحتى عدم ثبوته عن نقل عنهم كما سبق بيانه، فإن غالبية فقهاء الشريعة و فقهاء السياسة الشرعية لم يلتفتوا إليه وحكوا الإجماع على وجوب الولاية العامة (الإمامة) كما سيأتي قريباً.

فقرة 2- الاكتفاء بالافتراضات

وأما الحجج التي ساقها منكرو وجوب الولاية العامة فهي مجرد افتراضات لا تصدق واقعا

- فالقول بأن الولاية العامة يمكن الاستغناء عنها لو تعاطى الناس الحقوق فيما بينهم، فهو مجرد افتراض مؤسس على حرف، وهو حرف لو، وهو حرف في اللغة يفيد الامتناع، فإن الطبيعة الإنسانية تشهد بامتناع ذلك لما ركب فيها من غرائز الأثرة وحب الذات والملذات، وكذلك الواقع الاجتماعي يشهد بامتناع ذلك، ولو جارينا هؤلاء في خيالنا لقلنا بعدم الحاجة إلى الشرع أصلاً، فقد قيل لو تعامل الناس بالحب لما احتاجوا إلى العدل، ولو تعامل الناس بالعدل لما احتاجوا إلى الشرع، ولكن هذه الافتراضات المؤسسة على حرف تبقى مجرد افتراضات لا رصيد لها من الحقيقة التاريخية، بل إنه يمكن الاستدلال بها على عكس ما ذهبوا إليه، فلأن الناس لا يتعاملون دوماً بالعدل لزم من ذلك وجود شرع يتحاكمون إليه، ولأن الناس لا يتعاملون بالحب دوماً لزم من ذلك وجوب وجود من يقيم العدل بينهم، ومن ثم يترد هذا الدليل إليهم ليصبح حجة عليهم في وجوب الولاية العامة وليس حجة لهم.

الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لوجوب الولاية العامة

البند الأول: الولاية العامة ضرورة شرعية

فقرة 1- النصوص الشرعية

ليس من شك أن إقامة سلطة عامة خاصة بجماعة المسلمين، " أصل من أصول التشريع الإسلامي، وقد ثبت ذلك بدلائل كثيرة من الكتاب والسنة، بلغت مبلغ التواتر المعنوي" (1)، وأجمعت على ذلك خير القرون، بل قد حصل العلم من مجموع هذه الدلائل أن إقامة الحكومة للأمة الإسلامية أمر في مرتبة ضروري لأنه لا يستقيم، حال الأمة دون حكومة، وهذا أمر قد تقرر أيضا في العقول السليمة (2)، وعليه "لقد قامت السلطة العامة في الإسلام على أساس التشريع الأمر بإقامتها لتحقيق مبادئه وقيمه ومقاصده وتنفيذها في المجتمع الإسلامي المنظم وفق تلك المبادئ والقيم والمثل والأحكام" (3)، ودل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

رغم أن النصوص القرآنية و الحديثية التي دلت على وجوب الولاية العامة، عبارة عن عمومات تدل على وجوبها دلالة ضمنية وليست نصا صريحا، فإن اجتماع هذه العمومات والدلائل قد أفاد تواترا معنويا على ذلك ومن هذه النصوص:

أولا- من القرآن: قوله ﷻ: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (4)، فقد ذهب الجمهور إلى أن المقصود بأولي الأمر فيها هم الخلفاء والأمراء (5). على خلاف ما ادعاه الدكتور عبد الحميد متولي في الطبعة الأولى من كتابه مبادئ نظام الحكم في الإسلام، من أن أحدا من المفسرين لم يقل بأنها تعني الأمراء وحدهم (6). "والمدلول الواسع للفظ أولي الأمر ليس من شأنه أن يطعن في دلالة الآية الكريمة على وجوب السلطة" (7). ومنه قوله ﷻ: ﴿أَمْ لَهُمْ نَصِيبٌ مِنَ الْمُلْكِ فَإِذَا لَا يُؤْتُونَ النَّاسَ نَقِيرًا﴾ (8) **أَمْ تَحْسُدُونَ النَّاسَ عَلَى مَا ءَاتَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ فَقَدْ ءَاتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَءَاتَيْنَهُم مُلْكًا عَظِيمًا** (9). يقول ابن عاشور: "قد أشار القرآن في هذه الآية إلى دولة الإسلام بقوله: أم لهم (أي الذين أوتوا الكتاب) نصيب من الملك إذ لا يؤتون الناس نقيرا، أم يحسدون الناس (أي المسلمين) على ما آتاهم الله من فضله، فقد آتينا آل إبراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما" يريد ملك داود وسليمان ومن بعدهما من ملوك بني اسرئيل، ذلك أن اليهود

1- محمد الطاهر بن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ص: 208.

2- محمد الطاهر بن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ص: 208.

3- عبد الرحيم زيد الكيلاني: القيود الواردة على سلطة الدولة في الإسلام وضماناتها، دار البشير، عمان، ط1، 1997، ص: 13.

4- النساء/59.

5- ينظر: محمد بن جرير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، 497/8-499. وينظر: الفخر الرازي: التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب،

149/10م، وينظر: جار الله الزخشري: تفسير الكشاف، 96-95/2

6- ينظر ردا علميا عليه في : فؤاد محمد النادي: المبادئ الدستورية العامة، دار نشر الثقافة، القاهرة، ط1، 1975، ص: 249-252 . وأحال على

الطبعة الأولى لكتاب عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 545.

7- فؤاد محمد النادي: المبادئ الدستورية العامة، ص: 249 .

8- النساء/53-54.

طعنوا في نبوة محمد ﷺ بأنه لو كان نبيا ما اشتغل بشعار الحكم، وإدخال اليهود تحت طاعته، والمراد بالناس في قوله " أم يحسدون الناس " النبي ﷺ (1)، والمراد بفضله بدلالة سياق الآية الولاية والملك.

ثانيا- كما تضافرت عدد كبير من النصوص الحديثية على وجوب نصب الإمام وطاعته ومن ذلك قوله ﷺ: (يَدُ اللَّهِ عَلَى الْجَمَاعَةِ) (2)، وفي رواية (يَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ) (3). وقوله: (ثَلَاثٌ لَا يُغْلُ عَلَيْنَهُنَّ قَلْبُ الْمُؤْمِنِ : إِخْلَاصُ الْعَمَلِ لِلَّهِ ، وَطَاعَةُ ذَوِي الْأَمْرِ ، وَلُزُومُ الْجَمَاعَةِ فَإِنَّ دَعْوَتَهُمْ تَكُونُ مِنْ وَرَائِهِمْ) (4). فالمراد بلفظ الجماعة هنا جماعة المسلمين الذين اجتمعوا على إمام ذي سلطة تنفيذية يمتلك شرعية سياسية، كما هو مفسر في حديث الفتن عن حذيفة بن اليمان: (قَالَ « تَلَزُّمُ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَإِمَامَهُمْ » . قُلْتُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ جَمَاعَةٌ وَلَا إِمَامٌ قَالَ « فَاعْتَرِزْ تِلْكَ الْفِرْقَ كُلَّهَا ») (5). وفي حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال: (مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ شَيْئًا يَكْرَهُهُ فَلْيَصْبِرْ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ مَنْ فَارَقَ الْجَمَاعَةَ شَبْرًا فَمَاتَ ، إِلَّا مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً) (6). فكل هذه النصوص وإن لم تكن متواترة تواترا لفظيا فهي تفيد تواترا معنويا على وجوب نصب الولاية العامة في المجتمع الإسلامي.

فقرة 2 - الإجماع

لقد تواتر إجماع المسلمين في الصدر الأول وفي القرون المشهود لها بالخيرية على عدم جواز خلو جماعة المسلمين من ولاية عامة تحفظ الدين وتسوس الدنيا به، و أبرز موقف تجلّى فيه هذا الإجماع هو موقف الصحابة الذين انبروا بعد وفاة الرسول ﷺ عن بكرة أبيهم إلى سد الفراغ السياسي الذي تركه، فبادر الكل ولم يقل أحد أنه لا حاجة إلى ذلك، بل اتفقوا عليه، وقالوا ننظر في هذا الأمر وبكروا إلى سقيفة بني ساعدة، وتركوا أهم الأشياء وهو دفن رسول الله ﷺ (7). نعم قد اختلفوا في تعيين شخص من تسند إليه الولاية وفي طريقة إسناد الولاية ولكنهم لم يختلفوا أبدا في أصل إقامة الولاية العامة. بل اجمعوا على ذلك ولم يعرف لهم مخالف في ذلك العصر، وقد حكى الإجماع على هذا عدد غير قليل من علماء الكلام وفقهاء الشريعة والسياسة الشرعية، فقد نص الماوردي على أن عقد الولاية العامة لمن يقوم بها واجب بالإجماع وإن شذ عن ذلك من شذ(8). كما حكى إمام الحرمين الجويني الإجماع على ذلك وأنه مذهب العلماء قاطبة(9)، كما نص الشهرستاني على ذلك بقوله: " ما دار في قلبه ولا في قلب أحد منهم أنه يجوز حللوا الأرض عن إمام، فدل ذلك على أن الصحابة وهم الصدر الأول، كانوا عن بكرة أبيهم متفقين على أنه لا بد من

1- محمد الطاهر بن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ص: 206.

2 - أحمد بن شعيب النسائي: سنن، ترقيم وتصحيح الألباني، مكتبة المعارف الرياض، ط1، كتاب تحريم الدم/ باب قتل من فارق الجماعة/ رقم: 4020. ص: 621، وقال الألباني صحيح الإسناد.

3 . سنن الترمذي/ أبواب الفتن/ باب ما جاء في لزوم الجماعة/ رقم: 2166. 39/ 4، وقال حديث حسن غريب لا نعرفه من حديث ابن عباس إلا من هذا الوجه.

4 - سنن الدارمي/ كتاب المقدمة/ رقم: 234. 302/1. قال محققه إسناده ضعيف ولكن الحديث صحيح.

5 - صحيح البخاري/ كتاب الفتن/ باب كيف الأمر إذا لم تكن جماعة/ رقم: 7084. 317/4.

6 - صحيح البخاري/ كتاب الفتن/ باب قول النبي سترون أمورا بعدي تنكرونها/ رقم: 7054. 313/4.

7- عضد الدين الإيجي: المواقف وشرحه، 8/ 346، 345.

8- ينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 03.

9- ينظر: الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 16.

إمام فذلك الإجماع على هذا الوجه" (1). وحكى ابن حزم اتفاق جميع أهل السنة وجميع المرجئة وجميع الشيعة وجميع الخوارج على وجوب الولاية العامة، وأن الأمة ملزمة بالانقياد للإمام العادل الذي يقيم فيها أحكام الشريعة وقواعد الملة (2). كما نص عليه ابن خلدون بقوله: "إن نصب الإمام واجب وقد عرف وجوبه في الشرع، بإجماع الصحابة والتابعين" (3). ومع هذا الإجماع المستفيض لا يبقى لاعتراض الدكتور عبد الحميد متولي في ثبوت الإجماع على ضرورة السلطة العامة في المجتمع الإسلامي أي أساس (4)، أما اعتراضه على حجية الإجماع كمصدر للأحكام الشرعية الدستورية فستأتي مناقشته قريبا (5).

وهكذا فقد اجمع المسلمون على وجوب الولاية العامة وأنها ضرورة للاجتماع الإنساني غير أن النقاش الحقيقي الذي ثار حول ضرورة الولاية العامة تعلق بمسألتين:

- الأولى: طبيعة هذه الضرورة هل هي ضرورة شرعية أم ضرورة عقلية، وفي هذه المسألة يفترق أهل السنة و من تبعهم عن المعتزلة. فقد ذهب المعتزلة إلى أن إسناد السلطة العامة واجب بالضرورة العقلية. فالسلطة العامة ضرورة للاجتماع الإنساني لا من حيث هي واجب ديني ولكن من حيث هي واجب سياسي عقلي "فقد وجبت (الولاية العامة) بالعقل لما في طباع العقلاء في التسليم لزعيم يمنهم من التظالم ويفصل بينهم في التنازع والتخاصم، ولولا الولاية لكانوا فوضى مهملين، وهمجا مضاعين" (6). بينما ذهب أهل السنة إلى أن إسناد الولاية العامة واجب بالسمع، فهو ليس مجرد واجب سياسي تفرضه الحاجة والضرورة، بل هو واجب ديني يتعالى على الضرورة السياسية ويتعالى على الزمان والمكان تخاطب به الأمة عامة إلى يوم القيامة، واحتجوا لرأيهم: بأن العقل يوجب أن يدبر كل واحد أمره بعقله لا بعقل غيره، فلا يوجب العقل على الناس تفويض الأمور إلى واحد منهم، كما أن العقل يوجب على واحد من العقلاء الامتناع عن الظلم والتعامل بالعدل، لكن لا يوجب تفويض ذلك إلى واحد منهم.

- الثانية من يخاطب بهذا الوجوب هل تخاطب به الأمة، أو يخاطب به الله ﷻ، وهل تندرج الإمامة في فروع الشريعة وأحكامها العملية، أم أنها تعتبر من أصول الشريعة وأحكامها العقدية؟ وفي هذه المسألة يفترق أهل السنة وسائر طوائف الملة عن الشيعة. فقد ذهب أهل السنة وسائر أهل الملة أن إسناد الولاية السياسية واجب على جماعة المسلمين، وأنها تندرج في فروع الشريعة وليس في أصولها، فالأمة هي التي تطالب في مجموعها بالنهوض بهذا الواجب باعتباره فرضا على الكفاية (7)، ومن ثم اعتبر جمهور أهل السنة أن الإمامة تندرج في فروع الشريعة وليس في أصولها، فهي تمثل رأس الفروض الكفائية من جهة الوسائل، كما أن إقامة الدين رأس الفروض الكفائية من جهة المقاصد، ووجوب الأول وسيلة لتحقيق الثاني، بينما ذهب الشيعة إلى أن إسناد الإمامة واجب عقلا وشرعا على المولى تبارك

1- محمد بن عبد الكريم الشهرستاني: نهاية الإقدام في علم الكلام، مكتب المثنى، بغداد، ص: 480 .

2- أبو محمد علي بن حزم: الفصل في الملل والأهواء والنحل، 72/4، 87.

3- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 239/1 .

4- ينظر: عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 61-72، وينظر ردا علميا عليه في : فؤاد محمد النادي: المبادئ الدستورية العامة، ص: 272-296.

5- ينظر : الفصل الأول من الباب الثالث من هذه الرسالة .

6- أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 03 .

7- ينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 03 .

وتعالى. وأن الحاجة إلى الولاية كالحاجة إلى النبوة، وأن دليل وجوب الولاية هو نفسه دليل الحاجة إلى النبوة، ومن ثم فلا يجوز عقلا أن يترك الله الناس من غير أن يبين لهم من هو الإمام، وعلى ذلك تعتبر الإمامة عندهم من أصول العقيدة وليست من فروع الشريعة.

وعند هذه النقطة أجد لزاما علي أن أقف وقفة مع أستاذنا العلامة الدكتور يوسف القرضاوي، فيما ذهب إليه في كتابه السياسة الشرعية من اعتبار الحكم والإمامة جزءا من العقيدة وليس من فروع الشريعة، مستندا في ذلك إلى أن كثير من الأحكام تعتبر من جهة العمل أحكاما عملية، وتعتبر من جهة الإيمان بوجوبها أحكاما عقدية، ومثّل لذلك بالصلاة والزكاة فهي وإن كانت تعتبر أحكاما عملية مندرجة في فروع الشريعة، فهي من جهة الإيمان بوجوبها تعتبر أحكاما عقدية، من حيث أن من أنكر وجوبها فهو كافر إجماعا (1)، وعلى ذلك يرى فضيلته أن الحكم وإن كان من فروع الشريعة من حيث العمل، فإن الإيمان بوجوب الحكم بما أنزل الله يعتبر من أصول العقيدة، ومنكره يعتبر كافرا. وهو ما عبر عنه بقوله: "كذلك يقال عن الإمامة أو الحكم بما أنزل الله، هو من الفروع، ولكن اعتقاد وجوبه ولزومه، والإيمان بالاحتكام إلى ما أنزل الله، ومتابعة رسوله هو من الأصول يقينا، ومن صميم الإيمان" (2).

والذي نذهب إليه أن العلامة الفاضل قد جانب الصواب وذهب بعيدا في رأيه وكاد يقارب غلو الشيعة، في إدراجهم الولاية في أصول العقيدة، ونستند في نقض رأيه إلى ثلاث أسس:

الأول: أن قياس مسألة الحكم والولاية على الصلاة والزكاة هو قياس مع الفارق كما يقول علماء الأصول، ذلك أن وجوب الصلاة والزكاة ثابت بأدلة قطعية الثبوت والدلالة، وعززها إجماع الأمة لا يعرف لها مخالف في ذلك، ومن ثم فلا ينكر وجوب الصلاة والزكاة إلا من ينكر أصل الشريعة رأسا، ومن ثم فلا إشكال في اعتبار من أنكر وجوبهما كافرا كافرًا مخرجًا من الملة، بل لا يتصور إنكارهما إلا من كافر، أو من جاهل قريب العهد بالكفر، أما وجوب الإمامة والولاية فهو ثابت بأدلة ظنية، صحيح أن هذه الأدلة تعززت بإجماع الصدر الأول كما سبق بيانه، إلا أن ذلك لا يجعل الإيمان بوجوب الولاية في درجة الإيمان بوجوب الصلاة والزكاة، فمن جهة نجد أن وجوب الصلاة والزكاة ثابت بنصوص قطعية، بينما وجوب الولاية ثابت بنصوص ظنية، ومن جهة ثانية نجد أن وجوب الصلاة والزكاة ثابت بإجماع الأمة في جميع عصورها لا يعرف لها مخالف في ذلك، بينما وجوب الولاية ثابت بإجماع الصدر الأول ثم خالف في ذلك من خالف من المعتزلة والخوارج، وقد اختلف أهل العلم هل خلاف الخوارج والمعتزلة يخرق الإجماع أم لا (3). وحتى الذين قالوا بوجوبها اختلفوا هل طريق وجوبها العقل أم الشرع، وعليه فإننا نحسب أن مساواة الصلاة والزكاة وهما من أركان الإسلام بالإمامة وهي لا تعد حتى من أركانه فضلا أن تعتبر من صميم الإيمان والعقيدة نراه نظرا غير سديد.

1- ينظر: يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، ص: 16-17.

2- يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية ص: 17.

3- سبق أن ذكرنا أن القائلون بوجوب الإمامة هم أهل السنة جميعا، والمرحمة جميعا، والشيعة جميعا، وأكثر المعتزلة، وأكثر الخوارج. ينظر رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، ص: 58.

الثاني: أن العلماء قديما وحديثا قد حكوا كفر من أنكر وجوب الصلاة والزكاة، واعتبروه خارجا من الملة، لا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين(1)، بينما لم أفق على من حكى كفر من قال بعدم وجوب نصب الإمام، ولا نظن أن الشيخ الفاضل الجليل بإدراجه الإيمان بوجوب نصب الإمام في مسائل العقيدة، يعتقد فعلا بكفر من قال بجواز نصبه دون القول بوجوبه .

الثالث: أن الشيخ الجليل أجه في عبارته، فخلط بين الإمامة وبين الحكم بما أنزل الله، وسأوى بينهما لفظا ومعنى وهما ليسا كذلك، ذلك أن الولاية والإمامة مطلوبة طلب الوسائل والحكم بما أنزل الله مطلوب طلب المقاصد وقد تعدد الوسائل إلى المقصد الواحد، والإمامة ليس إلا وسيلة واحدة من وسائل الحكم بما أنزل الله، غير أننا نلاحظ هنا أن الشيخ الجليل قد استعمل لفظ الحكم بما أنزل الله، وهو لفظ عام ولا يتطابق كليا مع لفظ الولاية والإمامة، فالاحتكام إلى ما أنزل الله ليس واجبا على الإمام فحسب، فهو يشمل القاضي والمفتي والحكمين وجماعة الصلح، و السيد والأب والزوج وكل من ولي ولاية عامة أو خاصة، سواء عاشوا في دار إسلام أو في دار كفر، فالمسلمون الذين استقروا في ديار كفر، يجب عليها الحكم بما أنزل الله في المسائل الدينية التي تخصهم، وإن لم يكن لهم إمام في تلك الديار. وعليه نرى أن الشيخ في اعتباره الإيمان بوجوب نصب الإمام جزء من العقيدة قد جانب الدقة أيضا حينما استعمل لفظ الحكم وهو لفظ حمال أوجه، فقد كان يراد به في التداول الشرعي الفصل والقضاء، ثم صار يطلق في عرف الناس هذه الأيام، على من ولي ولاية عامة، ومن ثم فاستعمال هذا اللفظ بصدد الحديث عن مسألة الولاية والإمامة يجانب الدقة، ولم يفرق بين ما هو مطلوب طلب الوسائل وما هو مطلوب طلب المقاصد.

فقرة 3 - المعقول وبنية التشريع

إن التعليل المقاصدي نوع من التأصيل الشرعي، والناظر في مقاصد الولاية العامة لا بد وأن يصل إلى نتيجة واحدة لازمة لها لزوما عقليا وشرعيا وهي أن الولاية من حيث هي وسيلة لهذه المقاصد الواجبة لا بد أن تكون واجبة، ولما كانت العبارة الجامعة التي لخصت مقاصد الولاية العامة في مصنفات السياسة الشرعية هي "حراسة الدين وسياسة الدنيا به"(2)، كان الاستدلال على وجوب الولاية العامة مبنيا على هذين المقصدين:

أولا- مقصد إقامة الدين لا يتم إلا بإقامة الولاية العامة.

خلاصة هذا الدليل هي ما يعرف بمقدمة الواجب أو وسيلة الواجب، والتي تعبر عنها القاعدة الأصولية الشهيرة "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"(3)، أو "ما كان وسيلة إلى الواجب فهو واجب"(4)، فلما كانت

1- ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 53/27.

2- ينظر: أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 03. وينظر: الجويني: غياث الأمم، ص: 15. وينظر عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة: ص: 191، 210، 218. وينظر: التفتازاني: شرح السعد على المقاصد، مكتبة وهبة، القاهرة، ص: 200.

3- السرخسي: المبسوط، تحقيق خليل الميس، دار المعرفة بيروت، 193/4، تقي الدين الحصني: قواعد الحصني، تحقيق عبد الرحمن الشعلان، دار الكتب العلمية بيروت، 41/2، تاج الدين بن السبكي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411، 88/2، محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، 217/7-218.

4- يحيى بن شرف النووي: تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم دمشق، 1408هـ، 982/5-983. علي بن أحمد الندوي: القواعد والضوابط المستخلصة من شرح الجامع الكبير للحصري، مطبعة المدني القاهرة، 1411هـ، ص: 493، محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 205/7.

الوسائل تأخذ حكم المقاصد، وكان مقصد إقامة الدين وحفظه(1)، من أعظم المقاصد وأوجبها وكان ذلك لا يتم إلا بالولاية العامة كانت هي أيضا من أعظم الواجبات لأنها الوسيلة لأعظم المقاصد، ويبان ذلك أن استقراء البنية التشريعية يبين لنا أن أحكامها على نوعين: النوع الأول: أحكام يخاطب بها عموم الأفراد خطابا تكليفيا عينيا وهي في عمومها موكولة إلى ديانة المكلف و الحامل له على النهوض بها وازع الإيمان والقرآن وقلما يوكل تنفيذها إلى وازع الجماعة والسلطان ومثال ذلك عقائد الإيمان وشعائر العبادة كالصلاة والصيام والحج والنوع الثاني: أحكام تخاطب بها مجموع الأمة خطابا تكليفيا كفائيا وهي في عمومها موكولة إلى خيرية الأمة وإمامها فالحامل لها على النهوض بها وازع الجماعة والسلطان(2)، ويدخل في ذلك معظم فروض الكفايات، مثل تطبيق الحدود، وتجهيز الجيوش، وتعيين القضاة، وحفظ الأموال العامة، وإنشاء المرافق العامة، وإعلان الجهاد.

ثانيا- مقصد دفع الضرر في مصالحهم الدنيوية

وخلاصة هذا الدليل أن نصب الإمام فيه دفع الضرر المظنون بعدم نصبه، ودفع الضرر المظنون واجب، فإن الناس لا يستطيعون العيش منفردين، ولما كانوا لا يستطيعون العيش إلا مجتمعين، مع اختلاف الأهواء، وتشتت الآراء، وما يحصل بينهم من الشحناء، قلما ينقاد بعضهم لبعض، فيفضي ذلك إلى التنازع والتواثب، وربما أدى إلى هلاكهم جميعا، ويشهد لذلك التجربة والفتن القائمة عند موت الولاية إلى نصب آخر، بحيث لو تمادى لتعطلت المعاش، وصار كل واحد منهم مشغولا بحفظ ماله ونفسه تحت قائم سيفه، وذلك يؤدي إلى رفع الدين وهلاك جميع المسلمين، ففي نصب الإمام دفع مضرة لا يتصور أعظم منها(3). إن مصالح الناس في اجتماعهم و انتظام جماعتهم واستقامة مصالحهم ومعايشهم الدنيوية لا تتم إلا بوازع تكون له الولاية العامة عليهم ليدفع عنهم الضرر الواقع أو المتوقع . وأما اعتراض النجدات بأن في نصب الولاية العامة أيضا فتنا و ضررا مظنونا، سواء في إقامتها ابتداء أو في إسنادها أو في عزلها، ودفع الضرر المظنون واجب شرعا، فدل ذلك على أن نصب الولاية ليس بواجب شرعا. فهو اعتراض مردود عليه بأن هذه المفاسد والأضرار ، مع التسليم بوقوعها فكل عاقل يعلم أن دفع الضرر الأعظم مقدم على دفع الضرر الأقل، فإذا قوبلت هذه الأضرار الحاصلة بنصب الولاية العامة بالأضرار والمفاسد الحاصلة بترك نصب الولاية العامة لم يكن هناك وجه للمقارنة(4).

وفضلا عن ذلك فإن هذه الأضرار ليست ملازمة لنصب الولاية، بل هي أضرار عارضة يمكن أن تنفك عنه، وهي متوقعة على رصيد المجتمع من الإيمان والتقوى والفقہ الشرعي والوعي السياسي.

البند الثاني: الولاية العامة سنة اجتماعية

لقد انتبه فلاسفة التاريخ والاجتماع منذ القدم إلى أن السلطة ضرورة اجتماعية فأرسطو يرى أن الإنسان مدني بالطبع، فمن يستطيع أن يعيش خارج الجماعة أو المدينة أو الدولة فليس إنسانا بل بهيمة أو إلهاء؛ إذا لم يفترق

1- حول دور ولي الأمر في إقامة الدين ينظر: عارف خليل: وظيفة الحاكم في الدولة الإسلامية، دار الأرقم الكويت، ص: 149. وينظر: حامد عبد الماجد: الوظيفة العقدية للدولة الإسلامية -دراسة منهجية في النظرية السياسية، ط1، 1993.

2- حول أنواع الوازع ينظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، ص: 384 و ما بعدها.

3- عضد الدين الإيجي: المواقف مع شرحه للشريف الجرجاني، 346/8.

4- ينظر: الرازي: الأربعين في أصول الدين، 257/2. وينظر: محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقہ الإسلامي، ص: 99-100.

إلى شيء من الأشياء التي يفتقر إليها الإنسان، إما لكمال المحض كالله، أو لنقصه الزري كالبهيمية، فالإنسان لا يستطيع أن يقوم على جميع حاجاته الرئيسية أولاً، وفي القرية التي تنشأ عن اجتماع عدة أسر ثانياً، ثم في المدينة أو الدولة وهي أعظم المجتمعات التي تمتاز عن المجتمعين السابقين في أنها أقرب إلى الاكتفاء الذاتي وأنها تمكن المرء من بلوغ الحياة الفاضلة(1)، إذ أن حياة الأفراد داخلية في ضمن الحياة العليا للدولة، فكما أن جميع أعضاء الجسم الإنساني تتضافر في تآدية وظائفها حرصاً على سلامة البدن فكذلك الأفراد في المجتمع الإنساني، يتضافرون ويتحدون للإبقاء على سلامة المجتمع، وإذا كان لكل فرد حياته الخاصة وأسلوبه في التفكير والحياة والعمل، فإنه لا يستطيع أن يختار إلا ما ينسجم مع الاتجاه العام للجماعة، وقد نجح أرسطو في فهم الضرورة الاجتماعية للسلطة على نحو أكثر مطابقة لحقائق الأمور وبجوته في هذا الصدد، انضح من بحوث كثير من الفلاسفة المحدثين أمثال هوبز و لوك وجان جاك روسو، الذي أنكروا الحقائق المشار إليها وشوهوا الإنسان وجعلوا منه كائناً يذله الخوف وتكبته القوة، وتحركه النزعات الخاصة(2)

وهكذا فإذا كان صحيحاً أن الجماعات البدائية الأولى لم تعرف تنظيمًا سياسياً بالمعنى الحديث، فإن الأكثر صحة أيضاً أنه لم تخل جماعة منها من رئيس يسوس أمورها أو قائد يرجع إليه في تدبير شؤونها، مستند في ذلك إلى سلطة شخصية عرضية تجد سندها في شخصيته الكاريزمية على حد تعبير ماكس فيبر Max Weeber، وما يتمتع به من سحر وجاذبية أو دهاء، وهي سلطة عرضية سرعان ما يتلاشى سلطانها بمجرد بروز زعامة أكثر جاذبية ونفوذاً ومكراً، أو تستند إلى سلطة شخصية فعلية تجد سندها في قوته وسلطوته وما يتمتع به من خصائص سلطوية ذاتية، وهي أيضاً سلطة عرضية سرعان ما تؤول لزعيم غالب، فالسلطة بطبيعتها لمن غلب(3)، وهو ما يبين أن السلطة بغض النظر عن شكلها وسندها فهي ضرورة اجتماعية، وحقيقة وجودية، كما يبين أن السلطة كظاهرة اجتماعية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالاجتماع الإنساني، بدءاً بالأسرة والعشيرة والقبيلة وصولاً إلى الشعب والأمة.

بل يذهب جانب من فقهاء القانون كالعميد ديجي إلى أن كل مجتمع يعرف التفرقة بين الحكام والمحكومين فهو يعتبر مجتمعا سياسياً، ويعتبر دولة، لا فرق في ذلك بين مجتمع بدائي ومجتمع معاصر، حتى ولو كانت السلطة فيه شخصية. حيث يرى أن الدولة توجد في كل الجماعات والعصور وهي تتكون بشكل طبيعي Formation Naturel بفعل واقعة وحيدة Fait Unique واقعة التمايز السياسي Diffrenciation Politique بين أفراد الجماعة(حكام ومحكومين) حيث يوجد أقوياء وهم الحكام وضعفاء وهم المحكومون ومن هذه التفرقة السياسية القائمة على السلطة تنشأ الدولة(4). على الرغم من أن هذا الرأي لا يتفق ما استقر عليه غالبية الفقه اليوم من أن ظهور الدولة يرتبط أساساً بالتمييز بين السلطة المجردة والسلطة المجسدة، أي التفرقة بين الدولة كشخص معنوي مستقل، وبين أشخاص

1- ماجد فخري: ارسطو طاليس المعلم الأول، المطبعة الكاثوليكية بيروت، ص: 128.

2- مصطفى الخشاب: تاريخ الفلسفة والنظريات الفلسفية، دار البيان العربي، القاهرة، ط1، ص: 132-133.

3- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 1/174.

4- عبد الله سعيد الذبحاني: مأسسة السلطة السياسية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997، ص: 16.

حكamها، أو ما يعرف بتجريد السلطة أو مأسسة السلطة السياسية(1). فالجانب المهم في نظريته هو ما يتعلق بالتأكيد على ضرورة السلطة العامة بالنسبة لأي جماعة كحتمية اجتماعية سواء نجحت في الانتقال بها من التجسيد في الأشخاص الطبيعيين إلى التجريد في شخص معنوي أو فشلت. وقرىبا من رأي العميد ديحي رأي بعض الفقهاء الألمان الذين يرون أن وجود السلطة ومن ثم الدولة إنما يتم بشكل طبيعي وتلقائي بسبب غريزة الميل إلى الحياة الاجتماعية المركوزة في طبائع البشر، والتي تستلزم ظهور السلطة التي توجد خارج العمل الإرادي للأعضاء(2).

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1- عبد الله سعيد الذبحاني: مأسسة السلطة السياسية، ص:16. وينظر محمود عاطف البنا: الوسيط في النظم السياسية، دار النشر للجامعات، جامعة القاهرة، 2001، ص:15.

2- عبد الله سعيد الذبحاني: مأسسة السلطة السياسية، ص:16.

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لسلطة ولي الأمر في التشريع

إذا كان قد تبين أن التشريع ضرورة لامناص منها للاجتماع الإنساني، كما تبين أن إقامة السلطة العامة فريضة شرعية وضرورة اجتماعية لا يختص بها المجتمع الإسلامي فحسب وإنما هي سنة اجتماعية تعرفها كل المجتمعات الإنسانية، فإنه يبقى الإشكال بعد ذلك، أنه قد يسلم البعض بضرورة التشريع لأي مجتمع كما يسلم بضرورة السلطة العامة، ولكن مع ذلك لا يسلم بحق السلطة العامة في سن التشريع وصناعة القانون، بمعنى أنه يمكن تصور مجتمع تقوم فيه السلطة العامة بتنفيذ القانون، ولكنها لا تسنه، وهي الحالة التي يفترض البعض أنها تنطبق على المجتمع الإسلامي من دون كل المجتمعات الإنسانية، حيث قد قنع كثيرون بفكرة أن السلطة العامة في الإسلام لم يسند لها في مصادر التأصيل الشرعي أي وظيفة تشريعية. كما قنعوا بأن السلطة العامة لم يكن لها يوماً ما في التجربة التاريخية أي دور في التشريع، وأن الأصل العام في التشريع أنه كان دوماً نظرياً وعملياً وظيفته تمارس خارج المجال السياسي، وبعيدا عن وظائف الدولة، وأن ذلك مكن خصوصية وتفرد نظامه بالنسبة لسائر النظم السياسية على مدار التاريخ، بتعبير آخر إن صناعة القانون في المجتمع الإسلامي نظرياً وتاريخياً لم تكن في يوم من الأيام مجالاً للسياسة والتصرف السياسي، وأن العمل التشريعي لا مدخل للسلطة العامة فيه (مطلب أول). وهي فكرة في الحقيقة تم تشريحها بعيداً عن الدراسة التأصيلية والعلمية لبنية الشريعة الإسلامية، وبعيداً عن الدراسة التحقيقية والنقدية للتاريخ الإسلامي، فمن الضروري منهجياً قبل الشروع في بيان القواعد التي تحكم سلطة ولي الأمر في ممارسة الوظيفة التشريعية أن نثبت أولاً أن لولي الأمر صلاحية التشريع في الإسلام (مطلب ثان). وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: سلطة ولي الأمر في التشريع بين النفي والإثبات .

المطلب الثاني: الأدلة على سلطة الولاية العامة في التشريع كتصرف سياسي

المطلب الأول: سلطة ولي الأمر في التشريع بين النفي والإثبات

في أجواء الشك في الذات والبحث عن الهوية يجب الإنسان دائما إظهار خصوصياته وكل ما يميزه عن الآخرين عند الالتقاء بهم، وما ينطبق على الفرد ينطبق أيضا على المجتمعات التي تسعى في فترات الضعف، إلى التشبث بكل ما يحفظ لها هويتها وذاتيتها ويميزها عن غيرها، ولقد عاشت المجتمعات الإسلامية المعاصرة حينما من الدهر مثل هذه المرحلة، حيث تعرضت فيها للاحتلال العسكري والغزو الفكري والحضاري وكان وجودها مهدد بالزوال أمام صعود الحضارة الغربية ونظمها السياسية والقانونية، وأمام هذا الوضع فقد كان لزاما على المجتمع الإسلامي الدفاع عن ذاته وإبراز تميزه عن المجتمع الغربي، ومن ثم كثرت في تلك الفترة الكتابات التي هدفها الأول والأخير الحفاظ على الهوية وبيان الخصوصية والذاتية التي يمتاز بها المجتمع الإسلامي في شتى مجالات الحياة، ومن ثم فقد طرحت كثير من الأفكار المتعلقة بطبيعة النظام السياسي الإسلامي، والتي في الحقيقة لا تعدو أن تكون انطبعا أوليا، ومن ذلك الرأي الذي يرى أن السلطة العامة في المجتمع الإسلامي لا دور لها في التشريع، فهي تطبق التشريع فحسب ولا تسنه (فرع أول).

ويرجع ذلك إلى غرابة الفكرة المتعلقة بالدور التشريعي للسلطة العامة في الفقه السياسي الإسلامي في ظل الانطباع السائد بأن التشريع كان على مدار التاريخ الإسلامي مهمة الفقهاء أهل الاجتهاد، وقبل أن نبين الأسانيد والأدلة التي استند هذا الرأي في إنكار أي دور للسلطة العامة في مجال التشريع، يجدر بنا أولا أن نسوق الدعوى على لسان أصحابها واضحة صريحة لا لبس فيها ولا غموض، حتى يتسنى بعد ذلك بيان زيفها وتمهاتها (فرع ثان).

الفرع الأول: الرأي المنكر لسلطة ولي الأمر في التشريع

الفرع الثاني: الرأي المثبت لسلطة ولي الأمر في التشريع

الفرع الأول: الرأي المنكر لسلطة ولي الأمر في التشريع

البند الأول - أصحاب هذا الرأي

فقرة 1- إغفال الفقه السياسي القديم

يعد موضوع سلطة ولي الأمر في التشريع بالنسبة للقدماء والمحدثين من أعقد الموضوعات وأكثرها تشابكاً، فهذا الموضوع كان ولا يزال أحد أهم الإشكالات التي واجهت المجتمع الإسلامي منذ بواكيره الأولى. فبالنسبة للفقهاء القدماء يعتبر هذا الموضوع من الموضوعات المسكوت عنها و اللامفكر فيها، والتي لا نكاد نجد لها تعقيداً أو تنظيراً، سواء في مدونات الفقه العام أو في مصنفات السياسة الشرعية، بل كل ما نجده هو جملة من الأحكام المتناثرة في عدد من الأبواب الفقهية والتي تخول ولي الأمر سلطات تفويضية مقيدة في مجال التشريع العقابي أو المالي، ونحسب أن السبب الرئيسي في إغفال الدور التشريعي للولاية العامة هو ذلك التحول المبكر الذي حدث في بنية السلطة السياسية في العالم الإسلامي ونعني بذلك التحول من نموذج الحكم الراشد إلى نموذج الملك العضوض، لذا نجد أغلب كتابات الفقه السياسي القديم تتحاشى إعطاء ولي الأمر أي سلطة في التشريع، و لم تخصص هذا الموضوع بأي جهد تأصيلي. ومن هنا فقد ركزت مصنفات الفقه السياسي وكتب السياسة الشرعية في عمومها على موضوعها المفضل وهو موضوع الإمامة وطرق توليتها وعزلها، وصلاحياتها، ولكنها فيما يتعلق بصلاحياتها جاءت كلها محصورة في نطاق ما يسمى اليوم بالوظيفة التنفيذية والقضائية مع إغفال تام لأي إشارة لدور ولي الأمر في استنباط الأحكام وهو الدور الفقهي للتشريع، أو في الإلزام بها وهو المجال السياسي للتشريع، بل على الرغم من أن مصنفات الفقه السياسي الأولى كانت تشترط من بين شروط الولاية العامة شرط الاجتهاد، فإنها مع ذلك لم تربط أبداً بين هذا الشرط وبين أي دور مفترض لولي الأمر في التشريع وصناعة القانون في المجتمع الإسلامي(1). بل فضلت ربط شرط الاجتهاد بوظيفة صنع القرار السياسي، ومن الواضح الفرق البين بين عملية صنع القرار السياسي، وصنع القواعد التشريعية.

فقرة 2- إنكار الفكر الإسلامي المعاصر

أما بالنسبة للمعاصرين فقد آثر كثير منهم سلب الولاية العامة في المجتمع الإسلامي أي دور تشريعي ويبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى أمرين :

السبب الأول سيطرة الفكرة القائلة بأنه لا مشرع إلا الله، ولا حاكم إلا الله، خاصة مع صعود تيار الحاكمية كما رأينا، وهي فكرة من صميم العقيدة الإسلامية و لكن غياب الوعي بمدلولها الحقيقي أسس لمفاهيم سياسية زائفة لا تعبر عن حقيقة الدور البشري المنوط بالأمة ومن يمثلها في ممارسة السياسة والحكم والتشريع.

السبب الثاني: ثقل الواقع التاريخي الذي يشهد بأن وظيفة تفسير الشريعة قد كانت في أغلب فترات التاريخ الإسلامي بعيدة عن سلطة الدولة حيث تولاها الفقهاء الذين كان أغلبهم لا يجذب الدخول على السلطان. وبأثر من هذين السببين فقد ذهب عدد غير قليل من الباحثين المعاصرين في النظام السياسي الإسلامي وفي السياسة الشرعية والفقه الدستوري، إلى أن الولاية العامة ليس لها في الشريعة أي مساحة للتشريع، كما أنه لم يكن لها

1. أماني صالح: الشرعية بين فقه الخلافة وواقعها، 1/ 166-167.

يوما عبر تاريخ الإسلام الطويل العريض مثل هذا الحق، وأن هذه المهمة لم تكن يوما من وظائف السلطة السياسية التي كانت معزولة عنها تماما بحسب الانطباع الأولي، نجد هذه الفكرة عند كتاب لهم وزنهم في تشكيل ساحة الفكر الإسلامي كما هو الحال عند الدكتور طارق البشري الذي يرى أن ولي الأمر لم يكن له سلطة تشريع عبر التاريخ الإسلامي حيث يقول: " في التطبيق الإسلامي عبر العصور الماضية نجد أن هذه الوظيفة (التشريع) قد خرجت عن وظيفة "الإمامة" وخرجت عن إطار الولايات والإمارات، بمعنى أنها لم تكن تعتبر من الوظائف الاجتماعية التي يصدق عليها وصف سلطات الدولة. رجالها ليسوا أصحاب "قرار" إنما هم أصحاب رأى "وفتوى" بمعنى أنه لم تكن لهم "ولاية" على غيرهم "ينفذون" بها ما ينتهون إليه في حقوق الآخرين وأوضاعهم، وهم لا يمتصون مشيئتهم على الآخرين وليست لديهم وسائل إلزام الدولة ولا الأفراد بما ينتهون إليه من نظر." (1).

كما نجد هذا الرأي عند الدكتور لؤي الصافي في كتابه العقيدة والسياسة حيث يقول: "لقد أعطى فقهاء السياسة المتقدمون الإمام سلطات تنفيذية واسعة.. بيد أن إطلاق سلطات الرئيس التنفيذية لم تجعل منه حاكما مطلقا، نظرا لافتقاده لأي سلطة تشريعية من جهة، وانحصار قراراته ضمن دائرة الأحكام الشرعية المستنبطة من قبل الفقهاء المجتهدين.. أما دوائر التشريع والإعداد الفقهي فقد استمرت عبر تاريخ الإسلام الطويل خارج إطار سلطة الخليفة أو السلطان، لتحافظ على استقلالها الإداري والمالي باعتمادها على موارد الأوقاف الشرعية المستقلة عن خزينة الدولة" (2). ثم يقول: "نعم كان من الممكن للسلطان ووزرائه أحيانا استصدار قوانين دون العودة إلى الفقهاء، بيد أن هذه القوانين كانت أقرب إلى المراسيم التشريعية ذات الطبيعة الإدارية منها إلى القوانين التشريعية نظرا لتقيدها بأحكام الشريعة مصدر الشرعية الوحيد في المجتمع الإسلامي، وتوقف قبولها شعبيا على تأييد الفقهاء لها" (3)، كما يقول الدكتور حماد محمد شطا: "إن المشرع هو الله، وإن الرسول صلى الله عليه وسلم مبلغ عن ربه، وبالتالي فوظيفة التشريع مستقلة تماما ومنفصلة انفصالا مطلقا عن وظيفة رئيس الدولة، وهذه عقيدة المسلم وبذلك يحكم وتساس أموره" (4).

كما يقول الدكتور عدنان نعمة "التشريع في الإسلام يجد مصدره في القرآن والسنة والاجتهاد وإجماع الصحابة، دون أن يكون للخليفة دور في التشريع إلا بصفته مجتهدا، لا بصفته حاكما، فهو يتولى الإدارة ويمثل وفق المصطلح الحديث رأس السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين" (5). ويقول الدكتورة مسعد محمد علي خطاب: "ذهب الفقه الإسلامي إلى أن ثمة انفصال تام بين التشريع من ناحية وبين التنفيذ والقضاء من ناحية أخرى، وعليه فالخليفة كرئيس للسلطة التنفيذية لا يملك التشريع في ذلك المعنى الدقيق المشار إليه، وإن كان يملك الاجتهاد كسائر المجتهدين متى استوفى شروطه، وهو إذا اجتهد فإنه إنما يفعل ذلك باعتباره مجتهدا لا بوصفه خليفة. وكذلك الشأن

1- طارق البشري: منهج النظر في النظم السياسية المعاصرة، ص: 59. وينظر له أيضا: الملامح العامة للفكر السياسي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ص: 70-71.

2- لؤي صافي: العقيدة والسياسة، معالم نظرية عامة للدولة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، ط1، 2001، ص: 176.

3- لؤي صافي: العقيدة والسياسة، ص: 176. بتصرف

4- حماد محمد شطا: الأصول الإسلامية للقانون الإداري، الكتاب الأول النظرية العامة، دار الصحوة والنشر، القاهرة، د ت، ص: 202.

5- عدنان نعمة: دولة القانون في إطار الشرعية الإسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1987، ص: 28.

بالنسبة للقاضي فإنه حينما يستنبط حكماً ليطبقه في نزاع معروض عليه، فإنه يقوم بهذا النشاط باعتباره مجتهداً⁽¹⁾. وهو نفس الرأي الذي يذهب إليه الدكتور صبحي عبده سعيد: "ليس للخليفة ولا لمن لا تتوافر فيه شروط الاجتهاد أن يشرع للأمة ولو كان الخليفة، فالتشريع ابتداءً يختص به أهل العلم وليس الأمة أو من يمثلها كما هو الحال في النظم المعاصرة التي تقوم على أساس حرية الجماعة في أن تقرر ما تشاء من تشريعات بالطريق الدستوري، دون أن يناط ذلك بمن تتوافر فيهم شروط علمية معينة"⁽²⁾. وهو الرأي الذي أعاد تنقيحه في كتابه شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام، حيث اعتبر أن "التشريع المستنبط في ظل حكم الإسلام ليس من حق الشعب ولا من حق ممثليه ونوابه في البرلمان، وإنما يثبت هذا الحق فقط للعلماء، إلا أن هؤلاء العلماء، قد يكونوا بمنأى عن كراسي السلطة ومواقعها بحيث لا يملكون لفتاواهم التنفيذ،"⁽³⁾، ولحل هذا الإشكال فهو يرى الإقرار لرئيس الدولة بالحق في التشريع إذا كان مجتهداً، أو أخذاً عن مجتهد، وهو ما يعطي حكمه الاجتهادي صفة الإلزام والعمومية للكافة، فيجد صداه لدى جهات التنفيذ، وعند القضاء، وعند الناس، أما إن كان غير مجتهد أو غير آخذ عن مجتهد فلا حق له في التشريع⁽⁴⁾.

البند الثاني - الأدلة المؤسسة لهذا الرأي ومناقشتها.

فقرة 1- الأدلة

ينبغي بادئ ذي بدء أن نلاحظ بأسف شديد أن بعضاً ممن يكتبون في الفكر والفقهاء السياسي الإسلامي يكتبون على بياض، فيطلقون الأحكام العامة والفضفاضة، دون أن يكلفوا أنفسهم الاستدلال عليها أو تقديم ما يسندها من شواهد أو حجج، وليس من شك أنه ليس هناك أضرار على العلم والمعرفة من هذه النزعة الانطباعية التي لا تتجاوز سقف إصدار الأحكام وإطلاق الآراء، وهكذا فإذا رجعنا إلى أغلب الأقوال السابقة والتي تنكر حق السلطة العامة في التصرف السياسي في مجال التشريع، نجد أنها جاءت خالية من الحجج والأدلة المثبتة لدعواها، على أساس أنه أمر مسلم لا يحتاج إلى دليل أو برهان، إلا أنه مع ذلك فهناك قلة آثرت سوق بعض الحجج المؤسسة لهذا الرأي . والتي يمكن إجمالها في الحجج التالية:

أولاً- التشريع حق الله وحده

يستدل أصحاب هذا الرأي على ذلك بما تقرر شرعاً وفقها من أن التشريع حق الله وحده وليس لأحد غير الله ﷻ أن يشرع ولو كان نبياً، وإذا كان النبي لا حق له في التشريع، فكل من هم دونه معزولون عن التشريع، أو كما يقول محمد فرج السنهوري " لا حاكم سوى الله ﷻ، ولا حكم إلا ما حكم به، ولا شرع إلا ما شرعه، على هذا اتفق المسلمون وقال به جميعهم حتى المعتزلة الذين يقولون إن في الأفعال حسناً وقبحاً يستقل العقل بإدراكهما، وإن على الله أن يأمر وينهى على وفق ما في الأفعال من حسن وقبح، فالحاكم عند الجميع هو الله ﷻ، والحكم حكمه وهو الشارع لا غيره، وإذا كان رسول الله ﷺ قد أطلق عليه اسم الشارع في بعض عبارات العلماء فما كان ذلك إلا تجوزاً

1- مسعد محمد علي خطاب: الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة: رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة بنها، 2006، ص: 25 .

2- صبحي عبده سعيد: السلطة والحرية في النظام الإسلامي، دار الفكر العربي، د ت، ص: 96 .

3- صبحي عبده سعيد: شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص: 211- 212 .

4- صبحي عبده سعيد: شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام، ص: 212

مراعاة لأنه المبلغ عنه .. فالسلطة التشريعية هي لله وحده، والشريعة أو الشرعة أو الشرع فيما يختص بالعمليات هي حكم الله ﷻ وهو أثر خطابه جل شأنه المتعلق بأفعال العباد اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً " (1).

ثانياً- الاجتهاد حق لجميع أهل الكفاية العلمية

من ناحية نظرية أنه تقرر في علم الأصول بصورة واضحة أن الاجتهاد حق للفقهاء الذين استوفوا أهلية الاجتهاد و شروط الفقه (2)، ووظيفة المجتهدين في الإسلام هي تفسير نصوص الشريعة والاستنباط من قواعدها العامة، وهو ما يصطلح عليه التشريع ابتداءً، هذا الحق مبذول لجميع أهل الكفاية العلمية في الأمة ولا يختص به أولي الأمر وإن كانوا قد يشاركونهم فيه، لكن ليس بوصف الولاية، وإنما بوصف الاجتهاد والفقه، نجد هذه الحجة عند الدكتور عدنان نعمة (3)، والدكتورة مسعد محمد علي خطاب (4)، والدكتور صبحي عبده سعيد (5).

ثالثاً- شهادة التاريخ

يرى أصحاب هذا الرأي من ناحية تاريخية وتطبيقية فإن تاريخ الفقه والتشريع وتاريخ النظم السياسية في الإسلام يعزز هذه الحجة النظرية و يشهد أنه لم يكن للولاية العامة يوماً ما دور في سن التشريع، وأن الفقهاء المجتهدين هم الذين تولوا، مهمة بيان واستنباط الأحكام الشرعية، و يشهد لذلك أنه لما لم يكن هناك مصدر رسمي واحد للأحكام، فقد تعددت المذاهب الفقهية، واستقر كل مذهب في ناحية من بلاد الإسلام. ومن ثم فالتشريع قد بقي طوال فترات التاريخ الاسلامي بعيداً عن نفوذ السلطة العامة، وهي الحجة التي نجدها عند الدكتور لؤي صافي (6).

فقرة 2- مناقشة عامة

ليس في نيتنا هنا المناقشة المستفيضة لأدلة هذا الرأي فإن مجمل أدلة الرأي المثبت لدور السلطة العامة في مجال التشريع كتصرف سياسي هي في ذاتها ردود مباشرة على هذا الرأي، بل نريد فحسب أن نبين بعض النقائص العامة لهذا الرأي.

أولاً - إن أول سمات هذا الرأي أنه جاء في صيغة حكم عام ومطلق، انطلاقاً من أصل عام وهو أن التشريع حق الله وحده، وهو أصل مسلم به عقيدة وابتداءً، ولكن هذا الرأي لا يميز بين أنواع التشريع (العقيدة، الأخلاق، العبادة، المعاملات) ومستويات التشريع (نص قطعي، نص ظني، مسكوت عنه)، كما بينا عند تحليلنا لمفهوم التشريع في مجال التداول الشرعي مقارنة بمدلوله في الاصطلاح القانوني المعاصر. وهو خلط يرجع بلا شك للاشتراك اللفظي بين مدلول لفظ التشريع في الاصطلاح القانوني، ومدلوله في التداول الفقهي، ففي الاصطلاح القانوني يقتصر معناه على مجال المعاملات. بينما في التداول الشرعي يسع الأحكام الدينية المحضنة كأحكام العقيدة

1 - عبد الستار فتح الله السعيد: المنهاج القرآني في التشريع، ص: 301300.

2- الفقهية: الرسوخ في الفقه يقول الزبيدي " فقه ككرم فقهارة صار الفقه له سجية " ينظر: مرتضى الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس، مادة فقه . 456/36

3- عدنان نعمة: دولة القانون في إطار الشرعية الإسلامية، ص: 28 .

4- مسعد محمد علي خطاب: الرقابة القضائية على دستورية التشريعات، ص: 25 .

5- صبحي عبده سعيد: شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام، ص: 212.

6- لؤي صافي: العقيدة والسياسة، ص: 176.

والشعائر التعبدية، كما يسع الأحكام المصلحية كأحكام المعاملات. والأحكام الدينية مبنية على التوقيف وتكثر فيها النصوص التفصيلية، بينما الأحكام المصلحية مفوضة للاجتهاد ومبنية على التوفيق وقد اكتفت فيها الشريعة بمبادئ كلية ونصوص مجملة. وقد سبق أن وضعنا أن المقصود بالتشريع عند الحديث دور سلطة ولي الأمر في سنه هو التشريع الذي يتعلق بالمعاملات ومجال الشأن العام. ومن ثم فالتسليم بأن التشريع حق الله وحده لا يصلح لسلب الولاية العامة صلاحيتها التشريعية لأن الله عز وجل لم يشرع في جميع المجالات بطريقة واحدة.

وثانياً- ومن جهة ثانية نجد أن أصحاب هذا الرأي لا يميزون بين العمل الفقهي والعمل التشريعي، من حيث أنهم يعاملون الاجتهادات الفقهية لفقهاء الشريعة على أنها أحكاماً تشريعية بذاتها، مع أن أحكام الفقه فيها الراجح والمرجوح، وما عليه العمل وما ليس عليه العمل، وفضلاً عن ذلك فإن هذا الرأي لا تشهد له بنية أحكام الشريعة، فإنه يكفي بالرجوع إلى مدونات الفقه لنجد مجالات كثيرة قد تركتها الشريعة رغم ما توصف به من شمول للولاية العامة لتشريع الأحكام الضرورية لها في إطار مقاصد الشريعة وقواعدها، وخاصة في مجالات الشأن العام.

و ثالثاً- فإنه بسبب هذا التعميم والإطلاق الذي يشوب هذا الرأي فقد جاء في واقع الأمر مفتقداً للرؤية التاريخية، ويتعامل مع تاريخ الأمة على أنه عصر واحد، أو طور واحد من لحظة ميلادها إلى يومنا هذا، مغفلاً التقلبات التي عرفتها في تاريخها الممتد، فالأمة مرت بعصور تاريخية عديدة ومديدة، والقول بأنه في جميع أدوار هذا التاريخ وأطواره لم يكن للولاية العامة دور في مجال التشريع لا كتصرف اجتهادي فقهي، ولا كتصرف وإلزام سياسي، قول كما سيأتي بعد مفصلاً لا يشهد له لا تاريخ النبوة ولا تاريخ الخلافة الراشدة، وليس مسلماً كل التسليم حتى بالنسبة لأطوار الملك العضوض. وفضلاً عن ذلك فإن التاريخ في عمومته بما في ذلك التاريخ الإسلامي لا يعتبر مصدراً من مصادر التشريع باستثناء الفترة المرجعية منه وهي فترة النبوة وفترة الخلافة الراشدة التي شهد لها الرسول ﷺ بنموذجية المرحلة ومثالية التطبيق، وأمرنا بإتباع سننها والعض عليها بالنواجذ، إن المبادئ والقواعد الشرعية شيء والتطبيق التاريخي لهذه المبادئ شيء آخر، خاصة إذا لم يكن لهذا التطبيق في الشرع قيمة مرجعية. وهكذا فالبنسبة لموضوع التشريع إذا كان صحيحاً أن التشريع قد اتخذ في أغلب فترات التاريخ الإسلامي طابع الاجتهاد الفقهي الفردي غير الملزم، فإن ذلك ليس بالضرورة هو الأصل الذي تشهد نصوص الشرع وقواعده وتطبيقاته النموذجية كما سيبتين لنا. ولا يعتبر بالتالي حجة معتبرة على إنكار دور ولي الأمر في مجال التشريع.

الفرع الثاني: الرأي المثبت لدور السلطة العامة في مجال التشريع.

في المقابل فقد ذهب عدد من فقهاء الشريعة إلى إثبات سلطة أولي الأمر في التشريع، رغم الاختلاف الواضح بين هؤلاء في الصفة التي يمارسون بها الوظيفة التشريعية، ومع ذلك فيمكن أن نصنفهم إجمالاً في مذهبين:

مذهب يسلم بحق الولاية العامة في التشريع بوصف العصمة.

ومذهب يسلم بحق الولاية العامة في التشريع بوصف الفقاهة.

وفيما يلي تفصيل هذين المذهبين

البند الأول- العصمة كشرط لحق الولاية العامة في التشريع

من المعلوم أن من الشروط التي يشترطها الشيعة الإسماعيلية والاثني عشرية في الإمام أو ولي الأمر هو أن يكون معصوماً(1)، ومن ثم فهم يقصرون الولاية على الأئمة من أهل البيت الذين هم بزعمهم معصومون من الذنوب صغيرها وكبيرها ومعصومون من الخطأ "فهم مطهرون من كل دنس، وأنهم لا يذنبون ذنباً لا صغيراً ولا كبيراً ولا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون"(2). وهم في هذه الناحية يساؤون بين الأنبياء والأئمة، غير أن النبي يوحى إليه والإمام لا يوحى إليه. بل إن بعض الشيعة يجوزون الخطأ على الرسول في الوقت الذي لا يجوزون مطلقاً الخطأ على الإمام. فهذا هشام بن الحكم أحد متكلمي الشيعة يرى "أن الرسول ﷺ جاز عليه أن يعص الله، وأن النبي عصي في أخذ الفداء يوم بدر، أما الأئمة فلا يجوز ذلك عليهم لأن الرسول إذا عصى فالوحي يأتيه من قبل الله، والأئمة لا يوحى إليهم ولا تهبط الملائكة عليهم وهم معصومون، فلا يجوز عليهم أن يسهوا ولا يغلطوا وإن جاز على الرسول العصيان"(3).

ومن هذا المنطلق العقدي يذهب الشيعة الإسماعيلية والاثني عشرية إلى أن للولاية العامة ممثلة في الإمام المعصوم الحق في التشريع، باعتبار أن دليل الحاجة للنبوة هو نفسه دليل الحاجة إلى الإمامة، إمامة المعصوم(4)، وقد عبر الشيخ العلامة محمد مهدي شمس الدين مفتي الشيعة في لبنان عن هذه الفكرة في صياغة بليغة ومعبرة في تحديده لدور الإمام (المعصوم) التشريعي حيث يقول: "هذه نقطة هامة في النظرة إلى وظيفة ودور (الخلافة/ الإمامة) بعد النبي ﷺ باعتبارها خلافة للنبوة أو للنبي، لقد تكون حول هذه النقطة رأيان مختلفان: أحدهما: يجعل (للخلافة / الإمامة) دوراً في التشريع (التفسير والتخصيص التعميم وبيان المحمل والتفصيل) إلى جانب الدور السلطوي التنظيمي.

وثانيهما: يجعل (للخلافة/ الإمامة) دوراً تنظيمياً سلطوياً فقط دون أن يكون للخليفة دور مميز في الحقل التشريعي، إن هذا الحقل يتولاه المحدثون والفقهاء، وأما (الخليفة/ الإمام) فهو يرجع إليهم فيه، وقد يكون واحداً منهم وقد لا يكون، ويلخص هاتين النظرتين القول المشهور للإمام علي: "سلوبي قبل أن تفقدوني" وأقوال أخرى له من هذا

1 . الفخر الرازي: الأربعين في أصول الدين، ، 263/2. وينظر أيضاً في تفصيل الفرق التي قالت بعصمة الأئمة: عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، ص: 277-279

2 . محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي. 150.

3 . أبو الحسن الأشعري: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مكتبة النهضة المصرية، ط1، 1950، ص: 115-

116

4 . حول مختلف الشبهات التي استند إليها الشيعة في إثبات عقيدة عصمة الأئمة ونقضها ينظر: محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي. 150-155. وينظر: الفخر الرازي: الأربعين في أصول الدين، 263/2-268.

القبيل" (1). فمن الواضح من خلال هذا النص أن دور الولاية في التشريع عند المرجع الشيعي، إنما هو بوصف العصمة التي هي بحسب مذهبه الكلامي الشرط الأول للولاية، وهذا الشرط لا يتحقق بحسب معتقده إلا في آل البيت وتحديدًا سلسلة الأئمة انطلاقًا من الفهم الخاص لقوله ﷺ: ﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا ﴾ (2).

طبعًا لا يسعنا هنا في مثل هذا البحث الدخول في مناقشة تفصيلية لمحمل الرؤية العقدية للشيعة حول طبيعة الولاية العامة ومختلف أدوارها، ولكننا فقط نود التركيز على مناقشة وصف العصمة كشرط لا بد منه لحق الإمامة في التشريع، إن القول بأن هذا الشرط كان وراء مختلف الأدوار التي قام بها الإمام علي في مجال التشريع قول لا تؤيده الوقائع التاريخية، فقد اختلف الصحابة في مسائل كثيرة، كمسائل الجحد وأبواب الربا، وغيرها من المسائل وكان الخلفاء والصحابة يشاورونه ويراجعونه في مثل هذه المسائل فتارة يوافقونه وتارة يخالفونه ولم ينقل عنه أحد من عدول النقل أنه احتج عليهم بكونه معصومًا، كما أن الصحابة قد توقفوا في مسائل كثيرة، وهو كان بين أظهرهم فلو كان معصومًا لأفتاهم فيها ولما جاز له أن يكتهم عنهم ويتركهم مختلفين. ومنه يتبين أن ربط حق الولاية في التشريع بوصف العصمة فضلًا عن أنه مخالف للاعتقاد الحق (3)، فهو لا يشهد عليه الواقع التاريخي.

على أن التطور الحاصل في الفكر السياسي الشيعي قد أفضى إلى الإقرار بعدم الجدوى من التمسك بشرط العصمة والتخلي تمامًا عن هذا الشرط في ممارسة الوظيفة التشريعية، وقد تجلّى ذلك في نظريتين الأولى نظرية ولاية الأمة والثانية نظرية ولاية الفقيه

حيث أنه لما اصطدم الفقه الشيعي بحقيقة وواقع غيبة الإمام المعصوم فقد أفضى به التطور الفكري والفقهية بالشيخ العلامة محمد مهدي شمس الدين إلى القول بنظرية ولاية الأمة وهي النظرية التي سبقه إليها بعض علماء الشيعة كالعلامة السبزواري (ت 1697م) والعلامة حسين النائيني في رسالته "تنبيه الأمة وتنزيه الملة" والذي أكد على أنه في غيبة الإمام ينبغي أن تكون الأمة هي مصدر شرعية أي سلطة (4). غير أن الشيخ العلامة مهدي شمس الدين لم يكتفي بتقرير ولاية الأمة في عصر الغيبة بل قطع في ذلك شوطًا آخر حيث أكد على حق الإمام المنتخب من الأمة في التشريع في منطقة الفراغ التشريعي، أو ما سماه بمنطقة الأحكام التدييرية. ولا شك أن في هذا التطور رجوع كبير عن نظرية العصمة كشرط أساسي لممارسة المهام التنفيذية أو التشريعية (5).

وليست نظرية ولاية الأمة وحدها هي التي حاولت تجاوز شرط العصمة والنسب الشريف في ممارسة وظائف السلطة العامة عموماً والوظيفة التشريعية على وجه الخصوص، بل نجد أيضاً نظرية ولاية الفقيه العامة وهي النظرية التي

1 . محمد مهدي شمس الدين: نظام الحكم والإدارة في الإسلام، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، ط2، 1991، ص: 65.

2 . الأحزاب/33.

3 . حول بطلان عقيدة العصمة ينظر: عبد الحليم بن تيمية: منهاج السنة النبوية تحقيق محمد سالم رشاد، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض، ط1، 1986. 27-18/4.

4 . ينظر: فرح موسى: مبدأ الشورى بين ولاية الفقيه وولاية الأمة، دار الهادي، بيروت، ط1، 2000، ص: 10.

5 . مهدي شمس الدين: في الاجتماع السياسي، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، ط1، 1992، ص: 257 وما بعدها.

نظر لها بعض علماء الشيعة كالنراقي والنحفي والكركي و البروجردي وأعاد صياغتها الخميني(1)، الذي يرى أن للفقهاء جميع ما للإمام من الوظائف والأعمال في مجال الحكم والإدارة والسياسة. وتجسدت في دستور جمهورية إيران الإسلامية ويتجلى ذلك في تخلي الدستور صراحة عن شرط العصمة في ممارسة وظائف الإمامة عموماً والوظيفة التشريعية على وجه الخصوص سواء بالنسبة للولي الفقيه (2)، أو بالنسبة لرئيس الجمهورية (3)، أو بالنسبة لأعضاء مجلس الشورى (4) على أن ولاية الفقيه العالم كنظرية رغم اقتراحها من مذهب أهل السنة فإن الاختلافات بينها وبينه ظاهرة جلية (5)، ولعل من أبرزها وأخطرها ازدواجية القيادة (6)، وجعل الوصاية الكاملة على الأمة للفقهاء العادل (7).

البند الثاني - الفقاهة كشرط لحق الولاية العامة في التشريع.

إذا كان البعض يشترط فيمن يتولى الولاية العامة شرط العصمة لممارسة الوظيفة التشريعية فإن جمهور الفقهاء يكتفون باشتراط شرط الفقاهة فيمن يتولى الولايات السياسية، ويمثل هذا الرأي في الحقيقة الرأي التقليدي السائد في الفقه الإسلامي حيث تشترط جميع المذاهب الفقهية في من يتولى الإمامة العظمى شرط الفقاهة على اختلاف في تفاصيل هذا الشرط بين من يشترط الاجتهاد وجوباً (شرط أساسي) وبين من يشترط الاجتهاد استحباباً (شرط تكميلي) وبين من يكتفي بشرط العلم دون رتبة الاجتهاد (8)، ومع ذلك فينبغي التنبيه أولاً على أن اشتراط الفقهاء شرط الاجتهاد و الفقاهة في الولاية العامة لا يعني بالضرورة تسليمهم بحق الولاية العامة في التشريع فكما لاحظت الدكتورة أماني صالح" فإنه على الرغم من اشتراط الفقهاء الاجتهاد في الولايات السياسية -الدينية، وعلى رأسها الخلافة، إلا أنهم لم يربطوا الاجتهاد بوظيفة صنع القاعدة القانونية (التشريع) وإنما بصميم عملية صنع القرار، مع وضوح الفارق بين صنع القرار ذو الطبيعة (التنفيذية) الآنية الخاصة بحالة محددة، وبين صنع القاعدة (التشريعية)" القابلة للتطبيق على كم لانتهائي من الحالات"(9). كما قصد الفقهاء من اشتراط مكنة الاجتهاد في الإمام مقاصد أخرى مثل استكمال الإمام صفات الاستقلال والكفاية وعدم الانسياق لآراء آخرين عند تقريره للأمر، بقول الجويني "والدليل عليه أن أمور معظم الدين تتعلق بالأئمة فأما ما يختص بالولاية وذوي الأمر فلا شك في ارتباطه بالإمام وأما ما عداه من أحكام الشرع فقد يتعلق به من جهة انتدابه للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فلو لم يكن الإمام مستقلاً بعلم الشريعة لاحتاج إلى مراجعة العلماء في تفاصيل الوقائع وذلك يشترط رأيه ويخرجه عن رتبة الاستقلال"(10).

1 . ينظر: فرح موسى: مبدأ الشورى بين ولاية الفقيه وولاية الأمة، ص: 10.

2 . ينظر المادتين 109، 110 من دستور جمهورية إيران الإسلامية الحالي

3 . ينظر المواد من 113 - 115 من دستور جمهورية إيران الإسلامية الحالي

4 . ينظر المواد ، 62، و 71-75 من دستور جمهورية إيران الإسلامية الحالي

5 . حول النقد الموجه لنظرية ولاية الفقيه ينظر: محمد مال الله: نقد ولاية الفقيه، دار صفر الخير، ط2، 1989.

6 . ينظر المواد من 113 - 115 من دستور جمهورية إيران الإسلامية الحالي

7 . للولي الفقيه صلاحيات تجعل منه المصدر الأعلى للسلطات فهو الذي له الكلمة في تعيين مجلس صيانة الدستور، وهو الذي له الحق في الاستفتاء العام، إعلان الحرب والسلام، وعزل رئيس الجمهورية وتنظيم العلاقات بين السلطات الثلاث... ينظر المواد 91، 110. من دستور جمهورية إيران .

8 . حول شرط الاجتهاد في الولاية العامة ينظر: عبد الله بن عمر الدميحي: الإمامة العظمى عند أهل السنة والجماعة، دار طبية للنشر والرياض، ط2، 1408، ص: 248-250 .

9 . أماني صالح: الشرعية بين فقه الخلافة وواقعها، 1/ 166-167.

10 . عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 66 .

ويقول ابن خلدون: " أن يكون الإمام مجتهدا لأن التقليد نقص والإمامة تستدعي الكمال في الأوصاف والأحوال"(1).

على أن التأكيد على دور الولاية العامة في التشريع بوصف الفقه والاجتهاد أخذ يبرز كقاعدة دستورية وأصل أو مبدأ شرعي مسلم به عند بعض الباحثين المعاصرين، الذين وإن كانت جل المقاربات تتعلق بمنصب الإمامة والرئاسة العامة في الدولة الإسلامية، فإنهم من حيث المبدأ اثبتوا لولي الأمر حقا في التصرفات السياسية التشريعية، وإن قيدوا ذلك بوصف الاجتهاد ويعتبر الدكتور سليمان الطماوي من أوائل الباحثين المحدثين الذين عبروا عن هذا المعنى بقوله: " الاجتهاد الذي عرفه الإسلام له مظهران مظهر جماعي ومظهر فردي؛ أما المظهر الجماعي فهو أن يعرض ولي الأمر موضوعا من الموضوعات على المجتهدين في عصره، فيبحثونه ثم يجمعون فيه على رأي وهذا هو الإجماع الذي اعتبر المصدر الثالث للتشريع الإسلامي، والإجماع بهذا المعنى مصدر ملزم للأحكام الشرعية.. أما المظهر الفردي فهو اجتهاد كل مسلم تتوافر فيه شروط الاجتهاد، وحكم هذا الاجتهاد الفردي أنه لا يكون حجة إلا لصاحبه، فلا يصح أن يقلد غيره فيما لا يراه هو، ولا يجب على أحد أن يقلده.. ولكن هذه القاعدة لا تصدق على إطلاقها إلا بالنسبة للمجتهدين الذين لا يشغلون وظائف عامة أما إذا تقلد المجتهد ولاية عامة كالخليفة أو الوزارة أو القضاء، فإنه سيأخذ بما انتهى إليه اجتهاده فيما يعرض عليه من مسائل وحينئذ سيصبح اجتهاده ملزما لمن تشمله ولايته، وبهذه الطريقة صدرت كثير من التشريعات عن طريق اجتهاد الخلفاء المجتهدين، ولما كان الاجتهاد الفردي بطبيعته غير ملزم وكان الاجتهاد في صورته الجماعية متعدرا عملا، كان من المتعين أن يتدخل ولي الأمر لإضفاء صفة الإلزام على رأي بعينه إذا اقتضى الصالح العام ذلك وكانت مصلحة المسلمين في الخضوع لرأي موحد، وقد يكون ولي الأمر بذاته مجتهدا كما كان الشأن بالنسبة للخلفاء الراشدين وكثير ممن جاء بعدهم وقد لا يكون"(2).

ويقول الدكتور محمد محمد فرحات ملخصا المعنى السابق " فالحاصل أنه يلزم أن يكون الإمام عالما مجتهدا، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يتقرر للإمام وظيفة تشريعية، فتكون اجتهاداته ملزمة للأمة بحكم وظيفته التي تستدعي وجوب طاعته"(3).

ومن هؤلاء نجد أيضا العلامة أبو الأعلى المودودي حيث يقول — رغم ما يعرف عنه من أنه أحد منظري الحاكمية — " ثمة قسم من حياة الإنسان سكنت عنه الشريعة تماما... وهذا السكوت في حد ذاته دليل على أن الحاكم الأعلى(الله) أعطى الإنسان حق إبداء رأيه في أمور ومسائل هذا القسم، ومن ثم يمارس التشريع فيها بحرية تامة شريطة أن يتطابق مع ما يشرعه الإسلام و يتلاءم مع روح الإسلام ومبادئه"(4).

وعبر محمد رشيد رضا قبله عن ذلك بقوله: "إن للإسلام اشتراعا مآذونا به من الله ﷻ، وأنه مفوض إلى الأمة يقره أهل العلم والرأي والزعامة فيها بالشورى بينهم... وأن السلطة للأمة فإذا أمكن استفتاؤها في أمر وأجمعت عليه فلا مندوحة عنه... وليس للخليفة... أن ينقض إجماعها، ولا أن يخالفه، ولا أن يخالف نوابها... واتفاق هؤلاء يسمى إجماعا

1 . عبد الرحمن بن خلدون، المقدمة: 241/1.

2 . الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية والفكر السياسي الإسلامي، ص: 337.

3 . محمد محمد فرحات: المبادئ العامة في النظام السياسي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1998، ص: 202.

4 . المودودي، أبو الأعلى . الحكومة الإسلامية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1990، ص: 221.

عند علماء الأصول بشرط أن يكونوا من أهل العلم الاجتهادي. وأما إذا اختلفوا فالواجب رد ما تنازعوا فيه إلى الأصليين الأساسيين وهما الكتاب والسنة... إن الاشتراع - أو التشريع أو الاستنباط - ضرورة من ضرورات الاجتماع البشري... (1).

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1 . محمد رشيد رضا: الخلافة. المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية . الجزائر . 1992 . ص 157 . 158.

المطلب الثاني: الأدلة على سلطة ولي الأمر في التشريع

ومما سبق فإن ما نذهب إليه هو أن للولاية العامة في الشريعة الإسلامية مجالات واسعة للتشريع ليس فقط بوصف الاجتهاد والفقاهة ولكن أيضا بوصف الولاية والسياسة، سواء في مرحلة اقتراح التشريع، أو في مرحلة المداولة والإقرار، أو في مرحلة الإصدار والاعتراض والأدلة على ذلك الكتاب (فرع أول) والسنة (فرع ثان) والآثار (فرع ثالث) والمعقول (فرع رابع):

وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في أربعة فروع:

الفرع الأول: النصوص الدستورية في الكتاب

الفرع الثاني: التشريعات السياسية للنبي ﷺ

الفرع الثالث: التشريعات السياسية للخلفاء الراشدين

الفرع الرابع: منطقة العفو أو الفراغ التشريعي

الفرع الأول: النصوص الدستورية في الكتاب

أما الدليل من الكتاب على سلطة ولي الأمر في التشريع بوصفه ولي أمر، فهي جملة النصوص الدستورية التي قررت لأولي الأمر حق الأمر والطاعة وحق الرد إليهم.

البند الأول: حق الأمر والطاعة

فقرة 1- الدليل الشرعي

لما كانت الولاية العامة استحقاق تصرف عام في الدين والدنيا على جماعة المسلمين(1) بإقامة القوانين الشرعية وحفظ الملة على وجه يجب إتباعه على كافة الأمة، فالنصوص القطعية أو الراجعة إلى أصل قطعي تقرر قاعدة دستورية مسلمة وهي حق الولاية العامة في الأمر والطاعة ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (2)، و قوله ﷺ: (اسمعوا وأطيعوا، وإن استعمل عليكم عيد حبشي، كأن رأسه زبيبة)(3). وقوله ﷺ: (من أطاعني، فقد أطاع الله. ومن عصاني، فقد عصى الله. ومن أطاع الإمام، فقد أطاعني. ومن عصى الإمام، فقد عصاني)(4). وقوله ﷺ: (السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره، ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة)(5).

فهذه النصوص تقرر للولاية العامة سواء تمثلت في الإمام أي رئيس الدولة أو سائر أولي الأمر كما سيأتي(6)، حق الأمر في إطار الشرعية، وحق الطاعة على جماعة المسلمين بمقتضى عقد الولاية العامة. يقول الشوكاني في تفسير الآية: "لما أمر الله ﷻ القضاة والولاة إذا حكموا بين الناس أن يحكموا بالحق، أمر الناس بطاعتهم ها هنا، وطاعة الله ﷻ هي امتثال أوامره ونواهيه، وطاعة رسوله ﷺ هي فيما أمر به ونهى عنه. وأولي الأمر: هم الأئمة والسلاطين والقضاة وكل من كانت له ولاية شرعية لا ولاية طاغوتية، والمراد طاعتهم فيما يأمرون به وينهون عنه ما لم تكن معصية، فلا طاعة لمخلوق في معصية الله كما ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ" (7).

فقرة 2- وجه الاستدلال

ووجه الاستدلال بهذا الحق على سلطة الولاية العامة في التشريع، أن لفظ الأمر لفظ عام ومطلق وكذلك لفظ الطاعة وكما يقول الإمام الشاطبي: "كل لفظ ورد في الشرع عاما غير مخصص مطلقا غير مقيد فهو موكول إلى نظر المكلف" (8).

1 - ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 1/ 365، 298/6.

2 - النساء/59.

3 - صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية/ رقم: 7142 . 329/4.

4 - صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب قول الله ﷻ أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم/ رقم: 7137 ، 328/4.

5 - صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية/ رقم: 7144 . 329/4.

6 - يقصر البعض حق الأمر والطاعة على الإمام، وهو قصر ليس عليه دليل من الشرع، فللفظ أولي الأمر لفظ عام وتخصيصه بالإمام تخصيص من غير مخصص.

7 - محمد بن علي الشوكاني: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، تحقيق عبد الرحمان عميرة، دار الوفاء، 1994، .

8 - أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 3/397.

أولاً- حق الطاعة

وإذا تأملنا حق الطاعة فإننا نجد أن الآية جاءت بلفظ الطاعة بالنسبة لله ابتداء وكررت لفظ الطاعة بالنسبة للرسول ﷺ و لم تكرر بالنسبة لأولي الأمر وبيان ذلك:

1- أنها جاءت بلفظ الطاعة ابتداء بالنسبة لله ﷻ لأنه يستقل بالطاعة ابتداء، فهو يطاع فيما أمر لأنه فقط أمره، فطاعة أمر الله تجد أساسها ابتداء وانتهاء في أنه أمره، فهو مالك الملك، الملك، المليك، المالك الذي ليس له شريك، وأمر الله كله حق وعدل وخير.

2- ثم كررت لفظ الطاعة بالنسبة للرسول ﷺ، والأمر بطاعة الرسول ﷺ يأتي في القرآن بثلاث صيغ: ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ ﴾ (1)؛ ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾ (2)، ﴿ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾ (3)، فهذه الصيغ الثلاث تعبر عن ثلاث ملاحظ في التشريع بالنسبة للرسول ﷺ: فالتكليف يأمر به الله ﷻ ثم يأمر به الرسول بفعله وقوله فهنا تكون الطاعة في الأمر لله ﷻ وللرسول. أو أن الحق ﷻ قد أمر إجمالاً والرسول عين تفصيلاً، فقد أطعنا الله في الإجمال وأطعنا الرسول في التفصيل، فتكون الطاعة لله وتكون الطاعة للرسول. أو أن يكون هناك أمر لم يتكلم فيه الله ﷻ وتكلم فيه الرسول فقط فالطاعة هنا للرسول (4). فالملحظ الأول ما يشرع فيه الرسول تأكيداً لما شرع الله هو المقصود في قوله ﷻ: ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ ﴾، والملحظ الثاني ما يشرع فيه الرسول تفصيلاً لما شرعه الله في كتابه إجمالاً فهو المقصود بقوله ﷻ: ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ ﴾، والملحظ الثالث ما يسنه الرسول ﷺ من الأحكام تفويضاً مما ليس في كتاب الله ﷻ (5)، وهو المقصود بقوله ﷻ: ﴿ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ﴾ (6).

3- أما الأمر بطاعة أولي الأمر فقد جاءت بالعطف على المطاع من دون تكرار لفظ الطاعة، دلالة على أن طاعة أولي الأمر ملزمة إن كانت من باطن الطاعتين طاعة الله وطاعة رسوله (7). ومعنى ذلك أن أولي الأمر يستحقون الطاعة في حالين الأول إن أمروا بما أمر به الله ورسوله، فتكون طاعتهم في الحقيقة تأكيداً لطاعة الله ورسوله. والثاني إن أمروا بما سكت عنه الله ورسوله بما لا يخالف أمرهما، فتكون طاعتهم في هذه الحال أثراً غير مباشر لطاعة الله ورسوله. وهو ما سنعرض له في حق الأمر.

ثانياً- حق الأمر

إذا تأملنا حق الأمر في الآية وجدناه لا يخرج حصراً و استقراءً عن ثلاثة أوضاع:

1 . آل عمران/132.

2 . المائدة/92.

3 . النور/56.

4 - محمد أمين متولي الشعراوي: تفسير الشعراوي، مطابع أخبار اليوم، القاهرة، 2360-2359/4. باختصار

5 - حول اختلاف العلماء في استقلال السنة بالتشريع بين مثبت كما هو رأي الإمام الشافعي وجمهور العلماء، ينظر: الإمام الشافعي: الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، ف58 ص:22، ف293 ص:88. وبين ناف كما هو رأي الإمام الشاطبي، ينظر: الموافقات، 314/4-339، وينظر تفصيل هذا الخلاف في: عبد الغني عبد الخالق: حجية السنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الوفا للطباعة والنشر، القاهرة ص:508-540 .

6 - محمد متولي الشعراوي: تفسير الشعراوي، 4/2360.

7 - محمد متولي الشعراوي: تفسير الشعراوي، 4/2360.

1- إما أن يكون أمراً بما أمر به الله ورسوله نصاً(1)، لا يختلف عليه المسلمون، فلا شك في وجوب طاعة هذا الأمر على جماعة المسلمين لأنه في الحقيقة ليس إلا تأكيد وتأييد لأوامر الشرع، وليس من شك أن حق الأمر وحق الطاعة لا يقصد به هذا المفهوم، إذ لو سلمنا أنه هو المقصود، لم يبق للأمر بطاعة أولي الأمر من معنى، إذ لم يعد لأولي الأمر من حقيقة الأمر شيء، فالأمر في الحقيقة أمر الله وأمر رسوله، وكل مسلم له أن يأمر بما أمر به الله ورسوله، فلا يبق للولاية العامة في المجتمع الإسلامي ما يمتاز به عن سائر المسلمين، ولا يبق بالتالي وجه لتخصيص أولي الأمر بالطاعة، إذا كان كل ما يأمر به هو ما أمر به الله ورسوله نصاً، فلكل مسلم أن يأمر بما أمر به الله ورسوله نصاً. وليس ذلك حكراً على أهل الولاية.

2- إما أن يكون أمراً بما يخالف ما أمر به الله ورسوله نصاً لا يختلف عليه المسلمون، فلا شك في عدم لزوم طاعة هذا الأمر على جماعة المسلمين، لأنه في الحقيقة أمر بمعصية الله، ولا سمع ولا طاعة لمن أمر بمعصية الله، وبالتالي فحق الأمر الثابت بهذه النصوص لا يشمل الأمر بما يخالف مقررات الشرع، وكذلك الحق في الطاعة لا يشمل الطاعة في المعصية، فمن القواعد المقررة شرعاً وفقها، افتاء وقضاء " لا طاعة في المعصية إنما الطاعة في المعروف " (2)، " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " (3)، " لا طاعة للسلطان في المعصية إنما الطاعة في المعروف " (4). و" أن الطاعة إذا صارت سبباً للمعصية ترتفع الطاعة " (5). وقد كرر المولى ﷺ لفظ أطيعوا في الآية بالنسبة لذاته ورسوله ولم يكرره بالنسبة لأولي الأمر دلالة على أنهم لا يستقلون بالطاعة، وأن طاعتهم مقيدة بطاعة الله ورسوله.

3- إما أن يكون أمراً بما ليس فيه نص عن الله ورسوله، واختلف فيه المسلمون، ويدخل في ذلك الأحكام المحتملة و المستنبطة من نصوص ظنية والأحكام المسكوت عنها والمستنبطة من قواعد شرعية، فلا شك في وجوب طاعة جماعة المسلمين لهذا الأمر، لأنه في الحقيقة المقصود الحقيقي من حق الأمر، وهذا الأمر كما هو واضح يستلزم اجتهاداً في إظهار والتماس الحكم الذي يقتضيه الشرع، كما يستلزم إلزاماً سياسياً به وهو معنى التشريع. وسواء قام أولي الأمر بإظهار الحكم باجتهادهم، أو تبوه من بين اجتهادات الفقهاء، فهم في النهاية الذين اسند إليهم الشرع حق الإلزام به والأمر به. ولما لم يكن المعنى الأول ولا المعنى الثاني هو المقصود من تشريع حق الأمر وحق الطاعة كان بالضرورة المعنى الثالث هو المقصود. ومن هنا جاءت القاعدة الشرعية " أمر الأمير متى صادف محلاً مجتهداً فيه نفذ أمره " (6).

1 - نقصد بالنص معناه الأصولي وهو مالا يحتمل التأويل ويدل على معناه دلالة قطعية لأنه لا يحتمل إلا معنى واحداً أصلاً، ينظر: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1986، 327/1.

2 - صحيح البخاري/ كتاب أخبار الآحاد/ باب ما جاء في إجازة خير الواحد الصدوق/، رقم: 7257.

3 - جزء من حديث رواه أحمد/ مسند عبد الله بن مسعود/ رقم: 3889. 432/6، قال الأرنؤوط: إسناده ضعيف لانقطاعه، القاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من جده عبد الله بن مسعود، وبقية رجاله ثقات رجال الصحيح. وينظر: شمس الأئمة السرخسي: شرح السير الكبير، تحقيق صلاح الدين المنجد وعبد العزيز أحمد، ط1، 1971، ص: 166.

4 - أحمد البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 876/8/6، عازها لسليمان القرقي أغاجي: شرح خاتمة مجامع الحقائق، مطبعة البسنوي، دت، ص: 74.

5 - أحمد البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 300/6/5.

6 - شمس الأئمة السرخسي: شرح السير الكبير، 2189/5.

البند الثاني: حق الرد إلى أولي الأمر

فقرة 1- الدليل الشرعي

كثيرا ما يسترسل فقهاء الشريعة في أهمية الرد إلى الله ورسوله من خلال الاحتكام إلى الكتاب والسنة في كل المشكلات التي تهدد وحدة جماعة المسلمين، انطلاقا من قوله ﷺ: ﴿ **فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا** ﴾ (1)، ولا شك أن هذا الرد أكبر ضمان دستوري لحفظ وحدة الجماعة واستقامتها وحماتها من الانحراف، فإن الولاية العامة كما أعطيت حق الأمر و الطاعة بقوله ﷺ: ﴿ **يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ** ﴾ (2)، فإنها نزع الطاعة منهم في حال مخالفة قواعد المشروعية في النظام الإسلامي بقوله ﷺ: ﴿ **فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ** ﴾ (3)، إلا أنهم مع ذلك يتجاهلون أو يغفلون الأمر بالرد إلى أولي الأمر في كل المشكلات المتعلقة بتدبير الشأن العام، والتي تدخل في مجال السلطة التقديرية انطلاقا من قوله ﷺ: ﴿ **وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ** ﴾ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى **أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ** ﴾ (4)، فهذه الآية تقرر قاعدة دستورية عامة وهي أنه فيما عدا دائرة الأحكام القطعية التي ينبغي التقييد فيها بطاعة الله ورسوله فإنه في دائرة الأحكام الاجتهادية والأحكام التي تحتل أكثر من وجه فإنه ينبغي ردها إلى الرسول في حياته وإلى أولي الأمر من بعده.

فقرة 2 - وجه الاستدلال

ففي الآية دلالة واضحة على أن أولي الأمر في مثل هذه المسائل ليسوا في مرتبة واحدة من الفهم والرأي، ومن ثم فالتقرير فيها ينبغي أن يكون بالتداول فيها شورى فيما بينهم، ويلاحظ أن الرد إلى الرسول غير الرد إلى أولي الأمر، من حيث أن الرسول مؤيد ومسدد بالوحي، حتى في اجتهاده، وعلى خلاف ذلك فإن كان الخطأ في حق بعض أولي الأمر وارد، ومن ثم "فمنهم" وصف للذين يستنبطونه، وهم خاصة أولي الأمر من المسلمين، أي يردونه إلى جماعة أولي الأمر فيفهمه الفاهمون منهم(5)، وفيه إشعار بأن من أولي الأمر من لا يعلمه ولا يفهمه، وهو ما يعني بالضرورة مخالفة واعتراض أهل الفهم والاستنباط منهم على غيرهم، والفصل في ذلك يكون بالمناقشة و عرض وجوه الاستنباط قبل الخلوص إلى الفهم الصحيح الذي يجب إقراره.

1 . النساء/59.

2 . النساء/59.

3 . النساء/59.

4 . النساء /83.

5 . ابن عاشور: التحرير والتنوير، 5/ 142.

الفرع الثاني: التشريعات السياسية للنبي ﷺ (تصرفات النبي بالإمامة)

البند الأول: قاعدة التمييز بين التصرفات النبوية

أما الدليل من السنة على سلطة ولي الأمر في التشريع بوصفه ولي أمر، فهو بلا شك التشريعات السياسية النبوية التي سنّها النبي ﷺ بوصفه ولي أمر المسلمين، وليس بوصفه نبيا رسولا، فهو دليل يبني على قاعدة التمييز بين التصرفات النبوية (ما يعتبر تصرفا بالنبوة والرسالة، وما يعتبر تصرفا بالإمامة والولاية، وما يعتبر تصرفا بالقضاء) وهي القاعدة التي قررها كثير من العلماء كابن قتيبة(1)، والعز بن عبد السلام(2)، وابن القيم(3)، و أصل القول فيها الإمام القرابي(4)، وكذلك فعل الإمام الدهلوي(5)، ثم فصل القول فيها تفصيلا لم يسبق إليه العلامة محمد الطاهر بن عاشور(6).

فمن المقرر شرعا وفقها أن التشريع النبوي منه تشريع ديني دائم عام ملزم للناس إلى يوم القيامة صدر من الرسول ﷺ بوصفه نبيا مرسلًا ورسولا مبلغا عن رب العالمين، فهو تصرف بالنبوة والرسالة، ومنه تشريع سياسي مؤقت بمصلحة أو ظروف معينة، وبالتالي فهي تشريعات وقتية ليست ملزمة للناس إلى يوم القيامة، قد صدرت من الرسول ﷺ بوصفه ولي أمر المسلمين، فهو يندرج في التصرف بالولاية والإمامة(7). ورغم أن الفقهاء قد يختلفون في بعض المفردات التي تدخل في هذا النوع أو ذاك، فإنهم مع ذلك جميعا يسلمون بهذا التمييز، بين التشريعات المبنية على بلاغ من الوحي الأعلى، والتشريعات المبنية على نظر وتصرف بالإمامة والسياسة.

البند الثاني: شواهد من التشريعات السياسية النبوية

فقرة 1- ومن التشريعات النبوية التي تندرج في تصرفه ﷺ بالسياسة والولاية العامة:

تشريع اختصاص المحارب بأسلاب قتلاه في غزوة حنين، بقوله ﷺ: (**مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ**) (8). قَالَ وَ سُئِلَ مَالِكٌ عَمَّنْ قَتَلَ قَتِيلًا مِنَ الْعَدُوِّ أَيْكُونُ لَهُ سَلْبُهُ بَعِيرٌ إِذْنِ الْإِمَامِ قَالَ: (لَا يَكُونُ ذَلِكَ لِأَحَدٍ بَعِيرٌ إِذْنِ الْإِمَامِ وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ مِنَ الْإِمَامِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْأَجْتِهَادِ وَمَ يَبْلُغُنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ إِلَّا يَوْمَ حُنَيْنٍ) (9).

- 1 - ينظر: ابن قتيبة الدينوري: تأويل مختلف الحديث، دار الجيل بيروت، ط1، 1972، 196/1-198.
- 2 - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق نزيه كمال حماد و عثمان جمعة ضميرية، دار القلم دمشق، 198/1-200.
- 3 - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، تحقيق شعيب الانزاوط، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1985، 489/3-490.
- 4 - ينظر: شهاب الدين القرابي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص: 45 وما بعدها. وينظر له أيضا: الفروق، 357/1-361.
- 5 - ينظر: الدهلوي: حجة الله البالغة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1995م، 240/1-241.
- 6 - ينظر: محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 207-230.
- 7 - في التصرفات النبوية بالإمامة والولاية ينبغي التمييز بين نوعين من التصرفات، النوع الأول: تصرفات ذات طبيعة تنفيذية، كتعيين الولاة، وتعين القضاة، وبعث الرسل والسفراء، وإعلان الحرب، وعقد الصلح، ومحاسبة الولاة،.. فالرسول ومن يخلفه ينهض بهذه المهام التي تتعلق باختصاصات تنفيذية. والنوع الثاني: تصرفات ذات طبيعة تشريعية، تهدف إلى وضع قواعد عامة مجردة في مجال العقوبات أو الأموال أو الإدارة أو غير ذلك وهي التي مثلنا لها أدناه. ينظر: سعد الدين العثماني: التصرفات الرسول ﷺ بالإمامة، ص: 65-73.
- 8 - صحيح البخاري/ كتاب الجهاد/ باب السلب يعطى القاتل/ رقم: 3142. 401/2.
- 9 - موطأ مالك/ كتاب الجهاد/ باب ما جاء في السلب في النفل/ رقم: 1313. 587/1.

ومن ذلك نهي ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي سياسة، فعن ابن عمر: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ تُؤْكَلَ لَحُومُ الْأَضَاحِيِّ بَعْدَ ثَلَاثٍ قَالَ سَائِمٌ فَكَانَ ابْنُ عُمَرَ لَا يَأْكُلُ لَحْمَ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثٍ وَقَالَ ابْنُ أَبِي عُمَرَ بَعْدَ ثَلَاثٍ) (1). قالت عائشة (مَا فَعَلَهُ إِلَّا فِي عَامِ جَاعِ النَّاسِ فِيهِ فَأَرَادَ أَنْ يُطْعِمَ الْغَنِيِّ الْفَقِيرَ) (2). وعن سليمان بن بريدة عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ: (كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ لَحْمِ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثٍ لِيَتَسَبَّحَ ذُو الطَّلُوعِ عَلَيَّ مِنْ لَا طَوْلَ لَهُ فَكُلُوا مَا بَدَا لَكُمْ وَأَطْعِمُوا وَادَّخِرُوا) (3). ومن الواضح أن هذا التصرف إنما كان منه ﷺ سياسة بوصفه ولي أمر، وهو معلن بمقاصد ومصالح عامة ففي رواية: (إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ الَّتِي دَفَتِ. فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا) (4).

ومن ذلك المنع من زيارة القبور سياسة، ومما يدل على ذلك الإذن فيها بعد ذلك، قال ﷺ: (قَدْ كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَقَدْ أُذِنَ لِمُحَمَّدٍ فِي زِيَارَةِ قَبْرِ أُمِّهِ فَرُورُهَا فَإِنَّهَا تُدَكَّرُ الْآخِرَةَ) (5). وفي رواية: (فَرُورُهَا وَلَا تَقُولُوا هُجْرًا) (6). ولو كان النهي دينا عاما لازما للناس إلى يوم القيامة، لما أذن فيها بعد ذلك وإنما النهي كان سياسة لتقرب العهد بسنن الجاهلية في زيارة القبور من قول الحجر وشرك القبور، وعليه يجوز لولي الأمر غلق المقابر والمنع من زيارتها سياسة في كل وضع صار فيه الناس قبوريين.

ومن ذلك أيضا التشريع القاضي بمنع المسلمين من السفر بالقرآن إلى أرض العدو سياسة فعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ: (نَهَى أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ) (7). وعنه أيضا: (أَنَّهُ كَانَ يَنْهَى أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ مَخَافَةَ أَنْ يَنَالَهُ الْعَدُوُّ) (8).

ومن ذلك أيضا نهي ﷺ عن الظروف وخليط النبيذ سياسة، ثم الإذن فيها بعد ذلك، فقد نهي عن الظروف سياسة لما كان العهد قريب بشرب الخمر و قال: (نَهَيْتُكُمْ عَنْ الظُّرُوفِ وَإِنَّ الظُّرُوفَ أَوْ ظَرْفًا لَا يُجِلُّ شَيْئًا وَلَا يُحَرِّمُهُ وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ) (9). ثم أذن فيها بعد ذلك لما بعد العهد بشرب الخمر وتطهر المجتمع المسلم من هذه الآفة، فعن بريدة أن النبي ص قال: (كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ الْأَشْرِيَةِ فِي ظُرُوفِ الْأَدَمِ فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ وَعَاءٍ غَيْرِ أَنْ لَا تَشْرَبُوا مُسْكِرًا) (10). كما نهي خلطة النبيذ فعن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ قال: (لَا تَنْبِذُوا الزَّهْوَ وَالرُّطْبَ جَمِيعًا وَلَا الْبُسْرَ

1 - مسلم/ كتاب الأضاحي/ باب ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث/ رقم: 1970. ص: 816.

2 - صحيح البخاري/ كتاب الأطعمة/ باب ما كان السلف يدخرون في بيوتهم من اللحم والأطعمة/ رقم: 5423. 440/3.

3 - سنن الترمذي/ أبواب الأضاحي/ باب الرخصة في أكلها بعد ثلاث/ رقم: 1510. 173/3، وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

4 - مسلم/ كتاب الأضاحي/ باب ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث/ رقم: 1971. ص: 817.

5 - سنن الترمذي/ أبواب الجنائز/ باب ما جاء في الرخصة في زيارة القبور/ رقم: 1054. 358/2. وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

6 - مسند أحمد/ باقي مسند الأنصار/ رقم: 23052. 156/38. وقال الأرنؤوط حديث صحيح.

7 - صحيح البخاري/ كتاب الجهاد/ باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو/ رقم: 2990. 356/2.

8 - صحيح مسلم/ كتاب الإمارة/ باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض العدو/ رقم: 1869. ص: 779.

9 - صحيح مسلم/ كتاب الأشربة/ باب النهي عن الانتباذ في الدباء والمزفت والحتمم والنقير/ رقم: 977. ص: 830.

10 - صحيح مسلم/ كتاب الأشربة/ باب النهي عن الانتباذ في الدباء والمزفت والحتمم والنقير/ رقم: 977. ص: 830.

وَالزَّبِيبِ جَمِيعًا وَأَنْبَدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حَدِيثِهِ(1). وعنه أيضا: (نَهَى عَنْ خَلِيطِ الزَّهْوِ وَالتَّمْرِ وَخَلِيطِ البُسْرِ وَالتَّمْرِ وَقَالَ لَتَنْبُدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حَدِيثِ فِي الْأَسْقِيَةِ الَّتِي يُلَاثُ عَلَى أَنْوَاهِهَا)(2).

ومن ذلك تشريعه المنع من لحوم الحمر الأهلية في غزوة خيبر، فعَنْ سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ قَالَ: (خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى خَيْبَرَ ثُمَّ إِنَّ اللَّهَ فَتَحَهَا عَلَيْهِمْ فَلَمَّا أَمْسَى النَّاسُ الْيَوْمَ الَّذِي فَتِحَتْ عَلَيْهِمْ أَوْقَدُوا نِيرَانًا كَثِيرَةً فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا هَذِهِ النَّيْرَانُ عَلَى أَيِّ شَيْءٍ تُوقَدُونَ قَالُوا عَلَى لَحْمِ قَالَ عَلَى أَيِّ لَحْمٍ قَالُوا عَلَى لَحْمِ حُمُرٍ إِنْسِيَّةٍ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْرِيقُوهَا وَاكْسِرُوهَا فَقَالَ رَجُلٌ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَوْ نُهْرِيقُهَا وَنَعْسِلُهَا قَالَ أَوْ ذَاكَ(3). عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: (لَا أَذْرِي إِنَّمَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ كَانَ حُمُولَةَ النَّاسِ فَكَّرَهُ أَنْ تَذْهَبَ حُمُولَتُهُمْ أَوْ حَرَمَهُ فِي يَوْمِ خَيْبَرَ لِحُومِ الحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ)(4).

فقرة 2- ومن تشريعاته في المجال الجنائي والعقابي

تشريع جلد شارب الخمر وقتله في الرابعة سياسة، ولو كانت عقوبة شارب الخمر حدا مقدرا لما زاد عليه النبي ﷺ، فعَنْ مُعَاوِيَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (مَنْ شَرِبَ الحُمْرَ فَاجْلِدُوهُ فَإِنْ عَادَ فِي الرَّابِعَةِ فَاقْتُلُوهُ قَالَ وَفِي الْبَابِ... عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْمُنْكَدِرِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ إِنَّ مَنْ شَرِبَ الحُمْرَ فَاجْلِدُوهُ فَإِنْ عَادَ فِي الرَّابِعَةِ فَاقْتُلُوهُ قَالَ ثُمَّ أَتَى النَّبِيُّ ﷺ بَعْدَ ذَلِكَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الحُمْرَ فِي الرَّابِعَةِ فَضْرَبَهُ وَلَمْ يَقْتُلْهُ)(5). وقد ذهب بعض أهل العلم إلى نسخ هذا الأمر قال الترمذي: إنما كان هذا في أول الأمر ثم نسخ بعد،.. فعن جابر بن عبد الله، عن النبي ﷺ قال: إن من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد في الرابعة فاقتلوه، قال: ثم أتى النبي ﷺ بعد ذلك برجل قد شرب الخمر في الرابعة فضربه ولم يقتله،.. قال: فرفع القتل، وكانت رخصة، والعمل على هذا الحديث عند عامة أهل العلم لا نعلم بينهم اختلافا في ذلك في القديم والحديث (6)، والذي نراه أنه محمول على السياسة الموكولة إلى ولي الأمر كما نص على ذلك ابن قيم الجوزية (7).

ومنها أيضا تشريع عقوبة المدين الموسر المماطل، تعزيرا، فعَنْ عَمْرِو بْنِ الشَّرِيدِ عَنْ أَبِيهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (لِيِ الْوَّاحِدِ -الغني المماطل- يُجْلَى عِرْضُهُ وَعُقُوبَتُهُ)(8). وإعراضه ﷺ عن تقدير العقوبة، معقول المعنى والمقصد ونحسب أن المقصد منه بقاء هذه العقوبة ضمن باب التعزير الموكول للتصرف السياسي لولي الأمر، وذلك يختلف باختلاف حالة المدين والدائن وقيمة الدين، بينما لو قدرها لخرجت عن باب التعزير.

1 - سنن النسائي/كتاب الأشربة/ باب ذكر العلة التي من اجلها نهى عن الخليطين/ رقم: 5566. ص: 838. وصححه الألباني.

2 - سنن النسائي/كتاب الأشربة/ باب ذكر العلة التي من اجلها نهى عن الخليطين/ رقم: 5567. ص: 838. وصححه الألباني.

3 - صحيح مسلم/كتاب الصيد والذبائح/ باب تحريم أكل لحوم الحمر الإنسية / رقم: 1802. ص: 749-750.

4 - صحيح مسلم/كتاب الصيد والذبائح/ باب تحريم أكل لحوم الحمر الإنسية / رقم: 1939. ص: 804.

5 - سنن الترمذي/كتاب الحدود/باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد في الرابعة فاقتلوه/رقم: 1444. 114/3-115.

6 - سنن الترمذي/كتاب الحدود/باب ما جاء من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد.../رقم: 1444. 114/3-115.

7 - ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 18.

8 - سنن النسائي/كتاب البيوع/ باب مطل الغني/ رقم: 4689، 4690. ص: 714، وحسنه الألباني.

ومنها أيضا تشريع حبس المتهم على ذمة التحقيق، فعَنْ بَهْزِ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ **حَبَسَ نَاسًا فِي تَهْمَةٍ**) (1). وعنه أيضا: (أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ **حَبَسَ رَجُلًا فِي تَهْمَةٍ ثُمَّ حَلَّى سَبِيلَهُ**) (2). وإعراضه ﷺ عن تقدير مدة الحبس، معقول المعنى أيضا، فإن هذا التقدير من التصرفات السياسية الموكولة للتشريع الولائي، بحسب نوع التهمة وحالة المتهم. فهذا الإعراض منه ﷺ من أبلغ الأدلة على أن هذه المسائل وأمثالها متروكة لسلطة ولي الأمر في التشريع العقابي (التعزير)

ومنها أيضا تشريع عقوبة من سرق دون النصاب، التنغيم والتعزير عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الثَّمْرِ الْمُعْلَقِ فَقَالَ: (مَا أَصَابَ مِنْ ذِي حَاجَةٍ غَيْرَ مُتَّخِذٍ خُبْنَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ خَرَجَ بِشَيْءٍ مِنْهُ فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيهِ وَالْعُقُوبَةُ، وَمَنْ سَرَقَ شَيْئًا مِنْهُ بَعْدَ أَنْ يُؤْوِيَهُ الْجُرَيْنُ فَبَلَّغَ ثَمَّنَ الْمَجْنِّ فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ، وَمَنْ سَرَقَ دُونَ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلِيهِ وَالْعُقُوبَةُ) (3).

ومن ذلك تشريعه ﷺ ترك الأولى شرعا سياسة للرية عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهَا: يَا عَائِشَةُ لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكَ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ لَأَمَرْتُ بِالْبَيْتِ فَهَدِمَ فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أُخْرِجُ مِنْهُ وَأَلْزَمْتُهُ بِالْأَرْضِ وَجَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ بَابًا شَرْفِيًّا وَبَابًا غُرْبِيًّا فَبَلَّغْتُ بِهِ أَسَاسَ إِبْرَاهِيمَ فَذَلِكَ الَّذِي حَمَلَ ابْنُ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَلَى هَدْمِهِ) (4).

فقرة 3- ومن تصرفاته السياسية ﷺ في مجال التشريع العقابي

تملك الأرض بإحيائها، فعَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: (مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ قَالَ عُرْوَةُ فَضَى بِهِ عُمَرُ ﷺ فِي خِلَافَتِهِ) (5). عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: (مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعَرَبٍ ظَالِمٌ حَقٌّ قَالَ مَالِكٌ وَالْعَرَبُ الظَّالِمُ كُلُّ مَا اخْتَفَرَ أَوْ أُخِذَ أَوْ غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ) (6). ويدخل في ذلك تحجير الأرض لأجل غرسها، فعَنْ قَتَادَةَ عَنْ الْحَسَنِ عَنْ سَمْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ: (قَالَ مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ) (7). وقد ذهب جمهور أهل العلم والفقهاء إلى أن ذلك ليس تشريعا لازما لكل وقت بل هو لازم بإذن الإمام.

ومن ذلك أيضا التشريعات المتعلقة بالإذن والنهي عن كراء الأرض مزارعة، فعَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ: (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ فَذَهَبَ ابْنُ عُمَرَ إِلَى رَافِعٍ فَذَهَبَتْ مَعَهُ فَسَأَلَهُ فَقَالَ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ قَدْ عَلِمْتُ أَنَّا كُنَّا نُكْرِئُ مَزَارِعَنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِمَا عَلَى الْأَرَبِ عَائِدٍ وَبِشَيْءٍ مِنَ التَّنْبِ) (8). وَعَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ

1 - سنن النسائي/ كتاب قطع السارق/ باب امتحان السارق بالضرب والحبس/ رقم: 4875. ص: 743. وحسنه الألباني.

2 - سنن النسائي/ كتاب قطع السارق/ باب امتحان السارق بالضرب والحبس/ رقم: 4876. ص: 743. وحسنه الألباني.

3 - سنن النسائي/ كتاب قطع السارق/ باب الثمر يسرق بعد أن يؤويه الجرين/ رقم: 4959. ص: 753. وحسنه الألباني.

4 - صحيح البخاري/ كتاب الحج/ باب فضل مكة وبنائها/ رقم: 1586 . 489/1 . و عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: "لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكَ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ أَوْ قَالَ بِكُفْرٍ لَأَنْفَقْتُ كَنْزَ الْكَعْبَةِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَجَعَلْتُ بَابَهَا بِالْأَرْضِ وَلَأَدْخَلْتُ فِيهَا مِنَ الْحِجْرِ" صحيح مسلم/ كتاب الحج/ باب نقض الكعبة وبنائها / رقم: 1333. ص: 526.

5 - صحيح البخاري/ كتاب المزارعة/ باب من أحيا أرضا مواتا/ رقم: 2335 . 157/2.

6 - موطأ مالك/ كتاب الأفضية/ باب القضاء في عمارة الموات / رقم: 2166 . 287/2. مرسل، ورواه الترمذي/ باب ما ذكر في إحياء أرض الموات/ رقم: 1379، 55/3، وقال حديث حسن صحيح.

7 - مسند أحمد / مسند سمرة بن جندب/ رقم: 20130 . 313/33. قال الأرنؤوط حسن لغیره، رجاله رجال الصحيح إلا أن الحسن البصري لم يصرِّح بسماعه من سمرة.

8 - صحيح البخاري/ كتاب المزارعة/ باب ما كان أصحاب النبي يواسي بعضهم في الزراعة والتمرة/ رقم: 2344 . 159/2.

قَالَ قَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: " يَغْفِرُ اللَّهُ لِرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَا وَاللَّهِ أَعْلَمُ بِالْحَدِيثِ مِنْهُ: " إِنَّمَا كَانَا رَجُلَيْنِ اقْتَتَلَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنَّ كَانَ هَذَا شَأْنُكُمْ فَلَا تُكْرُوا الْمَزَارِعَ فَسَمِعَ قَوْلَهُ لَا تُكْرُوا الْمَزَارِعَ(1).

فكل هذه التشريعات بغض النظر عن بعض الاختلافات الحاصلة بين الفقهاء في تكييف بعض هذه التشريعات في باب التصرفات التبليغية أو في باب التصرفات السياسية، فإن ذلك لا ينال من الأصل العام الذي تنبني عليه وهو أن لولي الأمر سلطة تشريعية في مجالات واسعة بوصف الإمامة والولاية.

1 - سنن النسائي/ كتاب المزارعة/ باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض/ رقم: 3927 ، ص: 604، و ضعفه الألباني.

الفرع الثالث: التشريعات السياسية للخلفاء الراشدين

أن القول بأن الولاية العامة لم يكن لها يوماً في التاريخ الإسلامي دور في التشريع قول في الحقيقة لا ينطبق على فترة الرسالة فحسب بل وأيضا لا ينطبق على فترة الخلافة الراشدة؛ فإن المصادر الحديثة والتاريخية تفيدنا أن الولاية العامة ممثلة في الخلفاء الراشدين كان لها دور واضح وحلي في التشريع كتصرف سياسي، سواء في اقتراح القانون أو في مداولته أو في إصداره أو في الاعتراض عليه. ويتجلى ذلك خاصة في مجالات الشأن العام كالتشريع العقابي، والتشريع المالي والدستوري والإداري..

البند الأول: الأدلة الشرعية

فقرة 1 - في مجال حفظ الدين

فمن التشريعات السياسية التي سنها الخلفاء والتي روعي فيها مصلحة حفظ الدين؛ جمع القرآن في عهد أبي بكر الصديق ﷺ، باقتراح من عمر بن الخطاب (بعد أن استحر القتل يوم اليمامة بقرآن القرآن)(1). ثم جمع الناس في ولاية عثمان ﷺ على مصحف واحد فعن أنس بن مالك قال: (فَأَمَرَ عُثْمَانُ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ وَسَعِيدَ بْنَ الْعَاصِ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ وَعَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْحَارِثِ بْنَ هِشَامٍ أَنْ يَنْسَخُوهَا فِي الْمَصَاحِفِ وَقَالَ لَهُمْ إِذَا اخْتَلَفْتُمْ أَنْتُمْ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ فِي عَرَبِيَّةٍ مِنْ عَرَبِيَّةِ الْقُرْآنِ فَارْتَبِعُوا بِلِسَانِ قُرَيْشٍ فَإِنَّ الْقُرْآنَ أَنْزَلَ بِلِسَانِهِمْ فَعَلُوا)(2). وترتب على ذلك الأمر بتحريق المصاحف المخالفة للمصحف العثماني فعن أنس: (حَتَّى إِذَا نَسَخُوا الصُّحُوفَ فِي الْمَصَاحِفِ، رَدَّ عُثْمَانُ الصُّحُوفَ إِلَى حَفْصَةَ، وَأَرْسَلَ إِلَى كُلِّ أَقْفٍ بِمُصْحَفٍ مِمَّا نَسَخُوا، وَأَمَرَ بِمَا سِوَاهُ مِنَ الْقُرْآنِ فِي كُلِّ صَحِيفَةٍ أَوْ مُصْحَفٍ أَنْ يُحْرَقَ)(3).

فقرة 2- في المجال الجنائي

فمن التشريعات التي سنها الخلفاء الراشدون في المجال العقابي ما سنه أبو بكر الصديق ﷺ باقتراح من علي بن أبي طالب ﷺ (4)، من عقوبة اللوطية أو ما يسمى اليوم بالعلاقات الجنسية المثلية، فقد اختلفت آراء الصحابة في عقوبتهم بعد اتفاقهم على وجوب قتله لقوله ص (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه الفاعل والمفعول به)(5)،

1 - ينظر: صحيح البخاري/ كتاب فضائل القرآن/ باب جمع القرآن/ رقم: 4986. 337/3.

2 - صحيح البخاري/ كتاب فضائل القرآن/ باب نزل القرآن بلسان قريش والعرب/ رقم: 4984. 337/3.

3 - صحيح البخاري/ كتاب فضائل القرآن/ باب جمع القرآن/ رقم: 4987. 338/3.

4 - فعن محمد بن المنكدر: " أَنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ، كَتَبَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِيِّ فِي خِلَافَتِهِ يَدْعُو لَهُ أَنَّهُ وَخَدَّ رَجُلًا فِي بَغْضِ نَوَاجِي الْعَرَبِ يُنَكِّحُ كَمَا تُنَكِّحُ الْمَرْأَةُ، وَأَنَّ أَبَا بَكْرٍ جَمَعَ النَّاسَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُمْ عَنْ ذَلِكَ، فَكَانَ مِنْ أَشَدِّهِمْ يَوْمَئِذٍ قَوْلًا عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ قَالَ: إِنَّ هَذَا ذَنْبٌ لَمْ تَعْصِ بِهِ أُمَّةٌ مِنَ الْأُمَمِ إِلَّا أُمَّةٌ وَاحِدَةٌ، صَنَعَ اللَّهُ بِهَا مَا قَدْ عَلِمْتُمْ، نَرَى أَنَّ مُحْرَقَهُ بِالنَّارِ، فَاجْتَمَعَ رَأْيُ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى أَنَّ مُحْرَقَهُ بِالنَّارِ، فَكَتَبَ أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ يَأْمُرُهُ أَنْ مُحْرَقَهُ بِالنَّارِ ". البيهقي: السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط3، 2003، كتاب الحدود/ باب ما جاء في حد اللوطي/ رقم: 17028. 405/8. وهو مرسل. ورواه الحافظ المنذري بزيادة " قال وقد حرقه ابن الزبير وهشام بن عبد الملك ينظر: الحافظ المنذري: الترغيب والترهيب، ترقيم وتصحيح الألباني، مكتبة المعارف الرياض، ط1، 1424، /كتاب الحدود/ باب الترهب من اللواط/ رقم: 3509. 2/ 925. وقال الحافظ المنذري إسناده جيد، وضعفه الألباني.

5 - سنن الترمذي/ كتاب الحدود/ باب ما جاء في حد اللوطي/ رقم: 1456. وصححه الألباني وقال ورواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي كلهم من رواية عمرو بن أبي عمرو. ينظر: الترغيب والترهيب: 923/2.

فراي أنه ينكس من أعلى بناء ثم يرحم(1)، ورأي أنه يرحم سواء أحسن أو لم يحسن(2)، واختار أبو بكر بعد شورى الصحابة التحريق بالنار وهي نفس العقوبة التي سنها أيضا علي بن أبي طالب في ولايته قال الحافظ المنذري: "حرق اللوطية بالنار أربعة من الخلفاء؛ أبو بكر الصديق، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن الزبير، وهشام بن عبد الملك"(3).

ومن ذلك أيضا ما سنه علي بن أبي طالب ؑ في ولايته من عقوبة تحريق الزنادقة، رغم اعتراض بعض الصحابة على ذلك كابن عباس ؑ، فعن عكرمة: (أَنَّ عَلِيًّا ؑ حَرَقَ قَوْمًا فَبَلَغَ ابْنَ عَبَّاسٍ فَقَالَ لَوْ كُنْتُ أَنَا لَمْ أَحْرِقْهُمْ لِأَنَّ النَّبِيَّ ؑ قَالَ لَا تُعَذِّبُوا بَعْدَابِ اللَّهِ وَلَقَتَلْتُهُمْ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ؑ "مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ" (4). (فَبَلَغَ ذَلِكَ عَلِيًّا كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ فَقَالَ وَيْحَ ابْنِ أُمِّ ابْنِ عَبَّاسٍ) (5). وهي عقوبة ورد في مسند البزار ما يفيد أنها ليست مسنونة عن النبي ؑ ولكنها نوع من التصرف السياسي الذي يندرج في مقصد تغليظ العقاب (6).

ومن ذلك تشريع عمر بن الخطاب قتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في القتل، فعن سعيد بن المسيب (أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَتَلَ نَفْرًا خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ قَتَلَهُ قَتْلَ غَيْلَةٍ وَقَالَ عُمَرُ لَوْ تَمَالَأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا) (7).

ومن ذلك تشريعه عقوبة قتل السحرة تشريعا مكتوبا، فعن بجالة قَالَ كُنْتُ كَاتِبًا لِحُرَيْرِ بْنِ مُعَاوِيَةَ عَمِّ الْأَخْنَفِ بْنِ قَيْسٍ إِذْ جَاءَنَا كِتَابُ عُمَرَ قَبْلَ مَوْتِهِ بِسَنَةٍ: (اقْتُلُوا كُلَّ سَاحِرٍ وَفَرَّقُوا بَيْنَ كُلِّ ذِي نَحْرٍ مِنَ الْمَجُوسِ وَانْهَوْهُمْ عَنِ الزَّمْرَةِ فَقَتَلْنَا ثَلَاثَةَ سَوَاحِرٍ...) (8).

ومن ذلك أيضا ما سنه ؑ باجتهاده من دية الأضراس فعن يحيى بن سعيد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول: (قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي الْأَضْرَاسِ بِعَبِيرٍ بِعَبِيرٍ وَقَضَى مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ فِي الْأَضْرَاسِ بِخَمْسَةِ أَبْعَرَةٍ خَمْسَةَ أَبْعَرَةٍ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ فَالِدِيَّةُ تَنْقُصُ فِي قَضَاءِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَتَزِيدُ فِي قَضَاءِ مُعَاوِيَةَ فَلَوْ كُنْتُ أَنَا لَجَعَلْتُ فِي الْأَضْرَاسِ بِعَبِيرَيْنِ بِعَبِيرَيْنِ فَتِلْكَ الدِّيَّةُ سَوَاءٌ وَكُلُّ مَجْتَهِدٍ مَأْجُورٌ) (9).

- 1 - رأي منقول عن ابن عباس، ينظر: البيهقي/ السنن الكبرى/ كتاب الحدود/ باب ما جاء في حد اللوطي/ رقم: 17024 . 404/8.
- 2 - رأي منقول أيضا عن علي بن أبي طالب ينظر: البيهقي: السنن الكبرى/ كتاب الحدود/ باب ما جاء في حد اللوطي/ رقم: 17027 . 404/8.
- 3 - الحافظ المنذري: الترغيب والترهيب، رقم: 3508 . 925/2.
- 4 - صحيح البخاري/ كتاب الجهاد والسير/ باب لا يعذب بعذاب الله/ رقم: 3017 . 363/2.
- 5 - مسند أحمد/ مسند عبد الله بن عباس / رقم: 1871 . 365/3 . وقال الأرنؤوط: إسناده صحيح على شرط البخاري.
- 6 - عن سويد بن غفلة قال: " أتى علي رضي الله عنه بزنادقة، فخرج إلى السوق، فحفر حفرة، فأحرقهم بالنار، ورفع رأسه إلى السماء، وقال: " صدق الله ورسوله، ثم انطلق حتى دخل الرحبة، فتبعته، فلما أراد أن يدخل البيت، قال: ما لك يا سويد؟ قلت: يا أمير المؤمنين كلمة سمعتها حين حرق هؤلاء الزنادقة، تقول: صدق الله ورسوله، قال: يا سويد إذا سمعتني أقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فاعلم أي لأن أحر من السماء أحب إلي من أن أقول ما لم أسمع منه، وإذا رأيتني أتكلم بأشبه هذا، فإمّا هو شيء أعيظهم، أو كلمة نحوها ". مسند البزار/ مسند علي بن أبي طالب/ ت: محفوظ الرحمن زين الله وأخرون، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 1988، رقم: 507 . 190/2-191.
- 7 - موطأ مالك/ كتاب العقول/ باب ما جاء في الغيلة والسحر/ رقم: 2552 . 443 /2.
- 8 - علي بن عمر الدارقطني: السنن، تحقيق شعيب الارناؤوط وأخرون، مؤسسة الرسالة ط1، 2004، / كتاب زكاة الفطر/ باب جزية الجوس / رقم: 2141 . 92/3-93 . والحديث أصله في صحيح البخاري/ كتاب الجزية والموادعة/ باب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب/ رقم 3156، 3157 . 406/2.
- 9 - موطأ مالك/ كتاب العقول/ باب جامع عقل الأسنان / رقم: 2511 . 431/2.

ومن ذلك سن عقوبة الخمر أربعين جلدة في ولاية أبي بكر الصديق، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه: (**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ وَالنَّعَالِ وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ**) (1). فلما كان عهد عمر وفشا الشرب في الناس وعتوا غلظ لها العقوبة فاستشار عدد من الصحابة فأشار عليه عبد الرحمن بن عوف (2)، وعلي بن أبي طالب وطلحة بن عبيد الله والزبير بن العوام (3)، فجعلها كأحف الحدود فعن السائب بن يزيد قال: (**كُنَّا نُؤْتَى بِالشَّارِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَإِمْرَةَ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ فَتَقَوْمُ إِلَيْهِ بِأَيْدِينَا وَنَعَالِنَا وَأُرْدِيَتِنَا حَتَّى كَانَ آخِرُ إِمْرَةَ عُمَرَ فَجَلَدَ أَرْبَعِينَ حَتَّى إِذَا عَتَوْا وَقَسَفُوا جَلَدَ ثَمَانِينَ**) (4). وفي ولاية عثمان اختار أن تكون العقوبة بين حد أدنى وهو أربعين جلدة وحد أعلى وهو ثمانين جلدة، فعن عبد الرحمن بن الأزهر قال: (**جَلَدَ عُثْمَانُ الْحَدِيثَيْنِ كِلَيْهِمَا ثَمَانِينَ وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ أَثْبَتَ مُعَاوِيَةُ الْحَدَّ ثَمَانِينَ**) (5). فلما كان عهد علي رضي الله عنه اختار أيضا نظام تحديد العقوبة بين حدين أدنى وأعلى فجلد الحدين كليهما: "عن حُضَيْنُ بْنُ الْمُنْدَرِ أَن عَلِي قَالَ: (**جَلَدَ النَّبِيُّ ﷺ أَرْبَعِينَ وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ وَعُمَرُ ثَمَانِينَ وَكُلُّ سُنَّةٍ وَهَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ**) (6). غير أنه لم يكتفي بذلك بل سن تشريعا مكملا لذلك وهو الحق في التعويض لكل من مات في تنفيذ عقوبة الخمر في حدها الأعلى، فعن عُمَيْرِ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ عَلِيٍّ، قَالَ: (**مَا كُنْتُ أُقِيمُ عَلَى أَحَدٍ حَدًّا، فَيَمُوتُ فِيهِ، فَأَجِدُ مِنْهُ فِي نَفْسِي، إِلَّا صَاحِبَ الْخَمْرِ، لِأَنَّهُ إِنْ مَاتَ وَدَيْتُهُ، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَسُنَّهُ**) (7).

ومن ذلك أيضا ما سنه عمر الخطاب من المعاقبة على زواج المتعة، فعن أبي نَضْرَةَ قَالَ: (**كُنْتُ عِنْدَ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ فَاتَاهُ آتٍ فَقَالَ إِنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ وَابْنَ الزُّبَيْرِ اخْتَلَفَا فِي الْمُتَعَتَيْنِ فَقَالَ جَابِرٌ فَعَلْنَا هُمَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ نَهَانَا عَنْهُمَا عُمَرُ فَلَمْ نَعُدْ لهُمَا**) (8). ومن تصرفاته السياسية رضي الله في مجال التشريع العقابي ما ثبت عنه من معاقبة من يخوضون في المشابهاة فعن سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ (**أَنَّ رَجُلًا يُقَالُ لَهُ صَبِيعٌ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَجَعَلَ يَسْأَلُ عَنْ مُتَشَابِهِ الْقُرْآنِ فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ عُمَرُ وَقَدْ أَعَدَّ لَهُ عَرَاجِينَ النَّخْلِ فَقَالَ مَنْ أَنْتَ قَالَ أَنَا عَبْدُ اللَّهِ صَبِيعٌ فَأَخَذَ عُمَرُ عُرْجُونًا مِنْ تِلْكَ الْعَرَاجِينَ فَضْرَبَهُ وَقَالَ أَنَا عَبْدُ اللَّهِ عُمَرُ فَجَعَلَ لَهُ ضَرْبًا حَتَّى دَمِيَ رَأْسُهُ فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ حَسْبُكَ قَدْ ذَهَبَ الَّذِي كُنْتُ أَجِدُ فِي رَأْسِي**) (9). إلى غير ذلك من أمور تشريعية كثيرة تركناها اختصارا كالمعاقبة على الزواج في

1 - صحيح البخاري/ كتاب الحدود/ باب ما جاء في ضرب شارب الخمر / رقم: 6776. 246/4.

2 - عن أنس قال: " كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُعَزُّرُ فِي الْخَمْرِ بِالنَّعَالِ وَالْجَرِيدِ قَالَ ثُمَّ ضَرَبَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ فَلَمَّا كَانَ زَمُنُ عُمَرَ وَدَنَا النَّاسُ مِنَ الرَّيْفِ وَالْقُرَى اسْتَشَارَ فِي ذَلِكَ النَّاسَ وَفَشَا ذَلِكَ فِي النَّاسِ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَرَى أَنْ يُجْعَلَ كَأَحْفِ الْخُدُودِ فَضْرَبَ عُمَرُ ثَمَانِينَ " مسند احمد/ باقي مسند الكثيرين/ مسند أنس بن مالك/ رقم: 12855. 223/20، وقال مخزجه: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

3 - عن ابنِ وَبَرَةَ الْكَلْبِيِّ قَالَ أُرْسِلُنِي خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ إِلَى عُمَرَ - قَالَ - فَأَتَيْتُهُ وَمَعَهُ عُثْمَانُ بْنُ عَفَانَ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَعَلِيٌّ وَطَلْحَةُ وَالزُّبَيْرُ وَهُمْ مَعَهُ مُتَكَبِّرُونَ فِي الْمَسْجِدِ فَقُلْتُ: إِنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ أُرْسِلُنِي إِلَيْكَ وَهُوَ يَقْرَأُ عَلَيْكَ السَّلَامَ وَيَقُولُ إِنَّ النَّاسَ قَدِ انْتَهَكُوا فِي الْخَمْرِ وَتَحَاقَرُوا الْعُقُوبَةَ فِيهِ فَقَالَ عُمَرُ هُمْ هَؤُلَاءِ عِنْدَكَ فَسَلِّطْهُمْ. فَقَالَ عَلِيُّ نَرَاهُ إِذَا سَكَرَ هَدَى وَإِذَا هَدَى افْتَرَى وَعَلَى الْمُفْتَرَى ثَمَانُونَ. فَقَالَ عُمَرُ أُنَبِّئُكَ مَا قَالَ. قَالَ فَجَلَدَ خَالِدُ ثَمَانِينَ وَجَلَدَ عُمَرُ ثَمَانِينَ. قَالَ وَكَانَ عُمَرُ إِذَا أَتَى بِالرَّجُلِ الضَّعِيفِ الَّذِي كَانَتْ مِنْهُ الزَّلَّةُ ضْرَبَهُ أَرْبَعِينَ قَالَ وَجَلَدَ عُثْمَانُ أَيْضًا ثَمَانِينَ وَأَرْبَعِينَ ". سنن الدارقطني/ كتاب الحدود والديات وغيره / باب في حد الخمر / رقم: 3321. 196/4.

4 - صحيح البخاري/ كتاب الحدود/ باب الضرب بالجرید والنعال / رقم: 6779. 246/4.

5 - سنن الدارقطني/ كتاب الحدود والديات وغيره / في حد الخمر / رقم: 3325. 197/4.

6 - صحيح مسلم/ كتاب الحدود/ باب حد الخمر/ رقم: 1707. ص: 708-709

7 - صحيح مسلم/ كتاب الحدود/ باب حد الخمر/ رقم: 1707. ص: 709 .

8 - صحيح مسلم/ كتاب الحج /باب التقصير في العمرة / رقم: 1249. ص: 496.

9 - سنن الدارمي/ المقدمة/ باب من هاب الفتيا وكره التنطع / رقم: 146. 252/1. وقال محققه رجاله ثقات غير أنه منقطع.

العدة(1)، ومنها المعاقبة على الجمع بين الأختين ملك اليمين(2)، كما ثبت ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما (3)، ومنها المعاقبة على رفع الصوت في المسجد النبوي (4). إلى غير ذلك.

فقرة 3- في مجال التشريع المالي والعقاري

ووفي مجال التشريع المالي تشريع عمر بن الخطاب سلم للرواتب والأعطيات، في حين كان أبو بكر يساوي بين الناس في العطاء ولا يفاضل، فقد ذكر القاضي أبو سف في كتابه الخراج: "أن أبا بكر كان يقسم العطاء بين الناس بالسوية على الصغير والكبير، والحَرَ والمملوك، والذكر والأنثى"(5). فلما آل الأمر إلى عمر بن الخطاب اختلف التصرف السياسي، فعَنْ مَالِكِ بْنِ أَوْسٍ قَالَ ذَكَرَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ يَوْمًا الْقَيْءَ فَقَالَ: (مَا أَنَا بِأَحَقَّ بِهَذَا الْقَيْءِ مِنْكُمْ وَمَا أَحَدٌ مِّنَّا بِأَحَقَّ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا أَنَا عَلَى مَنَازِلِنَا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ ﷻ وَقَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَالرَّجُلُ وَقِدْمُهُ وَالرَّجُلُ وَبِلَاؤُهُ وَالرَّجُلُ وَعِيَالُهُ وَالرَّجُلُ وَحَاجَتُهُ) (6).

ومن ذلك أيضا إقراره تشريع تمليك الأرض بإحيائها الذي عمل به في عهد رسول الله كتصرف من التصرفات السياسية على أرجح الأقوال، فعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: (مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهِيَ أَحَقُّ قَالَ عَزْرُوهُ قَضَى بِهِ عُمَرُ ﷺ فِي خِلَافَتِهِ(7). غير أنه ﷺ لم يكتفي بذلك بل سن تشريعا تنظيميا لهذا الحق من خلال تقييد حق إحياء الأرض الموات بثلاث سنين، حيث قال: (من أحيأ أرضا فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين) (8).

ومن التشريعات السياسية في هذا المجال والتي روعي فيها المصلحة العامة والتي لا تعتبر تشريعا دينيا ملزما للناس كافة إلى يوم القيامة منع عمر بن الخطاب قسمة الأرض المفتوحة عنوة في ذلك الوقت، فعَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ قَالَ عُمَرُ ﷺ: (لَوْلَا آخِرُ الْمُسْلِمِينَ مَا فَتَحَتْ قَرْيَةً إِلَّا قَسَمْتُهَا بَيْنَ أَهْلِهَا كَمَا قَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْرًا(9). وهو التشريع الذي تتجسد في روايته كل إجراءات التشريع من اقتراح ولي الأمر واعتراض بعض الصحابة عليه، ومناقشته لهم في ذلك لينتهي المطاف بإصدار هذا التشريع(10).

فقرة 4 - في مجال تقييد الحقوق والحريات

ومن التشريعات السياسية التي روعي فيها المصلحة واختلاف الزمان، الإلزام بالطلاق الثلاث في مجلس واحد، فعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: (كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِنَّ النَّاسَ قَدْ اسْتَعَجَلُوا فِي أَمْرِ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ فَأَمْضَاهُ

1 - موطأ مالك/ كتاب النكاح/ باب جامع ما لا يجوز من النكاح / رقم: 1532. 42/2.

2 - موطأ مالك/ كتاب النكاح/ باب كراهية إصابة الأختين بملك اليمين / رقم: 1542. 45/2.

3 - موطأ مالك/ كتاب النكاح/ باب كراهية إصابة الأختين بملك اليمين / رقم: 1543. 45/2-46.

4 - صحيح البخاري/ كتاب الصلاة/ باب رفع الصوت في المساجد / رقم: 470. 168/1.

5 - أبو يوسف: الخراج، ص: 53/1.

6 - سنن أبي داود/ كتاب الخراج/ باب الخراج والنفى والإمارة/ باب فيما يلزم الإمام من أمر الرعية/ رقم: 2950. ص: 526. وقال الألباني حسن موقوف.

7 - صحيح البخاري/ كتاب المزارعة/ باب من أحيأ أرضا مواتا/ رقم: 2335. 157/2.

8- ينظر تحليلا وافيا لهذه المسألة في: محمد بلتاجي: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص: 172-173.

9 - صحيح البخاري/ كتاب المزارعة/ باب أوقاف أصحاب النبي وأرض الخراج ومزارعهم / رقم: 2334. 156/2-157.

10 - ينظر مناقشة مطولة لمسألة قسمة الأرض في محمد بلتاجي: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص: 113-144.

عَلَيْهِمْ(1). وَعَنْ طَاوُسٍ أَنَّ: (أَبَا الصَّهْبَاءِ قَالَ لِابْنِ عَبَّاسٍ هَاتِي مِنْ هَنَاتِكَ أَلَمْ يَكُنْ الطَّلَاقُ الثَّلَاثَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَاحِدَةً فَقَالَ قَدْ كَانَ ذَلِكَ فَلَمَّا كَانَ فِي عَهْدِ عُمَرَ تَتَابَعَ النَّاسُ فِي الطَّلَاقِ فَأَجَازَهُ عَلَيْهِمْ)(2). إلى غير ذلك من التشريعات التي روعيت فيها المصلحة كتوريث المبتوتة في مرض الموت إذا لم تنقض عدتها في عهد عمر(3)، ثم توريثها ولو انقضت عدتها في عهد عثمان(4).

ومن التشريعات التي تتعلق بتقييد الحقوق والحريات لمصلحة عامة بما في ذلك الحريات الدينية، منع أبو بكر وعمر المنعة في أشهر الحج، روى أحمد: (قَالَ عُرْوَةُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: حَتَّى مَتَى تُضِلُّ النَّاسَ يَا ابْنَ عَبَّاسٍ؟ قَالَ مَا ذَلِكَ يَا عُرْوَةُ؟ قَالَ تَأْمُرُنَا بِالْعُمْرَةِ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ وَقَدْ نَهَى أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ. فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ قَدْ فَعَلَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . فَقَالَ عُرْوَةُ كَأَنَّا كَانَا هُمَا أَتْبَعْنَا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَعْلَمَ بِهِ مِنْكَ)(5).

ومن ذلك أيضا منع عمر بن الخطاب ذوي الأمراض المعدية من الطواف فعن ابن أبي مليكة: (أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِامْرَأَةٍ مَجْدُومَةٍ وَهِيَ تَطُوفُ بِالْبَيْتِ فَقَالَ لَهَا يَا أُمَّةَ اللَّهِ لَا تُؤْذِي النَّاسَ لَوْ جَلَسْتَ فِي بَيْتِكَ فَجَلَسَتْ فَمَرَّ بِهَا رَجُلٌ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَالَ لَهَا إِنَّ الَّذِي كَانَ قَدْ نَهَاكَ قَدْ مَاتَ فَاخْرُجِي فَقَالَتْ مَا كُنْتُ لِأُطِيعَهُ حَيًّا وَأَعْصِيَهُ مَيِّتًا)(6). ومن ذلك أيضا منع الرجال من الدخول من باب النساء في الحرم فعن نافع (أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَنْهَى أَنْ يُدْخَلَ مِنْ بَابِ النِّسَاءِ)(7).

ومنها أيضا التشريع الذي سنه عمر وعلي رضي الله عنهما في ولايتهما القاضي منع بيع أمهات الأولاد، فعن جابر بن عبد الله قال: (بِغْنَا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ نَهَانَا فَاَنْتَهَيْنَا)(8). ثم عزم علي في آخر ولايته على تعديل هذا التشريع واعتراض قاضيه عبيدة السلماني عليه، فعن عبيدة قال قال علي رضي الله عنه: (نَاظَرْتَنِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ فَقُلْتُ: يُبْعَنُ. وَقَالَ: لَا يُبْعَنُ. قَالَ: فَلَمْ يَزَلْ عُمَرُ يُرَاجِعُنِي حَتَّى قُلْتُ بِقَوْلِهِ فَقَضَى بِذَلِكَ حَيَاتِهِ، فَلَمَّا أَفْضَى الْأَمْرُ إِلَيَّ رَأَيْتُ أَنْ يُبْعَنُ. قَالَ الشَّعْبِيُّ وَحَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ سِيرِينَ عَنْ عبيدَةَ قَالَ قُلْتُ لِعَلِيِّ فَرَأَيْكَ وَرَأَى عُمَرَ فِي الْجَمَاعَةِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ رَأْيِكَ وَحَدَّكَ فِي الْفُرْقَةِ)(9).

ومن التشريع الذي يلحظ فيه جانب الإلزام السياسي منع عمر بن الخطاب أهل الولاية ورجال الدولة من الزواج بالكنابيات، رغم ما تقرر شرعا؛ نصا و إجماعا من حلية الزواج بهن، فقد روى البيهقي أن حذيفة رضي الله عنه تزوج يهودية فكتب إليه عمر بن الخطاب ﷺ أن يفارقها. وقال: (إِنِّي أَحْشَى أَنْ تَدْعُوا الْمُسْلِمَاتِ، وَتَنْكِحُوا الْمَوْسِمَاتِ)(1)

1 - صحيح مسلم/كتاب الطلاق/ باب طلاق الثلاث/ رقم: 1472. ص: 590.

2 - صحيح مسلم/كتاب الطلاق/ باب طلاق الثلاث/ رقم: 1472. ص: 590.

3 - مصنف ابن أبي شيبة/ من قال ترثه ما دامت في العدة منه/ رقم: 19038. 171/4. ورواه البيهقي في السنن الكبرى/ /باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت/ رقم: 15131. 595/7. وفي إسناده انقطاع

4 - موطأ مالك/كتاب الطلاق/ باب طلاق المريض/1661. 83/2.

5 - مسند أحمد/ مسند بني هاشم/مسند عبد الله بن العباس/ رقم: 2164. 133/4. وقال محققه إسناده صحيح على شرط الشيخين.

6 - موطأ مالك/كتاب الحج/ باب جامع الحج/ رقم: 1275. 565/1.

7 - سنن أبي داود/كتاب الصلاة/ باب اعتزال النساء في المساجد عن الرجال/ رقم: 464. ص: 87. وضعفه الألباني.

8 - سنن أبي داود/كتاب العتق/ باب في عتق الأمهات / رقم: 3954. ص: 709. وصححه الألباني.

9 - سنن البيهقي/كتاب عتق أمهات الأولاد/ باب الرجل يطأ امرأته بالملك فتلد/ رقم: 21767. 575/10.

المومسات(1) . فضلا عن أن وراء منع عمر الزواج من الكتابيات مقصد آخر وهو خشيته تسرب أسرار الدولة، فقد ورد أنه ﷺ قال لحذيفة طلقها، فقال له حذيفة لم؟ أحرام هي؟ فقال له عمر: **(لا ولكنك سيد المسلمين ففارقها)**(2).

ومن ذلك أيضا سن التشريع المتعلق بالضوال، فقد أجاب الرسول ﷺ من سأله عنها بقوله: **(مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا حِدَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا حَتَّى يَلْقَاهَا رِهَا)**(3)، وعلى هذا مضى الأمر في عهدي أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان عهد عثمان ﷺ، أمر بالتقاطها وتعريفها، وبيعها، حتى إذا جاء صاحبها أعطي ثمنها فعن ابن شهاب **(كَانَتْ ضَوَالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلًا مُؤَبَّلَةً تَنَاجُ لَا يَمَسُّهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنَهَا)**(4). وقد يكون السبب وراء هذا التغيير، تغير النفوس وضعف الديانة فاقترضت السياسة تدخل التشريع والقانون لضبط الأحكام ولا يكل ذلك لمجرد الأمانة والديانة، فهذا التصرف منه ﷺ ينه إلى قاعدة مهمة في سياسة التشريع، وهي أن المصلحة العامة تقتضي أنه كلما تراجعت الديانة كلما استلزم ذلك تدخل القانون، وبعبارة أخرى يكسب القانون مساحات جديدة كلما تقلصت مساحة الديانة في النفوس، فلما كان عهد علي بن أبي طالب ﷺ، أمر بالتقاط الضوال ولكنه نهى عن بيعها، بل بنى لها مربدا بعلفها لا يسمنها ولا يهزها، من بيت المال، فمن أقام بينة على شيء منها أخذه(5)، وقد يكون سبب هذا التعديل التشريعي الجزئي، ما أظهره التطبيق العملي من قصور في التشريع السابق، ومنه نلاحظ كيف تغيرت هذه القاعدة التشريعية، بين عصر الرسالة وعهود الخلافة الراشدة ثلاث مرات مراعاة لتبدل الواقع ومناطق التطبيق ودورانها مع يقتضيه التدبير المصلحي، مما يكشف عن الطبيعة الزمنية لهذه التشريعات المصلحية كجزء لا يتجزأ من التصرفات السياسية.

البند الثاني: اعتراضات وجوابها

إن ما أوردناه هنا لا يبلغ عشر ما سنه الحكم الراشد من التشريعات السياسية وقد اقتصرنا على ما اشتهر منها اختصارا ودفعاً للمحاكاة، ومع ذلك فقد يثير البعض حول هذه الأحكام التشريعية جملة من الاعتراضات لا مناص من التعرض لها حتى يستقيم لنا الاستدلال بها ويسلم من كل شبهة.

فقرة 1- الاعتراضات

أولاً- والاعتراض الأول أن هذه الأحكام والسياسات التشريعية لا تثبت للخلفاء سلطات تشريعية فهم في حقيقة الأمر في مباشرة جميع هذه التصرفات لم يكونوا إلا مجتهدين بمعنى أنهم أقدموا على سن هذه التشريعات بوصفهم فقهاء مجتهدين لا بوصفهم ولاة أمر المسلمين، فكل منهم عمل بما أداه إليه اجتهاده بوصف الاجتهاد والفقاهة لا بوصف الولاية والإمامة.

1 - سنن البيهقي/ كتاب النكاح/ باب ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك/ رقم: 13984. 280/7.

2 - سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية - الهند، ط1، 1403هـ - 1982م، رقم: 718. 225/1.

3- صحيح البخاري/ كتاب اللقطة / باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها / رقم: 2436. 187/2.

4 - موطأ مالك/ كتاب الأفضية/ باب القضاء في الضوال / رقم: 2210. 306/2.

5- فعن سعيد بن المسيب قال: " رأيت عليا بنى للضوال مربدا فكان بعلفها علفا لا يسمنها ولا يهزها من بيت المال فكانت تشرف بأعناقها فمن أقام بينة على شيء أخذه وإلا أقرها على حالها لا يبيعها" فقال سعيد بن المسيب لو وليت أمر المسلمين صنعت هكذا " مصنف ابن أبي شيبة/ كتاب البيوع والأفضية/ باب في الرجل يأخذ البعير الضال فينشق عليه/ رقم: 21144. 369/4.

ثانيا- والاعتراض الثاني إن هذه التشريعات على قسمين قسم منها موافق للمسنون عن النبي ﷺ وبالتالي فلا يمكن اعتبارها تشريعات سياسية أو سياسات شرعية حتى ولو تمت نسبتها للخلفاء الراشدين، بل هي جزء من السنة. والقسم الثاني من هذه التشريعات غير مسنون عن النبي ﷺ ولكنها لا تعدو أن تكون تشريعات تنفيذية لقواعد شرعية مقررة، فهي لا تعدو أن تكون اجتهادا موقفا فهي مما يندرج في أحكام الشريعة، أو أن تكون اجتهادا مجانباً للصواب فهي مما لا اعتبار له شرعا. وبالتالي فالخليفة في كلا القسمين لا يضع الأحكام وإنما ينفذها.

ثالثا- والاعتراض الثالث أنه حتى لو سلمنا جدلا بأن لولي الأمر سلطة في التشريع، فإن ذلك مما اختصاص به الخلفاء الراشدون المهديون الذين أمرنا النبي ﷺ إتباع سنتهم والعض عليها بالنواجذ، وهم في ذلك متبعون لسنة نبيهم، ومن ثم فهذا الحق لا يمكن أن يعطى لولاة الأمر من بعدهم مع ما عرفوا به من الجور والتسلط والولع في دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم.

فقرة 2- جواب هذه الاعتراضات

والجواب عن هذه الاعتراضات يؤكد أن للولاية العامة سلطات في التشريع سواء باعتباره عملا فقهيا أو تصرفا سياسيا، وبيان ذلك كما يلي:

أولا- أما الاعتراض الأول فجوابه إن اعتبار هذه التشريعات أو السياسات الشرعية مجرد اجتهادات فقهية، عمل بها الخلفاء بوصفهم مجتهدين لا بوصفهم أئمة المسلمين، غير صحيح ذلك أن الاجتهاد من حيث هو اجتهاد وعمل فقهيا لا يتوافر له بذاته عنصر الإلزام، فالجتهاد من حيث هو مجتهد لا يمكن أن يلزم عموم الناس بالأخذ بما انتهى إليه اجتهاده كما تقرر في قواعد الأصول(1)، بينما هذه التشريعات التي سنّها خلفاء الرسول ﷺ قد توافرت لها جميع خصائص التشريع من عموم وتجريد وإلزام، فهي من جهة تعتبر حكما فقهيا مجردا مندرجا تحت قاعدة شرعية، وهي من جهة ثانية تعتبر تصرفا عاما يستهدف تحقيق مصلحة عامة، وهي من جهة ثالثة سياسة ولائمة تحققت بعنصر الإلزام والجزاء. ومن ثم فإن هذه التصرفات التشريعية تتجاوز مفهوم العمل الفقهي لينطبق عليها مفهوم التشريع بمعناه العام في الاصطلاح القانوني.

ثانيا - أما الاعتراض الثاني فجوابه من وجهين:

1- الوجه الأول إن القول أن بعض هذه التشريعات ليست إلا تنفيذا لسنة النبي ﷺ. فجوابه أن ما ثبت من هذه التشريعات موافقا لسنة النبي ﷺ، ليست من الأحكام التبليغية التي يلزم بها الناس عامة إلى يوم القيامة، والتي يجب على كل إمام العمل بها في كل وقت وحين، بل هي من التصرفات السياسية النبوية، أو أحكام الإمامة، والتي من خصائصها أنها لا تلزم الناس في كل وقت، بل تجب بأمر جديد من إمام الوقت إذا اقتضت ذلك مصلحة المسلمين، وهي القاعدة التي أشار إليها كثير من العلماء ومن ذلك قول القرافي: " وكل ما تصرف فيه عليه السلام بوصف الإمامة لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بإذن الإمام اقتداء به عليه السلام ولأن سبب تصرفه فيه بوصف الإمامة دون التبليغ يقتضي ذلك"(2). ومن ذلك تمليك الأرض بإحيائها، فهو تشريع يحتاج في كل مرة إلى اجتهاد وإصدار جديد

1 - ومن هذه القواعد الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، والاجتهاد لا ينقض بمثله، ينظر: علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت، المادة 16، 35/1.

2 - أحمد بن إدريس القرافي: الفروق، 357/1-358.

من السلطة العامة في ذلك العهد(1)، وبالتالي فكون تشريع ما مسنون عن النبي ﷺ بوصف الإمامة فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن ما يسنه الأئمة من بعده سيكون دوماً موافقاً له، وحتى إذا كان موافقاً فإن ذلك لا يعني أنه مسنون بأمر جديد من ولي الأمر.

2- الوجه الثاني إن القول أن بعض هذه التصرفات ليست إلا تنفيذاً لقاعدة شرعية، فهو نوع من التنفيذ وليس تشريعاً، أوهي تشريعات تنفيذية في أضيق الأحوال مبنية على تحقيق المناط، كلام يحيلنا إلى ما سبق أن فصلنا القول فيه عند تحرير مفهوم التشريع في مجال التداول الشرعي، من أنه سواء في المجال الشرعي أو في الاصطلاح القانوني أن كل وضع لأحكام عامة مجردة ملزمة فهو يعتبر تشريعاً حتى ولو كانت هذه الأحكام هي تنفيذ لقاعدة شرعية أعلى منها، فكما تدرج الأحكام والتشريعات في القانون الوضعي فيعتبر التشريع العادي تنفيذاً للتشريع الأساسي والتشريع الفرعي تنفيذاً للتشريع العادي، دون أن يسلبها ذلك صفتها التشريعية، فكذلك الأمر في التشريع الإسلامي فإنه بملاحظة خاصية تدرج الأحكام الشرعية، نجد أن أحكام القرآن ليست إلا تنفيذاً لأصوله الكلية، وأحكام السنة ليست إلا تنفيذاً لأحكام القرآن، دون أن ينفي عنها الصفة التشريعية، وكذلك الأحكام الاجتهادية والسياسات الشرعية ليست إلا تنفيذاً لأحكام الكتاب والسنة دون أن ينفي عنها الصفة التشريعية ما دامت تستهدف وضع قواعد عامة مجردة وأن أي تشريع ينبغي أن يندرج تحت قاعدة تشريعية أو أصل تشريعي أعلى منه. فالمعيار في تحديد الفرق بين التشريع والتنفيذ هو عمومية الأحكام وتجريدها.

ثالثاً- أما الاعتراض الثالث فجوابه أنه متى ثبتت لولي الأمر سلطة التشريع كتصرف سياسي، فإن قصره على الخلفاء الراشدين لا يفيد في سلب هذا الحق من سائر أولي الأمر، وذلك أن مما لا خلاف فيه أن هذا الحق لم يثبت لهم لأعيانهم، وإنما ثبت لهم لصفتهم، والصفة التي باثروا بها هذه التصرفات لا تخرج عن صفتين إما أن تكون هي صفة الولاية العامة فحسب، وإما أن تكون صفتي الولاية والرشد معاً، فإن كان هذا الحق ثبت لهم بصفة الولاية العامة فحسب فلا إشكال، فهذه الصفة متحققة في كل من تولى الولاية العامة ولاية شرعية، وبالتالي فهذا الحق ثابت لهم بوصف الولاية كما ثبت للخلفاء الراشدين من قبلهم، وإن كان لم يثبت لهم بمجرد وصف الولاية وإنما أيضاً بضم وصف الرشد إليه، أي لأنهم الخلفاء الراشدون، فهذا أيضاً لا حجة فيه، لأن مما حققه كثير من العلماء أن وصف الخليفة الراشد الذين أمرنا الرسول ﷺ بمتابعة ما سنه لنا، لا ينحصر في الخلفاء الأربعة، وإنما هو وصف عام ينطبق على كل من ولي الإمامة على أنها أمانة ومسؤولية عظيمة، واتصف بالعدل في سياسته والرشد في حكمه، حتى ولو جاء يعد عصر الخلفاء الأربعة، وعلى هذا الأساس اعتبر كثير من أهل العلم عمر بن عبد العزيز خامس الخلفاء الراشدين، ومع التسليم باختلاف مراتب أولي الأمر في الحكم الراشد وتحقيق شروطه، فإن هذا الحق يبقى ثابتاً لهم ما تحققوا بهذا الوصف والتزموا حدود المشروعية الإسلامية. وإذا كانت الولاية العامة قد تراجع دورها في المجال التشريعي بعد عصر الراشدين، فإنها مع ذلك لم تتخلى عن ممارسة حق التشريع تماماً، وإن تراجعت مساحته تراجعاً واضحاً

1 - اختلف العلماء في تملك الأرض بإحيائها فذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه يجوز لكل أحد أن يحيي، إذن الإمام في ذلك الإحياء أم لا، وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن هذا تصرف منه عليه السلام بالإمامة فلا يجوز لأحد أن يحيي إلا بإذن الإمام، وأما الإمام مالك ففرق بين ما قرب من العمارة فلا يحيي إلا بإذن الإمام وبين ما بعد فيحوز بغير إذنه لأن ما قرب من العمران يؤدي إلى التشاجر والفتن وإدخال الضرر فلا بد فيه من نظر الأئمة دفعاً لذلك" ينظر: شهاب الدين القرائي: الفروق: 359/1.

بسبب التحول الذي حدث في بنية نظام الحكم بعد الراشدين، وكذلك بسبب تراجع الكفاية السياسية للحكام وبالخصوص الكفاية العلمية (الاجتهاد)، ولكن هذا التراجع لا يعبر عن حقيقة وأصالة الحكم الشرعي في هذا الموضوع.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفرع الرابع: بنية التشريع و منطقة الفراغ التشريعي

مما يدل على سلطة الولاية العامة في التشريع، أن اختصاص الله بالتشريع ابتداء لا ينفي أن الله قد فوض جماعة المسلمين صلاحية التشريع تفويضا مقيدا بالتزام " السيادة القانونية" في تلك الدائرة التي تعرف بمنطقة الفراغ التشريعي والتي يسميها القرضاوي " دائرة العفو"(1)، ويسميها المودودي " دائرة التشريع الحر"(2) كما سماها محمد الغزالي " دائرة الاجتهاد العام"(3)، ويسميها الشيخ محمد مهدي شمس الدين "دائرة التشريع التدبيري"(4)، ينبي هذا الدليل على ثلاث مقدمات:

الأولى: تحديد المقصود بمفهوم منطقة الفراغ التشريعي

الثانية: إثبات منطقة فراغ تشريعي في الشريعة

الثالثة: إثبات أن هذه المنطقة مفوضة للولاية العامة

البند الأول: مفهوم منطقة الفراغ التشريعي

قبل البدء في التأصيل الشرعي لهذا المفهوم، ينبغي أولا أن نحدد المقصود به وعلاقته بخاصية الشمول تحريرا محل النزاع، فإن هذا المصطلح قد يفهم على غير وجهه الصحيح مثله مثل شعار شمول الشريعة. والمعنى المعطى لهذه اللفظ لا يخرج عن ثلاث مفاهيم:

المفهوم الأول: المقصود بمنطقة الفراغ التشريعي، أن الشريعة سواء في نصوصها وسائر الأدلة المعتمدة قد عرضت عن بيان وإيراد الحكم الشرعي لعدد من المسائل إعراضا كليا. بمعنى أن الأفعال في الشريعة قسمان قسم له حكم تكليفي من الأحكام الخمسة، وقسم لا حكم له في الشرع البتة. وهي المسألة المعروفة بخلو بعض المسائل من حكم لله فيها.

المفهوم الثاني: المقصود بمنطقة الفراغ التشريعي أن نصوص الشريعة قد سكتت عن بعض المسائل فلم تنص على حكمها لا بنص قطعي ولا ظني، و لكن يمكن الاهتداء إلي حكمها بقياسها على حكم نظيرها في الكتاب والسنة والقياس دليل من الأدلة المعتمدة شرعا.

المفهوم الثالث: المقصود بمنطقة الفراغ التشريعي أن نصوص الشريعة قد سكتت عن بعض المسائل فلم تنص على حكمها، لا بنص قطعي ولا ظني، ولا يعرف لها في نصوص الكتاب والسنة نظير تقاس عليه، ولكن يمكن الاهتداء إلى حكمها بإعمال الأدلة المؤسسة على رعاية المصلحة، بمعنى أن الشريعة فوضت الولاية العامة سلطات تقديرية في التشريع المصلي في مجالات محددة لم تنص على حكم فيها بعينه، ولا يشترط فيها شروط الاجتهاد البياني كما سيأتي.

فقرة 1- منطقة الفراغ التشريعي وشمول الشريعة

1 . يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001، ص: 65.

2 . أبو الأعلى المودودي: الحكومة الإسلامية، ص: 221.

3 . محمد الغزالي: الإسلام والاستبداد السياسي، ص: 73.

4 . محمد مهدي شمس الدين: نظام الحكم والإدارة في الإسلام، ص: 65 .

أما المفهوم الأول: فليس هو محل النزاع في هذا البحث، وليس هو الغرض المقصود منه، وهي المسألة المعروفة في الأصول بخلو بعض الأفعال من حكم الله ﷻ، فإن من مقدمات هذا البحث، أنه ما من فعل إلا وله في الشريعة السمحاء حكم، علمه من علمه وجهله من جهله، وبالتالي فإن مسألة خلو بعض الوقائع من حكم الله ﷻ ليست واردة هنا، وليست هي المقصودة بتعبير منطقة الفراغ التشريعي، وإن نازع فيها من نازع، فالذي ندين به الله ﷻ أن خطاب الله ﷻ نصاً أو استدلالاً شامل لكل أفعال العباد، وعلى ذلك أجمع علماء الإسلام ولم يخالف في ذلك إلا قلة شذت، قال الإمام الشافعي: "ليست تنزل بأحد من دين الله نازلة، إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها"(1). وقوله على سبيل الهدى فيها شامل للمنصوص عليه و وما لا نص فيه لا أن كل حكم منصوص عليه، وقال أيضاً: "كل ما نزل بالمسلم ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة، وعليه إذا كان فيه بعينه حكم بإتباعه، وإذا لم يكن فيه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد"(2).

وقال الغزالي: "ما من مسألة تعرض إلا وفي الشرع دليل عليها إما بالقبول، وإما بالرد، وإنما لا نعتقد خلو واقعة عن حكم الله ﷻ، فإن الدين قد كمل وقد استأثر الله برسوله وانقطع الوحي، ولم يكن ذلك إلا بعد كمال الدين قال ﷻ "اليوم أكملت لكم دينكم" (3)، وفي البحر المحيط: "في تقدير خلو واقعة عن حكم الله ﷻ مع بقاء الشريعة على نظامه، قال الغزالي قد جوزه القاضي حتى كاد يوجبها وقال المآخذ محصورة والوقائع لا ضبط لها فلا تستوفيها مسالك محصورة، قال والمختار عندنا إحالة ذلك وقوعاً في الشرع لا جوازاً في العقل، لعلمنا بأن الصحابة على طول الأعصار ما انحجزوا عن واقعة، وما اعتقدوا خلوها من حكم الله ﷻ، بل كانوا يهجمون عليها هجوم من لا يرى لها حصر"(4).

ولم تنقل المخالفة في ذلك إلا عن أهل الظاهر على ما حكاه ابن رشد: "وقال أهل الظاهر: القياس في الشرع باطل، وأما ما سكت عنه الشارع فلا حكم له" (5). وما حكاه الشاطبي: "إن هذا الزائد إن كان راجعاً إلى المسألة الأصولية وهي أن يقال: هل يصح أن يخلو بعض الوقائع عن حكم الله أم لا؟ فالمسألة مختلف فيها فليس إثباتها أولى من نفيها إلا بدليل" (6).

فقرة 2- منطقة الفراغ التشريعي وشمول النصوص

أما المفهوم الثاني: فهو أيضاً ليس المعنى المقصود في هذا البحث، وإن كان محل نزاع بين فقهاء الشريعة، وهي المسألة المعروفة بشمول النصوص لكل الحوادث، ولكن لا ارتباط هذه المسألة بمفهوم منطقة الفراغ التشريعي ووجب تفصيل القول فيه، فهل فعلاً النصوص شاملة لكل الحوادث، بحيث ليست هناك حاجة حقيقية إلى إعمال القياس ولا

1 . محمد بن إدريس الشافعي: الرسالة، ص: 20.

2 . محمد بن إدريس الشافعي: الرسالة، ص: 477.

3- ينظر: عيسى منون: نبراس العقول، دار العدالة، بيروت، دت، ص: 318، نلاحظ خلط بين شمول الشريعة وشمول النصوص، الخلط بين مسألتين أن الله له في كل واقعة حكم، والثانية أن الله نص على حكم كل مسألة، وعلى ذلك نجد الاستدلال بما يفيد شمول الشرع في مسألة شمول النصوص، مع أن شمول الشريعة ليس شمول نصوص وتفصيل.

4 . محمد بن بشار الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، 1/ 164-165.

5- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة بيروت، ط6، 1982، 1/ 02 .

6 - الشاطبي: الموافقات، 1/ 262 .

الاستدلال بالرأي، أم أن النصوص متناهية وليست وافية بالحوادث ومن ثم فلا مناص من إعمال القياس والاستدلال بالرأي؟

هناك على الأقل ثلاثة مواقف أو قل ثلاثة اتجاهات تتنازع الحجاج الشرعي فيما يتعلق بمسألة شمول النصوص(1): اتجاه يثبت شمول النصوص وينكر القياس والرأي. واتجاه يثبت شمول النصوص ويثبت القياس والرأي. واتجاه ينفي شمول النصوص ويثبت القياس والاجتهاد بالرأي.

أولاً- اتجاه يثبت شمول النصوص لكل الحوادث والنوازل، وينكر القياس والاجتهاد بالرأي، ويرى أن الوقائع المسكوت عنها نصاً، ليست في الحقيقة مسكوت عنها بإطلاق، فحكمها على الإباحة الأصلية المنصوص عليها، فهي تندرج في عموم النص بالإباحة الأصلية، وبالتالي فالنصوص مستوعبة لكل شيء، ومن ثم يرى هذا الاتجاه أنه لا يجوز العمل بالقياس ولا بالرأي ولا بأي دليل آخر غير نصوص الكتاب والسنة، وهذا موقف تبناه كما هو معروف أهل الظاهر(2). يقول ابن حزم: "كان الدين والإسلام لا تحريم فيه ولا إيجاب ثم انزل الله ﷻ الشرائع، فما أمر فهو واجب وما نهي عنه فهو حرام، وما لم يأمر به ولا نهي عنه فهو مباح مطلق حلال كما كان، هذا أمر معروف ضرورة بفطرة العقول، من كل أحد ففيما يحتاج إلى القياس أو إلى الرأي". ثم يقول "إنه ما من شيء من الدين وجميع أحكامه إلا ونص عليه"(3). ثم يقول: "فصح أن النص مستوعب لكل حكم يقع أو وقع إلى يوم القيامة، ولا سبيل إلى نازلة تخرج من هذه الأحكام الثلاثة"(4). ومن هنا يتبين أن أهل الظاهر ممن يرى شمول النصوص لكل النوازل كما بين ذلك ابن القيم خلافاً لما ادعاه ابن رشد (5).

ثانياً- اتجاه يتبنى شمول النصوص الشرعية لكل الحوادث، ويثبت القياس والاجتهاد بالرأي، فهو ينكر المسكوت عنه في الشريعة الإسلامية، ويرى أن النصوص من الوفرة بحيث تجيب عن كل أمر من أمور الحياة، وهذا الاتجاه وإن كان لا ينكر العمل بالقياس والاجتهاد بالرأي فإنه لا يمثل بالنسبة إليه حاجة حقيقية، وهذا رأي بعض أهل الحديث وتابعهم عليه آخرون. فالمنصوص عن الإمام أحمد أن الآثار وافية بعمامة الحوادث، وأن القياس إنما يحتاج إليه في القليل، وفي كلامه ما يدل على أن فتاوى الصحابة أحاطت لفظاً أو معنى بالحوادث، فعن محمد بن أحمد بن واصل المقرئ قال سمعت أبا عبد الله وسئل عن الرأي فرفع صوته وقال: **(لا يثبت شيء من الرأي عليكم بالقرآن**

1- حول مختلف المواقف من مسألة شمول النصوص، ينظر ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 90/3-99، وينظر أيضاً: الصادق عبد الرحمن الغرياني: الحكم الشرعي بين النقل والعقل، دار الغرب الإسلامي، 1989، ط 1، 109. 124. على أن كلامهما في تحديد مختلف المواقف من المسألة غير محرر كما سيتبين.

2- رأي يتبناه الظاهرية صراحة، يقول ابن خلدون "أنكر القياس طائفة من العلماء و أبطلوا العمل به و هم الظاهرية. و جعلوا المدارك كلها منحصرة في النصوص و الإجماع و ردوا القياس الجلي و العلة المنصوصة إلى النص، لأن النص على العلة نص على الحكم في جميع محالها". ابن خلدون: المقدمة، 564/1، و كان إمام هذا المذهب داود و ابنه و أصحابهما. ثم اشتهر هذا الرأي على يد بن حزم.

3- ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة بيروت، ط 1979، 8/ 32 .

4- علي بن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، 8/ 15 .

5- ينسب ابن رشد أهل الظاهر إلى الذين ينكرون شمول النصوص، وكما ينسبهم إلى الذين يرون خلوا بعض الأفعال من حكم الله، "وقال أهل الظاهر: القياس في الشرع باطل، وأما ما سكت عنه الشارع فلا حكم له" ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 02/1، والحقيقة أن هذا الكلام غير محرر فنصوص ابن حزم صريحة في إثبات شمول النصوص وأن المسكوت عنه يندرج في عموم النص بالإباحة الأصلية .

والحديث والآثار(1). و في رواية ابن مشيش إن أبا عبد الله سأل رجل فقال أكتب الرأي فقال: **(ما تصنع بالرأي عليك بالسنن فتعلمها وعليك بالأحاديث المعروفة)**(2). ويقول ابن تيمية ردا على سؤال من يقول إن النصوص لا تفي بعشر معشار الشريعة: " هذا الجواب قاله طائفة من أهل الكلام والرأي كأبي المعالي وغيره، وهو خطأ بل الصواب الذي عليه أئمة المسلمين أن النصوص وافية لجمهور أحكام أفعال العباد، ومنهم من يقول أنها وافية بجميع ذلك، وإنما أنكر من أنكروه؛ لأنه لم يفهم معاني النصوص العامة التي هي أقوال الله ورسوله وشمولها لأحكام أفعال العباد، وذلك أن الله بعث محمدا ﷺ بجوامع الكلم فيتكلم بالكلمة الجامعة العامة التي هي قضية كلية وقاعدة عامة تتناول أنواعا كثيرة، وتلك الأنواع تتناول أعيانا لا تحصى، بهذا الوجه تكون النصوص محيطية بأحكام أفعال العباد "(3).

وتابعه على ذلك تلميذه ابن القيم في هذا الموضوع وتوسع فيه توسعا كبيرا، فرغم أن شيخه ابن تيمية يرى أن النصوص وافية بمعظم الأحكام، فهو يرى أنها وافية بجميعها، حيث يقول: " فقد بين الله سبحانه على لسان رسوله بكلامه وكلام رسوله جميع ما أمر وما نهي وما عفا عنه، وبهذا يكون دينه كاملا كما قال ﷺ: ﴿ **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا** ﴾ (4)، ولكن قد يقصر فهم أكثر الناس عن فهم ما دلت عليه النصوص وعن وجه الدلالة وموقعها وتفاوت الأمة في مراتب الفهم عن الله ورسوله لا يحصيه إلا الله "(5). ثم يقول والصواب: " أن النصوص محيطية بأحكام الحوادث، ولم يجلنا الله ولا رسوله على رأي ولا قياس، بل قد بين الأحكام كلها، والنصوص كافية وافية بها، والقياس الصحيح حق مطابق للنصوص، فهما دليلان للكتاب والميزان، وقد تخفي دلالة النص أو لا تبلغ العالم فيعدل إلى القياس، ثم قد يظهر موافقا للنص فيكون قياسا صحيحا وقد يظهر مخالفا له فيكون فاسدا وفي نفس الأمر لا بد من موافقته أو مخالفته ولكن ثم المجتهد قد تخفى موافقته أو مخالفته "(6). ورغم أن ابن القيم كما هو معلوم من المثبتين للقياس فإنه بتبنيه لشمول النصوص لكل الوقائع ينتهي إلى رأي غريب جدا و ووجه الغرابة في كلامه أنه يجعل الحكم الثابت بالقياس مدلولاً عليه بالكتاب مباشرة، وهذا بعيد لأن الأصوليين وإن كانوا قد اختلفوا هل يوصف الحكم الثابت بالقياس بكونه دين الله أم لا(7)؟ إلا أنهم اتفقوا على منع أن يقال فيما هو ثابت بالقياس بأنه قول الله ورسوله "(8).

وتلقف هذه الفكرة الإمام الشوكاني فأوغل فيها فقال: " ما قالوه في ذلك أن النصوص لا تفي بالأحكام، فإنها متناهية والنوازل غير متناهية، ويجب عن هذا بما قدمنا من إخباره ﷺ لهذه الأمة بأنه قد أكمل لها دينها، وبما أخبرها رسوله ﷺ من أنه قد تركها على الواضحة التي ليها كنهها، ثم لا يخفى على ذي لب صحيح وفهم صالح أن

1- ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، 364/1

2- ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية، 364/1.

3- عبد الحلیم أحمد بن تيمية: مجموع الفتاوى، 280/19.

4- المائدة/03.

5- ابن القيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، 90/3

6- ابن القيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، 97/3

7- ينظر: عيسى منون: نبراس العقول، ص: 195.

8- الصادق عبد الرحمن الغرياني: الحكم الشرعي بين النقل والعقل، ص: 122.

في عمومات الكتاب والسنة ومطلقا، وخصوصا ونصوصهما ما يفني بكل حادثة تحدث ويقوم ببيان كل نازلة تنزل عرف ذلك من عرفه وجهله من جهله" (1).

ثالثا - اتجاهه ينفي شمول النصوص لكل الحوادث، ويثبت المسكوت عنه في الشريعة، ويرى أن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية، وأن الوقائع المسكوت عنها لها حكم في الشرع يدرك بالاجتهاد سواء بالقياس على نظيرها في الشرع أو بسائر الأدلة الشرعية وهذا موقف جمهور العلماء قديما وحديثا. بل بالغ إمام الحرمين الجويني، فقال إن النصوص لا تفي بعشر معشار الحوادث (2)، وبغض النظر عن هذه المبالغة فإن هذا رأي متداول ومسلم به عند أغلب علماء الأصول حيث نص عليه إمام الحرمين الجويني بقوله: "من أنصف من نفسه لم يشكل عليه إذا نظر في الفتاوى والأقضية، أن تسعة أعشارها صادرة عن الرأي المحض والاستنباط، ولا تعلق لها بالنصوص والظواهر" (3). وقوله "نصوص الكتاب والسنة محصورة مقصورة ومواقع الإجماع معدودة ماثورة.. ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لانهاية لها، والرأي المبتوت المقطوع به عندنا أن لا تخلو واقعة عن حكم الله ﷻ متلقى من قاعدة الشرع، والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس" (4)، كما نص عليه الغزالي في المستصفي بقوله: "إن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في مسألة الجحد والحرام والمفوضة ومسائل كثيرة وكانوا يطلبون من سمع فيها حديثا من النبي ﷺ وفيهم المعصوم بزعمكم وكانوا يشاورونه ويراجعونه فتارة وافقوه وتارة خالفوه ولم ينقل قط حديثا ولا نصا إلا ساعده، بل قبلوا النقل من كل عدل فضلا عن الخلفاء الراشدين، فلم كتم النص عنهم في بعض المسائل وتركهم مختلفين إن كانت النصوص محيطة، فبالضرورة يعلم من اجتهادهم واختلافهم، أن النصوص لم تكن محيطة، فدل هذا أنهم كانوا متعبدين بالاجتهاد" (5)، وابن رشد في بداية المجتهد: "وأما ما سكت عنه الشارع من الأحكام فقال الجمهور: إن طريق الوقوف عليه هو القياس. وقال أهل الظاهر: القياس في الشرع باطل، وما سكت عنه الشارع فلا حكم له. ودليل العقل يشهد بثبوت [أي ثبوت القياس]، وذلك أن الوقائع بين أشخاص الأناسي غير متناهية، والنصوص والأفعال والإقرارات متناهية، ومحال أن يقابل ما لا يتناهي بما يتناهي" (6).

البند الثاني: الاستدلال على منطقة الفراغ التشريعي

والذي ندين به أن شمول الشريعة إنما هو شمول إحاطة وأصول وليس شمول تفصيل ونصوص، ذلك أن الشريعة لم تنص على حكم كل فعل أو مسألة، بل نصت على بعض المسائل بنصوص قطعية لا تحتل إلا معنى واحد، ونصت على مسائل أخرى بنصوص ظنية تحتل أكثر من معنى، ونصت على مسائل أخرى بنصوص مجملة

1 - محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 861/2.

2 - للأسف الشديد لم يلتزم الدكتور صادق عبد الرحمن الغرياني الدقة والأمانة العلمية في كتابه الحكم الشرعي بين النقل والعقل، فنسب هذا الرأي للمعتزلة، فقال: "ذهب بعض المعتزلة إلى أن النصوص غير شاملة ولو وقفوا عند هذا الحد لكان الأمر هينا ولكنهم قالوا أنها لم تف بعشر معشار الحاجة إلى القياس فوق الحاجة إلى النصوص... فالحوادث غير متناهية والنصوص متناهية" ولم يوثق كلامه من أي مصدر من مصادر المعتزلة، والمعروف أن هذا الرأي هو من كلام الإمام الجويني. ينظر: الغرياني: الحكم الشرعي بين النقل والعقل، ص: 114.

3 - عبد الملك الجويني: البرهان، 768/2.

4 - عبد الملك الجويني: البرهان، 743/2.

5 - أبو حامد الغزالي: المستصفي من علم الأصول، 557/3.

6 - أبو الوليد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 02/1.

تحتاج إلى تفصيل وبيان، كما سكتت عن كثير من المسائل فلم تنص على حكم يخصها لا بنص قطعي ولا ظني، لا مجمل ولا مبين، وإنما فوضتها لتقدير جماعة المسلمين ومن ينوب عنها من السلطات العامة في الدولة، فسكوت الشرع ليس نسيانا، بل دلالة الأصولية التي لا تخفى تفويض أمر الاجتهاد التشريعي فيها إلى الأمة أو الإمام في ضوء قواطع الشرعة ومنهاجها التشريعي. وهذه الأفعال التي لم يرد لها في الكتاب والسنة حكم خاص بها، و فوضت لأولي الأمر للاجتهاد فيها وفق قواعد الاستدلال الشرعي المصلحي، هي التي نسميها منطقة الفراغ التشريعي أو قل التفويض التشريعي المقيد.

والأدلة على منطقة الفراغ التشريعي كثيرة ولكن يمكن حصرها في دليلين: النص، والاستقراء.

فقرة 1- النص على منطقة الفراغ التشريعي.

فقد وردت عدد من النصوص الحديثية التي تتحدث عن ما عبرت عنه "بالمسكوت عنه" في بعض الروايات و"منطقة العفو" في روايات أخرى وقد اختلف نقاد وفقهاء الحديث في هذا الحديث من جهة ثبوته ومن جهة معناه لاختلافات رواياته وألفاظه.

— روى الدارقطني عن أبي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله ﷺ: (إِنَّ اللَّهَ ﷻ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا وَحَرَّمَ حُرْمَاتٍ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ مِنْ غَيْرِ نَسْيَانٍ فَلَا تَبْحَثُوا عَنْهَا) (1). و رواه البيهقي بلفظ: (إِنَّ اللَّهَ ﷻ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا وَنَهَى عَنْ أَشْيَاءَ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا وَسَكَتَ عَنْ أَشْيَاءَ رُخْصَةً لَكُمْ لَيْسَ بِنَسْيَانٍ فَلَا تَبْحَثُوا عَنْهَا) (2).

— و روى الترمذي عن سلمان قال سئل رسول الله ﷺ عن السمن والجبن والفراء فقال: (الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ بِمَا عَفَا عَنْهُ) (3). و روى أبو داود موقوفا من حديث ابن عباس قال: (كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَأْكُلُونَ أَشْيَاءَ وَيَتْرَكُونَ أَشْيَاءَ تَقَدَّرَا فَبَعَثَ اللَّهُ ﷻ نَبِيَّهُ ﷺ وَأَنْزَلَ كِتَابَهُ وَأَحَلَّ حَلَالَهُ وَحَرَّمَ حَرَامَهُ فَمَا أَحَلَّ فَهُوَ حَلَالٌ وَمَا حَرَّمَ فَهُوَ حَرَامٌ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ وَتَلَا: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ) (4). و روى البزار عن أبي الدرداء أن النبي ﷺ قال: (ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئا ثم تلا هذه الآية: ﴿وَمَا كَانَ

1- سنن الدارقطني / كتاب الرضاع / باب الرضاع / رقم: 4396. 325/5-326. حديث حسن.

2- سنن البيهقي / كتاب الضحايا / باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان / رقم: 19725. 21/10. وهو مؤقوف.

3- سنن الترمذي / أبواب اللباس / باب ما جاء في لبس الفراء / رقم: 1726. 340/3. قال أبو عيسى وفي الباب عن المغيرة وهذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه وروى سفيان وعزيه عن سليمان التيمي عن أبي عثمان عن سلمان قوله وكان هذا الحديث المؤقوف أصح وسألت البخاري عن هذا الحديث فقال ما أراه محفوظا روى سفيان عن سليمان التيمي عن أبي عثمان عن سلمان مؤقوفا قال البخاري وسيف بن هارون مقارب الحديث وسيف بن محمد عن عاصم ذاهب الحديث.

4- سنن أبي داود / كتاب الأطعمة / باب ما لم يذكر تحريمه / رقم: 3800. ص: 683. وقال الألباني صحيح الإسناد.

رُبُّكَ نَسِيًّا ﴿١﴾ (2). و روى ابن ماجه عن سَلْمَانَ (سئل رسول الله ﷺ عن السَّمْنِ وَالْجَبْنِ وَالْفِرَاءِ قَالَ الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ بِمَأْ عَفَا عَنْهُ) (3).

- فراغ تشريعي في ثلاثة أمور: عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: " خَطَبَ عُمَرُ عَلَى مِنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: (إِنَّهُ قَدْ نَزَلَ تَحْرِيمُ الْخَمْرِ وَهِيَ مِنْ حَمْسَةِ أَشْيَاءِ الْعَنْبِ وَالتَّمْرِ وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْعَسَلِ وَالْخَمْرُ مَا خَامَرَ الْعَقْلَ وَثَلَاثٌ وَوَدِدْتُ أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يُفَارِقْنَا حَتَّى يَعْهَدَ إِلَيْنَا عَهْدًا الْجَدُّ وَالْكَالَةُ وَأَبْوَابٌ مِنْ أَبْوَابِ الرَّبِّ قَالَ قُلْتُ يَا أَبَا عَمْرٍو فَشَيْءٌ يُصْنَعُ بِالسُّنْدِ مِنَ الْأُزْرِ قَالَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ أَوْ قَالَ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ وَقَالَ حَجَّاجٌ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ أَبِي حَيَّانَ مَكَانَ الْعَنْبِ الرَّيْبِ) (4).

فمن خلال هذه النصوص التي وإن اختلفت درجتها من حيث الإسناد إلا أنها بتضافرها قد اجتمعت على إفادة العلم بمعنى مشترك بينها وهو أن المسكوت عنه فهو ما لم يرد نص خاص يبين حكمه لا بتحليل ولا بتحريم ولا إيجاب فيكون معفوا عنه لا حرج على فاعله. وعلى هذا دلت الأحاديث المذكورة ههنا.

قال الشاطبي في شرح هذا الحديث: " وأما النوع الثالث وهو العمل بما هو مسكوت عن حكمه ففيه نظر، فإن خلوا بعض الوقائع عن حكم الله مما اختلف فيه. فأما على القول بصحة الخلو فيتوجه النظر وهو مقتضى الحديث: (وما سكت عنه فهو عفو) وأشباهه مما تقدم.

وأما علي القول الآخر فيشكل الحديث إذ ليس ثم مسكوت عنه بحال، بل هو إما منصوص، وإما مقيس على منصوص، والقياس من جملة الأدلة الشرعية، فلا نازلة إلا ولها في الشريعة محل حكم، فانتفى المسكوت عنه إذا. ويمكن أن يصرف المسكوت على هذا القول إلى ترك الإستفصال مع وجود مظنته، وإلى المسكوت عن مجارى العادات مع استصحابها في الوقائع، وإلى المسكوت عن أعمال أخذت قبل من شريعة إبراهيم عليه السلام" (5).

فقرة 2- الاستقراء

والدليل على ذلك أيضا استقراء أحكام الشريعة فهو دال بلا ريب أن موضوعات كثيرة مسكوت عنها لم تأت فيها الشريعة لا بحكم مفصل ولا حكم مجمل بل فوضت التشريع فيها للجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها تفويضا مقيدا، برعاية المصلحة العامة، ومن ذلك نخص بالذكر مجالين:

أولا- ففي مجال الأحكام الجنائية والتشريع العقابي

1- نجد مسائل كثيرة فوضت للولاية العامة تحت مبدأ عام أو سلطة عامة تعرف فقها بسلطة التعزير، حيث نجد الشريعة اكتفت بتقرير خمس أو ست أو سبع عقوبات عرفت فقها بالحدود المقدره، ومن الواضح أنه لا يمكن لأمة أن تكتفي في نظامها العقابي بهذا العدد المحدود جدا من العقوبات، ومن ثم فقد أسند الشرع عقوبات سائر الأفعال الأخرى، للولاية العامة، تحت بند سلطة التعزير، والفروق بين الحد والتعزير كثيرة، ولكن أبرزها أن الحد عقوبة مقدره،

1- مریم/64.

2- مسند البزار/حديث أبي الدرداء/ رقم: 4087. 26/10. وقال إسناده صالح.

3- سنن ابن ماجه/ كتاب الأطعمة/باب أكل الجبن والسمن/ رقم: 3367. 1117/2. وحسنه الألباني.

4 - صحيح البخاري/ كتاب الأشربة/ باب ما جاء في أن الخمر ما خامر العقل من الشراب / رقم: 5588. 13/4.

5- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 1/274.

لازمة ديانة، ولا تسقط بالتوبة، ولا بالفدية، ولا يجوز الشفاعة فيها، ولا الإنقاص أو الزيادة فيها، بينما التعزير عقوبة مقدره بالاجتهاد والمصلحة، لازمة سياسة، وموكولة إلى نظر ولي الأمر، فهو الذي يقع عليه عبء تشريع العقوبة المناسبة لكل فعل، فالشرع إذا لم يفصل في جميع العقوبات، وفضلا عن ذلك فإن كثير من الأفعال سكت علماء الشريعة وأهل الفقه عن عقوبتها وسنسوق أمثلة على ذلك لا يردها إلا مكابر:

2- من ذلك أن الشريعة قد سكتت الشريعة عن عقوبة التعامل بالربا آكله وموكله وكتابه وشاهديه، وعقوبة أكل لحم الخنزير أو المتاجرة فيه، كما سكتت عن عقوبة المرتشي وعقوبة الراشي والوسيط بينهما، وعقوبة شهادة الزور واليمين الكاذبة، ومنها أنها سكتت عن عقوبة تزوير النقود وتزوير الشهادات وتزوير أختام الدولة.. ومنها أنها لم تنص على عقوبة انتهاك الآداب في الطريق العام مما لا يصل إلى الزنا. ومنها أنها لم تنص على عقوبة الغش والتدليس في البيوع والسلع والأدوية، ومنها أنها سكتت نصا عن عقوبة خطف الأشخاص والقصر. منها أنها سكتت من غير نسيان عن عقوبة خيانة الأمانة وهي جريمة تكيف شرعا وفقها على أنها غير جريمة السرقة، كما سكتت عن تحديد عقوبة التجسس بمختلف صورته، ومن ذلك أيضا أنها سكتت عن عقوبة حبس الحيوان و قتله ومنعه الطعام حتى يموت جوعا. إلى غير ذلك من المسائل .. التي وإن اجتهد بعض الفقهاء في تحديد عقوبة مناسبة لها فإن جمهور الفقهاء فضل أن لا يتعب نفسه وفوض الأمر فيها لولاية الحاكم (القاضي أو الإمام) على تفصيل ليس هنا مجاله.

- إن كل هذه المسائل ومثلها كثير والتي فوضت الشريعة الولاية العامة سلطة تقدير العقوبة المناسبة في ضوء ما تقضي به قواعد المصلحة الشرعية ومقاصد الشريعة في العقاب من مراعاة حال الجريمة وحال المجرم، تشكل جزءا واسعا و مهما من منطقة الفراغ أو التفويض التشريعي. وليس للمخالف أن يقول إن هذا التقدير ليس تشريعا، فإذا كان تقدير عقوبة الزنا بالنص (مائة جلدة لغير المحسن والرحم للمحصن) يعتبر تشريعا ولا ينكر ذلك إلا كافر، فإن تقدير عقوبة المرتشي بالرأي والمصلحة، يعتبر أيضا تشريعا، إذ لا فرق بين هذا التقدير وذاك إلا أن الأول تقدير توقيفي بالنص، والثاني تقدير بالاجتهاد والرأي.

- وعلى أن ثمة فرقا آخر لا ينبغي الغفلة عنه وهو أنه إذا كان تقدير حد الزنا يعتبر تشريعا لازما ديانة للناس عامة إلى يوم القيامة، فإن تقدير عقوبة المرتشي لازمة للناس بقدر ما تقضي به اعتبارات السياسة ورعاية المصالح، حيث لا يمتنع اختلاف هذه العقوبة من عهد لآخر، وكون هذه التشريعات تجد سندها في أصل التعزير المقرر شرعا، لا يجعل منها كتلك الحدود التي تجد سندها مباشرة في نص الكتاب والسنة، فشتان بين تشريع سنه الله ورسوله مباشرة وبين تشريع سنه عمر بن الخطاب أو عمر بن عبد العزيز أو عمر البشير.

ثانيا- وفي مجال الأحكام الدستورية والإدارية

1- نجد مسائل كثيرة فوضت لجماعة المسلمين أصالة وللولاية العامة نيابة تحت مبدأ عام أو سلطة عامة تعرف فقها بمبدأ الشورى، حيث نجد الشريعة قد اكتفت بتقرير عدد محدود من المبادئ التي تحكم النظام السياسي والإداري، فقد نص كثير من العلماء على أن النصوص التي تنظم المجال السياسي قليلة جدا مقارنة بسائر أبواب الفقه، فضلا عن أن ما ورد فيها من نصوص أغلبها عبارة عن أصول مجملة، يتطلب إعمالها تفسير وبيان. ومن الواضح أنه لا يمكن لأمة أن تكتفي بهذا العدد المحدود جدا من القواعد الدستورية والإدارية.

2- وهكذا نجد أن الشريعة قد سكنت نصا عن بيان كيفية اختيار الرئاسة العامة للدولة، كما سكنت عن تحديد مدة ولاية رئاسة الدولة وصلاحياته، كما سكنت عن تحديد من لهم حق اختيار رئيس الدولة وكيفية اختيارهم ومن يختارهم، ومنها أنها سكنت عن بيان العدد الذي تتعقد به بيعة الخلافة (الرئاسة العامة). ومنها سكنت عن بيان كيفية ممارسة الأمة حقها في عزل الخليفة إذا ما استوجب ذلك، ومن يعزله. ومنها أنها سكنت نصا عن بيان كيفية ممارسة الأمة الشورى، مباشرة أو غير مباشرة، ومنها أنها لم تنص على كيفية اختيار أهل الشورى ومدة ولايتهم، ومن ذلك أنها سكنت عن صلاحيات أهل الشورى وحقوقهم وواجباتهم. ومنها أنها سكنت عن آلية اتخاذ القرار في مجلس الشورى (بالإجماع أو بالأغلبية البسيطة أو المطلقة أو الكبيرة)، ومنها أنها سكنت نصا عن بيان طبيعة العلاقة بين أهل الشورى و رئيس الدولة، وهل شوراها ملزمة أم معلمة. ويندرج في ذلك أيضا سكوتها عن تحديد طبيعة العلاقة بين أهل الشورى والوزراء والولاة. وسكوتها عن بيان طبيعة العلاقة بين القضاء ورئاسة الدولة والوزراء والولاة وأهل الشورى، كما سكنت عن بيان كيفية تنظيم القضاء ودرجات التقاضي. إلى غير ذلك من المسائل وسكوت النصوص عن هذه المسائل لا يعني أنها خارجة عن الشرع أو لا حكم لها في الشرع، ولكن معناه أن التشريع في مثل هذه المسائل يخضع لاعتبارات السياسة والاستدلال شرعي مصلحي، فما يصلح في عصر قد لا يصلح في عصر آخر، لقد اجتهد الفقهاء في بعض هذه المسائل، وسكوتنا عن بعضها سكوتا لا تخفى دلالتة. كما أن أغلب ما هو مدون في الكتب ليس إلا وصفا لواقع تاريخي، ورسمًا لنموذج تاريخي و رواية لاجتهاد فقهي.

3- فمثل هذه المسائل تمثل مجالا واسعا من منطقة الفراغ أو التفويض التشريعي، فهي مجالات للتصرف السياسي فوضت لجماعة المسلمين أصالة أو للولاية العامة نيابة، فهي إما مما يندرج في المبدأ العام ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾، وإما مما يندرج في المبدأ المقابل له: ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ﴾، ففي كل مسألة من هذه المسائل مجال للتصرف السياسي، وعدد من الخيارات المتاحة التي تقتضي مداولة ومشاورة لتقرير أكثرها مناسبة وتحقيقا للمصلحة الشرعية، في ضوء مقاصد الشريعة في السياسة والحكم، وليس للمكابر أن يقول إن هذا التقرير ليس تشريعا، فإذا كان من المقرر بالنص أنه لا يجوز أن يتولى الرئاسة العامة (الخلافة) أكثر من واحد، فإن تقرير العدد الذي تصح به بيعة الرئاسة العامة، بالشورى والمصلحة، يعتبر أيضا تشريعا، إذ لا فرق بين هذه القاعدة الدستورية وتلك إلا أن الأولى قاعدة توقيفية بالنص، والثانية قاعدة توفيقية بالاجتهاد والشورى. على أن ثمة فرقا آخر لا ينبغي الغفلة عنه أيضا وهو أنه إذا كان تقرير مبدأ واحدية الرئاسة العامة يعتبر تشريعا دستوريا لازما ديانة للناس عامة إلى يوم القيامة، فإن تقرير عدد الذين تصح بهم بيعة الرئيس يعتبر تشريعا دستوريا لازما للناس بقدر ما تقتضي به اعتبارات السياسة ورعاية المصالح، بحيث لا يمنع اختلاف هذه التشريعات الدستورية من عهد لآخر، وكون هذه التشريعات تجد سندها الشرعي في أصل الشورى المقرر شرعا، لا يجعل منها كتلك القواعد الدستورية الثابتة بقول الله ورسوله.

جامعة الأمير
عبد القادر معلوم الإسلامية

الفصل الثالث

تكوين السلطات العامة و العلاقة بينها

إذا كنا قد خلصنا في الفصل السابق إلى تأصيل القول في حق جماعة المسلمين ومن ينوب عنها من أولي الأمر في ممارسة العمل التشريعي، اقتراحا و إقرار وتصديقا واعتراضا، نجد لزاما علينا قبل تفصيل القواعد التي تنظم ممارسة سلطة ولي الأمر في المجال التشريعي، أن نبين قواعد تكوين الولايات العامة في المجتمع الإسلامي، في ضوء المقارنة بالنظم السياسية المعاصرة، ووجه اللزوم أن ممارسة ومباشرة الوظيفة التشريعية سواء في النظم السياسية المعاصرة أو في النظام السياسي الإسلامي ترتبط دائما بشروط وصلاحيات دستورية مقررّة، ومن ثم يقتضي منا المقام بيان هذه الشروط والصلاحيات(مبحث ثان) .

ولما كان المبدأ الذي ينبنى عليه تنظيم السلطات العامة وتحديد العلاقة بينها في النظم السياسية المعاصرة هو مبدأ الفصل بين السلطات، فقد كان تحديد موقف الفقه السياسي الإسلامي من هذا المبدأ نقطة الانطلاق في هذا الفصل (مبحث أول).

وعلى ذلك فقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: مبدأ الفصل بين السلطات

المبحث الثاني: تكوين السلطات العامة

المبحث الأول: مبدأ الفصل بين السلطات

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات من أهم المبادئ الدستورية الحديثة، وأحد الركائز الأساسية لدولة القانون في النظم السياسية المعاصرة، فهو من جهة يمثل الأساس لتنظيم السلطات العامة في الدولة، وهو من جهة ثانية يمثل أحد الضمانات الأساسية للحقوق والحريات العامة فيها(1)، فكما يقول منتسكيو في " كتابه" روح القوانين: " لقد أثبتت التجارب الأبدية أن كل إنسان يتمتع بسلطة يسيء استعمالها ويتمادى في هذا الاستعمال حتى يجد حدودا توقفه إن السلطة نفسها في حاجة إلى حدود ، وللوصول إلى عدم إساءة استعمال السلطة يجب أن يكون النظام قائما على أن السلطة تحدد السلطة"(2).

ولما كان هذا المبدأ يمثل الأساس لتوزيع الصلاحيات والاختصاصات بين السلطات العامة في النظم السياسية المعاصرة وعلى رأس ذلك بطبيعة الحال الاختصاص التشريعي، وجب قبل التعرض للاختصاص التشريعي ومجالاته في النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالنظم السياسية المعاصرة التعرض لحقيقة هذا المبدأ في النظم الوضعية (مطلب أول) و طبيعة العلاقة بين السلطات العامة في النظام السياسي الإسلامي (مطلب ثان) وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين السلطات في النظم السياسية المعاصرة

المطلب الثاني: العلاقة بين الولايات العامة في النظام السياسي الإسلامي

1- حول مزيد من التفصيل حول مبدأ الفصل بين السلطات ينظر: محمد كامل ليلة: النظم السياسية: الدولة والحكومة، دار النهضة العربية، 1969، ص: 848 وما بعدها. وينظر : ثروت بدوي، النظم السياسية، ص:322 وما بعدها، وينظر عاطف البنا: الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، 1994، ص: 355 وما بعدها.

2- منتسكيو: روح الشرائع، نقلا عن إسماعيل بدوي: نظام الحكم الإسلامي مقارنا، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1986، ص:280.

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين السلطات في النظم السياسية المعاصرة

يقصد بمفهوم الفصل بين السلطات في معناه السياسي توزيع وظائف الدولة على هيئات ثلاث الهيئة التشريعية وتختص بإصدار القوانين والهيئة التنفيذية و تختص بتنفيذها والهيئة القضائية وتختص بالفصل بين المنازعات انطلاقاً وبهذا المعنى يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات قاعدة من قواعد فن السياسة فمنعاً للاستبداد والتعسف في استعمال السلطة يجب أن لا تجمع مختلف وظائف الدولة في يد هيئة واحدة. أما المعنى القانوني لمبدأ الفصل بين السلطات فيراد به تحديد طبيعة العلاقة بين هذه الهيئات المختلفة التي تشكل السلطة العامة لتكون علاقة تعاون وتوازن أم تكون علاقة استقلال وعدم تداخل(1).

وتختلف الأنظمة السياسية في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات من نظام لآخر ، فإذا كان رجال الثورة الفرنسية قد فسروه بالفصل المطلق وتجسد ذلك في دستور 1791 فقد أخذ بالفصل المرن على مستوى الأنظمة البرلمانية كما في بريطانيا، و حتى على مستوى الدساتير الفرنسية اللاحقة . هو ما دعا إليه في الحقيقة " مونتسكيو " أي الفصل المرن أين يمكن التعاون والتكامل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، بل و حتى المشاركة في الاختصاصات. ولكن درجة ذلك التعاون تختلف هي الأخرى من نظام لآخر فإذا كان النظام البرلماني يكرس التعاون إلى أبعد حدوده، فإن النظام الرئاسي لا يفسح المجال إلا أمام تعاون ضيق، للإبقاء على كيان كل سلطة واضحة، عضوية ووظيفية، وللإلمام بكيفية تنظيم السلطة التشريعية في النظم السياسية المعاصرة سنعرض أولاً لتحديد معنى مبدأ الفصل بين السلطات كأساس لتنظيم السلطات العامة(فرع أول)، ثم نعرض لاحقاً لأنواع النظم السياسية على هذا الأساس (فرع ثان).

وعليه فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات

الفرع الثاني: طبيعة الفصل بين السلطات في النظم السياسية المعاصرة

1- سعاد الشرقاوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1988، ص:337-338.

الفرع الأول: مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات

يقصد بمبدأ الفصل بين السلطات عدم تركيز صلاحيات التصرف السياسي في يد هيئة واحدة في الدولة، بل ينبغي أن توزع صلاحيات التصرف في الشأن العام على أكثر من هيئة منعا للاستتار واحتكار السلطة، فالسلطة المطلقة مفسدة مطلقة. أو كما يقول جوستاف لوبون "إن للسلطة نشوة تعبت بالرؤوس وتبعث فيها الدوار" (1). وإذا كان هذا المبدأ قد تبلور بوضوح تام في كتاب منتسكيو روح الشرائع، أو روح القوانين، الذي ألفه سنة 1783م، حتى صار ينسب إليه، فإن الأفكار الجنينية لهذا المبدأ قد تداولها قبله عدد كبير من الفلاسفة في مختلف العصور، بدءا من أفلاطون الذي كان يرى ضرورة توزيع وظائف الدولة وأعمالها المختلفة بين عدد من الهيئات، مع إقامة التوازن بينها لكي لا تستبد واحدة منها بالحكم فتضطرب أحوالها. كما ميز أرسطو وسيشرون بين الوظائف الثلاث التي تنهض بها الدولة (2).

البند الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ الفصل بين السلطات

يقوم مبدأ الفصل بين السلطات في النظم السياسية المعاصرة على ثلاثة أسس:

فقرة 1- التقسيم الوظيفي للسلطات العامة في الدولة أي ضرورة وجود ثلاث وظائف أساسية في النظام السياسي، وهي الوظيفة التشريعية، والوظيفة التنفيذية، والوظيفة القضائية. ورغم أن هذا التحديد الثلاثي -الذي لا يزال موضع جدل (3)- يرجع في أصوله إلى الفيلسوف الأغرقي أرسطو والذي ميز فيه بين ثلاثة أنواع من الوظائف السياسية التي تباشرها السلطة العامة، حيث حصرها في ثلاث وظائف: وظيفة التقرير Deliberation، وهي الوظيفة التي تباشرها الجماعة أو السلطة الممثلة لها في سن قواعد تشريعية عامة مجردة. ووظيفة الأمر Comandement وهو التصرف الذي تباشره السلطة العامة لفرض احترام القواعد المقررة وتنفيذها. ووظيفة الحكم والقضاء....، وهو التصرف الذي تباشره السلطة العامة للفصل في المنازعات، والتحاكم إلى القواعد المقررة (4). إلا أن هذا التحديد لم يستقر نسبيا إلا على يد الفيلسوف الفرنسي منتسكيو، فقد ذهب قبله الفيلسوف الإنجليزي جون لوك إلى أن السلطات العامة في الدولة أربعة هي السلطة التشريعية التي تتولى سن القوانين، والسلطة التنفيذية التي تقوم بمهمة تنفيذ القوانين، والسلطة الاتحادية وتتولى إعلان الحرب وإقرار السلم، وإبرام المعاهدات، وإدارة الشؤون الخارجية، والسلطة الرابعة هي سلطة التاج التي تمثل مجموعة الحقوق والامتيازات الملكية. ومن الواضح أن لوك لم يشير إلى السلطة القضائية كسلطة مستقلة بذاتها، مدرجا الوظيفة القضائية في وظيفة التشريع إذ يعتبرها جزءا لا يتجزأ من الوظيفة التشريعية (5)، في حين كان معاصره الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو يرى أن الوظائف السياسية في الدولة تنحصر في وظيفة الاشتراع

1- سعاد الشرقاوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، ص: 337.

2- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط1، 2000، ص: 07. وينظر: إسماعيل بدوي: نظام الحكم الإسلامي مقارنا، ص: 272-279.

3- حول هذا التقسيم ينظر: ثروت بدوي، النظم السياسية، ص: 306. وينظر له أيضا: أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، 1967، ص: 80. وحول النقد الموجه لهذا التقسيم ينظر:

G Burdeau : Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques , ed 1957 , P :113-115 , ed 1965, P :138.

4- أرسطو: السياسية، ترجمة احمد لطفي السيد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ص: 348 وما بعدها.

5- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 07.

ووظيفة التنفيذ، مدرجا الوظيفة القضائية في الوظيفة التنفيذية باعتبار أن ما يقوم به القضاء من تفسير للقانون عند الفصل في المنازعات إنما يدخل في تنفيذه، فإذا كانت المحاكم تطبق القوانين الخاصة والجنائية، فإن الإدارة تطبق قوانين المصلحة العامة، ومن ثم فالقضاء والإدارة يشكلان سلطة واحدة هي السلطة التنفيذية (1)، أما منتسكيو فقد ذهب إلى أن الوظائف السياسية في الدولة ثلاث وهي وظيفة الاشراف التي تعنى بسن القوانين، والوظيفة التنفيذية التي تباشرها السلطة المنفذة للقانون العام، والوظيفة القضائية التي تباشرها السلطة المنفذة للقانون الخاص، وينبغي فصل هذه السلطات عن بعضها البعض، لأن ذلك هو الوسيلة الوحيدة لضمان احترام القانون، وتطبيقه التطبيق الصحيح السليم، مما يؤدي في النهاية إلى ضمان حقوق الأفراد وحياتهم (2).

فقرة 2- التقسيم العضوي للسلطات العامة أي ضرورة أن تسند كل وظيفة من هذه الوظائف الثلاث إلى هيئة تتمتع بصلاحيات واختصاصات أصيلة مقررة ومحددة في الدستور، فالتقسيم الوظيفي لمهام السلطة العامة يستتبع بالضرورة تقسيما عضويا، فلا يمكن الحديث عن فصل السلطات إلا إذا كان الدستور قد اسند كل وظيفة من هذه الوظائف الثلاث إلى هيئة محددة، و رسم لكل هيئة صلاحياتها و بين حدود اختصاصاتها. و على ذلك تكون الهيئات السياسية في الدولة ثلاث هيئات، هيئة يكون اختصاصها الأصلي التشريع، وتمارسه عبر عدد من المؤسسات المحددة دستوريا، ويطلق على هذه الهيئة السلطة التشريعية. وهيئة يكون اختصاصها الأصيل التنفيذ، وتمارسه عبر عدد من المؤسسات المحددة دستوريا، ويطلق على هذه الهيئة السلطة التنفيذية، وهيئة يكون اختصاصها الأصيل القضاء والفصل في المنازعات وتمارس اختصاصها عبر عدد من المؤسسات المحددة دستوريا، ويطلق عليها السلطة القضائية.

فقرة 3- الاستقلال الوظيفي والعضوي في أعمالها أي ضرورة تمتع كل سلطة منها باستقلال عن بقية السلطات، فيمنع على إحدى السلطات العامة التدخل في أعمال السلطات الأخرى وفقا للحدود التي يرسمها الدستور و يشمل ذلك: الاستقلال الوظيفي حيث يترتب على هذا التقسيم الوظيفي أنه يمنع أن تجمع هيئة واحدة بين الوظائف الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية وتستأثر بها كضمان للحيلولة دون الاحتكار المطلق للسلطة الذي يؤول بطبيعة الأشياء إلى الاستبداد والتعسف. كما يشمل الاستقلال العضوي ويترب على الاستقلال العضوي أنه يمنع على شخص أن يجمع مثلا بين الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية، بمعنى أن يكون عضوا في هيئة تشريعية وعضوا في هيئة تنفيذية في نفس الوقت، فلا يبقى مجال للفصل بين السلطات إذا كان المشرع هو المنفذ و هو القاضي... ويرر منتسكيو ذلك بقوله: "إذا كانت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في يد شخص واحد أو هيئة واحدة انعدمت الحرية، إذ يخشى أن يسن ذلك الشخص أو تلك الهيئة قوانين جائرة لينفذها بطريقة ظالمة كما تنعدم الحرية إذا لم تكن سلطة القضاء منفصلة عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية لأنها إذا كانت منضمة إلى السلطة التشريعية فإن حرية ابناء الوطن وحياتهم تصبحان عرضة للفوضى طالما أن القاضي هو المشرع، وإذا كانت مشتركة مع السلطة التنفيذية فإن القاضي يصبح طاغيا" (3). كما يشمل الاستقلال في تكوينها والاستقلال في عملها والاستقلال في آليات اتخاذ قراراتها.

J.J. Rousseau :Du Contrat Social ; Livre III, Chapitre 3.1 , p:43

1- ينظر:

2- ينظر: إسماعيل بدوي: نظام الحكم الإسلامي مقارنا، ص: 281.

3- منتسكيو: روح الشرائع، نقلا عن إسماعيل بدوي: نظام الحكم الإسلامي مقارنا، ص: 281.

ونتكلم هنا عن الاستقلال النسبي بالنظر إلى ما عرفه مبدأ الفصل بين السلطات من تطور، منذ أن نادى به منتسكيو كأساس لدولة القانون، حيث أخذت بعض النظم السياسية بمبدأ الفصل التام والجامد بين السلطات، بحيث تمنع جميع أنواع التداخل بين السلطات سواء في ذلك التداخل الوظيفي أو العضوي أو التدخل في نشاطها وأعمالها، بينما فضلت نظم أخرى أن تأخذ بمبدأ الفصل المرن بين السلطات، القائم على نوع من التوازن والتعاون بين السلطات، ومن هنا يختلف مدى الفصل بين السلطات من نظام سياسي إلى آخر، فهو فصل مرن في الأنظمة البرلمانية وفصل شبه جامد في الأنظمة الرئاسية، وفصل اقرب إلى المرونة أو الجمود في الأنظمة المختلطة (التي تأخذ من أسس النظام البرلماني و أسس النظام الرئاسي).

البند الثاني: نقد وتقويم مبدأ الفصل بين السلطات

فقرة 1- النقد

رغم الأهمية التي أعطيت لمبدأ الفصل بين السلطات فقد وجه له عدد من الانتقادات منها:
أولاً- أن مبدأ الفصل بين السلطات ليس له إلا قيمة تاريخية، من حيث أن هذا المبدأ قد ظهرت الحاجة إليه في مرحلة تاريخية معينة، وهي مرحلة مقاومة سلطان الملوك المطلق، الذين كانوا يباشرون كل السلطات بصفة مطلقة، مما كان يؤدي إلى الاستبداد والمساس بالحقوق والحريات العامة، وقد أدى هذا المبدأ دوره بالتخلص من سلطان الملوك المطلق، وبالتالي لم تعد هناك حاجة للتمسك به مع التنظيم الحديث للدولة(1).

ثانياً- أن مبدأ الفصل بين السلطات خاصة في صورته الجامدة ليس له إلا قيمة نظرية، وليس مبدأ عملياً، حيث أنه يستحيل تطبيقه من الناحية العملية باعتبار أن الهيئات العامة المشكلة للسلطة العامة، ترتبط فيما بينها ارتباطاً وثيقاً في النهوض بمهمة تصريف الشأن العام، وهي في ذلك أشبه بالأعضاء المختلفة للجسم البشري المتصلة اتصالاً طبيعياً وتحتاج إلى محرك واحد، ولذلك فإنه لم يوجد في الواقع السياسي نظام استطاع أن يطبق هذا المبدأ بصورته النظرية، فحتى الأنظمة التي يفترض أنها تأخذ بهذا المبدأ في صورته الجامدة (كالولايات الأمريكية المتحدة) اضطرت للتسليم بنوع من التداخل بين السلطات (2).

ثالثاً- أن مبدأ الفصل بين السلطات ليس له إلا قيمة خيالية أو وهمية فهو غير قابل للتحقق عملياً من حيث نزوع كل سلطة من السلطات الثلاث إلى مقاومة السلطات الأخرى، و السيطرة عليها وفرض إرادتها عليها، إذ غالباً ما يؤول صراع القوة هذا في نهاية المطاف إلى سيطرة سلطة منها على السلطات الأخرى (3).

رابعاً- أن الفصل بين السلطات وتوزيعها على أكثر من هيئة يؤدي إلى القضاء على فكرة مسؤولية السلطة العامة عن أعمالها، ويجعل المسؤولية شائعة، حيث يشجع كل سلطة من السلطات الثلاث على التهرب والإفلات من تحمل تبعات المسؤولية، وإلقاءها على السلطات الأخرى، مما يؤدي في النهاية إلى القضاء على مبدأ المسؤولية السياسية والقضائية أو على الأقل عدم جدواه ولا فعاليته(4).

1- ينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية المعاصرة، ص: 310.

2- ينظر: بجي الجمل: الأنظمة السياسية، ص: 126-127. ينظر: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية، ص: 09.

3- ينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية المعاصرة، ص: 310.

4- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 09.

فقرة 2- تقويم

ونحن نرى أنه على الرغم مما في بعض هذه الانتقادات من صحة ومصداقية، فإن هذه الانتقادات لا تكفي لإهدار القيمة الدستورية لهذا المبدأ، ونستند في ذلك إلى سنيين:

أولاً- أننا نرى أن هذا المبدأ لا يزال يلقي من واضعي الدساتير الحديثة الاهتمام الأول في صياغة مواد الدستور، بحيث أنه مع كل الانتقادات الموجهة إليه لم تستطع هذه الانتقادات النيل من مصداقية هذا المبدأ و أن تقنع المشرع الدستوري بعدم جدواه، بل أصبح مبدأ مستقرا في الفقه وفي كثير من دساتير دول العالم(1).

ثانيا- والسبب في ذلك أن هذه الانتقادات لا تنطلق من المفهوم السليم والتطبيق الصحيح لهذا المبدأ كما أدى إليه تطور المفهوم من الناحية النظرية والعملية، وإنما تركز على الصيغ النظرية والتطبيقات الخاطئة لهذا المبدأ، ومن ثم فإن تجاوز هذا الفهم والتطبيقات، يبين أنه ثمة حتما معنى صحيحا لهذا المبدأ ينطلق من أن السلطات العامة في الدولة هي سلطات متساوية ومتوازنة فيما بينها، و هي سلطات مستقلة عن بعضها استقلالا نسبيا، بحيث لكي تحافظ كل سلطة على استقلالها ينبغي أن توجد رقابة متبادلة بينها بالقدر الكافي الذي يسمح لها بالدفاع عن اختصاصاتها(2).

1- القطب محمد القطب طبلية: الوسيط في النظم الإسلامية، الجزء الأول، دار الاتحاد للطباعة، الطبعة الأولى، 1982، ص: 281-282، وينظر أيضا: سعاد الشرفاوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، ص: 129-131.

2- ينظر: بجي الجمل: الأنظمة السياسية المعاصرة، ص: 126-127. عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 09.

الفرع الثاني: طبيعة الفصل بين السلطات في النظم السياسية المعاصرة

بناء على تحديد نوع العلاقة بين السلطات العامة في الدولة يتم تصنيف الأنظمة السياسية المعاصرة إلى عدد من الأنظمة:

- النظام الذي يأخذ بمبدأ دمج السلطات أو نظام الجمعية أو النظام المجلسي والمثال المعروف له الآن هو النظام السويسري.

- وهناك النظام الذي يأخذ بمبدأ الفصل الجامد بين السلطات؛ فصلا عضويا ووظيفيا، ويعرف بالنظام الرئاسي، وخير مثال له هو نظام الولايات المتحدة الأمريكية.

- وهناك النظام الذي يأخذ بمبدأ الفصل المرن بين السلطات، فصلا أساسه التعاون والتوازن، ويعرف بالنظام البرلماني خير مثال له هو نظام المملكة المتحدة.

- وهناك أنظمة أخرى تأخذ من النظام الرئاسي والنظام البرلماني، تعرف بالأنظمة شبه الرئاسية وخير مثال له هو النظام الفرنسي(1).

البند الأول: نظام الجمعية

وهو نظام يقوم على الدمج بين السلطات العامة في الدولة، وعلى وجه الخصوص الدمج بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية حيث تقوم السلطة التشريعية بمباشرة الوظيفة التنفيذية إلى جانب وظيفتها التشريعية، فهو نظام يمتاز بخاصيتين الأولى تركيز السلطة في يد البرلمان والثانية تبعية السلطة التنفيذية للبرلمان(2).

ولعل خير مثال لهذا النظام هو النظام السويسري الذي يباشر فيه الشعب السيادة عبر آليات الديمقراطية المباشرة(3)، وعبر البرلمان الفدرالي:

فأما آليات الديمقراطية المباشرة فتتجسد في الميدان التشريعي في: حق المبادرة الشعبية وهو حق يتيح لمجموعة من المواطنين إدخال تعديل على الدستور، كما تتجسد في حق الاعتراض الشعبي وحق الاستفتاء الشعبي وهو حق يتيح للمواطنين طرح قانون صوت عليه البرلمان الفدرالي للتصويت الشعبي(4).

كما يمارس الشعب سيادته عن طريق البرلمان الفدرالي حيث يجدد السويسريون كل أربعة أعوام غرفتي البرلمان بنظام الاقتراع النسبي، بالنسبة لمجلس النواب، ونظام الأغلبية بالنسبة لمجلس الشيوخ. إثر ذلك، انعقد المجلس الفدرالي، وهو اجتماع شامل لأعضاء مجلسي النواب والشيوخ، لانتخاب أعضاء الحكومة الفدرالية السبعة، الذين يقبون أيضا بمجلس الحكم الفدرالي.

وكما هو واضح فإن البرلمان يباشر الوظيفة التنفيذية إلى جانب الوظيفة التشريعية باعتبار أن مجلس الحكم الاتحادي في حالة تبعية كاملة للبرلمان، حيث يقوم البرلمان باختيار أعضائه السبعة وتعيين رئيسه، ورئاسة الكنفدرالية

1- ينظر: سعاد الشرفاوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، ص: 338.

2- ينظر: عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص: 193-197.

3- نظام الديمقراطية المباشرة قد احتفى تقريبا ولم يعد مطبقا إلا في نطاق محدود جدا في بعض المناطق في سويسرا، تحديدا في مقاطعة جلاريس Glaris، وفي أربع أنصاف مقاطعات؛ أوبفالدين Obwalden، نيدفالدين Niedwalden، رودس الداخلية Rhodes int، ورودس الخارجية Rhodes ext، وكانت آخر مقاطعة تخلت عن نظام الديمقراطية المباشرة هي مقاطعة Uri سنة 1928. ينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 203.

4- ينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 223-224.

هي رئاسة فخرية وتمثيلية بالأساس؛ فهو يمثل الحكومة الفدرالية داخل البلاد ويمثل سويسرا في الخارج، ويتقلدها أحد الأعضاء السبعة دوريا لمدة لا تزيد عن عام، وليس له أي اختصاصات متميزة، بل يواصل رئيس الكنفدرالية مهام تسيير وزارته كعضو في مجلس الحكم الفدرالي، كما يخضع مجلس الحكم لتوجيهات البرلمان خضوعا تاما حيث له أن يعدل قراراته ويستجوب أعضائه. وذلك يجعل النظام السويسري نظاما تندمج فيه السلطات في البرلمان فهو المشرع وهو المنفذ(1).

البند الثاني: النظام الرئاسي

فقرة 1- أسسه

وهو نظام يقوم على الفصل الجامد بين السلطات ويقوم على دعامتين(2):

أولاً- رئيس الجمهورية ينتخب بالاقتراع العام هو المسؤول الأول عن السلطة التنفيذية، وهو في نفس الوقت رئيس الحكومة، الذي يحدد برنامجه ويختار وزراؤه. كما يختار الشعب البرلمان وهو المسؤول كليا عن السلطة التشريعية. ثانيا- منع أي سلطة من التدخل في أعمال السلطة الأخرى، فلا تملك السلطة التشريعية إقالة الحكومة، لا يسأل الوزراء عن أعمالهم إلا أمام الرئيس، كما لا تملك السلطة التنفيذية حل البرلمان، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في أعمال وظائف السلطة الأخرى(3).

وخير نموذج لهذا النظام هو نظام الولايات المتحدة الأمريكية وهو نظام يفترض أنه تطبيق لمبدأ الفصل الجامد بين السلطات ولكنه لم يستطع الالتزام بكل متطلباته النظرية فاضطر إلى الأخذ ببعض مظاهر التعاون بين السلطات الثلاث، لاسيما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. فقد حصر دستور الولايات المتحدة الأمريكية السلطة التنفيذية في يد رئيس الجمهورية المنتخب من الشعب وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثانية من دستور الولايات المتحدة الأمريكية حيث جاء فيها (تناط السلطة التنفيذية برئيس الولايات المتحدة الأمريكية) (4)، و يشغل هذا المنصب لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة بانتخاب جديد بموجب التعديل الدستوري الثاني والعشرين سنة 1951. وهو صاحب السلطة التنفيذية بشكل كامل ولا توجد قرارات تخرج عن إرادة غير إرادته، وهو صاحب السلطة الفعلية والقانونية على المستوى الوطني والمستوى الدولي. ولذلك قيل بان رئيس الولايات المتحدة الأمريكية هو الدبلوماسي الأول(5). والسلطة التنفيذية تستمد سلطتها من الشعب بالاقتراع المباشر لذلك هي غير مسؤولة سياسيا أمام السلطة التشريعية فلا تملك هذه الأخيرة إسقاطها عملا بمبدأ الفصل الجامد بين السلطات. ولا يجوز الجمع بين عضوية البرلمان وبين المنصب الوزاري أو أي منصب تنفيذي في الحكومة.

ومن جهة ثانية يتولى السلطة التشريعية كونجرس مكون من مجلسين مجلس النواب ومجلس الشيوخ عملا بنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من دستور الولايات المتحدة الأمريكية الفقرة الأولى: " تناط جميع السلطات التشريعية

1- ينظر سعيد بوالشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2/ 289-292.

2- ينظر عبد الغني بسبوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص: 198-205.

3- ينظر ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 341.

4- المادة 02، الفقرة 01، من دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

5- ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 327.

الممنوحة هنا بكونغرس للولايات المتحدة يتألف من مجلس للشيوخ ومجلس للنواب." (1)، وتنص المادة الأولى على أن للكونغرس وحده سلطة سن القوانين. ولا يستطيع الكونغرس أن يفوض هذه السلطات لأية هيئة أخرى. عملاً بمبدأ الفصل الجامد بين السلطات، ومع ذلك، فقد أنشأ الكونغرس عبر السنين وكالات ومصالح اتحادية مختلفة لوضع الأنظمة ووضع سياسته موضوع التطبيق. ومن هذه الوكالات لجنة التجارة الاتحادية، ولجنة سلامة المنتجات للمستهلكين، ولجنة التجارة بين الولايات. كما أن الحكومة لا تستطيع ولا تملك الحق في حل الكونغرس لمنافاة ذلك مبدأ الفصل الجامد بين السلطات (2).

فقرة 2- عيوب النظام الرئاسي :

أولاً- لعل من أهم عيوب هذا النظام هو انه قد يقود إلى تصادم السلطة التنفيذية مع السلطة التشريعية خصوصاً إذا تعارضت برأيهما السياسية.

ثانياً- نتيجة للتطبيق الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات فإنه في حالة حدوث تصادم بين السلطتين التنفيذية والتشريعية يكون من الصعب الوصول إلى (حل وسط) لغياب الآليات الدستورية (ما عدا الانتخابات) التي يمكن الرجوع إليها لحل هذا الإشكال. ولا يمكن الرجوع إلى الشعب إلا في الانتخابات القادمة.

ثالثاً- ونتيجة للتطبيق الجامد لمبدأ الفصل بين السلطات فإنه من الصعب تحميل المسؤولية لأي طرف بل ومن السهل التهرب من تحمل المسؤولية، وتصبح السياسة السائدة هي سياسة إلقاء اللوم على الآخرين (3).

البند الثالث: النظام البرلماني

فقرة 1- أسسه

وهو نظام يقوم على الفصل المرن بين السلطات، أي على الفصل المتوازن بينها مع التعاون والرقابة المتبادلة بينها خاصة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فهو وحده كما يقول الدكتور ثروت بدوي الذي يقيي على التعادل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية (4)، ويقوم هذا النظام على ثلاث دعائم:

أولاً - التوازن: ويتحقق بأن تكون السلطة التنفيذية ثنائية في هذا النظام حيث تتكون من طرفين هما رئيس الدولة (ملكاً أو رئيس جمهورية) ومجلس الوزراء (الحكومة) ويلاحظ عدم المسؤولية السياسية لرئيس الدولة أمام البرلمان. (الملك يسود ولا يحكم the King reigns but does not rule) (5).

أما مجلس الوزراء أو الحكومة فتكون مسؤولة أمام البرلمان ومسؤولية الوزراء إما أن تكون مسؤولية قانونية (مدنياً عن الأضرار التي تنجم عن مباشرتهم صلاحياتهم السياسية، وجنائياً عن الجرائم التي يرتكبونها) وهذه المسؤولية في الحقيقة لا يختص بها النظام البرلماني، وإنما يتميز النظام البرلماني ويختص بالمسؤولية السياسية، حيث مسؤولية الوزراء إما مسؤولية فردية أو مسؤولية جماعية تضامنية بالنسبة لأعمالهم. بحيث يمكن للبرلمان حجب الثقة عن الحكومة

1- المادة 01، الفقرة 01، من دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

2- تعليقات على مواد الدستور الأمريكي صادرة عن قسم اللغة العربية بمكتب برامج الإعلام الخارجي في وزارة الخارجية الأمريكية.

3- ينظر: سعيد بوشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، 2/ 198-210.

4- ينظر: عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص: 205-215.

5- الملك أو الرئيس في النظام البرلماني يقوم بوظيفة رئاسة الدولة فقط بمعنى أنه يملك ولا يحكم كما هو الحال في بريطانيا وأسبانيا أو رئيس يرأس ولا يحكم كما هو الحال في الهند وألمانيا. وعليه فالرئيس أو الملك يجب أن يكون محايداً.

وإسقاطها(1).

ويقابل المسؤولية الوزارية، حق الحكومة في حل البرلمان المنتخب قبل نهاية فترته التشريعية، كسلطة توازن سلطة البرلمان في إسقاط الحكومة. وبذلك يتحقق الفصل المتوازن بين السلطات.

ثانيا - التعاون: مع أن السلطة التشريعية هي التي تختص أصالة بالتشريع فإن للسلطة التنفيذية الحق في اقتراح القوانين والاشتراك في مناقشتها أمام البرلمان، وفي المقابل فمع أن وضع السياسات العامة من حق السلطة التنفيذية فإن للسلطة التشريعية الحق في نقاش السياسات وإبداء الرأي فيها.

ثالثا- الرقابة: كما تمتلك السلطة التشريعية الحق في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية والتصديق على ما تعقده من اتفاقيات.

وخير نموذج لهذا النظام بطبيعة الحال هو نظام المملكة المتحدة، حيث نشأ النظام البرلماني في إنجلترا وإليها يرجع الفضل في تحديد خصائصه ومميزاته عبر مسار طويل، حيث بدأ ملكية مطلقة ثم تحول إلى ملكية مقيدة وانتهى إلى نظام برلماني تجسدت فيه الخصائص النموذجية لهذا النظام "(2).

فقرة 2- عيوب النظام البرلماني

أولاً- لعل من أهم العيوب هو غياب الفصل بين السلطات الثلاث في هذا النظام. هذا الانصهار بين السلطات الثلاث في هذا النظام قد يقود إلى استغلال السلطة والاستبداد بما خصوصاً في الدول النامية والتي تفتقد لمؤسسات معاصرة وقوية.

ثانيا- موعد الانتخابات غير ثابت في هذا النظام ومن حق رئيس الوزراء البقاء في منصبه طالما يملك ثقة الأغلبية في البرلمان(3).

ثالثاً- و من عيوب هذا النظام هو أن لا رئيس الجمهورية ولا رئيس الوزراء يتم اختيارهما من قبل الشعب وبهذا فسوف يكون من الصعب على الشعب محاسبة هؤلاء إلا من خلال ممثليه.

البند الرابع: النظام شبه الرئاسي

فقرة 1- أسسه

يعرف هذا النظام بالنظام الرئاسي-البرلماني. بمعنى هو نظام خليط بين النظام الرئاسي والبرلماني. ففي هذا النظام رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء شريكان في تسيير شؤون الدولة. وتوزيع هذه السلطات بين رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء يختلف من بلد إلى آخر.

وهذا النظام يختلف عن النظام البرلماني في أن رئيس الجمهورية يتم اختياره من قبل الشعب. ويختلف عن النظام الرئاسي في أن رئيس الوزراء مسؤولا أمام البرلمان ويستطيع البرلمان محاسبته وعزله إذا أراد.

وخير مثال على هذا النظام هو النظام الفرنسي الذي أرساه دستور 1958 عندما قام الرئيس الفرنسي

1- ينظر : ثروت بدوي: النظم السياسية، ص:333 وما بعدها.

2- ينظر: عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص:213-214. وينظر أيضا: سعيد بالشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، 2/ 198- 210 .

3- حول خصائص وعيوب النظام البرلماني ينظر: محمد كامل ليلة: النظم السياسية، ص:277 وما بعدها.

ديغول بتأسيس ما عرف في التاريخ السياسي الفرنسي بالجمهورية الخامسة. ففي هذا النظام أسس ديغول نظام برلماني على أن يقوم فيه الرئيس بمشاركة البرلمان في الحكم. وبمعنى آخر الحكم في هذا النظام هو مشاركة السلطة التنفيذية بين البرلمان ورئيس الجمهورية. وتوزيع هذه السلطات بين رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء تقوم على أساس الموافقة بين السلطتين. ففي فرنسا على سبيل المثال لقد أصبح من المتعارف عليه أن يقوم رئيس الجمهورية بإدارة الشؤون الخارجية للبلاد بينما يتولى رئيس الوزراء إدارة الشؤون الداخلية.

في هذا النظام يحق لرئيس الجمهورية أن يعين رئيس الوزراء بعد موافقة البرلمان (مجلس النواب) على ذلك. وبعد اختيار رئيس الوزراء يطلب منه اختيار الوزراء بالاستشارة مع رئيس الجمهورية. وفي هذا النظام لا يشترط أن يكون الوزير عضوا في البرلمان كما هو الحال في النظام البرلماني.

كما أن من حق الحكومة إصدار قرارات لها فاعلية القوانين بشرط موافقة رئيس الجمهورية. وللحكومة الحق في اقتراح القضايا التي يجب مناقشتها في مجلس الشعب ويمكن أن تشترط على مجلس الشعب الكيفية التي يتم بها مناقشة هذه القضايا كأن تشترط أن يتم مناقشتها دون تعديل ولا إضافة أو أن يتم التصويت عليها بنعم أو لا. - كما أن هذا النظام يعطى لرئيس الجمهورية حق حل مجلس الشعب والمطالبة بانتخابات جديدة للمجلس بشرط إلا يسيء استخدام هذا الحق. بمعنى لا يجب على رئيس الجمهورية المطالبة بانتخابات جديدة للمجلس أكثر من مرة واحدة في كل سنة.

- وفي مقابل ذلك فإن للجمعية الوطنية حق إقالة رئيس الوزراء أو أي وزير عن طريق سحب الثقة.

- كما أن للرئيس الحق في استفتاء الشعب في القضايا الهامة ونتائج هذا الاستفتاء لها قوة القانون.

فقرة 2- عيوب النظام شبه الرئاسي :

أولاً- المشكلة الأساسية التي تواجه هذا النظام هي عندما تتصادم مصالح رئيس الجمهورية مع مصالح رئيس الحكومة. وهذه المشكلة عرفت في السياسة الفرنسية "بمشكلة التعايش المزدوج." وهي الحالة التي يتم فيها اختيار رئيس الجمهورية من اتجاه فكري وسياسي مناقض للاتجاه الذي يمثله رئيس الوزراء كما حصل في فرنسا.

ثانياً- إمكانية قيام رئيس الجمهورية بإساءة استخدام حقه في استفتاء الشعب كما هو سائد اليوم في كثير من

الدول ذات النظام شبه الرئاسي(1).

المطلب الثاني: العلاقة بين الولايات العامة في النظام السياسي الإسلامي

كنا قد خلصنا إلى أن تصنيف الولايات العامة في النظام السياسي الإسلامي، لا يخرج عن التصنيف الثلاثي، ولي الأمر التشريعي وولي الأمر التنفيذي، وولي الأمر القضائي، و السؤال المنطقي الذي يتبادر بعد ذلك هو ما هي العلاقة بين هيئات الولاية العامة في النظام الإسلامي؟ هل هي علاقة دمج بين السلطات كما هو الحال في نظام الجمعية؟ أو علاقة فصل مرن كما هو الحال في النظام البرلماني؟ أو فصل جامد كما هو الحال في النظام الرئاسي؟ أم أنه يختلف عن كل ذلك كما يجب البعض أن يقرر دون أن ينجح في النهاية في تحديد طبيعة واضحة لهذه العلاقة (1). وعلى هذا الأساس يختلف أهل الفقه والفكر في عصرنا في تحديد طبيعة العلاقة بين الولايات العامة في النظام السياسي الإسلامي اختلافاً بيناً: ففي الوقت الذي يرى فيه البعض أن الإسلام لا يقر مبدأ الفصل بين السلطات بل ولا يعرف التقسيم الثلاثي لوظائف الدولة، نجد فريقاً آخر يرى أن النظام الإسلامي قام من أول يوم على مبدأ الفصل بين السلطات ولكن ليس على نفس الأساس الفلسفي الذي قام عليه في الغرب، بينما نجد فريقاً ثالثاً يرى أن الإسلام لم يعرف مبدأ الفصل بين السلطات ولكنه لا يرى مانعاً من الأخذ به تحقيقاً للمصلحة العامة.

الفرع الأول التكيف الفقهي لطبيعة العلاقة بين الولايات في النظام الإسلامي

الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لطبيعة العلاقة بين الولايات العامة

1- كمثال لذلك ينظر: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، 1993، ص: 244-248. الذي لم يستطع أن ينتهي إلى موقف محدد وإن فضل على استحياء الأخذ بالنظام البرلماني.

الفرع الأول: التكيف الفقهي لطبيعة العلاقة بين الولايات العامة في النظام الإسلامي

اختلفت آراء فقهاء السياسة الشرعية المعاصرين وكذلك فقهاء القانون الدستوري المقارن حول طبيعة العلاقة بين السلطات العامة في النظام السياسي الإسلامي إلى عدة مذاهب يمكن ردها وتصنيفها جميعا في ثلاثة اتجاهات: الاتجاه المنكر لمبدأ الفصل بين السلطات، الاتجاه الموجب لمبدأ الفصل بين السلطات، والمذهب المجيز للأخذ بفصل السلطات من غير إيجاب. و وفيما يلي بيان بمختلف هذه الآراء:

البند الأول: رفض الإسلام لمبدأ الفصل بين السلطات

فقرة 1- أسانيد هذا الرأي

يذهب عدد من المعاصرين إلى أن النظام السياسي نظام مختلف كل الاختلاف عن كل ما عرفه البشر من أنواع النظم السياسية سواء من حيث تكوينه أو تنظيمه أو آليات اشتغاله، وعلى هذا الأساس فإن الإسلام ليس فقط لا يعرف مبدأ الفصل بين السلطات بل يرفضه رفضا، لأنه لا يتلاءم مع طبيعته، ويؤسس هذا الرفض على عدد من الحجج (1):

أولاً- أن مبدأ الفصل بين السلطات ظهر في الغرب لعلاج مشكلة الاستبداد والحكم المطلق نتيجة عدم وجود مبادئ وقواعد شرعية ثابتة تحد من سلطة الملوك المطلقة، وهو ترجمة عملية لفلسفة الصراع التي تؤطر الفكر الغربي، بينما الإسلام لم يعرف هذا النظام لأن الشريعة جاءت بقواعد ثابتة متعالية على الزمان والمكان تمنع الحاكم من تجاوزها، وتحد من سلطته في الجور والاستبداد، وحتى إذا زاعت السلطة فإنها تقوم بسلطة عموم المسلمين! (2) ومن ثم لم تكن هناك حاجة للأخذ بمبدأ "السلطة لا توقفها إلا السلطة".

ثانياً- إن الاختلاف الكبير في صور التطبيق العملي لهذا المبدأ من نظام سياسي لآخر، بين من يأخذ بصيغة الفصل المرن بينها، أو الفصل الجامد، قد قلل كثيرا من أهمية هذا المبدأ النظرية. ومن الناحية العملية فإن الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كثيرا ما يتحول إلى عامل إرباك وعطالة وإعاقة في جهاز الدولة (3).

ثالثاً- إن واقع الممارسة السياسية يؤكد أن مآل العلاقة بين السلطات في أي نظام سياسي دوما هو هيمنة سلطة منها على باقي السلطات. ففي بعض النظم تستبد السلطة التشريعية بالأمر وفي أغلب النظم تهيمن السلطة التنفيذية على سائر السلطات، وهو ما يطعن أيضا في قيمته النظرية والعملية معا (4).

رابعاً- مخالفة المبدأ صراحة للقاعدة الشرعية التي تقضي بأن تبني التشريعات حق الإمام وحده، وإجماع الصحابة على ذلك، إن الاجتهاد حق مقرر شرعا لكل مسلم فرديا وجماعيا، ولكن سن القوانين والإلزام بها مسؤولية الإمام وحده، وبالتالي فلا يعرف الإسلام جماعة أو مجلسا يتولى التشريع، "فلمست هناك مسؤولية تتعلق بالحكم سواء

1- لمزيد من التفصيل حول مبررات رفض مبدأ الفصل بين السلطات ينظر: محمد أحمد مفتي، سامي صالح الوكيل، التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، ص: 50-55. وينظر كذلك: محمد أسد: منهاج الإسلام في الحكم، دار المسيرة، بيروت، 1979، ص: 101-102. وينظر: صبحي عبده سعيد: الحكم وأصول الحكم في النظام السياسي الإسلامي، ص: 148. وينظر: هاني أحمد الدرديري: التشريع بين الفكرين الإسلامي والدستوري، ص: 106 و ما بعدها

2- ينظر: هاني أحمد الدرديري: التشريع بين الفكرين الإسلامي والدستوري، ص: 106 و ما بعدها.

3- ينظر: محمد أسد: منهاج الإسلام في الحكم، ص: 101-102.

4- ينظر: محمد أحمد مفتي، سامي صالح الوكيل، التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، ص: 52.

بالتنفيذ أو سن القوانين لغير الإمام مطلقاً" (1)، ومنه يتبين أنه ليس هناك أي أساس شرعي للقول بجواز الفصل بين السلطات في الإسلام.

فقرة 2- مناقشة هذا الرأي

نرى أن هذا الرأي قد جازف كثيرا بادعاء أن الإسلام يرفض مبدأ الفصل بين السلطات وأن الأخذ به هو خروج عن أحكام النظام السياسي الإسلامي وقواعده الدستورية، ففضلا عن أن هذا الادعاء يفتقد السند الشرعي الواضح والدليل الصريح القاطع، فهو يستند إلى جملة من الحجج الواهية التي لا تصمد أمام النقد.

أولا- فالقول بانتفاء الحاجة لمبدأ الفصل بين السلطات في الإسلام لوجود قواعد شرعية ثابتة تمنعه من الاستبداد والجور، وهو ما ينتفي في الغرب، قول يعبر عن نظرة مثالية واضحة و لا يملك سندا نظريا من الأحكام الشرعية ولا سندا عمليا من التطبيقات التاريخية، فمن الناحية النظرية فإذا كان الإسلام قد جاء بقواعد شرعية ثابتة تعتبر قيودا على السلطات العامة، فإنه من جهة أخرى قد أفسح للسلطة العامة مساحات واسعة للتصرف السياسي تشريعا وتنفيذا بما تقتضيه المصلحة العامة كما سبق تأصيل ذلك، وأمد السلطات العامة بسلطات تقديرية لتبني وتطبيق الأحكام الشرعية ومن ثم فإن انحراف السلطة العامة بهذه السلطات وارد. و أما من الناحية التاريخية فإن من الواضح كذلك أن وجود هذه القواعد لم يكن كافيا في فترات كثيرة من التاريخ الإسلامي لمنع كثير من الحكام من تركيز السلطات في أيديهم ومن الجور والاستبداد.

ثانيا - إن القول بأن اختلاف النظم السياسية في الصيغ العملية لتطبيق هذا المبدأ، وكذلك مآل معظم النظم إلى هيمنة سلطة منها على السلطتين الباقيتين، قد قلل من القيمة النظرية والعملية لهذا المبدأ، هو نقد تم الرد عليه آنفا وهو أنه على الرغم مما في هذا النقد من بعض جوانب الصحة خاصة بالنسبة لصيغة الفصل الجامد، فإنه مع ذلك لم ينل من جدوى هذا المبدأ، ولم يقنع المشرع الدستوري في معظم دول العالم بالعدول عنه، بل إن هذه الانتقادات كانت وسيلة لتعديل هذا المبدأ نحو صيغ أكثر واقعية وفعالية.

ثالثا - إن الاستناد في رفض مبدأ الفصل بين السلطات إلى أن الإسلام ينكر التقسيم الثلاثي للسلطات العامة، من حيث أن الإجماع قد دل على أن كل السلطات بما فيها سلطة تبني الأحكام منوطة بالإمام وحده، قول يحتاج دحضه إلى شيء من التفصيل، ذلك أن هذا الدليل مركب من قضيتين؛ الأولى: أن سلطة تبني الأحكام منوطة بالإمام وحده، والثانية دعوى أن الدليل على ذلك هو الإجماع.

1- أما أن سلطة تبني الأحكام وسن القوانين منوطة بالإمام وحده فهو قول منتقد من جهة أنه يختصر مراحل سن القانون في المرحلة النهائية منه وهي مرحلة الإصدار والتي غالبا ما تناط برئيس الدولة، ويتجاهل المراحل السابقة على مرحلة الإصدار بدءا من مرحلة الاقتراح ومرحلة المداولة ومرحلة الإقرار والاعتراض، وهي مراحل تشكل جزءا مهما في صلب العمل التشريعي، بل بعضها أكثر أهمية من مرحلة الإصدار في تشكيل مضمون القانون الذي سيسن، والتاريخ الإسلامي يشهد أن اقتراح القانون لم يكن حصرا على الخليفة، بل كان يشارك فيه جماعة المسلمين

1- محمد أحمد مفتي، سامي صالح الوكيل، التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، ص: 54. وينظر رأيا مماثلا للشيخ تقي النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، تحقيق عبد القدم زلوم، دار الأمة، بيروت، ط6، 2002، ص: 44، 94.

فرادى وجماعات(1)، كما يشهد أن الرأي المتبنى من الخليفة لم يكن دوماً رأيه فقد كان الخليفة يجمع كبار الصحابة ويستشيرهم في الأمور فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به(2). ومن ثم فالقول أن للإمام وحده تبني الأحكام لا يعني بالضرورة أن التشريع حكر على الإمام (رئيس الدولة) بل يعني أن الإصدار كاختصاص تشريعي من حق الأمام كما سيأتي.

2- أما دعوى الإجماع على ذلك فهو أمر قد تابع فيه الدكتوران الفاضلان محمد أحمد مفتي والدكتور سامي صالح الوكيل(3)، الدكتور محمود الخالدي في كتابه قواعد الحكم في الإسلام(4)، الذي بدوره كان أسيراً لشيوخه تقي النهائي في تبني هذا الرأي (5)، والحقيقة أن هذه دعوى لم أجد من يساعدهم عليها فالقول أن الإجماع قد انعقد على أن الإمام يمضي رأيه، قول يردده اختلاف العلماء في حكم الشورى هل هي معلمة للإمام بحيث في النهاية يمض ما انتهى إليه رأيه ولو خالف أهل الشورى جميعاً. أم هي ملزمة وبالتالي فهو لا يملك خياراً في عدم الالتزام بنتيجة الشورى. وينطبق ذلك على الشورى السياسية كما ينطبق على الشورى التشريعية، فهذا الخلاف الذي جرى قدماً وحديثاً يبطل دعوى الإجماع على أن مسؤولية سن القوانين هي مسؤولية الإمام وحده. وبذلك تسقط هذه الحجة أيضاً في القول برفض الإسلام لمبدأ الفصل بين السلطات.

البند الثاني: إقرار الإسلام لمبدأ الفصل بين السلطات

فقرة 1- أصحاب هذا الرأي

على النقيض من الرأي السابق يذهب بعض المعاصرين إلى أن الإسلام لا يرفض مبدأ الفصل بين السلطات بل يقره ويعتبر مبدأ أصيلاً من مبادئ النظام السياسي الإسلامي على مستوى النظري والتطبيقي معاً(6)، فأصحاب هذا الرأي لا يكتفون بجواز الفصل على أساس الإباحة الأصلية بل يرونه مبدأ واجب التطبيق وأنه المبدأ الذي كان يحكم النظام السياسي منذ عهد الخلفاء الراشدين يقول الدكتور حازم عبد المتعال الصعيدي: "إننا إذا رجعنا إلى الواقع، إلى التاريخ، إلى عهد الخلفاء الراشدين، فإنه يتبين لنا عند التدقيق أن النظام السائد وقتذاك كان يأخذ إلى حد كبير - بمبدأ فصل السلطات، فالتشريع في ذلك العهد كان يتولاه "جماعة المجتهدين"، دون أن يكون للخليفة - كرئيس للدولة - اختصاص في التشريع، وإنما تنحصر وظيفته - بصفة أساسية في التنفيذ والإدارة. أما القضاء فقد كان سلطة مستقلة يخضع لها الخليفة شأنهم شأن سائر الأفراد"(7). و يتجاوز الدكتور كمال وصفي تحفظ الصعيدي ليقرر بصيغة جازمة: "الواقع أن الفصل تام وحتمي ونهائي في الإسلام بين السلطة التشريعية - أم السلطات وأولها - وبين

1- ينظر الفصل الثاني من الباب الثالث من هذه الرسالة.

2- ينظر سنن الدارمي/ كتاب المقدمة/ باب الفتيا وما فيه من الشدة/ رقم: 161.

3- محمد أحمد مفتي، سامي صالح الوكيل، التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، ص: 54.

4- محمود الخالدي، قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 323-341.

5- تقي الدين النهائي: نظام الحكم في الإسلام، ص: 44، 94.

6- ينظر: حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة، ص: 432. وينظر: مصطفى كمال وصفي: مصنفه النظم الإسلامية الدستورية والدولية والإدارية والاقتصادية والاجتماعية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1977، ص: 229. وينظر: ظافر القاسمي: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، الكتاب الأول الحياة الدستورية، بيروت دار النفائس 1982، ص: 402-407.

7- حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة، ص: 432.

السلطتين القضائية والتنفيذية" (1). ويؤكد في موضع آخر أن الفصل التام المحكم الكامل ينهض على تعليل مختلف عن التعليل الذي قدمه الفكر الغربي " فالسلطة التشريعية محفوظة لله ﷻ ومنفصلة تماما عن أن يتناولها القائمون على التنفيذ والقضاء وهذا الفصل الكامل يضمن تمام صيانة النظام" (2). ويرى الدكتور محمد أحمد محمد أمين " أن الفصل بين السلطات الذي جاء به الإسلام أفضل مما قال به أصحاب مبدأ الفصل بين السلطات أمثال منتسكيو وغيره" (3). كما يؤكد القاسمي هذا الفصل مستندا في ذلك إلى استقلال السلطة القضائية عبر التاريخ الإسلامي (4).

فقرة 2- أسانيد هذا الرأي

أولا - يؤسس البعض القول بأصالة مبدأ الفصل بين الولايات العامة في الإسلام، على أساس استقلال السلطة التشريعية المحفوظة لله ﷻ عن السلطتين التنفيذية والقضائية التي تنحصر مهمتهما في تنفيذ وتطبيق صحيح القانون ولا تتعدى إلى المجال التشريعي وهو السند الذي نجده عند الدكتور كمال وصفي الذي يخلص إلى أن الدولة في الإسلام وليدة القانون والشريعة سابقة على وجود الدولة (5)، كما نجده عند الدكتور سليمان الطماوي (6)، وتابعهما على ذلك عدد غير قليل من فقهاء الشريعة والقانون كما هو الحال عند أحمد محمد أمين: " إن الفصل بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية فصل حقيقي، وذلك أن السلطة التشريعية في الإسلام أساسا لله ﷻ وما يقوم به رجال التشريع إنما هو للتنفيذ والكشف في حدود أصول الشريعة وفي إطارها" (7).

ثانيا - بينما يؤسس البعض ذلك على قاعدة التمييز بين التصرفات النبوية، كما هو الحال عند الدكتور سعد الدين العثماني الذي يرى أنه على الرغم من أن عددا من المؤلفات قد " قد أشارت إلى أصالة مبدأ الفصل بين السلطات في الإسلام و إلى أن التاريخ الإسلامي قد شهد له تطبيقات متقدمة، إلا أيا منها لم تتوقف بما فيه الكفاية عند قاعدة الفروق بين تصرفاته ﷺ التشريعية العامة والسياسية والقضائية، بوصفها دليلا قويا في الموضوع، وتطبيقا عمليا له في زمن النبوة، وتأصيل مبدأ الفصل بين السلطات من هذا التمييز بين تصرفاته ﷺ يرد على أي استثناءات أو تطبيقات سيئة في التاريخ الإسلامي" (8).

ثالثا - يستند البعض في القول بفصل السلطات في الإسلام إلى الاستقلال النسبي الذي عرفته السلطة القضائية تدريجيا عبر أطوار التاريخ الإسلامي (9).

فقرة 3- مناقشة هذا الرأي

أولا - إن القول بأصالة مبدأ الفصل بين السلطات في الإسلام منذ أول يوم فيه، يفترض وجود دليل شرعي

1- مصطفى كمال وصفي: مصنفه النظم الإسلامية الدستورية، ص: 229.

2- مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، 1994، ص: 15-16..

3- أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، ص: 76.

4- ينظر: ظافر القاسمي: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص: 402-407.

5- محمد كمال وصفي: النظام الدستوري في الإسلام، ص: 15-16.

6- سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية والفكر الإسلامي، ص: 315.

7- أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، ص: 77.

8- سعد الدين العثماني، تصرفات الرسول بالإمامة، ص: 95.

9- ينظر: ظافر القاسمي: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، ص: 407-402/1. وينظر: أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية،

واضح على ذلك سواء أكان نصا شرعيا من الكتاب والسنة، أو استنباطا صحيحا مستندا إلى قواعد الاستدلال الشرعي، وذلك ما لم يقدمه أصحاب هذا الرأي فكل ما يستندون إليه لا يخرج عن تفسير تاريخي، فضلا عن ذلك فإن الإقرار بأصالة هذا المبدأ في الإسلام يفترض تحديد الصيغة المناسبة لتطبيقه من بين الصيغ الكثيرة التي تحتمله، وهو ما لا نجد له أثرا في النصوص الشرعية ولا في الوقائع التاريخية ولا في كتابات أصحاب هذا الرأي. بل الثابت تاريخيا أن رئيس الدولة كان في أول العهد هو المسؤول عن جميع وظائف الدولة سواء باشرها بنفسه أو استعان فيها بغيره.

ثانيا - إن الاستناد في القول بفصل السلطات إلى التمييز بين تصرفات النبي ﷺ ينطوي من جهة على سوء فهم لمبدأ الفصل بين السلطات حيث نجد خلطا واضحا بين التمييز الوظيفي والتمييز العضوي، إن تمايز الوظائف عن بعضها البعض لا يقتضي بالضرورة تمايزا عضويا، فالفصل بين السلطات لا يشترط فقط التقسيم الوظيفي للسلطة العامة بل لا بد من الفصل العضوي بين هذه الوظائف بأن تخصص كل هيئة بوظيفة من هذه الوظائف. ومن جهة ثانية فهو ينطوي على خرق لإجماع الدارسين على أن زمن النبوة والرسالة تميز بالجمع بين السلطات وليس الفصل بينها فقد كانت جماعة المسلمين تحت قيادة الرسول الذي كان يعرف نفسه للناس على أنه نبي متلق للوحي ومبلغ عن ربه كما كان يمارس الرئاسة ورسم السياسة العامة للدولة بمعاونة ومشورة كبار الصحابة وكان في الوقت نفسه قاض يفصل بين المسلمين بين في المنازعات التي تثور بينهم(1)، إذا كانت وظيفته كرسول تمييز عن وظيفته كإمام للدولة ووظيفته كقاض للمسلمين، فإنها جميعا كانت تلتقي في شخصه الكريم ومن الصعب القول أن ذلك يمثل نوعا من الفصل بين السلطات.

ثالثا - إن الاستناد إلى ما عرفته السلطة القضائية من استقلالية تدريجية عبر التاريخ الإسلامي، ليس كافيا لإثبات دعوى أصالة مبدأ الفصل بين السلطات في الإسلام، ففضلا عن أن السلطة القضائية كانت في أول الأمر جزء من السلطة التنفيذية بل كان الإمام يباشرها بنفسه، فإن حجر الأساس في هذا المبدأ كما يرى أغلب فقهاء القانون الدستوري هو الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية. ومن ثم فإن هذه الحجة رغم ما فيها من جوانب الصحة فإنها قاصرة عن إثبات الدعوى.

البند الثالث: لا اعتراض للإسلام على مبدأ الفصل بين السلطات

فقرة 1 - أصحاب هذا الرأي

يتوسط فريق ثالث بين المنكرين لمبدأ الفصل بين السلطات في الإسلام وبين الموجبين له، فيرى أن الإسلام لم يعرف مبدأ الفصل بين السلطات ولكنه لا يرى فيه مانعا ولا يرفضه، على أساس قاعدة الإباحة الأصلية، ومن ثم لا مانع من الأخذ به متى دعت إليه المصلحة الشرعية، وهو الرأي الذي يعبر عنه الدكتور عبد الحميد متولي بقوله: "أن الفقهاء لم يتناولوا مبدأ الفصل بين السلطات لأنه لم يكن مأخوذا به في عهد الرسول ﷺ وفي عهد الخلفاء الراشدين الذين جمعوا السلطات الثلاث،.. إلا أنه نظرا لتغير ظروف البيئة ومن منطلق المصلحة لا مانع من الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات لعدم تعارضه مع الإسلام" (2). وهو الرأي أيضا الذي نجده عند الدكتور ضياء الدين الرئيس، الذي يرى أنه على الرغم من أن رئيس الدولة هو الذي كان مسؤولا عن مختلف وظائف الدولة الإسلامية سواء باشرها

1- ينظر: محمد نصر مهنا: نظير السياسة في الإسلام، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، ط1، 2008، ص: 116.

2- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 236-238.

بنفسه أو استعان فيها بغيره إلا أنه ليس هناك ما يمنع من بعد أن تعقدت أوضاع الاجتماع البشري في عصرنا من الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات(1)، وهو الرأي الذي نجده أيضا عند إبراهيم زيد الكيلاني الذي يرى "أن هذه الفكرة وإن كانت غريبة المنشأ إلا أنه لا مانع من تطبيقها إسلاميا، ذلك أنها تستند إلى المصلحة وهي وليدة خبرات إدارية ولها مؤيدات شرعية من مبدأ النظر في مآل الأفعال"(2).

فقرة 2- أسانيد هذا الرأي

أولا - يستند من جهة أصحاب هذا الرأي إلى مبدأ الإباحة الأصلية، فليس في نصوص الشريعة ما يؤيد فكرة الفصل ولا فكرة الدمج بين السلطات، ومن ثم فإن هذه المسألة على أصل الإباحة الأصلية مما يعني أنه ليس هناك ما يمنع الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، إذ لا دليل على المنع.

ثانيا - كما يستند أصحاب هذا الرأي في ترجيح الأخذ بهذا المبدأ إلى أصل المصلحة؛ والنظر في المآلات، من حيث أن الواقع السياسي أثبت أن الإنسان يطغى في حال تركيز السلطة في يده، كما أن تعقد الواقع السياسي المعاصر وتغلغل الدولة الرهيب في شتى مجالات الحياة، يستلزم توزيع الاختصاصات بين السلطات الثلاث بحيث تملك كل سلطة كبح جماح السلطة الأخرى(3).

ثالثا - كما أن جواز الأخذ بهذا المبدأ تشهد له بعض عمومات النصوص الجزئية منها قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾(4)، فالآية تشير إلى إمكانية حدوث نزاع بين الحاكم و المحكوم، وإلى جهة يرجع إليها في حل النزاع، وتعد الرقابة القضائية إحدى الجهات التي يناط بها رد الخلاف إلى الله ورسوله بالاحتكام إلى نصوص الشريعة(5).

فقرة 3- مناقشة

أولا - من الواضح أن هذا الرأي لا يغالي كثيرا في أصالة هذا المبدأ في النظام السياسي الإسلامي فهو يجعل من مبدأ الفصل بين السلطات مجالا من مجالات التصرف السياسي، فهو من المبادئ السياسية التي قد يدعو إليها النظر المصلحي، وداخل في معنى السياسة، ومعنى ذلك أنه إذا دعت المصلحة واعتبارات السياسة للأخذ به وجب الأخذ به، كما يعني أنه إذا دعت المصلحة واعتبارات السياسة الشرعية إلى عدم الأخذ به والأخذ بمبدأ تركيز السلطات كما هو العادة في حال الحرب وجب تركه. غير أنه يرجح لاعتبارات الواقع السياسي اليوم الأخذ بهذا المبدأ، ومع ذلك فهذا الرأي كسابقه هو أيضا لا يبين لنا الصيغة المناسبة لتطبيق هذا المبدأ.

ثانيا - ومن جهة ثانية فإنه حتى لو قلنا أن هذا الرأي مادام يجعل الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات خاضع في أصله لمقتضى السياسة الشرعية، فإنه يستلزم أن تحديد الصيغة والصورة المناسبة للفصل (جامد/شبه جامد/ مرن) هي كذلك بالأحرى من مجالات التصرف السياسي و النظر المصلحي، فإنه ينتهي إلى إجمال يتعلق بأصل المبدأ

1- محمد ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية الإسلامية، ص: 253-257 .

2- عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني: السياسة الشرعية مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، دار الفرقان، عمان، ط1، 2009، ص:190.

3- عبد الله زيد الكيلاني: السياسة الشرعية مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، ص:190.

4- النساء/59.

5- عبد الله زيد الكيلاني: السياسة الشرعية مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، ص:190-191.

وصورته التطبيقية، وإذا كان أصحاب هذا الرأي قد فسروا الإجمال المتعلق بأصل المبدأ ورجحوا الأخذ به للمصلحة، فإنهم فيما يتعلق بالصيغة المناسبة لتطبيقه قد لزموا الصمت مما يجعل الجدوى العملية من هذا الرأي محدودة.

ثالثاً - كما لا نوافق أصحاب هذا الرأي في القول بأن المسلمين عبر تاريخهم لم يعرفوا الفصل بين السلطات، فالنظام السياسي الإسلامي رغم أنه لم يعرف في عهده الأول الفصل بين السلطات، إلا أنه أيضاً قد عرف فصلاً تدريجياً عبر مراحل تاريخية مختلفة، فإن كثير من الوظائف السياسية كانت في أول العهد من مندرجة في وظائف الإمامة ثم انفصلت بعد ذلك تدريجياً وصارت وظائف مستقلة لها تنظيمها الخاص والمثال الأبرز على ذلك طبعاً هو القضاء كما أن كثير من المؤسسات لم يعرفها النظام السياسي الإسلامي في العهد النبوي، ثم استحدثت في العهد الراشدي، ومن ذلك ما استحدثته الخليفة الثاني من المؤسسات الإدارية، كديوان الجند، وديوان العطاء، كما أن هناك مؤسسات لم تعرف في العهد النبوي والعهد الراشدي ثم استحدثت في العهود اللاحقة ومن ذلك مثلاً قضاء المظالم، ومنصب قاضي القضاة، وولاية الشرطة، ولكن للأسف يصر البعض في تناوله للموضوع على تناول النظام السياسي على الورق بعيداً عن حركية التاريخ مقتصرين على جملة المبادئ العامة التي جاء بها التنزيل، فيأتي تناوله، فارغاً من أي مضمون حقيقي، وعبرة عن عموميات لا تسمن ولا تغني.

الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لطبيعة العلاقة بين الولايات العامة

البند الأول: تحرير محل النزاع

قبل أن نشير إلى الرأي الذي نرجحه ينبغي أولاً أن نحرر محل النزاع من خلال العناصر التالية:

فقرة 1 - من الواضح أنه ليس في نصوص الشريعة القطعية ما يحسم لصالح أي اختيار من الاختيارات المتعلقة بالعلاقة بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي. ومن ثم فهذه المسألة من المسائل الدستورية الاجتهادية التي تتسع لأكثر من اجتهاد والتي مآل الفصل بينها هو التشريع الدستوري الذي تتبناه جماعة المسلمين.

فقرة 2 - إن موضوع النزاع في مسألة السلطات أو الولايات في الدولة الإسلامية ليس العدد والوظيفة (1)، وإن ركز على ذلك بعض الباحثين واستنفد منه الجهد والوقت (2)، فإن تحديد عدد السلطات والوظائف السياسية ليس إلا تصنيفاً مبنياً على حصر معين وهو أن القانون لا بد له من يسنه ومن ينفذه ومن يفصل به ويراقب الالتزام به، وهو بالطبع تصنيف قد ينزع البعض إلى التضييق فيه بدمج السلطة القضائية في السلطة التنفيذية كما فعل جان جاك روسو، بينما ينزع البعض الآخر إلى توسيعه بفصل السلطة المالية والرقابية عن السلطة التشريعية، و أيا كان عدد السلطات فهو يبقى مجرد تصنيف وليس هو محل النزاع، وإنما النزاع يتعلق بالعلاقة بين هذه السلطات، وعلى وجه الخصوص العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، من حيث أن استقلالية القضاء ليست محل نزاع بل هو مبدأ تقر به جميع الأنظمة السياسية ولو من الناحية النظرية على الأقل.

فقرة 3- إذا تبين أن محل النزاع ليس العدد وإنما طبيعة العلاقة بين السلطات هل تكون علاقة فصل جامد كما في النظام الرئاسي، أم علاقة فصل شبه جامد كما في النظام شبه الرئاسي، أو فصل مرن كما في نظام البرلمان، أم تكون علاقة دمج كما في نظام الجمعية، أو علاقة تركيز للسلطات في يد الإمام كما يفترض البعض أنه يمثل النظام الإسلامي (3). فإننا نخلص إلى أن الآراء السابقة سواء التي أقرت بمبدأ فصل السلطات أو التي اعترضت عليه أو التي لم تمنع منه، قد فشلت في الذهاب إلى محل النزاع وهو طبيعة العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية.

البند الثاني: مناقشة وترجيح

إن تحديد طبيعة العلاقة بين السلطات في الدولة الإسلامية يمر حتماً عبر تحديد العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية: ويمكن أن نلخص هذه العلاقة في العناصر التالية:

فقرة 1- منافاة النظام السياسي الإسلامي لمبدأ الدمج بين السلطات لا يمكن أن تكون طبيعة العلاقة بين السلطات في النظام السياسي الإسلامي علاقة دمج كما هو الحال في نظام الجمعية، فالمقارنة البسيطة والمجردة بين خصائص النظام المجلسي، ومقررات الشرع في المجال الدستوري تبين بوضوح تعارض هذه الخصائص مع هذه المقررات، إذ يمنع من ذلك جملة من الأحكام الدستورية المقررة شرعاً وبيان ذلك:

1- راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 244.

2- ينظر: هاني أحمد الدرديري: التشريع بين الفكرين الإسلامي والدستوري، ص: 106 وما بعدها. وينظر أيضاً: عبد القادر عودة: الإسلام و أوضاعنا السياسية، ص: 229 وما بعدها.

3- ينظر: صبحي عبده سعيد: الحكم وأصول الحكم في النظام السياسي الإسلامي، ص: 148.

أولاً- من المقرر شرعا وفقها أن الرئاسة العامة في الدولة الإسلامية فردية وليست جماعية، بينما الحال في النظام المجلسي أن الرئاسة جماعية بل إن البرلمان هو الذي يهيمن على جميع السلطات.

ثانيا - ومن جهة أخرى فإن الراجح شرعا أن (الإمام) رئيس الدولة في النظام السياسي الإسلامي يستمد ولايته وشرعيته من البيعة العامة (الاقتراع العام)، ولا يتم تعيينه من طرف البرلمان كما هو الحال في نظام الجمعية، وإذا كان لمجلس الشورى في النظام الإسلامي من دور في انتخاب الإمام، فهو بالتأكيد لا يتعدى دور التشريع لا أكثر. ثالثا - مما سبق يتبين أن الرئاسة العامة أو سلطة الإمام هي سلطة تنفيذية مستقلة عن سلطة مجلس الشورى، خلافا للرئاسة العامة في النظام المجلسي هي سلطة تابعة كلياً للبرلمان.

ومنه يتضح أن النظام السياسي الإسلامي لا يقبل مبدأ دمج السلطات التنفيذية والتشريعية في الجمعية التشريعية كما هو الحال في النظام المجلسي.

فقرة 2- منافية النظام السياسي الإسلامي لمبدأ تركيز السلطات

كما لا يمكن أن تكون العلاقة بين الولايات في النظام السياسي الإسلامي علاقة تركيز للسلطات بيد (الإمام) رئيس الدولة، كما يفترض البعض (1)، بحيث تكون بيده السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية كما هو الحال في النظم المستبدة، فالنظام السياسي الإسلامي لا يقبل هذا المبدأ لا نظريا ولا تطبيقيا:

أولاً - من الناحية النظرية، فإن قوله ﷺ: ﴿ **وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ** ﴾ (2). خطاب موجه للرسول ﷺ بوصفه إماما وليس مبلغا، إذ هو بوصف التبليغ مستغني عن الشورى بالوحي المسدد، والضمير في "شاورهم" يحتمل أن يعود على المسلمين جميعا، كما يحتمل أن يعود على أهل الرأي منهم، ولما كان من الحرج المرفوع شرعا أن يرجع الإمام في كل أمر لعموم المسلمين، فإن ذلك يستلزم وجود هيئة شورية مستقلة عن الإمام، يرجع إليها في إدارة الشأن العام، بمعنى أن ذلك يستلزم أن يكون لجماعة المسلمين مجلس شورى يتوب عنها في الاجتهاد في المسائل العامة، وإذا كان بعض الفقهاء قد جعل الشورى مندوبة ومعلمة للإمام مما يعني فعلا تركيز السلطات في يده، فإن هذا الرأي بقي رأيا مرجوحا كما سيأتي، فقد رجح المحققون من العلماء قديما وحديثا وجوب الشورى وإلزاميتها، مما يعني أن السلطة التشريعية سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية.

ثانيا - كما أن قوله ﷺ: ﴿ **فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ** ﴾ (3)، يبين أنه في حال التنازع بين الإمام وسائر أولي الأمر، أو بين الإمام وعموم المسلمين يجب رد الخلاف إلى الله ورسوله، ورد الخلاف في حياة الرسول يكون بالرد إلى الوحي النازل، أما بعد وفاة الرسول فيكون بالرد إلى الكتاب والسنة، ولأن الكتاب والسنة لا ينطقان بذاتهما وإنما ينطق بهما الرجال، فإن ذلك يعني وجوب وجود جهة قضائية مستقلة عن الإمام يرجع إليها في حل النزاع ويناط بها رد الخلاف إلى الله ورسوله بالاحتكام إلى نصوص الشريعة (4). مما يعني أيضا أن السلطة القضائية هي سلطة مستقلة عن سلطة الإمام.

1- ينظر: صبحي عبده سعيد: الحكم وأصول الحكم في النظام السياسي الإسلامي، ص: 148.

2- آل عمران/ 159.

3- النساء/ 59.

4- ينظر: عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني: السياسة الشرعية مدخل إلى تجديد الخطاب الإسلامي، ص: 190-191.

ثالثا - أن قيم الإسلام ونصوصه ترفض الاستبداد، ولا شك أن من دواعي الاستبداد تركيز السلطات في شخص واحد، و لا ينحو من ذلك إلا الصديقين ولا شك أن الأحكام الدستورية لا توضع للنوادر من الناس.

رابعا - أما من الناحية التاريخية فإنه على الرغم من أنه في العهد الأول كان الرسول ﷺ تتركز في يده جميع السلطات، لكونه ليس فقط مجرد إمام لجماعة المسلمين ولكنه أيضا نبي مرسل يعلم أمته تشريع الأحكام اجتهادا وتنفيذها والقضاء بها، ومع ذلك قد عرف النظام السياسي الإسلامي بعد ذلك فصلا تدريجيا عبر المراحل التاريخية اللاحقة، فقد كانت وظيفة القضاء في أول العهد مندرجة في وظائف الإمامة ثم انفصلت بعد ذلك في عهد الخلافة الراشدة والعهد اللاحقة، وصارت وظيفة مستقلة لها تنظيمها الخاص (قضاء عادي، قضاء المظالم، قضاء الحسبة، قاضي القضاة)، كما كانت وظيفة التشريع أول العهد مندرجة في وظيفتي التبليغ والإمامة على عهد النبي ﷺ، ثم لما كان عهد الخلافة الراشدة صارت من اختصاص الإمام وأهل الشورى، فلما صار الملك عضوا استقل الفقهاء ببيان الأحكام الشرعية و غاب دور الإمام في الإلزام بها. ومنه يتضح أن النظام السياسي الإسلامي لا يقبل كذلك مبدأ تركيز السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية في يد الإمام كما هو الحال في النظم الاستبدادية.

فقرة 3- النظام السياسي الإسلامي ونوعية الفصل بين السلطات

من خلال ما سبق يتبين أن النظام السياسي يقوم على مبدأ الفصل بين السلطات، فأحكامه المقررة شرعا تتنافى مع مبدأ دمج السلطات في الجمعية التشريعية، كما تتنافى أيضا مع مبدأ تركيز السلطات في يد الإمام، مما يعني بالضرورة والبدهة أن النظام السياسي الإسلامي هو نظام ينهض على مبدأ الفصل بين السلطات، وهنا يثور السؤال عن أي صيغة من صيغ الفصل بين السلطات يتبنى النظام السياسي الإسلامي هل هو فصل جامد (مغلظ) كما هو الحال في النظام الرئاسي. أم فصل مرن(مخفف) كما هو الحال في النظام البرلماني، إن الجواب عن هذا السؤال ينبنى على تحديد العلاقة بين السلطتين التشريعية والسلطة التنفيذية، في النظام السياسي الإسلامي، من خلال ثلاث مسائل:

أولا - المسألة الأولى: مسؤولية السلطة التنفيذية في النظام السياسي الإسلامي هل هي أمام الشعب أم أمام البرلمان؟ فمن المعلوم أن الرئيس يكون مسؤولا أمام الجهة التي انتخبته، ففي نظام الفصل الجامد (النظام الرئاسي) الشعب هو الذي يختار رئيس الدولة بالاقتراع العام، ويكون الرئيس مسؤولا أمام الشعب وحده فهو الذي يملك عزله ولا يملك البرلمان محاسبته أو عزله، بينما في نظام الفصل المرن (النظام البرلماني) البرلمان هو الذي يختار رئيس الوزراء وهو و الوزارة كلها مسؤولون مسؤولية كاملة أمام البرلمان الذي يملك محاسبته و عزله إذا أحل بمهامه. أما فيما يتعلق بهذه المسألة بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي فإنه يتنازعها رأيان فقهيان:

1- الأول: ذهب عدد معتبر من الفقهاء إلى أن تولية الإمام تكون من طرف أهل الحل والعقد فبيعة أهل الحل والعقد يتم عقد الخلافة وهي التي تعتبر بيعة الانعقاد، أما البيعة العامة فهي ليست أكثر من بيعة على الطاعة(1) بمعنى أنه إذا اختار أهل الحل والعقد خليفة وبايعوه انعقدت له الإمامة ببيعتهم، ولزم كافة الأمة الدخول في بيعته ولم

1- ينظر في ذلك: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 04، وينظر الفراء: الأحكام السلطانية: ص: 19-20،. وينظر: عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، ص: 280-281. حيث حكى اختلاف الفقهاء في النصاب العددي لمن تتعقد بهم الإمامة فذهب الأشعري أنها تتعقد بالواحد، وذهب البعض أنها تتعقد بالثلاثة وقيل الأربعة.. وذهب القلنسي أنها تتعقد بجميع علماء بلد الإمام. وذهب الإمام أحمد أنها تتعقد بجمهور أهل الحل والعقد.

يكن لهم رد ذلك(1)، وهو ما يعني أن الإمام وفق هذا الرأي مسؤول مسؤولية كاملة أمام أهل الحل والعقد (مجلس الشورى) فالجهة التي لها عقد الخلافة لها حل هذا العقد كما هو مدلول إسمها، وذلك إذا أتى ما يستوجب العزل والإقالة(2)، ومن الواضح أن هذا الرأي الفقهي يتطابق أكثر مع مبدأ الفصل المرن (النظام البرلماني).

2- الثاني: وهو الرأي الراجح في نظري ما ذهب إليه المحققون من العلماء من أن البيعة العامة هي الحاسمة في تولية الخليفة، وأن بيعة أهل الحل والعقد ليست إلا ترشيحا، فبالبيعة العامة تولى الخلفاء الراشدون الخلافة، وليس بيعة السقيفة، ولا بعهد أبي بكر لعمر، ولا باختيار ابن عوف لعثمان(3)، وهو تصحيح مهم لموقف شرعي غيب فيه دور الأمة عن حقها في التولية و العقد السياسي و التعبير عن الإرادة السياسية. وهو الرأي الذي يميل إليه اليوم الفقهاء المعاصرون(4)، مما يعني أن الإمام في النظام السياسي الإسلامي وفق هذا الرأي مسؤول أمام جماعة المسلمين فحسب ما دامت سلطته مستقلة ويستمددها من الأمة رأسا، فهي التي تحاسبه وهي التي تعزله إذا أتى ما يستوجب العزل. فالأصل الدستوري المسلم به أن من يملك حق التولية يملك حق العزل، ومن الواضح أن هذا الرأي الفقهي يتطابق أكثر فيما يتعلق بهذه المسألة مع مبدأ الفصل الجامد (النظام الرئاسي).

ثانيا - المسألة الثانية: فردية أو ثنائية السلطة التنفيذية في النظام السياسي الإسلامي، حيث أنه في نظام الفصل المغلظ تكون السلطة التنفيذية فردية، ف رئيس الدولة هو رئيس الحكومة وأعضاء الحكومة مسؤولون أمامه فحسب، بينما في نظام الفصل المخفف تكون السلطة التنفيذية ثنائية، فألى جانب الملك أو رئيس الدولة، الذي يسود ولا يحكم، ويعفى من المسؤولية السياسية، يوجد رئيس الوزراء والوزارة التي تناط بها رسم السياسة العامة وتنفيذها وتحمل المسؤولية السياسية أمام البرلمان. أما بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي، فإن مقررات الشرع وكذلك السوابق السياسية سواء لعصر الخلافة الراشدة، أو سواء للعصور التالية تبين أن الرئاسة العامة فيه كانت فردية، فأما بالنسبة للخلافة الراشدة فالأمر بين فقد كانت الرئاسة فردية وكان الخلفاء الراشدون يباشرون إدارة الشؤون الداخلية والخارجية بأنفسهم بمعاونة كبار الصحابة، وكذلك كان الحال في العصور التالية لعصر الخلافة الراشدة، غير أن في العصر العباسي تم استحداث منصب وزارة التفويض(5) وهو منصب (يعادل اليوم رئيس الوزراء) حيث يفوض الإمام وزيرا مباشرة الشؤون الداخلية والخارجية برأيه نيابة عنه، غير أن استحداث مثل هذا المنصب لم يجعل من السلطة التنفيذية ثنائية، لسببين:

1- الأول: أن وزير التفويض يعين من قبل الإمام، وليس من قبل أهل الحل والعقد، ومن ثم فهو مسؤول سياسيا أمام الإمام فحسب فهو الذي يوليه وهو الذي يعزله وهو الذي يحاسبه، وليس مسؤولا أمام أهل الحل والعقد كما هو الحال في نظام الفصل المرن (النظام البرلماني) وشبهه الجامد (النظام شبه الرئاسي).

1- الماوردى: الأحكام السلطانية، ص: 07-08.

2- حول حق العزل وموجباته ينظر: الماوردى الأحكام السلطانية، ص: 24. وينظر: الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 20-23.

3- ينظر ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، 1/526-535. وينظر رأيا قريبا منه في: الجويني: غياث الأمم، ص: 46-50.

4- ينظر في ذلك: أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، ص: 45-50، وينظر: محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، ص: 79-81، وينظر: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 151. وينظر: محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 128. وينظر ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 194-196.

5- حول ذلك ينظر: الماوردى: الأحكام السلطانية، ص: 30-33. وينظر الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 29-31.

2- ومن جهة ثانية فإن تعيين وزير التفويض لا يرفع المسؤولية السياسية عن الإمام، بل يظل الإمام هو المسؤول الأول والأخير عن مختلف السياسات التي يتبناها وزيره، حيث نجد فقهاء السياسة الشرعية لا يرفعون المسؤولية عن الإمام فالإسلام لا يعرف تكليفاً بغير مسؤولية، وفي ذلك يقول الماوردي "للإمام أن يتصفح أفعال وزير (التفويض) وتدييره للأمر، ليقر منها ما وافق الصواب، ويستدرك ما خالفه لأن تديير الأمة إليه موكول، وعلى اجتهاده محمول" (1). و منه يتبين أن النظام الإسلامي يقوم على مبدأ فردية السلطة التنفيذية ومنه نخلص أن النظام السياسي الإسلامي فيما يخص هذه المسألة هو أقرب لمبدأ الفصل الجامد منه لمبدأ الفصل المرن مع بعض الخصوصية.

ثالثاً - المسألة الثالثة: ما مدى قبول النظام السياسي الإسلامي تدخل السلطة في أعمال السلطة الأخرى؟ حيث من المعلوم أنه في نظام الفصل الجامد يمنع على أي سلطة من التدخل في أعمال السلطة الأخرى، فلا تملك السلطة التشريعية التدخل في السياسة العامة للحكومة، كما لا تملك السلطة التنفيذية التدخل في الوظيفة التشريعية. بينما نظام الفصل المرن يقوم على مبدأ التعاون؛ فمع أن البرلمان هو الذي يختص أصالة بالتشريع فإن للحكومة الحق في اقتراح القوانين والاشتراك في مناقشتها أمام البرلمان، وفي المقابل فمع أن وضع السياسات العامة من حق الحكومة فإن للبرلمان الحق في نقاش السياسات وإبداء الرأي فيها. أما فيما يتعلق بهذه المسألة بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي، فإنه إذا كان جمهور الفقهاء قديماً وحديثاً كما سيأتي (2) يرى أن الشورى واجبة و ملزمة للإمام، مما يعني أن الوظيفة التشريعية هي أصالة من اختصاص مجلس الشورى وأن الإمام بعد استنفاد طرق الاعتراض ليس له إلا الالتزام بالقوانين التي يقرها مجلس الشورى، ولكن ذلك لا يعني أن الإمام ليس له دور في العمل التشريعي كما هو الحال في نظام الفصل الجامد، فإن السوابق السياسية تشهد بأنه كان للإمام خاصة في عصر الخلافة الراشدة دور بارز في العمل التشريعي، سواء من حيث الاقتراح أو المداولة أو الاعتراض والإصدار وهو ما سيكون موضوع تأصيل وتفصيل لاحق (3). مما يعني أن النظام السياسي في الدولة الإسلامية في هذه المسألة هو أقرب لمبدأ الفصل المرن.

والخلاصة التي نخرج بها من هذا التحليل أن النظام السياسي الإسلامي هو نظام يقوم بلا شك على مبدأ الفصل بين السلطات، وأن هذا المبدأ وإن كان لا تشهد له نصوص شرعية قطعية خاصة تقرره، فإنه تشهد له جملة الأحكام الدستورية المقررة شرعاً، و أن هذا الفصل له خصوصية تميزه على السواء عن مبدأ الفصل الجامد كما هو الحال في النظام الرئاسي، و تميزه عن مبدأ الفصل المرن كما هو الحال في النظام البرلماني:

فهو من جهة نظام ينتخب فيه الإمام بالبيعة العامة لجماعة المسلمين وهو مسؤول أمامها، وهو بذلك أقرب لمبدأ الفصل الجامد من مبدأ الفصل المرن.

وهو من جهة ثانية نظام السلطة التنفيذية فيه فردية وليست ثنائية، وحتى في حالة تعيين رئيس وزراء ووزارة فإنها مسؤولة أمام الإمام وليس أمام أهل الحل والعقد، فهو الذي يوليها وهو الذي يقيلها، وهو بذلك أيضاً أقرب لمبدأ الفصل الجامد منه لمبدأ الفصل المرن.

وهو من جهة ثالثة نظام يقوم على تعاون السلطتين التنفيذية والتشريعية، في المجال التشريعي والسياسي،

1- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 33. وينظر الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 30.

2- ينظر: الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

3- ينظر: الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة.

حيث ثبت تاريخياً أنه كان للإمام أدواراً بارزة في العمل التشريعي، وبذلك فهو أقرب لمبدأ الفصل المرن منه لمبدأ الفصل الجامد.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني: تكوين السلطات العامة

على الرغم من أن مختلف الدساتير تتفق في الإقرار بأن الشعب هو مصدر جميع السلطات في الدولة، فإن النظم السياسية المعاصرة تختلف اختلافاً بيناً في قواعد تكوين السلطات العامة وتحديد مركزها والعلاقة بينها، بحسب الفلسفة السياسية التي تنهض عليها في تنظيم وإدارة الشأن العام، وبمقابل ذلك فإن النظام السياسي الإسلامي هو أيضاً تحكمه قواعد دستورية محددة في تكوين السلطات العامة وتنظيمها وهذه الأحكام الدستورية بعضها أحكام قطعية وبعضها أحكام اجتهادية، وفي هذا المبحث مقارنة لمختلف القواعد التي تحكم النظم السياسية المعاصرة في تكوين السلطات مع تلك التي تحكم النظام السياسي الإسلامي، ولما كان تقسيم السلطات المتعارف عليه هو التقسيم الثلاثي الذي يبنى على حصر الوظائف السياسية في ثلاث وظائف: الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية، ولما كانت أغلب النظم السياسية المعاصرة تستثني السلطة القضائية من ممارسة الوظيفة التشريعية، إلا ما كان من بعض النظم القليلة التي تعتمد نظام السوابق القضائية كجزء من المنظومة التشريعية، و النظام القضائي الإسلامي لا يأخذ بهذا النظام فالقاضي المجتهد ليس ملزماً بسوابقه فضلاً عن أن يكون ملزماً بسوابق غيره، وقد قضى عمر رضي الله عنه في مسألة برأي ثم لما كان العام الموالي قضى فيها برأي مخالف فلما سئل عن ذلك قال تلك على ما قضيتما وهذه على ما نقضتني، ومن ثم فإن النظام الإسلامي يشترك مع سائر النظم في عزل السلطة القضائية عن كل وظيفة تشريعية، وعليه فإن تركيزنا في هذا البحث ينصب على السلطتين التشريعية والتنفيذية.

فقد آثرنا التعرض أولاً لقواعد تكوين السلطة التشريعية سواء في النظم الوضعية أو في النظام السياسي الإسلامي (مطلب أول)، ثم التعرض لقواعد تكوين السلطة التنفيذية (مطلب ثان) وعلى ذلك فقد جاء المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: تكوين البرلمان ومجلس الشورى

المطلب الثاني: تكوين الحكومة والإمامة

المطلب الأول: تكوين البرلمان ومجلس الشورى

لما كان من المتعذر بل من شبه المستحيل ممارسة الشعب لوظائف الحكم بنفسه مباشرة، فقد ركنت مختلف النظم السياسية المعاصرة إلى الأخذ بنظم الحكم النيابية، والتي تفترض أن الشعب يمارس وظائف الحكم بواسطة ممثليه في البرلمان، وأن البرلمان هو المعبر عن الإرادة العامة، ومن ثم يعتبر البرلمان المعبر عن سيادة الشعب التي تتجلى على وجه الخصوص في المجال التشريعي موضوع بحثنا هذا.

ويقابل البرلمان في النظام السياسي الإسلامي مجلس الشورى، أو أهل الحل والعقد، وقبل التعرض للاختصاص التشريعي للبرلمان ومجلس الشورى نجد لزاما علينا التعرض لقواعد تكوينيهما، وإذا كانت قواعد تكوين البرلمان في النظم المعاصرة محددة دستوريا سواء تعلق الأمر بتكوينه النظامي أو تكوينه العضوي و طرق تكوينه (فرع أول)، فإن قواعد تكوين مجلس الشورى ما تزال تحتاج من فقهاء السياسة الشرعية والقانون الدستوري إلى جهد تأصيلي معاصر (فرع ثان). وهو ما نعتزم القيام ببعض منه في هذا المطلب الذي جاء في فرعين:

الفرع الأول: تكوين البرلمان في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الثاني: تكوين مجلس الشورى في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الأول: تكوين البرلمان في النظم السياسية المعاصرة.

إذا كانت ممارسة الشعب لشؤون الحكم تشريعاً وتنفيذاً في دولة المدينة في العصر الإغريقي ممكنة، لمحدودية إقليم الدولة، ومحدودية الشعب الأثيني، فإن ممارسة الشعب لسيادته بشكل مباشر في كل صغيرة وكبيرة غير ممكنة في ظل دول حديثة يصل تعداد الشعب فيها إلى عشرات الملايين وأكثر، فمن المتعذر أن يجتمع الشعب كله في صعيد واحد ليقرر السياسة العامة، أو ليسن هذا القانون أو ذلك، ومن ثم فقد ركنت أغلب النظم المعاصرة إلى نظم الحكم التمثيلية النيابية (1)، حيث يختار الشعب ممثليه الذين يقومون بممارسة السلطات السيادية نيابة عنه في مجالس تختلف التسميات التي تطلق عليها (الجمعية الوطنية، مجلس الشعب، مجلس الشورى)، ولكنها تعرف عادة باسم البرلمان اشتقاقاً من اللفظ الفرنسي parlée أي تكلم لاختصاصها بالكلام أو التكلم في الشأن العام، وقد غدت هذه المجالس أهم سلطة تقوم بالتشريع نيابة عن الشعب، وتفترض الدساتير الوضعية أن إرادتها هي تعبير عن إرادة الشعب، ومن ثم فما تقوم به من تقرير وتشريع يعبر دستورياً عن إرادته .

البند الأول: تكوينه من الناحية النظامية

تختلف النظم السياسية المعاصرة في تشكيل البرلمان فبعض الأنظمة تأخذ بنظام المجلس الواحد، وبعضها الآخر يأخذ بنظام المجلسين، ويقتضي الأخذ بنظام المجلسين أن تكون هناك مغايرة بينهما، فلا يكون كل مجلس صورة مطابقة للمجلس الآخر، بل يجب أن تكون هناك مغايرة من طريقة تشكيله وشروط تكوينه ومدته واختصاصاته، حتى تتحقق مزايا الأخذ بنظام المجلسين.

فقرة 1- نظام المجلس الواحد

فمن الدساتير التي تأخذ بنظام المجلس الواحد، دستور جمهورية إيران الإسلامية (المادة 62)، ودستور سوريا (المادة 50)، ودستور قطر (61)، و دستور الامارات العربية المتحدة (المادة 68)..

ويستند أنصار المجلس الواحد إلى عدد من المبررات والاعتبارات المصلحية من أهمها (2):

أولاً-- أن السيادة ملك للشعب وهي واحدة لا تتجزأ، وطالما أن الشعب واحد وإرادته واحدة فبالتالي لا يجب تمثيلها بأكثر من مجلس واحد.

ثانياً - أن نظام المجلس الواحد يمتاز بالسرعة والسهولة في ممارسة العمل التشريعي، بينما نظام المجلسين يمتاز العمل التشريعي فيه بالتعقيد والبطء الشديد.

ثالثاً- أن نظام المجلسين قد يؤدي إلى التصادم بين المجلسين وعرقلة العمل التشريعي من خلال تمسك كل مجلس بوجهة نظره في المسائل التي يختلفان فيها.

فقرة 2- نظام المجلسين

تميل أغلب النظم السياسية المعاصرة إلى الأخذ بنظام المجلسين، ومن الدول التي تأخذ بنظام المجلسين الولايات المتحدة الأمريكية التي يتألف الكونغرس فيها من مجلسين؛ هما مجلس النواب ومجلس الشيوخ. وكذلك الحال في البرلمان البريطاني المكون من مجلس اللوردات ومجلس العموم، والحال كذلك في فرنسا إذ يتكون البرلمان أيضاً من الجمعية

1- حول مبررات النظام النيابي ومزياده ينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 206-210.

2- رجب عبد الحميد: النظم السياسية المعاصرة، ص: 92.

الوطنية ومن مجلس الشيوخ. وفي ألمانيا يتكون البرلمان من البندستاج و البندسرات.

يرجع التأصيل التاريخي لنظام المجلسين لاعتبارات سياسية بحتة، لا علاقة لها بالتعليل المصلحي الذي يستند إليه مناصرو فكرة المجلسين اليوم، فقد كان الأخذ بنظام المجلسين في بريطانيا كنتيجة للانشقاق الذي حصل في المجلس الكبير في منتصف القرن الرابع عشر 1351م والذي كان يضم من جهة طبقة الأشراف ورجال الدين، كما يضم من جهة أخرى ممثلي المقاطعات، وبمرور الوقت أخذت الهوة تتسع بين الطرفين حتى انتهى بأن استقلت كل طبقة بمكان اجتماعها(1)، كما كان نظام المجلسين أحد أهم التسويات التي تبناها الدستور الأمريكي "في المؤتمر الدستوري. فقد أيدت الولايات الصغيرة مشروع نيوجيرزي، الذي يقضي بأن يكون لكل ولاية نفس عدد النواب. بينما أيدت الولايات الكبيرة مشروع فرجينيا، الذي اشترط أن يكون التمثيل متناسباً وعدد السكان. وكحل وسط، تم الاتفاق على مجلسين يختار أحدهما وفق المشروع الأول والآخر وفق المشروع الثاني"(2).

ويستند مناصرو نظام المجلسين إلى جملة أخرى من الاعتبارات المصلحية يمكن تلخيصها فيما يلي(3):

1 - أن نظام المجلسين بتشكيلهما المتباين واختصاصاتهما يسمح من جهة بالتمثيل الواسع لكافة طبقات الشعب، كما يسمح برفع مستوى الكفاية العلمية للبرلمان من خلال أعضاء الغرفة العليا.

2 - أن نظام المجلسين يحول دون الاستبداد بالسلطة التشريعية في حالة الأخذ بنظام المجلس الواحد. إذ قد يتعسف المجلس الواحد في استعمال حقه، بينما نظام المجلسين يحول دون التعسف والانحراف بالسلطة التشريعية، ويوجد التوازن بين سلطات الدولة.

3 - نظام المجلسين يمتاز بالتروي في إصدار التشريع، بينما السرعة في المجلس الواحد قد تتحول إلى تسرع

4 - أن نظام المجلسين هو الأنسب للدول ذات النظام الفيدرالي، إذ يتطلب النظام الفيدرالي وجود مجلس يمثل الولايات تمثيلاً متساوياً، ومجلس آخر يمثل الشعب بحسب عدد سكان كل دائرة.

البند الثاني: تكوينه من الناحية العضوية

فقرة 1- شروط العضوية

أغلب المجالس البرلمانية التي يتم تكوينها بالاقتراع العام لا يشترط في أعضائها غير بعض الشروط المتعلقة بالمواطنة والسن وممارسة الحقوق السياسية والمدنية:

أولاً- الجنسية فالقانون الفرنسي مثلاً يشترط في المترشح لعضوية البرلمان الجنسية الفرنسية الأصلية أو الجنسية الفرنسية المكتسبة التي مضى على اكتسابها عشر سنوات على الأقل(4). ويشترط القانون المصري أن يكون المترشح مصري الجنسية من أب مصري(5)،

1- أحمد سلامة بدر: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، دار النهضة العربية، 2003، ص: 22.

2- الترجمة العربية لنص دستور الولايات المتحدة الأمريكية كاملاً، صادرة عن قسم اللغة العربية بمكتب برامج الإعلام الخارجي في وزارة الخارجية الأمريكية. تعليق على المادة الأولى الفقرة الأولى.

3- رجب عبد الحميد: النظم السياسية المعاصرة، ص: 93.

4- أحال الدستور الفرنسي في المادة 25 منه في تحديد شروط العضوية على قانون العضوي ينظر تفصيل هذه الشروط في عبد المنعم خيرى البدرابي: الأحزاب السياسية والحريات العامة. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1992، ص: 484.

5- ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقها وقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط9، 1996، ص: 542- 547.

ثانيا- السن يشترط القانون الفرنسي ألا يقل سن المترشح في الجمعية الوطنية عن 23 سنة و أن لا يقل سن المترشح لمجلس الشيوخ عن 35 سنة(1)، بينما يشترط القانون المصري أن يكون بالغا 30 سنة(2).
ثالثا- عدم وجود مانع من موانع الترشح، وهذه الموانع منها موانع مطلقة كالحكم بعقوبة جنائية وموانع نسبية أو الالتحاق بوظيفة معينة بحيث لو زالت عنه صفة تلك الوظيفة لأمكن أن يرشح نفسه(3).
رابعا- تأدية الخدمة الوطنية العسكرية الإلزامية كما الحال في القانون الفرنسي(4) وكذلك في القانون المصري(5).

وتشترط بعض النظم شروط أخرى كأن يجيد القراءة والكتابة كما هو الحال في القانون المصري، والذي يعد حدا أدنى للمستوى التعليمي والثقافي الذي يجب أن يتوفر لعضو مجلس الشعب. وهو شرط هزيل لا يتفق مع طبيعة الوظيفة التي يشغلها والتي تتطلب أن يكون النائب على درجة عالية من الثقافة العامة والاطلاع الواسع و هو ما يتناقض مع المقرر في الشريعة الإسلامية كما سيأتي من أن أهل الشورى ينبغي أن يكونوا من أهل الكفاية العلمية على الأقل إن لم يكونوا من المجتهدين.
فقرة 2- طريق العضوية

يتكون البرلمان في الدول التي تأخذ بنظام المجلس الواحد غالبا عن طريق الاقتراع العام(6)، أما في الدول التي تأخذ بنظام المجلسين فيختلف الأمر بين المجلس الأدنى والمجلس الأعلى فالغالب في المجلس الأدنى والذي يكون الغرض منه التمثيل الشعبي أنه ينتخب بالاقتراع العام، بحيث تنتخب كل دائرة انتخابية عددا من النواب يكون متناسبا مع كثافتها السكانية، بينما المجلس الأعلى والذي يكون الغرض منه رفع الكفاية العلمية للبرلمان يخضع تكوينه لآليات خاصة؛ الوراثة كما في المملكة المتحدة، أو التعيين أو الانتخاب المحدود، أو المزج بين التعيين والانتخاب، وهكذا ينص الدستور الأمريكي في المادة الأولى الفقرة 2 " يتألف مجلس النواب من أعضاء يختارون كل سنتين من قبل الشعب في مختلف الولايات" بينما نص الدستور في بادئ الأمر على أنه يتوجب على الهيئة التشريعية في كل ولاية انتخاب عضوين لمجلس الشيوخ الفقرة 3 " يتألف مجلس الشيوخ من شيخين عن كل ولاية [تختارهما الهيئة التشريعية في تلك الولاية] لمدة ست سنوات، ويكون لكل شيخ صوت واحد" ولكن التعديل السابع عشر غير هذه القاعدة بجعله الناخبين في كل ولاية ينتخبون ممثلي الولاية في مجلس الشيوخ. وفي النظام السياسي البريطاني يتم انتخاب مجلس العموم بالاقتراع العام من طرف عموم الشعب، بينما يتم تكوين مجلس اللوردات بالتوارث.

1- ينظر: عبد المنعم خيرى البدرأوي: الأحزاب السياسية والحريات العامة. ص: 484.

2- ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقها وقضاء، ص: 542-547.

3- ينظر: عبد المنعم خيرى البدرأوي: الأحزاب السياسية والحريات العامة. ص: 484.

4- ينظر: عبد المنعم خيرى البدرأوي: الأحزاب السياسية والحريات العامة. ص: 484.

5- ينظر: مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقها وقضاء، ص: 542-547.

6- ينظر في ذلك: دستور جمهورية إيران الإسلامية (المادة 62)، ودستور سوريا (المادة 50)، ودستور قطر (61)، و دستور الإمارات العربية المتحدة(المادة 68).

الفرع الثاني: تكوين مجلس الشورى في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول: تأصيل وجوب الشورى العامة

فقرة 1- مستويات الشورى العامة

قد سبق تعريف الشورى على أنها "عرض أمر خاص أو عام على أهل الرأي منفردين أو مجتمعين للتداول فيه لاستخلاص الرأي المناسب". وهذا التعريف يشمل الشورى الخاصة كما يشمل الشورى العامة.

أما الشورى العامة فإنها "عرض أمر عام على جماعة المسلمين أو أولي الأمر فيها منفردين ومجتمعين للتداول والبت فيه" ويكون هذا العرض من الإمام أو من ينوبه كما في قوله ﷺ: «**وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ**» (1). وقد يبادر إليه أولي الأمر من أنفسهم كما في قوله ﷺ: «**وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ**» (2). غير أنه قبل تأصيل القول في وجوب الشورى العامة ينبغي الإشارة أولاً إلى أن ممارسة الشورى العامة تتم على ثلاث مستويات متباينة (3).

أولاً - المستوى الأول: وهو استفتاء جمهور الأمة: فأهل الشورى في هذا المستوى هم عموم جمهور الأمة، فالضمير في قوله ﷺ: «**وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ**» (4). ، وفي قوله: «**وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ**» (5). ضمير للجمع والجمع لاحد له، و يؤكد ذلك قوله ﷺ (أشيروا علي أيها الناس) (6). وهو ما تشهد له كذلك سنة الخلفاء الراشدين من استشارة الجمهور في كثير من المسائل من البيعة إلى الحرب إلى غير ذلك.

ثانياً - المستوى الثاني: وهو استفتاء أهل الشورى بالمعنى الفقهي السياسي الدقيق وهم أهل العدالة والعلم الذين نالوا ثقة السواد الأعظم من الأمة، وفوضت إليهم الأمة النيابة عنها في اتخاذ القرارات والتشريعات المناسبة وهؤلاء هم الذين نعينهم عند الحديث عن تكوين مجلس الشورى.

ثالثاً - المستوى الثالث: وهو استفتاء أهل الخبرة الذين تخصصوا في المجالات العلمية والفنية المختلفة فتعرض عليهم مسائل علمية وفنية دقيقة فيبدو فيها الرأي العلمي الدقيق. ويطلق بعض أهل الفقه على هذا النوع من الشورى لفظ الاستشارة تميزاً لها عن شورى الجمهور أو شورى أهل الحل والعقد.

يقول الدكتور عبد الحميد إسماعيل الأنصاري " وهذه المستويات الثلاث من الشورى نراها واضحة في عمل الرسول ﷺ وعمل الخلفاء الراشدين؛ فاختيار الخليفة وبعض القضايا العامة اشترك فيها الجمهور، والترشيح ومعظم القرارات العامة من اختصاص أهل الشورى بالمعنى الاصطلاحي وهم كبار الصحابة، وهناك مسائل فنية دقيقة متروكة لأهل الاختصاص" (7).

وقد اختلف أهل العلم والفقه في حكم الشورى العامة على رأيين فمنهم من رأى أنها حكمها الندب،

1- آل عمران/159.

2- الشورى/38.

3- ينظر هذه المستويات في: عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: نظام الحكم في الإسلام، ص: 71-72.

4- آل عمران/159.

5- الشورى/38.

6- صحيح البخاري/كتاب المغازي/ باب غزوة الحديبية/ رقم: 4178، 4179. 131/3.

7- ينظر تفصيل هذه المستويات في: عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: نظام الحكم في الإسلام، ص: 71-72.

وذهب فريق آخر إلى أن الشورى واجبة وقبل بيان القول الراجح ينبغي تفصيل القول في هذين الرأيين وبيان الأدلة الشرعية المؤسسة لهما:

فقرة 2- الرأي الأول: الشورى مستحبة

أولاً - أصحاب هذا الرأي

ذهب أصحاب هذا الرأي أن الشورى حكمها الندب سواء تعلقت بأمر خاص أو بأمر عام، فهي مندوبة للرجل في خاصة شأنه وهي مندوبة للمفتي قبل فتواه ومندوبة للقاضي في قضائه كما هي مندوبة للإمام في سياسة المسلمين فليس يجب عليه أن يشاور، بل يندب له ذلك فحسب.

ممن قال بهذا الرأي الإمام الشافعي(1)، وقتادة بن دعامة، وابن إسحاق بن يسار، والريعي بن أنس(2)، حيث نقل عنه أن الله ﷻ إنما أمر النبي ﷺ تأليفا لهم وتطيبا لقلوبهم(3)، ورجح ابن حجر الاستحباب فقال في فتح الباري: "واختلفوا في وجوبها فقال البيهقي في المعرفة بالاستحباب، وبه جزم أبو نصر القشيري في تفسيره وهو المرجح"(4).

ومن المعاصرين من يقول بالندب كالدكتور محمود الخالدي في كتابه قواعد نظام الحكم في الإسلام(5).
ثانياً - الأدلة المؤسسة لهذا الرأي

استند القائلون باستحباب الشورى بالنسبة للإمام إلى عدد من الأدلة

1 - من الكتاب: أن الآيات التي جاء فيها الأمر بالشورى الأمر فيها للندب وليس للوجوب، قال الشافعي فهي كقوله ﷻ (البكر تستأمر)(6). إنما أراد استطابة نفسها، ولو كرهت كان له أن يزوجهما. وكاستشارة إبراهيم لولده ﴿يَبْنِيَّ إِنِّي أَرَى فِي الْمَنَامِ أَنِّي أَذْنُكَ فَأَنْظُرْ مَاذَا تَرَى﴾(7). (8).

2 - من السنة: دلت عدة شواهد من السنة أن النبي ﷺ كان يمضي رأيه ولا يشاور أحدا منها:

أنه عقد صلح الحديبية ولم يستشر أحدا، بل عقده رغم معارضة واحتجاج معظم الصحابة له.

ومنها: أن رسول الله أمر بالمسير إلى بني قريظة بعد غزوة الأحزاب ولم يستشر أحدا من الصحابة بل قال (لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة)(9).

ومنها أن رسول الله قرر في العام التاسع من الهجرة غزو الروم فكانت غزوة تبوك ولم يستشر واحدا من الجيش

1-نسب القول بهذا الرأي للإمام الشافعي عدد من المفسرين كالقرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 251/4. وابن الجوزي: زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي للطباعة، بيروت، ط1، 1964، 488/1. وقد حقق الدكتور عبد القادر أبو فارس أن هذا الرأي لا يثبت عن الإمام الشافعي ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس: حكم الشورى ونتيجتها في الإسلام، دار الفرقان، ط1، 1988، ص: 68-69.

2- ينظر: ابن جرير الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 344/7. وينظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 251/4.

3- ينظر: ابن جرير الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 344/7. وينظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 251/4.

4- ابن حجر: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، بإشراف عبد العزيز بن باز، المطبعة السلفية، ط1، 341/13.

5- محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 152.

6- صحيح البخاري/كتاب الإكراه/باب لا يجوز نكاح المكره / رقم: 6946. 289/4.

7- الصفات/102.

8- ابن الجوزي: زاد المسير في علم التفسير، المكتب 488/1.

9- صحيح البخاري/كتاب المغازي/باب مرجع النبي من الأحزاب ومخرجه إلى بني قريظة / رقم: 4119 . 119/3.

الذي بلغ ثلاثين ألف (1). فهذه الشواهد تدل على أن الشورى ليست بواجبة ولكنها مندوبة.

3 - أن الشورى لا تكون إلا في الأمور المباحة ولا يمكن أن تكون في فرض أو مندوب أو حرام أو مكروه، لأن الحكم قد عين في كل منها، فلا تدخلها الشورى، وتلك قرينة على صرف الأمر بالشورى من الوجوب إلى الندب.

4 - أن الله ﷻ أمر نبيه بالشورى تطيباً لنفوس أصحابه ورفع أقدارهم ولذلك فهي مندوبة (2).

ثالثاً - المناقشة

ونحن إذا تأملنا هذه الحجج لم نجد فيها ما ينهض على الاحتجاج لهذا الرأي فهي أدلة إما في غير محلها أو ناقصة وبيان ذلك كما يلي:

1 - أما القول بأن الأمر بالشورى للندب وليس للوجوب فهو من جهة يخالف قواعد تفسير النصوص من أن الأصل في دلالة الأمر أنه للوجوب ولا يصرف عنه إلى الندب أو الاستحباب إلا بقرينة، وليس في النصوص الآمرة بالشورى قرينة تدل على صرف الأمر بها إلى الندب.

والتمسك بقول الرسول ﷺ (البكر تستأمر). للقول بأن الآية تفيد الندب فلا حجة فيه فإن الأمر باستئمارها هو أمر بمشاورتها سواء كرهت أو رغبت، كما أن إكراهها على الزواج بمن لا ترغب سواء شاورها أو لم يشاورها ليس موضع اتفاق بين أهل العلم والفقهاء حتى يحتج به. بل هو مخالف لعموم النصوص الصريحة في عدم إجبار البكر (3).

وكذلك التمسك بقول إبراهيم عليه السلام لابنه عندما أراد ذبحه ﴿فَانظُرْ مَاذَا تَرَىٰ﴾ استدلال في غير محله فإن الشورى تكون عند فقد النص، وذبح إبراهيم لابنه أمر إلهي فإن رؤيا الأنبياء وحي كم أخبر بذلك النبي ﷺ، وعلى ذلك فعندما قال إبراهيم لابنه ﴿فَانظُرْ مَاذَا تَرَىٰ﴾ لم يكن يستشيرُه وإنما كان يختبره ماذا يكون جوابه ومن ثم فلا يصلح دليلاً على عدم وجوب الشورى.

2 - أما الشواهد من السنة التي تبين كان أحيانا لا يستشير فهي أيضا أدلة في غير محلها، فإن الشورى تكون عند عدم وجود النص والأمر الإلهي الصريح، وهذه الشواهد ترك الرسول الشورى لوجود الأمر الإلهي الذي لا يحل لمن كان وقافا عند حدود الله أن يتجاوزها

ففي صلح الحديبية لما اعترض من اعترض على بنود الصلح بين لهم ﷺ أن الأمر ليس أمره وإنما أمر من بيده الأمر كله فقال: (إني رسول الله، ولست أعصيه وهو ناصري) (4). وقوله: (ما خلأت القصواء، وما ذاك لها بخلق، ولكن حبسها حابس القليل) (5).

وفي غزوة بني قريظة أيضا لم يكن للرسول ﷺ خيار حتى يشاور فقد روى البخاري: (أن رسول الله ﷺ لما رجع

1- مهدي فضل الله: الشورى طبيعة الحاكمية في الإسلام، ص: 117.

2- ينظر: ابن جرير الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 344/7. وينظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 251/4.

3- ومن ذلك قوله ﷺ "لا تنكح البكر حتى تستأذن". صحيح البخاري/كتاب النكاح/باب لا ينكح الأب وغيره الثيب والبكر إلا برضاها/ رقم: 5136. وحول مختلف مواقف الفقهاء من مسألة إجبار البكر ينظر: محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، ص: 108 وما بعدها.

4- صحيح البخاري/كتاب الشروط/باب الشروط في الجهاد والمصالحة/رقم: 2731. 282/2.

5- صحيح البخاري/كتاب الشروط/باب الشروط في الجهاد والمصالحة/رقم: 2731. 279/2.

يَوْمَ الْحُنْدُقِ وَوَضَعَ السَّلَاحَ وَاغْتَسَلَ ، فَأَتَاهُ جَبْرِيلُ وَقَدْ عَصَبَ رَأْسَهُ الْعُبَارُ فَقَالَ وَضَعْتَ السَّلَاحَ ، فَوَ اللَّهُ مَا وَضَعْتُهُ .
فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ " فَأَيْنَ " . قَالَ هَا هُنَا . وَأَوْمَأَ إِلَى بَنِي قُرَيْظَةَ . قَالَتْ فَخَرَجَ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (1).

وكذلك كان مسيره ﷺ لتبوك تنفيذا لقوله ﷺ: ﴿ قَتَلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ (2).

ومنه نخلص أن الاستناد إلى هذه الشواهد للقول بعدم وجوب الشورى لا حجة فيها، لأنها جميعا في غير محل الخلاف. فلا شورى مع وجود النص.

3 - أما القول أنه لما كانت الشورى لا تكون إلا في الأمور المباحة فتلك قرينة على عدم وجوب الشورى فلا حجة فيه، فهذه القاعدة بمهذه الصيغة (الشورى لا تكون إلا في الأمور المباحة) غير مسلمة وغير صحيحة وإن قال بها بعض أهل العلم (3)، بل القاعدة المسلمة والتي عليها إجماع العلماء (أن الشورى لا تكون إلا فيما لا نص فيه) (4) والنص هنا محمول على دلالة الأصولية (اللفظ الذي لا يحتمل معناه معنى آخر) لا على دلالة اللغوية (كل ملفوظ ذي معنى) (5)، والفرق بين الصياغتين واضح وجلي، فإنه ليس من شرط ما لا نص فيه أن يأخذ حكم الإباحة، فكم من أمر لا نص فيه ثم اجتهد فيه فكان حكمه المنع أو الوجوب أو الكراهة وهذا مما لا يجمله طالب علم. ومن ثم فهذه القرينة لا تنهض بها الحجة لصرف الأمر من الوجوب إلى الندب.

4 - أما القول بأن الأمر بالشورى إنما كان لتطبيب نفوس الصحابة ورفع قدرهم، ولذلك فهي مندوبة. فإن هذا القول ليس فيه ما يقوى على الاحتجاج به إذ هو مصادرة على المطلوب إذ لم يقدم ما يسنده على أن المقصد من الشورى ينحصر في تطبيب النفوس سوى قول من قال بذلك. فضلا عن أن تطيب النفوس وجبر الخواطر ليس من المقاصد الشرعية التي قام الدليل الشرعي على رعايتها.

فقرة 3- الرأي الثاني: الشورى واجبة.

أولا - أصحاب هذا الرأي

ذهب معظم العلماء والفقهاء قديما وحديثا إلى أن الشورى واجبة على الإمام حتى قال ابن عطية في تفسيره المخرر الوجيز: " الشورى من قواعد الشريعة وعزائم الأحكام، ومن لا يستشير أهل العلم والدين، فعزله واجب هذا ما لا خلاف فيه " (6).

1- صحيح البخاري/ كتاب الجهاد/ باب الغسل بعد الحرب/ رقم: 2813. 309/2.

2- التوبة/ 29.

3- ينظر: صحيح البخاري/ كتاب الاعتصام/ باب قوله تعالى: وأمرهم شورى بينهم . 376/4.

4- ينظر: عبد الحليم بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص: 227-228.

5- النص في دلالة الأصولية هو اللفظ الذي لا يحتمل إلا معنى واحدا ولا يحتمل غيره، فدلالته على معناه دلالة قطعية، ينظر: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 327/1، وبالتالي فالنصوص الظنية هي مجال للشورى العلمية من خلال مجامع الاجتهاد الجماعي الفقهي ومؤسسة الشورى التشريعية كما سيأتي في الباب الثاني.

6- عبد الحق بن عطية الأندلسي: المخرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ت عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001، 534/1.

ومن قال بذلك قديما ابن خويز منداد(1) والقرطبي (2)، والجصاص (3)، والبزدوي (4)، وابن تيمية(5).
ومن قال بذلك من المعاصرين محمد الطاهر ابن عاشور(6)، وأبو الأعلى المودودي(7)، ومحمود شلتوت(8)، ومحمد أبو زهرة(9)، وعبد الوهاب خلاف(10)، وعبد القادر عودة(11)، وعبد الكريم زيدان(12).
وفتحي الدريني (13).

ثانيا - الأدلة المؤسسة لهذا الرأي

استدل فقهاء السلف والمعاصرين في على القول بوجود الشورى كقاعدة دستورية محكمة بالكتاب والسنة النبوية و سنة الخلفاء وفيما يلي بيان ذلك:

1- من الكتاب قوله ﷺ: ﴿فِيمَا رَحِمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾ (14). ،
فهذا النص يقرر قاعدة آمرة تجعل من الشورى واجبا شرعيا على الإمام ووجه الاستدلال أن الأمر يفيد الوجوب حيث لا صارف يصرفه عن موجهه الأصلي وهذه قاعدة أصولية في تفسير النصوص، وإذا كان هذا واجبا بالنسبة للرسول وهو مؤيد بالوحي، فلأن يكون واجبا على من يأتي من بعده من الحكام من باب أولى (15).

- وقوله ﷺ: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ﴾ (16). ، ووجه الاستدلال أن هذه الآية جعلت الشورى من الخصائص المؤمنين الذاتية التي يمتازون بها عن سواهم ويدحون لأجلها، ومن ثم فقد اقتربت بركنين من أركان الإسلام هما الصلاة والزكاة وجاءت الشورى بينهما فدل على أننا مأمورون بها (17)، ودلالة الاقتران دلالة أصولية وقاعدة من قواعد تفسير النصوص وقد أعملها الفقهاء في

1- ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 249/4-252 .

2- ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 249/4 .

3- ينظر: أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، 330/2.

4- ينظر: عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، 211/3.

5- ينظر: عبد الحليم بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص: 227 .

6- ينظر: محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 150/4.

7- ينظر: أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1985، ص: 55. وينظر له أيضا: الخلافة والملك، تعريب أحمد إدريس، دار القلم الكويت، ط1، 1978، ص: 41.

8- ينظر: محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشروق، القاهرة، ط14، 2001، ص: 438-439.

9- ينظر: محمد أبو زهرة: تاريخ المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي، 94-93/1.

10- ينظر: عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية، ص: 28.

11- ينظر: عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، دار الرسالة بيروت، ص: 193-194 .

12- عبد الكريم زيدان: الفرد والدولة في الشريعة الإسلامية، الاتحاد الإسلامي العالمي للمنظمات الطلابية، 1975، ص: 36-37.

13- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 418-421.

14- آل عمران/159.

15- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 421.

16- الشورى/38.

17- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 421. وينظر أيضا: الجصاص: أحكام القرآن، 263/5.

استنباط الأحكام(1).

- وقوله ﷺ حكاية عن ملكة سبأ: ﴿قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى

تَشْهَدُونَ ﴿٦٠﴾ (2). ووجه الاستدلال أن الالتزام بالشورى جاء في هذه الآية في سياق المدح و بصيغة النكرة في سياق النهي مما أفاد العموم فلو كانت الشورى مندوبة لكانت تشاور في أمر ولا تشاور في آخر فلما مدحت على أنها تشاور في كل أمر ذي بال دل ذلك على أنها واجبة وقد يعترض من يعترض بأن هذا شرع من قبلنا فلا حجة فيه وهذا الاعتراض مردود فإن شرع من قبلنا الذي ركاه شرعنا هو شرع لنا.

2 - من السنة: تشهد لوجوبها السنة القولية كما تشهد لها تصرفاته ﷺ بالإمامة فمن السنة القولية:

- قوله ﷺ: (لَوْ كُنْتُ مُؤَمَّرًا أَحَدًا مِنْ غَيْرِ مَشُورَةٍ لَأَمَرْتُ ابْنَ أُمِّ عَبْدِ (3)). يعني عبد الله بن مسعود. ولاشك أن التولية من الأعمال التنفيذية الموكولة إلى الإمام أو من يفوضه الإمام فإذا كان النبي ﷺ وهو المسدد بالوحي وبنور الله لا يؤمر أحدا من غير مشورة فقد دل ذلك على وجوبها.

- عن علي بن أبي طالب ؓ قال: (قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ نَزَلَ بِنَا أَمْرٌ لَيْسَ فِيهِ بَيِّنَاتٌ: أَمْرٌ وَلَا نَهْيٌ، فَمَا تَأْمُرُنَا؟ قَالَ: (تُشَاوِرُونَ الْمُفْقَهَاءَ وَالْعَابِدِينَ، وَلَا تَمُضُوا فِيهِ رَأْيِي خَاصَّةً) (4).

- أما تصرفات النبي الدالة على وجوب الشورى فهي كثيرة جدا ووجه دلالتها تكمن في طلبها بقوله ﷺ "أشيروا علي أيها الناس" (5). والمواظبة عليها فلم يتركها إلا إذا نزل في الأمر وحي فدل ذلك على وجوبها ومن ذلك: استشارة الحباب بن المنذر في منزل القتال في غزوة بدر، ومنه أيضا مشاورة أصحابه في حكم الأسرى في غزوة بدر، ومن ذلك مشاورة المسلمين في التحصن من قريش بالمدينة في غزوة أحد، ومن ذلك استشارة سعد بن معاذ وسعد بن عباد في مصالحة غطفان على ثلث ثمار المدينة، ومن ذلك مشاورة المسلمين في الحديبية حينما بلغه خروج قريش لمنعه، ومن ذلك مشاورة الصحابة في طريقة الإعلام بالصلاة، ومنه أيضا مشاورة أصحابه في سبي هوازن، ومن ذلك مشاورة المسلمين في استمرار حصار الطائف لما امتنعت عليهم، إلى غير ذلك من الوقائع (6).

فكل هذه الوقائع تجعل من الشورى آلية من آليات التقرير في المجتمع الإسلامي سواء أكان ذلك في الميدان السياسي أو في الميدان التشريعي كما سيأتي.

3 - سنة الخلفاء الراشدين: ويتأكد وجوب الشورى بمواظبة الخلفاء الراشدين المهديين على الالتزام به كقاعدة دستورية لا يجيدون عنها ومن ذلك: مشاورة أبو بكر ؓ في حروب الردة، و في جمع القرآن، في استخلاف عمر، و ومن ذلك مشاورة عمر بن الخطاب ؓ في أرض سواد العراق، وفي عقوبة شرب الخمر، وفي تدوين الدواوين، وفي

1- من ذلك قول المالكية بتحريم لحم الخيل لاقتراحها في النص بالخمير في قوله تعالى (وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً) النحل/ 08. ينظر: القرطبي: أحكام القرآن، 10/ 76-77

2- النمل/32.

3- سنن الترمذي/ أبواب المناقب/ مناقب عبد الله بن مسعود/ رقم: 3809 . 152/6. وقال حديث غريب.

4- أبو القاسم الطبراني: المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد وآخر، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ/ من اسمه أحمد/ رقم: 1618. 172/2. لَمْ يَزُوهَذَا الْحَدِيثَ عَنِ الْوَلِيدِ بْنِ صَالِحٍ إِلَّا نُوحٍ، ورجاله موثوقون من أهل الصحاح.

5- صحيح البخاري/ كتاب المغازي/ باب غزوة الحديبية/ رقم: 4178، 4179. 131/3.

6- ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس: حكم الشورى في الإسلام ونتيجتها، دار الفرقان، ط1، 1988، ص: 50-54.

إملاص المرأة، ومن ذلك مشاورة عثمان ؓ في فتح أفريقية، وفي جمع المصحف، وفي التعامل مع الفتنة لما أطلت برأسها(1).

ثالثا - الجزء الدستوري على الاستبداد على أهل الشورى

إن موازنة متجردة من الهوى والتحيز تبين أن الذين قالوا بوجوب الشورى في ولاية الأمر هو الرأي الموافق للصواب فإن القلة التي قالت بنذب الشورى لم تقدم دليلا شرعيا صحيحا يمكن التمسك به بل معظم ما قالوه مجرد شبهات في غير محلها، ومن جهة ثانية فإن نسبة هذا القول لبعض الأئمة الأعلام كالإمام الشافعي لم تثبت فالنصوص المنقولة عن الشافعي في الأم في كون الشورى مندوبة إنما هي مما يتعلق بالقاضي وليس بالإمام(2)، وعلى ذلك فإننا نرى أن وجوب الشورى أمر قطعي ثابت وإن شذت قلة لم تقدم ما يصلح للاحتجاج به على رأيها، ومنه نخلص إلى أن مبدأ الشورى يعتبر مبدأ دستوريا جامدا من قواعد الدستور الإسلامي. لا يجوز تغييره قد يختلف المسلمون في كون الشورى ملزمة أو معلمة ولكن لا نرى حجة أمام الله للقول بعدم بوجوب الشورى. وبذلك نكون قد أسسنا القول بوجوب شورى الأمة عموما ووجوب وجود مجلس الشورى في الدولة الإسلامية.

إذا كانت الشورى قاعدة دستورية محكمة في النظام السياسي الإسلامي فما هو الجزء الدستوري على الإخلال الجسيم بهذا المبدأ الدستوري؟

لقد سبق وأن نقلنا الكلمة التي تناقلها المفسرون واحتفى بها العلماء عن ابن عطية في تفسيره المحرر الوجيز عن جزاء ترك الإمام الشورى بقوله: "الشورى من قواعد الشريعة وعزائم الأحكام، ومن لا يشاور أهل العلم والدين فعزله واجب، وهذا ما لا اختلاف فيه"(3). حيث جعل الجزاء على الاستبداد الإمام على مجلس الشورى جزاء سياسيا وهو العزل والإقالة، معتبرا ذلك مما لا خلاف فيه بين أهل العلم والفقهاء.

غير أن ابن عاشور نقل في تفسيره عن الفقيه المالكي ابن عرفة الدسوقي أنه تعقب ابن عطية في قوله "وعزله واجب" ولم يتعقبه في كونها واجبة، فالشورى عنده واجبة ولكن ترك الإمام الشورى لا يوجب العزل، على أساس أن ترك الشورى لا يزيد عن ترك واجب، وترك الواجب يؤدي إلى الفسق، وقد قال العلماء بعدم عزل الإمام الذي ظهر فسقه(4).

وتعقب ابن عاشور كلام ابن عرفة بقوله "أن ابن عطية ذكر ذلك جازما به، وابن عرفة اعترضه بالقياس على قول علماء الكلام بعدم عزل الأمير إذا ظهر فسقه. وقلت من حفظ حجة على من لم يحفظ، إن القياس فيه فارق معتبر، فإن الفسق مضرت قاصرة على النفس، وترك التشاور تعريض بمصالح المسلمين العامة للخطر والفوات"(5).

البند الثاني: تكوين مجلس الشورى من الناحية العضوية

إذا ثبت لنا أن الشورى من عزائم الأحكام في النظام السياسي الإسلامي ومن القيم السياسية الأساسية فيه،

1- ينظر تفصيل هذه الوقائع في: محمد عبد القادر أبو فارس: حكم الشورى في الإسلام ونتيجتها، ص: 55-65.

2- ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس: حكم الشورى ونتيجتها في الإسلام، ص: 68-69.

3- عبد الحق بن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، 1/534.

4- ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 4/148.

5- ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 4/148.

فإن السؤال المتبادر بعد ذلك من تجب مشاورتهم وما هي الشروط الواجب توافرها فيهم؟

في البدء ينبغي القول أن الشريعة لم تحدد نظاما جامدا لممارسة الشورى العامة، ولم تشرع لها أحكاما دستورية جامدة جمودا مطلقا تلتزم بها الدولة الإسلامية دينا عاما في جميع عصورها وأمصارها، وما رسمه الفقهاء في مصنفات السياسة الشرعية من أشكال للشورى وطرائق تنفيذها لا يعدو أن يكون اجتهادا فقهيا(1). ومنه فالقواعد الدستورية التي تحكم الممارسة الشورية هي قواعد غير جامدة خاضعة للتصرف السياسي وفق ما تقتضيه المصلحة العامة وما تتبناه جماعة المسلمين من تشريع دستوري في هذا المجال

وعلى ذلك فقد اختلف فقهاء الشريعة والقانون في تكوين مجلس الشورى من الناحية العضوية بين رأيين الرأي الأول يرى أن مجلس الشورى يقتصر على أهل الاجتهاد، والرأي الثاني يرى مجلس الشورى ينبغي أن يسع إلى جانب أهل الاجتهاد أهل الحل والعقد ولو لم يكونوا مجتهدين:

فقرة 1- تكوين مجلس الشورى: أهل الاجتهاد

أولا - أصحاب هذا الرأي

يقصر أصحاب هذا الرأي مجلس الشورى على المجتهدين وأهل الفتيا باعتباره جهة تشريع ولا يستطيع أن ينهض بهذه الوظيفة إلا من كان جامعا لشرائط الاجتهاد، نجد هذا الرأي صراحة عند الشيخ عبد الوهاب خلاف(2)، وتبعه على ذلك بعض فقهاء القانون كالدكتور سليمان الطماوي حيث يقول: "لما كانت وجهة نظر التشريع الإسلامي تختلف عن الوضعي إذ يقتصر معنى التشريع على استنباط الأحكام من القرآن والسنة، فقد انحصرت وظيفة التشريع بالمعنى الحديث في فئة معينة من المسلمين يطلق عليهم المجتهدون" (3).

ثانيا - الأدلة المؤسسة لهذا الرأي:

1 - أن الله ﷻ أمر بطاعة أولي الأمر، وقد فسر المفسرون أن أولي الأمر الذين تجب طاعتهم صنفان أولوا الأمر الدنيوي وهم الأمراء وأولوا الأمر الديني وهم العلماء المجتهدون(4).

2 - أن وظيفة التشريع تعني استنباط الأحكام من الكتاب والسنة، وإذا كان الأمر ذلك لا يستطيعه إلا العلماء الذين بلغوا رتبة الاجتهاد، فقد ثبت أنهم وحدهم بما لهم من مكنة علمية قادرين على القيام بوظيفة التشريع وتكوين مجلس الشورى ومن عداهم فهم معزولون عن ذلك(5).

3 - أن الاتفاق المعتبر في الإجماع وكذلك الاختلاف إنما هو اتفاق العلماء المجتهدين فهم الذين يعتبر اتفاقهم إجماعا واختلافهم ليس بإجماع ومن ثم فلا عبرة باتفاق غيرهم أو اختلافهم، وإذا كان الأمر كذلك وكان الإجماع من أصول التشريع ولم يكن لغير المجتهدين دخل فيه، ومن ثم كان تكوين المجلس التشريعي حكرا على

1- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 427.

2- ينظر عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية، ص: 44.

3- سليمان الطماوي: السلطات الثلاث، ص: 226.

4- نجد بعض فقهاء السياسة الشرعية القدامى من يستعمل لفظ أهل الاجتهاد ويقصد به أهل الشورى ينظر: أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 19.

5- ينظر: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 41.

المجتهدين دون غيرهم(1).

ثالثا - مناقشة

إن النظر في هذه الأدلة يبين أنها غير كافية لتقرير أن مجلس الشورى يجب أن يتكون من المجتهدين وأهل الفتيا فحسب وبيان ذلك:

1 - أن الاستناد إلى تفسير أولي الأمر الذين تجب طاعتهم بأئمة العلماء وحدهم غير مسلم، فهو لفظ حمال أوجه، والدليل إذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال، فقصر معنى أولى الأمر على وجه واحد من الوجوه التي قيلت في تفسيره تعسف لا تقوم به حجة.

2 - إن القول بأن استنباط التشريع مقصور على المجتهدين دون سواهم ومن ثم فليس لغيرهم مكان في مجلس الشورى، منتقد من جهة أن وظيفة مجلس الشورى ليست محصورة في الوظيفة التشريعية، فهناك وظيفة (الرقابة) الحسبة السياسية وهي تجسيد مبدأ دستوري آخر وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر و لا نعلم أحدا من أهل العلم قال بأن من شروطه بلوغ رتبة الاجتهاد. ومن جهة ثانية فإن مفهوم الاجتهاد لا يقتصر على الاستنباط من النصوص بل يتضمن عددا من التصرفات الاجتهادية التي لا تشترط فيها شروط الاجتهاد الاستنباطي كما سنبين عند الترجيح والموازنة.

3 - إن القول بأن الاتفاق المعترف في الإجماع هو اتفاق المجتهدين فلا مكان في مجلس الشورى لغيرهم، منتقد أيضا من حيث أنه يخلط بين أنواع الاجماع ولا يميز بينها، فالإجماع الأصولي غير الاجماع الشوري، وليس بالضرورة أن ما أجمع عليه أهل الشورى تتحقق فيه شروط الاجماع العلمي الأصولي المقررة في فن الأصول، والسنة المعتادة أن مجلس الشورى لا يستوعب كل العلماء المجتهدين وإنما يتسع لجزء من العلماء فحسب، ومن ثم لا يمكن اعتبار اجماع أهل الشورى بنفس مرتبة الاجماع العلمي الأصولي، ومن ثم فإن قياس إجماع أهل الشورى الذي يراد منه البت في الأمور على إجماع مجتهد العصر الذي يضيف على الأحكام الحجية القطعية، هو قياس مع الفارق. وفضلا عن ذلك فإن الإجماع لا يتعلق دوما بموضوع شرعي، فهناك الإجماع التشريعي (الشورى التشريعية) وهناك الإجماع السياسي (الشورى السياسية)؛ فإن إجماع الصحابة على توريث الجدة السدس إجماع تشريعي وهو مقصور على المجتهدين، أما بيعة أبي بكر فهي إجماع سياسي وهو ليس مقصورا على المجتهدين وإن كانوا يدخلون فيه بل يشمل جميع أهل الحل والعقد، ولما كان مجلس الشورى لا ينهض فقط بالوظيفة التشريعية وإنما أيضا بوظيفة سياسية فمن ثم فلا ينبغي قصره على أهل الاجتهاد.

فقرة 2- تكوين مجلس الشورى: أهل الحل والعقد

أولا - أصحاب هذا الرأي

يرى أصحاب هذا الرأي أن التكوين العضوي لمجلس الشورى لا يقتصر على المجتهدين فحسب وإنما يشمل كل أهل الحل والعقد في جماعة المسلمين بما في ذلك أهل الاجتهاد والفتيا، وقد ذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد عبده، والشيخ رشيد رضا(2)، والشيخ محمود شلتوت(1)، والدكتور فتحي عبد الكريم(2)، والدكتور فتحي الدريني

1- أحمد حداد حسن علي عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص: 193.

2- ينظر: محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 2/3-11، 5/185.

(3)، والدكتور أحمد حداد علي حسن عافية(4)، والدكتور علي زكي راتب(5)، وفي ذلك يقول الشيخ رشيد رضا: " يجب أن يكون في الأمة رجال أهل بصيرة ورأي في سياستها ومصالحها الاجتماعية وقدرة على الاستنباط يرد إليهم أمر الأمن والخوف وسائر الأمور الاجتماعية والسياسية وهؤلاء هم الذين يسمون في عرف الإسلام أهل الشورى وأهل الحل والعقد"(6). وهذا التحديد مبني على تفسير محمد عبده لأولي الأمر بأنهم أهل الحل والعقد من المؤمنين بما في ذلك الأمراء والحكام والعلماء وسائر الزعماء وليس العلماء فقط(7). بل يذهب باحث معاصر أن تحديد تكوين مجلس الشورى بأنهم أهل الحل والعقد يكاد يكون محل إجماع حيث يقول " إن الهيئة التي تباشر السيادة عن طريق التشريع والرقابة هم أهل الشورى (أهل الحل والعقد) وهذا التحديد يكاد يكون عليه إجماع أهل الرأي من المسلمين ما عدا الشيعة"(8).

ثانيا - الأدلة المؤسسة لهذا الرأي

1- أن مفهوم أولي الأمر لا يقتصر على العلماء حتى يقال أنهم هم وحدهم الذين يشكلون مجلس الشورى فلقد ذهب طائفة كبيرة من المفسرين والعلماء أن مفهوم أولي الأمر يشمل جميع أهل الحل والعقد في الدولة، وهذا القول وإن كان وجها واحدا من الوجوه التي قيلت في تفسير الآية إلا أنه لا يبطل به الاستدلال لكونه قولا جامعا بين من قال أنهم العلماء وبين من قال أنهم الأمراء.

2 - أن المجتهدين يمثلون فئة من الشعب بينما أهل الحل والعقد يمثلون كل فئات الشعب(9)، إن استيعاب مجلس الشورى لجميع أهل الحل والعقد في جماعة المسلمين هو الرأي الأكثر اتفاقا مع الأحاديث المروية عن النبي ﷺ في عصمة الأمة، لأن أهل الحل والعقد سوف يكونون بحكم كثرتهم وتعددتهم وتنوعهم أكثر تمثيلا للأمة من المجتهدين وحدهم(10).

3 - أن التشريع يحتاج خاصة في مجال الشأن العام إلى أهل الخبرة، من حيث أن كل حكم شرعي يتكون من حكم ومناط أو موضوع ومحمول، وبالتالي ينبغي التفرقة بين الحكم الشرعي ومناط تطبيقه كما أصل لذلك الإمام الشاطبي رحمه الله، فإذا كان وجود المجتهدين ضروري لاستنباط الحكم الشرعي فإن إشراك غيرهم من أصحاب الخبرة أمر ضروري لتحقيق مناط الحكم ومن ثم فإن المجلس التشريعي كما يتشكل من المجتهدين فإنه يتشكل أيضا من غيرهم من أهل الحل والعقد(11).

1- ينظر: محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشرعية، ص: 442.

2- ينظر: فتحي عبد الكرم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ص: 248-249.

3- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 431.

4- أحمد حداد علي حسن عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، ص: 195.

5- علي زكي راتب: مجلس الشورى ونظام ازدواج الهيئة التشريعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، 2006، ص: 10.

6- محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 11-3/2.

7- محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 185/5.

8- علي زكي راتب: مجلس الشورى ونظام ازدواج الهيئة التشريعية، ص: 10.

9- علي زكي راتب: مجلس الشورى ونظام ازدواج الهيئة التشريعية، ص: 19.

10- أحمد حداد علي حسن عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، ص: 195.

11- ينظر: فتحي عبد الكرم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ص: 248-249.

على الرغم من هذا الرأي هو الأكثر اتفاقا مع نصوص الشريعة ومقاصدها وطبيعة الوظائف المسندة لمجلس الشورى لما سيأتي من الأدلة فإن هذا الرأي ترد عليه بعض الملاحظات:

1 - أن مفهوم أهل الحل والعقد هو من جهة مفهوم تاريخي ليس له أصل في التداول القرآني والحديثي ولكنه ظهر في فترة لاحقة مع بداية التصنيف في فقه السياسة الشرعية لتوصيف واقع قائم (1)، وهو واقع محكوم بظروف تاريخية معينة انقلبت فيها الخلافة إلى ملك عضوض فحاء هذا المفهوم لوصف أولئك الذين استبدوا على الخلفاء فكانوا ينصبون من يرضون عنه ويعزلون من لا يرضون عنه، بمعنى أنهم كانوا يقومون بوظيفة سياسية وليست تشريعية وهي وظيفة اختيار الخليفة وعقد البيعة له أو عزله (2)، ثم استعار منهم علماء أصول الفقه هذا المصطلح لتحديد مفهوم الإجماع فصار يدل على وظيفة تشريعية (3). ومن ثم فإن استعمال هذا اللفظ من غير إفراغه من المضامين التاريخية التي اكتسبها نراه غير سديد (4).

2 - أن مفهوم أهل الحل والعقد من جهة ثانية هو مفهوم غير منضبط إن لم يكن غامضا (5)، ويختلط بمصطلحات أخرى كثيرة كأهل الاختيار عند الماوردي (6)، وأهل الشوكة عند ابن تيمية (7)، وأولي الأمر عند رشيد رضا (8)، مما يجعل من العسير تبين معناه بدقة، خاصة وأنهم في الغالب يربطونه بالشورى السياسية المفضية إلى اختيار الخليفة وعقد البيعة له وليس بالشورى التشريعية، أي بالهيئة السياسية التي تختار الخليفة، ويكفي شاهدا على عدم انضباطه أننا لو أخذنا مثلا بتحديد ابن تيمية أو محمد عبده لهذا المفهوم سنجد أنه يستوعب جميع كبار موظفي الدولة بما في ذلك القضاة ورؤساء الجند وولاة الحسبة والشرطة والزعماء والوجهاء ومما لاشك فيه أن تطبيق هذا المفهوم بهذا المعنى الواسع بل الفضفاض على المجلس التشريعي سيفقد تكوين مجلس الشورى كل خصوصية.

فقرة 3 - الترجيح

نرى أن مضمون الرأي الثاني هو الصواب وإن كنا نرى ترك مفهوم أهل الحل والعقد بدلالاته التاريخية غير المنضبطة والاستعاضة عنه بمصطلح أهل الشورى الذي له أصل في نصوص الكتاب والسنة وآثار الخلفاء، ولكن على العموم فإن تكوين مجلس الشورى لا ينبغي أن يقتصر على المجتهدين وإنما يجب يشمل كذلك كل من له صفة تمثيلية

1- يرى أحد الباحثين أن أول من استعمل هذا المصطلح هو الإمام الباقر (ت 406هـ) في التمهيد، ثم استعمله الماوردي (ت 450هـ) في الأحكام السلطانية وكذلك الفراء (ت 458هـ) في كتاب بنفس الاسم وعنهما شاع استعماله في الفقه السياسي. ينظر: إبراهيم بن عبد الله الطريقي: أهل الحل والعقد، صفاتهم ووظائفهم، رابطة العالم الإسلامي، مكة، 1419، ص: 18.

2- ينظر استعمال لفظ أهل الحل والعقد بدلالة سياسية: الماوردي: الأحكام السلطانية، 4/1.

3- ينظر حول استعمال مصطلح أهل الحل والعقد بدلالة تشريعية: الفخر الرازي: المحصول في أصول الفقه، 20/4. حيث يعرف الإجماع بأنه: "اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور" ثم قال: "ونعني بأهل الحل والعقد المجتهدين في الأحكام الشرعية".

4- حول مجمل الفروق بين دلالة أهل الحل والعقد عند علماء الأصول ودلالته عند فقهاء السياسة الشرعية ينظر: إبراهيم بن عبد الله الطريقي: أهل الحل والعقد صفاتهم ووظائفهم، ص: 41-44.

5- ينظر حول مختلف التحديدات لأهل الحل والعقد: إبراهيم بن عبد الله الطريقي: أهل الحل والعقد، صفاتهم ووظائفهم، ص: 27-30.

6- أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، 4/1.

7- ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، 550/1.

8- محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 181/5.

لجماعة المسلمين وفق الشروط التي يحددها دستورهما. ونبني هذا الاختيار على المرجحات التالية:

أولاً - أن مجلس الشورى يجمع بالإضافة إلى اختصاصه بالوظيفة التشريعية ووظيفة الرقابة (الحسبة) السياسية وهذه الوظيفة كما هو معلوم هي تجسيد لمبدأ الأمر بالمعروف والنهي المنكر، وليس هناك في علماء الشريعة من اشترط شرط الاجتهاد للقيام بهذه الوظيفة وإن شرطوا العلم، ومن ثم فإن مجلس الشورى كما يسع المجتهدين فإنه يسع غيرهم على الأقل للمشاركة في وظيفة (الحسبة) الرقابة السياسية، إذا سلمنا جدلاً أنه لاحق لهم في المشاركة في العمل التشريعي وهو غير مسلم كما سيأتي. كما أنه من الجائز أن تسند لمجلس الشورى صلاحية ترشيح الإمام إذا تبنت جماعة المسلمين ذلك في دستورهما، ولا نعرف أحد من أهل العلم قال أنه يجب أن يشترط فيمن يتولاه أن يكون من العلماء المجتهدين. بل على العكس نجد فقيها كقاضي المالكية في عصره وهو ابن خلدون يخرج الفقهاء من أهل الحل والعقد على اعتبار أنهم لا مدخل لهم في الشورى السياسية المفضية لاختيار الخليفة وعقد البيعة له حيث يقول: "الفقهاء لم يكن لهم من الحل والعقد شيء.. إذ أن حقيقة الحل والعقد إنما هي لأهل القدرة عليه، فمن لا قدرة لديه فلا حل له ولا عقد لديه اللهم إلا أخذ الأحكام عنهم وتلقي الفتاوى منهم" (1).

ثانياً - إن صفة المجتهدين التي تحققت في الفقهاء الأعلام الذين كانوا يجمعون بين فقه الشرع وبين فقه الحياة، تكاد تكون بعد عصور الاجتهاد الأولى نادرة، ومن ثم فالتمسك بهذا الشرط في تكوين مجلس الشورى قد يؤدي إلى رفع حكم الشورى أصلاً وهو باطل، فما أدى إليه فهو باطل، ومنه فإنه لتلافي محدودية معرفة الفقهاء المعاصرين التي لا تتعدى اليوم دائرة الحل والحرم (2)، فإنه ينبغي أن يستكمل نقصهم بأهل الخبرة والمعرفة في مختلف المجالات، ومن ثم فلهم المشاركة في العملية التشريعية على أساس أن الحكم الشرعي ينبنى على تحقيق مناطه؛ أي الفعل الذي يتعلق به الحكم. بمعنى أن الحكم على فعل أو تصرف عام بأنه واجب أو حرام يتوقف على الحكم على ذلك الفعل هل هو مصلحة أو مفسدة، إذ ليست كل الأفعال ظاهرة المفسدة أو ظاهرة المصلحة ومن ثم فالحكم عليها موكول إلى أهل الخبرة وكلامهم في تشخيص المصلحة أسبق من كلام الفقهاء في الحلال والحرام ومن ثم وجب أن لا يقتصر مجلس الشورى على المجتهدين وحدهم.

ثالثاً - إن دور مجلس الشورى التشريعي منه ما يتعلق بمجال تفسير النصوص الشرعية المحتملة، بترجيح أحد الوجوه التي قيلت في تفسيرها والإلزام به وهذه تحتاج لتحصيل لنوع من الاجتهاد يسميه الفقهاء بالاجتهاد البياني (3)، أو الإظهار (4)، ومجمل الشروط التي اشترطها الفقهاء في المجتهد من معرفة بالكتاب والسنة ومواضع الإجماع ولغة العرب وأصول الفقه ومقاصد الشريعة إنما تتعلق بهذا النوع من الاجتهاد.

غير أن دور مجلس الشورى يمتد لمجال الفراغ التشريعي، أي استنباط حكم ما لا نص فيه وهذا النوع من الاجتهاد يسميه الفقهاء بالاجتهاد بالرأي (5)، أو الالتماسي (6)، وهو مجال مدار التشريع فيه على رعاية المصلحة

1- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 279/1.

2- ينظر: محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص: 444.

3- ينظر: معروف الدواليبي: المدخل إلى علم أصول الفقه، دار الشروق، الرياض، ط6، 1995، ص: 349.

4- ينظر: عبد الستار فتح الله السعيد: المنهاج القرآني في التشريع، ص: 287-289.

5- ينظر: فنحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، د ط، د ت.

6- ينظر: عبد الستار فتح الله السعيد: المنهاج القرآني في التشريع، ص: 287-289.

سواء كانت معللة أو مرسله ولا تشترط فيه نفس شروط الاجتهاد البياني. كما بينه الإمام الشاطبي بقوله: "أن نوعاً من الاجتهاد لا يفتقر إلى شيء من تلك العلوم أن يعرفه فضلاً عن أن يكون مجتهداً فيه وهو الاجتهاد في تنقيح المناط وإنما يفتقر إلى الاطلاع على مقاصد الشريعة خاصة" (1).

إن هذا القسم كما بين الشاطبي هو نوع من تحقيق المناط ولكنه المناط العام وليس الخاص، ولذلك فهو لا يشترط فيه إلا إدراك سليم للمصلحة ومعرفة صحيحة بمقاصد الشريعة ومما لا شك فيه أن إدراك المصالح قد يكون عند أهل الخبرة والمعرفة في مختلف المجالات أتم منه عند الفقهاء الذين لا خبرة لهم بذلك المجال. ومنه فهذا النوع من التشريع المبني على رعاية المصالح لغير الفقهاء المجتهدين المشاركة فيه بما لهم من خبرة.

رابعاً: أن العمل التشريعي اليوم يخضع لإجراءات كثيرة وكما سيأتي لا يقتصر على مرحلة التصديق والموافقة، بل تسبق ذلك مرحلة الاقتراح ومرحلة المداولة، وهذه المراحل تعتبر جزءاً من العمل التشريعي، و لا نرى أن هناك ما يمنع مشاركة غير المجتهد في اقتراح تشريع بما له من خبرة ومن معايشة لهموم الناس ومشكلاتهم، كما أنه لا ضير في مشاركة غير المجتهد في المداولة بما له من خبرة وكفاية علمية سيما في المجالات التي تحتاج إلى معارف عالية أو خبرات تقنية ليس من اليسير أن يلم بها الفقهاء.

فقرة 4- شروط الترشح لمجلس الشورى

إذا كنا قد انتهينا إلى أن أهل الشورى هم كل من يملك الصفة التمثيلية لجماعة المسلمين في النهوض بوظيفة الشورى بشقيها السياسي والتشريعي، وأنه لا يجب أن يقتصر تكوينه على أهل الاجتهاد الفقهي فحسب فإن السؤال الموالي ما هي الشروط التي تشترط في أعضاء مجلس الشورى؟

إن الإجابة المفصلة عن السؤال تخرجنا عن ما نحن بصدده في هذا البحث ولكن نلاحظ أولاً أن فقهاء السياسة الشرعية لم يتناولوا أبداً شروط أهل الشورى بالمفهوم الجامع الذي بيناه وإنما تناولوا شروط أهل الحل والعقد الذين تناط بهم الشورى السياسية أو الإجماع السياسي في عقد الخلافة، وكذلك فإن علماء أصول الفقه لم يتناولوا شروط أهل الشورى وإنما تناولوا شروط أهل الاجتهاد الذين تناط بهم الشورى التشريعية أو الإجماع التشريعي وهي نفس شروط المجتهدين. ومن ثم " فإن شروط الترشح للعضوية في مجلس الشورى، أو الهيئة النيابية ما زالت غير محررة في الفكر السياسي الإسلامي، وذلك أن الباحثين الذين تحدثوا عن مجلس الشورى، أو أهل الاختيار من القدامى لم يتحدثوا عن المجلس الذي عرف في عهد الرسالة وعهد الخلافة الراشدة وإنما تحدثوا عن المجلس الذي شكله عمر بن الخطاب لاختيار خليفة بعده، لذلك فإن الحديث عن "أهل الشورى" أو "أهل الحل والعقد" أو "أهل الاختيار" لديهم قد اقتصر على من يتولون اختيار الخليفة، وهذا ما نجد عند الماوردي (2)، والفراء (3)، وإمام الحرمين (4)."

لقد حدد الماوردي والفراء والدسوقي ثلاثة شروط للهيئة السياسية التي تولي الخليفة وتعزله وهي: "العدالة

1- الشاطبي: الموافقات، 50/5.

2 . يقول الماوردي: (فإذا ثبت وجود الإمامة ففرضها على الكفاية... إن لم يقدّم بها أحد خرج من الناس فريقان: أحدهما أهل الاختيار... فأما أهل الاختيار فالشروط المعتبرة فيهم ثلاثة.. العدالة.. والعلم.. والرأي والحكمة). الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 04

3 . أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، ص 19.

4 . إمام الحرمين، الجويني: غياث الأمم، ص 49-52.

الجامعة لشروطها، والعلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة، الرأي والحكمة المؤديان إلى معرفة الأصلح للإمامة" (1). وأضاف الجويني وابن خلدون شرطا رابعا وهو الشوكة والعصبية "لأن الشورى والحل والعقد لا تكون إلا لصاحب عصبية يقتدر بها على حل أو عقد، أو فعل أو ترك، أما من لا عصبية له ولا يملك من أمر نفسه شيئا، ولا من حمايتها وإنما هو عيال على غيره فأى مدخل له في الشورى" (2).

أما شروط المجتهدين فقد حددها الغزالي في المستصفى في شرطين "أحدها أن يكون محيطا بمدارك الشرع متمكنا من استشارة الظن بالنظر فيها.. وثانيها أن يكون عدلا محتسبا المعاصي القادحة في العدالة" (3).

ومن ثم فإن أي اجتهاد دستوري معاصر لتحديد شروط أهل الشورى ينبغي أن ينطلق من التحديد الجامع لمفهوم أهل الحل والعقد من جهة وأهل الاجتهاد من جهة وعلى ذلك نرى أن الشروط الواجب توافرها في أعضاء مجلس الشورى

أولا - التكليف: وشروطه الشرعية كما هو معلوم العقل والبلوغ فإن عضوية مجلس الشورى هي ولاية عامة لها خطرهما في تدبير الشؤون العامة لجماعة المسلمين فلا يعقل إسنادها لمن لا ييدي فيها ولا يعيد. كفاقد العقل أو الصبي الذي لم يبلغ على أن شرط البلوغ وإن كان ثابتا بالشرع كشرط للتكليف العام فإن نرى الاقتصار على مجرد البلوغ في الولايات العامة عموما غير سديد ومحل نظر؛ فإن أهلية الولاية العامة هي أهلية خاصة ولا يجب النظر إليها كسائر التكليف، ومن ثم فمن الجائز لجماعة المسلمين أن تشترط في تشريعها الدستوري سنا معينين لعضوية مجلس الشورى وفق ما يقتضيه تحقيق مناط المصلحة وما تستوجبه قواعد السياسة الشرعية.

ثانيا - العدالة: أي أن يكون محتسبا للكبائر غير مصر على الصغائر، فالعدل من يجتنب الذنوب الكبائر ويتحفظ من الصغائر ويحافظ على مروءته. وقد نص على هذا الشرط الماوردي (4)، وأبو يعلى الفراء (5)، والجويني (6)، وابن عرفة الدسوقي (7)، وقال ابن خلدون: "ولا خلاف في انتفاء العدالة بفسق الجوارح من ارتكاب المحظورات وأمثالها وفي انتفائها بالبدع الاعتقادية خلاف" (8).

ثالثا - العلم: يشترط في عضو مجلس الشورى الكفاية العلمية كشرط أساسي ويبقى الاجتهاد كشرط أفضلية ومن المعلوم أن الشورى السياسية المفضية إلى عقد الخلافة لا يشترط فيها بلوغ رتبة الاجتهاد وإنما يشترط فيها العلم فحسب كما بين ذلك الماوردي (9)، وأبو يعلى الفراء (1)، والجويني (2)، وابن عرفة الدسوقي (3)، وكذلك وظيفة

1- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 04. وينظر أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 19. وينظر ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، 298/4..

2- ابن خلدون: المقدمة، 279/1، وينظر: الجويني: غياث الأمم، ص: 55-57.

3- أبو حامد الغزالي: المستصفى، 05/4. وقد فصلت الكتب اللاحقة هذه الشروط ولكن لا يعيننا هنا تفصيل هذه الشروط لعدم الحاجة لهذا التحديد العام نراه وافيا بالغرض.

4- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 04.

5- وينظر أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 19.

6- ينظر: الجويني: غياث الأمم، ص: 52.

7- ينظر ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 298/4.

8- ابن خلدون: المقدمة، 241/1.

9- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 04.

وظيفة الرقابة السياسية؛ أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر لا يشترط فيها بلوغ رتبة الاجتهاد وإنما يكفي فيها التحقق بشرط الكفاية العلمية، بينما الشورى التشريعية التي غايتها استنباط الأحكام لابد فيها من بلوغ رتبة الاجتهاد .

رابعا - المواطنة: قلة من الباحثين من عرض لموضوع المواطنة في تولى الولايات العامة ومنها عضوية مجلس الشورى؛ ويرجع عزوف الباحثين عن ذلك لعدم تكلم فقهاء الشريعة في الموضوع خاصة بعد تبدل مفهوم الدولة وأساس المواطنة فيها، فقد كان أساس المواطنة في دولة الخلافة هي العقيدة وكانت عقيدة المسلم هي جنسيته، فالمسلم يتمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية في أي مكان من دار الإسلام.

أما اليوم فإنه مع صعود النزعة القومية، وظهور الدولة الحديثة، و تجزؤ دار الإسلام، قد فرض معيارا آخر للمواطنة، فالجنسية في الفقه القانوني المعاصر رابطة سياسية قانونية بين الفرد والدولة، فمن حصل على الجنسية فهو مواطن، ومن لم يحصل على الجنسية فإنه يعتبر أجنبيا حتى ولو أقام على أرضها. كما أنه لم تعد دار الإسلام دولة واحدة بل صارت دولا عديدة، فضلا عن أن فئات عظيمة من المسلمين لا تقيم اليوم في دار الإسلام بل تقيم في دار الكفر وتحمل جنسيتها السياسية. فهل يحق للمسلم الترشح لأي ولاية من الولايات العامة بما في ذلك عضوية مجلس الشورى في أي دولة من دول الإسلام استنادا إلى جنسيته العقيدية. أم لا يحق له الترشح لعضوية مجلس الشورى وسائر الولايات العامة إلا في البلد الذي يحمل اليوم جنسيته السياسية؟.

يذهب بعض الباحثين أن للمسلم أن يترشح للولايات العامة في أي دولة من دول الإسلام استنادا إلى الأصل الشرعي المسلم به وهو أن دار الإسلام واحدة. فبما أن الأصل أن دار الإسلام كلها دار واحدة تخضع لولاية عامة واحدة حتى ولو تعددت فيها الإمارات، ومن ثم فالمسلم جنسيته عقيدته ووطنه دار الإسلام كلها، سواء أقام في هذه البلاد أو تلك أو هذه المنطقة أو تلك، ومن ثم فإنه يكتفى في الترشح لجميع الولايات العامة بما فيها عضوية مجلس الشورى بجنسيته العقيدية. ولو أن مفكر معاصرا وهو أبو الأعلى المودودي يشترط أن يكون المسلم مقيما في دار الإسلام لصحة عضويته لأهل الحل والعقد(4).

غير أنه لما كان واقع السياسي اليوم لدار الإسلام لا يتفق مع هذا الأصل حيث تعددت دول الإسلام تعددا سياسيا ومذهبيا، وصارت لكل دولة من دول الإسلام جنسية سياسية تميزها عن غيرها فإنه لغاية تصحيح هذا الوضع يبقى وضعا استثنائيا تحكمه تشريعات الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ومن ثم فاشتراط المواطنة يصبح شرطا مشروعا على سبيل الاستثناء. ويرى الدكتور محمود بوترة " أن هذا الشرط تدل عليه سابقة اختيار النقباء الإثني عشر في العقبة الثانية، وذلك لكون الرسول ﷺ لم يطلب من الثريين اختيار النقباء إلا بعد إتمام إجراءات البيعة (5). وعند تأملنا بنود البيعة نجد أنها تتضمن عدة أمور وهي:

- أن يلتزموا بحماية الرسالة الإسلامية بكل ما أوتوا من قوة، ولو بمحاربة كل الأجناس البشرية وهذا ما تدل

1- وينظر أبو يعلى الفراء : الأحكام السلطانية، ص:19.

2- ينظر: الجويني: غياث الأمم، ص: 50-51.

3- ينظر ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/298

4- ابن هشام: السيرة النبوية، 2/291 - 295.

5- سبق تناول مختلف الآراء حول أساس المواطنة في المطلب الأول من هذا المبحث

عليه موافقتهم على: (حرب الأحمر والأسود من الناس).

- أن يقبلوا ما يلحق بهم من نتائج سلبية في سبيل هذه الحماية، وهذا يدل عليه قول الرسول ﷺ لمبايعيه
اليثريين: (أبايعكم على أن تمنعوني مما تمنعون منه نساءكم وأبنائكم) ، وقولهم: (فإننا نأخذة على مصيبة الأموال وقتل
الأشراف) (1)، .. وبعد التزامهم بهذين الأمرين ومبايعتهم الرسول ﷺ عليهما تمت البيعة، ثم تلت البيعة إجراءات
اختيار النقباء. وهذه الوقائع تدل على أنه لا يقبل نقيبا - أو نائبا. للمسلمين إلا إذا التزم بهذه الأمور. وهي ما يعبر
عنها بالانتماء السياسي إلى الدولة" (2).

البند الثالث: تكوين مجلس الشورى من الناحية النظامية

فقرة 1- نظام المجلس الواحد أو نظام المجلسين

إذا كنا قد خلصنا إلى أن التكوين العضوي لمجلس الشورى لا يقتصر على المجتهدين فحسب وإنما يشمل أيضا
كل من كانت له صفة تمثيلية لجماعة المسلمين فكيف يتم تنظيم عمل مجلس الشورى بمعنى هل يكون مكون غرفة
واحدة تضم جميع من فوضت إليه جماعة المسلمين النيابة عنها في تدبير الشأن العام سواء كانوا من أهل الاجتهاد أم
لا كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء المعاصرين (3)؟ أم الأفضل أن يكون مجلس الشورى مكون من غرفتين غرفة عليا
مكونة من أهل الاجتهاد والخبرة والكفاية العلمية؟ وغرفة سفلى مكونة من أهل الحل والعقد بتعبير القدماء كما مال
إلى ذلك بعض الباحثين (4)؟

من الواضح تماما أنه ليس في هذه المسألة نص من الشرع إذ لا نجد في الشرع ما يمنع أن يكون مجلس
الشورى مكون من غرفة واحدة بالاصطلاح السياسي المعاصر، كما لا نجد في الشرع ما يمنع أن يكون مجلس الشورى
مكون من غرفتين، ، وفي الممارسة السياسية عبر التاريخ الإسلامي وجد من الحكام من اتخذ له أكثر من مجلس،
فالمسألة تدخل في مجال السياسة الشرعية والتقدير السليم لما تقتضيه المصلحة العامة لجماعة المسلمين من وجود مجلس
شورى بغرفة واحدة أو بغرفتين.

فالمفاضلة بين هذين النظامين مجال من مجالات السياسة والتصرف السياسي والنظر المصلحي، ولذلك فهو
يخضع لاعتبارات سياسية و مصلحة كثيرة، ويحتاج تحديد النظام المناسب لكل دولة الأخذ بعين الاعتبار هذه
الاعتبارات في الجملة، فكما أن الأخذ بأي نظام اعتباطا ليس سديدا، فكذلك فإن الفصل فيه مطلقا واعتبار نظام
معين هو الصالح لكل الدول ولكل العصور ليس سديدا أيضا، وقد رأى الدكتور توفيق الشاوي رحمه الله أن النظام
الإسلامي يقوم على نظام المجلسين، مجلس أعلى (الاجتهاد) ومجلس أدنى (الحل والعقد) (5)، وما ذهب إليه لا
اعتراض لنا عليه، فمن حقه أن يرى ما يراه محققا لمصلحة جماعة المسلمين، غير أننا نحسب أنه رحمه الله جازف وتنطع

1- ابن هشام. السيرة النبوية. م. س. ج 2 ص 295.

2- محمود بوترعة: إشكالية الحكم في الفكر الإسلامي، ص: 174.

3- وهو الرأي الذي يكتفي بوجود لجنة فقهاء داخل المجلس التشريعي تعرض عليها القوانين لترى مدى شرعيتها، كما هو الحال عند الدكتور يوسف
القرضاوي: الحلول المستوردة وكيف جنت على أمتنا، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1971، ص: 77. وينظر: القطب محمد قطب طبلية: الإسلام وحقوق
الإنسان، دار النهضة، القاهرة، 1976، ص: 636.

4- ينظر: عبد العزيز عزت الخياط، النظام السياسي في الإسلام، ص: 237، 242. وينظر: توفيق الشاوي: فقه الشورى والاستشارة، ص: 788-794.

5- ينظر: توفيق الشاوي: فقه الشورى والاستشارة، ص: 788-794.

حينما أدعى وجوب ذلك، بل الذي نفهمه أن تنظيم الشورى هو في حد ذاته مجال من مجالات الشورى، وأن الفصل في الصيغة التنظيمية لممارسة الشورى إنما يحتاج إلى ما يسميه فقهاء الشريعة تحقيق المناط لتحديد أوفق نظام يحقق المصلحة العامة، بالنظر إلى واقع سياسي واجتماعي محدد، فقد أخذت دول بنظام المجلس الواحد ثم عدلت عنه إلى نظام المجلسين ثم عادت إليه مرة أخرى، بينما أخذت دول بنظام المجلس الواحد ثم تركته إلى نظام المجلسين.

وينبغي أن لا يفوتنا هنا أن نسجل أن دولة عربية كمصر أنشأت مجلساً للشورى كغرفة ثانية، ولكنه لم يكن له من حقيقة الولاية سواء في المجال السياسي أو التشريعي شيء. ونحن نرى أنه إذا كان وجود الغرفة الثانية من غير فائدة حقيقية بالنسبة للأمة فمن الأفضل أن يكون المجلس من غرفة واحدة بدل تبديد المال العام على مجلس ليست له وظيفة حقيقية حتى ولو كان يسمى مجلس الشورى.

فقرة 2- كيفية تكوين مجلس الشورى

مما لا شك فيه أن عضوية مجلس الشورى هي ولاية من أهم الولايات العامة في الدولة، وهي ولاية تفترض إلى أن يثبت العكس أن أهل الشورى تمثل إرادتهم تعبيراً عن إرادة جماعة المسلمين، ومن هنا يطرح السؤال كيف يكتسب أهل الشورى الصفة التمثيلية لجماعة المسلمين؟

من الواضح أنه لا يوجد في نصوص الشريعة نص دستوري خاص في المسألة يبين كيفية تولية أهل الشورى، مما يعني أن هذا الأمر في حد ذاته مفوض لشورى جماعة المسلمين وفق ما تراه محققاً للمصلحة العامة وما تنص عليه في تشريعها الدستوري، وقبل تحقيق مناط المصلحة في طرق التولية والعزل نسوق آراء الفقهاء المعاصرين في كيفية تولية أهل الشورى ونجملها في أربعة آراء:

أولاً - الرأي الأول: الاختيار الطبيعي

أن أهل الشورى يتم تحديدهم من خلال صفاتهم، فمن توافرت فيه الصفات والشروط المطلوبة كان تلقائياً من أهل الشورى، يتحمل مسؤولياته ويقوم بها من غير تكليف من أي جهة كانت. وإلى مثل هذا الرأي ذهب محمد ظافر القاسمي (1). وعبد الله بن إبراهيم الطريقي (2) ويعبر الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد، عن هذا الرأي بقوله "فوضع الأحكام في مجال الشريعة ليس موكولاً إلى جماعة تتكون عن طريق الاقتراع الشعبي، أو عن طريق اختيار السلطة التنفيذية لرجالها، وإنما هو موكول لجماعة تتكون عن طريق الانتخاب الذاتي" (3)، ويسمي الدكتور عبد الحميد إسماعيل الأنصاري هذا الأسلوب "بالتدرج الاجتماعي" و "القانون الفطري" أو "الاختيار الطبيعي" بمعنى أن بعض الأفراد يتدرجون صعوداً حسب الصفات التأهيلية حتى يصلوا إلى مراكز القرار (4).

1- مستندات هذا الرأي: ويستند أصحاب هذا الرأي إلى جملة من الأسانيد الشرعية منها:

- أن الفقهاء اشترطوا بلوغ رتبة الاجتهاد لممارسة الشورى في المجال التشريعي، وبلوغ رتبة الاجتهاد فضل من الله وتوفيق منه مرتبط بمؤهلات علمية وخلقية عالية، ومن ثم لا يستقيم أن يفوض أمر تعيين المجتهدين وهم صفوة

1- ينظر: ظافر القاسمي: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ، ص: 236.

2- عبد الله بن إبراهيم: أهل الحل والعقد صفاتهم ووظائفهم، رابطة العالم الإسلامي بمكة، 1419هـ، ص: 96-97.

3- محمد عبد الحميد أبو زيد: سلطة الحاكم في استنباط التشريع شرعاً ووضعاً، دار النهضة العربية، 2001، ص: 73.

4- عبد الحميد الأنصاري: الشورى بين التأثير والتأثر، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1982، ص: 70.

القوم إلى عامة الناس.

- إذا كانت أسباب التدرج في المجتمعات غير الإسلامية تنطلق من منطلقات مادية بحتة فإن ذلك يختلف عنه في المجتمع المسلم، فأسباب الصعود والتدرج تبدأ بالتقوى والخلق والعلم ثم راحة العقل وسداد الرأي، ثم الخبرة و الشوكة.

- شهادة الواقع التاريخي في القرون المفضلة: " فقد كان التركيب السياسي والاجتماعي، يبرز أهل الحل والعقد في يسر فقد كان رؤساء الأسر ووجهاء القوم معروفين بأعيانهم في المجتمع المحدود لكل حاضرة كبيرة في الأقطار الإسلامية" (1).

2- مناقشة: على الرغم من أن الاختيار الطبيعي ظاهرة اجتماعية عرفتها الإنسانية في قديمها وحديثها فإننا نرى أن جعل ذلك قاعدة دستورية ليس له ما يسنده من الناحية الشرعية وبيان ذلك.

- أن القول بأن شهادة الواقع التاريخي تبين أن رؤساء الأسر ووجهاء القوم كانوا معروفين بأعيانهم، لا حجة فيه على وجوب ترك تحديد أهل الشورى للاصطفاء الطبيعي، والدليل على ذلك أنه يعبر عن قراءة انتقائية وناقصة للتاريخ الإسلامي، فبروز الأعيان والوجهاء لا يعني بالضرورة أنهم جميعا يستحقون شرعا أن يكونوا من أهل الشورى، كما أن قراءة متأنية للتاريخ الإسلامي تبين بوضوح أن أغلب العلماء الذين ذاع صيتهم واجمع الناس على محبتهم كانوا خارج المجال السياسي فلم يكونوا من أهل الشورى ولا من أهل الحل والعقد كما بين ذلك ابن خلدون وهو يتحدث عن فقهاء عصره.

- إن القول بأن أسباب التدرج في المجتمع الإسلامي، هي العلم والتقوى بينما في المجتمعات غير الإسلامية هي أسباب مادية ومن ثم ينبغي ترك تحديد أهل الشورى للاصطفاء الطبيعي، قول يعبر عن نظرة غارقة في المثالية، فافتراض أن المجتمع الإسلامي ينبغي أن يكون أساس التدرج فيه العلم والتقوى شيء، أما اعتبار ذلك هو الواقع فشيء آخر، فإن المجتمع الإسلامي كغيره من المجتمعات يقوى ويضعف وينتظم حاله ويختل، ويتقدم ويتخلف حضاريا، وعلى ذلك فإذا صح أن معايير الاصطفاء والتدرج في المجتمع الإسلامي في خير القرون هي العلم والتقوى، فإن ذلك لا يصدق على المجتمع الإسلامي في عصور لاحقة حينما غلبت عليه أمراضه الحضارية والسياسية وصارت معايير الاصطفاء الطبيعي ليست إلا القدرة على الاستئثار بالأمر والاستبداد به وتسليم الناس بزعامته رغبا أو رهبا.

- أما القول بأن أهل الشورى يشترط فيهم أن يكونوا مجتهدين ولا ينبغي أن يترك تعيين المجتهدين وهم صفوة الناس لعامة الناس، فالجواب أنه قد سبق تفصيل مدى إلزامية هذا الشرط أعلاه بما يعني عن إعادته هنا، ولكن حتى في حالة افتراض صحة لزوم هذا الشرط فإن تفويض جمهور الأمة اختيار أهل الشورى من بين المجتهدين ليس فيه انتقاصا من قدر المجتهدين ولا يعني ذلك أبدا أن هذا حكم منهم بأن هذا مجتهد وذاك ليس بمجتهد. بل كل ما يعنيه أن هذا أصلح من ذاك لتولي ولاية الشورى، فهو اختيار بين الصالح والأصلح، ويشهد لذلك أن جمهور الأمة أيضا يولي الإمام من بين المجتهدين وليس في ذلك انتقاصا له أو لهم.

- وأخيرا فإن المصلحة العامة تقتضي أن يكون أمر جماعة المسلمين منتظما، وترك أمر أهل الشورى

1- عبد الله بن إبراهيم: أهل الحل والعقد صفاتهم ووظائفهم، ص: 96-97.

للاصطفاء الطبيعي، وجعل ذلك قاعدة دستورية يفضي إلى اختلال المجتمع المسلم حيث يصبح الظهور والبروز والوجاهة بكل الوسائل المتاحة غرض كل من استبد به هواه، ممن يعني في النهاية الاحتكام لقانون الغالب والمغلوب، والسلطة بطبيعتها لمن غلب. ومن ثم فإننا نرى أنه من غير الجائز شرعا القول أن تعيين أهل الشورى يترك للاصطفاء الطبيعي، فلو كان هذا الطريق طريقا شرعيا من طرق التولية لكان طريقا لتعيين الإمام أيضا.

ثانيا - الرأي الثاني: التعيين من طرف الإمام

يرى أصحاب هذا الرأي أن أعضاء مجلس الشورى يجب تعيينهم من قبل الإمام أو رئيس الدولة بصفته أعرف الناس بهم واستفاضة الأخبار عن فضلهم وتقدمهم على من سواهم(1).

1- مستندات هذا الرأي: ويستند هذا الرأي إلى جملة من الأسانيد منها:

- أن تعيين الإمام لأهل الشورى يجعلهم محددین بأعيانهم كما يجعلهم محددین من الناحية العددية فلا يبقى ثمة مجال لغموض بشأنهم(2).

- السابقة التي سنّها الخليفة عمر بن الخطاب ؓ عندما عين ستة من صحابة رسول الله ﷺ وهم علي بن أبي طالب، وعبد الرحمن بن عوف، وعثمان بن عفان، والزبير بن العوام، وسعد بن أبي وقاص وطلحة بن عبيد الله، وسماههم أهل الشورى وجعل إليهم اختيار خليفة المسلمين(3).

2- مناقشة: رغم ما في هذا الرأي من ميزة ضبط أهل الشورى بأعيانهم وأعدادهم فإنه يرد عليه جملة من الملاحظات:

- إن جعل الإمام أو رئيس الدولة هو صاحب الصلاحية الكاملة في تعيين أعضاء مجلس الشورى في الدولة الإسلامية، يؤدي إلى تركيز للسلطات في يده فإنه إن نصح للأمة فقد يختار لها العدول من أهل العلم، وإن لم ينصح لها فقد يختار لها منهم على شاكلته.

- كما أن الرأي الذي يجعل الإمام هو وحده الذي يعين أهل الشورى، يعني بطبيعة الحال أنه هو أيضا الذي يعزلهم، وهو ما يجعل أهل الشورى في مركز التبعية الكاملة لمركز الإمام في النظام السياسي الإسلامي، وفي ذلك من المفسدة ما لا يخفى حيث أن أعضاء الشورى لن تكون لهم الاستقلالية المطلوبة لممارسة الشورى السياسية أو التشريعية بما يمليه عليه دينهم واجتهاده، كما لن تكون له الاستقلالية للممارسة وظيفية الحسبة (الرقابة) السياسية، وإذا كانت بعض النظم المعاصرة تجعل لرئيس الدولة حق حل البرلمان فإنها لا تجعل له حق تعيين أعضاء البرلمان مما يبقى له استقلالته، فلا يكون في مركز التبعية الكاملة للرئيس، بل إن عضو البرلمان الذي خرج من النافذة يمكنه العودة من الباب.

ثالثا - الرأي الثالث: الانتخاب من جماعة المسلمين

يرى أصحاب هذا الرأي أن يتم اختيار أعضاء مجلس الشورى عن طريق الانتخاب من قبل جمهور الأمة كما هو الحال في النظم السياسية المعاصرة، بل يراه بعضهم هو الأسلوب والمنهج الأمثل الذي لا مناص منه لتحديد أهل

1- أورد هذا الرأي الدكتور عبد الله بن إبراهيم الطريقي، ولم ينسبه لأحد. ينظر: أهل الحل والعقد، ص: 86.

2- ينظر: عبد الله بن إبراهيم الطريقي: أهل الحل والعقد، ص: 91.

3- ينظر: عبد الله بن إبراهيم الطريقي: أهل الحل والعقد، ص: 91.

الشورى، على اعتبار أن كل الطرق الأخرى طرق منقوصة الشرعية، ومن ذهب إلى هذا الرأي من المعاصرين محمد عبده، ورشيد رضا(1)، وعبد الكريم زيدان(2)، وعبد الحميد إسماعيل الأنصاري(3)، ومحمد أسد(4)، وأبو الأعلى المودودي(5)، والدكتور منير حميد البياتي(6)، ويعبر عن هذا الرأي بقوله: "كيف ينال أعضاء مجلس الشورى مكانهم في المجلس؟ جواب ذلك أن الأمة هي التي تختارهم عن طريق الانتخاب الذي يجد سنده في الكتاب والسنة فأما القرآن فقوله ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (7)، وقوله ﷺ: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ (8). (9).

1- مستندات هذا الرأي: ويستند أصحاب هذا الرأي إلى جملة من الأسانيد الشرعية منها:

- من الكتاب قوله ﷺ: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ الشورى/ 38 ، وانتخاب أهل الشورى من أهم الأمور التي يجب أن تخضع للشورى، والشورى فيها تكون بالرجوع إلى جمهور جماعة المسلمين فيمن يكونون ممثلين عنها، والوسيلة لمعرفة رأي جمهور الأمة ليس إلا الانتخاب، فوجب المصير إليه(10).

- من السنة قوله ﷺ لأهل بيعة العقبة الثانية: (أَخْرِجُوا إِلَيَّ مِنْكُمْ اثْنِي عَشَرَ نَقِيبًا يَكُونُونَ عَلَيَّ قَوْمَهُمْ" فَأَخْرِجُوا مِنْهُمْ اثْنِي عَشَرَ نَقِيبًا نُهُمْ تِسْعَةٌ مِنَ الْخَزَرَجِ وَثَلَاثَةٌ مِنَ الْأَوْسِ) (11). أي ليمثلوا قومهم وبذلك جعل إليهم اختيار ممثلهم يعني انتخابهم(12).

- من القواعد أن الأمة هي صاحبة السلطة، ومن حق صاحب السلطة شرعا أن ينيب غيره في ممارسة سلطته، والوسيلة التي تمكن الأمة من إنابة بعض أفرادها في ممارسة سلطتها هي الاختيار أو الانتخاب(13).

2- اعتراضات وجوابها: رغم أن هذا الرأي يمثل نظرا شرعيا سديدا له أدلته وأسانيد الشرعية المحترمة عكس الرأي الأول وهو أكثر تحقيقا لمقصد شرعية السلطة من الرأي الثاني ومع ذلك فإن البعض لا يزال يعترض عليه وتمثل أبرز الاعتراضات في :

- أنه يطابق بين النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية الوضعية من حيث طريقة تكوين مجلس الشورى. مما يفوت مقصد مخالفة ملة الكفر الذي يميز ملة الإسلام.

- أن التصويت كآلية للتعبير عن الإرادة السياسية لم يعرفه المسلمون من قبل وإنما عرفوا البيعة.

1- ينظر محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 37/4-38، 47.

2- ينظر: عبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، ص: 210.

3- ينظر: عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: الشورى بين التأثير والتأثر، ص: 69-70.

4- محمد أسد: منهاج الإسلام في الحكم، ص: 89.

5- ينظر: أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام السياسية، ص: 54.

6- ينظر: منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية. ص: 325-326.

7- آل عمران/ 159.

8- الشورى/ 38.

9- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية. ص: 325.

10- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية. ص: 325.

11- مسند أحمد/ حديث كعب بن مالك الأنصاري/ رقم: 15798. 93/25.

12- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 325-326.

13- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 326.

- أن تكوين مجلس الشورى عن طريق الانتخاب يقتضي ترشحا للولاية وهو محظور لما فيه من تزكية النفس والحرص على الولاية وطلبها(1).

ونحن نرى أن هذه الاعتراضات لا تصمد أمام النقض:

- فالقول أن تكوين مجلس الشورى عن طريق الانتخاب إن هو إتباع للنظم الوضعية ومجاراتها، هو قول غير صحيح فإن أصحاب هذا الرأي قدموا من الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والقواعد الشرعية على صحة رأيهم ما لم يقدمه أصحاب الرأي الأول والثاني، فهو رأي مؤسس شرعا، ومن ثم نرى أنه لا يجب أن يعترض عليه المعترض بمجرد أنه يوافق القواعد الدستورية المتبعة في النظم الوضعية في إسناد السلطة، فكما أن أصل اختيار الأمة للإمام أصل ثابت ولا يجوز أن يترك هذا الأصل مجرد أن النظم الوضعية يتم فيها إسناد الرئاسة العامة عن طريق اختيار الشعب، وكذلك لا يجب ترك إسناد عضوية مجلس الشورى عن طريق الاختيار من جمهور الأمة بمجرد أن ذلك موافق لما عند النظم الوضعية، فإننا لو أفرطنا في تحكيم مقصد التميز ومخالفة أهل الجحيم لأبطلنا كثير من الأصول الشرعية مجرد موافقة العمل بها من الأمم الأخرى. فضلا عن ذلك فإنه مشابهة النظم الوضعية في إسناد الولاية عن طريق الانتخاب مشابهة شكلية للمخالفة الحقيقية حاصلة من خلال القيم التي تحكم الممارسة السياسية في الإسلام سواء في الترشيح أو الدعاية أو التصويت والتي تختلف عن القيم التي تنهض عليها الممارسة السياسية في الغرب من طلب للسلطة وحرص عليها نفاق وتضليل وشراء الأصوات.

__ أما الاعتراض بأن التصويت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة العامة و كآلية إسناد للسلطة لم يعرفه السلف وإنما عرفوا البيعة، فجوابه إن أصل أو مبدأ الاختيار الأمة لمن ينوب عنها هو واحد قديما وحديثا ولا يختلف إلا في آلية التعبير عن إرادة الأمة حيث اهتدى الفقه الحديث إلى أداة التصويت، والذي هو تجسيد في الأصل ومبدأ واحد وهو حق الأمة في اختيار من ينوب عنها سواء في إسناد الولاية العظمى أو في إسناد ولاية الشورى. ومن ثم فإن التصويت كطريقة للتعبير عن الإرادة السياسية للأمة لا يناقض البيعة فهو ليس إلا وسيلة من وسائل التعبير عنها ولا تحريم لوسيلة من الوسائل إلا بنص(2).

__ أما الاعتراض بأن انتخاب أهل الشورى يقوم على الترشح وهو غير جائز شرعا: أن هذه المسألة فقد فصل فيها العلماء وبيّنوا الحالات التي يجوز فيها للمرء الترشح من غير إثم، وقد رشح يوسف نفسه للولاية لما علم أنه ليس هناك من ينهض بها غيره فقال: ﴿ أَجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ ۗ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمُ ۗ ﴾ (3)، فضلا عن ذلك فقد لا يرشح الإنسان نفسه ويرشحه غيره ممن يراه أهلا للولاية وهو أمر غير ممنوع شرعا.

رابعا - الرأي الرابع: الجمع بين التعيين والانتخاب

بحيث تحصر الكفاءات المؤهلة لعضوية مجلس الشورى من قبل الإمام، فيعين الإمام بعضهم وتنتخب الأمة

1- ينظر: عبد الله بن إبراهيم الطريقي: أهل الحل والعقد، ص: 92-93. ومن أبرز المعارضين لنظام الانتخابات الأستاذ محمد قطب، ينظر: محمد قطب: واقعنا المعاصر، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1997، ص: 440-443

2- التصويت ليس إلا أداة فنية للتعبير عن إرادة الأمة وهو اليوم يتم بالورق ومن يدرى قد يأتي اليوم الذي يصبح فيه التصويت إلكترونيا.

3- يوسف/ 55.

بعضهم الآخر(1).

مناقشة

من الواضح إن هذا الرأي هو حصيلة الجمع بين الرأيين الثاني والثالث وهو رأي تتبناه أيضا كثير من النظم السياسية اليوم التي تأخذ بنظام المجلسين، فتكون الغرفة السفلى من اختيار عموم الأمة بينما الغرفة الثانية يتم تعيين نسبة من أعضائها من قبل رئيس الدولة وانتخاب بقية أعضائها انتخابا خاصا، وهو رأي لا نرى ما يمنع منه بالشروط التالية.

- أن يكون الغرض منه استكمال الكفاية العلمية لمجلس الشورى بأهل الاجتهاد وأهل العلم العدول وأهل الخبرة الذين شغلهم الرسوخ في العلم عن التطلع للسلطة العامة.

- أن لا يؤدي الجمع بين الانتخاب والتعيين إلى الحجر والسطو على إرادة المجلس المنتخب من عموم الأمة في أداء وظائفه التشريعية والرقابية.

ومن ثم نخلص أن الأصل في تكوين مجلس الشورى أن يتم من خلال الشورى العامة التي تشترك فيها جماعة المسلمين، على أنه من الجائز استكمال نقصه ورفع كفايته العلمية من خلال التعيين من طرف الإمام في حال اقتضت المصلحة العامة وقواعد السياسة الشرعية الأخذ بنظام المجلسين وأقرت جماعة المسلمين ذلك في دستورها.

1- ينظر: عبد الله بن إبراهيم الطريقي: أهل الحل والعقد، ص: 92-93.

المطلب الثاني: تكوين الحكومة و الإمامة

لما كانت السلطة التنفيذية من السلطات التي تكل إليها النظم السياسية المعاصرة صلاحيات تشريعية لا تقل أهمية عن تلك الموكولة إلى البرلمان (فرع أول)، وكان في المقابل الإمام يمثل ولي الأمر التنفيذي في النظام السياسي الإسلامي (فرع ثان)، ولما كنا سنعرض للاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية سواء في النظم المعاصرة أو في النظام السياسي الإسلامي، كان من الضروري التعرض أولاً لقواعد تكوينيهما قبل التعرض لصلاحياتهما التشريعية وعلى ذلك فقد جاء المطلب في فرعين

الفرع الأول: تكوين السلطة التنفيذية في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الثاني: تكوين الإمامة في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الأول: تكوين السلطة التنفيذية في النظم السياسية المعاصرة

البند الأول: مفهوم السلطة التنفيذية

يعني المفهوم الواسع للسلطة التنفيذية جميع الموظفين الذين تناط بهم مهام التنفيذ في الدولة ابتداء من رئيس الدولة حتى آخر موظف في السلم الإداري(1).

أما اصطلاح السلطة التنفيذية في مفهومه الحصري والضيق فيشمل رئيس الدولة والحكومة التي تضطلع بتنفيذ القوانين في إطار الاختصاص المعقود لها والتي تكون جهازا جماعيا للتنفيذ. وهذا المعنى الأخير هو الذي نشتغل به في هذا البحث(2).

وعلى ذلك فالهيئة التنفيذية هي الهيئة التي يعهد إليها بتنفيذ الدستور والقوانين التي تضعها السلطة التشريعية، بالإضافة إلى دورها في وضع السياسة العامة للدولة، وتختلف الهيئة التنفيذية باختلاف النظم السياسية، فقد تكون فردية أو مزدوجة أو جماعية:

ففي الأنظمة الرئاسية تكون السلطة التنفيذية فردية حيث ينتخب الشعب رئيس الدولة الذي يختار أعضاء حكومته الخاضعين لسلطته المباشرة. وكذلك الحال في الأنظمة الديكتاتورية يستأثر فرد بالسلطة التنفيذية وفي الأنظمة البرلمانية تكون السلطة التنفيذية مزدوجة حيث يمثلها من جهة الملك الذي يملك ولا يحكم أو رئيس غير مسؤول سياسيا، والوزارة من جهة ثانية التي تمارس السلطة الحقيقية وتكون مسؤولة أمام البرلمان مدنيا وجنائيا وسياسيا. وكذلك الحال في الأنظمة شبه الرئاسية حيث يمثل السلطة التنفيذية رئيس الجمهورية إلى جانب رئيس الحكومة ومجلس الوزراء، إلا أن رئيس الجمهورية يشترك مع الحكومة اشتراكا حقيقيا في ممارسة السلطة التنفيذية بحكم الدستور.

في نظام الجمعية تكون الهيئة التنفيذية جماعية ومندمجة في الهيئة التشريعية كما سبقت الإشارة إليه في النظام السويسري. حيث يختار البرلمان مجلسا من سبعة أعضاء يختارون أحدهم رئيسا كل عام(3).

البند الثاني - تكوين السلطة التنفيذية

يختلف تكوين السلطة التنفيذية من نظام سياسي لآخر

فقرة 1- في النظم الرئاسية

تسند رئاسة الدولة في النظام الرئاسي وشبه الرئاسي عن طريق الاقتراع العام ثم يقوم رئيس الدولة باختيار أعضاء حكومته. كما هو الحال في النظام السياسي الأمريكي الذي ينص في المادة الثانية"- تناط السلطة التنفيذية برئيس الولايات المتحدة الأمريكية ويشغل الرئيس منصبه مدة أربع سنوات، ويتم انتخابه مع نائب الرئيس، الذي يختار لنفس المدة "(4). وحدد التعديل الثاني عشر طريقة انتخاب الرئيس مع نائبه بالاقتراع العام(5). وكذلك الحال في

1- ينظر السعيد بوالشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ص: 11.

2- مريد أحمد عبد الرحمن حسن: التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة. ص: 22.

3- ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 209-210.

4- دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة 02، الفقرة 01..

5- دستور الولايات المتحدة الأمريكية، التعديل الثاني عشر.

النظام السياسي الفرنسي حيث تنص المادة 06 من دستور الجمهورية الفرنسية على " ينتخب رئيس الجمهورية لمدة خمس سنوات بالاقتراع العام المباشر " Le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct (1). وقد يكون بالأغلبية المطلقة في دورة واحدة أو دورتين(2). وعلى ذلك سارت الدول التي تبني النظام الرئاسي أو شبه الرئاسي كما في النظام السياسي الجزائري حيث ينص الدستور في المادة 71 على " يُنتخب رئيس الجمهورية، عن طريق الاقتراع العام المباشر والسري. يتم الفوز في الانتخاب بالحصول على الأغلبية المطلقة من أصوات الناخبين المعبر عنها . ويحدد القانون الكيفيات الأخرى للانتخابات الرئاسية "(3).

فقرة 2- في النظم البرلمانية

بينما تسند رئاسة الوزراء في النظام البرلماني عن طريق الانتخاب البرلماني عن طريق الأغلبية البرلمانية، أما رئيس الدولة فيتولى العرش إن كان ملكا عن طريق الوراثة هو الحال في النظام السياسي البريطاني أو الأردني ويتولى الحكم عن طريق الاقتراع العام في الأنظمة الجمهورية التي تأخذ بالنظام شبه البرلماني كما هو الحال في النظام السياسي الفرنسي(الجمهورية الخامسة)

فقرة 3- في نظام الجمعية

يتم إسناد السلطة التنفيذية في نظام الجمعية عن طريق البرلمان فهو الذي يختار أعضاء حكومة الجمعية. كما هو الحال في النظام السياسي السويسري حيث تنص المادة 174 من الدستور على أن " المجلس الاتحادي هو أعلى سلطة قيادية وتنفيذية في الاتحاد"(4). و تنص المادة 175 على كيفية تكوين وانتخاب المجلس الاتحادي " يتكون المجلس الاتحادي من سبعة أعضاء. يتم انتخاب أعضاء المجلس الاتحادي من قِبَل الجمعية الاتحادية بعد كل تجديد شامل لمجلس الشعب. يتم انتخاب أعضاء المجلس الاتحادي لمدة أربع سنوات ويتم اختيارهم من بين المواطنين والمواطنات الذين يحق ترشيحهم لمجلس الشعب"(5). وتكون رئاسة المجلس الاتحادي لمدة سنة غير قابلة للتجديد وهو ما نصت عليه المادة 176 " يرأس الاتحاد رئيس أو رئيسة المجلس الاتحادي، تنتخب الجمعية الاتحادية رئيس المجلس الاتحادي ونائبه من بين أعضاء المجلس الاتحادي لمدة سنة. لا يجوز إعادة الانتخاب لمدة سنة أخرى كما لا يجوز انتخاب رئيس المجلس الاتحادي كنائب رئيس للمجلس للسنة التالية"(6).

البند الثالث- مركز السلطة التنفيذية

تندرج قوة السلطة التنفيذية بحسب طبيعة النظام السياسي ولكن على العموم كقاعدة عامة فإن السلطة التنفيذية تكون قوية ومركزة في الأنظمة الملكية المطلقة والشمولية، وتندرج إلى النظام الرئاسي حيث يهيمن رئيس الدولة على السلطة التنفيذية دون منازع، ثم إلى النظام شبه الرئاسي الذي تشارك فيه الوزارة رئيس الدولة ممارسة السلطة

1- دستور الجمهورية الفرنسية، المادة، المادة 06.

2- ينظر: دستور الجمهورية الفرنسية، المادة، المادة 07.

3- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لسنة 2008، www.joradp.dz. المادة: 71.

4- دستور الاتحاد السويسري لسنة 2002، المادة 174. فقرة 01.

http://www.forumfed.org/pubs/ara/constitution_switzerland.pdf

5- دستور الاتحاد السويسري ، المادة 175.

6- دستور الاتحاد السويسري ، المادة 176.

التنفيذية ثم النظام البرلماني حيث الرئيس (ملكا أو رئيسا منتخبا) لا يمارس أي سلطة تذكر وإنما تعهد دساتير تلك الأنظمة بممارستها إلى الوزارة التي تكون مسؤولة أمام البرلمان، ثم أخير حكومة الجمعية والتي هي مجرد يد للبرلمان(1). ففي النظام الملكي المطلق تكون السلطة مركزة في يد الملك لا يمارسها إلا من يسمح له الملك بذلك، وكذلك الحال في الأنظمة الشمولية حيث تكون السلطة التنفيذية مركزة في يد رئيس الدولة الذي غالبا ما يكون أمينا عاما للحزب الواحد.

وفي النظام الرئاسي تتجمع في يد الرئيس السلطة التنفيذية، والتي تنفصل انفصالا شديدا عن السلطتين التشريعية والقضائية، فلا يحق للسلطة التنفيذية التدخل في العمل التشريعي كما لا يحق لها دعوة البرلمان للانعقاد أو إنهاء دورته، كما لا تملك صلاحية حل البرلمان، وفي نفس الوقت لا يملك البرلمان توجيه أسئلة أو استجابات للحكومة كم لا يملك إقالة الحكومة. كما يمنع الجمع بين الوظيفة النيابية والوظيفة الحكومية على أي عضو في الحكومة أو في البرلمان(2).

وفي النظام شبه الرئاسي يشارك رئيس الحكومة والحكومة رئيس الدولة السلطة التنفيذية حيث يكون رئيس الدولة منتخبا بالاقتراع العام من قبل الشعب، وفي نفس الوقت تكون الحكومة مسؤولة أمام البرلمان ومن ثم يطلق على هذا النظام أيضا شبه البرلماني لاعتماده بعض مبادئ النظام البرلماني، منها أن الحكومة تملك حل البرلمان، كما يملك البرلمان إسقاط الحكومة، ولرئيس الدولة صلاحيات محددة في التشريع(3).

في النظام البرلماني لا يملك الملك أو الرئيس المنتخب سلطة فعلية، ذلك أن كل التصرفات التنفيذية اختصاصها معقود للوزارة ومن ثم فإن الوزارة هي التي تستحوذ على السلطة التنفيذية، والتصرفات التي يباشرها رئيس الدولة لا تكتسب الصفة القانونية إلا بموافقة الوزارة عليها، وعليه فإن الرئيس يقوم في هذا النظام بدور أساسي في حفظ استقرار النظام لترفعه على التنافس السياسي(4). فضلا عن ذلك فإنه يختص في هذا النظام بإصدار القوانين وسلطة إبرام المعاهدات و إعلان الحرب والسلم وحل البرلمان. بينما الوزارة وتتكون من رئيس الوزراء ومن الوزراء والقاعدة أن رئيس الوزراء هو رئيس الحزب الذي يتمتع بالأغلبية البرلمانية وتناط به مهمة توحيد جهود الوزراء ورسم السياسة العامة. أما الوزراء فيشترط أن يكونوا أعضاء في البرلمان. والوزارة كلها مسؤولة أمام البرلمان مسؤولية مدنية وجنائية وسياسة. مسؤولية فردية وتضامنية كما سبق بيانه.

1- السعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ص:11.

2- ينظر: السعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ص:13.

3- ينظر: السعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ص:13.

4- السعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ص:17.

الفرع الثاني: تكوين الإمامة في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول: مفهوم الإمامة وتكييفها

فقرة 1- مفهوم الإمامة

1- في الوضع اللغوي

مفهومها الإمامة في اللغة وفي التداول القرآني مصدر الفعل أم، والإمام كل من يقتدى به سواء كان محققاً أو مبطلاً(1)، ومن استعماله في المحق قوله ﷺ عن إبراهيم: ﴿إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا﴾ (2)، وقوله ﴿وَجَعَلْنَا مِنْهُمْ أَيْمَةً يَهْتَدُونَ بِأَمْرِنَا﴾ (3)، ومن استخدامه في المبطل قوله ﷺ: ﴿فَقَتِلُوا أَيْمَةَ الْكُفْرِ﴾ (4)، وقوله: ﴿وَجَعَلْنَاهُمْ أَيْمَةً يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ﴾ (5). وعلى ذلك يشمل مفهوم الإمامة جميع مراتب الإمامة، بدءاً بالإمامة الصغرى (الصلاة)، وإمامة العلم والفقه، وانتهاءً بالإمامة الكبرى (الحكم)، غير أن لفظ الإمامة إذا أطلق فلا يراد به إلا الإمامة الكبرى أو العظمى كما أوضح ذلك ابن حزم(6).

2- في الاصطلاح الشرعي

والإمامة في الاصطلاح الشرعي عرفت بعبارات كثيرة متقاربة في معناها فقد عرفها الماوردي: "خلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا به"(7)، وعرفها الجويني بأنها: "رياسة عامة، وزعامة تامة، تتعلق بالخاصة والعامة في مهمات الدين والدنيا"(8)، وعرفها البيضاوي بأنها خلافة الرسول في إقامة القوانين الشرعية وحفظ حوزة الملة، على وجه يجب إتباعه على كافة الأمة"(9)، وقرىب منه تعريف الإيجي بأنها "خلافة الرسول في إقامة الدين بحيث يجب إتباعه على كافة الأمة"(10)، وهي عند ابن خلدون: "حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدنيوية الراجعة إليها.. فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به"(11)، و الملاحظ أن هذه التعاريف كلها لا تخرج عن معنى الرئاسة العامة للمسلمين، وإن أغفلت بعضها الإشارة إلى عنصر العموم في الولاية.

فقرة 2- تكييف طبيعة الإمامة

غير أن الإشكال الذي تثيره بعض هذه التعاريف في اعتبار الإمامة خلافة عن الرسول ﷺ يتعلق بتحديد

1-الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص:24، وينظر ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، 28/1، وينظر: الجوهري: تاج اللغة والصباح، 1865/5.

2- البقرة/124.

3- السجدة/24.

4- التوبة/12.

5- القصص/41.

6- علي بن حزم الأندلسي: الفصل في الملل والنحل، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط2، 90/4.

7- أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص:04.

8- إمام الحرمين الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص:15.

9- البيضاوي: حاشية شرح المطالع، ص:228.

10- عضد الدين الإيجي: المواقف بشرحه للسيد الشريف الجرجاني، 345/8.

11- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 239/1.

طبيعة الإمامة هل هي منصب ديني أو منصب سياسي بمعنى هل هي نيابة عن الله ﷺ أو نيابة عن رسول الله ﷺ أم هي نيابة عن جماعة المسلمين.

1- من الواضح أن الإمام باتفاق السواد الأعظم من المسلمين ليس نائبا عن الله ﷻ (1)، ولو كان كذلك لتولى الله ﷻ تعيينه نضا في القرآن الكريم لا يختلف عليه المسلمون، ولما لم يكن في القرآن نضا يستدل به على شخص الإمام، دل ذلك أنه ليس نائبا عن الله ﷻ، كما أن النيابة تكون عن الغائب أو عن العاجز، والله سبحانه وتعالى منزه عن ذلك فهو ﷻ عن ذلك علوا كبيرا لا يمسه عجز ولا تلحقه غيبة حتى يحتاج من ينوب عنه حتى يصح أن يقال إن الإمام نائب عن الله ﷻ. وعلى هذا الأساس فقد منع الجمهور إطلاق لفظ خليفة الله على الإمام ونسبوا قائل ذلك إلى الفجور(2).

2- كما أن الإمام ليس نائبا عن رسول الله ﷺ، ولو كان كذلك لتولى رسول الله بنفسه تعيين من يخلفه وينوب عنه في حياته أو على الأقل وهو في فراش الموت، فقد اهتم الرسول ﷺ لأمر الإمامة الصغرى فعين من ينوب عنه فيها كحق من حقوقه، وسكت عن تعيين من يخلفه في الإمامة الكبرى(3)، وهي أعظم شأنا وخطرا بالنسبة لجماعة المسلمين من إمامة الصلاة، فدل ذلك على أن الإمامة ليست على الحقيقة نيابة عن رسول الله كما يرى البعض(4).

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد هو أنه إذا كانت الإمامة ليست نيابة عن الرسول ﷺ فكيف جاز تعريفها بأنها خلافة عن الرسول، والجواب عن ذلك أن الخلافة في التداول القرآني على نوعين خلافة تتالي وخلافة نيابة، فقول موسى لأخيه هارون ﴿أَخْلَفْنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلَحَ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ﴾ (5). من قبيل النيابة، وقوله ﷻ: ﴿وَأَذْكُرُوا إِذْ جَعَلْنَاكُمْ خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ قَوْمِ نُوحٍ وَزَادَكُمْ فِي الْخَلْقِ بَصُطَةً﴾ (6). وقوله: ﴿فَالْيَوْمَ نُنَجِّيكَ بِبَدَنِكَ لِتَكُونَ لِمَنْ خَلَقَ آيَةً﴾ (7). على قراءة من قرأ خلفك بالفتح، فهي من قبيل التعاقب والتتالي، وليست من النيابة في شيء، وعلى ذلك فتعريف الخلافة بأنها نيابة عن الرسول هي من قبيل التتالي، ويشهد لذلك أن لفظ خليفة رسول الله أطلق على أبي بكر لما كان هو الذي خلفه في منصب الرئاسة العامة مباشرة، أما عمر فقد أطلق عليه خليفة خليفة رسول الله، وليس خليفة رسول الله، دلالة على أن المقصود بالخلافة هنا التعاقب والتوالي وليس النيابة، ثم عدل عنه إلى لقب أمير المؤمنين، وخليفة المسلمين لما استثقل الناس طولها.

3- وإذا لم يكن الإمام نائبا عن الله ﷻ ولا نائبا عن رسول الله ﷺ، فهو بالضرورة نائبا عن جماعة المسلمين،

1- ذهب الشيعة عموما إلى أن الخليفة نائب عن الله تعالى، وتابعهم على ذلك بعض أهل السنة، كالرازي وابن الجوزي والمودودي، ينظر منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 230-231.

2- عبد الحليم بن تيمية: منهاج السنة النبوية، 510/1. وينظر: عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية، ص: 61.

3- الثابت عند جمهور أهل السنة أن إمامة أبي بكر ثبتت بالاختيار، غير أنه قد ذهب بعض أهل السنة إلى ثبوت إمامته بالنص الجلي أو النص الخفي من رسول الله ﷺ، وهي أقوال لم تلق القبول العام عند جمهور أهل السنة، ينظر تفصيل هذه الأقوال في: ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، 486-500.

4- حول ذلك ينظر: صلاح الصاوي: الوجيز في فقه الخلافة، دار الإعلام الدولي، د ت، ص: 06.

5- الأعراف/142.

6- الأعراف/69.

7- يونس/91.

باعتبار أن جماعة المسلمين هي الجهة المعنية باختياره وإسناد السلطة إليه وعزله إذا ما اقتضت الضرورة ذلك، وهي الجهة التي بإمكانها أن تشتترط عليه في عقد ولايته شروطا شرعية جعلية يلتزم بها، فكل ذلك يبين بوضوح أن الإمامة هي في حقيقة الأمر نيابة عن جماعة المسلمين (1). وأن سند استحقاق الإمام التصرف العام عن المسلمين إنما هو النيابة عنهم، لقد سمي الخليفة الأول ﷺ خليفة رسول الله لكونه خلفه مباشرة في الولاية السياسية، ولكن بعد ذلك صار يطلق على الإمام خليفة المسلمين، أو أمير المؤمنين، لأنه يستمد ولايته من جماعة المسلمين ويمارسها نيابة عنهم. وعلى ذلك نخلص إلى أن تعريف الإمامة بأنها خلافة الرسول ليست إلا تشريفا لهذا المنصب وبيانا لخطر شأنه. فالإمامة في حقيقة الأمر رئاسة عامة نيابة عن جماعة المسلمين في إقامة القوانين الشرعية و رعاية مصالحها العامة بما تقتضيه السياسة الشرعية (2).

البند الثاني - طرق تكوين الإمامة

فقرة 1- الأصل الدستوري: الشورى والبيعة العامة

الأصل العام المقرر شرعا عند جميع المسلمين - ما عدا الشيعة - (3) أن الولاية لجماعة المسلمين فهي مصدر جميع السلطات والولايات في الدولة الإسلامية، وأن الإمامة عقد سياسي بين الأمة والإمام، ولما كان الإمام ليس أكثر من نائب أو وكيل عن جماعة المسلمين، فإن مسؤولية اختيار الإمام تقع على عاتق الأمة (4)، وتمارس جماعة المسلمين حقها في اختيار الإمام عن طريق الشورى العامة لجمهور جماعة المسلمين إعمالا للنص الشرعي: ﴿وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ﴾ (5)، وهو نص عام في لفظه يشمل كل أمر من الأمور العامة، فيدخل في ذلك أولا وبصفة قبلية كيفية تنظيم الشورى، من حيث أن الشريعة قد سكنت عن بيان كيفية تنظيم وإدارة الشورى. كما يدخل في ذلك اختيار الإمام الذي هو رأس الفروض الكفائية التي تطالب بها جماعة المسلمين.

لقد مثلت كيفية إدارة وتنظيم الشورى فيما يتعلق بإسناد الرئاسة العامة وطرق تخويل السلطة عموما إحدى المسائل المسكوت عنها في الشريعة، إذ لا نجد نصا صريحا قاطعا في تعيين الطريقة التي يتم بها اختيار الإمام أو رئيس الدولة، فكما اصطدمت الأمة بفراغ سياسي يخص تعيين شخص من يتولى الرئاسة العامة، فإنها اصطدمت بفراغ تشريعي في تحديد طريقة اختياره، وقد أحس المسلمون بهذا الفراغ التشريعي، منذ اللحظة التي قبض فيها رسول الله ﷺ، لذا اختلفت طريقة اختياره، من عهد لآخر، فالرسول ﷺ التحق بالرفيق الأعلى ولم يستخلف أحدا وترك الأمر لجماعة المسلمين، حيث ذهب المحققون من أهل العلم، إلى أن النبي ﷺ لم يعين من يخلفه لا باسمه ولا بوصفه، لا نصا

1- ينظر: موسوعة الإدارة العربية الإسلامية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ط1، 2004، 179/1-183.

2- في ترجيح هذا الرأي ينظر منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 233-239.

3- يرى الشيعة عموما أن الإمامة تثبت بالنص وهي واجبة على الله وليس على الأمة، وتنطلق في ذلك من قياس الإمامة على النبوة، فالإمامة عندهم كالنبوة بلا فرق، فكما أن دفع النبوة كفر، فكذلك فإن دفع الإمامة كفر، لأن الجهل بما على حد واحد. ينظر: الرازي: الأربعين في أصول الدين، 2/ 255 وما بعدها.

4- مع ذلك نجد للأسف نجد الدكتور الفاضل جمال الدين عطية يقول بالحرف في كتابه النظرية العامة للشريعة الإسلامية: "إن الله عز وجل هو مصدر جميع الولايات سواء في ذلك ولي الأمر التنفيذي، أو المجتهدون، أو القضاة" النظرية العامة للشريعة، مطبعة المدينة، ط1، 1988، ص: 12.

5- الشورى/38.

جليا(1)، ولا نضا خفيا(2)، إلا ما كان من إشارات لا يقوم بها يقين أو ظن معتبر شرعا (3)، ومن ثم فقد سارعت جماعة المسلمين بعد التحاقه ﷺ بالرفيق الأعلى إلى إدارة الشورى العامة كما تجلّى ذلك في سقيفة بني ساعدة(4)، التي قادتهم إلى اختيار الصديق ﷺ، وعندما حضرت الوفاة أبا بكر ﷺ عمد إلى طريق العهد والاستخلاف فعهد بالأمر إلى عمر(5)، ورضيه على ذلك المسلمون، ولما حضرت الوفاة عمر بن الخطاب وطلب المسلمون منه أن يستخلف عليهم أجازهم: (إن تركت فقد ترك من هو خير مني - يعنى الرسول ﷺ - وإن استخلفت فقد استخلف من هو خير مني - يعنى أبا بكر -) (6). ثم سلك ﷺ مسلكا خاصا في إسناد الولاية العامة حيث جعل الأمر شورى محدودة بين ستة من كبار الصحابة. وانتهى الأمر باختيار عثمان ﷺ (7).

وبناء على ذلك فقد فهم المسلمون من أول يوم أن إسناد الرئاسة العامة تمثل أحد مجالات التصرف السياسي الشورى المفوضة لجماعة المسلمين بحسب ما تقتضيه المصلحة الشرعية. كما أدرك المسلمون أن طريقة اختيار رئيس الدولة عمل من أعمال السياسة، وقضية مصلحة اجتهادية، يمكن أن تتعدد فيها الاجتهادات، وقد يعترض البعض على القول بالفراغ التشريعي بأن الشورى هي طريقة إسناد الولاية العامة، ورغم ما في هذا الجواب من الصحة فمن الواضح أيضا أنه يغفل تماما أن لفظ الشورى لفظ مجمل، والمجمل يحتاج إلى البيان، وإن كل مسلك من المسالك الثلاثة التي اتبعت في إسناد السلطة العامة، هو في الحقيقة تعبير عن فهم معين لكيفية تنظيم الشورى، فالرسول ﷺ لزم السكوت، والسكوت في حد ذاته تشريع فحواه ترك الأمر لجماعة المسلمين في كيفية إدارة الشورى(8). أما أبو بكر ﷺ فهو عندما اختار طريق العهد كان يعبر عن اجتهاد معين في تنظيم الشورى حيث لم يعهد بالخلافة إلى عمر إلا بعد شورى من المسلمين، وإن عمر ﷺ لما حصر الخلافة في الستة وجعلها شورى بينهم، كان يعبر أيضا عن فهم مغاير لكيفية تنظيم الشورى.

فقرة 2- طرق التداول الشرعية

لقد اجتهد الخلفاء الراشدون في طرق التولية التي يهتمونها ويسعها التصرف بالسياسة الشرعية، لكن هذه الاجتهادات تم ردها في مصنفات الفقه السياسي وكتب السياسة الشرعية السنية إلى طريقتين أو لهما: اختيار أهل الحل

-
- 1- ممن قال بالنص الجلي على أبي بكر، ابن حزم الظاهري: الفصل في الملل والنحل، 108/4. وابن حجر الهيتمي في الصواعق المحرقة، ص: 26. ومن قال بالنص الجلي على علي بن أبي طالب الشيعة عموما والنظام من المعتزلة، ينظر: الرازي: الأربعين في أصول الدين، 2/ 273.
 - 2- ممن قال بالنص الخفي على أبو بكر الإمام الحسن البصري، ينظر ابن أبي العز: شرح العقيدة الطحاوية. ت عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الرسالة، بيروت، ط2، 1990، ص: 698-699. كما أنه رواية عن الإمام أحمد، وبعض المعتزلة والأشعرية، ينظر: أبو يعلى الفراء: المعتمد في أصول الدين، ت وديع زيدان حداد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1974، ص: 410.
 - 3- عبد الخليم بن تيمية: منهاج السنة النبوية، 139/1-141.
 - 4- ينظر: صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب الاستخلاف/ رقم: 7219. 4/ 346. وينظر ابن كثير: البداية والنهاية، 6/ 301.
 - 5- ينظر القصة الكاملة في: ابن سعد: الطبقات الكبرى، 3/ 199-200، وينظرها مختصرة في الطبري: تاريخ الطبري، 3/ 428.
 - 6- صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب الاستخلاف/ رقم: 7218. 4/ 346.
 - 7- حول ذلك ينظر: الطبري: تاريخ الطبري، 4/ 228، وينظر: ابن كثير: البداية والنهاية، 7/ 145، وينظر: صحيح البخاري/ كتاب فضائل الصحابة/ قصة البيعة والاتفاق على عثمان رقم: 3700. 3/ 19-21.
 - 8- حول السكوت ودلالاته التشريعية ينظر: محمد سليم العوا: مقاصد السكوت التشريعي، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، ط1، 2008، ص: 42 وما بعدها

والعقد، وثانيهما العهد أو الاستخلاف(1)، غير أن هذه الاجتهادات ليست نهائية ولا على سبيل الحصر، فإن الفتنة ثم التحول الخطير من نظام الخلافة إلى نظام الملك، لم يعطيا فرصة لنضج وبروز اجتهادات أكثر تنظيماً لطريقة تكوين الرئاسة العامة، بل صار العهد هو الأصل واختيار أهل الحل والعقد هو الاستثناء، وقد عبر الماوردي عن ذلك بقوله "العهد نص لا يستعمل الاختيار إلا مع عدمه"(2).

في ضوء ما سبق يمكن القول أن إسناد الولاية له طريق واحد وهو طريق الانتخاب العام المباشر، أي طريق البيعة الرضائية العامة، على أنه ينبغي التمييز في عملية التولية بين مرحلتين أساسيتين مرحلة الترشيح ومرحلة الإسناد فإن الاختلافات التي نلمسها في طرق إسناد الولاية بالنسبة للخلفاء الراشدين لم تكن تتعلق بمرحلة التولية فكلهم تمت توليتهم عن طريق البيعة العامة الرضائية، كما بين ذلك ابن تيمية(3)، وإنما الاختلاف بينهم يكمن في مرحلة الترشيح.

أولاً - مرحلة الترشيح

إن سبب الاختلاف بين فقهاء الشريعة في تكييف السوابق السياسية في تولية الخلفاء مرده بلا شك إلى عدم التمييز بين مرحلة الترشيح ومرحلة الإسناد، وإن انتبه إلى ذلك بعض الفقهاء في مرحلة متأخرة كما أشرنا، إلا أن أغلب الكتابات الفقهية كانت تنزع إلى الدمج والتداخل بين عمليتي الاختيار والبيعة ويرجع السبب في ذلك إلى أن الغالبية أسندت الاختيار والبيعة لجهة واحدة وهي أهل الحل والعقد(4)، وعلى ضوء هذا التمييز يمكن حصر طرق الترشيح في ثلاثة طرق:

1 - الترشيح الحر التعددي

وفيها يفتح باب الترشيح لكل من استوفى الشروط الدستورية الشرعية المقررة لتولي المنصب ولا تقبل إلا الترشيحات المستوفية لهذه الشروط. ثم تقوم جماعة المسلمين بانتخاب من تراه أفضل المرشحين لشغل المنصب، ونرى أن هذه الطريقة أفضل طريق لما فيها من توسيع لوعاء المرشحين ليسع أكثر من مرشح، ونحسب أن هذه هي الطريقة التي تم بها تولية أبو بكر الصديق في اجتماع السقيفة. وتمت بها كذلك تولية علي بن أبي طالب.

2 - الترشيح الشوري المحدود.

وفيها يفتح باب الترشيح لكل من استوفى الشروط الدستورية للمنصب ثم يقوم مجلس الشورى بانتخاب اثنين أو ثلاثة من بينهم يراهم أصلح المسلمين لتولي الرئاسة العامة، ثم يعرض اختيار مجلس الشورى على جماعة المسلمين، لتختار أحدهم.

وهي أشبه بالطريقة التي ولي بها عثمان بن عفان رضي الله عنه حيث تم أول الأمر ترشيح ستة مرشحين لمنصب الخلافة ثم تم اختيار أفضل مرشحين لتولي الخلافة وهما علي بن أبي طالب وعثمان بن عفان لتتم بعدهابيعة عثمان من طرف جمهور المسلمين بعدما ثبت أن السواد الأعظم معه.

1- ينظر الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 11، وينظر: الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 25.

2- الماوردي الأحكام السلطانية، ص: 21.

3- ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، 526/1- | 535.

4- أماني صالح: الشرعية بين فقه الخلافة وواقعها، 98/1.

3 - الترشيح الشوري الموحد

وهو أشبه بالطريقة التي ولي بها عمر بن الخطاب ؓ حيث أن عمر لم يكن له منافس، وهذه الطريقة هي التي تم تكييفها في وقت لاحق على أنها العهد من الخليفة لمن بعده الذي غالبا ما يكون ولده، غير إن دراسة متأنية لوقائع بيعة عمر تكشف أنها لا علاقة لها بما سمي فيما بعد بالعهد و الاستخلاف فالاختلاف بينهما كبير و من أكثر من وجه:

- فمن جهة نجد أن ترشيح عمر لمنصب الخلافة إنما كان صادرا عن شورى المسلمين فإن أبو بكر ما رشح عمر لتولي الخلافة إلا بعد مشورة لأهل الشورى. ولم يكن استثثارا منه بالأمر من دونهم، كما هو الحال في العصور اللاحقة.

- ومن جهة ثانية أن ترشيح أبي بكر لعمر كان عن نصح للمسلمين في طلب أولاهم بالولاية من بعده، ولم يكن محاباة لولد أو لقرابة أو نسب. كما هو الحال في العصور حينما انقلبت الخلافة إلى ملك يورث.

- ومن جهة ثالثة فإن عهد أبي بكر لعمر كان نفاذه موقوف على رضا عموم المسلمين، ولم يكن عهدا يحمل عليه عموم المسلمين بالسيف وأيمان الطلاق والعتاق(1).

ثانيا - مرحلة الإسناد

ذهب عدد معتبر من الفقهاء إلى أن تولية الإمام تكون من طرف أهل الحل والعقد فبيعة أهل الحل والعقد يتم عقد الخلافة وهي التي تعتبر بيعة الانعقاد، أما البيعة العامة فهي ليست أكثر من بيعة على الطاعة(2) بمعنى أنه إذا اختار أهل الحل والعقد خليفة وابعوه انعقدت له الإمامة ببيعتهم، ولزم كافة الأمة الدخول في بيعته ولم يكن لهم رد ذلك(3).

غير أن هذا الرأي يبقى محل نظر وتحقيق حيث ذهب المحققون من العلماء إلى أن البيعة العامة هي البيعة الحاسمة في تولية الخليفة، وأن بيعة أهل الحل والعقد ليست إلا ترشيحا، حيث يذهب ابن تيمية إلى أنه " بالبيعة العامة تولى الخلفاء الراشدون الخلافة، وليس ببيعة السقيفة، ولا بعهد أبي بكر لعمر، ولا باختيار ابن عوف لعثمان " (4)، وهو تصحيح مهم لموقف شرعي غيب فيه دور الأمة عن حقها في التولية و العقد السياسي و التعبير عن الإرادة السياسية. وهو الرأي الذي يميل إليه أغلب الفقهاء المعاصرين(5). وتأسيسا على ذلك نرى أن طريقة إسناد الولاية

1- حول بيعة الإكراه وولاية العهد في ضوء التنظير الفقهي والممارسة التاريخية ينظر: محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي مقارنة تاريخية، ص: 134-144، 145-160.

2- ينظر في ذلك: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 04، وينظر الفراء: الأحكام السلطانية: ص: 19-20. وينظر: عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، ص: 279-281. واختلف هؤلاء في النصاب العددي لمن تتعقد بهم الإمامة فذهب الأشعري أنها تتعقد بالواحد، وذهب البعض أنها تتعقد بالثلاثة وقيل الأربعة.. وذهب القلنسي أنها تتعقد بجميع علماء بلد الإمام. وذهب الإمام أحمد أنها تتعقد بجمهور أهل الحل والعقد، ينظر: البغدادي: أصول الدين، ص: 279-281.

3- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 07-08.

4- ينظر ابن تيمية: منهاج السنة النبوية، 1/526-535. وينظر: الجويني: غياث الأمم، ص: 46-50.

5- ينظر في ذلك: أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، ص: 45-50، وينظر: محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، 1989، ص: 79-81، وينظر: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 151. وينظر: محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 128. وينظر ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 194-196.

العامة طريقة واحدة وهي الانتخاب العام المباشر فهي الطريقة الشرعية للتعبير عن الإرادة السياسية لجماعة المسلمين، وهي الأصل في ممارسة الشورى، لما فيها من توسيع قاعدة الشورى أو وعاء الشورى إلى عموم المسلمين، فالذين ينهضون بواجب اختيار الإمام هنا ليس فئة محدودة ولكنهم عموم جماعة المسلمين، فهي تجسيد للشورى السياسية العامة.

فقرة 3- طرق التداول الفعلية

يبقى بعد ذلك تحديد الموقف الشرعي من طرق الاستخلاف الناقصة أو الفاقدة للشرعية، ونعني بنقص الشرعية ولاية العهد بصورتها التاريخية المعروفة والتي لم تخضع يوما للضوابط التي قررها الفقهاء لضمان صحة العهد بل غالبا ما يمرر الوالد السلطة إلى ولده في شرعية صورية ورضاء غير حقيقي(1)، تماما كما يحدث في عصرنا عندما يتم تداول السلطة في شرعية صورية عن طريق الانتخابات المرتبة مسبقا، ونعني بفقد الشرعية ولاية المتغلب سواء كان مستجمعا للشرائط أو فاقد لها، وهي أن يستولي على السلطة بالسيف والقهر والغلبة.

أولا - أما الموقف المبدئي من ولاية العهد فإن الفقهاء وإن اعتبروها من الناحية المبدئية طريقا مشروعاً من طرق تداول السلطة متى استوفت الضوابط المقررة فقها(2)، فإنه مع ذلك نجد أن الفقهاء وقفوا من مسألة العهد الوراثي بصورته التاريخية المعروفة موقفا مختلفا، حيث نجد منهم من يصحح ذلك خضوعا لأحكام الضرورة، ومنهم من يبطل ذلك، وهو ما يعني أن تولى السلطة بهذا الطريق حتى على فرض تصحيحه كان يعامل من جانب الفقهاء على أنه سلطة فعلية بالمصطلح السياسي المعاصر، لا تملك من الشرعية إلا أذناها، لأنها شرعية استثنائية تقوم على قواعد الضرورة الشرعية والضرورة تقدر بقدرها(3).

ثانيا - أما الموقف المبدئي من ولاية المتغلب فالفقهاء في حديثهم عن التغلب لا يتكلمون عن طريق شرعي من حيث المبدأ، وإنما يتكلمون عن الموقف منه باعتباره واقعا سياسيا مفروضا بهدف تصحيحه أو الاعتراض عليه، ويمكن أن نلخص الموقف من ولاية المتغلب تبعا لأحد الدارسين المعاصرين في الحالات التالية:

1- حيازة السلطة بالتغلب والقهر في وقت شعور المنصب (موت الإمام)، وهي الحالة التي تعرف عند الفقهاء الأوائل بالدعوة للنفس، فإن كان المتغلب مستجمعا للشرائط فتصحح ولايته رعاية لمقصد انتظام شمل المسلمين، وأما إن كان فاقدًا للشروط، جاهلا فاسقا فالمسألة عند الفقهاء يتنازعها رأيان أحدهما يصحح هذه الولاية للضرورة والثاني يبطلها.

2- حيازة السلطة بالقهر والتغلب على إمام قائم عدل، وهذه الحالة يتناولها الفقهاء في باب البغي، دلالة على عدم جواز الخروج على الإمام العدل، و تأييم الخارج عليه، وبطلان ولاية المتغلب عليه، ووجوب سل السيوف مع العدل ضد الباغي، إذ معنى الإقرار بشرعية الجائر المتغلب على القائم العدل، إهدار الشرعية وعدم اعتبارها.

1- حول ولاية العهد ولاية المتغلب في ضوء التنظير الفقهي والممارسة التاريخية ينظر: محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي مقارنة تاريخية، ص: 134-144، 145-160.

2- حول ذلك ينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 06، الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 25-26، الجويني: الغياثي، ص: 100، و ينظر: محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي مقارنة تاريخية، ص: 145.

3- ينظر: محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي مقارنة تاريخية، ص: 149-160.

3- حيازة السلطة بالقهر والتغلب على متغلب مثله، خلافا لموقفهم من استيلاء المتغلب على العدل، أفتى الفقهاء بانعقاد ولاية المتغلب على متغلب مثله، فهذه الفتوى تبين أن المتغلب لم تثبت له شرعية أصلا، ولم يكن الاعتراف به إلا في حدود الضرورة الشرعية، ومن ثم فهو لا يعامل معاملة الإمام العدل القائم، ولاحق له في النصرة، إذ لا معنى لأن تزج الجماعة بنفسها في نصرة متغلب على آخر كلاهما سلك مسلك العدوان(1).

فقرة 4- شروط التولية

لقد حدد فقهاء السياسة الشرعية الشروط الواجب توفرها فيمن يستحق إسناد الإمامة إليه في عشرة شروط بعضها شروط متفق عليها وبعضها شروط مختلف فيها.

أولا - الإسلام: وهو شرط دستوري أساسي، لقوله ﷺ: ﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** ﴾ (2). قال ابن المنذر: "اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا ولاية لكافر على مسلم" (3). وتقضي القاعدة الدستورية الشرعية أنه لا تتعقد الإمامة لكافر ابتداء وإذا طرأ عليه الكفر فهو معزول عن ولايته بإجماع الفقهاء(4).

ثانيا، ثالثا- التكليف: وهو أيضا شرط في كل ولاية فلا يولى الصبي حتى ويبلغ ولا المجنون حتى يعقل، ومن ثم فلا تتعقد الإمامة لصبي أو مجنون إجماعا (5)، ولقوله ﷺ: ﴿ **رَفَعِ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثٍ: .** ﴾ (6). وبالنسبة لهذا الشرط قد يثور السؤال حول اعتبار مجرد البلوغ شرطا كافيا لتولي الرئاسة العامة، أم لابد من اشتراط سن معينة؟ والذي نراه أن البلوغ من الشروط العامة للأهلية والتكليف ولا يجب الاكتفاء به في الولايات العامة فإن أهلية الولاية أهلية خاصة لا ينبغي أن يكتفي فيها بمجرد البلوغ الذي هو شرط الأهلية العامة. بل رعاية المقصد من الإمامة تقتضي من جماعة المسلمين أن تضمن تشريعها الدستوري اشتراط سنا معينة مناسبة لتولي الرئاسة العامة ونستند في ذلك إلى جملة من الأدلة: منها قوله ﷺ عن يوسف ﴿ **وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ ءَاتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا** ﴾ (7). وقال عن موسى: ﴿ **وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ ءَأَسْتَوَى ءَاتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا** ﴾ (8). فقد ربط إتياء الحكم والعلم بالأشد وهي سن اختلف المفسرون في تحديدها ولكنهم متفقون على أنها ليست مجرد البلوغ (9).

- ومنها إذا كان من شروط الإمامة عند جمهور الفقهاء الاجتهاد فإن العادة تمنع أن يصل المرء رتبة الاجتهاد بمجرد البلوغ. ومن ثم فاشتراط الاجتهاد ثم الاكتفاء باشتراط مجرد البلوغ، يخالف العوائد الجارية. ويشهد لذلك أن كل الخلفاء الراشدين تولوا الخلافة الإسلامية بعد تجاوز الخمسين.

1- ينظر تفصيل وتأسيس هذه الحالات في: محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي مقارنة تاريخية، ص: 162-178.

2- النساء/141.

3- ابن المنذر: الإجماع، تحقيق صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان عجمان، ط2، 1999، ص: 103.

4- ينظر: ابن حجر: فتح الباري، 123/13، وينظر: شرف الدين النووي: شرح صحيح مسلم، 229/12.

5- لم يشذ عن هذا الإجماع إلا الشيعة، فأجازوا إمامة الصغير بل والحمل لأن طريق الإمامة عندهم هو النص، كما أجاز الحنفية إمامة الصبي في حالة الضرورة. ينظر: علي بن حزم: الفصل في الملل والنحل، 110/4.

6- سنن النسائي/ كتاب الطلاق/ باب من لا يقع طلاقه من الأزواج/ رقم: 3432 . ص: 531. وصححه الألباني.

7- يوسف /22.

8- القصص/14..

9- ذهب البعض أنها سن الثالثة والثلاثين وذهب البعض غير ذلك ينظر: الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 15 / 21-24.

- ومنها أن ولاية التصرف في المال وهي ولاية خاصة لا يكتفى فيها بمجرد البلوغ بل لابد من تحقق الرشد فإن اشتراط ذلك في الولايات العامة أولى، ومجرد البلوغ لا يكفي للتصرف في المال الخاص، فمن الأولى أن لا يكفي للتصرف في المال العام الذي هو أشد خطراً، ومن ثم لا نرى وجها للقول بأن اشتراط سنا معيناً يغلب على الظن أنها الأنسب لتحمل أعباء الولاية العامة من التكلف الذي حرصت عليه بعض الدول(1).

رابعا - الحرية: فلا يولى العبد لأنه لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا تكون له ولاية على غيره. ومن لا تعتقد له الولاية الخاصة بالأولى أن لا تعتقد له الرئاسة العامة، فالحرية شرط دستوري في تولي الإمامة بالإجماع ولم يخالف في ذلك إلا الخوارج (2)، استناداً لقوله ﷺ: (**اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنِ اسْتَعْمَلَ حَبَشِيٌّ كَأَنَّ رَأْسَهُ زَبِيَّةٌ**) (3)، وهو محمول عند الجمهور على المبالغة في وجوب الطاعة، أو لاتصافه به سابق على التولية.

خامسا - الذكورة: ومن شروط الدستورية المجمع عليها في تولي الرئاسة العامة، شرط الذكورة، لقوله ﷺ حينما بلغه أن أهل فارس، قَدْ مَلَكَوا عَلَيْهِمْ بِنْتٌ كِسْرَى: (**لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ**) (4). وعده ابن حزم من المسائل المجمع عليها. وقال في الفصل: " وجميع فرق أهل القبلة ليس منهم أحد يجوز إمامة امرأة " (5).

سادسا- القرشية: ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط هذه الصفة فيمن يتولى الإمامة في الدولة الإسلامية للحديث (**الْأَيْمَةُ مِنْ قُرَيْشٍ**) (6)، وقوله ﷺ: (**لَا يَزَالُ هَذَا الْأَمْرُ فِي قُرَيْشٍ مَا بَقِيَ مِنْهُمْ اثْنَانِ**) (7). غير أن مثل هذا الشرط يثير شكوكاً حول مبدأ المساواة في الحقوق السياسية في الإسلام كما يتعارض مع الأصل الثابت بالكتاب وهو العمل الصالح وحده أساس التفاضل، وقد حاول بعض الفقهاء (8)، تجاوز شرط القرشية اعتماداً على بعض ظواهر الأحاديث كقوله ﷺ: (**اسْمَعُوا وَأَطِيعُوا وَإِنِ اسْتَعْمَلَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ كَأَنَّ رَأْسَهُ زَبِيَّةٌ**) (9)، ويرى ابن خلدون أن هذا الحديث لا يمكن التعويل عليه في تجاوز شرط القرشية، "لأنه خرج مخرج التمثيل، والغرض منه المبالغة في إيجاب السمع والطاعة" (10)، ولو كان الأمير حبشياً. ودون المساس بصحة الحديث عمد ابن خلدون إلى فهم وتفسير الحديث تفسيراً مقاصدياً في ضوء فهمه لسنن الله في العمران والدولة، حيث إن "الأحكام الشرعية كلها لا بد لها من مقاصد وحكم تشتمل عليها وتشرع من أجلها، ... فلا بد إذن من المصلحة في اشتراط النسب وهي المقصودة من مشروعيتها" (11)، فما هي هذه المصلحة المقصودة شرعاً من اشتراط القرشية، يقول: "إذا سبرنا وقسمنا (12) لم

1- رأي تبناه مفتي مصر نصر فريد واصل: السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دت، ص: 132.

2- الشهرستاني: الملل والنحل، 1/116.

3- صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية/ رقم: 7142 . 329/4.

4- صحيح البخاري/ كتاب المغازي/ باب كتاب النبي إلى كسرى وقيصر/ رقم: 4425 . 181/3.

5- علي بن حزم: الفصل في الملل والنحل، 4/110. و ينظر: أبو حامد الغزالي: فضائح الباطنية، ص: 180

6- مسند أحمد/ كتاب باقي مسند المكثرين/ مسند أنس بن مالك/ رقم: 12307. 19/318. وقال الأرنؤوط صحيح بطرقه وشواهده.

7- صحيح البخاري/ كتاب المناقب/ باب مناقب قريش/ رقم: 3501. 2/504.

8- ذكر منهم ابن خلدون، القاضي أبو بكر الباقلاني، ينظر: عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، 1/243.

9- صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية/ رقم: 7142. 4/329.

10- عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، 1/243.

11- عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، 1/344.

12- السير والتقسيم: حصر العلل التي يُجتمَل أن تكون إحداها سبباً في الحكم الشرعي، ثم اختبار هذه العلل واحدة بعد أخرى إلى أن يتم العثور على

نجدها إلا اعتبار العصبية التي تكون بها الحماية والمطالبة ويرتفع الخلاف والفرقة بوجودها لصاحب المنصب، فتسكن إليه الملة وأهلها وينتظم جبل الألفة فيها؛ وذلك أن قريشا كانوا عصبه مضر وأهلهم وأهل الغلب منهم وكان لهم على سائر مضر العزة بالكثرة والعصبية والشرف" (1)، هكذا "فإذا ثبت أن اشتراط القرشية إنما هو لدفع التنازع بما كان لهم من العصبية والغلب، وعلمنا أن الشارع لا يخص الأحكام بجبل ولا عصر ولا أمة، علمنا أن ذلك إنما هو من الكفاية (2) فرددناه إليها، وطردها العلة (3) المشتملة على المقصود من القرشية وهي وجود العصبية، فاشتراطنا في القائم بأمر المسلمين أن يكون من قوم أولي عصبية قوية غالبية على من معها لعصرها ليستتبعوا من سواهم وتجتمع الكلمة على حسن الحماية" (4).

إن هذا التفسير المقاصدي للنص النبوي مكن ابن خلدون من تجاوز شرط القرشية دون المساس بدرجة صحة الحديث، وهو ما يبين عمق ملحظه المقاصدي في فهم النصوص الشرعية، وعلى نفس المنوال نقول إذا كانت الحكمة من اشتراط النسب القرشي هي العصبية حتى عصر ابن خلدون باعتبار العصبية القبلية التي تنهض عليها الدولة حتى ذلك العصر، فإن الواقع المعاصر وتبدل مفهوم الدولة فرض نوعا آخر من العصبية هو الذي تقوم عليه الدولة المعاصرة وهو العصبية السياسية، وهي تغني اليوم عن اشتراط العصبية القبلية وعن اشتراط النسب القرشي.

سابعاً - الكفاية الخلقية: وهو الشرط المعبر عنه عند الفقهاء بالعدالة والقاعدة الدستورية الشرعية تقضي أنه لا يجوز عقد الخلافة لفاسق ابتداء. لقوله ﷺ لإبراهيم: ﴿إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا قَالَ وَمِنْ ذُرِّيَّتِي قَالَ لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾ (5). أما إذا طرأ الفسق على الإمام فالراجح أن بقاء إمامته وعزله يخضع لتقدير المصلحة الشرعية، فالفسق يمنع استدامة الإمامة (6) إلا لفتنة، وفقاً للقاعدة الفقهية يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء (7).
ثامناً - الكفاية الجسمية: ويقصد بها سلامة الحواس وسلامة الأعضاء، أما سلامة الحواس؛ أن يكون ناطقاً سميعاً بصيراً، فذهاب أحدها يمنع من عقد الإمامة ابتداء والراجح أنه يمنع من استدامتها، لأنه لا يتأتى تحقيق مقاصد الإمامة إلا بها (8). أما سلامة الأعضاء فهي موضع اجتهاد بين الفقهاء (9).
تاسعاً - الكفاية السياسية: والمقصود بها التحلي بجملة الخصاص القيادية التي تجعله قادراً على إنفاذ أمره

العلة المناسبة.

- 1 - عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، 245/1.
- 2 - الكفاية: هي إحدى الشروط الخمسة التي تشترط في الخليفة، وهي: العلم، العدالة، الكفاية، والسلامة، والنسب والذي يريد ابن خلدون قوله أن النسب كان يمثل العصبية والقوة في صدر الإسلام، لذا يمكن إدماجه في شرط الكفاية.
- 3 - طردنا العلة: عمدها، والمقصود أنه لما كان اشتراط القرشية إنما كان من أجل العصبية؛ فإن ذلك يعني اعتبار العصبية الأقوى سواء كانت من قريش أو من غيرها.
- 4 - عبد الرحمن ابن خلدون: المقدمة، 244-245.
- 5 - البقرة/ 124.
- 6 - ينظر: الماوردى: الأحكام السلطانية، ص: 24.
- 7 - البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 404/12.
- 8 - ينظر في ذلك: الماوردى: الأحكام السلطانية، ص: 17.
- 9 - ينظر في ذلك: عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 242/1، وينظر: الماوردى: الأحكام السلطانية، ص: 17.

كالرأي(1)، والشجاعة والحزم(2).

عاشرا - الكفاية العلمية: وهو أهم شرط يعيننا في بحثنا للصلة الوثيقة بالوظيفة التشريعية للإمام، فقد اتفق فقهاء السياسة الشرعية على أن الكفاية العلمية شرط من شروط الإمامة، لكنهم اختلفوا بعد ذلك فمنهم من اقتصر على شرط العلم ومنهم من أوجب شرط الاجتهاد، فالقاعدة الدستورية الشرعية عند جمهور العلماء المتقدمين أنه لا تنعقد الإمامة إلا لمن بلغ رتبة الاجتهاد ولا يترك هذا الشرط إلا للضرورة(3)، فقد قال الجويني: "فالشرط أن يكون الإمام مجتهدا، بالغاً مبلغ المجتهدين، مستجمعا صفات المفتين، ولم يؤثر في اشتراط ذلك خلاف"(4). وقال الشاطبي: "إن العلماء نقلوا الاتفاق على أن الإمامة الكبرى لا تنعقد إلا لمن نال رتبة الاجتهاد والفتوى في علوم الشرع"(5). والاستدلال الشرعي المؤسس لهذا الرأي هو قياس الأولى، فإذا كان من شروط الشرع المقررة في منصب القضاء الاجتهاد فذلك أولى في منصب الإمامة. كما استدل الجويني بأن طبيعة التصرفات السياسية الموكلة إلى الإمام مفتقرة إلى شرط الاجتهاد(6). واستدل ابن خلدون بأن وظيفته التنفيذية في ذاتها تقتضي بلوغ رتبة الاجتهاد، فالتقليد نقص والإمامة تستدعي الكمال في الأوصاف والأحوال، ثم قال "إنما يكون منفذا لأحكام الله ﷻ إذا كان عالما بها، وما لم يعلمها لم يصح تقديمه لها"(7).

في حين ذهب بعض العلماء إلى أن بلوغ رتبة الاجتهاد ليس من الشروط الدستورية الواجبة في الرئاسة العامة للدولة الإسلامية بل هو من شروط الأفضلية المستحبة ولكن يشترط أن يكون معه من أهل الاجتهاد من يراجعه في الأحكام. والاستدلال المؤسس لهذا الرأي هو إعمال قاعدة الضرورة الشرعية لتعذر اجتماع شرط الاجتهاد مع سائر الشروط في شخص واحد في هذه الأزمان، بل ذهب الغزالي إلى أبعد من ذلك بقوله: "وليست رتبة الاجتهاد مما لا بد منه في الإمامة ضرورة بل الورع الداعي إلى مراجعة أهل العلم فيه كاف، فإذا كان المقصود ترتيب الإمامة على وفق الشرع، فأبي فرق في أن يعرف حكم الشرع بنظره أو بإتباع أفضل أهل زمانه"(8).

-
- 1- ممن نص عليه، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص:06، أبو يعلى : الأحكام السلطانية، ص:04، الجويني: الغيائي، ص:89-90، ابن خلدون المقدمة، ص:173، الإيجي: المواقف، ص:398.
 - 2- ممن نص عليه، الماوردي: الأحكام السلطانية، ص:06.
 - 3- ذهب إلى هذا الرأي، الإمام الشافعي: الأم، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1381، 161/1. والماوردي: الأحكام السلطانية، ص:06، والفراء: الأحكام السلطانية، ص:20، والجويني: الغيائي، ص:66، والبغدادي: أصول الدين، ص:277. وابن خلدون: المقدمة، ص:139. والقلقشندي: مآثر الإنافة في معالم الخلافة، عالم الكتب، بيروت، ط1، 37/1.
 - 4- الجويني: الغيائي، ص:66.
 - 5- الشاطبي: الاعتصام، 126/2.
 - 6- الجويني: الغيائي، ص:66.
 - 7- عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 193.
 - 8- أبو حامد الغزالي: فضائح الباطنية، ص:191. و ينظر أيضا: ابن حزم: الفصل في الملل والنحل، 166/4.

الباب الثاني

قواعد

الممارسة التشريعية

جامعة الأمير
عبد القادر
عظيم العلوم
الإسلامية

تخضع التصرفات التشريعية التي تباشرها السلطة العامة لعدد من القواعد الدستورية التي تضيء عليها المشروعية والملائمة، ومن ثم فقد ذهب الفقه الدستوري الغالب إلى أن أركان العمل التشريعي أربعة: وهي الاختصاص والشكل والمحل والسبب، حيث تدرج قواعد الاختصاص و الشكل، تحت عنوان القواعد الشكلية أو الخارجية، أما قواعد المحل والسبب فيندرجا تحت عنوان القواعد الموضوعية(1)، وينهض كل ركن من هذه الأركان على جملة من القواعد؛ منها ما يتعلق بركن الاختصاص، ومنها ما يتعلق بركن الشكل، ومنها ما يتعلق بركن المحل، ومنها ما يتعلق بركن السبب، وهي تشكل في مجموعها قواعد العمل التشريعي.

الاختصاص

يعتبر الاختصاص أهم العناصر التي يركز عليها القانون العام، ويقصد به القدرة على القيام بإجراء أو اتخاذ تصرف ما، وعلى ذلك يقصد بعدم الاختصاص عدم المقدرة من الناحية القانونية على اتخاذ تصرف معين نتيجة لانتهاك ومخالفة القواعد المحددة لاختصاص السلطة صاحبة التصرف(2)، وترتبط تلك الفكرة في المجال الدستوري بمبدأ الفصل بين السلطات ووليدة له إذ يهدف إلى توزيع وظائف الدولة على سلطات ثلاث تختص كل منها بوظيفة محددة على نحو يكفل تحديد المسؤوليات وعدم التداخل فيما بينها، وتجد الاختصاصات الدستورية مصدرها في صلب الدستور، بحيث لا يجوز أن يباشر الاختصاص إلا من الجهة التي حددها(3).

الشكل

للشكل في القانون عدة معاني، ففي نطاق الصياغة القانونية تُعرف الشكلية بأنها، الصورة الخارجية التي يظهر بها مضمون القانون. وعلى هذا النحو قد يتخذ المضمون القانوني شكل قاعدة قانونية أو معيار قانوني أو مبدأ قانوني. وقد يراد بالشكلية عنصر خارجي يشترط القانون إضافته إلى واقعة قانونية حتى تنتج آثارها كاشتراط نشر القانون في الجريدة الرسمية لنفاذه في مواجهة الكافة.

أما الشكلية الدستورية فيقصد بها مجموعة الإجراءات والأوضاع التي تطلبها الدستور وأوجب على سلطة التشريع إتباعها ومراعاتها وهي بصدد إقرار التشريع حتى يكون التشريع دستوريا. وإلا كان مشوبا بعيب عدم مراعاة الشكل والإجراءات، و محلاً للطعن به أمام القضاء الدستوري(4).

المحل

يمثل المحل من أهم أركان العمل التشريعي ويقصد به المركز والأثر القانوني الذي يراد إنشائه أو تعديله أو إلغائه بواسطة التشريع العادي أو الفرعي، فهو يتعلق بموضوع القاعدة القانونية الذي ينبغي أن يكون متفقا ومندرجا في قاعدة قانونية أسمى وغير مخالف لمضمون القواعد الدستورية والمبادئ المشروعية الأسمى منه.

1 - ينظر: بكر قباني: دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص:210، وينظر: يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط، 2000، 189-212 .

2- رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في البحرين دراسة مقارنة. مطبعة أوال البحرين، ط 2003، ص: 459.

3- رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ص: 460.

4- ينظر: عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية، ص:441، و ينظر: إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري - ولاية القضاء الإداري - دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص:526 .535.

السبب

يقصد بركن السبب في القانون بأنه الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع إلى صدوره، إذا كانت الحالة الواقعية في القرار الإداري تتمثل في وقائع محددة تدفع إلى صدوره، فإن الحالة الواقعية في التشريع ليس بالضرورة وقائع محددة بل هي في الغالب أغراض وأهداف سياسية معينة أو مستقبلية يسعى المشرع إلى تجسيدها على أرض الواقع (1). و قد سبق أن هذه القواعد منها ما يتعلق بالشكل، ومنها ما يتعلق بالموضوع، ويختلف فقهاء القانون الدستوري في تكييف بعض هذه القواعد هل تندرج في القواعد الشكلية أو في القواعد الموضوعية وقد رأينا في هذا البحث تناول القاعدتين الأولين من قواعد التشريع تحت عنوان قواعد الممارسة التشريعية لكونهما تتعلقان ببيان الجهة التي تمارس العمل التشريعي والإجراءات التي يجب إتباعها في هذه الممارسة، في حين خصصنا الباب الموالي للقاعدتين الأخريين تحت عنوان قواعد السياسة التشريعية لكونهما تتعلقان أكثر بتحديد مضمون النص التشريعي من حيث مدى مشروعيته وملاءمته.

وعلى ذلك فقد جاء هذا الباب في فصلين:

الفصل الأول: قواعد الاختصاص التشريعي

الفصل الثاني: قواعد الشكل التشريعي

1- ينظر: عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية، ص: 451.

الفصل الأول

قواعد

الاختصاص التشريعي

يعرف الاختصاص بأنه " صلاحية شرعية تسمح بالتصرف في أمر من الأمور على مقتضى النصوص الدستورية أو القانونية أو اللائحية " (1). أو هو " وظيفة تمارس لوجه المصلحة العامة وحدها وليس لمصلحة القائم بها " (2). ويتضمن الاختصاص عدد من العناصر المكونة له

- **العنصر الشخصي** (العضوي) الشخص أو العضو الذي يجوز له مباشرة التصرف السياسي (3). وعلى ذلك يقتضي العنصر العضوي في الاختصاص التشريعي أن يصدر القانون أو اللائحة من العضو أو السلطة التي منحها الدستور الاختصاص بهما (4).

- **العنصر الموضوعي** أي التصرفات التي لا يجوز لصاحب الاختصاص أن يقوم بغيرها أو يتجاوزها (5). ويأتي بحث العنصر الموضوعي في الاختصاص التشريعي في مرحلة تالية على بحث العنصر الموضوعي أي بعد التأكد من أن التشريع قد صدر من السلطة المختصة به، ويتصل الاختصاص الموضوعي بموضوع التشريع ومادته، ومفاده أن السلطة المختصة بالتشريع قد مارست اختصاصها التشريعي في الموضوع الذي أسنده إليها الدستور وإلا كان التشريع مخالفا للدستور لتخلف العنصر الموضوعي في الاختصاص.

وتكون حالات عدم الاختصاص الموضوعي أكثر ظهورا عندما تمارس السلطة التنفيذية اختصاصاتها التشريعية الاستثنائية (6).

- **العنصر الزمني** أي الفترة الزمنية التي ينبغي على السلطة العامة أن تمارس فيها اختصاصاتها بحيث إذا انتهت لم تصح ولم تنفذ (7)، وعليه قد يضع الدستور قيودا زمنيا لممارسة اختصاص التشريع من قبل السلطة الأصلية أو الاستثنائية، فإذا لم تراعى هذا القيد و أصدرت التشريع في وقت لم يكن لها فيه حق ممارسة هذا الاختصاص وخرجت عن الحد الزمني المحدد دستوريا لإصداره كان التشريع مخالفا للدستور لتخلف العنصر الزمني في الاختصاص. ومن الفروض التي يتحقق فيها تخلف العنصر الزمني في الاختصاص إقرار البرلمان قانونا بعد حله أو انتهاء فترته النيابية. أو إصدار رئيس الدولة تشريعا في حالة التفويض بعد انتهاء الفترة المقررة لممارسة هذا التفويض (8).

- **العنصر المكاني** أي المكان الذي ينبغي أن يباشر فيه صاحب الاختصاص اختصاصه (9). فقد يعقد الاختصاص التشريعي لسلطة معينة ويتحدد مكان معين لممارسة الاختصاص من جانب هذه السلطة، فإذا ما مارسته

1- بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، دار الفرقان، القاهرة، ط2، 1982، ص:33.

2- بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص:33.

3- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص:36-37.

4- رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ص:464.

5- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص:36-37.

6- ينظر: رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ص:464-465.

7- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص:36-37.

8- رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ص:466.

9- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص:36-37.

خارج النطاق المكاني المحدد دستوريا، فإن التشريع الذي يصدر في هذه الحالة يكون غير دستوري لمخالفته قواعد الاختصاص المكاني(1).

وقد آثرنا التعرض رأسا لمسألة الاختصاص العضوي والاختصاص الموضوعي لأهميتهما البالغة بالنسبة للتشريع الإسلامي، فأفردنا لهما مبحثين مستقلين، أما الاختصاص الزماني والمكاني فقد عرضنا لهما في ثنايا ذلك لأهميتهما الثانوية بالنسبة لسائر عناصر الاختصاص التشريعي وعلى ذلك فقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول : الاختصاص العضوي أو جهات الاختصاص التشريعي

المبحث الثاني : : الاختصاص الموضوعي أو مجالات الاختصاص التشريعي

1- رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين. ص: 466-467.

المبحث الأول: الاختصاص العضوي أو جهات الاختصاص التشريعي

العنصر العضوي أو الشخصي في الاختصاص يعني وجوب أن يباشر الاختصاص الدستوري العضو أو الشخص أو السلطة التي حددها الدستور للقيام بهذا الاختصاص دون غيره. مما يتطلب بيان اختصاصات كل سلطة من السلطات الثلاث.

يخضع توزيع الاختصاص في النظم السياسية لجملة من القواعد منها: المشرع وحده هو من يملك تحديد الاختصاصات، الدفع بعدم الاختصاص من النظام العام، لا يجوز التنازل عن الاختصاص. إذا صدر قانون أو قرار مشوباً بعيب عدم الاختصاص لا يجوز تصحيحه بإجازته من السلطة المختصة (1).

القاعدة الأصولية أن الدستور هو الذي يحدد اختصاصات كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية ويلزم كل واحدة منها بتنفيذ اختصاصاتها بنفسها... وبناء على ذلك لا يجوز لسلطة منحها الدستور اختصاصاً معيناً أن تفوض غيرها في ممارسة هذا الاختصاص إلا إذا وجد نص دستوري صريح يأذن له بذلك (2).

وإذا كان الأمر كذلك في النظم السياسية الوضعية فإن السؤال يثور حول جهات الاختصاص التشريعي في الدولة الإسلامية، فإذا كان الإجماع منعقد بين المسلمين على أن الشرع الأصلي أو الابتدائي هو حق خالص لله ﷻ فقد اختلفوا في التشريع الابتدائي هل هو للأمة أو لطائفة منها منتخبة أو للفقهاء أو هو حق لأولي الأمر منها. و منه فإن غرض هذا المبحث تحديد جهات التشريع في الدولة الإسلامية وتأسيس اختصاصها التشريعي في ضوء ما تقتضيه المقارنة مع تنظيم جهات التشريع في النظم السياسية المعاصرة.

و لما كانت جهات التشريع تنحصر في أغلب النظم المعاصرة في البرلمان (مطلب أول) والرئاسة والحكومة (مطلب ثان)، وبناء على ذلك فسوف يقتضي منا مقام بيان جهات التشريع في النظام السياسي الإسلامي في ضوء المقارنة مع النظم المعاصرة أن نعرض لهذه الجهات في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشعب وجماعة المسلمين كجهة اختصاص في التشريع المباشر

المطلب الثاني: البرلمان كجهة اختصاص تشريعي في النظم المعاصرة والنظام الإسلامي

المطلب الثالث: الحكومة كجهة اختصاص تشريعي في النظم المعاصرة والنظام الإسلامي

1- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 35-36.

2- رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في مملكة البحرين، ص: 460.

المطلب الأول: الشعب وجماعة المسلمين كجهة اختصاص في التشريع المباشر

لما كان الشعب في النظم السياسية المعاصرة هو صاحب السيادة ومصدر السلطات، فكل سلطة في الدولة تستمد سلطاتها من الشعب، فلا يملك أي فرد في المجتمع أن يدعي الصفة التمثيلية للشعب إلا إذا فوضه الشعب ذلك، كما لا يملك أحد أن يتصرف إلا في حدود السلطة التي خولها له الشعب، وإلا اعتبر قد تجاوز حدود السلطة الممنوحة له من طرف صاحب السيادة، وبهذا الصدد قد يثور السؤال هل تقتصر سيادة الشعب على تفويض السلطة لمن يمارسها تشريعاً وتنفيذاً وقضاء دون أن يملك أن يباشرها بنفسه؟ وعلى وجه التحديد هل يملك الشعب أن يباشر سلطة التشريع بنفسه من دون تفويض ممثلين عنه (فرع أول)؟

ومن جهة أخرى تعتبر جماعة المسلمين في الدولة الإسلامية صاحبة السيادة ومصدر السلطان فيها، فلا شرعية لأي ولاية فيها ما لم تستمد من رضا وبيعة جماعة المسلمين فيها، كما لا يحل لأي ولي أمر فيها أن يتصرف إلا في حدود الولاية الممنوحة له في عقد البيعة والمحددة شرعاً وشرطاً، وإذا كنا قد خلصنا إلى تأصيل حق الولاية العامة في التشريع نيابة عن جماعة المسلمين، باعتباره فرضاً كفائياً يطالب به مجموعها لا جميعها، فهل يعني ذلك أن دور جماعة المسلمين يقتصر على تفويض الولاية إلى أهلها دون أن تملك مباشرة صلاحية التشريع بنفسها مباشرة (فرع ثان)؟

لاشك أن بيان اختصاص سلطة ولي الأمر في التشريع في النظام الإسلامي سيأتي ناقصاً ومبتوراً إن سكتنا عن اختصاصات مصدر السيادة في التشريع المباشر، ومن ثم فقد كان من الضروري التعرض، لهذا الموضوع الذي ما يزال الفقه الدستوري الإسلامي معرضاً عنه ولم يحجر بعد في دراسات مستقلة جادة. ومن ثم حاولنا من بعد ذلك أن نقدم جهد المستطاع رؤية تأصيلية لاختصاص جماعة المسلمين في التشريع المباشر في ضوء المقارنة مع صلاحيات الشعب في التشريع المباشر في النظم السياسية المعاصرة

يعتني هذا المبحث بالإجابة عن هذا السؤال إجابة تأصيلية ومقارنة بالنسبة للنظم السياسية الوضعية وبالنسبة للنظام السياسي الإسلامي، وعليه فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: اختصاص الشعب في التشريع المباشر في النظم المعاصرة

الفرع الثاني: اختصاص جماعة المسلمين في التشريع المباشر في النظام الإسلامي

الفرع الأول: اختصاص الشعب في التشريع المباشر في النظم المعاصرة

البند الأول- التأسيس الدستوري لحق الشعب في التشريع

تعترف أغلب الدساتير المعاصرة للشعب بالحق في السيادة، وبناء على ذلك فهو صاحب السلطة التشريعية التي قد يباشرها إما بطريق مباشر، أو بطريق غير مباشر عن طريق ممثليه، و لا يعيننا هنا مباشرة الشعب لسلطة التشريع عبر ممثليه، وإنما يعيننا ممارسة الشعب لصلاحيات التشريع بنفسه بطريق مباشر أو شبه مباشرة، وهو مجال تختلف الدساتير والأنظمة السياسية المعاصر في تقريره وتحديد حالاته.

وتعترف أغلب الدساتير الديمقراطية للشعب بحق ممارسة السيادة بصفة مباشرة عن طريق الاستفتاء، والاستفتاء في معناه الاصطلاحي هو عرض موضوع عام على الشعب لأخذ رأيه فيه بالموافقة أو الرفض، غير أن الاستفتاء الشعبي يصنف إلى أنواع متعددة تختلف باختلاف موضوع الاستفتاء والوجهة التي ينظر من خلالها إليه ، فالاستفتاء من حيث موضوع التصويت قد يكون استفتاء سياسيا كالاستفتاء المتعلق بانتخاب رئيس أو الاندماج في منظمة إقليمية، أو استفتاء دستوريا، يتعلق بإقرار دستور أو تعديله، أو استفتاء تشريعيًا يتعلق بالتصويت على قانون معين. والذي يعيننا فيما يتعلق بحق الشعب في التشريع المباشر هو الاستفتاء التشريعي والدستوري.

وتنص أغلب الدساتير المعاصرة على اعتبار الشعب جهة تشريع فيما يتعلق بإقرار الدستور أو تعديله:

حيث ينص الدستور الفرنسي في المادة الثالثة منه على أن "السيادة الوطنية ملك للشعب الذي يمارسها عبر

تمثليه وعن طريق الاستفتاء " La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants "

et par la voie du référendum." (1)، واللجوء إلى استفتاء الشعب هو حق من الحقوق الدستورية لرئيس الجمهورية

بنص المادة 11(2).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية نصت دساتير كثير من الولايات الأعضاء في الاتحاد على جواز أو وجوب

عرض بعض المسائل العامة على الاستفتاء الشعبي رغم أن نظام الاستفتاء مستبعد على المستوى الفيدرالي.

وفي دستور ألمانيا في الديباجة "أن الشعب الألماني قام بمنح نفسه هذا الدستور بحكم تمتعه بالسلطة التشريعية

وسلطة سن القوانين" (3)، وقد مارسها عبر الاستفتاء، حيث تنص المادة 20 الفقرة 2، "الشعب هو مصدر جميع

سلطات الدولة ويمارس الشعب سلطته من خلال الانتخابات والتصويت ومن خلال أجهزة خاصة.. " (4).

وفي الدستور السويسري ينص على إجبارية الاستفتاء التشريعي في كل أمر يتعلق بإقرار الدستور أو تعديله

أو؟ إقرار قانون معين حيث تنص المادة 40 منه على " 1) تعرض الموضوعات الآتية للتصويت على الشعب

والمقاطع: أ) تعديلات الدستور الاتحادي... ج) القوانين الاتحادية الطارئة التي ليس لها أساس دستوري والتي تمتد

صلاحيتها إلى أكثر من عام. ويجب عرض هذه القوانين للتصويت بعد عام من موافقة الجمعية الاتحادية عليها. 2)

تعرض الموضوعات الآتية على الشعب للتصويت: أ) المبادرات الشعبية للمراجعة الشاملة للدستور الاتحادي.

1- دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة: 03.

2- ينظر: دستور الجمهورية الفرنسية، المادة: 11.

3- دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية تعديل 2002، الديباجة ترجمة ونشر قسم اللغة العربية FRIDRICH EBERT STIFTUNG.

4- دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية، المادة: 20، الفقرة: 02.

ب) المبادرات الشعبية للمراجعة الجزئية للدستور الاتحادي في صورة الصيغة العامة بعد رفضها من الجمعية الاتحادية.
ج) مبدأ المراجعة الشاملة للدستور الاتحادي إذا لم يتفق مجلس الشعب ومجلس المقاطعات على الأمر " (1).
وإذا كانت أغلب الدساتير تقصر حق الشعب في التشريع المباشر على الاستفتاء، فإن الدستور السويسري جعل للشعب حق التشريع المباشر عبر آليات الديمقراطية شبه المباشرة ويتجسد ذلك في: حق المبادرة الشعبية وهو حق يتيح لمجموعة من المواطنين إدخال تعديل جزئي أو شامل على الدستور، كما تنص عليه المادتين 138، 139 من الدستور السويسري، كما تتجسد في حق الاعتراض الشعبي وهو حق يتيح للمواطنين طرح قانون صوت عليه البرلمان الفدرالي للتصويت الشعبي (2).

البند الثاني: طرق ممارسة الشعب للتشريع المباشر

وعلى ذلك يمكن القول أن سلطة الشعب في التشريع المباشر تنحصر في حق الاقتراح وفي الاستفتاء وحق الاعتراض، وسنعرض لهذه المفاهيم كل على حدة:

فقرة 1- حق الاقتراح الشعبي (3)

يعرف الأستاذ موريس دوفرجه حق الاقتراح والمبادرة على أنه " حق إيداع نص يتعلق بقانون أو ميزانية أو لائحة من أجل المناقشة والتصويت عليها من قبل البرلمان (أو الشعب) " (4).

ويقصد بحق الاقتراح الشعبي حق المواطنين في تقديم مشاريع القوانين من خلال تولي الشعب إعداد مشروعات القوانين وتقديمها للبرلمان لمناقشتها حيث يقره ويصبح قانونا نافذا، فالناخبون هم الذين يقترحون مشروع القانون ضمن الشروط التي حددها الدستور ، وقد يكون الاقتراح مجرد فكرة تحتاج إلى صياغة قانونية، وقد يأخذ شكل قانون متكامل. ويشمل حق الاقتراح نوعين من الاقتراح.

أولا - الاقتراح الدستوري: الذي قد يكون تعديلا دستوريا شامل كما تنص عليه المادة 138 من الدستور السويسري تحت بند المبادرة الشعبية لاقتراح مراجعة شاملة للدستور " (1) يمكن لمائة ألف شخص متمتع بحق التصويت اقتراح مراجعة شاملة للدستور الاتحادي. (2) يُقدّم هذا الاقتراح للشعب للتصويت عليه " (5). وقد يكون تعديلا دستوريا جزئيا كما تنص عليه المادة 139 من نفس الدستور تحت بند المبادرة الشعبية لاقتراح مراجعة جزئية للدستور حيث تنص على أنه " (1) يمكن لمائة ألف شخص متمتع بحق التصويت اقتراح مراجعة جزئية للدستور الاتحادي. (2) يمكن للمبادرة الشعبية التي تهدف إلى اقتراح مراجعة جزئية للدستور الاتحادي أن تأخذ شكل الصيغة العامة أو أن تحوي نص التعديل المقترح " (6).

ثانيا - الاقتراح التشريعي: وهذا الاقتراح وإن لم ينص عليه الدستور السويسري، إلا أن العمل جاري به، حيث يقترح المواطنون تشريعا عاديا ولكنه يأخذ من حيث الشكل شكل الاقتراح الدستوري، وبالتالي فهو يخضع

1- ينظر: دستور الاتحاد السويسري، المواد: 138-139.

2- ينظر: دستور الاتحاد السويسري، المواد: 138-139.

3- ينظر: ثروت بدوي، النظم السياسية، ص: 224. وينظر: دستور الاتحاد السويسري، المادة 138، 139.

4- عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، دار الفكر العربي، ط 1، 1981، ص: 4.

5- دستور الاتحاد السويسري ، لسنة 2001، المادة 138.

6- دستور الاتحاد السويسري، المادة 139.

لنفس القواعد الإجرائية التي يخضع لها الاقتراح الدستوري التي نصت عليها المادة 138 من الدستور السويسري.

فقرة 2- حق الاعتراض الشعبي(1)

ويعتقد هذا الحق يخول لعدد معين من الناخبين الاعتراض على قانون صدر عن البرلمان، وذلك أنه بعض الدول تتيح لعدد من المواطنين طلب طرح القانون الصادر عن البرلمان خلال مدة محددة من تاريخ نشره على الشعب لاستفتائه فيه، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضين إما أن توافق هيئة الناخبين على هذا القانون وبالتالي يتم تشييته، وإما أن لا يوافق الشعب عليه ويترتب على ذلك سحبه وزوال جميع الآثار المترتبة عليه بأثر رجعي من تاريخ نشره. "على أنه يلاحظ لسحب القانون وجوب اعتراض أغلبية الناخبين المقيدين في القوائم الانتخابية، فلا يكفي الأصوات المعبر عنها لأن المتخلفين عن التصويت يعدون موافقين على القانون"(2). و من أشهر صور الاعتراض الشعبي في النظام السويسري الاعتراض على منح النساء حق التصويت قبل عام 1971(3).

فقرة 3- حق الاستفتاء التشريعي(4)

بمقتضى هذا الحق يلزم السلطة العامة الرجوع إلى الشعب، لأخذ رأيه بالموافقة أو بالرفض في أمور معينة مما يتعلق بالتشريع وينحصر ذلك في الاستفتاء الدستوري، والاستفتاء التشريعي(5). والاستفتاء الدستوري هو الذي يتعلق بالدستور أو بتعديل الدستور، بينما الاستفتاء التشريعي يتعلق بمشروع قانون عادي(6).

كما ينقسم الاستفتاء من حيث لزمه إلى استفتاء إجباري وهو الاستفتاء الذي ينص الدستور على وجوب إجرائه كما هو الحال في الاستفتاء على الدستور وكما هو الحال في المادة 140 من الدستور السويسري(7). والاستفتاء الاختياري وهو الاستفتاء الذي يفترض أن الحكومة أو عددا من الناخبين يطلبون إجراء هذا الاستفتاء في بحر مدة معينة من تاريخ صدور القانون من البرلمان(8)، وبذلك يظهر أن حق الاستفتاء الاختياري

1- حول حق الاعتراض ينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية، ص 224،

2- ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 224. وينظر أيضا:

LaFarriere : Manuel de Droit Constitutionnel, paris , 1947, P : 431.

3- ما جد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 291.

4- حول المزيد حول سلطة الاستفتاء ينظر : ثروت بدوي : النظم السياسية، ص: 223 وما بعدها. وينظر أيضا: عثمان خليل المبادئ الدستورية العامة، ص: 198 وما بعدها، وينظر :

Marcel Prelot : Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel, 3em ed , p :86 et sui

5- يضاف إلى أنواع الاستفتاء من حيث الموضوع الاستفتاء السياسي ولكنه لا يندرج في موضوع بحثنا لكونه يتعلق بموضوع سياسي(كانتخاب رئيس جمهورية مثلا) ولا يتعلق بالمجال التشريعي.

6- ثروت بدوي : النظم السياسية، ص: 223.

7- ومن ذلك ما تنص عليه المادة 140 - من الدستور السويسري" 1) تعرض الموضوعات الآتية للتصويت على الشعب والمقاطعات: أ) تعديلات الدستور الاتحادي. ب) الدخول في منظمات الأمن الجماعي أو المنظمات الدولية. ج) القوانين الاتحادية الطارئة التي ليس لها أساس دستوري والتي تمتد صلاحيتها إلى أكثر من عام. ويجب عرض هذه القوانين للتصويت بعد عام من موافقة الجمعية الاتحادية عليها.

2) تعرض الموضوعات الآتية على الشعب للتصويت: أ) المبادرات الشعبية للمراجعة الشاملة للدستور الاتحادي. ب) المبادرات الشعبية للمراجعة الجزئية للدستور الاتحادي في صورة الصيغة العامة بعد رفضها من الجمعية الاتحادية. ج) مبدأ المراجعة الشاملة للدستور الاتحادي إذا لم يتفق مجلس الشعب ومجلس المقاطعات على الأمر".

8- ومن ذلك ما تنص عليه المادة 141 من الدستور السويسري" 1) تُعرض الموضوعات الآتية على الشعب للتصويت وذلك بناء على طلب خمسين ألف شخص ممن لهم حق التصويت أو ثمانين مقاطعات: أ) القوانين الاتحادية. ب) القوانين الاتحادية الطارئة التي تمتد صلاحيتها إلى أكثر من عام. ج) القرارات

يختلط مع حق الاعتراض التشريعي(1).

وقد أخذ الدستور السويسري بنظام الاستفتاء الشعبي سواء على المستوى الفيدرالي أو على مستوى الولايات ، بل أن الاستفتاء يعتبر ظاهرة سويسرية الأصل حيث يستفتى الشعب في كل شيء حتى في زيادة سعر الخبز أو البنزين، ومن أمثلة الاستفتاءات السويسرية استفتاء 2 مارس 1975م بشأن النقود والائتمان، واستفتاء يونيو عام 1975 الذي وافق الشعب فيه على زيادة المصادر الضريبية الفيدرالية بعد أن تأكدت الأزمة الاقتصادية وما صاحبها من تضخم، ويبقى أشهر الاستفتاءات الأخير الظالم الذي جرى وهذه الرسالة في طريقها للطبع والذي أقر فيه الشعب السويسري بنسبة 57% على منع المسلمين من بناء مآذن جديدة، في عدوان صارخ على الحريات الدينية وهو ما يبين بوضوح أن الممارسة الديمقراطية في الغرب رغم سموها الشكلي لا تنتهي إلى أساس موضوعي متين. وسواء تعلق الأمر بالاستفتاء أو الانتخاب بالاعتراض أو الاقتراح فإن الوسيلة للتعبير عن الإرادة العامة قبولاً ورفضاً، في كلها هي التصويت والاقتراع، فجميع هذه الأنواع تعتبر تجسيدا لسلطة واحدة هي سلطة التصويت Pouvoir du Suffrage، التي تمثل وسيلة التعبير عن سيادة الشعب والإرادة العامة، ويخضع التصويت أو الاقتراع لعدد من الأنظمة Modes du Suffrage، منها من يأخذ بنظام الاقتراع المقيد ومنها من يأخذ بنظام الاقتراع المطلق، ولكنها جميعا تشترك في اعتبار نتيجة التصويت وفقا لقاعدة الأغلبية.

الاتحادية إذا كان الدستور أو القانون يقضيان بذلك. د) المعاهدات الدولية التي: 1- بدون حد زمني في مدة الصلاحية أو التي لا يمكن إنهاؤها فيما بعد. 2- تقضي بالانضمام إلى المنظمات الدولية. 3- تؤدي إلى توحيد متعدد الأطراف في القوانين. 2) يمكن للجمعية الاتحادية أن تخضع معاهدات دولية أخرى لحق الاستفتاء الاختياري".

1- ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 223.

الفرع الثاني: اختصاص جماعة المسلمين في التشريع المباشر

من غير شك إن تناول موضوع جماعة المسلمين كجهة تشريع مباشر موضوع شائك وي طرح إشكالات كثيرة لم تحرر بعد في دراسات شرعية جادة.

فهل يسمح الإسلام للإرادة العامة التعبير عن نفسها مباشرة في مجال التشريع و ما هي الطرق والكيفيات التي تعبر بها عن نفسها. قبل الإجابة نعرض أولاً لآراء الفقهاء والباحثين في حكم اعتبار جماعة المسلمين جهة تشريع، ثم للأسانيد الشرعية المثبتة لحق جماعة المسلمين في التشريع.

البند الأول- آراء فقهاء الشريعة في اعتبار جماعة المسلمين جهة تشريع

يقصد باعتبار جماعة المسلمين جهة تشريع الإقرار لها بحق الاقتراح والاستفتاء والاعتراض التشريعي، غير أن بيت القصيد هو الاستفتاء الشعبي الذي يتداخل معه حق الاعتراض، ومن ثم فإن سنركز هنا على هذا الجانب ونرجئ الحديث عن حق الاقتراح للفصل الثالث من هذا الباب.

تختلف آراء المعاصرين في حكم الاستفتاء الشعبي على المسائل السياسية أو التشريعية على أكثر من رأي

فقرة 1- الرأي الأول: تحريم الاستفتاء السياسي و التشريعي

يذهب بعض الفقهاء الباحثين المعاصرين إلى منع الاستفتاء الشعبي مطلقاً سواء كان استفتاء سياسياً أو تشريعياً، ويراه تقليداً محضاً للغرب، وإتباعاً أعمى للنظام الديمقراطي، حيث يرى أن التعبير عن الإرادة العامة عن طريق التصويت أو الاقتراع أو الانتخاب من البدع التي قلدها المسلمون من الغرب. وهو الرأي الذي يروج له بعض المتفكّهة، من غير سند شرعي معتبر(1).

أولاً - أسس هذا الرأي: ويمكن أن نلخص الأسس التي يعتمد عليها أصحاب هذا الرأي:

1 - أن المسلمين لم يعرفوا نظام الانتخاب والاستفتاء سواء في عصر النبوة أو في عصور الخلافة الراشدة أو العصور التي تلت ذلك(2).

2 - إن نظام الانتخاب والاستفتاء يتضمن منكرات شرعية ظاهرة منها: أن فيه منازعة الأمر أهله، وطلب الولاية، وتزكية النفس، والتفرقة والتباغض بسبب التنافس والحرص على الولاية، وتولية من لا يجوز توليته كالمرأة وغير المسلم(3).

3 - أن نظام الاستفتاء اعترافاً بحاكمية الشعب من دون الله، ذلك أنه يملك الشعب السلطة التشريعية، ومن ثم يطرح كل شيء لعملية التصويت بحيث يكون المعترف في المجلس الأغلبية فقط ولو خالفت الكتاب والسنة. وهذا بحد ذاته كفر، وفضلاً عن ذلك فإن النظام الانتخابي يسوي بين صوت الرجل وصوت المرأة، والمؤمن والكافر،

1- نجد هذا الرأي عند مقبل بن هادي الوادعي، ينظر: مقبل بن هادي الوادعي في: تحفة المصنف عن أسئلة الحاضر والغريب. ومحمد بن عبد الله الإمام في كشف الظلمات في مفاسد وشبهات الانتخابات، كما نجده عند محمد بن عبد الوهاب الوصابي وحسن بن قاسم الحسيني الرمي، في الأدلة الشرعية لكشف التليسات الحزبية على المجتمعات الإسلامية، ينظر في ذلك: الرمي: الأدلة الشرعية لكشف التليسات الحزبية على المجتمعات الإسلامية، دار الإمام أحمد، القاهرة، ط2، 2005، ص: 7-8، 20، 59-126.

2- ينظر: الرمي: الأدلة الشرعية لكشف التليسات الحزبية، ص: 74.

3- ينظر: الرمي: الأدلة الشرعية لكشف التليسات الحزبية، ص: 83-126.

والعالم والجاهل، ولا يخلو من شراء الأصوات(1).

ثانيا - مناقشة ونقد :

والذي نراه أن هذا الرأي قد جانب الصواب بعيدا فهو لا يسلم من النقد ويقوم على أسس واهية:

1 - فالقول بأن المسلمين لم يعرفوا نظام الانتخاب والاستفتاء في العصور الأولى، فهو قول من جهة لا يقدم ولو دليلا شرعيا واحدا معترفا به على عدم جواز الرجوع إلى الإرادة العامة لجماعة المسلمين في مهمات الأمور. وهو من جهة ثانية يتجاهل وقائع الاستشارات الكثيرة الثابتة في عهد النبي والخلافة الراشدة. وهو من جهة ثالثة يخلط بين المبدأ وتطبيقه الذي يمكن أن يختلف من عصر إلى عصر، فمن غير شك أن المسلمين في العصر الأول لم يعرفوا التطبيق المعاصر لنظام الاستفتاء أو نظام الانتخاب بشكله الحديث، سواء في المسائل السياسية أو المسائل التشريعية، ولكن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أنهم لم يعرفوا مبدأ الرجوع إلى الإرادة العامة والتعبير عنها، بل إن الاستشارة العامة والواسعة كانت مبدأ مسلما به و ممارسة شائعة في المجتمع الإسلامي الأول رغم محدودية التطبيق بحكم ظروف ذلك العصر. وهو ما سنسوق الشواهد عليه بعد حين.

2 - أما القول بأن نظام الانتخاب والاستفتاء الشعبي يتضمن منكرات شرعية، كالتحاسد والتباغض.. فهو من جهة قول ناشئ عن عدم التمييز بين الأصل المشروع، والعوارض غير المشروعة. ذلك أن العوارض غير المشروعة لا تكفي لتحريم الأصل المشروع، كما هو مقرر في قواعد الفقه، ومن الواضح أن بعض هذه المفاصد إنما هي عوارض ناشئة، عن عدم الالتزام بالضوابط الشرعية والأخلاقية في المنافسة السياسية والانتخابية بصفة عامة، ولكن ذلك لا يكفي للحكم بعدم مشروعية استفتاء الشعب ما دامت هذه العوارض يمكن الانفكاك عنها. ومن جهة ثانية فإن بعض هذه المفاصد الملازمة لنظام الانتخاب والاستفتاء كطلب الولاية وتركبة النفس ليست مفاصد مطلقة، وإنما هي من المفاصد التي تتوقف على مقاصد المكلفين، وقد طلب سيدنا يوسف الولاية وزكى نفسه.

3 - أما بالنسبة للقول بأن نظام الاستفتاء اعتراف بحاكمية الشعب من دون الله، ذلك أنه يملك الشعب السلطة التشريعية، فسيأتي الرد عليه مفصلا عند مناقشة الرأي الثاني، ولكن حسبنا هنا ردا مجملا وهو أن التسليم بأن الشرع ابتداء وأصالة هو لله ﷻ لا يتعارض مع الإقرار لجماعة المسلمين التشريع تفريعا وابتداء سواء بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، ذلك أن الله ﷻ كما هو معلوم لم يفصل الأحكام القانونية تفصيلا وإنما اكتفى بإرساء أصول و مبادئ وثوابت النظام القانوني في الإسلام، وترك التشريع في الأحكام التفصيلية حقا للأمة في إطار أصول ومبادئ وثوابت الشريعة، حيث أناط الاجتهاد في ذلك بالأمة وجعله فرض كفاية في حقها. ومن ثم فإن حاكمية الشعب في النظام السياسي الإسلامي لها خصوصيتها التي تجعلها تختلف عن حاكمية الشعب في النظم السياسية الوضعية.

فقرة 2- الرأي الثاني: جواز الاستفتاء السياسي وتحريم الاستفتاء التشريعي

ومنهم من يرى جواز الاستفتاء الشعبي في المسائل السياسية دون المسائل التشريعية سواء أكان تشريعا دستوريا أم عاديا، فيحق استفتاء جماعة المسلمين في تعيين الأحق بالرئاسة العامة، أو استفتاءها في تعيين أعضاء مجلس الشورى، أو أعضاء المجالس المحلية، وغير ذلك من المسائل السياسية ولكن لا يجوز استفتاءها في مسألة تشريعية. وهو

1- ينظر: الرعي: الأدلة الشرعية لكشف التليسات الحزبية، ص:59-60.

الرأي الذي نجده عند الشيخ عبد العزيز بن باز(1)، والشيخ ابن عثيمين(2)، والألباني(3)، وابن جرير(4). كما أفتى به الدكتور سعود بن عبد الله الفيضان فإذا كان الاستفتاء لاختيار الحاكم أو عزله جاز أو كان لسن دستور مأخوذ من الشريعة لم يجوز(5). ومن ثم فأصحاب هذا الرأي يقرون لجماعة المسلمين بحق إسناد الولايات العامة، ولكن ينكرون أي يكون لها أي دور مباشر في سن التشريع.

أولاً - أسس هذا الرأي: تتلخص أسس هذا الرأي في منع الاستفتاء التشريعي في ثلاثة أسس:

- 1 - أن التشريع حق لله ﷻ وحده الذي قال: ﴿ وَمَا أَحْتَلِفُ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾ (6)، وإن إعطاء الشعب الحق في التشريع مع ما سبق تقريره من أن الله ﷻ هو المشرع ابتداء، يجعل ذلك من النظام السياسي الإسلامي نظاماً لا يختلف في شيء عن النظام الوضعي الديمقراطي.
- 2 - ما استقر في الفهوم من أن الشريعة هي دستور المسلمين وتطبيقها واجب على جماعة المسلمين من غير حاجة إلى استفتاء الشعب أو البرلمان أو أحد من المسلمين. لأن معيار الصواب هو الدليل وليس الكثرة.
- 3 - أن التشريع في الإسلام يتطلب أهلية علمية وشروطاً كثيرة لا تتوفر إلا في قلة بلغت رتبة الاجتهاد فضلاً من الله ﷻ، كما يتطلب شروطاً أخلاقية بأن يكون في أعلى درجات العدالة، ومن ثم لا يجوز أن يكون لعموم المسلمين الحق في الاستفتاء في المسائل التشريعية لفقد أو نقص الأهلية أو الكفاية العلمية والأخلاقية.

ثانياً - مناقشة ونقد

يحتاج نقد هذا الرأي إلى شيء من الاسترسال ومد النفس في مناقشة أسسه وعلى ذلك يمكن أن نبدي بشأنه الملاحظات التالية:

- 1 - أما القول كيف يكون لجماعة المسلمين الحق في الاستفتاء الدستوري والتشريعي مع ما سبق تقريره من أن الشرع أصالة وابتداء لله رب العالمين الذي أمرنا عند الاختلاف بالرجوع إلى حكمه وليس إلى حكم الشعب. فجوابه أولاً: أن التسليم بأن الشرع ابتداء وأصالة هو لله ﷻ لا يتعارض مع الإقرار لجماعة المسلمين التشريع

1- في فتوى للشيخ عبد العزيز بن باز عن سؤال وجه إليه حول شرعية الترشح للبرلمان وحكم الشرع في التصويت في الانتخابات أجاب- رحمه الله -: " لا حرج من الالتحاق بمجلس الشعب إذا كان المقصود من ذلك تأييد الحق وعدم الموافقة على الباطل لما في ذلك من نصرة الحق والانضمام إلى الدعاة إلى الله، كما أنه لا حرج في استخراج البطاقة التي يستعان بها على انتخاب الدعاة الصالحين وتأييد الحق وأهله.." ينظر نص الفتوى في: الشيخ عبد العزيز بن باز، مجلة المجتمع الكويتية، الصادرة بتاريخ 1989/05/23 م.

2- في جواب لابن عثيمين حول الانتخابات في الكويت أنا أرى أن الانتخابات واجبة، يجب أن نعين من نرى أن فيه خيراً، لأنه إذا تقاعس أهل الخير من محل محلهم؟ أهل الشر، أو الناس السليبيون الذين ليس عندهم لا خير ولا شر، أتباع كل ناعق، فلا بد أن نختار من نراه صالحاً .

3- في فتوى للشيخ الألباني إجابة عن سؤال وجه إليه من الجزائر يقول -رحمه الله-: " لا أرى ما يمنع الشعب المسلم إذا كان في المرشحين من يعادي الإسلام وفيهم مرشحون إسلاميون من أحزاب مختلفة المناهج فتصح - والحالة هذه - من كل مسلم أن ينتخب من الإسلاميين من هو أقرب إلى المنهج العلمي الصحيح " ينظر: المجلة السلفية الصادرة بالسعودية . العدد 03 لسنة 1418 . ص 29.

4- في سؤال وجه إلي الشيخ عبد الله الجبرين حول المشاركة في الانتخابات البلدية بالسعودية بالتسجيل أو الترشيح؟ فقال: " نظراً لأهمية هذه الانتخابات وأثارها المنتظرة في تحسين وضع البلاد واختيار ماله أهمية ومصالحة في البلاد والعباد فإننا نرى أهمية المشاركة في هذه الانتخابات واختيار الأفضل من المرشحين من أهل الخبرة والمعرفة والصلاحيية لخدمة المشاريع البلدية . " <http://www.alriyadh.gov.sa/election/Comments-1.asp> .

5- ينظر نص الفتوى في: www.islamtoday.net/istesharat/schcv-80.htm .

6- الشورى/10 .

تفريعا وابتناء، وهو حق كما سيأتي ليس مطلقا، فالله ﷻ الذي أمر الأمة بإتباع ما أنزله من الشرع هو نفسه الذي أمر الأمة بالاجتهاد فيما سكت عنه الشرع، وقد جعل الله ﷻ ذلك فرض كفاية في حق الأمة .

وجوابه ثانيا: أن الله ﷻ لم يفصل الأحكام القانونية تفصيلا وإنما اكتفى في الغالب بإرساء أصول و مبادئ وثوابت النظام القانوني في الإسلام، وترك التشريع في الأحكام التفصيلية حقا للأمة في إطار أصول ومبادئ وثوابت الشريعة، حيث أناط الاجتهاد بها وجعله فرض كفاية في حقها. ومن ثم فإن حاكمية الشعب في النظام السياسي الإسلامي لها خصوصيتها التي تجعلها تختلف عن حاكمية الشعب في النظم السياسية الوضعية.

2 - القول أن الشريعة هي دستور المسلمين وهي واجبة التطبيق من غير حاجة إلى استفتاء أحد، لأن معيار الصواب الدليل وليس الكثرة، فجوابه كما يلي:

إن القول بأن الشريعة هي الدستور بهذا الاطلاق ستأتي مناقشته قريبا لبيان أن المفهوم الدقيق للدستور لا يتطابق مع مفهوم الشريعة لا في معناها العام وفي في معناها الخاص ولا حتى الأخص، ومن ثم فإن الاستفتاء لا يكون على الشريعة، فالشريعة لها السيادة في كل دولة السيادة فيها لجماعة المسلمين، ولكن الاستفتاء يكون على الدستور، وتدوين الدستور كما سيأتي قريبا أمر مشروع و مصلحة مطلوبة، والدستور كما يضم قواعد دستورية جامدة جمودا مطلقا تعبر عن مبادئ الشريعة، فهو يتضمن قواعد دستورية مصدرها الاجتهاد، وإذا كانت مبادئ الشريعة ليست مجالاً للاستفتاء، فإن القواعد الدستورية الاجتهادية التي يقتضيها النظر المصلحي (كتحديد مدة الرئاسة، وعدد مرات الولاية، وشروط التولية، وأسباب العزل وغيرها) لا مانع من أن تكون محل استفتاء عموم المسلمين، لأنها قائمة على نظر مصلحي، والنظر المصلحي مشترك بين الناس وهو قائم على معقول المعنى الذي هو مشترك بين بني آدم. فما تبنته أكثرية المسلمين صار لازما. وإن التجرد والموضوعية تقتضي منا القول من دون مساس بالقيمة الجلييلة للفقهاء الإسلامي، بأن بعض التشريعات المصلحية في القانون الوضعي (كتحديد مدة الولاية) هي أجدى وأنفع على الأمة من التمسك من بعض الآراء في الفقه الإسلامي (كإطلاق مدة الولاية).

أما القول بأن الكثرة ليس معيارا للصواب" فهو قول يصدق في الأمور التي نص عليها الشرع نصا صريحا ثابتا يقطع النزاع، ولا يحتمل الخلاف، أو يقبل المعارضة، وهذا قليل جدا.. أما القضايا الاجتهادية مما لا نص فيه، أو ما فيه نص يحتمل أكثر من تفسير، أو يوجد له معارض مثله أو أقوى منه، فلا مناص من اللجوء إلى مرجح يحسم به الخلاف، والتصويت وسيلة لذلك، عرفها البشر، وارتضاها العقلاء ومنهم المسلمون ولم يوجد في السوابق ما يمنع منها، بل وجد في النصوص والسوابق ما يؤيدها" (1). كما سيأتي. وعليه فإن كل ما نسلم به هو أن الكثرة ليست دليلا قطعيا على الصواب كالإجماع ولكنها مرجحاً قويا على ذلك، وإن فقهاء الشريعة أنفسهم لما أعياهم حصول الإجماع في كثير من المسائل لجئوا إلى الترجيح بالكثرة من خلال نظرية الجمهور (2).

3 - أما القول أن التشريع عمل فقهي يتطلب بلوغ رتبة الاجتهاد أو على الأقل درجة من الكفاية العلمية والأخلاقية ومن ثم فلا يجوز استفتاء عموم المسلمين في مسائل التشريع، فجوابه أن الأعمال التشريعية ليست كلها ذات طبيعة واحدة؛ فمنها ما يحتاج إلى ملكة فقهية عالية أو خبرة فنية دقيقة تتجاوز مدركات الفرد العادي، ومنها

1- يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، ص: 144.

2- سيأتي في الفصل الثالث من هذا الباب تفصيل لهذه المسألة كقاعدة من قواعد الشكل في الممارسة التشريعية.

مصالح عامة يشترك في إدراكها عموم الناس، كما أن التشريع يمر بمراحل متعددة كالإقترح، والمداولة و الإقرار، ومن ثم فإن إقرار عموم المسلمين لتشريع ما يسبقه عمل كبير لأهل الشورى والاجتهاد، ومن ثم "فإن استفتاء الأمة لا يكون فيما تجهله من الأمور الفنية الدقيقة والتي هي من اختصاص أهل الخبرة والسياسة وإنما نستشيرها في الأمور العامة والتي تقع في نطاق مدركات الفرد العادي" (1). فضلا عن أنه ليس في الإمكان الرجوع إلى الشعب في كل صغيرة وكبيرة وإنما يرجع إليه في الأمور ذات الأهمية البالغة.

فقرة 3- الرأي الثالث: جواز الاستفتاء الشعبي في المسائل السياسية والتشريعية

ويذهب رأي ثالث إلى جواز الاستفتاء الشعبي سواء في المسائل السياسية أو التشريعية بشرط أن لا يكون الاستفتاء في مسائل قطعية (نصاً أو إجماعاً) مفروغ منها في الشريعة، وإنما تكون في مهمات المسائل المصلحية وهو الرأي الذي نجده عند بعض الفقهاء المعاصرين كالدكتور يوسف القرضاوي حيث يقول: "إن هناك أموراً لا تدخل مجال التصويت، ولا تعرض لأخذ الأصوات عليها لأنها من الثوابت التي لا تقبل التغيير، إلا إذا تغير المجتمع ذاته ولم يعد مسلماً. فلا مجال للتصويت في قطعيات الشرع وأساسيات الدين، وما علم منه بالضرورة، وإنما يكون التصويت في الأمور الاجتهادية التي تحتمل أكثر من رأي، ومن شأن الناس أن يختلفوا فيها، مثل اختيار أحد المرشحين لمنصب ما، ولو كان هو منصب رئيس الدولة، ومثل إصدار قوانين لضبط حركة السير والمرور، أو لتنظيم بناء المحلات التجارية أو الصناعية أو المستشفيات، أو غير ذلك مما يدخل فيما يسميه الفقهاء "المصالح المرسلة" (2). كما نجده عند الدكتور حسن الترابي الذي يرى صراحة أن من صور التشريع في المجتمع الإسلامي التشريع بتمام شورى الجمهور، ويعبر عن ذلك بقوله: "قد طرح المسألة بتدبيرها على جمهور الناس، وتدار بينهم الشورى المرتبة، ويعقد فيها الإجماع على الحكم اللازم، المشهود بأدوات السلطان... وقد يصدر من السواد الأعظم للمجتمع مسلك أو رأي يعم ولكنه لا يتم إجماعاً، ويؤثر ولكنه لا يقع لزاماً" (3). كما نجده عند الدكتور المجاهد راشد الغنوشي وإن كان قد قصره على الاستفتاء على الأحلاف والمعاهدات والتوجهات الكبرى للسياسات العامة للدولة حيث يرى أن في مثل هذه المسائل ذات الخطورة المصيرية لا سبيل لإقصاء الشعب عن ممارسة وظيفته في الإجماع العام (4).

و الرأي الذي نركن إليه هو جواز الاستفتاء التشريعي لعموم جماعة المسلمين بثلاثة شروط هي:

- أن لا يكون الاستفتاء في مسائل قطعية (نصاً أو إجماعاً) مفروغ منها في الشريعة.
- أن لا يكون الاستفتاء في مسائل الاجتهاد في النص (الاجتهاد البياني) التي تتطلب أهلية علمية لا تتوفر لعموم المسلمين. فضلا عن أن هذه المسائل قد فرغ منها الفقهاء في عصور الاجتهاد وانحصرت فيها أقوالهم، وتبني وتقنين قول منها كما سيأتي موكول لمجلس الشورى. وإنما يكون استفتاء جماعة المسلمين في المسائل التي لم ترد فيها نصوص خاصة أعني المسائل المصلحية.
- أن يكون الاستفتاء في المسائل ذات الأهمية الكبرى كالمسائل الدستورية الاجتهادية، والتشريعات المصلحية

1- عبد الحميد الأنصاري: الشورى بين التأثير والتأثر، ص: 56.

2- يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، ص: 142.

3- حسن الترابي: السياسة والحكم، ص: 232-233.

4- راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 138.

ذات الأهمية البالغة وليس في كل صغيرة وكبيرة.

البند الثاني: التأصيل الشرعي لحق جماعة المسلمين في التشريع

فقرة 1- الأسانيد الشرعية على جواز الاستفتاء الشعبي ووقوعه

ويمكن الاستدلال على ذلك بما يلي:

أولا - عموم الأمر بالشورى

1- نص الشورى نص عام يشمل ويسع صورا عديدة منها الشورى العامة لجمهور المسلمين (الاستفتاء الشعبي) إذ معناه لا يخرج عن عرض موضوع عام على الشعب لأخذ رأيه فيه بالموافقة أو الرفض(1)، وكذلك الشورى العامة ليست سوى طلب الرأي في أمر من الأمور العامة. ومن ثم نجد الدكتور مصطفى الرافي يقول: "لم تكن الشورى في بدء الإسلام إلا نوعا من الاستفتاء الشعبي"(2). بل أن لفظ الشورى لا يقتصر على معنى الاستفتاء، بل يتضمن معنى الاقتراح والمناقشة والاعتراض، فجعل الأمر شورى يعني بالضرورة أن هذا يقترح رأيا والآخر يقترح رأيا آخر كما قد يناقش آخر هذا الرأي أو ذاك أو يعارضه. فلفظ الشورى أصدق تعبير على مجمل الوظائف التي تنهض الهيئة التشريعية من اسم البرلمان الذي يعنى مجلس الكلام، مجرد كلام.

2- وكذلك لفظ الأمر هو لفظ عام يشمل الأمور ذات الطبيعة السياسية المحضة كالاستفتاء لانتخاب الرئاسة العامة، كما يشمل الأمور التشريعية. وتخصيصه بأحدهما دون الآخر تخصيص من غير مخصص، إلا ما دل الإجماع على استثنائه (قواطع الشرع). و على ذلك فالأمر بالشورى كما يشمل الشورى الخاصة، فهو يشمل الشورى العامة وهي استفتاء جمهور الأمة: فأهل الشورى في هذا المستوى هم عموم جمهور الأمة، فالضمير في قوله ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (3)، وفي قوله عز وجل: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (4)، ضمير للجمع والجمع لا حد له، و يؤكد ذلك قوله ﷺ: ﴿أَشِيرُوا أَيُّهَا النَّاسُ عَلَيَّ﴾ (5). وهو ما تقتضيه سنة الخلفاء الراشدين من استشارة جمهور في المسائل السياسية والتشريعية على السواء؛ من البيعة إلى الحرب إلى غير ذلك.

ثانيا - سنن النبوة والخلافة الراشدة

ثبوت الاستفتاء العام في بعض المسائل السياسية والتشريعية في عصر الرسالة والخلافة الراشدة

1- الاستفتاء السياسي في المسائل السياسية

- ومن ذلك استفتاء النبي ﷺ للمسلمين عندما علم بخروج قريش يوم أحد للثأر، فقد جاء في سيرة ابن إسحاق تفصيل لمشاورة النبي ﷺ للمسلمين بما فيها بعض المناقشين حول الخروج لملاقاة قريش أو التحصن بالمدينة، وقد كان رأي رسول الله التحصن بالمدينة وكان معه في هذا الرأي عبد الله بن أبي بن سلول، بينما كان رأي عموم

1- ما جد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص:291. وينظر له أيضا: الاستفتاء الشعبي والشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983، ص:10.

2- مصطفى الرافي: الإسلام نظام إنساني، دار مكتبة الحياة، بيروت، ص:20. وينظر: ما جد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص:354.

3- آل عمران/159.

4- الشورى/38.

5- صحيح البخاري/كتاب المغازي/باب غزوة الحديبية/ رقم: 4178، 4179 . 131/3.

المسلمين خاصة من الأنصار و من لم يحضر بدرًا الخروج لملاقاة كفار قريش حتى يصيبوا من الفضيلة ما أصاب أهل بدر(1)، فعن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: (رَأَيْتُ كَأَنِّي فِي دِرْعِ حَصِينَةٍ، وَرَأَيْتُ بَقْرًا يُنْحَرُ، فَأَوْلَتْ أَنَّ الدَّرْعَ الْمَدِينَةَ، وَأَنَّ الْبَقْرَ نَقْرًا، وَاللَّهُ خَيْرٌ، وَلَوْ أَقَمْنَا بِالْمَدِينَةِ، فَإِذَا دَخَلُوا عَلَيْنَا قَاتِلَنَاهُمْ) فقالوا: واللَّهِ مَا دَخَلَتْ عَلَيْنَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، أَفْتُدْخِلُ عَلَيْنَا فِي الْإِسْلَامِ، قَالَ: «فَشَأْنُكُمْ إِذَا» وَقَالَتْ: الْأَنْصَارُ بَعْضُهَا لِبَعْضٍ رَدَدْنَا عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَأْيُهُ فَجَاءُوا، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ شَأْنُكَ، فَقَالَ: «الآنَ إِنَّهُ لَيْسَ لِنَبِيِّ إِذَا لَيْسَ لِأُمَّتِهِ أَنْ يَضَعَهَا حَتَّى يُقَاتِلَ» (2). و يفصل غزوة قصبة أحد وإشارة النبي ﷺ على المسلمين بالمكث في المدينة وأن كثيرًا من الناس أتوا إلا الخروج إلى العدو قال (وَلَوْ تَنَاهَا إِلَى قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَمْرِهِ كَانَ خَيْرًا لَهُمْ وَلَكِنْ غَلَبَ الْقَضَاءُ وَالْقَدَرُ قَالَ وَعَامَّةٌ مِنْ أَشَارَ عَلَيْهِ بِالْخُرُوجِ رِجَالٌ لَمْ يَشْهَدُوا بَدْرًا وَقَدْ عَلِمُوا الَّذِي سَبَقَ لِأَهْلِ بَدْرٍ مِنَ الْفَضِيلَةِ فَلَمَّا صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَلَاةَ الْجُمُعَةِ وَعَظَ النَّاسَ وَذَكَرَهُمْ وَأَمَرَهُمْ بِالْجِدِّ وَالْإِجْتِهَادِ ثُمَّ انصرفت من حطيبته وصلاته فدعا بلائمه فلبسها ثم أذن في الناس بالخروج فلما أبصر ذلك رجال من ذوى الرأي قالوا أمرنا رسول الله ﷺ أن نمكث بالمدينة فإن دخل علينا العدو قاتلناهم في الأزقة وهو أعلم بالله وبما يريد ويأتيه الوحي من السماء ثم أشخصناه فقالوا: يَا نَبِيَّ اللَّهِ أَمَمَكْتُ كَمَا أَمَرْتَنَا قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: (لَا يَنْبَغِي لِنَبِيِّ إِذَا أَخَذَ لِأُمَّةٍ الْحَرْبِ وَأَذَّنَ فِي النَّاسِ بِالْخُرُوجِ إِلَى الْعَدُوِّ أَنْ يَرْجِعَ حَتَّى يُقَاتِلَ وَقَدْ دَعَوْتُكُمْ إِلَى هَذَا الْحَدِيثِ فَأَبَيْتُمْ إِلَّا الْخُرُوجَ فَعَلَيْكُمْ بِتَقْوَى اللَّهِ وَالصَّبْرِ إِذَا لَقِيتُمُ الْعَدُوَّ وَانظُرُوا مَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ فَافْعَلُوهُ) (3). فهذه الروايات تبين أن هذه الاستشارة تتميز من جهة بأنها استشارة عامة موجبة لعموم المسلمين مهاجرين وأنصار صغارا وكبارا بل شارك فيها حتى لفييف المنافقين، وتتميز من جهة ثانية بأنها تتعلق بقرار سياسي على درجة كبير من الأهمية وهو قرار الحرب، وقد أخذ رسول الله برأي الأغلبية رغم مخالفة ذلك لاقتناعه الشخصي، وهو ما يبين أن استفتاء عموم المسلمين في المسائل السياسية ذات الأهمية البالغة بما في ذلك قرار الحرب أمر مشروع.

- ويدل على ذلك أيضا استشارة النبي ﷺ للمسلمين في الحديبية وكان عددهم ألف وأربعمائة فيهم من المهاجرين والأنصار ومن لحق بهم من العرب، في أمر قتال قريش فيما يشبه استفتاء شعبيا، فعن عروة بن الزبير خرج النبي ﷺ عام الحديبية في بضعة عشرة مائة من أصحابه، فلما أتى ذا الحليفة قلد الهدى، وأشعره، وأحرم منها بعمره، وبعث عينًا له من خزاعة، وسار النبي ﷺ حتى كان بغير الأشطاط، أتاه عينه قال إن قريشًا جمعوا لك جموعًا، وقد جمعوا لك الأحابيش، وهم مقاتلوك وصادوك عن البيت وما نعوك. فقال: (أشيروا أيها الناس علي، أترون أن أميل إلى عيالهم وذرائع هؤلاء الذين يريدون أن يصدونا عن البيت، فإن يأتونا كان الله ﷻ قد قطع عينًا من المشركين، وإلا تركناهم محروبين). قال أبو بكر يا رسول الله، خرجت عامدًا لهذا البيت، لا تريد قتل أحد ولا حرب أحد، فتوجه له، فمن صدنا عنه قاتلناه. قال: (امضوا على اسم الله) (4).

1- ينظر: ابن إسحاق: السيرة النبوية، ص: 332.

2- سنن الدارمي/كتاب الرؤيا/باب في القمص والبفر والبلن ... / رقم: 2205 . 1378/2- 1379. وقال محققه إسناده صحيح على شرط مسلم.

3- سنن البيهقي/كتاب النكاح/باب لم يكن له إذا لبس لامته أن ينزعها حتى يقاتل/ رقم: 13281. 65/7. قال البيهقي: وإن كان منقطعًا وكتبناه مؤصلاً بإسناد حسن.

4- صحيح البخاري/الغازي/باب غزوة الحديبية/ رقم: 4178، 4179 . 131/3. وينظر تفاصيل صلح الحديبية في: ابن إسحاق: السيرة النبوية، ص: 454 وما بعدها.

- ويدل على ذلك أيضا اعتراض المسلمين في صلح الحديبية على النبي ﷺ في قبوله شروط معاهدة الصلح مع قريش من خلال ظنهم أن هذا الصلح إنما كان باجتهاد منه ﷺ ، وكان اعتراضهم عليه قولا وفعلا؛ قولا من خلال بعض كبار الصحابة الذين رفضوا صراحة هذا الصلح أو بعض بنوده وعلى رأسهم عمر بن الخطاب ﷺ، وفعلا من خلال رفض عموم المسلمين أول الأمر الحلق ونحر بُدُنهم حين دعاهم ﷺ إلى ذلك (**يَا أَيُّهَا النَّاسُ انْحَرُوا وَاحْلِقُوا**). قَالَ فَمَا قَامَ أَحَدٌ - قَالَ - ثُمَّ عَادَ بِمِثْلِهَا فَمَا قَامَ رَجُلٌ، ثُمَّ عَادَ بِمِثْلِهَا فَمَا قَامَ رَجُلٌ. فَرَجَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَدَخَلَ عَلَيَّ أُمَّ سَلَمَةَ فَقَالَ (**يَا أُمَّ سَلَمَةَ مَا شَأْنُ النَّاسِ**) . قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ دَخَلْتُمْ مَا قَدْ رَأَيْتِ، فَلَا تُكَلِّمَنَّ مِنْهُمْ إِنْسَانًا، وَاعْمِدْ إِلَى هَدْيِكَ حَيْثُ كَانَ فَأَنْحَرُهُ وَاحْلِقْ، فَلَوْ قَدْ فَعَلْتَ ذَلِكَ فَعَلَ النَّاسُ ذَلِكَ (1)، فلما نحر النبي ﷺ بُدنه وحلق فعملوا(2)، وقد كان اعتراض المسلمين لما تضمنته هذه المعاهدة من شروط اعتبرها عموم المسلمين مجحفة في حقهم خاصة البنود التي تقضي برد كل من جاء المدينة من قريش بغير إذن وليه، وعدم رد قريش من جاء مكة من أصحاب محمد (3). وهذا الاعتراض إن كیفناه على قبول الصلح ابتداء كان اعتراضا سياسيا، وإن اعتبرناه اعتراضا على أحكام المعاهدة وما قيدت به جماعة المسلمين، كان اعتراضا تشريعيا. وسواء أكان هذا أو ذاك فإن هذا الاعتراض ما كان ليكون لولا ظن المسلمين أن ما أقدم عليه ﷺ من الصلح إنما كان منه تصرفا سياسيا اجتهدا بوصف الإمامة، بينما هو في حقيقة الأمر هو أمر الله ﷻ كما يدل على ذلك قوله ﷺ لعمر بن الخطاب حين اعترض عليه في قبول الصلح: (**أنا عبد الله ورسوله لن أخالف أمره ولن يضيعني**) (4). فهذه السوايق بجملتها تدل على أن النظام السياسي الإسلامي قد عرف في بواكيره فكرة إشراك الأمة مباشرة في ممارسة السلطة لاتخاذ القرار المناسب(5).

- أما وقوع الاستفتاء في عصر الخلافة الراشدة فإن ذلك يبرز على وجه الخصوص في اختيار الخليفة؛ لأنه أمر يخص الناس، وعليهم التشاور، ومنه الاستفتاء باختيار الأفضل والأمثل، وخير شاهد على ذلك أن عبد الرحمن بن عوف ﷺ، لما توفي عمر بن الخطاب ﷺ، بقي يشاور الناس ثلاثة أيام، وكان يشاور النساء العذارى في خدورهن، ثم أخبر أن الناس لا يعدلون بعثمان، ﷺ (6). وكذلك ذكر ابن كثير في (البداية والنهاية) أن عبد الرحمن بن عوف ﷺ، بقي ثلاثة أيام بلياليها لا يعتمض بكثير نوم إلا صلاة ودعاء واستخارة وسؤالا من ذوي الرأي وغيرهم، حتى خلص إلى النساء المخدّرات في حجابهن، وحتى سأل الولدان في المكاتب، وحتى سأل من يرد من الركبان والأعراب إلى المدينة، ولما صعد المنبر قال في خطبته (**أيها الناس إني قد سألتكم سرا وجهرا مثنى وفرادى فلم أجدكم تعدلون بأحد هذين الرجلين**) (7). وإذا جاز الاستفتاء (التشاور) على اختيار الحاكم جاز على عزله من باب أولى. إن هذه الرواية تبين بما لا يدع مجالاً للشك مشروعية استفتاء جماعة المسلمين في اختيار من تراه أصلح للرئاسة العامة، وليس الاستفتاء إلا استشارة عامة في موضوع محدد، وإذا كانت مصادر الحديث والتاريخ والسير لا نجد فيها ما يثبت حصول مثل هذه

1- مسند أحمد/مسند الكوفيين/حديث المسور بن مخرمة/ رقم: 18910. 220/31. وقال المحقق إسناده حسن.

2- ينظر وقائع صلح الحديبية في: ابن إسحاق: السيرة النبوية، ص: 454-463 .

3- ينظر شروط هذا الصلح في محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، دار النفائس، ط5، 1985، ص: 77-80 .

4- مسند أحمد/مسند الكوفيين/حديث المسور بن مخرمة/ رقم: 18910. 220/31. وقال المحقق إسناده حسن..

5- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 331.

6- عبد الحليم بن تيمية: منهاج السنة، 350/6.

7- ابن كثير الدمشقي: البداية والنهاية، 211/10-213.

الاستشارة العامة عند تولية سائر الخلفاء الراشدين، فإنها أيضا ليس فيها ما ينفي حصول مثل هذه الاستشارة بل الأقرب لنهج الخلفاء الذين كانوا يستشيرون في كل صغيرة أو كبيرة حصول هذه الاستشارة حتى وإن سكتت عنها الروايات.

2 - الاستفتاء في المسائل التشريعية

رغم أن الشواهد على استفتاء عموم المسلمين في مسائل تشريعية في عصر الرسالة من الندرة بما لا يسع إنكاره، بحكم أن هذا العصر كان عصر الوحي والتنزيل، ولم يكن عصر الاجتهاد، فمع ذلك فإن هناك بعض الشواهد التي يمكن الاستدلال بها في تقرير هذا الأصل ومن ذلك:

- استشارة الناس في وسيلة الإعلام بوقت الصلاة وهو أمر تشريعي و إن كان مندرجا في باب الوسائل: فَعَنْ سَالِمٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ (اسْتَشَارَ النَّاسَ لِمَا يُهْمُهُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَذَكَرُوا الْبُوقَ فَكَرِهَهُ مِنْ أَجْلِ الْيَهُودِ ثُمَّ ذَكَرُوا النَّاقُوسَ فَكَرِهَهُ مِنْ أَجْلِ النَّصَارَى فَأَرَى النَّدَاءَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ يُقَالُ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدٍ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَطَرَقَ الْأَنْصَارِيُّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِبَلَاءٍ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالْأَذَانِ بِه فَأَذَنَ. قَالَ الزُّهْرِيُّ وَرَدَّ بِالْأَذَانِ فِي نِدَاءِ صَلَاةِ الْعِدَاةِ الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ فَأَقْرَبَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. قَالَ عُمَرُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ رَأَيْتُ مِثْلَ الَّذِي رَأَى وَلَكِنَّهُ سَبَقَنِي) (1). فالظاهر من هذه الرواية أن الاستشارة كانت عامة ويشهد لذلك من جهة صيغ الجموع "ذكروا الناقوس" "ذكروا البوق"، كما يشهد لذلك أيضا أن جهة اقتراح الأذان رجل من الأنصار مغمور، لا هو من كبار الصحابة ولا من فقهاءهم مما يدل على أن الاستشارة لم تقتصر على كبار الصحابة وإنما امتدت لعموم المسلمين.

- الاستشارة العامة في منع تقسيم أرض السواد: يقول أبو يوسف: استشار عمر الناس في أرض السواد فرأى عامتهم أن يقسمه، وكان بلال بن رباح من أشدهم في ذلك، وكان رأي عمر ألا يقسمه فمكثوا يومين أو ثلاثة، ثم قال عمر: "إني وجدت حجة، قال الله ﷻ: ﴿ وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ ۗ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ۝ ﴾ حتى فرغ من شأن بني النضير، فهذه عامة في القرى كلها، ثم قال ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ۚ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ۝ ﴾ ثم قال ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانًا وَيَنْصُرُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ۚ أُولَٰئِكَ هُمُ الصَّادِقُونَ ۝ ﴾ ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال: ﴿ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ فُحِبُّوا مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا تَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ۚ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ۝ ﴾ فهذا فيما بلغنا والله أعلم للأنصار خاصة، ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ ۝ ﴾ (2).

1- سنن ابن ماجه/ كتاب الأذان والسنة فيها/ باب بدء الأذان/ رقم: 706، 707. ص: 153-154. وقال الألباني: حسن صحيح.

2- الحشر/ 6-10.

فكانت هذه عامة لمن جاء من بعدهم، فقد صار هذا الفيء بين هؤلاء جميعا، فكيف نقسمه هؤلاء وندع من تخلف بعدهم بغير قسمة؟ فأجمع على تركه وجمع خراجه" (1).

- الاستشارة في تشريع الديوان: لقد ثبت في السنة أن **"المُسْلِمُونَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَثِيرٌ ، وَلَا يَجْمَعُهُمْ كِتَابٌ حَافِظٌ - يُرِيدُ الدِّيُونَ -"** (2). فلما كان عهد عمر استشار الناس في وضع ديوان للأعطيات، فعن أبي هريرة قال: قَدِمْتُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ مِنْ عِنْدِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ بِثَمَانِمِائَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَقَالَ لِي : بِمَاذَا قَدِمْتَ قُلْتُ قَدِمْتُ بِثَمَانِمِائَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَقَالَ : إِنَّمَا قَدِمْتَ بِثَمَانِينَ أَلْفِ دِرْهَمٍ قُلْتُ : بَلْ قَدِمْتُ بِثَمَانِمِائَةِ أَلْفِ دِرْهَمٍ قَالَ : أَلَمْ أَقُلْ لَكَ إِنَّكَ بِمَانَ أَحْمَقُ إِنَّمَا قَدِمْتَ بِثَمَانِينَ أَلْفِ دِرْهَمٍ فَكَمْ ثَمَانِمِائَةِ أَلْفِ فَعَدَدْتُ مِائَةَ أَلْفٍ وَمِائَةَ أَلْفٍ حَتَّى عَدَدْتُ ثَمَانِمِائَةَ أَلْفٍ قَالَ : أَطَبُّ وَتِلْكَ . قَالَ : نَعَمْ قَالَ : فَبَاتَ عُمَرُ لَيْلَتَهُ أَرْقًا حَتَّى إِذَا نُوْدِي بِصَلَاةِ الصُّبْحِ قَالَتْ لَهُ امْرَأَتُهُ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ مَا نَمَتَ اللَّيْلَةُ . قَالَ : كَيْفَ يَنَامُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَقَدْ جَاءَ النَّاسُ مَا لَمْ يَكُنْ يَأْتِيهِمْ مِثْلُهُ مُنْذُ كَانَ الْإِسْلَامَ فَمَا يُؤْمِنُ عُمَرُ لَوْ هَلَكَ وَذَلِكَ الْمَالُ عِنْدَهُ فَلَمْ يَضَعُهُ فِي حَقِّهِ . فَلَمَّا صَلَّى الصُّبْحَ اجْتَمَعَ إِلَيْهِ نَقَرٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لَهُمْ : إِنَّهُ قَدْ جَاءَ النَّاسَ اللَّيْلَةَ مَا لَمْ يَأْتِيهِمْ مِثْلُهُ مُنْذُ كَانَ الْإِسْلَامَ وَقَدْ رَأَيْتُ رَأْيًا فَاشِيرُوا عَلَيَّ رَأَيْتُ أَنَّ أَكْبَلَ لِلنَّاسِ بِالْمَكِّيَالِ فَقَالُوا : لَا تَفْعَلْ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ النَّاسَ يَدْخُلُونَ فِي الْإِسْلَامِ وَيَكْثُرُ الْمَالُ وَلَكِنْ أُعْطِيهِمْ عَلَى كِتَابٍ فَكُلَّمَا كَثَرَ النَّاسُ وَكَثُرَ الْمَالُ أُعْطِيَتْهُمْ عَلَيْهِ قَالَ فَاشِيرُوا عَلَيَّ بِمَنْ أَبْدَأُ مِنْهُمْ قَالُوا : بِكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّكَ وَلِيُّ ذَلِكَ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَعْلَمُ قَالَ : لَا وَلَكِنْ أَبْدَأُ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ إِلَيْهِ فَوَضَعَ الدِّيُونَ عَلَى ذَلِكَ (3).

- الاستشارة الواسعة في طاعون عمواس: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ﷺ خَرَجَ إِلَى الشَّامِ حَتَّى إِذَا كَانَ يَسْرَعُ لِقِيهِ أَمْرَاءُ الْأَجْنَادِ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ وَأَصْحَابُهُ ، فَأَخْبَرُوهُ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِأَرْضِ الشَّامِ . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ فَقَالَ عُمَرُ **ادْعُ لِي الْمُهَاجِرِينَ الْأَوَّلِينَ** . فَدَعَاهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ وَأَخْبَرَهُمْ أَنَّ الْوَبَاءَ قَدْ وَقَعَ بِالشَّامِ فَاخْتَلَفُوا . فَقَالَ بَعْضُهُمْ قَدْ خَرَجْتَ لِأَمْرٍ ، وَلَا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ عَنْهُ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ مَعَكَ بَقِيَّةُ النَّاسِ وَأَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا نَرَى أَنْ تُقَدِّمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ . فَقَالَ ارْتَفِعُوا عَنِّي . ثُمَّ قَالَ **ادْعُوا لِي الْأَنْصَارَ** . فَدَعَوْتُهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ ، فَسَلَكُوا سَبِيلَ الْمُهَاجِرِينَ ، وَاخْتَلَفُوا كَاخْتِلَافِهِمْ ، فَقَالَ ارْتَفِعُوا عَنِّي . ثُمَّ قَالَ **ادْعُ لِي مَنْ كَانَ هَا هُنَا مِنْ مَشِيخَةٍ قُرَيْشٍ مِنْ مُهَاجِرَةِ الْفَتْحِ** . فَدَعَوْتُهُمْ ، فَلَمْ يَخْتَلَفْ مِنْهُمْ عَلَيْهِ رَجُلَانِ ، فَقَالُوا نَرَى أَنْ تَرْجِعَ بِالنَّاسِ ، وَلَا تُقَدِّمَهُمْ عَلَى هَذَا الْوَبَاءِ ، فَنَادَى عُمَرُ فِي النَّاسِ ، إِنِّي مُصَبِّحٌ عَلَى ظَهْرٍ ، فَأُصْبِحُوا عَلَيْهِ . قَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ أَفِرَارًا مِنْ قَدَرِ اللَّهِ فَقَالَ عُمَرُ لَوْ غَيْرُكَ فَالَهَا يَا أَبَا عُبَيْدَةَ ، نَعَمْ نَفَرٌ مِنْ قَدَرِ اللَّهِ إِلَى قَدَرِ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ لَكَ إِبِلٌ هَبَطَتْ وَادِيًا لَهُ عُذْوَتَانِ ، إِحْدَاهُمَا حَصْبَةٌ ، وَالْأُخْرَى جَدْبَةٌ ، أَلَيْسَ إِنْ رَعَيْتَ الْحَصْبَةَ رَعَيْتَهَا بِقَدَرِ اللَّهِ ، وَإِنْ رَعَيْتَ الْجَدْبَةَ رَعَيْتَهَا بِقَدَرِ اللَّهِ قَالَ فَجَاءَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ ، وَكَانَ مُتَعَبِيًّا فِي بَعْضِ حَاجَتِهِ فَقَالَ إِنَّ عِنْدِي فِي هَذَا عِلْمًا سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ (إِذَا سَمِعْتُمْ بِهِ بِأَرْضٍ فَلَا تَقْدَمُوا عَلَيْهِ ، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا فِرَارًا مِنْهُ) . قَالَ فَحَمِدَ اللَّهُ

1- أبو يوسف: الخراج، ص: 37/1.

2- من حديث كعب بن مالك ، صحيح البخاري/ كتاب المغازي/ رقم: 4418. 177/3.

3- سنن البيهقي/ كتاب قسم الفئ والغنيمة/ باب إعطاء الفيء على الديوان/ رقم: 13070 . 592-591/6.

عُمُرُ ثُمَّ انْصَرَفَ (1).

فقرة 2- اعتراضات وجوابها

أولاً - الاعتراضات

قد يورد البعض على الاستدلال بهذه الأدلة جملة من الاعتراضات منها:

- 1 - أن لفظ الناس في هذه الروايات من ألفاظ العام الذي يراد الخاص، فالغالب أن المراد به كبار الصحابة أو أهل العلم منهم، فكأنهم لشرف العلم هم الناس الذين لا ناس غيرهم، وليس المقصود بالناس العامة و الغوغاء .
- 2 - أن هذه الاستشارات ليست من قبيل الاستفتاء العام بل من قبيل الاستشارات الواسعة، فهي من جهة لم يشارك فيها جميع المسلمين كما أنها لم تخرج عن أهل المدينة، ومن ثم فإن اعتبارها استفتاء عاما يحتاج إلى نظر.

ثانياً - مناقشة هذه الاعتراضات

- 1- الجواب عن الاعتراض الأول رغم أننا نسلم أن لفظ الناس في بعض النصوص والروايات قد يراد به الخصوص وليس العموم، فإن لفظ الناس في النصوص التي أوردناها محمول على ظاهره للقارئ اللفظية والحالية التي سبق بيانها، وكذلك لأن الاجتماع العام سواء في عهد الرسالة أو في عهد الراشدين أمر ثابت، فقد كان الرسول ﷺ والخلفاء من بعده إذا حدث أمر يستدعي اجتماع جمهور الأمة دعوا الناس للاجتماع عن طريق النداء إلى (الصلاة جامعة) (2). ومن جهة ثانية فإن احتقار عموم الناس ووصفهم بالغوغاء من خصائص أهل الشرك وأهل الاستبداد والطغيان على ما حكاه القرآن الكريم في صراع الرسل مع أقوامهم، أما القرآن فلم ينزع الثقة من العموم ويكفي شاهدا على ذلك أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يطالب به العموم، دلالة على أن التمييز بين المعروف والمنكر لا يخرج عن مدركات المسلم العادي.

- 2 - الجواب عن الاعتراض الثاني من غير شك أن هذه الاستشارات لم يشارك فيها جميع المسلمين ولكن ذلك لا يهدم أصل الاستشارة العامة من حيث أن الاستشارة العامة عندما تطلق في البدء توجه لعموم المسلمين وليس لخصوصهم وهذا هو المهم في تقرير هذا الأصل، تبقى بعد ذلك أن ظروف العصر تسمح أو لا تسمح بمشاركة كل المسلمين بسبب محدودية الوسائل في ذلك العصر، فإن ذلك لا ينقض هذا المبدأ ما دامت الاستشارة من حيث المبدأ موجهة لعموم المسلمين وليس لفئة أو طبقة أو نخبة معينة، ومن جهة ثانية فإنه حتى في النظم السياسية المعاصرة عندما تجري استفتاء عاما فإن نسب المشاركة في هذه الاستفتاءات تبقى متفاوتة و السنة المعتادة في النظم الانتخابية الشفافة النزيفة أن لا تبلغ النسبة المثوية ولا حتى قريبا منها.

1- صحيح البخاري/ كتاب الطب/ باب ما يذكر في الطاعون/ رقم: 5729 . 41/4-42.

2- من ذلك مثلا ما رواه قيس بن أبي خازم قال: (إني لجالس عند أبي بكر الصديق خليفة رسول الله ﷺ بعد وفاة النبي ﷺ فذكر قصة - فنودي في الناس أن الصلاة جامعة وهي أول صلاة في المسلمين نودي بها إن الصلاة جامعة. فاجتمع الناس فصعد المنبر - شيئا صنع له كان يحطّب عليه وهي أول خطبة خطبها في الإسلام - قال فحمد الله وأثنى عليه ثم قال) يا أيها الناس و لوددت أن هذا كفانيه غيري ولئن أخذتموني بسنة نبيكم ﷺ ما أطيقها إن كان لمعضوماً من الشيطان وإن كان ليتنزل عليه الوحي من السماء . مسند أحمد//مسند أبي بكر الصديق/ رقم: 80. 242/1. قال محققه فيه عيسى بن المسيب البجلي مختلف فيه، ضعفه ابن معين وأبو داود والنسائي وأبو زرعة وابن حبان والدارقطني، وقال الدارقطني مرة: صالح الحديث، وكذا قال ابن عدي، وقال أبو حاتم: محله الصدق ليس بالقوي، وصحح الحاكم في "المستدرک" حديثه وقال: لم يُجرح قط! وباقي رجاله ثقات رجال الشيخين.

البند الثالث: صلاحيات جماعة المسلمين في التشريع المباشر

إذا كانت الصلاحيات التي تعترف بها النظم السياسية الوضعية للشعب في التشريع تنحصر في حق الاستفتاء وحق الاعتراض، وحق الاقتراح، فهل يقر النظام السياسي الإسلامي هذه الحقوق أم يرفضها، وعليه يقتضي منا التعرض لهذه الحقوق

فقرة 1 - حق الاقتراح الشعبي

أولا - رأي في الموضوع

يذهب بعض الباحثين إلى أن حق الاقتراح والمبادرة بمشاريع القوانين في الدولة الإسلامية هو حق مكفول لكل مسلم، فيحق لكل مسلم في الأمور العامة أن يقوم به (1)، غير أنه متعين في أهل الشورى بما لهم من مزية القرب من مجريات الأمور في الدولة (2). وهو حق كانت تتم ممارسته تلقائيا وعفويا سواء من أفراد المسلمين أو من أهل الشورى من غير التقييد بأي إجراءات شكلية أو رسمية مثلما هو جار في هذا العصر. و استشهد لذلك بعدد من الأمثلة والوقائع التي حدثت في عهد الخلفاء الراشدين، كالزيادة في عقوبة الخمر، وقتل الجماعة بالواحد، والتأريخ، وجمع القرآن (3). وهو ما عبر عنه بقوله "من الثابت أن الاقتراح على الخليفة كان في أول العهد يتم من جمع من الناس أو أحادهم في يقوم بكذا... أو يعالج موضوعا من المواضيع التي يرى الجماعة أو الفرد أنها تستلزم أن تعالج بأوامر من الخليفة وتحت استشارة المسلمين، وفعلا لقد فرغ المغيرة بن شعبة من اختلاف الناس في قراءة القرآن وطلب إلى عثمان إدراك الأمة قبل أن تفتتن في القرآن، كما طلب من عمر أن يؤرخ للناس فعملوا التأريخ الهجري" (4). كما عبر هذا الرأي باحث آخر بقوله: "وليس في الشريعة ما يمنع من إتباع نظام الاقتراح الشعبي كما هو معروف في النظم الحديثة - بالنسبة لما لم يرد بشأنه حكم قاطع. بل إن الأمر بالمعروف - وهو واجب على كل مسلم - يقتضي من أهل الرأي من المسلمين اقتراح التشريعات النافعة المحققة لمصالح الناس ومقاصد الشريعة في غير مخالفة لأحكامها" (5).

ثانيا - تحقيق المسألة

ورغم ما في الرأي السابق من الصواب فإننا نرى أن هذا الرأي يغفل الفرق بين مفهوم الاقتراح كتعبير عن الرأي لا يلزم أحدا بمناقشته، وبين مفهوم الاقتراح كاختصاص دستوري يلزم السلطة العامة البت فيه إيجابا أو سلبا. ومن ثم فإننا نرى أن تحقيق القول في هذه المسألة يقتضي منا الإجابة عن ثلاثة أسئلة:

الأول هل يجوز من الناحية المبدئية أن يقترح المسلم على ولي الأمر سن قانون معين؟

والثاني: هل يجب على ولي الأمر مناقشة كل اقتراح يطرح إليه فرديا أو جماعيا؟

الثالث: هل من مصلحة المسلمين إلزام ولي الأمر بمناقشة الاقتراح الذي يصدر عن الجمع المعترف؟

1 - أما بالنسبة للسؤال الأول: فالجواب بكل تأكيد بالإيجاب؛ إذ مما لا شك فيه أنه يجوز - من الناحية

1 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، ص: 121 .

2 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي، ص: 121 .

3 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي، ص: 121-126 .

4 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي، ص: 121-126 .

5 - ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 222 .

المبدئية- لكل فرد من أفراد المسلمين أن يقترح على أولي الأمر سن قانون معين(دستوري أو عادي أو فرعي) يرى فيه جلب مصلحة عامة أو دفع مفسدة عامة أو حماية لحق من الحقوق أو الحريات العامة مما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة، استنادا إلى أصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وكذلك بمقتضى الأصل الآخر وهو حق النصيحة لولي الأمر ولعامة المسلمين، فكل مسلم ولو لم يكن من أهل الشورى له أن يقترح سن تشريع يراه أنصح لولي الأمر أو لعامة المسلمين. غير هذا الاقتراح ليس له الصفة السياسية التي تلزم السلطة العامة بالنظر فيه و مناقشته والمداولة فيه. فهو بذلك يدخل في ممارسة الحريات العامة وحرية الرأي والتعبير عنها ولا يدخل في ممارسة السلطة السياسية.

2- أما بالنسبة للسؤال الثاني: فالجواب بالتأكيد بالنفي، فليس في مقررات الشرع ولا في اجتهادات الفقهاء ما يفيد بإلزام أولي الأمر بمناقشة كل اقتراح يرفع إليهم من كل فرد من أفراد المسلمين، والبت فيه سلبا أو إيجابا، لما يفضي إليه القول بذلك من الحرج، والحرج مدفوع ومرفوع شرعا، حيث أن إلزام السلطة العامة بالبت في كل اقتراح شعبي سواء أكان فرديا أو جماعيا، لوجدت الدولة نفسها أمام عدد لا حصر له من الاقتراحات، التي قد تتكرر أو تتشابه أو تتعارض، فلمعوم المسلمين بمقتضى الحق في الحسبة والنصح والتعبير عن الرأي واقتراح سن قوانين معينة والدعوة إلى تبني ذلك من خلال وسائل الدعوة والإعلام، غير أن هذه الاقتراحات ليست لها الصفة السياسية التي تلزم أولي الأمر في الدولة الإسلامية بالمداولة والبت فيها سلبا أو إيجابا ومن ثم فهي لا تعدو أن تكون رأيا أو نصحا ولكنها ليست عملا تشريعيًا، لأنها ليست اقتراحا بالمفهوم الدستوري.

3- أما بالنسبة للسؤال الثالث: فهو مجال للنظر المصلحي حيث تتعارض فيه المصالح والمفاسد، ومن ثم نجد الآراء تختلف فيه اختلافا واضحا، والأحكام تتعارض تعارضا بينا، فبينما جنحت معظم النظم السياسية المعاصرة إلى الجواب سلبا فيما يتعلق بإعطاء الشعب حق الاقتراح في مجال التشريع، نجد بعض الأنظمة الأخرى تجنح إلى الإقرار بحق الاقتراح الشعبي على المستوى الفيدرالي(1) أو الولائي(2). متى استوفي الشروط المقررة دستوريا، وفي مقدمتها أن يكون صادرا عن جمع معتبر.

ويؤسس الميثون لحق الاقتراح الشعبي على المصالح المترتبة عنه

- فهو من جهة يمثل وسيلة مثلى لإظهار رغبات الشعب التشريعية بطريقة مباشرة، فمساهمة المواطنين في التشريع لا تكون كاملة أو تعتبر سلطة تشريع حقيقية إلا إذا تمتع الشعب بحق اقتراح القوانين.

- ومن جهة ثانية فالقوانين الناشئة عن الاقتراح الشعبي قوانين ممتازة نظرا لمصدرها وحصولها على أغلبية أصوات المقترعين ومن ثم فهي يفترض فيها أنها تعبر بشكل ممتاز عن المصالح الحقيقية للشعب.

- ومن جهة ثالثة فالقوانين التي مصدرها الاقتراح الشعبي تمتاز بقدر من الثبات إذ لا تستطيع البرلمانات عادة إلغاءها أو تعديلها وإنما يرجع في ذلك إلى المقترعين(3).

ويؤسس المانعون لحق الاقتراح الشعبي على المفاسد أو السلبيات التي قد تترتب عنه.

- 1 - جنح النظام السويسري إلى الإقرار بحق الاقتراح الشعبي على المستوى الفيدرالي، ينظر: راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 220-221.
- 2 - جنحت الولايات المتحدة الأمريكية إلى التسليم بحق الاقتراح الشعبي على مستوى ولائي حيث تسمح أربعة عشرة ولاية للمواطنين باقتراح تعديل الدستور مباشرة، كما تقر كثير من الولايات للمواطنين بحق الاقتراح التشريعي. ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 220-221.
- 3 - ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 222.

- فمن جهة نجد أن عموم الشعب يتكون من أفراد لم يصلوا بعد إلى درجة كافية من الثقافة والخبرة فإذا ما عهد إليهم إبداء الرأي في مسائل عامة، فإن اهتمامهم سينصب على مصالحهم الشخصية أو ما يخدم مصلحة الإقليم الذي ينتسب إليه كل مواطن دون النظر للمصلحة العامة(1).

- ومن جهة ثانية فإن التسليم بحق الاقتراح في مجتمع شديد التنوع الديني والعرقي والثقافي، يؤدي إلى محاولة كل طائفة اقتراح القوانين التي تفرض بها نفسها على سائر الطوائف مما يهدد وحدة الجماعة وتماسكها.

- ومن جهة ثالثة فإن تعدد الاقتراحات الشعبية وتكرارها وتضاربها أحيانا يؤدي إلى استنفاد جهد السلطات العامة في مناقشات عديمة الجدوى، وإضاعة وقت ثمين هي في أمس الحاجة إليه(2).

الترجيح

والذي نراه أنه ليس في الشريعة مبدئيا ما يمنع جماعة المسلمين من حق الاقتراح في المجال التشريعي خاصة إذ علمنا أنه في تاريخ الخلافة الراشدة أن الاقتراحات كانت عفوية وتصدر من أحاد المسلمين وجموعهم، على أنه رعاية للمصالح المتوخاة من حق الاقتراح الشعبي وهو صدقية التعبير عن المصلحة العامة لجماعة المسلمين ودفعاً للمفاسد التي قد تترتب عنه يجب أن يقيد هذا الحق بجملة من القيود

- أن لا يكون الاقتراح مخالفا لمبدأ من مبادئ الشريعة

- أن يكون الاقتراح في المسائل المسكوت عنها الخاضعة للنظر المصلحي وليس في المسائل المنصوص عليها. والعلة في ذلك أن المسائل التي وردت فيها نصوص خاصة إن كانت هذه النصوص قطعية في دلالتها فلا مجال للاقتراح فيها، وإن كانت ظنية فالدلالات فيها محدودة بحسب طاقة النص وقوة الدلالة فيه بحسب ما تعطيه قواعد الاستدلال الشرعي، ومن ثم فالاقتراحات محددة شرعا وفقها ويبقى المفاضلة بينها من اختصاص أهل الشورى بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة لجماعة المسلمين.

- أن يكون الاقتراح صادرا عن جمع معتبر، وذلك رعاية لمصلحتين: الأولى أن يكون قرينة مبدئية على أهمية الاقتراح وموضوعيته واستحقاقه النظر والمناقشة، الثانية: دفع الحرج المتوقع بسبب كثرة الاقتراحات الفردية وتكرارها وتضاربها.

- أن يكون الاقتراح صادرا عن جمع منتشر، بمعنى أن يكون الجمع منتشرا في دار الإسلام وليس محصورا في جهة واحدة من جهاته أو في إقليم واحد من أقاليمه، وذلك كقرينة مبدئية على رعاية ذلك الاقتراح لمصلحة عموم جماعة المسلمين لا خصوصهم.

فقرة 2- حق الاعتراض الشعبي

يختلف حق الاعتراض الشعبي عن حق الاقتراح الشعبي في أن الاعتراض يكون بعد صدور القانون من جهة الاختصاص، فيحق لعدد معين من الشعب بمذلوله السياسي طلب طرح القانون خلال مدة معينة يحددها القانون للاستفتاء على الشعب، ولذلك فهو يتداخل مع حق الاستفتاء الذي سنعرض له في الفقرة التالية، غير أنه قبل ذلك ينبغي تمييز بين حق الاعتراض كسلطة من السلطات العامة مباشرة، وبين حق الاعتراض كحق من الحقوق السياسية

1 - ينظر: رجب عبد الحميد: النظم السياسية المعاصرة، ص: 89.

2 - ينظر: رجب عبد الحميد: النظم السياسية المعاصرة، ص: 89.

والحريات الفردية، لاشك أن لكل فرد من جماعة المسلمين حق الاعتراض على كل أمر يراه منكرا أو مجافيا للعدل، بمقتضى الأصل الشرعي المسلم به وهو أصل النهي عن المنكر، وأصل دفع الضرر، ويجتهد في ذلك وسعه، غير أن هذا الاعتراض الفردي والجماعي يدخل في باب التعبير عن الرأي السياسي وممارسة الحريات السياسية ولا يدخل في ممارسة السلطة التشريعية المباشرة لأن رأيه ليس له صفة الإلزام.

أما الاعتراض الذي يدخل في ممارسة السلطة التشريعية فهو الاعتراض الذي يكتسي الصفة السياسية ويسلم به دستور جماعة المسلمين كاختصاص يحق لصاحبه إلزام السلطة طرح التشريع المعارض عليه للاستفتاء عليه.

فقرة 3- حق الاستفتاء الشعبي

يحصر الفقه الدستوري حق الاستفتاء الشعبي في مجال التشريع في الاستفتاء الدستوري والاستفتاء التشريعي على أنه بعد تأمل تبين لنا أن هناك حقا تسكت عنه النظم السياسية المعاصرة وهو حق اختيار الشريعة أو النظام القانوني الذي يحكم الشعب، وهو حق يختلف عن الاستفتاء الدستوري فالدستور في النظام السياسي كما سيأتي قريبا يتكون من مبادئ الشريعة وهي مبادئ ثابتة متعالية على الزمان والمكان، وتشريع دستوري تسنه جماعة المسلمين اجتهادا عبر الاستفتاء الدستوري، كما يختلف عن الاستفتاء التشريعي من حيث أن التشريعات العادية تتم صياغتها بعيدا عن الشعب و الشريعة التي يعتقنها، ومن الواضح أن سبب سكوت الأنظمة الوضعية عن هذا الحق يرجع إلى أنها لا تعرف شريعة ثابتة أو نظاما قانونيا ثابتا واضحا ترجع إليه، فالشرائع اللاتينية والجرمانية والسكسونية لم تعد هي المهيمنة على النظم القانونية المعاصرة والدساتير المعاصرة لا تلزم الهيئات أو الهيئة التشريعية بأي شريعة مسبقة بل تطلق يدها في التشريع الوضعي إلا من بعض القيود القليلة التي نص عليها الدستور، ومن ثم فإن ذلك يقتضي التعرض في النظام السياسي الإسلامي لحق الاستفتاء على الشريعة. وحق الاستفتاء الدستوري، وحق الاستفتاء التشريعي.

أولا - حق الاستفتاء على الشريعة (النظام القانوني)

هل يجوز استفتاء جماعة المسلمين على النظام القانوني الذي ينبغي أن يحكمها: للإجابة عن هذا السؤال ينبغي أن نميز بين وضعين الأول أن الدولة الإسلامية مكونة من المسلمين فحسب، الوضع الثاني أن الدولة الإسلامية تضم إلى جانب الأغلبية المسلمة أقلية غير مسلمة.

1 - فالنسبة للحالة الأولى: فالإجماع منعقد على عدم جواز استفتاء عموم المسلمين أو خصوصهم على الحكم بالشريعة، فمقتضى كون الدولة إسلامية أن يكون النظام القانوني المطبق فيها هو الشريعة، وتطبيق هذا النظام لا يحتاج إلى استفتاء، بل يطبق في الدولة بمجرد أن يكون الأمر فيها للمسلمين، و ذلك للتلازم الواضح بين العقيدة والشريعة فإن كون عقيدة الشعب أو الجماعة هي الإسلام يقتضي أن تكون الشريعة هي النظام القانوني الذي يحتكم إليه من غير حاجة إلى استفتاء.

وهذا ما ذهب إليه العلماء قديما وحديثا من أنه لا يجوز أن يكون الحكم بالشريعة موضع شورى أو استفتاء، فالتسليم شرعا بحق الاستفتاء على الشريعة يعني التخيير بين الحكم بالشريعة و ترك الحكم بها، والتخيير في ذلك يقتضي بالضرورة أنها ليست واجبة و يقتضي سقوط الوجوب. وهو مخالف لأدلة الكتاب والسنة وإجماع الأمة قطعية ورود والدلالة والدالة على وجوب تطبيق الشريعة.

2 - وبالنسبة للحالة الثانية: فإذا كانت الدولة الإسلامية سواء كانت دولة خلافة أو دولة قطرية، تضم

أغلبية مسلمة كما تضم أقلية غير مسلمة منحازة في جزء من دار الإسلام، فهل يحق لها اختيار نظاما قانونيا غير نظام الشريعة الإسلامية، وهل يجوز استفتاءها على الشريعة أو النظام القانوني الذي تحكم به. وهي الحالة التي تنطبق اليوم على بعض الدول الإسلامية كالسودان مثلا:

إن الرأي الفقهي المأثور عن فقهاء الشريعة الأعلام في هذه المسألة أن الأقليات غير المسلمة لها الخيار في الاحتكام للشريعة التي يرتضونها في مجال الشعائر التبعية وفي مجال الأحوال الشخصية، أما في مجال القانون العام فلا اختيار لهم في تحديد النظام القانوني الذي يطبق عليهم، فهم يخضعون لنفس النظام القانوني الذي يطبق على المسلمين، أي الشريعة الإسلامية(1).

بينما ذهب الاجتهاد الفقهي السوداني(قبل انفصال جنوب السودان) إلى جواز اختيار الأقلية غير المسلمة المتحيزة للنظام القانوني الذي تحكم به ليس فقط في مجال الشعائر التبعية والأحوال الشخصية وإنما في سائر أحكام القانون الخاص والعام، حيث أقر للأقاليم ذات الأغلبية المسيحية في الجنوب أن تختار في تنظيم حياتها نظاما قانونيا غير الشريعة الإسلامية(2). وهو الرأي الذي عبر عنه الدكتور حسن الترابي بقوله "فالدين يفرض على سلطان المسلمين ألا يتعالى طاغيا على الملل الأخرى، وأن يترك أهلها أحرارا يمارسون شعائر تعبدتهم ويحكمون شرع ملتهم، ويعرضون عن شرع الإسلام النافذ في سائر المجتمع"(3). وهو ما كرسه صراحة دستور السودان الانتقالي لسنة 2005 والذي نص في المادة الخامسة منه على: "(1) تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدرا للتشريعات التي تسن على المستوى القومي، وتطبق على ولايات شمال السودان. (2) يكون التوافق الشعبي وقيم وأعراف الشعب السوداني وتقاليد ومعتقداته الدينية، التي تأخذ في الاعتبار التنوع في السودان، مصدرا للتشريعات التي تسن على مستوى القومي وتطبق على جنوب السودان أو ولاياته"(4).

ثانيا - حق الاستفتاء الدستوري

باستثناء بعض الفقهاء الذي ينكر ابتداء أي حق لعموم المسلمين في التعبير عن الإرادة السياسية للأمة، سواء في المسائل السياسية أو التشريعية، فإن سائر فقهاء الشريعة المعاصرين يرون ضرورة صياغة دستور للدولة الإسلامية صياغة حديثة(5)، كما يرون بصفة عامة جواز الرجوع إلى جماعة المسلمين لاستفتاءها في إقرار الدستور، فالعلامة يوسف القرضاوي أفتى علانية، بجواز الاستفتاء الدستوري متى أقر النظام السياسي بهذا الحق ورأى أن التصويت من قبيل الشهادة التي لا يجب كتمها(6)، أما الدكتور حسن الترابي فظاهر عبارته أنه يراه واجبا "لأن الأحكام السلطانية الدستورية هكذا أعم، تعم كل الناس في المجتمع، لا بد أن تصدر عنهم جميعا إجماعا، وعهدا يتوثقون عليه أجمعين، ولأنها الأحكام الأحوط في شأن أشد عرضة لفتن المغالبة بالقوة، لا بد أن يسندها مصدر أجمع وأقوى صادر عن كل

1- ينظر: محمد أبو زهرة: العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي، مدينة نصر، 1996، ص: 71.

2- ينظر في ذلك: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 291.

3- حسن الترابي: السياسة والحكم، ص: 459.

4- الدستور الانتقالي لجمهورية السودان، لسنة 2005، المادة الخامسة الفقرة الأولى والثانية.

5- وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص: 535.

6- في برنامج الشريعة والحياة بتاريخ 2005/9/4

جمع المجتمع" (1).

على أن في المقابل هناك من يرفض حق الاستفتاء الشعبي الدستوري صراحة أو ضمنا كأسلوب لإقرار الدستور في الدولة الإسلامية، حيث نجد بعض الفقهاء يتبنون أسلوب المنحة أو العقد أو الجمعية في إقرار الدستور الإسلامي ويسكتون عن الاستفتاء الشعبي (2)، بينما يرفض البعض صراحة الاستفتاء الشعبي كما فعل توفيق بن عبد العزيز السديري معللا ذلك بأن: "الأحكام الدستورية الثابتة موجودة أصلا ولا داعي لإنشائها، أما الأحكام المتغيرة فمردها إلى المجتهدين من العلماء المسلمين، وإن كان هناك تشابه بين أسلوب نشوء هذه الأحكام المتغيرة، وأحد الأساليب المتعارف عليها عند فقهاء القانون، فهذه مشابهة شكلية فقط" (3). وهذا الاعتراض غير مؤسس لسببين:

الأول: أنه إذا كان الدستور الإسلامي يتضمن قواعد دستورية جامدة جمودا مطلقا لا يجوز تغييرها أو تعديلها أو أن تكون بذاتها موضع استفتاء عام أو واسع أو ضيق، فإنه أيضا يتضمن قواعد دستورية اجتهادية (جامدة جمودا نسبيا أو مرنة) وهي في عمومها أحكام مصلحية مبنية على مراعاة ما تقتضيه المصلحة العامة في تكوين السلطات العامة وتنظيم العلاقات بينها، ومن طبيعة النظر والاجتهاد الاختلاف، ومن ثم فلا مانع من استفتاء جماعة المسلمين في الاجتهادات الدستورية ذات الطبيعة المصلحية (كتحديد ولاية الخليفة بمدة معينة، واشتراط سنا معنا لتولي الخلافة، أو الانتخاب لمجلس الشورى).

الثاني: أن الاستفتاء الدستوري لا يعني أن الشعب هو وحده الذي انشأ التشريع، فالاستفتاء لا يشكل إلا مرحلة من مراحل صناعة القانون تسبقه قبل ذلك مرحلة الاقتراح ومرحلة المناقشة والصياغة الفنية وهي مراحل لأهل الاجتهاد والعلم دورا أساسيا فيها، ولكن لأن هذه القواعد الدستورية الاجتهادية قد تختلف فيها الأنظار ولها صلة وثيقة بمصالح عموم جماعة المسلمين وتتعلق بمسائل من الأهمية والخطورة بمكان فإن عرضها على عموم جماعة المسلمين لتحقيق أو على الأقل لتوسيع قاعدة الإجماع حولها سدا لباب الفتنة هو الأليق بمقصودها.

ثالثا - حق الاستفتاء التشريعي

يميل فقهاء الشريعة حتى المجيزين منهم لحق الاستفتاء الشعبي لمنع الاستفتاء التشريعي، يقول الدكتور وهبة الزحيلي معللا ذلك: "ليس التشريع في الإسلام هو التعبير عن إرادة الأمة، وإنما الكلمة العليا هي لأحكام الشريعة، لا لإرادة الأمة". ثم يستدرك بعد ذلك فيقول "لكن لا مانع في الشرع من إصدار قوانين تعتمد على مبدأ المصلحة، أي مراعاة ما تقتضي به العدالة والصالح العام فيما لا يتعارض مع الأحكام الشرعية، وللحكومة مسايرة الرأي العام فيما لا يتعارض مع أحكام الشريعة" (4).

وفي المقابل نجد أن الدستور الإيراني قد تبني مبدئيا حق الشعب في الاستفتاء التشريعي وإن كان قد قيده بموافقة ثلثي أعضاء مجلس الشورى الإيراني، حيث نصت المادة 59 منه على أنه: "يجوز ممارسة السلطة التشريعية

1 - حسن الترابي: السياسة والحكم، ص: 93.

2 - ينظر على سبيل المثال: إسماعيل البدوي: مبادئ القانون الدستوري، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1399هـ، ص: 43-45. وينظر: سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، ص: 147.

3- توفيق بن عبد العزيز السديري: الإسلام والدستور، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض، 1407، ص: 62.

4 - وهبة الزحيلي: قضايا الفقه والفكر المعاصر، ص: 537.

بإجراء الاستفتاء العام، والرجوع إلى آراء الناس مباشرة، بعد مصادقة ثلثي أعضاء مجلس الشورى الإسلامي، حول القضايا الاقتصادية والسياسية، والاجتماعية، والثقافية المهمة جداً" (1).

والذي نراه أن الأمة أو جماعة المسلمين قد أناط بها الشرع الحنيف سن الأحكام التي تراها متفقة مع الشرع والتي تراها حكم الله في المسائل المحتملة والمسكوت عنها، و جعل ذلك فرض كفاية في حقها، ومعلوم أن فرض الكفاية يطالب به أهل الكفاية منها، والكفاية تختلف بحسب مجالات وموضوعات التشريع، فمجال الاجتهاد البياني الذي يحتاج لتصحيح الروايات، وجمع النصوص، وتحريم الألفاظ، و إعمال القواعد الأصولية في تفسير النصوص، هو مجال يبقى شورى بين فئة قليلة من أهل الاجتهاد، بينما مجال التشريع المصلحي والذي يعتمد على تنقيح مناط المصلحة العامة فهذا مجال نرى أن دائرة الكفاية فيه تتسع لعموم المسلمين (العدول أهل الخبرة والرأي) و لا تقتصر على أهل الاجتهاد الفقهي البياني فهو مجال لا تشترط فيه نفس شروط الاجتهاد البياني.

إذا كان يجوز استفتاء الشعب في الدستور وهو أب القوانين فما المانع من استفتاءه فيما دونه من القوانين، وإذا كان يجوز استفتاء جماعة المسلمين في الاجتهادات الدستورية ذات الطبيعة المصلحية (كتحديد ولاية الخليفة بمدة معينة، واشتراط سنا معيناً لتولي الخلافة، أو للترشح لعضوية مجلس الشورى) فما المانع أيضاً من استفتاء جماعة المسلمين في بعض القوانين والتشريعات المصلحية ذات الأهمية، خاصة إذا كانت هذه القوانين ذات صلة وثيقة بمصالح عموم المسلمين (مثل معاهدة وقد استشار النبي ﷺ عموم من كان معه من المسلمين في الحديبية) أو حرياته (مثل قانون انتخاب) وما المانع من استفتاء الشعب في قانون لانتخابات وهو القانون الذي عادة تستغل النخبة الحاكمة وجودها في السلطة لتفصيل قانون على مقاسها مما يسمح لها بتزييف الإرادة السياسية للشعب ويسمح لها بالبقاء في السلطة أطول مدة ممكنة.

على أن يكون الاستفتاء الشعبي التشريعي مقيد بأن لا يكون في مسألة قطعية من قواعب الشريعة الثابتة بنص أو إجماع، فلا يجوز أن يكون مبدأ من مبادئ الشريعة موضعاً للاستفتاء الشعبي، فعلى سبيل فقد حدث أن طرحت في الجزائر في الفترة الأخيرة مسألة إلغاء عقوبة الإعدام وكان الموقف من هذا الموضوع بين التيارات السياسية والنخب الفكرية والثقافية متبايناً جداً بين مؤيد ومعارض غير أن ما يستوقفنا هنا هو تلك الدعوة التي خرج بها رئيس المرصد الوطني لحقوق الإنسان إلى تنظيم استفتاء شعبي حول إلغاء عقوبة الإعدام، متناسياً أن الأحكام القطعية لا يجوز أن تكون موضع استفتاء شعبي (2).

1 - دستور جمهورية إيران الإسلامية المادة 59.

2 - ينظر جريدة الشروق الجزائرية ليوم 2010/3/11، العدد: 2871، ص: 5.

المطلب الثاني: البرلمان كجهة اختصاص تشريعي في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

نظرا لتعقد الحياة وتشابك الاجتماع الإنساني فقد سلمت كثير من النظم المعاصرة باستحالة أن يمارس صاحب السيادة الحكم واختصاصاته السيادية بنفسه أي بصفة مباشرة، ومن ثم فقد ركزت هذه النظم إلى التسليم بمبدأ النيابة والتمثيل، بحيث يفوض الشعب إلى ممثليه ونوابه ممارسة السيادة في إطار الدستور الذي أقره، ومن ثم فإن الذي ينهض بالوظيفة التشريعية والتي هي أبرز مظاهر السيادة هو البرلمان المنتخب من طرف الشعب (فرع أول).

أما بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي فالتصور التقليدي الذي سبق تفنيده يرى أن الوظيفة التشريعية تتم خارج مجال السلطة من خلال الفقهاء والمفتين، وقد بينا أن الأصل الذي قامت عليه دولة الإسلامية الأولى هو اعتبار الفتوى والتشريع ولاية من الولايات العامة، ومن ثم فقد بقي أن نؤصل القول في اعتبار مجلس الشورى جهة تشريع وأن نبين صلاحياته التشريعية (فرع ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: البرلمان كجهة اختصاص تشريعي في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الثاني: مجلس الشورى كجهة اختصاص تشريعي في النظام الإسلامي

الفرع الأول: البرلمان كجهة اختصاص تشريعي في النظم السياسية المعاصرة

قد يتسع مفهوم التشريع فيعرف على أنه مصدر من مصادر القانون، وقد يضيق فيعرف على أنه مجموعة القواعد التي تضعها السلطة المخولة لذلك وفي حدود الاختصاصات الممنوحة دستوريا، وقد ظلت البرلمانات هي صاحبة الاختصاص الأصلي في المجال التشريعي في معظم النظم السياسية المعاصرة، إلا أنه في العقود الأخيرة أخذت بعض النظم السياسية المعاصرة تنحو إلى تحديد اختصاص البرلمان في المجال التشريعي وتوسيع الاختصاصات التشريعية للسلطة التنفيذية على حساب البرلمان.

التأسيس الدستوري للبرلمان كجهة تشريع تسند جميع الأنظمة السياسية المعاصرة التشريع العادي إلى البرلمان سواء أكان مكونا من غرفة أم من غرفتين، غير أنها تختلف في اعتبار البرلمان سلطة تشريع أصلية أو تبعية:

البند الأول- البرلمان صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع

إذا كان القانون هو التعبير عن إرادة الشعب، فإن صاحب الاختصاص في إعداده هو ممثل الشعب، وممثل الشعب هو البرلمان، ومن ثم تنص أغلب الدساتير المعاصرة على أن البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصلي في مجال التشريع، وهي على ذلك تنحو في دساتيرها إلى إطلاق ولاية البرلمان في المجال التشريعي.

فقرة 1-أولا- النظام الرئاسي

ففي النظام الرئاسي وهو النظام الذي يفصل بين السلطات فصلا جامدا، ويمنع تدخل السلطة في أعمال السلطة الأخرى، يجعل البرلمان هو صاحب الاختصاص الأصلي في العمل التشريعي، حيث ينص الدستور الأمريكي في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على أنه "تناط جميع السلطات التشريعية الممنوحة هنا بكونغرس الولايات المتحدة يتألف من مجلس للشيوخ ومجلس للنواب" (1). كما ينص البند 18 من الفقرة الثامنة من المادة الأولى على أن للكونغرس "سن جميع القوانين التي تكون ضرورية ومناسبة لكي توضع موضع التنفيذ" (2).

فقرة 2- نظام الجمعية

و في نظام الجمعية وهو النظام الذي يقوم على دمج السلطات في المجلس التشريعي، يجعل المجلس التشريعي هو صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع حيث ينص الدستور السويسري في الفقرة الأولى من المادة 163 على "تصدر الجمعية الاتحادية المراسيم الملزمة قانونيا في صورة قانون اتحادي أو أمر" (3).

فقرة 3 - النظام البرلماني

وفي النظام البرلماني ينص الدستور الألماني على توزيع الصلاحيات التشريعية بين البرلمان الاتحادي والبرلمانات الولائية حيث تنص المادة 70 منه على "للولايات حق التشريع ما لم يمنح هذا القانون الأساسي صلاحيات التشريع

1 - دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة 01/ الفقرة 01.

2 - دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة 01/ الفقرة 08/ البند 18.

3 - دستور الاتحاد السويسري، لسنة 2001، المادة 163.

للاتحاد" (1). وكذلك ينص الدستور المصري على أن مجلس الشعب هو صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع، حيث ورد في المادة 86 منه على أنه "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع، ويقرر السياسة العامة للدولة" (2).

البند الثاني - البرلمان صاحب الاختصاص الاستثنائي في التشريع

على خلاف غالبية النظم السياسية القديمة و المعاصرة والتي تبنت إطلاق ولاية البرلمان في المجال التشريعي، فقد أخذت في العقود الأخيرة بعض النظم المعاصرة بتقييد ولاية البرلمان في المجال التشريعي، وإطلاق ولاية السلطة التنفيذية في التشريع، وهي السابقة التي سنهها الدستور الفرنسي الحالي الصادر في عام 1958 وتابعته عليها بعض دساتير دول المغرب العربي:

فقرة 1 - في الدستور الفرنسي

نجد الدستور الفرنسي ينص في المادتين 34، 35 منه على اتساع اختصاصات السلطة التنفيذية في المجال التشريعي على حساب البرلمان، فجعل السلطة التنفيذية هي صاحبة الولاية العامة في مجال التشريع وأصبح اختصاص البرلمان في هذا المجال محددًا على سبيل الحصر، وتغير الوضع الذي يربط القانون باللائحة، فأصبحت اللائحة هي الأصل، والقانون هو الاستثناء في مجال التشريع (3).

فقرة 2 - في الدستور المغربي

كما نجد أن بعض دساتير المغرب العربي قد تابعت المشرع الدستوري الفرنسي في تقييد الاختصاص التشريعي للبرلمان، كما هو الحال في دستور المملكة المغربية لسنة 1996، والذي ينص في الفصل السادس والأربعين منه على: "يختص القانون بالإضافة إلى المواد الأخرى المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من هذا الدستور، بالتشريع في الميادين التالية..." (4).

فقرة 3 - في الدستور الجزائري

وهو نفس الوضع الذي نحهجه المشرع الدستوري الجزائري فرغم أنه نص في المادة 98 على أن "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه" (5). فقد عاد في المادتين 122، 123 ليحصر صلاحيات البرلمان في المجال التشريعي في عدد من المجالات المسماة (6) مقتفياً في ذلك المشرع الدستوري الفرنسي لسنة 1958. ومن ثم أصبح لأول مرة اختصاص المشرع مقيدًا واختصاص السلطة التنفيذية في إصدار اللائحة عامًا، فأصبح الأصل هو الاستثناء والاستثناء هو الأصل.

1 - دستور ألمانيا الاتحادية، المادة 70.

2 - دستور جمهورية مصر العربية، المادة 86.

3 - عمر ثامري: سلطة المبادرة بالتشريع، ص: 21.

4 - دستور المملكة المغربية، الفصل 46.

5 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 98.

6 - تنص المادة 122 من الدستور الجزائري لسنة 1996: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية..." وتنص

المادة 123 منه: "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية..."

الفرع الثاني: مجلس الشورى كجهة اختصاص تشريعي في النظام الإسلامي

البند الأول: التكليف الفقهي لاختصاص مجلس الشورى

قد سبق أن الشورى تنقسم من حيث موضوعها إلى قسمين كبيرين:

- الاستشارة الخاصة وهي تلك الاستشارة التي يجريها الرجل أو الأسرة أو الشركة في خاصة شأنها فهي تدور حول شؤون خاصة لا تعني جمهور المسلمين.

- الشورى العامة وهي " عرض أمر عام على جماعة المسلمين أو أولي الأمر فيها منفردين ومجتمعين للتداول والبت فيه " والشورى العامة التي ينهض بها مجلس الشورى على نوعين:

الشورى السياسية: وهي اجتماع أهل الشورى للتداول في أمر عام ذو طبيعة سياسية يتعلق بإسناد السلطة أو الرقابة عليها فهي شورى ذات طبيعة سياسية تتعلق بقرار تولية أو عزل أو حرب أو صلح، أو حسبة ونحوه الشورى التشريعية وهي اجتماع أهل الشورى للنظر في وضع قوانين شرعية تقتضيها المصلحة العامة فهي شورى تشريعية تتعلق باستنباط أحكام و قوانين شرعية.

وعند هذه النقطة نجد الفقهاء في القديم والحديث يختلفون في طبيعة الشورى فمنهم من يرى أن الشورى ذات طبيعة سياسية فحسب، بينما نجد فقهاء آخرين يرون أن الشورى قد تكون سياسية وقد تكون تشريعية ومن ثم وجب قبل تأصيل القول في مجلس الشورى كجهة تشريع أن نعرض لهذين الرأيين حول طبيعة الشورى ؟

فقرة 1- الرأي الأول: الشورى ذات طبيعة سياسية

أولاً - الرأي: يذهب البعض إلى الشورى في الإسلام مجالها الأمور السياسية فحسب وخاصة ما يتعلق بالحرب وأن النبي ﷺ مارس الشورى فيما يتعلق بالحروب ونحوه ولم يمارسها فيما يتعلق بالتشريع نجد هذا الرأي عند عدد من الفقهاء القدامى وبعض الباحثين المحدثين

فمن الفقهاء القدامى نقل هذا الرأي عن عدد من العلماء كالإمام الشافعي، وقتادة، وابن إسحاق، والربيع (1)، والكلي (2) والزحشري. وفي ذلك يقول ﷺ: ﴿ **وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ** ﴾ (3)، يعني في أمر الحرب ونحوه مما لم ينزل عليك فيه وحي لتستظهر برأيهم" (4)

ومن المعاصرين الذين ذهبوا هذا الرأي الشيخ محمد الطاهر بن عاشور حيث يقول: " الشورى تكون في مهمات الأمة ومصالحها في الحرب وغيره وذلك في غير أمر التشريع؛ لأن أمر التشريع إن كان فيه وحي فلا محيد عنه، وإن لم يكن فيه وحي وقلنا بجواز الاجتهاد للنبي فلا تدخل فيه الشورى لأن شأن الاجتهاد أن يستند إلى الأدلة لا إلى الآراء" (5). وكذلك تقي الدين النبهاني في دستوره حيث يرى أنه ليس لمجلس الشورى اختصاص تشريعي وإن كان

1- ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 250/4. وينظر: الأمدي: منتهى السؤل في علم الأصول، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2003، ص: 246-247

2- فخر الدين الرازي: مفاتيح الغيب، 68/9.

3- الشورى/ 38

4- جار الله الزحشري: الكشاف، 647/1.

5- ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 147/4. 149

لأعضائه المسلمين حق مناقشة التشريعات التي يسنها رئيس الدولة، إلا أن رأيهم فيها غير ملزم(1).

ثانيا - السند الشرعي لهذا الرأي

من مراجعة مختلف التفاسير يمكن حصر الأدلة التي ساقها أصحاب هذا الرأي في ثلاثة أدلة

1- أن "أل" في لفظ "الأمر" في قوله ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (2). ليست للاستغراق، لما ثبت أن ما فيه وحي لا تجوز المشاورة فيه، فوجب حمل "الألف واللام" على المعهود السابق في الآية. و هو الحرب (3).

2- الاستدلال بقراءة ابن عباس: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي بَعْضِ الْأَمْرِ﴾.

3- أن المشاورة كما أنها لا تكون في الشرع المقطوع به، فهي كذلك لا تكون في التشريع المجتهد فيه؛ لأن مبنى التشريع على الأدلة وليس على الآراء(4).

4- كما يسند هؤلاء رأيهم بأن أغلب الوقائع التي شاور فيها النبي ﷺ أصحابه هي في أمور الحرب والسلم كمشاورته المسير إلى بدر وفي اختيار منزل الحرب بها ومشاورته في غزوة أحد وغير ذلك من الوقائع.

ثالثا - مناقشة

ونرى أن هذه الأدلة غير مسلمة ومن ثم لا تقوم بها الحجة على أن الشورى تقتصر على المسائل السياسية البحتة فيا يتعلق بتنظيم الجيش والحرب ونحوه وبيان ذلك.

1- إن لفظ الأمر قد سبق لنا بيان مدلوله في التداول القرآني بما يغني عن إعادته هنا وهو يشمل معنى الأمر التشريعي، والذي عليه المفسرون أن لفظ "الأمر" لفظ عام خص منه ما نزل فيه وحي فتبقى حجته فيما ليس فيه وحي(5) سواء تعلق بأمر الحرب أو غيرها من الأمور التي تتعلق بها المصلحة العامة لجماعة المسلمين.

2- إن التمسك بقراءة ابن عباس لا حجة فيه لأنها قراءة شاذة مخالفة للقراءة المتواترة. وحتى إذا اعتبرناها قراءة تفسيرية للقراءة المتواترة فإنها تفيد شاورهم في بعض الأمر مما لم ينزل عليك وحي فيه.

3- إن قول العلامة ابن عاشور إن التشريع مبني على الأدلة وليس على الآراء، ومن ثم لا مدخل للشورى في التشريع، يصح في حالة واحدة فقط وهي إذا سلمنا أن آراء أهل الشورى مبنية على الهوى والتشهي، وليس لها ما يسندها من أدلة الشرع، ومن ثم فإن هذا القول مبني على افتراض غير صحيح وهو أن التشريع بالرأي في مسائل الشورى هو تشريع لا سند له من أدلة الشرع، والحقيقة أن الفرق بين اجتهاد الفقيه والتشريع الشوري ليس أن هذا مبني على الدليل وهذا مبني على اجتماع الآراء، فكل منهما اجتهاد بالرأي فالفقيه يجتهد رأيه ومجلس الشورى يجتهد رأيه، وكلا منهما يستدل بالشرع، ولكن يفترقان في الترجيح في الأول يتم برأي فرد واحد، بينما الترجيح في الثاني يتم برأي الجماعة، وهو عند العقلاء أكثر مصداقية من رأي الفرد، ومن ثم فإن رأي الفقيه يبقى رأيا فقهيا من بين آراء آخر، أما الرأي الذي يجمع عليه مجلس الشورى فإنه يصبح تشريعا ملزما بما له من الصفة التمثيلية لجماعة المسلمين.

1- ينظر: تقي الدين النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، ص: 231.

2- آل عمران/159.

3- فخر الدين الرازي: مفاتيح الغيب، 69/9.

4- ينظر: ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 147/4. 149.

5- فخر الدين الرازي: مفاتيح الغيب، 69/9.

4- أما القول أن أغلب الوقائع التي شاور فيها الرسول ﷺ لا تخرج عن أمور الحرب ونحوها ومن ثم فلا مدخل للشورى في الأحكام، فهو غير صحيح فقد شاور الرسول وخلفاؤه في مسائل التشريع بما لا يدع مجالاً لشك أو ريب و سيأتي ذلك عند تأصيل وتفصيل القول في مجلس الشورى كجهة تشريع ما يثبت ذلك.

فقرة 2- الرأي الثاني: الشورى سياسية و تشريعية

أولاً - الرأي: غير أن فريقاً آخر من الفقهاء يرى أن الشورى في الإسلام ليست فقط شورى تتعلق بالحرب وبالأمور السياسية، وإنما تشمل أيضاً التشريع، وتخصيصها بمجال دون مجال تخصيص من غير مخصص لعموم لفظ الأمر في قوله ﷺ: «**وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ**» (1). وفي قوله: «**وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ**» (2)، فهو شامل لجميع الشؤون العامة لجماعة المسلمين مما لم يفصل فيه الوحي ويفرغ منه الشرع.

ونقل هذا الرأي عن الحسن البصري والضحاك (3)، وإليه ذهب ابن تيمية (4)، والآمدني (5)، والرازي (6)، ومال إلى هذا الرأي عدد كبير من الباحثين المحدثين كالدكتور عبد الستار فتح الله السعيد حيث نجده يقول "الشورى طريق أصلي للتشريع في ما لا نص فيه، ذلك لأنه التماس لحكم الله ﷻ في المسألة، والرأي الواحد عرضة للسهو والخطأ، ومن ثم يكون تقصيراً في الاجتهاد وهو مذموم، وإذا كان الله اشترط التشاور في إنقاص مدة الرضاع بين من هم أحرص الناس على مصلحة الصغير، فلأن يكون ذلك شرطاً في غيرهم أولى خاصة في المسائل العامة التي تمس الأمة" (7). وهو ما ذهب إليه الدريني حيث يرى أن الشورى في الإسلام سياسية وتشريعية فالشورى السياسية هي ما يتعلق بإسناد الولاية وتدبير المصالح العامة و"الشورى التشريعية هي السلطة التشريعية في الدولة بالمعنى الخاص وهذا يعني استنادها إلى كتاب الله وسنة رسوله وما ينبني عليهما من الأحكام الاجتهادية بمعايير تشريعية معروفة بالاستعانة بأهل الخبرة والتخصص في سائر الشؤون وفي مقدمتهم الفقهاء المجتهدون" (8).

ثانياً - تبني هذا الرأي: وإذا كان الكثير من فقهاء الشريعة يسلمون بدور الشورى التشريعي على المستوى الفقهي فإننا نجد ذلك أيضاً على المستوى الدستوري حيث تنص بعض الدول الإسلامية المعاصرة في دساتيرها على أن الشورى ليست فقط مصدراً من مصادر القرار السياسي ولكنها أيضاً مصدر من مصادر التشريع. ومن ذلك ما جاء في المادة السابعة من دستور جمهورية إيران " طبقاً لما ورد في القرآن الكريم: «**وَأْمُرْهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ**» (9) «**وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ**» (10)، تعتبر مجالس الشورى من مصادر اتخاذ القرار وإدارة شؤون البلاد،" (1). وفي المادة 58

1- آل عمران/159.

2- الشورى/38.

3- ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/250.

4- ينظر: عبد الحليم بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ص: 227 .

5- ينظر: الآمدني: منتهى السؤل في علم الأصول، ص: 246-247.

6- فخر الدين الرازي: مفاتيح الغيب، 9/69.

7- فتح الله السعيد: المنهاج القرآني في التشريع، ص: 291.

8- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 416.

9- الشورى/38.

10- آل عمران/159.

58 منه تنص على أنه " تمارس السلطة التشريعية عن طريق مجلس الشورى الإسلامي الذي يتألف من النواب المنتخبين من قبل الشعب"(2).

البند الثاني: تأصيل الاختصاص التشريعي لمجلس الشورى

قبل عرض الأدلة على أن مجلس الشورى جهة تشريع ينبغي القول أن الذي عليه جمهور العلماء أن الشورى العامة، عامة في جميع الأمور وهي تشمل الأعمال ذات الطبيعة السياسية المحضة كما تشمل تشريع الأحكام واستنباط القوانين الشرعية، ومن ثم فإن وظيفة مجلس الشورى الأساسية هي الشورى التشريعية بالإضافة إلى وظائف الشورى السياسية والرقابة (الحسبة) السياسية. وما يعيننا في هذا البحث هو الوظيفة التشريعية ومن ثم وجب تأصيل القول في اختصاص مجلس الشورى كجهة تشريع.

فقرة 1- من الكتاب

صيغة العموم في لفظ "الأمر" في قوله عز وجل ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (3)، وفي لفظ "أمرهم" في قوله عز وجل ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (4) تفيد أن كل شأن من الشؤون العامة التي لم يرد فيها نص قاطع أو إجماع هي مجال للشورى، بغض النظر إن كانت تتعلق بأمر سياسية محضة أو تتعلق بأمر تشريعية، فالعبرة هي أن يكون مجال الشورى هو المسائل الاجتهادية الظنية، وهو ما فهمه أغلب المفسرين من ذلك .

فقرة 2- من السنة

دلالة السنة على أن مجلس الشورى جهة تشريع أكثر وضوحا سواء بالنسبة للسنة القولية أو العملية
أولا - فأما بالنسبة للسنة القولية فأهم نص في الموضوع ما رواه الطبراني أن علي بن أبي طالب سأل رسول الله ﷺ: (إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر ولا نهي فما تأمري فقال شاوروا فيه الفقهاء والعابدين ولا تقضوا فيه برأي خاصة). قال الهيثمي رواه الطبراني في الأوسط ورجاله موثوقون من أهل الصحاح(5). وورد هذا الحديث من رواية سعيد بن المسيب أن علي بن أبي طالب سأل رسول الله ﷺ: "الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة؟ فقال: (اجمعوا له العالمين - أو العابدين- من المؤمنين فاجعلوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأي واحد)(6). ورغم أن هذا الحديث من حيث السند يعتبر ضعيفا عند نقاد الصناعة الحديثية، فإنه من حيث متنه ومعناه يشهد له الرواية الأولى. وهو صريح في أن الشورى كما تكون في الأمور السياسية كالبيعة والعزل والحرب والصلح فإن تكون أيضا في الأمور التشريعية.

1-دستور جمهورية إيران الإسلامية المادة:07.

2- دستور جمهورية إيران الإسلامية المادة:58.

3- آل عمران/159.

4- الشورى/38.

5-أبو بكر الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتاب العربي بيروت، ط3، 1982، 178/1.

6- رواه ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، ت أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1994، باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النص / رقم: 1611، 1612. 852/2-853. قال ابن عبد البر: "هَذَا حَدِيثٌ لَا يُعْرَفُ مِنْ حَدِيثِ مَالِكٍ إِلَّا بِهَذَا الْإِسْنَادِ، وَلَا أَصْلَ لَهُ فِي حَدِيثِ مَالِكٍ عِنْدَهُمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَلَا فِي حَدِيثِ غَيْرِهِ، وَإِنِّي لَأُحِبُّهُمُ الْبُرْقِيُّ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ بَرِيْعٍ لَيْسَا بِالْقَوِيَيْنِ وَلَا يَمُنُّ يُخْتَجُّ بِمَا وَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِمَا وَأُورِدَهُ ابْنُ الْقَيْمِ: أَعْلَامُ الْمُوقَعِينَ 122/2. وقال وهذا غريب جدا من حديث مالك.

ثانيا - كما تشهد له السنة العملية الثابتة عن النبي ﷺ وهو المسدد بالوحي من ممارسته الشورى التشريعية بالقدر الذي يكفي لتأصيل هذا المبدأ إذ لا يخفى أن التشريع في عصر الرسول ﷺ مرده إلى الوحي الذي كان يستغنى به عن الاجتهاد والشورى، ومع ذلك فإن الرجوع إلى سنته العملية نتبين أن الرسول ﷺ كان يشاور أصحابه فرادى ومجتمعين في أمور تشريعية ومن ذلك:

1- أنه ﷺ استشار أبا بكرٍ وَعُمَرَ في حكم أسرى بدر وهو حكم تشريعي (مَا تَرَوْنَ فِي هَؤُلَاءِ الْأَسَارَى " . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ يَا نَبِيَّ اللَّهِ هُمْ بَنُو الْعَمِّ وَالْعَشِيرَةِ أَرَى أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُمْ فِدْيَةً فَتَكُونُ لَنَا قُوَّةً عَلَى الْكُفَّارِ .. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ " مَا تَرَى يَا ابْنَ الْخَطَّابِ " . قُلْتُ لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا أَرَى الَّذِي رَأَى أَبُو بَكْرٍ وَلَكِنِّي أَرَى أَنْ تُمَكِّنَّا فَنَضْرِبَ أَعْنَاقَهُمْ(1). يقول ابن حجر " فقد شاورهم في أسارى بدر وهو مشاورة في حكم الشرع، لأن مفاداة الأسير بالمال، جوازها وفسادها من أحكام الشرع، ومما هو حق الله ﷻ فعلم أنه كان يشاورهم في الأحكام كما في الحروب"(2).

2 - ومن ذلك أيضا شورى النبي ﷺ في الأذان فعن سالمٍ عَنْ أَبِيهِ (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَشَارَ النَّاسَ لِمَا يُهْمُّهُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَذَكَرُوا الْبُوقَ فَكَرِهَهُ مِنْ أَجْلِ الْيَهُودِ ثُمَّ ذَكَرُوا النَّاقُوسَ فَكَرِهَهُ مِنْ أَجْلِ النَّصَارَى فَأَرَى النَّدَاءَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ رَجُلًا مِنْ الْأَنْصَارِ يُقَالُ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدٍ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَطَرَقَ الْأَنْصَارِيَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَيْلًا فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِاللَّهِ بِإِلَاءٍ بِهِ فَأَذَّنَ(3).

3 - ومن ذلك مشاورته لعلي في تقدير صدقة النجوى وهو أمر تشريعي فعن عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ قَالَ: لَمَّا نَزَلَتْ ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَجَّيْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ جُؤنُكُمْ صَدَقَةٌ﴾ . قَالَ لِي النَّبِيُّ ﷺ " مَا تَرَى دِينَارًا " . قُلْتُ لَا يُطِيفُونَهُ . قَالَ " فَنَصْفُ دِينَارٍ " . قُلْتُ لَا يُطِيفُونَهُ . قَالَ " فَكَمْ " ؟ . قُلْتُ شَعِيرَةٌ . قَالَ " إِنَّكَ لَرَهِيدٌ " . قَالَ فَنَزَلَتْ ﴿ ءَأَشْفَقْتُمْ أَنْ تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيْ جُؤنُكُمْ صَدَقَاتٍ ..﴾ الآية . قَالَ فِي خَفَّفَ اللَّهُ عَنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ(4).

فهذه الشواهد تبين بوضوح كيف أن كبار الصحابة وهم أهل شورى مجلس الرسول، كانت لهم أدوارا ثابتة في الاجتهاد التشريعي في المسائل التي لم ينزل فيها وحي، اقتراحا وتداولوا و اعتراضا.

فقرة 3- من سنن الخلفاء

أما السنة الثابتة عن الخلفاء الراشدين في إناطة التشريع بأهل الشورى اقتراحا وتداولوا وتقريراً واعتراضاً فهي مستفيضة نقلا وعملا:

أولا - فمن النقول: عن مَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ قَالَ: (كَانَ أَبُو بَكْرٍ إِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْخِصْمُ نَظَرَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَإِنْ وَجَدَ فِيهِ مَا يَقْضِي بَيْنَهُمْ قَضَى بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْكِتَابِ وَعَلِمَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ الْأَمْرِ سُنَّةً قَضَى بِهِ، فَإِنْ أَعْيَاهُ خَرَجَ فَسَأَلَ الْمُسْلِمِينَ وَقَالَ: أَتَانِي كَذَا وَكَذَا فَهَلْ عَلِمْتُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِي ذَلِكَ بِقَضَاءٍ؟ فَرُبَّمَا اجْتَمَعَ إِلَيْهِ النَّفَرُ كُلُّهُمْ يَذْكُرُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيهِ قَضَاءٌ، فَيَقُولُ أَبُو بَكْرٍ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ فِينَا مَنْ يَحْفَظُ عَلَيَّ نَبِيَّنَا. فَإِنْ أَعْيَاهُ أَنْ يَجِدَ فِيهِ سُنَّةً مِنَ النَّبِيِّ ﷺ جَمَعَ رُؤُوسَ النَّاسِ وَخِيَارَهُمْ فَاسْتَشَارَهُمْ، فَإِنْ أَجْمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَى أَمْرٍ قَضَى

1- صحيح مسلم/ كتاب الجهاد والسير/ باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين/ رقم: 1763. ص: 731-732.

2- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ت محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، 340/13.

3- سنن ابن ماجه/ كتاب الأذان والسنة فيها/ باب بدء الأذان / رقم: 707. ص: 136. وقال الألباني ضعيف وبعضه صحيح.

4- سنن الترمذي/ أبواب تفسير القرآن/ باب سورة المجادلة/ رقم: 3300. 329/5. وقال الترمذي حسن غريب إنما نعرفه من هذا الوجه.

به(1). ورغم أن هذا النص يتكلم عن القضاء، فإن من الواضح أن القضاء عند عدم وجود النص، يتطلب وضع قوانين شرعية لتلك المسائل وهو ما كان يقوم به أبو بكر رضي الله عنه من خلال الشورى، فهي ليست مجرد شورى قضائية في تطبيق الحكم ولكنها شورى تشريعية في استنباط الحكم.

ولم يكن هذا شأن أبو بكر ﷺ فحسب بل كان أيضا شأن عمر بن الخطاب ﷺ أيضا وهو ما بينه ابن القيم بقوله " وكان عمر يفعل ذلك، فإذا أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة، سأل هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء، فإن كان لأبي بكر فيه قضاء قضى به، وإلا جمع علماء الناس واستشارهم فإن اجتمع رأيهم على شيء قضى به" (2). فكانت النازلة إذا نزلت بأمر المؤمنين عمر بن الخطاب ليس عنده فيها نص عن الله ولا عن رسوله، جمع لها أصحاب رسول الله ثم جعلها شورى بينهم.

ثانيا - وأما السنن العملية فكثيرة جدا، كما نجد أن أهل الشورى كانوا هم في الغالب الذين يحددون مضمون القانون الذي يصدره الإمام أو الخليفة بعد تداول بينهم وتداول.

1- فمن التشريعات التي استفاض عنها بالشورى عقوبة شرب الخمر عن أنس بن مالك (أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخُمْرَ فَجَلَدَهُ بِحَرِيدَتَيْنِ نَحْوِ أَرْبَعِينَ. قَالَ وَفَعَلَهُ أَبُو بَكْرٍ فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ اسْتَشَارَ النَّاسَ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ أَخَفَّ الْحُدُودَ ثَمَانِينَ. فَأَمَرَ بِهِ عُمَرُ) (3).

2- ومنها التشريع المتعلق بالأراضي المفتوحة فعن زيد بن أسلم قال سمعتُ عُمَرَ ﷺ يَقُولُ: (اجْتَمِعُوا لِهَذَا الْمَالِ فَانظُرُوا لِمَنْ تَرُونَهُ ثُمَّ قَالَ لَهُمْ: إني أَمَرْتُكُمْ أَنْ اجْتَمِعُوا لِهَذَا الْمَالِ فَتَنْظُرُوا لِمَنْ تَرُونَهُ وَإني قَدْ قَرَأْتُ آيَاتٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ سَمِعْتُ اللَّهَ يَقُولُ (مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ..) وَاللَّهُ مَا هُوَ لَهْؤَلَاءِ وَحَدَهُمْ (وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُجْبُونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ) الْآيَةَ وَاللَّهُ مَا هُوَ لَهْؤَلَاءِ وَحَدَهُمْ (وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ) الْآيَةَ وَاللَّهُ مَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا لَهُ حَقٌّ فِي هَذَا الْمَالِ أُعْطِيَ مِنْهُ أَوْ مُنِعَ حَتَّى رَاحَ بَعْدَنَ) (4).

3- ومنها التشريع المتعلق بميراث الحميل فعن الزُّهْرِيُّ: (أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ اسْتَشَارَ أَصْحَابَ الرَّسُولِ ﷺ فِي الْحَمِيلِ فَقَالُوا فِيهِ فَقَالَ عُمَرُ: مَا نَرَى أَنْ نُورَثَ مَالَ اللَّهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَاتِ) (5).

4- ومنها التشريع المتعلق بميراث الجد فعن مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ لَمَّا طُعِنَ اسْتَشَارَهُمْ فِي الْجَدِّ فَقَالَ: (إِنِّي كُنْتُ رَأَيْتُ فِي الْجَدِّ رَأْيًا، فَإِنْ رَأَيْتُمْ أَنْ تَتَّبِعُوهُ فَاتَّبِعُوهُ. فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: إِنْ تَتَّبِعَ رَأْيَكَ فَإِنَّهُ رَشْدٌ، وَإِنْ تَتَّبِعَ رَأْيَ الشَّيْخِ فَلَنَعْمَ ذُو الرَّأْيِ كَانَ) (6).

5- ومنها التشريع المتعلق بالتعريض فعن عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ (أَنَّ رَجُلَيْنِ اسْتَبَّأَا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ

1- سنن الدارمي/ كتاب المقدمة/ باب الفتيا وما فيه من الشدة/ رقم: 163. 262/1. وقال محققه ورجاله ثقات غير أن ميمون بن مهران لم يدرك أبا بكر فالإسناد منقطع.

2- ابن القيم الجوزية: أعلام الموقعين عن رب العالمين، 115/2.

3- صحيح مسلم/ كتاب الحدود/ باب حد الخمر/ رقم: 1706. ص: 708.

4- سنن البيهقي/ كتاب قسم الفيء والغني/ باب ما جاء في قول أمير المؤمنين عمر/ رقم: 572-571/6. 13002.

5- سنن البيهقي/ كتاب السير/ باب الحميل لا يورث/ رقم: 18339. 219/9.

6- سنن الدارمي/ كتاب الفرائض/ باب قول عمر في الجد/ رقم: 2959. 1916/4. وقال محققه إسناده جيد.

فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ وَاللَّهِ مَا أَبِي بِرَّانٍ وَلَا أُمِّي بِرَّانِيَّةٍ. فَاسْتَشَارَ فِي ذَلِكَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَقَالَ قَائِلٌ مَدَحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ وَقَالَ آخَرُونَ قَدْ كَانَ لِأَبِيهِ وَأُمَّهِ مَدْحٌ غَيْرُ هَذَا نَرَى أَنَّ بَجَلِدَهُ الْحَدَّ. فَجَلَدَهُ عُمَرُ الْحَدَّ ثَمَانِينَ(1).

6- ومن التشريع الشوري أيضا الإلزام بالطلاق الثلاث فعن ابن عباس قال كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَتَّتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعَجَلُوا فِي أَمْرِ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ. فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ(2).

فهذه الشواهد كلها تفيد أن صناعة القانون في المجتمع الإسلامي الأول بعد وفاة الرسول ﷺ كان ينهض بها أهل الشورى، فإليهم كان يفزع الخلفاء في كل مسألة ذي بال. وغالبا ما كانوا هم الذين يحددون مضمون القانون الذي يصدر كما سيأتي. وفي ذلك يقول ابن حجر العسقلاني مفندا دعوى الداودي في أن المشاورة لا تكون في الأحكام وإنما في أمور الحرب: "وقد ورد من استشارة الأئمة بعد النبي صلى الله عليه وسلم أخبار كثيرة منها مشاورة أبي بكر رضي الله عنه في قتال أهل الردة.. و كان أبو بكر الصديق إذا ورد عليه أمر نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي به قضى بينهم، وإن علمه من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به، وإن لم يعلم خرج فسأل المسلمين عن السنة فإن اعياه ذلك دعا رؤوس المسلمين وعلماءهم واستشارهم. وأن عمر بن الخطاب كان يفعل ذلك وتقدم قريبا أن القراء كانوا أصحاب مجلس عمر ومشاورته، ومشاورة عمر الصحابة في حد الخمر تقدمت في كتاب الحدود، ومشاورة عمر الصحابة في إملاص المرأة تقدمت في الديات، ومشاورة عمر في قتال الفرس تقدمت في الجهاد، ومشاورة عمر المهاجرين والأنصار ثم قريشا لما أرادوا دخول الشام وبلغه أن الطاعون وقع بها وقد مضى مطولا مع شرحه في كتاب الطب"(3).

البند الثالث: تفصيل الاختصاصات التشريعية لمجلس الشورى

ومن الشواهد السابقة يتبين أن أهل الشورى كان لهم دور بارز في سن التشريع، اقتراحا ومدولة و إقرارا واعتراضا، كما سيأتي قريبا عند التعرض لقواعد الشكل، ومن جهة ثانية فإنه باستقراء مجمل الشواهد التي أثرت عن عصر الرسالة والخلافة الراشدة، نجد أن صلاحيات مجلس الشورى التشريعية تنحصر في تقنين الأحكام التي فيها نصوص ظنية، أو تقنين المسائل التي لا نص فيها والمفوضة إلى اجتهاد جماعة المسلمين وأهل الشورى تفويضا أوليا. غير أن مسألة تقنين أحكام الفقه لا تزال للأسف موضع أخذ ورد وهو ما سنعرض له في الفقرتين الموالتين:

فقرة 1- اختصاص مجلس الشورى بسن القوانين الشرعية

أولا - تقنين الأحكام التي وردت فيها نصوص شرعية ظنية محتملة. والتي اختلف بشأنها أئمة الفقه والعلم و تعددت مذاهبهم فيها، فيكون دور مجلس الشورى هو تقنين الرأي الفقهي الراجح والإلزام به، فيكون بالتالي هو التشريع بالنسبة لجماعة المسلمين، وبقية الآراء تبقى مجرد اجتهادات فقهية، من الواضح أن دور أهل الشورى في تشريع مثل هذه الأحكام هو دور محدود جدا، وسلطته التشريعية فيه مقيدة جدا، من حيث أن التشريع في هذه المسائل محكوم بنصوص خاصة، وهو في تفسير هذه النصوص مقيد بقواعد تفسير النصوص الشرعية، وهي قواعد تحد جدا

1- موطأ مالك/ كتاب الحدود/ باب الحد في القذف والتعريض/ رقم: 2399. 392/2.

2- صحيح مسلم/ كتاب الطلاق/ باب طلاق الثلاث/ رقم: 1472. ص: 590.

3- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، 13/ 342.

من الطاقة التفسيرية للنص، من حيث أن كل نص يحتزن عدد من الدلالات لا يخرج عنها، فقد يكون النص لا يحتمل أكثر من رأيين فقهيين، ومن ثم فإن سلطة التقديرية لمجلس الشورى في التشريع في هذه الحال مقيدة بهذين الرأيين لا يخرج عنها، فمداولة أهل الشورى ينبغي أن تفضي في النهاية إلى ترجيح أحد الرأيين واعتباره هو القانون والتشريع النافذ دون الرأي الآخر، وقد تعدد النصوص الظنية فتحتمل بحسب قواعد التفسير وطاقة النصوص ثلاثة آراء فقهية لا أكثر، ومن ثم فإن السلطة التقديرية لمجلس الشورى في التشريع تتسع شيئاً ما ولكنها تبقى سلطة مقيدة بهذه المعاني الثلاثة لا تخرج عنها، وهكذا كلما اتسعت طاقة النصوص الظنية لعدد من الآراء الفقهية في المسألة كلما اتسعت شيئاً ما السلطة التقديرية لأهل الشورى في التقنين والتشريع، ولكن سلطة أهل الشورى تبقى مع ذلك سلطة مقيدة، ودوره في هذا النوع من الأحكام لا يتعدى دور التفسير التشريعي للنصوص الشرعية المحتملة، وفق ما ترجح به قوة الأسانيد الشرعية و اعتبارات الاستدلال بالمصلحة العامة.

ثانياً - تقنين المسائل التي لا نص فيها والمفوضة أصالة لجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها للاجتهاد فيها تفويضاً أولياً، والتفويض كما سيأتي عند تناول ولاية الإمام في مجال التشريع قسمان: الأول تفويض بالشرع أو تفويض أولي وهو تفويض الشريعة لجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها للاجتهاد في المسائل التي تدور مع المصالح وجوداً وعدمها إعمالاً وإهمالاً، الثاني تفويض بالشورى أو تفويض ثانوي، وهو تفويض مجلس الشورى للإمام التشريع في موضوعات محددة، وما يعيننا هنا بطبيعة الحال هو النوع الأول حيث فوضت الشريعة الأمة للاجتهاد الفقهي والتشريعي في المسائل المسكوت عنها، وإذا كان الاجتهاد الفقهي ينهض به على جهة الكفاية كل من تحقق برتبة الاجتهاد، فإن التشريع الاجتهادي يتم من خلال الشورى الملزمة وآليات التقرير الإجماعي أو الأغلي بين أهل الشورى والحل والعقد كما سيأتي، وهو ما يضيف على هذه الأحكام المصلحية الصفة التشريعية والقوة الإلزامية، وفي ذلك يقول الشيخ محمد رشيد رضا "فوض القرآن فيما يحتاج إليه من أمور الدنيا السياسية والقضائية والإدارية إلى أهل الرأي والمعرفة بالمصالح من الأمة بقوله: " **وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ** " (1)، وقوله: " **وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ** " (2). ولهذا أمر بطاعة هؤلاء الذين سماهم أولي الأمر وهم أهل الشورى في الآية الأخرى فقال: " **يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ** " (3)، فهذا ما جاء به الإسلام، وهو هداية تامة كاملة لا تعمل بها أمة إلا وتكون مستقلة في أمورها، مرتقية في سياستها وأحكامها، يسير بها أهل الرأي والمعرفة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة التي يقتضيها الزمان والمكان، ومن ذلك أن يضعوا القوانين وينشروها في الأمة، ويلزم القضاة والحكام بإتباعها والحكم بها " (4).

من الواضح أن السلطة التقديرية لمجلس الشورى في هذا النوع من التشريع هي سلطة واسعة لا يحدها إلا قيد عدم مخالفة مبادئ الشريعة، وقيد رعاية المصلحة العامة وملاحظة مقاصد الشريعة، فلما كانت هذه المسائل بطبيعتها مسكوتاً عنها أي ونعني بذلك أنه لم يرد بشأنها نصوص خاصة لا أنها مسكوت عنها بإطلاق، بل هي مشمولة

1- الشورى / 38.

2- النساء/ 83.

3- النساء/ 59.

4- محمد رشيد رضا: الفتاوى، جمع صلاح الدين المنجد، ويوسف خوري، دار الكتاب الجديد، بيروت، 2 / 625.

بمبادئ الشريعة ومقاصدها، ومن ثم فقد تعدد الاجتهادات والخيارات في تقدير الأوضاع الشرعية المحققة للمصلحة في هذا النوع من المسائل ومرجع الحسم في ذلك بعد المداولة هو الشورى الملزمة.

فقرة 2- الموقف من مسألة تقنين الأحكام

يتفق عامة الباحثين في مسألة تقنين الأحكام الشرعية على أن هذه المسألة مسألة قديمة جدا وليست جديدة، وإن كانت قد فرضها بقوة تماسنا مع الحضارة الغربية ونظمها القانونية والسياسية، غير أن الغريب في الأمر أن أغلب الباحثين يرجعون أول الكلام في هذه المسألة إلى أحد خلفاء بني العباس (المنصور أو المهدي أو الرشيد) (1)، الذي أستشار الإمام مالك في حمل الناس على الموطأ، بناء على اقتراح سابق من عبد الله بن المقفع، فأبى الإمام مالك ذلك (2)، مغفلين تماما الأوضاع القانونية في عهد الخلافة الراشدة حين كان الصحابة يختلفون فقها في النوازل ثم ينتهون إلى الشورى الملزمة كما سنبين لاحقا.

والأمر الغريب الآخر كما سيتضح جليا هو ربط البعض وخلطهم بين مسألتين متميزتين تماما، وهما مسألة التقنين، ومسألة إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين (3)، مع أنه لا تلازم منطقي بين الأمرين فالتقنين لا يستلزم الإلزام بمذهب معين.

وعلى الرغم من أنه قد ظهرت في العصور المتأخرة محاولات عملية لتقنين الفقه كمحاولة علماء الهند من خلال (الفتاوى الهندية) ومحاولة الخلافة العثمانية من خلال مجلة الأحكام العدلية التي احتوت على 1851 مادة وظلت مطبقة في بعض البلاد العربية إلى بداية القرن العشرين (4)، فإن الموقف الفقهي من هذه المسألة ظل يراوح بين موقفين لا يخرج عنهما: موقف الرفض والإنكار، والثاني موقف المجيز والإقرار.

أولا - موقف الرفض والإنكار

ذهبت طائفة من المعاصرين إلى منع التقنين صراحة منهم محمد الأمين الشنقيطي (5)، والشيخ بكر أبو زيد (6)، وقالت بالمنع أيضا: هيئة كبار العلماء بالسعودية حيث تناولت مسألة التقنين تحت عنوان (تدوين الراجح من أقوال الفقهاء)، وقسمته إلى جزئين، الأول حول التدوين، والثاني حول النزوم. وصدر قرارها بالأغلبية بالمنع من التقنين (7). وقد استدلل المانعون بجملة من الأدلة من الكتاب والسنة والآثار والإجماع والمعقول.

1- ينظر: شمس الدين الذهبي: سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، 78/8.

2- ينظر: أحمد أمين: ضحى الإسلام، دار الكتاب العربي، بيروت، 209/1. وينظر: بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 17/1، 1996.

3- وهو الأمر الذي نجد للأسف عند الدكتور الفاضل بكر أبو زيد، ينظر: بكر أبو زيد: فقه النوازل، 17/1-25.

4- ينظر: وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، ص: 23. وينظر: شويش الحميد: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر، دار عمار، عمان، ص: 464.

5- نقل الشيخ بكر أبو زيد في كتابه فقه النوازل عن الشيخ الشنقيطي كلاماً طويلاً في مخاطر التقنين ينظر: بكر أبو زيد: النوازل، ص: 38.

6- ينظر: بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، ص: 94.

7- ينظر: هيئة كبار العلماء: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، مجلة البحوث الإسلامية، دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، السعودية، السنة 1411هـ، العدد: 31، ص: 65، وينظر: العدد: 33، السنة 1412هـ، ص: 51.

1 - من الكتاب: الآيات التي توجب الحكم بما أنزل الله والحق، والحق لا يتعين بالراجح من أقوال الفقهاء، لأنه راجح في نظر واضعيه دون سواهم فلا يصح الإلزام به(1)، وكذلك الآيات التي توجب الرد إلى الله ورسوله، ولا يتعين حكم الله ورسوله في مذهب معين أو رأي راجح والحكم بالرأي الراجح حكم بغير ما يعتقد القاضي أنه حكم الله ورسوله فهو حرام، ويلزم منه منع الإلزام والتقنين(2).

2 - من السنة: حديث " **الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ** " (3). وجه الاستدلال به أن الذي يقضي برأي غيره، يقضي بخلاف ما يعتقد أنه الحق و يأثم، ويلزم منه منع الإلزام والتقنين (4). وكذلك حديث معاذ لما بعثه إلى اليمن " **اجتهد رأيي ولا آلو**" (5)، ووجه الاستدلال به أن النبي ﷺ أقره على الحكم برأيه الراجح عنده لا الحكم برأي غيره، ويلزم منه منع التقنين (6).

3 - الآثار: أن التقنين قد رده الخلفاء الراشدون والأئمة المجتهدون، فقد رده عمر بن الخطاب فيما نقله ابن عبد البر " **عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ لَقِيَ رَجُلًا فَقَالَ: مَا صَنَعْتَ؟ فَقَالَ: قَضَيْتُ عَلَيَّ وَزَيْدٌ بِكَذَا، قَالَ: لَوْ كُنْتُ أَنَا لَقَضَيْتُ بِكَذَا، قَالَ: فَمَا يَمْنَعُكَ وَالْأَمْرُ إِلَيْكَ؟ فَقَالَ: لَوْ كُنْتُ أَرُدُّكَ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَوْ إِلَى سُنَّةِ نَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَفَعَلْتُ وَلَكِنِّي أَرُدُّكَ إِلَى رَأْيِي، وَالرَّأْيُ مُشْتَرِكٌ**" (7). كما أبي الأئمة المجتهدون كالإمام مالك إلزام الناس بمذهبه وفي ذلك رفض للتقنين.

4 - الإجماع: على عدم جواز إلزام الناس أو القضاة بقول واحد وحملهم عليه. وقد حكي هذا الإجماع شيخ الإسلام ابن تيمية (8) و قال ابن قدامة " لا أعلم فيه خلافا" (9) .

5 - من المعقول: كما استند المانعون للتقنين لجملة من الأدلة العقلية التي تثبت عدم جدوى التقنين منها - أن التقنين لا يرفع الخلاف في الآراء، وهو من أهم مبررات التقنين، وهذا ما أثبتته تجربة الدول التي دونت الأحكام المعمول بها، حيث يختلف القضاة في تفسير النصوص(10).

- أن التقنين على يؤثر على حركة الفقه عامة، وعلى القضاة خاصة، حيث يؤدي إلى تعطيل الاجتهاد الفقهي والقضائي، لأن عمل القضاة سيرتبط بهذه القوانين شرحا وتفسيرا، ويجبر على القضاة، ويوقف حركة الاجتهاد، والنشاط الفكري، لتلبية مطالب الحياة المتغيرة، ومواجهة الأنظمة والأعراف والمعاملات المتجددة(1)

1- ينظر: هيئة كبار العلماء: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، العدد:32، ص:38.

2- ينظر: هيئة كبار العلماء: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، العدد:32، ص:38، وينظر: بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، 57/1.

3- سنن الترمذي/ كتاب الأحكام/ باب ما جاء عن رسول الله في القاضي/ رقم: 1322 مكرر. 06/3. وقال محققه إسناده ضعيف لأن شريك سيء الحفظ.

4- ينظر: هيئة كبار العلماء: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، العدد:32، ص:37، وينظر: بكر أبو زيد: فقه النوازل، 67/1.

5- سنن الترمذي/ كتاب الأحكام/ باب ما جاء في القاضي كيف يقضي/ رقم:1327. 10-09/3.

6- ينظر: بكر أبو زيد: فقه النوازل، 68-69/1.

7- ذكره ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، دون إسناد/ رقم: 1614 . 853/2.

8- ينظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، 79-80/30.

9- ينظر: ابن قدامة: المغني، 93/10. وينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص:91، وينظر: الفراء: الأحكام السلطانية، ص:63، وينظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام، 20/1.

10- ينظر: بكر أبو زيد فقه النوازل، 87-88/1. وينظر: هيئة كبار العلماء: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، العدد:31، ص:61.

- أن الأحكام الشرعية المقننة إذا ما عدّلت، فإنه يؤدي إلى زعزعة الثقة بأحكام الشريعة، وكثرة التعديلات التي تجرى على القوانين تبعدها عن أصلها الشرعي كما هو مشاهد في قوانين الأحوال الشخصية.

- أن كلمة (تقنين) يخشى منها أن تكون طريقاً لإحلال القوانين الوضعية مكان الشريعة الإسلامية فيكون التشابه في الاسم أولاً، ثم المضمون ثانياً، فمنع هذه التسمية واجب من باب سد الذرائع ولا سبيل لمنع التسمية إلا بمنع المسمى (2).

هذه مجمل أدلة المانع لتقنين الأحكام وستأتي مناقشتها قريباً عند تحرير محل النزاع والترجيح ثانياً - موقف الجواز والإقرار

ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين، إلى جواز التقنين كالشيخ محمد عبده والشيخ محمد رشيد رضا (3)، والشيخ أحمد شاكر (4)، والشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ مصطفى الزرقا الذي كان يرى الوجوب لا الجواز (5)، والشيخ علي الطنطاوي (6)، والشيخ محمد بن الحسن الحجوي صاحب كتاب الفكر السامي (7)، والدكتور عبد الرحمن القاسم (8)، والدكتور وهبة الزحيلي (9)، والدكتور يوسف القرضاوي (10)، ومنهم أيضاً بعض أعضاء هيئة كبار العلماء في السعودية (11). وقد استدلل القائلون بجواز التقنين أو ضرورته بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والإجماع والمصلحة .

1 - من الكتاب: الآيات الدالة على وجوب طاعة أولي الأمر، والآيات الدالة على الرد إلى أولي الأمر فيما يحتاج إلى فقه واستنباط، كقوله: " **وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ** " (12). والأدلة الدالة على أن الأمر في جماعة المسلمين شورى كقوله ﷺ " **وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ** " (13)، ويستدل من ذلك الشيخ محمد رشيد رضا، أنه مادامت طاعة أولي الأمر فرض، فإن الاجتهادات التي يقرورها تصبح ملزمة، ويلزم القضاة والحكام بإتباعها والحكم بها " (14).

1- ينظر: وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص: 26 .

2- ينظر: بكر أبو زيد فقه النوازل، 90/1.

3- رشيد رضا: مجلة المنار، العدد: 16، الجزء الرابع، ص: 270.

4- أحمد محمد شاكر: الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدر القوانين، المكتبة السلفية، القاهرة، ط1، ص: 30.

5- مجد مكي: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، لبنان، ط1، ص: 373.

6- مجاهد ديارية: فتاوى علي الطنطاوي، دار المنار، جدة، ط2، ص: 29.

7- محمد بن الحسن الحجوي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي دار التراث - القاهرة، 2 / 418.

8- عبد الرحمن القاسم: الإسلام وتقنين الأحكام، المقدمة، ص: ن .

9- وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص: 29.

10- يوسف القرضاوي: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1، ص: 306 .

11- يتبين من المتحفظين على قرار الهيئة بمنع التقنين من أقوال الفقهاء وهم: الشيخ صالح بن غصون، والشيخ عبد المجيد بن حسن، والشيخ عبد الله خياط، والشيخ عبد الله بن منيع والشيخ محمد بن جبير، والشيخ راشد بن حنين، ومن يرى الجواز كذلك من أعضاء هيئة كبار العلماء: الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد، ينظر أسماء المتحفظين في: مجلة البحوث، العدد 33، ص 29 وما بعدها.

12- النساء/ 83.

13- الشورى / 38.

14- . محمد رشيد رضا: الفتاوى، 2 / 625.

2 - من السنة: كما يستدل المجيزون للتقنين بالأحاديث الواردة في طاعة ولي الأمر، فعن نافع أن النبي ﷺ قال: **(السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ، فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ، مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِذَا أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ)** (1)، فإذا أمر الإمام بالعمل باجتهاد ما من الاجتهادات الفقهية وجب الدخول تحت طاعته. لكون هذا الاجتهاد قطعاً ليس معصية، بل هو مسألة مجتهد فيها بين الفقهاء دائرة بين الأجر والأجرين.

3 - الآثار: إن الاستقراء السليم لعدد من الآثار التي أثرت عن الخلفاء الراشدين تبين أن الاجتهاد الذي كان يعمل به المسلمون هو الاجتهاد الجماعي الذي يصدره الخليفة بناء على الشورى الملزمة، ولو خالف في ذلك أراء بعض الصحابة وأهل الشورى ونكفي أن نسوق على ذلك شاهدين:

الأول منع الخليفة الراشد الثاني الناس التمتع بالعمرة في أشهر الحج وإلزام الناس بذلك رغم مخالفة بعض الصحابة له في ذلك كعبد الله بن عباس، فعن أبي نضرة قال: **(كُنْتُ عِنْدَ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ فَأَتَاهُ آتٍ فَقَالَ إِنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ وَابْنَ الزُّبَيْرِ اخْتَلَفَا فِي الْمُتَعَتِّينِ فَقَالَ جَابِرٌ فَعَلْنَا هُمَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ نَهَانَا عَنْهُمَا عُمَرُ فَلَمْ نَعُدْ لَهُمَا)** (2).

والشاهد الثاني ما سنه الخليفة الرابع ﷺ في ولايته من عقوبة تحريق الزنادقة، رغم اعتراض بعض الصحابة على ذلك، فعن عكرمة: **(أَنَّ عَلِيًّا ﷺ حَرَّقَ قَوْمًا فَبَلَغَ ابْنَ عَبَّاسٍ فَقَالَ لَوْ كُنْتُ أَنَا لَمْ أُحَرِّقْهُمْ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَا تُعَذِّبُوا بِعَذَابِ اللَّهِ وَلَقَاتَلْتُهُمْ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ "مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ")** (3).

4 - الإجماع: فمن جهة نجد أنه ليس هناك إجماع على قاعدة أن كل مجتهد يعمل باجتهاده، بل هي مجرد دعوى إجماع لا أكثر، فقد خالف في ذلك بعض أئمة العلم ونقل عن عدد من فقهاء المذاهب الإسلامية جواز إلزام القاضي الذي توافرت فيه شروط الاجتهاد باجتهاد غيره، حيث ذهب إلى ذلك الحنفية على ما أورده الحصكفي في الدر المختار وابن عابدين في رد المحتار (4) وهو أيضاً قول عند المالكية (5)، ومال إليه السبكي وغيره من الشافعية (6)، ومن ثم فإن الاحتجاج بالإجماع على عدم جواز إلزام القاضي بتقنين هو احتجاج باطل لعدم ثبوت هذا الإجماع فهي مجرد دعوى عزها العرف السائد بعد انقلاب الخلافة إلى ملك عضوض.

ومن جهة ثانية فإن الإجماع يكاد ينعقد على جواز إلزام القاضي المقلد - كما هو حال القضاة اليوم - الحكم بمذهب معين؛ فأقوال الفقهاء صريحة في أن إلزام هؤلاء بمذهب معين أمر سائغ، ومن لا يرى هذا الإلزام من الفقهاء إنما يمنعونهم لأنهم لا يرون توليه القضاة غير المجتهدين، وهذا فيه من الحرج مالا يعلمه إلا الله، فلم يبق إلا الإلزام بمذهب معين، لهؤلاء القضاة غير المجتهدين (7).

1- صحيح البخاري/كتاب الجهاد/باب السمع والطاعة للإمام/رقم: 7144. 329/4.

2- صحيح مسلم/كتاب الحج/باب التقصير في العمرة/رقم: 1249. ص: 496.

3 - صحيح البخاري/كتاب الجهاد والسير/باب لا يعذب بعذاب الله/رقم: 3017. 363/2.

4- ينظر: الحصكفي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي، دار المعرفة، بيروت، ط1، 198/3، وينظر: ابن عابدين: رد المختار، 408/5.

5- ينظر: الخطاب: مواهب الجليل، 80/8، وينظر: الدسوقي الحاشية على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العلمية، القاهرة، 130/4.

6- ينظر: الهيتمي والشرواني: نهاية المحتاج مع حاشية الشرواني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 116/10، وينظر: ابن حجر الهيتمي: الفتاوى الكبرى، دار صادر بيروت، 212/2.

7- ينظر: مجلة البحوث، العدد: 33، ص: 46.

5 - المصلحة: أن القضاة هم بمثابة الوكلاء عن الإمام وهم نواب له، لأنهم صاروا قضاة بإذنه، و الوكيل مقيد بشروط موكله، فلا يخرج عن حدود الوكالة، فإذا ألزمه بالقضاء على مذهب معين، أو بالتقنين، وجب عليه التقيد بذلك(1).

- حاجة المستجدات إلى حكم شرعي يتم بالنص عليها في التقنين، وتركها لاجتهاد القضاة ليس من الحكمة لكثرة مشاغلهم، وعدم تفرغهم للبحث والاستقصاء في كل مستجد، وخصوصا مع تطور الحياة، وكثرة المستجد فيها. ومن ذلك: المعاملات المصرفية والمقاولات، والمناقصات، وشروط الجزاء، ومشاكل الاستيراد والتصدير وقضايا التأمين بمختلف جوانبه ونحو ذلك، مما لا قدرة لغالب القضاة الشرعيين على معرفة الحكم الذي يحكمون به في النزاع حولها(2).

- أن ترك القضاة يحكمون بما يصل إليه اجتهادهم يؤدي إلى فوضى واختلاف في الأحكام للقضية الواحدة(3). بل وقع هذا الاختلاف أحيانا بين محكمتي التمييز في الرياض ومكة المكرمة(4). وربما أحدث ذلك بلبلة واضطراباً، وأهدر الثقة بالأحكام ففي التقنين توحيد للأحكام في الدولة ببيان الراجح الذي يحكم به(5).
فقرة 4- تحرير و ترجيح.

أولاً - تحرير محل النزاع

نجد لزاما علينا قبل مناقشة هذين القولين وبيان الراجح أن نحرر محل النزاع في عدد من النقاط.

1- الأحكام القطعية ملزمة بذاتها ولا تحتاج لمن يلزم بها. ومنه يتبين أن محل النزاع هو الأحكام الاجتهادية.
2- يذهب البعض إلى أن الإجماع قد انعقد على أن القاضي المجتهد لا يجوز إلزامه، وبالتالي فهو ليس محل نزاع(6)، وإنما محل النزاع هو القاضي المقلد، والحقيقة أن هذا القول فيه تحني كبير على الحقيقة العلمية كما سبق بيانه، فالخلاف في إلزام القاضي بالقوانين الشرعية جار في المجتهد والمقلد، فكلاهما محل نزاع.

3- أن مسألة إلزام القاضي (سواء أكان مجتهداً أم مقلداً) الحكم بمذهب بعينه، ليس إلا صورة بسيطة من صور التقنين، فالتقنين له جانبه الشكلي والذي يتمثل في الصياغة الفنية للأحكام ذات الموضوع الواحد في مواد مرتبة ترتيباً منطقياً ورقمياً متسلسلاً، في عبارات أمرة، ومنه فإن إلزام القاضي بالحكم بمذهب معين، دون صياغة الأحكام صياغة قانونية، يعد من باب التسامح تقنياً رغم افتقاده الجانب الشكلي؛ اعتباراً لعنصر الإلزام.

وفي نفس الوقت فمن حيث الموضوع نجد أن التقنين قد يستقي أحكامه من مذهب واحد من المذاهب الفقهية ويلتزم بها لا يخرج عنها كما فعلت مجلة الأحكام العدلية، وقد يستقي التقنين أحكامه من مذاهب فقهية مختلفة ومن اجتهادات متباينة، ولا يلتزم في جميع مواد مذهب واحد، وإنما يلتزم واضعوه بالراجح عندهم، وهذه الحالة

1- شويش المحاميد: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر، ص: 441.

2- ينظر: تدوين الراجح، مجلة البحوث، العدد: 33، ص: 48، 49. وينظر: المحاميد: مسيرة الفقه الإسلامي، ص: 441.

3- شويش المحاميد: مسيرة الفقه الإسلامي، ص: 441.

4- مجلة البحوث، العدد: 33، ص: 48.

5- ينظر: الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص: 28.

6- ينظر: بكر أبو زيد: فقه النوازل، 13/1.

هي التي نقصدها بالحديث عن صلاحية مجلس الشورى في وضع القوانين الشرعية. ومن ثم يتبين أن المطابقة بين مسألة التقنين ومسألة الإلزام بمذهب معين، غير سديد.

ثانيا - مناقشة وترجيح

والذي نرجحه أن تقنين مجلس الشورى الأحكام المتعلقة بالمعاملات ليس فقط جائزا بل هو الأصل الواجب، الذي كان عليه العمل في عصر الخلفاء الراشدين، فإنه بالرجوع إلى أدلة الفريقين نرى أن أدلة الفريق الأول واهية لا تصمد أمام النقد والمناقشة، ويتبين ذلك مما يلي:

1،2 - فالاستدلال بأدلة الكتاب والسنة التي توجب الحكم بما أنزل الله والحكم بالحق، لا حجة فيها على منع التقنين، بل على العكس من ذلك تماما فالحكم المستنبط بالاجتهاد الجماعي والشورى الملزمة هو أقرب للحق وأدل على حكم الله من الحكم المستنبط بالاجتهاد الفردي.

وكذلك الآيات التي توجب الرد إلى الله ورسوله، لا حجة فيها على منع التقنين، فإن الرد إلى الله ورسوله بعد انقطاع الوحي، إنما يكون بالرد إلى الكتاب والسنة، والكتاب والسنة لا ينطقان بذاتهما وإنما ينطق بهما الرجال، ومن البين عند كل العقلاء أن الرد إليهما بالشورى الجماعية خير من الرد إليهما بالرأي الفردي.

3 - أما الاستدلال بأن الآثار دلت على منع التقنين، فجوابه أن هذه الآثار ليست فيها البتة دلالة على ذلك، بل على العكس فالآثار المنقولة عن الخلفاء الراشدين دالة على ركونهم الشديد للاجتهاد الجماعي والشورى الملزمة في كل أمر تشريعي ليس فيه وحي، ومن ثم فإنه مع احترامنا للشيخ الفاضل بكر عبد الله أبو زيد فإن تعلقه بما نقله ابن عبد البر من رفض عمر الإلزام برأيه الذي هو خلاف قضاء علي وزيد، واستدلاله به على عدم جواز التقنين، هو تعلق بما لا حجة فيه أيضا، فالآثار ليس فيه دلالة على ذلك، كيف وقد ألزم الله الناس بأحكام كثيرة، وإنما الأثر له تعلق بموضوع آخر مختلف تماما عن موضوع حجية القاعدة التشريعية، فهو فيه دلالة قوية على عدم جواز نقض حكم القاضي بحكم آخر ولو كان حكم الإمام، ما دام أن هذا الحكم في مسألة مجتهد فيها، ولم يخالف قواطع الشرع، وهذا إعمالا لمبدأ حجية الحكم القضائي، وحفاظا على مقصد استقرار الأحكام، فالقاضي إذا حكم في مسألة مجتهد فيها، فليس لغيره أن ينقض حكمه، وإلا لتسلسل النقض فلا تنفذ الأحكام ولا تصل الحقوق إلى أصحابها ولا يتحقق العدل، و به أن يظهر هذا الأثر يتعلق بمسألة مختلفة تماما عن مسألة تقنين التشريع وهي مسألة حجية الأحكام القضائية، على الرغم من التداخل الشديد بين التشريع والقضاء في تلك الفترة المبكرة من تاريخ الإسلام التي لم تتمايز فيها الوظائف بشكل كامل بعد.

وكذلك فإن الاستدلال بما نقل عن الإمام مالك من رفضه لاقتراح ثلاثة من خلفاء بني العباس بإلزام الناس بأحكام الموطأ، فهو بغض النظر عن تضارب الروايات التاريخية حول هذه الواقعة، فإنها ليست دليلا على عدم جواز التقنين من أكثر من وجه: الأول أن اعتراض الإمام مالك إنما كان كما تذكر بعض الروايات بسبب صعوبة تنفيذ الفكرة وليس بسبب عدم جوازها، الثاني أن اعتراض الإمام مالك إنما كان بسبب النزعة المذهبية في ذلك الاقتراح، من خلال الاقتصار على مذهب واحد من دون سائر مذاهب أهل العلم، فإن الموافقة على ذلك احتكار للحق والصواب وتعصب للرأي وهو ما ينزه عنه الله ﷻ ومن ثم فإن هذا الأثر قد يكون حجة على منع الإلزام بمذهب بعينه، ولكنه ليس حجة على منع تقنين الأحكام .

4 - أما الاستدلال بالإجماع على بطلان التقنين فقد سبق بيان بطلانه وأنه مجرد دعوى من دعاوى الإجماع التي لم تثبت.

5 - وكذلك فإن القول بأن التقنين لا يرفع الخلاف في الرأي، وبالتالي فلا جدوى منه، فهو قول يجهل أو يتجاهل أن المقصد من التقنين ضبط الأحكام التي عليها العمل وتوحيدها، وليس رفع الخلاف في الرأي، والحجر على الفكر والفقه. كما أن القول بأن التقنين فيه تعطيل لحركية الاجتهاد الفقهي والقضائي، هو قول مردود أيضا إذ ليس هناك تلازم منطقي بين تقنين الأحكام والمنع من الاجتهاد، فالنشاط الفقهي الحر يستمر وكل رأي فقهي أو اجتهاد قضائي أثبت جدواه أخذ مكانه ضمن المنظومة التشريعية، لكن من خلال آليات الشورى الملزمة والتقرير الجماعي، وليس من خلال الفوضى الاجتهادية والافتائية، ومن ثم فالتقنين ليس فيه حجر على الفقهاء، كما أنه ليس فيه حجر على القضاة المجتهدين لأن التقنين لا يمنع الاجتهاد، فالحياة تولد من المستجدات مما يعطي القاضي المجتهد مجالاً واسعاً في تبني حلول جديدة لها.

ومنه نخلص إلى أن التقنين ضرورة شرعية وهو تقنين ينبغي أن ينهض به أهل الشورى من خلال آليات التقرير التي سنعرض لها عند تناول القيود الشكلية لممارسة العمل التشريعي.

البند الرابع: مركز مجلس الشورى وطبيعة العلاقة بينه وبين الرئاسة العامة

قبل أن نطوي الحديث عن مجلس الشورى كجهة تشريع ينبغي أن نحدد مركزه في النظام السياسي الإسلامي وطبيعة العلاقة بين مجلس الشورى والإمام، من حيث إلزامية الشورى وعدم إلزاميتها وما يترتب على ذلك من الجانب التشريعي من حيث حق الاعتراض والتصديق، وما يترتب على ذلك من الجانب السياسي من حيث حق عزل الإمام، وحق حل مجلس الشورى.

فقد اختلف الفقهاء في القديم والحديث على رأيين في مدى إلزامية الشورى للإمام، فذهب فريق من أهل العلم إلى أن الشورى معلمة للإمام وليست ملزمة، بينما ذهب غيرهم إلى أن الشورى لا معنى لها إلا إذا كانت ملزمة للإمام، ومن الواضح أن مدى إلزامية الشورى للإمام هو ما يحدد مركز مجلس الشورى في النظام السياسي الإسلامي ويبين طبيعته.

فقرة 1- الرأي الأول: الشورى معلمة

أولا - فحوى الرأي

ذهب عدد من أهل العلم قديما وحديثا بأن الشورى معلمة للإمام وليست ملزمة، بمعنى أنه يندب أو يجب على الإمام الرجوع إلى الشورى ولكن ليس من اللازم أن يأخذ بالرأي الذي انتهوا إليه بالإجماع أو بالأغلبية، بل للإمام كامل الصلاحية الدستورية في تبني الرأي الذي يراه محققا للمصلحة العامة ولو خالف جميع أهل الشورى فله أن يأخذ بالأغلبية وله أن يأخذ برأي الأقلية، وله أن يأخذ برأيه الذي لم يجد من يعينه عليه.

وقد ذهب هذا المذهب قديما بعض من قال بوجوب الشورى كالجصاص الحنفي(1)، وابن عطية المالكي(2)،

1- ينظر: أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، 2/330.

2- ينظر: ابن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، 1/534.

وابن تيمية الحنبلي (1).

ومن ذهب إلى هذا المذهب من المعاصرين ابن عاشور (2)، وعبد الكريم زيدان في رأيه الأول (3)، و أبو الأعلى المودودي في رأيه الأول (4)، وعبد الحميد متولي (5)، والدكتور حميد منير البياتي (6)، ومحمد سعيد رمضان البوطي (7) وبذلك يظهر أنه ليس هناك تلازم بين القول بوجود الشورى والقول بإلزاميتها، بينما من قال باستحباب الشورى ذهب إلى أنها معلمة كالشافعي، وقتادة، والربيع (8)، ومن المعاصرين الدكتور محمود الخالدي (9). والدكتور حسن هويدي (10).

ويعبر الجصاص وهو من القائلين بوجود الشورى عن هذا الرأي بقوله: "فجائز حينئذ أن توافق أراؤهم رأي النبي، وجائز أن يوافق رأي بعضهم رأيه، وجائز أن يخالف رأي جميعهم، فيعمل ص برأيه" (11). ويفصل ابن تيمية القول في الموضوع فيرى أن الشورى السياسية التي تتعلق بتعيين الإمام أو عزله ملزمة، بينما الشورى التشريعية غير ملزمة حيث قال رحمه الله: "إن كان أمرا قد تنازع فيه المسلمون، فينبغي أن يستخرج من كل منهم رأيه ووجه رأيه، فأى الآراء كان أشبه بكتاب الله وسنة رسوله عمل به... وإن لم يمكن ذلك لضيق الوقت أو عجز الطالب، أو تكافؤ الأدلة عنده أو غير ذلك، فله أن يقلد من يرتضى علمه ودينه وهذا أقوى الأقوال" (12) ويقول الدكتور عبد الكريم زيدان: "الذي نراه ونرجحه ترك الأمر لرئيس الدولة، فإن شاء أخذ برأي الأكثرية، وإن شاء أخذ برأي الأقلية، وإن شاء أخذ برأيه هو وإن كان خلاف رأي الأكثرية والأقلية" (13). ويقول أبو الأعلى المودودي في أول عهده: "فالأمير له الحق أن يوافق الأقلية أو الأغلبية في رأيها، وكذلك له أن يخالف أعضاء المجلس كلهم ويقضي برأيه" (14). وكذلك يقول الدكتور عبد الحميد متولي: "إن الإسلام لا يحتتم على الإمام النزول على رأي الجماعة إذا لم يقتنع بصوابه" (15)..

ثانيا - السند الشرعي لهذا الرأي

استند القائلون بعدم إلزامية الشورى إلى عدد من الأدلة من الكتاب والسنة

1 - من الكتاب: قوله ﷺ في آية الشورى ﴿فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾

1- ينظر: ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص: 228.

2- ينظر: ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 4/151.

3- ينظر: عبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، ط3، 1976، ص: 211-212.

4- ينظر: أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام السياسية، ص: 55.

5- ينظر: عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 267.

6- ينظر: منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 193.

7- ينظر: محمد سعيد رمضان البوطي: فقه السيرة، دار الفكر دمشق، ط8، 1980، ص: 324.

8- ينظر: الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، 7/344. وينظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 4/251.

9- ينظر محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 172-173.

10- ينظر: حسن هويدي: الشورى في الإسلام، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1975، ص: 38-39.

11- أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، 2/330.

12- ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص: 228.

13- عبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، ص: 211-212.

14- ينظر: أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام السياسية، ص: 55.

15- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 267.

(1). ووجه الاستدلال أن الآية أسندت العزم للنبي صلى الله عليه أو الإمام من بعده، والعزم وهو تصميم الرأي على الفعل فدل ذلك على أن له وحده أن يعزم على رأي ويمضي فيه متوكلا على الله سواء على وفق آراء أهل الشورى أم رأيا آخر (2).

2- من السنة القولية: قوله ﷺ لأبي بكر وعمر: (لَوْ اجْتَمَعْتُمَا فِي مَشُورَةٍ مَا خَالَفْتُمَا) (3). فهو يدل على أنه يأخذ برأيهما حتى ولو خالفهما فيه جمهور الصحابة (4). فدل ذلك على أن الشورى غير ملزمة. فلإمام أن يأخذ برأي من شاء.

3 - من السنة الفعلية: دلت السنة على أن النبي ﷺ كان يشارو الصحابة ثم لا يأخذ بالنتيجة التي تفرزها الشورى بالإجماع أو بالأغلبية، ومن ذلك مخالفة النبي ص لأصحابه في صلح الحديبية، ومسيره لقتال بني قريظة دون أن يأخذ برأي أحد من أصحابه، وكذلك أخذه برأي الأقلية في استشارة حول أسرى بدر (5).

4 - أن في سيرة الخلفاء الراشدين شواهد على عدم إلزامية الشورى، كقتال أهل الردة، وإنفاذ جيش أسامة، وقسمة سواد العرق، ففي هذه الوقائع لم يأخذ الخلفاء بما أفضت إليه الشورى فدل ذلك على أنها معلمة للإمام وليست ملزمة (6).

ثالثا - المناقشة (7)

إن مناقشة علمية لهذه الأدلة يبين أنها لا تقوم بما الحجة على عدم إلزامية الشورى وبيان ذلك:

1 - أن إسناد العزم للنبي ﷺ ليس دليلا على أن الرأي الذي يعزم عليه هو رأيه، فالآية أسندت العزم إلى النبي وإلى الإمام من بعده ولكن لم تبين على أي رأي يجب أن يعزم، على رأيه أم على رأي أهل الشورى. والدليل إذا دخله الاحتمال بطل به الاستدلال لأنه ترجيح لأحد الاحتمالين من غير مرجح، فكما يحتل أن يكون المعنى فإذا عزمت على ما رأيت. يحتل أن يكون المعنى فإذا عزمت على ما رأيتم. وترجيح أحد المعنيين من غير مرجح باطل. بل السياق الحالي والنزولي للآية يشهد أن المعنى الثاني هو الراجح حيث أن النبي ﷺ لم يعزم في غزوة أحد على رأيه ولكن على رأي الأغلبية.

2 - إن قوله ﷺ لأبي بكر وعمر: (لَوْ اجْتَمَعْتُمَا فِي مَشُورَةٍ مَا خَالَفْتُمَا) ليس فيه ما يدل على عدم إلزامية الشورى، فإنه إخبار من الرسول لصاحبيه أنهما لا يجتمعان في أمر ثم يخالفهما فيه الرسول أو سائر الصحابة لما كان بين منهجي الرجلين في التفكير وعلاج القضايا من التباين، وذلك معلوم لكل من درس سيرة الرجلين (8).

1- آل عمران/159.

2- ينظر: ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، 4/151.

3- مسند أحمد/ حديث عبد الرحمن بن غنم/ رقم: 17994. 29/518. وقال محققه إسناده ضعيف لضعف شهر بن حوشب وله شواهد من حديث البراء بن عازب عند الطبراني في "الأوسط"، وعند الهيثمي في "المجمع" ومن حديث ابن عباس عند الطبراني في "الكبير" و"الأوسط".

4- يعقوب المليحي: مبدأ الشورى في الإسلام، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص: 135.

5- ينظر: حسن هويدي: الشورى في الإسلام، ص: 9-14. وينظر: البوطي: فقه السيرة، ص: 324. وينظر: عبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، ص: 212.

6- ينظر: حسن هويدي: الشورى في الإسلام، ص: 14-22. وينظر: عبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، ص: 212.

7- حول مناقشة مستفيضة لهذه الحجج ينظر: محمد عبد القادر أبو فارس: حكم الشورى ونتيجتها في الإسلام، ص: 97-141.

8- محمد عبد القادر أبو فارس: حكم الشورى ونتيجتها في الإسلام، ص: 104.

3 - أما القول بأن النبي ﷺ كان يشاور في بعض الأمور ثم لا يأخذ برأي أهل الشورى، فهو قول لا سند له من السيرة النبوية، بل إن كل المشاورات التي أثرت عن النبي كان يأخذ فيها بما انتهى إليه أهل الشورى. ولكن كان أحيانا لا يشاور كما في صلح الحديبية وفي غزو بني قريظة، فهذه القضايا لم يشاور فيها الرسول أصلا، لا أنه شاور فيها ثم لم يلتزم بالشورى. بل لم يشاور فيها لسبب سبق بيانه وهي أنها وقائع نزل فيها الأمر وفرغ منها الوحي فلم يبق مجال لاجتهاد أو مشورة. أما المشاورة في أسرى بدر فالثابت أن النبي ﷺ نزل على رأي الأغلبية الذي يقول بالفداء. ففي صحيح مسلم (أَبُوكِي لِلَّذِي عَرَضَ عَلَيَّ أَصْحَابُكَ مِنْ أَخَذِهِمُ الْفِدَاءَ، لَقَدْ عُرِضَ عَلَيَّ عَدَاؤُهُمْ أَدْنَى مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ - شَجَرَةِ قَرَيْبَةٍ مِنْ نَبِيِّ اللَّهِ ﷺ) (1).

4 - أما الوقائع التي سبقت لإثبات عدم التزام الخلفاء بنتيجة الشورى فهي مبنية على فهم غير سليم لهذه الوقائع، وسببه في الغالب عدم التفريق بين مرحلة التداول في الأمر ومرحلة الإصدار والعزم، فالقول أن أبا بكر لم يأخذ برأي الأغلبية في حروب الردة قول ظاهر البطلان فإن اعتراض جمهور الصحابة عليه إنما كان في مرحلة التداول وقد انتهى بتسليمهم برأيه فصار إجماعا منهم على قتال المرتدين فتم اتخاذ قرار الحرب بالإجماع. وكذلك الحال في قسمة سواد العراق فإن التداول في هذه المسألة الشهيرة استمر أكثر من شهر ولم يصدر فيها التشريع القاضي بعدم قسمة أرض السواد إلا بعد انقلاب الأقلية المتبنية لهذا التشريع إلى أغلبية.

رابعا - الآثار المترتبة على القول بعدم إلزامية الشورى

إن القول بأن الشورى معلمة للإمام وليست ملزمة يجعل الإمام في مركز يعلو فيه على مجلس الشورى، سواء من الناحية التشريعية أو السياسية.

1 - فمن الناحية التشريعية فالقول بأن الشورى معلمة للإمام وليست ملزمة يجعل للإمام اليد الطولى في التشريع، فهو الذي يختص بإقرار وتصديق وإصدار القانون في الدولة الإسلامية، وأن صلاحيات مجلس الشورى التشريعية تنحصر في الاقتراح والمداولة حول القانون الذي يراه مناسبا.

2- كما يعني أيضا أن للإمام حق الاعتراض المطلق على كل قانون يصدره مجلس الشورى، ولا يملك مجلس الشورى أن يتغلب على هذا الاعتراض بأي وسيلة ما دام أنه لا يملك حق الإلزام.

3- كما يعني أن مجلس الشورى ليس من اختصاصه الرقابة على التشريعات التي يصدرها الإمام باجتهاده في حدود مبادئ المشروع الإسلامية. وإن كان له الحق في الرقابة على التشريعات المخالفة للقواعد الشرعية ولكن ليس على أساس حق الشورى الملزمة، ولكن على أساس مبدأ دستوري آخر هو الحسبة (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر).

4- ومن الناحية السياسية فالقول بأن الشورى معلمة للإمام يعني أنه يقع على عاتق الإمام وحده وضع السياسة العامة اللازمة لتدبير ورعاية المصالح العامة للدولة، وليس لمجلس الشورى حق المصادقة عليها.

5- كما يعني أنه ليس لمجلس الشورى من الناحية السياسية الحق في عزل الإمام بغير الكفر، أي لا يحق لمجلس الشورى عزل الإمام بسبب مجتهد فيه لكون شورا غير ملزمة له في المسائل الاجتهادية. فلا يحل لهم عزله حتى

1- صحيح مسلم/ كتاب الجهاد والسير/ باب ربط الأسير وحبسه وجواز المن عليه/ رقم: 1764. ص: 732.

يحل دمه، على حد عبارة محمد اطفيش في شرح النيل (1).

وبعد هذا التفصيل للآثار الدستورية للقول بعدم إلزامية الشورى بالنسبة للإمام يتبين أن مركز الثقل في هذا النظام هو رئيس الدولة، وأن مجلس الشورى يحتل مركزاً ثانوياً يقترب فيه من صيغة الهيئة الاستشارية، فهل يصح القول بناء على ذلك أن النظام الإسلامي الذي يأخذ بمبدأ عدم إلزامية الشورى هو نظام رئاسي، مادام الرئيس هو الذي تناط به أهم الصلاحيات، كما أطلق ذلك القول الدكتور منير حميد البياتي قبل ثلاثين عاماً حول طبيعة النظام السياسي الإسلامي؟ (2)، إن مقارنة سريعة بين مفهوم النظام الرئاسي كما استقر في الفقه الدستوري الوضعي وبين الآثار المترتبة على القول بعدم إلزامية الشورى تبين أنه من الصعب التسليم بالمطابقة بينهما، فالنظام الرئاسي كما سبق بيانه نظام يقوم على الفصل الشديد بين السلطات، خاصة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فالبرلمان هو الذي يختص بالتشريع والرئيس والحكومة هي التي تختص بالتنفيذ، ولا يتدخل أحدهما في اختصاص الآخر، أما مبدأ الشورى معلمة، فإن الإمام هو الذي يختص بصلاحيات التشريع وإليه مرجع الأمر في تبني الأحكام، كما أنه هو الذي يختص بالسلطة التنفيذية والسياسة العامة، ومن ثم فإن تكيف هذا النظام بأنه نظام رئاسي وفق المفهوم المتعارف عليه يبقى موضع نظر، بل الذي نذهب إليه أن مبدأ الشورى معلمة لا ينتج نظاماً رئاسياً، ولكنه ينتج نظام تركيز السلطات، نظام تجتمع فيه كل السلطات بيد الإمام أو رئيس الدولة.

فقرة 2- الرأي الثاني: الشورى ملزمة

أولاً - فحوى الرأي

ذهب عدد من أهل العلم قديماً وحديثاً بأن الشورى ملزمة للإمام وليست معلمة، بمعنى أنه يجب على الإمام الرجوع إلى أهل الشورى كما أنه ملزم بأن يأخذ بالرأي الذي انتهى إليه أهل الشورى بالإجماع أو بالأغلبية، ومن ثم فليس للإمام أن يتجاوز أهل الشورى بل تقف صلاحياتة الدستورية عند إمضاء الرأي أو الحكم الذي انتهت إليه الشورى سواء كانت شورى الجمهور أو كانت شورى المجلس، وسواء كانت آلية التقرير الشوري الإجماع أو الأغلبية. ولم أعر على من قال أن الشورى مندوبة ثم قال إنها ملزمة، وعلى ذلك يقتصر القول بإلزامية الشورى على بعض من قال بوجوبها ومن ذهب هذا المذهب محمد عبده، محمد رشيد رضا (3)، أبو الأعلى المودودي في رأيه الثاني (4)، وعبد الكريم زيدان في قوله الثاني (5)، ومحمود شلتوت (6)، ومحمد سليم العوا (7)، وعبد الحميد إسماعيل الأنصاري (8)، وغيرهم كثير جداً..

ويعبر رشيد رضا عن هذا الرأي بقوله: "الخير كل الخير في تربيتهم على العمل بالمشاورة دون العمل برأي

1- ينظر: محمد اطفيش: شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، 338/19.

2- ينظر: منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 188.

3- ينظر: محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 199/4-200.

4- ينظر: أبو الأعلى المودودي: الخلافة والمملك، ص: 41-42.

5- ينظر: عبد الكريم زيدان: الفرد والدولة في الشريعة الإسلامية، ص: 47.

6- ينظر: محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص: 441-442.

7- ينظر: محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، ص: 199.

8- ينظر: عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: نظام الحكم في الإسلام، ص: 70.

الرئيس وإن كان يراه صوابا، لما في ذلك من النفع لهم في مستقبل حكومتهم إن أقاموا هذا الركن العظيم (المشاوره) فإن الجمهور أبعد عن الخطأ في الأكثر، والخطر على الأمة في تفويض أمرها إلى الرجل الواحد أشد وأكبر" (1).

ثانيا - السند الشرعي لهذا الرأي

استند القائلون بالزامية نتيجة الشورى للإمام إلى الكتاب والسنة النبوية وسنة الخلفاء والمعقول

1 - من الكتاب: - أن أدلة الكتاب أفضت إلى وجوب الشورى، ووجوب الشورى يقتضي إلزامية نتيجتها إذ لا معنى لوجوب الشورى إذا لم يؤخذ بنتيجتها فوجوب الشورى يقتضي التزام رأي الأكثرية(2).

- أن معنى العزم في الآية هو العمل برأي الأغلبية وليس العمل برأيه خاصة أو رأي الأقلية . ودليل ذلك أنه

سئل عن العزم في الآية فقال: (**مُشَاوَرَةُ أَهْلِ الرَّأْيِ ثُمَّ اتَّبَاعُهُمْ**) (3).

2 - من السنة القولية: قوله ﷺ (**لَوْ كُنْتُ مُؤَمَّرًا أَحَدًا مِنْ غَيْرِ مَشُورَةٍ لَأَمَرْتُ عَلَيْهِمْ ابْنَ أُمِّ عَبْدِ**) (4). و قوله ﷺ لأبي بكر وعمر: (**لَوْ اجْتَمَعْتُمَا فِي مَشُورَةٍ مَا خَالَفْتُكُمَا**) (5). وما رواه الطبراني أن علي بن أبي طالب سأل رسول الله ﷺ: (**إن نزل بنا أمر ليس فيه بيان أمر ولا نهي فما تأمرني فقال شاوروا فيه الفقهاء والعابدين ولا تقضوا فيه برأي خاصة**) (6).

3 - من السنة الفعلية: إن الرجوع إلى وقائع السيرة يبين بوضوح أن كل المشاورات التي أجراها النبي ﷺ التزم فيها بما انتهت إليه الشورى، حتى ولو كان رأيا يخالف رأيه، ثبت ذلك في استشارته لأصحابه في القتال في بدر، كما ثبت في استشارته لهم في أسرى بدر، وفي نزوله في غزوة أحد على رأي الأغلبية الذي يخالف رأيه. وفي استشارته الأنصار حول الصلح مع غطفان، وفي حصار الطائف وغير ذلك من الوقائع التي لا يتسع المقام لتفصيل القول فيها.

4 - ويعزز ذلك سنة الخلفاء الراشدين حيث لم يؤثر عنهم ترك الالتزام بالشورى في جميع القضايا التي نقل عنهم التداول فيها، كالشورى في جمع القرآن في عهد أبي بكر ﷺ، والشورى في قتال المرتدين، والشورى في التأريخ بالهجرة في عهد عمر ﷺ، والشورى في قسمة أرض السواد، واستشارته في فتح نهاوند. وغيرها من الوقائع والقضايا التي التزم فيها الخلفاء الراشدون بما انتهى إليه التداول الشوري.

ثالثا - الآثار المترتبة على القول بالزامية الشورى بالنسبة للوظيفة التشريعية.

إن القول بأن الشورى ملزمة للإمام يجعل مجلس الشورى في مركز يعلو على مركز الإمام أي رئيس الدولة. سواء من الناحية التشريعية أو الناحية السياسية

1- فمن حيث الاختصاص التشريعي فالقول بأن الشورى ملزمة للإمام يعني أن مجلس الشورى هو الذي يختص أصالة بإقرار القوانين الشرعية في الدولة الإسلامية، وأن الإمام ليس له إصدار قانونا مخالفا للقانون الذي أقره مجلس الشورى.

1- محمد رشيد رضا: تفسير المنار، 4/199.

2- محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، ص: 199.

3- ذكره السيوطي في الدر المنثور في التأويل بالمأثور، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ط1، 2003، 90/4. وعزاه إلى ابن مردويه.

4- سنن الترمذي/كتاب المناقب/ باب مناقب عبد الله بن مسعود/ رقم: 3809. 152/6.

5- مسند أحمد/ حديث عبد الرحمن بن غنم/ رقم: 17994. 518/29.

6- أبو بكر الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، 1/178. سبق تحريجه

2 - كما يعني أيضا أن الإمام ليس له حق الاعتراض المطلق على كل قانون يصادق عليه مجلس الشورى، وإذا سمح له الدستور بحق الاعتراض النسبي فإن مجلس الشورى يملك أن يتغلب على هذا الاعتراض ما دام أن الكلمة الأخيرة لمجلس الشورى.

3 - كما يعني أن لمجلس الشورى الحق في التصديق والرقابة على جميع التشريعات الفرعية التي يصدرها الإمام ومدى مطابقتها للقوانين الشرعية التي تبناها وسنها مجلس الشورى.

4 - و أما من الناحية السياسية فإن القول بأن الشورى ملزمة للإمام يعني أن لمجلس الشورى حق المصادقة على السياسة العامة للإمام ومراقبة مدى التزامه بها.

5 - كما يعني أن له الحق في عزل الإمام الذي يفتئت على مجلس الشورى فيتجاوز صلاحياته ولا يلتزم بما يصدره من قوانين وتشريعات كما حكى ابن عطية ذلك "ومن لا يشاور فعزله واجب هذا مما لا اختلاف فيه".

وبعد هذا التفصيل للآثار الدستورية للقول بإلزامية الشورى نلاحظ بكل وضوح أن مركز الثقل في هذا النظام هو مجلس الشورى، فهو يحتل مركزا يعلو فيه على مركز الإمام وإن كان الإمام يبقى مع ذلك يحتل مركزا أساسيا في النظام السياسي الإسلامي باعتبار أنه يستمد سلطته من جماعة المسلمين مباشرة، فهل يصح بعد ذلك القول أن النظام الإسلامي الذي يأخذ بمبدأ إلزامية الشورى هو نظام الجمعية، كما أطلق بذلك القول الدكتور منير حميد البياتي قبل ثلاثين عاما (1)، إن مقارنة سريعة بين مفهوم نظام الجمعية كما استقر في الفقه الدستوري الوضعي وكما يتجسد اليوم في النظام السياسي السويسري، وبين الآثار المترتبة على القول بإلزامية الشورى تبين أنه من الصعب التسليم بالمطابقة بينهما، فنظام الجمعية كما هو معروف نظام يقوم على تجميع السلطات بيد البرلمان فهو الذي يمارس الوظيفة التشريعية وهو الذي يمارس الوظيفة التنفيذية وهو الذي يعين رئيس الدولة، فالبرلمان هو الذي يختص بالتشريع والتنفيذ وتعيين الرئيس، أما مبدأ إلزامية الشورى فإن صلاحياته تقف عند الجانب التشريعي وتبقى الوظيفة التنفيذية من اختصاص الإمام، كما أن الإمام في النظام السياسي الإسلامي ينتخب ولا يعين كما هو الحال في نظام الجمعية، بحيث يبقى الإمام يحتفظ باستقلالية عن مجلس الشورى حيث أنه هو الذي يختص بالسلطة التنفيذية والسياسة العامة، ومن ثم فإن تكيف هذا النظام بأنه نظام الجمعية وفق المفهوم المتعارف عليه يبقى موضع نظر، بل الذي نذهب إليه أن مبدأ إلزامية الشورى لا ينتج لنا نظام الجمعية، ولكنه ينتج نظام الفصل بين السلطات، نظام تنفصل فيه السلطة التشريعية عن السلطة التنفيذية . فما يصدره مجلس الشورى في مجال اختصاصه ملزم لرئيس الدولة.

1- ينظر: منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 188.

المطلب الثالث: السلطة التنفيذية كجهة اختصاص تشريعي في النظم المعاصرة والنظام الإسلامي

إذا كانت السلطة التشريعية يختص بها أصالة في النظم السياسية الوضعية البرلمان فهل يعني ذلك أن السلطة التنفيذية ليس لها أي دور في سن التشريع وصناعة القانون كما يذهب إلى ذلك أصحاب الفصل الشديد بين السلطات، أو أن لها مساحات واسعة للتدخل في صناعة القانون كما يذهب إلى ذلك المنادين بالفصل المرن والمتوازن للسلطات (فرع أول).

وإذا كانت السلطة التشريعية يختص بها أصالة في النظام السياسي الإسلامي مجلس الشورى، فهل يعني ذلك أن الإمام ليس له التدخل في العملية التشريعية، وأن دوره يقتصر على تنفيذ القوانين الشرعية التي تصدر عن أهل الشورى كما هو مقتضى التفسير الجامد لمبدأ إلزامية الشورى، أم أن للإمام دوراً في تبني الأحكام وأن مجلس الشورى لا يلغي دور الإمام في سن القوانين الشرعية كما هو مقتضى التفسير المرن لمبدأ إلزامية الشورى (فرع ثان).

وعلى ذلك فعنايتنا تتجه في هذا المبحث إلى تأصيل القول في السلطة التنفيذية كجهة تشريع في النظام السياسي الإسلامي مقارنة بالنظم السياسية المعاصرة.

وقد عرضنا لذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: السلطة التنفيذية كجهة تشريع في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الثاني: الإمامة كجهة تشريع في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الأول: السلطة التنفيذية كجهة تشريع في النظم السياسية المعاصرة

البند الأول: التأسيس القانوني لاختصاص السلطة التنفيذية في مجال التشريع

يفترض المبدأ الدستوري التقليدي أن السلطة التنفيذية في مركز التنفيذ لما يسنه البرلمان من القوانين. على اعتبار أن القانون هو التعبير عن إرادة الشعب وصاحب السيادة في إعداده هو ممثل الشعب، وهي السلطة التشريعية⁽¹⁾، ومن ثم تعتبر الرئاسة العامة بمختلف صورها والحكومة بمختلف أشكالها الهيئة التي تناط بها تنفيذ القانون دون سنه. ولكن التطور الدستوري والسياسي الذي عرفته مختلف دول العالم فرض تحت ضغط الحاجة إشراك السلطة التنفيذية في سن القوانين. ولكن إلى أي مدى تتدخل السلطة التنفيذية في المجال التشريعي؟ في الحقيقة يختلف ذلك من نظام سياسي لآخر

فقرة 1- في النظام الرئاسي

لما كان النظام الرئاسي يقوم مبدئياً على مبدأ الفصل الشديد أو الجامد بين السلطات فإنه لا يسمح بتدخل السلطة التنفيذية في مجال التشريع إلا في أضيق الحدود، لقيام هذا النظام على التمايز الواضح بين كيان السلطتين التشريعية والتنفيذية عضويًا ووظيفيًا⁽²⁾.

ومع ذلك فإن الأنظمة التي تأخذ بالفصل الجامد بين السلطات قد فرض عليها التطور والحاجة التسليم ببعض التدخل في العمل التشريعي فرغم أن المادة الأولى من دستور الولايات المتحدة الأمريكية تنص على أن للكونغرس وحده سلطة سن القوانين. ولا يستطيع الكونغرس أن يعطي هذه السلطات لأية هيئة أخرى. فمع ذلك، فقد أنشأ الكونغرس عبر السنين وكالات ومصالح اتحادية مختلفة لوضع الأنظمة ووضع سياسته موضوع التطبيق. ومن هذه الوكالات لجنة التجارة الاتحادية ولجنة سلامة المنتجات للمستهلكين ولجنة التجارة بين الولايات. كما يسلم الدستور بحق رئيس الدولة في الاعتراض على القوانين التي يوافق عليها البرلمان في غضون عشرة أيام وهو ما يعرف بحق الفيتو وحق الفيتو الجببي⁽³⁾. حيث بات من المسلم به فقها وقانوناً تمكين رئيس الجمهورية من أن يعترض على أي نص تشريعي وافق عليه البرلمان، والمبرر في إقرار هذا الاختصاص هو إحداث التوازن ومن ثم التعاون بين السلطتين لكي يصدر النص القانوني في أحسن صيغة⁽⁴⁾.

فقرة 2- في النظام البرلماني وشبه البرلماني

بينما في النظام البرلماني وشبه البرلماني والذي ينهض على مبدأ التعاون والتوازن بين السلطات العامة، فإنه يسمح بمساحات معتبرة للسلطة التنفيذية في مجال التشريع ما فتئت تتسع حتى أصبحت تنافس البرلمان صاحب الاختصاص الأصلي في التشريع إن لم تفقه أهمية من الناحية الواقعية مما أدى إلى ظهور مصطلح جديد وهو مصطلح الحكومة المشرعة للتعبير عن هذا الواقع الجديد. حيث صار الشريك الدخيل في مجال التشريع صاحب الاختصاص

1- سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية، ص: 160.

2- ثامري عمر: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006 ص: 49.

3- دستور الولايات المتحدة الأمريكية/ المادة 01، الفقرة 07، البند 03.

4- ثامري عمر: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، ص: 49.

العام في هذا المجال. بينما البرلمان صاحب الاختصاص المحدد(1)، كما هو الحال في دستور فرنسا لسنة 1958، والدستور الجزائري لسنة 1996 وسنة 2008، كما سيأتي تفصيلا عند بحث قاعدة الاختصاص الموضوعي(2). وعلى العموم فإن أغلب النظم السياسية المعاصرة خاصة النظم البرلمانية وشبه البرلمانية تسلم بالدور التشريعي للسلطة التنفيذية وهو دور ما فتى يتسع يوما بعد يوم فلم يعد دورها يقتصر على مشاركة السلطة التشريعية في العمل التشريعي بل تنفرد باختصاصات تشريعية قد تفوق من الناحية الواقعية ما الاختصاص التشريعي للبرلمان، حيث تفرد أغلب الدساتير مساحة للنص على الدور التشريعي للسلطة التنفيذية، وتتلخص صلاحيات السلطة التنفيذية في التشريع في عدد من الاختصاصات منها اختصاصات يشارك فيها البرلمان في المجال المخصص له، من خلال النص على حقها في اقتراح القانون أو في الاعتراض عليه. أو من خلال أفراد مساحات تنفرد فيها السلطة التنفيذية بصناعة القانون. كتشريع التفويض، وتشريع الضرورة، بالإضافة إلى المجال الذي تختص السلطة التنفيذية بالتشريع فيه ونعي به مجال اللوائح سواء كانت تنفيذية أو مستقلة.

البند الثاني: صلاحيات السلطة التنفيذية في التشريع

أما حق الاقتراح والاعتراض الذين تشارك بهما السلطة التنفيذية المجال التشريعي المخصص البرلمان فسيكونان موضع تفصيل لا حق عند التعرض للقواعد الشكلية التي تحكم ممارسة التشريع، غير أن معظم النظم تسلم بحق الحكومة في المبادرة بالقوانين كما هو الحال في الدستور الفرنسي الذي أفسح للحكومة حق اقتراح القانون كما تنص عليه المادة 39 " L'initiative des lois appartient concurremment au premier ministre et aux membres du Parlement." (3). كما تسلم لرئيس الجمهورية بحق الفيتو والاعتراض على القانون في آجال محددة ووفق إجراءات معينة.

فقرة 1- تشريع التفويض

الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تقوم بمهمة التشريع، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا بنص صريح في الدستور، كما أن السلطة التنفيذية تتولى أعمال التنفيذ ولا يجوز لها أن تتدخل في أعمال التشريع إلا إذا منحها الدستور هذا الحق.

والتفويض التشريعي هو قيام الهيئة التي أناط بها الدستور سلطة وضع التشريعات، بتفويض بعض اختصاصاتها إلى السلطة التنفيذية ممثلة في رئيسها استنادا إلى نص صريح يرد في الدستور يجيز التفويض ويبين القيود اللازمة لإعماله(4). يستند التفويض التشريعي في النظم السياسية الوضعية إلى نص صريح في الدستور يجيزه ويأذن به وفي هذا الإطار فإننا نكون أما ثلاث حالات(5):

1- ينظر: ثامري عمر: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، ص: 49.

2- خرج الدستور الفرنسي لسنة 1958 عن المبدأ الذي يقضي بكون اختصاص البرلمان عام حيث حدد حصريا الموضوعات التي يشرع فيها بنص المادة 34. وتبعه على ذلك المشرع الدستوري الجزائري في المادتين 122، 123، بينما لا تزال كثير من دساتير دول العالم تجعل الاختصاص التشريعي للبرلمان عاما و اختصاص السلطة التنفيذية محمدا.

3- Constitution de la République française, du 3 juin 1958 . Article 39

4- بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 133.

5- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 134-135.

الحالة الأولى: أن يوجد في الدستور نص صريح يمنع التفويض التشريعي وفي هذه الحالة فلا إشكال، فكل تفويض للاختصاص التشريعي يعتبر تفويضا باطلا.

الحالة الثانية: أن يوجد في الدستور نص صريح يجيز التفويض ويأذن به ويبين شروط إعماله والقيود التي ترد عليه، وفي هذه الحالة أيضا لا إشكال فالتفويض التشريعي يعتبر صحيحا متى استوفى شروطه الدستورية. كما هو الحال في الدستور الفرنسي الذي أفسح للحكومة التشريع بالتفويض ضمن شروط حددتها المادة 38 "Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi" (1). وكما هو الحال في الدستور المصري المادة 108: "لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وان تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون". (2).

ويخضع التشريع التفويضي الذي تباشره السلطة التنفيذية لجملة من الشروط التي تقيده ومن الشروط العامة للتفويض التشريعي التي تأخذ بها معظم الأنظمة السياسية: ألا يستعمل إلا في ظروف استثنائية، أن يكون التفويض التشريعي محدد الموضوع، أن يكون أيضا محدد زمنيا (3).

الحالة الثالثة: أن لا يوجد نص في الدستور يجيز أو يمنع التفويض في الاختصاص التشريعي، أي في حالة سكوت المشرع الدستوري عن مسألة التفويض التشريعي فلا يتعرض لها لا بنفي ولا إثبات، ففي هذه الحالة يذهب غالبية الفقه إلى بطلان التفويض (4)، "فالأصل عدم جواز التفويض في الاختصاصات دون نص دستوري، فمادام كل سلطة قد أنشأها الدستور تستمد اختصاصاتها من نصوصه مباشرة فالأصل أنه لا يجوز لها أن تفوض غيرها في ممارسة كل أو بعض اختصاصاتها إلا إذا سمح الدستور ذاته بذلك وإلا عدَّ هذا التفويض باطلا لأنه يعتبر تعديلا غير مباشر لأحكام الدستور" (5). وتنطبق هذه الحال على النظام السياسي الجزائري فقد أخذ الدستور الجزائري لسنة 1963 بالتشريع التفويضي (6)، غير أنه فضل السكوت عنه في الدساتير اللاحقة، وقد فسر هذا السكوت على أن تخلي من المشرع الدستوري عنه تأثرا بالرأي الفقهي القائل بعدم قبول التفويض من الناحية النظرية، إذ لا يجوز للسلطة التشريعية النزول عن اختصاصها المبين في الدستور، وهو رأي محل نظر إذ أن سلطة البرلمان فيه تظل محفوظة أكثر مما هو عليه الحال في التشريع بالأوامر. فالتشريع التفويضي يكون محدد المدة والموضوع والأسس بينما التشريع بالأوامر في الدستور

Constitution de la République française, Article 38

-1

2- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة 108.

3- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 134-135.

4- ينظر: بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 134-135.

5- محمد كامل عبيد نظم الحكم ودستور الإمارات، شرطة دبي، ط2، 2002، ص: 152.

6- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لسنة 1963، المادة 58.

الجزائري وإن كان محدد المدة فإنه ليس محدد الموضوع ولا الأسس ، وهو ما يعني إطلاق يد السلطة التنفيذية للتشريع في أي مجال(1).

وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يكون التفويض مطلقا في جميع الاختصاصات بل بجزء منها وإلا عدّ نزولا من السلطة عنها، فالتفويض المطلق يعني التخلي عن جميع الاختصاصات ونقل السلطة اللازمة لتنفيذها كليا إلى الغير وهذا أمر غير مشروع" (2).

وبناء على ما سبق فإن عبارة "تفويض الاختصاص" ليست مرادفة لعبارة "تفويض السلطة" فالعبارة الأولى تعني تفويضا جزئيا للاختصاصات، بينما العبارة الثانية تعني تفويضا مطلقا في جميع الاختصاصات وهو لا يجوز قانونا (3).

غير أن الاعتبارات العملية قد أدت إلى تحول المبدأ الأول وهو عدم التفويض المطلق استنادا إلى مبدأ الفصل التام بين السلطات، إلى مبدأ آخر أكثر ليونة يقضي بأنه وإن كان الأصل هو عدم التفويض إلا أنه يجوز في بعض الظروف والاعتبارات العملية التي تواجهها الدولة إعمال هذا التفويض(4)

فقرة 2- التشريع بالأوامر (الضرورة)

أقرت كثير من الدساتير لرئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة الحق في سن التشريع العادي إذا اقتضت الضرورة ذلك كما هو الحال بالنسبة للدستور المصري الذي ينص في المادة 147: "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون" وكما هو الحال في الدستور الجزائري بنص المادة 124: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان" (5). و لما كان تشريع الضرورة خروج عن الأصل العام مما استدعى تقييد هذا الحق بمجموعة من الشروط منها

- وجود حالة ضرورة تستدعي إصدار التشريع دون تأخير وتقدير هذه الضرورة متروك للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية.

- غياب السلطة التشريعية إذ لا يمكن التدرع بحالة الضرورة إلا في حالة غياب السلطة التشريعية بسبب الإجازة السنوية بين دورتي البرلمان أو في حالة حل البرلمان.

- وجوب عرض الأمر التشريعي على البرلمان في أول دورة ليوافق عليه ففي الدستور المصري 147" ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى

1- ينظر: ثامري عمر: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، ص: 49.

2- بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 55.

3- بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 55.

4- بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، ص: 86.

5- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 124.

المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر" (1). ونصت المادة 124 من الدستور الجزائري " يعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تُعدّ لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. " (2).

ويلاحظ أن الدستور الجزائري قد أفسح للسلطة التنفيذية التشريع أكثر مما فعل الدستور الفرنسي والمصري خاصة من خلال صلاحية التشريع بأوامر التي نصت عليها المادة 124 فهذا النص يخول للرئيس التشريع بأوامر ورغم أن المدة محددة فإن المواضيع والأسس ليست كذلك، وأيضا الظروف مما يجعل هذا الاختصاص مستمد مباشرة من الدستور وغير معلق على تفويض من البرلمان كما هو الحال في فرنسا (3). كما أنه في الدستور المصري رتب في حالة عدم موافقة البرلمان على الأوامر زوالها بأثر رجعي كأصل عام، بينما الدستور الجزائري بقي غامضا بالنسبة لهذه النقطة فقد اكتفت المادة 124، باعتبار الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان ملغية دون توضيح المجال الزمني لهذا الإلغاء. والأدهى والأمر من ذلك أن لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر حتى في حال انعقاد السلطة التشريعية استنادا لوضع الحالة الاستثنائية " يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور. " (4). وهكذا يتوسع مجال الأوامر على حساب سلطة البرلمان في التشريع مما أفضى عمليا إلى استحواذ السلطة التنفيذية على المجال التشريعي.

فقرة 3- التشريع الفرعي

بالإضافة إلى الصلاحيات السابقة تعترف النظم البرلمانية والشبه البرلمانية للسلطة التنفيذية في التشريع التنظيمي عن طريق اللوائح الفرعية في غير المجالات المخصصة للقانون، وهو ما يعبر عنه بالتشريع الفرعي، وهو مجال محفوظ للسلطة التنفيذية واختصاص أصيل لها تمارسه حتى في انعقاد السلطة التشريعية ودون تفويض منها، وتعرف اللوائح بأنها "مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي حولها إياها الدستور" (5). وهي إما:

لوائح تنفيذية Les règlements d'application : وهي اللوائح التي توضع لتطبيق القوانين التي وافق عليها البرلمان، التي عادة تأتي في شكل قواعد عامة تحتاج إلى تفصيلات تسنها السلطة التنفيذية (6)، ويعتبر إسناد هذا الاختصاص للسلطة التنفيذية منطقيا ما دامت تعتبر في الأصل سلطة مكلفة بتنفيذ القانون وهي الأدرى والأعرف بالتفصيلات التي يقتضيها تنفيذ القانون وفقا لظروف الواقع.

لوائح تنظيمية أو مستقلة Les règlements d'organisation ou autonomes وهي النصوص التي تضعها السلطة التنفيذية ضمنا لتنظيم المصالح والمرافق العامة في الدولة. وهي مستقلة عن القانون وعن نطاق تطبيقه ومن ثم

1- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة 147.

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 124 .

3- السعيد بوالشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ص: 15.

4- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 93.

5- محمد سعيد جعفرور: مدخل العلوم القانونية، دار هومة الجزائر، ص: 199 .

6- محمد سعيد جعفرور: مدخل العلوم القانونية، ص: 199 .

فقد أطلق عليها اللوائح المستقلة(1).

ولأهمية التشريع الفرعي فقد لجأت بعض النظم السياسية إلى إطلاق مجاله وتقييد مجال القانون، كما فعل المؤسس الدستوري الفرنسي في دستور 1958، وتابعه على ذلك الدستور الجزائري الذي عزز استحواذ السلطة التنفيذية على التشريع من خلال تقييد مجال القانون وإطلاق مجال اللوائح وهو ما نصت عليه المادة 125 " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"(2).

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1- محمد سعيد جعفرور: مدخل العلوم القانونية، ص: 200 .

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 125 .

الفرع الثاني : الإمامة كجهة تشريع في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول: الإمام بين الدور التنفيذي والدور التشريعي

إذا كان الأصل أن رئيس الدولة في الفقه الوضعي التقليدي هو رأس السلطة التنفيذية، وتمثل الوظيفة التنفيذية الاختصاص الأصلي له، بينما تعتبر الوظيفة التشريعية اختصاصاً ثانوياً، فإن التطور الدستوري قد أفضى ببعض النظم السياسية كما سبق بيانه إلى جعل السلطة التنفيذية سلطة منافسة للبرلمان في المجال التشريعي بل ولها التفوق عليه، أما بالنسبة للإمام أو رئيس الدولة في الفقه الإسلامي فهو في الأصل صاحب السلطة التنفيذية، الموكل إليه مع باقي المسؤولين المساعدين له مهمة تنفيذ الأحكام التشريعية بالنص أو بالشورى. فهذا الذي تشهد له النصوص الشرعية والسنة العملية المستخلصة من استقراء التصرفات النبوية بالإمامة. أما بالنسبة لدور التشريعي الذي ينهض فهو كما سيأتي خاضع لمتغيرين الأول كون الإمام مجتهد أو غير مجتهد وكون الشورى ملزمة أو معلمة.

فقرة 1- الدور التنفيذي للإمام

دل استقراء النصوص الشرعية واستقراء الأحكام على أن تنفيذ الأحكام يناط أصالة بالإمام، أما الشواهد على ذلك من النصوص الشرعية فمن أهمها:

- قوله ﷺ: ﴿ فَأَعْفُ عَنْهُمْ وَأَسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ

الْمُتَوَكِّلِينَ ﴾ (1)، ليس من شك أن هذا النص خطاب الله ﷻ للرسول ﷺ بوصفه إماماً، وفيه يبين المولى ﷺ أن الذي يتولى إصدار التشريع الذي أقره مجلس الشورى، هو الإمام أو رئيس الدولة. وبالتالي فهو يؤسس لقاعدة دستورية واضحة وهي أن مسؤولية تنفيذ الأحكام هي وظيفة الإمام باعتباره رأس السلطة التنفيذية في الدولة.

- النص صراحة على إناطة كثير من المسؤوليات التنفيذية بالرسول ﷺ بوصفه إماماً لجماعة المسلمين، ففي الوظائف التنفيذية المالية نجد قوله ﷺ: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾ (2)، فإن الله ﷻ بعد أن شرع فريضة الزكاة، أمر الرسول . باعتباره رئيس الدولة . أن يتولى تنفيذ هذا الحكم، وفي سلطة إعلان الحرب والسلم نجد قوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ وَمَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَبئس المصير ﴾ (3)،

وقوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ ﴾ (4)، وقوله ﷺ: ﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْتَحِهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ (5). كما دلت السنة العملية المستخلصة من استقراء التصرفات النبوية على أن الرسول هو الذي كان تناط به المسؤولية التنفيذية بوصف الإمامة، ومن ذلك أمره بتنفيذ حكم الله ﷻ المتعلق بعقوبة جريمة الزنا في ماعز والغامدية(6)، وكذلك أمره بتنفيذ حكمه ﷻ في جريمة السرقة في المخزومية التي سرت، فقد تولى

1 . آل عمران /159.

2 . التوبة /103.

3 . التوبة/73.

4 . الأنفال/65،.

5 . الأنفال/61.

6 . في قصة ماعز ينظر: مسند الإمام أحمد/ كتاب باقي مسند الأنصار/ باب حديث بريدة الأسلمي/ رقم:22942. 28-26/38. وقال محققه حديث صحيح، وفي قصة الغامدية ينظر: مسند الإمام أحمد/ كتاب باقي مسند الأنصار/ باب حديث بريدة الأسلمي/ رقم:22949. 38-37/38. وقال

الرسول ﷺ تنفيذ هذا الحكم، وذلك ما دل عليه حديث ابن عمر: (**أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ قَطَعَ فِي مَجْنٍ * ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ**) (1). كما أنه هو الذي كان يبعث البعث ويرسل السفراء ، وكان يعين الولاة نوابا عنه ويأمرهم بتنفيذها، ومن أشهر الأمثلة في هذه المسألة: كتاب الرسول ﷺ لعمر بن حزم عندما ولاه على اليمن ، فقد جاء في هذا الكتاب تحديد صلاحيات ابن حزم وهي: أخذ الزكاة بمقاديرها، والحزبة بمقاديرها، وغيرها من الأحكام التي أمره بتنفيذها. (2) وقد بين ابن خلدون الدور التنفيذي لرئيس الدولة فرأى أنه أعلى سلطة في الدولة وأن جميع الخطط . أو السلطات . تكون تحت إشرافه، فقال: (... فاعلم أن الخطط الدينية الشرعية... كلها مندرجة تحت الإمامة الكبرى التي هي الخلافة... لعموم نظر الخليفة وتصرفه في سائر أحوال الملة الدينية والدينية، وتنفيذ أحكام الشرع فيها على العموم) (3).

فقرة 2- الدور التشريعي للإمام

ولكن إذا كانت وظيفة الإمام في الأصل وظيفة تنفيذية فقد دل استقراء التصرفات النبوية وسنن الحكم الراشد على أن للإمام أيضا وظائف تشريعية لا مناص منها:

البند الثاني: الصلاحيات التشريعية للإمام

فقرة 1- الإمام والتشريع التفويضي

التشريع التفويضي و هو التشريعات المتعلقة بمسائل ومجالات مسكوت عنها في الشرع و فوضت أصالة للسلطة العامة تفويضا مقيدا، على أنه ينبغي أولا أن نذكر أن التفويض ينقسم إلى قسمين:

أولاً- تفويض الشرع أو التفويض من الدرجة الأولى

وهي مجالات الفراغ التشريعي التي فوض الشرع فيها جماعة المسلمين أو من ينوب عنها من أولي الأمر التشريع فيها تفويضا مقيدا، برعاية المصلحة العامة للمسلمين وعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، وهي مجالات نجد الفقهاء الشريعة وهم الذين اهتموا بتفسير النص الشرعي واستنباط فقهه يتحاشون تقرير أحكام فيها وينصون على أن الرأي فيها مفوض إلى ولي الأمر. ومن أبرز هذه المجالات مجال الولايات والتراتب الإدارية ومجال العقوبات (التعازير) ومجال الأموال العامة.

ثانياً- تفويض بالشورى أو التفويض من الدرجة الثانية

وهو تفويض مجلس الشورى الإمام أو الوزارة صلاحية التشريع ضمن دائرة التفويض الشرعي العام في بعض المسائل والموضوعات التي تستدعي المصلحة تفويضها إليهما.

حديث صحيح.

* . الجن، قال ابن منظور: الجن الترس لأنه يوارى صاحبه. أي يستره، لسان العرب، مادة مجن.

1 . رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب قول الله تعالى: (والسارق والسارقة...). 249/4.

2 . ينظر بنود هذا الكتاب في تاريخ الطبري، 2 / 195 . 196.

3 . ابن خلدون ، المقدمة، ص: 223 .

وقد عرف الفقه الإسلامي فكرة تفويض الاختصاص على مستوى السلطة التنفيذية كأن يفوض الإمام بعض اختصاصاته التنفيذية لبعض وزرائه أو ولاته أو يفوض بعض اختصاصاته التنفيذية لبعض قضائه والتي لا تدخل بطبيعتها في الوظيفة القضائية ومن ذلك:

ما أورده الماوردي وكذلك الفراء في الأحكام السلطانية من جواز أن يفوض الإمام صلاحياته لوزيره يباشر تدبير الأمور برأيه وبمضيها على اجتهاده وعرف في التاريخ الإسلامي بوزير التفويض(1).
ما ورد في المغني من أنه لا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو من فوض إليه الإمام ذلك(2)، فتعيين القضاة من صميم الاختصاصات التنفيذية التي تناط برئاسة الدولة و مع ذلك فقد عرف التاريخ الإسلامي تفويض تعيين القضاة للولاة أو للوزراء أو للقاضي القضاة(3).

ما أورده ابن القيم الجوزية من أن في عصره ومصره كانت ولاية الحرب تفوض إليها بعض الاختصاصات القضائية، بينما كان الأمر على خلاف ذلك في دول المغرب فلم يكن لوال الحرب أي سلطة مع القاضي(4).
ما ورد في أسنى المطالب من أن للقاضي أن يأخذ الجزية والفيء والخراج إن قلده الإمام ذلك لأن وجوه مصارفها متوقفة على اجتهاد الإمام(5). فالتصرف في الأموال العامة من الاختصاص المفوض شرعا للإمام فهو تفويض من الدرجة الأولى ولكن الفقه لا يرى ما يمنع من أن يفوض الإمام جزء من هذا الاختصاص للقضاء. فهو تفويض من الدرجة الثانية.

غير أن الفقه الإسلامي وإن كان قد عرف تفويض الصلاحيات التنفيذية فإنه لم يطرح مسألة تفويض الاختصاص في المجال التشريعي لأسباب تاريخية سبقت الإشارة إليها تتعلق بالتحول المبكر لدولة الخلافة إلى دولة الملك، واعتماد الدول التالية لعصر الخلافة على العصبية القبلية، وانفصال فقهاء الشريعة عن دوائر السلطة السياسية، غير أنه ليس هناك ما يوجب الارتكان لهذا التطبيق التاريخي خاصة إذا كان تطبيقا لا يرقى للنموذج الذي جسده دولة الخلافة الراشدة.

وعلى ذلك فإنه جريا مع القاعدة الأصولية من أن صاحب الولاية له أن يفوض ولايته إذا استوفى شروط التفويض، فإنه لا مانع من أن تضمن جماعة المسلمين تشريعها الدستوري النص على إمكانية تفويض مجلس الشورى السلطة التنفيذية ممثلة في الإمام والوزارة صلاحية التشريع في موضوعات محددة إذا استوجبت مقتضيات السياسة الشرعية ذلك.

ثالثا - السند الشرعي في التشريع المفوض

بالرجوع إلى كتب الفروع الفقهية ومدونات الفقه نجد عددا كبيرا من المسائل التي ينص الفقهاء فيها على أن الرأي فيها مفوض أو موكل إلى اجتهاد ولي الأمر، ورغم أن هذه المسائل ليست كلها موضع اتفاق، فإنه مع ذلك

1- أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 30 .

2- ابن قدامة، المغني، 10/ 153.

3- ينظر في ذلك: عصام محمد شبارو: قاضي القضاة، ص: 107-108 .

4- ينظر: ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 318.

5- محمد بن زكريا الأنصاري: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 4/ 289.

لا نجد مسألة إلا وقد فوض رأي فقهي أو أكثر أمر التشريع فيها إلى اجتهاد الولاية العامة، وهو ما يكفي لتقرير هذا الأصل بكل يسر، ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر:

1- في التشريعات المالية والعقارية أن تقدير الجزية والخراج مفوض إلى رأي الإمام في الزيادة والنقصان(1)، لأنه مصروف في المصالح فكان مفوضاً إلى اجتهاد الإمام، بل نص الماوردي على قاعدة عامة وهي أن كل ما كان من حقوق بيت المال المرصودة للمصالح العامة فصرفه موقوف على رأي الإمام واجتهاده(2)، ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه عدد من الفقهاء من أن تملك الأرض بإحياء الموات موقوف على اجتهاد الإمام(3)، وفي المدونة أن صرف فضل الفيء أيضاً موكول لاجتهاد الإمام(4)، وفي المدونة أيضاً أن مصرف خمس الركاز مفوض لاجتهاد الإمام(5)، وفي الأم وفي أسنى المطالب أن سهم المؤلفه قلوبهم مفوض لرأي الإمام ولا يعطيهم أحد من المسلمين ممن تجب عليه الزكاة أو من العاملين عليها بغير إذن الإمام(6)، وفي المغنى والفروع في مسألة التسوية والتفضيل في قسمة الفيء بين أهله أن ذلك مفوض لرأي الإمام(7)، كما نص الحنفية والمالكية على أن إشراك مستحقي الصدقات فيها أو تخصيص بعضهم بها من التصرفات السياسية المفوضة لرأي الإمام. وذهب الشافعية والمالكية إلى أن تقدير العشر الذي يأخذ من التاجر الحربي موكول لاجتهاد ولي الأمر(8).

2- وفي التشريعات العقابية نجد الحصص ينص على أن النفي في عقوبة الزنا ليس عقوبة مقدرة ولكنه تشريع بالسياسة الشرعية فهو مفوض لاجتهاد الإمام(9). وكذلك نص المالكية وغيرهم على أن عقوبات الشذوذ الجنسي مفوضة لاجتهاد الإمام(10)، و من فروع المذهب المالكي جواز سجن المتهم ذي السوابق العدلية وضربه حتى يقر ولكن ذلك موقوف على اجتهاد الإمام(11)، وفي الفتاوى الكبرى وعند الخرشى أن عقوبة منتهك حرمة رمضان مفوضة لاجتهاد الإمام(12)، و في فروع المذهب الحنبلي قول بأن الأربعين الثانية في عقوبة الإسكار مفوضة لرأي الإمام وكذلك نفيه وحلق رأسه(13)، ونص ابن القيم على أن قتل شارب الخمر في الرابعة عقوبة مفوضة

1- ابن قدامة: المغني، كتاب الجزية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 267/9. علي بن سليمان المرادوي: الانصاف، كتاب الجهاد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 193/4. منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الاقناع، 96/3، أحمد بن غنيم النفراوي: الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر بيروت، 339/1.

2- أبواب الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 278.

3- ينظر: محمد بلتاجي: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص: 113-147.

4- مالك بن أنس: المدونة. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، 516/1.

5- مالك بن أنس: المدونة، 349/1. الحصص: أحكام القرآن،

6- ينظر: محمد بن زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، 395/1. ينظر: محمد بن إدريس الشافعي: الأم، دار المعرفة، بيروت، 261/8.

7- ينظر: ابن قدامة: المغني، 204/9. ينظر: ابن مفلح المقدسي: الفروع، عالم الكتب، بيروت، 291/6.

8- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، 110/30.

9- ينظر: أبو بكر الحصص: أحكام القرآن، 95/5.

10- ينظر: أبو الوليد الباجي: المنتقى شرح الموطأ، 278/3، 286، ينظر: أبو بكر الحصص: أحكام القرآن، 104/5.

11- ينظر: أبو الوليد الباجي: المنتقى شرح الموطأ، 166/7.

12- ينظر: تقي الدين بن تيمية: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت، 473/2. ينظر: الخرشى: شرح مختصر خليل، 110/8.

13- ينظر: علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف، 230/10.

لاجتهاد الإمام في المصلحة(1). كما يفوض تقدير عقوبة الشتم والسب والتعرض لأولي الأمر إلى اجتهاد الإمام عند ابن فرحون والطرابلسي(2)، وفي فروع ابن مفلح أن إيقاع الطلاق الثلاث نوع من التعزير الموكول لاجتهاد الإمام(3)، وعموما فقد نص الفقهاء على أن كل عقوبة تعزيرية فهي مفوضة لاجتهاد الإمام وان اختلفوا في حدها الأعلى والأدنى فالمالكية على أنها مفوضة في حدها الأعلى لاجتهاد الإمام، و نص الحنابلة أيضا على حدها الأدنى مفوض لاجتهاد الإمام، وقال الشافعية أنه لا ينبغي أن تجاوز بها أكثر الحدود(4).

3- وفي تشريعات الحرب والسلام نص الفقهاء على أن التصرف في الأسرى بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة مفوض إلى الأئمة(5)، وفي المدونة جواز معاقبة الجاسوس المسلم بالقتل ولكن ذلك موقوف على اجتهاد الإمام. وفي المبسوط أن ما كان الحق فيه لعامة المسلمين فالتدبير فيه للإمام(6).

فهذه الأمثلة وغيرها كثير جدا لا يسع مجال البحث ووقته لحصرها حصرا تاما تبين بكل وضوح أن مساحات واسعة من المجال التشريعي اكتفى الفقهاء فيها بتفويض الرأي فيها لاجتهاد الولاية العامة مجسدة في الإمام. وأما أن اجتهادات الولاية العامة واختياراتها التشريعية مقدمة على آراء الفقهاء، فيجد سنده في القواعد الفقهية التي نص عليها عدد من فقهاء الشريعة والتي لفظها "اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه". وقد أورد هذه القاعدة ابن قدامة الحنبلي في المغني(7)، وكذلك ابن مفلح في الفروع(8)، والمرداوي في الإنصاف(9). بل حكى الإمام الغزالي في المستصفى على أن الإجماع قد انعقد على عدم جواز مخالفة اجتهاد الإمام. بقوله: "دل الدليل من الإجماع على تحريم مخالفة اجتهاده ﷺ كما دل على تحريم مخالفة الأمة كافة، وكما دل على تحريم مخالفة اجتهاد الإمام الأعظم والحاكم؛ لأن صلاح الخلق في إتباع رأي الإمام والحاكم وكافة الأمة فكذلك النبي"(10).

فقرة 2- الإمام والتشريع الاستثنائي

وهي التشريعات التي تسنها السلطة التنفيذية استثناء والتي فيها خروج عن مبادئ الشريعة والتشريع الساري، إعمالا لقواعد الضرورة ورعاية لمقاصد الشريعة، حيث تنقل الأحكام من دائرة المحذور إلى دائرة المباح، ومن دائرة الوجوب إلى دائرة المباح، إلى غير ذلك من التصرفات بمقتضى السياسة الشرعية في سبيل حماية مصالح المجتمع ودرء المفاسد، ودفع الفوضى وإخماد الفتن وإلى هذا المعنى أشار القرابي في فروقه: "إن للمكلف نفسه أن ينشئ الوجوب فيما ليس بواجب، كما في النذر الذي تنتقل به الطاعة غير الواجبة إلى الوجوب.. فليكن الحاكم أولى بأن يعطيه الشرع

1- ينظر: ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين، 2/340-341

2- ينظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام، 2/116-117. و ينظر: الطرابلسي: معين الحكام، دار الفكر بيروت، ص: 170.

3- ينظر: ابن مفلح المقدسي: الفروع، 5/373.

4- حول المواقف المختلفة للفقهاء حول السلطة التقديرية في مجال التشريع العقابي، ينظر: ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 146-147. وينظر: أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 310-311

5- ينظر: المواق: التاج والإكليل شرح مختصر خليل، 4/553.

6- شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، دار المعرفة بيروت، 23/10.

7- ينظر: ابن قدامة: المغني، 5/339.

8- ينظر: ابن مفلح المقدسي: الفروع، 6/454.

9- ينظر: علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف، 11/220.

10- أبو حامد الغزالي: المستصفى، 4/23.

سلطة الإنشاء لضرورة درء الفناء ودفع الفساد وإخماد النائر وإبطال الخصومة، والدليل على ذلك ما أجمع عليه الأئمة قاطبة أن حكم الله ﷻ ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد وأن ذلك الحكم يجب إتباعه على جميع الأمة ويجرم على كل واحد نقضه".

أولاً - مجال التشريع الاستثنائي

وينبغي بدءاً أن نحدد أولاً مجال سلطة ولي الأمر (الإمام) في التشريع الاستثنائي فكما هو معلوم فإن الأحكام الشرعية قسماً أحكاماً قطعية (مبادئ الشريعة) وأحكاماً ظنية، وعليه ينبغي التمييز بين فرضين في مخالفة أحكام الشريعة

1- التشريع الاستثنائي من الدرجة الأولى: وهو مخالفة التشريع الصادر من الإمام للأحكام الشرعية القطعية وتعليق العمل بها لظرف استثنائي، إعمالاً لقواعد الضرورة الشرعية، وموافقة مجلس الشورى على ذلك فهذا النوع من التشريع يمكن أن نطلق عليه التشريع الاستثنائي من الدرجة الأولى لكون المخالفة فيه عالية وكبيرة، فهي تتعلق بقواعد الشرع المتعالية على الزمان والمكان والتاريخ والجغرافيا.

2 - التشريع الاستثنائي من الدرجة الثانية: مخالفة التشريع الصادر من الإمام للأحكام الشرعية الظنية التي تبناها مجلس الشورى، وتعليق العمل بها ظرفياً، رعاية لظرف استثنائي، وإعمالاً لقواعد الضرورة والحاجة العامة، فهذا النوع من التشريع يمكن أن نطلق عليه التشريع الاستثنائي من الدرجة الثانية، لكون المخالفة فيه أخف، فالانتقال عن إلى حكم ظني آخر تراه جماعة المسلمين رعاية للضرورة العامة أو الحاجة العامة، يعتبر من قبيل التشريع الاستثنائي لكونه صادراً عن الإمام، ولو كان صادراً من مجلس الشورى لكان من قبيل تعديل التشريع وهو لا يثير إشكالاتاً كبيراً فإن من القواعد الشرعية التي احتفى بها الفقهاء " أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأعراف وتبدل الأزمان". ومجال إعمال هذه القاعدة بطبيعة الحال الأحكام الظنية التي مستندتها مصلحة متغيرة أو عرف متبدل أو فهم متجاوز.

وعلى ذلك فإن سلطة الإمام في التشريع الاستثنائي تشمل مجال الأحكام القطعية، كما تشمل مجال الأحكام الظنية التي قننها مجلس الشورى، وعلى ذلك فإننا نرى أن الدكتور عبد السلام التونجي قد جانب الصواب بقوله: "إن سلطة الحاكم في تغيير الحكم من المحظور إلى المباح لا تتعدى الأحكام الظنية" (1). وهو نفس الرأي الذي نجد عند الدكتور جمال الدين عطية: "الأحكام الثلاثة التي لولي الأمر التصرف فيها هي الواجب والحرام والمباح، فينقل الوجوب إلى الإباحة أو التحريم، كما ينقل التحريم إلى الإباحة أو الوجوب، كما ينقل الإباحة إلى الوجوب أو التحريم، وكل هذا فيما لم يرد فيه نص قطعي أو حكم إجماعي وإنما كان الحكم فيه ظنياً مبنياً على الاجتهاد بمقتضى القرائن والإمارات" (2). ويضرب مثلاً لذلك بمنع عمر رضي الله عنه أعلام المهاجرين من مغادرة المدينة.

ومن الواضح أن تغيير الأحكام الظنية من طرف مجلس الشورى لتغيير الاجتهاد لا يعتبر تشريعاً استثنائياً، ولا يعتبر خروجاً عن قواعد المشروعية، بل لا يعدو أن يكون تعديلاً في قواعد المشروعية؛ أي تعديلاً تشريعياً بما يناسب تبدل المصالح العامة.

1- ينظر: عبد السلام التونجي: مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية ط1، 1993، ص:124..

2- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص:51. مناقضاً بذلك ما قرره في الصفحة السابقة من أن لولي الأمر نقل المنذوب والمكروه إلى دائرة الإلزام القانوني. ينظر: ص:50

أما التشريع الاستثنائي فهو ذلك التشريع التي يفرض على الإمام خروجاً ظرفياً عن مبادئ الشريعة القطعية، أو عن التشريع الظني الصادر عن مجلس الشورى، إعمالاً لقواعد الشريعة ذاتها ونعني بذلك نظرية الضرورة الشرعية. وهو كما سبق على درجتين تشريع استثنائي من الدرجة الأولى إن كانت المخالفة فيه تتوجه لمبادئ الشريعة وقواعد الأحكام، وتشريع استثنائي من الدرجة الثانية إن كانت المخالفة فيه تتجه إلى الأحكام الظنية.

ثانياً - السند الشرعي في التشريع الاستثنائي

1- نظرية الضرورة الشرعية كأساس للتشريع الاستثنائي

وقد يرى البعض أن لا يجوز الخروج عن أحكام الشريعة القطعية بتاتا، والحقيقة أنه لا يجوز الخروج على أحكام الشريعة القطعية إلا وفق مقتضيات الشريعة ذاتها. فإذا اقتضت الشريعة ترك العمل ببعض أحكامها على جهة الظرفية الاستثنائية (من حيث الأشخاص والزمان والمكان)، ففي هذه الحالة لا يكون الخروج عن بعض أحكام الشريعة القطعية خروجاً عن المشروع بل يعد التزاماً بالمشروعية مادامت قواعد المشروعية هي التي توجب الخروج عن هذه الأحكام خروجاً استثنائياً ظرفياً. إعمالاً لأصلاً مقطوع به في الشريعة وهو أصل الضرورة الشرعية العامة والخاصة وهو ما سيكون موضع تفصيل لاحق (1).

2- التشريع الاستثنائي المنصوص والاجتهادي

قد يكون ترك العمل بالأحكام القطعية بناء على نص أو اجتهاد

- التشريع الاستثنائي المنصوص عليه: أي الخروج عن الأحكام القطعية بناء على نص؛ ليس من شك أن قطع يد السارق حكم قطعي لا ينكره إلا كافر بالرسول والرسالة، ومع ذلك فقد ثبت في السنة أنه يجوز ترك هذا الحكم القطعي استثناء لظروف تقتضي ذلك فقد ثبت في السنة أن النبي ﷺ قال: (لَا تُقَطَّعُ الْأَيْدِي فِي الْغَزْوِ) (2). فجرمة السرقة هي جريمة السرقة سواء في الحرب أو السلم ومن ثم فإن عقوبتها هي قطع يد السارق، إذ السلم والحرب ظرف طارئ على جريمة السرقة وليس من أركان اكتمال جريمة السرقة أن تكون في حال السلم، ومع ذلك فقد تم العدول عن عقوبة السارق في الحرب بنص صريح من السنة لأن حالة الحرب حالة استثنائية تفرض تعليق تطبيق بعض الأحكام القطعية رعاية لمقاصد أعلى ومصالح أعظم. وهذا التشريع الاستثنائي لا يثير إشكالا كبيرا ما دام النص الشرعي هو الذي فنن هذه الحالة وقطع بالتالي قول كل ذي قول.

- التشريع الاستثنائي الاجتهادي: إن ما يثير الإشكال هو ترك العمل بحكم من الأحكام القطعية بناء على اجتهاد ولي الأمر؛ كما في التشريع الذي سنه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب باجتهاده والقاضي بإيقاف عقوبة قطع يد السارق استثناء عام المجاعة (3)، ولنا على هذا التشريع جملة من الملاحظات:

- إن هذا التشريع الاستثنائي ليس مجرد واقعة فردية تحكمها أحكام الضرورة الفردية، ولكنها واقعة عامة تقتضي وضع قاعدة عامة مجردة تطبق على كل من تنطبق عليه، إن اضطرار فرد للسرقة بدافع الجوع واقعة فردية يرجع

1- حول نظرية الضرورة الشرعية: ينظر: وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة ط4، 1985.

2- سنن الترمذي/ الحدود/ باب ما جاء أن لا تقطع الأيدي في الغزو/ رقم: 1450. 105/3. وقال الترمذي حديث غريب والعمل على هذا عند بعض أهل العلم.

3- ينظر سنن البيهقي/ كتاب السرقة/ باب ما جاء في تضعيف الغرامة/ رقم: 17286.

الحكم فيها لاجتهاد القاضي، أما تعليق تطبيق حد السرقة في ظرف عام وهو ظرف الجماعة بإسقاط عقوبة القطع، يحتاج لسن تشريع استثنائي يوقف الحكم بهذه العقوبة استثناء، ومن ثم فما سنه عمر بن الخطاب هو بلا شك تشريع تتوافر فيه كل خصائص التشريع الاستثنائي.

- من الواضح هنا أن مخالفة الحكم الشرعي استثناء ليس خروجاً عن حكم من الأحكام الشرعية الظنية وإنما هو خروج عن حكم من الأحكام الشرعية القطعية ومن ثم يتبين لنا مدى المجازفة التي يجازفها البعض حينما يطلق القول بأن التشريعات الاستثنائية مجالها الأحكام الظنية، وليس الأحكام القطعية(1). ومنه يتبين لنا أن التشريع الاستثنائي كخروج عن مبادئ الشريعة وأحكامها القطعية استثناء أمر خطير قد يؤدي الاسترسال فيه إلى الانفلات من الشرع بالكلية، ومن ثم فهو تحكمه الضوابط وتحدده الحدود، فإن سن تشريع يوقف العمل بحكم من الأحكام القطعية لا يكون إلا على وفق ما يقتضيه الشرع نصاً أو اجتهاداً وليس حكماً بالهوى والتشهي.

- إن البعض يخطئ في تكييف هذا التصرف فيعتبر إسقاط عمر لعقوبة القطع خروجاً عن الشريعة(2)، في حين يذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن عمر رضي الله عنه لم يخرج عن الشرع ولكنه طبق الشرع على اعتبار أنه لما حصل تغير في الواقعة فأقتضى ذلك حكماً جديداً يتعلق بتلك الواقعة بجملة الانتقال إليه(3)، والحقيقة أن وقف العمل بحكم من الأحكام الشرعية على مقتضى الضرورة الشرعية نصاً أو اجتهاداً لا يعتبر خروجاً عن الشريعة بل يعتبر انتقالاً من قواعد المشروعية العادية إلى قواعد المشروعية الاستثنائية، فكما أن عمر بن الخطاب في تطبيقه لعقوبة السرقة في الظروف العادية لم يخرج عن الشرع بل كان ملتزماً به ومطبّقاً له، فإنه أيضاً في وقف تطبيقه لعقوبة السرقة في ظرف الجماعة لم يخرج عن قواعد المشروعية بل كان ملتزماً بها، ولكنها قواعد المشروعية الاستثنائية وليست العادية. إن واقعة السرقة هي نفسها سواء كانت تحت ظرف الرخاء أو ظرف الجحيم وتبقى فعلاً محرماً ومجرماً، ففعل السرقة لم يتحول لفعل مباح تحت ظرف الجماعة، بل ظل فعلاً محرماً ومجرماً، لا يعفي مرتكبه من الضمان والمساءلة القانونية وإن أعفاه من عقوبة القطع.

القضاء والاختصاص التشريعي

وقبل أن ننهي الكلام في الاختصاص العضوي نجيب عن سؤال قد يتبادر للبعض وهو هل للقضاء في النظام الإسلامي دور تشريعي، بمعنى هل يأخذ النظام الإسلامي بنظام السوابق القضائية كما هو الحال في النظام الإنجليزي؟ والاجابة عن هذا السؤال توقف على سؤالين: الأول: هل القاضي في الإسلام ملزم باجتهاده؟ والثاني: هل القاضي في الإسلام ملزم باجتهاد غيره من القضاة؟

- أما بالنسبة للسؤال الأول فإن الجواب قطعاً بالنفي؛ فإن من المقرر شرعاً وفقها أن القاضي المجتهد إذا اجتهد في قضية معينة وحكم فيها باجتهاده فإن ذلك الحكم يبقى حلاً فردياً خاصاً بتلك المسألة، وأن نفس القاضي لو عرضت عليه في المستقبل مسألة مماثلة فهو ليس ملزماً بأن يحكم فيها بنفس الحكم الذي حكم به في التي قبلها، بل إذا تغير اجتهاده له أن يحكم فيها بالحكم الجديد الذي انتهى إليه. ومن ثم فالقاضي غير ملزم بسوابقه القضائية و

1- ينظر: عبد السلام التونجي: مؤسسة الإباحة، ص: 124. جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص: 51.

2- حول هذا التكييف ينظر مثلاً: محمد النويهي: نحو ثورة في الفكر الديني، مجلة الآداب البيروتية، عدد ماي 1970، ص: 100.

3- حول هذا التكييف ينظر مثلاً: محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1973، ص: 145 - 147.

يدل على ذلك كتاب عمر في القضاء (لَا يَمْنَعَنَّكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ بِالْأَمْسِ رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ وَهَدَيْتَ فِيهِ لِرُشْدِكَ أَنْ تُرَاجِعَ الْحَقَّ فَإِنَّ الْحَقَّ قَدِيمٌ وَإِنَّ الْحَقَّ لَا يُبْطَلُهُ شَيْءٌ وَمُرَاجَعَةُ الْحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي الْبَاطِلِ) (1). يدل على ذلك أيضا ما (قَضَى بِهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ فِي امْرَأَةٍ تَرَكَتْ زَوْجَهَا وَابْنَتَهَا وَإِخْوَتَهَا لِأُمِّهَا وَإِخْوَتَهَا لِأَبِيهَا وَأُمَّهَا فَشَرَّكَ بَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ وَبَيْنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَالْأَبِ جَعَلَ الثَّلْثَ بَيْنَهُمْ سَوَاءً فَقَالَ رَجُلٌ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّكَ لَمْ تُشْرِكْ بَيْنَهُمْ عَامَ كَذَا وَكَذَا فَقَالَ عُمَرُ : تِلْكَ عَلَيَّ مَا قَضَيْنَا يَوْمَئِذٍ وَهَذِهِ عَلَيَّ مَا قَضَيْنَا الْيَوْمَ) (2). و في هذا يقول ابن القيم: " إن الاجتهاد في الأمر لا يمنع من إعادة الاجتهاد مرة أخرى، فإن الاجتهاد قد يتغير ولا يكون الاجتهاد الأول مانعا من العمل بالثاني إذا ظهر أنه الحق، فإن الحق أولى بالإيثار لأنه قديم سابق على الباطل" (3). ومنه يتبين أن القاضي المجتهد لا يلزم بسوابقه القضائية.

ثانيا- أما بالنسبة للأمر الثاني فإن من المقرر أيضا شرعا وفقها أن القاضي المجتهد لا يلزم قاضيا مجتهدا آخر بما أداه إليه اجتهاده. فإذا كان المجتهد غير ملزم باجتهاده فهو أضعف من أن يلزم مجتهدا غيره بما لا يراه، ولا يملك مجتهدا آخر أن ينقض اجتهاده برأيه، فإن من القواعد المقررة شرعا في المجال القضائي أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد (4)، وأن الاجتهاد لا ينقض بمثله (5)، وإلا لتسلسل النقض فلا تستقر الأحكام ولا تحوز الحجية، ومعنى ذلك أن الاجتهاد القضائي فإنه ليس له القوة لنقض اجتهاد قضائي آخر متى كان في أمر مجتهد فيه. ويدل على ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ (وَعَنْ عُمَرَ : " أَنَّهُ لَقِيَ رَجُلًا فَقَالَ : مَا صَنَعْتَ؟ فَقَالَ : قَضَيْتُ عَلَيَّ وَزَيْدٌ بِكَذَا، قَالَ : لَوْ كُنْتُ أَنَا لَقَضَيْتُ بِكَذَا، قَالَ : فَمَا يَمْنَعُكَ وَالْأَمْرُ إِلَيْكَ؟ فَقَالَ : لَوْ كُنْتُ أَرُدُّكَ إِلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَوْ إِلَى سُنَّةِ نَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَفَعَلْتُ وَلَكِنِّي أَرُدُّكَ إِلَى رَأْيِي، وَالرَّأْيُ مُشْتَرِكٌ. قَالَ أَبُو عُمَرَ : وَمَنْ يَنْقُضْ مَا قَالَ عَلِيٌّ وَزَيْدٌ « وَهُوَ يَرَى خِلَافَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ ») (6). وهو ما عبر عنه الأمدي بقوله: " لو جاز نقض حكمه إما بتغيير اجتهاده، أو بحكم حاكم آخر، لأمكن نقض الحكم بالنقض، ونقض نقض النقض إلى غير نهاية، ويلزم من ذلك اضطراب الأحكام وعدم الوثوق بحكم حاكم، وهو خلاف المصلحة التي نصب الحاكم لها" (7).

ومتى ثبت هذا الأصل من أن الاجتهاد القضائي الأول لا يمنع من الاجتهاد القضائي الثاني، وأن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، فقد ثبت أن النظام القضائي في الإسلام لا يأخذ بنظام السوابق القضائية كما جازف البعض بادعاء ذلك. فالقاضي الشرعي ليس ملزما بقضائه الأول متى تغير اجتهاده، كما أنه لا يلزم غيره، بل لغيره أن يجتهد كما اجتهد، وما دام هذا الاجتهاد لا يعتبر ملزما لقاضي مجتهد آخر فهو يمثل حلا فقهيًا فرديًا للنزاع الحال، ولكنه لا يعتبر تشريعًا.

المجلة

- 1- سنن الدارقطني/ كتاب عمر رضي الله عنه/ رقم: 4472. 370/5.
- 2- سنن البيهقي/ كتاب الفرائض/ باب المشتركة/ رقم: 12469 . 418/6.
- 3- ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 206/2 .
- 4- محمد عليش: منح الجليل، دار الفكر، دمشق، ط1، 1989، 334/1. وينظر: البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 175/1.
- 5- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت، المادة 16، 35/1.
- 6- ذكره ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، دون إسناد/ رقم: 1614 . 853/2. بغير إسناد.
- 7- سيف الدين الأمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 246-245/4.

الخلاصة

ومنه نخلص إلى أن النظام السياسي في الإسلام لا يجعل القضاء الشرعي مصدرا رسميا للتشريع وليس له أي دور في خلق القواعد التشريعية إلا إذا تبنت الولاية العامة بعض السوابق القضائية التي يهتدي إليها القضاء. وأن السوابق القضائية مما يستأنس بها القضاء الشرعي غير أن ما استقر عليه الفقه أنها ليست ملزمة وبالتالي ليست لها قيمة تشريعية.

كما نخلص في نهاية هذا المبحث إلى أن الاختصاص العضوي في مجال التشريع في النظام السياسي الإسلامي هو اختصاص محصور بين أهل الشورى والإمام.

المبحث الثاني : الاختصاص الموضوعي أو مجالات الاختصاص التشريعي

يتعلق العنصر الموضوعي للاختصاص بترتيب نوعية الاختصاصات بين السلطات المختلفة في الدولة وكذلك أمر ترتيبها داخل السلطة الواحدة من حيث الموضوع، فإذا كانت قواعد الاختصاص الشخصي تفرض أن تباشر كل سلطة اختصاصاتها بنفسها، فإن قواعد الاختصاص الموضوعي تحدد لكل سلطة، ما يتعين أو يحق لها أن تتخذه من تصرفات قانونية في حدود سلطاتها. ومخالفة العنصر الموضوعي في الاختصاص يشكل عيباً دستورياً بعدم الاختصاص الموضوعي(1).

وإذا طبقنا ذلك على الوظيفة التشريعية، فإن توزيع الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع يعني التحديد الدستوري لكل جهة من جهات التشريع المجالات التي يحق لها أن تشرع فيها، والقيود المفروضة عليها في ممارسة اختصاصها الموضوعي في مجال التشريع.

وعلى هذا الأساس فإننا سنتناول في هذا المبحث قيد الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظام السياسي الإسلامي في ضوء المقارنة مع الأنظمة السياسية المعاصرة في مطلبين:

المطلب الأول: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظم السياسية المعاصرة

المطلب الثاني: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظام السياسي الإسلامي

1- ينظر: علي محمد بدير ، د. مهدي ياسين السلامي د. عصام البرزنجي: مبادئ وأحكام القانون الإداري، 1993 ، ص: 424.

المطلب الأول: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظم السياسية المعاصرة

إذا كان من المتفق عليه أن مجال التشريع هو ما يتعلق بالشأن العام، فإنه مع ذلك فإن المجتمعات تختلف في ما يدخل في نطاق الشأن العام وما لا يدخل، تبعاً لاختلاف طبيعة نظام الحكم والدين والثقافة السياسية والتجربة التاريخية، ومن ثم فإن الاختلاف في مجال التشريع ضيقاً وسعة من أبرز مظاهر الاختلاف بين النظم السياسية، فالأنظمة التي اصطلح عليها الأنظمة الشمولية مثلاً Les Régimes Totalitaires، تنزع بطبيعتها إلى توسيع مجال تدخل السلطة العامة تشريعاً وتنظيماً إلى أقصى مدى ممكن حتى لا يكاد يبقى شيئاً اسمه شأن خاص، بحيث تنكمش دائرة الشأن الخاص إلى أضيق الحدود الممكنة، في حين يقابلها الأنظمة الليبرالية الكلاسيكية التي تنزع بفلسفتها إلى تضيق مجالات تدخل السلطة العامة تشريعاً وتنظيماً إلى أضيق الحدود وإفساح مجالات المبادرة الذاتية والأخلاقية (فرع أول).

وفي نفس الوقت نجد أن الأنظمة السياسية المعاصرة تختلف في تحديد الاختصاصات الموضوعية لكل جهة من جهات التشريع، حيث تنزع بعض الأنظمة إلى إطلاق سلطة البرلمان، وتقييد مجال السلطة التنفيذية، بينما نجد أنظمة معاصرة توسع من تدخل الحكومة في الحياة العامة عن طريق التشريع إلى أقصى حد، وتقييد مجال التشريع البرلماني (فرع ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع بين التقييد والإطلاق

الفرع الثاني: القيود الواردة على الاختصاص الموضوعي لجهات التشريع في النظم المعاصرة

الفرع الأول: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع بين التقييد والاطلاق

البند الأول الاختصاص الموضوعي بين الشأن الخاص و الشأن العام

لما كان التشريع أحد الوظائف السياسية الثلاث التي تنهض بها الجماعة السياسية لتنظيم أمورها، فقد أثار ذلك منذ القدم سؤالا حول المجالات التي يحق للجماعة تنظيمها والمجالات التي لا يحق للجماعة التدخل فيها، وقد أثمرت محاولات الإجابة عن هذا السؤال فلسفتين متناقضتين، الفلسفة الأولى فلسفة تنزع إلى توسيع مجال تدخل الجماعة عن طريق التشريع في الحياة الخاصة والحريات الشخصية للأفراد بدعوى حماية النظام والصالح العام، وهي فلسفة تمثلها الفلسفة الاشتراكية التي قد تنتهي إلى فلسفة شمولية تعلق على مواطنيها منافذ الحس والرؤية، والفلسفة الثانية فلسفة تنزع إلى الحد من مجال تدخل الجماعة عن طريق التشريع في الحياة الخاصة والحريات الشخصية للأفراد إلى أضيق الحدود وهي الفلسفة الليبرالية التي قد تنتهي إلى فلسفة فوضوية تنكر ضرورة القانون والتشريع رأسا. ومن ثم نجد أن مفهوم التشريع كتصرف سياسي يرتبط ارتباطا موضوعيا بالتمييز بين ما هو "شأن عام" وما هو "شأن خاص"، بحيث يقتصر مفهوم السياسة على ما يتعلق بالشؤون العامة ولا يمتد لما يعتبر من الشؤون الخاصة، ومن هنا فإن تحديد ما هو سياسي وما ليس كذلك من تصرفات السلطة العامة يستند بالأساس إلى تمييز "الشأن العام عن الشأن الخاص" في الحياة الاجتماعية(1).

فالتشريع كوظيفة من الوظائف السياسية ينحصر مجاله في التصرفات الصادرة عن السلطة العامة لتدبير الشأن العام، دون الشؤون الخاصة، ومن هنا أيضا يصبح السؤال عن المعيار الذي يميز الشأن العام The Public عن الشأن الخاص The Private ليس فقط سؤال مشروعاً وإنما سؤالا قريبا، فقبل أن يكون الشأن موضوع تمييز ينبغي أن يكون موضوع تفسير، ذلك أن تحديد ما يعتبر شأنا عاما وما يعتبر شأنا خاصا ليس واحدا في جميع المجتمعات وفي جميع العصور، بل يخضع لاعتبارات كثيرة لعل أهمها مدى تطور ذلك المجتمع وطبيعة نظامه السياسي، بمعنى آخر إن تحديد ما يدخل في الشأن العام The Public وما يدخل في الشأن الخاص The Private يختلف من مجتمع لآخر ومن عصر لآخر ومن نظام حقوقي لآخر، أي أنه هو في حد ذاته مجال من مجالات السياسة. حيث يخضع تحديد نطاق الشأن العام سعة وضيقا لطبيعة القيم والفلسفة السياسية في ذلك المجتمع ومدى تطور شبكة علاقاته الاجتماعية، وبحسب ما يقتضيه الواقع من الإيغال في السياسة والاسترسال في رعاية المصالح والدوران معها، فرب أمر كان يعتبر في وقت ما شأنا خاصا قد صار اليوم يعد من الشؤون العامة التي لا تترك حرية الأفراد الشخصية أو إرادتهم التعاقدية، خاصة مع التوسع والتغلغل الكبير الذي يعرفه تدخل السلطة العامة في شتى مجالات الحياة في عصرنا(2).

ومهما يكن وسواء اتفقنا في تحديد ما يدخل في الشأن الخاص وما يخرج عن الشأن العام أو اختلفنا، فإن مجال التشريع يؤسس على هذا التمييز بين "العام" و"الخاص" وهو تمييز تعرفه كل المجتمعات الإنسانية التي تعرف السياسة، وإن كان قد ارتبط في أذهان البعض بالفلسفة الليبرالية حتى ظن أنه من إبداعاتها، رغم أن هذا التمييز كان معروفا قبلها وسابق عليها، فقد أثار أرسطو التفرقة بين ما هو "عام" وما هو "خاص" في إطار تمييزه بين الرجل

1- ينظر: هبة رؤوف عزت: الأسرة والتغيير السياسي، مقال محملة إسلامية المعرفة، ص 1، العدد 2، سبتمبر 1995، ص: 11-26.

2- ينظر: محي الدين محمود: السياسة الشرعية في ضوء جوهر مفهوم السياسة في العصر الحديث، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1990، ص: 07.

الصالح، والمواطن الصالح من جهة، والخير العام والخير الفردي من جهة ثانية، إلا أنه لم يفلح في رسم الحدود الفاصلة بين ما هو سياسي وما هو اجتماعي، وبالتالي بقي هذا التمييز مبهما (1)، أما لو ك فقد اعتبر أن المعيار الأساسي لتمييز "العام" عن "الخاص"، هو أن العام يبنى على ممارسة حرة للأفراد ذات صفة تعاقدية، في حين يقوم الخاص على طبيعية تنشأ داخل الأسرة (2).

أما اليوم فتأسس التفرقة بين الخاص والعام في الفلسفة الليبرالية الحديثة على ثلاثة فروق أساسية: أولها: المصلحة، فما يتعلق بمصالح الجماهير العريضة فهو شأن عام، وما يتعلق بمصالح مجموعة دون أخرى فهو شأن خاص. ثانيها: المجال، فما متاح فيه المشاركة للجميع فهو عام وما متاح فيه المشاركة لفئة دون أخرى، فهو خاص. وثالثها: الصفة: فالذي يتصرف فيه وفق موارد عمومية فهو شأن عام، وما تصرف فيه وفق موارد ذاتية فهو شأن خاص (3). ومع أن هذه المعايير لا تنهي المشكلة تماما، فتداخلها وتنازعها في التطبيق، يبقي على مشكلة الغموض في التمييز بين العام والخاص. فمع ذلك فإن هناك على الأقل عددا من المجالات التي لا يكاد يختلف عليها أنها تدخل بالتأكيد في نطاق الشأن العام، وبالتالي فهي تشكل مجال عمل المشرع.

البند الثاني الاختصاص التشريعي للبرلمان بين إطلاق الولاية و تقييدها

تختلف النظم السياسية المعاصرة في الاختصاص الموضوعي للبرلمان في المجال التشريعي، ولكنها يمكن تصنيفها في صنفين من النظم السياسية فمنها نظم تطلق ولاية البرلمان في مجال التشريع، وفي المقابل تقييد الاختصاص الموضوعي للحكومة في مجال التشريع، و على العكس من ذلك نجد نظم أخرى تقييد الاختصاص الموضوعي للبرلمان في مجال التشريع بموضوعات محددة وتطلق في المقابل ولاية الحكومة في التشريع باللوائح.

فقرة 1- إطلاق الاختصاص الموضوعي للبرلمان في مجال التشريع

الرأي التقليدي قديما هو إطلاق ولاية البرلمان في مجال التشريع، فلما كان البرلمان ممثل الشعب صاحب السيادة، وكان صاحب السيادة في الفقه الدستوري له حق التشريع والسلطة العليا الآمرة، كان البرلمان هو الذي يمارس هذه السيادة من الناحية العملية، فهو من الناحية النظرية لا حدود لسلطاته ولا قيود على اختصاصه، بل هو ممثل الشعب صاحب السيادة الذي فوضه التشريع في أي موضوع، و لا يقيد به إلا ما قيد به الشعب نفسه من خلال الدستور (4)، وهذا الوضع التقليدي يجد أساسه التاريخي في النظام البرلماني البريطاني الذي رسخ الاعتقاد بأن البرلمان الانكليزي قادر على التشريع في أي موضوع عدا تغيير الطبيعة الخلقية للأشياء فقد نقل عن أحد أعضاء البرلمان في القرن الثامن عشر أن البرلمان الانكليزي قادر على التشريع في أي موضوع، ويستطيع عمل كل شيء إلا تحويل رجل إلى امرأة، وقد علق اندريه هوريو على هذه المقولة على أنها ما تزال صحيحة إلا أن البرلمان الذي تكلم عنه (لوم) هو

1- أرسطو، السياسة، ص: 348 .

2- محي الدين محمود: نفس المرجع: ص: 09.

3- ينظر: هبة رؤوف عزت: الأسرة والتغيير السياسي، ص: 22 وأحالت على:

Satanley Benn & Gerald gaus, The public & private: concepts & action, pp: 7-11

4 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية، ص: 92.

اجتماع الملك و الوزارة و مجلسي العموم واللوردات والتي يعتبر حكمها بدون حدود عندما تتفق فيما بينها، وهذا يعني أن سلطات البرلمان من الناحية النظرية مطلقة إذا ما وافته ظروف كذلك(1).

ونفس الوضع نجده في نظام رئاسي كنظام الولايات المتحدة الأمريكية، فالكونغرس الأمريكي كان يعتبر نفسه صاحب السلطات التشريعية جميعا وهيئة حرة تفعل ما تريد في قواعد الدستور الذي منحها تلك السلطات، وأن ما يسنه الكونغرس من القوانين لا يمكن أي هيئة أخرى أن تلغيه حيث نصت الفقرة الثامنة من المادة الأولى على "سن جميع القوانين التي تكون ضرورية ومناسبة لكي توضع موضع التنفيذ، السلطات آنفة الذكر وجميع السلطات الأخرى التي ينيطها هذا الدستور بحكومة الولايات المتحدة أو بأية إدارة أو موظف تابع لها"(2). فهذا البند 18 يميز هذا البند، بعبارة "ضرورية ومناسبة" المشهورة، للكونغرس معالجة أمور عديدة غير مذكورة بصورة محددة في الدستور. ومع تغير الأزمان، استطاع الكونغرس سن قوانين ضرورية دون أن يعدل كثيراً في الدستور، وتساعد هذه المرونة على شرح سبب كون الدستور واحداً من أقدم الدساتير المكتوبة(3).

ومنه فإن القول بأن سلطة التشريع في النظم السياسية الوضعية سلطة مطلقة لا تحدها الحدود هو لا تقيدها القيود هو قول صحيح على الأقل من الناحية النظرية والمبدئية، فالبرلمان يختص بإصدار القانون ومجال القانون غير محدد، ولا تزال كثير من الأنظمة تأخذ بالأصل وهو إطلاق مجال القانون وتقييد مجال اللائحة، كما هو الحال مثلا بالنسبة للنظام المصري حيث ينص الدستور المصري في المادة 86 على أن "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع، ويقر السياسة العامة للدولة، والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، والموازنة العامة للدولة، كما يمارس الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وذلك كله على الوجه المبين في الدستور"(4). وقد كان الدستور الجزائري لسنة 1963، يأخذ بهذا المبدأ(5)، قبل أن يعدل عنه في دستور 1976، والدساتير اللاحقة له.

فقرة 2- تقييد الاختصاص الموضوعي للبرلمان في التشريع

على خلاف غالبية النظم السياسية التقليدية والتي تبنت إطلاق ولاية البرلمان في المجال التشريعي، باعتبار القانون هو الأسمى واللائحة في موضع تبعية، فقد أخذت في العقود الأخيرة بعض النظم المعاصرة بتقييد ولاية البرلمان في المجال التشريعي وإطلاق ولاية السلطة التنفيذية في التشريع، وهو ما سنه الدستور الفرنسي الحالي الصادر في عام 1958 حيث نص في المادتين 34، 35 منه على اتساع اختصاصات السلطة التنفيذية في المجال التشريعي على حساب البرلمان، فجعل السلطة التنفيذية هي صاحبة الولاية العامة في مجال التشريع، وأصبح اختصاص البرلمان في هذا المجال محمدا بعدد من الموضوعات على سبيل الحصر، وتغير الوضع الذي يربط القانون باللائحة، فأصبحت اللائحة هي الأصل، والقانون هو الاستثناء في مجال التشريع(6). وهو نفس الوضع الذي نُهجه المشرع الدستوري الجزائري

1 - اندرية هوريو: القانون الدستوري، الدار الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1974، 343/1.

2 - دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة: 01، الفقرة 08، البند 18.

3 - الدستور الأمريكي ترجمة قسم اللغة العربية لوزارة الخارجية الأمريكية، المادة الأولى، البند 18.

4 - دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 86.

5 - ينظر: دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963، المادة: 28. وينظر تحليلا لذلك في: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، دار

هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2002، ص: 108

6 - عمر ثامري: سلطة المبادرة بالتشريع، ص: 14. وينظر: عادل طبطباتي: الحدود الدستورية، ص: 439.

فرغم أنه نص في المادة 98 على أن " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه " (1). فقد عاد بعد ذلك ليحصر صلاحيات البرلمان في المجال التشريعي في عدد من المجالات المسماة حيث تنص المادة 122 على أنه " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية... " ثم عدت على سبيل الحصر 30 موضوعا (2) كما تنص المادة 123 على أنه " إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية.. " (3) مقتفيا في ذلك المشرع الدستوري الفرنسي لسنة 1958. ومن ثم أصبح لأول مرة اختصاص المشرع مقيدا بعدد من الموضوعات واختصاص السلطة التنفيذية في إصدار اللائحة عاما، فأصبح الأصل هو الاستثناء والاستثناء هو الأصل. وهو ما أخذ به أيضا الدستور المغربي الذي شايح الدستور الفرنسي في هذا الاتجاه فحد اختصاص القانون وأطلق مجال اللائحة التنظيمية (4). و الأثر المترتب على ذلك طبعاً هو عدم دستورية القوانين التي يصدرها البرلمان والتي تخرج موضوعاتها عن المجال المحجوز له، إذ لا اختصاص للبرلمان في هذه التشريعات لأنها أصلاً من اختصاص السلطة اللائحية (5).

البند الثالث الاختصاص الموضوعي للحكومة في مجال التشريع

من الواضح أن ما سبق ذكره من التحول الذي عرفه تحديد الاختصاص الموضوعي للبرلمان في مجال التشريع ينصرف أثره بالضرورة إلى تحديد الاختصاص الموضوعي التشريعي للحكومة في الأنظمة السياسية التي تقر للحكومة بسلطات تشريعية، فالرأي التقليدي أن الحكومة تشرع في موضوعات محددة دستوريا سلفاً أو بتفويض محدود من السلطة التشريعية الأصلية، غير أن هذا الوضع قد تغير مع السابقة التي سنها الدستور الفرنسي لسنة 1958 بتقييد مجال القانون الذي يسنه البرلمان، وإطلاق مجال اللوائح التي تصدرها الحكومة.

فقرة 1- تقييد الاختصاص الموضوعي للحكومة في التشريع

إذا كانت الأنظمة السياسية الرئاسية التي تتبنى نظام الفصل الجامد أو الشديد بين السلطات لا تجعل للسلطة التنفيذية اختصاصات تشريعية تذكر، فإن الأنظمة السياسية البرلمانية أو الرئاسية المعدلة والتي تتبنى نظام مرنا للفصل بين السلطات بحيث تفسح مساحات محددة في المجال التشريعي انطلاقاً من مبدأ التعاون الذي يقوم عليه هذا النوع من الأنظمة، غير أنه مع ذلك يبقى الاختصاص التشريعي للرئيس أو الحكومة في هذا الأنظمة اختصاصاً استثنائياً مقيداً فليست السلطة التنفيذية هي السلطة التشريعية الأصلية أو صاحبة الاختصاص الأصيل، وإنما هي سلطة استثنائية أو مقتحمة في هذا المجال ومن ثم فقد عمدت الأنظمة البرلمانية التقليدية إلى تقييد سلطة التشريع الرئاسي أو الحكومي من حيث الصلاحيات والموضوع حتى لا تجور على البرلمان، ويتجلى هذا التقييد في تحديد الاختصاص الموضوعي للحكومة سواء في التشريع التفويضي أو اللوائح التنظيمية.

1 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 98.

2 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 122.

3 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 123.

4 - ينظر : دستور المملكة المغربية، المادتين: 46، 47.

5 - عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية، ص: 439.

أولاً- تقييد التشريع التفويضي

يبقى الاختصاص التشريعي للبرلمان محفوظا بحيث أن السلطة التنفيذية لا تقتحم هذا المجال إلا بقيود منها أن يكون طلب التفويض

مبررا أي مؤسسا على حجة؛ كضرورة تنفيذ البرنامج كما هو الحال في الدستور الفرنسي(1)، أو الضرورة و الحالة الاستثنائية كما هو الحال في الدستور المصري(2).

محدد بمدة زمنية: فالتفويض استثناء يرد على الأصل، وعلى ذلك يجب أن يكون تفويض الحكومة التشريع محددًا بمدة زمنية منصوص عليها في سند التفويض، وهذا التحديد الزمني يحول دون إطلاق سلطة التشريع الرئاسي في المجال المحفوظ للقانون. وإذا كان النص الفرنسي ربط التفويض بوحدة القياس الزمني(3)، فإن النص المصري كان أكثر دقة حيث ربط مدة التفويض بحدوث وانتهاء حدث معين بالذات(4).

محدد الموضوع، يفترض في التفويض أن يكون موضوعه محددًا مسبقًا، فليس في وسع الرئيس أو الحكومة التشريع بطلاقة في مجال القانون كما هو الحال مثلاً بالنسبة للأوامر الرئاسية، وعلى هذا يجب دستورياً أن تدرج مسائل التفويض في سند التفويض(5).

ثانياً - تقييد السلطة التنظيمية

لقد سبق أن معظم الأنظمة البرلمانية تنزع إلى إطلاق مجال القانون وتقييد مجال اللائحة، وبعض الدساتير كالدستور المصري لا تكفي فقط بتقييد الاختصاص الموضوعي للرئيس في إصدار اللوائح التنظيمية، بل أيضاً تحتز أن لا تؤدي إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، إلى تعديل القانون أو تعطيله أو الإغفاء من تنفيذه(6).

فقرة 2- إطلاق الاختصاص الموضوعي للحكومة في التشريع

تميز التطور الحاصل بإطلاق الاختصاص الموضوعي للسلطة التنفيذية في مجال التشريع بأمرين الأول، إطلاق مجال اللوائح التنظيمية مقابل تقييد مجال القانون، والثاني التخلي عن التفويض التشريعي.

أولاً- إطلاق السلطة التنظيمية للحكومة

لم يعد سن التشريع اختصاصاً موقوفاً على البرلمان بل غداً للسلطة التنفيذية ممثلة في الرئاسة العامة والوزارة أو الحكومة الدور البارز فيه، حيث تحفظ لها معظم النظم السياسية البرلمانية وشبه الرئاسية مجالاً خاصاً بها وهو مجال

1 - دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة:38. Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi

2 - دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة:108. المادة 108 " لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب، بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون.."، ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة: ص:234.

3 - دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة:38.

4 - دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة:108. " يجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وان تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون". ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة: ص:235.

5 - ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة: ص:236.

6 - دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة:144.

التنظيم والذي لا يمكن للبرلمان أن يشرع فيه وإلا تعرض للرقابة الدستورية من باعتراض من الرئيس أو الحكومة(1). وهذا الاختصاص هو اختصاص أصيل بالنسبة للسلطة التنفيذية حيث تمارسه حتى في انعقاد البرلمان ودون تفويض منه، والتحول الذي ميز ذلك هو توجه بعض الأنظمة السياسية المعاصرة إلى إطلاق مجال التنظيم وتقييد مجال القانون، وهو التوجه الذي دشنته الدستور الفرنسي لسنة 1958 والذي بعدما نص في المادة 35 منه على الموضوعات التي يشرع فيها البرلمان على سبيل الحصر عاد في المادة 37 لينص على أن سائر الموضوعات التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها الصفة اللائحية(2). وبذلك أطلق الاختصاص الموضوعي للحكومة في التشريع باللوائح في كل المسائل التي ترد حصرا في نص المادة 34 ، وهو ما أخذ به المشرع الدستوري الجزائري في دستور 1996 والدساتير اللاحقة عليه، حيث تنص المادة 125 على أنه " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"(3).

ثانيا- التخلي عن التفويض التشريعي

لم يعد يقف دور السلطة التنفيذية في مجال التشريع في المجال المحفوظ لها بل تعداها إلى اقتحام مجال التشريع العادي الذي هو مجال محفوظ للبرلمان، وذلك بصفة استثنائية ولكنها كفيلة بتحقيق التفوق للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في مجال التشريع.

والتطور الحاصل في هذا المجال هو تخلي النظام الجزائري عن التفويض التشريعي(4)، وهو ما يعبر بصدق عن التوجه لإطلاق الاختصاص الموضوعي للسلطة التنفيذية في مجال التشريع، فلم يعد البرلمان يملك أن يحدد موضوعات معينة ويفوض التشريع فيها للبرلمان، فقد صار البرلمان هو الذي يشرع في موضوعات محددة، ومن ثم فقد تخلى المشرع الدستوري الجزائري عن التفويض التشريعي على الرغم أن كثير من الأنظمة السياسية ما تزال تعمل به، كالدستور الفرنسي لسنة 1958 الذي ينص في المادة 38 " Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi " (5)، والدستور المصري الذي ينص في المادة 108 " لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه، أن يصدر قرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها"(6).

1 - عمر ثامري: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، ص: 21.

2 - دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة: 37. Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

3 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المادة: 125.

4 - ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 233 وما بعدها.

5 - دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة: 37.

6 - دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة: 108.

الفرع الثاني: القيود الواردة على الاختصاص الموضوعي للمشرع في النظم السياسية المعاصرة

على الرغم من أن النظم السياسية الوضعية تقوم من الناحية النظرية المبدئية على أنه لا قيود على اختصاص الشعب ومن يمثله في التشريع باعتباره صاحب السيادة، فإنه بالرجوع إلى الواقع السياسي لهذه النظم والممارسة العملية في المجال التشريعي نجد أن الأنظمة السياسية المختلفة تفرض جملة من القيود على الاختصاص الموضوعي للسلطة العامة في مجال التشريع سواء تعلق الأمر في ذلك بالسلطة التشريعية الأصلية (البرلمان)، أو السلطة التشريعية التبعية (الحكومة) وتمثل هذه القيود في نوعين من القيود: قيود دستورية، وقيود فوق دستورية:

البند الأول القيود الدستورية على الاختصاص الموضوعي للمشرع

فقرة 1- الحظر الدستوري الدائم للموضوعات التي لا يجوز التشريع فيها

تضع النظم السياسية المعاصرة على الاختصاص الموضوعي للسلطة التشريعية الأصلية والتبعية قيودا دستورية سلبية وذلك بحظر التشريع ابتداء أو تعديلا في بعض الموضوعات التي يرى المشرع الدستوري أنها تقع خارج مجال التصرف السياسي كالموضوعات التي تتعلق بالعقيدة الدينية أو بممارسة الشعائر التعبدية، أو بحرية التعبير والاجتماع، فلسفة الحكم.

وكمثال على ذلك نجد دستور الولايات المتحدة بموجب التعديل الأول من وثيقة الحقوق الصادرة سنة 1791 يحظر على الكونغرس التشريع بما يتعلق بإنشاء دين ما أو اعتماده رسميا أو إصدار قانون يفرض أو يمنع دين من الأديان، أو نشره والدعوة إليه (1)، فالعقيدة بالنسبة له شأن شخصي ولا يجوز أن تكون مجالا من مجالات الإلزام السياسي.

كما نجد الدستور الفرنسي لسنة 1958، يحظر على السلطة التشريعية الأصلية والتبعية التشريع فيما يتعلق بشكل الدولة، حيث تنص المادة 119 منه على أنه لا يجوز أن يكون الشكل الجمهوري للدولة موضع تعديل (2)، حيث يرى أن شكل الدولة أحد المبادئ المتعلقة بفلسفة الحكم المتعالية على الزمان والمكان وبالتالي فهي غير قابلة للتعديل لكونها قواعد دستورية جامدة جمودا مطلقا.

وعلى نفس المنوال نجد الدستور المغربي يعتبر أن الشكل الملكي للحكم هو من الموضوعات التي لا يجوز أن تعرض لها السلطة التشريعية بالتعديل (3).

فبالأنظمة السياسية المعاصرة برغم استنادها إلى نظرية السيادة للشعب فهي لا ترى مانعا من وضع قيود على السلطة التشريعية الأصلية أو التبعية تحظر عليها بموجبها حظرا دائما، التعرض للتشريع لبعض الموضوعات، مع ما في هذه الحظر من المناقضة لنظرية سيادة الشعب خلافا لنظرية السيادة للأمة، فهذا الحظر مناقض لنظرية سيادة الشعب

1 - دستور الولايات الأمريكية المتحدة، وثيقة الحقوق، التعديل الأول " حرية الدين، والكلام، والصحافة وحق الاجتماع والالتماس. لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو من حق الناس في الاجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف".

2 - دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة: 119، " La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. " وينظر في نفس الاتجاه: دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 177.

3 - دستور المملكة المغربية، المادة: 106.

التي من آثارها كما سبق بيانه أن التشريع هو فقط تعبير عن إرادة الأغلبية التي يمثلونها، و بالتالي فلكل جيل أن يشرع لنفسه(1).

فقرة 2- الحظر الدستوري المؤقت لبعض الموضوعات التي لا يجوز التشريع فيها

تلجأ بعض النظم السياسية إلى ضرب حظر تشريعي مؤقت على بعض الموضوعات لاعتبارات ظرفية ومصالحية وسياسية فلا يجوز للسلطة التشريعية سواء كانت أصلية أو تبعية أن تشرع فيها قبل مضي مدة معينة من الزمن، حيث يرى المؤسسون للنظام السياسي أن يتم التغيير السياسي وفق مراحل زمنية متدرجة توازن بين واجب حفظ الاستقرار السياسي و ضرورة توفير إمكانية التغيير.

ومن ذلك مثلا ما نص عليه دستور الولايات المتحدة الأمريكية من حظر على الكونغرس أن يسن قانون يمنع استيراد العبيد أو التجارة في الرقيق قبل سنة 1808(2). فقد كانت الولايات الشمالية تؤيد تحرير الرقيق بينما كانت الولايات الجنوبية تعارض ذلك، فكان لابد من ضرب مدى زمني لتحقيق ذلك، عن طريق الحظر الدستوري المؤقت على الكونغرس سن أي تشريع يمنع استيراد الرقيق أو التجارة فيهم قبل 1808.

فقرة 3- قصر الاختصاص الموضوعي على جهة معينة.

بالنسبة للأنظمة التي تأخذ بمبدأ الفصل الجامد بين السلطات، فإن التشريع من حيث الاختصاص العضوي والموضوعي هو من صلاحيات الهيئة التشريعية، أما تنازع الاختصاص الموضوعي بين جهات التشريع في الدولة فهو يظهر فقط في الأنظمة التي تقوم على مبدأ الفصل المرن بين السلطات كما هو الحال في النظام البرلماني والنظم المختلطة، حيث يقوم الدستور بتوزيع الاختصاص الموضوعي في التشريع على جهاته، فيقتصر اختصاص كل جهة على التشريع في موضوعات محددة دستوريا، فهو قصر مؤسس على التطبيق المرن لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث لا يتم فقط توزيع الاختصاصات التشريعية بين البرلمان والحكومة من جهة الاختصاص العضوي، ولكن يتم أيضا توزيع الاختصاصات التشريعية بينها توزيعا موضوعيا، بحيث أن الموضوعات التي من حق البرلمان التشريع فيها لا يكون للجهاز التنفيذي حق التشريع فيها، إلا بتفويض من السلطة التشريعية الأصلية، إن كان الدستور يسمح بالتفويض، بينما الموضوعات التي هي من حق الحكومة أن تشرع فيها لا يكون للبرلمان حق التشريع فيها. وإلا كان عمله هذا مشوبا بعيب عدم الاختصاص الموضوعي.

فمثلا نجد أن الدستور الفرنسي قد قيد ولاية البرلمان الفرنسي في مجال التشريع بموضوعات معينة على سبيل الحصر، حددتها المادة 35 منه ومن ثم فلا يجوز لجهة أخرى التشريع في هذه الموضوعات من دون تفويض من البرلمان الفرنسي، كما لا يجوز للبرلمان أن يشرع في غير الموضوعات التي حصرها الدستور، لأن سائر الموضوعات تدخل في اختصاص السلطة اللائحية التي أطلق الدستور مجالها بنص المادة 37 حيث نص على أن سائر الموضوعات التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها الصفة اللائحية.

وعلى نفس المنوال نجد أن المادة 123 من الدستور الجزائري تقصر الاختصاص التشريعي فيما يتعلق (تنظيم السلطات العمومية، وعملها، نظام الانتخابات، الأحزاب السياسية، الإعلام، القضاء والتنظيم القضائي، قوانين المالية،

1- ينظر: محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، ص: 317.

2 - دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة: 01، الفقرة 09، البند 01.

الأمن الوطني) (1). على البرلمان، وبالتالي فإنه لا تملك أي جهة أخرى (رئاسة أو حكومة) الاختصاص للتشريع في هذه الموضوعات، وفي المقابل فإن الموضوعات التي هي مندرجة في الاختصاص التشريعي للحكومة، ليس للبرلمان حق التشريع فيها وإلا كان عمله هذا مشوبا بعيب عدم الاختصاص الموضوعي.

البند الثاني: القيود فوق الدستورية على الاختصاص الموضوعي للمشرع

فقرة 1- الفلسفة السياسية و التشريع

يقوم كل نظام سياسي على فلسفة سياسية أو عقيدة إيديولوجية تعبر عن رؤيته لوظيفة الدولة ودورها الاجتماعي والاقتصادي والثقافي، ومن ثم تضع هذه الفلسفة إطارا للمشرع لا ينبغي تجاوزه، فالأنظمة السياسية التي تتبنى الفلسفة الرأسمالية في المجال الاقتصادي وهي الفلسفة التي أسس لها آدم سميث والتي تقوم على مبدأ عام وهو الحد من تدخل الدولة في المجال الاقتصادي وفق نظرية الدولة الحارسة، فمثل هذه النظم تحظر على السلطة التشريعية سواء كانت أصلية أو تبعية سن تشريعات تتعارض موضوعيا مع مبادئ الفلسفة الرأسمالية، كأن تقوم بسن تشريعات تحد من الملكية الخاصة، أو سن تشريعات تحدد الأسعار، لمخالفة ذلك للمذهب الرأسمالي الذي يقوم على تقديس الملكية الخاصة ومبدأ حرية التجارة وما إلى ذلك من مبادئ، وفي المقابل فإن الأنظمة السياسية التي كانت و التي ما تزال تتبنى الفلسفة الاشتراكية في المجال الاقتصادي، وهي الفلسفة التي نظر لها كارل ماركس والتي تقوم على مبدأ عام وهو التدخل الواسع للدولة في المجال الاقتصادي، وفق نظرية الدولة الموجهة، فمثل هذه النظم تحظر على جهات التشريع فيها سن تشريعات تتعارض موضوعيا في جوهرها مع المذهب الاشتراكي أو الشيوعي، كأن تقوم بسن تشريعات تكرر التفاوت بين الطبقات.

وما سبق ذكره عن الدور الاقتصادي للدولة ينطبق أيضا على الدور الاجتماعي، فالنظم السياسية التي تتبنى الفلسفة الليبرالية وهي الفلسفة التي تجعل من الحرية الفردية القيمة الاجتماعية الأسمى، تحد وتضيق بشكل كبير من تدخل السلطة التشريعية في مجال الحقوق والحريات العامة، وتفصح المجال للمبادرة الذاتية والأخلاقية، بينما النظم السياسية التي تتبنى الفلسفة الشمولية، تنزع بطبيعتها إلى التدخل الواسع في مجال الحقوق والحريات العامة بشكل قد يؤدي إلى إلغائها. ومن هنا يبدو كيف أن الاختصاص الموضوعي للسلطة التشريعية يمتد ويتسع، ويضيق وينكمش بحسب طبيعة الفلسفة والعقيدة السياسية التي يقوم عليها ذلك النظام السياسي.

فقرة 2- القانون الطبيعي وقواعد العدالة

كما يرد على الاختصاص الموضوعي لجهات التشريع في النظم الوضعية قيد آخر قد لا تذكره الدساتير ولكن أبرزه الفقه الوضعي قديما وحديثا وهو قيد مراعاة القانون الطبيعي وقواعد العدالة، بالرغم من الاختلاف بين الفقهاء في تقديم تحديد منضبط لماهية القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غير أن خلاصته أن الضمير العادل الذي يستلهم العدالة في التشريع لا يسمح للتشريع أن يجافي القانون الطبيعي في فطرة الإنسان، وهذا القانون وإن كان غير محدد المعالم فإن النفس البشرية تستشفه بفطرية نحو توجهها إلى ما يقيم العدل بين الناس.

المطلب الثاني: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظام السياسي الإسلامي

إلى أي مدى يمكن أن تشرع جهات التشريع في الدولة الإسلامية من الناحية الموضوعية؟ هل تملك أن تشرع في جميع الموضوعات أم أن اختصاصها محدود بمجالات معينة لا تخرج عنها؟ إن الإجابة عن هذا السؤال يقتضي منا أن نبين أولاً أن القواعد الدستورية التي تنظم الاختصاص الموضوعي للولاية العامة في مجال التشريع بصفة عامة (فرع أول) ثم الاختصاص الموضوعي لكل جهة من جهات التشريع والقيود المفروضة عليها (فرع ثان)، وهي قواعد جامدة وهي اختصاصات دستورية المفوضة بمبادئ الشريعة وبعضها اختصاصات دستورية مفوضة بتشريع دستوري أو عرف دستوري. وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين

الفرع الأول: حدود ومجالات الاختصاص التشريعي في النظام الإسلامي

الفرع الثاني: القيود الواردة على الاختصاص الموضوعي في التشريع في النظام الإسلامي

الفرع الأول: حدود ومجالات الاختصاص التشريعي في النظام الإسلامي

لتحديد الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظام السياسي الإسلامي يحسن بنا أن نتناول ذلك من خلال مسألتين: الأولى تتعلق بالنطاق الموضوعي للتشريع بصفة عامة، وتتعلق الثانية بالاختصاص الموضوعي لكل جهة من جهات التشريع على حدة.

البند الأول: النطاق الموضوعي للتشريع في النظام الإسلامي بصفة عامة

لما كان مجال التصرف بالولاية العامة هو مجال الشأن العام فإن السلطة العامة في النظام الإسلامي لا تتدخل في ممارستها وظيفتها التشريعية في جميع المسائل التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بل هناك مجالات لا يجوز للولاية العامة أن تعرض لها قطعاً، وهناك مجالات هي من اختصاص الولاية العامة قطعاً، وفي الأخير هناك مجالات يبقى جواز تدخل الولاية العامة فيها تشريعاً وتنظيماً خاضع للنظر الشرعي وما يقتضيه التصرف السياسي. وستتناول هذه المجالات الثلاث بشيء من التفصيل تباعاً:

فقرة 1- المجالات التي لا اختصاص للولاية العامة للتشريع فيها قطعاً.

الاختصاصات الموضوعية التي تخرج عن ولاية التشريع رأساً بالنسبة للسلطة العامة في المجتمع الإسلامي سواء ورد فيها نصاً قطعياً أو ظنياً أو مسكوت عنها يمكن ردها إلى ثلاثة مجالات:

أولاً - مجال العقائد

1 - عدم الاختصاص التشريعي في مجال العقائد

تمثل العقيدة الأساس الأول لكل مجتمع فهي التصور الأشمل عن طبيعة الوجود وغايته ومصيره، وجماعة المسلمين بما هي جماعة ملية وجماعة سياسية في نفس الوقت إنما قيامها بعقيدة الإسلام، وعلى ذلك فالعقيدة الإسلامية هي القاعدة الصلبة التي تتأسس عليها الوحدة السياسية لجماعة المسلمين(1).

والسلطة العامة في الدولة الإسلامية من أكبر مقاصدها حفظ الدين وعقيدة الإسلام على أصولها المستقرة و ما أجمع عليه سلف الأمة(2)، وإظهارها والالتزام بمقتضياتها باعتبارها عقيدة الغالبية من جماعة المسلمين التي لها الحاكمية السلطان، على أن الدولة الإسلامية قد تتكون من جهة من المسلمين فحسب، أو من المسلمين ومن غيرهم الذين يشاركونهم الدار ولا يشاركونهم الملة، ومن جهة ثانية فإن جماعة المسلمين قد تتكون من أهل السنة فحسب، أو من أهل السنة ومن غيرهم الذين يشاركونهم الملة ولا يشاركونهم النحلة(3).

وإذا كان الأمر كذلك، فهل يجوز للولاية العامة وجهات التشريع في الدولة الإسلامية بما لها من سلطة عامة تبني الأحكام في مجال العقيدة، و سن تشريع يحمل المخالف عليها سواء كان مخالفاً لها في الملة أو مخالفاً لها في النحلة؟ للإجابة عن هذا السؤال ينبغي أولاً أن نميز بين مسألتين: الأولى تتعلق بحماية حرية العقيدة وأصل الاعتقاد، والثانية تتعلق بتحديد مضمون العقيدة.

1- لؤي صايفي: العقيدة والسياسة، ص: 81.

2- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 22.

3- نقصد بالملة المخالفة؛ كل من يخالف المسلمين في أصل العقيدة (توحيد الألوهية ونبوة محمد) كاليهود والنصارى والهندوس .. ونقصد بالنحلة المخالفة؛ كل من يشترك مع أهل السنة في أصل العقيدة ويخالفونهم في بعض تفاصيل العقيدة كالشيعة والمعتزلة والخوارج

- بالنسبة للمسألة الأولى: فإن دور السلطة العامة المقرر شرعا يقف عند دور السلطة الحارسة التي من واجبها حماية الحرية الدينية ابتداء لكل أفراد الجماعة (1) بمعنى أن دورها يقف عند منع العدوان على حرية الاعتقاد، فلكل فرد من جماعة المسلمين أن يختار العقيدة التي يعتنقها دون أن يكون لأحد الحق في فرض عقيدة معينة، فأصل حرية الاعتقاد حق من حقوق الإنسان وحرياته الأساسية المقررة بنصوص كثيرة في الكتاب والسنة، يأتي على رأسها قوله ﷺ: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۗ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۗ﴾ (2). فضلا عن ذلك فالاعتقاد أمر قلبي باطني لا يطلع على حقيقته إلا الله ولا سلطان لأحد عليه. وهذا الدور وإن تعلق بحماية حرية الاعتقاد فهو في الحقيقة يندرج في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية فحرية الاعتقاد فرع لأصل حرية الاختيار الذي ابتلى به ربُّ العباد العباد.

- وبالنسبة للمسألة الثانية: وهي مرتبطة بالتي قبلها فإن تقرير حرية الاعتقاد يعني بالضرورة أن السلطة العامة لا تملك الحق في فرض عقيدة معينة على الناس أو تحديد مضمونها، ومع ذلك يذهب الدكتور محمود الخالدي (3) متابعا في ذلك شيخه محمد تقي الدين النبهاني (4) إلى أن للإمام حق تبني الأحكام في جميع مسائل الدين بما في ذلك العقائد والعبادات، معتبرا ذلك هو الأصل العام ثم عاد واستثنى العقائد والعبادات مع أن الأصل فيها هو التبني بحجة رفع الحرج عن المسلمين.

ورغم تسليمنا بهذه الحجة فنحن نرى أن الأصل في تدخل الولاية العامة في مجال العقائد هو المنع قطعاً ابتداء وليس استثناء من أصل، فهذا الذي تشهد له الأدلة، فالحرج هنا ليس حرج طارئ عارض، ولكنه حرج أصلي دائم، ولم يثبت أن النبي ﷺ أكره أحدا على تغيير عقيدته، لا بوصفه رسولا مبلغا عن رب العالمين، ولا بوصفه إماما لجماعة المسلمين، ومن ثم فالولاية العامة لا اختصاص لها في المسائل العقدية سواء ورد فيها نصا قطعيا أو ظنيا أو مسكوتا عنها، فليس من وظيفة السلطة العامة فرض عقيدة معينة على الناس وحملهم عليها بقوة القانون، ولو كانت عقيدة الإسلام، فتلك ليست وظيفة الدولة بل تلك وظيفة الدعوة بل إن كل دور للولاية العامة في مجال نشر العقيدة الصحيحة لا يتعدى حماية حرية العقيدة والدعوة من كل انتهاك أو مساس أو إكراه.

2 - الأدلة على عدم الاختصاص الموضوعي في مجال العقيدة

نؤسس القول بعدم اختصاص الولاية العامة بالنسبة لأحكام العقائد من حيث هي عقائد على:

- أن الإلزام بعقائد معينة إكراه، والإكراه في الدين ممنوع شرعا؛ لأن الأساس في العقيدة الاقتناع الشخصي الطوعي، بحيث لكل شخص الحق أن يكون قناعاته الدينية بجملة تامة، بعيدة عن كل إكراه مادي أو معنوي. ويتحمل على هذا الأساس مسؤوليته كاملة وما تستوجبه من جزاء أخروي، وهذا الأصل ثابت بنصوص شرعية قطعية صريحة كقوله ﷺ: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۗ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ۗ﴾ (5). وقوله ﷺ: ﴿أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا

1- ينظر في ذلك: وصفي عاشور أبو زيد: الحرية الدينية ومقاصدها في الإسلام، دار السلام القاهرة، ط1، 2009.

2- البقرة/256.

3- محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 361-363 .

4- تقي الدين النبهاني: مقدمة الدستور، منشورات حزب التحرير، بيروت، 1964، ص: 15.

5- البقرة/256.

(1). وإلزام ولي الأمر عموم الناس بعقائد معينة إكراه على الدين وهو ممنوع شرعاً؛ فإذا كان الله ﷻ قد أنكر على الرسول إكراه الناس على العقيدة الحق وهو الذي جمع بين مقامات النبوة والرسالة والإمامة والقضاء والفتيا، فالإنكار بالنسبة لمن بعده من أولي الأمر أولى وأوكد، وعلى ذلك فالأصل المقرر شرعاً أنه لا يجوز للولاية العامة في الدولة الإسلامية التدخل في عقائد الناس ولا يجوز لها سن تشريع يلزمهم بتغيير عقائدهم أو يفرض عليهم ما يعتقدون لا فيما يتعلق بأصل العقيدة، ولا فيما يتعلق بتفاصيل العقيدة. فالحكم الشرعي هو عدم جواز استخدام السلطة ضد أصحاب العقائد المخالفة للإسلام، أو ضد الجماعات العقدية المخالفة لعقيدة أهل السنة.

- أن الإلزام بعقائد معينة وفرضها بقوة القانون ممتنع سننياً؛ فإن الاعتقاد تصديق بأمور غيبية، والتصديق من أعمال القلب، من حيث هو أمر باطني محله القلب ولا يطلع على ما في القلب إلا الله ﷻ. ومن ثم فمن العبث محاولة تغيير اعتقادات الناس بالإكراه، فالتاريخ يشهد بأن العقائد لا تنتشر بحد السيف، وقوة القانون، وما حمل قوم على ترك عقيدتهم بالقوة إلا ازدادوا تمسكاً بها، ولو كانت عقائد ضالة ظاهرة البطلان. وإنما تنتشر العقائد بوسائل الدعوة المختلفة. فالدعوة هي الوسيلة الشرعية لنشر الدين أو العقيدة وليست الدولة.

- أن مجال التصرف بالولاية العامة رعاية الشؤون العامة ومحاولة إلزام الناس بعقائد معينة ليس من موضوعات الشأن العام حتى يلجأ إلى فرضها بقانون. فالعقائد ليست من رعاية الشؤون العامة بل هي علاقة خاصة بين العبد وربّه، كما أنها ذات طبيعة علمية و المسائل العلمية لا يفصل فيها بقانون، فضلاً عن أن التسليم بحق السلطة العامة في التدخل في عقائد الناس يؤدي إلى الحرج والفتنة، وأظهر مثال عل ذلك ما جرى للإمام أحمد بن حنبل في فتنة القول بخلق القرآن الذي تبناه ثلاثة من خلفاء بني العباس وحملوا الناس عليه، ولما رفض الإمام ومن معه من العلماء هذا الاعتقاد الذي تبناه رئيس الدولة جرى لهم ما جرى من السجن والضرب.

ومنه يتبين أن القاعدة الدستورية المقررة شرعاً في هذا المجال هي منع الولاية العامة من التدخل في الاعتقاد أصالة وابتداء لا استثناء "فاستخدام السلطة السياسية لتحقيق وحدة عقدية وتصفية المغايرين في العقيدة لا ينسجم مع مقاصد الشريعة ومبادئها الكلية" (2). غير أن تقرير هذا الأصل بصورة واضحة تعترضه على المستوى العملي عقبة واضحة تحول ظاهرياً دون تقرير مبدأ حرية الاعتقاد في الدولة الإسلامية ومبدأ عدم تدخل السلطة العامة في مجال الاعتقاد ونعني بذلك القول بحد الردة.

3 - اعتراض ودفعه (عقوبة الردة وتدخل الدولة في مجال الاعتقاد)

يعترض تقرير عدم اختصاص جهات التشريع في الدولة الإسلامية بالمجال العقدي ما استقر عند الفقهاء من حق السلطة في المعاقبة عن الردة وعن الإلحاد، ولا يعتبر موضوع الإلحاد عقبة بالمقارنة مع موضوع الردة الذي ما يزال يثير الكثير من الجدل الفكري والفقهي حول موضوع حرية العقيدة في الإسلام، وحق الولاية العامة في التدخل في اعتقادات الناس ومعاقتهم على الخروج من الإسلام وتغيير عقائدهم، أو تلبسهم ببعد عقائدية مكفرة، وتجلي هذا

1- يونس/99.

2- لؤي صايفي: العقيدة والسياسة، ص: 80.

الجدل في قضايا عملية لعل أشهرها قضية محمود محمد طه(1)، وقضية نصر حامد أبوزيد (2)، كما تجلّى في عدد من المقاربات الشرعية والسجلات الفكرية حول الموضوع لعل أشهرها ما كتبه جمال البنا(3)، والدكتور العلامة يوسف القرضاوي(4)، وما كتبه الدكتور طه جابر العلواني (5)، والدكتور محمد سليم العوا(6)، والشيخ راشد الغنوشي(7). والمرتد هو "الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر". وحكم المرتد لدى كافة المذاهب الفقهية هو القتل، وهذا الحكم وإن لم يرد به نص قطعي من الكتاب، فقد ورد به نص ظني من السنة (8)، لكنه ارتقى بالإجماع عليه من الظن إلى القطع، يقول الإمام ابن المنذر: "وأجمع أهل العلم بأن العبد إذا ارتد، فاستُئيب، فلم يُتَّب: قتل؛ ولا أحفظ فيه خلافاً. وأجمعوا على أن على من سبَّ النبي ﷺ القتل (...). وأجمع أهل العلم أن شهادة شاهدين يجب قبولهما على الارتداد، ويقتل المرء بشهادتهما إن لم يرجع إلى الإسلام، وانفرد الحسن، فقال: لا يقبل في القتل إلا شهادة أربعة" (9).

ويتمحور الجدل الفقهي والفكري حول عقوبة المرتد حول نقطتين:

- الأولى تتعلق بأساس شرعية حكم الردة من حيث المبدأ وصحة النصوص الدالة عليه، وفي هذا الإطار نجد عدة محاولات لنقض مشروعية حد الردة من خلال قواعد الحديث والفقه وأصوله(10)، مستدلين على ذلك

- 1- مفكر سوداني من أهم مؤلفاته " الرسالة الثانية " يدعي أنه صاحب الرسالة الثانية، زعيم تيار الإخوان الجمهوريين، وأرسل مجمع البحوث بالأزهر إلى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بتاريخ 1972/6/5 بأن ما يدعو إليه محمود محمد طه كفر صراح، كما أرسلت رابطة العالم الإسلامي بمكة كتاباً إلى وزارة الشؤون الدينية بتاريخ 5 ربيع الأول 1395 بأن محمود محمد طه مرتد. وأرسلت جماعة علماء السودان وثيقة إلى مجلس الشعب في 1977/10/1م لوقف الضلال الذي يروج له وحكمت عليه المحكمة العليا بالخرطوم بأنه مرتد عن الإسلام في 1968/1/18م القضية رقم 1035
- 2- دكتور مصري من أهم مؤلفاته، " النص والسلطة والحقيقة" يدعي أن القرآن منتج ثقافي، قضت محكمة الاستئناف بالقاهرة بالتفريق بينه وبين زوجه لثبوت رده، ثم أيدت محكمة النقض هذا الحكم في 1996/8/5. توفي مؤخرًا في 2010، حول هذه القضية وآثارها: ينظر محمد سليم العوا، الحق في التعبير، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2003.
- 3- ينظر: جمال البنا: تنفيذ دعوى حد الردة، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ط1، 2006 .
- 4- ينظر: يوسف القرضاوي: جريمة الردة وعقوبة المرتد، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1998 .
- 5- ينظر: العلواني: لا إكراه في الدين إشكالية الردة والمرتدين، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ط2، 2006.
- 6- ينظر: العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، نخضة مصر للطباعة، القاهرة، ط2، 2006، ص: 199-234.
- 7- ينظر راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 44-51 .
- 8- أشهر ما ورد في عقوبة المرتد حديثان: الأول عن ابن عباس رضي الله عنهما: " مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ " . صحيح البخاري/ كتاب الجهاد/ باب لا يعذب بعذاب الله / رقم: 3017، والثاني عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ " لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ إِلَّا يَأْخُذِي ثَلَاثٌ: النَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالشَّيْبُ الرَّانِي، وَالْمَارِقُ مِنَ الدِّينِ التَّارِكُ الْجَمَاعَةَ " . صحيح البخاري/ كتاب الديات / باب قول الله أن النفس بالنفس والعين بالعين / رقم: 6878، والحديثان وإن كانا صحيحين، فإنهما ظنيان من حيث الورد لكونهما أخبار آحاد. وقد منع العلماء إثبات الحدود بأخبار الآحاد. ينظر: شلتوت: الإسلام عقيدة وشرعية، ص: 280-281.
- 9- ابن المنذر النيسابوري: الإجماع، ص: 174-175.
- 10- حول محاولات نقض شرعية حكم الردة: ينظر: محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشرعية، ص: 280-281. ينظر: حسن الترابي: السياسة والحكم، ص: 166، و ينظر: ينظر طه جابر العلواني: لا إكراه في الدين إشكالية الردة والمرتدين. وينظر: أحمد صبحي منصور، حد الردة دراسة أصولية تاريخية، طيبة للدراسات والنشر، القاهرة، 1993. وينظر: جمال البنا: تنفيذ دعوى حد الردة. وينظر: سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 199-234.

بالنصوص القرآنية المقررة لأصل حرية الاعتقاد في الإسلام(1)، وكذلك النصوص القرآنية الكثيرة التي تحدثت عن ظاهرة الردة واكتفت بتقرير العقوبة الأخروية لها دون العقوبة الدنيوية(2). وأن الأحاديث التي ورد فيها الأمر بقتل المرتد حفت بها قرائن تصرف الأمر من الوجوب إلى الجواز(3)، غير أننا نحسب أن كل محاولة في هذا الاتجاه لن يكتب لها النجاح ما دامت تحاول القفز على قاعدة أساسية من قواعد المشروعية والاستدلال الشرعي ونعني بذلك إجماع الصحابة الذي هو أقوى مراتب الإجماع. فالنص الذي دل على عقوبة الردة وإن كان ظنيا فقد ارتقى بالإجماع على مدلوله إلى القطعية. والإجماع هنا هو إجماع الصحابة الذين لم يعرف منهم مخالف في ذلك إلا ما روى البيهقي في سننه عن أنس رضي الله عنه قال: (لَمَّا نَزَلْنَا عَلَى ثُنْتَرَ. فَذَكَرَ الْحَدِيثَ فِي الْفَتْحِ وَفِي قُدُومِهِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ عُمَرُ: يَا أَنَسُ مَا فَعَلَ الرَّهْطُ السُّنَّةُ مِنْ بَكْرِ بْنِ وَائِلِ الَّذِينَ ارْتَدُّوا عَنِ الْإِسْلَامِ فَلَحِقُوا بِالْمُشْرِكِينَ؟ قَالَ فَأَخَذْتُ بِهِ فِي حَدِيثِ آخَرَ لَيْشَعَلَهُ عَنْهُمْ قَالَ مَا فَعَلَ الرَّهْطُ السُّنَّةُ الَّذِينَ ارْتَدُّوا عَنِ الْإِسْلَامِ فَلَحِقُوا بِالْمُشْرِكِينَ مِنْ بَكْرِ بْنِ وَائِلِ قَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ قُتِلُوا فِي الْمَعْرَكَةِ قَالَ: إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ. قُلْتُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ وَهَلْ كَانَ سَبِيلُهُمْ إِلَّا الْقِتْلَانُ؟ قَالَ: نَعَمْ كُنْتُ أَعْرِضُ عَلَيْهِمْ أَنْ يَدْخُلُوا الْإِسْلَامَ فَإِنْ أَبَوْا اسْتَوْدَعْتُهُمُ السَّجْنَ). (4). فالأثر من جهة ليس فيه أبدا ما يدل صراحة على إنكار عمر رضي الله عنه لحد الردة ولم يؤثر عنه ذلك، فضلا عن أنه أثر حمال أوجه، فهو يحتمل أنه أراد استتابتهم وسجنهم قبل قتلهم، فلم يرد أن يطبق عليهم الحد في الغزو مراعاة لهذا الظرف الاستثنائي. كما يحتمل أنه أراد استتابتهم وسجنهم أكثر من ثلاثة أيام لما يرجوه من عودتهم للإسلام، فإن لم يفعلوا قتلوا. كما يحتمل أنه أراد سجنهم واستتابتهم مدى الحياة، وحتى لو فرضنا صحة هذا الاحتمال الأخير فإن أصل معاقبة المرتد يبقى ثابتا حتى ولو كان السجن مدى الحياة وهي عقوبة ليست بالهينة، ومن الواضح أن أثرا حمال أوجه لا يقوى على معارضة نصا صحيحا أو ينقض به الإجماع، خاصة إذا كان إجماع الصحابة ومن هنا فإننا نقطع بثبوت عقوبة الردة ولا نرى وجها لإنكار ثبوتها.

- والثانية تتعلق بالتكليف الشرعي أو القانوني لجناية الردة هل هي جناية عقدية فكرية تدخل ضمن جرائم الحدود التي هي حق الله فلا مناص لولي الأمر من تنفيذها، أم جناية سياسية من جرائم النظام العام، وبالتالي تتوقف على اجتهاد ولي الأمر؟ وهذه النقطة لا نجد فيها إجماع بل كانت موضع اجتهاد من قدماء الفقهاء وليس المعاصرين فحسب، حيث اختلف الفقهاء في موجب عقوبة الردة هل هو مجرد الكفر الطارئ أم ما انضم إليها من الحراية؟ فالقول بأن موجب الحد هو مجرد الكفر الطارئ يعني بلا شك النزوع إلى تكييفها على أنها جريمة عقدية، بينما القول بأن موجب العقوبة هو ما انضم إلى الكفر من الحراية يعني النزوع إلى تكييفها بأنها جريمة سياسية.

لقد ذهب جمهور الفقهاء قديما إلى تكييف جريمة الردة على أنها جناية عقدية، وأن موجبها هو الكفر الطارئ، و ترتب على القول بأن الردة جناية عقدية آثار فقهية مدنية وجنائية كثيرة؛ أهمها وجوب قتل كل من رجع

1- ينظر في ذلك الآيات: البقرة/256. يونس/108. الإسراء/15. الكهف/29. الروم/44. فاطر/39. الزمر/41. وأحصى طه جابر العلواني ما يقرب من 200 آية تتعلق بحرية الاعتقاد ينظر: لا إكراه في الدين، ص: 99.

2- ينظر في ذلك الآيات: البقرة/108، 217. آل عمران/86-90، 177. النساء/137. التوبة/66، 74. النحل/106-109. محمد/25-27.

3- ينظر هذه القرائن في: سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 213-217.

4- البيهقي: السنن الكبرى/ كتاب المرتد / باب من قال يجبس ثلاثة أيام / رقم: 16888. 360-359/8.

عن الإسلام إلى الكفر سواء كان محاربا أو غير محارب وسواء كان رجلا أو امرأة أو شيخا. وعدم جواز الصلاة عليه، وعدم جواز دفنه في مقابر المسلمين.

بينما ذهب فقهاء الحنفية إلى تكليف جناية الردة على أنها جنائية سياسية وأن موجبها ما انضم إلى الكفر من الحراية، على اعتبار أن الأصل في الشريعة هو تأخير جزاء الكفر إلى الآخرة، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء، وإنما عدل الشرع عن ذلك بالنسبة للمرتد دفعا لشر متبادر منه وهو الحراية. و يشهد لذلك ما نقله ابن تيمية أن كل الذين عوقبوا بحد الردة في عهد النبي ﷺ ضموا إلى الكفر أعمال آخر " فقد ذكر أن النبي ﷺ قبل توبة جماعة من المرتدين، وأمر بقتل جماعة آخرين ضموا إلى الردة أمورا أخرى تتضمن الأذى والضرر للإسلام والمسلمين، مثل أمره بقتل مقيس بن حباية يوم الفتح لما قتل المسلم وأخذ المال، ولم يتب قبل القدرة عليه. وأمر بقتل العُزَينيين لما ضموا إلى ردتهم نحو من ذلك، وكذلك أمر بقتل ابن خطل لما ضم إلى رده السب وقتل المسلم، وأمر بقتل ابن أبي سرح لما ضم إلى رده الطعن عليه والافتراء" (1). وهذا التكليف الفقهي يلقي قبولاً من جانب بعض المعاصرين كما هو الحال عند محمد سليم العوا(2)، وراشد الغنوشي(3)، ويوسف القرضاوي. الذي يرى أن عمر ﷺ فهم من قوله ﷺ (مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ) (4). أنه قاله بوصف الإمامة وعمل من أعمال السياسة الشرعية وليس فتوى وتبليغا عن الله تلزم به الأمة في كل زمان ومكان وحال فيكون قتل المرتد وكل من بدل دينه من حق الإمام واختصاصه فإذا أمر بذلك نفذ وإلا فلا(5).

وقد رتب الحنفية على القول بأن الردة جنائية سياسية أثارا فقهية خالفوا بها الجمهور منها " أن المرأة المرتدة لا تقتل لأنها ليست من أهل القتال والحرب، وإنما يقتل بذلك الرجال لأنهم من أهل القتال والحرب"(6). و في ذلك يقول الإمام السرخسي في المبسوط: " ولا تقتل المرتدة، ولكنها تحبس، وتجبر على الإسلام عندنا"(7)، " فإذا ثبت أن القتل باعتبار المحاربة، وليس للمرأة بنية صالحة للمحاربة فلا تقتل لا في الكفر الأصلي ولا في الكفر الطارئ ولكن تحبس"(8). ورغم أن هذا التكليف لا يسقط أصل العقاب عن المرتد غير المحارب كالمرأة فإن قيمته تكمن في التوجيه الفقهي الذي أعطاه لعقوبة الردة سواء أكانت قتلا أو سجنا وهو أنها ليست عقوبة على مجرد الكفر الطارئ ولكن على ما انضم إليه من أعمال الحراية. وبذلك يعتبر أن الردة ليست مجرد جنائية عقدية بل أيضا سياسية، وأن العقوبة المقررة لها شرعا تنصرف لما تقتزن به الردة غالبا من أفعال الحراية، و بذلك يبقى أصل حرية العقيدة مقورا ومحفوظا شرعا، ويتبين كذلك أن الأصل هو عدم ولاية السلطة العامة في مجال الاعتقاد إلا ما تعلق بحماية حرية الاعتقاد.

ثانيا- مجال العبادات

- 1- عبد الحلیم بن تیمیة: الصارم المسلول، ت محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، ص: 368 .
- 2- ينظر: محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ص: 210-211.
- 3- ينظر: راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، ص: 49-51.
- 4- صحيح البخاري/كتاب الجهاد والسير/ باب لا يعذب بعذاب الله/ رقم: 3017 . 363/2.
- 5- ينظر يوسف القرضاوي: جريمة الردة في المجتمع الإسلامي، ص: 41-42، الهامش.
- 6- عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد للطباعة والنشر، القاهرة، د ت، 334/5-335 .
- 7- شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، 108/10 .
- 8- شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، 110/10 .

1 - عدم الاختصاص التشريعي في مجال العبادات

تمثل الشعائر التعبدية التجسيد الرمزي والتطبيق العملي الحي للعقيدة في مجال علاقة الإنسان بربه، ولهذه الشعائر التعبدية جانبان الجانب الشكلي الصوري وهو جانب الأداء بالأفعال والألفاظ والشكل والصورة التي نص عليها الشارع، والجانب الموضوعي الغائي وهو تحقيق المقاصد والغايات التي شرعت من أجلها من تزكية النفس و تربية الضمير وإحسان المعاملة (1)، ومن ثم فالشعائر التعبدية ذات طبيعة دينية خالصة أو غالبية ويقصد بها صلاح الذات و حصول النجاة الأخروية.

وإذا كانت المواثيق الدولية تنص صراحة على حرية العبادة أي أن للمتدين مطلق الحرية في اختيار الطقوس والشعائر التي يعبر بها عن معتقده، بحسب فهمه واقتناعه الشخصي، فإن هذا المبدأ (حرية العبادة) بالنسبة للفقهاء الإسلامي لم يأخذ حظه بعد من الدراسة العلمية المعمقة، ومن ثم فإن الباحث يجد نفسه مضطرا للاعتماد على بعض الأعمال القليلة التي حاولت تناول هذا الموضوع، ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين رأيين فقهيين:

- الأول يرى أصحابه جواز تبني السلطة العامة في مجال العبادات مما يعني إقرارا صريحا لمبدأ الاختصاص التشريعي للولاية العامة في مجال ممارسة الشعائر الدينية، وهو ما ذهب إليه النووي ونقله عنه السيوطي " أنه لو أمر الإمام الناس بصوم ثلاثة أيام في الاستسقاء لوجب ذلك عليهم بأمره حتى يجب تبييت النية" (2).

- الثاني: يرى فريق آخر أنه وإن كان الأصل جواز التبني غير أنه يجوز ترك التبني في مجال العبادات استثناء؛ أي دفعا للحرج. مما يعني أيضا أن الأصل الدستوري هو الإقرار بالاختصاص التشريعي للولاية العامة في مجال العبادات، وعدم الاختصاص هو استثناء من أصل اقتضاه إعمال أصل دفع و رفع الحرج (3).

ونحسب أن هذين الرأيين بعيدين كل البعد عن أحكام الشرع، وهو ناتج عن عدم التفريق بين الشأن العام والشأن الخاص تفريقا حقيقيا، فإن من الآثار المترتبة على التفرقة بين الشأنين، أن الشأن العام هو مجال تصرف الولاية العامة، ومجال الشأن الخاص هو مجال يقع خارج مجال تصرف الولاية العامة، وإلا لم يكن لهذه التفرقة من معنى، وعلى ذلك فالقول بأن الأصل هو تدخل السلطة العامة في مجال الشعائر التعبدية وتقييد حرية العبادة هو مردود، بل الذي نذهب إليه أن جهات التشريع في الدولة الإسلامية (مجلس الشورى، الإمام) ليس لها التشريع في مجال العبادات لا إنشاء و لا تبني وانتقاء.

2 - الأدلة على عدم الاختصاص التشريعي في مجال العبادات

ليس للولاية العامة في الدولة الإسلامية اختصاص تشريعي في مجال العبادات لا إنشاء ولا انتقاء، ونؤسس ذلك على الأسانيد الشرعية التالية:

- فأما عدم اختصاص الولاية العامة بالتشريع في مجال العبادات إنشاء، فهو أمر ظاهر وموضع إجماع، فليس لأحد أن يشرع عبادة إلا الله ﷻ، فالعبادات مبنها على التوقيف، فلا مجال للزيادة في أصلها ولا في عددها ولا في

1- حول مقاصد العبادات ينظر: الطاهر بن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط2، ص: 77-80.

2- ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة الباي الحلبي، 1959، ص: 527-528.

3- ذهب إلى ذلك محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 357.

كيفيةاتها (1)، فمن القواعد المقررة شرعا أنه لا يعبد الله إلا بما شرع، وأن العبادات في أصلها أو في تفاصيلها توقيفية بمعنى أن الله ﷻ تولى بواسطة الوحي تحديد أنواعها، وأعدادها، وأوقاتها، وشروطها، وكيفيةاتها، فأمرها مفروغ منه بما أنزله ﷻ في كتابه وبما سنه رسوله ﷺ بصفته مبلغا عن ربه، وما كان من اختلاف الفقهاء في تفاصيل بعض الأحكام فهو اختلاف محدود لا يغير من شكل العبادة أو صورتها. ومن ثم فجميع جهات التشريع في الدولة الإسلامية (جماعة المسلمين، مجلس الشورى، الإمام) معزولة عن مجال الشعائر التعبدية.

- وأما عدم اختصاص السلطة العامة بالتشريع في مجال العبادات انتقاء وتبنيًا، ومعنى التبني في مجال العبادات سن السلطة العامة تشريعا تتبنى فيه مذهبا فقهيا من المذاهب الإسلامية المختلفة، أو تتبنى فيه اختيارات معينة من مذاهب فقهية مختلفة في كيفية ممارسة العبادات وإلزام الناس بها. فهو مؤسس على الأدلة التالية:

أن العبادات تشترط فيها النية، فهي وإن كانت كليات عملية، فهي أيضا قربات تشترط فيها نية المكلف، والنية تابعة للمعتقد، وتدخل السلطة العامة في كليات العبادات يلزم عنه ترك المتعبد ما يعتقد وما يدين به، لما تلزمه به السلطة العامة، ولا يمكن للمكلف أن يتعبد بكيفية يعتقد أنها غير مجزية، لما يترتب عليه من فساد النية ومن ثم فساد العبادة. وعلى ذلك فلا حق للولاية العامة في التدخل في مجال العبادات والشعائر الدينية، لما يترتب عليه من فساد العبادة ذاتها.

- أن العبادات يقصد بها ثواب الآخرة، وليس مصالح الدنيا التي يتنازع عليها الناس؛ ومن ثم فإن مما استقر عليه الفقه أن العبادات لا يدخلها الحكم البتة، وهو ما بينه القرابي في الفرق الرابع والعشرون بعد المائتين من فروقه بقوله: "اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل الفتيا فقط فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة، ولا أن هذا الماء دون القلتين فيكون نجسا فيحرم على المالك بعد ذلك استعماله، بل ما يقال في ذلك إنما هو فتيا؛ إن كانت مذهب السامع عمل بها، وإلا فله تركها والعمل بمذهبه... ولا يلزمه قول ذلك القائل لا في عبادة ولا في سببها ولا شرطها ولا مانعها" (2). وهو نفس الرأي الذي نجده عند ابن فرحون الذي يقرر بوضوح أن ما يصدر من الحاكم والإمام في مجال العبادات فتوى وليس حكم أو تشريع وللمخالف أن يفتي بخلاف ما أفتى به (3)، ويعلل القرابي ذلك في موضع آخر بقوله: "إن التنازع فيها ليس لمصالح الدنيا بل لمصالح الآخرة، فلا جرم أن لا يدخلها حكم الحاكم أصلا" (4).

3 - اعتراضات وجوابها

قد يعترض البعض على صحة هذه القاعدة الدستورية بما ثبت من السوابق في عصر الخلافة الراشدة من تدخل ولي الأمر في مجال العبادات:

- ومن ذلك تدخل الدولة في تنظيم الزكاة جباية وتوزيعا، والزكاة عبادة.

1- وهذا خلافا لما في الممارسة الدينية المسيحية حيث أصبح من المعتاد مشاهدة التفتن في الزيادة في العبادات كأن تعزف الموسيقى ويتمايل الراقصون والراقصات في الصلاة .

2- القرابي: الفروق، الفرق 224، 111/4.

3- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، 81/1 .

4- القرابي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام. ص: 44

- ومن ذلك تدخل الحاكم في إثبات رؤية هلال رمضان أو شوال أو ذي الحجة.

- ومن ذلك منع عمر رضي الله عنه التمتع في أشهر الحج.

- كما يعترض البعض بالعقوبات المقررة فقها كجزاء على ترك بعض العبادات مثل عقوبة تارك الصلاة، وعقوبة مانع الزكاة، وعقوبة منتهك حرمة رمضان. و هي عقوبات تعزيرية اجتهادية اختلف بشأنها الفقهاء، مما يعني أن لولي الأمر صلاحية تبني العقوبة المناسبة وهو ما يجعل لولي الأمر اختصاص تشريعي في الإلزام بهذه العبادات. إن الأمثلة التي أوهمت البعض بأن للدولة حق في التدخل في مجال العبادات هي أمثلة في حقيقة الأمر إما لا تعلق لها بكيفية العبادة وإما لا تعلق لها بالعمل التشريعي:

- فأما الاعتراض المتعلق بتدخل الدولة في جباية الزكاة وصرفها فهو أشبه باعتراض خارج عن صلب الموضوع، فالزكاة من العبادات المالية التي لها تعلق واضح بمصالح الدنيا خاصة فيما يتعلق بمصرفها، ولكنها فيما يتعلق بمخرجها فهي ذات طبيعة دينية لما فيها من زكاة النفس والمال، وطلب الأجر والثواب، ومن المعلوم أن معظم أحكام الزكاة أحكام مقررة بالشرع الحنيف ومن ثم فإن السلطة العامة ليس لها اختصاص تشريعي يذكر في سن أحكامها، لا في تحديد أنواع الأموال التي تجب فيها، و لا في تحديد نصابها، ولا في تحديد مقاديرها، ولا في تحديد وقتها، و لا في تحديد مصارفها، فاختصاص الولاية العامة كما هو واضح اختصاص تنفيذي محض. للأحكام المقررة بالشرع، ولا يخل بذلك أن بعض التفاصيل الفقهية المتعلقة بالزكاة تختلف فيها بين أهل العلم والفقهاء، فإن هذه التفاصيل لا تمس بالعبادة أصلا وحكما وصورة، و لكن تتعلق في معظمها بمسائل تنظيمية لتطبيق أحكامها المقررة شرعا، ومن ثم فهي داخلية في صلاحيات ولي الأمر التنفيذية.

- أما الاعتراض بتدخل الحاكم في إثبات هلال شهر رمضان وشوال ، وهو الذي يتوقف على ثبوته عبادة الصوم، وكذا تدخله في إثبات هلال ذي الحجة وهو الذي تتوقف عليه عبادة الحج، فلا حجة فيه على أن لولي الأمر اختصاصا تشريعيًا في مجال العبادات، من حيث أيضا أن هذه أحكام مقررة بالشرع، ومن حيث أن لفظ الحاكم هنا لا ينصرف معناه للإمام إنما ينصرف للقاضي، ومن حيث أن الإثبات وقبول الشهادة على ثبوت الشهر عمل من أعمال القضاء، والتي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

- أما الاعتراض بما سنه عمر من الخطاب رضي الله عنه من منع التمتع في أشهر الحج حتى يبقى البيت عامرا طوال السنة، وليس فقط في أشهر الحج، وهو اجتهاد في مجال العبادات حمل عليه الكافة بما له من سلطة الولاية العامة، لكنه اجتهاد لا تعلق له بأصل العبادة ولا بكيفية إجرائها وإنما له تعلق بوقتها، ومن المعلوم أن العمرة ليس لها وقت محدد شرعا، ومن ثم فإن المنع منها في بعض الأوقات لأغراض تنظيمية، لا يعتبر تدخلا تشريعيًا في كيفية ممارسة العبادة، وإنما كان القصد تنظيم الدخول والخروج من مكة وزيارة بيت الله الحرام، علاجا لمشكلة الازدحام في أشهر الحج، ورغبة في إعمار بيت الله سائر الشهور. وهو ما يعني أن الشأن الديني الذي تكون فيه الممارسة جماعية، قد لا يبقى شأنًا خاصًا أو دينيًا محضًا بل قد يقتضي الحزم ضبطه وتنظيمه واعتباره مجالًا للتصرف السياسي.

- أما الاعتراض المتعلق بأصل العقاب المقرر فقها كجزاء على ترك بعض العبادات، فهو اعتراض في صلب الموضوع، ويطرح فعلا إشكالا حقيقيا وقد توقف الباحث عنده طويلا، فالتسليم بحق ولي الأمر في النظام الإسلامي بالمعاقبة على ترك بعض العبادات يجعل له فعلا اختصاصا تشريعيًا، في الإلزام بهذه العبادات، وليس فقط اختصاصا

تنفيذيا، من حيث أن هذه العقوبات مجال للاجتهد والاختلاف، مما يعني إفساح المجال لولي الأمر لتبني العقوبة المناسبة، والجواب الذي تطمئن إليه النفس عن هذا الاعتراض، أن المعاقبة على هذه الأفعال لا ينصرف إلى التدخل في العبادة ولا في كیفياتها، وإنما الغرض منه هو حماية الدين والممارسة الدينية من التلاعب والاستهزاء وكذلك حفظ الآداب والنظام العام، من حيث أن هذه الأفعال لا يتم العقاب عليها إلا بالمجاهرة بها، كالمجاهرة بالإفطار في رمضان، والمجاهرة بترك الصلاة، والمجاهرة بمنع الزكاة والله أعلم.

وخلاصة القول أن السلطة العامة في الدولة الإسلامية ليس لها أي اختصاص تشريعي في مجال الشعائر التعبدية، وكل ما لها في هذا المجال هو حماية أصل حرية العبادة والحق في ممارسة الشعائر الدينية، دون أن يكون لها الحق في التدخل في تفاصيل العبادة وأحكامها. غير أن شعائر العبادة متى اتخذت مظهرا عاما وممارسة جماعية، جاز للسلطة العامة التدخل في أضيق الحدود لضبطها وتنظيمها لا من حيث هي عبادة ولكن من حيث هي ممارسة جماعية عامة، وهذا حماية لحرية العبادة أولا، وحتى لا تخرج عن غرضها الديني ثانيا.

فقرة 2 - المجالات التي من اختصاص الولاية العامة جوازاً

أولا - الفروق بين الأخلاق والقانون

إذا كانت العقائد والشعائر التعبدية خارجة عن الاختصاص التشريعي لأولي الأمر، فإن مجالات آخر يجوز لولي الأمر فيها أن يدرج الأحكام المتعلقة بها ضمن دائرة الأحكام القانونية وإن كانت في الأصل وبطبيعتها خارج مجال القانون، وهذا المجال يتعلق بقواعد الأخلاق. فالقاعدة الأخلاقية إذا تدخلت السلطة العامة لتحميمها أو لتضع جزاء على مخالفتها تخرج بذلك عن كونها مجرد قاعدة أخلاقية لتصبح قاعدة قانونية وتشريعا ملزما. وبالتالي فالعلاقة بين القانون والأخلاق علاقة تناسب عكسي كلما اتسعت دائرة القانون ضاقت دائرة الأخلاق و العكس صحيح. تمثل الأخلاق التعبير السلوكي للعقيدة في مجال العلاقات الاجتماعية، وترتبط الأخلاق بالدين ارتباطا وثيقا، حيث أسهم الدين بالنصيب الأكبر في تأسيس الواجب الأخلاقي والفضيلة الأخلاقية وتحديد قواعد الأخلاق، ومع ذلك فقد أثرت عوامل أخرى الرصيد الأخلاقي للبشرية كالتجارب الاجتماعية والمذاهب الفلسفية. ويقع الفعل الأخلاقي في منطقة وسط بين العقيدة والقانون، وتتميز القواعد الأخلاقية عن القواعد القانونية من ثلاث جهات:

1 - من حيث الموضوع: أن الأخلاق تتعلق بالسلوك والفردية والاجتماعي بينما القانون يتعلق بالسلوك الاجتماعي، فالأخلاق تقسم عادة إلى قسمين واجبات الشخص نحو ذاته (كالنظافة و غض البصر والصوت، تنظيم الوقت) ويعبر عنها بالأخلاق الفردية، وواجبات الشخص نحو غيره (كالصدق والأمانة والوفاء بالعهد) ويعبر عنها بالأخلاق الاجتماعية، فالقانون يقتصر على قواعد السلوك الاجتماعي، وليس كل السلوك الاجتماعي بل الذي فيه إضرار بالغير أو مساسا بالحقوق والمراكز القانونية، فالكذب البسيط لا يقع تحت طائلة القانون، بينما يعاقب على الكذب حين يتمثل في شهادة الزور(1)، وعلى ذلك فالأخلاق أوسع نطاقا من القانون أو كما يقول

1- سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية القاهرة، 1967، ص: 36 .

فيلسوف الأخلاق بنتام Bentham "إذا كانت دائرة الأخلاق ودائرة القانون متحدتين في المركز فإن لكل منهما محيطا مستقلا"⁽¹⁾ "Le Droit et la morale s'ils ont le même centre, n'ont pas la même circonférence".

2 - من حيث الغاية: أن القواعد الأخلاقية لا تكتفي بالحكم على الأفعال سلبا أو إيجابا من خلال المسلك المادي الظاهري فقط، وإنما أيضا من خلال النوايا المقترنة بذلك الفعل، فالبواعث والدوافع لها مكانها في الحكم على الفعل بأنه فضيلة أو رذيلة، من حيث أن القواعد الأخلاقية بطبيعتها مثالية؛ غايتها تربية الإنسان الفاضل والسمو به إلى أقصى درجة ممكنة من الكمال، بينما القواعد القانونية فإنه لما كان غرضها استقرار النظام واستقرار المعاملات فإنها تقتصر في الحكم على الفعل بالمسلك المادي الظاهر و لا تكثرث بالنوايا إلا بالقدر الذي يكشف عنها ذلك المسلك ذاته.

3 - من حيث الجزاء: أن قواعد الأخلاق موكولة إلى وازع الديانة والجماعة وبالتالي فإن الجزاء على مخالفتها ينحصر في تأنيب الضمير الفردي والجماعي، بينما قواعد القانون موكولة بالإضافة إلى ذلك لوازع السلطة العامة حيث سبق أن ذكرنا أن الجزاء على مخالفتها يتسم في كل صورده بطابع مادي يمس المخالف في شخصه أو ماله⁽²⁾.

ثانيا - الحدود المتغيرة بين مجال الأخلاق ومجال القانون

ومما سبق يتبين أن بين القانون والأخلاق منطقة مشتركة كما توجد إلى جانب هذه المنطقة المشتركة منطقة تنفرد بها الأخلاق.

1 - المنطقة المشتركة، فالقانون يلتقي مع الأخلاق في كثير من القواعد، وذلك أن جزء كبيرا من الواجبات الأخلاقية هي في نفس الوقت واجبات قانونية، فالقواعد التي تحرم الاعتداء على النفس أو العرض أو المال، والقواعد التي تقضي بالوفاء بالعهد، ورد الأمانة والوديعة، هي في نفس الوقت واجبات أخلاقية موكولة لوازع الديانة والضمير الفردي والجماعي وأحكام شرعية قانونية يحميها وازع السلطة السياسية، وتمثل الشريعة الإسلامية المثال النموذجي لتداخل دائرة الأخلاق والقانون، فالأحكام الشرعية القانونية في الإسلام منصبة بصيغة أخلاقية ظاهرة. ولا تمثل هذه المنطقة إشكالا بالنسبة لموضوعنا.

2 - المنطقة التي تنفرد بها الأخلاق

ليست جميع أحكام الشريعة أحكاما قانونية موكولة في تنفيذها للسلطة العامة، بل إن جزءا كبيرا من هذه الأحكام هي أحكام أخلاقية، موكولة لديانة الفرد وضميره الفردي والجماعي، ويتبين ذلك بالرجوع إلى آيات الكتاب حيث نجد كثير من الأحكام أنيط تنفيذها بوازع التقوى وهو وازع الإيمان الصحيح المتفرع إلى الرجاء والخوف، ولم تقرر لها الشريعة جزاءات دنيوية على مخالفتها، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾⁽³⁾. وقوله: ﴿عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾⁽⁴⁾. (1). وخلافا للقانون الوضعي الذي تنحصر الأحكام فيه في الإلزام والمنع والإباحة، فإن الشريعة

1- حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، ص:30.

2- حبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية، ص:33.

3- البقرة/228 .

4- البقرة/235.

الإسلامية تعرف إلى جانب ذلك أحكام المستحب والمكروه، و هما يعتبران حكمان أخلاقيان بامتياز إذ الطلب فيهما أمرا ونهيا على جهة الأفضلية لا على جهة الإلزام، ومخالفتها توجب اللوم والعتاب، ولا توجب الحساب والعقاب.

ثالثا - انقلاب الأحكام الأخلاقية إلى قوانين شرعية

وهي قاعدة مهمة يقرها فقهاء الشريعة وهي أنه متى ضعفت الدوافع الأخلاقية في النفوس في القيام بالواجبات الموكولة إلى ديانتهم وأمانتهم، فإنه ينبغي للسلطة العامة تشريع أحكام الضبط اللازمة للنهوض بتلك الواجبات، وفي ذلك يقول ابن عاشور: " أنه متى ضعف الوازع الديني، في زمن أو قوم أو أحوال، يظن أن الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني، هنالك يصار إلى الوازع السلطاني، كما قال عثمان **رضي الله عنه**: "يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن" (2).

ويقول جمال الدين عطية " لولي الأمر أن ينقل بعض الأحكام من دائرة الوجوب ديانة إلى دائرة الوجوب قضاء والعكس، أي أن الحد بين دائرتي القانون والأخلاق بالمفهوم المعاصر ليس ثابتا في الشريعة ولكنه مرن متحرك، وفقا للمصلحة العامة فحيثما كان المستوى الأخلاقي والوازع الديني كافيا انحسرت دائرة الجزاء الديني إلى أقل نطاق، وضاعت دائرة القانون إلى أضيق حد، وحيثما ضعف الوازع الأخلاقي والوازع الديني اتسع نطاق الجزاء الديني" (3).

ففي مسائل المندوبات والمكروهات " لولي الأمر التدخل بالجزاء المناسب إذا رأى مصلحة في ذلك، وهذا هو نقل القاعدة الخلقية إلى دائرة الإلزام القانوني تطبيقا لقاعدة إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن ومن أمثلة ذلك ما لجأت إليه بعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة الإلزام بما كان متروكا لضمائرهم، وللجزاء الأخروي، في مسائل الطلاق وتعدد الزوجات والنفقات والوصية للأقربين" (4).

ولعل من الأمثلة التطبيقية المعاصرة في هذا المجال قضية بر الوالدين وهي قضية من الناحية المبدئية موكولة إلى الضمير الخلقى للفرد ورصيد الفطرة في أعماقه ومن ثم فالشرع قد اكتفى في الحث على بر الوالدين والإحسان إليهما بوصايا أخلاقية، لعل أهمها قرن طاعتها بطاعته، وجعل حقهما والإحسان إليهما يأتي في المرتبة الثانية مباشرة بعد حق الله عز وجل في الطاعة والعبادة كما يدل على ذلك قوله عز وجل: ﴿ **وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ** **وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا** ﴾ (5). ولكن لما تغير الحال وأصبح عقوق الوالدين فاشيا، وإهمالهما أمر شائعا، والتخلي عنهما لصالح دور العجزة بغير موجب أمرا واقعا، جاز للقانون التدخل بما له من سلطة الإلزام والإكراه لإعادة الأمر إلى نصابه بالنسبة لمن لا تحفزهم الفضائل الأخلاقية وذلك لحماية الضعيف و أخذ حقه له. وبه يتحول الواجب الأخلاقي إلى إلزام قانوني.

فقرة 3- المجالات التي هي من اختصاص الولاية العامة وجوبا

أولا - الشأن العام مجال التشريع

1- ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 387.

2- ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 387.

3- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص: 42.

4- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، ص: 50.

5- الإسراء/ 23.

من المقرر شرعا وفقها و سياسة أن مجال الولاية العامة هو مجال الشأن العام، وبالتالي فما تنهض به من التصرفات السياسية هو بالأساس لحماية المصالح العامة، ومن ثم فقد أثار فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مشارهم ومذاهبهم في مدونات الفقه التفرقة بين ما هو "عام" وما هو "خاص"، من خلال تمييزهم في باب الولايات بين الولاية العامة والولاية الخاصة(1)، وتمييزهم في باب الأموال بين المال العام الذي يطلق عليه مال الله أو مال المسلمين، والمال الخاص الذي يطلق عليه مال العباد، كما جسدهته المقولة المأثورة عن عمر بن الخطاب ؓ (**إني أنزلت نفسي من مال الله منزلة الوالي من مال اليتيم**)(2). وكذلك تمييزهم في باب العقوبات بين العام الخاص من خلال تمييزهم بين حق الله وحق العبد، حيث يقصد الفقهاء بحق الله، "الحق العام" وينسب إلى الله تعظيما له وبيانا لخطره، أما حق العبد فهو ما يقصد به في القانون الحق الشخصي، ويشرح الفقهاء "معنى" ما هو حق لله"، بأن أفعال المكلفين التي تعلق بها الأحكام الشرعية، إن كان المقصود بها مصلحة المجتمع عامة، أو كانت مصلحة المجتمع هي الغالبة فيها، فحكمها خالصة لله، وليس للمكلف فيها خيار، وتنفيذ هذا الحكم يكون لولي الأمر، وإن كان المقصود بها مصلحة المكلف خاصة، أو غلبت هذه المصلحة على الجانب العام فيها، فحكمها خالص للمكلف، وله في تنفيذها الخيار، فالمراد بما هو حق لله ما هو حق للمجتمع وشرع حكمه للمصلحة العامة لا لمصلحة فرد خاصة، فلكونه من النظام العام ولم يقصد به نفع فرد بخصوصه، نسب إلى رب الناس جميعا وسمي حق الله"(3)، فهل هناك معيار أوضح من هذا المعيار للتفريق بين العام والخاص، بل هو تقريبا ما وصل إليه الفكر القانوني الحديث، ومن هنا يبدو جليا شطط القول بأن الإسلام لا يعرف التفرقة بين الشأن العام والشأن الخاص، وأن ذلك ليس إلا فلسفة ليبرالية لا أكثر(4).

ومع ذلك فنحن لا نجد حصرا تنظيريا لمجالات الشأن العام التي تناط وجوبا بالسلطة العامة في الدولة الإسلامية لا في مدونات الفقه الإسلامي وأصوله، ولا في مصنفات السياسة الشرعية، فإن فقهاء الشريعة الأوائل لم يعنوا كثيرا بالتنظير في هذا المجال وإنما اتجهت عنايتهم أكثر إلى تحرير الأحكام التي تتعلق به، غير أن من يستقرأ مدونات الفقه ومصنفات السياسة الشرعية لا يلبث من خلال تتبعه للموضوعات المدرجة فيها أن يخرج بتصور محدد لأهم مجالات الشأن العام التي تمثل الاختصاص الموضوعي للولاية العامة في مجال التشريع والعمل بالسياسة الشرعية، حيث نجد أن نطاق الشأن العام لم يقتصر على موضوع واحد هو موضوع السلطة والولاية والإمامة الذي عبر عنه فقه الأحكام السلطانية، بتعبير قانوني لم يقتصر مجال التصرف السياسي في مجال التشريع على القواعد الدستورية المتعلقة

1- حول الولاية العامة والولاية الخاصة ينظر: عبد الحليم بن تيمية، الحسبة، دار الأرقم بالكويت، ط1، 1403، ص: 15، وينظر نزيه حماد: نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، ص: 17- 51 .

2- سنن سعيد بن منصور، ت ت سعد بن عبد الله آل حميد، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1993/ كتاب التفسير/ تفسير سورة المائدة/ رقم 788، 4/ 1538، وينظر: ابن سعد: الطبقات الكبرى، 274/3.

3- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص: 210-211.

4- نجد على سبيل المثال القول بأن الشريعة لا تعرف التفرقة بين العام والخاص في مجال القانون في: حازم عبد المتعال الصعيدي، النظرية الإسلامية في الدولة، ص: 66 . وكذلك في: مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري في الإسلام، ص: 15 . حيث يرى "أن الشريعة لا تفرق بين العام والخاص لا في أحكام القانون ولا في الاختصاص القضائي، بل تخضع جميع العلاقات لأصل واحد، وقانون عمومي واحد واختصاص قضائي واحد".

بتنظيم السلطة، وإنما امتد لكل المجالات التي هي بطبيعتها موضوع شأن عام أو اقتضى التطور الاجتماعي والحضاري توسيع نطاق الشأن العام إليها.

ورغم أن بعض المصنفات قد تغفل مجالا أو موضوعا أو آخر أو تفضل التوسع في موضوع بعينه على حساب الموضوعات الأخرى، فإن المجالات الأساسية للتصرف السياسي والتي تشكل النطاق الموضوعي للتشريع في الدولة الإسلامية تكاد تكون محددة ، و يمكن الإشارة إلى أربعة مجالات منها:

أولا - مجال الولايات والوظائف العامة

أي ما يسمى اليوم بالسلطات الدستورية والإدارية وهي التي تفصل فيها كتب السياسة الشرعية، كالإمامة العظمى، والوزارة، والإمارة، والقضاء والحسبة، وولاية المظالم، و لو أن أغلب المصنفات الشرعية تعطي أهمية كبرى للإمامة العظمى وتغرق في تفاصيلها على حساب سائر الولايات. فهذه الولايات وإن اجتهد الفقه في تحديد شروط توليها، وآليات إسنادها وشغلها، وآليات العزل وأحكام شغورها، ووظائف كل ولاية وصلاحياتها، فإنه بالنظر إلى أن معظم تفاصيلها مسكوت عنها نصا، و تتجاوزها الاجتهادات وفق ما يقتضيه النظر المصلحي، فهي بكل تأكيد راجعة لشورى جماعة المسلمين أو أهل الشورى فيها، كون هذه المسائل مما يندرج في عموم لفظ الأمر كما سبق بيانه. وعليه فإن هذه الولايات لها ارتباط عضوي وثيق بالتشريع من حيث أن أهميتها بالنسبة للبناء المؤسساتي للدولة وأداء وظائفها، ومن حيث أن الشرع أجمل ولم يفصل في الأحكام الدستورية والإدارية كثيرا وترك مساحة واسعة لجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها لتتبنى فيها الأحكام التي تراها محققة للمصلحة العامة.

ثانيا - مجال الخراج و الأموال العامة

يقصد بالأموال التي هي مجال التصرف السياسي أموال المصالح العامة الواردة إلى خزينة الدولة، وهي تتألف من أنواع مختلفة باختلاف طرق تحصيلها وكيفية التصرف فيها، ومن هنا فقد أعقب الإمام الماوردي والفراء الحديث عن الولايات العامة، بالحديث عن الأموال كمجال من المجالات المخصصة للتصرف السياسي، كأموال الزكاة والصدقات والفيء والغنيمة والحزبة والخراج، والتصرفات المتعلقة بها كالإحياء والحمى والإرفاق والإقطاع، مبينا في كل مال شروط تحصيله وآليات استخراجيه، وكيفية توزيعه على مصارفيه، والقواعد التي تحكم السلطة العامة في هذا المجال. وكذلك فعل ابن تيمية في كتابه السياسة الشرعية.

والتصرف السياسي في مجال الأموال يشمل نوعين من الموارد:

1- الموارد التي قررها الشرع وفرغ منها، فهي موارد مالية مقررة بالنصوص الشرعية الصريحة القطعية، وفرغ الشرع من بيان وعائها وشروط تحصيلها، ومقدارها كالزكاة والغنيمة والفيء والخراج وغيرها من الموارد المقررة بالشرع، فهي من هذه الناحية ليست مجالا للسياسة، إلا تنفيذيا للأحكام المقررة، ولكنها تعتبر مجالا للتصرف السياسي من جهة التوزيع ، فرغم أن الشرع قد حدد في الغالب مصارف هذه الموارد إلا أن هذا التحديد لم يقيّد السلطة العامة تقييدا لم يترك لها معه اختيار بل فوض لها سلطة تقديرية بين عدة خيارات وبدائل متعددة تعمل فيها بما تقتضيه المصلحة العامة.

2- الموارد المالية التي يقتضيها الشرع، وهي الموارد المالية التي لم يرد فيها نص ولكن رعاية المصالح العامة تقتضيها فهي مفوضة إلى تقدير السلطة العامة بحسب ما يقتضيه النظر الشرعي السديد، وتوجهه السياسة

الشرعية، فهذا النوع من الموارد مجال فسيح للتصرف السياسي، من ناحية الاستخراج والتحصيل ومن ناحية التوزيع، فهو مجال للسياسة العامة تشريعاً وتنفيذاً، والمقصود هنا التسليم بحق السلطة العامة في البحث عن موارد إضافية لتغطية النفقات العامة غير تلك الموارد المقررة بالشرع، دون إرهاق كاهل الرعية بأعباء مالية لا موجب لها، وعلى كل فهو موضوع موضوع جدل عريض بين الفقهاء كما هو مبين في السياسة الشرعية في الأموال (1).

غير أنه يجب أن يلاحظ هنا هو أن أكثر مدونات الفقه ومصنفات السياسة الشرعية تقف مطولاً عند الموارد المالية المقررة بالشرع (كالزكاة، الفبيء..) وهي الموارد التي فصل القول فيها نص الكتاب والسنة وفسر أحكامها أئمة الفقه الأعلام وما تقتضيه السياسة الشرعية في توزيعها، ولكن فيما يتعلق بالموارد المسكوت عنها نجد أن الموضوع لا ينال حيزاً كبيراً من البيان والتفصيل، حتى ليكاد المرء يخرج بانطباع أن موارد الدولة في الإسلام هي تلك الموارد المقررة بالشرع، وليس وراءها أي موارد أخرى، وتنساق بعض الكتابات المعاصرة في النظام المالي والاقتصادي للدولة الإسلامية لهذا التصور وترثن له فنجدها لا تزيد عن تكرار واجترار ما هو معروف شرعاً منذ عصر الأئمة، دون أدنى محاولة لاجتهاد فقهي حول الموارد الإضافية التي يمكن أن تلجأ إليها الدولة في الواقع المعاصر والقواعد التي تحكم ذلك. إن إعداد الميزانيات جزء مهم من التشريع السياسي الذي تنهض به الحكومات المعاصرة وقد استوعب الفقهاء الأوائل أن التصرف في المال العام مجال واسع من مجالات التصرف السياسي، غير أن التصرف السياسي في مجال المال العام لا ينبغي يقف به عند الموارد المالية المقررة بنصوص خاصة، بل ينبغي أن يشمل الموارد المفوضة لتقدير السلطة العامة تحصيلاً وتوزيعاً، تشريعاً وتنفيذاً، وفق ما يقتضيه النظر الشرعي المصلحي المنضبط بقواعد الشريعة ومقاصدها، سواء في تحديد وعاء التحصيل ومقدار الواجب المحصل أو في تقدير أنواع المصارف ومقدار العطاء والأرزاق والأجور وما إلى ذلك.

ثالثاً - مجال التعزير والعقاب والأمن العام

قد مرّ معنا أن الفقهاء في كتب الفروع حصروا مجال التصرف السياسي ومعنى السياسة في التصرفات العقابية التي تباشرها السلطة العامة وتحديد العقوبات التعزيرية والعقوبات المغلظة، والحقيقة أن مجال العقوبات جزء لا يتجزء من مجالات السياسة، بل هو أظهر مجالات ممارسة السلطة العامة، وما تمتاز به من نفوذ وإكراه وقوة الوازع، ومن هنا فقد أعقب الماوردي والفراء في كتابهما الحديث عن مجال الأموال العامة بالحديث عن مجال الجنائيات والعقوبات الشرعية، سواء من الناحية الجزائية أو من الناحية الإجرائية، و سواء في ذلك العقوبات المقدرة بالشرع، والتي تعرف بالحدود أو العقوبات المفوضة لتقدير السلطة العامة والتي تعرف بالتعزير وكذلك فعل ابن تيمية في كتابه السياسة الشرعية حيث خصص القسم الثالث للجنائيات والعقوبات كمجال للتصرف السياسي، فمن الناحية الجزائية يمكن القول أن مجال التصرف السياسي في العقوبات يشمل نوعين منها:

1 - العقوبات المقدرة بالشرع: وهي الحدود الخمسة أو الستة أو السبعة على اختلاف طفيف بين الفقهاء في تعدادها، وربما قد يستغرب البعض ممن لا خبرة له بالموضوع إدراج هذه الحدود المقدرة بالشرع في مجال العمل بالسياسة، والحقيقة أن هذه الحدود وإن كانت ابتداءً لا تعلق للسلطة العامة بها من جهة التشريع؛ لأن الشرع قد فرغ

1- ينظر صلاح الدين سلطان: سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية، سلطان للنشر، 2004، ص: 169-376.

من ضبط أنواعها وتحديد مقاديرها وموجباتها، بحيث لا تحتاج من هذه الناحية إلى اجتهاد فقيه ولا إمام، فإنها من جهة التنفيذ تحتاج إلى أمر ولي الأمر، وحكم الحاكم، وقرار من بيده سلطة التنفيذ، فإن هذه العقوبات كما يقول الإمام الجويني: "لو فوضت إلى جميع الناس.. لانتشرت الفتن وعظمت الإحـن، فحسم الشرع هذه المادة، وفوض هذه الأمور لولاة الأمور، فأذعن الناس لهم وأجابوا طوعا وكرها، واندفعت تلك المفاصد العظيمة" (1)، إلا أن للولاية العامة في الظروف الاستثنائية بمقتضى السلطات الاستثنائية، أن تعلق العمل بها أو أن تؤجل تنفيذها مراعاة لمقتضيات الضرورة والمصلحة العامة، كما في حالة تأجيل إقامة الحدود في الحرب، وذلك طبعاً يقتضي صدور تشريع استثنائي بذلك.

2 - العقوبات غير المقدرة: وهي العقوبات التي فوضت للسلطة التقديرية لولي الأمر وتعرف في المصطلح الفقهي بالتعزير، وقد اتفق فقهاء الشريعة على أن التعزير واجب من حيث المبدأ بنص الشرع، كما يدخل تحت قاعدة جلب المصالح ودرء المفاصد، وهي تعتبر أعظم قواعد الشرع ومقاصده، كما اجمعوا على أن التعزير مفوض من حيث سلطة التجريم، ومن حيث نوع العقوبة ومقدارها للسلطة العامة، بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ومن هنا فهو باب واسع من أبواب السياسة تشريعاً وتنفيذاً وقضاً، فإذا كانت الحدود معدودة ومحدودة، فإن عدداً غير محدد من الجرائم لم يقرر لها الشرع عقوبة محددة لا نوعاً ولا مقداراً، وقد سبق أن أوردنا قائمة للجرائم التي يمكن أن تكون محلاً للتعزير، غير أن هذا التعداد ليس على سبيل الحصر، فإن التجريم في حد ذاته مجالاً من مجالات التصرف السياسي، فليس من المنكور أن يمنع ولي الأمر شيئاً مباحاً لمصلحة عامة، ثم يعزز هذا المنع بعقوبة تعزيرية لمن خالفه، كبيع السلاح أوقات السلم، و منع بيعه أوقات الفتن.

إن مجال التجريم والعقاب خارج مجال الجرائم المقررة والعقوبات المقدرة، كان ولا يزال موضع جدل بين فقهاء المذاهب، وهو مجال فسيح لاختلاف النظر السياسي، سواء في تحديد نوع العقوبة، كالعقوبات السالبة للحرية السجن والحبس والقيود، والعقوبات المالية، أو سواء في ذلك تحديد مقدار العقوبة بين من يرى جواز تغليظها وتشديدها حتى تبلغ وتتجاوز أعلى الحدود بل حتى تبلغ القتل سياسة، وبين من يرى عدم جواز ذلك وأنه لا ينبغي أن تتجاوز أضعف الحدود. ومنه فإذا كانت التصرفات السياسية في مجال الجزاء المقدر ينحصر في القضاء بها وتنفيذها، فإن في مجال الجزاء غير المقدر تمارس جميع أنواع التصرف السياسي تشريعاً وتنفيذاً وقضاً كل ذلك في إطار المشروعية الإسلامية. وبه يبرز جلياً دور السلطة كصانع للقواعد القانونية بحسب تعبير أـلموند وـباول.

رابعا - مجال الحقوق والحريات العامة

نحسب أن هذا المجال هو أوسع أبواب التصرف السياسي وأبرزها أثراً في حياة الناس، حتى ليكاد يتخلل كل مجالات الحياة وجميع أبواب الشريعة، بدءاً من مجال الحريات الفكرية والدينية مروراً بالأحوال الشخصية والحقوق المدنية، وانتهاءً بالحقوق الدستورية والحريات السياسية، ورغم أن الشريعة قد جعلت مجال العقائد والعبادات والأحوال الشخصية وكذا أبواب واسعة من المعاملات من المجالات التي تنتمي بطبيعتها إلى نطاق الشأن الخاص وتخرج عن نطاق الشأن العام، حيث أوكلت تنفيذها في الغالب لواضع التقوى والديانة، فإنه مع ذلك قد أفسحت للسلطة العامة مجالاً

واسعا للتصرف فيها فيما يعرف بدائرة المباحات أو ما يعرف اليوم بمجال الحقوق والحريات، خاصة حيثما تتخذ ممارسة هذه الحقوق طابعا جماعيا مما يستدعي تنظيمها عند ظهور بوادر التعسف فيها، فكما يقول العلامة فتحي الدريني: " فالحرّيات كافة منظورا إليها من خلال التشريع الإسلامي نفسه، نشأة ومفهوما وضمانها بالتكليف، وقد منحت أو شرعت لغايات مرسومة شرعا ينبغي على أن يمارسوها على نحو يفرضي إلى تحقيق تلك الغايات، وهذا لا يتفق مع الإطلاق والهوى والفوضوية في شيء" (1)، فالأصل أن السلطة لا تتدخل في الحقوق الشخصية والحريات العامة إلا حيثما يصبح الاسترسال فيها بدافع الهوى والتشهي ولأن الشرع جاء لإخراج المكلف عن داعية هواه حتى في المجال السياسي، جاز للسلطة العامة التدخل معنا للتعسف في هذه الحقوق والحريات.

البند الثاني - الاختصاص الموضوعي لكل جهة من جهات التشريع

من الواضح أن هذه المسألة مسكوت عنها في الشريعة الإسلامية وما تزال مسكوت عنها فقها، فلا نجد من عرض لهذا الموضوع بصفة مستقلة، بل كل ما نجد هو بعض الآراء التي جاءت عرضا في الموضوع، ومن ثم فإن ما ينبغي التأكيد عليه في تناول هذا المسألة أمران: الأول أن الأصل الذي يحكمها هو أصل الشورى لقوله تعالى: " **وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ** " فهذه المسألة تندرج في عموم لفظ الأمر الذي يراد به في التداول القرآني الولاية، وعليه فإن مآل الفصل فيها هو ما تتبناه جماعة المسلمين في دستورهما. والثاني: أن هذا الكلام لا يرفع المسؤولية عن الفقه السياسي الشرعي في تفصي أفضل الأوضاع الدستورية في هذه المسألة خاصة في ظل بعض الآراء الشاذة التي لا تعبر عن أصالة النظام الإسلامي في هذا الموضوع. أحدهما يرى أن الاختصاص الموضوعي لمجلس الشورى شامل لجميع الأمور، والآخر يرى أن الاختصاص الموضوعي للإمام في مجال التشريع شامل لجميع الأمور، وعليه نرى أن كل اجتهاد لتوزيع الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع ينبغي أن ينطلق من مناقشة هذين الرأيين:

فقرة 1 - الاختصاص الموضوعي لمجلس الشورى في مجال التشريع

يذهب الأستاذ عبد القادر عودة في كتابه الإسلام وأوضاعنا السياسية إلى الاختصاص الشوري شامل لجميع الأمور صغيرها وكبيرها، سواء كان وعاء الشورى هو الأمة جميعا أو أهل الشورى فحسب، حيث يقول: "إن عرض كل أمور الأمة على الشورى، من واجبات الحكام وليس حقا لهم، لقوله تعالى " وشاورهم في الأمر " فالنص يوجب على الحاكم أن يستشير في كل أمر للأمة صغر هذا الأمر أو كبير، فإذا لم يعرض الحاكم الأمر على الأمة فقد أحل بواجبه" (2).

ونحسب أن جعل الاختصاص الموضوعي في الشورى شاملا لجميع الأمور صغيرها وكبيرها بجانب للصواب ونؤسس ذلك على ما يلي:

- أن رجوع الإمام في جميع الأمور إلى مجلس الأمة في جميع الأمور صغيرها وكبيرها، فيه من الحرج ما لا يخفى، وأشد حرجا منه حتى يكاد يصل إلى التكليف بما لا يطاق إلزامه بالرجوع إلى جماعة المسلمين مباشرة في كل أمر صغير أو كبير. وما أدى إلى الحرج فمرفوع.

1- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسي والحكم، ص:.

2- ينظر عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، ص: 200.

- أن إلزام الإمام بالرجوع في جميع الأمور صغيرها وكبيرها إلى الأمة أو إلى أهل الشورى مع إلزامه برأي الأغلبية بناء على أن الشورى ملزمة (1)، يجعل من ولاية الإمام ولاية صورية، بل لا يملك من حقيقة الولاية شيئاً.

فقرة 2- الاختصاص الموضوعي للإمام في مجال التشريع

وعلى النقيض من الرأي السابق يذهب الدكتور محمود الخالدي في كتابه قواعد الحكم في الإسلام، متابعا في ذلك شيخه تقي الدين النبهاني، إلى أن للإمام وحده تبني الأحكام الشرعية، وأن التبني عام في جميع الأمور، ومعنى ذلك أنه يحصر الاختصاص العضوي والموضوعي في التشريع بالإمام وحده، فهو الذي له سن الدستور وهو الذي له سن سائر القوانين العادية، وليس لجماعة المسلمين أو أهل الشورى أي صلاحيات تشريعية معه (2).

ويسند الدكتور الخالدي رأيه ذلك الاستقراء دل على أن الخلفاء كانوا هم الذين يتبنون الأحكام والقوانين في جميع الأمور، وأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، فرئيس الدولة هو الذي فوضت إليه السياسة العامة في الخلائق (3). ولا يكفي الخالدي في الاختصاص الموضوعي للإمام في مجال التشريع بمجالات الشأن العام وإنما يذهب إلى أن اختصاصه الموضوعي شامل لجميع الأمور بما في ذلك العقائد والعبادات التي في الأصل يملك أن يتبنى فيها، ولكن يرخص له في ترك ذلك رفعا للحرج عن المسلمين (4).

ولما كان هذا الرأي يتضمن غلوا شديدا في منصب الإمام وفي اختصاصه الموضوعي فإن نقف عنده وقفة ندفع بها غلوه ونعيد بها الأمر إلى نصابه. ويمكن أن نجمل ذلك في النقاط التالية:

- أما قوله أن للإمام وحده حق تبني الأحكام في جميع الأمور، وأن الدليل على ذلك استقراء تصرفات الخلفاء، فهو مجرد دعوى لا تسندها الحقائق التاريخية ولا الاستقراء الذي يدعيه، فقد سبق أن سقنا الأدلة كيف كان الخلفاء يرجعون إلى أهل الشورى وبمضون ما اتفقت عليه كلمتهم، أو ما انتهى إليه جمهورهم. وأن تبني الأحكام في عصر الراشدين كان يتم من خلال الشورى. كما نص بعض الفقهاء على أن من أسباب عزل الإمام ترك الشورى.

- أن ما استند إليه من قواعد الفقه التي مفادها أن حكم الحاكم في المسائل الاجتهادية يرفع الخلاف، وسوقه كلام القراني " أن حكم الله ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد، وأن ذلك الحكم يجب إتباعه على جميع الأمة ويجرم على كل أحد نقضه " فهو خطأ شنيع في الاستدلال، وفي فهم كلام القراني، ذلك أن مجال العمل بهذه القاعدة ليس تبني الأحكام الشرعية وإنما مجال العمل بها هو الأحكام القضائية، وذلك أن لفظ الحاكم في التداول الفقهي يقصد به القاضي أو الإمام عندما ينهض بالوظيفة القضائية ومدلول هذه القاعدة وكلام القراني، أن الحكم القضائي الذي يصدره القاضي في المسائل الاجتهادية يجوز الحجية ولا يجوز لأحد نقضه، وإلا لتسلسل النقص فلا تستقر الأحكام، ومن ثم فالاستدلال بهذه القاعدة على أن الاختصاص الموضوعي للإمام شامل لجميع الأمور في غير محله.

1- ينظر عبد القدر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، ص: 200.

2- ينظر محمود الخالدي: قواعد الحكم في الإسلام، ص: 354-356.

3- ينظر محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 355.

4- ينظر محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 356-363.

- أما ما ذهب إليه من أن الاختصاص الموضوعي للإمام في تبني الأحكام يعم في الأصل حتى مسائل العقيدة والعبادة، ولكن يرنح في تركه رفعا للحرص عن الناس، فهو الحرج بعينه، بل الذي تشهد له الأدلة كما سبق بيانه أن الأصل في تدخل الولاية العامة في مجال العقائد هو المنع قطعاً ابتداءً وليس استثناءً من أصل، فالحرص هنا ليس حرص طارئ عارض، ولكنه حرص أصلي دائم، كما تشهد لذلك وقائع التاريخ حيث لم يثبت أن النبي ﷺ أكره أحداً على تغيير عقيدته، لا بوصفه رسولا مبلغاً عن رب العالمين، ولا بوصفه إماماً لجماعة المسلمين، ولم يثبت أيضاً أن أحد من الخلفاء الراشدين أكره أحد من الناس على ترك ما يدين به.

الإمام عبد القادر للعظم الإسلامي

الفرع الثاني: القيود الواردة على الاختصاص الموضوعي في التشريع في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول: التأصيل الشرعي تقييد الاختصاص

فقرة 1- بطلان الاختصاص الموضوعي المطلق

أولاً- من المقرر في كتب الأصول بطلان التفويض المطلق وهو أن يقال أن الشارع قد فوض الأمة التشريع في جميع الأمور ، ثم أمر بطاعتها في هذا التشريع، فهو تفويض مطلق من جهة الموضوع بحيث فوضها التشريع في جميع الأمور، وهو تفويض مطلق من جهة المحل أو المضمون بحيث لا تخضع لأي قيد أو شرط. وقد تناول علماء الأصول هذا النوع من التفويض مبكراً جداً وبينوا بطلانه، ورغم الوضوح الظاهر لرفض عامة علماء الأصول للقول بالتفويض المطلق فإننا نجد كاتباً سورياً هو محمود اللبائدي واتته الجراءة لإثبات هذا النوع من التفويض في شرع الله رغم ما يستلزمه من هدم الشريعة كلها أصلاً وفرعاً، حيث انتهت إلى عودة السلطة التشريعية إلى الأمة لأن السلطة والسيادة للأمة وليست لله (1) لأن الله هو المشرع ابتداءً ثم غداً التشريع للأمة انتهاءً، فالله رحمة بالناس هو الذي ردّ هذه السلطة إلى الأمة حين قال: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (2). ويؤيد ذلك أن حق الله يفسره الفقهاء دوماً بحق الجماعة. ومن هذه المقدمة التي انتهى منها إلى عودة السلطة التشريعية إلى الأمة وضع أسئلة ثلاثة: أولها: كيف عادت السلطة التشريعية إلى الأمة؟ وثانيها: هل عودة السلطة التشريعية للأمة كانت عودة كاملة أو ناقصة؟ وثالثها: ما هي نتائج عودة السلطة التشريعية للأمة؟ ومن إجابته على هذه الأسئلة الثلاثة يتكون رأيه بصدد سلطة الأمة في التشريع. حيث يرى أن السلطة التشريعية عادت إلى الأمة كاملة غير منقوصة وأنها بناء على ذلك لها حق النسخ التام والتعديل الجزئي لنصوص الكتاب والسنة (3). ورغم خطورة هذا الرأي وماله من آثار على مجمل البناء التشريعي في الإسلام فإننا نجد لا يؤسس رأيه هذا إلا على قراءة مغرضة ومشوهة لبعض السوابق التي أثرت عن الفاروق عمر (منع سهم المؤلفة قلوبهم، ومنع القطع عام الرمادة، ترك التغريب) وما ينسب للطوفي من تقديم المصلحة على النص (4).

ثانياً- أسانيد البطلان

إن السلطة التشريعية عادت للأمة كاملة غير منقوصة من حيث الموضوع بحيث لها أن تشرع في جميع الموضوعات، قول ظاهر البطلان من عدة وجوه:

أولاً- مخالفة التفويض المطلق للأصل الثابت بنصوص الكتاب والسنة من وجوب إتباع الشرع المنزل وعدم جواز مخالفته، ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿وَهَذَا كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ مَبْرُكٌ فَاتَّبِعُوهُ وَاتَّقُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ (5). وقوله: ﴿

1- ينظر مضمون هذا الرأي ونقداً له في: أحمد حداد حسن علي عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، ص: 187-190.

2- الشورى/ 38.

3- ينظر: أحمد حداد حسن علي عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، ص: 188.

4- ينظر: أحمد حداد حسن علي عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، ص: 189.

5- الأنعام/ 155.

أَتَّبِعُوا مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ ﴿١﴾ (1). وقوله: ﴿إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُمْ وَقُرْآنَهُ﴾ ﴿٢﴾ فَإِذَا قَرَأْتَهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ ﴿٣﴾ (2).

ثانيا- مخالفة التفويض المطلق لفروع الكتاب والسنة التي تضع قواعد قانونية آمرة وتأمّر عموم المسلمين بإتباعها وتمنع على عموم الأمة مخالفتها، ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ ﴿٣﴾ (3). وقوله ﷺ: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ ﴿٤﴾ (4). وقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ ﴿٥﴾ (5). وقوله ﷺ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾ ﴿٦﴾ (6). فمن الواضح أن هذه أحكام قد فرغ الشرع منها ولا خيار للأمة معها، وليست من الموضوعات التي فوضت لاجتهاد الأمة، فدل ذلك على أن بطلان القول بالتفويض التشريعي المطلق للأمة في جميع الموضوعات.

فقرة 2- بطلان القول بالتفويض المطلق من حيث المحل

أما القول بأن الأمة قد فوض لها الله سبحانه وتعالى التشريع حسب هواها ووفق مشيئتها دون قيد أو شرط، فهو أكثر بطلانا وهدم للشرع وللدین أصلا وفرعا وبيان ذلك من عدة وجوه:

أولا- الأصل الثابت بنصوص قطعية على ذم الهوى والأمر بمخالفة الأهواء الفردية والجماعية، ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ ﴿٧﴾ (7). وقوله: ﴿فَلِذَلِكَ فَادْعُ وَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ ﴿٨﴾ (8). ومنه قوله أيضا: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ ﴿٩﴾ (9). ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ﴾ ﴿١٠﴾ (10). ويؤيد ذلك ما علم بالتجارب والعادات من أن المصالح الدينية والدينية لا تحصل مع الاسترسال في إتباع الهوى، والمشى مع الأغراض لما يلزم في ذلك من التهاجر والفتن والتقاتل، الذي هو مضاد لتلك المصالح" (11). والتفويض المطلق ليس إلا إتباعا للهوى فهو باطل شرعا.

1- الأعراف/03.

2- القيامة/17-18.

3- المائدة/38.

4- النور/02.

5- البقرة/216.

6- النساء/11.

7- المائدة/49.

8- الشورى/15.

9- الجاثية/18.

10- النجم/3-4.

11- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 2/292.

ثانيا- من المقرر شرعا عند علماء الأصول وفقهاء الشريعة أن القصد من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبدا لله اختيارا كما هو عبد لله اضطرارا(1)، وكفى دليلا على ذلك قوله ﷺ: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ (2). و التفويض المطلق من حيث هو إتباع الأهواء منافاة للتعبد، بل التعبد في إتباع ما تقضي به الشريعة نصا أو استدلالا، فالأمة في اجتهادها إما أن تستند لقاعدة شرعية وفي هذه الحالة لا نكون أمام تفويض مطلق مادامت الأمة في ممارسة الوظيفة التشريعية تتقيد بما تقضي به مصادر المشروعية وقواعد السياسة الشرعية، وإما أن تضع الأحكام وضعا بحسب هواها ومشيتها من غير أن تستند لقواعد الشريعة فهو تشريع بالهوى وهو باطل بطلانا مطلقا ليس له اعتبار أو حجية أو حرمة ولا يجب إنفاذه ولا احترامه وكأنه لم يكن.

ومن هنا يظهر جليا الفرق الكبير بين التشريع الإسلامي الذي تسنه الولاية العامة في المجتمع الإسلامي والتشريع الوضعي الذي تضعه السلطة العامة في المجتمعات الحديثة، كما يتبين بوضوح الخطأ الشنيع الذي يقع فيه البعض حينما يعتبرون التشريع الاجتهادي في الإسلام نوع من التشريع الوضعي، فالمشروع الحديث يستطيع أن يضمن تشريعاته ما يشاء من أحكام إلا ما استبعده الدستور صراحة من اختصاصه، وذلك في حالات نادرة، بل إن البرلمانات الغربية تملك أن تصدر ما تشاء من تشريعات في حالة الدساتير المرنة كالدستور الانجليزي، أما الرأي في التشريع الإسلامي فيجب أن يدور في نطاق الأحكام الخالدة التي تقررت في كل من الكتاب والسنة(3).

البند الثاني: قيود الاختصاص الموضوعي

إذا كان قد ثبت بطلان الاختصاص التشريعي المطلق سواء للأمة أو للإمام أو للقاضي أو المفتي، لما في ذلك من خروج عن التكليف وانحلال وانسلاخ من الشرع بالكلية وخلع لخرقة العبودية لله رب العالمين، بقي أن نبين أن الشرع فوض جماعة المسلمين أصالة والولاية العامة فيها نيابة التشريع تفويضا مقيدا من جهة مصدره وقواعده وموضوعه، وما يهمنا هنا في هذا المبحث هو الاختصاص الموضوعي .

فقرة 1- قصر التشريع على المسائل الاجتهادية وحظر التشريع في المسائل القطعية

تفرض الشريعة على الاختصاص الموضوعي لولي الأمر في مجال التشريع قيودا دائما بحيث تحظر عليه حظرا دائما التشريع في المسائل التي ثبتت أحكامها بالإجماع أو بنصوص قطعية، فلا يملك التعرض لها إلا في حالة الضرورة الشرعية العامة على سبيل الاستثناء، ومن ثم فإن الشريعة تقصر الاختصاص الموضوعي لولي الأمر في مجال التشريع، على المسائل الاجتهادية. وعلى ذلك فالاختصاص الموضوعي لولي الأمر في التشريع يبني على التقسيم المعروف بأحكام قطعية وأحكام اجتهادية، فالأحكام التي ثبتت حجيتها بنصوص شرعية تنقسم هذه الأحكام بالاستقراء إلى قسمين: أحكام ثابتة بأدلة شرعية قطعية وهي تمثل مجال السلطة المقيدة لمشروع فلا يمتد إليها اختصاصه الموضوعي، و الأحكام التي وردت بها بأدلة شرعية ظنية تمثل مجال السلطة التقديرية للمشروع وهي التي يقتصر عليها اختصاصه الموضوعي.

1- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 2/289 .

2- الذاريات/22.

3- سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، ص:157 .

أولاً - مجال الحظر التشريعي (المسائل القطعية)

وهو مجال المسائل التي ثبتت أحكامها بأدلة قطعية، فهي الأحكام الثابتة إما بنصوص قطعية الثبوت والدلالة، وإما بنصوص أو أدلة ظنية ولكن حازت مرتبة القطع بالإجماع، فألحقت بالنصوص القطعية، فهي أحكام دستورية أو قانونية جامدة جموداً مطلقاً تمتاز بقدر عال من الثبات الكلي، بحيث تسري حجيتها بصورة دائمة على الناس عامة إلى يوم القيامة في كل زمان و مكان(1)، فهذا المجال يحظر على ولي الأمر التشريع فيه، وإنما إتباع وتسليم، ولا يجوز لكل من كان وقافاً عند حدود الله أن يخالفه باجتهاده سواء أكان من أئمة المسلمين أو عامتهم إلا وفق مقتضيات الشرع ذاته. وبالتالي فالأصل العام المسلم به أنه لا اختصاص تشريعي لولي الأمر سواء كان مجلس شورى أو إماماً من حيث الموضوع بالنسبة لمجال الأحكام القطعية، لأنها أحكام قد فرغ الشرع الحنيف من تشريعها، فلا مشرع لها بعده، ولا مجال للاجتهاد معها كما تنص عليه القواعد الشرعية الدستورية المحكمة في هذا المجال والتي وردت بصيغ مختلفة منها "لا اجتهاد مع النص". و "لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص"(2). "الاجتهاد لا يعارض النص"(3). و "النص يمنع من الاجتهاد والاجتهاد يمنع من التقليد"(4). وليس المقصود بالنص في هذه القواعد على إطلاقه وإنما المقصود النص بمعناه الأصولي وهو القطعي الثبوت القطعي الدلالة الذي لا يحتمل إلا معنى واحد ولا يحتمل غيره، فمثل هذه النصوص لا اختصاص تشريعي لولي الأمر معها، وإنما لولي الأمر اختصاص تنفيذي وقضائي إن كانت من الأحكام التي تدرج في ولايته.

هذا هو الأصل غير أنه استثناء قد تدفع مراعاة مقاصد الشريعة وقواعد المشروعية الاستثنائية إلى مخالفة هذه الأحكام، وذلك على وجه الخصوص فيما يتعلق بأحكام الضرورة الشرعية، وفي حالة الضرورة الخاصة فتقدير الضرورة موكول للاجتهاد الخاص للمكلف إن كان من أهل الاجتهاد أو من يفتيه من أهل الاجتهاد إن لم يكن من أهله، أما بالنسبة للضرورة العامة فتقديرها موكول إلى اجتهاد أولي الأمر، فإذا اقتضت الضرورة تشريع حكم مخالف لحكم شرعي قطعي استثناء، صح ذلك متى استوفى شروط وقواعد إعمال الضرورة.

ثانياً- مجال الاختصاص (المسائل الاجتهادية)

وهو مجال المسائل والموضوعات التي ثبتت أحكامها بأدلة ظنية، أي الأحكام الثابتة بنصوص ظنية الدلالة، أو ظنية الثبوت، أو ظنية الثبوت والدلالة في نفس الوقت، والتي لم يجمع عليها، فهي أحكام دستورية أو قانونية جامدة جموداً نسبياً تمتاز بقدر من الثبات النسبي(5)، فهي تضع المشرع بين عدد من الاختيارات الفقهية بحسب الدلالات التي تحملها طاقة النص الشرعي الظني بحسب وضعه اللغوي والسياقي والموضوعي، فقد يكون مجال

1- حول الثبات والتغير في الحكم الشرعي ينظر: عبد المجيد السوسوة: الحكم الشرعي بين الثبات والتغير، مجلة الشريعة والقانون، العدد: 20، يناير 2004، ص: 17-60.

2- محمد عميم الإحسان البركتي: قواعد الفقه، مطبوعات لجنة الثقافة والتأليف والنشر، باكستان، 1407، ص: 108، مجلة الأحكام العدلية، المادة 14. موسوعة القواعد الفقهية: 913/5.

3- شمس الأئمة السرخسي: شرح السير الكبير، 166/1، محمد عميم الإحسان البركتي: قواعد الفقه ص: 54. محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية: 430/1.

4- المقري قواعد الفقه، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، طبع جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ق 124، ص: 370.

5- ينظر: عبد المجيد السوسوة: الحكم الشرعي بين الثبات والتغير، ص: 17-60.

الاجتهاد فيها محصورا بين قولين لا مزيد عليهما كما في قوله ﷺ في تحديد عدة المطلقة ﴿ **وَأَلْمَطَلَقَتْ يَتَرَبَّصَنَّ** **بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾ (1). فلفظ القرء دائر بين الحيض والطمهر لا يمتثل غيرهما، وبالتالي فالحكم المستنبط في عدة المطلقة لا يخرج عن قولين ثلاثة حيضات أو ثلاثة أطهار، وقد يكون مجال الاجتهاد محصورا في ثلاثة أقوال هي أقصى ما تحمله طاقة النص الشرعي كما في الأحاديث الواردة في عقوبة تناول المسكر، فقول الحد أربعين جلدة (2)، وقول الحد ثمانين جلدة (3)، وقول لا حد فيه مقدر وإنما فيه التعزير كما ذهب إلى ذلك عدد من أئمة العلم والفقهاء (4). وقد يكون مجال الاجتهاد أوسع من ذلك، فهذا المجال فوض فيه الشرع جماعة المسلمين وأولي الأمر فيها تبني الأحكام الراجحة بحسب اجتهادها وهو تفويض ليس مطلقا ولكنه تفويض محدود ومقيد؛ محدود بعدد من الاختيارات التشريعية التي تحتملها طاقة النصوص، ومقيد كما سيأتي باختيار أرجح الأقوال وأوفقها بالمصلحة العامة.

ثالثا- استدراك

وهنا نجد أن البعض يفضل حصر مجالات الاختصاص الموضوعي لولاية العامة في مجال واحد وهو تبني الأحكام الظنية أو ما يطلق عليه في لغة القانون بالتقنين، كما هو الحال عند الدكتور محمود الخالدي في كتابه قواعد نظام الحكم في الإسلام، حيث لا يزيد على تأصيل قاعدة حق الإمام وحده في تبني الأحكام (5)، وهذا الحصر منتقد من جهتين: فمن جهة أولى إن حصر وظيفة ولي الأمر في المجال التشريعي في تبني الأحكام قول شديد الإجمال ولا يكشف لنا عن كل الاختصاصات الدستورية التي أناطتها الشريعة بالولاية العامة في التشريع للشأن العام، كما أن دعوى الإجماع على حصر حق تبني الأحكام في الإمام وحده مجرد دعوى لا دليل عليها كما سبق بيانه.

وعلى عكس من ذلك حاول البعض تفصيل القول في اختصاصات الولاية العامة في المجال التشريعي، فردها إلى نوعين من التشريعات (6):

تشريعات تنفيذية: يقصد بها تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية والتشريع على هذا الوجه يعتبر بمثابة اللوائح والقرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية لضمان تطبيق القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية.

تشريعات تنظيمية: وهي التشريعات التي يقصد بها تنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجاتها على أساس مبادئ الشريعة الإسلامية بنصوص خاصة.

1- البقرة/228.

2- وهو مذهب الشافعي ورواية عن أحمد. ينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 296.

3- وهو مذهب الجمهور (المالكية والأحناف والحنابلة). ينظر: الدردير: الشرح الصغير، ص: 499. وينظر: الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، 6/151.

4- ذهب إلى ذلك من القدامى الشاطبي، الشوكاني، ومن المحدثين محمود شلتوت، مصطفى شلي، ينظر: الشوكاني نيل الأوطار، تحقيق محمد صبحي حلاق، دار ابن الجوزي، 13/371، 374 ينظر: محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشرعية، ص: 287، وينظر: مصطفى شلي: تحليل الأحكام، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947، ص: 62.

5- ينظر: محمود عبد المجيد الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 321-355. وينظر أيضا: محمد أحمد مفتي وسامي صالح الوكيل: التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، ص: 40-45. ويصطلحان على الأحكام المتبناة بالقوانين الإجرائية. ص: 27-39.

6- ينظر: عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، ص: 234، وتابعه على ذلك محمد عبد الحميد أبو زيد: سلطة الحاكم في استنباط التشريع شرعا ووضعها، ص: 14-15. وينظر: مسعد محمد علي خطاب: الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة. ص: 154.

و رغم أفضلية هذا الرأي بالنسبة للرأي السابق في تفصيل اختصاصات السلطة العامة في المجال التشريعي فنحن نرى أن هذا الحصر غير جامع لكل الاختصاصات الموضوعية التي تناط بجهات التشريع في النظام السياسي الإسلامي وبيان ذلك أنه يحصر الاختصاص الموضوعي لولي الأمر في مجال التشريع في التشريع العادي الذي يتصدى للمسائل التي سكت عنها الشريعة، وفي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية لتطبيق نصوص الشريعة، وهو على ذلك يغفل.

- التشريع في المسائل الدستورية الاجتهادية في النظام السياسي الإسلامي وارد كما سيأتي تأصيله قريبا ولا يقتصر على التشريع العادي.

- كما يغفل التشريعات الاستثنائية التي تنهض بها الولاية العامة استجابة لحالة الضرورة الشرعية العامة.

فقرة 2- قصر التشريع على الأمور العامة وحظر التشريع في مسائل العقيدة و العبادة

قد سبق أن بينا أن مجالات العقيدة والعبادة من المجالات التي تخرج قطعا عن الاختصاص التشريعي لولي الأمر، فالعقيدة ليست مجالاً للتغيير والتبديل فهي حقائق غيبية يقينية اختص البارئ عز وجل بأمر تحديدها وتوصيفها، وكذلك الشعائر التعبديّة اختص الله عز وجل بتحديدتها بواسطة الوحي فلا يعبد الله إلا بما شرع، وتغييرها يعتبر خروجاً عما رسمه وارتضاه، ومن ثم يحظر على جهات التشريع في النظام الإسلامي التعرض لأحكام العقيدة بتعديل أو تبديل، كما يحظر عليها التدخل في كميّات ممارسة الشعائر الدينية من حيث هي شعائر كما سبق أن أوضحنا، لا من حيث هي ممارسات جماعية تحتاج إلى تنظيم.

ومن ثم فإن ما يدخل في نطاق علاقة الإنسان بربه وما يدخل في باب الآداب الشخصية، فهو يخرج عن الاختصاص الموضوعي للمشرع في النظام الإسلامي. وإنما ينحصر اختصاصه في الأمور والشؤون العامة التي تمم جماعة المسلمين.

فقرة 3- قصر الاختصاص الموضوعي على جهة معينة (بتشريع أو عرف دستوري)

قد سبق أن ذكرنا أن توزيع الاختصاصات التشريعية السابقة بين مجلس الشورى، والإمام، مجال من مجالات التصرف السياسي الذي ينبغي تراعى فيه اعتبارات المصلحة العامة وما يقتضيه تحقيق مناهج الواقع السياسي في زمان ومكان معينين، ومن ثم فإن توزيع الاختصاصات التشريعية السابقة يخضع لقواعد دستورية تحتاج لإقرارها تشريع دستوري أو عرف دستوري. فإذا تبنت جماعة المسلمين في دستورها قصر الاختصاص التشريعي في موضوع من الموضوعات على جهة معينة من جهات التشريع في النظام الإسلامي، (مجلس الشورى، الإمام) فإن ذلك يشكل قيوداً دستورياً على الاختصاص الموضوعي لتلك الجهة في مجال التشريع.

جامعة الأمير عبد القادر العظم الإسلامي

الفصل الثاني

قواعد

الشكل التشريعي

يمر العمل التشريعي بمراحل متعددة قبل نفاذه؛ فأولها مرحلة الاقتراح والمبادرة بالتشريع، ثم تليها مرحلة المداولة والإقرار، ثم تجاوز مرحلة الاعتراض والإصدار، ومن ثم تشتت النظم السياسية الوضعية في التشريع الصادر عن السلطة التشريعية جملة من الشروط أو القيود الشكلية التي يمكن ردها إلى ثلاثة أنواع من القيود؛ قيود متعلقة بجهة المبادرة والاقتراح التشريعي (مبحث أول)، وقيود تتعلق بشروط المداولة والإقرار (مبحث ثان) وقيود تعلق بجهة الاعتراض والإصدار (مبحث ثالث)، ومن ثم فإن استكمال عناصر هذا البحث تأصيلا ومقارنة يقتضينا التعرض للقيود الشكلية الواردة على سلطة ولي الأمر في التشريع في النظام السياسي الإسلامي خاصة فيما يتعلق بمؤسسة الشورى، وهي في عمومها قيود لا نجد فيها نصا قاطعا ولكنها من المسائل الخاضعة للاجتهاد ومدارك النظر وما تقتضيه السياسة الشرعية في المجال الدستوري.

وعلى ذلك فقد جاء هذا الفصل في ثلاثة مباحث

المبحث الأول: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع

المبحث الثاني: شروط المداولة و التصويت

المبحث الثالث: قيود جهة الإصدار و الاعتراض

المبحث الأول: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع

تمثل مرحلة الاقتراح العمل الأول الذي يضع للقانون أسسه الأولى، ومن ثم نجد النظم السياسية تولى أهمية كبيرة لسلطة المبادرة بالتشريع، فالدساتير المعاصرة لا تغفل تنظيم هذا الاختصاص، بتحديد الجهة التي لها ممارسة هذا الحق والقيود الواردة عليها في ممارسته، وإذا كانت النظم القديمة تجعل هذا الحق حكراً على البرلمان عملاً بالمفهوم الجامد للفصل بين السلطات، فإن التطور الحديث قد أفضى إلى التسليم بالشراكة بين البرلمان والحكومة في ممارسة هذا الحق بل إن بعض الدساتير المعاصرة راحت تنظم هذا الاختصاص مانحة التفوق للشريك الدخيل وهو السلطة التنفيذية، تماشياً مع التطور الذي خطه التوسع الكبير لتدخل السلطة العامة في تنظيم الشؤون العامة (مطلب أول).

وإذا كان الأمر كذلك في النظم الوضعية فما هو الموقف بالنسبة للنظام الإسلامي؟ هل يسلم بحق الاقتراح لكل فرد أم لأهل الشورى فحسب، أم للإمام وحده؟ وما هي القيود الشرعية الواردة على هذا الحق؟ (مطلب ثان)
إن تأصيل القول في ذلك وتفصيله في ضوء المقارنة مع النظم المعاصرة يقتضي منا أن نعرض لذلك في مطلبين:

المطلب الأول: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع في النظم السياسية المعاصرة
المطلب الثاني: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع في النظام السياسي الإسلامي

المطلب الأول: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع في النظم السياسية الوضعية

يقتضي منا العرض المنهجي لحق الاقتراح أن نبين ماهيته وصوره و ما يميزه عن الاختصاصات الأخرى التي تتشابه معه، وهو ما سنعرض له في (فرع الأول). ثم نعرض للتنظيم الدستوري لسلطة المبادرة بالتشريع في النظم السياسية الوضعية المعاصرة والقيود الشكلية الواردة عليها في ممارسة هذا الحق وهو ما سنعرض له في (فرع ثان).

ومن ثم فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: تعريف حق الاقتراح و صورته

الفرع الثاني: التنظيم الدستوري لحق الاقتراح في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الأول: تعريف حق الاقتراح و صورته.

البند الأول: مفهوم حق الاقتراح و طبيعته

فقرة 1- مفهوم حق الاقتراح.

بالرغم من أن كل نص تشريعي مهما اختلفت درجته في الهرم القانوني إنما يأتي بمبادرة من قبل صاحب الاختصاص التشريعي المحدد دستوريا، إلا أن الفقه الدستوري قد حصر مصطلح المبادرة بالتشريع، في المرحلة الأولى من مراحل صناعة القانون على مستوى البرلمان.

يعرف البعض حق الاقتراح " بأنه العمل الذي يضع الأسس الأولى للتشريع ويحدد مضمونه وموضوعه" (1). وعلى هذا فالمبادرة هي العمل الأول للقانون الوضعي والذي يتولى القيام به من أعطاه الدستور هذا الاختصاص، إلا أن هذا التعريف منتقد من جهة أنه يفتقد خاصية القصر (غير مانع بتعبير أهل المنطق) حيث يدخل في معناه حق تقديم العرائض وهو حق محول لرئيس الدولة في عدد من الدساتير للفت نظر البرلمان (2)، وحق التوصية كما هو الحال في دستور الولايات المتحدة الأمريكية، م 2/ف 3 (3).

ويعرف مورو حق الاقتراح بأنه " العمل الذي يجبر السلطة التشريعية على التصرف فلا يمكن أن تعفى من البت فيه نفيًا أو تأكيدًا" وهو الرأي الذي يتبناه بحسب الدكتور عمر حلمي فهمي غالبية الفقه (4). وفي نفس السياق يعرفه البعض بأنه " المرحلة التي تقدم للتشريع مادته فيصبح البرلمان ملزما بأن يفصل فيها بالقبول أو الرفض" (5). وذهب مكارجي بأن حق الاقتراح ليس مجرد توصية للسلطة التشريعية أنه من المناسب اتخاذ هذا الإجراء أو ذلك، ولكنه عرض لمشروع قانوني متكامل يلتزم البرلمان بمناقشته (6).

ولكن ما يؤخذ على هذه النظرة هو حكمها بإلزامية النظر في كل مبادرة بالتشريع سواء كانت مشروع قانون أي مبادرة حكومية، أو اقتراح قانون أي مبادرة نواب، مع أن الواقع خلاف ذلك إذ ليس كل اقتراح قانون يودع لدى البرلمان يكون بالضرورة محل دراسة من قبله. ومن هنا فقد انتهى الأستاذ "موريس دوفرجه في تعريف حق الاقتراح والمبادرة على أنه حق إيداع نص يتعلق بقانون أو ميزانية أو لائحة من أجل المناقشة والتصويت عليها من قبل البرلمان" (7).

فقرة 2- طبيعة حق الاقتراح

جرى بين فقهاء القانون اختلاف حول الطبيعة القانونية لحق الاقتراح بين يراه مجرد عمل تمهيدي أو تحضري للقانون، وبين من يراه جزء من العمل التشريعي

- 1 - مصطفى فهمي أبو زيد: النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966، ص: 477. وينظر: مصطفى الأهواني: رئيس الدولة في النظام الديمقراطي، القاهرة، 1945، ص: 422.
- 2 - من ذلك ما نص عليه الدستور الفرنسي لسنة 1791م.
- 3 - ينظر: عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 4.
- 4 - F. Moreau, L'initiative Parlementaire, R D P, 1906, P: 251. نقلا عن عمر حلمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة، ص: 4.
- 5 - عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، مرجع سابق، ص: 125.
- 6 - A. Maccaggi. Les Messages Présidentielles en France et en Etats-Unis, Paris, 1906, P:158. نقلا عن عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة، ص: 4.
- 7 - ينظر: سعيد بوشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام السياسي الجزائري، دكتوراه، جامعة الجزائر، 1984، ص: 216.

أولا - فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الاقتراح عمل تمهيدي وليس اشتراكا بالمعنى الصحيح في الاختصاص التشريعي، نجد هذا الرأي عند كاري دي مالبرج Carré de Malberg (1)، والسيد صبري(2)، ومصطفى زيد أبو فهمي(3)، مستنديين في ذلك إلى جملة الحجج منها:

1- أن الاقتراح وإن كان يحرك القانون فهو لا يعد منشئا له، فإذا كان الاقتراح هو المنطلق لخلق القانون فهو ليس القانون ذاته، فهو مجرد محرك للعملية التشريعية ولا يتضمن بأي شكل من الأشكال سلطة الأمر والتقرير.

2- كما أن الاقتراح لا يحدد مضمون القانون بصفة نهائية، فاقترح القانون ليس هو الحكم فالمقترح قابل للتغيير والتبديل، فقد يعدل النص المقترح عدة مرات قبل أن يصبح قانونا نافذا. فضلا عن أنه ليس كل اقتراح يصبح قانونا بالفعل. ومن ثم فاقترح القانون ليس عملا تشريعيا ولكنه فقط المحرك للإجراء التشريعي، وشرط ابتدائي في تكوين القانون(4).

ثانيا - بينما يذهب فريق آخر إلى أن الاقتراح يعد جزءا من العملية التشريعية بحيث لا يمكن أن تتم بدونها، فهو عنصر أساسي في التشريع(5). بل يعتبر عند البعض المرحلة الأهم في صناعة القانون بين سائر المراحل الإجرائية التي يمر بها النص حتى يصبح نصا قانونيا منتجا لآثاره القانونية. وذهب إلى أن الرأي الذي ينفي عن الاقتراح صفته التشريعية، لأنه يتغير أو يتبدل أو يرفض، يخلط بين حق الاقتراح كاختصاص أو وظيفة وبين نص المقترح، فقابلية الاقتراح للتغيير والتبديل لا تنفي أن الاقتراح هو الذي يقدم في النهاية مادة القانون، وخاصة أقتراح القانون بالمعنى الواسع لا يقتصر على الاقتراح المبتدأ، ولكنه يشمل إلى جانب ذلك حق التعديل الذي يسميه البعض الاقتراح الجزئي، كما يشمل حق تقديم مشروع قانون مضاد(6). وبسبب الأهمية المتزايدة لهذا الحق فقد كان ولا يزال هذا الحق موضع تنافس شديد بين السلطتين التنفيذية والتشريعية خاصة في فرنسا عبر مسار تطورها الدستوري.

فقبل الدستور الفرنسي لعام 1791 كان الملك هو المشرع، أي انفراد السلطة التنفيذية بالتشريع. أما في دستور 1791 فقد انقلب الوضع لصالح السلطة التشريعية، إذ نص على ما يلي " يفوض الدستور الهيئة التشريعية لوحدها باقتراح و سن القوانين" واحتفظ بجانب ذلك للملك بإمكانية دعوة البرلمان إلى النظر في أي موضوع يبدو ذا أهمية. والدافع في حصر حق المبادرة في الهيئة التشريعية هو حماية الحريات العامة بحجة أن تحويل التاج ممارسة هذا الحق يمثل خطرا على هذه الحريات. ثم عاد الدستور الفرنسي لعام 1852 بالمبادرة إلى رئيس الجمهورية من جديد حيث نصت المادة 08 منه على ما يلي: " لرئيس الجمهورية حق المبادرة باقتراح القوانين". و بالتالي حصر حق المبادرة في السلطة التنفيذية ثم جاء دستور 1883 لينص على وبالتالي،: " يحتفظ البرلمان بمفرده بصلاحيه المناقشة والتصويت على القوانين" تجريد هذا الأخير من صلاحية إنتاج

1 - ينظر: Carré de Malberg, Théorie générale de l'état, 1920, p. 378

2 - ينظر: السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، طبعة 1، 1940، ص:366.

3 - ينظر: مصطفى زيد أبو فهمي: الدستور المصري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1958، ص:380.

4 - " Toutefois il demeure incontestable que l'initiative n'est pas acte de décision législative. Elle ne forme qu'une condition préliminaire de la formation de la loi " Carré de Malberg, Théorie générale de l'état, 1920, p. 378

5 - محمد كامل ليلة: القانون الدستوري دار الفكر العربي، ط 1، 1961، ص:181.

6 - ينظر: عمر حلمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني. ص:102-103.

القوانين، هذه الصلاحية التي تعود في الأصل إليه. إلا أن المادة 30 من نفس الدستور قد أجازت لمجلس الشيوخ عرض الخطط الرئيسية للمبادرة باقتراح قانون في تقرير يوجه إلى رئيس الجمهورية، وفي ذلك محاولة لرد الاعتبار له. أما دستور 1946 فهو الذي جاء بمبدأ الشراكة، حيث منح حق المبادرة لكل من رئيس مجلس الوزراء ونواب البرلمان مادة/141 ثم جاء دستور 1958 ليؤكد على هذه الشراكة وينقل حق المبادرة إلى رئيس الحكومة أو الوزير الأول مادة 39

البند الثاني: صور الاقتراح

يميز الفقه الدستوري الحديث بين نوعين من صور الاقتراح يطلق على الصورة الأولى الاقتراح المباشر وهي المبادرة التي تأتي ضمن البند المحدد دستوريا لحق المبادرة بالتشريع ويطلق على الصورة الثانية الاقتراح غير المباشر وهي المبادرة التي تأتي ضمن البند المحدد دستوريا لتعديل الدستور أو القانون.

فقرة 1- الاقتراح المباشر(المبتدأ).

يطلق مصطلح حق المبادرة بالتشريع في الأصل على المبادرة التي تأتي ابتداء في شكل اقتراحات تصبو إلي أن تصبح قوانين بعد اجتياز الإجراءات الشكلية المحددة قانونا وهو الشكل المباشر للمبادرة ويختلف تنظيم هذا النوع من صور الاقتراح باختلاف الأنظمة الدستورية، على أنه في العموم يتجسد في شكلين: المقترح البرلماني، المبادرة الحكومية أولاً - المقترح البرلماني

تعد الأنظمة الدستورية الحديثة الولاية التشريعية للبرلمان، فهو المختص أصالة بسن وإعداد التشريع، وإن كانت التوجه الدستوري في بعض الدول قد اخذ يكتفي بإعطاء البرلمان دورا استثنائيا هو من اختصاصه أصلا، فإن الغالبية من الأنظمة لازالت ترى في البرلمان السلطة المختصة أصالة بسن التشريع، ومن ثم فإن كثير من الأنظمة السياسية المعاصرة تحتفظ لأعضاء البرلمان بحق الاقتراح في المجال التشريعي، ومع ذلك فقد فضلت بعض الدول قصر حق المبادرة بالتشريع على الحكومة دون البرلمان كما هو الحال في دستور الإمارات العربية المتحدة بنص المادة 2/110 من الدستور(1)، وتختلف الأنظمة في إعطاء البرلمان حق الاقتراح في المجال التشريعي من جهتين:

1- الجهة الأولى: الفردية أو الجماعية، فبعض الأنظمة تعطي لأعضاء البرلمان الحق في الاقتراح والمبادرة بالقوانين بصفة فردية وجماعية، كما هو الحال في الدستور الفرنسي (2)، والدستور المصري(3)، وكما كان الحال في الدستور الجزائري لسنة 1963 الذي لم يشترط نصابا قانونيا معيناً لمبادرة النواب(4)، غير أن التطور السياسي قد أخذ يفرض على المشرع الدستوري في بعض الدول قصر حق المبادرة في مجال التشريع على الطابع الجماعي، حيث أخذ يفرض على كل مقترح برلماني أن يتقدم به عدد معين من النواب، ولتتم مناقشته، وهذا التقييد من الشروط الشكلية التي يترتب على عدم استيفائها رفض المقترح حتى قبل النظر في موضوعه، والحكمة من اشتراط هذا الشرط

1 - ينظر : د عبد الله بوقفة ، أساليب ممارسة السلطة ، مرجع سابق ، ص 13 . وينظر: ثامري عمر: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006، ص: 38.

2 - فرنسا تأخذ المبادرة الفردية و يشكل الاقتراح البرلماني فيها نسبة معتبرة فمثلا إن عدد المبادرات البرلمانية في سنة 1980 عشرون (20) قترحا وفي 1987 بلغ 36 مقترحا وفي 1990 بلغ 20 مقترحا. ينظر في ذلك: Jean Pierre, op, cit, P : 152، نقلا عن ثامري عمر: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، ص: 89.

3 - بنص المادة 109 من الدستور المصري الحالي: "لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين".

4 - بنص المادة 36 من دستور 1963 : "الرئيس الجمهورية و للنواب حق المبادرة بتقديم القوانين".

تبدو في التأكد من جدية وأهمية المقترح قبل اتخاذ سلسلة إجراءات تتطلب وقتاً ثميناً، منها إدراجه في جدول الأعمال ومن ثم التصويت عليه، وقد يتبين فيما بعد أن الاقتراح غير مرغوب فيه وما يترتب على ذلك من هدر وقت ثمين، ومن ثم فإن أغلب النظم تشترط نصاباً معيناً في المقترح البرلماني لتتم مناقشته على اختلاف بينهم في تحديد النصاب العددي. فقد نص دستور المملكة الأردنية على أن المقترح البرلماني يجب أن يقدمه عشرة نواب (1)، بينما نجد الدستور الإيراني اشترط في المقترح البرلماني أن يقدمه ما لا يقل عن 15 عضو من أعضاء مجلس الشورى (2)، أما المشرع الدستوري الجزائري فقد عاد بعد ذلك واشترط أن يكون اقتراح القانون موقعا من قبل عشرين نائبا (3).

2- الجهة الثانية: الغرفة أو الغرفتين، فبعض الأنظمة التي تعرف نظام المجلسين أو الغرفتين تقصر حق الاقتراح والمبادرة بالتشريع على الغرفة الأولى دون الغرفة الثانية وعلى سبيل المثال فعلى الرغم من انتقال المشرع الدستوري الجزائري إلى الثنائية البرلمانية بداية من دستور 1996 فإن المبادرة بالتشريع بقيت حكراً على نواب المجلس الوطني، دون أعضاء مجلس الأمة الذين لاحق لهم في التقدم باقتراح تشريعي (4). بينما اختارت بعض الأنظمة السياسية إعطاء حق المبادرة بالتشريع للبرلمان بغرفتيه كما هو الحال بالنسبة للنظام السياسي الفرنسي الذي يعقد الاختصاص للمجلسين معا ودون تقييد عددي (5).

ثانيا - المبادرة الحكومية

لقد كرسست الأنظمة البرلمانية وشبه الرئاسية مبدأ الشراكة في المبادرة بالتشريع من خلال إشراك السلطة التنفيذية في اقتراح القوانين، ولعل تسمية المبادرة الحكومية مشروع قانون PROJET DE LOI مدلولها الذي يميزها عن المبادرة البرلمانية التي تسمى اقتراح قانون. PROPOSITION DE LOI حيث يفترض في المشروع أن يكون على مستوى من الدقة والضبط والتنظيم نتيجة الدراسة التي يحظى بها وفق المعطيات التي تملكها الإدارة خاصة في ظل المساهمة الفاعلة لتقني الإدارة في هذا الميدان وهذا خلافا لاقتراحات النواب التي تفتقد لهذا الجانب (6). وتختلف النظم السياسية في إسناد هذا الاختصاص فالدستور الفرنسي يجعله من اختصاص الوزير الأول وهو ما تنص عليه المادة 39 منه، بينما في الدستور المصري هو من اختصاص رئيس الجمهورية بنص المادة 109، أما في النظام السياسي الجزائري فقد كان حق المبادرة بالقوانين من قبل الحكومة في الدستورين الأولين للجزائر حقا مباشرا لرئيس الجمهورية وذلك في ظل أحادية السلطة التنفيذية حيث تنص المادة 1/36 من دستور 1963 علي ما يلي: "لرئيس الجمهورية وللنواب حق المبادرة

1 - قيد دستور المملكة الأردنية المقترح البرلماني بالقيد العددي حيث ينبغي أن يتقدم به على الأقل عشرة نواب ، وهو ما نصت عليه المادة 95، من الدستور الأردني بموجب التعديل المنشور في العدد 1380 تاريخ 4/5/1958 من الجريدة الرسمية. " 1- يجوز لعشرة أو أكثر من أعضاء أي من مجلسي الأعيان والنواب أن يقترحو القوانين ويحال كل اقتراح على اللجنة المختصة في المجلس لإبداء الرأي " .

2 - حيث تنص المادة 74 منه "يستطيع ما لا يقل عن خمسة عشر نائبا اقتراح مشاريع القوانين، وطرحها في مجلس الشورى الإسلامي".

3 - حيث تنص المادة 119 من دستور 2008: " لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين. تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة، إذا قدمها عشرون (20) نائبا".

4 - بنص المادة 119 من الدستور الجزائري، ينظر تحليلا معمقا في عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 138-142.

5 - حول الإجراءات التشريعية في النظام السياسي الفرنسي ينظر:

Jean Pierre Camby, Pierre Servent, le travail parlementaire sous la cinquième République, Montchrestien, 1998, p111

6 - إبراهيم عبد العزيز شبيحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص: 610.

بتقديم القوانين " (1). كما تنص على ذلك المادة 1/148 من دستور 1976. لكن بعد تبني النظام السياسي الجزائري لمبدأ ثنائية السلطة التنفيذية انتقل هذا الحق إلى رئيس الحكومة بموجب المادة 1/119 " لكل من رئيس الحكومة والنواب حق المبادرة بالقوانين " (2). ويقدم مشروع القانون باسم الحكومة ، بعد مروره بإجراءين هامين :

1 - المرور على مجلس الدولة وهذا في ظل دستور 1996 أين تم تبني ازدواجية القضاء ، حيث يتعين على هذا الجهاز أن يدرس كل مشاريع القوانين قبل عرضها على مجلس الوزراء ليقدّم حولها رأيا استشاريا، وعلى هذا فدوره الرقابة الاستشارية القبليّة لمشاريع القوانين ، وهذا الإجراء إلزامي للحكومة، لكنها غير ملزمة بالأخذ برأيه. وفق ما نصت عليه المادة 3/119، ومن المفروض أن تنصب دراسة مجلس الدولة على شرعية ونظامية أحكام المشروع محل الدراسة. وعليه أن يهتم على الخصوص في دراسته بالتأكد من أن أحكام المشروع تندرج ضمن المجال المخصص للقانون. ويمكن له أن يلفت انتباه الحكومة إلى أن بعض أحكام القانون مثلا تندرج في المجال التنظيمي كما يمكن أن تتوسع الدراسة أحيانا إلى الملاءمة.

2 - عرض المشروع على مجلس الوزراء وهو المرور الإجباري الثاني أين يكون القرار الأخير لرئيس الجمهورية الذي يرأس المجلس و يديره فيعطي تأشيرة المرور لهذا المشروع أو يرفضه، فينتهي قبل أن يبدأ طريقه في صورة مبادرة حكومية. ولعل هذا ما يترجم بقاء تحكيم رئيس الجمهورية في زمام المبادرة بالتشريع رغم أن النص الدستوري لا يصرح إلا برئيس الحكومة كطرف مشارك للنواب في ممارسة هذا الحق (3). وإذا مر المشروع على مجلس الوزراء وحظي بالموافقة يبرز دور رئيس الحكومة حيث يتكفل بإيداعه لدى مكتب مجلس الشعبي الوطني أولا ومهما كان موضوع المشروع، خلاف ما هو الحال عليه في الدستور الفرنسي أين له الاختيار في إيداعه لدى مكتب الجمعية الوطنية أو لدى مجلس الشيوخ بنص المادة 2/39، إلا فيما يتعلق بمشروع قانون المالية والضمان الاجتماعي ، أين يقع الاستثناء على حرية الحكومة. فيجب أن تودعه لدى مكتب الجمعية الوطنية بنص المادة 3/39 (4).

فقرة 2- الاقتراح غير المباشر.

يطلق مصطلح الاقتراح غير المباشر على الإجراء الذي يهدف لإدخال تعديل جزئي على مشروع قانون محل دراسة؛ فالتعديل هو اقتراح تغيير جزئي لنص يتم إيداعه لدى مكتب الجمعية البرلمانية المختصة بغرض التصويت عليه وفق إجراءات محددة ومنظمة. وعلى ذلك يعتبر التعديل كيفية من كفاءات المبادرة التشريعية، أو كما يقول Jules Greuj "L'amendement est une technique d'initiative, et sa vocation est devenir loi" (5). فالتعديل ومشروع القانون كلاهما نص يفتقر للقوة القانونية ويبحث عن المصادقة. ومن ثم فالفقه الدستوري يعتبر كلاهما صورة من صور المبادرة بالتشريع.

1 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1963، المادة 1/36.

2 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 1/119، وقد صارت بعد التعديل الأخير في 2008 "لكل من الوزير الأول والنواب حق المبادرة بالقوانين.

3 - نصر الدين معمري ، التشريع عن طريق المبادرة ، مجلة النائب ، العدد الرابع ، 2004 ، ص 23.

4 - ينظر: Jean Pierre Camby, Pierre Servent , le travail parlementaire, p111

5 - Jean Pierre Camby, Pierre Servent , le travail parlementaire, p79

ويختلف التنظيم الدستوري لهذا الحق من نظام سياسي لآخر ولو أنه على العموم يمكن القول أن الأنظمة السياسية التي تأخذ بمبدأ الشراكة بين الحكومة والبرلمان في سلطة المبادرة بالقوانين ابتداء، تقر لهما أيضا بالشراكة في حق المبادرة بالتعديل وهو ما نجده مثلا في الدستور الفرنسي لسنة 1958، الذي أعطى حق المبادرة بالتعديل للحكومة وللأعضاء البرلمان، حيث تنص المادة 44 منه " Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement " مع تقييد مبادرة التعديل البرلمانية بجملة من القيود (1)، وكذلك الحال بالنسبة للنظام السياسي الجزائري. الذي جعل حق المبادرة بالتعديل من اختصاص الحكومة(2)، وأعضاء البرلمان(3)، واللجنة الدائمة المختصة(4).

1 - ينظر المواد 40، 41، 44، من دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة..

2 - القانون العضوي لنظام المجلسين وعملهما والعلاقات الوظيفية بينهما، المادة 35، الجريدة الرسمية العدد 15، 9 مارس 1999.

3 - القانون العضوي لنظام المجلسين وعملهما والعلاقات الوظيفية بينهما، المادة 35.

4 - القانون العضوي لنظام المجلسين وعملهما والعلاقات الوظيفية بينهما، المادة 28.

الفرع الثاني: التنظيم الدستوري لحق الاقتراح في النظم السياسية المعاصرة

لا يخرج تنظيم حق الاقتراح في الدساتير الوضعية عن أربعة صور:

1- حق الاقتراح الشعبي

2- انفراد السلطة التشريعية بحق الاقتراح

3- انفراد السلطة التنفيذية بحق الاقتراح.

4- اشتراك السلطة التشريعية والتنفيذية في هذا الحق(1).

البند الأول: حق الاقتراح الشعبي

- تعطي بعض الدساتير للشعب حق المبادرة بالقوانين حيث تعترف للمواطنين بالحق في تقديم مشاريع القوانين من خلال تولي عدد معين من المواطنين إعداد مشروعات القوانين وتقديمها للبرلمان لمناقشتها حيث يقره ويصبح قانونا نافذا، فالناخبون هم الذين يقترحون مشروع القانون ضمن الشروط التي حددها الدستور ، وقد يكون الاقتراح مجرد فكرة تحتاج إلى صياغة قانونية، وقد يأخذ شكل قانون متكامل(2). وقد اخذ بهذا التنظيم الدستور السويسري وما زال معمولا به إلى اليوم ويشمل حق الاقتراح فيه نوعين من الاقتراح.

الاقتراح الدستوري: وهو الاعتراف بحق الشعب في طرح اقتراح يتعلق بمراجعة شاملة أو جزئية للدستور، فقد يكون الاقتراح تعديلا دستوريا شاملا كما تنص عليه المادة 138 من الدستور السويسري تحت بند المبادرة الشعبية لاقتراح مراجعة شاملة للدستور(3). وقد يكون تعديلا دستوريا جزئيا كما تنص عليه المادة 139 من نفس الدستور تحت بند المبادرة الشعبية لاقتراح مراجعة جزئية للدستور (4). وفي الولايات المتحدة الأمريكية تسمح أربع عشرة ولاية للمواطنين باقتراح تعديل الدستور الولائي مباشرة عن طريق عريضة موقعة من نصاب معين من المقترعين، ثم يعرض الاقتراح على التصويت الشعبي في الانتخابات التالية(5).

الاقتراح التشريعي: وهو الاعتراف بحق الشعب ضمن الشروط التي يحددها الدستور في اقتراح مشروع قانون يتعلق بموضوع معين، وهو ما أخذت به بعض المقاطعات في الاتحاد السويسري، كما أخذت به عشرون ولاية من الولايات الأمريكية المتحدة(6). على أنه تجب الإشارة إلى أن الأنظمة التي تتبنى أسلوب الاقتراح الشعبي تأخذ أيضا بالاقتراح البرلماني كما تنص على ذلك المادة 160 من دستور الاتحاد السويسري (7).

1 - عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 4.

2- ينظر: ثروت بدوي، النظم السياسية، ص: 224. وينظر: الدستور السويسري، المادة 138، 139.

3- الدستور السويسري، لسنة 2001، المادة 138.

4- الدستور السويسري، المادة 139.

5- وهذه الولايات هي: كاليفورنيا، ميسوري، كولورادو، أريزونا، أركنساس، أيداهو، ماساشوتس، ميشغان، نيفادا، أوهايو، أوكلاهوما، نبراسكا، أوريغون، داكوتا الشمالية. ينظر: راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 220.

6- ينظر: ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 220-221.

7- تنص المادة 160 من دستور الاتحاد السويسري " 1) من حق كل عضو في الجمعية الاتحادية وكل مجموعة لجنة برلمانية ومقاطعة التقدم بمبادرة إلى الجمعية الاتحادية. 2) من حق أعضاء كل من مجلس الشعب ومجلس المقاطعات والمجلس الاتحادي التقدم باقتراحات بشأن الموضوعات المطروحة للتداول".

البند الثاني: انفراد السلطة التشريعية بحق الاقتراح

الأصل في الأنظمة الرئاسية انفراد البرلمان بحق الاقتراح، و على ذلك يتجلى انفراد السلطة التشريعية بحق الاقتراح على وجه الخصوص في دستور الولايات المتحدة الأمريكية ورغم أن الدستور الأمريكي خلا من أي إشارة إلى حق الاقتراح عدا النص المتعلق بإسناد كل السلطات التشريعية إلى الكونغرس م/1ف/1(1)، و عدا النص المتعلق بإسناد حق اقتراح القوانين المالية لمجلس النواب وحق مجلس الشيوخ في التعديل م/1ف/7(2)، ولما كان الدستور الأمريكي كما هو معلوم قد بني على نظام الفصل الحامد بين السلطات واستنادا إلى المادة م/1ف/1، " تناط جميع السلطات التشريعية الممنوحة هنا بكونغرس للولايات المتحدة يتألف من مجلس للشيوخ ومجلس للنواب "، فقد ذهب غالبية الفقه إلى قصر حق اقتراح القوانين على من الناحية الدستورية على الكونغرس(3).

إلا أن تيارا فقهيا يرى أن الرئيس يمارس اقتراحا فعليا خارج النصوص الدستورية، بالإضافة إلى حق اقتراح حقيقي في الأمور المالية. وفضلا عن ذلك فإن الرئيس يملك من خلال استغلال حق التوصية المفوض إليه بنص الدستور " يزود الرئيس الكونغرس من وقت لآخر، بمعلومات عن حال الاتحاد، ويقدم له للدراسة، توصيات بتلك الإجراءات التي يعتقد أنها ضرورية وملائمة "(4) أن يمارس حق الاقتراح واشهر مثال على ذلك (توصية ليندون سنة 1965، والتي اقترح فيها تعديل طريقة انتخاب الرئيس ونائبه) (5).

كما أخذت بهذا التنظيم بعض الدساتير الفرنسية فقد حصر دستور فرنسا لسنة 1791م في المادة 53 حق الاقتراح في البرلمان وحده حيث نصت المادة 53 منه على أن " اقتراح و سن القوانين من اختصاص السلطة التشريعية" وبجانب ذلك احتفظ للملك بحق "دعوة البرلمان للنظر في أي موضوع يبدو له ذو أهمية"(6).

البند الثالث: انفراد السلطة التنفيذية بحق الاقتراح

عرفت بعض دساتير فرنسا نظام انفراد الحكومة بحق المبادرة والاقتراح التشريعي، مع وتجلى ذلك بصفة خاصة في دستور 1814م، ودستور 1852م، حيث تنص المادة الثامنة منه: "لرئيس الجمهورية حق المبادرة باقتراح القوانين بمفرده" وعلى ذلك فقد عمل هذا الدستور على تجريد هيئة دستورية من اختصاص يرجع لها أصلا ، فالأقتراح لرئيس الجمهورية ويبقى دور البرلمان في المناقشة والتصويت محفوظا، و بجوار ذلك أجازت المادة 30 منه "لمجلس الشيوخ عرض الخطط الرئاسية لمبادرة باقتراح قانون على رئيس الجمهورية في تقرير يوجه إليه"(7).

1 - "تناط جميع السلطات التشريعية الممنوحة هنا بكونغرس للولايات المتحدة ويتألف من مجلس للشيوخ ومجلس للنواب" المادة 1/فقرة 1.

2 - " جميع مشاريع القوانين الخاصة بتحصيل الدخل تطرح في مجلس النواب، ولكن لمجلس الشيوخ أن يقترح أو يوافق على تعديلات، كما في مشاريع القوانين الأخرى " المادة 1/فقرة 7 بند 1.

3 - عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 53-56. وينظر: Eismien: Elements de Droit Constitutionnel Française et compare, Paris, 1914, p:742

4 - المادة 2/فقرة 3 من دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

5 - عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 63.

6 - عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، 2002، ص: 129.

7 - ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 129.

البند الرابع: اشتراك السلطة التنفيذية والتشريعية في حق الاقتراح

إذا كان القانون هو التعبير عن إرادة الشعب، فإن صاحب السيادة في إعداده هو ممثل الشعب، أي البرلمان أو السلطة التشريعية⁽¹⁾ التي تستمد سموها من النموذج المؤسساتي البرلماني، الذي جسده النموذج الإنجليزي الذي يظهر في شكل مجالس برلمانية منتخبة، و فهي التي تختص بممارسة الوظيفة التشريعية وهي التي تنتخب رئيس الجمهورية و بالتالي تضمن تفوقها عليه. إلا أن هذا الوضع لم يستمر طويلا، فقد أصبحت السلطة التشريعية منافسة في سموها بعد اعتماد أسلوب انتخاب رئيس الجمهورية (رئيس السلطة التنفيذية) بواسطة الاقتراع العام مثله مثل المجالس التشريعية⁽²⁾. مما أفقد هذه الأخيرة جانبا هاما من حقها في التشريع و الرقابة على السلطة التنفيذية، رغم تمسكها ببعض من هذه الصلاحيات في الأنظمة شبه الرئاسية ومن فقد صار من المؤلفين أن تشترك السلطة التشريعية والتنفيذية في مباشرة هذا الحق، ومن ثم فالاتجاه السائد اليوم في مختلف الدساتير أفضى إلى جعل الحق في المبادرة باقتراح القوانين اختصاصا مشتركا، مع تفوق ظاهر للهيئة التنفيذية في هذا المجال، و المثال التقليدي على ذلك هو النظام الإنجليزي والنظام الفرنسي.

ففي النظام السياسي البريطاني يرى عمر حلمي فهمي أن إنجلترا لم تعرف إلا تنظيما واحدا لحق الاقتراح وهو الاشتراك بين الهيئة التنفيذية والتشريعية في ممارسة هذا الحق⁽³⁾، أما اليوم فيكاد يتركز حق الاقتراح في يد الحكومة دون أن يعني ذلك أن البرلمان لا يمارس هذا الحق⁽⁴⁾.

أما النظام السياسي الفرنسي فقد عرف هذا التنظيم لحق الاقتراح عبر مراحل مختلفة من مسار تطوره السياسي، فقد عرف ذلك في دستور 1865م، المادة 46، التي تنص على أنه " يختص باقتراح القوانين كل من المجلسين والحكومة". و أيضا في دستور الجمهورية الخامسة 1958م، المادة 39، "اقتراح القوانين من حق الوزير الأول وأعضاء البرلمان"⁽⁵⁾.

ويلاحظ هنا أن فرنسا وإنجلترا ترجح كفة الاقتراح الحكومي على الرئاسي، ففي فرنسا لا يملك الرئيس حق الاقتراح ابتداء ولكنه اختصاص برلماني حكومي وليس رئاسي⁽⁶⁾.

و لم يعد يقتصر اشتراك السلطتين التشريعية والتنفيذية في مباشرة حق الاقتراح على النظم البرلمانية، فقد أصبح سائدا اليوم في معظم الدساتير العالمية الأخذ بمبدأ الشراكة في مجال المبادرة بالتشريع، وذلك عن طريق المشاريع القانونية من قبل السلطة التنفيذية واقتراح القوانين من قبل البرلمان.

1 - سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة و الفكر السياسي الإسلامي، ص: 160-161.

2 - كرس الجنرال ديغول أسلوب انتخاب رئيس الجمهورية بواسطة الاقتراع العام بموجب التعديل الدستوري لعام 1962 ينظر في ذلك: محمد رفعت عبد الوهاب، النظم السياسية و القانون الدستوري، ص: 87. وينظر: لمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ط2، 2002، ص: 198.

3 - عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 37.

4 - عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 45.

5 - المادة 39 من الدستور الفرنسي لسنة 1958م.

" L'initiative des lois appartient concurremment au premier ministre et aux membres du Parlement ".

6 - ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري ص(292) .

وإذا كان مبدأ الشراكة قد غدا مبدأ مسلما به، فإن كيفية ممارسة هذا الحق وتوزيعه بين السلطتين وحتى داخل كل سلطة تختلف من نظام دستوري إلى آخر، وإن كان الاتجاه العام لمعظم الدساتير يتجه إلى تغليب كفة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية.

ويعلل الفقه التوجه العام نحو تغليب كفة الاقتراح الحكومي بما أظهرته الخبرة والتجربة والممارسة العملية جليا من عيوب انفراد السلطة التشريعية بحق الاقتراح، كالتسرع، وعدم الكفاءة، وقصور الصياغة القانونية، والافتقار للمعلومات أو نقصها، والاقتراحات الدعائية (1).

البند الخامس: التعديل الدستوري

تختلف النظم السياسية المعاصرة في الجهة التي لها حق اقتراح تعديل الدستور وذلك تبعا لاختلاف طبيعة النظام السياسي والجهات التي يؤمن بها الدستور، ولكن على العموم فإن الجهات التي لها حق الاقتراح في التشريع الدستوري لا تخرج أيضا عن أربع جهات:

فقد يمنح الدستور حق الاقتراح للسلطة التنفيذية وحدها، حيث نجد أن حق الاقتراح لتعديل الدستور يكون أما للحكومة أو رئيس الدولة، وهناك أمثلة لدساتير تبنت هذا الاتجاه من الدساتير القديمة التي أخذت بهذا الاتجاه الدستور الفرنسي الذي صدر العام 1852، في عهد نابليون الثالث الذي أعطى حق اقتراح التعديل للحكومة. ومن الأمثلة المعاصرة التي تبنت هذا الاتجاه الدستور الياباني النافذ والصادر العام 1946، وكذلك دستور الأردن لعام 1952.

. وقد يمنح ذلك للسلطة التشريعية لوحدها، فيكون حق الاقتراح في تعديل الدستور حكرا على البرلمان والأمثلة على ذلك كثيرة منها دستور فرنسا لعام 1946، ودستور البرتغال الحالي الذي منح البرلمان حق اقتراح تعديل الدستور بشرط أن يتخذ القرار بأغلبية 5/4 لمجموع أعضائه (2). وتبنى هذا الحل أيضا دستور الولايات المتحدة الأمريكية الصادر العام 1787، عندما منحت المادة (5) منه اقتراح تعديل الدستور للكونغرس الأمريكي (مجلسي النواب والشيوخ) (3).

وقد يمنح حق الاقتراح بتعديل الدستور للسلطتين معا، فهناك دساتير اتجهت إلى تحقيق نوع من التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فأعطت حق اقتراح لكل من البرلمان ورئيس الجمهورية ومن ذلك ما أخذ به الدستور الفرنسي الحالي بمقتضى المادة 89 منه، الذي منح حق المبادرة بالتعديل الدستوري لرئيس الجمهورية والوزير الأول وأعضاء البرلمان (4)، ومنها الدستور المصري الذي نص في المادة 189 منه على أنه " لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور، ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها

1 - حول عيوب الاقتراح البرلماني ينظر: عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 13-15.

2 - ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 412.

3 - تنص المادة 05 من دستور الولايات المتحدة الأمريكية: " يقترح الكونغرس، كلما رأى ثلثا أعضاء المجلسين ضرورة لذلك، تعديلات لهذا الدستور، أو يدعو، بناء على طلب الهيئات التشريعية لثلاثي مختلف الولايات، إلى عقد مؤتمر لاقتراح تعديلات ".

4 - حيث تنص المادة 89 " L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président " de la République sur proposition du premier ministre et aux membres du Parlement

والأسباب الداعية إلى هذا التعديل " (1). وقد أخذ بهذا أيضا الدستور الجزائري الذي أعطى حق المبادرة باقتراح تعديل الدستور لرئيس الجمهورية وللبرلمان حيث تنص المادة 174 : "الرئيس الجمهورية حق المبادرة بالتعديل الدستوري" (2)، كما تنص المادة 177 : "يمكن لثلاثة أرباع (4/3) أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين معا، أن يبادروا باقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية" (3).
وفضلا عن ذلك فإن بعض الدساتير تعطي الشعب حق الاقتراح المباشر لتعديل الدستور كما سبقت الإشارة إليه بالنسبة لدستور الاتحاد السويسري.

الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

- 1 - دستور جمهورية مصر العربية، المادة 189.
- 2 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 174.
- 3 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة 177.

المطلب الثاني: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع في النظام السياسي الإسلامي

ينبغي القول أولاً إن دراسة هذا الموضوع من وجهة نظر شرعية تأصيلية ومقارنة يحتاج وحده إلى أطروحة علمية قائمة بذاتها، لما يتطلبه من وقت وجهد في تتبع مختلف الوثائق السياسية التي أثرت عن عهدي الرسالة والخلافة الراشدة في مجال التشريع، وتمييزها عما يعتبر قرار إداريا وما يعتبر حكما قضائيا، وهو عمل من الصعوبة بما كان، وما يتطلبه أيضا من استرسال عميق في تحكيم الاعتبارات المصلحية في تناول هذا الموضوع. غير أن ما لا يدرك كله لا يترك جله خاصة إذا كان غرض هذا البحث تأصيل القواعد لا الخوض في جميع التفاصيل، ومن ثم فإن سنعرض أولاً لتأصيل حق المبادرة بالتشريع كجزء من العمل التشريعي في النظام الإسلامي (فرع أول) ثم نعرض للتنظيم الدستوري لهذا الحق بحسب النظر الشرعي (فرع ثان).

و من ثم فقد جاء هذا المطلب في فرعين

الفرع الأول: التأصيل الشرعي لحق الاقتراح

الفرع الثاني التنظيم الدستوري لحق الاقتراح في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الأول: التأصيل الشرعي لحق الاقتراح

البند الأول- التكيف الفقهي لحق الاقتراح

تحت أي أصل من الأصول يندرج حق الاقتراح والمبادرة بالتشريع، لا نجد في الفقه الدستوري الإسلامي والمقارن، إجابات وافية عن هذا السؤال لندرة الدراسات الشرعية التي تعرضت رأساً لهذا الموضوع، غير أننا نجد بعض الآراء القليلة التي أملت بهذا السؤال ولو عرضاً، ونخص بالذكر رأيين؛ الأول يرى أن حق الاقتراح إنما يندرج تحت أصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. والثاني يرى أنه يندرج تحت أصل النصح لأئمة المسلمين وجماعتهم.

الفقرة الأولى- اندراج الاقتراح تحت أصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

أولاً - مضمون الرأي

يرى بعض الباحثين المعاصرين أن حق الاقتراح والمبادرة بالتشريع يندرج تحت أصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؟ فالدكتور ماجد راغب الحلو يجعل الاقتراح نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حيث يقول: "إن الأمر بالمعروف - وهو واجب على كل مسلم - يقتضي من أهل الرأي من المسلمين اقتراح التشريعات النافعة المحققة لمصالح الناس ومقاصد الشريعة في غير مخالفة لأحكامها"⁽¹⁾. وإنه مما لا شك فيه أن لكل مسلم يرى رأياً أنه يقيم معروفاً أو يدفع منكراً فإنه من الناحية المبدئية من حقه أن يقترحه على ولي الأمر فردياً وجماعياً وأن يدعو إليه بلسانه وقلمه استناداً إلى الأصل القاضي بوجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لقوله ﷺ: **﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ**

أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ بِأَمْرٍ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾⁽²⁾.

ثانياً - مناقشة لهذا الرأي

غير أن إدراج حق الاقتراح تحت أصل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ترد عليه الملاحظات التالية:

1- إن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سواء اعتبرناه واجباً عينياً أو واجباً كفاًئياً⁽³⁾، قد ينهض به الأفراد وهو في هذه الحالة يدخل في ممارسة الحقوق والحريات السياسية، ولا يندرج في ممارسة السلطة السياسية، بينما حق الاقتراح بمفهومه الدستوري المعاصر يندرج في ممارسة السلطة السياسية ويمثل بالتحديد جزءاً لا يتجزأ من ممارسة العمل التشريعي.

2- أن الأمر بالمعروف قد ينهض به أهل الولاية و قد استقر الفقه السياسي المعاصر على تكيف واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتطبيقاته كنظام الحسبة على أنه يكافئ سلطة الرقابة سواء تمثلت في الرقابة الشعبية أو الرقابة السياسية أو الرقابة القضائية⁽⁴⁾، بينما حق الاقتراح يتعلق بمرحلة أولى من مراحل تكوين القاعدة القانونية فهو يتعلق بعمل تشريعي .

1 - ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 222 .

2 - التوبة/ 71 .

3 - حول هذا الخلاف ينظر: محمد كمال الدين إمام: أصول الحسبة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الهداية القاهرة، ط1، 1998. ص: 45-50

4 - ينظر عليان بوزيان: دولة المشروعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص: 482 وما بعدها.

3- أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يتعلق بجانب المشروعية(1)، فالأمر بالمعروف يكون في حال كون المعروف مقطوعاً به، فيكون الأمر به أمراً بما هو متفق عليه شرعاً، ومن الواضح أن الأمر به ليس اقتراحاً، لأنه أمر بما هو معلوم شرعاً ولا يسع أحد إنكاره ولا اختيار له في مخالفته، أما الاقتراح فإنه يكون فيما للرأي فيه سعة في إطار المشروعية، وكذلك فالنهي عن المنكر يكون في حال كون المنكر مقطوعاً به(2)، فيكون النهي عنه نهيًا عن ما هو متفق على إنكاره شرعاً، ومن الواضح أيضاً أن النهي عنه ليس اقتراحاً، لأنه نهي عما لا يسع أحد فعله ولا اختيار له في موافقته، بينما حق الاقتراح يكون فيما للرأي مجال في حدود المشروعية، فيقترح هذا ويقترح ذاك، وتتعدد الاقتراحات في إطار المشروعية، وبعضها أرحح من بعض، أما ما فرغ الشرع من تعريفه وإنكاره فأبي مجال للاقتراح فيه؟

فقرة 2- اندراج الاقتراح تحت أصل النصح لأئمة المسلمين وعامتهم

بينما يرى باحث آخر معاصر أن الاقتراح التشريعي يندرج تحت أصل النصح لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم؟ وهو ما عبر الدكتور ضو مفتاح محمد غمق بقوله: "كان الخلفاء الراشدون إذا حدث أمر يستدعي أن يشاوروا فيه المسلمين دعوا الناس إلى المسجد، عن طريق النداء (الصلاة جامعة) ثم يطرحون ما يريدون بحته وأخذ الرأي فيه"(3).

وعليه يجوز - من الناحية المبدئية- لكل فرد من أفراد المسلمين أن يقترح على أولي الأمر سن قانون معين(دستوري أو عادي أو فرعي) يرى فيه جلب مصلحة عامة أو دفع مفسدة عامة أو حماية لحق من الحقوق أو الحريات العامة مما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة، وذلك بمقتضى حق النصيحة لولي الأمر ولعامة المسلمين، فكل مسلم ولو لم يكن من أهل الشورى له يقترح سن تشريع يراه أنصح لولي الأمر أو لعامة المسلمين. لقوله ﷺ (**الدِّينُ النَّصِيحَةُ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ وَلِأَيِّمَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ**) (4). قوله ﷺ: ﴿ **إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ** ﴾ (5). وكذلك بمقتضى حق التعبير عن الرأي غير هذا الرأي ليس له الصفة السياسية التي تلزم السلطة العامة بالنظر فيه و مناقشته والمداولة فيه. فهو بذلك يدخل في ممارسة الحريات العامة وحرية الرأي والتعبير عنها ولا يدخل في ممارسة السلطة السياسية

البند الثاني - اندراج الاقتراح تحت أصل الشورى

والذي نراه أن حق الاقتراح بمفهومه الدستوري الحديث إنما يندرج تحت أصل الشورى، فعلى الرغم من أن البعض يرى بأن: " الشورى في بدء الإسلام لم تكن إلا نوعاً من الاستفتاء الشعبي"(6)، فإننا نرى أن دلالات لفظ الشورى لا تقتصر على معنى الاستفتاء، بل تتسع أيضاً لدلالات كثيرة فهو يتضمن معنى الاقتراح والمناقشة والاعتراض وعلى ذلك تؤسس لحق الاقتراح والمبادرة التشريعية بعموم الآيات الدالة على الشورى كقوله ﷺ: ﴿ **وَأْمُرْهُمْ شُورَى**

1 - حول علاقة الحسبة بالمشروعية ينظر: محمد كمال الدين إمام: أصول الحسبة، ص: 16.

2 - حول شروط الأمر بالمعروف والنهي المنكر ينظر: الماوردى: الأحكام السلطانية، ص: 316 . وينظر: الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 285 .

3 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية، ص: 106 .

4 - صحيح البخاري/ كتاب الإيمان/ باب قول النبي الدين النصيحة/ رقم: 42.

5 - التوبة/ 91 .

6 - مصطفى الرفاعي: الإسلام نظام إنساني، ص: 20.

بَيِّنُهُمْ ﴿1﴾. فعموم الأمر بالشورى كما سبق بيانه تقتضي مشاورا (يطلب المشورة) ومشيرا (بيدي المشورة)، ومشاور فيه (الأمر موضوع للشورى) ومشار به (نتيجة الشورى)، فجعل الأمر شورى بينهم يعني أنهم شركاء فيه سواء، فكل منهم يملك أن يكون مشاورا في المسائل العامة، كما يملك أن يكون مشيرا، فلا يختص أحد منهم من بينهم بحق المشاورة أو بحق الإشارة، وهو ما يعني بالضرورة أن هذا يقترح رأيا والآخر يقترح رأيا آخر كما أن جعل الأمر شورى يعني أن هذا يناقش هذا الرأي والآخر قد يناقش رأيا آخر وقد يؤيده أو يعارضه.

إن هذا الأمر يصدق بالنسبة لعموم جماعة المسلمين ويصلح سنداً شرعياً صحيحاً لجواز أن يقترح بعض المسلمين على جماعة المسلمين سن ما يرون فيه مصلحة عامة من القوانين، فهو أيضاً يصلح سنداً شرعياً لجواز أن يقترح بعض أهل الشورى على مجلس الشورى سن ما يرون فيه مصلحة من التشريعات

وكذلك قوله ﷺ: **﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾** (2). ومن عبقرية اللغة العربية في هذا اللفظ أنه يحتمل أكثر من وجه فكما أن الشورى تتحقق بأن تقترح أنت الرأي وتطلب رأي الآخرين في ذلك فيوافقونك أو يردونه، فكذلك فإن الشورى تتحقق بأن تطلب من الآخرين أن يقترحوا عليك ثم تختار الرأي الذي يوافقك، ومن هذا التحليل يتبين أن دلالات لفظ الشورى تسع أن يكون الاقتراح من المستشار (الذي يطلب المشورة) كما يسع أن يكون الاقتراح من المشير (الذي يقدم المشورة) ومن ثم فإن لفظ الشورى أصدق تعبير على مجمل الوظائف التي تنهض الهيئة التشريعية في الإسلام من اسم البرلمان الذي يعنى مجلس الكلام، والذي غالباً ما تضيع جل أوقاته فعلاً في حمى الكلام.

1 - الشورى/38 .

2 - آل عمران/159 .

الفرع الثاني: التنظيم الدستوري لحق الاقتراح في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول- الجهات التي لها حق الاقتراح التشريعي

لا نجد في الشريعة نصا دستوريا يتعلق بمسألة تحديد الجهة التي لها حق الاقتراح والمبادرة بمشاريع القوانين في الدولة الإسلامية، فهي إذا من المسائل المسكوت عنها نصا، مما يعني أن هذه المسألة من المسائل المفوضة للفقهاء والتشريع الدستوري الذي تتبناه وتسنه جماعة المسلمين بالشورى العامة وفق ما تقضي به اعتبارات المصلحة العامة، فهي من المسائل التي تدرج في عموم قوله ﷺ: ﴿وَأْمُرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (1).

كما تكاد تكون هذه المسألة من المسائل المسكوت عنها فقها، حيث قلة قليلة جدا من الباحثين في السياسة الشرعية والقانون الدستوري الإسلامي والمقارن تلك التي حاولت طرح هذه المسألة على بساط البحث واستجلاء التنظيم الدستوري لحق المبادرة بالقوانين في النظام السياسي الإسلامي وفق ما تقضي به الاعتبارات المصلحية وقواعد السياسة الشرعية واسترشادا بالسوابق السياسية والعرف الدستوري لعهدي النبوة والخلافة الراشدة. فأغلب الدراسات قنعت بتحديد مقولة إن الإسلام لم يضع نظاما معيناً للشورى (2)، و جعلت ذلك عذرا للركون إلى الكسل المعرفي، فلم تحاول أن تقدم أي اجتهاد فقهي في الموضوع، معززة بذلك الشعور بعدم قابلية النظام الشوري للتطبيق مادام لا يعرف للشورى نظاما محددًا لا شرعا و لا عرفا ولا فقها.

على ضوء التفصيل السابق لبنية النظام السياسي الإسلامي يمكن حصر جهات الاقتراح في النظام السياسي الإسلامي في الجهات التالية:

- الاقتراح حق لجماعة المسلمين

- الاقتراح حق لأهل الشورى

- الاقتراح حق للإمام أو من يفوضه

الفقرة 1- الاقتراح حق لجماعة المسلمين

سبق أن أوردنا أن البعض يذهب إلى أن حق الاقتراح والمبادرة بمشاريع القوانين في الدولة الإسلامية هو حق مكفول لكل مسلم، فيحق لكل مسلم في الأمور العامة أن يقوم به (3)، غير أنه متعين في أهل الشورى بما لهم من مزية القرب من مجريات الأمور في الدولة، وبما حازوه من التكليف الضمني لهم من الأمة (4). وهو حق كانت تتم ممارسته سواء من أفراد المسلمين أو من أهل الشورى من غير التقييد بأي إجراءات رسمية مثلما هو جار في هذا العصر (5).

1 - الشورى/38..

2 - ينظر على سبيل المثال لا الحصر: عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 239، وينظر أيضا: فريد عبد الخالق: في الفقه السياسي الإسلامي، ص: 73-78. وينظر: أحمد كمال أبو المجد: حوار لا مواجهة، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1986، ص: 105، 112.

3 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص: 121.

4 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، ص: 121.

5 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، ص: 121-126.

وقد سبقت مناقشة هذا الرأي عند التطرق للاختصاص المباشر لجماعة المسلمين في المجال التشريعي بما يغنيها عن تكرار القول فيه هنا. ومن ثم يكفي أن نسجل هنا الخلاصة التي انتهينا إليها هناك وهي أنه لا مانع شرعا من أن تتبنى جماعة المسلمين في دستورهما حق الاقتراح الشعبي في المجال التشريعي على أن يكون ذلك مقيدا بجملة من القيود التي تحفظ المصلحة المقصودة منه، وتدفع المفساد العارضة له وذلك:

أولا - أن لا يكون الاقتراح مخالفا لمبدأ من مبادئ الشريعة وقواطعها وفي ذلك يقول الدكتور ماجد راغب الحلو " ليس في الشريعة ما يمنع من إتباع نظام الاقتراح الشعبي - كما هو معروف في الأنظمة الحديثة - بالنسبة لما لم يرد بشأنه حكم قاطع" (1).

ثانيا - أن يكون الاقتراح في المسائل المسكوت عنها الخاضعة للنظر المصلحي وليس في المسائل المنصوص عليها. والعلة في ذلك أن المسائل التي وردت فيها نصوص خاصة إن كانت هذه النصوص قطعية في دلالتها فلا مجال للاقتراح فيها، وإن كانت ظنية فالدلالات فيها محدودة بحسب طاقة النص وقوة الدلالة فيه بحسب ما تعطيه قواعد الاستدلال الشرعي، ومن ثم فالاقترحات محددة شرعا وفقها ويبقى المفاضلة بينها من اختصاص أهل الشورى بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة لجماعة المسلمين.

ثالثا - أن يكون الاقتراح صادرا عن جمع معتبر، وذلك رعاية لمصلحتين: الأولى أن يكون قرينة مبدئية على أهمية الاقتراح وموضوعيته واستحقاقه النظر والمناقشة، الثانية: دفع الحرج المتوقع بسبب كثرة الاقتراحات الفردية وتكرارها وتضاربها.

رابعا- أن يكون الاقتراح صادرا عن جمع منتشر، بمعنى أن يكون الجمع منتشرا في دار الإسلام وليس محصورا في جهة واحدة من جهاته أو في إقليم واحد من أقاليمه، وذلك كقرينة مبدئية على رعاية ذلك الاقتراح لمصلحة عموم جماعة المسلمين لا خصوصهم.

فقرة 2- الاقتراح حق لأهل الشورى

إن جملة الوقائع التي اشتهرت عن الخلفاء الراشدين تبين بوضوح أنهم كانوا يتلقون اقتراحات كبار الصحابة وهم الذين يشكلون أهل شورى مجالسهم في الأمور التي تمم العامة وليس فيها أية محكمة أو سنة قائمة، وقد كان الاقتراح يصدر منهم عفويا فرديا وجماعيا ودون التقييد بإجراءات شكلية تنظمه ومن ذلك:

أولا - اقتراح عمر رضي الله عنه على الخليفة أبو بكر رضي الله عنه جمع القرآن

فَعَنْ زَيْدِ بْنِ نَابِتِ الْأَنْصَارِيِّ قَالَ أُرْسِلَ إِلَيَّ أَبُو بَكْرٍ مُتَمَلِّئًا أَهْلَ الْيَمَامَةِ وَعِنْدَهُ عُمَرُ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ (إِنَّ عُمَرَ أَتَانِي فَقَالَ إِنَّ الْقَتْلَ قَدْ اسْتَحَرَّ يَوْمَ الْيَمَامَةِ بِالنَّاسِ ، وَإِنِّي أَخْشَى أَنْ يَسْتَحِرَّ الْقَتْلُ بِالْفُرَّاءِ فِي الْمَوَاطِنِ فَيَذْهَبَ كَثِيرٌ مِنَ الْقُرْآنِ ، إِلَّا أَنْ تَجْمَعُوهُ ، وَإِنِّي لَأَرَى أَنْ تَجْمَعَ الْقُرْآنَ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ فُلْتُ لِعُمَرَ كَيْفَ أَفْعَلُ شَيْئًا لَمْ يَفْعَلْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ عُمَرُ هُوَ وَاللَّهِ خَيْرٌ . فَلَمْ يَزَلْ عُمَرُ يُرَاجِعُنِي فِيهِ حَتَّى شَرَحَ اللَّهُ لِدَلِيلِكَ صَدْرِي ، وَرَأَيْتُ الَّذِي رَأَى عُمَرَ) (2).

1 - ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 222 .

2 - صحيح البخاري / كتاب التفسير / باب لقد جاءكم رسول من أنفسكم / رقم: 4679 . 240/3 .

وعن أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ حُدَيْفَةَ بْنَ الْيَمَانَ قَدِمَ عَلَى عُثْمَانَ وَكَانَ يُعَارِضِي أَهْلَ الشَّامِ فِي فَتْحِ إِزْمِينَةَ وَأَذْرَبِيحَانَ
مَعَ أَهْلِ الْعِرَاقِ فَأَفْرَعَ حُدَيْفَةُ اخْتِلَافَهُمْ فِي الْقِرَاءَةِ فَقَالَ حُدَيْفَةُ لِعُثْمَانَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (أَدْرِكْ هَذِهِ الْأُمَّةَ قَبْلَ أَنْ
يَخْتَلِفُوا فِي الْكِتَابِ اخْتِلَافَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى فَأَرْسَلَ عُثْمَانُ ﷺ إِلَى حَفْصَةَ أَنْ أَرْسَلِي إِلَيْنَا بِالصُّحُفِ نَنْسَخُهَا فِي
الْمَصَاحِفِ ثُمَّ نَرُدُّهَا إِلَيْكَ) (1).

ثانيا - ومن ذلك اقتراح علي بن أبي طالب على الخليفة عمر في عقوبة الخمر
عَنِ ابْنِ وَرِيَةَ الْكَلْبِيِّ قَالَ : أَرْسَلَنِي خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ إِلَى عُمَرَ ﷺ فَأَتَيْتُهُ وَمَعَهُ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ
عَوْفٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَعَلِيٌّ وَطَلْحَةُ وَالزُّبَيْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَهُمْ مَعَهُ مُتَكِنُونَ فِي الْمَسْجِدِ فَقُلْتُ إِنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ
أَرْسَلَنِي إِلَيْكَ وَهُوَ يَقْرَأُ عَلَيْكَ السَّلَامَ وَيَقُولُ: (إِنَّ النَّاسَ قَدْ انْتَهَكُوا فِي الْخَمْرِ وَتَحَاقَرُوا الْعُقُوبَةَ فِيهِ فَقَالَ عُمَرُ ﷺ : هُمْ
هَؤُلَاءِ عِنْدَكَ فَسَلِّمْهُمْ. فَقَالَ عَلِيٌّ ﷺ : نَرَاهُ إِذَا سَكَرَ هَدَى وَإِذَا هَدَى افْتَرَى وَعَلَى الْمُفْتَرِي تَمَاتُونَ. قَالَ فَقَالَ عُمَرُ ﷺ
: أْبْلِغْ صَاحِبَكَ مَا قَالَ) (2).

ثالثا - ومن ذلك اقتراح جمع من الصحابة على عمر التأريخ بحجرة النبي ﷺ
روى الطبري والبيروني أن أبو موسى الأشعري كتب إلى عمر بن الخطاب ﷺ أنه تأتينا منك كتب ليس لها
تاريخ، فاستشار عمر ﷺ الناس (3).

وروي أن عمر ﷺ رفع إليه صك محله في شعبان فقال أي شعبان، الذي نحن فيه أو الذي هو آت، ثم جمع
الصحابة فاستشارهم فيما دهمه من الحيرة في أمر الأوقات (4).

ويروي الطبري أن رجلا قال لعمر ﷺ أرخوا. فقال عمر ﷺ: ما أرخوا؟ قال: شيء تفعله الأعاجم، يكتبون في
شهر كذا من سنة كذا (5).

ويروي البيروني، أن بعض الصحابة قالوا يجب أن نتعرف الحيلة في ذلك من رسوم الفرس، فاستحضروا الهرمزان،
فشرح لهم كيفية التأريخ الفارسي والرومي، فقال بعضهم اكتبوا على تاريخ الروم، فقيل إنه يطول، وقال آخرون: اكتبوا
على تاريخ الفرس، إنهم كلما قام ملك منهم طرح التاريخ ممن كان قبله، أي أن التاريخ لا ينضب (6).

وروي أن بعضهم قال أرخوا من مبعث رسول الله، وقال بعضهم أرخوا من وفاته، وقال آخرون أرخوا من
مولده (7)، ثم اتفقوا على أن أظهر الأوقات وأبعدها عن الشبه والآفات، وقت الهجرة وموافاة المدينة (8).

1 - صحيح البخاري / كتاب فضائل القرآن / باب جمع القرآن / رقم: 4987. 338/3.

2 - سنن البيهقي / كتاب الأشربة والحد فيه / باب ما جاء في عدد حد الخمر / رقم: 17539. 555/8.

3 - ينظر: محمد بن أحمد البيروني: الآثار الباقية عن القرون الخالية، نسخة مصورة عن طبعة ليبزج، 1876، ص: 29. وينظر: ابن جرير الطبري: تاريخ
الرسول والملوك، ت محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت / ط1، 1412 هـ. 227/4.

4 - ينظر: البيروني: الآثار الباقية عن القرون الخالية، ص: 29. وينظر: ابن جرير الطبري: تاريخ الرسول والملوك، 227/4.

5 - ابن جرير الطبري: تاريخ الرسول والملوك، 227/4.

6 - محمد بن أحمد البيروني: الآثار الباقية عن القرون الخالية، ص: 29.

7 - ينظر: البيروني: الآثار الباقية عن القرون الخالية، ص: 29. وينظر: ابن جرير الطبري: تاريخ الرسول والملوك، 227/4.

8 - محمد بن أحمد البيروني: الآثار الباقية عن القرون الخالية، ص: 29.

فلما أجمعوا على التأريخ بالهجرة، قالوا: فأبي الشهر نبدأ به، فقال بعضهم رمضان، ثم اتفقوا على المحرم؛ لأنه منصرف الناس من حجهم وهو شهر حرام(1). وكان ذلك في العام السادس عشر من الهجرة(2).

رابعا - ومن ذلك اقتراح راتب الخليفة

فمن سلمان بن عبد المغيرة بن هلال قال: (لما تولى أبو بكر الخلافة قال أصحاب رسول الله أفرضوا لخليفة رسول الله ما يغنيه، قالوا نعم، بردان إذا أخلقهما وضعهما وأخذ مثلهما، وظهره إذا سافر، ونفقتة على أهله كما كان يتفق من قبل أن يستخلف). وفي رواية أخرى أن المسلمين فرضوا ألفين من الدراهم فطلب إليهم الزيادة فزادوا خمسمائة درهم، كما فرضوا له كل يوم شطر شاة وما كسوه في الرأس والبطن.

فقرة 3 - الاقتراح حق للإمام

بالرجوع إلي السوابق السياسية في عهدي الرسالة والخلافة الراشدة، نجد أن الخليفة بصفته نائبا عن الأمة في إمضاء الأحكام، كان كلما جرت أمور استدعت استحداث تشريعات مناسبة لها فإنه يعرضها للنقاش إما على جمهور الأمة أو على أهل الشورى، ويشفعها برأيه ومبرراته كما تجلى ذلك في عدد من الوقائع التي سنعرض لها على سبيل المثال لا الحصر ومن ذلك:

أولا - اقتراح الخليفة منع قسمة الأرض المفتوحة

عن نافع قال أصاب الناس فتحا بالشام فيهم بلائ وأظننه ذكر معاذ بن جبل رضي الله عنهما فكتبوا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه إن هذا الفئء الذي أصبنا لك حُمسُهُ ولنا ما بقي ليس لأحدٍ منه شيءٌ كما صنع النبي ﷺ بخيبر فكتب عمر ﷺ إنه ليس على ما قلتم ولكني أفقها للمسلمين فراجعوه الكتاب وراجعهم يأبون ويأبى فلما أبوا قام عمر رضي الله عنه فدعا عليهم فقال اللهم أكفني بلائاً وأصحاب بلائ(3).

ثانيا - اقتراح الخليفة قانونا يحدد مدة إقامة الجندي.

ومن ذلك اقتراحه قانون لتحديد مدة إقامة الجندي بعيدا عن أهله، بأن لا تتعدى في جميع الأحوال خمسة أشهر، وهذا الاقتراح جاء بعد استشارته لبعض النساء من بينهن ابنته حفصة حول المدة التي تصبر فيها المرأة على زوجها، فأشارت عليه ابنته حفصة بأن المرأة المغيبة تستطيع أن تصبر شهرين، ويقبل صبرها في الثلاثة، وتفقد صبرها في الأربعة(4).

ثالثا - اقتراح الخليفة قانونا لتحديد مهور النساء.

- عن الشعبي قال: خطب عمر بن الخطاب ﷺ الناس فحمد الله تعالى وأثنى عليه وقال: ألا لا تعالوا في صداق النساء فإنه لا يبلغني عن أحدٍ ساق أكثر من شيءٍ ساقه رسول الله ﷺ أو سيق إليه إلا جعلت فضل ذلك في بيت المال. ثم نزل فعرضت له امرأة من قريش فقالت: يا أمير المؤمنين أكتب الله تعالى أحق أن يتبع أو قولك قال: بل كتاب الله تعالى فما ذاك؟ فقالت: نهيت الناس أنفا أن يعالوا في صداق النساء والله تعالى يقول في

1 - ابن جرير الطبري: تاريخ الرسل والملوك، 227/4.

2 - ينظر: محمد بن أحمد البيروني: الآثار الباقية عن القرون الخالية، ص: 29. وينظر: ابن جرير الطبري: تاريخ الرسل والملوك، 228/4.

3 - سنن البيهقي/ كتاب السير/ باب من رأى قسمة الأراضي/ رقم: 18392. 233/9.

4 - ينظر القصة في: ابن الجوزي: تاريخ عمر بن الخطاب، ص: 77.

كِتَابِهِ ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَلَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بِهَيْتِنَا وَإِنَّمَا مُبِينًا ﴿١﴾﴾ (1). فَقَالَ عُمَرُ ؓ : كُلُّ أَحَدٍ أَفْقَهُ مِنْ عُمَرَ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا ثُمَّ رَجَعَ إِلَى الْمَنْبَرِ فَقَالَ لِلنَّاسِ : إِنِّي كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ أَنْ تُعَالُوا فِي صَدَاقِ النِّسَاءِ أَلَا فَلْيَفْعَلْ رَجُلٌ فِي مَالِهِ مَا بَدَا لَهُ" (2)..

- عن مُحَمَّدٍ عَنْ بَكْرِ قَالَ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ؓ : لَقَدْ خَرَجْتُ وَأَنَا أُرِيدُ أَنْ أَنْهَى عَنْ كَثْرَةِ مُهُورِ النِّسَاءِ حَتَّى قَرَأْتُ هَذِهِ الْآيَةَ ﴿وَأَتَيْتُمُ إِحْدَلَهُنَّ قِنطَارًا﴾ (3).

رابعا - اقتراح الخليفة تعديل قانون لمنحة الطفولة

ومن ذلك أيضا أن عمر ؓ سن أول الأمر قانونا لاستحقاق الصغير في بيت المال، وهو أن يكون الصغير تجاوز سن الفصال وتم فطمه، واعتمد في غذائه على الطعام، حتى وقف على امرأة تباطأت في تدليل صغيرها وقد اشتد به البكاء، فقال لها وهي لا تعرفه ويحك إني أراك أم سوء، مالي أرى ابنك لا يقر منذ الليلة فقالت إنه فطيم وهو بحاجة إلى رضاع وكنت فطمته ليستوفي شرط استحقاق الصغير في بيت مال المسلمين، لأن عمر لا يفرض إلا للفطيم، فأمرها ؓ أن ترضع وليدها ولا تعجل الفطام لأن عمر سيفرض لكل طفل بدون شرط الفطام (4).

البند الثاني - القيود الواردة على حق الاقتراح في النظام السياسي الإسلامي

فقرة 1 - قيد المجلس أو المجلسين

قد سبق وأن خالصنا إلى أنه لا مانع شرعا من أن يكون مجلس الشورى في النظام الإسلامي مكون من الناحية النظامية من غرفتين، وأن ذلك مجال من مجالات السياسة الشرعية والنظر المصلحي، غير أنه متى تبنت جماعة المسلمين في دستورها نظام الغرفتين، سفلى (نواب الحل والعقد) عليا (شيوخ الاجتهاد) فإن ذلك يدفعنا إلى التساؤل هل ينبغي التسليم بحق الاقتراح للغرفتين كما هو الحال في أنظمة سياسية معاصرة كثيرة، أم ينبغي قصر هذا الحق على نواب الغرفة السفلى فحسب كما هو الحال مثلا في النظام السياسي الجزائري الحالي (5).

والذي نراه أوفق بالمصلحة الشرعية في هذه الحالة هو التسليم بحق الاقتراح للغرفتين، فإذا كانت وظيفة مجلس الشورى بغرفتيه هي ممارسة الوظيفة التشريعية، فإن لا معنى أن نسند إلى الغرفة العليا وظيفة التشريع ثم نمنعها حق المبادرة والاقتراح، الذي يعتبر من أهم السلطات بالنسبة للعمل التشريعي. بل يكاد يكون المحدد الرئيسي له.

فقرة 2 - قيد النصاب العددي

الأصل أن حق الاقتراح في النظام الإسلامي غير مقيد بنصاب عددي، استنادا لأصل الاستصحاب، واستنادا أيضا للسوابق السياسية في عهدي الرسالة والخلافة الراشدة، حيث كانت الاقتراحات تصدر من أهل الشورى ومن أهل الرأي فرادى وجماعات دون تقييد بنصاب عددي.

1 - النساء/20.

2 - سنن البيهقي/ كتاب الصداق/ باب لا وقت في الصداق قل أو كثر/ رقم: 14336، 380/7. وقال هَذَا مُنْقَطِعٌ.

3 - سنن البيهقي/ كتاب الصداق/ باب لا وقت في الصداق قل أو كثر / رقم: 14335، 379/7. وقال هَذَا مُرْسَلٌ جَيِّدٌ.

4 - ينظر القصة في: ابن الجوزي: تاريخ عمر بن الخطاب، ص: 66.

5 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، لسنة 1996، المادة: 1/119. وينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 139-141

ولكن هل يجوز كسياسة شرعية تقييد حق أهل الشورى في الاقتراح بنصاب عددي، لاشك أنه للإجابة عن هذا السؤال وتحديد الموقف الشرعي من قيد النصاب العددي ينبغي أن نفهم الاعتبارات المصلحية والفلسفة الكامنة وراء اشتراط بعض النظم المعاصرة هذا القيد، و يمكن رد هذه الاعتبارات إلى اعتبارين:

الأول: أن قيد النصاب العددي يعتبر قرينة أولية على موضوعية الاقتراح وجدديته واستحقاقه مداولة المجلس فيه. وبالتالي فهو وسيلة للحفاظ على وقت المجلس الثمين من أن يضيع في مناقشة اقتراحات غير جدية. والثاني: أن قيد النصاب العددي يحد من تعدد الاقتراحات وتكرارها وتضاربها، وبالتالي فهو أيضا وسيلة للمحافظة على وقت المجلس من أن يضيع في مناقشة اقتراحات متكررة ومتضاربة وغير منتهية.

وقد أخذ مجلس الشورى السعودي في أول الأمر بقيد النصاب العددي لممارسة حق الاقتراح فكان ينص نظام الشورى في المادة 23 منه على أن (لكل عشرة أعضاء في مجلس الشورى، حق اقتراح مشروع نظام جديد، أو تعديل نظام نافذ، وعرضه على رئيس مجلس الشورى، وعلى رئيس المجلس رفع الاقتراح إلى الملك). غير أن هذا النص بعد تعديله بالأمر الملكي رقم أ/198 وتاريخ 1424/10/2 هـ أصبح ينص على أن حق الاقتراح للمجلس ككل وليس لأعضائه وهو ما يشكل تراجعاً كبيراً في الممارسة الشورية المحدودة أصلاً، حيث أصبح نص المادة 23) مجلس الشورى اقتراح مشروع نظام جديد، أو اقتراح تعديل نظام نافذ، ودراسة ذلك في المجلس، وعلى رئيس مجلس الشورى رفع ما يقرره المجلس للملك (1).

بينما نجد الدستور الإيراني قد قيد مجلس الشورى الإيراني في ممارسة سلطة المبادرة بالتشريع، بأن يكون المقترح مقديماً من مالا يقل عن 15 عضو من أعضاء مجلس الشورى حيث تنص المادة 74 منه على أنه " يستطيع ما لا يقل عن خمسة عشر نائباً اقتراح مشاريع القوانين، وطرحها في مجلس الشورى الإسلامي" (2).

1 - ينظر: الأمر الملكي السعودي رقم أ/198.

2 - دستور جمهورية إيران الإسلامية، المادة: 74.

المبحث الثاني: شروط المداولة و التصويت

يفرض المشرع الدستوري الوضعي على السلطة التشريعية إتباع الشكل الواجب قانونا لإقرار التشريع، ويتمثل في الإجراءات والقيود المفروضة في المداولة والتصويت. ومن أهم هذه القيود قيد توافر النصاب الضروري للمداولة والتصويت وقيد الموافقة على مشروع القانون بالأغلبية التي يتطلبها الدستور.

وقد سبق عند تأصيل القول في حجية الشورى كمبدأ من المبادئ الدستورية التي يقوم عليها النظام السياسي في الإسلام أن بينا أن الشورى تمثل آلية من آليات التقرير سواء تعلق الأمر في ذلك بالمجال السياسي أو تعلق بالمجال التشريعي، رغم أن الغالب على الفقه الشرعي قديما وحديثا هو ربط الشورى بمجال صناعة القرار السياسي دون مجال صناعة القانون والقواعد التشريعية، ويبقى أن نلوي عنان القلم الآن صوب القواعد والإجراءات المتعلقة بكيفية تنظيم وإدارة الشورى التشريعية في النظام الإسلامي في ضوء المقارنة مع النظم السياسية المعاصرة، فيما يتعلق بالقيود المفروضة على المداولة والتصويت.

ومن ثم فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: شرط نصاب المداولة و التقرير

المطلب الثاني: شرط التقرير و الموافقة

المطلب الأول: شرط نصاب المداولة والتقرير

إذا كان البرلمان ينهض بالصفة التمثيلية للشعب سواء في ممارسة الوظيفة التشريعية أو في ممارسة وظيفة الرقابة السياسية، فإنه لكي يتحقق في وظائفه بهذه الصفة يتطلب ذلك أن لا ينحصر النهوض بهذه الوظائف على عدد محدود من أعضاء البرلمان دون غيرهم بحيث يخل بالصفة التمثيلية للشعب ومن ثم نجد أن من القيود التي تشترطها النظم الوضعية لصحة المداولة والتقرير توافر نصاب معين من أعضاء البرلمان يشترطه الدستور (فرع أول).
و في نفس الوقت فإن المسؤوليات التي تناط بأهل الشورى في النظام السياسي الإسلامي وهم الذين فوضت إليهم جماعة المسلمين الاختصاص التشريعي حيث تناط بهم بصفتهم التمثيلية مهمة سن وصناعة القانون في الدولة الإسلامية تفترض حضور نصاب للشورى بشكل لا يخل بحقيقتها (فرع ثان). ومن ثم فسنعرض لهذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: شرط النصاب في النظم السياسية المعاصرة.

الفرع الثاني: شرط النصاب في النظام السياسي الإسلامي.

الفرع الأول: شرط النصاب في النظم السياسية المعاصرة.

البند الأول- التأسيس الدستوري لشرط النصاب

تشترط النظم السياسية المعاصرة لصحة المداولة والتصويت من طرف البرلمان توافر نصاب قانوني، وتختلف النظم السياسية في تحديد هذا النصاب بين يكتفي بالأغلبية المطلقة ومن يشترط أغلبية الثلثين ومن يشترط نصاباً أكثر من ذلك إلا أنها جميعاً ترى في توافر النصاب القانوني قرينة أولية على صحة المداولة والتصويت:

فقرة 1- النظام المجلسي

يمثل النظام السويسري النموذج الباقي للنظام المجلسي، حيث يهيمن البرلمان على مجمل السلطات السياسية، غير أن مداولات البرلمان لا تصح إلا بحضور أغلبية أعضائه، حيث ينص دستور الاتحاد السويسري على شرط توفر النصاب القانوني لصحة مداولات المجلس وتصويته حيث جاء في المادة 159 منه، تحت بند النصاب القانوني والأغلبية: "لا تستطيع المجالس أن تتداول إلا عند حضور أغلبية أعضائها"(1).

فقرة 2- النظام البرلماني

كما نجد أيضاً الأنظمة البرلمانية تأخذ بشرط توافر النصاب القانوني لصحة مداولات البرلمان، وهو ما أخذ به النظام الأردني حيث تنص المادة 84 من دستور المملكة الأردنية على أنه: "لا تعتبر جلسة أي من المجلسين قانونية إلا إذا حضرها ثلثا أعضاء المجلس وتستمر الجلسة قانونية ما دامت أغلبية أعضاء المجلس المطلقة حاضرة فيها"(2). كما أخذ بذلك النظام العراقي حيث تنص المادة 59 من الدستور العراقي على أنه يتحقق نصاب انعقاد جلسات مجلس النواب بحضور الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه"(3).

فقرة 3- النظام الرئاسي

وإذا ولينا وجهنا شطر الأنظمة الرئاسية فإننا نجد أنها أيضاً تشترط لصحة مداولة البرلمان وتصويته توافر النصاب القانوني الذي يشترطه الدستور، حيث ينص الدستور الأمريكي في المادة 01 على أنه "تشكل الأغلبية في كل من المجلسين النصاب القانوني لقيامه بأعماله، ولكن يمكن لعدد أصغر أن يؤجل الجلسات من يوم إلى يوم، وقد يخول كل من المجلسين سلطة إجبار الأعضاء المتغيين على الحضور بالطريقة التي يراها وبمقتضى العقوبات التي يرتأي فرضها"(4). والنصاب هو مجموعة الأعضاء الذين يكفي عددهم لتسيير أعمال المجلس. غير أنه يمكن الاستمرار في البحث والمناقشة سواء توفر نصاب أم لا ما دام النصاب يتوفر لدى التصويت.

فقرة 4- النظام شبه الرئاسي

ولا تمثل الأنظمة الرئاسية المعدلة استثناء من ذلك فهي أيضاً تشترط لصحة مداولة البرلمان توافر النصاب الذي يشترطه الدستور، وهو ما أخذ به النظام السياسي المصري حيث تنص المادة 107 من الدستور المصري على

1- دستور الاتحاد السويسري المادة 159.

2- دستور المملكة الهاشمية الأردنية، المادة 84، بموجب التعديل المنشور في العدد 1179 تاريخ 17/4/1954 من الجريدة الرسمية.

3- دستور جمهورية العراق الاتحادية/ المادة 59.

4- دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة 01 / الفقرة 05 / البند 1.

أنه: " لا يكون انعقاد المجلس صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه" (1)، كما أخذ به النظام الجزائري، حيث ينص النظام الداخلي للغرفة الأولى على أنه " تصح مناقشات المجلس الشعبي الوطني مهما يكن عدد النواب الحاضرين، لا يصح التصويت بالمجلس الشعبي الوطني إلا بحضور أغلبية النواب، وفي حالة عدم توافر النصاب تعقد جلسة بعد ست ساعات على الأقل و اثني عشر ساعة على الأكثر، ويكون التصويت حينئذ صحيحا مهما يكن عدد النواب الحاضرين، تتم مراقبة النصاب قانونا قبل كل عملية تصويت، لا يمكن أن تكون إلا مراقبة واحدة للنصاب في الجلسة الواحدة" (2).

والفلسفة التي يؤسس عليها الفقه الدستوري الحديث لمشروعية اشتراط توافر نصاب قانوني معين لصحة مداوات البرلمان وتصويته ترجع إلى عدد من الاعتبارات المصلحية منها:

- 1- أن البرلمان ينوب ويعبر عن إرادة الشعب في ممارسة الوظيفة السياسية والتشريعية ومن ثم فاشتراط حضور نصاب معين لصحة المداوات يمثل قرينة صحة لصحة التعبير عن إرادة الشعب، فإن انعقاد دورة البرلمان في ظل غياب شبه كامل أو جسيم لأعضائه، يطعن في صحة تمثيله لإرادة الشعب.
- 2- أن عقد البرلمان لجلسات المداولة في الأمور السياسية والتشريعية، في ظل غياب لمعظم أعضائه يفتح الباب للاستبداد والاستئثار بالوظائف البرلمانية لعدد محدود من أعضائه.

البند الثاني - التحديد الكمي للنصاب

تختلف الأنظمة السياسية المعاصرة في تحديد الكمي للنصاب لصحة مداوات البرلمان وتصويته، غير أن الاختلاف يمكن رده إلى عدد محدود من الصور

فقرة 1- اشتراط نصاب الثلث

وهو ما نجده في الدستور السوداني لسنة 1998، الذي صاغه حسن الترابي، حيث جاء في المادة 79 منه أنه: " لا يتم النصاب لانعقاد المجلس الوطني، إلا بحضور ثلث أعضائه، إلا إذا كان الموضوع تشريعا في عرضه الأخير أو قرر الرئيس عظم الموضوع المطروح في جدول الأعمال فلا يتم النصاب إلا بحضور النصف" (3).

فقرة 2- اشتراط نصاب الأغلبية المطلقة

حيث تكفي بعض النظم السياسية المعاصرة باشتراط توافر نصاب النصف زائد واحد، لصحة المناقشات وصحة التصويت وهو ما أخذ به دستور الاتحاد السويسري (4)، كما أخذ به الدستور المصري (5)، و الدستور العراقي (6)، على أنه تجدر الإشارة إلى أن بعض الأنظمة اكتفت بتوافر نصاب النصف عند إجراء عملية التصويت

1- دستور جمهورية مصر العربية/ المادة 107.

2- النظام الداخلي للغرفة الأولى/ المادة 75. الجريدة الرسمية، العدد 53، السنة الرابعة والثلاثون، بتاريخ 13/9/1997

3- دستور جمهورية السودان لسنة 1998، المادة 79.

4- دستور الاتحاد السويسري المادة 159.

5- دستور جمهورية مصر العربية/ المادة 107.

6- دستور جمهورية العراق الاتحادية/ المادة 59.

بينما تصح المناقشات بأي نصاب توافر، ما دام نصاب الأغلبية متوافر أثناء التصويت، وهو ما أخذ به دستور الولايات المتحدة الأمريكية(1)، كما أخذ به النظام السياسي الجزائري(2).

فقرة 3- اشتراط نصاب الثلثين

بينما نجد أنظمة سياسية أخرى قد اختارت اشتراط نصابا لا يقل عن الثلثين لصحة مداوات البرلمان، وهو ما أخذ به الدستور الأردني(3)، على أن الدستور الأردني عاد فقرّر أن جلسات المداوات والتصويت البرلماني تستمر وتبقى صحيحة بعد ذلك ما لم ينزل النصاب عن الأغلبية المطلقة. كما أخذ بذلك مجلس الشورى السعودي حيث نصت المادة 16 من نظام مجلس الشورى على أنه: "لا يكون اجتماع مجلس الشورى نظاميا إلا إذا حضر الاجتماع ثلثا أعضائه على الأقل، بمن فيهم الرئيس أو من ينوب عنه، ولا تكون القرارات نظامية إلا إذا وافقت عليها أغلبية المجلس"(4). و هو ما أخذ به أيضا مجلس الشورى الإيراني حيث تنص المادة 65 منه على أنه "بعد إجراء الانتخابات تصبح جلسات مجلس الشورى الإسلامي رسمي بحضور ثلثي عدد النواب"(5). وفي حالة عدم توافر النصاب تعقد جلسة بعد ست ساعات على الأقل و اثني عشر ساعة على الأكثر، ويكون التصويت حينئذ صحيحا مهما يكن عدد النواب الحاضرين.

القادر للعلوم الإسلامية

1- دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة 01 / الفقرة 05 / البند 1.

2- النظام الداخلي للغرفة الأولى/المادة 75. الجريدة الرسمية، العدد 53، السنة الرابعة والثلاثون، بتاريخ 1997/9/13

3- دستور المملكة الهاشمية الأردنية، المادة 84، بموجب التعديل المنشور في العدد 1179 بتاريخ 17/4/1954 من الجريدة الرسمية.

4- نظام مجلس الشورى للمملكة العربية السعودية، المادة 16. الصادر بالأمر الملكي رقم: أ/62، بتاريخ 1418/3/1هـ

5- دستور جمهورية إيران الإسلامية/ المادة 65.

الفرع الثاني: شرط نصاب المداولة في النظام السياسي الإسلامي.

يقوم التقرير الشورى في المجال التشريعي بعد التحقق بقيد المشروعية واستيفاء الشروط الموضوعية على جملة من الشروط المتعلقة بالتداول والتصويت، وما يهمننا هنا هو الشرط المتعلق بنصاب التداول. من البين أن هذه المسألة من المسائل المسكوت عنها نصا ليس فقط في الكتاب والسنة، بل وحتى في الفقه الإسلامي القديم منه والمعاصر، إذا لا نجد في هذه المسألة نصوص مباشرة لا قطعية ولا ظنية، كما لم نعثر من تكلم عنها رأسا من فقهاء المسلمين القدماء والمحدثين، وبذلك فهي من المسائل التي تندرج فيما يسمى بالفراغ التشريعي، كونها من المسائل الشكلية التنظيمية التي يمكن ملاحظة الاعتبارات المصلحية فيها، وعلى ذلك فالمعول في تأصيلنا لهذه المسألة هو الاسترشاد بقواعد السياسة الشرعية وبعض التصرفات النبوية والسوابق السياسية للحكم الراشد.

البند الأول- شرط النصاب بين الشورى الخاصة والشورى العامة

هل يشترط لصحة المداولة الشورية نصابا معيناً أم لا يشترط؟ ينبغي أولاً في إجابتنا عن هذا السؤال أن نفرق بين مجال الشورى الخاصة ومجال الشورى العامة

فقرة 1- شرط النصاب في الشورى الخاصة

- بالنسبة للشورى الخاصة، فإن مما لا شك فيه أن الشورى في المجال الخاص والمسائل الشخصية لا يشترط فيها نصاباً معيناً، فيستشير صاحب الأمر من شاء ممن توسم فيهم النصيح، ويترك من شاء، ولكن رجاحة العقل تقضي بتوسيع قاعدة الشورى لكل من يرجو الرأي عنده، فصاحب الأمر يستشير من شاء ويترك من شاء والأمر في النهاية أمره، فالشورى ليست واجبة في حقه وإنما مندوبة، وكذلك فهي ليست ملزمة له ولكن معلمة، ولذلك فلا يستقيم القول بضرورة توفر نصاب معين فيها، فهذا كله واضح وهو مما تقضي به نصوص الشرع وأحكامه. وعلى هذا الأساس نفهم اقتصار النبي ﷺ في حادثة الإفك في استشارته في شأن عائشة على أفراد معدودين من خواص أصحابه منهم علي وأسامة اللذين كانا بمنزلة ولديه (1). لأنها شورى تتعلق بشأن خاص ومسائل عائلية و جد شخصية. فلا يشترط فيها نصاب معين.

فقرة 2- شرط النصاب في الشورى العامة

أما بالنسبة للشورى العامة وهي الشورى المتعلقة بالشأن العام فالمسألة مختلفة، فإن مجال الشورى هنا هو الشأن العام ويتعلق بالمصالح العامة، وهي من الأهمية بحيث لا ينبغي أن يقضى فيها برأي واحد أو برأي أقلية، كما أن أهل الشورى ليسوا خواص المستشارين و خلانته، ولكنهم الذين ينوبون عن جماعة المسلمين على سبيل الكفاية في وظائف التشريع والحسبة السياسية بما لهم من صفة تمثيلية، وعليه فإذا كان المقصود من الشورى تحصيل الصواب قطعاً أو على سبيل الظن، وكان ذلك لا يحصل إلا بتوسيع قاعدة الشورى لكل ذي صفة تمثيلية من جماعة المسلمين، اقتضى ذلك أن المقصود من الشورى لا يتم إلا بحضور جميع أهل الشورى أو أغليبيتهم مجلس المداولة، فإن اقتصر المداولة على عدد قليل من أهل الشورى يجعل من الممارسة الشورية ممارسة صورية شكلية فارغة من أي مضمون ولا مقصد حقيقي من ورائها؛ فإن الغرض من الشورى هو استفراغ مختلف الآراء في الموضوع وموازنتها ومقارنتها بعضها

1- ينظر: صحيح البخاري/ كتاب الشهادات/ باب إذا عدل الرجل أحدا فقال لا نعلم إلا خيراً/ رقم: 2637.

بعض للوقوف على أصوبها أو أقربها للصواب وذلك لا يتأتى حينما تقتصر الشورى على عدد محدود ممن يمثلون الأمة وينوبون عنها من ثلاث جهات:

- الأولى: جهة التداول إن اقتصر الشورى على عدد قليل من أهل الشورى قد يترتب عليه فوات آراء أو اجتهادات مهمة في الموضوع محل الشورى، ومن ثم يكون هذا التداول مختلا، لفوات آراء ذات بال في الموضوع، ومن ثم قد يفضي التداول إلى نتيجة لا تعبر عن الرأي الذي يقتضيه النظر الشرعي السديد والفقه السليم؛ لاقتصر المداولة على بعض الآراء والاجتهادات دون بعض، من غير إحصاء جامع لها. ومن ثم فإننا نرى أن السياسة الشرعية تقضي اشتراط حضور نصاب معين لصحة اجتماع و مداولة مجلس الشورى، بحيث في حالة ما إذا اقتصر التداول الشورى على ما دون هذا النصاب كان التداول معيبا وباطلا بمقتضى أحكام السياسة الشرعية.

- الثانية: من جهة التصويت كما إن اقتصر المداولة على عدد قليل من أهل الشورى وغياب الأكثرية منهم يجعل نتيجة الشورى (قرارا سياسيا أو عملا تشريعا) معيبة بعبء عدم الشرعية والسبب في ذلك عدم اكتمال النصاب، وتعليل ذلك أن غياب الأكثرية عن مداولة شورى الأمر، يعطي الفرصة لبعض الآراء والاجتهادات للدفاع عنها والانتصار لها بينما الاجتهادات الأخرى التي لم يحضر مناصروها لا تجد من يدافع عنها أو يدفع عنها انتقادات خصومها، فتحتل بذلك آلية التقرير الشورى، إذ من المحتمل جدا في حالة عدم اكتمال النصاب أن لا تكون نتيجة الشورى معبرة فعلا عن رأي أكثرية مجلس الشورى، بل فقط عن رأي أكثرية الحاضرين، وهي أقلية إذا ما قيست إلى عدد أعضاء المجلس.

- الثالثة من جهة التمثيل: قد سبق وأن أصلنا القول في تكوين مجلس الشورى من الناحية العضوية أنه لا يتكون فقط من المجتهدين كما أنساق وراء ذلك كل أولئك الذين تابعوا الشيخ الجليل عبد الوهاب خلاف وطابقوا مطابقة تامة بين لفظ التشريع ولفظ الاجتهاد، بل يسع كل من فوضت إليه جماعة المسلمين أن ينوب عنها في تدبير مصالحها العامة وفق الشروط المحددة شرعا، ولو لم يكن من أهل الاجتهاد الفقهي بمعناه العلمي الحصري الدقيق. و على ذلك فإن أهل الشورى ينهضون بالإضافة إلى وظيفة التشريع بوظيفة التمثيل، وإن اقتصر التداول في مجلس الشورى على عدد قليل منهم مع غياب الأكثرية يخل بالصفة التمثيلية للمجلس فيما يتعلق بهذه الموضوعات التي فصل فيها في غياب الأكثرية.

فقرة 3- الأسانيد الشرعية لشرط النصاب

على الرغم من أننا لا نجد في نصوص الكتاب دليلا خاصا في مسألة اشتراط النصاب إلا ما كان من إشارات فإنه يمكن الاستدلال لمشروعية هذا الشرط بالإضافة إلى المؤيدات السابقة ببعض السوابق السياسية لعهد الخلافة الراشدة:

أولا- قوله ﷺ حكاية عن ملكة سبأ ﴿ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى

تَشْهَدُونَ ﴿١﴾ (1). ، فقولها حتى تشهدون تشير إلى أنها لا تقضي في الأمر إلا بحضور أهل الشورى وفتواهم، فمعنى

تشهدون أي تحضرون وتشيروا (1)، وقد نقل أهل التفسير كالقرطبي (2)، والسيوطي (3)، عن قتادة أن مجلس شوراها كان يضم ثلاثمائة واثنى عشر (312) رجلا.

ثانيا - حرص الخلفاء على استشارة جميع أولي الأمر من الصحابة بل ترتب على ذلك أن منع الخليفة الثاني فقهاء الصحابة والمهاجرين الأولين من مغادرة المدينة وإلزامهم بالبقاء في عاصمة الخلافة للقيام بوظيفة الشورى. وعلى الرغم من اقتصار شورى الخلفاء في الغالب على الحاضرين في المدينة (عاصمة الخلافة) فإنه أحيانا كان يعث الرسائل لكبار الصحابة في المدن والجيوش يستشيرهم.

البند الثاني - تحديد النصاب

القاعدة الدستورية المتعلقة بشرط النصاب كما سبق من القواعد الدستورية المرنة المفوضة للتقدير المصلحي لجماعة المسلمين أو من ينوب عنها، حيث لا نجد فيها نصا مباشرا لا قطعيا ولا ظنيا، ومن ثم فهي من المسائل التي ينبغي أن يتكفل بها التشريع الدستوري في الدولة الإسلامية، واشتراط جماعة المسلمين حضور نصاب معين من أهل الشورى لصحة الاجتماع والمداولة والاعتداد بها شرعا من الشروط الجعلية الجائزة التي يجوز أن تشترطها الأمة في دستورها، وهي من الشروط التي تقتضيها المصلحة العامة للجماعة والتعليل المقاصدي لذلك هو أن اشتراط النصاب وسيلة ناجعة لمنع اتخاذ قرارات أو إصدار تشريعات في ظل غياب أكثرية مؤثرة من أعضاء مجلس الشورى، كان يمكن أن تختلف الأمور رأسا على عقب لو تم شهودها الاجتماع المقرر، فلكي تكون القرارات والتشريعات صحيحة نافذة فإنه ينبغي أن يتوافر نصاب معين من الحضور لا يترتب على فقدته إخلال جسيم بالممارسة الشورية، فاتخاذ القرارات في غياب أكثرية مؤثرة يخل بشرعية ذلك القرار ويطعن فيه من الناحية الشكلية، وذلك يقتضي وجوب الإخطار والإعلام المسبق لأهل الشورى حتى لا تستبد أقلية بالأمر من دونهم.

ولكن ما هو النصاب المعتبر شرعا بالنسبة لصحة اجتماع مجلس الشورى، نحسب أيضا أن القاعدة الدستورية التي تحكم هذا الشرط هي من القواعد الدستورية المرنة الخاضعة للنظر المصلحي والتصرف السياسي، وهي تختلف باختلاف طبيعة الأعمال الموكلة إلى مجلس الشورى إن كان عملا تشريعيًا أو عملا سياسيًا، ولكن عموما فإن القوانين ذات الأهمية القصوى قد يشترط فيها نصاب حضور لا يقل عن ثلاثة أرباع أهل الشورى، والقوانين المهمة يمكن أن يكتفى فيها بحضور نصاب الثلثين أما القرارات المحدودة الأهمية فلا حرج في الاكتفاء فيها بنصاب النصف.

1- ينظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 6/189 .

2- ينظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، 13/194.

3- ينظر: السيوطي: الدر المنثور في التفسير بالمأثور، 11/363.

المطلب الثاني: شرط الإقرار والموافقة

يتم التعبير عن الإرادة السياسية والتشريعية للبرلمان في النظم السياسية المعاصرة عن طريق التصويت، فسواء تعلق الأمر بوظيفة الرقابة السياسية وسحب الثقة من الحكومة أو تعلق الأمر بسن تشريع وإقرار قانون فإنهما جميعاً يخضعان لسلطة واحدة هي سلطة التصويت الذي تنظمه جملة من الأحكام التي سنعرض لها في (فرع أول).

وفي المقابل فإن التسليم بهذه السلطة بالنسبة للشورى السياسية والتشريعية في النظام السياسي الإسلامي لا يزال محل جدل من بعض الباحثين، ففي الوقت الذي يرى فيه جمهور عريض أن مبدأ الأكثرية والعمل بالأغلبية مبدأ إسلامي أصيل، يرى فريق آخر أن العبرة بقوة الدليل، وكأن قوة الدليل تفرض برأي الفرد وليس بقناعة الأغلبية، إن تحرير القول في مسألة التقرير بالأغلبية وبيان أحكامه يشكل مضمون (الفرع الثاني).

وعليه فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: قيد الأغلبية في النظم السياسية المعاصرة.

الفرع الثاني: حجية الأغلبية في التشريع الإسلامي

الفرع الأول: قيد الأغلبية في النظم السياسية المعاصرة

البند الأول- أحكام التصويت على القوانين العادية

يتم إقرار القوانين من طرف البرلمان في النظم السياسية المعاصرة عن طريق تصويت مع مناقشة عامة أو تصويت مع مناقشة محدودة أو تصويت من دون مناقشة تتعلق بعملية التصويت جملة من القيود والأحكام منها:

فقرة 1- التصويت حق شخصي

يجعل البعض من الأنظمة السياسية المعاصرة التصويت حقا شخصيا بل تنص بعض الدساتير صراحة على مبدأ شخصية التصويت كما هو الحال بالنسبة للدستور الفرنسي الذي بنص المادة 2/27 بأن حق التصويت لأعضاء البرلمان شخصي. (1) " Le droit de vote des membres du Parlement est personnel. " ومع ذلك فقد سمح للقانون العضوي أن يرخص التصويت بالوكالة في حدود وكالة واحدة لكل نائب في حالات استثنائية (مرض، مهمة خاصة..). La loi organique peut autoriser exceptionnellement la délégation de vote. Dans ce cas, nul (2)ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat وهو ما أخذ به الدستور المغربي كما ينص على ذلك الفصل السادس والثلاثون كما أخذ به النظام السياسي الجزائري سواء في النظام الداخلي لنواب الغرفة الأولى أو الغرفة الثانية(3).

ويؤسس الفقه الدستوري هذا القيد على عدد من الاعتبارات منها أن التجربة البرلمانية في فرنسا في عهد سابق كانت وراء الأخذ بهذا القيد بالنظر إلى ظاهرة التغيب والتسيب التي عرفها البرلمان الفرنسي في ذلك الوقت، فالأخذ بمبدأ شخصية التصويت كان وسيلة للمشرع الدستوري الفرنسي للحد من هذه الظاهرة. والاعتبار الثاني أن جعل التصويت شخصيا يقصد من ورائه إعطاء هذا الفعل كامل أهميته الواجبة له من طرف النائب وما يتطلبه من مسؤولية وتمعن وتبصر فيما يخدم الصالح العام وما لا يخدمه، بخلاف التصويت بالوكالة الذي يعبر عن حالة من اللامبالاة تجاه الصالح العام. والاعتبار الثالث أن الأخذ بمبدأ شخصية التصويت يمنح إمكانية لتقييم مدى صدقية عملية التصويت ومدى حرية المخولة لبرلماني عندما يصدر عن فعل شخصي لا تشوبه أية شائبة (4).

فقرة 2- توافر النصاب القانوني لصحة التصويت

وقد سبق التعرض لهذا الشرط آنفا فلكي تكون نتيجة التصويت قائمة على قرينة من الصحة تشترط النظم السياسية المعاصرة توافر نصاب قانوني ليس فقط لصحة المداولة ولكن أيضا لصحة التصويت والتقرير، وإن كانت بعض النظم تتساهل في نصاب المناقشة فتصح بأي نصاب من الحضور، فإنها لا تتساهل بالنسبة لنصاب التصويت.

فقرة 3- توافر الأغلبية التي يشترطها الدستور لإقرار القانون

لا يختلف نصاب التصويت من نظام سياسي لآخر فحسب بل يختلف من قانون لآخر، حيث تختلف الأغلبية التي يشترطها الدستور لإقرار القانون بحسب ما إذا كان يتعلق بقانون عادي أو بقانون عضوي أو بتعديل

1- دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة/ المادة 2/27.

2- دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة/ المادة 3/27.

3- ينظر المادة 80 من نظام المجلس الشعبي الوطني، والمادة 63 من نظام مجلس الأمة.

4- ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 182-183.

دستوري. ولكن على العموم فالقاعدة الدستورية المتعارف عليها بين معظم الأنظمة الدستورية أن إقرار القانون يكون بالأغلبية البسيطة ما لم يشترط الدستور خلاف ذلك في حالات خاصة، وعليه فالقوانين العادية تفر بالأغلبية البسيطة وأحياناً المطلقة وهو ما يشهد النماذج التالية:

1- نظام الجمعية

تنص المادة 159 من دستور الاتحاد السويسري على أنه: "2) تتخذ القرارات بأغلبية الأصوات في مجلس الشعب ومجلس المقاطعات وفي الجلسات التي تجمعهما. 3) تتطلب الموضوعات الآتية أغلبية أعضاء كل من مجلس الشعب ومجلس المقاطعات: أ) اتخاذ القوانين الاتحادية العاجلة. ب) اتخاذ التشريعات الخاصة بالدعم المالي والقروض. ج) رفع الحد الأعلى للمصروفات في حالة احتياجات مالية استثنائية.. " (1).

2- النظام البرلماني

تنص المادة 84 من دستور المملكة الأردنية الفقرة الثانية على أنه: "تصدر قرارات كل من المجلسين بأكثرية أصوات الأعضاء الحاضرين ما عدا الرئيس إلا إذا نص هذا الدستور على خلاف ذلك وإذا تساوت الأصوات فيجب على الرئيس أن يعطي صوت الترجيح" (2). وتنص المادة 59 من الدستور العراقي "تتخذ القرارات في جلسات مجلس النواب بالأغلبية البسيطة، بعد تحقق النصاب، ما لم يُنص على خلاف ذلك" (3).

3- النظام الرئاسي

المادة 1 الفقرة 5 من الدستور الأمريكي كل من المجلسين هو الحكم في انتخابات أعضائه ونتائجها ومؤهلاتهم. وتشكل الأغلبية في كل من المجلسين النصاب القانوني لقيامه بأعماله، ولكن يمكن لعدد أصغر أن يؤجل الجلسات من يوم إلى يوم، وقد يخول كل من المجلسين سلطة إجبار الأعضاء المتغيبين على الحضور بالطريقة التي يراها وبمقتضى العقوبات التي يترأى فرضها" (4).

4- النظام الرئاسي المعدل

ينص الدستور الفرنسي في المادة 44 منه على أنه: "يجري التصويت في المجلس مرة واحدة على النص موضوع المناقشة في جملته أو في جزء منه دون اعتبار لغير التعديلات التي اقترحتها الحكومة أو وافقت عليها" (5). وينص الدستور المصري 107 ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة. ويجري التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة، وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذي جرت المناقشة في شأنه مرفوضاً" (6).

1- دستور الاتحاد السويسري/ المادة 159.

2- دستور المملكة الهاشمية الأردنية، المادة 84، بموجب التعديل المنشور في العدد 1179 تاريخ 17/4/1954 من الجريدة الرسمية.

3- الدستور العراقي لسنة المادة 59.

4- دستور الولايات المتحدة الأمريكية/ المادة 01/ الفقرة 05.

5- دستور الجمهورية الفرنسية/ المادة 44.

6- دستور جمهورية مصر العربية/ المادة 107.

كما تنص المادة 120 من الدستور الجزائري: " يجب أن يكون كل مشروع أو اقتراح قانون موضوع مناقشة من طرف المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على التوالي حتى تتم المصادقة عليه. وتنصب مناقشة مشاريع أو اقتراحات القوانين من طرف المجلس الشعبي على النص المعروض عليه"(1).

وخلافا لأغلب الدساتير يلاحظ أن الدستور الجزائري قد اشترط بأغلبية متشددة لإقرار القانون العادي من طرف مجلس الأمة حيث نصت المادة 120 على أنه: " يناقش مجلس الأمة النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني ويصادق عليه بأغلبية ثلاثة أرباع (4/3) أعضائه"(2). " وبالتالي فالتصويت يخرج في هذه الحالة عن مغزاه لكون التشريع العادي لا يفترض الموافقة عليه بأغلبية متشددة، ويستنبط من ذلك خوف المشرع الدستوري عدم اقتران الأغليبتين الرئاسية والبرلمانية، وبالتالي أخذ الدستور بهذا الضابط ليفرض رقابة على التشريعات التي تصدر عن الغرفة الأولى"(3).

وينص الدستور السوداني لسنة 1998 المادة 81 " يتوحي المجلس الوطني الإجماع في اتخاذ قراراته، فإذا لم يتيسر ذلك يصدر القرار برأي غالب الحاضرين فيما لم يرد فيه نص في الدستور"(4). وفي دستور السوداني الانتقالي 2005، " تتخذ قرارات الهيئة التشريعية القومية أو أي من مجلسيها بالإجماع متى كان ذلك ممكنا، وإلا فتجاز بالأغلبية البسيطة للحاضرين فيما عدا الحالات التي ينص عليها هذا الدستور خلافا لذلك"(5).

5- السعي بين الغرفتين

بالنسبة للأنظمة السياسية التي يتكون برلمانها من غرفة واحدة فإن التصويت بالنسبة له لا يثير إشكالا، إذ يكفي أن يقر النص التشريعي بالأغلبية التي يتطلبها الدستور لتتم الموافقة عليه، أما بالنسبة للأنظمة السياسية التي يتكون برلمانها من غرفتين، فالأمر مختلف حيث ينتظم أكثر من حالة: ففي حالة موافقة الغرفتين على ذات النص التشريعي بالأغلبية التي يتطلبها الدستور فلا إشكال في هذه الحالة ويعتبر القانون قد تم إقراره.

أما في حالة اختلاف الغرفتين بأن تكون الغرفة الأولى قد وافقت على النص التشريعي، بينما الغرفة الثانية لم توافق عليه بالأغلبية التي يتطلبها الدستور، أو رفضت بعض مواده، فينشأ ما يسمى السعي بين الغرفتين ويكون ذلك من خلال لجنة متساوية الأعضاء تفصل في مواطن الخلاف، ففي حالة التوصل إلى اتفاق يعرض القانون على الغرفتين للتصويت فقط من دون مناقشة، وهو ما نجده في الدستور الفرنسي الذي نص في المادة 45: " إذا حدث بسبب الخلاف بين المجلسين أن مشروعا أو اقتراحا بقانون لم تتم الموافقة عليه بعد المداولة فيه مرتين، أو إذا أعلنت الحكومة حالة الاستعجال بعد المداولة فيه مرة واحدة في كل مجلس، فللوزير الأول الحق في طلب عقد لجنة مشتركة من أعضاء المجلسين بالتساوي لاقتراح نص للأحكام التي ظلت محل خلاف"(6). وكذلك في الدستور الجزائري الذي نص في

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/ المادة 120.

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/ المادة 120.

3- عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 185 بتصرف يسير.

4- دستور جمهورية السودان لسنة 1998/ المادة 81.

5- دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة 2005/ المادة 99.

6- دستور الجمهورية الفرنسية/ المادة 45.

المادة 120: " وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، تجتمع، بطلب من الوزير الأول، لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين من أجل اقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف. تعرض الحكومة هذا النص على الغرفتين للمصادقة عليه، ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة. وفي حالة استمرار الخلاف يسحب النص " (1). أما في حالة استمرار الخلاف فيختلف موقف الأنظمة السياسية فمنهم من يفضل سحب النص ومنهم من يفضل عرضه لمداولة جديدة.

البند الثاني - التصويت على القوانين الخاصة

فقرة 1- التصويت على التعديل الدستوري

تميل النظم السياسية إلى اشتراط أغلبية متشددة لإقرار التعديل الدستوري في حالة عدم عرضه على الاستفتاء الشعبي، حيث ينص دستور الولايات المتحدة الأمريكية على أن التعديلات الدستورية المقترحة تصبح " قانونية من حيث جميع المقاصد والغايات، كجزء من هذا الدستور، عندما تصادق عليها الهيئات التشريعية لثلاثة أرباع (4/3) مختلف الولايات، أو مؤتمرات تعقد في ثلاثة أرباع (4/3) الولايات " (2).

أما في النظام السياسي الفرنسي فالتعديل الدستوري في حالة عدم عرضه على الاستفتاء الشعبي يشترط لإقراره موافقة ثلاثة أخماس (5/3) الأصوات المعبر عنها (3).

في حين تنص المادة 176 من الدستور الجزائري أن " لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع (4/3) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان " (4).

فقرة 2- التصويت على القوانين العضوية

تشرط النظم السياسية التي تأخذ بهذا النوع من القوانين (العضوية) كما هو الحال على سبيل المثال بالنسبة للنظام الفرنسي والنظام الجزائري، لإقرارها شرطين الأول وهو أن تتم الموافقة عليها بأغلبية متشددة، فبالنسبة للدستور الفرنسي يشترط الموافقة عليها بالنسبة للغرفتين بالأغلبية المطلقة (5)، أما بالنسبة للدستور الجزائري فيشترط الموافقة عليها بالنسبة للغرفة الأولى بالأغلبية المطلقة ويشترط الموافقة عليها بأغلبية ثلاثة أرباع أعضاء الغرفة الثانية. حيث تنص المادة 123 " تتم المصادقة على القانون العضوي، بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع (4/3) أعضاء مجلس الأمة " (6).

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/ المادة 120.

2- دستور الولايات المتحدة الأمريكية/ المادة 05.

3- دستور الجمهورية الفرنسية/ المادة 89. Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

4- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/ المادة 176.

5- ينظر: دستور الجمهورية الفرنسية/ المادة 46.

6- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/ المادة 1/123.

أما الشرط الثاني فهو تقرير الرقابة الدستورية على النص التشريعي قبل صدوره وهو ما نص عليه الدستور الفرنسي في المادة 46 ، Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution (1) وهو ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 2/123 "يراقب المجلس الدستوري مدى مطابقة النص العضوي مع الدستور قبل صدوره"(2).

فقرة 3- التصويت على القوانين المالية

يقيد التصويت على القوانين المالية من طرف البرلمان بقيدتين الأول المهلة زمنية قد تبلغ سبعون يوما كما هو الحال في الدستور الفرنسي(3)، وخمسة وسبعون يوما من يوم إيداعه لدى مكتب الغرفة الأولى فإن لم يوافق عليه صدر بأمر رئاسي كما هو الحال في الدستور الجزائري(4)، والقيد الثاني حصوله على الأغلبية المقررة للقوانين العادية(5).

1- دستور الجمهورية الفرنسية/ المادة 46.

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/ المادة 2/123.

3- دستور الجمهورية الفرنسية/ المادة 47. les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours,

4- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية/ المادة 120. " يصادق البرلمان على قانون المالية في مدة أقصاها خمسة وسبعون يوما (75) من تاريخ إيداعه، طبقا للفقرات السابقة. وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا، يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر "

5- ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 188 وما بعدها.

الفرع الثاني: حجية الأغلبية في التشريع الإسلامي

تمثل مسألة الأغلبية ومدى حجيتها في تقرير القوانين والأحكام والقرارات فرعا لمسألة إلزامية الشورى، فإذا كان الله ﷻ قد أمرنا بالشورى وجعلها قاعدة أمرية ملزمة لجماعة المسلمين ولولي الأمر على السواء كما سبق بيانه، فإنه ﷻ لم يبين لنا في كتابه كيفية اتخاذ القرار الشوري فهي مسألة مسكوت عنها نصا في الكتاب، كما أنها مسكوت عنها في السنة القولية دون العملية.

وقلنا بأن مسألة الأغلبية فرع لمسألة إلزامية الشورى من حيث أن هذه المسألة لا تثار عند القائلين بأن الشورى معلمة؛ فآلية التقرير بالنسبة لمن يأخذ بهذا المذهب ظاهرة ومحددة وهي ما يقرره الإمام حتى ولو خالف أغلبية أهل الشورى أو جميعهم، فالقرار قراره وليس قرارهم، وهو مذهب كما أوضحنا خاضع للنظر الشرعي والتصرف السياسي في حالات الضرورة و الأوضاع الاستثنائية ولكنه ليس الأصل، أما الأصل الذي تشهد له الممارسة النبوية العملية هو أن الشورى ملزمة وبالتالي فالقرار قرار أهل الشورى وليس قرار الإمام وحده، وما دام القرار قرار أهل الشورى فهنا تطرح مسألة آلية التقرير بين أهل الشورى، إن أعمال النظر الشرعي يبين أن آلية التقرير الشوري لا تخرج عن ثلاث حالات: الإجماع، الأغلبية، التساوي.

البند الأول- التقرير بالإجماع

أي أن يكون آلية التقرير في مجلس الشورى هي الإجماع، والإجماع يشمل صوراً عديدة تتشابه منها:

فقرة 1- صور الإجماع

أولاً - الإجماع العلمي وهو على نوعين:

1- الإجماع الأصولي القطعي، بمفهومه الذي استقر عليه في علم الأصول أي إجماع جميع الفقهاء المجتهدين في عصر معين، على حكم شرعي وهو إجماع كما هو معلوم ملزم للأمة في جميع العصور، إذ هو مؤسس على قاعدة عقدية مسلمة وهي عصمة الأمة الثابتة بنصوص متواترة تواترا معنوياً أو قريباً منه، كما هو مفصل في كتب أصول الفقه (1)، فهو فرع للتسليم بعصمة الأمة، فهو إجماع يحمل في ذاته قيمة دينية، فلا يحل لأحد يتبع سبيل المؤمنين خرقه أو نقضه، وهذا النوع من الإجماع خلافاً لما يدعيه البعض ممكن وواقع فمصنفات المجتهدين بين أيدينا، واستقراء المسائل التي اجمعوا عليها متيسر، وقد صنف العلماء في ذلك مصنفات معلومة محمودة (2). غير أن هذا النوع من الإجماع ليس له مدخل في موضوعنا، فالأحكام التي ثبتت بهذا النوع من الإجماع هي قطعاً خارجة عن مجال الشورى، وعن الاختصاص التشريعي لمجلس الشورى، فهي أحكام تتعالى عن الزمان والمكان وعن التاريخ والجغرافيا و عن السياسة والاعتبارات المصلحية.

2- الإجماع الإفتائي الظني: وهو الاتفاق الذي يحصل بين عدد محصور من الفقهاء يضمهم مجمع أو لجنة فتوى أو مركز دراسات، أو مخبر بحث. حول مسألة معينة من المسائل الفقهية الاجتهادية، وفي تسمية هذا الاتفاق بين هؤلاء الفقهاء إجماعاً كما لا يخفى تساهل كبير وتسامح عظيم، من حيث أن هذا الاتفاق لا تتوافر فيه شروط الإجماع المقررة في علم الأصول، بالنظر إلى أن هذه المجمع الفقهية أو لجان الفتوى، أو مراكز البحوث والدراسات الفقهية، لا

1- ينظر في ذلك: القرائي: نفاثات الأصول في شرح المحصول، 2597/6-2630.

2- ينظر على سبيل المثال: ابن المنذر النيسابوري: الإجماع، وينظر: علي بن حزم: مراتب الإجماع، دار الأفاق، بيروت، ط1، 1978.

تستغرق ولا تستوعب جميع الفقهاء والمجتهدين، ومن ثم فما تنتهي إليه من رأي يعتبر فتوى جماعية لا أكثر، وصورة من صور الاجتهاد الجماعي لا غير، وهي غير ملزمة لجماعة المسلمين لا إلزاما دينيا ولا إلزاما سياسيا، فهي غير ملزمة لجماعة المسلمين إلزاما دينيا، لأنها لا تتوافر لها شروط الإجماع الأصولي، من حيث أن اختلاف المجامع الفقهية ولجان الفتوى ومراكز البحوث إمكان وارد وقائم، بل هو حاصل وواقع، وهي غير ملزمة لجماعة المسلمين إلزاما سياسيا، لأنها صادرة عن جهة ليست لها صفة الولاية العامة، ومن ثم فهي تبقى مجرد فتوى جماعية من قبيل الشورى العلمية غير الملزمة إلا إذا تبناها وأقرها مجلس الشورى أو إمام المسلمين.

ثانيا - الإجماع الشوري الولائي

وهو الإجماع الذي يحصل بين أولي الأمر في الدولة في أمر من الأمور التي تختلف باختلاف العصور ويتجسد عمليا في إجماع أهل الشورى أو أهل الحل والعقد في الدولة على أمر من الأمور السياسية أو التشريعية. ويندرج تحت هذا النوع من الإجماع صورتين من صور الإجماع، فمنه الإجماع السياسي ومنه الإجماع التشريعي:

1- الإجماع السياسي: وهو الإجماع الذي ينعقد بين أهل الشورى بخصوص مسألة سياسية محضة كسد شعور رئاسي، أو تولية أو عزل للخليفة، أو إعلان حرب، وهو الإجماع الذي يقصده عادة فقهاء السياسة الشرعية عند الحديث عن بيعة أهل الحل والعقد كطريق من طرق الإمامة. بحيث يكون إجماعهم أقوى آليات التقرير السياسي، وأبرز مثال له إجماع الصحابة على تولية أبي بكر بعد لحوق الرسول بالرفيق الأعلى، وهذا النوع من الإجماع أيضا ليس من غرضنا في هذا المبحث.

2- الإجماع التشريعي: وهو الإجماع الذي ينعقد بين أهل الشورى والحل والعقد بخصوص الإلزام بأحكام شرعية اجتهادية، وترك العمل بسائر الآراء والاجتهادات الفقهية، وهذا النوع من الإجماع ليس في قوة الإجماع العلمي المقرر عند علماء الأصول، إذ لا عصمة لأهل الشورى، فضلا عن أن مجلس الشورى لا يستوعب جميع مجتهدي العصر، ومن ثم فإجماعهم (أهل الشورى) ليس ملزما للأمة في جميع العصور، ولكنه ملزم لجماعة المسلمين في ذلك العصر، فهو ليست له في ذاته قيمة دينية، ولكن يستمد قيمته الدينية من القاعدة الدستورية الشرعية الآمرة بوجوب طاعة أولي الأمر، وهذا هو المعنى الذي نقصده عند الحديث عن الإجماع كآلية من آليات التقرير التشريعي في الدولة الإسلامية، والتقرير بهذه الآلية في مجلس الشورى من الندرة بحيث لا مطمع فيه ولا يعول عليه.

فقرة 2- حجية الإجماع كآلية للتقرير التشريعي

يمثل الإجماع سواء في ذلك الإجماع العلمي ذي الصبغة الدينية وهو إجماع عصر من العصور على مبدأ من مبادئ الشريعة؛ أو الإجماع الشوري ذي الصبغة الولائية وهو إجماع أهل الشورى والحل والعقد على قرار أو حكم تشريعي معين، أعلى مراتب الإلزام وأقوى سبل التقرير، غير أن الإجماع الأول ملزم للناس عامة إلى قيام الساعة، بينما الثاني ملزم لجماعة المسلمين حتى يتغير الاجتهاد وينقض بإجماع آخر.

ويثير اتخاذ الإجماع كقاعدة للتقرير التشريعي في الدولة الإسلامية مسألتين:

الأولى: هل في الشريعة ما يوجب أن تتخذ الدولة الإسلامية الإجماع كقاعدة دستورية وحيدة في مجال التشريع

واتخاذ القرار؟

الثانية: هل تقتضي السياسة الشرعية أن تتخذ الدولة الإسلامية الإجماع كقاعدة دستورية لإقرار التشريع في موضوعات معينة؟

مما لا شك فيه أن القرار أو التشريع المتبنى من أهل الشورى بالإجماع، هو قرار قد توافرت له شرعية كاملة لا مطعن فيها لأحد، مادام قد اجمع عليه بالشورى كل أهل الحل والعقد والنهي والأمر في النظام السياسي الإسلامي. لكن هل معنى ذلك أن جماعة المسلمين أو أولى الأمر فيها لا سبيل لهم للتقرير سواء في المجال التشريعي أو السياسي غير سبيل الإجماع، بحيث يكون الإجماع من الناحية الدستورية هو الآلية الوحيدة للتقرير؟ والجواب على ذلك بالنفي قطعاً، فإن الاكتفاء بالإجماع وحده كآلية للتقرير يقضي على مبدأ الشورى ويجعله في أحسن الأحوال معطلاً، لتعذر الإجماع في كل شأن من الشؤون العامة التي تلم بجماعة المسلمين، فإن اختلاف الناس، واختلاف أهل العلم سنة من سنن الله في الخلق، لا سيما في الأمور المبنية على النظر والتقدير، وملاحظة الاعتبارات الظرفية، ومن ثم فإن الاكتفاء بقاعدة الإجماع كقاعدة دستورية وحيدة للتقرير في الأمور السياسية والتشريعية، يدفع لطرح السؤال عن الحل في حالة الاختلاف وعدم التوصل إلى إجماع بين أهل الشورى، وهنا لا مناص من التسليم بضرورة اعتماد آليات تقصر عن رتبة الإجماع؛ آليات لا ترفع الخلاف في الرأي ولا تقطع النزاع من ناحية النظر ولكنها ترفع الخلاف من ناحية العمل وتقطع النزاع في الحكم.

فقرة 3- مجال التقرير بالإجماع وجوباً

إذا كان النظر الشرعي وقواعد السياسة الشرعية يقتضيان عدم حصر آلية التقرير في الإجماع لما يفضي إليه من تعطيل المقصد من الشورى، وما يترتب عليه من بقاء الأمور معلقة بغير حسم في حالة الاختلاف وعدم الاتفاق، مما يؤدي إلى فساد عريض أقله تفويت المصالح موضوع النظر ومحل الشورى. فهل تقتضي السياسة الشرعية جعل الإجماع كآلية تقرير وحيدة في الموضوعات ذات الأهمية البالغة والتي تحتاج إلى توافق كبير للنهوض بها؟ نحسب أن تقرير قاعدة كهذه مجال واسع للنظر المصلحي والتصرف السياسي بشرط أن لا يؤدي إلى تعطيل الشورى وتعليق المسائل.

البند الثاني - التقرير بالأغلبية

إذا كان الإجماع في جميع المسائل متعذراً، بل مستحيلاً لما جبل عليه الخلق من اختلاف النظر، فإنه لا مناص من اعتبار الأغلبية عند تعذر الإجماع هي آلية التقرير الشوري في المجتمع الإسلامي، غير أن موضوع الأغلبية ومدى حجيتها في إقرار الأحكام الشرعية يثير إشكاليتين أساسيتين: تتعلق الأولى بمدى اعتبار حكم الأغلبية مرجحاً في مجال تبني الأحكام الشرعية والقرارات السياسية، وتعلق الثانية بشروط اعتبار الأغلبية حجة ملزمة.

فقرة 1- حجية الأغلبية في مجال التشريع

رغم أن مسألة الترجيح بالكثرة ونظرية الجمهور هي من المسائل المعروفة والمتداولة في مواضع كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي، والتي ترتبط بسياق الاختلاف المذهبي في فروع الأحكام الشرعية، وهي مسائل كما هو واضح تطبيق مباشر لمسألة الأغلبية. فإنه للأسف الشديد فإننا لا نكاد نجد لهذه المسائل حضوراً أو تأصيلاً أو تعميلاً لها في مصنفات الأصول، التي لا تفرد لهذه المسألة فصلاً مستقلاً بل تكتفي بعضها بالإشارة إليها عرضاً في باب

الإجماع(1)، والذي انتهى إليه الباحث في هذا المجال هو أن قواعد السياسة الشرعية تقضي بجملة من القواعد الدستورية منها أن الكثرة (الأغلبية) المعتبرة شرعا تعتبر مرجحا في مجال التشريع وفي مجال اتخاذ القرار، و هذه القواعد يمكن صياغتها تباعا على النحو التالي: - لا اعتبار بالكثرة في المسائل القطعية.

- لا اعتبار بالكثرة في مقابل الإجماع.

- إذا تعذر الإجماع يصار إلى الكثرة المعتبرة شرعا.

- الكثرة المعتبرة شرعا ليست دليلا قطعيا على الصواب ولكن دليلا ظنيا.

ونستدل على حجية ومشروعية هذه القواعد الدستورية بالكتاب والسنة و قواعد الشريعة ومقاصدها، والفقهاء.

أولا - من الكتاب

ليس في القرآن الكريم ما يمكن اعتباره نصا في المسألة. إلا أن هناك بعض النصوص التي تفيد بمعقولها على اعتبار الأغلبية عند تعذر الإجماع منها:

1- "قوله ﷺ يمدح المؤمنين: ﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾ (2). يعطي إجماعا قويا بأن الممدوحين يتداول أمرهم

بينهم، ويتقرر العمل فيه بينهم، فهم فيه شركاء وهذا لا يظهر في صورة امتلاك فرد واحد منهم حق البت في الأمر، بل يظهر ويتحقق عندما يكون البت جماعيا، بالإجماع، أو بالخلاف اليسير الذي يرتفع بالتراضي والتغاضي، وأقل ما يتحقق به ذلك: اتفاق الأغلبية" (3). و لما كانت الشورى العامة كما سبق أن بينا تشمل المسائل التشريعية كما تشمل المسائل السياسية فإن الكثرة تكون مرجحا في كلا الأمرين.

2- ومنها قوله ﷺ حكاية عن ملكة سبأ: ﴿ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّى

تَشْهَدُونَ ﴾ (4). ، ويتأسس الاستدلال بهذه الآية على ما أصله الإمام الشاطبي من أن كل حكاية وقعت في القرآن فلا يخلو أن يقع قبلها أو بعدها رد لها أو لا، فإن وقع رد فلا إشكال في بطلان ذلك المحكي وكذبه، وإن لم يقع معها رد فذلك دليل على صحة المحكي وصدقه (5) وما قالته ملكة سبأ والتزمت به من أنها لا تبرم أمرا من أمور الدولة إلا بموافقة ملئها، إجماعا أو أكثرية ليس في القرآن لا في نفس الموضوع ولا في غيره ما يردده ويطله ومن ثم فهو يعتبر مثالا يحتذى وسنة تتبع (6).

ثانيا - من السنة

لم يرد في السنة القولية نص في مسألة الأغلبية غير أن استقراء تصرفات النبي ﷺ السياسية أو بالإمامة وهي جزء من السنة العملية تبين بوضوح التزام النبي ﷺ بالأغلبية في تسير أمور الدولة كقاعدة دستورية سواء تعلق ذلك بالأمور التشريعية الاجتهادية التي لم يرد فيها نص أو في المسائل التنفيذية ذات الأهمية البالغة ومن ذلك:

1- ينظر: الغزالي: المستصفي، 2/342. والآمدني: الإحكام، 1/310. والطوي: شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، ط1، 1990، 3/53.

2- الشورى/38.

3- أحمد الريسوني: نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، مطبعة مصعب مكناس، ط1، ص: 446.

4- النمل/32.

5- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 4/158.

6- لمزيد من التفصيل حول الاستدلال بهذه الآية ينظر: أحمد الريسوني: نظرية التقريب، ص: 446 وما بعدها.

1- التزامه ﷺ بما أفضت إليه الأغلبية في أمور تشريعية فقد اختلف الصحابة في حكم الأسرى بعد غزوة بدر) فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ يَا نَبِيَّ اللَّهُ هُمْ بَنُو الْعَمِّ وَالْعَشِيرَةِ أَرَى أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُمْ فِدْيَةً فَتَكُونُ لَنَا قُوَّةً عَلَى الْكُفَّارِ فَعَسَى اللَّهُ أَنْ يَهْدِيَهُمْ لِرِجَالِهِمْ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ « مَا تَرَى يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ». قُلْتُ لَا وَاللَّهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا أَرَى الَّذِي رَأَى أَبُو بَكْرٍ وَلَكِنِّي أَرَى أَنْ تُمَكِّنَّا فَتَضْرِبَ أَعْنَاقَهُمْ فَتُمَكِّنَ عَلَيَّا مِنْ عَقِيلٍ فَيَضْرِبَ عُنُقَهُ وَتُحَكِّي مِنْ فُلَانٍ - نَسِيًّا لِعَمَرَ - فَأَضْرِبَ عُنُقَهُ فَإِنَّ هَؤُلَاءِ أُمَّةُ الْكُفْرِ وَصَنَادِيدُهَا فَهَوَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ -صلى الله عليه وسلم- مَا قَالَ أَبُو بَكْرٍ وَمَا يَهُوَ مَا قُلْتُ فَلَمَّا كَانَ مِنَ الْعَدِ جُنْتُ فَإِذَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَبُو بَكْرٍ قَاعِدَيْنِ يَبْكِيَانِ قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَخْبِرْنِي مِنْ أَى شَيْءٍ تَبْكِي أَنْتَ وَصَاحِبُكَ فَإِنْ وَجَدْتُ بُكَاءَ بَكَيْتُ وَإِنْ لَمْ أَجِدْ بُكَاءَ تَبَاكَيْتُ لِيُكَاثِبُكُمَا. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: " أَبْكِي لِلَّذِي عَرَضَ عَلَيَّ أَصْحَابُكَ مِنْ أَخَذِهِمُ الْفِدَاءَ لَقَدْ عَرِضَ عَلَيَّ عَدَاؤُهُمْ أَذَى مِنْ هَذِهِ الشَّجَرَةِ. شَجَرَةٌ قَرِيبَةٌ مِنْ نَبِيِّ اللَّهِ ﷺ وَأَنْزَلَ اللَّهُ ﷻ: ﴿ مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُنْخَبَ فِي الْأَرْضِ ﴾ إلى قوله تعالى فَكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا وَأَتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٣١﴾ (1) فَأَحَلَّ اللَّهُ الْغَنِيمَةَ لَهُمْ (2). فهذه الرواية وإن ظهر في أولها أن النبي ﷺ أخذ برأي صحابي واحد وهو أبو بكر، فإنها صريحة في آخرها بأن القول بأخذ الغدية من الأسرى كان قول جمهور الصحابة (أبكى للذي عرض علي أصحابك) (3).

2 - وهو ما التزمه أيضا في تشريع الأذان فعَنْ سَالِمٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَشَارَ النَّاسَ لِمَا يُهْمُهُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَذَكَرُوا الْبُوقَ فَكَرِهَهُ مِنْ أَجْلِ الْيَهُودِ ثُمَّ ذَكَرُوا النَّاقُوسَ فَكَرِهَهُ مِنْ أَجْلِ النَّصَارَى فَأَرَى النَّدَاءَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ يُقَالُ لَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ زَيْدٍ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فَطَرَقَ الْأَنْصَارِيُّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَيْلًا فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِاللَّيْلِ بِأَلَّا يَهْ فَادَّنَ قَالَ الرَّهْرِيُّ وَزَادَ بِاللَّيْلِ فِي نِدَاءِ صَلَاةِ الْعَدَاةِ الصَّلَاةِ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ فَأَقْرَبَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَ عُمَرُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ رَأَيْتُ مِثْلَ الَّذِي رَأَى وَلَكِنَّهُ سَبَقَنِي" (4).

3- أما أخذه ﷺ بقاعدة الأغلبية في المسائل التنفيذية و مسائل السياسة العامة فهو كثير ومن ذلك استشارته لأصحابه في مسيرهم إلى بدر بعد أن فاتتهم قافلة أبي سفيان(5)، ومن ذلك استشارته لأصحابه في غزوة احد في الخروج لملاقاة قريش أو التحصن بالمدينة ونزوله على رأي الأغلبية رغم مخالفته لرأيه الشخصي(6)، ومن ذلك استشارته لأصحابه في غزوة الخندق في محاولة الصلح مع غطفان ونزوله على رأي سعد بن عبادة وسعد بن معاذ زعيمى الأوس والخزرج في رفض هذا الاتفاق قبل أن يصبح باتا ونهايا(7). ومنه يتبين كيف كان الرسول ﷺ وهو خيرة خلق الله وأكملهم عقلا وأسدهم نظرا والمؤيد بالعصمة والوحي ينزل على رأي الأغلبية ويمضى ما عليه جمهورهم فيما لا وحي فيه(8).

1- الأنفال 67/69.

2- صحيح مسلم/ الجهاد والسير/ رقم: 1763. ص: 732.

3- أحمد الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص: 452.

4 - سنن ابن ماجة/ كتاب الأذان والسنة فيها/ باب بدء الأذان / رقم: 707. ص: 136. سبق تخريجه.

5 - ينظر: ابن كثير : البداية والنهاية، 69/5-70.

6 - ينظر: ابن إسحاق: السيرة النبوية، ص: 332.

7 - ينظر: ابن كثير : البداية والنهاية، 39/6-40.

8 - أحمد الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص: 457.

فقد كانوا يشاورون في الأمور التشريعية التي ليس فيها نص ثم يأخذون بما أجمع عليه أهل الشورى أو بما انتهى إليه أغليبتهم وقد كان أول من خط هذا النهج الراشد الخليفة الأول أبو بكر الصديق رضي الله عنه فقد روى الدارمي عن ميمون بن مهران قال: (كَانَ أَبُو بَكْرٍ رضي الله عنه إِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْحُصْمُ نَظَرَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَإِنْ وَجَدَ فِيهِ مَا يَقْضِي بَيْنَهُمْ قَضَى بِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْكِتَابِ وَعَلِمَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فِي ذَلِكَ الْأَمْرِ سُنَّةً قَضَى بِهِ فَإِنْ أَعْيَاهُ خَرَجَ فَسَأَلَ الْمُسْلِمِينَ فَقَالَ أَتَانِي كَذَا وَكَذَا فَهَلْ عَلِمْتُمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَضَى فِي ذَلِكَ بِقَضَاءٍ فَرُبَّمَا اجْتَمَعَ إِلَيْهِ النَّفَرُ كُلُّهُمْ يَذْكُرُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فِيهِ قَضَاءً فَيَقُولُ أَبُو بَكْرٍ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ فِيْنَا مَنْ يَحْفَظُ عَلَيَّ نَبِيْنَا فَإِنْ أَعْيَاهُ أَنْ يَجِدَ فِيهِ سُنَّةً مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم جَمَعَ رُءُوسَ النَّاسِ وَخَبَرَئِهِمْ فَاسْتَشَارَهُمْ فَإِنْ أَجْمَعَ رَأْيُهُمْ عَلَيَّ أَمْرٍ قَضَى بِهِ) (1). ومضى على هذا النهج بقية الخلفاء الراشدين فهذا ابن عباس يصف عمر بقوله: (وَكَانَ الْقُرَاءُ أَصْحَابَ بَحَالِسٍ عُمَرَ وَمُشَاوَرَتِهِ كَهُولًا كَانُوا أَوْ شُبَّانًا) (2). وتشهد لذلك التطبيقات الكثيرة في المجال التشريعي والتنفيذي ومن ذلك مشاورة أبو بكر الصديق في جمع القرآن وأخذه بما أفضت إليه أغلبية الشورى (3)، ومن ذلك نزول عمر بن الخطاب على رأي الأغلبية في عقوبة شارب الخمر (4)، ومن ذلك نزوله على رأي الأغلبية في مسألة الرجوع عن أرض الوباء (5)، ومن ذلك أخذه بما أفضت إليه المداولة بين الصحابة في مسألة تقسيم سواد العراق وتحول الرأي الذي تبناه الخليفة من رأي أقلية إلى رأي الأغلبية (6).

رابعا - المقاصد والقواعد الشرعية

إن القواعد الشرعية تقضي بمشروعية العمل بالأغلبية كوسيلة لترجيح الرأي الأكثر صوابية، فالمقصد الأصلي من العمل بالأغلبية تحقيق أكبر قدر ممكن من الصواب (7)، فإنه لما كان مقصد تحصيل الصواب تتعدد الوسائل إليه، "والوسائل كما هو معلوم من قواعد الشرع لها أحكام المقاصد" (8). ومنه ففي حالة الاختلاف وتمسك كل صاحب ذي رأي بأن رأيه هو الأرجح والأقرب للكتاب والسنة، ومعلوم أن الكتاب والسنة في المسائل المحتملة لا ينطقان بذاتهما وإنما ينطق بهما الرجال، ومن ثم فليست هناك من وسيلة للترجيح عند اختلاف النظر إلا الكثرة، فإذا كان المقصد من الشورى هو تحصيل الصواب وذلك يتأتى قطعا في حالة الإجماع الذي لا يعرف له مخالف، فإنه أيضا يتأتى ظلنا قويا في حالة الأغلبية عند تعذر الإجماع، ومن قواعد الشريعة المتعلقة بأحكام الوسائل: "أنه إذا تعددت الوسائل إلى المقصد الواحد فتعتبر الشريعة في تحصيل ذلك المقصد أقوى الوسائل" (9)، ولاشك أن تحصيل الصواب عن طريق

1 - سنن الدارمي/ المقدمة/ باب الفتيا وما فيه من الشدة/ رقم: 163. 262/1.

2 - صحيح البخاري/ كتاب تفسير القرآن/ باب خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین/ رقم: 4642. 231/3.

3 - ينظر: صحيح البخاري/ كتاب التفسير/ باب لقد جاءكم رسول من أنفسكم/ رقم: 4679. 240/3.

4 - ينظر: سنن البيهقي/ كتاب الأشربة والحد فيه/ باب ما جاء في عدد حد الخمر/ رقم: 17539. 555/8.

5 - ينظر: ابن الأثير: الكامل في التاريخ، ت: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت ط1، 1997م، 376/2-379.

6 - ينظر مناقشة مطولة لمسألة قسمة الأرض في محمد بلتاجي: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص: 113-144.

7 - الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص: 497.

8 - العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، 74/1، القراني: الفروق، 59/2، البوني: موسوعة القواعد الفقهية، 775/8.

9 - محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 419.

الشورى قد يكون بالإجماع وقد يكون بالأغلبية، ولاشك أيضا أن الإجماع هو أقوى وسائل تحصيل الصواب فدلالته عليه دلالة قطعية، فيكون هو المعبر شرعا وبالقصد الأول، ولكن ماذا لو تعذر تحصيل المقصد من خلال هذه الوسيلة، هنا تأتي القاعدة الشرعية الثانية المكملة والتي مفادها: "إذا تعددت الوسائل إلى المقصد الواحد فسقوط بعضها لا يسقط سائرهما"⁽¹⁾. و على ذلك فعند تعذر الإجماع كوسيلة لتحصيل الصواب فإنه يصار إلى الأغلبية وهي وإن كانت دلالتها على الرجحان ليست قطعية كدلالة الإجماع، فإنها تدل عليه دلالة ظنية، والظن الغالب معتبر في مجال الأحكام الشرعية العملية.

قد يرى البعض ممن لا خبرة له بالموضوع أنه ينبغي التمسك بالرأي الأقوى أدلة لا الرأي الأكثر تبنيا، وهي مغالطة سوفسطائية واضحة ومصادرة على المطلوب؛ فإن كل رأي هو الأقوى دليلا عند صاحبه، ومن ثم فلا سبيل لتبين الرأي الأقوى دليلا إلا من خلال التداول العلمي بين أهل الشورى، وما أفضى إليه هذا التداول من إجماع أو أغلبية، وليس من خلال استبداد الفرد برأيه، فتضافر الآراء على تبني رأي معين من جنس تضافر الأدلة على صحة ذلك الرأي. وتضافر الرأي على تبني رأي معين شهادة قوية على أن ذلك الرأي هو الأقوى دليلا واستدلالات.

وبالإضافة للمقصد الأصلي للعمل بالأغلبية فإنه هناك مقاصد تبعية وثمرات طيبة غير منكرة منها: أن العمل بالأغلبية يشرك الجميع في التفكير والتدبر، ومنها أن الأخذ بالأغلبية يترتب عليه إسراع الناس إلى الانقياد إلى الرأي الذي حاز الأغلبية، ومنها أن العمل برأي الأغلبية يشرك الجميع في تحمل القرارات ذات الأثر الثقيل، ومنها أن الأخذ برأي الأغلبية فيه سدا لذريعة استبداد الرؤساء والحكام⁽²⁾. وهي كلها مقاصد تعزز حجية العمل بالأغلبية.

خامسا - الفقه

الترجيح بالكثرة من الأمور التي سار عليها الفقهاء حيث نجد في الممارسة الفقهية الترجيح بالكثرة عند تعذر الإجماع، ويتجلى ذلك فيما يمكن تسميته بنظرية الجمهور، وهي نظرية تجد أساسها في العرف و الممارسة الفقهية أكثر منه في قواعد الأصول، فغالب مصنفات أصول الفقه تعني بقاعدة الإجماع وتضرب صفحا عن قاعدة الجمهور ولا تلتفت لها إلا عرضا، بينما في مدونات الفقه نجد الاستدلال والترجيح بقول الأكثرين وبقول الجمهور ظاهرا واضحا، ورغم أن مفهوم الجمهور غير متفق عليه بدقة علمية كبيرة بين أهل الفقه، فإن معناه يدور حول الأغلبية: فقد يراد به أغلبية الفقهاء بإطلاق إلا من شذ كقول ابن المنذر فيمن يقطع طوافه للصلاة أنه يتم: "ولا نعلم أحدا خالف في ذلك إلا الحسن فإنه قال يستأنف وقول الجمهور أولى"⁽³⁾. يراد به أغلبية فقهاء التابعين كما في قول الجصاص: "والمعدودات هي أيام التشريق وهو قول الجمهور من التابعين"⁽⁴⁾. كما قد يراد به اتفاق أئمة المذاهب الأربعة في مقابل سائر الفقهاء كما في قول ابن الهمام في فتح القدير: "إعتاق الحمل صحيح وهو قول الجمهور خلافا للظاهرية"⁽⁵⁾، و قد يراد به اتفاق ثلاثة أئمة من الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب الفقهية عند أهل السنة والجماعة، فاتفاق

1 - محمد الطاهر بن عاشور مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 419.

2 - الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص: 497.

3 - ابن قدامة: المغني، 198/3

4 - أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، 394/1.

5 - كمال الدين عبد الواحد بن الهمام: فتح القدير، دار الفكر بيروت، ط1، 454/4.

ثلاثة منهم مرجح على قول الرابع كما في قول النووي في المجموع في حكم الدلك أنه: "يستحب هذا مذهبنا ومذهب الجمهور وقال مالك يجب" (1)، و بغض النظر عن المعنى الدقيق للفظ الجمهور في استعمالات الفقهاء فإن من الواضح أن الأساس المعتمد في ترجيح قول الجمهور ليس شيئاً آخر غير الكثرة الغالبة والشواهد على ذلك أكثر من أن تحصى فلا نطيل في استقصائها. ومن ثم فقد نص الفقهاء صراحة على أن الرأي الذي يكون عليه أكثر العلماء مقدم على الذي عليه الأقل، وتزداد الحجية والرححان كلما اتسع الفارق العددي بين الأكثرية والأقلية. فقد نقل الدكتور الريسوني أقوالاً كثيرة عن أهل العلم في اعتبار الأغلبية قاعدة من القواعد الشكلية في التشريع الإسلامي منها ما نقله عن الشافعي أنه كان يقول عن اختلاف الصحابة "فإن اختلفوا بلا دلالة نظرنا إلى الأكثر" ونقل عن الشيرازي قوله "إن كان على أحد القولين أكثر الصحابة، وعلى الآخر الأقل، قدم عليه الأكثر" ونقل عن ابن القيم قوله: "إن كان الخلفاء الأربعة في شق، فلا شك أنه الصواب، وإن كان أكثرهم في شق، فالصواب فيه أغلب" ولا يقتصر الترجيح بالأغلبية على أقوال الصحابة والخلفاء وإنما يمتد أيضاً لأقوال الفقهاء كما نقله عن الإمام الشاطبي: "فليكن اعتقادك أن الحق مع السواد الأعظم من المجتهدين لا المقلدين" (2). ثم يقول الدكتور الفاضل: "و من ثم يظهر جلياً أن الاعتداد بالكثرة، واعتبارها مرجحاً عند انتفاء مرجح أقوى، كان أمراً مسلماً من حيث المبدأ عند علمائنا، وإنما يقع الاختلاف في الحالات التي تقدم فيها الكثرة والحالات التي لا تقدم فيها وفي اعتبار الكثرة حجة أو مجرد مرجح" (3).

سادسا - اعتراض ورد

يعترض البعض على الترجيح بالكثرة والتقرير بالأغلبية بجملة من الاعتراضات سبقت مناقشتها في مسألة إلزامية الشورى ولكن بقي اعتراض آثرنا تأجيله إلى هذا الموضوع وفحواه ما استفاض عند أهل العلم من ذم الأكثرية في القرآن، فقد وردت مادة "أكثر" في القرآن الكريم ثمانين مرة: أكثر (33 مرة) أكثركم (مرتين)، أكثرهم (45 مرة)، فضلا عن بقية اشتقاقات "ك، ث، ر" مثل كثير (17 مرة)، وكثيرا (46 مرة). وقد دلت تلك المواضع في مجموعها على أن الأكثرية متصفة بعدم الإيمان (هود 17، الرعد 1، غافر 59...) وعدم العلم (الاعراف 187، يوسف 21، النحل 38...) وعدم الشكر (البقرة 243، يوسف 38، غافر 61...). ووصف أكثر الناس بالكفر (الإسراء 89، الفرقان 50، النحل 83...) والفسق (الاعراف 102...) والجهل (الانعام 111...) والكذب (الشعراء 223...) وكره الحق (المؤمنون 70...) واتباع الظن (يونس 36...) (4). وفي جميع هذه المواضع لا نجد إلا ذما للأكثرية، ومن ثم فالإسلام لا يجعل الكثرة ميزانا للحق والباطل (5)، وهذا الاعتراض مردود من أوجه:

1 - شرف الدين النووي: المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد، جدة، دت، 417/1

2 - تنظر أقوال أخرى في: الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص: 490-496.

3 - الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص: 496.

4 - يراجع ذلك في المعاجم القرآنية. محمد فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس، طبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ص 596-598.

5- أبو الأعلى المودودي، نظرية الإسلام وهدية، ص: 59. وقد سبق وأن دار نقاش مطول حول مسألة الأغلبية على صفحات مجلة (الأمّة) القطرية، بدأه الدكتور عبد الحميد الأنصاري بمقال "هل مبدأ الأغلبية مبدأ إسلامي أصيل؟" (العدد 3، يناير 1981)، فأيد مبدأ الأغلبية ثم رد عليه الأستاذ إسماعيل الكيلاني معارضا ومنكرا، (العدد 5، مارس 1981) فرد عليه الأستاذ عبد القادر العماري (العدد 7، مايو 1981). ينظر: أحمد الريسوني: نظرية التقريب والتغليب، ص: 460.

1- الأول: ليس في هذه الآيات ما يفيد أن القرآن ذم الكثرة بإطلاق فالكثرة المذمومة في هذه الآيات هي الكثرة الخبيثة، فالأكثرية المذمومة في القرآن هي أكثرية المشركين، أكثرية المنافقين، أكثرية اليهود والنصارى، أكثرية المعاندين والمستكبرين، وليس في الآيات تفضيل مطلق للقلة على الكثرة وليس فيها إهدار مطلق للكثرة وإنما فيها إهدار للكثرة الخبيثة، ومعلوم أن الخبيث لا تزيده الكثرة إلا خبثا وسوءا، كما أن الطيب تزيده كثرته طيبا، فالكثرة تقوي خبث الخبيث وتقوي طيب الطيب، ومن ثم فمن الغلط الفادح قطع الآيات التي ذمت الأكثرين من هذه الأصناف عن سياقاتها وموضوعاتها، ثم الانتقال بها إلى صف المسلمين وجماعة المؤمنين، ثم الانتقال بها إلى إهدار الكثرة مطلقا، وتفضيل القلة عليها.

2- الثاني: أن ما يدل على أن الكثرة ليست مذمومة لذاتها أنه ورد مدحها والامتنان بها في آيات أخر كنعمة من نعم الله، ومن ذلك قوله ﷺ يمتن على قوم شعيب ﴿وَأَذْكُرُوا إِذْ كُنْتُمْ قَلِيلًا فَكَثَرَكُمُ ۗ وَأَنْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُفْسِدِينَ﴾ (1). وقوله ﷺ ممتنا على المسلمين في بدر ﴿وَأَذْكُرُوا إِذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ فِي الْأَرْضِ تَخَافُونَ أَنْ يَتَخَطَّفَكُمُ النَّاسُ فَآوَاكُمْ وَأَيَّدَكُمْ بِبَنَصِرِهِ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ (2). فالكثرة مرغوبة ومطلوبة ومعتبرة ومعتد بها ما دامت في دائرة الإيمان والصلاح، فالكثرة في الخير زيادة في الخير، والكثرة في الشر زيادة في الشر.

3- الثالث أن ما ورد في بعض الآيات من وصف أكثر الناس بعدم العلم وبعدم العقل وعدم الفقه، قد ورد في سياق الحديث عن الأمور الغيبية التي لا يتعللها إلا قلة من أصحاب المدارك العالية، ومن ثم كان الطريق لمخاطبة عموم الناس بما هو الوحي، وعلى ذلك فالآيات ليست في ذم الكثرة وإنما في تقرير واقع وهو أن أكثر الناس لا يعلمون الحقائق الغيبية فلا عبرة بكثرة المتنكبين عنها، وبكثرة المعتقدين خلافها فالمصدر المعتمد في هذا المجال هو الوحي.

ومن ثم فالخلاصة التي نخلص إليها أن الإلزام برأي الأغلبية قاعدة من قواعد تقرير الأحكام في الدولة الإسلامية شرعا وشرطا. أما شرعا فقد سبق بيانه أما شرطا، فإنه توكيفا لكل إشكال يصح لجماعة المسلمين أن تشتترط في دستورها، أن تكون الشورى ملزمة، كما يجوز لأهل الشورى والحل والعقد أن يشترطوا على الرئيس في عقد الولاية ابتداء عند توليته أن ينزل على رأي أهل الشورى إجماعا أو أغلبية كلما اختلف معهم في مسألة اجتهادية، وذلك بعد استنفاد حق الاعتراض المخول له، وذلك جائز فإن البيعة عقد بين الإمام والأمة وهذا العقد يقبل إضافة بعض الشروط التي لا تخالف نصا أو إجماعا، لقوله ﷺ: (الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمًا حَلًا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا) (3). وقد اشترط عبد الرحمن بن عوف على الخليفة أن يلتزم النهج السياسي لمن سبقه فرفض ذلك علي ﷺ وقبل ذلك عثمان ﷺ فبايع على هذا الشرط، فكذلك يجوز قطعا لكل خلاف أن يشترط على الرئيس أو الإمام التقرير بالأغلبية في المسائل التي هي من اختصاص أهل الشورى والنزول على ما أقره.

1- الأعراف/86.

2- الأنفال/26.

3- سنن البيهقي/ كتاب الصداق/ باب الشروط في النكاح/ رقم: 14433 . 406/7.

فقرة 2- شروط الأغلبية المعتبرة شرعا

وليس المقصود بشروط الأغلبية الشروط الموضوعية المتعلقة بالاختصاص والمشروعية مما سبق تناوله وإنما نتكلم هنا عن الشروط الشكلية التي تشترط في الأغلبية المعتبرة شرعا بحسب ما تقضي به قواعد السياسة الشرعية وقد وجدنا أن هذه الشروط يمكن حصرها في ثلاثة شروط:

أولاً - شرط صفة العضوية

أن يكون وعاء الشورى أو قاعدة الشورى من نفس الجنس، أي تتم الشورى على أساس صفة عضوية محددة، فلا اعتبار بالأغلبية التي من غير جنس الأقلية، فإذا كانت الشورى تتم على أساس العلم، فالأغلبية المعتبرة شرعا هي أغلبية العلماء، ولا اعتبار بأغلبية العوام إذا خالفت العلماء، وإذا كان أساس الشورى هي المواطنة فالأغلبية المعتبرة هي أغلبية المواطنين ولا اعتبار شرعا بأغلبية غير المواطنين، وإذا كانت الشورى تتم على أساس الولاية التشريعية فالأغلبية المعتبرة هي أغلبية مجلس الشورى ولا اعتبار بأغلبية غيرهم.

ثانياً - شرط نصاب الحضور

وقد سبقت مناقشة هذا الشرط فلكي تكون الأغلبية معتبرة فينبغي أن يتوافر نصاب معين من الحضور لا يترتب على فقدده إخلال جسيم بالممارسة الشورية وبمبدأ الأغلبية فاتخاذ القرارات في غياب أكثرية مؤثرة يخل بشرعية ذلك القرار ويطعن فيه من الناحية الشكلية، وذلك يقتضي وجوب الإخطار والإعلام المسبق لأهل الشورى حتى لا تستبد أقلية بالأمر من دونهم، وقد رأينا أن القاعدة الدستورية التي تحكم هذا الشرط هي من القواعد الدستورية المرنة الخاضعة للنظر المصلحي السياسي، ولكن عموماً فإن القرارات البالغة الأهمية قد يشترط فيها نصاب حضور لا يقل عن ثلاثة أرباع أهل الشورى، والقرارات الأقل أهمية يمكن أن يكتفى فيها بحضور نصاب الثلثين أو النصف.

ثالثاً - شرط نصاب الإقرار

نصاب الإقرار أيضاً من القواعد الدستورية المرنة الخاضعة للنظر المصلحي والتقدير السياسي، و يختلف باختلاف طبيعة وأهمية القرار المتخذ فإن من الجائز في المسائل المحدودة الأهمية الاكتفاء بالأغلبية البسيطة، وفي المسائل ذات الأهمية يمكن اشتراط إقرارها بالأغلبية المطلقة، أما المسائل البالغة الأهمية أو ذات الأهمية القصوى فمن المصلحة أن لا يتم إقرارها إلا بالإجماع أو بأغلبية كبيرة جداً.

البند الثالث - الإمام

فقرة 1 - الخلاف بين الإمام وأغلبية مجلس الشورى

مما سبق عرضه من الواضح أن هناك ثلاثة اتجاهات في حل الخلاف بين رئيس الدولة وأهل الشورى الأول: أن يأخذ الرئيس برأي الأغلبية، وإن خالف رأيه، كما فعل النبي ﷺ، حين استشار أصحابه يوم أحد. وعلى أساس أن رأي الجماعة مقدم وراجح على رأي الفرد، وأن حقيقة الشورى في الإلزام بنتيجتها، أما الشورى التي لا إلزام بنتيجتها، فهي شورى شكلية صورية.

الثاني: الأخذ برأي رئيس الدولة دون تقيد برأي الأغلبية أو الأقلية، على أساس أن رئيس الدولة مسؤول ومحاسب على عمله، فيجب أن يمنح الحرية في اتخاذ القرار، الذي يراه ما دام أمراً اجتهادياً لا يخالف نصاً قطعياً.

الثالث: عرض الخلاف على لجنة التحكيم ، يكون لها سلطة التقرير، وبيان أصلح الآراء. وهو الرأي الذي انتهى إليه الدكتور منير حميد البياتي غير أنه عند تفصيل هذا الرأي يتبين بكل وضوح أنه ينتهي إلى الأخذ بالشورى المعلمة، فهو قد اعتبر أن حل الخلاف بين الرئيس وأهل الشورى يكون بالرد إلى الكتاب والسنة، مستندا في ذلك لقوله ﷺ: ﴿إِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ (1). وذلك يكون بالرد إلى محكمة دستورية تحكم في الخلاف بموجب الكتاب والسنة، غير أنه قيد التحكيم في ذلك بقيدتين:

الأول: أن يكون خلاف رئيس الدولة مع أغلبية مجلس الشورى

الثاني: أن يكون محل الخلاف اعتقاد أهل الشورى أن رأي الرئيس خاطئ لا يجوز به العمل أصلا وليس رأيا مرجوحا. إذ لو كان رأيه مرجوحا فحسب فلا حاجة للتحكيم بل ينزل مجلس الشورى على رأيه (2).

وإذا سلمنا جدلا أنه ليس لدينا اعتراض على القيد الأول وأن الشورى غير ملزمة للإمام، فإن من الواضح أن التمسك بالقيد الثاني ليس في حقيقة الأمر إلا تراجعاً كبيراً عن دعوى التحكيم، وتبنياً صريحاً لمبدأ الشورى غير الملزمة، فمن المعلوم أن الشورى لا تكون في المسائل التي فصل فيها الشرع، وإنما تكون في المسائل الاجتهادية التي ليس فيه قول فصل في الكتاب والسنة وإجماع الأمة، وكل مسألة من هذه المسائل فيها قول راجح و قول أو أقوال مرجوحة، ومن يعتقد رجحان قوله فهو يعتقد صوابه، ومن يعتقد مرجوحية قول غيره فهو بالضرورة يعتقد خطأه، إذ لا يمكن أن تكون الأقوال جميعاً مع تعارضها صواباً كما هو مقرر في أصول الفقه في مسألة التصويب والتخطئة (3)، ومن ثم فإن تقيد الدكتور الفاضل اللجوء إلى التحكيم بأن يكون في المسائل التي يخالف فيها الرئيس الشرع ويتبنى رأياً لا يجوز العمل به أصلاً، يجعل منه ليس تحكيماً، وإنما هو صورة من صور الرقابة على دستورية القوانين، وفي نفس الوقت فإن إلزام غالبية أهل الشورى بالنزول على رأي الرئيس في مسائل الراجح والمرجوح وهي المسائل الاجتهادية التي تشكل مجال التداول الشوري، هو تبني صريح لمبدأ الشورى المعلمة من حيث يشعر أو لا يشعر. والأدلة التي ساقها لا تشهد لمثل هذا القيد فالتحكيم الذي لجأ إليه الخليفة الراشد الثاني في مسألة تقسيم سواد العراق، حينما حكم خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج، لم يكن إلا في مسألة اجتهادية وهي مسألة كما اختلفت فيها أنظار الصحابة فقد اختلفت فيها من بعدهم أنظار الفقهاء، وكل يرى قوله راجحاً وقول غيره مرجوحاً (4). ومن ثم فإن ما ذهب إليه الدكتور الفاضل من وجوب الأخذ بالرأي المرجوح للإمام وترك الرأي الراجح لأهل الشورى لا نجد له وجهاً يحمل عليه، كيف وهو رأي فرد في مقابل رأي الجماعة، وهو رأي مرجوح في مقابل رأي راجح. فضلاً عن أن الدكتور الفاضل لم يقدم لنا دليلاً أو سنداً يشفع له في ما ذهب إليه.

والذي نراه أن الرأي أو التشريع متى استوفى الأغلبية الدستورية المقررة واجتاز عقبة الاعتراض الرئاسي كما سيأتي فهو ملزم للإمام ولجماعة المسلمين ولا حاجة للتحكيم في هذه الحالة، فمبدأ الشورى الملزمة هو الذي يضفي على النظام السياسي الإسلامي صفة النظام الشوري موضوعاً وشكلاً، بينما ترك الإلزام بالشورى يجعل من النظام

1- النساء/59.

2- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارنة بالدولة القانونية، ص: 202-203.

3- حول التصويب والتخطئة في الاجتهاد ينظر: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 1105-1091/2.

4- ينظر تحليلاً وافياً لهذه المسألة في: محمد بلتاجي: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، ص: 113-144.

السياسي الإسلامي شوريا من حيث الشكل استبداديا من حيث الحقيقة والمضمون، مادام لا يريهم إلا ما يرى. وإنما يلجأ إلى التحكيم في حالة أخرى سنأتي على ذكرها.

فقرة 2- تكافؤ الآراء في مجلس الشورى

قد تفضي المداولة بين أهل الشورى إلى عدم بروز رأي غالب بمعنى أنه ليست هناك أغلبية وأقلية بل هناك رأيين متعادلين انقسم بشأتهما مجلس الشورى إلى فريقين متكافئين، فريق يؤيد ويوافق، وفريق يرفض ويعارض مشروع القانون، مما يطرح السؤال عن الحل الذي يقتضيه النظر الشرعي والسياسة الشرعية، للفصل والحسم في الأمور لما ثبت من عدم جواز ترك الأمور معلقة بغير حسم في حالة الاختلاف وعدم الاتفاق، مما يؤدي إلى فساد عريض أقله تفويت المصالح موضوع النظر ومحل الشورى.

و الحل ينحصر في وجهين إما طلب إجراء مداولة ثانية أو الاحتكام إلى الإمام، والذي نحسبه يتفق مع ما سبق تقريره هو أن يكون رئيس الدولة (الإمام)، أي أن يكون رأي الإمام في هذه الحالة هو المرجح، في إقرار القانون أو رفضه. ونؤسس هذا الرأي على ما يلي:

إن طلب إجراء مداولة ثانية أو ثالثة يحتمل أن يفضي إلى نتيجة مغايرة وبالتالي يكون الإشكال قد حل، ولكن أيضا يحتمل أن يفضي إلى نفس النتيجة مما يعود بنا إلى نقطة البداية، ولا يحل الإشكال، مع ما يترتب على ذلك من تضييع للوقت وتعطيل للمصالح.

إن الإمام هو المسؤول عن تنفيذ ما يصدره مجلس الشورى من تشريعات، وإذا كانت المصلحة في إلزامه برأي الأغلبية ظاهرة (دلالة الأغلبية دلالة ظنية على الصواب)، فإن إلزامه بالرأي الذي يخالفه عند تساوي الأصوات لا مصلحة فيه، بل المصلحة في إلزامه بالرأي الذي يرجحه لما في ذلك من دافعية لاستفراغ جهده في تنفيذ الرأي الذي بذل فيه نصحه.

إن قاعدة اعتبار رأي الإمام هو المرجح قاعدة غير منكورة في الفقه الإسلامي بل هو رأي قطاع واسع من أهل العلم ممن يقول بأن الشورى معلمة، وبناء عليها يكون رأي الإمام هو المرجح، غير أنهم يجعلون هذه القاعدة هي الأصل، فإنه ما لا مانع من المصير إليها استثناء عند تعادل وتكافؤ آراء أهل الشورى.

المبحث الثالث: قيود جهة الإصدار و الاعتراض

تعتبر الهيئة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصلي بوضع التشريع، لهذا فالقاعدة أن موافقتها على مشروعات القوانين تعتبر هي المرحلة النهائية لسن التشريع، ولكن من ناحية أخرى جرت دساتير الدول المعاصرة على إعطاء رئيس الدولة حق الاعتراض على مشروعات القوانين التي أقرها البرلمان خلال ميعاد معين، بحيث إذا فات هذا الميعاد ولم يمارس رئيس الدولة حقه في الاعتراض اعتبر قانونا وأصدر، ومن ثم يتبين أنه لكي يتخذ النص التشريعي الذي تم إقراره طريقه إلى التنفيذ يتوجب عليه تجاوز عقبة اعتراض رئيس الدولة وإصداره (مطلب أول).

و في مقابل ذلك نجد للأسف أن بعض الباحثين في الفقه الدستوري الإسلامي يطلق أحكاما غير محررة مفادها أن النظام السياسي الإسلامي لا يعرف حق الاعتراض التشريعي، مادام التشريع في الإسلام مصدره كتاب الله وسنة رسوله، ومن ثم فكل اعتراض على هذا التشريع المستمد منهما هو اعتراض على الله ورسوله. وعليه فإن التسليم بهذا الحق في النظام السياسي الإسلامي سواء على مستوى التأصيل الشرعي أو على مستوى التنظيم الدستوري لكيفية ممارسة هذا الحق لا يزال لم يأخذ بعد حظه من الدرس الشرعي إن تحرير القول وتأصيله في هذه المسألة بالنسبة للنظام الإسلامي في ضوء المقارنة مع النظم المعاصرة في تنظيم حق الاعتراض والقيود الشكلية الواردة عليه هو بالضبط غرض هذا المبحث (مطلب ثان). وقد رأيت أيضا التعرض للإصدار، وهو وإن كان يعتبر عند غلب الفقه عملا تنفيذيا، إلا أن ارتباطه الوثيق بالعمل التشريعي يفرض علينا التعرض له استكمالا للعرض.

ومن ثم فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: قيود جهة الاعتراض والإصدار في النظم السياسية المعاصرة

المطلب الثاني: قيود جهة الاعتراض والإصدار في النظام السياسي الإسلامي

المطلب الأول: قيود جهة الاعتراض والإصدار في النظم السياسية المعاصرة

أجمع الفقه الدستوري الحديث على تمكين رئيس الدولة من أن يعترض على أي نص تشريعي وافق عليه البرلمان، ويعلل الفقه الدستوري الحديث هذا الاختصاص من الناحية السياسية بكونه يحدث التوازن بين السلطات، لكي يصدر القانون على قرينة من الدقة والصحة، وإذا كان هذا الحق مما استقر في النظم السياسية المعاصرة، فإنها مع ذلك قد اختلفت هذه في صور الاعتراض التي تسلم بها لرئيس الدولة اختلافًا بينا (فرع أول) كما تختلف في طبيعة الإصدار وأهميته بالنسبة لوجود النص التشريعي (فرع ثان).

وعليه فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: حق الاعتراض التشريعي في النظم السياسية الوضعية

الفرع الثاني: جهة الإصدار في النظم السياسية الوضعية

الفرع الأول: حق الاعتراض التشريعي في النظم السياسية الوضعية

البند الأول: مفهوم الاعتراض وصوره

فقرة 1- مفهوم حق الاعتراض

كلمة فيتو كلمة لاتينية الأصل ليس لها أثر في القاموس الأكاديمي الفرنسي، وتعني حرفيا "إني أعترض" أو "لا أوافق" (1).

ويعرف الفقه هذا الحق بأنه "سلطة تمكن رئيس الدولة من إيقاف القانون الذي وافق عليه البرلمان" (2)، ويحتما هذا التعريف معينين:

الأول: أن رئيس الدولة يعترض على القانون بعد اكتمال وجوده فيعرقل باعتراضه نفاذ القانون، وأخذ بهذا المعنى أنصار الطبيعة التنفيذية لحق الاعتراض.

الثاني: أن موافقة رئيس الدولة على القانون يعتبر شرطا لازما لوجوده وهو ما يجعل اعتراضه عقبة تحول دون خلقه، وأخذ بهذا المعنى أنصار الطبيعة التشريعية لحق الاعتراض.

يرى غالبية الفقه أن التعليل السياسي والمصلي في التسليم بحق الاعتراض يجد غرضه في تفادي تعسف المشرع، وخرقه لمبدأ الفصل بين السلطات، كما يساعد على الحد من القوانين المعيبة، وتحققها بقرينة الصحة والدقة (3). وعلى ذلك فالقصد من تحويل رئيس الدولة حق الاعتراض التشريعي، ينصرف إلى تحقيق هدفين الأول سياسي والثاني تشريعي:

ويتمثل الهدف السياسي في تقرير حق الاعتراض في تحقيق التوازن المطلوب بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وضمان عدم تعسف أي من السلطتين في استخدام سلطتها، خاصة في الأنظمة الرئاسية وشبه الرئاسية، فالبرلمان يختص بسن القانون والحكومة تختص بتنفيذه، ولرئيس الدولة حق الاعتراض على القوانين التي يسنها البرلمان إذا وجد أن هذه القوانين من شأنها الإضرار بالسياسة العامة للدولة التي هو المسؤول الأول عن وضعها وتنفيذها. ومن ثم يبدو حق الاعتراض في النظام الرئاسي وسيلة في غاية الأهمية للحد من طغيان السلطة التشريعية واحترام مبدأ فصل السلطات حيث ساد الاعتقاد في الفترة التي وضع فيها الدستور الأمريكي أن للاعتراض ذو طبيعة سياسية وعليه لم يخول هذا الحق للقضاء (4). كما أن لحق الاعتراض تقريبا نفس الأهمية في النظام البرلماني عندما يكون رئيس الدولة من غير حزب الأغلبية البرلمانية التي يتشكل منها الحكومة، فاختلاف الوضع بالنسبة لرئيس الدولة ورئيس الحكومة في النظام البرلماني، يثبت الأهمية الدستورية لحق الاعتراض (5) ولا ينقص منها إلا في حالة كون رئيس الدولة ورئيس

1 - عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 105.

2 - عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 105.

3 - ينظر: عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 113.

4- محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، مطبعة إسكندرية، ط1، 2007، ص: 145. وينظر أيضا: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 287-289.

5- ينظر: محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، ص: 146.

الحكومة من نفس حزب الأغلبية البرلمانية على وجه الخصوص في نظام يعتمد نظام الحزبين كما هو الحال في بريطانيا(1).

ويتمثل الهدف التشريعي في تقرير حق الاعتراض التحق تحقق القوانين بقرينة الصحة والدقة من خلال طلب المداولة الثانية، فالقوانين الصادرة عن البرلمان يغلب عليها طابع التسرع والانفعال والرغبة في إرضاء جمهور الناخبين، ومن ثم يكون حق الاعتراض أداة مهمة لمواجهة هذه التشريعات المسرعة المعيبة(2).

فقرة 2- صور الاعتراض

يميز الفقه الدستوري الحديث بين عدد من صور الاعتراض منها ما هو مطلق كالاقتراض الواقف ومنها ما هو نسبي كالاقتراض الموصوف:

1- الاقتراض الواقف (Veto suspectif): وهو مطلق وهو أقوى صور الاقتراض، إذ لا يمكن للبرلمان الذي وافق على القانون أول مرة أن يتغلب على اعتراض الرئيس بأي أغلبية(3)، فهذا النوع من الاقتراض يؤدي إلى إنهاء القانون الذي أقره البرلمان بصورة مطلقة ونهائية ولا توجد وسيلة دستورية تمكن البرلمان من التغلب عليه، وهذا هو حق التصديق بمعناه الدقيق الذي أخذت به دساتير فرنسا لسنة 1814، وسنة 1830(4)، ومع ذلك فإن بعض الفقه يرى أن الحل في هذه الحالة تحكيم الشعب بعرض القانون المختلف عليه بين الرئيس والبرلمان على الشعب ليفصل في هذا الخلاف، بينما جانب آخر من الفقه أن الحل في هذه الحال هو حل البرلمان وانتخاب برلمان جديد فإذا وافق على القانون بذات الأغلبية ثبت وهو ما أخذ به الدستور الفنلندي لسنة 1919، بنص المادة: 19(5).

2- الاقتراض الموصوف (Veto qualifié): وهو نسبي، ويطلق الفقه هذا الاصطلاح على الاقتراض الذي يستلزم للتغلب عليه أن يعيد البرلمان الذي أقر هذا القانون الموافقة عليه بأغلبية متشددة تختلف من دستور لآخر كأن يتطلب أغلبية 3/2 من أصوات النواب(6).

3- الاقتراض البسيط (Veto simple): وهو الإجراء الدستوري الذي يعطي لرئيس الدولة الحق في أن يطلب من البرلمان إعادة المداولة ثانية(7). وبالتالي يمكن للبرلمان أن يتغلب على اعتراض رئيس الدولة إذا أعاد الموافقة على القانون المعترض عليه في مداولة برلمانية ثانية، بذات الأغلبية التي اشترطها الدستور لإقرار القانون أول مرة.

4- الاقتراض الناقل (Veto transitif): وهو الإجراء الذي ينقل سلطة التقرير النهائي في مصير القانون والفصل في النزاع بين رئيس الدولة والبرلمان إلى جهة ثالثة يحددها الدستور وهو على صورتين:
اعتراض ناقل للشعب: إذ يطلب الدستور عرض القانون المتنازع عليه على الاستفتاء الشعبي.
اعتراض ناقل لهيئة سياسية: إذ يطلب الدستور عرض القانون المتنازع عليه على هيئة سياسية(1).

1- ينظر أيضا: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 287-289.

2- ينظر: محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، ص: 146.

3- عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 107.

4- محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، ص: 144.

5- ينظر: عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 107.

6- عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 265. وينظر: محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، ص: 144.

7- ينظر: عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 109.

البند الثاني: التنظيم الدستوري لحق الاعتراض في النظم السياسية المعاصرة

تكتفي أغلب النظم السياسية المعاصرة بحق الاعتراض الرئاسي، في حين تسلم نظم أخرى بجانب الاعتراض

الرئاسي بحق الاعتراض الشعبي

فقرة 1- حق الاعتراض الشعبي (2)

وعمقتضى هذا الحق يخول لعدد معين من الناخبين الاعتراض على قانون صدر عن البرلمان، وذلك أنه بعض الدول تتيح لعدد من المواطنين طلب طرح القانون الصادر عن البرلمان خلال مدة محددة من تاريخ نشره على الشعب لاستفتاءه فيه، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضين إما أن توافق هيئة الناخبين على هذا القانون وبالتالي يتم تشييته، وإما أن لا يوافق الشعب عليه ويترتب على ذلك سحبه وزوال جميع الآثار المترتبة عليه بأثر رجعي من تاريخ نشره. وهو ما نجده في النظام السياسي السويسري حيث تنص المادة 165 من الدستور السويسري لسنة 2002- تحت بند إصدار التشريعات العاجلة: "1) إذا كان تنفيذ قانون اتحادي لا يتحمل التأجيل فيمكن لأغلبية أعضاء مجلس الشعب ومجلس المقاطعات أن يعتبروه حالة عاجلة وأن يجعلوه ساري المفعول فوراً. وتكون مدة صلاحية هذا القانون محدودة.

2) إذا طلب استفتاء شعبي ضد قانون اتحادي عاجل، يصبح القانون غير ساري المفعول بعد سنة من صدوره إذا لم يوافق الشعب عليه خلال هذه المدة". على أنه يلاحظ لسحب القانون وجوب اعتراض أغلبية الناخبين المقيدين في القوائم الانتخابية، فلا يكفي الأصوات المعبر عنها لأن المتخلفين عن التصويت يعدون موافقين على القانون "3). ومن أشهر صور الاعتراض الشعبي في النظام السويسري الاعتراض على منح النساء حق التصويت قبل عام 1971(4).

فقرة 2- حق الاعتراض الرئاسي

تذهب معظم النظم السياسية إلى اعتبار رئيس الدولة الجهة المخولة دستوريا بممارسة حق الاعتراض، مسايرين بذلك ما انتهى إليه الفقه الدستوري الحديث من تقرير مبدأ الاعتراض الرئاسي الذي ينصب على أي نص تشريعي صوت عليه البرلمان، بطلب قراءة ثانية لذات النص. و تكمن الفلسفة السياسية في تقرير حق الاعتراض أنه يعتبر أداة قانونية للتعاون بين السلطة التشريعية والتنفيذية فيما يتعلق بسن نص تشريعي ووسيلة في غاية الأهمية يراقب بمقتضاها رئيس الدولة أي نص تشريعي قبل صدوره حتى يأتي متحققا بقرينة الصحة والدقة من وجهة نظر الهيئة التنفيذية(5).

1 - ينظر: عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين الرئاسي والبرلماني، ص: 109-110. وينظر: محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، ص: 145

2- حول حق الاعتراض ينظر: ثروت بدوي: النظم السياسية، ص 224، وينظر أيضا: ما جد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 291. وينظر أيضا:

LaFarriere : Manuel de Droit Constitutionnel, paris , 1947, P : 431.

3- ثروت بدوي: النظم السياسية، ص: 224.

4- ما جد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، ص: 291

5 - ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 263.

من حيث المقارنة نجد أن بعض الدساتير تأخذ فقط بمبدأ الاعتراض البسيط الذي يقضي بطلب رئيس الدولة من البرلمان قراءة ثانية للنص التشريعي المتنازع عليه كلياً أو جزئياً دون أن يشترط أغلبية متشددة لصدوره كما هو الحال في الدستور الفرنسي لسنة 1958 الذي ينص في المادة العاشرة منه على أن: "يصدر رئيس الجمهورية القوانين خلال الخمسة عشر يوماً الموالية لإرسال القانون إلى الحكومة بعد إقراره نهائياً. وله قبل نهاية هذه المدة أن يطلب إلى البرلمان مداولة جديدة في القانون أو في بعض مواده، ولا يجوز رفض هذه المداولة الجديدة" (1).

وهو أيضاً ما كان سارياً في الدستور الجزائري لسنة 1963، حيث نصت المادة 50 منه على أنه: "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني برسالة مبيّنة الأسباب خلال الأجل المحدد لإصدار القوانين، للتداول في شأنها مرة ثانية، ولا يمكن رفض طلبه هذا" كما نصت المادة 51 منه على أنه: "إذا لم يصدر رئيس الجمهورية القوانين في الآجال المنصوص عليها فإن رئيس المجلس الوطني يتولى إصدارها" (2).

وبجوار ذلك نجد بعض النظم السياسية تأخذ بالاعتراض الموصوف وتشرط أغلبية متشددة لصدور القانون الذي اعترض عليه رئيس الدولة، والظاهر أن هذه النظم تستقر على الأخذ بأغلبية الثلثين (3/2) من أصوات البرلمان.

وهو ما أخذ به الدستور الأمريكي الذي اشترط أن يحال مشروع القانون الذي يقره الكونغرس إلى الرئيس للتوقيع. وإذا لم يوافق الرئيس على المشروع، تتوجب إعادته إلى الكونغرس مع بيان الاعتراضات عليه خلال مهلة عشرة أيام لا تحسب فيها أيام الأحد. ويسمى هذا الإجراء بالفيتو. ويستطيع الكونغرس إصدار قانون رده الرئيس إذا صوت ثلثا الأعضاء الحاضرين في كل من المجلسين بالموافقة عليه. ويستطيع الرئيس السماح لمشروع القانون بأن يصبح قانوناً دون توقيعه بمجرد مرور مهلة العشرة أيام عليه (3).

ولكن مشروع القانون الذي يحال إلى الرئيس خلال العشرة أيام الأخيرة من دورة انعقاد الكونغرس لا يمكن أي يصبح قانوناً إلا إذا وقع الرئيس. وإذا أحيل إلى الرئيس، في وقت قريب من نهاية انعقاد الدورة، مشروع قانون لا يستسيغه، يمكنه الاحتفاظ بمشروع القانون ذاك دون توقيع. وعندما تنتهي دورة الكونغرس يصبح مشروع القانون المحال لاغياً. وتعرف هذه الممارسة بالفيتو الجيبي. ويستعمله الرؤساء الذين يرون أن مشروع قانون ما غير مرض ولكنهم لا يرغبون في معارضته بالفيتو علانية لاعتبارات سياسية أو انتخابية. وهو ما نصت عليه المادة 1 " كل مشروع قانون ينال موافقة مجلس النواب ومجلس الشيوخ يجب، قبل أن يصبح قانوناً، أن يقدم إلى رئيس الولايات المتحدة، فإذا وافق عليه، وقع، ولكن إذا لم يوافق عليه أعاده، مقروناً باعتراضاته إلى المجلس الذي طرح فيه، وعلى المجلس أن يسجل الاعتراضات بمحملها في محاضره، ثم يباشر بإعادة درس المشروع، فإذا وافق أعضاء ذلك المجلس، بعد إعادة الدرس على إقرار مشروع القانون، أرسل مع الاعتراضات إلى المجلس الآخر حيث يعاد درسه كذلك، فإذا أقره ثلثا أعضاء

1- Le président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée

2- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة 50، 51.

3- ينظر: دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة 1/فقرة 7/ بند 2.

ذلك المجلس بنعم أو لا، وتدرج أسماء المصوتين بالموافقة على المشروع ومعارضته في محاضر كل من المجلسين على حدة. وإذا لم يعد الرئيس أي مشروع قانون في غضون عشرة أيام [تستثنى منها أيام الأحد] من تقديمه له، أصبح مشروع القانون ذاك قانوناً كما لو أنه وقع، ما لم يحل الكونغرس، بسبب رفعه لجلساته، دون إعادة المشروع إليه، وفي مثل هذه الحالة لا يصبح المشروع قانوناً" (1).

كما أخذ الدستور المصري بحق الاعتراض الرئاسي حيث تنص المادة 122: "لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها" ثم تنص المادة 123: إذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده إليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر. وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس وأقره بأغلبية ثلثي أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر" (2).

كما أخذت به الدساتير الجزائرية اللاحقة لدستور 63 ومنها دستور 2008 حيث تنص المادة 127 منه على أنه: "يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون الثلاثين (30) يوماً الموالية لتاريخ إقراره. وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون إلا بأغلبية ثلثي (3/2) أعضاء المجلس الشعبي الوطني" (3).

1- دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة 1/فقرة 7/ بند 2.

2- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2007، المادة 122، 123.

3- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2008، المادة 127.

الفرع الثاني: جهة الإصدار في النظم السياسية المعاصرة

البند الأول: مفهوم الإصدار وطبيعته و أهميته

فقرة 1- مفهوم الإصدار

بالرجوع إلى تاريخ الفكر الدستوري، يتبين لنا أن بلد النظام البرلماني هي التي كانت وراء ظهور فكرة التصديق والإصدار كمبدأ، حيث كان ظهور هذا المبدأ كخطوة للتوفيق بين وجهات النظر المتعارضة بخصوص منح البرلمان السيادة على التشريع، حيث تفرغ عن ذلك الجدل سنة 1696 رأيان الأول يرى بسط إرادة البرلمان على العمل التشريعي، والثاني يحد من ذلك من خلال الاعتراف للملك بحق التصديق على القوانين، رغم أن الاعتراف بهذا المبدأ ليس لم يكن له في ذلك الوقت إلا قيمة شكلية من حيث أن طبيعة النظام الإنجليزي تفرض أن يكون رئيس الوزارة من نفس حزب الأغلبية البرلمانية. مما يعني استبعاد نشوب خلاف بين الوزارة والبرلمان تستدعي من رئيس الوزارة الاستئجاب بالتاج لرفض التصديق على القانون، ومن ثم فقد انحصر دور التاج من الناحية العملية في الموافقة الشكلية على القانون بالتصديق عليه حتى يصبح محل تنفيذ(1).

و الإصدار وفق تعريف الدكتور عبد الله بوقفة " شهادة تصدر عن رئيس الدولة يعلن عن مقتضاها عن نفاذ "قانون جديد"(2). ويلاحظ على هذا التعريف تبيينه للطبيعة التنفيذية للإصدار، كما يلاحظ عليه أنه يجعل الإعلان والنشر جزء من ماهية الإصدار رغم أن الإصدار لا يقتضي بالضرورة إعلانا ونشرا والنشر ليس إلا أثرا من آثار الإصدار، والذي يمكن قوله هو أن الإصدار في حقيقته هو توقيع رئيس الدولة على نص تشريعي مضميا الصفة القانونية عليه ومعترفا بقبوله وعدم اعتراضه عليه. فهو الإجراء الذي يعترف بمقتضاه رئيس الدولة بالوجود القانوني للنص التشريعي الذي أقره البرلمان وفقا لأحكام الدستور والنظام الداخلي والقوانين السارية. إن رئيس الدولة عندما يصدر النص التشريعي الذي أقره البرلمان، فهو يضيف على ذلك النص الوجود القانوني، والاعتراف بقبوله وعدم الاعتراض عليه، ومن ثم إيجاب نفاذه وتطبيقه. وليس لرئيس الدولة بمقتضى حق الإصدار أي سلطة لإضافة أو حذف أو تعديل شيء من محتوى النص التشريعي الذي أقره البرلمان، فهو ملزم بأن يصدر النص التشريعي وفق صيغته النهائية التي يحال عليها إليه(3).

فقرة 2- طبيعة الإصدار

اختلف الفقه الدستوري الحديث حول الطبيعة القانونية للإصدار فذهب اتجاه أول إلى أن الإصدار عمل من أعمال السيادة، وذهب اتجاه ثان إلى أن الإصدار يعتبر عملا تشريعا، بينما ذهب اتجاه ثالث إلى أن الإصدار يعتبر عملا تنفيذيا.

أولا- الإصدار عمل من أعمال السيادة

ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى اعتبار الإصدار عمل من أعمال السلطة التنفيذية ولكن هدفه الأول ليس تنفيذ القانون، ولكن كمحدد للعلاقة بين الحكومة والبرلمان ومن ثم فهو عمل من أعمال السيادة. وهو التكليف

1- ينظر: عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 296-297.

2- عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 298.

3- عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، ص: 299.

القانوني الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية، في 1966/10/5، حيث رأت أن مرسوم الإصدار عمل من أعمال السيادة، ومن ثم فهو لا يخضع للرقابة القضائية، على أساس أن العمل الحكومي هو العمل الذي يصدر من السلطة التنفيذية في نطاق علاقاتها بسلطة أخرى.

وقد انتقد الفقه كثيرا هذا التكييف من حيث أن الإصدار يدخل ضمن سلطة رئيس الدولة المقيدة وليس ضمن سلطته التقديرية فرئيس الدولة ليس حرا في إصدار القانون أو عدم إصداره، بل هو ملزم بذلك ومقيد بآجال محددة، فكل ما يملكه رئيس الدولة هو فقط إرجاء إصدار القانون لفترة محددة ومن ثم " فلا وجه لما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن رئيس الدولة يتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بطلب المداولة الثانية أو عرض القانون على المجلس الدستوري، فهذان الأمران لا علاقة لهما بالسلطة التقديرية لرئيس الدولة في إصدار القانون أو عدم إصداره، فهو ملزم دوما بإصدار القانون ضمن الآجال المحددة، وإلا يكون قد ارتكب خرقا صريحا لأحكام الدستور وتعطيل عمل السلطات العامة، لما في ذلك من اعتداء جسيم على السلطة التشريعية"⁽¹⁾. وعلى الرغم من أن الدساتير تسكت عن الجزاء الواجب في حالة إخلال رئيس الدولة بواجبه في إصدار القانون، فإن ذلك لا يمنع أن يثير المسؤولية السياسية و حتى الجنائية لرئيس الدولة. و من جهة أخرى فإن رئيس الدولة مقيد أيضا بإصدار القانون بالصيغة التي وافق عليها البرلمان، وإذا صدر بصورة مخالفة لها، يكون معيبا بصورة مؤكدة، وبتطبيق نظرية القرارات الإدارية المعيبة، يتعين على رئيس الدولة سحبه وإعادة إصداره من جديد، ومنه يتبين أن مرسوم الإصدار يدخل السلطة المقيدة لرئيس الدولة وليس لسلطته التقديرية وبذلك فهو خاضع للرقابة القضائية مما يعني أنه لا يندرج ضمن أعمال السيادة المحصنة ضد الرقابة وهي النظرية التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي.

ثانيا - الإصدار عمل تشريعي

بينما تبني طرف من الفقه الفرنسي أن الإصدار يعتبر عملا تشريعا، من حيث أنه جزء من عملية صناعة القانون ويتصل اتصالا وثيقا بوظيفة السلطة التشريعية وهو الرأي الذي ذهب إليه الفقيه دوجي Duguit⁽²⁾، ولافاريار Lafferrière⁽³⁾، وهوريو Hauriou⁽⁴⁾،، واستند هؤلاء إلى حجج مختلفة يمكن ردها إلى حجتين:

الحجة الأولى: أن النص التشريعي الذي يقره البرلمان لا يكتسب وجوده القانوني إلا من وقت إصداره، فمن الناحية القانونية فإن أية إرادة لا يكون لها اعتبار قانوني إلا بالتعبير عنها بصورة واضحة، وفي نطاق القانون لا يكون لإرادة المشرع وجود قانوني إلا بالإصدار الذي يحقق الإعلان الخارجي عنها، وبدونه تكون الإرادة التشريعية منعدمة، فالإصدار يمنحها الحياة من الناحية القانونية⁽⁵⁾.

1- ينظر حول هذا النقذ: محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة، ص: 72-76 .

2- ينظر: Léon Duguit: Traité de droit constitutionnel, 1911, p 443

3- ينظر: LaFarriere : Manuel de Droit Constitutionnel, paris , 1947, P : 454.

4- ينظر: M Hauriou: Principes de droit public, p.151 et 153

5- وفي هذا السياق يقول دوجي: " loi qu' une loi non promulguée, quoi que votée par les deux chambres, ne s'impose pas à l'application des tribunaux et au respect des citoyens". Léon Duguit: Traité de droit constitutionnel, p 443.

الحجة الثانية: أن النص التشريعي الذي أقره البرلمان لا يكون نافذا إلا من وقت إصداره، ومن ثم فالإصدار يعتبر عنصرا أساسيا في تكوين أي قانون، فهو يتمم ويكمل القانون ويسبغ عليه القوة التنفيذية والتي ينتج عنها فاعليته. فالنصوص التشريعية التي أقرها البرلمان لا تكتسب بالموافقة عليها سوى قيمة القرارات البسيطة، فالبرلمان إذ كان يمكنه أن يسبغ على قراراته الطبيعة الآمرة بالالتزام بشيء أو يحظره، فهو لا يستطيع أن يضيف على هذه القرارات القوة التنفيذية، فالإصدار بذاته هو فقط الذي يمنح القوة التنفيذية للقانون.

ثالثا - الإصدار عمل تنفيذي

ذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى أن الإصدار لا يعتبر عملا، فحسب هذا الاتجاه أن الأعمال التي تشارك بها السلطة التنفيذية في العمل التشريعي كاقترح القوانين وإصدارها لا تعتبر أعمالا تشريعية، فالعمل التشريعي هو فقط الإرادة الآمرة للبرلمان، التي يعبر عنها القانون الذي وافق عليه وفق الإجراءات الدستورية المقررة، وهو الرأي الذي ذهب إليه الفقيه أيسمان Esmien (1)، كاري دي مالبرج Carré de Malberg (2) واستند اسمان في القول بالطبيعة التنفيذية للإصدار إلى حجتين

الأولى: أن الإصدار كاشف عن القوة التنفيذية للقانون وليس منشئا لها (3)، فالإصدار بحسب رأيه لا يمنح القوة التنفيذية للقانون فهي متحققة فيه بمجرد إقراره في البرلمان حتى يتم إلغاءه، فالقانون يصير كاملا ونهائيا بمجرد إقراره بواسطة السلطة التشريعية، ومن ثم فلا يعتبر الإصدار عملا تشريعيًا لأن القانون يوجد بصورة كاملة قبل الإصدار، ودور الإصدار ينحصر في إعلان رئيس السلطة التنفيذية تنفيذ القانون، فهو ليس له إلا أثرا كاشفا Declaratif وليس له أثرا منشئا Attributif، للقوة التنفيذية للقانون.

الثانية: ولكن إذا كان القانون كاملا ومتحققا بالقوة التنفيذية قبل إصداره، فلم لا يتم تنفيذه قبل إصداره ولم يحتاج إلى إصدار رئيس الدولة، يجيب اسمان عن ذلك أن الأمر الذي يصدره رئيس السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون ولو بالقوة الجبرية، هو نتيجة منطقية ولازمة للفصل بين السلطات، فتلتزم السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون وطالما لم يصدر أمر رئيس الدولة بتنفيذ القانون فلا تلتزم أي سلطة من السلطات العامة بتنفيذه (4). فالإصدار يعني فقط قبول رئيس الدولة للقانون والأمر بتنفيذه، ولكنه لا يمنح القانون قوته التنفيذية، ذلك أن أي قانون يستمد قوته الآمرة والملزمة من موافقة أعضاء البرلمان عليه وفقا للأوضاع الدستورية المقررة.

فقرة 3- أهمية (علة) الإصدار

إذا كان الإصدار في رأي غالب الفقه لا يعتبر عملا تشريعيًا، ولكن عملا تنفيذيًا، حيث لا يتضمن تصديقا على الإرادة التشريعية للبرلمان، ولا يملك إضافة شيء للقانون الذي أقره البرلمان، فالسؤال يثور حول أهميته وضرورته وعلة النص عليه في معظم الدساتير.

1- ينظر: Esmien: éléments de droit constitutionnel, paris, 1921, p. 406

Carré de Malberg: op. cit, p. 401.

2- ينظر:

3 - "La promulgation n'a qu'un effet déclaratif et non pas attributif, de force exécutoire, et que par suite, elle n'est pas un acte de puissance législatif..." Esmien: éléments de droit constitutionnel, p. 406.

4- ينظر: محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، ص: 60-61. وينظر أيضا:

Carré de Malberg: Contribution à la théorie générale de l'état, 1920, p. 410.

أولاً - ذهب بعض الفقهاء إلى أن ضرورة الإصدار تنبع من كونه وسيلة تظهر عدم اعتراض رئيس الدولة على القانون الذي أقره البرلمان، فإن أغلب الدساتير تعطي رئيس الدولة حق الاعتراض وطلب مداولة ثانية للقانون الذي أقره البرلمان، ومن ثم فقد بات من الضروري إذا قرر رئيس الدولة عدم استخدام هذا الحق الدستوري، أن تكون هناك وسيلة دستورية تظهر بجلاء عدم معارضته للقانون، وتمثل هذه الوسيلة في تحويل رئيس الدولة سلطة إصدار هذا القانون.

غير أن هذا الرأي منتقد من عدة أوجه:

فمن جهة فالإصدار ليس الوسيلة الوحيدة لإظهار عدم معارضة رئيس الدولة للقانون، حيث غالباً ما يكون الاعتراض مقيداً بآجال محددة، ومن ثم يكفي أن يترك رئيس الدولة هذه الآجال تنقضي للدلالة على موافقته على القانون وعدم اعتراضه عليه. ومن ثم تسقط هذه الحجة.

ومن جهة ثانية فالإصدار لا يرتبط دائماً بحق الاعتراض وطلب مداولة ثانية للقانون، فالدساتير لا تحول للرئيس طلب مداولة ثانية للنصوص الدستورية، والقوانين المعدلة للدستور، ومع ذلك فقد استقر الفقه على ضرورة إصدار هذه النصوص مثلها مثل التشريعات العادية. ومن ثم تسقط هذه الحجة أيضاً.

ثانياً - ويرى الفقيه الفرنسي كاري دي مالبرج أن علة الإصدار تنحصر في ثلاث وظائف: أولها: إثبات تبني وإقرار السلطة التشريعية للقانون وفق الشروط الدستورية المقررة، وثانيها: الإقرار بوجود القانون وفقاً للصيغة التي أقرها البرلمان، وثالثها: تأكيد القيمة الآمرة والتنفيذية للقانون الذي أقره البرلمان وأنه سينفذ بصفته قانون الدولة.

البند الثاني: التنظيم الدستوري لحق الإصدار في النظم السياسية المعاصرة

تختلف النظم السياسية المعاصرة في تنظيم حق الإصدار سواء من حيث الجهة أو من حيث الآجال أو من حيث الآثار:

فقرة 1- التأسيس الدستوري لجهة الإصدار في النظم السياسية المعاصرة

تنزع النظم السياسية المعاصرة إلى جعل الإصدار حقاً لرئيس الدولة، سواء في ذلك الأنظمة الرئاسية أو البرلمانية أو نظام الجمعية

أولاً - النظام المجلسي

ففي النظام المجلسي كالنظام السويسري نجد الدستور ينص في المادة 182 - على اختصاص المجلس الاتحادي بإصدار التشريعات وتنفيذها" (1) يصدر المجلس الاتحادي قواعد قانونية ملزمة في صورة أوامر بشرط أن يكون ذلك في إطار اختصاصاته طبقاً للدستور والقانون. (2) يعمل المجلس الاتحادي على تنفيذ التشريعات وقرارات الجمعية الاتحادية وأحكام السلطات القضائية الاتحادية". والمجلس الاتحادي هو مجلس مكون من سبعة أعضاء يتولى رئاسته أحد أعضائه لمدة سنة.

ثانياً - النظام البرلماني

في الدستور الأردني المادة 31 " الملك يصدق على القوانين ويصدرها ويامر بوضع الانظمة اللازمة لتنفيذها بشرط ان لا تتضمن ما يخالف احكامها " .

ثالثاً - النظام رئاسي

ففي نظام رئاسي كنظام الولايات المتحدة نجد الدستور الأمريكي ينص في المادة 1/الفقرة 7/ البند 2. على أن كل ينص تشريعي يقره البرلمان يستلزم موافقة رئيس الدولة عليه "كل مشروع قانون ينال موافقة مجلس النواب ومجلس الشيوخ يجب، قبل أن يصبح قانوناً، أن يقدم إلى رئيس الولايات المتحدة، فإذا وافق عليه، وقعته، ولكن إذا لم يوافق عليه أعاده، مقروناً باعتراضاته إلى المجلس الذي طرح فيه".

رابعاً - نظام شبه رئاسي

وفي نظام شبه رئاسي كالنظام الفرنسي نجد الدستور الفرنسي لسنة 1875 نص في المادة 3 على أن رئيس الجمهورية يصدر القوانين خلال الشهر التالي لإرسال القانون إلى الحكومة بعد إقراره في المجلسين، وتنقص هذه المدة إلى ثلاثة أيام في حالة تحقق الاستعجال". أما دستور 1958 فنص في المادة العاشرة على أن رئيس الجمهورية يصدر القوانين خلال خمسة عشر يوماً التالية لإرسالها إلى الحكومة، بعد إقرارها بصفة نهائية في البرلمان"(1)، ونصت المادة 19 "ويتعين أن يوقع رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء المختصون مراسيم الإصدار بجوار توقيع رئيس الجمهورية"(2). ونصت المادة 61 على لرئيس الجمهورية أن يعرض القانون على المجلس الدستوري قبل إصداره ليقرر مدى مطابقتها لأحكام الدستور وفي هذه الحالة يقطع إبلاغ المجلس الدستوري مدة الإصدار"(3).

وهو ما أخذ به الدستور المصري 1956 تنص المادة 132 لرئيس الجمهورية أن يصدر القوانين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ مجلس الأمة له إياها". وتنص المادة 112 من وفي الدستور الحالي 1971 لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها " وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ مجلس الشعب له إياها"(4). كما نجد الدستور الجزائري ينص في المادة 126 : يُصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 166 الآتية، المجلس الدستوري، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 167 الآتية"(5).

فقرة 2- آثار الإصدار

يترتب على إصدار القانون أثرين أساسيين: أولهما: ضرورة نشره في الجريدة الرسمية لكي يتحقق علم الكافة به، ثانيهما دخول القانون في مرحلة التنفيذ.

1- دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة 10. " Le président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée.

2- دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة 19.

3- دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، المادة 61. " Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation "

4- دستور جمهورية مصر العربية، لسنة 1971، المادة 112.

5- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2008، المادة 126.

المطلب الثاني: قيود جهة الاعتراض والإصدار في النظام السياسي الإسلامي

لقد سبق أن رأينا أن الفقه الدستوري الإسلامي قد اختلف بشأن الشورى هل هي ملزمة لإمام أم معلمة، والآثار المترتبة على ذلك، ومن بينها أن القول بأن الشورى ملزمة يعني أن الأمام لا يملك أن يخالف مجلس الشورى، و إذا تمسك مجلس الشورى بما قرره فليس للإمام إلا النزول عند رغبة الأغلبية، ما دام أن الكلمة الأخيرة لمجلس الشورى وهو ما يثير التساؤل حول مدى قبول النظام السياسي الإسلامي لحق الاعتراض التشريعي، بمعنى هل يقبل النظام الإسلامي اعتراض الإمام على القوانين التي يصدرها مجلس الشورى؟ وإذا كان يقر بحق الاعتراض فما هي القيود الشكلية التي تقيد به ممارسة هذا الحق (فرع أول)؟ أم أن الإمام في النظام الإسلامي ليس إلا الحق في إصدار القوانين التي يقرها مجلس الشورى دون أن يكون له حق الاعتراض عليها (فرع ثان)؟

و عليه فسوف نعرض لذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: حق الاعتراض التشريعي في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الثاني: حق الإصدار في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الأول: حق الاعتراض التشريعي في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول- التأصيل الشرعي لحق الاعتراض التشريعي

لتأصيل القول في مدى شرعية الاعتراض التشريعي في النظام السياسي الإسلامي، ينبغي أولاً تفصيل القول في صور الاعتراض التي يحتملها هذا الحق، ويمكن ردها إلى ثلاثة صور:

فقرة 1- الاعتراض التشريعي الممنوع

من المقرر شرعاً وفقها أن كل اعتراض على حكم من أحكام الشريعة المقطوع بها، مما لا يجوز أن يأذن فيه دستور جماعة المسلمين، فالقاعدة الدستورية المقررة شرعاً وإجماعاً أنه لا يجوز لأحد فرداً كان أو جماعة الاعتراض على حكم من الأحكام الشرعية المقطوع بها. فالقاعدة الدستورية المقررة شرعاً أنه لا يجوز الاعتراض على القوانين الشرعية الثابتة قطعاً بالتنزيل، لا اعتراض شعبي و لا رئاسي و لا برلماني.

أولاً - وتأصيل ذلك شرعاً ميسور فقد استفاضت النصوص الشرعية في النكير على الذين يعترضون على حكم الله ورسوله، ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ﴾ (1). وقوله ﷺ مبيناً أن الاعتراض على ما شرع من مشاققة الله ورسوله: ﴿ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ شَاقُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ ۗ وَمَنْ يُشَاقِقِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾ (2). ومن ذلك قوله أيضاً: ﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۗ جَهَنَّمَ ۗ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴾ (3). ومن ذلك قوله ﷺ: ﴿ فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (4). والمخالفة كما تكون بالعمل قد تكون أيضاً بالمعارضة بالرأي، ومنه قوله ﷺ: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (5). فهذه النصوص كلها تقرر قاعدة دستورية محكمة لا جدال فيها وهي أنه كما لا يجوز مخالفة ما شرع الله ورسوله على مستوى التشريع والتنفيذ والقضاء، فكذلك لا يجوز الاعتراض على ما شرع الله ورسوله، على مستوى التشريع والتنفيذ والقضاء، فالمخالفة ابتداء لما شرع الله ورسوله كالمعارضة انتهاء .

ثانياً - أما تأصيل ذلك من الناحية من أقوال السلف فقد نقل ابن كثير عن ابن عباس في تفسير الآية الأولى من سورة الحجرات: ﴿ يَتَأَيُّبُ الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۗ ﴾ (6). أي لا تقولوا خلاف الكتاب

والسنة، وقال مجاهد لا تفتاتوا على

رسول الله بشيء حتى يقضي الله على لسانه(1).

1- الأحزاب/36.

2- الأنفال/13.

3- النساء/115.

4- النور/63.

5- النساء/65.

6- الحجرات/01.

فقرة 2- الاعتراض التشريعي الواجب

من المقرر شرعا وفقها وعملا أن كل تشريع مخالف للأحكام القطعية الثابتة بالكتاب والسنة أو الإجماع فهو باطل و رد، ويجب الاعتراض عليه، عليه فالقاعدة الدستورية المقررة شرعا أنه لا يجوز لجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها إقرار تشريع مخالف لمبادئ الشريعة المحكمة، ووجوب الاعتراض عليه قبل صدوره شعبيا وسياسيا، ومن ثم فإن من الحقوق الدستورية المقررة لجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها حق الاعتراض الواقف المطلق على كل تشريع يخالفها قبل صدوره. وليس فقط ممارسة حق الرقابة بعد صدوره.

أولا - والسند الشرعي لهذه القاعدة الدستورية، النصوص الشرعية الكثيرة المقررة لقاعدة النهي عن المنكر وتغييره، كقوله ﷺ: ﴿ **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ** ﴾ (2). ، وقوله ص: (من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان) (3). ولا شك أن من أعظم المنكر الذي يجب النهي عنه وتغييره، منكر السلطة التي تسن قانونا يخالف محكمات الشريعة القطعية من غير موجب يقتضي ذلك شرعا، والنهي عن المنكر أو تغييره كما يكون برفعه بعد وقوعه، فإنه يكون أيضا بمنع وقوعه، وهو أولى، فكذلك فالقانون المخالف لمبادئ الشريعة المحكمة، فهو منكر والنهي عن المنكر أو تغييره كما يكون برفعه بعد وقوعه (بعد الإصدار) من خلال ممارسة حق الرقابة المفضي إلى إلغائه والحكم ببطلانه وتغييره بعد صدوره، فإنه يكون أيضا بمنع وقوعه (قبل الإصدار) من خلال حق الاعتراض، المفضي إلى حرمانه من الوجود القانوني، بالاعتراض عليه قبل صدوره. ،

ثانيا - السند الفقهي لهذه القاعدة، القواعد الفقهية الكثيرة المقيدة لحق طاعة السلطة العامة بما لا يخالف مبادئ الشريعة أي ما أمر به الله ورسوله نصا لا يختلف عليه المسلمون، مما يعني عدم لزوم طاعة التشريع المخالف لها، لأنه في الحقيقة أمر بمعصية الله، ولا سمع ولا طاعة لمن أمر بمعصية الله، فحق الطاعة لا يشمل الطاعة في الأمر المخالف لمقررات الشرع ومصادر المشروعية، ومن القواعد المقررة لذلك، إنما الطاعة في المعروف (4)، لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق (5)، لا طاعة للسلطان في المعصية إنما الطاعة في المعروف.

وما يجري على الهيئة التشريعية يجري كذلك على الإمام والهيئة الإدارية، فالقواعد الشرعية في ممارسة الولاية العامة الوظيفة التشريعية أن "أمر السلطان ينفذ إذا وافق الشرع وإلا فلا" (6). وأن "أحكام الإمام لا ترد إذا لم تخالف نصا أو إجماعا" (7). وهو ما يعني أن ما خالف منها النص والاجماع فهي واجبة الرد والاعتراض عليها، وهي كلها قواعد تؤسس لحق رفض طاعة الأحكام التي لامشروعية لها، بل لوجوب الاعتراض عليها.

1- ابن كثير: تفسير القرآن العظيم، 364/7.

2- التوبة/71.

3- صحيح مسلم/ كتاب الإيمان/ باب بيان كون النهي عن المنكر من الإيمان/ رقم: 78.

4 - جزء من حديث عن علي رواه البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام / رقم: 7145.

5 - شرح الخاتمة ص: 74.

6- ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، / كتاب القضاء .

7- محمد بن زكريا الأنصاري: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، 5/ 219.

ثالثا - السند العملي والتاريخي فقد كان المسلمون عبر تاريخهم، يمارسون الاعتراض على كل أمر أو تشريع مخالف لما ثبت بكتاب الله وسنة رسوله وإجماع الأمة، سواء كان صادرا عن الامام أو عن أهل الشورى أو كان فتوى أهل الفقه والفتيا ويكفي أن نسوق على ذلك تشريعين من قرون الخيرية اعترض عليهما المسلمون لمخالفتها الصريحة لمبادئ الشريعة وقواعد المشروعية في النظام الإسلامي، لندرة المخالفات في تلك العصور لما كان عليه أهلها من الفقه والتقوى والعدالة.

1- الاعتراض الأول في عصر النبوة والرسالة رغم أن هذا النوع من الاعتراض لا يتصور وقوعه في حق النبي ﷺ، من حيث أن النبي ﷺ في هذا العصر هو إمام المسلمين وهو الذي يرجع إليه في أمر التشريع، ومن غير المتصور أن يأمر النبي ﷺ المسلمين بأمر مخالف لحكم من الأحكام الشرعية الثابتة بالتنزيل المستغنية عن التأويل. حتى يعترض عليه وجوبا، ومع ذلك فإن هذا الاعتراض متصور في هذا العصر في حق ولاته ﷺ فقد أورد البخاري في صحيحه عن عليّ أن النبي ﷺ بَعَثَ سَرِيَّةً، وَأَمَرَ عَلَيْهِمْ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ وَأَمَرَهُمْ أَنْ يُطِيعُوهُ، فَغَضِبَ عَلَيْهِمْ، وَقَالَ أَلَيْسَ قَدْ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ تُطِيعُونِي، قَالُوا بَلَى. قَالَ عَزَمْتُ عَلَيْكُمْ لَمَّا جَمَعْتُمْ حَطَبًا وَأَوْقَدْتُمْ نَارًا، ثُمَّ دَخَلْتُمْ فِيهَا، فَجَمَعُوا حَطَبًا فَأَوْقَدُوا، فَلَمَّا هُمَا بِالْدُخُولِ فَقَامَ يَنْظُرُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ، قَالَ بَعْضُهُمْ إِنَّمَا تَبِعْنَا النَّبِيَّ ﷺ فِرَارًا مِنَ النَّارِ، أَفَنَدَخُلُهَا، فَبَيْنَمَا هُمْ كَذَلِكَ إِذْ حَمَدَتِ النَّارُ، وَسَكَنَ غَضَبُهُ، فَذَكَرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ (**لَوْ دَخَلُوهَا مَا خَرَجُوا مِنْهَا أَبَدًا، إِنَّمَا الطَّاعَةُ فِي الْمَعْرُوفِ**) (1). فقد استغل هذا الصحابي في لحظة غضب السلطة المفوضة له من النبي ﷺ ليأمر من معه من المسلمين بأمر ظاهر المخالفة والمناقضة لأحكام الشريعة، لما فيه من عدوان صارخ على الحقوق والحريات، وعلى رأسها الحق في الحياة، غير أن من معه من المسلمين اعترضوا على هذا الأمر الذي يخالف الشريعة كما رفضوا تنفيذه، وهو ما أقرهم عليه النبي ﷺ. ففي هذا المثال دلالة ظاهرة على أن كل أمر تشريعي أو تنفيذي أو قضائي يخالف مبادئ الشريعة تجب معارضته وعدم طاعته.

2 - الاعتراض الثاني في عصر الخلافة الراشدة إن بالرجوع سنن الخلافة الراشدة نجد أن الخلفاء وأهل شوراهم بل وعموم المسلمين كانوا يمارسون الاعتراض التشريعي وجوبا في المسائل التي فصل فيها الشرع في عصر التنزيل، ففي مسألة المجنونة إذا زنت روى ابن عباس أن عمر ﷺ أُنِي بِمَجْنُونَةٍ قَدْ زَنَتْ فَاسْتَشَارَ فِيهَا أَنَسًا فَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُرْجَمَ، فَمَرَّ بِهَا عَلَى عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ﷺ فَقَالَ مَا شَأْنُ هَذِهِ قَالُوا بِمَجْنُونَةٍ بَنِي فَلَانَ زَنَتْ فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ أَنْ تُرْجَمَ قَالَ فَقَالَ ازْجَعُوا بِهَا ثُمَّ أَنَاهُ فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَمَا عَلِمْتَ (**أَنَّ الْقَلَمَ قَدْ رُفِعَ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَعْقِلَ**) قَالَ بَلَى قَالَ فَمَا بَأْسُ هَذِهِ تُرْجَمُ قَالَ لَا شَيْءَ قَالَ فَأَرْسَلَهَا قَالَ فَأَرْسَلَهَا قَالَ فَجَعَلَ يُكَبِّرُ " (2). فهذا الحكم الذي انتهى إليه عمر ﷺ بعد إجراء الشورى يتداخل فيه جانب الاختصاص التشريعي مع جانب الاختصاص القضائي؛ فتقرير الحكم بالشورى يمثل الجانب التشريعي منه، والحكم عليها بالرجم والأمر بتنفيذه يمثل الجانب القضائي منه، وسواء أكان قاعدة تشريعية أو حكما قضائيا، فإنه لما كان معارضا لمبدأ ثابت من مبادئ الشريعة وهو أن العقل شرط التكليف والمسؤولية والجزاء، فقد اعترض عليه علي بن أبي طالب ﷺ وهو بلا شك من أهل شورى مجلس الخليفة.

1 - صحيح البخاري/ كتاب الأحكام/ باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية/ رقم: 7145 .

2 - أبو داود/ باب الحدود/ 3823 .

فقرة 3- الاعتراض التشريعي الجائز

وهو الاعتراض الذي ينصرف لمعارضة تشريع اجتهادي قبل صدوره.

أولاً - الموقف الفقهي من الاعتراض التشريعي

يتردد كثيرا عند بعض الباحثين والمهتمين بالفقه السياسي الإسلامي، بأن الإسلام لا يعرف حق الاعتراض التشريعي، من حيث أن الشريعة منزلة من عند الله وهي منزهة عن العلل الثلاث التي تعترى التشريع الوضعي، الخطأ والقصور والغموض، ومن ثم فلا يجوز الاعتراض عليها.

والحق أن في هذا الكلام تعميم شديد واجمال كبير، وهو رد فعل غير متوازن ناتج عن الارتحان لواقع الحال الذي يعرف اعتراض فئات لائكية وطوائف دينية، وتيارات فكرية مستلبة للغرب على الشريعة جملة وتفصيلا، ومن ثم فالمقصود بهذا الكلام هم هؤلاء الذين يعترضون على محكمات الشريعة في الحدود والأموال، غير أن رد الأمور إلى نصابها يقتضي منا التمييز بين الأحكام الشرعية القطعية المحكمة والأحكام الظنية الاجتهادية، فالأحكام القطعية التي لا اختلاف فيها بين المسلمين، هي وحدها التي لا يحق لفرد أو جماعة الاعتراض عليها، كما سبق تأصيله، بل لا يجوز للأمة الإسلامية كلها أن تعترض عليها إذا سلمنا جدلا بإمكان وقوعه، وهو غير ممكن لعصمة الأمة الثابتة بنصوص متواترة تواترا معنويا، وهو غير واقع فلم نسمع عبر تاريخ المسلمين المديد العريض أن الأمة اجتمعت على معارضة حكم من أحكام الشريعة المنزلة.

أما الأحكام الظنية الاجتهادية فليست لها هذه الحصانة ضد الاعتراض التشريعي النسبي. وقد كان الصحابة يميزون جيدا بين هذين النوعين من الأحكام، فعندما كتب أحد كتاب عمر رضي الله عنه في أحد مسائل الاجتهاد، (**هَذَا مَا رَأَى اللَّهُ وَرَأَى عُمَرُ " فَقَالَ: بِئْسَ مَا قُلْتَ، قُلْ: هَذَا مَا رَأَى عُمَرُ، فَإِنْ يَكُنْ صَوَابًا فَمِنْ اللَّهِ، وَإِنْ يَكُنْ خَطَأً فَمِنْ عُمَرَ**) (1). وقال (**السُّنَّةُ مَا سَنَّهَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ﷺ ، لَا تَجْعَلُوا خَطَأَ الرَّأْيِ سُنَّةً لِلْأُمَّةِ**) (2). وعلى هذا الأساس كانوا يميزون بين الأحكام التي تقبل الاعتراض والمخالفة في الرأي والأحكام التي لا تقبل ذلك

ثانيا- التأصيل الشرعي لحق الاعتراض

والسند الشرعي في ذلك الكتاب والسنة النبوية و سنن الخلفاء الراشدين والعمل والمعقول

1- الكتاب

إن قوله ﷺ: ﴿ **وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَاعَوْا بِهِ ^ط وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ** ﴾ (3). فيه دلالة على أن أولي الأمر في مثل هذه المسائل ليسوا في مرتبة واحدة من الفهم والرأي، "فمنهم" وصف للذين يستنبطونه، وهم خاصة أولي الأمر من المسلمين، أي يردونه إلى جماعة أولي الأمر فيفهمه الفاهمون منهم (4)، وفيه إشعار بأن من أولي الأمر من لا يعلمه، وهو ما يعني بالضرورة مخالفة واعتراض أهل الفهم والاستنباط منهم على غيرهم.

1 - ابن القيم: إعلام الموقعين، 101/2 .

2 - ابن القيم: إعلام الموقعين، 101/2 .

3 - النساء/ 83 .

4 - ابن عاشور: التحرير والتنوير، 142/5 .

ومن ذلك محاولة الصلح مع غطفان: قال ابن إسحاق: " فلما اشتد على الناس البلاء بعث رسول الله ﷺ كما حدثني عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري إلى عيينة بن حصن بن حذيفة بن بدر وإلى الحارث بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائدا غطفان فأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما عنه وعن أصحابه فجرى بينه وبينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح إلا المروضة في ذلك فلما أراد رسول الله ﷺ أن يفعل بعث إلى سعد بن معاذ وسعد ابن عباد فذكر لهما واستشارهما فيه فقالا له: " يا رسول الله أمرنا تحبه فنصنعه؟ أم شيئا أمرك الله به، لا بد لنا من العمل به؟ أم شيئا تصنعه لنا؟ قال: " بل شيء أصنعه لكم، والله ما أصنع ذلك إلا لأنني رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة و كالبوكم من كل جانب فأردت أن أكسر عنكم من شوكتهم إلى أمر ما". فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله: " قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الأوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منها ثمرة إلا قرى أو يبيعا، أفحين أكرمنا الله بالإسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه، نعطيهم أموالنا، والله ما لنا بهذا من حاجة، والله لا نعطيهم إلا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم". قال رسول الله ﷺ: " فأنت وذاك ". فتناول سعد بن معاذ الصحيفة فمحا ما فيها من الكتاب ثم قال ليجهدوا علينا "(1).

ومن ذلك أيضا اعتراض سائر المسلمين الضمني واعتراض عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ الصريح على شروط صلح الحديبية لظنهم أنها أمرا اجتهاديا من النبي فقال ﷺ (فَأَتَيْتُ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ أَلَسْتَ نَبِيَّ اللَّهِ حَقًّا قَالَ : " بَلَى " . قُلْتُ أَلَسْنَا عَلَى الْحَقِّ وَعَدُّوْنَا عَلَى الْبَاطِلِ قَالَ : " بَلَى " . قُلْتُ فَلِمَ نُعْطِي الدِّيَّةَ فِي دِينِنَا إِذَا؟ قَالَ : " إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ ، وَلَسْتُ أَعْصِيهِ وَهُوَ نَاصِرِي " . قُلْتُ أَوْلَيْسَ كُنْتَ تُحَدِّثُنَا أَنَا سَنَأَتِي الْبَيْتِ فَتَطُوفُ بِهِ قَالَ : " بَلَى ، فَأَخْبَرْتُكَ أَنَا نَأْيِيهِ الْعَامَ " . قَالَ قُلْتُ لَا . قَالَ : " فَإِنَّكَ آتِيهِ وَمُطَوِّفٌ بِهِ " . قَالَ فَأَتَيْتُ أَبَا بَكْرٍ فَقُلْتُ يَا أَبَا بَكْرٍ ، أَلَيْسَ هَذَا نَبِيَّ اللَّهِ حَقًّا قَالَ بَلَى . قُلْتُ أَلَسْنَا عَلَى الْحَقِّ وَعَدُّوْنَا عَلَى الْبَاطِلِ قَالَ بَلَى . قُلْتُ فَلِمَ نُعْطِي الدِّيَّةَ فِي دِينِنَا إِذَا؟ قَالَ أَتَيْهَا الرَّجُلُ ، إِنَّهُ لَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَيْسَ يَعْصِي رَبَّهُ وَهُوَ نَاصِرُهُ ، فَاسْتَمْسِكَ بِعَرْزِهِ ، فَوَاللَّهِ إِنَّهُ عَلَى الْحَقِّ) (2) .

3- سنن الراشدين

ومن ذلك معارضة عمر ﷺ لقسمة الأراضي المفتوحة، ومراجعة بعض الصحابة له فيما رآه، وهي الواقعة التي تتجسد فيها كل مراحل سن التشريع من اقتراح ومناقشة وتداول واعتراض وتحكيم، فقد روى البيهقي عن نافع مَوْلَى ابْنِ عُمَرَ قَالَ: (أَصَابَ النَّاسُ فَتْحًا بِالشَّامِ فِيهِمْ بِأَلٍّ وَأَطْنَةُ ذَكَرَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَكَتَبُوا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ إِنَّ هَذَا الْفَيْءَ الَّذِي أَصَبْنَا لَكَ حُمُسُهُ وَلَنَا مَا بَقِيَ لَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْهُ شَيْءٌ كَمَا صَنَعَ النَّبِيُّ ﷺ بِحَيْبَرَ فَكَتَبَ عُمَرُ ﷺ إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيَّ مَا قُلْتُمْ وَلَكِنِّي أَفْقُهُا لِلْمُسْلِمِينَ فَرَأَعُوهُ الْكِتَابَ وَرَأَجَعَهُمْ، يَا بُونُ وَيَأْبَى فَلَمَّا أَبْوَأَ قَامَ عُمَرُ ﷺ فَدَعَا عَلَيْهِمْ فَقَالَ اللَّهُمَّ اكْفِنِي بِأَلًا وَأَصْحَابَ بِأَلٍ) (3).

1 - السيرة النبوية لابن هشام 181/4.

2 - صحيح البخاري/ كتاب الشروط/ باب الشروط في الجهاد والمصالحة مع أهل الحرب/ رقم: 2731. 279/2-284.

3 - سنن البيهقي/ كتاب السير/ باب من رأى قسمة الأراضي/ رقم: 18392. 233/9.

ومن ذلك اعتراض عمر على بعض أهل الشورى في عدم معاقبة القاذف تعريضا لاتصريحا، فعن أبي الرجال عن أمه عمرة قالت: (استب رجالان فقال أحدهما ما أمي بزانية ولا أبي بزاني. فشاوَرَ عُمَرُ الْقَوْمَ فَقَالُوا مَدَحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ . فَقَالَ لَقَدْ كَانَ لهُمَا مِنَ الْمَدْحِ غَيْرُ هَذَا)(1). (وأيدته آخرون فقالوا قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا نرى أن تجلده الحد. فجلده عُمَرُ الْحَدَّ ثَمَانِينَ)(2).

4- المقاصد والمعقول

كما يمكن الاستدلال على حق الاعتراض التشريعي بالقياس على حق الاعتراض الفقهي، فمن المعلوم أن التشريع الاسلامي تطور في الجزء الأكبر من تاريخه بعيدا عن دوائر السلطة، عبر البحث والنظر الفقهي وليس عبر التداول والتقرير الشوري، فاتسم بذلك بطابع الفقه الشعبي وليس بطابع التشريع الرسمي كما كان الحال على الأقل في عهد الراشدين، وهو ما سمح ب بروز تيارات فقهية متباينة ليس فقط في أحكامها، بل قبل ذلك في منطلقاتها ومناهجها الأصولية، وبالرجوع إلى مدونات الفقه ننف بوضوح كيف مارس الفقهاء حق الاعتراض الفقهي في المسائل الاجتهادية التي تحتل أكثر من اجتهاد، إذ ما من مسألة من مسائل الاجتهاد تخلو من اعتراض من قبل هذا الفقيه أو ذاك، ما دام هذا الاعتراض تسعه مساحة الاجتهاد ومؤسس على قواعده. وإذا كان الفقهاء قد مارسوا الاعتراض الفقهي في المسائل الاجتهادية بغير حرج ولو أن هذه الممارسة لم تكن تنظمها قواعد شكلية، ولا تأخذ الصفة السياسية، وإنما تخضع لقواعد الحجاج الفقهي والمناظرة العلمية، ولما كان الاعتراض التشريعي من جنس الاعتراض الفقهي من حيث الموضوع والغاية، فالتسليم بحق الاعتراض الفقهي في المسائل الاجتهادية يؤدي الضرورة إلى التسليم بحق الاعتراض التشريعي في هذه المسائل، إذ الاختلاف بينهما لا يعدو أن الاعتراض الفقهي رأي غير ملزم، بينما الاعتراض التشريعي متى استوفى شروطه فهو ملزم.

5- اعتراض ودفعه

قد يعارض البعض تقرير حق الاعتراض في المسائل التشريعية الاجتهادية بجملة من القواعد الفقهية التي سلمت بها جميع المذاهب والقاضية بأن الاجتهاد لا يعارض بالاجتهاد، ومن ذلك "الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد"، "الاجتهاد لا ينقض بمثله"، "ما أمضي باجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله"(3)، فهذه القواعد تمنع الاعتراض على اجتهاد باجتهاد مثله. ومن ثم قد يعارض بها البعض التسليم بحق الاعتراض التشريعي، والحقيقة أن هذا الاعتراض في غير محله تماما وذلك للغفلة عن مجال إعمال هذه القاعدة فمجال إعمال هذه القاعدة كما قرر العلماء والشراح ليس الأحكام التشريعية وإنما مجال إعمالها هو الأحكام القضائية، إذ يكفي الرجوع إلى شراح القواعد الفقهية لتبين مدلولها، فمفاد هذه القواعد تقرير الحجية للحكم القضائي، بحيث اذا اجتهد حاكم في مسألة اجتهادية وحكم فيها باجتهاده ثم تغير اجتهاده بعد ذلك فليس له أن ينقض حكمه الأول، وكذلك لو اجتهد حاكم في مسألة اجتهادية وحكم فيها باجتهاده ثم عرضت نفس المسألة على حاكم آخر له فيها اجتهاد مخالف، فليس له أن ينقض حكم الأول، والعلة في ذلك أن لو نقض الاجتهاد الأول بالثاني، لنقض الثاني بغيره، إذ ما من اجتهاد ألا ويتغير ويخالف، فيتسلسل الأمر،

1 - سنن الدارقطني/ كتاب الحدود والديات/ رقم 3479. 290/4.

2 - مالك/ الموطأ/ كتاب الحدود/باب الحد في القذف والنفي والتعريض/ رقم: 2399. 392/2.

3 - ينظر هذه القواعد في: البوني : موسوعة القواعد الفقهية، 175/1.

ولاستقرار الأحكام وفي ذلك من المفسدة ما لا يخفى (1). ومن ثم فمجال إعمال هذه القواعد هي الأحكام القضائية، والتي تقرر لها هذه القواعد صفة الحجية، أما الآراء الفقهية والفتاوى الشرعية والأحكام التشريعية في المسائل الاجتهادية فهي من غير شك مجال للاعتراض والنقض، وقد كان الصحابة والتابعين والفقهاء ينقض بعضهم رأي بعض من غير تكبير كما هو مبسوط في مدونات الفقه.

البند الثاني - التنظيم الدستوري لحق الاعتراض التشريعي في النظام السياسي الإسلامي

كيف يمارس النظام السياسي الإسلامي حق الاعتراض التشريعي، من هي الجهات التي يسلم لها بهذا الحق، وما هي الشروط الدستورية لممارسته، إن من الواضح أن هذه المسألة ليست مما سكت عنه النص فحسب، بل أيضا مما سكت عنه الفقيه، غير أن ذلك لا يجب أن يدفعنا لليأس أو للاستسلام، بل نحسب أن الإجابة عن السؤال من منظور الفقه الإسلامي ما زالت متاحة و ممكنة من خلال الاسترشاد بمعقول الشرع ومقصوده، وذلك من خلال النظر في صور الاعتراض التي سبق تفصيلها.

فقرة 1- قواطع الشريعة والاعتراض الواقف

أما بالنسبة للاعتراض على حكم قطعي من أحكام الشريعة فهذا النوع من الاعتراض لا تملكه أي جهة من جماعة المسلمين لا فرادى و لا جماعات و لا حتى جماعة المسلمين بأسرها إذا سلمنا جدلا بإمكان ذلك، وهو غير ممكن، (لعممتها) وفرضا جدلا وقوعه وهو غير واقع، (باستقراء التاريخ) كما لا تملكه أي جهة من جهات الولاية العامة في المجتمع الإسلامي لا جهة تنفيذية (الإمام) ولا جهة قضائية (القضاء). فهذا النوع من الأحكام كما سبق بيانه يتعالى على الزمان والمكان و الفلسفة والمذهب والايديولوجيا والتاريخ، فلا تملك جهة ما الاعتراض عليها.

فقرة 2- جهات الاعتراض الواقف

أما بالنسبة للاعتراض على حكم مخالف لمبادئ الشريعة وأحكامهما القطعية، فهذا النوع من الاعتراض هو اعتراض واقف مطلق، تجب ممارسته من طرف جماعة المسلمين عن طريق الاعتراض الشعبي كما تجب ممارسته من جهات الولاية العامة في الدولة، فكل قانون يصدره فرضا مجلس الشورى يخالف قواطع الشريعة ومبادئها، تجب معارضته قبل إصداره، ولا ينبغي الانتظار حتى يصدر قانونا لممارسة حق الرقابة والحسبة عليه، فالمنع كما هو معلوم أسهل من الرفع (2)، والدفع أسهل وأولى وأقوى من الرفع (3)، فمن قواعد الشريعة أن منع المنكر و دفعه قبل وقوعه مقدم على رفعه بعد وقوعه، ولما كان حق الاعتراض يؤدي إلى منع صدور القانون المخالف للشريعة، كان مقدما على حق الرقابة الدستورية، وإن كانا يندرجان تحت أصل واحد وهو النهي عن المنكر، إلا أن حق الاعتراض يمنع المنكر أن يقع وحق الرقابة يرفعه إذا وقع .

و الجهات التي تختص بممارسة هذا الاعتراض فهي جماعة المسلمين من خلال الاعتراض الشعبي والإمام من خلال الاعتراض الرئاسي

1 - البوني : موسوعة القواعد الفقهية، 175/1.

2 - البوني : موسوعة القواعد الفقهية، 1031/11.

3 - البوني : موسوعة القواعد الفقهية، 339/4.

أولاً- الاعتراض الشعبي: وتأصيل ذلك بالنسبة لجماعة المسلمين مؤسس على مبدأ النهي عن المنكر، فإنه لما كان النهي عن المنكر حقا بل واجبا شعبيا يطالب به كل فرد من جماعة المسلمين على جهة الكفاية عند بعض الفقهاء، وعلى جهة العين عند البعض الآخر، ولما كان السكوت عن سن قانون مخالف للشريعة من أعظم المنكرات، لزم من ذلك أن يقر دستور الدولة الإسلامية لجماعة المسلمين بحق الاعتراض الشعبي على كل قانون مخالف لمبادئ الشريعة ومحكماتها قبل صدوره، وإذا استوفى هذا الاعتراض الشروط والنصاب الدستوري المحدد، وجب سحب هذا القانون نهائيا.

ثانياً- الاعتراض الرئاسي: أما تأصيل ذلك بالنسبة للإمام فهو أيضا مؤسس على وجوب النهي عن المنكر، فإنه لما كان النهي عن المنكر واجبا رسميا ووظيفة من الوظائف التي تنهض بها الولاية العامة في المجتمع الإسلامي، ولما كان الإمام هو رأس الولايات العامة، كان الاعتراض على كل قانون يقره أهل الشورى مخالفا للقواعد الشرعية، من أوكد واجباته، فكما أن أهل الشورى لهم حق الرقابة على كل تشريع يصدره الإمام بيونه معييا، فلإمام أيضا أن يعترض وجوبا على كل تشريع يقره مجلس الشورى يكون مخالفا للقواعد الشرعية، فالنهي عن المنكر واجب مشترك ومتبادل ومنتشر.

ومن الواضح أن طبيعة هذا النوع من الاعتراض أنه اعتراض واقف مطلق (Veto suspectif) إذ لا يمكن لمجلس الشورى الذي وافق على القانون أول مرة أن يتغلب على اعتراض الشعب أو الإمام بأي أغلبية، فهذا النوع من الاعتراض يؤدي إلى إنهاء القانون الذي أقره مجلس الشورى بصورة مطلقة ونهائية ولا توجد وسيلة دستورية تمكنه من التغلب عليه.

فقرة 3 - جهات الاعتراض النسي

أما بالنسبة للاعتراض على القوانين الشرعية الاجتهادية التي يقرها مجلس الشورى سواء تعلق الأمر بمسائل وردت فيها نصوص ظنية أو بمسائل لا نص فيها، فهذا النوع من الاعتراض هو اعتراض نسي (موصوفا كان أو بسيطا)، والجهة التي تباشره هي جهة الإمامة (الرئاسة) لا غير وذلك لاعتبارات شرعية ومصالحية منها:

أولاً - أن المسألة المعروفة في الفقه بالزامية الشورى أو إعلاميتها، إنما تتعلق بالإمام فحسب، وإن اعتبار الشورى معلمة يعني أن للإمام حق الاعتراض الواقف على نتيجة الشورى، و اعتبار الشورى ملزمة يعني أنه ليس له حق الاعتراض الواقف على نتيجة الشورى، ويبقى التسليم له بحق الاعتراض النسي محل نظر وتفصيل لاحق.

ثانياً - أن مسائل الشورى مسائل اجتهادية دقيقة قد تخفى على عموم المسلمين في حين يفترض في مجلس الشورى أن يضم الكفايات العلمية والمجتهدين من كل فن، وإعطاء جماعة المسلمين حق الاعتراض الشعبي في مثل هذه المسائل، فيه تسليط للجاهل على العالم، وتحكم للمقلد في المجتهد. وهذا خلافا للاعتراض الشعبي الواقف الذي مجاله أحكام شرعية قطعية يستوي في دركها العالم والعامي، لأنها من ضرورات دينه.

ثالثاً - أن التسليم بحق الاعتراض الشعبي في المسائل الاجتهادية، مع اختلاف الاجتهادات وتعدد المذاهب وكثرة الأهواء، قد يؤدي إلى تعطيل العمل التشريعي وعرقلته في أحسن الأحوال بكثرة الاعتراضات وتضاربها. ومن ثم فإن مراعاة المصلحة العامة تقتضي حصر حق الاعتراض في المسائل الاجتهادية في الإمام وحده سواء كان مجتهدا بنفسه كما هو المفروض شرعا، أو مجتهدا بغيره كما هو المفروض واقعا.

غير أن تنظيم حق الاعتراض النسبي يقتضي منا أن نبين إن ما يقره مجلس الشورى من التشريعات قد يكون بإجماع وقد يكون بأغلبية كما سبق بيانه، ومن ثم وجب النظر في الحالين:

1- في حال التقرير بالإجماع، فكل تشريع اجتهادي أقره مجلس الشورى بإجماع أو قريبا منه، فهو غير قابل للاعتراض عليه، وذلك أن الاعتراض سواء كان موصوفا يطلب إقرار التشريع في مداولة ثانية بأغلبية متشددة، أو كان اعتراضا بسيطا يطلب إقراره في مداولة ثانية ولو بنفس الأغلبية، فهو يبقى اعتراض لا معنى له وتحصيل وطلب لما هو حاصل، إذ من البين أن ما من أغلبية إلا وهي أدنى رتبة من الإجماع، ومن قواعد الفقه أن الأدنى يدخل في الأعلى(1)، فطلب الأغلبية مع حصول الإجماع نزول من الأعلى إلى الأدنى، واستبدال للذي هو أدنى بالذي هو خير.

2- أما في حال التقرير بالأغلبية، وكل تشريع اجتهادي أقره مجلس الشورى بالأغلبية سواء كانت أغلبية بسيطة أو مطلقة، فهو قابل للاعتراض من طرف الإمام ولا يصبح ملزما له إلا بالتغلب على اعتراضه بالأغلبية التي يتبناها دستور جماعة المسلمين.

1 - البوني : موسوعة القواعد الفقهية، 343/12.

الفرع الثاني: جهة الإصدار في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول تحديد جهة الإصدار في النظام السياسي الإسلامي

من المعلوم أن تنفيذ التشريعات سواء أكانت أحكاماً قطعية منصوصاً عليها أو كانت ثابتة بالرأي والاجتهاد يقع تنفيذها على عاتق رئيس الدولة أو الإمام، بصفته المنصب من طرف جماعة المسلمين لغرض إمضاء الأحكام الشرعية بينها، إذا كان الفقه الدستوري الحديث قد استقر على الطبيعة التنفيذية للإصدار، فمعنى ذلك أن أول ينهض به الخليفة أو الإمام لتنفيذ التشريعات التي سنّها هو أو سنّها مجلس الشورى أو أقرتها جماعة المسلمين هو إصدارها، أي إضفاء القوة الملزمة عليها، حتى تصبح نافذة بين الناس، فالتشريع يدخل حيز التنفيذ بإصداره من طرف الإمام وبالرجوع إلى تاريخ الخلفاء الراشدين نجد أن ما يصدر من تشريعات كانت لها القوة الملزمة ولا يجوز لأحد مخالفتها، وهو ما عبر عنه الخضرى بك بقوله "كان الشيخان إذا استشارا جماعة في حكم فأشاروا فيه برأي تبعه الناس ولا يسوغ لأحد مخالفتها" (1).

البند الثاني: تأصيل اختصاص الإمام بإصدار التشريع

نستند في القول بأن الإمام في النظام الإسلامي هو الذي يختص بإصدار التشريع إلى الأسانيد التالية:

فقرة 1 - لما كان الفقه الغالب قد استقر على طبيعة الإصدار التنفيذية فإنه يترتب على ذلك بالتالي أنه يدخل ضمن الاختصاصات الموكولة للإمام باعتباره رأس السلطة التنفيذية.

فقرة 2- بالرجوع إلى معظم الوقائع التي صنفناها في هذه البحث على أنها تندرج في العمل التشريعي نقف بوضوح على أنه سواء أكان هذا التشريع قد أقره أهل الشورى أو أقره الإمام برأيه، فقد كان الإمام دوماً هو وحده الذي يأمر بالعمل بذلك التشريع وتنفيذه إما مشافهة أو كتابة، وهو ما يعادل مفهوم الإصدار اليوم.

فقد يتم الإصدار مشافهة فيأمر الخليفة الناس بتنفيذ ما انتهى إليه أهل الشورى إجماعاً أو أغلبية، مثل قول عمر بن الخطاب للمبعوث الذي بعثه خالد بن الوليد بشأن مشكلة الانبساط في شرب المسكر، فبعد أن تداول أهل الشورى في المسألة واستقر رأيهم على رفع العقوبة إلى ثمانين جلدة بعد أن كانت أربعين، عندئذ قال عمر بن الخطاب، (بلغ صاحبك ما قالوا) وهو إمضاء للحد في شرب الخمر بثمانين جلدة، وأصبح من ذلك الوقت الحد ثمانين جلدة وضرب عمر ثمانين (2).

و قد يتم الإصدار كتابة كأن يكتب الخليفة إلى عماله وقضاته بما شرعه في المسألة ومن ذلك مثلاً إصدار التشريع الخاص بقتل الجماعة بالواحد كتابة على عهد الفاروق رضي الله عنه، فقد كتب إلى عامله في صنعاء (إن اشتركوا في قتله لقتلتهم به..). ومن ذلك أيضاً كتاب أبي بكر الصديق إلى خالد في شأن اللوطي الذي يؤتى كما يؤتى النساء، فبعد المداولة بين أهل الشورى في دار الخلافة، اتفقوا على تحريقه بالنار، فكتب رضي الله عنه بذلك إلى خالد. ومن ذلك أيضاً ما يتعلق بميراث الجد مع الإخوة حيث طلب عمر بن الخطاب من زيد أن يكتب ذلك، فكتبه، ولكن الكتابة وحدها ليست هي الإصدار ولذلك فقد جمع عمر الناس وخاطبهم قائلاً بأنه قد أمضاه، أي

1 - الخضرى بك: تاريخ التشريع الإسلامي، المكتبة التجارية، القاهرة، 1963، ص: 117.

2 - ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية، ص: 137-138.

أمضى ما كتبه زيد بن ثابت بشأن ميراث الإخوة مع الجد، أي أصدره وبذلك أصبح هذا التعديل التشريعي نافذا بعدما كان الجد يجب الإخوة في خلافة الصديق وشطرا من خلافة الفاروق(1).

وقد يتم الإصدار بإمضاء الرأي وتنفيذه من طرف الخليفة نفسه، خاصة في المصالح العليا للدولة، ومن ذلك ما فعله الخليفةان الأول الثالث رضي الله عنهما من السهر بنفسيهما على كتابة القرآن ونسخه(2)، ففي كل هذه الأمثلة نجد أن الخليفة أو الإمام هو الذي يتولى إصدار التشريع الذي استقر عليه أولي الأمر.

فقرة 3 - إن الآراء التي سبق التعرض لها والتي تجعل تبني الأحكام من حق الإمام وحده كما هو الحال عند تقي الدين النبهاني. ومحمود الخالدي، إنما ينبغي أن تحمل على هذه المرحلة أي مرحلة الإصدار، فالإمام له إمضاء الأحكام والأمر بتنفيذها، باعتباره سلطة تنفيذية، لتوحيد سلطة القرار في الدولة، أما أن تكون هذه الأحكام تعبر عن إرادته هو أو تعبر عن إرادة مجلس الشورى فمسألة أخرى. قد جرى فيها الخلاف بين أهل العلم بما لا يخفى تحت عنوان الشورى الملزمة والشورى المعلمة.

1 - ينظر: ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية، ص: 138

2 - ينظر: ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية، ص: 139

جامعة الأمير
عبد القادر
العلوم الإسلامية

الباب الثالث

قواعد

السياسة التشريعية

قد يصدر العمل التشريعي عن السلطة المختصة المحددة في الدستور، مستوفيا للشكل والإجراءات الواجب إتباعها طبقا للدستور، إلا أن هذا لا يكفي لاعتباره دستوريا، إذ يشترط لكي يكون كذلك ألا يكون من حيث محله وغرضه مخالفا للدستور ولقواعد السياسة التشريعية في الدولة، أي أن يكون من جهة محله مشروعاً، أن يكون من جهة غرضه وبواعثه ملائماً.

فالتشريع الصادر من السلطة المختصة وفق الشكل المقرر دستوريا حتى يكون نافذاً يجب أن يكون محله مشروعاً، فإذا كان تشريعاً عادياً، وجب أن لا يخالف محله الدستور في نصه وروحه وأن يلتزم بالقيود الموضوعية الواردة فيه، وإن كان تشريعاً فرعياً وجب بالإضافة إلى ذلك أن لا يخالف محله القانون الأسمى الذي يستند إليه. وهو ما سنعرض له تأصيلاً ومقارنة فيما يتعلق بالنظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة تحت عنوان قاعدة المحل (فصل أول).

ومن جهة ثانية فالتشريع الصادر من السلطة المختصة وفق الشكل المقرر دستوريا و المتحقق بمشروعية المحل، لا يكون دستوريا حتى يكون سببه وغرضه ملائماً أي محققاً للمصلحة العامة، فالعمل التشريعي بطبيعته السياسية لا يستهدف تحقيق أغراض ذاتية، وغايات شخصية، وإنما يخضع لمعيار موضوعي يكون السبب في إصداره، وهو تحقيق مصلحة عامة، ومن ثم فلا يجب على جهات التشريع سواء أكان تشريعاً دستورياً أو عادياً أو فرعياً أن تخالف الغاية المخصصة التي رسمت لتشريع معين، أو مخالفة الغاية العامة التي رسمت للتشريع عموماً، وهو ما سنعرض له تأصيلاً ومقارنة فيما يخص النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة تحت عنوان قاعدة السبب (فصل ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا الباب في فصلين:

الفصل الأول: المحل وقواعد المشروعية

الفصل الثاني: السبب وقواعد الملاءمة

جامعة الأمير
عبد القادر العظم
الإسلامية

الفصل الأول

المحل

و قواعد المشروعية

إن محل التشريع هو موضوعه، أي المركز القانوني الذي تتجه إرادة المشرع إلى إحداثه، وهو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها، فالتشريع الذي يسن بشأن الوظيف العمومي يكون مضمونه خلق مراكز قانونية متعددة للموظفين، وفق سلم التدرج الوظيفي، وبيان واجبات الموظف العام وحقوقه، ويتعين أن يكون محل التشريع متفقاً مع مضمون الدستور ومبادئه العامة ملتزماً بالضوابط والقيود التي تضعها القواعد الدستورية. كمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، ومبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، أو مبدأ استقلال القضاء، أو مبدأ لا ضريبة إلا بقانون، ومبدأ حماية الحقوق المكتسبة وغير ذلك من المبادئ الدستورية.

يعتبر عنصر المحل من أهم عناصر العمل التشريعي فلكي يتصف العمل التشريعي بالمشروعية سواء في النظام السياسي الإسلامي أو الوضعي ينبغي أن يكون محله مشروعاً وفق للنظام القانوني السائد وذلك يقتضي أن يكون القانون الذي تسنه السلطة التشريعية الأصلية مندرجاً تحت قاعدة قانونية أعلى سارية المفعول، و أن لا يخالف مضمون مبدأ أو قاعدة دستورية سارية، كما يقتضي من جهة أخرى أن تكون اللوائح التي تصدرها السلطة التشريعية التابعة تجدها في قاعدة دستورية أو تطبيقاً للقانون، دون أن تخالف مضمون قاعدة دستورية أو قانونية، ومن أجل الإلمام بهذه القاعدة كقيد من القيود الموضوعية على سلطة الولاية العامة في التشريع في النظام السياسي الإسلامي فقد اقتضى العرض المنهجي أن نبدأ بتحديد مصادر المشروعية في النظم السياسية الوضعية وفي النظام السياسي الإسلامي (مبحث أول)، و لما كانت المسألة الدستورية من أهم المسائل التي لا يزال للأسف يدور الجدل حولها بين فقهاء الشريعة فقد آثرنا بحث هذه المسألة (مبحث ثان) واتبعنا ذلك ببيان القيود الموضوعية الواردة على محل التشريع و الأثر المترتب على الخروج على الشرعية الدستورية ومصادر المشروعية فيما يتعلق بالتصرف التشريعي (مبحث ثالث).

وعلى ذلك فقد جاء هذا الفصل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مبدأ المشروعية بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

المبحث الثاني: الشرعية الدستورية بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

المبحث الثالث: القيود الواردة على محل التشريع

المبحث الأول: مبدأ المشروعية بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

يعتبر مبدأ المشروعية وتدرج قواعد المشروعية حصانة أساسية لحماية الحقوق والحريات من عسف الدولة وضمانة أكيدة من ضمانات عدم الجور فيها. فالسلطة كما يقول الدكتور طعيمة الجرف "ضرورة ولكنها لا تستطيع أن تتعامل مع الخاضعين لها إلا بالقانون وعلى مقتضاه"⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس فإن الجهات التشريعية مثلها مثل الجهات التنفيذية والقضائية مقيدة في عملها التشريعي بالدستور ومصادر المشروعية الأسمى، مما يفرض التزام جهة التشريع الأصلية بنص الدستور وروحه والقيود الموضوعية الواردة فيه في أي موضوع تشريع فيه، كما يفرض على السلطة التشريعية التبعية بالاضافة إلى قيد سمو الدستور، قيد مراعاة التشريع الأسمى وفق مبدأ تدرج مصادر المشروعية .

إن العرض المنهجي للقيود الواردة على محل التشريع يقتضي منا أولاً بيان المقصود بمبدأ المشروعية وتحديد مصادر المشروعية في الفقه والوضعي (مطلب أول) كما يقتضي منا ثانياً بيان مفهوم المشروعية ومصادر المشروعية في الفقه الشرعي (مطلب ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: مصادر المشروعية في النظم السياسية المعاصرة

المطلب الثاني: مصادر المشروعية في النظام السياسي الإسلامي

1- طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ط، 3، 1967، ص: 13.

المطلب الأول: مصادر المشروعية في النظم السياسية المعاصرة

تشتت معظم النظم السياسية في ممارسة الوظيفة التشريعية أن لا يخالف محل التشريع الذي أقره البرلمان، أو أصدرته الحكومة، أن لا يخالف مصادر المشروعية في ذلك النظام السياسي، غير أن هذه النظم لا تتفق على مصادر واحدة للمشروعية ولا على ترتيبها، ومن ثم فقبل مقارنة ذلك بالنظام السياسي الإسلامي ينبغي أن نفضل القول في مفهوم المشروعية (فرع أول) ومصادر المشروعية في الفقه الدستوري المعاصر (فرع ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

الفرع الثاني: مصادر المشروعية في القانون الوضعي

الفرع الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

البند الأول: مفهوم مبدأ المشروعية في القانون الوضعي

يطلق على هذا المبدأ في المملكة المتحدة مبدأ سيادة القانون Rule Of Law (1)، ويطلق عليه في فرنسا مبدأ المشروعية Principe de La Légalité، بينما يطلق جانب من الفقه العربي على هذا المبدأ "مبدأ الشرعية" بدلا من "مبدأ المشروعية" (2)، إلا أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون الدستوري والإداري تترجم هذا المبدأ في لغة العرب بمبدأ المشروعية (3)،

يقصد بمفهوم المشروعية كما اصطلح عليه فقهاء القانون الدستوري،: "أن أعمال الهيئات العامة وقراراتها الملزمة، لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية، كما لا تكون ملزمة للأفراد المخاطبين بها إلا بمقدار مطابقتها لقواعد القانون العليا التي تحكمها، بحيث متى صدرت بالمخالفة لهذه القواعد فإنها تكون غير مشروعة" (4).

وهذا المبدأ لم يأخذ مساره إلى التطبيق إلا بعد كفاح مرير خاضته الشعوب من أجل التوفيق بين السلطة والحرية و الموازنة بين حقوق الأفراد وحررياتهم من جهة وبين اعتبارات التصرف بالمصلحة العامة من جهة ثانية.

فمقتضى هذا المبدأ أن يخضع الجميع حكاما ومحكومين لحكم القانون، وأن يستند كل تصرف أو عمل قانوني سواء كان عاما أو خاصا إلى قاعدة قانونية مجردة وسابقة على التصرف أو العمل، وبعبارة أخرى فإنه يجب أن يخضع جميع الأفراد في علاقاتهم القانونية بعضهم ببعض وفي علاقاتهم بالقانونية بالدولة وهيئاتها المختلفة لحكم القانون (5).

إلا أن جوهر المشروعية يكمن حقيقة في سيادة حكم القانون بين الفرد والدولة، إذ أن العلاقات القانونية فيما بين الأفراد هي علاقات ذات أطراف متساوية، ولكن الأمر مختلف بالنسبة للعلاقة بين الفرد والدولة، إذ لا تكون بين طرفين متساويين، بل تكون الدولة الطرف الأعلى بموجب السلطة العامة التي تمارسها، مما يجعلها في مركز يسمح لها بالإساءة إلى حقوق الأفراد وحررياتهم، ولا يقف حائلا دون هذا الاستبداد إلا مبدأ المشروعية حيث يستطيع المواطن في ظلّه أن يأمن من تعسف السلطة (6).

فالحكومات من حيث خضوعها للقانون تنقسم إلى حكومة استبدادية "بوليسية" وحكومة قانونية

- 1- عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 27.
- 2- منهم محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، ط 1964، ص: 16. ومنهم محمد عاطف البنا: الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، 1990، ص: 98-101. ومنهم محمود محمد حافظ: القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 7، 1979، ص: 19. رغم أن الفقه الفرنسي يفرق بين الشرعية La légitimité والمشروعية La légalité. "فالمشروعية وترجمتها بالفرنسية معناها احترام قواعد القانون القائمة فعلا في المجتمع، وهي مشروعية وضعية، والشرعية يقابلها بالفرنسية وهي فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون، لذا فمفهومها أوسع من مجرد احترام قواعد القانون" ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، ط 1985، ص: 19.
- 3- منهم: سليمان الطماوي: دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط 1976، ص: 08. ومنهم طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ص: 05. ومنهم محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري - مبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ومنهم
- 4- طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ص: 05.
- 5- عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي ص: 13.
- 6- عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 13.

فالحكومة الاستبدادية تقوم على أساس النظر إلى القانون بوصفه معبرا عن إرادة الحاكم الذي يعمل على حمل الفئة المحكومة على احترامه دون أن يلتزم هو به، ففي هذا النظام ليست إرادة الحكومة سوى إرادة الحاكم، ومن ثم تصبح إرادته طليقة من كل قيد إن شاء طبق القانون وإن شاء عدل عنه دون أن يتقيد بإجراء معين ويستتبع ذلك حتما المساس بحقوق المواطنين وحررياتهم، لهذا أطلق على هذا النوع من الحكومات تعبير "الحكومة البوليسية" لانتفاء احترام القانون فيها.

أما الحكومة القانونية فهي تلك التي تخضع تصرفات الحاكم والمحكوم فيها على السواء لحكم القانون وينبني على ذلك أنه لا يجوز لأي سلطة أن تزاول أي نشاط سواء أكان هذا النشاط خاصا أو عاما إلا على مقتضى قواعد سبق وضعها، وفقا للأوضاع والشروط المقررة لذلك. وتأسيسا على ذلك يجب على السلطة التشريعية أن تزاول اختصاصاتها في النطاق الذي رسمه الدستور، فتصدر التشريعات على مقتضى القواعد التي تضمنتها أحكام الدستور، كما يتعين على السلطة التنفيذية وهي تسهر على تنفيذ القانون أن تزاول اختصاصاتها في الحدود التي قررتها القوانين، وكذا الحال بالنسبة للسلطة القضائية التي تتلخص وظيفتها في تطبيق القانون على الخصومات التي تطرح أمامها(1).

والخلاصة أن مبدأ المشروعية يعني في المجال الدستوري خضوع جميع السلطات العامة في الدولة للقانون الساري المفعول والمبادئ العامة للقانون.

فمبدأ المشروعية يعني أولا خضوع القضاء للقانون بمعنى أن على السلطة القضائية أن تلتزم أحكامه في فصلها في المنازعات التي تعرض عليها، بما يعني التسليم بوجود وجود رقابة على أحكام المحاكم الدنيا للتأكد من التزامها بحكم القانون(2).

كما يعني مبدأ المشروعية ثانيا خضوع السلطة التنفيذية للقانون، وينبغي أن نشير إلى أن إخضاع السلطة التنفيذية للقانون من أهم معالم مبدأ المشروعية، وذلك لأسباب تاريخية خاصة حيث جاءت الدولة الحديثة بعد كفاح مرير قادته الشعوب للفصل بين الشخصية المعنوية للدولة والشخصية الطبيعية للحاكم، حيث كان شخص الحاكم تندمج فيه جميع سلطات الدولة ولم تكن وظيفته مقصورة على التنفيذ فحسب بل كان أيضا هو القاضي وهو المشرع، لذا لم يكن من الممكن إخضاع سلطته للقانون إلا بالفصل بين شخصيته وشخصية الدولة، وبالفصل بين السلطات الثلاث وإعطاء كل اختصاص منها لهيئة مستقلة عن الحاكم، وهو ما يعبر عنه بمبدأ الفصل بين السلطات(3).

كما يعني مبدأ المشروعية ثالثا خضوع السلطة التشريعية للقانون، إذ لا يكتمل خضوع الدولة للقانون إلا بخضوع السلطة التشريعية لقواعد قانونية تسمو عليها وتقيد سلطاتها، فانتهاك حقوق الأفراد والحريات العامة لا يقتصر على السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، بل قد يتم من خلال إصدار السلطة التشريعية لقوانين لا تراعى فيها أحكام الدستور، ومن ثم وجب إخضاع السلطة التشريعية أيضا للقانون "شأنها في ذلك شأن الأفراد وباقي السلطات العامة في الدولة"(4).

- 1- فؤاد العطار: رقابة القضاء لأعمال الإدارة، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ط2، 1961، ص: 18-19.
- 2- ينظر: محمد محمد بدران: رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 1985. ص: 12
- 3- ينظر: محمد محمد بدران: رقابة القضاء على أعمال الإدارة، ص: 13
- 4- محمد محمد بدران: رقابة القضاء على أعمال الإدارة، ص: 13.

ولتأكيد خضوع السلطة التشريعية للقانون تنشئ بعض الدول محاكم عليا للرقابة على دستورية القوانين كما هو الشأن في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومصر.

البند الثاني: مفهوم مبدأ المشروعية في الفقه الإسلامي

لم يتعرض الفقهاء المسلمون القدامى لتعريف مبدأ الشرعية أو المشروعية وقد فهم بعض الباحثين من ذلك أن الإسلام لا يعرف مبدأ المشروعية كما ذهب إلى ذلك الفقيه الألماني ارنتست كلنجمولر Ernest Klingmuller إلى أن الإسلام لم يعرف فكرة المشروعية لأنه لم يعرف الفكرة الحديثة للتشريع، وخلا من المؤسسات التشريعية(1). وتابعه الدكتور صلاح الدين محمد علي دبوس على هذا الرأي حيث يرى أن الإسلام لم يعرف فكرة المشروعية لأنه لم يعرف نظام الدولة الحديثة باعتبارها شخصية معنوية ذات سيادة(2)، و الحقيقة أن ما ذهب إليه من إنكار مبدأ المشروعية في الإسلام لا ينهض على أساس بل أشبه بإنكار الشمس في رابعة النهار، فإنه لا يلزم من غياب الاسم غياب المسمى، كما إن اختلاف طبيعة الدولة في الإسلام عن طبيعة الدولة الحديثة لا يلزم منه إنكار مبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية بل كل ما يلزم منه اختلاف مصادر المشروعية في كل منهما. فإنه بالرجوع إلى مصنفات الأصول نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا يعبرون عن مصادر المشروعية بلفظ أصول وأدلة الأحكام أي كل ما يتعلق بقواعد النظر وطرق الاستدلال الشرعي يوصف بأنه أصل، وعلى ذلك فإن لفظ الأصول عند القدماء يكافئ ويعبر عن نفس المدلول الذي يعبر عنه اللفظ المعاصر المصادر، ومن ثم فقد شيد علماء الأصول منهجية علمية تعتبر أعظم نظرية في مصادر المشروعية، مصادر مرتبة ترتيبا تنازليا بحيث تدرج معها القواعد والأحكام ويتجلى فيها مبدأ التدرج بشكل لا مثيل له في أي نظام قانوني آخر، وهو تدرج يشمل التدرج في مصادر الأحكام كما يشمل التدرج في الأحكام، كما أنها مصادر متسلسلة بعضها آخذ برقاب بعض، ويكمل بعضها بعضا ويفسرها، وتتجاوز بكل يسر المشكلة التي حاولت النظريات الوضعية المختلفة أن تفسر بها أساس خضوع الدولة للقانون. فالشريعة لم تكتف بتقرير مبدأ المشروعية وإلزام الحكام والمحكومين به كما هو الحال في النظم الوضعية وإنما أيضا وضعت نظريتها الخاصة في الأساس الذي تقوم عليه مصادر المشروعية وترتيبها ومجال الاحتجاج بها وشروط إعمالها.

و يعرف بعض الباحثين مبدأ المشروعية الإسلامية" بأنه خضوع الحكام والمحكومين للأحكام والمبادئ الشرعية، بحيث ينشأ نمط من المطابقة بين التصرف الذي يقوم به الفرد وبين هذه الأحكام والمبادئ"(3). يفتقد هذا التعريف للدقة العلمية كما لاحظ ذلك أحد الباحثين. ففي الوقت الذي يقرر شقه الأول وجوب خضوع الحكام والمحكومين لمبادئ الشريعة وأحكامها فإن شقه الثاني يرتب على ذلك وجوب مطابقة تصرفات الفرد مع هذه المبادئ والأحكام،

1- صلاح الدين دبوس: الخليفة توليته وعزله، دراسة في السياسة الشرعية ومقارنتها بالنظم الدستورية الغربية، ص: 62، وأحال على: Ernest Klingmuller: Le Concept de Légalité dans le Droit Islamique, Centre Interuniversitaire du Droit Comparé, Bruxelles, 1964, P:206 et sui.

2- صلاح الدين دبوس: الخليفة توليته وعزله، ص: 62.

3- كايد يوسف قرعوش: طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر سنة 1967، ص: 65.

وهي نتيجة تناقض جذريا مع الشق الأول للتعريف(1). ويذهب الدكتور إسماعيل البدوي إلى تعريف مبدأ المشروعية بأنه " هيمنة القانون الإسلامي على كل من في الدولة الإسلامية"(2). ثم عقب عليه بقوله فمبدأ المشروعية "يستلزم انقياد جميع من يقيم على إقليم الدولة الإسلامية لأحكام الشريعة الإسلامية سواء أكانوا حكاما أم محكومين وسواء أكانوا أفرادا أم جماعات وسواء أكانوا مسلمين أم لا.."(3).

ومنه نخلص إلى أن مبدأ المشروعية يعني في المفهوم الإسلامي خضوع تصرفات جميع من في الدولة الإسلامية سواء أكانوا حكاما أو محكومين لمصادر الأحكام الشرعية المحتج بها مع التقييد بترتيبها ومجال الاحتجاج بها وشروطه.

1- ينظر: محمد طاهر أحمد عبد الوهاب: النظرية العامة لمبدأ الشرعية، في الدولة الإسلامية والدولة المعاصرة، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، 1981، ص:46. وينظر: إسماعيل البدوي: القضاء الإداري، الجزء الأول مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، ط1، 1992، ص: 23.

2- إسماعيل البدوي: القضاء الإداري، الجزء الأول مبدأ المشروعية، ص: 23.

3- إسماعيل البدوي: القضاء الإداري، الجزء الأول مبدأ المشروعية، ص: 23. بتصرف يسير

الفرع الثاني: مصادر المشروعية في القانون الوضعي

تختلف مصادر المشروعية من حيث التقسيم ومن حيث الترتيب في الشرائع المكتوبة عنها في شرائع السابقة القضائية ففي الشرائع المكتوبة تتمثل مصادر المشروعية في الوضعية في نوعين من المصادر: مصادر مكتوبة وهي الدستور و القوانين العادية والمعاهدات الدولية واللوائح الفرعية. ومصادر غير مكتوبة وهي العرف والمبادئ القانونية العامة والقضاء(1). وفي القانون الانجليزي تقسم مصادر المشروعية إلى مصادر أصلية وهي أحكام القضاء، والتشريع ومصادر ثانوية وهي العرف والفقهاء(2). سنعرض أولاً لمصادر المشروعية في الشرائع المكتوبة ثم نتبعها بمصادر المشروعية في شريعة Common Law بإيجاز.

البند الأول: مصادر المشروعية في الشرائع المكتوبة (القانون الفرنسي نموذجاً)

فقرة 1- المصادر المكتوبة:

وتتمثل فيما تضعه السلطة التأسيسية من نصوص دستورية، وما تسنه البرلمان من تشريعات عادية وما تصدره السلطة التنفيذية من لوائح مختلفة: أولاً- الدستور والقوانين المكمل له

تعد القواعد الدستورية القواعد القانونية العليا في الدولة، لأنها تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعاً، وتحدد دائرة الاختصاص لكل منها، وتبين كيفية ممارسة هذه الاختصاصات، بحيث يتعين أن تلتزم كافة السلطات العامة في الدولة بها، وكذلك الأفراد ينزلون على مقتضى أحكامها، ولا ينبغي ألا تتضمن تصرفات السلطات العامة أو الأفراد ما يتعارض وهذه الأحكام، وإلا نالها جزاء عدم المشروعية(3).

فالتصرفات التشريعية سواء كانت صادرة من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية تخضع لفحص المشروعية من خلال رقابة الدستورية، فالقوانين التي يسنها البرلمان تخضع لرقابة دستورية القوانين التي قد تكون سابقة على صدور القانون كما هو الحال في فرنسا(4)، وقد تكون الرقابة لاحقة ومتاحة لكل محكمة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية(5).

ومما يتصل بالدستور كمصدر للمشروعية تقرير القيمة القانونية لإعلانات الحقوق وكذلك الديباجة أو المقدمة التي تصدر الدساتير والتي تتضمن المبادئ والمثل التي استلهمها واضعو الدستور، فهناك من يضيف عليها قيمة أعلى من النصوص الدستورية وهناك من يضعها على قدم المساواة مع النصوص الدستورية، وهناك من يعاملها معاملة القوانين العادية، في حين ينكر عليها فريق آخر كل قيمة قانونية ويجردها من كل قوة إلزامية(6).

كما يندرج في الدستور نوع خاص من القوانين مكمل للدستور تعرف بالقوانين العضوية أو الأساسية Lois Organiques وهي في حقيقة الأمر قوانين عادية تندرج في التشريع العادي ولكنها تتميز بمعالجتها لمسائل دستورية

- 1- ينظر: ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2005، ص: 15-38.
- 2- ينظر: عبد الحليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 87-90.
- 3- زكي محمد النجار: مبادئ القضاء الإداري، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار النهضة، ط2، 1992، ص: 14.
- 4- يحي الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري، جامعة القاهرة، ط1957، ص: 161.
- 5- أحمد كمال أبو المجد: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الإقليم المصري والولايات المتحدة الأمريكية، رسالة دكتوراه، 1962. ص:.
- 6- ينظر: محمود محمد حافظ: القضاء الإداري في القانون المصري المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، 1993، ص: 28.

محضة، أو تضع تفصيلات لتنظيم إحدى السلطات الدستورية(1). وبسبب الطبيعة الخاصة لهذه القوانين فقد ذهب فقهاء القانون الدستوري، إلى أنها أقرب إلى الدستور منها إلى القوانين العادية، بمعنى أنها تحتل مرتبة وسطى بين الدستور والتشريع(2). وعلى هذا الأساس أيضا فإن القوانين العادية يجب تصدر مطابقة لأحكام القوانين المكمللة للدستورية أو القوانين العضوية وإلا كانت مشوبة بعدم المشروعية (عدم الدستورية)، كما لا يصح تعديل القوانين المكمللة للدستور بقانون عادي، بل يتعين إتباع نفس الإجراءات المتبعة في تقريرها(3).

ثانيا- التشريعات العادية

1- القوانين الداخلية

وهو المصدر الثاني من مصادر المشروعية المكتوبة و يقصد به القوانين العادية التي تسنها الهيئة التشريعية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي في التشريع، كما يندرج فيها القوانين التي تصدرها الهيئة التنفيذية تفويضا أو للضرورة بعد إقرارها من طرف البرلمان، فقد تفوض الهيئة التشريعية السلطة التنفيذية مباشرة الوظيفة التشريعية بصدد عدد من المسائل والموضوعات التي ترى أن الحكومة أقدر على تنظيمها لاعتبارات مصلحة(4)، كما قد يرخص المشرع الدستوري للسلطة التنفيذية إصدار تشريعات عاجلة تحت بند الضرورة والظروف الاستثنائية لا تسعف بها التشريعات البرلمانية التي تتسم بالطول والبطء(5).

وسواء صدر التشريع من البرلمان أو من الحكومة بناء على تفويض منه أو للضرورة، فإنه يجب أن يصدر وفقا لما يقضي به التشريع الأعلى في الدولة وهو الدستور، وإذا صدرا مخالفا له كان مشوبا بعيب عدم الدستورية(6). وبعبارة أدق إن الحدود التي يتركها المشرع الدستوري للبرلمان في أمر تنظيم الحقوق والحريات ليست واحدة فهناك من الموضوعات التي تنعدم تجاهها سلطة المشرع العادي تماما فلا يملك أن يمد لها يده بالتعديل أو حتى مجرد التنظيم وفي هذه الحالة تكون سلطة المشرع العادي سلطة مقيدة، في حين أن هناك موضوعات أخرى يملك تجاهها البرلمان سلطة واسعة لتنظيمها ولكن ذلك لا يعني بطبيعة الحال أنها سلطة تحكيمية أو مطلقة وإنما هي خاضعة لحكام الدستور وما يقرره من قواعد عامة(7).

2 - المعاهدات الدولية

- 1- ينظر: ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية ص:15.
- 2- ينظر: ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية ص: 21.
- 3- ينظر: ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية ص:15-38. ينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص:125.
- 4- مثال ذلك ما نصت عليه المادة 38 من دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، والمادة 108 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971. لم يأخذ المؤسس الدستوري بتشريع التفويض.
- 5- مثال ذلك ما نصت عليه المادة 16 من دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958، والمادتين 74، 147 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971. والمادة 124 من الدستور الجزائري لسنة 1996.
- 6- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية ص:17-18. ينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص:126.
- 7- عاد الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص:428.

تختلف القيمة القانونية التي تعطى للمعاهدات الدولية، فبعض الدول تعتبر المعاهدة في نفس مرتبة التشريع العادي، وبالتالي فلها نفس قوة القانون كما هو الحال في مصر(1)، ويترتب على ذلك أنه عند حدوث تعارض بين أحكام المعاهدة وأحكام التشريع فإنه ينظر أيهما أسبق، فينسخ اللاحق منهما السابق، فإذا كان المعاهدة لاحقة على التشريع المخالف لها، نسخت ما يتعارض معها من أحكام، وإذا كان التشريع لاحقا على المعاهدة المخالفة له، فإنه ينسخ هذه المعاهدة، بناء على أن صدور هذا التشريع يكشف عن نية الدولة في التحلل من الالتزام بالأحكام الواردة في المعاهدة التي أبرمتها(2).

بينما بعض الدول تعطي للمعاهدة الدولية مرتبة أعلى من التشريع العادي، وبالتالي فهي تسمو على القانون، كما هو الحال في فرنسا(3). وفي الجزائر(4). ويترتب على ذلك أنه في حالة حدوث تعارض بين أحكام المعاهدة والقانون، فإن كانت المعاهدة لاحقة للتشريع فإنها تنسخ أحكامه، وإن كان التشريع لاحقا على المعاهدة ظلت المعاهدة سارية المفعول رغم صدور التشريع المخالف لها، لأن المعاهدة تسمو على القانون واعتبرت هذه التشريعات مشوبة بعدم المشروعية.

وفي جميع الأحوال فإن قوة المعاهدة أو الاتفاقية لا ترقى إلى قوة الدستور، وبالتالي يجب ألا تكون هذه المعاهدة أو تلك الاتفاقية مخالفة للدستور، وإلا كانت باطلة غير دستورية(5).

ثالثا - اللوائح الفرعية

وهو مجال محفوظ للسلطة التنفيذية تمارس فيه اختصاصها التنظيمي والتنفيذي وتعرف اللوائح بأنها "مجموعة النصوص القانونية التي تختص السلطة التنفيذية بوضعها في الحدود التي حولها إياها الدستور"(6). وتعترف أغلب الدساتير بحق السلطة التنفيذية في هذا المجال كما في الدستور الفرنسي(7)، والدستور المصري(8)، والدستور الجزائري(9).

والفرق بين اللوائح التنظيمية و القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة، أن اللوائح التنظيمية يقصد بها اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية والتي تتولى بواسطتها تنفيذ القوانين أو تنظيم المرافق العامة وتنسيق سير العمل في

1- المادة 151 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971. "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الشعب بما يناسبها من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة".

2- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 22.

3- المادة 55 من دستور الجمهورية الفرنسية،

" Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois"

4- المادة 132 من دستور الجزائر " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."

5- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 23.

6- محمد سعيد جعفرور: الوجيز في نظرية القانون، ص: 199.

7- ينظر: المواد 13، 21، 37، من دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958.

8- المادة 144 "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين" والمادة 145 "يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط". والمادة 145 "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة".

9- المادة 125 من الدستور الجزائري لسنة 1996 " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول "

المصالح الحكومية، أما القرارات الفردية هي القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية لمعالجة حالات فردية، أي أنها تتعلق بأشخاص معينين بالذات (1).

وتعتبر اللوائح التنظيمية عنصرا من عناصر البناء القانوني في الدولة ومصدرا من مصادر المشروعية، ولكنها تأتي في مرتبة تالية للتشريع العادي، وفي مرتبة أعلى من القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة، لكون الأولى تتسم بالعموم والتجريد، بينما الثانية تتسم بالتشخيص والتعيين.

وعلى هذا الأساس فكما يقتضي مبدأ المشروعية ألا تصدر القوانين العادية التي يسنها البرلمان أو تصدرها الحكومة، مخالفة للدستور وإلا شابها عيب عدم الدستورية

وكما يقتضي مبدأ المشروعية ألا تصدر اللوائح مخالفة للقوانين العادية، ويجب على الإدارة في إصدارها للوائح أن تتقيد بالقوانين السارية، لكون القوانين تسمو على اللوائح. وإذا صدرت مخالفة لها شابها عيب عدم المشروعية، فكذلك فإن مبدأ المشروعية يقتضي ألا تصدر القرارات الفردية مخالفة للوائح ويجب على الإدارة احترام ما تضمنته اللوائح من قواعد قانونية، رغم أنها هي التي وضعت هذه القواعد ولكن لا تملك الخروج عليها طالما هي قائمة، لكونها تعلو على القرارات الفردية.

وإذا أصدرت الإدارة قرارات مخالفة لها كانت غير مشروعة، ولكن للإدارة تملك أن تعدل لوائحها وفقا للأوضاع القانونية بقصد الاستجابة لدواعي المصلحة العامة، وتلتزم بالخضوع لأحكامها طالما هي قائمة، وإذا تبين أن الإدارة أجرت تعديلا للوائح لتحقيق أغراض شخصية أو فئوية بعيدة عن المصلحة العامة عد التعديل انحراف في استعمال السلطة ومن ثم عملا غير مشروع يستوجب الإلغاء(2).

فقرة 2- المصادر غير المكتوبة

وتتمثل في العرف والمبادئ العامة للقانون وأحكام القضاء

أولا- العرف

يقصد بالعرف في نطاق القانون العام العرف الدستوري والعرف الإداري، الأول يتعلق بعادة تتعلق بدرجة عليها السلطات الحاكمة في الدولة في تنظيم السلطة العامة وممارستها بحيث أصبحت قاعدة ملزمة(3)، والثاني أن تسير الإدارة على نحو معين وسنن معينة في مواجهة حالات معينة بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب(4).

والعرف سواء أكان دستوريا أو إداريا يتكون من عنصرين: مادي: وهو الاعتياد على تكرار سلوك معين أو التصرف وفق قاعدة معينة، والثاني: معنوي أن يستقر في ذهن السلطة أو الإدارة الاعتقاد بأن هذه القاعدة ملزمة(5).

1- ينظر: ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 24.

2- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 25. وينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 126

3- سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، ص: 97 .

4- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 27.

5- ينظر: سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، ص: 97 .

وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار العرف مصدرا رسميا من مصادر المشروعية يجب عدم مخالفته والالتزام به، إلا أنه عملا بمبدأ تدرج القواعد القانونية فإن العرف يأتي في مرتبة لاحقة على التشريع، سواء تمثل في تشريع دستوري أو تشريع عادي أو تشريع فرعي، فإذا ما تعارض العرف مع التشريعات القائمة وجب تطبيق التشريع دون العرف المخالف الذي يجب طرحه وعدم تطبيقه، وإلا اعتبر انتهاكا لمبدأ المشروعية وخروجاً عليه.

ويقرر الفقه قاعدة هامة وهي أن التزام السلطة العامة بالعرف الدستوري والإداري لا يعني بالضرورة أبدية هذه القواعد العرفية، بل إنها تملك العدول عنها متى اقتضت ذلك المصلحة العامة وإعمالاً لمنطق التطور، فتصح مخالفة العرف بشرط قصد العدول عنه إلى عرف جديد له الأفضلية، أما إن خالفت العرف السائد في حالة فردية بالذات من غير قصد تغييره، بحيث استمرت في تطبيق هذا العرف على الحالات الأخرى، فإن قرارها المخالف للعرف المذكور يعتبر باطلا لمخالفته لمبدأ المشروعية(1).

ثانياً- المبادئ القانونية العامة:

عندما لا يجد القاضي حلاً للنزاع المعروض عليه فإن ذلك لا يعني أنه غير مجبر على الفصل في الخصومة، وإلا أتهم بجرمة إنكار العدالة. بل يجب عليه الفصل في النزاع وفق المبادئ القانونية العامة(2).

وتعرف المبادئ القانونية العامة بأنها مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستخلصها القضاء من واقع النظام القانوني في الدولة ويقرها في أحكامه(3). ويرجع الفضل في إبراز المبادئ القانونية العامة كمصدر من مصادر المشروعية إلى مجلس الدولة الفرنسي، الذي عمل على تقرير عدد كبير من المبادئ القانونية عقب الثورة الفرنسية 1789، لكن دوره لم يبرز بوضوح إلا في الحرب العالمية الثانية بعد انهيار الجمهورية الثالثة وقيام "جمهورية فيش" بقيادة الجنرال بيتان والتي كانت خاضعة للاحتلال النازي، وما ترتب على ذلك من تراجع وتقهقر في الحريات العامة، الأمر الذي دعا مجلس الدولة إلى التصدي والدفاع عن حقوق الأفراد وحررياتهم من خلال إبرازه لنظرية المبادئ القانونية العامة صراحة كمصدر من مصادر المشروعية(4).

واختلف الفقهاء في مرتبة المبادئ القانونية العامة بين مصادر المشروعية المكتوبة وغير المكتوبة، إلى عدة آراء لا يسع هذا البحث تفصيل القول فيها، فمنهم من ذهب إلى المبادئ القانونية العامة تحتل من البناء القانوني نفس المرتبة التي تحتلها القوانين العادية، ومنهم من ذهب إلى القول بأنها تعلوا القوانين العادية وتسمو عليها، ومنهم من رأى أن قوة المبادئ القانونية العامة تتوقف على المصدر الذي استمدت منه، فإن كانت مستمدة من مجموعة القواعد الثاوية في النصوص الدستورية، كانت لها قوة النصوص الدستورية بحيث تكون هذه المبادئ مكملة ومفسرة للنص الدستوري، إما إذا كانت مستمدة من القواعد الثاوية في النصوص التشريعية، فإنها في هذه الحالة تماثل القوانين العادية من حيث القوة الإلزامية(5).

1- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 28-29. بتصرف يسير

2- عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 129..

3- ثروت عبد الهادي: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 30، وينظر: سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، ط1992، ص: 70

4- ثروت عبد الهادي: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 31.

5- ينظر هذه الآراء في سامي جمال الدين: الرقابة على أعمال الإدارة، ص: 81.

ثالثا- أحكام القضاء:

إن وظيفة القضاء كما هو معلوم تطبيق صحيح القانون على ما يثار أمامه من منازعات، ولذا فإن دوره يعتبر تفسيريا للقانون ولا يبلغ أن يكون إنشائيا للقواعد القانونية كما هو الحال في الشرائع التي تأخذ بنظام السابقة القضائية(1)، ومن ثم إذا كانت أحكام القضاء تعتبر من مصادر المشروعية، فليست جميع الأحكام القضائية تعتبر من مصادر المشروعية، بل لابد من تحقق شرطين:

الأول أنه يجب التفريق من جهة بين الأحكام غير النهائية التي تصدرها المحاكم و بين الأحكام النهائية التي استنفدت جميع طرق الطعن المقررة قانونا والتي أصبحت تتمتع بحجية الأمر المقضي فيه، والتي تعتبر قرينة على أن ما انتهى إليه الحكم يعتبر صحيحا ومعبرا عن الحقيقة القانونية، كما أن الإجراءات التي اتبعت وأدت إلى هذه النتيجة تعتبر سليمة أيضا(2). فالأولى لست من مصادر المشروعية خلافا للثانية إذا استوفت الشرط الثاني.

الثاني: يجب التفريق بين الأحكام الصادرة عن القضاء الشخصي كالقضاء المدني مثلا، فهي ذات حجية نسبية قاصرة على طرفي النزاع، ولا يمكن أن تكون من مصادر المشروعية، وبين الأحكام الصادرة عن القضاء العيني كالقضاء الدستوري وقضاء الإلغاء، فإنها تعد أحكاما ذات حجية مطلقة في مواجهة الكافة لما تحويه من مبادئ وما تقرره من قواعد قانونية. فهو قضاء في الأغلب ذو طبيعة إنشائية يساهم في خلق القواعد القانونية من خلال بحثه عن الحلول المناسبة للحفاظ على حريات الأفراد وحقوقهم دون المساس بالتزامات السلطات العامة في الدول. فهذه الأحكام التي تصدر عنه تعتبر من مصادر المشروعية(3).

البند الثاني: مصادر المشروعية في شرائع السابقة القضائية

تنقسم مصادر المشروعية في القانون الإنجليزي إلى مصادر أصلية ومصادر ثانوية:

فقرة 1- المصادر الأصلية:

وتتمثل في مصدرين أساسيين هما: أحكام القضاء أو السوابق القضائية يليها التشريع في المرتبة الثانية أولا- السوابق القضائية

قاعدة السابقة القضائية خصيصة من خصائص أبرز خصائص النظام الإنجليزي، التي رسخت وتوطدت تماما، وهذه القاعدة تعني يجب على القاضي أن يحكم في النزاع المطروح وفق ما سبق أن حكم به القضاء في دعوى مماثلة، فإن لم يجد سابقة في هذا الخصوص فعليه أن يفصل في الدعوى وفق اجتهاده موقرا سابقة جديدة في هذا الخصوص، ومضيفا بذلك قاعدة قانونية إلى البناء القانوني يلتزم بها القضاء في الحالات المشابهة فيما بعد.

وقد يتبادر إلى ذهن البعض أن جميع أحكام المحاكم تعتبر سوابق ملزمة، وليس الأمر كذلك فإن التي تعتبر كذلك هي السوابق التي سنها القضاء العالي؛ مجلس اللوردات ومحكمة الاستئناف، ونظرا لأهمية السوابق القضائية فقد

1- ينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 127.

2- ينظر: محمود محمد حافظ: القضاء الإداري في القانون المصري المقارن، ص: 35.

3- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 37.

صنفت في مجلدات ضخمة يرجع إليها رجال القانون في المملكة المتحدة كما يرجع رجال القانون في مجموعة الشرائع اللاتينية الجرمانية إلى النصوص التشريعية(1).

ثانيا- التشريع

وهو المصدر الثاني لسيادة القانون بعد أحكام القضاء، وهو يشمل التشريع العادي الصادر عن السلطة التشريعية والتشريع الفرعي الصادر عن هيئات تنفيذية مفوضة من طرف البرلمان، وهو يأتي من حيث المصدرية بعد أحكام القضاء ومن ثم فإن دوره استثنائي ورغم أن دوره اخذ يزداد بعد الحرب العالمية الثانية إلا أن الغلبة لازالت للقضاء لسيطرة روح المحافظة على رجال القانون الانجليزي(2).

فقرة 2- المصادر الثانوية

وتتمثل في مصادر احتلت في ما مضى مكانة أساسية لكن مع مرور الزمن تخلت عن هذه المكانة لمصادر أخرى والمصادر الثانوية هي العرف والفقهاء

1- العرف

بدأ القانون الانجليزي قانونا عرفيا وعادات مستحكمة في القبائل الانجلوساكسونية قبل الفتح النورماندي، ثم امتزجت بعادات القبائل النورماندية في غضون القرن الحادي عشر، وبمرور الزمن أخذت تلك الأعراف تتحول إلى مصدر رسمي للقانون من خلال إقرار القضاء وتطبيقه لها، إلى أن أصبح القضاء هو المصدر الرسمي للقانون وحل محل العرف(3).

2- الفقه

كان الفقه في الماضي لا يلقى اهتماما من جانب القضاء الانجليزي، بخلاف الفقه الروماني الذي كان يعتبره مصدرا من مصادر القانون. إلا أنه اليوم يعتبر مصدرا استثناسيا للقضاء، بمعنى أن الآراء الفقهية غير ملزمة للقضاء ولكن له أن يلجأ إليها عند الضرورة للاسترشاد بها في تقرير أحكامه. ويرجع هذا التطور إلى الاهتمام بتدريس القانون في الجامعات الانجليزية وظهور المؤلفات القانونية(4).

ومن خلال هذا العرض لمصادر المشروعية يتبين أن هذه المصادر ليس في مرتبة واحدة في سلم أو هرم القواعد القانونية، سواء في الشرائع المكتوبة أو شرائع السوابق القضائية، ولكنها تحتل مراتب مختلفة ويترتب على ذلك أن القانون إذا صدر مخالف للدستور كان مشوبا بعدم الدستورية، وأن اللوائح التنظيمية والقرارات الفردية إذا صدرت مخالفة للقانون أو الدستور كانت مشوبة بعدم المشروعية. كما لا يجوز التمسك بقاعدة عرفية مخالفة للدستور أو القوانين أو اللوائح. فالقاعدة الأدنى من مصادر المشروعية يجب دوما أن تحترم القاعدة الأعلى وإلا شابها عيب عدم المشروعية(5).

1- ينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 87.

2- ينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 88-89.

3- ينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 89.

4- ينظر: عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، ص: 90.

5- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، ص: 37.

البند الثالث: نظرة على مصادر المشروعية في بعض البلاد الإسلامية

يختلف وضع مصادر المشروعية في البلاد الإسلامية من بلد لآخر، فرغم أن معظمها ينص دستورها على اعتبار "الإسلام دين الدولة" (1)، إلا أننا نجد في ترتيب مصادر المشروعية تختلف اختلافاً بينا فبعضها يذهب إلى اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للقوانين جميعاً، بينما بعضها الآخر يقدم التشريع والعرف على الشريعة وبعضها يكفي بتقديم التشريع على الشريعة وتأخير العرف عنهما.

ففي المملكة العربية السعودية التي قابلت بالرفض لمدة طويلة وضع دستور في البلاد، كما قابلت بالرفض القاطع استعمال لفظ قانون أو تشريع، باعتبار لفظ القانون مرتبط بالتقنين الوضعي، على الرغم من أن كلمة قانون قد استخدمها فقهاء الإسلام وعلى الرغم من أنه ليس بالضرورة أن كل قانون هو قانون وضعي (2). كما قابلت بالرفض استعمال لفظ تشريع على اعتبار أن هذا اللفظ يختص بما أنزله الله من أحكام، لكنها عادت بعد هذا الرفض غير المبرر لسن دستور أطلقت عليه النظام الأساسي للحكم، الذي نص في المادة السابعة منه على أن الكتاب والسنة الحاكمة على هذا النظام (الدستور) وعلى جميع أنظمة الدولة (القوانين) (3).

وفي مصر كان الدستور المصري الصادر في 1971/9/11، ينص في مادته (02) على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع" (4). وقد أثار هذا النص الكثير من الجدل المناقشات بين فقهاء الشريعة والقانون وبين مختلف التيارات الفكرية المكونة للمجتمع المصري بين مؤيد للنص بحالته قانعا بما ورد فيه، وبين متعطش إلى أبعد من ذلك، وهو ما تم في 80/5/22، حيث أصبح "ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع" (5). (6). ورغم هذا التعديل فإننا بالرجوع إلى القانون المدني المصري نجد يرتب مصادر المشروعية على النحو التالي التشريع ثم العرف ثم أحكام الشريعة الإسلامية (7).

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يقضي دستورها في مادته السابعة على "أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه" (8). ومع ذلك فبالرجوع إلى المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الاتحادي نجد مصادر المشروعية مرتبة كما يلي التشريع ثم أحكام الشريعة الإسلامية، ثم العرف (9)، وتبين المذكورة الإيضاحية ذلك "عند عدم وجود النص يحكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية بمراعاة تخير انسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد، فإذا لم يجد فمن المذاهب الفقهية المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة" (1).

1- ينظر: المادة 02 من الدستور الجزائري، والمادة 02 من الدستور المصري، والمادة 02 من الدستور العراقي، المادة 07 من دستور الإمارات العربية المتحدة، الفصل السادس من الباب الأول من الدستور المغربي .

2- ينظر: محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 83.

3- ينظر: النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، المادة 07.

4- المادة 02، من الدستور المصري لسنة 1971.

5- المادة 02 من الدستور المصري لسنة 1980.

6- ينظر هذه المناقشات في: عبد الحميد متولي: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور. وينظر: محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات. ص: 232.

7- محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 87.

8- دستور الإمارات العربية المتحدة، المادة، 07 .

9- محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 84 .

المصلحة" (1). والملاحظ هنا أن المشرع الإماراتي قد أطلق على أحكام الفقه الإسلامي كما هو واضح من المذكرة الإيضاحية لفظ أحكام الشريعة دون تمييز بين الأحكام القطعية (مبادئ الشريعة) التي يجب أن تسبق رتبها رتبة التشريع وبين الآراء الفقهية لمختلف المذاهب التي تتأخر بالضرورة عن التشريع الصادر عن السلطة العامة وفي الجزائر الذي ينص دستورها في المادة الثانية منه على أن "الإسلام دين الدولة" (2). نجد الدستور يسكت تماما عن مكانة الشريعة الإسلامية بين مصادر المشروعية في الدولة، في حين أن القانون المدني في المادة الأولى منه ينص على مصادر المشروعية على الترتيب التالي: التشريع ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة (3).

عبد القادر للعوم الإسلامية

1- محمد فؤاد النادي: نفس المرجع، ص: 84 .

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 02.

3- القانون المدني للجمهورية الجزائرية، الصادر في: 1975/9/26، والمعدل في 2008، المادة: 01.

المطلب الثاني: مصادر المشروعية في النظام السياسي الإسلامي

لا تتطابق مصادر المشروعية في الفقه الإسلامي وكما عبر عنها علم الأصول مع كلمة مصادر المشروعية في الفقه الوضعي فمعيار التصنيف في الشريعة هو معيار مادي موضوعي أي المصادر التي يستقي منها القانون في المجتمع الإسلامي مضمونه، بينما تصنيف مصادر المشروعية في القانون الوضعي هو أساس شكلي رسمي أي المصادر التي تمتاز بخاصية الإلزام بغض النظر عن المصدر الموضوعي الذي استمد منه القانون مضمونه ومادته، ومن ثم تقتضي المناهجية أن نعرض أولاً للمصادر المادية للمشروعية الإسلامية (فرع أول)، ثم نعيد في مرحلة ثانية صياغة وترتيب هذه المصادر وفق معيار شكلي رسمي (فرع ثان).

ومن ثم فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مصادر المشروعية بين الاجتهاد والتقنين

الفرع الثاني: المصادر الرسمية للمشروعية في النظام الإسلامي

الفرع الأول: مصادر المشروعية بين الاجتهاد والتقنين

البند الأول: المصادر المادية للمشروعية

يقدم الإسلام من خلال علم الأصول أروع نظرية في مصادر المشروعية من بيان حجيتها وترتيبها إلى بيان مجال الاحتجاج بها وانتهاء ببيان شروط إعمالها. فمصادر المشروعية تتمثل في أدلة الأحكام الشرعية وطرق الاستدلال الشرعي، ومما لا شك فيه أن هذه الأدلة والطرق منها ما هو مقطوع به ومنها ما هو مظنون، وقد اجتهد علماء الأصول في بيان هذه المصادر على عدة مستويات، وقدموا لنا في ذلك قاعدة منهجية لا تعرف لها أمة أخرى نظيراً، ويتبين ذلك باستقراء تصرفات أهل الاجتهاد في مصادر المشروعية، ويمكن حصر هذه التصرفات الاجتهادية في ثلاثة مستويات:

أولها: يتعلق بالاجتهاد في حجية الأدلة ومصادر المشروعية.

و ثانيها: يتعلق بالاجتهاد في ترتيب مصادر المشروعية من حيث درجة الحجية.

و ثالثها: ينصرف إلى الاجتهاد في مجال الاحتجاج بهذه المصادر.

فقرة 1- الاجتهاد في حجية المصادر والأدلة الشرعية:

- بمعنى الاجتهاد الذي ينصرف إلى الكشف عن المصادر والأدلة التي تستقي منها الأحكام الشرعية، و تأصيل شرعية الاستدلال بها، فمن المعلوم أن المجتهد ليس هو واضع الشرع ابتداءً، وإنما هو كاشف عن أحكامه، ولا تخرج سلطاته عن تفسير النصوص الشرعية، والبناء عليها، وهو في كشفه ذلك وبنائه يخضع لمصادر وأدلة منضبطة، وهذه المصادر والأدلة أيضاً لا يضعها المجتهد ابتداءً وإنما يجتهد في تركيبها وبيان حجيتها و تأصيل شرعية الاستدلال بها بحسب فقهه و ربه من الشريعة منقولها ومعقولها. و من هنا فإن المجتهد قبل أن يجتهد في إثبات الأحكام، يجتهد في إثبات حجية الأدلة الشرعية التي يستنبط بها الأحكام.

- إن الفائدة الرئيسة من الاشتغال بالاجتهاد في حجية المصادر والأدلة الشرعية هو ضبط الاجتهاد الفقهي وفق أصول علمية حتى لا يكون الهوى و التشهي مصدر الأحكام الشرعية، إن الاجتهاد في إثبات أو نفي حجية المصادر والأدلة الشرعية أمر واقع، حيث يكفي الرجوع إلى أي مصنف من مصنفات هذا العلم لنكتشف كيف مارس الأئمة الأعلام الاجتهاد في إثبات أو إنكار حجية الأدلة الشرعية والقواعد الأصولية دون أدنى حرج أو تأثم.

والشواهد على ذلك كثيرة ومعلومة فإذا كان مما لا خلاف فيه بين أهل القبلة أن مصادر التشريع هي الكتاب والسنة، فإن سائر المصادر والأدلة الأصولية بما فيها الإجماع والقياس كانت دوماً محل أخذ ورد. حيث نجد أن كل إمام من أئمة العلم قد انفرد بأدلة أصولية اجتهد في إثبات حجيتها وإعمالها، ربما وافقه عليها بعض أئمة العلم وربما عارضه بعضهم، كقول الإمام مالك بدليل المصلحة المرسل (1)، و قوله بعمل أهل المدينة (2)، وقوله بدليل سد

1- المصلحة المرسل هي إعمال المصلحة التي لم يشهد لها من الشرع بالبطلان ولا بالاعتبار نص معين، ولكنها يشملها عموم لفظ المصلحة وملائمة لمقاصد الشريعة. ينظر: أبو حامد الغزالي: المستصفى، 481/2

2- عمل أهل المدينة: يقصد به ما استمر عليه العمل عند أهل العلم بالمدينة في القرون الأولى المشهود لها بالخير، وقد اختلف اتباع المذهب في تكييف عمل المدينة فمنه من عدّه من قبيل الحديث والخير المتواتر، ومنهم من عدّه من قبيل الإجماع، ومنهم من عدّه من قبيل عموم البلوى حول مفهوم عمل المدينة ومختلف الآراء في تكييفه ينظر: أحمد نور سيف: عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك والأصوليين، دار الاعتصام، ط1، 1977، ص: 70 وما بعدها.

الذرائع(1)، وقول الإمام أبو حنيفة بدليل الاستحسان(2)، وقول الإمام الشافعي بدليل الاستقراء(3)، وقوله بأقل ما قيل(4). فقد اجتهد البعض في إثبات مصدريتها في حين اجتهد غيره في نفي أن تكون مصدرا من مصادر المشروعية، من ذلك اجتهاد الإمام الشافعي في إنكار حجية الاستحسان وقوله " من استحسَن فقد شرع " إنما الاستحسان تلذذ"(5)، كما أن اجتهاد الإمام ابن حزم الظاهري في إنكار دليل القياس و إبطال التعليل في جميع أحكام الدين معلوم مشهور(6)، وبغض النظر عن مدى صحة اجتهاده، فإنه يبقى مجرد اجتهاد يدور بين الصواب والخطأ، غير أنه رحمه الله وغفر له بالغ كثيرا في رد فعله تجاه الذين تمسكوا بالقياس فقد أراد أن يثبت أن التمسك بالقياس لا يحمل في ذاته أي قيمة دينية وأن إنكاره لا يعد فسوقا من الدين أو خروجا من الملة، و لكن لأن سنة رد الفعل دوما أن يأتي مساويا للفعل في الشدة ومعاكسا له في الاتجاه، فإنه لم يقف عند ذلك فجعل من إنكار القياس في حد ذاته قيمة دينية و " سماه دين إبليس"، كما أدى به إنكاره إلى التورط في آراء شاذة، وكان الأولى له النظر إلى القياس إثباتا أو نفيًا، احتجاجا أو إبطالا، انطلاقا من رؤية لا ترى في القياس أكثر من أداة منهجية من أدوات الاستدلال الشرعي، وبالتالي فإن الحكم عليه إعمالا أو إهمالا يخضع لمدى اجرائيته واستيفائه شروط الاستدلال الصحيح.

فقرة 2- الاجتهاد في ترتيب أدلة ومصادر المشروعية :

لم يقف اجتهاد علماء الأصول في مصادر المشروعية في التشريع الإسلامي عند تقرير المصادر والأدلة وإثبات حجيتها و شرعية الاستدلال بها، بل أيضا ينصرف إلى ترتيب هذه الأدلة والمصادر ترتيبا تنازليا بحسب درجة الحجية والقوة الاستدلالية، وفائدة هذا الترتيب من الناحية المنهجية تظهر عند تعارض أدلة ومصادر المشروعية في إفادة الحكم وتعذر الجمع بينها، بحيث يعمل بالدليل الأقوى أو الراجح ويهمل الدليل الأضعف أو المرجوح، فإذا كان أهل القبلة جميعا يسلمون أن القرآن الكريم هو المصدر الأول للشريعة وهو مصدر المصادر ومصدر الأدلة ومصدر القواعد والأحكام، ولا تعلقو حجته حجة أخرى، فقد جاء جامعا لأصول المشروعية الإسلامية وكلياتها. وأن السنة هي المصدر الثاني باعتبارها ترجمان القرآن وسفر الحكمة والبيان، وحجيتها من حجية الكتاب كيف وقد قال ﷺ: ﴿ وَمَا

1- الذريعة لغة الوسيلة، وسد الذريعة هي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور. أو فعل ما ظاهره مباح ويتوصل به إلى الحرام، كالنهي عن سب آلهة المشركين حتى لا يسبوا الله عز وجل. ينظر وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 485-473/2.

2- الاستحسان عكس القياس، وقد عرفه أبو الحسن الكرخي بأنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول، عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار عن أصول البزدوي، 3/4، وعرفه ابن رشد الحفيد بأنه في أكثر الأحوال الالتفات إلى المصلحة والعدل، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، 185/2، ويمكن الجمع بينهما بأنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر التفاتا إلى الحكمة والمصلحة والعدل. أو العدول بالمسألة عن حكم العلة والوصف الظاهر إلى حكم المصلحة الخفية.

3- الاستقراء هو إثبات الحكم في كلي لثبوته في بعض جزئياته، مثاله أن نقول في الوتر إنه ليس بواجب لأنه يؤدي على الراحلة ولا شيء من الواجب يؤدي على الراحلة. ينظر: ابن النجار: شرح الكوكب المنير، 420-417/4.

4- وهو الأخذ بأقل مقدار قال به أهل العلم باعتباره متفق عليه وما زاد مختلف فيه، ومثال ذلك قيل في دية اليهودي أنها مساوية لدية المسلم، وقيل أنها على النصف وقيل أنها على الثلث، فأوجب الشافعي أن دية اليهودي ثلث دية المسلم عملا بأقل ما قيل. ينظر: شهاب الدين القرافي: نفائس الأصول في شرح المحصول، 4072-4070/9.

5- محمد بن إدريس الشافعي، الرسالة. ص:507.

6- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام. الباب الثامن والثلاثون. 53/7.

ءَاتَنَّاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا^ط وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٥٧﴾ الحشر/ 07، وأن الإجماع

ثالث قواطع الشريعة، فإن ترتيب سائر الأدلة والمصادر بعد ذلك كان دوماً مساحة جدل و موضع اجتهاد. والشواهد على ذلك كثيرة منها: ما نقل عن الإمام مالك رحمه الله أنه يقدم دليل عمل أهل المدينة على دليل خبر الآحاد ويراه أدل على سنة الرسول منه، لأنه في منزلة رواية جماعة عن جماعة وهي أولى بالتقديم على رواية فرد عن فرد. وتطبيقاً لذلك فقد ردّ خبر خيار المجلس الذي رواه في الموطأ، فلم يعمل به لمخالفته عمل أهل المدينة (1)، كما رد خبر التسليميتين في الصلاة، واكتفى بتسليمة واحدة، استناداً إلى عمل أهل المدينة (2)، في حين يرى الجمهور تقديم خبر الآحاد، على عمل أهل المدينة بل منهم من لا يعده حجة، ومن الواضح أن مناط الاجتهاد هنا لا يتعلق مثلاً بحجية خبر الآحاد، وإنما يتعلق بمرتبة دليل خبر الآحاد بين سائر مصادر المشروعية.

- ومن ذلك أيضاً ما نقل عن الإمام أبو حنيفة رحمه الله أنه يرى تقديم دليل القياس على دليل خبر الآحاد، إلا ما جاء عن راو معروف بالفقه كالخلفاء الأربعة و العبادلة الأربعة (عبد الله بن عباس، عبد الله بن عمر، عبد الله بن مسعود، عبد الله بن الزبير)، و تطبيقاً لذلك رد حديث المصراة (3)، لكون راويه أبو هريرة ليس من فقهاء الصحابة، ولكونه مخالفاً للقياس كما تقتضيه قواعد الضمان، في حين يرى الجمهور تقديم خبر الآحاد على القياس. كما ينقل عن الإمام أبي حنيفة أنه يقدم الاستحسان على القياس عند التعارض بينهما ونقل عنه تلميذه الشيباني "كان أبو حنيفة إذا قاس نازعه أصحابه المقاييس، فإذا قال استحسنت، لم يلحق به أحد". (4)، ومن الواضح هنا أيضاً أن الخلاف لا يتعلق بحجية دليل القياس - على الأقل بالنسبة لجمهور الفقهاء الذين يسلمون جميعاً بحجتيته - ولكنه يتعلق بمرتبة القياس بين سائر مصادر المشروعية، بين من يراه مقدماً على خبر الآحاد، وبين من يرى خبر الآحاد مقدماً عليه. و بين من يقدمه على الاستحسان، ومن يرى الاستحسان مقدماً عليه. و بصفة عامة يكفي تقارن بين سلم ترتيب الأدلة الأصولية عند فقهاء الشريعة لنقف جلياً على اختلاف التصرفات الاجتهادية التي باشرها الأئمة الأعلام في ترتيب مدارك الاستدلال الشرعي ومصادر المشروعية كل وفق منطلقاته المنهجية والنظرية.

فقرة 3- الاجتهاد في تحديد مجال وشروط الاحتجاج بمصادر المشروعية:

كما لم يقف الاجتهاد في إثبات حجية المصادر والأدلة الشرعية عند الاجتهاد في بيان مرتبة كل دليل من بين سائر المصادر والأدلة الأصولية، فقد وقع أيضاً الاجتهاد في بيان مجال إعمال كل دليل من الأدلة الشرعية أي مجال الاحتجاج بكل مصدر من مصادر المشروعية.

والتعليل المقاصدي لفائدة الاشتغال بتحديد مجال إعمال الأدلة والاحتجاج بها تفرضه طبيعة وبنية الأحكام الشرعية نفسها، فلا يخفى أن الشريعة على الرغم من اتصافها بخاصية الشمول إلا أنها لم تشرع في جميع مجالات الحياة

1- عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: " الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بِبَيْعِ الْخِيَارِ " قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ هَذَا عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ وَلَا أَمْرٌ مَعْمُورٌ بِهِ فِيهِ مَوْطَأُ مَالِكٍ/ كِتَابُ الْبَيْعِ/ بَابُ بَيْعِ الْخِيَارِ/ رَقْمٌ: 201/2 . 1958 .

2- ينظر في ذلك: ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 239/4.

3- حديث المصراة رواه البخاري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: " مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصْرَاةً فَاحْتَلَبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا فِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ " صحيح البخاري/ البيوع/ باب إن شاء رد الغنم المصراة وفي حلبتها صاع من تمر/ رقم: 2151 . 102/2 .

4- محمد أبو زهرة: أبو حنيفة، دار الفكر العربي، ط2، القسم الثاني، الفقرة/ 172. ص: 387.

بطريقة واحدة، فهناك مجالات تكثر فيها النصوص الشرعية المحكمة والمفصلة، كما في أحكام الميراث مثلاً، وهناك مجالات آخر تكثر فيها النصوص الشرعية العامة والمجملة، كما في أحكام المعاملات، وهناك مجالات تقل فيها النصوص وتشح، كما في أحكام الفقه العام عموماً والأحكام الدستورية على وجه الخصوص، مما يفتح الباب واسعاً للرأي المؤسس على سائر المصادر والأدلة الشرعية. ولهذا مارس الأئمة الأعلام الاجتهاد في تحديد مجال إعمال الأدلة والمصادر الشرعية ويكفيها للاستدلال على ذلك شاهدين:

الأول يتعلق بالاجتهاد في تحديد مجال الاحتجاج بخبر الآحاد، فقد ذهب جمهور علماء الأصول إلى أن خبر الآحاد يفيد الظن لا العلم وبالتالي فإن مجال إعماله الأحكام العملية، التي يكتفى فيها بالظن، وليس حجة في الأحكام العقدية التي لا بد فيها من القطع، في حين ذهب بعض الفقهاء كالإمام أحمد في رواية عنه وابن خويز منداد من المالكية، وكثير من أهل الحديث إلى أن خبر الآحاد الصحيح يوجب العلم والعمل معاً وبالتالي يعمل به في العقائد كما يعمل به في الأحكام العملية، وذهب فريق ثالث كالجويني والآمدي والبيضاوي، إلى أن خبر الآحاد بمفرده يفيد الظن فإن حفت به قرائن دالة على صدقه وتلقته الأمة بالقبول أفاد العلم(1). إن من الواضح أن هؤلاء الأئمة الأعلام يسلمون جميعاً بحجية خبر الآحاد في الجملة كمصدر من مصادر المشروعية، ولكن موضع الاجتهاد ومحل الخلاف بينهم هل يقتصر مجال الاحتجاج به على مجال الأحكام العملية أم يمتد إلى الأحكام العقدية؟

والثاني يتعلق بتحديد مجال الاحتجاج بدليل القياس، إذا كان الجمهور يسلم في الجملة بالقياس كمصدر من مصادر المشروعية، فقد اختلف علماء الأصول في تحديد مجال إعمال دليل القياس، وهي ترجع إلى سبع مسائل الحدود والكفارات، والرخص، والأسباب، والشروط، والموانع، والتقادير (2)، فعلى سبيل المثال اختلف فقهاء الشريعة في جريان القياس في الحدود والكفارات، فذهب الشافعية إلى جريان القياس فيها و أنكر الحنفية ذلك(3)، على الرغم مما ثبت من أن علي رضي الله عنه قاس حد الشرب على حد القذف (4). و أجاب بعضهم بأن القياس لم يكن لإثبات الحد وإنما لتقديره، وكأن القياس في المقادير مسلم به و ليس محل اجتهاد.

و منه يتبين أن المنهجية التي اتبعتها علماء الأصول في بيان مصادر المشروعية لا تكنفي بتقرير حجية هذه المصادر وبيان مرتبتها، وإنما أيضاً تمتد لبيان مجال وشروط الاحتجاج بها.

البند الثاني: تقنين مصادر المشروعية في الدولة الإسلامية

فقرة 1- ضرورة تقنين مصادر المشروعية في النظام السياسي الإسلامي

إن إلقاء نظرة عامة على مصادر المشروعية في النظام السياسي الإسلامي كما عبر عنها علم أصول الفقه، يكشف لنا عن حقيقتين أساسيتين:

1- ينظر في ذلك: محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، دار اليقين، المنصورة، ط1، 1999، ص: 178-187، وينظر: محمد الخضري: أصول الفقه: 228-229، وينظر: شهاب الدين القرافي: تنقيح الفصول من علم الأصول، دار قرطبة، دار البلاغ، الجزائر، ط1، 2003، ص: 85.

2- ينظر: محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، ص: 485-487.

3- الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه، ص: 485-487.

4- عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدَّيْلِيِّ أَنَّ عَمَرَ بْنَ الحُطَّابِ اسْتَشَارَ فِي الحُمْرِ يَشْرِبُهَا الرَّجُلُ فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ " نَرَى أَنَّ جُلْدَهُ ثَمَانِينَ فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكْرًا وَإِذَا سَكْرًا هَدَى وَإِذَا هَدَى افْتَرَى أَوْ كَمَا قَالَ فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الحُمْرِ ثَمَانِينَ " موطأ مالك / كتاب الأشربة / باب الحد في الخمر / رقم: 2442. 409/2.

أولاً- إن كلمة مصادر المشروعية في الفقه الإسلامي وكما عبر عنها علم الأصول لا تتطابق تماما مع كلمة مصادر المشروعية في الفقه الوضعي فمعيار التصنيف في الشريعة هو معيار مادي موضوعي أي المصادر التي يستقي منها القانون في المجتمع الإسلامي مضمونه بما يجسد الحق والعدل والخير، وبعبارة أخرى هي مصادر تعبر في عمومها عن "دولة الحق"، بينما تصنيف مصادر المشروعية في القانون الوضعي هو أساس شكلي رسمي أي المصادر التي تمتاز بخاصية الإلزام بغض النظر عما إذا كانت الأحكام المستمدة منها تمثل الحق والعدل أم لا. وبعبارة أخرى هي مصادر تعبر في عمومها عن "دولة القانون" ويظهر ذلك جليا في التفريق بين الشرعية *Légitimité* والمشروعية *Légalité* في الفقه الدستوري الفرنسي. و قد لاحظ الدكتور عبد الحميد متولي: "إن علماء الشريعة أو الأصول القدامى يستعملون عادة اصطلاح "أدلة الأحكام" للدلالة على ما نطلق عليه رجال القانون مصادر الشريعة..على أنه ينبغي أن نلاحظ أنه لا يوجد ما يصح أن يوصف بالمصادر في لغة رجال القانون إلا القرآن والسنة والإجماع والعرف أما غيرها من أدلة الأحكام المعروفة لدى علماء الشريعة والأصول كالقياس والمصالح المرسله والاستحسان..فهي لا تصح وصفها لدى رجال القانون بالمصادر وإن صح وصفها بأدلة الأحكام وثمة فرق كبير بين المصادر والأدلة"⁽¹⁾. كما لاحظ الدكتور جمال الدين عطية أن التدرج في قواعد المشروعية في النظم الوضعية تدرجا شكليا أي بالنظر إلى جهة إصدارها، فتكون أعلى القواعد هي الدستور الصادر عن السلطة التأسيسية..ثم يصدر القانون من السلطة التشريعية في حدود ما يسمح به الدستور، ثم تصدر اللوائح في حدود القانون وهذا التدرج يجعل الدستور غير قابل للطعن فيه، ثم يكون القانون غير قابل للطعن فيه إلا لمخالفته الدستور، وتكون اللائحة قابلة للطعن لمخالفتها ما عالاها من القواعد..بينما الدولة الخاضعة للشريعة يكون تدرج القواعد القانونية فيها مختلفا عن نظيره في النظم الوضعية، حيث تكون الصحة مقترنة بمواطأة المبدأ الذي تتخذه الجماعة عقيدة، بصرف النظر عن جهة الاصدار؛ فلو أجرى أحد الأفراد تصرفا موافقا للشريعة ومخالفا لأمر الخليفة، صح تصرف الفرد، ولم يعتد بأمر الأمير لأنه باطل لمخالفته الشريعة"⁽²⁾. والحق أن هذه المقارنة والنتيجة صحيحة تماما في مجال الأحكام القطعية، أما في مجال الأحكام الظنية فغير مسلم فإنه كما سيأتي اجتهاد الإمام مقدم على اجتهاد الحاكم واجتهاد الحاكم مقدم على اجتهاد المفتي و الفرد العادي، ومن ثم فالتدرج الشكلي بالنسبة للشريعة غير منكور أيضا.

ثانيا- أن مصادر المشروعية بعضها متفق عليها وبعضها مختلف فيها، فإن فحص مصادر المشروعية في مصنفات الأصول والتي تصل عند البعض إلى تسعة عشر مصدرا كما هو الحال عند الطوفي⁽³⁾، وأوصلها البعض إلى ثلاثة وعشرين مصدرا كما هو الحال عند القراني⁽⁴⁾ وأوصلها بعضهم إلى خمسة وأربعون دليلا كما هو الحال عند عبد الرحيم السائح⁽⁵⁾. يبين أن ثلاثة من هذه المصادر هي فقط التي تعتبر مصادر رسمية للمشروعية بذاتها لما تمتاز به من

1- عبد الحميد متولي: الشريعة كمصدر أساسي للدستور ص: 97.

2- ينظر: جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة، ص: 14-15.

3- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ت أحمد عبد الرحيم السائح، الدر المصرية اللبنانية، ط1، 1993، ص: 13-18.

4- عددها القراني في تنقيح الفصول "الكتاب، السنة، خبر الآحاد، الإجماع، إجماع المدينة، إجماع العترة، إجماع الكوفة، إجماع البصرة، القياس، العقل، الاستحسان، المصالح المرسله، سد الذرائع، العرف، الاستصحاب، الاستدلال، الأخذ بأقل ما قيل، الأخذ بأكثر ما قيل، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا، قول المعصوم" ينظر شهاب الدين القراني: تنقيح الفصول من علم الأصول، ص: 92.

5- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ت أحمد عبد الرحيم السائح، هامش ص: 13.

قطعية وحجية مما جعلها تسمو على جميع مصادر المشروعية الأخرى ونعني بذلك الكتاب والسنة و الإجماع، فهذه الحجج القواطع لا يجادل فيها إلا مفارق لجماعة المسلمين.

بينما بقية المصادر الأخرى هي مصادر اجتهادية متفاوتة من حيث قوة الحجية ومن حيث مجال الاحتجاج بها، وأغلبها قد جرى الخلاف في شروط الاحتجاج بها بين أهل العلم كما سبق بيانه، وهذا الاختلاف وإن كان مفيدا من الناحية الفقهية بالنسبة للأمة؛ بما يتيح من ثراء وتعدد أوجه النظر في المسألة الواحدة من منطلقات أصولية مختلفة، فإنه غير مفيد بالنسبة للبناء التشريعي للدولة لما ينتج عنه من اختلاف الأحكام وتضاربها وإخلالها بشرط العموم، ومن ثم الإخلال بقيم العدل والمساواة، ومن ثم فإننا نرى ضرورة تقنين مصادر المشروعية في الدولة الإسلامية، وأن لا يترك العمل بها في مجال تطبيق القانون العام للاجتهاد الذاتي، وإنما يترك حرية الأخذ بها للفقيه في مجال النظر والرأي.

فقرة 2- التأسيس الشرعي لجواز تقنين مصادر المشروعية الإسلامية

ونستدل على جواز هذا الرأي شرعا بما يلي:

أولا - القاعدة الشرعية التي ترى أن لولي الأمر حق التبي في الأحكام الاجتهادية، يمكن أيضا أن تعني أن لولي الأمر حق التبي في مصادر الأحكام الاجتهادية، وإذا كانت القاعدة الشرعية أن حكم الإمام في مسائل الخلاف يرفع الخلاف، وكان الخلاف قد وقع في مصادر الأحكام كما في فروع الأحكام، فإنه لا فرق بين تبي في فروع الأحكام وبين تبي في مصادر الأحكام، إذا كانت مندرجة في مسائل الاجتهاد والخلاف. وعلى ذلك فإنه يمكن لجماعة المسلمين من خلال مجلس الشورى رفع الخلاف في قواعد الاحتجاج ومصادر المشروعية في الدولة كنوع من أنواع التصرف السياسي، من خلال تقنين مصادر المشروعية، وإذا كان يمكن أن يعترض المعترض بأن مصادر الأحكام محددة شرعا مسبقا ولا تحتاج إلى تحديد، فإن هذا الاعتراض صحيح بالنسبة للمصادر المتفق عليها، أما سائر المصادر فقد جرى فيها الخلاف نفيا وإثباتا، وإعمالا وإهمالا، بما هو مبذول في مصنفات أصول الفقه بما يغنيننا عن نشره وطيه. ومن ثم فإن قاعدة للإمام تبي الأحكام التي جرى فيها الخلاف، يمكن أيضا أن تعني أن للإمام حق التبي في مصادر الأحكام التي جرى فيها الخلاف.

ثانيا - رسالة عمر بن الخطاب في القضاء إلى أبي موسى الأشعري و شريح حيث نجد فيها تحديدا لمصادر المشروعية التي ينبغي أن يلتزم بها القاضي في ممارسته الوظيفة القضائية، فعن الشعبي، عن شريح: (أنه كتب إلى عمر يسأله، فكتب إليه أن اقض بما في كتاب الله، فإن لم يكن في كتاب الله فبسنة رسول الله ﷺ، فإن لم يكن في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ فاقض بما قضى به الصالحون، فإن لم يكن في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولم يقض به الصالحون فإن شئت فتقدم وإن شئت فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك) (1). وفي رواية أخرى: (فأنت بالخيار إن شئت تجتهد رأيك وإن شئت أن تؤمري ولا أرى مؤامرتك إياي إلا أسلم لك) (2). ففي هذه النص تحديد لمصادر المشروعية التي ينبغي أن تلتزم بها السلطة القضائية، في ذلك العهد المبكر وهي مصادر لم تتجاوز الكتاب والسنة والإجماع ثم للقاضي حرية الاجتهاد فيما لم يصدر فيه عن ولي الأمر تشريع ملزم. فالتخيير بين الاجتهاد والمشاركة هو فيما لم يأمره فيه ولي الأمر بتشريع محدد بمقتضى الأصل الذي سبق تأصيله من سلطة ولي الأمر

1- سنن النسائي/كتاب أدب القضاة/ باب الحكم باتفاق أهل العلم / رقم: 5399. ص: 811. وقال الألباني صحيح الإسناد موقوف.

2- سنن البيهقي/كتاب أدب القاضي/ باب موضع المشاورة/ رقم: 20313. 189/10.

في المجال التشريعي. أما إذا صدر عن ولي الأمر تشريع ملزم فهو من مصادر المشروعية التي يجب على السلطة القضائية الالتزام بها كما يشهد بذلك التشريعات التي ألزم بها الفاروق ولاته وقضاته.

ثالثاً - مناط المصلحة العامة في تصنيف مصادر المشروعية في ضوء الواقع السياسي المعاصر، تحقيق وحدة الأحكام في الدولة الإسلامية، من خلال تحديد مصادر محددة تستمد منها الأحكام، فإن الاختلاف في المصادر الاجتهادية ينتج عنه بالضرورة اختلاف وتضارب في الأحكام كما تشهد بذلك مدونات الفقه، ومن ثم فإن تقنين هذه المصادر الاجتهادية كنوع من التصرف السياسي الذي غايته ضبط المصالح العامة يغدو من صميم التصرف بالسياسة الشرعية، ومن جهة ثانية فإن ندرة شرط الاجتهاد في أغلب من تسند لهم الولايات العامة في الدولة اليوم (قضائية وإدارية)، يعزز الحاجة لتقنين الأحكام ومصادر الأحكام، فإن أغلب من يتولون الإدارة أو القضاء لا يبلغون أدنى مراتب الاجتهاد، بل أحياناً مع ضعف شديد في التكوين، ومن ثم فإسناد الأمر إليهم وترك الحبل لهم على الغارب، مفض لا محالة لاختلاف الأحكام والإخلال بقاعدة عموم الشريعة، التي هي من لوازم العدل الذي قامت عليه السموات والأرض. وقد اتجه المتأخرون من فقهاء المذاهب الفقهية إلى تقييد القضاة والحكام بالراجع في متون المذهب، وفق ترتيب معين (1)، وليس بالرجوع إلى الكتاب والسنة والاجماع والقياس..، وهو صورة من صور الأخذ بالمصادر الشكلية أو الرسمية.

وعلى الرغم من الآراء الفقهية الراضية لكل تقنين للأحكام في المملكة العربية السعودية (2)، فإنها لم تستطع إقناع ولي الأمر بذلك حيث نجد المملكة اليوم سنت إلى جانب الشريعة الإسلامية ما صار يطلق عليه الأنظمة (يرفض المشرع السعودي رفضاً غير مبرر استعمال لفظ القوانين أو التشريعات، رغم استعمالها من طرف فقهاء الشريعة، ورغم أن العبرة بالمسمى وليس بالاسم، فإذا كان سن التشريع فسوق أو كفر فلا ينفع تسميته نظاماً أو فرماناً، كما لا ينفع تسمية الخمر بغير اسمها) والتي تعتبر اليوم من مصادر المشروعية في السعودية، بدءاً من الأنظمة الأساسية إلى الأنظمة الفرعية والتي أخذت نصوصها تتضخم.

1- ينظر كمثال على ذلك: ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، 361/5.

2- ينظر على سبيل المثال: بكر بن عبد الله أبي زيد: فقه النوازل، ص: 17 وما بعدها.

الفرع الثاني: المصادر الرسمية المشروعية الإسلامية

وعلى ذلك نرى تقنين مصادر المشروعية الإسلامية كما يلي

البند الأول - مبادئ الشريعة

ونقصد بها قواطع الشرع التي ورد بها التنزيل ابتداءً، وهي الأحكام التوقيفية التي وردت بها نصوص الكتاب والسنة قطعية الثبوت قطعية الدلالة والأحكام التي دل عليها الإجماع القطعي الصريح، فهذه الأحكام لها المشروعية العليا على سائر مصادر المشروعية الأخرى في الدولة الإسلامية، والتي يجب على كل دستور وكل قانون وكل تشريع يصدر في الدولة الإسلامية أن لا يخالفها فهي ديانة وقضاء أحكام توقيفية لا يحل لمن كان وقافاً عند حدود الله أن يخالفها، فلا يجوز للأفراد مخالفتها أو الاتفاق على مخالفتها، كما لا يجوز للسلطات الثلاث في الدولة إلغائها (نسخها) أو تعديلها فلا يملك أحد إماماً كان أو والياً أو قاضياً أو مفتياً مخالفتها إلا وفق مقتضيات الشريعة ذاتها.

فهذه القواطع الشرعية تمثل مصادر المشروعية العليا كما كان الحال في عهد الحكم الراشد، فعن ميمون بن مهران قال: (كان أبو بكر إذا ورد عليه الخصم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم من رسول الله ﷺ في ذلك الأمر سنة قضى به، فإن أعياه خرج فسأل المسلمين وقال: أتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله ﷺ قضى في ذلك بقضاء؟ فرمما اجتمع إليه نفر كلهم يذكر من رسول الله ﷺ فيه قضاء. فيقول أبو بكر الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ على نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة من رسول الله ﷺ جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به) (1).

فقرة 1 - وتتمثل هذه المبادئ في ثلاثة أنواع:

أولاً- أحكام الكتاب القطعية وهي الأحكام القطعية من حيث الورد والدلالة، فرغم أن آيات الكتاب كلها قطعية الثبوت لثبوتها بالتواتر، فهي من حيث الدلالة قد تكون قطعية وقد تكون ظنية، وما يندرج في مبادئ الشريعة هي الأحكام الثابتة بنصوص الكتاب القطعية الثبوت والدلالة فحسب، وقد جاءت معظم أحكام الكتاب في صيغ قواعد عامة وأحكام كلية ولم تتعرض لتفاصيل الأحكام إلا في مسائل محدودة جداً كأحكام تقسيم الإرث. فقله ﷺ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (2). مبدأ من مبادئ الشريعة في مجال الإرث. لثبوتها بنص قطعي الورد والدلالة، وكذلك بعض العقوبات المقدرة التي تولى الله ﷻ بنفسه تقديرها في كتابه لتعلقها بجرائم خطيرة لها مساس بأصل من أصول المصالح الإنسانية الدين و النفس والعقل والنسل والمال.

ثانياً- أحكام السنة القطعية وهي أحكام وردت بها نصوص نبوية صحيحة صريحة وتلقاها أهل العلم بالقبول فلم يختلفوا فيها، و ليست نصوص السنة كلها في مرتبة وحدة من حيث الورد ومن حيث الدلالة بل هي على أربعة أقسام؛ قطعية الثبوت قطعية الدلالة، وقطعية الثبوت ظنية الدلالة، وظنية الثبوت قطعية الدلالة، وظنية الثبوت ظنية الدلالة، والسنة قطعية الثبوت هي السنة المتواترة، والسنة ظنية الثبوت هي سنة الأحاد (3)، والأحكام التي تندرج في مبادئ الشريعة هي فقط الأحكام الثابتة بالسنة المتواترة قطعية الدلالة.

1- سنن الدارمي/ المقدمة/ باب الفتيا وما فيه من الشدة/ رقم: 163. 162/1.

2- النساء/ 11.

3- حول تقسيم السنة من حيث الورد والدلالة ومرتبته من حيث القطع والظن ينظر: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 41-43.

ثالثا- أحكام الثابتة بالإجماع، فهي أحكام في الأصل ثابتة بنصوص ظنية من الكتاب والسنة ولكنها اكتسبت رتبة القطع واليقين بإجماع أهل العلم عليها، والإجماع المقصود هنا الإجماع العلمي الذي حرر مفهومه وشروطه علماء الأصول، والذي يمكن التحقق منه باستقراء أقوال علماء العصر في موضوع المسألة، ومن ثم يبدو جليا أن أهميته تبرز بالتأكيد في الانتقال بحجية كثير من الأحكام الظنية من مرتبة الظن إلى مرتبة القطع واليقين ومن ثم فإن الإجماع لا يعد فقط مصدرا ثرا من المصادر التي تستقى منها الأحكام الشرعية وإنما مصدرا رسميا لإضفاء الإلزام على الأحكام الثابتة بنصوص ظنية، ومن هنا فقد احتفى العلماء به كمصدر للأحكام الشرعية بكل فروعها.

الأحكام الثابتة بالقياس الجلي، ويدرج البعض من الفقهاء الأحكام الثابتة بالقياس الجلي ضمن مبادئ الشريعة التي لا تجوز مخالفتها أو تعديلها أو نسخها وممن نص على ذلك الإمام القرآني(1). والقياس الجلي يطلق في الاصطلاح الأصولي على معنيين فهو من جهة يطلق (عند الحنفية) على الاستدلال على الحكم بالوصف الجامع (القياس) في مقابل القياس الخفي الذي يطلق على العدول عن الحكم الذي يقتضيه الوصف الجامع لفارق يقتضي هذا العدول (الاستحسان) (2)، وليس هذا الإطلاق هو المراد هنا. ومن جهة ثانية يطلق القياس الجلي على القياس المنصوص العلة، أو بعبارة أبي إسحاق هو القياس الذي عرفت علة قطعها إما بنص أو إجماع (3)، في مقابل القياس الخفي الذي هو قياس مستنبط العلة وفق مسلك من مسالك التعليل المعتمدة عند علماء الأصول(4). فالقياس الجلي ما علم من غير معاناة وفكر، والخفي ما لا يتبين إلا بإعمال فكر ونظر(5). وهذا هو المعنى المراد عند العلماء الذين أدرجوا الأحكام الثابتة بالقياس الجلي ضمن مبادئ الشريعة.

والذي أراه أن لا ضرورة لإدراج القياس الجلي ضمن مبادئ الشريعة فالأحكام الثابتة به هي في حقيقة الأمر أحكام سندها الشرعي هو النص أو الإجماع، ما دامت العلة التي يتعدى بها الحكم علة منصوصا أو مجمعا عليها، فالقياس يفتقر في إثبات الحكم إلى ضرب من النظر والاستدلال، وهنا الحكم متبادر إلى الذهن من اللفظ يدركه عموم أهل العربية الذين لا يدرون ما القياس (6).

فقرة 2- وتنقسم مبادئ الشريعة من حيث موضوعها إلى قسمين

أولا - أحكام ومبادئ دستورية: وهي الأحكام الشرعية القطعية الثابتة بالكتاب أو السنة أو الإجماع و المتعلقة موضوعا بتنظيم السلطات العامة في الدولة الإسلامية وشروط ممارسة صلاحياتها. كوجوب الإمامة، وجوب طاعة أولي الأمر، ووجوب العدل، وتحريم الظلم. وتحريم الخروج على الإمام العادل. بالإضافة إلى عدد من القواعد الشرعية العامة المستمدة من نصوص قطعية أو من استقراء تصرفات الشارع وتفاصيل الأحكام لا يختلف عليها المسلمون كقاعدة "إنما الطاعة في المعروف" وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" وقاعدة شخصية

1- شهاب الدين القرآني: الفروق. 101/2.

2- ينظر في ذلك: بدر الدين الزركشي: البحر المحيط، 36/5-37. وينظر: أبو بكر الحصاص: الفصول في الأصول. وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، 100/4. وينظر: مسعود بن عمر التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، القاهرة، 162/1.

3- الزركشي: البحر المحيط، 36/5.

4- ينظر في ذلك: أبو بكر الحصاص: الفصول في الأصول. 100/4. وينظر: الزركشي: البحر المحيط، 36/5.

5- الزركشي: البحر المحيط، 36/5.

6- ينظر في ذلك: أبو بكر الحصاص: الفصول في الأصول. 100/4.

العقوبة الثابتة بقوله ﷻ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ (1). وقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. فهذه الأحكام والقواعد هي أحكام دستورية شكلا وموضوعا، موضوعا لتعلقها بالمسائل الدستورية، وشكلا لسموها وعلوها على سائر الأحكام، فلا تقبل نسخا أو تعديلا.

ثانيا- وإما أحكام ومبادئ قانونية: وهي الأحكام الشرعية القطعية الثابتة قطعاً بالكتاب أو السنة أو الإجماع والمتعلقة بموضوع محدد من مجالات الحياة الاجتماعية كموضوع النكاح أو الميراث أو البيوع أو الربا وما إلى ذلك من ضروب التعامل المدني والتجاري والاقتصادي. يضاف إليها عدد من القواعد القانونية الثابتة بنصوص قطعية أو باستقراء جزئيات الأحكام، فهذه الأحكام والقواعد هي أحكام قانونية لكونها لا تعلق لها من حيث الموضوع بالمسائل الدستورية، ولكنها من حيث الشكل هي أحكام ذات قيمة دستورية لكونها أحكام جامدة لا تقبل التغيير أو التعديل وتسمو على سائر الأحكام المستنبطة. وبالتالي فهي تمثل أيضا قيда على سلطة ولي الأمر في التشريع.

ومن هنا يبدو واضحا أن مبادئ الشريعة هي ضمان المشروعية في الدولة الإسلامية، وهي التي تجعل القانون يعمل على إرادة الحاكم والمحكوم على السواء، فهي أحكام وقواعد دستورية وقانونية جامدة جمودا مطلقا تتعالى على الزمان والمكان، وتحفظ للبناء القانوني في الدولة هيئته واستقراره، كما تحفظ له مرونته وعدالته، على عكس ما هو عليه الحال في النظم السياسية الوضعية حيث التشريع لا تقيده مبادئ دستورية ثابتة بل المبادئ الدستورية في حد ذاتها عرضة للتعديل والتبديل والتغيير بلا استثناء كلما كانت هذه المبادئ عقبة في طريق أصحاب الأهواء والمصالح والمتنفذين.

البند الثاني- التشريع الصادر من أولي الأمر

ونقصد به الأحكام الاجتهادية الصادرة من طرف الولاية العامة وفق أدلة الأحكام الاجتهادية وقواعد السياسة الشرعية، من غير مخالفة لمبادئ الشريعة، ووفق ما تقتضيه المصلحة العامة لجماعة المسلمين، فهذه الأحكام التي تسنها السلطة العامة في المجتمع الإسلامي ممثلة في مجلس الشورى أو الرئاسة العامة أو الوزارة جزء من مصادر المشروعية بمقتضى الأصل الذي سبق تأصيله من سلطة ولي الأمر في التشريع، غير أن هذا التشريع الصادر من أولي الأمر ليس في مرتبة واحدة مع مبادئ الشريعة الثابتة نصا أو إجماعا، بل مبادئ الشريعة تسمو عليه وتعلو علوا كبيرا، ومن ثم فلا يجوز لأحكام هذا التشريع سواء كان دستوريا أو عاديا أن يصدر مخالفا لمبادئ الشريعة الثابتة نصا أو إجماعا، سواء أكانت أحكاما وقواعد دستورية عامة، أو أحكاما وقواعد قانونية عامة. فالقاعدة الشرعية أن " أحكام الإمام لا ترد إذا لم تخالف نصا أو إجماعا" (2). ومن ثم فإنه يجب التفريق بين تشريع ولي الأمر المستنبط وفق قواعد الشرع من دون مخالفة حكم من أحكامه المقررة وبين تشريع ولي الأمر الخارج عن قواعد الشريعة أو المخالف لحكم من أحكامها المقررة فالأول من الشريعة ومن مصادر المشروعية لأنه حكم بالعدل والثاني لا اعتبار له ولا مشروعية لأنه ليس إلا حكما بالهوى والتشهي. ومن ثم فمن الواجب خضوع هذا التشريع للرقابة كضمان للحفاظ على المشروعية.

وينقسم التشريع الصادر من أولي الأمر من حيث طبيعة دور الولاية العامة فيه إلى ثلاثة أنواع:

1- الأنعام/164 .

2- محمد بن زكريا الأنصاري: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، 5/ 219.

فقرة 1- تشريع دستوري اجتهادي

وهي الأحكام التي تتبناها جماعة المسلمين أو أولي الأمر فيها في مسائل دستورية إجتهادية، كتحديد كمدة الولاية، أو عدد العهدة، أو سن التولية، أو جهات الإقالة والعزل، وما إلى ذلك من المسائل الدستورية التي هي محل اجتهاد.

فقرة 2- قوانين عادية اجتهادية

وهي الأحكام التي تسنها جماعة المسلمين وأولي الأمر فيها لتنظيم مختلف مجالات الحياة ويمكن أن نميز في هذا الخصوص بين عدة مجالات:

أولا - تبني الأحكام (التقنين)

وهي التشريعات المتعلقة بمسائل وردت فيها نصوص ظنية الورد أو الدلالة أو هما معا، أو وردت بشأنها نصوص ظنية متعارضة ومن ثم فقد اختلف الفقهاء المجتهدون بشأن الحكم الذي تدل عليه على أكثر من قول، فللولاية العامة ممثلة في أهل الشورى تبني الحكم الذي تراه راجحا، باختيار أرجح الأقوال من بين أقوال أهل العلم توفيقا من الله.

والولاية العامة هنا لا تتجاوز سلطاتها سلطة تفسير النص الشرعي والإلزام بأحد الوجوه التي قيلت في تفسيره، وهي تخضع في استنباط التشريع الظني لقواعد تفسير النصوص الشرعية، التي فصل القول فيها علماء الأصول، ومراعاة ما تقتضيه المصلحة العامة.

ثانيا - تفويض الأحكام

وهي التشريعات المتعلقة بمسائل مسكوت عنها، أي لم ترد فيها نصوص خاصة لاقطعية ولاظنية، وفوضت الشريعة الأمة وأولي الأمر فيها الاجتهاد فيها، بحسب ما تقتضيه المصلحة الشرعية في كل زمان ومكان وحال، دون مخالفة لمبادئ الشريعة وثوابتها، وهذا التفويض كما سبق بيانه إما تفويض أولي وهو تفويض الشرع الأمة الاجتهاد في المسائل المسكوت عنها، وإما تفويض ثانوي وهو تفويض أهل الشورى الإمام ورئاسة الدولة الاجتهاد في بعض المسائل التي سكت عنها الشرع ولم يعرض لها أهل الشورى.

فقرة 3 - أحكام الضرورة

وهي التشريعات الاستثنائية المخالفة لأحكام منصوص عليها شرعا أو شورى والتي تصدر عن جهات التشريع في النظام السياسي الإسلامي في ظروف استثنائية وتوجبها الضرورة العامة والحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة العامة. والتي تخضع في سننها لقواعد وضوابط نظرية الضرورة الشرعية كما أصلها وفصلها علماء أصول الفقه.

فقرة 4- تشريعات فرعية

وهي الأحكام واللوائح التي تتعلق بوضع القوانين الشرعية موضع التنفيذ وهي التي تسند عادة للسلطة التنفيذية لكونها، من وسائلها في ممارسة وظيفتها التنفيذية.

البند الثالث- العرف

تخصيص العرف بالاعتبار كمصدر من مصادر المشروعية من دون سائر الأدلة الشرعية الخلافية كالتقياس والاستحسان والاستصلاح .. يجد تبريره و سنده في أن سائر الأدلة مصادر موضوعية وليست مصادر رسمية فالأحكام

الثابتة بالعرف فهي أحكام تتمتع بالصفة الإلزامية بذاتها لأنها تعبير رسمي عن الإرادة العامة للجماعة و لا تحتاج ألى من يلزم به، بينما الأحكام المؤسسة على سائر الأدلة الخلافية لا تكتسب الصفة الإلزامية إلا من خلال تبني السلطة العامة لها، وهو ما يبرر اعتبار العرف من مصادر المشروعية في الدولة الإسلامية دون غيرها.

فقرة 1- مفهوم العرف وأنواعه

أولاً - مفهومه

العرف في مجال التداول الشرعي هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة (1). أو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول (2). وللفقهاء في النظر إلى العرف والعادة ثلاثة اتجاهات؛ منهم من يجعلهما لفظين مترادفين (3)، ومنهم من يجعل العرف أعم من العادة فالعرف قولي وعملي بينما العادة عملية فحسب (4)، ومنهم من يجعل العادة أعم من العرف فالعادة الأمر المتكرر من فرد ومن جماعة بينما العرف الأمر المتكرر الذي تواطأت عليه الجماعة (5).

ثانياً - أقسامه

1- ينقسم من جهة موضوعه إلى عرف قولي و عرف عملي:

فالعرف العملي: هو ما اعتاده الناس في أفعالهم العادية أو معاملاتهم المدنية، مثل اعتيادهم أكل نوع معين من اللحوم أو الحبوب أو استعمال نوع خاص من الملابس ونحوها، وتعارفهم في بعض البلاد قسمة المهر إلى معجل ومؤجل، وتعاملهم ببيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية تدل على الإيجاب والقبول.

والعرف القولي: استعمال الناس بعض الألفاظ في معنى معين لا تألفه اللغة، مثل تعارفهم إطلاق الولد على الذكر، وعدم إطلاق لفظ (اللحم) على السمك، وإطلاق لفظ (الدابة) على الفرس (6).

2- كما ينقسم من جهة عمومته إلى عرف عام و عرف خاص

والعرف العام: هو ما يتعارفه غالبية أهل البلدان في وقت من الأوقات، مثل العرف الجاري بالتعامل بعقد الاستصناع، واستعمال لفظ (الحرام) بمعنى الطلاق، والعرف الجاري بدخول الحمام من غير تقدير الأجرة أو المدة أو مقدار الماء.

والعرف الخاص: هو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس، كإطلاق كلمة (الدابة) في عرف أهل العراق على (الفرس)، واعتبار دفاتر التجار حجة في إثبات الديون. (7)،

1 - وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، 829/2.

2 - ابن عابدين: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ضمن رسائل ابن عابدين، ص: 114.

3 - ينظر: ابن عابدين: نشر العرف، ص: 114. وينظر ابن نجيم: الأشباه والنظائر، دار الفكر بيروت دار الفكر المعاصر دمشق، ط4، 2005، ص: 101. عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص: 89.

4 - ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، 95/2-96، 98.

5 - ينظر محمد بن محمد بن أمير الحاج: التقرير والتحجير، ت عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999، 221/2. يقول "العادة" وهي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية والمراد "العرف العملي" لقوم "مخصص" للعام الواقع في مخاطبتهم وتخطابهم

6 - ينظر: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، 829/2.

7 - ينظر: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 829/2.

3- كما ينقسم من جهة اعتبار الشرع له إلى عرف صحيح وعرف فاسد

والعرف الصحيح: هو ما تعارفه الناس دون أن يجرم حلالاً، أو يحل حراماً كالعرف القاضي بتقديم عربون في عقد الاستصناع، والعرف الساري في بعض البلاد أن المهر قسمان: معجل ومؤجل، وأن ما يقدمه الخاطب أثناء الخطبة يعتبر هدية، وليس جزءاً من المهر.

وأما العرف الفاسد: فهو ما اعتاده الناس مما يعارض حكماً شرعياً، كتعارفهم أكل الربا، والتعامل مع المصارف بالفائدة، والمقامرة باليانصيب، واختلاط النساء بالرجال في الحفلات والأندية العامة، وترك الصلاة في الاحتفالات العامة (1). وبطبيعة الحال فإن ما يعيننا بالنسبة الشريعة الإسلامية هو العرف الصحيح إذ لا اعتبار عندها بالعرف الفاسد؛ فالمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً (2).

4- ويقسم البعض أيضاً العرف إلى عرف ثابت وعرف متبدل أو متغير ويقصد بالعرف الثابت العرف الذي يسود في جميع الجماعات لكونه لصيق بالطبيعة الإنسانية، أما العرف المتبدل فهي العوائد التي تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان في المجتمع الواحد.

ونحن نرى أن في هذا التقسيم توسع غير مرضي في معنى العرف، من حيث أن فيه توسع غير سديد في إطلاق لفظ العرف على الطباع الإنسانية التي لا ينفك عنها البشر والتي لا سبب لانتشارها في كل المجتمعات قديمها وحديثها إلا أنها تندرج في مفهوم السنن الإلهية ولا يصح إطلاق لفظ العرف عليها إلا من جهة اللغة أما من جهة الاصطلاح فلا.

فقرة 2- حجيته وشروط إعماله

أولاً- حجيته: استدل على حجية العرف بقوله ﷺ: ﴿ **خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ** ﴾ (3)، وبحديث لا يصح مرفوعاً (**ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن**) (4)، يقول ابن النجار: "كل ما تكرر لفظ المعروف في القرآن نحو قوله ﷺ: ﴿ **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ (5). فالمراد ما يتعارفه الناس في ذلك الوقت من مثل ذلك الأمر". وهو المعنى الذي يقرره عدد من الفقهاء " أن كل ما لا يحد شرعاً يحمل على العرف" (6). أو بعبارة الإمام السيوطي "كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف" (7). " فالقاعدة : أن ما رتب عليه الشرع

1 ينظر : عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، ص: 89. وينظر : وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 829/2.

2- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 66/12. الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ت الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006، ص: 57.

3- الأعراف/199.

4- الصحيح أنه موقوف على عبد الله بن مسعود: أخرجه الحاكم في المستدرک: تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990. كتاب معرفة الصحابة/ رقم: 4465، 83/3. وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

5- النساء/ 19.

6- مصطفى بن سعد الرحيباني: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت، 460/6. وينظر: منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، 290/6.

7- السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ص: 99.

حكماً، ولم يجد فيه حداً: يرجع فيه إلى العرف" (1). وعلى هذا الأساس نجد من قواعد الفقه: أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص (2)، والعادة محكمة (3) أي معمول بها شرعاً، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (4)، وقال الشاطبي العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعاً (5). وأنه يراعى في الأحكام المبنية على العرف عرف المستفتي لا عرف المفتي (6)، وأن الأحكام المبنية على العرف لا يفتى بها بعد تناسيه وتجدد غيره، وإنما يفتى بما يقتضيه العرف المتجدد في كل بلد وزمن (7)، وأن الأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل مصر عرف أهله (8)، وقالوا إن العرف يخص به عموم النص كما يخص به القياس (9). ونص ابن القيم على أن الأخذ بالعرف واجب في الأيمان والدعاوى (10). وعلى الرغم من تسليم العلماء باعتبار العرف في الشريعة فقد اختلفوا في مجال ومدى اعتباره (11). فذهب المتقدمون من المالكية، والحنفية (12)، وغيرهم إلى اعتباره دليلاً شرعياً وأصلاً من أصول الاستنباط قائماً بذاته، فقد عد القرافي أدلة الأحكام تسعة عشر واعتبر العرف واحد منها (13)، وقال ابن العربي في تفسير قوله ﷺ: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ (14)، أن العرف دليل من أدلة الأحكام فهذه الآية تفيد أن الإنفاق ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله ﷻ على العادة وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، بينما ذهب الشافعية وبعض الحنفية إلى أنه ليس دليلاً شرعياً قائماً بذاته ولكنه لا يعدو أن يكون كاشفاً عن مصلحة مرسله أو مجرد قاعدة تفسيرية لما ورد به الشرع (15).

ونحن نرى أن هذا الخلاف لا ينال من حجية العرف كمصدر من مصادر المشروعية، وإنما هو خلاف يتعلق بطبيعة الدور الذي ينهض به العرف ومجال إعماله ولا يتعلق بأصل اعتباره ومشروعيته، وكما لاحظ ذلك عدد من الدارسين فإن الخلاف و الجدل النظري حول حجية العرف لم يتعدى مصنفات الأصول فإن التطبيق الفقهي والفروع الفقهية شاهدة بأن جميع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم قد اجمعوا على اعتبار العرف في فروعهم (16). خاصة وأن

-
- 1- ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 286/2
 - 2- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية 537/2، الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، 537/2.
 - 3- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 5/337. "اعتبار العادة عند عدم النص" 215/2.
 - 4- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 7/749.
 - 5- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 2/493.
 - 6- أحمد بن غنيم النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، 1/418.
 - 7- محمد عليش: منح الجليل في شرح مختصر خليل، 3/188.
 - 8- عبد الرحمن بن محمد شبيخي زادة: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1/91.
 - 9- ينظر: ابن عابدين: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ص: 114-115.
 - 10- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص: 121، 126.
 - 11- ينظر: الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 2/830-833. وينظر: عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص: 91.
 - 12- ينظر: ابن عابدين: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ص: 114. وينظر: مجلة الأحكام 20/1.
 - 13- ينظر: شهاب الدين القراني: تنقيح الفصول، 1/149.
 - 14- الطلاق/07.
 - 15- عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص: 91.
 - 16- ينظر في ذلك خالد بن محمد العروسي: مسألة تخصيص العموم بالعرف والعادة، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة، الجزء 18، العدد 39، ذو الحجة 1427هـ، ص: 129-131، و132-134.

عدد من النصوص الشرعية قد أحالت مباشرة على العرف كما في تقدير المهر، وتقدير نفقة الزوجة، ومتعة المطلقة(1)، وغير ذلك من المسائل التي أحال فيها الفقهاء على العرف.

ومنه فالعرف قد يكون منشأ لتشريع كما هو الحال في مسائل الاستصناع، والخلو(2)، إذ هي تعاملات منشأها العرف(3)، وقد يكون العرف مكملا لما ورد به النص الشرعي أو مفسرا له، كما في تقدير متعة ونفقة الزوجة لقوله ﷺ: **«وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»**(4)، فضلا عن ذلك فإن العرف يضيف على الأحكام الفقهية التي مستندتها دليل من الأدلة الخلافية كالأستحسان والمصلحة والذريعة الصفة الرسمية، حيث يجعلها ترتقي من مجرد رأي فقهي إلى تشريع بالمعنى الواسع للكلمة، فالرأي الفقهي الذي يطرد العمل به في الجماعة دون ما عداه من الآراء الفقهية حتى يصبح عرفا مستقرا يكتسب الصفة الإلزامية، ويصبح بالتالي تشريعا وهو ما يفسر من الناحية التاريخية كيف اكتسبت المذاهب والآراء الفقهية المستقرة في كل بلد من البلاد الإسلامية الصفة التشريعية. ومن هذه الناحية فالعرف يعتبر مصدرا رسميا من مصادر التشريع سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا أساسيا لما يضيفه على هذه الآراء من إلزام.

ثانيا - شروط اعتباره

1- الشرط الأول : أن يكون العرف مطردا أو غالبا ومعنى الاطراد : أن يكون العرف مستمرا بحيث لا يتخلف في جميع الحوادث، ومعنى الغلبة : أن يكون العمل بالعرف كثيرا، ولا يتخلف إلا قليلا، قال السيوطي : "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإذا اضطربت فلا"(5). قال ابن نجيم : "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"(6) و قال الحموي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"(7).. وقال الشاطبي: "وإذا كانت العوائد معتبرة شرعا فلا يقدر في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة في الجملة"(8).

2- الشرط الثاني : أن يكون العرف عاما هذا الشرط محل خلاف بين الفقهاء : فذهب جمهور الحنفية والشافعية إلى أنه يعتبر في بناء الأحكام العرف العام دون الخاص (9).

3- الشرط الثالث : أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف، وذلك بأن يكون العرف سابقا أو مقارنا للتصرف عند إنشائه، لأن كل من يقوم بتصرف - سواء كان قوليا أو فعليا إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف، ليصح الحمل على العرف القائم، فلا عبرة بالعرف الطارئ بعد التصرف. قال السيوطي والحموي: "العرف الذي تحمل

1- ينظر: النساء/25، البقرة/233، 241.

2- يعرف الخلو عند المالكية بأنه اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع الدراهم في مقابلتها. ينظر: أحمد الفيومي الغرقاوي المالكي ثم المصري: تحقيق مسألة الخلو عند المالكية: تحقيق أحمد بن ابراهيم الحبيب، مجلة جامعة أم القرى، جزء 17، عدد33، 1426هـ، ص:555.

3- ينظر: أحمد الفيومي الغرقاوي: تحقيق مسألة الخلو عند المالكية، ص:555.

4- البقرة/233.

5- عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي: الأشباه والنظائر، ص:92.

6- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:103.

7- أحمد الحموي: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985، 299/1.

8- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 495/2.

9- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص:112.

عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"⁽¹⁾. وقال ابن نجيم بعد أن أورد العبارة السابقة "ولذا قالوا : لا عبرة بالطارئ"⁽²⁾.

4- الشرط الرابع : ألا يكون العرف مخالفا للنص الشرعي، والقصد ألا تخالف عوائد الناس الأحكام الشرعية المنصوص عليها، سواء في ذلك الأحكام القطعية الثابتة نصا أو إجماعا، أو الأحكام الظنية الثابتة بنصوص وأدلة ظنية والتي أصدرتها الولاية العامة على تفصيل نذكره في الفقرة الموالية.

فقرة 4- تأخر مرتبة العرف على مبادئ الشريعة و على التشريع

و إذا استبان لنا مفهوم العرف وشروط إعماله وسبب إدراجه بين المصادر الرسمية للمشروعية الإسلامية من دون سائر الأدلة فقد بقي أن نبين رتبة العرف بين هذه المصادر.

- إن من المقرر شرعا تأخر مرتبة العرف عن مبادئ الشريعة، فمبادئ الشريعة بالتعريف هي أحكام قطعية تتعالى على الزمان والمكان ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولها المشروعية العليا على سائر البناء القانوني في الدولة، بينما الأحكام الثابتة بالعرف هي أحكام ظنية وتختلف باختلاف الزمان والمكان وتحدد الأعراف، بل من الشروط المقررة شرعا وفقها وقضاء أن العرف المعتبر شرعا هو العرف الذي لا يحل حرما ولا يجرم حلالا ولا يخالف حكما شرعيا ثابتا وإلا فلا اعتبار له، كتعارف الناس اختلاط النساء والرجال في الحفلات العامة والتعامل بالعقود الربوية ونحو ذلك. فالشريعة جاءت لتغيير العوائد ، فلا يعقل أن يكون ما وردت الشريعة قاضية عليه، صار قاضيا عليها⁽³⁾. ولو جاز تقدم العرف على مبادئ الشريعة وترك أحكامها للعرف لما بقي للشريعة سلطان ولنسخت الأعراف الشريعة جملة وتفصيلا.

- و بالنسبة لتأخر مرتبة العرف عن التشريع الصادر عن أولي الأمر فيكون على أوجه منها مخالفة العرف لتشريع مبني على نصوص ظنية وإما مخالفة العرف لتشريع مبني على أدلة ظنية

أما مخالفة العرف العملي للنص الظني فتأتي على وجهين : فإذا خالف العرف النص الشرعي من كل وجه، فإنه يعمل بالنص، ولا اعتبار للعرف، لأن النص أقوى من العرف، ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه، سواء كان العرف عاما أو خاصا. وإذا خالف العرف النص العام في بعض الوجوه، فذهب الجمهور (الشافعية والحنابلة وبعض المالكية) إلى أنه لا يصلح مخصصا للنص العام ولا مقيدا للنص المطلق⁽⁴⁾، وذهب الحنفية وبعض المالكية، إلى أن العرف يخصص النص ويقيده⁽⁵⁾.

أما مخالفة العرف للتشريع المبني على أدلة ظنية كمخالفة العرف للقياس فإن تقديس القياس على العرف هو مذهب الجمهور، والعدول عن القياس للعرف هو مذهب الحنفية وهو صورة من صور الاستحسان الذي يقولون به⁽⁶⁾.

1- السيوطي: الأشباه والنظائر، ص: 96. الحموي: غمز عيون البصائر، 1/311.

2- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص: 110. وينظر الموسوعة الفقهية، 30/58-60

3- ابن عقيل: الواضح في أصول الفقه، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط 1420، 3/407.

4- ينظر وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 1/257، 2/832

5- ينظر الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 1/257، 2/832.

6- ينظر الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 2/745 .

البند الرابع- الاجتهاد القضائي

يراد بالاجتهاد القضائي في النظام الإسلامي الاجتهاد الصادر عن قاضي مسلم تتوافر فيه أهلية الاجتهاد، على أنه ينبغي أن نميز في الاجتهاد القضائي بين مستويين من الاجتهاد القضائي:

أولهما اجتهاد قاضي القضاة(1) أو ما كان يعرف ببلاد المغرب بقاضي الجماعة، الذي كان ينصب القضاة نيابة عن الامام ويختارهم ممن هم على مذهبه، ويلزمهم بالفصل في القضايا بما انتهى إليه المذهب، كما أثر ذلك عن قاضي القضاة ببغداد أبو يوسف، وقاضي الجماعة بالأندلس يحيى بن يحيى الليثي، وقاضي الجماعة بالقيروان سحنون بن سعيد التنوخي(2).

وثانيهما اجتهاد قاضي الاقليم المجتهد سواء وافقه في ذلك الاجتهاد سائر القضاة أو خالفوه وهو اجتهاد لا يملك أن يلزم به سائر القضاة بل لا يجب عليه هو نفسه أن يلتزم به إذا تغير اجتهاده.

فقرة 1- مراتب الاجتهاد وأهلية القضاء

لما كان اشتراط الاجتهاد للتحقق بأهلية القضاء يرتبط بالدور القضائي والفقهي المسند إليه إذ لا ينحصر دوره فقط في تطبيق الأحكام الشرعية المنصوصة ولكن أيضا في استنباط الأحكام للوقائع التي تعرض عليه والتي لا يجد فيها نصا خاصا من نصوص الشريعة. فإن سلطة القاضي من حيث الحكم تتأثر بمنزلته من مراتب الاجتهاد؛ ومراتب الاجتهاد عند أهل الأصول خمس، ويصل بها البعض إلى سبع.

أولاً- المجتهد المستقل أو الإمام وهو الذي استقل بمبادئ وقواعد أصولية يبنى عليها فقهه كالأئمة الأربعة والأوزاعي والليث والطبري والثوري وداود الظاهري.

ثانياً- المجتهد المنتسب وهو الذي حاز ملكة الاجتهاد في الأصول والفروع ولكنه آثر أن يبنى على أصول إمامه فهو تابع له في القواعد الأصولية وقد يختلف معه في الفروع كصاحبي أبي حنيفة وابن القاسم بالنسبة للإمام مالك والمزني بالنسبة للإمام الشافعي.

ثالثاً- مجتهد التخريج وهو من اتقن قواعد إمامه واعملها في استنباط حكم ما لم يرد فيه نص عن إمامه.

رابعاً- مجتهد الترجيح وهو الذي يقف دوره عند الترجيح بين الآراء المروية في المذهب بناء على قوة الدليل أو ملاءمة ذلك للناس.

خامساً- مجتهد الفتيا وهو الذي حفظ المذهب ووفى الناس بالراجح أو المشهور من المذهب وليس لديه قدرة على تقرير الأدلة وتحرير الأقيسة(3).

وخلافاً لتصنيف أهل الأصول يعتمد الفقهاء تصنيفاً أبسط عند بيان ما يحكم به القاضي فقد فرقوا بين نوعين من القضاة هما القاضي المجتهد والقاضي المقلد وبإمعان النظر في التصنيف السابق نجد أن القاضي المجتهد يشمل المرتبة الأولى والثانية فهم من يتسم بحق بصفة الاجتهاد ، أما القاضي المقلد فتدرج فيه المراتب الثلاثة الأخيرة إذ أن إطلاق صفة الاجتهاد عليهم فيه من التسامح ما لا يخفى فهم في الحقيقة مقلدون لأقوال أئمة المذهب لا يخرجون

1- حول منصب قاضي القضاة وقاضي الجماعة: ينظر: عصام محمد شبارو، قاضي القضاة في الإسلام.

2- حول إلزام قاضي القضاة سحنون قضائه بمذهب أهل المدينة، ينظر: ابن فرحون: التبصرة، ص: 52.

3- حول مراتب المجتهدين والمفتين: ينظر: نادية العمري، الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة بيروت، ط3، 1985، ص: 173-191.

عنها وليس لهم قول لا في الأصول ولا في الفروع.

فقرة 2- أثر شرط الاجتهاد في صحة ولاية القضاء

أولاً- ذهب الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة (1) إلى أن أهلية القضاء تتحقق ببلوغ رتبة الاجتهاد وأنه شرط صحة فلا يجوز ولا يصح تولية غير المجتهد وظيفه القضاء في وجود المجتهد، وإذا ولي فمن ولاه فهو آثم وقضاؤه باطل مردود وإن وافق حكمه الحق والصواب(2). ومن ثم فإن أهلية القضاء تنحصر في المجتهد. غير أنه في حالة فقد المجتهد فإنه يولى القضاء أمثل مقلد ثم الأمثل فالأمثل، وهذا من تشريعات الضرورة في المجال الدستوري، فلا يجوز ولا يصح تولية غير المجتهد القضاء إلا عند الضرورة، أي عند فقد المجتهد، ففي هذه الحالة فإن قضاء المقلد قضاء يكون صحيحاً وناظراً بحكم الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها(3).

ثانياً - أما الحنفية فقد جعلوا شرط الاجتهاد شرطاً للأولوية وليس شرطاً لصحة تولية المجتهد القضاء، معللين ذلك بتعذر وجود المجتهد في كل زمان ومكان. ومن ثم فقد اكتفوا بأن يكون المرشح لمنصب القضاء عالماً بالحلال والحرام وسائر الأحكام ولو لم يكن مجتهداً وفي ذلك يقول الكاساني "وأما العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام: فهل هو شرط جواز التقليد؟ عندنا ليس بشرط الجواز، بل شرط الندب والاستحباب"(4)، وعلى ذلك يجوز تولية المقلد في وجود المجتهد ويكون قضاؤه صحيحاً وناظراً.

فقرة 3- مرتبة الاجتهاد القضائي بين مصادر المشروعية الإسلامية

تتأني مرتبة الاجتهاد القضائي بعد مبادئ الشريعة والتشريع والعرف فلا يجوز للاجتهاد القضائي أن يخالف مبادئ الشريعة كما لا يجوز به مخالفة التشريع الصادر عن أو لي الأمر كما لا يجوز للاجتهاد القضائي أن يحكم بما يخالف العرف المعتمد.

أولاً - تأخر مرتبة الاجتهاد القضائي عن مبادئ الشريعة

أن القاضي سواء كان قاضي الجماعة أو قاضياً مجتهداً أو قاضياً مقلداً لا يجوز له أن يقضي بحكم مخالف لمبادئ الشريعة، إذ لو جاز للقضاة مخالفة مبادئ الشريعة وتغيير القواعد الشرعية لكان ذلك نقضاً وهدماً للشريعة، ففي فتاوى السبكي: "حكم الحاكم في المجتهدات لا ينقض إلا إذا خالف النص، أو الإجماع، أو القياس الجلي، أو القواعد الكلية"(5). وفي الفروق للقرافي: "قضاء القاضي متى خالف إجماعاً أو نصاً أو قياساً جلياً أو القواعد نقضناه"(6). و في التبصرة لابن فرحون، ومنح الجليل لعليش: "أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع وينقض وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس"(7).

- 1- ينظر: الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك، 4/188. وينظر: ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 107/10-108 وينظر: ابن قدامة المقدسي: المغني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 10/93-94
- 2- أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 90.
- 3- ينظر: نصر فريد واصل: السلطة القضائية، ص: 144. وينظر: الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك، 4/188.
- 4- أحمد بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 7/03.
- 5- علي بن عبد الكافي السبكي: فتاوى السبكي، كتاب الإقرار.
- 6- شهاب الدين القرافي: الفروق، 2/101.
- 7- محمد عليش: منح الجليل، 8/340.

ثانيا- تأخر مرتبة الاجتهاد القضائي عن التشريع الصادر عن أولي الأمر

سبق أن خلصنا إلى أن القاضي سواء أكان مجتهدا أم غير مجتهد، لا يجوز له أن يقضي بما يخالف التشريع الصادر عن ولي الأمر، سواء من حيث الاختصاص أو من حيث الحكم.

1- فأما من ناحية الاختصاص فمن المتفق عليه أن لولي الأمر تقييد سلطة القاضي من حيث النوع أو من حيث المكان أو من حيث الزمان أو من حيث الأشخاص، فمن حيث الاختصاص النوعي، إذا قلد ولي الأمر شخصا القضاء وقيده بنوع معين من القضايا، كالجنائيات أو المناكحات أو المداينات لزمه ذلك كما نص عليه عيش المالكي في منح الجليل (1)، وابن قدامة الحنبلي في المغني (2)، والرحيبياني في مطالب أولي النهي (3). (4). ومن حيث الاختصاص المكاني والزمني؛ إذا قلد ولي الأمر شخصا القضاء على منطقة بعينها أو لمدة معينة فلا يجوز له أن يقضي في غير تلك المنطقة أو بعد انقضاء تلك المدة (5)، ومن حيث الأشخاص؛ إذا قلد ولي الأمر شخصا القضاء على أن يقضي بين فئة معينة من الناس بجنسهم أو صفتهم أو وظيفتهم كان ممنوعا من نظر قضايا من سواهم (6) ومنه فالقاضي سواء كان مجتهدا أو غير مجتهد لا يملك في ممارسة سلطته القضائية مخالفة التشريع الصادر عن ولي الأمر فيما يتعلق بتنظيم اختصاصه القضائي.

2- أما من حيث الحكم أي ما يتعلق بالمحكوم به فإن فقهاء السياسة الشرعية يميزون بين القاضي المجتهد الذي حاز شروط الاجتهاد وبين القاضي غير المجتهد الذي لم يبلغ هذه المرتبة ولو كان من أهل العلم. أما بالنسبة للقاضي غير المجتهد، فالعمل بين الفقهاء على جواز تقييده من حيث الحكم بمذهب معين أو رأي معين. أما بالنسبة للقاضي المجتهد فالمسألة يتنازعها رأيان:

الرأي الأول وهو الرأي السائد عند جمهور الفقهاء أنه لا يجوز للقاضي المجتهد إذا اجتهد في قضية أن يترك رأيه ويقضي فيها برأي غيره ولو كان أفقه منه (7)، وعلى ذلك فمذهب الجمهور أن القاضي الذي استجمع أهلية الاجتهاد له أن يحكم بما أداه إليه اجتهاده ولا يجوز تقييده بتشريع صادر عن ولي الأمر في المسائل الاجتهادية، فليس لولي الأمر تقييده لا بمذهب ولا برأي على اعتبار أنه ولي القضاء لتوفر صفة الاجتهاد فيه فإذا لم يقض بما أداه إليه اجتهاده لم يكن لاشتراط صفة الاجتهاد فيه معنى، حيث جاء في الأحكام السلطانية للمواردي وكذلك للفراء ما ملخصه أنه " لو شرط المولي على من ولاه القضاء أن لا يحكم إلا بمذهب معين فهذا على ضربين: الأول : أن يشترط ذلك عموما في جميع الأحكام، فإن خرج ذلك مخرج الأمر فالشرط باطل والولاية صحيحة. و إن خرج مخرج الشرط لصحة الولاية، كانت الولاية باطلة لأنه عقدها على شرط فاسد. وقال أهل العراق الولاية صحيحة والشرط

1- ينظر: عيش: منح الجليل، 281/7. " يجوز تولية قاضيين ببلد على أن يخص منهما بناحية من البلد أو بنوع من المحكوم فيه"

2- ينظر: ابن قدامة: المغني، 135/10.

3- ينظر: مصطفى الرحيبياني: مطالب أولي النهي، 168/11.

4- ينظر: محمد بن عبد الله المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص: 146-151.

5- ينظر: محمد بن عبد الله المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص: 109-124، 125-140.

6- ينظر: محمد بن عبد الله المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص: 160-167.

7- ينظر: الماوردى: الأحكام السلطانية، ص: 91-92.

باطل" (1). فإذا كان لا يجوز لولي الأمر أن يلزم القاضي المجتهد بالحكم بمذهب أو رأي معين فإن ذلك يفيد أن الاجتهاد القضائي مقدم على التشريع الصادر من ولي الأمر.

الرأي الثاني: وهو الرأي الذي ذهب إليه أبو حنيفة في رواية عنه، وابن حبيب من المالكية كما حكاها ابن فرحون في التبصرة (2)، وهو الرأي الذي يميز بين القاضي المجتهد الذي لا يوجد من هو أفقه منه فهذا لا يجوز له ترك اجتهاده والعمل باجتهاد غيره، والقاضي المجتهد الذي يوجد من هو أفقه منه فهذا يجوز له ترك اجتهاده والعمل برأي الأفقه منه، والقاضي غير المجتهد فهذا يجوز باتفاق إلزامه برأي أو مذهب فقيه مجتهد (3). وبناء على هذا الرأي فإن يجوز لقاضي القضاة أن يلزم القضاة ولو كانوا مجتهدين بما انتهى إليه اجتهاده، من حيث يفترض أن قاضي القضاة أفقه من سائر القضاة، كما أنه بناء على هذا الرأي فإن لولي الأمر إلزام القضاة بالحكم بما أصدر من حيث قرينة أن الاجتهاد الجماعي الذي تبناه ولي الأمر أفقه من الاجتهاد الفردي للقاضي.

فقرة 4- السند الشرعي في تأخر مرتبة الاجتهاد القضائي عن التشريع

وعليه فالذي نذهب إليه أن القاضي سواء كان مجتهداً أو غير مجتهد إذا ألزمته جماعة المسلمين وأولي الأمر فيها بالحكم بالتشريع الذي تبنته فلا يجوز له أن يحكم بخلافه ونؤسس ذلك على الأدلة الشرعية التالية:

أولاً - قوله ﷺ: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (4). فقد سبق أن أولي الأمر ليسوا جميعاً في مركز واحد فكما أن مركز أهل الحل والعقد (الشورى) يعلو على مركز الإمام، من حيث أن الإمام يستمد ولايته منهم؛ فهم الذين لهم عقد الإمامة له وحلها. فكذلك فإن ولاية الإمام أقوى من ولاية القضاء فالإمامة ولاية تصرف عام وهي رأس الولايات جميعاً ومن ثم فالقضاء ولاية داخلية ومندرجة في ولاية الإمام، وإذا كان كذلك فإنه في حال إصدار مجلس الشورى أو الإمام تشريعاً في مسألة اجتهادية فإن هذا الاجتهاد مقدم على كل اجتهاد قضائي وملزم لكل قاضٍ فلا يجوز له مخالفته برأيه.

ثانياً - أن اجتهاد القاضي هو اجتهاد فردي وقد يخالفه فيه سائر القضاة بينما الاجتهاد الصادر عن أولي الأمر هو اجتهاد جماعي، وما من شك أن الفطرة السليمة تفترض الجماعية قرينة قوية على صحة الحكم وصوابية الاجتهاد، تماماً كما تفترض رجحان صدقية الخبر الذي تنقله الجماعة على الخبر الذي ينقله الآحاد.

ثالثاً - إن الاعتراض بأن إلزام القاضي المجتهد بالتشريع الصادر عن الشورى أو عن الإمام يجعل لاشتراط صفة الاجتهاد في القاضي لا معنى، اعتراض غير مسلم، ذلك أن القاضي إذا وجد الحكم في التشريع طبقه التزاماً بطاعة أولي الأمر، أما إذا لم يجد القاضي الحكم في التشريع فإنه في هذه الحالة يجتهد في طلب الحكم المناسب، فإن التشريع لا يحيط بجميع الوقائع، وهو ما يجعل لاشتراط صفة الاجتهاد معنى.

1- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 91-92، وينظر الفراء: الأحكام السلطانية، ص: 63. وينظر: ابن فرحون: التبصرة، 20/1.

2- ينظر: ابن فرحون: التبصرة، 52/1.

3- ينظر: محمد بن عبد الله المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص: 160-167.

4- النساء/ 59.

البند الخامس - الاجتهاد الفقهي (الإفتائي)

وهي جملة الآراء والفتاوى الفقهية التي أدلى بها المجتهدون فرديا وجماعيا في مسألة من المسائل المسكوت عنها في الشريعة والتي أغفلها التشريع الصادر عن السلطة العامة ولم ينظمها العرف فهذه الاجتهادات الفقهية قد يتبنى أحدها القضاء فيضفي عليها صفة الإلزام بينما تبقى بقية الآراء مجرد آراء فقهية.

السند الشرعي على تأخر الاجتهاد الفقهي عن الاجتهاد القضائي

أن القاضي المجتهد له ولاية الاجتهاد وولاية الحكم والإلزام لذلك فرأيه مقدم على فتاوى سائر الفقهاء المجتهدين " أن الاستنباط الذي يجريه الحاكم أقوى أثر من الذي يقوم به الفقيه المجتهد، الذي لا يعدو بوصف الاجتهاد وحده أن يكون معلما أو مفتيا، وبذلك يكون رأيه استشاريا ليس فيه صفة الإلزام، أما وصف الإمرة فإنه يعطي تأكيد الحكم ووجوب الأخذ به لجهتين: جهة العلم والمعرفة وجهة الحكم والإمارة" (1).

يقول القراني في فروقه: " الفرق بين قاعدة الخلاف يتقرر في مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم وبين قاعدة مسائل الاجتهاد يبطل الخلاف فيها ويتعين قول واحد بعد حكم الحاكم وذلك القول هو ما حكم به الحاكم على الأوضاع الشرعية؛ اعلم أن حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء " (2). والمقصود بالحكم في مجال التداول الشرعي والفقهي هو القاضي أو الإمام بوصفه قاضيا لا بوصفه سلطة تنفيذية.

1- محمد عبد الحميد أبو زيد: سلطة الحاكم في استنباط التشريع شرعا ووضعها: ص: 76.

2- شهاب الدين القراني: الفروق، 179/2.

المبحث الثاني: الشرعية الدستورية بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

لا يكتمل خضوع الدولة للقانون، إلا بإخضاع السلطة التشريعية أيضا لقواعد قانونية تسمو عليها، وتقيدها، فانتهاك حقوق الأفراد وحررياتهم لا يقتصر على السلطة التنفيذية أو القضائية ولكنه قد يتم باصدار جهات التشريع في الدولة لقواعد لا تراعى فيها أحكام الدستور، ومن ثم يوجب الفقه الدستوري الحديث خضوع جهات التشريع في الدولة للقواعد القانونية الأسمى شأنها في ذلك شأن الأفراد وباقي السلطات العامة.

و لما كان ركن المحل في العمل التشريعي يقتضي من السلطة التشريعية (أصلية أو تبعية)، طبقاً لهذا المبدأ، بأن لا تصدر أي قانون يخالف أو يناقض النص الدستوري والقيود الموضوعية الواردة فيه، كان لا بد بالضرورة من التعرض للشرعية الدستورية.

وإذا كان وجود الدستور مسألة مبدأ بالنسبة لدولة القانون، سواء أكان ذلك بالنسبة للنظم السياسية المعاصرة، أو بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي، فإن الإشكالية التي تثار هي الاختلاف في تحديده وتحديد مضمونه وتحديد مصادره والأسس التي يقوم عليها وطرق وضعه بالنسبة لمختلف الأنظمة السياسية، وبالنسبة للنظام الإسلامي. ومنه فقد اقتضى العرض المنهجي لموضوعات هذا البحث التعرض لمسألة الدستور في المجتمع الإسلامي باعتباره مصدرا لشرعية أي نظام سياسي ومصدرا لمشروعية تصرفات للسلطة العامة في مجال التشريع .

على أنه تجب الإشارة إلى أننا لسنا هنا بصدد الدراسة التفصيلية لجميع مسائل الدستور فإن ذلك يخرج بنا عن نطاق هذا البحث، ولكن حسبنا التعرض لأصل مسألة الدستور في الفقه الإسلامي والوضعي (مطلب أول)، ثم نعرض لطبيعة الدستور في كل منهما (مطلب ثان)، قبل أن نصل إلى تحديد مصادر الدستور في كل منهما، بما يجلي أكثر مسألة المشروعية في المجتمع الإسلامي خصوصا فيما يتعلق بمحل التشريع (مطلب ثالث).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: وجود الدستور بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

المطلب الثاني: طبيعة الدستور بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

المطلب الثالث: مصادر الدستور في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

المطلب الأول: وجود الدستور في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

يمثل الدستور أول مقومات الدولة القانونية فهو الأساس الأول لخضوع الدولة للقانون، بما يضع من قواعد تقيد السلطات العامة، وبما يقرر من حقوق وحرّيات للأفراد قبل الدولة، ومن ثم فإن القواعد الدستورية تعتبر القواعد الأسمى التي تنظم السلطات العامة وتبين كيفية تكوينها وكيفية ممارسة صلاحياتها واختصاصاتها، بما في ذلك طبعاً الاختصاصات التشريعية، ولما كانت القواعد المنظمة للسلطة العامة في مجال التشريع هي بطبيعتها قواعد دستورية، وكان الدستور يفرض قيوداً موضوعية على جهات التشريع لا تخرج عنها لما تمثله من مبادئ السياسة التشريعية التي لا يجوز مخالفتها، فإننا نجد كل النظم السياسية المعاصرة تقر بضرورة وجود دستور عربي أو مكتوب لكل دولة قانونية (فرع أول)، مما يدفعنا إلى السؤال هل يقر النظام السياسي الإسلامي بضرورة وجود دستور، وهل هو موجود مسبقاً، أم ينبغي وضعه (فرع ثان)؟

إن هذا المطلب سيعرض للإجابة عن هذه الأسئلة من خلال فرعين:

الفرع الأول: مفهوم الدستور في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الثاني: مفهوم الدستور في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الأول: مفهوم الدستور في النظم السياسية المعاصرة

البند الأول - مفهومه لغة

الدستور كلمة فارسية وهي كلمة مركبة من لفظتين (دست) وتعني حرفيا القاعدة والأساس، (ور) وتعني صاحب، وتطلق على الكتاب الذي تجمع فيه قوانين الملك، أو الدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجند، وانتقلت إلى العربية بمعنى القانون الأساسي أو النظام الأساسي(1). أما في اللغة الفرنسية فقد ترجمت بكلمة Constitution، وتعني حرفيا أيضا الأساس Fondation، كما تعني التنظيم Organisation، كما تعني التكوين Structure d'un Ensemble، فإذا اخذنا بهذه الدلالات اللغوية لكلمة دستور سواء في اللغة الفارسية أو العربية أو الفرنسية كان معناه القانون الأساسي.

ويلاحظ أن اصطلاح دستور في الحياة السياسية والقانونية هو اصطلاح حديث، ففي القرن الثامن عشر التاسع عشر كان يستعمل في فرنسا إلى جانب اصطلاح دستور اصطلاحات أخرى، مثل La Charte، وقوانين أساسية Lois fondamentales، وأعمال دستورية Actes Constitutionnels(2).

البند الثاني: مفهومه في الاصطلاح القانوني

اصطلاح الدستور يطلق على معنيين متباينين أحدهما موضوعي الآخر شكلي: أما الاصطلاح الموضوعي فيقصد به "مجموعة القواعد الأساسية التي تبين شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، و سلطاتها الأساسية، واختصاص كل سلطة، والعلاقة بينها، ومدى سلطاتها إزاء حقوق الأفراد وحررياتهم"(3). سواء كانت هذه القواعد مدونة في الوثيقة الدستورية أو في غيرها، أو عرفا دستوريا، أو سوابق دستورية. أما الاصطلاح الشكلي فيقصد به فقط القواعد الأساسية السالفة الذكر والمضمنة في الوثيقة الدستورية التي أصدرتها السلطة التأسيسية(4).

وظهور المعنى الشكلي كان نتيجة لانتشار حركة تدوين الدساتير في العصر الحديث تلك الحركة التي بدأت في الولايات المتحدة الأمريكية، ومنها إلى فرنسا ومنها إلى بقية الدول، حيث كانت دساتير الولايات المتحدة ثم دستورها لسنة 1778م أول الدساتير المكتوبة في التاريخ الحديث، تلاه الدستور الأول للثورة الفرنسية 1791، ثم انتشرت حركة تدوين الدساتير وعمت بلاد العالم(5).

وتحديد الدستور وفق المعيار الشكلي يخرج من جهة كثير من القواعد الدستورية غير المضمنة في الوثيقة الدستورية، كالقواعد التي تعالج موضوعات دستورية بطبيعتها ومن حيث موضوعها والمستمدة من العرف أو من

1- أحمد عطية الله: المعجم السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1968م، ص: 251. محمد موسى هندراوي: المعجم في اللغة الفارسية، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، دت، ص: 207، السيد آدي شير: معجم الألفاظ الفارسية المعربة، مكتبة لبنان، بيروت، 1970م، ص: 63، أحمد عطية الله: المعجم السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1968م، ص: 251.

2- عبد الفتاح ساير: القانون الدستوري، دار الكتاب العربي بمصر، ط2، 2004، ص: 108، 132.

3- وحيد رأفت ووايت ابراهيم: القانون الدستوري، المطبعة العصرية، القاهرة، 1937، ص: 03. و فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص: 163.

4- فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص: 163.

5- محمد حسين عبد العال: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص: 13-14.

السوابق القضائية. ومن جهة ثانية فإن الدستور بالمعيار الشكلي قد يتضمن جملة من القواعد التي تضىف عليها القيمة الدستورية والتي في حقيقة الأمر تتعلق بموضوعات غير دستورية بطبيعتها وموضوعها ولكن اقتضت ظروف خاصة بهذا البلد أو ذلك تضمينها في الوثيقة الدستورية عند وضع الدستور.

و منه يتبين أن حصر الدستور بالمعيار الشكلي في الوثيقة الدستورية قد طرأ عليه تطور في شقين، وقد أدى هذا التطور إلى عدم توافق المعنى الموضوعي أو المادي للدستور مع المعنى الشكلي أو الرسمي بصفة مطردة، فالحقيقة الواضحة من استقراء دساتير العالم أن الدستور بالمعنى الشكلي (الوثيقة الدستورية) كثيرا ما يتضمن مسائل غير دستورية من الناحية الموضوعية، وعلى العكس كثيرا ما يقصر الدستور بالمعنى الشكلي عن معالجة مسائل دستورية من الناحية الموضوعية ويتركها للعرف أو للقوانين العادية(1).

1- ينظر: عبد الفتاح ساير: القانون الدستوري، ص: 114.

الفرع الثاني: مفهوم الدستور في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول: مفهوم الدستور في التداول الفقهي

لفظ الدستور من الألفاظ التي لا نجد لها أثرا في النصوص الشرعية لكونه لفظا غير عربي، ولكن ذلك لا يعني أن العرب والمسلمين لم يعرفوا المعنى الذي يدل عليه، فإنكار الاسم لا يعني بالضرورة إنكار المسمى، فلقد عبر فقهاء الشريعة عن القواعد الدستورية بلفظ الأحكام السلطانية وهو اللفظ المقارب في مجال التداول الفقهي للفظ القواعد الدستورية في المجال الوضعي، وقد تم تناول هذه القواعد في أول الأمر في أبواب متناثرة من مدونات الفقه حتى إذا كان القرن الرابع الهجري تم تدشين الكتابة في القواعد الدستورية والإدارية للدولة الإسلامية بشكل مستقل⁽¹⁾، واستمر التدوين والاجتهاد في القواعد الدستورية حتى القرن الثامن الهجري، وقد تم تناول هذه القواعد عبر مختلف العصور على أنها جزء من أحكام الشريعة، تخضع لقواعد الاستدلال الشرعي، وتستمد من مصادر شتى، فمنها ما هو قاعدة شرعية محكمة ثابتة بنصوص الكتاب والسنة، ومنها قواعد دستورية ثابتة بالإجماع، وأغلبها قواعد اجتهادية يقتضيها النظر الشرعي ومحمومة بالمصلحة العامة لجماعة المسلمين⁽²⁾.

ولكن لما أثبتت مسألة الدستور في الحقبة المعاصرة حصل تغير واضح في تناول مسألة الدستور، بفعل الاحتكاك بالحضارة الغربية ونظمها القانونية والسياسية الغالبة وما أثارته من ردود فعل غير متوازنة للحفاظ على الذاتية الإسلامية وإظهار تميزها، ولما كانت أغلب النظم السياسية الوضعية تحكمها قواعد دستورية مدونة في وثيقة رسمية يطلق عليها الدستور، فقد أخذ البعض يطرح فكرة جديدة تتمثل في أن القرآن هو الوثيقة التي تمثل الدستور في المجتمع الإسلامي، وهكذا فبدل الاجتهاد في إبراز القواعد الدستورية التي تحكم الدولة الإسلامية سواء ما كان منها حكما منزلا أو اجتهاد فقهي وفق مناط الواقع السياسي المعاصر، اكتفى البعض على النقيض من ذلك بطرح فكرة الدستور هو القرآن وعند البعض الآخر الدستور هو الكتاب والسنة، بينما يرى فريق ثالث أن الشريعة هي الدستور، ويمثل شعار القرآن دستورنا الذي أخذ لا يزال يروج له البعض منذ الثلاثينات نموذجا واضحا لهذا النمط من الكسل المعرفي والتفكير الجاهز.

فقرة 1- الدستور: القرآن

أولا - الدعوى

نجد فكرة أن الدستور هو القرآن عند كبير من الدارسين، وفي ذلك يقول الدكتور عدنان نعمة: "من المتفق عليه أن القرآن الكريم، يمثل بين أحكام الشريعة، ولاسيما أحكام السنة والاجتهاد دور القانون الأساسي، لنظام الحكم، فهو وإن كان من جهة المضموم عملا تشريعا عاديا، بحيث تتحلل آياته إلى مجموعة من الأحكام ترمي إلى تنظيم الحق العام، وتنظيم الحق الخاص، إلا أنه من وجهة النظر إلى مختلف مصادر الشرعية الإسلامية يؤلف قانونا دستوريا بالمعنى الحديث"⁽³⁾.

ثم يقول: "و من الثابت أن النص التشريعي عندما يكتسب صفة القانون الأساسي، أو الدستوري لمختلف

1- ينظر في ذلك أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية، مقدمة المحقق ص: ب وما بعدها .

2- حول تطور الفقه السياسي والقواعد الدستورية ينظر: محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي مقارنة تاريخية.

3- عدنان نعمة: دولة القانون في إطار الشرعية الإسلامية، ص: 28 .

القواعد التي تنظم حياة المجتمع فإنها بالضرورة تكتسب في وجه تلك القواعد سموها في الشكل وسموا في الموضوع، أفضل آثاره بروز القاعدة القائلة بتدرج القواعد القانونية " (1).

أما الدكتور سليمان الطماوي فتارة يعتبر القرآن دستورا، وتارة يراه فوق الدستور، ويقول في موضع آخر: " لا يمكن تشبيه القرآن الكريم بالقواعد الدستورية وفقا لاصطلاحات فقهاء القانون العام المعاصرين، لأن المسلم به أن للجماعة في كل وقت أن تغير دستورها بمطلق حريتها دون أي قيد عليها، في هذا الخصوص، أما القرآن الكريم فإنه يتسم بالخلود ولا يمكن أن يتغير بحال من الأحوال لأنه ليس من وضع جماعة المسلمين، حتى يجوز لهم تعديله وإنما هو تعبير عن إرادته ﷺ" (2).

ثانيا - نقد ومناقشة

إن من الواضح جدا أن المعيار المعتمد في اعتبار القرآن هو الدستور في الدولة الإسلامية هو معيار شكلي، أعني علوه وسموه على سائر مصادر التشريع الإسلامي.

و الحقيقة أن اعتماد هذا المعيار في تحديد الدستور غير سديد لعدم انضباطه في أكثر من جهة:

1- فمن جهة أولى نجد أن القواعد الدستورية بما تتمتع به من سمو لا توجد في القرآن فحسب بل أيضا في السنة النبوية وفي الإجماع وما هو مستنبط وفق لقواعد الاستدلال الشرعي كما سيأتي عند تناول مصادر التشريع الدستوري في المجتمع الإسلامي. وفي ذلك يقول الدكتور جمال الدين عطية " خليق بنا أن نبين أن القرآن ليس دستورا بالمفهوم الحديث الذي ينظم السلطات العامة، بل هو ميثاق أعلى يتضمن المبادئ العليا للمذهبية الإسلامية وليس القرآن وحده هو الذي يتضمن جميع المبادئ بل تتضمن السنة الكثير منها" (3).

2- ومن جهة ثانية أن سمو الشكلي الذي تتمتع به أحكام الكتاب لا يقتصر فقط على الأحكام الدستورية، نظرا لكون معظم أحكام القرآن تتعلق بالعبادات والأحوال الشخصية والمعاملات المدنية وهي أكبر بكثير جدا من الأحكام الدستورية، فالقرآن لا يتضمن من القواعد الدستورية إلا نورا يسيرا هي قواعد عامة وأصول كلية، وسائر أحكام القرآن ليست لها من حيث الموضوع علاقة بالدستور، فاعتماد هذا المعيار الشكلي يجعل هذه الأحكام جزءا من الدستور وهي ليست كذلك. كما انه يلغي الفارق بين القوانين الدستورية والقوانين العادية.

3- ومن جهة ثالثة فإن القرآن لا يتضمن الأحكام والتشريع فحسب. فهو فضلا عن ذلك يتضمن من العقائد الدينية والشعائر التعبديّة والفضائل الأخلاقية والقصص والأمثال، و من ثم فإن اللفظ الذي كان علماء الأصول يطلقونه على القرآن كمصدر للأحكام الشرعية هو لفظ الكتاب. فالقرآن كتاب هداية في جميع مجالات الحياة، وقصره على مجال بعينه أو جعله موسوعة معارف تقول كل شيء عن كل شيء، خروج به عن رسالته، فهو ليس كتاب في العلم ولا كتاب في الفن أو كتاب في القانون أو السياسة أو الطب أو غير ذلك وإذ كان وجد فيه شيء من ذلك فهو لا يعدو مقصد الهداية العامة .

1- عدنان نعمة: دولة القانون في إطار الشرعية الإسلامية، ص: 30.

2- سليمان الطماوي: التطور السياسي للمجتمع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961، ص: 25.

3- جمال الدين عطية: النظرية العامة للتشريع الإسلامية، ص: 15.

وإذ كان البعض يعتمد معياراً شكلياً لتحديد الدستور ويحصر في القرآن، فإن البعض الآخر يوسع من هذا المعيار الشكلي ليسع الكتاب والسنة، كما هو الحال عند الدكتور توفيق بن عبد العزيز السديري الذي يبدو أنه لم يستطع التخلص من وهج الفكرة القائلة بأن القرآن هو الدستور، وفي نفس الوقت لم يتقبل حصر القواعد الدستورية في القرآن وحده، فأعطى للدستور أكثر من تعريف يعكس بشكل واضح هذا التذبذب، من بينها أنه: "مجموعة القواعد والأحكام العامة الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية والتي تنظم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الحكم في الإسلام" (1).

ورغم الأفضلية النسبية التي يتمتع بها هذا التعريف بالنسبة للتعريف الأول، فإنه كذلك تنقصه الدقة العلمية، لعدم استيفائه خاصيتي الحصر (أن يكون جامعاً) وخاصية القصر (أن يكون مانعاً)

1- فهو من جهة يفتقد خاصية الحصر من حيث أن القواعد الدستورية غير متضمنة في الكتاب والسنة فحسب بل إن الكتاب والسنة لم يتضمنا منها إلا النزر اليسير كما هو مقرر عند عدد كبير من فقهاء الشريعة، وأولهم إمام الحرمين الجويني الذي يرى بأن المعول في مسائل الأحكام السلطانية على الإجماع وعلى مسالك الاجتهاد والاستدلال الشرعي "لا مطمح في وجدان نص من كتاب الله تعالى في تفاصيل الإمامة، والخبر المتواتر معوز أيضاً، فال مال الطلب في تصحيح المذهب إلى الإجماع، فكل مقتضى ألفيناه معتضد بإجماع السابقين فهو مقطوع به، وكل ما لم يصادف فيه إجماعاً اعتقدناه واقعة من أحكام الشرع وعرضناه على مسالك الظنون" (2).

2- ومن جهة ثانية فهو يفتقد خاصية القصر من حيث أن المبادئ العامة لنظام الحكم ليست كلها ذات طبيعة قانونية حقوقية بل منها مبادئ ذات طبيعة أخلاقية، فالدستور كما يتضمن المبادئ العامة للنظام السياسي، فهو يتضمن أيضاً القواعد الخاصة بتنظيم السلطات العامة في الدولة والأحكام المتعلقة بصلاحياتها، وكل ذلك من المسكوت عنه في القرآن.

3- أما الدكتور عصام بن سعد بن سعيد، فهو الأكثر تذبذباً، إذ يرى أن القرآن هو الدستور، وأما القواعد التي سنتها المملكة السعودية لتنظيم السلطات فيها ليست دستوراً ولكنها مجرد أنظمة أساسية حيث يقول "وقد أخذت المملكة السعودية بفكرة الأنظمة الأساسية" (3)، لما لها من وضعية خاصة، حيث أن الدستور في المملكة هو القرآن الكريم، الذي يعد الشريعة التي ترسي أسس الحكم في الدولة، ولذلك صدرت الأنظمة الأساسية وهي في مركز يعلو على الأنظمة العادية، ولكنه لا يرقى إلى مستوى الدستور (القرآن) " (4).

1- توفيق بن عبد العزيز السديري: الإسلام والدستور، ص: 56.

2- عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 47.

3- وهي كما عددها نظام الحكم الأساسي، نظام مجلس الشورى، نظام مجلس الوزراء، نظام المناطق. ينظر: عصام بن سعد بن سعيد: السلطة التشريعية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص: 16.

4- عصام بن سعد بن سعيد: السلطة التشريعية في المملكة العربية السعودية، ص: 16.

وفضلا عما سبق بيانه من أن القرآن ليس دستورا بالمفهوم الاصطلاحي له لا شرعا ولا قانونا، فلا هو كتاب في الأحكام السلطانية، ولا هو كتاب في القواعد الدستورية. فإن لنا على ما ذهب إليه الدكتور الفاضل من أن النظام الأساسي ليس دستورا على اعتبار أن دستور المملكة هو القرآن ثلاث ملاحظات:

الأولى : تتعلق بالناحية اللغوية، إن القول بأن القرآن هو الدستور عبارة محدثة وإطلاقها على القرآن لم يعرفه السلف وأهل العلم، إن الدستور كلفظ معرب من لغته الأصلية يعني القانون الأساسي أو النظام الأساسي، مما يعني أن النظام الأساسي هو الدستور من الناحية اللغوية، و من ثم فتسميت تلك الأنظمة أنظمة أساسية يعني أنها دستور أو جزء منه، والتفريق بينهما ليس إلا نوع من التحايل على اللغة والشرع والقانون. و فضلا عن ذلك، فإن التفريق بين النظام الأساسي والدستور وجعل الدستور لفظا خاصا بالقرآن، يضي على كلمة الدستور القداسة كأنه لا يجوز إطلاقها على غير القرآن وهو ما لا دليل عليه.

الثانية: تتعلق بالناحية الموضوعية والشكلية، فإن القواعد التي تضمنها نظام الحكم الأساسي و الأنظمة الأخرى هي من حيث الموضوع قواعد دستورية، لكونها تتعلق بتحديد شكل الدولة وطبيعة النظام السياسي في المملكة، وتنظيم السلطات العامة فيها، ومن ثم فهي تعتبر دستورا أو جزء من الدستور حتى ولو سميت أنظمة أساسية. وهي من الناحية الشكلية تعتبر دستورا لكونها تسمو على جميع اللوائح والأنظمة التي تصدر في المملكة وحاكمة عليها بنص المادة 67 من نظام الحكم الأساسي(1).

والثالثة تتعلق بحصر الدكتور عصام بن سعيد الدستور في القرآن، ناسبا ذلك لنظام الحكم الأساسي في السعودية، مع أن مراجعة نفس النظام تبين بنص المادة الأولى منه أن الدستور الكتاب والسنة معا" المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة ؛ دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله"(2).

فقرة 3- الدستور: الشريعة

أولا - الدعوى

ومن جهة ثالثة يجعل البعض الشريعة هي الدستور في المجتمع الإسلامي كما يعبر عن ذلك الدكتور سمير عالية بقوله: " تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية بمنزلة الدستور في الدولة الإسلامية ويعتبر التقيد بها واجبا أساسيا وشرطا لازما لطاعة الرعية"(3). كما نجد هذه الفكرة عند محمد باقر الصدر الذي يرى بأن الدستور بمعناه العام هو الشريعة ويقصد بالشريعة" الأحكام الثابتة التي بينت بدليل من الأدلة الأربعة: الكتاب والسنة والإجماع والعقل، فهي دستور الأمة ، ولا يجوز في هذه الأحكام أي تعديل أو تغيير لأنها ذات صيغة محددة شاملة لجميع الظروف والأحوال فلا بد من تطبيقها دون تصرف"(4). ويظهر أن الصدر كان واعيا بأن " اصطلاح الدستور حينما يطلق على الشريعة هو أوسع من المصطلح المتعارف للدستور لأنه يشمل كافة أحكام الشريعة الخالدة" ولكنه قاصدا لذلك لتأشير درجة أهمية

1- المادة 67 من نظام الحكم الأساسي: " تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة او يرفع المسددة في شؤون الدولة وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية.. وتمارس اختصاصاتها وفقا لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى".

2- المادة 01 من نظام الحكم الأساسي للمملكة العربية السعودية.

3 - سمير عالية: نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، المؤسسة ص:99.

4 - محمد باقر الصدر: ، الإسلام يقود الحياة، ص:19.

الشريعة في حياة المجتمع الإسلامي وبالتالي درجة إلزامها ولذلك نجده يقول " أن أحكام الشريعة الثابتة بوضوح فقهي مطلق تعتبر جزءاً ثابتاً في الدستور، سواء نصّ عليه صريحاً في وثيقة الدستور أو لا " (1).

ثانياً - مناقشة

إن جعل الشريعة في المجتمع الإسلامي هي الدستور ترد عليه الملاحظات التالية

1- أنه يجعل من المصطلحات الشرعية والقانونية مصطلحات عائمة وفضفاضة غير محددة تحديداً علمياً دقيقاً منضبطاً فالشريعة سواء بمعناها العام أو الخاص أو الأخص هي أو سع بكثير من المفهوم المتعارف عليه للدستور، فهي بالمعنى العام العقيدة والأخلاق والعبادات والمعاملات ولا تقتصر على الشؤون الدستورية، وهي بالمعنى الأخص تتطابق مع معنى القانون بجميع تدرجاته وموضوعاته، وإذا كان البعض قد درج على استعمال الشريعة في معنى الدستور، فقد درج البعض الآخر على استعمال الشريعة في معنى القانون بكل فروعه، ومن ثم فلا يصح في التداول الشرعي أن تستعمل لفظ الشريعة في معنى القانون ثم تستعمل حصرياً في معنى الدستور.

2- كما أن حصر الأحكام الدستورية في الأحكام الثابتة قطعاً غير سديد أيضاً، فليست جميع الأحكام الدستورية التي تنظم الشأن العام هي أحكام قطعية الثبوت، أو ينبغي أن تكون قطعية الثبوت كما ذهب إلى ذلك الدكتور عبد الحميد متولي، بل أغلب المسائل الدستورية بطبيعتها وموضوعها هي مسائل اجتهادية تحتمل أكثر من رأي فقهي، ومن ثم فقصر معنى الدستور على أحكام الشريعة الثابتة، بقدر ما يوسع من مفهوم الدستور إلى مسائل خارجة عنه بالموضوع، بقدر ما يضيق من مفهوم الدستور إلى مسائل محددة بالشكل.

البند الثاني: تحرير القول في مفهوم الدستور الإسلامي

وعلى ذلك نعرف الدستور الإسلامي وفق المعيار الموضوعي " بأنه جملة الأحكام السلطانية المستمدة نصاً من مبادئ الشريعة أو اجتهاداً بتشريع جماعة المسلمين، أو من العرف والمتعلقة بتحديد شكل الدولة ونظامها وأسسها، وتكوين الولايات العامة واختصاصاتها والعلاقة بينها وحقوق الأفراد قبلها والحريات العامة فيها".

فالدستور في الدولة الإسلامية هو الأحكام والقواعد المتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة وهي أحكام بعضها مقرر نصاً بالشرع المنزل وهي لا تختلف من عصر إلى عصر أو من مصر إلى مصر بل هي جزء من دستور كل دولة إسلامية، وبعضها أحكام دستورية مفوضة لتشريع جماعة المسلمين وتوافقها في إطار قواعد المشروعية الإسلامية ووفق قواعد السياسة الشرعية، وهي قواعد يمكن أن تختلف من عصر إلى عصر بحسب ما يفضي إليه الاجتهاد، وبعضها أعراف دستورية استقرت و عليها العمل في جماعة المسلمين فهي أحكام ملزمة لا يجوز تركها إلا بتبدل العرف وحلول عرف جديد محله.

1 - محمد باقر الصدر: ، الإسلام يقود الحياة، ص: 19 .

المطلب الثاني: طبيعة ونوع الدستور بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

تسلم النظم السياسية المعاصرة جميعا بالقيمة العلوية للدستور على سائر القوانين فهو يمتاز بالسمو الشكلي والسمو الموضوعي عن سائر القوانين ومع ذلك فإن النظم السياسية المعاصرة تختلف في القيمة التي تضيفها على القواعد الدستورية التي يتضمنها الدستور فبعضها يجعل منها قواعد مرنة، بينما بعضها يجعل منها قواعد جامدة، كما تختلف في تدوين الدستور فبعضها دساتيرها عرفية وبعضها دساتيرها مكتوبة (فرع أول)، وعلى ضوء هذا التوصيف سنعرض في هذا المطلب لتحديد نوع وطبيعة القواعد الدستورية التي تحكم النظام السياسي الإسلامي (مطلب ثان).

ومن ثم فقد جاء هذا المطلب أيضا في فرعين:

الفرع الأول: أنواع الدساتير في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الثاني: طبيعة ونوع الدستور الإسلامي

الفرع الأول: أنواع الدساتير في النظم السياسية المعاصرة

تنقسم الدساتير الوضعية الحديثة من حيث الشكل إلى دساتير مدونة (مكتوبة) ودساتير غير مدونة (عرفية) كما تنقسم من حيث طريقة تعديلها إلى دساتير جامدة ودساتير مرنة.

البند الأول: الدساتير المدونة والدساتير غير المدونة.

تقسيم الدساتير إلى مدونة و غير مدونة، إنما هو بحسب الغالب على النظام الدستوري، ولا يعني بالضرورة أن الدول ذات الدساتير المكتوبة لا توجد فيها قواعد دستورية عرفية، أو أن الدول الدساتير غير المدونة لا توجد فيها قواعد دستورية مكتوبة، وإنما بالغالب، فالدول ذات الدساتير المكتوبة هي الدول التي بني فيها غالب النظام الدستوري على القواعد الدستورية المكتوبة، بينما الدول ذات الدساتير غير المكتوبة هي الدول التي بني فيها غالب النظام الدستوري على القواعد الدستورية العرفية(1).

فقرة 1- الدساتير المكتوبة

الدستور المكتوب هو الدستور الذي يصدر في شكل وثيقة مكتوبة أو عدة وثائق صادرة عن السلطة السياسية وقد بدأت حركة تدوين الدساتير في الولايات المتحدة الأمريكية على مستوى كل ولاية من ولاياتها بعد استقلالها عن بريطانيا، وعلى مستوى الدولة الاتحادية عند إعلانها عام 1787، وعلى ذلك يعد الدستور الأمريكي أقدم الدساتير المكتوبة المعاصرة، ثم تبعه الدستور الفرنسي الصادر في 1791، عقب الثورة الفرنسية والذي جاء معبرا عن توجهاتها(2)، ومنذ ذلك الحين انطلقت حركة تدوين الدساتير وتوالى صدورها في معظم دول العالم، مما أدى إلى تراجع دور العرف الدستوري ليحل محله الوثيقة الدستورية،

ويعمل أنصار الدساتير المكتوبة ذلك لما يضيفه تدوين القواعد الدستورية من احترام وثبات وتحديد ووضوح وهي صفات ربما لا تتمتع بها القواعد العرفية (3). ولكن أنصار الدساتير العرفية يرون أن الدساتير المكتوبة عليها مآخذ كثيرة أوضحها جمود الدساتير والصعوبة البالغة التي تواجه تعديلها (4). حيث تؤكد التجارب في الدول ذات الدساتير المدونة أنه مهما كان دستور الدولة مفصلا فإنه حتما ستواجه بأوضاع وتطورات لم تضع لها أحكاما، مما يؤدي إلى نشوء أحكام جديدة تكمله أو تفسره مصدرها العرف أو القضاء.

فقرة 2- الدساتير غير المكتوبة:

يرى بعض الفقهاء أن استخدام مصطلح الدساتير غير المكتوبة أدق من مصطلح الدساتير العرفية لأنه يشمل المصادر غير التشريعية سواء تمثلت في العرف أو في القضاء(5)، لقد ظل العرف لمدة طويلة جدا يمثل المصدر الرئيس للقواعد الدستورية في معظم بلاد العالم قبل أن تدشن الولايات المتحدة حركة تدوين الدستور، ومن أشهر الدساتير غير المدونة والسائدة إلى يومنا هذا الدستور الإنجليزي، الذي يمثل المثال التقليدي والمشهور للدساتير العرفية، ومع ذلك

1- ينظر: سعد عصفور، عبد الحميد متولي، محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية ص:74

2- ينظر: محمد حسين عبد العال: القانون الدستوري، ص: 13- 14. عبد الحميد متولي القانون الدستوري والأنظمة السياسية، 20-19 /2

3- سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية، ط 2001، دون ناشر، ص:86.

4- محمد السناري: القانون الدستوري ونظرية الدولة والحكومة - دراسة مقارنة - دون ناشر، ص: 146.

5- ينظر: سعد عصفور، عبد الحميد متولي، وينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص:75.

نجد عددا من الوثائق الرسمية المكتوبة البالغة الأهمية منها العهد الأعظم Magna Charta الصادرة في 1215، ملتصق الحقوق Potition Of Rights الصادر في 1628، قانون الحقوق Bill Of Rights الصادر 1689، وقانون توارث العرش Act Of Settlement الصادر 1701، وقانون البرلمان Act Of Parliament الصادر سنة 1911م (1).

ويعلل أنصار الدساتير العرفية تمسكهم بها إلى ما تمتاز به من مرونة وقابلية للتطور، بينما يرى أنصار الدساتير المكتوبة أنه يعيبها الغموض والجمود ولا تضع ضوابط واضحة للسلطات الدستورية في الدولة لممارسة التصرف السياسي.

البند الثاني: الدساتير الجامدة والدساتير المرنة

ينقسم دساتير الدول من حيث طريقة تعديلها إلى دستور مرن ودستور جامد:

فقرة 1- الدساتير المرنة

الدستور المرن هو الدستور الذي يعدل بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، أو هو الدستور الذي يمكن أن يعدل بقانون عادي ووفقا للإجراءات التي يعدل بها القانون العادي. ويعد أشهر مثال على الدساتير المرنة الدستور الإنجليزي حيث يستطيع البرلمان الإنجليزي أن يعدل الدستور بذات الطريقة التي يعدل بها القوانين العادية. ويعلل أنصار الدستور المرن أفضليته بأن سهل التعديل وبالتالي يمكن أن يساير مختلف التطورات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي يعرفها المجتمع. بينما يأخذ عليه أنصار الدستور الجامد عدم توفر القوة اللازمة لنصوصه لفرض احترامها على الجميع بما في ذلك السلطة التشريعية، حيث يستطيع البرلمان في أي وقت تعديله كما يعدل القوانين العادية (2).

فقرة 2- الدساتير الجامدة

الدستور الجامد: وهو الدستور الذي يتطلب لتعديله إجراءات خاصة أشد من الإجراءات التي المتبعة في تعديل القانون العادي، ويتفق هذا النوع من الدساتير مع الطبيعة المفترضة للقواعد الدستورية وعلو مكانتها بين سائر القواعد الأخرى القواعد الأخرى من الناحية الشكلية والموضوعية. ويعلل أنصار الدستور الجامد تمسكهم به لكون ذلك يكفل للقواعد الدستورية نوع من الثبات والاستقرار لأحكامه وفرض احترام قواعده على الجميع بما في ذلك السلطة التشريعية فتتوفر له حماية من العبث والتغيير المستمر. على أن الجمود الذي تتسم به الدساتير ينقسم إلى صورتين (3):

أولا - الجمود المطلق للدستور: و هو أن ينص الدستور على عدم قابلية أو جواز تعديله بما يكفل له خاصية الدوام، ويجمع فقهاء القانون الدستوري على رفض هذه النوع من الجمود لسببين: الأول: مصادمتها للواقع العملي. من حيث أن تعديل الدستور ضرورة تملحها الحركية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للمجتمع، و التسليم بهذا النوع من الجمود معناه الوقوف ضد التطور الاجتماعي والحضاري للمجتمع. والثاني عدم مشروعيتها القانونية من حيث انه منافي لسيادة الشعب فلا يجوز لجيل أن يلزم الجيل الذي بعده بنفس الاختيارات السياسية وأن يسلبه حقه في ممارسة السيادة، لذا فمن غير المقبول أن تتجمد نصوص دستور هو مجموعة من القواعد الوضعية من صنع البشر بحيث

1- ينظر: سعد عصفور، عبد الحميد متولي، وينظر: محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص: 75.

2- ماجد راغب الحلو: القانون الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص: 16.

3- ينظر: سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980، ص: 89.

تتصف بصفة الأبدية والديمومة(1)،

ثانيا - الجمود النسبي للدستور: تعتبر أغلب الدساتير في العالم اليوم جامدة جمودا نسبيا، وهذا الجمود إما أن يكون جمودا موضوعيا وإما أن يكون جمودا زمنيا.

والجمود الموضوعي هو أن ينص الدستور على عدم جواز تعديل بعض نصوصه أو بعض القواعد الدستورية، بحيث تكون محصنة ضد التعديل مطلقا، وهي حماية تقر للأحكام الأساسية للدستور، و لا يرى فقهاء القانون الدستوري مانعا من ذلك، كمنع تغيير شكل الدولة كما ورد الدستور الفرنسي لسنة 1875 في المادة الثامنة " لا يجوز أن يكون شكل الحكومة الجمهوري محلا للتعديل"(2).

والجمود الزمني يقصد به فرض المؤسس الدستوري حماية للدستور أو بعض أحكامه ضد التعديل خلال فترة معينة من الزمن ، تراها السلطة التأسيسية كافية لتحقيق الهدف الذي وضع الدستور من أجله(3)، ومن أبرز الأمثلة على ذلك الحظر الذي أقره الدستور الأمريكي الصادر 1787 لبعض أحكامه قبل سنة 1808.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض شراح القانون الدستوري يخلطون بين تقسيم الدساتير إلى مدونة وغير مدونة، وبين تقسيمها إلى جامدة ومرنة، فيعتبرون الدساتير المدونة دساتير جامدة والدساتير العرفية دساتير مرنة(4)، والحقيقة أن هذا الخلط لا أساس له من الصحة لاختلاف معيار التقسيم من جهة، ولمخالفته للواقع الدستوري من جهة ثانية. فمعيار التقسيم من حيث التدوين هو المصدر(التشريع أم العرف والقضاء) ومعيار التقسيم من حيث المرونة هو كيفية التعديل، وهو لا أساس له من الصحة من جهة ثانية لمخالفته للواقع الدستوري، فقد يكون الدستور مدونا ومرنا في الوقت ذاته كما هو الحال في دستور فرنسا لسنة 1814، ولسنة 1830، ودستور ايطاليا لسنة 1848، ودستور الاتحاد السوفياتي سابقا لسنة 1918، ودستور ايرلندا الحرة لسنة 1922. كما قد يكون الدستور غير مدون وجامدا في الوقت ذاته مثلما كان الحال بالنسبة لقوانين المدينة في المدن اليونانية القديمة و بالنسبة للقوانين الأساسية في العهد الملكي في فرنسا(5).

1- سامي جمال الدين: القانون الدستوري والشرعية الدستورية ، ص:149.

2- سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري ص:89

3- سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري، ص:88.

4- ينظر: السيد صبري: النظم الدستورية في البلاد العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1956، ص: 136-141.

5- ينظر: سعد عصفور، عبد الحميد متولي، محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، ص:75-77.

الفرع الثاني: طبيعة ونوع الدستور الإسلامي

البند الأول: الدستور الإسلامي بين التدوين و عدم التدوين

لا يزال كثير من أهل العلم ينظر بغير عين الرضا لمسألة تدوين التشريع(1)، سواء كان تشريعاً دستورياً أو تشريعاً عادياً، وهو الرأي الذي يعلن الاكتفاء بالقرآن وكتب السنة أو حتى كتب الفقه ككتب تشريع(2)، بل يجازف البعض بسبب عدم وضوح مفهوم الدستور عنده بالقول أن التشريعات الدستورية "لم يثبت عبر التاريخ الإسلامي تدوينها، إذ ليست هناك حاجة لتدوينها ما دامت ثابتة في كتاب الله وسنة رسوله، وإجماع العلماء، والمفترض أن الدولة الإسلامية يتوفر فيها العلماء والفقهاء الذين يهدون مسيرتها الدستورية" ولسنا هنا بصدد تناول مسألة التدوين والتقنين على عمومها ولكن نركز على مسألة تدوين الدستور في المجتمع الإسلامي.

فقرة 1- الأسانيد الشرعية لتدوين الدستور الإسلامي

رغم أن بقاء الدستور غير مدون هو الذي جرى به العمل في أغلب فترات التاريخ الإسلامي، كما جرى به العمل في كثير من الدول والنظم السياسية القديمة، ولا يزال سارياً في بعض البلدان كبريطانيا، فإن الذي نرجحه بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي هو ضرورة وضع دستور مدون، لعدد من الاعتبارات الشرعية والمصلحية.

أولاً - أن كتابة التشريع وتدوين الأحكام أمر غير منكور وجرى العمل به في عصر الرسالة وفي عصر الخلفاء الراشدين ويكفي للدلالة على ذلك تتبع مختلف الدلالات التي يأخذها لفظ "الكتاب" في مجال التداول الحديثي حيث نجد أنه يأخذ عدة دلالات يمكن مبدئياً إذا استبعدنا مفهوم كتاب الله حصرها في مجموعتين:

الأولى: كتب غير رسمية (كتاب وصية، كتاب عقد ومشاركة، كتاب رسالة عادية..)

الثانية: كتب رسمية وهي ما يعيننا هنا في سياق إثبات مشروعية تدوين التشريعات الدستورية والعادية في مدونة رسمية، وتمثل في التشريعات الدستورية والقوانين (مثل كتاب النبي(3) بين المهاجرين والأنصار، صحيفة المدينة، وكتاب النبي ص لأهل اليمن(4)) والمعاهدات (مثل كتاب صلح الحديبية(5)) و التشريعات التنفيذية اللوائح

1 - يقصد بتدوين التشريع تقنيه والإلزام به وإضفاء الصفة الرسمية عليه، فالتلازم بين التدوين والإلزام تلازم اصطلاحية. وأما التفريق بين التدوين والإلزام كما يذهب إلى ذلك بكر بن عبد الله بن أبي زيد فليس هو المراد، والتدوين من غير إلزام ليس له معنى، كما أن التقنين لا يقتضي بالضرورة الإلزام بمذهب معين في جميع الأحكام، ينظر بكر بن عبد الله بن أبي زيد: فقه النوازل، 11/1.

2 - ظلت المملكة العربية السعودية ردحا من الزمن ترفض أي محاولة لتدوين دستور فيها، حتى عام 1999 أين وضعت مجموعة من الأنظمة الأساسية ولكن رفضت أن تسميها دستورا على اعتبار أن الدستور هو القرآن، كما ترفض استعمال لفظ التشريع وإنما تستعمل في تسمية ما تصدره السلطة العامة من أوامر لفظ الأنظمة وكان ذلك بناء على فتوى كبار العلماء في المملكة. ينظر القرار الوزاري في المملكة رقم: 328، بتاريخ 1396/3/1هـ.

3 - عن ابن عباس أن النبي (ص) "كُتِبَ كِتَابًا بَيْنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ أَنْ يُعْقِلُوا مَعَالِيَهُمْ وَأَنْ يُفِدُوا عَائِيَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَالْإِصْلَاحِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ" مسند أحمد/ مسند بني هاشم/ مسند عبد الله بن العباس/ رقم: 258/4. 2443. وقال محققه إسناده ضعيف

4 - عن عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ "كُتِبَ إِلَى أَهْلِ الْيَمَنِ كِتَابًا فِيهِ الْفَرَائِضُ وَالسُّنَنُ وَالذِّيَابُ وَتَعَثَ بِهِ مَعَ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ" سنن النسائي/ كتاب القسامة/ باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول / رقم: 4853. ص: 739.

5 - عن البراءة بن عازب رضي الله عنهما قال: "لَمَّا صَاحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ الْحَدِيثِ كَتَبَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ بَيْنَهُمْ كِتَابًا". صحيح البخاري/ كتاب الصلح/ باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان / رقم: 267/2. 2698.

الإدارية(كتبه ص إلى عماله والقضاة ككتاب الصدقة(1) وكتابه لمسلم بن الحارث التميمي (2)) والمراسلات الدبلوماسية التي تحصل في الدولة (مثل كتب النبي ﷺ إلى هرقل والمقوقس وكسرى..).

وإذا كانت هذه الكتب في أول الأمر لم تكن تحمل خاتما يضي عليها طابع الرسمية، فقد استدرك النبي ﷺ ذلك لاحقا حينما أشار عليه بعض الصحابة باتخاذ خاتم فعن أنس بن مالك ﷺ قال: (كَتَبَ النَّبِيُّ ﷺ - أَوْ أَرَادَ أَنْ يَكْتُبَ - فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُمْ لَا يَقْرَءُونَ كِتَابًا إِلَّا مَخْتُومًا، فَأَتَّخَذَ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ، نَفْسُهُ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ، كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى بَيَاضِهِ فِي يَدِهِ) (3).

وما ذكرناه عن عصر النبوة، ينطبق أيضا على عصر الخلافة الراشدة، فهناك التشريعات العادية (ككتاب أبي بكر ﷺ بتحريق اللوطية، وكتابه ﷺ لأنس بن مالك ﷺ لما وجهه للبحرين في أنصبة الزكاة(4)، وكتاب عمر ﷺ بقتل كل ساحر وساحرة(5). ومنها كتبه ﷺ في تنظيم القضاء ككتابه للقاضي شريح (6)، و كتابه لأبي موسى الأشعري(7). ومنها كتاب علي بن أبي طالب ﷺ لمحمد بن أبي بكر(8)، والتشريعات التنفيذية والإدارية (ككتاب أبي بكر ﷺ لأهل البحرين(9)، وكتاب عمر ﷺ لأهل أذربيجان(10)،

ومن هنا نجد أن هذه الكتب التي تحمل الصفة التشريعية تقوم بنفس الدور الذي تقوم به الجريدة الرسمية اليوم، تبليغ التشريع وإشهاره ودخوله حيز التنفيذ، فقد كانت هذه الكتب تجعل من التشريع المكتوب سواء كان تشريعا

1 - عَنْ سَالِمٍ " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ كِتَابَ الصَّدَقَةِ فَلَمْ يُخْرِجْهُ إِلَى عَمَّالِهِ حَتَّى فُضِّصَ فِقْرَتُهُ بِسَيِّفِهِ فَلَمَّا فُضِّصَ عَمِلَ بِهِ أَبُو بَكْرٍ حَتَّى فُضِّصَ وَغُمِرَ حَتَّى فُضِّصَ". سنن الترمذي/ أبواب الزكاة/ باب ما جاء في زكاة الإبل والغنم /رقم: 621. 10/2.

2 - عَنْ مُسْلِمِ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ " أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ لَهُ كِتَابًا بِالْوَصَاةِ لَهُ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ مِنْ وُلاةِ الْأَمْرِ وَخَتَمَ عَلَيْهِ " مسند أحمد/ مسند الشاميين/ رقم: 18055. 594/29. وقال محققه إسناده ضعيف لجهالة التابعي.

3 - صحيح البخاري/ كتاب العلم/ باب ما يذكر في المناولة/ رقم: 65. 40/1. " وقد كان خاتم النبي (ص) في يده وفي يد أبي بكرٍ بَعْدَهُ وفي يد عمرٍ بَعْدَ أَبِي بَكْرٍ فَلَمَّا كَانَ عُثْمَانُ جَلَسَ عَلَى بَيْتِ أَرِيْسٍ قَالَ فَأَخْرَجَ الْخَاتَمَ فَجَعَلَ يَغْبِثُ بِهِ فَسَقَطَ مِنْهُ " صحيح البخاري/ كتاب اللباس/باب هل يجعل نقش الخاتم ثلاثة أسطر / رقم: 5879. 70/4.

4 - عن عبد الله بن أنس أن أنسا رضي الله عنه حدثه أن أبا بكرٍ رضي الله عنه كتب هذا الكتاب لَمَّا وَجَّهَهُ إِلَى الْبَحْرَيْنِ " بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ هَذِهِ فَرَائِضُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَهَا اللَّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ بِهَا رَسُولُهُ -ﷺ- فَمَنْ سَأَلَهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى وَجْهِهَا فَلْيُعْطَهَا وَمَنْ سَأَلَ فَوْقَهَا فَلَا يُعْطِ". سنن البيهقي/ كتاب آداب القاضي / باب كتاب الأمير للقاضي/ رقم: 20411. 217/10. ورواه البخاري في صحيحه عن الأنصاري/كتاب الزكاة/ باب زكاة الغنم/ رقم: 1454. 449/1.

5 - عَنْ عُمَرُو بْنِ دِينَارٍ أَنَّهُ سَمِعَ جَالَةَ يَقُولُ : " كَتَبَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ أَقْتُلُوا كُلَّ سَاحِرٍ وَسَاحِرَةٍ قَالَ : فَفَقْتَلْنَا ثَلَاثَ سَوَاحِرَ ". سنن البيهقي/ كتاب القسامة / باب تكفير الساحر وقلته/ رقم: 16498. 233/8. وأصل الحديث في صحيح البخاري/كتاب الجزية/ باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب/ رقم: 3156. 406/2.

6 - سنن النسائي/كتاب آداب القضاة/ باب الحكم باتفاق أهل العلم/ رقم: 5399. ص: 811. وقال الألباني صحيح الإسناد موقوف.

7 - سنن البيهقي/ كتاب آداب القاضي/ باب من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نضا أو اجماعا/ رقم: 20372. 204/10.

8 - عَنْ قَابُوسَ بْنِ مَخْرَاقٍ : أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ أَبِي بَكْرٍ كَتَبَ إِلَى عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَسْأَلُهُ عَنْ مُسْلِمٍ رَزَى بِنَصْرَانِيَّةٍ فَكَتَبَ إِلَيْهِ : " أَنْ أقيمَ الْحَدَّ عَلَى الْمُسْلِمِ وَأَدْفَعِ النَّصْرَانِيَّةَ إِلَى أَهْلِ دِينِهَا. " سنن البيهقي / كتاب الحدود/ باب ما جاء في حد الذميين / رقم: 17121. 432/8.

9 - عن أنس أن أبا بكرٍ رضي الله عنه كتب له هذا الكتاب لَمَّا وَجَّهَهُ إِلَى الْبَحْرَيْنِ " بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ هَذِهِ فَرَائِضُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمُسْلِمِينَ وَالَّتِي أَمَرَ اللَّهُ بِهَا رَسُولُهُ فَمَنْ سَأَلَهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى وَجْهِهَا فَلْيُعْطَهَا وَمَنْ سَأَلَ فَوْقَهَا فَلَا يُعْطِ" صحيح البخاري/ كتاب الزكاة/ باب زكاة الغنم / رقم: 1454. 449/1.

10 - عن عُثْمَانَ النَّهْدِيِّ أَنَا كِتَابَ عُمَرَ وَنَحْنُ مَعَ عُثْبَةَ بْنِ فَرْقَدٍ بِأَذْرَبِيجَانَ " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْحَرِيرِ...". صحيح البخاري / كتاب اللباس/ باب لبس الحرير وافتراشه للرجال / رقم: 5828. 62/4.

مسنونا بالنص وبصفة الرسالة والتبليغ، أو تشريعاً مسنوناً بالاجتهاد وصفة الإمامة (مثل كتابه لبلال بن حارث المزني)، تجعل لتلك التشريعات الصفة الرسمية والإلزامية، مما يعني تطبيقها بصفة عامة ومجردة وعدم جواز الخروج عليها وإلا تعرض للجزاء والعقاب الدنيوي أو العقاب الأخروي. بينما كانت الاجتهادات الفقهية لسائر الصحابة، مجرد آراء فقهية. والأمثلة على مخالفة التشريع الرسمي لاجتهادات سائر الصحابة كثيرة سواء في المسائل الدستورية أو المالية أو الجنائية مما وردت به النصوص الصحيحة والمصادر الموثوقة.

ثانياً - السابقة التي سنّها النبي ﷺ عند هجرته للمدينة بإصداره ما يعرف بصحيفة المدينة أو الكتاب (1)، ورغم أن البعض يشكك في هذه الوثيقة التاريخية لعدم ورودها بنصها في كتب الحديث المعتمدة، بل أوردتها بنصها المتداول محمد بن إسحاق في الجزء الثالث من كتابه سيرة رسول الله، المعروف بسيرة ابن إسحاق، ثم نقلها عنه بنصها هذا عبد الملك بن هشام في كتابه السيرة النبوية المتداول، والمعروف اختصاراً بسيرة ابن هشام وهو تهذيب لسيرة ابن إسحاق (2). و أوردتها عنه أيضاً البيهقي في السنن الكبرى مختصرة و مسندة (3)، فإنه على الرغم من ذلك فقد تلقاها أهل الرواية بالقبول لكونها تجد أصلها في صحيح البخاري (4)، ومسلم (5)، وسنن أبي داود (6)، ومسند الإمام أحمد (7).

لذا تحفي كثير من الدراسات الدستورية المعاصرة بهذه الوثيقة الهامة التي تعتبرها في معظمها إعلاناً دستورياً مدوناً للدولة الإسلامية في عهدها المبكر، حيث تذهب أغلب الدراسات لإضفاء القيمة الدستورية على هذا الكتاب (8)، على الرغم من أن بعض الدراسات تجادل في القيمة الدستورية لهذه الصحيفة وتكفيها على أنها معاهدة

1 - ينظر نص هذه الصحيفة في: محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، ص: 59-64. وقد قسمها إلى 47 بنداً، وينظر له دراسة دستورية لنصوصها بالانكليزية في كتابه "The First Written Constitution in the World" كما قام بدراستها دراسة تاريخية الدكتور صالح أحمد العلي في بحثه المنشور في مجلة المجمع العلمي العراقي المجلد 17 لسنة 1969 بعنوان "تنظيمات الرسول الإدارية في المدينة"، كما قام بدراستها الدكتور أكرم ضياء العمري في بحثه المنشور في مجلة كلية الإمام الأعظم بغداد العدد الأول لسنة 1972 بعنوان "أول دستور أعلنه الإسلام".

2 - ينظر: ابن هشام، السيرة النبوية، 3/32-33.

3 - سنن البيهقي/ كتاب الديات/ باب العاقلة/ رقم: 16369. 184/8-185.

4 - ففي صحيح البخاري/ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة/ باب ما ذكر النبي وحض على اتفاق أهل العلم / رقم: 7340. عَنْ أَنَسِ قَالَ: "خَالَفَ النَّبِيُّ ﷺ بَنِي الْأَنْصَارِ وَفُرَيْشِي فِي دَارِي النَّبِيِّ بِالْمَدِينَةِ وَقَسَتْ شَهْرًا يَدْعُو عَلَى أَحْيَاءٍ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ" 4/370.

5 - وفي صحيح مسلم/ كتاب العتق/ باب تحريم تولي العتق غير مولى/ رقم: 1507. ص: 612. عن جَابِرٍ كَتَبَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى كُلِّ بَطْنٍ غَفْوَةً، ثُمَّ كَتَبَ أَنَّهُ لَا يَجِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَتَوَالَى مَوْلى رَجُلٍ مُسْلِمٍ بَعْدَ إِذْنِهِ، ثُمَّ أُخْبِرَتْ أَنَّهُ لَعَنَ فِي صَحِيحَتِهِ مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ".

6 - سنن أبي داود/ كتاب الإمارة والخراج والفيء/ باب كيف كان إخراج اليهود من المدينة / رقم: 3000. 249/2. وفيه أن النَّبِيَّ ﷺ "دعا اليهود إلى أَنْ يَكْتُبَ بَيْنَهُمْ كِتَابًا يَنْتَهُونَ إِلَى مَا فِيهِ، فَكَتَبَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَهُمْ، وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ عَامَةً صَحِيفَةً" وقال الألباني صحيح الإسناد.

7 - مسند الإمام أحمد / مسند ابن عباس/ باب / رقم: 2317. و/ مسند عبد الله بن عمرو بن العاص/ رقم: 6610. 258/4. عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ: "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ بَيْنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ أَنْ يَغْفُلُوا مَعْقِلَهُمْ وَأَنْ يَفْدُوا عَائِنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَالْإِصْلَاحِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ". وقال محققه إسناده ضعيف لتدليس الحجاج.

8 - كما هو الحال في: محمد حميد الله: الوثائق السياسية، ص: 59، وفي محمد سليم العوا: في النظام السياسي الإسلامي، ص: 50-61. وفي: منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، ص: 45-47. وفي حسين مؤنس: دراسات في السيرة النبوية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص: 55. وله أيضاً عالم الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1973، ص: 141. وفي حسن الترابي: السياسة والحكم، النظم السلطانية بين الأصول وسنن الواقع، ص: 90، 91، 97. وفي: عبد الإله بلقزيز: تكوين المجال السياسي الإسلامي، ص: 159.

(داخلية)، أو (خارجية) (1)، غير أن إسقاط مفهوم الدستور على مضمون هذه الصحيفة كافي في الدلالة على قيمتها الدستورية، حيث تضمنت جملة من المبادئ الدستورية الهامة.

ورغم أنه جاء في الكتاب والسنة كثير من التشريعات الدستورية أهم منها بكثير، بعضها مؤكدا لما ورد فيها، وبعضها زائدا على ما فيها، وبعضها ناسخ (معدل) لما ورد فيها. فإن هذه الوثيقة تبقى دليلا واضحا على مشروعية تدوين القواعد الدستورية في وثيقة تنظم الاجتماع السياسي في المجتمع الإسلامي، سواء اقتصر هذا المجتمع على المسلمين وحدهم، أو شاركته المواطنة طوائف دينية أخرى، كما هو الحال اليوم في بعض الدول العربية، مثل مصر وسوريا ولبنان والعراق.

" ففي مقدمة هذه الوثيقة نجد إعلانا عن قيام وحدة سياسية إسلامية تتألف من مهاجري مكة وأنصار المدينة، مضافا إليهم كل من أبدى استعدادا للتبعية لهذه الوحدة السياسية وخضع لقيادتها من الأقليات الأخرى(2)، كما تضمنت الوثيقة نصوصا في التكافل الاجتماعي(3)، ونصوصا أخرى في إقامة العدل وتنظيم القضاء(4)، ونقله من الأفراد والعشيرة إلى الدولة دون محاباة لأي طرف مهما كان مركزه، ودون السماح له أو لعشيرته بالتدخل لتعطيل القانون، وتضمنت النص على بعض المبادئ الجنائية الهامة فقررت مبدأ شخصية العقوبة(5)، ومبدأ القصاص جزاء للقتل العمد العدوان(6)، كما أحصت أنواع الجرائم في الأنفس والأموال فحرمتها(7)، وجعلت المدينة حرما آمنا بالنسبة لجميع القاطنين على إقليمها(8)، كما تضمنت نصوصا في بيان مركز الأقليات الدينية في الدولة الناشئة(9)، ونصوصا أخرى تجعل للنبي ﷺ السلطة العليا في الدولة(10)، وتقييمه حكما بين أفرادها ومختلف مكوناتها(11)، بالإضافة إلى نصوص أخرى في الحقوق والحريات الفردية والاجتماعية والاقتصادية، فقررت: حق الحياة(12)، وحرية العقيدة(13)، حق الملكية(14)، وحق الأمن والمسكن والتنقل(15)، وحق المساواة(16)، وحق الفرد في المعونة

1 - كما هو الحال في محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، ص: 67، 71. وفي: سمير عالية: علم القانون والفقهاء الإسلامي، ص: 231. وفي:

محمد عابد الجابري: العقل السياسي العربي، محدداته وتجلياته، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط3، 1995، ص: 93.

2 - ينظر: البندين 1، 2 من الوثيقة. في محمد حميد الله: الوثائق السياسية، ص: 59.

3 - ينظر: البنود 3-12 من الوثيقة.

4 - ينظر: البند 13 من الوثيقة..

5 - ينظر: البندين 37، 46 من الوثيقة..

6 - ينظر: البند 21 من الوثيقة..

7 - ينظر: البند 13، 39، 42 من الوثيقة..

8 - ينظر: البند 39 من الوثيقة..

9 - ينظر: البنود 16، 24، 25، 26، 37، 44، من الوثيقة..

10 - ينظر: البندين 23، 42 من الوثيقة..

11 - ينظر: البندين 23، 42 من الوثيقة..

12 - ينظر: البند 21 من الوثيقة..

13 - ينظر: البند 25 من الوثيقة..

14 - ينظر: البندين 13، 47 من الوثيقة..

15 - ينظر: البندين 39، 47 من الوثيقة..

16 - ينظر: البنود 3-11 وأيضا البند 16 من الوثيقة..

المالية(1)، وحق التجمعات على أساس القبيلة(2)، أو على أساس الدين(3)، وحق إبداء الرأي أو حرية الرأي(4)."(5). ولذلك فلا نظن أن الدكتور محمد حميد الله قد جانب الصواب حينما اعتبر هذه الوثيقة أول دستور مكتوب في العالم (6). ومنه يتبين مدى المجازفة التي جازفها البعض بادعائه أنه لم يثبت عبر تاريخ الإسلام تدوين الدستور.

ثالثاً - أما ثالث الاعتبارات التي ترجح وضع دستور مدون في الدولة الإسلامية فهي تلك التي تتعلق باعتبارات المصلحة العامة من حيث أن أغلب المسائل الدستورية قد جرى فيها الخلاف بين فقهاء السياسة الشرعية قديماً وحديثاً، سواء في طرق إسناد الولايات العامة أو في تحديد شروط شغلها، وأسباب العزل وانتهاء الولاية، أو في تعيين صلاحياتها، وترك هذه المسائل غير محددة يفتح الباب للفتنة والفضى السياسية، من حيث أن عدم التدوين يفتح الباب لكل ذي رأي للتمسك برأيه وكل صاحب مذهب أو عقيدة سياسية للتمسك بمذهبه وعقيدته في هذه المسائل الخطيرة التي تتوقف عليها وحدة جماعة المسلمين، دون الانتهاء إلى قواعد يحتكم إليها، ومن ثم فإن المصلحة العامة لجماعة المسلمين تقتضي أن تقوم الجماعة بممارسة حقها في السيادة السياسية، والتي من أبرز مظاهرها تحديد الاختيارات الدستورية التي تراها محققة للمصلحة الشرعية وفق مناط واقعها السياسي. فإن رأت أن المصلحة العامة تقتضي إسناد الرئاسة العامة عن طريق الشورى العامة والاقتراع العام كان ذلك، أو عن طريق اختيار أهل الشورى كان ذلك، وهكذا تتحقق للجماعة أحد أهم شروط الاستقرار السياسي ونعني به وضوح القواعد الدستورية التي تشكل بنية النظام السياسي الإسلامي ووظائفه.

فقرة 2- محاولات تدوين الدستور الإسلامي

وعلى هذا الأساس فقد جرت في العصر الحديث عدة محاولات لصياغة دستور إسلامي نذكر منها:
أولاً - محاولة الشيخ أبي الأعلى المودودي في باكستان وتعود إلى عام 1952 من خلال كتابه تدوين الدستور الإسلامي(7)، وقد تناول فيه مسائل الدستور الأساسية، فعرض تسع مسائل بشكل مقارن مختصر هي: أ/ مناط الحكم. ب/ مدى ولاية الدولة. ج/ توزيع السلطات الثلاث. د/ هدف الدولة. هـ/ مواصفات الحاكمين. و/ أسس المدنية والمواطنة. ز/ حقوق المواطنين. ح/ حقوق الدول قبل المواطنين.

ثانياً - محاولة الشيخ تقي الدين النبهاني زعيم حزب التحرير الإسلامي، المنشور في كتابه نظام الحكم في الإسلام(8).

1 - ينظر: البنود 3-12 من الوثيقة.

2 - ينظر: البنود 4-11 من الوثيقة..

3 - ينظر: البند 25 من الوثيقة.

4 - ينظر: البند 37 من الوثيقة.

5 - نقلاً عن منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2003، ص: 45-47. بتصرف

6 - محمد حميد الله: مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، ص: 58.

7 - تدوين الدستور الإسلامي، ألقاها في الأيام الدراسية لجمعية المحامين بمرآش يوم 24 نوفمبر 1952، ونشرت في كتابه: نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون الدستور. ترجمة جليل حسن الإصلاح، دار الفكر، دمشق د.ت. ص 233. 310. وينظر: المودودي: تدوين الدستور الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

8 - ينظر: النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، منشورات حزب التحرير، مطبعة دير السريان، القدس، 1953.

ثالثا - محاولة محمد باقر الصدر للمحة الفقهية حول مشروع دستور الجمهورية الإسلامية وهي منشورة في كتابه الإسلام يقود الحياة(1).

رابعا - محاولة المستشار علي جريشة في مصر، حيث أصدر كتابا بعنوان (إعلان دستوري إسلامي) ، ويعود إلى عام 1980. حيث تطرق فيه إلى مقومات الدولة الأساسية وجوانب وظائفها على الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية(2).

خامسا - مشروع دستور إسلامي وضعته لجنة مشكلة من الإمام الأكبر الدكتور عبد الحليم محمود شيخ الجامع الأزهر رحمه لله، ثم قام عدد من الباحثين بتنقيحه كالدكتور مصطفى كمال وصفي (3)، و الدكتور محمد سيد أحمد المسير(4).

غير أن هذه المحاولات تبقى محاولات فقهية يطغى عليها الاجتهاد الفردي من جهة، و تفقد الطابع الرسمي من جهة ثانية، ومن جهة فقد جاءت تحمل نقائص كثيرة سواء من حيث الاختيارات الفقهية التي تبنتها أو من حيث إغفالها لكثير من المسائل التي لم يتعرض لها الفقه الإسلامي الأول أو التي لم يفصل فيها، ولعل أبرز مثال على ذلك إغفال تناول السلطة التشريعية أو عدم التفصيل في أحكامها، وكأن الدولة الإسلامية لا تمتلك سلطة تشريعية أو لا تملك جهازا لسن القوانين، ففي مشروع الأزهر الذي نقحه محمد أحمد سيد الميسر نجده تناول الأحكام المتعلقة بالسلطة التنفيذية (الإمام) في 17 مادة(5)، وتناول الأحكام المتعلقة بالسلطة القضائية(القضاء) في 22 مادة(6)، فلما جاء لتناول السلطة التشريعية (الشورى و سن القوانين) اكتفى في ذلك بمادتين (7).

البند الثاني: الدستور الإسلامي بين الجمود والمرونة

تتردد بين الباحثين في مجال الدراسات السياسية والشرعية فيما يتعلق بتكيف طبيعة الدستور الإسلامي فكرتان أساسيتان الأولى أن الدستور الإسلامي هو دستور ثابت جامد لا يقبل بحال من الأحوال تبديلا أو تعديلا والثانية أن الدستور الإسلامي سابق على وجود الدولة نفسها.

فقرة 1- دعوى جمود الدستور الإسلامي

يتجه بعض الباحثين في الفقه السياسي الإسلامي إلى وصف الدستور الإسلامي بأنه دستور جامد وهم بطبيعة الحال حينما يتلفظون بذلك وإنما يقصدون عادة القرآن الذي كما رأينا يفضل الكثير من المعاصرين إطلاق لفظ الدستور عليه كما هو الحال عند الدكتور فتحي الدريني الذي يرى "أن خضوع كل من السلطة السياسية في الدولة ومواطنيها للمبادئ العامة والقيم العليا التي تضمنها دستورها الثابت المكتوب الذي جاء به الإسلام يجعل من دولته

1 - ينظر: محمد باقر الصدر، الإسلام يقود الحياة.

2 - علي جريشة: إعلان دستوري إسلامي، دن، 1980.

3 - ينظر نصه في: مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري في الإسلام، الملحق.

4 - ينظر نصه في: محمد أحمد المسير: نحو دستور إسلامي مشروع الأزهر الشريف، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ط1. 1995.

5 - محمد أحمد المسير: نحو دستور إسلامي المواد: 44- 60 .

6 - محمد أحمد المسير: نحو دستور إسلامي المواد: 61- 82.

7 - محمد أحمد المسير: نحو دستور إسلامي المواد: 83-84.

هي أول دولة دستورية نشأت في العالم" (1). غير أن إطلاق وصف الدستور على القرآن كما سبق أن بينا إطلاق ليس مما يدل على استحسانه دليل من الشرع فضلا عن أنه لا يعبر في واقع الحال عن مطابقة حقيقية لهذا المفهوم. كما يصف البعض الدستور الإسلامي بالجمود وهو في هذا الإطلاق إنما يقصد بذلك أحكام الشريعة أو مبادئ الشريعة القطعية التي لا يختلف عليها اثنان كما يقول الدكتور سمير عالية: "تعتبر أحكام الشريعة الإسلامية بمنزلة الدستور في الدولة الإسلامية ويعتبر التقيد بها واجبا أساسيا" (2). غير أن هذا الإطلاق لا يعبر عن مضمون لفظ الدستور كما انتهينا إلى تعريفه فليست جميع أحكام الشريعة هي أحكام دستورية بطبيعتها، كما أنه ليس جميع الأحكام الدستورية التي تحكم المجتمع المسلم هي قواطع شرعية بل الجزء الأكبر منها كما سيأتي هي عبارة عن اجتهادات واختيارات سياسية يحمل عليها النظر الشرعي والترجيح المصلحي. ولعل أبرز مظهر لتمسك أغلب الباحثين بجمود الدستور في الدولة الإسلامية سواء عنوا به القرآن أو الشريعة يتمثل في إعراضهم وعزوفهم عن التعرض لمسألة تعديل الدستور الإسلامي إلا قلة منهم (3)، إذ كما هو معلوم فإن تعديل الدستور هو فرع للتسليم بمرونة الدستور.

فقرة 2- دعوى سبق الدستور الإسلامي على وجود الدولة

ولا يكتف البعض بوصف الدستور في الدولة الإسلامية بأنه دستور جامد، بل يرى أن الدستور والقانون سابق على وجود الدولة نفسها، فالدستور والقانون سابقان على وجود الدولة وهذا ما يفسر برأيهم خضوع الدولة للقانون فهو سابق عليها ويعلو عليها وليس من صنعها، نجد هذه الفكرة حاضرة بقوة في كثير من الكتابات الحديثة كما سنبين من خلال سوق الشواهد الموثقة لأصحاب هذه الفكرة، حيث نجدها عند الدكتور مصطفى كمال وصفي حيث يرى أن الدولة هي وليدة الدستور والقانون وأن الشريعة هي سابقة على الدولة وهو ما عبر عنه بقوله "فالشريعة هي التي أوجدت الدولة وحددت وظائفها ودورها وكان وجودها اسبق من وجود الدولة" (4). ونفس الفكرة نجدها عند الدكتور فتحي عبد الكريم: "لا يمكن إخضاع السلطة للقانون طالما كان هذا القانون من صنعها إن الشرط الأساسي لإخضاع السلطة للقانون في نظرنا هو أن يكون للقانون مصدر مستقل عن السلطة وسابق على وجودها وبمعزل عن إرادتها، وهذه وجهة النظر الإسلامية" (5). ونجد هذه الفكرة بوضوح أكبر عند الدكتور محمد فؤاد النادي والدكتور علي جريشة "القانون الإسلامي هو الذي صاغ الدولة الإسلامية وشكلها وحدد أهدافها وغايتها ومن ثم فالقانون الإسلامي أسبق على وجود الدولة وسلطانها العامة، وهذه حقيقة لا يماري فيها مؤمن ولا كافر!" (6). ثم يقول: "وهو ما يؤدي بنا بداهة إلى استخلاص نتيجة هامة مؤداها أن الدولة الإسلامية تعد أول دولة قانونية ظهرت على وجه الأرض، وذلك لأنها وليدة القانون الإسلامي ومن خلقه، وليست الدولة هي التي أوجدت القانون كما هو

1 - فتحي الدبريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص: 185.

2 - سمير عالية: نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، ص: 99.

3- من أبرز من تعرض لمسألة تعديل الدستور ولو باقتضاب، منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2003، ص: 76-79.

4 - مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري في الإسلام، ص: 15.

5 - فتحي عبد الكريم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، ص: 309.

6 - محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 69.

ونحسب إن هذا الرأي يجازف كثيرا حينما يدعي أن الدستور والقوانين الشرعية سابقة على وجود الدولة الإسلامية وأن هذه القوانين لا تملك الدولة الإسلامية تعديلها. ولخطورة هذه الفكرة وشيوعها بشكل كبير بين الباحثين فإن نقضها يحتاج إلى شيء من الاستطراد في بيان مدى صدقيتها وصوابيتها.

أولا - إن القول بأن القانون سابق على وجود الدولة الإسلامية هو أولا قول غير صحيح من الناحية التاريخية، وهو ثانيا قول يبنى على استعمال فضفاض للفظ الشريعة أي اعتبار أن الشريعة هي القانون في المجتمع الإسلامي مستغلا في ذلك الاشتراك اللفظي بين الشريعة والتشريع، والحقيقة أن لفظ الشريعة في التداول الشرعي كما سبق أن رأينا يحمل عدة دلالات ولا يتطابق تماما مع لفظ القانون؛ فقد يراد به معنى واسع أي كل ما أنزله الله ﷻ من أحكام سواء تعلقت بالعقيدة أو بالأخلاق أو بالعبادات أو بالمعاملات، وقد يراد به معنى ضيقا وهو الأحكام العملية المتعلقة بالعبادات والمعاملات، وقد يراد به معنى أضيق وهو الأحكام القانونية المتعلقة بالمعاملات (2)، وسواء حملناه على هذا المعنى أو ذاك فإن ذلك لا يثبت أن القانون سابق على وجود الدولة الإسلامية، فالثابت والمعروف تاريخيا أن الأحكام المتعلقة بالعقيدة والأخلاق والعبادات - وهي أحكام خارجة بطبيعتها موضوعها عن مجال القانون - أخذت تنزل طوال الفترة المكية واستمر نزولها طوال الفترة المكية وحتى المدنية أي قبل تأسيس الدولة الإسلامية (3)، إذا اعتبرنا لحظة الهجرة هي لحظة ميلاد الدولة الإسلامية، فقد كان المسلمون في مكة جماعة ملية فلما كانت الهجرة صاروا جماعة سياسية توافرت لها جميع أركان الدولة (إقليم وشعب وسلطة). أما بالنسبة للمعاملات وهي التي تختص بلفظ القانون فإنه لم ينزل منها شيء إلا بعد تأسيس الدولة الإسلامية واستقرار المسلمين في المدينة، فالقول بأن الشريعة سابقة على وجود الدولة الإسلامية متى أريد به الأحكام القانونية هو قول غير صحيح تماما، والقول بأن الشريعة سابقة على وجود الدولة متى أريد به معناها العام هو قول صحيح فقط بالنسبة لأحكام العقيدة والأخلاق والعبادات وهي تقع خارج مجال القانون، أما بالنسبة لأحكام المعاملات التي يختص بها القانون فهو غير صحيح. فإنها ما نزلت إلا بعد أن صارت للمسلمين دولة وهو ما بينته أم المؤمنين بقولها: (**إِنَّمَا نَزَلَ أَوَّلَ مَا نَزَلَ مِنْهُ سُورَةٌ مِنَ الْمُفَصَّلِ فِيهَا ذِكْرُ الْجَنَّةِ وَالنَّارِ حَتَّى إِذَا ثَابَ النَّاسُ إِلَى الْإِسْلَامِ نَزَلَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ، وَلَوْ نَزَلَ أَوَّلَ شَيْءٍ لَأَشْرَبُوا الخَمْرَ. لَقَالُوا لَا نَدْعُ الخَمْرَ أَبَدًا. وَلَوْ نَزَلَ. لَأَتَرْنَا. لَقَالُوا لَا نَدْعُ الرِّبَا أَبَدًا. لَقَدْ نَزَلَ بِمَكَّةَ عَلَى مُحَمَّدٍ ﷺ وَإِنَّ لِجَارِيَةِ الْعَبِّ ﴿ بَلِ السَّاعَةُ مَوْعِدُهُمْ وَالسَّاعَةُ أَدْهَى وَأَمَرٌ ﴾ وَمَا نَزَلَتْ سُورَةُ الْبَقَرَةِ وَالنِّسَاءِ إِلَّا وَأَنَا عِنْدَهُ (4) . وهو ما أصله الشاطبي بقوله: " اعلم أن القواعد الكلية هي الموضوعة أولا وهي التي نزل بها القرآن على النبي ﷺ بمكة، ثم تبعها أشياء بالمدينة كملت بها تلك القواعد التي وضع أصلها بمكة... ثم لما خرج الرسول إلى المدينة واتسعت خطة الإسلام كملت هنالك الأصول**

1 - محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 69.

2- عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 47 .

3- حول طبيعة الأحكام التي نزلت بمكة والمدينة ينظر: محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مطبعة إدارة المعارف، الرباط، 1340هـ، 11/1-15 ينظر: مناع القطان: تاريخ التشريع والفقه في الإسلام، ص: 45-52 . وينظر: عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ

التشريع الإسلامي، ص: 09-10

4- صحيح البخاري/كتاب فضائل القرآن/ باب تأليف القرآن/ رقم: 4993 .

الكلية على تدرّج" (1).

نعم لقد قررت الشريعة بمكة أصول كلية ذات طبيعة تشريعية تتعلق بحفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال(2)، ولكنها لا تعدو أن تكون مبادئ عامة لا تختص بها ملة الإسلام بل هي مما جاء الأمر بالمحافظة عليها في كل ملة من الملل وشريعة من الشرائع (3) أما تفاصيل الأحكام التي تندرج في النظام القانوني فلم تشرع إلا بعد قيام الدولة الإسلامية في المدينة. ومن ثم فلا يصح من الناحية التاريخية القول بأن القانون في الإسلام سابق على وجود الدولة فضلا عن أن يعتبر ذلك من البديهيّات والحقائق التي لا يماري فيها مؤمن ولا كافر!!(4).

ثانياً- إن القول بأن القانون في الإسلام سابق على وجود الدولة غير صحيح من الناحية المنطقية، فالقانون يرتبط في تنفيذه وتشريعه بالسلطة العامة، سواء بالنسبة للقوانين الشرعية القطعية التي يقتصر دور السلطة العامة فيها على التنفيذ لا غير، أو بالنسبة للقوانين الشرعية الاجتهادية التي للسلطة العامة دور في سنّها وتنفيذها، فأما بالنسبة للقوانين الشرعية القطعية فلا يتصور سنّها وتشريعها قبل وجود السلطة العامة التي تباشر تنفيذها، فالخطاب الشرعي لا بد فيه من مخاطب، ومن المعلوم أن المخاطب في الحكم الشرعي هو المكلف و هو الفرد إن كان الخطاب عينيا وجماعة المسلمين إن كان الخطاب كفائيا، وتنفيذ القوانين الشرعية من الواجبات الكفائية التي تخاطب بها جماعة المسلمين أو من ينوب عنها وهي الولاية العامة فلا يتصور أن يخاطب بها قبل أن تتأسس جماعة المسلمين وتنصب الولاية العامة. وأما بالنسبة للقوانين الشرعية التي فوضت الشريعة جماعة المسلمين ومن ينوب عنها من أولي الأمر سنّها في إطار مبادئ الشريعة، فهي أكثر ظهورا أنه لا يمكن عقلا تصور وجودها قبل وجود الدولة والسلطة العامة التي تسنّها.

ثالثاً- أن القول بأن الدولة الإسلامية لا تملك تعديل الدستور لأنه ليس من وضعها وسابق على وجودها نراه قول فيه تجني على الشريعة السمحاء ولا يعبر عن أصالة الموقف الشرعي، بل الذي نراه أن الدستور في الدولة الإسلامية - بالمعنى الذي يعطى له في الاصطلاح القانوني- ليس دستورا جامدا جمودا مطلقا، و في نفس الوقت ليس دستورا مرنا مرونة كاملة بحيث يمكن استبداله كما يستبدل الرجل ثوبه، وإنما هو دستور يجمع بين صفتي الجمود والمرونة، فهناك قواعد جامدة جمودا مطلقا لا يحل لجماعة المسلمين إلغاؤها أو تعديلها تعديلا كليا أو جزئيا دون الخروج من ملة الإسلام، وهناك قواعد تتصف بجمود نسبي أو مرونة وهي مفوضة لجماعة المسلمين لسنّها مقيدة في ذلك بقيود الشرع، بل الغالبية العظمى من القواعد التفصيلية للنظام السياسي الإسلامي، هي من القواعد التي لجماعة المسلمين ومن ينوب عنها من أولي الأمر دور في سنّها، كما أفصح عن ذلك إمام الحرمين الجويني، " وكل ما لم يصادف فيه إجماعا اعتقدناه واقعة من أحكام الشرع وعرضناه على مسالك الظنون عرضنا سائر الوقائع" (5). وهي قواعد في معظمها أعمال لقواعد السياسة الشرعية والنظر الشرعي المصلحي المقاصدي، فوضت الشريعة سنّها إلى

1- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 3/335-336.

2- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 3/236-238.

3- أبو حامد الغزالي: المستصفى من علم الأصول، 2/483.

4- محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 69.

5- عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 47.

جماعة المسلمين تفويضاً مقيداً بعدم مخالفة قواعد المشروعية في النظام الإسلامي ومراعاة اعتبارات المصلحة العامة.

فقرة 4- تحرير القول في تكييف طبيعة الدستور الإسلامي

وعلى ذلك تنقسم القواعد الدستورية في النظام السياسي الإسلامي إلى قسمين كبيرين:

أولاً- قواعد دستورية جامدة

وهي القواعد التي جاءت بها الشريعة الإسلامية في مجال الأحكام السلطانية، وهي قواعدها وردت نصوصاً قطعية الثبوت قطعية الدلالة من الكتاب والسنة اجمع عليها المسلمون إجماعاً صريحاً، واغلب القواعد الدستورية الجامدة كما سيأتي قواعد كلية وأصول عامة، كوجوب الإمامة وواحديّة الرئاسة العامة، وعدم جواز الخروج عن الشرعية السياسية، ووجوب العدل، ووجوب الشورى، ووجوب طاعة أولي الأمر، ووجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذه القواعد الدستورية الجامدة تنقسم إلى قسمين:

1- قواعد دستورية جامدة جموداً مطلقاً: أو هي جامدة من حيث موضوعها فلا يجوز أن تكون محلاً لأي تعديل أو تغيير، وهي قواعدها الشريعة الثابتة بنصوص صحيحة صريحة واعتضدت بإجماع الأمة في جميع عصورها، هي التي عبر عنها إمام الحرمين في كتابه غياث الأمم بقوله: " والقواعد الشرعية ثلاثة: نص من كتاب الله لا يتطرق إليه التأويل، وخبر متواتر عن الرسول لا يعارض إمكان الزلل روايته ولا يقابل الاحتمالات منته وأصله، وإجماع منعقد " (1). فهذه القواعد الدستورية دين ملزم للناس عامة إلى يوم القيامة، فلا يجوز خرقها أو تعديلها أو تغييرها في جميع العصور والأزمان، فهي تعلوا على التاريخ وتتعالى على السياسة، لارتباطها الوثيق بهوية الجماعة؛ جماعة المسلمين. ومثال ذلك القاعدة الدستورية التي تنص على وجوب نصب الولاية العامة، والقاعدة الدستورية التي تجعل الكفر البواح سبباً للعزل والإقالة. والقاعدة الدستورية التي تجعل الجهاد دفاعاً عن الدين والدار فرضاً لازماً لجماعة المسلمين، والقاعدة الدستورية التي تجعل نصب القضاء واجباً شرعياً.

2 - قواعد جامدة جموداً نسبياً: وهي قواعد جامدة لفترة زمنية محدودة وتتطلب إجراء معيناً لتعديلها، ونعني بها تلك القواعد الثابتة بأدلة ظنية والتي اختلف فيها المسلمون على قولين أو أكثر ثم حصل إجماع من أولي الأمر في عصر من العصور على أحد القولين لمناسبته المصلحة العامة في ذلك الوقت، فمثل هذا الإجماع ليس حجة قاطعة ترفع الخلاف في الرأي عند جمهور علماء الأصول المتقدمين وإن كان يعتبر مرجحاً قوياً في العمل بأحد القولين (2). وخالف المتأخرون من علماء الأصول في ذلك فقالوا إجماع علماء العصر اللاحق على أحد قولي علماء العصر السابق حجة قاطعة تقطع وترفع الخلاف في الرأي والعمل معاً، فهو حجة يجب المصير إليها نظراً وعملاً (3)، وبغض النظر

1- عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 47 .

2- ذهب أغلب علماء الأصول على أن اتفاق مجتهدي العصر الثاني على أحد قولي العصر الأول لا يرفع الخلاف ولا يكون إجماعاً ففي شرح الكوكب المنير: "قال أبو إسحاق وهذا قول عامة أصحابنا، وقال سليم الرازي هو قول أكثرهم وأكثر الأشعرية وقال أبو المعالي وإليه ميل الشافعي، ونقله ابن الباقلاني عن جمهور المتكلمين واختاره" ابن النجار ينظر: شرح الكوكب المنير في أصول الفقه، 2/272. وينظر الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، 407/1

3- خالف بعض علماء الأصول فاعتبروا الإجماع الحاصل في العصر الثاني بعد الخلاف في العصر الذي قبله حجة قاطعة لا يجوز مخالفتها لجميع المسلمين في جميع عصور الاجتهاد وهو قول " أبو الخطاب والرازي والمحاسبي والاصطخري وابن خيران والقفال وابن الصباغ ونقل عن أبي حنيفة والمعتزلة واختاره المتأخرون" ابن النجار: شرح الكوكب المنير، 2/273. قال الرازي إذا اتفق أهل العصر الثاني على أحد قولي أهل العصر الأول كان ذلك إجماعاً لا يجوز مخالفتها خلافاً

عما إذا كان هذا الإجماع يعتبر من الناحية النظرية حجة قاطعة ترفع الخلاف في الرأي أم دليل رجحان فحسب يرفع الاختلاف في العمل، فإنه من الناحية العملية فإن مثل هذا الإجماع يجب المصير إليه والعمل به بموجب حق طاعة أولي الأمر.

فإذا انقضى العصر وحصل تغير في المناط السياسي وحصل إجماع جديد من أولي الأمر مباين لإجماع العصر السابق جاز الأخذ بالقول الآخر (1)، فمثل هذه القواعد الدستورية جامدة من وجه ومرنة من وجه آخر، فهي جامدة من حيث أنه لا يجوز لجماعة المسلمين خرقها أو تعديلها في العصر الذي وقع فيه الإجماع عليها، وهي مرنة من حيث أنها ليست ملزمة لجماعة المسلمين في جميع عصور الاجتهاد، بل إذا تغير مناط المصلحة العامة جاز الأخذ بالقول الآخر ومثال ذلك الحكم المتعلق بالشورى هل هي معلمة أو ملزمة، فإذا حصل إجماع من أولي الأمر في عصر من العصور على كون الشورى معلمة، فإن هذه القاعدة الدستورية جامدة جموداً نسبياً بمعنى أنها ملزمة في العصر الذي تم فيه الإجماع عليها ولكنها ليست ملزمة لجميع المسلمين ليوم الدين، فإذا تغير حصل تغير في مناط الحكم واقتضت المصلحة أن تكون الشورى ملزمة جاز ذلك متى استوفت الإجراء الذي يتطلبه تعديل تلك القاعدة.

ثانياً - قواعد دستورية مرنة وهي قواعد تنظم أحكام دستورية و ليست لها الأهمية التي للقواعد التي يفترض عادة أن تضمن في وثيقة الدستور قد يرى أولي الأمر أن يتم تنظيمها بقوانين عادية لا يتطلب تعديلها إجراءات أكثر من الإجراءات التي يتطلبها سن القوانين العادية.

والخلاصة أن المعيار الضابط في تعديل الدستور الإسلامي، أن كل حكم دستوري يقبل الاجتهاد هو حكم يقبل التعديل، وكل حكم دستوري لا يقبل الاجتهاد لا يقبل التعديل (2).

لكثير من المتكلمين وكثير من الفقهاء الشافعية والحنفية" فخر الدين الرازي: المحصول، تحقيق طه جابر العلواني، 4/ 138 - 144

1- من الصعوبات التي نلمسها في هذا البحث أن تحديد القول في كثير من المسائل الفقهية المتعلقة بالشؤون الدستورية يتطلب تحديد القول واستئناف النظر في عدد من المسائل الأصولية وهو ما لا يسمح به حيز هذا البحث ولا يجد الباحث دراسات كبيرة في هذا المجال.

2- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 77 .

المطلب الثالث: مصادر الدستور بين النظام الإسلامي و النظم المعاصرة

إذا كان الدستور سواء كان عرفيا أو مكتوبا، مرنا أو جامدا، يمثل المرجعية القانونية الأسمى في الدولة، التي تضبط العمل التشريعي شكلا ومضمونا، فإن من الطبيعي ومن المنطقي أن يثور السؤال عن المصادر التي يستقي منها الدستور قواعده، سواء تعلق الأمر بالنظم السياسية الوضعية المعاصرة (فرع أول) أو بالنظام السياسي الإسلامي (فرع ثان).

ومن ثم فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مصادر الدستور في النظم السياسية المعاصرة

الفرع الثاني: مصادر الدستور في النظام السياسي الإسلامي

الفرع الأول: مصادر الدستور في النظم السياسية المعاصرة

تتمثل مصادر الدستور في الدول ذات الدساتير المكتوبة في التشريع والعرف والقضاء والفقه، بينما في الدول ذات الدساتير غير المكتوبة يحتل العرف والقضاء المرتبة الأولى في إنشاء القواعد الدستورية يليها التشريع والفقه.

البند الأول: التشريع

كما سبق يأخذ في الاصطلاح القانوني معنيين معنى عام ويراد به جميع القواعد القانونية العامة المجردة الملزمة، ومعنى خاص وهو سن القواعد القانونية وإكسابها قوتها الملزمة عن طريق سلطة مختصة ووفقا لإجراءات معينة، وهذا هو المعنى المراد هنا، فالتشريع هو المصدر الرسمي للقانون بشكل عام وللدستور بشكل خاص. وقد ازدادت أهمية التشريع كمصدر للقانون مع تطور التنظيم السياسي للمجتمعات الحديثة ونظرا لكونه أكثر المصادر وفاء بحاجات الجماعة.

وتختلف السلطة المختصة بسن التشريع الدستوري من نظام سياسي لآخر وبحسب طبيعة الدستور نفسه، ففي الدول ذات الدساتير المرنة تقوم السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان بسن القواعد الدستورية بنفس الإجراءات التي تسن بها القوانين العادية، أما في الدول ذات الدساتير الجامدة فتختص بسن الدستور سلطة تأسيسية يقر لها الدستور بحق إقرار الدستور وتعديله وهذه السلطة التأسيسية تختلف عن السلطة التشريعية.

البند الثاني: العرف

أقدم مصادر القاعدة القانونية وهو أسبق في ظهوره من الدولة والتشريع، وهو المصدر الأول للتشريع في العصور السابقة، ولا تزال الشرائع العالمية تعترف جميعا بالعرف وقوته الإلزامية(1). بل إن أغلب التشريعات قديما وحديثا هي في أصلها عبارة عن أعراف استقرت مع مرور الزمن، ففي العهد الروماني كان القانون عبارة عن أعراف ثم دونت فيما يعرف "بالألواح الاثني عشر" و"مجموعة جوستينيان"، وفي الهند تحولت الأعراف إلى تشريعات أطلق عليها "قانون مانو"، وفي بلاد ما بين النهرين تحول العرف إلى شرائع مكتوبة وأهمها "شريعة حمورابي"(2). غير أنه فيما يتعلق بالأعراف الدستورية التي عليها العمل اليوم فهي حديثة إذ ترجع إلى القرنين التاسع عشر والعشرين(3).

والعرف اصطلاحا هو عادة درج عليها الناس وأحسوا بأنها ملزمة للناس في سلوكهم، وتكرار العادة هو الجانب المادي للعرف، و أما الإحساس بإلزاميتها فيمثل الركن المعنوي. والعرف الدستوري هو قاعدة اعتيادية مطردة يقصد بها تنظيم العلاقات بين السلطات الحاكمة، بعضها بعضا، أو فيما بينها وبين الأفراد، ويكون لها صفة الإلزام في الرأي القانوني للجماعة(4). ويتكون العرف الدستوري من ركن مادي وركن معنوي فالركن المادي هو اعتياد إحدى الهيئات الحاكمة التصرف على نحو معين بخصوص موضوع من الموضوعات الدستورية، وأما الركن المعنوي فهو إقرار السلطات الحاكمة بإلزامية السلوك المتبع، وشعورها بأنه واجب التطبيق. وانقسمت المدارس الفقهية حول القيمة الدستورية للعرف إلى مدرستين

1- بكر قباني: دراسة في القانون الدستوري، ص: 66.

2- منذر الفضل: تاريخ القانون، منشورات بنك الأعمال، الأردن، ط1، 1996، ص: 121.

3- بكر قباني: دراسة في القانون الدستوري، ص: 65.

4- سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية، ص: 97.

المدرسة الشكلية: وهي التي تحصر الدستور في القواعد المكتوبة في الوثيقة الدستورية، وبالتالي ترفض اعتبار
العرف مصدرا للقواعد الدستورية، إلا إذا أقره المشرع أو القضاء، ومن هؤلاء دي مالبرج، وديسي وغيرهم.
المدرسة التاريخية: وهي التي تقر بدور العرف منذ القدم واستمرار أهميته، وبالتالي تقر بقوته الإلزامية كمصدر من
مصادر القانون الدستوري(1).

ورغم أن العرف الدستوري فقد مكانته بسبب انتشار حركة تدوين الدساتير فإنه مع ذلك لا يزال إلى اليوم
يمثل المصدر الأول للقاعدة الدستورية في البلدان ذات الدساتير غير المكتوبة، حيث يلعب فيها دورا منشئا للقاعدة
الدستورية، ويشكل الغالبية من القواعد الدستورية فيها. كما لا يزال العرف يحتل مرتبة تلي التشريع مباشرة في البلدان
ذات الدساتير المكتوبة حيث يلعب فيها دور مفسرا ومكملا للدستور بل أحيانا معدلا للقواعد الدستورية.

البند الثالث: الاجتهاد القضائي والفهمي

القضاء مجموع الأحكام الصادرة عن المحاكم أثناء تطبيقها للقانون، والأحكام الصادرة عن القضاء على نوعين:
أحكام عادية هي مجرد تطبيق للقانون، واجتهادات قضائية متضمنة لمبادئ غير منصوص عليها أو حاسمة للخلاف
حول مدلول النص. وهذه الاجتهادات كانت تمثل مصدرا رسميا للقواعد القانونية بشكل عام و للقواعد الدستورية
بشكل خاص ولكنها لم تعد اليوم إلا مصدرا ماديا للقانون في أغلب الدول، ولم يبق لها من قوة إلزامية إلا في الدول
التي تأخذ بنظام السوابق القضائية كما هو الحال في بريطانيا. حيث يدين النظام الدستوري فيها كثيرا للسوابق
القضائية التي أنشأت أحكاما دستورية جديدة، إما بدعوى تفسير أحكام دستورية غامضة، أو لحسم خلاف حول
نص دستوري، أو بحكم في أمر لم ينص عليه(2).

ويمثل الاجتهاد الفقهي الناحية العلمية أو النظرية للقانون، فهو لا يعدو أن يكون مجموعة من النظريات التي
ليست لها صفة الإلزام، ويظهر أثر الفقه في القانون الدستوري الإنجليزي أكثر منه في القوانين الأخرى، لأن النصوص
الدستورية في إنجلترا قليلة جدا، فتبقى محتاجة إلى أن تدرس من قبل الفقهاء(3). ويمثل الاجتهاد الفقهي اليوم مصدرا
ماديا للقانون عموما وللدستور على وجه الخصوص، ولذلك يسميه الفقهاء بالمصدر التفسيري، فلم يعد يعتمد عليه
إلا في تفسير النصوص التي يسنها المشرع. ويتفق الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي في أن كل منها صار اليوم في
أغلب دول العالم مصدرا تفسيريا للقواعد الدستورية إلا في بريطانيا، ويختلف الاجتهاد القضائي عن الاجتهاد الفقهي
من عدة نواح فمن ناحية الإلزام فإن الاجتهاد القضائي يكتسب قوة ملزمة بالنسبة للحالة التي فصل فيها، بينما
الاجتهاد الفقهي لا إلزام فيه، كما الاجتهاد الفقهي يتصف بالعمومية فهو يضع حلولاً عامة، بينما الاجتهاد القضائي
يقتصر على الحالة، ومن جهة فالاجتهاد الفقهي يتسم بطابع الفرضية إذ يستبق الأحداث ويفرض احتمالات معينة
ويفرض لها حلولاً ممكنة، بينما الاجتهاد القضائي فيتصف بطابع العملية فلا يفصل إلا في النزعات التي تثور فعلا(4).

1- فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، ص: 238.

2- ينظر: إسماعيل بدوي: مبادئ القانون الدستوري، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1399 هـ، ص: 62-65.

3- إسماعيل البدوي: مبادئ القانون الدستوري، ص: 60-61.

4- إسماعيل البدوي: مبادئ القانون الدستوري، ص: 62-65.

الفرع الثاني: مصادر الدستور في النظام السياسي الإسلامي

توطئة: التكييف الفقهي لمصادر الدستور

يذهب الدكتور عبد الحميد متولي إلى أن مصادر الدستور في الدولة الإسلامية هي الكتاب والسنة والتشريع الدستوري الصادر من أولي الأمر(1). منكرًا بذلك أن يكون الإجماع والقياس وسائر الأدلة من مصادر الأحكام الدستورية، وهو رأي فتح عليه بابا واسعا من النقد بسبب هذا الإنكار وهو ما سنعرض له في حينه. أما الدكتور منير حميد البياتي فقد اختار تصنيف مصادر الدستور الإسلامي إلى مصادر أصلية وهي الكتاب والسنة والإجماع ومصادر تبعية وهي سائر الأدلة، متبعا في ذلك التصنيف المتبع في أصول الفقه(2)، وكذلك فعل توفيق بن عبد العزيز السديري(3)، فمصادر الدستور عنده هي نفس مصادر الأحكام الشرعية، ونحن نحسب أن هذا تصنيف هو تصنيف يخلط بين الفقه وبين التشريع، فليست جميع أحكام الفقه هي تشريع بذاتها، ومن ثم فليس بالضرورة أن تتطابق مصادر الفقه مع مصادر التشريع كما سبق بيانه، ومن ثم فإن هذا التصنيف لمصادر الدستور ما هو إلا تصنيف لمصادر الفقه الدستوري وفق معيار مادي أو موضوعي روعي فيه بالأساس المصدر الموضوعي الذي أخذت منه القاعدة الدستورية، دون مراعاة ما إذا كانت هذه المصادر تتمتع بالصفة الرسمية والإلزامية أم لا؟ إذ ليست كل هذه المصادر تتمتع بالصفة الرسمية، التي تجعل الأحكام المستمدة منها تتمتع بالصفة الرسمية والإلزامية، بل حتى المصادر الثلاثة الأولى وهي الكتاب والسنة والإجماع وهي في الجملة مصادر مادية ورسمية في آن واحد للتشريع ومع ذلك فليست جميع الأحكام المستمدة منها تعتبر تشريعا ملزما ومن ثم نرى أنه إذا أردنا أن نصنف مصادر الدستور والقانون عموما وفق معيار شكلي رسمي ينبغي أن نترك التصنيف أصول الفقه على حاله ونختار طريقا آخر نعيد فيه تصنيف القوانين الشرعية بما في ذلك القوانين الدستورية وفق معيار رسمي شكلي.

وعلى هذا الأساس فإذا كانت القواعد الدستورية تتنوع تنوعا كبيرا من حيث مصادرها وإذا استصحبنا ما سبق تأصيله من أن الأحكام الدستورية تنقسم إلى قسمين كبيرين قواعد دستورية جامدة جمودا مطلقا، وقواعد دستورية جامدة جمودا نسبيا أو مرنة، فإننا يمكن نصنف مصادر الدستور الإسلامي كما يلي:

- المصادر الجامدة جمودا مطلقا، وهي مبادئ الشريعة التي تستمد منها القواعد الدستورية؛ وتجد مصادرها في قواطع النص والإجماع، فهي إما مبادئ مستمدة مباشرة من النصوص الدستورية في الكتاب والسنة، وإما أحكام دستورية مقررة بالإجماع،

والمصادر الجامدة جمودا نسبيا: وهي التشريع الدستوري التي تستمد منها قواعد دستورية جامدة جمودا نسبيا، تجد مصادرها في قواعد السياسة الشرعية، أي أحكام ثابتة بطرق النظر الشرعي والتشريع المصلحي الذي يسنه أولي الأمر. بالإضافة إلى أحكام العرف الدستوري الذي استقرت عليه جماعة المسلمين.

البند الأول: مبادئ الشريعة (مصادر الدستور الجامدة).

المصدر الرسمي الأول للدستور في الدولة الإسلامية هو مبادئ الشريعة، ونقصد بها قواطع الشريعة الإسلامية

1- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 57.

2- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 49-61.

3- توفيق بن عبد العزيز السديري: الإسلام والدستور، ص: 66-75.

المتعلقة بالموضوعات الدستورية، وهي قواطع لا تخضع للزيادة أو النقصان أو التبديل أو التعديل، وتمثل في نص دستوري قاطع من الكتاب، أو نص دستوري قاطع من السنة، والقواعد الدستورية الثابتة بالإجماع، أما القياس فلا مجال لإعماله في مجال الأحكام الدستورية لندرة الأحكام المنصوص عليها المعللة، وهو ما صرح به إمام الحرمين الجويني في كتابه غياث الأمم: " والقواطع الشرعية ثلاثة: نص من كتاب الله لا يتطرق إليه التأويل، وخبر متواتر عن الرسول لا يعارض إمكان الزلل روايته ولا يقابل الاحتمالات متنه وأصله، وإجماع منعقد " (1).

فقرة 1- نصوص الكتاب الدستورية القطعية.

يعتبر الكتاب عمدة الملة و معجزة الرسالة وآية النبوة، وهو المصدر الأول للتشريع الإسلامي سواء كان تشريعاً دستورياً أو تشريعاً عادياً أو فرعياً ولا تعلق حجته حجية أخرى، فهو مصدر الأدلة ومصدر القواعد ومصدر الأحكام، غير أنه فيما يتعلق بالأحكام الدستورية فقد اكتفى القرآن الكريم بالنص على بعضها والتي تشكل الأحكام الأساسية في كل دستور إسلامي، بينما أحال بالنسبة لمعظم الأحكام الدستورية على سائر أدلة الشريعة وقواعد النظر الشرعي، وهكذا فقد جاءت في الكتاب عدد من التشريعات الدستورية معظمها في شكل قواعد كلية وسلطات عامة: كالنصوص الدستورية الآمرة بتولية الأكفأ ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ و الآمرة بوجود العدل ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (2). ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ؕ أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ﴾ (3). والنصوص المقررة لحق الطاعة ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ وحق الرد إلى الكتاب والسنة ﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾ (4). و النصوص الدستورية المقررة لحق الرد إلى أولي الأمر فيما يتعلق بالمصالح العامة ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّاعُوا بِهِ ؕ وَلَا رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ (5). والنصوص الآمرة بالشورى ﴿ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُوْا أَفْتُونِ فِي أَمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّىٰ تَشْهَدُونِ ﴾ (6). ﴿ وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ ﴾ (7). والنصوص الآمرة بالصلح وحفظ وحدة الأمة ﴿ وَإِنْ طَافَتَا مِنْ الْمُؤْمِنِينَ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَىٰ حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَاصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ مُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (8). والنصوص المقررة لحق الرقابة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ

1- عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 47.

2- النساء/ 58.

3- المائدة/ 8.

4- النساء/ 59.

5- النساء/ 83.

6- النمل/ 32.

7- الشورى/ 38.

8- الحجرات/ 9.

وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴿١﴾. وقوله ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ (2). والنصوص الدستورية الآمرة بالوفاء بالمعاهدات ﴿ وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَقٌ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٧٦﴾ ﴾ (3). وقوله ﴿ إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَقٌ أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ أَن يُقَاتِلُوكُمْ أَوْ يَقْتُلُوا قَوْمَهُمْ ۗ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَاتَلُوكُمْ ۚ فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا ﴿٧٧﴾ ﴾ (4). والنصوص المتعلقة بسلطات الحرب والسلام كقوله ﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴿٨١﴾ ﴾ (5). وقوله ﴿ وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْتَنِحْ ۖ هَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۗ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿٨٢﴾ ﴾ (6). والنصوص الدستورية المتعلقة بالسلطة العقابية ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّن خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ۗ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٨٣﴾ ﴾ (7). وفي الكتاب نصوص أخرى كثيرة تحمل دلالات دستورية، غير أنها حمالة أوجه ومن ثم فإن بيان هذه الدلالات منها يحتاج إلى إعمال نظر واستنباط ، فدلالاتها ظنية ولا تندرج في قواطع الكتاب ومبادئ الشريعة فلا تعتبر مصدرا للقواعد الدستورية الجامدة.

فقرة 2- نصوص السنة الدستورية القطعية.

السنة هي المصدر الثاني للتشريع سواء كان دستوريا أو عاديا فهي ترجمان القرآن وسفر الحكمة والبيان، (8). وقد أجمع المسلمون على حجية السنة في الجملة، فهي بالتالي مصدرا مباشرا من مصادر الدستور الإسلامي غير أنه ينبغي التمييز في الأحكام الدستورية التي مصدرها السنة بين نوعين من الأحكام: الأحكام الدستورية التبليغية فهي التي تندرج في المصادر الجامدة متى استوفت بعض الشروط المتعلقة بحجيتها. وبين تصرفات النبي الدستورية بالإمامة فهذه الأحكام ليست من القواعد الدستورية الجامدة الملزمة لجماعة المسلمين إلى يوم الدين وسنعرض لها عند الحديث عن المصادر المرنة.

أما الأحكام الدستورية التبليغية وهي ما صدر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير بوصفه نبيا مرسلا ورسولا مبلغا عن رب العالمين في شأن من الشؤون الدستورية، فهذه القواعد والأحكام الدستورية التي قررها ﷺ قولاً وفعلاً

1- التوبة / 71..

2- آل عمران/110.

3- الأنفال/72.

4- النساء/89.

5- البقرة/190.

6- الأنفال/61..

7- المائدة/33.

8- حول مراتب السنة من الكتاب ينظر: عبد الغني عبد الخالق: حجية السنة، ص: 495 وما بعدها.

بوصف الرسالة والتبليغ متى صح ثبوتها فهي من الدين اللازم للناس إلى يوم قيام الناس، وهي بالتالي تندرج في القواعد الدستورية الجامدة جموداً مطلقاً والتي لا يجوز التعرض لها بتعديل أو إلغاء. على أنه ينبغي التمييز في النصوص الدستورية النبوية بين نوعين من النصوص:

أولاً- نصوص السنة المتواترة⁽¹⁾، تواترت لفظياً أو معنوياً الصريحة في دلالتها ومعناها فمثل هذه النصوص تفيد قواعد وأحكام دستورية جامدة جموداً مطلقاً لكون مصدرها سنة قطعية الدلالة والثبوت، وقد نصت السنة القطعية على عدد من القواعد الدستورية ومن ذلك النصوص النبوية الدستورية المقررة لوحدة الرئاسة العامة. والنصوص النبوية المحرمة للخروج على الحاكم العادل. والنصوص النبوية المقررة لمسؤولية الإمام. والنصوص النبوية المقررة لحق الأمة في عزل الإمام بالكفر والردة.

ثانياً- أحاديث الآحاد⁽²⁾ الصحيحة الصريحة التي لا معارض لها فمثل هذه الأحاديث قد أنكر بعض فقهاء القانون الدستوري المعاصرين وهو الدكتور عبد الحميد متولي أن تكون مصدراً للقواعد الدستورية بإطلاق مستندا إلى عدد من المبررات التي لا تصمد للنقد، منها خطورة الأحكام الدستورية وسموها على سائر الأحكام، وكون سنة الآحاد ظنية وليست يقينية من حيث ثبوتها، حيث يقول في الطبعة الأولى من كتابه مبادئ نظام الحكم في الإسلام: "إننا في مقام القانون الدستوري لا يجوز أن نأخذ بسنة الآحاد حين تكون مستقلة أي حين تأتي بأحكام أو مبادئ جديدة لم ينص عليها القرآن وذلك للاعتبارين التاليين: الأول خطورة الأحكام الدستورية، والثاني كون سنة الآحاد غير يقينية"⁽³⁾..

والذي نعتقده وندين به وهو ما عليه جمهور العلماء أن سنة الآحاد التي صحت نسبتها إلى النبي بنقل العدل الضابط عن مثله إلى منتهى السند ولم يكن الخبر شاذاً ولا معلولاً، فإنها تثبت بها الأحكام الشرعية العملية سواء أكان ذلك في أمر خطير كالتشريع الدستوري، أو في أمر يسير من أمور القوانين العادية⁽⁴⁾.

و أحسب أن الذي قد جره إلى هذا الخطأ اعتقاده وتوهمه أن قواعد الدستور ينبغي أن تكون كلها قواطع شرعية وهو أمر غير متيسر وغير مطلوب، فهو متعذر لأنه ليس من شرط القواعد الدستورية أن تكون كلها قواطع شرعية وإلا لكان دستور الدولة الإسلامية محصور في عدد محدود جداً من الأحكام، كما أن أحكام الدستور مهما كان لها من سمو فلا ينبغي أن تقاس على أحكام العقيدة، فليست الأحكام الدستورية في نفس مرتبة أحكام العقائد حتى يطلب فيها القطع من كل وجه، بل هي مندرجة في الأحكام العملية التي يكتفى فيها بالظن الغالب.

أما تعلقه بكون أخبار الآحاد ظنية الثبوت فلا حجة فيه، فإن تقسيم العلماء للسنة إلى متواترة تفيد اليقين وآحاد تفيد الظن، إنما هو تقسيم أصولي لا صلة له بصلاحيه استنباط وبناء الأحكام العملية دستورية كانت أو

1- التواتر "خبر جماعة يفيد العلم بنفسه لا بالقرائن المنفصلة" أو هو "خبر رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة عن التواطؤ على الكذب لكثرةهم وأمانتهم واختلاف بلدانهم، ثم راه عن هذا الجمع مثله حتى وصلت إلينا" ينظر: الحضري بك: أصول الفقه، ص: 215، وينظر: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 41.

2- خبر الآحاد "خبر لا يفيد العلم بنفسه" أو هو "خبر وصل إلينا بسند طبقاته آحاد لم تبلغ جموع التواتر" ينظر: الحضري بك: أصول الفقه، ص: 216، وينظر: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 42.

3- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ط 1، ص: 189.

4- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 55.

غيرها، وإنما له تعلق بمسألة من مسائل العقيدة وهي مسألة الجحود والإنكار، فمن أنكر سنة متواترة قطعية فقد أنكر معلوما من الدين بالضرورة ويحكم بالتالي بكفره ومن أنكر سنة آحاد كان عاصيا لا كافرا(1).

والخلاصة أن ما صدر عن النبي ﷺ في الشؤون الدستورية بوصفه رسولا مبلغا وكان قطعيا في دلالته وليس له معارض، سواء وصل إلينا بطريق التواتر أو الآحاد فهو مصدر للقواعد الدستورية الجامدة التي لا يحل لمن كان وقافا عند حدود الله ﷻ أن ينكرها أو يلغيها أو يخالفها وإلا فحكمه دائر بين الكفر والفسوق والعصيان.

أما ما صدر عن الرسول ﷺ في الشؤون الدستورية من أخبار الآحاد وكان ظنيا في دلالته بحيث يحتل أكثر من معنى ويفيد أكثر من فهم فليس مصدرا من المصادر الجامدة للدستور، بمعنى أنه لا يقوى أن ينشئ قواعد دستورية جامدا جمودا مطلقا، ومع ذلك فهو لا يهدر ما له من قيمة بل يبقى مصدرا مرنا لتشريع أحكام دستورية مرنة كما سيأتي عند تناول المصادر المرنة.

فقرة 3- القواعد الدستورية الثابتة بالإجماع

يعتبر الإجماع(2). من مصادر التشريع التي لها دور كبير في تقرير وإرساء كثير من المبادئ الشرعية سواء في الموضوعات الدستورية أو في موضوعات قانونية أخرى، وتبرز أهميته جليا بالتأكيد في الانتقال بحجية كثير من الأحكام الظنية من مرتبة الظن إلى مرتبة القطع واليقين مما يجعلها تندرج في مبادئ الشريعة التي لا يسلم بها إلا من لم يسلم قلبه، ومن ثم فإن الإجماع لا يعد فقط مصدرا ثرا من المصادر التي تستقى منها الأحكام الشرعية وإنما مصدرا رسميا لإضفاء الإلزام على الأحكام الشرعية الثابتة بخصوص ظنية، ومن هنا فقد احتفى العلماء به كمصدر للأحكام الشرعية بكل فروعها و لم يميزوا في ذلك بين الأحكام التي تتعلق بأمر يسير كقانون عادي أو تتعلق بأمر خطير كالقواعد الدستورية أو الأحكام السلطانية، فهو مصدر لهذا وذاك(3)، بل إنه في المسائل الدستورية يمثل مصدر مهم لكثير من القواعد الدستورية الجامدة جمودا مطلقا كما نبه على ذلك إمام الحرمين الجويني(4)، ومن القواعد الدستورية الثابتة بالإجماع، وجوب نصب الرئاسة العامة(5)، ومنها أيضا القاعدة الدستورية القاضية بعدم جواز تولي المرأة الرئاسة العامة في الدولة الإسلامية(6).

إخراج الإجماع من مصادر الشرعية الدستورية ورغم الأهمية الكبيرة التي يحتلها الإجماع بين مصادر المشروعية الدستورية فقد حاول بعض المعاصرين النيل من حجيته، ولعل اخطر محاولة لزعزعة حجية الإجماع في العصر الحديث من بين مصادر المشروعية بصفة عامة ومصادر المشروعية الدستورية بصفة خاصة هي تلك المحاولة التي قادها لفيف

1- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 57.

2- يعرف الإجماع بأنه "اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ في عصر من العصور على حكم شرعي بعد وفاة النبي ﷺ". ينظر: عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 45. وينظر: الحضري: أصول الفقه، ص: 271.

3- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 61.

4- عبد الملك الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 47.

5- ينظر: عضد الدين الإيجي: المواقف وشرحه، 8/ 346، 345. ينظر: الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 03. ينظر: الجويني: غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 16. وينظر: الشهرستاني: نهاية الإقدام في علم الكلام، ص: 480. وينظر: ابن حزم: الفصل في الملل والأهواء والنحل، 4/ 72، 87. عبد الرحمن بن خلدون: المقدمة، 1/ 239.

6- ينظر: ابن حزم: الفصل في الملل والأهواء والنحل، 4/ 110، حيث يقول "وجميع فرق أهل القبلة ليس منهم أحد يجيز إمامة امرأة". وينظر له أيضا: مراتب الإجماع، ص: 25. وينظر البغوي: شرح السنة، تحقيق شعيب الارناؤوط، المكتب الإسلامي، ط1، 1394هـ، 10/ 77.

من علماء الشريعة و فقهاء القانون في مصر، كالشيخ شلتوت(1)، والشيخ عبد الوهاب خالف(2)، وعبر عنها بشكل صريح وواضح الدكتور عبد الحميد متولي بقوله "الرأي عندي أنه لا مكان للإجماع في العصر الحديث بين مصادر الشريعة الإسلامية وبخاصة بصدد الأحكام الشرعية الدستورية"(3). وبقوله: "إن الإجماع بصدد الأحكام الدستورية في عصر سابق غير ملزم لعصر لاحق، وبالتالي فهو غير ملزم لنا في عصرنا"(4). وينقل عن الشيخ محمود شلتوت قوله: "لا أكاد أعرف شيئاً اشتهر بين الناس على أنه أصل من أصول التشريع ثم تناولته الآراء واختلفت فيه المذاهب من جميع جهاته كهذا الأصل الذي يسمونه الإجماع"(5). ويؤسس الدكتور متولي رأيه في إخراج الإجماع من مصادر المشروعية الدستورية على جملة من الاعتراضات:

- أن الصحابة اجمعوا ثلاث مرات في طريقة إسناد الإمامة، كل مرة طريقة مختلفة عن الأخرى.
- أن الإجماع يلي السنة في المرتبة ولما كانت سنة الآحاد عنده ليست مصدر للأحكام الدستورية فالإجماع أيضاً لا يمكن أن يكون مصدراً للقواعد الدستورية
- الإجماع يجعل القواعد الدستورية تتصف بالجمود بينما ذلك مخالف لروح القرآن ولطبيعة الدستور الذي ينبغي أن يتصف بالمرونة ليواكب متغيرات الزمان والمكان.
- كثرة ما أثير حول الإجماع من خلافات تتعلق بحجته وشروطه وإمكانه لا تجعله دليلاً مسلماً به خاصة في المسائل الدستورية(6).

ولسنا هنا في مقام يسمح لنا بالرد المفصل على كل هذه الاعتراضات فقد كفانا ذلك عدد من الباحثين المعاصرين في وقت مبكر(7)، غير أنه ينبغي القول أن الدليل على إمكانية الإجماع كحجة شرعية هو ثبوت كثير من الأحكام سواء في المجال الدستوري أو غيره عن طريق الإجماع ويكفي الرجوع إلى مدونات الفقه و مصنفات السياسة الشرعية لنقف جلياً كيف أن الإجماع كأصل شرعي وآلية معرفية يؤسس شرعية كثير من الأحكام السلطانية. بناء على استقرار الاجتهادات الفقهاء والفرق في كل مسألة ومن ثم فقد ميزوا مبكراً بين المسائل المجمع عليها والمختلف فيها وصنفوا في ذلك المصنفات ومن أهمها كتاب الإجماع لابن المنذر وكتاب مراتب الإجماع لابن حزم أما قول إبراهيم دعيج الصباح: "إن مصدر الشريعة هو الوحي وتفسير الموحى إليه، بينما الإجماع هو نتيجة موقف ورأس إنساني، فكيف يمكن لشيء إنساني أن يكون من مصادر شيء إلهي"(8). فنراه قولاً لا يصدر إلا ممن طمست بصيرته، فإن الإجماع من مصادر التشريع لان اجتماع العقول جميعاً على رأي واحد أمر خارج عن الإرادة

-
- 1- محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص: 65.
 - 2- خلاف: أصول الفقه، ص: 49-50. حيث يرى أن الإجماع لا يمكن وقوعه وأنه لم ينعقد في عصر من العصور بعد وفاة النبي ﷺ.
 - 3- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 61.
 - 4- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 70.
 - 5- محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، ص: 65. وينظر: متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 72.
 - 6- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 61-72، و ينظر نقداً ورداً علمياً عليه في: فؤاد محمد النادي، المبادئ الدستورية العامة، ص: 272-296. وأيضاً رداً آخر في: منير حميد البياتي: الدولة القانونية، ص: 65-71.
 - 7- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 65-71. غير أن ما يؤخذ على ردوده هو خلطه بين الإجماع كأصل شرعي وبين الاجتهاد الجماعي وبين الاجتهاد الجمعي، واعتباره الاجتهاد الجمعي الذي هو أحد صور الاجتهاد الجماعي هو نفسه الإجماع.
 - 8- إبراهيم دعيج الصباح: الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 2000، ص: 15.

الإنسانية، بل هو بيد الله ﷻ وحده فهو الذي يسوق القلوب والعقول إلى رأي واحد، ولا يستطيع بشر أن يجمع الناس على رأي واحد ولو حرص على ذلك إلا أن يشاء الله. ثم من قال بأن الإجماع لا مستند له من الشرع، فأهل العلم على أن الإجماع لا بد له من سند من أدلة الشرع.

البند الثاني: التشريع الدستوري

يمثل التشريع الدستوري الذي تتبناه جماعة المسلمين أو الصادر عن أولى الأمر المصدر الثاني للقواعد الدستورية في الدولة الإسلامية، رغم أن كثير من الباحثين في النظام الدستوري الإسلامي يقصر صلاحيات الولاية العامة في مجال التشريع على التشريعات التنظيمية والتشريعات التنفيذية دون أدنى إشارة لصلاحياتها في التشريع الأساسي (1). غير أنه لما كانت الشريعة لم تفصل في جميع الأحكام الدستورية و لما كانت الأحكام الدستورية كما سبق أن فصلنا بعضها أحكام دستورية جامدة جمودا مطلقا لا تقبل التعديل أو الإلغاء، لأنها تعبر عن الإرادة العامة (الإجماع) لجماعة المسلمين، و بعضها أحكام مفوضة لاجتهاد جماعة المسلمين في كل عصر بما لا يخالف مصادر المشروعية الإسلامية وبما تقتضيه رعاية المصلحة العامة، فإن ذلك يعني أن لجماعة المسلمين في كل عصر تشريع القواعد الدستورية المحققة للمصلحة العامة في كل وقت وحين وتعديلها وتغييرها إذا رأت أن المصلحة الشرعية في الأخذ بقاعدة أخرى أرجح دليلا وأوفق مصلحة، وهو ما سماه بعض الباحثين المعاصرين "التشريع الدستوري الصادر من أولى الأمر" وعده مصدرا ثالثا بعد الكتاب والسنة (2). وهذا التشريع ليس اعتباطيا أو بمجرد الهوى والتشهي كما هو الحال في التشريع الوضعي ولكنه تشريع مقيد محله بالقيود الموضوعية الواردة في قواطع الكتاب والسنة والإجماع التي ينهض عليها النظام الإسلامي كما سيأتي.

وإذا كان البعض يعترض على القول بأن لجماعة المسلمين وأولى الأمر فيها صلاحية التشريع في المجال الدستوري ويرى أن جماعة المسلمين ومن ينوب عنها من أولى الأمر لا تمارس عملا تشريعا لا في المجال الدستوري ولا في غيره بل تمارس فقط سلطات دستورية مقررة بالشرع، وتمثل لتكاليف شرعية تطالب بها وليست هي التي قامت بسن وتشريع القانون الذي ينظمها حتى تعتبر صاحبة السيادة (3) وأن النظر إلى ما للشعب من سلطة في التولية والعزل وإغفال القانون الذي ينظم هذه السلطة، يكون نظرا غير محيط بكل أركان هذه المسألة، إن الشعب لا يملك أن يبايع الخليفة أو عزله بقانون وضعه هو بنفسه بل ذلك محكوم بالقانون الإسلامي الذي أراده رب العالمين (4).

و نحن نرى أن هذا القول يكون صحيحا تماما لو كانت جميع الأحكام الدستورية ثابتة بقول الله وقول رسوله وليس فيها مجال لإعمال النظر و اختلاف الرأي، وليس لجماعة المسلمين وأولى الأمر فيها دور في اقتراح القانون والتداول فيه وإصداره، ولكن واقع الحال من استقراء مصنفات الأحكام السلطانية يدل على خلاف ذلك، ففيما عدا القواطع الشرعية في المجال الدستوري، فإن الغالب من تفاصيل الأحكام الدستورية قد جرى فيها الخلاف، وليس أدل

1 . ينظر: محمد عبد الحميد أبو زيد: سلطة الحاكم في استنباط التشريع شرعا ووضعها، ص: 14-15. وقد نسب في الهامش هذا الرأي لمحمد البهي، ومحمد متولي النظامي، وعبد القادر عودة، ويوسف القرضاوي، ومحمد سلام مذكور، وأحمد المواني.. وينظر: مسعد محمد علي خطاب: الرقابة على دستورية التشريعات في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة، ص: 25.

2- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 57.

3 . ينظر: فؤاد محمد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص: 45.

4 . جمال الدين المراكبي: نظام الخلافة بين نظم الحكم المعاصرة، ص: 289.

على ذلك من الأمثلة التي ساقها المعترض اعني مثالي التولية والعزل:

فإذا كان نصب الولاية العامة من القواعد الدستورية الجامدة جمودا مطلقا والتي تتعالى على السياسة والزمان والمكان، فإن كثير من الشروط الدستورية التي تشترط فيمن يتولى منصب الإمامة (رئيس الدولة) من الأمور التي لا تجد فيها قولاً واحداً، بل معظمها تتعدد فيها الاجتهادات والآراء بما يقتضيه النظر الشرعي (1)، وبالتالي فتحديد هذه الشروط وجعلها قانوناً ملزماً تنتظم به جماعة المسلمين من الأمور التي لا ينبغي أن تترك لرأي كل ذي رأي، وكل من يريد شق جماعة المسلمين بل لا بد لجماعة المسلمين من سن ما تراه محققاً للمصلحة العامة من القوانين الشرعية التي تتعلق بشروط كل ولاية.

وكذلك الحال بالنسبة لموضوع العزل والإقالة فباستثناء بعض القواعد الدستورية الجامدة جموداً مطلقاً "كحق الأمة في عزل الإمام بالكفر والردّة" وقاعدة "عدم جواز عزل الإمام العدل بغير سبب مشروع" فإن أغلب التفاصيل الفقهيّة الأخرى المتعلقة بأسباب العزل والإقالة و جهات العزل وطرق العزل من المسائل الخاضعة للاجتهاد والتداول ولم يستقر فيها الفقه على رأي واحد بل جرى فيها من الخلاف ما جرى في الفقه الوضعي. ومن ثم فترك مثل هذه المسائل الخطيرة لقول هذا الفقيه أو ذاك ليس من السياسة الشرعية في شيء.

ويمكن تصنيف المصادر المادية للتشريع الذي تباشره جماعة المسلمين في المجال الدستوري في مصدرين، وهي مصادر مادية فحسب وليست مصادر رسمية باعتبار أنها ما تدل عليه من أحكام ليس ملزماً بذاته ولكن يستمد الإلزام من إقرار جماعة المسلمين له.

- النصوص الظنية: حيث يقوم أولي الأمر بالتفسير التشريعي لهذه النصوص الدستورية الواردة في الكتاب والسنة من خلال ترجيح أحد الدلالات التي يفيدها النص الدستوري الظني و التي اختلف فيها الفقهاء واعتباره هو المعنى الراجح الذي يجب العمل به.

- الأدلة التبعية: حيث في المسائل المسكوت عنها والتي لم يرد فيها نص من الكتاب أو السنة فالمعول فيها على الأدلة الشرعية المؤسسة على رعاية مقاصد الشريعة كالمصلحة المرسلّة، والاستحسان، وسد الذرائع، أما القياس في المسائل الدستورية فلا يعول عليه كثيراً لندرة الأحكام الدستورية المعللة.

ومنه يتضح جلياً أن التشريع الدستوري الصادر عن ولي الأمر ليس تشريعاً صادراً بالهوى والتشهي بل لا بد وأن يكون له مستند شرعي يؤسس التمسك به والاحتجاج به في وجه الآراء الأخرى ومن ثم يبقى صنيع الدكتور عبد الحميد متولي غير مفهوم تماماً حينما أنكر حجية سنة الآحاد والإجماع والقياس والاستحسان واكتفى بالكتاب والسنة في استنباط الأحكام الدستورية مما يضعنا أمام سؤال كبير جداً لا نجد له جواباً وهو من أين تستمد القواعد الدستورية في المسائل التي ليس فيها نص من الكتاب والسنة؟

ومن جهة ثانية فإن التشريع الدستوري الصادر عن أولي الأمر مهما كان سنده فرتبته التأخر عن مبادئ الشريعة الدستورية فهي تعتبر قواعد جامدة جموداً مطلقاً وهي متعالية على الزمان والمكان وهي الضمان لخضوع الدولة للقانون فهي قوانين تجري فوق رأس السلطة العامة وليس لها فيها أي دور لا في الاقتراح ولا في المداولة، فهي صمام الأمان

1 . ينظر: فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، ص:443.

لحماية المشروعية ودولة القانون، ومن ثم فلا يجوز للتشريع الدستوري الصادر عن ولي الأمر أن يخالف أي مبدأ من مبادئ الشريعة الدستورية الثابتة بنص الكتاب أو نص السنة أو إجماع منعقد.

البند الثالث: العرف الدستوري

فقرة 1- مفهوم العرف الدستوري وحجته

ينقسم العرف في التداول الشرعي إلى عدة تقسيمات فينقسم من جهة موضوعه إلى عرف قولي و عرف عملي(1)، وما يهمننا بالنسبة للعرف الدستوري هو العرف العملي أي العرف المتعلق بالسلوك السياسي الذي اعتاده أولي الأمر، كما ينقسم من جهة عمومته إلى عرف عام و عرف خاص(2)، وما يعيننا بالنسبة للعرف الدستوري هو العرف الخاص الذي استقر وتعارف عليه أهل الولاية العامة. كما ينقسم من جهة مشروعيته إلى عرف صحيح و عرف فاسد(3). وبطبيعة الحال فإن ما يعيننا بالنسبة للعرف الدستوري في الشريعة الإسلامية هو العرف الصحيح إذ لا اعتبار عندها بالعرف الفاسد؛ فالمعدوم شرعا كالمعدوم حسا(4). وعلى ذلك يمكن القول أن العرف الدستوري هو السلوك السياسي المطرد الذي تعارف عليه أولي الأمر واستقر على أنه واجب الإلتزام.

وقد اختلف العلماء في حجية العرف(5). فذهب المالكية (6)، والحنفية(7)، وغيرهم إلى اعتبار العرف دليلا شرعيا وأصلا من أصول الاستنباط، لقوله عز وجل: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ (8)، وعلى هذا الأساس نجد أن من قواعدهم: الثابت بالعرف كالثابت بالنص(9)، والعادة محكمة (10)، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا(11)، وقال الشاطبي العوائد الجارية ضرورة الاعتبار شرعا. وأنه يراعى في الأحكام المبنية على العرف عرف المستفتي لا عرف المفتي(12)، وأن الأحكام المبنية على العرف لا يفتى بها بعد تناسيه وتجدد غيره، وإنما يفتى بما يقتضيه العرف المتجدد في كل بلد وزمن(13)،، وقالوا إن العرف يخصص به عموم النص كما

1 ينظر : وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، 829/2.

2 . ينظر : وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 829/2.

3 ينظر : عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، ص:89. وينظر : وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 829/2.

4- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، ط1، 2003، 66/12. الونشريسي: إيضاح المسالك، ص:57.

5- ينظر: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 830/2-833. وينظر: عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص:91.

6- ينقل القراني في التنقيح أن أدلة الأحكام عند المالكية تسعة عشر ومنها العرف، ينظر: شهاب الدين القراني: تنقيح الفصول مقدمة الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، 149/1. و

7- ينظر: ابن عابدين: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ص:114. وينظر: مجلة الأحكام العدلية العثمانية وشرحها، كارخانه تجارات كتب، كراتشي، دت، 20/1. حيث يقول في المادة 36 "العادة محكمة" يعني العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حجة لإثبات حكم شرعي.

8- الأعراف/199

9- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية 537/2، الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، 537/2.

10- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 5/337. "اعتبار العادة عند عدم النص" 215/2.

11- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 7/749.

12- أحمد بن غنيم النفراوي: الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، 418/1.

13- الشيخ محمد عليش: منح الجليل في شرح مختصر خليل، 188/3.

يخصص به القياس(1).

وذهب الشافعية وبعض الحنفية إلى أنه ليس دليلا شرعيا قائما بذاته ولكنه لا يعدو أن يكون كاشفا عن مصلحة مرسله أو مجرد قاعدة تفسيرية لما ورد به الشرع(2).

وبعض النظر عما إذا كان العرف مصدرا ماديا للأحكام الشرعية أم لا، فإن بلا شك أن العرف يضيف على الأحكام الفقهية التي مستندها دليل من الأدلة الخلافية كالمصلحة والذريعة الصفة الرسمية، حيث يجعلها ترتقي من مجرد رأي فقهي إلى تشريع بالمعنى الواسع للكلمة، فالرأي الفقهي الذي يطرد العمل به في الجماعة دون ما عداه من الآراء الفقهية حتى يصبح عرفا مستقرا يكتسب الصفة الإلزامية، ومن هذه الناحية فإن العرف يعتبر مصدرا رسميا من مصادر التشريع سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا أساسيا لما يضيفه على هذه الآراء من إلزام.

فقرة 2 - دولة الخلافة والأعراف الدستورية

ونحن إذا تأملنا الأحكام الدستورية التي كانت تدار بها دولة الخلافة كثير منها أحكام اكتسبت صفتها الرسمية والإلزامية من خلال العرف.

ومن الأعراف الدستورية التي سادت في دولة الخلافة الراشدة تلك القواعد الدستورية التي سنها الخلفاء الراشدون باجتهادهم ثم بتتابع العمل بها حتى صارت عرفا دستوريا مستقرا ومن ذلك العرف الدستوري القاضي بفصل السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، فهذه القاعدة كما هو معلوم سنها عمر بن الخطاب عملا بدليل المصلحة المرسله حيث دفع القضاء إلى جهة مستقلة عن السلطة التنفيذية على أساس المصلحة(3)، ولكن باستمرار عمل الخلفاء بها طوال الخلافة الراشدة وبعدها صارت عرفا دستوريا مستقرا. ومن القواعد الدستورية التي ليس لها من سند سوى العرف، العرف الذي يقضي بجعل تولية القضاة من صلاحيات قاضي القضاة كما كان الحال في بغداد، أو قاضي الجماعة كما كان الحال في المغرب والاندلس.

وكذلك القواعد المتعلقة بتحديد اختصاصات الولايات العامة فهي مما يثبت بالعرف وهو ما أصل القول فيه شمس الدين بن قيم الجوزية في نص بالغ الأهمية حيث يقول رحمه الله: "فصل عموم الولايات وخصوصها: إذا عرف هذا فعموم الولايات وخصوصها وما يستفيدة المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف وليس لذلك حد في الشرع فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر وبالعكس، وكذلك الحسبة وولاية المال وجميع هذه الولايات في الأصل ولايات دينية ومناصب شرعية، فمن عدل في ولاية من هذه الولايات وساسها بعلم وعدل وأطاع الله ورسوله بحسب الإمكان، فهو من الأبرار العادلين ومن حكم فيها بجهد وظلم فهو من الظالمين المعتدين، ﴿ إِنَّ الْأَبْرَارَ لَفِي نَعِيمٍ ﴾ **وَإِنَّ الْفُجَّارَ لَفِي حَجِيمٍ** ﴿٤﴾. فولاية الحرب في هذه الأزمنة في البلاد الشامية والمصرية وما جاورها تختص بإقامة الحدود من القتل والقطع والجلد ويدخل

1- ينظر: ابن عابدين: نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ص: 114-115:

2- : عبد الوهاب خلاف: علم أصول الفقه، ص: 91 .

3- فقد ولي عمر بن الخطاب أبا الدرداء قضاء المدينة وولى شريحا قضاء البصرة وولى أبا موسى الأشعري قضاء الكوفة، كتب الكتاب المشهور الذي عليه مدار أحكام القضاة. ينظر: ابن خلدون، المقدمة، 275/1 . وينظر: البياتي: النظام السياسي الإسلامي، ص: 73 .

4- الانفطار/ 13-14.

فيها الحكم في دعاوى التهم التي ليس فيها شهود ولا إقرار كما تختص ولاية القضاء بما فيه كتاب وشهود وإقرار من الدعاوى التي تتضمن إثبات الحقوق والحكم بإيصالها إلى أربابها والنظر في الأضرار والأموال التي ليس لها ولي معين والنظر في حال نظار الوقوف وأوصياء اليتامى وغير ذلك. وفي بلاد أخرى كبلاد الغرب ليس لوالي الحرب مع القاضي حكم في شيء وإنما هو منفذ لما يأمر به متولي القضاء" (1).

وهو نفس المعنى الذي يقرره فقيها حنبليا آخر كقاعدة فقهية دستورية: "قال الشيخ (تقي الدين) ما يستفیده بالولاية لا حد له شرعا , بل يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف) لأن كل ما لا يجد شرعا يحمل على العرف" (2). وعلى هذا الأساس يقرر بالنسبة لصلاحيات القاضي له: " (إمامة جمعة وعيد) ما لم يخصا بإمام من جهة السلطان أو الواقف، وله. (جباية خراج وجباية زكاة ما لم يخصا بعامل) يجبيهما كالآن (ولا) تفيد ولاية حكم (الاحتباس على الباعة والمشتريين ولا إلزامهم بالشرع) لأن العادة لم تجر بتولي القضاء لذلك (3).

ونجد فقيها حنبليا آخر هو منصور بن يونس البهوتي يقرر هذه القاعدة في العمل بالعرف الدستوري في رسم الحدود الدستورية بين مختلف الولايات بنفس الألفاظ تقريبا: "قال الشيخ ما يستفیده بالولاية لا حد له شرعا، بل يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف) لأن كل ما لا يجد شرعا يحمل على العرف" (4). وقد نص على هذه القاعدة بصيغة أعم الإمام السيوطي وهو شافعي المذهب بقوله: " كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف" (5). والإمام ابن دقيق العيد بقوله: " القاعدة : أن ما رتب عليه الشرع حكما، ولم يجد فيه حدا: يرجع فيه إلى العرف" (6).

1- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية، ص: 317-318 .

2- مصطفى بن سعد الرحيباني: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 460/6.

3- ينظر: مصطفى بن سعد الرحيباني: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، 459/6.

4- منصور بن يونس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، 290/6.

5- السيوطي: الأشباه والنظائر، ص: 99.

6- ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 286/2

المبحث الثالث: القيود الواردة على محل التشريع

وإذا كنا في المبحثين السابقين قد أفضنا واسترسلنا في مصادر المشروعية وفي تأصيل ومقارنة مصادر المشروعية وتدرج وقواعدها بين النظم السياسية المعاصرة والنظام السياسي الإسلامي وكذا تأصيل مبدأ الشرعية الدستورية في النظام الإسلامي ومقارنته بالنظم السياسية المعاصرة، فإن ذلك كان لغرض محدد وهو تحديد القيود التي ترد على جهات التشريع في هذه النظم وفي النظام السياسي الإسلامي بخصوص محل التشريع، ومنه فقد آن الأوان أن نفصل القول في القيود التي يفرضها الدستور على العمل التشريعي بالنسبة لعنصر المحل، ولما كان هذا التقييد يتأسس بداية على التسليم بسمو الدستور فقد أثرنا الانطلاق من هذا المبدأ العام (مطلب أول) قبل أن نفصل في القيود الموضوعية التي ترد بمواد الدستور على محل التشريع (مطلب ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: سمو الدستور كقيود على محل التشريع

المطلب الثاني: القيود الموضوعية الواردة في الدستور

المطلب الأول: سمو الدستور كقيد على محل التشريع بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

من المقرر فقها و قضاء أن القاعدة التشريعية حتى تتحقق بالمشروعية ينبغي أن تندرج في قاعدة تشريعية أسمى منها، أو في أدنى الأحوال أن لا يكون محلها مخالفا لقاعدة أسمى، فإذا كان تشريعا فرعيا وجب أن لا يخالف محله التشريع الدستوري أو التشريع العادي، وإذا كان تشريعا عاديا وجب أن لا يخالف محله التشريع الدستوري النافذ، ومن ثم فإن التعرض للقيود الواردة على محل التشريع يجد أساسه في مبدأ سمو الدستور، فلا يجوز للتشريع أن يخالف محله الدستور إلا في الحالات الاستثنائية المحددة بظوابطها الدستورية والتي تميز بحكم الضرورة تعطيل جزء مهم من الأحكام الدستورية والانتقال من قواعد المشروعية العادية إلى قواعد المشروعية الاستثنائية (فرع أول).

و لما كنا قد فرغنا من تأصيل المسألة الدستورية في النظام السياسي الإسلامي، فقد حان الآن النظر إلى أي مدى يمكن اعتبار الدستور في الدولة الإسلامية قيда على محل التشريع، سواء أكان صادرا عن مجلس الشورى أو عن الإمام، وهو ما سنعرض له في (فرع ثان).

وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: سمو الدستور كقيد على محل التشريع في النظم المعاصرة

الفرع الثاني: سمو الدستور كقيد على محل التشريع في النظام الإسلامي

الفرع الأول: سمو الدستور كقيد على محل التشريع في النظم السياسية المعاصرة.

البند الأول: مبدأ سمو الدستور وأثره على محل التشريع العادي والفرعي

يأتي الدستور في قمة الهرم القانوني وذلك نظراً للأهمية التي تحتلها الدساتير في الأنظمة القانونية ومن هنا جاء الفقه الدستوري بالمبدأ المعروف بسمو الدستور والذي يعني علو الدستور على سائر القواعد القانونية فإذا ما تعارضت هذه القواعد في روحها أو نصوصها مع الدستور كان النص الدستوري مرجعاً عليها(1). ويرتبط مبدأ سمو الدستور بمبدأ المشروعية والذي (يعني سيادة حكم القانون أي خضوع السلطات العامة في الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية) في كل تصرفاتها وأنشطتها لأحكام القانون. ولذلك كان مبدأ سمو القواعد الدستورية أحد مظاهر مبدأ المشروعية حيث إن كلاهما يرتبط بالآخر بعري وثيقة لا انفصام لها (2).

فقرة 1- مفهوم سمو الدستور

القواعد القانونية التي يتضمنها النظام القانوني للدولة ليست في مرتبة واحدة وإنما هي مراتب متدرجة، ويترتب على ذلك أن كل قاعدة ينبغي أن لا تخالف القاعدة التي تعلوها في المرتبة وعلى هذا النحو يُمثل النظام القانوني في الدولة بأنه كاهرم الذي تقف على قمته القواعد الدستورية، من حيث أن الدستور هو الذي ينشأ سلطات الدولة المختلفة وهو الذي يحدد اختصاصاتها وكذلك طبيعة العلاقة بين كل سلطة والسلطات الأخرى في الدولة، إن هاتين الخاصيتين تجعلان منه ذو سمو عُرف في فقه القانون الدستوري بمبدأ سمو الدستور.

فالقواعد الدستورية تأتي في المرتبة الأولى لأنها تمثل حجر الأساس في البناء القانوني للدولة وفي ظلها تتدرج بقية القواعد القانونية التي ينظمها الهيكل القانوني داخل الدولة (3). فوفقاً لكتابات الفقيه النمساوي هانز كلسن والذي أثبت بصورة كاملة فكرة تدرج القواعد القانونية في الدولة، أن النظام القانوني في الدولة لا يعتبر نظاماً للقواعد القانونية الموضوعية في نفس المرتبة، ولكنه يشكل هرم أو تدرج شكلي لعدد من الفئات من القواعد القانونية(4). وكل فئة من فئات القواعد ليس لها في ذاتها أي قيمة قانونية؛ ولكنها تستمد قيمتها القانونية بدخولها تحت فئة من القواعد القانونية أعلى منها مرتبة، وهكذا حتى نصل إلى مجموعة القواعد القانونية الأعلى في النظام القانوني وهي فئة القواعد الدستورية. ووفقاً لهذا التصور تكون القاعدة القانونية صحيحة إذا ما تم إنشائها وفقاً لقاعدة أخرى أسمى(5). بينما تكون القاعدة القانونية غير صحيحة إذا كانت لا تطابق القاعدة الأعلى التي تنظم إنشائها(6). وعليه فالقواعد الدستورية تأتي على قمة هرم التنظيم القانوني للدولة ويترتب على ذلك التزام جميع السلطات العامة فيها باحترام هذه القواعد الدستورية عند ممارسة اختصاصاتها في الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين في الدستور(7).

1- محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات، ص: 144.

2- محمد كامل عبيد: مبدأ المشروعية، أكاديمية شرطة دبي، دبي، 2004، ص: 144.

3- محمد حسنين عبد العال: القانون الدستوري، طبعة 1992، ص: 05.

Hans Kelsen: La Théorie pure du droit, Traduction Française par Charles Eismann, Paris, Dalloz, 2em Ed, 1962, p.299.

Hans Kelsen: La Théorie pure du droit,....op cit, p.261. -5

Hans Kelsen: La Théorie pure du droit,....op cit, p.355-356. -6

7- محمد فوزي نويجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، دار النهضة العربية، ط1، 2007، ص: 7-8.

وعلى ذلك يراد بمبدأ سمو الدستور علو القواعد الدستورية على غيرها من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، وهذا يعني أن أي قانون تصدره الدولة يجب أن لا يكون مخالفاً للدستور. ويراد بسمو الدستور أيضاً أن النظام القانوني للدولة بأكمله يكون محكوماً بالقواعد الدستورية، وأن أية سلطة من سلطات الدولة لا يمكن أن تمارس إلا من قبل الهيئة التي خولها إياها الدستور وبالحدود التي رسمها. ويعتبر مبدأ سمو الدستور من المبادئ المسلم بها في فقه القانون الدستوري حتى في حالة عدم النص عليه في صلب الوثيقة الدستورية.

وقد وجدت فكرة سمو الدستور أساسها في كتابات مفكري نظرية العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر الأوربي، إلا أنه لم يترسخ كمبدأ إلا بعد انتصار الثورتين الأمريكية والفرنسية وقد نُص على المبدأ لأول مرة في الدستور الأمريكي لعام 1787، في المادة (6) منه. وبعد الثورة الفرنسية ساد المبدأ ونصت عليه أغلب دساتير الدول(1).

فقرة 2- صور سمو الدستور

وسمو الدستور قد يكون سموً موضوعياً (مادياً) وقد يكون سموً شكلياً:

أولاً. السمو الموضوعي (المادي للدستور)

مقتضى السمو الموضوعي، أن نشاط سلطات الدولة المختلفة يجب أن يكون محكوماً بالدستور في كل ما يصدر منهم من قوانين وأنشطة مختلفة، لأن خروج تلك السلطات عن القواعد الدستورية التي أوجدتها ونظمت طريقة ممارستها للسلطة يعد هدرًا لسند وجود تلك السلطات وللأساس القانوني لاختصاصاتها وبالتالي يعتبر مساساً بجوهر الدستور وانتهاكاً لسموه الموضوعي.

ويتمتع الدستور بسمو موضوعي سواء أكان دستوراً جامداً أم مرناً. ذلك لأن المشرع العادي وإن كان يملك حق تعديل الدستور المرن بنفس إجراءات تعديل القانون العادي، إلا أنه ملزم دائماً باحترام الأساس النظري الذي يقوم عليه الدستور. ويترتب على السمو الموضوعي عدة نتائج:

1 - أن القواعد الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة، وأن أي نشاط يكون مخالفاً لهذه القواعد لا يتمتع بأية قيمة قانونية.

2 - السمو الموضوعي يرتبط بمبدأ المشروعية مما يعني وجوب احترام القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ووجوب مطابقتها لتلك القوانين للدستور.

3 - بما أن الدستور هو مصدر جميع السلطات في الدولة، فهذا يعني أن هذه السلطات لا تمارس حقاً شخصياً تتصرف به كما تشاء، وإنما تمارس وظيفة تحددها النصوص الدستورية، ويترتب على ذلك أن هذه السلطات لا تستطيع تفويض اختصاصاتها للغير، إلا بنص دستوري يبيح ذلك، تطبيقاً للمبدأ الذي يقول (الاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض).

إن مبدأ سمو الدستور لا ينتج أثره القانوني إلا بوجود رقابة على دستورية القوانين، ولا يمكن تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقق للدستور السمو الشكلي إلى جانب السمو الموضوعي.

1- ينظر: محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات، ص: 144.

ثانياً. السمو الشكلي للدستور:

يقصد بالسمو الشكلي للدستور أن عملية تعديله تتطلب إجراءات خاصة أشد تعقيداً من إجراءات تعديل القانون العادي، وعلى هذا النحو لا يتحقق السمو الشكلي للدساتير المرنة رغم تمتعها بالسمو الموضوعي لأن إجراءات تعديل الدستور المرن والقانون واحدة، وهذا يعني أن صفة الجمود هي التي تضيء على الدستور سموً شكلياً على القوانين العادية إضافة إلى السمو الموضوعي. وتتمتع جميع القواعد الدستورية سواء كانت قواعد موضوعية أو قواعد شكلية بالسمو الشكلي في الدستور الجامد(1).

في تفسير مبدأ سمو الدستور تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكم لها صادر بتاريخ 1994/2/12 (أن القواعد الدستورية تحتل من القواعد القانونية مكاناً عالياً لأنها تتوسد منها المقام الأسمى كقواعد أمر، ويعني هذا المبدأ أن النص الدستوري يسمو ويتقدم على ما عداه من نصوص قانونية فيتوجب أن لا تخالف تلك النصوص أي قاعدة دستورية، إذ أن "كل سلطات الدولة الحديثة من تشريعية وتنفيذية وقضائية تخضع للدستور بحسبان أن الدستور هو سند وجود هذه السلطات جميعاً وهو مصدر شرعيتها فإذا كان ذلك كذلك فإنه لا يتصور أن يصدر عن السلطة التشريعية قانون يخالف الدستور وكذلك أيضاً لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تصدر قرارات مخالفة للدستور الذي هو سند وجود هذه السلطة وهو الذي أعطاها ما تمارسه من اختصاصات..). وعليه فإن السلطة التشريعية تلتزم، طبقاً لهذا المبدأ، بأن لا تصدر أي قانون يخالف أو يناقض النص الدستوري والقيود الموضوعية الواردة فيه.

البند الثاني: مبدأ تدرج القواعد الدستورية وأثره على محل التشريع الدستوري

إذا كانت القواعد الدستورية تأتي في المرتبة الأولى لأنها بمثابة الحجر الأساس في البنيان القانوني للدولة، وفي ظلها تتدرج بقية القواعد القانونية التي ينظمها الهيكل القانوني داخل الدولة مما يعني أن تسمو القواعد الدستورية على سائر القواعد القانونية شكلاً ومضموناً(2). فإن السؤال يثور بشأن القواعد الدستورية ذاتها هل هي في مرتبة واحدة أم ليست كذلك،؟ خاصة وقد أصبح بعض الفقه الدستوري الحديث يميل إلى وجود تدرج بين مكونات المجموعة الدستورية بحيث يمكن ترتيب القواعد الدستورية بالنظر إلى مصدرها في حالة تعدد تلك المصادر داخل النظام القانوني الواحد(3)، وهو ما يسمى بالتدرج الشكلي. وهناك من يرى أن التدرج ليس بين النصوص القانونية المشكلة للمجموعة الدستورية ولكن بين الأحكام المختلفة لهذه النصوص وذلك بالنظر إلى محتواها ومضمونها(4)، وهو ما يسمى بالتدرج الموضوعي.

1- ينظر: محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات دراسة ص: 144.

2- محمد فوزي نويجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 07.

3- محمد فوزي نويجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 18. 61 وما بعدها.

4- محمد فوزي نويجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 18. 120 وما بعدها.

وعليه فإذا صح أن القواعد الدستورية ليست كلها في مرتبة واحدة لا من حيث الشكل، ولا من حيث الموضوع، فإن ذلك يترتب عليه أن كل تشريع دستوري ينبغي أيضا أن يكون محله مطابقا للقواعد الدستورية الأسمى منه شكلا وموضوعا، وهو ما سنعرض له في هذا البند:

فقرة 1- التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية

يقصد بالتدرج الشكلي بين القواعد الدستورية *Hierarchie Formelle*، أن يكون إطار الدستورية *Bloc de Constitutionnalité* مكون من عدد من النصوص والقواعد الدستورية المختلفة المصادر فيجري البحث هل النصوص المكونة لإطار الدستورية تحوز نفس القيمة؟ أم أن بعضها يسمو على بعض؟

لقد اختلف الفقه الفرنسي الحديث حول الإقرار بوجود تدرج شكلي بين النصوص الدستورية المختلفة المكونة لإطار الدستورية فقد نصت مقدمة دستور 1958 على الإحالة للمبادئ الواردة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، والإحالة على مقدمة دستور 1946، يضاف لذلك ميثاق البيئة لعام 2004(1).

فذهب فريق من الفقهاء إلى أن جميع هذه النصوص تحوز نفس القيمة الدستورية ولا يسمو بعضها على بعض(2)، وبالتالي فهم ينكرون التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية استنادا إلى مبدأ وحدة الدستور الذي يفرض عدم وجود فوارق بين مختلف القواعد والمبادئ والنصوص الدستورية. التي استمدت قوتها وقيمتها من عمل واحد هو الاستفتاء التأسيسي.

بينما ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الإقرار بوجود تدرج شكلي بين النصوص الدستورية(3)، وأن بعض هذه النصوص يسمو على بعض، بحيث أن بعض النصوص تكون لها قيمة دستورية أعلى من نصوص أخرى، وإن اختلفوا في تحديد النص الذي يسمو على جميعها(4)، مستندين في ذلك للطابع المطلق للحقوق التي يقر بها إعلان 1789، والطابع التكميلي للنصوص الدستورية التي جاءت بعده.

غير أن القضاء الدستوري في فرنسا لم يقبل فكرة التدرج الشكلي للنصوص الدستورية، فمع تسليمه بالفرق بين سلطة وضع الدستور(السلطة التأسيسية الأصلية)، وسلطة تعديله(السلطة التأسيسية المنشأة)، وإذا كان هذا الأمر قد أدى إلى التسليم بعلو السلطة الأولى على الثانية، بحيث يمتنع على سلطة تعديل الدستور أن تقوم بتعديله دون مراعاة الإجراءات الدستورية التي وضعتها السلطة التأسيسية الأصلية، فإن ذلك لا يعني وجود تدرج بين النصوص الدستورية

1- جرى تعديل نص المقدمة بعد التعديل الذي أدخل على الدستور في 2005 على النحو التالي:

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

2- من هؤلاء: ج فيدل G Vedel، تيري ديمانو Thierry Diamano، فيليب ترينبار Philippe Terneyre. ينظر: محمد فوزي نويجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 105-109.

3- ومن هؤلاء: أندريه دو لوبادير André de laubadère، فرنسوا جوجل Francois Goguel، ستيفان رايس Stéphane Rials... ينظر: نويجي: نفس المرجع، ص: 90-91.

4- ذهب البعض إلى سمو إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، بينما ذهب فريق آخر إلى سمو مقدمة دستور 1946، ينظر: محمد فوزي نويجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 90-104.

بل كلها تحوز نفس القيمة الدستورية، وعليه فإن موقف القاضي الدستوري في حالة التعارض بينها هو التوفيق بينها ما أمكن، دون أن يكون له الحق في أن يعلي من قيمة نص على حساب نص آخر(1).

فقرة 2- التدرج الموضوعي بين أحكام الدستور

يقصد بالتدرج المادي أو الموضوعي بين قواعد الدستور *Hierarchie matérielle*، أن القواعد المضمنة في الوثيقة الدستورية لا تأخذ نفس القيمة الدستورية بل بعضها يسمو على بعض، بحيث يمكن القول بأن هناك قواعد دستورية من الدرجة الأولى وقواعد من الدرجة الثانية وهكذا..

مثلاً اختلف الفقه الفرنسي في مسألة التدرج الشكلي بين النصوص الدستورية، فقد اختلف في التدرج الموضوعي بين الأحكام الدستورية:

فذهب جانب من الفقه (2) إلى رفض فكرة التدرج المادي أو الموضوعي بين القواعد الدستورية استناداً لنفس الحجة التي استند إليها في رفض التدرج الشكلي وهي مبدأ وحدة الدستور التي تفرض أن تكون لأحكامه نفس القيمة الدستورية ما دامت قد تم وضعها بطريقة واحدة (الاقتراع العام).

بينما ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى الإقرار بوجود تدرج موضوعي بين الأحكام الدستورية، وأن بعضها يسمو على بعض من حيث القيمة الدستورية، غير أنهم اختلفوا في تحديد الأحكام الدستورية التي لها السمو الموضوعي على جميع الأحكام، فذهب اتجاه إلى أن الأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية *Droits Fondamentaux* لها العلو على جميع الأحكام الدستورية، وحتى هذه الحقوق والحريات الأساسية ليست في مرتبة واحدة بل بعضها يسمو على بعض(3). في حين ذهب اتجاه ثان إلى أن الأحكام الدستورية المتعلقة بالسيادة الوطنية لها العلو والسمو الموضوعي على سائر القواعد الدستورية على اعتبار أن هذه القواعد لا تسمح للدساتير بالمساس بها وأي تحفظات بشأنها لا يمكن تعديلها عن طريق سلطة تعديل الدستور، ولكن عن طريق السلطة التأسيسية وحدها(4).

غير أن فكرة التدرج الموضوعي للقواعد الدستورية هي أيضاً لم تلق النجاح المطلوب حيث لم يقبل مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة، معتبراً القواعد الدستورية كلها تحوز نفس القيمة بغض النظر عن موضوعها، لأنها كلها تستمد قوتها من عمل واحد (الاستفتاء)، ولأن القول بالتدرج الموضوعي يجعل للقضاء الدستوري سلطة على النصوص الدستورية يعلي منها ما يشاء وينحي بعضها بحجة التدرج، وهذا يؤدي إلى سيطرة القضاء على وضع النصوص الدستورية، ومن ثم فقد مال القضاء الدستوري في فرنسا في حالة التعارض بين القواعد الدستورية إلى التوفيق بينها، دون أن يعطي لنفسه الحق في أن يعلي بعضها على بعض(5).

1- ينظر: محمد فوزي نوبجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 152-160، 278.

2- من هؤلاء: ج فيدل G Vedel، تيري ديمانو Thierry Diamano، فيليب ترينار Philippe Terneyre، ر دومينيك R Dominique. ينظر: فوزي نوبجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 140-141.

3- من هؤلاء: برونو جينفوا Bruno Genevois، دومينيك توربان Dominique Turpin، روبر بادنتير R Badinter، لويس فافوري Louis Favoreu. ينظر: فوزي نوبجي: نفس المرجع، ص: 123-133.

4- من هؤلاء ليو هامون Leo Hamon، أوليفي بود Olivier Beaud، ينظر: فوزي نوبجي: نفس المرجع، ص: 134-140.

5- ينظر: فوزي نوبجي: نفس المرجع، ص: 152-160، الخاتمة.

الفرع الثاني: سمو الدستور كقيد على محل التشريع في النظام السياسي الإسلامي

البند الأول: سمو الدستور الإسلامي وأثره على محل التشريع

لقد سبق وأن عرفنا الدستور الإسلامي وفق المعيار الموضوعي "بأنه جملة الأحكام السلطانية المستمدة نصا من مبادئ الشريعة أو اجتهادا بتشريع جماعة المسلمين، أو من العرف والمتعلقة بتحديد شكل الدولة ونظامها وأسسها، وتكوين الولايات العامة واختصاصاتها والعلاقة بينها وحقوق الأفراد قبلها والحريات العامة فيها".

وإذا كان الدستور في النظم السياسية الوضعية القديمة والمعاصرة يستمد سموه من كونه فقط تعبيرا عن الإرادة العامة للشعب بشكل مباشر، فإن الدستور في النظام السياسي يزيد في سموه أن جزءا معتبرا من أحكامه تمثل إرادة الله عز وجل خالق البشر، بشكل قاطع، من خلال نصوص الوحي القطعية، حيث أن جزءا مهما من الدستور الإسلامي عبارة عن مبادئ و أحكام قطعية مستمدة نصا أو إجماعا من الشريعة، فضلا عن ذلك فإن الجزء الآخر من أحكام الدستور الإسلامي ونعني به الأحكام الدستورية الاجتهادية، هو أيضا يمثل التعبير عن إرادة الله عز وجل على سبيل الظن من خلال جماعة المسلمين.

فقرة 1- السمو الموضوعي للدستور الإسلامي

وعليه فإن الدستور الإسلامي باعتبار بعض أحكامه تعبيرا عن إرادة الله القطعية، وأحكامه الأخرى تعبيرا عن إرادة جماعة المسلمين فهو من هذه الناحية يسمو على كل تشريع اجتهادي صادر عن جهات التشريع في النظام السياسي الإسلامي، فلا يملك مجلس الشورى أن يسن تشريعا مخالفا لأحكام الدستور سواء في ذلك الأحكام القطعية التي تمثل مبادئ الشريعة أو أحكامه الاجتهادية التي تنتهها جماعة المسلمين. ولا يملك الإمام أيضا سن تشريعات مخالفة لأحكام الدستور القطعية والظنية.

فقرة 2- السمو الشكلي للدستور الإسلامي

لقد سبق أن خلصنا إلى أن الدستور من حيث الشكل قد يتضمن ثلاثة أنواع من القواعد الدستورية، قواعد دستورية جامدة جمودا مطلقا غير قابلة للتعديل أو التبديل، أو قواعد جامدة جمودا نسبيا، بحيث لا يتم تعديلها بنفس الطرق التي يتم بها تعديل سائر التشريعات، إذ لا مانع شرعا من أن تتبنى جماعة المسلمين ذلك، إذا اقتضاه النظر المصلحي واعتبارات السياسة الشرعية، و من الواضح أن هذين النوعين من القواعد الدستورية يضيفي على الدستور سموا شكليا لكون أولاهما لا يجوز أن تمتد إليها يد التعديل فهي متعالية على الزمان والمكان، وأخراها لا تعدل بنفس الإجراءات التي تعدل بها سائر التشريعات، أما النوع الثالث من القواعد الدستورية وهي القواعد التي تتعلق بموضوعات دستورية ولكن تصدر في نفس إجراءات التشريع العادي فهي لا تمتاز عن سائر التشريعات بسمو شكلي وإن من حيث الموضوع هي أحكام دستورية.

البند الثاني: مبدأ تدرج القواعد الدستورية وأثره على محل التشريع الدستوري

قد يظن أن القواعد الدستورية في الدستور الإسلامي ليست كلها في مرتبة واحدة لا من حيث الشكل ولا من حيث الموضوع، وبالتالي فكل تشريع دستوري ينبغي أن يكون محله مطابقا للقواعد الدستورية الأسمى منه شكلا وموضوعا، وهو ما سنعرض له في هذا البند:

فقرة 1- التدرج الشكلي بين القواعد الدستورية في الإسلام

سبق أن وضحنا أن المقصود بالتدرج الشكلي بين القواعد الدستورية Hiérarchie Formelle، أن يكون إطار الدستورية Bloc de Constitutionnalité مكون من عدد من النصوص والقواعد الدستورية المختلفة المصادر فيجري البحث هل النصوص المكونة لإطار الدستورية تحوز نفس القيمة؟ أم أن بعضها يسمو على بعض؟

تطرح مسألة التدرج الشكلي للقواعد الدستورية في النظام السياسي الإسلامي بشكل مختلف، وذلك نظرا لكون القواعد الدستورية في النظام السياسي الإسلامي مختلفة القيمة وليست فقط مختلفة المصدر كما سبق بيانه؛ فإذا كانت القواعد الدستورية في النظم الوضعية كلها قواعد وضعية سواء أكانت من سن سلطة وضع الدستور (السلطة التأسيسية الأصلية) أو سلطة تعديله (السلطة التأسيسية المنشأة)، وتستمد قوتها من عمل واحد هو الاستفتاء التأسيسي، فإن الأمر يختلف بالنسبة للدستور الإسلامي فبعض قواعده مصدرها مبادئ الشريعة وهي قواعد جامدة جمودا مطلقا تتعالى على الزمان والمكان والسياسة والتاريخ فلا تقبل تعديلا أو تبديلا. وبعضها الآخر مصدرها التشريع الأساسي الذي تتبناه جماعة المسلمين أو أولي الأمر فيها، وهي قواعد جامدة جمودا نسبيا أو قواعد مرنة وهي قواعد خاضعة للنظر الشرعي وقابلة للتعديل والتغيير بتغير الاجتهاد، ومن ثم فإن من نافلة القول أن نقول أن القواعد الدستورية المستمدة من مبادئ الشريعة تمتاز بالعلو والسمو الشكلي على القواعد الدستورية التي مصدرها التشريع الأساسي الذي تتبناه جماعة المسلمين اجتهادا، باعتبار أن القواعد الأولى هي تعبير عن الإرادة العامة لجماعة المسلمين (الإجماع) وهي إرادة بلا شك تمثل تجسيدا لإرادة الله ﷻ القطعية الصريحة، من حيث أن حصول الإجماع بيد الله ﷻ وحده، بينما القواعد الدستورية التي مصدرها التشريع الأساسي الاجتهادي الذي تتبناه جماعة المسلمين هي تعبير عن إرادة الأغلبية (الجمهور) في جماعة المسلمين فهي تمثل ما يرون أنها إرادة الله ﷻ على سبيل الظن الراجح، ومن دون شك فإن الفرق بين وكبير بين ما يمثل إرادة الله ﷻ، وما يُرى أنه يمثل إرادة الله ﷻ، فالأولى إرادة الله صراحة وقطعا، بينما الثانية دلالتها على إرادة الله ﷻ ظنية، والأولى هي إرادة منزهة عن الخطأ، بينما الثانية تخطف وتصيب، والأول تعبير عن الإرادة العامة للأمة المعصومة، بينما الثانية تعبير عن إرادة الجمهور الراجحة، والأولى تعلو على الزمان والمكان فهي تمثل مصالح الأجيال السابقة والحاضرة واللاحقة، بينما الثانية لا تعلو على الزمان والمكان وهي تمثل مصالح الأجيال الحاضرة فحسب، وبناء عليه فإن القواعد الدستورية المستمدة من مبادئ الشريعة تعتبر من الناحية الشكلية أسمى من القواعد الدستورية المستمدة من التشريع، وهذا التدرج الشكلي في قواعد الدستور الإسلامي ليس مؤسسا على ثنائية سلطة وضع الدستور/ سلطة تعديله، وإنما هو تدرج مؤسس على ثنائية القطع (الإرادة العامة)/ الظن (إرادة الأغلبية). و يترتب على ذلك أنه لا يجوز للسلطة التأسيسية أو سلطة التعديل Pouvoir constituant, ou pouvoir de révision سن أو تبني قواعد دستورية اجتهادية مخالفة للقواعد الدستورية المستمدة من مبادئ الشريعة، كما أن للقضاء الدستوري صلاحية الحكم ببطالان كل قاعدة دستورية اجتهادية مخالفة لقاعدة دستورية مندرجة في مبادئ الشريعة. وليس له صلاحية التوفيق بينها، لأن القواعد الدستورية التي مصدرها مبادئ الشريعة تعلو وتسمو على القواعد الدستورية المستمدة من اجتهاد جماعة المسلمين أو الأمر فيها.

وقد ذهب بعض الفقه في جمهورية مصر إلى اعتبار مبادئ الشريعة مبادئ فوق دستورية *Supraconstitutionnel*، وجعلها في مرتبة أعلى من الدستور (1)، على اعتبار أن الشريعة إذا كانت تمثل المصدر الرئيسي للتشريع، فإنها لا تكون المصدر الرئيسي إلا إذا كانت تحتل مرتبة السمو والصدارة بحيث لا يخالفها أي مصدر آخر مهما كان وضع هذا المصدر (2)، واحتلال مبادئ الشريعة لمرتبة فوق دستورية يرجع إلى أن كل البناء القانوني في الدولة الإسلامية ابتداء من الدستور حتى التشريعات الفرعية يتحتم أن يكون متفقا مع أحكام الشريعة ونابعة منها، لأن قواعد الشريعة تعد المقياس الحقيقي لشرعية أي قانون (3).

ونحن نرى أن اعتبار مبادئ الشريعة مبادئ فوق دستورية يخرجها من البناء القانوني و لا يبقي لها إلا قيمة دينية وفلسفية واجتماعية، خاصة وأن النظم السياسية المعاصرة لا تعترف بأي دستورية فوقية، حيث لا يعلو على الدستور شيء، ولا توجد قواعد أسمى من القواعد الدستورية. ومن ثم نرى أن التسليم بمبدأ تدرج القواعد الدستورية في النظام السياسي الإسلامي كفيل بالإجابة عن الإشكال الذي يطرحه اعتبار الشريعة أسمى من الدستور، وفي نفس الوقت يعرف الدستور على أنه القانون الأسمى في أي نظام سياسي، من حيث أن اعتبار مبادئ الشريعة جزءا من الدستور وسموها على سائر القواعد الدستورية التي مصدرها التشريع لا يبقى مجالاً لطرح مثل هذا الإشكال، فاعتبار مبادئ الشريعة ذات الصلة موضوعاً بالمسائل الدستورية جزء من الدستور، يجعل أولاً مبادئ الشريعة جزءاً من البناء القانوني وليست خارجه، كما يجعل لها ثانياً السمو الشكلي على سائر القواعد التي مصدرها التشريع الأساسي الذي تتبناه جماعة المسلمين. ومن ثم ينتهي كل البناء القانوني في الدولة الإسلامية إلى أساس شكلي وموضوعي متين، كما يجيب ثالثاً عن الإشكال الذي عجز الفقه الدستوري الوضعي أن يجد جواباً شافياً له والمتعلق بتفسير خضوع السلطة العامة للقانون الذي تضعه، فإن القانون في الدولة الإسلامية ينتهي إلى مبادئ متعالية على الزمان والمكان و ليس للسلطة العامة أي دور في سنّها، كما أنّها تمثل تعبيراً صريحاً عن الإرادة العامة للأمم المعصومة، فهي تمثل الحق والخير والعدل قطعاً.

فقرة 2- التدرج الموضوعي بين أحكام الدستور الإسلامي

قد سبق القول أنه يقصد بالتدرج المادي أو الموضوعي بين قواعد الدستور *Hiérarchie matérielle*، أن القواعد المضمنة في الوثيقة الدستورية لا تأخذ نفس القيمة الدستورية بل بعضها يسمو على بعض، بحيث يمكن القول بأن هناك قواعد دستورية من الدرجة الأولى وقواعد من الدرجة الثانية وهكذا.. ومثلما اختلف الفقه الفرنسي في مسألة التدرج الشكلي بين النصوص الدستورية، فقد اختلف في التدرج الموضوعي بين الأحكام الدستورية:

- 1- ثار جدل عريض في الفقه الدستوري المصري حول المكانة التي تحتلها مبادئ الشريعة بمناسبة تعديل نص المادة 02 من الدستور سنة 1980 من " ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع" إلى " ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". بين من يرى أنّها فوق الدستور، وبين من يرى أنّها في مرتبة وسطى بين القانون والدستور، وبين من يرى أنّها مصدر مادي للتشريع وليس مصدراً شكلياً، ينظر: هذه الآراء في فوزي نوبجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، ص: 113-118. وينظر هذا الجدل في: عبد الحميد متولي: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور.
- 2- فؤاد محمد النادي: موجز القانون الدستوري المصري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، د ت، دون دار نشر، ص: 22.
- 3- فؤاد محمد النادي: موجز القانون الدستوري المصري، ص: 22.

فإذا ولينا وجهنا شطر النظام السياسي الإسلامي، وتسألنا إذا كنا قد انتهينا إلى أن النظام الإسلامي يقر بوجود تدرج شكلي بين القواعد الدستورية فهل يقر أيضا بوجود تدرج موضوعي بين قواعد الدستور الإسلامي، سواء بين القواعد التي مصدرها مبادئ الشريعة أو القواعد التي مصدرها التشريع؟

إن الإجابة عن هذا السؤال ينبغي أن تنطلق من فلسفة التشريع الإسلامي ومقاصده، فعلى الرغم من أن الأحكام الشرعية ليست لها نفس الأهمية ولا نفس الاعتبار ولا تحوز نفس القيمة الموضوعية كما هو مبين ذلك في علم مقاصد الشريعة حيث أن الأحكام المتعلقة بحفظ الضروريات مقدمة على الأحكام المتعلقة بحفظ الحاجيات عند التعارض، والأحكام المتعلقة بحفظ الضروريات والحاجيات مقدمة على الأحكام المتعلقة بحفظ التحسينيات عند التعارض، وكذلك الأمر بالنسبة لحفظ الضروريات فإن الأحكام المتعلقة بحفظ الدين مقدمة عند التعارض مع الأحكام المتعلقة بحفظ النفس والأحكام المتعلقة بحفظ النفس مقدمة على الأحكام المتعلقة بحفظ العقل أو النسل أو المال عند التعارض.. وهو ما يبين أن الأحكام الشرعية بصفة عامة تتميز بتدرج أو تراتب مؤسس على أهمية المصلحة موضوع الحكم، ومع ذلك فإن هذا التدرج ليس تدرجا قانونيا بالمعنى الحرفي للكلمة والذي يعني سمو بعض الأحكام على بعض في شكل تدرج هرمي، بحيث القاعدة الأعلى تكون حاکمة على القاعدة الأدنى، بل هو تدرج مؤسس على أهمية ومرتبة المصلحة التي شرع الحكم لحفظها. فالأحكام المتعلقة بحفظ المصالح الضرورية تبقى أحكاما شرعية وكذلك الأحكام المتعلقة بالمصالح الحاجية تبقى أحكاما شرعية ولا تلغي الأولى الثانية، وكذلك الأحكام المتعلقة بالمصالح التحسينية تبقى أحكاما شرعية ولا تلغيها الأحكام المتعلقة بالضروريات أو الحاجيات، وإن كانت أكثر أهمية منها وأولى من حيث الاعتبار المصلي، وكل ما في الأمر أنه عند التعارض بين حكم يتعلق بمصلحة ضرورية وحكم يتعلق بمصلحة حاجية وعدم إمكان الجمع والتوفيق بينهما عند التطبيق فإن الاعتبار المصلي يفرض عند التطبيق في هذه الحالة الخاصة العمل بالحكم المتعلق بالمصلحة الضرورية ولو أدى إلى تفويت الحكم المتعلق بالمصلحة الحاجية، دون أن يعني ذلك أن الحكم المتعلق بالمصلحة الضرورية له العلو والسمو بالمعنى القانوني على الحكم المتعلق بالمصلحة الحاجية، بحيث عند المعارضة يلغيه، وكذلك الأمر عند التعارض بين حكم يتعلق بمصلحة حاجية وحكم يتعلق بمصلحة تحسينية وعدم إمكان الجمع والتوفيق بينهما فإن الاعتبار المصلي يفرض عند التطبيق في هذه الحالة الخاصة العمل بالحكم المتعلق بالمصلحة الحاجية ولو أدى إلى تفويت الحكم المتعلق بالمصلحة التحسينية، دون أن يعني ذلك أن الحكم المتعلق بالمصلحة الحاجية له العلو والسمو بالمعنى القانوني على الحكم المتعلق بالمصلحة التحسينية، بحيث عند المعارضة يلغيه.

والخلاصة أن النظام السياسي الإسلامي يقر مبدأ التدرج الشكلي للقواعد الدستورية دون التدرج الموضوعي، فالبناء القانوني وكذلك الدستوري ينتهي إلى قواعد متعالية عن الزمان والمكان تمثل أساسا موضوعيا متينا لصناعة القانون في المجتمع الإسلامي، وهي مبادئ الشريعة. وهي حاکمة على التشريع الدستوري والعادي والفرعي.

المطلب الثاني: القيود الموضوعية الواردة في الدستور

يقتضي إعمال مبدأ سمو الدستور في المجال التشريعي، أن لا يصدر المشرع أصليا كان أو تبعا تشريعا مخالفا في موضوعه لقاعدة دستورية سارية المفعول، حيث يضع المشرع الدستوري قيودا على السياسة التشريعية، تعبر عن فلسفته السياسية، وعن المصالح العليا التي ينبغي الحفاظ عليها، ومن ثم فقد يعزل الدستور جهات التشريع عن التعرض لبعض الموضوعات رأسا ويتكفل هو بالتشريع فيها وهو ما يسمى بنطاق السلطة المقيدة للمشرع (فرع أول)، ومن جهة ثانية قد يمنح الدستور المشرع الاختيار بين عدد من الحلول أو يفوض إليه الخيار في البحث عن الحل المناسب لبعض المسائل وهو ما يسمى بنطاق السلطة التقديرية للمشرع (فرع ثان)، ومن جهة ثالثة قد تقتضي اعتبارات السياسة، و الحفاظ على وجود الدولة، من السلطة التشريعية اتخاذ اجراءات فيها خرق واضح وجسيم لأحكام الدستور، وهو ما يسمى بنطاق السلطة الاستثنائية في مجال التشريع (فرع ثالث)، وفي جميع هذه الحالات يكون المشرع مقيدا في عمله التشريعي بشروط وضوابط كل حالة وإن اختلفت صور التقييد ودرجته.

ومن أجل إلمام أفضل بالقيود المفروضة على المشرع في كل نطاق سواء في النظم السياسية المعاصرة أو النظام السياسي الإسلامي فقد جاء هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: السلطة المقيدة للمشرع في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للمشرع في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

الفرع الثالث: السلطة الاستثنائية للمشرع في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

الفرع الأول: السلطة المقيدة للمشرع في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

قد يفصل المشرع الدستوري في موضوعات محددة وينص عليها بأسلوب تنعدم معه حرية المشرع العادي في التقدير والتصرف وفي هذه الحالة يكون المشرع أمام سلطة مقيدة، والخروج عنها خروج عن السلطة المقيدة في مجال التشريع، ومن جهة أخرى قد يترك المشرع الدستوري مجالات محددة للمشرع العادي لتنظيمها في إطار الحدود الدستورية التي وضعها والفلسفة السياسية التي يعتنقها وفي هذه الحال يكون المشرع العادي أمام سلطة تقديرية واسعة تسمح له بالموازنة بين عدد من الخيارات المتاحة للتصرف السياسي، ولكنها في جميع الأحوال ليست سلطة مطلقة، والخروج عنها خروج عن السلطة التقديرية في مجال التشريع، كما أن المشرع قد تفوض إليه في الظروف الاستثنائية اتخاذ الترتيبات اللازمة للحفاظ على وجود الدولة واستمرارها ولو كان فيها ترك العمل ببعض أحكام الدستور. وفي هذه الحالة يكون المشرع أمام سلطة استثنائية، والخروج عنها خروج عن السلطة الاستثنائية في مجال التشريع.

البند الأول: السلطة المقيدة للمشرع في النظم السياسية المعاصرة

فقرة 1- مفهوم السلطة التشريعية المقيدة

تعني السلطة المقيدة فتعني التحديد المسبق والملزِم للتصرف وفقاً لقاعدة قانونية ملزمة لا تترك مجالاً لأعمال الإرادة الذاتية لمن يصدر قراراً أو حكماً، فالاختصاص المقيد يتجلى في عدم إمكانية المشرع الاختيار والمفاضلة، فهو لا يستطيع أن يختار إلا محلاً معيناً هو الذي ينطبق مع النص الدستوري الذي أوجبه وإذا لم يلتزم المشرع هذا التطابق في تشريعه، كان تشريعه مشوباً بعيب مخالفة الدستور. حيث يتجه المشرع الدستوري، حرصاً منه على كفالة طائفة معينة من الحقوق والحريات إلى قيامه بتنظيمها بنفسه، وبذلك يعد المشرع العادي والفرعي من أن يكونا لهما أي دور تجاهها، فإذا ما حاول ذلك اعتبر مسلكهما هذا مخالفة صريحة لأحكام الدستور، لأنه تصرف يقع خارج الحدود والقيود الدستورية التي يضعها المشرع الدستوري على نطاق عمل البرلمان والحكومة وهما يباشران الوظيفة التشريعية.

ومن ثم تتضمن الدساتير عادة عدداً من القيود الموضوعية التي لا يجوز لجهات التشريع وهي بصدد استعمالها لحقها في التشريع أن تخرج على مقتضاها، ومن هذه القيود على سبيل المثال لا الحصر، شخصية العقوبة، وعدم رجعية القوانين الجنائية، ما لم تكن أصلح للمتهم، حظر إسقاط الجنسية عن المواطنين، وحق التنقل والسفر.

وهذه القيود تتراوح بين السعة والتضييق، فقد يتولى الدستور صراحة تحديد نطاق موضوع معين تحديداً كاملاً بحيث يحرم المشرع عند مباشرته من أية سلطة تقديرية، فإذا حظر الدستور رجعية القوانين وأقدم البرلمان على سن قانون يجيز الأثر الرجعي في هذه القوانين فإنه في هذه الحالة يكون قد شرع في موضوع لا يملك التشريع فيه لأن الدستور حظره عليه، كذلك الأمر عندما يقرر الدستور مبدأ مساواة المواطنين جميعاً أمام القانون فإن البرلمان لا يملك أن يسن تشريعاً يخل بقاعدة المساواة وتكافؤ الفرص، فإذا صدر مثل ذلك التشريع فإنه يعتبر غير دستوري لأن موضوع التشريع خالف قاعدة دستورية أصلية هي مبدأ تكافؤ الفرص ومبدأ المساواة بين المواطنين جميعاً أمام القانون.

فقرة 2- صور لخروج المشرع عن السلطة المقيدة في مجال التشريع

وعليه إذا كان من المقرر أن الأصل في المشرع أنه يملك سلطة تقديرية تتصل بمحل التشريع الذي يختص بسنه. إلا أنه في أحيان محدودة تكون سلطة المشرع مقيدة وفقاً لما ينص عليه الدستور. ومن ذلك ما تنص عليه بعض الدساتير العربية من عدم جواز سن قانون مخالف لمبادئ الإسلام، ومن ذلك كما في المادة (2) من الدستور العراقي:

الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع : أ. لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الاسلام.
ب. لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية. (1).

ومن ذلك ما تنص عليه الدساتير من عدم جواز المساس بحرية المعتقد وحرية الرأي، فالدستور الجزائري ينص من أنه لا مساس بحرية المعتقد وحرمة حرية الرأي" (2). وهو ما نص عليه الدستور المصري من أنه "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية" (3). فإذا ما حاول البرلمان أو رئيس الدولة التدخل في الاعتقاد أو في ممارسة الشعائر الدينية أو حرية الرأي كان تدخله مخالفا للدستور وخروج عن السلطة المقيدة في مجال التشريع.

ومن ذلك ما تنص عليه الدساتير في المجال الجنائي من مبدأ شخصية العقوبة ومن ثم فلا يملك البرلمان أو السلطة التنفيذية اصدار تشريع يقضي بامتداد العقوبة لأقارب المتهم. كما تنص الدساتير على مبدأ عدم رجعية القوانين الجزائرية كما هو الحال في المادة 46 من الدستور الجزائري " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم" (4). وفي المادة 66 من الدستور المصري " العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، و لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون" (5). وبذلك لا يجوز للبرلمان أو للحكومة سن قانون يقضي بتجري م الأفعال والمعاقبة عليها من تاريخ سابق على صدور القانون، إذ في ذلك خروج صارخ عن القيود التي وضعها المشرع الدستوري على عمل السلطة التشريعية لحماية الحقوق والحريات.

ومن ذلك ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 44 من أن "حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له" (6). وما نص عليه الدستور المصري في المادة 51 من أنه "لا يجوز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها" (7). وهو ما نص عليه أيضا الدستور الكويتي في المادة 28 " لا يجوز إبعاد كويتي عن الكويت أو منعه من العودة إليها" (8). فهذا الحق يعتبر قيذا وارد على سلطة المشرع العادي والفرعي في مجال التشريع فلا يجوز له بحال من الأحوال سن قانون أو مرسوم يقضي بإبعاد مواطن عن وطنه أو العودة إليه، على أن هذا الحظر لا يشمل حالة اسقاط الجنسية فإن من أسقطت عنه الجنسية أو سحبت منه لم يعد مواطنا.

ومن ذلك مثلا ان الدستور المصري قد حَظَر في المادة (40) منه التمييز على أساس الجنس أو الأصل أو اللون أو الدين أو العقيدة (9). وقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في مصر إلى أن إيراد الدستور لصور بعينها مرده هو كونها الأكثر شيوعاً ولا يدل على انحصاره فيها، إذ لو كان ذلك لأدى إلى أن التمييز مباح فيما عداها. وأوضحت المحكمة في أسبابها أن آية ذلك وجود صور من التمييز التي أغفلتها المادة (40) من الدستور ما لا تقل عن غيرها خطراً

1- دستور جمهورية العراق، لسنة 2005، المادة: 02 .

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 36 .

3- دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 46.

4- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 46.

5- دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 66.

6- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 44.

7- دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 51.

8- دستور الكويت، المادة: 28 .

9- دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 40.

كالتمييز بين المواطنين في نطاق الحقوق التي يتمتعون بها أو الحريات التي يمارسونها لاعتبار مرده لمولدهم أو مركزهم الاجتماعي أو انتمائهم الطبقي أو ميولهم الحزبية أو نزعاتهم العرقية أو عصبيتهم القبلية أو موقفهم من السلطة العامة أو إعراضهم عن تنظيماتها أو تبنيمهم لأعمال بذاتها، وغير ذلك من أشكال التمييز. وذهبت المحكمة إلى أن صور التمييز المخافية للدستور وأن تعذر حصرها إلا أنها كل تفرقة أو تقييد أو تعطيل أو استبعاد ينال بصورة تحكومية من الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور أو القانون سواء بإنكارها أو تعطيلها أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة على المؤهلين قانوناً للانتفاع بها وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة(1).

وحيث إن هذه القيود الموضوعية قد نص عليها الدستور صراحة يتوجب على السلطة التشريعية مراعاتها عندما تقوم بمهمتها ، فلا تخرج عنها وإلا كانت عرضة لتقرير عدم دستوريته من قبل المحكمة الاتحادية العليا.

فقرة 3- جزاء خروج المشرع على السلطة المقيدة في مجال التشريع

إذا كان الأصل أن للمشرع سلطة تقديرية في ملائمة محل التشريع للظروف والحاجات الاجتماعية الراهنة، فإن المشرع الدستوري يلجأ في أحيان معينة إلى تقييد سلطة المشرع وذلك بالنسبة للثوابت التي يتبناها ويرى فيها أحكاما غير قابلة للتقدير أو التبديل مهما مر الزمان أو تغيرت أحوال المجتمع وظروفه. وبالتالي فإن خروج المشرع العادي أو الفرعي عن القيود التي وضعها المشرع الدستوري يعني بالضرورة عدم دستورية القوانين المخالفة لهذه القيود.

البند الثاني: السلطة المقيدة للمشرع في النظام الإسلامي

تقيد مصادر المشروعية السلطة العامة في ممارسة الوظيفة التشريعية، بأشكال مختلفة فأحيانا يكون التقييد عن طريق السلطة المقيدة من خلال اشتراط موافقة التشريع من التشريعات التي تصدرها أحكام الشريعة القطعية، وموافقة أحكام التشريع الدستوري الذي تبنته جماعة المسلمين ولو كانت أحكاما اجتهادية، وعلى ذلك فإن الخروج عن السلطة المقيدة يتمثل ذلك في مخالفة التشريع الدستوري والعادي والفرعي الصادر عن أولي الأمر لمبادئ الشريعة كما يتمثل في مخالفة التشريع العادي الذي سنه مجلس الشورى للتشريع الدستوري الذي ارتضته جماعة المسلمين.

فقرة 1- مخالفة محل التشريع الصادر عن أولي الأمر لمبادئ الشريعة

لقد قيدت الشريعة الإسلامية ولي الأمر في ممارسته الوظيفة التشريعية بأحكام وقواعد جامدة جمودا مطلقا لا يجوز له أن يسن ما يخالفها وتحتصر دائرة السلطة المقيدة للمشرع في إطار مبادئ الشريعة غير أنه بالرجوع إلى التشريعات والقوانين السارية في البلاد الإسلامية نجد أنها تتضمن الكثير من الأمثلة التي تتضمن مخالفة صريحة لقواعد المشروعية الإسلامية ومن صور ذلك:

أولا - صور من مخالفة محل التشريع الصادر من ولي الأمر لقاعدة المشروعية

1 - مخالفة محل التشريع الدستوري لمبادئ الشريعة: ومن ذلك ما تنص عليه الفقرة 09 من المادة 77 من الدستور الجزائري من أن "الرئيس الجمهورية حق إصدار العفو وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها"(2). وكذلك ما

1- قضية رقم (17) لسنة 14 قضائية دستورية جلسة 1995/1/14، نشر بالجريدة الرسمية (المصرية) رقم (6) لسنة 1995 بتاريخ 1995/2/9. والحكم الصادر في القضية رقم (39) لسنة 15 قضائية دستورية جلسة 1995/2/4، ونشر بالجريدة الرسمية(المصرية) العدد رقم 9 بتاريخ 1995/3/6.

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 77، الفقرة: 9.

تنص عليه المادة 149 من الدستور المصري من "أن لرئيس الجمهورية الحق في العفو عن العقوبة أو تخفيفها، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون"(1). فهذه المواد تجعل حق رئيس الجمهورية وكذلك حق البرلمان في العفو الشامل مطلقا غير مقيد بمعنى أن لرئيس الجمهورية العفو أو تخفيف أي عقوبة كانت وكذلك فإن للبرلمان حق العفو الشامل عن أي جريمة كانت وذلك مخالف لما هو مقرر شرعا بالنص القطعي وبالإجماع من أن الحدود لا يجوز لأحد إسقاطها أو تخفيفها أو استبدالها أو الشفاعة فيها، فمن مبادئ القانون الدستوري الجنائي الإسلامي، لا شفاعة ولا عفو في حد من حدود الله، وقد قال ﷺ (وَأَيْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتُ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا)(2).

2 - مخالفة التشريع العادي لمبادئ الشريعة: ومن ذلك نص المادة 454 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه "يجوز لمؤسسات القرض في حالة إيداع أموال لديها أن تمنح فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية لتشجيع الادخار"(3). وكذلك المادة 455 من نفس القانون التي تنص على أنه "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية"(4). فهاتين المادتين تتضمنان تشريعا يخالف مخالفة صريحة لمبدأ مقرر شرعا بالنص النصوص القطعية الصريحة وبالاجماع وهو تحريم الربا بجميع صورته لقوله ﷺ: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»(5).

3 - مخالفة محل التشريع الفرعي لمبادئ الشريعة: ومن ذلك المرسوم الذي أرادت وزارة الداخلية والجماعات المحلية في الجزائر سنة في أبريل 2010 والقاضي بعدم قبول صور المرأة بالخمارة في الوثائق البيومترية، حيث ألزمت المرأة بكشف شعرها أو على الأقل أذنيها و شعر الناصية عند استخراج الصور اللازمة للملفي الهوية وجواز السفر البيومترين، محتجة لذلك بقوانين منظمة الطيران الدولي، واحتج له البعض بأحكام الضرورة، واحتج له آخر بطاعة ولي الأمر، وهو المرسوم الذي لقي معارضة واسعة، لكونه مخالفا لمبادئ الشريعة القاضي بوجوب ستر المرأة شعرها، لكونه من الزينة التي لايجوز للمرأة إظهارها لغير محارمها لقوله ﷺ: «وَلْيَضْرِبْنَ خُمْرَهُنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ»(6).

وهو أيضا مخالف للدستور الساري والقاض في مادته الثانية بأن الاسلام دين الدولة وهو ما يفرض عدم سن أي قانون يتعارض مع مبادئ الشريعة.

ومن جهة ثالثة لا سند له من قوانين منظمة الطيران الدولي التي لا تمنع المرأة من استخراج تائق الهوية وجوازات السفر البيومترية بالخمارة.

ومن جهة رابعة فإن احتجاج البعض له بأحكام الضرورة والمصلحة، احتجاج باطل لعدم انطباق معنى الضرورة وظوابطها على ذلك وأين الضرورة والمصلحة في نزع المرأة خمارها، إذا كانت مصلحة التعرف على هوية الشخص حاصلة بغير نزع خمار، إذا كانت معظم دول العالم رأت أنه لا ضرورة لنزع المرأة خمارها للتعرف على هويتها.

1- دستور جمهورية مصر العربية، لسنة 2007، المادة: 149.

2- صحيح البخاري/ كتاب الحدود/باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان/ رقم: 6788 . 249/4.

3- المادة 454 من القانون المدني الجزائري، الصادر في 1975/12/26 المتمم والمعدل في 2008 ، .

4- المادة 455 من القانون المدني الجزائري .

5- البقرة/ 275.

6- النور/ 31.

ومن جهة خامسة فإن احتجاج البعض بحق الطاعة فهو أكثر بطلانا ذلك أن من المبادئ المقررة شرعا وفقها وقضاء أنه لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق.

وبصفة عامة لا يجوز للسلطة العامة في المجتمع الاسلامي أن تصدر تشريعا مخالفا لمبدأ من مبادئ الشريعة كتشريع المساواة بين الرجل والمرأة في الميراث، أو تشريعا يمس بمبدأ شخصية العقوبة المقرر بنص الكتاب، أو تشريعا فيه مس بحق الحياة في غير الحالات المقررة شرعا، أو تشريعا ينظم فتح بيوت الدعارة، أو تشريعا يحرم الطلاق أو يمنع تعدد الزوجات أو يجبر المرأة على نزع حجابها. فمثل هذه التشريعات باطلة لا تجب طاعتها ومن خالفها فله أجر ومن عاقبه على مخالفتها فقد باء بالاثم والوزر.

ثانيا - جزاء مخالفة محل التشريع الصادر عن أولي الأمر لمبادئ الشريعة

من المقرر شرعا وفقها وقضاء أن الاجتهاد الولائي (التشريع) أو القضائي أو الإفتائي المخالف لأحكام الشريعة القطعية اجتهاد مردود باطل لا حجية له؛ بمعنى أن أمر الإمام وحكم القاضي وفتوى الفقيه التي تخالف النصوص القطعية من الكتاب والسنة والإجماع يبطل و يهدر ولا تلزم طاعته بل وتجب مخالفته. يقول الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله: "إذ كانت الشريعة الإسلامية، قد أعطت أولي الأمر في الأمة حق التشريع، فإنها لم تعطهم هذا الحق مطلقا من كل قيد، فحق هؤلاء في التشريع مقيد بأن يكون ما يضعونه من التشريعات متفقا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية" (1).

أما تقرير وتأسيس ذلك شرعا فإنه يجد سنده الشرعي في قوله ﷺ في سورة النساء ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (2)، فقد كرر ﷺ لفظ الطاعة بالنسبة لذاته العلية، وبالنسبة لرسوله ﷺ ، ولم يكرره بالنسبة لأولي الأمر ليفيد أن طاعتهم مقيدة بطاعة الله ورسوله وأنهم ليست لهم طاعة مطلقة، ولما كان لفظ أولي الأمر لفظا عاما يوسع كما بينا الإمام والوزراء وأهل الشورى، وأهل القضاء، فإن ذلك يعني بالضرورة أن ما صدر من أولي الأمر من تشريعات أو قرارات أو أحكام قضائية، مخالفة لكتاب الله وسنة رسوله وما اجمع عليه المسلمون، فإنها تبطل و تهدر و لا تجب طاعتها بل تجب مخالفتها.

و هكذا إذا كان قد تقرر للولاية العامة سلطة التشريع في منطقة التفويض والإذن الإلهي وهي منطقة واسعة فذلك مقيد بأن لا تخالف هذه التشريعات ما دلت عليه مصادر المشروعية من أحكام قطعية، فإذا سنت السلطة العامة ما يخالف مبادئ الشريعة أي ما أمر به الله ورسوله نسا لا يختلف عليه المسلمون، فلا شك في عدم لزوم طاعة هذا التشريع على جماعة المسلمين، لأنه في الحقيقة أمر بمعصية الله، ولا سمع ولا طاعة لمن أمر بمعصية الله، وبالتالي فحق الأمر الثابت بهذه النصوص لا يشمل الأمر بما يخالف مقررات الشرع ومصادر المشروعية، وكذلك الحق في الطاعة لا يشمل الطاعة في الأمر المخالف للشريعة، فمن القواعد المقررة شرعا، " لا طاعة في معصية إنما الطاعة في

1- عبد القادر عودة: السلطات في الدولة الإسلامية، مكتبة المنار ، الكويت، دت، ص: 08.

2- النساء/59.

المعروف" (1)، "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" (2)، "لا طاعة للسلطان في المعصية إنما الطاعة في المعروف" (3).
و" أن الطاعة إذا صارت سببا للمعصية ترتفع الطاعة" (4).

وما يجري على الهيئة التشريعية يجري كذلك على الإمام والهيئة الإدارية، فالقواعد الشرعية في ممارسة الولاية العامة الوظيفة التشريعية أن "أحكام الإمام لا ترد إذا لم تخالف نصا أو إجماعا" (5). وأن "أمر السلطان ينفذ إذا وافق الشرع وإلا فلا" (6).

وما يجري على الإمام والهيئة الإدارية يجري كذلك على الحاكم والهيئة القضائية "إذا رفع إليه حكم قاض أمضاه إذا كان مجتهدا فيه (لا ما خالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع) إذ لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر وقد تأيد الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه" (7).

ففي الفروق للقراي: "قضاء القاضي متى خالف إجماعا أو نصا أو قياسا جليا أو القواعد نقضناه" (8). فالمقرر شرعا وفقها وقضاء أن كل حكم يخالف النصوص القطعية من الكتاب والسنة والإجماع يبطل وإهدار ما له من حجية.

كما أن القاضي المقلد ليس له أن يحكم إلا بما هو ظاهر المذهب الراجح فإن خالف ذلك بأن قضى بغير أرجح الأقوال من مذهبه، كان قضاؤه باطلا، ولا ينفذ حكمه، أي عدم تمتعه بالحجية. كما نص على ذلك فقهاء الشريعة "إذا قضى القاضي المقلد بغير أرجح الأقوال من مذهبه، كان قضاؤه باطلا، ولا ينفذ حكمه" (9). هذا نوع من التقنين وهو إلزام جميع القضاة المقلدين بالراجح في المذهب الذي ينتمون له. وفي رد المختار "القضاء بالمرجوح لا ينفذ" (10).

فقرة 2- مخالفة التشريع العادي للتشريع الدستوري الذي ارتضته جماعة المسلمين

إذا ارتضت جماعة المسلمين تشريعات دستورية اجتهادية تنظم بها كيفية ممارسة الحريات العامة في الدولة الاسلامية أو تنظم بها كيفية ممارسة الحقوق الدستورية المقررة شرعا فإن لا يجوز لأي تشريع عادي صادر عن مجلس الشورى أو عن الإمام مخالفتها. فعلى الرغم من أن هذه الأحكام الدستورية الاجتهادية التي ارتضتها جماعة المسلمين ليست في نفس مرتبة مبادئ الشريعة وأحكامها الدستورية الجامدة جمودا مطلقا والتي لا يجوز تغييرها أو تعديلها أو مخالفتها لثبوتها بالنص القطعي أو الاجماع فإنه مع ذلك فإنه لا يجوز لمجلس الشورى أو الإمام سن ما يخالفها، وإن كان يجوز تغييرها وتعديلها بتشريع دستوي لاحق وفق الاجراءات الدستورية التي سن بها، إلا أنه ما دامت لا تزال نافذة

1 - صحيح البخاري/ كتاب أخبار الآحاد/ باب ما جاء في إجازة خير الواحد الصدوق، رقم: 7257. 355/4.

2 - جزء من حديث رواه أحمد/ مسند عبد الله بن مسعود/ رقم: 3966.

3 - أحمد البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 876/8/6.

4 - أحمد البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، 300/6/5.

5 - محمد بن زكريا الانصاري: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، 219 / 5.

6 - ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، 421/ 5،

7 - محمد بن فرموزاء، ملا خسرو: درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار الكتب العلمية، 409/2.

8 - شهاب الدين القراي: الفروق. 101/2.

9 - مجلة المحاماة الشرعية، القاهرة، س: 06، عدد 07، 08، ص: 421

10 - ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، 389/4.

وسارية المفعول فلا يجب على أي تشريع أدنى منها مخالفتها، إلا في الأحوال الاستثنائية كما سيأتي، أما في الأحوال العادية فلا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف محله تشريعا دستوريا اجتهاديا ارتضته جماعة المسلمين.

أولا - صور مخالفة التشريع العادي للتشريع الدستوري الذي ارتضته جماعة المسلمين

1 - مخالفة التشريع الذي سنه مجلس الشورى للتشريع الدستوري الذي ارتضته جماعة المسلمين: إذا ارتضت جماعة المسلمين في دستورها تشريعا اجتهاديا يقضي بعدم جواز عزل القضاة المستوفين شروط القضاء كضمان من الضمانات لتحقيق مبدأ استقلالية القضاء كما ذهب إلى ذلك الحنابلة وبعض الشافعية ففي هذه الحالة لا يجوز لمجلس الشورى أن يسن قانونا مخالفا لما ارتضته جماعة المسلمين في دستورها(1)، وكما هو الحال في دستور جمهورية مصر العربية وفقا لنص المادة 168 منه "القضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مساءلتهم تأديبيا"(2). ونص المادة 177 منه "أعضاء المحكمة الدستورية العليا غير قابلين للعزل"(3). وكما هو الحال في دستور الإمارات العربية المتحدة الذي ينص في المادة 97 منه على أن "رئيس المحكمة الاتحادية العليا وقضاؤها لا يعزلون إبان توليهم القضاء"(4). وكما هو الحال في الدستور السوداني حيث تنص المادة 131 الفقرة 2 "لا يجوز عزل القضاة إلا بسبب السلوك المشين أو عدم الكفاءة أو فقدان الأهلية، وذلك وفقا للقانون"(5). ففي هذه الحالة لا يجوز للبرلمان في هذه الدول أو مجلس الشورى أن يسن قانونا يسمح للإمام أو رئيس الدولة بعزل القضاة الذين لم يختل فيهم شرط من شروط القضاء المقررة شرعا. إذ إن مثل هذا القانون وإن كان لا يصادم مبدأ من مبادئ الشريعة وحكما من أحكامها القطعية فإنه يصادم حكما دستوريا اجتهاديا ارتضته جماعة المسلمين. حيث أن الدستور قد قيد السلطة التشريعية لمجلس الشورى بخصوص هذه المسألة ولم يترك له الحرية في تقدير واختيار الرأي الفقهي المناسب.

2 - مخالفة التشريع الصادر عن الإمام للتشريع الدستوري الذي ارتضته جماعة المسلمين: إذا ارتضت جماعة المسلمين تشريعا اجتهاديا وضمته دستورها يقضي بأن يكون العفو العام في جريمة الحرابة والبغي والإرهاب من حق مجلس الشورى وحده وليس من حق رئيس الدولة كما هو الحال في الدستور الجزائري حيث تنص المادة 122 منه على أن قانون العفو الشامل مجال مخصص للبرلمان(6). كما هو الحال في الدستور المصري الذي ينص في المادة 149

1- لا يختلف الفقهاء في أن لولي الأمر صلاحية عزل القاضي إذا ظهر منه خلل كفسق أو مرض يمنعه من القضاء، أو اختل فيه بعض شروطه، لكنهم يختلفون في حكم عزله للقاضي دون موجب، ذهب الجمهور إلى أن الإمام إذا عزل القاضي بغير موجب وقع العزل... وذهب الشافعية إلى أنه إذا ظهر منه خلل فلا إمام عزله، وإن لم يظهر منه خلل؛ نظر فإن لم يوجد من يصلح للقضاء، لم يجز له عزله، ولو عزل لم يعزل، وإن وجد من يصلح للقضاء غيره نظر إن كان أفضل منه جاز عزله، وإن كان مثله أو دونه، نظر فإن كان في العزل مصلحة للإمام عزله، وإن لم يكن فيه مصلحة لم يجز عزله، ولو عزل نفذ على الأصح مراعاة لطاعة ولي الأمر. وذهب الحنابلة في الوجه الثاني أن القاضي المستوفي الشروط لا يعزل بعزل الإمام إذا لم يختل فيه شرط من شروطه؛ لأن عقده كان لمصلحة المسلمين فلا يملك عزله مع سداد حاله، ونقل القاضي أبو يعلى من الحنابلة القول بأن الإمام ليس له عزل القاضي ما كان مقيما على الشرائط؛ لأنه بالولاية يصير ناظرا للمسلمين على سبيل المصلحة لا عن الإمام، ويفارق الموكل، فإن له عزل وكيله لأنه ينظر في حق موكله خاصة. حول مختلف الآراء في هذه المسألة ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية 321/33-322.

2- دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 168.

3- دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 177.

4- دستور الإمارات العربية المتحدة، المادة: 97.

5- دستور جمهورية السودان، المادة: 131 ف: 02.

6- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 122.

منه "الرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون" (1). وكما هو الحال في الدستور السوري بنص المادة 71(2). فإنه في هذه الحالة لا يجوز لرئيس الدولة أن يصدر تشريعا ينظم به العفو الشامل لعدم اختصاصه بذلك، ومخالفة محله لقاعدة دستورية صريحة تقضي بإسناد مثل هذا القانون لأهل الشورى.

ثانيا - جزاء مخالفة التشريع الدستوري الاجتهادي الذي ارتضته جماعة المسلمين

لما كان التشريع الدستوري الاجتهادي هو تعبير عن الارادة العامة لجماعة المسلمين، وكان التكيف الفقهي لهذه الأحكام كما سبق بيانه أنها شروطا جعلية اشترطتها جماعة المسلمين على كل من يتولى أمرها وجب على كل تشريع صادر عن أولي الأمر فيها عدم مخالفتها (**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا**) (3). ومن ثم فقد سمي أحد فقهاء الشيعة المحدثين الدستور بالمشروطة أو المشرطة لكونه جملة شروط تتعلق بتنظيم السلطة العامة اشترطتها جماعة المسلمين على من يتولاها (4).

إن من الجائز شرعا تعديل هذه الشروط بنفس الاجراءات الدستورية التي سنت بها فهي ليست في مرتبة مبادئ الشريعة التي لا يجوز تعديلها أو نسخها، غير أنه ما دامت هذه الأحكام الدستورية سارية المفعول ولم يتم تعديلها بعد فلا يجوز لأي تشريع أدنى منها سواء كان صادرا عن مجلس الشورى أو عن الإمام مخالفتها وإلا كان باطلا لانفاذ له.

1- دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 149.

2- دستور الجمهورية السورية العربية، المادة: 71.

3- سنن البيهقي/ كتاب الشركة/ باب الشرط في الشركة وغيرها/ رقم: 11429 . 131/6.

4- ينظر: حسين النائيني: تنبيه الأمة وتنزيه الملة، مجلة الغدير، العدد: 12، 13، سنة 1995.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للمشرع في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

البند الأول : السلطة التقديرية للمشرع في النظم المعاصرة

فقرة 1- مفهوم السلطة التقديرية في الفقه الإداري

تبلورت نظرية السلطة التقديرية في الفقه الإداري أولاً وتعني أن تكون للإدارة حرية تقدير ملاءمة القرار الإداري في عناصره غير المقيدة قانوناً، ومن ثم فقد عرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها " تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة كل من الأفراد والقضاء، لتختار في حدود الصالح العام، وقت تدخلها، ووسيلة التدخل، وتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التي تحدث وأصلح الوسائل لمواجهةها"⁽¹⁾. ومن ثم فإن جوهر السلطة التقديرية ينحصر في حق الإدارة في الاختيار بين عدة حلول كلها مشروعة⁽²⁾.

فقرة 2- مفهوم السلطة التشريعية التقديرية

التقدير عموماً هو إمكانية الخيار والملائمة بين عدة خيارات أو بدائل، وعلى هذا تكون السلطة التقديرية بمعنى الاستقلال لمن يملك اتخاذ قرار طبقاً لإرادته الذاتية، وعلى ذلك يتمتع المشرع بسلطة تقديرية تتصل بمحل التشريع الذي يختص بسننه كلما كانت قاعدة الدستور قد تركت له حرية الاختيار بين عدة حلول كلها في ميزان الشرعية سواء. فيستطيع بذلك أن يحدد بحرية محل التشريع الذي منحه الدستور حق إصداره، وعلى العكس من ذلك يكون المشرع متمتع بإختصاص مقيد أو سلطة مقيدة فيما يتعلق بمحل التشريع عندما لا تترك له قواعد الدستور إمكانية الاختيار بين عدة حلول، بعبارة أخرى إن السلطة التقديرية متمثلة في قدرة المشرع في الاختيار بين محلين أو أكثر⁽³⁾.

فقرة 3- حدود السلطة التقديرية في محل التشريع

يذهب الفقه إلى مظاهر السلطة التقديرية للمشرع على عناصر القانون متفاوتة، فإذا كانت أركان القانون هي الاختصاص والشكل والمحل والسبب، فإن الفقه يجمع على أن المشرع لا يملك سلطة تقديرية فيما يتعلق بركن الاختصاص، الذي تعتبر أحكامه من النظام العام الذي لا يجب مخالفته⁽⁴⁾ كما لا يملك المشرع سلطة تقديرية فيما يتعلق بركن الشكل على الرغم من تمييز البعض بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، فنصوص الدستور كلها أحكام جوهرية⁽⁵⁾، غير أن مساحة السلطة التقديرية للمشرع تبدأ في الاتساع من ركن المحل. ذلك أن الدستور غالباً ما يكتفي بمبادئ عامة يؤصل بها السلطات والحقوق والحريات، ويترك للمشرع تفاصيل ممارسة هذا الحق أو تلك السلطة، وهو بهذا يفوض إليه سلطة تقديرية في تحديد مضمون القانون ومحتواه دون الخروج عما يفرضه الدستور من

1- سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر العربي، ط2، 1966، ص: 48 .

2- سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، ص: 55.

3- ينظر: عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص: 61 وما بعدها.

4- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية، ص: 439-440 .

5- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية، ص: 441-444 .

قواعد وأحكام. كما يملك سلطة تقديرية في اختيار وقت سن التشريع، على أن تأخره في ذلك مدة طويلة يمكن أن ينسب لتصرفه هذا تقصيرا دستوريا" (1).

من الواضح أن السلطة التقديرية للمشرع لا تعني إطلاق سلطة المشرع ولا تصل إلى حد إهدار أصل الحق الذي قرره الدستور أو حتى الانتقاص من ذلك الحق، ذلك أن نظام (السلطة التقديرية) الممنوحة للمشرع (أو القاضي أو رجل الإدارة) إنما يهدف إلى إضفاء شيء من المرونة على أعمال المشرع بهدف تمكينه من معالجة الوقائع العامة وتطوراتها المستقبلية، معالجة تتفق مع الأحوال العامة للمجتمع وروح العصر وقت التشريع لا وقت سن الدستور (2).

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه (وأن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية، وأن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد إلى ملاءمة إصدارها إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور.. ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الانتماء إلى الأحزاب السياسية ومباشرتهم للحقوق السياسية ينبغي أن لا يعصف بهذه الحقوق أو يؤثر على بقائها على نحو ما سلكه النص المطعون عليه إذ تعرض لحقوق عامة كفلها الدستور وحرم فئة من المواطنين منها حرماناً مطلقاً ومؤبداً على ما سلف بيانه مجاوزاً بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعه ما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. (3).

يتضح في ضوء ما تقدم أن محل التشريع يجب أن يظل في إطار الإحكام والقيود التي فرضها الدستور وإن تمتع المشرع بسلطة تقديرية. وأن الأصل في رقابة دستورية القوانين أنها رقابة مشروعية لا رقابة ملائمة، فقد استقرت آراء الفقهاء وأحكام القضاء الدستوري على أنه عندما يتمتع المشرع بسلطة تقديرية فإنه لا تعقيب على سلطته هذه، مادام أنه قد التزم حدود القواعد العامة للتشريع، وما تضمنه الدستور من قواعد وموجهات وقيود.

وقد تتراوح سلطة المشرع بين التقدير والتقييد في ذات النص الدستوري ومن ذلك ما جاء في المادة 43 من الدستور الجزائري، "حق إنشاء الجمعيات مضمون. تشجع الدولة ازدهار الحركة الجموعية. يحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات" (4). حيث يلاحظ أن هذه المادة لم تضع قيوداً إيديولوجية على حق إنشاء الجمعيات كما هو حال أغلب دساتير الأنظمة الشمولية التي تربط ممارسة الحريات بقيود من خلال استخدام تعابير مرنة، ومن الطبيعي أن ممارسة هذا الحق تكون وفقاً للقانون.

وفي ضوء هذه النصوص الدستورية، فإن للمشرع العادي أن يتعرض لتنظيم الحق في تشكيل الجمعيات من حيث الإتاحة أو الحرمان أو القيود على أن يكون ذلك بقانون يوكل أمر تطبيقه للقضاء، إلا أن له وفقاً لسلطته التقديرية أن يضع عليها بعض القيود، وكذلك تبدو سلطته التقديرية واضحة في تحديد مفهوم النظام العام والآداب من حيث أنه مفهوم مرن وواسع ويقبل وجهات نظر متعددة، إلا أنه مع ذلك يجد نفسه مقيداً بما فرضه الدستور من مبادئ وإذا تجاوز تنظيمه لهذا الحق حدود التنظيم إلى الانتقاص من جوهر الحق ذاته أو إهداره فإنه عندئذ يكون

1- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية، ص: 447-448.

2- رمزي الشاعر: رقابة دستورية القوانين، (دراسة مقارنة) - دراسة تحليلية للقضاء الدستوري في مصر، دار التيسير، القاهرة، 2004، ص: 708.

3- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية، 122/1.

4- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 38.

قانوناً معيماً ويخضع لرقابة المحكمة العليا ومحلاً للطعن أمامها بالنصوص التي تنتقص أو تهدر الحق في حرية الرأي أو التعبير عنه انتقاصاً يخل بالأصل الذي قرره الدستور .

وهكذا إذا اكتفى المشرع الدستوري بتقرير أصل الحق تاركاً تنظيمه للمشرع العادي نكون أمام سلطة تقديرية في مجال التشريع، غير أن المشرع العادي لا يحق له تحت ستار تنظيم الحق أن يذهب بأصله كلية، أو أن يفقده جوهره، وإلا كان في ذلك مساس بالحق الذي كفله الدستور، مما يبرر الطعن بعدم دستوريته.. وإذا تطلب المشرع الدستوري تنظيم الحق (بقانون) أو (في حدود القانون) أو (بموجب قانون) فإنه لا يجوز بحال من الأحوال أن ينظم هذا الحق، بأداة أدنى من ذلك كلائحة أو قرار (1).

البند الثاني: السلطة التقديرية للمشرع في النظام السياسي الإسلامي

تركت الشريعة مساحات واسعة للاجتهاد التشريعي ويتجلى ذلك على وجه الخصوص في مجالين كبيرين الأول مجال النصوص الظنية حيث تتعدد أمام الولاية العامة مجالات الاختيار والترجيح بين الفهوم الفقهية المختلفة للنص الشرعي والثاني مجال الفراغ النصي حيث تنفتح أمام السلطة العامة أوجه التقدير المصلحي بحسب ما تقضي به قواعد السياسة الشرعية وما يتلاءم مع مقاصد الشريعة ففي هذين المجالين تتسع أمام أولي الأمر مجالات التصرف السياسي بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة ومن ثم تحوز الولاية العامة سلطة تقديرية واسعة في مجال التشريع غير أن هذه السلطة مهما اتسعت فهي ليست سلطة ابتدائية ولا سلطة مطلقة، كما سيأتي.

فقرة 1- مفهوم السلطة التقديرية في الفكر الإسلامي

أولاً- السلطة التقديرية في التداول اللغوي

لفظ مركب تركيباً إضافياً من لفظين هما السلطة والتقدير، فأما السلطة فمعناها في اللغة، القوة والقهر، ولذلك يسمى السلطان سلطاناً من التسلط والقهر، أما التقدير فمعناه في اللغة يأتي على وجوه منها التروي في تسوية أمر بحسب نظر العقل، ومنها القياس، قدر الشيء قاسه.

ثانياً - السلطة التقديرية في الفقه السياسي الإسلامي المعاصر

1- يعرفها العلامة فتحي الدريني بأنها الأمور التي لم يرد بشأنها نص من كتاب أو سنة يحدها مما يقتضيه تنظيم مرافق الدولة وتدير شؤونها ورعاية الصالح العام" أو هي "كل ما يجلب مصلحة أو يدرأ مفسدة على مقتضى من روح الشريعة ومقاصدها العامة، ولم ترد بشأنها أحكام تفصيلية" (2). ولنا على التعريف ملاحظتان الأولى- أن هذا التعريف يبدو فيه ملامح التأثير بتعريف السلطة التقديرية في القانون الإداري، ومن ثم فهو لا ينطبق إلا السلطة التقديرية التي يمارسها رجل الإدارة دون تلك التي يمارسها المشرع أو القاضي. وهذه الملاحظة أيضاً تنطبق على تعريف الدكتور مصطفى كمال وصفي الذي يعرفها بأنها "حيز يتركه النص أو الدليل الشرعي للملاءمة بين تطبيق النص أو الدليل وبين الواقع" (3).

1- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية، ص: 431-432 .

2- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1، ص: 105 .

3- مصطفى كمال وصفي: مصنفة النظم الإسلامية، ص: 250. بواسطة: نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها، دراسة مقارنة،

الثانية - أن هذا يقصر مجال السلطة التقديرية على المسائل التي لم يرد فيها نص خاص، وهو نفس المعنى الذي نجده في تعريف الدكتور نذير محمد أوهاب وإن لم دقة: "حيز لم يرد بشأنه دليل شرعي يحكمه" (1). وظاهر عبارته أنه يقصد بالدليل النص، وإلا فإن كل حكم لا بد أن يؤسس على دليل، فلا يحل لأحد أن يقول في الشرع بغير دليل. وما يعيننا أكثر أن قصر مفهوم السلطة التقديرية على المسائل المسكوت عنها التي لم ترد فيها نصوص خاصة، قصر بغير موجب، فإن التقدير كما يكون في المسائل المسكوت عنها والتي فوض الشرع الاجتهاد في أنسب الحلول لها، يكون أيضا في المسائل التي وردت بها نصوص شرعية يحتمل معناها أكثر من وجه، كما يكون التقدير في المسائل التي نص الشرع على حكمها مخيرا ولي الأمر بين عدد محصور من الحلول كما هو الحال في حكم الحراية مثلا، ومن ثم فإننا نرى أن هذا التعريف غير محررة في تحديد مفهوم السلطة التقديرية.

2- وينزع البعض إلى المطابقة بين مفهوم السلطة التقديرية، ومفهوم السياسة الشرعية كما هو الحال عند شياخي نبيه مستعيرا التعريف الذي وضعه لها الدكتور عبد العال عطوة (2)، فيعرفها بأنها "فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص، وفي الأمور التي من شأنها أن لاتبقى على وجه واحد، بل تتغير وتتبدل تبعا لتغير الظروف والأحوال" (3).

وهذه المطابقة كما سبق أن بينا في تحليلنا لمفهوم السياسة الشرعية، فقد رأينا التصرف بالسياسة الشرعية ينتهي عند فهائنا الأجلاء إلى نوعين من السلطات: السلطة التقديرية في المسائل الظنية سواء أكانت منصوصا عليها أو مسكوتا عنها، والنوع الثاني من السلطات وهو السلطة الاستثنائية التي تقتضي لظروف توجبها الزيادة على الحد على الحد في العقاب والتغريم وعلى ذلك فمفهوم السياسة الشرعية اوسع من مفهوم السلطة التقديرية، الذي ليس إلا جزء من مفهوم السياسة الشرعية، بل إن مفهوم السياسة الشرعية في دلالته المحضة لم يكن يراد به كما بينا إلا السلطة الاستثنائية.

3- ويذهب الدكتور عليان بوزيان إلى أن مفهوم السلطة التقديرية يقابله في المصطلح الشرعي دائرة العفو الذي ورد به الحديث (4)، مع العلم أن هذا اللفظ كثيرا ما يستعمله البعض للدلالة على المعنى الذي يعبر عنه اليوم بالفراغ التشريعي، مع العلم أيضا أن السلطة التقديرية لا يقتصر مجالها على المسائل المسكوت عنها بل قد يمتد مجالها إلى المسائل التي نظمها الشرع بنصوص خاصة ولكنها تحتمل أكثر من وجه. فيتبين من ذلك أن مفهوم دائرة العفو هو أضيق من مفهوم السلطة التقديرية.

والذي تطمئن إليه النفس أنه ليس من الضروري أن نبحت لكل مصطلح في القانون الوضعي عن مصطلح مقابل له في الفقه الإسلامي، لما في ذلك من التكلف والتعسف، بل يكفي أن نعطي لهذه المصطلحات المعاني الشرعية التي تعبر عن طبيعة النظام الإسلامي، وعلى ذلك فإنه يمكن أن نعرف السلطة التقديرية بأنها "تلك السلطة المفوضة لأولي الأمر لتقدير مدى ملاءمة الحكم الشرعي أو القضائي أو الإداري في عناصره المسكوت عنها أو التي

1- نذير محمد أوهاب، السلطة التقديرية مفهومها وتأصيلها، ص: 09 .

2- ينظر: عبد العال عطوة: المدخل إلى السياسة الشرعية، ص: 52-53 .

3- شياخي نبيه: السلطة التقديرية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2005 . ص: 15

4- عليان بوزيان: دولة المشروعية، ص: 338.

تحتمل أكثر من وجه " وهذا التعريف نحسبه شاملا للسلطة التقديرية للمشرع والقاضي والإداري، كما نحسبه شاملا للسلطة التقديرية في المسائل المنصوصة والمسائل المسكوت عنها.

فقرة 2- حدود السلطة التقديرية في النظام الإسلامي

المشرع مثله مثل القاضي ورجل الإدارة مجال التقدير بالنسبة له محدد بمجال الأحكام الظنية، فالولاية العامة في المجتمع الإسلامي خلافا للمجتمعات الغربية ليست مشرعا ابتداء بل هي مشرعا ابتائيا، وهي أيضا ليست مشرعا مطلقا بل مشرعا مقيدا، فالسلطة التقديرية لولي الأمر في مجال التشريع لها حدودها. التي يسميها البعض بشرط الإذن الإلهي (1) فهي ليست فقط مقيدة من حيث الاختصاص ومن حيث الشكل، بل أيضا محدودة من حيث المحل ومن حيث الغاية، فسلطة جهة التشريع في التقدير من حيث المحل سواء في المسائل التي ورد فيها نصا ظنيا أو في المسائل المسكوت عنها لا يجب أن تفضي إلى ما يناقض مبادئ الشريعة أو أحكام الدستور الاجتهادية، مما يقتضي منها في ممارسة سلطتها التقديرية مراعاة النصوص والقواعد الكلية التي جاءت بها الشريعة، و وسياقي في آخر هذا المبحث مجالات السلطة التقديرية والاستثنائية في مجال التشريع، وهي مجالات واسعة ولا تقتصر على تصرف بعينه، أما من حيث الغاية فسلطة التقدير للمشرع لا ينبغي أن تفضي به إلى ما يناقض مقاصد الشريعة والمصلحة العامة مناقضة ظاهرة، كما سيأتي بيانه عند بحث ركن السبب والغاية، ومن ثم فإن عدم التزام ولي الأمر التشريعي بهذه الشروط يعتبر خروجاً منه عن السلطة التقديرية الممنوحة له في مجال التشريع.

1- عبد الستار فتح الله السعيد: المنهاج القرآني في التشريع، ص: 289-290.

الفرع الثالث: سلطة التشريع الاستثنائي في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة

البند الأول: نظرية الضرورة كاستثناء من مبدأ سمو الدستور

هناك استثناء يرد على مبدأ سمو الدستور يعرف بنظرية الضرورة، وتكتسب هذه النظرية أهمية خاصة في الأوقات العصيبة التي تمر بها الدولة، ويقتضي البحث بيان ماهيتها وموقف الفقه والتشريعات والفقه الإسلامي منها، ونتناول ذلك في فقرات.

فقرة 1- ماهية نظرية الضرورة:

مفاد هذه النظرية، أن المبادئ الدستورية إنما شرعت للظروف الاعتيادية الطبيعية فإذا تعرضت الدولة لخطر جسيم أو ظروف استثنائية كحرب خارجية أو داخلية مثل العصيان المسلح والمظاهرات العنيفة غير السلمية أو أزمة اقتصادية أو كوارث طبيعية، فيمكن وفق شروط وقيود قانونية اتخاذ تدابير استثنائية ولو أدى ذلك إلى الخروج على مقتضى القواعد الدستورية. ومن هنا ظهرت في الفقه والقضاء المعاصر نظرية الضرورة التي استندت إلى مبدأ روماني قديم مفاده (سلامة الدولة فوق القانون) والذي يجوز وفقاً له وبناء على شروط وضوابط للسلطات العامة ورجاها الخروج على مقتضى القواعد الدستورية والقانونية في حالة الضرورة لإعطائها قدر من الحرية في التصرف دون خشية العقاب أو الوقوع في اللامشروعية لإنقاذ الدولة من خطر أو أزمة اقتصادية أو أزمة سياسية أو غيرها لأن سلامة الدولة فوق كل اعتبار ويقوم جوهر نظرية الضرورة، على افتراض قيام خطر جسيم وحال، يهدد كيان الدولة وأنظمتها، بحيث لا تجدي القواعد القانونية التي وضعت للظروف العادية في مواجهته، فتجدد الدولة نفسها مضطرة لمخالفة هذه القوانين العادية من أجل مواجهة هذا الخطر الداهم الذي يهدد كيان الدولة ووفق شروط وضوابط تكاد تتفق عليها أغلب الدساتير.

الفقرة 2. تكييف نظرية الضرورة في الفقه الوضعي

توجد عدة نظريات لتحديد طبيعة الضرورة، أهمهما نظرية الفقه الألماني ونظرية الفقه الفرنسي التي تبنتها أغلب الدساتير، فضلاً عن نظرية الفقه الإسلامي.

أولاً - الفقه الألماني (نظرية الضرورة نظرية قانونية)

يعتبر الفقه الألماني نظرية الضرورة نظرية قانونية، وترتب على ذلك عدة آثار منها :

- 1- إذا ما واجه المجتمع والدولة خطراً أو أزمة تهدد سلامتهما فإن للسلطات العامة مطلق الحرية في اتخاذ ما تراه مناسباً لمواجهتها ولو أدى ذلك إلى خروجها على مجمل الضوابط والقيود والقواعد الدستورية والقانونية وقواعد القانون الدولي. وقد تبني هتلر هذه النظرية حين غزا دول الجوار الألماني بحجة أن سياستها تهدد سلامة ألمانيا.
- 2- كل ما تقوم به السلطات في ظل الأزمة والخطر يعتبر سليماً وقانونياً ومشروعاً ولو خالف الدستور ودون حاجة لأخذ موافقة من أحد.

3- بما أن نظرية الضرورة نظرية قانونية، فلا يتولد لأية جهة أو أي مواطن حق في التعويض عن الأضرار التي تلحقه جراء أعمال الضرورة كالأجرة عن أعمال السخرة أو الأضرار التي تلحق ممتلكاته. وأساس هذه النظرية الفلسفي أن الفقه الألماني وطبقاً لما يعرف بنظرية التحديد الذاتي للإرادة التي قال بها هيكل واهرنك، يرى أن الدولة إنما تلتزم بالقانون بمحض إرادتها وأنه يوجد إلى جانب القانون المكتوب قانون عربي يعطي للدولة الحق في اتخاذ كافة الإجراءات

اللازمة للمحافظة على سلامتها بما في ذلك مخالفة القواعد القانونية القائمة. وأنها حين تخالفها إنما تكون إرادتها قد اتجهت إلى إحلال قواعد أخرى تلائم الظروف الاستثنائية لتحل محل القواعد السابقة، وعلى هذا التفسير لنظرية التحديد الذاتي تعتبر حالة الضرورة مصدراً للقواعد القانونية، ولهذا السبب سميت بالنظرية القانونية للضرورة(1).

ثانياً - الفقه الفرنسي: (نظرية الضرورة نظرية سياسية)

اختلف الفقه الفرنسي حول طبيعة نظرية الضرورة، وبهذا الصدد ظهر في الفقه الفرنسي اتجاهين، أحدهما يضيف عليها مفهوماً قانونياً. بينما يرى آخرون أنها ذات طابع سياسي وواقعي.

ومن أنصار الطبيعة القانونية للنظرية كل من ديكي وهوريو إلا أنهما وبخلاف الفقه الألماني وضعوا ضوابط وشروط قاسية لتطبيقها. حيث يرى العلامة هوريو أن الحكومة ليس فقط لها الحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية كالحرب، وإنما عليها واجب اتخاذ هذه الإجراءات لحماية الدولة استناداً إلى حق الدفاع الشرعي، فإذا كانت الدولة في مواجهتها لهذه المخاطر تخرج عن إطار المشروعية، فإنها لا تخرج عن إطار القانون طالما كانت هي في حالة دفاع شرعي.

ويذهب أصحاب النظرة السياسية للمبدأ، وهو الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي، إلى أن الضرورة لا تخلق قواعد قانونية ولا تحل محل القوانين القائمة، وأن الحكومة إذا اتخذت تحت ضغط الضرورة إجراءات تخالف الأنظمة القانونية القائمة، فإن هذه الإجراءات تعتبر بحسب الأصل إجراءات غير مشروعة، فالإدارة ينبغي أن تلتزم بمبدأ المشروعية ليس فقط في الظروف العادية وإنما كذلك في الظروف غير العادية، حيث غاية ما في الأمر أنه يمكن للإدارة أن تتحاشى المسؤولية الناجمة عن مخالفتها للقانون بأن تعرض على البرلمان الإجراءات التي اتخذتها وتطلب منه أن يعفيها من المسؤولية بواسطة قانون يعرف في فرنسا باسم قانون التضمينات، والقضاء هو الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في مدى ضرورة اتخاذ الإجراءات الاستثنائية ومدى التزام الإدارة بضوابط وقيود هذه النظرية، وبذلك تكون الضرورة نظرية واقعية لا قانونية.

ومن الجدير بالذكر أن الجنرال ديغول، الرئيس الفرنسي الأسبق، قد أشار في الجزء الأول من مذكراته إلى حادثين معلقاً على احتلال فرنسا سنة 1945 ومشيراً إلى نظرية الضرورة، الحادث الأول وقع معه شخصياً، وهو من ساهم بوضع دستور فرنسا لسنة 1958 الذي تبني نظرية الضرورة في المادة (16) منه، بأنه يجب القول بأن النظام في ذلك الوقت لم يكن يسمح لرئيس الحكومة الأخيرة في الجمهورية الثالثة بأن يتخذ أي إجراء، وإن اضمحلل الدولة كان في الواقع مأساة قومية، وقد أدى هذا الحادث إلى التنبه إلى منح رئيس الجمهورية الاختصاصات التي تمكنه من مواجهة الأزمات الوطنية، أما الحادث الثاني فيرجع إلى سنة 1851 حيث قاد رئيس الجمهورية الثالثة لويس نابليون انقلاباً أقام بعده نظاماً دكتاتورياً للحكم، وكان لذلك الحادث الثاني أثره في ضبط ممارسة رئيس الجمهورية لسلطاته في حالة الأزمة الوطنية بشروط شكلية وموضوعية معينة(2).

1- ينظر: ثروت أنيس الأسيوطي: المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية. دراسة في سوسيولوجيا الفكر القانوني، مجلة مصر المعاصرة، مصر، السنة التاسعة والخمسون، العدد 333، يوليو 1968، ص 193 ما بعدها. و ينظر كذلك : احمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، ص: 558 .

2- ينظر د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، هامش ص: 558 .

فقرة 3 - ضوابط أعمال نظرية الضرورة

ويترتب على المفهوم السياسي للنظرية عدة آثار :

أولاً. إخضاع نظرية الضرورة لعدد من الشروط والضوابط، وكما يلي:

1- الشرط الأول. أن يكون هناك ظرف استثنائي حقيقي يتولد عنه خطر جسيم وحال يهدد سلامة وأمن الدولة أو النظام العام كالحرب أو العصيان المسلح أو الإضراب العام، بحيث لا تجد الإدارة أي فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهته.

2- الشرط الثاني. أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة ضرورية لمواجهة هذا الخطر، أي استحالة مواجهة هذا الخطر بالطرق العادية وعن طريق المؤسسات الدستورية المختصة. وفحوى هذا الضابط أنه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدد سلامة الدولة، فإنه يجب الرجوع في تلك الحالة إلى هذه الوسيلة، أما إذا كانت المخاطر لا تجدي معها نفعاً هذه الوسائل بحيث تصبح عاجزة عن مجابته، فإن الرجوع إلى نظرية الضرورة وتطبيقاتها يكون أمراً لا مناص منه.

3- الشرط الثالث. أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع حالة الضرورة فلا تتجاوزها لإن الضرورة تقدر بقدرها.

ثانياً. تخضع إجراءات وأعمال الإدارة الاستثنائية لرقابة القضاء ولكل ذي مصلحة أن يطعن بإجراءات السلطات الاستثنائية أمام القضاء. ويضفي مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة من أجل التغلب على الظروف الاستثنائية شريطة التقيد بالضوابط والشروط اللازمة.

ثالثاً. أن تتوقف السلطات عن هذه الإجراءات بمجرد انتهاء الظروف الاستثنائية(1).

فقرة 4- تطبيقات نظرية الضرورة في التشريع والقضاء

تغطي نظرية الضرورة النظام القانوني برمته. قد نصت عليها دساتير معظم الدول وذلك استثناءً من مبدأ الفصل بين السلطات بينما تبناها القضاء في بعض الدول دونما نص خاص وإنما على أساس التوسع في تفسير النصوص. حيث نصت عليها المادة (16) من دستور فرنسا لسنة 1958 والمادة 147 من الدستور المصري لسنة 1971 والمادة (91) من الدستور الجزائري لسنة 2008، وفي الولايات المتحدة الأمريكية وأثناء حرب الانفصال وضع الرئيس الأمريكي لنكولن النظرية محل التطبيق لمواجهة خطر الانفصال دون وجود نص دستوري يميز وقف تطبيق الأحكام الدستورية المتعلقة بحقوق الأفراد، إلا أن الكونغرس صادق بعد ذلك على إجراءات الرئيس بناءً على قناعته بأن مصلحة الأمة الأمريكية اقتضت ذلك.

ولنظرية الضرورة تطبيقاتها في القانون الجزائري ففي حالة الدفاع الشرعي لا يسأل جزائياً من ارتكب فعلاً دفعته لارتكابه ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس أو المال، وكذلك في القانون الخاص الذي تبني نظرية الظروف الطارئة، ويأخذ القضاء الإداري بنظرية الضرورة أيضاً في مجال القانون الإداري، حيث لم يعتبر مجلس الدولة

1- حول هذه الشروط ينظر: إبراهيم عبد العزيز شبيحا: القضاء الإداري. دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص: 14 وما بعدها. وينظر كذلك: سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وحالات الرقابة عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: 23 وما بعدها. وينظر: أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، ص: 551 وما بعدها.

الفرنسي الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي خطأ من جانب الإدارة، إذا كان سوف يترتب على تنفيذه إخلال جسيم بالأمن العام، وتقرر هذه النظرية للإدارة الحق في القيام بالإجراءات المستعجلة اللازمة لدفع كل خطر يهدد الأمن أو الصحة العامة دون تقييد بالقوانين واللوائح. بل وتسمح هذه النظرية للإدارة بتعديل التزاماتها التعاقدية، كما تقرر هذه النظرية للمتعاقد مع الإدارة حقوقاً تسمح بإعادة التوازن المالي للعقد إذا طرأت ظروف استثنائية أثرت على هذا التوازن (1).

البند الثاني - نظرية الضرورة العامة في الفقه الإسلامي

فقرة 1 - التأصيل الشرعي لنظرية الضرورة

أولاً- الضرورة في الاصطلاح الشرعي

على الرغم من الحديث الطويل والعريض عن الضرورة الشرعية وأحكامها في كتب الفقه ومصنفات الأصول فإننا لا نجد لها تعريفاً دقيقاً، جامعاً مانعاً، فابن جزئ من المالكية يعرفها بأنها "الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً" (2)، وهذا التعريف على وجهته وشموله لحالات الضرورة المحيطة بالنفس فإنه يسكت عن حالات الضرورة الأخرى كحالات الضرورة المتعلقة بالأموال مثلاً. وعرفها مصطفى الزرقا "ما يترتب على عصيانها خطر كما في الإكراه الملجئ، وخشية الهلاك جوعاً" (3). وعرفها الدكتور يوسف قاسم تبعاً للشيخ محمد أبو زهرة بأنها "خوف الهلاك على النفس أو المال" (4). وهو تعريف جامع لحالات الضرورة المتعلقة بالنفس والمال، غير أنه يبقى كما لاحظ ذلك بعض الدارسين تعريفاً محدوداً بإطار القانون الخاص (5).

والذي نراه أن حالة الضرورة تتعلق بالمصالح الضرورية الخمس، ومن ثم يمكن تعريف حالة الضرورة تبعاً لعلماء المقاصد بأنها "الأوضاع الاستثنائية التي قد يترتب عليها فوات المصالح الضرورية الخمس رأساً أو إخلال جسيم بها" وهي بهذا التعريف نحسب أنها تسع حالة الضرورة في نطاق القانون الخاص، وحالة الضرورة في نطاق القانون العام فإن حفظ الدين يندرج فيه مصلحة حفظ العقيدة كما يندرج فيه مصالح عامة كإقامة الإمامة ومصلحة حفظ الجماعة و مصلحة حفظ الدار. وكذلك حفظ النفس يندرج فيه مصالح عامة كالأمن العام، والصحة العامة، وحفظ المال يندرج فيه حفظ المال العام.

ثانياً- بين الضرورة والحاجة العامة

هل تنزل الحاجة العامة منزلة الضرورة، في تشريع الأحكام الاستثنائية؟ قبل ذلك هل هناك فرق بين الضرورة والحاجة في الاصطلاح الفقهي والأصولي؟ أما من حيث الدلالة اللغوية فإنهما غالباً ما يستعملان كمترادفين، كما حقق احد الباحثين المعاصرين أن لفظ الحاجة في كتب الفقه وفي الاصطلاح الفقهي غالباً ما يراد به معنى الضرورة الشرعية (6)، كما أن لفظ الضرورة عند بعض علماء الأصول يطلق على معنى الحاجة، وأبرز دليل على ذلك

1 - .

2- ابن جزئ: القوانين الفقهية، ص: 173.

3- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998، ص: 1005.

4- يوسف قاسم: نظرية الضرورة، في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م، ص: 81.

5- أحمد حداد عافية: مبدأ المشروعية، ص: 642.

6- ينظر في ذلك الدراسة القيمة ل: أحمد كافي: الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004. ص: 26.

الاستحسان الذي يسميه الحنفية استحسان الضرورة ولكن عند التحقيق في مقصودهم بالضرورة والنظر في الأمثلة والشواهد التي يسوقونها على ذلك يتبين أن معنى الضرورة لا يعدو معنى الحاجة(1).

غير أن التمييز بين مفهوم الضرورة ومفهوم الحاجة في الاصطلاح الشرعي يظهر بشكل واضح في الاصطلاح الأصولي وبالتحديد عند علماء المقاصد، وعلى هذا الأساس فإن الفرق بين الضرورة والحاجة أن حالة الضرورة هي تلك الأوضاع التي تفضي إلى فوات المصالح الكلية الخمس رأساً، بينما حالة الحاجة هي الأوضاع التي يترتب عليها عسر وصعوبة وضيق ومشقة(2)، فالحاجة هي الحالة التي تفضي إلى مشقة بالغة ولكنها لا يصل ضررها إلى فوات المصلحة الكلية رأساً كما في حالة الضرورة. ويخلص الدكتور أحمد كافي لتعريف الحاجة بأنها: "ما يحتاجه الأفراد، أو ما تحتاجه الأمة، للتوسعة ورفع الضيق، على جهة التأقيت أو التأييد، فإذا لم ترع دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة، وقد تبلغ مبلغ الفساد المتوقع في الضرورة"(3).

ومعنى كون الحاجة عامة أن تكون شاملة لعموم الأمة وليست قاصرة على خصوص الأفراد. ومن القواعد الفقهية التي اشتهرت على السنة الفقهاء، أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة(4)، ومعنى هذه القاعدة أن التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على حالة الضرورة الملجئة فحسب وإنما تمتد أيضاً لحاجات الجماعة مما دون الضرورة، فهي أيضاً توجب التسهيلات الاستثنائية، كما يدل على ذلك استقراء تصرفات الشارع حيث شرع بنصوص الشريعة الأصلية أحكام من قبيل الاستثناء من القواعد العامة للاحتياج إليها(5).

ويرى الدكتور مصطفى الزرقا أن حالة الضرورة والحاجة يفتقران من ناحيتين:

1- أن الضرورة تبيح المحظور سواء أكان الاضطراب حاصلًا للفرد أم للجماعة، بخلاف الحاجة فإنها لا توجب التدابير الاستثنائية من الأحكام العامة، إلا إذا كانت حاجة الجماعة، وذلك لأن لكل فرد حاجات متجددة ومختلفة عن غيره، و لا يمكن أن يقرر لكل فرد تشريع خاص به، بخلاف الضرورة الخاصة فإنها حالة نادرة و قاسرة.

2- أن الحكم الاستثنائي، الذي يتوقف على الضرورة هو إباحة مؤقتة لمحظور ممنوع بنص الشريعة، تنتهي هذه الإباحة بزوال الاضطراب، وتقيد بالشخص المضطر، أما الأحكام التي تثبت بناء على الحاجة فهي لا تصادم نصاً، ولكنها تخالف القواعد والقياس، وهي تثبت بصورة دائمة يستفيد منها المحتاج وغيره(6).

ويخلص منه إلى صياغة القاعدة السابقة صياغة جديدة يراها أكثر دقة على معناها ولفظها " الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة"(7).

وما يعيننا هنا بصدد الحديث عن سلطة ولي الأمر في التشريع الاستثنائي هو الفرق الثاني، فإن اعتبار أحكام الضرورة أحكام مؤقتة يجعل منها فعلاً تشريعات استثنائية، بينما على العكس من ذلك اعتبار أن أحكام الحاجة

1- ينظر: أحمد كافي: الحاجة الشرعية. ص: 27.

2- ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص: 1005. وينظر الشاطبي: الموافقات، 21/2. وينظر:

3- أحمد كافي: الحاجة الشرعية. ص: 34.

4- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998، ص: 1005.

5- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص: 1006.

6- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص: 1006-1007.

7- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص: 1007.

أحكام مستمرة، يخرجها عن مفهوم التشريع الاستثنائي، بل لا تعدو أن تكون بهذا الاعتبار أحكام أصلية وجزءاً من التشريع العام، وإن أخذت طابع الاستثناءات من القواعد العامة. وحتى في التشريعات الوضعية نجد أنه قد ترد على أحكامها استثناءات، وهذه الاستثناءات تشكل جزءاً من التشريع العادي، ولا تعتبر مجالاً من الأحوال تشريعاً استثنائياً ذو طابع وقفي. ومن ثم فإن ما نخلص إليه أن مراعاة هذه الحاجات العامة يجد مكانه في التشريع الأصلي وليس جزءاً من التشريع الاستثنائي والله أعلم.

ثالثاً- الأسانيد الشرعية للنظرية

أقرت الشريعة الإسلامية نظرية الضرورة في وقت مبكر سبقت فيه الشرائع الحديثة بعدة قرون، حيث أشارت إليها بوضوح النصوص القرآنية الكريمة والسنة النبوية الشريفة، وتولى فقهاء الشريعة دراسة هذه النصوص واستنبطوا منها قواعد كلية وفرعية في العبادات والمعاملات.

1 - من الكتاب

ومن أدلة النظرية قوله تعالى ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (1)، وقوله تعالى ﴿ فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (2)، وقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (3).

2- من السنة النبوية

قوله صلى الله عليه وسلم: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) (4)، ومنه قوله ﷺ (إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسِيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ) (5). وقال الإمام الشاطبي الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع" (6). ثم يقول: " وقد سمي هذا الدين (بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّمْحَةِ) (7). لما فيها من التسهيل والتيسير" (8).

3- القواعد الفقهية

وقد اعلم الفقهاء نظرية الضرورة في جميع أبواب الفقه وبينوا أحكامها الشرعية، وذهبوا إلى أن المحافظة على هذه الضروريات الخمس وفق الترتيب المعتبر شرعاً تبيح مخالفة التكاليف الشرعية، ومن ثم اشتقوا لها أحكاماً وشروطاً وقيوداً من مصادر الحكم الشرعي. وتقوم نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي على جملة من القواعد مثل:

أ- قاعدة (المشقة تجلب التيسير): ويقصد بها أن المشقة التي تخرج عن المعتاد تجلب التيسير، وتتحقق هذه المشقة إذا كان من شأن التكليف إيقاع الضرر بالملك في نفسه أو ماله أو في ما يعد من ضروريات حياته ومعاشه.

1- البقرة / 185.

2- البقرة / 173.

3- المائدة / 06.

4- رواه الحاكم/المستدرک علی الصحیحین/حدیث معمر بن راشد/ رقم: 2345. 2/66. وقال صحیح علی شرط مسلم.

5- سنن ابن ماجه/ كتاب الطلاق/ باب طلاق المكره والناسي/ رقم: 2045. ص: 353. وحكم الألباني بصحته.

6- الشاطبي: الموافقات، 1/520.

7- مسند أحمد/ مسند النساء/ مسند الصديقة عائشة رضي الله عنها / رقم: 24855. 349/41. وقال محققه: حديث قوي، وهذا سند حسن.

8- الشاطبي: الموافقات، 1/521.

ب- قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات): ويقصد بها أن حالة الضرورة التي يترتب عليها فوات كلية من الكليات الخمس عند الالتزام بالمحظورات الشرعية توجب إباحة هذه المحظورات ومن تطبيقاتها (إباحة الخمر لدفع العطش لمن أشرف على الهلاك ولم يجد سواها، جواز النطق بكلمة الكفر للمضطر، إباحة أكل الميتة عند الضرورة)
ج- قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها):ومفادها أن المضطر لا يتناول من الأشياء المحرمة إلا بقدر ما يسد رمقه.

د - قاعدة (لا ضرر ولا ضرار): وسندها حديث الرسول ص حيث قال (لا ضرر ولا ضرار)، ويتفرع عن هذه القاعدة عدد من القواعد منها (الضرر يزال بقدر الإمكان) و (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) وقاعدة (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) و (الضرر لا يزال بالضرر) وقاعدة (درء المفسد أولى من جلب المصالح).

فقرة 2- شروط أعمال نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي

ومن استقراء النصوص في مصادرها والأحكام الشرعية في مواردها استنبط فقهاء الشريعة أحكاما وشروطا وقيوداً لتطبيق حالة الضرورة يمكن أن نلخصها في خمسة شروط وضوابط أساسية(1).

أولاً- أن تكون حالة الضرورة قائمة واقعة لا منتظرة متوقعة، أي أن يكون الخطر الذي يبرر مخالفة الحكم الشرعي جسيماً وحالاً، ويكفي في ذلك غلبة الظن، كأن يتهدد البلاد خطر داهم يكون محققاً لولي الأمر أن يتخذ من الإجراءات ما يدفع به هذا الخطر.

ثانياً - أن المصلحة الضرورية المستفادة من فعل المحذور أعظم من المفسدة المترتبة على فعله، كشراب الخمر لسد الرمق، فإن مصلحة حفظ النفس أعظم من مفسدة ذهاب العقل، وإسقاط الجنين استبقاء للأم، فإن مصلحة حفظ النفس مقدمة على مفسدة هلاك الجنين.

ثالثاً- أن لا توجد وسيلة لدفع الضرر والخطر إلا مخالفة الحكم الشرعي، بمعنى أن لا يكون أمامه وسيلة أخرى من المباحات، للخروج من حالة الاضطرار.

رابعاً- أن لا يترتب على الأخذ بأحكام الضرورة إهدار لحقوق الآخرين ومساس بها.

خامساً- أن تقدر الضرورة بقدرها، فلا يباح للمضطر من الوسائل إلا بقدر ما يرفع أصل الاضطرار، كما يجب العودة للحكم الشرعي الأصلي بمجرد زوال أسباب الاضطرار(2).

ومنه يتبين أن التشريع الاستثنائي في النظام السياسي الإسلامي مقيد بقيود شديدة حماية للحقوق والحريات، وعلى الرغم من أحكام الضرورة هي في أصلها أحكام مقررة بالشرع، فإن في فروعها وفي تطبيقاتها على الأحوال والظروف التي توجبها هي مجال اجتهاد ومناطق سلطة تقديرية لولي الأمر بالنسبة للضرورة العامة، وقد منع الشرع تطبيق الحدود بموجب ظرف استثنائي ثابت بالنص وهو حالة الحرب، ولكن الفاروق رضي الله عنه منع تطبيق الحد بموجب ظرف استثنائي قدره باجتهاده، وهو حالة المجاعة.

البند الثالث: خلاصة حول السلطات التقديرية والاستثنائية لولي الأمر في مجال التشريع

تنوع تصرفات السلطة العامة في مجال التشريع تنوعاً كبيراً، ومع ذلك فإن أغلب من تكلموا في الموضوع لم يحيطوا به من جميع أطرافه؛ فبعضهم اكتفى بمسألة التقنين وتبني الأحكام، وبعضهم تجاوز ذلك إلى مسألة تقييد المباح،

1- ينظر في ذلك: البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية. ص: 117-118، وينظر أيضاً: الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية،

2- ينظر: يوسف قاسم: نظرية الضرورة، ص: 80. و ينظر كذلك: محمد مذكور: مدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، ص: 275، 279.

مع أن مسألة تقييد المباح منعاً أو إلزاماً ليست إلا وجهاً واحداً من وجوه التصرف السياسي في مجال التشريع، مع أن التقييد كما يدخل المباح يدخل الفرض والمندوب والحرام والتي يمكن ردها إلى ثلاثة أنواع من التصرفات. وننتقل في تأصيل هذه السلطات التقديرية والاستثنائية من قول الإمام الشاطبي "الشرعية جارية في التكليف بمقتضاها على الطريق الأوسط الأعدل، الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه.. فإن كان التشريع لأجل الانحراف المكلف أو وجود مظنة انحرافه عن الوسط إلى أحد الطرفين كان التشريع رداً على الوسط الأعدل ولكن على وجه يميل فيه إلى الجانب الآخر.. فإذا نظرت في كلية شرعية فتأملها تجدتها حاملة على التوسط فإن رأيت ميلاً إلى جهة طرف من الأطراف فذلك في مقابلة واقع أو متوقع في الطرف الآخر.. فطرف التشديد يكون في مقابلة من غلب عليه الانحلال في الدين وطرف التخفيف يكون في مقابلة من غلب عليه الحرج في التشديد" (1).

فقرة 1- التصرف بالمنع

كل منع لأمر مشروع لمصلحة شرعية يستند لأصل سد الذرائع و النظر في المال، والتصرف بالمنع يتسع نطاقه لثلاثة أحكام وأما البقية فولي الأمر معزول عنها، فولي الأمر معزول عن فرض العين فلا يملك أن يمنع مكلف من أداء ما فرض الله عليه فرضاً عينياً، كما أنه لا مدخل له في منع الحرام فالحرام ممنوع بالشرع ابتداءً.

أولاً - المنع من فرض الكفاية

قسم الفقهاء وعلماء الأصول الفرض بالنظر إلى المطالب به إلى قسمين: فما كان مطلوباً من جميع المسلمين فهو فرض عين، وما كان مطلوباً من مجموع المسلمين فهو فرض كفاية (2) ويفترق فرض الكفاية عن فرض العين أن الفروض العينية لا يجوز لأحد أن يمنع منها، بينما الفروض الكفائية قد يمنع منها ذي ولاية خاصة أو عامة ومنعه، فالفرض العيني لا يجوز أن يمنع منه ذي ولاية، فمن المقرر شرعاً أنه لا يجوز للزوج أن يمنع زوجته من صلاة خمستها، ويجوز له منعها من القيام (3)، ولا يجوز منعها من صيام رمضان ويجوز له منعها من صيام النفل (4)، ولا يجوز للزوج منع زوجته من حج الفريضة (5) ويجوز له منعها من حج النفل (6)، ولا يجوز له منعها من جهاد الدفع ويجوز له منعها من الخروج في جهاد الطلب (7).

1- ينظر: الشاطبي: الموافقات، 279/2-286.

2- ينظر في ذلك: محمد الأمين الشنقيطي: مذكرة أصول الفقه: دار اليقين، مصر، ط 1، 1999، ص: 37. وينظر: شهاب الدين القرافي: تنقيح الفصول في علم الأصول، ص: 42. وينظر كذلك: شاه ولي الله الدهلوي: حجة الله البالغة، 1/181.

3- قال تعالى: "أَرَأَيْتَ الَّذِي يَنْهَى (9) عَبْدًا إِذَا صَلَّى (10)" العلق/9-10.

4- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ: "لَا تَصُومُ الْمَرْأَةُ وَبَغْلُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ". صحيح البخاري/كتاب النكاح/باب صوم المرأة بغير إذن زوجها تطوعاً/ رقم: 5192. 387/3. وفي لفظ: "لَا تَصُومُ الْمَرْأَةُ يَوْمًا وَاحِدًا وَزَوْجُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ - قَالَ وَكَيْع - إِلَّا رَمَضَانَ" مسند أحمد/كتاب باقي مسند المكثرين/ مسند أبي هريرة/ رقم: 9734. 485/15. قال محققه: حديث صحيح، وهذا إسناد حسن.

5- جاء في المغني: "وأما قبل الإحرام فليس للزوج منع امرأته من المضي إلى الحج الواجب عليها، إذا كملت شروطه، وكانت مستطية، ولها محرم يخرج معها؛ لأنه واجب وليس له منعها من الواجبات". ابن قدامة المقدسي: المغني، دار الفكر، بيروت، 1405، ط 1، 173/3 و 283/3. وينظر: أبو بكر الحصاص: أحكام القرآن، دار إحياء التراث، بيروت، 1405، 343/1.

6- قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم على أن للرجل منع زوجته من الخروج إلى حج التطوع ولأنه تطوع يفوت حق زوجها فكان لزوجها منعها منه". ابن المنذر: الإجماع، ص: 61.

7- جاء في بداية المبتدئ "فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع، تخرج المرأة بغير إذن زوجها، والعبد بغير إذن المولى". علي بن أبي بكر المرغيناني: بداية المبتدئ، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ط 1، 1355، 114/1. وجاء في تحفة الفقهاء "إذا كان النفي عاماً، يجب على العبد أن يخرج

والخلاصة أنه إذا كان الاستقراء قد أفاد أن الأمر هكذا في مثل هذه الفروض العينية المشهورة، فنحن نقطع أن الأمر مطرد في سائر الفروض العينية فلا يدخلها منع ذي ولاية خاصة أو عامة.

أما فروض الكفاية فلذي ولاية المنع منها، فمن المقرر شرعا أن جهاد الطلب فرض كفاية، وقد يمنع منه ذي ولاية خاصة أو عامة، فمن المقرر شرعا أن على الولد أن يستأذن والديه في جهاد الطلب فإن منعه أو منعه أحدهما امتنع، وقياسا على ذلك ذهب الفقهاء إلى منع الرحلة في طلب العلم دون إذن الوالدين، ومن المقرر فقها أن للإمام منع الغزو إلا بإذنه، مثل منع القاضي من الإفتاء، ومثل منع الإمام من القص والوعظ إلا بإذن مسبق(1).

ثانيا - المنع من المندوب

ومن ذلك ما ثبت عن عمر بن الخطاب المنع من المتعة في أشهر الحج، ومن ذلك منع النساء من الخروج إلى المساجد، بسبب ضعف الوازع الديني(2)، ومن ذلك منع الزوج زوجته من الصيام نفلا، ومن ذلك منع الهدية للقضاة والولاية ومنع قبولها، ومن هنا نعلم مدى شناعة الخطأ الذي وقع فيه بعض الكاتبين حينما قرروا أن التقييد يشمل فحسب الواجب والحرام والمباح، أما المندوب والمكروه فلا يدخلهما تقييد الحاكم والإمام(3)، وهذا الكلام غير محرر وغير مؤسس وقد أنساق فيه أصحابه وراء كلام القراني في الموضوع في غياب واضح للملكة النقدية، وكلام القراني " أن حكم الحاكم وإن كان حكما لله ﷻ فإنه لا يتصور فيه الأحكام الخمسة، فإن مقصوده إنما هو سد باب الخصومات، ودرء الظلمات، بل يتصور فيه ما يكون سببا وهو الوجوب والتحريم والإباحة"(4). وكلام القراني مقصوده أن الإمام والحاكم لا ينشئان النذب والكراهة، لأن الإثابة على الفعل والتترك أخروية، وليس معناه أن المكروهات والمندوبات لا تقبلان التقييد، فاستقراء الأحكام والتصرفات الشرعية دال على خلافه، فنجد في الشرع جواز منع الزوج زوجته من بعض المندوبات بما له من الولاية عليها، وإذا جاز ذلك في ولاية خاصة فهو في الولاية العامة أولى، كما نجد قضاء صاحب عمر ﷺ على من جاءت زوجته تشكو كثرة صيامه وقيامه، بأن يصم ثلاثا ويفطر يوما، ويقم ثلاثا ويفطر يوما، كما نجد من مقررات الفقه منع القاضي من قبول الهدية إذا لم تكن بينهما سابق معرفة.. فكل هذه المقررات الشرعية والفقهية تبين أن التقييد يدخل المندوب والمكروه.

ثالثا - المنع من المباح

وهو باب واسع من أبواب السياسة الشرعية حتى أن كثير من أهل الفقه لا يتصور غيره، ومن ذلك منعه ﷺ ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث لما كان بالناس جهد ومجاعة(5)، ومن ذلك ما رواه ابن الجوزي من منع عمر

بغير إذن المولى، وعلى المرأة القادرة عليه أن تخرج بغير إذن زوجها، وعلى الولد أن يخرج بغير إذن الوالدين، أو أحدهما إذا كان الآخر ميتا " محمد بن أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1405/3/294.

1 - عون المعبود، 72/10 .

2 - روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: " **لَا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ مَسَاجِدَ اللَّهِ** " صحيح البخاري/ كتاب الجمعة/ باب حدثنا عبد الله بن محمد/ رقم: 900 . 286/1. غير أن بعض الصحابة رأى أن تغير الحال يفرض منعهن فقد قالت السيدة عائشة " **لَوْ أَدْرَكَ رَسُولُ اللَّهِ مَا أَخَذَتْ النِّسَاءُ لَمَنْعَهُنَّ الْمَسْجِدَ كَمَا مُنِعَتْ نِسَاءُ نَبِيِّ إِسْرَائِيلَ** " سنن أبي داود/ كتاب الصلاة/ باب التشديد في خروج النساء إلى المساجد/ رقم: 569. 170/1. وصححه الألباني .

3- ينظر: عبد السلام التونجي: مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية، ص: 124. وينظر: جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة، ص: 51. مناقضا بذلك ما قرره في الصفحة السابقة من أن لولي الأمر نقل المندوب والمكروه إلى دائرة الإلزام القانوني. ينظر: ص: 50.

4- القراني: الإحكام، في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص: 69.

5 - سنن البيهقي/ كتاب الضحايا/ باب النهي عن أكل لحوم الأضاحي/ رقم: 19206. 488/9.

استهلاك اللحم يومين متتالين حفظاً للرؤوس أو لقلعة الرؤوس، ومن ذلك منعه الزواج بالكتائب، رغم ما تقرر شرعاً؛ من حلية الزواج بهن، فقد روى البيهقي أن حذيفة رضي الله عنه تزوج يهودية فكتب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يفارقها. وقال: (إِنِّي أَخْشَى أَنْ تَدْعُوا الْمُسْلِمَاتِ وَتَنْكِحُوا الْمُؤَمَّسَاتِ) (1). فضلاً عن أن وراء هذا المنع، مقصداً آخر وهو خشيته تسرب أسرار الدولة، فقد ورد أنه رضي الله عنه قال لحذيفة طلقها، فقال له حذيفة لم؟ أحرام هي؟ فقال له عمر: (لَا، وَلَكِنَّكَ سَيِّدُ الْمُسْلِمِينَ فَفَارِقْهَا) (2)، وإن كثير من الدول اليوم تمنع رؤساءها وسفراءها وضباط جيشها الزواج بالأجنبيات. ومن هنا يظهر أن السياسة الشرعية، تمنح الولاية العامة الاختصاص في المنع من بعض المباحات رعاية لمصلحة معتبرة شرعاً، ويدخل في هذا الباب منع الزواج قبل سن معينة، منع حمل السلاح، منع استيراد بعض البضائع، منع زراعة القطن أكثر من مساحة محددة (كما في مصر)، منع زراعة التفاح أكثر من مساحة محددة (كما في لبنان). رعاية لمصلحة معتبرة وليس لمجرد الحفاظ على الأسعار. فكل ما غلبت فيه المفسدة على المصلحة، كان غير مشروع وعلى الإدارة ولي الأمر درء هذه المفسدات مراعاة للصالح العام، بمنع أسبابها ولو كانت في الأصل مشروعة" (3).

ذهب بعض الفقهاء إلى أن ما يصح المنع منه من المباحات هو فقط ما كان مستنداً إلى دليل الإباحة الأصلية، أما ما ورد النص بإباحته فلا يصح تقييده، فالمباح وإن كان مخيراً فيه بالجزء فهو مطلوب بالكل، فإذا جرى تقييد المباح في الدائرة الأولى فذلك حق للولاية العامة و إذا جرى تقييده في الدائرة الثانية فإنه يصطدم بالنصوص التي أباحت الفعل وهو ممنوع (4). استناداً لقوله رضي الله عنه: «وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يَفْلِحُونَ» (5). فتقييد المباح بنص الشرع مما يتستر به البعض لتحريم ما أحل الله (6). ونحن نرى أن هذا الرأي غير محرر ويحتاج إلى نظر.

فالذي نرجحه أن المنع من المباح كما يرد على ما كان دليلاً للإباحة الأصلية، فإنه يرد كذلك على المباحات التي ورد بإباحتها نص خاص. لما ثبت من الوقائع التي منع فيها النبي صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه من بعض المباحات الثابتة بالنص، ومن ذلك منع النبي صلى الله عليه وسلم من ادخار لحوم الأضاحي، وقد بين النبي صلى الله عليه وسلم أن هذا المنع لم يكن بوصفه رسولا مبلغاً وإنما بوصفه إماماً لجماعة المسلمين، ومن ذلك منع عمر رضي الله عنه الزواج بالمحصنات من أهل الكتاب وهو مباح بالنص.

أنه ليس هناك فرق كبير بين المباح بنص والمباح الأصلي، إذ كل منهما ورد النص على إباحته، فالمباح بنص ورد نص خاص يبيحه، في حين المباحات الأصلية وإن لم ترد نصوص خاصة بإباحتها فإنه قد ورد نص عام يشملها، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا» (7). وقوله: «وَسَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي

1 - سنن البيهقي/ كتاب النكاح/ باب جماع أبواب نكاح حرائر أهل الكتاب/ رقم: 13984. 280/7.

2 - سنن سعيد بن منصور/ كتاب الوصايا/ باب نكاح اليهودية والنصرانية/ رقم: 718. 225/1.

3- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص: 112.

4 - ذهب إلى ذلك محمد أبو زهرة، محمد أبو زهرة موسوعة الفقه الإسلامي، نشر جمعية الدراسات الإسلامية، القاهرة، ط 1، 1967، ص: 235.

وتابعه على هذا الرأي أيضاً: علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا ص: 39، والدكتور مصطفى كمال وصفي: مصنفه النظم الإسلامية، ص: 499.

5 - النحل/ 116.

6 - ينظر: علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا، ص: 39، 16.

7 - البقرة/ 29.

الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١﴾ (1). ومن ثم فما من مباح إلا وقد دل عليه النص، بعضها دلت على إباحته نصوص خاصة، بينما بعضها الآخر دل على إباحته نص عام، ومن ثم فلا يبقى وجه لهذه التفرقة بين المباح بنص خاص والمباح بنص عام من حيث حق ولي الأمر في تقييده. كما أن حقيقة المباح وهي التخيير بين الفعل والترك ثابتة فيهما معا.

القول بأن تقييد المباح بالنص ذريعة لتحريم ما أحل الله، هو قول مردود ذلك أن تصرف الإمام في تقييد المباح ليس على إطلاقه بل هو مقيد، يستوي في ذلك المباح بنص أو المباح بدليل الإباحة الأصلية، فولي الأمر لا يملك أن يمنع المباح بإطلاق من حيث الأشخاص، والزمان، والمكان، في نفس الوقت، لما سبق بيانه من منع التفويض المطلق في التشريع، لما يفضي إليه من جعل ولي الأمر مشرعا ابتداء، ولو منع المباح بإطلاق عن كل المكلفين طول الوقت لانقلب المباح حراما إلى يوم القيامة، وفي ذلك مضاهاة لشرع الله وتحريم لما أحل الله، ولكن المنع من المباح النصي أو الأصلي يكون لمصلحة فيكون مقيدا من حيث الزمان أو من حيث الأشخاص، فقد يمنع ولي الأمر المباح عن بعض الناس لكل الوقت رعاية لمصلحة أو دفعا لمفسدة، كما قد يمنع المباح عن جميع الناس لبعض الوقت اعتبار بمصلحة أو سد لمفسدة، ولكنه لا يملك أن يمنع جميع الناس من المباح لطول الوقت، فالمباح وإن كان مخير فيه بالجزء فهو مطلوب بالكل كما يقول الشاطبي (2)، فلا يملك ولي الأمر المنع من المباح بإطلاق إلا إذا دل الدليل على قصد الشرع إلى منع المباح بإطلاق، وذلك كمنع الاسترقاق، فإنه لما دل الاسترقاء المفيد للعلم على أن الشارع متشوف إلى الحرية بكل الطرق وأن من مقاصد الشريعة إبطال العبودية وتعميم الحرية (3)، جاز لولي الأمر منعه بإطلاق متى تيسر الأمر وإن كان فيما مضى مباحا.

فقرة 2- التصرف بالإلزام

الإلزام مصدر أُلزم المتعدّي بالهمزة، وهو من لزم، يقال: لزم يلزم لزوماً: ثبت ودام، وألزمته: أثبته وأدمته، وألزمته المال والعمل وغيره فالتزمه، ولزمه المال: وجب عليه، وألزمه إياه فالتزمه (4). ويقول الراغب: الإلزام ضربان: إلزام بالتسخير من الله تعالى أو من الإنسان، والإلزام بالحكم والأمر، نحو قوله ﷺ: **﴿ أَنْزَلْنَاكُمْوهَا وَأَنْتُمْ هَا كَرِهُونَ ﴾** (5). وقوله **﴿ وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى ﴾** (6). فيكون معنى الإلزام: الإيجاب على الغير (7). ولا يخرج الفقهاء في استعمالهم عن المعنى اللغوي .

كل إلزام بما ليس ملزم لمصلحة شرعية فهو يستند لأصل الاستصلاح ورعاية المصلحة، والتصرف بالإلزام يندرج في نطاقه ثلاثة أحكام شرعية ويخرج عن نطاقه حكمان؛ فولي الأمر لا يملك الإلزام بفعل الحرام كأن يسن قانونا

1 - الجاثية / 13 .

2 - ينظر: الشاطبي: الموافقات، 206/1.

3 - ينظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، 372/3-373 .

4 - وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، 182/6 .

5 - هود/ 28 .

6 - الفتح / 26 .

7 - الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، ص: 450 .

يوجب على عموم المسلمين فعل الحرام، كما أنه لا مدخل له في الإلزام بفرض العين، ففرض العين ملزم بالشرع ابتداءً، والأمر به توكيد لأمر الشرع ليس إلا، وهو ما عبر عنه الشرواني بقوله: " فيجب عليهم طاعته فيما ليس بحرام ولا مكروه ومن مسنون وكذا مباح إن كان فيه مصلحة عامة والواجب يتأكد وجوبه بأمره به" (1). وعلى ذلك فإن التصرف بالإلزام يشمل ثلاثة أحكام:

أولاً - الإلزام بفرض الكفاية

مثل تعيين فئة للحسبة والإلزام بها، وتعيين فئة للدعوة والإلزام بها، تعيين فئة للقضاء والإلزام به " القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع، فإن قام به من يصلح سقط الفرض عن الباقي، إن امتنع الجميع أتموا، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء، وقيل لا يجبر، والصحيح الأول". وهذه قاعدة مقررة عند أهل الفقه والنظر " أن معظم أحكام الشريعة منوط تنفيذها ابتداءً بالوازع الديني، وهو وازع الإيمان الصحيح المتفرع إلى الرجاء والخوف، والشكر والمحبة، فلذلك كان تنفيذ الأوامر والنواهي، موكول إلى دين المخاطبين بها.. لكن متى ضعف الوازع الديني في زمن أو قوم أو في أحوال يظن أن الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها، أقوى على أكثر النفوس من الوازع الديني، هنالك يصار إلى الوازع السلطاني، كما قال عثمان بن عفان: (**يزع الله بالسلطان ما لا يزع بالقرآن**) (2). " ومن ذلك إلزام الأغنياء بوظائف مالية عند عجز بيت المال، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي بعدما أجاز لولي الأمر أن يفرض ضرائب على الأغنياء "إذا عورض هذا الضرر العظيم (تعطل مصالح المسلمين) بالضرر اللاحق لهم، (الأغنياء) بأخذ البعض من أموالهم، فلا يتمارى في ترجيح الأول على الثاني وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد والملاءمة" (3).

ثانياً - الإلزام بالمندوب

ومن ذلك فعل عمر رضي الله عنه إلزام الإمام الناس بالاجتماع على صلاة التراويح، وجعل للرجال إماماً، وللنساء إماماً فعن عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ: (**أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جَمَعَ النَّاسَ عَلَى قِيَامِ شَهْرِ رَمَضَانَ ، الرَّجَالَ عَلَى أَبِي بِنِ كَعْبٍ ، وَالنِّسَاءَ عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ أَبِي حَنْمَةَ**) (4). ومن ذلك أيضاً ما نص عليه بعض الفقهاء من جواز إلزام الإمام الناس الاجتماع لصلاة الاستسقاء (5).

ثالثاً - الإلزام بالمباح

كما يدخل الإلزام المباح تحقيقاً للمصالح العام، كالإلزام من يهمل أرضه بزراعتها تحقيقاً للخير المشترك الذي سيعود على الفقير أولاً كونه صاحب حق معلوم فيها، ثم على البلاد في تنمية الثروة الوطنية" (6). مثل الإلزام بتوثيق عقد الزواج، الإلزام بالطلاق الثلاث بلفظ واحد رعاية لمصلحة شرعية وهي لجم الناس عن الاستخفاف بعقدة النكاح، تضمين الصناعات.

فقرة 3- التصرف بالإذن

1 - حواشي الشرواني، 69/3 .

2 - محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، 367/3. بتصريف

3 - الشاطبي: الاعتصام، ت مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التوحيد، 27/3.

4 - سنن البيهقي/كتاب الصلاة/باب قيام شهر رمضان/ رقم: 4276. 695/2.

5 - السيوطي الأشباه والنظائر، 527/1، فتح الوهاب، 151/1، حاشية البيجرمي، 439/1، الإنصاف للمرداوي، 453/2 .

6- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص:113.

من معاني الإذن في اللغة : إطلاق الفعل والإباحة. ولم يخرج الفقهاء في استعمالهم للإذن عن المعنى اللغوي ، وقد يكون الإذن إما بنصّ من الشارع، أو باجتهاد من الإمام فيما يتعلّق بمصالح العباد، مع مراعاة القواعد العامّة لمقاصد الشريعة، كحلب المصالح ودرء المفاسد، والإذن المقصود هنا هو إذن ولي الأمر في فعل ما أصله المنع أو ترك ما أصله الوجوب، كل إذن لأمر ممنوع لمصلحة شرعية فهو يستند لأصل الضرورة الشرعية، التصرف بالإذن يندرج في نطاقه حكمان ويخرج عنه ثلاثة أحكام، فليس للولاية مدخل في الإذن في المباح فالمباح مأذون فيه بالشرع ابتداء، وإن إذن الإمام بعد ذلك ليس إلا تقرير وتوكيد لإذن الشارع، كما ليس لها الإذن في ترك فرض العين أو فعله، كما ليس لها الإذن في ترك المندوب أو فعله إذ الإذن يكون مع الإلزام و المنع وحيث لا إلزام ولا منع في المندوب فلا إذن، وإنما يكون الإذن في ترك الفرض وفي فعل المحرم

أولا - الإذن في ترك الفرض

من المقرر شرعا وفقها أن النهوض بالفروض العينية؛ لا يتوقف على إذن أحد ولا اعتبار بمنعه. والتأسيس الشرعي لذلك، أنه لما كان الخطاب الشرعي في الفروض العينية موجها لكل فرد مكلف بعينه، كان النهوض بهذه الفروض لا يتوقف على إذن أحد، ففروض العين تجب على كل أحد بشروطها، بقوة الشرع ولا يتوقف القيام بها على إذن ولاية خاصة أو عامة، ولو كان النهوض بالواجب العيني متوقف على إذن ولاية خاصة أو عامة، لما بقي هذا الفرض عينيا يخاطب به الجميع، حيث يقوم به من أذن له ولي الأمر و يتركه من لم يأذن له. والتعليل المقاصدي لذلك أنه لما كانت فروض العين يقصد بها أصالة و ابتداء، صلاح ذات الفاعل، وركاة نفسه، بامتنال الأمر، وإظهار الطاعة والعبودية لله رب العالمين، كان المنع من أداء هذه الفروض وهي المقصود بها أصالة ذلك، منع من الغاية الوجودية التي خلق من أجلها الإنسان. بينما لما كان الخطاب الشرعي في فروض الكفاية موجها إلى جماعة المسلمين في مجموعها بصفة تضامنية، فإن قيام الأفراد بهذه الفروض قد يتوقف على إذن الجماعة ومن ينوب عنها من أولي الأمر، بحسب ما تقتضيه سياسة رعاية المصالح الشرعية العامة.

و بالرغم من أنه لا يجوز لجماعة المسلمين التوافق على ترك النهوض بفرض من فروض الكفاية جملة، أو المنع من القيام به مطلقا، فإنه مع ذلك يمكن لجماعة المسلمين ممثلة في ولاية خاصة أو سلطة عامة أن تمنع مكلفا، أو طائفة من المكلفين، من تحمل والقيام فرض معين من فروض الكفاية، بحسب ما تقتضيه سياسة رعاية المصالح الشرعية، كأن ترى فائضا في الكفاية العددية للقائمين بذلك الفرض، أو لوجود من هم أكثر أهلية منهم، أو لانشغالهم التام بفروضهم العينية، أو لكونه يراحم فرضا آخر أقدر على النهوض به. كأن يأذن ولي الأمر لفئة في ترك الجهاد عندما يكون كفايها، والتفرغ للفقهاء في الدين، كما يشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَتِ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا

كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴿1﴾.

ثانيا - الإذن في فعل المحرم

إباحة المحظور للضرورة الشرعية أمر مقرر بالشرع، وفق الضوابط والشروط التي فصل فيها فقهاء الشريعة، غير أنه ينبغي التمييز هنا بين الضرورة الخاصة والضرورة العامة، فالضرورة الخاصة من هلاك نفس أو مال ضرورة ملحة، وتقديرها موكل إلى صاحبها ثم إلى اجتهاد القاضي إن ترتب عليها إضرار بالغير، أما الضرورة العامة فهي ذلك الظرف العام الموكل تقديره إلى اجتهاد الإمام، كأوقات الحروب والمجاعات و أوقات الفتن وأوقات انتشار الجريمة، ومثال ذلك ما نقل عن الإمام مالك من جواز ضرب المتهم بالسرقة وحبسه إذا كان من أهل السوابق حتى يقر بذلك ومخالفة الجمهور له (1)، فإن عمل السلطات بهذا القول موقوف على إذن الإمام، ومن ذلك أيضا ما فعله عثمان من حرق المصاحف لمصلحة شرعية راجحة، فإن مثل هذا الأمر ليس متروكا لكل أحد، بل العمل به موقوف على إذن الإمام أو من ينوبه، ومن ذلك أيضا الإذن في إتلاف شجر العدو ودياره وحيوانه والتحريق والتغريق إذا اقتضت الضرورة الحربية ذلك لدفع عدوانهم والظفر بهم (2) وذلك موقوف على إذن ولي الأمر.

1 - الشاطبي: الاعتصام، 3 / 23.

2 - وهبة الزحيلي: آثار الحرب في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ص: 511.

الفصل الثاني

السبب

و قواعد الملازمة

إذا كنا قد فرغنا حتى الآن من بيان ثلاث قواعد من القواعد التي تحكم صناعة القانون سواء في المجتمع الإسلامي أو في المجتمعات المعاصرة، وهي عناصر الاختصاص والشكل والمحل.

فهل يكفي أن يكون التشريع صادرا عن سلطة مختصة وفق الشروط الجعلية والإجراءات الشكلية المتفق عليها، و أن يكون محله مشروعا لتكتمل عناصر المشروعية للعمل التشريعي، أم ينبغي أن يكون محل التشريع متناسبا وملائما في سببه وغاياته مع الوقائع والحاجات المبررة لإصدار هذا التشريع، وهو ما يعني بالضرورة سلامة بواعث التشريع و غاياته وتناسبها مع محله وآثاره.

وإذا كان الفقه الوضعي يعبر عن بواعث التشريع وغاياته بلفظ السبب، كما أنها لم تأخذ من اهتمامه حيزا يذكر إلا مؤخرا حيث أخذ الفقه والقضاء في مصر وفرنسا وأمريكا يتجه إلى بسط الرقابة القضائية على بعض جوانب الملائمة للصيقة بعنصر المشروعية، فإن الفقه الإسلامي لا يعبر عن بواعث التشريع وغاياته بلفظ السبب بل يعبر عادة عن ذلك بألفاظ أخرى حيث قدم لنا منذ وقت مبكر جدا نظرية متكاملة في دراسة بواعث التشريع وغاياته وهي نظرية مقاصد الشريعة.

وعليه فاستكمالا للقواعد الدستورية التي تحكم عناصر العمل التشريعي سواء في المجتمع الإسلامي أو في المجتمعات المعاصرة سنخصص هذا الفصل الأخير لدراسة بواعث التشريع وغاياته ومدى ملائمتها (مبحث أول)، والعيوب التي تشوبه بسبب الانحراف عن هذه الغايات (مبحث ثان)، سواء أكان ذلك تحت عنوان السبب كما هو الحال في الفقه الوضعي، أو تحت عنوان المقاصد كما هو الحال في الفقه الإسلامي.

وعليه فقد جاء هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: المصلحة العامة كسبب أو باعث على التشريع

المبحث الثاني: الانحراف التشريعي عن المصلحة العامة والرقابة عليه

المبحث الأول: المصلحة العامة كسبب أو باعث على التشريع

يقتضي تفصي بواعث التشريع وغاياته كعنصر من عناصر العمل التشريعي التعرف أولاً على هذا العنصر والألفاظ المعبر بها عنه سواء في الفقه الوضعي أو الفقه الإسلامي، وتأصيله كعنصر من عناصر العمل التشريعي، ولما كان مضمون هذا العنصر يدور المصلحة العامة بحيث تقيد سلطة ولي الأمر في التشريع من حيث الباعث والغاية والمآل بمراعاة المصلحة العامة كما أن الفقه الوضعي مثله مثل الفقه الإسلامي يذهب إلى أن العمل التشريعي ملزم بعدم مناقضة المصلحة العامة كقاعدة عامة وإن اختلف في مفهومها ومعياريها وشروطها وضوابطها وهو ما سنعرض له في مطلبين على التوالي:

وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: السبب والمصلحة كعنصر من عناصر العمل التشريعي

المطلب الثاني: السبب والمصلحة كقيد على التشريع الإسلامي

المطلب الأول: السبب والمصلحة كعنصر من عناصر العمل التشريعي

ما هو المعنى والمفهوم الذي يعطيه الفقه الدستوري الوضعي لمفهوم السبب كعنصر أو كركن من أركان العمل التشريعي؟ وما مدى ملاءمة هذا اللفظ للتعبير عن هذا المعنى أو هذا المفهوم؟ إن الاجابة عن هذين السؤالين ستكون موضوع (فرع أول). ومن جهة أخرى كيف ينظر الفقه الدستوري إلى مفهوم المصلحة العامة كقيد على العمل التشريعي؟ وما مدى أصالة البحث عن أسباب التشريع وبواعثه والاستناد إليها في سن التشريعات المختلفة في النظم السياسية المعاصرة؟ وهو ما سنتناوله في (فرع ثان)

وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: السبب أو بواعث التشريع في الفقه الوضعي

الفرع الثاني: المصلحة العامة كقيد على التشريع الوضعي

الفرع الأول: السبب أو بواعث التشريع في الفقه الوضعي

يتداول الفقه الإداري السبب كعنصر من عناصر القرار الإداري، كما يتداول الفقه الدستوري الحديث هذا المفهوم كعنصر من عناصر العمل التشريعي ونظراً للترابط الوثيق بينهما نحتاج أولاً للوقوف على مفهومه في الفقه الإداري ثم مفهومه في الفقه الدستوري. من أجل تبين المعنى الدقيق الذي يعطيه الفقه الدستوري لهذا المفهوم كركن من أركان العمل التشريعي.

البند الأول: السبب في القرار الإداري

فقرة 1- مفهوم السبب في الفقه الإداري

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تسبق القرار وتدفع الإدارة لإصداره، فالسبب عنصر خارجي موضوعي يرر للإدارة التدخل بإصدار القرار وليس عنصراً نفسياً داخلياً لدى من إصدار القرار. فالأصل أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها استناداً إلى قرينة المشروعية التي تفترض أن قرارات الإدارة تصدر بناءً على سبب مشروع وعلى صاحب الشأن إثبات العكس، أما إذا أفضحت الإدارة عن هذا السبب من تلقاء ذاتها فإنه يجب أن يكون صحيحاً وحقيقياً. ما لم تكن الإدارة ملزمة بذكر سبب القرار قانوناً(1).

فقرة 2- شروط سبب القرار الإداري

وقد استقر القضاء على ضرورة توفر شرطين في سبب القرار الإداري :

أولاً: أن يكون سبب القرار قائماً وموجوداً حتى تاريخ اتخاذ القرار ، ويتفرع من هذا الشرط ضرورتان الأولى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية موجودة فعلاً وإلا كان القرار الإداري معيباً في سببه ، والثاني يجب أن يستمر وجودها حتى صدور القرار فإذا وجدت الظروف الموضوعية لإصدار القرار إلا أنها زالت قبل إصداره فإن القرار يكون معيباً في سببه وصدر في هذه الحالة ، كذلك لا يعتد بالسبب الذي لم يكن موجوداً قبل إصدار القرار إلا أنه تحقق بعد ذلك ، وأن جاز يكون مبرراً لصدور قرار جديد.

ثانياً: أن يكون السبب مشروعاً ، وتظهر أهمية هذا الشرط في حالة السلطة المقيدة للإدارة ، عندما يحدد المشرع أسباباً معينة يجب أن تستند إليها الإدارة في إصدار بعض قراراتها ، فإذا استندت الإدارة في إصدار قرارها إلى أسباب غير تلك التي حددها المشرع فإن قرارها يكون مستحقاً للإلغاء لعدم مشروعية سببه. بل أن القضاء الإداري درج على أنه حتى في مجال السلطة التقديرية لا يكفي أن يكون السبب موجوداً بل يجب أن يكون صحيحاً ومبرراً لإصدار القرار الإداري(2).

فقرة 3- السبب والغاية في القرار الإداري

يقصد بالغاية (أو الغرض أو الباعث أو الهدف) من القرار الإداري الهدف الذي يسعى هذا القرار إلى تحقيقه ، والغاية عنصر نفسي داخلي لدى مصدر القرار ، فالهدف من إصدار قرار بتعيين موظف هو لتحقيق استمرار سير العمل في المرفق الذي تم تعيينه فيه ، والهدف من إصدار قرارات الضبط الإداري هو حماية النظام العام بعناصره الثلاث السكنينة العامة ، والصحة العامة ، و الأمن العام .

1 - مازن ليلو راضي: الوجيز في القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية الدنمارك، ط1، 2008، ص:165.

2 - مازن ليلو راضي: الوجيز في القانون الإداري، ص:165.

وغاية القرارات الإدارية كافة تتمثل في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع , فإذا انحرفت الإدارة في استعمال سلطتها هذه بإصدار قرار لتحقيق أهداف تتعارض مع المصلحة العامة فإن قرارها يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها , ويعد هذا العيب من أسباب الطعن بالإلغاء التي ترد على القرار الإداري(1).

والفرق بين السبب والغاية في القرار الإداري، أن السبب يتعلق بوقائع خارجية موضوعية واقعة، ومن ثم تتجه الرقابة عليه من جهات ثلاث وهي وجود الوقائع، وتكييفها القانوني، ومدى أهميتها وخطورتها وهو ما يدخل في مجال الملائمة، أما الغاية فهي تتعلق ببواعث نفسية لدى من أصدر القرار. فهو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها، ولذلك تتجه الرقابة عليه من حيث مخالفة المصلحة العامة، ومبدأ تخصيص الأهداف.

البند الثاني: السبب والغاية كعنصر من عناصر العمل التشريعي

إذا كان الفقه الإداري يفرق بين السبب والغاية بالنسبة لعناصر وأركان القرار الإداري، فإن الفقه الدستوري منذ السنهوري باشا قد تبنى ضم ركن السبب إلى الغاية في القانون، على أساس أن السبب في القرار الإداري ينصرف إلى أمور واقعية يأتي القرار الإداري مستندا إليها، بينما فكرة الوقائع لا تلعب في مجال القانون نفس الدور الذي تقوم به في مجال القرار الإداري، لأنها تتعلق بأمور واقعية يأتي القرار الإداري مستندا عليها، إلا أن القانون ليس مرتبطاً بقيام وقائع موجودة فعلاً، تدفع لإصداره، فطبيعته العامة تجعله يمكن أن تنظم أموراً لا تقوم عليها شواهد من الواقع وإنما يتولى تنظيم سياسة مستقبلية، وإذا كان هناك من القوانين ما يقوم مستندا على واقع معين فهذا الواقع ليس هو العنصر الأساسي للدافع لإصدار القانون بل إن إرادة المشرع هي التي تكسبه هذه الصفة، فالمشرع يملك أن يأخذ بهذا الواقع أو يهمله(2).

1 - مازن ليلو راضي: الوجيز في القانون الإداري، ص: 165.

2 - محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، والرقابة على دستوريته. دار أبو مجد للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 2006، 201/1.

الفرع الثاني: المصلحة العامة كقيد على التشريع الوضعي

على الرغم من أن الفقه الدستوري الحديث ينظر إلى القانون على أنه تعبير عن إرادة قوة (أغلبية) ذات سيادة ومع ذلك فهو يفترض فيه أيضا أنه تعبير عن المصلحة العامة من خلال السلطة التقديرية التي يمنحها الدستور للمشرع في تحري ما يلائم الوقائع المبررة لإصدار القانون، بل إن الفقه الدستوري من خلال نظرية الضرورة والظروف الاستثنائية يجيز للسلطات العامة خرق القانون وإيقاف العمل بالتشريعات العادية بداعي المصلحة العامة أو العليا متى توفرت الشروط الدستورية لإعمال هذه النظرية، ومن ثم فإن مفهوم المصلحة العامة كسبب للتشريع العادي أو الاستثنائي يمثل أحد أوجه التي من خلالها يستكمل العمل التشريعي للعناصر المشروعية، غير أن مصطلح المصلحة العامة أو الصالح العام كغيره من المصطلحات العامة في الفقه الوضعي يتسع لعدد كثير من الشروح والتخريجات ومن ثم نحتاج إلى سير أغوار هذا المفهوم ، قبل أن نعرض للتأسيس القانوني لمدى اعتبار النظم السياسية المعاصرة للمصلحة العامة كقيد على العمل التشريعي

البند الأول: مفهوم المصلحة العامة في الفقه الوضعي

إن التشريع في موضوعه يفترض فيه توحي المصلحة العامة، فإن مصطلح المصلحة العامة أو الصالح العامة من لمصطلحات العامة المرنة التي تتسع لعدد من المعاني والشروح التي يمكن أن تضيء عليها بحسب اختلاف العقائد والأفكار والمذاهب الفلسفية، ومن هنا نجد كل مذهب يسعى لتلوينها باللون المذهبي أو الفلسفي السائد،

الفقرة 1 - فكرة المصلحة العامة في النظم القديمة والمعاصرة

أولا- فكرة المصلحة في النظم القديمة

على الرغم من اتفاق الفقهاء من قدماء ومحدثين على أن أساس وجود الدولة هو تحقيق الخير العام أو الصالح العام، وأن هذا الهدف يجب أن يحكم جميع تصرفات سلطاتها العامة المختلفة، فأرسطو مثلا حدد الهدف الذي تسعى إليه كل دولة بأنه ليس هو حماية أفرادها من الاعتداءات الخارجية وليس هو تبادل السلع والخدمات..ولكن الهدف من كل دولة هو تحقيق الخير العام للجميع أي أن يعيش كل فرد حياة أفضل وكل مؤسسات الدولة ليس إلا وسائل لإدراك هذا الهدف(1). ويذهب الفقيه و الفيلسوف الانجليزي جون لوك إلى أن " السلطة إنما ينبغي أن تستخدم لخير الجماعة"(2). ويذهب نيقولا ميكافلي أيضا إلى الأمير هو القيم على المصلحة العامة في الدولة ولو بالوسائل غير المشروعة وأن داعي المصلحة العليا للأمير لا يتمثل في كسب هنائه الخاص وحفظه، بل في كسب الهناء المشترك لكل رعاياه(3).

ويخلص بيردو في مطولته عن العلوم السياسية إلى أنه من الحقائق المقررة أن تسيطر على كل جماعة إنسانية فكرة غالبية عن الخير العام أو المشترك تتجه كل سلطات الدولة لتحقيقها(4).

1 - ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 30/1.

2 - جون لوك: مقالاتان في الحكم المدني الصحيح ص:238.

3 - ينظر: ميشال سينيلاز: داعي المصلحة العليا، ترجمة أسامة الحاج، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط2، 2002، ص:26، 60، 81.

4 - ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 310/1

ثانيا - فكرة المصلحة العامة في النظم المعاصرة

وفكرة المصلحة العامة كهدف للتشريع هي فكرة مهيمنة على كثير من النظم السياسية والاجتماعية. فالمتبع لنشأة وتطور الفقه الألماني يلمس بوضوح كيف تحول من قانون حر إلى فقه المصالح حيث عرف تقسيمات المصالح والموازنة بينها(1)، كما أن الفقه الأمريكي عرف المصلحة العامة كغاية للقانون وانتهى جانب منه إلى أن المصالح هي الموضوع الأساسي للقانون وهي في حالة تنازع وتداخل ومن ثم كانت وظيفة القانون هي التوفيق بين المصالح المتنازعة وتحقيق نوع من الهندسة الاجتماعية. وتشتمل مفهوم المصلحة العامة في الفقه الأمريكي على نوعين من المصالح العامة، النوع الأول هي مصالح المجتمع السياسي المنظم (الدولة) باعتباره شخصا قانونيا في المحافظة على شخصيته وأمواله. والنوع الثاني هي مصالح الدولة باعتبارها حارسة على المصالح الاجتماعية(2)، ومن الواضح أن هذا المفهوم للمصالح وثيق الصلة بمفهوم الدولة الحارسة الذي تبنته وقامت عليه العديد من النظم المعاصرة.

فقرة 1 - تحديد المصلحة في الفقه الوضعي

أولا- تحديد المصلحة بالمنفعة يحدد جانب من الفقه والفكر الغربي المصلحة بالمنفعة و"المنفعة هي قابلية الشيء سواء كان خدمة أو سلعة أو قدرته على إشباع حاجة بشرية أي أن الشيء يعد نافعا ما دام يسد حاجة"(3). ولما كانت المنفعة خاصة في الشيء وهي القدرة على إشباع الحاجة فإن تلك الحاجة لا يهم إن كانت متفقة مع الأخلاق أو الصحة أو مخالفة لهما"(4). وأشهر من حدد المصلحة بالمنفعة هو بنتام الذي سجل في كتابه أصول الشرائع بأسف اختلاف الفكر الغربي في مفهوم ومعيار المنفعة فقال: "لقد قل الطعن على أصل المنفعة، فضلا عن أنه صار معتبرا كأنه الرابط الجامع بين الأخلاق والسياسة، إلا أن شبه الإجماع هذا ظاهري فقط، فإن الناس اختلفوا اختلافا كثيرا في فهم المنفعة وتقديرها حق قدرها ولذلك تباعدت مقدماتهم ونتائجهم"(5). ويؤيد الفيلسوف ستوارت هذه الملاحظة بقوله: "إن الخير الأقصى وهو أساس الأخلاق، كان ماثرا للجدل منذ سقراط الشاب وبروتاغوراس الشيخ"(6).

ثانيا - تحديد المصلحة باللذة

ويقول مل: "كل كاتب من ابيقور حتى بنتام الذي تمسك بنظرية المنفعة لا يقصد بما شيئا مختلفا عن اللذة، وإنما اللذة نفسها". على خلاف مل وبنتم وبيقور، يرى أرسطو أن المنفعة ليست هي اللذة، "بل اللذة علامة رضا لا غير"(7).

فقرة 2- خصائص المصلحة في الفكر الغربي

يلخص الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي خصائص المصلحة في الفكر الأخلاقي والسياسي الغربي بعد أن

1 - ينظر: ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 310/1.

2 - ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 311/1.

3 - صالح يوسف عجيبة: مبادئ علم الاقتصاد: بغداد 1966، ص: 60.

4 - صالح يوسف عجيبة: مبادئ علم الاقتصاد: بغداد 1966، ص: 61.

5 - البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 26. وأحال على بنتام: أصول الشرائع: ترجمة أحمد فتحي زغلول، 17/1.

6 - البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 26.

7 - إسماعيل مظهر: فلسفة اللذة والألم، القاهرة، ط 1961، ص: 107.

يورد مختلف المذاهب التي قيلت في تفسير معنى المصلحة ومعيارها في جملة من الخصائص:

أولاً- أن الحدود الزمنية لمفهوم المصلحة في الفلسفة السياسية والأخلاقية الغربية، محدودة بالحياة الدنيا، ولا تمتد إلى ما بعد الحياة الدنيا(1).

ثانياً- أن المصلحة مقومة بقيمة اللذة المادية فقط، سواء روعي في ذلك ما تعود ثمرته على شخصية الفرد وحده، أو على الشخصية العامة للمجتمع(2).

ثالثاً- اعتبار الدين فرعاً للمصلحة، أي أنه يستعان به من حيث كونه مؤثراً، في تنفيذ وجوه المصلحة المعتمدة لديهم(3).

رابعاً- ويمكن أن نضيف خاصية رابعة وهي أن المصلحة في الفكر الغربي سواء كانت مصلحة دنيوية أو مصلحة مادية، فإنه ليس هناك معيار موضوعي محدد لاعتبارها، فالاعتبار في الغالب إما اعتبار شخصي، أو عرفي أو قانوني.

البند الثاني: التأسيس القانوني لقيود المصلحة العامة كسبب للتشريع

فقرة 1 - دور المشرع الدستوري في تحديد المصلحة العامة

قليلة هي الدساتير التي تنص على تقييد العمل التشريعي بالمصلحة العامة على اعتبار أن جوهر الديمقراطية التمثيلية ينفي - نظرياً على الأقل - اتفاق الأغلبية على مصالح خاصة، ومع ذلك فإن بعض الدساتير نصت صراحة على أن العمل التشريعي مقيد بالقواعد الدستورية وبالمصلحة العامة وليس بالسلوك الاعتيادي للسلطات العامة في الدولة.

ففي النظام السويسري نجد أن السياسة التشريعية مقيدة صراحة بالدستور وبالمصلحة العامة حيث ينص الدستور السويسري في المادة 05 منه على أن القانون هو أساس وحد تصرفات الدولة. " تكون تصرفات الدولة من أجل المصلحة العامة وتتناسب مع الهدف المنشود"(4). وفيما يتعلق بمجال تقييد الحقوق والحريات الأساسية يقيد المشرع الدستوري ذلك بمراعاة المصلحة العامة من وراء ذلك وهو ما تنص عليه المادة 36 " كل تقييد لحق أساسي يجب أن تبرره المصلحة العامة أو حماية حق أساسي لطرف ثالث. ويجب أن يتناسب كل تقييد لحق أساسي مع الهدف المنشود." (5). بل إن الدستور السويسري أدرج في مراعاة المصلحة العامة مراعاة حتى مصلحة الأقليات ففيما يتعلق بتشريعات العمل تنص المادة 110 من دستور الاتحاد " لا يجوز مد مجال عقود العمل الجماعية إلا إذا وضعت في اعتبارها بدرجة عادلة المصالح المشروعة للأقليات "(6).

وفي النظام السياسي الأمريكي ينص الدستور الأمريكي في المادة الأولى منه الفقرة الثامنة البند 18 يناط

1 - البوطي: ضوابط المصلحة، ص:31.

2 - البوطي: ضوابط المصلحة، ص:36.

3 - البوطي: ضوابط المصلحة، ص:40.

4 - دستور الاتحاد السويسري، المادة: 05.

5 - دستور الاتحاد السويسري، المادة: 36.

6 - دستور الاتحاد السويسري، المادة: 110.

بالكونغرس " سن جميع القوانين الضرورية والمناسبة لكي توضع موضع التنفيذ" (1). فهذا البند يعطي الكونغرس حق معالجة أمور عديدة غير مذكورة بصورة محددة في الدستور. متى كان ذلك ضرورياً ومحققاً للمصلحة العامة وهو ما تعنيه عبارة ضرورية ومناسبة المشهورة، فمع الوقت استطاع الكونغرس سن قوانين ضرورية دون أن يعدل كثيراً في الدستور، وهذه المرونة تفسر كونه واحداً من أقدم الدساتير المكتوبة.

تنص المادة 161 من الدستور المصري "يجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك" (2).

فقرة 2 - السلطة التقديرية للمشرع العادي في تحديد المصلحة العامة

اعتباراً بأن الدستور ما ينص على مبدأ مراعاة المصلحة العامة سواء من السلطة التشريعية أو سائر السلطات، فإن هذا النص يبقى مجملاً وعماماً، ومن ثم فإن للمشرع العادي من خلال السلطة التقديرية الواسعة التي يملكها بالنسبة لعنصر أو ركن السبب في العمل التشريعي يبقى له اليد الطولى في تحديد مضمون المصلحة العامة وأوجه الصالح العام التي يهدف القانون إلى تحقيقها بحسب الفلسفة السياسية التي تعتنقها الأغلبية البرلمانية وذلك في إطار الدستور والقيود الدستورية التي قد يفرضها على سلطة البرلمان في التشريع. ومع ذلك فإن المشرع تبقى له سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بعنصر السبب.

1 - دستور الولايات المتحدة الأمريكية، المادة: 01، فقرة: 08، بند: 18.

2 - دستور جمهورية مصر العربية، المادة: 161.

المطلب الثاني: السبب والمصلحة كقيد على التشريع الإسلامي

لقد سبق تحديد مفهوم التصرف السياسي بأن يكون غرضه وغايته تحقيق المصلحة العامة. ولما كان التشريع جزءاً لا يتجزأ من التصرف السياسي فهو بالضرورة مقيد بمراعاة المصلحة العامة في سن التشريع وصناعة القانون، ورغم أن بعض علماء السياسة يعترض على جعل المصلحة العامة قيداً على التصرف السياسي بصفة عامة، والتصرف التشريعي بصفة خاصة، بأن المصلحة مستعصية على التعريف بصورة واضحة جداً أو هو مفهوم فضفاض، فإن هذا الاعتراض يعبر فقط عن رؤية الفكر السياسي الوضعي أكثر مما يعبر عن حقيقة مفهوم المصلحة، وهذا بسبب إغراض غالبية الفكر السياسي الحديث وزهده في مباحث الفلسفة السياسية، ونظرته الدونية لكل ما يمت بصلة لمجال القيم، بل إن هذا القول خارج إطار هذا الفكر هو بالتأكيد يجانب الصواب، إذ سيأتي كيف قدم الفقه الإسلامي نظرية في المصلحة قائمة بذاتها مستمدة من أحكام الشريعة وأصول الشريعة وفلسفة التشريع الإسلامي ومقاصده، حيث نجد مفهومًا منضبطًا للمصلحة يمكن تعقله وإعماله. ومن ثم فقد جاء هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: السبب في التداول الشرعي والفقه

الفرع الثاني: مفهوم المصلحة العامة في الفقه الإسلامي

الفرع الثالث: التأصيل الشرعي لقيد المصلحة العامة في مجال التشريع

الفرع الأول: السبب في التداول الشرعي والفقهي

البند الأول: أسباب التشريع وعلمه ومقاصده في التداول الفقهي

فقرة 1- السبب في التداول اللغوي، في اللغة هو الحبل وما يتوصل به إلى غيره كما في قوله تعالى: ﴿ فَلْيَمْدُدْ

بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ۗ ﴾ (1). وقوله ﴿ وَآتَيْنَهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا ﴾ (2). (3) والسبب " في العرف العام كل

شيء يتوصل به للوصول إلى مطلوب ما، كما في بحر الجواهر، وفي

الجرجاني السبب في اللغة اسم لما يتوصل به إلى المقصود" (4).

فقرة 2- السبب كسند للنزول أو الورود

يطلق علماء الشريعة لفظ السبب على الوقائع والنوازل المحددة في عصر الرسالة التي كانت السبب المباشر من وراء تشريع الأحكام، فيما يعرف بأسباب النزول بالنسبة للنصوص القرآنية والتي هي أحد مباحث علوم القرآن وفيما يعرف بأسباب ورود الحديث فيما يتعلق بالنصوص النبوية والتي هي أحد مباحث علوم الحديث، ولاشك أن إطلاق لفظ السبب على الوقائع التي كانت وراء تشريع الأحكام التي نزل بها الكتاب أو وردت بها يجعل مفهوم هذا اللفظ ومدلوله يتطابق مع مفهوم السبب في القانون الإداري، غير أن هذه الأسباب ليست لها إلا قيمة تفسيرية بالنسبة للنص القرآني أو الحديثي، ولا يتوقف عليها تطبيق الحكم الشرعي، لأن الأحكام الشرعية ليست قرارات فردية وإنما هي أحكام تشريعية تتصف بخاصية العموم ومن ثم قرر علماء الأصول قاعدة محكمة في غاية الأهمية وهي أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، وعليه فإن هذا المفهوم للسبب لا تعلق له بالعمل التشريعي. فالتشريع حتى ولو استند إلى وقائع محددة، فإن أحكامه تتجاوز هذه الوقائع لعمومية نصوصه وتجريدها.

فقرة 3- السبب كحكم من الأحكام الوضعية

يندرج السبب في الأحكام الوضعية حيث ينقسم الحكم الشرعي في التداول الأصولي كما هو معلوم إلى حكم تكليفي وحكم وضعي و الأحكام الوضعية هي السبب والشرط والمانع...و يعرف بعض علماء الأصول السبب كحكم من الأحكام الوضعية بأنه الوصف الظاهر المنضبط الذي جعل علامة أو معرfa على حكم شرعي (5) والمثال المتداول في كتب الأصول كون دخول الوقت سببا لوجوب الصلاة. ويذهب جمهور علماء الأصول إلى أن السبب هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يوجد الحكم عنده لا به، سواء أكان مناسبا للحكم أم لم يكن كذلك (6)، وعلى هذا الأساس يكون مفهوم السبب شاملا لمفهوم العلة، فكل سبب علة وليس كل علة سبب كما سيأتي.

والفرق بين السبب وغيره يبينه التهانوي في الكشاف بقوله "السبب ما يكون طريقا إلى الحكم من غير تأثير

1 - الحج/ 15.

2 - الكهف/84.

3 - وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 93/1.

4 - التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون، 924/1.

5 - عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 117.

6 - وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 93/1.

ولا توقف للحكم عليه" ثم يشرح عناصر هذا التعريف بقوله: "بقيد الطريق خرجت العلامة لأنها دالة عليه لا طريق إليه أي مفضية إليه، وبقيد التأثير خرجت العلة، وبالقييد الأخير خرج الشرط، ثم طريق الشيء لا بد أن يكون خارجا عنه فخرج الركن أيضا" (1). وعلى هذا الأساس يتميز السبب عن الركن بكون الركن داخل في ماهية الشيء كالركوع فهو جزء من أفعال الصلاة داخلا فيها، والسبب خارجا عن ماهية الشيء كدخول الوقت فهو ليس فعل من أفعال الصلاة، ولكنه سبب لوجوبها، ويتميز السبب عن العلة بكون العلة لها تأثير في الحكم الشرعي في حين أن السبب لا تأثير له، ويتميز السبب عن الشرط بكون الشرط بكون السبب عليه بخلاف السبب لا يتوقف الحكم عليه.

فقرة 4- أقسام السبب

يقسم علماء الأصول السبب من حيث مناسبته للحكم الشرعي إلى سبب مناسب (معقول المعنى) وسبب غير مناسب (غير معقول المعنى): كما يقسمونه من حيث دخوله في مقدور المكلف إلى سبب مقدور وسبب غير مقدور

أولا: أقسام السبب من حيث مناسبته للحكم الشرعي

1- السبب غير المناسب وهو الذي لا تظهر للعقل فيه المصلحة المقصودة من تشريع الحكم عنده، كزوال الشمس سبب لوجوب صلاة الظهر، فالعقل المجرد لا يستطيع أن يدرك المصلحة المترتبة على جعل الدلوك سببا لوجوب الصلاة، غير أن عدم إدراك العقل لهذه المصلحة المقصودة من التشريع لا يعني عدم وجودها في الواقع ونفس الأمر، فخفاء الأمر لا يلزم منه عدم وجوده، بل لا بد أن تكون هناك مصلحة مقصودة من جعل الدلوك سببا لوجوب الصلاة وإن لم يستطع العقل إدراكها، لأن المولى عز وجل لا يرتب الأسباب على المسببات عبثا.

2- السبب المناسب وهو الذي يترتب على تشريع الحكم عنده جلب مصلحة أو دفع مفسدة يستقل العقل بدرك وجه المناسبة والملاءمة بينه وبين الحكم، كإدراك العقل أن الإسكار هو سبب تحريم الخمر لما بينهما من مناسبة ظاهرة، لأنه يؤدي إلى ذهاب العقل وفي المنع منه حفظ لهذه النعمة. وكذلك جريمة السرقة فهي سبب لوجوب عقوبة قطع اليد لما بينهما من تناسب ظاهر.

ثانيا: أقسام السبب من حيث مقدوريته للمكلف

1- سبب غير مقدور للمكلف وهو الفعل الذي لا يقدر المكلف على القيام به ولكن شرع الحكم عنده، كزوال الشمس سبب لوجوب الصلاة، القرابة سبب لثبوت الميراث، فهذه وأمثالها أسباب ليست من فعل المكلف ولا تدخل تحت قدرته، ومن ثم فإن خطاب التكليف لا يتعلق بها لأنها ليست في مقدوره.

2- سبب مقدور للمكلف، وهو فعل المكلف الذي رتب الشارع الحكم عليه، كالسفر سبب لإباحة الفطر من رمضان، واليمين سبب لوجوب الكفارة، وعقد الزواج سبب للتوارث، وعقد البيع سبب لانتقال الملكية، وجريمة القتل العمد العدوان سبب لوجوب القصاص، فهذه وأمثالها أفعال يستطيع المكلف القيام بها وتحصيلها وقد رتب عليها الشارع أحكامها.

فقرة 4- السبب والعلة

من المتفق عليه بين جمهور علماء المسلمين أن الله عز وجل ما شرع حكما إلا لمصلحة عباده، وأن هذه المصلحة إما جلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم، فالباعث على تشريع أي حكم شرعي هو جلب منفعة للناس أو دفع ضرر عنهم. وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة من تشريعه وهو حكمة الحكم (1). وهذه المصلحة أو الباعث قد يعبر عنها بلفظ السبب كما يعبر عنها بلفظ العلة والحكمة والمقصد.

وعلى الرغم من تمييز الفقهاء وعلماء الأصول بين السبب والعلة من حيث الاصطلاح الدقيق، فإن استعمال لفظ السبب للدلالة على معاني العلية متداول وغير منكور، إذ يطلق على العلة مناط الحكم وسببه وأمارته (2)، ومنه يتبين أن إطلاق لفظ الأسباب على علل الأحكام غير منكور في التداول الفقهي على الأقل في الفترة التي لم تستقر فيها الاصطلاحات الفقهية بعد.

يقول العلامة عبد الوهاب خلاف مبينا التداخل بين لفظي السبب والعلة " إن بعض الأصوليين جعل العلة والسبب مترادفين معناهما واحدا، ولكن أكثرهم على غير هذا، فعندهم كل من العلة والسبب علامة على الحكم الشرعي، وكل منهما بني الحكم عليه وربط به وجودا وعدما، وكل منهما للشارع حكمة في ربط الحكم به وبنائه عليه، ولكن إذا كانت المناسبة في هذا الربط مما تدركه العقول، سمي الوصف العلة، وسمي أيضا السبب، وإن كانت مما لا تدركه العقول سمي السبب فقط ولا يسمى العلة، فالسفر لقصر الصلاة علة وسبب، و أما غروب الشمس لوجوب فريضة المغرب، وزوالها لوجوب فريضة الظهر، وشهود رمضان لوجوب صومه، فكل من هذه سبب لا علة، فكل علة سبب وليس كل سبب علة" (3).

وبغض النظر عن الجدل الكلامي الذي أثاره استعمال لفظ السبب والعلة للدلالة على المصالح المقصودة من تشريع الأحكام والأوصاف المناسبة التي ربط الشارع أحكامه بها وبنائها عليها، خاصة فيما يتعلق بعنصر التأثير الذي يذكر في تعريف العلة، وما يتعلق به من تنزيه مشيئة الله عز وجل وإرادته عن الأسباب والعلل (4)، فإن هذا الجدل يكاد يختفي في كتب الأصول سواء أكانوا أشاعرة أو ماتريدية أو معتزلة. باعتبار أن معنى التأثير هنا لا يعدو معنى المناسبة، ومن ثم فإن تفريق التهانوي بين السبب والعلة من حيث أن السبب لا تأثير له في الحكم، والعلة لها تأثير في الحكم، ينصرف إلى أن لفظ السبب يطلق غالبا على الوصف الذي ربط به الحكم من غير أن تكون بينهما مناسبة معقولة المعنى، بينما لفظ العلة يقصر على الأوصاف المناسبة معقولة المعنى التي ربط الحكم بها. على أن هذا التفريق ليس إلا اصطلاحا حادثا متأخرا، أما الجمهور فقد كان أول الأمر يطلق لفظ السبب على كل وصف يوجد الحكم عنده سواء أكان مناسبا له (علة) أم لم يكن كذلك. ومنه نخلص أن لفظ السبب في التداول الفقهي والأصولي يطلق على علل الأحكام معقولة المعنى كما يطلق على الأوصاف غير معقولة المعنى.

ولما كان المولى عز وجل هو وحده الذي له التشريع ابتداء، وهو وحده الذي له أن يتعبدنا في تسليم تام بما شاء من الأسباب ولو كانت غير معقولة لنا، ولما كانت الأوصاف غير المناسبة لا سبيل لربط الأحكام بها وبناء

1 - عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 64.

2 - عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 64.

3 - عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 67-68.

4 - حول هذا الجدل ينظر عبد الرحمان رداد: التفسير المقاصدي للنص النبوي، رسالة ماجستير جامعة الأمير عبد القادر، 2004، الفصل الثالث.

الأحكام عليها، ما دامت غير معقولة المعنى؛ لكون العقل هو مناط التكليف في فهم الخطاب وامثاله، دل ذلك على أنه ليس ذلك لفقهاء أو مفت أو قاض أو أي سلطة من السلطات العامة في الدولة التي تنهض بالوظيفة التشريعية. أن تضع أسبابا غير معقولة المعنى وتربط بها القوانين الشرعية التي تصدرها، أو تبنى أحكاما شرعية على أسباب غير معقولة المعنى، ومن ثم فهذا النوع من الأوصاف يخرج عن مجال وموضوع بحثنا، ويتركز بحثنا في السبب كعنصر من عناصر العمل التشريعي في النظام السياسي الإسلامي في الأوصاف المناسبة التي تعلق بها أحكام الشريعة وهي العلة والمصالح والمقاصد المتوخاة من تشريع الأحكام.

ومنه يتبين أن البحث في أسباب العمل التشريعي وغاياته وبواعثه في الفقه الإسلامي يختلف بشكل عميق عن الفقه الدستوري الحديث، ذلك أن مصطلح المصلحة والمصلحة العامة في الفقه الإسلامي ليس مصطلحا مجملا مبهما عائما، فالفقه قد حدد مضمون هذا المفهوم بشكل موضوعي وإجرائي كما ستبين لاحقا من خلال التصنيفات المتعددة الأنواع المصالح ومراتبها ووسائل حفظها وقواعد الموازنة والترجيح بينها، في حين أن المشرع الوضعي سواء أكان دستوريا أو عاديا حكومة أو برلمانا، في تقيده بالمصلحة العامة يكتفي بتقرير أصل التصرف بالمصلحة العامة وتبقى له بعد ذلك اليد الطولى في تحديد ماهية المصلحة العامة من خلال السلطة التقديرية المطلقة التي له على عنصر السبب كعنصر من عناصر العمل التشريعي، ولا يكاد ينتهي إلى أساس موضوعي محدد في معيار المصالح والموازنة بينهما، ومن جهة ثانية فإن الفقه الإسلامي تبعا لما سبق نراه يدرس هذا الموضوع من زاوية أكثر شمولاً ودقة فهو من جهة يفصل بواعث التشريع عن غاياته و آثاره، فالبواعث التي تتلبس ولي الأمر في سن التشريع قد تكون ذاتية إذا كانت مجانبة لمقاصد الشرع، وقد تكون موضوعية إذا كانت مندرجة في مقاصد الشرع، والفقه الإسلامي يعرض لهذه البواعث تحت عنوان مقاصد المكلف(1)، أما غايات التشريع الإسلامي سواء أكان تشريعا قطعيا محكما أو تشريعا ظنيا اجتهاديا، فهي غايات موضوعية وليس لولي الأمر سلطة في تحديدها، وإن كان له سلطة تقديرية في الموازنة بينها و تقدير وسائل حفظها، والفقه الإسلامي يعرض لهذه الغايات تحت عنوان مقاصد الشارع(2). وأما الآثار المترتبة على تطبيق التشريع الذي سنه ولي الأمر ومدى الملائمة والتناسب بين عنصر المحل وعنصر السبب، أي مدى تحقيق ذلك التشريع للمصلحة العامة المقصودة منه، فإن الفقه الإسلامي يعرض له تحت عنوان نظرية المال(3).

البند الثاني: أسباب التشريع وبواعثه بين النفي والإثبات

إذا كان السبب عنصر من عناصر العمل التشريعي في النظم الوضعية فإن تأصيل ذلك بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي يقتضي إثبات أن الأحكام الشرعية سواء أكانت أحكاما قطعيا أو ظنية، منصوبة أو مستنبطة هي أحكام مسببة ومعللة وهو ما سنعرض له في هذا البند:

فقرة 1 - إشكالية التعليل:

- 1 - حول مقاصد المكلف : ينظر الشاطبي: الموافقات، 3/ 07 وما بعدها، وينظر عمر سليمان الأشقر: مقاصد المكلفين، مكتبة الفلاح الكويت، وينظر: ميلود فروجي: مراعاة المالكية لمقاصد المكلفين، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين الجزائر، 2002 .
- 2 - حول مقاصد الشارع ينظر: الشاطبي: الموافقات، 2/ 17 وما بعدها. وينظر ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 249 وما بعدها.
- 3 - حول نظرية المال: ينظر: عبد الرحمن بن معمر السنوسي: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، ط1، 1424. وينظر ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، 4/ 553 وما بعدها .

تعرض علماء الشريعة لأسباب التشريع وعلمه تحت باب التعليل حيث بحث فيه علماء الكلام منعا وجوازا من جهة ما يناسب كمال الله عز وجل وتنزهه عن النقص، كما بحث فيه علماء الفقه الأصول منعا وجوازا من جهة العمل القياس على الأحكام الشرعية و إعمال العلل أو إهمالها، وعلى الرغم مما أثير حول هذا الموضوع من جدل فإن الرأي السائد في الفقه والفكر الإسلامي أن أحكام التشريع الإسلامي في عمومها مسببة ومعللة إلا ما ندر. وقد اختلفت مواقف المتكلمين من التعليل لسببين:

السبب الأول: أن هذا الاختلاف هو ثمرة الخلاف في مسألة أخرى، وهي: هل يجب الأصلاح على الله كما يقول المعتزلة، أو لا يجب عليه شيء كما يقول الأشاعرة.

والسبب الثاني: الاختلاف تبعاً لذلك في تكييف العلة وتحديد مفهومها. حيث اختلفت مواقف المتكلمين في تكييف العلة بين من يكييفها بالموجب والمؤثر ومن يكييفها بالعلامة والمعرف.

فقرة 2 - موقف العلماء من التعليل:

أولاً- المعتزلة والتعليل

ذهب المعتزلة إلى إثبات التعليل وعرفوا العلة بالموجب والمؤثر والباعث والداعي والغرض، بناء على أصلهم في وجوب فعل الأصلاح على الله عز وجل.

وخلاصة استدلال المعتزلة في وجوب تعليل أفعال وأحكام الله عز وجل، أنه لو لم تكن أفعال الله مشتملة على المصلحة التي هي غرض الفاعل من الفعل للزم في حقه العبث سبحانه، وهو منفي عنه بالاتفاق، ولزم أن لا يقع الفعل لانتفاء الداعي على القول بعدم التعليل، والداعي شرط لا بد منه في وقوع الفعل(1).

وتسليم المخالف بوجود الحـ كم مع إنكاره أن تكون باعثة أو مقصودة، يترتب عليه أن "يكون نظام العالم ومحاسن الشريعة كلها اتفاقية، وفيه من إلحاق النقص بالباري جلا وعلا ما لا يخفى"(2).

ثانياً- الأشاعرة والتعليل

في المقابل اشتهر عن الأشاعرة نفي أن تكون للأحكام الشريعة عللا أو أسبابا حيث دفعهم إنكار التعليل(3)، إلى القول بأن أحكام الشريعة لا علة لها ولا سبب وإنما هي مطلق المشيئة والإرادة، غير إن المتأمل لنصوص الأشاعرة يجد أن مفهوم العلة عندهم يتردد بين معنيين: معنى ينكرونه. معنى لا ينكرونه.

التعليل الذي ينكرونه: وهو تعريف العلة بالموجب والمؤثر، حيث قالوا إن الله تعالى خلق المخلوقات وأمر المأمورات لا لعله ولا لغرض، بل كل ذلك منه محض المشيئة وصرف الإرادة، ونفوا أن تكون لام التعليل في القرآن الكريم، بل سموها لام العاقبة والصيرورة فرارا من تعليل أفعال الله " فالله لم يخلق الخلق لاجتلاب نفع في نفسه ولا دفع ضرر عن نفسه، ولو لم يخلقهم لجاز ولو أدام حياتهم لجاز ولو أفنهم في حال واحدة لجاز"(4). ومن الواضح أن هذا الرأي جاء كرد فعل لقول المعتزلة بوجوب فعل الأصلاح على الله، بناء على مبدأ التحسين والتقييح العقلي، فقالوا لا

1 - ينظر: مصطفى شلي: تعليل الأحكام، ص:111

2 - مصطفى شلي: نفس المرجع، ص:111

3 - ينظر: عضد الدين عبد الرحمن الإيجي: المواقف، تحقيق د: عبد الرحمن عميرة، دار الجيل، بيروت، 1417هـ/1997م، 3/295-300.

4 - عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، ص:82.

يجب على الله شيء بما في ذلك تعليل الأحكام.

وخلاصة استدلال الأشاعرة على نفي التعليل أورده الإمام الرازي الذي يصنفه بعض العلماء مع نفاة التعليل (1)، وهو كذلك من حيث هو متكلم، ولكنه ليس كذلك من حيث هو أصولي حيث يقول في استدلاله على نفي التعليل: "أنه سبحانه وتعالى لا يفعل فعل لغرض، لأنه لو كان كذلك كان مستكملاً بذلك الغرض، والمستكمل بغيره ناقص بذاته وذلك على الله محال"، ثم يورد اعتراضاً وجوابه حيث يقول: "فإن قيل فعلة تعالى معلل بغرض غير عائد إليه بل إلى غيره، قلنا عود ذلك الغرض إلى الغير هل هو أولى لله تعالى من عود ذلك الغرض إليه أو ليس أولى. فإن كان أولى فقد انتفع بذلك الفعل فيعود المحذور المذكور. وإن كان الثاني لم يكن تحصيل ذلك الغرض المذكور لذلك الغير غرضاً لله تعالى فلا يكون مؤثراً" (2).

ولا نود هنا أن نتعرض لنسف هذا الاستدلال، وإنما نريد أن نبين أن استعمال الرازي ومعه الأشاعرة كما نبه على ذلك الطاهر بن عاشور (3) للفظ العلة يتردد بين عدة معان.

حيث نجده في الدليل الأول: يستعمل العلة في معنى الغرض النافع للفاعل الذي يتوقف كماله عليه، بينما نجده في الدليل الثاني يستعمل لفظ العلة في معنى السبب الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، ومنه يتبين أن التعليل الذي ينكره الأشاعرة هو التعليل الذي يكيف العلة بالموجب والمؤثر والباعث، وما من شك أن استعمال العلة في معنى الغرض النافع الذي يعود على الله والذي يتوقف كمال الله عليه مناف لما يجب لله من الكمال الأسمى. "كما أن استعمال لفظ العلة في معنى السبب الذي يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم يؤدي إلى وصف الله عز وجل بالعجز عن تحصيل ذلك الغرض إلا بواسطة ذلك السبب، والعجز على الله محال، إذ لا خلاف أن الله عز وجل غني بذاته وأن أفعاله عز وجل ناشئة عن إرادة واختيار وفق علمه وحكمته" (4).

ومنه فإن إنكار الأشاعرة للتعليل هو في الحقيقة رفض لتكييف العلة بالمؤثر والموجب، ولكن رد الفعل حمل الأشاعرة على إنكار التعليل جملة، سواء في معنى الغرض العائد إلى الله أو في معنى الغرض العائد على العباد.

التعليل الذي لا ينكرونه: من الغريب أن الأشاعرة الذين ينكرون التعليل في علم الكلام ويقولون أن الأحكام لا لها ولا علة ولا سبب نجدهم في علم الأصول يشبّهون التعليل والقياس ويدافعون عنهما أحسن ما يكون الدفاع، وإن كانوا يكيّفون العلة بالعلامة والمعرف والأمانة، فالإمام فخر الدين الرازي الذي سبق وأن أوردنا بعض أدلته في إنكار التعليل بوصفه متكلماً أشعرياً، هو نفسه الذي ينهض للدفاع عن تعليل أحكام الشريعة بالمصالح ببراعة ربما لم تتسنى حتى لأعلام المقاصد (5)، ومن لاحظ عليه ذلك الإمام الشاطبي، حيث قال: "وزعم الرازي أن أحكام الله ليست معللة بعلة البتة كما أن أفعاله كذلك، وأن المعتزلة اتفقت على أن أحكامه تعالى معللة برعاية مصالح العباد، وأنه اختيار الفقهاء المتأخرين، ولما أضطر في علم أصول الفقه إلى إثبات العلل للأحكام الشرعية أثبت ذلك على أن

1 - ينظر: ابن القيم الجوزية: شفاء العليل في مسائل القضاء والقدر والحكمة والتعليل، ص: 206، و ينظر: أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 2/9-11.

2 - فخر الدين الرازي: التفسير الكبير، 2/168.

3 - الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير، 1/380.

4 - الطاهر بن عاشور: التحرير والتنوير، 1/380.

5 - ينظر: أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ص: 231-235.

العلل بمعنى العلامات المعروفة للأحكام خاصة... (1)، ويشير بقوله ولما اضطر إلى تسليمه ودفاعه عن التعليل في كتابه "المحصل في أصول الفقه" حيث ساق الدليل تلو الدليل لإثبات أن أحكام الشريعة معللة ليتأتى له إثبات القياس كدليل شرعي (2).

وهذا يتبين أن الخلاف مع الأشاعرة فيما يتعلق بتعليل الأحكام ليس خلافا حقيقيا، لأن التعليل الذي ينكرونه ليس هو التعليل الذي يثبته علماء الأصول، وإنما هو التعليل بالعلل العقلية؛ أي التي لا يجوز أن تفارق معلولاتها، أو ما يؤثر في الحكم بذاته. أما التعليل الذي يثبته أهل السنة فهو التعليل بالعلل الجعلية؛ أي التي ليس لها تأثير ذاتي في الحكم، وإنما لها تأثير جعلي يجعل الله إياها كذلك - فهو الذي جعل الإسكار علة لتحريم الخمر ولو أراد جعل الإسكار علة لحلية الخمر فلا معقب لحكمه.

ثالثا- الظاهرية والتعليل:

ينكر ابن حزم، الأسباب والعلل جملة وتفصيلا فهو ينكر على المعتزلة التعليل العقلي، كما ينكر على أهل القياس التعليل الجعلي، كما ينكر عليهم جميع العلل المستنبطة، ولو أنه يسلم بالعلل المنصوصة (3)، فإنه ينكر على أهل القياس تعدية هذه العلل المنصوصة إلى غير محل النص، قد خصص في كتابه "الإحكام" بابا لهدم فكرة التعليل، فقال: "الباب التاسع والثلاثون في إبطال القول بالعلل في جميع أحكام الدين"، رغم أن ابن حزم يقر ويعترف أن للمولى عز وجل أهدافا وأغراضا ومقاصدا منصوصا عليها إلا أنها في مجملها مقاصد أخروية منها أن يدخل الجنة من شاء أن يدخله فيها، ويخرج من النار من شاء أن يخرج منها... لكنه يقول: "ولولا أن الله نص على هذه المقاصد لما قلنا بها" (4).

وفي ذلك يقول ابن حزم مستدلا على نفي الأسباب والعلل في التشريع انطلاقا من قوله تعالى: ﴿لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ﴾ (5). فأخبر تعالى بالفرق بيننا وبينه وأن أفعاله لا يجري فيها "لم" وإذ لم يحل لنا أن نسأله عن شيء من أحكامه تعالى وأفعاله "لم كان هذا؟" فقد بطلت الأسباب جملة، وسقطت العلل البتة، إلا ما نص الله تعالى عليه أنه يفعل كذا لأجل كذا، وهذا أيضا مما لا يسأل عنه، فلا يحل لأحد أن يقول لم كان هذا السبب لهذا الحكم ولم يكن لغيره؟ ولا أن يقول لم جعل هذا الشيء سببا دون أن يكون غيره سببا أيضا؟ لأن من سأل هذا السؤال فقد عصى الله عز وجل وخالف قوله تعالى: ﴿لَا يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ﴾ فمن سأل الله تعالى عما يفعل فهو فاسق (6).

من الواضح أننا هنا أمام نفي صريح لكل تسبب في التشريع ولكل تعليل في الأحكام والحقيقة أن موقف ابن حزم موقف شاذ في الفكر والفقه الإسلامي قد تلقاه العلماء بالنكير والإنكار ذلك أن استدلال ابن حزم قائم على

1 - أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 11/2.

2 - ينظر: فخر الدين الرازي: المحصول في أصول الفقه، 175-172/5.

3 - ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، 77/8.

4 - ينظر: ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، 92، 91، 84، 99/8.

5 - سورة الأنبياء، الآية: 23.

6 - ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، 103-102/8.

مغالطة، وخلط بين أنواع السؤال ذلك أن السؤال على أنواع:

سؤال المحاسبة وطلب بيان سبب الفعل وإبداء المعذرة عما فعل، وفي هذا النوع من السؤال يتصف المولى عز وجل بكونه سائلا، ويوصف العباد بأنهم مسؤولون، لذلك أنكر المولى عن نفسه كونه مسؤولا "مُحَاسَبًا"، وأثبت للعباد ذلك الوصف، وفي هذا المعنى يقول ﷺ: **﴿كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ﴾** (1)، وهذا النوع هو المراد من الآية **﴿لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْئَلُونَ﴾** (2).

سؤال المعارضة والاستهزاء، وهذا النوع من السؤال هو الذي أنكره عز وجل على الكافرين والمنافقين في قولهم: **﴿مَاذَا أَرَادَ اللَّهُ بِهَذَا مَثَلًا﴾**.

سؤال تضرع ودعاء: كما في قوله **﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ﴾** (3)، وبين أن هذا النوع من السؤال مطلوب وليس مقصودا بالآيتين اللتين ساقهما ابن حزم.

سؤال الاستفهام والفهم: وهذا النوع من السؤال لا حرج فيه، وليس هو المراد بقوله تعالى: **﴿لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْئَلُونَ﴾** (4)، وإلا لما سأله المقربون الأخيار، فقد سألت الملائكة المولى عز وجل: **﴿أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ﴾** (5). وقد سأل إبراهيم الخليل ربه: **﴿رَبِّ أَرِنِي كَيْفَ تُحْيِي الْمَوْتَى﴾** (6)، وسأل زكريا ربه: **﴿رَبِّ أُنِّي يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَقَدْ بَلَغَنِي الْكِبَرُ وَامْرَأَتِي عَاقِرٌ﴾** (7)، وسألت مريم البتول: **﴿أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بَغِيًّا﴾** (8)، والصحابة كانوا يسألون الرسول ﷺ عن الأهلة واليتامى والحبيض... مما قص علينا القرآن، فالاستفهام عن علل الأحكام الشرعية وأسبابها ومقاصدها لا ينطبق عليه استدلال ابن حزم (9).

وإذا استقر أن معظم أحكام الشريعة الإسلامية هي أحكام مسببة ومعللة بمقاصدها تدور مع المصالح التي شرعت لها وجودا وعدما، بقي أن نبين أن هذه المقاصد واجبة المراعاة في العمل التشريعي والتشريع العام تماما كما في الفتوى الفردية والقضاء.

ومنه يتبين أن نظرية المصلحة تمثل نقطة التقاء علم السياسة الشرعية بعلم مقاصد الشريعة، فمن جهة تتأسس هذه النظرية والأدلة الأصولية الراجعة إليها كما هو معلوم في المجال الشرعي على قاعدة معرفية مسلم بها، وهي مقاصد الشريعة، من حيث أن البحث في مقاصد الشريعة هو في الحقيقة بحث في الغايات والمصالح (الأسباب)

1 - صحيح البخاري/ كتاب الجمعة/ باب الجمعة في القرى والمدن/ رقم: 284/1-285.

2 - سورة الأنبياء، الآية: 23.

3 - سورة البقرة، الآية: 186.

4 - سورة الأنبياء، الآية: 23.

5 - سورة البقرة، الآية: 30.

6 - سورة البقرة، الآية: 260.

7 - سورة آل عمران، الآية: 40.

8 - سورة مريم، الآية: 20.

9 - ينظر: الريسوني: نظرية المقاصد عند إمام الشاطبي: ص: 244.

المقصودة من وراء سن الأحكام الشرعية، ومن جهة ثانية فإن مفهوم السياسة في مجال التداول الشرعي، يعني التصرف على الرعية بما يقتضيه النظر الشرعي والتقدير السليم للمصلحة العامة، ومن ثم فإن السياسة في مجال التداول الشرعي تنهض على قاعدة معرفية ومنهجية أصولية محددة ومعقولة هي مقاصد الشريعة فإن ذلك يفسر من جهة لماذا يبرز مفهوم المصلحة في المجال السياسي بصفة عامة وكأنه مفهوم سياسي بحت في حين تبرز الأدلة والقواعد الشرعية المؤسسة على رعاية المصلحة هي نفسها أصول سياسية أو أصول السياسة الشرعية بلا منازع، حتى أن كثير ممن يحاول الكتابة في الفقه السياسي من منظور أصولي يجد نفسه في نهاية قد كتب كتابا في أصول الفقه وبالفعل فإن نظرية المصلحة في الشريعة الإسلامية كمنظورية في صلب فلسفة التشريع ومقاصده كانت القماش الذي فصل فقهاء الشريعة منه عددا من الأدلة الأصولية وطرق الاستدلال ذات السعة والمرونة البالغة خاصة بالنسبة للتصرف السياسي المبني على الدوران مع المصلحة حيث دارت، ولا تقتصر على أصل فقهي بعينه، كأصل المصلحة المرسل، كما قد يتوهم المتوهم، فليس هذا الأصل إلا طريق واحد من طرق الاستدلال الشرعي المؤسس على رعاية المصلحة، فهناك عدد آخر من الأصول التشريعية المؤسسة على نظرية المصلحة و لها بالتالي أيضا ارتباطا وثيقا بمفهوم السياسة في مجال التداول الشرعي، و تشكل حلقة الربط بين حقلين معرفيين متميزين حقل السياسة وحقل المقاصد.

ومن جهة ثانية فإن ذلك يفسر لماذا لم تأخذ هذه الأصول المؤسسة على رعاية المصلحة كامل امتدادها إلا في عصر الخلافة الراشدة حتى ليظهر لأول وهلة أن هذه الأصول قد اكتملت في عهد الحكم الراشد أي في العهد الذي انفتح فيه باب السياسة الشرعية على مصراعيه، والعصر الذي مارست فيه الولاية العامة كامل دورها في التشريع وصنع القواعد التشريعية التي يقتضيها التصرف السياسي في الشأن العام، على اعتبار أن التصرف بالسياسة في عصر الرسالة كان محدودا لأن وصف الرسالة والتبليغ كان هو الغالب على النبي ﷺ، لكن بعد انقطاع الوحي اخذ الخلفاء يستوحون منهج النبي ﷺ في إدارة الشؤون العامة ومن ثم فقد تم إعمال عدد من الأصول التشريعية التي خضعت للصياغة الفنية في عصور لاحقة، وهذه الأصول تبرز فيها مرونة الشرع في التعامل مع الواقع السياسي بصورة قل نظيرها، خاصة في عهد الخليفة الثاني حتى أنها لتعرف بالأصول العمرية لاستقرار عهده وطول عهده وكثرة عمله بها.

الفرع الثاني: مفهوم المصلحة العامة في الفقه الإسلامي

تمثل المصلحة العامة غاية التشريع الإسلامي و مقصده، وعلى خلاف الحال في الفقه الوضعي يمتاز هذا المفهوم في التداول الشرعي بأنه مفهوم منضبط من الناحية الاصطلاحية والإجرائية وهو ما سنعرض له بالبيان في هذا الفرع.

البند الأول: مختلف دلالات لفظ المصلحة

فقرة 1- دلالة المصلحة في مجال التداول اللغوي

المصلحة: الشيء فيه صلاح قوي ولذلك اشتق لها صيغة المفعلة الدالة على اسم المكان الذي يكثر فيه ما منه اشتقاقه، وهو هنا مكان مجازي(1)، و الصلاح، والمصلحة واحدة المصالح، قال ابن فارس: الصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد" (2). " تقول صلح الشيء يصلح صلوحا مثل دخل يدخل دخولا"(3). والصلاح صفة لكون الشيء على هيئة كاملة بحسب ما يراد ذلك الشيء له، كالقلم يكون على هيئته المصلحة للكتابة، والمدية على الهيئة المصلحة للقطع. وعلى ذلك يستعمل لفظ المصلحة في التداول اللغوي وفق إطلاقين: الأول: إطلاق حقيقي حيث تطلق على المنفعة ذاتها، فالريح والراحة واللذة والمتعة والصحة.. ونحوها كلها مصالح في ذاتها نافعة لأصحابها بأي طريق حصلت.

الثاني: إطلاق مجازي يطلق على الفعل الذي فيه منفعة، وهو من باب إطلاق السبب على المسبب، فالدراسة مصلحة باعتبارها سببا إلى منفعة معنوية (العلم)، والتجارة مصلحة باعتبارها سببا لمنفعة مادية(الريح). يعبر عن المصلحة والمفسدة في مجال التداول القرآني بألفاظ متعددة منها الخير والشر، والنفع والضر، والحسنة والسيئة، وفي ذلك يقول العز بن عبد السلام: " يعبر عن المصالح والمفاسد بالخير والشر والنفع والضر، والحسنات والسيئات، لأن المصالح كلها خيرور نافعات حسنات، والمفاسد بأسرها شرور مضررات سيئات، وقد غلب في القرآن استعمال الحسنات في المصالح، والسيئات في المفاسد" (4). فقرة 2- مفهوم المصلحة في الاصطلاح الشرعي.

يعرف فقهاء الشريعة وعلماء الأصول المصلحة كمصطلح شرعي من جهتين: جهة النظر العقلي، جهة النظر الشرعي.

أولا- جهة النظر العقلي:

قد يأخذ مفهوم المصلحة من جهة النظر العقلي مفهوما ضيقا فيعني جلب المنافع فحسب والمنافع هي اللذات الحسية وأسبابها و الأفرح النفسية وأسبابها، كما في قول العز بن عبد السلام: " المصالح ضربان: أحدهما حقيقي وهو الأفرح واللذات، والثاني مجازي وهو أسبابها"(5). فالمصلحة عبارة عن لذة أو سببها أو فرحة أو سببها.

1- الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية. ص: 278.

2- أحمد بن فارس: مقاييس اللغة، 3/303.

3- الرازي: الصحاح، 1/383.

4- العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام، 1/07.

5- العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 1/15.

وعرفها العُضد في شرح المختصر بيقوله: "المصلحة عبارة عن لذة أو وسيلتها، والمفسدة الألم ووسيلته" من ذلك ما عرفها به الريسوني " حقيقة المصلحة هي كل لذة ومتعة جسمية كانت أو نفسية أو عقلية أو روحية" (1). وعلى ذلك يكون مفهوم المصلحة وفق هذا المنظور يدور حول معينين؛ معنى الحقيقي وهو اللذات الحسية و المعنوية، ومعنى مجازي وهو وسائلها أي الأفعال التي تحصل بها اللذات الحسية والمعنوية.

وقد يأخذ مفهوم المصلحة في مجال التداول الأصولي معنى أوسع حيث لا يقصر علماء الأصول معناها على جلب المنافع فحسب، وإنما يشمل أيضا دفع المضار، حيث يقول الإمام أبو حامد الغزالي: "المصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة" (2)، ويعرفها الرازي بأنها " ما يوافق الإنسان تحصيلا وإبقاء، وقد يعبر عن التحصيل بجلب المنفعة وعن الإبقاء بدفع المضرة" (3)، وإذا كان مفهوم المصلحة يشمل تحصيل المنفعة ودفع المضرة، فإن المنفعة كما يعرفها الرازي: " اللذة أو ما يكون طريقا إليه، والمضرة عبارة عن الألم أو ما يكون طريقا إليه" (4). المقصود باللذة عند الرازي اللذة الحسية و اللذة المعنوية (التي يسميها العز الأفرح) على السواء و أن المقصود عنده بالألم الحسي والألم النفسي (ويسميه العز بن عبد السلام بالغموم) على السواء، واللذة والألم حسيا كان أو معنويا يرتد إلى " إدراك الملائم من المنافي".

ومنه يتبين أن مفهوم المصلحة وفق هذا المنظور يتسع الوجه الإيجابي وهو جلب المنافع والوجه السلبي وهو دفع المضار كما أن المصلحة في معناها الحقيقي تعني إدراك اللذات الحسية والمعنوية وفوات الآلام الحسية والمعنوية. وهي في معناها المجازي تعني الأفعال التي تحصل بها اللذات والأفعال التي تدفع بها الآلام.

و وهكذا فالنظر العقلي لمفهوم المصلحة في وجانها الإيجابي يسلمنا لجلب المنفعة وجلب المنفعة يعني تحصيل اللذة أو سببها وأن النظر للمصلحة في جانبها السلبي يعني دفع المضرة ودفع المضرة يعني دفع الألم أو سببه، فنخلص في تحديد المصلحة من وجهة النظر العقلي إلى أنها تحصيل اللذة الحسية أو المعنوية وأسبابهما ودفع الآلام الحسية والمعنوية وأسبابهما.

ولكن ما هي اللذة؟ وما هو الألم؟ اللذة والألم أمور وجدانية يدركها كل حي من نفسه، يعرف الرازي اللذة بأنها " إدراك الملائم" (5). فهي إدراك الملائم من حيث هو ملائم وليس من حيث هو نافع، كطعم الحلاوة بالنسبة لحاسة الذوق، والنور بالنسبة للبصر، والرائحة الزكية بالنسبة للشم، واستحضار الذكريات الجميلة بالنسبة للقوة الحافظة، فكلها يشملها مفهوم اللذة لا لأنها دوما نافعة ولكن لأنها فقط ملائمة للطبيعة الإنسانية، وعلى ذلك فالدواء المر لا يشملها مفهوم اللذة لكونه غير ملائم للطبع، فهو مصلحة من حيث هو نافع لا من حيث هو ملائم للطبع. ويعرف الألم على أنه " إدراك المنافي"، أو إدراك المنافي من حيث هو منافي للطبع، كطعم المرارة بالنسبة لحاسة الذوق، والظلمة بالنسبة لحاسة البصر، والرائحة النتنة بالنسبة لحاسة الشم، واسترجاع الذكريات السيئة بالنسبة للقوة

1- أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 235.

2- الغزالي أبو حامد: المستصفى، 481/2.

3- الرازي، فخر الدين: الموصول، 157/5.

4- الرازي، فخر الدين: الموصول، 157/5.

5- الرازي، فخر الدين: الموصول، 157/5.

الحافظة، فكلها تندرج في مفهوم الألم لا لأنها دوما ضارة ولكن لأنها فقط منافية للطبيعة الإنسانية (1).
وعليه يمكن أن نخلص إلى تعريف ماهية المصلحة من وجهة النظر العقلي بأنها: " جلب المنافع بتحصيل اللذات الحسية والنفسية، وأسبابهما ودفع المضار وهي الآلام الحسية والمعنوية وأسبابهما".

ثانيا- جهة النظر الشرعي

إذا كان تداول علماء الأصول للفظ المصلحة من جهة النظر العقلي دائر بين معناها الحقيقي وهو اللذة المطلوبة والألم المدفوع، وبين معناها المجازي وهو الفعل الذي تحصل به اللذة أو يدفع به الألم، فإن أهل الأصول لا يقفون في تحديد مفهوم المصلحة كمصطلح شرعي عند ذلك؛ لأن هذا التحديد تحديد قاصر لا يصلح لبناء الأحكام الشرعية عليه، من حيث أن التشريع ليس موضوعا لرعاية منافع الأفراد فحسب بل أيضا لرعاية مصالح الجماعة، ومن ثم كان لابد من تحديد معيار للنظر في الحكم على الشيء أنه منفعة أو مضرة غير مجرد اللذة الملائمة للطبع أو الألم المنافي له، فاللذة والألم أمور ذاتية وجدانية لا وجود لها خارج ذوات الأفراد، فالجماعة لا تدرك اللذة أو الألم ولكن تدرك ما يوصل إلى اللذة أو الألم، فالمنافع والمضار منها الظاهرة والخفية، والقريبة والبعيدة، والحقيقية والوهمية، والعقل قد تحيط به المكارة والشهوات، فتمنعه البصر النافذ، ورب لذة عابرة جرت على صاحبها عواقب وخيمة وفسادا عريضا، ورب ألم ترتبت عنه أفضل المنافع وأطيب المكاسب، ومن ثم فإن الاختصار في تعريف المصلحة على حصول اللذة الملائمة وفوات الألم المنافي للأفراد كما في تعريف البقوري وفي تعريف الريسوني غير سديد، من جهتين من جهة أن تحديد مفهوم المصلحة في الاصطلاح الشرعي لا يقف عند الاعتبارات الفردية وما يحصل لهم من لذة أو ألم، بل يتجاوز ذلك لاعتبارات الجماعة، ومن جهة ثانية فليس كل ما فيه لذة للإنسان هو مصلحة من تلك الجهة، فالزنا مثلا فيه لذة التمتع لكنه لا يعد مصلحة بل هو مفسدة. وكذلك ليس كل ما فيه ألم للإنسان يعتبر دفعه مصلحة، فالجهاد مع ما فيه من مشقة وتلف للنفس يعد مصلحة لكونه تتوقف عليه حياة الأجيال الحاضرة والمستقبلية.

ومن هنا اتجه أهل الفقه والعلم إلى تحديد مفهوم المصلحة تحديدا إجرائيا يصلح لبناء الأحكام عليه من خلال البحث عن معيار يضبط مفهوم المصلحة من جهة النظر الشرعي غير مجرد اللذة والألم الذاتيين، حتى يتميز ما يعتبر منفعة حقيقية ومصلحة شرعية، مما ليس كذلك قطعاً لفوضى المقاييس الشخصية وتضاربها.

ويمكن أن ننتين هذا المعيار من تعريف الإمام الغزالي: " المصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة ودفع مضرة، ولسنا نعني بها ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق.. ولكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة " (2).
ويعرفها ابن عاشور: "المصلحة وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو للأحاد، فقولي دائما يشير للمصلحة الخالصة والمطرودة وقولي أو غالبا يشير إلى المصلحة الراجحة في غالب الأحوال، وقولي للجمهور أو الأحاد إشارة إلى أنهما قسمان عامة وخاصة " (3). فمن خلال هذا التحديد والذي سبقه نخلص إلى أن

1- ينظر: الرازي: نفس المرجع، 157/5

2- أبو حامد الغزالي: المستصفى، 482/2.

3- الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 278.

المصلحة من حيث النظر الشرعي تنبني على معيارين:

الأول: أن القواعد المعيارية في اعتبار الشيء مصلحة أو مفسدة هي قواعد النظر الشرعي، وليس فقط مدى ملاءمتها للطبع أو مدى إشباعها للحاجات الغريزية والنفسية، فإن الله ﷻ يقول: ﴿وَلَوْ أَتَّبَعَ الْآحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾⁽¹⁾، وهذا المعنى متفق عليه بين أهل العلم من الغزالي الذي يقيد مفهوم المصلحة باعتبار الشرع لها⁽²⁾ ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع "إلى الشاطبي الذي يرى: "أن المصالح المحتلبة شرعا والمفاسد المستدفة إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى لا من حيث أهواء الناس"⁽²⁾. إلى الطوفي الذي يعرف المصلحة بأنها: "السبب المؤدي لمقصود الشارع أي إلى نفع مقصود للشارع، عبادة أو عادة وليس مطلق نفع في عرف الناس"⁽³⁾. ومن هنا تعقب الإمام الشاطبي الإمام العز بن عبد السلام عندما أطلق القول بأن مصالح الدنيا من حيث هي إدراك الملائم والمنافي من اللذات والآلام الحسية والنفسية يمكن أن تدرك بالعقل والضرورة والتجربة⁽⁴⁾، فقال الشاطبي معقبا: "ليس كما قال من كل وجه، بل ذلك من بعض الوجوه دون بعض.. ولو كان الأمر على ما قال بإطلاق، لم يحتج في الشرع إلا إلى بث مصالح الدار الآخرة خاصة، وذلك لم يكن، وإنما جاء الشرع يقيم أمر الدنيا وأمر الآخرة معا.. فالعادة تحيل استقلال العقول في الدنيا بإدراك مصالحها ومفاسدها على التفصيل"⁽⁵⁾.

إن إدراك الإنسان ما يلائمه وما ينافيه من اللذة والألم لا يمكن أن يكون هو المعيار الوحيد في تحديد ما يعتبر مصلحة، من دون نظر للعواقب القريبة والبعيدة، ومن دون نظر لمصلحة الجماعة، وهو ما تكفل الشرع بالإرشاد إليه، والنتيجة أن المصالح التي تقوم بها أحوال العبد لا يعرفها حق معرفتها إلا خالقها وواضعها وليس للعبد بها علم إلا من بعض الوجوه"⁽⁶⁾. فالمعيار في تحديد ما هو مصلحة هو الشرع وأن العقل وإن كان يدرك المصالح فإنه لا يستقل بدركها، فإن العقول وإن كانت تدرك الملائم والمنافي للطبيعة البشرية ولكن ذلك وحده لا يكفي في تقرير ما هو مصلحة في العاقبة وما هو مصلحة للجماعة فإن الشهوات والمكروه تمنع العقل البصر النافذ والحكم السديد.

الثاني: أن اعتبار الشرع شيئا مصلحة إنما هو بالنظر إلى مدى حفظها الكليات الخمس التي يتم بها حفظ النوع و وانتظام الجماعة و يقوم عليها عمرانها، وهي المصالح التي أشار إليها الغزالي في النص السابق أعني الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فهذه المصالح هي التي يقوم عليها الاجتماع الإنساني ويتم بها عمران الأرض وهو المعنى الذي أدركه ذلك العبقرى عمدة المؤرخين العلامة ابن خلدون في معرض فكه الارتباط بين المقاصد و"علم العمران" حيث يقول: "وهذا الفن الذي لاح لنا، نجد فيه مسائل تجري بالعرض لأهل العلوم في براهين علومهم، وهي من جنس مسائله بالعرض والطلب.. مثل ما يذكره الفقهاء في تعليل الأحكام الشرعية بالمقاصد، في أن الزنا مخلط

1- سورة المؤمنون، الآية 71.

2- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 63/2.

3- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، تحقيق أحمد عبد الرحيم السايح، الدار المصرية اللبنانية، ط1، 1993، ص:25.

4- العز بن عبد السلام قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 07/1

5- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 77/2.

6- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 77/2.

للأنساب مفسد للنوع، وغير ذلك من المقاصد الشرعية في الأحكام، فإنها كلها مبنية على المحافظة على العمران" (1)، ثم يؤكد " أن أحكام الشريعة المراعية لمصالح العمران ظاهرا وباطنا إنما المقصود بها صلاح آخرتهم" (2). وعليه فالمصلحة هي كل تصرف يندرج في حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، كما أن المحافظة على هذا الترتيب والتدرج هو أيضا مصلحة من المصالح الكلية التي لا يجوز إغفالها أو إهمالها، فكل ما يؤدي إلى حفظ مصلحة من هذه المصالح على هذا الترتيب فهو في نظر الشرع مصلحة معتبرة، وإن كان فيه ألما حسيا أو نفسيا منافيا للطبيعة البشرية وتنفرد منها، وكل ما يؤدي إلى تفويت مصلحة من هذه المصالح الكلية وفق هذا الترتيب فهو في نظر الشرع مضرة (مصلحة) غير معتبرة، وإن كان فيه لذة حسية أو نفسية ملائمة للطبيعة البشرية ومرغوبا فيها، فالمعيار في اعتبار الشرع شيئا مصلحة هو مدى خدمته للمصالح الكلية الخمسة التي اتفقت الشرائع على حفظها وفق ترتيب وتدرج يقتضيه النظر الشرعي.

فالمصلحة في النظر الشرعي لا يتم تحديدها ذاتيا وإنما في إطار ترتيب وتدرج مقصود شرعا، لقد أصاب الدكتور عز الدين بن زغبية كثيرا في تحديد المصلحة بأنها "كل تصرف قولي أو فعلي يفضي إلى جلب منفعة أو دفع مضرة مقصودة للشارع" من حيث تقييده للمصلحة باعتبار الشرع لها، ولكن مع ذلك يبقى هذا التعريف ناقصا من حيث أن اعتبار الشرع للمصالح ليس اعتبارا ذاتيا ولكن أيضا من حيث ما يقتضيه النظر الشرعي وفق ترتيب مقصود شرعا، فالشريعة كنظام وخطاب قانوني لا يتعامل مع المصلحة إلا من خلال الأسباب والتصرفات التي يباشرها المكلف لتحقيق الأغراض التي يهدف إليها، والأصل أن يكون الفعل أو التصرف الذي يتوسل به لتحقيق غرض ما مشروعاً في ذاته، ومع ذلك ففي بعض الحالات الاستثنائية فإن الفعل أو التصرف قد لا يكون مشروعاً في ذاته ومع ذلك تضي عليه الشريعة مشروعية عارضة أو استثنائية مراعاة لما يقتضيه النظر الشرعي في ترتيب المصالح. فالقصاص في الجروح في ذاته مصلحة مقصودة شرعا، ولكن إن كان هذا القصاص يغلب أن يؤدي إلى تلف النفس لم يعد مصلحة، كالجرح الغائر في الرأس أو القلب، وكذلك فإن حفظ دم المسلم الذي تترس به العدو مصلحة ولكن إن كان في حفظ دمه الإجهاز على جيش المسلمين لم يعد مصلحة. ومن ثم نخلص إلى تعريف المصلحة "كل تصرف يتوسل به لقصد مشروع من جلب نفع خالص أو راجح أو دفع ضرر خالص أو راجح، وفق ترتيب يقتضيه النظر الشرعي".

فقرة 3 - عناصر المصلحة

من خلال التعريف السابق يمكن تحديد عناصر المصلحة في الاصطلاح الشرعي في ثلاثة عناصر:

أولا- عنصر المنفعة

يرتبط التصرف الإنساني دوما بغرض ولكن ليس كل تصرف له غرض يعتبر مصلحة بل لا يعتبر من التصرفات الإنسانية مصلحة إلا الأفعال التي يتوسل بها لتحقيق منفعة سواء في جانبها الإيجابي وهو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة بجلب النفع أو في جانبها السلبي وهو ما يعبرون عنه بدفع الضرر.

ثانيا- عنصر المشروعية

على أنه ليس كل نفع يعتبر محمودا وليس كل ضرر يعتبر مذموما بل أن الحرص على بعض المنافع قد يجر

1- عبد الرحمن بن خلدون: تاريخ ابن خلدون، 50/1-51.

2- عبد الرحمن بن خلدون: تاريخ ابن خلدون، 51/1.

وراءها عواقب وخيمة ومفاسد عظيمة كما أن الحرص على دفع بعض المضار قد يترتب عليه فوات مصالح عظيمة وخير كثير، ومن هنا فإن جلب النفع ودفع الضرر ليس متروكا للتحديد الشخصي الذاتي الظرفي، بل ينظر إليه من خلال الاعتبار الشرعي له أي من خلال تحققه بعنصر المشروعية وما يقتضيه النظر في العواقب الأخروية و الدنيوية الراجعة إلى صلاح الفرد وانتظام الجماعة.

ثالثا- عنصر الرجحان

تتعدد الوسائل إلى تحقيق غرض ما كما قد يترتب على الوسيلة الواحدة أكثر من غرض، وليس هناك تصرف يعتبر مصلحة محضة كما أنه ليس هناك تصرف يعتبر مفسدة محضة فالمصالح الخالصة والمفاسد الخالصة عزيزة الوجود كما يؤكد على ذلك فقهاء الشريعة، فكل تصرف مشوب بالمصلحة والمفسدة والعبء في المآل بالغالب، فمن كثرت منافعه ولم تترتب عليه أضرار جانبية ذات بال أو توازيه فهو في النظر الشرعي مصلحة معتبرة، ومن كثرت مضاره فهو مفسدة حتى ولو ترتبت عليه منافع جانبية.

البند الثاني - أقسام المصلحة

فقرة 1- أقسام المصلحة من حيث المشروعية

تنقسم المصلحة من حيث اعتبار الشرع لها إلى ثلاثة أقسام معتبرة وملغاة ومرسلة:

أولا- مصلحة معتبرة

وهي المصلحة التي لها أصل يشهد باعتبار عينها أو نوعها أو جنسها ؛

ومثال المصلحة التي يشهد الشرع بعينها في الأحكام الجنائية تشريع مصلحة القصاص في النفس والجروح،

فهي مصلحة معتبرة شرعا بعينها، لقوله ﷺ: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ** ﴾ (1).

ومثال المصلحة التي شهد الشرع لنوعها في الأحكام الجنائية تضمين السارق قيمة المسروق، فهي مصلحة

معتبرة، وإن لم يشهد لها نص بعينها، ولكن قد شهد الشرع لنوعها، وذلك بحكمه بتضمين الغاصب لتعديده.

ومثال المصلحة التي شهد الشرع لجنسها، في الأحكام الجنائية أيضا معاقبة شارب الخمر بنفس عقوبة القاذف،

فهي مصلحة معتبرة شرعا، وإن لم يشهد لها الشرع بعينها أو بنوعها، ولكن شهد لجنسها، فالشرب مظنة القذف وكل

مظنة تقوم مقام المظنون ودليل ذلك من تصرفات الشارع جعل الخلوطة مظنة الزنا في الحرمة.

ثانيا- مصلحة ملغاة

وهي مصلحة شهد لها الشرع بعينها بعدم الاعتبار، و مثال ذلك في مسائل الأحوال الشخصية وقوانين

الأسرة القول بأن البنت تساوي الابن في الميراث بدعوى أن المصلحة تقتضي ذلك لتساويهما في درجة القرابة من المورث،

ولأن البنت أصبحت تشارك زوجها في تحمل أعباء الحياة فساوت الابن من هذه الجهة، وهذه مصلحة شهد الشرع

ببطلانها لوجود النص القرآني على أن للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثالثا- مصلحة مرسلة

وهي مصلحة المسكوت عنها فلم يشهد لجنسها نص خاص بالاعتبار ولا بالإلغاء ولكنها يشملها عموم

لفظ المصلحة، ويذهب بعض الفقهاء " إلى أنه ليس من اليسير التمثيل لهذا النوع من المصالح بأمثلة واقعة، بل إن الغزالي أنكر وجود هذا النوع من المصالح على أساس أنه لا يتصور أن توجد واقعة مسكوت عنها في الشرع لأن هذا يتضمن أن الله قد ترك الناس سدى، وأن الدين لم يكمل ". وعلى ذلك فالمصلحة المرسله عنده هي المصلحة التي شهد الشرع لجنسها أما المصلحة التي لم يشهد لجنسها بالاعتبار ولا بالإلغاء فيسميها المصلحة الغريبة وهي مردودة عنده، قد مثل الشاطبي لهذا النوع من المصالح بمثال فردي، وهو القول بحرمان القاتل من الميراث معاملة له بنقيض قصده؛ إذا فرض أنه لم يوجد نص شرعي يقضي بهذا المنع؛ على أن هذا المثال ليس لمصلحة مسكوت عنها، فإن المعاملة بنقيض المقصود أصل شرعي شهدت له النصوص في الجملة، والتفريع عليه عمل بمصلحة تلائم جنس تصرفات الشارع. وقد أخطأ من نسبوا إلى بعض الأئمة القول بهذا النوع من المصالح؛ فالحق أن أحداً منهم لم يقل بهذا النوع من المصلحة قط. وهذه الطريقة سار عليها جمهور الأصوليين، وخالفهم الغزالي، وقد تبين من هذه الطريقة أن المصلحة المرسله عند هذا الفريق هي المصلحة التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالبطالان(1).

رابعا- أهمية هذا التقسيم

وتتجلى أهمية هذا التقسيم في تمييز مراتب المصلحة من حيث عنصر المشروعية، فالمصالح التي شهد لها الشرع بالاعتبار تأتي في أعلى السلم من حيث الرعاية والإعمال، أما المصالح الملغاة فهي التي لا تعتبر في نظر الشرع مصالح وبالتالي لا تجب رعايتها ولا إعمالها ولا بناء الأحكام عليها، أما المصالح المرسله فهي المصالح التي تندرج في مقاصد الشريعة وإن لم تشهد لها نصوص خاصة بالاعتبار أو الإلغاء فهي استوفت شروط إعمالها مجال واسع للسلطة ولي الأمر في التشريع للأمر بها وبناء الأحكام عليها.

فقرة 2- مراتب المصلحة من حيث قوتها في ذاتها:

يقول الغزالي: " إن المصلحة باعتبار قوتها في ذاتها تنقسم إلى ما هي في رتبة الضروريات، وما هي في رتبة الحاجيات، و إلى ما يتعلق بالتحسينات و التزيينات " (2). وعلى ذلك تنقسم المصلحة من حيث قوتها في ذاتها إلى أقسام ثلاثة:

أولاً- مصلحة ضرورية.

وهي التي تكون الأمة بمجموعها وأحاديها في ضرورة إلى تحصيلها بحيث لا يستقيم النظام باختلالها فإذا انحزمت تقول حال الأمة إلى فساد وتلاشي(3). فهي " التي لا بد منها في قيام مصالح الدارين، بحيث إذا فقدت ترتب عليها في الدنيا فساد وفوت حياة، وفي الآخرة خسار وفوت نجات " (4).. وتنحصر الضروريات في الأصول الخمسة التي يتوقف عليها عمران العالم وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال وقد قالوا أنها مرعية في كل ملة(5). وهذا النوع من المصالح قليل التعرض إليه في الشريعة لأن البشر قد أخذوا الحيطة لأنفسهم منذ القدم، فأصبح مركزا في

1- ينظر في هذا التقسيم: وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، 752/2-754.

2- أبو حامد الغزالي: المستصفى، 481/2.

3- ابن عاشور مقاصد الشريعة: ص: 300.

4- الشاطبي الموافقات بتصرف يسير 17/2-18.

5- الشاطبي الموافقات 20/2

الطبائع، ولم تخل جماعة من البشر ذات تمدن من أخذ الحيطة له، وإنما تتفاضل الشرائع في كيفية وسائله(1).

ثانيا- مصلحة حاجية

وهي الأمور التي تحتاج إليها الأمة لاقتناء مصالحها وانتظام أمرها على وجه حسن دون أن تبلغ رتبة المصالح الضرورية(2)، فهي المصالح التي يفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق بحيث إذا فقدت أفضت في الغالب إلى الحرج والمشقة، ولكن لا تفضي إلى فوت الحياة أو فوت النجاة(3). ومن المصالح الحاجية رخص العبادات (كالتيمم والقصر والجمع والإفطار) ورخص المعاملات (كالسلم والقراض والاجارة) ورخص المناكحات (كالطلاق والخلع و اللعان) ورخص الجنایات (كالدية و اللوث والقسامة) (4).

ثالثا- مصلحة تحسينية

وهي محاسن العادات التي بها كمال حال الأمة في نظامها حتى تعيش آمنة مطمئنة، مرغوبا في الاندماج فيها والتقرب منها(5)، أو هي الأخذ بمحاسن العادات و تجنب الأحوال المندسات التي تأنفها العقول الراجحات(6). وهو المعنى المفهوم من تعريف الشاطبي: "و أعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق"، وهذا التعريف يتسق تماما مع التقسيم الأصولي الثلاثي للمصالح فالضروري ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان، و الحاجي ما يرجع إلى تمام عيشه، والتحسيني ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق.

رابعا- أهمية هذا التقسيم

وتظهر أهمية هذا التقسيم في النواحي الآتية:

- نوع المصلحة التي يحتج بها ؛ فالبعض يشترط في المصالح الحاجية والتحسينية الأصل المعين الذي يمكن القياس عليه ؛ إلا أن تجري هذه المصالح مجرى الضرورات ؛ عندئذ تلحق بالأخيرة ويجوز الحكم بمجردهما ولا يلزم بالتفريع عليها وجود الأصل المعين الذي يمكن القياس عليه ما دامت الشروط الأخرى اللازمة للعمل بالمصلحة عنده قد توافرت ، وقد سلك ذلك الغزالي ؛ أما المالكية فيأثم يحتجون بالمصالح الحاجية ، ويضعونها مع المصالح الضرورية في رتبة واحدة ، ولا يشترطون في كل منهما الأصل المعين إن كانت شروط العمل بالمصلحة قد توافرت عندهم ، وقد سار الشاطبي على هذا النهج ؛ أما الطوفي فقد شد عن هذا الإجماع كما رأينا.

- الترجيح بين المصالح المتعارضة : لهذا التقسيم أهمية كبيرة عندما تكون الواقعة الواحدة مناطاً لمصلحتين أو مقصودين ؛ إذ يجب ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى ، وقد قرر كتاب الأصول أن المصلحة الضرورية تقدم على الحاجية ، والحاجية على التحسينية ، كما قرروا أن هناك ترتيباً معيناً للمصالح الضرورية فيما بينها ، بحيث تقدم مصلحة الدين على النفس ، والنفس على العقل ، والعقل على النسل ، والنسل على المال. وأخيراً فإن كل مصلحة مكتملة لها من

1- ابن عاشور مقاصد الشريعة: ص:306.

2- ابن عاشور مقاصد الشريعة: ص:306.

3- الشاطبي الموافقات بتصرف يسير 21/2

4- ينظر: الشاطبي: الموافقات، 21/2-22.

5- ابن عاشور مقاصد الشريعة: ص:300.

6- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 22/2.

حيث هي تكملة شرط هو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال ؛ فإذا كان اعتبار المصلحة المكملة يؤدي إلا فوات أصلها فإن هذه التكملة يسقط اعتبارها ، وهذا ينطبق على المصالح الحاجية مع الضرورية ، والتحسينية مع الحاجية ، فإن الحاجية مكملة للضرورية ، والتحسينية مكملة للحاجية . فإذا أدى اعتبار المكمل إلى فوات المكمل سقط اعتباره(1) . وعلى هذه القاعدة تخرج كثير من الصور الفقهية في باب المصالح المرسلة.

فقرة 3- أقسام المصلحة من حيث العموم والخصوص:

تنقسم المصلحة من حيث شمولها إلى مصلحة عامة ومصلحة الجمهور ومصلحة خاصة وهذا التقسيم انفرد به الغزالي حيث يقول : تنقسم المصلحة .."فمنها ما يتعلق بمصلحة عامة في حق الخلق كافة ، ومنها ما يتعلق بمصلحة الأغلب، ومنها ما يتعلق بشخص معين في واقعة نادرة"(2). وأشار الشاطبي في فصل تعارض المصالح فقال "قاعدة تقديم المصالح العامة على المصالح الخاصة"، وكذلك من بين الذين عنوا بتميز المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة في تعريف المصلحة العلامة محمد الطاهر بن عاشور حيث يقول:" المصلحة: وصف للفعل يحصل به الصلاح، أي النفع منه دائما أو غالبا للجمهور أو الأحاد"(3).

أولا- المصلحة العامة أو الكلية

ومثال المصلحة العامة في حق كافة الخلق : المصلحة القاضية بقتل المبتدع الداعي إلى بدعته إذا غلب على الظن ضرره، وصار ذلك الضرر كليًا، والمصلحة القاضية بقتل الزنديق المستتر وعدم قبول توبته بعد القدرة عليه .

ثانيا- مصلحة الجمهور أو الأغلب

ومثال المصلحة التي تتعلق بالأغلب : تضمين الصناع، فالتضمين به مصلحة لعامة أرباب السلع؛ فليسوا هم كل الأمة ولا كافة الخلق .

ثالثا- المصلحة الخاصة أو الأحاد

ومثال المصلحة الخاصة النادرة: المصلحة القاضية بفسخ نكاح زوجة المفقود، وانقضاء عدة من تباعدت حيضتها بالأشهر؛ ومصلحة الحجر على السفية، فإن هذه مصالح نادرة تتعلق بشخص واحد في حالة نادرة.

رابعا-أهمية التقسيم

وتظهر أهمية هذا التقسيم في النواحي التالية:

1. نوع المصلحة التي يحتج بها؛ ينسب بعض كتاب الأصول إلى الغزالي القول باشتراط الكلية في كل مصلحة مرسلة، إلا أن الغزالي نفسه يصرح بعكس ذلك؛ إذ يقول في كتابه (شفاء الغليل) بعد ذكر ذلك التقسيم " : وكل ذلك حجة بشرط ألا يكون بديعًا غريبًا وبشرط ألا يصدم .(نصًا ولا يتعرض بالتغيير) . " شفاء الغليل ص 184

2. - عند الترجيح بين المصالح المتعارضة فالمصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة ؛ كتقديم مصلحة أرباب السلع على مصلحة بعض الصناع بالقول بضمائهم ؛ وسنرى أن قاعدة الذرائع تعتمد على هذا الأصل ؛ بأنها المنع من الفعل الجائر في الحالات التي يؤدي فيها إلى مفسدة توازي مصلحة الفعل أو تزيد ، وعند الموازنة بين المصلحة والمفسدة

1- ينظر: أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 2/31-41.

2- أبو حامد الغزالي: شفاء الغليل. دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1999، ص: 101-102

3- الطاهر ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية ص:65.

يؤخذ في الاعتبار عموم المصلحة والمفسدة وخصوصهما

خامسا- شروط المصلحة العامة

مما سبق يتبين أن المصلحة العامة من حيث الاعتبار قد تكون مصلحة معتبرة وقد تكون مصلحة مرسلة، ومثال المصلحة العامة المعتبرة شرعا في التشريع الدستوري مصلحة جماعة المسلمين في نصب الإمام وسد الشغور الرئاسي، ومثالها في التشريع الجنائي مصلحة جماعة المسلمين في قتل أهل الحراة وقتال البغاة، ومثال المصلحة العامة المرسلة مصلحة توثيق عقود الزواج، فإن هذه المصلحة وإن لم يشهد لها نص خاص بالاعتبار أو الإلغاء، فإنها مصلحة مندرجة في مقاصد الشرع. ومثالها أيضا توثيق عقود الملكية في مصلحة الشهر العقاري، والإلزام بالحصول على رخصة سياقة لكل من يقود مركبة.

كما يتبين مما سبق أن المصلحة العامة من حيث القوة قد تكون مصلحة عامة ضرورية و قد تكون مصلحة عامة حاجية وقد تكون مصلحة عامة تحسينية. ومثال المصلحة العامة الضرورية، ومثال المصلحة العامة الحاجية، ومثال المصلحة العامة التحسينية.

وبناء عليه فإنه يشترط في المصلحة العامة نفس الشروط التي تشترط في المصلحة الشرعية وتزيد عليها بشرط إضافي وهو شرط العمومية أو عموم النفع.

البند الثالث- انضباط مفهوم المصلحة في التداول الشرعي و الفقهي

مما سبق يتبين أنه إذا كان الفقه الوضعي يشتمل من أن مفهوم المصلحة مفهوم عام ومجمل، و لا يكاد ينضبط، فإنه على العكس من ذلك نجد أن علماء الأصول قد ضبطوا مفهوم المصلحة ضبطا علميا دقيقا، وضبطا إجرائيا يمكن بناء الأحكام عليه، فقد فصلوا في أنواع المصالح ومراتبها وجهات حفظها، وقواعد الترجيح بينها. مما يشكل قاعدة معرفية ومنهجية لا غنى عنها في العملية التشريعية.

فقرة 1- الدعوة لمراجعة المفهوم

و مع ذلك نجد للأسف الشديد أن بعض أهل العلم والفضل لم يقنعوا بذلك، فتعالت أصواتهم لمراجعة هذا الرصيد على أساس أنه غير واف بمحاجات العصر. وانصب نقدهم على وجه الخصوص في مراجعة تصنيف وحصر الكليات الخمس، ومنهم من دعا إلى تجاوز ذلك صراحة وقدم رؤية مغايرة، كما هو حال الدكتور طه عبد الرحمان (1)، والدكتور جمال الدين عطية (2)، والدكتور عبد المجيد النجار (3)، والدكتور طه جابر العلواني (4)، ومنهم

1- ينظر: طه عبد الرحمان: تحديد المنهج في تقويم التراث، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط2، ص: 111-114. حيث يقترح أن يستبدل التصنيف

الأصولي بتصنيف ثلاثي: قيم النفع والضرر، قيم الصلاح والفساد، قيم الحسن والقبح، ينظر: ص: 113-114.

2- ينظر جمال الدين عطية: نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2002. ص: 91-98.

3- ينظر: عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2006.

4- ينظر: طه جابر العلواني: مقاصد الشريعة، دار الهادي، ط2، 2005، ص: 135-184. حيث يرى أن المقاصد العليا ثلاثة وهي: التوحيد والتزكية وال عمران. تتلوهما في المستوى الثاني: مقاصد العدل والحرية والمساواة، وهي التي يندرج فيها التصنيف الأصولي. ينظر أيضا: عبد الجبار الرفاعي: أفاق التجديد، دار الفكر، ط1، 2002، ص: 83.

اكتفى بالمطالبة بمراجعة حصر المصالح في الخمس دون أن يقدم في ذلك رؤية محددة (1)، ومنهم من اكتفى بتجويز مراجعة هذا الحصر وعدم الممانعة منه وإن لم يدعو لذلك إلا على استحياء شديد، كما هو الحال عند الدكتور أحمد الريسوني (2).

فقرة 2- أسانيد هذه الدعوة

من المعلوم أن أنواع المصالح التي ترجع إليها جميع تفاصيل الأحكام قد حصرها جل الأصوليين بالاستقراء في خمسة كليات وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال. غير أن وجهة نظر هؤلاء أن هذا الحصر غير مستقر ومنتقد ومن ثم فهو غير مسلم، ويمكن أن نلخص أوجه الاعتراض على هذا التصنيف والحصر في النقاط التالية:

أولاً- أن هذا الحصر مخل بالشروط المنطقية والمنهجية في الحصر والتقسيم،

1- فهو لا يستوفي شرط تمام الحصر (غير جامع): حيث يرى الدكتور طه عبد الرحمان أن الحصر لا يمنع من إضافة عناصر أخرى، فقد أضاف بعضهم العرض وأضاف آخرون العدل (3)، وهو الرأي الذي نجده عند الدكتور عبد المجيد النجار حيث يرى أن هذا التصنيف غير موثوق بجميع الضرورات التي يحتاجها الإنسان في إقامة حياته، وأن هذه الكليات الخمس ليست هي الضروريات التي جاءت الشريعة تقصد إليها على سبيل الحصر (4). كما نجد هذه الحجة عند الدكتور جمال الدين عطية مستشهداً في ذلك بآب نيمية، الذي رأى فيها أنها تتعلق بدفع المضار وليس بجلب المنافع، و تتعلق بجانب المعاملات وتغفل مجال العبادات (5).

2- فهو لا يستوفي شرط التباين: فكما يقول الدكتور طه عبد الرحمان فالعنصر الواحد من هذه العناصر، ليس مابيناً للعنصر الآخر، فحفظ العقل داخل في حفظ النفس، وحفظ النسل داخل في حفظ النفس (6).
3- لا يستوفي شرط التخصيص، فليس كل عنصر من هذه العناصر أخص من الأصل المحصور وهو الشريعة، فالدين الذي اعتبر عنصراً هو كذلك مساو للشريعة (7).

ثانياً- أن هذه الكليات الخمس لا تختص بما الضروريات فالأحكام الحاجية والتحسينية، تندرج هي الأخرى تحت هذه الكليات الخمس، فمصلحة إباحة الصيد وهي مصلحة حاجية تندرج في مصلحة حفظ النفس (8).

ثالثاً- أن هذا الحصر كما يرى الدكتور جمال الدين عطية يتعلق بالفرد و لا يتعلق بالجماعة، حيث تغيب فيه المصالح المجتمعية (9)، وهي الحجة التي نجدها أيضاً عند الدكتور طه جابر العلواني، الذي يرى بأن هذا التصنيف والحصر هو تصنيف حجاسي ورثه الشاطبي وأخذ يحاج عنه في إطار السقف المعرفي الذي كان سائداً في ذلك الوقت،

1-أ حمد الخليلي: وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 1988، وقد اكتفى باقتراح إضافة مقصد العدل وحقوق الفرد وحرياته، ص: 249-250، 300.

2-ينظر: أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 59، 71، 386.

3- طه عبد الرحمان: تجديد المنهج في تقويم التراث، ص: 111.

4- عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص: 51.

5- جمال الدين عطية: نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ص: 93.

6- طه عبد الرحمان: تجديد المنهج في تقويم التراث، ص: 111.

7- طه عبد الرحمان: تجديد المنهج في تقويم التراث، ص: 111.

8- طه عبد الرحمان: تجديد المنهج في تقويم التراث، ص: 112.

9- عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، ص: 51.

وهو تصنيف ينطلق من الفرد وليس من الجماعة. وهو الرأي الذي نجده أيضا عند الدكتور يوسف القرضاوي حيث يقول "إني أعتقد أن هناك نوعا من المقاصد لم يعط حقه كما ينبغي، وهي المقاصد المتعلقة بالمجتمع، فإذا كانت معظم المقاصد تتعلق بالفرد كحفظ دينه وعقله ونفسه وماله.. إلخ؟ فأين العدل والحرية والمساواة" (1).

فقرة 3- تقدير عام لهذه الدعوة

أولا - بادئ ذي بدء ينبغي أن نسجل أن الدعوة للتجديد والمراجعة للتراث المعرفي الاجتهادي متى استوفت شروطها، هي من حيث المبدأ دعوة مطلوبة و مشروعة، ولا ينبغي الضيق والتبرم بها وردّها مجرد تجاوزها للمألوف والقديم، غير أن هذه الدعوات التي تنادي بمراجعة تصنيف المقاصد وعلى وجه الخصوص حصر المصالح الضرورية في الكليات الخمس يلاحظ عليها من جهة أولى أنها صادرة من غير أهل الاجتهاد الشرعي والأصولي خاصة في مسألة أصولية كهذه، ومع ذلك فلا بأس فإن مقاصد الشريعة معرفة عالية موضوعها حكمة التشريع ومن ثم فهي تشكل فلسفة التشريع الإسلامي، بل نقول إنه إذا كانت هناك فلسفة إسلامية أصيلة فهي بلا شك مقاصد الشريعة، وعليه فلا مانع من أن تكون مجالا لنظر الفيلسوف والمفكر كما هي مجال لنظر الفقيه والأصولي لو استوفى هذا النظر شروطه. كما يلاحظ من جهة ثانية أن معظم هذه الرؤى مجرد أفكار انطباعية تفتقد التأصيل الشرعي، حيث ركزت لتوجيه النقد للتصنيف الأصولي للمقاصد من غير تحقيق كما سنبينه، كما أنها عجزت عن أن تقدم تصنيفا يضارع التصنيف الأصولي في خصائصه المنهجية والإجرائية.

ثانيا: أن محل النزاع وموضع الاشكال والاعتراض لا يتعلق بكون هذه المصلحة أو تلك مقصودة شرعا أو ليست مقصدا شرعيا، وإنما يتعلق باندراجها أو عدم اندراجها في الضروريات الخمس، حيث أن جل النقد ينصب على حصر المصالح الضرورية في الكليات الأصولية الخمسة المعروفة.

ثالثا - أن جل الانتقادات الموجهة للتصنيف الأصولي للمقاصد، تفتقر التحقيق العلمي وبيان ذلك في الفقرة الموالية.

فقرة 4- مناقشة مفصلة لأسانيدھا

أولا- أما القول أن الحصر الأصولي للكليات الخمس غير جامع ولا يستوفي شرط تمام الحصر، على أساس أن البعض أضاف مقصد العرض، وبعضهم أضاف مقصد العدل، والحرية وبعضهم رأى أنه قاصر على المعاملات دون العبادات، وعلى دفع المضار دون جلب المنافع. فهو قول يفتقر التحقيق العلمي وبيان ذلك فيما يلي:

1- أما القول بأن البعض أضاف إلى الكليات الخمس كلية سادسة وهي العرض، فهو قول غير صحيح ذلك أن علماء الأصول لم يخرجوا عن الحصر الخماسي وإن عبر بعضهم بالعرض بدل النسل كما عبر عنه بعضهم بلفظ النسب وبعضهم بلفظ البضع وبعضهم بلفظ الفرج، ولو جارينا تردد وتنوع تعابير الفقهاء لصارت الكليات عشرا، والحق أن العلماء لم يتجاوزوا الحصر الخماسي، فالإمام الجويني (ت 478هـ) وهو أول من أشار إلى الموضوع عبر عن هذه الكلية بلفظ الفروج، فقال وبالجملة فالدم معصوم بالقصاص.. والفروج معصومة بالحدود.. والأموال

1- يوسف القرضاوي: ندوة سنن الله في الأفق والأنفس، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، مكتب القاهرة، 1/1990، 1-10، وينظر: جمال الدين عطية: نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ص: 100.

معصومة عن السراق بالقطع" (1). وأما الإمام الغزالي (ت 505هـ) فقد حصر الضروريات في الخمس قد عبر عن النسل أول الأمر بلفظ البضع (2) ثم عدل عنه في المستصفي إلى لفظ النسل (3)، فلما جاء الإمام فخر الدين الرازي (ت 606هـ) عبر عن البضع و النسل اللذين استعملهما الغزالي بلفظ النسب دون أن يخرج عن التصنيف الخماسي (4)، أما الآمدي (ت 631هـ) فقد نص صراحة على حصر الضروريات في الخمس واستعمل لفظ النسل (5)، وكذلك فعل ابن الحاجب (ت 646هـ)، (6)، أما البيضاوي (685هـ) فمع حصره للضروريات في الخمس فقد استبدل لفظ النسل بلفظ النسب (7)، أما القرافي (ت 684هـ) فقد حصر الكليات في خمس وإن حكى تردد القوم بين تعبير النسب أو العرض، دون أن يقصد إضافة كلية سادسة أو يتبناها: "الكليات الخمس وهي: حفظ النفوس، والأديان، والعقول، والأنساب، والأموال، وقيل الأعراس" (8)، ولإلصاف والتدقيق ينبغي أن نقول أن الإمام القرافي يضطرب في بعض عباراته فينسب لبعض الأصوليين زيادة العرض على الكليات الخمس من دون توثيق ولا تحقيق للمسألة (9) وهو الاضطراب الذي سيكون له أثره على أصولي آخر لاحق له ، أما الإمام الطوفي (ت 716هـ) فمع حصره للمصالح الضرورية في الخمس، نجده يستعمل لفظ العرض بدلا من لفظ النسل والنسب اللذين درجا عليهما المتقدمون من علماء الأصول، دون أن يقصد أيضا إضافة كلية سادسة إلى الكليات الخمس، فلما جاء تاج الدين بن السبكي (ت 771) وجدناه في جمع الجوامع (الذي سماه البعض جمع موانع التجديد) قد اختلط عليه الأمر وظن أن الأصوليين قصدوا إضافة كلية سادسة فبعد أن ذكر الضروريات الخمس حسب ترتيب الغزالي مستبدلا لفظ النسل بلفظ النسب، زاد إلى الخمسة سادسا وهو العرض (10) وتابعه على هذه الزيادة الشوكاني (ت 1250هـ) ودافع عنها (11)، وهو ما لم يسبقا إليه حيث أن هذه الألفاظ (النسل والنسب والعرض والبضع والفرج) كلها كما بينا كانت تعبر عند المتقدمين عن ضروري واحد وإن اختلفت دلالاتها من حيث صحة ودقة التعبير عنه. ولم يكن يقصد بها الزيادة على الخمس، ولو كان قصدهم الزيادة على الخمس لكانت الكليات عشرا، فهذه الألفاظ تدور جميعا حول معنى واحد وأن العلماء لم يخرجوا عن التصنيف الخماسي. وإن كان لابد من الترجيح بين هذه التعبيرات والألفاظ فإن ما يستحق فعلا أن يكون في رتبة الضروريات كما أكد ذلك عدد من المحققين هو النسل وليس النسب

1- الجويني: البرهان، ص: 1151.

2- أبو حامد الغزالي: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، ت حمد الكبيسي، مطبعة الارشاد، بغداد، 1971، ص: 160، 161.

3- أبو حامد الغزالي: المستصفي، 482/2.

4- الرازي: المحصول ، 160/5.

5- سيف الدين الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، 394/3.

6- ابن الحاجب: منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، ص: 182.

7- علي بن عبد الكافي السبكي: الإجماع في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي

دار الكتب العلمية ، بيروت، ط 1، 1404، 55/3.

8- القرافي: شرح تنقيح الفصول، ت طه عبد الرؤوف سعد، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1973، ص: 391.

9- القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص: 391-392.

10- تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي: جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 2003، ص: 92.

11- الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، 901/2-902.

أو العرض اللذان هما من مكملات حفظ النسل(1).

2- أما دعوى البعض بإدراج مقصد العدل ضمن الضروريات الخمس(2)، فهو قول يحتاج أيضا إلى نظر وتحقيق، فإنه على الرغم من تسليمنا بالاحتفاء والأهمية البالغة والتنويه الكبير بقيمة العدل في النصوص الشرعية، فإنه مع ذلك كما سيأتي يختص بجانب واحد من جوانب العدل، ولتحقيق القول في هذه الدعوى نقول أن العدل يمكن النظر إليه من جانبين:

الجانب الأول هل العدل صفة أو حكم أو مقصد؟ ومن هذا الجانب يمكن أن نميز ثلاث معان:

- العدل باعتباره صفة من صفات الله عز وجل، واسم من أسمائه الحسنى، ومن غير شك أن عدل الله عز وجل يظهر في فعله و في أمره، فأفعاله كلها عدل، وأوامره كلها عدل، والعدل بهذا المعنى صفة من صفات الذات الإلهية، كما قد يكون صفة من صفات العباد كما في قوله عز وجل: ﴿ **تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدَلٍ** ﴾ (3). وقوله ﴿ **وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدَلٍ مِّنكُمْ** ﴾ (4).

- العدل باعتباره تكليفا من التكاليف الشرعية التي يطالب بها العباد، فالعدل هو أحد مطلوبات الشرع، حيث أن أهل العلم والفقهاء ينظرون إلى العدل على أنه تكليف من التكاليف الشرعية. وأغلب النصوص الشرعية التي احتفت بقيمة العدل، إنما باعتباره حكما شرعيا وتكليفيا يطالب به العباد. كما في قوله تعالى: ﴿ **وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ** ﴾ (5)، وقوله: ﴿ **وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ** ﴾ (6)، وقوله: ﴿ **فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ** ﴾ (7).

- العدل باعتباره مقصدا من مقاصد الأحكام الشرعية، وهو المعنى المفهوم من قوله تعالى: ﴿ **لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ** ﴾ (8). غير أن هذا المقصد يتعلق بجانب واحد من جوانب العدل وهو العدل في الحكم.

الجانب الثاني: هل العدل واجب وضروري في جميع المعاملات؟

ومن هذه الزاوية نحتاج لسبر مدى استيفاء العدل شرط الدخول في الضروريات، أن نعرّف أولا العدل، وأن نبين مستوياته وحكمه، لنقف على مدى انطباق مفهوم الضروريات عليه، أما العدل فقد عرّف بأنه إعطاء كل ذي

1- ينظر في ذلك نقد ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 304-307، وينظر أيضا أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 63-64.

2- ينظر في ذلك: أحمد الخليلي: وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1988، ص: 249-250. وينظر: أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص: 386. وينظر: القرضاوي: ندوة سنن الله في الأفق والأنفس، 10-1/1.

3- المائدة/95.

4- الطلاق/02.

5- البقرة/282.

6- النساء/58.

7- الحجرات/09.

8- الحديد/25.

حق حقه، وأما مستويات العدل فهناك العدل في الحكم، وهناك العدل في المعاملة، فأما العدل في الحكم، فهو واجب وعلى ذلك دلت آيات الكتاب والسنة، كما في قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾ (1)، فكل من انتصب للحكم بين الناس وجب عليه الحكم بالعدل ولا يحل له الحكم بغير العدل، أما العدل في المعاملة كما بين ذلك الدكتور عبد الله دراز فليس لازما في جميع الأحوال، بل الشرع يجعل المعاملة القائمة على العدل أدنى رتبة من المعاملة القائمة على الاحسان، نعم ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ (2)، ولكنه يرغب في تجاوز مرتبة العدل إلى مرتبة الإحسان، بل إن بعض المعاملات لا يجب ولا يقبل فيها إلا الإحسان، كمعاملة الوالدين والزوجات وذي القربى واليتامى كما قال عز وجل: ﴿ وَيَالْوَالِدِينَ إِحْسَانًا وَذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ ﴾ (3). فلا يصح ولا يقبل معاملتهم بالعدل؛ الحسنة بالحسنة والسيئة بالسيئة. ومنه يتبين أن مقصد العدل غير مستوفي شرط الدخول في المقاصد الضرورية، ومنه يستبين أن العدل ليس إلا تكليفا من التكاليف الشرعية، وقد يأخذ حكم الوجوب، كما هو الحال في مجال القضاء والحكم بين الناس و من هذه الجهة يمكن اعتباره مندرجا في المقاصد الخاصة، وأما العدل في المعاملة فإنه لا يأخذ دوما حكم الوجوب فضلا عن أن يعتبر من الضروريات.

3- ينسب البعض إلى ابن عاشور أنه اقترح إضافة مقصدي الحرية (4) والمساواة (5) إلى الكليات الخمس، فيحتاج أيضا إلى شيء من بسط القول في تحقيق مدى صحة نسبة هذه الدعوى إلى ابن عاشور أولا، ثم مدى استيفاء هذه الدعوى شرط الدخول في رتبة الضروريات ثانيا.

أما صحة نسبة هذه الدعوى إلى ابن عاشور، فإن نصوص ابن عاشور ليس فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا نزوعه إلى إدراج هذين المقصدين في رتبة الضروريات، بل كل ما تفيدته أقواله ونصوصه أن المساواة من مقاصد التشريع إلا لمانع، وأن الشارع متشوف إلى الحرية. وبلا شك أن اعتبار الحرية والمساواة من مقاصد الشريعة ليس محل جدل أو نزاع، وإنما النزاع في اعتبارهما من المصالح الضرورية التي يفقدها تفوت الحياة في الدنيا والنجاة في الآخرة. و يشهد لذلك أن ابن عاشور لم يكن يتكلم عن الحرية والمساواة باعتبارهما من الضروريات، وإنما كان يتكلم عن الأوصاف العامة الملحوظة في جميع أحوال التشريع أو معظمه (6)، من حيث أنه قد اعتبر خصائص للشريعة وأوصافها العامة من جملة مقاصدها (7)، حيث ذكر من ذلك أن الفطرة أعظم أوصافها، وأن السماحة أول أوصافها وأكبر مقاصدها، ومن أوصافها العموم، والمساواة، والتيسير، والتغيير والتقرير، والضبط والتحديد، والنفوذ، والحرية، والقوة (8). ومن غير شك أن هذه الأوصاف لا يقصد ابن عاشور إدراجها جميعا في الضروريات، ومن ثم نحسب أن دعوى إدراج الحرية والمساواة في الضروريات الخمس لا نسب لها صحيح بابن عاشور.

1- النساء/58.

2- النحل/90.

3- البقرة/83.

4- ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 390-400.

5- ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 329-336.

6- ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 251.

7- ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 251.

8- ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 251-407.

أما مدى استيفاء وصفي الحرية والمساواة شرط الدخول في رتبة الضروريات، فأما بالنسبة للحرية فهي لفظ عام يسع صوراً كثيرة من الحريات ولكن يمكن ردها عموماً إلى ثلاثة أنواع: حرية الرقبة، بالمعنى المقابل للرق والعبودية، وحرية الحركة، بالمعنى المقابل للقيود والأسر، وحرية التصرف بالمعنى المقابل للحجر والمنع، ويدخل في حرية التصرف؛ حرية الاعتقاد، والفكر، والرأي، والتملك، والعمل، وسائر الحريات السياسية والاجتماعية. وعلى الرغم من أن العلامة محمد أبو زهرة قد اعتبر الحرية في عمومها من المصالح الحاجية، من حيث أنه لا يترتب على كون الشخص عبداً أو أسيراً أو محجوراً عليه فوات الحياة في الدنيا والنجاة في الآخرة، وإن كان يلحقه بذلك حرج بالغ، ومن ثم فهي عنده تعد من المصالح الحاجية. والذي نراه أن لفظ الحرية هو الشجرة التي تخفي وراءها غابة من الحريات، فالحرريات متعددة ومتنوعة بتنوع مجالاتها، كما أنها ليست كلها في مرتبة واحدة من حيث أهمية المصلحة التي تعبر عنها، وعلى ذلك فإنه يمكن رد كل نوع منها إلى الأصل الذي تندرج تحته، فحرية الاعتقاد مندرجة في حفظ الدين، وحرية الفكر والرأي مندرجة في حفظ العقل، وحرية التملك والعمل مندرجة في حفظ المال، وحرية الرقبة مندرجة في حفظ النفس، وهكذا سائر الحريات كل منها مندرجة في أحد الكليات الخمس وخادمة له.

3- أما القول بأن الضروريات الخمس تتعلق بالمضار ولا تتعلق بالمنافع، وتتعلق بالمعاملات ولا تتعلق بالعبادات، هو قول مردود، وغير مؤسس، إذ يكفي مراجعة الأمثلة التي يعطيها علماء المقاصد لهذه المصالح ليتضح شمولها لجلب المنافع ودفع المضار، وشمولها للعبادات والمعاملات، ويبان ذلك أن فقهاء المقاصد بينوا جهة حفظ المصالح، وهي جهة الوجود التي تتعلق بجلب المنافع ابتداءً، وجهة العدم التي تتعلق ببقاء المنافع وإدامتها، عن طريق دفع المضار.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن الضروريات الخمس مستوفية شرط تمام الحصر، وأن ما يطرح من مصالح هي بالضرورة مندرجة في كلية من الكليات الخمس. ومنه قال الإمام الشاطبي: "إن مصالح الدين والدنيا مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة.. فإذا اعتبر قيام هذا الوجود الدنيوي مبنياً عليها، حتى إذا انخرمت لم يبق للدنيا وجود.. فلو عدم الدين عدم ترتب الجزاء المرتجى، ولو عدم المكلف لعدم من يتدين، ولو عدم العقل لارتفع التدين، ولو عد النسل لم يكن في العادة بقاء، ولو عدم المال لم يبق عيش.."(1).

ثانياً- أما القول بأن هذه الضروريات الخمس تفتقد شرط التباين، من حيث أن حفظ العقل غير مبين لحفظ النفس فهو أيضاً قول غير مؤسس ومردود، فالعقل غير النفس، والنفس غير العقل، ودليل مباينة أحدهما للآخر، حالة المجنون، فهو نفس وإن كان لا عقل له، ولو كان حفظ العقل غير مبين لحفظ النفس لانعدمت النفس بانعدام العقل(2).

ثالثاً- أما القول بأن هذه الضروريات الخمس تفتقد شرط التخصيص، من حيث أن الدين مساوٍ للشريعة، وليس أحدهما أخص من الآخر، مما يلزم عنه أن المصالح الضرورية أربعة فقط، والحقيقة أن لفظ الدين قد يطلق ويراد به معنى عام وهو كل ما شرعه الله عز وجل من الأحكام على لسان رسول من الرسل، وهو بهذا المعنى فعلاً يكون مساوياً للفظ الشريعة، لكن لفظ الدين أيضاً قد يطلق ويراد به معنى خاص وهو ما شرعه الله من العقائد والشعائر

1- الشاطبي: الموافقات، 32/2.

2- عبد النور بزا: مصالح الإنسان مقارنة مقاصدية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، 2008، ص: 208.

التعبدية، باعتبار أن العقائد والشعائر أحكاماً دينية محضة، ومن هذه الجهة لا يعتبر لفظ الدين مساوياً للفظ الشريعة، وهذا المعنى الثاني هو المراد عند فقهاء المقاصد عند الحديث عن حفظ الدين لمن تأمل الأمثلة التي يسوقونها في هذا الباب عادة. ومنه فالاعتراض بأن حصر الضروريات في الخمس يفتقر شرط التخصيص غير صحيح. وعليه فإذا سقطت هذه الاعتراضات حول حصر مفهوم المصالح الضرورية، ولم يبق لها وجه، فإننا نخلص من ذلك إلى مفهوم المصلحة في الفقه الإسلامي خلافاً للفقه الوضعي مفهوم محدد ومنضبط ومفهوم إجرائي يصلح لبناء الأحكام عليه والاستناد إليه في سن القوانين الشرعية.

الأمير عبد القادر للقادر للعلوم الإسلامية

الفرع الثالث: التأصيل الشرعي لقيود المصلحة العامة في مجال التشريع

لقد سبق وأن ذكرنا أن قيد المصلحة العامة قيد على جميع السلطات العامة في الدولة سواء في ممارسة الوظيفة التشريعية أو في ممارسة الوظيفة التنفيذية أو في ممارسة وظيفة الحكم، فالسياسة الشرعية كما يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف: "هي تدبير الشؤون العامة للدولة الإسلامية بما يكفل تحقيق المصالح ودفع المضار مما لا يتعدى حدود الشريعة وأصولها الكلية"⁽¹⁾، ومنه فقد وضع فقهاء الشريعة عدد من الأسس والقواعد لتأصيل مشروعية هذا المبدأ كقاعدة دستورية جامدة لا تقبل التعديل أو التقييد أو الإلغاء، وهذه الأسس ليست إلا مصادر المشروعية العالية، فمنها ما يرجع لنظرية مقاصد الشريعة ومنها ما يرجع لقواعد الفقه المستمدة من استقراء فروع الأحكام.

البند الأول- التأصيل العقدي والشرعي من مقاصد الشريعة

يعود الأساس العقدي لهذا القيد إلى الغاية من الشرع الإسلامي نفسه بل ومن الوجود البشري ذاته⁽²⁾، فمن المقرر شرعا وفقها أن الشرع جملة وتفصيلا قائم على العلم والحكمة، لأنه صادر من عليم حكيم، فكل ما أمر الله به ونهى عنه شرع لغايات محددة، فقد ثبت بالأدلة أن الشريعة الإسلامية وضعت لتحقيق مصالح الخلق دل على ذلك استقراء النصوص في مصادرها، واستقراء الأحكام في مواردها، وتأييد ذلك بإجماع القرون المشهود لها بالخيرية⁽³⁾. " فالشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد، في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها، ومصالح كلها، فكل مصلحة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل"⁽⁴⁾. على ذلك ما من حكم من أحكام الشريعة إلا وهو معلل بغايات وحكم ومصالح منضبطة شرعا علمها من علمها وجهلها من جهلها، وقد اختار العلماء للتعبير عن هذه الغايات المبنوثة في خلقه وفعله وأمره لفظ المقاصد.

وقد جرت على ألسنة أهل العلم والفقه ألفاظ كثيرة متقاربة المعنى ومتداخلة يُعبر بها عن المقاصد مثل: أسرار الشريعة، وعللها، وحكمتها، ومعانيها، ومصالحها، ومكارمها، وأهدافها، وفلسفتها، ونظريتها العامة، وروحها. إن هذا التنوع في الألفاظ المعبر بها عن المقاصد في مجال التداول الشرعي، ليس تعبيرا عن تباين في ضبط أو تحديد مفهوم المقاصد، بقدر ما هو تعبیر عن منزلة المقاصد عند أهل العلم، ومدى احتفائهم بها باعتبارها " أشرف معادن مدارك الفقه والنظر"⁽⁵⁾ فإن كثرة أسماء الشيء في لغة ما أو لسان قوم دليل على الاهتمام والاحتفاء به عند أولئك القوم كما يقول علماء اللغة.

1- عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية، ص: 17.

2- ينظر: زيد الكيلاني: القيود الواردة على سلطة الدولة، ص: 171.

3- فقد نص الأمدى على أنه لا يجوز القول بوجود حكم لا لعله لأنه: " خلافاً لإجماع الفقهاء على أن الحكم لا يخلو من علة" الأمدى: الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، 3/380. وأكد ذلك في موضع آخر بقوله: "إن أئمة الفقه مجمعة على أن أحكام الله تعالى لا تخلو من حكمة ومقصود" نفس المرجع، 3/411. وهو ما نص عليه ابن الحاجب بقوله: "فإن الأحكام شرعت لمصالح العباد بدليل إجماع الأئمة". ابن الحاجب: منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 1985، 1، ص: 184. وكذلك بالشاطبي: "والإجماع على أن الشارع يقصد بالتكليف المصالح على الجملة" أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 2/196.

4- ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين: 3/337.

5- الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص: 172.

وتتجلى أهمية المقاصد فيما تضيفه على الشريعة من معقولية تؤسس القناعة بأحكامها والنفوذ لسلطانها في الشؤون الخاصة والشأن العام، ومن ثم التأسيس لخطاب معرفي في الفكر والعقيدة والشريعة قادر على محاوره الآخر وبناء القناعات، لأنه خطاب قائم على معقول المعنى الذي هو مشترك بين بني آدم، كما تتجلى أهمية المقاصد في قدرته على تجاوز الخلافات وتقريب المدارك وتقليص الفجوة والمساحات بين أهل الفقه والنظر، خطاب ينطلق من النهايات الغائية للأفعال والأحكام فيما يشبه التغذية الرجعية لتأسيس منطلقاتها.

وإنه ليتمكن القول إنه إذا كانت للمسلمين فلسفة إسلامية أصيلة، تتجسد فيها فلسفة الدين كله إذا صح التعبير، و تعبر عن فلسفة العقيدة و فلسفة التشريع في أبعادهما الغائية فهي بلا شك مقاصد الشريعة، فهي بحق تمثل خلاصة النظر العقلي في المنظومة العقدية والتشريعية معا. و ومن ثم فهي تمثل مرتبة من المعرفة مضمون بها على غير أهلها، ومن هنا نفهم سر احتفاء أهل العلم والفقه والنظر بها، وكثرة الألفاظ المعبر بها عنها(1).

و يراد بمفهوم المقاصد في مجال التداول الأصولي الغايات والمصالح المتوخاة من وراء تشريع الأحكام أو الالتزام بها، فهي المصالح التي تعود على الفرد أو الجماعة أو العمران البشري بصفة عامة من وراء الالتزام بالشريعة جملة وتفصيلا، فلفظ المقاصد في الاصطلاح الشرعي إذا أطلق انصرف مباشرة إلى المصالح التي وضعها الشرع من تشريع أحكامه والغايات التي يقصدها المكلف من وراء الدخول تحت ولايتها، فإن " الأعمال الشرعية - كما يقول الإمام الشاطبي - ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها "(2). و منه يظهر أن البحث في مقاصد الشريعة ليس إلا بحثا في نظرية المصلحة ومن ثم فقد اختار الدكتور يوسف أحمد العالم لفظ المصالح لتعريف المقاصد فقال: "والمقاصد هي المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وأخراهم، سواء أكان تحصيلها عن طريق جلب المنافع أو عن طريق دفع المضار"(3).

ولما كانت جميع الأحكام شرعت لمصالح معينة فإن ذلك يقتضي بالضرورة أن كل تصرف من التصرفات الشرعية التي يباشرها المكلف - بما في ذلك التصرفات السياسية التي تباشرها السلطة العامة - ينبغي أن يكون المقصد منها تحقيق المصلحة التي شرع لأجلها ذلك التصرف وإلا كان ذلك التصرف مشمولاً بوصف البطلان لمناقضته المصلحة التشريعية التي شرع من أجلها، حيث توجب قواعد المشروعية أن يكون قصد المكلف في التصرف موافقا لقصد الشارع في التشريع، وإلا كان ذلك التصرف مشوبا بوصف البطلان وغير نافذ شرعا. فالقاعدة الشرعية "أن كل تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده لا يشرع". " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة ما لم تشرع له فعمله باطل". ولما كانت تصرفات المكلفين بالولاية تنقسم إلى تصرفات بالولاية الخاصة تستهدف تدبير الأمور الخاصة لمن هم تحت ولايته، وتصرفات عامة تستهدف تدبير الشؤون العامة لمن هم تحت سلطانه، فإنه يترتب على ذلك في كلا الحالتين عدم جواز التصرف إلا لمصلحة مقصودة شرعا فإن كان التصرف بولاية خاصة كان الواجب أن يتوسل به تحقيق المصلحة الشرعية الخاصة المقصودة منه لمن هم تحت ولايته ولا يجوز له أن يقصد مصلحته الشخصية أو مصلحة

1 - ينظر: عبد الرحمن رداد، التفسير المقاصدي للنص النبوي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004، ص:.

2 - أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، 2/292.

3 - يوسف أحمد العالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط2، 1415هـ، 1994م، ص:82.

الغيرية، وإن كان التصرف عاما بولاية عامة كان الواجب له أن يتوسل به لتحقيق المصلحة الشرعية العامة المقصودة منه لعموم من هم تحت ولايته أو جمهورهم، ولا يجوز أن يعدل عن المصلحة العمومية لأغراض ذاتية ومصالح شخصية.

البند الثاني - التأصيل الشرعي من القواعد الفقهية

فقرة 1- قاعدة "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" (1).

أولا - مدلول القاعدة

هذه القاعدة الفقهية العظيمة من يمكن اعتبارها من أهم القواعد الدستورية الجامدة المستنبطة من نصوص الشريعة ودل عليها الإجماع دلالة قطعية صريحة، بحيث لا يجوز بحال من الأحوال مخالفتها أو تعديلها أو تقييدها فهي قاعدة عامة مطردة لا يقتصر ميدانها على مجال دون مجال ولا على ظرف دون ظرف، فهي قاعدة محكمة على كل تصرف من التصرفات السياسية التي تباشرها السلطة العامة سواء في مجال التشريع وصناعة القانون أو في مجال التنفيذ والإدارة أو في مجال الحكم والقضاء، فهي قيد على أهل الشورى وعلى الإمام وعلى القاضي وعلى المفتي وعلى كل من يتولى أمور المسلمين.

وقد صاغ هذه القاعدة الإمام جلال الدين السيوطي في كتابه الأشباه صياغة أولى بلفظ "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة" (2)، إلا أن القاعدة بهذه الصياغة ليست قاعدة عامة وإنما تقتصر على التصرفات التي يباشرها الإمام (رئيس الدولة)، فلما جاء الإمام السبكي إعادة صياغة هذه القاعدة صياغة ثانية مركزة لتسع جميع التصرفات التي تصدر من أولى الأمر في الدولة وليس فقط الإمام فجاءت بلفظ "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة". فتصرف الإمام والقاضي وأهل الشورى وكل من ولي أمرا من أمور المسلمين العامة يجب أن يكون مقصودا به المصلحة العامة لجماعة المسلمين، أي عموم نفع من تحت ولايتهم، كل بحسب ولايته ومجال اختصاصه، وما لم يكن كذلك لم يكن صحيحا ولا نافذا شرعا.

ثانيا - السند الشرعي لهذه القاعدة

أصل هذه القاعدة من الكتاب: قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ ① وَأَبْتَلُوا الَّتِي تَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَأَسْتُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ② وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ③ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ④ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ⑤ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ⑥ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ⑦ (3). فقد جعل المولى ﷺ الولاية على اليتيم وهي ولاية خاصة مقيدة في التصرف في ماله بما فيه مصلحة اليتيم، فهي في حق الولاية العامة أؤكد وأوجب لعموم تصرفاتها وخطرها.

وأصل هذه القاعدة من السنة قوله ﷺ: (مَا مِنْ أَمِيرٍ يَلِي أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ لَا يَجْهَدُ لَهُمْ وَيَنْصَحُ إِلَّا لَمْ يَدْخُلْ

1- جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ص: 122 . أحمد بن محمد الحموي: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ص: 370. ابن نجيم الأشباه والنظائر، 137/1، الزركشي: المنثور، ت تيسير فائق محمود، وزارة الأوقاف، الكويت، 1982، 309/1، مجلة الأحكام العدلية: القاعدة 58.

2- جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، القاعدة الخامسة، ص: 122.

3- النساء 5/6.

مَعَهُمُ الْجَنَّةَ (1). و النصح فعل ما فيه مصلحة المسلمين وإلا لم يكن نصحا، بل غشا كما قال ﷺ فيما رواه معقل بن يسار: **(مَا مِنْ عَبْدٍ يَسْتَرْعِيهِ اللَّهُ رَعِيَّةً، يَمُوتُ يَوْمَ يَمُوتُ، وَهُوَ غَاشٌّ لِرَعِيَّتِهِ، إِلَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ)** (2). كما تجد هذه القاعدة الدستورية سندها الشرعي في قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب: **(إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ بِمَنْزِلَةِ وَليِّ الْيَتِيمِ، إِنْ اخْتَجْتُ أَخَذْتُ مِنْهُ، فَإِذَا أَيْسَرْتُ رَدَدْتُهُ، وَإِنْ اسْتَعْنَيْتُ اسْتَعْفَفْتُ)** (3). وقال ﷺ مخاطبا عمار وابن مسعود وعثمان بن حنيف: **(إِنِّي نَزَلْتُكُمْ وَإِيَّايَ مِنْ هَذَا الْمَالِ بِمَنْزِلَةِ وَليِّ الْيَتِيمِ، فَإِنَّ اللَّهَ ﷻ يَقُولُ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ^ط وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ^ع)** (4). (5). ومن قال الإمام الشافعي: **"منزلة الوالي من الرعية منزلة الولي من اليتيم"** (6).

فقرة 2- قاعدة: "الولاية إنما تتناول جلب المصلحة الخالصة أو الراجحة ودرء المفسدة الخالصة أو الراجحة"
أولا - مدلول القاعدة

هذه القاعدة هي كالتفصيل للقاعدة السابقة وتتضمن تحديدا إضافيا للتصرفات المعتبرة والتصرفات غير المعتبرة من تصرفات الولاية سواء كانت ولاية خاصة أو ولاية عامة، وقد أورد هذه القاعدة الإمام شهاب الدين القرافي في كتابه الفروق في الفرق الثالث والعشرين بعد المائتين (7). وهو بصدد بيان ما ينفذ من تصرفات الأئمة والولاية والقضاة وما لا ينفذ منها.

حيث تحصي هذه القاعدة على سبيل الحصر التصرفات النافذة من تصرفات الولاية العامة أو الخاصة في أربعة تصرفات دفع الضرر الخالص أو الراجح أو جلب النفع الخالص أو الراجح، وما عدا ذلك من التصرفات فهو باطل لا سند من المشروعية ولمن له الصفة والمصلحة التمسك بدعوى البطالان. فإذا نحن تركنا جانبا الولاية الخاصة واقتصرنا على تصرفات الولاية العامة فيكون مدلول هذه القاعدة الدستورية في جانبها الإيجابي "كل تصرف من التصرفات السياسية التي تباشرها الولاية العامة يفضي إلى:

- تحقيق منفعة عامة خالصة أو راجحة (ولو بتفويت منفعة مرجوحة أو ارتكاب ضرر مرجوح)
- أو دفع ضرر عام خالص أو راجح (ولو بارتكاب ضرر مرجوح أو تفويت منفعة مرجوحة).

فهو مصلحة معتبرة شرعا و تصرفا صحيحا واجب النفاذ شرعا.

في حين يكون مدلول هذه القاعدة في جانبها السلبي

"كل تصرف من التصرفات السياسية التي تباشرها الولاية العامة يفضي إلى:

- تفويت منفعة عامة خالصة أو راجحة (لتحقيق منفعة مرجوحة أو دفع ضرر مرجوح)

1- صحيح مسلم/ الإمارة/ باب فضيلة الإمام العادل/ رقم: 1829. ص: 764.

2- سنن الدارمي/ كتاب الرقاق/ باب في العدل بين الرعية/ رقم: 2838. 1842/3. وقال محققه أخرجه البخاري في الأحكام.

3- سنن سعيد بن منصور / كتاب التفسير/ سورة المائدة/ رقم: 788، 4/ 1538، وينظر: ابن سعد: الطبقات الكبرى، دار صادر بيروت، 1985، 274/3.

4- النساء/ 06.

5- سنن البيهقي/ كتاب قسم الفيء/ باب ما يكون للوالي الأعظم/ رقم: 13012. 575/6-576.

6- جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، ص: 122.

7- القرافي: الفروق، الفرق: 223، 95/4 وما بعدها.

- أو حصول ضرر عام خالص أو راجح (لدفع ضرر مرجوح أو تحقيق منفعة يسيرة)
 - أو تحقيق منفعة عامة مكافئة لضرر عام فهو مصلحة ملغاة شرعا وتصرف باطل لا نفاذ له".
 ثانيا - السند الشرعي

يسوق الإمام القرافي تقريبا نفس الأدلة التي تؤسس القاعد السابقة فهما في الحقيقة يقولان نفس المعنى الأولى بصورة مجملة والثانية بصورة مفصلة، وبناء على ذلك يقول الإمام القرافي: "اعلم أن كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة أو درء مفسدة، لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ (1). ولقوله عليه السلام ﷺ: (مَا مِنْ أَمِيرٍ يَلِي أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ لَا يَجْهَدُ لَهُمْ وَيَنْصَحُ إِلَّا لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمُ الْجَنَّةَ) (2). فيكون الأئمة والولاة معزولين عما ليس فيه بذل الجهد، والمرجوح أبدا ليس بالأحسن بل الأحسن ضده، وليس الأخذ به بذلا للاجتهاد بل الأخذ بضده، فقد حذر الله ﷻ على الأوصياء التصرف فيما هو ليس بأحسن، مع قلة الفئات من المصلحة في ولايتهم لخستها بالنسبة إلى الولاة والقضاة، فأولى أن يحجر على الولاة والقضاة في ذلك، ومقتضى هذه النصوص أن يكون الجميع معزولين عن المفسدة الراجحة، والمصلحة المرجوحة، والمساوية، وما لا مفسدة فيه ولا مصلحة؛ لأن هذه الأقسام الأربعة ليست من باب ما هو أحسن، وتكون الولاية إنما تتناول جلب المصلحة الخالصة، أو الراجحة، ودرء المفسدة الخالصة، أو الراجحة" (3).

البند الثالث - التأصيل من فروع الأحكام

فقرة 1- في مجال إسناد الولايات والتعيين في الوظائف:

مجال إسناد الولايات والتعيين في الوظائف العامة هو من التصرفات التنفيذية التي تنهض بها السلطة العامة وهي محكومة في ذلك بقاعدة رعاية المصلحة العامة، حيث تقضي القواعد الدستورية الشرعية أن لا يجوز العدول عن الأصلح إلى الأصلح في إسناد الولاية من غير ضرورة شرعية توجب ذلك، فتولية الصالح مع وجود الأصلح من غير موجب، تصرف بالمصلحة المرجوحة وتفويت للمصلحة الراجحة في حق جماعة المسلمين، وهو خيانة لله ورسوله وجماعة المسلمين وهو ما تشهد به النصوص الشرعية و في ذلك يقول ابن تيمية: "يجب على ولي الأمر أن يولي على كل عمل من أعمال المسلمين، أصلح من يجده لذلك العمل، قال النبي ﷺ: (من ولي من أمر المسلمين شيئا، فولى رجلا وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله) (4). وفي رواية: (من قلد رجلا عملا على عصابة، وهو يجد في تلك العصابة أرضى منه، فقد خان الله وخان رسوله وخان المؤمنين) (5). وروى بعضهم أنه من قول عمر لابن عمر روي ذلك عنه. وقال عمر بن الخطاب ﷺ: (من ولي من أمر المسلمين شيئا فولى رجلا لمودة أو

1- الإسراء/34.

2- صحيح مسلم/الإمارة/باب فضيلة الإمام العادل/رقم:1829. ص:764

3- القرافي: الفروق، 4/95.

4- لم أجده بهذا اللفظ، وهو عند البيهقي بلفظ مقارب، سنن البيهقي/كتاب آداب القاضي/باب لا يولي الوالي امرأة ولا جاهلا ولا فاسقا/رقم:20364. 201/10.

5- مستدرک الحاكم/كتاب الأحكام/رقم: 7023. 4/104. وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ولفظه (مَنْ اسْتَعْمَلَ رَجُلًا مِنْ عِصَابَةٍ وَفِي تِلْكَ الْعِصَابَةِ مَنْ هُوَ أَرْضَىٰ لِلَّهِ مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَخَانَ رَسُولَهُ وَخَانَ الْمُؤْمِنِينَ).

قربانة بينهما، فقد خان الله ورسوله والمسلمين(1). وهذا واجب عليه فيجب عليه البحث عن المستحقين للولايات،.. وأن يستعمل فيما تحت يده في كل موضع، أصلح من يقدر عليه"(2). ثم يقول مبينا الأثر المترتب على ذلك: " فإن عدل عن الأحق الأصلح إلى غيره، لأجل قربانة بينهما، أو ولاء عتاقة أو صداقة، أو موافقة في بلد أو مذهب أو طريقة أو جنس، كالعربية والفارسية والتركية والرومية، أو لرشوة يأخذها منه من مال أو منفعة، أو غير ذلك من الأسباب، أو لضغن في قلبه على الأحق، أو عداوة بينهما، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين، ودخل فيما نهي عنه في قوله ﷺ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمْنَتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (3). "(4).

فقرة 2- في مجال التصرف في المال العام:

تقضي القواعد الدستورية المقررة شرعا أن التصرف في المال العام إنما يكون على وجه المصلحة العامة، فيما يتعلق بالأموال العامة المقررة بنصوص الشرع وهي الزكاة والغنيمة والفبيء، فهذه الأموال وإن كان الشرع قد حدد مصارفها بصفة عامة، فقد فوض بعضها أو جزء منها للإمام للتصرف فيه وفق ما تتطلبه حاجة المصالح العامة للدولة وفي ذلك يقول ابن تيمية: " وليس لولاية الأموال أن يقسموها بحسب أهوائهم، كما يقسم المالك ملكه، وإنما هم أمناء ونواب ووكلاء، ليسوا ملاكاً، كما قال رسول الله ﷺ: (إني - والله - لا أعطي ولا أمتع أحداً، وإنما أنا قاسم أضع حيث أمرت)(5). فهذا رسول رب العالمين، قد أخبر أنه ليس المنع والعطاء بإرادته واختياره، كما يفعل ذلك المالك الذي أبيع له التصرف في ماله، وكما يفعل ذلك الملوك الذين يعطون من أحبوا، وإنما هو عبد الله، يقسم المال بأمره، فيضعه حيث أمره الله ﷻ "(6). وفي ذلك يقول الماوردي: " وإذا أراد الإمام أن يصل قوما لتعود صلاتهم بمصالح المسلمين كالرسل والمؤلفة جاز أن يصلهم من مال الفبيء... أما إذا كانت صلة الإمام لا تعود بمصلحة على المسلمين وكان المقصود بها نفع المعطي خاصة كانت صلاتهم من ماله لا من مال المسلمين"(7).

ومن ذلك إذا أصدر رئيس الدولة تشريعا بخفض الضريبة عمن وجبت عليهم وكان في الدولة من يحتاج لهذه الضريبة، ضمن رئيس الدولة ما خفض وفي هذا يقول ابن نجيم: " و في البزازية: السلطان إذا ترك العشر لمن هو عليه جاز، ولكن إذا كان المتروك له فقيرا، فلا ضمان على السلطان، وإن كان غنيا ضمن السلطان العشر للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة"(8).

ويذهب أبو يوسف أن فعل الإمام وتصرفه في المال العام مبني على المصلحة، لا ينفذ أمره شرعا إلا إذا وافقها، فلا يملك مثلا أن ينزع الملكية إلا لمصلحة شرعية معتبرة، وفي ذلك يقول: " وليس للإمام أن يخرج شيئا من يد

1- لم أجد هذا اللفظ.

2- ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص: 7-9.

3- الأنفال/ 27.

4- ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص: 10-11.

5- صحيح البخاري/ كتاب فرض الخمس/ باب قوله تعالى (فإن لله خمس) / رقم: 3117.

6- ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص: 44.

7- الماوردي: الأحكام السلطانية، ص: 163-164.

8- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، 1/ 138.

أحد إلا بحق ثابت معروف" (1).

فقرة 3- في مجال التشريع الجنائي العقابي

من القواعد التي ذكرها الفقهاء والتي تتعلق بالسياسة العقابية أنه " لا يشرع تعزير من لا يفيد تعزيره زجر له لأنه تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده أو تصرف لغير مصلحة" (2) ومن فروع الأحكام المقررة شرعا وفقها كذلك منع إقامة الحدود بدار الحرب لمنافاة ذلك للمصلحة العامة. وهو حكم وردت به السنة الصحيحة.

البند الرابع تطبيق لمراعاة المصلحة في التشريع الإسلامي

الفقرة 1 - قواعد الملاءمة في التشريع الجنائي

أولاً: سياسة التجريم

استخدمت الشريعة في نفاذ تشريعها وفرض احترامه ثلاثة أنواع من الوازع، حيث يقرر فقهاء وعلماء المقاصد أن التشريع الإسلامي وإن كان يشابه التشريعات الوضعية في الاعتماد على وازع السلطة العامة و ما تمتلكه من وسائل الإلزام والإكراه التي تفرض احترام قوانينها، فإن التشريع الإسلامي إضافة إلى ذلك قد يؤيد ذلك بالوازع الجبلي الفطري، وبالوازع الديني الأخلاقي أو يكتفي بهما دونه (3).

و من المعلوم أن الشريعة لم تجرم نصا كل الأفعال المنهي عنها، ولم تستقصي على سبيل الحصر كل الجرائم التي لا يجوز اقرارها وإنما سلكت في سياستها التجرىمية مسلكا وسطا يشتمل على ثلاث مراتب من التجريم:

- فأما الأفعال الخطيرة التي تفوت المصالح الكلية الخمس التي يقوم عليها عمران بني آدم، والتي اتفقت جميع الملل والشرائع على تجريمها فقد تولت الشريعة تجريمها وتجرىمها نصا ديانة وقضاء كما تولت بالإضافة للعقاب الأخرى وضع عقوبة دنيوية مقدرة بالنص أو ما يعرف في الاصطلاح الفقهي بالحدود، لما فيها من مساس شديد بأمن المجتمع والدولة. و بالنسبة لهذا النوع من الأفعال لا تملك جهات التشريع في الدولة الإسلامية سلطة تقديرية لا في تجريمها ولا في المعاقبة عليها. وإنما تملك بإزائها سلطة تنفيذية.

- وفي مرتبة ثانية نجد أفعالا أحر ذات ضرر بالغ و فيها عدوان كبير على حقوق العباد، فتولت الشريعة تجريمها و تجريمها نصا ديانة وقضاء، كما توعدت عليها بالعقاب الأخرى، غير أنها لم تضع لها عقوبة دنيوية مقدرة بل أوكلت تقدير العقوبة المناسبة لها للسلطة العامة، وعلى ذلك فهذا النوع من الأفعال لا تملك جهات التشريع في النظام الإسلامي أي سلطة تقديرية في تجريمها، غير أنها تملك سلطات تقديرية في تقرير العقوبة المناسبة لها من خلال ما يعرف في الاصطلاح الفقهي بالتعزير، وهذه السلطة التقديرية كما سيأتي محكومة بمراعاة مبدأ المصلحة العامة.

ويلحق بهذه المرتبة أيضا أفعال أحر ذات ضرر نادر، لأن الطبع والجملة يهيان عنها وكذلك الإيمان والأمانة يكفيان في البعد عنها، لذا اكتفت الشريعة بتجرىمها ديانة اعتمادا على وازع الجملة والفطرة ووازع الديانة والتقوى، ولم تضع لها عقوبات محددة غير أنه متى فسد الوازع الجبلي وهو الحالة السوية التي فطر عليها الإنسان ظاهرا وباطنا، أو

1- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، 1/138.

2- أبو عبد الله القري: القواعد، 2/200.

3- ينظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 384-385.

ضعف الوازع الديني وهو وازع الإيمان الصحيح المتفرع إلى الرجاء والخوف(1)، فإن المصلحة العامة تقتضي تدخل السلطة العامة لفرض احترام أحكام الشريعة ونفاذها في المجالات التي يجوز لها التدخل فيها وتندرج في اختصاصها الموضوعي، بمعنى أن المصلحة العامة تقتضي عند ضعف الوازع الديني والأخلاقي أن ما كان يعتبر تصرفاً لا أخلاقياً أو فسوقاً دينياً فحسب، يصبح أيضاً جريمة قانونية تحاسب عليها السلطة العامة وتعاقب من يجترأ عليها. كما بينا ذلك عند تفصيل الاختصاص الموضوعي الموكول إلى ولي الأمر في مجال التشريع.

وفي مرتبة ثالثة نجد أفعالاً أخرى مشروعة في أصلها ولا ضرر منها (مباحة) ، غير أنه قد تحيط بها ظروف قد تجعل الاسترسال في بعض هذه الأفعال المباحة جزئياً أو ظرفياً فيه ضرر للمجتمع، فهذه الأفعال لم تنص الشريعة ابتداءً على تحريمها أو تجريمها لا ديانة ولا قضاء، فحكمها الأصلي الإباحة أو ولكنها تركت لجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها صلاحية تجريمها والمنع منها بالجزء لا بالكل، متى بين الاستدلال الشرعي الصحيح أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، كما تركت للسلطة العامة تأييد تجريمها بالعقوبات الدنيوية المناسبة. فهذا النوع من الأفعال تملك جهات التشريع في النظام الإسلامي سلطة تقديرية في تجريمها، كما تملك سلطة تقديرية في وضع العقوبات الملائمة لها. غير أن تجريم فعل مباح محكوم بالمصلحة العامة لجماعة المسلمين وهو ليس تجريماً دينياً عاماً ودائماً بل سياسة شرعية ، فجهات التشريع لا تملك تحريم فعل معين على كل الأشخاص وكل الوقت، بل فقط تملك المنع من ذلك الفعل كل الأشخاص لبعض الوقت، أو منع بعض الأشخاص لكل الوقت.

ثانياً: السياسة العقابية

يؤكد فقهاء الشريعة على أن المقصد العام من العقوبات الشرعية سواء أكانت مقدرة بالنص أو ترك تقديرها لأولي الأمر التشريعي في الدولة لا يخرج عن إصلاح حال الناس ويؤكد ابن عاشور أن السياسة العقابية في التشريع الإسلامي تدور حول ثلاث مصالح عامة كلها تندرج في مصلحة جماعة المسلمين في حفظ نظامها: أما المصلحة الأولى فهي تأديب الجاني حيث يقصد بالعقوبة إصلاح أفراد الأمة الذين يتقوم منهم مجموعها والرجوع بهم إلى الاستقامة، فتكون تلك العقوبة رادعاً للجنّة عن العود لمثلها. والمصلحة الثانية هي إرضاء الجاني عليه، حيث يقصد بالعقوبة إصلاح نظام الأمة واستقرار حالها، فالعقوبة وسيلة لإسكات دواعي الثأر وحب الانتقام التي جبلت عليها النفوس، وهذا المقصد إرضاء الجاني مرجح ومقدم على مقصد إصلاح وتأديب الجاني عند التعارض ولم يمكن الجمع بينهما، كما هو الحال بالنسبة للقصاص فإن معنى التأديب فائت فيه، والمصلحة الثالثة هي زجر المقتدي، حيث يقصد بالعقوبة حفظ مصالح مجموع الأمة من دين ونفس وعقل وعرض ومال، وتنفيذ العقوبات الشرعية على الجنّة فيه زجر شديد لسائر الناس عن الاقتداء بهم(2).

إن إعمال قاعدة المصلحة العامة في التشريع العقابي ومراعاة هذه المصالح الثلاث في أي سياسة عقابية يقتضي أن تكون العقوبة متناسبة مع الجرم المرتكب، فيجب أن تتضمن معني الإيلام بغير زيادة أو نقصان، فلا مصلحة للجماعة في عقوبة غير رادعة ولا في قسوة لا تبررها مصلحة جماعة المسلمين كذلك، ومن ثم يجب أن تتناسب العقوبة مع شخصية الجاني وظروفه وما أحاط بالجريمة من ملابسات. و يعبر ابن القيم عن مبدأ مناسبة

1- ينظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 384-385.

2- ينظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة، ص: 515-518.

العقوبة للحرم في النظام الإسلامي بألفاظ بالغة الدلالة، فيقول: "ومن المعلوم ببداهة العقول أن التسوية في العقوبات مع تفاوت الجرائم غير مستحسن، بل مناف للحكمة والمصلحة فإنه إذا ساوى بينهم في أدنى العقوبات لم يحصل مصلحة الزجر، وإن ساوى بينهم في أعظمها كان خلاف الرحمة والحكمة، إذ لا يليق أن يقتل بالنظرة والقبلة، ويقطع بسرقة الحبة والدينار، وكذلك التفاوت بين العقوبات مع استواء الجرائم قبيح في الفطرة والعقول، وكلاهما تأباه حكمة الرب تعالى وعدله وإحسانه إلى خلقه(1)"

وتناسب العقوبة مع الجريمة مسألة موضوعية تخضع من جهة لتقدير جهات التشريع التي تضع لكل جرم عقوبة تتراوح بين حد أعلى - وحد أدنى وتخضع من جهة ثانية لتقدير محكمة الموضوع حيث يمنح المشرع القاضي سلطة تحديد العقوبة المناسبة بين هذين الحدين يختار القاضي أيهما أقرب إلى تحقيق العدالة استناداً إلى الظروف والملابسات التي أحاطت بارتكاب الجريمة.

كما يقتضي أعمال قاعدة المصلحة العامة أن تشدد العقوبة وتخفف بحسب خطورة الجرم وانتشاره، فتدور العقوبة شدة وضعفا مع الجرم خطورة و شيوعا، وعلى ذلك فإن سياسة التشريع العقابي في النظام الإسلامي تقتضي تشديد العقوبة على جرم استهان به الناس وتجاوزوا عليه، فإذا أنزجر الناس وكفوا عن التجاسر عليه، اقتضت المصلحة العامة وسياسة التشريع العقابي العودة إلى العقوبة المناسبة في الأحوال العادية وهو ما نص عليه الإمام الشاطبي في نص بالغ الأهمية حيث يقول: "الشريعة جارية في التكليف بمقتضاها على الوسط الأعدل، الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه، فإن كان التشريع لأجل انحراف المكلف أو وجود مظنة انحرافه عن الوسط إلى أحد الطرفين، كان التشريع رادا إلى الوسط الأعدل ولكن على وجه يميل فيه إلى الجانب الآخر ليحصل الاعتدال فيه، فعل الطبيب الرفيق أن يحمل المريض على ما فيه صلاحه بحسب حاله وعادته، وقوة مرضه وضعفه، حتى إذا استقلت صحته هياً له طريقاً في التدبير وسطاً لائقاً به في جميع أحواله"(2).

وتطبيقاً لذلك يقول " فطرف التشديد وعامة ما يكون في التخويف والترهيب والزجر، يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الانحلال في الدين. وطرف التخفيف وعامة مل يكون في الترجية والترغيب والترخيص يؤتى به في مقابلة من غلب عليه الحرج في التشديد، فإذا لم يكن هذا ولا ذاك رأيت التوسط لائقاً ومسلك الاعتدال واضحاً"(3).

وعليه فإنه تطبيقاً لهذا الأصل فإن المصلحة العامة تقتضي من جهات التشريع ملائمة السياسة العقابية مع الواقع والوضع والسلوك الإجرامي السائد. والانحراف عنها يشوب التشريع بشائبة الغلو أو التقصير وهو ما سنعرض له في المبحث الموالي.

1- ابن القيم الجوزية: إعلام الموقعين، 3/350.

2- الشاطبي: الموافقات، 2/279.

3- الشاطبي: الموافقات، 2/286.

المبحث الثاني: الانحراف التشريعي عن المصلحة العامة والرقابة عليه

عيب الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري الوضعي يتعلق أساساً كما سبق بيانه بالغاية من التشريع وهي المصلحة العامة دائماً، ولا يتصور تحقق هذا العيب إلا حينما يمنح الدستور سلطة تقديرية للمشرع في مجال معين من التشريع، ذلك أن السلطة التقديرية هي التي تتيح للمشرع الخيار بين عدة حلول ووسائل، وعلى هذه الحال من سلطة التقدير ينبغي على المشرع أن يستهدف المصلحة العامة دون سواها، فإن انحرف عنها واستهدف غيرها مثل تحقيق مصلحة فردية أو مصلحة حزب من الأحزاب، أو فئة من الفئات، فإن المشرع يكون قد انحرف بسلطته التشريعية (مطلب أول). . . وسنعرض لذلك على جهة التأصيل بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي في ضوء المقارنة مع النظم السياسية المعاصرة (مطلب ثان)

وعلى ذلك فقد جاء هذا المبحث في مطلبين

المطلب الأول: الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري الوضعي والرقابة عليه

المطلب الثاني: الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري الإسلامي والرقابة عليه

المطلب الأول: الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري الوضعي والرقابة عليه

تمثل نظرية الانحراف اليوم واحدة من النظريات العامة التي أخذت تتغلغل في جميع فروع القانون، فبعد أن نشأت في إطار القانون الخاص انتقلت إلى فروع القانون العام وتفرقت في فروع من الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إلى الانحراف في استعمال الإجراء وانتقلت إلى القانون الدستوري من خلال الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، وبلغت ذروتها بما انتهت إليه من احتمال ظهورها في خصوص استعمال السلطة الدستورية حيث أصبح من المتصور وجودها في صورة انحراف في استعمال السلطة التأسيسية أي أنه أصبح من المتصور وجود انحراف في تعديل الدستور ذاته. وما يعيننا هنا بطبيعة الحال هو التعرض للانحراف التشريعي لأجل مقارنة ذلك بالنسبة للنظام السياسي الإسلامي وعلى ذلك فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: الانحراف التشريعي المفهوم والجزاء

الفرع الثاني: صور الرقابة على الانحراف التشريعي

الفرع الأول: الانحراف التشريعي المفهوم والجزاء

البند الأول: مفهوم الانحراف التشريعي

الفقرة 1- مفهوم عيب الانحراف في الفقه الإداري

نشأت نظرية الانحراف بالسلطة في الفقه الإداري ثم تبناها الفقه الدستوري حيث من المعروف في الفقه الفرنسي أن الفقيه Aucoc هو أول من تعرض لفكرة الانحراف بالسلطة عندما درس غايات النشاط الإداري ليبين فيما إذا كان للإدارة أن تخرج عن إطار هذه الغايات وقد استخلص فكرة الانحراف بالسلطة حينما قال إن هناك انحرافا بسلطة الضبط الممنوحة للإدارة عندما يتخذ رجل الإدارة قرارا ضمن اختصاصاته تماما كما ويسلك بشأنه الأشكال المنصوص عليها قانونا، ولكنه يستعمل سلطته التقديرية في حالات ولأسباب غير تلك التي من أجلها منح هذه السلطة(1). ومن تحليل عيب الانحراف نجد أنه يقوم على عنصرين:

الأول عنصر سلبي وخلاصته أن القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف هو عمل إداري سلمت جميع أركانه الأخرى (الاختصاص الشكل المحل السبب) ولا يعني هذا أن عيب الانحراف لا يمكن أن يقوم مع وجه أو أكثر من العيوب الأخرى.. بل يعني أن القضاء في فرنسا ومصر قد أضفيا على هذا العيب صفة احتياطية حيث درج على أن لا يبحث في عيب الانحراف إلا بعد التأكد من سلامة باقي أركان القرار الإداري.

والعنصر الثاني إيجابي ومقتضاه أن ركن الغرض (أو الغاية أو الباعث أو الهدف Le But) هو وحده المعيب في ذلك القرار، ذلك أن سلطة الإدارة ليست غاية في حد ذاتها ولكنها وسيلة لتحقيق المصلحة العامة ووسيلة لحماية الخير المشترك للجماعة، وهنا تختفي السلطة التقديرية تماما فالقاعدة أنه لا حرية في تحديد الغرض(2)، إلا أننا لا نجد قواعد دقيقة تحدد لنا الأهداف التي يجب على الإدارة أن تحققها إذا هي استعملت سلطاتها التقديرية وهذا لا يعني إطلاقا أن المشرع قد ترك للسلطات الإدارية مطلق الحرية في تحديد هذه الأغراض، فالقاضي عليه أن يحاول الوصول إلى تعرف الهدف المخصص الذي يتعين على عضو الإدارة أن يحققه من بين أهداف المصلحة العامة(3).

ويرى الدكتور سليمان الطماوي أن عيب الانحراف هو عيب في الاختيار فبدلا من أن تختار السلطة الإدارية الهدف المحدد لاختصاصاتها وسلطاتها تسعى إلى تحقيق غرض آخر سواء حسنت نيتها أو ساءت.. فعيب الانحراف هو عيب ملازم لفكرة السلطة التقديرية أما حيث تكون سلطة الإدارة محددة واختصاصها مقيدا فإن عيب الانحراف لا يمكن أن يثار(4).

الفقرة 2- مفهوم عيب الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري

يعتبر الفقيه الدستوري الكبير عبد الرزاق السنهوري صاحب فضل سبق في إبراز فكرة الانحراف التشريعي من خلال بحثه في (مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية). حيث خلص فيه لنظرية محددة

1 - محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، والرقابة على دستوريته. 124/1.

2 - سليمان الطماوي: التعسف في استعمال السلطة، ص: 62.

3 - ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 124/1-125.

4 - سليمان الطماوي: التعسف في استعمال السلطة، ص: 75.

وعلى أسس واضحة لفكرة الانحراف التشريعي رغم الانتقادات الكثيرة التي وجهها الفقه لها(1).

يرى الدكتور السنهوري أن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية يمثل المرحلة الثالثة بعد استقرار نظريتي التعسف في استعمال الحق و نظرية التعسف في استعمال السلطة الإدارية ومن ثم فهو يرى إلى أنه في سبيل تحديد عناصر الانحراف التشريعي يحسن الرجوع إلى ما استقر من مبادئ في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الإدارية، فهذه النظرية قد فرغ منها وأصبحت من النظريات المسلمة في القانون الإداري فقها وقضاء، فيجب النسخ على منوالها وأن ترسم الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف على نفس الخطوط الرئيسية في نظرية الانحراف بالسلطة(2).

ومن أجل ذلك يعرض لأركان القانون قياسا على أركان القرار الإداري و يحصرها في أربعة أركان: ركن الاختصاص وركن الشكل وركن المحل وركن السبب، حيث خلص إلى دمج ركن الغرض أو الغاية في ركن السبب لما سبق بيانه من أن عنصر الوقائع خلافا للقرار الإداري ليس له نفس الدور في مجال القانون (3).

ومن دراسته لركني الاختصاص والشكل في العمل التشريعي خلص إلى أن كلا من ركني الاختصاص والشكل ليس فيهما سلطة تقديرية أي أنهما خارج مجال ونطاق السلطة التقديرية للمشرع(4).

كما خلص إلى أن مخالفة ركن المحل في القانون لا تتحقق إلا بمخالفة نص من نصوص الدستور والقيود الموضوعية فيه وهي التي ترسم للمشرع سلطة محددة لا يجوز تجاوزها، فمخالفة ركن المحل صور من صور مخالفة التشريع للدستور بصورة مباشرة.

ومن ثم ينتهي الفقيه الكبير إلى أن عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية إنما يتعلق بركن الغاية والسبب حيث أن منطقة الانحراف هي المنطقة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية في حدود الدستور، فعيب الانحراف هو انحراف القانون عن الغاية المرجوة منه، فبواعث المشرع قد تدفعه إلى سن قانون يرتب الهيئات القضائية حقا، كما قد تدفعه إلى اتخاذ ترتيب جهات القضاء مجرد ستار للانتقاص من سلطة القضاء(5).

الفقرة 4- الفرق بين الانحراف التشريعي و مخالفة المشروعية الدستورية

يقوم التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف التشريعي شأنه في ذلك شأن التمييز بين مخالفة القرار الإداري للقانون والتعسف في استعمال السلطة، على أساس التفرقة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية، فمخالفة التشريع للدستور تتطلب الإخلال بنصوص الدستور والقيود الموضوعية الواردة فيه بينما الانحراف التشريعي فيكفي فيها أن يتعارض التشريع مع مبادئ الدستور العليا والغايات وعلى ذلك فمخالفة التشريع للدستور تنصب على مخالفة نصوصه وأحكامه بينما الانحراف التشريعي يتجه إلى مخالفة الدستور في روحه وفحواه، ومن جهة ثانية فمخالفة التشريع للدستور طريق أصلي للطعن في التشريع، بينما الانحراف في استعمال السلطة التشريعية طريق طعن احتياطي في التشريع شأنه في ذلك شأن التعسف في استعمال السلطة الإدارية

1 - حول الانتقادات الموجهة لهذه النظرية: ينظر: ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/250-298.

2 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصرية، القاهرة، 1951، ص: 60. وأعاد نشر نصه الكامل ما هر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 975-1062.

3 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 7.

4 - ينظر: ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/194.

5 - ينظر: ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/304.

البند الثاني: إثبات الانحراف التشريعي والجزاء المترتب عليه

فقرة 1- إثبات الانحراف التشريعي

إثبات الانحراف التشريعي أمر دقيق قد يزيد في دقته على إثبات التعسف في استعمال السلطة الإدارية وتقف دون ذلك صعوبات جمة منها:

أن الكشف عن الكشف عن النوايا الأغراض إذا كان مستساغا بالنسبة لرجل الإدارة كأن يقصد تحقيق غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصي، فمن غير المستساغ أن تنسب غايات شخصية للهيئة التشريعية، لكثرة عددهم وطبيعة عملهم، وحتى لو أصدر البرلمان تشريعا قصد الانتقام أو نفع شخصي أو فتوي فهو يحرص على أن يلبس هذا التشريع لباس المصلحة العامة.

أن السلطة التشريعية يفترض فيها أنها تعلقو في النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة ورجل الإدارة وهو يمارس صلاحياته الإدارية ومن ثم فإن نسبة الانحراف إليها يقوم على غير أسس.

غير الدكتور ماهر أبو العينين في رسالته القيمة عن الانحراف التشريعي استطاع أن يبين الأسس التي تسمح بالانحراف التشريعي في عمل الهيئة التشريعية وقد لخصها في عدة عناصر:

أولا: الأسس الفنية لقيام الانحراف التشريعي وتمثل في:

1- مدى السلطة التقديرية للمشرع على عناصر القانون، فالانحراف يكون حيث تكون السلطة التقديرية. ولأن المشرع كما تحكمه سلطة مقيدة في عمله، فهو أيضا يتمتع بسلطات تقديرية واسعة خاصة فيما يتعلق بعنصر السبب(1).

2- الغاية من القانون وأثرها على طبيعته، من حيث أن غاية مصدر القانون إذ أن غاية مصدر القانون تكون لها الأثر الرئيسي في تحديد محل القانون(2).

3- الغموض والإجمال الذي يكتنف مفهوم المصلحة العامة في الفقه الوضعي، مما يستدعي تدخل المشرع لتحديد الصالح العام وتمييزه عن المصالح الخاصة. خاصة وأن الدستور لا يفصل كثيرا في الأهداف الخاصة التي يجب أن يتغياها التشريع. فكل هذه العناصر الثلاثة تساعد على قيام الانحراف التشريعي(3).

ثانيا: الأسس الواقعية لقيام الانحراف التشريعي

1- تكوين السلطة التشريعية إن النقد الذي ينفي الانحراف التشريعي على أساس أن الهيئة التشريعية مكونة من عدد كبير من الأعضاء مما يجعل من الصعب اتجاههم جميعا إلى غرض غير دستوري، فإن هذا النقد في غير محله فالانحراف يرتبط بتشكيل هذه الهيئة وطريقة عملها، إذ كيف يتسنى لهيئة رعاية الصالح العام إذا كان من الممكن شراء أعضائها أو إذا كان أعضاؤها أقلهم كفاية علمية(4). فمن المتصور أن يضم البرلمان مجموعة نواب كرجال الأعمال مثلا تدفعهم مآربهم الشخصية إلى تبني مشروعات قوانين معينة تخدم أغراضهم ومصالحهم الشخصية، بصرف النظر

1 - ينظر: ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 300/1-301.

2 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص:302-308.

3 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص:309-321.

4 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص:322-331.

عن تعارضها مع الصالح العام للمجتمع(1).

2- النظام الحزبي وأثره في عمل البرلمان، حيث من المعتاد أن يخضع أعضاء البرلمان سواء كانوا في الأغلبية أو في الأقلية للأوامر التي تصدرها قيادة أحزابهم التزاماً أو رغبا أو رهبا، كما أن أعضاء البرلمان ليسوا بمنأى عن الضغوط التي تمارسها جماعات الضغط والمصالح وهي ضغوط قوية جدا، مما يساعد على قيام الانحراف التشريعي(2). كما أن من المتصور أن تدفع الأهواء الحزبية حزب الأغلبية أو الأحزاب التي تشكل أغلبية في البرلمان إلى استصدار قانون يخدم مصالح ذلك الحزب أو يضر بمصالح أعضاء حزب آخر(3).

3- دور اللجان البرلمانية في السيطرة على مشروعات القوانين ويضاف إلى ذلك تدخل السلطة التنفيذية في عمل البرلمان ومحاولة دفع الهيئة البرلمانية لتمرير تصورها للقانون.

الفقرة 2- معيار الانحراف التشريعي

تبني الأستاذ السنهوري وضع معيار الانحراف التشريعي قياساً على معيار الانحراف الإداري، بمعنى أنه إذا قسنا الانحراف التشريعي على الانحراف في استعمال السلطة الإدارية لقلنا بأن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتوخى غيرها، ولا ينحرف عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلاً، والمعيار هنا ذا شقين، ذاتي وموضوعي،:

أما الشق الذاتي فهو يتعلق بتعرف النوايا والغايات التي أضمرتها جهة التشريع وقصدت إلى تحقيقها بإصدارها تشريعاً معيناً فهذه الغايات والبواعث قد تكون بريئة تستهدف تحقيق المصلحة العامة والأهداف المخصصة التي نص عليها الدستور، فعند ذلك يسلم التشريع من عيب الانحراف. وقد تكون البواعث لا تمت بصلة للمصلحة العامة، فقد تستهدف مصلحة شخصية أو فئوية أو حزبية فعند ذلك لا يسلم من عيب الانحراف. وقد يكون مع استهدافه المصلحة العامة قد جانب الأهداف المخصصة التي حددها الدستور لهذا التشريع ففي هذه الحالة أيضا لا يسلم من عيب الانحراف وإن كان المشرع حسن النية.

أما الشق الموضوعي فهو واحد لا يتغير وهو أولا المصلحة العامة التي يجب أن يتوخاها المشرع دائماً في تشريعاته، وهو ثانيا الأهداف المخصصة التي رسمت لتشريع معين (4).

واتجه الأستاذ السنهوري، بعد أن استبعد فكرة الغايات الشخصية في تصرفات السلطة التشريعية، إلى تبني معيار موضوعي يتمثل في المصلحة العامة التي يجب أن يهدف إليها المشرع، ومن ثم فإن المعيار في تحديد الانحراف التشريعي ينبغي أن يكون معياراً موضوعياً وليس معياراً ذاتياً يركز على البواعث التي تحرك الهيئة التشريعية(5). ورأى أن تقصي الانحراف يكون من خلال الفروض التالية:

أولاً. الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً، ذلك أن التشريع يتضمن بطبيعته قواعد عامة

1 - أحمد أحمد الموائي: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص: 25 .

2 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 332-339 .

3 - أحمد أحمد الموائي: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص: 25 .

4 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 62، وأبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/ 210.

5 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 68.

مجردة، فإن أصدرت السلطة التشريعية تشريعاً معيناً لا يطبق إلا على حالة فردية فإن مثل هذا التشريع يعتبر معيباً بعبء الانحراف في استعمال التشريعية(1).

ثانياً. مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذي رسم له: إذا قرر المشرع الدستوري غرضاً معيناً لتشريع قانون ما، فإن مجاوزة المشرع العادي لهذا الغرض يعيب تشريعه بعبء الانحراف بالسلطة التشريعية(2).

ثالثاً. كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية: يرى الأستاذ السنهوري أنه يمكن أن تقسم الحقوق والحريات العامة إلى نوعين: النوع الأول: الحريات والحقوق العممة التي لا يقبل التقييد بطبيعتها ومن أمثلة ذلك حق المساواة، وحظر إبعاد المواطن عن بلاده، وحظر المصادرة العامة للأموال، فإذا ما صدر تشريع يقيدها كان باطلاً وذلك لمخالفة ذلك التشريع للدستور.

أما النوع الثاني فالحريات والحقوق العامة التي تقبل التقييد، فإن للمشرع أن يتدخل في تنظيمها قصد تمكين الأفراد من التمتع بها دون اعتداء على الغير، ومن أمثلة هذه الحقوق والحريات، حرية الرأي وحق التملك، وحرية العبادة..، فإذا صدر مثلاً تشريع يفرض قيوداً كبيرة على حرية القيام بالشعائر الدينية كان هذا التشريع باطلاً. فإن الدستور عندما يحول المشرع سن قانون بذلك فإن الغرض من ذلك هو تنظيم استخدام المواطنين للحريات العامة حتى لا تتعارض حريات الفرد مع حريات الآخرين، فإن خرج التشريع عن حدود التنظيم لأغراض أخرى، فإن مثل هذا التشريع يكون قد تجاوز الغاية المرسومة له فيقع باطلاً(3).

رابعاً. احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض حيث تحرص الدساتير عادة على تقرير مبدأ عدم رجعية القوانين وذلك احتراماً للحقوق المكتسبة، ومثال ذلك عدم رجعية قانون العقوبات، وعدم رجعية سائر القوانين إلا بنص صريح في التشريع، فالدستور يحرص على احترام الحقوق المكتسبة بحيث لا يجوز المساس بها في غير ضرورة(4).

خامساً. مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه: يقوم هذا الفرض على أنه توجد مبادئ تسود الدستور وتهيمن على أحكامه، وهذه المبادئ هي روح الدستور ويتم استخلاصها موضوعياً من نصوصه المدونة، ويقع على المشرع واجب مراعاتها وهو بصدد سن تشريع تفادياً للوقوع في الانحراف في استعمال سلطته الممنوحة له(5).

وقد ذهب الفقه بعيداً في نقد معظم هذه الفروض التي ساقها السنهوري باشا كمظاهر للانحراف التشريعي

1 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 70-71. وينظر: ما هر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/ 214-215.

2 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 71-73. وينظر: ما هر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/ 215-218.

3 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 75-76. وينظر: ما هر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/ 218-219.

4 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 80-87. وينظر: ما هر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 1/ 220-223.

5 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 91-101.

على أساس أن معظمها أو مجملها تندرج في عيب مخالفة الدستور وليس في نطاق الانحراف التشريعي(1).

فقرة 3- جزاء الانحراف التشريعي

يقرر السنهوري باشا أن الجزاء المترتب على الانحراف في استعمال السلطة التشريعية هو نفس الجزاء المقرر للتعسف في استعمال السلطة الإدارية، فالجزاء واحد سواء في التشريع المخالف للدستور، أو التشريع المنطوي على انحراف في استعمال السلطة التشريعية فكلا التشريعين جزاءهما واحد وهو البطلان، وهذا الأمر أيضا ينطبق في شأن القرار الإداري فهو باطل إذا خالف القانون أو انطوى على تعسف في استعمال السلطة الإدارية(2).
فالمشرع يستعمل سلطته في التشريع لتحقيق غاية المصلحة العامة، فإذا حاد عنها أو انحرف إلى غاية أخرى فإن القضاء الدستوري، يقضي بعدم دستورية التشريع لعب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة التشريعية، وفي هذه الحالة فإن القضاء الدستوري لا يقف عند مجرد مخالفة الواضحة لنصوص الدستور، بل يتعدى ذلك إلى البحث في بواعث التشريع وملاءمته (3).

- 1 - ينظر هذا النقد في : ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 250/1-273. وانظر: أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري، ص: 595.
- 2 - ينظر: عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ص: 114.
- 3 - أحمد أحمد الموائي: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص: 26 .

الفرع الثاني: الرقابة على الانحراف التشريعي

البند الأول: توجه القضاء الدستوري الحديث لفرض الرقابة على الانحراف التشريعي

ذهب الفقه الغالب إلى أن أوجه عدم الدستورية هي عدم الاختصاص والشكل والمحل والانحراف التشريعي حيث يدرج كما سبق ذكره عدم الاختصاص و الشكل، تحت المخالفة الشكلية أو الخارجية، أما عيب المحل والانحراف في استعمال السلطة التشريعية فيندرجا تحت المخالفة الدستورية الموضوعية(1)، و إذا كان القضاء الدستوري قد استقر على الرقابة على أوجه المخالفة الثلاثة الأولى منذ وقت طويل فإن الرقابة على الانحراف التشريعي لم تأخذ بعد مداها الكامل، وقد اتجه القضاء الدستوري في فرنسا ومصر والولايات المتحدة الأمريكية إلى بسط رقابته على الانحراف التشريعي وهو ما سنعرض له:

فقرة 1- اتجاه القضاء في فرنسا وأمريكا ومصر للرقابة على الانحراف التشريعي

أولا - اتجاه القضاء في فرنسا للرقابة على الانحراف التشريعي

اتجه المجلس الدستوري في فرنسا للأخذ بعيب السبب في نطاق الرقابة الدستورية من خلال الأخذ بفكرة الغلط البين أو الخطأ الظاهر في التقدير كسبب موضوعي لإلغاء القانون(2)، ويذهب بعض الفقهاء إلى أن المجلس الدستوري في فرنسا قد استوحى فكرة الغلط البين في التقدير في قراره الصادر في 15/1/1975، والخاص بقانون الإجهاض(3)، في حين يذهب رأي آخر أن العمل بمبدأ الخطأ الظاهر في التقدير إنما ظهر لأول مرة في قرار المجلس الدستوري الصادر في 19-20/1/1981، بشأن الرقابة على قانون الأمن والحرية بشكل ضمني ثم استعمله المجلس صراحة في قراره الصادر في 16/1/1982، بشأن الرقابة على قانون التأميم(4).

ورقابة الغلط البين في التقدير أو كما يترجم أيضا بالخطأ الظاهر في التقدير في المجال الدستوري تختلف بطبيعة مجالها عن رقابة الغلط البين في التقدير في المجال الإداري، من حيث أن هامش السلطة التقديرية الذي يتمتع به المشرع في ممارسة اختصاصاته التشريعية أكبر بكثير من الهامش الذي تمتلكه الإدارة، ومن ثم فإن رقابة الخطأ الظاهر في التقدير أمام المجلس الدستوري، لا ينبغي أن تفهم على أنها رقابة الخطأ على التكييف القانوني للأسباب، وإنما على أنها رقابة الملائمة بين اختيار الحلول من جانب المشرع عندما يؤدي تدخل المشرع للمساس بمبدأ دستوري.

ثانيا - اتجاه القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية للرقابة على الانحراف التشريعي

كما اتجه القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية إلى بسط رقابته على السلطة التقديرية للمشرع في فترة سابقة من خلال مبدأ الوسائل القانونية السليمة، كما هو الحال في قضية ميلوكي بمينوستا عام 1890، حيث نصت المحكمة في حكمها أن مبدأ الوسائل القانونية السليمة لا يعني فقط الإجراء المطابق للقانون فحسب، وإنما أيضا التحقق من أن المشرع قد راعى الحقوق التي يجب على القانون حمايتها والحدود التي يجب أن يقف عندها، وأن المبادئ

1 - ينظر: بكر قباني: دراسة في القانون الدستوري، ص: 210، وينظر: يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، ص: 189-212.

2 - كان مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بهذه النظرية في نطاق الرقابة على القرار الإداري لأول مرة في 1961، ينظر: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 477.

3 - عبد المنعم عبد الحميد: المعالجة السياسية والقضائية للانحراف التشريعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص: 64.

4 - شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص: 458.

التي يسترشد بها القاضي الدستوري في هذا التحديد هي الحقوق الطبيعية(1). وتجلى بسطها للرقابة على الانحراف التشريعي في حكمها الخاص بعدم دستورية القانون المتعلق بفرض الضريبة على الإيرادات، عام 1913. وهي قضية تجلت فيها القبضة الحديدية بيم الكونغرس والمحكمة العليا، وفي عام 1932 دخل القضاء الدستوري الأمريكي مرحلة الامتناع عن الخوض في مدى ملاءمة التشريع(2).

ثالثاً - اتجاه القضاء في مصر للرقابة على الانحراف التشريعي

تابع القضاء الدستوري المصري القضاء الإداري المصري في رفضه بسط رقابته على الملاءمة، ملاءمة التشريع، على اعتبار أنه لا يصح أن البحث عن طبيعة البواعث التي أدت إلى سن التشريع و ما إذا كانت هذه البواعث سليمة أم غير سليمة، كما لا يصح أن تنسب للسلطة التشريعية بواعث غير مشروعة في اقتراحها القانون أو سنه، ومن ثم فلا يجوز أن تمتد ولاية المحكمة إلى مناقشة مدى ملاءمة التشريع أو البواعث التي حملت السلطة التشريعية على سنه(3)، وقد سارت في هذا الطريق زمناً طويلاً غير أنه في الفترة الأخيرة جددت بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا تسمح لنفسها بفحص مدى ملاءمة التشريع لظروف المجتمع السائدة ومن ثم تقرر عدم دستوريته بالاستناد إلى وسائل أخرى. وهو ما يعتبره بعض الفقه تدخلاً من المحكمة في تخوم الملاءمة السياسي التي يجب أن تبقى خارج حدودها حتى لا تحل نفسها محل المشرع، ومن الأمثلة على ذلك حكمها الصادر عام 1986 بشأن المادة الثانية من القانون المتعلق بشأن تحضير الأدوية والمستحضرات الصيدلانية تحت أسماء تجارية بقصد الاتجار فيها(4). وأكدت هذا الاتجاه في حكمها الصادر في 1994/6/20، حيث نصت (أن تنظيم الحقوق وإن كان يدخل في السلطة التقديرية للمشرع يمارسها وفق أسس موضوعية ولا اعتبارات يقتضيها الصالح العام إلا أن هذا التنظيم يكون مجانباً أحكام الدستور منافياً مقاصده إذا تعرض للحقوق التي تناولها) حيث يرى بعض الفقه أن المحكمة بحكمها هذا قد اتجهت لبسط رقابتها على الانحراف التشريعي(5).

فقرة 2- اختلاف الفقه في بسط الرقابة على الانحراف التشريعي

برغم اتجاه القضاء الدستوري إلى بسط رقابته على السلطة التقديرية لمشرع إلا أن بعض الفقه لم يسلم بذلك(6) وأثار كثير من الاعتراضات لعل أهمها وأخطرها أن بسط القاضي الدستوري رقابته على السلطة التقديرية للمشرع تدخل صريح منه في الملاءمات السياسية المتروكة للمشرع، حيث يؤدي إلى إهدار القاضي الدستوري اختيار المشرع الذي يقدر عدم مناسبته، ويحل تقديره محل تقدير المشرع، مما يؤدي إلى التدخل في عمل المشرع والإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات ومن ثم التصادم وتهديد الشرعية(7)، ومن ثم فليس لجهة الرقابة على الدستورية أن

1 - ينظر: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 511.

2 - ينظر: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 515.

3 - ينظر: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 530-531.

4 - ينظر نص الحكم في: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 530-531.

5 - ينظر نص الحكم في: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 542.

6 - من هؤلاء: د أحمد كمال أبو المجد، د سليمان الطماوي، د محمد عصفور، د عبد الحميد متولي، د عادل الطبطبائي، د علي الباز، ينظر آراءهم

في: عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 461-476.

7 - ينظر: شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، ص: 47.

تستعيز عن إرادة المشرع في التقدير بإرادتها هي، ولا أن تبدل تقديره بتقديرها، لأن تقدير المصلحة العامة التي يستهدفها التشريع مما يختص به المشرع، ويرى أصحاب هذا الاعتراض أن التدخل في السلطة التقديرية للمشرع يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء الدستوري طويلا من أن القاضي الدستوري لا يراقب ملاءمة التشريع وأن تقدير المصلحة العامة متروك للمشرع، وإنما يراقب فقط عدم مخالفة التشريع للدستور(1). ومن ثم ينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن السلطة التقديرية للمشرع عند مباشرته لدوره التشريعي يقع خارج نطاق الرقابة القضائية لأنه يدخل في نطاق السياسة التشريعية التي تمثل الحدود والتخوم التي يقف عندها القضاء وإلا كان قد شارك البرلمان عمله التشريعي، فملاءمة التشريع من الملاءمات السياسية المترتبة للهيئة التشريعية(2).

البند الثاني: بعض صور الرقابة على الانحراف التشريعي

لا يزال النقاش حول صور الرقابة على الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري الوضعي مستمرا كما أن النقاش حول تكييف طبيعة العيوب التي تندرج في رقابة الانحراف لم تتوقف بعد و من ثم يكفي أن نعرض فيما يلي بعض صور الرقابة وطبيعة العيوب التي لا يزال النقاش الفقهي يدور حولها.

فقرة 1- رقابة التناسبية على السلطة التقديرية للمشرع

أولا: حقيقة رقابة التناسبية

رقابة التناسبية رقابة ابتدعتها المحكمة الإدارية العليا في مصر ثم اتجه القضاء الدستوري في مصر إلى تطبيق رقابة التناسبية في التشريع الجنائي، بأن فحص مدى تناسب محل القانون مع سببه أي مع الأفعال التي نهي عنها المشرع، حيث ذهبت المحكمة الدستورية العليا، أن من الضروري أن يلتزم المشرع أثناء سن أي تشريع عقابي أن يكون الجزاء متناسبا مع الأفعال التي نهي عنها المشرع دون غلو أو إفراط وأن يكون الجزاء متدرجا طبقا لجسامة المخالفة حماية للغايات المقصودة من العقوبة (3).

وعلى هذا الأساس حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القانون 147 لسنة 1984، لأنه كان يعاقب بنفس العقوبة أفعالا تختلف في جسامتها، وفي ذلك تقول المحكمة: " فلا يظهر نص المادة 14 المطعون عليها من خلال تعدد صور الجزاء التي فرضتها وتعلقها بأفعال تتنافر خصائصها وعواقبها، إلا مجاوزا بمداه حقائق هذه الأفعال ومكوناتها، نابذا تحديد جزاء لكل منها يناسبها، فلا يزنها بالقسط، بل يقيس أقلها خطرا على أسوأها مقصدا، ويعاملها جميعا بافتراض وحدة مضمونها وآثارها، وليس ذلك إلا غلوا منافيا لضوابط العدالة الاجتماعية ". وقد كانت المادة 14 من هذا القانون قد فرضت الغرامة ودفع الضريبة مضاعفة ثلاثة مرات في حال العود، بالإضافة إلى عقوبة غلق المحل على " أفعال لا تتحد فيما بينها سواء في عناصرها أو في قدر خطورتها، أو الآثار التي ترتبها بل يتصل الجزاء بهذه الأفعال جميعها ليمسها بوطأته، سواء أكان التورط فيها ناشئا عن عمد أو إهمال أو عن فعل لا يقتزن بأيهما، أو عرض ما هو غير صحيح منها.. " (4).

1 - ينظر: عبد المنعم عبد الحميد: المعالجة السياسية والقضائية للانحراف التشريعي، ص: 220 .

2 - ينظر عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 459 .

3 - ينظر: أحمد أحمد المواني: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2008، ص: 20.

4 - أحمد أحمد المواني: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص: 20-21.

فقدت المحكمة الدستورية أن العقوبات المشار إليها قد فرضت لأفعال مختلفة في مضمونها وأثرها فضمامها إلى بعضها البعض، مقدرا تساويها فيما بينها وكأن دواء واحدا يصلحها.. " ومن ثم انتهت إلى أن "الأصل في الجزاء جنائيا كان أم مدنيا أم تأديبيا أم ماليا، هو أن يكون متناسبا مع الأفعال التي نهي عنها الشارع، ومتدرجا تبعا لجسامتها، فلا يجوز أن يكون غلو أو إفراط " و هو المبدأ الذي سبق أن انتهى إليه القضاء الإداري في مصر.

والجدير بالذكر أن رقابة التناسبية سواء في المجال الإداري أو التشريعي لم يرضها القضاء الفرنسي فمجلس الدولة الفرنسي قد كان يرفض أن يبحث مدى التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التي يرتكبها، الموظف على أساس أن ذلك يعد من الملائمة الواجب تركها للجهة التأديبية، وأنه ليس للقاضي أن يقدر شدة الجزاء الموقع بالنسبة لخطورة المخالفة المرتكبة. ولكن مجلس الدولة عاد فعديل عن ذلك الموقف في عام 1978، فاعترف لنفسه برقابة هذا التناسب بين العقوبة والمخالفة وإن كان أسنده لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير(1).

ثانيا- طبيعة العيب محل رقابة التناسبية

انقسم الفقه الإداري والدستوري في طبيعة عيب الغلو أو عدم التناسب إلى عدة آراء

1- الرأي الأول: أن عيب الغلو وعدم التناسب يندرج في عيب مخالفة القانون بالنسبة للقرار الإداري وعيب مخالفة الدستور بالنسبة للقانون، على اعتبار أن الجهة التي تسن الجزاء أو الجهة التي توقعه مطالبة بأن تختار من الجزاء ما يناسب المخالفة المرتكبة، فإلغاء القرار الإداري في هذه الحالة يكون على أساس مخالفة القانون في روحه ومعناه، وبالتالي فإلغاء القانون يكون على أساس مخالفة الدستور في روحه ومعناه(2).

2- الرأي الثاني: أن عيب الغلو وعدم التناسب يندرج في الرقابة على السبب في حدها الأقصى، من حيث أن الرقابة على السبب تتمثل في ثلاث مراحل: الوجود المادي للسبب، ثم التكييف القانوني له، وأخيرا بحث خطورة الواقعة ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ. ورقابة الغلو تدخل في هذه المرحلة الثالثة والتي تشكل رقابة متقدمة على السبب، فقضاء الغلو ليس إلا رقابة على التناسب بين طبيعة المخالفة والعقوبة الموقعة(3). ويستند هذا الرأي إلى أن الجنوح إلى تشديد العقوبة قد لا يقصد به الخروج عن هدف التأديب وهو تأمين انتظام سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، كما يستند إلى أن القضاء الإداري قد أضاف إلى عناصر المشروعية بما له من دور إنشائي قاعدة قانونية مقتضاها أنه يشترط لشرعية الجزاء التأديبي أن لا يتسم بالشفقة المفرطة أو القسوة المحرفة.

3- الرأي الثالث: أن عيب الغلو وعدم التناسب بين المخالفة والجزاء يندرج في نطاق الانحراف بالسلطة، إذ يرتبط بعيب الغاية فهو لا يعدو أن يكون إساءة استخدام السلطة وانحراف بها، ولا يمكن اعتباره عيب مخالفة القانون لأنه صادر في نطاق السلطة التقديرية وليست السلطة المقيدة. ويستند هذا الرأي إلى القرار المشوب بالغلو معيب لأنه لا يكون محققا للغرض المشروع من التأديب وهو غرض المصلحة العامة ومقتضيات حسن سير المرافق

1 - أحمد أحمد الموائي: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص: 13.

2 - يراجع: عبد الفتاح حسن: التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص: 283. وينظر أحمد أحمد الموائي: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص: 16.

3 - يراجع: محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: 148 وما بعدها. وينظر أيضا: عبد الوهاب البرزنجي: السلطة التقديرية والرقابة القضائية، ص: 440 وما بعدها.

العامّة، وليس لعدم التناسب ذاته أو الغلو(1).

فقرة 2- رقابة الخطأ الظاهر في التقدير على السلطة التقديرية للمشرع

أولاً- حقيقة رقابة الخطأ الظاهر في التقدير

رقابة الخطأ الظاهر في التقدير من الاتجاهات الحديثة التي تندرج في الرقابة على السبب والتي عول عليها القضاء الدستوري الفرنسي كسبب موضوعي لإلغاء القانون، ومن ثم كعيب جديد من عيوب عدم الدستورية، وقد لقيت ترحاباً من جانب الفقه الفرنسي بل اعتبرها تقدماً مهماً في الرقابة على دستورية القوانين، والتي بموجبها لا يجوز ترك المشرع لممارسة سلطته التقديرية من دون رقابة(2).

ومع ذلك فقد اعترض بعض الفقه الفرنسي على هذه النظرية كالفقيه DeIvolvé الذي أثار الاعتراض التالي وهو كيف يكون هناك خطأ ظاهر في التقدير يكتشفه القضاء الدستوري المكون من تسعة أعضاء و لا يكتشفه البرلمان المكون من 300 عضو و250 شيخ(3). والذي نراه أن هذا الاعتراض في غير محله فإن المجلس الدستوري يسط رقابته على عمل البرلمان بخصوص العيوب المتعلقة بمخالفة التشريع للدستور، كعيب عدم الاختصاص وعيب مخالفة الإجراءات الشكلية وعيب المحل، وهي عيوب ظاهرة ومع ذلك فالفقه والقضاء يفترضان أن وقوع الهيئة التشريعية فيها وارد مما يقتضي التسليم بحق المجلس الدستوري في بسط الرقابة عليها، فما بالك بعيوب الانحراف التشريعي كعيب الغلط البين في التقدير وهو من العيوب الخفية التي افتراض الوقوع فيها أكثر وروداً لخفائها ومن ثم فلا ينبغي إنكار حق القاضي الدستوري في بسط الرقابة عليها.

وتقوم رقابة الغلط البين في التقدير سواء في نطاق الرقابة على القرار الإداري أو نطاق الرقابة الدستورية على القانون على عدم وجود تناسب بين الأسباب الدافعة لإصدار القرار أو القانون وهدفه، فالخطأ الظاهر في التقدير قد ينشأ من الخطأ في تقدير وزن الأسباب (الوقائع) التي تدفع إلى إصدار القرار أو القانون، تماماً مثلما يخطئ الطبيب في تشخيص المرض (الوقائع) فيخطئ بالتالي في وصف العلاج (مضمون القرار أو القانون). كما قد ينشأ الخطأ الظاهر في التقدير من الخطأ في تقدير الإجراء المناسب فلا يكون متناسباً مع سببه، حيث يكون تقدير الوقائع صحيحاً ولكن الخطأ في التقدير عند اتخاذ القرار أو إصدار القانون، تماماً مثلما يحدث أحياناً أن يشخص الطبيب المرض بصورة صحيحة(الوقائع) ولكنه يخطئ عندما يختار نوع العلاج المناسب (مضمون القرار أو القانون) (4).

ثانياً- طبيعة عيب الغلط البين في التقدير

تعددت آراء الفقهاء بشأن فكرة الخطأ الظاهر في التقدير من حيث تكييفها وبيان طبيعتها:

- 1- فمن الفقهاء من يعتبر الغلط البين مجرد قرينة على عيب الانحراف أو التعسف في استعمال السلطة(5)..
- 2- ومن الفقهاء من اعتبر قضاء الخطأ الظاهر في التقدير ينصب على السلطة التقديرية للإدارة والمشرع،

1 - ينظر: سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الثالث قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1979، ص:696. وينظر أحمد أحمد المواني:

بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص:16.

2 - ينظر: ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 20/2.

3 - ينظر هذا الرأي في: ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، 20/2.

4 - ينظر عادل الطببائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، ص: 478.

5 - ينظر: أحمد أحمد المواني: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص:52.

على اعتبار أن الجهة المصدرة للقرار تظهر سلطتها التقديرية في مظهرين: الأول: حرية تقدير التدخل أو عدم التدخل لإصدار القرار، والثاني: حرية اختيار مضمون القرار. وأن مجال الخطأ الظاهر في التقدير كما يرى أصحاب هذا الرأي هو المظهر الأول فقط للسلطة التقديرية، أي تقدير التدخل من عدمه، الإصدار والامتناع(1).

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

1 - ينظر: أحمد أحمد الموائي: بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، ص: 52.

المطلب الثاني: جزاء الانحراف التشريعي في النظام الإسلامي

إذا كان قد ثبت بالأدلة القطعية مراعاة الأحكام الشرعية للمصلحة تشريعاً وتطبيقاً، وأن جميع الأعمال والتصرفات التي يباشرها المكلف إنما تكون صحيحة أو باطلة بحسب مدى تحقيقها للمصلحة الشرعية المقصودة منها، ولا يستثنى من ذلك التصرفات السياسية والتشريعية التي تباشرها الولاية العامة في المجتمع الإسلامي، حيث يحكم عليها بالصحة والبطان بمدى تحقيقها للمصلحة العامة لجماعة المسلمين. فإن السؤال الذي يعقب ذلك ما الموقف الشرعي في حال انحراف جهة من جهات التشريع عن المصلحة العامة، وما هو الجزاء الدستوري المقرر لهذا الانحراف. وقبل ذلك هل يتصور الانحراف التشريعي في النظام السياسي الإسلامي، و هو النظام الذي تحكمه قواعد متعالية على الزمان والمكان، وإذا كان كذلك فما هو الجزاء المترتب على ذلك وما هي وسائل الرقابة والاستدراك والتصحيح التشريعي.

وعليه فقد جاء هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: تأصيل مفهوم الانحراف التشريعي

الفرع الثاني: جزاء الانحراف التشريعي

الفرع الأول: تأصيل وتحريم مفهوم الانحراف التشريعي

قبل تحرير القول في مفهوم الانحراف التشريعي ينبغي أولاً إثبات إمكانية الخطأ والانحراف التشريعي في النظام الإسلامي، في ظل القول بعصمة الشريعة وتحقيقها للعدل المطلق.

البند الأول: التأصيل الشرعي لإمكانية الانحراف التشريعي

فقرة 1- الأحكام الاجتهادية بين الخطأ والصواب

لا نحسب عاقلاً يخالف في أن الشريعة الإسلامية قدرت أن الخطأ الفقهي في الأحكام الظنية الاجتهادية وارد وممكن وواقع، انطلاقاً من طبيعة الاجتهاد نفسه الذي يقوم على النظر، وانطلاقاً من طبيعة الإنسان نفسه القابل للوقوع في الخطأ، وانطلاقاً من طبيعة نصوص الشريعة نفسها من حيث دلالتها الاحتمالية على الأحكام، ولذلك قدرت أن الخطأ في هذه الأحكام وارد رغم كل ما وضعته الشريعة من مقاصد وأصول وقواعد لضبط عملية الاجتهاد الفقهي والتشريعي والتي تعتبر في مجملها ضمانات عدم الانحراف في التشريع الإسلامي.

ومع ذلك فإنه لما كانت الأحكام الفقهية الظنية مبنية على الاجتهاد وكان الاجتهاد بطبيعته - مهما كان مسدداً بالأصول والقواعد والضوابط - يحتمل الخطأ والصواب، فقد نشأ بسبب ذلك وبسبب تفاوت الحلوم واختلاف الفهوم، تعدد الاجتهادات وتنوعها واختلافها. حيث نجد الفقهاء عبر مختلف العصور الفقهية كانوا يمارسون الاستدراك الفقهي على بعضهم البعض، سواء تعلق الأمر داخل المذهب الواحد أو ما يعرف بالخلاف النازل أو الداني، أو تعلق الأمر بين المذاهب الفقهية المختلفة أو ما يعرف بالخلاف العالي، فكان بعضهم يخطأ بعض، وينقض بعضهم اجتهاد (الرأي الفقهي لا الحكم القضائي) بعض، بل كانوا أحياناً لا يكتفون بالتخطئة بل يشددون النكير على الاجتهادات الشاذة التي تمثل انحرافاً فقهياً ظاهراً ويقفون منها موقفاً واحداً في رفضها والاعتراض عليها، على أنه لتوضيح الصورة أكثر فيما يتعلق بالخطأ في الاجتهاد ينبغي أن نميز بين ثلاث مراتب من الاختلافات الاجتهادية:

أولاً- اختلاف تكامل: حيث أن كثير من الاجتهادات تختلف فيما بينها اختلاف تكامل، بمعنى أنها كلها تندرج في دائرة الصواب وبعضها يكمل بعضها، بحيث تشكل الصورة الكاملة للحكم الشرعي من زوايا مختلفة. ولذلك فإن إطلاق لفظ الاختلاف عليها فيه تسامح كبير، ومثال ذلك: تفسير البعض الصراط المستقيم، بأنه القرآن الكريم، وتفسير البعض له بأنه السنة والجماعة، وتفسير البعض له بأن دين الإسلام، فهذه الأقوال كلها تكمل بعضها بعض لأن الإسلام هو إتباع القرآن والعمل بالسنة (1).

ثانياً- اختلاف تفاضل: كما أن كثير من الاجتهادات تختلف فيما بينها اختلاف تفاضل بمعنى أن كلها تندرج في دائرة الصواب، إلا أن بعض هذه الاجتهادات أفضل من بعض، فالعلاقة بين هذه الاجتهادات هي علاقة أفضلية، فالتصرفات الشرعية سواء تمت وفق هذا الاجتهاد أو ذاك فهي كلها صحيحة وليست باطلية، ولكن أحدها أفضل لأن رعايته للمصلحة المقصودة من ذلك التصرف أكمل وأتم.

ثالثاً- اختلاف تضاد: غير أنه في نفس الوقت نجد كثير من الاجتهادات الفقهية اختلافها تضاد، بمعنى أنه لا يمكن أن تكون جمعها صواباً لتناقضها، بل بعضها يحتمل الصواب والبعض الآخر يحتمل الخطأ؛ أو بعبارة

أدق أحدها فقط هو الصواب، والتصرفات الشرعية المبينة عليه هي تصرفات صحيحة، و سائر الاجتهادات خطأ. والتصرفات الشرعية المبينة عليها هي تصرفات باطلة، لعدم إمكان الجمع بين النقيضين، ومثال ذلك: قول بعض الفقهاء بجواز صحة بيع العريون وقول البعض الآخر بتحريمه وفساده(1).

وعلى هذا الأساس فإن الاجتهادات التشريعية الظنية المتبناة وهي تابعة للاجتهادات الفقهية، قد تأتي تحتل الصواب وتحتل الخطأ ومنه فإن الخطأ والانحراف في التشريعات الظنية مهما قلت نسبته هو أيضا وارد و ممكن في التشريع الإسلامي وفي النظام السياسي الإسلامي و من هنا ينبغي أن نشير إلى سطحية بعض المقارنات التي تقارن بين الشريعة والقانون الوضعي والتي ترى في الأحكام الأولى أحكاما معصومة وفي الثانية أحكاما غير معصومة، وترى في الأولى أنها تحقق العدل المطلق وفي الثانية تحقق العدالة لا العدل. وهو ما يقتضي منا الوقوف عند هاتين المقارنتين لتبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود:

فقرة 2- أحكام التشريع الإسلامي والعصمة

دفعت حرارة الصراع وحماسة الدفاع عن الشريعة والانتصار لها في ظل إقصائها عن صناعة القانون في أغلب البلاد الإسلامية بكثير من المفكرين إلى عقد المقارنات بينها وبين التشريع الوضعي بغية البرهان على أفضلية الشريعة الإسلامية وسموها على القوانين الوضعية، غير أنه للأسف الشديد فإن بعض هذه المقارنات لم تلتزم القصد والقسط والعدل في ذلك وأطلقت العنان لردود فعلها من خلال أحكام عامة تفتقر التحقيق العلمي، ومن ذلك القول بأن الشريعة معصومة لأنها من عند الله عز وجل وبالتالي فهي منزهة عن الخطأ بينما القوانين الوضعية غير معصومة وبالتالي فهي غير منزهة عن الخطأ بل نصوصها عرضة لجميع صور الخلل كالنقص والقصور والغموض. هذه الفكرة نجدها شائعة بصورة كبيرة جدا في أي مقارنة بين الشرع الحنيف والقانون الوضعي، وهي فكرة بقدر ما تحمل جانبا من الصحة فهي أيضا بسبب إجمالها تحمل قدرا من الأحكام الخاطئة فهي على ذلك يختلط فيها الحق بالباطل والصواب بالخطأ.

- العصمة في الأصول: من المعلوم أن مصادر الشريعة والفقهاء هي الكتاب والسنة والإجماع و سائر الأدلة التبعية، فهل كل هذه المصادر والأدلة معصومة، والجواب عن ذلك بالنفي قطعاً، فأما الكتاب فهو عمدة الملة وآية الرسالة وينبوع الحكمة وهو مصدر سائر الأدلة ومصدر القواعد ومصدر الأحكام وهو قطعاً معصوم في نصه وهذه العصمة ثابتة له بأدلة كثيرة متضاربة وأما السنة فهي وإن كانت معصومة في الجملة كما بين ذلك الإمام الشاطبي من حيث أنها بيان للقرآن و حفظ المبين يقتضي حفظ البيان. فإنها من حيث التفصيل ليست كذلك إذ معظم النصوص الحديثية ظنية الثبوت إلا المتواتر منها وهو قليل. وأما الإجماع فهو كأصل من دون شك مصدر معصوم، لاستناده لعصمة الأمة، أما سائر الأدلة فهي مثار أخذ ورد بين فقهاء الشريعة، كما مبسوط في كتب الأصول، ويكفي أن نستحضر أن بعض علماء الأصول قد رد بعضاً من هذه الأدلة لأنها قد تفضي إلى الحكم بالهوى والتشهي ومن ذلك قول الإمام الشافعي من استحسنت فقد شرع.

- العصمة في الأحكام من المعلوم ضرورة أن الأحكام الشرعية تنقسم إلى أحكام قطعية توقيفية وأحكام ظنية

1- حول تعريف بيع العريون وحكمه ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية. 93/9-94.

توفيقية، أما الأحكام القطعية التوفيقية فقد استغني فيها بالتنزيل عن كل اجتهاد أو تأويل، فهي أحكام الله عز وجل يقينا وقطعا، وهي أحكام مسلمة بين أهل الملة لثبوتها بنص ثابت قاطع أو إجماع مستفيض واسع، فهذه الأحكام بما أننا نقطع أنها حكم الله حتما وإرادة الله قطعاً ولا يدخلها الظن والاحتمال فهي أحكام معصومة منزهة عن الخطأ والظلم، بل كلها حق وعدل؛ لأن الله عز وجل هو الحق وهو العدل، فلا يعقل أن توصف أحكامه بخطأ أو ظلم. أما الأحكام الظنية التوفيقية فلما كانت، نسبتها إلى الله عز وجل هي على سبيل الظن، والظن لا قطع فيه، لأنها اجتهاد والمجتهد قد يصيب وقد يخطئ، مما يعني أن المجتهد إن أصاب حكم الله، فاجتهاده حق وعدل، ولكنه إن أخطأ حكم الله فاجتهاده خطأ. و على ذلك فالاجتهادات الفقهية ليست لها عصمة، بل قد توصف بالخطأ. بل إن منها ما نقطع بخطئه وعدم صحته نسبه إلى الله عز وجل أو إلى الشريعة كالاجتهادات الشاذة التي أجمعت الأمة على شذوذها، وزلّ بها لسان عالم من العلماء أو فقيه من الفقهاء ولو كان جليل القدر، ظاهر الورع، واسع العلم ومنه يتبين أن وصف العصمة بالنسبة لفروع الأحكام لا يصح إطلاقه إلا على الحكم القطعي ولا يصح إطلاقه على الحكم الذي توصل إليه المجتهد باجتهاده لأنه بشر غير معصوم، فإطلاق وصف العصمة على أحكام الشريعة لا يصح إلا متى قصدنا بلفظ الشريعة الأحكام القطعية دون الأحكام الظنية، كما في قول عمر سليمان الأشقر: "أحكام الشريعة صواب لا خطأ فيها، وفهم الفقهاء قد يخطئ أحيانا"(1).

فقرة 3- التشريع الإسلامي و العدل المطلق

في سياق الصراع الإيديولوجي مع التيارات العلمانية والتغريبية وفي سياق حماسة الدفاع عن شريعة الإسلام صدرت بعض التجاوزات اللفظية ليس فقط من الدعاة والوعاظ بل حتى من بعض العلماء الأعلام ومن هذه التجاوزات المنكورة القول بأن الشريعة تتصف أحكامها بالعدل المطلق كما أن الحكم بما يحقق العدل المطلق، انطلاقاً من أن الشريعة هي شريعة ربانية أحكامها هي تجسيد للإرادة الإلهية، لنستشهد على هذه الدعوى ونسوق الشواهد عليها قبل نقدها.

أولاً : مضمون الدعوى

يرى بعض العلماء أن من خصائص الشريعة الإسلامية أنها تتصف بالعدل المطلق لأن الذي شرعها هو الحكم العدل اللطيف الخبير. وبالتالي فالحكم بهذه الشريعة يحقق العدل المطلق، فضلاً عن أن الشريعة قد أمرت بالعدل وجعلت منه قيمة كلية مطلقة فأمرت بالعدل مع البر والفاجر ومع البعيد والقريب والبغيب والحبيب.

1- يقول الدكتور يوسف القرضاوي في كتابه شريعة الإسلام تحت عنوان العدل المطلق: "ومن مزايا التشريع الإسلامي أن هدفه تحقيق العدل المطلق بين الناس جميعاً، وتحقيق الإخاء بينهم، وصيانة دمائهم وأعراضهم وأموالهم وعقولهم، كما صان دينهم وأخلاقهم، فغاياته تحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، كما قرر الفقهاء، ليست غاياته تحقيق مصلحة طبقة خاصة دون طبقة، ولا شعب دون شعب"(2).

ويقول في كتابه من فقه الدولة في الإسلام في نزعة مثالية ظاهرة: "إن الدولة الإسلامية تجسد مكارم الأخلاق التي بعث النبي ﷺ ليتمها، وهي مكارم للبشرية كلها، وهي تمثل عدل الله في الأرض، وهو عدل للناس جميعاً، أحمرهم

1- عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، ص 20.

2- يوسف القرضاوي: الشريعة الإسلامية خلودها وصلاحتها للتطبيق في كل زمان ومكان، دار الشهاب باتنة، دت، ص 20.

وأسودهم، وقريبهم وبعيدهم يقول القرآن: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ ءَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ؕ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ؕ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا ؕ وَإِن تَلَوْنَا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللّٰهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿٢٥﴾﴾ (1) (2).

2- ويقول الأستاذ عبد القادر عودة رحمه الله: "يقيم الإسلام المجتمع على العدالة المطلقة، المحرّدة عن القيود، العدالة التي تتسع للأصدقاء والأعداء، و لا تفرق بين الأقرباء والغرباء، العدالة التي لا تعرف الميل أو المحاباة، و لا تنكمش عن ذوي النفوذ والجاه، العدالة التي تعطي الحق لصاحبه لأنه محق، وتأخذ الحق من المبطل لأنه مبطل..". (3)

3- وفي نفس السياق يذكر الدكتور عمر سليمان الأشقر في كتابه خصائص الشريعة الإسلامية، تحت عنوان شريعة العدل: "الشريعة الإسلامية ليست من وضع البشر، بل من وضع خالق البشر، والله يتصف بالعدل التام وكذلك شريعته، ﴿وَلَا يَظْلِمُ رُبُّكَ أَحَدًا﴾ (4)، ﴿إِنَّ اللّٰهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ﴾ (5)، ﴿وَمَا رُبُّكَ بِظَلَمٍ لِّلْعَبِيدِ﴾ (6). فالأحكام الشرعية مصطبغة بالعدل اصطبغا تاما، فالأحكام الشرعية هي العدل والعدل هو الأحكام الشرعية، فلا تميل القواعد القانونية الشرعية إلى جانب الحاكم ضد مصالح المحكوم، ولا تعطي الرجال حقوقا بحيث تظلم النساء، ولا يمكن أن تخطئ المقدار المناسب للجريمة، لأن واضعها يتصف بالعلم المطلق الشامل" (7). ثم يرد على من فرق بين العدل والعدالة من فقهاء القانون الوضعي: "إن هذا التفريق بين العدل والعدالة لم يمه المشكلة، فالقانون قد يقرر الظلم، والذي يعقب على القضاة الذين نفذوا القانون قد يجانبه الصواب فيقرن الظلم نفسه أو يقرونه بصورة أخرى. فتطبيق العدالة في الشرائع الوضعية مرتبط بضمير القاضي، والقاضي إنسان غير معصوم عن الخطأ، وحكمه سيكون نتيجة لعقيدته وسلوكه والقيم التي يتبناها، إن البشر لن يتخلصوا من القوانين الظالمة الجائرة، إلا إذا أخذوا بالشريعة الإسلامية المباركة التي تتصف بالعدل في كل أحكامها وتشريعاتها ﴿وَاللّٰهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾ (8)، والعدل والعدالة في الشريعة الإسلامية، اسمان لمسمى واحد، فالعدل هو العدالة، والعدالة هي العدل، والعدل والعدالة يتحققان بالأخذ بأحكام الشريعة" (9).

1- النساء/135.

2- يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، ص: 51.

3- عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا القانونية، المختار الإسلامي، القاهرة، 5، 1977، ص: 108.

4- الكهف/49.

5- النساء/40.

6- فصلت/46.

7- عمر سليمان الأشقر: خصائص الشريعة الإسلامية، ص: 72.

8- الأحزاب/04.

9- عمر سليمان الأشقر: خصائص الشريعة الإسلامية، ص: 77-78.

ثانيا: نقض هذه الدعوى

فهل فعلا التشريع الإسلامي يحق العدل المطلق سواء في حكمه أو في تطبيقه؟ قبل أن نجيب عن ذلك ينبغي أن نضع جملة من الملاحظات:

- أن العدل المطلق صفة يتصف بها المولى عز وجل وبالتالي فلا يجوز لشخص مهما كان إماما أو قاضيا أو جماعة أو مؤسسة أن يدعي بأن حكمه يمثل العدل المطلق، ولو كان هذا الحكم مستندا إلى أحكام الشريعة. وأن الله لحكمة أرادها جعل الدنيا دار ابتلاء وجعل للعدل المطلق يوما يتحقق فيه، وهو يوم الحساب، والعدل المطلق لا يشمل المسلمين فحسب بل يشمل المؤمن والكافر والبر والفاجر، بل يشمل حتى البهائم العجماء. إن القول بأن دولة الإسلام يتحقق فيها العدل المطلق، لأنها تطبيق الشريعة، وأن تطبيق الشريعة كفيل بتحقيق العدل المطلق، من التجاوزات اللفظية الخطيرة التي لا ينبغي الإغضاء عنها والتسامح فيها أو السماح بمرورها في غفلة عن سلطات الوعي، من غير تمعن في مفهومها و تحقيق نظر في صدقها وصوابيتها. خاصة وأن كثير من المتلقفين لهذه الكلمات، من أهل الكيد للإسلام قد يتلقفون هذه الكلمات فينفخون فيها ثم يجعلونها وسيلة للطعن في هذه الشريعة عندما يجدون باستقراء الواقع والتجربة والتاريخ أن تطبيق الشريعة لم يحقق يوما العدل المطلق. إن الحديث عن تحقق أحكام الشريعة بالعدل المطلق، يقتضي منا أولا أن نميز بين مستويين مختلفين، حكم

الشرع، تطبيق الشرع، حكم القانون وتطبيق القانون

1- العدل في أحكام الشرع (القانون)

أما أن أحكام الشريعة كلها تحقق العدل المطلق، فقد سبق القول أن أحكام الشريعة قسمان: أحكام قطعية، ظاهرة بينة بذاتها معطاة مسبقا مفروغ منها مسلم بها عند أهل القبلة جميعا، لا يسلم بها إلا من لم يسلم قلبه، بل منها ما اتفقت عليه شرائع السماء جميعا، فهذه الأحكام هي بلا ريب ولا احتمال تعبير عن الإرادة الإلهية و بالتالي فهي تعبير عن العدل المطلق.

أحكام ظنية اجتهادية، تحتاج إلى فهم فيما فيه نص، واستدلال فيما لا نص فيه، فهي تحتاج إلى طلب وبذل وسع، وقد يختلف فيها أهل القبلة، فهذه الأحكام نسبتها إلى الله عز وجل إنما على سبيل الظن لا على وجه القطع واليقين، وبالتالي فهذه الأحكام قد تصيب الحق فتكون تعبيرا عن العدل المطلق، كما يحتمل أن تجانب الحق والصواب فلا تكون تعبيرا عن العدل المطلق.

2- العدل في تطبيق الشرع (القانون)

من المعلوم أن تطبيق القانون أو الشرع إفتاء أو قضاء أو سياسة، إنما يكون على نحوين أما أن يكون بحسب الحقيقة وباطن الأمر. وإما أن يكون بحسب الدلائل وظاهر الأمر، أما الحكم بحسب الحقيقة والباطن فلا يستطيعه الإنسان ولا يفصل فيه إلا من أحاط بكل شيء علما ولا تخفى عليه السرائر، وعلى ذلك فإن تطبيق القاضي أو الحاكم للحكم الشرعي سواء كان حكما قطعيًا توقيفيا أو حكما ظنيا توقيفيا إنما هو بحسب الظاهر فإذا اتفق الظاهر مع الباطن وحقيقة الأمر كان الحكم محققا للعدل الذي أمر به الله عز وجل، وأما إذا كان الظاهر مخالف لباطن الأمر وحقيقتة، فالقول بأن هذا الحكم الذي نطق به الحاكم يجسد العدل المطلق مجازفة لم يدعها النبي ﷺ لنفسه وهو الذي كانت تنزل عليه الشريعة، فكيف يجوز لمن بعده أن ينسبها لنفسه بمجرد أنه يحكم بالشريعة.

ففي الحديث الصحيح عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: (إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا بِقَوْلِهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ مِنْ النَّارِ فَلَا يَأْخُذْهَا)(1).
وعنها عند أحمد: (إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ أَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَإِنَّمَا هُوَ نَارٌ فَلَا يَأْخُذْهُ)(2).

فالقول بأن تطبيق الحكم الشرعي يؤدي دوما للعدل المطلق قول يجافي الصواب، فالعمل الذي يصدر عن القاضي هو عمل انساني بشري يقوم على علمين الأول العلم بالحكم الشرعي المنطبق على الواقعة نصا أو اجتهادا، الثاني علمه بالواقعة التي يراد منه الفصل فيها علما منطبقا على الواقع وكلا العلمين يدخلهما الظن.. ولما كان الأمر كذلك فالشريعة لاحظت أن العدالة المطلقة في الأحكام القضائية لن يستطاع المصير إليها، ومن ثم فإن القاضي إذا أصدر حكمه في موضوع الخصومة امتنع على الخصمين معاودة عرض ما سبق عرضه على القضاء وتم الفصل فيه تغليا للعدالة النسبية على العدالة المطلقة(3).

ومما سبق يتبين أن القول بأن الحكم بالشريعة يحقق العدالة المطلقة خلافا للقوانين الوضعية التي تقف عند العدالة النسبية هو قول لا يعبر تماما عن حقيقة الشريعة لا تشريعا ولا تطبيقا، بل لا يعدو أن يكون نظرة مثالية والحقيقة أن الخطأ والانحراف التشريعي في الأحكام الاجتهادية وارد، رغم الضمانات الكثيرة التي وضعتها الشريعة لتفادي الخطأ في التشريع وعلاجه، كما أن تطبيق الأحكام قضائيا إنما هو بحسب الظاهر ولذلك فالخطأ في تطبيقها أيضا وارد، ومع ذلك فإنه لا ينبغي إهدار الفارق بين الشريعة والقوانين الوضعية في هذا المجال وبالنسبة لهذه الحثية، ويمكن القول أن ميزة الشريعة الإسلامية أنها بلغت في تحقيق العدل مستويات لم تبلغها أي شريعة أخرى من قبل ولا من بعد فهي تتصف بتحقيق العدل الأقرب.

البند الثاني: تحرير القول في مفهوم الانحراف التشريعي

للوصول لتحديد مفهوم الانحراف ينبغي أولا التمييز بين مخالفة الشرع و الخطأ الاجتهادي ومستويات كل منهما:

فقرة 1 - مخالفة الشرع

لقد سبق أن بينا مستويات مخالفة محل التشريع للشرع والشرعية الدستورية يندرج في نطاق السلطة المقيدة للمشرع في النظام السياسي الإسلامي وهذه المخالفة قد تأخذ عدة صور كما بينا منها: مخالفة التشريع الدستوري لمبادئ الشريعة، مخالفة التشريع العادي والفرعي لمبادئ الشريعة، وكذلك مخالفة التشريع العادي للتشريع الدستوري الذي ارتضته جماعة المسلمين فالتشريع العادي سواء صدر عن مجلس الشورى أو عن الإمام لا يجوز أن يخالف التشريع الدستوري الذي ارتضته جماعة المسلمين.

1- صحيح البخاري/ كتاب الشهادات/ باب من أقام البينة بعد اليمين/ 2680 . 261/2.

2- مسند أحمد/ باقي مسند الأنصار/ حديث أم سلمة زوج النبي ﷺ/ رقم: 26491 . 95/44.

3- حسن أحمد علي الحمادي: حجية الحكم القضائي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص: 81-82 بتصرف يسير .

فقرة 2 - الانحراف التشريعي

وعلى العكس من ذلك فإن الخطأ الاجتهادي فقها وتشريعا يندرج في نطاق السلطة التقديرية للمشرع في النظام السياسي الإسلامي وقد سبق أن عرفنا السلطة التقديرية بأنها "تلك السلطة المفوضة لأولي الأمر لتقدير مدى ملاءمة الحكم الشرعي أو القضائي أو الإداري في عناصره المسكوت عنها أو التي تحتمل أكثر من وجه "

فالانحراف التشريعي في مجال تبني الأحكام هو تبني حكم ظاهر المناقضة للمصلحة العامة بحسب الاعتبارات السياسة والاجتماعية والاقتصادية ولو كان هذا الحكم هو الراجح أو المشهور في مذهب ما.

والانحراف التشريعي في مجال الأحكام المفوضة التي لا نص فيها يتجلى في أن محل الحكم الشرعي وإن كان جائزا في أصله ألا الأخذ به يفوت مصلحة أهم.

ومن ثم فالانحراف التشريعي في السلطات التقديرية للمشرع يتجلى في الإخلال بالترتيب المعترف شرعا للمصالح.

أما الانحراف التشريعي في السلطات الاستثنائية للمشرع، فيظهر في الغلو أو التقصير في الإجراءات التي تقتضيها حالة الضرورة الشرعية.

والخلاصة أن الانحراف التشريعي مجاله هو التشريع الظني الاجتهادي وليس الشرع القطعي فلا يتصور انحراف تشريعي في النصوص القطعية إلا ما نسب إلى الطوفي من افتراض إمكانية مخالفة النصوص القطعية للمصلحة وستأتي مناقشته قريبا فيما ذهب إليه.

وعليه فالانحراف التشريعي لا يتمثل في تشريع قاعدة مخالفة الشرع مخالفة ظاهرة، ولكنه يتمثل في تشريع قاعدة ظاهرها موافق للشرع ولكنها لا تستهدف تحقيق المصلحة العامة وتقتصر عنها. فالانحراف التشريعي يتعلق بمدى ملاءمة التشريع الاجتهادي المسنون للغايات المستهدفة والمصالح العامة المتوخاة، فهو يتعلق بركن السبب في العمل التشريعي. وليس بركن المحل كما هو الحال في مخالفة الشرع والمشروعية.

الفرع الثاني: صور الانحراف التشريعي وجزائه

إذا كان قطب رحى التشريع الإسلامي كما سبق بيانه سواء أكان نصاً أم اجتهاداً هو رعاية المصلحة، فإن السؤال يثور ماذا لو خالف الشرع الحنيف أو التشريع المصلحة العامة، إن ذلك يفترض لإعطاء الصورة الكاملة للموضوع، أن نحيط أولاً بالأوضاع التشريعية التي يمكن الخروج فيها عن المصلحة العامة وسنبداً بأبعدها افتراضاً وهو مخالفة مبادئ الشريعة للمصلحة العامة، ثم نثني بمخالفة التشريع الصادر عن ولي الأمر بمستوياته المختلفة للمصلحة العامة.

البند الأول- مخالفة مبادئ الشريعة للمصلحة العامة (نظرية الطوفي في معارضة النص للمصلحة)

هل يقبل النظام السياسي الفرضية القائلة بأن مبادئ الشريعة سواء ثبتت بنص قاطع أو إجماع منعقد يمكن أن تعارض المصلحة، والمصلحة العامة، وهو الافتراض الذي اشتهر عن أحد فقهاء القرن السابع الهجري وأعني به نجم الدين الطوفي والذي انتهى إلى أنه متى عارض النص والإجماع المصلحة وجب التمسك بالمصلحة، فهل يملك ولي الأمر أن يترك العمل بمبدأ من مبادئ الشريعة بحجة معارضته للمصلحة العامة، وهو ما سنعرض له بالمناقشة في الفقرات التالية:

فقرة 1- مضمون النظرية

أولاً- توطئة

تمثل نظرية الطوفي في تقديم المصلحة على النص الشرعي عند التعارض واحدة من الآراء الأصولية التي أثارت كثيراً من الجدل الفقهي بين فقهاء الشريعة قديماً وحديثاً، وكانت موضوعاً لعدد معتبر من الدراسات الرسائل الجامعية، فمنذ أن نبه الشيخ محمد رشيد رضا على هذه الرسالة بعد أن نشرها الشيخ جمال الدين القاسمي سنة 1905 (1)، ثم أعادت مجلة المنار نشر نصها سنة 1906 (2)، كما نشر نصها بعد ذلك الفقيه الكبير عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه (3)، ثم جعلها الدكتور مصطفى زيد رحمه الله موضوعاً لرسالة الماجستير سنة 1954 وتولى مناقشتها العلامة الكبير محمد أبو زهرة (4)، فمنذ ذلك الحين وهي تصنع سجلاً بين فقهاء الشريعة وحتى غير الفقهاء من دعاة الخطاب العلماني (5)، لما يرى فيها البعض من جراءة كبيرة على الشرع، في حين يراها البعض مرونة كبيرة في الشريعة. وقبل إعطاء خلاصة عن هذه النظرية نقدم لذلك بترجمة مختصرة لصاحبها.

ثانياً- صاحب النظرية

أما صاحب النظرية فهو سليمان بن عبد القوي بن عبد الحكم الطوفي الصرصري، أبو ربيع نجم الدين، ولد بقرية طوف في العراق سنة 657 هـ، ودخل بغداد سنة 691 هـ، ورحل إلى دمشق سنة 704 هـ، وزار مصر وجاور بالحرمين، وتوفي بالخليل في فلسطين سنة 716 هـ (6)، أما مذهبه الفقهي الذي تشهد به عامة مؤلفاته الفقهية

1- جمال الدين القاسمي: رسائل في أصول الفقه، المطبعة الأهلية بيروت، 1324 هـ، 1904 م .

2- جمال الدين القاسمي: رسالة الطوفي في المصالح، مجلة المنار العدد العاشر المجلد التاسع، 1906، ص: 745-770.

3- عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، دار القلم الكويت، .

4- مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر للطباعة والنشر، القاهرة، 2004، ص: 237-278 .

5- ينظر في ذلك: أحمد إدريس الحاج: المدخل المقاصدي للخطاب العلماني، مجلة المسلم المعاصر، العدد 114، السنة 29، ديسمبر 2004، ص: 21.

6- ابن العماد الحنبلي: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 239/6 .

والأصولية فهو المذهب الحنبلي، حيث يعتبر من المخرجين والمرجحين فيه غير أن له آراء أصولية وفقهية، تخالف المذهب. أما عقيدته التي نشأ عليها فهي عقيدة أهل السنة والجماعة كما تشهد بذلك عامة كتبه، ورغم رغم أن كتبه براء من عقيدة الشيعة، إلا أنه رمي في أواخر حياته بالرفض واشتهر عنه الوقوع في أبي بكر وعائشة رضي الله عنهما وفي جملة الصحابة في أشعار نسبت إليه، وعوقب على ذلك في مصر على يد قاضي القضاة الحارثي. ومن ثم قال عنه ابن رجب " كان مع ذلك (صلاحه وفضله) شيعيا منحرفا عن السنة" (1). أما ابن العماد فاكتفى بالقول: " أنه اشتهر عنه الرفض والوقوع في أبي بكر وعائشة رضي الله عنهما" (2). ولا يزال المعاصرون المعارضون لآرائه يتمسكون بنسبة هذه التهمة إليه، فيكتفي البعض باتهامه بالرفض فقط، بينما يذهب البعض أبعد من ذلك فيصفه بأن شيعي منحرف (3). أما الباحث المحقق مصطفى زيد رحمه الله (ت 1978م) فرغم معارضته لهذه النظرية فإن الإنصاف لم يمنعه من أن يحقق منذ أكثر من نصف قرن عدم صحة نسبة هذه التهمة إلى الطوفي مخالفا شيخه محمد أبو زهرة وكان ذلك في رسالة علمية جادة بدار العلوم بالقاهرة سنة 1954هـ نال بها صاحبها درجة الماجستير بدرجة الامتياز مع مرتبة الشرف الأولى، غير أن هذه الرسالة للأسف الشديد لم تلق حظها من الانتشار المطلوب (4)، حيث بين بالأدلة حقيقة الخلاف الذي كان بين الطوفي وأستاذه سعد الدين الحارثي وابنه شمس الدين والذي بدأ خلافا علميا ثم استحکم فصار خصومة شديدة فكانت هذه التهمة الكيدية نتيجة لما كان يمتاز به من حرية الفكر وجرأة الرأي، وهو ما لم يعجب القاضي الأثري المحدث سعد الدين الحارثي، كما لم يعجب قاضي المالكية في مصر ابن مخلوف (5)، وأيضا يستدل على براءته من هذه التهمة بعدم اتفاق من ترجموا له على حقيقة التهمة المنسوبة إليه فمنهم من يصفه بالتشيع ومنهم من يصفه بالرفض بغير أدلة كافية، فضلا عن تناقض من ترجموا له فابن رجب يصفه بأنه مع صلاحه وفضله كان شيعيا منحرفا، ثم يستبيح لنفسه أن يصف الطوفي بالكذب والفجور والجهل العظيم (6)؛ كما بين بالأدلة من نصوص كتبه عدم استقامة وسمه بالرفض و هو الذي يهاجم في كتبه الرفض مهاجمة شديدة ويبين بطلان مذهبهم وفساد مقالاتهم بل ويصفهم بالكفر (7). ومنه ينتهي إلى عدم صحة ما نسب إليه من الرفض أو التشيع بأوضح البراهين وأقوى الأدلة.

ثالثا - خلاصة النظرية

رغم أن للطوفي عدد معتبر من الكتب الأصولية إلا أنه لم يعرض لنظريته في المصلحة في واحد منها وإنما

1- ابن رجب الحنبلي: طبقات الحنابلة، 366/2.

2- ابن العماد: شذرات الذهب، 239/6.

3- ينظر في ذلك: محمد أبو زهرة: أحمد بن حنبل، دار الفكر العربي، ص: 361-363. وينظر محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 202-207. والغريب أن الدكتور البوطي لم يكلف نفسه مناقشة أدلة الدكتور مصطفى زيد مكتفيا بالتعليق عليها في الهامش مدعيا أن أدلة النفي هي نفسها أدلة الإثبات.

4- مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 07.

5- ينظر تفصيل هذا الخلاف في: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 88-91.

6- ينظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 93، 94.

7- ينظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 96-102.

عرض لها في كتابه عن شرح الأربعين النووية عند شرحه لحديث (**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**) (1)، وفي شرحه لهذا الحديث يطرح رأيه في رعاية المصلحة الشرعية وتقديمها على النص والإجماع مبينا اختلاف طريقتيه عن دليل المصلحة المرسله الذي قال به مالك. ويمكن أن نلخص رأيه في الأفكار التالية:

1- أن قول النبي ﷺ (**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**) يقتضي رعاية المصالح إثباتا وجلبا، ودفع المفاسد نفيا ورفعاً، إذ الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع، الذي هو المصلحة لأنهما نقيضان لا واسطة بينهما. فنفي الضرر والمفاسد شرعا هو مقتضى الحديث وهو نفي عام إلا ما خصه الدليل (2).

2- إن أدلة الشرع تسعة عشر بابا بالاستقراء (3)... بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه ومعرفة حدودها ورسومها والكشف عن حقائقها وتفصيل أحكامها مذكور في أصول الفقه (4).

3- هذه الأدلة أقواها النص والإجماع، ووضعهما بالنسبة للمصلحة لا يخرج عن حالتين: الحالة الأولى أن يوافقا رعاية المصلحة، وفي هذه الحالة لا نزاع ولا إشكال فالعمل بالنص عمل بالمصلحة و متابعة الإجماع أيضا فيه رعاية للمصلحة. فيحصل اتفاق الأدلة الثلاثة؛ النص والإجماع والمصلحة على حكم واحد (5).

والحالة الثانية: أن يعارضا رعاية المصلحة ففي هذه الحالة يجب تقديم رعاية المصلحة عليهما بطريق التخصيص والبيان لهما، لا بطريق الافتئات عليهما والتعطيل لهما. ثم يطرح بالنسبة لهذه الحالة ثلاثة فروض: الفرض الأول: أن النص والإجماع يقتضي مجموع مدلوليهما معا ضررا، ففي هذه الحالة وجب العمل بالنص والإجماع ولا يلتفت لهذا الضرر، وذلك كالحودود والعقوبات على الجنایات. فهذا الضرر مستثنى من قوله ﷺ: (**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**).

الفرض الثاني: أن النص والإجماع يقتضي بعض مدلوليهما ضررا، يقتضيه ويشهد له دليل خاص، ففي هذه الحالة يجب العمل بالنص والإجماع وإتباع الدليل الخاص، ولا يلتفت أيضا لهذا الضرر. و لا يقدم لنا الطوفي مثلا تطبيقيا عن هذا الفرض.

الفرض الثالث: أن النص والإجماع يقتضي بعض مدلوليهما ضررا، وليس هناك دليل خاص يقتضيه أو يشهد له، ففي هذه الحالة وجب تخصيصهما بقوله ﷺ: (**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**)، جمعا بين الأدلة، فيقدم دفع الضرر ورعاية المصلحة على النص والإجماع. ولم يقدم لنا الطوفي بالنسبة لهذا الفرض أيضا مثلا يستنده (6).

4- أن مجال العمل بهذه النظرية إنما هو أحكام المعاملات ممل يقصد به سياسة المكلفين، أما العبادات فيهي

1- مستدرک الحاكم على الصحيحين/كتاب البيوع/ حديث معمر بن راشد/ رقم: 2345/2. 66. وقال الحاكم حديثٌ صحيحٌ الإسنادِ عَلَى شَرْطِ مُسْلِمٍ وَلم يُجْرَحَاهُ.

2- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 23.

3- هذا الكلام غير مسلم وهو مبني على استقراء ناقص فقد أغفل كثير من الأدلة التي يوردها علماء الأصول، ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 13.

4- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 13- 21.

5- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 23.

6- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 23-24.

حق الشارع لا يتلقى إلا منه.

رابعاً: أسس النظرية

ويؤسس الطوفي رؤيته هذه في وجوب تقديم المصلحة على النص القطعي والإجماع عند التعارض على جملة من الأسس والأسانيد الشرعية، فبعد أن يعرف المصلحة والإجماع ويستدل على حجيتها بورد الأسس التي يبني عليها رأيه:

1- أن الإجماع محل خلاف ورعاية المصالح محل وفاق، والتمسك بما اتفق عليه أولى من التمسك بما اختلف فيه (1).

2- أن النصوص مختلفة متعارضة، فهي سبب الخلاف المذموم شرعاً، ورعاية المصالح أمر حقيقي لا يختلف فيه، فهي سبب الاتفاق المطلوب شرعاً (2).

3- ما ثبت في السنة النبوية الشريفة من معارضة النصوص بالمصالح، وتقديم رعاية المصلحة على النص عند التعارض (3)، من ذلك قوله ﷺ: (لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُ الْعَصْرِ إِلَّا فِي بَيْتِي فَرِيضَةً)، فصلى بعضهم قبلها (4)، وقوله ﷺ: (لَوْلَا أَنْ قَوْمَكَ حَدِيثُوا عَهْدَ الْإِسْلَامِ لَهَدَمْتُ الْكَعْبَةَ وَبَنَيْتُهَا عَلَى قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ) (5)، فترك الواجب لمصلحة الناس، ومن ذلك أن النبي ص بعث أبا بكر ينادي (مَنْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ دَخَلَ الْجَنَّةَ) فوجده عمر فرده وقال (إِذَا يَتَكَلَّمُوا) (6). وهو معارضة لنص الشرع بالمصلحة (7).

ومنه يخلص الطوفي إلى أن رعاية المصلحة الشرعية أقوى من النص ومن الإجماع فتقدم عليهما وعلى سائر أدلة الشرع عند التعارض، بطريق البيان.

فقرة 2- النقد الموجه للنظرية

كثيرون هم الذين تعرضوا لنقد رأي الطوفي نقداً موضوعياً أو متحاملاً، بل منهم من آثر التعرض للمز الرجل في الذات والدين والعقيدة من غير تثبيت أو تحقيق كسبب لرفض رأيه، وسوف نحاول أن نورد أهم الانتقادات المهمة التي وجهت لرأيه.

1- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 34.

2- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 34.

3- مما تتبعني الإشارة إليه أن الدكتور البوطي في كتابه ضوابط المصلحة اكتفى بإيراد الدليلين الأولين ومناقشتهم، واعرض عن الدليل الثالث ولا ندري أكان ذلك عن غفلة أو عن عدم إطلاع، وتابعه على ذلك بعض الكاتبيين من غير تثبيت ولا تحقيق، ينظر: البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 207، وينظر أيضاً: أسامة محمود قناعة: القاعدة الكلية لا ضرر ولا ضرار، دار النهج، حلب، ط 1، 2009. ص: 143.

4- صحيح البخاري/ كتب صلاة الخوف/ باب صلاة الطالب والمطلوب/ رقم: 946. 300/1.

5- لم أجد هذا اللفظ وهو في صحيح مسلم/ كتاب الحج/ باب نقض الكعبة وبنائها/ رقم: 1333. ص: 526. بلفظ (لَوْلَا أَنْ قَوْمَكَ حَدِيثُوا عَهْدَ بِشْرِكٍ لَهَدَمْتُ الْكَعْبَةَ فَأَلْزَمْتُهَا بِالْأَرْضِ وَجَعَلْتُ لَهَا بَابَيْنِ بَابًا شَرْقِيًّا وَبَابًا غَرْبِيًّا وَوَدِدْتُ فِيهَا سِتَّةَ أَدْرَجٍ مِنَ الْحِجْرِ فَإِنْ فُرِشَتْ فَافْتَصَرَتْهَا حَيْثُ بَنَتْ الْكَعْبَةَ).

6- لم أجد هذا اللفظ وهو في صحيح البخاري/ كتاب العلم/ باب من خص بالعلم قوما/ رقم: 128. 62/1. عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ، ومُعَاذُ زَيْدِئِهِ عَلَى الرَّحْلِ، قَالَ: «يَا مُعَاذُ بْنَ جَبَلٍ»، قَالَ: لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَسَعْدَيْكَ، قَالَ: «يَا مُعَاذُ»، قَالَ: لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَسَعْدَيْكَ ثَلَاثًا، قَالَ: «مَا مِنْ أَحَدٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، صِدْقًا مِنْ قَلْبِهِ، إِلَّا حَرَّمَهُ اللَّهُ عَلَى النَّارِ»، قَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَفَلَا أُخْبِرُ بِهِ النَّاسَ فَيَسْتَبْشِرُوا؟ قَالَ: «إِذَا يَتَكَلَّمُوا». وَأُخْبِرَ بِهَا مُعَاذٌ عِنْدَ مَوْتِهِ تَأْتِمًا.

7- ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ص: 35-36.

أولاً- تناقضات الفكرة

يعاب على الطوفي أنه في سياق عرض رأيه قد وقع في عدد من التناقضات التي لم يفتن لها ولم يعمل بالتالي على حلها ومن ذلك:

1- كيف تسنى له الجمع بين ما سبق أن قرره من إجماع العلماء على أن الشرع الحنيف جاء لرعاية المصالح وحفظها، ثم ساغ له بعد ذلك الافتراض أن الأحكام الشرعية القطعية الثابتة نصاً أو إجماعاً قد تعارض المصالح؟(1).
أليس التسليم بهذا الفرض تقض لما سبق تقريره، كما أن التمسك بما قرره يجعل رأيه قائم على فرض موهوم محال وغير متصور الوقوع؟.

2- كيف تسنى له القول في أول الأمر أن أقوى أدلة الشرع هي النص والإجماع ثم عاد بعد ذلك في معرض استدلاله على وجوب تقديم المصلحة عليهما عند التعارض، ليقول بأن المصلحة هي أقوى أدلة الشرع كلها. و يجعل من ذلك دليلاً على وجوب تقديمها؟(2).

3- نجده يقول بأن مذهبه في تقديم المصلحة إنما هو في حقيقته تخصيص نص بنص وهو حديث (**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**)، وهو نص عام، فكيف تسنى له تخصيص المسائل الفرعية بنص عام، مع أن الأصل أن النص الخاص هو الذي يخص العام؟(3).

ثانياً- تهافت الاستدلال

أما الاستدلالات التي استدلت بها على صحة رأيه وأسس عليها نظريته فهي أيضاً لم تصمد للنقد ومن ذلك:

1- أما استدلاله بأن الإجماع محل خلاف والمصلحة محل وفاق، وبالتالي وجب تقديم المتفق عليه على المختلف فيه، فهو استدلال مبني على قضية غير مسلمة، فإن الخلاف جاري في المصلحة أيضاً، فالخلاف في بناء الأحكام على المصلحة سواء قصدنا بها المصلحة المعتبرة أو المصلحة المرسلّة، بين الأئمة الأربعة معلوم فضلاً عن غيرهم وكذلك الخلاف في الإجماع فالشيعة ينكرون الإجماع وينكرون أيضاً المصلحة، لأنها رأي والدين لا يبنى على الرأي وإنما يتلقى عن المعصوم، وكذلك الخوارج ينكرون الإجماع، والخلاف جار بينهم في اعتبار المصلحة. ومن ثم يتبين أن هذا الاستدلال غير صحيح (4).

2- أما استدلاله بأن النصوص مختلفة متعارضة والمصلحة حقيقة في نفسها، ومن ثم وجب تقديم ما يؤدي إلى الوفاق على ما يؤدي إلى الخلاف، فهو استدلال أضعف من سابقه، إذ ينطلق من مقدمتين كلتاهما لا يقرهما عليهما أحد:

فالقول إن المصالح بينة بذاتها قول غير مسلم، فإن المصالح ليست كلها بينة واضحة المناهج والمراتب، بل منها ما هو بين لا يحتاج إلى بيان وتعريف، ومنها ما هو ملتبس غير بين، والناس في حياتهم الخاصة والعامة يبتلون

1- ينظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 166-167 وينظر: البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 209. وينظر: أسامة محمود قناعة:

القاعدة الكلية لا ضرر ولا ضرار، ص: 146. وينظر محمد أبو زهرة: الأمام مالك، دار الفكر العربي، ص: 420

2- ينظر: أسامة محمود قناعة: القاعدة الكلية لا ضرر ولا ضرار، ص: 143.

3- ينظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 169.

4- ينظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 178.

بمسائل لا يعرفون فيها وجه الصواب والمصلحة، وأمور الكافة قد يختفي فيها وجه المصلحة على وجه اليقين فيكون النص هو النور (1).

والقول أن النصوص في ذاتها مختلفة قول أيضا غير مسلم، فإن النصوص القطعية لا يوجد تعارض حقيقي بينها، وما يتوهمه البعض من وجود تعارض بينها إنما هو تعارض غير حقيقي ناشئ عن سوء الفهم، أما النصوص الظنية فهي وإن حملت دلالات مختلفة ومتعارضة، فهي لا تصلح دليلا للطوفي على دعواه، لأن الكلام في معارضة النص القطعي والإجماع للمصلحة (2).

3- أما استدلاله بما ثبت في السنة من معارضة النصوص بالمصالح فيني لم أقف على من ناقش استدلاله هذا إلا الشيخ مصطفى زيد باختصار شديد، وخلاصة رده أن هذه الأمثلة التي ساقها الطوفي كأدلة على جواز مخالفة مبدأ من مبادئ الشريعة إذا عارضت المصلحة لا دليل فيها لأنها معارضة بين نص ونص لا بين نص ومصلحة كما يدعي، إذ من السنة إقرار الرسول وسكوته كما هو معلوم؛ ذلك أن بعض هذه الأمثلة يتحقق فيها التعارض بين النص والمصلحة كما في مثال ترك هدم الكعبة و مثال ترك إعلام الناس بكفاية التوحيد لدخول الجنة، وترك قتل الرجل الذي أعجب الصحابة سمته، فإن هذه التروك على فرض صحتها قد أقر الرسول ﷺ صحابته عليها فصارت بهذا الإقرار سنة، فالمعارضة بين نص ونص (3).

فقرة 3- تقدير النظرية.

على الرغم من أن الانتقادات التي سبق إيرادها شبه كافية في هدم النظرية من أساسها، فإن التحقيق يقتضي منا تحرير محل النزاع وموازنة رأي المعارضين والمؤيدين لهذه النظرية.

أولا- تحرير محل النزاع

1- لا خلاف في أن رعاية المصلحة هي قطب رحى التشريع الإسلامي سواء أكان شرعا منزلا منصوصا أو تشريعا اجتهاديا، وأن الشرع قد راعى مصالح المكلفين فيما شرع لهم من أحكام.

2- لا خلاف أيضا بين جمهور أهل العلم في أن المسائل التي لا نص فيها، تبنى فيها الأحكام على رعاية المصلحة قياسا أو استحسانا أو استصلاحا، متى استوفت شروط وضوابط العمل بها، وإذا كان قد استقر أن هذه الأدلة مختلف فيها بين أئمة العلم، فالاختلاف بينهم فيها كما بين ذلك أهل التحقيق ليس في أصلها ولكن في شروط ومجال إعمالها.

3- أما المسائل التي ورد بها النص فهي على ضربين أحكام ثبتت بنصوص ظنية، وأحكام ثبتت بنصوص قطعية وأجمعت عليها الأمة. وحكم معارضة كل منهما للمصلحة يتبين فيما يلي:

أ- معارضة النص الظني للمصلحة: كأن يكون النص ظني الثبوت وهو خبر الآحاد أو ظني الدلالة كالعام مثلا، فأما خبر الآحاد قطعي الدلالة فهو إذا عارض المصلحة فهو على قسمين:

إن كان خبر الآحاد يستند إلى أصل قطعي فيعتبر ولا اعتبار بالمصلحة التي عارضته.

1- ينظر: محمد أبو زهرة: أحمد بن حنبل، ص: 359.

2- ينظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 170-171.

3- ينظر: مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 172-173.

أما إن كان خبر الآحاد لا يشهد له أصل قطعي ومفوتا للمصلحة فيجب رده.

وأما النص العام فإن جمهور الأصوليين على أن دلالة العام على شمول أفراده دلالة ظنية⁽¹⁾، ولا خلاف بين جمهور أهل العلم في أن النص العام يجوز تخصيصه، غير أنهم اختلفوا في المخصصات (كالنص، وقول الصحابي وفعله، والقياس والعرف والمصلحة)، فاتفقوا على بعضها واختلفوا على بعضها الآخر وما يعيننا هنا هو معارضة النص العام للمصلحة وجمهور الفقهاء وبعض المعاصرين كالزرقا (2) والدريبي (3) وشلي (4) وخلاف (5) على جواز تخصيص العام بالمصلحة. وذهب بعض المعاصرين كالبوطي (6) وحسين حامد (7) وخليفة بابكر (8) إلى منع تخصيص النص العام بالمصلحة، وعلى ذلك فإن محل النزاع مع الطوفي ليس في معارضة النصوص الظنية للمصلحة فإن ذلك واقع وهو محل اجتهاد بين أهل الفقه والأصول.

ب- معارضة النص القطعي للمصلحة: مما سبق يتبين أن محل النزاع مع الطوفي ومؤيدوه هو معارضة النص القطعي (ثبوتا ودلالة) للمصلحة.

ثانيا- الترجيح

والذي اخلص إليه هو أنه "يجب بناء الأحكام في الشؤون المالية والإدارية والسياسية على رعاية المصلحة، بشرط أن تكون مصلحة حقيقية، وأن يعم الانتفاع بها عددا كبيرا من الناس، وأن يوكل تقديرها وبيان وجه النفع فيها إلى المجتهدين لا إلى رأي الفرد؛ لأن الحكم الذي سيشرع بناء عليها للجماعة لا للفرد، وللتعامل لا للتعبد، ورأي الفرد في مثله أكثر احتمالا للخطأ من رأي الجماعة"⁽⁹⁾.

أما معارضة المصلحة للنص القطعي فهي من حيث الإمكان غير واقعة وغير متصورة في الأحوال العادية، وإنما هي متصورة فقط في الحالة الاستثنائية أي في حالة الضرورة، والضرورة تبيح المحظور، ولكنها أيضا ينبغي أن تقدر بقدرها. أما معارضة المصلحة لنص قطعي بإطلاق، وهي الحالة التي افترضها الطوفي فلا يتصور وقوعها، كيف وقد تكفل الشرع بجميع المصالح.

ومنه لا محل للخلاف في أصل بناء الأحكام على المصلحة، إذ هو من أقوى الأصول الشرعية، وأثبتها، وأولها بأن تبنى الأحكام عليه ما دامت المصلحة ملائمة لمقاصد الشارع، وما دام في بناء الأحكام عليها رفع حرج. تقدم المصلحة على النص القطعي وعلى الإجماع حيث عارضتهما، وهي قطعية ضرورية، ولا يلزم أن تكون كلية.. ولكن هذا يعتبر استثناء لا قاعدة.

1- ينظر: عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، ص: 183.

2- مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 1/130-135.

3- فتحي الدريبي: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، دار الكتب الحديثة، دمشق، ص: 614.

4- مصطفى شلي: تحليل الأحكام، دار النهضة العربية، بيروت، 1981، ص: 367.

5- عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، ص: 191.

6- البوطي: ضوابط المصلحة، ص: 154.

7- حسين حامد: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، ص: 107، 183.

8- خليفة بابكر: تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية، مطبعة الرافدين، العين، 1988، ص: 137.

9- مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 221.

يجب أن تكون المصلحة التي تبني عليها الأحكام، حقيقية لا موهومة، وعمامة لا خاصة، وأن يتولى تقديرها أهل الاجتهاد من جماعة المسلمين، لأن مجال بناء الأحكام عليها هو المعاملات، أي شئون الجماعة لا الفرد وحده (1).

البند الثاني: صور لانحراف التشريع عن المصلحة العامة

فقرة 1- نماذج من الأحكام والتصرفات التي تبطل لمخالفتها المصلحة العامة
الأصل أن التصرف المخالف للمصلحة الشرعية العامة المعتبرة أو المرسله، إذا فهو يمنع منه قبل وصول المخالف إلى غايته، من خلال الدفع ببطالانه وعدم نفاذه حفظا للمصلحة أو دفعا للمفسدة. و الأصل كذلك أن التصرف المخالف للمصلحة العامة إذا وقع فهو يرفع ولا تترتب عليه أي أثر من الآثار المترتبة على التصرف الموافق للشرع، إلا أنه إن كان رفع هذا التصرف المخالف للمصلحة العامة ابتداء، يسبب ضررا أشد أو يفوت مصلحة أهم من المصلحة التي عدل عنها ابتداء، فقواعد الشرع تقضي بعدم المنع من هذا التصرف.
ومن تطبيقات هذا الأصل أن تشريعات أئمة البغاة والجور في الأصل لا نفاذ لها فهي مشمولة بالبطلان لعدم الولاية قطعاً أو ظناً، ولكن إذا غلبوا واستقر لهم الأمر حكم بتنفيذها (من اشتدت وطأته وجبت طاعته) وترتب الآثار القانونية عليها لما في عدم تنفيذها من المفاسد الراجحة.

نفوذ قضاء من تولى القضاء من غير الإمام الشرعي إذا حكم بمقتضى الشرع. وفي هذا يقول العز بن عبد السلام :
(القواعد الكبرى 173 ولو استولى الكفار على إقليم عظيم فولوا : القضاء لمن يقوم بمصالح المسلمين العامة فالذي يظهر إنفاذ ذلك كله ، جلباً للمصالح العامة ودفعا للمفاسد الشاملة . " فهنا نجد الفقيه يحكم بنفاذ القضاء بعد وقوعه ، مع حكمه ببطلان تولية الكفار القضاء لمسلم ابتداء.

في كل هذه الأفعال نجد أن العمل مخالف ، وكان الأصل ألا تترتب عليه آثاره ؛ ولكن لما كان في عدم ترتب هذه الآثار ضرر أشد ومفسدة أعظم قيل بترتب بعض الآثار نظراً إلى الواقع ؛ ولذا يقول العز بن عبد السلام) : القواعد الكبرى " (191) والذي أراه في ذلك أننا نصحح : تصرفهم الولاية الفسقة الموافق للحق مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية كما نصحح تصرفات إمام البغاة مع عدم إمامته ، لأن ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها ، والضرورة في خصوص تصرفاته ، فلا نحكم بصحة الولاية فيما عدا ذلك ، بخلاف الإمام العادل ؛ فإن ولايته قائمة في كل ما هو مفوض إلى الأئمة."
يقول القراني في الفرق الثالث والعشرون والمائتان بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية والقضاة وبين قاعدة ما لا ينفذ من ذلك.

- التصرف الذي لا مصلحة فيه: قال الشافعي رحمه الله لا يبيع الوصي صاعاً بصاع لأنه لا فائدة في ذلك، ولا يفعل الخليفة ذلك في أموال المسلمين،

- التصرف لدفع الضرر الراجح: ويجب عليه عزل الحاكم إذا ارتاب فيه دفعا لمفسدة الريبة عن المسلمين
- التصرف بجلب المصلحة الراجحة: يعزل المرجوح عند وجود الراجح تحصيلاً لمزيد المصلحة للمسلمين،
- التصرف الذي لا مصلحة فيه: واختلف في عزل أحد المساويين بالآخر فليل يمتنع لأنه ليس أصلح للمسلمين؛

1- مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، ص: 210-211.

ولأنه يؤدي المعزول بالعزل والتهم من الناس؛ ولأن ترك الفساد أولى من تحصيل الصلاح للمتولى.
وأما الإنسان في نفسه فيجوز له ذلك فيما يختص به حصلت مصلحة أم لا، فلاإنسان أن يبيع صاعا بصاع،
وما يساوي ألفا بمائة.

الفقرة 2- رعاية المصلحة العامة في التقنين

لقد سبق أن بينا أن من الصلاحيات التشريعية المناطة بمجلس الشورى هو تقنين الأحكام الشرعية الظنية في المسائل المنصوصة التي اختلف فيها أهل العلم، والمسائل التي تحتل وجوها، وذلك باختيار قول من أقوال الفقهاء والمفتين وإلزام الناس به، فالآراء الفقهية تبقى مجرد آراء علمية لها وزنها واحترامها، ولكنها ليست بذاتها تشريعا، ولا تتحول إلى تشريع وقانون ملزم لجماعة المسلمين إلا من خلال تبني أولى الأمر فيها لرأي منها، وهذا التبني لا يرفع الخلاف في الرأي ولكنه يرفع الخلاف في العمل، فالرأي الفقهي الذي تبناه أهل الشورى يصبح هو التشريع الملزم لجماعة المسلمين، وتبقى سائر الآراء الفقهية مجرد آراء لها احترامها ولكن ليس عليها العمل.

يقول ابن تيمية " وإذا استشارهم فإن بين له بعضهم ما يجب إتباعه من كتاب الله أو سنة رسوله أو إجماع المسلمين، فعليه إتباع ذلك، ولا طاعة لأحد في خلاف ذلك وإن كان عظيما في الدين والدنيا قال تعالى " **يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامِنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ**" (1). وإن كان أمرا قد تنازع فيه المسلمون، فينبغي أن يستخرج من كل منهم رأيه ووجه رأيه فأبي الآراء كان أشبه بكتاب الله وسنة رسوله عمل به كما قال تعالى " **فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا**" (2). (3). ورغم أن ابن تيمية كما هو ظاهر من أنصار الشورى المعلمة غير الملزمة وهو مذهب سبق لنا بيان مرجوحته وبغض النظر عن ذلك فإن ما يعيننا هنا في هذا النص هو تمييزه الواضح والدقيق بين وضعين دستوريين مختلفين في العمل التشريعي انطلاقا من نص الآية الكريمة؛ الوضع الأول وهو مجال الأحكام القطعية (قواطع الكتاب والسنة والإجماع) والتي تشكل قيودا دستورية على جهات التشريع في النظام السياسي الإسلامي، فلا يجوز لأهل الشورى سن ما يخالفها ولا يجوز للإمام إصدار ما يناقضها، ولا طاعة لأحد في خلاف ذلك. والوضع الثاني يتعلق بمجال الأحكام الظنية التي اختلف فيها فقهاء الشريعة، والتي تشكل مجال سلطة تقديرية لجهات التشريع في الدولة الإسلامية بانتقاء وتبني القول الذي تراه راجحا. فيكون ذلك القول هو التشريع الساري الذي عليه العمل، بينما تبقى سائر الأقوال مجرد آراء فقهية لها وزنها واحترامها.

وما يعيننا هنا هو أن نبين أن تبني أهل الشورى و الإمام للإحكام لا يخضع للسلوك الاعباطي و لا التقليد العشوائي وإنما هو محكوم موضوعا برعاية المصلحة العامة لجماعة المسلمين، أي لا يكفي أن يكون محل التشريع مشروعا مندرجا في قاعدة دستورية أو قانونية أعلى منه بل ينبغي أن يكون ملائما ومناسبا، والملاءمة والمناسبة في الاصطلاح الشرعي والأصولي تعني أن يكون محققا للمصلحة الشرعية المقصودة منه، وعليه فإن جهات التشريع في

1- النساء / 59.

2- النساء / 59.

3- ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص: 227-228.

النظام الإسلامي مقيدة بمراعاة المصلحة العامة في تبني الأحكام وليس مجرد التقليد العشوائي، إذ أن تبني الأحكام اعتباراً و تقليداً (1) لا يتحقق فيه النصح الواجب لجماعة المسلمين وقد قال ﷺ: "الدين النصيحة" (2)، واعتباراً لما سبق تأصيله من القواعد الدالة على أن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة وأن ولي الأمر يجب أن يصدر في التصرفات التي ينهض بها عن باعث لا يناقض مقصد الشرع. وقد سبق أن بينا أن تقنين الأحكام الشرعية لا يقتضي بالضرورة تقليد مذهب معين لا يخرج عنه، بل يقتضي وجوب مراعاة المصلحة العامة في تقنين الأحكام الشرعية الاجتهادية، وهو ما جرى عليه العمل في فترة انتظام الخلافة الراشدة، حيث كان الخلفاء يديرون الشورى فتتعدد الآراء والاجتهادات في المسألة ثم يتبنون ويرجحون ما تقضي به المصلحة العامة كما هو الحال مثلاً في قضية قسمة سواد العراق، وحتى عندما احتل النظام الإسلامي شيئاً ما بعد الخلافة الراشدة وتأسست المذاهب واستقرت، وصارت الأحكام تتبنى وترجح من خلال السلطة العلمية لكل مذهب، بقي كل مذهب يرحح الأقوال المعتمدة فيه بناء على ما تقضي به المصلحة العامة (3).

ولو أخذنا مثلاً الولاية في النكاح كمثال تطبيقي معاصر على ضرورة مراعاة المصلحة العامة في تقنين الأحكام، لوجدنا أن عدم مراعاة المصلحة العامة في تقنين الأحكام قد يجر فساداً عريضاً لا أول له ولا آخر وهو ما يسمى في بعض بلاد المشرق بالزواج العربي، فمن المعلوم أن الأحكام الشرعية إنما تتعلق بالمسمى لا بالاسم، وأن لفظ الزواج العربي يطلق في بلاد المغرب على الزواج الصحيح المستوفي الأركان الذي لم يوثق في مصالح الحالة المدنية وهو بهذا الإطلاق زواج صحيح منتج لآثاره، بينما يطلق لفظ الزواج العربي في بلاد المشرق على الزواج الذي تعقده الفتاة سرا بغير علم أوليائها وبغير إشهار، بناء على قول الحنفية أن الفتاة البالغة الرشيد لها عقد الزواج بنفسها، خلافاً لجمهور الفقهاء، وهو بهذا الإطلاق يعتبر زواج سر بغير ولي، وتسميته بالزواج العربي لا يغير من حقيقته شيئاً، فالعبرة كما ذكرنا بالمسمى لا بالاسم، وهو ما جر فساداً عريضاً في تلك البلاد خاصة بين طلبة المدارس والجامعات، ونحسب أن السبب في ذلك أن التشريع في تلك البلاد ارتحن للمذهب الحنفي في مسألة الولاية في النكاح، ولم يراع ما تقتضيه المصلحة العامة في تقنين الحكم الشرعي في تلك المسألة، رغم المال الذي انتهى إليه الأخذ بقول الحنفية في مسألة الولاية، وهو مال غير مشروع، فإن الله قطعاً لا يشرع ما فيه فساد في الدين والعرض ولا تزال جهات التشريع هناك عازفة عن التدخل مستسلمة لفتاوى المفتين والمتفقيين. والذي نراه أن غلق باب هذا الفساد يقتضي من السلطة التشريعية الأخذ بقول الجمهور في مسألة الولاية في النكاح، وتأييد ذلك بعقوبة شرعية رادعة لمن تسول له نفسه مخالفة ذلك.

الفقرة 3- رعاية المصلحة العامة في التشريع التفويضي

وكما تجب مراعاة المصلحة العامة في تقنين الأحكام الشرعية تجب كذلك مراعاتها في السلطات التشريعية

1- حكى ابن تيمية ثلاثة أقوال في المسألة: الأول أن الإمام ليس له التقليد بكل حال، والثاني أن الإمام له التقليد بكل حال، والثالث له أن يقلد من يرتضى علمه ودينه. وهذه الأقوال بناء على من يرى الشورى معلمة غير ملزمة، ينظر: ابن تيمية: السياسة الشرعية، ص: 229.

2- صحيح مسلم/ كتاب الإيمان/ باب بيان أن الدين النصيحة/ رقم 55. ص: 54.

3- حول الترجيح بالمصلحة في المذهب المالكي: ينظر محمد النابعة الشنقيطي: نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي، دراسة وتحقيق لخضر بن قومار، رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية باتنة، 2005، ص: 122-123.

المفوضة رأساً لأولي الأمر كسلطة العقاب والتعزير مثلاً وسلطة الخراج والتوزيع وسلطة وسوء أكان هذا التفويض تفويضاً أولياً بالنص، أو تفويضاً ثانوياً بالشورى، فإن ممارسة هذه السلطات التفويضية سواء من طرف مجلس الشورى أو من طرف الإمام يخضع لمراعاة المصلحة العامة، فالتشريعات العقابية مثلاً كما سيأتي تحكمها قاعدة عامة وهي وجوب رعاية المصلحة العامة عند سن هذه العقوبات التقديرية، وتندرج تحت هذه القاعدة قواعد جزئية تشكل في مجملها السياسة العقابية في النظام الإسلامي، ونفس الشيء بالنسبة للتشريعات المالية استخراجاً وتوزيعاً، فهي أيضاً تحكمها قاعدة كلية وهي وجوب مراعاة المصلحة العامة لجماعة المسلمين في فرض وظائف مالية جديدة غير الزكاة، وتندرج تحتها قواعد جزئية تشكل السياسة المالية للدولة الإسلامية.

الفقرة 4- رعاية المصلحة في التشريع الاستثنائي

ولا تخرج التشريعات الاستثنائية عن القاعدة العامة في وجوب مراعاة المصلحة العامة، كل ما في الأمر أن المصلحة العامة في هذه التشريعات تبلغ أعلى مراتبها وهي مرتبة الضرورة العامة، فترجح على المصالح الأدنى منها مرتبة، فالتشريع الاستثنائي في حقيقته نوع من الترجيح بين المصالح وتقديم أصول المصالح الضرورية وفق الترتيب المعتبر شرعاً، مما يقتضي الخروج مؤقتاً عن التشريع المعمول به نصاً أو اجتهاداً رعاية لهذه المصالح الضرورية العليا. بالشروط الأربعة التي سبق بيانها:

- أن تكون الضرورة حالة قائمة واقعة متحققة.
- وأن تكون المصلحة العامة في مخالفة التشريع الساري أعظم من المفسدة المترتبة على مخالفته.
- وأن لا توجد وسيلة أخرى لدفع الضرر العام إلا مخالفة التشريع القائم.
- و أن تقدر الضرورة بقدرها من حيث الأشخاص والزمان والمكان والموضوع، فالمصلحة العامة في سن الأحكام الاستثنائية تقتضي أن يقتصر فيها على الأشخاص الذين تعنيهم وعلى فترة الضرورة وموضوعها.

الخاتمة

بعد هذه الرحلة الطويلة والشاقة في ثنايا هذا البحث الذي أخذ مني وقتا ليس باليسير آن لي أن أقف وقفة اعتراف بأن ما كتبته وما وفقني الله عز وجل إلى عرضه ليس إلا جهد المقل، وما هي إلا مقارنة بسيطة في هذا الموضوع الذي تحتاج موضوعاته المتشعبة إلى دراسات أخرى أعمق وأفسح في الوقت وأرحب في العلم والفقهاء لفك إشكالات هذا الموضوع وفق اجتهاد أصيل ومعاصر، بشرط أن لا يكون أسيرا للتاريخ و لا رهينا لتجربة الغرب، ولا يلزم الصمت عما لم يقله الفقيه، ومن جهتي فقد حاولت في هذا البحث أن اتبع فيه منهجا موضوعيا، وتمسكت بالأدلة الشرعية على ضوء ما رآه مختلف علماء علوم الشريعة، فأيدت ما رأيته مستندا إلى الدليل، وعارضت ما رأيته خلاف ذلك. فإن أصبت فمن الله وحده وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان، و قد قادني هذا المنهج إلى عدة نتائج ، وتوصيات أخصها فيما يلي :

أولا: النتائج

1- على المستوى النقدي للأفكار

خلص هذا البحث إلى دحض جملة من الأفكار الشائعة والتأكيد بالتالي على جملة من الحقائق:

أ/الفكرة الأولى: أن الشريعة قد فصلت في كل شيء تفصيلا لا مزيد عليه وليس للأمة إلا تطبيق هذه الأحكام التي جاءت بها الشريعة، ويترتب على ذلك توهم أن القانون في الدولة الإسلامية معطى مسبقا، وأنه لا دور لجماعة المسلمين وأولي الأمر فيها في سنه، وإنما يقتصر دورها ودور الولاية العامة على تنفيذه، والحقيقة أن الشمول الذي تتصف به الشريعة الإسلامية هو شمول كليات وإحاطة وأصول وليس شمول جزئيات و تحديد و تفصيل. يؤيد ذلك المساحة الكبيرة جدا التي تركتها الشريعة لجماعة المسلمين للاجتهاد وفق منهاجها. والسلطات التفويضية والتقديرية والاستثنائية التي حولتها الشريعة للأمة وأولي الأمر فيها في مجال التشريع وصناعة القانون

ب/ الفكرة الثانية: أن الشريعة ثابتة في جميع أحكامها، فهي لا تقبل تبديلا أو تغييرا، والحقيقة أن من أحكام الشريعة أحكام شرعية توقيفية متعالية على الزمن فهي تشريع ثابت عبر الزمن لا يمكن أن يتغير من عصر إلى عصر، كما أنها متعالية على المكان فهي تشريع ثابت عبر المكان لا يمكن أن تتغير من بلد إلى بلد أو من منطقة إلى أخرى، ولا يجوز مخالفته إلا وفق مقتضيات الشريعة ذاتها أي في حالات الاستثناء والضرورة المحددة بضوابطها الشرعية. أما الجزء الأكبر من أحكام الشريعة فهي أحكام اجتهادية توفيقية عرضة للتغير بحسب تجدد الاجتهاد زمانا ومكانا، فهي أحكام تشريعية قابلة للتغيير عبر الزمن، وقد مارست الأمة عبر عصورها المديدة التغيير في التشريع في أغلب المجالات حتى في مجال الأحكام الدستورية. كما أنها أحكام تشريعية قابلة للاختلاف عبر المكان، فلا مانع من اختلاف التشريع من منطقة جغرافية إلى أخرى خاصة فيما يتعلق بالأحكام التي مستندتها العرف أو مصلحة ظرفية.

ج/ الفكرة الثالثة: أن الشريعة تتصف أحكامها بالعدل المطلق كما أن الحكم بما يحقق العدل المطلق، انطلاقا من أن الشريعة هي شريعة ربانية وأحكامها تجسيد للإرادة الإلهية، وبالتالي فهي تتصف بالعدل المطلق لأن الذي شرعها هو الحكم العدل اللطيف الخبير، فضلا عن أن الشريعة قد أمرت بالعدل وجعلت منه قيمة كلية مطلقة. والحقيقة أن هذا القول لا يعبر تماما عن حقيقة الشريعة لا تشريعا ولا تطبيقا، فالخطأ والانحراف التشريعي في الأحكام

الاجتهادية وارد، رغم الضمانات الكثيرة التي وضعتها الشريعة لتفادي الخطأ في الفقه والتشريع، كما أن تطبيق الأحكام إنما هو بحسب الظاهر ولذلك فالخطأ في التطبيق وارد، غير أن الشريعة وإن لم تتصف في جميع أحكامها بالعدل المطلق فهي تتصف بتحقيق العدل الأقرب.

2- على مستوى الأحكام

خلاص هذا البحث إلى جملة من الأحكام الدستورية التي تنظم سلطة ولي الأمر في التشريع يمكن أن نوجزها دون الدخول في التفاصيل الكثيرة المتعلقة بها في العناصر التالية:

أ/ أن مفهوم الشريعة والتشريع في التداول الشرعي يتسع معناه ويضيق بحسب الاستعمال والاصطلاح، وأن مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني ليس أمراً منكوراً في التداول الشرعي، بل يجد هذا المفهوم حقيقته في اصطلاح السياسة الشرعية. ولا يرى الباحث حرجاً في إطلاق هذا اللفظ (التشريع) على مدلوله السياسي الحديث.

ب/ أن التشريع بمعناه الديني أي إنشاء الأحكام ابتداءً هو من حق الله عز وجل، وهو ملزم للناس سواء عاشوا في دولة أم لا. أما التشريع بمفهومه السياسي أي كوظيفة من وظائف الدولة فهو فيما عدا الأحكام المنزلة، مفوض إلى جماعة المسلمين وأولي الأمر فيها.

ج/ أن التشريع كصناعة للقواعد القانونية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمجال السياسي، وإن التحليل التاريخي لمفهوم السياسة يبين أنه يدور حول السلطات التفويضية والتقديرية والاستثنائية التي تناط بولي الأمر في مجال التشريع.

د/ اختلف الفقه الإسلامي السياسي الحديث من مسألة السيادة في النظام السياسي الإسلامي بين يرى أن السيادة لله عز وجل وبين من يرى أن السيادة للأمة، ومن يرى أن السيادة لله ثم للأمة، وقد انتهى الباحث بعد مناقشة مستفيضة لهذه الرؤى إلى أن السيادة المطلقة لله عز وجل أما السيادة بمدلولها السياسي فهي لجماعة المسلمين. ورغم التشابه الظاهري بين نظرية السيادة للشعب في النظم الوضعية والسيادة لجماعة المسلمين فإن بينهما فرقا بينا وشاسعاً، ذلك أن التشريع في النظام الإسلامي ينتهي إلى قواعد متعالية على الزمان والمكان لا زوال لها إلا بزوال وصف الإسلام عن جماعة المسلمين، بينما التشريع في النظم الوضعية لا ينتهي إلى عقيدة حق بل هو تبع لأهواء الجمهور السياسي.

هـ/ أنكر عدد غير قليل من الباحثين في الفكر السياسي الحديث أن يكون لأولي الأمر في المجتمع الإسلامي أي صلاحيات تشريعية وربط بعضهم ذلك بوصف العصمة أو الفقاهاة وقد وفق الله عز وجل الباحث إلى سوق الكثير من الحجج والأدلة على سلطة ولي الأمر في التشريع من الكتاب والسنة وسنن الخلافة الراشدة والمعقول والواقع التاريخي.

و/ ربط بعض المفكرين صلاحية التشريع بالإمام وحده وحصرها في مسألة تقنين أقوال الفقهاء، وقد خلاص الباحث أن ولاية الأمر التشريعي لا يختص بها الإمام وحده، بل السنة النبوية والراشدة تبين أنه كان يشاركه فيها أهل الشورى، كما أن للإمام الرجوع في بعض المسائل إلى جماعة المسلمين مباشرة. وأن النظام الإسلامي ينهض على مبدأ الفصل بين السلطات وتعاونها (الفصل المرن). كما خلاص الباحث إلى أن صلاحيات أولي الأمر في التشريع لا تقتصر على مسألة تقنين أقوال الفقهاء التي دندن حولها كثير من الباحثين، بل تمتد للسلطات التقديرية المفوضة شرعاً وفقها

لأولي الأمر كما تشمل السلطات الاستثنائية التي تقتضيها السياسة الشرعية في مخالفة تشريع محكم للضرورة المعترية شرعا.

ز/ فيما يتعلق بتكوين الهيئات التشريعية خلص الباحث فيما يتعلق بشروط العضوية إلى أن تكوين جهات التشريع في النظام السياسي الإسلامي يخضع في جانب منه لشروط دستورية قطعية متعالية على الزمان والمكان، لا يجوز إغفالها إلا في الأوضاع الاستثنائية للضرورة المعترية شرعا، وأن منها شروط اجتهادية هي بلا شك مجال للسياسة الشرعية والتصرف السياسي، كشروط القرشية والذكورة و الاكتفاء بالبلوغ... ونفس الأمر بالنسبة لأسباب العزل. وتبين للباحث أنه خلافا للنظم الوضعية فإن النظام الإسلامي ينزع إلى اعتبار الكفاية العلمية شرطا أساسيا لممارسة العمل التشريعي، وفيما يتعلق بطرق تكوين جهات التشريع خلص الباحث إلى أن طرق تكوين هذه الهيئات يخضع لمبدأ دستوري عام وهو الانتخاب أو البيعة، أما الطرق الأخرى فإنها غير مؤيدة بأية نصوص شرعية، ومن تولى هذا المنصب باستعمالها فإن ولايته ناقصة وتقابل ما يعبر عنه في الفكر القانوني الحديث باصطلاح " السلطة الفعلية ". أما فيما يتعلق بمدة الولاية فإن الباحث قد خلص إلى أن هذه المسألة مجال من مجالات العمل بالسياسة الشرعية في التشريع الدستوري وهي تدخل ضمن دائرة العفو، وأن تحقيق مناط المصلحة الشرعية يقتضي أن تأخذ الأمة بقاعدة تحديد المدة بل وتحديد العهدة أيضا.

ك/ فيما يتعلق بقواعد الاختصاص التشريعي خلص الباحث فيما يتعلق بالاختصاص العضوي أي جهات الاختصاص التشريعي في النظام الإسلامي إلى أن رأي الفقيه والمفتي فرديا كان أو جماعيا يبقى رأيا علميا ولا يكتسب الصفة التشريعية إلا من خلال تبني جماعة المسلمين وأولي الأمر فيها له، كما أن حكم القاضي واجتهاده يبقى تطبيقا للشرع وليس تشريعا. ومنه خلص الباحث إلى وأن ولاية التشريع بمفهومه الحديث تنحصر في النظام السياسي الإسلامي في مجلس الشورى وفي الإمام، كما خلص إلى أنه لا مانع من الرجوع لجماعة المسلمين مباشرة (إقرارا واعتراضا) في بعض المسائل المصلحية بالضوابط التي سبق تفصيلها.

ل/ وفيما يتعلق بالاختصاص الموضوعي أي مجالات الاختصاص التشريعي في النظام الإسلامي فقد خلص الباحث إلى أن العقائد و العبادات من المجالات التي تخرج عن الاختصاص التشريعي لأولي الأمر قطعا إلا ما كان من تدخل تشريعي لحماية أصل حرية المعتقد وحرية العبادة ومنع العدوان عليهما، وهذا التدخل يقف عند حدود حماية أصل الحق، ولا دخل له في تحديد مضمون العقيدة أو في كفيات العبادة، كما خلص إلى أن الأخلاق من المجالات التي يجوز أن يمتد إليها الاختصاص التشريعي لأولي الأمر وأن العلاقة بين الأخلاق والقانون في النظام الإسلامي هي علاقة تناسب عكسي كلما ضعفت الأخلاق ورتت اشتد القانون وامتد. كلما ضاقت دائرة الأخلاق اتسعت دائرة القانون مراعاة لمقاصد الشريعة وسياسة التشريع في الإسلام. أما مجال المعاملات والمصالح العامة فهي من الاختصاص التشريعي لأولي الأمر وجوبا.

م/ وفيما يتعلق بقواعد الشكل الواجب إتباعها لصدور التشريع فقد سجل الباحث أن هذا الموضوع في الفقه السياسي الحديث فضلا عن القلم ما يزال غائبا وخارج دائرة الوعي، وقد اختار الباحث أن يغرد خارج السرب وحده، وقد انتهى فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية الواجب إتباعها لصدور التشريع أن ذلك مما يدخل في دائرة العفو ومما يخضع للنظر المصلحي وما تستوجبه قواعد السياسة الشرعية، وسكوت الشرع عنها لا يعفي الفقيه من النظر،

ومنه خلص الباحث فيما يتعلق بجهة المبادرة والاقتراح أن النظام الإسلامي يسع اشتراك الإمام و مجلس الشورى وجماعة المسلمين في هذا الحق مع ما مراعاة قيود النصاب العددي و موضوع الاقتراح التي سبق تفصيلها. وفيما يتعلق بشروط المداولة والتقرير، فقد انتهى إلى النظر المصلي يقتضي أن لا يتم انعقاد مجلس الشورى والمداولة إلا في حضور نصاب عددي معتبر، كما يقتضي أن لا يصدر التشريع إلا بإقرار الأغلبية المناسبة. وفيما يتعلق بجهة الاعتراض والإصدار فقد خلص الباحث إلى أنه وإن كان لا يجوز الاعتراض على حكم شرعي محكم، فإنه لا حرج في الاعتراض على تشريع اجتهادي، بل قد يكون واجبا أو جائزا، وأن ذلك لا يندرج ضمن مشاققة الله ورسوله وقد اعترض الصحابة على بعض اجتهادات الخلفاء، و أما التنظيم الدستوري لحق الاعتراض فهو يسع الاعتراض الرئاسي كما يسع الاعتراض الشعبي وفق القيود والتفصيل الذي سبق بيانه.

ن/ وفيما يتعلق بقواعد محل التشريع، فقد خلص الباحث أن النظام الإسلامي يتجاوز النظم الوضعية بأشواط مديدة فيما يتعلق بقواعد ومصادر المشروعية، وإن كان يرى أنه لا ينبغي أن تكتفي جماعة المسلمين بتقنين الأحكام، بل أيضا يرى لزاما عليها تقنين مصادر الأحكام الاجتهادية، وقدم الباحث في سبيل ذلك اجتهادا أوليا، كما يرى أن النظام الإسلامي يؤسس لشرعية دستورية تضمن الاستقرار التطور في نفس الوقت من حيث أن الدستور الإسلامي يتضمن تدرجا حيث يضم نوعين من القواعد، قواعد دستورية جامدة جمودا مطلقا تضمن للنظام الإسلامي الاستقرار وتحافظ على هويته، وقواعد دستورية جامدة نسبيا أو مرنة تضمن له مواكبة التطور وحاجات المجتمع. و خلص الباحث أنه سواء فيما يتعلق بالسلطات التقديرية لولي الأمر في مجال التشريع فإنه لا يجوز أن يخالف محل التشريع، التشريع الدستوري الساري أو قاعدة من قواعد المشروعية الأعلى منه وفيما يتعلق بالسلطات الاستثنائية في مجال التشريع فإنه لا يجوز لولي الأمر أن يخالف تشريعا ساريا إلا وفق ضوابط الضرورة الشرعية المقررة شرعا ودستورا، كما يرى الباحث أن النظام الإسلامي لا يقر الحصانة لما يعرف بأعمال السيادة. ومنه خلص إلى أن كل تشريع يخالف محله قواعد المشروعية فجزاءه البطلان شرعا وقانونا.

ح/ وفيما يتعلق بقواعد غرض التشريع وسببه، فقد خلص الباحث إن نظرية السبب في المجال التشريعي الوضعي والرقابة عليه نظرية حديثة نسبيا بينما التشريع الإسلامي هو بالأساس تشريع غائي يرتبط ارتباطا وثيقا بالقيم والمصالح العليا، وتتأسس فيه نظرية المصلحة كسبب للتشريع على قاعدة معرفية ومنهجية مسلم بها؛ هي مقاصد الشريعة ومن ثم فهو من هذا الجانب يتجاوز الفقه الوضعي بمراحل الذي لا يزال يحبو في إرساء نظرية السبب والباعث التشريعي. كما خلص الباحث إلى أن السلطة العامة في مجال التشريع مقيدة بمراعاة المصلحة العامة، وقد قدم الفقه الإسلامي نظرية متكاملة في الموازنة بين المصالح والمنافع، تعصم السلطات العامة مما يسمى اليوم بالانحراف التشريعي والدستوري.

ثانيا: التوصيات

وبناء على النتائج السابقة فإنني أتقدم ببعض التوصيات لعلها تجد من يرى أنها ذات أهمية ويعمل على تنفيذها ، وألخص هذه التوصيات في النقاط التالية :

1- أن توجه البحوث الجامعية لتعميق النظر الشرعي في القواعد النازمة لسلطة ولي الأمر في التشريع بما تقتضيه قواعد السياسة الشرعية، خاصة في المسائل المسكوت عنها و التي ما يزال يعزف عنها الفقه السياسي الإسلامي ونذكر منها على سبيل المثال:

- المسألة الدستورية والتشريع الدستوري في النظام الإسلامي

- تقنين مصادر المشروعية

- قواعد الاختصاص العضوي والموضوعي في مجال التشريع

- صلاحيات جماعة المسلمين في التشريع المباشر

- ركن الشكل في العمل التشريعي .

- مخالفة الدستور والانحراف التشريعي والدستوري في النظام الإسلامي

2- أن توجه البحوث والدراسات لتناول واقع السلطة والممارسة التشريعية في البلدان العربية و الإسلامية بما ذلك البلدان التي حاولت تطبيق النظام الإسلامي، في ضوء المقارنة مع قواعد النظام السياسي الإسلامي في مجال التشريع، للوقوف على كسبها فينمى والوقوف على اكتسابها فيتجاوز. ويكون ذلك تغذية رجعية للفكر السياسي الإسلامي في هذا الموضوع.

والحمد لله رب العالمين في الأولى والآخرة

الفهارس

1- فهرس الآيات

2- فهرس الأحاديث و الآثار

3- فهرس المصادر و المراجع

4- فهرس الموضوعات

1- فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	السورة ورقم الآية	الآية
728	البقرة/29	﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾
752	البقرة/30	﴿ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ ﴾
772	البقرة/83	﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ ﴾
126	البقرة/113	﴿ فَاللَّهُ سَخِّمَ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ ﴿١١٣﴾ ﴾
329، 318	البقرة/124	﴿ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا ﴾
152	البقرة/143	﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ ﴾
739	البقرة/173	﴿ فَمَن أَضْطَرَّ غَيْرِ بَاعٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِنَّم عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾ ﴾
789	البقرة/179	﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِيَ الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾ ﴾
739	البقرة/185	﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ ﴾
752	البقرة/186	﴿ وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ ﴾
136	البقرة/188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى الْحُكَّامِ ﴾
675، 151	البقرة/190	﴿ " وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتَلُونَكُم وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ ﴾
157	البقرة/190	﴿ وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقْتَلُونَكُم وَلَا تَعْتَدُوا ﴾
182	البقرة/210	﴿ هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا أَن يَأْتِيَهُمُ اللَّهُ فِي ظُلَلٍ مِّنَ الْعَمَامِ وَالْمَلَائِكَةِ .. ﴾
501	البقرة/216	﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾
504، 491	البقرة/228	﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾
631	البقرة/233	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾

491	البقرة/235	﴿ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾
170	البقرة/256	﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾
490 ، 164 ، 489	البقرة/256	﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴾
186، 176	البقرة/257	﴿ اللَّهُ وَبِئْسَ الْوَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا ﴾
753	البقرة/260	﴿ رَبِّ أَرِنِي كَيْفَ تُحْيِي الْمَوْتَى ﴾
151	البقرة/279	﴿ وَإِنْ تَبَتَّمْ فَلَكُمْ زُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ ﴾
771 ، 176 ، 163	البقرة/282	﴿ فَالْيَمَلُّ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ ﴾.
39	البقرة/286	﴿ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾
163	آل عمران/ 39	﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ الصَّالِحِينَ ﴾ ﴿٣٩﴾
753	آل عمران/ 40	﴿ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلْمٌ وَقَدْ بَلَغَنِيَ الْكِبَرُ وَامْرَأَتِي عَاقِرٌ ﴾
186	آل عمران/ 68	﴿ وَاللَّهُ وَبِئْسَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ﴿٦٨﴾.
674 ، 152	آل عمران/ 110	﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ ﴾
219	آل عمران/ 132	﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ ﴾
183	آل عمران/ 152	﴿ حَتَّىٰ إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَزَّعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَعَصَيْتُمْ مِّنْ بَعْدِ مَا أَرْسَلْنَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ ﴾
183	آل عمران/ 154	﴿ يَقُولُونَ هَلْ لَنَا مِنَ الْأَمْرِ مِنْ شَيْءٍ قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ يُخْفُونَ فِي أَنْفُسِهِمْ مَا لَا يُبْدُونَ لَكَ يَقُولُونَ لَوْ كَانَ لَنَا مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ مَا قُتِلْنَا هَهُنَا ﴾
، 255 ، 183 ، 66 ، 301 ، 287 ، 275 ، 408 ، 386 ، 317 ، 423 ، 410 ، 409 ، 526 ، 439 ، 433	آل عمران/ 159	﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾

779 ، 778 ، 151	النساء / 5-6	﴿ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالِكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ.. ﴾
623 ، 501	النساء / 11	﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾
630	النساء / 19.	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾
531	النساء / 20	﴿ وَءَاتَيْتُمُ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بِهْتِنًا وَإِنَّمَا مِثِينًا ﴾
164	النساء / 34	﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾
136 ، 126	النساء / 35	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِنَ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنَ أَهْلِهَا ﴾
807	النساء / 40	﴿ إِنْ اللَّهُ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ ﴾
196	النساء 53-54	﴿ أَمْ هُمْ نَصِيبٌ مِنَ الْمَلِكِ إِذَآ لَا يُؤْتُونَ النَّاسَ نَقِيرًا ﴿٥٣﴾ أَمْ يَحْسُدُونَ النَّاسَ . ﴾
771 ، 673 ، 178	النساء / 58	﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾
177 ، 154 ، 141 ، 195 ، 186 ، 178 ، 272 ، 221 ، 218 ، 562 ، 415 ، 276 ، 705 ، 674 ، 638 ، 821 ، 820	النساء / 59	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ .. ﴾
580	النساء / 65.	﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي ﴾
222 ، 187 ، 178 ، 584 ، 419 ، 415 ، 674	النساء / 83	﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ۗ ﴾
675	النساء / 89	﴿ إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ أَوْ جَاءُوكُمْ حَصِرَتْ صُدُورُهُمْ ﴾
337	النساء / 103	﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَادْكُرُوا اللَّهَ قِيَمًا وَقُعودًا وَعَلَىٰ جُنُوبِكُمْ ﴾
580	النساء / 115	﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصَلِّهِ ۖ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴿١١٥﴾ ﴾

59	النساء / 127.	﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ ۗ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ ﴾
806	النساء / 135	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أُوَّ
367، 326	النساء / 141	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾
187	النساء / 144	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۗ
59	النساء / 176	﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ۗ
30	المائدة / 01	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۗ
241، 146، 141	المائدة / 03	﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ۗ
501، 151	المائدة / 38	﴿ فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ۗ
33، 25، 24	المائدة / 48	﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا ۗ
502، 44	المائدة / 49	﴿ وَأَنَّ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ۗ
219	المائدة / 92	﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ ۗ
771، 136	المائدة / 95	﴿ تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ۗ
38	الأنعام / 98	﴿ وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ ۗ قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ
501	الأنعام / 155	﴿ وَهَذَا كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ مُبَارَكٌ فَاتَّبِعُوهُ وَاتَّقُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾
360	الأنعام / 159	﴿ إِنَّ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيَعًا لَسْتَ مِنْهُمْ فِي شَيْءٍ ۗ
625	الأنعام / 164	﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ
501	الأعراف / 03	﴿ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ إِلَيْكُم مِّن رَّبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ ءَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ
320	الأعراف / 69	﴿ وَأذْكُرُوا إِذْ جَعَلْنَا خُلَفَاءَ مِنْ بَعْدِ قَوْمِ نُوحٍ زُرَادًا مِّنَ الْخَلْقِ بَصِطَةً ۗ
163	الأعراف / 87	﴿ وَهُوَ خَيْرُ الْحَاكِمِينَ ﴾

560	الأعراف/ 86	﴿ وَادْكُرُوا إِذْ كُنْتُمْ قَلِيلًا فَكَثَرَكُمْ ۗ وَانظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُفْسِدِينَ ﴾
20	الأعراف/ 163	﴿ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرْعًا ﴾
320	الأعراف/ 142	﴿ أَحْلَفَنِي فِي قَوْمِي وَأَصْلَحَ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ ﴿٣٢﴾ ﴾
698	الأعراف/ 199	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿٣٣﴾ ﴾
682 ، 630	الأعراف/ 199	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾
580	الأنفال/ 13	﴿ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ شَاقُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ ۗ وَمَنْ يُشَاقِقِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ
560	الأنفال/ 26	﴿ وَادْكُرُوا إِذْ أَنْتُمْ قَلِيلٌ مُسْتَضْعَفُونَ فِي الْأَرْضِ تَخَافُونَ أَنْ يَتَخَطَّفَكُمُ
781	الأنفال/ 27	﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَخَوَّضُوا أَمْنَتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٧﴾
183	الأنفال/ 43.	﴿ وَلَوْ أَرْزَكْنَهُمْ كَثِيرًا لَفَاشَلْتُمْ وَلَتَنْزَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَلَكِنَّ اللَّهَ سَلَّمَ ۗ إِنَّهُ عَلِيمٌ
675	الأنفال/ 61	﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۗ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿٦١﴾ ﴾
440	الأنفال/ 61	﴿ وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۗ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴿٦١﴾ ﴾
440	الأنفال/ 65	﴿ يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ ۗ ﴾
555	الأنفال/ 67-69	﴿ مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُدَّ أَسْرَىٰ حَتَّىٰ يُثْخِنَ فِي الْأَرْضِ ۗ ... ﴾
186 ، 674 ، 362 ، 674	الأنفال/ 72	﴿ إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوُوا وَنَصَرُوا أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾
318	التوبة/ 12	﴿ فَاقْتُلُوا أَيْمَةَ الْكُفْرِ ۗ ﴾
299	التوبة/ 29	﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ
141	التوبة/ 31	﴿ اتَّخَذُوا أَحْبَابَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ ۗ ﴾
186 ، 524 ، 581 ، 674	التوبة/ 71	﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۗ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ

439	التوبة/73	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفَّارَ وَالْمُنَافِقِينَ وَاغْلُظْ عَلَيْهِمْ وَمَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ
526	التوبة/91	﴿ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾
439	التوبة/103	﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ﴾
732	التوبة/122	﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ
320	يونس/91	﴿ فَالْيَوْمَ نُنَجِّيكَ بِبَدَنِكَ لِتَكُونَ لِمَن خَلْفَكَ آيَةً ﴾
490	يونس/99	﴿ أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ ﴿٩٩﴾ ﴾
729	هود/28	﴿ أَنْزَلْنَاهَا وَأَنْشَرْنَاهَا كَرِيمُونَ ﴿٢٨﴾ ﴾
163	هود/45	﴿ أَحْكَمْ أَحْكَمِ الْحَكَمِينَ ﴿٤٥﴾ ﴾
37	هود/91.	﴿ قَالُوا يَشْعِيبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ ﴾
327	يوسف / 22	﴿ وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ ءَاتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾
163	يوسف / 25	﴿ وَأَلْفَيْهَا سَيِّدَهَا لَدَا الْبَابِ ﴾
126، 132، 134، 136، 140، 145، 152	يوسف/40	﴿ مَا تَعْبُدُونَ مِن دُونِهِ إِلَّا أَسْمَاءَ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَءَابَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِن سُلْطٰنٍ ؕ إِنِ الْحَكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ؕ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ؕ ذٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ
337	يوسف / 41	﴿ قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴿٤١﴾ ﴾
58	يوسف/43	﴿ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي رَأْيِي إِن كُنْتُمْ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ ﴿٤٣﴾ ﴾
59	يوسف/46	﴿ يُوسُفُ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا فِي سَبْعِ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ يَأْكُلُهُنَّ سَبْعٌ عِجَافٌ .. ﴾
319	يوسف / 55	﴿: أَجْعَلِنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْمُ ﴿٥٥﴾ ﴾
176	النحل / 76	﴿ وَهُوَ كُلٌّ عَلَىٰ مَوْلَاهُ أَيْنَمَا يُوَجِّهُهُ لَا يَأْتِ خَيْرٌ ﴾
141	النحل / 89	﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِّكُلِّ شَيْءٍ ﴾

772 ، 168 ، 167	النحل/90	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ ﴾
151	النحل/91	﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ ﴾
728	النحل/116	﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا ﴾
501 ، 337	الإسراء/ 23	﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ﴾
176	الإسراء/33	﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَيْهِ سُلْطٰنًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾
780	الإسراء/34	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾
37	الإسراء/44	﴿ وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لَا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ ﴾
58	الكهف/ 22	﴿ فَلَا تَمَارِ فِيهِمْ إِلَّا مِرَاءً ظَهَرَ وَلَا كَسَفَتْ فِيهِمْ مِنْهُمْ أَحَدًا ﴾
807	الكهف/ 49	﴿ وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا ﴾
744	الكهف/84	﴿ وَءَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا ﴾
753	مريم/ 20	﴿ أَنَّىٰ يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكْ بَغِيًّا ﴾
38	طه/ 27-28	﴿ وَأَحْلَلْ عَقْدَةً مِّن لِّسَانِي ﴿٢٧﴾ يَفْقَهُوا قَوْلِي ﴿٢٨﴾ ﴾
183	طه/62	﴿ فَتَنَزَعُوا أَمْرَهُم بَيْنَهُمْ وَأَسْرُوا النَّجْوَىٰ ﴿٢٩﴾ ﴾
752	الأنبياء/23	﴿ لَا يُسْئَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْئَلُونَ ﴿٣٠﴾ ﴾
744	الحج/ 15	﴿ فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ ﴾
183	الحج/67.	﴿ فَلَا يُنْزِعَنَّكَ فِي الْأَمْرِ ﴾
183	المؤمنون/53.	﴿ فَتَقَطَّعُوا أَمْرَهُم بَيْنَهُمْ زُبُرًا كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ ﴿٥٣﴾ ﴾
786 ، 44	المؤمنون/ 71	﴿ وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمٰوٰتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ ﴾
42	المؤمنون 115	﴿ أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ ﴿١١٥﴾ ﴾

704	النور / 31	﴿ وَلِيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ ۗ ۝ ﴾
501 ، 157	النور / 02.	﴿ فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۗ ﴾
219	النور / 56	﴿ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ ۗ ﴾
580	النور / 63	﴿ فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝ ﴾
59 ، 302 ، 541 ، 674 ، 554	النمل / 32	﴿ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَفْتُونِي فِي أَمْرِي مَا كُنْتُ قَاطِعَةً أَمْرًا حَتَّىٰ تَشْهَدُونِ ۝ ﴾
183	النمل / 97	﴿ قَالُوا خُنُّوا أَوْلُوا قُوَّةً وَأَوْلُوا بِأَسِيْدِيكِ وَالْأَمْرُ إِلَيْكِ فَانظُرِي مَاذَا تَأْمُرِينَ ۝ ﴾
327	القصص / 14	﴿ وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَاسْتَوَىٰ ءَاتَيْنَاهُ حُكْمًا وَعِلْمًا ۗ ﴾
318	القصص / 41	﴿ وَجَعَلْنَاهُمْ آيَةً يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۗ ﴾
44	القصص / 50	: ﴿ فَإِن لَّمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ ۗ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ
360	الروم / 32	﴿ مِنَ الَّذِينَ فَرَّقُوا دِينَهُمْ وَكَانُوا شِيْعًا ۗ كُلُّ حِزْبٍ بِمَا لَدَيْهِمْ فَرِحُونَ ۝ ﴾
182	السجدة / 5	﴿ يُدْبِرُ الْأَمْرَ مِنَ السَّمَاءِ إِلَى الْأَرْضِ ثُمَّ يَعْرُجُ إِلَيْهِ فِي يَوْمٍ كَانَ مِقْدَارُهُ أَلْفَ
318	السجدة / 24	﴿ وَجَعَلْنَا مِنْهُمْ آيَةً يَدْعُونَ بِأَمْرِنَا ۗ ﴾
819	الأحزاب / 04	﴿ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ۝ ﴾
213	الأحزاب / 33	﴿ إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا ۝ ﴾
580 ، 157	الأحزاب / 36	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا ۝ ﴾
58	الصفوات / 11	﴿ فَاسْتَفْتِهِمْ أَهْمُ أَشَدُّ خَلْقًا أَمْ مَنِ خَلَقْنَا ۗ ﴾
298	الصفوات / 102	﴿ يَبْنِي لِيَٰنِي أَرَىٰ فِي الْمَنَامِ أَنِّي أَذْحُكُ فَانظُرْ مَاذَا تَرَىٰ ۗ ﴾
459 ، 126	ص / 26	﴿ يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ

42	ص / 27.	﴿ وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا بَطْلًا ﴾
338	فصلت/ 12	﴿ فَقَضَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ وَأَوْحَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا ﴾
807	فصلت/ 46	﴿ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَمٍ لِّلْعَبِيدِ ﴿٥٦﴾ ﴾
132، 147، 152،	الشورى/ 10	﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ﴾
126، 141، 146، 382	الشورى/ 10	﴿ وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ ذَلِكُمُ اللَّهُ رَبِّي عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ
23	الشورى/ 13	﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ
502	الشورى/ 15	﴿: فَذَلِكِ لَكَ فَادَعٌ وَاسْتَقَمَ كَمَا أُمِرْتَ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾
أ	الشورى/ 17	﴿: اللَّهُ الَّذِي أَنْزَلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ وَالْمِيزَانَ وَمَا يُدْرِيكَ لَعَلَّ السَّاعَةَ قَرِيبٌ ﴿١٧﴾ ﴾
11، 23	الشورى/ 21.	﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاتُؤُا شَرَعُوا لَهُم مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ ﴾
66، 183، 255، 287، 301، 317، 318، 321، 386، 408، 409، 410، 418، 415، 419، 510، 526، 527، 554، 674	الشورى/ 38	﴿ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ ﴾
42	الدخان / 38	﴿ وَمَا خَلَقْنَا السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَعِينًا ﴿٥٦﴾ ﴾
728	الجاثية / 13	﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ
182	الجاثية/ 17	﴿ وَءَاتَيْنَهُمْ بَيِّنَاتٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَمَا اخْتَلَفُوا إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَعِيًا
24، 32، 502.	الجاثية/ 18	﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴿١٨﴾ ﴾
186	محمد/ 11	﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ ءَامَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَى لَهُمْ ﴿١١﴾ ﴾
729	الفتح/ 26	﴿ وَالزَّمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى ﴾

581	الحجرات/01	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِرُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾
151، 183، 674، 771	الحجرات/09	﴿ فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ﴾
151	الحجرات/10	﴿ إِنَّمَا الِّمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ﴾
358	الحجرات/13	﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاهُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ﴾
502	الذاريات/22	﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴿٥١﴾ ﴾
502	النجم/3-4	﴿ وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ﴿٦٠﴾ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴿٦١﴾ ﴾
أ، 771	الحديد/25	﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ
616	الحشر/07	﴿ وَمَا ءَاتَيْنَاكَ الرَّسُولُ فَخُذْهُ وَمَا نَهَيْكَ عَنْهُ فَانْتَهُوا ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ
633، 386	الحشر/6-10	﴿ وَمَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَىٰ رَسُولِهِ وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا رَبَّنَا إِنَّكَ
61	الطلاق/02	﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدَلٍ مِّنْكُمْ ﴾
771، 370، 57	الطلاق/02	﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدَلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾
631	الطلاق/07	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ
43	الملك/02	﴿ الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيٰوةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا ۗ وَهُوَ الْعَزِيزُ الرَّحِيمُ ﴿٢٠﴾
501	القيامة/17-18	﴿ إِنَّ عَلَيْنَا جَمْعَهُ وَقُرْءَانَهُ ﴿٧٧﴾ فَإِذَا قَرَأْنَهُ فَاتَّبِعْ قُرْءَانَهُ ﴿٧٨﴾
42	القيامة/36	﴿ أَنَحْسَبُ الْإِنْسَانَ أَن يُتْرَكَ سُدًى ﴿٣٦﴾ ﴾
43	الانسان/2-3	﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٢﴾
684	الانفطار/13-14	﴿ إِنَّ الْأَبْرَارَ لَفِي نَعِيمٍ ﴿١٤﴾ وَإِنَّ الْفُجَّارَ لَفِي حَجِيمٍ ﴿١٣﴾ ﴾
43	الشمس/07-10	﴿ وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا ﴿٧﴾ فَأَهْمَهَا جُورَهَا وَتَقْوَاهَا ﴿٨﴾ قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّاهَا ﴿٩﴾ وَقَدْ

2- فهرس الأحاديث و الآثار (مرتبة ألفبائيا)

233	أَبَا الصَّهْبَاءِ قَالَ لِابْنِ عَبَّاسٍ هَاتِ مِنْ هِنَاتِكَ أَمْ يَكُنُ الطَّلَاقُ الثَّلَاثَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ
426	أُبْكِي لِلَّذِي عَرَضَ عَلَيَّ أَصْحَابِكَ مِنْ أَخَذِهِمُ الْفِدَاءَ،
229	أَتَى عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِزَنَادِقَةٍ، فَحَرَجَ إِلَى السُّوقِ، فَحَفَرَ حُمْرَةً، فَأَحْرَقَهُمْ بِالنَّارِ،
58	الإثم ما حاك في صدرك وإن أفتاك الناس وأفتوك
457، 417، 51	اجتهد رأيي ولا آلو
310	أَخْرِجُوا إِلَيَّ مِنْكُمْ اثْنِي عَشَرَ نَقِيبًا يَكُونُونَ عَلَيَّ قَوْمَهُمْ
533	أَدْرِكْ هَذِهِ الْأُمَّةَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَلِفُوا فِي الْكِتَابِ اخْتِلَافَ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى
51،	إذا اجتهد الحاكم.
228	إِذَا اخْتَلَفْتُمْ أَنْتُمْ وَرَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ فِي عَرَبِيَّةٍ مِنْ عَرَبِيَّةِ الْقُرْآنِ فَاسْتَبْرَأْ بِلسانِ قُرَيْشٍ فَإِنَّ الْقُرْآنَ أَنْزَلَ بِلِسَانِهِمْ
590	اسْتَبَّ رَجُلَانِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا مَا أُمِّي بِنَزَائِيَّةٍ وَلَا أَبِي بِنَزَائِي. فَسَاوَرَ عَمْرُ الْقَوْمِ فَقَالُوا مَدَحَ أَبَاهُ وَأُمَّهُ . فَقَالَ
328، 218	اسمعوا وأطيعوا، وإن استعمل عليكم عيد حبشي، كان رأسه زبيبة
387، 293، 287	أَشْبِرُوا عَلَيَّ أَيُّهَا النَّاسُ
589	أَصَابَ النَّاسُ فَتْحًا بِالشَّامِ فِيهِمْ بِلَالٌ وَأَطْنَةُ ذَكَرَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فَكَتَبُوا إِلَى عُمَرَ بْنِ
230	اقتلوا كل ساجرٍ وفرقوا بين كل ذي محرمٍ من المَجُوسِ وانتهوهم عن الرِّمَزَةِ فَقَتَلْنَا ثَلَاثَةَ سَوَاجِرٍ.
141،	أما إنهم لم يكونوا يعبدونهم، ولكنهم كانوا إذا أحلوا لهم شيئاً استحلوه، وإذا حرّموا عليهم شيئاً حرّموه
410	الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن ولم تمض فيه منك سنة؟ فقال: (اجمعوا له العالمين - أو العابدين-
419	إِنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ وَابْنَ الزُّبَيْرِ اخْتَلَفَا فِي الْمُتَعَتِّينِ فَقَالَ جَابِرٌ فَعَلْنَاهُمَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ نَهَانَا عَنْهُمَا عُمَرُ
73	أَنَّ أَسْمَاءَ قَالَتْ كُنْتُ أَحَدُ الْمُتَعَتِّينِ زَوْجَهَا وَكَانَ لَهُ فَرَسٌ كُنْتُ أُسْوِسُهُ وَلَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنَ الْخِدْمَةِ أَشَدَّ عَلَيَّ
625، 461، 457	أَنَّ أَقْضَى بَمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَا
244	إِنَّ اللَّهَ ﷻ فَرَضَ فَرَائِضَ فَلَا تُضَيِّعُوهَا وَحَرَّمَ حُرْمَاتٍ فَلَا تَنْتَهِكُوهَا وَحَدَّ حُدُودًا فَلَا تَعْتَدُوهَا

152	إِنَّ اللَّهَ لَا يَجْمَعُ أُمَّتِي - أَوْ قَالَ أُمَّةَ مُحَمَّدٍ ﷺ - عَلَى ضَلَالَةٍ وَيَدُ اللَّهُ مَعَ الْجَمَاعَةِ وَمَنْ شَدَّ شَدَّ إِلَى النَّارِ
726	إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسِيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ
533	إِنَّ النَّاسَ قَدْ انْهَمَكُوا فِي الْخَمْرِ وَتَحَاقَرُوا الْعُقُوبَةَ فِيهِ فَقَالَ عُمَرُ ﷺ : هُمْ هَؤُلَاءِ عِنْدَكَ فَسَلُّهُمْ.
412	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَجَلَدَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ نَحْوَ أَرْبَعِينَ.
559، 411، 389	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اسْتَشَارَ النَّاسَ لِمَا يُهْمُّهُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَذَكَرُوا الْبُوقَ فَكَرِهَهُ مِنْ أَجْلِ الْيَهُودِ ثُمَّ ذَكَرُوا النَّاقُوسَ
230، 90	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ وَالنَّعَالِ وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ
227	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ
659	أَنَّ النَّبِيَّ (ص) " كَتَبَ كِتَابًا بَيْنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ أَنْ يَعْقُلُوا مَعَاقِلَهُمْ وَأَنْ يَفْدُوا عَانِيَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ
359	إِنَّ أُمَّتِي سَتَفَتَرِقَ عَلَى ثِنْتَيْنِ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً كُلُّهَا فِي النَّارِ إِلَّا وَاحِدَةً وَهِيَ الْجَمَاعَةُ
158	إِنَّ أُمَّتِي لَنْ تَجْتَمِعَ عَلَى ضَلَالَةٍ فَإِذَا رَأَيْتُمْ اخْتِلَافًا فَعَلَيْكُمْ بِالسَّوَادِ الْأَعْظَمِ
322	إِنْ تَرَكْتَ فَقَدْ تَرَكَ مِنْ هُوَ خَيْرٌ مِنِّي - يَعْنِي الرَّسُولَ ﷺ - وَإِنْ اسْتَخْلَفْتَ فَقَدْ اسْتَخْلَفَ مِنْ هُوَ خَيْرٌ مِنِّي
230	إِنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ أَرْسَلَنِي إِلَيْكَ وَهُوَ يَقْرَأُ عَلَيْكَ السَّلَامَ وَيَقُولُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ انْهَمَكُوا فِي الْخَمْرِ وَتَحَاقَرُوا
228	أَنَّ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ، كَتَبَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ فِي خِلَافَتِهِ يَدْكُرُ لَهُ أَنَّهُ وَجَدَ رَجُلًا فِي بَعْضِ نَوَاجِي
231	أَنَّ رَجُلًا يُقَالُ لَهُ صَبِيعٌ قَدِمَ الْمَدِينَةَ فَجَعَلَ يَسْأَلُ عَنِ مُتَشَابِهِ الْقُرْآنِ
413	أَنَّ رَجُلَيْنِ اسْتَبَا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ وَاللَّهِ مَا أَبِي بَرَّانٍ
226	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهْمَةٍ ثُمَّ خَلَّى سَبِيلَهُ
226	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَبَسَ نَاسًا فِي تُهْمَةٍ
290	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمَّا رَجَعَ يَوْمَ الْخُنْدَقِ وَوَضَعَ السَّلَاحَ وَاعْتَسَلَ
224	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى أَنْ تُؤْكَلَ لَحُومُ الْأَصَاحِبِ بَعْدَ ثَلَاثِ
440	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَطَعَ فِي مِحْنٍ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ
413	أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ ﷺ اسْتَشَارَ أَصْحَابَ الرَّسُولِ ﷺ فِي الْحَمِيلِ فَقَالُوا فِيهِ فَقَالَ عُثْمَانُ: مَا نَرَى أَنَّ

	نُورَتْ مَالَ اللَّهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَاتِ
63	إن عرض لي أمر لم ينزل فيه قضاء في أمره ولا سنة كيف تأمري قال تجعلونه شورى بين أهل الفقه
419، 229	أَنَّ عَلِيًّا ۞ حَرَقَ قَوْمًا فَبَلَغَ ابْنُ عَبَّاسٍ فَقَالَ لَوْ كُنْتُ أَنَا لَمْ أَحْرَقْهُمْ لِأَنَّ النَّبِيَّ ۞ قَالَ لَا تُعَذِّبُوا بَعْدَابِ
587	أَنَّ عُمَرَ ۞ أُبِي بِمَحْنُونَةٍ قَدْ زَنَتْ فَاسْتَشَارَ فِيهَا أَنَا سَأَلْتُهُ بِهَا أَنْ تُرَجِّمَ، فَمَرَّ بِهَا عَلِيٌّ بِنِ ابْنِ أَبِي طَالِبٍ
372	أَنَّ عُمَرَ ۞ كَانَ لَيْسَتْشِيرُ فِي الْأَمْرِ حَتَّىٰ إِنْ كَانَ لَيْسَتْشِيرُ الْمَرْأَةُ فَرُبَّمَا أَبْصَرَ فِي قَوْلِهَا أَوْ الشَّيْءِ يَسْتَحْسِنُهُ
533	إِنَّ عُمَرَ أَتَانِي فَقَالَ إِنَّ الْقَتْلَ قَدْ اسْتَحَرَّ يَوْمَ الْيَمَامَةِ بِالنَّاسِ، وَإِنِّي أَخَشَىٰ أَنْ يَسْتَحِرَّ الْقَتْلُ بِالْقُرَاءِ
391	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ۞ خَرَجَ إِلَى الشَّامِ حَتَّىٰ إِذَا كَانَ بِسَرْعَ لَقِيَهُ أَمْرَاءُ الْأَجْنَادِ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ
734	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جَمَعَ النَّاسَ عَلَى قِيَامِ شَهْرِ رَمَضَانَ، الرَّجَالَ عَلَى أَبِي بِنِ كَعْبٍ،
229	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَتَلَ نَفَرًا خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ وَاحِدٍ قَتَلُوهُ قَتْلَ غَيْلَةٍ وَقَالَ عُمَرُ لَوْ تَمَّالًا عَلَيْهِ أَهْلُ
233	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يَنْهَىٰ أَنْ يُدْخَلَ مِنْ بَابِ النِّسَاءِ
233	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ مَرَّ بِامْرَأَةٍ بَجْدُومَةٍ وَهِيَ تَطُوفُ بِالْبَيْتِ فَقَالَ لَهَا يَا أُمَّةَ اللَّهِ لَا تُؤْذِي النَّاسَ لَوْ
429، 410، 293	إِنْ نَزَلَ بِنَا أَمْرٌ لَيْسَ فِيهِ بَيِّنَاتٌ: أَمْرٌ وَلَا نَهْيٌ، فَمَا تَأْمُرُنَا؟ قَالَ: (تُشَاوِرُونَ الْفُقَهَاءَ وَالْعَابِدِينَ، وَلَا تُمَضُّوا
813	إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ
668	إِنَّمَا نَزَلَ أَوَّلَ مَا نَزَلَ مِنْهُ سُورَةٌ مِنَ الْمُفْصَلِ فِيهَا ذِكْرُ الْجَنَّةِ وَالنَّارِ حَتَّىٰ إِذَا ثَابَ النَّاسُ إِلَى الْإِسْلَامِ نَزَلَ
224	إِنَّمَا نَهَيْتُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّفَاةِ الَّتِي دَفَتِ. فَكَلُوا وَادْخَرُوا وَتَصَدَّقُوا
245	إِنَّهُ قَدْ نَزَلَ تَحْرِيمُ الْحُمْرِ وَهِيَ مِنْ خَمْسَةِ أَشْيَاءِ الْعَنْبِ وَالتَّمْرِ وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْعَسَلِ وَالْحُمُرِ مَا خَامَرَ
64	أَنَّهُ كَانَ يَشُورُ نَفْسَهُ بَيْنَ يَدَيْ رَسُولِ اللَّهِ ۞
224	أَنَّهُ كَانَ يَنْهَىٰ أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ مَخَافَةَ أَنْ يَنَالَهُ الْعَدُوُّ
462	أَنَّهُ لَقِيَ رَجُلًا فَقَالَ: مَا صَنَعْتَ؟ فَقَالَ: قَضَىٰ عَلَيَّ وَزَيْدٌ بِكَدَا، قَالَ: لَوْ كُنْتُ أَنَا لَقَضَيْتُ بِكَدَا
785	إِنِّي - وَاللَّهِ - لَا أُعْطِي وَلَا أَمْنَعُ أَحَدًا، وَإِنَّمَا أَنَا قَاسِمٌ أَضْعُ حَيْثُ أَمَرْتُ
234	إِنِّي أَخَشَىٰ أَنْ تَدْعُوا الْمُسْلِمَاتِ، وَتَنْكَحُوا الْمَوْمِسَاتِ

782 ، 493	إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ بِمَنْزِلَةٍ وَلِيَّ الْيَتِيمِ، إِنْ اِحْتَجْتُ أَخَذْتُ مِنْهُ، فَإِذَا أَيْسَرْتُ رَدَدْتُهُ،
782	إني انزلتكم وإياي من هذا المال بمنزلة والي اليتيم
290	إني رسولُ اللهِ ، وَلَسْتُ أَغْصِيهِ وَهُوَ نَاصِرِي
413	إِنِّي كُنْتُ رَأَيْتُ فِي الْجَدِّ رَأْيًا ، فَإِنْ رَأَيْتُمْ أَنْ تَتَّبِعُوهُ فَاتَّبِعُوهُ.
392	إِنِّي بِلِحَالِسٍ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ خَلِيفَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ وَفَاةِ النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرَ قِصَّةً - فنودي في الناس
328	الْأَيُّمَةُ مِنْ قُرَيْشٍ
233	بِعَنَا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ نَهَانَا فَاثْنَهَيْنَا
289	البكر تستأمر
359	تفترق هذه الأمة ثلاثة وسبعين فرقة كلها في النار إلا واحدة قالوا وما تلك الفرقة قال من كان على ما أنا
196 ،	ثَلَاثٌ لَا يُعْلَلُ عَلَيْهِنَّ قَلْبُ الْمُؤْمِنِ : إِخْلَاصُ الْعَمَلِ لِلَّهِ ، وَطَاعَةُ ذَوِي الْأَمْرِ ، وَلُزُومُ الْجَمَاعَةِ
370	جَاءَ عَبْدٌ فَبَايَعَ النَّبِيَّ ﷺ عَلَى الْهَجْرَةِ وَمَ يَشْعُرُ أَنَّهُ عَبْدٌ فَجَاءَ سَيِّدُهُ يُرِيدُهُ
231	جَلَدَ النَّبِيُّ ﷺ أَرْبَعِينَ وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ وَعُمَرُ ثَمَانِينَ وَكُلُّ سُنَّةٍ وَهَذَا أَحَبُّ إِلَيَّ
231	جَلَدَ عُثْمَانُ الْخُدَيْنِ كِلَيْهِمَا ثَمَانِينَ وَأَرْبَعِينَ ثُمَّ أَثْبَتَ مُعَاوِيَةَ الْخُدَّ ثَمَانِينَ
228	حَتَّى إِذَا نَسَخُوا الصُّحُفَ فِي الْمَصَاحِفِ، رَدَّ عُثْمَانُ الصُّحُفَ إِلَى حَفْصَةَ، وَأَرْسَلَ إِلَى كُلِّ أَقْفٍ بِمُصْحَفٍ
73	حتى أرسل إلي أبو بكر بخادم فكفتني سياسة الفرس، فكأنما أعتقني
244	الْحَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَمَا سَكَتَ عَنْهُ فَهُوَ بِمَا عَمَّا عَنْهُ
225	خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى خَيْبَرَ ثُمَّ إِنَّ اللَّهَ فَتَحَهَا عَلَيْهِمْ فَلَمَّا أَمْسَى النَّاسُ
372	دَخَلَ ﷺ عَلَى أُمِّ سَلَمَةَ ، فَذَكَرَ لَهَا مَا لَقِيَ مِنَ النَّاسِ . فَقَالَتْ أُمُّ سَلَمَةَ يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، أَتُحِبُّ ذَلِكَ اخْرُجْ ثُمَّ
825 ، 529	الدِّينُ النَّصِيحَةُ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ وَلَايَةُ الْمُسْلِمِينَ وَعَامَّتِهِمْ
90	رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ غَدَاةَ الْفَتْحِ وَأَنَا غُلَامٌ شَابٌّ يَتَخَلَّلُ النَّاسَ يَسْأَلُ عَنْ مَنْزِلِ خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ فَأُتِيَ
234 ، 89	رأيت عليا بنى للضوال مریدا فكان يعلفها علفا لا يسمنها ولا يهزها من بيت المال فكانت تشرف

386	رَأَيْتُ كَأَنِّي فِي دِرْعِ حَصِينَةٍ، وَرَأَيْتُ بَقْرًا يُنْحَرُ، فَأَوْلْتُ أَنَّ الدَّرْعَ الْمَدِينَةَ،
369	رفع القلم عن ثلاث
152	سَأَلْتُ رَبِّي ﷺ أَرْبَعًا فَأَعْطَانِي ثَلَاثًا وَمَنْعَنِي وَاحِدَةً سَأَلْتُ اللَّهَ ﷻ أَنْ لَا يَجْمَعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ فَأَعْطَانِيهَا
419 ، 218 ، 142	السَّمْعَ وَالطَّاعَةَ عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ، فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ، مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ
163	سَيِّدُ وَلَدِ آدَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا فَخْرَ
163	سَيِّدَا شَبَابِ أَهْلِ الْجَنَّةِ
244	سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ السَّمَنِ وَالْجُبْنِ وَالْفِرَاءِ قَالَ الْحَلَالُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ وَالْحَرَامُ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فِي
152	عَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ فَإِنَّ اللَّهَ ﷻ لَنْ يَجْمَعَ أُمَّتِي إِلَّا عَلَى هُدًى
151	عَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ وَإِيَّاكُمْ وَالْفُرْقَةَ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الْوَاحِدِ وَهُوَ مِنَ الْإِثْنَيْنِ أَبْعَدُ مَنْ أَرَادَ بُجُوحَةَ الْجَنَّةِ
371	عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يُبَايِعُ النِّسَاءَ بِالْكَلَامِ بِهَذِهِ الْآيَةِ (لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا)
184 ،	عن علي ﷺ قال: (قَالَ بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ سَرِيَّةً ، وَأَمَرَ عَلَيْهِمْ رِجَالًا مِنَ الْأَنْصَارِ وَأَمَرَهُمْ أَنْ يُطِيعُوهُ،
417	عَنْ عُمَرَ ﷺ " أَنَّهُ لَقِيَ رِجُلًا فَقَالَ: مَا صَنَعْتَ؟ فَقَالَ: قَضَى عَلَيَّ وَزَيْدٌ بِكَدًا
89	عن مالك أنه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوالم الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤتلة تتأنج لا
660	فمن أنس بن مالك ﷺ قال: (كَتَبَ النَّبِيُّ ﷺ - أَوْ أَرَادَ أَنْ يَكْتُبَ - فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُمْ لَا يَقْرَأُونَ كِتَابًا إِلَّا
412	فَعَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ قَالَ سَمِعْتُ عُمَرَ ﷺ يَقُولُ : احْتَمِعُوا لِهَذَا الْمَالِ فَاَنْظُرُوا لِمَنْ تَرَوْنَهُ
559	فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ يَا نَبِيَّ اللَّهِ هُمْ بَنُو الْعَمِّ وَالْعَشِيرَةِ أَرَى أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُمْ فِدْيَةً فَتَكُونُ لَنَا قُوَّةً عَلَى الْكُفَّارِ
361 ، 196	قَالَ « تَلَزِمُ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ وَإِمَامَهُمْ » . قُلْتُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ جَمَاعَةٌ وَلَا إِمَامٌ قَالَ « فَاغْتَزِلْ تِلْكَ
233	قَالَ عُرْوَةُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: حَتَّى مَتَى تُضِلُّ النَّاسَ يَا ابْنَ عَبَّاسٍ؟ قَالَ مَا ذَاكَ يَا عُرَيْثُ؟ قَالَ تَأْمُرُنَا بِالْعُمْرَةِ فِي
90	قَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا كُنْتُ لِأَقِيمَ عَلَى رَجُلٍ حَدًّا فَيَمُوتَ فَأَجِدُ فِي نَفْسِي مِنْهُ إِلَّا صَاحِبَ الْحُمْرِ
484	قَالَ عُمَرُ : يَا أُنْسُ مَا فَعَلَ الرَّهْطُ السَّنَّةُ مِنْ بَكْرِ بْنِ وَائِلِ الَّذِينَ ارْتَدُّوا عَنِ الْإِسْلَامِ فَلَحِقُوا بِالْمُشْرِكِينَ؟
227	قَالَ مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ

71	قد علمت ورب الكعبة متى تملك العرب إذا ساس أمرهم من لم يصحب الرسول ولم يعالج أمر الجاهلية
224	قَدْ كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَقَدْ أُذِنَ لِمُحَمَّدٍ فِي زِيَارَةِ قَبْرِ أُمِّهِ فَرُورُوهَا فَإِنَّهَا تُذَكِّرُ الْآخِرَةَ
417	الْقُضَاءُ ثَلَاثَةٌ قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ
461	قَضَى بِهِ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ فِي امْرَأَةٍ تَرَكَتْ زَوْجَهَا وَابْنَتَهَا وَإِخْوَتَهَا لِأُمَّهَا وَإِخْوَتَهَا لِأَبِيهَا وَأُمَّهَا
230	قَضَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ فِي الْأَضْرَاسِ بِبَعِيرٍ بِبَعِيرٍ وَقَضَى مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ فِي الْأَضْرَاسِ بِخَمْسَةِ أَبْعَرَةٍ
411، 63، 627، 560	كَانَ أَبُو بَكْرٍ ﷺ إِذَا وَرَدَ عَلَيْهِ الْخِصْمُ نَظَرَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَإِنْ وَجَدَ فِيهِ مَا يَقْضِي بَيْنَهُمْ قَضَى بِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْكِتَابِ وَعَلِمَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ الْأَمْرِ سُنَّةً قَضَى بِهِ
413، 232	كَانَ الطَّلَاقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَسَتَيْنِ مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ طَلَاقُ الثَّلَاثِ وَاحِدَةً
560	كَانَ الْفُرَاءُ أَصْحَابَ مَجَالِسِ عُمَرَ وَمُشَاوَرَتِهِ كُهُولًا كَانُوا أَوْ شُبَّانًا
244	كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَأْكُلُونَ أَشْيَاءَ وَيَتْرَكُونَ أَشْيَاءَ تَقَدَّرَا فَبَعَثَ اللَّهُ ﷺ نَبِيَّهُ ﷺ وَأَنْزَلَ كِتَابَهُ وَأَحَلَّ حَالَهُ
230	كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُعَزِّزُ فِي الْحُمْرِ بِالنِّعَالِ وَالْجَرِيدِ قَالَ ثُمَّ ضَرَبَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ..
71	كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء كلما هلك نبي خلفه نبي، وإنه لا نبي بعدي
234، 89	كَانَتْ ضَمَّالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلًا مُؤَبَّلَةً تَنَاتُجُ لَا يَمْسُهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ
756، 182	كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالِإِمَامُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ رَاعٍ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ
136، 128	كلمة حق يراد بها باطل، نعم لا حكم إلا لله ولكن هؤلاء يقولون لا إمرة إلا لله.. وإنه لا بد للناس من أمير بر أو فاجر
230	كُنَّا نُؤْتَى بِالشَّارِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَامْرَأَةِ أَبِي بَكْرٍ وَصَدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ فَتَقَوُّمٌ إِلَيْهِ بِأَيْدِينَا
231	كُنْتُ عِنْدَ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ فَأَتَاهُ آتٍ فَقَالَ إِنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ وَابْنَ الزُّبَيْرِ اخْتَلَفَا فِي الْمُتَعَتِّينِ فَقَالَ جَابِرٌ
225	كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ الْأَشْرَبَةِ فِي ظُرُوفِ الْأَدَمِ فَاشْرَبُوا فِي كُلِّ وَعَاءٍ غَيْرِ أَنْ لَا تَشْرَبُوا مُسْكِرًا
224	كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ لُحُومِ الْأَضَاحِيِّ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيْتَسِعَ دُو الطُّوْلِ عَلَى مَنْ لَا طَوْلَ لَهُ
225	لَا أُدْرِي إِنَّمَا نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ أَجْلِ أَنَّهُ كَانَ حَمُولَةً النَّاسِ فَكَرِهَ أَنْ تَذَهَبَ حَمُولَتُهُمْ أَوْ حَرَمَهُ فِي
729	لَا تَصُومُ الْمَرْأَةُ وَبَعْلُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ

729	لَا تَصُومُ الْمَرْأَةُ يَوْمًا وَاحِدًا وَرَوَّجَهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ - قَالَ وَكَيْع - إِلَّا رَمَضَانَ
446	لَا تُقَطِّعُ الْأَيْدِي فِي الْعَزْوِ
730	لَا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ مَسَاجِدَ اللَّهِ
225	لَا تَنْبُدُوا الزَّهْمَ وَالرُّطْبَ جَمِيعًا وَلَا الْبُسْرَ وَالزَّيْبَ جَمِيعًا وَانْبُدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حَدِيثِهِ
818 ، 817 ، 726	لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ
220	لا طاعة في المعصية إنما الطاعة في المعروف
220	لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق
365	لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ
241	لا يثبت شيء من الرأي عليكم بالقرآن والحديث والآثار
483	لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ إِلَّا بِإِخْدَى ثَلَاثٍ: النَّفْسُ بِالنَّفْسِ،
328	لَا يَزَالُ هَذَا الْأَمْرُ فِي قُرَيْشٍ مَا بَقِيَ مِنْهُمْ اثْنَانِ
289	لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة
387	لَا يَنْبَغِي لِنَبِيِّ إِذَا أَخَذَ لِأُمَّةٍ الْحَرْبِ وَأَذَنَ فِي النَّاسِ بِالْخُرُوجِ إِلَى الْعَدُوِّ أَنْ يَرْجِعَ حَتَّى يُقَاتِلَ
731 ، 234	لَا، وَلَكِنَّكَ سَيِّدُ الْمُسْلِمِينَ فَفَارِقْهَا
88	لما كان غزوة تبوك، أصاب الناس جماعه، قالوا: "يا رسول الله لو أذنت لنا فنحنرا نواضحنا،
60	لن تجزي عن أحد بعدك
342 ، 328	لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمَرَهُمْ امْرَأَةٌ
429 ، 426 ، 425	لَوْ اجْتَمَعْتُمْ فِي مَشْوَرَةٍ مَا خَالَفْتُمْهَا
730	لَوْ أَدْرَكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنْعَهُنَّ الْمَسْجِدَ كَمَا مَنْعَهُ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ
293	لَوْ كُنْتُ مُؤَمَّرًا أَحَدًا مِنْ غَيْرِ مَشْوَرَةٍ لَأَمَرْتُ ابْنَ أُمَّ عَبْدِ
429	لَوْ كُنْتُ مُؤَمَّرًا أَحَدًا مِنْ غَيْرِ مَشْوَرَةٍ لَأَمَرْتُ عَلَيْهِمُ ابْنَ أُمَّ عَبْدِ

232	لَوْلَا آخِرُ الْمُسْلِمِينَ مَا فَتَحْتُ قَرْيَةً إِلَّا قَسَمْتُهَا بَيْنَ أَهْلِهَا كَمَا قَسَمَ النَّبِيُّ ﷺ خَيْبَرَ
226	لِي الْوَاحِدِ - الغني المماطل - يُجِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ
244	ما أحل الله في كتابه فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته
226	مَا أَصَابَ مِنْ ذِي حَاجَةٍ غَيْرٌ مُتَّخِذٍ خُبْنَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ خَرَجَ بِشَيْءٍ مِنْهُ فَعَلَيْهِ غَرَامَةٌ مِثْلَيْهِ
232	مَا أَنَا بِأَحَقَّ بِهَذَا الْقَيْءِ مِنْكُمْ وَمَا أَحَدٌ مِنَّا بِأَحَقَّ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا أَنَا عَلَى مَنَازِلِنَا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ ﷻ وَقَسَمَ
411	مَا تَرَوْنَ فِي هَؤُلَاءِ الْأَسَارَى . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ يَا نَبِيَّ اللَّهُ هُمْ بَنُو الْعَمِّ وَالْعَشِيرَةِ
241	ما تصنع بالرأي عليك بالسنن فتعلمها وعليك بالأحاديث المعروفة
290	مَا خَلَّاتِ الْقُصُوءُ ، وَمَا ذَاكَ لَهَا بِخُلُقٍ ، وَلَكِنْ حَبَسَهَا حَابِسُ الْفِيلِ
634 ، 152	مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ وَمَا رَأَوْا سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ
73	ما غلبني أمير المؤمنين بشيء من السياسة إلا بباب واحد استعملت فلانا فكشر خراجه فخشني أن أعاقبه
224	مَا فَعَلَهُ إِلَّا فِي عَامٍ جَاعَ النَّاسُ فِيهِ فَأَرَادَ أَنْ يُطْعِمَ الْعَيْتِي الْمَقِيرَ
234	مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا حِدَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا حَتَّى يَلْقَاهَا رِهَا
784 ، 782	مَا مِنْ أَمِيرٍ يَلِي أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ لَا يَجْهَدُ لَهُمْ وَيَنْصَحُ إِلَّا لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمُ الْجَنَّةَ
782	مَا مِنْ عَبْدٍ يَسْتَرْعِيهِ اللَّهُ رَعِيَّةً، يَمُوتُ يَوْمَ يَمُوتُ، وَهُوَ عَاشٍ لِرَعِيَّتِهِ، إِلَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ
620	الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بِنَيْعِ الْخِيَارِ
164	مِثْلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا كَمِثْلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ
361	مَرَضَ أَبُو طَالِبٍ فَجَاءَتْهُ قُرَيْشٌ وَجَاءَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَعِنْدَ أَبِي طَالِبٍ مَجْلِسٌ رَجُلٍ فَقَامَ أَبُو جَهْلٍ كَيْ يَمْنَعَهُ،
713 ، 564	الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا
390	الْمُسْلِمُونَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَثِيرٌ ، وَلَا يَجْمَعُهُمْ كِتَابٌ حَافِظٌ - يُرِيدُ الدِّيُونَ -
429	مُشَاوَرَةُ أَهْلِ الرَّأْيِ ثُمَّ اتَّبَاعُهُمْ
232 ، 87	من أحيا أرضا فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين

227	مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ
621	مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاهً فَاخْتَلَبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ
218	من أطاعني، فقد أطاع الله. ومن عصاني، فقد عصى الله. ومن أطاع الإمام، فقد أطاعني. ومن عصى
232، 227	مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ قَالَ عُرْوَةُ قَضَى بِهِ عُمَرُ <small>رضي الله عنه</small> فِي خِلَافَتِهِ
485، 483	مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ
196	مَنْ رَأَى مِنْ أَمِيرِهِ شَيْئًا يَكْرَهُهُ فَلْيُصْبِرْ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ مِنْ فَارَقَ الْجَمَاعَةَ شِبْرًا فَمَاتَ، إِلَّا مَاتَ مِيتَةً جَاهِلِيَّةً
585	من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان
225	مَنْ شَرِبَ الْحَمْرَ فَاجْلِدُوهُ فَإِنْ عَادَ فِي الرَّابِعَةِ فَاقْتُلُوهُ
360	من شهد أن لا إله إلا الله واستقبل قبلتنا وصلى صلاتنا، وأكل ذبيحتنا، فهو المسلم له ما للمسلم وعليه
224	مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ
784	من قلد رجلا عملا على عصابة، وهو يجد في تلك العصابة أرضى منه، فقد خان الله وخان رسوله وخان
229	من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوه الفاعل والمفعول به
784	من ولي من أمر المسلمين شيئا، فولى رجلا وهو يجد من هو أصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله
،38	مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
233	نَاطِرِنِي عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ فَقُلْتُ: يُبْعَنَ. وَقَالَ: لَا يُبْعَنَ.
،22	نحن فيه شرع سواء
224	نَهَى أَنْ يُسَافَرَ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ
225	نَهَى عَنْ خَلِيطِ الرَّهْوِ وَالتَّمْرِ وَخَلِيطِ الْبُسْرِ وَالتَّمْرِ وَقَالَ لِتَنْبِذُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حِدَةٍ فِي الْأَسْقِيَةِ الَّتِي يَلَاثُ عَلَى أَفْوَاهِهَا
225	نَهَيْتُكُمْ عَنِ الظُّرُوفِ وَإِنَّ الظُّرُوفَ أَوْ ظُرُفًا لَا يُجِلُّ شَيْئًا وَلَا يُجْرِمُهُ وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ
731	يُنِي أَحْشَى أَنْ تَدْعُوا الْمُسْلِمَاتِ وَتَنْكِحُوا الْمُؤَمَّسَاتِ
588	هَذَا مَا رَأَى اللَّهُ وَرَأَى عُمَرُ " فَقَالَ: بِئْسَ مَا قُلْتُ، قُلْنَا: هَذَا مَا رَأَى عُمَرُ، فَإِنْ يَكُنْ صَوَابًا فَمِنَ اللَّهِ،

	وَأِنْ يَكُنْ خَطَاً فَمِنْ عَمَرَ
141،	وَأَنَّهُ مَا كَانَ بَيْنَ أَهْلِ هَذِهِ الصَّحِيفَةِ مِنْ حَدِيثٍ أَوْ اشْتِجَارٍ يَخَافُ فُسَادَهُ فَإِنْ مَرَدَهُ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى مُحَمَّدٍ
708	وَأَتَمَّ اللَّهُ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعَتْ مُحَمَّدٌ يَدَهَا
226	يَا عَائِشَةُ لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكَ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ لَأَمَرْتُ بِالْبَيْتِ فَهَدِمَ فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أُخْرِجُ مِنْهُ
361	يَدُ اللَّهِ عَلَى الْجَمَاعَةِ
361، 196، 152	يَدُ اللَّهِ مَعَ الْجَمَاعَةِ
734، 492	يَزِعُ اللَّهُ بِالسُّلْطَانِ مَا لَا يَزِعُ بِالْقُرْآنِ
227	يَغْفِرُ اللَّهُ لِزَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالْحَدِيثِ مِنْهُ

3- فهرس المصادر والمراجع

أولا - القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

ثانيا - الكتب باللغة العربية

أ/ كتب التفسير

- 1- ابن الجوزي: زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي للطباعة، بيروت، ط1، 1964
- 2- ابن العربي: أحكام القرآن، ت محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت
- 3- ابن جرير الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 2000
- 4- ابن كثير الدمشقي: تفسير القرآن العظيم، ت سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر، ط1،
- 5- أبو السعود محمد بن الحنفي: إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض
- 6- أبو بكر الجصاص: أحكام القرآن، ت محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992.
- 7- أبو بكر الرازي: التفسير الكبير دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1981
- 8- حسين بن مسعود البغوي: معالم التنزيل، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط1، 1997.
- 9- الراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاني، دار المعرفة بيروت، ص:384.
- 10- الزمخشري: الكشاف، ت عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، مكتبة العبيكان، ط1، 1998
- 11- سيد قطب: في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، 1971.
- 12- السيوطي في الدر المنثور في التأويل بالمأثور، مركز البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ط1، 2003
- 13- عبد الحق بن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ت عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2001
- 14- فؤاد عبد الباقي: المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1944
- 15- الفضل بن الحسن الطبرسي: مجمع البيان في تفسير القرآن، دار مكتبة الحياة، بيروت، د.ت.
- 16- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 2003
- 17- الكيا الهراسي: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1
- 18- محمد الطاهر بن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر والتوزيع، تونس، ط1، 1984 .
- 19- محمد أمين متولي الشعراوي: تفسير الشعراوي، مطابع أخبار اليوم، القاهرة
- 20- محمد بن علي الشوكاني: فتح القدير، تحقيق عبد الرحمان عميرة، دار الوفاء، 1994، .
- 21- محمد رشيد رضا: تفسير المنار، دار المنار، ط2، 1947.
- 22- مصطفى المراغي: تفسير المراغي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط1، 1946

ب/ كتب الحديث وشروحه

- 23- ابن الجعد: مسند الجعد، ت عامر أحمد حيدر، مؤسسة نادر، بيروت، ط1، 1990
- 24- ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، ت الخطيب، دار المعرفة، بيروت، 1379
- 25- ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة
- 26- ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، ت أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1994
- 27- ابن قتيبة الدينوري: تأويل مختلف الحديث، دار الجيل بيروت، ط1، 1972
- 28- أبو الوليد الباجي: المنتقى شرح الموطأ، ت محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1999
- 29- أبو بكر الهيثمي: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتاب العربي بيروت، ط3، 1982
- 30- أبو بكر بن علي البيهقي: الاعتقاد، دار الأفاق الجديدة، بيروت، 1401هـ
- 31- أبو بكر عبد الله بن أبي شيبة: مصنف أبي شيبة، ت محمد عبد الله جمعة، مكتبة الرشد، الرياض، ط1.
- 32- أحمد بن حنبل، المسند، إشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1995،
- 33- أحمد بن شعيب النسائي: سنن، ترقيم وتصحيح الألباني، مكتبة المعارف الرياض، ط1
- 34- البغوي: شرح السنة، تحقيق شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، ط1، 1394هـ
- 35- الحاكم النيسابوري: المستدرک: ت مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990
- 36- الدارمي: السنن، ت حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2000
- 37- سعيد بن منصور: السنن، ت سعد بن عبد الله آل حميد، دار الصميعي، الرياض، ط1، 1993
- 38- سعيد بن منصور: السنن، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية الهند، ط1، 1982م.
- 39- سليمان بن الأشعث أبي داود: السنن، تعليقات الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1424هـ
- 40- الطبراني: المعجم الكبير، ت حمدي عبد المجيد، مكتبة ابن تيمية القاهرة ط2، 1994،
- 41- علي بن عمر الدارقطني: السنن، تحقيق شعيب الأرنؤوط وأخرون، مؤسسة الرسالة ط1، 2004
- 42- مالك بن أنس: الموطأ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1997
- 43- مجد الدين بن الأثير: النهاية في غريب الحديث والأثر، دار الكتب العلمية بيروت
- 44- محمد بن إسماعيل البخاري: الجامع الصحيح، تحقيق وترقيم فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية، القاهرة
- 45- محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار، تحقيق محمد صبحي حلاق، دار ابن الجوزي
- 46- محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الصحيح، ترقيم بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1998
- 47- مسلم بن الحجاج: الجامع الصحيح، ت أبو صهيب الكرمي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط1، 1998
- 48- ولي الله الدهلوي: حجة الله البالغة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1995م

ج/ كتب العقيدة

- 49- ابن قيم الجوزية: شفاء العليل، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1978 .

- 50- أبو الحسن الأشعري: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، مكتبة النهضة المصرية، ط1، 1950
- 51- أبو بكر الرازي: الأربعين في أصول الدين، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1986
- 52- أبو حامد الغزالي: الوسيط، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، 274/6.
- 53- أبو يعلى الفراء: المعتمد في أصول الدين، ت وديع زيدان حداد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1974
- 54- التفتازاني: شرح السعد على المقاصد، مكتبة وهبة، القاهرة
- 55- عبد الحلیم بن تيمية: الصارم المسلول، ت محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة .
- 56- عبد الحلیم بن تيمية: قاعدة في توحيد الملة وتعدد الشرائع، مجموعة الرسائل المنيرية، دار الطباعة المنيرية.
- 57- عبد الحلیم بن تيمية: منهاج السنة النبوية ت محمد سالم رشاد، نشر جامعة ابن سعود الرياض، ط1، 1986
- 58- عبد القاهر البغدادي: أصول الدين، ط1، مطبعة الدولة استانبول، ط1
- 59- عبد الكريم زيدان: أصول الدعوة، ط3، 1976
- 60- عضد الدين الإيجي: المواقف مع شرحه للشريف الجرجاني، مطبعة السعادة، القاهرة، 1907هـ
- 61- عضد الدين الإيجي: المواقف، تحقيق د: عبد الرحمن عميرة، دار الجليل، بيروت، 1417هـ/1997م
- 62- علي بن حزم الأندلسي: الفصل في الملل والنحل، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط2
- 63- القاضي عبد الجبار: المغني في أبواب التوحيد والعدل، ت سليمان دنيا، مطبعة مخيمر، 1966
- 64- محمد بن عبد الكريم الشهرستاني: نهاية الإقدام في علم الكلام، مكتبة المثني، بغداد.
- 65- محمد بن عبد الله المسعري: أصل الإسلام وحقيقة التوحيد، نشر التجديد الإسلامي، ط8، 2004.
- 66- محمد سعيد رمضان البوطي: كبرى اليقينيات الكونية، دار الفكر دمشق، 1980 .
- 67- محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشروق، القاهرة، ط14، 2001.
- د/ كتب السياسة الشرعية والفقہ السياسي**
- 68- إبراهيم بن عبد الله الطريقي: أهل الحل والعقد، صفاتهم ووظائفهم، رابطة العالم الإسلامي، مكة، 1419.
- 69- إبراهيم بن يحيى دده أفندي: السياسة الشرعية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1993
- 70- إبراهيم دعيح الصباح: الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2000
- 71- ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995
- 72- ابن قتيبة الدينوري: السلطان، طبعة محمد إبراهيم آدم الكتبي، القاهرة، 1324هـ،
- 73- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد جميل غازي، مطبعة المدني القاهرة، ط1
- 74- أبو الأعلى المودودي: الحكومة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1990
- 75- أبو الأعلى المودودي: الخلافة والملك، تعريب أحمد إدريس، دار القلم الكويت، ط1، 1978
- 76- أبو الأعلى المودودي: المصطلحات الأربعة، ترجمة محمد كاظم سباق، دار العروبة، دمشق، 1955
- 77- أبو الأعلى المودودي: تدوين الدستور الإسلامي. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1985
- 78- أبو الأعلى المودودي: نظرية الإسلام وهدية في السياسة والقانون الدستور. دار الفكر، دمشق د ت.

- 79- أبو الحسن الماوردي: الأحكام السلطانية: ت أحمد مبارك البغدادي، دار ابن قتيبة، الكويت، ط1، 1989
- 80- أبو الحسن الندوي: التفسير السياسي للإسلام، دار أفاق الغد، القاهرة، 1980.
- 81- أبو عبيد بن سلام: الأموال، تحقيق محمد خليل هراس، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1976
- 82- أبو نصر الفارابي: رسالة في السياسة، نشر الآباء اليسوعيون، مجلة المشرق
- 83- أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية، ت محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2000
- 84- أبو يوسف: الخراج، ت طه عبد الرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة
- 85- أبي عبد الله بن الأزرق: بدائع السلك، ت علي سامي النشار، منشورات وزارة الإعلام، العراق، 1977
- 86- أحمد محمد أمين: الدولة الإسلامية والمبادئ الدستورية الحديثة، مكتبة الشروق، القاهرة، ط1، 2005
- 87- أحمد محمد شاكر: الكتاب والسنة يجب أن يكونا مصدر القوانين، المكتبة السلفية، القاهرة، ط1
- 88- إسماعيل بدوي: نظام الحكم الإسلامي مقارنا، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1986
- 89- أماني صالح: الشرعية بين فقه الخلافة وواقعها، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، ط1، 2006،
- 90- بجيت المطيعي، حقيقة الإسلام وأصول الحكم، نشر الدار السلفية،
- 91- بسطامي محمد سعيد خير: مسائل معاصرة في فقه السياسة، هيئة الأعمال الفكرية، الخرطوم، ط1، 2007
- 92- تقي الدين النبهاني: مقدمة الدستور، منشورات حزب التحرير، بيروت، 1964
- 93- تقي الدين النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، تحقيق عبد القدسي زلوم، دار الأمة، بيروت، ط6، 2002
- 94- تقي الدين النبهاني: نظام الحكم في الإسلام، منشورات حزب التحرير، مطبعة دير السريان، القدس، 1953.
- 95- توفيق الشاوي: فقه الشورى والاستشارة، دار الوفاء، المنصورة، ط2، 1992،
- 96- جمال الدين المراكبي: نظام الخلافة بين نظم الحكم المعاصرة، نشر جمعية أنصار السنة، ط1، 1414هـ.
- 97- جميلة عبد القادر شعبان، السياسة الشرعية عند ابن القيم، دار الفرقان، عمان، ط1، 2006
- 98- حامد عبد الماجد: الوظيفة العقدية للدولة الإسلامية - دراسة منهجية في النظرية السياسية، ط1، 1993.
- 99- حسن الترابي: السياسة والحكم، دار الساقى، بيروت ط2، 2004
- 100- حسن كوناكاتا: المدخل للفقه الإسلامي، جمعية الصداقة اليابانية السعودية، طوكيو، ط1، 2008.
- 101- حسن هويدي: الشورى في الإسلام، مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1975
- 102- راشد الغنوشي: الحريات العامة في الدولة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، ط1، 1993
- 103- الرمي: الأدلة الشرعية لكشف التلبسات الحزبية، دار الإمام أحمد، القاهرة، ط2، 2005
- 104- سعد الدين العثماني: التصرفات النبوية بالإمامة، منشورات الزمن، مطبعة النجاح، الدار البيضاء
- 105- سمير عالية: نظرية الدولة وأدائها في الإسلام، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1988
- 106- شمس الأئمة السرخسي: شرح السير الكبير، تحقيق صلاح الدين المنجد وعبد العزيز أحمد، ط1، 1971
- 107- شهاب الدين بن أبي الربيع: سلوك المالك في تدبير الممالك، مكتبة الأحمدي، طنطا، 1286هـ
- 108- صبحي عبده سعيد: الحاكم وأصول الحكم في النظام الإسلامي، دار الفكر العربي، 1985
- 109- صبحي عبده سعيد: السلطة والحرية في النظام الإسلامي، دار الفكر العربي، د ت،

- 110- صبحي عبده سعيد: شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام
- 111- صبحي عبده سعيد: شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999،
- 112- صبحي محمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية، دار العلم للملايين، بيروت 1401
- 113- صدر الدين القبانجي: المذهب السياسي في الإسلام، وزارة الإرشاد، طهران، دت
- 114- صلاح الدين دبوس: الخليفة توليته وعزله، دراسة في السياسة الشرعية ومقارنتها بالنظم الدستورية العربية،
- 115- صلاح الدين سلطان: سلطة ولي الأمر في فرض وظائف مالية، سلطان للنشر، 2004
- 116- صلاح الصاوي: الوجيز في فقه الخلافة، دار الإعلام الدولي، دت
- 117- صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 2006.
- 118- ضو مفتاح محمد غمق: السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي والنظم المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2002
- 119- ضياء الدين الرئيس: النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث، القاهرة، ط7، 1976.
- 120- طارق البشري: الملامح العامة للفكر السياسي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة
- 121- طارق البشري: منهج النظر في النظم السياسية المعاصرة، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2005،
- 122- طارق البشري، بين الجامعة الدينية والجامعة الوطنية، في الفكر السياسي، دار الشروق، القاهرة، 1998
- 123- طه جابر العلواني: حاكمية الكتاب، المعهد العالمي للفكر الإسلامي فيرجينيا، ط1، 1998.
- 124- ظافر القاسمي: نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، بيروت دار النفائس 1982
- 125- عارف خليل: وظيفة الحاكم في الدولة الإسلامية، دار الأرقم الكويت
- 126- عبد الحليم بن تيمية: الحسبة، دار الأرقم بالكويت، ط1، 1403
- 127- عبد الحليم بن تيمية: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، دار عالم الفوائد، جدة، ط1، 1990
- 128- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري: نظام الحكم في الإسلام، دار قطري بن الفجأة، قطر، 1985
- 129- عبد الحميد الأنصاري: الشورى بين التأثير والتأثر، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1982
- 130- عبد الحميد متولي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4، 2008
- 131- عبد الرحمن عبد الخالق: الشورى في ظل نظام الحكم الإسلامي، الدار السلفية الكويت، 1975
- 132- عبد الرحيم زيد الكيلاني: القيود الواردة على سلطة الدولة في الإسلام، دار البشير، عمان، ط1، 1997
- 133- عبد الرزاق السنهوري: الخلافة وتطورها لتصبح عصبة أمم، تر نادية السنهوري، الهيئة المصرية للكتاب 1989
- 134- عبد العال عطوة في كتابه المدخل للسياسة الشرعية، جامعة محمد بن سعود، الرياض، ط1، 1993
- 135- عبد العزيز الحياط: النظام السياسي في الإسلام، دار السلام، ط1، 1999.
- 136- عبد الغني عماد: حاكمية الله وولاية الفقيه، مجلة الغدير، عدد 45، 2009
- 137- عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1981
- 138- عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا السياسية، دار الرسالة بيروت

- 139- عبد القادر عودة: الإسلام وأوضاعنا القانونية، المختار الإسلامي، القاهرة، ط5، 1977
- 140- عبد القادر عودة: السلطات في الدولة الإسلامية، مكتبة المنار، الكويت، دت
- 141- عبد الكريم زيدان: أحكام الذميين والمستأمنين، ط بيروت، 1976
- 142- عبد الله بن إبراهيم: أهل الحل والعقد صفاتهم ووظائفهم، رابطة العالم الإسلامي بمكة، 1419هـ
- 143- عبد الله بن عمر الدميحي: الإمامة العظمى عند أهل السنة والجماعة، دار طيبة الرياض، ط2، 1408.
- 144- عبد الله زيد الكيلاني: السياسة الشرعية مدخل تحديد الخطاب الإسلامي، دار الفرقان، عمان، ط1، 2009
- 145- عبد الله محمد بن فودي: ضياء السياسات وفتاوى النوازل مما هو من فروع الدين من المسائل، تحقيق محمد أحمد كاني، الزهراء للإعلام العربي، ط1، 1988
- 146- عبد الملك الجويني: الغياثي، ت مصطفى حلمي و فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة الإسكندرية، 1979.
- 147- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام دار القلم للنشر والتوزيع الكويت 1985 ص41،
- 148- عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، دار القلم الكويت، 1985
- 149- عبد الوهاب خلاف: السياسة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، 1996.
- 150- عدنان نعمة: دولة القانون في إطار الشرعية الإسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 1987
- 151- عصام محمد شبارو: قاضي القضاة في الإسلام، دار النهضة العربية، ط2، 1992
- 152- علي الخفيف: مذكرة السياسة الشرعية، مطبعة الشرق، 1936
- 153- علي بن سينا: كتاب في السياسة، تحقيق لويس معلوف، بيروت، 1911
- 154- علي جريشة: المشروعية الإسلامية العليا، دار الوفاء، المنصورة،
- 155- فؤاد محمد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، كلية الشرطة دبي، ط1، 1999
- 156- فؤاد عبد المنعم أحمد: السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية، البنك الإسلامي للتنمية، ط1، 1422هـ
- 157- فؤاد محمد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، كلية الشرطة، دبي ط1، 1999
- 158- فتحي الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1
- 159- فتحي الدريني: خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة بيروت، ط2، 1987
- 160- فرح موسى: مبدأ الشورى بين ولاية الفقيه وولاية الأمة، دار الهادي، بيروت، ط1،
- 161- فريد عبد الخالق: في الفقه السياسي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1998
- 162- فهمي هويدي: القرآن والسلطان، دار الشروق القاهرة، ط5، 2003
- 163- فهمي هويدي: مواطنون لا ذميون، غير المسلمين في مجتمع المسلمين، دار الشروق، القاهرة، 1990.
- 164- القطب محمد القطب طبلية: الوسيط في النظم الإسلامية، دار الاتحاد للطباعة، الطبعة الأولى، 1982
- 165- القطب محمد قطب طبلية: الإسلام وحقوق الإنسان، دار النهضة، القاهرة، 1976، ص: 636.
- 166- لؤي صافي: العقيدة والسياسة، معالم نظرية عامة للدولة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، ط1، 2001،
- 167- ماجد راغب الحلو: الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983.
- 168- ماجد راغب الحلو: الدولة في ميزان الشريعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1996

- 169- محمد أبو زهرة: العلاقات الدولية في الإسلام، دار الفكر العربي، مدينة نصر، 1996
- 170- محمد أحمد المسير: نحو دستور إسلامي مشروع الأزهر، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، ط1. 1995.
- 171- محمد أحمد مفتي: التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية، دار النهضة الإسلامية، ط1، 1992
- 172- محمد أسد: منهاج الإسلام في الحكم، دار المسيرة، بيروت، 1979
- 173- محمد الزحيلي: تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، دمشق
- 174- محمد المبارك: نظام الحكم والدولة، دار الفكر، ط2
- 175- محمد باقر الصدر: الإسلام يقود الحياة، دار التعارف، 1990.
- 176- محمد بلتاجي: منهج عمر بن الخطاب في التشريع، دار السلام، القاهرة، ط2، 2003
- 177- محمد حميد الله: الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، دار النفائس بيروت، ط5، 1985.
- 178- محمد رأفت عثمان: رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي القاهرة، 1975،
- 179- محمد رشيد رضا: الخلافة. المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية الرغاية. الجزائر. 1992
- 180- محمد رشيد رضا، الخلافة أو الإمامة العظمى، مطبعة المنار، 1341
- 181- محمد سعيد العشماوي: الإسلام السياسي، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية. الرغاية، الجزائر 1990.
- 182- محمد سلام مدكور: معالم الخلافة، مكتبة الفلاح، ط1، 1983.
- 183- محمد سليم العوا: في أصول النظام الجنائي الإسلامي، نخضة مصر للطباعة، القاهرة، ط2، 2006
- 184- محمد سليم العوا: في النظام السياسي للدولة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، 1989
- 185- محمد عبد الحميد أبو زيد: سلطة الحاكم في استنباط التشريع شرعا ووضعا، دار النهضة العربية، 2001
- 186- محمد عبد القادر أبو فارس: حكم الشورى ونتيجتها في الإسلام، دار الفرقان، ط1، 1988
- 187- محمد عمارة: معركة الإسلام وأصول الحكم، دار الشروق، القاهرة، 1996.
- 188- محمد كمال الدين إمام: أصول الحسبة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الهداية القاهرة، ط1، 1998
- 189- محمد مال الله: نقد ولاية الفقيه، دار صفر الخير، ط2، 1989.
- 190- محمد محمد أمزيان: في الفقه السياسي. مطبعة النجاح الدار البيضاء، ط1، 2001
- 191- محمد محمد فرحات: المبادئ العامة في النظام السياسي الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، ط2، 1998
- 192- محمد مهدي شمس الدين: نظام الحكم والإدارة في الإسلام، المؤسسة الدولية للدراسات، ط2، 1991
- 193- محمد نصر مهنا: تنظيم السياسة في الإسلام، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، ط1، 2008
- 194- محمد يوسف موسى: نظام الحكم في الإسلام، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1964
- 195- محمود الخالدي: قواعد نظام الحكم في الإسلام، مؤسسة الإسرائ، قسنطينة، 1979
- 196- مصطفى كمال وصفي: مصنفة النظم الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1977
- 197- مصطفى كمال وصفي: النظام الدستوري في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، 1994
- 198- منير حميد البياتي: النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية، دار وائل، عمان، ط1، 2003
- 199- مهدي شمس الدين: في الاجتماع السياسي الإسلامي، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، ط1، 1992.

- 200- مهدي فضل الله: الشورى طبيعة الحاكمية، دار الأندلس للطباعة والنشر، ط1، 1984
- 201- نزيه حماد: نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية: دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1994
- 202- نصر فريد واصل: السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، دت،
- 203- هاني أحمد الدرديري: التشريع بين الفكرين الإسلامي والدستوري. الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة
- 204- وحيد الدين خان: التفسير السياسي للدين، دار الرسالة، القاهرة، ط1، 1991.
- 205- وصفي عاشور أبو زيد: الحرية الدينية ومقاصدها في الإسلام، دار السلام القاهرة، ط1، 2009.
- 206- يعقوب المليجي: مبدأ الشورى في الإسلام، مؤسسة الثقافة الجامعية
- 207- يوسف القرضاوي: السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1.
- 208- يوسف القرضاوي: من فقه الدولة في الإسلام، دار الشروق، القاهرة، ط4، 2005
- 209- يوسف القرضاوي، الدين والسياسة، دار الشروق، القاهرة، ط1،
- 210- يوسف القرضاوي، غير المسلمين في المجتمع الإسلامي، مكتبة وهبة ، القاهرة، 1992
- هـ/ كتب الفقه والفتاوى**
- 211- ابن جزى الغرناطي: القوانين الفقهية، ت محمد بن سيدي محمد مولاي، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.
- 212- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة بيروت، ط6، 1982.
- 213- ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، 298/4..
- 214- ابن قدامة المقدسي: المغني، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 215- ابن قدامة المقدسي: المغني، دار الفكر، بيروت، 1405، ط1
- 216- ابن مفلح المقدسي: الفروع، عالم الكتب، بيروت.
- 217- أحمد بن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 218- أحمد بن غنيم النفراوي: الفواكه الدواني في شرح رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر بيروت
- 219- أحمد بن محمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك، ت كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة،
- 220- أحمد بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1
- 221- الإمام الشافعي: الأم، دار المعرفة، بيروت
- 222- بكر بن عبد الله أبو زيد: معجم المناهي اللفظية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ط3، 1996
- 223- بكر عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1996، 17/1
- 224- تقي الدين الحصني: قواعد الحصني، تحقيق عبد الرحمن الشعلان، دار الكتب العلمية بيروت
- 225- تقي الدين بن تيمية: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت
- 226- الحصفكي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1376هـ
- 227- الحصفكي: الدر المختار مع حاشية الطحطاوي، دار المعرفة، بيروت، ط1
- 228- الحطاب: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط1، 1995

- 229- الخطيب الشربيني: مغني المحتاج في شرح ألفاظ المنهاج، دار الفكر بيروت، ط4،
- 230- الخوارزمي: شرح الهداية، مطبعة الحلبي وأولاده، القاهرة، دت
- 231- زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي،
- 232- زكريا بن محمد الأنصاري: فتح الوهاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ
- 233- زين بن إبراهيم بن بكر بن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب العربي، بيروت
- 234- شرف الدين النووي: المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد، جدة، دت
- 235- شمس الأئمة السرخسي: المبسوط، تحقيق خليل الميس، دار المعرفة بيروت،
- 236- شويش المحاميد: مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر، دار عمار، عمان
- 237- عبد الحليم بن تيمية: مجموع الفتاوى، جمع ابن قاسم، طبع المملكة العربية السعودية، 1386هـ
- 238- عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد للطباعة والنشر، القاهرة، دت
- 239- عبد الرحمن بن محمد شبيخي زادة: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 240- عبد الكريم زيدان: الفرد والدولة في الشريعة الإسلامية، الاتحاد الإسلامي للمنظمات الطلابية، 1975
- 241- عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة بيروت، 1994
- 242- علي بن أبي بكر المرغيناني: الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، بيروت
- 243- علي بن أبي بكر المرغيناني: بداية المبتدئ، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، ط1
- 244- علي بن حزم: المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، 1351هـ
- 245- علي بن سليمان المرادوي: الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 246- كمال الدين عبد الواحد بن الهمام: فتح القدير، دار الفكر بيروت، ط1
- 247- مالك بن أنس: المدونة. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994
- 248- مجاهد ديرانية: فتاوى علي الطنطاوي، دار المنار، جدة، ط2
- 249- مجد مكي: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، لبنان، ط1
- 250- محمد أبو زهرة: موسوعة الفقه الإسلامي، نشر جمعية الدراسات الإسلامية، القاهرة، ط1، 1967
- 251- محمد اطفيش: شرح النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد
- 252- محمد أمين بن عابدين: عقود رسم المفتي: مجموعة رسائل ابن عابدين
- 253- محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت
- 254- محمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ
- 255- محمد بن أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1405
- 256- محمد بن أحمد الشربيني الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1
- 257- محمد بن أحمد بن رشد: فتاوى ابن رشد، ت المختار التليلي، دار الغرب الإسلامي بيروت، 1978
- 258- محمد بن زكريا الأنصاري: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية
- 259- محمد بن عبد الله الخرشي: شرح مختصر خليل، دار الفكر، دمشق

- 260- محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير، دار الفكر بيروت، ط2
- 261- محمد بن علي الشوكاني: السيل الجرار على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، بيروت
- 262- محمد بن محمود الباري: العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت،
- 263- محمد بن مفلح المقدسي: الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ
- 264- محمد بن يوسف المواق: التاج والإكليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية.
- 265- محمد رشيد رضا: الفتاوى، جمع صلاح الدين المنجد، ويوسف خوري، دار الكتاب الجديد، بيروت .
- 266- محمد عlish: منح الجليل، دار الفكر، دمشق، ط1، 1989
- 267- مصطفى بن سعد الرحيباني: مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت
- 268- منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1402هـ،
- 269- الميثمي والشرواني: نهاية المحتاج مع حاشية الشرواني، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 270- وزارة الأوقاف الكويتية: الموسوعة الفقهية، طبعة ذات السلاسل الكويت، ط2، 1984
- 271- وهبة الزحيلي: آثار الحرب في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق
- 272- وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1،
- 273- يحيى بن شرف النووي: تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم دمشق، 1408هـ.
- و/ كتب أصول الفقه وقواعده**
- 274- ابن الحاجب: منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985، 1
- 275- ابن الكاملية: تيسير الوصول إلى منهاج الأصول، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط1، 2002
- 276- ابن المنذر: الإجماع، تحقيق صغير أحمد بن محمد حنيف، مكتبة الفرقان عجمان، ط2، 1999
- 277- ابن النجار: شرح الكوكب المنير، جامعة أم القرى، ط1، 1987
- 278- ابن عقيل: الواضح في أصول الفقه، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة
- 279- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، تحقيق مشهور آل سلمان، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1423.
- 280- ابن نجيم: الأشباه والنظائر، دار الفكر بيروت دار الفكر المعاصر دمشق، ط4، 2005
- 281- أبو إسحاق الشاطبي: الاعتصام، دار الفكر، 2003
- 282- أبو إسحاق الشاطبي: الاعتصام، ت مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة التوحيد
- 283- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات، تحقيق مشهور بن حسن سلمان، دار ابن عفان، الخبر، ط1، 1997
- 284- أبو بكر الحصص: الفصول في الأصول. وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت
- 285- أبو حامد الغزالي: المستصفى، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، كلية الشريعة المدينة المنورة،
- 286- أبو حامد الغزالي: شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل، ت حمد الكبيسي، مطبعة الارشاد، بغداد، 1971
- 287- أبو حامد الغزالي: شفاء الغليل. دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1999
- 288- أبو زيد الدبوسي: تأسيس النظر، مطبعة الخانجي، القاهرة، 1319هـ

- 289- أبو عبد الله الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ت أبو الأحناف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993
- 290- أبو عمرو بن الصلاح: أدب المفتي والمستفتي: تحقيق موفق بن عبد القادر، عالم الكتب، بيروت، 1986
- 291- أحمد الحموي: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1985
- 292- أحمد الريسوني: نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، مطبعة مصعب مكناس، ط1
- 293- أحمد الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا
- 294- أحمد بن إسحاق الشاشي: أصول الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، 1402هـ
- 295- أحمد كافي: الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004
- 296- أسامة محمود قناعة: القاعدة الكلية لا ضرر ولا ضرار، دار النهج، حلب، ط1، 2009
- 297- آل ابن تيمية: المسودة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني القاهرة، دت
- 298- الإمام الشافعي: الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، دت
- 299- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983
- 300- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ت عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي للنشر، الرياض، ط1، 2003
- 301- الآمدي: منتهى السؤل في علم الأصول، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2003
- 302- البزدوي: كشف الأسرار، دار الكتاب العربي، بيروت، 1308هـ
- 303- تاج الدين السبكي: جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003
- 304- تاج الدين بن السبكي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411
- 305- جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت
- 306- جمال الدين القاسمي: الفتوى في الإسلام، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1986
- 307- جمال الدين القاسمي: رسائل في أصول الفقه، المطبعة الأهلية بيروت، 1324هـ، 1904م .
- 308- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة الإسلامية، مطبعة المدينة، ط1، 1988
- 309- جمال الدين عطية: نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 2002.
- 310- الخضري بك: أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط6، 1969
- 311- الخضري بك: تاريخ التشريع الإسلامي، المكتبة التجارية، القاهرة، 1963
- 312- الزركشي: المحيط في أصول الفقه، تحقيق عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويت، ط2، 1992
- 313- الزركشي: المنثور، ت تيسير فائق محمود، وزارة الأوقاف، الكويت، 1982
- 314- سعيد عشمأوي، أصول الشريعة، مكتبة مدبولي القاهرة، دار اقرأ بيروت، دت
- 315- سليم باز: شرح مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية بيروت، 1923
- 316- السيوطي، الأشباه والنظائر، مطبعة البابي الحلبي، 1959
- 317- شرف الدين النووي: آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، دار الفكر، دمشق.
- 318- شرف الدين النووي: أدب الفتوى والمفتي والمستفتي، دار الفكر دمشق، ط1، 1988
- 319- شهاب الدين القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، 2005

- 320- شهاب الدين القرافي: الفروق، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998
- 321- شهاب الدين القرافي: تنقيح الفصول من علم الأصول، دار قرطبة، دار البلاغ، الجزائر، ط1، 2003
- 322- شهاب الدين القرافي: تنقيح الفصول، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.
- 323- شهاب الدين القرافي: شرح تنقيح الفصول، ت طه عبد الرؤوف سعد، دار الفكر، بيروت، ط1، 1973
- 324- شهاب الدين القرافي: نفائس الأصول في شرح المحصول، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1995
- 325- الصادق عبد الرحمن الغرياني: الحكم الشرعي بين النقل والعقل، دار الغرب الإسلامي، 1989، ط1،
- 326- طه جابر العلواني: مقاصد الشريعة، دار المهادي، ط2، 2005
- 327- عبد الرحمن بن معمر السنوسي: اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات، دار ابن الجوزي، ط1، 1424
- 328- عبد الستار فتح الله السعيد: المنهاج القرآني في التشريع، جامعة الأزهر، ط1، 1992
- 329- عبد السلام التونجي: مؤسسة الإباحة في الشريعة الإسلامية، كلية الدعوة الإسلامية ط1، 1993
- 330- عبد العزيز البخاري: كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البيزوي
- 331- عبد العلي الأنصاري: فواتح الرحموت، ت عبد الله محمود عمر، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 2002
- 332- عبد الغني عبد الخالق: حجية السنة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الوفا للطباعة والنشر، القاهرة .
- 333- عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1396هـ-1976م.
- 334- عبد المجيد السوسوة: الاجتهاد الجماعي، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف، قطر
- 335- عبد المجيد الصغير: الفكر الأصولي وإشكالية السلطة العلمية، دار المنتخب العربي. بيروت، ط1، 1994
- 336- عبد المجيد النجار: مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، دار الغرب الإسلامي، ط1، 2006.
- 337- عبد الملك الجويني: البرهان في أصول الفقه، ت عبد العظيم الديب، مطابع الدوحة الحديثة، ط1، 1399هـ
- 338- عبد الناصر العطار: التعريف بالاجتهاد الجماعي، كتاب ندوة الاجتهاد الجماعي، نشر كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة،
- 339- عبد النور نزا: مصالح الإنسان مقارنة مقاصدية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، 2008
- 340- عبد الوهاب بن علي السبكي: جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2002
- 341- عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، القاهرة، ط8، دت
- 342- عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم الكويت، 1986 .
- 343- عبد الوهاب خلاف: خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، دار القلم الكويت، 1986
- 344- عبد الوهاب خلاف: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، دار القلم الكويت، .
- 345- العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ت نزيه عثمان جمعة ضميرية، دار القلم دمشق
- 346- علي بن أحمد الندوي القواعد والضوابط المستخلصة من شرح الجامع الكبير، مطبعة المدني القاهرة، 1411.
- 347- علي بن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، ت أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة بيروت، ط1979
- 348- علي بن عبد الكافي السبكي: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، عالم الكتب بيروت، ط1
- 349- علي حسب الله: أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997

- 350- علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، بيروت
- 351- عمر سليمان الأشقر: تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، 1989م.
- 352- عمر سليمان الأشقر: خصائص الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة، 1990
- 353- عمر سليمان الأشقر: مقاصد المكلفين، مكتبة الفلاح الكويت
- 354- عيسى منون: نبراس العقول، دار العدالة، بيروت، دت،
- 355- فتحي الدريني: أصول التشريع الإسلامي ومناهج الاجتهاد بالرأي، مطبعة دار الكتاب، دمشق، 1977.
- 356- فتحي الدريني: الفقه الإسلامي المقارن، مطبعة طربين، دمشق، 1980
- 357- فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، د ط، د ت .
- 358- فتحي الدريني: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، دار الكتب الحديثة، دمشق
- 359- قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي، دار ابن حزم، ط1، 2007
- 360- قطب مصطفى سانوا : معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر ، ط1، 2000،
- 361- لرازي: المحصول، تحقيق طه جابر العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت
- 362- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006
- 363- محمد أبو زهرة: تاريخ المذاهب الإسلامية، دار الفكر العربي
- 364- محمد إسماعيل شعبان: تاريخ التشريع الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 365- محمد الأمين الشنقيطي : مذكرة أصول الفقه: دار اليقين، مصر، ط 1، 1999
- 366- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، دار اليقين، المنصورة، ط1، 1999
- 367- محمد الطاهر بن عاشور: أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط2
- 368- محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة ، ت الميساوي، دار النفائس للنشر، الأردن، ط2، 2001
- 369- محمد أمين أمير بادشاه: تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت
- 370- محمد بن الحسن الحجوي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي دار التراث - القاهرة
- 371- محمد بن الحسن الحجوي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، مطبعة إدارة المعارف، الرباط، 1340
- 372- محمد بن علي الشوكاني: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفضيلة، ط1، 2000،
- 373- محمد بن علي بن حسين المالكي: من يجوز له أن يفتي، دار الفرقان الإسكندرية، ط1، 1418
- 374- محمد بن فرموزا، ملا خسرو: درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار الكتب العلمية
- 375- محمد بن محمد بن أمير الحاج: التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999
- 376- محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1973.
- 377- محمد سلام مدكور : مناهج الاجتهاد في الإسلام، جامعة الكويت ، ط 1، 1973
- 378- محمد سلام مدكور: الاجتهاد في التشريع الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1404هـ.
- 379- محمد سليم العوا: مقاصد السكوت التشريعي، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي. ط1، 2008
- 380- محمد صدقي البورنو: موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، 218-217/7.

- 381- محمد عميم الإحسان البركتي: قواعد الفقه، مطبوعات لجنة الثقافة والتأليف والنشر، باكستان، 1407م
- 382- محمد مذكور: مدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة
- 383- محمد نعيم هاني ساعي: مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، دار السلام، القاهرة، ط1، 2007.
- 384- مسعود بن عمر التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، القاهرة
- 385- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998
- 386- مصطفى زيد: المصلحة في التشريع الإسلامي، دار اليسر للطباعة والنشر، القاهرة، 2004
- 387- مصطفى شليبي: تعليل الأحكام، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947 .
- 388- مصطفى شليبي: تعليل الأحكام، دار النهضة العربية، بيروت، 1981
- 389- معروف الدواليبي: المدخل إلى علم أصول الفقه، دار الشروق، الرياض، ط6، 1995
- 390- المقرئ قواعد الفقه، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، طبع جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ق124
- 391- مناع القطان: التشريع والفقه في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ط5، 2005، ص:14.
- 392- نادية العمري: الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة بيروت، ط3، 1985
- 393- نجم الدين الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ت السائح، الدر المصرية اللبنانية، ط1، 1993
- 394- نجم الدين الطوفي: شرح مختصر الروضة، مؤسسة الرسالة، ط1، 1990
- 395- الونشريسي: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ت الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006
- 396- وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1986
- 397- وهبة الزحيلي: القرآن الكريم بنيته التشريعية وخصائصه الحضارية، دار الفكر، دمشق
- 398- وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة ط4، 1985.
- 399- يوسف أحمد العالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط2، 1994م
- 400- يوسف القرضاوي: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط2، 1989
- 401- يوسف القرضاوي: الشريعة الإسلامية خلودها وصلاحتها، دار الشهاب باتنة، دت
- 402- يوسف القرضاوي: الفتوى بين الانضباط والتسيب، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، 1988
- 403- يوسف القرضاوي: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط1 .
- 404- يوسف حامد العالم: الأهداف العامة للشريعة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فرجينيا، 1994
- 405- يوسف قاسم: نظرية الضرورة، في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ز/ كتب القانون الدستوري والإداري**
- 406- إبراهيم أبو خزام: الوسيط في القانون الدستوري، دار الكتاب الجديدة المتحدة، بيروت، ط1
- 407- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: نظرية القانون، الكويت، 1996
- 408- إبراهيم عبد العزيز شبحا، القضاء الإداري. ولاية القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006
- 409- إبراهيم عبد العزيز شبحا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000

- 410- أحمد المواقف: الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة، القاهرة، 2008
- 411- أحمد سلامة بدر: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني، دار النهضة العربية، 2003
- 412- أحمد عطية الله: المعجم السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1968م
- 413- أحمد كمال أبو المجد: الرقابة القضائية على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، 1962
- 414- إسماعيل البدوي: القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، ط1، 1992
- 415- إسماعيل البدوي: مبادئ القانون الدستوري، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1399هـ
- 416- أندرو فتستنت: نظريات الدولة، ترجمة مالك أبو شهوة وزميله، دار الجليل، بيروت، ط1، 1997.
- 417- اندرية هوريو: القانون الدستوري، الدار الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، 1974
- 418- بشار عبد الهادي: التفويض في الاختصاص، دار الفرقان، القاهرة، ط2، 1982
- 419- بكر قباني: دراسة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة
- 420- ثروت بدوي: النظم السياسية، دار النهضة، القاهرة،
- 421- ثروت بدوي: أصول الفكر السياسي والنظريات والمذاهب السياسية الكبرى، دار النهضة العربية، 1967
- 422- ثروت عبد الهادي الجوهري: مدى ضرورة السلطات الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2005
- 423- حبيب إبراهيم الخليلي: النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1990
- 424- حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1988،
- 425- حسن كبيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، 1993،
- 426- حماد محمد شطا: الأصول الإسلامية للقانون الإداري، دار الصحوة والنشر، القاهرة، دت
- 427- خالد محمد أحمد محمد: القانون بين فقه المعاملات وعلم القانون الحديث، دار النهضة العربية، ط2007.
- 428- دينيس لويد: فكرة القانون، تر سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة الكويت، 1981
- 429- رجب عبد الحميد: النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، 2009
- 430- رجب عبد الحميد: مبادئ العلوم السياسية، دار النهضة العربية، 2009
- 431- رمزي طه الشاعر: القضاء الدستوري في البحرين دراسة مقارنة. مطبعة أوائل البحرين، ط2003
- 432- رمزي طه الشاعر: رقابة دستورية القوانين، (دراسة مقارنة)، دار التيسير، القاهرة، 2004
- 433- رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، منشأة المعارف الإسكندرية، ط2، 1981
- 434- روبرت دال: التحليل السياسي الحديث، ترجمة علا أبو زيد، مركز الأهرام، القاهرة، ط5، 1993
- 435- زكي محمد النجار: مبادئ القضاء الإداري، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار النهضة، ط2، 1992
- 436- سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وحالات الرقابة عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية
- 437- سعاد الشراوي: النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1988
- 438- سعد عصفور: المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية منشأة المعارف، الإسكندرية، 1980
- 439- سعد عصفور، عبد الحميد متولي، محسن خليل: القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 440- سعيد بوالشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية

- 441- سليمان الطماوي: التطور السياسي للمجتمع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1961
- 442- سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية والفكر السياسي الإسلامي
- 443- سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة
- 444- سليمان الطماوي: القضاء الإداري، الكتاب الثالث قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1979
- 445- سليمان الطماوي: دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط 1976
- 446- سليمان الطماوي: عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة، دار الفكر العربي، ط 2، دت.
- 447- سليمان الطماوي: نظرية التعسف في استعمال السلطة، دار الفكر العربي، ط 2، 1966
- 448- سليمان مرقس: المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية القاهرة، 1967 .
- 449- سمير السيد تناغوي: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984
- 450- سمير عالية : علم القانون والفقهاء الإسلامي، المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر، بيروت ، ط 2، 1996
- 451- السيد صبري: النظم الدستورية في البلاد العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1956
- 452- السيد صبري: مبادئ القانون الدستوري، طبعة 1، 1940
- 453- طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ط 3، 1967
- 454- طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون
- 455- طعيمة الجرف: نظرية الدولة والمبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 5، 1978
- 456- عادل الطبطبائي: الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط 1، 2000
- 457- عاطف البنا: الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، 1994،
- 458- عباس الصراف وجورج حزيون: المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة، عمان 1991
- 459- عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط 1، 1984
- 460- عبد الحميد فودة: جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004
- 461- عبد الحميد متولي: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف الإسكندرية، 1976
- 462- عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف الإسكندرية، 1974
- 463- عبد الحميد متولي: المفصل في القانون الدستوري، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1952
- 464- عبد الحي حجازي: المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1972
- 465- عبد العزيز العلي النعيم: أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، دار النهضة العربية القاهرة، ط 1
- 466- عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997
- 467- عبد الفتاح حسن: التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964
- 468- عبد الفتاح ساير داير: القانون الدستوري، دار الفكر العربي القاهرة، د ت

- 469- عبد الفتاح ساير: القانون الدستوري، دار الكتاب العربي بمصر، ط2، 2004
- 470- عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، 2002
- 471- عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2002
- 472- عبد المنعم البدرأوي: المدخل للعلوم القانونية، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1962
- 473- علي علي منصور: المدخل للعلوم القانونية والفقہ الإسلامي، دار الفتح والرمح، بيروت 1391،
- 474- علي محمد بدير، د. مهدي ياسين السلامي د. عصام البرزنجي: مبادئ وأحكام القانون الإداري، 1993
- 475- عليان بوزيان: دولة المشروعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009
- 476- عمر حلمي فهمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة، دار الفكر العربي، ط1، 1981
- 477- فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974
- 478- فؤاد العطار: رقابة القضاء لأعمال الإدارة، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ط2، 1961
- 479- فؤاد محمد النادي: المبادئ الدستورية العامة، دار نشر الثقافة، القاهرة، ط1، 1975
- 480- فؤاد محمد النادي: موجز القانون الدستوري المصري وتطور الأنظمة الدستورية، د ت، دون دار نشر
- 481- فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط2، 2002
- 482- لمين شريط: الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار المطبوعات الجامعية، ط2، 2002
- 483- ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، ط1985، ص: 19
- 484- مازن ليلو راضي: الوجيز في القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية الدنمارك، ط1، 2008
- 485- محسن خليل: القانون الدستوري والنظم السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية . 1987
- 486- محمد السناري: القانون الدستوري ونظرية الدولة والحكومة - دراسة مقارنة - دون ناشر،
- 487- محمد أنس قاسم جعفر: الوسيط في القانون العام، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987
- 488- محمد حسنين عبد العال: فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة،
- 489- محمد حسين عبد العال: القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975
- 490- محمد سعيد جعفرور: مدخل العلوم القانونية، دار هومة الجزائر
- 491- محمد شطا: القانون الإداري، الكتاب الأول، المؤسسة الوطنية للمطبوعات الجامعية، الجزائر،
- 492- محمد عاطف البنا: الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي، 1990
- 493- محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة والقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، 1977
- 494- محمد علي عرفة: مبادئ العلوم القانونية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ط2
- 495- محمد عمرو بركات: الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة ومسؤوليته، مطبعة إسكندرية، ط1، 2007
- 496- محمد فوزي نويجي: فكرة تدرج القواعد الدستورية، دار النهضة العربية، ط1، 2007
- 497- محمد كامل عبيد: مبدأ المشروعية، أكاديمية شرطة دبي، دبي، 2004
- 498- محمد كامل عبيد: نظرية الدولة، أكاديمية شرطة دبي، دبي، طبعة 2008
- 499- محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات، شرطة دبي، ط2، 2002

- 500- محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، ط 1964، 16.
- 501- محمد كامل ليلة: القانون الدستوري دار الفكر العربي، ط1، 1961
- 502- محمد كامل ليلة: النظم السياسية ، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط 1963
- 503- محمد كامل ليلة: النظم السياسية: الدولة والحكومة، دار النهضة العربية، 1969
- 504- محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي، والرقابة على دستوريته. دار أبو المجد للطباعة والنشر، القاهرة، ط1، 2006
- 505- محمد محمد بدران: النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997
- 506- محمد محمد بدران: رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 1985
- 507- محمود عاطف البناء: الوسيط في النظم السياسية، دار النشر للجامعات، جامعة القاهرة،
- 508- محمود عبد المجيد المغربي: الوجيز في تاريخ القوانين، المؤسسة الجامعية للدراسات بيروت، 1970،
- 509- محمود محمد حافظ : القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط7، 1979
- 510- محمود محمد حافظ: القضاء الإداري في القانون المصري المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، 1993
- 511- مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري في الجمهورية المتحدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1966،
- 512- مصطفى أبو زيد فهمي: النظرية العامة للدولة في الديمقراطية الغربية والماركسية والإسلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985
- 513- مصطفى أبو زيد فهمي: فن الحكم في الإسلام، ط2 دار الفكر العربي القاهرة 1413هـ
- 514- مصطفى أبو زيد فهمي، الدستور المصري فقها وقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996
- 515- مصطفى الأهواني: رئيس الدولة في النظام الديمقراطي، القاهرة، 1945
- 516- مصطفى زيد أبو فهمي: الدستور المصري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1958
- 517- منذر الفضل: تاريخ القانون، منشورات بنك الأعمال، الأردن، ط1، 1996.
- 518- المنظمة العربية للتنمية الإدارية: موسوعة الإدارة العربية الإسلامية، ط1، 2004 .
- 519- وحيد رأفت ووايت ابراهيم: القانون الدستوري، المطبعة العصرية، القاهرة، 1937
- 520- يحيى الجمل: الأنظمة السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1969
- 521- يحيى الجمل: القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ، 2000
- 522- يحيى الجمل: نظرية الضرورة في القانون الدستوري، جامعة القاهرة، ط1957.
- ك/ كتب التاريخ والسيرة**
- 523- ابن الأثير: الكامل في التاريخ، ت: عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، بيروت ط1، 1997م
- 524- ابن الجوزي: تاريخ عمر بن الخطاب. مطبعة السعادة، القاهرة، ط 1، 1342هـ، 1922م
- 525- ابن جرير الطبري: تاريخ الرسل والملوك، ت عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت/ ط1، 1412
- 526- ابن قيم الجوزية: زاد المعاد، تحقيق شعيب الارناؤوط، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1985

- 527- ابن كثير: البداية والنهاية، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر، ط1، 1997
- 528- ابن هشام، السيرة النبوية، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت، ط1، 1411هـ
- 529- أحمد أمين: ضحى الإسلام، دار الكتاب العربي بيروت
- 530- حسين مؤنس: دراسات في السيرة النبوية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990
- 531- حسين مؤنس: عالم الإسلام، دار المعارف، القاهرة، 1973
- 532- شمس الدين الذهبي: تاريخ الإسلام، تحقيق عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي بيروت.
- 533- شمس الدين الذهبي: سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت
- 534- عبد الرحمن بن خلدون: تاريخ ابن خلدون ت خليل شحادة، دار الفكر، بيروت، ط: 2، 1988 م
- 535- عبد الملك بن هشام: السيرة النبوية. ت طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت، ط1، 1411هـ.
- 536- محمد أبو زهرة: أبو حنيفة، دار الفكر العربي، ط2،
- 537- محمد أبو زهرة: أحمد بن حنبل، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 538- محمد بن أحمد البيروني: الآثار الباقية عن القرون الخالية، نسخة مصورة عن طبعة ليبزج، 1876،
- 539- محمد بن إسحاق: السيرة النبوية، تحقيق أحمد فريد المزدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2004،
- 540- محمد سعيد رمضان البوطي: فقه السيرة، دار الفكر دمشق، ط8، 1980 .
- ل/ كتب فكرية و فلسفية عامة**
- 541- أبو الحسن الماوردي: أدب الدنيا والدين، ت مصطفى السقا، دار الهلال بيروت، 1985، ص: 132.
- 542- أبو حامد الغزالي: فاتحة العلوم، مكتبة الجندي، القاهرة، 1322 هـ
- 543- أبو حيان التوحيدي: الصداقة والصديق، شرح علي متولي صلاح، القاهرة
- 544- أحمد الخمليشي: وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 1988
- 545- أحمد صبحي منصور، حد الردة دراسة أصولية تاريخية، طيبة للدراسات والنشر، القاهرة، 1993
- 546- أحمد كمال أبو المجد: حوار لا مواجهة، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1986 .
- 547- أرسطو: السياسية، ترجمة احمد لطفي السيد، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة
- 548- إسماعيل مظهر: فلسفة اللذة والألم، القاهرة، ط 1961
- 549- أفلاطون. الجمهورية. المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية . الرغاية . الجزائر. 1990.
- 550- أميرة حلمي: الفلسفة السياسية من أفلاطون إلى ماركس، دار غريب للطباعة، القاهرة ط 6، 1999
- 551- جان جاك روسو: في العقد الاجتماعي، ترجمة ذوقان قرقوط، دار القلم، بيروت. د ت
- 552- جمال البنا: تفنيد دعوى حد الردة، دار الفكر الإسلامي، القاهرة، ط1، 2006 .
- 553- حسن البنا: رسالة المؤتمر الخامس، مجموعة رسائل البنا، بيروت، 1981.
- 554- السيد سابق: عناصر القوة في الإسلام، دار الفتح للإعلام العربي، ط1، 2001.
- 555- سيد قطب: معالم في الطريق، دار الشروق القاهرة، ط15، 1992.

- 556- صديق خان القنوجي: أجد العلوم الواشي المرقوم في بيان أصول العلوم، دار الكتب العلمية، بيروت
- 557- طه جابر العلواني: لا إكراه في الدين إشكالية الردة والمرتدين، مكتبة الشروق، القاهرة، ط2، 2006.
- 558- طه عبد الرحمان: تجديد المنهج في تقويم التراث، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ط2
- 559- عبد الإله بلقزيز: تكوين المجال السياسي الإسلامي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط1، 2005
- 560- ماجد فخري: ارسطو طاليس المعلم الأول، المطبعة الكاثوليكية بيروت
- 561- محمد سليم العوا، الحق في التعبير، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2003.
- 562- محمد عابد الجابري: العقل السياسي العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط3، 1995
- 563- محمد قطب: واقعنا المعاصر، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1997
- 564- مصطفى الخشاب: تاريخ الفلسفة والنظريات الفلسفية، دار البيان العربي، القاهرة، ط1
- 565- مصطفى الرافي: الإسلام نظام إنساني، دار مكتبة الحياة، بيروت
- 566- ميشال سينيلا: داعي المصلحة العليا، ترأسامة الحاج، المؤسسة الجامعية للدراسات، ط2، 2002
- 567- نيقولا ميكيافيلي: الأمير، تعريب خيرى حماد، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط13، 1985.
- 568- يوسف القرضاوي: الحلول المستوردة وكيف جنت على أمتنا، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1971
- 569- يوسف القرضاوي: جريمة الردة وعقوبة المرتد، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1998 .
- 570- يوسف القرضاوي: ندوة سنن الله في الآفاق والأنفس، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1990.
- م / كتب اللغة والمعاجم**
- 571- ابن كمال باشا: رسالتان في المغرب، تحقيق سليمان إبراهيم العايد، نشر جامعة أم القرى
- 572- ابن منظور: لسان العرب، طبعة دار المعارف، القاهرة.
- 573- ابن هلال العسكري: الفروق اللغوية، ت محمد باسل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط4، 2006،
- 574- أبو البقاء الكفوي: الكليات، ت عدنان درويش، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1998، ص: 510.
- 575- أبو المكارم المطرزي: المغرب، دار الكتاب العربي، بيروت، دت .
- 576- أحمد بن فارس: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر بيروت
- 577- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت،
- 578- أحمد عبد الرحمن حماد، عوامل التطور اللغوي، دار الأندلس بيروت، 1983
- 579- إسماعيل الجوهري: الصحاح، ت أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط3، 1984
- 580- الخليل بن أحمد: كتاب العين، ترتيب عبد الحميد هندراوي، دار الكتب العلمية، بيروت
- 581- السيد آدي شير: معجم الألفاظ الفارسية المعربة، مكتبة لبنان، بيروت، 1970م
- 582- شهاب الدين الخفاجي: شفاء الغليل فيما في كلام العرب من الدخيل ت عبد المنعم خفاجي، ط1، 1952
- 583- الفيروزآبادي: القاموس المحيط، المطبعة الأميرية، 1302هـ.
- 584- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، القاهرة، ط3

- 585- محمد بن دريد: جمهرة اللغة، دائرة المعارف العثمانية، ط1، 1345
- 586- محمد سعيد اسير وأخر: الشامل، دار العودة، بيروت.
- 587- محمد علي التهانوي: كشاف اصطلاحات الفنون، ت علي دحروج، لبنان ناشرون، بيروت، ط1، 1996
- 588- محمد موسى هندراوي: المعجم في اللغة الفارسية، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، د ت
- 589- مرتضى الزبيدي: تاج العروس،، تحقيق عبد الحليم الطحاوي، مطبعة حكومة الكويت، 1984.

ثالثا- الرسائل الجامعية

1. أحمد حداد حسن علي عافية: مبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة
2. إيمان أحمد خليل: الاجتهاد الجماعي ودور المجامع الفقهية في تحقيقه في عصرنا الحاضر، رسالة ماجستير كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2003
3. توفيق بن عبد العزيز السديري: الإسلام والدستور، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض، 1407
4. ثامري عمر: سلطة المبادرة بالتشريع في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006
5. حازم عبد المتعال الصعيدي: النظرية الإسلامية في الدولة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1977،
6. حسن أحمد علي الحمادي: حجية الحكم القضائي، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة.
7. سعيد بوالشعير: علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام السياسي الجزائري، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر، 1984
8. سليمان بن سعود الجابري: السلطة العامة مفهومها أساسها وحدودها، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة،
9. شعبان أحمد رمضان: ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000
10. شيخي نبيه: السلطة التقديرية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2005
11. شيخين بن محمد العبدلي: السوابق القضائية، دراسة نظرية تطبيقية : بحث مقدم لقسم الفقه المقارن كلية الشريعة، الرياض، 1426هـ
12. عبد الرحمن رداد، التفسير المقاصدي للنص النبوي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2004
13. عبد الله سعيد الذبجاني: مأسسة السلطة السياسية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997
14. عبد المنعم خيرى البدرأوي: الأحزاب السياسية والحريات العامة. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1992

15. عبد المنعم عبد الحميد: المعالجة السياسية والقضائية للانحراف التشريعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001
16. عصام البرزنجي: السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971
17. عصام بن سعد بن سعيد: السلطة التشريعية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة. 2007
18. علي زكي راتب: مجلس الشورى ونظام ازدواج الهيئة التشريعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، 2006
19. فاطمة محمد عبد الحليم عبد الوهاب: أثر الدين في النظم القانونية: رسالة دكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق، 2001.
20. فتحي عبد الكريم: الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي: دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1973.
21. كايد يوسف قرعوش: طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة والنظم الدستورية، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر سنة 1967
22. محمد النابغة الشنقيطي: نظم المعتمد من الأقوال والكتب في المذهب المالكي، دراسة وتحقيق لخضر بن قومار، رسالة ماجستير كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية باتنة، 2005.
23. محمد جمال عطية عيسى: الشكلية القانونية. رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1992
24. محمد طاهر أحمد عبد الوهاب: النظرية العامة لمبدأ الشرعية، في الدولة الإسلامية والدولة المعاصرة، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، 1981
25. محمد فريد الصادق: الحقوق السياسية للمرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
26. محمود بوترة: إشكالية الحكم في الفكر الإسلامي المعاصر، رسالة دكتوراه بكلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة
27. محي الدين محمود: السياسة الشرعية في ضوء جوهر مفهوم السياسة في العصر الحديث، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1990،
28. مريد أحمد عبد الرحمن حسن: التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة
29. مسعد محمد علي خطاب: الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في الفقه الإسلامي والنظم الدستورية المعاصرة: رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة بنها، 2006
30. ميلود فروجي: مراعاة المالكية لمقاصد المكلفين، رسالة ماجستير، كلية أصول الدين الجزائر، 2002 .

رابعاً- الدوريات

1. إبراهيم عبد الصادق محمود: فقه الصلاحية للولاية العامة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الخرطوم، السنة الثانية، العدد

الثاني، 1423هـ

2. أبي شهبة: فضل الشريعة الإسلامية على الشرائع السماوية السابقة والقوانين الوضعية، مجلة مجمع اللغة العربية بدمصر، المجلد 19.
3. أحمد إدريس الحاج: المدخل المقاصدي للخطاب العلماني، مجلة المسلم المعاصر، العدد 114، السنة 29، ديسمبر 2004
4. أحمد الفيومي الغرقاوي المالكي : تحقيق مسألة الخلو عند المالكية: تحقيق أحمد بن ابراهيم الحبيب، مجلة جامعة أم القرى، جزء 17، عدد 33، 1426هـ
5. أكرم ضياء العمري: أول دستور أعلنه الإسلام في بحثه المنشور في مجلة كلية الإمام الأعظم بغداد العدد الأول لسنة 1972
6. ثروت أنيس الأسيوطي: المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية. دراسة في سوسيولوجيا الفكر القانوني، مجلة مصر المعاصرة، مصر، السنة التاسعة والخمسون، العدد 333، يوليو 1968
7. جريدة الشروق الجزائرية ليوم 2010/3/11، العدد: 2871 .
8. جمال الدين القاسمي: رسالة الطوفي في المصالح، مجلة المنار العدد العاشر المجلد التاسع، 1906
9. حسين النائبي: تنبيه الأمة وتنزيه الملة، مجلة الغدير، العدد: 12، 13، سنة 1995.
10. خالد بن محمد العروسي: مسألة تخصيص العموم بالعرف والعادة، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة، الجزء 18، العدد 39، ذو الحجة 1427هـ ،
11. دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 264، 2001
12. صالح أحمد العلي: تنظيمات الرسول الإدارية في المدينة، مجلة المجمع العلمي العراقي المجلد 17 لسنة
13. عبد الحميد متولي: الإسلام ومشكلة السيادة في الدولة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق القاهرة، العدد 3، 4، السنة 12، 1963.
14. عبد الرحمن تاج: السياسة الشرعية، مجلة الأزهر عدد ، سنة 1415
15. عبد الرزاق السنهوري: الانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصرية، القاهرة، 1951
16. عبد العزيز بن باز، فتوى، مجلة المجتمع الكويتية، الصادرة بتاريخ 1989/05/23 م.
17. عبد المجيد السوسوة: الحكم الشرعي بين الثبات والتغير، مجلة الشريعة والقانون، العدد: 20، يناير 2004
18. عبد الوهاب الأفندي: إعادة النظر في المفهوم التقليدي للجماعة السياسية في الإسلام، مسلم أم مواطن؟ مجلة المستقبل العربي، مركز
19. عبد الوهاب خلاف: السلطات الثلاث في الإسلام، بحث في مجلة القانون والاقتصاد لكلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الرابع، السنة السابعة، أبريل 1937
20. محمد النويهي: نحو ثورة في الفكر الديني، مجلة الآداب البيروتية، عدد ماي 1970
21. ناصر الدين الألباني: المجلة السلفية الصادرة بالسعودية . العدد 03 لسنة 1418.
22. نصر الدين معمري ، التشريع عن طريق المبادرة ، مجلة النائب ، العدد الرابع ، 2004

23. هبة رؤوف عزت: الأسرة والتغيير السياسي، مقال بمجلة إسلامية المعرفة، س 1، العدد 2، سبتمبر 1995
24. هيئة كبار العلماء: تدوين الراجح من أقوال الفقهاء، مجلة البحوث الإسلامية، دورية تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، السعودية، السنة 1411هـ، العدد: 31، العدد: 33، السنة 1412هـ.

خامسا - الدساتير والنصوص التشريعية

1. دستور الاتحاد السويسري الرابط: http://www.forumfed.org/pubs/ara/constitution_switzerland.pdf
 2. دستور الجمهورية الفرنسية لسنة 1958 لغاية تعديل 2008 - http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/arabe/constitution_arabe_version_mai2009.pdf
 3. دستور جمهورية ألمانيا الاتحادية
 4. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2008 www.joradp.dz
 5. دستور الجزائر لسنة 1963
 6. دستور الجزائر لسنة 1976
 7. دستور الجزائر لسنة 1989
 8. دستور الجزائري لسنة 1996
 9. دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية
 10. دستور الإمارات العربية المتحدة
 11. دستور إمارة الكويت
 12. دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 11/09/1971.
 13. دستور المملكة الهاشمية الأردنية ، بموجب التعديل المنشور في العدد 1179 تاريخ 17/4/1954 من الجريدة الرسمية.
 14. دستور الولايات المتحدة الأمريكية.
 15. دستور جمهورية السودان لسنة 1998.
 16. الدستور الانتقالي لجمهورية السودان، لسنة 2005
 17. دستور جمهورية العراق الاتحادية
 18. دستور الجمهورية العربية السورية
 19. دستور إمارة قطر
 20. النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية
- جميع الدساتير العربية مصدرها الرابط www.undp-pogar.org/arabic/resources/listlinks.aspx?lid=13

21. القانون العضوي لنظام المجلسين وعملهما والعلاقات الوظيفية بينهما ، الجريدة الرسمية العدد 15، 9 مارس 1999.
22. القانون العضوي لنظام المجلسين وعملهما والعلاقات الوظيفية بينهما .
23. القانون العضوي لنظام المجلسين وعملهما والعلاقات الوظيفية بينهما .
24. القانون المدني للجمهورية الجزائرية، الصادر في: 1975/9/26، والمعدل في 2008
25. القانون النظام الداخلي للغرفة الأولى الجريدة الرسمية، العدد 53، السنة الرابعة والثلاثون، بتاريخ 1997/9/13
26. القانون نظام مجلس الشورى للمملكة العربية السعودية، الصادر بالأمر الملكي رقم: أ/62، بتاريخ 1418/3/1هـ
27. القرار الوزاري في المملكة السعودية رقم: 328، بتاريخ 1396/3/1هـ.
28. مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية
29. مجلة الأحكام العدلية العثمانية وشرحها، كارخانة تجارات كتب، كراتشي، دت،
30. الأمر الملكي السعودي رقم أ/198.
31. الأمر الملكي السعودي رقم: 13876/ب، بتاريخ 2010/9/2.

سادسا - روابط على شبكة الانترنت

1. الرابط . <http://www.alriyadh.gov.sa/election/Comments-1.asp> .
2. الرابط www.islamtoday.net/istesharat/schcv-80.htm .
3. الرابط: <http://www.spa.gov.sa/details.php?id=809644>
4. الرابط: www.bouti.net/article.php
5. الرابط: http://egypt.usembassy.gov/arbll_of_rights.html
6. الرابط: <http://www.pogar.org/arabic/countries>
7. الرابط: <http://www.undp-pogar.org/arabic/resources/listlinks.aspx?lid=13>
8. الرابط: www.forumfed.org/.../constitution_switzerland.pdf
9. الرابط: http://www.forumfed.org/pubs/ara/constitution_switzerland.pdf
10. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/arabe/constitution_arabe_version_mai2009.pdf

1. A . Sanhoury :Le Califat, Paris, 1926, (نسخة مصورة)
2. Barthélemy(J) :Precis de Droit Constitutionnel, 4 ed ,Daloz, Paris, 1983
3. Burdeau (G): Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques , ed 1957, ed 1965
4. Burdeau(G) : Cours De Droit Constitutionnel, 4ed, L,G,D,J ;Paris 1948
5. Burdeau(G) : Traite De Science Politiques, 3ed, L G D J ,Paris, 1987,
6. Carre De Malberg :Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome I ,Paris, 1920
7. E. LaFarriere: Traité de Juridiction Administrative et recours contentieux, 2ed , 1986
8. Eismien: Elements de Droit Constitutionnel Française et compare, Paris, 1914
9. Esmein: éléments de droit constitutionnel, paris, 1921
10. Hans Kelsen: La Théorie pure du droit,Traduction Francaise par Charles Eismman, Paris, Dalloz, 2em Ed,1962.
11. Hauriou(A) : Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Montchrestien, Paris ; 1966
12. Henri Rommen: Le Daire Maturel; Trad par Mormy, Paris, 1945
13. J.J .Rousseau :Du Contrat Social ;Virtuelbooks, 2000
14. Jean Pierre Camby, Pierre Servent, le travail parlementaire sous la cinquieme République, Montchrestien,1998 .
15. Lafariere (J) : Manuel de droit Constitutionnel, 2 ed , Montchrestien, Paris ; 1947,
16. Leon Duguit: Traité de Droit Constitutionnel, 3ed, A.L.C. Editeurs, Paris; 1911
17. Marcel Prelot : Institutions Politiques Et Droit Constitutionnel, 3em ed
18. Max Weber. The Theory of Social and Economic Organization, New York: Oxford University Press, pp. 145.
19. Prelot(M),et Lescuyer(G): Histoire des Idées Politiques , 11ed ,Daloz, Paris, 1992
20. R. Dahl. L' analyse contemporaine ;tr fr, 1973.
21. Raymond Ferretti: Cours De Droit Constitutionnel; ed Univ de Metz
22. Réne Capitain: Hobbes et L Etat Totalitaire, Arch de Phil du Droit, 1936.
23. The New Encyclopedia Britannica ; Vol 3; Encyclopedia Britannica Inc; .

4- فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

أ- ع

مقدمة

63-1

فصل تمهيدي: التشريع بين الاجتهاد الفقهي والتصرف السياسي

23- 03

المبحث الأول: التشريع في التداول الشرعي والاصطلاح القانوني

04

المطلب الأول: التشريع في الاصطلاح القانوني

05

الفرع الأول: مفهوم التشريع في الاصطلاح القانوني

07

الفرع الثاني: خصائص التشريع في الاصطلاح القانوني

12

المطلب الثاني: مفهوم التشريع في التداول الشرعي و الفقهي

13

الفرع الأول: مفهوم الشريعة في التداول اللغوي والشرعي

19

الفرع الثاني: مفهوم الشريعة في مجال التداول الفقهي

24

الفرع الثالث: مفهوم التشريع في التداول الفقهي

63-39

المبحث الثاني: التشريع كوظيفة من وظائف النظام السياسي الإسلامي

40

المطلب الأول: مفهوم السياسة في مجال التداول الشرعي والفقهي

41

الفرع الأول: مفهوم السياسة في التداول الشرعي

44

الفرع الثاني: مفهوم السياسة في التداول الفقهي

55

المطلب الثاني: مفهوم التشريع كتصرف سياسي وخصائصه

56

الفرع الأول: مفهوم التشريع كتصرف سياسي

59

الفرع الثاني: خصائص التشريع كتصرف سياسي

الباب الأول: تأسيس وتأسيس سلطة ولي الأمر في التشريع 64- 273

136-66

الفصل الأول: تأسيس سلطة ولي الأمر في التشريع

91- 68

المبحث الأول: نظرية السيادة كأساس للحق في التشريع في القانون الوضعي

69

المطلب الأول: مفهوم السيادة وخصائصها في الفقه الوضعي

70

الفرع الأول: التطور التاريخي لمفهوم السيادة في الفكر الوضعي

76

الفرع الثاني: خصائص السيادة في الفكر السياسي الوضعي

79	<u>المطلب الثاني: نظريات السيادة في الفقه الدستوري الوضعي</u>
80	الفرع الأول: نظرية السيادة للملك
92	الفرع الثاني: نظرية السيادة للأمة
96	الفرع الثالث: نظرية السيادة للشعب
136-92	المبحث الثاني: نظرية الحاكمية كأساس للحق في التشريع في الفقه الإسلامي
93	<u>المطلب الأول: مفهوم الحاكمية وتطوره في الفكر السياسي الإسلامي</u>
94	الفرع الأول: مفهوم الحاكمية في المصادر اللغوية والشرعية
97	الفرع الثاني: التطور الفكري لمفهوم الحاكمية
106	<u>المطلب الثاني: نظريات الحاكمية في الفكر السياسي الإسلامي</u>
107	الفرع الأول: نظرية الحاكمية لله
115	الفرع الثاني: نظرية السيادة للأمة
121	الفرع الثالث: نظرية السيادة المزدوجة
123	الفرع الرابع: ترجيح وتأصيل
204-137	الفصل الثاني: تأصيل سلطة ولي الأمر في التشريع
164-139	المبحث الأول: التأصيل الشرعي لضرورة الولاية العامة وضرورتها
140	<u>المطلب الأول: التأصيل لمفهوم الولاية العامة في الفقه السياسي الإسلامي</u>
141	الفرع الأول: مفهوم ولي الأمر في التداول الشرعي والفقهي
145	الفرع الثاني: تحقيق المناط السياسي لمفهوم ولي الأمر
152	<u>المطلب الثاني: ضرورة الولاية العامة في الفقه السياسي الإسلامي</u>
153	الفرع الأول: الرأي المنكر لضرورة الولاية العامة ومناقشته
157	الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لوجوب الولاية العامة
204-165	المبحث الثاني: التأصيل الشرعي لسلطة ولي الأمر في مجال التشريع
166	<u>المطلب الأول: سلطة ولي الأمر في التشريع بين النفي والاثبات</u>
167	الفرع الأول: الرأي المنكر لسلطة ولي الأمر في التشريع
172	الفرع الثاني: الرأي المثبت لسلطة ولي الأمر في التشريع
177	<u>المطلب الثاني: الأدلة على سلطة الولاية العامة في التشريع</u>

- 178 الفرع الأول: النصوص الدستورية في الكتاب
- 182 الفرع الثاني: التشريعات السياسية للنبي صلى الله عليه وسلم
- 187 الفرع الثالث: التشريعات السياسية للخلفاء الراشدين
- 196 الفرع الرابع: منطقة العفو أو الفراغ التشريعي

273-205 الفصل الثالث: تكوين السلطات العامة والعلاقة بينها

- 231-207 **المبحث الأول: مبدأ الفصل بين السلطات**
- 208 المطلب الأول: مبدأ الفصل بين السلطات في النظم السياسية المعاصرة
- 209 الفرع الأول: مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات
- 213 الفرع الثاني: طبيعة الفصل بين السلطات في النظم السياسية المعاصرة
- 218 المطلب الثاني: العلاقة بين الولايات العامة في النظام السياسي الإسلامي
- 219 الفرع الأول: التكيف الفقهي لطبيعة العلاقة بين الولايات العامة
- 226 الفرع الثاني: التأصيل الشرعي لطبيعة العلاقة بين الولايات العامة

273-232 **المبحث الثاني: تكوين السلطات العامة**

- 233 المطلب الأول: تكوين البرلمان ومجلس الشورى
- 234 الفرع الأول: تكوين البرلمان في النظم السياسية المعاصرة
- 237 الفرع الثاني: تكوين مجلس الشورى في النظام السياسي الإسلامي
- 259 المطلب الثاني: تكوين الحكومة والإمامة
- 260 الفرع الأول: تكوين السلطة التنفيذية في النظم السياسية المعاصرة
- 263 الفرع الثاني: تكوين الإمامة في النظام السياسي الإسلامي

456-274 **الباب الثاني: قواعد الممارسة التشريعية**

381-277 **الفصل الأول: قواعد الاختصاص التشريعي**

- 344-279 **المبحث الأول: الاختصاص العضوي أو جهات الاختصاص التشريعي**
- 280 المطلب الأول: اختصاص الشعب وجماعة المسلمين في التشريع المباشر
- 281 الفرع الأول: اختصاص الشعب في التشريع المباشر
- 285 الفرع الثاني: اختصاص جماعة المسلمين في التشريع المباشر

- 304 المطلب الثاني: البرلمان كجهة اختصاص تشريعي في النظم المعاصرة وفي النظام الإسلامي
- 305 الفرع الأول: البرلمان كجهة اختصاص تشريعي في النظم السياسية المعاصرة
- 307 الفرع الثاني: مجلس الشورى كجهة اختصاص تشريعي في النظام السياسي الإسلامي
- 328 المطلب الثالث: الحكومة جهة اختصاص تشريعي في النظم المعاصرة والنظام الإسلامي
- 329 الفرع الأول: الحكومة كجهة اختصاص تشريعي في النظم السياسية المعاصرة
- 335 الفرع الثاني: الإمامة كجهة اختصاص تشريعي في النظام السياسي الإسلامي
- 381-345 المبحث الثاني: الاختصاص الموضوعي أو مجالات الاختصاص التشريعي**
- 346 المطلب الأول: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظم السياسية المعاصرة
- 347 الفرع الأول: الاختصاص الموضوعي في التشريع بين التقييد والإطلاق
- 353 الفرع الثاني: القيود الواردة على الاختصاص الموضوعي للمشرع في النظم السياسية المعاصرة
- 356 المطلب الثاني: الاختصاص الموضوعي في مجال التشريع في النظام السياسي الإسلامي
- 357 الفرع الأول: مجالات الاختصاص التشريعي في النظام السياسي الإسلامي
- 376 الفرع الثاني: القيود الواردة على الاختصاص الموضوعي في التشريع في النظام الإسلامي
- 456- 382 الفصل الثاني: قواعد الشكل التشريعي**
- 406-384 المبحث الأول: جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع**
- 385 المطلب الأول: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع في النظم السياسية المعاصرة
- 486 الفرع الأول: تعريف حق الاقتراح وصوره
- 492 الفرع الثاني: التنظيم الدستوري لحق الاقتراح
- 497 المطلب الثاني: قيود جهة الاقتراح والمبادرة بالتشريع في النظام السياسي الإسلامي
- 498 الفرع الأول: التأسيس الشرعي لحق الاقتراح
- 401 الفرع الثاني: التنظيم الدستوري لحق الاقتراح في النظام الإسلامي
- 432-407 المبحث الثاني: شروط المداولة والتصويت**
- 408 المطلب الأول: شرط نصاب المداولة والتقرير
- 409 الفرع الأول: شرط النصاب في النظم السياسية المعاصرة
- 412 الفرع الثاني: شرط النصاب في النظام السياسي الإسلامي
- 415 المطلب الثاني: شرط الإقرار والموافقة

- 416 الفرع الأول: قيد الأغلبية في النظم السياسية العاصرة
- 421 الفرع الثاني: قيد الأغلبية في النظام السياسي الإسلامي
- 456-433 المبحث الثالث: قيود جهة الاعتراض والإصدار**
- 434 المطلب الأول: قيود جهة الاعتراض والإصدار في النظم السياسية العاصرة
- 435 الفرع الأول: حق الاعتراض التشريعي في النظم السياسية المعاصرة
- 440 الفرع الثاني: جهة الإصدار في النظم السياسية المعاصرة
- 445 المطلب الثاني: قيود جهة الاعتراض والإصدار في النظام السياسي الإسلامي
- 446 الفرع الأول: حق الاعتراض التشريعي في النظام السياسي الإسلامي
- 455 الفرع الثاني: جهة الإصدار في النظام السياسي الإسلامي

653- 457 الباب الثالث: قواعد السياسة التشريعية

573- 459 الفصل الأول: المحل وقواعد المشروعية

- 497-461 المبحث الأول: مبدأ المشروعية بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة**
- 462 المطلب الأول: مصادر المشروعية في النظم السياسية المعاصرة
- 463 الفرع الأول: مفهوم مبدأ المشروعية
- 467 الفرع الثاني: مصادر المشروعية في القانون الوضعي
- 476 المطلب الثاني: مصادر المشروعية في النظام السياسي الإسلامي
- 477 الفرع الأول: مصادر المشروعية بين الاجتهاد والتقنين
- 484 الفرع الثاني: المصادر الرسمية للمشروعية في النظام السياسي الإسلامي
- 535-498 المبحث الثاني: الشرعية الدستورية بين النظام الإسلامي والنظم المعاصرة**
- 499 المطلب الأول: وجود الدستور بين النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة
- 500 الفرع الأول: مفهوم الدستور في النظم السياسية المعاصرة
- 502 الفرع الثاني: مفهوم الدستور في النظام السياسي الإسلامي
- 507 المطلب الثاني: طبيعة الدستور بين النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة
- 508 الفرع الأول: أنواع الدساتير في النظم المعاصرة
- 511 الفرع الثاني: طبيعة ونوع الدستور في النظام السياسي الإسلامي
- 522 المطلب الثالث: مصادر الدستور بين النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة

- 523 الفرع الأول: مصادر الدستور في النظم السياسية المعاصرة
- 525 الفرع الثاني: مصادر الدستور في النظام السياسي الإسلامي
- 573-536 المبحث الثالث: القيود الواردة على محل التشريع**
- 537 المطلب الأول: سمو الدستور كقيد على محل التشريع
- 538 الفرع الأول: سمو الدستور كقيد على محل التشريع في النظم السياسية المعاصرة
- 543 الفرع الثاني: سمو الدستور كقيد على محل التشريع في النظام السياسي الإسلامي
- 547 المطلب الثاني: القيود الموضوعية الواردة في الدستور
- 548 الفرع الأول: السلطة المقيدة للمشرع في النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة
- 556 الفرع الثاني: السلطة التقديرية للمشرع في النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة
- 561 الفرع الثالث: السلطة الاستثنائية للمشرع في النظام السياسي الإسلامي والنظم السياسية المعاصرة
- 653- 574 الفصل الثاني: السبب وقواعد الملازمة**
- 620-577 المبحث الأول: المصلحة العامة كسبب للتشريع وضوابطها**
- 578 المطلب الأول: السبب والمصلحة كعنصر من عناصر العمل التشريعي
- 579 الفرع الأول: السبب أو بواعث التشريع في الفقه الوضعي
- 581 الفرع الثاني: المصلحة العامة كقيد على التشريع الوضعي
- 585 المطلب الثاني: السبب والمصلحة كقيد على التشريع الإسلامي
- 586 الفرع الأول: السبب والمصلحة في التداول الشرعي والفقهي
- 595 الفرع الثاني: مفهوم المصلحة العامة في الفقه الإسلامي
- 612 الفرع الثالث: التأصيل الشرعي لقيد لمصلحة العامة في مجال التشريع
- 658-621 المبحث الثاني: الانحراف التشريعي عن المصلحة العامة والرقابة عليه**
- 622 المطلب الأول: الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري الوضعي والرقابة عليه
- 623 الفرع الأول: الانحراف التشريعي المفهوم والجزاء
- 629 الفرع الثاني: صور الرقابة على الانحراف التشريعي
- 635 المطلب الثاني: الانحراف التشريعي في الفقه الدستوري الإسلامي والرقابة عليه
- 636 الفرع الأول: تأصيل مفهوم الانحراف التشريعي
- 643 الفرع الثاني: جزاء الانحراف التشريعي

712 - 659

الفهارس

660

فهرس الآيات القرآنية

670

فهرس الأحاديث و الآثار

680

فهرس المصادر و المراجع

706

فهرس الموضوعات

الأمير عبد القادر للعطوم الإسلامية