مصادر المشروعية في النظام الإسلامي بين الاجتهاد والتقنين

بقلم
أ. عبد الرحمن رداد
كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية والعلوم الإسلامية
جامعة باتنة ـ الجزائر

ملخص

يندرج هذا المقال في إطار تجديد الرؤية الشرعية لمصادر المشروعية في النظام الإسلامي بما يواكب التنظيم الدستوري الحديث، حيث إنه من المسلم به في الفقه الدستوري الحديث أن جميع التصرفات التي تنهض بها السلطات العامة ينبغي أن تكون موافقة لمصادر المشروعية المعترف بها، لا تحيد عنها، وهو ما يعرف بمبدأ المشروعية، ويعرض هذا المقال لهذا المبدأ في النظام السياسي الإسلامي، مبينا أن هذا النظام يعرف أيضا هذا المبدأ، على خلاف ما ذهب إليه بعض الباحثين من أن النظام الإسلامي لا يعرف هذا المبدأ لأنه لا يعرف مفهوم التشريع بمفهومه القانوني والسياسي المعاصر، كما خلص هذا المقال إلى أن الإقرار بهذا المبدأ في النظام الإسلامي لا يعني بالضرورة أن تكون مصادر المشروعية فيه مطابقة لمصادر المشروعية في النظم الوضعية، فالفقه الإسلامي قد قدم نظريته الخاصة في مصادر المشروعية التي تتفق مع طبيعته، وقد اجتهد علماء الأصول في بيان حجيتها وترتيبها ومجال وشروط الاحتجاج بها، وترتب على ذلك أن تعددت الاجتهادات في مصادر التشريع، غير أن التحول الذي يعرفه التنظيم السياسي الحديث يفرض أن لا تترك مصادر المشروعية تتنازعها الآراء الاجتهادية، بل ينبغي تقنينها هي أيضا، ومن ثم تخلص الدراسة إلى أن الدعوة إلى تقنين الفقه الإسلامي خطوة مهمة لتجاوز حال الهامشية التي يعرفها، ولكن لا يجب الاكتفاء بهذه الخطوة بل لابد أن تسبقها خطوة أهم وهي ضرورة تقنين مصادر المشروعية.

Résumé

Cet article traite le principe de légalité dans le régime islamique, il indique que ce système est également connu ce principe, il montre aussi que la reconnaissance du régime islamique du principe de légalité ne signifie pas que les sources de légitimité dans ce système sont identiques à les sources de légitimité dans les systèmes politiques contemporains. Le droit islamique (Fiqh) a fait sa propre théorie dans les sources de légitimité conforme à sa nature. on conclut que l'appel au codification de la jurisprudence islamique est une étape importante, mais n'est pas suffisante, elle doit précédée d'une plus importante étape, c'est la nécessité de codification des sources de la légitimité dans le régime islamique.

مقدّمة

يعتبر مبدأ المشروعية حصانة أساسية لحماية الحقوق والحريات من تعسف 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 بالدستور ومصادر المشروعية الأسمى.

وإذا كان هذا المبدأ قد استقر مدلوله ومفهومه في الفقه الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، فإن تطبيق هذا المفهوم على النظام السياسي الإسلامي لا تزال تكتنفه العديد من الصعوبات، حتى ذهب البعض إلى أن الفقه السياسي الإسلامي لا يعرف مبدأ المشروعية، لأنه لا يعرف فكرة التشريع بمفهومه الدستوري و السياسي الحديث، وليس غرضنا هنا مجرد إثبات أن الفقه والتشريع الإسلامي يعرف جيدا مبدأ المشروعية، كمبدأ نظري وكتطبيق عملي وواقع سياسي معيش، بل من غرضنا أيضا بيان أن الفقه الإسلامي يمتلك نظرية فريدة في مصادر المشروعية كما أصل لها علماء الشريعة في مصنفات علم أصول الفقه، ضمن مباحث الأدلة الشرعية.

- الإشكالية:

غير أن الإشكال النظري الذي لا يزال يقف دون وضع هذه النظرية موضع التطبيق، **أن قواعد الأصول كما هي مدونة في مصنفات أصول الفقه تتنازعها الاجتهادات المختلفة والمتعارضة، وأغلبها موضع جدل أصولي، سواء من حيث حجيتها أو من حيث ترتيبها،** أو من حيث مجال إعمالها و شروط الاحتجاج بها، وإذا كان هذا الجدل الأصولي مفيد من

الناحية النظرية والفقهية لما يضفيه على الفقه من ثراء وما ينتج عنه من اختلاف وجوه النظر وتعددية في الرأي، فإنه غير مفيد من الناحية العملية والتشريعية لما يؤدي إليه من تضارب في الأحكام، حيث يجعل مصادر المشروعية خاضعة للرؤية والسلطة المذهبية للقاضي أو المفتي، فما يعتبر مصدرا من مصادر المشروعية عند هذا الفقيه أو هذا القاضي، قد لا يعتد به عند ذلك الفقيه أو ذلك القاضي، وهو ما يفضي إلى تضارب الأحكام واختلافها وإخلالها بشرط العموم والمساواة، والمساس بالحقوق والحريات.

ومن ثم فإن الإشكالية الأساسية التي تعرض لها هذه الدراسة هي كيف يمكن تجسيد مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي في واقعنا المعاصر وتجاوز الاختلاف المذهبي بهذا الخصوص؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنعرض لها من خلال ثلاثة أسئلة فرعية:

السؤال الأول: ما مفهوم مبدأ المشروعية؟

السؤال الثاني: هل يعرف الاجتهاد الفقهي الإسلامي مبدأ المشروعية؟

السؤال الثالث: كيف يمكن تجاوز الرؤية المذهبية لمصادر المشروعية؟

– الأهمية والأهداف:

تنبع أهمية التعرض لموضوع مصادر المشروعية في النظام الإسلامي من جملة من الاعتبارات النظرية والواقعية منها:

- أن مصادر المشروعية في الفقه الإسلامي ظلت دوما مثار جدل أصولي بين أهل العلم والفقه.
- أن جل البلاد الإسلامية اتجهت إلى تقنين مصادر المشروعية مقتفية في ذلك النظم القانونية الوضعية، في حين لا يزال فقهاء الشريعة يسكتون عن حكم مثل هذا التقنين، فحصلت بالتالي فجوة بين الواقع الفعلي والنظر الشرعي.
- أن تقنين وترتيب مصادر المشروعية في أغلب البلاد الإسلامية لا يزال أسيرا للنظم الوضعية المستمد منها، فجاء بالتالي مخالفا لما يقتضيه الوضع الشرعي الصحيح.

وتهدف هذه الدراسة إلى جملة من الأهداف منها:

- بيان أصالة مبدأ الشرعية والمشروعية في الفقه الإسلامي.
- بيان أن الفقه الإسلامي اهتم عبر عصور الاجتهاد الأولى بالمصادر المادية للمشروعية، أما بعد عصور الاجتهاد فقد أخذت مصادر المشروعية طابعا شكليا ومذهبيا.
- أن تجاوز الجدل المذهبي والأصولي الموروث حول مصادر المشروعية، يقتضي اليوم تقنين مصادر المشروعية وفق الترتيب الذي يقتضيه الوضع الشرعي الصحيح.

– المنهجية:

ليس من غرض هذه الدراسة مقارنة مصادر المشروعية في النظام الإسلامي بمصادر المشروعية في النظم السياسية المعاصرة، وإنما غرض هذه الدراسة هو تأصيل مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي، وتجاوز الإشكالات المتعلقة بتحديد وضبط مصادر المشروعية فيه، ومن ثم فقد اتبعت منهجا تأصيليا وتحليليا ولم أحفل كثيرا ببيان وجوه المقارنة بينه وبين غيره من النظم.

أولا- مفهوم مبدأ المشروعية :

I– مفهوم مبدأ المشروعية في القانون الوضعي:

يطلق على هذا المبدأ في المملكة المتحدة مبدأ سيادة القانون Rule Of Law [2]، 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" [3]، إلا أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون الدستوري والإداري تترجم هذا المبدأ في لغة العرب بمبدأ المشروعية.[4]

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"[5].

وهذا المبدأ لم يأخذ مساره إلى التطبيق إلا بعد كفاح مرير خاضته الشعوب من أجل التوفيق بين السلطة والحرية . والموازنة بين حقوق الأفراد وحرياتهم من جهة وبين اعتبارات التصرف بالمصلحة العامة من جهة ثانية.

فالحكومات من حيث خضوعها للقانون تنقسم إلى حكومة استبدادية "بوليسية"

وحكومة قانونية؛ 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 وحرياتهم، 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[6].

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 بوجوب وجود رقابة على أحكام المحاكم الدنيا للتأكد من التزامها حكم القانون[7].

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[8].

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"[9].

II- 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 ارنست كلنجمولر Ernest Klingmuller إلى أن الإسلام لم يعرف فكرة المشروعية لأنه لم يعرف الفكرة الحديثة للتشريع، وخلا من المؤسسات التشريعية[10]. 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[11]، والحقيقة أن ما ذهبا 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 بمنهجية علمية متفردة نظرية متميزة في مصادر المشروعية، مصادر مرتبة ترتيبا تنازليا بحيث تتدرج 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.

ويعرف 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"[12]. 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، وهي نتيجة تتناقض جذريا مع الشق الأول للتعريف[13]. ويذهب الدكتور إسماعيل البدوي إلى تعريف مبدأ المشروعية بأنه" هيمنة القانون الإسلامي على كل من في الدولة الإسلامية"[14]. 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.."[15]. وهو نفس التعريف تقريبا الذي نجده عند الدكتور محمد فؤاد النادي[16]، وإذا كان هذا التعريف لا غبار عليه من حيث الصياغة الفنية، فإن الإشكال الذي يستبطنه هو أن مصادر المشروعية ليست محددة ومقننة في النظام الإسلامي، ولا تزال محل اختلاف واجتهاد بين أئمة الفقه والعلم. وهو الإشكال الذي نسعى لإثارته في هذا المقال.

ومنه نخلص إلى أن مبدأ المشروعية يعني في المفهوم الإسلامي خضوع تصرفات جميع من في الدولة الإسلامية سواء أكانوا حكاما أو محكومين لمصادر الأحكام المحتج بها مع التقييد بترتيبها ومجال الاحتجاج بها وشروط إعمالها.

ثانيا- الاجتهاد في مصادر المشروعية

لا تتطابق مصادر المشروعية في الفقه الإسلامي وكما عبر عنها علم الأصول مع كلمة

مصادر المشروعية في الفقه الوضعي فمعيار التصنيف في الشريعة (على الأقل في عصور الاجتهاد الأولى) 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. على أنه بعد عصور وسيادة الاجتهاد واستقرار المذاهب يمكن القول أن مصادر المشروعية أخذت شيئا فشيئا تنحو إلى جانب الشكلية أكثر وإن اصطبغت بصبغة مذهبية ظاهرة.

I- المصادر المادية للمشروعية :

يقدم الإسلام من خلال علم الأصول نظرية متفردة في مصادر المشروعية من بيان حجيتها وترتيبها إلى بيان مجال الاحتجاج بها وانتهاء ببيان شروط إعمالها. فمصادر المشروعية في عصور الاجتهاد كانت تتمثل في أدلة الأحكام الشرعية وطرق الاستدلال الشرعي، ومما لاشك فيه أن هذه الأدلة والطرق منها ما هو مقطوع مسلم به ومنها ما هو مظنون محل اجتهاد، وقد اجتهد علماء الأصول في بيان هذه المصادر على عدة مستويات، وقدموا لنا في ذلك قاعدة منهجية لا تعرف لها أمة أخرى نظيرا، ويتبين ذلك باستقراء تصرفات أهل الاجتهاد في مصادر المشروعية، و يمكن حصر هذه التصرفات الاجتهادية في أربعة 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.

و رابعها: يتعلق بشروط الاحتجاج بهذه المصادر

1- الاجتهاد في حجية المصادر والأدلة الشرعية:

بمعنى الاجتهاد الذي ينصرف إلى الكشف عن المصادر والأدلة التي تستقى منها الأحكام الشرعية، و تأصيل شرعية الاستدلال بها، فمن المعلوم أن المجتهد ليس هو واضع الشرع ابتداء، وإنما هو كاشف عن أحكامه، ولا تخرج سلطاته عن تفسير النصوص

الشرعية، والبناء عليها، وهو في كشفه ذاك وبنائه يخضع لمصادر وأدلة منضبطة، وهذه المصادر والأدلة أيضا لا يضعها المجتهد ابتداء وإنما يجتهد في تركيبها وبيان حجيتها وتأصيل شرعية الاستدلال بها بحسب فقهه و رأيه من الشريعة منقولها ومعقولها. و من هنا فإن المجتهد في عصور الاجتهاد الأولى كان قبل أن يجتهد في إثبات الأحكام، يجتهد في إثبات حجية الأدلة الشرعية التي تستنبط منها الأحكام.

– إن الفائدة الرئيسة من الاشتغال بالاجتهاد في حجية المصادر والأدلة الشرعية هو ضبط الاجتهاد الفقهي وفق أصول علمية حتى لا يكون الهوى والتشهي مصدرا للأحكام الشرعية. إن الاجتهاد في إثبات أو نفي حجية المصادر والأدلة الشرعية أمر واقع، حيث يكفي الرجوع إلى أي مصنف من مصنفات علم الأصول 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 دوما 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 المرسلة[17]، وقوله بعمل أهل المدينة[18]، وقوله بدليل سد الذرائع[19]، وقول الإمام أبو حنيفة بدليل الاستحسان[20]، وقول الإمام الشافعي بدليل الاستقراء[21]، وقوله بأقل ما قيل[22]. 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 استحسن فقد شرع " "إنما الاستحسان تلذذ"[23]، كما أن اجتهاد الإمام ابن حزم الظاهري في إنكار دليل القياس و إبطال التعليل في جميع أحكام الدين معلوم مشهور[24]، وبغض النظر عن ردة فعله المبالغ فيها تجاه القياس، فإنه مع ذلك يبقى مجرد اجتهاد يدور بين الصواب والخطأ، وكان الأولى له النظر إلى القياس إثباتا أو نفيا، 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 إجرائيته واستيفائه شروط الاستدلال الصحيح.

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 تعلو حجيته 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 ﷻ: ﴿ وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَٱنتَهُوا۟ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلْعِقَابِ ۝٧ ﴾[25]، وأن الإجماع ثالث قواطع الشريعة، فإن ترتيب سائر الأدلة والمصادر والأدلة الشرعية الأصولية بعد الكتاب والسنة والإجماع كان دوما مساحة جدل وموضع 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 ﷺ منه، لأنه في منزلة رواية جماعة عن جماعة وهي أولى بالتقديم على رواية فرد عن فرد. وتطبيقا لذلك فقد ردّ خبر خيار المجلس الذي رواه في الموطأ، فلم يعمل به لمخالفته عمل أهل المدينة[26]، كما رد خبر التسليمتين في الصلاة، واكتفى بتسليمة واحدة، استنادا إلى عمل أهل المدينة [27]، 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 مثلا بحجية خبر الآحاد الذي يسلم الجمهور بحجيته، وإنما يتعلق بمرتبة دليل خبر الآحاد بين سائر مصادر المشروعية.

– ومن ذلك أيضا ما نقل عن الإمام أبو حنيفة ﷺ أنه يرى تقديم دليل القياس على دليل خبر الآحاد، إلا ما جاء عن راو معروف بالفقه كالخلفاء الأربعة والعبادلة الأربعة (عبد الله بن عباس، عبد الله بن عمر، عبد الله بن مسعود، عبد الله بن الزبير)، وتطبيقا لذلك ردّ حديث المصرّاة[28]، لكون راويه أبو هريرة ليس من فقهاء الصحابة، ولكونه مخالفا للقياس كما تقتضيه قواعد الضمان، في حين يرى الجمهور تقديم خبر الآحاد على القياس. كما ينقل عن الإمام أبي حنيفة أنه يقدم دليل الاستحسان على دليل القياس عند التعارض بينهما ونقل عنه تلميذه محمد بن الحسن الشيباني" كان أبو حنيفة إذا قاس نازعه أصحابه المقاييس، فإذا قال استحسن، لم يلحق به أحد". [29]، ومن الواضح هنا أيضا أن الخلاف لا يتعلق بحجية دليل القياس – على الأقل بالنسبة لجمهور الفقهاء الذين يسلمون جميعا بحجيته – ولكنه يتعلق بمرتبة القياس بين سائر مصادر المشروعية، بين من يراه مقدما على خبر الآحاد، وبين من يرى خبر الآحاد مقدما عليه. وبين من يقدمه على الاستحسان، ومن يرى الاستحسان مقدما عليه. و بصفة عامة يكفي أن نقارن بين سلم ترتيب الأدلة الأصولية عند فقهاء الشريعة لنقف جليا على اختلاف التصرفات الاجتهادية التي باشرها الأئمة الأعلام في ترتيب مدارك الاستدلال الشرعي ومصادر المشروعية كل وفق منطلقاته المنهجية والنظرية.

3– الاجتهاد في تحديد مجال وشروط الاحتجاج بمصادر المشروعية:

كما لم يقف الاجتهاد في عصور الاجتهاد الأولى عند إثبات حجية المصادر والأدلة الشرعية و الاجتهاد في بيان مرتبة كل دليل من بين سائر المصادر والأدلة الأصولية، بل امتد أيضا إلى الاجتهاد في بيان مجال إعمال كل دليل من الأدلة الشرعية؛ أي بيان 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 بطريقة واحدة، فهناك مجالات تكثر فيها النصوص الشرعية المحكمة والمفصلة، كما في أحكام الميراث مثلا، وهناك

مجالات أخر تكثر فيها النصوص الشرعية العامة والمجملة، كما في أحكام المعاملات، وهناك مجالات تقل فيها النصوص وتشح، كما في أحكام الفقه العام عموما والأحكام الدستورية على وجه الخصوص، مما يفتح الباب واسعا للرأي المؤسس على سائر المصادر والأدلة الشرعية. ولهذا مارس الأئمة الأعلام الاجتهاد في تحديد مجال إعمال الأدلة والمصادر الشرعية ويكفينا 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 لابد 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 معا وبالتالي يعمل به في العقائد كما يعمل به في الأحكام العملية، وذهب فريق ثالث كإمام الحرمين الجويني والآمدي والبيضاوي، إلى أن خبر الآحاد بمفرده يفيد الظن فإن حفت به قرائن دالة على صدقه وتلقته الأمة بالقبول أفاد العلم[30]. إن من الواضح أن هؤلاء الأئمة الأعلام يسلمون جميعا 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[31]، فعلى سبيل المثال اختلف فقهاء الشريعة في جريان القياس في الحدود والكفارات، فذهب الشافعية إلى جريان القياس فيها و أنكر الحنفية ذلك[32]، على الرغم مما ثبت من أن علي ﷺ قاس حد الشرب على حد القذف[33]. وأجاب بعضهم بأن القياس لم يكن لإثبات الحد وإنما لتقديره، وكأن القياس في المقادير مسلم به و ليس محل اجتهاد.

ومنه يتبين أن المنهجية التي اتبعها علماء الأصول في بيان مصادر المشروعية لا تكتفي بتقرير حجية هذه المصادر وبيان مرتبتها، وإنما أيضا تمتد لبيان مجال وشروط الاحتجاج بها. وقد كانت هذه الأدلة على اختلاف في حجيتها وترتيبها هي مصادر المشروعية في عصور الاجتهاد الأولى، للإمام والقاضي والمفتي، فكان يأخذ بالكتاب، فالسنة فالإجماع وهكذا..

II- المصادر الشكلية:

على أنه بعد انقضاء عصور الاجتهاد، واستقرار المذاهب، وشيوع التقليد، أخذت المصادر المادية للمشروعية تفسح المجال تدريجيا لمصادر شكلية مذهبية، على أن هذا التحول لم يتم دفعة مرة واحدة، وإنما أخذ امتدادا زمنيا معتبرا، ويمكن أن نستدل على ذلك بالفقه المالكي والفقه الحنفي.

فبالنسبة للفقه المالكي، نجد أنه بعد عصور الاجتهاد واختفاء طبقة المجتهدين المستقلين وشبه المستقلين، أخذت مصادر المشروعية تنحصر في أقوال إمام المذهب وفق ترتيب معين حيث أخذ علماء المذهب من طبقة مجتهدي الترجيح يرتبون ، حتى لما صار التقليد والتمذهب قانونا سائدا انحصرت مصادر المشروعية في مختصر خليل (بشروحه وحواشيه وتعليقاته) وهو المختصر الذي محضه لبيان مشهور المذهب، وأخذ أهل الفقه ينصون على أن لا يجوز للمفتي أو القاضي أن يفتي أو يحكم بغير مشهور المذهب.

ولا يختلف الحال في المذهب الحنفي عن المذهب المالكي، حيث إنه بعد عصر الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، أخذ علماء المذهب (من طبقة مجتهدي التخريج والترجيح) يحصرون مصادر المشروعية في أقوال الإمام وصاحبيه على ترتيب معين، (يفتى بقول الإمام أبو حنيفة وأصحابه، فإن اختلفوا فإنه يفتى بقول الإمام على الإطلاق وخصوصا في العبادات. ولا يرجح قول صاحبيه أو أحدهما إلا لموجب كضعف دليل الإمام، أو للضرورة أو لتغير الزمان. ويفتى بقول أبي يوسف في القضاء والشهادات والمواريث لزيادة تجربته. ويفتى بقول محمد في مسائل ذوي الأرحام..)[34]. ثم في مرحلة تالية لما توقف الاجتهاد تماما عكف فقهاء المذهب على متون المذهب (كمختصر القدوري

والمختار والكنز) وشروحها وهي المختصرات التي تبين ما يفتى به فصارت هي مصادر المشروعية التي لا ينبغي للمفتي أو القاضي أن يخرج عنها.

ثالثا- تقنين مصادر المشروعية

I- تقنين مصادر المشروعية بين القبول والرفض

إن إلقاء نظرة عامة على مصادر المشروعية في النظام السياسي الإسلامي كما عبر عنها علم أصول الفقه، يكشف لنا عن حقيقتين أساسيتين:

1- 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، 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. 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 يطلق عليه رجال القانون مصادر التشريع..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 المرسلة والاستحسان..فهي لا يصح وصفها لدى رجال القانون بالمصادر وإن صح وصفها بأدلة الأحكام وثمة فرق كبير بين المصادر والأدلة"[35].

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 القانون الصادر من السلطة التشريعية في حدود ما يسمح به الدستور، ثم تصدر اللوائح في حدود الدستور والقانون وهذا التدرج يجعل الدستور غير قابل للطعن فيه، ثم يكون القانون غير قابل للطعن فيه إلا لمخالفته الدستور، وتكون اللائحة قابلة للطعن لمخالفتها ما علاها 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 الإصدار فلو أجرى أحد الأفراد تصرفا موافقا للشريعة ومخالفا لأمر الخليفة، صح تصرف الفرد، ولم يعتد بأمر الأمير لأنه باطل لمخالفته الشريعة"[36]. والحق أن هذه المقارنة والنتيجة صحيحة تماما في مجال الأحكام القطعية، أما في مجال الأحكام الظنية فغير مسلم فإنه قد استقر فقها أن اجتهاد الإمام مقدم على اجتهاد الحاكم، واجتهاد الحاكم مقدم على اجتهاد المفتي و الفرد العادي، ومن ثم فالتدرج الشكلي بالنسبة للشريعة غير منكور أيضا.

2- 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[37]، وأوصلها البعض إلى ثلاثة وعشرين مصدرا كما هو الحال عند القرافي[38] وأوصلها بعضهم إلى خمسة وأربعون دليلا كما هو الحال عند عبد الرحيم السائح[39]. يبين أن ثلاثة من هذه المصادر هي فقط التي تعتبر مصادر رسمية للمشروعية بذاتها لما تمتاز به من قطعية وحجية مما جعلها تسمو على جميع مصادر المشروعية الأخرى ونعني بذلك الكتاب والسنة والإجماع، 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 يتيحه 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 قبل المطالبة بتقنين الفقه الإسلامي فإنه لابد أن يسبق ذلك ضرورة تقنين مصادر المشروعية في الدولة الإسلامية، وأن لا يترك العمل بها في مجال تطبيق القانون للاجتهاد الذاتي أو الاجتهاد الإفتائي أو الاجتهاد القضائي، وإنما يترك حرية الأخذ بها للفقيه في مجال النظر والرأي.

II- التأصيل الشرعي لضرورة تقنين مصادر المشروعية

نستدل على ضرورة تقنين مصادر المشروعية شرعا بما يلي:

1 – القاعدة الشرعية التي ترى أن لولي الأمر حق التبني في الأحكام الاجتهادية، يمكن أيضا أن تعني أن لولي الأمر حق التبني 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 تبنيه في فروع الأحكام وبين تبنيه في مصادر الأحكام، إذا كانت مندرجة في مسائل الخلاف. 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 أو إثباتا وإعمالا أو إهمالا، بما هو مبذول في مصنفات أصول الفقه بما يغنينا عن طيه ونشره. ومن ثم فإن قاعدة للإمام تبني الأحكام التي جرى فيها الخلاف، يمكن أيضا أن تعني أن للإمام حق التبني في مصادر الأحكام التي جرى فيها الخلاف.

2 – رسالة عمر بن الخطاب في القضاء إلى أبي موسى الأشعري وشريح 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 "[40].

وفي رواية أخرى:"فأنت بالخيار إن شئت تجتهد رأيك وإن شئت أن تؤامرني ولا أرى مؤامرتك إياي إلا أسلم لك"[41]." 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 والمشاورة هو فيما لم يأمره فيه ولي الأمر بتشريع محدد بمقتضى الأصل الذي سبق تأصيله من سلطة ولي الأمر 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.

3 – 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 أحيانا 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 بالراجح في متون المذهب، وفق ترتيب معين[42]، وليس بالرجوع إلى الكتاب والسنة والإجماع والقياس..، وهو صورة من صور الأخذ بالمصادر الشكلية أو الرسمية.

4– التطبيق العملي : يختلف وضع مصادر المشروعية في البلاد الإسلامية من بلد لآخر، فبالرغم من أن معظمها ينص دستورها على اعتبار "الإسلام دين الدولة"[43]، إلا أننا نجدها في ترتيب مصادر المشروعية تختلف اختلافا بينا فبعضها يذهب إلى اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للقوانين جميعا، بينما بعضها الآخر يقدم التشريع والعرف على الشريعة وبعضها يكتفي بتقديم التشريع على الشريعة وتأخير العرف عنهما.

ففي الجزائر حيث ينص دستورها في المادة الثانية منه على أن "الإسلام دين الدولة"[44]

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[45].

على الرغم من الآراء الفقهية الرافضة لكل تقنين للأحكام في المملكة العربية السعودية[46]، فإنها لم تستطع إقناع السلطة العامة بذلك فقد قابلت المملكة بالرفض لمدة طويلة وضع دستور في البلاد، كما قابلت بالرفض القاطع وغير المبرر استعمال لفظ قانون أو تشريع رغم استعمالهما من طرف فقهاء الشريعة، 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[47]. كما قابلت بالرفض غير المبرر إطلاق لفظ تشريع على الأحكام التي تسنها على اعتبار أن هذا اللفظ يختص بما أنزله الله من أحكام، بالرغم من أن العبرة بالمسمى وليس بالاسم، والحق أنه إذا كان سن الأحكام فسوق أو كفر فلا ينفع تسميته نظاما، كما لا ينفع تسمية الخمر بغير اسمها لكنها عادت بعد هذا الرفض غير المبرر لسن دستور أطلقت عليه النظام الأساسي للحكم، الذي نص في المادة السابعة منه على أن للكتاب والسنة الحاكمية على هذا النظام (الدستور) وعلى جميع أنظمة الدولة (القوانين)[48]. وعليه نجد اليوم المملكة قد سنت إلى جانب الشريعة الإسلامية ما صار يطلق عليه الأنظمة، والتي تعتبر اليوم من مصادر المشروعية في المملكة، بدءا من الأنظمة الأساسية إلى الأنظمة الفرعية والتي أخذت نصوصها تتضخم. وهي خطوة مهمة جدا على طريق تقنين مصادر المشروعية في النظام الإسلامي، غير أن هذه الخطوة في تقنين مصادر المشروعية تبقى منقوصة بشكل كبير من حيث إن الأنظمة لا تشكل إلا مصدرا واحد من مصادر المشروعية، وبذلك تبقى المسائل التي سكتت عنها الأنظمة محل اجتهاد واختلاف بحسب الاختلاف في حجية الأدلة الشرعية وترتيبها ومجال الاحتجاج بها.

وفي مصر كان الدستور المصري الصادر في 1971/9/11 ، ينص في مادته (02) على أن

"مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع"[49]. وقد أثار هذا النص الكثير من الجدل والمناقشات 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 "[50].[51]. ورغم هذا التعديل فإننا بالرجوع إلى القانون المدني المصري نجده يرتب مصادر المشروعية على النحو التالي التشريع ثم العرف ثم أحكام الشريعة الإسلامية[52].

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة يقضي دستورها في مادته السابعة على " أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه "[53]. ومع ذلك فبالرجوع إلى المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الاتحادي نجد مصادر المشروعية مرتبة كما يلي التشريع ثم أحكام الشريعة الإسلامية، ثم العرف[54]، وتبين المذكرة الإيضاحية ذلك "..عند عدم وجود النص يحكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية بمراعاة تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد، فإذا لم يجد فمن المذاهب الفقهية المعتمدة الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة "[55]. 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 رتبتها رتبة التشريع وبين الآراء الفقهية لمختلف المذاهب التي تتأخر بالضرورة عن التشريع الصادر عن السلطة العامة.

الخاتمة

والخلاصة التي نخرج بها من هذا العرض مزدوجة، فمن جهة أولى نجد أن وضع مصادر المشروعية في النظام الإسلامي يحتاج إلى تقنين انطلاقا من ضرورة التمييز بين العمل الفقهي والعمل التشريعي؛ فالمصادر التي أبدع علماء الأصول في بيان حجيتها وترتيبها ومجال وشروط إعمالها هي في أغلبها مصادر للفقه، غايتها ضبط النظر والرأي الفقهي ولكنها ليست كلها مصادر للتشريع، فالرأي الفقهي شيء والعمل التشريعي شيء آخر. وإذا كانت آراء الفقهاء في العصور السابقة تكتسب الصفة التشريعية من خلال العرف أو السلطة المذهبية في أغلب الأحيان، أو من خلال تبني السلطة لهذه الآراء في

بعض الأحيان، فإن الواقع المعاصر المعقد يفرض اليوم أن تقنن مصادر التشريع في مصادر شكلية ترسم بصورة واضحة الحدود بين الاجتهاد الفقهي والإفتاء التشريعي؛ بحيث يقتصر دور الفقيه في المسائل التي تتعلق بالشأن العام على الاجتهاد وإبداء الرأي دون الإفتاء التشريعي الذي يبقى حكرا على جماعة المسلمين، فما تبنته من الاجتهادات والآراء الفقهية كان تشريعا ملزما، وما أعرضت عنه بقي مجرد رأي له اعتباره في مجال النظر والحجاج ولا اعتبار له في مجال العمل والفتوى .

كما خلصت الدراسة من جهة ثانية إلى أن وضع مصادر المشروعية في البلاد الإسلامية لا يزال يحتاج إلى تعديل من حيث الترتيب بما يتفق مع المادة الدستورية التي تنص عليها أغلب الدساتير العربية والتي تقضي باعتبار الإسلام دين الدولة.

– الهوامش:

1– طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، ط،3، 1967، ص:13.

2– عبد الجليل محمد علي: مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والنظم القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1984، ص: 27.

3– منهم محمد كامل ليلة: الرقابة على أعمال الإدارة، ، ط 1964، 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، ط7، 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، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 1985، ص:19

4– منهم: سليمان الطماوي: دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط1976، 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.

5– طعيمة الجرف: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، ص: 05.

6– فؤاد العطار: رقابة القضاء لأعمال الإدارة، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ط2، 1961، ص:18–19.

7- ينظر: محمد محمد بدران: رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1985. ص:12

8- ينظر: المرجع نفسه ص:13.

9- المرجع نفسه.

10- صلاح الدين دبوس: الخليفة توليته وعزله، دراسة في السياسة الشرعية ومقارنتها بالنظم الدستورية الغربية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1974، 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.

11- صلاح الدين دبوس: الخليفة توليته وعزله، ص: 62 .

12- كايد يوسف قرعوش: طرق انتهاء ولاية الحكام في الشريعة الإسلامية والنظم الدستورية، رسالة دكتوراه كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر سنة 1967، ص:65 .

13- 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.

14- إسماعيل البدوي: القضاء الإداري، الجزء الأول مبدأ المشروعية، ص: 23.

15- المرجع نفسه، بتصرف يسير.

16- محمد فؤاد النادي: مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، الإسكندرية، 1980، ص:73.

17- المصلحة المرسلة 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، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، كلية الشريعة المدينة المنورة، 2/481.

18- 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 فمنهم من عده من قبيل الحديث والخبر المتواتر، ومنهم من عده من قبيل الإجماع، ومنهم من عده 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.

19- 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، دار الفكر بيروت. ط1، 1986، 2/473-485.

20- 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، دار الكتاب العربي، بيروت، 1308هـ ، 3/4 ، وعرفه ابن رشد الحفيد بأنه في أكثر الأحوال الالتفات إلى المصلحة والعدل، ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 2/185، 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.

21- 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 يؤدى على الراحلة. ينظر: ابن النجار: شرح الكوكب المنير، جامعة أم القرى، ط1، 1987، 4/417-420.

22- وهو الأخذ بأقل مقدار قال به أهل العلم باعتباره متفقا 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، تحقيق علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1995 ، 9/4070-4072.

23- محمد بن إدريس الشافعي، الرسالة، . تحقيق أحمد محمد شاكر. دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت ، ص:507.

24- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة بيروت، ط1979، الباب الثامن والثلاثون. 7/53.

25- الحشر/ 07.

26- عَنْ ابن عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: " الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ " قَالَ مَالِك: وَلَيْسَ لِهَذَا عِنْدَنَا حَدٌّ مَعْرُوفٌ وَلَا أَمْرٌ مَعْمُولٌ بِهِ فِيهِ. موطأ مالك، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، ط2، 1997، كتاب البيوع/باب بيع الخيار/ رقم: 1958 .

27- ينظر في ذلك: ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الرياض، ط1، 1423هـ، 4/239.

28-حديث المصراة رواه البخاري عن أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: " مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فَاحْتَلَبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ " صحيح البخاري، تحقيق وترقيم فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية ، القاهرة. كتاب البيوع/باب نهي البائع أن يحفل الإبل والبقر والغنم/ رقم: 2150.

29- محمد أبو زهرة: أبو حنيفة، دار الفكر العربي، ط2، القسم الثاني، الفقرة /172. ص:387

30-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، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة،

ط6، 1969، 228–229، وينظر: شهاب الدين القرافي: تنقيح الفصول من علم الأصول، دار قرطبة، دار البلاغ، الجزائر، ط1، 2003، ص:85.

31– ينظر: محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، ص: 485–487،

32– الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه ، ص: 485–487

33– عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدِّيلِيِّ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَشَارَ فِي الْخَمْرِ يَشْرَبُهَا الرَّجُلُ فَقَالَ لَهُ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ " نَرَى أَنْ تَجْلِدَهُ ثَمَانِينَ فَإِنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ وَإِذَا سَكِرَ هَذَى وَإِذَا هَذَى افْتَرَى أَوْ كَمَا قَالَ فَجَلَدَ عُمَرُ فِي الْخَمْرِ ثَمَانِينَ "موطأ مالك / كتاب الأشربة / باب الحد في الخمر/ رقم: 2442.

34– ينظر: ابن عابدين: رسالة رسم المفتي، مجموع رسائل ابن عابدين، 1/ 35–40.

35– عبد الحميد متولي: الشريعة كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف الإسكندرية، 1976 ، ص:97.

36– ينظر: جمال الدين عطية: النظرية العامة للشريعة، مطبعة المدينة، ط1، 1988، ص:14–15.

37– ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ت: أحمد عبد الرحيم السائح، الدر المصرية اللبنانية، ط1، 1993، ص:13–18.

38– عددها القرافي في تنقيح الفصول " الكتاب، السنة، خبر الآحاد، الإجماع، إجماع المدينة، إجماع العترة، إجماع الكوفة، إجماع البصرة، القياس، العقل، الاستحسان، المصالح المرسلة، سد الذرائع، العرف، الاستصحاب، الاستقراء، الاستدلال، الأخذ بأقل ما قيل، الأخذ بأكثر ما قيل، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا، قول المعصوم" ينظر: شهاب الدين القرافي: تنقيح الفصول من علم الأصول، ص:92.

39– ينظر: الطوفي: رسالة في رعاية المصلحة، ت: أحمد عبد الرحيم السائح، هامش ص:13.

40– سنن النسائي، ترقيم وتصحيح الألباني، مكتبة المعارف الرياض، ط1، كتاب أدب القضاة/ باب الحكم باتفاق أهل العلم/ رقم:5397. وقال الألباني: صحيح الإسناد موقوف.

41– سنن البيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2003، كتاب أدب القاضي/ باب موضع المشاورة/ رقم:20313.

42–ينظر كمثال على ذلك: ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، 5/361.

43– 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.

44– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المادة: 02.

45– القانون المدني للجمهورية الجزائرية، الصادر في: 1975/9/26، والمعدل في 2008، المادة: 01.

46- ينظر على سبيل المثال: بكر بن عبد الله أبي زيد: فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1996، ص: 17 وما بعدها.

47- ينظر: محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، كلية الشرطة ، دبي ط1، 1999، ص:83.

48- بنظر: النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، المادة 07.

49- المادة 02، من الدستور المصري لسنة 1971.

50- المادة 02 من الدستور المصري لسنة 1980.

51- ينظر هذه المناقشات في: عبد الحميد متولي: الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور. وينظر: محمد كامل عبيد: نظم الحكم ودستور الإمارات. كلية الشرطة، دبي، ط2، 2002، ص:232.

52- محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص:87.

53- دستور الإمارات العربية المتحدة، المادة، 07.

54- محمد فؤاد النادي: مبادئ نظام الحكم في الإسلام، ص:84.

55- محمد فؤاد النادي: نفس المرجع، ص:84.