موسوعة الفقه السياسى ونظام الحكم فى الاسلام

الكتاب الخامس

مبدأ المشروعية

وضوابط خضوع الدولة للقانون

فى الفقه الإسلامى

دكتور فؤاد محمد النادى

رئيس قسم القانون العام بجامعة صنعاء

أستاذ القانون العام المساعد

بجامعة الأزهر

الطبعة الثانية

١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م

دار الكتاب الجامعى

٨ شارع سليمان الحلبى التوفيقية

ت : ٩٨٦٥٤١ - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا « محمد » صلى الله عليه وسلم ومن سار على نهجه ، واتبع طريقته إلى يوم الدين .. وبعد ..

فأقدم الطبعة الثانية من مؤلفنا « مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى » الذى صدرت طبعته الأولى ١٩٧٣ . وأحمد الله عز وجل على الصدى الطيب الذى لقيه هذا المؤلف فى الأوساط العلمية باعتباره أول محاولة جادة لتقعيد هذا المبدأ ، ووضعه موضع التطبيق .. وليس أول على ذلك من أنه لا يخلو مرجع أو رسالة جامعية من المراجع والرسلات التى ظهرت بعد الطبعة الأولى إلا وكان هذا المؤلف أحد المصادر الرئيسية التى يعتمد عليها[1] .

---

(١) وعلى سبيل المثال تراجع المؤلفات الآتية :

الدكتور على جريشة فى : ١ — المشروعية الإسلامية العليا ..

٢ — شريعة الله خالدة .. ٣ — أصول الشرعية الإسلامية .

٤ — مصادر الشرعية الإسلامية . ٤ — أركان الشرعية الإسلامية ..

ورسالة الدكتور فتحى عبد الكريم فى « نظرية السيادة فى الفقه الدستورى الاسلامى » ، ورسالة الدكتور على محمد حسنين فى « الرقابة الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية » ، ورسالة الدكتور سعيد الحكيم فى « الرقابة على أعمال الإدارة العامة . =

ويوم فكرت فى إعداد هذا البحث لم تكن هناك سوى دراسات قليلة حول هذا المبدأ منها بحث موجز لعالم جليل هو د. مصطفى كمال وصفى صدر عام ١٩٧٠ بعنوان : «المشروعية فى النظام الاسلامى» وبعد خروج الدكتور على جريشة من محنته علمت منه أنه مسجلا لرسالة دكتوراه فى «المشروعية الاسلامية العليا» ناقشها عام ١٩٧٥ — بعد صدور الطبعة الأولى من مؤلفنا هذا بنحو عامين .. كما أن هناك دراسات أخرى فى سبيلها الآن إلى أن تخرج إلى النور منها رسالة المقدم محمد طاهر عبد الوهاب فى المشروعية الذى يعد لهذا العمل منذ سنوات . وهكذا تتكاثف الجهود وتتكرس فى إظهار هذا الموضوع وتجليته ولا مبرر لذلك سوى الاحساس بأن شريعة الله يجب أن تكون حاكمة لا محكومة .. وأن تسيد أحكام الشرع .. وأن تنحى تلك القوانين التى ساهمت — بقدر كبير — فى مسخ

= ويلاحظ أن المرجع الأخير قد أشار مؤلفه إلينا فى مواضع وتجاهل الاشارة فى الكثير من المواضع ، وعلى سبيل المثال فان آراءه فى الانحراف فى استعمال السلطة ، والشورى ، والرقابة ، والمسئولية أعتمدت على ما انتهينا إليه فى كتابنا « المشروعية » الطبعة الأولى ورسالتنا فى « رئيس الدولة » ، كما يلاحظ أن بعض الباحثين — ومنهم الدكتور سعيد الحكيم — ينقلون أفكارنا عما نرجمناه للدكتور السنهورى وعما استنبطناه من أمهات الكتب ، ويستخدم مراجعنا دون أن يشير إلينا مع أن اللفظ لنا فى كثير من هذه المواضع ..

وكنت قد أشرت فى سنة ١٩٧٥ صراحة إلى رسالة جامعية نوقشت فى جامعة عين شمس ، نقل صاحبها حرفيا عنا العديد من الآراء بلفظها ، وبرر ذلك بتوارد الأفكار ، ولكونه انتقل إلى رحمة الله لذلك فإننى لن أتعرض لصاحب هذه الرسالة احتراما لحرمة الموتى . كما أن هنا رسائل أخرى سطت على موضوعات كاملة ، وأدعو الله أن يتيح لى الوقت لتعرية من قاموا بهذا العمل .

الأمة الاسلامية وذهاب ريحها وفقدها لشخصيتها المتميزة التى أراد الله عز وجل أن تكون بالاسلام ، وبالاسلام وحده ، خير أمة أخرجت للناس ..

وهكذا فان موضوع المشروعية يطرح نفسه الآن .. وكل يوم .. على المفكرين فى النظام السياسى الاسلامى باعتباره اللازمة الحتمية نحو الاتجاه الصحيح فى وضع الشريعة الاسلامية موضع التطبيق وليستنير به الجميع من الفقهاء والمشرعين فى تقنين أحكام الشريعة الاسلامية لاسيما بعد أن اتجهت الدساتير للنص على اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الوحيد للقوانين جميعا فى بعضها — كما هو الأمر فى الجمهورية العربية اليمنية — أو اعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع — كما هو الأمر فى جمهورية مصر العربية ، وإن كان النص اليمنى أكثر إحكاما وأبلغ من سائر النصوص فى الدساتير الإسلامية ..

وقد بدأت هذه الطبعة منذ أواخر ١٩٧٦ ، غير أن ظروف إعارتى إلى جامعة صنعاء بالجمهورية العربية اليمنية حالت دون ذلك ، وأخيرا تمكنت فى صيف هذا العام (١٩٨٠) من إتمام هذه الطبعة بعد أن ألح على الكثيرون فى ضرورة ظهور هذه الطبعة ..

وأنبه أنه فى الملازم الأولى من هذا المؤلف وأثناء عرضى لنظرية السيادة فى الفقه الإسلامى تعرضت لبعض الأفكار التى نادى بها الامام أبو الأعلى المودودى ، وتمنيت من الله عز وجل أن يمد فى عمره .. وخلال هذه المدة التى توقف فيها استكمال هذا المؤلف انتقل الامام أبو الأعلى المودودى إلى رحاب الله عز وجل . بعد أن قدم لنا ثروة علمية فى الفكر السياسى الإسلامى تعتبر زاداً خصباً ومنهلا ربانياً لمن يريد أن يخوض هذا المجال بحيث — كما هو مشاهد — لا يخلو مؤلف حديث من الاشارة إلى أفكار الإمام أبى الأعلى المودودى فهى بحق تعد من الأفكار الأساسية والموضوعية فى الفكر السياسى الاسلامى .. وهذه الأفكار التى نادى بها الإمام كثيرا ما أزعجت نظم الطغاة والجبارين مدة طويلة من الزمن وكرست لها هذه

النظم فرقاً لمقاومتها ، وكان ترديد هذه الأفكار يمثل جريمة يعاقب عليها القانون.. قانون الجلادين والجبابرة ..

وإذا كنت قد أشرت إلى بعض تحفظات حول بعض أفكار إمامنا الراحل أبي الأعلى الماوردي فإن ذلك ليس من شأنه أن يقلل من قدره فلا.. زال الإمام أبو الأعلى، ولازالت أفكاره ، المصدر الرئيسي لي ولغيري من الباحثين في هذا الميدان ، وستظل أفكاره — ولمدة طويلة من الزمن — محور العديد من الدراسات والبحوث .. أردت بهذه الكلمة البسيطة أن أقف وقفة عابرة مع إمام من أئمة المسلمين رحل في صمت دون أن تنعيه معظم أجهزة الاعلام في البلاد الاسلامية .. وأتضرع إلى الله عز وجل أن يتقبل الامام أبا الأعلى وأن يجزيه عما ساهم به من أفكار لتجلية النظرية السياسية الإسلامية وإظهارها ، كما أدعو الله عز وجل أن يهديني سواء السبيل ، وأن ينفع بهذا المؤلف — بقدر ما بذلت فيه من جهد ، وبقدر ما أصبو اليه وأسعى ، لكي تتسيد أحكام الشريعة الاسلامية وتنحى تلك الطواغيت التي استوردناها من الغرب أو الشرق على حد سواء ، والله أسأله التوفيق والسداد ..

دكتور فؤاد محمد النادي
أستاذ مساعد القانون العام بجامعة الأزهر
رئيس قسم القانون العام بجامعة صنعاء

المجوزة ١٩٨٠/٨/٦

مقدمة الطبعة الأولى

لم يترك الفقه الاسلامى جانبا من جوانب الحياة إلا وكان له فيها نظريات محكمة ، تصل فى دقتها وإحاطتها بالجانب الذى تنظمه مستوى تفوق فيه مثيلاتها فى النظم الوضعية الحديثة . بل وتضع كثيرا من الحلول التى لا تزال فى حاجة إلى إجابة شافية لها فى هذه النظم :

ونحن فى أمس الحاجة اليوم لاستنباط العديد من القواعد والاحكام التى تنظم حياتنا من مصادر الشريعة الإسلامية المختلفة ، ذلك أن الأمة الإسلامية فى حاجة إلى أن تقف اليوم من جديد على مناهجها بعد هذه الدوامة المريرة من الأزمات التى تهدر من حولها ، تحاول أن تعصف بها ، بعد أن تكالبت كل القوى المعادية للاسلام على النيل منها والتوسع على حسابها .

ومحاولة الوقوف على هذه المناهج ، لابد وأن يتم بأسلوب جديد على ضوء دراسة مصادر الشريعة الإسلامية ذاتها ، ذلك أنه من الخطأ البين الاعتماد فى استنباط الاحكام ، أو تقنينها ، فى الشريعة الإسلامية على المناهج المستخدمة فى النظم الوضعية ، لأن من شأن ذلك أن يؤدى إلى تخيلات وأغلاط فى تكييف الدولة الإسلامية . كما يمكن أن يؤدى إلى مسخ المفاهيم والمصطلحات الإسلامية وذلك بربطها أو نسبتها إلى نظم تتعارض مع قواعد الشريعة الاسلامية .

وسوف يتبين القارىء فى هذا البحث أننا إعتمدنا على مصادر الشريعة الاسلامية واستخدمنا أصول صناعتها فى استخلاص القواعد والاحكام . دون

أن يكون من هدفنا محاولة تطويع الشريعة الإسلامية لكى تتفق أو تتشابه مع النظريات القانونية المختلفة ، وذلك لأن النظريات الإسلامية لن تزيد فضلا ولا كمالا إذا ما إنتهينا إلى ذلك وإنما تستمد أصالة جوهرها ودقتها وإحاطتها بكافة أوجه المجالات البشرية من صاحب الكمال المطلق الله عز وجل عن طريق ما شرعه من قواعد وأحكام ، بينتها على سبيل الحسم ، أدلة الأحكام فى الشريعة الاسلامية ، سواء بنصوص محددة أو عن طريق الاجتهاد فى الحدود والنطاق الذى رسمه الشارع الاسلامى .

كما لم نحاول من الناحية المقابلة تطويع أحكام القانون لكى تتشابه مع ما إنتهت إليه الشريعة الإسلامية لأن ذلك من من شأنه أن يضفى شرفا على المشرع الوضعى لا يستحقه ، إلى جانب أنه لم يكن من أهداف المشرع الوضعى أن يحقق ما إبتغاه الشارع الإسلامى من غايات ومقاصد .

وإذا كانت بحوث الفقهاء فيما نطلق عليه — مجالات القانون الخاص — كثيرة ومتعددة ، ويجدها الدارس بيسر وسهولة فى مختلف المذاهب الاسلامية على إختلاف مناهجها ، إلا أن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بمجالات القانون العام فى الفقه الاسلامى ، فهو ميدان لم يتطرق إليه الفقهاء كثيراً وذلك لجملة من الصعاب والعقبات لا يواجهها من يريد أن يطرق أى مجال آخر من مجالات الفقه الاسلامى وسوف نجمل هذه الصعوبات — التى أشار إليها العديد من الفقهاء فيما يلى :—

الصعوبة الأولى : أن نظام الحكم الاسلامى قد نحى عن التطبيق قبل أن ينحى غيره من جوانب التشريع الاسلامى ، ويرجع ذلك لكون أول مظاهر الانحراف التى وقعت فى الدولة الاسلامية ، وهى فى أول نشأتها ، كان إنحرافا

يتعلق بمسألة دستوريه بحته ، وذلك حينما نصيت القواعد والأحكام التى تتعلق باختيار الحكام وبتحديد نطاق إختصاصاتهم وسلطاتهم ، وما أدى ذلك إلى الاطاحة بقواعد الشورى والعدالة والمساواة التى أوجبها الاسلام ، وكان ذلك منذ اللحظة التى إستولى فيها بنو أمية على مقاليد الحكم فى الدولة الاسلامية والتسلط على أقدار المسلمين ، ومنذها علا صوت القوة والاستبداد على صوت القانون ، حيث انقلب نظام الحكم فى الاسلام إلى نظام ملكى استبدادى يقوم على فرض الأمر الواقع المعتمد على القوة والقهر ، أو على حد تعبير الفقهاء إنقلاب هذا النظام إلى « ملك عضود » .

الصعوبة الثانية : أن القواعد والنظريات التى تتعلق بالقواعد الدستورية فى الفقه الاسلامى غير موجودة فى كتب الفقه وحدها ، كما هو الشأن فى سائر ضروب المعاملات ، ولكنها موزعة بين كتب الفقه ، وأصول الدين ، والسير ، وفى أخبار وتاريخ الفرق الاسلامية ، ولكل النهج الذى نحت إليه وطريقتها فى العرض والمناقشة ، كل ذلك أدى إلى أن أصبحت نظرية الاسلام السياسية لغزا من الالغاز وخليطا من المتناقضات يستخرج منها الناس ماراق لهم ، وليس أدل على ذلك حينما يريد الباحث أن يتعرف على ما تذهب إليه بعض الفرق الاسلامية من الشيعة والخوارج فى هذا الخصوص . وهو ما أدى إلى كثير من الانحرافات والأخطاء والتقول على الله وشريعته بغير حق ، كما أن ذلك كان ستارا و مأوى لكل من كان يريد الكيد للاسلام ، ذلك أن بعض هذه الفرق تستر وراءها كثيرون ممن كانوا يتخذون من التشيع ستارا للقضاء على الاسلام ، وهو ما نتج عنه فى النهاية نظريات سياسية لكثير من هذه الفرق تبعد الفقه الاسلامى عن صورته الصحيحة وعن حقيقته التى رسمتها قواعد القرآن الكريم ، وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وعن التطبيق الصحيح لهذين المصدرين فى عهد الخلفاء الراشدين .

الصعوبة الثالثة : أن فقهاء القانون الدستورى تعارفوا على مصطلحات محددة وتقسيمات خاصة بهذا العلم على صورة لا يكاد يلم بها كثيرون من المنقطعين لدراسة الشريعة الاسلامية ، وهو ما أدى بهم إلى التقصير فى استخلاص قواعد وتنظيمات دستورية مستمدة من تعاليم الاسلام كما رسم إطارها القرآن والسنة وغيرهما من مصادر المشروعية فى الفقه الاسلامى ، إلى جانب أن هؤلاء إعتمدوا على ما توصل إليه الفقهاء فى العصر العباسى والعصور التالية ، وهو ما كان مصبوغا بظروف البيئة ومرتبطا بالأحوال السياسية والاجتماعية السائدة آنذاك وما كان يشوب تلك الآراء من فهم غير صحيح لبعض السوابق التى وقعت فى التاريخ الاسلامى فأرادوا إستخلاص سوابق شرعية ملزمة منها ، يلتزم بها المسلمون — فى كل العصور — مع مالابس هذه السوابق من عوامل الكبت والاضطهاد ، والمخاطر التى تعرض لها معظم من كتب فى هذه المسائل خير دليل على ما نراه ، فوق وسائل الاغراء والترهيب التى كانت تستخدمها هذه النظم ، ويكفى أن نشير إلى أن محنة الامام مالك كان سببها فتواه الشهيرة بأن اليمين القائم على الاكراه باطل ، وهو ما يؤدى ضمنيا إلى المساس بشرعية خلافة خلفاء بنى العباس نتيجة بطلان أيمان البيعة التى كانت تؤخذ قسراً من المسلمين ، إلى جانب ماتعرض له الامام محمد بن الحسن الشيبانى من إضطهاد نتيجة لما كتبه فى أحكام « الاكراه » فالبحث فى هذه الموضوعات كان غير مرغوب فيه بعد الخلافة الراشدة ، وكانت تعرض من يقدم على ذلك لمخاطر إستخدام وسائل القهر التى لا قبل له بها .

الصعوبة الرابعة : المنهج الذى إتبعه بعض العلماء الذين ليست لهم دراية بأحكام الشريعة الاسلامية وطرق إستنباط الأحكام من مصادرها ، فهؤلاء بعد أن بهرتهم ما وصلت إليه النظم الأجنبية من تقدم ، راحوا يثبتون فى الاسلام

كل مارق لهم فى هذه النظم ، فأخذوا يفتعلون الحجج ويختلقون الأسانيد ويفسرون أدلة الأحكام طبقا لما يستهدفونه من تطويع أحكام الشريعة الاسلامية لهذه النظم زاعمين أو واهمين أن فى ذلك خدمة يؤدونها الإسلام ، وكأن فى الاسلام نقص لايقوم إلا إذا استنبطوا منه مايتوافق مع النظم الحديثة ، كما أن البعض الآخر نتيجة لعدم وقوفه الوقوف الصحيح على مناهج البحث فى الشريعة الاسلامية وأصول إستنباط الأحكام منها ، إنتهى إلى نتائج غريبة وغير مقبولة وتتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية ، وهو ما أوقع هؤلاء وهؤلاء فى مزالق البحث ومتاهات محاولة إلباس الاسلام ماليس منه ، وتقييمه بغير قيمه ، لذلك كثيرا ما نجد كثيراً من الدراسات والبحوث تنسب الاسلام إلى الديمقراطية أو الاشتراكية أو تنسب هذه النظم إلى الاسلام ، إلى جانب أن البعض الآخر أخذ يستخلص القواعد والأحكام التى تتعلق بالقانون الدستورى مستخدما القواعد والأصول والمعايير التى تتلاءم مع المعايير التى أنتهى إليها شراح القانون الوضعى ، فراح يصول ويجول فى مصادر الشريعة ، ويعترف بمصادر ويبطل أخرى ، ومن هذا الفريق الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى فى كتابه نظام الحكم فى الاسلام ، حيث ذهب إلى نفى دلالة القرآن على وجوب الخلافة ، وذهب إلى تقسيم السنة إلى سنة دستورية وأخرى غير دستورية وأجاز العمل بالأولى دون الثانية ، كما أخذ ينال من أحاديث مقطوع بصحتها منتهيا إلى فهم غريب وتفسير عجيب لها ، مع أن هذه الأحاديث رواها الثقاة كالبخارى ومسلم ، إلا أنه طعن نزاهتهم زاعما أنها من الأحاديث التى وضعها أولئك الذين إتخذوا من المآق والرياء والزلفى إلى الملوك والأمراء المستبدين صناعة ومن وضع الأحاديث بضاعة ، فوق أنه أبطل حجية الاجماع وجواز وقوعه ، والقياس وغير ذلك من المصادر المجمع عليها[1] كما نرى هذا

(١) أنظر ردنا التفصيلى على رأى الدكتور عبد الحميد متولى فى رسالتنا رئيس الدولة بين الشريعة الاسلامية والنظم الدستورية المعاصرة ، ج ١ ص ١٩١ ومابعدها : كما سنتولى الرد على مزاعمه عند الحديث عن مصادر المشروعية الاسلامية .

المسلك فيما ذهب إليه الأستاذ الدكتور ضياء الدين الريس فى كتابة النظريات السياسية الاسلامية — الذى يعتبر بحق أول دراسة موضوعية فى النظام السياسى الاسلامى — من نفى الصفة الدينية عن الاجماع زاعما « أنه فى الواقع برهان تاريخى يتخذ حقائق تاريخ الأمة فى ماضيها أو فى عصور معينة نماذج تصلح للقياس أو يجب أن يقاس عليها »(١) .

من أجل ذلك كان هدفنا الأساسى ، هو إستخلاص القواعد والنظم فى مجال القانون العام الإسلامى ، طبقا لقواعد وأصول النظام ذاته ، دون أن نفتعل الحجج أو نحاول تطويع القواعد والنظم فى الفقه الإسلامى لنظم غريبة عنها ومتعارضة معها ، وقد قمنا باستخدام هذا المنهج أيضا فى رسالتنا « رئيس الدولة بين الشريعة الأسلامية والنظم الدستورية المعاصرة »(٢) .

---

(١) أنظر ردنا على الدكتور ضياء الدين الريس فى رسالتنا جـ ١ ص ٢٠٧

(٢) حازت هذه الرسالة مرتبة الشرف الأولى وتبادلها مع الجامعات الأخرى وطبعها على نفقة الجامعة وقد نوقشت فى ١٧ من يوليو سنة ١٩٧٢ وكانت لجنة الحكم عليها مشكلة من :

١ — الاستاذ الدكتور أحمد كمال أبو المجد وزير الدولة للشباب آنذاك وأستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة الآن

٢ — الاستاذ الدكتور عبد الغنى محمد عبد الخالق أستاذ ورئيس قسم أصول الفقه الاسلامى بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر .

٣ — الاستاذ الدكتور محمد أنيس عبادة أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر

٤ — الاستاذ الدكتور محمود حلمى مصطفى أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر .

واستكمالا لهذا المنهج الذى يتوامم وطبيعة الشريعة الاسلامية ، أقدم هذا البحث « مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون فى الفقه الإسلامى » ولم نتبع فيه سبيل المقارنة باعتبار أن هناك دراسة علمية لأستاذنا الدكتور طعيمة الجرف عن « مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون » فى النظم الوضعية إلى جانب إختلاف الأساس القانونى لمبدأ الشرعية فى الفقه الاسلامى عنه فى القانون الوضعى وهو ما أدى بنا إلى العزوف عن المقارنة .

وسيتبين القارىء فى هذا البحث ما حوته الشريعة الإسلامية من ضوابط وقيود تحدد نطاق ممارسة السلطة العامة لوظائفها ، وهو ما يثبت مرونة الشريعة الاسلامية وصلاحيتها للتطور كما يثبت كمال ورقى ما حوته الشريعة الاسلامية من قواعد وأحكام فى نطاق القانون العام الاسلامى .

وهدف إستجلاء قواعد القانون العام الاسلامى من الشريعة الاسلامية حسب أصول صناعتها يتطلب من الدالج إليه أن يكون ملما بالشريعة الاسلامية ، متعمقا فى فهمها ، ملما بأصول وعلل أحكامها ، واقفا على معانيها ومقاصدها والمصالح التى إستهدفتها ، كما يتطلب هذا الهدف — قبل ذلك كله — من الباحث أن تتوفر له الحيدة المطلقة فى المقارنة العادلة بين سمو وكمال ما وصلت إليه الشريعة الاسلامية منذ أربعة عشر قرنا من الزمان وبين النظريات القانونية الحديثة التى تتبدل وتتغير بين الحين والآخر .

وإذا ما وفقنا جميعاً فى تحقيق هذا الهدف . فان بعض فترة من الزمن إلا وإستطاع القانون الاسلامى فى فترة ما — طالت أم قصرت — أن يكون له التسيد الذى أراده الله عز وجل .

وإدراكا منا لهذا الهدف السامى ، وذلك المقصد النبيل لاسيما بعد أن علا صوت الأمة مطالبا بتطبيق الشريعة الاسلامية وجعلها المصدر الأساسى للتشريع فإننا

نقدم هذا البحث(١) على أن تعقبه بإذن الله ومشيئته دراسات أخرى آمل لو وفقنى الله أن أعطى بها الجوانب المختلفة فى نطاق القانون العام الاسلامى — القانون الإدارى والقانون الدستورى — وهى محاولة لا أزيد فيها على أن أقدم رأيا يحتمل الخطأ كما يحتمل الصواب ، وهى ليست إلا محاولة منى للكشف عن سمو النظام الاسلامى وأصالته ، ولكنى أتورع عن أن أكون قد تقولت فى كتاب الله أو دينه بغير علم ، وأمتثل فى ذلك لقول نبينا صلى الله عليه وسلم « من اجتهد فأصاب فله أجران ، ومن أخطأ فله أجر واحد » .

والله تعالى أسأل التوفيق والسداد لأمتنا وأن يهديها طريق الخير والرشاد .

المؤلف

---

(١) كان هذا البحث أول دراسة عن مبدأ المشروعية فى الفقه الاسلامى إلى جانب بحث مختصر الاستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفى فى عام ١٩٧٠ وفى عام ١٩٧٥ ناقش الأخ الزميل المستشار على جريشه رسالة دكتوراه قيمة فى هذا الموضوع بعنوان « المشروعية فى الفقه الدستورى الاسلامى » .

تقسيم خطتنا فى هذا البحث

الدولة الإسلامية كما تكشف عنها النصوص فى القرآن والسنة وغيرهما من مصادر المشروعية فى الفقه الاسلامى ، دولة قانونية منذ نشأتها . حيث تخضع تصرفات السلطات العامة فيها لقواعد قانونية سابقة على هذه التصرفات بل سابقة على الدولة الاسلامية ذاتها فمبدأ سياده القانون فى الفقه الاسلامى من المبادىء الأساسية التى ترتكز عليها الدولة الإسلامية ، بحيث يعتبر ذلك من السمات والخصائص الأساسية التى تتسم بها الدولة الاسلامية وتتميز بها على غيرها من سائر الدول ، وبإعلاء هذا المبدأ فى الدولة الاسلامية تكون الشريعة بحق وبحيدة تامة — قد سبقت كافة التشريعات الوضعية فى وضع الضوابط الدقيقة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة فى مواجهة السلطات العامة ، وذلك بتقييد السلطات العامة فى الدولة الاسلامية ، وتحديد نطاق إختصاصها عن طريق قواعد قانونية سابقة على وجود هذه السلطات ، فضلا عن سبق هذه القواعد التصرفات ذاتها فالحاكم والمحكوم كلاهما محكوم بقواعد قانونية لا يجوز الخروج عنها .

ولكى نقف على مبدأ المشروعية فى الفقه الإسلامى ، فإن ذلك يتطلب تحديد مصدر السيادة فى الدولة الإسلامية ، لأن التعرف على من هو صاحب السيادة الفعلى فى الفقه الإسلامى يحدد لنا أيضاً ، مبدأ المشروعية فى الدولة الإسلامية ، بإعتبار أن الشرعية وليدة السيادة ونابعة عنها وهو ما يؤدى بنا إلى التمهيد لذلك بإلقاء الضوء على أشهر النظريات فى القانون الدستورى التى حاولت أن تقف على مصدر السيادة ، وبعد أن نوضح نظرية السيادة فى الفقه الاسلامى ومبدأ

المشروعية باعتباره اللازمة الحتمية للسيادة فى الفقه الإسلامى تتعرض لمصادر مبدأ المشروعية والضوابط المختلفة التى قررها الفقه الإسلامى لإعلاء هذا المبدأ ، ثم الضمانات العملية التى قررها لكفالته والجزاءات العديدة التى قررها القانون الإسلامى فى حالة مخالفة مبدأ المشروعية وعلى ذلك فسوف نقسم هذا البحث إلى الأبواب الآتية :

الباب الأول : فى نظرية السيادة فى الفقه الإسلامى .

الباب الثانى : مبدأ المشروعية ومصادره فى الفقه الاسلامى .

الباب الثالث : ضوابط خضوع السلطة العامة للقانون فى الفقه الإسلامى .

الباب الرابع : ضمانات خضوع السلطة العامة للقانون فى الفقه الإسلامى .

الباب الخامس : جزاءات مبدأ المشروعية فى الفقه الإسلامى .

الباب الأول

نظرية السيادة فى الفقه الاسلامى

تمهيد وتقسيم : قررنا فيما سبق أننا فى تعرضنا لنظرية السيادة فى الفقه الاسلامى سوف نتعرض لما إنتهى إليه فقهاء القانون الدستورى فى هذا الصدد، دون أن ننطرق للجدل الفقهى حول هذا الموضوع فى الفقه الدستورى لأن ذلك يدخلنا فى تفصيلات تبعدنا عن موضوعنا الأساسى ، لذلك سوف نقصر الحديث على نظريتين من أشهر النظريات فى الفقه الدستورى وهما نظرية سيادة الأمة ونظرية سيادة الشعب بحيث يكون حديثنا حول هاتين النظريتين بالقدر الذى نراه ضروريا للحديث عن نظرية السيادة فى الفقه الاسلامى، ثم نتعرض بعد ذلك تفصيلياً للنظريات المختلفة التى قال بها بعض الفقهاء فى الفقه الاسلامى فى محاولة التعرف على نظرية السيادة فى الفقه الاسلامى . وعلى ذلك سوف نقسم هذا الباب إلى الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : ـ النظريات الديمقراطية للسيادة فى الفقه الدستورى المعاصر .

الفصل الثانى : ـ النظريات المختلفة فى السيادة فى الفقه الاسلامى .

الفصل الأول

أشرنا إلى أننا سوف نتعرض أولا لنظرية سيادة الأمة ، ثم نظرية سيادة الشعب وسوف نخصص لكل نظرية من هاتين النظريتين مبحثا خاصا .

المبحث الأول

نظرية سيادة الأمة

'' La Théorie De la Souveraineté Nationel ''
" Proprement Dite "
" Ou Souvernineté De la Nation — personne ,,

مضمون النظرية :

تنظر هذه النظرية إلى الأمة باعتبارها شخصا معنويا مجرداً عن الأفراد المكونين له يختلف عن مجموع أفراد الشعب ويستقل عنهم .

والأمة بهذا المعنى لا تضم الأحياء فقط ، ولكنها تضم الأجيال السابقة والأجيال القادمة ، والسيادة كما يرى أصحاب هذه النظرية للامة ، باعتبارها وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين لها ، فهى ليست مملوكة لفرد معين أو جماعة مخصوصة بل هى لمجموع الأفراد لا باعتبارهم كمًّا حسابيا بحيث يكون كل منهم مختصا بجزء منها ، وإنما الأمة باعتبارها وحدة واحدة مستقلة عن الأفراد

المكونين لها(١) .

وتجد هذه النظرية أساسها فى أفكار روسو فى كتابة (العقد الاجتماعى) كما أنه يرجع لسييز Sieye's الفضل فى بلورة هذه النظرية حتى عده الفقهاء خير ممثل لها(٢) .

النتائج التى تترتب على نظرية سيادة الامة :

يترتب على نظرية سيادة الأمة عدة نتائج منها :

١ ــ أن السيادة كل لا يتجزأ ، فهى غير قابلة للانقسام أو التصرف فيها إذ يستحيل تجزئة السيادة وتقسيمها على الأفراد بحيث يخص كل فرد

---

(١) أستاذنا الدكتور ثروت بدوى ــ النظم السياسية ص ١٩٦ ، وحيد ورايت : القانون الدستورى ص ١٠٦ . د . محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستورى ص ٣٨ .

الدكتور فتحى عبد الكريم نظرية السيادة فى الفقه الدستورى الاسلامى ــ دراسة مقارنة ــ رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٧٤ ص ٧٨ وما بعدها .

د . أنور رسلان : الديمقراطية بين الفكر الفردى والفكر الاشتراكى ، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٧١ ص ١٦٨ .

-Félix Moreau — Droit constitutionnel (organisation des Pouvoirs puplics et Libertés Pupliques) Lyon 1921 *P.* I I.

(٢) Hauriou, André, " Droit Constitutionnel et Institutions Politique, Deaxiéme edition Paris 1967 P. 296.

د . أنور رسلان : المصدر السابق ص ١٨٦ الهامش .

بجزء منها[1] .

٢ — ولما كانت السيادة تتجسد فى شخص معنوى لا يستطيع أن يعبر عن إرادته كالأشخاص الطبيعيين ، الأمر الذى يترتب عليه أن التعبير عن إرادة هذا الشخص لا يتحقق إلا بواسطة نواب ينوبون عن هذا الشخص فى التعبير عن إرادته .

ونتيجة لذلك فإن هوريو يقرر أن إعمال هذه النتيجة يؤدى إلى إستبعاد الاستفتاء ، وأى تدخل شعبى فى ممارسة السلطة العامة .

لذلك قيل بأن مبدأ سيادة الأمة لا يتفق مع نظام الديمقراطية المباشرة ، حيث يتولى الأفراد بأنفسهم دون تدخل ممارسة شئون السلطة السياسية ، كما أنه لا يتفق مع النظم شبه المباشرة التى تتيح للشعب بعض مظاهر الديمقراطية المباشرة ، كالاستفتاء والاعتراض الشعبيين ، وعلى خلاف ذلك فإن هذا المبدأ يتفق مع النظم النيابية حيث يقتصر دور الشعب على اختيار ممثلين له يستقلون عنه فى ممارسة مهام السلطة السياسية[2] .

٣ — ويترتب على النتيجة السابقة نتيجة أخرى مقتضاها أن النائب لا يعبر إلا عن إرادة الأمة ذاتها ، لا إرادة الناخبين ، باعتبار أنه يمثل الأمة كلها ويعبر عن إرادتها بمعنى أنه لا يعبر عن إرادة ناخبى دائرته ، وعلى ذلك فإن

---

(١) د . محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستورى ص ٤٠ ، ٤١ : د . فتحى عبد الكريم — المصدر السابق ص ٨٤ وما بعدها .

(2) — Hauriou O. C. P. 296 .

د . محسن خليل : المصدر السابق ص ٤٠ ، ٤١ .