



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الكوفة
كلية الفقه
قسم الشريعة والعلوم الإسلامية

سلطة الحاكم في تقييد الحق الشخصي (دراسة مقارنة بالقانون)

أطروحة تقدم بها الطالب (رافد حسن مجيد العلي) الى مجلس
كلية الفقه بجامعة الكوفة وهي جزء من متطلبات شهادة الدكتوراه في
الشريعة والعلوم الإسلامية.

بإشراف

الأستاذ الدكتور
نبيل مهدي زوين

الأستاذ الدكتور
محمد علي هاشم

نيسان/٢٠١٩م

شعبان/١٤٤٠هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا
عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ
شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾^١.

إقرار المشرف العلمي

أشهد ان اعداد هذه الأطروحة الموسومة بـ (سلطة الحاكم في تقييد الحق الشخصي دراسة مقارنة بالقانون) التي قدمها الطالب (رافد حسن مجيد العلي) قد جرى بإشرافي في قسم الشريعة والعلوم الإسلامية كلية الفقه/ جامعة الكوفة، وبمراحلها كافة، وهي من متطلبات شهادة الدكتوراه في (الشريعة والعلوم الإسلامية)، وبناء على ذلك أرحبها للمناقشة.

الامضاء:

الامضاء:

الاسم: نبيل مهدي زوين

الاسم: محمد علي هاشم

الدرجة العلمية: أستاذ دكتور

الدرجة العلمية: أستاذ دكتور

التاريخ:

التاريخ:

بناء على ترشيح المشرف العلمي وتقرير الخبير العلمي، أرحب هذه الأطروحة للمناقشة.

الامضاء:

الاسم:

الدرجة العلمية:

العميد:

التاريخ:

الإهداء

إلى عزيز آل محمد (صلى الله عليه وآله)،
إلى عزيز الزهراء (سلام الله عليها)، إلى آخر
النجوم الزواهر، إلى قائم آل محمد (عجل الله
فرجه الشريف)

إلى أبي رحمه الله تعالى

إلى أمي شافاها الله من كل مرض

أهدي هذه الأطروحة والجهد البسيط.

شكر وامتنان

(رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ) ١.

الحمدُ لله (جل جلاله) والشُّكْرُ له؛ لأنَّه المُنعم الأول الذي أَنْعمَ عليَّ وعلى جميعِ عبادهِ بِنِعْمٍ كثيرةٍ لا تُعدُّ ولا تُحصى يعجزُ عقلي عن إحصائها، ولا سيَّما توفيقُهُ لي بإكمال هذه الأطروحة بعد رحلةٍ مُتعبةٍ ممتعةٍ.

ومِنَ الإقرارِ بالجميل أن أقدمَ شكري الخالصِ وامتناني الكبيرِ لأستاذي الفاضل المشرف الأول على الجانب الشرعي الإسلامي للأطروحة (الأستاذ الدكتور محمد على هاشم الأسدي) لما تفضل به من توجيهات علمية في إعداد خطة البحث، وتقويم فصولها، وما علَّق وعقب عليه متفحصاً مطالبها، ومدققاً فيها، ولا أملك له إلا الدعاء والابتهال إلى العلي القدير أن يعوضه عن ذلك بما هو أهله.

وأثني بتقديرِي وامتناني إلى المشرف الثاني على الجانب القانوني (الأستاذ الدكتور نبيل مهدي زوين) لجهوده المضيئة وتوجيهاته العلمية، وإرشاداته في تقديم النصح، وأحسست منه سعة صدر وصبر على مزاحمتي له في أوقاته المختلفة.

وخليق بي أن أقف مجدداً وقفة شكر وامتنان لكل من أعان على إخراج الأطروحة بجلتها الأخيرة عموماً، وأخص بالذكر أساتذة كلية القانون في جامعة ميسان، ولاسيما الأستاذ الدكتور في القانون المدني حسنين ضياء نوري والأستاذ الدكتور في القانون الدستوري رحيم حسين موسى، وملاك مكتبتها الذين ما انفكوا عن الإعانة بلا ملل، وبكل ود وتقدير واحترام سائلاً الله سبحانه وتعالى أن يمنَّ عليهم بألطافه ويسدد خطاهم نحو الخير والصلاح، إنه سميع مجيب الدعاء.

فهرست الموضوعات

مقدمة البحث	٤-١
الفصل الأول: السُّلطة والحاكم والحق في الشرع والقانون.....	٥
المبحث الأول: السُّلطة ماهيتها وخصائصها وأهدافها في المنظور الإسلامي والقانوني	٦
المطلب الأول: السُّلطة مفهومها، وضرورتها، وأهدافها في الشريعة الإسلامية.....	٦
الفرع الأول: مفهوم السُّلطة	٦
أولاً: السُّلطة لغة.....	٧
ثانياً: السُّلطة اصطلاحاً	٨
السُّلطة في الاستعمال القرآني وفي السنة الشريفة وفي اصطلاح الفقهاء.....	٨
١- السُّلطة في الاستعمال القرآني.....	٨
٢- السُّلطة في السنة الشريفة.....	١٠
٣- السُّلطة في الاصطلاح الفقهي	١٢
الفرع الثاني: ضرورة السُّلطة.....	١٣
الفرع الثالث: أهداف السُّلطة في الشريعة.....	١٥
المطلب الثاني: السُّلطة خصائصها ومشروعيتها في الشريعة الإسلامية	١٨
الفرع الأول: خصائص السُّلطة في الشريعة	١٨
الفرع الثاني: شرعية السُّلطة في الشريعة الإسلامية.....	١٩
الأمر الأول: السُّلطة في عهد الرسول (صلى الله عليه وآله)	٢٠
١- الأصل في الحاكمية والسُّلطة.....	٢٠
٢- الاستثناء من الأصل	٢٠
٣- أدلة الاستثناء للنبي الأكرم من الأصل.....	٢١
الأمر الثاني: شرعية السُّلطة في زمن المعصومين (عليهم السلام).....	٢٣
أدلة استثناء الأئمة المعصومين (عليهم السلام) من الأصل	٢٣
الأمر الثالث: شرعية السُّلطة في عهد غيبة المعصومين (عليهم السلام)	٢٤
الأمر الرابع: شرعية السُّلطة عند بقية المذاهب.....	٢٥
المطلب الثالث: السُّلطة ماهيتها وتأسيسها في القانون الدستوري	٢٧
الفرع الأول: ماهية السُّلطة وخصائصها.....	٢٧

أولاً: ماهية السّلطة في القانون الدستوري.....	٢٧
ثانياً: خصائص السّلطة في القانون الدستوري	٢٨
الفرع الثاني: وظيفة السّلطة في القانون الدستوري.....	٢٨
المطلب الرابع: الفصل بين السّلطات	٣٢
توطئة.....	٣٢
الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ فصل السّلطات.....	٣٣
الفرع الثاني: موقف الإسلام من الفصل بين السّلطات	٣٤
المبحث الثاني: مفهوم الحاكم ومصطلحاته وشروطه في الشريعة والقانون.....	٤١
المطلب الأول: مفهوم الحاكم ومصطلحاته وشروطه في الشريعة	٤١
الفرع الأول: مفهوم الحاكم	٤١
الفرع الثاني: الحاكم اصطلاحاً.....	٤١
الفرع الثالث: مصطلحات الحاكم في الشريعة.....	٤٣
١- مفهوم الإمامة	٤٣
٢- أمير المؤمنين	٤٤
٣- الخلافة.....	٤٤
٤- القاضي	٤٥
المطلب الثاني: مفهوم الحاكم في القانون ومصطلحاته.....	٤٦
الفرع الأول: مفهوم الحاكم	٤٦
الفرع الثاني: مصطلحات الحاكم في القانون.....	٤٧
المطلب الثالث: شروط الحاكم الشرعي	٤٩
الفرع الأول: الشروط المتفق عليها.....	٤٩
الشرط الأول: الإسلام والإيمان.....	٤٩
الشرط الثاني: العدالة.....	٥٠
الشرط الثالث: الكفاءة والقوة وحسن الولاية	٥١
الشرط الرابع: الفقهة.....	٥٢
الشرط الخامس: ألا يكون بخيلاً.....	٥٢
الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها.....	٥٣

٥٣	الشرط الأول: البلوغ.....
٥٤	الشرط الثاني: العصمة في الإمام.....
٥٤	الشرط الثالث: النص عليه (في الإمام المعصوم).....
٥٥	الشرط الرابع: سلامة الأعضاء والحواس.....
٥٦	الشرط الخامس: القرشية.....
٥٧	المبحث الثالث: الحق ماهيته وانواعه ومنشأه.....
٥٧	المطلب الأول: ماهية الحق وفيها فرعان.....
٥٧	الفرع الأول: ماهية الحق في المصطلح الشرعي.....
٦٠	التعريف المختار.....
٦٠	الفرع الثاني: ماهية الحق في المصطلح القانوني والفرق بينه وبين الحريات العامة.....
٦٠	أولاً: ماهية الحق في الاصطلاح القانوني.....
٦٠	١- المذهب الشخصي.....
٦١	٢- المذهب الموضوعي.....
٦٢	٣- النظرية المختلطة.....
٦٢	٤- نظرية الاختصاص.....
٦٣	ثانياً: الفرق بين الحق والحرية العامة.....
٦٥	المطلب الثاني: أنواع الحق في الشريعة والقانون.....
٦٥	الفرع الأول: أنواع الحق في الشريعة.....
٦٥	القسم الأول: حق الله تعالى.....
٦٥	القسم الثاني: حقوق العبد.....
٦٦	القسم الثالث: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وحق الله غالب.....
٦٦	القسم الرابع: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد وحق العبد غالب.....
٦٧	الفرع الثاني: أنواع الحق في القانون.....
٦٧	١- حقوق سياسية.....
٦٧	٢- الحقوق المدنية.....

تقسم الحقوق المدنية إلى

- ٦٧ ١- حقوق عامة (الحقوق الملازمة للشخصية)
- ٦٨ ٢- حقوق خاصة
- وتقسم الحقوق الخاصة إلى
- ٦٨ ١- حقوق الأسرة
- ٦٨ ٢- الحقوق المالية
- ٦٨ وقسمت الحقوق المالية إلى
- ٦٨ النوع الأول: الحقوق العينية
- ٦٩ النوع الثاني: الحق الشخصي أو حق الدائنية
- ٧٠ المطلب الثالث: منشأ الحق في الشرع والقانون
- ٧٠ الفرع الأول: منشأ الحق من المنظور الإسلامي
- ٧١ الفرع الثاني: منشأ الحق في القانون الوضعي
- ٧١ ١- النظرية الطبيعية
- ٧٢ ٢- النظرية الوضعية
- ٧٣ الفصل الثاني: نظريات الحكم في الإسلام وفي القانون الدستوري
- ٧٦ المبحث الأول: نظريات الحكم في النظام الإسلامي
- ٧٧ المطلب الأول: نظرية الحكم عند الإمامية
- ٧٧ الفرع الأول: نظرية الإمامية في زمن المعصوم (عليه السلام)
- ٨٠ الفرع الثاني: نظريات الحكم في زمن غيبة المعصوم (عليه السلام)
- ٨٠ النظرية الأولى: نظرية الحسبة
- ٨١ النظرية الثانية: نظرية السلطنة المشروعة
- ٨١ النظرية الثالثة: الولاية العامة للفقهاء
- ٨٢ النظرية الرابعة: نظرية الدولة المشروطة بإذن ونظارة الفقهاء
- ٨٤ النظرية الخامسة: الولاية المطلقة للفقهاء
- ٨٧ النظرية السادسة: شورى مراجع التقليد
- ٨٨ النظرية السابعة: نظرية ولاية الأمة على نفسها
- ٩٠ النظرية الثامنة: الولاية الانتخابية المقيدة للفقهاء
- ٩٢ المطلب الثاني: نظريات الحكم عند غير الإمامية

- الفرع الأول: نظرية العهد والاستخلاف..... ٩٢
- الفرع الثاني: نظرية الغلبة والقهر ٩٤
- المطلب الثالث: نظريات التعاطي بين الحاكم والمحكوم ٩٧
- الفرع الأول: الشورى في الحكم..... ٩٧
- نظرية الشورى في الإسلام ٩٧
- أولاً: مفهوم الشورى..... ٩٨
- ثانياً: آليات انعقاد الحكم بالشورى ٩٨
- أ- البيعة الأولى: بيعة الانعقاد..... ٩٩
- ب- البيعة الثانية: بيعة الطاعة والانقياد (البيعة العامة) ١٠٢
- الفرع الثاني: تنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم ١٠٥
- النقطة الأولى: حق الرعية على الحاكم ١٠٥
- النقطة الثانية: حق الحاكم على الرعية..... ١٠٦
- المبحث الثاني: نظريات الحكم في القانون الدستوري نشأتها، وانماطها ١١٠
- المطلب الأول: نشأة نظريات الحكم في القانون الدستوري ١١٠
- الفرع الأول: النظرية الثيوقراطية..... ١١٠
- ١- نظرية الطبيعة الإلهية للحاكم ١١١
- ٢- نظرية الحق الإلهي في الحكم..... ١١١
- أ- نظرية الحق الإلهي المباشر ١١١
- ب- نظرية الحق الإلهي غير المباشر ١١٢
- الفرع الثاني: النظريات العقدية في تفسير نشأة السلطة..... ١١٢
- النقطة الأولى: العقد الاجتماعي عند توماس هوبز ١١٣
- النقطة الثانية: العقد الاجتماعي عند جون لوك..... ١١٤
- النقطة الثالثة: العقد الاجتماعي عند روسو..... ١١٥
- الفرع الثالث: النظريات غير العقدية في تفسير نشأة السلطة..... ١١٧
- الأولى: نظرية القوة في الحكم..... ١١٧
- الثانية: نظرية التطور في تفسير نشأت السلطة..... ١١٨
- الفرع الرابع: النظريات الدستورية الأخرى..... ١١٩

- أولاً: نظرية سيادة الأمة..... ١١٩
- ثانياً: نظرية الشعب مصدر السلطات..... ١١٩
- الفرع الخامس المقارنة بين النظريات الإسلامية والدستورية ١٢٠
- المطلب الثاني: الحكومة تعريفها، انماطها، ومقومات الدولة الديمقراطية..... ١٢٣
- الفرع الأول: تعريف الحكومة ١٢٣
- الفرع الثاني: انماط الحكومات..... ١٢٥
- أولاً: الحكومات الملكية والجمهورية..... ١٢٥
- تتقسم الحكومات الملكية إلى قسمين
- الأول: الملكية الاستبدادية ١٢٥
- الثاني: الملكية الدستورية ١٢٦
- الحكومة الجمهورية..... ١٢٦
- ثانياً: الحكومة المطلقة والمقيدة..... ١٢٧
- ثالثاً: الحكومة الفردية والحكومة الديمقراطية..... ١٢٨
- الفرع الثالث: عناصر ومقومات ومبادئ الدولة الديمقراطية ١٣٠
- عناصر الدولة الديمقراطية..... ١٣٠
- أولاً: مبدأ سيادة الشعب..... ١٣٠
- ثانياً: مبدأ المشروعية ١٣١
- ثالثاً: مبدأ كفالة الحقوق والحريات الشخصية الفردية..... ١٣٢
- الفصل الثالث: حدود سلطة الحاكم وتقييد استعمال الحقوق في الشريعة والقانون..... ١٣٦
- المبحث الأول: حدود سلطة الحاكم في الشريعة والقانون ١٣٨
- المطلب الأول: حدود سلطة الحاكم في الشرع..... ١٣٨
- الفرع الأول: حدود سلطة الحاكم في المجال التشريعي ١٣٨
- أولاً: السلطة التشريعية في عصر النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) ١٤٠
- ثانياً: السلطة التشريعية في زمن الأئمة (عليهم السلام) ١٤٠
- ثالثاً: السلطة التشريعية في زمن غيبة المعصوم (عليه السلام) ١٤١
- الفرع الثاني: حدود سلطة الحاكم في المجال التنفيذي..... ١٤٣
- أولاً: السلطة التنفيذية في زمن النبي (صلى الله عليه وآله)..... ١٤٥

- ثانياً: السّطة التنفيذية في زمن الأئمة المعصومين (عليهم السلام)..... ١٤٦
- ثالثاً: السّطة التنفيذية في زمن غيبة المعصومين (عليهم السلام)..... ١٤٧
- رابعاً: حدود صلاحية الخليفة عند فقهاء غير الإمامية..... ١٥٠
- الفرع الثالث: حدود سلطة الحاكم الشرعي في المجال القضائي..... ١٥٤
- المطلب الثاني: حدود سلطة الحاكم في الدولة الديمقراطية..... ١٥٦
- الفرع الأول: حدود سلطة الحاكم..... ١٥٦
- النظرية الأولى: نظرية القانون الطبيعي..... ١٥٦
- النظرية الثانية: نظرية الحقوق الفردية..... ١٥٦
- النظرية الثالثة: نظرية التحديد الذاتي للسيادة..... ١٥٧
- النظرية الرابعة: نظرية التضامن الاجتماعي..... ١٥٩
- الفرع الثاني: سلطة الحاكم في الهيئات الثلاث..... ١٦١
- أولاً: حدود سلطة الحاكم في الهيئة التشريعية..... ١٦١
- ثانياً: سلطة الحاكم في السّطة التنفيذية..... ١٦٢
- ثالثاً: السّطة القضائية ووظيفتها..... ١٦٣
- المبحث الثاني: سلطة الحاكم في تقييد حقوق الأفراد في الشريعة والقانون..... ١٦٥
- المطلب الأول: تقييد استعمال الحق في الشريعة الإسلامية..... ١٦٦
- الفرع الأول: رأي فقهاء المذاهب في نظرية المضارة..... ١٦٦
- الفرع الثاني: تأصيل نظرية المضارة في استعمال الحق..... ١٦٩
- المطلب الثاني: معايير نظرية المضارة ونطاقها والجزاء المترتب عليها..... ١٧٤
- الفرع الأول: معايير النظرية..... ١٧٤
- أولاً: المعيار الذاتي..... ١٧٤
- ثانياً: المعيار الموضوعي..... ١٧٦
- الفرع الثاني: نطاق نظرية المضارة في استعمال الحق..... ١٧٩
- الفرع الثالث: الجزاء المترتب على الضرر بالآخر في الشريعة الإسلامية..... ١٨٢
- الفرع الرابع: الأسس التي يبتني عليها تقييد الحق..... ١٨٤
- الأساس الأول: المصالح معتبرة في الأحكام..... ١٨٤
- الأساس الثاني: مبدأ التكافل الاجتماعي..... ١٨٤

الأساس الثالث: الخلافة الإنسانية في الأرض	١٨٦
الأساس الرابع: الوظيفة الاجتماعية للمال	١٨٦
الأساس الخامس: العدل	١٨٦
الأساس السادس: البعد الأخلاقي	١٨٧
المطلب الثالث: سلطة الإدارة في تقييد حقوق الأفراد في القانون	١٨٩
الفرع الأول: مفهوم الضبط الإداري	١٨٩
الفرع الثاني: أنواع الضبط الإداري	١٩٠
أولاً: الضبط الإداري العام	١٩١
ثانياً: الضبط الإداري الخاص	١٩١
الفرع الثالث: أهداف الضبط الإداري ووسائله	١٩٢
أولاً: أهداف الضبط الإداري	١٩٢
١- الأهداف التقليدية للضبط الإداري	١٩٣
أ- الأمن العام	١٩٣
ب- الصحة العامة	١٩٤
ت- السكنية العامة	١٩٤
٢- الأهداف الحديثة للضبط الإداري	١٩٤
أ- المحافظة على الأخلاق والآداب العامة	١٩٤
ب- حماية البيئة	١٩٥
ت- حماية النظام السياسي	١٩٦
ثانياً: وسائل الضبط الإداري	١٩٧
أولاً: الوسائل البشرية	١٩٧
ثانياً: الوسائل القانونية	١٩٧
الفرع الرابع: حدود الضبط الإداري في الظروف العادية والاستثنائية	٢٠٠
أولاً: حدود الضبط في الظروف العادية:	٢٠٠
ثانياً: حدود الضبط في الظروف الاستثنائية	٢٠١
الفصل الرابع: تطبيقات سلطة الحاكم في تقييد الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون	٢٠٣

- المبحث الأول: تطبيقات سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الشخصية في الشريعة. ٢٠٧
- المطلب الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق الملكية. ٢٠٧
- الفرع الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق تملك الأرض الموات بالإحياء. ٢١٠
- الفرع الثاني: سلطة الحاكم في نزع الملكية الخاصة. ٢١٥
- الفرع الثالث: النقطة الأولى: صور نزع الملكية الخاصة من قبل السلطان لمصلحة عامة. . ٢١٩
- الفرع الثالث: النقطة الثانية: صور نزع الملكية مراعاة لمصلحة خاصة جديدة بالاعتبار ٢٢١
- الفرع الثالث: سلطة الحاكم على بيع أموال المدين المفلس والحجر عليه. ٢٢٨
- الفرع الرابع: سلطة الحاكم في منع الاحتكار. ٢٣٢
- المطلب الثاني: تطبيقات سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الفردية الأخرى. ٢٣٧
- الفرع الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق تأديب الزوجة:..... ٢٣٧
- الفرع الثاني: سلطة الحاكم في تقييد حق الحياة للفرد..... ٢٤٠
- الفرع الثالث: سلطة الحاكم في تقييد الحق في حرية التنقل ٢٤٢
- الفرع الرابع: سلطة الحاكم في تقييد الحق في حرية العقيدة ٢٤٣
- الفرع الخامس: سلطة الحاكم في تقييد الحق في الخصوصية الشخصية..... ٢٤٦
- الفرع السادس: سلطة الحاكم في تقييد حق العمل..... ٢٤٨.
- المطلب الثالث: سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الفردية في القانون ٢٤٩
- الفرع الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق الحياة..... ٢٥٠
- الفرع الثاني: سلطة الحاكم في تقييد حق الأمن..... ٢٥٥
- الفرع الثالث سلطة الحاكم في تقييد الحق في الخصوصية..... ٢٥٦
- أولاً: حرمة المسكن..... ٢٥٦
- ثانياً: الحق في سرية المراسلات..... ٢٥٨
- الفرع الرابع: سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الاقتصادية..... ٢٦٠
- أولاً: حق الملكية الخاصة..... ٢٦٠
- ثانياً: سلطة الحاكم في تقييد حق العمل..... ٢٦٢
- الفرع الخامس: سلطة الحاكم في تقييد الحقوق السياسية..... ٢٦٣.
- حق الانتخاب والترشيح..... ٢٦٣
- الفرع السادس: سلطة الحاكم في تقييد حق التنقل..... ٢٦٤

٢٦٦	الفرع السابع: سلطة الحاكم في تقييد حق المحاكمة العادلة
٢٧١-٢٦٩	الخاتمة
٢٩٥-٢٧٢	المصادر والمراجع

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي خلق الإنسان وجعله خليفته في الأرض وأمره بعدم اتباع الهوى والمحافظة على حقوق الآخرين، ونهاه عن الفساد في الأرض، والصلاة والسلام على المبعوث بالشرية السمحاء محمد وآل بيته المعصومين، أعلام الهدى، وبيارق الحق، أولياء الله في بريته، وبقية رسوله في أمته وعلى أصحابه المنتجبين.

أما بعد ... فما وقع محلاً للبحث قديماً وحديثاً، هو معالم فكرة الحق وما طبيعته في الشريعة وهل الحق مطلق أو مقيد؟ ويتفرع من هذا السؤال أسئلة أخرى من قبيل ان كان مقيداً فما المبادئ التي تقيده؟ وما الصفات التي تسبغ على الحق سواء أكانت خلقية أم اجتماعية؟ وكيفية استعمال الحق بما يوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع والجماعة، أو بين مصلحة فرد ومصلحة فرد آخر تكون إحداها أولى من الأخرى ومن ثمَّ هل للحاكم سلطة على تقييد هذا الحق؟

والمقصود من الصفة الاجتماعية للحق، تلك الصفة التي تجعل محور التشريع الإسلامي هو مصلحة الجماعة، لا مصلحة الفرد بصرف النظر عن مصلحة الجماعة، مع الإقرار بالحق الفردي، مثلما اقرت الشريعة بحق الجماعة، ومن هنا كانت غايتها مزدوجة، ترعى حقوق الفرد ومصلحته وترعى حقوق الجماعة ومصلحتها، فإن حدث تعارض بينهما وضعت قواعد، تحل بها ذلك التعارض بحسب ما يقضي به العدل.

وبهذا ستتبين سلطة الحاكم في تقييد استعمال الحق، مستنبطة من كلام الله (عز وجل)، والسنة المطهرة، وكلام أئمة الفقه الإسلامي في مختلف المذاهب،

مما يكشف عن وجود هذه السلطة للحاكم في الشريعة الإسلامية منذ ان بزغ نورها على البشرية قبل أربعة عشر قرناً.

وللارتباط الوثيق بين سلطة الحاكم في تقييد استعمال الحق بالحق نفسه، من حيث طبيعة الحق، ومدى استعماله، وأنواعه، ومنشؤه، تناولنا موضوع الحق.

ونحاول من خلال التعرف على سلطة الحاكم على تقييد استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية، مقارنة ذلك بما توصلت اليه القوانين والتشريعات الوضعية، في مطلع هذا القرن، والتي حاولت التوفيق والتوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع.

ولا بد من الإشارة إلى أن المقصود هنا من الحق الشخصي هو الحق الفردي في الفقه الإسلامي، في قبال الحق الجماعي، لا الحق الشخصي بالمفهوم القانوني، الذي هو رابطة ما بين شخصين: دائن ومدين، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء^١.

والذي شجعتني على اختيار هذا الموضوع للأطروحة، ضرورة اظهار ما تنطوي عليه الشريعة الإسلامية من نظريات مبنوثة في بطون الكتب، إذ لا يخفى ان وظيفة الفقيه بيان مرادات الشارع للناس، واجابته عن الأحكام الشرعية بعد استنباطها من مصادرها، وقد اختلفت طرق البيان وتعددت من فقيه إلى آخر ومن مدرسة إلى أخرى، وتجددت من زمان إلى زمان، وكانت هناك مؤثرات ومتغيرات عدة توجه هذا التغير من اختلاف الزمان والمكان، ودواعي الحاجة، واختلاف طبائع الفقهاء أنفسهم، واختلاف المذاهب وأصولها، وقيام علوم فقهية لضبط المجال الفقهي الواسع من مثل القواعد والفروق الفقهية وغيرها، ولما كان علم الفقه علماً متجدداً بطبعه ظهرت أساليب وطرق جديدة في بيان الأحكام الشرعية وعرضها لم تكن

١- ينظر: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٢.

موجودة في السابق، ولاسيما في هذا العصر الذي يشهد ثورة معرفية في جميع مجالات العلوم، ومن هنا كانت الحاجة داعية لدراسة سلطة الحاكم في تقييد الحق الشخصي وتحريم الكلام فيها.

والهدف من وراء الأطروحة ما يلي:

١- كتابة بحث علمي قائم على أسس علمية ومنهجية.

٢- الوصول إلى نتيجة موضوعية في المسألة محل البحث باستعمال أدوات البحث العلمي.

٣- أغناء المكتبة الإسلامية بمثل هذه البحوث.

أما سابقة البحث فكانت فكرة الحق موجودة بصورة منتشرة في أبواب الفقه، ولكن هناك من علماء المسلمين من ألف في هذا الموضوع نشير إلى أبرزهم:

١- الدريني، فتحي عبد القادر (ت: ١٤٣٤هـ = ٢٠١٣م)، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده.

٢- الدريني، فتحي عبد القادر، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

٣- اليزدي، محمد تقي مصباح، النظرة الحقوقية في الإسلام.

٤- العمري، إسماعيل، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون.

٥- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي.

ومن حيث المنهجية فهذا البحث يتمتع بأمور تجديدية وإبداعية سواء أكانت من إذ الشكل أم من حيث المحتوى، فمن حيث الشكل اتبعنا تبويباً خاصاً مناسباً للبحث وفصلنا النقاط عن بعضها لكيلا تتداخل فيما بينها، وأما من حيث المحتوى فإنه بحث اشتمل على رأي الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري الوضعي.

والأسلوب الذي اعتمده في البحث هو الأسلوب التوصيفي التحليلي، فبعد جمع المعلومات وفرزها والوصول إلى النافع منها لمحل البحث، أجريت توصيفاً لكثير من هذه المعلومات ثم وقفت عند هذه المعلومات، فحللتها، وبينت الموقف منها، والإفادة المطلوبة منها.

وبعد هذا التحليل المدعم بالأدلة ظهرت سلطة الحاكم في تقييد استعمال الحق، واضحة المعايير، بينة الأصول، مستمدة من الكتاب والسنة، شاملة لكل أنواع الحقوق والحريات.

وأما المعلومات فقد اعتمدت في جمعها على مراجعة الكتب المختلفة الموجودة في المكتبات الخاصة والعامة.

وختاماً أرجو أن يُقدم هذا البحث خدمة لطلاب المعرفة، والله ولي التوفيق.

الفصل الأول

السلطة والحاكم والحق في الشريعة والقانون

✦ المبحث الأول: ماهية السلطة وتأصيلها في المنظور الإسلامي والقانوني.

✦ المبحث الثاني: مفهوم الحاكم ومصطلحاته وشروطه في الشريعة والقانون.

✦ المبحث الثالث: الحق، ماهيته وأنواعه ومنشؤه.

يتناول هذا الفصل دراسة الجانب النظري للسلطة السياسية، بالتطرق إلى ماهيتها بصفة عامة، ونشأتها، وضرورة وجودها، وشرعيتها، وأهم الخصائص التي تتميز بها، والشروط التي ينبغي توافرها في الشخص الذي يمارس السلطة، والفصل بين السلطات، وموقف المشرع الإسلامي منها وحاجة النظام الإسلامي إليها، ويبحث أيضاً مفهوم الحق وأنواعه في الفقه والقانون فيكون الكلام في مبحثين.

المبحث الأول: ماهية السلطة وخصائصها وأهدافها في المنظور الإسلامي والقانوني

لما كان تصور الشيء شرطاً للحكم عليه فإنه من المهم بمكان التعرف على ماهية السلطة، كونها أحد محاور الأطروحة؛ لذا وجب التعريف بها وتأصيلها في التشريع الإسلامي والقانوني فكان الكلام فيها بمطلبين:

المطلب الأول: السلطة مفهومها وضرورتها وأهدافها في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: مفهوم السلطة

تعد السلطة ظاهرة طبيعية في حياة الإنسان، تبدأ من الطفل الرضيع فالمدرسة وكلما كبر الفرد شعر بوجود سلطة ما في كل مكان من هذا المجتمع، فالأب له سلطة على أولاده والمدير على موظفيه، وما يهمننا في هذا الصدد هي السلطة السياسية، التي لا بد منها لتصريف أعمال الحكومات، إلا أنه يجدر بنا أن نعرف بها لغة كي يتسنى لنا الولوج في المعنى الاصطلاحي.

أولاً: السلطة لغة: أصل هذه الكلمة من (س ل ط) وهي القوة^١ والتمكن من القهر^٢ وقُدْرَةُ الملك^٣، وسمي السُّلْطَانُ سلطاناً؛ لقدرته ومملكه، وعبر عنها بالحجة ولذلك قيل للأمرء سلاطين؛ لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق، قال تعالى: (وَمَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِمْ مِنْ سُلْطَانٍ)^٤، أي ما كان لإبليس عليهم من حجة^٥.

وقيل: أن السلطان مشتق من السليط^٦، وفي حديث ابن عباس: ((رأيت علياً وكأن عينيه سراجاً سليطاً))^٧، وقد يكون ذلك التشبيه؛ لأنه (عليه السلام) يضيء بعدله وتدبيره على رعيته كما يضيء السليط بنوره، أو من باب المبالغة في نورانية أمير المؤمنين (عليه السلام).

ويتضح مما تقدم أن هناك أربعة معانٍ اشتقت منها كلمة (سلطان)، وهي:

- ١- الحجة والبرهان وقيل للأمرء سلاطين؛ لأنهم الذين تقام بهم الحجة.
- ٢- الشدة والسطوة، وسمي الوالي سلطاناً؛ لما يتمتع به من حدة وسطوة.
- ٣- القدرة والسيطرة.

٤- السليط، وهو ما يضاء به، والسلطان، من قبيل المصباح التي تضاء الأرض به، ويستتير به الناس.

١- ينظر: ابن فارس، أحمد بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، مادة (سلط)، مكتب الإعلام الإسلامي، قم، ط١، ١٤٠٤هـ، ٩٥/٣.

٢- ينظر: الأصفهاني، حسين بن محمد (ت: ٥٠٢هـ)، مفردات ألفاظ القرآن، مادة (سلط)، دار القلم، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ، ٤٢٠.

٣- ينظر: ابن منظور، محمد بن مكرم (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، مادة (سلط)، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ٣٢١/٧.

٤- سيأ: ٢١.

٥- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (سلط)، ٣٢١/٧.

٦- السليط ما يضاء به (دهن الزيت) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (سلط)، ٣٢١/٧.

٧- الجزري، ابن الأثير، (ت: ٦٣٠هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تح: علي بن حسن بن علي الحلبي، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢١هـ، ٤٤٠.

ثانياً: السلطة اصطلاحاً

كانت ظاهرة السلطة وخصوصاً السلطة السياسية موضع عناية واهتمام المفكرين والفلاسفة، لكن مع ذلك لا يوجد تعريف لماهية السلطة يتفق عليه الجميع؛ لذلك فإن تشخيص ماهية السلطة ووظائفها يختلف من باحث إلى آخر باختلاف منطلقاته النظرية أو الأيدلوجية، وباختلاف الجهة التي ينظر بوساطتها إلى السلطة وصعوبة تحديد مفهوم السلطة متأثراً من كون السلطة قد مرت بمراحل في تطورها بدءاً من العنف الناجم عن إرادة السيطرة على الآخر، إلى عمل اقناعي لزج المواطن في عمل جماعي مشترك، فعرفها بعضهم بأنها: ((قوة ارغام مادية))^١ والسلطة بمعناها الواسع هي نوع من أنواع القوة، فهي الوسيلة التي يستطيع بها شخص ما أن يؤثر في سلوك فرد آخر في المجتمع، ومصطلح السلطة بهذا التركيب لم يُعرف في الفقه الإسلامي، ولكن عرف مضمونه، فمضمون السلطة هو السيطرة والقدرة والقوة التي يتمتع بها صاحب الولاية العامة وهو الإمام، لاستعمال الحق فلا قيمة للحق إذا لم يكن لصاحبه سلطة استعماله والتمتع به بنحو ما قرره الشارع وفي حدود ما رسمه لاستعمالها^٢، وهذه القدرة شرعت في الشريعة الإسلامية للإمام، بل إن الفقه الإسلامي اسبق إلى التشريع من فقهاء القانون الدستوري.

السلطة في الاستعمال القرآني وفي السنة الشريفة وفي اصطلاح الفقهاء

١- السلطة في الاستعمال القرآني

بالرغم من عدم ورود كلمة (السلطة) في القرآن الكريم، لكن ورد بعض مشتقات الفعل (سلط) في القرآن الكريم، فوردت كلمة (سَلَطَ) في قوله تعالى: ﴿وَلَوْ

١- الشاوي، منذر، القانون الدستوري (نظرية الدولة)، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١م،

٦٣-٦٢.

٢- ينظر: الأسدي، محمد علي هاشم، السلطة القضائية تنظيمها واستقلالها في الشريعة الإسلامية،

١١، ٢٠٠٨م، ١١.

شَاءَ اللَّهُ لَسَلَطَهُمْ عَلَيْكُمْ^١، وكلمة (يُسَلِّطُ) في الآية القرآنية الكريمة: ﴿وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَن يَشَاءُ﴾^٢، على حين وردت كلمة سلطان في سبعة وثلاثين موطناً بصيغة الاسم، مثل قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ أَخَافُ مَا أَشْرَكْتُمْ وَلَا تَخَافُونَ أَنَّكُمْ أَشْرَكْتُم بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا﴾^٣، وبناءً على ما قاله المفسرون يمكن القول إن السلطان في القرآن الكريم له معنيان رئيسيان:

المعنى الأول: سلطان القدرة، والمعنى الثاني: سلطان الحجة.

المعنى الأول: التسلط والقدرة القاهرة والقوة الغالبة أي السيطرة، فقد درج المفسرون على تفسير كلمة سلطان بالحجة، مع تفسيرها بالقدرة والقوة، فمن المواطن التي فسروها بالقوة:

١- قوله تعالى: ﴿وَقُلْ رَبِّ أَدْخِلْنِي مُدْخَلَ صِدْقٍ وَأَخْرِجْنِي مُخْرَجَ صِدْقٍ وَاجْعَلْ لِي مِّنْ لَّدُنكَ سُلْطَانًا نَّصِيرًا﴾^٤، قال الطبري: ((اختلف أهل التأويل في تأويل ذلك، فقال بعضهم: معنى ذلك: واجعل لي ملكاً ناصرًا ينصرني على من ناوأني، وعزاً أقيم به دينك، وأدفع به عنه من أراد به بسوء... وقال آخرون بل عني بذلك حجة بينة))^٥، ثم عد القول الأول أولى القولين، وقال الزمخشري: ((غلبة وتسلطاً، أو حجة واضحة))^٦.

٢- قوله تعالى: ﴿يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنسِ إِنِ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ تَنْفُذُوا مِنْ أَقْطَارِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ فَانفُذُوا ۚ لَا تَنْفُذُونَ إِلَّا بِسُلْطَانٍ﴾^٧، أي بقوة تستطيعون بها السيطرة

١- النساء: ٩٠.

٢- الحشر: ٦.

٣- الأنعام: ٨١.

٤- الإسراء: ٨٠.

٥- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ=١٩٩٥م، ١٥/١٨٨.

٦- الكشاف، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٠٧هـ، ٣/٤١٠.

٧- الرحمن: ٣٣.

على قوانين السماء والأرض، قال الزمخشري: ((يعني بقوة وقهر وغلبة))^١، وقال الرازي: ((أي ما تتفدون ولا تتفدون إلا بقوة))^٢.

وهذا المعنى موافق للمعنى اللغوي من حيث كون القوة والقدرة هي أبرز مظاهر السُّلطة.

المعنى الثاني: الحجة القوية والقاطعة والبرهان مثل قوله تعالى: ﴿إِنْ عِنْدَكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ بِهَذَا أَتَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾^٣، وقوله: ﴿وَأَتَيْنَا مُوسَى سُلْطَانًا مَبِينًا﴾^٤.

قال الرازي: ((... عطف عليهم بالإنكار والتوبيخ فقال: ﴿إِنْ عِنْدَكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ بِهَذَا﴾^٥ منبهاً بهذا على أنه لا حجة عندهم في ذلك البتة))^٦.

وقال الطباطبائي في تفسيره للآية الكريمة السابقة: ((قوله: ﴿إِنْ عِنْدَكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ﴾ أي برهان بهذا))^٧.

فتدل أقوال المفسرين السابقة على أن لفظ (السلطان) ورد في القرآن الكريم بمعنى القوة والحجة والبرهان.

٢- السُّلطة في السنة الشريفة: تكرر لفظ السلطان كثيراً بمعنى الإمام، فضلا عن معنى الحجة والبيت، فمن ذلك:

-
- ١- الكشاف، ٤/٤٤٩.
 - ٢- التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٠هـ، ٢٩/٣٦٢.
 - ٣- يونس: ٦٨.
 - ٤- النساء: ١٥٣.
 - ٥- يونس: ٦٨.
 - ٦- مفاتيح الغيب، ٧/٢٨١.
 - ٧- الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، ط٥، ١٤١٧هـ، ١٠/٩٥.

١- ما ورد في حديث الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله): ((السلطان ولي من لا ولي له))^١.

والمراد بالسلطان هنا الإمام، وقيل القاضي وعليه عامة الجمهور^٢.

٢- قوله (صلى الله عليه وآله): ((من خرج عن السلطان شبراً مات ميتة جاهلية))^٣.

والسلطان هنا ظاهر في أنه بمعنى الإمام، وقد أُطلق لقب السلطان على الوالي الذي لا والي فوقه^٤، وأطلقه بعضهم على من تحت سلطته ملوك^٥، فيكون السلطان في السنة الشريفة بمعنى صاحب السلطة العليا في الدولة الإسلامية.

٣- عن أبي مسعود، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم: ((لا تؤمّن الرجل في أهله ولا في سلطانه، إلا أن يأذن لك))^٦، ومعنى الحديث: أن صاحب البيت والمجلس وإمام المجلس أحق من غيره بإمامة الصلاة. وإن كان

١- سنن الترمذي، حكم أحاديثه وآثاره محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ٢٥٩، ورواه أيضا الكاشاني، محمد بن محسن (ت: ١٠٩١هـ)، الوافي، مكتبة أمير المؤمنين (عليه السلام)، أصفهان، ط١، ١٤٠٦هـ، ٣٠١/١٧.

٢- ينظر: المقدسي، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد (ت: ٦٢٠هـ)، المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد حلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط٣، ١٩٩٧م، ٣٦١/٩.

٣- صحيح البخاري، تح: وزارة الأوقاف، مصر، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، لجنة إحياء كتب السنة، ط٢، ١٤١٠هـ، ٨/١١.

٤- ينظر: النابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود (ت: ٧٨٦هـ)، شرح العناية على الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٦/٢.

٥- ينظر: السيوطي، جلال الدين (ت: ٩١١هـ)، حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٧٦م، ١٢٥/٢.

٦- صحيح مسلم، تص: عبد الباقي، محمد فؤاد، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٢هـ، ٤٦٥/١.

الضيف أفقه وأقرأ وأورع وأفضل منه، فإن شاء تقدم وإن شاء قدم من يريده^١، فيكون معنى السلطان هنا بيته^٢.

٤- قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم) بسنده عن ابن عباس ((إِنَّ صَاحِبَ الدِّينِ لَهُ سُلْطَانٌ عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يَفْضِيَهُ))^٣، والسلطان هنا ظاهر أنه بمعنى الحجة.

٥- قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم): ((أَفْضَلُ الْجِهَادِ، كَلِمَةُ عَدْلِ عِنْدَ سُلْطَانٍ جَائِرٍ))^٤.

ومما ورد عن السلطان ما روي عن الإمام عليّ (عليه السلام) قوله: ((مَنْ أَثَرَ رِضًا رَبِّ قَادِرٍ فَلْيَتَكَلَّمْ بِكَلِمَةِ عَدْلِ عِنْدَ سُلْطَانٍ جَائِرٍ))^٥.
والمراد من السلطان في كلام الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله) والإمام عليّ (عليه السلام) من تسيّد على الأمة وتولى شؤونها^٦.

٣- السلطة في الاصطلاح الفقهي: عبر الفقهاء عن السلطة بلفظ الولاية، وهما عندهم بمعنى واحد، ويؤكد ذلك استعمال اللفظتين مترادفتين في مواطن عدة من كتبهم^٧، وهم يكتثرون من وصف الوالي بالسلطان، يقول الشافعي: ((إذا دخل الوالي البلد

١- ينظر: صحيح مسلم، ١/٤٦٥.

٢- ينظر: البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد (ت: ٥١٦هـ)، شرح السنة، تح: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ=١٩٨٣م، ٣/٣٩٧.

٣- القزويني، محمد بن ماجه (ت: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجه، تح: بشار عواد المعروف، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ، ٤/٧٩.

٤- م. ن، ٥/٤٨٦.

٥- الليثي، علي بن محمد، (ت: القرن السادس الهجري)، عيون الحكم والمواعظ، تح وتص: حسين الحسيني البيرجندي، دار الحديث، قم، ط ١، ١٤١٨هـ، ٤٦٣.

٦- ينظر: ابن قاريغدي، محمد حسين (ت: ١٠٨٩هـ)، البضاغة المزجاة، تح: حميد أحمددي جلفائي، دار الحديث، إيران، قم، ط ١، ١٤٢٩هـ، ٢/٣٠٤.

٧- ينظر: الرافي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم (ت: ٦٢٣هـ)، فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١،

يليه فاجتمع وغيره في ولايته فالوالي أحق بالإمامة ولا يتقدم أحد ذا سلطان في سلطانه في مكتوبة ولا نافلة ولا عيد، ويروى أن ذا السلطان أحق بالصلاة في سلطانه))^١، فعبر عنه تارة بالوالي وأخرى بالسلطان؛ ولأجل استغناؤهم بالولاية عن السلطة اتجهوا إلى تعريف الولاية دون السلطة، فممن عرف الولاية:

١- الجرجاني أنها: ((تنفيذ القول على الغير، شاء الغير أو أبي))^٢.

٢- النائيني أنها: ((عبارة عن الرئاسة على الناس في أمور دينهم ودنياهم ومعاشهم ومعادهم))^٣.

٣- الزحيلي أنها: ((القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد))^٤.

ويلحظ أن التعريفات الثلاثة متفقة في المراد وإن تباينت في الألفاظ.

الفرع الثاني: ضرورة السلطة

السلطة، تلك الظاهرة التي تبدأ مع بداية نشوء أي تنظيم اجتماعي؛ فالإنسان اجتماعي في فطرته المركوزة في نفسه، وهو لا يستطيع أن يعيش بعيداً عن البشر، ومن ثمَّ كان لزاماً عليه أن يجتمع ويتعاون معهم؛ لأن للناس حاجات كثيرة لا يمكن إشباعها إلا حين يكمل بعضهم بعضاً، وبالرغم من كون اجتماع الناس ضرورياً، إلا أنه قد يؤدي إلى التصادم بين أفراد المجتمع؛ لأن هذا الاجتماع يكشف عن تناقض بين ما يشعر به الفرد من الطبيعة الفردية، التي تريد أن تتحلل

١٤١٧=١٩٩٧م، ٥٤٢/٧. وينظر: الشافعي، تقي الدين بن محمد (ت: ٨٢٩ هـ)، كفاية الأخيار في حل

غاية الاختصار، تح: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢هـ=٢٠٠١م، ٤٧٣.

١- ينظر: الشافعي، محمد بن إدريس (ت: ٢٠٤ هـ)، الأم، تح: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ج. م. ع، المنصورة، ط١، ١٤٢٢هـ=٢٠٠١م، ٢/٢٩٨.

٢- معجم التعريفات، تح: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة، ٢١٣.

٣- المكاسب والبيع، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط٢، ١٤١٣هـ، ٢/٣٣٣.

٤- الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع، دمشق، سورية، ط٢، ١٤٠٥هـ/١٨٦.

من قيود الجماعة التي تجعل منه كائناً ذا طبيعة جماعية خاضعا لإرادتها، فلو خلت الجماعة من القدرة على تنظيم هذا الاختلاف لأتجه كل فرد إلى فعل ما يريد، وانتشرت الفوضى في المجتمع، وإذا حدث هذا فالبلاء سيعم على الفرد والمجتمع، ولأن أسباب الظلم قائمة بين الناس، ولا يمكن تخلفها، فهي من الغرائز البشرية؛ لذا احتجنا إلى قدرة أو قوة عليا تهيمن على تناقضات أفراد المجتمع واختلافاتهم، وهذه القدرة والقوة العليا هي السلطة السياسية، فيكون هنالك تلازم بين الجماعة والسلطة، فلا قيام لسلطة من دون المجتمع، ولا لمجتمع من دون سلطة.

وبما أن الإسلام قد كون الأمة الإسلامية، فلا بد أن يحكم ويرسم علاقاتها على مستوى الأفراد والجماعة بوساطة الإدارة لسلطة الدولة وعمل الحكومة فيها، فاتسمت الشريعة بالشمولية في إدارة الدولة باعتماد كتاب الله المجيد، الذي وصفه الله تعالى أنه: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾^١.

ولقد ترسخت فكرة السلطة في النظام الإسلامي من خلال قيادة النبي الأكرم محمد (صلى الله عليه وآله) بوصفه نبياً مرسلًا وولياً عاماً على المؤمنين، فكانت تلك القيادة أول صورة منظمة للسلطة السياسية خاضعة للشريعة الإسلامية وأحكامها، ولقيم الإسلام، وحتى لا يتحول القائم على السلطة إلى الاستبداد والطغيان، أتى التحذير القرآني للرسول الأكرم فما دونه من القيادات، قال تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾^٢، فضلاً عن ضرورة الالتزام بالأحكام الشرعية من جهة المحكومين، فقال

١- النحل: ٨٩.

٢- ص: ٢٦.

تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾^١.

ويتضح مما تقدم أنّ السلطة في الشريعة الإسلامية، سلطة ملتزمة بأحكام الشارع المقدس، وتخضع للشريعة بشكل كامل، بحيث لا يبقى مجال لأهواء القائم على السلطة.

واهتمت الشريعة الإسلامية بتقرير العلاقة بين الفرد والسلطة، وبيان قواعدها للناس، عملياً ونظرياً، فأقام (صلى الله عليه وآله) دولة المدينة بعد الهجرة، ومارس الحكم فيها بنفسه، ووضع بذلك القواعد والأسس العامة لنظام الحكم في الإسلام، ورأينا نصوصاً نبوية، تتحدث عن هذه العلاقة بألفاظ منها: الإمامة، والإمارة، والبيعة وغيرها.

وتوفى رسول الله (صلى الله عليه وآله) وقد أبان لأمته هذا الجانب المهم من جوانب الشريعة؛ وبناء على ذلك أكد علماء الإسلام من قديم أنّ الدين والمُلك متلازمان؛ وذلك لأن الإسلام دين ودولة، وأنه لا يستقيم الدين بلا دولة ولا دولة بلا دين. قال الغزالي: ((إنّ السلطان ضروري في نظام الدين ونظام الدنيا، ونظام الدنيا ضروري في نظام الدين، ونظام الدين ضروري في الفوز بسعادة الآخرة))^٢.

الفرع الثالث: أهداف السلطة في الشريعة

السلطة من نظر الشرع وسيلة لا غاية يستعملها الحاكم لتحقيق الأهداف المرسومة له من قبل الشريعة.

وتتلخص أهداف الحكومة الإسلامية في الآتي:

١- النساء: ٦٥.

٢- الاقتصاد في الاعتقاد، تح: د. إنصاف رمضان، دار فتنية، ط ١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م، ١٧٠.

الهدف الأول: ترسيخ عقيدة توحيد الله سبحانه والابتعاد عن كل أنواع الانحراف والشرك، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ بَعَثْنَا فِي كُلِّ أُمَّةٍ رَسُولًا أَنِ اعْبُدُوا اللَّهَ وَاجْتَنِبُوا الطَّاغُوتَ﴾^١.

الهدف الثاني: نشر الأحكام الشرعية التي أرادها الله تعالى للبشر وإقامة أحكام الله وحدوده، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ﴾^٢، ونشر الأخلاق وتهذيب النفس وتركيتها.

الهدف الثالث: العدل والقسط بين أفراد المجتمع، من أهم المبادئ الرئيسية في الحكومة الإسلامية، وعليه بنت الشريعة الإسلامية بنيانها وفرعت أحكامها، ويعد من أهم الأصول فيها، قال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾^٣، ومن الواضح والمسلم أن إقامة القسط رهن بمعرفة الناس للعدالة في جميع الأبعاد والمجالات، ويتوقف أيضاً على أن يقوموا بتحقيق ذلك من طريق الحكومة الإلهية المتمثلة بالأنبياء والرسل، إذ إن الهدف السامي للنبوّة إنما هو قيام الناس بالقسط^٤.

يقول الشيخ المنتظري عند ذكره أهم غايات الدولة الإسلامية: ((إن الحكومة الإسلامية إنما شرعت لتنفيذ أحكام الإسلام وإقامة العدل في الأمة، كما يشهد بذلك صحيحة زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام) فإنه بعد ما حكم ببناء الإسلام على خمس، وسئل عن أفضلها قال: الولاية أفضل؛ لأنها مفتاحهنّ، والوالي هو الدليل عليهن))^٥.

١- النحل: ٣٦.

٢- الحج: ٤١.

٣- الحديد: ٢٥.

٤- ينظر: الداماد، محمد ابن السيد جعفر (ت: ١٣٨٨هـ)، كتاب الحج، مطبعة إسماعيليان، إيران، قم، ٢١.

٥- دراسات في ولاية الفقيه، الدار الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط٢، ١٤٠٩هـ=١٩٨٨م،

الهدف الرابع: حل الخصومات والنزاعات بين أفراد المجتمع، قال سبحانه وتعالى: ﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ﴾^١، والاختلاف بين الناس أمر طبيعي؛ لأن حياة الإنسان اجتماعية وهي قائمة على التبادل والشركة والمعاوضة وما إلى ذلك.

والقضاء هو وسيلة إقامة العدل، لذا اهتمت به الشريعة وأولته أهمية قصوى، بل وفرت له من الأحكام ما يجعله سلطة مستقلة، ولا يمكن فصل الخصومة وإقامة السلم والأمن العالمي إلا بالتحكيم؛ لأن إقامة العدل والأمن العالمي لا يكون إلا به^٢.

فالهدف من الحكومة أو السلطة عند الحاكم الشرعي إصلاح دين أفراد المجتمع الذي متى ما فاتهم خسروا خسراناً مبيناً، ولن تتفهم الحياة الدنيا، وإصلاح ما يقوم الدين به من أمر الدنيا، وهو ثلاثة أنواع بنظر الشارع، توزيع المال على مستحقيه، وعقوبات المعتدين، واستعمال الأصلح، تشير الآية الكريمة إلى كل ذلك قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^٣، وكل هذه الأنواع الثلاثة التي هي من إقامة أمر الدنيا والتي لا يقوم الدين إلا بها موكولة إلى الحاكم.

قال الشيخ مكارم الشيرازي في تفسير الآية السابقة: ((إن هذين القانونين المهمين "حفظ الأمانة، والعدالة في الحكم والحكومة" يمثلان قاعدة المجتمع الإنساني السليم، ولا يستقيم أمر مجتمع، سواء كان مادياً أو إلهياً من دون تنفيذ وإجراء هذين الأصلين))^٤.

١- البقرة: ٢١٣.

٢- ينظر: الأردبيلي، عبد الكريم الموسوي، فقه القضاء، مؤسسة النشر لجامعة المفيد، قم، إيران، ط٢، ١٤٢٣هـ، ٩/١.

٣- النساء: ٥٨.

٤- الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، منشورات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام)، قم، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٨٢/٣.

المطلب الثاني: خصائص السلطة ومشروعيتها في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: خصائص السلطة في الشريعة

مما سبق من تعريف السلطة في القرآن الكريم والسنة الشريفة ومنه قول الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ... يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^١، يمكن اعتبار السلطة في النظام الإسلامي معنى خاصاً للسلطة، وهي تختلف بحسب خصائصها المنظمة في هذا التشريع الإلهي، وأهم هذه الخصائص:

- ١- أن هذه السلطة لها مصدر واحد وثابت ودائم وهو الله عز وجل.
- ٢- أن التشريع في هذه السلطة مستمد من مصدر ثابت أيضاً، وهو الشريعة الإسلامية.

- ٣- صاحب الحق في ممارسة السلطة التشريعية والتنفيذية هو الإمام فقط في زمن الحضور، وهذا الحق مستمد من الشارع المقدس.
- ٤- السلطة في عصر الغيبة تمثلها المرجعية التي تعبر عن موقف الشريعة الإسلامية، بوصفها نيابة عامة عن الإمام، ويختص المذهب الإمامي الاثني عشري بهذه الرؤية.

- ٥- القوة أحد أركان الحكم والدولة في الإسلام لضمان تحقيق الأهداف، على أساس أنها وسيلة وليست غاية أو هدفاً مطلوباً بذاته. والمقصود بالقوة هو معنى القوة العام في جميع الميادين.

يلحظ من عرض هذه الخصائص، أن السلطة في الإسلام صاحبة الحق في تنفيذ الأهداف الخاصة بالتشريع الإسلامي، وعلى أساس ذلك فإن مصدر هذه السلطة، هو مصدر الدين والمشرع الأساسي الله سبحانه وتعالى.

الفرع الثاني: شرعية السلطة في الشريعة الإسلامية

تُعد السلطة من أهم الجوانب التي اهتم بها الإسلام بوساطة وضع المبادئ العامة التي تحكمها كالعدل والمساواة، وترك منطقة فراغ يجتهد فيها فقهاء الأمة الإسلامية، بحسب الظروف التي تمر بها، ولقد كان أول ما قام به الرسول (صلى الله عليه وآله) هو إنشاء نظام حكم إسلامي، وما إن توفي رسول الله حتى وجد المسلمون أنفسهم في جدال في مسألة من يتقلد السلطة ومن يكون حاكماً للدولة الإسلامية؟

ومن ثم كان أول خلاف بين المسلمين في مسألة الإمامة، وبالضبط في شرعية الحاكم، أي ما هو المسوّغ الذي يجعل الحاكم يلي منصب الحكم دون غيره من الناس؟

وشرعية الحكم تعدّ من أهم ركائز الأنظمة الحديثة؛ ومن هنا تأتي أهمية الحديث عنها، فالحديث عنها حديث عن ظاهرة تتطور، فالشرعية قد تكون مصدر الهام النظام السياسي، وذلك عندما تأخذ الشكل التطوري، وحينما تضمن لها الإجراءات القانونية، وقد تكون مصدراً للعنف السياسي والثورات الاجتماعية عندما تصبح ظاهرة ثابتة غير متطورة، ومن هنا يأتي السؤال كيف يتم التأسيس الشرعي والقانوني للسلطة؟ والكلام في هذا الفرع يقع في أربعة أمور ففي الأول نتعرض للسلطة في عهد الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله)، وفي الثاني نبحث عن شرعية السلطة في عصر الأئمة المعصومين (صلى الله عليه وآله) عند الشيعة الإمامية وفي الثالث عن الشرعية عندهم في عصر غيبة المعصوم (عليه السلام) وفي الرابع عن شرعية السلطة والحكم عند سائر مذاهب المسلمين.

الأمر الأول: السلطة في عهد الرسول (صلى الله عليه وآله)

والكلام يكون في ثلاث نقاط:

١- الأصل في الحاكمية والسلطة

إن الحاكم المطلق هو الله تعالى فقط ولا حاكمية لغيره، وله سبحانه الحاكمية المطلقة في جميع شؤون العباد؛ لأنه الأعم بما يصلح لخلقه في دنياهم ودينهم، وهو الخبير في الخلق وشرع ما يكون صلاحاً لهم في الدنيا والآخرة. فيأمر بكل ما هو خير ومصلحة، وينهى عن كل ما هو شر ومفسدة، وعلى الإنسان أن يكون خاضعاً لأوامره وتعاليمه في مختلف مراحل حياته، وذلك بحكم العقل حكماً قطعياً، ولا يشاركه في هذه الحاكمية أحد من عباده في الأصل، قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يَفُصُّ الْحَقَّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾^١.

٢- الاستثناء من الأصل

الأصل عدم وجود سلطة لأحد على أحد إلا ما استثنى، والمستثنى وجود حاكمية في صورة ودرجة أدنى، وفي طول حاكمية الله لا في عرضها، فوضها الله سبحانه وتعالى إلى من اصطفى من خلقه، وهذه الحاكمية المفوضة هي الامتداد الطبيعي لحاكمية الله تعالى، وتعد ضرورة ملحة للعباد في كل زمان ومكان. اذن لا بد من التطرق إلى الدليل الدال على حاكمية الرسول الأكرم، بعد أن تبين أن الأصل الأولي هو حاكمية الله دون غيره، مراعين في ذلك الاختصار والوضوح قدر الإمكان وسوف نذكر عدة آيات تدل على حاكمية النبي الأكرم، وأنه الخليفة على خلقه، وأنه تعالى أعطاه الولاية التشريعية والتكوينية، فقد تضمنت عدة آيات من القرآن الكريم أن الله سبحانه فوض سلطة الحاكمية والولاية إلى رسوله الأكرم (صلى الله عليه وآله)؛ ولهذا وجبت طاعته في أوامره الصادرة عنه.

٣- أدلة الاستثناء للنبي الأكرم

سنتناول آيتين من الآيات القرآنية التي دلت على ولاية النبي:

أ- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^١.

وجه الدلالة: في هذه الآية المباركة إبانة الله تعالى أن طاعة الرسول هي عين طاعته تبارك وتعالى، فدللت الآية على أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) مشرع في الأحكام، والخطاب بطاعة الرسول مطلقة فتكون عامة لجميع الأحكام، ولا تقتصر على المجال التشريعي فحسب، يقول الشيخ الطوسي: ((هذا خطاب من الله تعالى للمؤمنين يأمرهم أن يطيعوه ويطيعوا رسوله ويطيعوا أولي الأمر منهم، فالطاعة هي امتثال الأمر، فطاعة الله هي امتثال أوامره والانتهاة عن نواهيه، وطاعة الرسول كذلك امتثال أوامره، وطاعة الرسول أيضا هي طاعة الله؛ لأنه تعالى أمر بطاعة رسوله، فمن أطاع الرسول، فقد أطاع الله))^٢.

لقد دلت الآية على أن لرسول الله (صلى الله عليه وآله) فضلا عن منصب الرسالة منصب القيادة والولاية في الأمور السياسية والاجتماعية، والظاهر منها إرادة أوامره المولوية الصادرة منه (صلى الله عليه وآله) بولايته، لا الأوامر الصادرة عنه في مقام بيان أحكام الله تعالى؛ فالأخيرة أوامر الله تعالى لا أوامر الرسول (صلى الله عليه وآله)^٣.

١- النساء: ٥٩.

٢- التبيان في تفسير القرآن، مكتب الإعلام الإسلامي، ط١، ١٢٠٩هـ، ٣/٢٣٦.

٣- ينظر: المنتظري، دراسات في ولاية الفقيه، ١/٧١.

ب- قوله تعالى: (النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا)^١.

وجه الدلالة: الآية المباركة تدل على ثبوت ولاية عامة لنبي الله على أنفس المؤمنين وأموالهم؛ ليكون له التصرف في أنفسهم وأموالهم، سواء تقبل المجتمع هذا الأمر أم لم يتقبل؛ لأن سلطته وولايته وحاكميته بالاستخلاف عن الله تعالى؛ لكون الرسول هو خليفة الله في أرضه وحاكميته وسلطته في طول حاكمية الله وسلطته على أرضه، وجميع قرارات النبي مشروعة ونافذة، بلا أي خلاف فيه بين المسلمين^٢.

وذكر الفقهاء عدة وجوه في تفسير الولاية الواردة في الآية المباركة، نذكر وجهين منها^٣:

الوجه الأول: تقديم النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) على النفس في جميع الأمور، فعلى المؤمن أن يقيه بنفسه، ويكون أحب إليه من نفسه، ويقدم إرادة النبي على هواه، وبهذا يكون أولى به من نفسه في الأمور الشخصية، والاجتماعية، والدينية، والأخروية، وفي كل شيء حتى في ماله.

الوجه الثاني: تقديم تشخيص النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) على تشخيص المؤمن؛ لأنه أعلم بمصالحهم وأولى وأحق بتدبير أمورهم، فتكون إرادته وحكمه، أنفذ فيهم من إرادة أنفسهم، ويجب عليهم أن يطيعوه في كل أمورهم الفردية والاجتماعية، والمتبادر من الآية المباركة هو الأمور التي يصح للمؤمنين التصدي لها، بالنسبة إلى أنفسهم وأموالهم، فلا تشمل ما يكون حراماً شرعاً.

١- الأحزاب: ٦.

٢- ينظر: كاشف الغطاء، علي محمد رضا، النور الساطع في الفقه النافع، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٣٨١هـ=١٩٦١م، ٣٧٢/١.

٣- ينظر: المنتظري، دراسات في ولاية الفقيه، ٣٧/١.

وبهذين الوجهين يتضح أن الآية المباركة تدل بوضوح على أن الله (عز وجل) قد نصب الرسول (صلى الله عليه وآله) حاكماً، وأعطاه السلطة على نفوس المؤمنين وأموالهم في إطار العدل والحكمة والمصلحة.

الأمر الثاني: شرعية السلطة في زمن المعصومين (عليهم السلام)

اختلف المسلمون بعد وفاة النبي (صلى الله عليه وآله) في شرعية الحكم فالنبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عند الإمامية قد عين خليفته وسماه بأمر إلهي، وذهب غيرهم إلى أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) رحل إلى الرفيق الأعلى ولم يعين أحداً؛ ولذلك فالشرعية تنحصر لدى الشيعة الإمامية في أئمة أهل البيت (عليهم السلام) بعد الرسول (صلى الله عليه وآله)، ومصدر شرعيتهم هو النص بالإمامة لدى شيعتهم بعد رسول الله (صلى الله عليه وآله) قائمة على النص، وأن رسول الله (صلى الله عليه وآله) نص على الإمام عليّ (عليه السلام) يوم غدير خم، وسمى سائر العترة الهاذية.

واستدلوا على استثناء الأئمة المعصومين (عليهم السلام) بآيات القرآن

الكريم وروايات الرسول الواردة في كتب الفريقين ومنها:

أولاً: آية الإنذار، قال تعالى: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾^١، وتعد هذه الآية

من الآيات التي يعتمد عليها الشيعة الإمامية في إثبات النص بالإمامة للإمام عليّ

(عليه السلام)^٢، وممن استدل بهذه الآية الشيخ الصدوق^٣.

١- الشعراء: ٢١٤.

٢- ينظر: تفسير القمي، مؤسسة الإمام المهدي (عليه السلام)، قم المقدسة، ط ١، ١٤٣٥هـ، ٧٣٩/٢.

٣- ينظر: علل الشرائع، دار المرتضى، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٧هـ=٢٠٠٦م، ١٦٩/١.

ثانياً: آية الولاية، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ﴾^١، وهذه الآية نزلت في الإمام عليّ (عليه السلام) باتفاق الشيعة وأهل السنة، عندما تصدق بالخاتم وهو في الركوع^٢. وعد الصدوق لأmir المؤمنين سبعين منقبة، لم يشاركه فيها أحد، منها المنقبة الخامسة والستون، ذكر فيها قضية التصدق بالخاتم^٣.

وذكر المفيد أن اتفاق أهل النقل على أن الإمام عليّ (عليه السلام) هو الذي تزكى بخاتمه في ركوع الصلاة، فطابق هذا الوصف وصفه في الآية المباركة، وشاركه في معناها^٤.

الأمر الثالث: شرعية السّطة في عهد غيبة المعصومين (عليهم السلام)

ذكر فقهاء الشيعة ما لا يقل عن ثمان نظريات مختلفة في باب الحكم والنظريات، وهذه النظريات هي:

- ١- نظرية الحسبة
- ٢- نظرية السلطنة المشروعة.
- ٣- الولاية العامة للفقهاء.
- ٤- نظرية ولاية الأمة على نفسها.
- ٥- شورى مراجع التقليد.
- ٦- ولاية الفقيه المطلقة.
- ٧- الحكومة المشروطة بإذن الفقهاء وإشرافهم.
- ٨- ولاية الفقيه الانتخابية المقيدة. وسنتكلم باختصار عن تلك النظريات

في الفصل الثاني.

١- المائدة: ٥٥.

٢- الكافي، تح: قسم إحياء التراث، مركز بحوث دار الحديث، دار الحديث للطباعة والنشر، ط٣، ١٤٣٤هـ.

ق = ١٣٩٢هـ. ش، ١٣/٢.

٣- الكليني، الكافي، ٥٨٠.

٤- ينظر: الفصول المختارة، المؤتمر العالمي لألفية الشيخ المفيد، ط١، ١٤١٣هـ، ١٤٠.

الأمر الرابع: شرعية السلطة عند سائر المذاهب

ذهب فقهاء المذاهب الأخرى إلى أن شرعية السلطة والحاكم ووجوب طاعته لها ثلاثة طرق:

الطريق الأول: الاختيار، والذي يقوم به هم أهل الحل والعقد، وهي الطريقة التي تمت بها تولية أبي بكر، باعتبار أن الإمامة وسيلة إلى إقامة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، الذي هو واجب على جميع الأمة، وهذا لا يتم على الوجه الأكمل إلا بتصيب الإمام؛ لذلك فالأمة الإسلامية مسؤولة عن اختيار من ينبها عنها، وحيث إن الأمة متفرقة في الأمصار، وفيها العالم بالمصلحة والجاهل والعامل وغيره؛ لذلك تكون المسؤولية في هذا المجال واقعة في اعناق علماء الأمة وعقلائها، فهم من يختارون من يرونه أهلاً للقيام بهذا الواجب الشرعي الذي أوجبه الله تعالى عليهم وهو إقامة الشرع الحنيف والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

وتتحمل هذه الفئة (أهل الحل والعقد) المسؤولية الكاملة أمام الله تعالى في اختيار الإصلاح، فهم شركاء في الإثم أمام الله تعالى إذا لم يختاروا الإصلاح^١.

الطريق الثاني: الاستخلاف والعهد، فإذا شعر الخليفة بدنو أجله وأراد أن يستخلف على القوم أحدهم فإنه يقوم بمشاورة أهل الحل والعقد فيمن يختار، فإذا وقع رأيه على شخص معين يصلح لهذا المقام ووافقه أهل الحل والعقد فإنه يعهد إليه من بعده.

وقد أجمع فقهاء العامة على صحة السلطة بالعهد، فقال الماوردي: ((وأما انعقاد الإمامة بعهد من قبله فهو مما انعقد الإجماع على جوازه ووقع الاتفاق على

١- ينظر: الدميجي، عبد الله بن عمر بن سليمان، الإمامة العظمى عند أهل السنة والجماعة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٥٨.

صحته))^١، وقال النووي: ((حاصله أن المسلمين أجمعوا على أن الخليفة إذا حضرته مقدمات الموت وقبل ذلك يجوز له الاستخلاف))^٢.

الطريق الثالث: حكومة الغلبة: تعدّ نظرية الغلبة والقهر عند جمهور الفقهاء إحدى مسوغات قيام السلطة، فقد ذهب فقهاؤهم إلى شرعية هذه السلطة، وأوجبوا طاعة الحاكم المتغلب، فعد الفقهاء طرق انعقاد الإمامة، ومنها الغلبة والقهر: ((وأما الطريق الثالث، فهو القهر والاستيلاء، فإذا مات الإمام، فتصدى للإمامة من جمع شرائطها من غير استخلاف ولا بيعة، وقهر الناس بشوكته وجنوده، انعقدت خلافته، لينظم شمل المسلمين، فإن لم يكن جامعاً للشرائط بأن كان فاسقاً، أو جاهلاً، فوجهان، أصحهما: انعقاده لما ذكرناه))^٣.

١- الأحكام السلطانية، تص: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م، ١١.

٢- المنهاج في شرح صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية، ١١٨٢.

٣- النووي، يحيى بن شرف (ت: ٦٧٦هـ)، روضة الطالبين، تح: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٣م، ٢٦٦/٧.

المطلب الثالث: السلطة ماهيتها وتأصيلها في القانون الدستوري

والكلام في هذا المطلب في ثلاثة فروع، نتحدث في الأول عن السلطة وخصائصها ووظيفتها، ونعرض في الفرع الثاني لنظريات نشأة السلطة في القانون الدستوري، وفي الثالث نبحث عن تأصيل سلطة الحاكم في القانون الدستوري

الفرع الأول: ماهية السلطة وخصائصها

أولاً: ماهية السلطة في القانون الدستوري

يرى الفقيه القانوني موريس دوفرليه (MAURICE DUVERGER) أن السلطة السياسية لها معنيان:

المعنى الأول: معنى معنوي، وهي بهذا المعنى تعني القوة والقدرة على السيطرة التي يمارسها الحاكم إن كان فرداً أو مجموع الحكام على المحكومين والتي تتمثل في إصدار القواعد القانونية الملزمة للأفراد في إمكانية فرض هذه القواعد على الأفراد باعتماد القوة المادية.

المعنى الثاني: معنى مادي، وهي بهذا المعنى تعني أجهزة الدولة التي تقوم بممارسة السلطة، والتي يطلق عليها اصطلاح الحكومة والسلطة التنفيذية^١. والسلطة السياسية تعد من أهم عناصر تكوين الدولة، مما أدى إلى دفع بعض فقهاء القانون إلى تعريف الدولة بالسلطة، فقالوا: ((الدولة تنظيم لسلطة القهر، وهي عنوان السلطة المطلقة))^٢، ويلاحظ على هذا التعريف أنه لا يكفي وجود سلطة عامة يخضع لها أفراد المجتمع، بل يلزم اعتراف الأفراد بها وقبولهم؛ فالسلطة لا بد أن تستند إلى إرادة الجماعة التي تحكمها، ومن ثم فتأسس السلطة مرتبط برضا الأفراد^٣.

١- ينظر: عبد الهادي، ماهر، السلطة السياسية في نظرية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٨٤م، ص٣٩.

٢- ينظر: حافظ، محمود، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م، ١٢.

٣- ينظر: بدوي، ثروت، النظم السياسية، النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م، ٣٠.

ثانياً: خصائص السلطة في القانون الدستوري

تضمن القانون الدستوري عدة خصائص للسلطة السياسية^١، وهي على

النحو الآتي:

- ١- عمومية سلطة الدولة وكونها سلطة تسمو على سائر السلطات.
- ٢- أصالة سلطة الدولة المستمدة ذات الدولة. وأنها سلطة دائمة وقوية.
- ٣- حكر القوة العسكرية، وممارستها بالدولة.
- ٤- انفراد الدولة بتشريع القوانين؛ لتنظيم شؤون العامة، وتحقيق المصلحة العامة.

وتعد القوة وممارستها من المفاهيم المحورية للسلطة السياسية، ومن أهم تعاريف مفهوم القوة السياسية تعريف ماكس فيبر، إذ يرى أن القوة هي احتمال قيام فاعل ما في نطاق علاقة اجتماعية بتحقيق إرادته الخاصة بالرغم من مقاومة الآخرين، مع صرف النظر عن الأساس الذي يقوم عليه ذلك الاحتمال^٢.

الفرع الثاني: وظيفة السلطة في القانون الدستوري

تعد السلطة ضرورة اجتماعية للأفراد لا يمكن الاستغناء عنها في جميع الأحوال؛ وذلك لأن المجتمع حاجة نفسية للأفراد، وإذا وجد المجتمع وجدت العلاقات الاجتماعية المعقدة، وتكونت النزاعات بين الأفراد فلا بد في هذه الحال من أن يوجد إشراف ما على المجتمع، ينظم علاقاته ويشرع من القوانين ما يصون به حقوق الأفراد على المجتمع وواجباتهم نحوه.

فضرورة الدولة هو لغرض حفظ النظام، وعلى هذا لا بد أن تكون لها قوة دافعة تحرك وتراقب المجتمع وهي السلطة. وتعد السلطة شرط النظام والنظام تمثله

١- ينظر: بسيوني، عبد الغني، نظرية الدولة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م، ٧٢.

٢- ينظر: إسماعيل، علي سعد، نظرية القوة، مدخل في علم الاجتماع السياسي، الإسكندرية، ١٩٧٨م، ٨٠ وما بعدها.

الدولة فلا غنى للمجتمع من الحكومة التي تدبر أمور الناس، وتبسط العدل بين أفراد المجتمع، وتوصل الحقوق إلى أهلها.

ووظيفة السلطة^١: تنقسم إلى وظائف أساسية وثانوية، والوظائف الأساسية تنحصر في السعي على المحافظة على سلامتها من الداخل والخارج، وإقامة العدل بين أفراد الدولة، وهي تشمل كل من:

١- الدفاع عن الدولة: بوجه أي تهديد خارجي؛ وذلك بإقامة الجيوش وتدريبها.

٢- حفظ الأمن في داخل البلاد، وذلك بإقامة جهاز الشرطة، وتدريبها؛ لمنع وقوع الجريمة.

إن إرساء الأمن في المجتمع من أهم الأهداف التي تسعى السلطة إلى تحقيقها؛ لتحفظ الأموال والحقوق والنفوس والأعراض والدين، والأهداف هي من أهم المقاصد والمصالح العقلانية. فالسلطة وسيلة ضرورية لحفظ مصالح الناس وحقوقهم داخل المجتمع، وذلك بالتوازن بين المنافع الفردية الشخصية، والمنافع والحقوق الاجتماعية.

٣- تحقيق العدل بين الأفراد: إن إقامة العدل من أعظم الوظائف التي تتكفلها السلطة، وقد دلَّ على وجوبه والحث عليه العقل؛ لأن الرعية لا قوام لها إلا به؛ ويتم ذلك بإقامة القضاء؛ للفصل بين المنازعات التي تنشأ بينهم.

أما الوظائف الثانوية، فهي تتعلق بتحقيق خير أفراد المجتمع كجماعة، سواء في الجانب الاجتماعي أو الاقتصادي أو الثقافي، وهذه الوظائف لا تزال محل اختلاف بين الدول والسلطات؛ لاختلاف المذاهب التي تنتمي لها كل دولة وسلطة^٢، ومحل الاختلاف بين هذه النظريات هو مقدار تدخل السلطة والدولة في المجالات المذكورة،

١- ينظر: الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

عمان، ٢٠٠٤م ١٠٢-١٠٣.

٢- م. ن، ١٠٢.

والسؤال هل تترك السلطة هذه الميادين وتجعلها حكراً للنشاط الفردي؟ وتتفرغ هي للوظائف الأساسية، أم تتدخل بلا حدود؟ أو يكون تدخلها بشكل وسط، بحيث لا تترك الفرد طليقاً، مع تقييد مجال تدخلها من ناحية أخرى؟

والإجابة عن هذه التساؤلات أظهرت لنا أهم مذهبين في تحديد وظيفة السلطة والدولة، وهما: المذهب الفردي والمذهب الجماعي

١- المذهب الفردي: ويرى أصحاب هذا المذهب أن الفرد هو هدف القانون الأسمى، وان هدف الجماعة خدمة الفرد وليس العكس، فتكون مصلحة الفرد فوق مصلحة الجماعة حتى لو استلزم ذلك التضحية بمصلحة الجماعة في سبيل مصلحة الفرد، وان هذه الحقوق الفردية للإنسان لا يمكن التنازل عنها ولا سقوطها بالتقادم^١.

وقد عرفت هذه النظرية بالنظرية الفردية أو الذاتية، وقد وجدت أولاً في إنجلترا إذ دافع عنها جون لوك (John Lock) وذلك عندما شرح نظريته في كتابه العقد الاجتماعي إذ آمن بان الناس كانوا يعيشون منعزلين قبل قيام الجماعة ولكن حياتهم في بعض الظروف، كان يعترضها الغموض، وينقصها عدم وجود قاض مسؤول عن فض المنازعات، لذا قرروا الخروج من حياة العزلة إلى الحياة الاجتماعية ولكن الذي أصبح يلي شؤون الجماعة لا بد من أن يراعى حقوق الأفراد؛ لأنها سابقة على وجوده^٢.

وهذا المذهب يحصر تدخل الدولة في أضيق نطاق، فليس من وظيفة الدولة والقانون التدخل لإقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يعقدون، وبهذا يكون المذهب الفردي أرسى مبدئين مهمين وهما: الحرية، وعدم تدخل الدولة أو القانون إلا في حدود الضرورة^٣.

١- ينظر: كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، ١٩٦٩م، ١٦٤.

٢- ينظر: جون لوك (ت: ١٧٠٤م)، الحكومة المدنية وصلتها بعقدها الاجتماعي، ترجمة محمد شوقي الكيال، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، ٧٦-٧٧.

٣- ينظر: عبد الوهاب، محمد أحمد رفعت، مبادئ النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م، ٢٤٨.

٢- المذهب الاجتماعي: الجماعة هنا لا الفرد هي الهدف الأسمى من الوجود؛ ولذلك ينبغي حماية مصلحة الجماعة، بتسخير الأفراد لخدمة الجماعة، ويعامل الفرد بوصفه كائناً اجتماعياً مرتبطاً بغيره من الأفراد في سبيل تحقيق مصالح الجماعة^١.
أذن المحور الرئيسي الذي يعتمد عليه المذهب الاجتماعي هو عدّ الفرد جزءاً من الجماعة لا مجرد فرد مستقل عن غيره من الأفراد.

وأنكر هذا المذهب وجود حقوق للفرد طبيعية بصفته إنساناً، فليس له أن يتمتع إلا بالحقوق التي تمنحها له الدولة أو الجماعة، وهي ليست دائمة وثابتة، بل مؤقتة وعارضة تستطيع أن تسحبها الجماعة أو الدولة متى تشاء مراعاة للمصلحة العامة^٢.
وهذا المذهب يعترف بالفوارق الواقعية الموجودة بين الأفراد خلافاً للمذهب الفردي الذي يغفل هذه الفروق، وعلى الرغم من فضله في لجم جماع الفردية المتطرفة وما تسببه من طغيان الأفراد، وإهدار المصالح العامة لأجل مصالح فردية ضيقة إلا أن المذهب الاجتماعي كالمذهب الفردي لا يخلو من التطرف والمغالاة، فهو لا يتحرج من التضحية بالفرد وهدر حرّيته من أجل مصلحة الجماعة وتشديد قبضة الدولة عليه وصولاً إلى التحكم والاستبداد، مما دعا بعضهم إلى محاولة التوفيق بين السلطة والحق بالاعتماد على أمرين رئيسيين:

الأمر الأول: التسليم بضرورة السلطة لكل حياة اجتماعية ودعم هذه السلطة بما أمكن وتقويتها بما يكفي لتحقيق الأمن والسلام.
الأمر الثاني: عدم المغالاة في دعم السلطة وعدم تقويتها إلى حد ينتهي بها الأمر إلى أن تصبح قوة مادية لا تحترم حقاً ولا ترعى حرمة^٣.

١- ينظر: بدوي، ثروت، النظم السياسية، ١٣٩.

٢- ينظر: الغالي، كمال، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ط١، ٢٠٠٢م، ٤٩٥.

٣- ينظر: طعيمة جرف، نظرية الدولة أو الأسس العامة للتنظيم السياسي، مكتبة القاهرة الحديثة، ط١، ١٩٦٤م، ٤٧١.

المطلب الرابع: الفصل بين السلطات

يعد مبدأ الفصل بين السلطات من الضمانات الفعالة لإقامة الدولة القانونية في النظم السياسية المعاصرة؛ وذلك لأنه يخصص عضواً مستقلاً لكل وظيفة من وظائف الدولة فيكون هناك سلطة تشريعية وسلطة تنفيذية وسلطة قضائية، ومتى تحقق ذلك أصبح لكل سلطة اختصاص محدد لا يمكن الخروج عنه والتعدي على الاختصاص الآخر، ولا شك في أن الفصل بين السلطات يمنع ذلك الاعتداء^١، وقد ظهر هذا المبدأ ردة فعل على السلطات المطلقة للملوك؛ لأن اجتماع السلطات الثلاثة في يد واحدة يؤدي إلى الطغيان والاستبداد فكل فرد يستلم السلطة ينزع بطبعه وطبيعته إلى إساءة استعمالها، فإذا اجتمعت السلطات الثلاثة عند شخص واحد لا توجد هناك ضمانات أن لا يستبد بالسلطة؛ لذا لا بد من توزيع تلك السلطات خوفاً من استبداد الحاكم، وفي ذلك قال مونتسكيو (Montesquieu): ((ولا تكون الحرية مطلقاً إذا ما اجتمعت السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في شخص واحد أو في هيئة حاكمة واحدة؛ وذلك لأنه يخشى أن يضع الملك نفسه أو السنوات^٢ نفسه قوانين جائرة لينفذها تنفيذاً جائراً))^٣.

فمع تعدد وظائف الدولة الحديثة واختصاصاتها، واتساع نشاطها الذي يشمل مختلف المجالات، أصبح من العسير إبقاء مظاهر السلطة في يد حاكم واحد؛ أو هيئة واحدة بل تم توزيع هذه الوظائف والأنشطة على أجهزة وهيئات مختلفة ومتعددة؛ لتتولى كل منها ممارسة اختصاص مميز عن غيره للقيام بالوظائف الأساسية داخل الدولة؛ وهي وظائف التشريع والتنفيذ والقضاء.

١- ينظر: بدوي، ثروت، النظم السياسية، ١٧٥.

٢- مجلس الأعيان أو مجلس الشيوخ.

٣- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتير، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية (الاونسكو)، دار المعارف بمصر، القاهرة، ١٩٥٣م، ٢٢٨/١.

الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ فصل السلطات

تعود جذور هذا المبدأ إلى زمن الإغريق، إذ دعا إليه أفلاطون وأرسطو، وكذلك مارست روما القديمة هي الأخرى قدراً من فصل السلطات في نظامها الدستوري، ويرجع الفضل في ظهور هذا المبدأ في القانون الدستوري الحديث إلى التجربة الديمقراطية الإنجليزية، إذ تطورت الملكية نتيجة ثورة الأساقفة في إنجلترا من ملكية مطلقة إلى ملكية مقيدة تقوم على فصل السلطات، فصدر دستور كروميل (Cromwel) في القرن السابع عشر على أساس مبدأ فصل السلطات، وقد نص هذا الدستور على استقلال القضاء، فضلاً عن فصل سلطات التشريع التي جعلها للبرلمان عن سلطات التنفيذية الباقية للملك^١.

ويعد جون لوك (John Lock) أول من كتب عن هذا المبدأ ووضح آراءه في كتاب الحكومة المدنية الصادر عام ١٦٩٠م فقسم سلطات الدولة إلى أربع، تشريعية، وتنفيذية، واتحادية، وسلطة التاج، ويرى لوك أن الانسان بطبعه ميال للاستبداد واستغلال سلطته، ولمنع هذا الاستبداد لا بد من توزيع السلطة على أكثر من هيئة حتى تراقب أحداها الأخرى^٢، ويعد الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو (Montesquieu) صاحب المفهوم الحديث للمبدأ إذ قام بدراسة أفكار من قبله، ووضع مفهوماً خاصاً لمبدأ فصل السلطات وعرضه عرضاً واضحاً في كتابه روح القوانين الذي صدر عام ١٧٤٨م، ويقصد بمبدأ الفصل بين السلطات على وفق تصور مونتسكيو (Montesquieu) الفصل بين ثلاث سلطات أساسية في النظام السياسي الديمقراطي، وتوزيع وظائف الدولة الديمقراطية القانونية على هذه السلطات، بحيث تتولى كل سلطة وظيفتها بمعزل عن السلطتين الأخرين، ولا يعني ذلك بأي حال من الأحوال أن تعمل كل سلطة بمعزل تام عن السلطتين الباقيتين، لكن لكل سلطة الحق في مراقبة السلطتين بحيث يكون هناك نوع

١- ينظر: ليلة، محمد كامل، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣م، ٣٠٣.

٢- ينظر: بطيخ، محمد رمضان، تزايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية، دار الفكر العربي، القاهرة،

من العلاقة التكاملية التي أساسها تحقيق المصلحة العامة للمجتمع وكفالة النظام السياسي الديمقراطي القانوني^١.

وواجه هذا المبدأ في القانون نقداً من ثلاثة أوجه^٢:

الوجه الأول: أن هذا الفصل غير حقيقي؛ لأن السلطة التنفيذية تستولي واقعاً على السلطة التشريعية؛ فلا يكون هناك توازن بين السلطات.

الوجه الثاني: أن هذا الفصل قد يؤدي إلى تعطيل السلطات.

الوجه الثالث: أنه قد تجتمع السلطات في يد شخص واحد ولا يؤدي ذلك إلى الاستبداد والفساد، من قبيل حكومة النبي (صلى الله عليه وآله) في الدولة الإسلامية، ودولة سويسرا التي لا تطبق مبدأ الفصل بين السلطات مع ذلك فإن الحريات فيها أكثر من الدول التي أخذت بمبدأ الفصل بين السلطات.

الفرع الثاني: موقف الإسلام من الفصل بين السلطات

النظرة الإسلامية للفصل بين السلطات الثلاث في النظام السياسي الإسلامي تقوم على ركيزتين أساسيتين:

الركيزة الأولى: انفصال السلطة التشريعية عن السلطتين التنفيذية والقضائية انفصلاً مرناً، فالحاكم إذا كان مجتهداً له استتباط الحكم الشرعي أو القاعدة القانونية للمسائل المستحدثة والتي لا نص فيها، وهذا نشاط تشريعي في نظر فقهاء القانون.

ويؤيد الركيزة الأولى ما ذكره الفقيه القرافي وهو يحدد العلاقة بين الإمامة والقضاء إذ يقول: ((إنَّ الإمامَ نَسَبَتْهُ إِلَيْهِمَا - أي إلى القاضي والمفتي - كنسبة

١- ينظر: الشاعر، رمزي طه، الأيدلوجيات وأثرها في الأنظمة المعاصرة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٨م، ٨٠ وما بعدها.

٢- ينظر: متولي، عبد الحميد، الإسلام ومبادئ نظام الحكم في الماركسية والديمقراطيات الغربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م، ٣١.

الكلّ لجزئه والمركب لبعضه. فإنّ للإمام أن يقضي وأن يُفتي كما تقدّم، وله أن يفعل ما ليس بفتياً ولا قضاء كجمع الجيوش، وإنشاء الحروب، وحوز الأموال، وصرفها في مصارفها، وتولية الولاة، وقتل الطغاة. وهي أمور كثيرة يختصُّ بها لا يشاركه فيها القاضي ولا المفتي. فكلُّ إمام: قاضٍ^١.

الركيزة الثانية: الوصل أو الفصل بين السلطتين التنفيذية والقضائية يدخل في باب المباحات بمعنى ان الفصل جائز وتركيز السلطات جائز، لكن بشرط أن لا يؤدي أي منهما إلى مفسدة ومن ثمّ هي مسألة تاريخية، لها ظروفها، وليست أمراً محتماً توجبه الشريعة؛ ولنا أن نجتهد فيها كما نجتهد في سائر المسائل السياسية التي تركتها النصوص مراعاةً لحاجات الناس، وتغير أحوالهم، فنظام الحكم الإسلامي لم يعرف الفصل بين السلطات في عهد الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم)، فقد اجتمعت له رئاسة السلطات الثلاث، نعم عرف الفصل بعد وفاته (صلى الله عليه وآله). ففي عصر النبي (صلى الله عليه وآله) لا شك ولا شبهة إن السلطات تركزت كلها في شخص النبي، فالسلطة التشريعية له، باعتباره يتلقى الوحي من الله تعالى، قال تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾^٢، والسلطة التنفيذية بوصفه حاكماً للمسلمين بالنص القرآني، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^٣، والسلطة القضائية باعتبار كون النبي منصباً للقضاء من قبل الله تعالى، قال سبحانه: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^٤. والمتابع لسيرة المصطفى يجده قد باشر السلطة التنفيذية، وحث الناس على تطبيقها وإيقاع العقوبة على المخالفين، بل دعاهم للاقتصاص منه إن كان

١- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تح: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م، ٤٦.

٢- النحل: ٤٤.

٣- النساء: ٥٩.

٤- النساء: ٥٩.

نُفذ فيهم حكماً ظالماً: فقال: ((يا أيها الناس ألا انه قد دنا مني حقوق من بين أظهركم فمن كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهري، فليستقد منه الا ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضي فليستقد منه ومن كنت أخذت منه مالا فهذا مالي فليستقد منه. ألا لا يقولن رجل اني أخشى الشحاء من قبل رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم) ألا وان الشحاء ليست من طبعي ولا من شأني ألا وان أحكم إلي من أخذ حقاً إن كان له أو حللني؛ فليقت الله وأنا طيب النفس))^١، وعليه يمكن القول إن الرسول (صلى الله عليه وآله) كان يتمتع بسلطة تنفيذية كبيرة، ومع ذلك أوكل هذه السلطة في مسائل معينة إلى غيره ممن يرى فيه القدرة والكفاءة، فقد روى عقبة بن الحارث بسنده: ((إن النبي (صلى الله عليه وآله) وسلم) أتى بالنعيمان أو ابن النعيمان وهو سكران، قال: فشق على رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم) مشقة شديدة ثم أمر من كان في البيت ان يضربوه، فضربوه بالنعال والجريد))^٢.

وما بعد وفاة الرسول الأكرم فان الحاكم كان يستمد سلطته من بيعة المسلمين له، إلا إن ذلك لم يمنعه من اشراك غيره في تلك المهمة، مع مراقبة أعمالهم وعزلهم متى ما أخلوا بما وكله به الحاكم^٣.

وفي السلطة القضائية تولى النبي (صلى الله عليه وآله) سلطة القضاء بنفسه في كثير من المنازعات، ومن أمثلتها ما روته أم سلمة زوج النبي (صلى الله عليه وآله): ((إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضهم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء

١- الطبراني، سليمان بن أحمد (ت: ٣٦٠هـ)، الأحاديث الطوال، تح: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٢هـ=١٩٩٢م، ١٠٦.

٢- البيهقي، أحمد بن الحسين (ت: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٤هـ=٢٠٠٢م، ٥٤١/٨.

٣- خلاف، عبد الوهاب، السلطات الثلاث في الإسلام، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨٥م، ٢٧-

من حق أخيه فلا يأخذه، وإنما أقطع له قطعة من النار))^١، فهذا إصدار لحكم في باب القضاء، وغير ذلك الكثير مما تصدى له الرسول الأكرم من القضايا القضائية من قبيل قضاؤه برجم المرأة المتزوجة إذا زنت، فثبتت بذلك عقوبة الرجم بالسنة لا القرآن.

إلا إن هذا التصدي لم يمنع رسول الله (صلى الله عليه وآله) من تكليف غيره بمهمة القضاء والفصل بين النزاعات، فبعث الإمام عليّ (عليه السلام) إلى أهل اليمن قاضياً، وبعث معاذ بن جبل قاضياً إلى اليمن أيضاً^٢.

ورخص لبعض الصحابة بتولي القضاء بين المتخاصمين، فقد روى الشيخ الطوسي بسنده: ((أن رجلين كانا يختصمان عند رسول الله (صلى الله عليه وآله)، فأتى عليّ (عليه السلام)، فقاما إليه، فأعرض عنهما لمكان رسول الله (صلى الله عليه وآله)، فقال: النبي لعلي أيسرك أن تقضي بينهما، فقضى بينهما))^٣، ومثله ما رواه الحاكم النيسابوري من أنه أتى الرسول خصمان متنازعان، فقال المصطفى الأكرم لعبد الله بن عمرو: اقض بينهما^٤.

أما بعد وفاة الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله)، فكان الحاكم يتمتع بسلطة قضائية تتمثل أما في تولية الخليفة مهمة القضاء مثلما في عهد ابي بكر وشطر من عهد عمر بن الخطاب، على حين عرف الشطر الثاني الفصل بين السلطة القضائية والتنفيذية، ففرض حضراً على الولاة في أن يتولوا شؤون القضاء^٥. وفصل الإمام عليّ (عليه السلام) السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية كي يكسب

١- الخلاف، تح: السيد علي الخرساني، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط١، ١٤١٧هـ، ٢٥٧.

٢- ينظر: الاردبيلي، فقه القضاء، ١/١٥٨.

٣- المبسوط، تص: محمد الباقر البهبودي، المكتبة الرضوية لإحياء آثار الجعفرية، ١٣٥١هـ. ش، ١٦٦.

٤- المستدرک على الصحيحين، تح: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٢٢هـ=٢٠٠٢م، ٩٩/٤.

٥- ينظر: المودودي، أبو الأعلى، تدوين الدستور الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٥، ١٤٠١هـ=١٩٨١م، ٣٢-٣٥.

القضاة حصانة ويؤمنهم من عقاب السلطة وهذا ما نراه في الوثيقة المبعوثة لمالك الاشر بقوله (عليه السلام): ((واعطه - القاضي - من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره من خاصتك ليأمن بذلك اغتيال الرجال له عندك))^١، ولأهمية السلطة القضائية عند الإمام عليّ (عليه السلام)؛ لأنه يعد العدل بين الأفراد هو المنطلق نحو تحقق مجتمع امن وسعيد، لم يكتف بالكلام، بل ترجم ذلك بوقوفه امام المحكمة مدعياً فادعى ملكية درع كان مع يهودي، فحضر القضاء مدعياً من أجل أخذه، وحين استشهد على ملكيته بابنه الإمام الحسن (عليه السلام) رفض القاضي قبول شهادة الإمام الحسن (عليه السلام) لوالده، وخسر الإمام عليّ (عليه السلام) الدعوى نظراً لعدم وجود بينة تشهد له^٢. فأعطى بذلك درساً في عدم ممارسة سطوته ونفوذه بوصفه حاكماً ورئيساً ليدشن بذلك سيادة القانون وفصله عن سائر الأجهزة في الدولة واعطاه كياناً خاصاً مقدساً لا يجوز التعدي عليه، ولو كان الرئيس أو الخليفة، وهذا ما نراه بالضبط في الدولة الحديثة عند (مونتسكيو) (Montesquieu) قبل الثورة الفرنسية التي دعا فيها إلى المناداة بمبدأ الفصل بين السلطات حتى لا تتأثر كل سلطة بالأخرى.

وقد اثبت دكتورنا محمد الأسدي استقلال القضاء في المفهوم الإسلامي بما لا مزيد عليه^٣.

أما في السلطة التشريعية، فالحديث عنها في زمن النبي في الحقيقة هو حديث عن مصدر التشريع في الإسلام، الذي يعود إلى الله تعالى فهو المشرع الحقيقي لمختلف الأحكام كما اعطى الله تعالى نبيه هذا الامر فقال: (وَمَا آتَاكُمْ

١- الاربيلي، فقه القضاء، ١/١٨٧.

٢- ابن الأثير، عز الدين أبو الحسن علي بن ابي الكرم (ت: ٦٠٦هـ)، الكامل في التاريخ، نشر دار صادر، بيروت، ١٣٨٥هـ، ٣/٤٠١.

٣- ينظر: الأسدي، محمد علي هاشم، السلطة القضائية تنظيمها واستقلالها في الشريعة الإسلامية، ٢٤٨-

الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا^١، ويقول تعالى: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا﴾^٢، ونتيجة لهذا فإن أي مسألة تحدث للناس في حياتهم، كانوا يتجهون مباشرة الى الرسول للسؤال والحصول على الإجابة مباشرة منه، فيعلمهم الحكم الشرعي أو يفصل في الخصومة بينهم. ومما تقدم اتضحت الحاجة إلى مبدأ الفصل بين السلطات، فالسبب الرئيسي لهذا الفصل هو الخوف من تعطيل الحريات ونشوء الاستبداد والطغيان، وهذا السبب حاجته اقل في النظام الإسلامي، إذ وضع النظام الإسلامي علاجا آخر لهذا الخوف بجملة قواعد ومبادئ، هي مزيج من النظام الخلقي والروحي والقانوني.

الأولى: أن السلطان أو الحاكم أحد المسلمين، لا يمتاز عنهم بشيء وهو مقيد بالحدود التي رسمها له الشرع المقدس، وهو منفذ وليس بمشرع. الثانية: أن الإسلام يشترط عدالة السلطان، ومن كان عادلاً لا يفرط بشؤون ما ولي عليه، ويخشى الله مما يمنعه من ظلم الرعية. الثالثة: إساءة استعمال السلطة في نظام الحكم الإسلامي له عقوبتان: العقوبة الأولى: دنيوية، تتمثل في حق الأمة في خلع السلطان إذا تجاوز حدود الشرع، وحكم بأهوائه وظلم الرعية.

العقوبة الثانية: أخروية وتتمثل في عقاب الله له يوم القيامة. وبعد البحث في موضوع الفصل بين السلطات الثلاث بوصفه مبدأ قانونيا يمكن القول إن النظام السياسي الإسلامي ذو طبيعة خاصة تميزه عن النظام السياسي الدستوري المعاصر، وهذا النظام لم يتناول مبدأ الفصل بين السلطات بالشكل الذي يطرحه القانون الدستوري، القائم على حتمية الفصل بين السلطات

١- الحشر: ٧.

٢- النساء: ٨٠.

الثلاث بحجة عدم وقوع الاستبداد، فالسلطة التشريعية مستقلة استقلالاً تاماً عن السلطة التنفيذية والقضائية، فالتشريع لا يكون إلا لله ولنبيه فقط أما ما يتعلق بالفصل بين السلطة التنفيذية والقضائية فيمكن ان يتولاها الحاكم ويمكن أن يوكلهما إلى غيره؛ وبذلك يمكن تلخيص البحث في هذا المبدأ في النقاط الآتية:

١- إن الوقوف على ممارسة السلطات في النظام الإسلامي يجعلنا نؤكد أن الإسلام عرف جوهر المبدأ وجسد هذا المبدأ بوساطة الفصل بين السلطة التشريعية والسلطتين التنفيذية والقضائية.

٢- أن قلة الحاجة لهذا المبدأ في النظام الإسلامي يعود إلى كون هذا النظام يعتمد على مبادئ إلهية تحقق جوهر هذا المبدأ بوساطة نشر العدل والانصاف بين الحاكم والمحكوم، ورفضه لكل أنواع الاستبداد والظلم.

٣- إن ربط فكرة الاستبداد بعدم الفصل بين السلطات كلام غير دقيق فقد تجتمع السلطات في يد شخص واحد ولا يؤدي ذلك إلى الاستبداد والفساد، من قبيل حكومة النبي (صلى الله عليه وآله)، بل لا بد من البحث في مواصفات من يتولى الحكم وشروطه بحيث تبعده عن الاستبداد والظلم.

٤- سلطة التشريع في الإسلام مرتبطة بالشارع المقدس أساساً، ومن ثم تكون غير مرتبطة بغيرها من السلطات، أما السلطتين التنفيذية والقانونية، فيمكن أن تستقلا عن بعض تبعاً للحاجة والمصلحة.

٥- ضرورة وضع معايير وشروط خاصة لمن يتولى رئاسة الدولة اليوم ولأعضاء السلطة التشريعية والقضائية ومن أهمها النزاهة والعلم والخبرة، فهذه الشروط ليست بأقل أهمية من الفصل بين السلطات الثلاث، ولاسيما بعد انتشار الفساد والابتعاد عن خشية الله سبحانه وتعالى.

المبحث الثاني: مفهوم الحاكم ومصطلحاته وشروطه في الشريعة والقانون
المطلب الأول: مفهوم الحاكم ومصطلحاته وشروطه في الشريعة
والكلام يكون في هذا المطلب على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: مفهوم الحاكم

الحاكم لغة: الحاكم اسم فاعل من حكم يحكم حكماً. ومعناه المنع؛ ولذلك
فان حَبَسَ الإنسان في الزنزانة يُسَمَّى حُكْمًا، يقول أحمد بن فارس: ((واصل (ح ك
م) في الكلام المنع، وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم))^١.
والحكم القضاء بالعدل^٢. وسمي الحاكم حاكماً؛ لأنه يمنع الخصمين من
التظالم^٣.

والحكم أيضاً منع منعاً لإصلاح^٤، ويأتي بمعنى العلم والفقهاء، قال ابن
منظور: ((والحكم العلم، قال الله تعالى: (وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيحًا)^٥، أي علماً وفقهاً))^٦.

الفرع الثاني: الحاكم اصطلاحاً

الحاكم في الاصطلاح الفقهي: اسم يتناول الخليفة، والوالي والقاضي، وهو
كل من له ولاية ولو بالتغلب^٧، واختلف عند اطلاقه هل ينصرف إلى القاضي، فقال

١- معجم مقاييس اللغة، مادة (حكم)، ٩١/٢.

٢- ينظر: الأزهرى، محمد بن أحمد (ت: ٣٧٠ هـ)، تهذيب اللغة، مادة (حكم)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢١هـ، ٦٩/٤.

٣- م. ن، مادة (حكم)، ٦٩/٤.

٤- ينظر: الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، مادة (حكم)، ٢٤٨.

٥- مريم: ١٢.

٦- لسان العرب، مادة (حكم)، ١٤١/١٢.

٧- ينظر: القليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، مصطفى البابي الحلبي، ط ٣، ١٣٧٥هـ=١٩٥٥م، ١٩٦/٢.

بعضهم: إن لفظة الحاكم إذا أطلقت إنما يقصد بها القاضي^١، حتى عُرف الحاكم بأنه: ((الذي نصب وعُيّن من قبل السلطان؛ لأجل الفصل، وحسم الدعوى، والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة))^٢.

والمراد بالحاكم عند الأصوليين في تقسيمات الحكم هو الله سبحانه فهو الشارع، ولا خلاف بين المسلمين في أن الحاكم حقيقة هو الله سبحانه وتعالى، وهو القاهر فوق عباده لا ينفذ في خلقه إلا ما يشاء، وأنه هو الأمر والناهي لعباده، ويجب عليهم إطاعته.

وكلمة الحاكم مشتقة من (الحُكم)، وهو عند الأصوليين: ((التشريع الصادر من الله سبحانه وتعالى لتنظيم حياة الإنسان سواء كان متعلقاً بأفعاله أو بذاته أو بأشياء أخرى داخلة في حياته))^٣.

وهذا التعريف جامع لجميع أنواع السلوك الإنساني، فيشمل السلوك الاجتماعي من معاملات وعلاقات إنسانية، تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، والسلوك الإنساني الذاتي، وهو علاقة الإنسان بربه بما يشمل من أمور العقائد والمعاملات.

وعلى سعة تعريف الحكم الشرعي يكون الحاكم هو من يمارس الحكم، وله الصلاحيات التي أتت بإسناد من الشارع المقدس.

وقد كان رسول الله (صلى الله عليه وآله) هو الحاكم في زمانه، فلا يصح أن يحكم بين الناس في حضرته غيره إلا من قدمه لذلك، قال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾^٤.

١- ينظر: العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (ت: ٨٥٢هـ)، فتح الباري، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، ١٣٨٠هـ، ١٣/١١١.

٢- المجلة، مادة (١٧٨٥)، مطبعة الجوائب بالاستانة، ١٣٠٥هـ، ٢٥٩.

٣- الصدر، محمد باقر، المعالم الجديدة للأصول، تح: لجنة التحقيق التابعة للمؤتمر العالمي للإمام الشهيد الصدر، مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ط١، ١٤٢٧هـ، ١٢٣-١٢٤.

٤- النساء: ١٠٥.

وبعد وفاة الرسول حصل خلاف بين المسلمين فيمن هو الأحق بالحاكم
مثلاً سيأتي بيانه.

الفرع الثالث: مصطلحات الحاكم في الشريعة

لقد تعددت الالفاظ الدالة على معنى الحاكم في النظام الإسلامي والتي
منها: الإمام والخليفة والأمير، وكل لفظة من هذه الالفاظ لها سياق تاريخي وردت
فيه، وبغية كشف النقاب عن دلالة تلك الالفاظ سأتطرق إلى دراسة كل لفظة على
حدا ببيان دلالتها في الاصطلاح، مبينا من ذلك المقصود من مصطلح الحاكم،
وأشهر الألقاب التي أطلقها التاريخ الإسلامي على منصب الحاكم ثلاث
مصطلحات، وهي الخلافة والإمامة وإمارة المؤمنين، وهي بمعنى واحد،^١ مثلاً
أطلق لفظ الحاكم على القاضي، لذا سنتناول بإيجاز هذه المصطلحات الأربعة.

١- مفهوم الإمامة

وهو عند الشيعة الإمامية: زعامة ورئاسة إلهية عامة على جميع الناس،
وهي أصل من أصول الدين الخمسة لا يتم الإيمان إلا بالاعتقاد بها، وهي لطف
من الله تعالى، إذ لا بد أن يكون لكل عصر إمام وهادٍ للناس، يخلف النبي (صلى
الله عليه واله)، فيكون نصب الإمام ولياً على الأمر بعد وفاة الرسول الأكرم (صلى
الله عليه واله) واجباً على الله من باب اللطف بعباده.

أما الإمامة عند أهل الجماعة والسنة: فقد عرفت بعدة تعريفات، وهذه
التعريفات كلها تؤدي إلى معنى واحد، وهو خلافة الرسول في قيادة الناس على
وفق الشريعة الإسلامية بما يتعلق بشؤون دينهم، ودنياهم.

قال الماوردي: ((الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة

الدنيا))^٢.

١- ينظر: الحسيني، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد (ت: ١٣٥٤هـ)، الخلافة، الزهراء للإعلام العربي،
القاهرة، ١٧.

٢- الأحكام السلطانية، ٣.

وقال العلامة الإيجي: ((هي خلافة الرسول في إقامة الدين بحيث يجب إتباعه على كافة الأمة))^١.

٢- أمير المؤمنين

لقب يطلق على من يتولى قيادة الدولة الإسلامية استناداً إلى الشريعة الإسلامية ويطلقه أهل السنة والجماعة على جميع الخلفاء الأربعة وغيرهم من الخلفاء الأمويين والعباسيين. يقول ابن خلدون: ((كان الصحابة أيضاً يدعون سعد بن أبي وقاص أمير المؤمنين؛ لإمارته على جيش القادسية، وهم معظم المسلمين يومئذ))^٢، ويطلقه الشيعة الإمامية على الإمام عليّ (عليه السلام) دون غيره من الخلفاء والأئمة (عليهم السلام).

٣- الخلافة

وهي النيابة عن الغير، بمعنى جاء بعده، وقام مقامه، والخليفة السلطان الأعظم^٣.

وورد مصطلح (الخلافة) في القرآن الكريم بمعنى الخلافة العامة لبني آدم عن الله تعالى في الأرض، قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^٤، وهناك الاستخلاف الخاص، وهو الاستخلاف في الحكم، وهو ما وضحته الآية الكريمة: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾^٥، وقد سمي من يخلف رسول الله (صلى الله عليه واله) في إجراء الأحكام

١- المواقف، تح: عبد الرحمن عميرة، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٩٧م، ٣/٥٧٤.

٢- مقدمة ابن خلدون، تح وتخرّيج الأحاديث وعلق عليه: عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق، ط١، ٢٠٠٤م، ١/٤٠٩.

٣- ينظر: الجوهرى، إسماعيل بن حماد (ت: ٣٩٣ هـ)، الصحاح: تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط١، ١٣٧٦ هـ، ٤/١٣٥٦.

٤- البقرة: ٣٠.

٥- ص: ٢٦.

الشرعية خليفة. قال ابن خلدون: ((وأما تسميته خليفة؛ فلكونه يخلف النبي في إيمته، فيقال خليفة))^١، وعلى هذا فالخلافة: النيابة.

٤ - القاضي

فكل من الإمام والقاضي يوصف بأنه حاكم، لكن مع اختلاف أن الأول يستحق هذا الوصف كونه المسؤول الأول عن تنفيذ أحكام الله سبحانه وتعالى بعد الرسول (صلى الله عليه واله)، أما القاضي فهو يستحق الوصف بوصفه نائباً عن الإمام فيقضي بين الناس بموجب تعيين الإمام له.

ومن الفروق بينهما إن الإمام له أن يقضي ويفتي، ويجمع الجيوش، ويحوز الأموال ويصرفها في موارد الشرعية، وتولية الولاية، وما إلى ذلك من أمور كثيرة لا يشاركه فيها القاضي^٢.

فكل إمام قاض، أما القاضي فلا يصدق عليه وصف الإمامة الكبرى.

١- مقدمة ابن خلدون، ١/٣٦٦.

٢- ينظر: القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ٤٦.

المطلب الثاني: مفهوم الحاكم في القانون ومصطلحاته

والبحث فيه على فرعين:

الفرع الأول: مفهوم الحاكم

تطلق كلمة الحكام في كل مجتمع على الذين يقودون المجتمع وتقابل الذين ينفقون، أي المحكومين، وهناك رأيان في مفهوم الحاكم قانوناً مفهوم واسع ويتمثل بان الحاكم هو مجموع السلطات الثلاث ومفهوم ضيق ويتمثل الحاكم برأس السلطة سواء كان رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء حسب اختلاف الأنظمة^١.

وعلى المفهوم الواسع تنقسم السلطة القانونية في الوقت الحاضر إلى ثلاث سلطات^٢ وهي:

١- السلطة التشريعية: تكون مسؤولة عن التشريع ومراقبة أداء السلطة التنفيذية، وهناك عدة تسميات لهذه السلطة من قبيل البرلمان، مجلس النواب، مجلس الشعب، الجمعية الوطنية، الكونغرس، كذلك تختلف طريقة تشكيل السلطة التشريعية من دولة إلى أخرى على وفق النظم السياسية لكل بلد.

٢- السلطة التنفيذية: وتناط بها مهمة تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وعن إدارة شؤون الدولة والمواطنين بحسب ما تنص عليه هذه القوانين، وتختلف طريقة تشكيل السلطة التنفيذية في النظم الديمقراطية من بلد إلى آخر.

٣- السلطة القضائية: وتكمن وظيفتها في تطبيق القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، والفصل في القضايا تحقيقاً للعدالة ورفع الظلم بين المواطنين

١- ينظر: موريس دوفرجه (MAURICE DUVERGER)، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة: جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٢هـ = ١٩٩٢م، ٢٣٨.

٢- ينظر: الطماوي، سليمان محمد، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، ط٣، ١٩٧٤م، ٣٧.

أنفسهم، أو النزاعات بين أجهزة الدولة والمواطنين؛ ولذلك يتوجب عليها التزام جانب الحياد والاستقلال الكامل.

وعلى المفهوم الضيق يكون الحاكم رأس السلطة التنفيذية التي تمثل الدولة أمام سائر العالم، ويختلف رأس السلطة باختلاف أنظمة الحكم، ففي النظام الرئاسي مثلما هو الحال في الولايات المتحدة، يكون رئيس الدولة (الرئيس) هو أيضا رئيس الحكومة، كونه رئيساً للسلطة التنفيذية في البلاد.

أما في النظام البرلماني، فعلى العكس من ذلك، رئيس الحكومة (أو رئيس الوزراء) الذي ينتخب من قبل البرلمان يكون هو الحاكم، ورئيس الدولة يمكن أن يكون منتخباً من قبل البرلمان أو يأتي للحكم بسبب عامل وراثي كالمك، وفي النظام المختلط، كما هو الحال في فرنسا، رئيس الحكومة (رئيس الوزراء) الذي ينتخب من قبل البرلمان ورئيس الدولة (الرئيس) هو المنتخب شعبياً، وهو سيتقاسم الصلاحيات مع الحكومة^١.

وبصورة عامة تختلف مهام رئيس الدولة تبعاً لشكل الحكومة التي يقرها الدستور ووفقاً لقوانين كل دولة.

الفرع الثاني: مصطلحات الحاكم في القانون

إن القائم بالسلطة التنفيذية أو ما يعبر عنه بالحاكم، يطلق عليه لقب الرئيس، يزداد على ذلك أن الحاكم قد يكون ملكاً، وعلى هذا الأساس سأتناول كل من مصطلحي الرئيس والملك:

١- ينظر: بوقفة، عبد الله، النظم الدستورية، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٩م، ص ١٢١ وما بعدها.

١- الرئيس: الرئيس من رأس رئاسة ورأس كل شيء: أعلاه، وتأتي في اللغة بمعانٍ متعددة منها التأمُر^١، فيكون معنى ترأس عليهم أي تأمر، والرئيس: سيّد القوم، والجمع رؤساء، وهو الرُّأس أيضاً^٢.

ومما تقدم يمكن استنتاج أن كلمة الرئيس تعني المكان الأعلى في الإنسان وهو الرأس، ثم استعمل للدلالة على ما هو المسؤول الأعلى في الدولة بالتعبير الدستوري الحديث، فإذا كان الرأس هو العضو الأعلى في جسم الإنسان، فإن الرئيس يرمز به إلى أعلى مسؤول في الدولة.

وقد استعمل هذا المصطلح بمعنى حاكم الدولة في القرن الرابع الهجري، فقد اعتمده الفارابي في حديثه عن المدينة الفاضلة^٣، ومن ثم أصبح لقب الرئيس علماً لمن يحكم دولة ذات نظام جمهوري أو رئاسي، إلى جانب ألقاب أخرى تختلف بحسب النظم الحاكمة^٤.

٢- الملك: جاء في المعاجم العربية الملك: السلطان والعظمة، وملك الله تعالى سلطانه وعظمته^٥، ولفظ الملك يراد بها في الاصطلاح أحد أمرين، الملك بالمعنى الديني والملك بالمعنى السياسي، وهي بالمعنى الأول ترتبط بالجانب العقائدي نحو قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۗ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾^٦، أما المعنى الثاني السياسي، فهو يتعلق بتدبير شؤون الناس في الدنيا، وهو يطلق في أيامنا على رئيس الدولة الذي يتولى السلطة لمدى الحياة^٧.

١- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (رأس)، ٩٢/٦.

٢- م. ن.

٣- ينظر: الفارابي، محمد بن محمد بن أوزلغ (ت: ٣٣٩هـ)، آراء أهل المدينة الفاضلة، تح: ألبير نصري نادر، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ط١، ١٩٥٩م، ١٨٨.

٤- ينظر: سعيّفان، أحمد، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان ناشرون، ط١، ٢٠٠٤م، ١٩٣.

٥- ابن منظور، لسان العرب، مادة (ملك)، ٤٩٢/١٠.

٦- آل عمران: ١٨٩.

٧- ينظر: سعيّفان، أحمد، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، ٣٤٥.

المطلب الثالث: شروط الحاكم الشرعي

إن أهمية القيادة والحكومة في الدولة الإسلامية وما يترتب عليها تستوجب اشتراط شروط للحاكم؛ لذا اشترط الشارع وجود صفات وشروط معينة للحاكم، وهذه الشروط هي التي تجعل للحاكم المشروعية، ومن دونها لا معنى لجعل المشروعية له، ومن هذه الشروط والصفات ما توافق عليه مشهور المسلمين، ومنها ما اختلفوا عليه:

الفرع الأول: الشروط المتفق عليها

الشرط الأول: الإسلام والإيمان

والمراد به: الاعتقاد الفعلي بالإسلام عقيدة ومنهجاً ونظماً وخلقاً مثلما في القرآن والسنة المطهرة.

واشترط العلامة الحلي اسلام الحاكم فقال: ((أن يكون مسلماً ليراعي مصلحة المسلمين والإسلام؛ وليحصل الوثوق بقوله ويصح الركون إليه فإن غير المسلم ظالم))^١.

وذكر الشيخ المنتظري هذا الشرط، فقال: ((الشرط الثاني للوالي الإسلام والإيمان، فلا يُجعل الكافر والياً على المسلمين))^٢، واشترط الإسلام في الإمام أيضاً فقهاء السنة والجماعة، قال النووي في شروط الإمام الأعظم: ((شرط الإمام: كونه مسلماً مكلفاً حُرّاً ذكراً فُرِيشياً مجتهداً ذا رأي وسمع وبصر ونطق))^٣.

١- تذكرة الفقهاء، تح: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، ط ١، ١٤١٥هـ، ٣٩٣/٩.

٢- دراسات في ولاية الفقيه، ٢٨٧/١.

٣- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، عني به: محمد طاهر شعبان، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٦هـ = ٢٠٠٥م، ٥٠٠.

وذكر ابن حزم: ((وصفة الإمام... وأن يكون مسلماً؛ لأن الله تعالى يقول: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً)¹، والخلافة أعظم سبيل))².

وذكر القلقشندي في مآثر الإنافة في شروط الإمامة الشرط التاسع الإسلام: فلا تتعد إمامة الكافر سواء كان كافراً أصلياً أو مرتداً؛ لأن المقصود من الإمام مراعاة أمور المسلمين ونصرة الدين ومن لا يكون مسلماً لا يراعى ذلك³.

الشرط الثاني: العدالة

تعد العدالة من أهم الصفات التي ينبغي أن يتحلى بها الحاكم الإسلامي والرئيس الأعلى للحكومة الإسلامية، بعيداً عن المعاصي والذنوب والشهوات، وإلا فلا يؤتمن على مصير الأمة ومقدراتها، والعدالة هي حالة نفسية تمنعه من ارتكاب المعاصي، وتردعه عن اقتراف الذنوب التي منها الكذب والخيانة، ولعل أوضح ما يدل على لزوم وجود مثل هذه الصفة في الحاكم الشرعي وحث المجتمع على اعتبارها قوله تعالى: (وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءٍ)⁴.

جاء هذا الشرط في التذكرة للعلامة الحلي: ((يشترط في الإمام أمور: ... الثالث: أن يكون عدلاً))⁵.

وقال الماوردي: ((وأما أهل الإمامة فالشروط المعتبرة فيهم سبعة: أحدها: العدالة على شروطها الجامعة))⁶.

١- النساء: ١٤١.

٢- الفصل في الملل والأهواء والنحل، تح: د. محمد إبراهيم نصر، و د. عبد الرحمن عميرة، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٦هـ = ١٩٩٦م، ١٠/٥.

٣- ينظر: مآثر الأنافة في معالم الخلافة، تح: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، ط٢، ١٩٨٥م، ١/١٨.

٤- ينظر: السبحاني، جعفر، مفاهيم القرآن، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م، ٢/٢٤٧.

٥- تذكرة الفقهاء، ٣٩٣/٩.

٦- الأحكام السلطانية، ٥.

والأخبار الواردة في ذم ولاة الجور والظلم كثيرة، وتتضمن حرمة تقويتهم وإعانتهم وأي إعانة أقوى من الانقياد لهم والتسليم لأمرهم^١.

لكن يوجد هناك بعض الروايات لدى رواة وفقهاء أهل السنة والجماعة يفاد منها وجوب إطاعة الحاكم مطلقاً، وإسقاط شرط العدالة.

فقد روى أحمد بن حنبل عن عبد الله بن عمر عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: ((من نزع يداً من طاعة فلا حجة له يوم القيامة، ومن مات مفارقاً للجماعة فقد مات ميتة جاهلية))^٢.

وفي سنن أبي داود، بسنده عن أبي هريرة، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): ((الجهاد واجب عليكم مع كل أمير براً كان أو فاجراً، والصلاة واجبة عليكم خلف كل مسلم براً كان أو فاجراً، وإن عمل الكبائر))^٣.

الشرط الثالث: الكفاءة والقوة وحسن الولاية

أهم ما يشترط في الحاكم هو كفاءته في قيادة الأمة، وجمع شملهم، وقدرته على جعلهم في مصاف الأمم المتقدمة، وحسن الولاية، وإلى هذه الصفة المهمة في الحاكم يشير الإمام علي (عليه السلام) إذ يقول: ((أيها الناس إن أحق الناس بهذا الأمر أقواهم عليه، وأعلمهم بأمر الله فيه))^٤، ومعنى أقواهم عليه: أكفؤهم لقيادة الأمة وتولي الأمر.

وجاء في كلام لأبي الحسن الماوردي: ((وأما أهل الإمامة فالشروط المعتمدة فيهم سبعة: ... الخامس: الرأي المفضي إلى سياسة الرعية وتدبير المصالح))^٥.

١- ينظر: المنتظري، دراسات في ولاية الفقيه، ١/٢٩٧.

٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تح: محمد بركات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٦ هـ، الحديث ٥٣٨٦، ٢٨٤/٩.

٣- سنن أبي داود، ضبط وترقيم وتخريج وتنسيق الحواشي: صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٦ هـ = ٢٠٠٥ م، ٣/١٠٩٧.

٤- نهج البلاغة، تح: صبحي الصالح، مؤسسة دار الهجرة، قم المقدسة، ١٤١٤ هـ، ٢٤٧-٢٤٨.

٥- الأحكام السلطانية، ٥.

وتقدم ما يشير إلى هذا الشرط في رواية الكليني بسنده عن أبي جعفر (عليه السلام) ^١. وقال ابن حزم: ((وصفة الإمام أن يكون مجتنباً للكبائر، مستتراً بالصغائر، عالماً بما يخصه، حسن السياسة)) ^٢.

الشرط الرابع: الفقاهاة

لا تصح إمامة الجاهل بالإسلام وأحكامه؛ لأن الحكومة الإسلامية هي حكومة القانون الإلهي، لذا يجب على الحاكم أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية وفن الإدارة، وإلا ستتحول إلى حكومة استبدادية تكون تابعة لمصلحة الحاكم يحكم فيها بأهوائه.

ويشير الإمام عليّ (عليه السلام) إلى هذا الشرط فيقول: ((أيها الناس إن أحق الناس بهذا الأمر أقواهم عليه، وأعلمهم بأمر الله فيه)) ^٣.

وذكر الماوردي هذا الشرط إذ يقول: ((وأما أهل الإمامة فالشروط المعتمدة فيهم سبعة: ... الثاني: العلم المؤدي إلى الاجتهاد في النوازل والأحكام)) ^٤. واشترط الاجتهاد النووي، إذ قال: ((شرط الإمام: كونه مسلماً مكلفاً حُرّاً ذكراً قُرَيْشياً مجتهداً ذا رأي وسمع وبصر ونطق)) ^٥.

إلى غير ذلك من أقوال الفقهاء والروايات الكثيرة من طريق أهل بيت العصمة عليهم السلام ومن طريق غيرهم، التي تدل على المدعى.

الشرط الخامس: ألا يكون بخيلاً

وهذا الشرط من الشروط المهمة؛ لأن الحاكم مسلط على أموال المسلمين، ويتوقع منه رعاية المصالح العامة للمجتمع، والصفات المذكورة تمنعه من تلك الرعاية،

١- ينظر: الكافي، كتاب الحجة، باب ما يجب من حق الإمام على الرعية، الحديث: ١٠٧٠، ٣٤٨/٢.

٢- المحلى بالآثار، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٥هـ = ٢٠٠٣م، ٤٢٥/٨.

٣- نهج البلاغة، ٢٤٧-٢٤٨.

٤- الأحكام السلطانية، ٥.

٥- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ٥٠٠.

والبخل يمنع أن يصرف المال في المصالح الاجتماعية العامة وإن كانت مهمة، يقول أمير المؤمنين (عليه السلام): ((وقد علمتم أنه لا ينبغي أن يكون الوالي على الفروج والدماء والمغانم والأحكام وإمامة المسلمين، البخيل فتكون في أموالهم نهمته ولا الجاهل فيضلهم بجهله ولا الجافي فيقطعهم بجفائه))^١.

الفرع الثاني: الشروط المختلف فيها

الشرط الأول: البلوغ:

وقد تعرض فقهاء العامة إلى احتساب البلوغ في الإمامة والقضاء، فاشتراط النووي التكليف، قال: ((شرط الإمام: كونه مسلماً مكلفاً حُرّاً ذكراً قُرَيْشياً مجتهداً ذا رأي وسمع وبصر ونطق))^٢.

وقال ابن حزم: ((وجب أن ينظر في شروط الإمامة التي لا تجوز الإمامة لغير من هن فيه، فوجدناها: ... وأن يكون بالغاً مميزاً))^٣.

أما فقهاء الإمامية فتعرضوا لهذا الشرط في القضاء فقط؛ لأنهم لا يشترطون البلوغ في الإمام، قال الجواهري: ((لا ينعقد منصب القضاء لصبي ولو مراهق ولا مجنون ولو أدواراً حال جنونه، لسلب أفعالهما وأقوالهما وكونهما مولى عليهما، فلا يصلحان لهذا المنصب العظيم، ومنصب الإمامة ليحيى (عليه السلام) وللصاحب روعي له الفداء إنما كان لنوع من القضاء الإلهي، نحو عيسى بن مريم (عليه السلام))^٤.

ويمكن الجمع بين الرأيين بالقول ان البلوغ شرط في إمامة غير النبي الأكرم والأئمة المعصومين، فيكون البحث خاصاً في شروط الحاكم والوالي زمن الغيبة.

١- نهج البلاغة، ١٨٩.

٢- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ٥٠٠.

٣- الفصل في الملل والأهواء والنحل، ١٠/٥.

٤- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تح وتصح: عباس القوجاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت،

لبنان، ط٧، ١٤٠٤هـ، ١٢/٤٠.

الشرط الثاني: العصمة في الإمام:

عد فقهاء الإمامية العصمة من شروط الإمام، وخالف في ذلك جميع الفرق، وقد وردت في ذلك أخبار كثيرة. وهذا الشرط خاص بالإمام، قال المرتضى: ((كل عالم من علماء الإمامية يذهب إلى أن الإمام يجب أن يكون معصوماً منصوباً عليه))^١.

وقال أيضاً بالإمام يجب أن يكون معصوماً من كل ذنب وزلل كعصمة الأنبياء عليهم السلام^٢.

وعلى هذا فمع وجود المعصوم لا تجوز الإمامة والخلافة لغيره قطعاً، نعم مع غيابه ينوب عنه الفقهاء أو الأمة على اختلاف المباني.

الشرط الثالث: النص عليه (في الإمام المعصوم):

اشترط فقهاء الإمامية هذا الشرط في الإمام، ودلت عليه الأخبار، قال الطوسي بعد اشتراط عصمة الإمام: ((والعصمة تقتضي النص))^٣، وقال العلامة الحلي في شرح قول الطوسي أن الإمامية خاصة ذهبت إلى وجوب أن يكون الإمام منصوباً عليه، ونقل عن العباسية إن طريق تعيين الإمام لديهم طريقان لا واحد، إما النص وإما الميراث، أما الزيدية فذهبت إلى تعيين الإمام بالنص أو الدعوة إلى نفسه^٤، ومن الأخبار الدالة على ذلك: خبر الخصال عن سليمان بن مهران، عن أبي عبد الله جعفر بن محمد (عليهما السلام) قال: ((عشر خصال من صفات الإمام: العصمة، والنصوص، وأن يكون أعلم الناس، وأتقاهم لله، وأعلمهم بكتاب الله، وأن يكون صاحب الوصية الظاهرة))^٥، والمتأمل لكلام الفقهاء والأخبار الدالة على اعتبار العصمة والنص، يظهر أن هذين

١- رسائل الشريف المرتضى تدقيق وتص: السيد مهدي الرجائي، دار القرآن الكريم، قم المقدسة، ط١، ١٤٠٥هـ، ٣٦٧/٢.

٢- ينظر: المرتضى، علي بن حسين بن موسى (ت: ٤٣٦هـ)، المسائل الناصريات، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، طهران، إيران، ط١، ١٤١٧هـ، ٤٤٢.

٣- الطوسي، نصير الدين (٦٧٢هـ)، تجريد العقائد، تح: د. عباس محمد حسن سليمان، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٦م، ١٦٣.

٤- ينظر: كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ٣٤٣.

٥- الصدوق، محمد بن علي بن بابويه (ت: ٣٨١هـ)، الخصال، صححه وعلق عليه: علي أكبر الغفاري، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط٢، ١٤٠٣هـ، ٤٢٨/٢.

الشرطين محتسبان في الإمام المعصوم فقط، أي في الأئمة الاثني عشر دون اعتبارهما في الفقيه العادل.

الشرط الرابع: سلامة الأعضاء والحواس:

وقد عدها الماوردي الشرط الثالث والرابع من الشروط التي ينبغي توافرها في الإمام، قال: ((والتالث: سلامة الحواس من السمع والبصر واللسان، ليصح معها مباشرة ما يُدرك بها، والرابع: سلامة الأعضاء من نقص يمنع عن استيفاء الحركة وسرعة النهوض))^١.

واشترط سلامة الحواس في الإمام النووي، قال: ((شرط الإمام: كونه مُسَلِّماً مُكَلِّفًا حُرًّا ذَكَرًا قُرَيْشِيًّا مَجْتَهِدًا ذَا رَأْيٍ وَسَمْعٍ وَبَصَرٍ وَنَطْقٍ))^٢.

لكن هذا الشرط يتعارض مع ما رواه أبو داود بسنده عن أنس أن الرسول الأكرم استخلف ابن مكتوم الأعمى على المدينة مرتين^٣.

ولعل هذا الشرط يرجع إلى الشرط الرابع وهو الكفاءة والقوة وحسن الولاية، فإن أوجب فقدان الأعضاء والحواس القوة في العمل أو نقصان الكفاءة بسبب ذلك، اعتبرت السلامة، وإلا فلا، ويشهد لذلك استخلاف النبي ابن مكتوم في إمامة الصلاة^٤.

١- الأحكام السلطانية، ٥.

٢- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ٥٠٠.

٣- سنن أبي داود، ١٢٨١/٣.

٤- م. ن، ٣٨٥/١.

الشرط الخامس: القرشية:

وقد اشترطها في الإمامة أكثرية علماء الجماعة كالموردي^١ الذي احتج له بورود النص عليه وانعقاد الإجماع عليه، والنووي^٢ وابن حزم^٣ والجويني محتجاً له بقول الرسول الأئمة من قريش^٤ وغيرهم، على حين نقل ابن خلدون في مقدمته الخلاف بين الفقهاء في الشرط الخامس من شروط منصب الحاكم وهو النسب القرشي^٥.

أما فقهاء الإمامية فاشتراط كون الأئمة لديهم من قريش شيء واضح؛ لأن الأئمة الاثني عشر كلهم من قريش، يبقى الكلام هل تشتط القرشية في الحاكم في زمن الغيبة أم لا؟ هنا نقول لا دليل على الاشتراط، ولا سيما في القول بكون الفقهاء منصوبين من قبل الإمام الحجة (عجل الله فرجه).

١- الأحكام السلطانية، ٥.

٢- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ٥٠٠.

٣- الفصل في الملل والأهواء والنحل، ١٠/٥.

٤- الإرشاد، تح: محمد يوسف موسى وعلي عبد المنعم عبد الحميد، طبع بمطبعة السعادة، مصر، ١٣٦٩

هـ = ١٩٥٠ م، ٤٢٦-٤٢٧.

٥- مقدمة ابن خلدون، ٣٦٨/١.

المبحث الثالث: الحق ماهيته وانواعه ومنشؤه

الكلام في هذا المبحث يكون على ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ماهية الحق وفيه فرعين:

الفرع الأول: ماهية الحق في المصطلح الشرعي

استعمل أغلب علماء الفقه الإسلامي القدماء لفظ الحق، في معان عديدة وفي مواضع مختلفة، بالرغم من انتظامها في معنى عام يجمعها، وهو الثبوت والوجوب ولم يعتن أكثرهم ببيان حدود الحق في مواضع استعمالته المختلفة بالرغم من كثرة استعمالهم إياه؛ لاكتفائهم بوضوح معناه اللغوي ودلالاته عليه ووفائه بجميع استعمالته في اللغة ومخاطبات الناس.

لكن هذا لم يمنع من وجود بعض الفقهاء عرفوا الحق، وهذا التعريف في

معنيين:

المعنى الأول: المعنى العام، يشمل كل ما يثبت للفرد من سلطات، سواء

كان الثابت مالياً أو غيره.

وقد عرف الحق بهذا المعنى بأنه: ((الموجود من كل وجه، لا ريب في

وجوده))^١.

ويرد عليه: هذا التعريف قريب للمعنى اللغوي للحق، وهو أوسع من

الإطلاق الفقهي له، إذ لا ريب في دخول كل الموجودات حتى التكوينية مما لا

علاقة للفقه بها^٢.

١- البخاري، عبد العزيز أحمد محمد (ت: ٧٣٠هـ)، كشف الإسرار، تح: عبد الله محمود أحمد، دار الكتب

العلمية، ط١، ١٤١٥هـ=١٩٩٥م، ٧/٦٥٠.

٢- ينظر: البكاء، عدنان، الحكم والحق بين الفقهاء والأصوليين، مطبعة الغري الحديثة، النجف الأشرف،

ط١، ١٩٧٦م، ١٤٩.

قال السيد بحر العلوم: ((قد يطلق الحق على عنوان عام شامل لكل ما جعله الشارع المقدس بالجعل التأسيسي، والامضائي. وهو بهذا الإطلاق عبارة عن التحقق والثبوت))^١.

المعنى الثاني: المعنى الخاص، ولغرض التعرف على آراء المذاهب الإسلامية في تعريف الحق بالمعنى الخاص سنتناول أولاً علماء المذهب الإمامي ومن ثم علماء جمهور المسلمين ثانياً.

اختلف فقهاء الإمامية في تعريف مفهوم الحق، فمنهم من ذهب إلى أن الحق سلطنة، ومنهم من يراه مرتبة ضعيفة من الملك.

فلقد عرفه الأنصاري بأنه: ((سلطنة لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك))^٢.

وعرفه السيد محمد تقي آل بحر العلوم بأنه: ((سلطنة مجعولة للإنسان من إذ هو على غيره ولو بالاعتبار: من مال أو شخص أو هما معا))^٣.

ويرد عليهما: التعريف لا يظهر حقيقة الحق بل أثر ثبوت الحق، فعندما يثبت الحق يكون لصاحبه سلطنة على استيفائه^٤.

المعنى الثاني: إن الحق هو مرتبة ضعيفة من الملك قال الميرزا النائيني: ((إنَّ الحقَّ سلطنة ضعيفة على المال، والسلطنة على المنفعة أقوى منها، والأقوى منهما السلطنة على العين))^٥.

١- بلغة الفقيه، شرح: محمد تقي آل بحر العلوم، منشورات مكتبة الصادق، طهران، ط٤، ١٤٠٣هـ=١٩٨٤م، ٣٣/١.

٢- المكاسب والبيع، تح: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، مطبعة الباقر، قم، ط١، ١٤١٥هـ، ٤/٣.

٣- بلغة الفقيه، ١٣/١.

٤- ينظر: الأخوند الخراساني، محمد كاظم بن حسين (ت: ١٣٢٩هـ)، حاشية المكاسب، تح وتص: سيد مهدي شمس الدين، وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، طهران، إيران، ط١، ١٤٠٦هـ، ٤.

٥- النائيني، محمد حسين الغروي (ت: ١٣٣٥هـ)، منية الطالب في شرح المكاسب، المكتبة المحمدية، طهران، إيران، ط١، ١٣٧٣هـ، ٤١/١.

ويرى السيد الخوئي أن الحق: ((الحكم القابل للإسقاط))^١.

وعرفه فقهاء جمهور المسلمين بما يلي:

عرف القاضي الحسين المروزي الشافعي الحق بأنه: ((اختصاص مظهر

فيما يقصد له شرعاً))^٢.

ومن مميزات هذا التعريف:

أولاً: أنه أول من عرف الحق بأنه اختصاص، وهو يظهر ماهية الحق

ويميزه عن غيره من الحقائق الشرعية.

ثانياً: أنه تعريف لفقهاء قديم فالقاضي أحد فقهاء القرن الخامس الهجري،

مما يدل على اهتمام الفقهاء بتعريف الحق تعريفاً تاماً لا تعريفاً لغوياً فقط^٣.

وكذلك اختلفت تعريفات الفقهاء المعاصرين للحق؛ وذلك لتأثر بعضهم

بالمعنى اللغوي، وبعضهم بتعريفات الفقهاء القدماء، ومن هذه التعريفات: تعريف

الدكتور فتحي الدريني للحق - بعد أن أشكل على تعريفات العلماء - بأنه:

((اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً

لمصلحة معينة))^٤، وقد شرح الدكتور هذا التعريف ضمن كتابه بما ملخصه: يقصد

بقوله (الاختصاص) الانفراد والاستثثار، ويقصد (باقتضاء الأداء) ما يلزم فعله على

جهة الإيجاب من مثل قيام الأجير بعمله، أو ما يلزم فعله على جهة السلب

كالامتناع عن الانتفاع بالمرهون^٥.

١- الشاهرودي، علي الحسيني، محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير أبحاث السيد الخوئي، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ط١، ١٤٨٤هـ، ٢/٢١.

٢- في كتابه (طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية)، ص١٥٠، مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ١٥٢٣ فقه شافعي، والقاضي توفي سنة ٤٦٢هـ، نقلاً: عن الخولي، أحمد محمود، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م، ٣٨.

٣- ينظر: الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ٣٨.

٤- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٠٤هـ=١٩٨٤م، ١٩٣.

٥- م. ن، ١٩٣-١٩٤.

وهذه محاولة جيدة بالجمع بين مفهومي الاختصاص والمصلحة، بعد أن كان يعرف بالاختصاص فقط.

التعريف المختار

الباحث يميل إلى تعريف الدكتور فتحي الدريني، وذلك للأسباب الآتية:

١- لأنه يميز بين الحق والمصلحة التي هي غاية الحق؛ فالحق ليس مصلحة بل وسيلة.

٢- ولأنه قيّد الاختصاص بقيد المصلحة وحماية الشرع لهذه المصلحة، فكان التعريف جامعاً مانعاً.

الفرع الثاني: ماهية الحق في المصطلح القانوني والفرق بينه وبين الحريات العامة
أولاً: ماهية الحق في الاصطلاح القانوني: شهد تعريف الحق خلافاً وجدلاً
حاداً بين القانونيين نتيجة لاختلاف الزوايا التي ينظر منها إلى الحق، ونشأ من ذلك ظهور اتجاهات قانونية متعددة، من أبرزها نظرية الإرادة ونظرية المصلحة والنظرية المختلطة بين الإرادة والمصلحة، فضلاً عن النظرية الحديثة الاستثنائية والتسلط^١، وهذا ما سيظهر بالآتي.

١- المذهب الشخصي أو نظرية الإرادة:

رائد هذه النظرية هو الفقيه الألماني فريدريك سافيني (FRIEDRICH SAVIGNY) الذي ينظر إلى الحق من منظور شخصي بمعنى النظر إلى صاحب الحق، فالحق: ((القدرة والسلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم))^٢.

١- ينظر: الصراف، عباس، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط٤، ١٩٩٧م، ١٢١-١٢٢.

٢- زنتاتي، محمد سلام، مبادئ القانون، مكتبة الطليعة، أسيوط، مصر، ١٩٧٨م، ٢٧٤.

ومقتضى هذا التعريف أن يكون الحق هو قدرة أو سلطة يعترف بها القانون لإرادة فرد معين للقيام بعمل ما.
ويرد عليه:

أ- هذا المذهب لا يثبت الحقوق لعديمي الإرادة بالرغم من اعتراف القانون لهم بالحقوق من مثل المجنون والصبي غير المميز والجنين.
ب- بعض الحقوق تثبت للشخص دون علمه وإرادته أصلاً من قبيل الوارث والموصى له، نعم استعمال هذا الحق يحتاج إلى الإرادة^١.

٢- المذهب الموضوعي أو نظرية المصلحة

ويتزعم هذا المذهب الفيلسوف والقانوني الألماني فون إهرنج (VON JHERING) إذ عرف الحق من التماس موضوعه والغرض منه، فالحق بحسب هذا النظرية أو المذهب: ((مصلحة يحميها القانون))^٢، ومن أنصار هذا المذهب الدكتور السنهوري الذي عرف الحق بأنه: ((مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون))^٣.

وعنصر الحق في هذه النظرية هما المصلحة التي تتحقق لصاحب الحق، والحماية القانونية له أي الدعوى القضائية.

وعليه فالمصلحة على وفق هذا التعريف هي العنصر الجوهرى، والأول للحق وهي غايته.

ويرد على هذه النظرية:

أ- إنها عرفت الحق بالغاية منه وهي المصلحة، فالمصلحة هي هدف وغاية الحق وليست ركناً فيه.

١- ينظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ٥٥.

٢- الجمال، مصطفى محمد، الجمال، عبد الحميد محمد، القانون والمعاملات، المكتبة القانونية، مصر، ١٩٨٧م، ١٠٦.

٣- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٧.

ب- هذا التعريف غير مانع من دخول الاغيار؛ لأنه يدخل الحريات والحقوق العامة، إذ الإباحة مصلحة يحميها القانون، مع كونها ليست حقاً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق الذي يمتاز بخاصية الاستثناء^١.

٣- النظرية المختلطة

جمعت هذه النظرية بين النظريتين السابقتين بحيث ينظر في تعريف الحق إلى صاحب الحق وموضوعه مع تغليب بعضهم المصلحة على الإرادة، وتغليب بعضهم الآخر الإرادة على المصلحة.

ويرد عليها ما ورد على النظريتين السابقتين، فلا يفترض الحق وجود إرادة لدى صاحبه، وأنه ليس بالمصلحة أو المنفعة التي تعود على صاحب الحق^٢.

٤- نظرية الاختصاص

وهي نظرية الفقيه البلجيكي دابان (DABAN)، فقد نظر الفقيه البلجيكي إلى تعريف الحق من منظار العناصر المكونة له، فعرفه بأنه: ((استثناء (اختصاص) بقيمة أو شيء يمنحه القانون لشخص، بحيث يمكنه التسلط على هذه القيمة أو ذلك الشيء))^٣.

ومن التعريف يتضح أن جوهر الحق عند دابان يتمثل في عنصرين داخليين في تكوين الحق وهما: التسلط والاقتضاء.

والتسلط نتيجة نهائية وحتمية للاستثناء والاختصاص، غير أن هذا التسلط بالنسبة لعديم الأهلية يكون تصويرياً لا واقعياً. أما الاقتضاء فهو التزام الكافة باحترام الحق^٤.

١- ينظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ٥٦.

٢- الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ٥٧.

٣- الجمال، مصطفى محمد، الجمال، عبد الحميد محمد، القانون والمعاملات، ١٠٨.

٤- ينظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ٥٩.

ثانياً: الفرق بين الحق والحرية العامة

درج على استعمال الحرية العامة بمعنى الحق، وهناك من يعد هذا الرأي غير صحيح؛ لأن الحرية العامة ترادف الترخيص أو إباحة التصرف أو الرخصة^١، وقد يتمتع الإنسان بميزات وسمات يختص بها، فيتساوى مع الناس في التمتع بهذه السلطات، من مثل حرية التملك، وحرية التعبير، وحرية التنقل، وحق الصحة، وحرية الاعتقاد لكن مثل هذه السلطات والميزات لا يصدق عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق، إلا من قبيل التجوز والتوسع في معنى لفظ الحق^٢.

فالحق يفترض وجود عنصرين أساسيين:

١- رابطة قانونية (رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء).

٢- استئثار شخص وانفراده من دون سائر الناس بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء.

ومن هذين العنصرين يمكن التمييز بين الحق وبين ما يختلط به من الحريات العامة أو الرخص، ومنشأ الاختلاط أن الرخص العامة تعطي لأفراد المجتمع سلطات يسبغ عليها القانون حمايته من كل اعتداء يقع عليها؛ ولهذا انتشر وشاع الخلط بين الرخص أو الحريات العامة وبين الحق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم الحق، لكن الواقع أن هناك فرقا بين المصطلحين، فالحق يفترض وجود رابطة قانونية، وهذه تفترض وجود الأفراد في مراكز مختلفة، فيكون صاحب الحق في مركز يمتاز به عن غيره من الناس، بما تخول من تسلط أو اقتضاء، وهو يستلزم أن يكون له هذا التسلط على سبيل الاستئثار دون سائر الناس، فالمالك مثلاً يستأثر وحده بالتسلط على ملكه دون الآخرين، فلا يكون لأحد غيره مثل هذا التسلط على الملك نفسه، بينما الحريات العامة أو الرخص على العكس من ذلك، فهي لا تفترض وجود روابط قانونية، بل تفترض وجود الأفراد في المركز نفسه من جهة التمتع بما تخوله من

١- ينظر: إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢م، ٢٧.

٢- ينظر: الجمال، مصطفى محمد، الجمال، عبد الحميد، القانون والمعاملات، ١٠٧. وينظر أيضاً: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ٥٦.

سلطات، ومن ثمَّ فهي لا تعرف فكرة الاستثناء، بل يتمتع الجميع بالحريات العامة أو الرخص على قدم المساواة، من دون استثناء أو انفراد بها من دون الآخرين، فحرية التنقل مثلاً لا تفترض اختلافاً في مراكز الأفراد بعضهم عن بعضهم الآخر، بل تفترض وجود جميع الأفراد في مركز واحد^١.

وهناك رأي آخر بصحة استعمال مصطلح الحق على الحقوق والحريات العامة والرخص، وبناءً على هذا الاتجاه يمكن لنظرية الحق أن تشمل حرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية التعاقد وما إلى ذلك من الحريات العامة أو الرخص.

١- ينظر: كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٠٩.

المطلب الثاني: أنواع الحق في الشريعة والقانون ويمكن تقسيم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: أنواع الحق في الشريعة

تنقسم الحقوق في الشريعة الإسلامية بلحاظ صاحب الحق إلى أربعة أقسام:
القسم الأول: حق الله تعالى، ويمكن تعريفها بأنها كل الحقوق التي ليس للعبد إسقاطها، على نحو الإيمان بالله، والعبادات من الصلاة والزكاة والصيام والحج وغيرها، فلا يجوز لأي إنسان ولو كان حاكماً أو هيئة تشريعية أن يدعي سقوطها عنه، أو إسقاطها عن غيره، مثلما لا يجوز لهم إسقاط حدود الله سبحانه من مثل عقوبة الزنا وشرب الخمر.

ويمكن تعريف حق الله تعالى بـ ((ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه))^١ لسائر أفراد المجتمع، فيقابل بذلك حق الجماعة في قبال حق الفرد. ويمثل له بحرمة البيت الحرام الذي تتعلق به مصلحة المسلمين باتخاذة قبلة في صلاتهم، وكذلك حرمة الزنا الذي تعلق به صيانة أنساب المسلمين فهذه كلها حقوق لله تعالى؛ لأنه يقصد بها النفع للجميع.

القسم الثاني: حقوق العبد، ويمكن تعريفها بأنها: ((ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير))^٢، وهو بهذا المعنى يقابل حق الفرد، كما يمكن تعريفها بأنها كل الحقوق التي يصح للعبد إسقاطها، وذلك مثل الدين لإنسان على آخر.

١- التفتازاني، سعد الدين مسعود ابن عمر (ت: ٧٩٢هـ)، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان، ١٥١/٢.

٢- م. ن.

ومثاله أيضا: حق الزوج في الطلاق، وحق الشفاعة، وحق تملك المشتري للمبيع، وتملك البائع للثمن، وضمان المتلفات، واستيفاء الديون، والدية، وحق المهر، والنفقة وغيرها.

وهذا الحق قابل للإسقاط والتعويض إذ يكون الخيار في استيفائه إلى المكلف نفسه، فإن شاء أسقطه وإن شاء استوفاه؛ لأن الإنسان يتصرف في حقه كيف شاء.

القسم الثالث: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، وحق الله غالب: ومثاله حد القذف عند الفقهاء الذين غلبوا حق الله سبحانه، فهو من جهة أن فيه مسأاً بأعراض الناس علناً وقد نهى الله تعالى عن التعرض لأعراض الناس، فهو حق لله تعالى، ومن جهة أن المقذوف بالزنى قد اتهم في عرضه فهو حق له؛ لأن الجريمة قد وقعت عليه، ومن حقه أن يعاقب من آذاه بهتك عرضه، فلا يسقط حد القذف عند من غلب حق الله بإسقاط المقذوف.

القسم الرابع: ما اجتمع فيه حق الله وحق العبد، وحق العبد الغالب: من مثل القصاص وعقوبات الدماء بشكل عام من مثل الديات، فالقصاص لله فيه حق؛ لأنه اعتداء على مخلوق لله تعالى حرم دمه إلا بالحق وللعبد في القصاص حق لأن القتل العمد اعتداء على أولياء المقتول؛ لأنه حرمهم استمتاعهم بحياته فكان القتل العمد اعتداء على حق الله وحق العبد^١.

إن تقسيم الحقوق إلى حقوق لله سبحانه وحقوق للعبد يفيد بوجود حقوق عامة- وهي حقوق المواطنين- واجبة على السلطة التي تتولى أمور المسلمين، ومنها حق إقامة العدل، وحق إقرار العدالة، وحقوق خاصة للفرد.

١- ينظر لتقسيم الحق: الطوسي، المبسوط، ٢٤٨/٧، والفاضل المقداد، جمال الدين المقداد بن عبد الله (ت: ٨٢٦هـ)، نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية، تح: عبد اللطيف الحسيني الكوهكمري، نشر: مكتبة آية الله المرعشي النجفي، قم المقدسة، ط١، ١٤٠٣هـ، ٢٩٦-٣٠٠.

الفرع الثاني: أنواع الحق في القانون

قسم القانونيون الحقوق عدة تقسيمات بحسب زوايا النظر إليها، وسنذكر أهم هذه التقسيمات المتعددة وأشهرها مع التوقف عند التقسيمات المهمة والخوض فيها بشيء من التفصيل مع التسليم أنّ هذا التقسيم غير قاطع^١:

أولاً: تقسم الحقوق إلى:

١- حقوق سياسية: وهي الحقوق التي تثبت للأفراد بوصفهم أشخاصاً في جماعة سياسية معينة، فتكفل لهم حق المشاركة في حكم هذه المجموعة مثل حق الانتخاب والترشح إلى المناصب وتولي الوظائف العامة^٢.

٢- الحقوق المدنية: ويقصد بها الحقوق الأخرى غير الحقوق السياسية التي تهدف إلى تحقيق مصالح الأفراد بشكل مباشر، وتضم الحقوق المدنية طائفة واسعة من الحقوق المختلفة، لكن يجمعها كونها حقوقاً غير سياسية^٣. والقانون الدستوري هو الذي يعني بتنظيم الحقوق السياسية.

ثانياً: ثم تقسم الحقوق المدنية إلى:

١- حقوق عامة (الحقوق الملازمة للشخصية)

وهي تلك الحقوق التي يحكمها القانون العام؛ لتعلق تلك الحقوق بحق السيادة في الجماعة مثل: حق الإنسان في سلامة جسده، فكل شخص له الحق في حماية هذا الجسد من أي اعتداء يتعرض له، ومقتضى هذا الحق امتناع الأفراد الآخرين من المساس بهذا الجسد بالجرح أو الضرب ومن الأمثلة أيضاً حق الفرد في سرية حياته الخاصة، وفي التملك والتنقل^٤.

١- يراجع في هذه التقسيمات كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٢٤ وما بعدها وحجازي، عبد الحي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (الحق) وفقاً للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٠م، ١٦٠.

٢- ينظر: حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (الحق) وفقاً للقانون الكويتي، ١٦٠.

٣- ينظر: كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٢٤.

٤- ينظر: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٠م، ٤٣.

٢- حقوق خاصة: وهي تلك الحقوق التي يحكمها القانون الخاص؛ نظراً لقيامها بين الأفراد بوصفهم أشخاصاً عاديين^١.

ثالثاً: وتنقسم الحقوق الخاصة إلى

١- حقوق الأسرة: وهي الحقوق التي تقوم بين أفراد الأسرة حسب مركزهم فيها، من مثل سلطة الأب وحقه في تربية أولاده وتعليمهم.

٢- الحقوق المالية: وهي الحقوق التي يمكن تقويمها بحسب المال فهي تخول صاحبها قيمة مادية تقدر بالمال^٢.

وقد قسمت الحقوق المالية إلى نوعين:

النوع الأول: الحق العيني: وهو الحق الذي يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي^٣، فصاحب هذا الحق له سلطة مباشرة على محل الحق، ولا يحتاج في ممارسة سلطته وإعمال حقه إلى تدخل شخص آخر. وبالرغم من أن كل الحقوق العينية تشترك في تفويض أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادي، إلا أنها تنقسم إلى نوعين كبيرين، هما: أولاً: الحقوق العينية الأصلية: وهي تلك الحقوق التي تقوم بذاتها مستقلة، لا تتبع حقاً آخر^٤.

ثانياً: الحقوق العينية التبعية: وهي تلك الحقوق التي لا توجد مستقلة، إنما تترتب على الأعيان ضماناً للديون الوفاء به، كما في الرهن والحبس^٥. والحقوق العينية الأصلية يمكن حصرها وردها إلى حق الملك، الذي يعد أقوى الحقوق العينية الأصلية ومن أوسعها سلطة؛ لأن حق الملك هو ملك تام

١- ينظر: كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٢٥.

٢- ينظر: م. ن، ٤٢٦-٤٢٧.

٣- ينظر: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ٢٨.

٤- ينظر: م. ن.

٥- ينظر: م. ن.

للرقبة والمنفعة، معا ويتفرع عنه سائر الحقوق العينية الأصلية على النحو من حق المنفعة وحدها وملك الرقبة وحدها أيضا.

إن حقَّ الملك يخول صاحبه استخدام الشيء المملوك فيما هو صالح له من أوجه الاستخدام، من مثل سكناه في الدار المملوك له، وقراءة الكتب المملوكة له، وله أيضا حق استغلال الشيء المملوك له من مثل الحصول على ما يتولد من الحيوان أو ينتج من ثمار عن الشيء المملوك، وله أيضا التصرف فيه بحيث يملك التسلط على رقبة الشيء.

ويرى السنهوري أنَّ عناصر الملك في الفقه ثلاثة: ١- الانتفاع بالعين المملوكة. ٢- التصرف في العين المملوكة. ٣- الانتفاع بالغلة والنتاج والثمار، وهذا هو الاستغلال^١. فهو يجمع عناصر الحق العيني الثلاثة: الانتفاع والاستعمال، والاستغلال، والتصرف في يد شخص واحد، هو المالك.

النوع الثاني: الحق الشخصي أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصي عن قيام رابطة ما بين شخصين: دائن ومدين، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء^٢.

وقد سمي هذا الحق بالحق الشخصي؛ لأنه رابطة بين شخصين (الدائن والمدين) بحيث لا يستطيع صاحبه أن يباشره إلا بوساطة المدين، وسمي هذا الحق أيضا بحق الدائنية؛ لأن صاحب الحق دائن لشخص ثان بأداء مالي معين. وليس المقصود من الحق الشخصي هنا الحق الشخصي بالتعريف المتقدم، بل المراد منه الحق الفردي في الفقه في قبال الحق الجماعي.

١- ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٤٧٩/٨.

٢- ينظر: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ١٢.

المطلب الثالث: منشأ الحق في الشرع والقانون

والكلام فيه يكون في فرعين:

الفرع الأول: منشأ الحق من المنظور الإسلامي

لقد بينت الآيات القرآنية إنَّ الله سبحانه هو مالك هذا الكون بكل مخلوقاته من بشر أو حيوان أو جماد، نحو قوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾^١، وبموجب هذا الملك لله سبحانه وحده له حق تنظيم الكون والتشريع والحكم فيه بما يريد.

وشاءت حكمة الله العظيمة أن لا يشرع إلا ما فيه الخير للناس في حياتهم وأخرتهم ويؤدي إلى صلاحهم في الدنيا وفي الآخرة، قال تعالى: ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ﴾^٢، وقد شاءت حكمة الله تعالى أن يستخلف الإنسان في الأرض، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^٣، وان يسخر لهذا الإنسان نعم هذا الكون ما ظهر منها وما بطن، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً﴾^٤، فالأموال والنعم هي لله سبحانه وتعالى، وهو الذي استخلف الإنسان عليها.

إلا أن هذا الاستخلاف ليس مطلقاً، بل قيدته الشريعة، وبينت أصول التقييد وقواعده ووضحت طريقة الانتفاع والتمتع بما سخره الله سبحانه للإنسان.

ويظهر من هذا: أن المستخلفين مقيدون وليسوا أحراراً في التصرف فيما استخلفوا فيه كيف يشاؤون، فهم خلقوا واستخلفوا في الأرض؛ ليعبدوا الله سبحانه حق عبادته، والعبادة في المفهوم الشرعي تعني: الالتزام بكل ما شرع الله سبحانه من قواعد وأحكام لتنظيم الحياة الإنسانية بكل معانيها، وهذا الذي شرعه الله سبحانه جاء لخير الناس ومصالحهم، وليس لمصالحه (جل وعلا).

١- المائدة: ١٢٠.

٢- الإنعام: ٥٤.

٣- البقرة: ٣٠.

٤- لقمان: ٢٠.

من هذا البيان يظهر لنا: أن الحقوق المقررة للأفراد والجماعة في الشرع هي: منح إلهية مقررة بفضل من الله تعالى للإنسان من أجل أن يحقق بها مصالحه الدنيوية والأخروية، مراعية أنه يعيش في جماعة لها عليه حقوق، وأن له عليها حقوقاً، فهي تقيم توازناً بين مصالح الفرد ومصالح الجماعة وهي بذلك ليست حقوقاً طبيعية لأصحابها مثلما قال أصحاب النظرية الطبيعية، ولا هي منح من المجتمع أو القانون الذي تضعه الأمة، مثلما ذهب إلى ذلك أصحاب النظرية الوضعية، فليس للمجتمع أو للدولة التي تمثله أن تتعرض للفرد في حقوقه ما دام يلتزم بشروط المانح وأوامره^١.

ومما سبق يمكن أن نبين طبيعة الحق الفردي في الشريعة بالنقاط الآتية:
أ- الحق منحة من الله سبحانه وتعالى، وليس حقا طبيعياً ولا وضعياً للفرد، ويترتب على هذا المبدأ أن الأصل في الحق التقييد لا الإطلاق؛ لأنه مقيد بما قيدته به الشريعة الإسلامية.

ب- الحق له وظيفة اجتماعية، فالشريعة أقرت للفرد مصلحته الفردية أولاً، وشرعت له وسيلة تحقيقها، لكنها قيدته بما يمنع الإضرار بغيره من الأفراد أو الإضرار بالجماعة، وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق.

الفرع الثاني: منشأ الحق في القانون الوضعي

هناك نظريتان في مسألة منشأ الحقوق:

١- النظرية الطبيعية: تقول هذه النظرية أن الطبيعة هي منشأ الحقوق، وهي التي تمنح هذه الحقوق للناس، فحق الحياة للفرد مستمد من طبيعة الإنسان التي تمنحه هذا الحق^٢، ومن هنا يأتي السؤال هل يملك الإنسان حق الحياة مطلقاً حتى

١- ينظر: اليزدي، محمد تقي مصباح، النظرة الحقوقية في الإسلام، ترجمة: وليد مؤمني، أشرف على

الترجمة: محمد عبد المنعم الخاقاني، دار الولاة، بيروت، لبنان، ١١٨ وما بعدها.

٢- ينظر: توماس هوبز (Thomas Hobbes) (ت: ١٦٧٩م)، اللفيثان (الأصول الطبيعية والسياسية

لسلطة الدولة)، ترجمة: ديانا حرب وبشرى صعب، دار الفارابي، هيئة أبو ظبي للثقافة والتراث، كلمة، ط١،

٢٠١١م، ٣٥٠.

لو قام بقتل آلاف الأفراد، أو أن طبيعة الإنسان تقتضي ثبوت حق على سبيل الإجمال، بشرط عدم سلب حق الحياة من غيره من الأفراد وإلا يسلب حق حياته منه.

٢- النظرية الوضعية: وهذه النظرية المتداولة في الوقت الحاضر، ومنشأ الحقوق بحسب هذه النظرية عبارة عن اتفاق جماعي من الناس في المجتمع، فإذا قبل الناس وجود حق للأب على الابن ثبت هذا الحق للأب حينئذ؛ لأن المجتمع قد تبنى واتفق على قبوله، وهذا القبول الاجتماعي يكون سببا لنشوء الحق، فإذا زال هذا الاتفاق زال هذا الحق أيضا^١.

ومما سبق يتضح ما يأتي:

١- أن المقصود من الحق الشخصي في هذه الأطروحة: هو الحق الفردي في الفقه الإسلامي في قبال الحق الجماعي، وليس المقصود منه الحق الشخصي بالمعنى القانوني.

٢- الحق منحة من الله سبحانه وتعالى، وليس حقا طبيعياً ولا وضعياً للفرد، ويترتب على هذا المبدأ أن الأصل في الحق الفردي التقييد لا الإطلاق.

٣- الحق له وظيفة اجتماعية، فالشريعة أقرت للفرد مصلحته الفردية أولاً وشرعت له وسيلة تحقيقها، لكنها قيدته بما يمنع الإضرار بغيره من الأفراد أو الإضرار بالجماعة، وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق.

١- ألكسي، روبرت، فلسفة القانون مفهوم القانون وسريانه، تعريب د. كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٢، ٢٠١٣م، ٣٧.

الفصل الثاني

نظريات الحكم في النظام الإسلامي والقانون الدستوري

✽ المبحث الأول: نظريات الحكم في النظام
الإسلامي

✽ المبحث الثاني: نظريات الحكم في القانون
الدستوري، نشأتها، أشكالها

منذ أن دب الإنسان على وجه الأرض، أخذ يلتمس طريقه وحياته ومعيشته، فاتجه بحسب فطرته الاجتماعية إلى العيش مع أفراد آخرين مكوناً تجمعات سكانية، يتبادل أفرادها المصالح والمنافع، التي قد تتسجم طوراً، وقد لا تتسجم، بل تتقاطع أطواراً أخرى، ومع مرور الزمن واختلاف أنماط العيشة، ظهرت أشكال مختلفة وصور متعددة لتنظيم العلاقة بين أفراد التجمعات السكانية، فتارة يتسلط فرد أو جماعة من الأفراد على أفراد هذه التجمعات، ويفرضون آرائهم وطريقة تفكيرهم بالقوة على الناس، وتارة أخرى قد يتبأنى الناس برضاهم على القبول بأسلوب ينظم العلاقات بينهم، وعلى هذا وذاك لم يكن الشرع غائباً عن بيان رؤيته لطبيعة العلاقات بين أفراد المجتمع وطبيعة القانون الحاكم فيه، وقد أوصل تلك الرؤية بوساطة الرسل والأنبياء والأئمة صلوات الله عليهم اجمعين.

ونتيجة لما تتمتع به القوانين الإلهية من هيمنة وسلطان على الإنسان، قام بعض الأفراد بالوصول إلى التسلط والحكم، مسنداً حاكميته إلى حاكمية الله سبحانه وتعالى، فقال بعضهم إنه إله حاكم في الأرض أو نصف إله أو مخول من قبل الله تعالى في ممارسة الحكم، وحاولت طائفة من الفلاسفة والمفكرين أن ينظروا للحكومات القائمة، فاستطاعوا بما يملكون من مؤهلات علمية، تميزوا بها من غيرهم وبما يتمتعون به من دهاء في التفكير أو لمكانتهم الاجتماعية والسياسية أن يمنحوا تلك النظريات القبولية لدى طائفة من الناس، ومما زاد في قبولية هذه النظريات وجود أشخاص صنعتهم الحكومات لتسويق الأفكار التي تشرع عمل تلك الحكومات وطريقة قيادتها لأفراد المجتمع، ومرت على تلك النظريات أجيال متعاقبة وأزمان، حتى تجذرت في النفوس وأصبحت مقدسة لدى الأبناء حتى عدت من موروث الأسلاف التي لا يمكن مناقشتها ولا الطعن بها؛ ونتيجة لتطبيق تلك النظريات على أرض الواقع وجد اختلافاً وتقاطعاً مجتمعياً ومثلما قال الشهرستاني: ((وأعظم

خلاف بين الأمة خلاف الإمامة، إذ ما سُئل سيف في الإسلام على قاعدة دينية مثل ما سُئل على الإمامة في كل زمان))^١.

وهذه الأفكار والرؤى مثلت البذرة لنظريات الحكم وإدارة الدولة، وشكل السّلطة والحكومات وهي مثلما تبينَ خليط من نظريات إلهية أو منسوبة إلى الله سبحانه وبين نظريات وضعية من نتاج عقول الناس وافكارهم وضعها الإنسان اشباعاً لرغبته في التسلط والحكم أو سداً لحاجة اجتماعية ضرورية فرضتها ظروف وجود التجمعات السكانية.

ونتيجة لتطبيق نظريات الحكم ظهرت لنا أشكال مختلفة من الحكومات والإيديولوجيات، كان لكل منها إيجابيات وسلبيات، لكن المشكلة هي في دعوى أصحاب كل نظرية بان ما يرونه في مسألة الحكم هو الحق الذي يقدم الحلول لكل المشاكل الموجودة وما عداه هو الباطل المطلق، مما جعل الفرد في حيرة من أمره؛ ولذا سنخصص هذا الفصل لعدد من نظريات الحكم والسّلطة في القانون الإسلامي والدستوري، مع المقارنة فيما بينها واضعين على طاولة البحث العلمي الرؤية الإلهية في جعل الإلهي إلى جانب أهم نظريات الحكم الدستوري.

١ - الملل والنحل، صححه: احمد فهمي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٣هـ = ١٩٩٢م،

المبحث الأول: نظريات الحكم في النظام الإسلامي

إن مسألة الحكم وشكل السلطة من أهم المسائل في المجتمع ولها أهمية بالغة لدى الناس، وقد اولتها الشريعة الإسلامية اهتماماً كبيراً؛ لكونها ذات تأثير مهم وكبير على رسم مسارات أفراد المجتمع واختياراتهم، فقد تقف العديد من اشكال الحكم عائقاً في طريق هداية البشر وبعدهم عما يريد الله لهم من سعادة الدنيا والآخره حتى قيل إن الناس على دين ملوكهم، ووصلت بعض نظريات الحكم عند التجربة العلمية إلى حد فضيع من الظلم والاستبداد والدكتاتورية.

ونظرية الحكم في الفقه الإسلامي، أو ما يعبر عنها بالإمامة أو الخلافة مما يتفق عليها المسلمين، وقد تبلورت في المذهب الإمامي أكثر من غيره من المذاهب، والسبب في ذلك يعود إلى ثبات المسألة في الفكر الشيعي بوساطة النص وفي خصوص العترة الطاهرة من بني هاشم، أما عند غيرهم فاختلفت نظرياتهم بموضوع تسمية الإمام من نظرية القرابة إلى نظرية النص إلى نظرية الشورى، واستقروا بعد طول ترحال على أن الإمام القائم هو من يسمي من بعده خليفته، مع قيام الأمة بمبايعته. وعليه سيكون الكلام في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: نظرية الحكم عند الإمامية

النظرية الإمامية للحكم تختلف اختلافاً جذرياً عما هي موجودة عند غيرهم، إذ ينطلق الإمامية ابتداءً من عدم صحة الشورى التي عُقدت عقب وفاة الرسول، وقالوا بالتنصيب الإلهي عبر الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله) للإمام عليّ (عليه السلام) على الخلافة استناداً إلى عدد من الآيات والروايات التي تعضد ما يقولون، وأن خلافة عليّ تُستكمل بعده بالسلسلة المنصوص عليها من قبل الرسول حتى تصل إلى الإمام الثاني عشر (عجل الله فرجه)، والذي يغيب ليظهر بعد حقبة من الزمن ليملاً الأرض عدلاً بعد ما ملئت ظلماً وجوراً.

الفرع الأول: نظرية الإمامية في زمن المعصوم (عليه السلام)

لا خلاف بين الإمامية وغيرهم من المذاهب في وجوب الإمامة، وضرورتها بعد رحيل رسول الله (صلى الله عليه وآله)، بل أجمع المسلمون على وجوبها، وينقل ذلك الاجماع ابن حزم، قال: ((اتفق جميع أهل السنة وجميع المرجئة وجميع المعتزلة وجميع الشيعة وجميع الخوارج على وجوب الإمامة، وأن الأمة فرض واجب عليها الانقياد لإمام عادل يقيم فيهم أحكام الله، ويسوسهم بأحكام الشريعة التي أتى بها رسول الله (صلى الله عليه وآله)))^١، والخلاف بينهم ان النبي (صلى الله عليه وآله) عند الإمامية قد عين خليفته وسماه بأمر إلهي، بينما ذهب غيرهم الى عدم النص من قبل رسول الله (صلى الله عليه وآله) .

فذهب الإمامية إلى أن الإمامة بعد رسول الله (صلى الله عليه وآله) قائمة على النص، وأن رسول الله (صلى الله عليه وآله) نص على الإمام عليّ (عليه السلام) يوم غدير خم، وسمى سائر العترة الهادية، واستدلوا على ذلك بآيات القرآن

١- الفصل في الممل والأهواء والنحل، ٤/١٤٩.

الكريم وروايات الرسول الواردة في كتب الفريقين، قال الشريف المرتضى: إن خبر الدار جاء متواتراً من طريق الشيعة ظاهراً في النص على ولاية أمير المؤمنين^١. ولم تقتصر الأحاديث الواردة في آية الإنذار على علماء الإمامية فقط، بل اشتهرت واستفاضت عند علماء أهل السنة والجماعة؛ فقد أخرج الطبري: ((تكلم رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقال: يا بني عبد المطلب، إني والله ما أعلم شاباً من العرب جاء قومه بأفضل مما جئتم فيه، إني قد جئتم بخير الدنيا والآخرة... فأيكم يؤازرنى على هذا الأمر، على أن يكون أخي وكذا وكذا!!! قال فاحجم القوم عنها جميعاً، وقلت-أي علي قال- فقامت واني لأحدثهم سناً، وارمصهم عيناً، واعظمهم بطناً، وأحمشهم ساقاً، فقلت: أنا يا نبي الله أكون وزيرك، فاخذ برقبتي، ثم قال: إن هذا أخي ووصيي وكذا وكذا فاسمعوا له وأطيعوا، فقام القوم يضحكون ويقولون لأبي طالب: قد أمرك أن تسمع لابنك وتطيع))^٢.

وروى الطبري في تاريخه مثله مع تبديل جملة كذا وكذا بجملة أخي ووصيي وخليفتي فيكم!^٣.

ومما استدلوا به أيضاً آية الولاية، قال تعالى: (إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ)^٤. وهذه الآية نزلت في الإمام عليّ (عليه السلام) باتفاق الشيعة وأهل السنة، عندما تصدق بالخاتم وهو في الركوع.

١- ينظر: الشافي في الإمامة، تح وعلق عليه: السيد عبد الزهراء الحسيني الخطيب، راجعه: السيد فاضل

الميلاني، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) للطباعة والنشر، ط٢، ١٩٨٦م، ٣/١٤٤.

٢- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ١٧/٦٦٣.

٣- ينظر: تاريخ الطبري، تح: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف بمصر، ط٢، ٢/٣٢٠-٣٢١.

٤- المائدة: ٥٥.

أخرج الكليني في الكافي بسنده عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: ((أمر الله (عز وجل) رسوله بولاية علي وأنزل عليه: ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ﴾)).^١

ونزول الآية المباركة بحق الإمام علي (عليه السلام)؛ لتصدقه بالخاتم حال ركوعه في الصلاة في المسجد فيه أحاديث مستفيضة، فقد رواه أعلام من الصحابة من مثل ابن عباس وابي زر وعمار والمقداد، ومنهم من نظمه شعراً على النحو من حسان بن ثابت^٢، وخزيمة بن ثابت، واجمع عليه المحققون من مفسري أهل السنة والجماعة.

قال الزمخشري في كشافه: ((عقب النهي عن موالاة من تجب معاداتهم ذكر من تجب موالاتهم بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا﴾^٣ ومعنى ﴿إنما﴾ وجوب اختصاصهم بالموالاة، ... وأنها نزلت في علي كرم الله وجهه حين سأله سائل وهو راعٍ في صلاته، فطرح له خاتمه كأنه كان مرجاً في خنصره، فلم يتكلف لخلعه كثير عما تفسد بمثله صلاته)).^٤

وقال الرازي في تفسيره: ((تظافت الروايات على أن هذه الآية نزلت في حق علي)).^٥

أما من طريق السنة الشريفة فاستدلوا بحديث المنزلة: أنت مني بمنزلة هارون من موسى إلا أنه لا نبي بعدي.

١- الكافي، ١٣/٢.

٢- ينظر: ابن ادريس الحلي، محمد بن منصور بن أحمد (ت: ٥٨٩هـ)، السرائر، تح: محمد مهدي الخرسان، منشورات دليل ما، ط١، ١٤٢٩هـ = ١٣٨٧ش، هامش رقم ٢، ٩٢.

٣- المائة: ٥٥.

٤- الكشاف، ٦٤٩/١.

٥- التفسير الكبير، ٣٨٤/١٢.

وهذا الحديث رواه الصدوق في الأمالي بعدة طرق وحوادث مختلفة بسنده تارة عن الإمام الباقر (عليه السلام) عن آبائه^١ لما عاد الإمام عليّ (عليه السلام) من بني المصطلق، وتارة ثانية بسنده عن جابر بن عبد الله بفتح خبير^٢. ورواه البخاري في صحيحه بسنده إلى سعد بن أبي وقاص قائلاً: ((قال النبي (صلى الله عليه (واله) وسلم) لعليّ أما ترضى أن تكون مني بمنزلة هارون من موسى))^٣.

الفرع الثاني: نظريات الحكم في زمن غيبة المعصوم (عليه السلام)

ذكر فقهاء الشيعة ما لا يقل عن ثمان نظريات مختلفة في باب الحكم، لم تتل كلها - ما عدا نظرية ولاية الفقيه المطبقة حالياً في إيران - حظها من الاختبار ومن التحقيق العملي، إذ بقيت بوصفها نظريات فكرية، على حين أن النظريات السياسية لا تتطور ولا تتألق إلا بالنقد والاختبار العملي.

وهذه النظريات هي:

- ١- نظرية الحسبة
- ٢- نظرية السلطنة المشروعة.
- ٣- الولاية العامة للفقهاء.
- ٤- نظرية ولاية الأمة على نفسها.
- ٥- شورى مراجع التقليد.
- ٦- ولاية الفقيه المطلقة.
- ٧- الحكومة المشروطة بإذن الفقهاء وإشرافهم.
- ٨- ولاية الفقيه الانتخابية المقيدة.

١- ينظر: أمالي الصدوق، منشورات مؤسسة الأعلمي، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣٠هـ = ٢٠٠٩م، المجلس الثاني والثلاثون، ١٣٣.

٢- م. ن، المجلس الحادي والعشرون، ٧٩.

٣- صحيح البخاري، الحديث ٣٣٠٩، ٦/١١٧.

وسنتكلم عن هذه نظريات في الفقه الشيعي الإمامي:

النظرية الأولى: نظرية الحسبة

وتذهب هذه النظرية إلى أن القدر المتيقن عليه من ولاية الفقيه هو الأمور الحسبية، أي التي يؤتى بها احتساباً للأجر، والمراد بها ما لا يرتضي الشارع بتركها بوجه، ولم يعين لتوليها شخص معين أو جهة معينة شرعاً على النحو من رعاية مصالح الغيب والقصر وإجبار الممتنع، وتولية الأوقاف ووصية من لا وصي له، وهكذا...

وتبنى هذه النظرية مشهور فقهاء النجف الأشرف وعلى رأسهم السيد السيستاني (دام ظلّه).

النظرية الثانية: نظرية السلطنة المشروعة

من نافلة القول أنّ أول الآراء السياسية وتبلور نظريات الحكم عند الإمامية قد تحقق بعد قيام دولة شيعية بعد القرن العاشر الهجري ويُعدُّ المحقق الكركي (ت: ٩٤٠ هـ) أول فقيه يحمل في كلامه علامات أولية لنظرية الحكم زمن غيبة الإمام المعصوم (عليه السلام)، فقال بالولاية العامة للفقهاء مع التفكيك بين الأمور الشرعية من قبيل الإفتاء والقضاء وإقامة الحدود والأمور الحسبية من مثل جمع الحقوق الشرعية فتعد من وظائف الفقهاء، أما الأمور العرفية من السياسة وحفظ الأمن والنظام والعلاقات الدولية وغيرها من الأمور فتعد من وظائف السلطان^١.

النظرية الثالثة: الولاية العامة للفقهاء

ويمكن التعرّف على هذه النظرية من كلام المحقق الكركي، فكلامه يمتلك قابلية تأسيس تلك النظرية والتي تسمى اليوم بـ(الولاية التعيينية للفقهاء)، ففي الآثار الفقهية للمحقق الكركي يعد الفقيه نائباً للإمام صاحب العصر (عجل الله فرجه) يقول: ((ومع عدم الجميع فالحاكم، والمراد به الإمام المعصوم أو نائبه الخاص،

١- ينظر: جامع المقاصد، تح: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٩ هـ=٢٠٠٨ م، ٣٧٨/٢ وما بعدها و٣٧/٣ و٤٧/٣.

وفي زمان الغيبة النائب العام، وهو المستجمع لشرائط الفتوى والحكم، وإنما سمي نائباً عاماً؛ لأنه منصوب على وجه كلي بقولهم (عليهم السلام): (انظروا إلى من كان منكم ...)).^١

ومنذ ذلك الوقت بسط الفقهاء يدهم وزاد نفوذهم في المجتمع، حتى أصبح بعضهم يتدخل في الأمور السياسية فكان السلطان يأخذ منهم الأذن للحكم، أو الجهاد، إلا أن أغلب أمور السياسة الداخلية والخارجية بقيت تحت حكم السلاطين.

النظرية الرابعة: نظرية الدولة المشروطة بإذن ونظارة الفقهاء

طرحت هذه النظرية في بداية القرن الرابع عشر الهجري، إذ أخذت تطرح مفاهيم جديدة في المجتمع وفي أذهان فقهاء الإمامية، من قبيل الحقوق العامة والعدالة والحرية والمساواة والإشراف على مجلس الشورى والفصل بين السلطات والحكم الدستوري والمقارنة بين دولة الدستور ودولة الاستبداد، وأدت تلك المفاهيم فيما بعد إلى قيام حركة المشروطة أو الدستورية التي نجحت في إقرار الدستور وتقييد سلطة الملوك وصلاحياتهم المطلقة.

وقد انقسم فقهاء الإمامية في تلك الحقبة إلى فريقين، فريق دافع عن المسار السياسي التقليدي الذي يقوم على أساس الفصل بين السلطة الدينية - ولاية الفقيه التعيينية في الأمور الحسبية - والسلطة السياسية - في الأمور العرفية -، فيما ذهب الفريق الآخر إلى الدعوة إلى التطور والتغيير باتجاه التوفيق بين المشروطة والمشروعية، مع الحفاظ على نظرية الدولة القائمة على الإذن العام الصادر من الفقهاء.

وفي تلك الحقبة برز فقيه كبير، هو العلامة الميرزا محمد حسين الغروي النائيني صاحب كتاب (تنبيه الأمة وتنزيه الملة)، ويعد من المنظرين الفكريين للثورة الدستورية، إذ صنّف الميرزا الحكم إلى حكمين، حكم أول أسماه (حكم مستبد)، وهو حكم الملوك المطلق، من دون أي قيود أو رقابة، وحكم آخر أسماه (حكم دستوري)،

وهو حكم يهتم بحفظ حقوق أفراد المجتمع، ويقيم الحدود، بإيجاد دستور ينظم الحقوق والواجبات، ويميل النائيني إلى القسم الثاني من الحكم.

وتناول النائيني في كتابه (تنزيه الأمة) فكرة مشرعية اغتصاب مقام الإمام المعصوم، وتلك المشروعية تأتي بإيجاد دستور يوضح ما للملك وما عليه؛ ويؤكد فيه على حرية الأمة في قبال استبداد الحاكم وطغيانه؛ حتى يثبت للأمة حق محاسبته، وأوكل هذه المهمة إلى مجلس شورى مراقب من علماء الأمة^١.

ويرى النائيني أن الدولة الدستورية تمثل ضرورة في زمن الغيبة؛ من باب القبول باقل الظلمين، ظم الدولة الدستورية، المتمثل باغتصاب مقام المعصوم وظلم الدولة الاستبدادية المطلقة، والمتمثل بظلمين، ظم اغتصاب مقام الامام وظلم الرعية، وعند الاختيار بينهما لا بد من اختيار الحكم الأقل ظلماً^٢.

وتتكفل الدولة بحسب نظرية المشروطة بوظيفتين:

أ- حفظ النظام الداخلي للبلاد الإسلامية، وتنظيم شؤون أفراد المجتمع، باعطاء كل فرد حقه.

ب- منع تدخل القوى الاجنبية في شؤون البلاد الإسلامية.

ويتوقف قيام الحكومة الدستورية عند الميرزا على أمور عدة منها:

أ- كتابة الدستور، ويشترط فيه أن يكون شاملاً لجميع حقوق أفراد المجتمع، وضمان حريتهم، ويتضمن وظيفة الحاكم وحدود صلاحيته، ومتى يتم عزل الحاكم، كل ذلك بما يوافق مقتضيات الدين.

ب- رقابة وكلاء مجلس الشورى ومحاسبتهم من قبل الفقهاء؛ حتى لا يفرطوا بأي حق من حقوق الأمة^٣.

١- ينظر: تنبيه الأمة وتنزيه الملة، تقديم: الشيماء العقالي، تح: عبد الكريم آل نجف، تعريب: عبد المحسن

آل نجف، دار الكتاب المصري، القاهرة، ط ١، ١٤٣٤هـ=٢٠١٢م، ١١٠.

٢- م. ن، ١٣١-١٣٣.

٣- م. ن، ١٩٦-١٩٧.

ج- الأخذ بالشورى في الحكم، بوساطة مشاركة الأمة في تحديد واختيار مصيرها عبر الشورى مع عقلاء الأمة، مع تأكيد أن الشورى الشعبية العامة لا تنحصر بالتشاور مع بطانة الحاكم وخاصته، بل تتعدى إلى الأمة عبر عقلائها^١. وبهذا يعد الميرزا أول فقيه امامي أستعمل مصطلح (ولاية) على الأمة بدلا من الاصطلاح الفقهي (النيابة) عن الإمام الحجة في قيادة المجتمع، الذي كان الفقهاء السابقون يستعملونه سواء أكانت نيابة خاصة أم نيابة عامة.

النظرية الخامسة: الولاية المطلقة للفقهاء

يُعدّ النراقي أول فقيه شيعي أسس لشرعية سياسية تدخل بموجبها الفقهاء في السّلطة والسياسة، بل كسر الحاجز الذي كان بين الفقيه والحاكم في الفقه الإمامي، إذ ذهب إلى أن كل صلاحيات النبي أو الإمام تثبت للفقيه مستثنياً ما أخرجه الدليل من نص أو إجماع أو غيرهما، وأن الشارع منح الولاية إلى الأنبياء ثم الأوصياء ثم الفقهاء.

قال في عوائد الأيام: ((إن كل فعل متعلق بأمر العباد في دينهم أو دنياهم ولا بد من الاتيان به ولا مفر منه، إما عقلاً أو عادة من جهة توقف أمور المعاد أو المعاش لواحد أو جماعة عليه، وإناطة انتظام أمور الدين أو الدنيا به. أو شرعاً من جهة ورود أمر به أو إجماع، أو نفي ضرر أو إضرار، أو عسر أو حرج، أو فساد على مسلم، أو دليل آخر، وورود الاذن فيه من الشارع، ولم يجعل وظيفته لمعين واحد أو جماعة ولا لغير معين - أي واحد لا بعينه - بل علم لابدية الاتيان به أو الاذن فيه، ولم يعلم الأمور به ولا المأذون فيه، فهو وظيفة الفقيه، وله التصرف فيه، والاتيان به))^٢.

وأصبح هذا المعنى هو المعنى الاصطلاحي للقائلين بنظرية ولاية الفقيه.

١- ينظر: النانيني، محمد حسين الغروي، تنبيه الأمة وتنزيه الملة، ١٣٢-١٣٣.

٢- النراقي، محمد مهدي بن أبي نذر (ت: ١٢٤٤هـ)، عوائد الأيام، تح: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، مطبعة مكتب الإعلام الإسلامي، ط١، ١٤١٧هـ، ٥٣٦.

ويُعدّ السيد الخميني أول فقيه إمامي تبنى هذه النظرية وطبقها، وهو أول من نجح في إقامة دولة قامت على أركان ثلاثة:

- ١- إن الحكومة الإسلامية وقوانينها الصادرة عنها من الأحكام الأولية.
- ٢- إن إقامة الحكومة الإسلامية من واجبات الولي الفقيه العادل.
- ٣- يحتاج الإسلام إلى قيام الحكومة الإسلامية؛ لتطبيق عدد كبير من أحكامه.

وهناك عدة معانٍ وتصورات لهذه النظرية:

المعنى الأول: ان للفقهاء ولاية مطلقة على قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)^١، وعلى وفق هذا المعنى يكون للفقهاء يد مطلقة في إطار الأحكام الاستثنائية، ومن ثمَّ جَوَزَ أصحاب هذا المعنى للفقهاء التصرف في أموال البعض من دون إذنهم على أساس الحكم الثانوي، وهم يرون عمل الحكومة من باب الاحكام الثانوية لا الأولية إلا ما وافق الاحكام الفرعية.

المعنى الثاني: ان يد الفقهاء مطلقة الى درجة الخروج عن قواعد الاستنباط والاجتهاد بما يشبه الحكم الدكتاتوري والاستبدادي، فللفقهاء ان يحكم براهيه وان يعمل باستحسانه الشخصي.

المعنى الثالث: ولاية الفقهاء من الأحكام الأولية لا الثانوية، ومقدمة على جميع الأحكام الفرعية حتى الصلاة والصيام والحج، فيستطيع الفقهاء ان يهدم بناء او يهدم مسجداً إذا كان عائقاً امام شق طريق مع إعطاء صاحب المنزل قيمة منزله، ويمكنها أن تمنع أي امر سواء كان عبادياً أو غير عبادي عندما يكون مناقضاً لمصالح الإسلام من مثل منع الحج الذي هو من الفرائض الإلهية المهمة في الوقت الذي يكون فيه أداء الحج مخالفاً لمصلحة الإسلام، ويكون المنع مؤقتاً.

١- الفاضل المقداد، جمال الدين المقداد بن عبد الله، نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية، ٨١.

والمعنى الثالث هو الذي ذهب إليه السيد الخميني بالرد على التصورين والمعنيين الأوليين، إذ يقول في الرد على المعنى الأول بقوله: ((وأرى التذكير بهذه الملاحظة ضرورياً أيضاً وهي: ان رفض الأحكام الثانوية بعد تشخيص الموضوع وفقاً للخبرة المتعارفة، لا يختلف عن رفض الأحكام الأولية؛ لأن كليهما أحكام الله، كما أنه لا علاقة للأحكام الثانوية بمهام ولاية الفقيه))^١.

وقال أيضاً: ((ولاية الفقيه والحكم الحكومي من الأحكام الأولية))^٢.

ورد على المعنى الثاني بقوله: ((لا تخشوا قضية ولاية الفقيه، فالفقيه لا يرمي إلى استعمال القوة وفرض آرائه على الشعب ولو فعل ذلك لسقطت ولايته. فالقانون في الإسلام فوق كل شيء، هو الحاكم الحقيقي، فهذا رسول الله كان تابعاً للقانون الإلهي ولم يكن قادراً على تجاهله. الله سبحانه وتعالى يقول في كتابه المجيد ﴿وَلَوْ نَقُولُ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ * لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ * ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ﴾^٣، إذن لم يكن رسول الله (صلى الله عليه وآله) دكتاتوراً، ولم يكن الإمام عليّ (عليه السلام) دكتاتوراً، حتى يكون فقيه هذا اليوم دكتاتوراً، فلا وجود للدكتاتورية في ولاية الفقيه مطلقاً))^٤.

ومما استدل به أصحاب تصور ولاية الفقيه المطلقة مقبولة عمر بن حنظلة، روى الكليني في الكافي بسنده عن عمر بن حنظلة، قال: ((سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجلين من أصحابنا تكون بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القاضي أيحل ذلك؟ قال: من تحاكم إلى الطاغوت فحكم له فإنما يأخذ سحتاً، وإن كان حقه ثابتاً؛ لأنه أخذ بحكم الطاغوت وقد أمر الله (عز وجل) أن يكفر بها، قلت: كيف يصنعان؟ قال: أنظروا إلى من كان منكم قد روى

١- السيد الخميني، روح الله بن مصطفى بن أحمد، صحيفة الإمام، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، طهران، ط ١، ١٤٢٩هـ، ١٠/٤٥.

٢- م. ن، ٢٠/٣٧٢.

٣- الحاقّة: ٤٤-٤٦.

٤- السيد الخميني، صحيفة الإمام، ١٠/٢٢٣.

حديثنا، ونظر في حلالنا وحرامنا فليترضوا به حكماً، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنما بحكم الله استخف وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله، وهو على حد الشرك بالله))^١.

واستدلوا أيضاً بالتوقيع المنسوب لإمام العصر (عجل الله فرجه)، روى الصدوق بسنده، عن محمد بن يعقوب الكليني، عن إسحاق بن يعقوب، قال: ((سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت عليّ فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان... وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنهم حجتي عليكم، وأنا حجة الله عليهم))^٢.

النظرية السادسة: شورى مراجع التقليد

إي ولاية الشورى في مقابل الولاية الفردية لمجتهد معين، ففي أكثر نظريات الدولة في الفقه الشيعي يقع في رأس هرم السلطة السياسية فرد واحد فقيهاً. أما في هذه النظرية فإن شرط الفقاهة وإن تم لحاظه لكن رأس الهرم السياسي مكون من مجموعة فقهاء لا فقيه واحد.

ولهذه النظرية عدة تقارير إلا أننا يمكن أن نشير إلى بعض خصائصها: أولاً: ان المراد من الولاية الشرعية للفقهاء في هذه النظرية هي التصدي والقيام بشؤون الأفراد في تدبير الشؤون السياسية والاجتماعية العامة والمهمة، وإن حدود هذه الولاية أكبر من الولاية الحسبية وأصغر من ولاية المعصوم المطلقة، فهي تشمل فقط المسائل الاجتماعية العامة والأمور المرتبطة بالحكومة دون الأمور الفردية والشخصية، وهي مقيدة بمصلحة المجتمع الإسلامي، التي تعد شورى المراجع المرجع الوحيد في تشخيصها. وعليه ليس للحكومة الإسلامية من صلاحية

١- الكليني، الكافي، الحديث ١٤٦١٦، ١٤/٦٥١-٦٥٢.

٢- كمال الدين وتمام النعمة، صح وقدام له وعلق عليه: العلامة الشيخ حسين الأعلمي، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٢هـ = ١٩٩١م، ٤٣٩-٤٤٠.

في حال الاضطرار أوسع من الاحكام الأولية والثانوية، ولا يقبل اي قانون خلاف ذلك^١.

ثانياً: من الضروري عند وقوع الخلاف بين الفقهاء اعضاء مجلس الشورى القيادي، وماهي الآلية لحسم الأمر حينئذٍ، وما هو الملاك في ترجيح قول على آخر؟ ذكرت أكثر من صيغة لحل هذا المشكل، منها أن شورى مراجع التقليد تعمل ولايتها في كل مسألة بأكثرية الآراء، وهذا هو ما ذهب إليه أكثر القائلين بهذه النظرية. ومنها أن شورى مراجع التقليد تأخذ قراراتها من توزيع الأدوار بين الأعضاء، فتكون الشؤون الاقتصادية بعهدة أحد المراجع، وتكون الشؤون العسكرية بعهدة مرجع آخر وهكذا^٢.

النظرية السابعة: نظرية ولاية الأمة على نفسها

ذهب الشهيد الصدر الأول والشيخ شمس الدين إلى مفهوم نظرية سيادة الأمة على نفسها وعدّها قريبة من مفهوم الديمقراطية، فمبدأ سيادة الأمة هو أن الشريعة أوكلت أمر الأمة إلى الأمة نفسها، في ظل الغيبة الكبرى، وأصبحت ولاية الأمة ليست ملكاً لأحد لا لفقهاء أو غير فقيه أو لمجموعة فقهاء، بل ان الأمة هي ولية نفسها، وهي في نطاق الكليات الشرعية في فقه الدولة تتولى أمر نفسها تبعاً لمبدأ الشورى الذي يمكن جعله في نظام ملائم بحسب ظروف كل مجتمع من المجتمعات.

وتتطلق نظرية ولاية الأمة على نفسها من أن الأصل الأولي، العقلي والنقلي، في قضية السلطة على الناس، من قبل أي شخص كان، هو عدم المشروعية، فلا ولاية لشخص على آخر، ولا ولاية لشخص على جماعة، أو

١- ينظر: الشيرازي، محمد الحسيني، الإجتهد والتقليد، دار العلوم، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٧هـ=١٩٨٧م، ٢٢٦/٢.

٢- ينظر: الشيرازي، محمد الحسيني، الدولة الإسلامية، دار العلوم، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٠هـ=١٩٨٩م، ٢٢٦/٢.

مجتمع، ولا ولاية لمجتمع أو جماعة على أحد طالما أنّ الولاية الوحيدة الثابتة، هي ولاية الله تعالى وحده دون غيره، نعم هذا الأصل الأولي مقيد بالرسول الأكرم والأئمة المعصومين (عليهم السلام) وفق الفقه الشيعي الإثني عشري^١.

ويزيد شمس الدين أنّ مشروعية نصب الحكومة الإسلامية، طبقاً لمباني نظرية ولاية الأمة على نفسها، تؤكد أنّ الأمة يجب أن تشرّع لنفسها بوساطة الفقهاء، وأهل الاختصاص والخبرة، في كل مجال من المجالات في حدود حاجاتها التنظيمية في مناطق الفراغ التشريعي، على ضوء الأصل الأول في سلطة الإنسان على الإنسان، وسلطة الإنسان على الطبيعة^٢.

ويخلص شمس الدين من ذلك إلى أنّ الدولة الإسلامية يجب أن تكون دولة ديموقراطية تقوم على اللامركزية في الإدارة والمشاركة، التي قوامها الشورى، والتمثيل الشعبي، ووجوب حفظ النظام، ومقدمة الواجب، والأمور الحسبية، وتخضع في الوقت نفسه لمقتضيات الأصول الأولية، والأدلة المقيّدة، منعاً لأي تجاوزات لحقوق الأفراد أو بروز نزعات دكتاتورية للحاكم^٣.

ولمّا كان مقتضى الأصل الأولي عند الإمامية في قضية تكوين الدولة الإسلامية لا يجيز مشروعية تسلط إنسان على إنسان إلا بالدليل المقيد لهذا الأصل، فإنّ هذه الدولة حتى تصل إلى مرتبة الأصل الأولي، لا بدّ من أن تتبنى خيار الديموقراطية في انتخاب الموظفين والمسؤولين الإداريين من طريق مجالس الشورى المنتخبة، أو بوساطة السكان بصورة مباشرة، وهذه الطريقة الديموقراطية هي أقرب إلى ما يقتضيه الأصل الأولي في باب السّلطة^٤.

١- ينظر: العاملي، محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، ط٢، ١٤١١هـ=١٩٩١م، ٤٣١.

٢- ينظر: م. ن، ٤٤٨.

٣- ينظر: م. ن، ٤٥٠-٤٥٢.

٤- ينظر: م. ن، ٤٥٣.

وهكذا، تشكل نظرية ولاية الأمة على نفسها لشمس الدين امتداداً طبيعياً للخط الشوروي الذي كرّسه الشيخ النائيني، مُنظر ثورة الدستور المشروطة في إيران في مطلع القرن العشرين، والذي انطلق في تنظيره وتأويله لمفهوم الدولة الإسلامية، من نظرية ولاية الأمة على نفسها، التي ترى في الدولة مسألة شوروية واختيارية وانتخابية ودستورية بين المسلمين، أي مسألة فقهية من الفروع لا كلامية من الأصول.

ورفض هذا المبدأ اعتبار ولاية الفقيه جزءاً من أصول الدين لا من فروعه، أي من المسائل الاعتقادية لا العبادية، أي المطابقة بين الولاية للمعصومين عليهم السلام وولاية الفقيه، عاداً أنّ هذا التطابق غير صحيح من الناحية الفقهية والكلامية معاً؛ لأنّ ولاية الفقيه هي صيغة مستقلة ومختلفة عن صيغة إمامة المعصومين (عليهم السلام) وإن كانت تستمد شرعيتها منها، على وفق دعوى القائلين بولاية الفقيه.

يقول شمس الدين في هذا الجانب: ((ووجه عدم صحة هذا الاعتبار أنّ الحكومة الإسلامية على صيغة ولاية الفقيه الثابتة باعتبار كون الفقيه نائباً عاماً عن الإمام، ليست حكومة الإمام المعصوم، ولا تثبت لها عمومية ولاية الإمام المعصوم، وإن كان البعض يحاول ذلك ويدّعيه، لاعتبارات يدّعي أنها فقهية، وهي في حقيقتها اعتبارات سياسية، ليس لها سند فقهي معتبر، بل هي حكومة نائب إمام فلا يثبت لها إلا القدر المتيقن من السّلطة في الأمور المنوب عن الإمام في ممارستها، وإعمال الولاية بشأنها))^١.

النظرية الثامنة: الولاية الانتخابية المقيدة للفقيه

يمكن القول إن الولاية الانتخابية المقيدة تعد أول مسعى لفقهاء حوزة قم في موضوع الدولة، وهذه النظرية مركبة من نظرية ولاية الفقيه وحق الحاكمية الجماهيرية من جهة أخرى، وقد شرح الشيخ السبحاني هذه النظرية قائلاً: ((إن

١- العاملي، محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، ٤١٧.

الحكومة في زمان حضور الإمام المنصوص عليه من الله تعالى هي حكومة إلهية خالصة، لكن في زمان عدم إمكان الوصول إليه مركبة من الحاكمية الإلهية والسيادة الشعبية. فهي إلهية من جهة أن التشريع بالأصالة هو حق الله تعالى، وعلى الأمة الإسلامية أن تراعي جميع الشروط والضوابط الإسلامية في عملية الانتخاب، وعلى الحاكم الإسلامي أن يطبق الشريعة الإسلامية حرفاً بحرف؛ ولما تقدم تعد الحكومة إلهية أو حكومة قانون الله تعالى على الناس. ومن جهة أخرى هي شعبية من جهة أن انتخاب الحاكم الأعلى وسائر مسؤولي الحكومة ذوي المناصب العالية موكول الى الناس ومشروط برضاهم^١.

١- السبحاني، جعفر، مفاهيم القرآن، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م، ٢/٢٢٤.

المطلب الثاني: نظريات الحكم عند غير الإمامية

الفرع الأول: نظرية العهد والاستخلاف

ما إن توفى رسول الله (صلى الله عليه وآله) حتى وجدت الأمة الإسلامية نفسها أمام خليفة لم ينص عليه النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله)، بحجة عدم وجود نص من قبل الرسول، وخوف الخليفة من الفرقة والتمزق، فلما دنا أجل أبي بكر حتى استخلف على الأمة عمر ابن الخطاب ليكون خليفة على المسلمين من بعده.

وتتفق الإمامية مع غيرهم في تبني هذه النظرية بحدود الأئمة المعصومين (عليهم السلام)، مع فرق أن العهد والاستخلاف عند الإمامية من قبل الله تعالى، فالله تعالى هو الذي أمر رسوله أن يستخلف له اثني عشرة خليفة، ويعهد إلى الإمام عليّ (عليه السلام) ليكون الخليفة من بعده، والإمام من بعده إلى إمام، وهكذا إلى اثني عشر إماماً، أما فقهاء غير الإمامية فلهم أدلتهم في مشروعية العهد والاستخلاف، بوصفه طريقاً من طرق انعقاد الخلافة والإمامة، ومن هذه الأدلة عدم وجود نص شرعي، ووجود إجماع على انعقاد الإمامة بالعهد، معللين ذلك بانتظام أمر الإسلام، ورفع ما يتخوف من الفرقة والاختلاف، قال ابن حزم: ((فوجدنا عقد الإمامة يصح بوجوه أولها وأفضلها وأصحها أن يعهد الإمام الميت إلى إنسان يختاره أما بعد موته وسواء فعل ذلك في صحته أو في مرضه وعند موته إذ لا نص ولا إجماع على المنع من أحد هذه الوجوه... وهذا هو الوجه الذي نختاره ونكره غيره لما في هذا الوجه من اتصال الإمامة وانتظام أمر الإسلام وأهله ورفع ما يتخوف من الإختلاف والشغب مما يتوقع في غيره من بقاء الأمة فوضى ومن انتشار الأمر وارتفاع النفوس وحدوث الأطماع))، ومن علماء أهل السنة من استدل بانعقاد الإجماع على جواز الخلافة والإمامة بالعهد والاستخلاف، قال الماوردي: ((وَأَمَّا انْعِقَادُ الْإِمَامَةِ بِعَهْدٍ مَنْ قَبْلَهُ فَهُوَ مِمَّا انْعَقَدَ الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِهِ

ووقع الاتفاق على صحته))^١ وقال النووي: ((حاصله أنّ المسلمين أجمعوا على أنّ الخليفة إذا حضرته مقدمات الموت وقبل ذلك يجوز له الاستخلاف... أجمعوا على انعقاد الخلافة بالاستخلاف، وعلى انعقادها بعقد أهل الحل والعقد لإنسان إذا لم يستخلف الخليفة))^٢.

أقول: والمراد بالإجماع إجماع أهل السنة والجماعة فقط؛ لأن الإمامية والمعتزلة خالفوا ذلك، فقال الإمامية بالنص، وقال المعتزلة بالاختيار فقط^٣.

لكن وقع الخلاف بينهم: هل الإمامة تتعقد بمجرد العهد من الإمام والخليفة السابق، أم لا بد من البيعة له من أهل الحل والعقد؟ فالعلماء لهم في ذلك قولان، الأول إن الإمامة لا تتعقد إلا ببيعة أهل الحل والعقد، قال الفراء: ((الإمامة لا تتعقد للمعهود له بنفس العهد، وإنما تتعقد بعهد المسلمين))^٤، وقال آخرون بعدم اشتراط رضا أهل الحل والعقد والمبايعة، منهم الماوردي إذ يقول: ((والصحيح أن بيعته منعقدة، وأن الرضا بها غير معتبر))^٥، واحتج لذلك؛ بأن بيعة عمر لم تتوقف على رضا الصحابة؛ ولأن الإمام أحق بها فكان اختياره فيها أمضى^٦.

وبناءً على ما تقدم وعلى القول باشتراط رضا أهل الحل والعقد في الاستخلاف، يكون تعيين الإمام وشرعيته مداره أهل الحل والعقد، ويكون من استخلفه الإمام مرشحاً فقط، فإن قبل أهل الحل والعقد تمت له البيعة، وانعقدت إمامته، وإلا فلا.

١- الأحكام السلطانية، ١١.

٢- المنهاج في شرح صحيح مسلم، ١١٨٢.

٣- الأسد أبادي، عبد الجبار، المغني في أبواب التوحيد والعدل، تح: د. عبد الحلیم محمود ود. سليمان دنيا، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط: ١٩٦٦م، ٢٠/٢٠٥ ق.١.

٤- الأحكام السلطانية، صح: محمد حامد الفقهي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ=٢٠٠٠م، ٢٥.

٥- الأحكام السلطانية، ١٠.

٦- م. ن.

ومن الملاحظ على هذه النظرية أنّ العهد والاستخلاف لا يخضع لضابطة موضوعية، فعهد أبو بكر إلى عمر بن الخطاب، أما عمر فعد إلى ستة، إلى أن وصل الأمر بمعاوية أن يعهد إلى ابنه يزيد، حتى تحولت الخلافة إلى ملك عضوض، ولما آلت الخلافة بالقهر والغلبة لبني العباس اتخذوا العهد والاستخلاف أساساً للملك، فكان الخليفة العباسي يعهد إلى أولاده، وكان هذا العهد يعتمد على مزاج وهوى الحاكم فقط لا غير، وتمت الخلافة إلى المنصور العباسي بالعهد إليه من أخيه أبي العباس السفاح^١، وهكذا أصبح العهد والاستخلاف سنة متبعة في الدولة الأموية والعباسية، وكانت هناك محاولات لتهديب هذه النظرية من باب اشتراط أن يكون المعهود له متمتعاً بصفات الخلافة من مثل الفقاهاة والعدالة، ولم يعدوا استخلاف الفاسق والجاهل^٢.

الفرع الثاني: نظرية الغلبة والقهر

تعد نظرية الغلبة والقهر عند جمهور الفقهاء إحدى مسوغات قيام السلطة، وطريقاً لانعقاد الولاية والخلافة، فقد ذهب فقهاؤهم إلى شرعية هذه السلطة، وأوجبوا طاعة الحاكم المتغلب، بل حرموا الخروج عليه لما في ذلك من المصالح العظيمة من حقن الدماء وحفظ الأموال والاعراض والقضاء على الفتن، وحماية الثغور وضبط الأمن الذي بغيابه تغيب الحياة الاجتماعية والإنسانية وسوف نطل في هذا الفرع على حكومة القهر والغلبة عند فقهاء العامة، إذ استدلت الفقهاء على ذلك بعدة أدله منها:

أ- الاستدلال بالأحاديث النبوية التي افادوا منها أن الرسول الأكرم أمر بطاعة السلطان وحرم الخروج عليه مستثنياً حال كونه كافراً، ومن تسلط بالقوة، لا يصل إلى درجة الكفر، ومن تلك الأحاديث أخرج أحمد بن حنبل عن رسول الله

١- القلقشندي، مآثر الأنافة في معالم الخلافة، ١/١٧٦.

٢- م. ن، ١/٣٦-٣٧.

(صلى الله عليه وآله) أنه قال: ((أوصيكم بتقوى الله والسمع والطاعة وإن كان عبداً حبشياً))^١، يقول النووي في شرحه للحديث: ((والمراد أخس العبيد أي أسمع وأطيع للأمير وإن كان دنيء النسب، حتى لو كان عبداً اسود مقطوع الأطراف فطاعته واجبة، وتتصور إمارة العبد إذا ولاه بعض الأئمة أو إذا تغلب على البلاد بشوكته وأتباعه))^٢.

واخرج البخاري في صحيحه بسنده عن أنس بن مالك: ((قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) وسلم): اسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة))^٣.

ب- استدل القائلون بولاية المتغلب بدليل المصلحة، والذي يعني: أن حكم المتغلب ضرورة ووسيلة لحقن دماء أفراد المجتمع، وإخماد الفتنة، وصلاح ذات البين فنقل النووي إجماع أهل السنة على عدم عزل الحاكم الظالم الفاسق، إذ قال: ((قال العلماء: وسبب عدم انعزاله وتحريم الخروج عليه ما يترتب على ذلك من الفتن وإراقة الدماء وفساد ذات البين، فتكون المفسدة في عزله أكثر منها في بقاءه))^٤.

وذكر النووي طرق انعقاد الإمامة، وعد الغلبة والقهر منها: ((وأما الطريق الثالث، فهو القهر والاستيلاء، فإذا مات الإمام، فتصدى للإمامة من جمع شرائطها من غير استخلاف ولا بيعة، وقهر الناس بشوكته وجنوده، انعقدت خلافته، لينظم شمل المسلمين، فإن لم يكن جامعاً للشرائط بأن كان فاسقاً، أو جاهلاً، فوجهان، أصحهما: انعقاده لما ذكرناه))^٥.

١- مسند أحمد بن حنبل، ٣٧٣/٢٨.

٢- المنهاج في شرح صحيح مسلم، ٢٢٥/١٢-٢٢٦.

٣- صحيح البخاري، ٣٦/١١.

٤- ينظر: النووي، روضة الطالبين، ٢٦٦/٧.

٥- م. ن، ٢٦٦/٧.

وبين الغزالي الحكمة من وجوب طاعة الحاكم بالقهر والغلبة، وهي أن في حالة صرف الحاكم بالقوة إثارة فتنة كبيرة لا تطاق، تلحق الضرر بكل المسلمين، وشروط الإمامة اعتبرت لحفظ مصالح المسلمين، فكان اعتبارها لمزية المصلحة، فلا يجوز هدم أصل المصلحة شغفاً بميزاتها؛ ولذلك فالحاجة إلى وجود الحاكم ولو بالقوة والغلبة وبالرغم من كونه فاسقاً وظالماً أفضل من عدمه، فلا يمكن الحكم بخلو البلاد من الحاكم؛ لما في ذلك من فساد البلاد والعباد؛ ولذلك يقول الغزالي: ((ونحن نقضي بنفوذ قضاء أهل البغي في بلادهم لمسيس حاجتهم فكيف لا نقضي بصحة الإمامة عند الحاجة والضرورة))^١.

١- إحياء علوم الدين، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤٣٢هـ = ٢٠١١م، ٤٢٤/١.

المطلب الثالث: نظريات التعاطي بين الحاكم والمحكوم

كثير من الحكومات قامت على أساس التعاطي بين الحاكم والمحكوم، بين الحاكم والشعب، فتعطي الأمة للحاكم حق الحكم والسلطة عليها، ويمارس الحاكم الحكم بموجب هذا الحق، ومع اختلاف آليات التعاطي بين الحاكم والمحكوم، تعد نظرية الشورى في الحكم في الفقه الإسلامي والنظرية العقدية في القانون الدستوري قائمتين على أساس التعاطي بين الحاكم والمحكوم، وتعتمدان على استمداد الشرعية من الشعب، فهو الذي يمنح حق شرعية الحكم.

وسنبحث عن نظرية الشورى في الحكم في الفقه الإسلامي في هذا المطلب

الفرع الأول: الشورى في الحكم

أكثر الحكومات تقوم على أساس التعاطي بين الحاكم والمحكوم، بين الخليفة والحاكم والشعب، وأثر الشعب في إعطاء الحاكم حق السلطة والحكم على المجتمع، والحاكم يمارس الحكم، ويدير شؤونها السياسية، وهذه الحكومات تعتمد الشعب أساساً لقيام الدولة والخلافة، فهو من يمنح حق شرعية الحكم.

نظرية الشورى في الإسلام

تعد نظرية الشورى عند فقهاء أهل السنة والجماعة من أكبر النظريات التي تمنح حق شرعية الحكم في الإسلام، وهي بديل عن نظرية النص؛ لغياب النص من قبل الشارع المقدس - بحسب مدعى أصحاب هذه النظرية -، فشقت النظرية مسارها كروح لنظام الحكم الإسلامي انطلاقاً من هذا المبدأ، وبالرغم من ذلك لم تأخذ النظرية شكلاً وصورة واحدة على مستوى التطبيق إلى يومنا هذا، نعم اعتمدت على الشورى في جوهرها، ولبيان هذه النظرية في الفقه الإسلامي سوف نتكلم في

امرين:

أولاً: مفهوم الشورى

الشورى لغة: لها أصلان أحدهما إبداء الشيء وإظهاره وعرضه^١ وثانيهما أخذه^٢.

فيكون معنى الشورى لغة إبداء الرأي، وإظهاره، وعرضه، مثلما هي الأخذ به والإفادة منه.

أما اصطلاحاً فهي الاجتماع على الأمر ليستشير كل واحد صاحبه^٣، وعرفها الألوسى بانها: ((استخراج الرأي بمراجعة البعض إلى البعض))^٤، وبهذا تعني الشورى استخراج أصوب الآراء وأفضلها في قضية معينة، بعد عرضها على أصحاب العقول من أهل الاختصاص والخبرة.

ثانياً: آليات انعقاد الحكم بالشورى

بعد المشاورة بين أهل الحل والعقد^٥ يتم انعقاد الحكم للحاكم، بآلية تتضمن بيعتين: الأولى من أهل الحل والعقد، وتسمى ببيعة الانعقاد، ثم تليها بيعة عامة الناس، وتسمى بيعة الطاعة والإنقياد، وفي هذا المقصد سنسلط الضوء على آلية انعقاد الحكم بالتكلم عن هاتين البيعتين مع مراعاة الإيجاز.

١- ينظر: ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة (مادة شور)، ٢٢٦/٣.

٢- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (شور)، ٤٣٧/٤.

٣- ينظر: ابن العربي، محمد بن علي بن محمد، أحكام القرآن، تح: عليّ البجاوي، عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، ط٢، ١٩٦٨م، ٢٩٨/١.

٤- الألوسى، شهاب الدين السيد محمود، روح المعاني، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ٤٦/٢٥.

٥- عرف الدميجي أهل الحل والعقد: (هم فئة من الناس على درجة من الدين والخلق والعلم بأحوال الناس وتديبرهم الأمور، ويسمون أهل الاختيار، وأهل الشورى، وأهل الرأي والتدبير). الدميجي، الإمامة العظمى عند أهل السنة والجماعة، ١٢٦.

أ- البيعة الأولى: بيعة الانعقاد

يقوم بهذه البيعة فئة معينة من الناس يطلق عليهم أهل الشورى أو أهل الحل والعقد، أو أهل الرأي والتدبير^١، وهذه البيعة هي الأصل في انعقاد الخلافة والإمامة عند جمهور علماء أهل السنة والجماعة من الفقهاء والمتكلمين^٢.

فعلى أهل الحل والعقد أن يميزوا بين المتقدمين للخلافة والإمامة، وتصفح أحوالهم، فمن رأوه صالحا للخلافة عقدوا البيعة له، مع مراعاتهم البيعة للأفضل فالأفضل، حتى لا يتولى الخلافة من هو غير مستحق لها، وبعد بيعة الخليفة من قبل أهل العقد يجب على الأمة الانقياد له ومبايعته^٣.

واختلف الفقهاء وعلماء أهل السنة والجماعة في تحديد العدد الذي تتعقد به الخلافة من أهل الحل والعقد، والكلام في هذه المسألة يقع في ثلاثة مذاهب: المذهب الأول: وهو القائل بالإجماع التام على الخليفة والإمام، وهو على

قسمين:

١- الإجماع التام من قبل الأمة، وهو مذهب الأصم^٤، قال الأشعري: ((قال الأصم: (لا تتعقد إلا بإجماع المسلمين)))^٥، وذكر الشهرستاني أن هشام بن

١- ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ٢١.

٢- ينظر: الديميجي، الإمامة العظمى عند أهل السنة والجماعة، ١٥١، ومحمد رأفت عثمان، رئاسة الدولة في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ج. م. ع، ١٩٧٥م، ٢٢٦.

٣- ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ٧-٨.

٤- (شيخ المعتزلة، أبو بكر الأصم، كان ثمامة بن أشرس يتغالي فيه، ويطنب في وصفه، وكان ديناً وقوراً، صبوراً على الفقر، منقبضاً عن الدولة، إلا أنه كان فيه ميل عن الإمام علي)، بن عثمان، محمد بن أحمد (ت: ٧٤٨هـ)، سير أعلام النبلاء، تح: إشراف وتخريج: شعيب الأرنؤوط، تح: كامل الخراط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط٩، ١٤١٣هـ = ١٩٩٣م، ٩/٤٠٣.

٥- مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، تح: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤١١هـ = ١٩٩٠م، ٢/١٤٩.

عمرو والأصم ممن بالغ في العدد، قالوا: ((إن الإمامة لا تتعقد إلا بإجماع الأمة عن بكرة أبيهم))^١.

٢- انعقاد الإمامة بجمهور أهل الحل والعقد من كل بلد، ونقل الماوردي هذا المذهب، بقوله: قالت طائفة: ((لا تتعقد إلا بجمهور أهل العقد والحل من كل بلد))^٢.

المذهب الثاني: تحديد عدد مخصوص لأهل الحل والعقد، واختلفوا في العدد على آراء متعددة، وهي:

١- انعقاد الإمامة بأربعين دون الأقل؛ قياساً على ما تصح به صلاة الجمعة، نقل هذا القول القلقشندي، قال: ((والثاني أن أقل ما تتعقد به أربعون؛ لأن عقد الإمامة فوق عقد الجمعة ولا تتعقد بأقل من أربعين))^٣، وذكر هذا القول أيضاً الرملي قال: ((والثاني يعد كونهم أربعين كالجمعة))^٤.

٢- انعقاد الإمامة بخمسة أشخاص من أهل الحل والعقد يجتمعون على عقدها؛ واحتجوا لهذا القول بأمرين:

الأمر الأول: بيعة أبي بكر انعقدت بخمسة اجتمعوا عليها، وهم: عمر بن الخطاب، وأبو عبيدة بن الجراح، وأسيد بن حضير، وبشير بن سعد وسالم مولى أبي حذيفة، ثم تبعهم عامة الناس.

الأمر الثاني: أن عمر بن الخطاب جعل الشورى في ستة، ليعقد لأحدهم برضا الخمسة^٥.

١- الشهرستاني، الملل والنحل، ٢٥/١.

٢- الماوردي، الأحكام السلطانية، ٦.

٣- القلقشندي، مآثر الأنفاة في معالم الخلافة، ٤٢/١.

٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٣، ٤٢٤ هـ = ٢٠٠٣ م، ٧/٤١٠.

٥- ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ٦.

- وهذا القول منسوب إلى الجبائي^١، وإلى أكثر فقهاء البصرة ومتكلميها^٢.
- ٣- تتعقد بأربعة فما فوق، قياساً على الزنا؛ باعتباره أكثر نصاب الشهود^٣.
- ٤- انعقاد الإمامة بثلاثة؛ لأنهم جماعة لا تجوز مخالفتهم^٤.
- ٥- تتعقد برضا اثنين لثالث؛ ليكونوا حاكماً وشاهدين؛ قياساً على عقد النكاح، فالنكاح يصح بولي وشاهدين، نسب هذا القول الماوردي إلى جماعة من علماء الكوفة^٥، وذكره الرملي: لأن أقل الجمع أثنان^٦.
- ٦- تتعقد الإمامة بواحد، واستدلوا على هذا القول بان أبا بكر عقد البيعة لعمر بن الخطاب وصح العقد^٧، وقال به الإيجي^٨ والغزالي في فضائح الباطنية، مع اشتراطه أن يكون ذا شوكة وقوة^٩.
- المذهب الثالث: عدم تقييد أهل الحل والعقد بعدد معين، واشتراطوا فيهم أن يكونوا من ذي الشوكة والقدرة، فالمدار في انعقاد الإمامة مدار الشوكة والقدرة لا مدار العدد، وممن قال بهذا المذهب إمام الحرمين الجويني، إذ يقول: ((إن بايع رجل واحد مرموق، كثير الأتباع والأشياء، مطاع في قومه، وكانت منعه تفيد - شوكة ومنة قهرية - ما أشرنا إليه، انعقدت الإمامة))^{١٠}.

١- ينظر: ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ١٣/٤.

٢- ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ٧.

٣- ينظر: الفلقشندی، مآثر الأنافة في معالم الخلافة، ٤٣/١.

٤- ينظر: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٤١٠/٧.

٥- ينظر: الأحكام السلطانية، ٧.

٦- ينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٤١٠/٧.

٧- ينظر: الرئيس، محمد ضياء الدين، النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث، القاهرة، ط٧، ٢٢٧.

٨- ينظر: المواقف، ٥٩٤/٣.

٩- ينظر: فضائح الباطنية، تح: عبد الرحمن البدوي، مؤسسة دار الكتاب الثقافية، الكويت، ١٩٦٤هـ، ١٧٦.

١٠- غياث الأمم في التياث الظلم، تح: مصطفى حلمي، وفؤاد عبد المنعم، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع،

الإسكندرية، ط١، ٥٦.

ب- البيعة الثانية: بيعة الطاعة والانقياد (البيعة العامة)

وهي بيعة شعبية عامة من الأمة، أي بيعة سائر المسلمين للخليفة بعد بيعة الانعقاد، من مثل بيعة قسم من الصحابة لأبي بكر، بعد أن بايعه أهل الحل والعقد من وجه نظر أهل السنة والجماعة، فالبغدادي يذكر قول أبي الحسن الأشعري: ((أن الإمامة تتعقد لمن يصلح لها بعقد رجل واحد من أهل الاجتهاد والورع، إذا عقدها لمن يصلح لها، فإذا فعل ذلك وجب على الباقيين طاعته))^١. ويقول القرطبي في تفسيره: ((فإن عقدها واحد من أهل الحل والعقد فذلك ثابت ويلزم الغير فعله))^٢.

وعلق الرملي على عبارة تتعقد الإمامة ببيعة أهل الحل والعقد بقوله: ((لأن الأمر ينتظم بهم، ويتبعهم سائر الناس، ويكفي بيعة واحد، انحصر الحل والعقد فيه))^٣.

وقال الغزالي في فضائح الباطنية: ((إنه يكتفى بشخص واحد يعقد البيعة للإمام... فالشخص الواحد المتبوع المطاع، الموصوف بهذه الصفة، إذا بايع كفى))^٤.

فالمراد من انعقاد البيعة بأهل الحل والعقد، أنهم يمثلون إرادة الأمة، وعند عقدهم البيعة للإمام تبقى على الأمة الطاعة والامتثال؛ لأن بيعة الانعقاد تمت نيابة عنهم، مثلما يقول ذلك الرئيس في النظريات السياسية^٥.

١- أصول الدين، التزم نشره وطبعه مدرسة الإلهيات بدار الفنون التركية، إستانبول، مطبعة الدولة، ط١، ١٣٤٦هـ=١٩٢٨م، ٢٨٠-٢٨١.

٢- الجامع لأحكام القرآن، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٧ = ٢٠٠٦م، ٤٠٣/١.

٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٧/٤١٠.

٤- فضائح الباطنية، ١٧٦-١٧٧.

٥- ينظر: النظريات السياسية الإسلامية، ٢٣١.

وبذلك يتبين لنا آلية انعقاد الخلافة والإمامة عند أهل السنة والجماعة، فهي تتعدّد ببيعة أولى وهي بيعة الانعقاد، ثم تتبعها البيعة العامة لعامة المسلمين وهي بيعة الطاعة والانقياد، فيجب أن يبايع الناس بعد اختيار أهل الحل والعقد، وهذه المبايعة مصادقة على اختيار أهل الحل والعقد، ومع انتفاء بيعة الطاعة ينتفي الغرض من بيعة الانعقاد، وأنه لا عبرة ببيعة الطاعة، إن لم يبايع أهل الحل والعقد^١.
 مما سبق يتضح ان هناك نظريات عدة للحكم بالمنظور الإسلامي عند الإمامية وعند أهل السنة والجماعة فقد مرت نظرية الحكم في الفكر السني والشيعي في ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: وهي مدة حياة الرسول (صلى الله عليه وآله) وهذه المدة هي محل التقاء الفكر السني مع الفكر الإمامي من ناحية كون الشخص الوحيد المؤهل المستحق للحكم هو النبي (صلى الله عليه وآله) وحرمة تقدم غيره عليه في ذلك.

المرحلة الثانية: وهي مدة الأئمة الاثني عشر (عليهم السلام) عند الشيعة الإمامية، وهذه المدة هي موضع الخلاف بين أهل السنة والجماعة والشيعة الإمامية، إذ يرى الشيعة ان الأئمة المعصومين (عليهم السلام) هم امتداد للنبي (صلى الله عليه وآله) وان لهم امتيازاً في الحكم كامتياز النبي ولا يرى أهل السنة والجماعة ذلك، واختلفت نظرياتهم بموضوع تسمية الإمام من نظرية القرابة الى نظرية الشورى واستقروا بعد طول ترحال على ان الإمام القائم هو من يسمي من بعده خليفته، مع قيام الأمة بمبايعة الرجل الذي سماه الخليفة عند خلو منصب الخلافة.

المرحلة الثالثة: وهي مدة الغيبة، ولا يختلف مشهور الشيعة في كون الشخص المؤهل لتنفيذ الاحكام في هذه المدة هو الفقيه العادل، ولكنهم اختلفوا في سعة صلاحياته وضيقتها، وذهب بعضهم إلى ولاية الأمة على نفسها.

١- ينظر: الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، ٢٣٠-٢٣١.

موقف التشابه والاختلاف بين نظريات الحكم عند المذهبيين

- ١- الإمامية قالت إن كل إمام يعين بنص الإمام الذي يليه، واستقر مذهب أهل السنة والجماعة على أن الخليفة أو ما في معناه هو الذي يسمى من يليه.
- ٢- الإمامية تعد أن التسمية هي تسمية الهيئة لا دخل للبشر بها، ولكن الإمام لا يستطيع أن يمارس مهام رئيس الدولة ما لم يبايعه الناس، أما المذهب الآخر فهو يرى أن الإمام لا يكون إماماً ما لم يتبايعه الأمة ومن ثم لا يتمكن من ممارسة مهام رئيس الدولة.

أما الاختلاف الدقيق بين المذهبيين فهو أن النبي (صلى الله عليه وآله) عند الإمامية قد عين خليفته وسماه بأمر إلهي وذهب غيرهم إلى أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) رحل إلى الرفيق الأعلى وترك الأمة بلا راع.

ويمكن الجمع بين القولين بتخصيص القول الأول لزمان النبي (صلى الله عليه وآله) والأئمة (عليهم السلام) عندنا، فالإمامة تتعقد أولاً وبالذات بالنصب الإلهي، وتخصيص القول الثاني لزمن الغيبة، فيكون للأمة حق الانتخاب بمرحلة واحدة أو بمراحل، ولكن لا مطلقاً، بل لمن وجدت فيه الشروط الوافية.

الفرع الثاني: تنظيم العلاقة بين الحاكم والمحكوم

والكلام فيه نقطتين:

النقطة الأولى: حق الرعية على الحاكم

هناك واجبان أساسيان يلزم الحاكم القيام بهما، بل يمكن القول إنه ما نصب إلا من أجلهما، وهما: حراسة الدين وحفظه، والعمل على تحقيق مصالح الرعية، ويتفرع عن هذين الواجبين أمور كثيرة أجملها الماوردي بعشرة أشياء^١: أحدها: حفظ الدين على أصوله المستقرة.

الثاني: تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين، وقطع الخصام بين المتنازعين حتى تعم النصفة، فلا يتعدى ظالم، ولا يضعف مظلوم.

الثالث: حماية البيضة والذب عن الحريم؛ ليتصرف الناس في المعاش، وينتشروا في الأسفار آمنين من تغرير بنفس أو مال.

الرابع: إقامة الحدود؛ لتصان محارم الله تعالى عن الانتهاك، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك.

الخامس: تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة حتى لا تظفر الأعداء بغرة ينتهكون فيها محرما، أو يسفكون فيها لمسلم أو معاهد دما.

والسادس: جهاد من عاند الإسلام بعد الدعوة حتى يسلم أو يدخل في الذمة؛ ليقام بحق الله تعالى في إظهاره على الدين كله.

والسابع: جباية الفياء والصدقات على ما أوجبه الشرع نصا واجتهادا من غير خوف ولا عسف.

الثامن: تقدير العطايا وما يستحق في بيت المال من غير سرف ولا تقتير، ودفعه في وقت لا تقديم فيه ولا تأخير.

١- ينظر: الأحكام السلطانية، ٢٢-٢٣.

التاسع: استكفاء الأمانة وتقليد النصحاء فيما يفوض إليهم من الأعمال ويكله إليهم من الأموال؛ لتكون الأعمال بالكفاءة مضبوطة، والأموال بالأمانة محفوظة.

العاشر: أن يباشر بنفسه مشاركة الأمور، وتصفح الأحوال؛ لينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعول على التفويض تشاغلا بلذة أو عبادة، فقد يخون الأمين ويغش الناصح.

النقطة الثانية: حق الحاكم على الرعية

إذا قام الحاكم بحقوق الرعية، فيجب له عليهم حقان، الطاعة والنصرة ما لم يتغير حاله.

والطاعة تُعد من المفاهيم التي دار جدل كثير في الفكر السياسي الإسلامي، فهناك من فقهاء العامة من عد طاعة الحاكم واجبة، وإن كان ظالماً للرعية جائراً، على حين يرى الفريق الآخر منهم بأنه لا يوجد هناك قدسية للحاكم، بل هو واحد من أفراد المجتمع يجتهد لمصلحة الأمة، وهو يستمد سلطته وبقائه من الأرض لا من السماء، وهو وكيل عن الأمة، وكلته في إدارة شؤونها، ومن ثمَّ هو مقيد بشريعة تحكمه، ومن حق أي مسلم إذا أمره الحاكم بما يخالف الشريعة أن يرفض، فالقرآن الكريم حين ذكر بيعه النساء للنبي الأكرم (صلى الله عليه وآله)، وفيها طاعة النبي، قيد ذلك بقوله (وَلَا يَعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ)^١، وهذا النبي الأكرم وهو المعصوم المؤيد بالوحي وطاعته مقيدة بالمعروف، فغيره أولى أن تكون طاعته مقيدة بهذا القيد.

ولتحرير محل النزاع لهذه المسألة المهمة يمكن القول باتفاق فقهاء العامة على أمرين واختلافهم في الثالث:

أما ما اتفقوا عليه فعلى النحو الآتي:

أولاً: اتفقوا على حرمة الخروج على الحاكم العادل، وأنه يجب على المسلمين نصرته الإمام العدل على الخارجين عليه^١.

ثانياً: اتفقوا على أن من شروط الحاكم الإسلام ابتداءً وانتهاءً، فإن طرأ على الحاكم الكفر عُزِلَ ولو بالقوة^٢.

واختلفوا في حكم الخروج على الحاكم الفاسق على قولين:

القول الأول: لا ينعزل الإمام بطرود الفسق عليه، لذا لا يجوز الخروج عليه وعزله، وهذا ما ذهب إليه مشهور المذاهب الإسلامية، وعليه جماهير أهل الحديث^٣.

القول الثاني: يجوز الخروج على الحاكم الفاسق، ونسبه الجصاص لأبي حنيفة^٤، وذهب إليه مالك^٥، قال ابن كثير الدمشقي: ((وقد خطب محمد بن عبد الله أهل المدينة هذا اليوم، فتكلم في بني العباس وذكر عنهم أشياء ذمهم بها، فبايعه أهل المدينة كلهم إلا القليل. وقد روى ابن جرير عن الإمام مالك: أنه أفتى الناس بمبايعته، فقبل له: فإن في أعناقنا بيعة للمنصور، فقَالَ: إِنَّمَا كُنْتُمْ مُكْرَهِينَ وَلَيْسَ لِمُكْرِهِ بِيَعَةٌ. فبايعه الناس عند ذلك عن قول مالك، ولزم مالك بيته))^٦. ونسبه القرطبي إلى الجمهور^٧.

١- ينظر: المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سلمان (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ، ٣١٠/١٠.

٢- ينظر: المقدسي، ابن قدامة، المغني، ٣٧٧/٩.

٣- ينظر: المرادوي، الإنصاف، ٣١١/١٠.

٤- ينظر: أحكام القرآن، تح: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١، ٨٥/١.

٥- ينظر: المواقيت، محمد بن يوسف المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ=١٩٩٤م، ٣٦٨/٨.

٦- البداية والنهاية، تح: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٠٨هـ=١٩٨٨م، ٩٠/١٠.

٧- ينظر: الجامع لأحكام القرآن، ٤٠٥/١.

فيكون من حق الأمة مراقبة الحاكم ومحاسبته وعزله، وهناك آيات قرآنية تدل على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذا الواجب العظيم قد أتى عاماً، ويدخل فيه الجميع حكماً ومحكومين فهو حق مشترك بين الأمة والحاكم، قال تعالى: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^١، وحفلت السنة النبوية بأحاديث كثيرة تحث على الوقوف بوجه الظالم الحاكم، ولو كلف ذلك النفس والمال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): ((أَفْضَلُ الْجِهَادِ، كَلِمَةٌ عَدْلٍ عِنْدَ سُلْطَانٍ جَائِرٍ))^٢، وهذه الآية الكريمة والحديث الشريف وامثالهما يُفهم منها أن مراقبة الحاكم ومحاسبته، هو من حقوق الأمة، بل من واجباتها.

وحق الأمة في محاسبة الحكام، يستند إلى جملة أمور^٣:

أولاً: إذا كان الحكام هم وكلاء عن الأمة، في تولي مناصبهم، فيترتب على ذلك، أن الوكيل يجب ألا يخرج عن حدود وكالته، وأن لموكله أن يراقبه في تنفيذ واجباته، ويحاسبه على تقصيره فيها. فالأمة هي صاحبة السلطة في الأصل، ومن الواجب عليها - وليس ذلك حقاً لها فحسب - أن تراقب وكلاءها، وتحاسبهم، إذا قصرُوا، أو أساءُوا.

ثانياً: إن البيعة بما هي عقد بين الأمة والحاكم، والذي تقوم على أساسه شرعية الحاكم، إنما يقوم على التزام متبادل من الطرفين: التزام من الحاكم بالعمل بشرع الله، وإقامة الحق والعدل، يقابله التزام من الأمة بالنصرة والطاعة في المعروف.. وهذا الالتزام المتقابل هو الذي يعطي الأمة الحق في (مراقبة الحكام)؛

١- آل عمران: ١١٠.

٢- القزويني، سنن ابن ماجه، ٤٨٦/٥..

٣- ينظر: البياتي، د. منير حميد، النظام السياسي الإسلامي، مقارناً بالدولة القانونية، دار النفائس، الأردن،

ط٤، ١٤٣٤هـ=٢٠١٣م، ٣٤٠-٣٤٢.

لأن الأمة لا ينتهي عملها بانتخاب الحاكم، بل لا بد لها من مراقبته، ومحاسبته، إن أخلّ بواجباته والتزاماته تجاهها.

ثالثاً: إن الأمة هي المخاطبة أصلاً بتنفيذ أحكام الشريعة الإسلامية، وهي القوامة على هذا التنفيذ، فخطاب التكليف القرآني موجه، في جملته، إلى الأمة الإسلامية، لا إلى فرد معين من أفرادها وقد وكلت الأمة الحاكم للقيام بهذه الواجبات، وتنفيذ هذه الأحكام؛ لأن الأمة لا يمكن أن تباشر جميعها هذه الواجبات. إلا أن هذه الإنابة لا تعفي الأمة من مسؤوليتها، وذلك يوجب مراقبتها للقائمين عليها، وتوجيههم، ومحاسبتهم، لتخرج بذلك من عهدة هذه المسؤولية، فإذا ثبت تقصير الحاكم في هذا التنفيذ، فإن من حق الأمة، التي نصبتة لتنفيذ ذلك، أن تحاسبه، بل لها أن تعزله.

المبحث الثاني: نظريات الحكم في القانون الدستوري نشأتها، وانماطها

سعى القانون الدستوري لتحقيق تعايش سلمي وتوافق بين السّلطة والحرية؛ لأن الحاجة إلى السّلطة والحرية هي من ثوابت كل تنظيم اجتماعي في أي زمان أو مكان. وكل نظام سياسي يدعي انه يعطي الحل الأمثل في التوفيق بين السّلطة والحرية حتى النظم الاستبدادية لا تستطيع نظرياً تجاهل هذا الموضوع نظراً لما للحرية من قدسية في نفوس المواطنين. ونجد أن وسائل الحكم التي أوجدها القانون الدستوري ليست سوى محاولات لتحقيق المصالحة بين السّلطة والحرية، تختلف باختلاف الإيديولوجيات القائمة.

المطلب الأول: نشأة نظريات الحكم في القانون الدستوري

لم يتفق فقهاء القانون الدستوري على نظرية واحدة تقوم عليها السّلطة؛ لتباين ميولهم السياسية والاجتماعية، ومع ذلك يمكن إرجاع هذه النظريات إلى أصول، وأسس عامة، قد تكون دينية أو فلسفية أو اجتماعية، ومن أهم هذه النظريات:

الفرع الأول: النظرية الثيوقراطية (Theokratia)

الثيوقراطية (Theokratia) من المصطلحات الأجنبية الوافدة إلى اللغة العربية، وهي مشتقة من كلمتين يونانيتين مدمجتين، هما (Theos)، أي الإله و(Kratos) أي السّلطة، فالمصطلح يعني سلطة الإله، ويقصد به في المصطلح حكم الكنيسة أو حكم رجال الدين فيها^١.

ومرت هذه النظرية بثلاث مراحل، عُدَّت كل مرحلة مرت بها قسماً خاصاً، ويُعد مسوغاً لسلطة الدولة وأساساً لحكمها^٢؛ ولذلك فالنظرية الثيوقراطية تنقسم إلى ثلاث نظريات:

١- ينظر: الشاوي، منذر، القانون الدستوري، ٦٩/١.

٢- ينظر: م. ن، ٦٨-٧٠.

١- نظرية الطبيعة الإلهية للحاكم

يرى أصحاب هذه النظرية أن الحكم والدولة ظاهرة ربانية، وذات طبيعة إلهية، وأن السُّلطة والحكم من حق الإله وحده، فالذي يمارس السُّلطة هو الإله نفسه لا بشر محاط بعناية الإله.

وهذه النظرية كانت سائدة في مرحلة حكم الفراعنة، وكذلك حكم الأباطرة الروم؛ فالحاكم هو الإله لديهم وهو مقدس؛ فالحاكم بناءً على هذه النظرية يكون هو مصدر السُّلطة وأساسها^١.

٢- نظرية الحق الإلهي في الحكم

وتعد هذه النظرية مرحلة متقدمة لمرحلة الطبيعة الإلهية للحاكم، وقد فرضتها المسيحية بعد انتشارها، انسجاماً مع مبادئها وتعليماتها، التي تخالف نظرية الطبيعة الإلهية لمن يمارس السُّلطة، وترفض احتساب الحاكم إلهاً^٢.

وتتقسم هذه النظرية إلى قسمين، هما:

أ- نظرية الحق الإلهي المباشر

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الله تعالى هو مصدر السلطات، وأن السُّلطة حق من حقوقه، ولكنه لا يباشر الحكم بنفسه، إنما يصطفي ويختار من يشاء حاكماً، وشرعية الحكم في هذه النظرية مستمدة من الله تعالى، ووفق هذه النظرية لا يسأل من يمارس السُّلطة أمام شعبه؛ لأنه غير محاسب إلا أمام الله تعالى^٣.

١- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ط٤، ٢٠١٠م، ١٤.

٢- ينظر: الشاوي، منذر، القانون الدستوري، ٦٩/١.

٣- ينظر: خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٢م، ٢٥-

ب- نظرية الحق الإلهي غير المباشر

ويرى أصحاب هذه النظرية أن الإله لا يتدخل مباشرة في انتخاب الحاكم، إنما يتدخل بصورة غير مباشرة، فالذي يختاره المحكومون قد تدخل الله تعالى في إرادتهم ووجههم نحو ذلك الشخص للقيام بمهمة السّطة والحكم^١. وجوهر هذه النظرية لا يختلف عن سابقتها؛ فالله تعالى هو مصدر السّطة، فانتخاب الحاكم يكون على وفق قوانين وقواعد حددها الله تعالى، لا كما يظهر من اختيار المحكومين^٢.

الفرع الثاني: النظريات العقدية في تفسير نشأة السّطة

تعد النظرية العقدية من النظريات الدستورية التي تقوم عليها سلطة الدولة، وأساس هذه النظرية أن الشعب هو مصدر السلطات، والسّطة السياسية تكتسب مشروعيتها من الشعب، فأفراد الشعب هي من اجتمعت وقررت إقامة مجتمع سياسي يخضع للحاكم، إذن الدولة قامت نتيجة عقد أبرمته الجماعة^٣. وظهرت هذه النظرية وشيدت أركانها على يد الفقيه الإنكليزي توماس هوبز (THOMAS HOBBS) عام ١٦٥١م، والإنكليزي جون لوك (JOHN LOCKE) ١٦٩٠م، والفرنسي جان جاك روسو (JEAN-JACQUES ROUSSEAU) ١٧٦٢م^٤، واتفقوا على أن الأفراد رفضوا الحياة الطبيعية القديمة، وانتقلوا بإرادتهم وبموجب العقد إلى حياة الجماعة السياسية المنتظمة، ولكنهم اختلفوا في تصور حالة الأفراد السابقة على العقد، وأطراف العقد الاجتماعي، والنتائج

١- ينظر: خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، ٢٧.

٢- ينظر: الشاوي، منذر، القانون الدستوري، ٧٠/١.

٣- ينظر: خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، ٢٨.

٤- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ١٤-١٥.

المرتبة على عملية التعاقد^١، ولكي تتضح الفكرة سنتناول قيام السلطة على أساس التعاقد الاجتماعي عند هوبز ولوك وروسو في ثلاث نقاط:

النقطة الأولى: العقد الاجتماعي عند توماس هوبز (THOMAS

(HOBBS

١- حالة الأفراد السابقة على العقد الاجتماعي: ينطلق هوبز من اعتقاده بان الإنسان فاسد بطبعه، والإنسان برأيه ذئب للإنسان، والمجتمع غير المنظم هو غابة يعيش فيها الأقوى فقط، ويسودها قانون الذئب؛ ونتيجة لهذا تكون حالة الأفراد متسمة بالفوضى، والعنف والصراع بين الأفراد، مما يؤدي إلى افتقار الأفراد إلى الأمن والحرية، حتى أصبحت حياتهم حياة متوحشة لا تطاق، فظهرت لديهم الحاجة إلى إيجاد وسيلة تخرجهم من فوضى حياتهم إلى حياة الأمن والاستقرار، فاهتدوا إلى أن ذلك لا يكون إلا باختيار فرد منهم يكون حاكماً عليهم، مع قدرته على فرض النظام وحماية مصالحهم، وقيام هذا الشخص أو الفرد بالحكم يكون بقرار حر إرادي، وبعقد ضمني يتفقون على إبرامه فيما بينهم^٢.

٢- أطراف العقد الاجتماعي: يرى هوبز أن العقد تم باتفاق إرادي بين جميع الأفراد، ما عدا الفرد الذي تم اختياره من قبلهم حاكماً^٣.

٣- النتائج المترتبة على عملية التعاقد: التعاقد عند هوبز يعني أن الأفراد قد تنازلوا عن كل حقوقهم إلى الشخص الذي اختاروه حاكماً، مقابل أن ينظم أمورهم ويحافظ على مصالحهم، ويصون أرواحهم، وللحاكم أن يتصرف بتلك الحقوق كيفما يشاء من دون قيد أو شرط^٤.

١- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ١٥.

٢- ينظر: خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، ٢٩.

٣- ينظر: سليمان، عصام، مدخل إلى علم السياسة، دار النضال، بيروت، ط٢، ١٩٨٩م، ٢٠١.

٤- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ١٦.

النقطة الثانية: العقد الاجتماعي عند جون لوك (JOHN LOCKE)

- ١- حالة الأفراد السابقة على العقد: يرى لوك أن الأفراد قبل قيام العقد الاجتماعي، كانوا يعيشون متمتعين بكامل حقوقهم على وفق القانون الطبيعي، وقد التزموا تبعاً بعدم التعدي على مال الآخر وحرية، لكن تعدد المصالح يؤدي إلى التعارض فضلاً عن غموض أحكام القانون الطبيعي، والمجتمع في الحالة الطبيعية مهدد باعداء من الداخل والخارج، الأمر الذي ألجأ الأفراد إلى التعاقد فيما بينهم لإيجاد حياة منضبطة بقانون سياسي أشمل وأعم من القانون الطبيعي^١.
- ٢- أطراف العقد الاجتماعي: يرى لوك أن العقد الاجتماعي يكون بين طرفين، وهما: الحاكم وأفراد المجتمع، فالحاكم على وفق نظرة لوك طرف في العقد الاجتماعي المبرم مع أفراد المجتمع، وهو ملزم بحمايتهم، وتوفير الحياة الأفضل لهم، مقابل تنازل الجمهور عن جزء من حقوقهم وحريةهم للحاكم^٢.
- ٣- النتائج المترتبة على عملية التعاقد: هذا العقد يفرض على الحاكم والمحكومين التزامات متبادلة، فهم لم يتنازلوا عن كل حقوقهم، بل بعضها مقابل حماية سائر حقوقهم، وسلطة الحاكم مقيدة بالمحافظة على سائر الحقوق وحمايتها ومن ثمَّ يحق للأفراد فسخ العقد مع الحاكم، وعزله إذا لم يفِّ بشروط التعاقد. إذن السُّلطة في نظر لوك مقيدة وليست مطلقة، كما يراها هوبز، بل يعد من دعاة الحكم الدستوري المقيد^٣.

١- ينظر: خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، ٣٠.

٢- ينظر: المبرج، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ١٧.

٣- ينظر: سليمان، عصام، مدخل إلى علم السياسة، ٢٠٣.

النقطة الثالثة: العقد الاجتماعي عند روسو (JEAN-JACQUES)

(ROUSSEAU)

١- حالة الأفراد السابقة على العقد: يرى روسو أن الأفراد في المدة التي سبقت العقد كانوا يعيشون حالة طبيعية، منضبطون بالقانون الطبيعي، وهم يتمتعون بحرية كاملة، واستقلال تام، ولكن عندما تداخل مجتمع الأفراد وتعارضت وتضاربت مصالحهم الفردية، أدى ذلك إلى إفساد حياتهم الطبيعية التي كانوا ينعمون بها، وتبين لهم أن القانون الطبيعي غير كاف في سد حاجات الناس المختلفة، فأصبح من الضروري إقامة مجتمع سياسي جديد، يحقق الأمن والاستقرار؛ لذلك عزم الشعب على التعاقد من أجل إيجاد مجتمع قانوني يخضع لسلطة عليا^١.

٢- أطراف العقد الاجتماعي: يرى روسو أن الأفراد بمقتضى هذا العقد قد تنازلوا عن جميع حقوقهم لمصلحة المجموع، فأطراف العقد هم أفراد الجماعة أنفسهم، والعقد أبرم بين الأفراد أنفسهم ضمن إرادة حرة، ولكن بصفتين، الأولى: بوصفهم أفراداً مستقلين ومنعزلين كل منهم عن الآخر، والثانية: بوصفهم أعضاء متحدين يظهر من مجموعهم الشخص الجماعي المستقل، أو ما يسمى بالإرادة العامة^٢.

يقول روسو: ((يضع كل واحد منا شخصه وكل قدراته موضع اشتراك تحت الإمرة العليا التي للإرادة العامة، ونحن نتقبل كجسم واحد كل عضو كجزء لا يتجزأ عن الكل))^٣.

١- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ١٨.

٢- ينظر: م. ن.

٣- روسو، جان جاك، في العقد الاجتماعي، ترجمة وتحت: عبد العزيز بن لبيب، بيروت، ط١، ٢٠١١م، ٩٤.

٣- النتائج المترتبة على عملية التعاقد: يرى روسو إلى أن الأفراد قد تنازلوا بمقتضى هذا العقد عن جميع حقوقهم دون تحفظ لمصلحة المجموع، الذي تتشكل منه الإرادة العامة، يقول: ((إذ يهب كل واحد من الأشخاص شخصه للجميع، فإنه لا يهب شخصه لأحد بعينه)).^١

ولما كانت السّطة تتعلق بعقد اتحاد فلا يلزم من العقد أية طاعة لأي فرد خارج سلطة الإرادة العامة؛ لأن السّطة مردها الإرادة العامة للأفراد كونها كائناً معنوياً، والإرادة العامة هي صاحبة السيادة، ومن يمارس السّطة فهو وكيل عن الإرادة العامة، ومن ثمّ تكون سلطته سلطة مقيدة بسلطة الإرادة العامة.^٢

ويتبين مما تقدم:

- ١- أن الغرض من العقد الاجتماعي عند منظره الثلاثة هو حماية حقوق أفراد المجتمع، وضمان حريتهم.
- ٢- السبب الذي دفع الأفراد إلى التعاقد للانتقال إلى القانون السياسي هو الخوف من القانون الطبيعي والحالة الطبيعية.

١- روسو، جان جاك، في العقد الاجتماعي، ٩٤.

٢- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ١٨-١٩.

الفرع الثالث: النظريات غير العقدية في تفسير نشأة السّطة

مصطلح النظريات غير العقدية يطلق في القانون الدستوري على النظريات التي لا تعتمد العقد والاتفاق الحر بين الأفراد وسيلة لقيام الحكم، وسوف نبحت هنا النظريات غير العقدية في القانون الدستوري، وترى النظريات غير العقدية أن قيام السّطة يعود لعوامل وأسس واعتبارات غير عقدية، بل لعوامل اجتماعية وتاريخية، كانت سبباً في نشوء الحكم، فتقوم السّطة تارة على أساس القوة، وتارة أخرى نشأت من التطور، ولذلك سنبحت النظرية غير العقدية في القانون الدستوري عبر نقطتين:

الأولى: نظرية القوة في الحكم

ويرى فقهاء هذه النظرية أن السّطة نشأت من طريق القوة والعنف، فالقوة والعنف هما وسيلتا قيام السّطة. وبحسب هذه النظرية السّطة في مراحلها الأولى كانت عبارة عن نظام اجتماعي، فرضه فرد أو مجموعة أفراد على الآخرين، مستخدمين القوة والإكراه لتحقيق هذا النظام، والسّطة وفق هذه النظرية هي نتاج القوة والتغلب^١.

وتتملك هذه النظرية رصيماً تاريخياً قديماً، وأثرها في صفحات التاريخ واضح، يكشف عن قيام كثير من السلاطين على أساس الإكراه والغلبة^٢، وقد تبني هذه النظرية مجموعة من الفقهاء والمفكرين منهم ابن خلدون، إذ يرى قيام السّطة متصلاً بالعصبية، فالعصبية تولد الحمية والمدافعة والشعور الجامع بين الأفراد المتعصبة، وتؤدي إلى التماسك الذي يولد القوة، التي يقوم عليها السّطة، فالناس بفطرتهم يحتاجون إلى من يمنع بعضهم عن بعض، ولا بد أن يكون متغلباً عليهم

١- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ٢٢.

٢- ينظر: خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، ٣٣.

بعصبيته، وإلا لم تكن له قدرة على حكمهم، وهذا المتغلب هو الحاكم بالقهر والغلبة^١.

ومنهم الفقيه الفرنسي ليون ديجي (Léon Duguit)، فهو يرى أن السلطة مجموعة من الناس منقسمة إلى طبقتين: طبقة حاكمة لها القدرة على إصدار الأوامر، وطبقة محكومة والتي تنفذ أوامر الطبقة الحاكمة، التي تعتمد القوة المادية في الحكم، وبها تلو قوة الأقوياء على ضعف الضعفاء^٢.

الثانية: نظرية التطور في تفسير نشأة السلطة

تستند هذه النظرية في تكوين السلطة إلى المجتمع العائلي، ويعود أساس سلطة الحاكم على وفق هذه النظرية إلى سلطة رب الأسرة، فالسلطة هي امتداد لسلطة الأب، ومن تطور الأسرة إلى عدة أسر تكونت العشيرة، ثم تطورت العشيرة إلى عدة عشائر فكونت قبائل، وبتطور القبائل وتجمعها في بقعة محددة تكونت القرية، ومن تعدد القرى وتجمعها وحاجة الإنسان إلى الاجتماع السياسي الأوسع الذي يحقق طموحات الإنسان في الأمن والاستقرار ظهرت المدينة، إلى أن ظهرت سلطة الدولة بصفاتها أرقى أشكال الاجتماع السياسي^٣.

ويعد الفيلسوف أرسطو (ARISTOTLE) رائد هذه النظرية، فهو يرى أن دولة المدينة تتكون من ضم جماعات أصغر، تركز بدورها على الأسرة، ونمت هذه الجماعة طبقاً لسنة التطور والارتقاء حتى تكونت السلطة، فالسلطة تمثل الحياة السياسية في أعلى صورها^٤.

١- ينظر: مقدمة ابن خلدون، ٢٧٢/١.

٢- ينظر: خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، ٣٤.

٣- ينظر: المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، ٣٤-٣٥.

٤- ينظر: رسل، برتراند، حكمة الغرب، ترجمة فؤاد زكريا، سلسلة عالم المعرفة، العدد ٦٢، ١٤٣.

الفرع الرابع: النظريات الدستورية الأخرى

أولاً: نظرية سيادة الأمة

نتيجة للتطورات التاريخية التي لحقت بالمجتمع الغربي، وظهور نظريات العقد الاجتماعي، أصبحت الأمة هي مركز السلطات، ومن ثم هي مصدر الشرعية. ويقتضي مبدأ سيادة الأمة أن السلطة لا ترجع إلى فرد أو أفراد معينين فحسب، بل ترجع إلى وحدة مجردة لا يمكن تجزئتها ترمز إلى جميع الأفراد، وهي مستقلة تماماً عن الأفراد الذين تمثلهم وترمز إليهم^١.

وتقتضي هذه النظرية أن السلطة لا تزول عن الأمة، بحيث لو استطاع شخص ما أو هيئة اغتصاب السلطة، فلا يسقط حق الأمة وإن طالت مدة الغصب، ولا يمكن أن يكون الغصب عملاً شرعياً بأي حال من الأحوال^٢. وقد تبنت كثير من الدساتير العربية هذه النظرية^٣.

ثانياً: نظرية الشعب مصدر السلطات

للشعب مدلول اجتماعي، ينصرف إلى جميع الأفراد الذين يقيمون على أرض الدولة، ومدلول سياسي، ينصرف إلى من يتمتعون بالحقوق السياسية فقط، وبعبارة أخرى جمهور الناخبين^٤.

وهذه النظرية ناظرة إلى الشعب بمدلوله السياسي، فلا تشمل القصر وفاقد الأهلية^٥.

ومن الجدير بالذكر أن النظم السياسية تنظر إلى الشعب من الناحية السياسية نظرات مختلفة تؤدي بطبيعة الحال إلى نتائج مختلفة، ففي طائفة من

١- ينظر: الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ٤٠.

٢- ينظر: ليلة، محمد كامل، النظم السياسية الدولة والحكومة، ٤٥.

٣- ينظر: الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ٤١.

٤- ينظر: م. ن، ٤٩.

٥- ينظر: ليلة، محمد كامل، النظم السياسية الدولة والحكومة، ٤٥.

الأنظمة الاشتراكية المتطرفة، نجد أن المراد بالشعب، هو الطبقة العمالية، وما عداها من الطبقات لا يقيم لها وزن، بل لا تعد جزءاً من الشعب^١. وعلى أساس هذه النظرية يكون الشعب بمفهومه السياسي، هو صاحب السّطة.

الفرع الخامس: المقارنة بين النظريات الإسلامية والدستورية أولاً: مقارنة نظرية النص مع النظرية الثيوقراطية

مما تقدم تبين اتفاق نظرية النص مع النظرية الثيوقراطية في الاعتقاد بالحاكمة الإلهية، فالحكومة في كليهما مختصة بالله تعالى وحده، وبالرغم من هذا الاتفاق إلا إن النظريتين لا تتطابقان؛ لاختلافهما أساساً في كيفية تحقيق هذا الاعتقاد، ومن أوجه الاتفاق بينهما:

١- تعتقد نظرية النص بالحاكمة الإلهية، وأن السّطة مختصة بالله تعالى وحده، قال تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾^٢، وهذا ما تتفق معه النظرية الثيوقراطية في القانون الدستوري.

٢- حق ممارسة الحكم محصور فيمن ورد فيه نص من النبي، وتتفق معها النظرية الثيوقراطية في مراحلها اللاحقة لا كلها، بمعنى أن السّطة والحكم يمارسه من يختاره الإله مع صرف النظر عن طريقة الاختيار والاصطفاء. أما أوجه الاختلاف، فهي:

١- النظرية النصية تستمد شرعيتها من الله تعالى بوساطة الوحي للنبي الأكرم، أما النظرية الثيوقراطية فتستمد شرعيتها من الحاكم نفسه، فلا يكون حاكماً إلا إلهاً أو من يختاره الإله.

١- ينظر: ليلة، محمد كامل، النظم السياسية الدولة والحكومة، ٤٥.

٢- الأنعام: ٥٧.

٢- نظرية النص ترفض تأليه الحاكم، حتى لو كان النبي أو الإمام، بل تعده مشركاً، بينما في النظرية الثيوقراطية يكون الحاكم فيها إلهاً أو نصف إله.

٣- نظرية النص تعتمد القرآن الكريم والسنة النبوية دستوراً لها، فالمشرع على ضوء نظرية النص هو الله تعالى فقط، نعم جاء تشريعه على لسان المعصومين (عليهم السلام)، أما الفقهاء في زمن الغيبة الكبرى لقائم آل محمد (عجل الله فرجه) فهم نواب له، وحكام في طول حاكميته لا في عرضها وهم يستنبطون الأحكام الشرعية من مواردها الشرعية، ويكشفون عنها، فهم يمارسون عملية كشف مقننة عن التشريع، لا أنهم مشرعون قبال المشرع المقدس، بخلاف الثيوقراطية التي تعد قول الحاكم دستوراً في ممارسة الحكم والسلطة، فالمشرع في هذه النظرية هو الحاكم نفسه.

ثانياً: مقارنة نظرية الشورى مع نظرية العقد الاجتماعي

أوجه الاتفاق بين مبدأ الشورى والنظرية العقدية:

١- الحكم على وفق مبدأ الشورى يستمد شرعيته من العقد المبرم بين الحاكم، وبين أهل الحل والعقد، وبينه وبين الأمة، فالناس بمبايعتهم للخليفة يمنحونه السلطة العامة، وكذلك الحكم على وفق نظرية العقد، فأساس شرعيته هو العقد المبرم بين الأطراف المتعاقدة.

٢- سلطة الخليفة على وفق مبدأ الشورى مقيدة ليست مطلقة، بعدم الخروج عن النصوص الإسلامية، التي جاءت من أجل الإنسان وحماية حقوقه، وسلطة الحاكم على وفق رؤية لوك ليست مطلقة أيضاً، بل مقيدة بحقوق الأفراد التي لم يتنازلوا عنها، وتلك الحقوق أسمى من الدولة، بل إن الدولة وجدت من أجل حماية تلك الحقوق وصيانتها.

٣- تبين مما تقدم أنّ الغرض من انعقاد بيعة الخليفة هو حماية حقوق الأفراد وضمان حريتهم، فحقوق الأفراد محفوظة، ولا يسمح للفقهاء الإسلامي بالتعدي على الحقوق والحريات، وكذلك الغرض من العقد الاجتماعي.

٤- إن السبب الذي أدى إلى انعقاد الشورى من قبل الأنصار ومساعدة أبي بكر وعمر وأبي عبيدة بن الجراح من المهاجرين هو خوف الفتنة أو الخوف من الواقع السياسي بحسب أقوال أصحاب هذه النظرية، وهو السبب نفسه الذي دعا الأفراد إلى التعاقد للانتقال إلى حالة الدولة، وهو الخوف من الحالة الطبيعية والقانون الطبيعي.

٥- مرت نظرية الشورى بمراحل تطويرية يفرضها الواقع المعاش، فلم تكن لها صورة واحدة، وكذلك مرت نظرية العقد الاجتماعي.

هذه أبرز أوجه الاتفاق بين النظريتين، أما أوجه الاختلاف فأبرزها:

١- على وفق مبدأ الشورى، الحاكم مقيد بالدستور الإسلامي، أما الحاكم على وفق رؤية هوبز في العقد الاجتماعي، يتمتع بحكم مطلق؛ لأن الحاكم بحسب هذه الرؤية ليس طرفاً في العقد المبرم بين أفراد المجتمع حتى يتقيد بشروط العقد.

٢- الأمة الإسلامية قبل انعقاد الشورى كانت تنعم بدولة الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله)، بينما الأفراد قبل التعاقد في نظرية العقد الاجتماعي كانت تسودهم الحالة الطبيعية الخالية من الدولة والحكم.

٣- مفهوم الأمة في المنظور الإسلامي مختلف تماماً عن مفهوم الأمة لدى النظرية العقدية، فالعقيدة الإسلامية هي التي تعطي للأمة صبغتها، مع صرف النظر عن الجنس أو اللغة أو اللون، أما الأمة في المفهوم العقدي فهي مجموعة من الأفراد تقطن بقعة من الأرض، يرغب أفرادها في العيش معاً.

٤- البيعة على وفق مبدأ الشورى عملية تعاقد حقيقي، قائمة على الإيجاب والقبول، أما عملية التعاقد على وفق نظرية العقد الاجتماعي فهي عملية افتراضية.

المطلب الثاني: الحكومة تعريفها، انماطها، ومقومات الدولة الديمقراطية

لا يختلف اثنان في أهمية نظام الحكم السياسي لاستقرار المجتمع وتميمته الشاملة؛ وحتى لا يكون هناك شخص يستحوذ على السلطة، ويتخذها مطية للاستحواذ على السلطة ومنافعها وممارسة الاقصاء بحق الاخرين، وإذا كانت أهمية النظام السياسي كذلك فان نمط نظام الحكم وطبيعته وشرعيته تعد مهمة في تحقيق ذلك؛ لذلك سعي قديماً وحديثاً من أجل تطوير أنماط النظام السياسي بما يتلاءم مع مواجهة التحولات الكبيرة التي تمر بها المجتمعات.

وقد اجتهد فقهاء القانون في تصنيفهم لأنظمة الحكم في أي دولة من دول العالم المختلفة، فمن حيث النمط صنفت إلى نظام حكم ملكي ونظام حكم جمهوري، ومن حيث صورة الديمقراطية إلى أنظمة دكتاتورية وأنظمة ديمقراطية سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة (نيابية)، ومن حيث طبيعة مبدأ تركيز السلطات أو الفصل بينها إلى نظام رئاسي ونظام برلماني ونظام مختلط.

الفرع الأول: تعريف الحكومة

يراد عدة معانٍ بكلمة الحكومة سنذكر أربعاً منها:

المعنى الأول: يراد بالحكومة الهيئات العليا الحاكمة التي توجه السياسات العامة للدولة، وهي السلطة التنفيذية، والسلطة التشريعية، وهذا معنى واسع للحكومة^١.

وهذا المعنى للحكومة لا يعُدُّ السلطة القضائية من الهيئات العليا الحاكمة التي توجه سياسة الدولة خلافاً لبعض الباحثين، فالحكومة عندهم: مجموع الهيئات الحاكمة والمسيرة للدولة، وهي تشمل بهذا المعنى جميع السلطات التشريعية وهو الجهاز الذي يتولى سن القوانين، والتنفيذية، وهي الأداة التي تتولى تنفيذ القوانين،

١- ينظر: السيد، صبري، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبد الله وهبة، المطبعة العالمية بالقاهرة، ط٤، ١٣٦٨هـ = ١٩٤٩م، ٣١-٣٢، و د. متولي، عبد الحميد، الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة في الديمقراطيات الغربية، مطبعة دار المعارف بمصر، ط١، ١٩٥٧م، ٦٧/١.

والسلطة القضائية، وهي الهيئة التي تتولى فض النزاعات، ودفع أي اعتداء على القانون^١.

المعنى الثاني: يراد بها السلطة التنفيذية، وهي رئيس الدولة سواء أكان رئيس جمهورية أم ملكاً، والوزراء، وهذا معنى للحكومة أضيق من المعنى السابق، وهو الذي يريده فقهاء القانون الدستوري عندما يطلقون كلمة الحكومة؛ لأن السلطة التنفيذية هي الأداة السياسية العليا للدولة^٢، وهي التي تدبر أمور الدولة وترعى شؤونها.

المعنى الثالث: يراد بلفظ الحكومة الوزارة وحدها، وهذا المعنى أضيق من سابقه، وإن كان أكثر استعمالاً وانتشاراً في الدول ذات النظام النيابي البرلماني؛ لأن الوزارة في هذا المقام هي الأداة الفعالة للسلطة التنفيذية^٣، وعندما يوجه الجمهور الانتقاد إلى السلطة التنفيذية ويحملونها مسؤوليتها أمام الهيئة النيابية إنما يقصدون الوزارة بهذه الانتقادات^٤.

المعنى الرابع: يراد بها نظام الحكم في الدولة، أي كيفية ممارسة الحكم وإعمال السلطة العامة من جرّاء قيام الدولة بوظيفتها في حفظ النظام، وتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، والمحافظة على سلامتها الداخلية والخارجية^٥.

١- ينظر: محمد كامل ليلة، النظم السياسية، القسم الثاني(الحكومة)، ٣٠٣.

٢- ينظر: موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، ٢٣٨.

٣- ينظر: صبري، السيد، مبادئ القانون الدستوري، ٣٢.

٤- ينظر: متولي، عبد الحميد، الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة في الديمقراطيات الغربية، ٦٧/١.

٥- ينظر: عثمان خليل عثمان، المبادئ الدستورية العامة، مكتبة عبد الله وهبة، المطبعة العالمية بالقاهرة،

١٣٦٢هـ = ١٩٤٣م، ٨٤.

الفرع الثاني: أنماط الحكومات

قسم فقهاء القانون الحكومة إلى عدة أنواع، فالنسبة إلى طريقة اختيار رئيس الدولة تنقسم إلى حكومات ملكية وجمهورية ومن جهة خضوعها للتشريعات وعدم خضوعها لها، تنقسم هذه الحكومات الملكية والجمهورية إلى حكومة قانونية أو استبدادية، ومن جهة تركيز السلطات في يد فرد أو هيئة واحدة، وتوزيعها بين هيئات متعددة، تنقسم إلى حكومة مطلقة، وأخرى مقيدة، وبالنسبة إلى مصدر السّطة في الدولة وما إذا كانت ترجع إلى انسان واحد أو إلى هيئة واحدة، أو إلى الشعب بأسره تنقسم إلى حكومة فردية وحكومة ديمقراطية.

وسايبين فيما يأتي الحكومات المتعارفة في العصور المتأخرة ويومنا هذا

موجزا

أولاً: الحكومات الملكية والجمهورية

الحكومة الملكية: هي الحكومة التي يستمد رئيس الدولة شرعيته وحقه في تولي الحكم معتمدا الوراثة، وتعني الوراثة انتقال السّطة والحكم من سلف إلى خلف بحسب القواعد التي تحكم وراثة الحكومة، وأساس هذه الحكومة حق الوراثة، وكأنها تركة تنتقل من المورث إلى الوارث^١.

وتختلف تسمية رئيس الدولة في الحكومة الملكية بحسب تقاليد الشعوب المختلفة، فقد يسمى ملكاً أو امبراطوراً أو شاهاً أو سلطاناً أو أميراً^٢.

وتنقسم الحكومات الملكية إلى قسمين:

الأول: الملكية الاستبدادية: ويراد بها استيلاء شخص على الحكم واستلام زمام السّطة بالقوة، ويعلن نفسه حاكماً على البلاد، ولا يكتفي بذلك، بل ينصب

١- ينظر: إبراهيم درويش، النظام السياسي دراسة فلسفية تحليله، دار النهضة العربية، القاهرة، ج. م. ع، المطبعة العالمية، ١٩٦٨م، ٩٨.

٢- ينظر: حلمي، محمود، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة، دار الفكر العربي بمصر، الاتحاد العربي للطباعة، ط٢، ١٩٧٣م، ٤٧.

خلفه ملكاً من بعده، وتتناوب ذريته على العرش جيلاً بعد جيل، والملك هنا غير مقيد بالتشريعات، وغير خاضع لأية سلطة، ومن الواضح أن هذا النوع من الملكية لا تأمين لأفراد المجتمع الحقوق الفردية ولا الحريات العامة للأفراد؛ لأنها لا تساوي أي ثمن أو وزن عنده^١.

الثاني: الملكية الدستورية: وهي الحكومة التي يكون الملك فيها خاضعاً لسيادة الشعب بأن يكون مقيداً بالمجالس التي تكون منتخبة من الشعب بصورة مباشرة، وتوزع فيها السلطات على الهيئات، وتمتلك كل هيئة صلاحية معينة يحددها الدستور، ويكون الملك رأس الدولة، وتارة يملك ولا يحكم كما في بريطانيا، وأخرى يملك ويحكم ولكن صلاحياته محددة في الدستور وتصرفاته مقيدة بالقانون الدستوري^٢. وتعد هذه الملكية من أنظمة الحكم الحرة.

الحكومة الجمهورية: وهي التي يستلم فيها رئيس الدولة الحكم من طريق الانتخاب، ولمدة محددة، ويسمى الشخص المنتخب برئيس الجمهورية. طرق انتخاب رئيس الجمهورية: يمثل الانتخاب الطريق الوحيد لتولي رئيس الجمهورية منصب رئاسة الدولة في الحكومة الجمهورية، ولكن طرق الانتخاب تتعدد وتختلف باختلاف دستور كل بلد، فبعض الدساتير جعلت انتخاب الرئيس مباشرة من قبل الشعب، ومنها ما جعلت انتخابه بواسطة البرلمان، ومنها ما جعلته مشتركة بين الشعب والبرلمان.

ويؤخذ على الطريقة الأولى (انتخابه مباشرة من الشعب) أنها تقوي مركز رئيس الدولة بحيث تجعله مستأثراً بالسلطة؛ لشعوره أنه يمثل إرادة الناخبين جمعياً دون وساطة، وهذا يدفعه إلى محاربة البرلمان ومحاولة تجاوز صلاحياته^٣.

١- ينظر: الخطيب، نعمان أحمد الوجيز في النظم السياسية، ٢١٨.

٢- م. ن، ٢١٧.

٣- م. ن، ٢٠٣.

ويؤخذ على الطريقة الثانية (انتخاب رئيس الجمهورية بوساطة البرلمان) أنها تضعف مركز رئيس الجمهورية وتجعله خاضعاً للبرلمان؛ لأنه هو من يختاره، فضلاً عن أن البرلمان يلجأ إلى اختيار رئيس ضعيف، ليستطيع أن يُمارس اختصاصه في مواجهته^١.

أما الطريقة الثالثة فقد جمعت بين الطريقتين السابقتين، تلافياً لعيوب كل طريقة منهما^٢.

وانتقد النظام الملكي أنه يبعد الملك عن الرقابة بسبب توليه منصبه بالوراثة وبقائه في منصبه مدى الحياة من ناحية ثانية، وعدم جواز مساءلته من ناحية ثالثة، فيما النظام الجمهوري يوفر الرقابة على رئيس الجمهورية بتحديد مدة رئاسته، وجواز مساءلته سواء الجنائية أو السياسية^٣.

ثانياً: الحكومة المطلقة والمقيدة: تنقسم الحكومات من حيث تركيز السلطات في يد شخص واحد أو توزيعها على هيئات مختلفة إلى حكومات مطلقة وحكومات مقيدة.

الحكومة المطلقة: هي الحكومة التي تكون السلطة فيها مركزة في يد شخص واحد أو هيئة واحدة، مع الالتزام بأحكام التشريعات والقوانين والخضوع لها، وبهذا تختلف عن الحكومة الاستبدادية التي لا تخضع للقانون^٤.

١- ينظر: الطماوي، سليمان محمد سليمان، السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي، ٢١١.

٢- ينظر: حلمي، محمود، نظام الحكم الإسلامي مقارناً بالنظم المعاصرة، ٤٨.

٣- ينظر: بسيوني، عبد الغني، النظم السياسية، المكتبة القانونية، ١٩٨٥م، ١٩٣.

٤- ينظر: الخطيب، نعمان أحمد، الوجيز في النظم السياسية، ٢١١.

الحكومة المقيدة: هي الحكومة التي تتوزع فيها السلطات على هيئات مختلفة يشرف بعضها على بعضها الآخر، مثل سائر الأنظمة القائمة على مبدأ الفصل بين السلطات^١.

وتتخذ الحكومة المقيدة انماط مختلفة من الأنظمة السياسية القائمة على مبدأ الفصل بين السلطات، على النحو من النظام الرئاسي، أو النظام البرلماني، بنوعيه الملكي والجمهوري؛ ولهذا تعد الملكية الدستورية التي تتوزع فيها السلطات السياسية بين الملك والبرلمان من أمثلة الحكومات المقيدة^٢.

ثالثاً: الحكومة الفردية والحكومة الديمقراطية: تنقسم الحكومات من إذ مصدر السيادة إلى حكومات فردية وحكومات ديمقراطية، ومعنى السيادة أن تكون كلمة الدولة هي العليا، ولا تعلق عليها كلمة أخرى، وبهذا تكون منبع السلطات جميعها حسب ما يبينه الدستور، فإذا عادت السيادة إلى فرد سميت الحكومة بالحكومة الفردية، أما إذا عادت السيادة لأفراد الشعب فتسمى بحكومة الشعب أو الحكومة الديمقراطية

الحكومة الفردية: هي الحكومة التي تكون السلطة فيها مركزة في يد شخص الحاكم الذي قد يكون ملكاً، وقد يكون دكتاتوراً وفي كلتا الحالتين لا يكون الشعب هو من أوصله للحكم سواء عدّ سلطته مستمدة من السماء أو من نفسه^٣.

الحكومة الديمقراطية: هي الحكومة التي يكون فيها مصدر السلطة مستنداً إلى الشعب، وهو من يباشر الحكم تحقيقاً لمصالحه^٤.

١- الحافظ، محمود محمد، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط٢، ١٩٧٦م، ٧٣.

٢- ينظر: ليلة، محمد كامل، النظم السياسية، القسم الثاني(الحكومة)، ٢٢٣.

٣- ينظر: السيد، صبري، مبادئ القانون الدستوري، ٣٤-٣٥ وليلة، محمد كامل، النظم السياسية، القسم الثاني(الحكومة)، ٢٢٣.

٤- الحافظ، محمود محمد، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، ٨٧.

فالحكومات الديمقراطية تكون السيادة فيها للشعب، وحرية الناس مكفولة فيها، ويكون هذا النظام السّطة فيه خاضعة لرقابة الراي العام للمجتمع، وهذا ما يميزها من غيرها من الحكومات^١.

صور الديمقراطية: تختلف صور مباشرة السّطة في النظام الديمقراطي باختلاف كيفية ممارسة الشعب للسّطة^٢.

فقد يمارس الشعب السّطة بنفسه من دون واسطة وهي الديمقراطية المباشرة، وقد يتولى الشعب السّطة انتخاب نواب يمارسون السّطة نيابة عنه، وهي الديمقراطية النيابية، وقد يمارس السّطة بالجمع بين الطريقتين السابقتين: المباشرة والنيابية، فتكون هنا الصورة الثالثة من صور الديمقراطية، وتسمى بالديمقراطية شبه المباشرة^٣؛ ولهذا فإن فقهاء القانون الدستوري عندما يتحدثون عن صور الديمقراطية فإنهم يذكرونها في ثلاث: الديمقراطية المباشرة، والديمقراطية النيابية، والديمقراطية شبه المباشرة.

أما النظم السياسية القائمة على أساس الفصل بين السلطات، فتعد العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية معياراً للتمييز بين صور الأنظمة الديمقراطية، فإن كان الفصل ما بين السلطتين شديداً، نكون بصدد نظام سياسي ديمقراطي يطلق عليه النظام الرئاسي، أما إذا كان الفصل ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية مرناً مع التمتع بروح التعاون بينهما، فنكون بصدد نظام سياسي يطلق عليه النظام البرلماني، وإن تنكر النظام السياسي الديمقراطي لمفهوم الفصل بين السلطات ودمج السلطتين لمصلحة السّطة التشريعية فيسمى نظام حكومة الجمعية^٤.

وبهذا تكون النظم السياسية على أساس الفصل بين السلطات ثلاثة:

- ١- متولي، عبد الحميد، الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة في الديمقراطيات الغربية، ١٣٥.
- ٢- الحافظ، محمود محمد، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، ٥١١.
- ٣- أبو زيد، مصطفى فهمي، مبادئ الأنظمة السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٤م، ١٤٤.
- ٤- الحافظ، محمود محمد، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، ٦١٧.

أولاً: النظام البرلماني.

ثانياً: النظام الرئاسي.

ثالثاً: النظام المختلط.

الفرع الثالث: مبادئ الدولة الديمقراطية

إن أي مجتمع بحاجة إلى سلطة تدبر أمره وتسيطر على كل أوجه النشاطات التي يمارسها أفراد المجتمع، وتوجههم إلى ما يقدم المجتمع ويطوره، وتمنعهم عما يلحق بالضرر بالمجتمع، ولا يمكن وجود مجتمع متحضر من دون أن تكون هناك سلطة.

والسلطة ليست امتيازاً لأحد، فالحاكم فرد من أفراد المجتمع، ليست له امتيازات طبقية ويمارس السلطة باسم الجماعة ورضاهم لتحقيق النفع العام، غير أن ممارسة الحاكم للسلطة باسم الجماعة، يستلزم إخضاعه للمحاسبة والمسؤولية، حتى لا يتحول إلى طاغية ومستبد، ويسيء استعمال السلطة.

ومن أهم المبادئ والاسس التي تقوم عليها الدولة الديمقراطية المعاصرة:

١- مبدأ سيادة الشعب.

٢- مبدأ المشروعية.

٣- مبدأ الحفاظ على الحقوق والحريات الفردية.

أولاً: مبدأ سيادة الشعب

يُعدُّ مبدأ سيادة الشعب أحد المبادئ المركزية والضرورية في الأنظمة الديمقراطية، إذ يجعل هذا المبدأ السيادة مملوكة لمجموع أفراد الشعب، وتقسّمها بينهم بالتساوي بحسب عددهم.

وبهذا يكون جوهر مبدأ سيادة الشعب، تجزئة السيادة على أفراد الشعب

السياسي - جمهور الناخبين - بالتساوي بينهم.

ومن أهم النتائج المترتبة على نظرية سيادة الشعب^١ هي:

- ١- الانتخابات تعد حقاً لكل فرد من أفراد الشعب؛ لأنه يمتلك جزءاً من السيادة، ومن ثم لا يحق للدولة تقييد هذا الحق بشروط معينة، وهذا المبدأ يتناسب مع الاقتراع العام.
- ٢- مبدأ سيادة الشعب يعد القانون تعبيراً عن إرادة أغلبية أفراد المجتمع، ويجب على أقلية المجتمع أن تحترم إرادة الأغلبية وتدعن لها.
- ٣- هذا المبدأ يتوافق مع الديمقراطية المباشرة، كما يتوافق مع غير المباشرة باستفتاءاتها المتنوعة.

وحتى لا يكون تركيز السلطة في يد فرد أو مجموعة محددة، وأن كان هؤلاء يمارسون الحكم والسلطة نيابة عن الشعب قيل بمبدأ الفصل بين السلطات. ومبدأ الفصل بين السلطات هو قاعدة من قواعد فن السياسة، وتتمليه الحكمة السياسية؛ وذلك أنه لكي تسير مصالح الدولة، وتضمن الحريات الفردية وتحول دون طغيان الحكام واستبدادهم، فإنه من اللازم ألا تركز السلطات كلها في هيئة واحدة، ولو كانت هيئة نيابية تعمل باسم الشعب^٢.

ثانياً: مبدأ المشروعية

ويعني سيادة القانون، بمعنى احترام أحكامه وسريانها على الجميع، حاكماً ومحكومين، فالقانون هو الحاكم لسلوك الأفراد، سواء في علاقاتهم مع بعض أو علاقاتهم بهيئات الحكم في الدولة، وتفترض المشروعية توافق تصرفات الدولة وأفراد المجتمع فيها مع قواعد قانونية موضوعية من قبل، والمقصود بالقانون هنا جميع

١- ينظر: بسيوني، عبد الغني، النظم السياسية والقانون الدستوري، ٥٧.

٢- ينظر: مونتسكيو، روح الشرائع، ١/٢٢٨.

أنواع القواعد القانونية في الدولة القانونية، سواء كانت تشريعية أم قضائية أم عرفية، فالقانون ينطق عليها بصفة عامة^١.

وأغلب الدول المعاصرة هي دول ديمقراطية، فالسلطات تلتزم بالدستور، ولا يجوز تشريع قوانين تخالف أحكام الدستور، وإذا صدر قانون غير مخالف للدستور، وجب على الجميع الالتزام به، ولا يجوز لأي فرد في المجتمع مهما كان مركزه حاكماً أو محكوماً مخالفته، وعلى هذا فمصادر المشروعية تتضمن جميع القواعد القانونية.

ويجب أن توفر ضمانات لتطبيق هذا المبدأ ولعل من أهم الضمانات: تشكيل هيئة قضائية تكون مهامها إبطال القوانين المخالفة للدستور، ومن الضمانات أيضاً وجود معارضة برلمانية واعية تحاسب الحكومة على تجاوز أحكام الدستور. فالحاكم هو أحد أفراد المجتمع في الدولة الديمقراطية، ولا يمتاز عليهم بشيء، يحكم بينهم على وفق القانون ولا تجب إطاعته فيما إذا خالف القانون، ويطاع فيما وافق القانون.

ثالثاً: مبدأ كفالة الحقوق والحريات الشخصية الفردية

وهذا المبدأ من أهم المبادئ التي يعتمدها نظام الحكم في الدولة الديمقراطية، ومن أهم هذه الحقوق:

١- حق الحياة والأمن:

يعد من الحقوق الطبيعية للإنسان ويجسد سائر الحقوق^٢، وهو حق كل إنسان في هذا الوجود وحق الحياة يعني عدم الاعتداء على حياة الإنسان وأعمال التخويف والإرهاب والابتزاز، فمن حق الإنسان أن يحمى نفسه من كل تلك الأمور.

١- ينظر: الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، ١٩٩٥م، ١٥-١٦.

٢- ينظر: كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٢٩.

أما حق الأمن فهو أن يعيش الإنسان من دون خوف من أن يلقي عليه القبض أو يسجن تعسفاً، ويجب على الدولة الحفاظ على الفرد من وقوع اعتداء عليه، وذلك بإيقاع العقوبات الزاجرة على كل من يعتدى على فرد من أفراد المجتمع بلا وجه حق.

٢- الحق في السلامة الجسدية

لكل شخص حق حماية هذا الجسد بأعضائه، من أي اعتداء يقع عليه، ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص من مساس جسم غيره بضرب أو جرح؛ ولذلك لا يحق للطبيب الجراح إجراء عملية جراحية للمريض إلا بعد الحصول على موافقته^١.

٣- الحق في الحرية: الحرية عكس العبودية، وهي أيضا مجموعة من

الحقوق يتمتع بها الإنسان، فيحق لكل إنسان أن يعيش حياته حراً ولا يكون مستعبداً، لا يسجن دون محاكمة، ينتقل في بلاده وخارجها بحسب رغبته. يعبر عن آرائه بشكل حرّ، يعمل بمهنة بحسب اختياره ويعيش بحسب عقيدته.

ومن الحريات:

١- حرية التفكير والرأي^٢: تعد هذه الحرية أحد حقوق الإنسان الأكثر

أساسية، فحرية الرأي تعني أن يبلور الإنسان رأياً له في قضية معينة، وله الحق أن يتبنى أي رأي حتى وإن لم يكن مقبولاً.

والإنسان من حقه أن يعبر عن رأيه مهما كان وبأي طريقة يريدتها:

التظاهر، الاحتجاج، الإضراب...

وهناك قيود على هذا الحق إذا كان فيه تعدّي على حق الآخرين.

١- كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٢٩.

٢- ينظر: م. ن.

٢- **حرية الانتظام:** وتعني حرية كل مواطن في الانتماء إلى أي منظمة سياسية، اجتماعية يريد، بشرط إلا تكون المنظمة معادية للديمقراطية أو تنادي بأفكار عنصرية أو إذا كانت تشكل تهديداً على أمن أفراد المجتمع وسلامتهم.

٣- **حرية الديانة:** وتعني حرية الإنسان في اعتناق أي ديانة يراها مناسبة له، وممارسة شعائرها وطقوسها بشرط ألا يتعدى على أبناء الديانات والطوائف الأخرى.

٤- **حرية التنقل:** أي حرية كل إنسان في التنقل من مكان إلى آخر أو مغادرة البلاد متى شاء، ولكن هنالك قيود على هذا الحق مثل: السجن، حظر التجول، ووجود أماكن عسكرية، أو وجود أمر من المحكمة، يمنعه من مغادرة البلاد.

٥- **حرية مزاولة العمل:** وتعني حرية كل إنسان في ممارسة المهنة التي يراها مناسبة، بشرط أن تكون هذه المهنة قانونية، فهناك قيود على هذه الحرية مثل المهن التي تشكل خطراً على سلامة الجمهور: بيع المخدرات، التجارة بالأسلحة الخطرة، التهريب.

رابعاً: للفرد حق في الشرف بحيث يتمتع على الآخرين المساس بشخصيته وإلا كان للمعتدي على شرفه الحق في المطالبة برفع الاعتداء وبالتعويض عما لحقه من ضرر^١.

خامساً: للفرد حق في الاسم: يكفل له تمييز شخصيته عن الآخرين ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد فيمتنع على غيره انتحال اسمه^٢.

سادساً: للفرد كذلك الحق في السرية والخصوصية: لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العامة ممنوعا التدخل بها، فيمتنع على غيره نشر معلومات عن حياته الشخصية أو عن أفراد أسرته من دون إذنه أو موافقته، ويتفرغ عن الحق

١- ينظر: كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٣١.

٢- م. ن.

في السرية بوجه عام حق الشخص في سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص¹، كذلك لا يجوز جمع معلومات عن الشخص من التنصت، التصوير، وكشف هذه المعلومات ومن ثمّ تعريضه للفضح والإذلال.

سابعاً: ومن حقوق الشخصية حق الشخص على ما يبتكره من أفكار وهو ما يعرف باسم الحق المعنوي الذهني أو الحق المعنوي للمؤلف.

1- كيره، حسن، المدخل إلى القانون، ٤٣١.

الفصل الثالث

حدود سلطة الحاكم وتقييد استعمال الحقوق في الشريعة والقانون

✦ المبحث الأول: حدود سلطة الحاكم في

الشريعة والقانون

✦ المبحث الثاني: سلطة الحاكم في تقييد

حقوق الأفراد في الشريعة والقانون

إنَّ الحاكم المطلق هو الله تعالى، وله سبحانه الحاكمية المطلقة في جميع شؤون العباد؛ لأنه الأَعلم بما يصلح لخلقه في دنياهم ودينهم، وهو الخبير في الخلق وقد شرَّع ما يكون صلاحاً لهم في الدنيا والاخرة. فيأمر بكل ما هو خير ومصالحة، وينهى عن كل ما هو شر ومفسدة، وعلى الإنسان أن يكون خاضعاً لأوامره وتعاليمه في مختلف مراحل حياته، وذلك بحكم العقل حكماً قطعياً، ولا يشاركه في هذه الحاكمية أحد من عباده في الأصل، قال تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ يُقْضَى الْحَقُّ وَهُوَ خَيْرُ الْفَاصِلِينَ﴾^١.

لكن يوجد هناك حاكمية في صورة ودرجة أدنى، وفي طول حاكمية الله لا في عرضها، فوضها الله سبحانه وتعالى إلى من اصطفى من خلقه، وهذه الحاكمية المفوضة هي الامتداد الطبيعي لحاكمية الله تعالى، وتعدّ ضرورة ملحة للعباد في كل زمان ومكان.

وباعتبار أن النظام الإسلامي لم يقتصر في أحكامه على العبادات، بل يشمل كل ما يحتاج له الإنسان من الأخلاق والسياسات والمعاملات والاقتصاد والمعارف، فهو نظام متكامل يشمل جميع نواحي الحياة، باعتبار هذا ستعرض لحدود حاكمية الحاكم في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: حدود سلطة الحاكم في الشريعة والقانون

المطلب الأول: حدود سلطة الحاكم في الشرع

إن الحاكم الحقيقي هو الله تعالى، وله الحاكمية المطلقة على جميع خلقه، يأمر بما يشاء، وينهى عما يشاء، واعطى هذه الحاكمية بصورة أدنى وفي طول حاكميته، لمن أصطفى من عباده، وباعتبار أن الإسلام لم تنحصر أحكامه في الأمور العبادية بل شَمِلَ كل ما يحتاجه الانسان من المعارف والأخلاق والمعاملات والسياسات والاقتصاد وغيرها من مجالات الحياة؛ سيكون بحثنا في هذا الفصل عن حدود سلطة الحاكم في الشرع، التي هي في طول حاكمية الله تعالى وترسيم لإطاراتها الإدارية بكل انماطها وأصنافها، وحدودها التشريعية.

الفرع الأول: حدود سلطة الحاكم في المجال التشريعي

توطئة في مفهوم السلطة التشريعية

السلطة التشريعية في نظام الحكم الإسلامي تنقسم إلى مفهومين بحسب المعنى المراد منها، المفهوم الأول: هو إيجاد شرع مبتدأ، والمفهوم الثاني: هو بيان حكم تقتضيه الشريعة الإسلامية، والسلطة التشريعية في المفهوم الأول هي لله سبحانه وتعالى ولا يشاركه فيها أحد، قال تعالى: ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾^١، وقوله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أَدْنَىٰ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾^٢، وغيرها من الآيات الكثيرة الدالة على أن التشريع هو حق لله تعالى فقط.

وأما المفهوم الثاني للتشريع الذي هو بيان حكم تقتضيه الشريعة الإسلامية، وهو الذي تولاه النبي الأكرم وأهل بيته الطاهرين المعصومين، في بيان الأحكام

١- الأعراف: ٥٤.

٢- يونس: ٥٩.

الشرعية وتطبيقها، قال تعالى موجها خطابه لرسوله الأكرم: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾^١، فالسلطة التشريعية هي التي تبين للناس القرارات التي انتهت إليها الشريعة، التي كان الأساس في اتخاذها هو المصلحة الإنسانية، وتحقيق الخير العام^٢، وبعد ذلك كان للمسلمين مجال واسع للنظر فيما لا نص فيه، مما احتاجوا فيه إلى رأي الشريعة الإسلامية، فاجتهدوا للوصول إلى ذلك الرأي، وكان لاجتهادهم أثر في حل كثير من المشكلات التي تواجه حياة الإنسان ولاسيما فيما يسمى بالمسائل المستحدثة، فوظيفة المفتي لا تكون سن التشريعات والقوانين، بل استنباط الأحكام للمواضيع المستحدثة من المصادر الإسلامية، فضلاً عن العقل وإجماع الفقهاء المتقدمين^٣.

وذكرنا أن الحاكمية والولاية في الأصل هي خالصة لله تعالى، وعليه فلا مقنن ولا مشرع بالأصالة غيره، ولا يحق لأحد أن يشرع أو يحرم حلالاً أو يحلل حراماً، فتقتصر مهمة السلطة التشريعية على التخطيط، من طريق تبادل وجهات النظر ودراسة المقترحات وإبلاغ ما يتم الموافقة عليه إلى السلطة التنفيذية، وذلك مشروط بأن لا يكون متعارضاً مع القوانين الإسلامية في جميع المجالات.

يقول الشيخ السبحاني: للحكم والقانون ثلاث مراحل^٤:

١- مرحلة التشريع، وهي خاصة لله تعالى بالأصالة.

٢- مرحلة التشخيص، وهي للفقهاء العدول.

٣- مرحلة التخطيط، وهي للمجلس النيابي، وهو الذي يجتمع فيه جماعة

من ذوي الاختصاص والاطلاع، ويحملون اختصاصات مختلفة، تنتخب الأمة

١- النحل: ٤٤.

٢- ينظر: خلف الله، محمد أحمد، الدولة والقرآن، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ج. م. ع، ١٩٧٣م، ٥١.

٣- ينظر: السبحاني، جعفر، مفاهيم القرآن، ٢٧٥.

٤- م. ن، ٢٦٩-٢٧٠.

أعضاءه في شروط معينة وعلى وفق مواصفات خاصة، يخططون لبرامج البلاد بحسب الضوابط الإسلامية، لتقديمها بعد ذلك إلى الحكومة لتنفيذها.

أولاً: السلطة التشريعية في عصر النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله)

السلطة التشريعية في زمن الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله) كانت محصورة في يده، لا يشاركه فيها أحد من الأمة، إذا كان الأمر متعلقاً بالتشريع ومسألة الحلال والحرام؛ لأنه يتلقى الوحي من الله تعالى ويقوم بإبلاغه وتطبيق احكام الله تعالى، إما إذا كان الأمر غير متعلق بالتشريع ومسائل الحلال والحرمة، فقد كان النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) يستشير فيه أصحاب الرأي من أصحابه، ذكر الشيخ المنتظري: ((وأما في الحكومة الإسلامية فالأساس هو ضوابط الإسلام وأحكام الله تعالى النازلة على رسوله الأكرم (صلى الله عليه وآله) في شتى المسائل المرتبطة بالحياة بشؤونها المختلفة، ولا يحق لأحد وإن بلغ من العلم ما بلغ والثقافة والقدرة أن يشرع حكماً أو يبدع قانوناً بارتجال، حتى إن النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) بعلو شأنه وقربه من الله تعالى أيضاً يكون تابعاً لما أنزله الله تعالى حاكماً على أساسه))، وله أن يشرع، لكنه تشريع من قبل الله تعالى؛ كونه لا ينطق عن الهوى، فما كان قرآناً فهو تشريع مباشر، وما عداه فهو تشريع بالواسطة، وليس بالنص.

ثانياً: السلطة التشريعية في زمن الأمة (عليهم السلام)

انتقلت السلطة التشريعية إلى الأئمة المعصومين بعد وفاة رسول الله (صلى الله عليه وآله) وأصبحت لهم الحاكمية في التشريع، تماثل حاكمية النبي المطلقة، كونها مستمدة منه، لكنها ليست بالوحي فالإمام ناقل للتشريع عن رسول الله (صلى الله عليه وآله)؛ لمعاشرة الإمام الأول للرسول الأكرم، وفهمهم ما لا يفهمه غيره، كونهم الراسخين في العلم وأنهم زقوا العلم زقا، وكونهم يتصفون بالعصمة بكل ما تحمله من مفهوم، يمكن القول تسامحاً أنهم مشرعون، ويعد عصرهم (عليهم السلام)

امتداداً لعصر النبوة من إذ الحاكمية وجميع ما كان ثابتاً للنبي يثبت للإمام إلا ما اختص به، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): ((إني تارك فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدي، أحدهما أعظم من الآخر: كتاب الله حبل ممدود من السماء إلى الأرض، وعترتي أهل بيتي، ولن يفترقا حتى يردا عليّ الحوض، فانظروا كيف تخلفوني فيهما))^١، والخبر يدل على حجية أقوالهم (عليهم السلام)؛ لوجوب التمسك بهم وبكتاب الله العزيز.

ثالثاً: السلطة التشريعية في زمن غيبة المعصوم (عليه السلام)

تعد السلطة التشريعية في زمن غيبة المعصوم (عليه السلام) من التكليف الجماعي للأمة الإسلامية^٢، لجهة تفسير النصوص حتى نعرف الوجه الصحيح في تطبيق الأحكام الشرعية، فيجب عليها أن تقوم بتلك المهام بنفسها، أو بتولية أفراد من بينهم من أهل البحث والنظر والاجتهاد ثم يشرعوا للأمة، فلا يوجد مانع من تخصص أفراد من الأمة في مجال معين من مجالات الحياة؛ ليكونوا فيه من أهل الخبرة والاختصاص؛ لقوله تعالى: «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ»^٣.

وكون الأمة الإسلامية جميعها مكلفة بتفسير النصوص حتى نعرف الوجه الصحيح في تطبيق الأحكام الشرعية، فيه نوع من البعد والحرَج؛ لأن هذا التفسير يحتاج إلى أفراد لهم مؤهلات وشروط خاصة يستطيعون منها تفسير النصوص

١- الترمذي، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)، الحديث ٣٧٨٨، ٤٧٩/٥.

٢- ينظر: القاضي، عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار (ت: ٤١٥هـ)، نظرية التكليف، تح: د. عبد الكريم عثمان، مؤسسة الرسالة، ١٣٩١هـ = ١٩٧١م، ٥١٩.

٣- التوبة: ١٢٢.

٤- ينظر: الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: ٧٩٠هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، تح: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٥هـ = ٢٠٠٤م، ١٠٣-١٠٤.

للولوصول إلى أحكام الله، فلا بد أن تكون هناك طائفة تقوم بهذه المهمة الصعبة والتخصص بها وهذه الطائفة هم الفقهاء المجتهدون.

وبذلك يتضح أن السلطة التشريعية لها وظائف خاصة في النظام السياسي الإسلامي وهي على مستويات:

المستوى الأول: التعامل مع الأحكام التشريعية الثابتة، على أساس توضيحها لأفراد المجتمع وبيانها.

المستوى الثاني: التعامل مع الأحكام المتغيرة، بمعنى أنها تحتوي على أكثر من اجتهاد، وذلك باختيار موقف من المواقف الاجتهادية المتعددة، والاختيار يكون على أساس المصلحة العامة.

المستوى الثالث: التعامل مع القوانين في منطقة الفراغ، بحيث لا يكون هناك موقف حاسم للشريعة في موضوع معين. فتقوم السلطة التشريعية بتحديد قوانين مناسبة. وهذه الوظائف تتمكن السلطة التشريعية من إنجازها على أساس أن الفقيه هو صاحب الحق بتولي هذه المسؤولية والأمانة الموكولة إليه أو أن السلطة التشريعية هي وظيفة الأمة الإسلامية.

الفرع الثاني: حدود سلطة الحاكم في المجال التنفيذي

السلطة التنفيذية: وهي السلطة التي تختص بتنفيذ القوانين الخاصة بإدارة شؤون الدولة وتسيير المرافق العامة، وحفظ الأمن الداخلي والخارجي، وهذه السلطة تتمثل بالوزراء والأمراء والمديرين والعمال والضباط والكتاب في الشؤون المختلفة والدوائر المنفرقة في البلاد والنواحي، فالمقصود بالسلطة التنفيذية: مجموع الموظفين الذين يقيمون بتنفيذ إرادة الدولة، وهم ولاية الأمصار وقواد الجيوش وجباة الضرائب ورجال الشرطة وسائر عمال الحكومة، فتشمل رئيس الدولة والحكومة وأعضاءها، وما يتبعها من دوائر وأجهزة تنفيذية^١.

والقوانين التي يشرعها الله تعالى، وما يستنبطه الفقهاء المجتهدون من الأحكام الشرعية، وتقرره السلطة التشريعية، كل هذه تهدف إلى إدارة المجتمع والدولة، وتنظيم الحياة الاجتماعية، ونحن نعتقد انه ليس هناك واقعة لا حكم لها، وما في كتاب الله العزيز وسنة رسوله وأهل بيته الأطهار كثير من الأحكام تتسع لكل ما يحدث في كل زمان ومكان.

ومن جملة تلك الأحكام في القرآن الكريم، الأمر بقطع يد السارق، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^٢، والأمر بجلد الزاني والزانية، قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾^٣، وغيرهما من الحدود والتشريعات الإسلامية، إذ أمر الشارع المقدس بإجراء هذه الحدود والأحكام؛ ومن هنا تأتي أهمية وجود مؤسسة تأخذ على عاتقها القيام بأمر الشارع المقدس وتنفيذه؛ لأن ترك القيام بهذا الأمر

١- ينظر: خلاف، عبد الوهاب (ت: ١٣٧٥هـ)، السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية،

دار القلم، ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م، ٥٧.

٢- المائة: ٣٨.

٣- النور: ٢.

يؤدي إلى قيام المكلفين به بصورة عشوائية وفوضوية، وتكون نتيجته الحتمية الوصول إلى الفساد.

وقد أشار الإمام عليّ (عليه السلام) إلى ضرورة تأليف سلطة تنفيذية وإلى ضرورة وجود حاكم مرجحاً الحاكم الفاجر على الفوضى والهرج في حالة عدم وجود الحاكم، إذ يقول: ((وانه لا بد للناس من أمير بر أو فاجر يعمل في أمرته المؤمن، ويستمتع فيها الكافر، ويبلغ الله فيها الاجل، ويجمع به الفيء، ويقاقل به العدو، وتؤمن به السبل، ويؤخذ به للضعيف من القوي حتى يستريح به بر ويستراح من فاجر)).^١

ويقول السيد الخميني في هذا المجال ان: ((الحاجة إلى الخليفة إنما هي من أجل تنفيذ القوانين؛ لأنه لا احترام لقانون من غير منفذ، وفي العالم كله لا ينفع التشريع وحده، ولا يؤمن سعادة البشر، بل لا بد من سلطة تنفيذية يكون افتقادها في أية أمة عامل نقص وضعف. ولهذا فقد قرر الإسلام إيجاد قوة تنفيذية من أجل تطبيق أحكام الله)).^٢

وتنفيذ تلك الأحكام الشرعية والحدود لا يمكن أن يفوض إلى عامة المكلفين؛ لأن هذا التفويض معناه شيوع الفوضى، وضياع الحقوق، واضطراب الحدود بين الإفراط والتفريط؛ ولهذا فلا بد من وجود جهاز تنفيذي خاص يتولى هذه المهمة الاجتماعية الحساسة جداً.^٣

وسنتناول السلطة التنفيذية وأثر الحاكم فيها في زمن النبي الأكرم والأئمة المعصومين وفي زمن غيبتهم (عليهم السلام)

١- الشريف الرضي، نهج البلاغة، ٨٢.

٢- الحكومة الإسلامية، جمعية المعارف الإسلامية الثقافية، مركز نون للتأليف والترجمة، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٢٩هـ=٢٠٠٨م، ٢٢.

٣- ينظر: السبجاني، معالم التوحيد في القرآن الكريم، دار الأضواء، بيروت، لبنان، ط٢، ١٩٨٤م، ٥٧١.

أولاً: السلطة التنفيذية في زمن النبي (صلى الله عليه وآله).

هناك ثلاثة مناصب أعطيت للنبي (صلى الله عليه وآله) من قبل الله (عز

وجل):

- ١- مقام النبوة والرسالة، أي تبليغ الأحكام الإلهية من الأحكام الوضعية والتكليفية، وأثر النبي هنا ليس إلا كونه مبلغاً لأوامر الله ونواهيه.
- ٢- مقام القضاء، وفصل الخصومة والقضاء بين الناس.
- ٣- مقام السلطنة والرئاسة والسياسة؛ لأنه سلطان من قبل الله تعالى، والأمة رعيته وهو سائس البلاد ورئيس العباد، ومن الواضح ان هذا المقام يحتاج إلى إصدار الأوامر والنواهي إلى أفراد المجتمع، ولا بد للأمة من طاعته، وكل ما ورد على وجوب إطاعة الرسول (صلى الله عليه وآله) هي ناظرة إلى مقام السلطنة والقيادة^١.

وبموجب المقام الثالث فإن النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) بمجرد نزوله المدينة المنورة تولى إدارة شؤون المسلمين السياسية والاجتماعية والاقتصادية وأقدم على تأسيس الحكومة الإسلامية، بكل ما لهذه الكلمة من معنى، فشكل جيشاً منظماً، وعقد اتفاقات ومواثيق مع الطوائف الأخرى، من مثل اليهود، وخاطب الملوك والأمراء، ونظم الشؤون الاقتصادية والعلاقات الاجتماعية، كما اتخذ المسجد مركزاً للقضاء والإدارة والتخطيط، ووزع المسؤوليات على أصحابه القادرين عليها، وسير الجيوش والحملات العسكرية، وبذلك يكون النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) هو أول حاكم للدولة الإسلامية، ولم يكن هناك سلطة باسم السلطة التنفيذية؛ وذلك لأن مساحة الدولة الإسلامية لم تكن شاسعة وكبيرة، حتى تتطلب إنشاء تشكيلات تنفيذية واسعة.

١- ينظر: السيد الخميني، أنوار الهداية في التعليقة على الكفاية، تح ونشر: مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، مكتب قم، ط٤، ١٤٣٤ هـ، ٦٦-٦٨.

نعم كان هناك تقسيم لبعض المهام السياسية والإدارية على أشخاص صالحين للقيام بها. قال الشيخ السبحاني: ((إن المراجع لتاريخ الحكومة النبوية يرى بوضوح؛ أن النبي الأكرم (صلى الله عليه وآله) كان يمارس حكومته على المسلمين من خلال توزيع بعض المسؤوليات على أفراد صالحين، وكان ذلك يمثل التشكيلات الإدارية في ذلك العهد والتي تعادل (الوزارات) في هذا العصر، ونحن لا ننكر أنها كانت تشكيلات إدارية بسيطة، ولكنها توسعت فيما بعد واتخذت أشكالاً أكثر تنظيماً وسعة باتساع رقعة البلاد الإسلامية، وتطور الحاجات الاجتماعية وتشعبها، واتساع نطاقها الذي اقتضى - بدوره - التوسع في التشكيلات الإدارية وإحداث الوزارات والدواوين والدوائر والأجهزة التنفيذية المتعددة))¹.

ثانياً: السلطة التنفيذية في زمن الأئمة المعصومين (عليهم السلام)

من يستعرض سيرة الأئمة المعصومين (عليهم السلام)، يجد أنهم لم يتولوا السلطة بعد وفاة النبي الأكرم وتم إقصاءهم عن مجال الحكم، إلا في عهد الإمام عليّ (عليه السلام)، إذ تولى الحكم أربع سنوات وانشغل فيها بالحروب؛ لوجود قطاع واسع من المنافقين في المجتمع الإسلامي، نتيجة انفتاح المجتمع الإسلامي ودخول أناس كثيرين إلى الإسلام استسلاماً للأمر الواقع أو انتفاعاً أو طمعاً أو حرصاً على الجاه، وهؤلاء لم يكن ليروق لهم تولي الإمام عليّ (عليه السلام) للحكم لما يعرفونه في الإمام من استقامة على الحق، لا تدع لهم مجالاً للاستئثار بالمصالح والامتيازات التي كانوا عليها أو التي يطمعون بالحصول عليها. هذه الأمور وعوامل أخرى، انتجت موانع كبيرة أمام الإمام عليّ (عليه السلام) عندما تصدى لقيادة الحكم، ومن ثمّ، حالت دون وجود جانب تطبيقي للسلطة التنفيذية.

نعم كان الإمام عليّ (عليه السلام) هو المسؤول الأعلى عن تسيير أمور الدولة، وكان الإمام هو الذي يعين حكام الأقاليم، ويحاسبهم، ويعزلهم، وكان الولاة يقومون بمهام الخلافة في حدود ولايتهم، فيطبقون الأحكام الشرعية، ويسيروا أمور الناس،

1- السبحاني، جعفر، مفاهيم القرآن، ٣٠٧/١.

ويرعون شؤونهم، وقد عين الإمام بعض الأشخاص؛ لينفذوا بالنيابة عنه كثيرا من المهام الموكلة له، مثل مالك الأستر.

ثالثاً: السلطة التنفيذية في زمن غيبة المعصومين (عليهم السلام)

لقد عانى الشيعة الإمامية من التهميش والاقصاء لهم من الحكم والتنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية سواء في عهد المعصومين أو بعدهم نتيجة لتجاهل حقوقهم وعدم إيرادها في دساتير البلاد، وعدم الإقرار بخصوصياتهم الدينية والمذهبية، على حين يسمح لغيرهم من الفئات والطوائف بممارسة خصوصياتهم في الشؤون المشابهة، بل وصل الأمر إلى قتلهم والتكيل بهم ونفيهم وقطع العطاء عنهم. وأدى هذا التهميش إلى ابتعاد الشيعة عن السلطة بجميع مرافقها مما أدى إلى عدم وجود سلطة تنفيذية للشيعة وبالرغم من ذلك وجدت هناك عدة نظريات في حدود صلاحية الفقيه الجامع للشرائط في زمن الغيبة وتبدأ هذه النظريات من منصب الأشراف وتنتهي عند ولاية الفقيه المطلقة، مثلما ذكرنا ذلك سابقاً، فحدود صلاحية الفقيه وفق نظرية ولاية الفقيه المطلقة، ويستطيع الفقيه الحاكم ان يهدم بناء او مسجد إذا كان عائقاً امام شق طريق مع إعطاء صاحب المنزل قيمة منزله، كما يمكنها أن تمنع أي امر سواء كان عبادياً أو غير عبادي عندما يكون مناقضاً لمصالح الإسلام من مثل منع الحج الذي هو من الفرائض الإلهية المهمة في الوقت الذي يكون فيه أداء الحج مخالفاً لمصلحة الإسلام، ويكون المنع مؤقتاً.

أما شرعية السلطة بناءً على مبدأ ولاية الأمة على نفسها، التي تنطلق من أنّ الأصل الأولي، العقلي والنقلي، في قضية السلطة على الناس، من قبل أي شخص كان، هو عدم المشروعية، فلا ولاية لشخص على آخر، ولا ولاية لشخص على جماعة، أو مجتمع، ولا ولاية لمجتمع أو جماعة على أحد طالما أنّ الولاية الوحيدة الثابتة، هي ولاية الله تعالى وحده دون غيره، نعم هذا الأصل الأولي مقيد بالرسول الأكرم والأئمة المعصومين (عليهم السلام) على وفق الفقه الشيعي الاثني

عشري^١ - فطبيعة أدلة مشروعية نصب الحكومة تقتضي أن تكون سلطة الحكومة على أفراد المجتمع مقتصرة على القدر المتيقن من الأدلة المقيدة لأصل انه لا ولاية لأحد على أحد إلا ما خرج بالدليل، فإذا شك في مورد شمول الأدلة المقيدة له، فالأصل فيه عدم مشروعية تسلط الإدارة على الناس؛ والوجه فيه أن الأدلة المقيدة للأصل الأولي هي أدلة لبية، والدليل اللبّي ليس فيه إطلاق ولا عموم يمكن التمسك به لشمول جميع أفراد المشكوك، ومن ثمّ يكون حجة في خصوص القدر المتيقن منها وعدم التعدي عنه إلى ما يشك في شمول الدليل عنه^٢.

وفي المقام يقول الشيخ السند: ((وفي عصر الغيبة يكون الأمر للأمة شورى تمارس السلطة التنفيذية والتشريعية، غايته يكون ذلك تحت نظر وإشراف الفقيه))^٣.

ويكون للفقيه الجامع للشرائط بحسب هذا التصور الاشراف والرقابة على الحكومة بوساطة الاطلاع على القوانين او التشريعات الصادرة من الحكومة. ولهذا التصور معنيان:

الأول: أن دور الفقيه يكون فصل النزاعات والاختلافات الحاصلة بين السلطات وامضاء التشريعات التي تصدرها الهيئة التمثيلية للأمة، فيكون دوره مشابهاً لدور المحكمة الدستورية في الوقت الحاضر، وهذا هو ما ذكره الميرزا النائيني في تنبيه الأمة وتنزيه الملة^٤.

الثاني: يكون للفقيه بحسب هذا التصور الاشراف والرقابة على الحكومة فقط بالاطلاع على القوانين او التشريعات الصادرة من الحكومة، ولا يكون هناك

١- ينظر: شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، ٤٣١.

٢- ينظر: م. ن، ٤٤٦.

٣- السند، محمد، الإمامة الإلهية، تقرير بحوث الشيخ السند للسيد محمد علي بحر العلوم، منشورات لسان الصدق، قم المقدسة، ط١، ١٤٢٧هـ = ٢٠٠٦م، ١/١٢١.

٤- ينظر: النائيني، تنبيه الأمة وتنزيه الملة، ١٣٩.

ربط بين الدور المعطى للفقهاء ومسؤوليات الحكومة ومهامها ومن ثم تكون وظيفة الفقيه شكلية ولا يتدخل في أمور الدولة.

وهناك تصور ثالث لوظيفة الفقيه في زمن الغيبة يحصر حدود ولاية الفقيه بمن فقد وليه كالأب والجد للاب، إذ يعلم ان الشارع المقدس لا يقبل ان يترك هؤلاء من دون ولي.

وصلاحيات الفقيه بناءً على هذا التصور تتحصر في موردين:

١- أن يكون المورد من الموارد التي نعلم بحاجة المجتمع لها حاجة ضرورية.

٢- أن يكون من الموارد التي لا يرضى الحاكم الشرعي بتركها.

وفيما عدا الموردين لن يثبت للفقهاء ولاية، بل لابد أن يقتصر في الموردين أعلاه على القدر المتيقن وهو الحد الأدنى من الصلاحيات، بخلاف ولاية الفقيه المطلقة^١.

ومن القائلين بثبوت الولاية بحسب هذا التصور الشيخ الأنصاري، يقول: ((وبالجملة، فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام (عليه السلام) إلا ما خرج بالدليل دونه خبط القناد! بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني، أعني توقّف تصرّف الغير على إذنه، فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام (عليه السلام) وإذ إنّ موارد التوقّف على إذن الإمام (عليه السلام) غير مضبوطة فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها، فنقول: الضابطة لما يجب استئذان الفقيه فيه، كلّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج، إن علم كونه وظيفة شخص خاصّ، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنفٍ خاصّ، كالافتاء والقضاء، أو كلّ من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال في شيءٍ من ذلك))^٢.

١- ينظر: مركز نون للتأليف والترجمة، بحوث ولاية الفقيه، جمعية المعارف الإسلامية الثقافية، ط١، ١٤٢٠هـ

= ١٩٩٩م، ٦١.

٢- الأنصاري، المكاسب، ٢/٥٥٣-٥٥٤.

رابعاً: حدود صلاحية الخليفة عند فقهاء غير الإمامية

لا يحق للسلطة ولا للخليفة التصرف في مصالح الأمة العامة إلا بما يحقق المصلحة لهم جميعاً، يقول أبو يوسف القاضي: ((لا ينبغي لأحد أن يحدث شيئاً في طريق المسلمين مما يضرهم، ولا يجوز للإمام أن يقطع شيئاً من طريق المسلمين مما فيه ضرر عليهم، ولا يسعه ذلك، وإن أراد الإمام أن يقطع طريقاً من طرق المسلمين الجادة رجلاً بيني عليه، وللعامّة طريق غير ذلك بعيد أو قريب منه، لم يسعه إقطاع ذلك، ولا يحل له، وهو آثم إن فعل ذلك))^١، وهذا يؤكد طبيعة النظام العام للدولة في الإسلام، وأن هذا النظام تخضع السلطة فيه لمنظومة من الأحكام والتشريعات والقواعد المنصوصة التي تنظم مسؤولياتها وصلاحياتها، يقول القاضي الباقلاني المالكي: ((الإمام إنما ينصب لإقامة الأحكام وحدود وأمر قد شرعها الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم)، وقد تقدم علم الأمة بها، وهو في جميع ما يتولاه وكيل للأمة، ونائب عنها، وهي من ورائه في تسديده وتقويمه، وإذكاره وتنبهه، وأخذ الحق منه إذا وجب عليه، وخلعه والاستبدال به متى اقترب ما يوجب خلعه))^٢.

فقوله: (تقدم علم الأمة بها) يؤكد ثبوت الأحكام الإسلامية التي تحكم تصرفات الإمام، فالسلطة في الإسلام ليست مطلقة، بل مقيدة بتطبيق الشريعة الإسلامية، ولا يتولى الخليفة فيها تشريع الأحكام والقوانين، مثلما كان عليه حال الإمبراطوريات التي سبقت ظهور دولة الإسلام، فالأمة تعلم أحكام الشرع التي يجب على السلطة الخضوع لها، والإمام وكيل عنها فيما يتولاه من مسؤولية، وهي الرقيب عليه عند الانحراف، مثلما للسلطة القضائية استقلالها ودورها الرقابي، في الحد من تجاوز السلطة لصلاحياتها، وإبطال تصرفاتها التي تتعارض مع أحكام الشريعة، أو تتعارض مع المصلحة العامة، إذ إنّ تصرف السلطة على الأمة منوط

١- يعقوب بن إبراهيم، الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م، ٩٣.

٢- تمهيد الأوائل وتلخيص الدلائل، تح: عماد الدين أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، ط١، ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م، ٤٧٦.

بالمصلحة. على أن حق الطاعة للخليفة ليس مطلقاً بل هو مقيد بعدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية فإذا خالفها سقط حقه في الطاعة على الأمة، وبهذا التقييد يكون الخليفة خاضعاً للقانون الإسلامي ولا يتعداه، ويمكن انتزاع هذا القيد من القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا جَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ... وَلَا يُعْصِيَنَّكَ فِي مَعْرُوفٍ﴾^١ فقيد (في معروف) مع أن النبي (صلى الله عليه وآله) لا يأمر إلا بالمعروف دلالة على أنه لا يجوز طاعة مخلوق في معصية الخالق^٢. وعلى هذا فلا طاعة للحاكم في المعصية، وعلى هذا أيضاً إجماع فقهاء العامة^٣، فمبدأ اشتراط مشروعية تصرف السلطة وكل صاحب ولاية، وكونه يحقق المصلحة، لم يعرف إلا في النظم السياسية المعاصرة، بينما هي قضية إجماعية في الفقه الإسلامي.

وكل هذه المنظومة من الأحكام والقواعد التشريعية التي كانت تنظم شؤون الدولة والمجتمع الإسلامي كانت تحد من تجاوزات السلطة، وقد فصل القرافي المالكي في بيان أنواع تصرفات الإمام، وما ينفذ منها، وما لا ينفذ فقال: ((القسم الأول: ما تتناوله الولاية بالأصالة: اعلم أن كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى ولاية وصية، لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة، أو دفع مفسدة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، ولقوله (صلى الله عليه وآله) (وسلم): (من ولي من أمور أمتي شيئاً ثم لم يجتهد لهم، ولم ينصح، فالجنة عليه حرام)، فيكون الأئمة والولاة معزولين عما ليس فيه بذل الجهد، والمرجوح ليس بالأحسن، بل الأحسن ضده، وليس الأخذ به بذلاً للاجتهاد بل الأخذ بضده، فقد حذر الله على الأوصياء التصرف فيما ليس بأحسن، مع قلة الفائت من المصلحة

١- الممتحنة: ١٢.

٢- ينظر: العمادي الحنفي، محمد بن محمد بن مصطفى (ت: ٩٨٢هـ)، تفسير أبي السعود (إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم)، تح: عبد القادر أحمد عطا، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ٣١٩/٥.

٣- ينظر: النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم، صفحة ١١٨٩، كتاب الامارة، باب وجوب اطاعة الامراء في غير معصية، حديث ١٨٣٤ و١٨٣٥.

في ولايتهم لختها بالنسبة إلى الولاة والقضاة، فأولى أن يحجر على الولاة والقضاة في ذلك، ومقتضى هذه النصوص أن يكون الجميع معزولين عن المفسدة الراجعة، 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 الراجعة، ودرء المفسدة الخالصة أو الراجعة، فأربعة معتبرة، وأربعة ساقطة، ولهذا قال الشافعي لا يبيع الوصي صاعا بصاع؛ لأنه لا فائدة في ذلك، ولا يفعل الخليفة ذلك في أموال المسلمين، ويجب عليه عزل الحاكم إذا ارتاب فيه، دفعا لمفسدة الريبة على المسلمين، ويعزل المرجوح عند وجود الراجح، تحصيلا لمزيد المصلحة للمسلمين، واختلف في عزل أحد المتساويين^١.

وكذلك ليس للخليفة أن يولي الوظائف من ليس أهلا لها، كما قال ابن نجيم الحنفي: ((إذا ولي السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته لما قدمناه من أن فعله مقيد بالمصلحة، ولا مصلحة في تولية غير الأهل... فإذا لم تكن موجودة -أي: الأهلية- لم يصح تقريره، خصوصا إن كان المقرر عن مدرس أهل فإن الأهل لم ينعزل، وصرح البزازي في الصلح أن السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين: بمنع المستحق، وإعطاء غير المستحق، وقد قدمنا عن رسالة أبي يوسف رحمه الله إلى هارون الرشيد: أن الإمام ليس له أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف، وعن فتاوى قاضي خان: أن أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع وإلا فلا ينفذ^٢)).

فلا طغاة في الإسلام ولا طغيان، ولا سلطة مطلقة لبشر على بشر، بل الأمة فوق الإمام، تراقبه وتقومه، ولا ينفذ من تصرفاته إلا ما وافق حكم الله ورسوله، وإلا ما حقق المصلحة العامة للأمة، فإن تعدى الإمام واعتدى على أحد وجب إقامة

١- الفروق، تح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٨هـ=١٩٩٨م، ٤/٩٥.

٢- الأشباه والنظائر، خرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ=١٩٩٩م، ٣٣٧.

القصاص والحد عليه، فإن أذعن لحكم الله ولحكم القضاء، وإلا وجب خلعُه، وفقد شرعية ولايته، وقد قال ابن حزم: ((والواجب إن وقع شيء من الجور وإن قل أن يُكلم الإمام في ذلك، ويُمنع منه، فإن امتنع، وراجع الحق، وأذعن للقود من البشرية، أو من الأعضاء، وإقامة حد الزنا والقذف والخمر عليه، فلا سبيل إلى خلعُه، وهو إمام كما كان لا يحل خلعُه، فإن امتنع من إنفاذ شيء من هذه الواجبات عليه، ولم يراجع وجب خلعُه، وإقامة غيره ممن يقوم بالحق لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^١، ولا يجوز تضييع شيء من واجبات الشرائع))^٢.

١- المائة: ٢.

٢- الفصل في الممل والنحل، ٢٨/٥.

الفرع الثالث: حدود سلطة الحاكم الشرعي في المجال القضائي

يعد القضاء من أهم المناصب في مختلف دول العالم إذ يسند إليه فصل الخصومات وحلها وإحقاق حقوق الافراد وإقامة العدل والمساواة بين أفراد المجتمع، ولتحقيق هذه الأهداف ظهر شعار استقلالية القضاء المالي والسياسي عن باقي السلطات، فالقاضي بما أنه يتحمل مسؤولية خطيرة وكبيرة، يجب أن يستقل في عمله غاية الاستقلال، لكي لا يملى عليه أحد ويتدخل في عمله، ويجب أن يكون مستقلاً مالياً، حتى لا يقع فريسة لأطماعه، والنظام القضائي الإسلامي أدرك هذا الأمر الحساس فأمر الحكومة الإسلامية بالاعطاء للقاضي عطاء كبيراً يقطع طمعه عما في ايدي الاخرين، وهذا ما أشار إليه أمير المؤمنين (عليه السلام) في عهده الذي كتبه للأشتر النخعي قال: ((وافسح له -أي للقاضي- في البذل ما يزيل علته، ونقل معه حاجته إلى الناس))^١.

ومما يدل على الاستقلال السياسي للقاضي، قول المحقق النائيني: ((إن ولاية الحاكم ترجع إلى قسمين: الأول الأمور السياسيّة، التي ترجع إلى نظم البلاد وانتظام أمور العباد، والثاني الإفتاء والقضاء، وكان هذان المنصبان في عصر النبيّ والأمير (عليه السلام)، بل في عصر الخلفاء الثلاثة لطائفتين وفي كل بلد أو صقع كان الوالي غير القاضي، فصنف كان منصوباً لخصوص القضاء والإفتاء، وصنف كان منصوباً لإجراء الحدود ونظم البلاد والنظر في مصالح المسلمين، نعم اتفق إعطاء كلتا الوظيفتين لشخص واحد لأهليّته لهما إلا أنّ الغالب اختلاف الوالي والقاضي))^٢.

ويجب حماية القاضي من العزل تعسفاً بعد توليه منصب القضاء، وهذه الحصانة أمر ضروري لاستقلال القاضي في أعماله؛ حتى تتحقق ثمرة القضاء، وهي إقامة العدالة بين أفراد المجتمع، ولكن يجب أيضاً ألا يؤخذ هذا الكلام على

١- الشريف الرضي، نهج البلاغة، ٤٣٥.

٢- منية الطالب في شرح المكاسب، ٢٣٢/٢.

إطلاقه؛ لأن الحصانة تمنع العزل تعسفياً، وإلا فقد يكون مشروعاً، بل واجباً من أجل نشر العدالة^١.

والكلام السالف لا ينفي عن القاضي المسؤولية، فلا يجوز لهم مخالفة الأحكام الشرعية، بل إن المسؤولية عليهم مسؤوليتان لا واحدة:
الأولى: مسؤوليتهم أمام الله تعالى، إذ يصف الله سبحانه وتعالى من يجور في الحكم بالكفر والفسق والظلم، مثلما جاء في سورة المائدة، ومن يتجاوز حدود الله فهو خائن وليس أهلاً للأمانة، وقد حدثنا التاريخ عن قضاة حضر الحكام عندهم في قضايا نزاع، وحكموا للرعية على الحاكم.

الثانية: مسؤوليته الدنيوية، فالقاضي عندما يمارس عمله ليس معصوماً من الوقوع في الخطأ، فإذا وقع خطأ في حق الأفراد، وأمكن تداركه، يتدارك، وإن لم يمكن ذلك كالقصاص مثلاً، وجب الضمان عليه، على خلاف بين الفقهاء والعلماء في الدية على العاقلة أم على بيت المال، وكذلك إذا أخطأ في حدود الله^٢.

١- ينظر: نصير فريد محمد، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، ج. م. ع، ٤٠.
٢- ينظر: شبوط، حسن تيسير، العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط ١، ٢٠٠٦م، ٣٨٧-٣٨٩.

المطلب الثاني: حدود سلطة الحاكم في الدولة الديمقراطية

الفرع الأول: حدود سلطة الحاكم

هناك عدة نظريات تحدد مدى السُّلطة للحاكم، وكيفية خضوع الدولة للقانون، وهذه النظريات:

النظرية الأولى: نظرية القانون الطبيعي:

وتؤكد هذه النظرية على ان سيادة الدولة مقيدة بقواعد القانون الطبيعي. ومن مؤيديها الفقيه الفرنسي لي فير (Le Fur) والفقيه ميجود (Michoud). وتقضي النظرية بان المشرع الوضعي ليس حراً في التشريع، وانما يتقيد عند اصداره القوانين بان تكون متفقة مع القانون الطبيعي، حتى يتمكن من تحقيق التوازن الاجتماعي الذي يؤدي الى تحقيق الاستقرار والعدل والمساواة بين الافراد^١، وعلى هذه النظرية تكون سلطة الدولة والحاكم الذي يمارس هذه السُّلطة، ليست مطلقة في التشريع، بل مقيدة بتوافق ما يشرعه وما يمارسه الحاكم من سلطة مع القوانين الطبيعية^٢، وتكون سلطة الحاكم مقيدة نظرياً.

وهذه النظرية تفرض على الدولة قيوداً أدبية واخلاقية، ولا تكون ملزمة أي قيود قانونية ملزمة لها، فضلاً عن غموض فكرة القانون الطبيعي، فكيف يكون مقياساً لغيره، وهذا يؤدي إلى زيادة أثر السُّلطة إلى الحد الذي تريده^٣.

النظرية الثانية: نظرية الحقوق الفردية

مضمون هذه النظرية وجود حقوق فردية أصلية، سابقة على نشوء الدولة، وهذه الحقوق تسمو فوق الدولة، ولا تخضع لسلطانها، ودخول الفرد الحياة الجماعية

١- ينظر: السناري، محمد عبد العال، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، دراسة مقارنة،

مصر، كلية الحقوق جامعة حلوان، ٢٥٢.

٢- م. ن، ٢٥٢-٢٥٣.

٣- المشهداني، محمد كاظم، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستور، مؤسسة الثقافة الجامعية، ٥٣.

لم يكن إلا بهدف حماية تلك الحقوق، وكان أول من دعا لهذه النظرية جان جاك روسو، ومن ثم سُجّلت في اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩م، إذ جاء في المادة الاولى منه: ((يولد الافراد ويعيشون احراراً ويتساوون في الحقوق... والغرض من قيام كل جماعة سياسية هو المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية التي لا يمكن التنازل عنها... وهذه الحقوق الطبيعية لكل فرد لا تقيد ولا تحدد الا بالقدر الضروري الذي يضمن لأفراد الجماعة الاخرين التمتع بنفس الحقوق))¹.

وهذه النظرية أيضاً لم تقيد سلطان الدولة، بل أدت أن يكون هذا السلطان لا حد له، فالحق الفردي لا قيمة له ما لم يحدد مضمونه وتبين وسائل استعماله على وفق القانون، وهذا الأمر غير موجود قبل نشوء الدولة، وبذلك عجزت النظرية عن تحقيق أهدافها²، فضلاً عن أن هذه النظرية تجاهلت دواعي تحقيق التطور الاجتماعي، فلا تكون قادرة على تقييد نشاط كل فرد إلا بالحدود التي تحمي نشاط جميع الأفراد، ومن ثمّ لا يمكن إلزام الفرد بعمل شيء من أجل افراد المجتمع الآخرين³.

النظرية الثالثة: نظرية التحديد الذاتي للسيادة

جاءت هذه النظرية بفضل جهود من الفقهاء الالمان امثال: أهرنج (Ihring)، و جلينيك (Jell neck)، من اجل التوفيق بين فكرة السيادة وخضوع الدولة للقانون⁴.

1- السناري، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، ٢٥٥.

2- ينظر: المشهداني، محمد كاظم، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستور، ٥٦.

3- ينظر: بدوي، ثروت، النظم السياسية، ١٥٩-١٦٠.

4- ينظر: السناري، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، ٢٦٤.

لقد اكدت هذه النظرية على ان القواعد القانونية التي تحكم نشاط السلطات العامة لا يمكن الا ان تكون من صنع الدولة، ذلك ان الدولة هي صاحبة السيادة. ولا يعني ذلك ان تكون سلطة الدولة مطلقة؛ لأنه ليس من مستلزمات السيادة ان تكون السلطة مطلقة دون حدود، بيد ان من طبيعة الدولة ذات السيادة ان تضع بنفسها القواعد التي تقيّد سلطانها. ولن تكون الدولة صاحبة سيادة كاملة إذا كانت تلك القواعد تفرض عليها من سلطة او بإرادة اعلى منها^١.

ويذهب الفقيه الالمانى جلينيك (Jell neck) الى انه ما لم تخضع الدولة للقانون الذي صنعه، فان ما يعد قانوناً ملزماً بالنسبة للأفراد لن يكون قانوناً بالنسبة للدولة. وهذا غير ممكن؛ لان القاعدة لا تكون قانونية وغير قانونية في الوقت نفسه وداخل نظام قانوني واحد، الا في الدولة الدينية^٢.

ويمكن القول ان الدولة مقيدة دائماً بالقانون بالرغم من استطاعتها الغاءه؛ لأنها عندما تقوم بذلك الفعل فإنها سوف تسن قانوناً غيره او بديلاً عنه، وتلتزم بأحكامه ويكون قيداً على سيادتها بدلاً من القيد الملغى.

وتبعاً لدعاة هذه النظرية فان القانون ليس غاية في حد ذاته، وانما هو وسيلة لتحقيق غاية الدولة في حفظ أمنها وضمان استقرارها وتقدمها، ومن ثم فلا يعقل ان تعمل الدولة على تهديد أمنها واستقرارها إذا ما تعدت حدود القانون^٣.

ولقد أورد على هذه النظرية من قبل الفقه الفرنسي خاصة من قبل ميشو ولوفير وديجي، فقد أكد الفقيه الفرنسي ديجي (Léon Duguit) ان خضوع الدولة للقانون الذي تضعه وتعده هي وحدها لا يكون خضوعاً حقيقياً، ونكون امام سلطة

١- ينظر: بدوي، ثروت، النظم السياسية، ١٦١.

٢- ينظر: السناري، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، ٢٦٦.

٣- ينظر: شيا، إبراهيم عبد العزيز، النظم السياسية والقانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢١٥.

مطلقة لا حدود لها. ويتساءل (ديجي) (Léon Duguit) عن الاسباب التي يمكن ان تدفع الدولة وهي تحتكر اعتماد القوة، الى الخضوع للقانون الذي وضعته^١. ويرد الفقيه اهرينج (Ihering) على ذلك، بانه من المنطق ان تخضع الدولة للقانون الذي وضعته لما لها من مصلحة اكيدة في ذلك، اذ ان الدولة حين تلتزم القانون تكتسب سلطة اقوى على الافراد وتضمن احترامهم لقوانينها. ويضيف جلينيك (Jell neck) ان الدولة لا تخضع للقانون فقط، بل ايضا لتؤكد التلازم الموجود بين فكرة الدولة ووجود نظام قانوني؛ لأنه من تعريفها يظهر انها تفترض وجود ذلك النظام^٢.

وتركز اعتراض أنصار نظرية القانون الطبيعي الفقهاء ميشو ولوفير على هذه النظرية على عدم صحة القول بأن الدولة هي التي تخلق القانون؛ لأن فكرة القانون سابقة على نشوء الدولة، فضلاً عن إنه أسمى منها، والدولة لا تخضع لقيود ذاتي من صنعها، بل تخضع للقانون الطبيعي الذي يسمو عليها، ويحد من سلطانها. وعلى الرغم من هذه الانتقادات، الا ان الدكتور محمد المشهداني يرى ان نظرية التحديد الذاتي تظل أقرب من غيرها من النظريات الى حقيقة الواقع، وأبعد عن التصور والخيال والاعتماد على الفروض الجدلية الوهمية، وقد تضمنت تحديداً منطقياً سليماً لفكرة سيادة الدولة التي تحترم القانون وتخضع له، وإذا كانت هذه النظرية غير كافية لتفسير خضوع الدولة للقانون، الا انها تسهم ولا شك مع غيرها في حل هذه المشكلة^٣.

١- ينظر: بدوي، ثروت، النظم السياسية، ١٦١.

٢- ينظر: م. ن.

٣- ينظر: المشهداني، محمد كاظم، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستور، ٥٨.

النظرية الرابعة: نظرية التضامن الاجتماعي:

تقوم هذه النظرية على اساس ان الفرد كائن اجتماعي بطبيعته لا يحيا إلا مع الجماعة، وان اساس الحياة في الجماعة هو التضامن الاجتماعي. وقامت هذه النظرية على اساس المصدر غير الارادي للقانون، اي عدم تدخل ارادة الحاكم في عمل القانون.

فيرى الفقيه (ديجي) (Léon Duguit) ان هنالك قانوناً اعلى (القاعدة القانونية) قد وجد قبل ان توجد الدولة، وان كل التشريعات في الدولة يجب ان تخضع لهذا القانون الاعلى الذي هو من خلق النظام الاجتماعي، وليس وليد ارادة المشرع^١.

وانتقدت هذه على اساس ما يأتي:

أ- انه قد أنكر على الدولة حتى مجرد سلطة اعطاء الصفة الوضعية للقاعدة القانونية، وادعى بانها تكتسب هذه الصفة بمجرد اعتناق الافراد لها ورسوخها في ضمائرهم.

ولكن القانون الوضعي هو المطبق فعلاً في الدولة. ومن ثم لا يمكن تصور اكتساب الصفة الوضعية لقاعدة ما قبل تدخل سلطة مختصة. وهذا يشير الى ان الاساس الذي اعتمده الفقيه الفرنسي (ديجي) في خضوع الدولة للقانون ليس اساساً قانونياً ولا يعدو ان يكون اساساً اخلاقياً^٢.

ب- عدم امكانية خلع الصفة القانونية الالزامية على القاعدة دون ان يكون لها جزء منظم لحمايتها. اي ان القاعدة القانونية لا تكتسب الصفة القانونية الالزامية دون ان يكون لها جزء يحميها^٣. ويقول الفقيه الفرنسي اندريه هوريو (André

١- ينظر: السناري، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، ٢٧١.

٢- ينظر: بدوي، ثروت، النظم السياسية، ١٦٥.

٣- ينظر: المشهداني، محمد كاظم، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستور، ٦٠.

(Hauriou): ((لا حكم للقانون في أي مكان بغير سلطة تحميه))^١ ، ويضيف بان هنالك صلات وثيقة بين السلطة والقاعدة القانونية، فالقواعد القانونية لا تصدر عن الهيئة الاجتماعية وإنما تصدر من السلطة^٢.

ج- لم تسلم النظرية من الخيال، إذ اغفلت حقيقة اخرى مناهضة لحقيقة التضامن وهي حقيقة الصراع والتنافس بين الافراد تلك الحقيقة ذات الاثر الاقوى في المجتمع^٣.

الفرع الثاني: سلطة الحاكم في الهيئات الثلاث

أولاً: حدود سلطة الحاكم في الهيئة التشريعية

الهيئة التشريعية واختصاصاتها: وهي تلك الهيئة التي لها حق اصدار القوانين العامة الملزمة التي تحكم تصرفات الافراد داخل كيان الدولة، وهي تعبر عن إرادة الشعب وتمارس السيادة باسم الشعب^٤.

وهناك بصفة عامة مجموعتان من الصلاحيات الدستورية، هما صلاحيات سن القوانين والصلاحيات الأخرى، وفيما يتعلق بصلاحيات سن القوانين يتعين على من وضع الدستور تحديد إلى أي مدى يمكن أن تتدخل السلطة التنفيذية والقضائية في تقييد السلطة التشريعية في مسألة سن القوانين

مهام وصلاحيات السلطة التشريعية

١- سن القوانين: وتمثل الوظيفة الرئيسية للسلطة التشريعية دون أدنى تدخل من أي جهة حكومية أخرى، إلا أن السلطة المطلقة لسن القوانين أصبحت

١- بدوي، ثروت، النظم السياسية، ١٦٥.

٢- ينظر: السناري، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، ٢٧٨.

٣- ينظر: السناري، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، ١٠٥.

٤- ينظر: محفوظ لعشب بن حامد، التجربة الدستورية في الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر،

نادرة، إذ توزع أغلب الدساتير هذه الصلاحية بطرائق مختلفة، وأصبحت هناك أربع فئات لتدخل غير السلطة التشريعية:

أ- منح السلطة التنفيذية صلاحية حصرية في تقديم مشاريع القوانين إلى البرلمان، فتكون وظيفة السلطة التشريعية مراجعة القوانين فحسب، ولا يحق لها وضع القوانين أو صياغتها، وفي هذا خسارة كبيرة لصلاحياتها.

ب- تخويل أجزاء منها إلى السلطة التنفيذية.

ج- حجب القوانين التشريعية إما مباشرة بوساطة حق الرفض الرئاسي، أو غير مباشر عبر إحالة مشروع القانون إلى الناخبين للاستفتاء عليه.

د- تُراجع السلطة القضائية مدى دستورية القوانين، قبل تشريعها وبعده.

٢- صلاحية تعديل الدستور: لا يجوز في الظروف الطبيعية تعديل الدستور إلا من جانب السلطة التشريعية، وتلتزم أغلب البلدان بهذا المبدأ في الوقت الحاضر.

٣- الصلاحيات الأخرى للسلطة التشريعية

تُشرك بعض الدساتير السلطة التشريعية بدرجات مختلفة في عدد ليس بالقليل في اتخاذ قرارات تخضع عادة لسيطرة السلطة التنفيذية، من مثل إعلان حالة الطوارئ، إذ قد يتجنب واضع الدستور استغلال هذا الحق من قبل السلطة التنفيذية بوساطة وجود سلطة أخرى مخولة بتقييم هذا القرار، ومنح عفو عام، إذ تتسم سلطة منح العفو العام بالحساسية، بما تحمل من فرص التأثير على مجرى العدالة على مستوى واسع إذا لم تستعمل بحكمة؛ ولذلك لا بد من تحقيق التوازن المطلوب بين الجهات الفاعلة في عملية منح العفو العام.

ثانياً: سلطة الحاكم في السلطة التنفيذية

أولاً: الهيئة التنفيذية ومهامها: السلطة التنفيذية هي فرع من فروع الحكم الثلاثة التي تعد مفصلية في سلطة الحاكم في الدولة الديمقراطية وعادة ما يكون لها هدف محدد هو تطبيق القانون حسبما تصوغه السلطة التشريعية وتفسره السلطة

القضائية وهي هيئة تختص بتنفيذ القوانين، وبالنهوض بعبء الوظيفتين الإدارية والسياسية في الدولة، ويوجد على رأس هذه المؤسسة شخص واحد يهيمن عليها قد يكون رئيساً للجمهورية أو ملكاً أو امبراطوراً، لكن مفهوم الهيمنة مفهوم مشكك يختلف من نظام إلى آخر، فتكون الهيمنة قوية جدا في الأنظمة المطلقة مثل الدكتاتورية والامبراطورية والملكية المطلقة، ثم يتدرج مفهوم الهيمنة إلى النظام الرئاسي، والذي يهيمن فيه رئيس الدولة على السلطة التنفيذية، ثم إلى النظام شبه الرئاسي، الذي تكون فيه ممارسة السلطة التنفيذية بين الوزارة ورئيس الدولة، ثم النظام البرلماني إذ الرئيس لا يمارس أية سلطة فعلية تذكر، بل يكون دوره شرفياً فقط، وتتولى الوزارة ممارسة السلطة التنفيذية، ومن مهام السلطة التنفيذية دورها في تشكيل البرلمان، فإن أصدق دليل على وجود نظام برلماني صادق هو وجود مجلس نواب مطابق لإرادة الشعب على وفق عملية بعيدة عن الفساد، ومن ثم فإن مسألة تنظيم الانتخابات النيابية مسألة في غاية الحساسية، وقد وُكِّل إلى السلطة التشريعية مسألة إعداد الانتخابات النيابية، سواء من جهة إعداد قوائم الانتخابات، أو من جهة قبول أوراق المرشحين، أو من جهة عملية فرز الأصوات أو سير العملية الانتخابية وإعلان النتائج النهائية للانتخابات، فضلاً عن المهام الأخرى، وهي:

١- تنفيذ قرارات الهيئة التشريعية (البرلمان).

٢- تنفيذ السياسة العامة للدولة، السياسية والاقتصادية والأمنية

والاجتماعية ورعاية علاقة الدولة بالمجتمع الدولي.

ثالثاً: السلطة القضائية ووظيفتها

وهي الجهة المكلفة بتطبيق القوانين والفصل في المنازعات والخصومات سواء بين الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو بين الشخص والدولة. أما وظيفة الهيئة القضائية: فتكمن وظيفتها في تطبيق القوانين، والرقابة على الدستور، والفصل في القضايا تحقيقاً للعدالة ورفع الظلم. وبذلك يتوجب عليها التزام جانب الحياد والاستقلال الكامل، وهي مخولة بذلك بالفصل في المنازعات

بين الأطراف المتنازعة، شخصية كانت أم اعتبارية حسب تدرج المحاكم لتنتهي بالمحكمة الدستورية بوصفها أعلى درجة للتقاضي.

وبهذا تكون السلطة التشريعية أعلى السلطات في البلاد، ويجب على الجميع، سواء كانوا رؤساء الدول وأفراد الشعوب، التزام القواعد العامة التي تضعها السلطة التشريعية.

ويمثل البرلمان في الوقت الحاضر السلطة التشريعية، والسلطة التنفيذية الحكومة والسلطة القضائية مجلس القضاء.

ولا بد من الفصل بين السلطات الثلاث من أجل توزيع الاختصاصات بينها توزيعاً محدداً، بشكل يؤدي إلى التوازن بينها، حتى لا يقع التداخل فيما بينها من جهة، ولا يكون الانفصال تاماً من جهة أخرى.

ولكن هذا الفصل في الأعم الأغلب لا أثر له في الواقع ولم يطبق إلى حد كبير في الواقع الخارجي.

والتعاون والتوازن بين بين الهيئتين التشريعية والتنفيذية قائم بناءً على مبدأ الفصل بين السلطات، فقد نشأ عدد من مظاهر التعاون بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومن أبرز هذه المظاهر:

١- حق اقتراح القوانين الممنوح للهيئة التنفيذية، ومناقشة مشاريع القوانين المعروضة على البرلمان، بوساطة مشاركة أعضائها وشرح وجه نظر الهيئة التنفيذية في هذه القوانين، يمثل مظهراً هاماً من مظاهر التعاون بينهما.

٢- يستطيع البرلمان أن يؤلف لجاناً تحقيقية من أعضائه، للتحقيق في الأعمال الصادرة من أشخاص في الهيئة التنفيذية.

٣- الموافقة على الميزانية العامة السنوية للدولة.

٤- تفويض الحكومة أو أحد أعضائها في اتخاذ أعمال محددة^١.

١- ينظر: بسيوني، عبد الغني، النظم السياسية والقانون الدستوري، ٢٧٦.

أما التوازن بينهما فالهيئة التنفيذية مسؤولة أمام التشريعية عن كل أعمالها، والأخيرة لها حق استجواب الوزارة وسحب الثقة عن أحد الوزراء أو الحكومة، في قبال ذلك تمتلك الهيئة التنفيذية حق حل البرلمان، وحق دعوته للانعقاد، وحق الدفاع عن سياساتها أمام البرلمان.

وبهذا يتحقق التوازن بين السلطتين بامتلاك كل منهما صلاحيات وحقوق معينة في مواجهة الأخرى.

المبحث الثاني: سلطة الحاكم في تقييد حقوق الأفراد في الشريعة والقانون

الأصل في استعمال الحقوق هو الإباحة، والإباحة نوعان: إباحة بالمعنى الأعم أي أصلية لم يتعرض لها الشارع المقدس، وإباحة بمعنى أخص شرعية، صرح فيها الشارع بالتخيير، فكل ما سكت عنه الشارع المقدس حكمه هو الإباحة بالمعنى الأعم استناداً للأدلة العامة من مثل قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ ۗ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾^١، وقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ۗ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ ۗ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾^٢، فهاتان الآيتان وغيرهما تدل على أن الأصل في مباشرة المصالح هو الإباحة ما لم يرد دليل بخلاف ذلك^٣.

ومما تقدم نستطيع القول إن لصاحب الحق أن يستعمله أولاً، كيفما يشاء، وله أن يتمتع بكل المميزات التي يمنحها له حقه، لكن بشرط عدم ورود الدليل على الحظر، وإخراج استعمال الحق عن إباحته من قبل السلطان والحاكم هو تقييد لذلك الاستعمال، وهنا ترد نظريتا المضارة في استعمال الحق في الشريعة وسلطة الإدارة في تقييد حقوق الأفراد في القانون في المرتبة الأولى لهذا التقييد، إذ لا يوجد حقاً مطلقاً في الشريعة الإسلامية ولا في القانون، فكلها مقيدة في استعمالها بالمقاصد والنتائج، ومرجع تقييد الحقوق في الإسلام إلى كونها منحة من الله تعالى إلى عباده خلافاً لفكرة الحق الطبيعي التي يسوغ بها إطلاق الحقوق الشخصية. وهذا يستوجب التطرق إلى أسس التقييد، في الشرع والقانون

١- البقرة: ٢٩.

٢- الأعراف: ٣٢.

٣- ينظر: الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ٧٣.

المطلب الأول: تقييد استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الشخصية لأفراد المجتمع مبنية على مسألة كون الحقوق مطلقة أو مقيدة، فإن قلنا: إنها مطلقة، فلا يكون من حق الحاكم تقييد حقوق المحكومين، على العكس من القول: إنها حقوق مقيدة، فتكون من صلاحية الحاكم تقييد الحقوق الشخصية وهنا ترد نظرية المضارة في استعمال الحق في الشريعة، لتبين لنا هل الحقوق مطلقة أو مقيدة؟

الفرع الأول: رأي فقهاء المذاهب في نظرية المضارة

المضارة في استعمال الحق عند الفقهاء هي: ((مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل))، فالمفروض أن الحق أمر مشروع ومباح الاستعمال؛ ولكن الذي استعمله نحا في ذلك نحواً غير مشروع.

إذن المضارة هي استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع.

أما رأي فقهاء المذاهب في هذه النظرية: فلقد سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من التشريعات والقوانين بالأخذ بنظرية المضارة في استعمال الحق؛ ذلك لأنَّ الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، وتستهدف تحقيق المصالح ودرء المفاسد، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾^{٢٤}.

وأبرز مشكلة تواجه الحياة الإنسانية في مختلف مجالاتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية هي مشكلة الموازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع، ولكي نصوغ الحياة الاجتماعية بالشكل الصحيح لا بد من تنازل الفرد عن بعض مصالحه لمصلحة المجتمع.

١- الدريني، فتحي عبد القادر، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة،

بيروت، لبنان، ط٤، ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م، ٨٧.

٢- النحل: ٩٠.

وأحد أسباب التناقض بين المصلحتين الفردية والمجتمعية هي الأناية والاحتكار السياسي والاقتصادي، وعدم الاهتمام بمصلحة الآخرين إذا ما تحققت مصالحه، وان تضرر غيره نتيجة لتلك المصالح الشخصية الخاصة.

على حين تدعو الشريعة إلى العدل والمحبة والإيثار والرحمة، والاهتمام بالآخر وان كان مخالفاً لك، والحفاظ على حقوقهم، وما أروع ما صاغ الإمام عليّ (عليه السلام) هذا الأساس الأخلاقي في بناء المجتمع في وصيته لابنه الإمام الحسن (عليهما السلام) قال: ((يا بني، اجعل نفسك ميزاناً فيما بينك وبين غيرك، فأحبب لغيرك ما تحب لنفسك، وأكره له ما تكره لها، ولا تظلم كما لا تحب أن تظلم، وأحسن كما تحب أن يحسن إليك، واستقبح من نفسك ما تستقبحه من غيرك، وارضَ من الناس بما ترضاه لهم من نفسك)).^١

بل يرتقى الفكر الإسلامي في مسألة التوازن بين المصلحتين إلى مستوى الإيثار حتى مع الحاجة، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ يُحِبُّونَ مَنْ هَاجَرَ إِلَيْهِمْ وَلَا يَجِدُونَ فِي صُدُورِهِمْ حَاجَةً مِمَّا أُوتُوا وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾^٢، وبذلك تختلف الشريعة الإسلامية عن المذهب الفردي الذي يجعل الحق الفردي أساس وجود القانون، ويرى أنّ القانون وجد لحماية حقوقه وكفالتها ليس إلا، وعن المذهب الاجتماعي الذي يرى أن الحق ليس مُكَنَّةً مطلقة لصاحبه، بل هو وظيفة اجتماعية، لا يكون استعماله إلا لتحقيق خير المجتمع ومصلحته، ولا ينكر فقط السلطة المطلقة لصاحب الحق في استعمال حقه، بل ينكر أيضاً أن يكون له سلطة على الإطلاق. لكن هذه النظرية لم تلق إجماعاً لدى فقهاء المذاهب الإسلامية، فأنكرها كل من أبي حنيفة والشافعي، فأجازا أن يتصرف الإنسان في ملكه تصرفاً مطلقاً، ولا يُمنع من استعمال حقه، حتى لو أضر ذلك بغيره، وعلل أبو حنيفة ذلك؛ أن

١- الشريف الرضي، نهج البلاغة، ٣٩٧.

٢- المحشر: ٩.

الجواز ينافي الضمان، فالقاعدة عنده: ((الجواز الشرعي ينافي الضمان))^١، فجعل الحق مطلقاً، ولل فرد حرية استعماله، من دون النظر إلى غاية الحق، والظاهر أن هذا الرأي يقتصر على حق الملكية فقط دون سائر الحقوق^٢، وبالرغم من أن هذا الاتجاه عند أبي حنيفة، إلا أن الفقه الحنفي أسس لنظرية المضارة، ولا سيما على يدي صاحبي أبي حنيفة محمد وأبي يوسف، فاستعمال الحق يعد غير مشروع إذا تحقق منه الإضرار بغيره، فلا يجوز للمالك استعمال حقه في ملكه لأحداث ضررٍ ظاهرٍ أي فاحشٍ حتى على الحيوان، وإن كان القياس الظاهر يجيزه؛ لكونه تصرفاً في الملك، وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة^٣.

وقال أبو يوسف القاضي في مسألة إحياء الموات بإذن الإمام: ((أما أنا فأرى إذا لم يكن فيه ضرر لأحد ولا لأحد فيه خصومة إن إذن رسول الله جائز إلى يوم القيامة، فإذا جاء الضرر فهو على الحديث: وليس لعرق ظالم حق))^٤. ولم تحظ فكرة المضارة قبلاً لدى الشافعي، فقال بإطلاق الحقوق، ولو لم يكن لصاحبها نفع في ذلك، بل حتى لو ترتب على عمله ضرر للآخرين؛ ولعل ذلك يعود إلى أن الشافعي لا يعتد بالقصد والنية؛ لاستحالة معرفتها، يقول: ((أصلاً ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة، ولا بعبادة بين المتبايعين، وأجزئه بصحة الظاهر، وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو ظهرت كانت تقصد البيع))^٥، إلا أن هذا القول لقي معارضة من فقهاء المذهب الشافعي الآخرين،

١- حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م، المادة: (٩١)، ٩٢/١.

٢- ينظر: التتويجي، عبد السلام، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، ليبيا، ١، ١٩٩٤م، ٢٣٥.

٣- ينظر: الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ٢، ١٩٦/٤.

٤- كتاب الخراج، ٦٤.

٥- الأم، ١٥٢/٤.

ف نجد أن الغزالي لم يقل بإطلاق الحقوق، والحكم على الأعمال بحكم الظاهر، دون النية والقصد؛ لأن الحقوق لم تعط إلا لغاية محددة، كحق الجوار الذي منع الغزالي صاحب الملك من التصرف بملكه إذا الحق الضرر بجاره، يقول: ((ألا يطلع من السطح على عوارته، ولا يضايقه في وضع الجذع على جداره، ولا في مصب الماء في ميزابه، ولا في مطرح التراب في فئائه، ولا يضيق طريقه إلى الدار)).^١

الفرع الثاني: تأصيل نظرية المضارة في استعمال الحق

تقوم نظرية المضارة في استعمال الحق على عدد من الأسس والأصول والتي بمقتضاها يمكن إيجاد تأصيل لنظرية المضارة في استعمال الحق، ولعل أبرز هذه الأصول: ضرورة الموازنة بين المصالح عند تعارضها، فيجب التوازن بين المصلحة التي يحققها الشخص والضرر الذي يصيب الغير بحيث لا يكون الضرر الذي يصيب الغير يفوق المصلحة التي يحصل عليها الشخص عند استعمال حقه وبخلاف ذلك يعد الشخص مضاراً في استعمال حقه.

وسبق أن اخترنا تعريف الدريني للحق بأنه: ((اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة))^٢؛ وذلك لأنه يميز بين الحق والمصلحة التي هي غاية الحق؛ فالحق ليس مصلحة، بل وسيلة. وسنوضح هذا الأساس من عرض مفهوم المصلحة، فالمصلحة لغة هي ما فيه الخير والمنفعة والصلاح^٣، واصطلاحاً عند فقهاء المسلمين تطلق على المنفعة التي قصدها الشارع المقدس لعباده من حفظ دينهم وأنفسهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين بينهما^٤.

١- إحياء علوم الدين، ٢/٢٣٣.

٢- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ١٩٣.

٣- ينظر: الأزهرى، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، ٤/١٣٤.

٤- ينظر: البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ=١٩٧٣م، ٢٤.

وبهذا قال الغزالي عند تعريفه للمصلحة بأنها: ((عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق...، ولكن نعني بالمصلحة، المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة)).^١

وعلى هذا تكون المصلحة هي المنفعة التي يرغب الإنسان بتحقيقها بموجب ما أقرت له الشريعة من حقوق، غير أن هذه المنفعة لا بد أن تكون في حدود ما يقصده الشارع ويريده، لا وفق ما تريده أهواء النفوس، قال تعالى: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ﴾^٢، فالمعتبر والضابطة هي المصلحة لا أهواء الأنفس؛ لذا فإن صاحب الحق إذا استعمل حقه لأجل تحصيل منفعة لا يُمنع من التصرف في حقه؛ لأنها غاية الحق، سواء أكانت منفعة شخصية أم منفعة تشمل الغير، غير أن المنفعة والمصلحة في ميزان الشريعة الإسلامية لا تقتصر على الحياة الدنيا، بل تشمل الآخرة أيضاً، فيتنازل الفرد عن مصالحه الشخصية، بل حتى عن حياته من أجل مصلحة الجماعة، وهو بهذا التنازل ينطلق من عقيدة الجزاء الإلهي، ويجد التعويض المناسب لهذه التضحية في الدار الآخرة.

وبهذا تتميز الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي، فالمصلحة في الشرع لا تقتصر على الجانب المادي الدنيوي، بل لها بعد أخروي، وفي هذا يقول القرافي: ((لا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى))^٣، بل إن مصلحة الدين هي

١- المستصفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٣، ط ١٩٩٣م، ٢٨٦/١.

٢- المؤمنون: ٧١.

٣- الفروق، ١٤١/١.

الأساس ومقدمة على المصالح الأخرى^١؛ ولأجل هذا نجد علماء الأصول في تعريفهم للمصلحة يقسمونها إلى مراتب ثلاث بلحاظ الأهمية^٢:

- أ- الضروريات: وهي المصالح التي تضمن حفظ العناصر الخمسة المذكورة في مقاصد الشريعة، وهي: (الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال).
- ب- الحاجيات: وهي من المراتب الأدنى للمصلحة، والتي من دونها تبقى العناصر الخمسة لكن مع عُسْر وصعوبة. فمن دون المصالح الحاجيات يكون المكلف في حَرَج وضيق.
- ج- التحسينيات أو التزيينيات: وهي آخر مرتبة من مراتب المصلحة. وهي مرغوبة؛ فالبرغم من أن بقاء العناصر الخمسة يكون ميسراً بدونها، ولا يشكّل فقدانها له عسراً وجودياً، لكنّ تحصيلها يتناسب ومكارم الأخلاق ومحاسن الأدب والعادات.

فجعلوا الدين على رأس الضروريات، حتى لو استلزم ذلك فوت المصالح الأخرى.

وسبق أن بينا في الفصل الأول أن الحق في الشريعة الإسلامية الغراء منشؤه الحكم الشرعي، الذي هو التشريع الصادر من الله سبحانه وتعالى، لتنظيم حياة الإنسان سواء كان متعلقاً بأفعاله أو بذاته أو بأشياء أخرى داخلية في حياته^٣؛ لذا عُدّ الحق منحة من الله سبحانه وتعالى وليس حقاً طبيعياً ولا وضعياً للفرد، ويترتب على هذا المبدأ أن الأصل في الحق التقييد لا الإطلاق؛ لأنه مقيد بما قيدته به الشريعة الإسلامية، وأن الحق له وظيفة اجتماعية، فالشريعة أقرت للفرد مصلحته الفردية أولاً وشرعت له وسيلة تحقيقها، لكنها قيدته بما يمنع الإضرار بغيره من الأفراد أو الإضرار بالجماعة، وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق، قال تعالى:

١- البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ٥٥.

٢- م. ن، ١١٩-١٢٠.

٣- الصدر، محمد باقر، المعالم الجديدة للأصول، ١٢٣-١٢٤.

﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾^١، فالشريعة أقرت المصلحة العامة، ولم تجعل من الفرد محوراً لتشريعها، وكذلك لم تنكر حق الفرد أصلاً، ونسقت بين المصلحة الخاصة والعامة عند تعارضهما، فقدمت المصلحة العامة على الخاصة، ومن أمثلة ذلك، اعتراف الشريعة بالملكية العامة وحمائتها، فإذا دخل المسلمون أراضي مفتوحة عنوة، فلا إشكال عند فقهاء الإمامية في عدم تقسيمها بين المقاتلين، بل يجب أن تبقى وقفاً على مصالح المسلمين، وقد تطابقت على ذلك فتاوى أصحابنا ورواياتهم^٢، وإن كانت المسألة خلافية بين فقهاء أهل السنة والجماعة، ويتلخص في أن للإمام الخيار بين أن يقسمها بين الغانمين أو يوقفها على المسلمين عامة، وإذا لم يقسمها الإمام بين الغانمين تعين الحكم الثاني وهو وقفيتها للمسلمين. وهذا الرأي لجمهور الفقهاء^٣.

وكذلك في ملكية الدولة للمعادن بناء على نظرية كونها انفالاً، سواء كانت تلك المعادن ظاهرة أم باطنه وواقعة ضمن الأراضي العائدة للإمام أم غيرها^٤. ومثلما في تحديد الملكية الزراعية حفاظاً على المصلحة العامة؛ لأن فتح باب الملكية للفرد بشكل واسع قد يؤدي في النتيجة إلى الضرر بالمصلحة العامة، وفي هذا المجال يقول الشيخ الخفيف: ((وليس في الشريعة ما يحول دون وضع هذه الحدود متى تحققت الضرورة والحاجة الملحة إلى وضعها... فإن التملك ليس إلا مكنة أو إباحة شرعها الله للناس في حدود ما بيناه، فلا يجوز أن تكون سبباً للضرر الفاحش... ومن المقرر شرعاً أن على ولي الأمر أن يستجيب إلى داعي المصلحة العامة، فيحرم على الناس من المباحات، ما يرى أن في إيجابه

١- المائدة: ٢.

٢- المنتظري، دراسات في ولاية الفقيه، ١٨٢/٣.

٣- ينظر: وزارة الأوقاف، الكويت: الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٢٨/٣.

٤- ينظر: المجلسي، محمد باقر، ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار، تح: السيد مهدي الرجائي، مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٦هـ، ٣٨٦/٦.

دفع مفسدة أو جلب مصلحة للمجتمع))^١، وهذا الكلام مبني على حصول الضرر من جراء استعمال صاحب الحق حقه لا مطلقاً.

فالشريعة الإسلامية تراعي كلا الحقين الفردي والجماعي، فإن أمكن ذلك كان به، وإلا قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، مع الحفاظ على حق الفرد بالتعويض عما لحقه من ضرر، وبذلك يظهر مبدأ الموازنة جلياً من تقييد الحق الفردي بقيود تشريعية، وذلك أولاً من منطلق العدل وثانياً إرساء مبدأ التكافل والتضامن الاجتماعي وثالثاً البعد الأخلاقي للتشريعات.

١- الخفيف، علي محمد، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٩٠م، ٣٩.

المطلب الثاني: معايير نظرية المضارة ونطاقها والجزاء المترتب عليها

مما ذكرنا فقد رست نظرية المضارة في الفقه الإسلامي على أسس متينة، وذلك باعتبار القصد والباعث والنتائج، وذلك من فكرة أن الحقوق في الشريعة نسبية؛ لذلك يمكن القول إن نظرية المضارة تقوم على معيارين: هما المعيار الشخصي (المعيار الذاتي)، وهو ما يتعلق بصاحب الحق في دوافع تصرفه، والمعيار الثاني: المعيار المادي (المعيار الموضوعي) ويتعلق بما ينتج عن التصرف من أذى ومضرة عند استعماله للحق.

الفرع الأول: معايير النظرية

أولاً: المعيار الذاتي

ويراعي ما يقصده صاحب الحق من استعمال حقه، من إيقاع الضرر بالغير أو تحقيق مصالح غير مشروعة بنظر الشرع، وعلى هذا يندرج في هذا المعيار الرئيس، معياران ثانويان هما:

١- قصد الإضرار بالغير.

٢- قصد غرض غير مشروع بنظر الشارع.

١- قصد الإضرار بالغير:

إذا قصد صاحب الحق قصد الإضرار بالغير، ولم تكن له أي مصلحة في هذا التصرف والاستعمال، فمما لا أشكال فيه، يمنع صاحب الحق من استعمال حقه، والضابط في هذا المعيار الثانوي هو انعدام المصلحة الذاتية؛ لصعوبة استجلاء قصد الإضرار بالغير كما لا يُخفى، ويعد هذا الضابط من أوضح معايير المضارة في استعمال الحق؛ لأن قصد الإضرار بالغير ممنوع في الشرع، ويدل على ذلك الحديث المشهور ((لا ضرر ولا ضرار))، يقول الشيخ مرتضى

١- الكليني، الكافي، الحديث ٩٣١٧/١٠، ٤٧٦/٢-٤٧٨.

الأنصاري: ((تصرف المالك في ملكه إما أن يكون لدفع ضرر يتوجه إليه، وإما أن يكون لجلب منفعة، وإما أن يكون لغواً غير معتد به عند العقلاء... وإن كان لغواً محضاً، فالظاهر أنه لا يجوز مع ظن تضرر الغير؛ لأن تجويز ذلك حكم ضرري، ولا ضرر على المالك في منعه عن هذا التصرف، وعموم الناس مسلطون على أموالهم محكوم عليه بقاعدة نفي الضرر))^١.

وقال الشاطبي: ((لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من إذ هو إضرار؛ لثبوت الدليل على أن لا ضرر في الإسلام))^٢.

ويقول ابن عابدين في جواز السفر بالزوجة إذا استوفت مهرها: ((لو علم الفقيه أنه يريد نقلها من محلة إلى محلة أخرى في البلدة بعيدة عن أهلها لقصد إضرارها لا يجوز له أن يعينه على ذلك))^٣.

وكذلك يحرم تطليق الزوجة، للإضرار بها من جهة عدم حصولها على الميراث، وتحريم الوصية بقصد الإضرار بالورثة، وقصد الإضرار يعد من أوضح حالات المضارة في استعمال الحقوق؛ لأن القصد العام في الحقوق هو جلب المصلحة والمنفعة لا الإضرار بأفراد المجتمع أو المصالح العامة للمجتمع^٤.

٢- قصد غرض غير مشروع بنظر الشارع:

فيقصد صاحب الحق من استعمال حقه تحقيق هدف غير مشروع ينافي قصد الشارع من تشريع هذا الحق، فيكون ذلك التصرف تصرفاً باطلاً، ويمنع من ممارسة حقه، ومثال ذلك استعمال الزوج حق تأديب زوجته الثابت بقوله تعالى:

١- الرسائل الفقهية، لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، المكتبة الوقفية، ١٢٧-١٣٠.

٢- الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ٤٢٨.

٣- رد المحتار على الدر المختار، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م، ٤/٢٩٥.

٤- ينظر: العمري، إسماعيل، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مطبعة الزهراء الحديثة، جمهورية العراق، ط١، ١٩٨٤م، ١٣٧.

﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾^١، فإن استعمال هذا الحق من قبل الزوج للتأديب، كان استعمالاً للحق فيما قصد الشرع منه، وهو حمل الزوجة على الطاعة، وتهذيبها، أما إذا قصد غرضاً آخر، كإجبار الزوجة على إعطاء الزوج مالها الخاص بها، أو كرهاً لها، فقد أصبح فعله غير شرعي ويمنع منه، لأن قصد صاحب الحق مضاد لقصد الشارع المقدس، ولأنه تحايل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة، وتهديم لقواعدها، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء^٢.

ثانياً: المعيار الموضوعي

ويكون التكييف الفقهي لنظرية المضارة على هذا المبدأ على أساس الضرر الناتج من استعمال الحق مع صرف النظر عن نية ذي الحق سواء أكانت حسنة أم سيئة، يمنع صاحب الحق من ممارسة حقه، ويندرج تحت هذا المعيار الرئيس ثلاثة معايير ثانوية:

١- أن يستعمل حقه لغرض جلب مصلحة ومنفعة له، ولكن يترتب على استعمال حقه ضرر فاحش بالغير، أعظم من المصلحة التي قصدها صاحب الحق أو مساوية لها، وذلك الاستعمال يُعد مضاراً إذا كان الضرر الذي يلحق بالغير أعظم أو مساوياً للمصلحة، أو يلحق ضرراً عاماً بالجماعة؛ فيقيد صاحب الحق من ممارسة حقه؛ لأن الحق بموجب غايته الاجتماعية لا بد أن لا يمس المصالح العامة، وأساس ذلك كله والأصل فيه قول الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله): ((لا ضرر ولا ضرار))^٣، ومعنى القاعدة نفي الضرر ومنعه مطلقاً، سواء أكان الضرر خاصاً أم عاماً، واستناداً إلى هذا الأساس منعت الشريعة من الاحتكار؛

١- النساء: ٣٤.

٢- ينظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ٢٥٢.

٣- الكليني، محمد بن يعقوب بن إسحاق، الكافي، باب الضرر، الحديث ٩٣١٧/١٠، ٤٧٦/٢-٤٧٨.

لأنه يلحق الضرر بعامة المجتمع، ومن أمثلة ذلك منع الناس من زراعة المخدرات، والضابط هنا هو الإضرار بالمصلحة العامة، فإن تحقق هذا الضابط مُنع صاحب الحق من التصرف بحقه.

ولا يقتصر الأمر على ضرر أفراد المجتمع، بل لو أضر فرداً واحداً معيناً، وكان الضرر الناشئ من ممارسة الحق أكبر من الفائدة المرجوة، أو مساويا لها، فيمنع أيضاً من التصرف، من قبيل من فتح شباكاً لغرض التهوية، وكان هذا الشباك مطلاً على جاره وكاشفاً لعورته.

وعليه فإن من ضوابط المضارة في استعمال الحق هو إلحاق ضرر فاحش أو مساوٍ للمصلحة والمنفعة التي يقصدها صاحب الحق من ممارسة حقه، والحقوق العينية يمكن حصرها وردها إلى حق الملك، الذي يعد أقوى الحقوق العينية الأصلية ومن أوسعها سلطاناً؛ لأن حق الملك هو ملك تام للرقبة والمنفعة معاً، وفسر محمد قدرى باشا الضرر الفاحش في المادة ٥٩: ((الضرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء)).^١

٢- أن يستعمل الشخص حقه، لكن استعمالاً غير متعارف عليه، كمن سقى زرعه بطريقة غير متعارف عليها عند العرف، وأضر ذلك الاستعمال بزرع الغير؛ لكثرة الماء مثلاً، فيمنع من التصرف بحقه، ونحو رفع صوت التلفاز إلى درجة تزعج الجيران وتؤذيهم.

٣- استعمال الحق مع الإهمال والخطأ، ينشأ عنه ضرر بالغير، سواء أكان الإهمال والخطأ في الفعل كمن أراد أن يصيد فرمى إنساناً، ولكن قطف ثمرة غيره ظناً منه أنها ثمرته، فالصيد وقطف الإنسان ثمره أمر مباح، ولكن لما لم يراعِ حق غيره ولم يحتط، وأصاب غيره بالضرر، فيكون مضاراً في استعمال حقه،

١- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٠٨هـ=١٨٩١م، ٤.

٢- ينظر: العمري، إسماعيل، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، ١٤٨.

ويترتب عليه تعويض ضرر الغير، ودليل ذلك ان الله سبحانه ضمن قاتل الخطأ الدية، يقول سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾^١.

ولا تترتب المضارة فيما لا يُمكن الاحتراس منه، ولا ضمان، فلا يضمن الطبيب الذي أجرى عملية على الوجه المعتاد، وترتب عليها ضرر.

هذه هي المعايير التي وضعها فقهاء الشريعة، ويتبين منها أن كل الحقوق مقيدة بعدم قصد ما يخالف قصد الشارع، وقصد الشارع تحقيق المصلحة، من دون أن يترتب عليها أي مفسدة وضرر للغير؛ لأنه في حالة فرض تحقق الضرر نلجأ إلى الموازنة بين المصلحة المرجوة والضرر المترتب عليها، فإن رجح الضرر، يمنع صاحب الحق من التصرف؛ لكون التصرف مضاراً واستعمالاً للحق في غير ما شرع له؛ لأن ضابط المشروعات كل ما كان ضرره أكثر من نفعه لا يُشرع^٢.

١- النساء: ٩٢.

٢- ينظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ٢٨١.

الفرع الثاني: نطاق نظرية المضارة في استعمال الحق

توصلنا عند التكييف الفقهي لنظرية المضارة في استعمال الحقوق، إلى أنه مناقضة لقصد الشارع المقدس من تشريع الحقوق؛ وذلك من استعمال الحق في غير ما شرع وقصد له، من إذ القصد أو المآل. مثلما ذهب إلى ذلك أصوليو الفقه^١.

وهناك رأيان في نطاق هذه النظرية:

الرأي الأول: أن هذه النظرية تشمل الحقوق والحريات العامة، أما بناءً على صحة استعمال مصطلح الحق على الحقوق والحريات العامة والرخص، وبناءً على هذا الاتجاه يمكن لنظرية الحق أن تشمل حرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية التعاقد وما إلى ذلك من الحريات العامة أو الرخص.

وإما بناءً على أن مصدر الحق والحريات هو حكم الشارع المقدس، والشارع يخول صاحب كل منهما سلطة شرعية للانتفاع مع وجود فارق ومميز رئيسي بينهما، إن الانتفاع في الأول على نحو الاختصاص، وفي الثاني على نحو الشركة العامة، وهذه السلطة منحها الشارع لتحقيق غرض معين، ومن هنا يمكن تطبيق نظرية المضارة على الحريات؛ لأن المضارة هي استعمال صاحب الحق حقه لغرض غير ما شرع له، وهذا يُمكن تصوره في الحريات والرخص كما هو متصور في الحق.

الرأي الثاني: إن هذه النظرية لا تشمل الحقوق والحريات العامة، واستدلوا على ذلك بالفرق بين المباحات والحق، فالأولى مشروطة بالسلامة دون الحق^٢. وقد تبين مما سبق أن الحق غير مطلق بل مقيد أيضاً، فليس هناك فرق بينهما من إذ التقييد في الإباحة والإطلاق في الحق، بل الاثنان مقيدان.

١- ينظر: الشاطبي، الموافقات، ٤١٧.

٢- ينظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ٢٨٤.

لذا يميل الباحث إلى الرأي الأول، لكن لا على أساس دخول الحريات ضمن الحقوق اصطلاحاً؛ للفرق بينهما، بل لأن مصدر الحق والحريات هو حكم الشارع، والشارع يخول صاحب كل منهما سلطة شرعية للانتفاع مع وجود فارق أن الانتفاع في الأول على نحو الاختصاص، وفي الثاني على نحو الشركة العامة، وهذه السلطة الممنوحة من قبل الشارع جاءت لتحقيق غرض معين، ومن هنا يمكن تطبيق نظرية المضارة على الحريات؛ لأن المضارة هي استعمال صاحب الحق حقه لغرض غير ما شرع له، وهذا يُمكن تصوره في الحريات والرخص كما هو متصور في الحق.

ويمكن تأييد ذلك الرأي بما ذكره الأصوليون من أمثلة لنظرية المضارة، إذ تُذكر فيها الإباحة والحق دون التفرقة والتمييز بينهما، قال الشاطبي في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على ممارسة صاحب الحق حقه: ((جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذوناً فيه على ضربين: أحدهما: ألا يلزم عنه إضرار الغير. والثاني: أن يلزم عنه ذلك. وهذا الثاني ضربان: أحدهما: أن يقصد الجالب، أو الدافع ذلك الإضرار كالمرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه وصحبه قصد الإضرار بالغير. والثاني: ألا يقصد إضراراً بأحد، وهو قسمان: أحدهما: أن يكون الإضرار عاماً كتلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، والامتناع من بيع داره، أو فدانه، وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع، أو غيره))، فجمع بين امتناع المالك عن بيع بيته مع الحاجة إليه لبناء مسجد، وهذا تصرف في حق الملكية، وبين تلقي السلع، وهو من حرية التجارة ولم يفرق بينهما.

بل شبه بعض الفقهاء بين الحق والرخصة وساواها في الحكم بين الرخصة والحق، فقد جاء في كتاب كشف القناع: ((وإن جلس في مسجد، أو طريق واسع، أو قام في مسجد، أو طريق واسع، فعثر به حيوان، فتلّف أو نقص، لم

يضمن تلفه ولا نقصه؛ لأنه فعل مباحاً لم يعتد به على أحد في مكان له فيه حق، أشبه ما لو فعله بملكه))^١.

وعلى ضوء ما تقدم من عدم الفرق بين الحق والرخصة في التقييد والإطلاق، يمكن القول بأن نظرية المضارة تشمل في نطاق تطبيقها كل من الحق والحريات العامة على السواء.

ويتبين مما تقدم أيضاً سلطة الدولة على تقييد حقوق الأفراد حماية للمصلحة العامة، وبالقدر الذي يحجز بين الأفراد عند تعارض المصالح، بإقامة التوازن بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة، وهذا الدور تضطلع به نظرية المضارة في استعمال الحقوق، وأي تصرف أو استعمال للحق في غير ما قصد به، يكون تصرفاً غير مشروعاً رعاية للمصالح العام، وعلى الحاكم أو السلطة التدخل لتحقيق العدل والمصلحة، التي هي قطب الرحى لأحكام السياسة الشرعية، ويجب درء المضارة إبان استعمال السلطة، بالاعتماد على أمرين هما طهارة الباعث، وشرف النية، والنظر إلى مآل التصرفات، فكل ما غلبت فيه المفسدة كان غير مشروع، وعلى الحاكم درء هذه المفساد، بمنع أسبابها، ولو كانت في الأصل مشروعة.

واتضح أيضاً أن كل الحقوق والحريات العامة، خاضعة لأحكام المضارة؛ لأن الحقوق والحريات وسائل لتحقيق المصالح، فتكون مقيدة بما يحقق تلك المصالح.

١- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، تح: إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م، ٥/١٩١٣.

الفرع الثالث: الجزاء المترتب على الضرر بالغير في الشريعة الإسلامية

اتضح مما سبق أن المضارة في استعمال الحق أمر ممنوع شرعاً؛ باحتساب مخالفته للمبادئ التي من أجلها شرعت الحقوق فإذا ثبت على الفرد المضارة في استعمال حقه على الغير، فسيثبت عليه الجزاء شرعاً؛ وذلك لرفع الضرر المترتب على هذه المضارة، فضلاً عن ارتكابه إثم المعصية، لمخالفته قصد الشارع.

وأنواع الجزاء في الشريعة الإسلامية أربعة:

١-الجزاء العيني: وينقسم هذا الجزاء إلى قسمين، الأول جزاء تصرفات قولية، من قبيل المضارة في الوصية، وطلاق المريض امرأته بقصد حرمانها من الإرث للمضارة، فالجزاء الذي يترتب على هذه التصرفات هو إبطال الوصية والطلاق، وعدم ترتيب أثر شرعي عليها، وقد يكون الجزاء هو إجبار الممتنع من بيع حقه المتعلق به حقوق الآخرين، فيجبر حينئذ المحتكر على البيع بسعر المثل. والثاني: التصرفات الفعلية، والضرر هنا يُمنع ابتداءً قدر الإمكان، لكن لو وقع فعلاً، وجب إزالته، ويتحمل صاحب الحق المضار ذلك وفق مبدأ الموازنة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة وتقديم المصلحة العامة عند التعارض، ومبدأ الموازنة بين المضار فيتحمل الضرر الأخف لزوال الضرر الأشد، فإذا بنى جداراً في بيته وتضرر منه الجار بان سد عنه الشمس أو منفذ الهواء، فيهدم الحائط بمقدار يزول معه الضرر الفاحش.

٢-الجزاء التعويضي: إذا كان استعمال الحق يلحق بالغير ضرراً مالياً، فيكون الجزاء هو التعويض المادي للمتضرر، أما الضرر المعنوي كأن يُمس بكرامته، فلم يحدد له تعويض مادي؛ لصعوبة ضبطه، ويترك هذا الأمر للقاضي ليحكم بما يراه مناسباً.

- ٣- الجزاء العقابي التعزيري، وهذا الجزاء متروك للقاضي: لأن التعزير تأديب على ذنب -سواء أكان معصية أم جناية- لا حد فيه ولا كفارة^١.
- ٤- الجزاء الأخرى: وهذا النوع من الجزاء تختص به الشريعة الإسلامية؛ وذلك لأن حكم المضارة الحرمة والمنع، فإذا ضار صاحب الحق غيره، يكون قد ارتكب أمراً منهيّاً عنه شرعاً، فيؤثم، ويجازى يوم القيامة على ذلك الإثم.

١- ينظر: الزحيلي، وهبة، العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات، طرابلس، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ط١، ١٩٩١م، ١٠٣.

الفرع الرابع: الأسس التي يبتني عليها تقييد الحق

الأساس الأول: المصالح معتبرة في الأحكام

ومنه يتفرع أنّ الغاية من تشريع الحق تحقيق مصلحة مقصودة للشارع المقدس، ويجب أن يكون قصد المكلف موافقاً لقصد الله تعالى، واستعمال الحق في غير ما شرع له من المصلحة مضارة؛ لأنه ناقض قصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع مبطلّة، فيكون ما بُني على باطل باطلاً.

وعلى هذا فاستعمال الحق بقصد الأضرار بالغير، ومن دون مصلحة تعود عليه، أو وجود فائدة ضئيلة لا تتناسب مع ما تحدثه من ضرر على الأفراد الآخرين أو اتخاذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة بنظر الشارع، كل ذلك محرم في الشريعة، لمناقضته قصد الشارع من تشريع الحق، وهذا هو مضمون المضارة.

الأساس الثاني: مبدأ التكافل الاجتماعي

أن إرساء مبدأ التكافل الاجتماعي من شأنه أن يخلق توازناً بين المصالح، فقد أسست الشريعة نظامها للتكافل الاجتماعي على أساس من المحبة والرحمة والإيثار، والاهتمام بشؤون الآخرين، والحفاظ على حقوقهم وعدم إلحاق الضرر بهم، قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^١، والرحمة شعور يدعو إلى عدم الإضرار بالآخرين من أفراد المجتمع، فيمنعه من إلحاق الضرر بالغير، حتى لو وصل الأمر إلى الإيثار وإسقاط حقه، مما يؤسس لمبدأ الموازنة بين المصالح، والرحمة لها أصل آخر وهو الأخوة التي أقرها الله تعالى بوصفها حقيقة ثابتة، إذ قال في محكم كتابه العزيز: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾^٢، فجعل سبحانه وتعالى الأخوة معياراً يضبط بها الفرد كل تصرفاته، وقال رسول الله: ((لا يؤمن أحدكم،

١- النساء: ١٠٧.

٢- الحجرات: ١٠.

حتى يُحب لأخيه ما يُحب لنفسه))^١، وهذا الحب هو الذي يدفع الإنسان إلى التنازل عن حقه وعدم الإضرار بأخوته.

وتعد الآية الكريمة: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾^٢، من أكبر الأدلة على هذا المبدأ، فإله سبحانه وتعالى يأمر في الآية الكريمة بالتعاون على البر والتقوى وتجنب التعاون على الإثم والعدوان، وعلى هذا فالمؤمن مأمور بالتصرف بنحو لا يضر بغيره من أفراد المجتمع، وذلك مقتضى التعاون، وعدم الأضرار بالمصلحة العامة، وهذا هو التصرف الذي ينطوي على المعنى الاجتماعي الذي دعا إليه الإسلام^٣.

وفي قبال هذا فأي تصرف يخالف مبدأ التكافل الاجتماعي منع منه الشرع، وإن كان في الأصل مآذونا فيه، من قبيل تلقي الركبان والاحتكار، فهذه تصرفات مآذون فيها بالأصل إلا أنها منعت ترجيحاً للمصلحة العامة؛ لكونها تتعارض مع أصل عام هو مبدأ التكافل الاجتماعي.

وعلى هذا يعد مبدأ التكافل الاجتماعي مقيداً للحقوق الفردية عند استعمالها، ويشكل توازناً بين حقوق الفرد وحقوق الغير، فمراعاة حقوق الغير منظور إليها في كل حق فردي، مما يعطي الحقوق صفة اجتماعية، وبهذا يتبين أن الشريعة لا تعترف بالحقوق المطلقة، ولا تقر استعمالها على وجه المضارة أو على وجه يتناقض مع مبدأ التكافل الاجتماعي.

١- صحيح البخاري، الحديث ١٢، ٢٢/١.

٢- المائة: ٢.

٣- ينظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ٢٢٩.

الأساس الثالث: الخلافة الإنسانية في الأرض

ورد مصطلح الخلافة في القرآن الكريم بمعنى الخلافة العامة لبني آدم عن الله تعالى في الأرض، قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^١، وهناك الاستخلاف الخاص، وهو الاستخلاف في الحكم وهو ما وضحته الآية الكريمة: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾^٢، وهذا المبدأ هو اصل الالتزامات الإيجابية والسلبية في استعمال الحقوق، فالحقوق شرعت من قبل الله تعالى لتحقيق هذه الخلافة الإنسانية على الوجه الأكمل، والشارع المقدس قيد هذه الحقوق؛ لتحقيق تلك الغاية.

الأساس الرابع: الوظيفة الاجتماعية للمال

لا يكون المال وسيلة أمن وخير ما لم يؤدّ وظيفته نحو الجماعة، من الانفاق أو التعمير في الوجوه المشروعة، فيكون استعمال حق الملكية مقيداً بهذين العنصرين.

الأساس الخامس: العدل

مبدأ العدل مبدأ سام لا بد منه لاستقرار الأمم والشعوب، وتعدده الشريعة محور استقرار الحياة؛ لذا أوجبه الله تعالى صريحاً بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^٣، ومما يلحظ على الآية الكريمة أن لفظ العدل ورد مطلقاً غير مقيد، مما يعني بشموله لجميع جوانب الحياة وعدم اقتصره على جانب دون آخر واغلب التشريعات تقوم فلسفتها على مبدأ العدالة والمصالح العامة، والذي يقضي بعدم جواز استعمال الحق

١- البقرة: ٣٠.

٢- ص: ٢٦.

٣- النساء: ٥٨.

للإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يناله الغير من ضرر بسببها. فضلاً عن أن تكافؤ الفرص بين أفراد المجتمع يقضي بان لا يكون استعمال الحق بشكل مطلق إذ لا تكون هناك حقوق غير مقيدة للشخص مما يحتم تسمية الحقوق التي تعطى للشخص بالحقوق المقيدة.

ولأجل هذا المبدأ مُنح الحاكم الشرعي سلطة تتيح له التدخل إذا تعرضت المصلحة العامة للخطر؛ لأن المساس بها مدمر للمجتمع، فللحاكم مثلاً أن يحدد الأسعار في الأسواق، ويمنع الفرد من التمسك بحقه في التصرف بما يملكه، بالرغم من أن الأصل في الأسعار الإطلاق، ولكن إذا استعمل المالك حقه بقصد المضارة وإلحاق الضرر بالآخرين من أفراد المجتمع، فللحاكم أن يتدخل إذا كان تدخله بقصد حفظ المصلحة العامة، وهذا التدخل هو عين العدل الاجتماعي.

وأن للحاكم إجبار المتعاس على زراعة أرضه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ويمنع من حق التصرف بملكه، وهذا عين العدالة؛ لأن عدم زراعة أرضه من شأنه إلحاق الضرر بالمجتمع.

الأساس السادس: البعد الأخلاقي

ويتضح هذا البعد من خلال النظر إلى شعائر الإسلام فنجد أنها في المقام الأول تسمو بالأخلاق، فالصلاة المأمور بها تنهى عن الفحشاء والمنكر، وكذلك الصوم ينهى عن قول الزور والشقاق، والصدقة تطهر النفس وتوطد العلاقات الطيبة في المجتمع، وهكذا في كل التشريعات، والشريعة قيدت المصلحة المرادة بالحق، وهذا التقييد قُصد به منع المضارة بالآخرين، فكل أمر أو نهي ورد في الشريعة بتقييد سلوك الفرد في ممارسة حقه الفردي، لم يشرع للأمر والنهي فقط، بل قصد منه حماية حق الغير^١.

١- ينظر: الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ٨٨.

قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): ((بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه))^١، والحديث صريح بحرمة كل اعتداء، حتى لو كان الاعتداء من خلال استعمال حقه المأذون فيه، ومما يؤكد الأثر الكبير للأخلاق الأخذ بالفضل، والتسامح والعدل والإحسان، قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾^٢، وقال أيضاً: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾^٣، فالتشريع الإسلامي يدعو أفراد المجتمع إلى التكاتف والتعاون بين أفراد المجتمع، وهذا التعاون يبعد فكرة الحق عن الأنانية. إضافة إلى أن التشريع الإسلامي نهى عن كثير من التصرفات؛ لمنافاتها المبدأ الأخلاقي كمنع بيع الغرر بكافة صورته، وأن يزيد الرجل على بيع أخيه، والخطبة على الخطبة، قال رسول الله: ((لا يبيع حاضر لباد، ولا تناجشوا، ولا يزيد الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبته))^٤.

ويتضح بهذا أن الشريعة جعلت من عدم المضارة بالمصلحة العامة لأفراد المجتمع مبدأً أخلاقياً يجب على الفرد التقيد به عند ممارسة حقه، ومنشأ ذلك أن الشريعة تسعى إلى تربية النفوس وتهذيبها من خلال مبادئ أخلاقية تسمو بروح الفرد والجماعة، وفي هذا يقول أبو زهرة: ((إن التربية الروحية تقوم على تربية الضمير ليكون صاحبه مؤتلفاً مع الجماعة ملتقياً معهم، يؤثرها على نفسه ولو كانت به خصاصة، ويحب الناس لله، ويكون مستجيباً لقوله (عليه السلام): (لا يؤمن أحدكم، حتى يحب الشيء لا يحبه إلا لله))^٥.

١- صحيح مسلم، الحديث ٢٥٦٤، ٤/١٩٨٦.

٢- البقرة: ٢٣٧.

٣- النحل: ٩٠.

٤- مسند أحمد بن حنبل، الحديث ٧٧٠٠، ١٣/١٣٠.

٥- المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط٢، ١٩٨١م، ١٢٣.

ويتلخص من كل ما أوردناه أن سبب تقييد حقوق الأفراد هو تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة الفرد في التصرف بحقه وبما يملك، ومصلحة المجتمع في ألا يلحقهم أذى أو ضرر من جراء استعمال الفرد لحقه، ويرسي هذا التقييد للحق الفردي ببعده الأخلاقي نظرية المضارة في استعمال الحق.

المطلب الثالث: سلطة الإدارة في تقييد حقوق الأفراد في القانون

تتطلب حياة الفرد في المجتمع أن يتمتع بمجموعة من الحقوق والحريات، وتتطلب دخوله مع أفراد المجتمع الآخرين في علاقات مختلفة مما يؤدي في أحيان كثيرة إلى تعارض المصالح المختلفة، وسيادة الفوضى ونشوب الصراعات؛ لذلك يستوجب الأمر وضع حدود وقيود لممارسة هذه الحقوق والحريات والأنشطة.

ويتم وضع هذه الحدود بطريقتين:

أولاً: بوساطة مجموعة من القواعد القانونية تصدر عن البرلمان تتضمن

ضبط وتقييد تلك الحقوق بما يضمن النظام والمصلحة العامة^١.

ثانياً: بتدخل السلطة الإدارية بما تفرضه من قيود على هذه الحقوق والحريات

من طريق ما تتمتع به هيئات الضبط الإداري من صلاحيات، وهو القسم الرئيس من نشاط الإدارة الذي تهدف فيه إلى المحافظة على النظام العام في الظروف العادية والاستثنائية^٢.

الفرع الأول: مفهوم الضبط الإداري

عرف الدكتور سليمان محمد الطماوي الضبط الإداري بأنه: ((حق الإدارة

أن تفرض على الأفراد قيوداً، تحد بها من حرياتهم بقصد حماية النظام العام))^٣.

وعرفه الدكتور بسيوني عبد الغني بأنه: ((تنظيم الدولة بطريقة وقائية لضمان

سلامة وأمن المجتمع، فالضبط في معناه العام هو تنظيم وقائي وهو بهذا المعنى

١- ينظر: بسيوني، عبد الرؤوف هاشم، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة

الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ٦.

٢- ينظر: بسيوني، عبد الغني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ

القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ٣٨٧.

٣- مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧م، ٧٩٤.

يختلف عن النظام القانوني، الذي لا يتدخل إلا لمحاسبة الأفراد عما يقع منهم من جرائم أو مخلفات))^١.

على حين يرى الدكتور أحمد محيو أن هناك معنيين للضبط الإداري، ينتجان على التوالي من المعيار العضوي والمعيار المادي:

فمن وجهة النظر العضوية: تعني الضابطة مجموع الأشخاص العاملين المكلفين بتنفيذ الأنظمة وحفظ النظام ويجري الحديث حينئذ عن قوات الشرطة. ومن وجهة النظر المادية تكمن الضابطة في إحدى نشاطات السلطة الإدارية، وهذا المعنى هو الأهم في القانون الإداري؛ لأنه يشمل إحدى النشاطات الرئيسة للحكومة وممثليها، وهي مجموع التدخلات الإدارية، أي الموانع التي تهدف للحفاظ على النظام العام بوضعها حدودا للحريات الفردية^٢.

ومن هذه التعريفات نجد أن القانونيين ركزوا على معيارين لتعريف الضبط الإداري وهما:

١- المعيار العضوي.

٢- المعيار الموضوعي.

فمن منطلق المعيار العضوي يمكن تعريف الضبط الإداري بأنه مجموعة الأجهزة والهيئات التي تتولى القيام بالتصرفات والإجراءات التي تهدف إلى المحافظة على النظام العام، وتبعا للمعيار الموضوعي يمكن تعريف الضبط الإداري بأنه مجموعة من الإجراءات والتدابير التي تقوم بها الهيئات العامة حفاظاً على النظام العام، أو النشاط الذي تقوم به السلطات العامة من أجل الحفاظ على النظام العام^٣.

١- النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري، ٣٧٨.

٢- ينظر: محيو، أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، تح: محمد عرب فصيلة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ١٩٩٦م، ٣٩٨-٣٩٩.

٣- ينظر: بوضياف، عمار، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، ط٣، الجزائر، ٢٠١٣م،

الفرع الثاني: أنواع الضبط الإداري

إذا كان الضبط الإداري يتمثل في مجموعة من الإجراءات التي تتخذها السلطة، ويترتب عليها المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم، فإنَّ هذه القيود تختلف من إذ مجال نطاقها، فقد تخص مكاناً محدداً أو أشخاصاً معينين أو موضوعاً دون غيره؛ لذلك قُسم الضبط إلى نوعين: ضبط عام وضبط خاص

أولاً: الضبط الإداري العام

ويُقصد به ذلك النشاط الذي تقوم به السلطات الإدارية المختصة للمحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة (الأمن العام، الصحة العامة، السكنية العامة)، وتتخذ السلطات المختصة الإجراءات والتدابير اللازمة للمحافظة على النظام العام من أجل الوقاية من كل ما يمس بهذا النظام سواء من الأمن العام أو السكنية والراحة لأفراد المجتمع، وأخيراً الوقاية من كل ما يمس بالمصلحة العامة، وهذه هي المحاور الثلاثة التي تعمل داخلها سلطات الضبط الإداري وتتحرك وفقها^١.

وعرف الدكتور أبو زيد مصطفى فهمي الضبط الإداري العام بأنه: ((مجموعة القيود والضوابط التي تهدف إلى حفظ الأمن العام والصحة العامة والسكنية العامة في سائر نواحي الحياة البشرية بغير تخصيص من هذه الناحية أو تلك، فهو يمثل الشريعة العامة في مجال الضبط الإداري))^٢.

ثانياً: الضبط الإداري الخاص

يُقصد بالضبط الإداري الخاص صيانة النظام العام بطريقة معينة من أنواع النشاط الإداري أو استهداف غرض آخر بخلاف الأغراض الثلاثة للضبط الإداري الخاص، وهي: الأمن والصحة العامة والسكنية العامة.

ويهدف الضبط الإداري الخاص بالمكان إلى حماية النظام العام في مكان أو أماكن محددة بحيث يعهد بتولي سلطة الضبط في هذه الأماكن إلى سلطة إدارية

١- ينظر: بوضياف، عمار، الوجيز في القانون الإداري، ٤٨٥.

٢- الوجيز في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ٢٤٦.

معينة أما بالنسبة للضبط الإداري الخاص بأنشطة معينة فإنه يقصد به تنظيم أوجه معينة من النشاط وممارستها ومراقبتها من طريق تشريعات خاصة، وفيما يتعلق بالأغراض الأخرى، فإنه يستهدف أغراضاً تختلف عن الأغراض التقليدية المعروفة للضبط الإداري العام^١.

فالضبط الإداري العام يُقصد به مجموع السلطات الممنوحة والمخولة لسلطات الضبط الإداري بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره الثلاثة، على حين أن الضبط الإداري الخاص يستهدف حماية النظام العام باستهداف غرض آخر غير الأغراض الثلاثة للضبط الإداري الخاص.

الفرع الثالث: أهداف الضبط الإداري ووسائله

يسعى الضبط الإداري إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، وذلك بمجموعة وسائل، منها المادية، ومنها القانونية، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولاً: أهداف الضبط الإداري

من ذكرنا للتعريفات المتقدمة للضبط الإداري يمكن القول إنَّ الهدف الأول والأساسي للضبط الإداري هو حماية النظام العام، ومنع انتهاكه، والإخلال به، وهناك اتجاهان لتعريف النظام العام^٢:

الأول: المدلول المادي: يُنظر للنظام العام على أنه النظام المادي الملموس الذي يُعد بمنزلة حالة واقعية مناهضة للفوضى.

الثاني: المدلول الأخلاقي (الأدبي)، فيشمل المفهومين المادي والأخلاقي معاً، إذ يُعد النظام العام مفهوماً عاماً وغامضاً، فليس المقصود منه المحافظة على

١- ينظر: عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥م، ٢٣٤.

٢- ينظر: لقييلات، حمدي، القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م، ٢٢٥.

النظام المادي البحت، بل يشمل فضلاً عن ذلك المحافظة على النظام الأخلاقي أيضاً.

والنظام العام يهدف إلى تحقيق ثلاثة أغراض رئيسة، وهي:

١- الأمن العام.

٢- الصحة العامة.

٣- السكينة العامة.

والنظام العام ليس فكرة جامدة بل مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان، ولا بد من مسايره ومواكبه هذا التطور بوساطة التطرق إلى أهدافه الحديثة من قبيل الأخلاق والآداب العامة، وحماية البيئة، وحماية النظام السياسي.

١- الأهداف التقليدية للضبط الإداري

أ- الأمن العام:

ويُقصد به اطمئنان أفراد المجتمع على نفسه وماله؛ وذلك بمنع وقوع الحوادث، التي من شأنها إلحاق الأضرار بالأشخاص أو الأموال^١ أو احتمال وقوعها، أو ما يمكن أن يقلقهم في أثناء إقامتهم الأمانة بمنزلهم أو في أثناء سيرهم، وبعبارة أخرى يعني الأمن العام شعور المواطنين بالاطمئنان وعدم الخوف أو التهديد من خطر بشري أو طبيعي^٢.

وعلى هذا يجب على هيئات الضبط الإداري منع الحوادث التي تهدد الأمن العام، أيًا كان مصدرها كالإنسان من مثل ارتكاب الجرائم المختلفة، والمظاهرات والتجمعات الخطرة، أو الحيوان من مثل الحوادث الناتجة عن الحيوانات المفترسة،

١- ينظر: طاهري، حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية، ط١، الجزائر، ٢٠٠٧، ص٧٤.

٢- ينظر: المصري، زكريا، أسس الإدارة العامة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ج. م.

ع، ٢٠٠٧م، ٩٧١.

أو الأشياء من مثل الحرائق وانهيار المباني، أو الطبيعية من مثل كوارث الفيضانات والزلازل^١.

٢- الصحة العامة:

ويُقصد بها حماية صحة الأفراد من كل ما من شأنه أن يضر بها من أمراض أو أوبئة، إذ تعتمد الإدارة إلى تطعيم الأفراد من الأمراض المعدية، وتتخذ الإجراءات التي تمنع انتشارها، وتشرف على توفير المياه الصالحة للشرب، ومراقبة صلاحية الأغذية للاستهلاك البشري، ومدى تقيّد المحلات العامة بالشروط الصحية، ولا شك ولا شبهة أن وظيفة الدولة توسعت بشكل كبير بفعل انتشار التلوث، وكثرة الاعتماد على المواد الكيماوية في الصناعة، وتأثير ذلك في صحة الأفراد^٢.

٣- السكنية العامة:

هي حق الأفراد وفي كل مجتمع أن ينعموا بالهدوء والسكنية في الطرق والأماكن العامة وأن لا يكونوا عرضة للفوضى والضوضاء، وعليه يقع على عاتق السلطة القضاء على مصادر الإزعاج في الشوارع والطرق العامة، ومنع استخدام الوسائل المقلقة للراحة كمكبرات الأصوات في أثناء الحفلات أو اللقاءات العامة سواء في الليل أم في النهار^٣.

٢- الأهداف الحديثة للضبط الإداري

نتيجة لمرور الدولة الحديثة بمراحل تطور، أصبحت تتدخل في كل أوجه نشاط الفرد، وتطور معها مفهوم النظام العام، ولم يعد يقتصر على العناصر التقليدية السابق ذكرها، بل توسع ليشمل عدة مجالات أخرى وهي: قبيل الأخلاق والآداب العامة، وحماية البيئة، وحماية النظام السياسي.

١- فؤاد، محمد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ٢٦٢.

٢- ينظر: عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ٢٣٦.

٣- ينظر: بوضياف، عمار، الوجيز في القانون الإداري، ٤٨٧.

١- المحافظة على الأخلاق والآداب العامة:

يُقصد بذلك القيم والمبادئ الأخلاقية التي تواضع الناس في مجتمع معين على احترامها والالتزام بها، وتدخل الآداب العامة في حدود معينة من ضمن أهداف الضبط الإداري المتعارف عليها، وقد بيّن مجلس الدولة الفرنسي هذه الحدود، إذ يُعد حكم (لوتسيا) الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي نقطة تحول في هذا المجال، فقد اعترف مجلس الدولة لسلطة الضبط الإداري بالتدخل في حالة المساس بالأخلاق والآداب العامة^١.

وقضى برفض إلغاء قرار إداري صدر بمنع عرض بعض المطبوعات المرخص بها في الطريق العام وأكشاك الصحف وفي واجهات المكتبات؛ لأنها تحتوي بعض الأشياء الضارة بأخلاق الشباب، وقضى أيضاً برفض إلغاء قرار صدر بتحريم حفلات الرقص في بعض الملاهي، ومنع الشباب الذين تقل أعمارهم عن الثامنة عشرة من ارتياد الحانات^٢.

٢- حماية البيئة:

وتعني الاهتمام بجماليات الشوارع ومرافقها، سواء بتجميل الشوارع، أم وضع مواصفات معينة للمباني، حتى يكون منظر المدينة والشوارع متناسقا^٣، وجاء في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ المادة (٣٣) ما نصه: ((أولاً: لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة. ثانياً: تكفل الدولة حماية البيئة والتنوع الأحيائي والحفاظ عليهما)).

ونص في المادة (١١٤) ثالثاً من الدستور في حديثه عن الاختصاصات المشتركة بين سلطات الاتحاد وسلطات الأقاليم على: ((رسم السياسة البيئية لضمان

١- لقبيلات، حمدي، القانون الإداري، ٢٣٤.

٢- أبو زيد، مصطفى فهمي، الوجيز في القانون الإداري، ٢٥٠.

٣- مجدي، أحمد فتح الله، فاعلية الأداء الضبطي لرجال الشرطة، كلية الدراسات العليا، ج. م. ع، القاهرة،

٢٠٠٢م، ١٤٥.

حماية البيئة من التلوث، والمحافظة على نظافتها، بالتعاون مع الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم)).

وتوالت بعد ذلك التشريعات العراقية لتؤكد الاهتمام بتوفير بيئة سليمة وجميلة، إذ شرع قانون التملك والآثار العراقي لعام ٢٠٠٢م، وكذلك قانون حماية البيئة العراقي رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩م.

٣- حماية النظام السياسي:

تتدخل سلطة الإدارة في أعمال السّلطة السياسية من طريق ما منحها القانون الإداري من سلطات ونفوذ لتستعملها في تحقيق غايات سياسية، إذ تتمتع بوسائل قوية وفعالة تستعملها إذا ما أصاب الدولة على المستوى الوطني اعتداءات في الداخل والخارج، فيتأثر الأمن في الحالتين بالسياسة المتبعة، فالنظام العام يتأثر بالظواهر السياسية ويتلون باللون السياسي الذي يقرره الدستور في الدولة والتي تعمل على المحافظة على مؤسساتها القائمة^١، وبعبارة أخرى هو ذلك النظام الذي تعمل الدولة على إقامته لحماية الدولة بوصفه كائناً معنوياً، ويتضح ذلك ممّا يتخذه رئيس الحكومة من إجراءات وتدابير تقييد ممارسة الحقوق والحريات في إطار ما يعرف بنظرية الظروف الاستثنائية مثل حالة الحصار والطوارئ والحالة الاستثنائية.

١- ينظر: عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ٢٥٧.

ثانياً: وسائل الضبط الإداري

لسلطات الضبط الإداري وسائل مختلفة تستعملها للحفاظ على النظام العام، وتتمثل هذه الوسائل أساساً في الوسائل البشرية والقانونية، وهذا ما سنتناوله في النقاط الآتية:

أولاً: الوسائل البشرية:

يُوضع تحت تصرف السلطة الإدارية أعوان وهيئات لتنفيذ قرارات ولوائح الضبط وتطبيقها في الميدان، كرجال الشرطة^١.

ثانياً: الوسائل القانونية:

وتتمثل الوسائل القانونية فيما يلي:

١- لوائح الضبط:

يمكن لسلطات الضبط الإداري العامة والخاصة أن تصدر تصرفات قانونية عامة ومجردة تضبط بمقتضاها حريات الأفراد، وتحدد جزاءات على مخالفتها، تحقيقاً للنظام العام، بموجب ما يُعرف بلوائح الضبط^٢.

٢- القرارات الفردية:

تصدر سلطات الضبط الإداري أوامر فردية متعلقة بفرد معين بذاته أو بأفراد معينين بذواتهم أو بحالة معينة بذاتها^٣.

١- ينظر: الصغير، محمد بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٤م، ٢٧٨.

٢- ينظر: م. ن.

٣- ينظر: فؤاد، محمد عبد الباسط، القانون الإداري، ٢٦٥.

وتتخذ القرارات بدورها أنماطاً مختلفة منها:

أ- الأمر:

تلجأ سلطة الضبط إلى توجيه أمر إلى شخص أو مجموعة من الأشخاص محددين للقيام بعمل معين؛ لغرض الحفاظ على النظام العام، كالأمر الصادر بهدم منزل آيل للسقوط والأمر الصادر للمتظاهرين بالتفرق^١.

ب- المنع:

وهو أعلى أنماط المساس بالحقوق والحريات العامة، يتم اتخاذها من جانب الإدارة بهدف المحافظة على النظام العام، وعندما تفرض الإدارة على الأفراد نشاطاً معيناً فلا تمنع لمجرد المنع، وإنما لتحقيق مقصد عام يعود بالنفع على جميع أفراد المجتمع، فممنوع المرور على جسر آيل للسقوط، ومنع التجوال في ظروف غير عادية إنما يهدف منه حماية الأرواح^٢.

ج- الترخيص:

يتمثل مضمون التدبير الضبطي في هذه الحالة بمنح ترخيص لمزاولة نشاط معين بصورة قانونية مثل الترخيص الممنوح لشخص بفتح محل عام، أو بفتح مقهى، أو ممارسة حق من الحقوق أو حرية من الحريات، من قبيل الترخيص بإنشاء حزب من الأحزاب السياسية أو عقد اجتماع عام، أو القيام بمظاهرة شعبية^٣.

٣- استعمال القوة:

يعد هذا الأسلوب من أكثر أساليب الضبط الإداري تهديداً لحقوق الأفراد وحررياتهم وأكثرها عنفاً؛ وذلك لقيام هيئة الضبط بعمل مادي يتمثل في اعتماد القوة الجبرية لإجبار الأفراد على الامتثال للوائح الإدارية من أجل حماية النظام العام، ويعد هذا الحق الممنوح لسلطة الإدارة من تطبيقات نظرية التنفيذ الجبري المباشر

١- ينظر: الصغير، محمد بعلي، القانون الإداري، ٢٨١.

٢- ينظر: بوضياف، عمار، الوجيز في القانون الإداري، ٤٩٤-٤٩٥.

٣- ينظر: شنتاوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، ٢٠٠٣م، ٤٠٢.

لقرارات الضبط في حالة رفض الأفراد تنفيذها اختياريًا دون اللجوء مقدماً للقضاء؛
وذلك حتى لا تختل مقومات النظام العام^١.

وبناءً على ذلك يحق لسلطة الإدارة في حالة الضرورة ومن دون حكم
قضائي أن تلجأ إلى استعمال القوة لدفع الخطر الذي يتعرض له النظام العام.

١- ينظر: مرسى، حسام، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١،
٢٠١١م، ٤١٣.

الفرع الرابع: حدود الضبط الإداري في الظروف العادية والاستثنائية

سنتطرق في هذا الفرع إلى دراسة حدود سلطات الضبط الإداري في الظروف العادية وكذلك في الظروف الاستثنائية.
أولاً: حدود الضبط في الظروف العادية:

يُقصد بحدود الضبط معرفة نقطة التوازن بين السلطة والحقوق والحريات أي معرفة مدى تدخل سلطات الضبط الإداري في حقوق الأفراد وحرياتهم، وبمعنى آخر هي الحدود أو الضوابط التي يجب على السلطات أن تلتزمها إزاء حقوق الأفراد وحرياتهم، ووظيفة الضبط الإداري ليست مطلقة من كل قيد، وإلا كان ذلك هدراً للحقوق والحريات العامة، وتتمثل القيود على هذه الوظيفة بضرورة الخضوع عند مباشرتها لمبدأ سيادة القانون أو ما يُسمى مبدأ المشروعية، ويقصد به خضوع الإدارة لأحكام القانون في كل ما يصدر عنها من تصرفات وأعمال، ويقصد هنا بالقانون معناه الواسع، فيشتمل على القواعد الدستورية والقواعد التشريعية واللوائح المختلفة بحسب تدرجها في السلم التشريعي، ويشتمل أيضاً على القواعد المكتوبة مثل العرف والمبادئ العامة للقانون^١، ولكي تصان المشروعية ذُكرت ثلاث قواعد^٢ يجب أن تُحترم:

١- أن تكون الإجراءات معلة بأسباب تتعلق بالنظام العام، أي إن الحفاظ على النظام العام فقط هو الذي يسوغ سلطات الضبط الإداري، وإلا كان هناك تجاوز لحد السلطة.

٢- يجب أن تكون إجراءات الضبط ضرورية، ولا تتجاوز ما تطلبه الظروف.

٣- أن تكون هناك مساواة بين جميع المواطنين أمام إجراءات الضبط الإداري.

١- ينظر: لقييلات، حمدي، القانون الإداري، ٢٥٣.

٢- ينظر: محيو، أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ٤١٨.

ثانياً: حدود الضبط في الظروف الاستثنائية:

قد تتعرض الدولة لأزمات وأخطار كبيرة تهدد وجودها وكيانها كحالة الحرب والتمرد والعصيان، فلا بد من مواجهة تلك المخاطر باتخاذ تدابير استثنائية، فحالة الضرورة هي التي تجيز لإحدى هيئات الدولة وهي السلطة التنفيذية متمثلة برئيسها أن تعلق كل نصوص الدستور أو قسماً منها، ويجب أن لا تستمر تلك الحالة إلا بمقدار مواجهة الظروف التي أدت إليها فينبغي العودة إلى الحالة الطبيعية حال زوال تلك الظروف فالضرورة تُقدر بقدرها، ونظراً لخطورة السلطات التي تتمتع بها الإدارة عند تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية حدّدت شروطاً وقيوداً لها على الشكل الآتي:

- ١- وجود خطر جسيم يُهدد النظام العام.
 - ٢- يجب أن لا تضحي الإدارة بمصلحة الأفراد في سبيل المصلحة العامة، وان تختار الوسائل الأقل ضرراً بالأشخاص^١.
 - ٣- استحالة دفع هذا الخطر بالطرق القانونية العادية.
 - ٤- يجب أن تهدف الإدارة في تصرفاتها المتخذة في حالة الظروف الاستثنائية إلى تحقيق المصلحة العامة^٢.
- وهناك شروط لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية في الدستور العراقي فينص البند التاسع من المادة ٦١ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في تعدادها لصلاحيات مجلس النواب على ما يلي: ((أ - الموافقة على إعلان حالة الطوارئ بأغلبية الثلثين بناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء. ب- تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتديد وبموافقة عليها في كل مرة.

١- ينظر: طلبة، عبد الله، القانون الإداري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا، ط٢،

٢- ينظر: عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ٢٦٦.

ج- يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد خلال مدة إعلان حالة الحرب وحالة الطوارئ وتنظم هذه الصلاحيات بقانون بما لا يتعارض مع الدستور.

ومن هذه المادة يتبين لنا أن الشروط التي يستلزم توافرها لتطبيق هذه المادة

هي:

- ١- قيام حالة الحرب أو قيام ظرف استثنائي لا يمكن مواجهته بالقوانين الاعتيادية وان مثل هذا الظرف يجسد تهديد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن.
- ٢- أن يقدم طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء إلى مجلس النواب يطلبون فيه الموافقة على إعلان حالة الطوارئ.
- ٣- موافقة ثلثي مجلس النواب على إعلان حالة الطوارئ أو تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.
- ٤- صدور قانون ينظم الصلاحيات التي يتم منحها لرئيس الوزراء لمواجهة هذا الظرف الاستثنائي.
- ٥- ألا تتعارض ممارسة رئيس مجلس الوزراء لصلاحياته في مواجهة هذا الظرف الاستثنائي مع أحكام الدستور.
- ٦- أن يعرض رئيس مجلس الوزراء الإجراءات التي اتخذها في ظل الظرف الاستثنائي والنتائج التي انتهى إليها بعد اتخاذ تلك الإجراءات المناسبة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهائها)).

الفصل الرابع

**تطبيقات سلطة الحاكم في تقييد الحقوق في
الشريعة الإسلامية والقانون**

✦ **المبحث الأول: تطبيقات سلطة الحاكم في
تقييد الحقوق في الشريعة الإسلامية.**

✦ **المبحث الثاني: تطبيقات سلطة الحاكم في
تقييد الحقوق في القانون.**

أولت الشريعة الحاكم مكانة كبيرة فأمرت بطاعته وحرمت معصيته حتى تستقيم أمور الرعية، ويتمكن من تحقيق الغاية التي نصب لها، وهي غاية عظيمة مكونة من شقين:

الأول: حراسة الدين وحفظ أصوله وقواعده.

والثاني: سياسة الدنيا وتدبير أمر الدولة وافراد الشعب بالدين.

وتلك المهمة العظيمة الموكولة له وما تحمله من مهام كبيرة تحتاج إلى حرية وقدرة واسعة على التحرك وألا يضيق عليه المجال فيه، فأتاحت الشريعة له كل ما يمكن عمله من فعل أو قول أو تصرف في سبيل القيام بتلك المهمة العظيمة، وقد كان من سعة الحركة التي أعطتها الشريعة للحاكم الشرعي ترك منطقة فراغ يجتهد فيها فقهاء الأمة الإسلامية، بحسب الظروف التي تمر بها الأمة على وفق اجتهادهم الذي توصلوا إليه بعد النظر السليم والبحث والتحري واستشارة أهل العلم الأمناء وأهل الخبرة العدول، في القيام بتصرف ما، سواء أكان هذا التصرف منعاً أو نهياً أو تقييداً أو إلزاماً بأمر من الأمور، ولا قيد عليه في تصرفه ذلك إلا التزامه بالشرع وعدم مخالفته لنصوصه، ولا سيما عندما تكون هناك مزاحمة بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة، أو مزاحمة بين مصلحتين فرديتين تكون أحدهما أولى من الأخرى، فيعمل الحاكم على ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة أو ترجيح إحدى المصلحتين الفرديتين لأوليتهما.

ومن القواعد الفقهية المستقرة أن تصرف الحاكم في أمور الرعية منوطاً بالمصلحة، والمصلحة تكون لعموم من تحته لا لفرد بعينه؛ ولذا وجب على الحاكم الشرعي، قصد مصلحة عموم المسلمين وتقديم المصالح الأخروية على الدنيوية، فللحاكم المجتهد تدبير كثير من الأمور الاجتهادية على وفق اجتهاده الذي توصل إليه بعد النظر السليم والبحث والتحري والاستشارة من أهل الخبرة العدول مع الالتزام بالضابطة الكلية، وهي المصلحة.

فمتى كانت هناك مصلحة عامة للمسلمين، فإن تصرف الحاكم بناءً على ذلك تصرفاً شرعياً صحيحاً ينبغي العمل به، ويجب على الرعية السمع والطاعة حينئذٍ، أما أن يكون تصرفه على وجه غير شرعي فلا طاعة له حينئذٍ؛ لقول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) المروي عن الإمام علي (عليه السلام): ((لا طاعة في معصية. إنما الطاعة في المعروف))^١.

ومعنى ذلك أن للإمام وضع قيودٍ للحق بما يراه محققاً للمصلحة العامة، وأن له الأمر والإلزام به، وكل ذلك نابعٌ من السلطات المخوَّلة للإمام من قبل الشارع المقدس، فله مثلاً أن يتدخل بتحديد الأسعار بيعاً وشراءً لضبط السوق إذا اختل أمره، ونزع الملك من المالك في حال اقتضت المصلحة العامة ذلك، وغير ذلك مما هو يقدم فيها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

لكن ليس له إلزام الناس بأكل طعامٍ أو شرب شرابٍ معين، وليس من سلطاته إصدار مراسيم تحدد صفات المرأة التي يحق لها الزواج؛ كأن يمنع من زواج المتعلمة بغير المتعلم، أو غير ذلك مما لا تقتضيه المصلحة، بخلاف ما تقتضيه.

والمراد من التقييد هنا هو المعنى الفقهي، فقد استعمل الفقهاء والاصوليون التقييد بمعناه المجازي في موردين^٢:
المورد الأول: أصولي، ويكون بمعنى تقييد الألفاظ، ويبحث في مبحث تقييد المطلق، ولا علاقة لهذا المعنى بما نحن فيه.

١- مسند أحمد بن حنبل، ١٢٨/٢.

٢- الزيلعي، تبيان الحقائق في شرح كنز الدقائق، ١٧٥/٦ والماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي، تح: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ=١٩٩٩م، ٩٥/١٠.

المورد الثاني: فقهي، ويكون بمعنى تقييد التصرفات، وهذا المعنى المقصود هنا، فما يهمنا هو تقييد حق تصرف الفرد عند تعارضه مع حق المجتمع أو حق الأفراد الآخرين إذا كانت المصلحة الفردية الثانية أولى بالاعتبار. ولسلطة الحاكم في تقييد الحق تطبيقات كثيرة في مجالات عدة، ومن أهمها تقييد الملكية وحقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون؛ ولأهمية هذه الحقوق سنتكلم في مبحثين:

المبحث الأول: تطبيقات سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الفردية في الشريعة
 سبق أن تبين المراد بالحقوق الشخصية في موردنا الحقوق الفردية ومن أهمها حق الملكية؛ لكونها أقوى الحقوق^١، فبموجبه يمكن للمالك ان يستعمل ويستغل ويتصرف في ذلك الشيء وثماره ومنتجاته وما فوق الأرض وما تحته بالفدر الذي يفيد به سائر التصرفات الجائزة، فضلاً عن أن جميع الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية، هي حقوق مؤقتة، بينما حق الملكية حق ثابت وشامل، فإذا ثبتت سلطة الحاكم في تقييد حق الملكية فمن باب أولى ثبوت السلطة لتقييد الحقوق الأخرى؛ لكونها أقوى الحقوق وأوسعها نطاقاً، لذا سنتكلم عن سلطة الحاكم في تقييد الحقوق في حق الملكية في الشريعة الإسلامية بشكل واسع، فضلاً عن تقييد حقوق الإنسان المهمة في حياته.

المطلب الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق الملكية

يتلازم وجود الملكية مع وجود الإنسان؛ لاتفاقها مع الفطرة البشرية؛ ومن أجل ذلك اقرت الشرائع السماوية ومنها الإسلامية بالملكية، واضعة لها من الأحكام والضوابط ما تحقق به هدفها الاجتماعي.

وبالرغم من ثبوت حق التصرف للمالك فيما يملك، لكن الشريعة لم تعط هذا الحق مطلقاً، إنما أوردت عليه عدداً من القيود سواء كانت تلك القيود للمصلحة العامة أو للمصلحة الخاصة؛ لأن الإنسان بطبيعته مجبول على حب التملك، وهذه الغريزة تصطدم مع الغرائز الأخرى لأفراد المجتمع، ولو أُطلقت لقضى القوي على الضعيف؛ الأمر الذي دفع الشريعة إلى تقييد حق الملكية، فإذا تعارض حق

١- يعد حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية وأساسها، وأوسعها نطاقاً لما يعطيه لصاحبه من سلطات واسعة، فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه، وبهذا تجتمع كل السلطات التي تعطيها الشريعة للشخص في يده على الشيء مما يميزه عن غيره من أصحاب الحقوق المتفرعة عنه، إذ تقتصر سلطاتهم على الاستغلال والاستعمال.

الملكية الخاصة مع مصلحة عامة، قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمالك، مع عدم الاضرار بالمالك.

فالملك الحقيقي لله تعالى فقط قال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾^١، والأصل ان الإنسان غير مالك بل هو مخول؛ ولو كان مالكا لأبيح له الوصية بما يملك بعد مماته، نعم إنما يحق له الوصية بالثلث خلاف الأصل، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ جِئْتُمُونَا فُرَادَىٰ كَمَا خَلَقْنَاكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ وَتَرَكْتُمْ مَا خَوَّلْنَاكُمْ وَرَاءَ ظُهُورِكُمْ﴾^٢، والواقع أن الانسان مستخلف على ذلك الملك؛ لينتفع به بوساطة الاستعمال والتصرف، بشرط ان لا يقدم على أي تصرف يمس مصالح المجتمع، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلَائِفَ فِي الْأَرْضِ فَمَنْ كَفَرَ فَعَلَيْهِ كُفْرُهُ وَلَا يَزِيدُ الْكَافِرِينَ كُفْرُهُمْ إِلَّا مَقْتًا وَلَا يَزِيدُ الْكَافِرِينَ كُفْرُهُمْ إِلَّا حَسَارًا﴾^٣، وقال سبحانه أيضا: ﴿آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ﴾^٤.

وهذه الملكية لها أقسام متعددة فمن إذ المالك لها نوعان^٥:

النوع الأول: الملكية الفردية، وهي الحالة الأكثر شيوعاً، ويقتصر هنا الملك على فرد واحد أو أكثر، وتسمى الأموال المملوكة للأفراد، ويتم الانتفاع بها في حدودها المرسومة شرعاً من دون تعدي على حق الآخرين من أفراد المجتمع. وهذه الأموال لها وظيفة اجتماعية تبدو في الحدود التي تستقيم فيها حياة الإنسان بوصفه عضواً من المجتمع، وتظهر في هذه الأموال الطبيعة المزدوجة للملكية الفردية، فيتدخل الشارع المقدس والحاكم ليلزم المالك بتأدية الوظيفة الاجتماعية لهذا المال دفعا للضرر العام إذا لم يعمل المالك بتلك المبادئ ويتقيد

١- المائدة: ١٧.

٢- الأنعام: ٩٤.

٣- فاطر: ٣٩.

٤- الحديد: ٧.

٥- الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، ١/٧٣.

بها، ولهذا حظر الله تعالى اكتناز الذهب والفضة قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾^١، وهذا الزام من قبل الشارع بالتصرف في الأموال على الوجه المشروع لها، فاكتناز الأموال هو تعطيل لوظيفة المال الاجتماعية.

النوع الثاني: الملكية الجماعية: وهو على نحوين:

أ - الملكية الجماعية للأمة، وهو ما يكون المالك فيه عموم أفراد الأمة من دون استثناء، ونسبة (الملك) إلى الأمة تختلف عن نسبته إلى فرد من الأفراد، فإن معنى الملكية هنا هو أنه مباح لعموم الناس بدرجات متفاوتة، ومن هذه الأموال: الطرق العامة، والمياه، والانهار، والأسواق العامة، قال النووي: ((بقيع الأرض إما مملوكة، وإما محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والرباطات، وإما منفكة عن الحقوق العامة والخاصة، وهي الموات. أما المملوكة، فممنفعتها تتبع الرقبة. وأما الشوارع، فممنفعتها الأصلية: الطروق. ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض استراحة والمعاملة ونحوهما، بشرط أن لا يضيق على المارة، سواء أذن فيه الامام، أم لا، وله أن يظل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوهما))^٢، وقريب منه ما ذكره العلامة الحلبي، قال: ((المراد من الشوارع والغرض بها الاستطراق وممنفعتها الأصلية التردد فيها بالذهاب والعود والناس فيها شرع سواء، ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الاستراحة والمعاملة وغيرهما بشرط ان لا يتضرر بها أحد ولا يضيق على المارة سواء اذن فيه الامام أو لا لإجماع الناس على ذلك في جميع الأصقاع والامصار وله ان يظل على موضع جلوسه بما لا يضر المارة من ثوب أو بارية))^٣. ومقصودهما من الإمام الحاكم الشرعي.

١- التوبة: ٣٤.

٢- روضة الطالبين، ٤/ ٣٥٩.

٣- تذكرة الفقهاء، ٢/ ٤٠٥.

ب - ملكية الدولة، وهي الأموال المملوكة للدولة والتي تضاف ملكيتها إلى الحاكم عادة أو من يمثله والأموال التي تملكها الدولة هي الغنائم والخمس والأنفال والأراضي الموات.

الفرع الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق تملك الأرض الموات بالإحياء

تبين مما تقدم اهتمام الشريعة وحرصها على ضمان الوظيفة الاجتماعية للمال المملوك وتحصيل المصلحة العامة؛ وذلك من الحث على العمل والتشجيع عليه؛ ومن أهم المسائل التي ترتبط بالعمل هو إحياء الأرض الموات، إذ تتجلى فيها الوظيفة الاجتماعية للملك الفردي بابهى صورها، فالأرض الموات هي الأرض التي لا ينتفع بها لانغمارها بالمياه، أو لانقطاع الماء عنها أو غيرها من الاسباب، التي تحول دون الانتفاع بها ولا فرق بين أن يكون قد سبق أحيائها ثم ماتت وبين موتها ابتداءً^١، وهي عند جمهور الفقهاء الأراضي التي لا مالك لها والبعيدة عن العمران، ولا ينتفع أحد بها^٢، وحكم الإحياء تملك المحيي لما أحياء، عملاً بقول رسول الله (صلى الله عليه وآله): ((من أحيأ أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق))^٣، وتتم عملية الأحياء من إزالة المانع من الانتفاع بالأرض كأن يقوم بزراعتها أو أعمارها.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في شرط تملك الأرض الموات بالإحياء هل تملك بإذن الإمام أو الحاكم أو لا يشترط ذلك وكانوا على أربعة أقوال:

القول الأول: التفصيل بين زمان حضور المعصوم (عليه السلام) وزمان

غيبته، فاشتراط فقهاء الإمامية إذن الإمام إذا كان حاضراً، ويملك المحيي سواء

١- ينظر: العلامة الحلي، تحرير الأحكام، تح: الشيخ إبراهيم البهادلي، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، قم، ط١، ١٤٢١هـ، ٤/٤٨٤.

٢- ينظر: حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المادة رقم (١٢٧٠)، ٢/٢٧٧.

٣- الطوسي، المبسوط، ٣/٢٦٨.

كان مسلماً أو كافراً مع قصد التملك في حال غيبة الإمام (عليه السلام)¹، قال العلامة الحلي: ((قد بينا أنّ هذه الأرض للإمام خاصّة ليس لأحد إحيائها إلا بإذنه، وإذنه شرط في الإحياء، سواء كان قريباً من العمران أو لم يكن. والذمي لا يملك بالإحياء، ولو أذن له الإمام، فالوجه أنّه يملكه وإن كان في بلاد الإسلام، ولو بادر مبادراً فأحيها، لم يملكها من دون إذنه. ولو كان الإمام غائباً كان المحيي أحقّ بها ما دام قائماً بعمارتها، فإن تركها فزالت آثاره فأحيها غيره، كان الثاني أحقّ، فإذا ظهر الإمام، كان له رفع يده عنها))². وهذا أرجح الأقوال لدى الباحث فلا شبهة ولا أشكال لدينا في كون الأرض الموات ملكاً للإمام (عليه السلام)، قال السيد الخوئي: ((أنّه لا إشكال ولا خلاف في أصل الحكم، وهو أنّ الأرض الموات بالأصالة للإمام))³.

القول الثاني: يرى تملك الأرض الموات بالإحياء دون إذن الحاكم أو السلطات الحكومية، وفي سبيل ذلك فإن المستصلح للأرض الموات يملك حق الاختصاص بما يحييه. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وبعض المالكية في قول، فذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الإحياء بذاته سبب للملك بلا الحاجة إلى إذن الإمام⁴، قال أبو يوسف في مسألة إحياء الموات بإذن الإمام: ((أما أنا فأرى إذا لم يكن فيه ضرر لأحد ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله جائز إلى يوم القيامة، فإذا جاء الضرر فهو على الحديث: وليس لعرق ظالم حق))⁵.

١- ينظر: الشهيد الثاني، مسالك الأفهام، تح: مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ط١، ١٤١٧هـ، ٣٩٣/١٢.

٢- الحلي، تحرير الأحكام، ٤/٤٨٤.

٣- السيد الخوئي، موسوعة الإمام الخوئي، التتقيح، إيران، ١٤٢٨هـ، ٣٧: ٢٣٠-٢٣١.

٤- ينظر: الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد (ت: ٨٠٠هـ)، الجوهر النيرة، المطبعة الخيرية، ط١،

١٣٢٢هـ، ٣/٤٢٤.

٥- الخراج، ٦٤.

وقال أيضا: ((معنى هذا الحديث عندنا على الأرض الموات التي لا حق لأحد فيها ولا ملك، فمن أحيائها وهي كذلك فهي له: يزرعها ويؤجرها ويؤجرها ويكري منها الأنهار ويعمرها بما فيه مصلحتها، فإن كانت في أرض العشر أدى عنها العشر، وإن كانت في أرض الخراج أدى عنها الخراج، وإن احتقر لها بئرا أو استتبط لها قناة كانت أرض عشرٍ))^١.

والنظر في الحديث النبوي الذي استدل به أبو يوسف القاضي ودلالته على المدعى، يستدعي دراسة الزمان والمكان والظروف المحيطة بهذا الحديث؛ لكي يتم فهمه فهماً صحيحاً، نعم ظاهر الحديث يفيد ملكية الأرض الميتة لمن بادر إلى إحيائها.

القول الثالث: يرى منع تملك الأرض الموات بالإحياء إلا بإذن الحاكم أو السلطات الحكومية مطلقاً، وإذا فعل ذلك من دون إذن رسمي كان معتدياً، ولا حق له فيما وضع يده عليه، وهو قول أبي حنيفة، فاشتراط ذلك؛ منعاً للمنازعات، مستدلاً على ذلك بقول الرسول الأكرم (صلى الله عليه وآله): ((ليس لأحد إلا ما طابت به نفس إمامه))^٢، وهذا الرأي أخذت به مجلة الأحكام العدلية^٣.

القول الرابع: يرى التفصيل في الأرض الموات بين القريب من العمران والبعيد عنه، فإن كان الموات قريباً من العمران فلا يجوز إحياءه إلا بإذن الحاكم، وإن كان الموات بعيداً عن العمران فلا يشترط إذن الإمام. وهو مذهب المالكية في المشهور، واستثنى الإمام مالك الأراضي المجاورة للعمران من حكم الإحياء، خلافاً للأراضي البعيدة عن العمران، فيملكها الفرد بمجرد الإحياء ولا يشترط في الملك أذن الإمام^٤.

١- أبو يوسف، الخراج، ٦٥.

٢- الماوردي، الأحكام السلطانية، ٢٠٩، ورواه الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب، المعجم الكبير، تح: حمدي بن عبد المجيد، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ط٢، ١٤٠٤هـ = ١٩٨٣م، ٢٠/٤.

٣- ينظر: حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المادة رقم (١٢٧٢)، ٢٨١/٢.

٤- ينظر: القرافي، الفروق، ٣٥٩/١.

والشريعة الإسلامية اعطت الحاكم سلطة على تقييد حق الملكية وسحب الأرض من ملكية محيي الأرض إذا اهملوا عمارتها بعد الشروع في الإحياء عقاباً لهم على تعطيل وظيفة الأرض الاجتماعية، وقد ورد عن الإمام الكاظم (عليه السلام) أنه: ((قال: إن الأرض لله جعلها وفقاً على عباده، فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علة أخرجت من يده ودفعت إلى غيره ومن ترك مطالبة حق له عشر سنين فلا حق له)).^١

فللسلطان والحاكم أن يأخذ الأرض ممن تملكها بالإباحة، إذا أهمل زراعتها؛ لاقتضاء المصلحة العامة ذلك، فضلاً عن وجود حق للفقير في الزرع. قال الشيخ الطوسي: ((فإن أحر الإحياء فقال له السلطان إما أن تحييها، أو تخلي بينه وبين غيرك حتى يحييها، فإن ذكر عذراً في التأخير مثل أن يزعم أن الآلة قد عابت يريد إصلاحها أو أصحابه وأكرته هربوا أو عبده أبقوا واستأجل في ذلك أجله السلطان في ذلك، وإن لم يكن له عذر في ذلك وخيره السلطان بين الأمرين فلم يفعل، أخرجها من يده)).^٢

وذهب فقهاء المذهب الحنفي إلى أن المحيي إذا أهمل عمارة الأرض ثلاث سنين، جاز للحاكم أن ينزع ملكية الأرض عنه، ويقوم بإعطائها إلى من يقوم بإعمارها؛ لأنه بتركه أياها هذه المدة قصد تلفها وإماتتها، فوجب على الإمام إزالة يده عنها^٣، وفي هذا الشأن يقول أبو يوسف: ((وليس لمتجر حق بعد ثلاث سنين))^٤، وفي المذهب الشافعي لا يلزم التأجيل، وإنما المعتبر فيه القدرة على الإحياء فإن مضت مدة يقدر فيها على الإحياء ولم يحيي، فيقال له: إما أن تحييها وتبقى تحت يدك وأما أن ترفع يدك عنها لتعود إلى حالة قبل الأحياء^٥.

١- الكليني، الكافي، ١٠/٤٩٤.

٢- المبسوط: ٣/٢٧٣.

٣- ينظر: الزبيدي، الجوهرة النيرة، ٣/٤٢٧.

٤- الخراج، ٦٥.

٥- ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية، ٢٢٩.

وبهذا يتضح ان لحق التملك الفردي صفة مزدوجة: فردية وجماعية في آن واحد، أما الفردية فلأن الحق مميزة، تخول صاحبها الاستئثار بثمرات حقه، وهو وسيلة لتحقيق مقصد الشارع، وفي هذا اعتراف بالفرد وتكريم له؛ إذ الشريعة رسالة تعنتي بالفرد باعتباره لبنة في بناء المجتمع، وأما الجماعية فتبدو في تقييد هذا الحق بمنع اتخاذه وسيلة إلى الإضرار بالغير، قصداً أو بغير قصد، بالنظر إلى مآلات استعماله بناء على غاية الحق، وأصول التكافل والتضامن الاجتماعي، ومبدأ الاستخلاف القائم على حسن استغلال الموارد التي أنعم الله تعالى بها على الإنسان.

الفرع الثاني: سلطة الحاكم في نزع الملكية الخاصة

إن الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية تمتاز بطبيعة متميزة، تركز مثلما أشرنا سابقاً على أن المالك الحقيقي لكل ما في الكون هو الله سبحانه وتعالى قال تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ ۚ وَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾^١، والإنسان مستخلف في هذه الأرض، وسخرت له ما في السموات والأرض من النعم، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً ۗ وَمِنَ النَّاسِ مَن يُجَادِلُ فِي اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى وَلَا كِتَابٍ مُّنبِئٍ﴾^٢، وهذا الاستخلاف الإلهي مقيد وليس مطلقاً، ومن ثمّ فملكية الإنسان ليست ملكية أصيلة، بل هي ملكية معارة له من قبل الله تعالى.

وهذه الملكية المعارة لا يجوز التعدي عليها، فالأصل في انتقال ملك شخص إنما هو الرضا والاختيار وطيب النفس، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^٣، وقال تعالى: ﴿وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾^٤، وبالرغم من ذلك فقد اجازت الشريعة الإسلامية نزع الملكية عن صاحبها وذلك عندما تدعو الحاجة إليه، إما مراعاة لمصلحة عامة أو مراعاة لمصلحة فردية أخرى أولى بالاعتبار من مصلحة المالك، ومعنى نزع الملكية الخاصة استيلاء الحاكم على بعض ما يملكه الأفراد، تحقيقاً لمنفعة خاصة أولى أو لمنفعة عامة للمسلمين؛ لما له من ولاية في رعاية شؤون الأمة، فأعباء الدولة وحاجاتها تتسع بشكل كبير وسريع، ومسؤولية الحاكم في النهوض بهذه الأعباء قد تقتضي منه الحد من بعض الحريات وتقييد حقوقهم

١- المائدة: ١٢٠.

٢- لقمان: ٢٠.

٣- النساء: ٢٩.

٤- النساء: ٤.

بما يحقق النفع العام، وهذا الأمر لا ينفي كون الملكية حقا ثابتا للفرد، لكن مصلحة الجماعة يجب أن تقدم على مصلحة الفرد الشخصية حال الضرورة، وهذا الإجراء أمر استثنائي، فالحاكم لا يستطيع أن يمد يده إلى الملكية الخاصة لأحد إلا في حدود ضيقة جداً حددها الشارع المقدس، وبشرط أن يكون هدف النزاع تحقيق مصلحة عامة، كإقامة السدود، وإقامة المساجد، وتوسيع الطريق على حساب الدار، ومن دون توفر هذا الشرط يصبح كل نزاع اعتداء على أموال الناس بالباطل. وبهذا يتبين أن نزاع الملكية أمر استثنائي، ويقابل النزاع تعويض يعادل ما نزع، إذ يدفع مبلغاً من المال إلى المتضررين مقابل الملكية المنتزعة عنهم؛ لأن الشريعة الإسلامية ترفض أي ظلم يقع على صاحب الملك. يقول البوطي: ((فإن المعاقبة بأخذ المال، من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، لا يجوز... أما إن عرضت مصلحة عامة اقتضت نقل الملكية من صاحبها، وتحويلها إلى تلك الجهة العامة، فذلك شيء آخر لا علاقة له بالمعاقبة بأخذ المال، بل هو إجراء مدني بحت يُنظر إلى موقف الشريعة الإسلامية منه، من خلال مدى الحاجة أو الضرورة التي تستدعي هذا الإجراء. فإن وصلت المصلحة التي تستدعي ذلك إلى حد الضرورة جاز الاعتماد عليها في نقل الملكية الفردية لمقتضيات المصلحة العامة، مثاله التملك بموجب حق الشفعة، وتملك الأرض التي اقتضت الضرورة أن تبني مسجداً أو مشفى أو يشق منها طريق لا مناص منه، وعلى كل فإن شيئاً من ذلك لا يجوز إلا في مقابل تعويض كامل))^١.

ويجب على الحاكم عند قيامه بنزع الملك مراعاة الأمور الآتية:

١- البوطي، محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة، مكتبة الفارابي، دمشق، ط١، ١٤١٢هـ=١٩٩١م،

الأمر الأول: أن تصرف الحاكم منوط بالمصلحة^١

ويعني أن صحة تصرفات الحاكم على رعيته متوقف على تضمنها للمصلحة والمنفعة، فإن خلت من المصلحة فلا لزوم، وهذه القاعدة من أهم قواعد الحكم والسياسة الشرعية بين الحاكم والمحكوم، فتعد القاعدة الأم من قواعد الحكم، فهي تؤكد الجانب المحايد لوظيفة الحكم بوساطة الفصل بين شخص الحاكم ومهامه، ويدخل تحت هذه القاعدة العديد من القواعد المتفرعة عنها، منها ما ذكره الماوردي أنه ((لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن يُنصب إماماً فاسقاً، وإن صححنا الصلاة خلفه؛ لأنها مكروهة. وولي الأمر مأمور بمراعاة المصلحة، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه))^٢، ومن تطبيقات القاعدة عدم العفو عن القصاص مجاناً؛ لأنه خلاف المصلحة، قال ابن نجيم: ((وإذا كان فعل الإمام مبنياً على المصلحة فيما يتعلق بالأمور العامة لم ينفذ أمره شرعاً إلا إذا وافقه، فإن خالفه لم ينفذ))^٣، وقال العز عبد السلام: ((يتصرف الولاية ونوابهم بما هو أصلح للمولى عليه درءاً للضرر والفساد، وجلباً للنفع والرشاد))^٤ فتصرف الحاكم على الرعية إذا لم يكن لجلب مصلحة أو درء مفسدة باطل لا يلزم الرعية بتنفيذه أو التقييد به، وهذه القاعدة تدفع الفهم الباطل الذي قد يتوهمه بعض الناس من أن الحاكم الشرعي يتصرف من منظوره الشخصي، من غير أن يكون تصرفه مقيداً بأصول وضوابط.

١- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، ١٢٤.

٢- الرملي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن حمزة (ت: ٩٥٧هـ)، حاشية الرملي الكبير، دار الكتاب الإسلامي، ٢٢١/١.

٣- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ١٢٤.

٤- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أم القرى للطباعة والنشر، القاهرة، ٨٩/٢.

الأمر الثاني: المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة إذا تساوت الرتب^١؛ ولأجل هذا نجد أن علماء الأصول في تعريفهم للمصلحة يقسمونها إلى مراتب ثلاث بلحاظ الأهمية^٢:

- أ- الضروريات: وهي المصالح التي تضمن حفظ العناصر الخمسة المذكورة في مقاصد الشريعة وهي: (الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال).
- ب- الحاجيات: وهي من المراتب الأدنى للمصلحة، والتي من دونها تبقى العناصر الخمسة لكن مع عُسْر وصعوبة.
- ج- التحسينيات أو التزيينيات: وهي آخر مرتبة من مراتب المصلحة. وهي مرغوبة؛ فالبرغم من أن بقاء العناصر الخمسة يكون ميسراً بدونها، لكن تحصيلها يتناسب ومكارم الأخلاق ومحاسن الأدب والعادات.
- فإذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة وتساوت الرتب قدمت المصلحة العامة؛ لعموم نفعها وعظيم أثرها على المجتمع ككل، وهذه القاعدة تنطبق حرفياً على نزع الملكية الفردية، فضرر الفرد لا ينبغي أن يكون حجر عثرة إمام المصلحة العامة للمجتمع والمتمثلة في الاستفادة من العقار لغرض إقامة مشروع تنموي.

الأمر الثالث: قاعدة لا ضرر ولا ضرار^٣

إن نص القاعدة ينفي الضرر نهائياً، ويشتمل ذلك على دفعه قبل الوقوع، أو بعد وقوعه بإزالة آثاره، فإذا التقى ضرران: عام وخاص، فمن واجب الحاكم إزالة الضرر العام حتى وإن كان في إزالته إحداث ضرر بالفرد، مع وجوب

١- الرازي، فخر الدين (ت: ٦٠٦هـ)، المحصول، تح: د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة بيروت، ٢٠١٢هـ، ١٦٣/٦.

٢- البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ١١٩-١٢٠.

٣- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، صح: الزرقا، مصطفى أحمد، دار القلم، دمشق، سورية، ٢٠١٤هـ = ١٩٨٩م، ١٦٥.

التعويض عليه، نعم لو أمكن الوصول إلى المنفعة العامة من دون إحداث ضرر بالفرد، حينئذ لا يجوز المساس بحقوق الفرد، لحرمة بنظر الشريعة في تلك الحال. فإذا كان واجب الدولة والحاكم أن توفر المرافق والهيكل الضرورية لحياة أفراد المجتمع وتحسن معيشتها، وإيجاد السبل المثلى للنهوض بمتطلبات أفرادها، ولم تجد الدولة والحاكم سبيلاً لتحقيق هذه الأهداف إلا من طريق نزع الملكية، ففي هذه الحالة يصبح واجباً على الدولة فعل ذلك وحقاً من حقوقها، تكريساً للقاعدة الأصولية مقدمة الواجب واجبة.

وللحاكم حق التدخل لتقديم أحد المصلحتين بالاعتبار عند تنازعهما، وتأسيساً على ذلك اجازت الشريعة للحاكم نزع الملكية الفردية عند تصادمها مع مصلحة فردية أولى منها بالاعتبار.

وصور نزع الملكية تارة تكون لمصلحة عامة وأخرى لمصلحة خاصة وعليه يكون الكلام في نقطتين:

النقطة الأولى: صور نزع الملكية الخاصة من قبل السلطان لمصلحة عامة ومنها نزع العقار لتوسعة المساجد وتوسيع الطرق العامة ونحو ذلك من المصالح العامة، وهذا ما تولت مجلة الأحكام العدلية صياغته في المادة (١٢١٦)، التي نصها ما يأتي: ((لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان، ويلحق إلى الطريق، لكن لا يؤخذ من يده ما لم يتأد ثمنه))^١، فيكون من حق الحاكم أن يستملك ملك أي شخص بقيمته الحقيقية إذا وجدت منفعة عامة للمجتمع كتوسعة الطريق والمسجد وإن لم يرض صاحبه ببيعه، وأشار إليه صاحب مرشد الحيوان في المادة (١٦٢) بقوله: ((لا يُنزع ملك أحد من يده بغير حق شرعي))^٢، وقال في المادة (١٦٥): ((إذا اقتضت المصلحة العامة أخذ

١- حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المادة رقم (١٢١٦)، ٣/٢٣٣.

٢- باشا، محمد قدري، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المادة (١٦٢)، ٢٦.

ملك لتوسيع طريق العامة، يُؤخذ بقيمته، لكن لا يُؤخذ من يد صاحبه، ما لم يؤد له ثمنه، مقدراً بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة^١.

واتفق فقهاء المسلمين على سلطة الحاكم في نزع ملكية العقار للمصلحة العامة، قال الشهيد الثاني: ((واعلم أن بيع المكره إنما يقع موقوفاً مع وقوعه بغير حق، ومن ثم جاز بيعه في مواضع كثيرة، كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه، ونفقة واجب النفقة،، وبيع الحيوان إذا امتنع مالكة من القيام بحق نفقته، والطعام عند المخصصة يشترطه خائف التلف، والمحتكر مع عدم وجود غيره، واحتياج الناس إليه، ونحو ذلك))^٢.

وقال الزيلعي: ((إذا بنى قوم مسجداً واحتاجوا إلى مكان ليتسع فأدخلوا شيئاً من الطريق ليتسع المسجد وكان ذلك لا يضر بأصحاب الطريق جاز ذلك، وكذا إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روي عن الصحابة (رضي الله عنهم) لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام))^٣.

ونص الحطاب من المالكية على صور عديدة يجوز فيها نزع العقار للمصلحة العامة، فقال عند تعداده صور الجبر على البيع الشرعي: ((... كجبر القاضي المديان على بيع متاعه للغرماء، وجبر أهل الذمة على بيع أموالهم لأداء الجزية الشرعية، وجبر من له دار تلاصق الجامع أو الطريق على بيعها إذا احتيج إلى توسعتهما بها))^٤، كما قال في موضع ثان: ((إن من الجبر الشرعي جبر من له ريع يلاصق المسجد، وافترق لتوسيع المسجد به على بيعه لتوسيع المسجد،

١- باشا، محمد قدری، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المادة (١٦٥)، ٢٦.

٢- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، تح: محمد كلانتر، مؤسسة الأعلمي للطبوعات، بيروت، لبنان، ط١، ٢٢٧/٣-٢٢٩.

٣- تبیین الحقائق في شرح كنز الدقائق، ٣/٣٣١-٣٣٢.

٤- مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تح: اليعقوبي، محمد يحيى بن محمد الأمين، دار الرضوان، ط١، ١٤٣١هـ=٢٠١٠م، ٤٠/٥.

وكذلك من له أرض تلاصق الطريق بذلك أفتى ابن رشد، واحتج على فتياه بقول سحنون يجبر ذو أرض تلاصق طريقاً هدمها نهر لا يمر للناس إلا فيها على بيع طريق فيها لهم بثمن يدفعه الإمام من بيت المال^١.

أما الحنابلة فقد ذهب إمامهم أحمد إلى جواز نزع العقار للمصلحة العامة، فعندما سئل عن حكم بيع دور مكة قال الفراء أبو يعلي: ((شراء دورها وبيعها مكروه. فسوى بين الشراء والبيع في المنع. وقوله في رواية ابن منصور أما الشراء فقد اشترى عمر معناه: داراً للسجن. وقد بين ذلك في رواية أبي طالب، وقال اشترى للمسلمين ولم يرد بذلك جواز شرائها على الإطلاق. ويحتمل أن يكون عمر اشترى بنيان دار للسجن فسمى ذلك داراً^٢). وبهذا كان يرى جواز نزع الملكية للمصلحة العامة في دور مكة مع أن بيعها واجارتها عنده ممنوع، فيكون نزع ملكية غيرها من باب أولى.

ونزع الملكية الخاصة من أجل منفعة عامة داخل تحت القاعدة المشهورة، يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام^٣، وهذه المصلحة العامة المقدمة ينبغي أن تكون ذات أهمية كبيرة جداً، وهي تختلف باختلاف الأحوال ومن يقرر أهميتها ويحدد المصلحة هو الحاكم؛ لأن تصرف الحاكم في أمور الرعية منوط بالمصلحة^٤.

النقطة الثانية: صور نزع الملكية مراعاة لمصلحة خاصة جديرة بالاعتبار، ومنها ما إذا امتنع الراهن عن بيع الرهن عند حلول أجل الدين، فللحاكم أن ينزعه من الراهن ويبيعه من دون الحاجة إلى إجباره بحبس أو ضرب أو تهديد، وقيل إن الحاكم مخير بين التعزير والحبس ليجبره على البيع، أو يبيعه هو، قال الشيخ

١- مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٤١/٥.

٢- الفراء، محمد بن الحسين، الأحكام السلطانية، ١٩٠.

٣- الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ١٩٩.

٤- ينظر: ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، ١٢٤.

الطوسي: ((إذا حل الحق فإن الراهن يُطالب بقضاء الدين فإن قضى من غيره انفك الرهن وإن امتنع من قضاؤه من غيره طولب ببيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه، وإن امتنع من بيعه فإن رأى الحاكم حبسه وتعزيره حتى يبيعه فعل، وإن رأى أن يبيعه بنفسه فعل وحل له ذلك))^١.

وذكر النووي ما نصه: ((وإن طلب المرتهن بيعه، وأبى الراهن، ولم يقض الدين، أجبره القاضي على قضاؤه، أو البيع، إما بنفسه، أو وكيله، فإن أصر، باعه الحاكم))^٢.

وجاء في القواعد الفقهية ما نصه: ((إذا امتنع من بيع الرهن فإن الحاكم يجبره عليه ويحبسه، فإن أصر باع عليه، ومن الأصحاب من يقول الحاكم مخير إن شاء أجبره على البيع وإن شاء باع عليه، وهو المجزوم به في المغني))^٣.

وذهب أبو حنيفة إلى القول بعدم جواز نزع الملكية للرهن وبيعه من دون رضاه، بل يحبسه حتى يبيعه لنفسه، قال الكاساني: ((وليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن، لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه عند أبي حنيفة - عليه الرحمة -، وعندهما له أن يبيع عليه))^٤.

وقد استدل أبو حنيفة على هذا القول بأن ولاية الحاكم ثابتة على من عليه الحق، لكنها غير ثابتة على ماله، فلا ينفذ بيع الحاكم إلا بإذن الراهن^٥، وقد أجاب ابن قدامة على هذا الاستدلال بما نصه: ((ولنا أنه حق تعين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن))^٦.

١- المبسوط، ٢/٢٢٤.

٢- روضة الطالبين، ٣/٣٢٨.

٣- الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت: ٧٩٥هـ)، القواعد، دار الكتب العلمية، ٣٢.

٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م، ٦/١٨٤.

٥- ينظر: المقدسي، ابن قدامة، المغني، ٦/٥٣١.

٦- م. ن.

والراجح لدى الباحث هو سلطة الحاكم في نزع ملكية الراهن عن العين المرهونة وبيعها من قبل الحاكم؛ وذلك لوجهين:

الأول: في بيع الرهن مصلحة للراهن والمرتهن، فالراهن تبرأ ذمته من الديون أو بعضها، على حين يصل المرتهن إلى حقه.

الثاني: إن في حبس الراهن تأخير لحق المرتهن، هذا إن استجاب لبيع الرهن، أما إذا تعنت ولم يبيع الرهن، واختار البقاء في السجن فالضرر أشد حينئذ وإزالة هذا الضرر على المرتهن أن يقوم الحاكم بنزع ملكية الراهن وبيع العين لقضاء الدين.

ومن صور نزع الملكية من قبل السلطان لمصلحة خاصة نزعها لإزالة الضرر، فإذا كان لإنسان ملك في أرض غيره، وتضرر صاحب الأرض من دخوله، فإنه يُجبر على إزالته، لدفع ضرر الدخول.

والأصل في هذا ما رُوي عن سمرة بن جندب رواه الكليني بسنده عن زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام) وورد فيه لا ضرر ولا ضرار^١. إذ دل هذا الحديث على جواز نزع الملكية الخاصة لإزالة الضرر، وقد فرق بين الضرر والضرار أن الضرر بمعنى تكرار صدور الضرر، بخلاف الضرر، فإنه صدور الضرر مرة واحدة فقط، وهذا الفرق هو المناسب في المقام؛ لأن الرسول (صلى الله عليه وآله) في مقام بيان أن سمرة بن جندب كثير الضرر ومصر عليه^٢، فالأمر بالقلع هنا كان للإصرار على المضارة والامتناع عن قبول ما يدفع ضرر المالك؛ وما ذلك إلا لقاعدة (الضرر يزال)^٣، ومعنى القاعدة نفي الضرر ومنعه مطلقاً، سواء أكان الضرر خاصاً أم عاماً، ويشمل الضرر الواقع والمتوقع، فإذا كان الضرر واقعاً

١- الكافي، ١٠/٤٧٦-٤٧٨.

٢- ينظر: البجنوردي، محمد حسن، القواعد الفقهية، تح: مهدي المهريزي ومحمد حسن الدرايني، نشر الهادي، مطبعة الهادي، ط: ١، ١٤١٩هـ. ق= ١٣٧٧هـ. ش، ١/٢١٤.

٣- حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المادة رقم (١٩)، ١/٣٦.

وجب إزالته، وإن كان الضرر متوقفاً وجب دفعه بكل طريقة ممكنة؛ لأن دفع الضرر قبل وقوعه أولى من إزالته بعد الوقوع^١، وعلى هذا فأبي تصرف ينشأ عنه ضرر وإن كان في الأصل مشروعاً، منع درءاً للمفسدة والمضرة؛ لهذا قيدت حق الملكية بعدم المضارة بالغير.

وروى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه: ((كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه فمنعه صاحب الحائط، فكلم عبد الرحمن عمر فقضى عمر أن يمر به، فمر به))^٢.

والرواية تثبت أن الأصل تقييد حق الملكية، إذا كان في استعمالها مضارة، وليس للمالك حق التصرف في ملكه، وللحاكم سلطة أن يقيد حق الملكية، وفي ذلك يقول ابن قدامة: ((ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره، نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قسارة يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها. وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة. وعن أحمد رواية أخرى: لا يمنع. وبه قال الشافعي، وبعض أصحاب أبي حنيفة؛ لأنه تصرف في ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره، فلم يمنع منه، كما لو طبخ في داره أو خبز فيها، وسلموا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها))^٣.

وعليه لا يجوز استعمال حق الملكية استعمالاً يوجب الضرر للآخرين سواء وجدت مصلحة قليلة للمالك أو لم توجد أصلاً.

١- ينظر: الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ٢٢٧.

٢- موطأ مالك، تح: محمد مصطفى أعظمي، مؤسسه زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية،

امارات، أبوظبي، ط١، ١٤٢٥هـ، ٤/١٠٧٩-١٠٨٠.

٣- المغني، ٥٢/٧.

ومن الصور الأخرى لنزع الملكية جبراً على صاحبها، رعاية لمصلحة فردية أخرى، هي أولى بالاعتبار من مصلحة المالك الجديد، هي الشفعة وسنبين تعريفها وحكم الأخذ بها، إذ اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للشفعة؛ تبعاً لاختلافهم في الأحكام المتعلقة بها، فيرى الإمامية إن الشفعة استحقاق الشريك في المبيع تسليمه على المبتاع بمثل ما نفذ^١، على حين عرفه الحنفية بأنها: حق تملك العقار المبيع جبراً على المشتري بما قام عليه من ثمن وتكاليف لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار^٢.

وقال المالكية في تعريف الشفعة: إنها استحقاق شريك أخذ بيع شريكه بثمنه^٣، وعرفها الشافعية بأنها: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض^٤.

وعرفها الحنابلة بأنها: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه^٥.

والملاحظ في التعريفات السابقة ان الإمامية أطلقوا حق الشفعة في كل شيء، من عقار وضيعة ومتاع وعروض وحيوان ومما انفردت به الإمامية القول: بأن الشفعة إنما تجب إذا كانت الشركة بين اثنين، فإذا زاد العدد على الاثنين فلا شفعة. وخالف سائر الفقهاء في ذلك وأوجبوا الشفعة بين الشركاء قل أو كثر عددهم^٦.

١- الحلبي، أبو صلاح، الكافي في الفقه، تح: رضا أستاذي، مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليّ (ع) العامة، أصفهان، ٣٦١.

٢- الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ٢٣٩/٥.

٣- ينظر: المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ٣٦٦/٧.

٤- ينظر: القليوبي، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، ٤٣/٣.

٥- المقدسي، ابن قدامة، المغني، ٤٣٥/٧.

٦- ينظر: الشريف المرتضى، الانتصار، تح: مؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ١٤١٥هـ، ٤٤٨.

وانفردت الحنفية بثبوت الشفعة للشريك والجار، على حين قال جمهور الفقهاء الباقيين تثبت للشريك فقط دون الجار.

واجمع الفقهاء على مشروعية الشفعة إلا الاصم قال بعدم مشروعيتها^١، مستدلاً على ذلك إن الشفعة تخالف قاعدة الرضائية في العقد، والجواب عليه بان الشفعة وإن خالفت قاعدة الرضائية، لكنها وافقت قاعدة لا ضرر ولا ضرار المتقدمة، وفي الشفعة دفع الضرر عن الشفيع، فإن قلنا: إن في الشفعة ضرراً على المشتري بتقويت ما كان يرجوه من نفع بشرائه العقار المشفوع فيه إلا أن دفع الضرر عن الشفيع أولى من تحصيل نفع عملاً بقاعدة ((دفع المفسد أولى من جلب المنافع))^٢، فلو كان عندنا مصلحة كبيرة، ومفسدة صغيرة، فحينئذ لا مفر من الاتيان بالمصلحة الكبيرة، ولو كان في ثناياها المفسدة الصغيرة. في الحدود، مثلاً هناك مفسدة على من يقام عليه الحد، لكن هناك مصالح كبيرة جداً في إقامة هذه الحدود، ومن ثم نقول بأن المصالح مقدمة؛ لأنها هنا كبيرة جداً، وهكذا لو كان العكس، قد يكون هناك فيه مسائل، تكون المفسدة فيها عظيمة، والمصلحة قليلة، ومن ثم ندرأ المفسدة الكبيرة، ولو كان فيها إزالة لتلك المصلحة الصغيرة. ومن أمثلة ذلك مثلاً، فيما يتعلق بانتزاع الملكية، فهناك مفسدة كبيرة، بعدم انتفاع الناس من هذا الطريق، وهناك مصلحة من بقاء الإنسان في بيته، قليلة شخصية، فقدمنا درء المفسدة الكبيرة، ولو تضمن ذلك عدم وجود المصلحة الصغيرة الجزئية.

فضلاً عن أن الشفيع أحق بالمشفوع فيه من المشتري بنص الشارع ومن كان أحق من غيره في شيء فمصالحته فيه أولى بالرعاية من مصلحة الغير.

١- المقدسي، ابن قدامة، المغني، ٤٣٦/٧.

٢- حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المادة رقم (٣٠)، ٤١/١.

وقد أجاب ابن قدامة عما استدل به الأصم قال: ((إننا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يُعدم من يشتري منهم غير شركائهم، ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء)).^١

إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن كان رفع الضرر لم يكن يمكن رفعة إلا بضرر أكبر أبقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بضرر دونه رفعه به، ولما كانت الشركة منشأ ضرر في الغالب؛ لوجود البغي بين بعضهم البعض لذا اعطى الشارع سلطة للحاكم لإزالة هذا الضرر تارة بالقسمة، وتارة أخرى بالشفعة، وفي الشفعة ليس هناك ضرر على الشريك؛ لأنه وصل إلى غرضه، فيكون الشريك أولى بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع؛ لأنه وصل إلى حقه من الثمن، وهذا من العدل الذي نادى به الشريعة السمحاء.

١- المقدسي، ابن قدامة، المغني، ٤٣٦/٧.

الفرع الثالث: سلطة الحاكم على بيع أموال المدين المفلس والحجر

عليه

إذا كان الشخص مديناً، وقد حان وقت سداد دينه، ولم يسدده، فلا يخلو الأمر من أن يكون معسراً، أو لا، فإن كان معسراً اتفق فقهاء المسلمين على عدم مطالبته بالدين، وعدم جواز حبسه، بل ينظر حتى يستطيع أداءه؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^١، فدللت الآية الكريمة على وجوب إنظار المعسر إلى اليسر وعدم مطالبته بالدين.

واتفق الفقهاء أيضاً على أنه إذا لم يكن معسراً وكان له مال نقود، فللحاكم نزاعها وبيعها لقضاء دينه.

نعم اختلفوا في بيع أموال المفلس من قبل الحاكم إذا كانت عروضاً أو عقاراً على قولين:

القول الأول: أن للحاكم بعد الحجر على المفلس سلطة منعه من التصرف بأمواله وبيعها لسداد دينه، هذا هو رأي مشهور الإمامية وغيرهم، ويتحقق الحجر عليه بتوافر شروط أربعة:

الشرط الأول: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم.

الشرط الثاني: أن تكون أمواله من عروض ومنافع وديون غير المستثنيات في الدين قاصرة عن ديونه.

الشرط الثالث: أن تكون ديونه حالة.

الشرط الرابع: أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه.

فإذا كان الشخص مديناً، وقد حان وقت سداد دينه ولم يكن في يده ما يسد به دينه الحال من الأموال، يرفع الدائنون الأمر إلى الحاكم ليحكم بالحجر عليه، إن لم يثبت إعساره عنده، ويقيد الحاكم تصرفه في أمواله، ويصدر الحاكم أمره بالحجر على المدين، يقول الشيخ الطوسي: ((المفلس في الشرع من ركبته

الديون، وماله لا يفي بقضائها، فإذا جاء غرماؤه إلى الحاكم، وسألوه الحجر عليه، فإنه يجب على الحاكم أن يحجر عليه إلا مقدار نفقته إذا ثبت عنده دينهم، وأنه حال غير مؤجل، وإن صاحبهم مفلس لا يفي ماله بقضاء دينهم، فإذا ثبت جميع ذلك عنده فلسه وحجر عليه. وتعلق بحجره ثلاثة أحكام: أحدها: أنه يتعلق ديونهم بعين المال الذي في يده. والثاني: أنه يمنع من التصرف في ماله، وإن تصرف لم يصح تصرفه. والثالث: أن كل من وجد من غرمائه عين ماله عنده، كان أحق به من غيره^١.

قال صاحب الهداية: ((وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما.... وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره، وهذا بالإجماع، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه^٢،

وقال الخرشي من المالكية: ((قوله وبيع ماله، والمعنى: أن الحاكم يبيع على المفلس ماله ويقسمه بين غرمائه^٣)).

وقال الشيرازي الشافعي: ((وإن ركبته الديون ورفع الغرماء إلى الحاكم وسألوه أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله فإن كان له مال يفي الديون لم يحجر عليه؛ لأنه لا حاجة به إلى الحجر، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه، فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ماله عليه؛ لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال: كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين، فكلم النبي غرماءه فلو ترك أحد

١- الخلاف، ٢٦١/٣.

٢- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت: ٥٩٣هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تح: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٨٢/٣.

٣- الخرشي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان، ٢٧٥/٥.

من أجل أحد لتركوا معاذا من أجل رسول الله، فباع لهم رسول الله ماله حتى قام معاذ بغير شيء))^١.

وقال ابن قدامة: ((ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجنب معاملته، فإذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام أحدها: تعلق حقوق الغرماء بعين ماله والثاني: منع تصرفه في عين ماله الثالث: أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط، الرابع: إن للحاكم بيع ماله وإيفاء الغرماء))^٢.

ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها إجماعا عندنا إلا من ابن جنيد^٣، نعم يباع منها ما يفضل عن حاجته إن كانت الدار واسعة يكتفي صاحبها بما يحتاج إليه، ويقضي ببقيتها دينه^٤، وذهب بعض فقهاء المذاهب إلى جواز بيع الدار ويؤجر له بدلها^٥ ولا يُباع ما يلبسه المفلس عادة، ويكفيه لترده وقضاء حوائجه، ويباع ما عداهما من الثياب، ويُنفق على المفلس وعياله مدة الحجر وقبل قسمة المال على الغرماء.

١- المذهب في فقه الإمام الشافعي، تح: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٢هـ=١٩٩٢م، ٢٤٦/٣-٢٤٧.

٢- المغني، ٥٣٧/٦.

٣- ينظر: البجراني، يوسف بن أحمد بن إبراهيم (ت: ١١٨٦هـ)، الحقائق الناضرة، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ٤٠٩/٢٠.

٤- ينظر: العاملي، محمد جواد، مفتاح الكرامة، تح: الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤٢٨هـ، ٢٨/١٥.

٥- ينظر: الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المطبعة الأزهرية، مصر، ط٣، ١٣١٩هـ، ٢٧٧/٣.

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى عدم الحجر على المدين المفلس بسبب الدين، فإن وجبت على الرجل، وطلب غرماؤه حبسه، حبسه القاضي^١، وقال به أبو حنيفة.

ذكر الزيلعي ذلك قائلا ما نصه: ((لا يبيع القاضي عَرْضَ الْمَدِينِ وَعَقَارَهُ وهذا عند أبي حنيفة))^٢.

والقول الأول هو القول الأقوى؛ لأن الحجر على المفلس ومنع الحاكم له في التصرف بأمواله تحقيق لمصلحة المفلس والغرماء، أما المفلس فتبرأ ذمته، ومصلحة للغرماء بوصول حقوقهم إليهم بصورة سريعة دون مضرة تترتب على المفلس. بل إن المضرة تتحقق على المفلس بحبسه والتضييق عليه.

١- ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق، ١٩٩/٥.

٢- م. ن، ٢٠٠/٥.

الفرع الرابع: سلطة الحاكم في منع الاحتكار

الاحتكار في نظر الفقهاء: ((حبس الغلات الأربع^١ والسمن والزيت والملح، على الأقرب فيهما، توقعاً للغلاء والأظهر تحريمه مع حاجة الناس إليه، ومظنتها الزيادة على ثلاثة أيام في الغلاء وأربعين في الرخص، للرواية، فيجبر على البيع حينئذٍ. ولا يسعر عليه إلا مع التشدد، لقول النبي (صلى الله عليه وآله): إنما السعر إلى الله. ولا يسعر في الرخص قطعاً، فيحرم فعله))^٢.

وقد نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن الاحتكار لما فيه من ضرر بمصلحة المجتمع، فعن أبي عبد الله (عليه السلام) ((قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): الجالبُ مرزوق، والمُحتكرُ ملعون))^٣.

واختلف الفقهاء في حكم الاحتكار على قولين :

القول الأول: إن الاحتكار محرم: وبه قال الشيخ الصدوق^٤ والعلامة الحلي^٥، وابن إدريس الحلي^٦، وجمهور الفقهاء من الحنفية^٧ والمالكية^٨ والشافعية على الصحيح^٩ والحنابلة^{١٠}.

١- المراد من الغلات الأربعة القمح والشعير والتمر والزبيب.

٢- العاملي، محمد بن جمال الدين مكي، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٨٠/٣.

٣- الكليني، الكافي، ٦٠/١٠.

٤- ينظر: من لا يحضره الفقيه، مقدمة وتص: الغفاري، علي أكبر، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الإسلامي بقم المقدسة، ط٢، ١٤٠٤هـ.ق، ٢٦٥/٣.

٥- ينظر: قواعد الأحكام، ١١/٢.

٦- ينظر: السرائر: ٢٣٨/٢.

٧- ينظر: الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع، ١٢٩/٥.

٨- ينظر: الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٨/٥.

٩- ينظر: النووي، روضة الطالبين، ٧٨/٣.

١٠- ينظر: البهوتي، كشف القناع، ١٤١٧.

القول الثاني: أن الاحتكار مكروه: وبه قال الشيخ الطوسي^١، وصاحب الجواهر^٢، إذ عبروا عنه بالكراهة إذا كان يضر بالناس، وقال به بعض علماء الشافعية، وقد نقل النووي عنهم هذا القول^٣.

والرأي الراجح هو القول بالتحريم؛ لأن الاحتكار مصلحة خاصة للتاجر، وتحريمه يحقق مصلحة عامة، وعند تعارضهما يقدم الفقهاء المصلحة العامة على المصلحة الخاصة؛ ولأن الاحتكار فيه عسر على الفقراء والمحتاجين من الناس. والشريعة الإسلامية قصدت بتحريمها الاحتكار اتقاء ضرره على العباد، والتوسعة عليهم وابعادهم عن نتائج الكارثية، بسبب التحكم بأرزاق المسلمين وضرورياتهم، وللحاكم أن يتخذ من الوسائل ما يراه مناسباً ومحققاً لمصلحة العباد، وحامياً لهم من ضرر الاحتكار.

ومن جملة الوسائل التي يتخذها الحاكم:

أولاً: أن ينهي الحاكم التاجر المحتكر عن الاحتكار، ويأمره ببيع ما احتكره من المواد الزائدة عن كفايته وعائلته، بعد الوعظ والإرشاد. **ثانياً:** إن امتنع عن البيع بعد الوعظ والإرشاد فللحاكم أن يمنع تصرفه في أمواله المحتكرة، وبيعها للناس بثمن المثل الذي لا يضر بالناس، واعطاؤه للتاجر المحتكر.

يقول الشيخ المفيد: ((وللسلطان أن يُكره المحتكر على إخراج غلته، وبيعها في أسواق المسلمين إذا كانت بالناس حاجة ظاهرة إليها))^٤.

١- ينظر: المبسوط، ١٩٥/٢.

٢- ينظر: الجواهر، محمد حسن باقر، جواهر الكلام، ٤٤٧/٢٢.

٣- ينظر: النووي، روضة الطالبين، ٧٨/٣.

٤- المقنعة، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرفة، ط٢، ١٤١٠هـ، ٦١٦.

وذكر صاحب الهداية: ((هل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه. قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون، وقيل يبيع بالاتفاق؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام، وهذا كذلك))^١.

ونقل الحطاب الإجماع على منع التاجر المحتكر من التصرف فيما احتكره، وبيع الحاكم له، قال: ((كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان (أي طعام) واضطر الناس إليه، ولم يجدوا غيره، أُجبر على بيعه دفعاً لضرر عن الناس))^٢.

وذكر البهوتي ما نصه: (((ويجبر المحتكر على بيعه كما يبيع الناس) دفعا للضرر (فإن أبا) أن يبيع ما احتكره من الطعام (وخيف التلف) بحبسه عن الناس (فرقه الإمام) على المحتاجين إليه (ويردون مثله) عند زوال الحاجة))^٣.

ومما تقدم يظهر لنا أن عامة فقهاء المسلمين يرون وجود سلطة للحاكم في منع تصرف المحتكر فيما احتكره، وبيعه من قبل الحاكم على الناس بثمن المثل؛ وذلك لدفع ضرر الاحتكار على عامة الناس، ويكون جبر الحاكم للتاجر المحتكر على البيع دفعاً لذلك الضرر العام، بل إذا خاف الحاكم التلف والهلاك على أهل البلد، فيجوز له تفريق الطعام المحتكر عليهم، فإذا وجدوا ردوا مثله، وقد نص على ذلك البهوتي في قوله المتقدم، ولا يعد هذا غصباً، وهو مختص بزمن المجاعة لا مطلقاً.

فهذه الوسائل التي يلجأ إليها الحاكم لرفع الاحتكار، إذا كان بالناس حاجة إلى الأموال المحتكرة، أما إذا لم يكن للناس بها حاجة يكتفي الحاكم بالوعظ

١- المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية في شرح بداية المبتدي، ٤/٣٧٨.

٢- مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٥/٩.

٣- البهوتي، كشاف القناع، ١٤١٨.

والإرشاد من قبيل تذكيرهم بما قاله رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): ((من) احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالإفلاس أو الجذام)^١ ويرافق الاحتكار التسعير الإجباري وهو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولى من أمور المسلمين أمراً أهل السوق ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة^٢، ولقد قصد الشارع من تشريعه أحكام المعاملات هدفاً سامياً هو تحقيق المصلحة والعدل، والتسعير قائم على هذين الأمرين.

واختلف أقوال الفقهاء المسلمين في حرمة أو حلية التسعير الجبري، والسبب في ذلك الاختلاف يرجع إلى العمل بظواهر النصوص، وتقدير المصلحة، فمن عمل بالظواهر قال بحرمة التسعير الجبري، ومن يرى بأن مصلحة الأمة يراها ويقدرها الحاكم، فقال بجواز التسعير.

وتتلخص أقوال الفقهاء في حكم التسعير الجبري في حالة الغلاء في

قولين:

القول الأول: أن التسعير حرام، وهو مذهب مشهور الحنفية، فيما إذا لم يتعد التجار القيمة تعدياً فاحشاً، قال الحصكفي الحنفي: ((ولا يسعر حاكم) لقوله (عليه الصلاة والسلام): لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق (إلا إذا تعدى الأرباب عن القيمة تعدياً فاحشاً فيسعر بمشورة أهل الرأي) وقال مالك: على الوالي التسعير عام الغلاء، وفي الاختيار: ثم إذا سعر وخاف البائع ضرب الامام لو نقص لا يحل للمشتري))^٣.

١- مسند أحمد بن حنبل، ٢٨٤/١.

٢- ينظر: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت: ١٢٥٥هـ)، نيل الأوطار، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٩٧٣م، ٣٣٥/٥.

٣- الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٢م، ٦٦٢-٦٦٣.

القول الثاني: أن التسعير جائز، لكن الجواز على إطلاقه بل عند الحاجة واقتضاء المصلحة

قال الشيخ المفيد: ((وله أن يسعرها على ما يراه من المصلحة. ولا يسعرها بما يخسر أربابها فيها))، فالمصلحة العامة تقتضي التسعير إذا كان ترك التسعير يلحق ضرراً فاحشاً بأفراد المجتمع.

وهذا التسعير الواجب قائم أساساً على رعاية المصلحة العامة التي نهض الشارع بوجوب اعتبارها وجعلها وظيفة من وظائف الحاكم، وهي دفع الظلم الواقع أو المتوّقع عن العامة أو الدولة، أو دفع التعارض بين المصلحة العامة والخاصة والتوفيق بينهما، فهو محرم إذا أوقع ظلماً بالتجار - وهو علة نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن التسعير على عهده- وهو واجب إذا تعين وسيلة لدفع الظلم عن عامة المسلمين.

المطلب الثاني: سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الفردية الأخرى

الفرع الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق الزوج في تأديب زوجته

من حق الزوج على الزوجة أن تطيعه فيما أوجبه الله تعالى عليها من طاعته؛ لصريح قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾^١، وان للزوج أن يؤدب زوجته إذا نشزت، ووسائل التأديب ثلاث: العظة، والهجر في المضاجع، والضرب، ورتبتها الآية الكريمة تصاعدياً ابتداءً من الموعظة الحسنة^٢، بأن يذكرها بلين الكلام بوجوب إطاعته، ثم هجرها في المضجع حال نشوزها، والمقصود بالنشوز هو العصيان، إلا أن هذا المصطلح يحتاج إلى تبيان، فليس كل عصيان من الزوجة لزوجها يبيح حق التأديب له، فقد يأمر الزوج الزوجة بمعصية؛ لذا يجب تقييد المعصية بما أمرت الزوجة أن تطيع زوجها فيه، وأخيراً استعمال الضرب لكن بشرط أن يكون المقصود به التأديب لا العقاب والمقصود من الهجر توليتها ظهره، أو اعتزال فراشها.

وفي ذلك يقول العلامة الحلي: ((في الشقاق: وهو فعال من الشق، كأن كلا منهما في شق. وهو قد يكون بنشوز المرأة. فإذا ظهرت أمارته للزوج، بأن تقطب في وجهه، أو تتبرم بحوائجه، أو تتناقل وتدافع إذا دعاها، أو تغير عاداتها في أدبها، وعظها. فإن رجعت وإلا هجرها في المضجع، بأن يحول ظهره إليها في الفراش. وقيل: أن يعتزل فراشها. ولا يجوز له ضربها حينئذ، فإن تحقق النشوز

١- النساء: ٣٤.

٢- يقصد بالوعظ شرعا التنكير بعاقبة الامر وتكون بالحسنى واللين تحرياً لقبول الطاعات واجتناب المعاصي، ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٢/٣٠٥.

وامتنعت من حقه جاز له ضربها بأول مرة. ويقتصر على ما يرجو الرجوع به، ولا يبرح، ولا يدمي. ولو تلف بالضرب شيء ضمن))^١.

والمراد من الضرب، الضرب غير المبرح^٢.

ويجدر التنبيه إلى أنه إذا كان الضرب لا يجدي بحيث لا تعود الزوجة إلى بيت الطاعة به، فلا يجوز والحالة هذه ضربها، لأن الهدف المنشود وراء الضرب هو إصلاحها لا عقابها، فإذا إن الإصلاح لا يتأتى بالضرب فليس ثمة معنى للضرب. وقد ذكر ذلك زكريا الأنصاري الشافعي حين قال: ((فإن تكرر منها النشوز وكذا إن لم يتكرر ضربها لظاهر الآية فتقديرها: واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجوهن في المضاجع واضربوهن وإنما يضربها إن أفاد ضربها في ظنه وإلا فلا يضربها))^٣.

وقال صاحب منح الجليل: ((إن لم يفد الهجر (ضربها) ضرباً غير مبرح، وهو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة شيئا كالكسر، ومثل غير المبرح اللكزة والصفع ولا يضربها ضرباً مبرحاً ولو غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا به؛ لأنه تغرير (إن ظن) الزوج (إفادته) أي الضرب، فإن تحقق أو ظن عدم إفادته أو شك فيها فلا يضربها؛ لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها))^٤.

فيتبين مما سبق أن الضرب الذي يبيحه الشرع هو الضرب غير المبرح، وعليه، فلا يجوز بأي حال من الأحوال العدول عن ذلك، وأي ضرب يتعدى ذلك

١- قواعد الأحكام، ٩٦/٣.

٢- ينظر: الجواهري، جواهر الكلام، ٢٠٧/٣١.

٣- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تح: تامر، محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م، ٢٩٣/٣.

٤- عيش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٤هـ=١٩٨٤م، ٥٤٥/٣.

يعد عدوانا ومضارة في استعمال الحق، بل ذكر بعض الفقهاء أنه ((إن غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا بضرب مخوف لم يجز تعزيرها أصلاً))^١. فيجب أن يكون الدافع للزوج في استعمال حقه هو إصلاح حالها وحملها على طاعته، أما إذا كان التأديب لغاية أخرى كإجبارها على إعطائه مالها الخاص أو دفعها لارتكاب المنكر فلا يجوز، كما لا يجوز إن كان التأديب انتقاماً من الزوجة أو لمجرد الإيذاء.

وللحاكم السلطة في تقييد هذا الحق أو منعه إذا رأى أنه لا يحقق المقصد الشرعي الذي شرع لأجله. فالشرع أعطى الرجل سلطة ضرب زوجته الناشز بعد اتخاذ الخطوات المناسبة، إلا أنه يرى أن للحاكم تقييد هذه السلطة وضبطها ضبطاً لا يدع مجالاً لاستعمال هذه السلطة على غير وجهها، مثلما هو مشاع في عصرنا الحاضر، وهذا الرأي موافق لما قرره ابن عاشور إذ يقول: ((يجوز لولاة الأمور إذا علموا أن الأزواج لا يحسنون وضع العقوبات الشرعية مواضعها، ولا الوقوف عند حدودها أن يضربوا على أيديهم استعمال هذه العقوبة، ويعلنوا لهم أن من ضرب امرأته عوقب، كي لا يتفاقم أمر الإضرار بين الأزواج، لا سيما عند ضعف الوازع))^٢.

ويمكن تلخيص القول في هذه المسألة أن استعمال حق التأديب للزوج لا بد أن يكون لإصلاح حال الزوجة وهي الغاية التي شرع من أجلها هذا الحق، أما إذا استعمله في غير هذا القصد فيكون مضاراً، ويمنعه الحاكم من ممارسة حقه.

١- الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، ٣٩٣/٤.

٢- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، مؤسسة التاريخ، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م، ١١٩/٤.

الفرع الثاني: سلطة الحاكم في تقييد حق الحياة للفرد

يمكن القول إنّ أول حق يمكن إقراره للإنسان هو حقه في الحياة، فما أن يولد الإنسان يتقرر له هذا الحق، فحق الحياة هو الحق الأول للإنسان وبه تبدأ سائر الحقوق، وعند وجوده تطبق سائر الحقوق وعند انتهائه تنعدم الحقوق. وحق الحياة، هو وإن كان في الظاهر حقا للإنسان ولكنه في الحقيقة منحة من الله تعالى الخالق البارئ، وليس للإنسان فضل في إيجاده، وكل اعتداء عليه يعدّ جريمة في نظر الإسلام. وحياة الإنسان في نظر الإسلام هبة من الله تعالى، ولهذا فهي مقدسة مصونة ومحترمة، لا يجوز لأحد من خلق الله تعالى أن يعتدي عليها^١.

لذا تكفلت الشريعة الإسلامية بحق الحياة، بوصفه أعلى الحقوق؛ لكون الحياة منحة من الله تعالى لكي يؤدي رسالته على ظهر الأرض، فحرمت الشريعة أي اعتداء على هذا الحق، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): ((كل المسلم على المسلم حرام: عرضه وماله وبدنه))^٢، ولم تكتفِ الشريعة بمنع الاعتداء، بل قررت التضامن الجماعي بين المسلمين، قال (صلى الله عليه وآله): ((المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره))^٣.

وقد حضرت الشريعة الإسلامية أي اعتداء على حياة الإنسان أو على سلامة بدنه، وعد سبحانه وتعالى قتل نفس واحدة بلا حق كقتل كل الناس، قال سبحانه وتعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ

١- ينظر: أبو شبانة، ياسر، النظام الدولي الجديد بين الواقع الحالي والتصور الإسلامي، دار السلام،

القاهرة، ط٣، ٢٠٠٤م، ٥١٨.

٢٢- صحيح مسلم، ٤/١٩٨٦.

٣- مسند أحمد بن حنبل، ١٣/١٥٩.

جَمِيعًا^١ والخطاب نهي عن قتل النفس على إطلاقها سواء أكانت تلك النفس مسلمة أم لا.

وهذا الحق حاله حال بقية الحقوق في الشريعة مقيد وليس مطلقا، فهذا الحق يبقى محترماً ما دام لا يسلب حق الحياة من الآخرين، وإلا فإن حق الحياة يسلب منه، فتتفقد القصاص به من طريق الحاكم هو عين الحق، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^٢، وقال تعالى: ﴿كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^٣.

وبسنده عن عثمان قال سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقول: ((لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث بكفر بعد إيمان أو بزنى بعد إحصان أو يقتل نفسا بغير نفس فيقتل))^٤.

١- المائدة: ٣٢.

٢- الإسراء: ٣٣.

٣- المائدة: ٤٥.

٤- الدارمي، سنن الدارمي، ١٤٧٨/٣.

الفرع الثالث: سلطة الحاكم في تقييد الحق في حرية التنقل

أعطت الشريعة الإسلامية الإنسان المسلم وغيره من المقيمين في الدولة الإسلامية حق حرية التنقل، فقال (عز وجل): ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾^١، وهنا نلاحظ أن الشريعة الإسلامية في هذه الآية الكريمة قد جعلت من طلب الرزق هدفا ساميا يكون من التنقل، وقد تكون أغراض التنقل للخلاص من الاضطهاد وحماية النفس البشرية من الظلم والاضطهاد الذي تعرض له المسلمون من قبل المشركين في مكة وأمروا بالهجرة، وهي الانتقال من بلد لآخر، وهي شرعا انتقال المؤمن من بلد الفتنة إلى إذ يأمن على دينه، لكن هذا الحق ليس على إطلاقه، فالشريعة الإسلامية وضعت إطاراً قانونياً لتنظيم حرية التنقل من الموازنة بين مصلحة المجتمع من جهة ومصلحة الأفراد في ممارسة هذه الحرية من جهة أخرى. بحيث غلبت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة في هذا الخصوص ومثال على ذلك أن الرسول (صلى الله عليه وآله) قد قيد حرية الناس في ممارسة حقهم بالتنقل إذا اقتضت المصلحة العامة وذلك لدواعي الصحة أو الأمر العام أو الآداب فقد ورد عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه ذكر عنده الطاعون فقال: ((رجز أصيب به من كان قبلكم فإذا كان بأرض فلا تدخلوها وإذا كان بها وأنتم بها فلا تخرجوا منها))^٢ فقيد حرية التنقل لمصلحة عامة تتمثل في عدم انتشار الوباء.

وهكذا نرى أن الإسلام يحمي حرية الإنسان في التنقل لكنه لا يحميه بصورة مطلقة وإنما يورد القيود كلما دعت الضرورة إليها، فإذا وجدت تلك الظروف وكانت المصلحة العامة تقتضي تقييد حق التنقل فيجوز للحاكم الشرعي تقييد ذلك الحق.

١- الملك: ١٥.

٢- مسند أحمد بن حنبل، ٣/٨٥.

الفرع الرابع: سلطة الحاكم في تقييد الحق في حرية العقيدة

حق الحرية أكثر الحقوق التصاقاً بحق الحياة، ولذلك يُعدُّ من الحقوق الأساسية للإنسان، والحرية حق من حقوق الإنسان الفرد، فضلاً عن أنها حق من حقوق الشعب في التحرر من الاستعمار، والاستبداد، والاحتلال.

والإسلام لا يكره الإنسان على تبديل عقيدته، واعتناق الإسلام، وإن كان يدعوه إلى ذلك، ولكن الدعوة إلى الإسلام شيء والإكراه عليه شيء آخر، فالأول مشروع والثاني ممنوع، قال تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾^١، فالآية الكريمة هي بيان لآية سابقة وهي: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَعَلِمُوا أَنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^٢، إذ يبدو للقارئ أن القتال لأجل دخول العدو في الإسلام، فبين في هذه الآية أنه لا إكراه على الدخول في الإسلام^٣.

والبحث في حرية الاعتقاد في الإسلام يحتاج إلى لرد اعتراض البعض أين الحق في حرية العقيدة والمرتد عن دين الإسلام يُقتل؟؟؟
ويمكن الرد على هذا الاعتراض بنقطتين:
الأولى منها:

الردة هي الكفر بعد الإسلام عن وعي واختيار، وقد نصت الشريعة على استبشاع هذه الجريمة وتوعدت مرتكبها بأشد العقوبات، ولم يختلف أحد من فقهاء المسلمين على كون الردة جريمة، وذهب جمهور المسلمين إلى قتل مرتكبها، وخالف البعض في ذلك.

والخلاف دائر في هل الردة جريمة سياسية تتمثل في الخروج عن النظام العام للدولة، ومن ثمَّ يترك للحاكم معالجتها بما يناسبها من التعازير^٤ أم هي

١- البقرة: ٢٥٦.

٢- البقرة: ٢٤٤.

٣- ينظر: ابن عاشور، تفسير التحرير والتوير، ٢٥/٣.

٤- ينظر: السرخسي، المبسوط، ١١٠/١٠.

جريمة عقائدية تدخل ضمن جرائم الحدود التي هي حق لله فلا مناص للإمام من إقامة الحد فيها^١، وعلى القول الأول فلا يجب القتل، بل يعزر بما يراه الحاكم. أما على القول الثاني بوجوب القتل فالردة خيانة عظمى وإخلال للمسلم بالتزاماته ومفسدة للمجتمع؛ فحرية الارتداد معناها الوحيد إعطاء الآخرين حرية الإساءة إلى الإسلام وإهانة عقيدته، وهذا يُخالف النظام العام في الإسلام، وتقرر له العقوبة التي حددها النظام^٢.

وسبب تجريم المرتد وعقوبته أنه اعتدى على المسلمين وحاربهم وحاول فتنهم عن دينهم فتبين أن الباعث لهذه العقوبة التي حددها الإسلام لجريمة الردة حماية الإسلام^٣.

والردة تحمل في طياتها فساداً للأمة والأفراد فإجبار المرتد على البقاء في الإسلام إنما هو حذر من تمزيق وحدة المسلمين، وإخلال النظام العام في المجتمع، فلو خلي السبيل للمرتدين فسيصبحون كاليد الشلاء لا تعمل خيراً، ولا يخلو بقاءها من ضرر، وفي جعل عقوبة المرتد إباحة دمه زجر للأمم الأخرى في الدخول في الدين مشايعة للدولة، ونفاقاً لأهلها، وباعث لهم على التثبيت في أمرهم فلا يعتنقون الدين إلا عن بصيرة وسلطان بين^٤.

ويبين أن الباعث لهذه العقوبة الشديدة للمرتد ليس الكفر ذاته؛ بل لكفره واضراره بالمسلمين؛ ولهذا من لا يضر بالمسلمين من الكفار لا يُقتل، ومن أجل ذلك جاء استثناء الرهبان والنساء وغيرهم في حال مقاتلة الكافر.

١- ينظر: المقدسي، ابن قدامة، المغني، ٢٦٤/١٢.

٢- ينظر: أحمد، فؤاد عبد المنعم، أصول نظام الحكم في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٤١١هـ=١٩٩١م، ٢٧٥.

٣- م. ن، ٢٧٥-٢٧٦.

٤- ينظر: العمر، تيسير خميس، حرية الاعتقاد في ظل الإسلام، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤١٩هـ=١٩٩٨م، ٢٩٤.

قال ابن القيم الجوزي: ((القتل إنما وجب في مقابلة الحراب لا في مقابلة الكفر؛ ولذلك لا يُقتل النساء ولا الصبيان ولا الزمنى والعميان ولا الرهبان الذين لا يقاتلون))^١.

فالإسلام يُعد إطار عمل قانوني للجميع، والنظام العام الذي يتم حماية المجتمع الإسلامي من خلاله، والارتداد عن الدين الإسلامي يشكل محاولة عدوانية ضد النظام العام وضد مصلحة المجتمع؛ لذا لا تُعد عقوبة الردة متعارضة مع مبدأ الحق في حرية العقيدة؛ لأن الإسلام بالنسبة للمجتمع الإسلامي يمثل شريعة وقانونا يحكم حياة الأفراد الشخصية، وحياة المجتمع ككل^٢.

الفرع الخامس: سلطة الحاكم في تقييد الحق في الخصوصية الشخصية

يعد الحق في الخصوصية الشخصية واحداً من أهم حقوق الفرد التي كفلتها الشريعة الإسلامية ويدل على ذاتية الشخص التي يحرص على التكتّم عليها ولا يسمح لأحد ان يطلع عليها، ولكل فرد في العالم أشياء أو بيانات ومعلومات تعد جزءاً من حياته داخل أسوار المنزل أو العمل ولا يسمح لأي شخص بالتطفل عليها أو الاطلاع عليها، ما يتطلب كفالة حقه فيها واحترام حياته الخاصة، وإن من يتعمد الكشف عن أسرار الغير التي يتقانى في حفظها وسترها يعد مرتكباً لمخالفة شرعية إلا إذا أذن صاحب الشأن بذلك.

والحق في الحياة الخاصة قد أشار إليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ رَحِيمٌ﴾^٣، ولعل خير مثال علي تقييد الاسلام لحرمة وقداسة

١- أحكام أهل الذمة، تح: يوسف أحمد البكري، وشاكر توفيق، دار ابن حزم، الدمام، ط١، ١٤١٨هـ=١٩٩٧م، ١/١١٠.

٢- ينظر: المرزوقي، إبراهيم عبد الله، حقوق الإنسان في الإسلام، ترجمة: محمد حسين مرسى، المجتمع الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ٤٥٣-٤٥٤.

٣- الحجرات: ١٢.

الخصوصية الشخصية هو قول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ۚ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ ۚ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا ۗ هُوَ أَزْكَى لَكُمْ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ)^١ فالآية الكريمة تبين ضرورة تقديس حرمة مسكن الغير، وقد شرع القرآن والسنة النبوية الأسس الأخلاقية والآداب السلوكية لضبط سير الأفراد في المجتمع، فنهى النبي محمد (صلى الله عليه وآله) من التجسس على الناس إذ قال: ((إياكم والظن فان الظن اكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا ولا تتاجسوا ولا تحاسدوا ولا تدابروا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخواناً))^٢.

فللفرد الحق في السرية وكذلك الحق في الاسم يكفل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد الا ان هذا الحق ليس مطلقاً بل انه ككل الحقوق والحريات محكوم بمبدأ عدم التعرض لحقوق الآخرين وحررياتهم وان لا يكون المحتوى مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، فإن كان متعارضاً مع حقوق الآخرين، أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة فمن حق الحاكم وله السلطة أن يقيد هذا الحق، وللحاكم حق الدخول إلى المسكن وتفنيشه إذا استلزمت المصلحة العامة ذلك.

١- النور: ٢٧-٢٨.

٢- مسند أحمد بن حنبل، ١٤/١٩٩.

الفرع السادس: سلطة الحاكم في تقييد حق العمل

لقد أعطى الدين الإسلامي الإنسان الحق في اختيار العمل المناسب له بل حث على العمل ورفع من قيمته، فقد ورد في رواية أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: ((ملعون من ألقى كَلِّه على الناس))^١.

ولكن هذا الحق، وهذه الحرية لا يجب أن تخلو من الضوابط؛ إذ إن النفس البشرية مدفوعة بحب الذات والأثرة إلى فعل ما يناسب رغباتها، وإن كان ذلك على حساب الآخرين وحرّياتهم؛ لذا حدد الإسلام هذه الحرية بضوابط عدم التجاوز على حق الآخرين واستغلالهم، وفرض على صاحب العمل عدم استغلال العامل، وعدم التقصير في إعطائه أجره المناسب، وعدم تأخيرها عليه: ((اعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه))^٢، فضلا عن أن يكون العمل مباحا.

١- الكليني، الكافي، ٥٢٥/٩.

٢- سنن ابن ماجه، ٩٣/٤.

المطلب الثالث: سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الفردية في القانون

حقوق الإنسان هي أكثر الحقوق أهمية لدى أفراد المجتمع، وهي حقوق يتمتع بها كل فرد بمقتضى كرامته الإنسانية، وتحدد بموجبها العلاقات بين الفرد والدولة، وتُعيّن حدود سلطاتها في الوقت نفسه، وهي مجموع الحقوق الفردية والجماعية المُحدّدة في الدستور، وعلى الدولة أن تلتزم باحترام هذه الحقوق وحمايتها، وأغلب الحقوق مقيدة وليست بمطلقة، ومن الحقوق المطلقة الحق بعدم التعرض للتعذيب، إذ يُعد حقاً مطلقاً لا يمكن القبول بتقييده تحت أي ظرف، أما سائر الحقوق فتكون مقيدة لتحقيق التوازن بين حقوق الأفراد والمصلحة العامة.

ومن الأهداف المشروعة لتقييد الحقوق^١:

- ١- حماية حقوق الآخرين، عندما يكون هناك صراع بين الحقوق، فعلى سبيل المثال يُمكن تقييد الحق بحرية التعبير بالحاجة إلى احترام الآخرين.
- ٢- الصحة العامة: تفترض حماية الصحة العامة التي يعاني فيها فرد من أفراد المجتمع من مرض ويمكن أن يكون معدياً وقاتلاً، فيمكن تقييد حركة ذلك الشخص مثلما ورد في قانون الحجر الصحي.
- ٣- الأمن القومي: يمكن لحرية الحركة ان تتضارب مثلاً مع حماية أمن الدولة في بعض الظروف.
- ٤- الآداب العامة، ويمكن اعتمادها لتقييد حق حرية التعبير كمنشور المواد الإباحية.

ولكل نظام قانوني قيوده الصريحة أو الضمنية على الحقوق، فإذا وجدت في الدستور، فتقيّد به أو من طريق التشريعات.

١- ينظر: طاهري، حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، ٧٤. وينظر: عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ٢٣٦. وينظر: لقبيلات، حمدي، القانون الإداري، ٢٣٤.

ومن هذه الحقوق:

الفرع الأول: سلطة الحاكم في تقييد حق الحياة

ونعني بحق الحياة عدم جواز مواجهة الإنسان أي اعتداء تعسفي، يفقده صلاحية الحياة، ومن ثم يؤدي به إلى الموت، ويُعد حق الحياة جامعاً لكل الحقوق الأخرى؛ لأن الحياة شرط وجود واستمرار لسائر الحقوق ومن ثم فحق الحياة يسبق غيره من الحقوق، ولأهمية هذا الحق جرّم المشرّع العراقي قتل الأم طفلها حديث الولادة^١.

وعلى الرغم من أهمية هذا الحق الذي نص عليه الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٥) بقوله: ((لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)) إلا أن هذا الحق مُقيّد بالتشريعات وليس بمطلق من دون حدود أو قيود فقد سلب المشرع العراقي هذا الحق من الفرد وحكّم بالإعدام على الحالات الآتية:

١- الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي المنصوص عليها في المواد (١٩٠)^٢ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، والمادة

١- المادة (٤٠٧) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، إذ نصت المادة على أنه: ((يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو بالحبس مدة لا تقل عن سنة الام التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاء للعار إذا كانت قد حملت به سفاحاً)).

٢- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من شرع بالقوة أو العنف في قلب نظام الحكم الجمهوري المقرر بالدستور أو تغيير دستور الدولة أو شكل الحكومة، فاذا وقعت الجريمة من عصابة استعملت القنابل أو الديناميت أو المواد المتفجرة الأخرى أو الاسلحة النارية فتكون العقوبة الاعدام أو السجن المؤبد. وتكون الاعدام إذا ادت الجريمة الى موت انسان)).

(١٩١)١، والفقرة الثالثة من المادة (١٩٢)٢، والمواد (١٩٣)٣، و(١٩٤)٤، و(١٩٥)٥ و(١٩٦)٦، والفقرتين الأولى من المادة (١٩٧)٧.

- ١- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالإعدام او السجن المؤبد كل من تولى لغرض اجرامي قيادة قسم من القوات المسلحة او نقطة عسكرية او ميناء او مدينة بغير تكليف من الحكومة. ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من استمر في قيادة عسكرية أيا كانت خلافا للأمر الصادر له من الحكومة وكذلك كل رئيس قوة استبقى جنده تحت السلاح او محتشدين بعد صدور امر الحكومة بتسريحهم او تفريقهم)).
- ٢- وتنص المادة على أنه: ((وإذا ادى العصيان الى اصطدام مسلح مع قوات الدولة او أدى الى موت انسان او كان الفاعل امرا لقوة مسلحة او متراساً لها تكون العقوبة بالإعدام)).
- ٣- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت كل شخص له حق الامر في افراد القوات المسلحة طلب إليهم او كلفهم العمل على تعطيل اوامر الحكومة إذا كان ذلك لغرض اجرامي فاذا ترتب على ذلك تعطيل تنفيذ اوامر الحكومة عوقب بالإعدام او بالسجن المؤبد وعوقب من هو دونه من رؤساء الجند او قوادهم الذين اطاعوه بالسجن المؤبد او المؤقت)).
- ٤- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالإعدام كل من نظم او تراس او تولى قيادة ما في عصابة مسلحة هاجمت فريقاً من السكان او استهدفت منع تنفيذ القوانين او اغتصاب الاراضي او نهب الاموال المملوكة للدولة او لجماعة من الناس بالقوة او قاوم بالسلاح رجال السلطة العامة)).
- ٥- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالسجن المؤبد من استهدف اثاره حرب اهلية او اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين او بحملهم على التسليح بعضهم ضد البعض الاخر او بالحث على الاقتتال. وتكون العقوبة الاعدام إذا تحقق ما استهدفه الجاني)).
- ٦- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالسجن من حاول بالقوة او بالتهديد احتلال شيء من الاملاك او المباني العامة او المخصصة للمصالح او الدوائر الحكومية او المرافق او المؤسسات العامة او استولى بأية طريقة من الطرق على شيء من ذلك او حال دون استعماله للغرض المعد له. وإذا وقعت الجريمة من عصابة مسلحة تكون العقوبة السجن المؤبد او المؤقت لأفرادها او الاعدام او السجن المؤبد لمن أُلْف العصابة او تولى رئاستها او قيادة ما فيها)).
- ٧- وتنص الفقرتين على أنه: ((١ - يعاقب بالإعدام او السجن المؤبد كل من خرب او هدم او اتلف او اضر اضرار بليغا عمدا مباني او املاكا عامة او مخصصة للدوائر والمصالح الحكومية او المؤسسات او المرافق العامة او للجمعيات المعتمدة قانونا ذات نفع عام او منشآت النفط او غيرها من منشآت الدولة الصناعية او محطات القوة الكهربائية والمائية او وسائل المواصلات او الجسور او السدود او مجاري المياه العامة او الاماكن المعدة للاجتماعات العامة او لارتياح الجسور او اي مال عام له اهمية كبرى في الاقتصاد الوطني وذلك بقصد قلب نظام الحكم المقرر ب الدستور . ٢ - وتكون العقوبة الاعدام إذا استعمل الجاني المفرقات في ارتكاب الجريمة او إذا نجم عن الجريمة موت شخص كان موجودا في تلك الأماكن)).

- ٢- الجرائم ذات الخطر العام واستخدام المواد الجراثومية المنصوص عليها في المادة (٣٤٩)^١ والفقرة الأولى من المادة (٣٥١)^٢.
- ٣- الجرائم الخاصة بالإعتداء على سلامة النقل ووسائل المواصلات المنصوص عليها في المواد (٣٥٤)^٣ و(٣٥٥)^٤ من قانون العقوبات العراقي.
- ٤- جرائم القتل المتعمد المنصوص عليها في المادة (٤٠٦)^٥.

- ١- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة كل من أحدث عمدا غرقا من شأنه تعريض حياة الناس أو اموالهم للخطر أو شرع في ذلك. وتكون العقوبة الاعدام أو السجن المؤبد إذا افضى الغرق الى موت انسان)).
- ٢- وتنص الفقرة الأولى على أنه: ((يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من عرض عمدا حياة الناس أو سلامتهم للخطر بوضعه مواد أو جراثيم أو اي شيء آخر من شأنها ان يتسبب عنها الموت أو ضرر جسيم بالصحة العامة في بئر أو خزان مياه أو مستودع عام أو اي شيء آخر معد لاستعمال الجمهور، وتكون العقوبة الاعدام إذا نشأ عن ذلك موت انسان)).
- ٣- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالسجن من عرض عمدا للخطر بأية طريقة كانت سلامة الملاحة الجوية أو المائية أو سلامة قطار أو سفينة أو طائرة أو اية وسيلة من وسائل النقل العام. وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا نجم عن الفعل حدوث كارثة للقطار أو غيره مما ذكر. وتكون العقوبة الاعدام أو السجن المؤبد إذا ادى ذلك الى موت انسان).
- ٤- وتنص المادة على أنه: ((١- يعاقب بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أحدث عمدا تخريبا أو اتلافا بطريق عام أو مطار أو جسر أو قنطرة أو سكة حديدية أو نهر أو قناة صالحين للملاحة ٢- وتكون العقوبة السجن المؤبد أو المؤقت إذا استعمل الجاني المفرقعات أو المتفجرات في ارتكاب الجريمة.
- ٣- وتكون العقوبة الاعدام أو السجن المؤبد إذا ادى ذلك الى كارثة أو موت انسان)).
- ٥- وتنص المادة على: ((١- يعاقب بالإعدام من قتل نفسا عمدا في احدى الحالات التالية:
- أ - إذا كان القتل مع سبق الاصرار أو الترصد.
- ب - إذا حصل القتل باستعمال مادة سامة، أو مفرقة أو متفجرة.
- ج - إذا كان القتل لدافع دنيء أو مقابل اجر، أو إذا استعمل الجاني طرقا وحشية في ارتكاب الفعل.
- د - إذا كان المقتول من اصول القاتل.
- هـ - إذا وقع القتل على موظف أو مكلف بخدمة عامة اثناء تأدية وظيفته أو خدمته أو بسبب ذلك.
- و - إذا قصد الجاني قتل شخصين فأكثر فتم ذلك بفعل واحد.
- ز - إذا اقترن القتل عمدا بجريمة أو أكثر من جرائم القتل عمدا أو الشروع فيه.

٥- من أتجر بالمخدرات بحسب المادة (٢٧) من قانون المخدرات
والمؤثرات العقلية رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٧^١.

٦- يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة خطف الأشخاص المنصوص
عليها في المواد (٤٢٢)^٢ و (٤٢٣)^٣ و (٤٢٤)^٤.

ح - إذا ارتكب القتل تمهيدا لارتكاب جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة لا تقل على سنة أو تسهيلات
لارتكابها أو تنفيذها لها أو تمكينا لمرتكبها أو شريكه على الفرار أو التخلص من العقاب.
ط - إذا كان الجاني محكوما عليه بالسجن المؤبد عن جريمة قتل عمدي وارتكب جريمة قتل عمدي أو شرع
فيه خلال مدة تنفيذ العقوبة.

٢ - وتكون العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد في الأحوال التالية:

أ - إذا قصد الجاني قتل شخص واحد فادى فعله الى قتل شخص فأكثر.

ب - إذا مثل الجاني بجثة المجني عليه بعد موته.

ج - إذا كان الجاني محكوما عليه بالسجن المؤبد في غير الحالة المذكورة في الفقرة (١ - ط) من هذه
المادة وارتكب جريمة قتل عمدي خلال مدة تنفيذ العقوبة)).

١- وتنص المادة على أنه: ((يعاقب بالإعدام أو بالسجن المؤبد كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

اولا: استورد أو جلب أو صدر مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو سلائف كيميائية بقصد المتاجرة بها في غير
الأحوال التي أجازها القانون.

ثانيا: أنتج أو صنع موادا مخدرة أو مؤثرات عقلية بقصد المتاجرة بها في غير الأحوال التي أجازها القانون.
ثالثا: زرع نباتا ينتج عنه مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو استورد أو جلب أو صدر نباتا من هذه النباتات
في أي طور من أطوار نموها بقصد المتاجرة بها أو المتاجرة ببذورها في غير الأحوال التي أجازها القانون)).

٢- وتنص المادة على أنه: ((من خطف بنفسه أو بواسطة غيره بغير إكراه أو حيلة حدثا لم يتم الثامنة عشرة
من العمر يعاقب بالسجن مدة ١٥ خمس عشرة سنة إذا كان المخطوف انثى أو بالسجن مدة ١٠ عشر سنين
إذا كان ذكرا. وإذا وقع الخطف بطريق الإكراه أو الحيلة أو توافرت فيه أحد ظروف التشديد المنصوص عليها
في المادة ٤٢١ تكون العقوبة السجن المؤبد. وإذا سحب الخطف وقاع المجني عليها أو الشروع فيه تكون
العقوبة الإعدام)).

٣- وتنص المادة على أنه: ((من خطف بنفسه أو بواسطة غيره بطريق الإكراه أو الحيلة أنثى اتمت الثامنة
عشرة من العمر يعاقب بالسجن المؤبد. وإذا سحب الخطف وقاع المجني عليها أو الشروع فيه تكون العقوبة
الإعدام)).

٤- وتنص المادة على أنه: ((إذا افضى الإكراه المبين في المادتين ٤٢٢ و ٤٢٣ أو التعذيب المبين في
الفقرة ب من المادة ٤٢١ الى موت المخطوف تكون العقوبة الإعدام)).

وقد ذكرت في الأسباب الموجبة لإعادة العمل بعقوبة الإعدام رقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ ما نصه: ((نظراً للظروف الراهنة التي يمر بها العراق، وحماية لأمنه الداخلي، والحفاظ على أرواح سكانه ومراعاة لحقوق الإنسان، وحماية حقه في الحياة، فقد أصبح لزاماً العودة إلى العمل بعقوبة الإعدام ضد مرتكب الجرائم الخطرة التي تستهدف أمن العراق وحياة أبناء شعبه))^١.

١- نشر في جريدة الوقائع العراقية، العدد: ٣٩٨٧، أيلول ٢٠٠٤م.

الفرع الثاني: سلطة الحاكم في تقييد حق الأمن

ونعني بحق الأمن عدم جواز القبض على أحد الأشخاص أو اعتقاله أو حبسه، إلا في الحالات التي نص عليها القانون، الذي حصر سلطة إصدار أمر بالقبض بقاضي التحقيق والمحكمة حصراً في الظروف الاعتيادية.

وهذا الحق يُعد حقاً رئيسياً لسائر الحقوق، فلا فائدة من إقرار حرية التعبير عن الرأي مثلاً إذا كانت السلطة تجيز اعتقال أي شخص من دون رقابة قضائية سابقة، فمن هذا المنطلق تبرز أهمية الحق في الأمن.

وقد كفل الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م في المادة (١٥) هذا الحق فقال: ((لكل فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون، وبناءً على قرار صادر من جهة قضائية مختصة)).

وعلى الرغم من أهمية هذا الحق، لكن التشريعات العراقية قيّدت هذا الحق، فأجاز قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م المادة (١٠٢) إلقاء القبض دون إصدار أمر من السلطات المختصة في الحالات الآتية: ((أ: لكل شخص ولو بغير امر من السلطات المختصة ان يقبض على

أي متهم بجناية او جنحة في احدى الحالات الآتية: -

١ - إذا كانت الجريمة مشهودة.

٢ - إذا كان قد فر بعد القبض عليه قانوناً.

٣ - إذا كان قد حكم عليه غياباً بعقوبة مقيدة للحرية.

ب: لكل شخص ولو بغير امر من السلطات المختصة ان يقبض على

كل من وجد في محل عام في حالة سكر بين واختلال وأحدث شغباً او كان فاقداً صوابه)).

الفرع الثالث سلطة الحاكم في تقييد الحق في الخصوصية

يُقصد بمظاهر الحق في الخصوصية القيم أو الأمور التي يحميها هذا الحق ضد التدخل الخارجي من الغير^١.

ويشتمل الحق في الحياة الخاصة على حقين أساسيين وردا في الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، وهما: حرية المسكن، والحق في سرية المراسلات
أولاً: حرمة المسكن

من حق كل إنسان أن يتمتع بالخصوصية في منزله، وأن يكون بعيداً عن أي مضايقة من أي شخص، وبناءً على ذلك لا يجوز اقتحام مسكن أي فرد من الأفراد، والتطفل عليه، أو تفتيشه إلا وفقاً للحالات والإجراءات المنصوص عليها قانوناً.

وهذا الحق يُعد من الحقوق المهمة لأي إنسان فلا خصوصية لأي إنسان إن لم يحترم منزله، ويُعد الحق في حرمة المسكن من الحقوق الدستورية إذ نص عليه المشرع الدستوري في المادة (١٧) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥م بقوله: ((أولاً: لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة. ثانياً: حرمة المساكن مصونة، ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها إلا بقرار قضائي، ووفقاً للقانون)).

ولكن هذا الحق الدستوري لا يعني أن هذا الحق مطلق من دون حدود أو قيود، فممارسة الشخص لحقوقه لا ينبغي أن يكون على حساب الآخرين، وغالبا ما تنص الدساتير على المبادئ العامة تاركة الأمور الجزئية للمشرع العادي؛ لذا أحالت أغلب الدساتير أمور تنظيم هذه القيود إلى المشرع لتنظيمها، ويجب أن يكون للمشرع ما يبرر هذا التقييد من المسوغات كالحفاظ على أمن الدولة، أو مراعاة النظام العام أو الآداب العامة، واحترام حقوق الأفراد وحياتهم.

١- ينظر، د. السعدي، واثبة، قانون العقوبات، القسم الخاص، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٩م، ١٠٥.

إن حق الإنسان العيش بأمان بعيداً عن تدخلات الآخرين مكفول قانوناً، إلا أن مصلحة المجتمع تتطلب في بعض الأحيان أن يتعرض هذا الحق للقيود؛ من أجل ذلك أجازت قانون أصول المحاكمات العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل، ولكن على وفق إجراءات معينة وبناءً على أوامر قضائية، إذ نصت المادة (١٧): ((على من وجه اليه امر بالقبض وعلى كل شخص مكلف بالقبض في الجريمة المشهودة ان يلاحق المتهم في سبيل القبض عليه واذا اشتبه في وجوده او اختفائه في مكان ما طلب ممن يكون في هذا المكان ان يسلمه اليه او يقدم له التسهيلات كافة التي تمكنه من القبض عليه، واذا امتنع جاز له ان يدخل المكان عنوة واي مكان لجأ اليه المتهم اثناء مطاردته لغرض القبض عليه)). فاشتراط المشرع أن يكون هناك أمر قضائي بالقبض، وأجاز قانون أصول المحاكمات العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل الدخول عنوة في حالة الضرورة، من دون أمر قضائي، إذا كان الدخول من أجل مساعدة شخص داخل المسكن، كما في حالة الحريق، إذ نصت المادة (٧٣/ب): ((ب: يجوز تفتيش أي مكان دون مراعاة الشروط السابقة في حالة طلب المساعدة ممن يكون في داخله او حدوث حريق او غرق او ما شابه ذلك من احوال الضرورة)).

كذلك أجاز القانون المذكور دخول المسكن وتفتيشه بناءً على أمر قضائي صادر من جهة مختصة، ويجب مراعاة الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، من مثل عدم المساس بحقوق الأفراد، فنصت المادة (٧٣/أ) من القانون المذكور على: ((أ: لا يجوز تفتيش أي شخص او دخول او تفتيش منزله او أي مكان تحت حيازته الا بناء على امر صادر من سلطة مختصة قانوناً)).

ثانياً: الحق في سرية المراسلات

من مظاهر الحق في الخصوصية أن يكون لكل إنسان حياته الخاصة واسبابه التي لا ينبغي أن يطلع عليها أحد بغير إذنه، وأن يكون حراً غير مقيد فيما يكتبه في مراسلاته، ولا يطلع عليها أحد من دون إذنه، وهذا ما كفله الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٤٠) إذ نصت على: ((حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، إلا لضرورة قانونية وأمنية، وبقرار قضائي)).

وهذا الحق حق دستوري كفله الدستور، ولكن ذلك لا يعني أنه حق مطلق، فممارسة الفرد حقه ينبغي ألا يكون على حساب حقوق الآخرين أو على حساب الدولة، فلا بد من إيجاد نوع من التوازن بين حق الفرد وحق المجتمع والدولة من جهة أخرى، فلا بد من إخضاع هذا الحق للقيود التي تضعها الدولة من أجل المصلحة العامة، ومن أجل ضمان ممارسة الفرد لهذا الحق في إطاره الصحيح. وبالرجوع إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي نجد خالياً من أي نص على تقييد وتنظيم هذا الحق، نعم قد يُستفاد إمكانية مراقبة الاتصالات وضبط المراسلات على وفق إجراءات قانونية، من المادة (٤٠) من الدستور المتقدمة إذ اجازت إفشاء الأسرار إذا كانت هناك ضرورة قانونية أو أمنية، بشرط أن تكون هناك فائدة وبناءً على أوامر قضائية.

إن كل ما سبق كان قيوداً في الظروف الاعتيادية، أما في الظروف الاستثنائية فقد تستوجب أوضاع معينة كالحرب أو الكوارث الطبيعية منح الإدارة سلطات استثنائية لمواجهة تلك الظروف، مع وجود خطر جسيم يهدد أمن الدولة وعدم القدرة على مواجهته بالطرق السلمية^١، وقد أشار المشرع الدستوري العراقي إلى هذه الظروف في المادة (٦١/٦١) قال: ((تاسعاً: أ- الموافقة على إعلان

١- د. غازي فيصل، القضاء الإداري، النبراس للطباعة، العراق، النجف الاشرف، ط١، ٢٠١٢م، ٦٣.

الحرب وحالة الطوارئ بأغلبية الثلثين (المقصود من أعضاء البرلمان)، بناءً على طلب مشترك من رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الوزراء.

ب- تُعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوماً قابلة للتمديد، وبموافقةٍ عليها في كل مرة.

ج- يُحول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تُمكنه من إدارة شؤون البلاد في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، وتُنظّم هذه الصلاحيات بقانون، بما لا يتعارض مع الدستور.

د- يعرض رئيس مجلس الوزراء على مجلس النواب، الاجراءات المتخذة والنتائج، في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتهائها)).

وَنظّم هذه المادة قانون الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (١) لسنة ٢٠٠٤ إذ منحت المادة الثالثة منه في حالة الطوارئ وفي منطقة اعلانها اتخاذ إجراءات استثنائية احترازية على الطرود والرسائل ووسائل وأجهزة الاتصال السلكية واللاسلكية، إذا ثبت استخدامها في الجرائم وفرض المراقبة عليها وضبطها وتفتيشها إذا كان ذلك يؤدي إلى الكشف عن الجرائم، أو منع وقوعها، وذلك بعد الحصول على مذكرات من الجهات القضائية المختصة، من دون التقييد بأحكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي^١.

١- المادة (٣/ رابعا) من قانون السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤، إذ نصت على أنه: ((رابعا: اتخاذ إجراءات احترازية على الطرود والرسائل البريدية والبرقيات ووسائل وأجهزة الأتصال السلكية واللاسلكية كافة، إذا ثبت استعمالها في الجرائم المشار إليها أعلاه، ويمكن فرض المراقبة على هذه الوسائل والأجهزة وتفتيشها وضبطها إذا كان ذلك يفضي إلى كشف الجرائم المذكورة أو يمنع وقوعها وذلك بعد استحصال مذكرة من الجهات القضائية المعنية لفترة زمنية محددة)).

الفرع الرابع: سلطة الحاكم في تقييد الحقوق الاقتصادية

ومن أهم هذه الحقوق حق الملكية الخاصة وحق العمل

أولاً: سلطة الحاكم في تقييد حق الملكية الخاصة:

بمعنى حق كل إنسان في تملك أموال خاصة من عقارات ومنقولات وحرية التصرف فيها وفي إنتاجها من دون قيود، وضرورة عدم الاعتداء على هذه الملكية الخاصة، وعدم انتزاعها إلا لتحقيق مصلحة عامة، لقاء تعويض عادل^١. وللحاكم سلطة في تقييد هذا الحق لمصلحة عامة، وهي عبارة عن القيود التي ترد بنص القانون فتقيّد حقوق المالك تحقيقاً للنفع العام، فالدولة عبر حاكمها وحدها توجه الحقوق شكلاً ومضموناً في خدمة سياساتها المختلفة سواء السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، وهذه السلطة والحق بيدوان في موارد عديدة، منها سلطة نزع الملكية للنفع والمصلحة العامة، وسلطة منع الأجانب من التملك للعقارات.

لقد استمد المشرع العراقي أحكام هذا النوع من مبادئ الشريعة الإسلامية، التي قالت إن الحق ليس مطلقاً، ولا مجرد وظيفة، بل هو حق خاص له وظيفة اجتماعية، ونزع ملكية شخص تُمثل قيوداً مهماً وخطيراً في الوقت نفسه على حريته في التملك؛ لهذا نص الدستور العراقي على هذا المبدأ حين قرّر في المادة (٢٣): ((أولاً: الملكية الخاصة مَصنونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون، ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل)).

ويفهم مما تقدم أن حرية الملكية الخاصة مبدأ دستوري أساسي، إلا أن الدستور أجاز في الوقت نفسه للحاكم سلطة تملك العقارات والحقوق العينية الأصلية، جبراً على المالك بشرطين الأول: منها أن يكون ذلك من أجل المصلحة

١- ينظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ الدستورية العامة، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٤م، ١٩٤.

العامة، لا من أجل مصلحة شخصية، وإلا كان ظالماً، والثاني: أن يكون ذلك مقابل تعويض عادل.

وقد أكد القضاء العراقي المبدأ الدستوري في مسألة سلطة الحاكم في انتزاع الملكية الخاصة في حالات، وحرص على تطبيق القانون بعدالة، فمن جهة يضمن تحقيق النفع العام، ومن جهة أخرى يمنع الحاكم من سوء استغلال تلك السلطة، من قبيل كيفية تقدير التعويض ما ذهبت إليه محكمة التمييز إذ قالت: ((يجب تقدير قيمة الأرض المستملكة على حدة، والمغروسات والنخيل على حدة ، ولا يعتد بالتقدير الجزاف))^١، وكذلك إنه: ((لا يقضي بتأييد المعاملة الاستملاكية، إذا جاء تقدير الخبراء لقيمة العقار المستملك مبالغاً فيه))^٢، وفي مجال استقطاع الربع المجاني من مساحة أرض العقار مقابل زيادة قيمة ما تبقى منه بسبب أعمال النفع العام: ((لا يجوز أن يُستقطع من الملك مساحته مجاناً مرتين؛ لأن ذلك يؤدي إلى المصادرة المجانية))^٣.

وبهذا يتبين أن للحاكم سلطة على انتزاع الملكية الخاصة دون رضا المالك لقاء تعويض.

١- رقم القرار ١/حقوقية ثانية/٩٦٩ في ٢١-١٢-١٩٦٩، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، ٥٣٤.

٢- رقم القرار ٤٦/حقوقية ثانية/٩٦٩ في ٢٣-١٢-١٩٦٩، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، ٥٣٤.

٣- رقم القرار ٢/حقوقية ثانية/٩٧٠ في ١٥-١-١٩٧٠، منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠، ١٥٧.

ثانياً: سلطة الحاكم في تقييد حق العمل

وهو حق كل إنسان في عمل شريف يختاره بإرادته الحرة، وهو حق يدخل ضمن الحقوق الاقتصادية للأفراد التي يجب على الدولة كفالتها وتوفيرها للمواطنين من دون تمييز سواء من التوظيف في القطاع الحكومي، أو تنشيط القطاع الخاص؛ لكي يسهم بتوفير فرص عمل جديدة.

والأساس الدستوري لحق العمل موجود في الدستور العراقي لعام عام ٢٠٠٥م إذ نصت المادة ٢٢ منه على: ((أولاً: العمل حق لكل العراقيين بما يضمن لهم حياة كريمة. ثانياً: ينظم القانون العلاقة بين اعمال واصحاب العمل على اسس اقتصادية، مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية.

ثالثاً: تكفل الدولة حق تأسيس النقابات والاتحادات المهنية، او الانضمام اليها، وينظم ذلك بقانون)).

والأساس القانوني لحق العمل في العراق يأتي في قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥م إذ تنص المادة (٤) منه على: ((العمل حق لكل مواطن قادر عليه، وتعمل الدولة على توفيره على أساس تكافؤ الفرص دونما أي نوع من أنواع التمييز)).

فالدستور العراقي يضمن للعامل حقوقه في ممارسة أي مهنة او عمل يكفل له عيشة كريمة وإنّ قانون العمل يضمن الحماية للعامل من التعسف الذي قد يلحق به بسبب أصحاب العمل. وكذلك حق العامل في أجرٍ جيد يتناسب مع ما يؤديه من عمل مع تعويض مناسب إذا ما لحقه ضرر.

ولكن هذا الحق مُقيّد وليس بمطلق، مقيد بالأداب العامة وحفظ النظام والصحة العامة، فقد جاء في المادة (٢٨) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٧م وقد نصت على: ((لا يجوز زراعة أو استيراد أو تصدير أو تملك أو إحراز أو حيازة أو شراء أو بيع أو نقل أو تسليم أو تبادل أو التنازل عن النباتات التي ينتج عنها مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية منصوص عليها في الجدول

الأول الملحق في هذا القانون في جميع أطوار نموها وبذورها أو التبادل بها أو التوسط في شيء من ذلك إلا للإغراض الطبية أو العلمية وفي الأحوال والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ومنها الخشخاش والأفيون ونبات القنب وجنبه الكوكبة والقات والنباتات التي تشتمل على ذلك والمعدلة جينيا والتي لها نفس تأثير المخدر)).

الفرع الخامس: سلطة الحاكم في تقييد الحقوق السياسية

ومن أهم هذه الحقوق حق الانتخاب، وحق الترشيح، فيحق لكل مواطن بلغ سن الرشد أن يشارك في الانتخابات، وقد كفل الدستور هذا الحق في المادة (٢٠) من الدستور العراقي إذ قال: ((ان للمواطنين رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح)). ويفهم من هذه المادة أن المشرع الدستوري هنا تبنى أسلوب الانتخاب سواء لاختيار رئيس الدولة أو أعضاء البرلمان، فبالنسبة لأعضاء البرلمان يتم انتخابهم مباشرة من قبل الشعب بطريق الاقتراع العام السري، وتطبيقاً للنص الدستوري الذي أحال شروط المرشح الى قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بموجب قانون رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٩، فقد تولت المادة (٦) منه بيان الشروط الواجب توافرها في المرشح لعضوية مجلس النواب، إذ نصت على أنه: ((يشترط في المرشح ان يكون ناخباً بالإضافة الى ما يلي:

- ١- ان لا يقل عمره عن ثلاثين سنة.
- ٢- ان لا يكون مشمولاً بقوانين اجتثاث البعث.
- ٣- ان لا يكون قد أثرى بشكل غير مشروع على حساب الوطن والمال العام.
- ٤- ان لا يكون محكوماً عليه بجريمة مخلة بالشرف وان يكون معروفاً بالسيرة الحسنة.
- ٥- ان يكون حاملاً لشهادة الدراسة الثانوية او ما يعادلها.

٦- ان لا يكون عضوا في القوات المسلحة عند الترشيح)).

اما الشروط الواجب توافرها في المرشح لرئيس الجمهورية، فقد حددتها

المادة (٦٨) من الدستور، ((وهي أن يكون:

١- عراقيا بالولادة ومن ابوين عراقيين.

٢- كامل الاهلية وأتمّ الاربعين من عمره.

٣- ذا سمعة حسنة وخبرة سياسية ومشهوداً له بالنزاهة والاستقامة والعدالة

والاخلاص للوطن.

٤- غير محكوم بجريمة مخلة بالشرف)).

الفرع السادس: سلطة الحاكم في تقييد حق التنقل

حق التنقل معناه أن يكون الإنسان حراً في أن ينقل من مكان إلى آخر

سواء داخل حدود بلده، أم خارجها، وأن يعود متى شاء بدون معوقات، وقد كفل

الدستور العراقي هذا الحق في المادة (٤٤) فانه نص على انه: ((أولاً: للعراقي

حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه. ثانياً: لا يجوز نفي العراقي،

أو إبعاده، أو حرمانه من العودة إلى الوطن)).

وهذا الحق ذو نطاق واسع فهو يشمل حق التنقل الداخلي واختيار مكان

الإقامة وحرية التنقل الخارجي كالسفر أو الهجرة وأيضا حرية العودة إلى البلاد.

ولا شك في أنّ حرية التنقل ليس حرية مطلقة وإنما مقيدة، ويأتي هذا

التقييد في جوانب عدّة يكون هدفها تحقيق الموازنة بين المصالح العامة والمصالح

الخاصة، ومن ثم تغليب الأولى على الثانية عند تعارضها، ومن هذه القيود:

١- القيود الدستورية التنظيمية: وهذه القيود حددتها التشريعات الدستورية

كالحفاظ على النظام العام أو عناصره كالصحة والسكينة والأخلاق العامة وغيرها.

إنّ الدساتير قد أقرت صراحة أنّ حرية التنقل لا يجوز تقييدها إلا بموجب

القانون، وقد يكون التقييد الدستوري ناشئاً عن حالة (الضرورة) أي حدوث ظروف

استثنائية طارئة كالحرب أو انتشار وباء أو عصيان أو تمرد من شأنه يمنح السلطة التنفيذية ممثلة بـ (رئيس الدولة) أو (رئيس الوزراء) سلطات واسعة تضيق من نطاق ممارسة الحقوق والحريات العامة بما فيها حرية التنقل.

٢- القيود الواردة في القانون الإداري: وهنا يمكن تقييد حرية التنقل على وفق إجراءات تسمى (إجراءات الضبط الإداري)، ويزداد هذا التقييد في حالة الظروف الاستثنائية التي تمنح الإدارة سلطات واسعة من شأنها أن تقيّد الحريات العامة بما فيها حرية التنقل مع إعطاء الأفراد حق الطعن بتلك الإجراءات أمام القضاء المختص.

٣- القيود الواردة في القوانين الجزائية: ومثال على ذلك صدور حكم قضائي بالحبس والسجن أو الاعتقال أو فرض الإقامة الجبرية على الأفراد. وبصورة عامة لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة بأية قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم.

الفرع السابع: سلطة الحاكم في تقييد حق المحاكمة العادلة

الحق في المحاكمة العادلة من الحقوق الأساسية للإنسان. وهناك جملة من الشروط التي يجب توافرها لضمان المحاكمة العادلة بهدف حماية حقوق الأفراد من لحظة القبض عليهم وحين احتجازهم قبل تقديمهم للمحاكمة، وفي اثناء المحاكمة.

والمحاكمة العادلة ينبغي فيها توفر الآتي:

- ١- ضرورة أن تكون السُّلطة القضائية سلطة مستقلة ومحيدة، ولا سلطان عليها لغير القانون.
- ٢- لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة.
- ٣- حق الدفاع مُقدس ومكفولٌ في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة.
- ٤- الحق في افتراض البراءة: ذلك أن الأصل في الإنسان البراءة، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم باتٍ وقاطع، مستوفٍ لكافة طرق الطعن فيه. بمعنى أن كل شخص مُتهم بجريمة يعد بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً، بمحاكمة علنية، تتوافر له فيها كل الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه.
- ٥- الحق في المساواة أمام القانون، باحتساب أن كل الناس متساوون أمام القانون دون تمييز على أي أساس، فلا يجوز محاكمة شخص بصورة استثنائية مخالفة لأصول المحاكمات الجزائية الواجب إتباعها بالنسبة لعامة الناس.
- ٦- الحق في علانية المحاكمة، وهو مبدأ أصيل من مبادئ المحاكمات العادلة، يكفل توفر رقابة معقولة من قبل الصحافة والإعلام والرأي العام، على مجريات وإجراءات المحاكمات وعدم إنتهاك حقوق المتهمين في المحاكمات العادلة.

كل هذه الحقوق في إجراء محاكمة عادلة وغيرها كفلها الدستور العراقي في المادة (١٩) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، إذ نصت على أنه: ((المادة (١٩) أولاً: القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون.

ثانياً: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة.

ثالثاً: التقاضي حق مصون ومكفول للجميع.

رابعاً: حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة. خامساً: المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه، إلا إذا ظهرت أدلة جديدة.

سادساً: لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية.

سابعاً: جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية.

ثامناً: العقوبة شخصية.

تاسعاً: ليس للقوانين أثر رجعي ما لم يُنص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم.

عاشراً: لا يسري القانون الجزائي بأثر رجعي إلا إذا كان أصلح للمتهم.

حادي عشر: تنتدب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية أو جنحة لمن ليس له محام يدافع عنه، وعلى نفقة الدولة.

ثاني عشر: يحظر الحجز. لا يجوز الحبس أو التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك وفقاً لقوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لسلطات الدولة.

ثالث عشر: تعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم، ولا يجوز تمديدها إلا مرة واحدة وللمدة ذاتها)).

وهذا الحق ليس على إطلاقه فيجوز تقييده نحو تقييد الحق في علانية المحاكمة التي هي من أصول المحاكمات العادلة، فيجوز تقييد حق الجمهور والصحافة والاعلام في حضور الجلسات في الحالات الآتية:

- ١- إذا كانت الدعوى تشتمل على جرائم جنسية مُخَلَّة بالآداب العامة.
- ٢- إذا كان حضور الجمهور والصحافة مُخَلًا بالنظام العام.
- ٣- إذا اقتضى الأمن القومي سرية الجلسات.
- ٤- عندما تكون السرية ضرورية للحفاظ على مصالح القُصر، أو الحياة الخاصة لأطراف الدعوى.

الخاتمة والنتائج

ينتهي بنا المطاف بما وفقني اليه الله تعالى من جهود الجمع والتحليل والدراسة بحسب قدرتي القاصرة، إلى جملة من النتائج، نوجزها بالآتي:

١- كل من الشريعة الإسلامية والقانون يقران بسلطة الحاكم في تقييد الحق الشخصي، إذ من الثابت في الفقه والقانون أن الشخص الذي يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن استعمال الحق من ضرر، بخلاف الشخص الذي يستعمله استعمالاً غير مشروع فيعدُّ متعسفاً ومضاراً.

٢- فكرة الحق أصيلة في الشريعة الإسلامية، ويعود ذلك التأصيل إلى ارتباط الأرض بالسماء بوساطة الوحي والانبياء، فالحق في الشريعة منحة إلهية للإنسان، ومنشأؤه الحكم الشرعي المستمد من أدلته، فلا يكون الحق ناتج عن الطبيعة البشرية باحتساب أن الانسان يولد متمتعاً بحقوق مطلقة غير مقيدة، أو أن الحق منحة من المجتمع للفرد.

٣- أن الله تعالى عندما منح الحق للفرد، قصد مصلحة، وعلى صاحب الحق أن يستعمل حقه على وفق ما قصده الشارع، ومن ثمَّ لا يكون له مطلق الحرية.

٤- ارتباط الحقوق بمصلحة قصدها الشارع، يجعل من تلك الحقوق وسيلة لتحقيق ذلك القصد، لا غاية، ومن ثمَّ على الفرد ان يستعمل حقه على وفق الغاية والمصلحة المقصودة من الشارع المقدس، ويكون استعمال الحق غير مشروع عندما يقع هذا الاستعمال خارجاً عن حدود الغاية والمصلحة.

٥- فلسفة التشريع الإسلامي في نظرتها للحقوق الفردية والحقوق الجماعية الممنوحة شرعاً لهم، أن التشريع يوازن عند التعارض بين الحقين بما يحقق المصلحة والغاية المنشودة، فالشريعة لم تقدس الحق الفردي مطلقاً، ولم يغلب مطلقاً حق الجماعة على حق الفرد، بل وازن بين الحقين على وفق أسس تتمثل في البعد الأخلاقي للشريعة، وإرساء مبدأ التكافل الاجتماعي، وإرساء مبدأ العدل في المجتمع.

٦- تلك النظرة المزدوجة للشريعة الإسلامية في أقرارها للحقوق الفردية والجماعية تجعل من نظرية المضارة في استعمال الحقوق، واضحة المعايير، بينة الأصول، مستمدة من الكتاب والسنة، شاملة لكل أنواع الحقوق.

٧- المقارن بين سلطة الحاكم في الشريعة الإسلامية وسلطة الحاكم في الدولة الديمقراطية، يجد هناك نقاط تلاقٍ واختلاف، بين الأولى التي هي تشريع إلهي والثانية التي هي من عمل البشر.

ف نجد تشابهاً من ناحية الطرح، ولاسيما ما يخص قوانين الدول العربية وتشريعاتها؛ وذلك لأنها تعد الشريعة مصدراً من مصادر هذه القوانين.

فالتشابه موجود في استنباط هذه القوانين من معايير المضارة والتعسف في استعمال الحق مباشرة، ويوجد التشابه بين الشريعة والقانون في الجزاء الدنيوي والذي يسمى بالجزاء التعويضي قانوناً.

ويلمس المقارن اختلافاً واضحاً بين السلطتين، أولاً من ناحية المصدر، فالسلطة في الشريعة مصدرها إلهي بالنسبة للمعصومين (عليهم السلام) ومن ثم تكون قوانينها ثابتة، على حين تكون سلطة الحاكم في الدولة الديمقراطية مصدرها البشر، ومن ثم قوانينها معرضة للنقص والتعديلات تبعاً لتغير الظروف.

كما إن السلطة الأولى أوسع، لأن الشريعة تأخذ بعين الحسبان سلوك صاحب الحق ومال تصرفاته، بصرف النظر عن كون هذا السلوك ينطوي على حق أو حرية، تطبيقاً لقواعد فقهية من قبيل " لا ضرر ولا ضرار"، فالعمل ينظر إليه حسب ما يؤدي إليه؛ حتى لا يكون هذا العمل مناقضاً لمقصد الشارع المقدس.

وفي الختام نقول إن هذه الأطروحة هي نتاج جهد متواضع قليل الزاد، حاولنا بها توضيح سلطة الحاكم في تقييد الحق الشخصي للمحكوم، عبر إحدى كبريات النظريات في التشريع الإسلامي والقانوني، وبالرغم مما كتب فيها، فأنها بحاجة إلى دراسة جادة من قبل الباحثين خصوصاً في جانبها التطبيقي؛ لانتسامها بالمرونة وارتباطها بمقاصد الشارع المقدس وابتناء أحكامه على فكرة الموازنة بين الحق الخاص

والحق العام وما تتضمنه تلك الاحكام من مصالح ومفاسد، يمكن أن تتغير بتغير الزمان والمكان.

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد واله الطيبين الطاهرين.

١- القرآن الكريم

- ٢- إبراهيم درويش، النظام السياسي دراسة فلسفية تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج. م. ع، المطبعة العالمية، ١٩٦٨م.
- ٣- ابن ادريس الحلي، محمد بن منصور بن أحمد (ت: ٥٨٩هـ)، السرائر، تح: محمد مهدي الخرسان، منشورات دليل ما، ط١، ١٤٢٩هـ = ١٣٨٧ش.
- ٤- ابن العربي، محمد بن علي بن محمد (ت: ٦٣٨هـ)، أحكام القرآن، تح: عليّ البجاوي، عيسى البابي الحلبي وشركاه، القاهرة، ط٢، ١٩٦٨م.
- ٥- ابن حزم، علي بن أحمد (ت: ٤٥٦هـ)، الفصل في الملل والأهواء والنحل، تح: د. محمد إبراهيم نصر، و د. عبد الرحمن عميرة، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٦هـ = ١٩٩٦م.
- ٦- ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، تح: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٥هـ = ٢٠٠٣م.
- ٧- ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد (ت: ٨٠٨هـ)، مقدمة ابن خلدون، تح وتخرىج الأحاديث وعلق عليه: عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق، ط١، ٢٠٠٤م.
- ٨- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، تح: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٣م.
- ٩- ابن عاشور، محمد الطاهر (ت: ١٣٩٣هـ)، تفسير التحرير والتنوير، مؤسسة التاريخ، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.
- ١٠- ابن عثمان، محمد بن أحمد (ت: ٧٤٨هـ)، سير أعلام النبلاء، تح: إشراف وتخرىج: شعيب الأرنؤوط، تح: كامل الخراط، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط٩، ١٤١٣هـ = ١٩٩٣م.

- ١١- ابن فارس، أحمد بن زكريا (ت: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، مكتب الإعلام الإسلامي - قم، ط١، ١٤٠٤هـ.
- ١٢- ابن قارياغدي، محمد حسين (ت: ١٠٨٩هـ)، البضاعة المزجاة، تح: حميد أحمدي جلفائي، دار الحديث، إيران، قم، ط١، ١٤٢٩هـ.
- ١٣- ابن منظور، محمد بن مكرم (ت: ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ.
- ١٤- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: ٩٧٠هـ)، الأشباه والنظائر، خرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ=١٩٩٩م.
- ١٥- أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق (ت: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، ضبط وترقيم وتخريج وتنسيق الحواشي: صدقي جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٦هـ=٢٠٠٥م.
- ١٦- أبو زهرة، المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط٢، ١٩٨١م.
- ١٧- أبو زيد، مصطفى فهمي، الوجيز في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- ١٨- أبو شبانة، ياسر، النظام الدولي الجديد بين الواقع الحالي والتصور الإسلامي، دار السلام، القاهرة، ط٣، ٢٠٠٤م.
- ١٩- أبو يوسف القاضي، يعقوب بن إبراهيم (ت: ١٨٢هـ)، الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٣٩٩هـ=١٩٧٩م.
- ٢٠- أحمد، فؤاد عبد المنعم، أصول نظام الحكم في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٤١١هـ=١٩٩١م.

- ٢١- الآخوند الخرساني، محمد كاظم بن حسين (ت: ١٣٢٩هـ)، حاشية المكاسب، تح: مهدي شمس الدين، وزارة الثقافة والإرشاد الإسلامي، طهران، إيران، ط١، ١٤٠٦ هـ.
- ٢٢- الأردبيلي، عبد الكريم الموسوي، فقه القضاء، مؤسسة النشر لجامعه المفيد، قم، إيران، ط٢، ١٤٢٣ هـ.
- ٢٣- الأزهري، محمد بن أحمد (ت: ٣٧٠ هـ)، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢١ هـ.
- ٢٤- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٢ م.
- ٢٥- الأسد أبادي، عبد الجبار (ت: ٤١٥ هـ)، المغني في أبواب التوحيد والعدل، تح: د. عبد الحليم محمود ود. سليمان دنيا، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط: ١٩٦٦ م.
- ٢٦- الأسدي، محمد علي هاشم، السُلطة القضائية تنظيمها واستقلالها في الشريعة الإسلامية، ١٤٢٩ هـ = ٢٠٠٨ م.
- ٢٧- إسماعيل، علي سعد، نظرية القوة، مدخل في علم الاجتماع السياسي، الإسكندرية، ١٩٧٨ م.
- ٢٨- الأشعري، علي بن إسماعيل بن إسحاق (ت: ٣٢٤ هـ)، مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، تح: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، ١٤١١ هـ = ١٩٩٠ م.
- ٢٩- الأصبجي، مالك بن انس (ت: ١٧٩ هـ)، موطأ مالك، تح: محمد مصطفى أعظمي، مؤسسه زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، امارات، أبوظبي، ط١، ١٤٢٥ هـ.
- ٣٠- الأصفهاني، حسين بن محمد (ت: ٥٠٢ هـ)، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، بيروت، ط١، ١٤١٢ هـ.

- ٣١- ألكسي، روبرت، فلسفة القانون مفهوم القانون وسريانه، تعريب د. كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٢، ٢٠١٣م.
- ٣٢- الألويسي، شهاب الدين السيد محمود (ت: ١٢٧٠هـ)، روح المعاني، إدارة الطباعة المنيرية، مصر.
- ٣٣- الأنصاري، مرتضى بن محمد أمين بن مرتضى (ت: ١٢٨١هـ)، المكاسب والبيع، تح: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، مطبعة الباقر، قم، ط١، ١٤١٥هـ.
- ٣٤- الأنصاري، مرتضى بن محمد أمين بن مرتضى، الرسائل الفقهية، لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم، المكتبة الوقفية.
- ٣٥- الإيجي، عضد الدين عبد الرحمن بن أحمد (ت: ٧٥٦هـ)، المواقف، تح: د. عبد الرحمن عميرة، دار الجيل - بيروت، ط١، ١٩٩٧م.
- ٣٦- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود (ت: ٧٨٦هـ)، شرح العناية على الهداية، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٧- باشا، محمد قدري (ت: ١٣٠٦هـ)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، ١٣٠٨هـ = ١٨٩١م.
- ٣٨- الجنوردي، محمد حسن (ت: ١٣٩٦هـ)، القواعد الفقهية، تح: مهدي المهريزي ومحمد حسن الدرايني، نشر الهادي، مطبعة الهادي، ط١: ١٤١٩هـ. ق = ١٣٧٧هـ.ش.
- ٣٩- بحر العلوم، محمد (ت: ١٣٢٦هـ)، بلغة الفقيه، شرح: محمد تقي آل بحر العلوم، منشورات مكتبة الصادق، طهران، ط٤، ١٤٠٣هـ = ١٩٨٤م.
- ٤٠- البحراني، يوسف بن أحمد بن إبراهيم (ت: ١١٨٦هـ)، الحقائق الناضرة، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
- ٤١- البخاري، عبد العزيز بن أحمد بن محمد (ت: ٧٣٠هـ)، كشف الاسرار، تح: عبد الله محمود أحمد، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ = ١٩٩٥م.

- ٤٢- البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم (ت: ٢٥٦هـ)، صحيح البخاري، المحقق: مصر. وزارة الأوقاف. المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية. لجنة إحياء كتب السنة، ج. م. ع، ط٢، ١٤١٠هـ.
- ٤٣- بدوي، ثروت، النظم السياسية، النظرية العامة للنظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م.
- ٤٤- بسيوني، عبد الرؤوف هاشم، نظرية الضبط الإداري في النظم الوضعية المعاصرة والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- ٤٥- بسيوني، عبد الغني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ٤٦- بسيوني، عبد الغني، النظم السياسية، المكتبة القانونية، ١٩٨٥م.
- ٤٧- بسيوني، عبد الغني، نظرية الدولة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م.
- ٤٨- بطيخ، محمد رمضان، تزايد دور السلطة التنفيذية وأثره على الديمقراطية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.
- ٤٩- البغدادي، عبد القاهر بن طاهر التميمي (ت: ٤٢٩هـ)، أصول الدين، التزم نشره وطبعه مدرسة الإلهيات بدار الفنون التركية، إستانبول، مطبعة الدولة، ط١، ١٣٤٦هـ=١٩٢٨م.
- ٥٠- البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد (ت: ٥١٦هـ)، شرح السنة، تح: شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط٢، ١٤٠٣هـ=١٩٨٣م.
- ٥١- البكاء، عدنان، الحكم والحق بين الفقهاء والأصوليين، مطبعة الغري الحديثة، النجف الأشرف، ط١، ١٩٧٦م.

- ٥٢- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت: ١٠٥١هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، تح: إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م.
- ٥٣- بوضياف، عمار، الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، ط٣، الجزائر، ٢٠١٣م.
- ٥٤- البوطي، محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ=١٩٧٣م.
- ٥٥- البوطي، محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة، مكتبة الفارابي، دمشق، ط١، ١٤١٢هـ=١٩٩١م.
- ٥٦- بوقفة، عبد الله، النظم الدستورية، السلطة التنفيذية بين التعسف والقيود، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٩م.
- ٥٧- البياتي، د. منير حميد، النظام السياسي الإسلامي، مقارنة بالدولة القانونية، دار النفائس، الأردن، ط٤، ١٤٣٤هـ=٢٠١٣م.
- ٥٨- البيهقي، أحمد بن الحسين (ت: ٤٥٨هـ)، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٤هـ=٢٠٠٢م.
- ٥٩- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة (ت: ٢٧٩هـ)، سنن الترمذي، حكم أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط١.
- ٦٠- التفزازاني، سعد الدين مسعود ابن عمر (ت: ٧٩٢هـ)، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٦١- التتوجي، عبد السلام، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس-ليبيا، ط١، ١٩٩٤م.

- ٦٢- توماس هوبز (ت: ١٦٧٩م)، اللفيانان (الأصول الطبيعية والسياسية لسلطة الدولة)، ترجمة: ديانا حرب وبشرى صعب، دار الفارابي، هيئة أبو ظبي للثقافة والتراث، كلمة، ط١، ٢٠١١م.
- ٦٣- الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف (ت: ٨١٦ هـ)، معجم التعريفات، تح: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة.
- ٦٤- الجزري، ابن الأثير، عز الدين علي بن ابي الكرم (ت: ٦٣٠هـ)، الكامل في التاريخ، نشر دار صادر، بيروت، ١٣٨٥هـ.
- ٦٥- الجزري، ابن الأثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد (ت: ٦٠٦ هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تح: علي بن حسن بن علي الحلبي، دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢١هـ.
- ٦٦- الجمال، مصطفى محمد، الجمال، عبد الحميد محمد، القانون والمعاملات، المكتبة القانونية، مصر، ١٩٨٧م.
- ٦٧- الجواهري، محمد حسن باقر (ت: ١٢٦٦هـ)، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، تح وتصحيح: عباس القوجاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط٧، ١٤٠٤هـ.
- ٦٨- الجوزي، ابن القيم (ت: ٧٥١هـ)، أحكام أهل الذمة، تح: يوسف أحمد البكري، وشاكر توفيق، دار ابن حزم، الدمام، ط١، ١٤١٨هـ=١٩٩٧م.
- ٦٩- جون لوك (ت: ١٧٠٤م)، الحكومة المدنية وصلتها بعقدها الاجتماعي، ترجمة محمد شوقي الكيال، مطابع شركة الإعلانات الشرقية.
- ٧٠- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف (ت: ٤٧٨هـ)، الإرشاد، تح: محمد يوسف موسى وعلي عبد المنعم عبد الحميد، طبع بمطبعة السعادي، مصر، ١٣٦٩ هـ = ١٩٥٠ م.

- ٧١- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، غياث الأمم في التياث الظلم، تح: مصطفى حلمي، وفؤاد عبد المنعم، دار الدعوة للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ط١.
- ٧٢- الحافظ، محمود محمد، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط٢، ١٩٧٦م.
- ٧٣- حافظ، محمود، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، ١٩٧٦م.
- ٧٤- الحجاج، مسلم (٨٧٥ هـ)، صحيح مسلم، تص: عبد الباقي، محمد فؤاد، دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٢هـ.
- ٧٥- الحسيني، محمد رشيد بن علي رضا بن محمد (ت: ١٣٥٤هـ)، الخلافة، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة.
- ٧٦- الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحنفي (ت: ١٠٨٨هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تح: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٢م.
- ٧٧- الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (ت: ١٥٤٧هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، تح: اليعقوبي، محمد يحيى بن محمد الأمين، دار الرضوان، ط١، ١٤٣١هـ=٢٠١٠م.
- ٧٨- الحلبي، تقي الدين بن نجم الدين بن عبيد الله (ت: ٤٤٧هـ)، الكافي في الفقه، تح: رضا أستاذي، مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليّ (ع) العامة، أصفهان.
- ٧٩- حلمي، محمود، نظام الحكم الإسلامي مقارنا بالنظم المعاصرة، دار الفكر العربي بمصر، الاتحاد العربي للطباعة، ط٢، ١٩٧٣م.
- ٨٠- الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج. م. ع، ١٩٩٥م.

- ٨١- الحنبلي، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت: ٧٩٥هـ)، القواعد، دار الكتب العلمية.
- ٨٢- حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، الرياض، ط١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م.
- ٨٣- خالد، حميد بن حنون، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٢م.
- ٨٤- الخرشي، محمد بن عبد الله (ت: ١١٠١هـ)، الخرشي على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان.
- ٨٥- الخطيب، نعمان أحمد، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤م.
- ٨٦- الخفيف، علي محمد، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٩٠م.
- ٨٧- خلاف، عبد الوهاب (ت: ١٣٧٥هـ)، السياسة الشرعية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية، دار القلم، ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م.
- ٨٨- خلاف، عبد الوهاب، السلطات الثلاث في الإسلام، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٨٥م.
- ٨٩- خلف الله، محمد أحمد، الدولة والقرآن، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ج. م. ع، ١٩٧٣م.
- ٩٠- الخولي، أحمد محمود، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ج. م. ع، ط١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م.
- ٩١- الداماد، محمد ابن السيد جعفر (ت: ١٣٨٨هـ)، كتاب الحج، مطبعة إسماعيليان، إيران، قم.

- ٩٢- الدريني، فتحي عبد القادر، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤٠٤هـ=١٩٨٤م.
- ٩٣- الدريني، فتحي عبد القادر، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط٤، ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م.
- ٩٤- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: ١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المطبعة الازهرية، مصر، ط٣، ١٣١٩هـ.
- ٩٥- الدمشقي، أبْن كثير إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي (ت: ٧٧٤هـ)، البداية والنهاية، تح: عليّ شيري، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤٠٨هـ=١٩٨٨م.
- ٩٦- الدميجي، عبد الله بن عمر بن سليمان، الإمامة العظمى عند أهل السنة والجماعة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط٢، ١٤٠٨هـ.
- ٩٧- الرازي، أحمد بن علي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ)، أحكام القرآن، تح: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط١.
- ٩٨- الرازي، محمد بن عمر بن الحسن (ت: ٦٠٦هـ)، المحصول، تح: د. طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة بيروت، ط٢، ١٤١٢هـ.
- ٩٩- الرازي، محمد بن عمر بن الحسن، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٠هـ.
- ١٠٠- الرافي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم (ت: ٦٢٣هـ)، فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، تح: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٧=١٩٩٧م.
- ١٠١- رسل، برتراند، حكمة الغرب، ترجمة فؤاد زكريا، سلسلة عالم المعرفة، العدد ٦٢.
- ١٠٢- الرملي، شهاب الدين أحمد بن أحمد بن حمزة (ت: ٩٥٧هـ)، حاشية الرملي الكبير، دار الكتاب الإسلامي.

- ١٠٣- الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة (ت: ١٠٠٤هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢٤هـ = ٢٠٠٣م.
- ١٠٤- الرهوني، محمد بن أحمد بن محمد (ت: ١٢٣٠هـ)، الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد (١٠٩٩هـ)، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ = ١٩٧٨م.
- ١٠٥- روسو، جان جاك، في العقد الاجتماعي، ترجمة وتح: عبد العزيز بن لبيب، بيروت، ط١، ٢٠١١م.
- ١٠٦- الرئيس، محمد ضياء الدين، النظريات السياسية الإسلامية، دار التراث، القاهرة، ط٧.
- ١٠٧- الزبيدي، أبو بكر بن علي بن محمد (ت: ٨٠٠هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، ط١، ١٣٢٢هـ.
- ١٠٨- الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سورية، ط٢، ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م.
- ١٠٩- الزحيلي، وهبة، العقوبات الشرعية والأقضية والشهادات، طرابلس، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ط١، ١٩٩١م.
- ١١٠- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، صح: الزرقا، مصطفى أحمد، دار القلم، دمشق، سورية، ط٢، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٩م.
- ١١١- زكريا الشافعي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تح: تامر، محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م.
- ١١٢- الزمخشري، محمود بن عمر بن محمد (ت: ٥٨٣هـ)، الكشف، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٠٧هـ.
- ١١٣- زناتي، محمد سلام، مبادئ القانون، مكتبة الطليعة، أسيوط، مصر، ١٩٧٨م.

- ١١٤- الزيلعي، عثمان بن علي (ت: ٧٤٣هـ)، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط٢.
- ١١٥- السبحاني، جعفر، مفاهيم القرآن، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣١هـ = ٢٠١٠م.
- ١١٦- السبحاني، معالم التوحيد في القرآن الكريم، دار الأضواء، بيروت، لبنان، ط٢، ١٩٨٤م.
- ١١٧- سعيغان، أحمد، قاموس المصطلحات السياسية والدستورية والدولية، مكتبة لبنان ناشرون، ط١، ٢٠٠٤م.
- ١١٨- سليمان، عصام، مدخل إلى علم السياسة، دار النضال، بيروت، ط٢، ١٩٨٩م.
- ١١٩- السناري، محمد عبد العال، الاحزاب السياسية والانظمة السياسية والقضاء الدستوري، دراسة مقارنة، مصر، كلية الحقوق جامعة حلوان.
- ١٢٠- السند، محمد، الإمامة الإلهية، تقرير بحوث الشيخ السند للسيد محمد علي بحر العلوم، منشورات لسان الصدق، قم المقدسة، ط١، ١٤٢٧هـ = ٢٠٠٦م.
- ١٢١- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- ١٢٢- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط١.
- ١٢٣- السيد الخميني، الحكومة الإسلامية، جمعية المعارف الإسلامية الثقافية، مركز نون للتأليف والترجمة، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٢٩هـ = ٢٠٠٨م.
- ١٢٤- السيد الخميني، أنوار الهداية في التعليقة على الكفاية، تح ونشر: مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، مكتب قم، ط٤، ١٤٣٤هـ.
- ١٢٥- السيد الخميني، روح الله بن مصطفى بن أحمد، صحيفة الإمام، مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، طهران، ط١، ١٤٢٩هـ.

- ١٢٦- السيد الخوئي، موسوعة الإمام الخوئي، التنقيح، إيران، ١٤٢٨ هـ.
- ١٢٧- السيد، صبري، مبادئ القانون الدستوري، مكتبة عبد الله وهبة، المطبعة العالمية بالقاهرة، ط٤، ١٣٦٨ هـ = ١٩٤٩ م.
- ١٢٨- السيوطي، جلال الدين (ت: ٩١١ هـ)، حسن المحاضرة في أخبار مصر والقاهرة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٧٦ م.
- ١٢٩- الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: ٧٩٠ هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، تح: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٥ هـ = ٢٠٠٤ م.
- ١٣٠- الشاعر، رمزي طه، الأيدلوجيات وأثرها في الأنظمة المعاصرة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٨٨ م.
- ١٣١- الشافعي، تقي الدين بن محمد (ت: ٨٢٩ هـ)، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، تح: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٢ هـ = ٢٠٠١ م.
- ١٣٢- الشافعي، محمد بن إدريس (ت: ٢٠٤ هـ)، الأم، تح: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ج. م.ع، المنصورة، ط١، ١٤٢٢ هـ = ٢٠٠١ م.
- ١٣٣- الشاهرودي، علي الحسيني، محاضرات في الفقه الجعفري، تقرير أبحاث السيد الخوئي، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ط١، ١٤٨٤ هـ.
- ١٣٤- الشاوي، منذر، القانون الدستوري (نظرية الدولة)، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١ م.
- ١٣٥- شبوط، حسن تيسير، العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٦ م.
- ١٣٦- الشريف الرضي، محمد بن الحسين (ت: ٤٠٦ هـ)، نهج البلاغة، تح: صبحي الصالح، مؤسسة دار الهجرة، قم المقدسة، ١٤١٤ هـ.

- ١٣٧- الشريف المرتضى، علي بن حسين بن موسى (ت: ٤٣٦هـ)
الانتصار، تح: مؤسسة النشر الإسلامي، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة
المدرسين بقم المشرفة، ١٤١٥هـ.
- ١٣٨- شنطاوي، علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر،
الأردن، ٢٠٠٣م.
- ١٣٩- الشهرستاني، محمد عبد الكريم (ت: ٥٤٨هـ)، الملل والنحل، صح:
احمد فهمي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٣هـ = ١٩٩٢م.
- ١٤٠- الشهيد الثاني، زين الدين بن علي الجباعي (ت: ٩٦٥هـ)، الروضة
البهية في شرح اللمعة الدمشقية، تح: محمد كلانتر، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات،
بيروت، لبنان، ط١.
- ١٤١- الشهيد الثاني، زين الدين بن علي الجباعي، مسالك الأفهام، تح:
مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ط١، ١٤١٧هـ.
- ١٤٢- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد (ت: ١٢٥٥هـ)، نيل الأوطار،
دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٩٧٣م.
- ١٤٣- الشيباني، أحمد بن حنبل (ت: ٢٤١هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل،
تح: محمد بركات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٦هـ.
- ١٤٤- شياح، إبراهيم عبد العزيز، النظم السياسية والقانون الدستوري، تحليل
النظام الدستوري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ١٤٥- الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تح: محمد الزحيلي، دار
القلم، دمشق، ط١، ١٤١٢هـ = ١٩٩٢م.
- ١٤٦- الشيرازي، محمد الحسيني، الإجتهد والتقليد، دار العلوم، بيروت،
لبنان، ط٢، ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م.
- ١٤٧- الشيرازي، محمد الحسيني، الدولة الإسلامية، دار العلوم، بيروت،
لبنان، ط١، ١٤١٠هـ = ١٩٨٩م.

- ١٤٨- الشيرازي، ناصر مكارم، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، منشورات مدرسة الإمام عليّ بن أبي طالب (ع)، قم، ط١، ١٤٢١هـ.
- ١٤٩- الصدر، محمد باقر، المعالم الجديدة للأصول، اعداد وتح: لجنة التحقيق التابعة للمؤتمر العالمي للإمام الشهيد الصدر، مركز الابحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ط١ المحققة، ١٤٢٧هـ.
- ١٥٠- الصدوق، محمد بن علي بن الحسين (ت: ٣٨١هـ)، الخصال، صححه وعلق عليه: علي أكبر الغفاري، مؤسسة النشر الاسلامي التابعة لجماعة المدرسيين بقم المشرفة، ط٢، ١٤٠٣هـ.
- ١٥١- الصدوق، محمد بن علي بن الحسين، أمالي الصدوق، منشورات مؤسسة الأعلمي، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٣٠هـ = ٢٠٠٩م.
- ١٥٢- الصدوق، محمد بن علي بن بابويه، كمال الدين وتمام النعمة، صح وقدم له وعلق عليه: العلامة الشيخ حسين الأعلمي، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٢هـ = ١٩٩١م.
- ١٥٣- الصدوق، من لا يحضره الفقيه، مقدمة وتص: الغفاري، علي أكبر، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الإسلامي بقم المقدسة، ط٢، ١٤٠٤هـ.ق.
- ١٥٤- الصراف، عباس، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط٤، ١٩٩٧م.
- ١٥٥- الصغير، محمد بعلي، القانون الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٤م.
- ١٥٦- طاهري، حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية، ط١، الجزائر، ٢٠٠٧.

- ١٥٧- الطباطبائي، السيد محمد حسين (ت: ١٤٠٢ هـ)، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم، ط٥، ١٤١٧ هـ.
- ١٥٨- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب (ت: ٣٦٠ هـ)، المعجم الكبير، تح: حمدي بن عبد المجيد، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، ط٢، ١٤٠٤ هـ = ١٩٨٣ م.
- ١٥٩- الطبراني، سليمان بن أحمد، الأحاديث الطوال، تح: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م.
- ١٦٠- الطبري، محمد بن جرير (ت: ٣١٠ هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ١٤٢٢ هـ = ٢٠٠١ م.
- ١٦١- الطبري، محمد بن جرير، تاريخ الطبري، تح: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف بمصر، ط٢.
- ١٦٢- طعيمة جرف، نظرية الدولة أو الأسس العامة للتنظيم السياسي، مكتبة القاهرة الحديثة، ط١، ١٩٦٤ م.
- ١٦٣- طلبة، عبد الله، القانون الإداري، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، سوريا، ط٢.
- ١٦٤- الطماوي، سليمان محمد، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، ط٣، ١٩٧٤ م.
- ١٦٥- الطماوي، سليمان محمد، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧ م.
- ١٦٦- الطوسي، محمد بن الحسن (ت: ٤٦٠ هـ)، التبيان في تفسير القرآن، مكتب الإعلام الإسلامي، ط١، ١٢٠٩ هـ.

- ١٦٧- الطوسي، محمد بن الحسن، الخلاف، تح: السيد علي الخرساني، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ط١، ١٤١٧هـ.
- ١٦٨- الطوسي، محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الإمامية، تح: محمد الباقر البهبودي، المكتبة الرضوية لإحياء آثار الجعفرية، ١٣٥١هـ. ش.
- ١٦٩- الطوسي، نصير الدين (٦٧٢هـ)، تجريد العقائد، تح: د. عباس محمد حسن سليمان، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٦م.
- ١٧٠- العاملي، محمد بن جمال الدين مكي (ت: ٧٨٦هـ)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، مؤسسة النشر الإسلامي، ط١.
- ١٧١- العاملي، محمد جواد (ت: ١٢٢٦هـ)، مفتاح الكرامة، تح: الشيخ محمد باقر الخالصي، مؤسسة النشر الإسلامي، ط١، ١٤٢٨هـ.
- ١٧٢- العاملي، محمد مهدي شمس الدين، نظام الحكم والإدارة في الإسلام، المؤسسة الدولية للدراسات والنشر، ط٢، ١٤١١هـ=١٩٩١م.
- ١٧٣- عبد الهادي، ماهر، السّلطة السياسية في نظرية الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٨٤م.
- ١٧٤- عبد الوهاب، محمد أحمد رفعت، مبادئ النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢م.
- ١٧٥- عبد الوهاب، محمد رفعت، المبادئ الدستورية العامة، دار الجامعة الجديد، ٢٠٠٤م.
- ١٧٦- عبد الوهاب، محمد رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥م.
- ١٧٧- عثمان خليل عثمان، المبادئ الدستورية العامة، مكتبة عبد الله وهبة، المطبعة العالمية بالقاهرة، ١٣٦٢هـ = ١٩٤٣م.
- ١٧٨- العز، عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، أم القرى للطباعة والنشر، القاهرة.

- ١٧٩- العسقلاني، العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (ت: ٨٥٢هـ)، فتح الباري، المطبعة السلفية، القاهرة، مصر، ١٣٨٠هـ.
- ١٨٠- العلامة الحلي، الحسن بن يوسف المطهر (ت: ٧٢٦هـ)، تذكرة الفقهاء، تح: مؤسسة آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، ط١، ١٤١٥هـ.
- ١٨١- العلامة الحلي، الحسن بن يوسف المطهر، كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، لبنان.
- ١٨٢- العلامة الحلي، تحرير الأحكام، تح: الشيخ إبراهيم البهادلي، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، قم، ط١، ١٤٢١هـ.
- ١٨٣- عليش، محمد بن أحمد بن محمد (ت: ١٢٩٩هـ)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة الخليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٠٤هـ=١٩٨٤م.
- ١٨٤- العمادي الحنفي، محمد بن محمد بن مصطفى (ت: ٩٨٢هـ)، تفسير أبي السعود (إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم)، تح: عبد القادر أحمد عطا، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
- ١٨٥- العمر، تيسير خميس، حرية الاعتقاد في ظل الإسلام، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٤١٩هـ=١٩٩٨م.
- ١٨٦- العمري، إسماعيل، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مطبعة الزهراء الحديثة، جمهورية العراق، ط١، ١٩٨٤م.
- ١٨٧- غازي فيصل، القضاء الإداري، النبراس للطباعة، العراق، النجف الأشرف، ط١، ٢٠١٢م.
- ١٨٨- الغالي، كمال، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ط١، ٢٠٠٢م.
- ١٨٩- الغزالي، محمد بن محمد بن محمد (ت: ٥٠٥هـ) المستصفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٩٩٣م.

- ١٩٠- الغزالي، محمد بن محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٣٢هـ=٢٠١١م.
- ١٩١- الغزالي، محمد بن محمد بن محمد، الاقتصاد في الاعتقاد، تح: الدكتورة إنصاف رمضان، دار فتية، ط١، ١٤٢٣هـ=٢٠٠٣م.
- ١٩٢- الغزالي، محمد بن محمد بن محمد، فضائح الباطنية، تح: عبد الرحمن البدوي، مؤسسة دار الكتاب الثقافية، الكويت، ١٩٦٤هـ.
- ١٩٣- الفارابي، محمد بن محمد بن أوزلغ (ت: ٣٣٩هـ)، آراء أهل المدينة الفاضلة، تح: ألبير نصري نادر، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ط١، ١٩٥٩م.
- ١٩٤- الفاضل المقداد، جمال الدين المقداد بن عبد الله (ت: ٨٢٦هـ)، نضد القواعد الفقهية على مذهب الإمامية، تح: عبد اللطيف الحسيني الكوهكمري، نشر: مكتبة آية الله المرعشي النجفي، قم المقدسة، ط١، ١٤٠٣هـ.
- ١٩٥- فؤاد، محمد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- ١٩٦- القاضي، عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار (ت: ٤١٥هـ)، نظرية التكليف، تح: د. عبد الكريم عثمان، مؤسسة الرسالة، ١٣٩١هـ = ١٩٧١م.
- ١٩٧- القاضي، محمد بن الطيب بن محمد (ت: ٤٠٢هـ)، تمهيد الأوائل وتلخيص الدلائل، تح: عماد الدين أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، ط١، ١٤٠٧هـ=١٩٨٧م.
- ١٩٨- القرافي، شهاب الدين (ت: ٦٨٤هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تح: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤١٦هـ = ١٩٩٥م.
- ١٩٩- القرافي، شهاب الدين، الفروق، تح: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٨هـ=١٩٩٨م.

- ٢٠٠- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت: ٦٧١هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٧ = ٢٠٠٦م.
- ٢٠١- القزويني، محمد بن ماجة (ت: ٢٧٣هـ)، سنن ابن ماجة، تح: بشار عواد المعروف، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ.
- ٢٠٢- القلقشندى، أحمد بن علي بن أحمد (ت: ٨٢١هـ)، مآثر الأنافة في معالم الخلافة، تح: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، ط٢، ١٩٨٥م.
- ٢٠٣- القليوبي، أحمد بن أحمد بن سلامة (ت: ١٠٦٩هـ)، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، مصطفى البابي الحلبي، ط٣، ١٣٧٥هـ=١٩٥٥م.
- ٢٠٤- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ=١٩٨٦م.
- ٢٠٥- الكاشاني، محمد بن محسن (ت: ١٠٩١هـ)، الوافي، مكتبة أمير المؤمنين (عليه السلام)، أصفهان، ط١، ١٤٠٦هـ.
- ٢٠٦- كاشف الغطاء، علي محمد رضا، النور الساطع في الفقه النافع، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٣٨١هـ=١٩٦١م.
- ٢٠٧- الكليني، محمد بن يعقوب بن إسحاق (ت: ٣٢٩هـ)، الكافي، تح: قسم إحياء التراث، مركز بحوث دار الحديث، دار الحديث للطباعة والنشر، ط٣، ١٤٣٤هـ. ق = ١٣٩٢هـ.
- ٢٠٨- كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ج. م. ع، ١٩٦٩م.
- ٢٠٩- لقبيلات، حمدي، القانون الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨م.

- ٢١٠- الليثي، علي بن محمد (ت: القرن السادس الهجري)، عيون الحكم والمواعظ، تح: حسين الحسيني البيرجندي، دار الحديث، قم، ط١، ١٤١٨ هـ.
- ٢١١- ليلة، محمد كامل، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣م.
- ٢١٢- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب (ت: ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي، تح: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ=١٩٩٩م.
- ٢١٣- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢١هـ=٢٠٠٠م.
- ٢١٤- متولي، عبد الحميد، الإسلام ومبادئ نظام الحكم في الماركسية والديمقراطيات الغربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م.
- ٢١٥- متولي، عبد الحميد، الأنظمة السياسية والمبادئ الدستورية العامة في الديمقراطيات الغربية، مطبعة دار المعارف بمصر، ط١، ١٩٥٧م.
- ٢١٦- مجدي، أحمد فتح الله، فاعلية الأداء الضبطي لرجال الشرطة، كلية الدراسات العليا، ج.م.ع، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ٢١٧- المجلة، مطبعة الجوائب بالاستانة، ١٣٠٥هـ.
- ٢١٨- المجلسي، محمد باقر (ت: ١١١٠هـ)، ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار، تح: السيد مهدي الرجائي، مطبعة الخيام، قم، ١٤٠٦هـ.
- ٢١٩- محفوظ لعشب بن حامد، التجربة الدستورية في الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، ٢٠٠٠م.
- ٢٢٠- محمد رأفت عثمان، رياسة الدولة في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ج.م.ع، ١٩٧٥م.
- ٢٢١- محيو، أحمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية، تح: محمد عرب فصيلة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ١٩٩٦م.

- ٢٢٢- المرتضى، علي بن حسين بن موسى (ت: ٤٣٦هـ)، الشافي في الإمامة، تح وعلق عليه: السيد عبد الزهراء الحسيني الخطيب، راجعه: السيد فاضل الميلاني، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام) للطباعة والنشر، ط٢، ١٩٨٦م.
- ٢٢٣- المرتضى، علي بن حسين بن موسى، المسائل الناصريات، رابطة الثقافة والعلاقات الإسلامية، طهران، إيران، ط١، ١٤١٧هـ.
- ٢٢٤- المرتضى، علي بن حسين بن موسى، رسائل الشريف المرتضى، تدقيق وتص: السيد مهدي الرجائي، دار القرآن الكريم، قم المقدسة، ط١، ١٤٠٥هـ.
- ٢٢٥- المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سلمان (ت: ٨٨٥هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الناشر: دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ.
- ٢٢٦- المرزوقي، إبراهيم عبد الله، حقوق الإنسان في الإسلام، ترجمة: محمد حسين مرسي، المجتمع الثقافي، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة.
- ٢٢٧- مرسي، حسام، سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠١١م.
- ٢٢٨- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت: ٥٩٣هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تح: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- ٢٢٩- مركز نون للتأليف والترجمة، بحوث ولاية الفقيه، جمعية المعارف الإسلامية الثقافية، ط١، ١٤٢٠هـ = ١٩٩٩م.
- ٢٣٠- المشهداني، محمد كاظم، القانون الدستوري، الدولة، الحكومة، الدستور، مؤسسة الثقافة الجامعية.
- ٢٣١- المصري، زكريا، أسس الإدارة العامة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، ج.م.ع، ٢٠٠٧م.

- ٢٣٢- المفرجي، إحسان بن حميد، نعمة، كطران بن زغير، الجدة، رعد بن ناجي، النظرية العامة في القانون الدستوري، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ط٤، ٢٠١٠م.
- ٢٣٣- المفيد، محمد بن محمد بن النعمان (ت: ٤١٣هـ)، المقنعة، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط٢، ١٤١٠هـ.
- ٢٣٤- المقدسي، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد الحنبلي، (ت: ٦٢٠هـ)، المغني، تح: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ = ١٩٩٧م.
- ٢٣٥- المنتظري، حسين علي، دراسات في ولاية الفقيه، الدار الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، ط٢، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٨م.
- ٢٣٦- المواق، محمد بن يوسف المالكي (ت: ٨٩٧هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٦هـ = ١٩٩٤م.
- ٢٣٧- المودودي، أبو الأعلى، تدوين الدستور الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٥، ١٤٠١هـ = ١٩٨١م.
- ٢٣٨- موريس دوفرجيه (MAURICE DUVERGER)، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، ترجمة: جورج سعد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٢هـ = ١٩٩٢م.
- ٢٣٩- مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، اللجنة الدولية لترجمة الروائع الإنسانية (الاونسكو)، دار المعارف بمصر، القاهرة، ١٩٥٣م.
- ٢٤٠- النائيني، محمد حسين (ت: ١٣٥٥هـ)، المكاسب والبيع، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ط٢، ١٤١٣هـ.
- ٢٤١- النائيني، محمد حسين، تنبيه الأمة وتنزيه الملة، تقديم: الشيماء العقالي، تح: عبد الكريم آل نجف، تعريب: عبد المحسن آل نجف، دار الكتاب المصري، القاهرة، ط١، ١٤٣٤هـ = ٢٠١٢م.

- ٢٤٢- النائيني، محمد حسين، منية الطالب في شرح المكاسب، المكتبة المحمدية، طهران، إيران، ط١، ١٣٧٣هـ.
- ٢٤٣- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٠م.
- ٢٤٤- النراقي، محمد مهدي بن أبي ذرّ (ت: ١٢٤٤هـ)، عوائد الأيام، تح: مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية، مطبعة مكتب الإعلام الإسلامي، ط١، ١٤١٧هـ.
- ٢٤٥- نصير فريد محمد، السّطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، ج. م. ع.
- ٢٤٦- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف بن مري (ت: ٦٧٦هـ)، المنهاج في شرح صحيح مسلم، بيت الأفكار الدولية.
- ٢٤٧- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف بن مري، روضة الطالبين، تح: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة خاصة، ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٣م.
- ٢٤٨- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف بن مري، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، عني به: محمد طاهر شعبان، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٦هـ = ٢٠٠٥م.
- ٢٤٩- النيسابوري، محمد بن عبد الله (ت: ٤٠٥هـ)، المستدرک على الصحيحين، تح: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٢٢هـ = ٢٠٠٢م.
- ٢٥٠- وزارة الأوقاف، الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية.
- ٢٥١- اليزدي، محمد تقي مصباح، النظرة الحقوقية في الإسلام، ترجمة: وليد مؤمني، أشرف على الترجمة: محمد عبد المنعم الخاقاني، دار الولاة، بيروت، لبنان.

الدساتير والقوانين والقرارات

- ١- العراق، الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥، نشر في الوقائع العراقية رقم العدد (٤٠١٢) في ٢٨/١٢/٢٠٠٥.
- ٢- العراق، رقم القرار ١/حقوقية ثانية/٩٦٩ في ٢١-١٢-١٩٦٩، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، ٥٣٤.
- ٣- العراق، رقم القرار ٢/حقوقية ثانية/٩٧٠ في ١٥-١-١٩٧٠، منشور في النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠، ١٥٧.
- ٤- العراق، رقم القرار ٤٦/حقوقية ثانية/٩٦٩ في ٢٣-١٢-١٩٦٩، منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، ٥٣٤.
- ٥- العراق، قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م، نشر في الوقائع العراقية رقم العدد (٢٠٠٤) في ٣١/٥/١٩٧١.
- ٦- العراق، قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥، نشر في الوقائع العراقية رقم العدد (٤٠١٠) في ٢٣/١١/٢٠٠٥.
- ٧- العراق، قانون السلامة الوطنية رقم ١ لسنة ٢٠٠٤، نشر في الوقائع العراقية رقم العدد (٣٩٨٧) في ٩/١/٢٠٠٤.
- ٨- العراق، قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، نشر في الوقائع العراقية رقم العدد (١٧٧٨) في ١٥/١٢/١٩٦٩.
- ٩- العراق، قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٧، نشر في الوقائع العراقية رقم العدد (٤٤٤٦) في ٨/٥/٢٠١٧.

that has its rights, so it balances between the individual right and the group rights where they are neither natural rights for its owners, as those of the natural theory had said, nor grants of society or law, as those of the positive theory had said. Society or state, cannot object the individual rights as he commits and follow the conditions and instructions of His Almighty God.

To protect the public interest, the judge interference had been legislated; this interference is restricted by the general jurisprudential rules which allow the interference in the way that prevent harm from the public interest in case of using the individual right, where some times this resulted to damaging the public interest, so the judge, or the ruler, interferes to protect it. That was the reason of studying the judge and the political regimes authority for Shari'a and law.

Abstract

This research is a comparative jurisprudential study between Islamic Shari'a and the positive law in the judge authority in restricting the personal right (the individual right vis-à-vis the public right). The study shows the concept of authority, judgment, judge, right, and aims of the legal judgments between Shari'a and law, in addition to the concept of right in jurisprudence and law, where it dealt with the definition to distinguish it from the other similar concept such as freedom and cheapness, and the right rise according to the Islamic perspective where the holy verses indicated that His Almighty God is the owner of this universe and all the creatures, so His Almighty God alone has the right to organize, legislate and judge the universe.

His Almighty God had legislated all the good for all people; appointed Man as a successor supported him with all other creatures, so money and beneficences are for His Almighty God who had appointed Man as his successor.

Yet, this succession is not an absolute, Shari'a had restricted it, showing the rules and principles of restriction and the way of getting use of all the gifts of Allah.

Hence, it became clear that the successors are restricted, they had been created and appointed as successors to worship Allah. The legal meaning of worship is to follow all the legislations and rules of His Almighty God to organize the human life.

So, the rights that are put by legislation, for the individuals and groups, are Divine gifts, granted by His Almighty God to Man to achieve his interests in this and the hereafter life, considering that he lived within a group

Ministry of Higher Education & Scientific Research
University of Kufa
College of Jurisprudence



**Judge Authority in Restricting the
Personal Right**
**A Comparative Study between Jurisprudence and
Law**

A Thesis
Submitted by:
Rafid Hesên Mejeed Nadi Al-Aly

to:
**The Council of the College of Jurisprudence /
University of Kufa**
**as a Partial Fulfillment of the Requirements of the
Ph.D. Degree in the Shari`a and Islamic Science**

Supervised by: -

Prof. Dr.
Mohammed Ali Hasim

Prof. Dr.
Nebeel Mehdy Zewain

2019A.D

1440A.H