***Dirasat*: Shari'a and Law Sciences, Volume 49, No. 4, 2022**

Deanship of Scientific Research

The Constituent Power in Islamic Constitutional Jurisprudence: A Comparative Study

Mustapha Bouhazama*

Department of Public Law, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences, Sidi Mohamed Ben Abdullah University, Fes, Morocco.

Received: 22/2/2022
Revised: 15/3/2022
Accepted: 27/6/2022
Published: 1/12/2022

* *Corresponding author:*
dmustapha.bouhazama@usmba.ac.ma

Citation: Bouhazama, M. (2022). The Constituent Power in Islamic Constitutional Jurisprudence: A Comparative Study. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, *49*(4), 95–110.
https://doi.org/10.35516/law.v49i4.664

© 2022 DSR Publishers/ The University of Jordan.

This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY-NC) license https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

Abstract

Objectives: Every time Muslim countries attempt to draft or amend their constitutions, the issue of the position of Islamic law in these constitutions is raised. Therefore, this article aims to study the peculiarities of the constituent power in Islamic constitutional jurisprudence and to highlight the possibility of Islamic constitutional jurisprudence benefiting from the gains of Western democracies in exercising the constituent power that sets or amends the constitution.

Methods: The study follows a descriptive, analytical, and comparative methodology, in which the peculiarities of the constituent power in Islamic constitutional jurisprudence were reviewed, and the opinions of some Islamic constitutional jurists were analyzed regarding the source of the constitution and the method of its formulation. The study also included some comparisons between the peculiarities of the emergence of the concept of constituent power in Western constitutional experiences and its peculiarities after its transfer to Islamic countries.

Results: The exercise of constituent power in Islamic countries must take place within the framework of Islamic law, with the possibility of benefiting from the gains of Western democracies in a manner that does not conflict with Islamic principles and morals in governance.

Conclusions: More openness to the Western foundational experiences and the gains they have achieved in exercising the constituent power, especially those that do not contradict the principles of Islam. It is also deepening research in Islamic constitutional jurisprudence related to constituent power.

Keywords: Constituent power, Islamic constitutional jurisprudence, sovereignty, constitution.

السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي: دراسة مقارنة

مصطفى بوحزامة*

قسم القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب.

ملخّص

الأهداف: تهدف هذه الدراسة إلى رصد خصوصيات السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي، وإبراز إمكانية استفادة الفقه الدستوري الإسلامي من مكاسب الديمقراطيات الغربية في ممارسة السلطة التأسيسية التي تضع الدستور أو تقوم بتعديله.

المنهجية: اعتمدت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث تم استعراض خصوصيات السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي، وتحليل آراء بعض الفقهاء الدستوريين الإسلاميين بخصوص مصدر الدستور المكتوب وطريقة وضعه. كما تخللت الدراسة بعض المقارنات بين مميزات ظهور مفهوم السلطة التأسيسية في التجارب الدستورية الغربية، ومميزاته بعد انتقاله إلى الدول الإسلامية.

النتائج: توصلت الدراسة إلى أن ممارسة السلطة التأسيسية في الدول الإسلامية يجب أن تتم ضمن إطار الشريعة الإسلامية، مع إمكانية الاستفادة من مكاسب الديمقراطيات الغربية، وذلك بما لا يتعارض مع المبادئ والأخلاق الإسلامية في الحكم.

الخلاصة: المزيد من الانفتاح على التجارب التأسيسية الغربية، وما حققته من مكاسب في ممارسة السلطة التأسيسية خصوصا التي لا تتعارض مع ثوابت الإسلام، كما توصي بتعميق الأبحاث والدراسات في الفقه الدستوري الإسلامي التي ترتبط بالسلطة التأسيسية.

الكلمات الدالّة: السلطة التأسيسية، الفقه الدستوري الإسلامي، السيادة، الدستور.

المقدمة

تعتبر الدساتير المدونة من أهم مقومات الدولة الحديثة؛ حيث تخضع الممارسة السياسية للسلطة داخل الدولة لقواعد معيارية دستورية متفق عليها من طرف الشعوب والحكام على حد سواء. وإذا كانت السلطة السياسية داخل الدولة تنقسم، من حيث المبدأ، إلى سلطتين: سلطة تأسيسية (مؤسِّسة) وهي التي تضع الدستور أو تعدله، وسلطة مؤسَّسة وهي التي وضعها الدستور (بوكير، السلطة السياسية ونظام الحكم في الفقه الدستوري الإسلامي دراسة في الأصول والممارسة، 2011، ص 17)؛ فإن السلطة التأسيسية هي: إما أصلية وتسمى سلطة تأسيسية أصلية، وهي التي تستقل بوضع الدستور للدولة التي لا يكون فيها دستور مدون، وإما فرعية وتسمى سلطة تأسيسية فرعية أو مشتقة أو سلطة مراجعة الدستور (يستعمل بعض الفقه الدستوري الألماني والفرنسي عبارة "سلطة مراجعة الدستور" بدل "السلطة التأسيسية الفرعية"، وعبارة "السلطة التأسيسية" بدل "السلطة التأسيسية الأصلية")، وتتولى هذه السلطة تعديل الدستور عند الاقتضاء. والسلطة التأسيسية بهذا المعنى لا تدخل في تعداد السلطات المؤسَّسَة، ولا يشملها مبدأ الفصل، لأنها ليست متفرعة عن ممارسة السيادة، بل هي السيادة نفسها تتبدى في سلطة أصلية وعنها ينبثق الدستور، وإليها يعود في الأصل حق تعديله (البارودي، 1971، ص 233).

وقد ظهر مفهوم السلطة التأسيسية في الغرب الأوربي والأمريكي، في النصف الثاني من القرن الثامن عشر، في ارتباطه بمفهوم السيادة، بعد تطور نظريتي سيادة الأمة والسيادة الشعبية (Khalil, 2006, pp. 46-47)، وانتقال هذه السيادة عمليا من الملوك ورجال الدين إلى الأمة أو الشعب. قبل أن ينتقل هذا المفهوم من حيث الممارسة والنظرية إلى باقي دول العالم بما فيها الدول العربية والإسلامية.

ولذلك، فرغم أن مفهوم السلطة التأسيسية لم يوجد في الفقه الدستوري الإسلامي، بالشكل الذي ظهر به في الأدبيات الدستورية الغربية ابتداء من النصف الثاني من القرن الثامن عشر، من خلال التجارب التأسيسية في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، إلا أن نقل التجربة التأسيسية، ووضع الدستور في الدول الإسلامية، سوف لن يجدها أرضا مواتا، على اعتبار أنه سيجد منظومة فقهية ودستورية قائمة، لها منظورها الخاص للسلطة ولتنظيم الحكم، وهو ما سيطرح إشكالا على مستوى التوفيق بين المنظور الغربي للسلطة وممارستها، والمنظور الإسلامي للسلطة ولمن يمتلكها، وقد طرح هذا الإشكال حين محاولة تأسيس الدولة العربية الإسلامية الحديثة وتدوين دساتيرها، كما أنه لازال يطرح في كل مناسبة تحاول هذه الدول أن تضع لها دساتير جديدة. ومن هنا تأتي الحاجة لتناول موضوع خصوصيات السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي والأسس النظرية والفقهية التي تميزها.

أهمية الدراسة.

إن أهمية معالجة موضوع السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي تكمن في معرفة ما إذا كان الفقه الدستوري الإسلامي قادرا على احتضان مفهوم السلطة التأسيسية الذي هو مفهوم غربي المنشأ، كما أنه من المفاهيم المؤسسة للدولة القانونية الحديثة. ولذلك فإن أهمية هذا الموضوع تتجلى في جانبين:

أهمية نظرية: تنطلق هذه الأهمية من محاولة الإجابة عن أهم الأسئلة التي تخص نظرة الفقه الدستوري الإسلامي إلى السلطة التي تضع الدستور أو تقوم بتعديله.

أهمية عملية: تتجلى في معرفة كيفية وضع الدستور أو تعديله في الدولة الإسلامية من حيث صاحب السلطة التأسيسية والمصادر المعتمدة، وكذلك الاطلاع على بعض التجارب التأسيسية التي وقعت في تاريخ المسلمين والخصوصيات التي ميزتها.

الهدف من الدراسة.

تطمح هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- رصد خصوصيات السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي، وطبيعة الوثيقة الدستورية التي تؤسس لها هذه السلطة.
- إبراز المصادر التي يتأسس عليها الدستور في الدولة الإسلامية، والمبادئ والقيم الإسلامية المؤطرة لإدراة الحكم وممارسة السلطة.
- إبراز نقط الالتقاء بين مميزات ممارسة السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي ومثيلتها في النظرية الدستورية الديمقراطية الغربية.

مشكلة الدراسة.

تتمحور مشكلة هذه الدراسة في خصوصيات السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي والأسس النظرية والفقهية التي تميزها. وما إذا كانت ممارسة هذه السلطة السيادية تتعارض مع الشريعة الإسلامية باعتبارها الإطار الأوسع الذي يضم كل تشريع قانوني قطعي في بعض جوانبه، واجتهادي في جوانب أخرى. وتشتق من مشكلة الدراسة الأسئلة الآتية:

- ما المقصود بالسلطة التأسيسية؟ وما خصوصياتها في الفقه الدستوري الإسلامي؟
- بأي معنى يمكن الحديث عن سلطة تأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي؟

- ما الأسس التي تقوم عليها ممارسة السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي؟
- ما الهيئات المكلفة بممارسة السلطة التأسيسية؟ وما مساطر وحدود هذه الممارسة؟
- هل يمكن التوفيق بين المنظور الغربي لممارسة السلطة التأسيسية ومنظور الفقه الدستوري الإسلامي لها؟

الدراسات السابقة

لم تخل إنتاجات الفقه الدستوري الإسلامي من كتابات حول الدستور وتدوينه ومصادره وأزماته. ورغم ذلك فإن القليل جدا منها من تحدث حصريا عن موضوع السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي. فمعظم البحوث العلمية والرسائل الجامعية، التي تمكنت من الحصول عليها بخصوص هذا الموضوع، تطرقت إليه بشكل ضمني وغير مباشر، ومن أهمها:

1- الإسلام والدستور، وهي رسالة ماجستير للباحث توفيق عبد العزيز السديري، نوقشت في كلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، 1407 هـ، نسخة إلكترونية.

وقد استفدت من هذه الرسالة في تحديد الدستور بمفهومه الإسلامي من حيث أسسه، ومصادره في الشريعة الإسلامية.

2- السلطة التأسيسية في القانون الدستوري الوضعي والفقه الدستوري الإسلامي (دراسة مقارنة)، وهي رسالة دكتوراه للباحث عبد المجيد حمادي العيساوي، طبعت في دار الفكر العربي، سنة 1436 هـ-2015 م.

وقد استفدت من هذه الدراسة في بعض المقارنات بين السلطة التأسيسية في القانون الدستوري الوضعي، والسلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي.

3- الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي، وهي رسالة دكتوراه للباحث فتحي عبد الكريم، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1984م، نسخة إلكترونية.

وقد استفدت من هذه الدراسة في تحديد مفهومي السلطة والسيادة وأسسهما في الفقه الإسلامي.

وما تسعى هذه الدراسة إلى إضافته، بعد الاستفادة من الدراسات السابقة، هو بيان أن مفهوم السلطة التأسيسية، الذي هو غربي المنشأ، قابل للتكيف مع خصوصيات المجتمعات الإسلامية، وأن ممارسة السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي يمكن أن تأخذ بحسنات ومزايا النظرية الدستورية الديمقراطية الغربية، لكن مع احترام ثوابت المجتمعات الإسلامية وخصوصياتها الدستورية.

المنهج المعتمد.

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي من أجل بيان الأسس النظرية لمفهوم السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الغربي، وكذلك من أجل الكشف عن خصوصيات ممارسة هذه السلطة حسب الفقه الدستوري الإسلامي. كما تخللت الدراسة، بعض المقارنات بين بعض مميزات مفهوم السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الغربي، وخصوصياته في الفقه الدستوري الإسلامي.

خطة الدراسة.

جاء البحث في مقدمة وثلاثة مطالب وخاتمة فيها أهم نتائج وتوصيات البحث على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم السلطة التأسيسية: مدلولاته ومميزات ظهوره.

الفرع الأول: المدلول اللغوي والاصطلاحي لمفهوم السلطة التأسيسية.

الفرع الثاني: مميزات ظهور مفهوم السلطة التأسيسية.

المطلب الثاني: خصوصيات السلطة التأسيسية الأصلية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الأول: صاحب السلطة التأسيسية الأصلية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الثاني: مصادر تشريع النصوص الدستورية في الفقه الدستوري الإسلامي.

المطلب الثالث: خصوصيات السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الأول: صاحب السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الثاني: حدود ممارسة السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الخاتمة.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التأسيسية: مدلولاته ومميزات ظهوره.

تقابل عبارة السلطة التأسيسية في اللغة الإنجليزية عبارة (constituent power) وفي اللغة الفرنسية عبارة (pouvoir constituant). وفي الفقرات الموالية سأقوم بداية بتحديد المقصود بالسلطة التأسيسية لغة واصطلاحا، كما سأتناول بعد ذلك مميزات ظهور هذا المفهوم.

الفرع الأول: المدلول اللغوي والاصطلاحي لمفهوم السلطة التأسيسية.

تشير كلمة السلطة في اللغة العربية إلى القدرة والقوة والقهر والسيطرة والتحكم (ابن منظور، صفحة 2065)، أما كلمة التأسيسية؛ فهي مشتقة من الأساس والتأسيس، وهي بذلك تعني إنشاء ووضع الأسس والقواعد (ابن منظور، الصفحات 78-79). وانطلاقا من ذلك؛ فالسلطة التأسيسية تعني في مدلولها اللغوي تلك القوة التي تنشئ الأسس وتضع القواعد والمبادئ.

أما في المعنى الاصطلاحي، فتشير السلطة التأسيسية إلى تلك السلطة العليا التي تمتلك حق وضع الدستور المكتوب في الدولة أو تعديله تعديلا كليا أو جزئيا (البارودي، 1971، ص 232). وتنقسم السلطة التأسيسية إلى نوعين: سلطة تأسيسية أصلية، وهي التي تضع الدستور المكتوب حيث لا يكون دستورا، كما هو الحال عند مولد دولة جديدة أو تغيير نظام سياسي قائم. وسلطة تأسيسية مشتقة، وهي السلطة التي تمتلك حق تعديل الدستور المكتوب وفق المساطر المحددة في الدستور ذاته (حاشي، 2009، ص 215).

وقد ظهر مفهوم السلطة التأسيسية في النصف الثاني من القرن الثامن عشر في سياقات محددة، بعد نضج وتضافر مجموعة من الشروط والعوامل، مما جعل أصل ظهوره يكتسي مميزات خاصة.

الفرع الثاني: مميزات ظهور مفهوم السلطة التأسيسية.

حينما تحدث المفكر السياسي الفرنسي شارل لويس دي مونتسكيو عن السلطة السياسية، باعتبارها تنقسم إلى ثلاث سلطات: تنفيذية وتشريعية وقضائية، وأكد على ضرورة الفصل بينها(Montesquieu, 1995, pp. 63-77) ، فإنه تحدث عنها باعتبارها سلطات مؤسَّسة، لكن السؤال المطروح هو: من أين تستمد هذه السلطات أساسها ومشروعية وجودها؟

لقد تحدث مونتسكيو كثيرا عن الإرادة العامة للأمة أو الشعب أو الدولة(Montesquieu, 1995, pp. 112-117) ، وهو بذلك يكون قد تحدث بطريقة ضمنية عن السلطة التأسيسية باعتبارها تلك السلطة التي توجد فوق السلطات جميعا، ومنها تستمد هذه الأخيرة مبدأ وجودها. وهذا ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي رايمون كاري دي مالبرغ، حين أكد على أن نظرية فصل السلطات تقود بالضرورة إلى نظرية السلطة التأسيسية (Malberg, 1922, p. 515)؛ لأنه من الواجب منطقيا وجود سلطة عليا قادرة على تقسيم السلط والفصل بينها(Burdeau, 1983, p. 175) ، وهي السلطة التأسيسية التي تضع الدستور، وتحدد السلطات المؤسسة واختصاصاتها وطبيعة العلاقات بينها.

ورغم ذلك النقاش الفقهي الواسع الذي دار بين الفقهاء حول أصل مفهوم السلطة التأسيسية، بين من اعتبر أن ظهور المفهوم، من حيث الممارسة، يعود إلى التجربة التأسيسية في الولايات المتحدة الأمريكية خلال وضعها لدساتير الولايات والدستور الفيدرالي، وبين من اعتبر أن أصل المفهوم يعود من حيث التسمية والممارسة معا إلى فرنسا، من خلال أفكار جوزيف إيمانويل سياس حول السلطة التأسيسية، وضرورة امتلاكها من طرف الشعب (Klein, 1996, pp. 7-18)، فإن الظهور الأول لمفهوم السلطة التأسيسية يعود - حسب غالبية الفقه الدستوري- إلى المفكر الفرنسي جوزيف إيمانويل سياس، وذلك إبان الثورة الفرنسية(Klein, 1996, pp. 8-9) ؛ إذ يعتبر سياسي أول من تحدث بشكل صريح عن مفهوم السلطة التأسيسية، باعتبارها سلطة توجد فوق السلطات جميعا(Gozler, 1995, p. 8) . معتبرا أن السلطات المحدثة بموجب الدستور هي متعددة ومنفصلة، لكنها كلها نابعة من الإرادة العامة للأمة أو الشعب، وهذه الإرادة هي التي تمتلك حق ممارسة السلطة التأسيسية(Gozler, 1995, p. 8) . وفي كل الأحوال فإن مفهوم السلطة التأسيسية، ظهر في الغرب (فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية) بعد تنامي الاتجاه الليبرالي، عقب ثورتين قطعتا مع الأنظمة السابقة، وأعلنتا أحقية الشعوب في تنظيم ذاتها، وتقرير مصيرها، من خلال استقلاليتها في وضع وتدوين دساتيرها، في إطار دولة القانون.

وإذا كانت التجارب التأسيسية الأولى في وضع الدساتير المدونة، في العصر الحديث، تعود إلى التجربة الأمريكية في وضع دساتير الولايات الأمريكية بعد استقلالها، والدستور الفيدرالي الأمريكي لسنة 1787. وإلى التجربة الفرنسية في وضع دستور 1791 بعد ثورة 1789، فإن هاتين التجربتين الرائدتين، اعتبرتا أنموذجا لانطلاق موجات دستورية في مختلف بلدان العالم، من أجل وضع حد للحكم المطلق، وترسيخ الديمقراطية وفقا لقواعد معيارية دستورية.

وقد تأثر المشرق العربي والإسلامي، بعد مدة ليست بالقصيرة، بهذه الحركة الدستورية العالمية؛ إذ لجأت مجموعة من الدول العربية والإسلامية إلى وضع دساتير لها من أجل تنظيم الحكم، منها تونس سنة 1861، وتركيا سنة 1876، ومصر سنة 1882، والمغرب سنة 1908، وإيران سنة 1908. مستلهمة بعض مفاهيم النظرية الدستورية للسلطة التأسيسية في الغرب، ومن أهمها مفهوم السلطة التأسيسية التي تمتلك حق وضع الدستور أو تعديله.

ورغم أن مفهوم السلطة التأسيسية لم يوجد في الأنظمة السياسية العربية والإسلامية بالشكل الذي ظهر به في الغرب، فإن هذا المفهوم يبدو أنه كان حاضرا بشكل ضمني (كمسمى لا كاسم) من خلال من يملك السيادة القانونية في الدولة الإسلامية، وبالتالي سلطة التشريع بما فيه تشريع القواعد الدستورية؛ إذ نجد حتى في النظرية الدستورية للسلطة التأسيسية في الأنظمة الغربية، أن "مفهوم السلطة التأسيسية اشتق، وعبر مفهوم السيادة، من القدرة (السيادة) الإلهية" (Bernabi, 2003, p. 103)؛ حيث إن هناك من اعتبر أن مفهوم السلطة التأسيسية ليس إلا سلطة تأسيسية ذات

طبيعة إلهية تم نقلها إلى الشعب أو الأمة (Marti, 2008-2009). وقد اعتبر كارل شميث في هذا الإطار أن "كل المفاهيم المؤسسة للنظرية الحديثة للدولة، هي مفاهيم لاهوتية معلمنة"(Schmitt, 1988) .

ورغم أن الدساتير العربية والإسلامية ظلت عمليا، وفي معظمها، عرفية منذ وفاة الرسول- عليه الصلاة والسلام- وحتى النصف الأول من القرن التاسع عشر، فإن الفقه الدستوري الإسلامي أنتج أفكارا ونظريات بخصوص السلطة والدولة والسيادة، وطريقة تنظيم الحكم، ومن يمتلك سلطة التشريع بما فيه تشريع النصوص الدستورية. لكن رغم ذلك، يتحدث الأستاذ المختار الشنقيطي عن "انعدام تقاليد الدساتير المكتوبة في التاريخ الإسلامي منذ العصر النبوي إلى العصور الحديثة. ورغم أن الدولة الوحيدة في التاريخ الإسلامي التي كان لديها دستور مكتوب هي دولة المدينة في العصر النبوي، فإن تلك البدرة الدستورية المكتوبة في العصر النبوي، لم تتحول إلى دوحة وارفة الظلال من الفقه الدستوري والممارسة الدستورية، وإلى سنة سياسية متصلة تنمو بنمو الدول الإسلامية" (الشنقيطي، 2018، الصفحات 517-518).

وقد تباينت الاتجاهات الفقهية داخل الفقه الدستوري الإسلامي، بخصوص من يملك السلطة التأسيسية وكيفية وضع التشريعات الدستورية؛ فهناك من اعتبر أن تنظيم الحكم هو أمر توقيفي على النصوص الإسلامية القطعية؛ إذ اعتبر أن تشريع النصوص الدستورية لا يجب أن يخرج عن القرآن والسنة كمصادر قطعية، في إطار اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وفي هذا الإطار فإن السيادة أو الحاكمية هي لله وحده. وهناك من اعتبر أن السيادة لله، وهي مفوضة للأمة؛ إذ تقوم هذه الأخيرة باختيار الحاكم ومبايعته، سواء بشكل مباشر، أو من خلال ممثلها وهم أهل الحل والعقد، كما تقوم بوضع التشريع الدستوري لتنظيم الحكم بما يتوافق مع نصوص الشرع في إطار اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا من مصادر التشريع.

ولما كانت السلطة التأسيسية هي التي تضع الدستور أو تعدله، وهي تنقسم إلى قسمين: سلطة تأسيسية أصلية تقوم بوضع الدستور لأول مرة حيث لا يكون دستور، ولا تكون خاضعة إلا للتوجهات الإيديولوجية للمجتمع وفلسفته وثقافته. وسلطة تأسيسية فرعية تقوم بتعديل الدستور وفق إجراءات ومساطر محددة بموجب الدستور، فهل هناك خصوصيات تميز ممارسة السلطة التأسيسية بنوعيها في دار الإسلام؟ بمعنى كيف يتم وضع الدستور من طرف السلطة التأسيسية الأصلية في ظل مجتمع يدين بدين الإسلام، وله تشريع سماوي قطعي؟ وكيف يتم تعديل الدستور الإسلامي من طرف السلطة التأسيسية الفرعية؟

المطلب الثاني: السلطة التأسيسية الأصلية في الفقه الدستوري الإسلامي.

إذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية تشير إلى تلك السلطة العليا في الدولة، التي تمتلك السيادة، وتقوم بوضع الدستور، فإن ممارسة هذه السلطة في البلاد الإسلامية تتم في إطار الشريعة الإسلامية؛ لأن السيادة تعود إجمالا إلى الله سبحانه وتعالى. وتبعا لذلك، فإن تشريع القواعد الدستورية في دار الإسلام، من طرف السلطة التأسيسية الأصلية، يكتسي طابعا خاصا؛ إذ إن سلطة وضع الدستور لا تقوم بمهمتها كما تشاء، وإنما لا بد لها في تشريعها الدستوري، من الانطلاق من مصادر تؤسس عليها أحكامه، وتشيد عليها بنيانه. وهذه المصادر بعضها أصلي ويشمل الكتاب والسنة، وبعضها الآخر ليس أصليا، ويتمثل في مصادر تابعة للمصادر الأصلية، وتستمد منها حجيتها وصلاحيتها؛ لأن تكون مصادر للأحكام الدستورية.

وعليه، فإن معالجة هذا المطلب ستتم من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: صاحب السلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الثاني: مصادر تشريع النصوص الدستورية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الأول: صاحب السلطة التأسيسية الأصلية في الفقه الدستوري الإسلامي.

صاحب السلطة التأسيسية هو من يملك السيادة، باعتبارها السلطة العليا في الدولة، وهي السلطة التي يعود إليها الأمر كله في وضع الدستور أو تعديله؛ لأنها سلطة عليا مطلقة تحدد نفسها بنفسها، فلا تتقيد بقانون؛ لأنها هي التي تضع القانون، ولا تعرف فيما تنظمه من علاقات سلطة أخرى تساويها أو تسامها (الصاوي، 1412 هـ، ص 55).

وفي النظام الإسلامي، يطرح إشكال من يملك السلطة العليا أو السيادة في الدولة، وما إذا كانت القواعد الدستورية لتنظيم الحكم تستمد بشكل مباشر من الله عز وجل، أم أنها تستمد من الأمة باعتبارها مفوضة من الله لاختيار الحاكم ووضع تشريعاتها في إطار الشريعة الإسلامية، أم منهما معا.

وقد تعددت مواقف الفقهاء في موضوع السلطة والسيادة في الإسلام، وظهرت بخصوص ذلك اتجاهات متعددة؛ إذ هناك من اعتبر أن السيادة هي لله وحده (المودودي، 1981، ص 18-23)، وهناك من تحدث عن السيادة المفوضة للأمة في مجموعها (السنهوري، 2000، ص 68-69)، وهناك من جعلها سيادة مزدوجة (الريس، 1976، ص 385) تعود إلى الله عز وجل فيما هو قطعي، وإلى الأمة فيما هو اجتهادي وتأويلي (الصاوي، 1412 هـ، ص 58). وكل هذه الاتجاهات يظهر أن مفهوم سيادة الأمة لا يكتسي صفة الإطلاق كما هو الحال في نظرية السيادة بمفهومها الغربي.

لذلك فإن إجابتنا عن سؤال من يملك السلطة التأسيسية والسيادة في الفقه الدستوري الإسلامي ستتم وفق الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: صاحب السيادة هو الله تعالى.

الفقرة الثانية: صاحب السيادة هو الأمة.

الفقرة الأولى: صاحب السيادة هو الله تعالى.

يقر الفقهاء أن السيادة هي لله وحده؛ حيث إن كل تشريع يجب أن ينبع من إرادة الله العليا، سواء تمثلت هذه الإرادة في نصوص قطعية الثبوت والدلالة ولا تترك مجالا للاجتهاد، أو جاءت في شكل قواعد تمنح للناس حرية الاختيار والاجتهاد، الذي يجب أن يتأطر بقواعد الشريعة الإسلامية ومبادئها.

ولذلك نجد بعض الفقهاء يعتبرون أن الدستور الشرعي هو القرآن الكريم، بينما يرى آخرون أن دستور الدولة الإسلامية يجب أن يتأسس على القرآن والسنة، ويترك مساحة للاجتهاد فيما يتعلق بمستجدات العصر. وهكذا نجد الدساتير في البلدان الإسلامية انقسمت إلى قسمين: دساتير اتخذت الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا ووحيدا للتشريع، ودساتير أخرى اعتبرت الشريعة مصدرا من مصادر التشريع، بالإضافة إلى مصادر وضعية أخرى.

وعليه، فإن تناولنا لهذا المطلب سيتم وفق المحورين التاليين:

أولا: القواعد الدستورية الإسلامية التوقيفية في الحكم.

ثانيا: المبادئ والقيم الدستورية الإسلامية المؤطرة للممارسة السياسية.

أولا: القواعد الدستورية الإسلامية التوقيفية في الحكم.

إذا كان الفقهاء في دار الإسلام، قد اتفقوا على ضرورة وجوب الإمامة، فإنهم اختلفوا حول ما إذا كانت هذه الضرورة ناتجة عن حكم العقل أم النقل. وهكذا نجد الموقف السني يعتبر أن وجوب الإمامة هو وجوب عقلي ونقلي، مع إمكانية اختيار الأمة لإمامها. أما الموقف الشيعي، فيؤكد على أن الإمامة هي من أركان الدين منصوص عليها شرعا.

1. نظرية النص (الموقف الشيعي).

رغم أن هناك من الباحثين من اعتبر أن التصور الشيعي للسلطة يهم، في بعض جوانبه، بعض الأنظمة السياسية المحسوبة على التيار السني ماضيا وحاضرا بطريقة ضمنية (أكنوش، 1980)، فإن الموقف الشيعي من السلطة وامتلاكها يختلف بشكل كبير عن الموقف السني.

فقد ذهب الموقف الشيعي إلى القول بأن الإمامة أصل من أصول الدين، مقضي فيها بكتاب الله وسنة رسوله، ولذلك فطاعة الإمام في موالاته واجب (العيساوي، 2015، ص 214). وقد ساق أصحاب هذا الموقف مجموعة من الأدلة من القرآن والسنة لتعزيز نظريتهم، كما قدموا حججا عقلية، اعتبروا من خلالها أنه لو تركت الإمامة لاختيار الناس عن طريق العقل، لأدى ذلك إلى نشوب الحروب والتنازع والفتن بينهم، ولذلك فقد تم النص على الإمام لأن الله لا يحب الفساد (الحجيوي، 2000-2001). وما دام أن الأمة لم تختر نبيها فهي تمنع من اختيار إمامها، لأن مهمتَي الأول والثاني متكاملتان؛ إذ النبي صاحب رسالة تشريعية، وهذه الرسالة لا بد لها من إمام يظهر حقيقتها (أكنوش، 1980، ص 36)، من خلال تأويل النصوص الدينية وإظهار بواطنها.

كما أن الاختيار الإلهي للإمام من خلال النص عليه وعلى صفاته، جعل من منصب هذا الأخير نظيرا لمنصب النبوة (العيساوي، 2015، ص 215)، وما يستتبع ذلك من عصمة وعناية إلهية وامتلاكها لأسرار الوجود.

لكن إذا كان هذا الموقف، يعتبر أن النص على الحاكم هو أمر قطعي بالقرآن والسنة، فإن ذلك لا يمكن أن ينفي، عمليا ومن حيث الممارسة، دور الأمة في اختيار هذا الحاكم، وفق شروط ذاتية وموضوعية تتوافق مع اختياراتها، لأن النص على الذات وعلى الصفات انتهى مع الأنبياء والرسل.

1- نظرية الاختيار (الموقف السني).

تختلف هذه النظرية عن نظرية النص الصريح على الإمام، وتعتبر أن شرعية السلطة نابعة من ممارسة سلوك الاختيار، وبالتالي الاعتراف بسلطة المجتمع في اختيار الحاكم، باعتباره الساهر على الشؤون الدينية والدنيوية. وقد جعلت هذه النظرية الاختيار واجبا وجوبا شرعيا لقوله تعالى:﴿ **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله، وأطيعوا الرسول، وأولي الأمر منكم. فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، ذلك خير وأحسن تأويلا** ﴾(قرآن كريم، سورة النساء، الآية 59)، كما جعلته أيضا واجبا وجوبا عقليا؛ حيث إن الطبيعة الاجتماعية والسياسية للإنسان، تتطلب وجود سلطة نابعة من المجتمع من خلال الاختيار، وتقوم بتنظيم المجتمع، من خلال تحقيق قيم العدل والمساواة ومحاربة الظلم والفصل في المنازعات (أتركين، 2006، ص 32).

ومن الدلائل العملية التي تستند إليها نظرية الاختيار، أن النبي- عليه الصلاة والسلام- لم يعين من سيخلفه قبل وفاته على رأس الدولة الإسلامية، وإنما ترك أمر اختيار خليفته للصحابة من بعده من خلال الشورى (بدوي، 1997، ص 628-630)، وهو ما تم بالفعل.

الترجيح:

والراجح هو القول بنظرية الاختيار؛ لأن منصب الخلافة لا يمكن أن يكون نظيرا لمنصب النبوة، فلا نبي بعد الرسول- عليه الصلاة والسلام- ولا عصمة إلا للأنبياء. كما أن اعتبار منصب الخلافة منصبا سياسيا مكلفا بتدبير شؤون الأمة، بما يراعي مصالحها، وبما لا يتعارض مع شرع الله، من شأنه أن يقيد سلطة الإمام، ويفوت عليه فرصة الاستبداد بالسلطة وإهدار الحقوق والحريات، ويجعله مسؤولا مسؤولية مزدوجة أمام الله وأمام الأمة.

وبناء على ما سبق، فإن علاقة طرفي معادلة الحكم تستمد أصولها من قاعدة اختيار الحاكم من طرف الأمة؛ إذ إن المحكومين هم الذين يمارسون السلطة التأسيسية للحكم في إطار ثوابت الشريعة الإسلامية (بوطالب، 1980). كما أن عملية الاختيار سيتمخض عنها عقد الإمامة، وهو عبارة عن حوار متصل بين الراعي والرعية، يتحمل بموجبه الراعي مسؤولية رعاية حقوق المرعيين رعاية مزدوجة أمام الله تعالى وأمام الأمة (العيساوي، 2015، ص 233). ويخضع عقد الإمامة، لمجموعة من الشروط والمبادئ الدستورية الإسلامية، التي يجب احترامها من طرف الإمام والأمة على حد سواء، لأنها مستمدة من القرآن والسنة قبل أن تؤكدها الممارسة.

ثانيا: المبادئ والقيم الدستورية الإسلامية المؤطرة للممارسة السياسية.

إذا كان القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، لم يفصلا نظام الحكم في الدولة وعلاقة السلطات فيما بينها، كما ورد ذلك في الدساتير الوضعية، فإنهما تركا أصولا ومبادئ دستورية جوهرية يجب الانضباط إليها من طرف أي نظام حكم، وما نتج عن هذه المبادئ من ترسيخ لأخلاق قانونية إسلامية في الحكم متجذرة في الهوية الإسلامية (حلاق، 2014، ص 142-143).

ورغم أن هذه المبادئ كثيرة مثل المساواة، الحرية، المسؤولية، المحاسبة، العدل، الشورى وغيرها؛ حيث أورد الأستاذ محمد المختار الشنقيطي أن هذه القيم السياسية الإسلامية تتحدد، حسب أبرز الفقهاء السياسيين الإسلاميين، في ست عشرة قيمة، وهي: "الشورى، والعدل، والمساواة، والحرية، والطاعة، والأخوة، والبيعة، والوحدة، والمسؤولية، والمحاسبة، وسيادة الشرع، وسيادة الأمة، والحقوق الإنسانية، والتكافل الاجتماعي، والتكامل بين الشؤون الدينية والدنيوية، والاستعانة بالأقوياء الأمناء (الشنقيطي، 2018، ص 106)، فإننا سنقتصر على مبادئ الشورى والعدل والمساواة، نظرا لأهميتها وارتباطها المباشر بطريقة اختيار الحاكم، وتحديد مهامه، وفعالية وظائفه. بالإضافة إلى أنها صنفت في صدارة القيم السياسية الإسلامية حسب رأي بعض الباحثين المسلمين في العصور الحديثة (الشنقيطي، 2018، ص 106).

1- مبدأ الشورى.

يعد مبدأ الشورى من أهم المبادئ الدستورية العامة التي يقوم عليها نظام الحكم في الإسلام، فقد أوجب الله تعالى الرجوع إلى الأمة واستشارتها في مجموعة من الآيات القرآنية، كقوله تعالى: ﴿**فبما رحمة من الله لنت لهم، ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك، فاعف عنهم واستغفر لهم وشاورهم في الأمر، فإذا عزمت فتوكل على الله، إن الله يحب المتوكلين**﴾ (قرآن كريم، سورة آل عمران، الآية 159). كما نصت السنة النبوية الشريفة في أحاديث كثيرة على مبدأ الشورى، منها قوله عليه السلام: {ما ندم من استشار وما خاب من استخار ولا عال من اقتصد} (الطبراني، المعجم الصغير، حديث 980)، كما ورد عن الصحابي الجليل أبو هريرة- رضي الله عنه- أنه قال: {لم يكن أحد أكثر مشورة لأصحابه من رسول الله} (الترمذي، سنن الترمذي، حديث 1714).

ويعد مبدأ الشورى مبدأ ملزما لأهل الحل والعقد وأصحاب الأمر والنهي، في مناصحتهم للأمراء وتصرفهم في شؤون العامة، وذلك تفاديا للاستبداد بالحكم والاستفراد به. والراجح حسب بعض الفقهاء، في الفقه الإسلامي أن الشورى تعد واجبا مفروضا وقاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية، ومن لا يستشير أهل العلم والمعرفة والدين فعزله واجب (الدوري، 2017).

غير أن مبدأ الشورى ومن حيث المحتوى، فهو يتم فيما لا نص فيه، أي أن الشورى تتم في القضايا المستجدة على الأمة التي لا نص فيها ولا إجماع حولها، وبذلك فإن آلية الشورى قادرة على استيعاب كل القضايا والمفاهيم المستجدة على الدولة الإسلامية بما في ذلك مفهوم الدولة (بمعناه الحديث) ذاته.

2- مبدآ العدل والمساواة.

يعد مبدأ العدل من أهم المبادئ التي يقوم عليها النظام الإسلامي؛ إذ نصت الشريعة الإسلامية، من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، على هذا المبدأ في مواضع كثيرة، كما في قوله تعالى: ﴿ **إن الله يأمر بالعدل والإحسان و إيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون**﴾ (قرآن كريم، سورة النحل، الآية 90).

وهذا المبدأ يعتبر قاعدة ملزمة لكل مسؤول وصاحب سلطة كيفما كان، وقد طبق في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين، إلا أن الأوضاع تغيرت بعد ذلك، حين انقلب نظام الحكم من نظام الخلافة إلى نظام حكم وراثي، وأهدر العديد من المبادئ الإسلامية الأخرى (قطب، 1958).

وتعتبر المساواة، مبدأ أساسيا يتساوى فيه الناس أمام أحكام الشريعة، وفي ساحة القضاء، وفي ممارساتهم، وأمام التكاليف والأعباء العامة، بلا تفرقة بسبب الأصل أو اللون أو الجنس أو العرق أو اللغة (العيساوي، 2015، ص 221).

ويرتبط مبدأ العدل بالمساواة وبكافة المبادئ الإسلامية الأخرى؛ إذ يعتبر الأستاذ محمد المختار الشنقيطي أن العدل يعتبر بمثابة قيمة كلية تنبثق عنها كل القيم الإسلامية والإنسانية الأخرى كالمساواة والحرية والشورى (الشنقيطي، 2018، ص 108)، فهو "قيمة مطلقة لا تدخلها النسبية ولا تخضع لمنطق تزاحم القيم" (الشنقيطي، 2018، ص 108). وهو بذلك يتوافق مع ما ذهب إليه ابن تيمية من أن مبدأ الحكم بالعدل يوجد فوق كل شيء حتى الإيمان نفسه، بل هو المقصود النهائي للشريعة (كوناكاتا، 1994، ص 155). كما أن العدل يخترق كل العلاقات الاجتماعية والسياسية بين الأفراد، ويقول ابن تيمية بهذا الخصوص: "العدل واجب لكل أحد على كل أحد في كل حال. والظلم محرم مطلقا، لا يباح قط محال" (تيمية، 1986، ص 126).

وانطلاقا مما سبق، فالسلطة التأسيسية في الإسلام، التي تمتلك السيادة القانونية، ويعود إليها الأمر كله في مجال التشريع الدستوري، هي ملزمة بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، إلا أن الفقهاء الدستوريين الإسلاميين انقسموا إلى من اعتبر أن السيادة والحاكمية هي لله وحده، وأن دستور المسلمين هو القرآن والسنة كسلطة توقيفية وحصرية، مع ما أدى ذلك إلى اختلاف في التأويلات. وهناك من اعتبر أن الدستور الإسلامي هو بمثابة قواعد قانونية عامة، يكون للأمة الإسلامية، باعتبارها مالكة لسيادة مفوضة، دور مهم في وضعها، ضمن حدود أحكام الشريعة الإسلامية وفي إطار ما يمكن تسميته القواعد الدستورية الإسلامية التوفيقية في الحكم.

الفقرة الثانية: السيادة للأمة.

يرى فريق من علماء وفقهاء الأمة في دار الإسلام، أنه يجب التفريق بين السيادة والحكم؛ فالسيادة هي حق لله تعالى وحده، أما الحكم باعتباره تدبير لشؤون الأمة الدينية والدنيوية، فهو مفوض للأمة تمارسه في حدود هذه السيادة. ويرى فريق آخر أن السيادة في الإسلام هي أصلية للأمة وحدها؛ لأنها هي التي تختار التوجهات الإيديولوجية والاعتقادية التي تناسبها، وتبعا لذلك تكون ملزمة باحترام توجهاتها، ومسؤولة عن اختياراتها. وعليه فإن تفصيل الحديث في هذا الموضوع سيتم وفق المحورين التاليين:

أولا: السيادة المفوضة للأمة.

ثانيا: سيادة الأمة الأصلية.

أولا: السيادة المفوضة للأمة.

تشير السيادة المفوضة للأمة إلى حق الأمة في تدبير شؤونها، والتشريع لنفسها، وتعيين حكامها، وذلك بما يتوافق مع شرع الله. وإذا كان بعض الفقهاء قد اعتبروا أن السيادة هي للأمة، فإن البعض الآخر أكد على أن السيادة هي مزدوجة؛ سيادة أصلية مؤطرة بنصوص قطعية من القرآن والسنة، وتعود لله عز وجل. وسيادة عملية مستمدة من الشعب الذي ينبثق منه أهل الحل والعقد، وذلك في إطار شرع الله وأحكامه.

1- الأمة باعتبارها منبع السيادة.

يرى فريق من الفقهاء أن السيادة في الدولة الإسلامية مصدرها الأمة، وأن الخليفة إنما يستمد سلطته من الأمة من خلال أهل الحل والعقد، فهي (الأمة) التي توليه الحكم وتوجهه وتراقبه وتسائله، بل وتعزله إذا وجد من الأسباب ما يجيز ذلك (العيساوي، 2015، ص 239).

والأمة باعتبارها طرفا في التعاقد بينها وبين الإمام، تظهر عبارة عن وحدة متضامنة ذات سيادة مستقلة، والإمام يعتبر نائبا عنها في إدارة شؤون الدولة، ويستمد سلطاته منها؛ إذ إن الأمة هي مصدر السلطات، وصاحبة الإرادة العليا في كل ما يتعلق بأمور الدولة (ليلة، 1969).

ويلاحظ من خلال هذا الرأي، أن مبدأ السيادة في سياقه الإسلامي، لا يحمل نفس مدلوله في السياق الأوربي، حيث إن هناك ضوابط شرعية تلتزم بها الأمة في اجتهاداتها، على خلاف مفهوم السيادة في الفكر الغربي، الذي جعلها سلطة عليا مطلقة تحدد نفسها بنفسها، ولا تلزم بأي قانون، لاعتبار أن إرادتها هي القانون، وتمتعها بالعلو والسمو (الروندوزي، 2010، ص 58). وعلى خلاف هذا الاتجاه، هناك اتجاه آخر تحدث عن فكرة السيادة المزدوجة.

2- السيادة المزدوجة.

في إطار موقف توفيقي، يأخذ أصحاب هذا الاتجاه بفكرة السيادة المزدوجة؛ حيث تكون السيادة لله تعالى، في مجال النصوص القطعية والواضحة في ثبوتها ودلالتها، وتكون للأمة في حال عدم وجود النص، أو في حالة وجوده ولكنه يحتمل أوجها عدة للتأويل والتفسير (الروانوزي، 2010، ص 59)؛ إذ تقوم الأمة، من خلال منتخبيها، بممارسة سلطة تأويل النص الإسلامي وتنزيله على الواقع في شكل قوانين وإجراءات ومراسيم وتنظيمات (الشنقيطي، 2018، ص 532).

وحتى حينما تكون السيادة للأمة، فإن هذه السيادة لا تكون مطلقة، بل تكون ملتزمة بقواعد الشرع وأحكامه ومقاصده.

في هذا الإطار، نجد الأستاذ علال الفاسي يقسم السيادة إلى قسمين: سيادة أصلية؛ هي لله سبحانه وتعالى؛ ومعنى ذلك ضرورة الرجوع لله في الأمر

والنهي. وسيادة عملية؛ وهي مستمدة من الشعب؛ باعتباره الذي يعين أهل الحل والعقد في الأمة (الفاسي، 1952). ولذلك فإن سند الحكم في الدولة الإسلامية هو إرادة الشعب المسلم؛ وسند الأمة في الحصول على هذه السلطة؛ هو الدستور المكتوب الذي هو القرآن. فيكون الإسلام قد اعترف لمجموع الأمة، بما اعترف به رجال الدين السابقون للملوك والرؤساء (الفاسي، 1952، ص 219).

وينتج عن هذا التقسيم الثنائي للسيادة، أن المصدر الأساسي للتشريع هو الشريعة الإسلامية، لكن يمكن للأمة أن تقوم بهذه الوظيفة التشريعية في إطار الاجتهاد الخلاق فيما ليس فيه نص قطعي، وفي ما استجد عليها واستشكل من قضايا العصر؛ إذ يشير ابن قيم الجوزية في هذا الإطار إلى أن "أي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له" (الجوزية، 1428 هـ، ص 31).

ثانيا : السيادة الأصلية للأمة.

يقر أصحاب اتجاه سيادة الأمة الأصلية في الفقه الإسلامي، بأن السيادة تعود إلى الإنسان؛ لأنه هو وحده الذي يختار بإرادته الحرة اعتناق الدين الإسلامي أو ملة أو مذهبا آخر غيره، وهو صاحب السلطة العليا في هذا الاختيار (المالكي، 2012، ص 119-140)؛ فإن اختارت جماعة ما الإسلام دينا، ورضيت بالله ربا، وبالنبي رسولا، فإنها تكون قد قيدت نفسها بأحكام الشريعة، وتصبح هذه الأحكام ملزمة للناس ما داموا قد اختاروا طريق الإيمان (الرواندوزي، 2010، ص 59).

ولذلك، فإن الأمة هي سيدة في اختياراتها الكبرى، لكن إذا اختارت الدين الإسلامي، فإنها تصبح ملزمة باتباع تعاليمه وأحكامه، ويترتب عن ذلك أن أي سلطة داخلها تتأسس على أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، من خلال النصوص القطعية الثبوت والدلالة، وأي اجتهاد، لا بد أن يكون ضمن إطار الشرع الإسلامي.

يبدو إذن من خلال ما سبق، أن هناك اختلافا في الاتجاهات الفقهية بخصوص مفهوم السيادة في الفقه الدستوري الإسلامي، وهو ما يؤدي بشكل تلقائي إلى اختلافهم بخصوص صاحب السلطة التأسيسية والمالك الفعلي للسيادة؛ فهناك من اعتبر أن السيادة هي لله عز وجل وحده ولا غير سواه؛ إذ إن الحاكمية هي لله وحده وبالتالي فإن التشريع الإسلامي - بما فيه التشريع الدستوري الإسلامي - يخضع لإطار إسلامي ممثل في القرآن والسنة (الشريعة الإسلامية)، والتي هي تشريعات إلهية تحدد للإنسان ما ينبغي القيام به، كما تحدد من يتولى أمر المسلمين وتدبير شؤونهم الدينية والدنيوية، فيكون الحاكم هو من حدده الشرع من خلال نصوصه بشكل صريح أو ضمني. وأن هذا الحاكم يجب أن يخضع للأوامر الإسلامية ولقواعد دستورية إسلامية محددة.

لكن هناك من اعتبر أن السيادة تعود إلى الأمة، التي تجتهد ضمن إطار الشريعة الإسلامية، وبالتالي فالأمة هي التي تعين الحاكم الذي يتولى أمورها، من خلال عقد البيعة الذي هو المصدر الأساسي لشرعية الإمام أو الخليفة، لكن هذا الأخير يكون مقيدا في ممارسة الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية، سواء في مصادرها الأصلية القطعية، أو الثانوية من خلال الاجتهادات المؤطرة بأحكام الشرع.

إن هذا التنوع والاختلاف في مواقف الفقه الإسلامي بخصوص مسألة السيادة، يجعل من المنظور الإسلامي للسلطة والسيادة يتسع ليشمل كل التصورات الأخرى للسيادة بما فيها تلك التي ظهرت بها في الفقه الدستوري الغربي، الشيء الذي يجعل من النظرية الدستورية للسلطة التأسيسية في الفقه الدستوري الغربي قابلة لتتكيف مع خصوصيات المجتمع الإسلامي.

وفي كل الأحوال، فإن المجتمعات الإسلامية، كما هو الحال بالنسبة للمجتمعات غير الإسلامية، لها ثوابت لا يمكن تجاوزها أو الخروج عنها، من طرف السلطة التأسيسية الأصلية، وهي تقوم بوضع الدستور. لكنها، في نفس الوقت، هي مجتمعات حية وديناميكية تعرف تغيرات ومستجدات، لابد من فتح باب الاجتهاد أمامها، وجعل السلطة التأسيسية في وضعها للتشريع الدستوري متحررة من بعض القيود، وخاضعة لمقتضيات العقل السليم وللمصالح العليا للأمة، ولكن ضمن إطار المبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: مصادر تشريع النصوص الدستورية في الفقه الدستوري الإسلامي.

يمكن أن نميز في مصادر تشريع النصوص الدستورية في الإسلام بين المصادر الأصلية أو القطعية التي تتضمن أحكاما لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، والمصادر التابعة التي تنبع من الاجتهاد وترتبط بما استجد على الأمة من قضايا وإشكالات.

الفقرة الأولى: المصادر الأصلية لتشريع النصوص الدستورية.

تحتوي المصادر الأصلية لتشريع الدستور الإسلامي على مصدرين قطعيين، هما: القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة.

أولا: القرآن الكريم مصدر للدستور.

أول مصدر من مصادر الدستور الإسلامي هو القرآن الكريم، وقد بين الله تعالى فيه أحكامه وقواعد شريعته، وهذه الأحكام والقواعد شاملة لشؤون الحياة البشرية، بما فيها تلك المتعلقة بالمسائل الدستورية، لكننا لا نجدها بمصطلحات القرن العشرين، وإنما بلغة القرآن الكريم، والعبرة - كما يقول حميد البياتي- بالمسميات لا بالأسماء (البياتي، 2013).

وهكذا، فقد أوضح القرآن الكريم للمسلمين، ما يحتاجون إليه من المبادئ التي ينبغي أن يقيموا عليها دولتهم، والأهداف التي - من أجلها - ينبغي

لهم أن يقيموها (المودودي، تدوين الدستور الإسلامي، 1981). ففي القرآن الكريم آيات تتكلم عن الحكم، والإمارة والملك والسلطان، والولاية، والسيادة، والقضاء، والحرب، والسلم، والمعاهدة، وحقوق الأفراد وحرياتهم، وحقوق الحاكم، وحقوق أهل الذمة من المواطنين أي مركز الأقلية الدينية، والشورى في الحكم (البياتي، 2013، ص 49). وهذه كلها مسائل أشار إليها القرآن الكريم وقررها مدونة قبل أن يوجد دستور مدون (البياتي، 2013، ص 49-50). إلا أن الأحكام الدستورية التي جاءت في القرآن هي أحكام كلية ومبادئ أساسية، توجد فوق أحكام وقواعد الدستور بمعناه التقني، تلتزم السلطة التأسيسية التي تضع الدستور، في كل دولة إسلامية باحترامها؛ لأن الدستور قابل للتعديل والتغيير، لكن أحكام القرآن الكريم ليست كذلك (السديري، 1425 ه)، وإنما هي قابلة للتأويل والتفسير فقط.

وإذا كان القرآن الكريم هو المصدر الرئيس لتشريع الدستور الإسلامي، نظرا لتضمنه القواعد العامة والمبادئ الإجمالية في الحكم، فإن السنة النبوية تعتبر المصدر الثاني للدستور، وهي تفصيل وتفسير وتبيان وإكمال لما جاء به القرآن.

ثانيا: السنة النبوية باعتبارها مصدرا للدستور.

السنة النبوية هي المصدر الثاني من مصادر التشريع عامة والتشريع الدستوري خاصة. وقد عدها علماء الأصول في المرتبة الثانية؛ لأنها في حقيقتها تفسير وبيان وتأكيد لما جاء به القرآن الكريم. كما أن القرآن الكريم نفسه، أمر بالتزام سنة النبي والأخذ بها وبناء الأحكام عليها في ميدان التشريع، سواء فيما يخص التشريع العادي أو التشريع الدستوري.

وقد تضمنت السنة النبوية العديد من المسائل الدستورية المتعلقة بأسس الحكم وحياة الأفراد، كالراعي، والرعية، والبيعة، والإمارة، والطاعة للأمير، وحقوق الحاكم ومسؤولياته، وحقوق الأفراد وحرياتهم، والسيادة، والسلم والحرب، والمعاهدات، والقضاء، والشورى، ومركز الأقليات الدينية، مما يدل على أن السنة تحوي قدرا كبيرا من المسائل الدستورية، وهذه السنة معتبرة سواء أوردت متواترة أو مشهورة أو آحاد (البياتي، 2013، ص 53).

وهكذا فالسنة النبوية تظهر كيف تشكل المجتمع الإسلامي عمليا، وكيف تم تنظيم الدولة الإسلامية وتسييرها، كما أن بها تعرف وجهة القرآن الحقيقية، وهي بذلك كأنها انطباق لمبادئ القرآن على الأحوال العملية، وتعبير عن سوابق ثمينة للدستور الإسلامي، وتجسيد لمجموعة كبيرة من التقاليد الدستورية (المودودي، تدوين الدستور الإسلامي، 1981، ص 8).

ومن السوابق الدستورية التي قام بها النبي الكريم بصفته الحاكم الأعلى للبلاد، ذلك الإعلان الدستوري (الوثيقة) الذي أصدره بعد الهجرة، وأقام على أساسه دولة ونظاما سياسيا في المدينة (البياتي، 2013، ص 52). وتعد هذه الوثيقة إعلانا دستوريا مدونا لتنظيم شؤون الحكم في الدولة الإسلامية الناشئة - في عهدها المبكر- وقد تضمنت جملة من المبادئ الدستورية الهامة (البياتي، 2013، ص 45)، منها: أن المدينة حرم آمن والدفاع عنها مسؤولية مشتركة، وفيها الحديث عن الحريات الأساسية، وتنظيم العلاقات بين أهلها، بين المهاجرين والأنصار، والمسلمين واليهود، فقد عاهدهم وأقرهم على دينهم وعلى أموالهم، واشترط لهم واشترط عليهم، وبين الالتزامات التي يجب أن تلتزم بها الأطراف كلها داخل المدينة، وفيه تحديد الحقوق والواجبات لكل طرف من الأطراف (النعمة، 1430 ه).

وإذا كان القرآن الكريم والسنة النبوية يعتبران المصدران الأساسيان لتشريع النصوص الدستورية في الإسلام، فإن هناك مصادر أخرى تابعة، وقد ظهرت الحاجة إليها خصوصا بعد انقضاء الوحي، ووفاة النبي- عليه السلام- واتساع رقعة الدولة الإسلامية، وظهور مستجدات سياسية واجتماعية متعلقة بتطورات العصر.

الفقرة الثانية: المصادر التابعة المتعلقة بتشريع النصوص الدستورية.

تتجلى هذه المصادر التابعة في الإجماع والقياس، بالإضافة إلى مصادر أخرى. لكن ما يميز هذه المصادر هو اختلاف الفقهاء بخصوصها.

أولا: الإجماع.

يقصد بالإجماع اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة النبي- عليه السلام- في عصر ما، على أي أمر كان (النعمة، 1430 ه، صفحة 86). ويعتبر الإجماع حجة قوية في إثبات الأحكام الفقهية، ويلي السنة في المرتبة (الفهداوي، 2008). ويعتبر علماء الشريعة الإجماع دليلا من أدلة الأحكام الشرعية، رغم صعوبة تحقيقه. ولم يميز علماء الأصول بين حكم شرعي في أمر يسير كقانون عادي، أو حكم شرعي في أمر مهم كقانون دستوري، وبالتالي يكون الإجماع مصدرا لهذا وذاك، فيعد مصدرا للأحكام الدستورية (البياتي، 2013، ص 61).

ثانيا: القياس.

يعرف القياس عند العلماء بأنه حمل فرع على أصل، لمساواته له في العلة أو إلحاق أمر لا نص فيه، بأمر فيه نص بالحكم الشرعي الثابت المنصوص عليه، لاشتراكهما في علة هذا الحكم (طهماز، 1991). وقد كانت بدايات القياس الأولى في مجال التشريع - بعد وفاة النبي عليه السلام- لما اتسعت حدود الأمة الإسلامية؛ إذ استجدت قضايا لم يكن فيها نص صريح من القرآن ولا من السنة ولا من الإجماع (النعمة، 1430 ه، ص 98). ويترتب على الأخذ بالقياس في التشريع الدستوري: تحقيق مصلحة، أو درء مفسدة، أو رفع حرج، ومداره على تساوي الحوادث المستجدة بالحوادث

المنصوص عليها في العلل والمصالح (النعمة، 1430 هـ، ص 99).

وبالإضافة إلى المصادر السابقة، فإن مرونة التشريع الإسلامي، تقتضي أن يواكب هذا التشريع تطورات العصر، وما جد فيه واستجد. لذلك، نجد مصادر أخرى للتشريع الدستوري من بينها: الاستحسان، المصالح المرسلة، العرف، إلا أن هذه المصادر مختلف فيها.

وتأسيسا على ما سبق، فإن السلطة التأسيسية الأصلية التي تقوم بالتشريع الدستوري ووضع الدستور المكتوب في الدولة الإسلامية، تكون ملزمة بالاستناد إلى المصادر السابقة، وخصوصا المصادر القطعية المتمثلة في القرآن والسنة، بالإضافة إلى المصادر التابعة التي تدخل في إطار الاجتهاد.

ولذلك، فإن السلطة التأسيسية الأصلية في الفقه الدستوري الإسلامي، في نظرنا، هي تأسيسية في جانب منها فقط، وهو جانب الاجتهاد؛ حيث تقوم بخلق معايير دستورية جديدة. أما في الجانب الآخر؛ فهي سلطة تأسيسية من حيث إنها تأويلية (تفسيرية) للنصوص القطعية، بمعنى أنها لا تقوم بخلق معايير دستورية جديدة، وإنما ترجح معنى معينا لمعايير دستورية موجودة، لأن الله تعالى هو من يمتلك حقيقة السلطة التأسيسية من خلال النصوص القطعية. لذلك يمكن الحديث في الدولة الإسلامية عن دستور إلهي مدون يتمثل في النصوص القطعية للشريعة الإسلامية، ويمكن للأمة أن تضع دستورا وضعيا مدونا منفتحا على قضايا العصر لكن بما لا يخالف المصادر القطعية للشريعة الإسلامية.

لكن إذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية ملزمة في وضعها للتشريع الدستوري، بالاستناد إلى المصادر السابقة، فكيف يتم تعديل الدستور بمفهومه الإسلامي؟ ومن هي الجهة المكلفة بذلك؟ وما المجالات التي لا يجوز المساس بها في تعديل الدستور.

المطلب الثالث: خصوصيات السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

السلطة التأسيسية الفرعية هي السلطة التي تقوم بتعديل الدستور. وإذا كان التشريع في النظام الإسلامي - بما فيه التشريع الدستوري- يتأسس ابتداء على مصادر قطعية وأخرى تابعة، فإن السؤال المطروح هو من يمتلك سلطة التشريع الدستوري الفرعي في النظام الإسلامي؟ بمعنى من يمتلك حق ممارسة السلطة التأسيسية الفرعية، وما هي قيود وحدود ممارسة هذه السلطة؟

يمكن الإجابة عن هذه الأسئلة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: صاحب السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الثاني: حدود ممارسة السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

الفرع الأول: صاحب السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

لقد أشرنا آنفا إلى أن الجماعة أو الأمة هي من تملك حق وضع قانونها الأساسي دستوريا، وفق ضوابط ومصادر شرعية. وهي أيضا من تمتلك سلطة تعديل هذا القانون، عبر مؤسسة فقهية تضم مجموعة من العلماء والفقهاء والمفكرين، وحسب ما يقتضيه الحال عبر أهل الحل والعقد وأهل الشورى وأهل الاختيار، وذلك وفق شروط محددة. كما أن سلطة تعديل الدستور تعود أيضا إلى الحاكم. لذلك سنتناول هذا الفرع من خلال الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأول: سلطة التعديل من اختصاص الحاكم.

الفقرة الثانية: سلطة التعديل من وظائف أهل الحل والعقد.

الفقرة الأولى: سلطة التعديل من اختصاص الحاكم.

يقر الفقهاء أن التشريع المستنبط من الشرع ومقاصده، هو حق يثبت للحاكم (ولي الأمر)، ويتأسس هذا الحق على أسس شرعية من القران والسنة والإجماع (الطباخ، 2021، ص 1826-1829). غير أن هذا الحق للحاكم مرتبط بأمرين: الأمر الأول أن يكون الحاكم أو رئيس الدولة مجتهدا، كما هو الحال في ولاية الفقيه في إيران، والثاني أن يكون غير مجتهد، وفي هذه الحالة عليه أن يرجع إلى رأي المجتهدين (العيساوي، 2015، ص 265)، وهم تحديدا أهل الحل والعقد، الذين هم يختارونه ويولونه السلطة، وهم الذين يقدمون له المشورة، وهم الذين يراقبونه، وهم الذين يعزلونه إن وجد ما يوجب ذلك (فتحي، 1984). على أن سلطة الحاكم تبقى في كل الأحوال غير مطلقة ومقيدة بشرطين (فتحي، 1984، ص 222):

الأول: ألا يخالف نصا صريحا ورد في القرآن أو السنة، وأن تتفق اجتهاداته مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

الثاني: ألا يخالف ما اتفقت عليه الأمة الإسلامية وألا يخرج عن إرادتها.

الفقرة الثانية: سلطة التعديل من مهام أهل الحل والعقد.

بما أن تعديل التشريع الدستوري يتم في دائرة ما لا يتعارض مع الأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية، فإن المؤهل للقيام بممارسة سلطة التعديل هاته هم أهل الحل والعقد، الذين يستطيعون في إطار الاجتهاد القيام باستنباط القواعد الدستورية من أدلتها الشرعية.

وإذا كان بعض الفقهاء، قد ذهبوا إلى القول بأن أهل الشورى هم أهل الحل والعقد وأهل الاختيار (الماوردي، 1989، ص 6-8). فإن هناك من ميز بين هذه الفئات نظرا لاختلاف الدور الذي تقوم به كل واحدة منها؛ فأهل الاختيار هم من توكل إليهم مهمة اختيار الإمام (الفهداوي، 2008، ص

392)، وأهل الشورى هم ذوو الرأي في الأمة الإسلامية (عودة، 1981، ص 208)، أما أهل الحل والعقد، فهم العلماء والرؤساء ووجوه الناس الذين يحصل بهم مقصود الولاية وهو القدرة والتمكن (الفهداوي، 2008، ص 392).

ولذلك، فإن فئات أهل الحل والعقد تضم الفقهاء والمجتهدين (أهل الاجتهاد)، وكذلك أهل الاختصاص (الخبراء، الفنيون، والعلماء)، والقادة المجاهدون (أمراء الأجناد) وكذلك المستشارون والنصحاء (أهل الشورى)، وأهل الاختيار (الهيئة الناخبة) (الفهداوي، 2008، ص 397).

وقد جاء مفهوم أهل الحل والعقد في التراث الإسلامي، وليد التنظير لتجربة الخلافة الراشدة في نقل السلطة؛ حيث أطلق على الجماعة التي تختار الإمام من بين المرشحين والعقد له، ثم مراقبته في الممارسة (الفهداوي، 2008، ص 397). إلا أن الاقتصار على الصفة التي حددوا بها زمن الراشدين فيه نوع من القصور؛ إذ في هذه المرحلة لم توضع شروط لمزاولة أهلية الحل والعقد، لأن القائمين بهذا الأمر كانوا بصفة عامة من الصحابة ذوي السابقة والفضل (بوكير، 2011، ص 141). وقد انتهى استخدام المصطلح في الفقه السياسي الحديث إلى توسيع النطاق الوظيفي للمفهوم، بحيث يضم العناصر الفاعلة في الأنموذج الإسلامي لنظام الحكم، والتي تقوم على مصالح الأمة، بحيث يرقى المفهوم، إلى اشتماله على الجماعة التي تقوم بجميع الواجبات، التي يتعين على الأنموذج الإسلامي لنظام الحكم، أن ينهض بها في حياة الأمة وواقعها، تجسيدا لمقاصد الشريعة الإسلامية (الفهداوي، 2008، ص 397).

وقد حدد الماوردي ثلاثة شروط معتبرة في أهل الحل والعقد وهي: أولا: العدالة الجامعة لشروطها، ثانيا: العلم الذي يتوصل به إلى معرفة من يستحق الإمامة على الشروط المعتبرة فيها، وثالثا: الرأي والحكمة المؤديان إلى اختيار من هو للإمامة أصلح وبتدبير المصالح أقوم وأعرف (الماوردي، 1989، ص 4). وهي شروط يمكن أن تؤهلهم للقيام بوظائف مهمة كوظيفة التشريع الدستوري وامتلاك سلطة تعديله.

الفرع الثاني: حدود ممارسة السلطة التأسيسية الفرعية في الفقه الدستوري الإسلامي.

تمارس السلطة التأسيسية الفرعية سلطة تعديل الأحكام الدستورية، وفق ما هو محدد من طرف السلطة التأسيسية الأصلية. وهذا يعني أن سلطة تعديل الدستور ليست مطلقة، بل هي محددة في إطار معين، وضمن مجالات بعينها؛ إذ إنها لا تستطيع تعديل الأحكام والمبادئ العليا التي تشكل ثوابت الأمة. وفي الفقه الدستوري الإسلامي تتحدد تلك الأحكام والمبادئ العليا فيما ورد في الكتاب والسنة. لذلك يميز الفقه في مجالات التعديل بين:

- الأحكام الدستورية التي تقبل التعديل.
- الأحكام الدستورية التي لا تقبل التعديل.

الفقرة الأولى: الأحكام الدستورية التي تقبل التعديل.

تتحدد الأحكام الدستورية، في النظام الإسلامي، التي يمكن أن يتناولها التعديل، في تلك الأحكام الصادرة عن اجتهاد وثبتت في الدستور. لأن هذه الأحكام، التي هي من فعل المجتهدين، ليس لها السمو وتختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال. كما هو الحال بالنسبة للأحكام المتعلقة بنظم علاقات الحاكم بالمحكومين، أو علاقات المحكومين ببعضهم في مجال المعاملات، حيث إنها تعتبر قابلة للنسخ أو الإلغاء أو التعديل (العيساوي، 2015، ص 367).

الفقرة الثانية: الأحكام الدستورية التي لا تقبل التعديل.

تشير الأحكام الدستورية التي لا تقبل التعديل، بلغة العصر، إلى موضوعات الحظر الدستوري، أو المبادئ ما فوق الدستورية التي لا يمكن أن يطالها التعديل من طرف سلطة تعديل الدستور، لأنها تشكل ثوابت الأمة.

وفي الفقه الدستوري الإسلامي، تتحدد تلك الأحكام والمبادئ، وجوبا، في القواعد الدستورية العليا التي وردت في الكتاب والسنة، وهي بمثابة مبادئ عليا ثابتة، تحققت وثبتت بانقضاء عهد التشريع الموحى به (العيساوي، 2015، ص 366)، فهي تمثل المشروعية العليا في نظام الحكم الإسلامي. وقد حدد الأستاذ منير حميد البياتي معيارا ضابطا لما لا يمكن تعديله في الدستور، معتبرا أن "كل حكم دستوري يقبل الاجتهاد يقبل التعديل، وكل حكم دستوري لا يقبل الاجتهاد لا يقبل التعديل" (البياتي، 2013، ص 77).

وتأسيسا على هذه القاعدة، حدد البياتي الأحكام التي لا تقبل التعديل (البياتي، 2013، ص 77) فيما يلي:

- الأحكام الدستورية التي مصدرها القرآن الكريم إذا كان دليلها قطعيا في دلالته على معناه.
- الأحكام الدستورية التي مصدرها السنة المتواترة والمشهورة والآحاد الثابت صحتها، إذا كانت قطعية الدلالة على المعنى.
- الأحكام الدستورية التي مصدرها الإجماع (رغم أن هناك من الفقه من استدل على استحالة تحقق الإجماع في مجال ظني كمجال الدستوريات مثلا (متولي، 2008).

يبدو إذن، من خلال الاطلاع على طريقة تأسيس وتنظيم الحكم وممارسة السلطة في الفقه الدستوري الإسلامي، أن هناك تباينا في الاتجاهات الفقهية بخصوص من يمتلك السيادة، وبالتالي من يمتلك السلطة التأسيسية التي تضع الدستور.

فهناك من اعتبر أن السيادة لله وحده، ومنه فإن تنظيم الحكم والسلطة يستند إلى قواعد الشرع الإسلامي وخصوصا القطعية منها؛ لأن التشريع، بما فيه التشريع الدستوري، هو لله وحده ولا غير سواه. وهناك من اعتبر أن السيادة لله، تم تفويضها إلى الأمة التي تحكم بما أنزل الله، وتختار من

يقوم بتدبير شؤونها ويتولى أمرها، بما في ذلك وضع دستور ينظم شؤون الحكم والعلاقة بين الراعي والرعية. وقد وقع في التاريخ المبكر للمسلمين أن وضع الرسول عليه السلام، في السنة الأولى للهجرة، دستورا للمدينة ينظم شؤونها، ويحدد حقوق المسلمين وواجباتهم، فيما بينهم واتجاه غيرهم.

ورغم اختلاف الاتجاهات الفقهية بخصوص مصدر السلطة وتنظيم الحكم في الدولة الإسلامية، فإن الممارسات الدستورية والسياسية، كانت محكومة بإطار من الأحكام والمبادئ والقيم الإسلامية، المستمدة من مصادر تشريعية قطعية وتابعة. إلا أن الممارسات السياسية لما بعد الخلفاء الراشدين، عرفت ترسيخا لأعراف وممارسات جديدة، جعلت الخليفة في بعض الأحيان منفلتا من الخضوع للمسؤولية والمحاسبة، كما أن تعيينه لم يعد يتم دائما من خلال اختياره من طرف أهل الحل والعقد، ويتلقى البيعة الخاصة والعامة، وإنما يتم من طرف الحاكم كولي للعهد وتتم مبايعته بعد ذلك، بالإضافة إلى أنه يعتبر في أعلى هرم النظام السياسي والدستوري، إلا أنه مع ذلك يبقى خاضعا لتشريع أسمى، وهو مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية.

إن هذه الأعراف والممارسات الدستورية هي مخالفة لما جاءت به النظرية الدستورية الديمقراطية الغربية، خصوصا فيما يتعلق بالسيادة المطلقة للأمة في ممارسة السلطة التأسيسية، ووضع الدستور الذي يوجد فوق الجميع بما في ذلك الحاكم، في إطار دولة القانون. نقول ذلك، مع الأخذ في الاعتبار أن العملية التأسيسية في الديمقراطيات الغربية، هي بدورها، قامت بترجمة القيم الديمقراطية الحداثية إلى قوانين سامية تكتسي صبغة إلزامية. وذلك في إطار أوسع من المبادئ العامة (المذهب الليبرالي، المذهب الاشتراكي...)، وضمن إطار من المبادئ ما فوق الدستورية التي لا يمكن تجاوزها، والتي تشكل ثوابت الدولة أو الأمة، المحددة من طرف الوثيقة الدستورية المتفق عليها.

الخاتمة.

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والرسل سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام، فبعد نهاية البحث أقدم النتائج المتوصل إليها والتوصيات المقترحة على النحو الآتي:

أولا: النتائج.

استجابة إلى أسئلة الدراسة وتماشيا مع أهدافها، توصلت الدراسة إلى النتائج الآتية:

1- إن الفقه الدستوري الإسلامي قادر على احتضان واحتواء مفهوم السلطة التأسيسية، في إطار قابلية تكييف بعض المفاهيم المؤسّسة للديمقراطيات الغربية مع خصوصيات الفقه الدستوري الإسلامي، وبما يتميز به الإسلام من دينامية وانفتاح على تطورات العصر، وذلك رغم أن هذا المفهوم ظهر، نظرا وممارسة، في الغرب الأوربي والأمريكي قبل أن ينتقل إلى باقي دول العالم بما فيها الدول العربية والإسلامية.

2- إن ممارسة السلطة التأسيسية ووضع الدستور في الفقه الدستوري الإسلامي تتميز بخصوصيات محددة، تختلف في بعض جوانبها عن خصوصياته في الفقه الدستوري الغربي، وفي التجارب التأسيسية الدستورية الغربية، رغم أن الهدف واحد والقواسم المشتركة عديدة، منها إقامة العدل والإنصاف والمساواة وترسيخ منظومة الحقوق والحريات ودمقرطة ممارسة السلطة في إطار مبادئ الشريعة الإسلامية في البلدان الإسلامية، وفي إطار القيم الليبرالية الحداثية في البلدان الغربية.

3- إذا كان مفهوم السلطة التأسيسية ظهر في الغرب في إطار الدولة الوطنية الحديثة، التي جعلت السيادة المطلقة من نصيب الأمة أو الشعب، فإن انتقال هذا المفهوم إلى دار الإسلام سيجد مجتمعات متعددة ومتنوعة لها منطقها الخاص للسلطة ولمن يمتلكها؛ إذ هناك تعدد في الاتجاهات الفقهية الدستورية الإسلامية بخصوص من يملك السيادة القانونية في الدولة؛ فمنها من جعل السيادة المطلقة لله وحده، ومنها من جعل السيادة لله تم تفويضها إلى الأمة، وهو ما يجعل كل تشريع دستوري ملزما بأن لا يتعارض مع المصادر القطعية للشريعة الإسلامية، ويأخذ بنتائج الاجتهاد وما راكمته الدولة الإسلامية في مجال التشريع الدستوري، مع قبول هذا الاتجاه إمكانية الانفتاح على التجارب التأسيسية في الديمقراطيات الغربية وما راكمته في مجال ممارسة السلطة واحترام الحقوق والحريات، لكن ذلك كله بما لا يتعارض مع ثوابت الإسلام.

4- تكتسي المبادئ والقيم الإسلامية في الحكم وممارسة السلطة، أو ما يسميه البعض بالأخلاق الإسلامية في الحكم، أهمية بالغة. لذلك يجب على العملية التأسيسية في الدولة الإسلامية أن تقوم بنقل هذه القيم والمبادئ من جانبها المعياري الأخلاقي إلى قواعد إجرائية ملموسة وملزمة، أي نقلها من دائرة "ما ينبغي أن يكون" إلى دائرة "ما هو كائن". وذلك على غرار ما قام به الآباء المؤسسون في التجارب التأسيسية الأولى في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية.

5- إن ما يميز السلطة التأسيسية الأصلية، بشكل عام، أنها سلطة سيادية غير تابعة لأية تشريعات قانونية سابقة عليها، إذ إن وضع الدستور من طرف السلطة التأسيسية لا يتقيد إلا بثقافة المجتمع وفلسفته وإيديولوجيته واعتقاداته، لذلك فمن الطبيعي أن تتأثر ممارسة هذه السلطة في إطار المجتمع الإسلامي بالثقافة الإسلامية التي تميز هذه المجتمعات، بما تحمله هذه الثقافة الإسلامية من ثوابت ومحددات في مجال السلطة والتشريع والحقوق والحريات. ومن شأن ممارسة السلطة التأسيسية بطريقة ديمقراطية في المجتمعات الإسلامية أن تقوم بتجسيد واقعي وملموس للقيم والمبادئ الإسلامية في الحكم وممارسة السلطة.

ثانيا: التوصيات.

بناء على التحليلات العلمية والنتائج المتوصل إليها، توصي الدراسة بالآتي:

1- إن الهيئات المكلفة بممارسة السلطة التأسيسية (بنوعيها الأصلية والفرعية) في الدولة الإسلامية، يجب أن تتوفر فيها شروط خاصة، فبالإضافة إلى ضرورة معرفتها الواسعة والعميقة بقضايا الأمة ومستجداتها، لا بد أن تتوفر فيها شروط الاجتهاد والعلم بأصول الدين. هذا بالإضافة إلى أنها تتحمل مسؤولية مزدوجة أمام الله وأمام الأمة. كما أن الوثيقة الدستورية التي تتوصل إلى وضعها لا يكفي أن تحظى بتأييد الأغلبية إنما هي مشروطة بان لا تتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

2- من المفيد أن تقوم ممارسة السلطة التأسيسية في البلدان الإسلامية، في صياغة وتدوين الدساتير، بالمزاوجة والجمع بين القيم والمبادئ السياسية الإسلامية المنصوص عليها في المصادر القطعية والتابعة، وبين المكاسب الدستورية والمؤسسية والقانونية التي راكمتها تجارب الأمم الأخرى في العصر الحديث، ما دام أن هناك العديد من نقط الالتقاء والاشتراك بين المرجعيتين.

3- كما توصي الدراسة أيضا بتشجيع الأبحاث والدراسات الإسلامية في الفقه الدستوري الإسلامي، بما فيها تلك التي تخص السلطة التأسيسية وطرق ممارستها، وذلك من أجل تطوير القانون الدستوري الإسلامي، ووضع دساتير تتماشى مع خصوصيات المجتمعات الإسلامية من حيث هويتها ومبادئها وأخلاقها في الحكم، مع الانفتاح على التراث الدستوري الإنساني، خصوصا ذلك الذي لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المصادر والمراجع

أتركين، م. (2006). *السلطة والشرعية في دار الإسلام دراسة لآليات وقواعد القانون العام الإسلامي*. (ط 1). الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة.

أكنوش، ع. (1980). *تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية بالمغرب*. (ط 1). الدار البيضاء: إفريقيا الشرق.

البارودي، م. (1971). *الوجيز في الحقوق الدستورية*. (ط 3) . دمشق: مطبعة الطرابيشي.

بدوي، ع. (1997). *مذاهب الإسلاميين*. بيروت: دار العلم للملايين.

بوطالب، ع. (1980). *المرجع في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية* (الجزء الأول). (ط 1). الدار البيضاء: دار الكتاب.

بوكير، ع. (2011). البيعة في النظام السياسي المغربي عبر التاريخ: من التنظيم الفقهي الإسلامي إلى التقعيد عرفا دستوريا. دار المنظومة (2020)، *مجلة الحقوق (سلسلة الأعداد الخاصة)* (2)، 137-206.

بوكير، ع. (2011). *السلطة السياسية ونظام الحكم في الفقه الدستوري الإسلامي دراسة في الأصول والممارسة*. (ط 1). الرباط: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع.

البياتي، م. ح. (2013). *النظام السياسي الإسلامي مقارنا بالدولة القانونية، دراسة دستورية شرعية وقانونية مقارنة*. (ط 4). الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع.

ابن تيمية، أ. (1986). *منهاج السنة النبوية في نقض كلام الشيعة القدرية*. (ط1). الرياض: منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

حاشي، ي. (2009). *في النظرية الدستورية*. (ط 1). بيروت: دار ابن النديم للنشر والتوزيع .

الحجيوي، ن. (2000-2001). *سمو المؤسسة الملكية بالمغرب _ دراسة قانونية، أطروحة دكتوراه غير منشورة*، جامعة محمد الخامس، المغرب.

حلاق، و. (2014). *الدولة المستحيلة الإسلام ومأزق الحداثة الأخلاقي، ترجمة عمرو عثمان* (ط 1). الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات.

الدوري، ق. (2017). *الشورى بين النظرية والتطبيق*. (ط 2). بيروت: كتاب-ناشرون.

الرواندوزي، ع. ع. (2010). *السيادة في ضوء القانون الدولي المعاصر*. (ط 1). القاهرة: دار الكتب القانونية.

الريس، م. ض. (1976). *النظريات السياسية الإسلامية*. القاهرة: مكتبة دار الثرات.

السديري، ت. (1425 ه). *الإسلام والدستور*. (ط 1). المملكة العربية السعودية (وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والإرشاد): وكالة المطبوعات والبحث العلمي.

السنهوري، ع. (2000). *فقه الخلافة لتصبح عصبة أمم شرقية*. (ط 4). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

سيد قطب، إ. (1995). *العدالة الاجتماعية في الإسلام*. القاهرة: دار الشروق.

الشنقيطي، م. م. (2018). *الأزمة الدستورية في الحضارة الإسلامية: من الفتنة الكبرى إلى الربيع العربي*. (ط 1). الدوحة: منتدى العلاقات العربية والدولية.

الصاوي، ص. (1412 ه). *نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية*. (ط 1). الرياض: دار طيبة.

الطباخ، ي. م. (2021). سلطة ولي الأمر في التشريع. *مجلة البحوث الفقهية والقانونية (الصادرة عن جامعة الأزهر)*، 36 (2)، 1887-1791.

طهماز، ع. م. (1991). *مميزات الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية*. (ط 1). دمشق: دار القلم.

عودة، ع. (1981). *الإسلام وأوضاعنا السياسية*. (ط 1). بيروت: مؤسسة الرسالة.

العيساوي، ع. ح. (2015). *السلطة التأسيسية في القانون الدستوري الوضعي والفقه الدستوري الإسلامي (دراسة مقارنة)*. (ط 1). القاهرة: دار الفكر العربي.

الفاسي، ع. (1952). *النقد الذاتي*. (ط 1). القاهرة: المطبعة العالمية.

فتحي، ع. (1984). *الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة*. (ط 2). القاهرة (الأزهر): دار التوفيق النموذجية.

الفهداوي، خ. (2008). *الفقه السياسي الإسلامي*. (ط 3). سوريا: دار الأوائل للنشر والتوزيع.

ابن قيم الجوزية، م. (1428 ه). *الطرق الحكمية في السياسة الشرعية* (المجلد الأول). (مجمع الفقه الإسلامي، المحرر). (ط 1). جدة: دار عالم الفوائد للنشر والتزيع.

كوناكاتا، ح. (1994). *النظرية السياسية عند ابن تيمية*. (ط 1). الرياض: مركز الدراسات والإعلام بدار أشبيليا.

ليلة، م. ك. (1969). *النظم السياسية - الدولة والحكومة*. (ط 1). بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر.

المالكي، ع. (2012). *سيادة الأمة قبل تطبيق الشريعة نحو فضاء أمثل لتجسيد مبادء الإسلام*. (ط 1). بيروت: الشبكة العربية للأبحاث والنشر.

الماوردي أبو الحسن، ع. (1989). *الأحكام السلطانية - الولايات الدينية*. (ط 1). الكويت: مكتبة دار ابن قتيبة.

متولي، ع. (2008). *مبادئ نظام الحكم في الإسلام*. الإسكندرية: منشأة المعارف.

ابن منظور، ج. م. (د.ت). *معجم لسان العرب*. القاهرة: دار المعارف.

المودودي، أ. أ. (1981). *تدوين الدستور الإسلامي*. (ط 4). بيروت: مؤسسة الرسالة.

المودودي، أ. أ. (1962). *القانون الإسلامي*. (ط 1). بغداد: دار النذير.

النعمة، إ. (2009). *أصول التشريع الدستوري في الإسلام*. (ط 1). العراق: مركز البحوث والدراسات.

References

Aganouche, A. (1980). *The histoy of institutions and social facts in Morocco*. (1st ed.). Casablanca: Ifriquiya Al-sharq.

Assadiri, T. (2005). *Islam and the constitution.* (1st ed.). Kingdom Saudi Arabia (Ministry of Islamic Affairs, Endowments and Guidance, Ed.): Agency of Publications and Scientific Research.

Attarkine, M. (2006). *Authority and legitimacy in the house of Islam – a study of the mechanisms and rules of Islamic public law.* (1st ed.). Casablanca: Matba'at Al-najah Al-jadida.

'Auda, A. (1981). *Islam and our political situations.* (1st ed.). Beirut: Al-Rissala foundation.

Al-'Aissawi, A. H. (2015). *The constituent power in positive constitutional law and Islamic constitutional jurisprudence (a comparative study).* (1st ed.). Cairo: Dar Al-Fikr Al-Arabi.

Al-Baroudi, M. (1971). *Al-Wajeez in constitutional rights.* (3rd ed.). Damascus: Tarabishi Press.

Al-Bayyati, M. H. (2013). *The Islamic political system compared to the legal state, legal and constitutional study.* (4th ed.). Amman: Dar An-Nafaes for Publishing and Distribution.

Al-Douri, Q. (2017). *Shura between theory and practice.* (2nd ed.). Beirut: Books-Publisher.

Al-Fahdawi, K. (2008). *Islamic political jurisprudence.* (3 rd ed.). Syria: Dar Alawayl for Publishing and Distribution.

Al-Fassi, A. (1952). *Self-criticism.* (1st ed.). Cairo: Al-Alamia printing press.

Al-Hajioui, N. (2000-2001). *Highness of the royal institution –legal study*. Unpublished doctorate thesis, Mohamed Five University, Morocco.

Al-Maliki, A. (2012). *The sovereignty of the nation before the application of Sharia, towards the optimal space to embody the principles of Islam.* (1st ed.). Beirut: The Arab Network for Research and Publishing.

Al-Maududi, A.A. (1981). *Codification of the Islamic constitution*. (4th ed.). Beirut: Al-Rissala Foundation.

Al-Maududi, A.A. (1962). *Islamic public law.* (1st ed.). Baghdad: Dar Al Nazeer for Printing, Publishing, and Distribution.

Al-Mawardi Abu Al-Hassan, A. (1989). *Sultan's rulings - Religious states* (investigated and verified by Ahmed Mobarak Al-

Baghdadi). (1st ed.). Kuwait: Dar Ibn Qutayba Library.

Al-Na'mah, I. (2009). *The Origins of Constitutional Legislation in Islam.* (1st ed.). Baghdad: Center of Research and Studies.

Al-Rawandouzi, O. A. (2010). *Sovereignty in the light of contemporary international law*. (1st ed.). Egypt: Dar Al-Kotob Al-Qanoniyah.

Al-Rayess, M. D. (1976). *Islamic political theory*. Cairo: Dar Al-Turath Library.

Al-Sanhouri, A. (2000). *The jurisprudence of the caliphate to become a league of eastern nations.* (4th ed.). Beirut: Publications of Al-Halabi Al-Hoqoquiyah.

Al-Saoui, S. (1991). *Sovereignty theory and its impact on the legitimacy of positive regimes.* (1st ed.). Riyadh: Dar Taibah for Publishing and Distribution.

Al-Shinqiti, M. M. (2018). *The Constitutional Crisis in Islamic Civilization: From the Great Sedition to the Arab Spring.* (1st ed.). Doha: The Forum for Arab and International Relations.

Al-Tabakh, Y. M. (2021). The authority of the guardian in legislation. *Journal of Jurisprudence and Legal Research, Al-Azhar University*, 36(2), 1791-1887.

Badaoui, A. (1997). *Doctrines of the Islamists.* Beirut: Dar Al-Ilm Lilmalayeen.

Bernardi, B. (2003). *Qu'est ce qu'une décision politique?* .Paris: J. Vrin.

Boukir, A. (2011). Allegiance in the Moroccan political system throughout history: from the Islamic jurisprudential organization to the adoption of a constitutional custom. *Dar Almandumah, law journal,* (2), 137-206.

Boukir, A. (2011*). Political power and the system of governance in Islamic constitutional jurisprudence, a study in principles and practice*. (1st ed.). Rabat: Dar Assalam Library for Impression – Edition - Distribution.

Boutaleb, A. (1980). *The reference in constitutional law and political institutions (Part 1).* (1st). Casablanca: Dar Al-kitab.

Burdeau, G. (1983). *Traité de science politique*. (4th ed.). Paris: L.G.D.J.

Fathi, A. (1984). *State and sovereignty in Islamic jurisprudence, a comparative study*. (2nd). Cairo: Dar Al-Tawfiq Model for printing.

Gozler, K. (1995). *Le pouvoir de révision constitutionnelle*. These de doctorat, Université Montesquieu, Bordeaux 4. France.

Hachi, Y. (2009). *In constitutional theory*. (1st ed.). Beirut: Dar Ibn Al-Nadim for Publishing and Distribution.

Hallaq, W. (2014). *The impossible state - Islam, politics, and modernity's moral predicament.* (1st). Doha: Arab Center for Research and Policy Studies, Ed., & A. Othman, Trans.

Ibn Manzhoor, J. M. (n.d). *Lissan Al Arab Dictionary.* Cairo: Dar El-maaref.

Ibn Qayyim Al-Jawziyya, M. (2007). *The methods of government and legal politics.* (1st ed.). Jeddah: Dar Alam Al-Fawaid for Publishing and Distribution.

Ibn Taymiyah, A. (1986). *The Methodology of the Prophetic Sunnah in Refuting the Speech of the Qadarite Shiites.* (1st ed.). Riyadh: Publications of Imam Muhammad bin Saud Islamic University.

Khalil, A. (2006). *The enactment of constituent power in the Arab world: the Palestinian case.* Geneve, Munich: Helbing & Lichtenhahn Bale.

Klein, C. (1996). *Théorie et pratique du pouvoir constituent.* (1st ed.). Paris: Presses Universitaires de France.

Konakata, H. (1994). *The political theory of Ibn Taymiyyah*. (1st ed.). Riyadh: Center for Studies and Media Dar Ishbiliya.

Laylah, M. K. (1969). *Political systems – The state and the government*. (1st ed.). Beirut: Dar Alnahda Alarabia for Publishing and Distribution.

Malberg, R. C. (1922). *Contribution à la théorie générale de l'Etat.* (2nd ed.). Paris: Sirey.

Marti, G. (2008-2009). *Le pouvoir constituent européen*. Thèse de doctorat, Lorraine, Université de Lorraine, France.

Matwali, A. (2008). *Principles of the system of governance in Islam*. Alexandria: Library Al-Maaref.

Montesquieu, C. L. (1995). *De l'Esprit des lois* (ed. Edition electronique établie par Laurent Versini). Paris: Gallimard.

Sayed Qotb, I. (1995). *Social justice in Islam*. Cairo: Dar El Shorouk.

Schmitt, C. (1988). *Théologie politique.* (J. L. Schlegel, Trad.) Paris: Gallimard.

Tahmaz, A. M. (1991). *The advantages of Islamic law over positive laws.* (1st ed.). Damascus: Dar Al-Qalam.