قراءة في مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات

Reading in the source of Islamic law for legislation

أ. الطاهر إمحمد الحاج

محاضر مساعد بقسم الشريعة الإسلامية بكلية القانون

جامعة طرابلس – طرابلس (ليبيا)

altahereae@gmail.com

الملخّص:

الحديث عن مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات الوطنية لا يبدأ من المادة الدستورية التي تنص على أن (الإسلام دين الدولة)، أو (الشريعة الإسلامية مصدر التشريع)، أو غيرها من النصوص الدستورية؛ وإنما من منهجية الأصوليين في تحديد مفهوم المصدرية، وتراتبيّتها، ففهم المصدرية في داخل البناء الشرعي فهمًا أصوليًّا دقيقًا عميقًا يسهم في معرفة كيفية جعل الشريعة الإسلامية مصدرًا لغيرها من التشريعات الوطنية الوضعية، وهذا ما عمل عليه البحث، فتناول المبحث الأول منه منهجية الأصوليين في تحديد المصدر، وتقسيمهم لمصادر الفقه الإسلامي إلى مصدر منشئ واحد فقط، وهو القرآن الكريم، ومصادر كاشفة تبدأ بالسنة النبوية والإجماع والقياس، ثم باقي المصادر، وهذه المصادر الكاشفة تستمد شرعيتها وحجيتها من القرآن الكريم، فهو أصل الأصول، وأساس البناء التشريعي الإسلامي، ثم ما يترتب على هذا التقسيم من مبادئ، هي في الواقع تجعل البناء التشريعي أكثر إحكامًا وضبطًا.

أما المبحث الثاني فقد تناول الحديث عن الدستور أساس شرعيته، والقانون واللائحة والقرار، باعتبارها مصادر الحكم القضائي، ثم تراتبية هذه المصادر، ومن خلال دراسة هذه التراتبية تبيّن تطابقها مع تراتبية مصادر الفقه الإسلامي، وأيضًا اتفاقهما في الأثر المترتب على التراتبية، وهو استمداد المصدر الأدنى الحجية والشرعية من المصدر الأعلى منه، وعدم جواز مخالفته للمصدر الأعلى منه.

الكلمات المفتاحية:

مصدرية، الشريعة، التشريعات، التدرج التشريعي.

Abstract:

Talking about the source of Islamic law in national legislation does not start from the constitutional article which states that (Islam is the religion of the state), or (Islamic law is the source of legislation), or other constitutional texts. Rather, it starts from the methodology of the fundamentalists in defining the concept of source, and its hierarchy, as the understanding of the source within the legal structure is a thorough and deep fundamentalist understanding that contributes to knowing how to make Islamic law a source for other positive national legislation, and this is what the research has worked on.

The first topic of this research deals with the methodology of the fundamentalists in determining the source, and their division of the sources of Islamic jurisprudence into one source of origin only, which is the Holy Qur'an, and revealing sources that begin with the Prophet's Sunnah, consensus and measurement, then the rest of the sources, and these revealing sources derive their legitimacy, validity and reliance on them from the Qur'an. The generous one, as it is the origin of the assets, the basis of the Islamic legislative structure, and then the principles that follow from this division, which in fact make the legislative structure more tight and controlled.

As for the second topic, the discussion of the constitution dealt with the basis of its legitimacy, the law, the regulation and the decision, as they are the sources of judicial judgment, and then the hierarchy of these sources. And it is not permissible to violate the source higher than it.

Keywords:

Source, Sharia, legislation, legislative progression.

مقدمة

الحديث عن دور التشريع والقضاء في تطبيق الشريعة الإسلامية في ليبيا يوحي بخروج هذه الشريعة من المنظومة التشريعية وأحكام القضاء، وأنها مصدر جانبي لا دور له بالأصالة؛ إلا إذا أراد المشرع ثم القاضي أن يكون له دور في التشريع والقضاء، في حين نجد من خلال دراسة عبارات الأصوليين والتعمق في فلسفتها فكرةً تدل على أن لها دوراً أصيلاً، سواء من الناحية التأصيلية، أو الفقهية، والقضائية بطبيعة الحال.

وبيان هذا الدور الأصيل يجب أن يبدأ من بيان منهجية الشريعة الإسلامية في تحديد مصادرها، ثم بيان أثر ذلك على الفقه والقضاء من خلال إبراز آلية تطبيق هذه المنهجية، أي التسلسل بها من النظرية إلى التطبيق، من القاعدة الأصولية إلى الرأي الفقهي والحكم القضائي، ثم إسقاط ذلك على المنظومة التشريعية للدولة، وهذا ما سيساعد في التوصل إلى نتائج هذا البحث، والتي على رأسها مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات، ذلك أن الهوية التشريعية للدولة لا تظهر فقط من خلال تطبيق رأي من آراء فقهاء الإسلام، وإنما ظهورها الحقيقي يبرز من خلال اعتماد المنظومة التشريعية الإسلامية شكلاً وموضوعاً، أما مجرد

اعتماد رأي فقهي من آراء علماء الشريعة الإسلامية مجرداً عن منظومته فلا يدل على إسلامية هوية التشريعات، إذ قد يعتمد المشرع في ذات الوقت رأياً فقهياً من تشريع غير إسلامي، ومع ذلك لا يدل مجرد اعتماد هذا الرأي الأخير على عدم إسلامية هوية التشريعات؛+ لأن هذه الهوية لا تتعلق برأي بحد ذاته، وإنما بمنظومة كاملة، وهذا الرأي حتى وإن كان غير إسلامي المصدر فإمكانية قبول المنظومة التشريعية الإسلامية له تجعل منه رأياً إسلامياً، بغض النظر عن قائله.

وليبان هذا الدور الأصيل للشريعة الإسلامية فقد قسّمتُ هذا البحث كالآتي:

المبحث الأول: المنهجية المصدرية في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: أثر المنهجية المصدرية للشريعة الإسلامية على التشريع والقضاء

وختمته بعرض لأهم النتائج والتوصيات.

أهمية الموضوع:

تنبع أهميته من أهمية المحافظة على هوية الشعب الليبي الإسلامية، ومن أهمية وضرورة بيان معالم البناء التشريعي الإسلامي، الجامع بين التأصيل الشرعي والقالب القانوني، من خلال بيان الأسس العلمية الشرعية والقانونية لصناعة أي نظام عام، يُعنى بتنظيم شؤون الناس، ثم بيان جزئيات هذا النظام وتفاصيله، ومدى تماشيها مع تلك الأسس من ناحية، ومع الواقع العملي المعيش من ناحية أخرى، وهو محاولة لإثراء المكتبة الليبية بدراسة تأصيلية تحليلية لمسألة مصدرية الشريعة الإسلامية للقانون، فمثل هذا البحث قد يكون نواة لدراسات مستفيضة حول هذا الموضوع، ولا يخفى ما في هذا البُعد من فائدة علمية وعملية على الصعيد التشريعي، وأيضًا على الصعيد الأكاديمي.

المبحث الأول

المنهجية المصدرية في الشريعة الإسلامية

سأحاول في هذا المبحث دراسة المنهج الأصولي في تحديد مصادر الفقه الإسلامي دراسة تحليلية، أنظر فيها عن كثب من خلال منهجية علماء أصول الفقه في تحديد مصادر الفقه الإسلامي، وتراتبية هذه المصادر، ثم ننظر في مدى تطبيق هذه المنهجية على التشريعات الوضعية، ومن ثم سريانها عليها من عدمه، فنبدأ بتأصيل المصدرية عند علماء أصول الفقه، ثم أثر هذا التأصيل على التشريعات الوضعية.

وما يدعونا إلى بحث هذه المسألة هو بيان الجانب القانوني للشريعة الإسلامية، من خلال بيان علاقتها بالتشريع الوضعي، وتبني الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع؛ ذلك أن الشريعة أثناء تنظيمها للشأن العام للمجتمع اعتمدت على عدة أسس وقواعد للتعامل مع النصوص القرآنية والنبوية المتناولة لذلك الشأن، للوصول في نهاية المطاف إلى وضع نصوص تشريعية تكون مصادراً للأحكام القضائية، وهكذا كان الجانب القانوني للشريعة الإسلامية حاضراً، هذا نظريًّا، أما واقع الحال فهو ما نحن بصدد بحثه الآن، فقد اعتمدت الشريعة الإسلامية عدة أسس -كما أسلفنا – لضبط المنظومة التشريعية شكلاً وموضوعاً، وبالتالي فإن تبني الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع هو تبنٍّ لهذه الأسس، وقد رأينا في الأساس المسمى بـ (قاعدة المنشئ والكاشف) الأساس الأقرب والأقوى لفهم وتنظيم العلاقة بين أي مصدر وما يُؤسَّس عليه، وكشف ما يبدو للوهلة الأولى تناقضاً أو غموضاً قد يلحق بالنصوص التشريعية؛ ولذلك سأتناول منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين (مطلب أول)، ثم المبادئ المترتبة على هذه المنهجية (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين

الناظر إلى عبارات الأصوليين في تحديد مصادر الحكم الشرعي يجد أنهم قد قسموها إلى مصدر منشئ، ومصدر كاشف، وبالرغم من عدم ذكرهم لهذين المصطلحين - المنشئ والكاشف – نصّاً، إلا أن مفهوم عباراتهم قد تضمنها وأشار إليها، والمتأمل في هذه العبارات على وجه التحقيق يلاحظ ذلك.

فقد بدأ جمهور الأصوليين تقسيمهم للمصادر بمصادر مجمع عليها، وأخرى مختلف فيها، ونقتصر على المصادر المجمع عليها، وهي القرآن الكريم والسنة النبوية والقياس والإجماع، ثم قالوا بتراتبية هذه المصادر - أي أنها ليست في ذات الرتبة -، وأنها ترجع إلى أصل واحد فقط، وهو القرآن الكريم، وذلك بناء على عدة أمور، أهمها تعريفهم للحكم الشرعي، والذي قالوا بأنه: "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"[1]، هذا التعريف وإن لم يكن مجمعاً عليه، إلا أنه أشهر التعريفات وأكثرها قبولاً.

والقول بأن الحكم هو: "خطاب الله تعالى... " قيد قد خرج به كل خطاب آخر صادر عن غير الله تعالى، والخطاب هنا يمثل المصدر كعنصر من عناصر الحكم الشرعي[2]، وبالتالي فإن مصدر الحكم الشرعي هو خطاب الله تعالى حصراً، والقرآن الكريم هو دليل ذلك الخطاب، لا ذات الخطاب[3]، وهكذا كان القرآن الكريم المصدر الأصيل للأحكام الشرعية، أي المصدر المنشئ، وهذه النتيجة يمكن ملاحظتها في عبارات الأصوليين على اختلافها لفظاً، إلا أن معناها واحد، ومن ذلك قول الغزالي: "اعلم أننا إذا حققنا النظر بان أن أصل الأحكام واحد، وهو قول الله تعالى؛ إذ قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - ليس بحكم ولا ملزم، بل مخبر عن الله تعالى أنه حكم بكذا وكذا، فالحكم لله تعالى وحده، والإجماع يدل على السنة، والسنة على حكم الله تعالى ... "[4].

وبناء على ما سبق ننتهي إلى أن الأحكام الشرعية هي حكم الله تعالى حكماً، وليس حقيقة؛ لأنها مستنبطة من النصوص القرآنية، وليست هي تلك النصوص ذاتها، سواء كان الاستنباط مباشرة من القرآن الكريم، أو غير مباشر كالاستنباط من السنة النبوية.

وحتى في تقسيمهم الأدلة -المصادر– إلى نقلية وعقلية، أرجعوا العقلية إلى النقلية؛ ذلك أن الأدلة العقلية قد ثبتت حجيتها بالأدلة النقلية، لا بذاتها، وإنما العقل أداتها، ثم أرجعوا الأدلة النقلية إلى القرآن الكريم، فهو أصل الأصول، ومصدر المصادر[5].

---

[1]- البدخشي، محمد بن حسن، منهاج العقول معه شرح الإسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، القاهرة، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ب.ط، ب.ت، 31/1 وما بعدها، الآمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ض: إبراهيم العجوز، بيروت، دار الكتب العلمية، ط5، 2005م، 48/1 وما بعدها.

[2]- أبو غرارة، ضو مفتاح، الحكم الشرعي وإشكالاته، الكتاب تحت الطباعة، ص5.

[3]- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة، ط2، 1995م، ص58.

[4]- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق وتعليق: محمد تامر، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م، 233/1.

[5]- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2006م، 30/3- الآمدي، الإحكام في أصول الاحكام، 136/1.

وكي لا يبقى في الأمر لبس أو غموض عمل علماء الأصول على توجيه عباراتهم المتعلقة بالخصوص، وإزالة ما فيها من إشكال ظاهري، تمثل في نفي وصف المصدر والدليل عن السنة والقياس وغيرهما، ومن ثم نفي وصف الحكم الشرعي عن الأحكام المبنية عليها، وقد كان توجيههم بأن الدليل وصف لا ينصرف إلا للقرآن الكريم، أما باقي المصادر فهي دلائل وعلامات، أي أن القرآن الكريم هو المصدر المنشئ، وباقي المصادر هي كاشفة ومعرّفة عما لم يفصح عنه القرآن الكريم، يقول البدخشي: "لكن يرد عليه أحكام كثيرة ثابتة بقول النبي- صلى الله عليه وسلم - وبفعله وبالإجماع وبالقياس، وقد أخرجها بقوله خطاب الله تعالى، فالجواب أن الحكم هو خطاب الله تعالى مطلقاً، وهذه الأربعة معرفات لا مثبتات"[1]، ومعنى أن المصادر غير القرآن الكريم دلائل أو معرفات أنها "الوسائل التي أمدنا الله بها لمعرفة الجانب العملي للقرآن الكريم، فالخطاب هو كلام الله تعالى، ودليل معرفته القرآن الكريم، ووسائل معرفة المعاني وطريقة التطبيق هي الدلائل المشار إليها، ومنها السنة والقياس"[2].

وقد صرح بهذه المعاني بعض علماء الأصول المعاصرين، ومنهم البيانوني عندما قال: "ولقد ظن بعضهم خروجها عنه بهذا القيد، فاعترض بها على التعريف، إلا أن الحق دخولها فيه، لأن خطابات الله عز وجل منها ما يُنسب إليه مباشرة، كالتي وردت بالقرآن الكريم، ومنها ما يُنسب إليه بواسطةٍ، كالتي ثبتت بالسنة وغيرها من الأدلة الشرعية المعتبرة، فكل هذه الأدلة في حقيقتها راجعة إلى خطاب الله -عزّ وجلّ- ومعرّفات لحكمه، وليست بمثبتات ولا منشئات، ويظهر لنا هذا واضحاً من الرجوع إلى أدلة حجيتها في كتب الأصول"[3].

وسبب ذلك أن القرآن الكريم يغلب عليه الطابع الكلي لا الجزئي، وحتى الجزئي منه يؤخذ على الكلية، إما باعتبار المآلات أو بالقياس[4]، وما كان كلياً كان مجملاً، أو عاماً، أو مطلقاً، وبالتالي احتاج إلى بيان، أو تخصيص، أو تقييد، وهذه من خصائص الجزئي، وهكذا فإن الجزئي أثناء بيانه للكلي يكون مؤطراً به، وراجعاً إليه، غير خارج عن حدوده، حيث يمثل الكلي بالنسبة للجزئي القاعدة العامة، وبالتالي الخروج عنها ينفي شرعيته، وهذا بدوره يجعل الجزئي جزءاً من الكلي، ولا يتم معنى الكلي إلا بالجزئي، ومثال ذلك الدور الذي تقوم السنة النبوية وغيرها من المصادر، والذي بيّنه قوله تعالى:﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ ، سورة النحل، الآية44، والمتتبع للسنة النبوية بما فيها من أفعال وأقوال وتقريرات يجد أحكاماً كثيرة غير واردة في كتاب الله تعالى قد وردت فيها، إلا أنها لم تخرج عن الإطار العام الوارد في كتاب الله عز وجل.

إضافة إلى أن السنة النبوية والقياس وغيرهما إنما ثبتت صحة الاعتماد عليهما بالقرآن الكريم، لا بذاتهما، على خلاف القرآن الكريم، فبيان صحة الاعتماد على القرآن الكريم من خلال السنة أو غيرها إنما هو تقريري، لا إنشائي، فالقرآن الكريم ليس بحاجة إلى غيره في إثبات حجيته "إذ منه قامت صحة الاعتماد عليه ... أن العمل بالسنّة والاعتماد عليها إنما يدل عليه الكتاب"[5].

---

[1]- البدخشي، منهاج العقول، 31/1.
[2]- أبو غرارة، الحكم الشرعي وإشكالاته، ص 5.
[3]- البيانوني، محمد أبو الفتح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، دمشق، دار القلم، ط1، 1988م، ص33.
[4]- الشاطبي، الموافقات، 254/3.
[5]- المصدر السابق، 30/3.

المطلب الثاني

المبادئ المترتبة على هذه المنهجية

بعد بيان قاعدة المصدر المنشئ والمصدر الكاشف، نأتي لبيان ما يتفرع عن هذه القاعدة من مبادئ، تساعد في فهم أعمق للقاعدة الأم، وتنظيم المنظومة التشريعية بدءاً من أعلى مصادرها، وحتى أدنى درجاتها، ومن المبادئ المترتبة على هذه القاعدة مبدأ التفرقة بين النص والحكم، ومبدأ الإحالة، ومبدأ التراتبية، ومبدأ حكم الحاكم يرفع الخلاف، وفيما يلي بيان موجز لها، فتناولنا لها مشابه لما قمنا به مع قاعدة المنشئ والكاشف، لا لذاتها، وإنما لكونها أداة منهجية سنستخدمها في فهم مصدرية الشريعة الإسلامية الواردة في الدستور.

أولاً- التفرقة بين النص والحكم:

القرآن الكريم كلام الله تعالى، وغيرُه كلام غيرِه، والله -سبحانه وتعالى- أعز وأعظم من كل ما سواه، ومن ثم كان كلامه كذلك بالنسبة لكلام غيره، ذلك أن القرآن الكريم -كما أسلفنا- أصل الأصول، أي المرجع المطلق لكل ما سواه، في حين لا يرجع هو إلى غيره، وعلوّ القرآن الكريم على غيره يؤدي بدوره إلى اختلاف وظيفة كل منها، بناء على عدة أمور منها اختلاف الوصف المنشئ والكاشف، والذي فصلنا الحديث فيه قبل قليل، ومنها اختلاف جهة الإصدار، فالقرآن الكريم – النص- صادر عن الله سبحانه، والسنة والقياس وغيرهما - وهي تمثل الحكم بالنسبة للقرآن الكريم - صادرة عن غير الله سبحانه، ومنها طبيعة العلاقة بين القرآن الكريم وغيره من المصادر، فكلام الله تعالى أداة ووسيلة لكلام غيره للوصول إلى الحكم الشرعي[1]، ولا يمكن أن تكون أداة الشيء هي ذات ذلك الشيء، ومنها تعريف الأصوليين للحكم الشرعي، والذي أشرنا إليه سلفاً، وهو قولهم بأنه "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع "، ومحل استشهادنا هو قيد "خطاب الله"، فهذا القيد بالإضافة إلى أنه يحدد جهة الإصدار، وهو الله تعالى، المختلفة عن جهة إصدار الحكم، وهم الفقهاء، فإنه يحصر الخطاب في القرآن الكريم.

وقد اتفق الأصوليون على أن نصوص القرآن الكريم مصدر الحكم الشرعي، وعليه فلا يمكن أن يكون النص هو ذاته الحكم؛ لأنه يكون حينئذ مصدراً لنفسه، وهذا غير متصور، وعليه فـ "النص شيء، والحكم شيء آخر، فقد يكون النص واحداً وتتعدد الأحكام، وأنه من المتفق عليه أن هذا التعدد والاختلاف في الأحكام لا يقدح في كونها جميعاً شرعية، مادام النص يحتملها جميعاً، ففائدة هذه التفرقة التي وصلنا إليها بين النص والحكم هي أن النص أمر إلهي، أما الحكم فهو أمر بشري قاعدته إلهية، وبالتالي يُقبل فيه التنوع والاختلاف"[2].

غير أن الحكم لا يبقى حكماً على طول الخط التشريعي، فكونه حكماً إنما ذلك بالنسبة لمبناه، أي بالنسبة للنص الذي بُني عليه؛ بل قد يكون هو ذاته نصاً، ولكن بالنسبة لما كان هو مصدر له، وبالتالي يجتمع فيه الوصفان، ولكن مع اختلاف المتعلِّق، فهو حكم بالنسبة لما قبله، وفي نفس الوقت نصٌّ بالنسبة لما بعده،

---

[1]- أبو غرارة، ضو مفتاح، قراءة أصولية لأسباب التفرق بحجة التديّن، الكتاب تحت الطباعة، ص 19-21.

[2]- الغرياني،آية علي سلامة، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، رسالة ماجستير غير منشورة، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، العام الجامعي 2018-2019م، ص38.

وبالتالي يجتمع فيه أيضاً وصف المنشئ والكاشف، ومثاله السنة النبوية، فهي حكم بالنسبة للقرآن الكريم، ونص بالنسبة لباقي المصادر، وكذلك سائر المصادر بالنسبة للأحكام الشرعية، ويبقى الفرق بينها وبين القرآن الكريم، أن الأخير نص حقيقة، وغيره نص حكماً.

وفائدة هذا المبدأ هي بيان القابل أو المستعمِل - المستثمِر كما يسميه بعض الأصوليين[1] – لهذه المصادر وما يُبنى عليها، فقابل النص ليس هو ذاته قابل الحكم، حتى لو اجتمع الوصفان في مصدر واحد، فالسنة النبوية مثلاً، القابل لها كنص، ليس هو ذات القابل لها كحكم، وذلك بناء على أهلية الاجتهاد، وامتلاك أدواته والمكنة منه، وهذا بيان قول الأصوليين: "فتاوى المجتهدين بالنسبة إلى العوام كالأدلة الشرعية بالنسبة إلى المجتهدين"[2]، فالتفرقة بين النص والحكم، ومن ثم فصل العامي عن النص، إنما جُعل لحفظ النص من عبث من ليست لديه المكنة والأهلية العلمية للنظر فيه، واستنباط الحكم منه، وبناء على ما سبق، فرّق الأصوليون بين المجتهد والمفتي والحاكم، كما سنوضح فيما يلي.

ثانياً- الإحالة:

كما أسلفتُ، فإن السنة النبوية والقياس وغيرهما إنما ثبتت صحة الاعتماد عليها بالقرآن الكريم، لا بذاتها، وبالأحرى، ثبتت صحة الاعتماد عليها بسبب اختيار الحاكم المطلق لها، وهو الله جلّ شأنه ﴿ إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ ﴾، سورة يوسف، الآية 40، وقد أعلمنا الله سبحانه باختياره لها في عديد المواضع في القرآن الكريم، ووجوب اتباعنا لها، قال تعالى:﴿ وَمَا ءَاتَىٰكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَىٰكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ ﴾، سورة الحشر، الآية 7، وقال سبحانه:﴿ فَاعْتَبِرُوا يَاأُوْلِي الأَبْصَارِ ﴾ ، سورة الحشر، الآية 2، وقال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾، سورة النساء، الآية 58، هذا الاختيار لهذه المصادر أخذ شكل الإحالة، حيث أحالنا الله سبحانه عبر القرآن الكريم إلى السنة النبوية وغيرها؛ لبيان إجمال القرآن الكريم، وتقييد مطلقه، وتخصيص عامّهِ، والفصل في المسائل التي لم يفصل فيها، وذلك وفق القواعد والكليات التي أقرها.

ودور الإحالة أنها "تجعل النص المحال إليه جزءاً من المُحيل وفي قوته"[3]، وبهذا اكتسبت السنة النبوية وغيرها من المصادر الحجية، وصحة الاعتماد عليها، والرجوع إليها، فالمُحيل منشئ للقاعدة العامة، والمحال إليه كاشف عن تفاصيل هذه القاعدة وتطبيقاتها.

كذلك يمكن أن يفهم من هذا الأمر اختلاف الجهة، فالإحالة تشير إلى وجود طرفين، أحدهما يحيل إلى الآخر، لأنه يصعب تصور أن يكونا طرفاً واحداً، ثم يحيل الأمر إلى نفسه، إذ ما موجب ذلك، وهو يملكه منذ البداية؟ بل هما طرفان أحدهما أعلى من الآخر، وهذا الأعلى يعطي الشرعية للآخر للتصرف، ثم يصبغ تصرفه هذا بالحجية والشرعية.

وأما بيان حجية الأعلى من خلال الأدنى فما هو إلا تقريري أيضا، فإن فيه بياناً للأساس الذي يستمد منه الأدنى وجوده وحجيته وشرعيته، وعليه فإن الإحالة تخدم المحال إليه -الكاشف - أكثر من خدمتها للمُحيل -المنشئ -.

---

[1]- الغزالي، المستصفى، 463/2.
[2]- الشاطبي، الموافقات، 500/4.
[3]- أبو غرارة، الحكم الشرعي وإشكالاته، ص 5.

ثالثاً- التراتبية:

اختلاف وصف المصادر بين منشئ وكاشف، ومنشئ حقيقة، ومنشئ حكماً، واختلاف وظيفة كل منهما، واختلاف جهة الإصدار، كذلك طبيعة العلاقة بين كل هذه المصادر، كل ذلك أدعى إلى إيجاد تراتبية بينها، تقضي بتمايزها عن بعضها في الدرجة والرتبة، أي أن كل هذه المصادر تشكل ترتيباً معيناً، يجعل بعضها مرجعاً للآخر، إلى أن ترجع جميعها إلى مصدر واحد في نهاية المطاف، وهذا معنى التراتبية، وهكذا يوجد مصدر منشئ أصيل، وبقية المصادر تجمع بين الإنشاء الحكمي والكشف بطريق الإحالة، كما لاحظنا في عبارتي الغزالي والبدخشي، فهي كاشفة لما قبلها، مُنشئة لما بعدها، مما أُسس عليها، وكما أسلفنا عند حديثنا عن منهجية تحديد المصدر عند الأصوليين، فقد لاحظنا تقسيمهم للمصادر إلى منشئ وكاشف، وأن لفظ المصدر أو الأصل منصرف إلى القرآن الكريم، وباقي المصادر هي دلائل ومعرفات على الحكم، وتستمد شرعيتها من الأصل – القرآن الكريم -، وفي هذا إشارة منهم إلى وجود تراتبية بين المصادر، تفضي إلى وجود أعلى وأدنى.

وأثر ذلك يظهر في التزام الأدنى بضوابط الأعلى، باعتباره مصدراً له، إذ لا يصح مخالفة الشيء لمصدره، وأيضاً فإن المصدر الأعلى يمثل القاعدة الكلية التي تؤطّر المصدر الأعلى وتحتويه[1].

والأثر الآخر، أن هذا المبدأ يعزز وحدة المصدر ووحدة الدلالة، فمن حيث المصدر يكون واحداً في البداية - القرآن الكريم في التشريع الإسلامي، والدستور في التشريع الوضعي – ثم يزداد تشعّباً وتعدداً في صورة مصادر كاشفة، ومن حيث الدلالة، تكون متعددة وغير محصورة في البداية، بسبب كلية المصدر وما في ذلك من إجمال وإطلاق وعموم، ثم تقلّ هذه التعددية شيئاً فشيئاً إلى أن تنحصر في دلالة واحدة، وذلك بسبب ما يقوم به المصدر الكاشف من بيان وتفصيل وتخصيص وتقييد، وهكذا يعمل هذا المبدأ على وحدة المصدر ابتداءً، ووحدة الدلالة انتهاءً، ويترك المساحة بينهما للنظر والاستنباط والتدقيق، ولا يخفى ما في ذلك من ضبط للمسار التشريعي في مصادره ودلالاتها.

رابعاً- حكم الحاكم يرفع الخلاف:

دور قاعدة المنشئ والكاشف لم ينتهِ عند تقسيم المصادر إلى منشئة وكاشفة، ومنشئة حقيقة ومنشئة حكماً؛ بل إنها أنشأت تبعاً لذلك جهات إصدار، وقسمتها أيضاً تبعاً لذلك إلى جهات إصدار منشئة - حقيقة أو حكماً – وجهات إصدار كاشفة، فمُصدر النص منشئ، ومصدر الحكم كاشف، وقد يجتمع الوصفان في ذات الجهة، فتكون كاشفة بالنسبة لما قبلها، منشئة بالنسبة لما بعدها، وقد بيّنّا ذلك سلفاً.

وعبارات الأصوليين في هذا الصدد جليّة، فقد فرقوا بين المفتي المجتهد والحاكم، فقيّدوا الأول بالنظر في الأدلة، واستنباط الحكم منها، ومنحوا للحاكم سلطة اختيار دلالة من الدلالات التي توصّل إليها المُفتون والحكم بها على وجه الإلزام[2]، من ذلك قول القرافي: "الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة والحكم

---

[1]- الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 20.

[2]- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 43-44.

إخبار معناه الإنشاء والإلزام من قِبل الله"[1]، وبعد اختيار الحاكم للدلالة، وحكمه بها، يكون حكمه هذا ملزماً لجميع المُفتين، حتى لو خالف اعتقادهم، مادام محله المسائل الاجتهادية[2].

غير أن الحاكم لا يستقل بوضع الأحكام من عنده،_إلا إذا كان مجتهداً،_أما إذا كان غير مجتهد فإنه مقيّد بأقوال المجتهدين في المسألة محل الحكم، يختار أحدها، ويحكم به، ولا يحكم بالهوى والتشهي[3]، وهكذا فإن أقوال المجتهدين بالنسبة للحاكم هي بمثابة مصدر منشئ - منشئ حُكماً – يبني عليه حكمه، ثم يكون حكمه هذا ملزماً لهم أيضاً.

ودليل هذا المبدأ هو الإجماع، حيث تقرر الإجماع على أن حكم الحاكم يرفع الخلاف بضوابطه ولا يُنقض[4]، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾، سورة النساء، الآية52، وهكذا كان الحاكم نائباً عن الله تعالى في وضع الأحكام*، فحكمه هو حكم الله تعالى حكماً، على ألا يخالف هذا الحكم القواعد والأصول والنصوص والقياس والإجماع، أو يخرج عن آراء المجتهدين ومُصدره غير مجتهد، وإلا نُقض[5]، كما أن فيها إشارة إلى فكرة عدم الدستورية، المعروفة اليوم في الوسط القانوني، والتي تقضي بنقض النص القانوني عند مخالفته للدستور، وفكرة عدم التطبيق الصحيح للقانون، والتي تقضي بنقض الحكم القضائي عند مخالفته للنص القانوني، أو عدم تطبيقه التطبيق الصحيح، فكلاهما خالف أصله وأساسه، فلزم نقضه[6]، فالخروج عن دلالة النص القانوني هي ما تعرف بعدم الدستورية، أو عدم التطبيق الصحيح للقانون.

وسبب إلزامية حكم الحاكم هو أنه لما كان حكمه هو حكم الله تعالى حكماً، كان نصاً خاصاً بالمسألة محل الحكم، ووفقاً للقواعد الأصولية، فإن النص الخاص مقدمٌ على النص العام عند التطبيق، ويطبق النص العام على المسائل الأخرى التي لم تدخل في الحكم الخاص[7]، فالعمومية في كون المسألة قد وردت بها عدة أقوال من المجتهدين، واختيار الحاكم لأحد هذه الأقوال يجعل من هذا القول نصاً خاصاً بالمسألة محل الحكم، ومن ثم يُقدَّم على باقي الأقوال.

بعد بيان هذه المبادئ ومنهجية عملها يُلاحظ ترابطها ببعضها؛ بل ودلالة كل منها على الأخرى؛ وهذا لتفرعها من قاعدة واحدة، هي قاعدة المنشئ والكاشف، ومما يدل عليه هذا الانسجام هو قدرتها على تكوين

---

(1)- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، وبهامشه الكتابان: تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بيروت، دار عالم الكتب، ب.ط، ب.ت، 53/4.

(2)- القرافي، الفروق، ص 50-52 – الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 49.

(3)- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط1، 1996م، 6/7 -القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 44-45.

(4)- الكاساني، بدائع الصنائع، 7/7 وما بعدها- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص41، الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ضبط وتحقيق: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م، 323/6 – ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، ويليه الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، بيروت، دار الكتاب العربي، ب.ط، ب.ت، 403/11 وما بعدها.

*- حتى لا تُفهم النيابة في غير السياق المقصود، النيابة نيابتان، نيابة عامة، وهي خلافة الإنسان لله سبحانه في الأرض، بمقتضى قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾، سورة البقرة، الآية29، ونيابة خاصة، كالتي نحن بصدد الحديث عنها الآن، وهي نيابة الحاكم عن الله سبحانه في التشريع فقط، وحتى لا يخرج الحاكم عن حدود هذه النيابة، ويستغل هذه الصفة لمصالحه، ويجعل من نفسه شبه إله، قُيّدت هذه النيابة في الجانب التشريعي فقط، وقُيّدت أيضاً بأقوال المجتهدين، كونها إخبار عن الله سبحانه، وإن كان سبيله الظن، فإذا خرج الحاكم عن هذه النيابة، سقطت عنه هذه الصفة، وأصبح تصرفه باطلاً. ينظر: ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، تونس، دار سحنون للنشر والتوزيع، ب.ط، ب.ت، 398/1- 399.

(5)- الكاساني، بدائع الصنائع، 7-6/7 -القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 44، 58 -الشربيني، مغني المحتاج، 321/6-322 -- ابن قدامة، المغني، 403/11 وما بعدها.

(6)- الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 55.

(7)- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 80.

منظومة تشريعية متكاملة مترابطة، لا تناقض فيها ولا تصادم، فمثلاً، مبدأ التراتبية يدل على وجود تدرج معين للنصوص تتسم به المنظومة التشريعية، وهذا التدرج يصنع فارقاً بين الأعلى، وهو النص، وبين الأدنى منه - المتفرع عنه- وهو الحكم المُؤسس على ذلك النص، وبالتالي التفرقة بينهما، كما يدل على التزام الأدنى بضوابط الأعلى فيما حكم به، سواء كان حكمه بياناً للأعلى، أو إنشاءً حكمياً لما لم ينص عليه الأعلى، بحيث يُحيل الأخير إلى الأدنى للفصل فيه، مما يجعله جزءاً منه، وفي قوته، وكل هذا يؤدي إلى وحدة المصدر، ووحدة جهة الإصدار، ووحدة الدلالة.

وبعد بيان منهجية الأصوليين في تحديد مصادر التشريع، وبيان أهم القواعد والمبادئ التي اعتمدوها في هذا الصدد، ودلّت عليها عباراتهم، أشرع في توظيفها واستخدامها كأدوات لبيان حجية الشريعة الإسلامية بالنسبة للتشريع الوضعي، ومصدريتها له.

المبحث الثاني

أثر منهجية المصدرية في الشريعة الإسلامية على التشريعات

سيناقش في هذا المبحث أثر هذه المنهجية على علاقة الشريعة الإسلامية بالتشريع بدرجتيْه الأساسي - الدستور-، والفرعي - القانون واللائحة والقرار-، والحكم القضائي، والبداية ستكون بالدستور، كونه يمثل رأس الهرم التشريعي في المنظومة التشريعية الوضعية (مطلب أول)، ليتبع ببيان مصدرية الشريعة الإسلامية للدستور (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

أثر المنهجية الأصولية على التشريع الوضعي

الدستور هو مجموعة القواعد القانونية العامة التي تبين نظام الحكم في الدولة، وحقوق وحريات الأفراد داخل المجتمع[1]، ومن خلال التعريف يمكن ملاحظة الطبيعة الكلية للدستور، والتي تُسهم في بيان مصدريته بالنسبة للتشريعات الأدنى منه، فكل إجمال يحتاج إلى كثير من البيان لتوضيحه، وإظهار مدلوله، ومن ثم دونيّة المبيّن عن المبيَّن، ذلك أن الأول إنما وُجد بوجود الثاني، فلولا الثاني ما كانت هناك حاجة للأول، كما أن الأول لا يخرج دوره وعمله عن حدود الثاني، لأنه مقيّد به.

ولأن الحجية هي أساس المصدرية، فما ليس بحجة لا يكون مصدراً، أبدأ ببيان حجية الدستور، وأساس كونه في قمة الهرم التشريعي، وفي تقديري فإن حجية الدستور قائمة على ثلاثة أسس:

الأول- أساس شرعي:

وهو قوله تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾، سورة النساء، الآية 52، فصفة ولي الأمر تصرف إلى المشرع ومن ينوب عنه كالقاضي، وهو المسمى بالحاكم، كما اصطلح على ذلك الأصوليون والفقهاء[2]، وعبارات الفقهاء سالفة الذكر تضمنت هذا المعنى[3]، خاصة عندما جعلوا من

---

[1]- أعبوده، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون، طرابلس-ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط4، 2003م، ص 213 -شليبك، مصطفى مصباح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون – نظرية الحق، ليبيا – طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 2002م، ص 104.

[2]- الغرياني، الصكوك المسماة إسلامية، ص 53-54.

[3]- ينظر ص 10-11 من هذا البحث.

قول الحاكم نصّاً خاصّاً بالمسألة محل الحكم[1]، وكون المشرع هو ذاته ولي الأمر باعتباره الواضع للنصوص التشريعية الحاكمة لكل سلطات الدولة، بما في ذلك الرئيس والقاضي وغيرهما، وذلك من خلال تطبيق قاعدة (حكم الحاكم يرفع الخلاف)، حيث تجعل من حكم الحاكم نصاً حكماً.

الثاني- أساس شعبي:

لقد أشار الأصوليون إلى هذه المسألة عندما تحدثوا عن إجماع الأمة، وكيف أن كل المسلمين أجمعوا على أن ما أتى به النبي - صلى الله عليه وسلم - من عند الله سبحانه، وهو القرآن الكريم، وكل ما قاله صلى الله عليه وسلم هو الحق اليقين، وأنه لازم لكل المسلمين[2]، وعليه فإن هذا الإجماع يعطي حجة للمُجمَع عليه ليكون مصدرًا للتشريع، كما في إجماع المجتهدين على دلالة معينة من دلالات نص معين، فتكتسب هذه الدلالة الحجية، ومن ثم تكون لازمة وواجبة التطبيق.

وعليه فإن الشعب هو صاحب السيادة، ومصدر الشرعية، فما المشرع والقاضي ورئيس الدولة إلا وكلاء عنه في سَن التشريعات وتطبيقها، والقيام بكل ما يلزم للحفاظ على مصالح الدولة، فالدساتير الديمقراطية لا يسري العمل بها إلا بعد إجراء استفتاء شعبي يُفضي إلى قبولها أو رفضها[3]، ودور الشعب يتمثل في منح الإذن - الشرعية – للمشرع في سن التشريعات، وتوجيهه إلى المصادر التي تُستقى منها هذه التشريعات من دين وعرف وغيرهما، فقيام المشرع بوضع التشريعات قائم على الإذن الممنوح له من الشعب، ومحتوى هذه التشريعات مأخوذ من المصادر التي وجّهه إليها الشعب أيضاً، سواء كان ذلك التوجيه صراحة أو ضمناً.

الثالث- أساس موضوعي:

ونقصد به طبيعة نصوص الدستور، إذ يغلب عليها الطابع الكلي، بما في ذلك من إجمال وعموم وإطلاق، وهذا يندر حدوثه في التشريعات اللاحقة له، المؤسسة عليه، إذ يغلب عليها الطابع الجزئي التفصيلي، مما يجعل من الدستور أكثر درجات التشريع أهمية، وأعلاها في سلم التدرج القضائي[4].

وبعد بيان هذه الأسس أنتهي إلى بيان مقتضاها، والمتمثل في أمرين: الأول: تأكيد حجية الدستور، وصحة الاعتماد عليه، وذلك انطلاقاً من منهجية الأصوليين في تحديد مصدر التشريعات، والثاني: كونه المصدر المطلق والوحيد، أي منشأ القاعدة القانونية، وما عداه يمكن وصفه بالدلائل والمعرفات، وهي القانون واللائحة والقرار، وهنا تتجلى قاعدة المصدر المنشئ، والمصدر الكاشف، والتي عبّر عنها فقهاء القانون الدستوري بـ "مبدأ سمو الدستور "، والذي من أهم لوازمه بطلان كل ما يخالف الدستور، وسيادة القانون على كل الهيئات والمؤسسات داخل الدولة[5]، وهكذا فإن الدستور هو المصدر المنشئ للأحكام أصالة، أما القانون واللائحة والقرار فمصادر كاشفة بالنظر للدستور، ثم تتمايز هذه المصادر فيما بينها، حسب ترتيبها، فيكون القانون منشئاً بالنسبة للائحة والقرار، وهي كاشفة له، ووفق مقتضى قاعدة المنشئ والكاشف، فإن

---

[1]- القرافي، الإحكام في التمييز بين الفتاوى والأحكام، ص 80.

[2]- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، تح: أحمد محمد شاكر، ب.د، ب.ط، ب.ت، 128/4 – الغزالي، المستصفى، 426/1.

[3]- بربوتي، حقي اسماعيل، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، مصراتة، دار ومكتبة الشعب للنشر والتوزيع، ط2، 2009 - 2010م، ص 63-66 -الزريقي، جمعة محمد، بحوث ودراسات في الدستور، ليبيا، الناشر المؤلّف، ط1، 2015م، ص 73.

[4]- أعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 213 – بربوتي، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ص 73-75.

[5]- بربوتي، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ص 77.

الكاشف لا يجوز مخالفته لمنشئه، كما أن له قاعدة كلية داخل ذلك المنشئ، وكلية المنشئ تعني عدم ضرورة ذكر كل أفراد الكاشف داخل المنشئ؛ فقد يوجد من المسائل ما لم يذكر في المنشئ، إلا أنه لا يخرج عن الإطار العام الذي حدده.

وسيادة القانون - التي ذكرناها قبل قليل – إنما جاءت بطريق الإحالة، وكما أسلفنا، فإن الإحالة تجعل المحال إليه جزءاً من المُحيل، وفي قوته، وبالتالي اكتساب القانون للصبغة الدستورية؛ لسيره في الخط التشريعي الذي حدده الدستور.

ومبدأ الإحالة المترتب عن قاعدة المنشئ والكاشف ظاهر في كثير من النصوص الدستورية، نذكر منها على سبيل المثال النص الدستوري على أن "يُعين شعار الدولة ونشيدها الوطني بقانون"[1]، ومن هنا تظهر أهمية وفائدة قاعدة المنشئ والكاشف، في أنها تعمل على إنشاء تراتبية في الوسط التشريعي، مما يسهم في فهم الغاية من التشريع، ومن ثم تطبيقه على الوجه السليم، كما أن هذه القاعدة وإن كانت تعطي ميزة الإنشاء لمصدر واحد فقط، وهو المنشئ الأصلي، إلا أنها لا تنفي مصدرية غيره، واعتباره كاشفاً له، ومنشئاً لما بعده من المصادر الأدنى منه درجة، وهكذا يُربط بين المصدرين المنشئ والكاشف، ويُمنح الكاشف حجية وقوة المنشئ.

وعلى هذا فإن قاعدة المنشئ والكاشف أثمرت مبدأ الإحالة، والذي أدى إلى ظهور تراتبية بين المصادر، هذه التراتبية منحت المصدر الأخير قوة وحجية المصدر الأول، وهذا ملخص ما ذكرناه من آراء الأصوليين، وفصلناه في الفقرة السابقة، وما عبّر عنه لاحقاً فقهاء القانون الدستوري بالقول أن "دستورية القوانين هي النتيجة الطبيعية والمنطقية لتدرج القوانين"[2].

ولأن الإحالة نقلتنا من الدستور إلى القانون، سنتطرق للمادة الأولى من القانون المدني[3]، والمعنونة بأصول القانون، والتي تنص على أنه:

"1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ".

وتجدر الإشارة إلى أن مصادر القانون كلها كاشفة، سواء الأصلية أم الاحتياطية، وأن المصدر المنشئ الوحيد لها هو الدستور، وعليه فإن إحالة القاضي إلى القانون هي إحالة إلى جميع هذه المصادر، ولكن وفق تراتبية معينة تعطي الأولوية للمصدر الأصلي "التشريع"، فإذا لم يوجد فالمصادر الاحتياطية؛ ذلك أن الحاجة إلى المصادر الأصلية هي حاجة بيان وتفصيل للكليات الواردة في الدستور، أما الحاجة إلى المصادر الاحتياطية فهي إلى جانب كونها حاجة بيان، فهي حاجة لملء الفراغ التشريعي الذي خلّفه المشرع القانوني أو طرأ بعده[4].

إلا أن المشرع -كما يبدو- لم ينتبه إلى أن مصادر القانون هي مصادر جزئية كاشفة، وليست كلية منشئة، ذلك أنه جعل المصدر الأول من المصادر الاحتياطية مصدراً كليّاً بقوله: "مبادئ الشريعة الإسلامية"، ولا يخفى ما في ذلك من تناقض، فطبيعة دورها كمصدر احتياطي يفرض جعلها جزئية كاشفة، واللفظ يدل

---

(1)- المادة 6 من الدستور الليبي الصادر في 1951.10.7م – المادة 2 من الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 2011.8.3م.

(2)- بربوتي، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، ص 78، نقلاً عن العميد دوكي.

(3)- الجريدة الرسمية، نُشر بتاريخ1954.2.20م.

(4)- شليبك، المدخل للعلوم القانونية، ص119، أعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 249.

على أنها كلية منشئة، كما أن هذا اللفظ قد يوحي بتشابه دورها في الدستور مع دورها في القانون، وهذا بعيد جداً، فهي في الدستور كلية منشئة أصالة، أما هنا - في القانون – فهي جزئية مكملة كاشفة، أيضاً طبيعة الإحالة تتعارض مع هذا اللفظ، فالإحالة من الدستور إلى القانون إحالة من كلي إلى جزئي، أما الإحالة من المصادر الأصلية إلى الاحتياطية فهي إحالة من جزئي إلى جزئي مثله، وبالتالي كان يُفترض أن يكون المُحال إليه -الجزئي الثاني- محدداً ودقيقاً كالجزئي الأول، فبدل الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، كان الأَوْلى أن تتم الإحالة إلى مشهور مذهب معين، وليكن المذهب المالكي، باعتباره المذهب السائد في ليبيا.

المطلب الثاني

مصدرية الشريعة الإسلامية للدستور

بعد العرض السابق لمنهجية تحديد المصدر، وعلاقة المصادر ببعضها، نأتي للحديث عن واقع الأسس النظرية السابقة فيما يتعلق بمصدرية الشريعة الإسلامية بالنسبة للدستور، وعلاقة نص المصدر بباقي النصوص الدستورية الأخرى.

وكنا قد ذكرنا في صدر هذه الفقرة الأساس الشعبي كأساس لحجية الدستور، وأن الشعب هو مصدر السلطات، وصاحب السيادة في الدولة، وأن النصوص الدستورية هي تعبير عن إرادة الشعب، وليست هي ذات تلك الإرادة، وليس معنى ذلك أن الشعب قد تلفظ بالأحكام، ثم قام المشرع بكتابتها، وإنما عملت سيادة الشعب وإرادته على توجيه المشرع إلى مصادر معينة لتكون مصدراً للنصوص، ثم إضفاء صفة الشرعية على تلك النصوص، ومن أهم هذه المصادر: الدين والعرف، ولأن القواعد العرفية تختلف باختلاف الزمان والمكان، على خلاف القواعد الفقهية والأصولية الثابتة والمحكمة والمنضبطة، فإن وثيقة بأهمية الدستور تحتاج إلى ما هو مُحكم ومنضبط، ولهذا كان الدين متمثلاً في القرآن الكريم، أو الشريعة الإسلامية مصدراً له، إلى جانب كونه أشرف المصادر وأسماها وأعلاها[1].

ومن هنا تبدأ مهمة المشرع، وتتجلى قاعدة "حكم الحاكم يرفع الخلاف" التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة، إذ يتجه المشرع إلى النصوص والأحكام الشرعية، ويختار منها ما يراه مناسباً لمقتضيات الزمان والمكان، ومراعياً للمصلحة، وفقاً للقواعد الفقهية والأصولية التي أشرنا إليها آنفاً، ثم إن نص الدستور على أن: "الإسلام دين الدولة" أو غيره من النصوص الدستورية ذات العلاقة هو دليل على دونيّة باقي نصوص الدستور عن هذا النص، فمثل هذا النص -نص المصدرية- يعتبر تحديداً للمصدر، ومعلوم أن المصدر أعلى من النص؛ لحاجة النص إلى المصدر، إذ بانتفاء المصدر ينتفي النص؛ لكونه أثراً له[2]، كما أن نص الدستور على مصدرية الشريعة الإسلامية هو نص تقريريٌّ، وليس إنشائيّاً، أي تقرير واقع قائم قبل قيام الدستور، فالشريعة الإسلامية ظاهرة في معاملات الناس، ومختلف شؤون حياتهم، وهذا سبب توجيه المشرع إليها لتكون مصدراً للتشريع، وكون هذا النص تقريرياً مشابهاً للنص في السنة النبوية على حجية ومصدرية القرآن الكريم.

---

[1]- أعبوده، أساسيات القانون الوضعي الليبي، ص 40.
[2]- شليبك، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص 91.

ومقتضى ما سبق، أنه وإن كان الدستور مصدراً منشئاً بالنسبة للقانون، إلا أنه في الوقت ذاته مصدر كاشف بالنسبة للشريعة الإسلامية، والمصادر الأخرى المقيدة بها، وبالتالي فإن كل نص شرعي هو بمثابة مصدر للدستور، وكل نص دستوري هو بمثابة مصدر للقانون، وهكذا.

وهنا تظهر قاعدة التفرقة بين النص والحكم، فالنص مصدر الحكم، وبالتالي حاجة الحكم للنص، ودونيّته عنه، فتأخذ الشريعة الإسلامية دور النص، بينما يأخذ الدستور دور الحكم، فالشريعة الإسلامية أداة ووسيلة للمشرع كي يصل إلى الحكم "النص الدستوري"، وأيضاً فإن علاقة أي نص دستوري بالقانون هي ذاتها علاقة النص بالحكم الواردة أعلاه، وكما أسلفنا فإن نصوص الدستور يغلب عليها الطابع الإجمالي الكلي، كما أنها متساوية فيما بينها من حيث القوة، فإذا ما افترضنا وجود نصَّين دستوريين أحدهما ينص على مصدرية الشريعة الإسلامية' أياً كانت صياغته، والآخر ينص على ما يخالف الشريعة الإسلامية، فإن هذا التصادم بين النصوص يُعالج من قبل القاضي بالمواءمة بين النصَّين، وذلك على أساس أن المشرع الدستوري لا يمكن أن يناقض نفسه، فينص في البداية على مصدرية الشريعة الإسلامية، ثم ينص على ما يخالفها، وبما أن نصوص الدستور يغلب عليها الطابع الكلي الإجمالي، فإن المواءمة ممكنة ببحث القاضي عن التفسيرات التي تجمع هذه النصوص ذات التناقض الظاهري، فيكون تفسير القاضي للنص موافقاً للشريعة الإسلامية، وذلك تطبيقاً لأحكام قاعدة المنشئ والكاشف، حيث تمثل الشريعة الإسلامية المصدر المنشئ للدستور.

الخاتمة

لقد حاولت من خلال هذا البحث المتواضع دراسة أهم مسألة من المسائل التي تواجه المشرع الليبي أثناء مهمته في سن التشريعات، ألا وهي مسألة علاقة هذه التشريعات بالشريعة الإسلامية، ومدى توافقها معها، فهذه المسألة لا تتوقف عند نص قانوني معين؛ بل إنها تلقي بظلالها على هوية المجتمع ومعالم شخصيته، وقد انتهيت إلى جملة من النتائج والتوصيات، تمثلت في:

أولًا- النتائج:

1- مصدرية الشريعة الإسلامية للتشريعات لا تكون بمجرد اعتماد نص أو رأي فقهي من إحدى المدارس الفقهية، وإنما تكون باعتماد الشريعة الإسلامية شكلًا وموضوعًا، لأن هذه الشريعة منظومة تامة قائمة بذاتها، قد تلتقي مع منظومات أخرى في بعض النواحي، ولكن تبقى لها خصوصيتها، ومنهجها الخاص بها.

2- البناء التشريعي في الشريعة الإسلامية يبدأ بكلام الله سبحانه النفسي، والذي يترجمه خطاب يوصف بأنه دليل أو أصل (القرآن الكريم ثم باقي المصادر الأخرى)، يوصلنا إلى دلالة تصنع فقهًا (قول المجتهد)، ليكون أساسًا ومرجعًا للحكم (حكم الحاكم).

3- قبل اعتماد نص أو رأي معين يجب اعتماد المنهجية التي من خلالها تم التعامل مع هذا النص، ومن ثم منهجية الوصول إلى الرأي المؤسَّس عليه، وتبدأ هذه المنهجية من تحديد طبيعة المصادر، ومدلولية مصدريتها، وتراتبيّتها، وأثر ذلك على مدى إلزامها.

4-فهم هذه المنهجية يساعد على ربط الشريعة الإسلامية بالتشريعات القانونية الوضعية، وجعل الأخيرة امتدادًا لها، ويكرس ويثبت صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، ويسهم في الحفاظ على الهوية الإسلامية للمجتمعات المسلمة ولتشريعاتها.

ثانيًا- التوصيات:

1- الرجوع إلى أمهات الكتب الفقهية والأصولية، ودراستها دراسة تحقيقية، تبحث في الأسس والقواعد والفلسفة التشريعية.

2- التواصل بين المتخصصين في الشريعة الإسلامية والقانون لبحث سبل الربط بين الشريعة الإسلامية والقانون، وتقريب وجهات النظر بينهما.

3- التركيز على أهمية ورشات العمل والندوات والمؤتمرات العلمية التي تجمع فقهاء الشريعة والقانون، وإقامة المؤسسات البحثية المهتمة بمثل هذه المواضيع.

4- مشاركة مؤسسات الدولة ذات العلاقة مثل دار الإفتاء والأوقاف والمحكمة العليا في مثل هذه المواضيع، والتواصل مع المراكز والمؤسسات العلمية الخاصة والعامة خارج البلاد والاستفادة من تجاربهم.

قائمة بأهمّ المراجع

أولًا- القرآن الكريم

برواية قالون عن نافع بالرسم العثماني على ما اختاره الحافظ أبو عمرو الداني.

ثانيًا- مراجع الفقه الإسلامي:

- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، تونس، دار سحنون للنشر والتوزيع، ب.ط، ب.ت.
- ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، ويليه الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة المقدسي، لبيروت، دار الكتاب العربي، ب.ط، ب.ت.
- أبو غرارة، ضو مفتاح، الحكم الشرعي وإشكالاته، الكتاب تحت الطباعة.
- أبو غرارة، ضو مفتاح، قراءة أصولية لأسباب التفرق بحجة التديّن، الكتاب تحت الطباعة.
- الآمدي، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ض: إبراهيم العجوز، بيروت، دار الكتب العلمية، ط5، 2005م.
- البدخشي، محمد بن حسن، منهاج العقول معه شرح الإسنوي، وكلاهما شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، مصر- القاهرة، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، ب.ط، ب.ت.

- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، تح: أحمد محمد شاكر، ب.د، ب.ط، ب.ت.
- البيانوني، محمد أبو الفتح، الحكم التكليفي في الشريعة الإسلامية، دمشق، دار القلم، ط1، 1988م.
- الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح عبد الله دراز، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2006م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ض. تح: محمد محمد تامر، شريف عبد الله، القاهرة، دار الحديث، ب.ط، 2006م.
- الغرياني،آية علي سلامة، الصكوك المسماة إسلامية، الرؤى والواقع، رسالة ماجستير غير منشورة، ليبيا، جامعة طرابلس، كلية القانون، العام الجامعي 2018-2019م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، تحقيق وتعليق: محمد تامر، القاهرة، دار الحديث للطباعة، ب.ط، 2011م.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، بيروت، دار البشائر الإسلامية للطباعة، ط2، 1995م.
- القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، الفروق، وبهامش الكتابين: تهذيب الفروق، والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بيروت، دار عالم الكتب، ب.ط، ب.ت.
- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الفكر، ط1، 1996م.

ثالثًا- مراجع الفقه القانوني:

- اعبوده، الكوني علي، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون، طرابلس-ليبيا، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط4، 2003م.
- الإعلان الدستوري الليبي الصادر في 2011.8.3م.
- بربوتي، حقي إسماعيل، القانون الدستوري والتنظيم الدستوري في ليبيا، مصراتة، دار ومكتبة الشعب للنشر والتوزيع، ط2، 2009 - 2010م.
- الجريدة الرسمية، المنشورة بتاريخ1954.2.20م.
- دبارة، مصطفى مصباح، وضع الشريعة الإسلامية في الدستور الليبي المرتقب، مجلة كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، العدد 6، 2016-2017م.
- الدستور الليبي الصادر في 1951.10.7م.

- الزريقي، جمعة محمد الزريقي، بحوث ودراسات في الدستور، ليبيا، الناشر المؤلّف، ط1، 2015م.
- شليبك، مصطفى مصباح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون – نظرية الحق، ليبيا – طرابلس، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 2002م.