

التنظيم الدستوري

مكانة الشريعة الإسلامية في النظام القانوني

Constitutional regulation of the status of Islamic law in the legal system

م.د. حيدر حسين علي الكريطي

كلية القانون / جامعة الكوفة

مقدمة

للدور الفعال الذي تؤديه أحكام الدين في ضبط العلاقات الاجتماعية وتهذيبها وتوجيهها الوجه السليمة بغية تحقيق الانسجام والحد من مجالات التناقض بين المنظومة العقائدية النظرية وبين المنظومة العملية السلوكية ومن أبرز المصادر المهمة بهذا الصدد (مبدأ اعتبار الإسلام دين الدولة الرسمي) و (اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً للتشريع).

يتحدد موقع أحكام الإسلام في المنظومة القانونية للدولة في ضوء التنظيم الدستوري بوصفه محور البنية القانونية ومنطلق المسارات التشريعية ومعالماً وقد دأبت أغلب الدساتير في الدول الإسلامية عموماً والدول العربية خصوصاً على تنظيم علاقة الدين بالدولة وتحديد دور الشريعة الإسلامية في مجال التشريع بوجه خاص ضمن المبادئ العامة أو الأساسية نظراً

بيد أن بعضاً من هذه الدساتير تقرر المبدأين المشار إليهما بمعزل عن أية أحكام تفصيلية تضعهما موضع التطبيق في حين إتجهت إرادة المشرع الدستوري في دساتير أخرى الى وضع محددات وضمانات من شأنها توضيح المقترضيات الشكلية والموضوعية لذلك.

ومن هذه الدساتير دستور العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ إذ إستحدث قيداً جوهرياً على إختصاص السلطة التشريعية الأصيل وهو (عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) بعد أن قرر أن (الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع)^(١).

ومن خلال تحليل هذا النص الدستوري نجد أن الدستور قد أقر ثلاثة مبادئ هي : (إعتبار الإسلام دين الدولة الرسمي) و (إعتبار الإسلام مصدراً أساسياً للتشريع) و (عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) وسنوضح بمنهجية تحليلية بالدرجة الأساس هذه المبادئ الثلاثة في مطالب ثلاثة متعاقبة.

المطلب الاول

مبدأ عدّ الإسلام دين الدولة الرسمي
سنين في فرع اول مضمون المبدأ ونبحث في فرع ثان النتائج المترتبة عليه.

الفرع الاول

مضمون المبدأ

درجت أغلبية دساتير الدول الإسلامية في العصر الحديث على إيراد نص يحدد هوية الدولة يقرر أن (الإسلام دين الدولة الرسمي)، ويجد المبدأ المذكور أساسه التاريخي في الدستور التونسي لعام ١٨٦١ والذي مثل تدوينه بداية حركة تدوين الدساتير في الدولة الإسلامية في العصر الحديث وقد صدر بعد تزايد تدخل الدول الأوربية لا سيما فرنسا في شؤون تونس إذ نص على (أن الإسلام هو الدين الرسمي لتونس وأن الباي والسكان مسلمون)^(٢).

ولما كان الدستور المشار إليه قد جاء متأثراً في مضامينه بالدساتير الأوربية فإن صياغة النص الخاص بالإسلام كان تقليداً ومحاكاةً لنصوص الكثير من الدساتير الأوربية التي كانت تنظم العلاقة

ذاته بقوله (: الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية) م(٢).^(٧)

أما الدستور التونسي لعام ١٩٥٩ فينص على أن : (تونس دولة حرة مستقلة ذات سيادة الإسلام دينها والعربية لغتها والجمهورية نظامها)^(٨) ويتكرر النص في الدستور الجزائري لعام ١٩٩٦ والدستور الكويتي لعام ١٩٦٢ والقانون الأساسي لعمان لعام (١٩٩٦) والدستور القطري لعام ١٩٧٢ والدستور اليمني لعام ١٩٩٤ .

وفي نهج مغاير لما تقدم ينص الدستور السوداني لعام ١٩٩٨ على أن ((الإسلام دين غالب السكان وللمسيحية والمعتقدات العرفية أتباع معتبرون))^(٩) في حين إكتفى الدستور السوري لعام ١٩٧٣ بتحديد دين رئيس الجمهورية وهو الإسلام^(١٠).

أما الدستور اللبناني النافذ لعام ١٩٢٦ فلم يورد أي نص يحدد فيه هوية الدولة من الناحية الدينية وقد تم تفسير هذا الموقف الدستوري بعدم تشكيل المسلمين في لبنان أغلبية عند تأسيس الدولة اللبنانية.

بين الدولة والكنيسة بنصوص مماثلة ولازال البعض منها متمسكاً بهذا التنظيم^(٣).

ثم تضمن الدستور العثماني لعام ١٨٧٦ المسمى (بالقانون الأساسي) والمستوحى من الدستور البلجيكي نصاً مفاده (أن دين الدولة العثمانية هو دين الإسلام ومع المحافظة على هذا الأساس تكون حرية جميع الأديان المعروفة في الدولة العثمانية وكافة الإمتيازات الممنوحة إلى الجماعات المختلفة تحت حماية الدولة على شرط ألا تخل براحة الناس ولا بالآداب العامة)^(٤).

ومن ثم أخذ النص طريقه الى معظم دساتير الدول الإسلامية عموماً والعربية خصوصاً فدستور مصر الملغي لعام ١٩٧١ ينص على أن (الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)^(٥).

وينص دستور دولة الإمارات العربية المتحدة في على أن (الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه)^(٦) وسار الدستور الاردني لعام ١٩٥٢ على النهج

وفي العراق أكد أول دستور للدولة وهو (القانون الأساسي) لسنة ١٩٢٥ على المبدأ محل البحث بالصيغة الآتية : (الإسلام دين الدولة الرسمي وحرية القيام بشعائره المألوفة في العراق على اختلاف مذاهبه محترمة لا تمس وتضمن لجميع ساكني البلاد حرية الاعتقاد التامة وحرية القيام بشعائر العبادة وفقاً لعاداتهم ما لم تكن مخلة بالأمن والنظام وما لم تتناف والآداب العامة) ^(١١)

وبعد قيام الجمهورية العراقية عام ١٩٥٨ نص الدستور الصادر في العام نفسه على أن (الإسلام دين الدولة) ^(١٢) من دون إيراد أحكام عامة أو تفصيلية تترجم مضامين هذا النص الدستوري وإنعكاساته القانونية، ويمكن تفسير هذا الإقتضاب الدستوري في معالجة مبدأ عدّ الإسلام دين الدولة بكون الدستور مؤقتاً من ناحية وموجزاً من ناحية أخرى.

ثم قنن دستور ٢٩ / نيسان / ١٩٦٤ المبدأ بنص منطوقه : (الإسلام دين الدولة والقاعدة الأساسية لدستورها واللغة العربية لغتها الرسمية) ^(١٣) ولئن كان الشق الأول من النص الذي يقضي بأن (الإسلام دين

الدولة) يعد من الصيغ الدستورية المستقرة في الدول الإسلامية والعربية منها على وجه التحديد فإن الشق الآخر الذي يقرر بأن الإسلام القاعدة الأساسية للدستور موضع تساؤل ومحل نظر اذ أن إعتبار الإسلام القاعدة الأساسية للدستور يقتضي تأسيس أحكام هذا الدستور على القاعدة المذكورة بحيث تكون البنية الدستورية بمجملها مستوحاة من أحكام الإسلام وهذا ما لم يكن متحققاً في الدستور المذكور وقد إستساغ مشرع دستور ١٩٦٨ النص المذكور فأدرجه في المادة (٤) منه، بينما إقتصر دستور ١٩٧٠ على ذكر أن (الإسلام دين الدولة) ^(١٤).

وبعد تغيير النظام السياسي عام ٢٠٠٣ صدرت وثيقتان دستوريتان هما قانون ادارة الدولة للمرحلة الإنتقالية لعام ٢٠٠٤ والدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ وقد إقتفيا أثر أغلبية دساتير البلدان الإسلامية ولم يخرججا عما إستقر عليه الحال في الدساتير العراقية المتعاقبة بشأن هذا المبدأ المشار اليه.

فقد أكد قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية على أن (الإسلام دين

الدولة الرسمي ويعد مصدراً للتشريع ولا يجوز سن قانون خلال المرحلة الإنتقالية يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام المجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية^(١٥).

ويبدو جلياً من النص أعلاه أن المشرع إبتغى تحقيق التوازن بين ممارسة حرية العقيدة الإسلامية بصورها المتنوعة وبين ممارسة الحريات الدينية الأخرى إنسجاماً مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان.

أما دستور ٢٠٠٥ فبعد أن عدّ الإسلام دين الدولة الرسمي^(١٦) حرص كذلك على ضمان حرية العقيدة الدينية للمسلمين بوصفهم الأغلبية العظمى للشعب العراقي ولغير المسلمين أيضاً ذاكراً على سبيل المثال لا الحصر المسيحيين والإيزيديين والصابئة المندائيين.

وبعد كل ما تقدم ومن خلال التأمل في النصوص الدستورية التي تقرر

أن الإسلام دين الدولة الرسمي والتحليل العلمي المنطقي لمضامينها نجد أن هناك تفسيرين للمبدأ المذكور:

التفسير الأول: وهو التفسير التجزيئي ذات الطابع الرمزي للنصوص التي تعد الإسلام دين الدولة الرسمي، وهذا التفسير هو السائد على ما يبدو بهذا الخصوص فكل ما للنصوص المذكورة من دلالة هو أن الدولة التي يحكمها هذا النوع من الدساتير ليست دولة علمانية وإنما هي دولة يعتنق شعبها على إطلاقه أو أغليته الدين الإسلامي وأن الدستور يعترف بهذا الواقع ويرتب عليه جملة من الأحكام من أبرزها تلك المتعلقة بممارسة الحرية الدينية.

وبمعنى آخر فإن مدلول الإسلام الوارد بالنصوص الدستورية سالفة الذكر يعني الأحكام العقائدية التي تخص علاقة الإنسان المسلم بالله تبارك وتعالى وما يرتبط بها من فروض وشعائر وطقوس أي أن الإسلام المقصود هنا هو إسلام العقيدة والشعائر وليس الإسلام بوصفه نظاماً متكاملاً وشاملاً منظماً لشتى مناحي الحياة ولا يعدو الأمر طبقاً لهذا التفسير إبراز

الطابع الديني لشعب الدولة أو أغليته على غرار النص على لغة الدولة وعلمها وشعارها ونشيدها الوطني فقد إعتاد واضعو الدساتير على تنظيم هذه الموضوعات بصورة متعاقبة وضمن سياق واحد^(١٧).

ويمكن القول أن المنطلق الفكري لهذا التفسير هو فهم الدين في ظل الديانة المسيحية بأنه مجرد رسالة روحية لا تتعدى العلاقة بين المرء وربّه ساحتها ضمير الفرد ونفسه التي بين جنبه ولا صلة له بتنظيم شؤون الحياة.

التفسير الثاني: وهو التفسير الشامل، ويعتمد هذا التفسير في تحديده لمضمون النص الذي يعد الإسلام دين الدولة الرسمي على الفهم العلمي الحقيقي للإسلام وطبيعته الخاصة التي يتغاير بها عن طبيعة الأديان الأخرى وخاصة الديانة المسيحية إذ أن الإسلام منظومة فكرية متكاملة ونظام كلي شامل يحكم شؤون الحياة بتشريعاته التي تتسم بالكمال والسمو والشمول والمرونة والصلاحية للتطبيق في كل زمان ومكان.

فهو عقيدة وشرية بحسب تعبير بعض المفكرين ومن هذا المنطلق يحتم الإسلام ترابط الشريعة والعقيدة وسيرهما جنباً إلى جنب بحيث لا تنفرد إحداهما عن الأخرى، وإذا كانت العقيدة هي الأصل الذي يرفد الشريعة فإن الشريعة هي تلبية لإنفعال القلب بالعقيدة وهذا التعلق يمهّد طريق النجاة والفوز بما أعد الله لعباده المؤمنين، ولذا فمن آمن بالعقيدة لا يعد ممتثلاً لأحكام الله تبارك وتعالى ولا سالكاً في حكم الإسلام سبيل النجاة^(١٨).

ويعد هذا التفسير مراعيّاً للقواعد المنطقية والأسس العلمية الصحيحة خلافاً للتفسير الأول الذي يتجاهل حقيقة الإسلام ويعامله كما تعامل الدول الأخرى وخاصة الأوروبية منها دينها على الرغم من الاختلاف الكبير بين طبيعة الإسلام وطبيعة بعض الأديان، بيد أن هذا التجاهل لحقيقة الإسلام وهذا الفهم الخاطئ لطبيعته والإصرار على عدّه إسلام العقيدة والشعائر فحسب لا يغير من طبيعة وحقيقة الإسلام كنية متماسكة لا تقبل التبعض والتجزئة^(١٩).

أما هذه الإرادة التجزيئية التي تسود معظم دساتير البلدان الإسلامية إزاء اعتبار الإسلام دين الدولة الرسمي وضعاً وتفسيراً فهي فكرة مستوردة من علاقة الدول الغربية بالدين المسيحي لم تظن الدول الإسلامية إلى عدم صلاحيتها للإسلام حيث أن طبيعة الدين المسيحي ومجريات التاريخ السياسي للكنيسة في العصور الوسطى لأوروبا يسوغان جعل الدين مجرد معتقد وفصله عن الدولة التي تستقل بتنظيم مختلف شؤون الحياة أما الإسلام فلم يقتصر على جانب العبادات وحده بل نظم مناحي الحياة الاجتماعية على إختلاف صورها وأورد تفصيلات تشريعية للعديد منها كما اجتهد فقهاؤه في إستخلاص قواعد أصولية لكي تعينهم على إستنباط الأحكام للوقائع المستحدثة^(٢٠)

الفرع الثاني

نتائج المبدأ

لاشك أن إيراد دستور معين نصاً يعد الإسلام دين الدولة الرسمي يرتب نتائجاً وآثاراً تنعكس على مجمل النظام القانوني للدولة فأحكام الدستور ليست مجرد نصوص توجيهية ترنو إلى المثل

العليا وتقرر تصوراً نموذجياً لما ينبغي أن يحكم المجتمع من نظم وقواعد وإنما هي قاعدة النظام القانوني وأسس البنية الحاكمة للسلوك الفردي والاجتماعي ولذا تعد من المسلمات في الفقه الدستوري مسألة إتصاف قواعد الدستور بالطبيعة الأمرة والملزمة وبهذا السياق قيل: (لا يجوز إفتراض أن حكماً ما في الدستور قصد به أن يكون دون أثر)^(٢١).

وتختلف هذه النتائج بحسب تبني التفسير الأول أو الثاني وسنوضح هذا فيما يأتي:-
أولاً:- النتائج المترتبة على التفسير التجزيئي .

يمكن إجمال النتائج المترتبة على هذا التفسير بما يأتي:-

١. ضمان الحرية الدينية للمسلمين بصورها كافة: (الفروض والطقوس والشعائر وغيرها) وتمكينهم من إقامتها وعدم حظرها أو تقييدها أو المساس بها، وإذا كانت الحرية الدينية مكفولة بموجب الوثائق الدولية والنصوص الدستورية الخاصة بالحقوق والحريات وإن لم يرد نص

بِالْعُرْوَةِ الْوُثْقَى لَا انْفِصَامَ لَهَا وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٢٢).

كما يضمن المساواة بين المسلمين وغير المسلمين في الحقوق والواجبات تطبيقاً لمبدأ (أن لأهل الكتاب ما للمسلمين ولهم ما عليهم) ومن المسلمات أيضاً أن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء تقرر أن غير المسلمين من أهل الكتاب يخضعون في أمور أحوالهم الشخصية من زواج وطلاق وغيرها لشرائع ملتهم وقد إستقر على ذلك رأي فقهاء الشريعة الإسلامية منذ أقدم العصور (٢٣).

وقبل هذه الأحكام فإن الإسلام هو دين العدل إذ يقول تعالى (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ) (٢٤) وقول سبحانه: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا) (٢٥).

وقد نهى النبي الكريم (ص) عن ظلم أهل الذمة وإيذائهم وانتقاصهم حقوقهم.

يعد الإسلام دين الدولة الرسمي فإن هذا لا يلغي خصوصية النص الأخير إذ أنه يقرر الحرية الدينية لفئة إجتماعية بأكملها هي فئة المسلمين وليس مجرد الحرية الدينية الفردية هذا من جانب ومن جانب آخر فإن ممارسة الحرية الدينية الفردية بوصفها من مصاديق حرية المعتقد مقيدة بمراعاة النظام العام في حين أن ممارسة الحرية الدينية في ظل كون الإسلام دين الدولة الرسمي لن تكون عرضة للتقييد إن مورست طبقاً للمعايير التي أقرها الإسلام فالإسلام يمثل حجر الزاوية للنظام العام في المجتمع المسلم.

ولا يخل هذا الحكم الدستوري بحيادية الدولة - كما يدعى البعض وهو يطلق الأحكام جزافاً من دون دراسة العقيدة الإسلامية بشكل موضوعي علمي فكما هو معلوم أن الإسلام يكفل حرية العقيدة لغير المسلمين من أهل الكتاب إعمالاً لقوله تعالى: ({ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ فَمَنْ يَكْفُرْ بِالطَّاغُوتِ وَيُؤْمِنْ بِاللَّهِ فَقَدِ اسْتَمْسَكَ

ويشهد التاريخ على أن أهل الكتاب من رعايا الدولة الإسلامية تمتعوا بحقوق وحريات واسعة في ظل مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وهو ما كشفت عنه المصادر المحايدة والوثائق الموجودة بالأديرة والكنائس وهي أدلة مادية لا يتطرق إليها شك وكانت السياسة العامة للدولة الإسلامية تجاه رعاياها من غير المسلمين تتسم بالتسامح والود والألفة^(٢٦).

٢. تحديد هوية الدولة من الناحية العقائدية والدينية بالهوية الإسلامية وتحديد الهوية من هذه الناحية يتصل بهوية الشعب الذي يعتنق بأكمله أو بأغلبه الدين الإسلامي فالشعب أحد أركان الدولة بل أولها الى جانب الإقليم والسلطة السياسية ولهذا يكون له الدور الأساس في تشكيل هوية الدولة^(٢٧) وليس في هذا تنافر مع كون الدولة شخصاً معنوياً تأبى طبيعته أن يكون له دين وأن يمارس شعائر عبادية فالشعب الذي هو مجموع الأفراد الطبيعيين يمثل حجر الزاوية في الكيان القانوني للدولة.

وعليه يتبين عدم نهوض المسوّغ الذي ساقه المنادون بفصل الدين عن الدولة وهو عدم قابلية الدولة وهي كائن معنوي لأن تعتنق ديناً معيناً^(٢٨).

وبناءً على ما تقدم فقد أخطأ الرماة القادحون عندما سددوا سهامهم الطائشة على النص المذكور قاصدين النيل من الإسلام ولكن خسر هنالك المبطلون^(٢٩).

٣. إستلزام المعتقد الإسلامي فيمن يشغل منصب رئيس الدولة نظراً للطابع الرمزي والسيادي الذي يضيفه المنصب المذكور على شخص شاغله فرئيس الدولة هو الرمز السياسي الأول للشعب وينبغي أن يكون معبراً عن ملامح البنية الاجتماعية والثقافية لشعبه ومثلاً للتقيد بهوية وعادات وتقاليد شعبه ومستوحياً قيّمه من واقع أمته ومبادئها ونظمها الفكرية وقد إستقر الواقع السياسي في البلدان الإسلامية على مراعاة المعتقد الإسلامي في شاغلي منصب رئيس الجمهورية ويتجسد هذا الواقع في العراق على الرغم من خلو دساتيره المتعاقبة من نص يستلزم كون رئيس الجمهورية

مسلماً عدا دستور ٢٩/نيسان/١٩٦٤ حيث نص على ما يأتي (يشترط في رئيس الجمهورية أن يكون عراقياً مسلماً من أبوين عراقيين متمتعاً بالحقوق المدنية وممن قدموا للوطن والأمة خدمات مشهودة على ألا يقل عمره عن (٤٠ عاماً) ^(٣٠).

أما الدستور النافذ لعام ٢٠٠٥ فلم يورد نصاً صريحاً يقضي بأن يكون المرشح لمنصب رئيس الدولة مسلماً سواء في صلب النصوص الدستورية التي حددت الشروط الخاصة بالمرشح لهذا المنصب ^(٣١) في او في قانون الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية رقم ٨ لسنة ٢٠١٢، ومع هذا فإن مراعاة الشرط المذكور والتقيد به يعد أمراً لا مناص عنه طبقاً للنص الدستوري الذي يقرر: (الإسلام دين الدولة الرسمي) إذ يحتم المنطق واللزوم العقلي أن يتفق دين رئيس الدولة مع الدين الرسمي لدولته.

٤. تمويل الدولة للمؤسسات الدينية وتدريب مناهج الدين في المؤسسات التعليمية الرسمية وإستعمال الرموز الدينية في الحياة العامة وتقرير جملة

من الأحكام الدستورية منها على سبيل المثال ما ورد في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ كالنص على أن العتبات المقدسة والمقامات الدينية كيانات دينية وحضارية وتلتزم الدولة بتأكيد وصيانة حرمتها وضمان ممارسة الشعائر بحرية فيها) ^(٣٢)

وكذلك النص الذي يقضي بأن (تنظم بقانون الأوسمة والعطالات الرسمية والمناسبات الدينية والوطنية والتقويم الهجري والميلادي) ^(٣٣) والنص الذي يوجب على الدولة المحافظة على كيان الأسرة وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية ^(٣٤).

ومن النصوص الدستورية التي تمثل إنعكاساً للمبدأ النص الدستوري الذي يحدد صيغة اليمين الدستورية بما يأتي :- (أقسم بالله العلي العظيم أن أؤدي مهماتي ومسؤولياتي القانونية بتفان وإخلاص وأن أحافظ على إستقلال العراق وسيادته وأرعى مصالح شعبه وأسهر على سلامة أرضه وسمائه ومياهه وثرواته ونظامه الديمقراطي الإتحادي وأن أعمل على صيانة الحريات العامة والخاصة وإستقلال

التشريعات وبين أساسها الدستوري من جهة وبين المنظومة القيمة للمجتمع والقواعد المنظمة لها من جهة أخرى.

٣. إشتراط المعتقد الإسلامي فيمن يشغل منصب القضاء فقد ثبت في الشريعة الإسلامية وجوب كون القاضي مسلماً بأدلة نقلية وأخرى عقلية كما إنعقد الإجماع على هذا الشرط بين علماء المسلمين فمن الأدلة النقلية قوله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) (٣٩).

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أن القضاء وإجراءاته مثل الإحضار وإصدار الأحكام وتنفيذها تعد من مصاديق الولاية وقد نفتها الآية الكريمة عن غير المسلمين لأن المقصود من السبيل هو التفوق والتسلط ولاشك أن القاضي مسلط على المتقاضين ومن ينفذ عليه حكمه وكذلك قوله تعالى: (لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً وَيَحْذَرُكُمْ اللَّهُ

القضاء والتزم بتطبيق التشريعات بأمانة وحياد والله على ما أقول شهيد) (٣٥).

وتجدر الإشارة الى أن اليمين أعلاه واجبة الأداء من قبل أعضاء مجلس النواب (٣٦) ورئيس الجمهورية (٣٧) ورئيس مجلس الوزراء والوزراء (٣٨).

ثانياً:- النتائج المترتبة على التفسير الشامل:-

تتلخص النتائج المترتبة على هذا التفسير بالآتي:-

١. تأسيس النظام الدستوري وفق أسس النظام الإسلامي وقواعده ومبادئه بدءاً من تحديد شكل الدولة وطبيعة نظامها السياسي وشكله وكذلك فيما يتصل بتكوين وإختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية والعلاقة بينهما و حقوق وواجبات الأفراد وغير ذلك من محاور النظام الدستوري.

٢. جعل الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع والقاعدة الحاكمة للمنظومة التشريعية بحيث تستمد التشريعات أحكامها من النظام القانوني للشريعة الإسلامية بما يحقق الاتساق والانسجام بين هذه

نَفْسُهُ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ^(٤٠) ولا شك أن القضاء نوع من الولاية^(٤١).

أما الأدلة العقلية فتتمثل في أن كون الإسلام القاعدة الأساسية لسلطات الدولة ومنها السلطة القضائية يقتضي إيمان شاغل الوظيفة القضائية بهذه القاعدة أي العقيدة الإسلامية^(٤٢).

المطلب الثاني

مبدأ عدل الإسلام مصدر أساس للتشريع من أجل الإحاطة بالبنى المعرفية لهذا المبدأ سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين نعقد أولهما لبحث مضمون المبدأ ونعرض في الآخر للنتائج المترتبة عليه.

الفرع الأول

مضمون المبدأ

تنظم غالبية دساتير البلدان الإسلامية دور الشريعة الإسلامية في مجال التشريع بما يتناسب مع مكانة ومحورية أحكام التشريع الإسلامي في تنظيم العلاقات الاجتماعية وفعاليته الكبيرة في توجيه السلوك الإنساني وتهذيبه وضبطه على إختلاف الأزمنة والأمكنة ومستويات التقدم الحضاري.

بيد أن الدساتير لم تستقر على صياغة إصطلاحية موحدة كما لم تتفق على مكانة محددة للشريعة الإسلامية في النطاق التشريعي اذ نجد أن معظمها يورد مصطلح الشريعة الإسلامية ومنها الدستور المصري^(٤٣) والدستور الإماراتي^(٤٤) والدستور البحريني والدستور الكويتي^(٤٥)، فيما إنفرد الدستور السوري بإيراد مصطلح (الفقه الإسلامي)^(٤٦) أما الدستور العراقي فقد آثر مصطلح (الإسلام) على ما سواه.

ومن حيث مكانة الشريعة الإسلامية بين مصادر التشريع نجد أن إتجاهاً في التشريعات الدستورية يجعلها المصدر الرئيسي كالدستور المصري لعام ١٩٧١ بعد تعديله عام ١٩٨٠ بينما إعتبرها دستور سلطنة عمان أساس التشريع.

وفي السياق نفسه أقر الدستور اليمني لعام ١٩٩١ للشريعة الإسلامية مكانة الصدارة بقوله: (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات) وذلك بموجب التعديل الدستوري الصادر عام ١٩٩٤ بعد أن كان النص يعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

وفي ضوء ما تقدم يقتضي توضيح مضمون المبدأ المذكور تحليل المركب اللفظي له وبيان معناه الإصطلاحي بشكل تام للتعرف على أسسه وموقعيته وأبعاده.

وبدءً لا بد من تحديد مفهوم المصطلحات المقننة دستورياً في البلدان الإسلامية.

فالشريعة لغةً : تعني: الطريقة المستقيمة وقد إستعمل القرآن الكريم مصطلحات (شريعة) و(شرع) و(شريعة) بمعنى القانون الإلهي الذي ينظم العلاقات الاجتماعية المختلفة في الآيات الكريمة الآتية: (شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَىٰ أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ .) (٤٧).

ومن الناحية الإصطلاحية فيراد بها ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من أحكام سواء كانت هذه الأحكام متعلقة بالعقيدة أم بالأخلاق أم بتنظيم ما يصدر عن الناس من أقوال وأفعال وتصرفات (٤٨).

ويحدد آخرون مفهومها بالنظم التي شرعها الله سبحانه وتعالى أو شرع أصولها لتحكم علاقة الإنسان بربه وعلاقته بأخيه المسلم وعلاقته بأخيه الإنسان وعلاقته بالكون وعلاقته بالحياة (٤٩).

أما مدلول الفقه فقد خضع لتطور مفهومي غير من نطاقه عبر حقب زمنية عدة ففي بادئ الأمر وقبل ظهور المذاهب الإسلامية الكبرى كان مصطلح الفقه يطلق على العلم بجميع الأحكام الشرعية ومعرفتها معرفة تفصيلية مستمدة من أدلتها الشرعية سواء ما كان منها متصلاً بالعقائد أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين ثم تخصص هذا العموم عقب ظهور المذاهب الإسلامية بإقتصاره على فهم ومعرفة جانب من الأحكام الشرعية وهي الأحكام الشرعية العملية التي تخص أفعال المكلفين وبذلك خرجت عن نطاق أحكام العقائد والأخلاق إذ أصبح معناه: العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية وهو علم مستنبط بالاجتهاد ويحتاج فيه الى النظر والتأمل، ثم أصبح تعبير الفقه ينصرف ليس فقط الى المعرفة بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية وهو علم مستنبط

١- المصدر المادي أو الموضوعي:-

يقصد بالمصدر المادي أو الموضوعي المادة الأولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية ومضمونها والمتمثلة بعناصر البنية الاجتماعية العقائدية والخلقية والسياسية والاقتصادية والثقافية والجغرافية والتاريخية^(٥١).

ويمثل هذا النوع من المصادر العمود الفقري للقاعدة القانونية وتأتي هذه الأهمية والمحورية من حقيقة مفادها أن القواعد القانونية السائدة في أي مجتمع ينبغي أن تكون إنعكاساً لظروفه ومعطياته وترجمة لإتجاهاته القيمة والفكرية.

٢- المصدر التاريخي :- ويراد به الأصول

التاريخية التي تستقي منها القواعد القانونية أحكامها^(٥٢)، بمعنى أن المشرع قد يتأثر وهو يصوغ أحكام تشريع معين بأحد التشريعات النافذة أو بعدد منها فيجعله رافداً أساسياً لتلك الأحكام أو يتخذ من نظام قانوني معين منهالاً لها.

بالإجتهاد ويحتاج فيه الى النظام والتأمل، ثم أصبح تعبير الفقه ينصرف ليس فقط الى المعرفة بالأحكام الشرعية العملية بل إلى هذه الأحكام نفسها^(٥٣).

وبهذا يتضح أن مصطلح الشريعة الإسلامية أوسع نطاقاً من مصطلح الفقه الإسلامي إذ أن الفقه يختص بجزء من أحكام الشريعة الإسلامية وهو الجزء الحاكم للعبادات والمعاملات وفيها يتصل بمصطلح الإسلام فإنه: دين الله سبحانه وتعالى الذي أوصى بتعاليمه في أصوله وشرائعه إلى النبي الخاتم (ص) وكلفه بتبليغه للناس كافة ودعوتهم إليه، ولذا يستعمل العلماء المسلمون تعبير (الدين) و(الإسلام) و(الشريعة الإسلامية) كمصطلحات مترادفة لكون الإسلام تنظيمًا شاملاً لكل مناحي الحياة الدنيوية ولما يتصل بالحياة الأخروية.

وبعد توضيح معاني المصطلح الأول سنعرض لمصطلح المصدر بأوصافه الأربعة (المصدر المادي) و(المصدر التاريخي) و(المصدر الرسمي) و(المصدر التفسيري).

٣- المصدر الرسمي :- ويعني الشكل الذي تظهر عليه القواعد القانونية بما يجعلها قانوناً واجب الإلتباع من خلال صدورها من هيئة مختصة وبعد إلتباع إجراءات معينة وإذا كان المصدر المادي يتمحور حول جوهر القاعدة القانونية فإن الوسيلة التي تعبر عن الجوهر وتجعله قانوناً واجب الإحترام وهذا الطابع الإلزامي هو الذي يميز المصادر الرسمية عن غيرها من المصادر^(٥٣).

ومن أهم المصادر الرسمية للقانون التشريع ويليهِ العرف وكذلك السوابق القضائية في البلدان التي تعتمدُها.

٤- المصدر التفسيري:- وينصرف مدلوله إلى الطرق التي من شأنها بيان معنى القاعدة القانونية وتوضيح جوانب الغموض فيها، ومن أبرز المصادر التفسيرية للقانون الفقه والقضاء.

وبعد هذا العرض الموجز لأنواع مصادر القانون يثار التساؤل عن المصدر المقصود بالنص الدستوري اذ أنه أورد كلمة المصادر مطلقة من دون إيراد ما يقيدُها. وبشأن الإجابة عن هذا التساؤل

إنقسم الفقه على إتجاهين: الإتجاه الأول وهو الغالب يفسر مصطلح المصدر الوارد بالنص الدستوري على أنه المصدر المادي أو الموضوعي فخطاب النص الدستوري موجه إلى المشرع لا إلى الكافة ولا إلى القضاء حيث يوجب على المشرع إستلهاً أحكام تشريعاته مما تقرره الشريعة الإسلامية وهو أي النص الدستوري لم يسبغ على أحكام الشريعة الإسلامية قوة الإلزام الذاتي ولا تزال هذه الأحكام بعد النص كما كانت قبل صدوره قواعد دينية وليست قانونية يلتزم الناس بمقتضاها إلتزاماً طوعاً وهي تكتسب قوة الإلزام عندما يقننها المشرع ويلزم الناس بإتباعها^(٥٤).

في حين ذهب الإتجاه الآخر إلى أن المصدر المقصود هو المصدر الرسمي ومن هذا المنطلق إعتقد أنصار هذا الإتجاه أن خطاب المشرع الدستوري موجه للقاضي أيضاً الذي أضحي ملزماً بتقرير إبطال أي نص قانوني يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وعدّه ملغياً ومن ثمّ يجب عليه البحث عن الحكم الشرعي الواجب التطبيق تأسيساً على كون الدستور

معبراً عن قيم الجماعة ومثلها في مرحلة زمنية معينة مما يقتضي تغليب قواعده ومن بينها القاعدة التي أوجبت عدّ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع على كل قاعدة تعارضها وإن كانت مقررّة بتشريع سابق فالقاعدة الدستورية المشار إليها ليست مجرد لفظ خالٍ من المضمون ولا إنتقاء إنشائي لعبارات ذات رنين خاص وإنما هي تعبير عن إرادة دستورية تقرر الإسلام ديناً للدولة من الناحية العقائدية ومن الناحية التشريعية بوصفه نظاماً متكاملًا وشاملاً^(٥٥).

غير أن الإتجاه الغالب في الفقه الدستوري لم يتفق مع تفسير الإتجاه الأخير مستنداً في معرض رده على هذا التفسير الى أن النص الدستوري المذكور لو قصد عدّ التشريعات المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية والتي تضمها مختلف فروع القانون كالقانون المدني والقانون الجنائي باطلة أو ملغاة تلقائياً لنص على ذلك صراحة ولما إكتفى بمثل هذا النص على الرغم من الخطورة البالغة التي يتضمنها والهزة العنيفة التي يحدثها في البناء التشريعي، كما أن هذا التفسير لا يتلاءم

وسياسة التشريع الإسلامي التي تتسم بالإعتدال والتدرج من حيث التطبيق وتقوم على مراعاة المصلحة العامة ونفي الحرج والعسر عن أبناء المجتمع^(٥٦).

كما إن القضاء الدستوري في بعض الدول لم يسلم بما جاء في التفسير الذي نادى به أنصار الإتجاه الأخير فقد جاء في حكم للمحكمة الدستورية العليا في مصر: (إن سن النظام التشريعي الكامل الموافق لأحكام الشريعة هو من مهام المشرع والى أن ينبثق هذا النظام الكامل ويستكمل قوته الملزمة فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة ويتعين على المحاكم تطبيقها توصلاً للفصل في المنازعات المعروضة عليها وأنه في غيبة هذا النظام الموحد المتجانس فإن القول بعدم الحاجة الى تقنين الشريعة الإسلامية على أساس أنها ملزمة بقوتها الذاتية لا بد أن يؤدي الى تضارب الأحكام وإضطراب ميزان العدالة مع المساس بالوقت ذاته بإحدى الركائز الدستورية الأصيلة وهو مبدأ الفصل بين السلطات وإن مهمة المحكمة لا تمتد إلى تعديل النصوص التشريعية القائمة أما تطبيقها لقاعدة تحريم الخمر بمقولة أنها

نافذة بذاتها فهو في حقيقة الأمر تعديل لتشريعات سابقة لا يزال معمولاً بها وهو ما يخرج عن إختصاصها القضائي وينطوي على مزاحمة منها للسلطة التشريعية (٥٧).

أما المصطلح الذي يقيد المصدر وهو غالباً (الرئيس أو الأساسي) فإن تحليله يندرج ضمن إطار النتائج المستخلصة من المبدأ ولذا سيتم بحثه في محله الصحيح، وبقي أخيراً أن نتطرق لمعنى مصطلح (التشريع) الوارد بالنص الدستوري محل البحث إذ إنه جاء مطلقاً ولم يقترن بنوع معين من التشريع (كالتشريع الدستوري أو العادي أو الفرعي) الأمر الذي يضعه موضع النقاش والجدل.

وقد برز بهذا الخصوص إتجاهان يرى الأول إن مصطلح (التشريع) هنا يشمل التشريع الدستوري والتشريع الإعتيادي لكونه جاء مطلقاً وغير متبوع بوصف العادي حتى يخصص بالقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية فحسب فلا تخصيص بلا مخصص أما إستبعاد التشريع الدستوري من هذا النطاق فيفضي الى إزدواجية في البناء القانوني فمن جهة سيكون المشرع التأسيسي مطلق الحرية في إستقاء نصوص

الدستور بصرف النظر عن مدى إتفاقها او تعارضها مع الشريعة الإسلامية سواء عند صياغة نصوص الدستور لأول مرة أو عند تعديلها مستقبلاً ومن جهة أخرى يلزم الدستور السلطة التشريعية بأن تستمد أحكام تشريعاتها من الشريعة الإسلامية وإلا تعرضت للبطلان (٥٨).

وهكذا يجوز للقواعد التي تبين فلسفة المجتمع السياسية والإقتصادية والاجتماعية أن تخالف الشريعة الإسلامية أما القواعد التفصيلية والفرعية فعليها أن تتفق معها فإذا كانت الأصول مخالفة للشريعة فكيف يتسنى إحترام الفروع لها وعليه سيلزم الدستور السلطة التشريعية بما لا يلتزم به هو نفسه (٥٩).

في حين يتبنى الإتجاه الآخر تفسيراً ضيقاً لمصطلح التشريع بحيث يقصره على التشريع العادي الصادر من السلطة التشريعية إعتماً على ما درج عليه رجال القانون من تفسير كلمة (التشريع) حين تذكر مجردة من كل وصف على أنها تعني التشريع الصادر من السلطة التشريعية إلا أن أصحاب هذا الإتجاه يعدون النص الدستوري سالف الذكر خطوة تمهيدية

لعدّ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً للدستور في المستقبل نزولاً عند مقتضيات الإتساق والإنسجام بين التشريع الأساسي للدولة (وهو الدستور) وبين التشريعات العادية أي (القوانين)^(٦٠).

الفرع الثاني
نتائج المبدأ

تتدرج الأحكام الدستورية إزاء مصدريّة الشريعة الإسلامية في مجال التشريع فهناك إتجاه يقرر الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر التشريع وهو ما يتمثل بدستور العراق لعام ٢٠٠٤ ويجعلها إتجاه ثان (مصدر رئيس أو أساس للتشريع) كالدستور الإماراتي لعام ١٩٧١ والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في حين يقضي إتجاه ثالث بعدّ الشريعة الإسلامية (المصدر الرئيسي للتشريع) ومن أبرز تطبيقاته دستور مصر لعام ١٩٧١ بعد تعديله عام ١٩٨٠.

وبخصوص الإتجاه الأول الذي ينص على عدّ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع يرى جانب من الفقه إنه لا يرتب أية آثار من الناحية القانونية لأن هذه المكانة ثابتة للشريعة الإسلامية

أصلاً من دون الحاجة إلى نص يشير إليها وتدعيماً لهذا الرأي يوضح أصحابه أن المصادر الموضوعية أو المادية متعددة منها الأعراف السائدة والتشريعات المقارنة والإجتهادات الفقهية والقضائية ومبادئ العدالة وبطبيعة الحال الشريعة الإسلامية وهذه المصادر على تعددها وتنوعها ترفد المشرع بالجزء الأكبر والأهم من المادة التي يصوغ منها أحكام تشريعاته^(٦١).

ونؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه إذ أن النص على الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون لا يتضمن أية إضافة بل هو تقرير لأمر واقع ومحاولة لكشف ما ليس خافياً على المشرعين و غيرهم من ذوي الاختصاص.

أما بشأن الإتجاه الثاني الذي يعدّ الشريعة الإسلامية مصدر رئيساً للتشريع فنلاحظ أن هناك مواقف تشريعية وأخر فقهية وثالثة قضائية تصدت لتفسير نصوص الإتجاه المذكور وإيضاح الآثار القانونية المترتبة عليه ومن أبرزها ما ورد في المذكرة التفسيرية للدستور المصري لعام ١٩٧١ وهو: (أن وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية دون منعه

الإسلامي حكماً لها فيما لو نص الدستور على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع نظراً لكون باب الاجتهاد مفتوحاً وهذا يعني جواز إستحداث أحكام من مصادر أخرى لمسألة مستحدثة لم يوضح حكمها الفقهاء السابقون طالما كان ذلك مما تقضي به المصلحة ولا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية وينتقد أيضاً إنتهاء المذكرة التفسيرية الى أن ما تقدم قد يوقع المشرع في حرج لأن من المبادئ الراسخة في الشريعة الإسلامية نفي الحرج والعسر ومراعاة الضرورة والأخذ بالتدرج من حيث التطبيق وتغليب روح الاعتدال^(٦٣).

وبمعزل عن هذه الإنتقادات فإن الرؤية التي تضمنتها المذكرة التفسيرية وسيلة إسترشادية في تفسير النص آنف الذكر عند جانب من الفقه إذ يرى أن هذا النص يضفي الطابع الرسمي لأولوية الشريعة الإسلامية في مجال التشريع بحيث أصبح المشرع ملزماً بالرجوع أولاً الى أحكامها والإستقاء من معينها والتأسيس على مبادئها وقواعدها إلا أن العبارة المذكورة لا تمنع المشرع من أن يستمد

من إستحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تماشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن بل وأن في النص ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجنائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل: (الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع) إذ أن مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم مما قد يوقع المشرع في حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهّل في التزام رأي الفقه^(٦٢).

وينتقد بعض الفقهاء الدستوريين ما جاء في المذكرة أعلاه بخصوص منع المشرع من إستحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها فيما لو نص الدستور على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع نظراً لكون باب الإجهاد مفتوحاً وهذا يعني جواز إستحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه

أحكام تشريعاته من مصادر آخر عندما تفرض الضرورات العملية ذلك بشرط عدم تعارض الأحكام التي يستمدّها من المصادر الأخرى مع أحكام الشريعة الإسلامية^(٦٤).

وتوضيحاً للنص موضوع البحث ورد في أحد أحكام المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة ما يأتي: (وحيث أن المادة السابعة من دستور الاتحاد قد نصت على أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد قد نصت على أن الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه ... ولا تثير عبارة النص أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع في دولة الإمارات ما أثير من خلاف فقهي حول تفسيرها في دول أخرى عما إذا كانت تلك العبارة تعني أن الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الوحيد للقانون فهي أسمى من التشريع أم أنها تعني وجود مصادر أخرى تقوم بجوارها فقد إنحسم هذا الخلاف حينما أفصح المشرع عن إرادته وإنصرافها الى أن تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي والرئيسي

لكل ما يصدر عن سلطات الدولة من تشريعات بنصه في المادة الخامسة والسبعين من القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٧٣ في شأن المحكمة الاتحادية العليا على أن تطبق المحكمة العليا أحكام الشريعة الإسلامية ... وبمعنى آخر فإن المشرع قد إختار أن تكون شرعة الله هي المصدر الرئيسي لكل تشريع ومن أحسن من الله شرعة)^(٦٥).

وبعد توضيح الإتجاهين السابقين اللذين يعدان الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع أو مصدراً رئيساً أو أساسياً له سنعرض لتفسير الإتجاه الدستوري الثالث الذي يعدّ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع وهذا التفسير لا يكتمل الا بتبيان المواقف التشريعية والفقهية والقضائية كما في سابقه.

وفيما يتصل بالمواقف التشريعية نجد أن اللجنة التي شكلها مجلس الشعب المصري لبحث التعديلات الدستورية عام ١٩٨٠ فسرت عبارة (المصدر الرئيس) الواردة في المادة الثانية من الدستور بما يأتي : (إن إضافة أداة التعريف (أل) إلى

بين مكونات البناء التشريعي للدولة والحد من التناقضات والإختلافات التي تنعكس سلباً على فاعلية الأحكام القانونية ونجاعتها في مسيرة التقدم الحضاري.

كما بينت أحكام القضاء الدستوري مضمون ومقتضى القاعدة الدستورية التي تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ومنها حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر بخصوص الطعن المقدم أمامها والمتضمن عدم دستورية المادة (٢٢٦) من القانون المدني كونها تقرر فرض فوائد تأخيرية عن مجرد التأخير في الوفاء بالالتزام العقدي وهذه الفوائد تمثل زيادة في الدين بغير مقابل وبالتالي تعد من قبيل الربا المتفق على تحريمه في الشريعة الإسلامية بحكم قطعي الثبوت وقطعي الدلالة حيث إنتهت المحكمة في حكمها الى (...) أن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة - وهي بصدد وضع التشريعات - بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع...^(٦٨).

كلمتي مصدر ورئيسي تلزم المشرع بالالتجاء الى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الإلتجاء الى غيرها فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً فإن وسائل إستنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل الى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية...^(٦٦).

وهذا التفسير لمضمون عبارة (المصدر الرئيس) موضع تسليم الفقه الدستوري الذي يرى في تقنين هذا المبدأ قضاءً على كل شك حول محورية ومنزلة الشريعة الإسلامية في مجال التشريع اذ أنه كفل إستقاء أحكام أي تشريع من الأدلة الشرعية^(٦٧).

ونرى أن الإتجاه الدستوري الثالث هو الأجدر بالتأييد والإشادة كونه الأسلم من الناحيتين المنطقية والواقعية إذ يراعي الى حد ما موقعية الشريعة الإسلامية في التركيبة الفكرية للمجتمع الإسلامي وأثرها في النظام السلوكي لأبناء هذا المجتمع كما أن من شأنه تحقيق الإنسجام والترابط

إلا أن هناك إتجاهاً في الفقه يذهب الى عدم إختلاف تعبير مصدر رئيس عن تعبير (المصدر الرئيس) من حيث الآثار المترتبة على كل منهما وإن إختلفا من جهة اللفظ والمبنى، فيما أن النص سواءً الأول أم الثاني قد ورد في صلب الدستور ولم يرد معه غيره من المصادر فإن النتيجة المستخلصة هي إعتبار الشريعة الإسلامية بمفردها المصدر الرئيسي ذو المرتبة العليا^(٦٩).

ويضيف دعاة هذا الرأي أن جعل الشريعة الإسلامية مصدراً رئيساً يعني بحكم الضرورة عدّ ما عداها من المصادر ثانوياً ولا محيص عن هذه النتيجة ولا بدليل لها لأن الأصل بهذا المورد هو تكافؤ المصادر المادية للقاعدة القانونية وعدم تدرجها وعليه فإن إختيار الدستور لمصدر منها وإعتباره رئيساً يقتضي إعتباره المصدر الرئيسي الوحيد ولو قيل بغير ذلك لكان التخصص عديم الجدوى^(٧٠).

وقد أثير خلاف حول المسألة المذكورة في مناقشات المجلس التأسيسي المكلف بصياغة دستور الكويت النافذ

لعام ١٩٦٢ ليدلي عقب ذلك الخبير الدستوري للمجلس برأيه قائلاً:
(فيما يتعلق بهذه المادة فإنها أثارت مناقشة في الجلسة الماضية حول ما إذا كانت العبارة التي تستعمل هي أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع أم أنها المصدر الرئيسي للتشريع وكأن مثار الخلاف بين النصين أننا إذا إستعملنا عبارة المصدر الرئيسي للتشريع أي بألف لام تخصيص يكون معنى ذلك عدم جواز الأخذ من مصدر آخر فيما ورد فيه حكم في الشريعة الإسلامية في حين أننا لو قلنا أنه مصدر رئيسي فمعنى ذلك أنها ليست المصدر الرئيسي الوحيد وفي ذلك فتح الباب للمشرع إذا وجد من ضروريات الحياة العملية ما يقتضي الأخذ من مصادر أخرى كما هو الشأن في مسائل البنوك والشركات والتأمين وما الى ذلك ... وقد بينا في المذكرة التفسيرية بوضوح أن هذه العبارة إذ تقول أنها مصدر رئيسي للتشريع فإنما تفتح الباب على مصراعيه للأخذ بالشريعة الإسلامية بالقدر الذي يراه المشرع العادي ، فإذا رأى أنه بالإمكان الأخذ بالشريعة مائة في المائة وقدر أن

مصلحة البلد تسمح بذلك فهذا النص الدستوري لا يمنعه منه...^(٧١).

المطلب الثالث

مبدأ عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام

من أجل تحليل المبدأ وتأصيله سنسلط الضوء على مضمونه لستعرض فيما يعد النتائج المترتبة عليه، ولبحث هذين الموضوعين سنخصص فرعين مستقلين.

الفرع الاول

مضمون المبدأ

على الرغم من أن الاتجاه الغالب في دساتير الدول الإسلامية هو الإقتصار على تقنين مبادئ أساسين يتصلان بالإسلام هما إعتباره (دين الدولة الرسمي) و (مصدر رئيس أو الرئيس للتشريع) فإن التنظيم الدستوري في العراق أتبع المبادئ المذكورين بمبدأ ثالث هو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام وذلك طبقاً للمادة (السابعة) من دستور ٢٠٠٤ (قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية) التي قضت بعدم جواز سن قانون خلال المرحلة الإنتقالية يتعارض مع ثوابت

أحكام الإسلام المجمع عليها، ثم أورد دستور العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ المبدأ ذاته^(٧٢) ولكن من دون وصف ثوابت أحكام الإسلام بـ(المجمع عليها)، وقد كان موقف المشرع الدستوري هذا صائباً وسليماً إذ أن عبارة (المجمع عليها) تزيد لا مسوغ له فتوابت أحكام الإسلام موضع إجماع المسلمين ومرتكز إتفاقهم وإلتقائهم كونها واردة في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة بنصوص قطعية السند وقطعية الدلالة أو مقرة بإجماع مجتهدي الأمة الإسلامية.

وتجدر الإشارة الى أن عبارة المجمع عليها كانت مدرجة في مسودة مشروع دستور ٢٠٠٥ إلا أنها لم تحظ بموافقة أغلبية أعضاء لجنة إعداد الدستور^(٧٣).

وبتتبع الأحكام الدستورية في البلدان الإسلامية لم نجد نظيراً يماثل المبدأ المذكور في الصياغة والصدارة بيد أن مصطلح (ثوابت الإسلام) ورد في ديباجة الدستور التونسي لعام (٢٠١٢) التي جاء فيها (... وتأسيساً على ثوابت الإسلام ومقاصده..).

ولو تركنا الصياغات والألفاظ الدستورية وإتجهنا صوب مضامين النصوص لوجدنا قواعد دستورية تقترب إن لم نقل تماثل المبدأ الذي تم تضمينه المبادئ الأساسية لدستور العراق النافذ ومن أبرزها مبدأ (عدّ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع) الذي نص عليه الدستور المصري النافذ لعام ٢٠١٢ مقتضياً بذلك أثر الدستور الملغى لعام ١٩٧١ بعد تعديله عام ١٩٨٠ إذ تصدت المحكمة الدستورية العليا المصرية لتعريفها بأنها: (الأصول الكلية للشريعة الإسلامية ومبادئها المقطوع بثبوتها ودالاتها) (٧٤).

ومن المسلم به أن المبدأ محل الدراسة يمثل قيداً على إختصاص السلطة التشريعية الأصيل أي إختصاصها التشريعي ومحددات أساسياً من محددات سن التشريعات، ولا شك أن هذا القيد يسري على سن التشريعات اللاحقة لتقنيته أي أن السلطة التشريعية مقيدة فيما تسنه من تشريعات متكاملة وفيما تدخله من تعديلات على التشريعات النافذة بعدم مخالفة ثوابت أحكام الإسلام أو مبادئ الشريعة الإسلامية بحسب تعبير الدستور

المصري وبخلاف ذلك يكون التشريع مشوباً بعدم الدستورية الأمر الذي يجعله عرضة للبطلان بعد الطعن بعدم دستورية أمام الجهة المناطة بها مهمة الرقابة على دستورية القوانين (٧٥).

أما سريان القيد المذكور على التشريعات الصادرة قبل إستحداثه والنافذة بعد تقريره فهو موضع إتفاق الفقه والقضاء الدستوري من حيث الشمول إلا أن أثر القيد المشار اليه في التشريعات السابقة ليس بمحل إتفاق ففي مصر يرى إتجاه أن تلك التشريعات أضحت مندرجة تحت حكم عدم الدستورية فيما ذهب إتجاه آخر الى أن ا قيد أعلاه لا يؤدي الى بطلان التشريعات السابقة وإنما تظل جزءاً سليماً من البناء التشريعي كما كانت قبل وضع القيد المذكور إلا أن المشرع يصبح ملزماً بإعادة النظر في تلك التشريعات وتنقيتها مما يتعارض ومبادئ الشريعة الإسلامية.

أما في العراق فإن إيراد قيد عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام في المادة (٢/أولاً) من الدستور يجعل النقاش والجدل بشأن أثره في التشريعات السابقة أخف إحتمالاً نظراً

يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور^(٧٨).

وبخصوص القيد الذي يمنع سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية فإنه تجسيد لإرادة إتجاه معين في لجنة إعداد الدستور كان قد أبدى إعتراضه على القيد الأول وهو عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام متصوراً أن التنظيم الدستوري لدور الإسلام في مجال التشريع قد يقيد حقوق الأفراد وحياتهم^(٧٩).

ونرى أن التخوف المذكور من دور الإسلام في المجال التشريعي لا يستند لمسوغ علمي فأحكام الدين الإسلامي تكفل على نحو منقطع النظر حقوق الإنسان وتوافر الحماية اللازمة له بصورة لم يشهد التأريخ الإنساني لها نظيراً بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الدستور نفسه حرص على تقرير حقوق الأفراد وحياتهم في الباب الثاني ولذا جاء القيد الذي يقرر عدم جواز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية خالياً من حيث المضمون وغامضاً من جهة المحتوى وعائماً من

نص الدستور في المادة (١٣) على ما يأتي: (يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزماً في أنحائه كافة وبدون إستثناء) و (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو اي نص قانوني آخر يتعارض معه).

وعلى وفق هذين النصين أضحت النصوص القانونية المتعارضة مع ثوابت أحكام الإسلام باطلة لتعارضها مع القانون الأسمى في الدولة وهو الدستور تأسيساً على مبدأ سمو الدستور الذي يقتضي خضوع جميع القوانين للدستور وتلاؤمها معه وإستقاء أصولها من قواعده ومبادئه^(٨٠).

وفي السياق نفسه يثار تساؤل بشأن مدى التناقض الذي تتضمنه المادة (٢) المشار إليها إذ أنها لم تقتصر على إيراد قيد عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام فحسب بل أوردت الى جانبه قيدين آخرين هما: (عدم جواز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية)^(٨١) و (عدم جواز سن قانون

ناحية الأبعاد والحدود، فالديمقراطية مذهب سياسي غايته إسناد السلطة السياسية للشعب^(٨٠)، وهذا المعنى متحقق في دستور ٢٠٠٥ من دون الحاجة الى القيد المذكور فالمادة الأولى من الدستور وصفت نظام الحكم بأنه ديمقراطي كما أن الدستور تبنى الديمقراطية النيابية والديمقراطية شبه المباشرة في مجمل أحكامه بشكل واضح وجلي.

وعليه إذا كان النظام الدستوري قد تبنى مبادئ الديمقراطية في جل أحكامه فإن هذا سيقيد النظام القانوني بأكمله وحتى لو كان المقصود به حقوق الإنسان وحرياتهم فإنه ليس له مقتضى لأنها مكفولة بنصوص تفصيلية شاملة كما ذكرنا قبل قليل مما يعني أن القيد المشار إليه ليس إلا تكرار وتزيد لا يمكن تفسيره إلا بوصفه نتاجاً للتوافقية وتكريساً للتضاد الأيدلوجي الذي تأسس عليه الدستور.

أما القيد الآخر وهو عدم جواز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور، فلا يكاد يصمد أمام النقد من دون عناء ولا ضرورة لتحليل مضامينه إذ ينبغي أن تكون

التشريعات متفقة مع عموم أحكام الدستور لا مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في الباب الثاني من الدستور فحسب^(٨١)، أما إذا قيل بأن المراد منه هو التذكير والتأكيد فيرد على هذا القول بأن السياق الذي جاء به كان مخصصاً للتقييد لا للتأكيد.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول أن إشكالية التضاد بين قيد عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام وقيد عدم جواز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية^(٨٢) إنما هي إشكالية إفتراضية ظاهرية لا وجود لها من الناحية العملية إذا تم إعتداد الأسس المنطقية في تفسير الدستور تفسيراً علمياً متكاملًا يعتمد الدقة والعمق والشمول وتحليل الأحكام وتأصيلها وفق معايير موضوعية منضبطة وإستبعاد ما ليس له مسوغ منها ومن ثم رفع التناقض الذي قد يبدو للوهلة الأولى أنه يسود بعضها.

ومحصلة القول بهذا الصدد هي أن القيد الجوهري الذي تتضمنه المادة الثانية من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ بلا منازع ولا

مضاد هو (عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام).

الفرع الثاني

نتائج المبدأ

تتمثل النتيجة المباشرة للمبدأ بتقرير قيد جوهري على سلطة التشريع وهو عدم جواز مخالفة ثوابت أحكام الإسلام إذ أن على المشرع أن يستشعر دوماً وهو يستمد أحكام تشريعاته بضرورة مراعاة إتفاقها مع ثوابت أحكام الإسلام أو مبادئ الشريعة الإسلامية بحسب المصطلح المقنن دستورياً، ولا جدال بشأن سريان هذا القيد على التشريعات اللاحقة لتقريره وإن أية مخالفة له تسوّغ الطعن بعدم دستورية موارد التعارض ومن ثم الحكم بإبطالها.

بيد أن أثر القيد المذكور في التشريعات السابقة ليس بموضع إتفاق إلا أن القضاء الدستوري في مصر قد إستقر على وجوب قيام المشرع بتنقية التشريعات السابقة على القيد المشار اليه من أوجه التعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية من دون تقرير بطلان مجالات التعارض هذه قبل قيام المشرع بالمهمة المذكورة.

إذ جاء في أحد أحكام المحكمة الدستورية العليا: (... إن أعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها وإن كان مؤداه إلزام المشرع بإتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس لما يضعه من تشريعات بعد التأريخ الذي فرض فيه هذا الإلتزام بما يترتب عليه وصفه مخالفاً للدستور اذا لم يلتزم بهذا القيد الا أن قصر هذا الحكم على تلك التشريعات لا يعني إعفاء المشرع من تبعة الابقاء على التشريعات السابقة رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، إنما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسؤولية المبادرة الى تنقية نصوص هذه التشريعات منأ مخالفة للمبادئ سالفة الذكر تحقيقاً للإتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة في وجوب إتفاقها جميعاً مع هذه المبادئ وعدم الخروج عليها..)^(٨٣).

أما في العراق فأن الوضع القانوني للتشريعات السابقة في صدورها لدستور ٢٠٠٥ من حيث مدى إتفاقها مع ثوابت أحكام الإسلام يبدو ممثلاً لوضع التشريعات اللاحقة على صدره إستناداً

ثوابت أحكام الإسلام) يقتضي الرجوع الى الفقرة (٤) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية ونصها (لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين: أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة . ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة وأن فقرتها الخامسة نصت إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي ويترتب على مخالفة ذلك ما هو منصوص عليه في الفقرة (٥) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية التي أسقطت حق الزوجة في تحريك الدعوى الجزائية المنصوص عليها في الفقرة (١) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية أي إن إذن القاضي بالزواج بزوجة ثانية بحسب تقديره وبعد توافر الشروط القانونية يمنع الزوجة من تحريك الدعوى الجزائية ضد زوجها ، ويتضح مما تقدم بأن قانون الأحوال الشخصية إستمداً أسسه في موضوع تعدد الزوجات من الموازنة

الى المادة (١٣) من الدستور نفسه التي قضت ببطالان أي نص قانوني يتعارض مع أحكام الدستور وهذا الحكم يشمل التشريعات السابقة واللاحقة على حد سواء ومن هذا المنطلق الدستوري نجد أن المحكمة الاتحادية العليا بوصفها الهيئة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة^(٤)، قد تصدت لبحث مدى مطابقة بعض النصوص القانونية الصادرة قبل نفاذ دستور ٢٠٠٥ مع ثوابت أحكام الإسلام بناءً على طعون من جانب الأفراد أو طلبات من المحاكم المختصة بمناسبة نظرها لدعوى معينة، ومن التطبيقات بهذا الخصوص قرار المحكمة الاتحادية العليا المتضمن بأنه: (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن البت في طلب محكمة الأحوال الشخصية في الحلة بكتابها المرقم ٥٣٠٠/ش/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٩/١٦ لبيان شرعية الفقرة (٥) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل كونها تتعارض مع المادة (٢) الفقرة (أ) من الدستور التي نصت: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع

بين ما يرمي اليه الزوج من إشباع رغباته أو يريد التعدد لغرض مشروع وإن تقييد المباح لصالح الأمة أمر متفق عليه.

ولما تقدم ترى المحكمة الاتحادية العليا وبالاتفاق أن الفقرة (٥) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية المطالب بالبت في شرعيتها لا تتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام المنصوص عليها في المادة (٢)/(أ) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ويلزم أن تقرأ مواد قانون الأحوال الشخصية بأكملها لأن أحكامه متكاملة ومنها تنظيم الزواج بأكثر من واحدة إذا توافرت أسباب ذلك التعدد ولم يكن في هذه المواد ما يمنع من الزواج بأكثر من واحدة وصدر القرار بالاتفاق^(٨٥).

ومن التطبيقات الأخر التي نظرت فيها المحكمة الاتحادية العليا بمدى إتفاق بعض النصوص الواردة في التشريعات السابقة مع ثوابت أحكام الإسلام القرار الآتي: (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن طلب المدعي في عريضة الدعوى ينحصر في كون مطلقة قد أقامت الدعوى المرقمة

(١٤٧٨/ش/٢٠١٢) أمام محكمة الأحوال الشخصية في الهندية مطالبة فيها مهرها المؤجل مقوماً بالذهب إستناداً لقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (١٢٧) لسنة ١٩٩٩ ولكون مضمون القرار يخالف ثوابت الشريعة الإسلامية مما يقتضي معه الحكم بإبطال القرار وتحميل المدعى عليه/ إضافة لوظيفته كافة الرسوم والمصاريف وترى المحكمة الاتحادية العليا بأن المهر المؤجل يعدّ ديناً في ذمة الزوج من يوم نشوئه وأن قيمته الحقيقية تقوّم بحسب الزمان والمكان بموجب القوانين النافذة ومنها قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المشار إليه مما يستوجب الركون الى تقويم مهر النساء بالذهب بتاريخ عقد الزواج وهو ما يؤدي الى إنصاف المطلقات من ناحية التوازن الإقتصادي بين قيمة العملة وقت نشوء الدين وبين إستحقاقه ويحقق العدالة التي سعت إليها أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

وبناءً عليه لا تجد المحكمة الاتحادية العليا وجود تعارض بين القرار المطعون فيه ونصه (تستوفي المرأة مهرها

الدستوري الذي يفترض فيه وينبغي عليه أن يكون صمام أمان الشرعية الدستورية والحارس الأمين على حقوق الأفراد وحرياتهم.

فلم توضح المحكمة في تسبيبها للقرار الأول موارد إتفاق أحكام تعدد الزوجات في قانون الأحوال الشخصية النافذ مع ثوابت أحكام الإسلام حتى يستسيغ وفقاً لها الإنهاء إلى عدم التعارض بينهما كما أن المحكمة ذاتها في القرار الثاني غضت الطرف عن أحد ثوابت أحكام الإسلام الراسخة الذي يقضي بأداء الدين بقيمته وقت نشوئه وأن إختلفت الأزمنة والأمكنة، مما يجعل الحكم الوارد في قانون الأحوال الشخصية الموجب لإحتساب المهر المؤجل مقوماً بالذهب متعارضاً مع ثوابت أحكام الإسلام وسوّغت قرارها بأن التقويم بالذهب يحقق التوازن الاقتصادي والعدالة مع أن العدالة لا تسمح بإثراء طرف على حساب آخر وهذا ما تحرص عليه أحكام شريعتنا الغراء.

خاتمة

المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد (الزواج) وبين أحكام ثوابت الشريعة الإسلامية لذا تكون الدعوى قد فقدت سندها القانوني، قرر ردها وتحميل المدعي المصاريف وأتعاب وكيل المدعى عليه/ إضافة لوظيفته مبلغاً قدره عشرة آلاف دينار وصدر الحكم حضورياً وبالاتفاق إستناداً لأحكام المادتين (٩٤) من الدستور والمادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في (٢٠١٢/١٢/١٨)^(٨٦).

ولو تم إخضاع هذين القرارين للتحليل العلمي الدقيق والتقييم الموضوعي المنطقي لوجد أنهما يتسمان بالعموم والقصور والوهن ويفتقدان للتأصيل الملائم والعمق المستلزم، فعلى الرغم من أن الموضوع مناط الرقابة وهو الطعن بتعارض بعض أحكام القوانين النافذة مع ثوابت أحكام الإسلام يعد من الموضوعات الجوهرية المهمة والحساسة في ميدان الرقابة على دستورية القوانين نلاحظ أن معالجته بموجب القرارين المذكورين كانت بصورة سطحية مخلة تبعث على الأسى من تعاطي القضاء

وإن الصياغات المفهومية لثوابت أحكام الإسلام متنوعة إلا أن عرض وتحليل تركيبات البناء اللفظي لها إتساقاً مع الاتجاه المفهومي العام يفيد بتحقيق قدر من الإتفاق حول مضامينها وهذا القدر هو تحديدها بأحكام الشريعة الإسلامية قطعية السند وقطعية الدلالة ومواضع الإجماع التي لا تخضع للإجتهد أو التطوير وتشكل الأصول الكلية المقدسة للإسلام ومجالاتها هي العقائد والأخلاق والتشريع.

الهوامش والمصادر

١. المادة (٢) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥
٢. يطلق لقب البايع على حاكم تونس آنذاك إذ كان يتبع للدولة العثمانية من الناحية الاسمية، د. توفيق عبد العزيز السديري، الإسلام والدستور، دون ناشر، الرياض، ١٩٩٦، ص ١٣٦.
٣. من امثلة ذلك اعتبار الكنيسة الكاثوليكية دين الدولة في انكلترا واصبحت فيما بعد تعرف بالكنيسة الانكليكانية كما ان جميع الكاثوليكات السويسرية تمنح اعترافاً رسمياً لكل من الكنيسة الكاثوليكية والكنيسة البروتستانتية باستثناء جنيف ونوشاتيل، وفي اليونان تعتبر الارثوذكسية الشرقية دين الدولة وفي الدنمارك وفي الدنمارك تعد كنيسة الدنمارك اللوثرية ديناً للدولة، وبالنسبة

في ختام هذا البحث إتضح أن تفسير النص الدستوري الذي يعد الإسلام دين الدولة الرسمي يخضع لتفسيرين أحدهما تجزيئي يقصره على الجانب الرمزي الشعائري فيما يجعله التفسير الآخر وهو التفسير الشامل يتسع لتنظيم مختلف جوانب الحياة وفي السياق نفسه تبين أن النص على كون الإسلام مصدر أساس للتشريع لا يضعه بحسب الإتجاهات الدستورية والآراء الفقهية والمواقف القضائية بالمنزلة التي يضعه فيها النص على إعتباره المصدر الأساس إلا أن النص على عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام تجعله بهذا الموقع فهي تمثل قيداً جوهرياً على سلطة المشرع.

كما تبين إن نظرية ثوابت أحكام الإسلام تعد من النظريات المفصلية فائقة الأهمية في الدراسات الإسلامية كونها تدرج ضمن منهجية تقسيم الأحكام إلى ثابتة ومتغيرة وترتيب آثار عديدة على هذا التقسيم تنعكس على مجمل المنظومة التشريعية الإسلامية ونظراً لدقة هذه النظرية وخطورتها وحساسية البحث فيها لم تحظ بأبحاث معمقة وشاملة وممنهجة.

١٤. المادة (٤) من دستور العراق لعام ١٩٦٨.
١٥. المادة (٧) من قانون إدارة الدولة لعام ٢٠٠٤.
١٦. المادة (٢/أولاً).
١٧. د. عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١-٢.
١٨. د. محمود شلتوت، مصدر سابق، ص ٢٣.
١٩. باقر شريف القرشي، النظام السياسي في الإسلام، ط ٢، دار المعارف، بيروت، ١٩٧٨، ص ١٢٦.
٢٠. د. عوض محمد، مصدر سابق، ص ١٢٦.
٢١. علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص ٤٥.
٢٢. سورة البقرة / الآية (٢٥٦).
٢٣. طارق البشري و د. ابراهيم البيومي، تقنين الشريعة الإسلامية في مجلس الشعب، المجلد الاول، ط ١، مكتبة الشرق، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٥٦.
٢٤. سورة النحل / الآية (٩٠).
٢٥. سورة النساء / الآية (٥٨).
٢٦. د. عبد العزيز رمضان سمك، جهود مجلس الشعوب المصري في تقنين احكام الفقه الإسلامي، مجلة اتحاد الجمعيات العربية للدراسات والبحوث القانونية، الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، عدد (٢١) نيسان، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٧٢-٧٣.
٢٧. د. محمد عبد المحسن المقاطع، دور الدساتير في تحديد هوية الافراد والمجتمع،

لأيسلندا فإن كنيسة آيسلندا اللوثرية هي دين الدولة وفي النرويج تعد الكنيسة اللوثرية ديناً رسمياً للدولة ((موسوعة ويكيبيديا الحرة www.wikipedia.org) ومع ذلك فان الاتجاه الغالب في العصر الحالي هو الفصل بين الكنيسة والدولة في الدول الاوربية اذ جاءت اغلب دساتيرها خالية من نص يبين الوضع القانوني لدين الدولة مكتفية بتقرير حرية العقيدة ومن ابرز مصاديقها الديانة بوصفها من الحريات الفردية في حين اكدت دساتير اخرى على علمانية الدولة ومن ابرزها دستور فرنسا لسنة ١٩٥٨ الذي وصف الدولة في المادة (٢) بانها : (جمهورية لا تتجزأ علمانية ديمقراطية اجتماعية)

ينظر: Jacques, codechot
coudstitutions de da France
depuis Paris, 1970. P.63

٤. المادة (١١) من الدستور العثماني لعام ١٨٧٦.
٥. المادة (٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧٠.
٦. المادة (٧) من الدستور الإماراتي لعام ١٩٧١.
٧. المادة (٢) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢.
٨. المادة (١) من الدستور التونسي لعام ١٩٥٩.
٩. المادة (١) من الدستور السوداني لعام ١٩٩٨.
١٠. المادة (٣) من الدستور السوري لعام ١٩٧٣.
١١. المادة (١٣) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥.
١٢. المادة (١) من دستور العراق لعام ١٩٥٨.
١٣. المادة (٣) من دستور العراق لعام ١٩٦٤.

الاطروحة العدد الخامس / ٢٠١٧

٤٥. المادة (٢) من الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢.
٤٦. المادة (٣) من الدستور السوري لعام ١٩٧٣.
٤٧. سورة الشورى / الآية (١٣).
٤٨. د. صوفي ابو طالب، مصدر سابق، ص ١٥.
٤٩. د. محمود شلتوت، مصدر سابق، ص ٢٢.
٥٠. د. صوفي ابو طالب، مصدر سابق، ص ١٧.
٥١. د. علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص ٢٧.
٥٢. د. حسين عذاب السكيني، مصدر سابق، ص ٨.
٥٣. د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر اساسي للدستور، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص ١٩-٢٠.
٥٤. د. عوض محمد، مصدر سابق، ص ٦.
٥٥. د. علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص ٦٢-٦٣.
٥٦. د. عبد الحميد متولي، مصدر سابق، ص ٢١-٢٢.
٥٧. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٥/٤، المجموعة ج ٣، قاعدة ٣٠، ص ٢٠٩.
٥٨. د. فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة (٢) من الدستور الكويتي، مجلة الحقوق، سنة ١٨ عدد ٤، جامعة الكويت، ١٩٩٤، ص (٢٨٣-٢٨٧).
٥٩. د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص ٢٨٧.
٦٠. د. عبد الحميد متولي، مصدر سابق، ص ٢٣.
٦١. د. عوض محمد، مصدر سابق، ص ٧.
- مجلة الحقوق، السنة (١٢) العدد (٣)، الكويت، ١٩٨٨، ص (٨٠-٨٣).
٢٨. مجموعة باحثين، مأزق الدستور، الفرات للنشر والتوزيع، بغداد- بيروت، ٢٠٠٦، ص ٩١.
٢٩. د. غازي فيصل واخرون، المبادئ الاساسية لدستور العراق الدائم، مركز الفرات للدراسات الاستراتيجية، كربلاء، ٢٠٠٥، ص ٧١ و ١٨.
٣٠. المادة (٤١) المعدلة بموجب المادة الثانية من التعديل الثاني، في ٨ ايلول ١٩٦٥.
٣١. المواد (٦٨، ١٣٥، ١٣٨) من الدستور.
٣٢. المادة (١٠).
٣٣. المادة (١٢ / ثانياً).
٣٤. المادة (٢٩/اولاً).
٣٥. المادة (٥٠).
٣٦. المادة (ذاتها).
٣٧. المادة (٧١).
٣٨. المادة (٧٩).
٣٩. سورة النساء / الآية (١٤١).
٤٠. سورة ال عمران / الآية (٣).
٤١. عبد الكريم الموسوي، فقه القضاء، ط ٢، مؤسسة المفيد، قم، ١٤٢١هـ، ص ٢٢-٢٣.
٤٢. عبد الكريم الموسوي، مصدر سابق، ص ٢٣.
٤٣. المادة (٢) من الدستور المصري لعام ١٩٧١.
٤٤. المادة (١) من الدستور الإماراتي لعام ١٩٧١.

٧٥. د. علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص ٧٥
٧٦. الأستاذ الدكتور رافع شبر، نظرية الدستور، محاضرات القيت على طلبة البكالوريوس، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ص ٧٢.
٧٧. المادة (٢/ أولاً / ب) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.
٧٨. المادة (٢/ ثانياً/ج) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.
٧٩. محاضر أعمال لجنة إعداد دستور العراق لسنة ٢٠٠٥، ص ٢٤٦.
٨٠. د. ابراهيم عبد العزيز شيحا و د. محمد رفعت عبد الوهاب ، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٤٨.
٨١. حسين عذاب السكيني، مصدر سابق، ص ٣٩.
٨٢. ناثن براون، مأزق الدستور، مصدر سابق، ص ٩٣.
٨٣. حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر الصادر في ١٩٨٥/٥/٤ .
٨٤. المادة (٩٣/ أولاً) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.
٨٥. ينظر: قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق / رقم ٦٩/ اتحادية // غير منشور في ٢٠١٢/١٢/٤ .
٨٦. قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق / المرقم ٨٢/ اتحادية/ ٢٠١٢ غير منشور في ٢٠١٢/١٢/١٨ .

٦٢. المذكرة التفسيرية للدستور المصري لعام ١٩٧١.
٦٣. د. عبد الحميد متولي، مصدر سابق، ص ١٩.
٦٤. د. عبد العزيز رمضان سمك، مصدر سابق، ص ٥.
٦٥. حكم المحكمة الاتحادية العليا في الامارات، الصادر بتاريخ ١٩٨٣/١٢/٢٥ د. جاسم علي الشامي، مصدر سابق، ص ١٦٩-١٦٨.
٦٦. مضبطة مجلس الشعب - الجلسة السابعة والسبعين بتاريخ ٣٠ ابريل سنة ١٩٨٠ ص (١٠) د. عبد العزيز رمضان، مصدر سابق، ص ٥.
٦٧. د. علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص ٣٩.
٦٨. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨٥/٥/٤ د. علي حسين نجيدة، مصدر سابق، ص ٧٢.
٦٩. د. عبد الحميد متولي، مصدر سابق، ص ١٦٠.
٧٠. د. عوض محمد، مصدر سابق، ص ٧.
٧١. د. فتحي فكري، مصدر سابق، ص ٢٨٦.
٧٢. المادة (٢/ أولاً / أ) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥.
٧٣. محاضر أعمال لجنة دستور العراق، لعام ٢٠٠٥، الاجتماع الثلاثون، ٢٠٠٥/٨/١، ص ٢٤٥ و ٢٤٦.
٧٤. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٨٥/٥/٤ .