

دور القضاء الدستوري في تطبيق أحكام

الشريعة الإسلامية- (*)

د. عصام سعيد عبد

مدرس القانون الدستوري

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

أ. شيماء جعفر محمد

مدرس القانون الدستوري المساعد

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

المستخلص

يعد القضاء الدستوري احد أهم أشكال الرقابة على دستورية القوانين فهو حامي الدستور من انتهاك السلطات العامة كافة، لأن الدستور هو القانون الأعلى في الدولة وبما أن المادة الثانية التي نصت على إن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، وأن الدستور الإلهي (الكتاب والسنة) هو القانون الأسمى الذي يعلو على أي قانون ادنى منه فهنا يبرز الدور الكبير لهذا القضاء في تطبيقه لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين.

Abstract

The constitutional judgment is one of the most important form of control on the constitutionality of laws. It is the protector of constitution from the violation of all public authorities for the constitution is the supreme law in the state. Since the second article stipulates that the Islamic legislation is the main source of legislation and that the divine constitution (The Quran and the Sunnah) is the most supreme law having the upper hand over any positive law, here the big role of this judgment in features applying the provisions of Islamic

(*) بحث مستل من رسالة الماجستير الموسومة بـ ((القضاء الدستوري ودوره في تطبيق أحكام

الشريعة الإسلامية)) مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠١٢. أستلم البحث في

٢٠١٢/٩/١٥ *** قبل للنشر في ٢٠١٢/١٠/١

legislation through its jurisdiction in controlling the constitutionality of laws.

أَلْقَدِيمَة

إن الحمد لله، نحمدهُ ونستعينهُ ونستهديه، ونستغفرهُ ونتوبُ اليه، ونعوذ بالله من شرور انفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله وبعد:

أهمية البحث

يعد القضاء الدستوري احد أهم أشكال الرقابة على دستورية القوانين ، فهو حامي الدستور من انتهاك السلطات العامة كافة، لأن الدستور هو القانون الأعلى في الدولة وبما أن المادة الثانية التي نصت على إن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، وأن الدستور الإلهي (الكتاب والسنة) هو القانون الأسمى الذي يعلو على أي قانون ادنى منه فهنا يبرز الدور الكبير لهذا القضاء في تطبيقه لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين.

هدف البحث

يتجسد هدف البحث في بيان دور القضاء الدستوري في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال اختصاصه في الرقابة على دستورية القوانين وتفعيل هذا الدور من خلال خطة شرعية محكمة يتولى القضاء الدستوري احد جوانب هذه الخطة، بالعمل على مراقبة هذا التطبيق ومدى تقيده بالشريعة الإسلامية (القرآن والسنة)، وإبطال كل قانون او لائحة مخالفة لأحكامها، والعمل على تقنين الفقه الاسلامي لكي يكون المرجع لهذا القضاء بوصفها مرحلة اولى او انتقالية للتطبيق الكامل وذلك باستبعاد القوانين المخالفة وإحلال الفقه الاسلامي محلها.

إشكالية البحث:

يمكن القول ان للبحث اشكاليات عديدة تتجسد بما يأتي:

١. هل يمتد اختصاص القضاء الدستوري الرقابي الى الدستور الوضعي فضلاً عن القوانين العادية واللوائح ؟
٢. كيف يوصف دور القضاء الدستوري في اطار اختصاصه الرقابي في حماية ثوابت احكام الاسلام ؟ وهل تم فعلاً الغاء قوانين او لوائح مخالفة للمادة الثانية او الامتناع عن تطبيقها، من قبل القضاء الدستوري ؟
٣. هل يمكن للقضاء الدستوري تطبيق المادة الثانية، ولاسيما إن الفقه الاسلامي غير مقنن؟
٤. وهل يمكن تقنين الفقه الاسلامي والإلزام به، وما هي آلية التقنين؟
٥. ما حكم إلزام القاضي بمذهب معين، لاسيما على خلفية طرح فكرة تقنين الفقه الاسلامي؟
٦. ما هي الطريقة أو الألية المثلى لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية؟
٧. هل كان دور القضاء الدستوري في تطبيق المادة الثانية من الدستور سلبياً أم إيجابياً، فان كان إيجابياً كان به، وان كان سلبياً فما هو الحل الامثل للنهوض بقضاء دستوري يقدر على تطبيق المادة الثانية بالشكل الكامل والتام؟

فرضية البحث

يقوم بحثنا هذا كأي بحث علمي على فرضية وهي اقامة دولة العدل والحق وارسائها، عبر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية من المؤسسات والافراد كافة، وتأكيد دور القضاء الدستوري في ذلك عبر دوره الرقابي في حماية المشروعية الدستورية العليا.

منهجية البحث

لتوضيح حدود بحثنا وأبعاده اعتمدنا أكثر من منهج علمي، فاعتمدنا المنهج التحليلي، في تحليل النصوص الدستورية والقانونية واستنباط الأحكام منها، واعتمدنا أيضاً المنهج المقارن المقترن بالمنهج النقدي التحليلي.

نطاق البحث

ينحصر نطاق بحثنا في دراسة دوره القضاء الدستوري تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ضوء المادة الثانية من دساتير كل من دولة الكويت لعام ١٩٦٢م، ودستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١م، ودستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥م.

هيكلية البحث

تتمحور هيكلية البحث في خطة مكونة من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة:

نبحث في المبحث الأول موقف الأنظمة الدستورية من المادة الثانية ومشكلة تقنين الفقه الإسلامي في مطلبين، الأول يبحث في موقف الأنظمة الدستورية من المادة الثانية، والثاني يبحث في مشكلة تقنين الفقه الإسلامي، ونبحث في المبحث الثاني نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة الثانية من خلال مطلبين الأول يبحث النطاق الموضوعي والثاني يبحث النطاق الزمني .

ونبحث في المبحث الثالث تطبيقات القضاء الدستوري في ضوء المادة الثانية من دساتير الدول محل الدراسة في مطلبين الأول يبحث التطبيقات القضائية في مجال القانون العام والثاني يبحث التطبيقات القضائية في مجال القانون الخاص.

المبحث الأول

موقف الأنظمة الدستورية من المادة الثانية ومشكلة

تقنين الفقه الإسلامي

ونبحث هذا المبحث في مطلبين، يتعلق المطلب الأول بموقف الأنظمة الدستورية من المادة الثانية، ويتعلق الثاني بمشكلة تقنين الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

موقف الأنظمة الدستورية من المادة الثانية

عند الرجوع الى الانظمة الدستورية الثلاث محل الدراسة، نجد ان المادة الثانية من دستور الكويت لعام ١٩٦٢ نصت على ان (دين الدولة الاسلام، والشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع) ونصت المادة الثانية من دستور مصر لعام ١٩٧١ على ان (الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع). ونصت المادة الثانية من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ على ان (أولاً: الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع.

أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام.

ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.

ج- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في هذا الدستور.....).

وهكذا مع وجود هذه النصوص الثلاثة ظهرت تساؤلات ومسائل أثارت، كان اهم هذه

المسائل هو: هل يوجد فرق بين المصدر الرئيسي، ومصدر رئيسي؟^(١)

(١) المصدر (لغةً يُقال لمصدر الشيء منبعه) : د. شعبان عبد العاطي وآخرون، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٤، ص ٨٩٨؛ واصطلاحاً (هو الأصل أو المنبع الذي يستقي منه جوهر القانون وصفة إلزامه)، د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩، ص ١٢٣.

فكان للفقهاء والقضاء رأي في هذه المسألة وعليه نقف أولاً على رأي الفقه ثم موقف القضاء الدستوري.

فقد اثير جدال فقهي هو الاختلاف بين العبارتين وما يترتب عليه من نتائج أو آثار، خاصة بعد تعديل النص المصري عام ١٩٨٠ ليصبح المصدر الرئيسي) بدل (مصدر رئيسي) وتمحورت هذه الآراء الفقهية في:

رأي يجد ان هناك اختلافاً بين العبارتين فعبارة (مصدر رئيسي) تعد ان الشريعة الإسلامية ليست المصدر الوحيد الذي يستقي منه القانون مادته، اما عبارة (المصدر الرئيسي) فتقضي بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد الذي يستقي منه القانون مادته^(١)، وهذا ما أكده الخبير الدستوري عند المطالبة بتعديل النص الكويتي ضمن جلسات المجلس التأسيسي الكويتي^(٢).

فعلى وفق هذا الرأي لا يمكن للسلطة التشريعية ان تستند الى مصدر آخر غير الشريعة الإسلامية في نطاق عبارة (المصدر الرئيسي) ويقع على عاتق السلطة التشريعية الالتزام بتنقية التشريعات السابقة من أي مخالفة للشريعة الإسلامية.

أما الرأي الثاني فيرى ان مكانة الشريعة الإسلامية واحدة في العبارتين اذ لا فرق بين مفهوم العبارتين، ولا سيما تعديل النص المصري لم يضيف أي جديد الا ان جعل الشريعة الإسلامية في قمة المصادر الموضوعية، التي يستهدي بها المشرع في اثناء صياغته للقواعد القانونية^(٣).

ومهما كانت الآراء الفقهية حول الفرق بين العبارتين وما يترتب عليه، لكن موقف النظم الدستورية الثلاث واحد، وهو أن الشريعة الإسلامية ليست المصدر الوحيد، لان النص سواء كان (المصدر الرئيسي) أو (مصدر رئيسي) فهو لم يمنع البرلمان من اللجوء الى مصادر

(١) د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار الفكر العربي، ب. ت، ص ١٦٥.

(٢) محاضر جلسات المجلس التأسيسي الكويتي، موسوعة القوانين الكويتية.

(٣) د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ط ٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب. ت، ص ١٦٠.

أخرى غير الشريعة الإسلامية ليستقي مادة القاعدة القانونية، وهذا ما أكده القضاء الدستوري، إذ جاء في حكم المحكمة الدستورية في الكويت (بأن النص المذكور لا يمنع الأخذ عاجلاً أم آجلاً بالأحكام الشرعية كاملةً لأنه يدل على أن خطاب المشرع الدستوري، هو توجيه سياسي للمشرع للاخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك، باعتباره مصدراً موضوعياً يستلهم منه القواعد القانونية التي يضعها فيما يعرض له من أمور وهي، بعد، ليست مصدراً رسمياً للقانون وإلا لنص صراحةً على ذلك، كما أن نص المادة السالفة الذكر بحسب الصياغة التي وردت بها (مصدر رئيسي) دون النص على أنها (المصدر الرئيسي) يفيد أنها تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً بين المصادر الأخرى للتشريع دون أن تكون مصدره الوحيد، ومن ثم فليس من شأن النص الدستوري أن يلزم المشرع العادي بأن يقتصر فيما يستقيه من قواعد التشريع على الشريعة الإسلامية وحدها، بما لا يكون هناك ثمة ما يمنعه من استخراج تلك القواعد من مصادر أخرى غير الشريعة الإسلامية يراها ملائمة لمقتضى الحال، ودون أن يقع بذلك في موقع المخالفة الدستورية ويغدو القاضي من ثم، ملتزماً بتطبيقها^(١).

أما المحكمة الدستورية العليا في مصر فقد وضحت موقفها على أثر الطعون التي رفعت امامها لمخالفة القوانين واللوائح للشريعة الإسلامية، إذ جاء في حيثيات حكم لها بالقول (حيث أن أعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها.....، وإن كان كان مؤداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذي فرض هذا الإلزام (عام ١٩٨٠) بما يترتب عليه من اعتباره مخالفاً للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد إلا أن قصر هذا الالتزام على تلك التشريعات لا يعني إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على تلك التشريعات السابقة رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة

(١) حكم رقم (٣) لسنة ١٩٩٢، أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، منشور على الموقع الإلكتروني:

تاريخ الزيارة ٢٠١١/٨/١٥ <http://www.reqaba.com/articledetail.aspx?id>

الإسلامية، إنما يلقي على عاتقه من الناحية السياسية مسؤولية المبادرة إلى تنقية نصوص هذه التشريعات من أية مخالفة.....^(١).

ولذا فقد فرقت المحكمة الدستورية العليا بوضوح بين التشريعات الصادرة في الفترة السابقة على تعديل المادة الثانية عام ١٩٨٠ التي يعود أمر التصرف فيما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية منها إلى المشرع ذاته، ولتفادي ما يمكن أن يحدث من فراغ تشريعي بسبب الحكم بعدم الدستورية، والتشريعات الصادرة بعد التعديل التي لا بد من أن تكون مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا يترتب عليه أن تعديل عام ١٩٨٠ للمادة الثانية يلقي على عاتق البرلمان مسؤولية سياسية فيما يخص تنقية المخالفات التي تشوب القوانين السابقة على التعديل، والتزام قانوني فيما يضعه من قوانين بعد تاريخ التعديل وهو عدم إصدار قانون مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية وإلا كان مصيره عدم الدستورية^(٢).

وعليه ما هو الاختلاف بين الالتزام السياسي والالتزام القانوني، فالالتزام السياسي يعني وجوب ترك المشرع لإصدار التشريعات اللازمة لوضع هذه المبادئ موضع التنفيذ (ويقصد هنا مبادئ الشريعة الإسلامية)، أما الالتزام القانوني فيعني أن المشرع لا يستطيع مخالفة هذه المبادئ والقواعد فيما يصدره من تشريعات وإلا فأن عمله يعد غير دستوري^(٣). وهذا يعني أن الالتزام السياسي يفتح للمشرع العادي باب السلطة التقديرية فيما يخص عملية تنقية التشريعات السابقة على تاريخ التعديل^(٤).

وهذا يترتب عليه انتقائية في تطبيق الشريعة الإسلامية، وهذا تطبيق للرأي الذي يذهب إلى أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا لا يمتد إلى مطابقة التشريعات لمصادرها

(١) قضية رقم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية في ٤ / ٥ / ١٩٨٥، سعيد محمود الديب، موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، الإصدار الثالث، الأحكام من عام ١٩٨٠، ٢٠١٠، قرص CD.

(٢) د. عيد احمد الغفلول، المصدر السابق، ١٦٩.

(٣) د. احسان المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، ١٩٩٠، ص ٢٤١-٢٤٢.

(٤) د. عيد احمد الغفلول، مصدر سابق، ص ١٦٩.

الموضوعية، لذا فإن الشريعة الإسلامية لا تصلح سبباً للطعن بعدم الدستورية^(١)، وهذا لا يمكن قبوله مطلقاً، أما النص العراقي فلا يختلف عن النظم الأخرى فهو الآخر لم يعد الإسلام مصدراً وحيداً للتشريع فهو أحد المصادر التي يرجع إليها لوضع القواعد القانونية^(٢)، إلا أنه منع أي تشريع مخالف لثوابت الأحكام الشرعية، وهذا وإن كان في ظاهره يدل على ما سيشرع من قوانين بأن لا تكون مخالفة للأحكام القطعية، إلا أن هذا الظاهر لا يمنع من سرياته على الماضي مع قرينة أن دين الدولة للإسلام، لا شك أن الأحكام الشرعية جزءاً من الدين.

يتضح أن النص في المادة الثانية من دستور عام ٢٠٠٥ مقيد بقيد وهو عدم التعارض مع ثوابت الإسلام، والسؤال هنا ما المقصود بثوابت الإسلام؟ الثوابت لغةً من ثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً، وأثبت حجته، أقامها وأوضحها^(٣).

أما اصطلاحاً فهو (كل ما أقام الله به الحجة في كتابه أو على لسان نبيه منصوصاً بيئاً، لم يحل الاختلاف فيه لمن علمه)^(٤).

وتبعاً لذلك فالمتغيرات هي (أقوال المجتهدين المختلفة التي لا يجب اتباعها ولا يكفر ولا يفسق من خالفها، فإن أصحابها لم يقولوا: هذا حكم الله ورسوله، بل قالوا اجتهدنا برأينا فمن شاء قبله ومن شاء لم يقبله)^(٥).

(١) د. احمد زكي الشبتي، عدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفة الشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، العدد الأول والثاني، السنة ٦٦، يناير/ فبراير ١٩٨٦، ص ٤٢-٤٨.

(٢) د. سمير داوود سلمان وعودة يوسف سلمان، الحماية الدستورية لثوابت الإسلام وأثرها على التشريع الجنائي العراقي، مجلة القانون المقارن، عدد ٦٦، ٢٠٠٩، ص ١٣٥.

(٣) جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير ومحمد احمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، ج ٦، المجلد الأول، باب التاء، ط ١، دار المعارف، ب. ت، ص ٤٦٧-٤٦٨.

(٤) محمد بن إدريس الشافعي، الرسالة، تحقيق احمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب. ت، ص ٥٦٠.

(٥) شمس الدين ابي عبد الله بن قيم الجوزية، الروح، تحقيق محمد اسكندر يلدا، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٢، ص ٣٦٠.

وعليه الثابت هي ما لا يقبل التطور ولا الاجتهاد ولا الإضافة كالعقائد والعبادات والاخلاق، أما المتغيرات فهي محل الاجتهاد بتغير المكان والزمان^(١)، وهكذا يطلق على الثوابت القطعيات والمتغيرات الظنيات^(٢)، واستناداً الى نص المادة الثانية من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ فإن القطعيات هي القصد من (ثوابت الاسلام) التي لا مساغ للاجتهاد فيها^(٣).

ويذهب رأي آخر^(٤)، الى القول: ان قول بعضهم ان الدين ينقسم الى ثوابت ومتغيرات غير دقيق " لان الدين كله ثوابت فما توفي الرسول (ﷺ) الا بعد ما أكمل الله (ﷻ) به الدين واستقرت الأحكام فلا تبدل ولا تغير الى ان يرث الله الارض ومن عليها، وليس لأحد صلاحية بعد الرسول (ﷺ) أن يعدل او يغير، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(٥)، فالدين برخصه وعزائمه قد استقر وثبت بعد وفاة الرسول (ﷺ) وهذه الكلمة (الثوابت والمتغيرات) التي تجري على السنة بعض الكتاب وطلبة العلم ربما يستعملها اصحاب الأهواء في محاولة تغيير بعض الأحكام التي تتوافق مع رغباتهم وأهوائهم التي، قال الله تعالى بها: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ وَمَنْ فِيهِنَّ بَلْ أَتَيْنَاهُمْ بِذِكْرِهِمْ فَهُمْ عَنِ ذِكْرِهِمْ مُعْرِضُونَ﴾^(٦)، وأن كان لهذه الكلمة من محمل صحيح فهم يريدون اجتهادات العلماء فيما لم يرد فيه نص قطعي، فإن اجتهاد المجتهدين قد يتغير من حين لآخر حسبما يظهر له من أدلة في كل وقت وفي حق كل نازلة، وقد قال الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) لما اختلف اجتهاده في قضية ميراث (ذاك فيما قضينا، وهذا فيما

(١) ينظر: صلاح الصاوي، الثوابت والمتغيرات في مسيرة العمل الاسلامي المعاصر، ب. م، ب. ت، ص ٤٣-٤٤.

(٢) ابن قيم الجوزية، الروح، المصدر السابق، ص ٣٦٠؛ محمد بن حسين الجيزاني، معالم اصول الدين عند اهل السنة والجماعة، ط ١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٦، ص ٨٥.

(٣) الجيزاني، مصدر سابق، ص ٨٥.

(٤) صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، البيان لأخطاء بعض الكتاب، ج ٢، ط ٣، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٧ هـ، ص ٤٨-٤٩.

(٥) سورة المائدة، الآية (٣).

(٦) سورة المؤمنون، الآية (٧١).

نقضي) واجتهاد المجتهدين انما هو رأيه ولا يقال: انه هو حكم الله، بل قد يوافق حكم الله وقد يخالفه والكل يؤخذ من قوله ويرد إلا رسول الله (ﷺ)، فاجتهادات المجتهدين لا تنقسم الى ثوابت ومتغيرات، لانها كلها قابلة للتغير حتى يثبت انها مخالفة للدليل أما احكام الله ودينه فلا تقبل التغير ولا التبديل^(١).

ونجد ان الفقرتين(ب و ج) من المادة الثانية من دستور ٢٠٠٥ متناقضة مع الفقرة (أ) من المادة ذاتها، فكيف سيكون حكم القاضي الدستوري اذا ما صدر قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام لكن يتوافق مع مبادئ الديمقراطية فما هو الحل، او انه يتعارض مع مبادئ الديمقراطية لكنه في الوقت ذاته يتوافق مع ثوابت الاسلام، فهل يبطل القاضي الدستوري عندها هذا القانون، وإذا أبطله فهل يبطله استناداً الى مخالفته لمبادئ الشريعة الاسلامية ام لمبادئ الديمقراطية^(٢) لاسيما اذا علمنا ان الديمقراطية تتعارض مع أحكام الإسلام لان الديمقراطية حكم الشعب، أما الشريعة الاسلامية فهي حكم الله الذي يعلو ولا يعلى عليه، وعليه وجب تعديل نص المادة الثانية بما يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية بألغاء الفقرتين (ب،ج) منها، وأذا كان من المفروض على القضاء الدستوري ان يحكم بالألغاء او الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لثوابت أحكام الإسلام لان الأحكام الظنية تأخذ اكثر من تأويل واحد الا ان ذلك لا يعني ان الدولة لا تقوم بتطبيق هذه الأحكام ان يجب ان يكون التطبيق كاملاً، لكن السؤال كيف تطبق الأحكام الظنية فبأي رأي يؤخذ عند اختلاف المجتهدين، اذا ما سعت الدولة الى تقنين الأحكام الشرعية تدريجياً فهل هي حرة في اتباع او اتخاذ الرأي عند تعدد الآراء في المسألة الواحدة وعليه ما هي الضوابط في ذلك، وهكذا فإنه اذا كان في المسألة قطع ويقين فالقطع واليقين مقدم على غيره، واذا كانت المسألة ليس فيها الا الظن مع عدم القدرة

(١) صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٢) الديمقراطية هي (حكم الشعب بالشعب وللشعب) أنور أحمد رسلان، الديمقراطية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٧١، ص ٣٣.

على تحصيل اليقين فإنه يجب العمل بالظن بحسب المصطلح الأصولي، فإن الظن يعول عليه لان الشريعة قد بنت عليه العديد من احكامها^(١).
واستناداً الى هذا اثرت مسألة مهمة وهي تقنين الفقه الاسلامي والزام القاضي به، فما هو مفهوم التقنين وما هو حكم تقيد القاضي بمذهب معين؟ وما هي الشروط والضوابط التي تحكم التقنين؟ فهذه التساؤلات كلها نجيب عنها في الآتية.

المطلب الثاني

مشكلة تقنين الفقه الإسلامي

نبحث هذه المشكلة عبر فروع الأول في ماهية التقنين، والثاني في حكم تقيد القاضي بمذهب معين، والثالث في حكم التقنين والالزام به شرعاً والرابع في كيفية التقنين، وحسب الترتيب الآتية:

الفرع الأول - ماهية التقنين:

للقوف على ماهية التقنين يقضي منا ذلك تعريف التقنين أولاً ثم البحث في التطور التاريخي للتقنين ثانياً، بحسب التفصيل الآتي:

أولاً- تعريف التقنين:

التقنين لغةً من قننَ وهي وضع القوانين^(٢)، أما اصطلاحاً فقد عرف التقنين بتعاريف عديدة منها: (الصياغة الفنية للاحكام الفقهية المستنبطة في المجالات المختلفة في شكل مواد قانونية يتقيد بها المخاطبون بأحكامها)^(٣).

(١) د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، شرح الورقات في أصول الفقه، ط١، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، دار المحسن للنشر والطباعة، الجزائر العاصمة، ٢٠١٠، ص ٥٣-٥٤.

(٢) ابن منظور، المصدر السابق، ج٤٢، المجلد الخامس، باب القاف، ص ٣٧٥٩؛ المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص ٧٦٣.

(٣) د. عبد الحميد محمود البعلي، ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية، منشور على الموقع =

وعرف بأنه (وضع مواد تشريعية يحكم بها القاضي ولا يتجاوزها)^(١). وعرف كذلك (ان تصاغ الاحكام في صورة مواد قانونية مرقمة على غرار القوانين الحديثة من مدنية وجنائية وإدارية.... وذلك لتكون مرجعاً سهلاً محددًا يمكن بيسر ان يتقيد به القضاة ويرجع اليه المحامون ويتعامل على اساسه المواطنون)^(٢).

وتنصرف هذه التعاريف كلها الى معنى واحد وهو وضع الأحكام الشرعية في شكل قانوني^(٣). وهو بهذا يختلف عن التدوين، لان التدوين لغةً من دون، وهي مجتمع الصرف بمعنى الديوان وهو فارسي معرب^(٤). أما اصطلاحاً فالتدوين هو (الجمع والترتيب على أبواب وفصول)^(٥).

ومن هذه التعريفات سواء اللغوية أم الاصطلاحية نجد ان الفرق واضح بينهما فالتقنين نجده يعني صياغة في صورة مواد قانونية، أما التدوين فيقتصر على الجمع والتبويب والترتيب.

ثانياً- التطور التاريخي للتقنين:

يُرجع الباحثون ان تاريخ تقنين الفقه الاسلامي يعود الى فكرة الاديب المشهور (عبد الله بن المقفع) فهو اول من اقترح هذه الفكرة على الخليفة العباسي ابو جعفر المنصور، لجمع الناس والأقضية على حكم واحد، ويبدو ان الخليفة قد اقتنع بها وعرضها على الإمام

=الالكتروني: تاريخ الزيارة ٢٠١١/٤/١٨ [http:// www. sharea. gov.kw](http://www.sharea.gov.kw/index.php)

(١) عبد الرحمن بن سعد الشثري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، ط١، دار الصميعة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، ٢٠٠٧، ص١٥.

(٢) د. يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط٢، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠١، ص٢٩١.

(٣) د. عبد الحميد محمود البعلي، مصدر سابق، ص٢٥.

(٤) ابن منظور، مصدر سابق، ج١٦، المجلد الثاني، باب الدال، ص١٤٦٢-١٤٦١.

(٥) د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦٦، ص١٤١.

مالك بن انس، وطلب منه جمع كتبه التي كتبها، وجمعها فتستنسخ نسخاً ثم تبعث الى الامصار للعمل بها، وقد اضطرت الروايات في جواب الإمام مالك فقيل ان الامام رفض طلب الخليفة بالاجابة (لا تفعل هذا، فإن الناس قد سبقت اليهم اقاويل وسمعوا احاديث وروايات وأخذ كل قوم منهم بما سبق اليهم وعملوا به ودانوا به، من اختلاف الناس وأصحاب رسول الله ﷺ) وغيرهم، وإن ردهم عما اعتقدوه شديد، فدع الناس وما هم عليه، وما اختار أهل كل بلد منهم لانفسهم فقال: لعمرى لو طاوعتني على ذلك لامرت به^(١).

وفي رواية اخرى ان الإمام مالك أجاب طلب الخليفة فوضع الموطأ، فلم يفرغ منه حتى مات ابو جعفر^(٢).

وقيل ان هذا حدث مع الإمام مالك والمهدي بن ابي جعفر المنصور، حيث قال: المهدي لمالك (ضع يا أبا عبد الله كتاباً أحمل الامة عليه، قال: فقلت له: يا أمير المؤمنين: أما هذا الصُّنْع - وأشرت الى المغرب - فقد كفيته، وأما الشام ففيهم من قد علمت - يعني: الاوزاعي. وأما العراق فهم أهل العراق)، وقيل وقع هذا بين هارون الرشيد والإمام مالك^(٣).

ويتضح من هذه الروايات ان فكرة تقنين الفقه الإسلامي بدأت بدعوات فردية، تمثلت بكتاب الموطأ اذ يعتبر اقدم مدونة في الفقه الإسلامي فهو يجمع بين الحديث والفقه، فهو يعرض الآراء الفقهية في المسألة الواحدة، ثم يعرض رأيه مبيناً ومرجحاً، فكان تدويناً للآراء والروايات بقصد بيان الحكم الشرعي معتمداً التقسيم الفقهي^(٤).

وتعد هذه تدوينات فقهية فردية، وزيادة على ذلك وجدت جهود جماعية لجمع الآراء الفقهية، كمحاولة السلطان (محمد أورتك) احد ملوك الهند المغول في القرن الحادي عشر إذ ألف

(١) د. ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، ط١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الدمام، ١٤٢٠، ص ٤٢.

(٢) د. محمد زكي عبد الله، تقنين الفقه الاسلامي، ط٢، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٩٨٦، ص ٥٢.

(٣) د. ناصر بن عبد الله الميمان، المصدر السابق، ص ٤٣.

(٤) د. محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، ط١، وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، لبنان، ١٩٧٧، ص ٢٦٠-٢٦١.

لجنة من مشاهير علماء الهند برئاسة الشيخ نظام لتضع كتاباً سهل المأخذ للقضاة والمقنين والطلاب، جامعاً لظاهر الروايات التي اتفق عليها وأفتى بها المغول، ومن النوادر ما تلقاها العلماء بالقبول، من مذهب الامام ابي حنيفة (رضي الله عنه) وقد عرفت (بافتاوى الهندية)^(١).

أما التقنين بصورة المواد القانونية، فيمكن القول ان مجلة الأحكام العدلية اول تقنين للفقهاء الإسلامي أبان الخلافة العثمانية، فقد تضمنت جملة من احكام البيوع، والدعاوي والقضاء في ١٨٥١ مادة مستمدة من الفقه الحنفي في عام ١٢٩٣ هـ، وكان من الأسباب التي دعت الى هذا التقنين، ظهور المحاكم النظامية ونقل اليها بعض اختصاصات المحاكم الشرعية، فكان قضاة هذه المحاكم لا يستطيعون الرجوع الى الكتب الفقهية، فدعت الحاجة الى تيسير الأحكام الفقهية على القضاة غير الشرعيين، وتعريفهم بالأقوال الراجحة، ولعلاج هذه الحالة جمعت هذه الأحكام وصيغت على هيئة قانون يسهل الرجوع اليها^(٢).

وكان للارتباط الاقتصادي ببلاد أوروبا وقوانينها دور كبير في اصدار هذه المجلة^(٣). فالمجلة كانت على قول واحد فلم تتضمن آراء الفقهاء في المسألة الواحدة، وهذا من مقتضى الصياغة القانونية^(٤).

ووجدت جهود فردية لمشروعات قوانين مستمدة من الشريعة الاسلامية مثل (مرشد الحيران) في المعاملات على مذهب الامام أبي حنيفة (لمحمد قدرى باشا) وتضمن ١٠٤٥ مادة عام ١٨٩٠، وشرحه (زيد الأبياني) في ثلاثة مجلدات، وقانون(العدل والانصاف) للقضاء على مشكلات الاوقاف ويتكون من ٦٤٦ مادة، طبعته وزارة المعارف المصرية في المطبعة الاهلية سنة ١٨٩٣م، فهذه كانت اعمالاً فردية (لمحمد قدرى باشا) وإن لم تكن رسمية لكن كانت تحمل صفة التقنين^(٥).

(١) د. ناصر بن عبد الله الميمان، مصدر سابق، ص ٤٤-٤٥.

(٢) المصدر نفسه ، ص ٤٥.

(٣) د. مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ١، ط ٨، مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص ٢٠٤.

(٤) المصدر نفسه، ص ٢١٢.

(٥) د. محمد مصطفى شلبي، المصدر السابق، ص ١٥٠.

ومجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل، ل احمد بن عبدالله القارئ، رئيس المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة سابقاً، وقد اقتصرت فيها على المذهب الحنبلي في كتبه المعتمدة، واحتوت المجلة على ٢٣٨٢ مادة وقد نسج أحمد القارئ كتابه هذا على منوال مجلة الاحكام العدلية^(١).

وفي عام ١٩١٥ ألفت لجنة من كبار العلماء برئاسة وزير الحقانية في مصر لوضع قانون لمسائل الاحوال الشخصية، فأعدت اللجنة مشروع قانون الزواج والطلاق والمسائل المتعلقة بها، واستمدت احكامه من المذاهب الاربعة وطبع مرتين الاولى في عام ١٩١٦ والثانية ١٩١٧ بعد تنقيحه، ولم يصدر به قانون في مصر للمعارضة الشديدة التي وجهتم علماء المذاهب المختلفة، وهكذا توالى اصدار القوانين في الاحوال الشخصية في مصر^(٢).

ويعد مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (رضي الله عنه) المرحلة الاولى من وضع تقنين (قانون) مختار من بين المذاهب جميعاً وقد وافق عليه مجمع البحوث الاسلامية بتاريخ ٨ / ٣ / ١٩٦٧، وأوصى به المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد في ٢٧ / ٩ / ١٩٦٨، وطبعت الطبعة التمهيديّة منه بتاريخ ١٩٧٢م^(٣).

(١) د. عبد الرحمن بن أحمد الجدعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، بحث منشور على الموقع الالكتروني: تاريخ الزيارة ١٠/٨/٢٠١١

<http://islamtoday.net/bohooth/artshow.86.5987.htm>.

(٢) د. محمد مصطفى شلبي، مصدر سابق، ص ١٥١-١٥٣.

(٣) مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (رضي الله عنه)، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، إشراف مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٧٢.

الفرع الثاني

حكم تقييد القاضي بمذهب معين

اختلف الفقهاء في مدى جواز تقييد القاضي بمذهب معين من ولي الامر الى رأيين

هما:

أولاً- الرأي الأول:

لا يجوز الزام القاضي وتقييده بمذهب معين فإذا اشترط ولي الأمر مثل هكذا شرط، بطل وصح عقد تولية القاضي، وذهب الى هذا القول كل من المالكية في قول والشافعية في الراجح عندهم والحنابلة^(١)، واستدل اصحاب هذا الرأي، بقوله تعالى: ﴿سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّخْتِ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾^(٣).

وتدل هذه الآيات ان الحق والعدل لا يتعين في مذهب بعينه وقد يكون الحق في غير المذهب الذي أُلزم به، ونكون حينئذ قد حكمنا بغير الحق والعدل^(٤).

(١) برهان الدين ابي الوفاء ابراهيم بن الامام شمس الدين ابي عبد الله بن فرحون، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الحكام، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٥، ص ٢١-٢٢؛ ابو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن العريفي الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٦، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص ٧٣؛ ابن الحسن بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق د. احمد مبارك البغدادي، ط١، دار ابن قتيبة، الكويت، ١٩٨٩، ص ٩١؛ موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، ج ٩، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤، ص ٧٦.

(٢) سورة المائدة، الآية (٤٢).

(٣) سورة النساء، الآية (١٠٥).

(٤) د. حسن تيسير شموط، العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٦، ص ١٥٢-١٥٣.

وكذلك إلزام القاضي بمذهب معين هو تعطيل العقلية الاستنباطية لديه، إذ إن الأصل في القاضي أن يبحث في المصادر ويراجع أقوال الفقهاء ويأخذ بما ترجح لديه منها^(١).

ثانياً. الرأي الثاني:

يجوز تقييد القاضي بمذهب معين ويلزمه به، وهذا قول كل من الحنفية والمالكية في قول عندهم وذهب اليه بعض الشافعية^(٢).

واستدل أصحاب هذا الرأي بأن القاضي عند توليته يشترط عليه الحكم بمذهب معين ويعني هذا أنه يعزل عن غيره من الأحكام، بمعنى أنه إذا حكم بغير المذهب الذي قيد به فقد حكم فيما هو غير مأذون له فيه أي يعتبر معزولاً في غير ما قيد فيه، وإن الحاكم إنما ولاه القضاء ليحكم بمذهب معين فإذا لم يحكم بهذا المذهب يكون قد خالف شروط موليه، وإن القضاة بمنزلة الوكلاء والنواب عن الحكام والوكيل يتقيد في حدود الوكالة المعطاة له ولا يتجاوزها، وعليه يتقيد القاضي بمذهب معين عليه التزامه بشروطه الشرعية^(٣).

وهكذا مع هذا الاختلاف في جواز تقييد القاضي بمذهب معين، وما بحثناه سابقاً من جواز تولية المقلد للقضاء، وانتهينا إلى جواز تولية المقلد للضرورة بحسب رأي الجمهور، وأن القاضي المقلد يتقيد بمذهب مقلده وجوباً، فقد كان الخلفاء يختارون القضاة المجتهدين الفقهاء، لكن بعد تغير الأحوال، أثر اختيار المقلدين على المجتهدين لتقديدهم بمذهب معين ويعينوا لهم ما يحكموا به، لأن اجتهادات القضاة المجتهدين أصبحت تتعرض للانتقادات وليس محلاً للإطمئنان^(٤).

(١) د. حسن تيسير شموط، المصدر السابق، ص ١٥٣.

(٢) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧، ط ٢، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٨٦، ص ٣؛ الخطاب، المصدر السابق، ج ٨، ص ٧٣؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ب. ت، ص ٩١؛ كمال الدين ابن الهمام، التقرير والتحبير، مجلد ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٩٩، ص ٤١٩.

(٣) د. حسن تيسير شموط، مصدر سابق، ص ١٥٣-١٥٤.

(٤) د. مصطفى أحمد الزرقاء، المصدر السابق، ص ١٨٩-١٩٠.

ومن هنا كان الخلاف في جواز تقنين الفقه الاسلامي او عدم جوازه، لان تقنين الفقه الإسلامي يترتب عليه الزام القاضي بمذهب معين وهذا كان محل الخلاف وهو ما نبهته في الفقرة الآتية.

الفرع الثالث

حكم التقنين والالزام به شرعاً

اختلفت الآراء في حكم التقنين، إذ يلحظ ان الخلاف هو ليس في تقنين الفقه الإسلامي بذاته انما ما قد يترتب عليه من الزام القضاء به من ولي الأمر، وهنا اختلفت الآراء الى رأيين رأي مجيز للتقنين ورأي معارض له ولكل منها أدلته ومسوغاته بحسب ما يأتي:

أولاً- الرأي الأول:

ذهب الى جواز تقنين الفقه الاسلامي وضرورته، وأصحاب هذا الرأي هم المجيزون لتقيد القاضي بمذهب معين^(١)، وكانت لهم حجج ومسوغات وأدلة استندوا اليها، منها:

١. استدل اصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾^(٢).

فطاعة ولي الأمر واجبة بما ليس فيه معصية للمخالف والتقنين ليس منه معصية لا ظاهرة ولا ضمناً ولا فيه تعارض مع الشريعة^(٣)، وبهذا تتحقق المصالح وتندفع المفسد^(٤)، لانه ييسر على الفقهاء شرحه ومقارنته بغيره من المذاهب، وتحديد لأبعاده ومسائرته لمصالح العباد وصلاحها حسب الزمان والمكان وبذلك يستكمل البناء الفقهي الإسلامي^(٥).

(١) د. ناصر بن عبد الله اليمان، المصدر السابق، ص ٨٩-٩٠.

(٢) سورة النساء، الآية (٥٩).

(٣) بكر عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ج ١، ط ١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، ١٩٩٦، ص ٢٩-٣٠.

(٤) د. حسن تيسير شموط، المصدر السابق، ص ١٥٧.

(٥) د. محمد زكي عبد البر، المصدر السابق، ص ٢٣.

٢. التقنين قد وجد ما يدل له من فعل السلف، حيث جمع عثمان (رضي الله عنه) الناس على مصحف واحد، وقراءة واحدة، وصرف ما عداه من المصاحف والقراءات الشاذة والمتواترة، وسداً منه لباب الخلاف وكذلك هنا^(١).
٣. ولكي تكون الشريعة ملزمة يجب ان تكون معلومة (الرأي الراجح منها) فالتقنين يتمثل برأي الجمهور والمخالف هو الذي يطرح بذلك يكون الرأي الغالب هو المعلوم للكافة عندها يمكن الالتزام به، وهذا يسهل معرفة الاحكام من الأفراد والحكام ولذا يسهل تطبيقها ومن ثم يمنع تضارب الأحكام، ويقصر الوقت على القاضي بالرجوع الى كتب الفقه والبحث فيها^(٢).
٤. يعد التقنين بداية صحيحة وعملية أو خطوة أولى في عملية تشريعية كبرى لتصبح الشريعة الإسلامية أساس القوانين والنظم كلها ووسيلة لتلاقي العلماء والفقهاء وهو من ثم وسيلة لتوحيد النظام القضائي والثقافي والعلمي للأمة. مما يمنع معه اللجوء الى اقتباس القوانين الاجنبية لتنظيم شؤون الدولة^(٣).

ثانياً - الرأي الثاني:

- وهو الرأي الرافض للتقنين، فقد رد على اصحاب الرأي الاول وعلى حججهم ومسوغاتهم بحسب ما يأتي:
١. أما الاستدلال بالآية فإنه لا يتوجه لما يأتي: وهو ان الله (ﷻ) أمر بطاعته وطاعة رسوله (ﷺ) وحذف الفعل في طاعة أولي الامر، لان طاعتهم انما تكون فيما فيه طاعة لله ورسوله (ﷺ) قاله غير واحد من علماء التفسير، وان مرد التنازع في الامر هو الى الله (ﷻ) وإلى الرسول (ﷺ) كما في آخر الآية، فكذلك الطاعة، وجاءت السنة النبوية

(١) بكر عبد الله أبو زيد، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٢) د. عبد الحميد محمود ألبعلي، المصدر السابق، ص ٢٨-٢٩.

(٣) د. حسن تيسير شموط، المصدر السابق، ص ١٥٧؛ د. عبد الحميد محمود ألبعلي، المصدر السابق، ص ٣٠.

- تحدد ذلك وتبينه من ان الطاعة لولي الامر إنما تكون بالمعروف وفيما فيه معروف وهو ما جاءت به الشريعة لا غير^(١).
٢. ثم ان الجمع الذي جمعه عثمان (رضي الله عنه) أجمع الصحابة (رضي الله عنهم) عليه وأمضوه، وأما الألتزام برأي أو بمذهب معين مقامه اقوالهم، وما وقع لهم من الحوادث والاختلاف فيها، تفيد منع ذلك، وان عامة القراءات الصحيحة التي لم تنسخ لا خلاف في وجوب العمل بها، أما التقنين فلا يجوز عند من ألتزم العمل بها هذا القول الملزم به، والاجماع على خلاف ذلك، والمصحف الذي جمعه عثمان (رضي الله عنه) هو الصواب مائة بالمائة لا خطأ فيه، وحق لا شك فيه، وأما الاحكام الاجتهادية الملزم بها فلا شك في وجود خطأ فيها، ثم ان ما جمع عثمان (رضي الله عنه) الناس عليه كان من باب التخيير، وهذا بخلاف قصر الناس على قول من أقوال الفقهاء، فإنه لا يدري عما أختير^(٢).
٣. الأصل في الشريعة ان تكون معلومة لكي تكون ملزمة.... ألخ، فإن حكم الحاكم بالشريعة يشترط لإلزامه ان يكون ما يحكم به الحاكم معلوماً عند الخصوم جميعهم قبل التحاكم، فهذا لم نسمع به عند أحد من أهل الأصول ولا غيرهم، لان اشتراط علم السواد الاعظم بتفاصيل الاحكام التي يحكم لهم وعليهم بها قبل التحاكم في الإلتزام بالحكم يحتاج إلى إيضاح وجهه بالدليل، وهنا تتضح وجهة التدوين مع ان اهل العلم (بعضهم) يمنع هذا التعليم، فلا يجيزوا للقضاة الفتوى للناس في شيء من الاحكام التي شأنها ان تعرض بين يدي الحكام لاجل التحاكم فيها معللين ذلك بمعرفتهم لما عند الحكام قبل التحاكم عون لهم وما يحكم به عليه، أعانه ذلك على التوصل الى الحكم بالباطل والحيل^(٣).
٤. ثم استدلت أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿ سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَالُونَ لِلْسُّخْتِ فَيَنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَصُرُوكَ شَيْئاً وَإِنْ

(١) بكر عبد الله أبو زيد، المصدر السابق، ص ٣٣.

(٢) د. ناصر عبد الله الميمان، المصدر السابق، ص ١٠٢.

(٣) بكر عبد الله أبو زيد، المصدر السابق، ص ٣٨-٣٩.

حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ^(١)، والقسط والعدل هو ان يحكم القاضي بما أنزل الله عز وجل لا بما ألزم به من تقنين إذ قد يكون الحق بخلافه، وهو طريق لتغيير حكم الله بالزيادة او النقص او بالتبديل^(٢).

٥. يعد التقنين حجراً على الأحكام الأجهادية فيمنع تغيير الفتوى بتغير الزمان، والقاعدة الشرعية هي: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان) التي يقصد بها تغير الأحكام الأجهادية بتغير الأزمنة والأحوال^(٣)، فالتقنين يؤدي إلى الجمود^(٤)، وهذا أحد السلبيات التي نعت بها التقنين ومن ثم يؤدي تدريجياً إلى هجره واللجوء إلى القوانين الوضعية وهذا يترتب عليه هجر للاجتهادات الفقهية يوماً بعد يوم وبالتالي اهمال الفقه الاسلامي^(٥).

في النهاية بعد بحث هذه الآراء والاختلافات والحجج والمبررات ترجح جواز التقنين وليس وجوبه، ولكن قد يصير هذا الجواز واجباً، بحسب أحوال المجتمعات فإن لم يتمكن المجتمع من تطبيق الشريعة الإسلامية إلا بالتقنين او كان فيه سداً للمحرم فيكون حينئذ واجباً لان ((ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب))^(٦).

لذا أوجبت تقنين الشريعة الإسلامية، لكن هذا التقنين يجب ان يكون بشروط وضوابط، أي بكيفية معينة، وذلك فيما نبجته في الفقرة الآتية.

الفرع الرابع

كيفية التقنين

بعد استعراض الآراء المانعة والمجيزة لتقيد القاضي بحكم معين، والآراء التي قيلت في تأييد التقنين وفي رفضه، فالذي نستنتجه ان محل الخلاف هو ليس في التقنين بذاته انما

(١) سورة المائدة، الآية (٤٢).

(٢) د. عبد الرحمن ألشثري، المصدر السابق، ص ٣٠-٣٨.

(٣) المصدر نفسه، ص ٤٣-٤٤.

(٤) د. محمد زكي عبد البر، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٥) د. ناصر عبد الله الميمان، المصدر السابق، ص ١٢٤.

(٦) المصدر نفسه، ص ١٣٠.

بما يترتب عليه من الزام القاضي بحكم معين، واستناداً الى هذا نذهب الى القول انه اذا اتجهنا الى تأييد جواز التقنين وألزام القاضي باتباع هذا التقنين من ولي الأمر، فان ذلك يجب ان يكون في حدود طاعة الله عز وجل أي بما يتفق مع نصوص الكتاب والسنة، وهكذا كانت هناك بوادر للتقنين من النظم الدستورية، ففي الكويت تم انشاء لجنة سميت بـ (اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية)^(١).

وبهذا تبنت الكويت منهج التقنين بوصفه مرحلة لتهيئة الأجواء لتطبيق الشريعة الإسلامية، لان من المبادئ التي تقوم عليها اهداف هذه اللجنة هو تبني مبدأ التقنين^(٢)، وتم بمعرفة اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية تعديل القانون المدني رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦ على وفق أحكام الفقه الإسلامي^(٣).

وكانت هنالك محاولة في مجلس الشعب المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية عبر لجان شكلت لهذا الغرض تحت رئاسة رئيس المجلس، لكن هذه المحاولة باءت بالفشل ولم يتم استكمالها الى الآن^(٤).

وبما ان التقنين قد يعد مرحلة من مراحل التهيئة لتطبيق الشريعة الإسلامية بشكل كامل، فأن هذا التقنين هو من باب سد الذرائع، لكن يجب أن يكون بضوابط وشروط نجدها في مشروع قُدم باقتراحات من أهمها:

-
- (١) مرسوم رقم ١٣٩، ١٩٩١ الصادر في ٢ ديسمبر ١٩٩١، موسوعة القوانين الكويتية.
 (٢) د. أيوب خالد القناعي، (قراءة متأنية في مرسوم إنشاء اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية) بحث مقدم للجنة، مسحوب من الموقع الالكتروني:
<http://sharea.gov.kw/index.php>. تاريخ الزيارة ٢٠١١/٤/١٨
 (٣) د. عبد الحميد البعلي، تقنين اعمال الهيئات الشرعية معالمه وآلياته، طبعة خاصة باللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق احكام الشريعة الاسلامية، الديوان الاميري، الكويت، ب. ت، ص ٣٦.
 (٤) د. محمد سعيد العشماوي، الإسلام السياسي، ط٥، الانتشار العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٣٦٧-٣٧٤.

أولاً- تؤلف لجنة تضم أكبر علماء المسلمين في العالم الإسلامي وتضم الأختصاصات الشرعية المختلفة ويكون مهمتها توحيد المذاهب الفقهية الإسلامية في مذهب واحد.

ثانياً- تعمل هذه اللجنة بحسب الخطة الآتية: -

١. تقرر الاحكام المتفق عليها بين فقهاء الإسلام من دون خلاف.
٢. في المسائل المختلف عليها اختلاف تنوع يؤخذ بالأقوال جميعها ما دامت ثابتة في الشرع ولا يقتصر على واحد منها.
٣. في المسائل المختلف عليها اختلاف تضاد ينظر في دليل كل مذهب ويؤخذ بأقوى الآراء وأرجحها من ناحية الدليل من دون تعصب لرأي على آخر.
٤. في المسائل التي يصعب ترجيح رأي من الآراء فيها وتتساوى أدلتها في القوة يجوز الأخذ بأي رأي منها ويحسن تقديم ما يرجح من ناحية المصلحة للمسلمين.
٥. ترك كل رأي ظهر بطلانه وضعفه^(١).

ولتحقيق هذا الاقتراح، فإنه يمكن الأخذ بالتقنين بوصفه مرحلة أو خطوة أولى عبر التهيئة للعمل على تطبيق الشريعة الإسلامية كاملةً، مع تحديد مدة هذه المرحلة كأن تكون (خمس سنوات)، مع تشكيل لجان، كلجنة اعداد ولجنة مراجعة ولجنة مراجعة نهائية وتكون كلها تحت اشراف لجنة عليا(الهيئة العليا لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية)، فهذه اللجنة تتولى التقنين ورقابته بشكل دوري، وهذه اللجان يجب ان تكون مكونة من نخبة من فقهاء العصر الذين لهم القدرة على الاستنباط من الفروع التي يرونها صواباً ومناسبة لاحوال الناس، بحيث لا يصطدم بالكتاب والسنة والاجماع، ولايكون هذا الاستنباط تقييداً بمذهب معين، انما يستدل بالمذاهب كافة^(٢).

مع تشكيل لجان قانونية تتكون من خبراء قانونيين يفضل ان يكون اختيارهم من الذين لديهم معرفة بالإحكام الشرعية، ويكون اختيارهم من السلطتين التشريعية والتنفيذية

(١) محمد عيد عباسي، بدعة التعصب المذهبي، ط٢، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، ١٩٨٦، ص٦٧-٦٨.

(٢) د. ناصر عبد الله الميمان، المصدر السابق، ص١٣١-١٣٢.

وتعمل هذه اللجان وسيطاً بين اللجان الشرعية من جهة والبرلمان والسلطة التنفيذية من جهة أخرى تحت اشراف الهيئة العليا لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ومراقبتها.

وهكذا فما تصدره هذه اللجان من تقنيات على وفق ضوابط المشروع المقدم في اعلاه والشروط التي تطرقنا اليها، فانها تعد القوانين التي يحكم بها القاضي والتي يجب الا تخالف نصاً أو اجماعاً، التي يصدر تبعاً لها الأنظمة المتعلقة بالحكم وما إلى ذلك، وهنا يأتي دور القاضي الدستوري بمراقبة هذا التطبيق واحترامها للشرعية العليا التي تمثل بالدستور الإلهي (القرآن والسنة).

المبحث الثاني

نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة الثانية

من دساتير الدول محل الدراسة

ويتضمن هذا المبحث مطلبين، نبحت في المطلب الأول النطاق الموضوعي لتطبيق الشريعة الإسلامية، ونبحت في الثاني النطاق الزمني لتطبيق الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

النطاق الموضوعي لتطبيق الشريعة الإسلامية

لوقوف على النطاق الموضوعي لتطبيق الشريعة الإسلامية، علينا التعرف على القوانين او تحديد القوانين واللوائح الخاضعة لنطاق رقابة القضاء الدستوري، إذن ما هي القوانين الخاضعة لرقابة القضاء الدستوري ؟ وما هي اللوائح الخاضعة لنطاق هذه الرقابة وهو ما سنتطرق اليه تباعاً .

الفرع الأول

القوانين

عند الرجوع الى دستور الكويت نجده ينص على ان (يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح،.....)^(١).

(١) المادة (١٧٣) من دستور الكويت لعام ١٩٦٢.

ونص دستور مصر على ان (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح،.....)^(١).

ونص دستور العراق على (تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً: - الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة،.....)^(٢).

وهنا يثار سؤال ما هو المقصود بلفظ القوانين ؟ وهل ان القوانين الدستورية تخضع لنطاق تطبيق الشريعة الاسلامية؟

وللأجابة عن هذه الاسئلة نبحت في تعريف القانون، فقد اعطي للقانون تعريف عام وآخر خاص، فأما التعريف العام للقانون فيقصد به (مجموعة القواعد التي تنظم العيش في جماعة، التي تلزم الدولة الافراد على احترامها ولو بالقوة)، والتعريف الخاص للقانون فيقصد به (القواعد التي تصدر من السلطة التشريعية العادية)^(٣).

ويتضح من هذه التعاريف وما يترتب عليها انه بحسب التعريف العام للقانون، يعد التشريع احد مصادر القانون، وبما ان الشريعة الإسلامية اعتبرت احد مصادر التشريع، وعليه فان القانون العادي وهو التشريع الصادر عن السلطة التشريعية هو الوحيد الخاضع لنطاق تطبيق الشريعة الاسلامية.

وهذا ما أكده قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ قانون المحكمة الدستورية الكويتية في مادته الاولى^(٤).

وما تأكد في المناقشات التي دارت في المجلس التأسيسي الكويتي حول الدعوة التي اثيرت بتعديل المادة الثانية لتصبح (المصدر الرئيسي) بدلاً من (مصدر رئيسي)، لان التعديل سوف يترتب عليه ان الشريعة الإسلامية ستكون المصدر الوحيد، وهذا يعني انها المصدر

(١) المادة (١٧٤) من دستور مصر لعام ١٩٧١.

(٢) المادة (٩٣) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥.

(٣) د. عبد الحميد متولي، المصدر السابق، ص ١٨.

(٤) د. عثمان عبد الملك الصالح، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت، الرقابة القضائية إمام المحكمة الدستورية في الكويت، ط١، ب. م، ١٩٨٦، ص ١٨-٤٢.

الوحيد للقوانين العادية والدستورية وهذا يترتب عليه تعارض بين نصوص الدستور الكويتي لان الدستور الكويتي نص على (الكويت أمانة وراثية.....)^(١).

ويتعارض نظام الوراثة مع نظام الحكم في الدولة الإسلامية، فهو على أساس الشورى، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾^(٢).

لكن كانت الاجابة انه حتى لو عدلت المادة الثانية فهذا لا يؤدي إلى التعارض بين نصوص الدستور الكويتي لان النصوص الدستورية كلها ذات مرتبة واحدة، فهذا يعني انه لا يوجد تدرج بينها، لكن فاتهم ان النص اللاحق ينسخ السابق، بالنسبة للنصوص ذات المرتبة الواحدة، بحسب النظام الوضعي فإذا ما عدلت المادة، فأنها سوف تنسخ أية مادة دستورية اخرى متعارضة معها^(٣).

فعلى وفق هذه الآراء فان الشريعة الإسلامية جعلت بمرتبة النصوص الدستورية لمجرد وجود نص المادة الثانية في دستور عام ١٩٦٢ الكويتي، لكن هذه التسوية بين الشريعة الإسلامية والنصوص الوضعية غير مقبولة، لان نصوص الشريعة الإسلامية هي الدستور الإلهي فهي اعلى من الدساتير الوضعية وأسماها، فالدستور الوضعي يجب ان يكون خاضعاً وتابعاً للدستور الإلهي، وبما ان القاضي الدستوري هو حامي الشريعة الدستورية فهو هنا حامي الشريعة الإسلامية العليا، وهذا من المبادئ التي يجب العمل بها في دول العالم الإسلامي لانها شريعتنا ودستورنا، وكيف ذلك فحتى في النظم الوضعية نجدها قد اعترفت بوجود قانون اعلى من الدساتير الوضعية الغربية^(٤).

(١) المادة (٤) من دستور الكويت لعام ١٩٦٢.

(٢) سورة الشورى، الآية (٣٨).

(٣) د. فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور ١٩٧١، مجلة الحقوق، العدد (٤)، السنة ١٨، ديسمبر ١٩٩٤، ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٤) مثال ذلك القانون الطبيعي وهو (مجموعة من القواعد يوصي بها العقل القويم، وبمقتضاه نحكم بالضرورة أن التصرف ظالم أو عادل على وفق اتفاهه مع المعقول وهذا القانون الطبيعي كامن في طبيعة الروابط الاجتماعية وهو قانون ثابت لا يتغير في الزمان ولا في=

وقد أكدت وصرحت المحكمة الدستورية في الكويت بأن الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع وأنه لم يكن الوحيد^(١)، وهذا يعني ان نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية ينحصر بالقوانين الصادرة عن السلطة التشريعية فقط، أما القوانين الدستورية، فنجد الفقه اختلف في مدى خضوع النصوص الدستورية لنطاق تطبيق الشريعة الإسلامية ولاسيما بعد تعديل نص المادة الثانية من دستور مصر عام ١٩٨٠، وكان محل الخلاف في ادخال الشريعة الإسلامية في اطار القواعد الدستورية (المجموعة الدستورية) وما يترتب عليه، فاتجاه يرى ان التعديل لم يكن له أي تأثير على مكانة الشريعة الإسلامية فكل ما ترتب عليه جعلها في قمة مصادر التشريع^(٢). ويترتب عليه ان القواعد القانونية العادية من دون الدستورية هي الخاضعة لنطاق تطبيق الشريعة الإسلامية.

أما الرأي الثاني فيرى ان التعديل أوجد ألزاماً على المشرع العادي بالالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية وليس له الحرية في عدم الاخذ فيها لانه يترتب عليه مخالفة القانون للدستور^(٣)، وهذا يعني ان الشريعة الإسلامية هنا بمرتبة النصوص الدستورية لا أكثر وان الالتزام الذي جاء به التعديل موجه للمشرع العادي فقط، دون المشرع الدستوري، أما الرأي الثالث، فيرى ان تعديل المادة الثانية من دستور عام ١٩٧١ المصري، جاء بخطاب موجه لكل من المشرع العادي والدستوري والقاضي الدستوري على السواء، عليه يتمتع على المشرع اصدار قوانين مخالفة للشريعة الإسلامية ويقع عليه التزام بتنقية القوانين القائمة من أي

=المكان، شأنه في ذلك شأن القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية) ومثال ذلك الأيديولوجية أي الفكرة السائدة في المجتمع سواء كانت اشتراكية او ليبرالية وغيرها من الأيديولوجيات السائدة في الفكر الغربي العلماني، د. حميد الساعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار الحكمة، الموصل، ١٩٩٠، هامش رقم (١٤) ص ٣٦.

- (١) حكم رقم (٣) لسنة ١٩٩٢، احكام المحكمة الدستورية الكويتية.
 (٢) د. عبد الحميد متولي، المصدر السابق، ص ١٦؛ د. أحمد زكي الشبتي، المصدر السابق، ص ٤٢.
 (٣) د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ب. ت، ص ١٤٧-١٤٨.

مخالفة، وعلى القاضي الدستوري الحكم بعدم الدستورية، كلما واجهه قانوناً مخالفاً للشرعية الإسلامية، وأساس هذا الرأي يستند الى ان كلمة التشريع وردت عامة ولم تخصص فأن القصد هو القانون حسب التعريف العام له^(١)، أما موقف القضاء الدستوري في النظم الدستورية فلم يتطرق لبحث هذه المسألة لعدم عرضها عليه، وخاصة المحكمة الدستورية في مصر بالنظر للتعديل الحاصل في المادة الثانية، وقد يعود السبب بهذا الموقف السلبي للقضاء الدستوري، هو اعتبار المادة الثانية مادة دستورية كبقية مواد الدستور، وأنه لم يطعن امامه بمخالفة نص دستوري لمبادئ الشريعة الاسلامية، مع ان المحكمة الدستورية في الكويت والمحكمة في مصر وكذلك في العراق (المحكمة الاتحادية العليا) قد قبلت بالنظر في الدعاوي الدستورية شكلاً، المبنية على مخالفة الشريعة الإسلامية ولكن في إطار مخالفة القوانين العادية للشرعية الإسلامية^(٢).

وهكذا فأن موقف القضاء الدستوري هو جعل مبادئ الشريعة الإسلامية، في مرتبة مساوية للنصوص الدستورية، وهذا الموقف مرفوض، لان نصوص القرآن والسنة النبوية الشريفة هي اعلى من النصوص القانونية الدستورية والعادية ففي ظل النظام الوضعي نشأت الرقابة الوضعية على يد القاضي مارشال اجتهاداً من دون وجود نص دستوري فكانت سابقة في هذا المجال، والشريعة الإسلامية اسمى من هذه القوانين الوضعية كلها، فهي ليست وقفاً على وجود نص دستوري يخول القاضي الدستوري لتطبيقها وتحديد نطاقها، لانها لازمة بذاتها وواجبة لانها تتمتع بالألزام الشرعي التلقائي لما تتميز به من خصائص كالمصدر الألهي للشرعية الاسلامية وابتنائها على جلب المصالح ودرء المفاصد والشمول والعموم وغيرها.

- (١) د. فتحي فكري، المصدر السابق، ص ٢٨٣؛ د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية) ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ب. ت، ص ١١٦.
- (٢) موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر ، قضية رقم ٦٢ لسنة ١٣ ق، د، جلسة ٥ سبتمبر لسنة ٣ ق، د، جلسة ٢ أبريل ١٩٨٨؛ أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٧، ٢٠٠٦، ٢٠٠٥)، حكم رقم ١١ / اتحادية / ٢٠٠٦ - ٢٤ / ٨ / ٢٠٠٦، ص ١٣.

الفرع الثاني

اللوائح

اللوائح (تشريع فرعي يصدر عن السلطة التنفيذية على وفق أحكام الدستور)^(١) واللوائح اما ان تكون لوائح عادية وهي (اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة) او اللوائح غير العادية وهي (لوائح الضرورة واللوائح التفويضية) بحسب الترتيب الآتي:

أولاً- اللوائح العادية وتشمل:

١. اللوائح التنفيذية: هي اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية متضمنة مجموعة من القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية^(٢).
٢. اللوائح المستقلة: او القائمة بذاتها وهي لوائح لا تستند الى قانون او لتنفيذ قانون ما ومنها لوائح المصالح العامة ولوائح الضبط وتستند الى الدستور ذاته^(٣).

ثانياً- اللوائح غير العادية وتشمل:

١. لوائح الضرورة: هي تشريع فرعي تصدره السلطة التنفيذية لمواجهة ظروف استثنائية عاجلة او ملحة توجب الاسراع واتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ولا يتيسر مواجهتها بالقانون العادي اما لغيبة المجلس التشريعي او فيما بين ادوار انعقاده او فترة حله او وقت جلساته، ولها قوة القانون لذا نجد انها تمنح سلطة اصدارها لرئيس الدولة غالباً^(٤).

(١) د. نوره فرغلي عبد الرحمن السناري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ط١، ب. م، ٢٠٠٧، ص٩.

(٢) د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص٥٩٧-٥٩٩.

(٣) د. منير عبد الحميد، أصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص١١٣-١٢٣.

(٤) د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، ب. م، ٢٠٠٤، ص٣٧٤-٣٧٧.

٢. اللوائح التفويضية: هي قرارات تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من المشرع في مسائل تشريعية معينة وهي في الاصل من اختصاص الهيئة التشريعية^(١).
ونجد ان اللوائح تعد عملاً إدارياً اذا اعتمدنا المعيار الشكلي لمفهوم التشريع " لانها تصدر عن السلطة التنفيذية (هيئات ادارية)^(٢).
وتعد عملاً تشريعياً استناداً الى المعيار الموضوعي لانها تتضمن قواعد عامة مجردة وهي بذلك تتميز عن الأعمال الإدارية الفردية^(٣)، ويلحظ ان اصدار اللوائح لا يتضمن الاجراءات اللازمة لاصدار القوانين العادية من المجلس التشريعي لذا ارتقت أغلب النظم القضائية التي تأخذ بنظام القضاء الدستوري اخضاعها لرقابة الدستورية حفاظاً على الشرعية الدستورية، في الوقت ذاته تخضع من حيث شرعيتها لرقابة القضاء الاداري على أساس انها اعمال ادارية بحسب المعيار الشكلي^(٤).

فخضوع اللوائح لرقابة القضاء الدستوري أمر مفرغ منه في الدول الثلاث محل الدراسة لانها نصت بنصوص صريحة على اخضاعها للرقابة الدستورية، والمقصود في اللوائح هنا بحسب المادة (١٧٣) من دستور الكويت لانواع اللوائح جميعها وهو ما أكده قانون انشاء المحكمة الدستورية رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣، لكن المادة السادسة من قانون المحكمة أضافت اختصاص النظر في شرعية اللوائح للمحكمة الدستورية في حين ان هذا الاختصاص منعقد حسب (المادة ١٦٩ للغرفة او المحكمة الادارية والمادة ١٧١ لمجلس الدولة)^(٥).

(١) د. محمود حلمي، دستور جمهورية مصر العربية والساتير العربية المعاصرة، ط٥، ب. م، ١٩٧٣، ص١٥٥-١٥٦.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، ب. م، ١٩٨٤، ص١٦٤.

(٣) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص٣٧-٣٩.

(٤) د. سامي جمال الدين، المصدر السابق، ص٥٢؛ د. نوره فرغلي السناري، المصدر السابق، ص١٠.

(٥) على أثر ذلك اختلف الفقه فرأى يرى أن اختصاص المحكمة الدستورية ينصرف إلى رقابة دستورية اللوائح من دون شرعيتها. أما الرأي الثاني فيرى أن اختصاص النظر في شرعية اللوائح ليس اختصاص مانع بحيث يسلب هذا الاختصاص من الجهات المختصة=

وبما أن اللوائح جميعها تخضع للاختصاص الرقابي للمحكمة الدستورية واللوائح في مرتبة أدنى من التشريع العادي وهو خاضع للرقابة الدستورية ولنطاق تطبيق الشريعة الإسلامية فهذا يعني ان اللوائح من باب اولى تخضع لنطاق تطبيق الشريعة الإسلامية، والقوانين المصرية لا تختلف عن الكويتية فقد اوردت لفظ اللوائح بشكل مطلق، وهذا يعني ان اللوائح جميعها تدخل في اختصاص القضاء الدستوري الرقابي ما عدا القرارات التي لا تتضمن قواعد تنظيمية (القرارات الفردية) وهو ما أكدته المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في مصر^(١)، ثم ان مخالفة اللائحة للدستور شكلية أما للقانون فموضوعية، وهذا يعني ان عيب عدم الدستورية هو عيب احتياطي لا يلجأ اليه القاضي الدستوري الا اذا انعدم عيب عدم المشروعية^(٢). وبهذا يعني ان اللوائح في التشريعات المصرية لا تختلف عما هي عليه في التشريعات الكويتية للأسباب ذاتها تخضع لنطاق تطبيق الشريعة الاسلامية.

أما الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ فقد جاءت المادة (٩٣)- (تختص المحكمة الاتحادية العليا فيما يأتي: - أولاً- الرقابة على دستورية القوانين والانظمة النافذة،....)، وكلمة الانظمة تعني اللوائح فهي عامة، فيعني ان اللوائح العادية وغير العادية تخضع للرقابة الدستورية سواء أكانت صادرة عن السلطات الاتحادية ام سلطات الاقاليم التنفيذية^(٣)، بحسب ما أشارت اليه المادة (١٢١ - أولاً- لسلطات الاقاليم، الحق في ممارسة السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقاً لاحكام هذا الدستور،.....).

=دستورياً ولكن تمارسه المحكمة الدستورية استثناءً إذا ما عرضت عليها لائحة مخالفة للدستور ومخالفة لقانون ما في الوقت نفسه. للمزيد من التفصيل ينظر: سحر احمد الرفاعي، استقلال القضاء وأثره على أعمال رقابة دستورية القوانين في الكويت والقانون المقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ٢٤٠؛ د.عثمان عبد الملك صالح، المصدر السابق، ص ٦٧-٦٨.

(١) د. رمزي الشاعر، المصدر السابق، ص ٣٧٨-٣٧٩.

(٢) المصدر نفسه، ص ٣٨١.

(٣) د. عصام سعيد عبد، الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٧، ص ٢٦٤.

وعليه اللوائح تخضع لنطاق تطبيق الشريعة الاسلامية سواء كانت اللوائح عادية أم غير عادية.

المطلب الثاني

النطاق الزمني لتطبيق الشريعة الإسلامية

نبحث في هذا المطلب مدى خضوع القوانين التي يسنها البرلمان لحكم الدستور (قبل نفاذه وبعده) ومن ثم الخضوع حكماً للمادة الثانية (الشريعة الإسلامية)، وهل ان هذا الخضوع يتحدد بزمن معين.

ونص دستور الكويت لعام ١٩٦٢ على (كل ما قرره القوانين واللوائح والمراسيم والاورام والقرارات المعمول بها عند العمل بهذا الدستور يظل سارياً ما لم يعدل او يلغ وفقاً للنظام المقرر بهذا الدستور، وبشرط الا يتعارض مع نص من نصوصه)^(١).

فهذا يعني انها تظل سارية ومعمول بها ما لم تخالف الدستور فهي تخضع لحكم الدستور كلاً والمادة الثانية احد مواد الدستور، وهذا يعني ان القوانين واللوائح الصادرة قبل نفاذ دستور عام ١٩٦٢ وبعده خاضعة لحكمه ومن ثم خاضعة لنطاق الشريعة الإسلامية، لكن عبر المناقشات التي قدمت في جلسات المجلس التأسيسي الكويتي حول اقتراح تعديل نص المادة الثانية وإضافة (ال) التعريف الى كلمة (مصدر رئيسي) فقط تراجع المطالبون بالتعديل بسبب الايضاح الذي قدم خاصةً من الخبير الدستوري ان اضافة (ال) فهذا يعني التخصيص ومن ثم يترتب عليه ان الشريعة الإسلامية ستكون المصدر الوحيد للقانون، وعند ذلك يفرض التزام على المشرع الدستوري والعادي الكويتي بتصنيف القوانين الدستورية والعادية واللوائح من أية مخالفة للشريعة الإسلامية سواء التي صدرت قبل نفاذ دستور ١٩٦٢ او بعده^(٢).

وهكذا فأن نطاق سريان حكم المادة الثانية يشمل القوانين واللوائح الصادرة بعد نفاذ الدستور، خاصة بعد ان تعد الشريعة الإسلامية احد مصادر التشريع أي ليس المصدر الوحيد للتشريع، ويترتب عليه في هذه الحالة ان القوانين التي صدرت قبل نفاذ دستور عام ١٩٦٢ وان

(١) المادة (١٨٠) من دستور الكويت لعام ١٩٦٢.

(٢) د. فتحي فكري، المصدر السابق، هامش رقم (١، ٢) ص ٢٨٦.

تضمنت حكماً مخالفاً للشريعة الإسلامية، فلا يعني انها تنطوي على مخالفة للشريعة الإسلامية أي انها غير دستورية، لا مكان الحكم بدستوريتها لان الشريعة الاسلامية احد مصادر التشريع وهذا يعني انها ليست المصدر الوحيد للتشريع، وهو ما كان عليه اتجاه المحكمة الدستورية في الكويت^(١).

أما في مصر فقد كان لتعديل المادة الثانية عام ١٩٨٠ لتصبح (المصدر الرئيسي) بدلاً من (مصدر رئيسي) تأثير كبير في تحديد النطاق الزمني لتطبيق الشريعة الاسلامية، فقد اتجه جانب من الفقه الدستوري المصري على ان التشريعات القائمة قبل صدور الدستور المصري لعام ١٩٧١ لا تتضمن مخالفة للشريعة الإسلامية حتى لو كانت فعلاً مخالفة لها لان الدستور لم يكن معمولاً به وقت اصدارها وتستمر وتبقى نافذة المفعول^(٢).

وبعد التعديل فإن غالبية الفقه الدستوري^(٣)، أيد موقف المحكمة الدستورية العليا^(٤)، في عدم سريان حكم المادة الثانية على التشريعات السابقة على (٢٢ مايو ١٩٨٠)، مستندة الى حجج يمكن استقراؤها عبر أحكام المحكمة الدستورية العليا وهي^(٥):

أولاً - لم ينص الدستور صراحة على أن تعد التشريعات القائمة وقت صدوره غير دستورية اذا ما تضمنت حكماً مخالفاً للشريعة الإسلامية.

ثانياً - قبل صدور دستور ١٩٧١ لم يكن المشرع العادي ملزم باتباع الشريعة الإسلامية.

ثالثاً - ورد في تقرير اللجنة العامة لمجلس الشعب بجلسته (٥ سبتمبر ١٩٨١) ان نص المادة

(١) حكم رقم ٣ لسنة ١٩٩٢، احكام المحكمة الدستورية في الكويت.

(٢) د. عبد الحميد متولي، المصدر السابق، ص ٢١-٢٢.

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار، المحكمة الدستورية ونص المادة الثانية من الدستور، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق (دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري)، جامعة حلوان، مصر، ٣٠-٣١ / مارس / ١٩٩٨، ص ٥٦٠.

(٤) قضية رقم ٦٧ لسنة ٤ ق، د، ٢ / ٢ / ١٩٨٥ والقضية رقم ٦٢ لسنة ١٣ ق، د، ٥ سبتمبر ١٩٩٢ والقضية رقم ٢٥ لسنة ١١ ق، د، ٢٦ مارس ١٩٩٤، موسوعة احكام المحكمة الدستورية العليا في مصر.

(٥) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص ٥٦٠-٥٦٢.

الثانية يلزم المشرع العادي مستقبلاً فقط بما يصدره من قوانين.

رابعاً - الانتقال الى النظام الإسلامي يعتبر هزة عنيفة للنظام القانوني المصري.

خامساً - اتجاه المحكمة الدستورية العليا الى ان القصد من المادة الثانية الزام المشرع العادي فقط بعد تاريخ ١٩٨٠ بالالتزام بالشريعة الإسلامية واحكامها وإلا تعد تشريعاته مخالفة للدستور.

أما بالنسبة للنطاق الزمني لحكم المادة الثانية من دستور العراق لعام ٢٠٠٥، فلم نجد أية تصريحات فقهية حول النطاق الزمني لحكم هذه المادة، لكن بالرجوع الى نص المادة (١٣٠) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ فأنها تنص على (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ او تعدل، وفقاً لاحكام هذا الدستور) وعليه فأن الاستفادة من مفهوم هذا النص ان الالغاء او التعديل هو حكم ينسحب الى كل تشريع سابق على تأريخ هذا الدستور ونافذ ومعمول به لكنه مخالف لأحكام هذا الدستور، والمادة الثانية من مواد الدستور، وبالتالي يعني ان النطاق الزمني لحكم المادة الثانية ينصرف او يسري على التشريعات السابقة لتاريخ اصدار دستور ٢٠٠٥، ثم ان المادة (١٣/ ثانياً) من الدستور نصت على (ثانياً: لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الاقاليم أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه) وهذا يجعل حكم المادة الثانية يسري كذلك بالنسبة للمستقبل فيما يتم صياغته من قواعد قانونية، وهذا ما جرى عليه موقف المحكمة الاتحادية العليا إذ قضت بعدم دستورية قرار صادر قبل نفاذ دستور ٢٠٠٥ لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية (ثوابت الإسلام)^(١).

وهكذا فأن موقف القضاء الدستوري في الكويت ومصر كان مقيداً بشروط محددة ضمن نطاق زمني معين، إذ من المفترض ان تخضع التشريعات جميعها من قوانين ولوائح لنطاق تطبيق الشريعة الإسلامية موضوعاً، ولنطاقها الزمني ولا ينحصر هذا النطاق بقانون ما دون آخر، او بفترة زمنية معينة، لان تطبيق الشريعة الإسلامية لا يكون فيه انتقائية، لان

(١) جعفر كاظم المالكي، المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا، ط١، العاتك لصناعة لكتاب، القاهرة، ٢٠١١، قرار رقم ١١ / ت / ٢٠٠٦ بتاريخ ٢٤ / ٨ / ٢٠٠٦، ص ١٣ -

الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق كلاً، لكن هذا التطبيق الكلي كيف يكون ؟ وهنا كانت الاجابات بمن دعا الى التطبيق الفوري ومن دعا الى التطبيق التدريجي، وهذا ما سنبحثه في ما يأتي:

الفرع الأول

التطبيق الفوري

أصحاب هذا الرأي يدعو الى التطبيق الفوري للشريعة مستندين في ذلك الى ان حكم الله تعالى في كتابه وسنة رسوله (ﷺ) هي الحكم الحق الواجب، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾^(٣)، وهذا دليل على تمام النعمة والدين فما علينا الا التطبيق، وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾^(٤).

وهذا يعني ان التدرج في التطبيق يعني الانتقاء في التطبيق لانه في مرحلة ما سوف يطبق الحكم بغير ما أنزل الله، فهل يعد هذا تطبيقاً كاملاً للشريعة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٥).

(١) سورة المائدة، الآية (٣).

(٢) سورة آل عمران، الآية (١٣٣).

(٣) سورة المائدة، الآية (٤٨).

(٤) سورة المائدة، الآية (٤٩).

(٥) سورة المائدة، الآية (٦٠).

فهذه الآية صريحة فلا يجوز لاحد ان يعود ويحرمها تدريجياً لان زمن الوحي قد انتهى، الا في حالة الشبهة يجوز اسقاطها للمضطر، فالتطبيق التدريجي على ذلك يعني الخلط بين حكم الله والقانون الوضعي، لذا كان التطبيق الفوري الكامل هو الصحيح^(١).
 كما استدلت اصحاب هذا الرأي بما صدر عن الرسول (ﷺ)، فلم يقبل ان يعفي ثقيف من بعض الاحكام (ومنها الصلاة) ولم يقبل تأجيل هدم صنمهم اللات شهراً^(٢).
 وكذلك ما أجمع عليه الصحابة كأجماعهم على قتال الممتنعين عن الشرائع، والاجماع على قتال مانعي الزكاة وإن كانوا يصلون الخمس ويصومون شهر رمضان^(٣).

الفرع الثاني

التطبيق التدريجي

يقصد بالتدرج بالتطبيق (بيان الأحكام الشرعية للناس شيئاً فشيئاً لتتم معرفتها واستيعابهم لها وادراكهم لحقيقتها، والتدرج فيها من الايسر الى ما يليه، حتى ينخرطوا في دين الله وشرعه، ويقتنعوا به، ويلتزموا باحكامه فكراً وسلوكاً وهذا واجب العلماء والدعاة خاصة، وواجب كل مسلم عامة)^(٤).

(١) ينظر: د. محمد عبد القادر الشريف، التدرج في تطبيق الشريعة الإسلامية، اللجنة العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، إدارة البحوث والمعلومات، الكويت، مسحوب من الموقع الالكتروني: تاريخ الزيارة ٢٠١١/٤/١٨ <http://sharea.gov.kw/index.php>

(٢) أبو أحمد عبد الرحمن المصري، التدرج في التشريع ودعوى عدم القدرة على تطبيق الشريعة الإسلامية، مجموعة الأنصار البريدية، ب. م، ٢٠٠٩، ص ١٠.

(٣) تقى الدين احمد بن تيمية، مجموع الفتاوي، ج ٣، ط ٣، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٥، ص ٢٤٤-٨٤٨.

(٤) د. محمد مصطفى الزحيلي، التدرج في التشريع والتطبيق في الشريعة الإسلامية، ط ١، طبعة خاصة باللجنة العليا، الكويت، ٢٠٠٠، ص ٢٨.

فوفقاً لهذا الرأي ان تطبيق الشريعة الإسلامية يقتضي العلم والفهم بالأحكام الشرعية وهذا لا يمكن حصوله في ليلة وضحاها إذاً وجب التدرج في التطبيق، لان التطبيق على دفعة واحدة قد يؤدي الى نتائج خطيرة إذ لا يمكن إنكار المشقة التي تترتب على هذا التطبيق الفوري الكامل.

لذلك لابد من تطبيق الشريعة بمنع كل ما يخدش العقيدة والأخلاق والعبادات ومن ثم تطبيق الأحكام الأخرى كالمعاملات المالية والحدود والقصاص وغيرها من الأحكام^(١). ولتطبيق الشريعة الإسلامية يجب ان تهياً النفوس والمجتمع الإسلامي بالتصفية والتربية أي بتصفيتها من كل ما هو دخيل عليها من مفسد كالشرك والبدع وغيرها، لقوله تعالى: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ﴾^(٢).

إذ يجد أصحاب هذا الرأي ان التطبيق التدريجي ما هو الا استجابة للقدرات والامكانيات كافة ومراعاة الظروف والاحوال والمصالح كلها وهو ما أتبع في الرعييل الأول وهو حكمة تدعو الى التطبيق التدريجي بالنظر الى حال معظم المجتمعات الإسلامية في الوقت الحاضر^(٣). واستند اصحاب هذا الرأي بمنهج القرآن الكريم في التدرج في التشريع، فقد نزلت احكام الشريعة بالتدرج بحسب الحكمة الإلهية ومقتضيات الظروف والاحوال، اذاً القرآن نزل منجماً مفرقاً ومجزأً في آيات على مدى ثلاث وعشرين عاماً وهذا أكبر دليل للاخذ بمنهج التدرج في التطبيق لقوله تعالى: ﴿وَقُرْآنًا فَرَقْنَاهُ لِتَقْرَأَهُ عَلَى النَّاسِ عَلَى مُكْثٍ وَنَزَّلْنَاهُ تَنْزِيلًا﴾^(٤).

(١) د. علي جريشة، شريعة الله حاكمة، دار غريب للطباعة، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٣٤-٣٧.

(٢) سورة الروم، الآية (٤١).

(٣) د. محمد أبو الفتح البيانونتي، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، طبعة خاصة باللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، الكويت، ١٩٩٦، ص ٣٨-٣٩.

(٤) سورة الإسراء، الآية (١٦).

كما روى البخاري في صحيحه (إنما نزل أول ما نزل منه سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس الى الاسلام نزل الحلال والحرام ولو نزل أول شيء لا تشربوا الخمر لقالوا: لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل لا تزنوا لقالوا: لا ندع الزنا أبداً لقد نزل بمكة.....)^(١).

وقد تعود الناس على ادراك الامور المورثة فإذا ما انزلت الأحكام الشرعية دفعة واحدة لأعرضوا عنها ولملوا منها^(٢).

ومما جاء في سيرة الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز عندما أراد ان يرد بالحياة الى هدي النبي محمد (ﷺ) والخلفاء الراشدين، وذلك بعد ان يتمكن ويمسك الخيوط بيده، وإن ابنه عبد الملك قال: (ما لك لا تنفذ الامور؟ فو الله ما أبالي لو ان القدور غلت بي وبك في الحق) قال له عمر: (لا تعجل يا بني، فإن الله ذم الخمر في القرآن مرتين، وحرّمها في الثالثة، وإنّي أخاف ان أحمل الحق على الناس جملةً، فيدفعوه جملةً، ويكون من ذا فتنة)^(٣).

وان التدرج من باب التيسير ونفي الحرج عن الناس، والحكمة من ذلك ان هذا المنهج في التشريع يجعل الاحكام اخف على النفس مما لو نزلت دفعة واحدة ومن ثم ادنى الى القبول والامثال كما ان في هذا التدرج تيسير للمخاطبين لمعرفة الاحكام وحفظها والاحاطة بأسبابها وظروف تشريعها^(٤)، وبالنظر الى حال المسلمين اليوم من ضعف الإيمان وغلبة الحياة المادية علينا، وثبوت المنكرات حتى أصبحت هي السائدة، فالقول ان التدرج بالتطبيق هو الذي يتلاءم مع ظروف الحال وما نحت عليه من بعد عن كتاب الله تعالى وحكمه، وحتى ان هذا المنهج يتناسب مع النفس البشرية فهي لاتقبل الدعوة الا اذا كانت باللين والتيسير، لقوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب فضائل القرآن، باب تأليف القرآن (الحديث ٤٩٩٣).

(٢) د. محمد مصطفى الزحيلي، المصدر السابق، ص ٣٣-٥٤.

(٣) أبو اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي، الموفقات، ج ٢، ط ١، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الخبر، ١٩٩٧، ص ١٤٨.

(٤) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط ١٦، مؤسسة الرسالة، لبنان،

٢٠٠٢، ص ٩٣.

أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ^(١)، وقوله تعالى ﴿ اذْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ ۖ فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَىٰ ۖ ﴾^(٢).

ويرى الباحث أن هنالك فرق واضح بين التدرج في التشريع والتدرج في التطبيق فإذا كانت الدعوة إلى التدرج في الوقت الحاضر القصد منها هو التدرج في التشريع فإن ذلك لا يمكن قبوله لأن الشريعة الإسلامية كاملة إذ لا يجوز تحليل ما حرم الله أو تحريم ما حلل الله، أما إذا كان القصد منه هو التدرج في التطبيق فإنه يجب أن نوضح أن الأصل هو التطبيق الفوري الكامل للشريعة الإسلامية، لكن إذا كان هنالك عجز حقيقي عن تطبيق بعض أحكام الشرع لأسباب قاهرة يجوز تطبيقها جزئياً على مراحل للتوصل إلى التطبيق الكامل وفقاً لشروط وضوابط شرعية مع ضرورة ملاحظة أن هنالك بعض الأحكام لا تقبل إلا التطبيق الفوري، وهنالك أحكام تقبل التطبيق التدريجي وذلك يحدد من قبل كبار الفقهاء بما لا يتعارض مع أحكام الشرع.

ولا يقتصر البدء بالتطبيق والتهيئة على الجهات الحكومية فالكل مسؤول عن هذا التطبيق حكماً ومحكومين والعمل معاً لتضافر الجهود وجعل البداية بالتهيئة ثم الدخول في خطة مدروسة على مراحل وهكذا وصولاً إلى المرحلة الأخيرة من هذا التدرج وهو التطبيق الشامل لقوله (ﷺ): (إلا كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته فالأمير الذي على الناس راعٍ وهو مسؤول عن رعيته والرجل راعٍ على أهل بيته وهو مسؤول عنهم والمرأة راعية على بيت بعلمها وولده وهي مسؤولة عنهم والعبد راعٍ على مال سيده وهو مسؤول عنه إلا فكلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته)^(٣).

أما موقف النظم الدستورية من هذا التطبيق، فنجد أن الكويت فقط من أوضحت عن منهجها وهو التدرج في التطبيق، الذي هو من المبادئ التي تقوم عليها أهداف اللجنة

(١) سورة النحل، الآية (١٢٥).

(٢) سورة طه، الآية (٤٣-٤٤).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفتن، باب كراهية التطاول على الرقيق وقوله عبدي أو امتي (الحديث ٢٥٥٤)، وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأمانة، باب الناس تبع لقريش والخلافة في قريش (الحديث ١٨٢٩) واللفظ لمسلم.

الاستشارية العليا لاستكمال تطبيق الشريعة الإسلامية، وعليه نستعرض هذه الاهداف والمبادئ بحسب الترتيب الآتي:

أولاً- اهداف اللجنة الاستشارية العليا:

١. وضع تصور لايجاد بيئة مهيئة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ويتطلب تحقيق هذا الهدف ما يأتي: -

(أ) اعداد خطة اعلامية تريبوية موجهة الى نخبة البلد وعامتهم لايجاد البيئة المهیئة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

(ب) العمل على ايجاد مؤسسات تسهم في تهيئة الأجواء.

٢. تقديم البدائل الشرعية للتشريعات والممارسات السارية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ويتطلب تحقيق هذا الهدف ما يأتي: -

(أ) رسم استراتيجية التحول والتي عن طريقها يتم اقتراح البدائل الشرعية (ويتم ذلك من خلال التنسيق بين اللجان الفرعية - فالاقتصادية تتبنى النظام المزدوج،.....).

(ب) الاشراف والتنسيق بين جهود اللجان المختلفة للتأكد من استكمال المسح التشريعي والميداني للمخالفات الشرعية في الشؤون الحياتية المختلفة.

(ج) دراسة الموانع وتشخيص المشكلات.

٣. وضع تصور حول منع الممارسات والتشريعات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

٤. اعداد تصور واضح حول انشاء جهاز للمتابعة والتحقق من كفاءة تطبيق خطة عمل اللجنة بعد استكمال عمل اللجنة وتحديد دورها في متابعة التنفيذ في فترة عملها.

٥. وضع برنامج زمني لاستكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وهذا يستدعي رسم خطة متكاملة لتهيئة الأجواء عبر التنسيق بين خطط اللجان.

ثانياً- مبادئ اللجنة:

١. العمل عبر خطة عامة.

٢. الشورى.

٣. مراعاة واقع البلاد ومصالحها.

٤. الاستفادة من رحابة وسعة الفقه الاسلامي.

٥. التدرج.

٦. ضمان نجاح تطبيق أحكام الشريعة وليس مجرد الأستكمال.
٧. المحافظة على النظم التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.
٨. التأني والتثبت،.....^(١).

المبحث الثالث

تطبيقات القضاء الدستوري في ضوء المادة الثانية

من دساتير الدول محل الدراسة

عند الرجوع الى القضاء الدستوري في الدول الثلاث محل الدراسة، نجده قد عُرض عليه الطعن بمخالفة قانون او لائحة للمادة الثانية التي تحيل الى الشريعة الاسلامية ومن ثم مخالفتها للشريعة الإسلامية، وهو في اطار ممارسته لاختصاصاته في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وعليه نبحت ونستعرض في هذا المبحث موقف القضاء الدستوري من هذه الطعون وموقفه من تطبيق الشريعة الإسلامية في ذلك، وكيف عالج هذه الطعون في مجال رقابة الشرعية الإسلامية استناداً الى المادة الثانية، وعليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين، يتعلق المطلب الأول بالتطبيقات القضائية في مجال القانون العام، ويتعلق المطلب الثاني بالتطبيقات القضائية في مجال القانون الخاص.

المطلب الأول

التطبيقات القضائية في مجال القانون العام

القانون العام (هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة سلطة وسيادة)^(٢). ويتضمن هذا القسم فروع متعددة (القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون الجنائي والقانون الاداري والقانون المالي).

(١) د. أيوب خالد الأيوب القناعي، المصدر السابق، ص ١٩-٢٠.

(٢) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، ١٩٩٣، ص ٣٩؛ د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط ١، دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٩، ص ٤٤٣.

وتتناول من هذه القوانين، التطبيقات القضائية في مجال القانون المالي في الفرع الاول، والقانون الجنائي في الفرع الثاني لتضمنهم مخالقات صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

القانون المالي

عرف القانون المالي بأنه (مجموعة القواعد التي تحكم مالية الدولة، من حيث بيان موارد الدولة المختلفة من رسوم وضرائب وقروض وكيفية تحصيلها ويحدد الأوجه التي تنفق فيها تلك الاموال)^(١).

استناداً الى هذا التعريف نرى ان القانون المالي يُعنى بتحديد نفقات الدولة العادية (أوجه الإنفاق العام) وتحديد الإيرادات العامة، وأوجه تحصيله من رسوم وضرائب وغيرها، وتحديد القواعد التي تحكم الميزانية العامة وتنفيذها والرقابة عليها وكل ما يتعلق بالقروض وغيرها من الشؤون المالية الخاصة بالدولة، لكن بحسب ما ذكر من مصارف وموارد للدولة لم تنزل الزكاة كأحد أوجه تحصيل موارد الدولة في حين ان الله تعالى قد شرع الزكاة، فهي عبادة وفيها تحقيق مصلحة لفئات المجتمع المسلم^(٢).

لقوله تعالى: ﴿اقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاٰكِعِينَ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ اَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ اِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ وَاللَّهُ سَمِيْعٌ عَلِيْمٌ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿قُلْ اِنَّ رَبِّي يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَيَقْدِرُ لَهُ وَمَا اَنْفَقْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّاٰقِعِينَ﴾^(٥).

(١) توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٢) د. وليد خالد الربيع، الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، ط ١، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٧، ص ٩٤ - ٩٥.

(٣) سورة البقرة، الآية (٤٣).

(٤) سورة التوبة، الآية (١٠٣).

(٥) سورة سبأ، الآية (٣٩).

ولأن الزكاة فيها دفع لكثير من الحاجات والضرورات وفيها تحقيق لمصالح فردية متاحة وتنفي كثيراً من المفاصد الاجتماعية والخلقية إذا ما صرفت في وجهها ولمستحقيها بحسب الشرع، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾^(١).

وهكذا كان واجباً على الدولة المسلمة تحصيل الزكاة بشروطها وصرفها في أوجهها الشرعية، مع أننا نجد أن القوانين الوضعية قد تناولت بالتنظيم تحصيل الضرائب قانوناً، وهي بهذا أحلتها محل الزكاة الواجبة، ويقصد بالضرائب في إطار القانون الوضعي (اقتطاع مالي الذي يلزم الأشخاص بأدائه للسلطات العامة بصفة نهائية من دون مقابل بغرض تحقيق نفع عام)^(٢).

ويطلق عليها في الشريعة الإسلامية التوظيف وهي (الفريضة المالية التي يقررها ولاة الأمر على الموسرين لسد حاجة شرعية بشروط)^(٣).

وقد اختلف الفقهاء في تحريمها او اجازتها بشروط وضوابط، فهناك فئة وهم قلة ومنهم الضحاك بن مزاحم، ذهبوا الى منع اخذ الضرائب مطلقاً^(٤) واستندوا الى ادلة عديدة منها، انه لم يرد جواز اخذ الضرائب من الناس في نصوص الكتاب والسنة، بل ان فيهما ما يشير الى المنع من ذلك، كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(٤).

(١) سورة التوبة، الآية (٦٠).

(٢) وليد خالد الشايجي، المدخل إلى المالية العامة الإسلامية، ط١، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٥، ص ٤٤.

(٣) المصدر نفسه، ص ١١٠.

(٤) سورة النساء، الآية (٢٩).

وقوله (ﷺ): - (لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه)^(١)، والضرائب اخذ اموال الناس بغير رضاهم، ومنها ايضا "قوله (ﷺ): (ليس في المال حق سوى الزكاة)^(٢). ومعنى هذا ان ما يؤخذ من الناس من غير الزكاة هو اخذ بغير حق، فيكون غير جائز^(٣) ومما يؤكد ذلك ايضا حديث الاعرابي، عن ابي هريرة رضي الله عنه ان اعرابيا " اتى النبي (ﷺ) فقال: دلني على عمل اذا عملته دخلت الجنة، قال: (تعبد الله ولا تشرك به شيئا" وتقيم الصلاة المكتوبة وتؤدي الزكاة المفروضة وتصوم رمضان)، قال: والذي نفسي بيده لا ازيد على هذا، فلما ولى، قال النبي (ﷺ): (من سره ان ينظر الى رجل من اهل الجنة فلينظر الى هذا)^(٤).

وهذا يدل على ان المفروض هو الزكاة فقط ولا يجب على الانسان شيء اخر، واستدلوا كذلك عن عمر (رضي الله عنه): (ان العباس بن عبد المطلب سأل رسول الله (ﷺ) عن تعجيل صدقته قبل ان تحل فرخص له في ذلك)^(٥).

(١) اخرجه ابو الطيب في شرحه لسنن ابي داود - كتاب الاقضية، باب الصلح (الحديث ٢٦١).

(٢) اخرجه الترمذي في سننه، كتاب الزكاة، (الحديث ٦٥٩).

(٣) ينظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى شرح المجلى، تحقيق: احمد محمد شاكر، ج ٤، ط ١، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٩٧، ص ٢٢١.

(٤) متفق عليه: اخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة - باب وجوب الزكاة (الحديث ١٣٩٧)، واخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الايمان - باب بيان الايمان الذي يدخل به الرجل الجنة وان من تمسك بما امر به دخل الجنة (الحديث ١٤) واللفظ للبخاري.

(٥) ابو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج ٣، ط ٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٢، ص ٣٧٥.

اما الجمهور فذهبوا الى جواز فرض الضرائب عند الحاجة بشروط وضوابط^(١)، وهذا يعني انه اذا فرضت من دون هذه الضوابط، فهي حرام واستدلوا بعبدة ادلة^(٢).
 منها قوله تعالى: ﴿لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾^(٣)، لان قوله تعالى: ﴿وَآتَى الزَّكَاةَ﴾ ثم قال تعالى بعد ذلك: ﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ﴾، فدل على ان المراد بالكلام الثاني غير المطلوب اولاً، لان ذلك سيكون تكراراً، ولان العطف يقتضي المغايرة^(٤)، وثبت بهذه الاية وجوب الحق في المال^(٥).

واستدلوا بقوله (ﷺ): (من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان له فضل من زاد فليعد به على من لا زاد له)^(٦)، وعن عبد الرحمن بن أبي بكر ان اصحاب الصفة كانوا اناساً فقراء وان النبي (ﷺ) قال: (من كان عنده طعام اثنين فليذهب بثالث وان اربع

(١) أبي المعالي الجويني، غياث الأمم في آلتياث الظلم، تحقيق: د. مصطفى حلمي ود. فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، ١٤٠٠، ص ١٩٣-١٩٤؛ ابن حزم، مصدر سابق، ج ١٠٥، ص ١٠٥.

(٢) ابن حزم، مصدر سابق، ج ٦، ص ١٥٧.

(٣) سورة البقرة، الآية (١٧٧).

(٤) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لإحكام القرآن، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج ٣، ط ١، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٥٩-٦٠.

(٥) الفخر الرازي، التفسير الكبير، ج ٥، م ٢، ط ٤، دار احياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠١، ص ٢١٧.

(٦) اخرجه مسلم في صحيحه -كتاب اللقطة -باب استحباب المؤاساة بفضول المال (الحديث ١٧٢٨).

فخامس او سادس^(١)، فما هذه الاحاديث الشريفة وغيرها ما هي الا دليل على الامر بمساعدة المسلمين بالمال اذا احتاجوا لان الخير مأمور به وهو من الطاعة^(٢)، وغير ذلك من الأدلة التي تدل على رجحان رأي الجمهور^(٣).

وتتحدد الشروط والضوابط فيما يأتي:

أولاً- وجود المصلحة او الحاجة المعتبرة شرعاً:

ويقصد بهذه المصلحة أو الحاجات الضروريات الخمس التي جاء بها الشرع للحفاظ عليها، كالانفاق على الجند من تجهيز ورواتب عند هجوم الاعداء أو توقعه ولتوفير الأمن والعدل في الدولة، فهذه الأموال ما هي الا حماية أنفس الخلق بفضلات أموالهم^(٤)، وكذلك في حالة القحط والجذب والفقر، ودفع ضرر عام عن المسلمين وصرف النفقات على المرافق وأداراتها، وبناء المرافق العامة والمؤسسات الخدمية كبناء المستشفيات وبناء السدود وكري الانهار لانه امرعام للمسلمين جميعهم على قول ابي يوسف، فالنفقة تكون عليه من بيت المال^(٥)، لان عدم إقامتها يعد ضرراً على المسلمين، أي يمس بالمصلحة العامة^(٦).

(١) متفق عليه: اخرجه البخاري في صحيحه -كتاب مواقيت الصلاة، باب السمر مع الضيف والاهل(الحديث ٦٠٢) ، واخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الاشرية -باب اكرام الضيف وفضل ايثاره (٢٠٥٧) واللفظ للبخاري.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر ابو الطيب شرح سنن ابي داود (عون المعبود)، ج ١٢، ص ٢٩-٣٠؛ احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج ٢، ط ٣، مكتبة الفيحاء للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص ١٠٠.

(٣) د. وليد خالد الشايجي، المصدر السابق، ص ١١٠-١١١.

(٤) الجويني، المصدر السابق، ص ١٩٣؛ محمد بن محمد بن محمد أبي حامد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٣٦.

(٥) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٧٩، ص ١١٠.

(٦) علاء الدين محمد بن علي الحصكفي، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق: عبد المجيد طعمه حلبي، ج ٢، دار المعرفة، لبنان، ب. ت، ص ٣٣٢-٣٣٣؛ د. وليد خالد الشايجي، المصدر السابق، ص ١١٣-١١٥.

ثانياً- عدم كفاية بيت المال لسد حاجات المسلمين:

فهنا التوظيف لا يفرض الا في حالة عدم كفاية أموال الدولة وايراداتها عن تغطية نفقاتها وسد العجز الذي قد يصيب ميزانيتها^(١).

ثالثاً- أن تفرض وتجبى بالعدل ويقدر الحاجة:

أهم ما يراعى في فرض التوظيف هو العدالة، وبما ان الشريعات الإسلامية لم تنص على الاحكام التفصيلية لكيفية جباية الضرائب فعلياً ان نستهدي بأحكام الشريعة الاسلامية في كيفية فرضها ومادامت تعد تكليفاً مالياً فإن الاسلوب المتبع في فرضها يجب ان يكون الاسلوب ذاته المتبع في فرض الزكاة بوصفها تكليفاً يتعلق بالمال ايضاً، وبذلك فإن أهم ما يراعى في فرض التوظيف الا يكلف أحد الا بقدر ماله واحتياجاته لذا لا تفرض الا على الأغنياء لأنهم من يملك ما يفضل عن حاجتهم، والعدالة في المعاملة فلا يحابى شخص على آخر وطائفة على أخرى ومالاً على أخرى، ومراعاة الإعفاءات للأسباب المشروعة، ولا تفرض على الفقراء او المحتاجين لعدم استطاعتهم عليها، وكذلك يعني هذا الشرط عدم استعمال وسائل غير مشروعة من عنف وعدوان في الجباية، لأن ذلك ظلم وهذا مخالف لحكم الله تعالى^(٢)، لقوله تعالى: ﴿لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣).

وينبغي ملاحظة عدم اثقال كاهل الاغنياء بفرض الضريبة فلا تؤخذ من رؤوس اموالهم ولكن من ثمراتها، وان يكون المأخوذ منها نسبة قليلة^(٤)، وقدرًا معقولاً لذا ينبغي الابتعاد عن الضرائب التصاعدية^(٥)، لان هذه الضرائب أي التصاعدية تقضي على الدافع الى النشاط الاقتصادي، ولانها تشعر الغني بأنه مظلوم ويغصب ماله من دون وجه حق، مما

(١) الحصكفي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٣٧؛ الجويني، المصدر السابق، ص ١٩٨.

(٢) د. وليد خالد الشايجي، مصدر سابق، ص ١١٨ - ١١٩؛ ابو يوسف، المصدر السابق، ص ١٦؛ الجويني، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

(٤) الضرائب النسبية (هي التي تفرض بمعدل واحد) ينظر: د. رفيق يونس المصري، فقه المعاملات المالية، ط ١، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٩١.

(٥) الضرائب التصاعدية (هي الضرائب التي ترتفع قيمتها كلما زاد الوعاء الضريبي) المصدر نفسه، ص ١٠٣.

يدفعه الى التهرب، وعدالة الإمام^(١) هي أهم أوجه العدالة التي تراعى في فرض التوظيف، لأن عدالة الامام ضمان لعدم الظلم والتعسف، ومن العدالة أن لا تنفق الأموال بإسراف، وأن تعطى الى من يستحقها وإلا تنفق في الوجوه او الحاجات غير الضرورية^(٢).

رابعاً - أن يتم فرض التوظيف من قبل الإمام ويعلمه وموافقته، وموافقة أهل الشورى من الأمة^(٣).

خامساً- ان يكون التوظيف هو آخر ما تلجأ إليه الدولة عند الحاجة:-

كأن يلجأ الإمام الى حث الناس على الاقراض او التبرع وعند عدم تحصيل الاموال المطلوبة يفرض والا تكون هناك فرائض مالية للدولة لم تحصلها، وأن لا يكون في يد المتنفذين في الدولة أموال ترفيها من الممكن ان تسد الحاجة المطلوبة^(٤).

فاستناداً الى هذه الادلة والشروط والضوابط، وعند الرجوع الى النظم الوضعية وجدنا أن هناك أنواعاً مختلفة من الضرائب يمكن تصنيفها بصورة رئيسة الى ضرائب مباشرة وغير مباشرة ، فما هو حكم الشريعة الاسلامية فيهما:

فالضرائب المباشرة هي ما تصرف على رأس المال أو الدخل كضرائب الأرباح أو الرواتب والأجور، بحيث تراعى فيها المقدرة التكليفية والظروف الشخصية (ضرائب شخصية) والأسرية للمكلف (الممول) وعادة ما تكون الضرائب المباشرة حولية، ويتحملها الاغنياء، وكما هو معلوم ان التكاليف والقروض المالية جميعها في الشريعة مباشرة كالزكاة وتراعى المقدرة التكليفية وتحديد النصاب والحوائج الاصلية (الشخصية والعائلية) وهو حولان الحول او ظهور الانتاج لذا يمكن القول انها جائزة بالشروط والضوابط التي تم تحديدها^(٥).

اما الضرائب غير المباشرة فهي الضرائب التي تفرض على الانتاج او الاستيراد او التصدير، كالرسوم الكمركية وعلى العقارات، بحيث لا تراعى المقدرة التكليفية فيها للممول،

(١) الغزالي، شفاء الغليل، المصدر السابق، ص٢٣٦.

(٢) د. وليد خالد الشايجي، المصدر السابق، ص١٢١.

(٣) المصدر نفسه، ص١٢٢.

(٤) الجويني، المصدر السابق، ص٢٣٣؛ د. رفيق يونس المصري، المصدر السابق، ص٨٧.

(٥) د. رفيق يونس المصري، مصدر سابق، ص٨٩.

ولا ظروفه الشخصية او الأسرية، ودائماً يتحمل ثقلها الفقراء لإمكان نقل عبئها من على الاغنياء، لذلك تذهب أغلب البحوث الشرعية الى تحريمها واعتبارها من الضرائب الجائرة^(١)، (المكوس المحرمة)^(٢).

والمكس محرم لقوله (ﷺ): (لا يدخل الجنة صاحب مكس)^(٣)، لان المكس نقصٌ وظلم، وجاء في شرح السنة، أراد صاحب المكس الذي يأخذ من التجار إذا ما مروا مكساً بإسم العشر، فأما الساعي الذي يأخذ الصدقة ومن يأخذ من أهل الذمة العشر الذي صولحو عليه فهو محتسب ما لم يتعد فيأثم بالتعدي والظلم^(٤).

وعلى ذلك تعد الضرائب المباشرة بالشروط التي أجزناها للتوظيف جائزة أما غير المباشرة فهي من المكوس وهي حرام، إلا ان العديد من الفقهاء يعدونها من العشور التي فرضها الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) على اهل الحرب^(٥)، وهي الضرائب الكمركية في العصر الحالي: وهي الضرائب التي تفرض على السلع الداخلة الى الدولة، والخارجة منها، أي على الواردات والصادرات^(٦).

(١) المصدر نفسه، ص ٩٠-٩١.

(٢) المكس لغةً: دراهم كانت تؤخذ من بائع السلع في الأسواق في الجاهلية، والمكس ضربية يأخذها المكاس من يدخل البلد من التجار، وهو ما يأخذه أعوان السلطان ظلماً عند البيع والشراء (الأتاهو)، ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، ج ٤٧، المجلد السادس، باب الميم، ص ٤٢٤٨؛ المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص ٨٨١؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ط ٨، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ١٩٣٩، ص ٢٢٠.

(٣) أخرجه أبو داوود في سننه، كتاب الخراج والامارة والفيء، باب في السعاية على الصدقة(الحديث ٢٩٣٧).

(٤) أبو عبد الرحمن شرف الحق محمد أشرف الصديقي العظيم أبادي، عون العبود (شرح سنن أبي داوود) ط ٢، ج ٨، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ٢٠٠١، ص ٨٥.

(٥) مالك بن انس، الموطأ، ج ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨٥، ص ٢٨١؛ ابو يوسف، المصدر السابق، ص ١٣٢-١٣٣.

(٦) د. رفيق يونس المصري، المصدر السابق، ص ١٠٣.

ومع ذلك اختلف الفقهاء في تكييف أساس فرضها على أهل الحرب واهل الذمة، فذهب الحنفية الى انها من قبيل المعاملة بالمثل^(١)، واستدلوا بحديث ابي موسى الاشعري، قال، ان عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) لما نصب العشار، قال: لهم خذوا مما يمر به المسلم ربع العشر ومما يمر به الذمي نصف العشر فقل له فكم نأخذ مما يمر به الحربي فقال: كم يأخذون منا، فقالوا: العشر، فقال: خذوا منهم العشر^(٢).

اما المالكية والشافعية فيرون ان ذلك مستقل عن الجزية والمعاملة بالمثل انما مبني ذلك على عقد الصلح بينهم وبين المسلمين^(٣).

وذهب الحنابلة الى انها واجبة شرعاً سواء اخذوا (أي اهل الحرب) من تجار المسلمين ام لم يأخذوا، لان الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) اخذ منهم ولم ينكر عليه احد، ومن ثم كان يشترط ان يبلغ المال الذي مع الذمي او الحربي عشرة دنانير، لانه مال يجب فيه حق الشرع، فأعتبر له النصاب، كالزكاة، ويؤخذ من الحربي العشر ومن الذمي نصف العشر^(٤).

ورأي المالكية والشافعية هو الراجح لان الآثار الواردة في هذه المسألة تبين ان الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) هو اول من وضع العشور وانها لم تكن على عهد النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) وابي بكر (رضي الله عنه)^(٥).

أما موقف القضاء الدستوري من هذا التنظيم الشرعي للتوظيف المالي، فلم نجد له أي موقف يذكر لعدم تقديم هذه المسألة أمامه، لكن وجدنا للمحكمة الدستورية الكويتية

(١) ابو يوسف، المصدر السابق، ص ١٣٥.

(٢) شمس الدين السرخسي، كتاب المبسوط، ج ٢، مطبعة السعادة، مصر، ١٤٢٤ هـ، ص ١٩٩.

(٣) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، إلام، ج ٥، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠١، ص ٤٨٣-٤٨٥.

(٤) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، ج ٤، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص ١٣٦٩.

(٥) حميد بن زنجويه، الاموال، تحقيق: شاكر ذيب فياض، ج ١، ط ١، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الاسلامية، الرياض، ١٩٨٦، ص ٥٦٥-٥٦٦.

موقفاً واحداً من الزكاة وتحصيلها، فقد عرضت دعوى بعدم دستورية قرار صادر من وزير العدل رقم (٣٥ لسنة ١٩٩٨) كويتي - أمام المحكمة الدستورية لتحصيله الزكاة من أموال القاصرين، إذ دفع بعدم دستورية هذا القرار لان مورث القاصرين كان من المذهب الجعفري الذي لا يوجب الزكاة على العملات الورقية، ويفترض فيمن تجب عليه الزكاة أن يكون بالغاً أما القصر فلا تجب عليهم الزكاة، مع هذا الطعن نجد ان المحكمة رفضت الدعوى لان هذا القرار صادر عن جهة منوط بها اصدار الفتاوى الشرعية بما لا تختص معه المحكمة الدستورية بالمنازعة في دستوريته واستطردت مذكرة ادارة الفتوى الى القول ان المدعية اختصت وزير العدل بصفته في مذكرتها المقدمة للمحكمة الدستورية،.....، حال انه لم يكن طرفاً في الخصومة الموضوعية بما تعتبر معه الدعوى غير مقبولة بالنسبة له،.....، بما تضمن الدعوى الدستورية غير مقبولة في التجهيل في موضوعها ونظامها.....، هذا وإن استقطاع الهيئة العامة لشؤون القصر للزكاة من أموال القصر لديها لا يتم وفقاً للقرار المطعون فيه إنما طبقاً للنصوص الشرعية التي فرضت الزكاة أصلاً.....^(١).

وهكذا فقد ردت المحكمة الدستورية في الكويت الدعوى لهذه الاسباب إذ كان من الأفضل لو أنها أقرت بدستورية القرار لانه صادر من جهة تنفيذية وفي اطار الشرعية العليا، والإحالة الى الاسباب الشرعية لوجوب الزكاة وبيانها وإن ذكرت ذلك، فالقرار التنفيذي لا يخرج من اختصاصها ونطاق الرقابة الدستورية. لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَبُوا مَعَ الرَّاكِبِينَ﴾^(٢).

ولم نجد مع هذه النصوص القطعية تنظيمياً قانونياً للزكاة في الدول محل الدراسة، وبما ان مجال تطبيق الشريعة الاسلامية هو القانون العادي، بحسب ما اجتمعت عليه النظم الدستورية الثلاثة، عليه وجب عليها تنظيم الزكاة من فرض وجباية وتحديد وصرف

(١) أحكام المحكمة الدستورية الكويتية، طعن رقم ٣ / ٩٥ دستوري، ١٩ / ١١ / ١٩٩٥.

(٢) سورة البقرة، الآية (٤٣).

لمستحقيها ضمن القانون العادي بدلاً من تنظيم الضرائب التي تعد استثنائية عن موارد الدولة الإسلامية من زكاة وخراج وغيرها، مع ان الضرائب قد نظمت قانوناً^(١).

الفرع الثاني

القانون الجنائي

عرف القانون الجنائي بأنه (مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم وتبين العقوبات المقررة لكل منها وكذلك الاجراءات التي تتبع في تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه)^(٢).

ومبدأ المشروعية هو الذي يحكم قانون العقوبات^(٣)، وهو ما أكدته الدساتير الثلاثة محل الدراسة^(٤).

لكن الشريعة الإسلامية نجدها قد سبقت النظم الدستورية في اقرار هذا المبدأ، فقال الله تعالى: ﴿مَنْ اهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِدُ وَاِزْدَةً وَلَا تُنْزِلُ وَلَا تَنْزِيلًا﴾^(٥).

فالجريمة في الشريعة الإسلامية هي محظورات شرعية زجر الله ﷻ عنها بحد أو تعزير ولها عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية ولها عند ثبوتها حال استيفاء توجبه الاحكام الشرعية^(٦).

(١) قانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ قانون ضريبة الدخل العراقي، وقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ قانون ضريبة العقار العراقي.

(٢) توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص ٥٣.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط ٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣١.

(٤) ينظر: المادة (٣٢) من دستور الكويت لعام ١٩٦٢، والمادة (٦٦) من دستور مصر لعام ١٩٧١، المادة (١٩/ثانياً) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥.

(٥) سورة الاسراء، الآية (١٥).

(٦) الماوردي، المصدر السابق، ص ٢٨٥؛ سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية، ج ١، ط ٢، دار التدمرية، الرياض، ٢٠٠٩، ص ٣١٢-٣١٣.

والجريمة في القانون هي سلوك مخالف لأوامر القانون الجنائي ونواهيه شريطة ان ينص هذا القانون صراحةً على تجريم ذلك السلوك^(١).
وتقسم الجرائم في الشرع بحسب جسامة العقوبة المقررة لها الى جرائم الحدود والقصاص والتعزيرات^(٢)، لذا سنركز بحثنا بجرائم الحدود والقصاص، لان هذه الجرائم وعقوباتها محددة حصراً بنصوص قطعية من القرآن والسنة.

فبالنسبة لجرائم الحدود يقصد بها جرائم معاقب عليها بحد ، والحد لغة المنع، وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى عز شأنه وهي على سبيل الحصر^(٣)، وجرائم الحدود عديدة منها جريمة الزنا كقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٤)، وحديث عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) حدد زنا المحصن وهو الذي يشير الى آية الرجم المنسوخة لفظاً، لكن حكمها ثابت فعن عمر بن الخطاب ، انه خطب فقال: ان الله بعث محمداً بالحق، وانزل عليه الكتاب، فكان فيما انزل الله عليه آية الرجم، قرأناها ووعيناها وعقلناها، فرجم رسول الله (ﷺ)، ورجمنا بعده، فأخشى ان طال بالناس زمان ان يقول قائل: مانجد الرجم في كتاب الله، فيضلوا بترك فريضة انزلها الله وان الرجم حق في كتاب الله تعالى على من زنى، اذا احصن من الرجال والنساء، اذا قامت البينة، او كان الحبل او الاعتراف^(٥) وجريمة شرب الخمر لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ

(١) د. عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ج ١، المجلد ١، ط ١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٤٧.

(٢) ابن منظور، المصدر السابق، ج ٣٣، م ٤، باب العين، ص ٢٩٢٤.

(٣) ينظر: د. أحمد فتحي يهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، ط ٤، دار الشروق، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢١.

(٤) سورة النور، الآية (٢).

(٥) متفق عليه: اخرج به البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب رجم الحبلي من الزنا اذا احصنت (الحديث ٦٨٣٠) ، واخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب رجم الحبلي في الزنا (الحديث ١٦٩١) واللفظ لمسلم.

رَجِسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ^(١)، وقوله (ﷺ) عن ابن عمر، قال: قال رسول الله (ﷺ): لعن الله الخمر وشاربها وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه^(٢)، وثبت بالصحيحين عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) ان رجلاً على عهد النبي (ﷺ) كان اسمه عبد الله وكان يلقب حماراً وكان يضحك رسول الله (ﷺ) وكان النبي (ﷺ) قد جلده في الشراب فأتى به يوماً فأمر به فجلد فقال: رجل من القوم اللهم العنه ما اكثر ما يؤتى به فقال النبي (ﷺ): (لا تلعنوه فوالله ما علمت انه يحب الله ورسوله)^(٣).

وفي حد السرقة قوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءَ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾^(٤)، وفي حد القذف قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾^(٥)، وفي حد البغي كقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾^(٦)، وفي حد الحرابة قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جِزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٧)، وفي حد الردة كقوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ

(١) سورة المائدة، الآية (٩٠).

(٢) اخرجه ابو داود في سننه، كتاب الاشربة، باب العنب يعصر للخمر (الحديث (٣٦٧٤).

(٣) اخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب ما يكره من لعن شارب الخمر وانه ليس بخارج من الملة (الحديث (٦٧٨٠).

(٤) سورة المائدة، الآية (٣٨).

(٥) سورة النور، الآية (٤).

(٦) سورة الحجرات، الآية (٩).

(٧) سورة المائدة، الآية (٣٣).

فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ^(١)، وقوله ﴿...﴾: (من بدل دينه فأقتلوه)^(٢).

اما بشأن جرائم القصاص فهي الجرائم المعاقب عليها بقصاص او دية والقصاص والدية كليهما عقوبة مقدرة حقاً للأفراد، والقصاص معناه أن يعاقب المجرم بمثل فعله^(٣)، أما الدية لغة حق القتل وفي الاصطلاح هي المال المؤدة الى المجني عليه او وليه او وارثه بسبب جريمة^(٤).

وهكذا فالقصاص واجب على ولي الأمر اذا رفع الامر اليه من مستحقه ومباح طلبه من المستحق اذا استوفى شروطه فللمستحق ان يطالب به او يصالح عليه وله ان يعفو عنه بشروطه وضوابطه على وفق أحكام الشرع والعفو افضل ثم الصلح، وسواء في ذلك كله عليه ان تكون الجريمة على النفس كالقتل العمد وشبه العمد والقتل الخطأ^(٥)، اوعلى ما دونها بحيث لا يؤدي الى الموت كالجرح والضرب ونحوهما عمداً او خطأ^(٦).

والادلة على جرائم القصاص وعقوباتها عديدة، منها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ

(١) سورة البقرة، الآية (٢١٧).

(٢) اخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب لا يعذب بعذاب الله(الحديث ٣٠١٧)، واخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحدود - باب ما جاء في المرتد (الحديث ١٤٥٨)، واخرجه ابو داود في سننه، كتاب الحدود - باب الحكم فيمن ارتد(الحديث ٤٣٥١)، واخرجه النسائي في سننه، كتاب تحريم الدم - باب الحكم في المرتد (٤٠٥٩).

(٣) د. عبد القادر عودة، المصدر السابق، ج٤، مجلد ١، ص ١٢١.

(٤) سعود ابن عبد العال العتيبي، المصدر السابق، ج١، ص ٤٠٠.

(٥) تقسم جريمة القتل الى عمد وخطأ وشبه العمد ووجه الحصر في ذلك ان الجاني إن لم يقصد عين المجني عليه فهو الخطأ، و إن قصدتها فان كان يقتل غالباً فهو العمد، والا فهو شبه العمد ينظر: الشرييني، المصدر السابق، ج٤، ص ٦.

(٦) لمزيد من التفصيل ينظر: سعود ابن عبد العال العتيبي، المصدر السابق، ج٢، ص ٦٢٣ وما بعدها.

ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾^(٣). وقوله جل من قال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٤)، وروى البخاري في صحيحه ان الربيع بنت النضر كسرت ثنية جارية فطلبوا الأرش^(٥)، وطلبوا العفو فأبوا فأتوا النبي ﷺ فأمر بالقصاص فقال انس بن النضر اتكسر ثنية الربيع يارسول الله ولا والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال: ياانس كتاب الله القصاص، فرضي القوم وعفوا فقال النبي ﷺ: (ان من عباد الله من لو اقسام على الله لأبره)^(٦).

يجب ان نوضح ان القانون الجنائي فيه مخالفات كثيرة للنصوص القطعية من الكتاب والسنة، فالقانون الجنائي لم يعاقب على الجرائم المذكورة سابقاً، مثال على ذلك جريمة شرب الخمر اذ لم يعاقب عليها بحد الجلد انما عاقب على الأثار المترتبة عليها بالحبس

(١) سورة البقرة، الآية (١٨٧-١٨٩).

(٢) سورة الاسراء، الآية (٣٣).

(٣) سورة النساء، الآية (٩٢).

(٤) سورة المائدة، الآية (٤٥).

(٥) الأرش لغةً أرش بينهم، حمل بعضهم على بعض، وهو دية الجراحات، ابن منظور، المصدر السابق، ج ١، المجلد الاول، باب الهمة، ص ٦٠-٦١.

(٦) اخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح - باب الصلح في الدية (الحديث ٣٧٠٣).

او بالغرامة المالية^(١)، فضلاً عن ذلك بعض الدول ومنها العراق تجيز فتح محلات لبيع الخمر بشروط وضوابط معينة مما يعد مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.

وفيما يتعلق بجريمة الزنا لم تعاقب عليها القوانين الوضعية بالرجم والجلد حسب الاحوال^(٢)، بل مما يزيد الطين بلة ان القانون الوضعي جعل عنصر الرضا سبباً لتخفيف العقوبة، ويترتب عليه ان من مفهوم المخالفة ان الرضا يبيح الفعل اذا اتمت المجني عليها الثامنة عشرة، عليه لا يمكن الاعتداد بهذا الرضا، لان الرضا لا يبيح الجريمة التي هي اعتداء على كيان المجتمع ودعائمه، فلا يعتد بهذا الرضى لان الحق في الحماية هنا لم يقرر لمصلحة فرد من الافراد انما لمصلحة المجتمع^(٣).

وان عديد من دول العالم الإسلامي المتأثرة بالعلمانية لا تعاقب على الردة بالقتل انطلاقاً من ان دساتيرها الوضعية تصرح بالحرية المطلقة للدين والعقيدة وممارسة الشعائر الدينية^(٤)، بما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية لم تطبق القصاص ولا سيما فيما دون النفس من جراح وكسر او ضرب ونحو ذلك، انما عاقبت عليها بالسجن او الحبس او الغرامة المالية^(٥).

وتمنح القوانين الوضعية السلطات العامة (التشريعية والتنفيذية) سلطة تقديرية واسعة في مجال العفو (العام والخاص) بحيث تستطيع ان تعفو عن أي مجرم ولاية جريمة كانت

(١) ينظر: المواد (٣٨٦-٣٨٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٢) ينظر: المواد (٣٩٣-٣٩٨) عقوبات عراقي والمواد (٢٧٣-٢٧٧) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والمواد (١٨٦-١٩٠) من قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر: د. ماهر عبد شويش - شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٥، ص ١٣٥-١٣٦.

(٤) ينظر: المادة (٤٢) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ والمادة (٤٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ والمادة (٣٥) من دستور الكويت لعام ١٩٦٢.

(٥) ينظر: المواد (٤١٢ - ٤١٦) عقوبات عراقي والمواد (٢٤٠-٢٤٤) عقوبات مصري.

بصورة متعارضة مع حكم الله تعالى^(١)، فالعفو يجب ان يكون مقيداً بأحكام الشريعة الإسلامية لان العفو في الشريعة يختلف بما يتعلق به الحق فان كان الحق خالصاً للعبد فانه يستحب العفو عنه، وان كان حقاً لله سبحانه وتعالى كالحدود فانه لا يجوز العفو عنه بعد رفع الامر الى الحاكم وان كان الحق لله تعالى في غير الحدود فانه يقبل العفو بالجملة للأسباب التي يعتبرها الشارع مؤيدة الى ذلك تفضلاً منه ورفعاً للرجح^(٢).

ويختلف الحد عن العقوبة الوضعية فانه لا يقبل العفو ولا الاستبدال، والعقوبة في القوانين الوضعية تقبلها، فالافراد او الجماعة ليس لهم العفو عما هو حق الله، وليس لهم تبديل ما امر الله به ولو كان الحد حق الجماعة لأمكن ان يعفو عنه ممثل الجماعة (ولي الأمر) او يستبدل به غيره، على ان في الشريعة نوعاً من العقوبات التقديرية شرعت للمصلحة العامة التي يراعى فيها الظروف الشخصية والاجتماعية التي تدخل في نطاق الشبهات التي تسقط الحدود ويكتفي بالتعزير، وهي مما يدخل في نطاق الظروف المخففة التي تدخل في السلطة التقديرية للقاضي من دون الحاجة لنص بذلك كما في القوانين الوضعية^(٣).

والادلة على ذلك كثيرة منها حديث الرسول (ﷺ) عن عائشة ان قريشاً اهتمهم المرأة المخزومية التي سرقت فقالوا: من يكلم رسول الله (ﷺ) ومن يجترىء عليه الا اسامة بن زيد حب رسول الله (ﷺ)؟ فكلم رسول الله (ﷺ) فقال: (اتشفع في حد من حدود الله)^(٤)، وقوله

(١) ينظر: المادة (٧٣/أولاً) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ والمادة (١٤٨) من دستور مصر لعام ١٩٧١ والمادة (٧٥) من دستور الكويت لعام ١٩٦٢ والمواد (١٥٣-١٥٤) من قانون العقوبات العراقي والمواد (٧٤-٧٦) من الباب الحادي عشر من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والمادة (٦٠) من قانون رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الجزاء الكويتي.

(٢) سعود العتيبي، المصدر السابق، ج٢، ص ٥٥٥.

(٣) د. عبد القادر عودة، المصدر السابق، ج٢، ص ٣٦.

(٤) متفق عليه: اخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب كراهية الشفاعة في الحد اذا رفع الى السلطان (الحديث ٦٧٨٨)، واخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود- باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود (الحديث ١٦٨٨) واللفظ للبخاري.

(ﷺ): (تعافوا الحدود قبل ان تأتونني به فما أتاني من حد فقد وجب)^(١)، وقوله (ﷺ): أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود)^(٢)، وهذا الحديث الاخير يضيف لنا جواز الشفاعة في التعزيرات لا في الحدود ، ونقل ابن عبد البر الاجماع على ذلك^(٣).

وأما موقف القضاء الدستوري من نصوص القوانين الوضعية المخالفة للنصوص القطعية المتعلقة بالحدود والقصاص ففي الكويت نجد القضية رقم (٤ لسنة ٢٠٠٧ دستورية)^(٤)، إذ طعن المتهم بنص المادة (١٨٨ / ١) من قانون الجزاء الكويتي الذي اخرج الانثى من دائرة المسؤولية في حين ان فعل الواقعة المحرم حدث برضاها، لما ينافي ذلك تقاليد المجتمع الكويتي وأعرافه ومبادئ الشريعة الاسلامية المعتبرة على وفق الدستور مصدراً رئيسياً للتشريع، لكن الذي حدث ان المحكمة الدستورية رفضت الدعوى وعدت الانثى مجنياً عليها والمدعى في الدعوى الدستورية الجاني، وان رفض الدعوى مبني على دواعي المصلحة التي تقرضها المصلحة العامة للمجتمع التي تعطي سلطة تقديرية للمشرع للتمييز بين الذكر والانثى في مثل هكذا حالات والتعويل على السن القانوني للمسؤولية الجنائية، لذا عدت المحكمة المادة (١٨٨ / ١) من قانون الجزاء دستورية وغير مخالفة للدستور.

وبتاريخ ١٧ اغسطس سنة ١٩٨١ وردت قضية قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا في مصر^(٥) للفصل في دستورية المادة ٣١٧ من قانون العقوبات المصري إذ تنص بالحبس على السرقة، وبهذا تكون قد انطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الاسلامية على وفق المادة الثانية

(١) اخرجه ابو داود في سننه، كتاب الحدود - باب العفو عن الحدود ما لم تبلغ السلطان (الحديث ٤٣٧٦)، واخرجه النسائي في سننه، كتاب قطع السارق - باب ما يكون حرزا وما لا يكون (الحديث ٤٨٨٥)

(٢) اخرجه ابو داود في سننه، كتاب الحدود - باب في الحد يشفع فيه (الحديث ٤٣٧٥).

(٣) سعود العتيبي، المصدر السابق، ج ٢، ص ٥٠٥ - ٥٠٦.

(٤) احكام المحكمة الدستورية الكويتية، القضية رقم ٤ لسنة ٢٠٠٧ دستورية في ١٠ يونيه ٢٠٠٨.

(٥) موسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، القضية رقم (٤٥) لسنة ٣ قضائية في ١٢ أبريل سنة ١٩٨٨.

من دستور ١٩٧١ التي توجب قطع اليد للسرقة، لكن المحكمة قررت رفض الدعوى لان مبني الطعن هو المادة (٣١٧) المخالفة بحسب الادعاء للمادة الثانية من الدستور فهذا يترتب عليه ان الطعن في غير محله لان تعديل المادة الثانية بتاريخ (٢٢ مايو سنة ١٩٨٠) ترتب عليه الزام المشرع العادي بعدم مخالفة الشريعة الاسلامية لا يتأتى بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف انما بالنسبة للتشريعات التي سوف تسنها بالنسبة للمستقبل فقط. ولذا لا يمكن الطعن بأي نص من نصوص القوانين السابقة على هذا التاريخ حتى لو كانت مخالفة للشريعة الإسلامية، لان هذا التعديل حدد النطاق الزمني لاعمال هذه المادة ومثلها كثير من الدعاوي ردت لنفس السبب فهل يعني ان القوانين من حيث خضوعها لنطاق الشريعة الاسلامية محدد من حيث الزمان وبهذا يترتب عليه عدم امكانية الغاء أي قانون مخالف للشريعة الاسلامية سواء كانت جنائية أو مدنية أو تجارية ونجد أغلبها قد صدرت قبل تاريخ التعديل المذكور أنفاً ومن قبل صدور دستور ١٩٧١ المصري ومن ثم عدم نفاذ المادة الثانية على أي من هذه القوانين مهما كانت مخالفة للشريعة الاسلامية.

(وورد في كتاب المحكمة الدستورية العليا ملف الدعوى رقم ١٨٥٠ لسنة ٨٩ جنح آداب، حيث انه يبين من حكم الاحالة ان محكمة الموضوع قد تراءى لها بعد استعراض احكام جريمة الزنا في الشريعة الاسلامية- ان القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة والتي احالت النيابة العامة المدعى عليهم الى المحاكمة الجنائية، مطالبة عقابهم بنصوص على النص المشار اليه اذ يقضي بعقوبة الحبس على الافعال المنسوبة اليهم على نقيض ما هو مقرر في شأنه في احكام الشريعة الاسلامية من عقوبة الرجم على الزاني في حالة الاحصان وعقوبة الجلد ان لم يكونا محصنين، فقد انطوى بذلك على مخالفة المادة الثانية من الدستور،.....، وحيث انه من المقرر وعلى ما جرى به من قضاء هذه المحكمة- ان ما تضمنته المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها في ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠ يدل على ان الدستور- وعتباراً من تاريخ العمل بهذا التعديل- قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه الزامها فيما تقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الاسلامية بعد ان اعتبرها الدستور أصلاً ترد اليه هذه النصوص،.....، بما مؤداه ان الدستور قصد بإقراره لهذا القيد ان يكون مداه من حيث الزمان منصرفاً الى فئة من النصوص التشريعية دون سواها، هي تلك الصادرة بعد نفاذ التعديل الذي ادخله الدستور على مادته

الثانية بحيث اذا انطوى منها نص على حكم يناقض مبادئ الشريعة الاسلامية فإنه يكون قد وقع في خصومة المخالفة الدستورية. وإذا كان هذا القيد هو مناط الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فإن النصوص الشرعية الصادرة قبل نفاذه تظل بمنأى عن الخضوع لحكمه،.....، وكان السبب مما تقدم ان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة بعد تعديلها في ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠- والمتضمن الزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الاسلامية- لا يتأتى اعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه ومنها القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ المشار اليه،.....، فإن النص عليها وحالتها هذه- بمخالفته للمادة الثانية من الدستور- ولياً كان وجه الرأي في مدى تعارضها مع مبادئ الشريعة الاسلامية يكون غير سديد، الامر الذي يتعين معه الحكم برفض الدعوى^(١).

وهذا كان رد المحكمة الدستورية العليا في مصر على دعوى تقدم أمامها للطعن بقانون او لائحة مخالفة للشريعة الاسلامية، على اساس انها قد صدرت قبل نفاذ تعديل عام ١٩٨٠ للمادة الثانية فلا يعمل بأثرها فيها لانها غير خاضعة لنطاق تطبيق المادة الثانية^(٢).

أما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فلم نجد لها موقفاً فيما يخص تعارض قانون العقوبات العراقي مع احكام الشريعة الاسلامية، إلا فيما يخص قانون رقم ٣ لسنة ١٩٣١ (قانون المشروبات الروحية) إذ تقدمت به محكمة تحقيق البصرة الاولى- رئاسة محكمة استئناف البصرة عن دعوى، تطلب فيه البت في شرعية هذا القانون، فهذا قانون مخالف لاحكام الشريعة الاسلامية من حيث العقوبات والجزاء المقرر لها كليهما، فقد ورد في الطلب (ان المحكمة تطبق المادة ٢٨ من القانون اعلاه على ما يعرض أمامها من وقائع والمتعلقة بحياسة كميات من المشروبات الكحولية من قبل المتهمين المعروضة قضاياهم أمامها وبسبب وجود

(١) احكام المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ٨٩ لسنة ١٢ ق، دستورية، ١٦ مايو، ١٩٩٢.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر: احكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضية رقم ١٥٠ لسنة

٤ ق، دستورية، ٢٧ / ٥ / ١٩٨٩، ١٢ لسنة ١٤ ق، دستورية، ٥ سبتمبر ١٩٩٢، ٤٥

لسنة ٣ ق، دستورية، ٢ أبريل، ١٩٨٨.

المادة (٢ / أولاً) من الدستور.....، وضع طلب محكمة تحقيق البصرة / الاولى - موضع التدقيق والمداولة.....^(١).

لكن المحكمة الاتحادية العليا أصدرت قرارها الذي نص على (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا - وجد بأن الطلب المقدم من محكمة تحقيق البصرة / الاولى - للبت في شرعية المادة (٢٨) من قانون المشروبات الروحية رقم ٣ لسنة المعدل ١٩٣١ لم يكن بناءً على دعوى منظور امامها بصدد -موضوع الطلب- كما لم يكن بناءً على دفع من احد الخصوم بعدم شرعية تلك المادة عند نظرها دعوى مقامة امامها. فبذلك تكون محكمة تحقيق البصرة/ الاولى قد خالفت احكام المادتين (٣، ٤) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥، عند تقديمها الطلب اعلاه ٠٠٠ لذا قرر رد الطلب والاشعار الى المحكمة اعلاه بمراجعة ذلك)^(٢).

يتضح ان موقف القضاء الدستوري في الدول الثلاث محل الدراسة سلبيًا، ترتب عليه وجوب المراجعة الدستورية والقانونية لطرق الطعن الدستوري واجراءاته لثبوت عدم كفياتها في تطبيق احكام الشريعة الإسلامية ، ومراجعة النطاق الموضوعي والزمني لاختصاص القضاء الدستوري بما يتلائم واختصاصه في حماية الشرعية العليا.

المطلب الثاني

التطبيقات القضائية في مجال القانون الخاص

القانون الخاص هو(مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الافراد بعضهم ببعض، او بينهم وبين الدولة، بوصفها شخصاً عادياً كباقي الاشخاص بكونها صاحبة سلطة وسيادة)^(٣).

(١) حكم رقم ٩٩ / اتحادية / ٢٠١١ ، ١٨ / ١٠ / ٢٠١١ ، منشور على الموقع الالكتروني الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، تاريخ الزيارة ١٢/١٢/٢٠١١:

<http://www.iraqja.iq/viewd.862>

(٢) قرار حكم المحكمة رقم ٩٩ / اتحادية / ٢٠١١ ، ١٨ / ١٠ / ٢٠١١.

(٣) د. مصطفى محمد الجمل ود. عبد الحميد محمد الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص ٩١؛ د. نعمان احمد الخطيب، المصدر السابق، ص ٤٤٣.

وتتناول من هذه القوانين، التطبيقات القضائية في مجال القانون المدني والتجاري في الفرع الأول، وقانون الاحوال الشخصية في الفرع الثاني لتضمنهم مخالفات صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول

القانون المدني والتجاري

القانون المدني (هو مجموعة الاحكام التي تنظم الروابط الخاصة بين الاشخاص في المجتمع، إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص)^(١).
أما القانون التجاري فهو (هو مجموعة الاحكام التي تنظم العلاقات الناشئة عن الاعمال التجارية)^(٢) ولأن أية معاملة في القانون يثبت فيها ربا أو غبن وإضرار أو غش أو استغلال أو تدليس أو نحو ذلك فهي حرام شرعاً، عليه نبحت في الربا والتأمين في إطار القانونين معاً.

نجد ان القرآن الكريم قد نظم المعاملات التي تطرأ على حياة البشر، ومنها قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾^(٥).

وقد طعن أمام القضاء الدستوري في مصر بعدم دستورية المادة (٢٢٦) مدني، وانها مخالفة للمادة الثانية من الدستور، لكن المحكمة رفضت الطعن أي طعن قدم حول دستورية أي مادة من القوانين المدنية، ذاهبة في احكامها هذه الى ان التعديل الذي حصل للمادة الثانية

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٤٥-٤٦.

(٢) د. توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص ٥٨.

(٣) سورة المائدة، الآية (١).

(٤) سورة النساء، الآية (٢٩).

(٥) سورة البقرة، الآية (٣٧٥).

من دستور عام ١٩٧١ المصري - عام ١٩٨٠ استمدت قيماً على سلطة الشرع في شأن المصادر التي يستقي منها احكامه التشريعية وانه لا يمكن إعماله الا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه من دون التشريعات السابقة ولما كانت المادة (٢٢٦) مدني سابقة على تاريخ تعديل المادة الثانية، فهذا يعني ان حكم المادة الثانية لا يلحقها ومن ثم ان النص عليها بمخالفتها حكم المادة الثانية من الدستور يكون في غير محله^(١).

وهو التسويغ ذاته الذي اعطته المحكمة كلما قدم أمامها طعن بمخالفة احكام الشريعة الإسلامية، اما القضاء الدستوري في الدول الاخرى محل الدراسة فلم نجد له أي موقف يذكر لعدم ذكر او طرح أي طعون من هذا النوع امامها على الرغم من المخالفات التي يتضمنها القانون المدني العراقي^(٢).

ومع ان القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ قد حرم الفوائد على القروض في المادة ٥٤٧ منه إذ نصت على ان (يكون الاقراض بغير فائدة ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض).

لكن القانون الكويتي عاد لينص على الفوائد الربوية في القانون التجاري لعام ١٩٨٠، في المواد (١١٠، ١١٣) منه إذ طعن امام المحكمة الدستورية^(٣)، بعدم دستورية المواد في اعلاه ومخالفتها للشريعة الإسلامية استناداً الى المادة الثانية من الدستور، لكن المحكمة ذهبت في هذا الحكم الى ان هذا (وضع النص - (المادة الثانية) - بهذه الصيغة توجيه للمشروع وجهة

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضية رقم ٢٠ لسنة ١ ق، دستورية، ٤ مايو، ١٩٨٥.

(٢) ينظر: المواد (١٧١، ١٧٢، ٧٣ / ٣، ١٧٤، ٦٩٢) من قانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ القانون المدني العراقي، والمواد (٢٢٦، ٢٢٩، ٢٢٧ / ١، ٣٢، ٥٤٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٣) حكم المحكمة الدستورية الكويتية، قضية رقم ٣ / ١٩٩٢، دستورية، ٢٨ / ١١ / ١٩٩٢؛ د. احمد شرف الدين، مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية، مجلة الحقوق التشريعية، الكويت، عدد ١، سنة ٤، يناير ١٩٨٠، ص ١٩٠ وما بعدها.

اسلامية اساسية من دون منعه من استحداث احكام من مصادر اخرى في امور لم يضع الفقه الاسلامي حكماً لها، او يكون من المستحسن تطوير الاحكام في شأنها تماشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، بل ان في النص ما يسمح مثلاً بالاخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل (الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع) ومقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ من مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم ما يوقع المشرع في حرج بالغ اذا ما حملته الضرورات العملية على التمهّل في التزام برأي الفقه الشرعي في بعض الامور وخاصةً في مثل نظم الشركات والتأمين والبنوك والقروض.....) وهو ما جاءت به المذكرة التفسيرية للمادة الثانية من الدستور.

فاستناداً الى هذا التفسير والحكم يعني ان نص المادة الثانية من دستور الكويت لعام ١٩٦٢ لا يمنع الاخذ من مصادر اخرى غير الشريعة الاسلامية، وهذا يترتب عليه ان القول بمخالفة هذه القوانين التي أخذت من مصادر غير الشريعة انها دعوى غير مقبولة، فاستناداً لهذا القول فان المادة الثانية هي التي فرضت التعارض بين القانون والشريعة الاسلامية. ولا يخلوا القانون التجاري العراقي والمصري من المخالفات الربوية^(١).

أما بالنسبة للتأمين^(٢)، والتأمين عقد يلتزم احد طرفيه وهو المؤمن قبل الطرف الآخر وهو المستأمن أداءه ما يتفق عليه عند تحقق شرط او حلول أجل في نظير مقابل نقدي معلوم^(٣). وقد نظم القانون المدني العراقي التأمين في المواد (٩٨٣ - ١٠٠٧)^(٤)، أما حكم الشريعة الإسلامية من التأمين فقد اجمع المجمع الفقهي لرابطة العالم الاسلامي، على تحريم

(١) ينظر: المواد (١٧٣، ١٧٤)، والمواد (٤٤، ١٠٧، ١٠٨، ١٧٨، ١٩٣، ٢٠١، ٢٣٣، ٢٨٣) من قانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ قانون التجارة العراقي.

(٢) التأمين لغةً من أمن: الأمان والأمانة: ضد الخيانة، ابن منظور، المصدر السابق، ج ١، المجلد الاول، باب الهمزة، ص ١٤٠.

(٣) المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص ٢٨.

(٤) القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

التأمين التجاري، لوجود الضرر منه وتضمنه للربا والقمار والغرر وهو من العقود التي يكون فيها أكل أموال الناس بالباطل^(١).

ومع هذه النصوص القانونية المخالفة للشريعة الاسلامية بشكل صريح لم نجد للقضاء الدستوري موقفاً صريحاً بشأنها، وإن وجد فنجده لا يختلف عما في مجالات القانون الأخرى فيتذرع بأسباب التي يبني عليها رده للدعوى او رفضه لها، فكان وجود المادة الثانية في الدستور جمالي للدستور ما دامت لا تتمتع بقوة الإلزام التام والكامل والفوري، ولأن الشريعة الاسلامية قابلة للتنفيذ والتطبيق بذاتها من دون الحاجة لنص دستوري يوجب او يؤكد ذلك مما يوجب على النظم الدستورية العمل على تصفية وتنقية النصوص القانونية المخالفة لها.

وهناك بعض القوانين تنص على الامتداد القانوني لعقد الايجار للدور السكنية^(٢)، وان انتهت المدة القانونية الثابتة بالعقد من دون ضوابط محددة، صحيح ان ولي الامر لديه عند الاقتضاء والضرورة سلطات استثنائية لكن لا ينبغي ان تكون هذه السلطة تعسفية ، فالامتداد القانوني لعقد الايجار لمدة مفتوحة وغير محددة يخل بحق الملكية الثابت شرعا فالمالك له حق التصرف والاستغلال والانتفاع وفقا لاحكام الشرع ، فذلك يعد ظلماً وأكلاً لمال الغير بالباطل، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾^(٣)، وعن ابي ذر عن النبي ﷺ فيما روى عن الله تبارك وتعالى انه ((قال: يا عبادي، اني حرمت الظلم على نفسي وجعلته

(١) أما التأمين غير التجاري هو ما يقوم به الافراد والشركات أو الجمعيات أو الدولة لا لتحقيق الأرباح المالية وانما لتحقيق مصلحة عامة للجميع، أو لطائفة من طوائفه، أو مجموعة منهم، أو مصلحة خاصة، وهو يتنوع إلى أنواع (تأمين ذاتي، وتأمين تبادلي، وتأمين تعاوني، وتأمين تبادلي تعاوني، وتأمين اجتماعي)، لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد اللطيف محمود آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، ط١، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٩٤، ص ٤٥ - ٤٧، ٣٠١ - ٣١٦.

(٢) ينظر: المادة (٣) من قانون ايجار العقار العراقي رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩.

(٣) سورة النساء، الآية (٢٩).

بينكم محرماً فلا تظالموا))^(١). ويعد ذلك أيضاً اضراً بحق المالك (المؤجر) لان الامتداد من دون رضاه ، والادلة على ذلك كثيرة منها ، قوله (ﷺ): (لا ضرر ولا اضرار)^(٢)، وقوله (ﷺ): (لا يجل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه)^(٣).

الفرع الثاني

قانون الاحوال الشخصية

عرف قانون الأحوال الشخصية بأنه (مجموعة قواعد عامة تنظم العلاقات الاسرية وتحدد حقوق والتزامات كل فرد من حيث مركزه في الاسرة)^(٤).

تأثرت كثير من الدول العربية المسلمة بالفقه الاسلامي بشكل كبير وتتفق مع احكامه والكويت من هذه الدول فقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ بشأن الاحوال الشخصية يكاد يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وحتى ان المحكمة الدستورية في الكويت لم يعرض امامها أي طعن باحكامه.

اما القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والقانون لسنة ٢٠٠٠ والقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ بإنشاء محاكم الاسرة والقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ صندوق التأمين على الاسرة) فلم يخالف المشرع المصري في هذه القوانين احكام الشريعة الاسلامية غير انه يلحظ عليها ما يأتي^(٥):

وحدة قوانين الاحوال الشخصية في قانون واحد، وكانت معالجة القانون المصري للاحوال الشخصية معالجة متسلسلة وفقهية بشكل شامل، وان كان لم يعتمد مذهب واحد لكن

(١) اخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب - باب تحريم الظلم (الحديث ٢٥٧٧).

(٢) اخرجه الامام احمد بن حنبل في المسند عن ابن عباس الحديث (٢٨٦٥)، ج ٥، ص ٥٥.

(٣) اخرجه ابو الطيب في شرحه لسنن ابو داود - كتاب الاقضية - باب الصلح (٢٦١).

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، بحث بعنوان آثار أحكام الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية الحديثة، مجلة دراسات قانونية، عدد ١، السنة الثانية، ٢٠٠٠، ص ٣٦؛ فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤، ص ٧.

(٥) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٣٦.

اعتمد اكثر من مذهب بشكل عام، عبر التوفيق مع بعضها البعض، اما موقف المحكمة الدستورية العليا فقد طعن أمامها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل احكام قوانين الاحوال الشخصية إذ كان الطعن مبناه مجاوزة رئيس الجمهورية في اصداره للقيود والضوابط المنصوص عليها في المادة ١٤٧ من الدستور ولم يتعرض لمدى اتفاهه مع أحكام الشريعة الإسلامية، الا ان المحكمة قد ردت هذا الطعن^(١).

أما المحكمة الاتحادية العليا في العراق فقد ابطلت قراراً رقمه (٢٢١) في ٢٠٠١/١٠/١٤ إذ حرم بموجبه المدعى من ارث والدته على أساس انه عاق^(٢)، اذ انه غير دستوري لكونه مخالفاً للأحكام الشرعية، وهنا نجد المحكمة قد احوالت حكم المسألة للشريعة الإسلامية بشكل مباشر استناداً للمادة الثانية، وهو تطبيق مباشر للشريعة الإسلامية من القاضي الدستوري في العراق للمادة الثانية، وعلى الرغم من هذا الحكم الا ان قانون الاحوال الشخصية العراقي لا يعني انه يخلو من المخالفات، عند الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ نجد كثيراً من المآخذ عليه، فكثير من نصوصه لا تمت الى الشريعة الإسلامية بصلة مثل نص المادة (الثانية/٤) اذ قيدت الزواج بأكثر من واحدة على اذن من القاضي مع توفر شروط معينة مثل الكفاية المالية ووجود مصلحة مشروعة^(٣)، وهي شروط يمكن التحايل عليها، وكذلك الفقرة (٧) من المادة ذاتها قد استثنيت هذه الشروط اذا كان الزواج بأرملة فما هي الغاية من اقرار هذا الحكم.

وكذلك جعل الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب^(٤)، بل اعطى للبننت مركزاً أقوى من الأبني بالحجب فكيف للبننت ان تكون بمنزلة الابن بالحجب فهذا مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية^(٥).

(١) أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضية رقم ٤ لسنة ٧ ق، ٤ يونيو ١٩٨٨.

(٢) أحكام المحكمة الاتحادية العليا، قرار رقم ١١ / اتحادية / ٢٠٠٦ في ٢٤ / ٨ / ٢٠٠٦.

(٣) ينظر: المادة (الثالثة / ٤، ٥، ٧) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٤) ينظر: المادة (٤ / ٨٩) احوال عراقي.

(٥) ينظر: المادة (٢ / ٩١) احوال عراقي.

ونجد التركات توزع في إطار القانون العراقي بشكلين مختلفين^(١)، لذا يجب ان توحيد أحكام توزيع التركات في القانون العراقي بما يتطابق مع الكتاب والسنة.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث توصلنا الى العديد من الاستنتاجات والتوصيات تمثلت فيما يأتي:

اولا: الاستنتاجات

١. عدم امكانية تطبيق المادة الثانية من دساتير الدول محل الدراسة من القضاء الدستوري لان وجود هذه المادة، لم يكن إلا توجيهها سياسيا للمشروع العادي دون الدستوري، وإن كان لها توجيه قانوني في مصر لكن تم حصره بنطاق زمني معين، فنطاق تطبيق المادة الثانية حصره الدستور المصري بالقوانين الصادرة بعد تاريخ التعديل الذي أدخل على المادة الثانية عام ١٩٨٠ فقط من دون القوانين الصادرة قبل هذا التاريخ ، فهذا يترتب عليه ان أية مخالفة تضمنتها القوانين النافذة قبل هذا التاريخ، لا يمكن الطعن بها على انها مخالفة دستورية.
٢. ان النطاق الموضوعي لهذه المادة انحصر بالقوانين العادية دون القوانين الدستورية وحتى خضوع القوانين العادية كان متذبذباً بحجة عدم وجود تقنين رسمي يرجع له لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولان المادة الثانية بالشكل الواردة به ضمن الدساتير الثلاثة لا تنص على ان الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع التي نتيجتها ان نطاق هذه المادة سيكون من الناحية الموضوعية مطلقاً.
٣. إن لفكرة عدم امكانية الزام القاضي بمذهب معين الدور الكبير في استبعاد تقنين الفقه الإسلامي، وعلى الرغم من المحاولات الكثيرة على مر التاريخ سواء كان الرسمي منها او غيرالرسمي، الفردي او الجماعي، لان التقنين يترتب عليه تسهيل مهمة القاضي الدستوري في التطبيق ولو كمرحلة اولى انتقالية نحو التطبيق الشامل ولاسيما مع وجود المذاهب المختلفة والمتعددة.

(١) د. مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص ٣٨.

٤. على الرغم من وجود المادة الثانية في دساتير الدول الثلاثة محل الدراسة إلا ان دور القضاء الدستوري في الكويت ومصر كان سلبياً في تطبيق هذه المادة، ووجدنا في العراق دوراً ايجابياً وإن كان في قضية واحدة في تطبيق (ثوابت الاسلام).

ثانياً: التوصيات

في ضوء هذا الدور السلبي للقضاء الدستوري في تطبيق المادة الثانية، من الضرورة تعديل نص المادة الثانية من دستور العراق لسد أي اعدار قد تقدم تمنع تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بصياغتها بالشكل الآتي (الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع). ووضع لجنة مكونة من كبار علماء الفقه الاسلامي مع مساعدة الخبراء القانونيين في المسائل القانونية تتولى البدء بوضع خطة مدروسة تدريجياً للبدء بتطبيق احكام الشريعة الاسلامية وهذه الخطة تستند الى اسس عديدة وهي ما سنوضحه في النقاط الآتية:

١. لا تقتصر هذه الخطة على قانون من دون آخر فإنها تشمل القوانين الوضعية كافة (دستورية وعادية) وتتبنى التطبيق التدريجي للشريعة الإسلامية وفقاً لشروط وضوابط بما لا يتعارض مع أحكام الشرع وعلى أن يكون البدء من الأصول وذلك بتربية المجتمع حكماً ومحكومين على الفهم الصحيح للعقيدة والأخلاق الإسلامية من ثم تأني الخطوات التالية لتطبيق الأحكام الشرعية الأخرى بحكم وجود قاعدة متينة في المجتمع ذاته، واعتماد مبدأ التقنين بوصفه مرحلة أولى وانتقالية للتهيئة للتطبيق الكامل والمباشر، بالنظر الى المخالفات التي تتضمنها قوانيننا، والجهل الديني الذي يسود غالبية المجتمع الإسلامي في الوقت الحاضر مما يستحيل معه التطبيق الفوري واعتماد اسلوب او منهج الرجوع المباشر للفقه الإسلامي.

٢. تكوين لجان اعداد ولجان مراجعة ولجان مراجعة نهائية تعمل على البدء بالتقنين وهذه كلها تحت اشراف لجنة عليا تسمى (الهيئة العليا لتطبيق احكام الشريعة الاسلامية)، فضلا على القضاء الدستوري الذي يراقب تطبيق هذا التقنين الذي يعد بمثابة القانون العادي ويترتب عليه اصدار انظمة لتنفيذه وهذا كله يكون على وفق الكتاب والسنة، ويكون تطبيق هذا التقنين لفترة محددة، لانها تعد مرحلة انتقالية تسبق مرحلة الرجوع المباشر للمدونات الفقهية، لان الفقه الاسلامي مدون في مدونات فقهية ، لكن كمرحلة اولى يصعب الرجوع اليها مباشرة.

٣. تتولى اللجان التقنين ليس على شكل مدونات انما على شكل مواد قانونية مرقمة وفقا للأسس الآتية:
- أ- تقرير الاحكام المتفق عليها بين فقهاء الاسلام من دون خلاف.
- ب- في المسائل المختلف عليها اختلاف تنوع يؤخذ بالاقوال جميعها ما دامت ثابتة في الشرع ولا يقتصر على واحد منها.
- ج- في المسائل المختلف عليها اختلاف تضاد ينظر في دليل كل مذهب ويؤخذ بأقوى الآراء ، وأرجحها من ناحية الدليل من دون تعصب لرأي على آخر.
- د- في المسائل التي يصعب ترجيح رأي من الآراء فيها وتتساوى أدلتها في القوة يجوز الأخذ بأي منها ويحسن تقديم ما يرجح من ناحية المصلحة للمسلمين.
- هـ - يترك كل رأي ظهر بطلانه وضعفه لمخالفته للكتاب والسنة.
- و- ويلزم به الهيئات كافة وعلى راسها القضاء وهذا كله يتم تحت رقابة القضاء الدستوري من حيث التطبيق ورقابة الهيئة العليا لتطبيق احكام الشريعة الاسلامية.

المصادر

القرآن الكريم

أولاً: - معاجم اللغة العربية

١. أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، ط٨، المطبعة الأميرية ، بولاق، مصر، ١٩٣٩.
٢. جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير ومحمد احمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، ط١، دار المعارف، القاهرة، ب. ت.
٣. د. شعبان عبد العاطي عطية وآخرون، المعجم الوسيط، ط٤، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، ٢٠٠٤.

ثانياً: - كتب التفسير والحديث

١. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ط١، مطبعة دار إحياء التراث العربية، القاهرة، ب. ت.

٢. أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الحديث، القاهرة، ١٩٨٨.
٣. أبو عبد الرحمن شرف الحق محمد اشرف الصديقي، عون المعبود(شرح سنن أبي داود)، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، ط٢، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ٢٠٠١.
٤. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠٦.
٥. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ط١، مطابع دار البيان الحديثة، مكتبة الصفا، القاهرة، ٢٠٠٣.
٦. أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.
٧. أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.
٨. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أحمد شاكر وحمزة أحمد الزين، ط١، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٥.
٩. أحمد بن محمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط٣، مكتبة الفيحاء للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.
١٠. جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، ج٧، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٩٩٤.
١١. الفخر الرازي، التفسير الكبير، ط٤، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠١.

ثالثاً: - كتب الفقه وأصوله

١. أبو اسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموفقات، م ٤، ط ١، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الخبر، ١٩٩٧.

٢. ابن الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تحقيق: د. احمد مبارك البغدادي، ط١، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ١٩٨٩.
٣. أبو المعالي الجويني، غياث الأمم في آليات الظلم، تحقيق: د. مصطفى حلمي ود. فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، الإسكندرية، ب. ت.
٤. أبو بكر محمد بن احمد بن أبي سهيل السرخسي، أصول السرخسي، تحقيق: ابو الوفاء الافغاني، ط٢، دار الكتب العلمية، لبنان، ٢٠٠٥.
٥. أبو حامد بن محمد أبو حامد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١.
٦. —، المستصفي من علم الاصول، تحقيق: د. حمزة بن زهير حافظ، ج١، ٢، ٣، ٤، ٤، ٣، ٢، ١، ب. م، ب. ت.
٧. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن العريفي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج٨، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥.
٨. أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، الخراج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٧٩.
٩. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى شرح المجلى، تحقيق: احمد محمد شاكر، ط١، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ١٩٩٧.
١٠. د. أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، ط٤، دار الشروق، القاهرة، ١٩٨٩.
١١. برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٩٥.
١٢. بكر عبد الله أبو زيد، فقه النوازل، ط١، ج١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، ١٩٩٦.
١٣. تقي الدين احمد بن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج١٩، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، ٢٠٠٥.

١٤. حميد بن زنجويه، الأموال، تحقيق: شاكر ذيب فياض، ج١، ط١، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، الرياض، ١٩٨٦.
١٥. د. رفيق يونس المصري، فقه المعاملات المالية، ط١، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٥.
١٦. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، شرح الورقات في أصول الفقه، ط١- دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، دار المحسن للنشر والطباعة، الجزائر العاصمة، ٢٠١٠.
١٧. سعود بن عبد العال البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الاسلامية، ج١، ط٢، دار التدمرية، الرياض، ٢٠٠٩.
١٨. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، ب. ت.
١٩. شهاب الدين أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله الهمداني الحموي المعروف بابن ابي الدم الشافعي، ادب القضاء، تحقيق: د. محي هلال سرحان، ط١، ج١، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٨٤.
٢٠. شمس الدين السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ١٤٢٤ هـ.
٢١. د. عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي، ج١، ط١، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠١.
٢٢. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتب العلمية، لبنان، ١٩٨٦.
٢٣. علاء الدين محمد بن علي الحصكفي، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق: عبد المجيد طعمه حلبي، دار المعرفة، لبنان، ب. ت.
٢٤. كمال الدين ابن الهمام، التقرير والتحري، مجلد ٣، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٩.
٢٥. محمد بن ادريس الشافعي، الرسالة، تحقيق: احمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ب. ت.
٢٦. —، إلام، تحقيق: د. رفعت فوزي عبد المطلب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠١.

٢٧. محمد بن حسين الجيزاني، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ط١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٦.
٢٨. د. محمد زكي عبد الله، تقنين الفقه الإسلامي، ط٢، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ١٩٨٦.
٢٩. د. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، مطبعة دار التأليف، مصر، ١٩٦٦.
٣٠. د. مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج١، ط٨، مطبعة الحياة، دمشق، ١٩٦٤.
٣١. مالك بن انس، الموطأ، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨٥.
٣٢. موفق الدين أبي محمد عبدا لله بن احمد ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقى، ج٩، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٤.
٣٣. د. وليد خالد الربيع، الإلزام في التصرفات المالية في الفقه الإسلامي، ط١، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٧.
٣٤. د. وليد خالد الشايجي، المدخل إلى المالية العامة الإسلامية، ط١، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٥.

رابعاً : الكتب الشرعية العامة

١. أبو أحمد عبد الرحمن المصري، التدرج في التشريع ودعوى عدم القدرة على تطبيق الشريعة الإسلامية، مجموعة الأنصار البريدية، ب. م، ٢٠٠٩.
٢. شمس الدين أبي عبد الله بن قيم الجوزية، الروح (في الكلام على أرواح الأموات وإحياء بالدلائل من الكتاب والسنة والآثار وأقوال العلماء)، تحقيق: محمد اسكند يلداء، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٢.
٣. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، بيان لأخطاء بعض الكتاب، ج٢، ط٣، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٧هـ.
٤. صلاح الصاوي، الثواب والمتغيرات في مسيرة العمل الاسلامي المعاصر، ب. م، ب. ت.
٥. د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب. ت.

٦. عبد الرحمن بن سعد الشثري، حكم تقنين الشريعة الإسلامية، ط١، دار الصميعي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، ٢٠٠٧.
٧. د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط١٦، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠٢.
٨. د. عبد اللطيف محمود آل محمود، التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية، ط١، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٩٤.
٩. د. علي جريشة، شريعة الله حاكمة، دار غريب للطباعة، القاهرة، ١٩٧٧.
١٠. محمد سعيد العشماوي، الإسلام السياسي، ط٥، الانتشار العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
١١. د. محمد أبو الفتح البيانوتي، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، طبعة خاصة باللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، الكويت، ١٩٩٦.
١٢. محمد عيد عباسي، بدعة التعصب المذهبي، ط٢، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، ١٩٨٦.
١٣. د. محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، ط١، وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، لبنان، ١٩٧٧.
١٤. د. محمد مصطفى الزحيلي، التدرج في التشريع والتطبيق في الشريعة الإسلامية، ط١، طبعة خاصة باللجنة العليا، الكويت، ٢٠٠٠.
١٥. مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام احمد بن حنبل (رضي الله عنه)، إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، إشراف مجمع البحوث الإسلامية، ١٩٧٢.
١٦. د. مناع القطان، معوقات تطبيق الشريعة الإسلامية، ط١، مكتبة وهبت، القاهرة، ١٩٩١.
١٧. د. ناصر بن عبد الله الميمان، النوازل التشريعية، ط١، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الدمام، ١٤٢٠.
١٨. د. يوسف القرزاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط٢، مؤسسة الرسالة، لبنان، ٢٠٠١.

خامساً : الكتب القانونية

١. د. إحسان حميد المفرجي ود. كطران زغير نعمة ود. رعد الجدة، النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق، دار الحكمة، ١٩٩٠.
٢. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط٢، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٢.
٣. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، ١٩٩٣.
٤. د. حسن تيسير شموط، العدالة القضائية وتطبيقاتها في الشريعة الإسلامية، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦.
٥. د. حميد الساعدي، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، دار الحكمة، الموصل، ١٩٩٠.
٦. جعفر كاظم المالكي، المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا، ط١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١١.
٧. د. رمزي الشاعر، رقابة دستورية القوانين، ب. م، ٢٠٠٤.
٨. د. سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب. م، ب. ت.
٩. سعيد محمود الديب، موسوعة احكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثاني، الاصدار الثالث، الاحكام من عام ١٩٨٠، ٢٠١٠.
١٠. د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، ب. م، ١٩٨٤.
١١. د. عبد الباقي البكري ود. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩.
١٢. د. عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب. ت.
١٣. د. عبد المنعم فرج الصدة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢.
١٤. د. عثمان عبد الملك الصالح، الرقابة القضائية امام المحكمة الدستورية في الكويت، ط١، ب. م، ١٩٨٦.

١٥. د. عيد احمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار الفكر العربي، ب. ت.
١٦. د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.
١٧. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤.
١٨. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القرار الإداري، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١.
١٩. د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ٢٠٠٥.
٢٠. د. محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية) ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ب. ت.
٢١. د. محمود حلمي، دستور جمهورية مصر العربية والدساتير العربية المعاصرة، ط٥، ب. م، ١٩٧٣.
٢٢. د. منير عبد الحميد، اصول الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١.
٢٣. د. نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، ط١، دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٩.
٢٤. د. نوره فرغلي عبد الرحمن السناري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ط١، ب. م، ٢٠٠٧.

سادسا : الرسائل والأطاريح

١. أنور أحمد رسلان، الديمقراطية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧١.
٢. سحر أحمد الرفاعي، استقلال القضاء وأثره على أعمال رقابة دستورية القوانين في الكويت والقانون المقارن، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٨.

٣. عصام سعيد عبد، الرقابة على دستورية القوانين، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٧.

سابعاً : البحوث والدوريات والمؤتمرات

١. د. احمد زكي الشيبتي، عدم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفة الشريعة الإسلامية، مجلة المحاماة، العدد الاول والثاني، السنة ٦٦، يناير/ فبراير ١٩٨٦.

٢. أيوب خالد القناعي، (قراءة متأنية في مرسوم إنشاء اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية)، ادارة البحوث والمعلومات، الديوان الاميري، الكويت.

٣. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اثار احكام الشريعة الإسلامية في التشريعات العربية، مجلة دراسات قانونية العدد ١، السنة الثانية، ٢٠٠٠.

٤. سمير داوود سلمان وعودة يوسف سلمان، الحماية الدستورية لثوابت الاسلام واثرها على التشريع الجنائي العراقي، مجلة القانون المقارن، تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، العدد ٦٦، ٢٠٠٩.

٥. عبد الحميد محمود البعلي، تقنين اعمال الهيئات الشرعية معالمه وآلياته، اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية، ادارة البحوث والمعلومات، الديوان الاميري، الكويت.

٦. —، ضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي، اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية، ادارة البحوث والمعلومات، الديوان الاميري، الكويت.

٧. عبد الرحمن بن أحمد الجدعي، تقنين الأحكام الشرعية بين المانعين والمجيزين، اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة الإسلامية، ادارة البحوث والمعلومات، الديوان الاميري، الكويت.

٨. د. عبد الناصر توفيق العطار، المحكمة الدستورية ونص المادة الثانية من الدستور، المؤتمر العلمي الأول لكلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر ٣٠-٣١ /مارس/ ١٩٩٨.

٩. د. فتحي فكري، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم بعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور ١٩٧١، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، كلية الحقوق، العدد٤، السنة ١٨، ديسمبر ١٩٩٤.
١٠. د. محمد عبد القادر الشريف، التدرج في تطبيق الشريعة الإسلامية، اللجنة العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ادارة البحوث والمعلومات، الديوان الاميري، الكويت.

ثامنا : الدساتير والقوانين والانظمة والاحكام

١. الدساتير والقوانين والانظمة والاحكام العراقية :
- أ- قانون المشروعات الروحية رقم ٣ لسنة ١٩٣١.
- ب- القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- ت- قانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٩ قانون ضريبة العقار.
- ث- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- ج- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ح- قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩.
- خ- قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢.
- د- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
- ذ- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.
- ر- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ الدائم.
- ز- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.
- س- احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام (٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧).
٢. الدساتير والقوانين والانظمة والاحكام المصرية.
- أ- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل.
- ب- القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ت- دستور جمهورية مصر لعام ١٩٧١ المعدل.
٣. الدساتير والقوانين والانظمة والاحكام الكويتية
- أ- قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠

ب- دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢.

ت- قانون النقد وبنك الكويت المركزي والمهنة المصرفية رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

ث- قانون انشاء المحكمة الدستورية رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣.

ج- مرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني.

ح- قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

ج- أحكام المحكمة الدستورية.

تاسعا : المواقع الإلكترونية

١. الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق: تاريخ الزيارة ٢٠١١/١٢/١٢

<http://www.iraqja.iq/viewd.862/>.

٢. الموقع الإلكتروني: تاريخ الزيارة ٢٠١١/٨/١٠

<http://islamtoday.net/bohooth/artshow>

٣. الموقع الرسمي للجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق الشريعة

الإسلامية، الكويت: تاريخ الزيارة ٢٠١١/٤/١٨

<http://www.sharea.gov.kw/index.php>.

٤. الموقع الإلكتروني: تاريخ الزيارة ٢٠١١/٨/١٥

<http://www.reqaba.com/articleDetail.aspx?id=>