مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية

أ. محمد رفيق مؤمن الشوبكي
ماجستير قانون عام
غزة - فلسطين

ملخص:

تعتبر الدول العربية الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع، وتختلف قوتها من حيث كونها مصدراً للتشريع تبعاً لصياغة المادة الخاصة بذلك في دستور كل دولة، ولاختلاف الصياغات أثر على نصوص الدستور التي يجب أن تكون متناغمة ومنسجمة مع بعضها البعض، وكذلك أثر على كافة التشريعات العادية والثانوية، بالإضافة لما لها من تأثير على عمل السلطات في الدولة، ومن هذا المنطلق تناول الباحث هذا الموضوع تحت عنوان: "مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية".

واتبع الباحث في بحثه المنهج الوصفي التحليلي، وتحدث في بدايته عن ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع، ثم تناول الحديث عن الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية، كما بين أثر النص المتعلق بالتشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل كلٍ من: المشرع والقاضي، وختم الباحث بحثه بخاتمة لخص فيها النتائج والتوصيات.

المقدمة:

الحمد لله الملك العلي الكبير، سبحانه على كل شيء قدير، ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير، تعالى عن نظير وتقدس عن وزير، وتنزه عن مخبر ومشير، أعطى من فضله الكثير وقبل من خلقه اليسير، وعفا عن الخطأ والتقصير، ليس كمثله شيء وهو السميع البصير، والصلاة والسلام على البشير النذير، السراج المنير، محمد ﷺ وعلى آله وأصحابه أولى الجد والتشمير، ومن على نهجهم إلى الله يسير، ثم أما بعد؛

الشريعة الإسلامية هي ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبها المختلفة لتنظيم علاقة الناس بربهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض وتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة.

وتعد الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع، وتختلف قوتها من حيث كونها مصدراً للتشريع تبعاً لصياغة المادة الخاصة بذلك في الدستور، ودستور كل دولة غالباً إن لم يكن دائماً ما يحدد دين الدولة، وكذلك يحدد دور الدين كمصدر للتشريع.

وفي الفترة الأخيرة، وبعد الثورات العربية، كان للإسلاميين نصيب الأسد من اعتلاء سدة الحكم في الدول التي شهدت هذه الثورات، وباتت الحاجة ملحة لسن دساتير جديدة تتلاءم مع مطالب الثوار، وإبان إعداد دساتير جديدة كان يثور النزاع حول صياغة المادة المتعلقة بتحديد دور الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، أتكون الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أم المصدر الرئيسي للتشريع أم مصدر رئيسي للتشريع أم مصدر من مصادر التشريع، وكذلك أتكون مبادئ الشريعة الإسلامية أم أحكام الشريعة الإسلامية هي المصدر.

ولاختلاف الصياغات سالفة الذكر أثر على نصوص الدستور التي يجب أن تكون متناغمة ومنسجمة مع بعضها البعض، وكذلك أثر على كافة التشريعات العادية والثانوية بالإضافة لما لها من تأثير على تنظيم السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية).

ولما مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية من دور كبير في بيان مدى إمكانية تطبيق الشريعة الإسلامية في الدول العربية، ومن انعكاسات كبيرة على عمل مؤسسات الدولة كان لابد من تناول هذا البحث، والذي أسميناه: "مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية".

أولاً – طبيعة الموضوع:

دراسة موضوع التشريع الإسلامي في الدساتير العربية من حيث بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، والحديث عن معنى التشريع الإسلامي، وبيان الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية، وأثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع والقاضي.

ثانياً – أهمية البحث وسبب اختياره:

تأتي أهمية إعداد هذا البحث وسبب اختياره لعدة أسباب، أهمها:

١ – التأثير الكبير لهذا الموضوع؛ حيث إن تأثيره ينعكس على كافة مؤسسات الدولة وعلى المنظومة القانونية للمجتمع بأسره.

٢ – توقيت إعداد هذا البحث، حيث إنه كثيراً ما تثار النقاشات حول تطبيق الشريعة الإسلامية، وحول كيفية صياغة المادة المتعلقة بالشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع وأثرها ومكانتها، خاصة عند وضع الدساتير في الدول العربية في الآونة الأخيرة.

٣ – موضوع الدراسة من المواضيع الحديثة التي لم يتناولها القضاء والفقه بالبحث الكافي والوافي، فتكاد لا تجد دراسة شرعية قانونية تتناول هذا الموضوع.

٤ – الرغبة في ترك بصمة ذاتية تسجل في هذا الموضوع، من خلال شرحه بالتفصيل، وبيان أحكامه.

ثالثاً – أهداف البحث:

١ – تقديم رؤية واضحة حول موضوع مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع والصياغات المتعددة لها، ودلالاتها وأثرها.

٢ – بيان موقف الدول العربية من التشريع الإسلامي، ومدى التزامها بأحكامه.

٣ – بيان دور القضاة في الدول العربية عند إصدار أحكام قضائية مستندة للقانون إلا أنها مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

رابعاً – مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث في استيضاح مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية، حيث إن النص على الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور له أثر كبير على بقية نصوص الدستور وعلى عمل السلطات الثلاث في الدولة، وبالتالي يمكن صياغة مشكلة البحث بالسؤال التالي: "هل أعطت الدساتير العربية للتشريع الإسلامي دوراً فعالاً يسهم في تطبيق الشريعة الإسلامية؟ وما أثر النص على التشريع الإسلامي كمصدر للتشريع في الدساتير العربية على عمل المشرع والقاضي؟ "

خامساً – أسئلة البحث:

١ – ماهية مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها؟

٢ – ما هو الفرق بين الصياغات المتعددة لمادة الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور؟

٣ – هل لجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع في الدساتير العربية أثر على نصوص الدستور والتشريعات الأخرى؟

٤ – هل يجوز للقاضي أن يصدر حكماً في نزاع معروض أمامه، وهذا الحكم يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية؟

سادساً – منهجية البحث:

في هذا البحث سيتم استخدام المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال بيان وتحليل قاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بصياغتها المتعددة، ومكانتها بالنسبة لنصوص الدستور ذاته ونصوص التشريعات العادية والثانوية، وأثرها على عمل القضاء.

سابعاً – هيكلية البحث:

المبحث الأول: ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع.

المبحث الثاني: الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية.

المبحث الثالث: أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع.

المبحث الرابع: أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل القضاء.

المبحث الأول
ماهية الشريعة الإسلامية والتشريع

المطلب الأول
مفهوم الشريعة الإسلامية

أولاً – الشريعة الإسلامية لغة:

الشريعة هي مصدر من الشرع، يقال: شرع يشرع شرعاً وشرعياً، والشرع: الدين والسنة، والملَّة، والسبيل، والظاهر المستقيم من المذاهب، ويأتي لمعان غير ذلك[١]. والشريعة تطلق على الطريقة المستقيمة، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ فَٱتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ ٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾[٢]، وتطلق على مورد الماء الذي يورد للشرب[٣].

والإسلامية في اللغة: من الإسلام، وهو بمعنى الإذعان والانقياد والدخول في السلم أو الدخول في دين الإسلام[٤].

ثانياً – الشريعة الإسلامية اصطلاحاً:

إن بيان مفهوم الشريعة الإسلامية يقتضي توضيح المقصود بأحكام الشريعة ومبادئ الشريعة، وسنتولى ذلك على النحو التالي:

١ – مفهوم أحكام الشريعة الإسلامية:

يقصد بأحكام الشريعة قواعدها وشرائعها، وتشمل الشريعة أحكام الله في جميع الأعمال من حل، وحرمة، وكراهة، وندب، وإباحة[٥].

يطلق لفظ الشريعة في لسان الفقهاء على الأحكام التي سنها الله تعالى لعباده ليكونوا مؤمنين عاملين بها على ما يسعدهم في الدنيا والآخرة[٦].

---

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (سوريا: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٦م)، ج١، ص٧٢٣.
(٢) سورة الجاثية، آية رقم (١٨).
(٣) جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، (بيروت: دار صادر، ١٩٩٧م)، ج٨، ص١٧٥.
(٤) المرجع السابق نفسه، (١٢/٢٩٣).
(٥) ماهر حامد الحولي، أصول الفقه الإسلامي، (غزة: مكتبة الطالب الجامعي، ٢٠١٢م)، ص٦٥.
(٦) شوكت محمد عليان، التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، (الرياض: دار الشواف للنشر والتوزيع، ١٩٥٦م)، ص١١.

ويقصد بالشريعة في اصطلاح الفقهاء: مجموعة الأحكام والقواعد الشرعية التي سنها الله لعباده، والتي بلغت عن طريق الرسل، وتحتوي على ما ينظم علاقة الإنسان بنفسه ثم بربه ثم بأخيه الإنسان، وبالجماعة التي يعيش فيها. أو هي: النظم التي شرعها الله أو شرع أصولها ليأخذ الإنسان بها نفسه في علاقته بربه، وعلاقته بأخيه المسلم، وعلاقته بأخيه الإنسان، وعلاقته بالكون، وعلاقته بالحياة(٧).

وتعرف بأنها: هي ما شرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد ﷺ، وتشمل الأحكام العقائدية والأخلاقية والعملية (العبادات والمعاملات)(٨).

وبالنظر إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدها تنقسم إلى قسمين، قسم الأحكام قطعية الثبوت والدلالة، وهي التي لا شك فيها ولا اجتهاد معها؛ لأنها ثبتت بالنصوص الواضحة التي لا خلاف فيها كوجوب الصلاة والزكاة وحرمة الخمر والميسر هذا من جهة كونها قطعية الثبوت، أما من جهة كونها قطعية الدلالة أي أنها دلت على معنى واحد لا يحتمل غيره ولا سبيل إلى فهم غيره بوجه من الوجوه. وقسم الأحكام غير قطعية الثبوت أو الدلالة أو كليهما، وهي التي قد يكون هناك شك في ثبوتها كأحاديث الآحاد، أو أنها تحتمل أكثر من معنى وفيها مجال لترجيح بعض المعاني على بعض أو كلا الأمرين معاً، مثال ظنية الدلالة: لفظ قرء فتحتمل الحيض والطهارة، وهذه تحتمل أكثر من تفسير وتحتاج إلى اجتهاد حسب الأصول وما يقتضيه السياق(٩).

٢ – مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية:

مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية مفهوم حوله اختلاف اجتهادي، فهناك من يرى أن مبادئ الشريعة الإسلامية: هي مجرد المبادئ العامة فقط؛ مثل: مبدأ العدالة، ومبدأ لا ضرر ولا ضرار، ومبدأ حفظ النفس والمال، ومبدأ عدم الإكراه في الدين، وليس المقصود (أحكام) الشريعة نفسها(١٠).

---

(٧) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠١م)، ص١٠.

(٨) أنور العمروسي، التشريع والقضاء في الإسلام، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠م)، ص١٨، ١٩.

(٩) ماهر حامد الحولي، مرجع سابق، ص٢٠٨، ٢٠٩ آدم يونس، تغير الأحكام في الفقه الإسلامي، موقع الإسلام، رابط الموقع: http://www.al-islam.com/content.aspx?pageid=1210&ContentID=753، تاريخ زيارة الموقع: ١٥/١١/٢٠١٤م.

(١٠) تهاني الجبالي، مقال بعنوان: "قصة المادة الثانية من الدستور"، نشر في جريدة التحرير بتاريخ ٠٥/١١/٢٠١١م، موقع مصرس، رابط الموقع: http://www.masress.com/tahrirnews/69154، تاريخ زيارة الموقع: ١٦/١١/٢٠١٤م.

وهناك من يرى بأن الاسم العلمي لمبادئ الشريعة وكلياتها وأهدافها هو مقاصد الشريعة، ومقاصد الشريعة تقسم إلى الضرورات (حفظ الدين – النفس – النسل – العقل – المال)، والحاجيات، والتحسينيات(١١).

والمعنى الدقيق لمبادئ الشريعة الإسلامية: هي الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها الواردة في القرآن والسنة دون غيرها من مصادر الفقه الإسلامي كالإجماع والقياس والاستحسان، فهي مصادر تقوم على الاجتهاد البشري خلافاً للقرآن والسنة، فمصدرها الله سبحانه وتعالى، فالسنة باعتبارها وحياً من الله سبحانه وتعالى تلحق بالقرآن الكريم فيما أتت به من أحكام شرعية قطعية الثبوت والدلالة(١٢). فقد ورد في نص حكم للمحكمة الدستورية العليا المصرية ما يأتي:"... فلا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها"(١٣).

والمصادر الأخرى غير القرآن والسنة، هي مصدر خصب للاجتهاد في المسائل الاختلافية والمستجدة، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: "الآراء الاجتهادية في المسائل المختلف عليها ليس لها في ذاتها قوة متعدية لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالي اعتبارها شرعاً ثابتاً متقرراً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد"(١٤).

---

(١١) جاسر العودة، الفرق بين مبادئ الشريعة وأحكام الشريعة، موقع المختصر، رابط الموقع: http://www.almokhtsar.com/node/31971، تاريخ دخول الموقع: ١٦/١١/٢٠١٤م.

(١٢) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١م)، ص٨٤، ٨٥.

(١٣) راجع، حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (٧) لسنة (٨) قضائية، جلسة ١٥/٥/١٩٩٣م، وحكمها في الدعوى رقم (٢٨) لسنة (١٥) قضائية، جلسة ٥/١٢/١٩٩٨م، وحكمها في الدعوى رقم (٨) لسنة (١٧) قضائية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦م. وحكمها في الدعوى رقم (١١٩) لسنة (٢١) قضائية، جلسة بتاريخ ١٩/١٢/٢٠٠٤م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1، تاريخ دخول الموقع: ١٠/٥/٢٠١٥م.

(١٤) راجع، حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (٥) لسنة (٨) قضائية، جلسة ٦/١/١٩٩٦م، وحكمها في الدعوى رقم (٨) لسنة (١٧) قضائية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦م، موقع =

وقد جاء في نص المادة (٢١٩) من الدستور المصري لعام ٢٠١٢م (الملغي العمل به) تفسير مبادئ الشريعة بالمعنى سالف الذكر، حيث فسرت المادة (٢١٩) المادة الثانية من الدستور المصري، ونصت على أنه: (مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة في مذاهب أهل السنة والجماعة)(١٥).

وقد ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أن المقصود بمبادئ الشريعة كلياتها التي ليست محل خلاف بين الفقهاء، فمبادئ الشريعة هي القواعد الكلية المشتركة بين الفقه الإسلامي(١٦).

وعليه فإن مبادئ الشريعة هي الأحكام العامة الكلية الأساسية، التي لا تكون محلاً للخلاف بين المذاهب دون التفصيلات المتغيرة بتغير كل مجتمع وشؤونه(١٧).

وفي إطار التفرقة بين أحكام الشريعة ومبادئها، فإن الدكتور عبد الرازق السنهوري لا يفرق بين مصطلحي الأحكام والمبادئ وهو يستخدمها كمرادفات لبعضهما البعض، ولكنه يفرق بين المبادئ أو الأحكام الشرعية الكلية القطعية التي مصدرها الأصول، القرآن الكريم والسنة النبوية، ويسميها المبادئ العامة التي لا يجوز مخالفتها، وبين المبادئ والأحكام التي مصدرها مذاهب الفقه الإسلامي، وهنا لا يشترط التقيد بمذهب معين فيمكن الرجوع إلى أي من المذاهب الأربعة، كما يمكن الرجوع إلى مذاهب أخرى كالزيدية والإمامية(١٨).

في حين أن هناك من يرى – وبحق – أن مصطلح مبادئ الشريعة يختلف عن مصطلح أحكام الشريعة، حيث إن المشرع الدستوري أورد تعبير "مبادئ الشريعة الإسلامية" وليس أحكام الشريعة الإسلامية، ولو قصد النص على أحكام الشريعة لما أعجزه التصريح بذلك في النص، وهو ما يعني الإحالة للمبادئ العليا وحدها. فمبادئ

= جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، الرابط: https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-18-Y17.html، تاريخ دخول الموقع: ٥/٠٥/٢٠١٥م.

(١٥) راجع: المادة (٢١٩) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٢م (الملغي العمل به).

(١٦) محمد سعيد العشماوي، الشريعة الإسلامية والقانون المصري، (القاهرة، مكتبة مدبولي الصغير، ١٩٩٦م)، ص٢٣.

(١٧) محمد عبد الظاهر حسين، الفقه الإسلامي المصدر الرئيسي للتشريع، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٩م)، ص١٧٣.

(١٨) عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، ج١، ص٤٨–٤٩.

الشريعة الإسلامية تمثل المقاصد العليا الثابتة، في حين أن الأحكام منها ما هو متغير، يخضع للاختلاف الفقهي في استنباطها(١٩).

وكما أسلفنا فإن الفقه الإسلامي يقسم أحكام الشريعة الإسلامية إلى قسمين:

١ – قسم الأحكام قطعية الثبوت والدلالة: وهي التي لا شك فيها ولا اجتهاد معها؛ لأنها ثبتت بالنصوص الواضحة التي لا خلاف فيها، وهذه تسمى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٢ – قسم الأحكام غير قطعية الثبوت أو الدلالة أو كليهما: وهي التي قد يتطرق إليها الشك في ثبوتها أو تحتمل أكثر من تفسير واجتهاد حسب الأصول العامة وما يقتضيه السياق أو كلا الأمرين معاً، وهي تمثل معظم أحكام الشريعة الإسلامية والمساحة الواسعة منها.

ومصطلح أحكام الشريعة الإسلامية يشمل القسمين السابقين.

ويتضح مما سبق أن مدلول مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" أوسع بكثير من مدلول مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية"، وأن مبادئ الشريعة جزء من أحكام الشريعة وليس العكس.

المطلب الثاني
مفهوم التشريع الإسلامي

أولاً – التشريع الإسلامي لغة:

التشريع مصدر للفعل شرع يشرع تشريعاً، والشرع: الدين والسنة والملَّة والسبيل والظاهر المستقيم من المذاهب ويأتي لمعان غير ذلك(٢٠). ومن الشريعة اشتق – شرع – بمعنى أنشأ الشريعة، فيقال: شرع الدين يشرعه شرعاً إذا سن القواعد وبين النظم وأظهر الأحكام، وتقييدها بالإسلامية يخرج غيرها من الشرائع(٢١).

(١٩) تهاني الجبالي، مرجع سابق.

(٢٠) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (سوريا: مؤسسة الرسالة، ١٩٨٦م)، ج١، ص٧٢٣.

(٢١) محمد علي السايس، تاريخ الفقه الإسلامي، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ص٧.

ثانياً – التشريع الإسلامي اصطلاحاً:

التشريع الإسلامي هو سن الشريعة وبيان الأحكام وإنشاء القوانين التي تستمد منها الأحكام لأعمال المكلفين، وما يحدث لهم من الأقضية والحوادث(٢٢).

ويقصد بالتشريع الإسلامي أحد معنيين، أحدهما: إيجاد شرع مبتدأ، وثانيهما: بيان حكم تقضيه شريعة قائمة، فالتشريع بالمعنى الأول في الإسلام ليس إلا لله فهو سبحانه ابتدأ شرعاً بما أنزله في قرآنه وما أقر عليه رسوله، وما نصبه من دلائل، وبهذا المعنى لا تشريع إلا لله. وأما التشريع بالمعنى الثاني وهو بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة، فهذا هو الذي تولاه بعد الرسول الكريم (صحابته الخلفاء الراشدين، ثم خلفاؤهم من فقهاء التابعين وتابعيهم من الأئمة المجتهدين، فهؤلاء لم يشرعوا أحكاماً مبتدأة، وإنما استمدوا الأحكام من نصوص القرآن أو السنة النبوية، وما نصبه الشارع من الأدلة وما قدّره من القواعد العامة(٢٣).

ويرتبط تحديد سلطة التشريع في الدولة الإسلامية بوضع السيادة فيها، إذ إن الله سبحانه وتعالى هو المشرع الأعلى في الدولة الإسلامية، وأن ما جاء به القرآن الكريم وما بينته السنة النبوية من مبادئ وقواعد وأحكام تمثل صلب وجوهر الشريعة الإسلامية، هي واجبة الاحترام والتطبيق في الدولة الإسلامية، ولا يملك أحد سلطة تغيير أو تعديل شيء منها. أما وضع القوانين والتشريعات التفصيلية لمبادئ وأحكام الشرع الإسلامي، أو لترجيح الأحكام في المسائل التي تعالجها نصوص شرعية ظنية، أو لوضع الحلول الملائمة للأمور المستحدثة، فكل ذلك تختص به السلطة التي يحددها الشعب الإسلامي والتي يراها أهلاً للتعبير عن إرادته العامة(٢٤).

فالتشريع في الفقه الإسلامي له دلالتان(٢٥): الأولى: الدلالة القانونية (التقنين): وهي حق إصدار القوانين التي تشتمل على مجموعة من القواعد العامة المجردة

---

(٢٢) عبدالوهاب خلاف، خلاصة تاريخ التشريع الإسلامي، (دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع)، ص٧.

(٢٣) سمير عاليه، نظرية الدولة وآدابها في الإسلام، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٨٨)، ص٤٢.

(٢٤) سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، (القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٧٩م)، ص٣٣٢.

(٢٥) صبري محمد خيري، الشريعة الإسلامية ومصادر التشريع، منشور على شبكة روض الرياحين بتاريخ ٢٠١١/٠٩/٢٤، رابط الموقع: http://cb.rayaheen.net/showthread.php?tid=36459، تاريخ زيارة الموقع: ٢٠١٤/١١/١٨.

الملزمة التي تضبط سلوك الناس في المجتمع. والمقصود بمصطلح (إصدار) تبني الدولة لقوانين معينة لتصبح ملزمة، بصرف النظر عن مصدر هذه القوانين وطبيعتها. وفي الفقه الإسلامي نجد العديد من القواعد والمفاهيم القانونية الإسلامية التي تعبر عن هذه الدلالة لمصطلح التشريع، من هذه القواعد:"للسلطان أن يحدث من الأقضية بقدر ما يحدث من مشكلات" و"أمر الإمام يرفع الخلاف" و"أمر الإمام نافذ"، فكل هذه القواعد تفيد حق الدولة في تبني قواعد فقهية قانونية معينة لتصبح ملزمة للناس. وكذلك مفهوم التعزير في الفقه الجنائي الإسلامي، وهو العقوبة التي يقررها الحاكم للجرائم التي لا حد فيها ولا كفارة ولا قصاص، فهذا المفهوم يفيد حق الدولة في تبني عقوبات معينة، كجزاء على مخالفات معينة للنظام القانوني، لتصبح ملزمة أي من حق الدولة إيقاعها على من يخالف هذا النظام رغم أنها لم ترد في الشرع. الثانية: الدلالة الدينية (الشرع): والتشريع طبقاً لهذه الدلالة هو حق وضع القواعد – الحدود التي لا يباح تجاوزها، والتي أسماها الفقهاء والأصوليون الأصول، وهو ما ينفرد به الله تعالى. لذا أسند القران فعل (شرع) إلى الله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا وَٱلَّذِىٓ أَوۡحَيۡنَآ﴾(٢٦).

واتساقاً مع ما سبق فإن التشريع الإسلامي منه ما سنه الله تعالى في القرآن الكريم والسنة النبوية، وهذا تشريع إلهي محض، ومنه ما سنه مجتهدو المسلمين من الصحابة وتابعيهم والأئمة المجتهدون استنباطاً من نصوص التشريع الإلهي وروحها ومعقولها، وما أرشدت إليه من مصادر، وهذا يعتبر تشريعاً إلهياً باعتبار مرجعه ومصدره، ويعتبر تشريعاً وضعياً باعتبار جهود المجتهدين في استمداده واستنباطه(٢٧).

(٢٦) سورة الشورى، آية (١٣).
(٢٧) شوكت عليان، مرجع سابق، ص١٢.

المبحث الثاني
الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية

إن العلاقة بين الشريعة والتشريع في دولة ما، تتحدد بحسب صياغة المادة الواردة في الدستور والمتعلقة بدور الشريعة كمصدر للتشريع. وسنتولى في هذا المبحث الحديث عن ما نصت عليه الدساتير العربية من تحديد الدين ودور الشريعة كمصدر للتشريع، وكذلك بيان دلالة الصياغات المتعددة لقاعدة الشريعة كمصدر للتشريع في الدستور، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول
دين الدولة ودور الشريعة كمصدر للتشريع في الدساتير العربية

إن بيان الديانة الرسمية في الدول العربية، وبيان دور الشريعة الإسلامية في الدساتير العربية يتطلب منا الرجوع إلى الدساتير العربية، وبعد النظر والمراجعة فيما نصت عليه هذه الدساتير خلصنا إلى ما يلي:

١ –	فلسطين
اسم الدستور وسنة إصداره	القانون الأساسي المعدل لعام ٢٠٠٣ وتعديلاته
دين الدولة	مادة (١/٤) الإسلام هو الدين الرسمي في فلسطين ولسائر الديانات السماوية احترامها وقدسيتها
دور الدين كمصدر للتشريع	مادة (٢/٤) مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع

٢ –	الأردن
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٥٢
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدولة
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك

٣ –	سوريا
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية العربية السورية لعام ٢٠١٢
دين الدولة	المادة (٣/١) دين رئيس الجمهورية الإسلام
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٣/٢) الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع

٤ –	لبنان
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ وتعديلاته
دين الدولة	لم ينظم الدستور ذلك
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك
ملاحظات أخرى	الميثاق الوطني اللبناني الموقع عام ١٩٤٣م، نص على أن يكون رئيس الجمهورية مسيحياً مارونياً ورئيس الوزراء مسلماً سنياً ورئيس مجلس النواب في البرلمان مسلماً شيعياً.

٥ –	مصر
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور المصري لعام ٢٠١٤
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدولة
دور الدين كمصدر للتشريع	١- ذكر المشرع الدستوري المصري في ديباجة الدستور أن المرجع في تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية هو ما تضمنه مجموع أحكام المحكمة الدستورية العليا في ذلك الشأن. ٢- نصت المادة (٢) من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.
ملاحظات أخرى	الدستور المصري لعام ٢٠١٢ (الملغي العمل به) والصادر أثناء ولاية الرئيس محمد مرسي، نص في المادة (٢١٩) منه على أنه: "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية ومصادرها المعتبرة في مذاهب أهل السنة والجماعة".

٦ –	الجزائر
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام ١٩٩٦م وتعديلاته.
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدّولة
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك
ملاحظات أخرى	١– نصت المادة (٢/٧٣) من الدستور على أنه: "لا يحق أن يُنتخب لرئاسة الجمهورية إلّا المترشّح الذي يدين بالإسلام". ٢– نصت المادة (٣/١٧٨) من الدستور على أنه:"لا يمكن أيّ تعديل دستوري أن يمسّ الإسلام باعتباره دين الدّولة".

٧ –	تونس
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية التونسية لعام ٢٠١٤م
دين الدولة	الفصل الأول تونس دولة حرة مستقلة الإسلام دينها والعربية لغتها والجمهورية نظامها.
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك
ملاحظات أخرى	ينص الفصل السادس من الدستور على أنه: "الدّولة راعية للدّين، كافلة لحريّة المعتقد والضّمير وممارسة الشّعائر الدّينيّة، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التّوظيف الحزبي...".

٨ –	المغرب
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور المغربي لعام ٢٠١١
دين الدولة	١– جاء في ديباجة الدستور أن: "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة".

	٢- الفصل الثالث من الدستور ينص على أن: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية".
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك
ملاحظات أخرى	١- ينص الفصل الأول من الدستور على أنه: " تستند الأمة في حياتها العامة على ثوابت جامعة، تتمثل في الدين الإسلامي السمح، والوحدة الوطنية متعددة الروافد، والملكية الدستورية، والاختيار الديمقراطي". ٢- ينص الفصل (٤١) من الدستور: "الملك، أمير المؤمنين وحامي حمى الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية. يرأس الملك، أمير المؤمنين، المجلس العلمي الأعلى، الذي يتولى دراسة القضايا التي يعرضها عليه. ويعتبر المجلس الجهة الوحيدة المؤهلة لإصدار الفتاوى التي تعتمد رسمياً، في شأن المسائل المحالة إليه، استناداً إلى مبادئ وأحكام الدين الإسلامي الحنيف، ومقاصده السمحة". ٣- ينص الفصل (١٧٥) من الدستور على أنه: "لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي، وبالنظام الملكي للدولة، وبالاختيار الديمقراطي للأمة، وبالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور". وينص الفصل السادس من الدستور على أنه: "الدّولة راعية للدّين، كافلة لحريّة المعتقد والضّمير وممارسة الشّعائر الدّينيّة، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التّوظيف الحزبي...".

٩ -	**ليبيا**
اسم الدستور وسنة إصداره	الإعلان الدستوري الانتقالي الصادر في الثالث من أغسطس ٢٠١١.

دين الدولة	المادة (١) ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام...وتكفل الدولة لغير المسلمين حرية القيام بشعائرهم الدينية.
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (١) الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع
ملاحظات أخرى	من الجدير بالذكر أن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور الدائم لليبيا (لجنة الستين) أعلنت أن المسودة الأولى لمشروع الدستور الدائم ستنتهي في ٢٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤م، المصادف لإعلان استقلال ليبيا، وأن الاستفتاء على الدستور سيبدأ في آذار/مارس العام المقبل ٢٠١٥".

١٠ –	**السودان**
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية السودان الانتقالي لعام ٢٠٠٥
دين الدولة	لم يحدد الدستور الانتقالي صراحة دين الدولة، في حين كان الدستور السوداني القديم لعام ١٩٩٨م ينص في المادة (١) على أنه: "الإسلام دين غالب السكان، وللمسيحية والمعتقدات العرفية أتباع معتبرون".
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (١/٥) تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات التي تُسن على المستوى القومي وتُطبق على ولايات شمال السودان.
ملاحظات أخرى	من الجدير بالذكر أن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور الدائم لليبيا (لجنة الستين) أعلنت أن المسودة الأولى لمشروع الدستور الدائم ستنتهي في ٢٤ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٤م، المصادف لإعلان استقلال ليبيا، وأن الاستفتاء على الدستور سيبدأ في آذار/مارس العام المقبل ٢٠١٥".

١١ –	جنوب السودان
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور الانتقالي لجمهورية جنوب السودان لعام ٢٠١١
دين الدولة	المادة (٨) الدين والدولة يجب أن يكونا منفصلين (يعني فصل الدين عن الدولة) "نظام علماني"، وكل الأديان تعامل على قدر المساواة، ويجب أن لا يستخدم الدين أو المعتقدات الدينية لأغراض التمييز.
دور الدين كمصدر للتشريع	نص دستور جنوب السودان في المادة (٥) منه على أن مصادر التشريع في جنوب السودان على النحو التالي: (أ) الدستور. (ب) العادات والتقاليد للشعب. (ج) إرادة الشعب. (د) أي مصدر آخر ذي صلة. ولم يتطرق لأي شيء له علاقة بالشريعة الإسلامية.

١٢ –	موريتانيا
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية لعام ١٩٩١م وتعديلاته
دين الدولة	المادة (٥) الإسلام دين الشعب والدولة المادة (٢٣) رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة والإسلام دينه.
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك
ملاحظات أخرى	نص الدستور الموريتاني في المادة (٩٤) منه على أنه: "ينشأ لدى رئيس الجمهورية مجلس إسلامي أعلى يتشكل من خمسة (٥) أعضاء. يعين رئيس الجمهورية رئيس وبقية أعضاء المجلس الإسلامي الأعلى، ويجتمع المجلس بطلب من رئيس الجمهورية. يبدي المجلس رأياً حول القضايا التي يستشيره رئيس الجمهورية فيها".

١٣ –	العراق
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥م
دين الدولة	المادة (٢) أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدرٌ أساس للتشريع: أ . لا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام... ثانياً: يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية، كالمسيحيين، والإيزديين، والصابئة المندائيين.
دور الدين كمصدر للتشريع	تنص المادة (٢) من الدستور على أن الإسلام مصدر أساس للتشريع، ولا يجوز سن قانونٍ يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

١٤ –	الإمارات
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١ وتعديلاته
دين الدولة	المادة (٧) الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٧) الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع

١٥ –	البحرين
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور مملكة البحرين المعدل لعام ٢٠٠٢ وتعديلاته
دين الدولة	المادة (١) مملكة البحرين عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة تامة المادة (٢) دين الدولة الإسلام
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٢) الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع

١٦ –	السعودية
اسم الدستور وسنة إصداره	النظام الأساسي للحكم الصادر كمرسوم ملكي من قبل الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود عام ١٩٩٢م
دين الدولة	المادة (١) المملكة العربية السعودية دولة عربية إسلامية ذات سيادة تامة؛ دينها الإسلام
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (١) دستورها كتاب الله وسنة رسوله المادة (٧) يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة المادة (٤٨) تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة المادة (٥٥) يقوم الملك بسياسة العامة سياسة شرعية طبقاً لأحكام الإسلام ويشرف على تطبيق الشريعة الإسلامية والأنظمة والسياسة العامة للدولة وحماية البلاد والدفاع عنها المادة (٦٧) تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح في ما يحقق المصلحة أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.
ملاحظات أخرى	لا تملك المملكة العربية السعودية دستوراً رسمياً مكتوباً، غير أن النظام الأساسي للحكم الصادر كمرسوم ملكي عام ١٩٩٢ يعتبر بمثابة الدستور للبلاد.

١٧ –	سلطنة عمان
اسم الدستور وسنة إصداره	النظام الأساسي لدولة سلطنة عمان لعام ١٩٩٦ وتعديلاته
دين الدولة	مادة (١) سلطنة عمان دولة عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة تامة مادة (٢) دين الدولة الإسلام
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٢) الشريعة الإسلامية هي أساس التشريع

١٨ –	قطر
اسم الدستور وسنة إصداره	الدستور الدائم لدولة قطر لعام٢٠٠٤
دين الدولة	المادة (١) قطر دولة عربية مستقلة ذات سيادة، دينها الإسلام
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (١) الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها
ملاحظات أخرى	علقت المذكرة التفسيرية لدستور قطر على المادة(١) بقولها: "... عبارة دين الدولة هو الإسلام ليست مجرد عبارة نظرية وإنما هي عبارة لها نتيجة عملية أساسية هي أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها وقوانينها ونظمها. وقد ثار نقاش موضوعي جاد عند صياغة هذه الفقرة من المادة الأولى، وكان هناك اتجاهان، اتجاه يرى أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريعات واتجاه يرى أن تكون الشريعة مصدراً رئيسياً للتشريعات، إلا أن الكل يجمع على أنه لا يجوز أن يصدر تشريع في قطر يخالف المبادئ القطعية الثبوت، قطعية الدلالة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. وقد قصد الدستور من هذه المادة أن يحمل مجلس الشورى أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تفهم المادة فهماً سلبياً وكأنها دعوة للتخلي عن الأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

١٩ –	الكويت
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢
دين الدولة	المادة (٢) دين الدولة الإسلام
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٢) الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع
ملاحظات أخرى	علقت المذكرة التفسيرية لدستور الكويت على المادة (٢) بقولها: "لم تقف هذه المادة عند حد النص على أن دين الدولة الإسلام، بل نصت كذلك على أن الشريعة الإسلامية – بمعنى الفقه الإسلامي – مصدر رئيسي للتشريع، وفي وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة إسلامية أساسية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الإسلامي حكماً لها، أو يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تمشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، بل إن في النص ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل "والشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع"، إذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم، مما قد يوقع المشرع في حرج بالغ إذا ما حملته الضرورات العملية على التمهل في التزام رأي الفقه الشرعي في بعض الأمور وبخاصة في مثل نظم الشركات، والتأمين، والبنوك، والقروض، والحدود، وما إليها. كما يلاحظ بهذا الخصوص أن النص الوارد بالدستور وقد قرر أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، إنما يحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك، ويدعوه إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ عاجلاً أو آجلاً بالأحكام الشرعية كاملة وفي كل الأمور إذا رأى المشرع ذلك.

٢٠ –	اليمن
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور الجمهورية اليمنية لعام ١٩٩١ وتعديلاته
دين الدولة	مادة (١) الجمهورية اليمنية دولة عربية إسلامية مستقلة ذات سيادة المادة (٢) الإسلام دين الدولة
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٣) الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات

٢١ –	جيبوتي
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية جيبوتي لعام ١٩٩٢
دين الدولة	لم يحدد الدستور على ديانة محددة، بل نص في المادة (١) منه على أن تضمن الدولة للكافة المساواة أمام القانون دون تمييز بسبب اللغة أو الأصل أو العنصر أو الجنس أو الدين، وهي تحترم جميع المعتقدات.
دور الدين كمصدر للتشريع	لم ينظم الدستور ذلك

٢٢ –	الصومال
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور جمهورية الصومال لعام ٢٠١٢
دين الدولة	المادة (٢) الإسلام دين الدولة، ولا دين غير الإسلام يعمل به في البلاد المادة (١٧) لا دين غير الإسلام يمكن نشره في جمهورية الصومال
دور الدين كمصدر للتشريع	المادة (٣/٢) لا يمكن سن أي قانون لا يتوافق مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية

٢٣ –	جزر القمر
اسم الدستور وسنة إصداره	دستور اتحاد جزر القمر لعام ٢٠٠١
دين الدولة	لم ينص الدستور على ديانة محددة
دور الدين كمصدر للتشريع	جاء في ديباجة الدستور ما يلي: "يؤكد شعب جزر القمر رغبته فيما يلي: أن يستمد من الإسلام مصدر الإلهام الدائم، المبادئ والقواعد التي تحكم الاتحاد".

المطلب الثاني
دلالة الصياغات المتعددة لقاعدة الشريعة كمصدر للتشريع في الدستور

يختلف تفسير قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع تبعاً لاختلاف صياغتها، وذلك يعتمد بشكل أساسي على طبيعة علاقة الدين بالدولة، فهذه الأخيرة هي التي تحدد كيفية صياغة النص المتعلق بالشريعة كمصدر للتشريع، وسيتم في هذا المطلب بيان الصياغات المتعددة لمادة الشريعة كمصدر للتشريع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً – مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع:

يرى أصحاب هذه النظرة أن مبادئ الشريعة الإسلامية ينبغي أن تكون هي المصدر الوحيد للتشريع، وألا يكون مصدراً آخراً سواها، واعتماد أي مصدر آخر للتشريع غير الشريعة الإسلامية بمثابة خروج عن الشريعة الإسلامية ورجوع إلى الجاهلية، ويستندون في ذلك إلى جملة من الأدلة، ومنها: قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾[٢٨]، وقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ ۚ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ ٱللَّهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾[٢٩].

ووفقاً لذلك ينبغي أن تكون الشريعة الإسلامية وحدها مصدر التشريع، وألا يكون أي مصدر آخر نداً أو مساوياً لها، فهذه الصيغة تقتضي أن الشريعة هي المصدر الوحيد الذي يجب أن يستقي منه المشرع أحكامه، فالشريعة الإسلامية بمصادرها الرحبة والمتعددة صالحة لجميع شؤون الحياة في كل زمان ومكان[٣٠].

(٢٨) سورة المائدة، آية (٤٤).
(٢٩) سورة المائدة، آية (٥٠).
(٣٠) إبراهيم دعيج الصباح، الشرعية الإسلامية والشرعية الدستورية، (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠٠م)، ص٣٢٨-٣٢٩.

ثانياً – مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع:

تأتي هذه الصياغة لتنم عن نفوس من يقولون بها، فهم يرون ضرورة فصل الدين عن الدولة ويدعون عدم صلاحية الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للتشريع(٣١). ويعللون ذلك بجمود الشريعة، ومؤدى هذه الدعوى أن تحكيم الشريعة قعد عن ملاحقة التطور والوفاء بمقتضياته، إذ أن الشريعة أساسها الدين وهو ثابت لا يتغير. كما وأنهم يقولون أن الإسلام دين فحسب فهو مجرد معتقدات وعبادات تؤدى في المساجد، أما نظام الدولة ومنهج المجتمع وما يحكم معاملاته من قوانين يجب أن يرجع كله إلى ما يراه الناس حسب ما تقتضيه مصالحهم وأحوالهم وأزمانهم(٣٢).

ولايرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة الإشارة للشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في صلب الوثيقة الدستورية بأي صيغة كانت، إلا أنهم لا يمانعون بصيغة عامة تكون غير ملزمة للمشرع العادي عند سنه للقوانين، ويقترحون صيغة استرضائية للإسلاميين تكون على النحو الآتي: "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع". ومعنى ذلك أنه قد توجد مصادر أخرى رئيسية أو فرعية تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، والخطورة أنه عند وجود مصادر رئيسية تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فذلك يؤدي إلى عدم إمكانية الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية البتة.

ثالثاً – مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع:

ويقصد بهذه الصياغة أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي الوحيد للتشريع، فلا يوجد مصدر رئيسي للتشريع غير الشريعة الإسلامية، ولكن قد يوجد مصادر فرعية للتشريع وأي مصدر آخر يعد فرعياً ولا يمكن أن يخالف المصدر الرئيسي، فلا يجوز للفرع أن يخالف الأصل.

فالنص في الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يعني أنها مصدر يعلو على سائر المصادر الأخرى، فطالما وصفت وحدها بأنها مصدر رئيسي يكون ما سواها من مصادر لها صفة ثانوية، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية يجب أن تكون المصدر الأول الذي يجب أن يستقى منه المشرع قواعده، أما المصادر

(٣١) يوسف القرضاوي، الإسلام والعلمانية وجهاً لوجه، (القاهرة: مكتبة وهبة للنشر، ١٩٩٧)، ص٧٦ وما بعدها.

(٣٢) محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص١٢٢ وما بعدها.

الأخرى فتأتي في مرتبة دنيا، ومن ثم لا يجوز أن يستمد من هذه المصادر ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى(٣٣).

إن ما نص عليه الدستور من أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع لا يمنع من وجود مصادر أخرى، كما جاء في حيثيات الحكم على المجند/ سليمان محمد عبد المجيد خاطر الصادر عن المحكمة العسكرية العليا المصرية المنشور في أهرام الأحد ١٩٨٥/١٢/٢٩م ونص العبارة: "وحيث إنه بالنسبة للدفع بعدم دستورية مواد التجريم والعقاب الواردة في أمر الإحالة لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، فمردود عليه بأن عبارة المصدر الرئيسي للتشريع الواردة في الدستور لا تمنع لغوياً من وجود مصادر أخرى له، إن لفظ الرئيسي تحمل في طياتها إمكان وجود مصدر أو مصادر أخرى فرعية أو غير رئيسية" (٣٤).

وقد أفصحت اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور المصري عام ١٩٨٠م فيما يتعلق بتعديل المادة الثانية من دستور ١٩٧١م لتصبح الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بأن هذه المادة: "تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية اللازمة التي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة في الشريعة" (٣٥).

وقد صدر في يوم الاثنين الموافق٢٠١١/٦/٢٠م وثيقة الأزهر لمستقبل مصر وتنص على أنه: "... نعلن توافقنا نحن المجتمعين على المبادئ التالية لتحديد طبيعة المرجعية الإسلامية النيرة، التي تتمثل أساساً في عدد من القضايا الكلية، المستخلصة من النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة، بوصفها المعبرة عن الفهم الصحيح للدين..." (٣٦).

---

(٣٣) محمد حسين، مرجع سابق، ص١٨٥-١٨٦.

(٣٤) محمد مصطفى شلبي، تطبيق الشريعة الإسلامية بين المؤيدين والمعارضين، (القاهرة: دار الشروق، ١٩٨٧م)، ص٣٦.

(٣٥) علي حسين نجيدة، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، (القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠)، ص٤٢ وما بعدها.

(٣٦) راجع، وثيقة الأزهر حول مستقبل مصر، منشورة على موقع مشيخة الأزهر الشريف، رابط الموقع: http://onazhar.com/page2home2.php?page=3&page1=5&page2=39، تاريخ زيارة الموقع: ٢٠١٤/١١/١٨.

ومن الجدير بالذكر هنا أن النص في الدستور على أن الإسلام دين الدولة وأن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ليس معناه أن يدين جميع المواطنين والسكان للإسلام، وأن يلتزموا بأداء العبادات وفق ما جاء به الإسلام، وإنما تكفل الدولة لغير المسلمين حرية العقيدة وحرية ممارسة شعائرهم الدينية شريطة عدم الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة، وكذلك تستمد أحكام الأحوال الشخصية المتعلقة بهم من الشرائع والديانات التي يدينون لها(٣٧).

رابعاً – مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع:

ويقصد بهذه الصياغة أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي من المصادر الرئيسية للتشريع، وقد يوجد بالإضافة لها مصادر رئيسية أخرى تتعارض مع هذه المبادئ، بالإضافة إلى ما قد يوجد من مصادر فرعية كذلك.

فلا تمنع هذه المادة من استحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع لها الفقه الإسلامي حكماً، أو أن يكون من المستحسن تطوير الأحكام في شأنها تماشياً مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن، ومع الصياغة في هذا الشكل إذا صدر تشريع لم يستمد قواعده من الشريعة فلا يعتبر هذا التشريع مخالفاً للدستور(٣٨).

وقد أخذ بذلك المشرع الكويتي في دستور الكويت سنة ١٩٦٢، وقد وضحت ذلك المذكرة التفسيرية للدستور آنذاك بقولها: "إن في النص ما يسمح مثلاً بالأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الإسلامية"، وبذلك ترك الأمر في الأخذ بالشريعة الإسلامية لتقدير السلطات التشريعية تأثراً بحكمة التطور والتدرج في التشريع، وفي ذلك نصت المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي على أنه: "إن النص الوارد في الدستور إنما يحمل المشرع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة ما وسعه ذلك، ويدعوه إلى النهج دعوة صريحة وواضحة، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ عاجلاً أم آجلاً بالأحكام الشرعية كاملة، وفي كل الأمور إذا رأى المشرع ذلك(٣٩).

---

(٣٧) راجع: المادة (١/٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م وتعديلاته، والمادة (٣) من الدستور المصري الجديد لعام ٢٠١٤م، والمادة (١٤) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٥٢م، والمادة (٣٥) من دستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢م، والفصل الثالث من الدستور المغربي لعام ٢٠١١م، والمادة (١) من الإعلان الدستوري الانتقالي الليبي لعام ٢٠١١م.

(٣٨) محمد حسين، مرجع سابق، ص١٨٥.

(٣٩) إبراهيم الصباح، مرجع سابق، ص ٣٢٦، ٣٢٧.

كما أن المشرع المصري عندما نص في دستور ١٩٧١م على أن تكون الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، أبان في المذكرة التفسيرية للدستور أن هذا النص فيه توجيه للمشرع وجهة إسلامية دون منعه من استمداد أحكام من مصادر أخرى(٤٠).

ومن الجدير بالذكر أنه مهما كان النص "المصدر الرئيسي" أو "مصدر رئيسي للتشريع"، فإنه طالما لم ينص في الدستور على مصدر آخر سواهما، فإنه ينبني على ذلك أن الشريعة هي وحدها المصدر الرئيسي ذو المرتبة الأعلى، بينما تعد المصادر الأخرى التي ينص عليها في القوانين العادية (كالقانون المدني والقانون الجنائي وغيره) مصادر ذات مرتبة أدنى، ولا يجوز لها أن تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى؛ وذلك لأن الدستور بما يرد فيه من أحكام يعد – كما هو معلوم – ذا مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية، فهذه لا يجوز أن تتعارض نصوصها مع نصوصه، ويترتب على ذلك أن التشريع يجب أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا عد مخالفاً للدستور، وجاز الطعن فيه بعدم دستوريته(٤١).

(٤٠) محمد حسين، مرجع سابق، ص١٧٢.

(٤١) عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، (الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٩٠م)، ص١٦.

المبحث الثالث
أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع

إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور أياً كان صياغتها، له أثر على عمل المشرع، وسيتم في هذا المبحث بيان مكانة مبادئ الشريعة على باقي نصوص الدستور، وعلى التشريعات العادية الصادرة عن السلطة التشريعية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول
مكانة قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع بالنسبة لنصوص الدستور

الأصل أن جميع القواعد الدستورية تكون بنفس المكانة والمرتبة القانونية بغض النظر عن مصدرها، ولا تسمو قاعدة دستورية على الأخرى، بمعنى أن مكانة القاعدة الدستورية المتعلقة بقاعدة الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للتشريع توازي في قيمتها القانونية، بقية القواعد الدستورية المدونة في صلب الوثيقة الدستورية، ولا تسمو عليها؛ وذلك لأن جميع مواد الدستور لها نفس القوة.

إلا أننا نعتقد بأنه من غير المنطقي أن تتعارض نصوص الدستور مع بعضها بعضاً حتى ولو لم تسمُ قاعدة على أخرى، إذ لابد أن تكون النصوص متوافقة مع بعضها بعضاً ومنسجمة ومتناغمة، وإلا كان هناك خلل وعدم توازن واعتدال في الدستور.

ويقول المستشار حامد الجمل عن المادة الثانية من الدستور المصري والتي تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي للتشريع: "... والمادة الثانية لايمكن تفسيرها وحدها، بمعزل عن المواد الأخرى في الدستور، ومنها ما يتعلق بالمساواة، وعدم التمييز بين المواطنين، كذلك المواد الأخرى المتعلقة بسيادة القانون، واستقلال القضاء، وأن المحاكم هي التي تتولى الفصل في المنازعات"(٤٢).

ويقول المستشار طارق البشري عندما تحدث عن المادة الثانية من الدستور المصري: "... نقطة أخيرة أختتم بها حديثي، فنحن عندما نفسر أي قانون ونستقرئ

(٤٢) حامد الجمل، مقال بعنوان: "مخاوف الأقباط وهمية"، منشور على موقع مؤسسة الأهرام بتاريخ ٢٠١١/٤/١١م، رابط الموقع: http://digital.ahram.org.eg/articles.aspx?Serial=461651&eid=1439، تاريخ زيارة الموقع: ٢٠١٤/١١/١٩.

أحكامه لا ننظر إلى كل نصفيه على حدة، نحن نتفهم كل حكم بما يعنيه، ثم نضع أحكام القانون كلها جنباً إلى جنب؛ لأن كل نص إنما يحد من إطلاق غيره، ولأن المعنى المستفاد من أي نص إنما يتداخل في المعاني المستفادة من النصوص الأخرى، ولأن السياق هو الذي يضبط المعنى ويظهر وجه التفسير، واللفظ الواحد يتكشف معناه من موضعه في الجملة، والحكم الواحد تتكشف حدود معناه وضوابطه من موضعه من الأحكام الأخرى، وهذا ما يطلق عليه تعبير: النصوص يفسر بعضها بعضاً. وطبقاً لهذا المفاد فإن وجود نص المادة الثانية من الدستور بين نصوص هذا الدستور وبين الأحكام الأخرى المتعلقة بالمساواة بين المواطنين، وإن اختلفت أديانهم أو مذاهبهم، إنما يجعل حكم الدستور دائراً في تفسير كل نص ما يفضي به النص الآخر، ومن ثم يكون ملزماً من وجهة النظر الدستورية في تفسير مصدرية الشريعة الإسلامية للقوانين - أن يكون ما هو دستوري من هذه المصدرية ما يتجانس مع مبادئ الدستور الأخرى وأحكامه الأخرى، وذلك في نطاق ما تسعه مبادئ الشريعة الإسلامية من وجهات نظر" (٤٣).

واعترف بذلك الفقيه الدستوري يحيى الجمل إذ قال: "كيف لا يكون لمبادئ الشريعة سيادة على هذه المواد المخالفة للشريعة، إن هذا وحده يجعل المادة الثانية صورية ولا قيمة حقيقية لها، بل كان يجب أن يكون لها السيادة على كل مواد الدستور جميعها، بل وإلغاء كل المواد المخالفة لها تماماً" (٤٤).

ومن الجدير بالذكر أن كلمة التشريع حينما تذكر دون وصف آخر إنما تعني التشريع الصادر من السلطة التشريعية (القوانين العادية). ويبدو أن النص على أن تكون "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع" يعد بمثابة خطوة تمهيدية للنص مستقبلاً على أن تكون الشريعة مصدراً رئيسياً للدستور، نزولاً على مقتضيات بل ضرورات التنسيق والانسجام بين التشريع الأساسي للدولة (الدستور) والتشريعات العادية (القوانين). فمثل هذا النص يتطلب ألا يتعارض التشريع مع مبادئ الشريعة، كما أن اعتبار التشريع في مرتبة أدنى من مرتبة الدستور هو أمر يتطلب ألا يتعارض

(٤٣) طارق البشري، مقال حول المادة الثانية من الدستور، منشور على موقع شبكة المحامين العرب، رابط الموقع:
http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?action=DISPLAY&id=109813&Type=3،
تاريخ زيارة الموقع: ٢٠/١١/٢٠١٤.

(٤٤) تقرير بعنوان: "المادة الثانية في ميزان الإسلام، حقائق مغيبة"، منشور على موقع المجلس العلمي، رابط الموقع: http://majles.alukah.net/t94568/، تاريخ زيارة الموقع: ٢٠/١١/٢٠١٤.

التشريع مع الدستور، فإذا كان الدستور متعارضاً مع مبادئ الشريعة فإنه سيترتب على ذلك أن يكون التشريع مخالفاً لأحدهما، فتلافياً لهذا الحرج الذي قد يضطر إليه المشرع، وتحقيقاً لما يجب أن يكون هناك من التناسق والانسجام بين التشريع والدستور من ناحية، وبين التشريع والشريعة من ناحية أخرى كان واجباً ألا تتعارض أحكام الدستور مع مبادئ الشريعة(٤٥).

المطلب الثاني
مكانة قاعدة الشريعة كمصدر للتشريع بالنسبة للتشريعات العادية

إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور يجعل منها مادة سامية على التشريعات العادية، إذ أن ما يرد في الدستور أسمى وأعلى مما يرد في القوانين الأخرى، وهذا ما يسمى بمبدأ سمو الدستور. فالدستور قمة القواعد القانونية في الدولة، فهو التشريع الأعلى الذي يسمو على جميع القواعد القانونية الأخرى، ويساعد في ترسيخ مبدأ الشرعية وإخضاع الحكام والمحكومين للقانون(٤٦).

ويترتب على سمو الدستور منع تعارض التشريعات العادية مع نصوص الدستور، فإذا تعارضت نصوص التشريعات العادية مع الدستور كانت غير دستورية وليس لها أي قوة قانونية. ومن باب أولى لا يمكن للتشريعات الفرعية (الأنظمة اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية) أن تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية.

وتتوقف مكانة مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع بالنسبة لعمل المشرع في سن التشريعات العادية على صياغتها، فإذا كانت المادة تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع فإن مُؤَدَّى ذلك منع المشرع من سن أي تشريع عادي يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا كان هذا التشريع غير دستوري. أما إذا كانت صياغة المادة مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وكان هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة، فإن معنى ذلك منح المشرع حرية في سن أي تشريع عادي حتى لو كان يخالف الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم التزام المشرع بالأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين.

---

(٤٥) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص٢٢، ٢٣.

(٤٦) هاني الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨م)، ص٣٥٢ وما بعدها.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه: "وحيث إنه يتبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية... أن المشرع أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع"(٤٧).

وبدوره ذهب القضاء الإداري في مصر إلى اعتبار النص الوارد في المادة الثانية من الدستور، خطاباً موجهاً إلى السلطة التشريعية (المشرع)، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٨٢/٤/٣ قضت المحكمة بأن نص المادة الثانية من الدستور على أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، هذا الخطاب موجه إلى السلطة التشريعية لدراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة، وتتولى بالتنظيم الأحكام التفصيلية، مدنية كانت أو جنائية أو اقتصادية أو دولية أو غيرها. وكان القضاء الدستوري في مصر يعتنق ذات الاتجاه، فقد قضت المحكمة العليا في ١٩٧٦/٧/٣ بأن هذه المادة تقضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع، فهي تستهدف توجيه الشارع إلى استلهام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء. غير أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قضت في ٤ مايو ١٩٨٥م بأنه ليس من مقتضى المادة الثانية من الدستور جعل مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الإعمال بذاتها، وأنه يتبين من صياغة العبارة الأخيرة من المادة بعد تعديلها أن السلطة المختصة بالتشريع أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية(٤٨).

---

(٤٧) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم (٢٠) لسنة (١) قضائية، جلسة ١٩٨٥/٥/٤م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/١٠م.
وراجع: حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (١٤١) لسنة (٤) قضائية، جلسة ١٩٨٧/٤/١٤م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/١٠م.

(٤٨) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم ٢٣٩ لسنة ٢٧ ق، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، يونيو ١٩٨٤م، ص١٦٣. وحكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ٥ ق عليا دستورية. وراجع: حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية والدعوى رقم ٧ لسنة ٩ قضائية، الجريدة الرسمية، السنة ٢٨، العدد ٢٠ في ١٦ مايو ١٩٨٥م، ص٩٩٥.

وعليه لا خلاف فيما يصدر من تشريعات عادية بعد النص على أن مبادئ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع، حيث إن هذه التشريعات العادية يجب أن تكون متوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي حال كانت مخالفة لها تعتبر غير دستورية.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في تحديدها لمدى التزام المشرع بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، بأن: "سلطة التشريع اعتباراً من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠م، أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وبحيث لا تخرج في الوقت ذاته، عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية. ولما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام، بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أي في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الإعمال، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد، وهو مناط الرقابة الدستورية"(٤٩).

ويرى الفقيه الدكتور عبد الحميد متولي أن التشريعات القائمة وقت صدور الدستور أي السابقة على صدوره فإنه مما لا يصح ادعاؤه بصددها أن يقال بأن المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن مبادئ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع، قصد بها اعتبار هذه التشريعات الموزعة بين مختلف القوانين، والمخالفة لمبادئ الشريعة تعد باطلة أو ملغاة، فلو كان هذا هو ما تعنيه هذه المادة لنصت على ذلك صراحة، فما لا يقبل ادعاؤه أن أمراً أو تفسيراً له مثل هذه الخطورة ينطوي على مثل هذه الهزة العنيفة لكيان وبنيان النظام التشريعي للبلاد، لا يكتفي فيه بمثل هذا النص الذي تحيط بتفسيره ومدلوله فيما يتعلق بالتشريعات السابقة شائبة الغموض،

(٤٩) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى ٢٠ لسنة ١ قضائية، والدعوى ٧ لسنة ٩ قضائية، الجريدة الرسمية، العدد ٢٠، المنشور بتاريخ ١٦ مايو ١٩٨٥م، ص٩٩٧، ٩٩٨.

ومن ناحية أخرى فإن مثل هذا التفسير يتعارض مع روح التشريع الإسلامي التي تتطلب اتباع روح الاعتدال وسنة التدرج ومراعاة المصلحة والضرورة ورفع الحرج. ومن واجب المشرع الدستوري أن ينص على فترة انتقالية (٣-٤) سنوات ينظم أحكامها ويطلب من السلطة التشريعية مراجعة التشريعات القائمة (أي السابقة على الدستور) والعمل تدريجياً على إزالة ما قد يكون بين بعضها وبين مبادئ الشريعة من تعارض مع مراعاة تلك الاعتبارات(٥٠).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "على السلطة التشريعية أن تبحث في التشريعات الوضعية القائمة لتنقيتها من النصوص التي تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية لتتدفق نقية في شرايين التشريعات المختلفة، وإلى أن ينبثق هذا النظام التشريعي ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة بحيث لا يسوغ لأية جهة إدارية مخالفتها بحجة تنفيذ قواعد الشريعة الإسلامية، أو تضع من القواعد ما يتعارض مع هذه القوانين بمقولة تطابقها مع أحكام هذه الشريعة، وإلا لأصبح النظام القانوني في الدولة مسخاً تبرأ منه كل الشرائع"(٥١).

وهذا ما قررته المحكمة الدستورية العليا المصرية عندما نعي أمامها بعدم دستورية المادة (٢٢٦) من القانون المدني المتعلق بفوائد التأخير في تنفيذ الالتزام العقدي واعتبارها منسوخة بصدور المادة الثانية من الدستور. وقالت المحكمة في حيثيات حكمها: "وحيث إن المدعي ينعي على نص المادة (٢٢٦) من القانون المدني أنها إذا تقضي باستحقاق فوائد محددة القدر عن مجرد التأخير في الوفاء بالالتزام العقدي، تكون قد انطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي أصبحت طبقاً للمادة الثانية من الدستور "المصدر الرئيسي للتشريع"، وذلك باعتبار أن تلك الفوائد تمثل زيادة في الدين بغير مقابل فهي من الربا المتفق على تحريمه... وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بها ثبوتاً ودلالة، والتي أصبحت بموجب المادة الثانية من الدستور في مصاف القواعد القانونية الوضعية التي من شأنها نسخ ما كان سابقاً عليها متعارضاً معها من نصوص التشريعات الوضعية نسخاً ضمنياً، إذ صارت بذاتها واجبة الإعمال دون حاجة إلى صدور تشريع يقننها..."، وقالت المحكمة: "... أن هذا التعديل قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع في شأن المصادر التي يستقي

(٥٠) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص٢١، ٢٢.

(٥١) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم (٤٨٣) لسنة (٣٤) قضائية، جلسة ١٩٩١/١١/٢٤م.

منها أحكامه التشريعية، وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على عرضه دون التشريعات السابقة"(٥٢).

واختلف الفقيه الدكتور سامي جمال الدين مع الفقيه الدكتور عبد الحميد متولي والقضاء الإداري والدستوري فيما ذهبوا إليه، حيث يرى أن التخوف مما قد يحدثه إلغاء التشريعات السابقة على النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع من هزة عنيفة لكيان وبنيان النظام التشريعي للبلاد، أو نتائج عملية على درجة كبيرة من الخطورة، أو كما أشارت المحكمة الإدارية العليا، تضارب الأحكام واضطراب ميزان العدالة، فكل ذلك وهم لا يقوم عليه دليل، إن لم يكن قد ثبت عكسه حيث تعالت الأصوات منذرة بالسوء والاضطراب نتيجة عدم إعمال ونفاذ الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية على الفور كأثر مباشر. ولذا يرى أن وفيما يتعلق بالتشريعات المخالفة صراحة لمبادئ الشريعة الإسلامية، والتي لا يمكن الجمع بينهما في التطبيق وفقاً لقواعد التفسير، فمما لا ريب فيه أن هذه التشريعات تعد منسوخة ضمناً من تاريخ النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع(٥٣).

ونخلص من كل ذلك أن النص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع يقيد المشرع في سن التشريعات العادية، إذ لابد أن تكون متوافقة مع الشريعة الإسلامية ولا تخالفها، وأي تشريع لاحق على النص على هذه القاعدة، يجب أن يكون متوافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا وصم بعدم الدستورية، كما أن من واجب المشرع اتخاذ ما يلزم نحو تعديل التشريعات السابقة على النص على هذه القاعدة في حال كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

(٥٢) راجع: حكم المحكمة الدستورية المصرية في الدعوى رقم (٢٠) لسنة (١) قضائية، جلسة ١٩٨٥/٥/٤م.

(٥٣) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص٩٢ وما بعدها.

المبحث الرابع
أثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل القضاء

كما أسلفنا فإن قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية أياً كان صياغتها تخاطب المشرع وتدعوه إلى استلهام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، فهذه القاعدة أتت بقيد على السلطة المختصة بالتشريع، قوامه إلزام هذه السلطة وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع، ولكن يبقى التساؤل هل لهذه القاعدة أثر على إصدار الأحكام القضائية؟

بمراجعة بعض أحكام المحاكم وآراء الفقهاء القانونيين يتبين لنا أن في هذه المسألة رأيين، وهما:

الرأي الأول – قاعدة مبادئ الشريعة في الدستور تخاطب القاضي كما تخاطب المشرع:

يرى أنصار هذا الرأي أن خطاب المشرع الدستوري كما هو موجه للمشرع، فهو أيضاً موجه للقاضي الذي يجب عليه اعتبار كل نص مخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية منسوخاً ضمنياً، وعليه البحث بنفسه عن الحكم الشرعي واجب التطبيق(٥٤).

ووفقاً لهذا الرأي فإن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للسلطة القضائية(٥٥). وذلك مثلما هي ملزمة للسلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك استناداً لمبررات ذكرها بعض فقهاء القانون، وهي(٥٦):

١ – إن الشريعة الإسلامية هي مجموعة من الأوامر والنواهي والتوجيهات الملزمة،

---

(٥٤) علي نجيدة، مرجع سابق، ص٦٢.

(٥٥) يوجب الإسلام على القضاة أن يتصدوا لشرعية القوانين والنصوص، وأن لا يحكموا إلا بما أنزل الله، وبما هو تطبيق لمبادئ الإسلام، فقد قال تعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُۖ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلۡحَقِّۚ﴾ (المائدة: ٤٨)، وقال أيضاً: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ وَٱحۡذَرۡهُمۡ أَن يَفۡتِنُوكَ عَنۢ بَعۡضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيۡكَۚ﴾ (المائدة: ٤٩). فقد نزلت نصوص القرآن بوجوب تصدي القضاة لشرعية القوانين التي يطلب إليهم تطبيقها، فإن كانت شرعية طبقوها، وإلا أهملوها وطبقوا نصوص الشريعة، ولا تكون القوانين شرعية إلا إذا جاءت متفقة مع نصوص الشريعة أو تطبيقاً لمبادئها العامة وروحها التشريعية. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص١٧٧.

(٥٦) سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص٩٥.

فهي ليست مجرد عادات أو تقاليد اجتماعية أو نصائح، وإنما هي قواعد عدالة وسلوك اجتماعي يتوافر لها كل خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال القانون والشريعة على السواء، ومن ثم تكون قابلة للإعمال بذاتها أسوة بغيرها من قواعد القانون.

٢ – إن مبادئ الشريعة الإسلامية تصلح للتطبيق على الجميع وفي كل زمان ومكان، حيث تقوم هذه المبادئ على أسس لا تتغير بتغير الأحوال، ومن ثم تتميز بالثبات والاستمرار مهما تغيرت الأنظمة والسياسات.

٣ – إن تسليم القضاء الدستوري والفقه في مجموعه بأن مبادئ الشريعة الإسلامية ملزمة للمشرع، لا يعني سوى الإقرار لهذه المبادئ بطبيعة القواعد القانونية الملزمة، وبأن قوتها الإلزامية تعلو على القوانين الصادرة عن البرلمان واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، بدليل أن المحكمة الدستورية العليا تقوم بمراقبة التقيد بها، وتغلبيها على كل قاعدة قانونية تعارضها، مما يؤكد أولاً: أنها قابلة للإعمال بذاتها، وثانياً: التزام الدولة بكل من فيها من أفراد وسلطات عامة، بما في ذلك السلطة القضائية، بهذه المبادئ نزولاً على مقتضيات مبدأ المشروعية، باعتبارها أحد مكونات عناصر المشروعية متمثلة في المبادئ القانونية العامة التي تتبوأ مبادئ الشريعة الإسلامية قمتها في النظام القانوني، وإلا غدت سيادة القانون وخضوع الدولة للقانون كلمات لا ضمان لها.

ولقد جاء في تقرير هيئة المفوضين بشأن إحدى الدعاوى المنظورة أمام المحكمة الدستورية العليا المصرية أنه: "لما كان الدستور يعبر عن قيم الجماعة ومثلها في مرحلة زمنية معينة، فإن مبادئ هذه الشريعة يتعين تغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ولو تضمنها تشريع سابق، ذلك أن التعديل الذي أدخل على المادة الثانية من الدستور المصري لم يكن مجرد تعديل لفظي خالٍ من المضمون، ولا هو انتقاء لعبارة إنشائية أريد أن يكون لها رنين خاص يجعلها أكثر قبولاً من المواطنين، ولا هو نص أراد الدستور أن يكون للسلطة التشريعية حرية تقدير مناسبة تطبيقه، وإنما هو تعبير عن إرادة عامة في أن يكون الإسلام ديناً للدولة قولاً وعملاً، وذلك بأن يكون حاكماً لشؤون الناس، منظماً لعلاقاتهم، ولا يتأتى ذلك إلا بتسييد مبادئ الشريعة الإسلامية وتغليبها على النصوص التشريعية التي تعارضها"[٥٧].

(٥٧) تقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ٣٨٠ لسنة ٣ ق دستورية عليا ص٢٥، ٢٦. مشار إليه: علي نجيدة، مرجع سابق، ص٦٢، ٦٣.

الرأي الثاني – قاعدة مبادئ الشريعة في الدستور تخاطب المشرع دون القاضي:

يرى أنصار هذا الرأي أن قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية تخاطب المشرع وتدعوه إلى استلهام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، ولا تخاطب القاضي؛ إذ إن مهمة القاضي الأساسية هي تطبيق النصوص التشريعية المعمول بها، إلى أن تتدخل السلطة التشريعية بتعديلها أو إلغائها، فليس للقاضي أن يقرر قاعدة قانونية من عنده خلاف التي عينتها النصوص القائمة فعلاً، ولا أن يعدل قاعدة معمول بها، أو يهدرها، فمبدأ الفصل بين السلطات يمنعه من أن يحل نفسه محل السلطة التشريعية فيما يعد من صميم اختصاصها.

ويؤكد أحد الفقهاء القانونيين أن المادة المتعلقة باعتبار مبادئ الشريعة المصدر الرئيسي للتشريع لا تخاطب القاضي بقوله: "...وأقول أن مبادئ الشريعة لا تدخل مباشرة في التطبيق القضائي، ولكنها تدخل في القانون الوضعي، والمادة الثانية لا يمكن تفسيرها وحدها، بمعزل عن المواد الأخرى في الدستور..." (٥٨).

وقد صدرت الكثير من أحكام القضاء التي تدعم هذا الرأي وتؤكد عليه، فقد ذهب القضاء الإداري المصري إلى اعتبار النص الوارد في المادة الثانية من الدستور المتعلقة باعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، خطاباً موجهاً إلى المشرع، وأنه ليس للمحاكم أن تمتنع عن تطبيق مواد القوانين السارية بحجة تعارضها مع أحكام الشريعة الإسلامية، لما في ذلك من تعرض لدستورية هذه المواد مما يخرج عن اختصاصها، حيث تختص بذلك المحكمة الدستورية العليا دون غيرها(٥٩).

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا المصرية مبدأ مفاده أن سن النظام التشريعي الكامل الموافق لأحكام الشريعة هو مهمة المشرع، وأنه إلى أن ينبثق هذا النظام الكامل ويستكمل قوته الملزمة، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة، ويتعين على المحاكم تطبيقها، توصلاً للفصل في المنازعات المعروضة عليها. وانتهت المحكمة بحق إلى أن مهمتها لا تمتد إلى تعديل النصوص التشريعية القائمة، وأن تطبيقها لقاعدة تحريم الخمر بمقولة أنها نافذة بذاتها هو في حقيقة الأمر تعديل

(٥٨) حامد الجمل، مرجع سابق.

(٥٩) راجع: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم (٣٣٩) لسنة (٢٦) قضائية، جلسة بتاريخ ١٩٨٢/٤/٣م، مجلة العلوم الإدارية (١) لسنة ٢٦ ق، العدد الأول يونيو ١٩٨٤، ص١٦٣.

لتشريعات سابقة عليها ولا تزال معمول بها، وهو ما يخرج عن اختصاصاتها القضائية، وينطوي على مزاحمة منها للسلطة التشريعية(٦٠).

وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه: "من المقرر أن ما نص عليه الدستور في المادة الثانية منه من أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب الإعمال بذاته، إنما هي دعوة للشارع كي يتخذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً فيما يستنه من قوانين، ومن ثم فإن أحكام تلك الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور المشار إليه إلا إذا استجاب الشارع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة ومنضبطة تنقلها إلى مجال العمل والتنفيذ، ولما كان الشارع لم يقيد القاضي الجنائي في المحاكمات الجنائية بنصاب معين في الشهادة وإنما ترك له حرية تكوين عقيدته من أي دليل يطمئن إليه طالما أن له مأخذه الصحيح من الأوراق، ومن ثم فإن تعويل الحكم المطعون فيه على شهادة شاهدة رؤية واحدة -كما هو الحال في الدعوى الماثلة- ليس فيه مخالفة للقانون، ويكون منعى الطاعن في هذا الشأن لا محل له"(٦١).

وقد قضت محكمة النقض المصرية كذلك بأن: "النص في المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، ليس واجب الإعمال بذاته، إنما هو دعوى للشارع بأن تكون هذه الشريعة المصدر الرئيسي فيما يضعه من قوانين، ومن ثم فإن المناط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته في إفراغ مبادئها السمحاء في نصوص القوانين التي يلزم القضاء بإعمال أحكامها بدءاً من التاريخ الذي تحدده السلطة الشرعية لسريانها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية التي تتأبى مع حدود ولايته، ويؤكد هذا النظر أنه لما كان الدستور المصري قد حدد السلطات الدستورية وأوضح اختصاص كل منها، أو كان الفصل بين السلطات هو قوام النظام الدستوري، مما لازمه أنه لا يجوز لإحداها أن تجاوز ما قرره الدستور باعتباره القانون الأسمى"(٦٢).

---

(٦٠) علي نجيدة، مرجع سابق، ص٦٣، ٦٤.

(٦١) راجع: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٢٠١٢) لسنة ٧٥ قضائية، جلسة ٢٠٠٢/٩/٧م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، الرابط:
http://www.cc.gov.eg/Images/Genai/2012/9/2012-75/2012-75.pdf، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/٦م.

(٦٢) راجع: حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (١٠٨) لسنة (٥٧) قضائية، جلسة ١٩٩٠/١/٨م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية، الرابط:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/

وكذلك كررت المحكمة الدستورية العليا في العديد من أحكامها أن الخطاب في النص الدستوري موجه إلى المشرع الذي عليه أن يتحرى مبادئ الشريعة الإسلامية عند سنه للتشريعات، ولا يترتب على احتواء الدستور على هذا النص تحوله إلى قاعدة موضوعية تخاطب القاضي مباشرة(٦٣). فقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن: قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرد على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية – بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ – من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل... فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها" (٦٤).

ويتفق الباحث مع الرأي الثاني، فدور السلطة القضائية تطبيق القواعد القانونية، وليس لها أن تتعدى على السلطة التشريعية وتقوم بسن قواعد قانونية تطبقها على النزاعات المعروضة أمامها، غير أن الباحث يرى أن للقضاء دوراً غير مباشر في تطبيق نص المادة المتعلقة بمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال أمرين:

الأمر الأول: رجوع القاضي إلى الشريعة عندما لا يجد نصاً تشريعياً يطبقه على النزاع:

فللقاضي أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص يطبقه على الواقعة المنظورة أمامه؛ ذلك كون الشريعة الإسلامية مصدراً يستقي منه القاضي مبادئ يطبقها على النزاع عند عدم وجود نص قانوني، فينص القانون المدني الفلسطيني على أنه: "إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فيها حكماً فمقتضى العرف، فإذا لم يجد فيه فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة(٦٥). وينص القانون المدني المصري على أنه: "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف،

Cassation_Court_Images.aspx?ID=111118437، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/٧م.

(٦٣) علي نجيدة، مرجع سابق، ص٦٣، ٦٤.

(٦٤) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (١١٩) لسنة (٢١) قضائية، جلسة بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/١٩م، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية، الرابط: http://hccourt.gov.eg/Pages/Rules/Rules_Search.aspx#rule_text_1، تاريخ دخول الموقع: ٢٠١٥/٥/١٠م.

(٦٥) راجع: المادة (٢/١) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م.

فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"[٦٦].

وكذلك حال أراد القاضي أن يستقي مبدأ ليطبقه على النزاع المعروض أمامه من العرف أو مبادئ القانون الطبيعي، عليه أن يتحرى من بين ما تمليه هذه المصادر الأحكام التي تتسق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، فلا يستطيع القاضي مع وجود قاعدة الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في الدستور أن يلتمس حكماً يخالف هذه المبادئ. فإذا كان المشرع لا يستطيع من تاريخ صدور النص الدستوري، أن يسن تشريعاً يجافي من قريب أو بعيد مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن القاضي من باب أولى ليس له، في حالة عدم وجود النص التشريعي، أن يتلمس حكماً في المصادر الأخرى، يجافي تلك المبادئ[٦٧].

الأمر الثاني: إحالة القاضي النص المخالف للشريعة الإسلامية إلى المحكمة الدستورية:

يكون للقاضي الذي يفصل في النزاع دور في حال كان النص القانوني الذي يحكم النزاع يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا الدور يختلف حسب صياغة قاعدة مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع، فإذا كانت القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولم يكن هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن على القاضي أن يراعي مبادئ الشريعة الإسلامية عند إصدار الأحكام القضائية، فإذا ما عُرض أمامه دعوى النص الذي يحكمها يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فعليه أن لا يطبق هذا النص على النزاع المعروض أمامه؛ وذلك لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد قاعدة دستورية تسمو على التشريعات العادية، ودوره في هذه الحالة وقف الفصل في الدعوى وإحالة الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية[٦٨].

---

(٦٦) راجع: المادة (٢/١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته.

(٦٧) علي نجيدة، مرجع سابق، ص٦٤، ٦٥.

(٦٨) تنص المادة (١٠٣) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته على أنه: "١- تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: أ- دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها..."، وتنص المادة (٢٤) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م على أنه: "تختص المحكمة دون غيرها بما يلي: ١- الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة...".

وينص قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني على أنه: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية"(٦٩).

وينص قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م وتعديلاته على أنه: "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية"(٧٠).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأنه: "حيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية – بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ – من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل – ومن بينها أحكام القرار رقم ١١٣ لسنة ١٩٩٤، المفسر بالقرار رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٩٤ المطعون عليهما – فلا يجوز لنص تشريعي، أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها"(٧١).

أما إذا كانت القاعدة الدستورية تنص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر التشريع أو أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع وكان

---

(٦٩) راجع: المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م.

(٧٠) راجع: المادة (٢/٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩م وتعديلاته.

(٧١) راجع: حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية، جلسة ١٨/٥/١٩٩٦م، موقع جامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان، الرابط: https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/Egypt-SCC-SC/Egypt-SCC-18-Y17.html، تاريخ دخول الموقع: ٥/٠٥/٢٠١٥م.

هناك مصدر رئيسي آخر يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن مؤدى ذلك أن القاضي يصبح مقيداً بما يمليه عليه القانون، وليس له أن يعترض على النص القانوني المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية؛ نظراً لعدم إلزامية الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وفق الصياغتين الأخيرتين.

وعلى ذلك – بإذن الله – في حال تم صياغة دستور لفلسطين، ونص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وعُرضت دعوى على القضاء يطالب فيها الدائن المدين بحقوق مالية وفوائد ترتبت على التأخير في الوفاء بالدين، فإنه ينبغي على القاضي أن لا يحكم بالفوائد؛ لكونها ربا محرماً شرعاً، والحكم بها يخالف قاعدة مبادئ الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في الدستور، وعلى القاضي أن يوقف الفصل في الدعوى ويحيل الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص الذي يبيح الفوائد الربوية(٧٢).

الخاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا هدانا الله، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد (ﷺ) وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد:

بعد استعراض موضوع مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية من خلال بيان المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، والحديث عن معنى التشريع الإسلامي، وبيان الصياغات المتعددة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية، وأثر النص على التشريع الإسلامي في الدساتير العربية على عمل المشرع والقضاء، توصل الباحث إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نأمل الأخذ بعين الاعتبار فيها، وسنوردها على نحو ما هو تالٍ:

أولاً – النتائج:

١ – مبادئ الشريعة الإسلامية هي الأحكام الشرعية القطعية الثبوت القطعية الدلالة التي ليست محل خلاف بين الفقهاء.

٢ – مصطلح أحكام الشريعة أوسع من مصطلح مبادئ الشريعة.

(٧٢) من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا لم تتشكل في فلسطين حتى تاريخ إعداد هذا البحث، وتتولى مهامها المحكمة العليا وفقاً لنص المادة (١٠٤) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة ٢٠٠٣م وتعديلاته والتي تنص على أنه: "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخله في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

٣ – مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير العربية ليست كما ينبغي، فكثيراً من الدول العربية لا تنص على دور الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في دساتيرها، بل إن منها من لم يبين دين الدولة، وصياغات المادة المتعلقة بدور الشريعة كمصدر للتشريع تجعل منها شكلية أكثر من أن تكون فعلية.

٤ – بصفة عامة؛ إن إيراد مادة مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور يجعل منها مادة سامية على القوانين والأنظمة واللوائح، وهي تقيد المشرع في حدود دلالتها عند سنه للتشريعات.

٥ – هناك أثر للنص على الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع في الدستور على عمل القضاء؛ إذ يملك القاضي صلاحية وقف الفصل في الدعوى وإحالة الأوراق للمحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية النص إن كان مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ثانياً – التوصيات:

بعد البحث والنظر في المسائل التي وردت في هذا البحث، وباستقراء النتائج سالفة الذكر، فإن الباحث يوصي بالتالي:

١ – أن يأخذ هذا الموضوع بكل قضاياه عناية فائقة من قبل الباحثين؛ لما له من الأهمية البالغة؛ بحيث يتم بيان الأحكام المتعلقة به، والوقوف على تأثيره.

٢ – أن يكون نص المادة المتعلقة بتحديد دور الشريعة كمصدر للتشريع في الدساتير العربية على النحو التالي: "مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". والنص صراحة على عدم جواز سن أي قانون للمسلمين في الدولة يتناقض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣ – ضرورة بذل الجهود من أجل العمل على وضع دستور لدولة فلسطين تكون مرجعيته شرعية، خاصة بعد ترقية وضعية السلطة الفلسطينية إلى دولة غير مراقب في منظمة الأمم المتحدة.

٤ – إعداد لقاءات وندوات ودورات يتم من خلالها تسليط الضوء على دور مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع، وأثره على المنظومة القانونية والسلطات الثلاث في الدولة.